

## はしがき

宅地建物取引業者の方と話をしているよく言われるのが、「『不動産訴訟を専門にしている』という弁護士は多いけれども、宅地建物取引業法に詳しい弁護士が少ない」ということである。

確かに、土地や建物の明渡し請求訴訟の考え方は、司法研修所の民事裁判修習や弁護修習で最初に扱うものであり、今日ではロースクールでも扱い、弁護士であれば誰でも対応できる。不動産の二重譲渡や、手付売買の履行の着手の有無というような、民法の典型論点は、弁護士であれば誰でも知っているし、また、解説書も多い。「不動産訴訟が専門です」と言っても概ね間違いないのかもしれない。

他方、不動産取引の場面では、宅地建物取引業法の適用を受ける免許業者である宅地建物取引業者が、プレーヤーとして登場することが多い。この宅地建物取引業法は、宅地建物取引業を営むことを免許制とするための行政法であり、違法行為があっても、直接には民事上の効力には影響しないはずである。宅地建物取引業法を知らなくても、民事訴訟を遂行する弁護士は直ちには困らないかもしれない。

しかし、宅地建物取引業を営むには免許が必要であるからこそ、宅地建物取引業者にとっては、宅地建物取引業法違反の有無が決定的に重要であることがある。宅地建物取引業法は、紛争の未然予防のために様々な業務準則を定めている法律であるので、民事上の紛争が生じた場合には、宅地建物取引業法違反があることが多く、しかも、複数の宅地建物取引業法違反がセットになっていることが少なくない。民事訴訟で金銭的に有利に解決するよりも、金銭的には多少不利であっても迅速に解決を図り、再発防止策を講じた方が会社の利益になると考える宅地建物取引業者は少なくない。そのような宅地建物取引業者には、民事的な見通しだけでなく、宅地建物取引業法を考慮に入れた助言に大きな意味があることになる。反対に、宅地建物取引業者を攻める側に立つのであれば、宅地建物取引業法違反があることを正確に指摘することにより、迅速に依頼者の利益に沿った解決を図ることが可能になることもある。宅地建物取引業を理解した上で不動産取引を考えることができることは、大きなアドバン

ページになる。

私は、社会人としての振出しが当時の建設省不動産課であり、バブル初期の頃に法規担当セクションの係員として宅地建物取引業法の解釈に関わる問合せに対応する日々を過ごした。そのような経験が役に立っているのか、弁護士になってからも宅地建物取引業者のコンプライアンスに関わる相談を受けることが多い。本書は、有斐閣の「Lawyers' Knowledge シリーズ」の一冊として、私の従前の経験を踏まえ、不動産取引に関して宅地建物取引業法と民法とが交錯する場面を中心に、「実践知」を解説するものである。本書が多くの弁護士や不動産会社の法務部の方々や宅地建物取引士の実務の役に立ち、多くの人々が安心して不動産取引を行うことができるようになれば幸甚である。

本書は、社会人としての振出しから今日に至るまでの建設省・国土交通省の方々やその関係の方々との様々な議論や示唆があったからこそ執筆できた。また、法律実務家としての師である故濱田俊郎弁護士の下で精緻な議論の進め方を学ばなければ、本書の執筆はできなかった。さらに、有斐閣の亀井聡氏と鳥袋愛未氏からは、企画段階から様々な助言と暖かくも厳しい叱咤激励をいただき、執筆の後押しをしていただいた。これらの方々に厚く御礼を申し上げる次第である。

2019年11月  
熊谷 則一

**CHAPTER 01****宅地建物取引実務の概要と本書の扱う問題**

I. 本書の扱う問題と宅建業法	1
1. 不動産に関する紛争	1
2. 本書の扱う問題	2
3. 「実践知」としての宅建業法の知識	2
II. 売買契約実務	3
1. 売主としての宅地建物取引業者	3
(1) 集客活動…3/(2) 物件案内…4/(3) 申込みと重要事項説明…4/(4) 売買契約の締結…5	
(5) 手付金の授受等…6/(6) 決済・物件引渡し…6	
2. 仲介業者としての宅地建物取引業者	6
(1) 売主側の仲介業者との媒介契約…6/(2) 売主側の仲介業者の販売活動…7	
(3) 買主側の仲介業者との媒介契約…8/(4) 物件調査と重要事項説明…9	
(5) 売買契約の締結と手付金の授受…9/(6) 決済・物件引渡し…10	
III. 賃貸借契約実務	11
1. オーナー側・貸主側の仲介業者としての宅地建物取引業者	11
2. 借主側の仲介業者としての宅地建物取引業者	11
(1) 物件案内等…11/(2) 媒介契約の締結と重要事項説明…12	
(3) 賃貸借契約の締結と決済…13	

