

## 講演録

特別講演会 講演録

日時:平成 28 年 3 月 28 日 (月)

会場: 日本消防会館

## 民法改正と不動産実務

一般財団法人土地総合研究所 研究理事 大野 淳

## はじめに

本日は、『民法改正と不動産実務』という題で、お話をさせていただきます。基本的には、「改訂版民法改正と不動産実務（大成出版社 2015 年）」の内容に沿ってご説明したいと思います。要点は、お手元の配付資料やパワーポイントにまとめておりますので、適宜ご参照ください。

最初に、この本の性格からお話いたします。改訂版でいうと 156 ページ、旧版をお持ちの方は 218 ページをお開きください。ここには、民法改正に関する中間試案に対する不動産関係団体のパブリックコメントの内容を一覧表で掲載しております。実はこの民法改正につきましては、法制審議会に民法（債権関係）部会ができ、そこで長らく審議を進めておりました。平成 25 年の 2 月になりますけれども、その部会からの中間試案というものが出されています。

民法は条文をどのように記述するかが非常に重要ですので、中間試案の段階で、具体的な条文を想定した中間試案が出されております。実はこの中間試案が、不動産関係団体にとっては、かなり衝撃的な内容でした。不動産の取引慣行からはちょっと認めがたい、あるいは悪影響を与えるおそれがあるようなものがございまして、そこで、不動産関係団体では、平成 25 年 6 月から 8 月にかけてのパブリックコメントに際し、様々な意見を出しております。意見の内容は、ここにまとめたとおりです。

土地総合研究所といたしましても、そのような状況を受けまして、関係の業界団体や学識経験者、それから国土交通省のご参画も得まして、民法改

正に関する勉強会を始めました。その成果を活用したのが、この本でございます。そもそも、著作の出発点に不動産関係団体の意見があったことをお話ししておきます。

## 「改訂版 民法改正と不動産実務」の構成

## 民法改正と不動産実務 —目次—

- 第 1 章 民法（債権関係）改正
- 第 2 章 契約一般
- 第 3 章 売買
- 第 4 章 賃貸借（保証を含む）
- 第 5 章 その他
- 第 6 章 まとめ

目次にありますように、第 1 章は総論部分で、第 2 章以下から具体の各論となっております。民法の規定の順序というよりも、むしろ不動産の実務に沿った構成にしております。保証は、賃貸借の中に含めておりますが、これは保証について不動産の実務で一番多く現れるのは、不動産の賃貸借に伴う保証ですので、このような構成としております。

改正法案の改正事項ごとに記述しておりますが、例えば 20 ページを開けていただくと、錯誤という項目があります。太枠の中に改正法案の条文を記載し、下線が改正箇所です。(1)の「現行民法の問題の所在」では、現行民法の規定を記載し、なぜ改正するのかという理由を記述しております。この部分は、巻末に参考文献を掲載していますが、基本的には法制審議会部会資料に基づき記述しており、その意味では、法務省の見解に近い記述となっております。(2)は「改正法案のポイント」でして、ここに改正法案のポイントを簡潔に記述

しております。ここを見ていただければ、中身だけはわかるようになっております。(3)は、「不動産実務への影響と留意事項」です。これは先ほどの勉強会の検討結果を踏まえて、民法改正が不動産実務にどういった影響を及ぼすのか、不動産実務の上でどのようなことを留意する必要があるのかということを書き記述しております。ここの記述は勉強会の成果を踏まえてはおりますが、あくまで私個人の見解を書いたものですので、誤りがあったとしても全て私の責任です。出発点が不動産関係団体の問題意識でしたので、若干不動産業界よりの記述になっているかもしれません。

本日は、現行条文との対比や改正理由は、時間がないので、改正法案のポイント、それも重要な事項のみと、それから不動産実務における留意事項や対応の方向を中心にお話ししたいと考えております。最初に民法改正とは何かについて、ごく簡単に説明して、不動産実務に最も影響が出ます売買と賃貸借を中心に、お時間の許す限りお話しをしたいと思います。

## 1 民法改正とは

### 民法改正の目的

#### 1 社会・経済の変化への対応

・民法の債権関係の部分は、明治29(1896)年の制定以来、平成16年の現代語化の際の保証制度に関する部分的見直しを除き、おおむね制定時のまま

⇒消滅時効の合理化、法定利率の変動制、保証人保護方策の拡充、定型約款など

#### 2 国民一般にわかりやすい民法

・判例法理の明文化や不明確な規定の見直し

⇒意思能力、動機の錯誤、賃貸借、契約上の地位の移転、契約自由の原則など

今回の民法改正の目的は、法務大臣から法制審議会への諮問事項に明確に書いてありますけれども、一つは社会経済の変化への対応です。現行民法の債権関係の部分は明治29年、今から120年前に制定以来、平成16年に、口語体に直した際に、保証制度に関する部分について、部分的な見直しをしましたが、それ以外は120年前のままになっ

ております。これでは、さすがに時代の要請に合わないだろうというのが、改正理由の大きな一つです。この点でいうと消滅時効、法定利率、保証人保護方策の拡充、定型約款などについての改正がなされております。

それから2番目が、国民一般にわかりやすい民法にするということです。120年もの間、120年前の民法でなぜ対応できてきたのか。もちろん民法の立案者が優秀で、素晴らしい民法を作ったこともあるのですが、それ以上に、一つは民法は契約の準則ですが、別に契約自体は民法に従わなくてもいいものが多く、契約書できちっと書けばいいわけです。だから実務上は契約書で補って、万が一裁判になって、契約の解釈が問題となったときだけが民法の条文が効いてくることになります。もう一つは、民法の条文は非常にシンプルで、そこで、学説や判例法理によって補ってきた。判例法理が120年の間に積み重なってきましたので、それによって民法の解釈を補うことによって、実務上、支障がないようにやってきたということです。

ただ判例法理というようなものは、弁護士であるとか企業の法務担当者ならばわかるとは思いますが、一般の方が六法を見ても書いてありません。そこで国民一般にわかりやすいという意味では、確立された判例法理を、できるだけ民法の条文の中に取り込もうということになります。それから若干不明確な規定もありますので、それらの見直しをしようということも、国民一般にわかりやすい民法にするということです。この点では、意思能力、動機の錯誤や賃貸借などの規定の見直しがなされたところです。

### 民法改正の経緯

平成21年10月：法務大臣から法制審議会に民法(債権関係)の見直しについて諮問

平成23年4月：民法(債権関係)の改正に関する中間論点整理 約500項目

平成25年2月：民法(債権関係)の改正に関する中間試案 約260項目

平成26年7月：民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案 約200項目

平成27年2月：民法(債権関係)の改正に関する要綱(答申)

平成 27 年 3 月：民法の一部を改正する法律案及び整備法案（閣議決定）

民法改正については、法制審議会に法務大臣が諮問して、法制審議会のもとに民法（債権関係）部会ができて、審議をしたわけですが、諮問があったのは平成 21 年 10 月でして、答申があったのは今年の 2 月で、今年の 3 月に民法の一部を改正する法律案と、民法を改正することによって必然的に他の法律にも影響を与えますので、改正に伴う整備法案が閣議決定されております。いくつかのステージに分けて、部会では議論してきたのですが、平成 23 年の 4 月に中間論点整理が出て、25 年 2 月、条文をイメージした形で、中間試案が出されています。その後、26 年 7 月に要綱仮案が出され、ここで改正項目は、定型約款を除き、ほぼ固まり、その後、27 年 2 月には要綱を決定し、法務大臣に答申しております。最後に、今年 3 月に法案が閣議決定されたわけです。項目数に着目し

ますと、最初は 500 項目だったのが 260 項目に減り、さらに 200 項目に減るという中で、改正項目数がどんどん精査されていった。つまり反対が強かったものは落ちていったということです。今年の 3 月に閣議決定されて、今年の通常国会に出されたのですが、残念ながら通常国会では審議もせず、審議未了で継続審査になって、今国会につながっております。

先ほど言いました、不動産業界団体の懸念事項も、相当部分は実は解消されました。中間試案に対する意見提出項目が最終的にどうなったかをまとめたのが、「中間試案のうち意見提出項目に対する要綱の概要」です。備考に「賛成意見」と記載していないものは、反対意見でしたが、多くが取り下げられたり、修正されたりしているのが見て取れると思います。

中間試案のうち意見提出項目に対する要綱の概要

中間試案			要綱		備考	
項目名	番号	細目名	異同	要点		
1	法律行為総則	2	公序良俗(民法第90条関係)	△	暴利行為は規定せず	
2	意思能力			△	意思能力の定義は規定せず	
3	意思表示	2	錯誤(民法第95条関係)	△	不実表示は規定せず	
		3	詐欺(民法第96条関係)	△	媒介・代理の例示は規定せず	
4	代理	6	自己契約及び双方代理等(民法第108条関係)	○	利益相反等は無権代理	
7	消滅時効	2	債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点	▲	主観的起算点から5年間など	
		7	時効の停止事由	○	協議による時効の完成猶予	賛成意見
8	債権の目的	1	特定物の引渡しの場合の注意義務(民法第400条関係)	△	善管注意義務の維持	
9	履行請求権等	1	債権の請求力	—		
		2	契約による債権の履行請求権の限界事由	△	履行請求権の限界事由は規定せず、費用過大を履行不能の要件として規定せず	
10	債務不履行による損害賠償	6	契約による債務の不履行における損害賠償の範囲(民法第416条関係)	△	予見基準時として債務不履行時を規定せず、予見対象は特別の事情	
		9	金銭債務の特則(民法第419条関係)	—		
		10	賠償額の予定(民法第420条関係)	△	著しく過大の規律なし、裁判所の不介入の規定は削除	
15	詐害行為取消権	1	受益者に対する詐害行為取消権の要件	△	債務者の無資力要件は規定せず、債務者を被告と規定せず	
		2	相当の対価を得てした行為の特則	○	相当価格処分の要件の規定	賛成意見
16	多数当事者の債権債務	1	債務者が複数の場合	△	連帯債務等の成立する場合と効力を規定	

中間試案			要綱		備考	
項目名	番号	細目名	異同	要点		
17	保証債務	1	保証債務の付従性(民法第448条関係)	○	目的・態様が加重されたときは保証人の負担は加重されない	
		5	根保証	△	極度額・元本確定事由の規律適用、元本確定期日は適用せず	
		6	保証人保護の方策の拡充			
			(1) 個人保証の制限	▲	個人保証の制限とその適用除外を規定	
			(2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務	▲	事業のための債務に限定 説明義務は債権者から債務者に転換	
			(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務	▲	保証人の請求があったとき等に限定	
		(4) その他の方策	—			
18	債権譲渡	1	債権の譲渡性とその制限(民法第466条関係)	△	譲渡制限の意思表示は譲渡の効力を妨げない	
		2	対抗要件制度(民法第467条関係)			
			(1) 第三者対抗要件及び権利行使要件	—		
		4	将来債権譲渡	△	契約上の地位が第三者に移転したときの規律は規定せず	
21	契約上の地位の移転		○	一般則として契約の相手方の承諾を要件	修文意見	
26	契約に関する基本則等	3	付随義務及び保護義務	—		
		4	信義則等の適用に当たっての考慮要素	—		
27	契約交渉段階	1	契約締結の自由と契約交渉の不当破棄	—		
		2	契約締結過程における情報提供義務	—		
30	約款	1	約款の定義	△	不特定多数の者を対象とし画一的であることが双方にとって合理的	
		2	約款の組入要件の内容	△	合意したもののみならず	
		3	不意打ち条項	—		
		4	約款の変更	△	目的に反せず合理的なもの	
		5	不当条項規制	△	信義則に反し相手方の利益に反するものは合意しないとみなす	
32	事情変更の法理		—			
33	不安の抗弁権		—			
34	継続的契約	1	期間の定めのある契約の終了	—		
		2	期間の定めのない契約の終了	—		
35	売買	3	売主の義務	△	登記義務等を規定	
		4	目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任	△	隠れた瑕疵から契約不適合へ、追完義務を規定	
		5	目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権	△	代金減額請求権を規定	
		6	目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限	△	1年以内を維持	
		7	買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務	—		
		9	競売における買受人の権利の特則(民法第568条及び第570条ただし書関	—		

中間試案			要綱		備考	
項目名	番号	細目名	異同	要点		
		係)				
	10	買主の義務	—			
	12	権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶(民法第576条関係)	○	その他の事由を規定		
38	賃貸借	1	賃貸借の成立(民法第601条関係)	△	契約が終了したときに返還を約することを要件	修文意見
		3	賃貸借の存続期間(民法第604条関係)	△	20年間から50年間に	賛成意見
		4	不動産賃貸借の対抗力、賃貸人たる地位の移転等(民法第605条関係)	○	賃貸人たる地位の移転の留保の要件は賃貸借契約	
		8	賃貸物の修繕等(民法第606条第1項関係)	△	賃借人に帰責事由がある場合は修繕義務なし、賃借人の修繕権規定	
		10	賃借物の一部滅失等による賃料の減額等(民法第611条関係)	△	利益償還請求権は規定せず、帰責事由の立証責任は賃借人	
		11	転賃の効果(民法第613条関係)	○		修文意見
		13	賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務(民法第616条、第598条関係)	○	通常損耗は、原状回復義務なし	
		15	賃貸借に類似する契約	—		
41	委任	3	受任者が受けた損害の賠償義務(民法第650条第3項関係)	—		
44	組合	3	組合の財産関係(民法第668条ほか関係)	○	組合員の持ち分の処分不能	賛成意見
		5	組合代理	○		修文意見
		7	組合員の脱退(民法第678条から第681条まで関係)	△	脱退不能合意の規律は規定せず	

凡例： ○中間試案と概ね同じ △中間試案から修正 ▲その他(中間試案で要検討等) —取上げず

注：中間試案のパブリックコメントに対する次の団体の提出意見による。

(一社)不動産協会、(一社)日本ビルディング協会連合会、(一社)不動産流通経営協会、(公社)全日本不動産協会、(一社)不動産証券化協会、(公社)全国宅地建物取引業協会連合会、(一財)土地総合研究所(順不同)

中間試案の段階では、いろいろと懸念事項がありました。特に大きな懸念事項としては、情報の提供に関する規定が挙げられます。不動産の売買や賃貸借では、目的物である不動産がどういったものであるのかという情報をいかに提供するかは、とても重要であり、しかも、売主・買主、貸主・借主の間で揉める原因の一つになっております。宅建業法でも、重要事項説明等を義務付けているところです。宅建業法のような業法だけでなく、民法の中にも、情報提供に関する規定を入れ込もうとしたのですが、大部分は取り下げられています。例えば、3、意思表示の2、錯誤とありま