**CHAPTER 02****売買契約での紛争**

I. 契約の成立	15
1. 売買契約の成立について	15
(1) 売買契約書…15/(2) 買付証明書・売渡承諾書…16	
(3) 売買契約の成立と宅建業法 37 条書面…17	
2. 他人物売買等について	19
(1) 民法の原則と宅建業法の規制…19/(2) 適用除外…20/(3) 業者間取引…22	
(4) 法 33 条の 2 違反の民事上の効果…22/(5) 法 33 条の 2 違反に対する監督処分…23	
3. 契約締結等の時期の制限	23
(1) 民法の原則と宅建業法の規制…23/(2) 規制の内容…24	
(3) 法 36 条違反の民事上の効果…24/(4) 法 36 条違反に対する監督処分…25	
II. 売主の説明義務	25

1. 売主の民事上の説明義務	26
(1) 信義則上の情報提供義務・売買契約の付随義務としての説明義務	26
(2) 売主が宅地建物取引業者である場合	27
2. 売主の宅建業法上の説明義務	28
(1) 説明義務の概要	28/2
(2) 宅建業法上の説明義務と民事上の注意義務との関係	30
(3) 宅建業法を理解しておく重要性	31
3. 建物に生じている不具合等	32
4. 地中埋設物・土壌汚染	35
5. 法律等の制約	40
(1) 建築基準法等による公法的な制約	40/2
(2) 行政指導・指導致要綱による制約	43
(3) 仮処分・抵当権設定登記等	46
6. 心理的瑕疵	48
(1) 自殺	48/2
(2) 死亡事件	50/3
(3) 暴力団関係事務所	52
7. 環境的瑕疵	53
(1) 日照・眺望等	53/2
(2) 騒音	59
8. その他	60
III. 手付	65
1. 手付の意義と種類	65
(1) 解約手付	65/2
(2) 手付の種類	66/3
(3) 手付の認定	67
2. 解約手付と履行の着手	67
(1) 履行の着手	67/2
(2) 具体例	68
3. 宅地建物取引業者が売主である場合	70
(1) 手付の額の制限	70/2
(2) 解約手付性の付与	70/3
(3) 法 39 条違反の制裁	72
4. 手付についての説明	73
(1) 重要事項説明の対象としての解約手付	74/2
(2) 37 条書面の記載事項としての解約手付	74
(3) 監督処分	75
IV. 瑕疵担保責任・契約不適合担保責任	76
1. 瑕疵担保から契約不適合担保責任へ	76
(1) 改正前民法の「瑕疵」	77/2
(2) 最高裁平成 22 年 6 月 1 日判決	77
(3) 改正民法での契約不適合担保責任	79/4
(4) 契約不適合の判断	80/5
(5) 「隠れた」瑕疵	81
2. 物理的瑕疵	82
(1) 土地の造成等の問題	82/2
(2) 建物に生じた不具合	89
(3) 瑕疵なき物件を引き渡す義務を認めた事例	97
3. 地中埋設物・土壌汚染・埋蔵物	98

(1) 埋設物…98/(2) 土壌汚染…102/(3) 埋蔵物…104	
4. 法令上の制限その他法律的な瑕疵・契約不適合 ……………	106
(1) 建築基準法…107/(2) 森林法…111/(3) かけ条例…112/(4) 土地区画整理法…112	
5. 心理的瑕疵・契約不適合 ……………	114
(1) 自殺、殺人等の事件事故…114/(2) 暴力団関係事務所…117/(3) 生物の生息…119	
(4) 過去の損傷…120/(5) 性風俗営業…121/(6) 隣人の言動…122	
(7) 騒音・眺望阻害等…123	
6. 契約の解除 ……………	125
7. 責任追及期間と免責規定（改正前民法の場合） ……………	127
(1) 改正前民法…127/(2) 改正前宅建業法による修正…128	
(3) 住宅の品質確保の促進等に関する法律…129/(4) 消費者契約法…130	
(5) 商法 526 条…131	
8. 責任追及期間と免責規定（民法が改正された場合） ……………	133
(1) 改正民法…133/(2) 改正宅建業法…134/(3) その他…135	
9. 現状有姿売買 ……………	135
V. 契約解除を巡るトラブル ……………	138
1. ローン特約 ……………	138
(1) ローン特約とは…138/(2) ローン特約の種類…138/(3) ローン特約の解釈…139	
(4) 宅建業法の規定…144	
2. 建築条件付土地売買 ……………	146
(1) 建築条件付土地売買契約とは…146	
(2) 建築条件付土地売買契約についての宅建業法の規制…148	
(3) 景品表示法と不動産公正競争規約…149	
3. クーリング・オフ ……………	150
(1) 趣旨…152/(2) 要件…152/(3) 買受けの申込みの撤回等ができない場合…153	
(4) 申込みの撤回等の効果 (154) (5) 法 37 条の 2 違反があった場合…154	

## CHAPTER 03

## 賃貸借契約での紛争

I. 契約締結時の問題 ……………	156
1. 賃貸借契約の成立 ……………	156
(1) 賃貸借契約書…156/(2) 賃貸借契約の成立と宅建業法 37 条書面…162	
2. 契約交渉の不当破棄 ……………	163
3. 説明義務 ……………	167

II. 契約終了時の問題	172
1. 原状回復義務	172
(1) 問題の所在…172/(2) 最高裁の判断…173/(3) 原状回復ガイドライン…174	
2. 原状回復義務の特約	178
(1) 問題の所在…178/(2) 最高裁平成 17 年 12 月 16 日判決…178/(3) 消費者契約法…180	
(4) 東京ルール…182/(5) 重要事項説明での取扱い…185	
3. 敷引特約	186
(1) 問題の所在…186/(2) 最高裁平成 23 年 3 月 24 日判決…187	
(3) 重要事項説明での取扱い…190	
4. 更新料条項	190
(1) 問題の所在…190/(2) 重要事項説明での取扱い…192	
III. 賃借人の自殺	193
(1) 注意義務違反はないとするもの…193/(2) 注意義務違反があるとするもの…194	
IV. 定期借家契約	198
1. 定期建物賃貸借契約	198
2. 定期建物賃貸借契約である旨の事前説明	199
3. 重要事項説明での取扱い	202

**CHAPTER 04****媒介契約での紛争**

I. 媒介契約	204
1. 媒介契約の内容と宅建業法の規律	204
(1) 媒介の意義…204/(2) 媒介契約の性質…205	
(3) 宅建業法による媒介契約に関する規制…206	
2. 媒介契約の種類	208
(1) 標準媒介契約約款…208/(2) 専任媒介契約…208/(3) 専属専任媒介契約…209	
(4) 一般媒介契約…209	
3. 指定流通機構	211
(1) 指定流通機構の位置付け…211	
(2) 専属専任媒介契約と専任媒介契約における登録義務…212	
(3) 専属専任媒介契約・専任媒介契約の悪用…213/(4) 一般媒介契約の場合…214	
4. 媒介契約上の宅地建物取引業者の義務	215
(1) 媒介契約に明記されている義務…215/(2) 仲介業者の善管注意義務…224	

5. 媒介契約上の媒介依頼者の義務 .....	226
(1) 報酬支払義務…226/(2) 違約金支払義務…228/(3) 費用支払義務…230	
(4) 通知義務…233	
II. 仲介業者の調査・説明義務 .....	234
1. 責任追及の根拠 .....	234
(1) 媒介契約がある場合…234/(2) 媒介契約がない場合…234	
(3) 注意義務の程度と宅建業法…235	
2. 取引当事者の同一性・代理権に関する調査・説明義務 .....	239
(1) 取引当事者の同一性・売却権限…239/(2) 代理権限…242/(3) 賃貸人の権限…243	
3. 法令上の制限に関する調査・説明義務 .....	244
(1) 建築基準法…245/(2) 宅地造成等規制法…247/(3) 都市計画法…248	
(4) 指導要綱・行政指導…249	
4. 物理的瑕疵に関する調査義務・説明義務 .....	251
(1) 瑕疵・契約不適合を仲介業者が知らなかった場合…251	
(2) 瑕疵・契約不適合を仲介業者が知っていた場合…254	
5. 地中埋設物・土壌汚染に関する調査・説明義務 .....	258
6. 心理的瑕疵・契約不適合に関する調査・説明義務 .....	260
(1) 自殺…260/(2) 暴力団関係、居住に支障ある程度の言動…264	
7. その他 .....	267
III. 媒介報酬を巡る紛争 .....	274
1. 媒介報酬に関する宅建業法の規律 .....	274
(1) 宅建業法 46 条…274/(2) 報酬告示の内容…275	
(3) 複数の宅地建物取引業者が関与している場合…280/(4) 報酬告示違反の効果…280	
2. 報酬受領の時期 .....	281
(1) 成功報酬の原則の根拠…281/(2) 媒介契約での定め…282	
3. 媒介契約書がない場合 .....	283
(1) 媒介契約が成立している場合…283/(2) 媒介契約が成立していない場合…286	
4. 宅地建物取引業者を排除した直接取引 .....	288
(1) 直接取引の報酬請求権…289/(2) 標準媒介契約約款での規定…290	
(3) 仲介業者を排除した直接取引でも報酬請求が認められない場合…292	
5. 売買契約の解除と媒介報酬請求権 .....	293