して、要綱の要点に「不実表示は規定せず」と記載しております。不実表示も、実は情報提供に係るのですが、この部分は取り下げになっています。それから、17の保証債務に6、契約締結時の説明義務・情報提供義務がありますが、これも説明義務は債権者から債務者に転換されています。例えば、不動産賃貸借に伴う保証を考えたときに、当初は債権者、つまり家主が保証人になろうとする人に対して、賃貸人の財務状況等を説明しなくてはならないとしておりました。とてもではないがそんな実務はできないという反対もあり、ここは、借りようとする人が保証人になろうとする人

に説明するというように転換され、不動産実務上の問題点はほぼ解消されております。27、契約交渉段階の2に、契約締結過程における情報提供義務がありますが、これも取り下げられました。不動産関係団体として懸念していた規定は、業界サイドの観点からは、相当程度改善されています。

民法改正法案は、今国会にかかっておりまして、まだ法案の成立は見通せないところではあります。仮に今国会で成立しますと、公布の日から3年以内において、政令で定める日から施行となっておりますので、平成31年の4月1日か、1月1日かわかりませんが、概ね3年後が施行日ではないかと思われま

**施行までの課題**

**紛争を未然に防止するために**

- 1 新たなルール（強行規定）への対応
  - ・明確に強行規定とされるものは少ない：根保証の極度額
- 2-1 新たなルール（任意規定）への対応
  - ・特約により排除するのか、改正民法によるのか。
- 2-2 従来のルールの明文化であるが、新たな解釈の余地があるものへの対応
  - ⇒ 契約書、業務規程等の見直し
  - ⇒ 必要に応じ、業界全体で解釈の考え方の整理等

まだ3年ありますので、時間があるように思われるかもしれませんが、実は時間が限られているというのが私の印象です。施行までにやるのが、たくさんあります。一つは、先ほど言ったように、民法の規定は、大部分は任意規定といいまして、べつに民法の規定に従う必要はないという規定が多いわけです。ただし、一部強行規定といって、その規定に従わなくてはならないものがあります。民法の条文を見ても強行規定と書いてあるわけではなく、強行規定と解されるものということですが、それには従わなくてはならない。その規定に従うための方法を考えなくてはならないということがあります。後ほど説明しますが、根保証、不動産賃貸に伴う保証の極度額の設定が代表的なものです。

それから、任意規定については、契約によって排除が可能なのですが、本当に排除するのか、それとも改正民法によることとするのかという選択をしなくてはなりません。特約で排除する場合は、

契約書の条文を作成する必要があります。

従来のルールを民法の条文として明文化したものは、判例法理を明確にしたものに過ぎず、現行の解釈を変えるものではないと法務省は多くの場面で説明はしているのですが、そうはいつでも、条文を改正すれば、当然ながら解釈の余地は変わる可能性が十分あります。これらについて、どう対応するのか。解釈の余地が万一変わっても十分対応できるように、契約で様々なケースへ対応を定めておくというのも一つの方法ですし、そこはもう契約書に細かな定めは置かず、改正民法のルールの解釈がどうなるかわからなくとも、それに従うということも一つの手ではあります。ただし、改正民法に従うという判断をした場合は、その結果というのは、最終的には民法の解釈は裁判所ですので、裁判で判決が出ないとわからない。わからないままに、しばらくの間は実務を行うこととなります。また、下級審、地方裁判所で一つの判例が出たところで、それでルールが固まるわけではなく、最高裁判所の判決が出ればともかく、多数の判例が同じような方向を示すことによって、ようやく解釈が固まっていくものです。それまで曖昧なままにしておくのも一つの手ですけれども、そうならないように契約書できちんと定めて置くのも一つの手です。もちろん、様々なケースを想定して、対応を契約で明確にしておくためには、契約交渉や契約書作成のコストも嵩みますので、それとの見合いにはなります。

そこで、契約書や業務規定などの見直しが必要になってきます。また、必要に応じて、個別の企業で対応するのではなく、業界全体での解釈の考え方の整理なども必要になってくると考えております。それらを考えると、3年の時間がありますけれども、民法改正の内容を理解して、各企業の契約書や業務規定と照らし合わせて、どうすればいいかと検討することを考えると、あまり猶予はないと思います。

**2 売買**

・瑕疵担保責任	p48 (47) ~
・売主の義務と契約不適合	p49 (50) ~
・動機の錯誤	p20 (21) ~

・ 損害賠償と契約解除	p58 (59) ~
賠償額の予定	p31 (32) ~
契約解除	p33 (34) ~
・ 危険負担	p41 (40) ~
・ 追完及び代金減額請求	p50 (52) ~
・ 買主の権利の期間制限	p65 (65) ~
・ 手付	p68 (49) ~
・ 競売における担保責任等	p63 (68) ~
・ 代金支払拒絶	p69 (69) ~
・ 買戻し	p70 (70) ~
( ) 内は旧版の頁	

ここまでの民法改正の入口のところ、これから具体的話になります。まずは売買、不動産実務にとって重要な売買からお話します。

民法の売買の規定で最も重要なものは、瑕疵担保の規定ではないかと思えます。瑕疵担保に関する現行の民法の条文は非常にシンプルで、ある意味で味わい深い規定になっています。現行民法570条は、「売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第566条の規定を準用する」とあり、566条をみると、「買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達成することができないときは、買主は契約の解除をすることができる」となっています。しかし、隠れた瑕疵とは一体何なのか、準用するといっても一体どうするのか、条文を讀ん

ただけではよくわからない規定です。そこで先ほど述べたように、判例法理や学説というものが必要になったわけです。瑕疵担保に関する学説は、相当錯綜しておりますが、それを割り切って私がまとめたのが下表の整理です。

この左側、「現行法の瑕疵担保責任」の欄は、伝統的な通説と言われている法的責任説を単純化して記載したものです。伝統的な通説は、ドイツ民法の学説に強い影響力を受けたので、旧ドイツ民法、実はドイツ民法も債権関係部分は改正が行われたので、旧のドイツ民法の考え方を踏まえた考え方です。

ごく単純化して述べますと、不動産は唯一無二の存在である。例えば虎ノ門1丁目1番地という土地はそこにしかない。そこで、売主の債務—売主がしなくてはならないこと—は、当該不動産を引き渡すことに尽きる、引き渡した以上、売主はそれ以上の債権不履行はない。特定物のドグマと言われる考え方により成り立っています。これが芸術品ならわかります。芸術品は唯一無二で、例えば、世界最古の木造建築物、法隆寺五重塔ならわかりやすい。さすがに法隆寺五重塔は唯一無二のもので、法隆寺五重塔の売買はありえないでしょうけれども、仮にあったとするならば、五重塔に何らかの不具合があっても、問題のしようがないですよ。目的物を引き渡したら、売主の責任

対象		現行法の瑕疵担保責任		民法改正法案の 契約不適合責任
		物の隠れた瑕疵（買主の善意・無過失を要件とする）	権利の瑕疵（数量不足・一部滅失を含む）	目的物が種類・品質・数量又は権利の内容に関して契約不適合
法的性質		法定責任		契約責任
売主の要件		無過失責任		損害賠償については、売主に帰責事由がないときは免責
責任の内容	契約解除	○（契約目的達成不能の場合）		○（債務不履行が軽微であるときはできない）
	損害賠償	○（信頼利益に限られる） 予見可能であった特別の損害		○（履行利益に及ぶ） 予見すべきであった特別の損害
	追完	×		○
	代金減額	×	○	○
買主の権利行使期間の制限		知った時から一年以内に請求	全部他人物を除き、知った時（買主悪意の場合は契約時）から一年以内に請求	知った時から一年以内に通知（種類・品質の不適合に限る）

はおしまいになるはずですが、あるがままで引き渡すしかなく、瑕疵がない目的物を観念できない以上は、代替物、代わりのもをを引き渡すことも、法隆寺の五重塔の代わりのもなど引き渡ししようもないので、できないし、修繕、修補も観念できないということになります。

芸術品ならそれでいいのですが、通常、我々が売買するものは、不動産であっても、そうではありません。マンションの売買で、雨漏りがするようなマンションは、居住の目的に適さないのだから、当然それを引き渡したところで契約を全うしたことになるわけです。虎ノ門第一マンション 503 号室を売買しました、確かにその 503 号室は特定のもので、一つしかありませんが、その部屋に雨漏りがあるならば、契約目的を達成してないことになるというのが一般的な考え方だと思います。

法定責任説では、不動産は唯一無二の存在なので、売主の債務はその不動産を引き渡すことに尽きるということになります。ただし、それだけでは買主が不利なので、瑕疵のない不動産、買主としては当然、瑕疵のない不動産を購入したと考えるわけですから、その信頼を保護し、対価的な均衡を維持するため、法律が売主に特に課した無過失の責任が瑕疵担保責任だとするものです。つまり、瑕疵担保責任は民法によって創出された責任と考えるわけです。売主に過失があろうがなかろうが、売主はその担保責任を負わなくてはならない。ただし条件があって、隠れた瑕疵に限る。「隠れた」という要件は、判例法理では、買主が善意無過失であること、つまり買主がその瑕疵について知らなかったものが対象になるということです。それから保証の対象、担保責任の範囲は、信頼利益の賠償に限られることになります。債務不履行があった場合の賠償は、一般的には履行利益の賠償です。例えば、1 億円の不動産を買い、買った人が 1 億 2,000 万で転売する見込みがあったといったときに、その転売益までもが履行利益に含まれます。しかし、信頼利益には、転売益などは含まれない、売買が有効に成立することを信頼して支払った経費などに限るといえるものです。そうはいつても、どこまでが信頼利益なのかというのは、実は個々の事案によって違ってきますので、明確に線引きができるわけではないのですが、理念的には信頼利益に限られるということになります。さらに、

買主の権利行使の期間を 1 年以内の請求に限っています。

法定責任説による瑕疵担保責任の解釈と批判

- ・不動産は唯一無二の存在、売主の債務は当該不動産を引き渡すことに尽き、引き渡した以上、売主に債務不履行はない。＝特定物のドグマ（瑕疵のない目的物を観念できない以上、代替物の引渡しや修補も観念できない。）

瑕疵担保責任とは  
 瑕疵のない不動産を購入したと考えた買主の信頼を保護し、対価的な均衡を維持するため、法律が売主に特に課した無過失の責任。  
 隠れた（＝買主の善意・無過失）瑕疵が対象で、信頼利益の賠償に限られる。

売主に無過失の責任を負わせる代わりに、買主の損害賠償請求、契約解除の行使期間を 1 年間に制限。

- （批判）
- ・特定物の品質、性能について売主が契約上の債務不履行責任を負わないのは取引の常識に反する。
  - ・当事者は一定の品質、性能を想定して取引をしたはずなので、それを欠いた場合には、売り主に契約上の責任が生じ、代替物の引き渡しや修補の請求が可能であるべき。
  - ・瑕疵は客観的に決まるものではなく、契約の内容にもよる。

120 年前の民法制定時であり、工芸品を作成して売買するというようなことが通常の売買であれば、これでいいかもしれませんが、工業製品が溢れており、不動産であってもマンションなどは、相当程度画一的なものですから、そういったものについて、今話したような考え方を適用するのは、おかしいというのが法定責任説に対する批判です。そこで、法定責任の考え方を契約責任の考え方に、大きく転換しようというのが、今回の民法改正の考え方の根本にあります。

それともう一点、瑕疵という言葉ですが、瑕疵というのはキズですから、当然、客観的にキズがあるかないかは決まる。ところが、契約責任の考え方からいうと、どういう不動産を売買するかは、契約によって決まる。極端なことを言えば、雨漏

りをする不動産を売買しますという契約であれば、雨漏りがしたって、それは契約の内容なのだから、そのこと自体は契約内容に適合しないことには当たらないという考え方が成り立つわけですから、つまり、瑕疵は客観的に決まるものではなく、契約の内容によるということになります。そこで、「瑕疵」という用語は、客観的なキズを意味すると誤解されること、言葉自体が難解であることから、売買に関する規定からはなくなっております。

それでは次に、民法改正法案の考え方について一つ一つ説明をしていきます。まずは売主の義務、何が売主の義務で、何の責任を持たなくてはならないかです。現行民法は、物の瑕疵という概念と権利の瑕疵という概念は別に扱い、条文上も、全く別個の条文で、また、不動産のような特定物と工業製品のような不特定物も別な扱いですが、改正民法では規定が非常にシンプルになります。基本的には、「目的物が種類、品質、数量又は権利の内容に関して契約の内容に適合しないもの」であれば責任を負うという考え方に転換しております。特定物、不特定物は問わないし、権利と物の瑕疵も基本的には一元化しております。

(他人の権利の売買における売主の義務)

第 561 条 他人の権利（権利の一部が他人に属する場合におけるその権利の一部を含む。）を売買の目的としたときは、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う。

(移転した権利が契約の内容に適合しない場合における売主の担保責任)

第 565 条 前三条の規定は、売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合（権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む。）について準用する。

権利の移転について、561 条に他人物売買の売主の義務があって、565 条に移転した権利が契約の内容に適合しない場合における売主の担保責任の条文があります。現行民法の規定では権利の瑕疵について長々と条文を立てて、物の瑕疵の方は準用になっているのですが、改正法案では、権利の瑕疵の方が準用となっており、物の瑕疵の方を中心に規定しています。

(買主の追完請求権)

第 562 条 引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。

2 前項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、同項の規定による履行の追完の請求をすることができない。

実は売主の義務は明確には規定されていないのですが、562 条に追完請求権という規定があつて、この裏側として読み取れます。562 条では、「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、履行の追完を請求することができる」と規定されています。

つまり、逆に言えば、売主は売買の目的物の種類、品質又は数量に関して、契約の内容に適合するものを買主に引き渡す義務がある、ということです。これに適合しなければ、追完請求などの請求権が買主側に生まれる。権利についても、売買契約の内容に適合した権利を買主に移転する義務があることが、改正法案では明確になっております。

売主の義務

① 売買契約の内容に適合した権利を買主に移転する義務

② 売買の目的物の種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合するものを買主に引き渡す義務

権利に関しては、561 条で「権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む」となっております。つまり、権利が欠けている、例えば地上権が付いていたとか抵当権が付いていたとかいうような場合であろうが、100 平米の土地の売買なのだが 20 平米だけは、別の人のものとかならばいいのですが、権利の全部が他人に属する、つまり、全部他人物売買については、準用規定はないこととなります。

売主には上記の二つの義務がありますが、いず

れも民法の規定により生み出されるものではなく、契約に基づくものです。つまり、法律により売主に責任が生じるのではなく、あくまで契約の内容に適合した物を引き渡すこと、つまり契約の内容によって責任の範囲も決まってくるというのが改正法案の考え方です。

「種類、品質又は数量」とありますが、「種類」というのは、不動産の場合でいうと、例えば更地、商業用ビルというような区別です。不動産売買では、種類の不適合はまず想定されないと考えます。商業用ビルの売買といいながら、住宅を売買するわけではないでしょうから。「数量」は、例えば面積とか、1戸とかです。1000㎡の更地の売買だったのに、800㎡しかなかったというような場合です。わかりにくいのが「品質」です。不動産の「品質」の不適合は何かは結構ややこしい。建物であれば、例えば建物の構造、SRCとか、10階建ての7階の部屋とか、駅からの距離、駅から徒歩1分とか、その土地や建物の属性すべてが品質に当たります。難しいのが、例えば自殺物件、アパートで自殺がありました、といったときに、自殺があったことは品質の不適合に当たるのかという問題です。裁判例で見ると、自殺などを心理的な瑕疵として捉える判例もありますので、これも品質の不適合に入る可能性は十分あります。それから環境です。環境は不動産にとっては非常に重要なものなので、日照、嫌悪施設の存否などの環境は品質に入ります。面倒なのが、法律上の制限です。例えば、建ぺい率、容積率、用途地域などによって、建てられる建物に制限がかかりますが、こういったような法律上の制限は、土地の属性ではありますが、物の不適合に係る「品質」なのか、それとも権利の不適合に係るものなのかということです。実は競売や買主の権利の期間制限との関係で、法律上の制限が、物の不適合なのか権利の不適合なのかにより効果が変わってきます。また後ほどご説明したいと思います。

#### 隠れた瑕疵から契約不適合へ

- ・ 契約の内容に適合しているか否かは、契約及び取引上の社会通念により判断される。

まずは、

- ①「契約の内容」とは何か。(契約書の記載内容だけではない。)

次に、

- ②「契約の内容」を踏まえて目的物が有すべき種類、品質とは何か。

そして、

- ③目的物が②の種類、品質に適合しているか。

契約によって、契約の内容に適合しているかどうかは決まり、それにより、売主が責任をとるかどうかは決まるわけです。したがって、契約の内容とは何かは非常に重要になります。契約の内容というのは、契約書に記載した内容ではありません。契約に至った事情なども含めて考慮したものが当事者間の契約の内容になるわけです。とはいっても紙で書かれたものは最も紛れがないところですから、紙で書かれた契約書の内容が非常に重要であることは、間違いのないところではあります。次に、その契約の内容を踏まえて、目的物が有すべき種類、品質は何か。これは、通常は客観的に決まる部分でもあります。例えば居住用の建物の売買であれば、雨漏りしないのが当然だということ。さらにその上で、その売買の目的物が②の客観的な要求に適合しているかどうかということが判断されます。それは、契約の内容によって判断されるわけです。ということは、買主が知っていたか知らなかったかは関係がない。「隠れた瑕疵」は、買主が知らなかったものでしたから、契約不適合では、「隠れた」は要件にはならないことになります。

整理しますと次のとおりです。

#### 「契約の内容」が重要

- ・ 契約書に契約の内容をできるだけ取込む。
  - ・ 告知書等により売主がどこまで開示すべきか。告知書等の内容は契約の内容になるのか。
  - ・ 買主の動機を契約の内容に取込めるか。
- ⇒ 必要に応じ、特記事項として、目的、動機、告知書等の内容等の売主・買主双方による確認(告知書等のあり方)
- 隠れた瑕疵(=買主の善意・無過失)の要件がなくなる。
- ・ 買主が悪意又は善意・有過失の場合(後述)

契約書に契約の内容をどこまで取り込めるかが重要になります。実務では、これは結構難しいところです。というのは、様々な場合を想定して、この場合はこうしますと決めていくわけですが、

そうすると契約交渉し契約書をつくるコストが嵩んでしまいます。100億円の不動産の売買だったら、詳細な契約書をつくると思いますが、1000万円の中古住宅の売買で、そんなことをやっていたら、コストが嵩んでしょうがない。どこかで割り切る必要があります。

また、告知書のあり方が問題となってきます。国土交通省は、不動産売買で売主の告知書を使うよう指導しており、告知書や物件状況報告書を契約書に付ける場合も多いかとは思いますが、この告知書で告げた内容は、契約の内容を構成するものなのかという問題があるのと、告知書によってどこまで売主が開示するべき、情報提供するべきかという問題があります。現行の告知書で告げた内容は、イコール契約の内容ではないのです。基本的には、単に売主が認識したことを告げるものに過ぎません。ただし、裁判では、告知書に書いてあることは、契約の内容の判断材料になります。契約の内容は、先に述べたように契約書の内容だけではないので、告知書も契約の内容の重要な判断要素にはなってきます。

それから、買主の動機を契約の内容に取り込めるかどうかという問題があります。必要に応じて、通常の契約書の特記事項として、契約の目的とか、動機とか、あるいは告知書の内容についても売主が一方向的に告げたのではなく、買主も確認しましたというようなことを書いておき、契約の内容をできるだけ明確に契約書の中に取り込むことが、紛争を未然に防止するためには、今後必要になってくると思われます。

「隠れた瑕疵の要件」つまり買主の善意・無過失がなくなりますので、買主が悪意又は善意・有過失の場合については、売主免責のところでは後ほどご説明します。

### 動機の錯誤

(錯誤)

第95条 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

- 一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤
- 二 表意者が法律行為の基礎とした事情につい

てのその認識が真実に反する錯誤

- 2 前項第二号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる。
- 3 錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第1項の規定による意思表示の取消しをすることができない。
  - 一 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。
  - 二 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。
- 4 第1項の規定による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

錯誤については、条文が全部改正され、新たに動機の錯誤の要件が明確になっています。錯誤の要件の中で、不動産実務で最も問題になるのは、動機の錯誤です。例えば富士山がよく見えるマンションですという売り込み広告をかけて、買主側も富士山がよく見えるからこのマンション買ったところ、新しい建物ができて富士山が見えなくなったとか、そもそも、そのマンションの一部の部屋からは見えるが、買った部屋からは見えなかったというような問題です。

### 動機の錯誤の取消の要件

動機の錯誤：表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤

- ①当該錯誤が契約の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであること
- ②契約の基礎とした事情についてのその認識が真実に反すること
- ③当該事情が契約の基礎とされていることが表示されていたこと
- ④ i 当該錯誤が表意者の重過失によるものでないこと  
又は  
ii 表意者に重過失があっても、  
ア) 相手方が悪意又は重過失のとき  
イ) 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき

※錯誤の効果は、無効から取消しになり、追認できる時から5年、行為の時から20年の時効が適用  
 ※動機を契約の内容に取込めるか。⇔契約書作成コスト

※不実表示

動機の錯誤については、一定の要件があれば取消しができるということについて、明確な規定が新しく設けられました。その要件とは、「錯誤が契約の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」ということ、現行の学説でいえば、要素の錯誤であるということです。それから、「契約の基礎とした事情についての認識が真実に反すること」。これは錯誤だから当たり前です。「当該事情が契約の基礎とされることが表示されていたこと」。つまり後出しで、富士山が見えるからとは言わずにマンションを買ったところ、買主が後になってから、この部屋からは富士山が見えないから取消せと言われても困るわけです。だから契約の段階で買主側も、富士山が見えるから買うということを表示したものでない取消しができませんということを要件にしています。取引の安定のためです。ただし、黙示であっても、実際に動機を明示的に話しておかなくとも、動機が表示されていたと判断される場合があるという議論もあります。さらに、表意者の重過失、つまり買主が甚だしい過失を犯したということではないようなことであることです。

錯誤の効果は、現行民法では無効となっていますが、改正法案では取消しになります。無効であれば時効にかからないのですが、取消となると時効にかかることとなります。不動産売買の裁判で、錯誤だけで争うということは、あまりありません。錯誤で争う場合は、同時に瑕疵担保責任や説明義務違反でも争うのが普通です。現行で、錯誤だけで争うのは、錯誤無効には時効がないため、相当年数が経ったものについて争う場合です。ところが錯誤の効果は取消しになります。取消しになると、時効の適用になり、改正法案では、行為の時から20年ないし追認できる時から5年とう時効に服することになります。

動機を極力、契約の内容に取り込んでおけば、紛争を防止できるわけですが、契約書作成

のコストとの見合いで、一体どこまで動機を書いておくのかという問題が出てきます。特別な動機があるのならば、書いておいた方が後々のリスクを避けることができます。富士山が見えることが必須であれば、買主はそれをきちんと行って契約にも取込んでおく。しかし、通常の住宅の売買では、そこまではしないのではと思います。

先ほど不動産関係団体が懸念していた不実表示の問題が実は若干だけ残っています。不実表示というのは、宅建業法にも規定がありますが、事実と異なることを告げる、富士山が見えないのに、富士山が見えますと広告する、あるいは不利益な事実を告げない、富士山眺望抜群と広告しておきながら、実は半年後にその視界に新しいビルが建つことを知っていたのに告げなかったというようなことです。中間試案までは不実表示も錯誤取消の要件になっていたのですが、不動産関係団体を始め各種団体からの反対意見があって、不実表示の要件はなくなりました。ただし、部会審議の中では、不実表示をした場合は③と見做されるというような議論がありましたので、裁判になった場合、もしかすると、動機の明確な表示がされてなかったとしても、不実表示であることから、動機の錯誤に当たるという判決が出るかもしれません。ここは裁判にならないとわからないところであります。

契約不適合の場合の救済手段

瑕疵担保責任から契約不適合責任へ

債務不履行一般の原則による

⇒① 損害賠償請求と契約の解除

売買の特則として

⇒② 追完請求と代金減額請求

それでは、次に契約の不適合があったときに、売主はどういう責任を取るか、逆にいうと買主側はどういったような救済手段がなされるのか、という点について説明をしてみたいです。まず契約不適合責任は、契約によって決まるという以上、一般の契約において、契約違反、債務不履行があった場合の対応と基本的には同じになるということです。瑕疵担保責任は、現行民法では売買の特種な規定としての法定責任ですが、改正法案では、基本的には債務不履行一般の原則によることとなります。564条では、損害賠償請求と解除権の行使

は、541条と542条の規定、つまり、債務不履行一般についての損害賠償の請求と契約の解除の規定によることが明らかになっています。

(買主の損害賠償請求及び解除権の行使)

第564条 前二条の規定(追完請求・減額請求)は、第415条の規定による損害賠償の請求並びに第541条及び第542条の規定による解除権の行使を妨げない。

ただし、売買の特則として、追完請求と代金減額請求があるという二段構成になっています。

(買主の追完請求権)

第562条 引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。

2 前項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、同項の規定による履行の追完の請求をすることができない。

(買主の代金減額請求権)

第563条 前条第1項本文に規定する場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないときは、買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる。

2 前項の規定にかかわらず、次に掲げる場合には、買主は、同項の催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。

- 一 履行の追完が不能であるとき。
- 二 売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 三 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、売主が履行の追完をしないでその時期を経過したとき。
- 四 前三号に掲げる場合のほか、買主が前項の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき。

3 第1項の不適合が買主の責めに帰すべき事由

によるものであるときは、買主は、前二項の規定による代金の減額の請求をすることができない。

以上を現行民法と対比すると下表のとおりです。

売主の責任の内容

	現行民法 瑕疵担保責任	改正法案 契約不適合責任
契約解除	○(契約目的達成不能のとき)	○(債務不履行が軽微であるときは不可)
損害賠償	○(信託利益に限られる)	○(履行利益に及び得る) 帰責事由がないときは免責
追完(修補等)	×	○
代金減額請求	△(権利の瑕疵・数量不足の場合)	○

概括しますと、現行民法の瑕疵担保責任の場合は、売主に過失がなくても責任を取らなくてはならない無過失責任です。ただし、損害賠償の範囲は信託利益に限られることとなります。一方、改正法案の規定による債務不履行の場合は、損害賠償について、売主に帰責事由がない場合は免責されることとなります。そして、帰責事由に当たるかどうかは、契約であれば、「契約及び取引上の社会通念に照らして」判断されることとなります。ここでも「契約の内容」が判断基準として重要となります。

免責の余地がある一方で、損害賠償の範囲は履行利益に及ぶこととなります。例えば転売益があるときは転売益も賠償しなくてはならなくなり、この点では売主が不利になります。一方、無過失責任であったのが、免責の余地が生じる点では、売主に有利になります。

契約解除については、現行民法の568条では、「契約をした目的を達成することができないとき」は契約解除できますが、改正法案では、「債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」は、契約解除できないことになり

ます。契約解除の余地が広がる可能性が生じます。ここでも、軽微であるか否かの判断基準として「契約の内容」が重要となります。契約解除の余地が広がるのは、明確に売主不利とまでは言えないものの、不利に働く可能性はあります。

### 契約の解除

現行民法の伝統的な通説の考え方では、契約解除の要件は過失責任主義に立脚しています。現行第 543 条には「債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるとき」は、契約解除できないと規定されていますが、この帰責事由は、債務者に「故意過失又は信義則上これと同視すべき事由」がある場合と解されています。そして、売主側が債務者だとすると、売主側に故意過失がある場合に、債権者である買主は、契約の解除ができることとなります。

#### (催告による解除)

第 541 条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。

#### (催告によらない解除)

第 542 条 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

- 一 債務の全部の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 三 債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。

四 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。

五 前各号に掲げる場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が前条の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき。

2 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる。

- 一 債務の一部の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。

(債権者の責めに帰すべき事由による場合)

第 543 条 債務の不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、前二条の規定による契約の解除をすることができない。

つまり、現行民法の伝統的解釈では、契約の解除は、「責任を追及する手段」として考えられています。しかし、改正法案では、第 541 条にも第 542 条にも、帰責事由に関する規定はありません。例えば、自然災害で一定期日までに必要な部品を納める契約が履行できなくなった場合、自然災害という不可抗力であるから債務者（売主）に帰責事由がないために解除できないとすれば、債権者（買主）は代替商品を探して購入したうえ、もともと売主が後になって商品を納めるとその代金も支払わなければならないことになってしまいます。それよりは、契約を解除して、別なサプライヤーから部品を購入した方が合理的です。天災だから、無過失だから契約解除できないというのでは、不合理なので、改正法案では、過失責任主義から転換し、契約の解除は、「契約の拘束力からの解放」と捉え、債務者の帰責事由の有無を問わないこととしているのです。

#### 債務者に対する責任追及から契約の拘束力からの解放へ

(契約解除の要件)