**CHAPTER 05****監督処分**

I. 監督処分の概要	297
1. 監督の意義	297
2. 監督処分の種類	298
(1) 指示処分…298/(2) 業務停止処分…299/(3) 免許取消処分…299	
3. 指導, 助言, 勧告	301
4. 報告及び検査	302
(1) 概要…302/(2) 報告要求…302/(3) 立入検査…303	
II. 監督処分の手続	304
1. 手続の流れ	304
(1) 概要…304/(2) 端緒…304/(3) 事実認定…305/(4) あてはめ…305	
2. 聴聞	306
(1) 聴聞手続…306/(2) 聴聞の通知…306/(3) 聴聞期日…307/(4) 聴聞調書…307	
3. 処分の公表等	308
(1) 公告等…308/(2) 公表…308	
4. 監督処分に対する不服申立て	309
III. 行政対応	310
1. 事実の確認	310
2. 原因の究明と再発防止策の策定	310
3. 示談	311
4. 行政庁への説明	312

**CHAPTER 06****営業保証金・弁済業務保証金分担金制度**

I. 制度の概要	314
1. 営業保証金制度と弁済業務保証金分担金制度	314
2. 制度趣旨	315
(1) 営業保証金…315/(2) 弁済業務保証金分担金…315	
II. 営業保証金制度	316
1. 供託	316



(1) 供託所…316/(2) 供託が不要である場合…317/(3) 供託の時期…317	
(4) 営業保証金の額…317/(5) 営業保証金に充てることができる有価証券…318	
(6) 事務所を新設した場合…318/(7) 監督処分…318/(8) 刑事罰…319	
2. 還付 ……………	319
(1) 還付の意義…319/(2) 還付請求者…319/(3) 宅地建物取引により生じた債権…320	
(4) 還付の手続…320/(5) 不足額の供託…321	
III. 弁済業務保証金分担金制度 ……………	321
1. 保証協会 ……………	321
(1) 国土交通大臣の指定…321/(2) 社員の加入…322	
2. 弁済業務保証金分担金の納付 ……………	323
3. 弁済業務保証金の還付 ……………	324
(1) 手続の全体像…324/(2) 認証の対象となる債権…324	
(3) 認証を申し出ることができる者…325/(4) 認証手続…325/(5) 認証請求訴訟…326	
4. 弁済業務保証金の取戻し ……………	327
5. 宅地建物取引業保証協会の社員の地位を失った宅地建物取引業者 ……………	328

## CHAPTER 07

## 宅建業免許が必要な取引

I. 規制法としての宅建業法 ……………	329
1. 営業の自由と宅建業法 ……………	329
2. 開業規制と業務規制 ……………	330
3. 民事上の効力規定 ……………	332
4. 宅建業法の目的 ……………	332
II. 宅地建物取引業の定義——宅地建物取引とは ……………	334
1. 宅建業法の規定 ……………	334
2. 「宅地建物取引」に該当しない不動産に係る取引 ……………	334
(1) 賃貸借…334/(2) 建築…335/(3) 不動産管理・サブリース…335/(4) 民泊…336	
3. 売買 ……………	336
(1) 民法 555 条以下の売買…336/(2) 売主である場合…336/(3) 買主である場合…337	
4. 交換 ……………	339
5. 貸借 ……………	340
6. 代理 ……………	340
7. 媒介 ……………	341
(1) 媒介業務…341/(2) 住宅情報誌・住宅情報サイト…342	

III. 「宅地建物取引を業として行う」と「宅地建物取引業を営む」の関係	344
1. 「業として行う」の解釈	344
(1) 宅建業法の規定	344／(2) かつての国交省の解釈
(2) 現在の国交省の解釈	346
(3) 最高裁の判例	348／(4) 実務の視点
(5)	349
2. 筆者の見解	350
(1) 国交省の解釈の検討	350／(2) 「業として行う」の解釈
(2)	351
(3) 「業を営む」の解釈	352
IV. 無免許営業の禁止	353
1. 禁止事項	353
2. 具体例の検討	354
(1) 所有地を分割して売却	354
(2) 特定の資金需要のために宅地建物取引業者を介して所有地を売却	355
(3) 転売目的で購入した複数の不動産を売却	356／(4) 転売目的での不動産の購入
(4)	356
(5) 使用収益目的での不動産の購入	357／(6) 非宅地建物取引業者による無料の媒介
(6)	357