(現行) 債務者に故意・過失があるとき (過失責任主義) ⇒

(改正法案) 債務者の帰責事由を問わない。

ただし、債務不履行が債権者の帰責事由による場合は、契約解除できない。

具体的な契約解除の要件は、催告による解除の場合には、「債務不履行があった場合に、相当の期間

を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないとき」となります。また、無催告、催告によらずに解除できる要件は、契約目的が達成できないときであり、その具体の種類として、①履行不能、②履行拒絶、③履行の一部が不能である場合等であって、残存する部分みでは契約目的達成不能、及び④定期行為の不履行を挙げられています。履行の一部が不能で目的達成不能とは、例えば、私道に接道した土地の売買で、私道の通行許諾が得られなかったので、建物が建てられなくなった場合などが該当します。定期行為の不履行というのは、例えば、結婚式の日までに衣装を納入してくれ、というようなものです。不動産取引ではあまり想定されませんが、4月までに住民票を特定の学区内の住所に異動する必要があるため、それまでに住宅を売買し入居するといった場合が該当します。いずれにしろ、「催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき」は契約解除できることとなります。

なお、「相当な期間を定めて履行の催告をして、期間経過時における債務不履行が、契約取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」は、契約解除できないこととなります。逆に言うと、現行では契約目的が達成できる場合は契約解除できないのですが、改正法案では契約目的が達成できる場合であっても、債務不履行が軽微でないときは、解除できることとなります。現行の契約書では、契約目的が達成できないときは解除と規定しているのが通常ですけれども、契約目的が達成できる場合であっても、例外的な場合とは言え、解除できる余地が生じることとなります。ここは、現行と大きく異なる点です。下の表の網掛けの部分です。

契約解除できる場合

	債務不履行が軽微である	債務不履行が軽微でない
契約目的が達成できる	催告解除 × 無催告解除 ×	催告解除 ○ 無催告解除 ×
契約目的が達成できない	催告解除 ○ 無催告解除 ○	— —

それでは、契約目的が達成できるのに契約解除

できるのは、具体的にはどんな場合が想定されるでしょうか。不動産売買では、暴力団事務所の存在が考えられます。多くの裁判例では、住宅の売買で付近に暴力団事務所があった場合、契約解除はできず、損害賠償だけが認められています。改正法案が施行されると、居住という契約目的は達成できるかもしれませんが、暴力団事務所が隣にあることは軽微な債務不履行ではないと判断されれば、損害賠償に止まらず契約解除も可能になるかもしれません。ここは裁判になってみないとわからないところではありますが。売主側にすれば安易に解除してほしくないでしょうから、今後契約書を作成する際に、解除できない事由を列挙することを検討することも考えられます。ただし、規定の仕方によっては、消費者契約法 10 条に抵触し、消費者の利益を一方的に害する条項に当たり無効になってしまいます。

細かな違いですが、現行民法 562 条では、他人物売買について、売主が知らなければ契約解除できますが、改正法案ではこの規定はなくなりますので、他人物売買であっても、売主の善意のみでは契約解除できないこととなります。

### 損害賠償

#### (債務不履行による損害賠償)

第 415 条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

2 前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

- 一 債務の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 三 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

次に、損害賠償請求の要件ですが、現行民法の

伝統的な通説では、契約解除と同様に、債務者に故意・過失があることが要件となります。改正法案では、債務不履行又は履行不能が要件となります。売買の目的物に契約不適合があるときも、これに当たります。ただし、「債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは」免責となります。債務者である売主が、自らに帰責事由がないことを立証できれば免責されることとなります。

#### 損害賠償の要件

(現行法の伝統的な通説による解釈)

債務者の故意・過失信義則上これと同視すべき事由(過失責任主義)



(改正法案)

債務不履行・履行不能

債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは免責(立証責任は、債務者)

それでは、どのような場合であれば、免責されるのでしょうか。部会資料では、売買のような債務については、売主が免責されるのは不可抗力の場合などに限られるとの見方も示されています。しかし、例えば、実際にあった裁判例ですが、丘陵地帯にある宅地で地下水位が低いとは周辺の状況からみて考えられないような土地を売却したところ、地下0.5mの位置から地下水の湧水があった場合を考えると、現行では「隠れた瑕疵」に当たり、売主が無過失でも瑕疵担保責任を問われますが、改正法案では免責になる余地が生ずるものと思われま。土壌汚染などでも場合によっては免責の可能性があると思います。売主が帰責事由のないことを立証できれば、免責されることとなります。もっとも、具体の事例ごとに、契約及び取引上の社会通念に照らして帰責事由が判断されることとなりますので、実際に裁判をしてみないとわからないところではあります。なお、免責されるかどうかは、売主が個人か宅建業者によっても違ってくると思います。個人なら厳格に問われ

ないかもしれませんが、宅建業者だったらより厳格に責任を問われる可能性はあります。いずれにしろ、免責されるか否かは契約が重要になりますので、例えば土壌汚染の可能性があるならば、土壌汚染があった場合の責任分担等について、あらかじめ合意しておくことが紛争を避ける上から重要となります。

他人物売買の場合に、現行との違いが端的に表れます。565条の規定により、売買の目的物の権利の全部が他人に属する場合は、追完、代金減額の対象にはならず、売主免責に該当すれば、損害賠償の対象にもならず、契約解除のみが可能ということとなります。現行では、他人物売買の場合、売主は無過失責任ですから、信頼利益の賠償は請求できませんが、改正法案の条文からは、契約解除できるだけで、信頼利益の賠償請求はできないように読めます。

次に損害賠償の効果ですが、信頼利益のみの賠償だったのが履行利益にも及び、売主にとっては、より賠償の範囲が広がるということになります。もっとも具体的に何が履行利益に当たるかは、具体の案件ごとに裁判やってみないとわからないところがあります。

#### 賠償額の予定

この損害賠償に絡んで、不動産売買契約書で賠償額の予定を定めておくことがよくあります。つまり争いが生じてから初めて賠償額を交渉するのではなく、あらかじめ、債務不履行があったら売買代金の1割とか2割とかいうように賠償額の予定を定めておくのです。これにより、交渉費用を省くことや契約不履行に対する抑止力として働くことを期待するわけです。この点についても、改正がありまして、現行規定では、賠償額の予定に関し、裁判所はその額を増減できないとなっておりますが、この下線の部分が削除されます。

(賠償額の予定)

現行第420条 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。

実際のところ、現行民法の下でも予定額を増減している裁判例はいくつもありますので、判例法理の明文化ではあります。ただし、現行では増減できないと規定していることが裁判所の介入に抑止的に働いているものと思われるので、この制約がなくなると、より裁判所にとっては介入しやすくなることとなります。

これに関しまして、宅建業法の38条では、売主が宅建業者の場合は、契約の解除に伴う損害賠償の予定額は上限2割という規制があります。宅建業法38条は、整備法で改正しません。

#### 宅地建物取引業法

第38条 宅地建物取引業者がみずから売主となる宅地又は建物の売買契約において、当事者の債務の不履行を理由とする契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定めるときは、これらを合算した額が代金の額の十分の二をこえることとなる定めをしてはならない。

2 前項の規定に反する特約は、代金の額の十分の二をこえる部分について、無効とする。

現行の規定をよく見ますと、宅建業者が自ら売主となる場合、当事者の債務の不履行を理由とする契約の解除に伴う損害賠償額の予定は2割を超えないと規定しています。当事者の債務不履行であり、買主の債務不履行ではありません。つまり、買主の債務不履行だけでなく、売主の債務不履行を理由とする契約の解除に伴う賠償額の予定も2割を超えることはできないのです。現行では瑕疵担保と債務不履行とは別ですから、この38条の当事者の債務不履行には瑕疵担保責任は入っていませんでした。ところが、民法が改正されると、瑕疵担保責任は、債務不履行一般に吸収されてしまいますので、売主の現行の瑕疵担保責任を理由とする契約の解除に伴う損害賠償額の予定も2割を超えないということになって、一見売主を保護するような規定になってしまいます。実際の裁判でどう解釈されるかはよくわかりませんが、もっとも契約不適合による契約解除に伴う損害額は、契約締結過程の調査費などであり、通常は2割を超えるようなことはないと思いますが、土壌汚染の調査費用等の場合は2割を超えることがあるかもしれません。

損害賠償額の予定、不動産売買契約書では違約

金条項としている例が多いですが、この違約金条項の適用をどうするのかも検討する必要があります。なお民法402条で、「違約金の定めは賠償額の予定と推定する」とありますので、裁判になると、違約金と書いてあっても、賠償額の予定と解釈される可能性が高いこととなります。

**現行の一般的な不動産売買契約書では、違約金条項の適用は、契約に定める債務不履行による解除の場合のみ**

次の場合に違約金条項を適用すべきか。

- ・ 一般の債務不履行による契約解除 現行どおり
- ・ 一般の債務不履行による損害賠償 適用せず
- ・ 契約不適合責任による契約解除 ?
- ・ 契約不適合責任による損害賠償 適用せず

一般的な不動産売買契約書を見ますと、違約金条項が適用されるのは、契約に定める債務不履行解除の場合のみです。瑕疵担保責任は債務不履行とは別ですから、適用されませんし、損害賠償にも適用していません。それでは、改正法案施行後は、どうすればよいのでしょうか。一般の債務不履行による契約解除は、現行と同様に違約金条項を適用することになると思います。損害賠償については、どのような損害が生じ、賠償額がどの程度が適当かについては幅が広いので、ここに違約金条項を適用すると却って揉める元になります。わずかな損害賠償で済む場合もあれば、膨大な損害賠償になる場合もあるのだから、ここは違約金条項を適用しないでしょう。問題は、契約不適合責任、現行の瑕疵担保による契約解除の場合は、一体どうするのか、私はまだ結論に至っていません。宅建業法38条により、売主が宅建業者の場合は2割の上限規制がかかることになるところでもあります。

#### 危険負担

契約解除に関連して、危険負担について現行と規定が変わっている部分がありますので、説明いたします。

建物が滅失したときの責任の取り方、例えば別荘の売買をし、今日契約したのだが実は昨日売主の失火あるいは落雷で焼失してしまった場合、売主と買主のどちらがリスクを負担するかです。左側が現行の考え方ですが、焼失が契約締結時点以

		原始的不能 (契約締結時)	後発的不能 (契約締結後)			原始的不能 と後発的不能を区別せず
債務者の帰責事由	あり	契約無効 契約締結上の過失は信頼利益の損害賠償	契約解除 損害賠償の請求	債務者の帰責事由	あり	契約解除 損害賠償の請求
	なし	契約無効	危険負担 特定物の債権者主義		なし	契約解除 又は 反対給付の履行拒絶

前であれば原始的不能となり、そもそも契約はなかったこととなります。そして、失火の場合だったら損害賠償の対象になりますが、天災であれば、契約は無効となります。契約締結時点以後であれば、失火による滅失であれば、契約解除して損害賠償の対象になりますが、問題は天災など不可抗力による滅失の場合です。この場合は、特定物の債権者主義、現行民法の 534 条に規定によることになり、特定物に関しましては、「債務者の責に帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。」とされています。つまり買主がリスクを負担することになり、代金を払わなくてはならない、別荘は受け取れないということになります。これではおかしいというのは従来から言われているところではありますが、534 条が削除され、この点の問題が解消されます。右側が改正法案の考え方ですが、契約締結時点による場合分けはなくなり、原始的不能と後発的不能とを区別せずに、債務者の帰責事由による区別はありますが、基本的には契約締結時点で物がなくなっていたとしても契約は有効となります。原始的に不能であっても、「不能であったことは損害の賠償を請求することを妨げない」、不能であっても契約は有効で、損害賠償請求もできるし、契約解除もできることとなります。もっとも、不動産売買では、特約で、この特定物の債権者主義を排除し、引渡

し時から買主がリスクを取るようになっているのが通例ですので、民法の条文が実務の慣行に追いついたというところではあります。

(履行不能)

第 412 条の 2 債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。

2 契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第 415 条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

(債務者の危険負担等)

第 536 条 当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

わかりにくい条項が新たに加わっていますが、536 条では「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、反対給付の履行を拒むことができる」と規定しています。つまり、天災によって滅失した場合は、買主は反対給付の履行、代金支払

いを拒むこともできるし、契約解除することもできることとなります。

## 追完

売買の特則として、新たに追完請求と代金減額請求というものが規定されました。

まず追完です。追完というのは、要するに修理するということです。これはある意味ではわかりやすい規定で、不動産売買の契約書でも、瑕疵があったときは、一定の範囲では修理しますというような規定があるものが多いです。契約によって売買の目的物が何かが決まるのだから、契約の内容と異なった不具合があれば契約の内容に合うように修理したり、代替りの物を提供したりしなければならないということです。契約責任説の立場からは自然な考え方です。

- ・ 追完方法は、修補、代替物の引渡し、不足分の引渡し  
追完方法は、まず買主の選択  
買主に不相応な負担を課すものでないときは、売主の選択
- ・ 契約不適合が買主の帰責事由によるものであるときは、追完請求できない。
- ・ 損害賠償と異なり、売主に帰責事由がないときでも、追完請求できる。

ビールに不純物が混じっていたなら代替物の引渡しが追完の方法でしょうが、建物の不具合ならば、修補になります。追完の方法について、562条のただし書規定では、「売主は、買主に不相当な負担を課すものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる」とされています。つまり、売主に選択の余地があるわけです。そうすると、追完方法をめぐり売主と買主とが揉める元となるおそれがあります。例えば耐震性が足りないので耐震改修をしますというときに、建物が不細工になるのは考えずに、筋交いを入れるという改修方法があるとして、買主としては、見栄えも考えて、もっといい方法、費用が掛かる方法を選びたい。こういった場合に一体どうするのか。紛争を避けるためには、色々なケースを想定してあらかじめ契約書で合意して

おけばいいのですが、実際のところ、どのような契約不適合が生じる可能性があるのかも不明だし、修補にも様々な方法があるでしょうから、契約書で定めておくのは相当困難です。

また、修理するのに過大な費用を要する場合は、どうするのかも問題となります。耐震性の問題があり、マンションを建て替えるしか方法がない場合、建て替えるぐらいならば契約解除した方がよいということもあるわけです。部会の議論では、追完に過大な費用を要するときは、追完不能であり、契約解除の要件になるという議論もなされていきました。しかし、改正法案の規定では明確ではないので、契約書で、追完に過大な費用を要する場合は追完不能とみなすことを合意しておく必要があると思います。

なお、契約不適合が買主により引き起こされたときは、当然追完請求はできません。また、損害賠償には免責要件がありますが、追完には免責はありません。売主に帰責事由がなくても、追完請求には応じなくてはなりません。契約した以上、契約の内容に相応しい物を引き渡すのは売主の責任だという考え方です。

## 代金減額

代金減額請求は、現行では、563条及び535条の規定により、権利の一部が他人物、数量指示売買の数量不足、一部滅失のときは代金減額請求できることになっています。これを契約不適合一般に拡大するものです。この代金減額請求権は、契約責任説からは必ずしもすっきりとは説明できません。追完は、契約の内容に適合するよう修理する、契約の内容に適合した代替りの物を引き渡すということですが、代金減額は契約の内容に適合しない物を引き渡すことを前提として、そのことは了解して、ただし、契約の内容に適合しない程度にに応じて、その分代金を減らすという考え方です。つまり、契約責任とは異なり、法定責任の残滓を引きずっている部分があります。

## 代金減額請求の要件

- ①相当の期間を定めて追完の催告をしても、履行の追完がないとき  
又は

- ② i 追完不能
- ii 明確な追完拒絶
- iii 定期行為の不履行
- iv その他追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき

- ・原則として追完がないときに行使可能。
- ・損害賠償と異なり、売主に帰責事由がないときでも、代金減額請求できる。
- ・契約不適合が買主の帰責事由によるものであるときは、代金減額請求できない。
- ・契約解除とは両立しない。

代金減額を請求するための要件は、第一に、相当の期間を定めて追完の催告をしても、履行の追完がないときです。第二に、①追完不能、②追完拒絶、③定期行為の不履行、④その他追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき、つまり契約目的達成不能です。後者の要件は無催告解除の要件と同じです。つまり代金減額というのは、もとの契約を全うせずに、契約の一部を解除して新たな契約を結び、それに応じた代金とすると考えることができます。契約の内容に適合した物を引き渡すということからは離れているわけです。代金減額請求は、損害賠償と異なり、売主に帰責事由がないときでも、することができます。この点でも、法定で無過失責任にしていると捉えることもできます。

代金減額は、損害賠償とは異なります。履行利益分が減額されるわけでも、信頼利益分が減額されるわけでもありません。例えば、1億円の土地を購入し店舗を建てようとしたところ、土壌汚染が見つかり、調査費用に200万円、除去費用に2500万円を要し、営業が遅れることにより300万円の機会費用が失われたとしても、損害額相当分が減額されるわけではありません。土壌汚染がある土地の市場価格が8000万円と評価されるならば、2000万円が減額対象となるだけです。除去費用は間接的には市場価格に影響するでしょうが、除去費用相当額が減額されるわけでもないし、まして調査費用や機会費用は関係ありません。したがって、買主としては、契約解除しないのであれば、まずは損害賠償請求をすべきなのです。あるいは、追完請求と同時に損害賠償請求をすべきなのです。損害賠償請求をしたところ、売主免責が認められ

て損害賠償が受けられないときの最後の手段として、代金減額請求があるわけです。代金減額請求は、売主無過失でも認められるのですから。

それでは、代金減額の割合をどう算定するのでしょうか。数量不足の場合であれば、単価に応じで減額すればよいこととなります。例えば、100㎡1億円で売買したところ、80㎡しかなければ、次のとおりです。

$$100 \text{ 万円} / \text{m}^2 \times (100 - 80) \text{ m}^2 = 2000 \text{ 万円}$$

しかし、この場合でも、実際の取引価格が市場価格と乖離していた場合は問題が生じます。例えば、市場価格1億円だったが、8000万円で購入し、前と同様20㎡不足していた場合はどう算定すればよいのでしょうか。先の設例と同じく、2000万円でしょうか。それとも、

1600万円(=80万円/㎡×(100-80)㎡)でしょうか。さらに実務上大きな問題になるのは、品質の不適合の場合です。「不適合の程度に応じて」代金を減額すると563条では規定していますが、「不適合の程度」をどう算定すればよいのでしょうか。鑑定を求めるにしても、鑑定価格をめぐる争いが生じるおそれがありますし、鑑定費用の負担の配分の問題も生じます。個人が売主の場合は、一層のこと特約で代金減額請求は排除した方がよいのかもしれませんが、もちろん、売主が宅建業者の場合は、宅建業法と消費者契約法に抵触してしまいますが。

### 売主免責

代金減額を排除する特約について触れましたが、一般的な「売主免責」に話を進めます。契約不適合責任に絡んで、宅建業者の方が最も心配されていることの一つが売主免責の問題です。

#### 売主が宅建業者の場合

- ・引渡し時から2年以上となる通知期間の特約を除き、買主に不利な特約は無効(宅建業法第40条)
- ・債務不履行責任の全部免責条項、故意・過失による債務不履行責任を一部免責する条項(対象拡大)等は無効(消費者契約法第8条)

### 売主が個人の場合

・ 免責特約を契約書にどのように規定するか。

売主が悪意の場合は、免責特約は無効（民法第572条）

まず売主が宅建業者の場合は簡単です。宅建業法40条と消費者契約法8条の制約がありますから、引き渡しの時から2年以上となる通知期間の特約を除き、買主に不利な特約や免責特約は基本的には無効となります。売主免責特約は考える必要がありません。問題は、現行民法では売主は無過失責任であったのが、改正法案では売主に帰責事由がないときは免責される余地が生じることです。そこで、引き続き、契約不適合に関して売主は免責されないという、売主に厳しい特約をすることも可能です。住宅の品質保証を売主である宅建業者が負うことで、差別化を図ることができます。

なお、消費者契約法については、民法改正に伴う整備法案で次の改正が予定されています。

（事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効）

第8条 次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。

- 一 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項
- 二 事業者の債務不履行（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項
- 三 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項
- 四 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項
- 五 （削る）

消費者契約が有償契約である場合において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵（かし）があるとき（当該消費者契約が請負契約である場合には、当該消費者契約の仕事の目的

物に瑕疵があるとき。次項において同じ。）に、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項（現行第8条第1項第5号）

2 前項第一号又は第二号に掲げる条項のうち、消費者契約が有償契約である場合において、引き渡された目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないとき（当該消費者契約が請負契約である場合には、請負人が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡したとき（その引渡しを要しない場合には、仕事が終了した時に仕事の目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないとき。）。以下この項において同じ。）に、これにより消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任を免除するものについては、次に掲げる場合に該当するときは、同項の規定は、適用しない。

- 一 当該消費者契約において、引き渡された目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないときに、当該事業者が履行の追完をする責任又は不適合の程度に応じた代金若しくは報酬の減額をする責任を負うこととされている場合
- 二 当該消費者と当該事業者の委託を受けた他の事業者との間の契約又は当該事業者と他の事業者との間の当該消費者のためにする契約で、当該消費者契約の締結に先立って又はこれと同時に締結されたものにおいて、引き渡された目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないときに、当該他の事業者が、その目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないことにより当該消費者に生じた損害を賠償する責任の全部若しくは一部を負い、又は履行の追完をする責任を負うこととされている場合

現行の消費者契約法では、瑕疵担保責任を全部免責する規定は無効ですが、この規定がなくなり、瑕疵担保責任の規定は、民法改正に合わせて、債務不履行一般の規定に取り込まれてしまうために、契約不適合の一部を免責する規定も無効になることとなります。

それでは、売主宅建業者は、中古建物に不具合

があっても、必ず担保責任を負わなければならないのでしょうか。例えば、雨漏りがあることが契約時点から明白であれば、契約の内容に取込んでおけば、その雨漏りに関しては担保責任を負う必要はありません。契約の目的や動機とも関係がありますが、取壊して建替えが目的の中古建物の売買であれば、後々の紛争を招かないためには、目的や動機を特記しておくことが適当です。この建物を取壊して建替えることを目的で売買します、だから代金も200万円減額して800万円とします、というように。つまり、建物の不具合を契約の内容に取り込んでしまうわけです。そうすれば、雨漏りがあることが契約の内容なので、売主の責任にはなりません。

売主が個人の場合は、現行と同様に全部免責又は一部免責特約をすることが可能です。

それでは、売主が個人の場合の免責特約を一体どうしたらよいのでしょうか。「〇〇について、契約不適合責任を負わない」とか「契約不適合責任は一切負わない」という特約は有効です。しかし、最初から不具合がわかっているのならば、契約の内容に取込んでおいた方が、後日の紛争を避けるためには望ましいでしょう。また、売主が悪意、売主がその不適合を知っていた場合は、現行の572条の内容は改正されませんので、「担保の責任を負わない特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実」については、その責任を免れることができません。売主が知っている不具合は買主に告げ、売主と買主の双方が確認したものととして契約の内容にしてしまう方が適当です。

#### 中古建物の雨漏り

- ・取壊し建替が目的⇒目的の特記、代金減額
- ・売主悪意⇒免責特約は無効（第572条）
- ・買主悪意⇒契約の内容に取込み代金減額（契約の内容になっていなかったら？）
- ・買主善意・有過失⇒？
- ・売主善意/可能性の告知・不告知⇒？

買主悪意、買主が知っていた不具合についても、契約の内容に取込んでおくことが紛争を避けるためには適切です。なお、「隠れた」の要件はなくなりますから、買主が知らなかったという理由だけで、売主が責任を取るといふことにはなりません。

それでは、買主がその不具合を知らなかったが知らなかったことについて過失があった場合はどうでしょうか。個別の事案ごとに、何が契約の内容になっていたかを決めて判断することになるのでしょうか。

売主が知らなかった場合はどうか。ここも、個別の事案ごとに事情も異なるでしょうから、裁判になってみないとわからないところです。それでは、売主が知らなかったけれども、可能性を告げた場合、土壌汚染があるかもしれないと告げた場合はどうでしょうか。現行では、可能性を告げただけでは免責されませんが、ここも個別の事案ごとに、どのように告げ、それが買主の認識になっていたか否かを判断して決めることになるのでしょうか。

#### 住宅の品質確保の促進等に関する法律改正条文

##### （新築住宅の売主の瑕疵（かし）担保責任）

第95条 新築住宅の売買契約においては、売主は、買主に引き渡した時（当該新築住宅が住宅新築請負契約に基づき請負人から当該売主に引き渡されたものである場合にあっては、その引渡しの際）から十年間、住宅の構造耐力上主要な部分等の瑕疵（かし）について、民法第415条、第541条、第542条、第562条及び第563条に規定する担保の責任を負う。

2 （略）

3 第一項の場合における民法第566条の規定の適用については、同条中「種類又は品質に関して契約の内容に適合しない」とあるのは「住宅の品質確保の促進等に関する法律第95条第一項に規定する瑕疵がある」と、「不適合」とあるのは「瑕疵」とする。

なお、新築住宅については、品確法により構造耐力上主要部分及び雨水の侵入防止部分について10年間の瑕疵担保責任を負うことになり、これに反する買主に不利な特約は無効となります。

#### 買主の権利の期間制限

現行の瑕疵担保責任では、売主の無過失責任を認める代わりに、買主の権利行使期間を1年に制限しています。この部分の条文は、大きく変わります。

(目的物の種類又は品質に関する担保責任の期間の制限)

第 566 条 売主が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を買主に引き渡した場合において、買主がその不適合を知った時から一年以内にその旨を売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。ただし、売主が引渡しの際にその不適合を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。

現行民法 566 条では、「契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から 1 年以内にしなければならない」と、請求が必要となりますが、改正法案では、1 年以内に不適合の事実を「売主に通知しないとき」と改正されています。判例では、この請求は、瑕疵の内容と損害賠償請求する旨の表明とされているところですが、これが、不適合の通知で済むこととなります。そして、1 年以内に通知すれば、損害賠償の請求権自体は保存されて、知った時から 5 年の時効に掛かることとなります。買主が現行より保護されるということとなります。

買主が不適合の事実を知った時から 1 年以内に不適合の事実を売主に通知しないときは、損害賠償等の請求ができない。

- ・ 売主が悪意・重過失のときは失権しない。
- ・ 通知により保存された請求権は、知った時から 5 年の消滅時効にかかる。
- ・ 瑕疵の内容等を示し損害賠償請求する旨の表明 ⇒ 不適合の事実の通知
- ・ 数量に関する不適合、権利に関する不適合には、期間制限の適用はない。(消滅時効がそのまま適用)

不動産売買の契約書では、「知った時」が一体いつだったのかという争いを避けるため、通常「知った時」からではなく「引き渡し時」を起算点にしています。そして、売主が宅建業者の場合は、宅建業法 40 条の制約がありますので、引渡しから 2 年としているのが多いです。改正法案施行後も、引渡し時から 2 年とするのですが、2 年以内に

通知した請求権は、時効期間内は有効で、実際の請求は引渡しから 5 年以上経過してからということもあり得ます。売主が宅建業者の場合、2 年以内に請求しなければならないという特約は無効になります。無効になれば、民法の規定に戻りますから、知ってから 1 年以内に通知、時効期間内に請求となります。

売主の立場は不安定にならざるを得ません。売主が個人の場合は、売主が不安定な状態にある期間を短縮するため、起算点をどうするか、期間をどう設定するかなどを検討する必要があります。

また、数量不足や権利の不適合は、期間制限の対象になりません。売主が業者の場合は、どうしようもありませんが、売主が個人の場合は、数量不足や権利の不適合も期間制限の対象にするのかも検討しなければなりません。

## 手付

(手付)

第 557 条 買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解除をすることができる。ただし、その相手方が契約の履行に着手した後は、この限りでない。

手付については、現行 557 条では、「当事者の一方が契約の履行に着手するまでは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を償還して、契約の解除をすることができる。」と規定されており、手付解除しようとする者が履行に着手しようとした場合も解除できないかのように読めるので、紛れがないよう明確化したのと、判例法理を踏まえ、「倍額を償還」ではなく、「現実の提供」と改めています。手付倍返しについては、口頭で提供すると言っただけではだめですが、支払う、つまり、買主が受領を拒んだときは供託をする必要ではなく、「現実の提供」で足りる、つまり、相手のところに持参すれば、相手方が拒んでも供託する必要はないこととなります。

## 競売における担保責任

(競売における担保責任等)

第 568 条 民事執行法その他の法律の規定に基づ

く競売（以下この条において単に「競売」という。）における買受人は、第 541 条及び第 542 条の規定並びに第 563 条（第 565 条において準用する場合を含む。）の規定により、債務者に対し、契約の解除をし、又は代金の減額を請求することができる。

2・3 （略）

4 前三項の規定は、競売の目的物の種類又は品質に関する不適合については、適用しない。

競売における担保責任については、基本的には現行どおりでして、強制競売に関し目的物の種類・品質の不適合については、債務者は責任を負わず、権利の不適合と数量不足については責任を負うこととなります。問題は、法律上の不適合の場合です。例えば、建築基準法の建ぺい率制限により建物が建てられないなどです。権利の不適合なら、競売における担保責任の対象になるし、品質の不適合なら、ならないという違いが生じてしまいます。