<b>判例索引</b>	359
<b>事項索引</b>	365

## I. 本書の扱う問題と宅建業法

### 1. 不動産に関する紛争

#### 不動産に関する紛争には、どのようなものがあるか。

不動産は、人が生活をする上でも、経済活動を営む上でも重要な財産である。また、不動産は高価な財産でもあるので、取引や利用にあたり紛争が生じると、深刻な対立となることが少なくない。そのため、不動産に関する紛争が生じた場合には、弁護士に相談がなされることも少なくない。

本書を手にとられた皆さんは、「不動産に関する紛争」として、どのような紛争をイメージされるのであろうか。実務に就かれて間もない方は、民法で勉強した「不動産の二重譲渡」や「虚偽表示と善意の第三者」、「動機の錯誤」などをイメージされるかもしれない。要件事実の勉強の最初のところで扱う「不法占拠者に対する明渡請求」や「賃貸借契約の更新拒絶における正当事由」をイメージされるかもしれない。

これらは重要な論点であり、弁護士をやっていると、実際にこれらの論点が問題となる紛争に直面することもある。ただ、不動産に関する紛争は、これだけにとどまらない。売買契約の対象となった物件を巡る紛争、賃貸借契約における賃料を巡る紛争、賃貸借契約解除を巡る紛争、賃貸借物件の原状回復の範囲を巡る紛争、仲介業者の説明を巡る紛争、仲介報酬を巡る紛争、マンション管理を巡る紛争、境界を巡る紛争、登記を巡る紛争、共有物に関する紛争等、様々である。これ以外にも、倒産処理や相続時の不動産の取扱い、騒音等近隣との紛争、さらには、建物の建築を巡っての建設業者との紛争、元請け業者と下請け業者との紛争、農地の取扱い、多くはないが都市計画や区画整理を巡る相談等、「不動産に関する紛争」として弁護士に持ち込まれる相談は、実に多種多様である。

## 2. 本書の扱う問題

### では、本書では、どのような「実践知」を扱うのか。

様々な不動産に関する紛争がある中で、本書では、不動産取引に関する紛争と、その紛争を予防するという観点からの対応や契約書のチェック等に関する「実践知」を扱うこととする。もう少し具体的にいうと、「不動産取引」としては、売買契約、賃貸借契約、媒介契約を取り上げる。もっとも、民法の教科書ではなく「実践知」をテーマにする書物なので、二重譲渡や動機の錯誤といった民法でお馴染みの理論はほとんど扱わない。また、賃料の増減額請求や、明渡請求、更新拒絶の正当事由等に関しては、実践的な書物が色々あるので、やはり、本書では扱わない。

本書で扱う「不動産取引」は、視点を変えると、実務的には宅地建物取引業者が関与することが多い取引でもある。したがって、本書で扱う「不動産取引に関する紛争」は、宅地建物取引業者にとって関心が高い紛争である。このような紛争への対処と、このような紛争を予防する観点からの契約書のチェック等が本書で扱う主要なテーマとなる。

## 3. 「実践知」としての宅建業法の知識

### 宅建業法の知識は、不動産取引に関する紛争解決に寄与するのか。

宅地建物取引業を営むには宅地建物取引業法（以下「宅建業法」という）の免許を受けなければならないが、この免許を受けた事業者が宅地建物取引業者である。本書で扱う不動産取引は、実務上は宅地建物取引業者が関与することが多い取引でもあるので、宅建業法が様々な場面で関係してくる。例えば、宅建業法 40 条は、宅地建物取引業者が自ら売主となる売買契約における瑕疵担保責任・契約不適合担保責任を制限する特約について民法の特別法となる効力規定である。したがって、宅地建物取引業者が売主である売買契約における瑕疵担保責任・契約不適合担保責任が問題となる場合には、宅建業法の当該規定に関する知識が必要となる。

また、宅建業法は、紛争を未然に予防すること等を目的として、宅地建物取引業者が遵守しなければならない業務準則を定めている。この業務準則規定に宅地建物取引業者が違反した場合には、宅建業法上は、監督官庁が監督処分を行うという効果が発生するものの、直接に民事上の契約関係を規律するものではない。しかし、宅建業法は、紛争を未然に予防するために宅地建

物取引業者の業務上の準則を定めているので、紛争が生じる場合には、宅建業法違反となっていることが多々ある。民事上の紛争としては訴訟等を行って金銭的に有利に解決することができたとしても、その訴訟の過程で宅建業法違反が明らかになり、監督処分を惹起する危険があることを考慮すれば、金銭的には多少不利であっても迅速に解決を図り、再発防止策を取った方が事業の利益に資すると考える宅地建物取引業者は少なくない。したがって、そのような宅地建物取引業者に対しては、民事的な見通しだけでなく、宅建業法を考慮した助言を行うことに意味がある。他方、宅地建物取引業者を相手に交渉する側に立つのであれば、宅建業法違反があることを正確に指摘することにより、迅速に依頼者の利益に適った解決が可能になることもある。

そこで、本書では、「実践知」として、必要に応じて、宅建業法の知識を用いた紛争対応の視点についても触れていきたい。



実践  
知  
!