### 3 賃貸借

#### (1) 賃貸借

・ 賃貸物の修繕	p80(80)～
・ 賃貸物の滅失等	p82(82)～
・ 賃借人の原状回復義務と収去義務	p85(85)～
・ 損害賠償請求権に関する期間制限	p89(88)～
・ 賃貸人の地位の移転	p90(90)～
・ 転賃の効果	p99(99)～
・ 敷金	p80(77)～
・ 将来債権の譲渡	p97(97)～

敷金や通常損耗など民法改正の賃貸借に関するところは、新聞報道等では大きく取り上げられたところですが、実は、現行の慣行を条文にただただ、あまり問題はないところではあります。

#### 賃貸物の修繕

（賃貸人による修繕等）

第 606 条 賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う。ただし、賃借人の責めに帰すべき事由によってその修繕が必要と

なったときは、この限りでない。

2 （略）

（賃借人による修繕）

第 607 条の 2 賃貸物の修繕が必要である場合において、次に掲げるときは、賃借人は、その修繕をすることができる。

一 賃借人が賃貸人に修繕が必要である旨を通知し、又は賃貸人がその旨を知ったにもかかわらず、賃貸人が相当の期間内に必要な修繕をしないとき。

二 急迫の事情があるとき。

改正法案では、一つは賃借人の帰責事由による場合は修繕義務を負わない、つまり賃借人が壊したといったようなときは、賃貸人は修繕しなくよいこととなります。現行の規定で不明確だったところが明確になりました。

・ 賃貸人は、賃貸物の使用収益に必要な修繕義務を負う。

ただし、賃借人の帰責事由による場合は、義務を負わない。

二つ目としては、賃借人の修繕権を認めました。これは新しい規定です。急迫な事情があるときや、通知したのに賃貸人が直してくれなかったときは、賃借人は、自分で修理してよいこととなります。

#### 賃借人が修繕できる場合

① 通知したにもかかわらず、賃貸人が相当期間内に修繕しないとき

② 急迫の事情

※必要費償還請求（第 608 条第 1 項）の対象となる。

⇒賃貸人と賃借人との修繕の範囲・費用等分担の明確化

⇒躯体に影響を及ぼす修繕工事の禁止など

これは、賃貸人と賃借人の間で揉める元となるおそれがあります。賃借人が、雨漏りがするので、屋根を修理したときに、その費用は誰が負担するかというと、608 条の必要費償還請求の対象になりますから、賃借人は賃貸人に修繕費用を出してくれと言うこととなります。修繕の内容について、賃借人と賃貸人との間で齟齬がなければいいのですが、賃貸人から見れば、必要がないような過度な修繕までしたとなると、どこまでが必要費の範囲かで争いが生じてしまいます。また、躯体に影響

響を及ぼすような修繕を賃貸人の断りもなくしてしまうと、これも揉める元です。したがって、賃貸借契約の際には、賃貸人と借借人が、それぞれの範囲の修繕をするのか、費用分担をどうするのかを決めておくことが適切です。また、躯体に影響を及ぼす修繕工事を禁止するなど、あらかじめ契約で決めておかないと、後々、大きな問題になるおそれが生じます。

### 賃借物の一部滅失

(賃借物の一部滅失等による賃料の減額等)

第 611 条 賃借物の一部が滅失その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合において、それが賃借人の責めに帰することができない事由によるものであるときは、賃料は、その使用及び収益をすることができなくなった部分の割合に応じて、減額される。

2 賃借物の一部が滅失その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合において、残存する部分のみでは賃借人が賃借をした目的を達することができないときは、賃借人は、契約の解除をすることができる。

次に、一部滅失の場合の話です。現行 611 条では、「賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したとき」は、賃借人は賃料の減額を請求できるとされています。それが、一部滅失だけでなく、一部使用収益できなくなったときに対象が拡大されます。また、現行であれば、まずは賃借人が賃貸人に請求して、協議の上いくら減額するか決めるのですが、一部使用収益できなくなれば、当然に減額されることとなります。ただし、賃借人の帰責事由によらない一部滅失等であることが必要であり、賃借人の帰責事由によらないことは、賃借人が立証しなければなりません。

一部滅失の場合、賃料の減額請求

⇒一部使用収益できなくなった場合、

使用収益できなくなった割合に応じて当然減額

・賃借人の帰責事由によるものでないこと（帰責事由の立証責任は、賃借人）

※減額の割合をどうするか。

※その他の事由により使用及び収益をすることが

### できなくなった場合とは？

一体使用収益することができなかった場合とはどういう場合が該当するのか、また、減額の割合をどうするのか問題になるところです。例えば停電で使用収益できなかったというときに、その原因は何によるのか、地震によって停電になった場合と共用部分の設備の不具合によって停電になった場合とでは違ってくると思います。また、住宅の停電と店舗の停電でも違ってきます。店舗が停電になって、営業ができなくなれば収益がなくなるのだから、当然賃料減額になるでしょう。一方、地震で広域停電した住宅についてまで、賃料減額になるのかという問題です。

また、「使用及び収益をすることができなくなった部分の割合に応じて」減額することになりますが、売買における代金減額と同様、減額分をどう算定するかは難しい問題です。4部屋のうち1部屋使用できないのであれば、四分の一でよいのかもしれませんが、個々の事案ごとに事情を勘案して判断しなければなりません。

残存部分のみでは使用収益できなくなったときは、賃借人は契約解除できる。

・賃借人の過失による場合であっても解除可  
⇒損害賠償請求

なお、残存部分のみでは使用収益できなくなったときは、賃借人の過失により使用収益できなくなったときであっても、契約解除できることとなります。契約の解除は拘束からの解放という考え方がここでも完徹しています。賃借人の過失による場合は、もちろん賃貸人は損害賠償請求をすることとなります。

(賃借物の全部滅失等による賃貸借の終了)

第 616 条の 2 賃借物の全部が滅失その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合には、賃貸借は、これによって終了する。

建物の全部滅失、これは当然終了するということを新たに規定するだけのものです。

### 賃借人の原状回復義務と収去義務

(賃借人の原状回復義務)

第 621 条 賃借人は、賃借物を受け取った後にこ

れに生じた損傷（通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く。以下この条において同じ。）がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷が賃借人の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

次が新聞報道になったところですが、賃借人の原状回復義務が規定され、「通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く」、つまり原状回復義務の対象には通常損耗が含まれないことが明確になります。これが、消費者保護として大きくメディアでは取り上げられたところではありますが、通常損耗は原状回復義務に含まれないというのは、国土交通省の「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン」でも定めており、東京都の条例でも定めているところであり、実態に大きな変わりがあるわけではありません。

・通常損耗の回復は、原状回復義務の内容に含まれない。

・任意規定であり、特約で排除可能である。  
⇒住宅の賃貸借の場合、通常損耗補修特約が有効であるためには、

少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が契約に具体的に明記されているなど賃借人の明確な合意が必要（最判平成17年12月16日）

中間試案の段階では、強行規定にしようという意見もありましたが、結局任意規定になりましたので、特約で排除可能です。通常損耗に関しては、消費者契約法の施行により、多くの訴訟があり、最高裁で解釈が定まっているところです。この最高裁判例が、民法改正により変わるものではありません。住宅の賃貸借の場合は、通常損耗補修特約が有効であるためには、少なくとも賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が契約に具体的に明記されているなど、賃借人の明確な合意が必要とされています。例えば、壁の汚れは、通常損耗であっても賃貸借が終了し原状回復のときに賃借人が補修する、その費用は〇円又は単価は何々によるというようなことを定めておく

のです。契約時点で、賃借人が通常損耗の補修にどの程度の費用が掛かるかが明確になり、それを理解してもらわないと無効になる可能性があります。排除可能にするための要件は厳格で、それでも紛争が生じてしまうかもしれませんので、普通は通常損耗分は賃料に入れるとは思いますが。しかし、通常損耗補修特約があれば、賃借人が丁寧に使用することが期待できるとか、賃料をその分安く設定できるというメリットもあるわけです。

事業用の不動産については、判例があって、事業用の不動産の場合には、合理性があれば、通常損耗を原状回復義務に含めてもよいとされていますので、ここは現状と変わりません。

（使用貸借の規定の準用）

第 622 条 第 597 条第 1 項、第 599 条第 1 項及び第 2 項並びに第 600 条の規定は、賃貸借について準用する。

（借主による収去等）

第 599 条 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する義務を負う。ただし、借用物から分離することができない物又は分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでない。

2 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物を収去することができる。

賃借人の収去義務が、使用貸借の規定を準用するという形で新たに定められます。賃借人は賃借物に付属されたものを収去する義務を負い、同時に収去する権利を有するという内容です。

賃借人は、賃借物に付属させた物を収去する義務を負い、収去する権利を有する。

ただし、分離不能又は分離に過分の費用を要する付属物については、収去義務を負わない。

※費用償還請求権（第 608 条）の問題

⇒賃貸人の承諾を得ない付属物の設置の禁止  
承諾を得ずに設置したときの費用償還請求権の排除

ただし書きが問題となるところで、分離不能な物又は分離するのに過分の費用を要する物については、収去義務を負わないこととなります。付合

物、壁に塗ったペンキ、これは分離不能なので、収去義務を負いません。これはいいとして、「分離に過分の費用を要する物」です。収去義務を負わないとしても、608条の費用償還請求権の対象になりますから、賃借人は賃貸人に、この部分残しておくから費用を払ってと言ってくる。賃貸人としてはこんなもの残されても困るといえるときに、どうするのかという問題です。これは、契約で対処する必要があります。まず、賃貸人の承諾を得ずに付属物を設置することを禁止しておく。仮に承諾を得ずに設置したときは、費用償還請求権の対象にしないということを明確にしておく必要があると思います。

### 損害賠償請求権の期間制限

(損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限)

第 600 条 契約の本旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償及び借主が支出した費用の償還は、貸主が返還を受けた時から一年以内に請求しなければならない。

2 前項の損害賠償の請求権については、貸主が返還を受けた時から一年を経過するまでの間は、時効は、完成しない。

損害賠償請求権の期間制限については、今お話しした費用償還請求権にも当てはまるのですが、返還から1年以内に請求しなくてはならないという規定があるとともに、新たに、「貸主が返還を受けたときから1年を経過するまでの間は、時効は完成しない」と規定されます。なぜこんな規定を入れたかという、例えば、賃貸借期間が10年を超えるような長期の物件で、1年目に賃借人の用法違反により壊れたが、賃貸人はその事実を把握できなかったというケースが考えられます。賃貸借期間が終了し返してもらった時に損傷に気が付いたけれども、もう時効にかかってしまい、損害賠償請求をできないこととなります。それでは不合理なので、返還時から1年間は消滅時効は完成しないとしています。逆に言うと、1年以内に請求しなくてはならないという規定です。

### 賃貸人の地位の移転等

(不動産賃貸借の対抗力)

第 605 条 不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その不動産について物権を取得した者その他の第三者に対抗することができる。

不動産賃貸借の対抗力については、第三者対抗要件を明確に規定しただけです。

契約上の地位の移転については、一般には契約の相手方の承認が必要とされています。改正法案では、その規律を明らかにするため、新たに契約上の地位の移転に関する条文が設けられます。

第三款 契約上の地位の移転

第 569 条の 2 契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方が当該譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、その第三者に移転する。

しかし、賃貸人の地位の移転については、判例では、賃借人の承認は不要とされています。賃借人にとっては、新賃貸人の下で賃借人の立場を維持することは決して不利ではないからです。

(不動産の賃貸人たる地位の移転)

第 605 条の 2 前条、借地借家法(平成3年法律第90号)第10条又は第31条その他の法令の規定による賃貸借の対抗要件を備えた場合において、その不動産が譲渡されたときは、その不動産の賃貸人たる地位は、その譲受人に移転する。

2 前項の規定にかかわらず、不動産の譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及びその不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しない。この場合において、譲渡人と譲受人又はその承継人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保されていた賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転する。

3 第1項又は前項後段の規定による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権の移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができない。

4 第1項又は第2項後段の規定により賃貸人た

る地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、第 608 条の規定による費用の償還に係る債務及び第 622 条の 2 第 1 項の規定による同項に規定する敷金の返還に係る債務は、譲受人又はその承継人が承継する。

(合意による不動産の賃貸人たる地位の移転)

第 605 条の 3 不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、その賃貸人たる地位は、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人と譲受人との合意により、譲受人に移転させることができる。この場合においては、前条第 3 項及び第 4 項の規定を準用する。

そこで、605 条の 2 第 1 項と 605 条の 3 により、賃貸人の地位の移転の要件が定められます。一つは賃借権の対抗要件があること。この場合は、当然移転することになり、対抗要件を備えた賃借人は新賃貸人の下で賃借人の立場を維持します。二つ目は、譲渡人と譲受人との間で合意があれば、対抗要件がなくても、賃借人の承諾なしで、賃貸人の地位を移転できるとされています。駐車場等対抗要件を備えていない不動産の賃貸借や賃借人への引渡し前のアパートなどに適用されることとなります。

**譲渡人（旧賃貸人） ⇒ 譲受人（新賃貸人）**

要件

① 賃借権の対抗要件

合意を要せず当然に移転)

- ・ 賃借権の登記（民法第 605 条）
- ・ 建物の賃借権の場合は、建物の引渡し（借地借家法第 31 条）
- ・ 借地権の場合は、既登記建物の所有（借地借家法第 10 条）など

又は

② 譲渡人と譲受人の合意

（駐車場等対抗要件を備えていない、賃借人への引渡し前等）

※ いずれにしる賃借人の承諾は不要

この場合、所有権の移転を登記しないと、新しい賃貸人は賃借人に対抗できません。つまり、賃借人が前の賃貸人に家賃を払い続けたとしても、対抗はできないこととなります。

費用償還債務と敷金返還債務は、当然新たな賃

貸人が継承します。当たり前の規定ですが、一つ問題があって、賃借人が元の賃貸人の下で賃料未払いを起こしときは、地位の移転の際にその分は清算してから引き継ぐのか、それとも清算しないでそのまま引き継ぐのかです。そこで、地位の移転の際には、これらの債務のうちどの範囲を承継するのかを明確に合意しておく必要があります。

・ 所有権移転の登記をしなければ、新賃貸人は、賃借人に対抗できない。

・ 費用償還債務・敷金返還債務は、譲受人が承継。  
※旧賃貸人下での賃借人の未払い債権の扱い  
⇒承継の範囲の明確化

賃貸人たる地位の移転の留保

A から B に賃貸用不動産の所有権を移せば、B が賃貸人になるのは当然なのですが、A に賃貸人の地位を留保したい場合があります。例えば、A が賃貸用不動産を小口化して、投資家である B が小口化した持分を買う場合などです。B は別に賃貸人をやりたくなく、A は引き続き管理会社として賃貸人の立場を継続したいわけです。

現行では、譲渡人から譲受人に所有権を移転するけれども、引き続き譲渡人が不動産の管理、賃貸人をやりたいときには、賃借人全員の同意が必要ですが、改正法案では、A と B との間で留保の合意をし、かつ、賃貸借契約を結べば、賃借人 C の同意はいらないこととなります。同意は不要ですし、賃貸人にとっては原状と何ら変わらない関係ですが、敷金返還債務等の帰趨を考えると、賃借人に、賃貸不動産の譲渡があったが、賃貸人の地位は留保していることを通知した方が後々の紛争防止のためには望ましいと思います。

賃貸人たる地位の留保の要件

(現行) ① 譲渡人と譲受人との留保の合意

② 賃借人の合意

⇒ (改正法案)

① 譲渡人と譲受人との留保の合意

② 譲受人と譲渡人との賃貸借契約

ただこのままでは問題が生じる場合があります。例えば債務不履行により、A と B との間の賃貸借契約がなくなったという場合、A と C との間の賃



貸借契約もなくなってしまいます。そうすると賃借人が宙に浮いてしまいますので、605条の2第2項には、「譲渡人と譲受人又はその承継人との間の賃貸借が終了したとき」は、賃貸人の地位は、原則に従いBに移転すると規定しています。Bの下でCは引き続き賃借人の立場を維持できるわけです。

これで問題がすべて解消されるわけではなく、賃借人の保護はいいとしても、例えば不動産小口化商品では投資家である譲受人Bが多数いるわけで、敷金返還債務が分散されることになります。そうすると、賃貸借が終了し、敷金を返してもらったときに、面倒な事態が予想されます。今では、不動産特定共同事業法などの特別な立法によって開発される不動産証券化商品などがありますから、改正法案の規定によるよりも、よりスマートな方法で、賃貸人たる移転の留保を行うことになると思いますが、民法の原則に戻ると、このような規律になります。

**転貸**

賃貸人Aが賃借人Bに不動産を賃貸していたところ、BがCにまた貸しする、これが転貸です。Bは新たに転貸人となり、Cは転借人となります。

**(転貸の効果)**

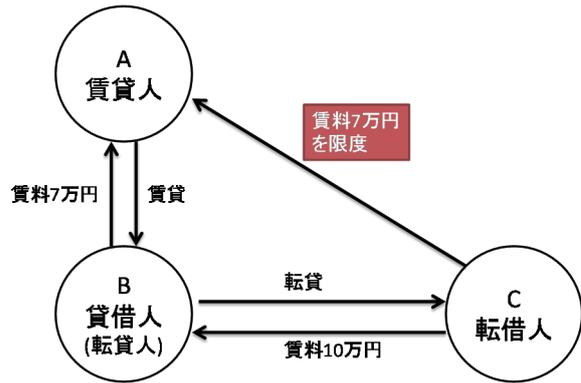
第 613 条 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、賃貸人と賃借人との間の賃貸借に基づく賃借人の債務の範囲を限度として、賃貸人に対して転貸借に基づく債務を直接履行する義務を負う。この場合においては、賃料の前払をもって賃貸人に対抗することができない。

2 (略)

3 賃借人が適法に賃借物を転貸した場合には、賃貸人は、賃借人との間の賃貸借を合意により解除したことをもって転借人に対抗することができない。ただし、その解除の当時、賃貸人が賃借人の債務不履行による解除権を有していたときは、この限りでない。

もともと、AはBに7万円で貸し、Bはそれを10万円で転貸していたところ、Bが賃料未払いのとき、どうするかというのが転貸の効果の問題です。この場合、AはCに直接賃料を請求でき、CはAに支払い義務を負いますが、義務の範囲は、転貸借が10万円であっても、7万円までと定めています。

また、AとBとの賃貸借が合意解除されたときは、Cを保護するために、新たにAとCの間での賃貸借契約になることを定めています。これは転借人保護のためです。ただし、Bの債務不履行、賃料未払い等の債務不履行があつて解除されたときは、元のAとBの間の賃貸借関係がなくなると、BとCとの間の転貸借関係もなくなります。



- ・ 転借人が直接履行すべき債務の内容は、元の賃貸借契約に基づく債務の範囲に限られる。
- ・ 原賃貸人と転貸人（賃借人）との間で合意解除された場合は、債務不履行解除の要件を満たしていたときを除き、解除を転借人に対抗できない。

**敷金**

敷金が明確に定義されるとともに、敷金のルールが整備されましたが、現行の慣行と異なるものではありません。

**(敷金)**

第 622 条の2 賃貸人は、敷金（いかなる名目によるかを問わず、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭をいう。以下この条において同じ。）を受け取っている場合において、次に掲げるときは、賃借人に対し、その受け取った敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務の額を控除した残額を返還しなければならない。

- 一 賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたとき。

- 二 賃借人が適法に賃借権を譲り渡したとき。  
 2 賃貸人は、賃借人が賃貸借に基づいて生じた金銭の給付を目的とする債務を履行しないときは、敷金をその債務の弁済に充てることができる。この場合において、賃借人は、賃貸人に対し、敷金をその債務の弁済に充てることを請求することができない。

敷金とは、「賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭」と定義されました。

#### 敷金返還債務の発生要件

- ① 明渡しが完了したとき  
 又は  
 ② 賃借人が賃借権を適法に譲渡したとき

返還債務はいつ発生するか、いつ返還義務があるかについては、明渡し完了ということになっていて、賃貸借の終了の時点でなくて、あくまで明渡し完了した時が発生要件になります。あるいは、賃借人が賃借権を適法に譲渡したときです。保証金という名称で敷金のような性格を持つものがありますが、敷金に該当するか、あるいは、その一部が敷金に該当するか、先ほどの定義に当てはまるかどうかによります。622条の2では、「いかなる名目によるかを問わず」とありますので、敷金と異なることを明確にしたいのであれば、明確に契約書に規定しておかないと敷金とみなされるおそれが生じてしまいます。

#### 敷金の充当関係

- ①敷金返還債務の範囲は、敷金の額から、明渡しまでの賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する債務の額を控除した残額  
 ②賃貸人は、敷金を賃料未払い等の債務の弁済に充てることができるが、賃借人は、敷金を債務の弁済に充てることを請求することはできない。

敷金の充当関係についても、判例法理を条文にただけですが、敷金返還債務の範囲は、敷金の額から、明け渡しまでの間に生ずる債務の額を控除した額であり、賃貸人は敷金を未払い賃料に充てることができるけれども、賃借人は敷金を債務の弁済に充てることを請求できないとされていま

す。

#### 敷引特約が有効であるための要件

- ① 賃貸借契約に敷引特約が付され敷引金の額が明示  
 ② 通常損耗等の補修費用として通常想定される額、賃料の額、礼金等他の一時金の授受の有無及びその額等に照らし、敷引金の額が高額過ぎないこと  
 (最判平成23年3月24日)

敷引特約については、消費者契約法施行後、多くの訴訟があったところですが、最高裁判例も出て解釈は確立しています、改正法案は、この最高裁判例を変えるものではありません。つまり、敷引特約であることが明確であり、敷引金額がきちんと明示され、その額が通常損耗の補修費用として想定される額に比べて高くなく、敷引金額を考慮して賃料等が設定されているなどの条件が満たされれば、敷引特約も有効です。

#### 敷金返還債権の譲渡等

- (債権の譲渡性)  
 第466条 (略)  
 2 当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示(以下「譲渡制限の意思表示」という。)をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。  
 3 前項に規定する場合には、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる。  
 4 前項の規定は、債務者が債務を履行しない場合において、同項に規定する第三者が相当の期間を定めて譲渡人への履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、その債務者については、適用しない。

債権の流動性を高めるために、債権の譲渡性に関し新たな規定が設けられます。466条2項では、「債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示をしたときであっても、債権の譲渡はその効力

を妨げられない」とされます。敷金返還債権について、譲渡を禁止する、質権の設定を禁止するというような特約を付けることがあります。債権譲渡の禁止特約や制限特約をしたとしても、債権譲渡は無効にはなりません。ここは留意しておく必要があります。

(将来債権の譲渡性)

第 466 条の 6 債権の譲渡は、その意思表示の時に債権が現に発生していることを要しない。

2 債権が譲渡された場合において、その意思表示の時に債権が現に発生していないときは、譲受人は、発生した債権を当然に取得する。

債権の流動性を高めるため、466 条の 6 では、将来債権の譲渡が債権譲渡の対象であることを明確にしています。賃貸不動産について、将来発生する賃料を譲渡することが有効になるわけです。将来賃料債権を譲渡した賃貸不動産を譲渡するようなケースはあまり想定されませんが、もし、そのような賃貸不動産が流通すると賃料がとれない賃貸不動産になってしまうわけです。将来賃料債権の帰属を契約で明らかにし、それに応じた価格設定をすることが必要になります。

賃貸借の成立等

(賃貸借)

第 601 条 賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約することによって、その効力を生ずる。

(賃貸借の存続期間)

第 604 条 賃貸借の存続期間は、五十年を超えることができない。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、五十年とする。

2 賃貸借の存続期間は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から五十年を超えることができない。

601 条は、賃貸借の終了によって賃借人に目的物返還債務が生じることを明らかにするものです。

賃貸借の存続期間は、現行では 20 年となってい

ます。もっとも借地借家法が適用されると、土地は基本的には 30 年又はそれ以上ですし、建物は上限を設けないこととなりますので、民法の規定は関係ありません。しかし、この上限が 20 年から 50 年になることによって、借地借家法の適用がない駐車場やゴルフ場などでは、より合理的な借地期間を設定できることとなります。

3 賃貸借

(2) 保証

・保証債務の付従性	p103(103)～
・極度額	p105(105)～
・元本確定事由	p107(107)～
・情報提供義務	p113(113)～

アパートを貸すにあたって、大家は借家人が賃料を滞納したり過失によってアパートを損傷したりして、賃料債務や損害賠償債務を負うことを担保させるため、賃貸借契約の際に敷金を差入れさせたり、保証人を付けることを求めたりします。賃料滞納等が生じたときは、敷金から控除したり、保証人が支払ったりすることを求めます。保証は、不動産実務に関しては、賃貸借に関係が深い分野です。

保証債務の付従性

(保証人の負担と主たる債務の目的又は態様)

第 448 条 保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、これを主たる債務の限度に縮減する。

2 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重されたときであっても、保証人の負担は加重されない。

保証債務の付従性について、新たに 448 条 2 項で、「主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重されたときであっても、保証人の負担は加重されない」と規定されました。現行であれば、例えば、賃料が増額されたときに賃料の未払いがあったら、その増額分も保証人は保証しなくてはなりません。ところが、もしも賃料の増額が態様の加重に当たるということになれば、増額された部分は保証人の保証対象ではなくなることになり

ます。保証契約の時点の賃貸借契約の賃料が保証対象になります。借地借家法の適用がある一般の賃貸物件であれば、賃料や借地料の増額は、自ずと法の定める合理的な範囲に止まります。その合理的な範囲であれば、おそらく態様の加重には当たらないと判断されると思いますけれども、ここは、きっと訴訟が起こると思います。裁判になった場合、態様の加重に当たらないと判断されるかどうかです。賃料を大幅に増額するか、契約条件を変える、例えば3カ月滞納したら違約金加算に変更とかは、態様の加重に当たりますので、その場合は保証契約の改定が必要になります。

### 極度額

(個人根保証契約の保証人の責任等)

- 第465条の2 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約(以下「根保証契約」という。)であって保証人が法人でないもの(以下「個人根保証契約」という。)の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。
- 2 個人根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。
- 3 第446条第2項及び第3項の規定は、個人根保証契約における第1項に規定する極度額の定めについて準用する。

極度額は、民法改正で不動産の賃貸借業務に最も大きな影響を与えるものです。極度額の規定は、平成16年の民法改正で入ったものです。商工ローン問題をきっかけに保証人保護のために、貸金等債務を対象に規制が設けられました。この規制対象が、貸金等債務の保証から、個人根保証契約すべてに拡大するものです。

- ・不動産賃貸借に伴う保証は根保証であり、個人根保証契約は、極度額を定めなければ、その効力を生じない。
- ※強行規定と解され、まったく新しいルール適用

⇒※極度額をどう設定するか。

※どのような保証手段を講じるか。(機関保証、敷金、保険等)

※法施行後、賃貸借契約の更新時に適用があるか。

・極度額の定めは、書面又は電磁的記録により行わねばならない。

不動産賃貸借に伴う保証は、不特定の債務を対象とする保証です。家賃何カ月分の保証ではなく、家賃未払いになれば1年未払いだろうが未払い分だけ保証することになり、未払いが加算すれば、どんどん増えてしまいます。さらに、例えば過失で壊したら、その分の損害賠償額も保証対象になりますが、賠償額があらかじめ決まっているわけではありません。これで保証人が個人であれば、「個人根保証契約」に当たることは明確です。したがって、極度額を定めなければ、保証契約は無効となります。これは強行規定と解される、全く新しいルールの適用になります。

それでは、極度額をいくりに設定するかが問題となります。低ければ、家賃10万円で10万円の極度額では保証にはなりません。6カ月分の60万円ではどうか、損害賠償が生じたときは足りません。賃借人に自殺されたときは、しばらくは貸せないし、家賃を下げる必要もあり、大変な損害額になるかもしれません。そのような事態への保証にはなりません。それでは極度額1,000万円ではどうか、1000万円では、親だって保証することを躊躇するでしょう。

個人保証だけではどうしても限界があって、個人保証以外に、家賃保証会社に機関保証を求めたり、保険会社で保険をかけたり、敷金を取ったりして多面的な保証をすることが必要になってくると思います。

いつから適用になるかという問題もあります。賃貸借契約は継続契約なので、継続している賃貸借に対しては、適用になりません。改正法案施行後に賃貸借契約が更新されたときに、どうなるかが微妙です。更新なので、新しい契約になると思いますので、付随する保証契約も新しくする必要があります。極度額が適用になると考えられますが、自動更新で賃貸人に賃借人も更新を意識しないという賃貸借契約もあるでしょうから、そのような場合も極度額を定めないと保証契約が無効となるのか。裁判になって判例が蓄積されないと、よく

わからないところです。

なお、極度額の定めは、書面又は電磁的記録によらなければなりません。口頭ではだめです。

**元本確定事由**

(個人根保証契約の元本の確定事由)  
 第 465 条の 4 次に掲げる場合には、個人根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。ただし、第一号に掲げる場合にあっては、強制執行又は担保権の実行の開始があったときに限る。  
 一 債権者が、保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。  
 二 保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。  
 三 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。