宅地建物取引業者が関与する紛争においては、宅建業法の知識が必要になることや宅建業法の知識があることで依頼者に有益となることがある。本書では、必要に応じて、そのような宅建業法の知識・考え方にも言及していく。

## II. 売買契約実務

宅地建物取引業者は、売買契約にどのように関与するのだろうか。

### 1. 売主としての宅地建物取引業者

新築マンションの分譲販売や新築戸建ての分譲販売の場合、売主は宅地建物取引業者である。また、物件を買い取ってリフォーム等を行って再販する場合の売主も、宅地建物取引業者であることが多い。

#### (1) 集客活動

宅地建物の販売にあたり、宅地建物取引業者は様々な集客活動を行う。集客活動としての広告については、宅地建物取引業者は誇大広告等が禁止されている（法32条）だけでなく、広告開始時期についても一定の制限を受

けている（法33条）。また、売主として行う広告には、宅地建物取引業者が売主として関与することを明示しなければならない（法34条）。

さらに、電話・訪問で勧誘をする場合には、勧誘に先立って宅地建物取引業者の名称、勧誘者の氏名・勧誘の目的を告げずに勧誘を行うこと（法47条の2第3項、規16条の12第1号ハ）、勧誘を受けることを希望しない旨の意思表示をしたにもかかわらず勧誘を行うこと（法47条の2第3項、規16条の12第1号ニ）、迷惑を覚えさせるような時間に電話をし、又は訪問すること（法47条の2第3項、規16条の12第1号ホ）、深夜又は長時間の勧誘その他の私生活又は業務の平穩を害するような方法により困惑させること（法47条の2第3項、規16条の12第1号ヘ）は、いずれも禁止されている。

## (2) 物件案内

次に宅地建物取引業者は、新聞折込みチラシやインターネットでの物件情報を見て物件に興味をもって来店した顧客に対しては物件案内を行う。新築分譲マンションの場合にはモデルルームを案内することもある。パンフレットを用いるなどして物件の特徴を顧客に説明するとともに、顧客の希望を確認することや、予算等を確認することが行われる。

宅地建物取引業者は、勧誘にあたって、買主が契約を締結するか否かを判断するにあたっての重要な事項について、故意に事実を告げず又は不実のことを告げることは禁じられている（法47条1号）。

また、宅地建物取引業者は、利益を生ずることが確実であると誤解させるような断定的判断を提供すること（法47条の2第1項）、将来の環境又は交通その他の利便について誤解させるような断定的判断を提供すること（法47条の2第3項、規16条の12第1号イ）は禁止されている。

## (3) 申込みと重要事項説明

新築分譲マンションの売買では、購入希望者による申込みや抽選がなされることもある。購入希望者に対して、申込金の提供が求められることもある。契約が成立していない段階では、手付金としての授受ではなく、預り金ということになる。なお、宅地建物取引業者は、契約の申込みの撤回に際し、受領している預り金の返還を拒むことは禁止されている（法47条の2第3項、規16条の12第2号）。

宅地建物取引業者は、自ら売主として売買契約を締結する場合には、購入

希望者に対し、その者が取得しようとしている宅地建物に関し、売買契約成立までの間に、宅地建物取引士をして、法35条1項が掲げる事項について、これらの事項を記載した書面を交付して説明させなければならない（法35条1項）。宅地建物取引実務で「重説」といわれる重要事項説明書による説明であり、購入対象物件が決まった後に、契約締結までの間になされる。また、この重要事項説明書には、営業保証金の供託先等も記載され、購入希望者に対して説明される（法35条の2）。

#### (4) 売買契約の締結

重要事項説明を受けた購入希望者は、最終的な検討を行った後に売買契約を締結する。顧客の立場では、なるべく検討時間が取れる方が望ましい。しかし、現実には、宅地建物取引士による法35条1項の重要事項説明と契約締結の間に長い時間が取られることはあまりない。それでも、例えば、重要事項説明書の書面を可能な限り早い段階で購入希望者に交付するようにして、検討時間を取れるような工夫を行う宅地建物取引業者も増えている。不十分な検討によって契約を強行しても、紛争になれば双方にとって不幸であることを考えれば、慎重な対応が望まれる。宅地建物取引業者は、威迫により契約を締結させること（法47条の2第2項）、正当な理由なく契約を締結するかどうかを判断するために必要な時間を与えることを拒むこと（法47条の2第3項、規16条の12第1号ロ）が禁止されている。また、宅地建物取引業者が手付金を貸し付ける等の信用を供与して契約の締結を誘引する行為も禁止されている（法47条3号）。

契約を締結した売主である宅地建物取引業者は、購入者に対し、契約締結後遅滞なく、法37条に定められた事項を記載した書面を交付しなければならない（法37条）。実務的には売買契約書に法37条所定の事項を記載して、売買契約書を法37条に基づく書面として購入者に交付している。

なお、宅地建物取引業者が自ら売主となる場合で、温泉地に招待して別荘地の契約を締結するなど、宅地建物取引業者の事務所その他省令で定める場所以外の場所で申込みや売買契約を締結した場合には、クーリング・オフの適用があるので、そのための書面を交付しなければならない（法37条の2）。

新築分譲マンションの販売など、未完成物件の売買では、建築確認がなされた後でなければ売買契約を締結することができないなど、契約締結時期に制限がある（法36条）。

## (5) 手付金の授受等

金買契約が締結された場合には、購入者には代金の支払が求められる。もっとも、売買契約と同時に売買代金を全額決済するのではなく、契約締結時には手付金を支払い、後日決済するということが多い。購入者はこの間に住宅ローンの申込みをするなどして売買代金を調達する。

宅地建物取引業者が自ら売主である場合、宅地建物取引業者は、代金の2割を超える手付金を受領してはならない(法39条1項)。また、不当に高額の手付金を要求してはならない(法47条2号)。

宅地建物取引業者が自ら売主として金買契約を締結する場合には、手付金を含め、物件引渡しまでの間に購入者から代金の一部として受領する金額の合計額が宅建業法が定める限度額を超える場合には、当該手付金等を保全する措置を講じなければならない(法41条・41条の2)。

## (6) 決済・物件引渡し

金融機関による住宅ローンが承認されるなど、売買代金の支払に目途がつくと、約定の期日までに残代金の支払と物件引渡しが行なわれる。

新築分譲マンションや新築戸建て住宅の場合には、完成した物件の内覧が行われ、手直し工事が行われることもある。

宅地建物取引業者は、契約の解除につながる事情や、損害賠償責任につながる事情を認識した場合には、これらを妨げるために故意に事実を告げず、不実のことを告げる行為をしてはならない(法47条1号)。

## 2. 仲介業者としての宅地建物取引業者

所有している不動産を売却する場合や、新たに不動産を購入する場合、宅地建物取引業者が関与せず金買契約を締結することもあるが、宅地建物取引業者が仲介という形で関与することが多い。

### (1) 売主側の仲介業者との媒介契約

売却は、売主が宅地建物取引業者に売却の相談をするところから始まる。宅地建物取引業者は価格査定を行う旨のチラシをポスティングしたり、HPで価格査定を宣伝したりして売却物件情報を集める。

売却の相談を受けた宅地建物取引業者は、価格査定を行うなどして売却の媒介の依頼を受けることに注力する。



宅地建物取引業者が売却希望者から売却の媒介の依頼を取り付ける場合には、媒介契約を締結する。売買の媒介契約を締結した宅地建物取引業者は、遅滞なく、法34条の2第1項に定められた事項を記載した書面を作成して記名押印して、媒介依頼者に対して交付しなければならない(法34条の2第1項)。実務的には、媒介契約書に法34条の2第1項に定められた事項を記載して媒介依頼者に交付する。売却予定価格については、その根拠を明らかにしなければならない(法34条の2第2項)。

媒介契約には媒介依頼者が他の宅地建物取引業者にも媒介を依頼できるのかということや媒介依頼者が自ら購入者を探して契約を締結することが認められるのかということによって、専属専任媒介契約、専任媒介契約、一般媒介契約の3種類がある。媒介契約の締結にあたっては、後日の紛争を防ぐために、宅地建物取引業者は媒介依頼者に対して、契約内容をきちんと説明する必要がある。

なお、既存住宅の媒介契約の中では、建物状況調査の実施に関する事項として、建物状況調査を実施する者をあっせんするか否か等について定めなければならない(法34条の2第1項4号)

## (2) 売主側の仲介業者の販売活動

売主側の仲介業者は、媒介契約に基づいて購入者を探索して売買契約を成立させるための種々の活動を行う。媒介契約が専属専任媒介契約又は専任媒介契約である場合には、購入者を広く探索するために、指定流通機構に物件を登録しなければならない(法34条の2第5項)。仲介業者は、指定流通機構以外にも、様々な媒体に広告を出すことがある。しかし、これらの広告費用は仲介業者の販売活動費であって媒介依頼者に対して請求することはできないのが原則である。媒介依頼者の特別な依頼に基づく特別な広告を行った場合にのみ、当該広告費用を媒介依頼者に請求することができる(法46条1項、報酬告示)。