個人根保証契約について、下記の事由が生じたときは、元本が確定されます。例えば、保証人が破産すれば、破産手続き開始前の未払い賃料は保証しなければなりません。その後の未払い賃料は保証する必要はなくなるわけです。元本確定事由は、次のとおりです。

**元本確定事由**

- ① 保証人の財産についての強制執行等の申立て
- ② 保証人の破産手続きの開始
- ③ 主たる債務者又は保証人の死亡  
(元本確定期日、賃借人の破産は適用せず)

不動産の賃貸借で保証人を立てたところ、保証人が死亡すれば、保証されるのはその時点までの債務になります。判例では、保証人が死亡しても保証人の相続人がその保証を引き受けなければならないのですが、改正法案では、保証人が死亡したら、そこまでです。主たる債務者である賃借人が自殺した場合では、自殺に伴う損害賠償は保証対象になりますが、自殺した以後の家賃の未払いは対象にはなりません。現行とは違ってきますので、保証人が死亡したときに、どうするのかを契約書であらかじめ定めて置く必要があるかもしれません。

**情報提供義務**

(主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務)

第 458 条の 2 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、保証人の請求があったときは、債権者は、保証人に対し、遅滞なく、主たる債務の元本及び主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものについての不履行の有無並びにこれらの残額及びそのうち弁済期が到来しているものの額に関する情報を提供しなければならない。

(主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報の提供義務)

第 458 条の 3 主たる債務者が期限の利益を有する場合において、その利益を喪失したときは、債権者は、保証人に対し、その利益の喪失を知った時から二箇月以内に、その旨を通知しなければならない。

2 前項の期間内に同項の通知をしなかったときは、債権者は、保証人に対し、主たる債務者が期限の利益を喪失した時から同項の通知を現にするまでに生じた遅延損害金(期限の利益を喪失しなかったとしても生ずべきものを除く。)に係る保証債務の履行を請求することができない。

3 前二項の規定は、保証人が法人である場合には、適用しない。

(契約締結時の情報の提供義務)

第 465 条の 10 主たる債務者は、事業のために負担する債務を主たる債務とする保証又は主たる債務の範囲に事業のために負担する債務が含まれる根保証の委託をするときは、委託を受ける者に対し、次に掲げる事項に関する情報を提供しなければならない。

- 一 財産及び収支の状況
- 二 主たる債務以外に負担している債務の有無並びにその額及び履行状況
- 三 主たる債務の担保として他に提供し、又は提供しようとするものがあるときは、その旨及びその内容

2 主たる債務者が前項各号に掲げる事項に関して情報を提供せず、又は事実と異なる情報を提

供したために委託を受けた者がその事項について誤認をし、それによって保証契約の申込み又はその承諾の意思表示をした場合において、主たる債務者がその事項に関して情報を提供せず又は事実と異なる情報を提供したことを債権者が知り又は知ることができたときは、保証人は、保証契約を取り消すことができる。

3 前二項の規定は、保証をする者が法人である場合には、適用しない。

保証に伴う情報提供義務は、中間試案段階では不動産賃貸業にとって大きな問題でしたが、問題の多くは解消されています。458条の2では、「保証人の請求があったとき」は、債権者は、債務の状況に関する情報を提供しなければならないこととなります。また、458条の3では、賃借人が期限の利益を喪失したときは、その旨を保証人に通知しなければならないこととなります。例えば、未払い賃料を分割払いにすることとし、期限に遅れたときは延滞損害金を課すと合意した場合、期限に遅れると延滞損害金が生じ、期限の利益を喪失することとなります。そのような場合は、保証人に通知しなければならないということです。

① 保証人が請求したときは、賃貸人（債権者）は、債務の不履行の有無・残額及び弁済期がきているものの額に関する情報を保証人に提供しなければならない。

② 賃借人（主たる債務者）が期限の利益を喪失したときは、賃貸人（債権者）は、その旨を保証人に通知しなければならない。（未払い賃料等を分割払いによることとし、期限に遅れたときは、延滞損害金を課す定めをした場合など）

465条の10では、事業用の不動産についての賃貸借に限られますが、個人に保証を委託する場合は、賃借人が、自分の財産や収支の状況を保証人になろうとする人に情報提供しなければならないこととなります。

・賃借人（主たる債務者）は、その財産及び収支の状況等の情報を保証人に提供しなければならない。

・賃借人が情報提供せず又は虚偽の情報提供をし、賃貸人がそのことを知り得たときは、保証人は保証委託契約を取り消すことができる。

※保証契約が取消された場合、賃貸借契約はどうなるか。

⇒信頼関係破壊に至らなければ解除できない。

ここは中間試案では、賃貸人に保証人に対する情報提供義務が課せられおり、賃貸人から見れば不条理だったので、業界団体の反対があったところですが、情報提供義務者が賃借人に転換しましたので、大きな問題ではなくなりました。

賃借人が情報を提供しなかったり、虚偽の情報提供をしたりしたときは、保証人は保証契約を取り消すことができるとなっていますので、賃貸借契約に付随的な保証契約が取消されたときに、元の賃貸借契約はどうなるのか。信頼関係破壊に至らなければ解除できないというのが判例の考え方ですので、裁判にならないとわかりませんが、それだけでは、たぶん解除できないのではないかと思います。いずれにしろ、賃借人がきちんと情報提供しているか確認する必要があると思います。

#### 4 その他

・消滅時効	p117(117)～
・法定利率	p124(124)～
・定型約款	p127(127)～
・施行期日及び経過措置	p131～(なし)

#### 消滅時効

(債権等の消滅時効)

第166条 債権は、次に掲げる場合には、時効によって消滅する。

一 債権者が権利を行使することができることを知った時から五年間行使しないとき。

二 権利を行使することができる時から十年間行使しないとき。

(人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効)

第167条 人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効については、同条第一項第二号の規定の適用については、同号中「十年間」とあるのは、「二十年間」とする。

(不法行為による損害賠償請求権の消滅時効)

第724条 不法行為による損害賠償の請求権は、

- 次に掲げる場合には、時効によって消滅する。
- 一 被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から三年間行使しないとき。
  - 二 不法行為の時から二十年間行使しないとき。

(人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権の消滅時効)

第 724 条の 2 人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権の消滅時効についての前条第一号の規定の適用については、同号中「三年間」とあるのは、「五年間」とする。

債権の消滅時効の規定に関しては、非常にシンプルになります。現行民法では、職業によって、様々な短期消滅時効があります。例えば、飲み屋のツケなら 1 年だとか、医者報酬は 3 年とかです。また、債権の消滅時効は、民法が適用されれば通常 10 年間ですし、商法が適用されれば 5 年間です。それが単純化されて、基本的には、新たに、「知った時から 5 年間」という主観的起算点による時効期間が設けられ、それと、「権利を行使できる時から 10 年間」という客観的起算点による時効期間とのいずれか早い期間が経過すれば、時効が完成することになります。また、商法 522 条では、5 年間の時効期間が定められていますが、これは削除され、民法の時効に一元化されます。

不動産売買であれば、多くの債権は引き渡し時点において、権利を行使することができることを知ることができるでしょうから、その場合は、引渡し時点から 5 年を経れば時効となります。例えば売買代金の支払債務ならば、引渡し時から 5 年で消滅です。民法の適用なのか商法の適用なのかを考えずに、5 年間になるわけです。

- ・主観的起算点（知った時）から 5 年間
- ・客観的起算点（不動産売買であれば引渡し時）から 10 年間
- ・職業別の短期消滅時効の廃止
- ・商法第 522 条の時効（5 年）の廃止

ただし、167 条では、人の生命身体への侵害による損害賠償請求権の消滅時効は、主観的起算点から 5 年間又は客観的起算点から 20 年間になります。また、724 条では、不法行為による損害賠償請求権の消滅時効は、主観的起算点から 3 年間又は客観的起算点から 20 年間になります。さらに、人の生命

又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権の場合は、主観的起算点から 5 年間です。

問題なのは引き渡し時にわからなかった契約不適合などです。特に問題になるのは、人の生命身体を害する不法行為による損害賠償請求権です。被害者を知ったときから 5 年間、引き渡し時から 20 年間という長期のわたり請求権が消滅しないこととなります。例えば、建物のアスベストによる健康被害が売買から 20 年近く経過して初めてわかったときであっても、アスベストによる被害が不法行為と立証されれば、責任を問われることになるわけです。

### 法定利率

(法定利率)

第 404 条 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、その利息が生じた最初の時点における法定利率による。

- 2 法定利率は、年三パーセントとする。
- 3 前項の規定にかかわらず、法定利率は、法務省令で定めるところにより、三年を一期とし、一期ごとに、次項の規定により変動するものとする。
- 4 各期における法定利率は、この項の規定により法定利率に変動があった期のうち直近のもの（以下この項において「直近変動期」という。）における基準割合と当期における基準割合との差に相当する割合（その割合に一パーセント未満の端数があるときは、これを切り捨てる。）を直近変動期における法定利率に加算し、又は減算した割合とする。
- 5 前項に規定する「基準割合」とは、法務省令で定めるところにより、各期の初日の属する年の六年前の年の一月から前々年の十二月までの各月における短期貸付けの平均利率（当該各月において銀行が新たに行った貸付け（貸付期間が一年未満のものに限る。）に係る利率の平均をいう。）の合計を六十で除して計算した割合（その割合に〇・一パーセント未満の端数があるときは、これを切り捨てる。）として法務大臣が告示するものをいう。

手付解除の利息を無利息にする、違約金の利息や賃料遅延の延滞損害金の利息を定めるなど不動

産実務では、約定で金利を定めることが多いとは思いますが、裁判で損害賠償が認められたのに、損害賠償債務を履行しない場合の延滞損害金などは法定利率によることとなります。現行の法定利率は、5%と現状の市場金利に比し、ペナルティ効果を考えても高すぎるものですが、法定利率は3%となります。また、商法514条では、商事法定利率6%と定められていますが、これが廃止され民法の法定利率に統一されます。さらに、短期貸付金利と法定利率の間に一定の乖離があると、法定利率が1%刻みで変動することとなります。

## 定型約款

### (定型約款の合意)

第548条の2 定型取引（ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。）を行うことの合意（次条において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

- 一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。
- 二 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。

2 前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

### (定型約款の内容の表示)

第548条の3 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。た

だし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。

2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。

### (定型約款の変更)

第548条の4 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。

一 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。

二 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

2 定型約款準備者は、前項の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

3 第1項第二号の規定による定型約款の変更は、前項の効力発生時期が到来するまでに同項の規定による周知をしなければ、その効力を生じない。

4 第548条の2第2項の規定は、第1項の規定による定型約款の変更については、適用しない。

約款は最後まで法制審議会の部会で揉めて結論がなかなか出なかったところです。しかし、現代社会では、約款による取引は普遍的であり、約款の一部を「定型約款」と定義して、その限定した定型約款に関する規律を新しく設けることになりました。

### 定型約款の定義

特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものにおいて、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体

定型約款とは、「特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものにおいて、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」と定義されています。そして、契約は当事者双方の合意によることが原則なのですが、定型約款に関しては、「定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」は、契約の合意をしたものとみなされることとなります。ただし、相手方の権利制限や義務を課す条項であって、相手方の利益を一方的に害するものは、合意したことにならないという構成になっています。さらに、定型約款のメリットとして、一定の要件を満たせば、定型約款を準備した者が、一々相手方の合意をとることなしに、定型約款の内容を変更できることとなります。多くの相手と画一的な契約をする場合は、非常に有効です。

定型約款の最大のメリットは、相手方の合意なしで、変更できることでしょうから、一回限りの不動産売買では、あまり関係はありません。標準売買契約書式によるひな形契約は、それを基礎として交渉が行われれば、交渉が行われた条項は当然定型約款にあたりません。そもそも、不特定多数を相手方として行う取引ではありませんし、画一的であることがその双方にとって合理的とも思えませんので、定型約款には該当しないと思います。

不動産賃貸借では、賃料の変更を約款の変更で行うなどということは考えられませんが、ビルの使用規則等が、場合によっては不特定多数を相手方として、画一的であることが合理的であり、合意を得ずに変更するメリットがあるかもしれません。しかし、ビルの使用細則は、賃貸借契約に定める賃借人の管理義務を詳細に規定したものに過ぎませんから、「条項の総体」とは言えず、定型約款には当たらないと思います。

### 施行期日と経過措置

- ・ 公布の日から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日から施行する。
- ・ 施行日前になされた法律行為や生じた債権・債務等については、原則として現行民法が適用される。

#### ※賃貸借契約の更新

#### ※施行日前の契約の残存

最後に、施行期日と経過措置ですが、施行期日は、公布の日から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日となっています。十分な施行期間をおくと思われしますので、3年近くの施行期間をおくことを前提すれば、今国会で成立するならば、平成31年の4月か31年の1月が施行日になると思われそうです。成立がさらに遅れれば、それに応じて施行日も繰り下がるとは思いますが、もしかすると、その場合は施行期間を3年より短くするかもしれません。

経過措置としては、施行日前になされた法律行為、つまり契約や債権などは、原則として現行民法によることとなります。賃貸借の妨害排除請求など継続的契約に伴うものについては、一部施行前にその賃貸借契約が締結されたものであっても、適用されるものもありますが、基本的には施行日前になされた契約は現行民法が適用になります。

改正民法施行後しばらくの間は、施行日前の契約が残存してしまうこととなりますので、どちらが適用になるのか迷うことになるでしょう。また、賃貸借契約の更新がどう扱われるかの問題は、極度額のところで述べたとおりです。

### まとめ

施行までに準備しなければならないことは、まず、強行規定への対応です。特に根保証の極度額をどう設定するのか検討する必要があります。

任意規定については、特約で排除するのか、改正法案の規律によるのかを判断し、特約で排除する場合は、どのような契約条項にするのかを検討しなければなりません。この本の中でも、特約の方向性については触れていますが、具体的条項までは記載していませんし、その条項が宅建業法や

消費者契約法に抵触しないかも検討する必要があります。

また、判例法理をたんに条文にただけとは言え、条文にしてしまうと、その条文の文言から解釈が発展してしまいます。そこで、ある程度裁判例が蓄積されるまでは、どう解釈されるか不安定になるものがあります。したがって、それを避けるためには、一義的に契約の内容が解釈できるように、契約書に明確に書き込んでおく必要があります。

以上の三つの視点から、契約書の見直しや業務規程の見直しを民法の施行までの間にする必要があります。一方で、あらゆることを想定して契約書を作成するのはコストがかかることも留意する必要があります。残された期間は意外と少ないかもしれません。本日の講演が多少なりともお役にたてれば幸いです。