広告については、宅地建物取引業者は誇大広告等が禁止されている(法32条)だけではなく、広告開始時期についても一定の制限を受けている(法33条)。また、広告には、宅地建物取引業者が仲介業者として関与することを明示しなければならない(法34条)。

さらに、電話・訪問で勧誘をする場合には、勧誘に先立って宅地建物取引業者の名称、勧誘者の氏名・勧誘の目的を告げずに勧誘を行うこと(法47

条の2第3項、規16条の12第1号ハ)、勧誘を受けることを希望しない旨の意思表示をしたにもかかわらず勧誘を行うこと(法47条の2第3項、規16条の12第1号ニ)、迷惑を覚えさせるような時間に電話をし、又は訪問すること(法47条の2第3項、規16条の12第1号ホ)、深夜又は長時間の勧誘その他の私生活又は業務の平穩を害するような方法により困惑させること(法47条の2第3項、規16条の12第1号ヘ)は、いずれも禁止されている。

仲介業者は、買受けの申込みを受けた場合には遅滞なく(法34条の2第8項)、その他の場合にも専任媒介契約を締結している場合には2週間に1回以上、専属専任媒介契約を締結している場合には1週間に1回以上、業務の処理状況を媒介依頼者に報告しなければならない(法34条の2第9項)。

### (3) 買主側の仲介業者との媒介契約

購入希望者は、物件情報サイトなどで様々な物件情報を収集し、気になる物件がある場合には、宅地建物取引業者に連絡を取る。連絡先が売却希望者と既に媒介契約を締結している宅地建物取引業者であることもあれば、別の宅地建物取引業者であることもある。

購入希望者は、宅地建物取引業者を通じて物件の案内を受ける。物件案内も購入勧誘活動の一環である。したがって、宅地建物取引業者は、勧誘にあたって、購入希望者が契約を締結するか否かを判断するにあたっての重要な事項について、故意に事実を告げず又は不実のことを告げることは禁じられている(法47条1号)ことや、利益を生ずることが確実であると誤解させるような断定的判断を提供する行為をしてはならない(法47条の2第1項)こと、将来の環境又は交通その他の利便について誤解させるような断定的判断を提供することは禁止されていること(法47条の2第3項、規16条の12第1号イ)等に留意して案内をしなければならない。

購入希望者との間の媒介契約は、物件の見学等を行って、当該物件についての購入意思がある程度固まってからなされることが多い。宅地建物取引業者としては、当該物件についての売買契約成立に向けて種々の交渉・調整を行うことになるので、その段階で媒介契約を締結することになる。

売買の媒介契約を締結した宅地建物取引業者は、遅滞なく、法34条の2第1項に定められた事項を記載した書面を作成して記名押印して、媒介依頼者に対して交付しなければならない(法34条の2第1項)。実務的には、媒介契約書に法34条の2第1項に定められた事項を記載して媒介依頼者に

交付する。売買予定価格については、その根拠を明らかにしなければならない（法34条の2第2項）。

なお、既存住宅の媒介契約の中では、建物状況調査の実施に関する事項として、建物状況調査を実施する者をあっせんするか否か等について定めなければならない（法34条の2第1項4号）。

#### (4) 物件調査と重要事項説明

宅地建物取引業者は、売買の媒介を行う場合には、購入希望者に対し、その者が取得しようとしている宅地建物に関し、売買契約成立までの間に、宅地建物取引士をして、法35条1項が掲げる事項について、これらの事項を記載した書面を交付して説明させなければならない（法35条1項）。宅地建物取引実務で「重説」といわれる重要事項説明書による説明であり、購入対象物件が決まった後に、契約締結までの間になされる。仲介業者は、売主側の媒介を行う場合も、買主側の媒介を行う場合も、購入希望者に対してこの重説を行わなければならない。

そこで、仲介業者は、売買契約成立に向けて種々の交渉・調整を行うのと同時に、重要事項説明のために、売買契約の対象となる宅地建物についての調査を行わなければならない。法35条1項が定める重要事項は、いずれも宅地建物取引業者が自ら積極的に調査をしなければならない事項である。また、売主しか知らない事項を確認するために、売主にヒアリングを行い、さらに告知書に記載してもらうことも多い。建物状況調査がなされている場合には、重要事項説明に必要な「建物状況調査の結果の概要」を確認することも必要である。売主側の仲介業者と買主側の仲介業者とで連絡・調整しながら重要事項説明書を作成しなければならない。

#### (5) 売買契約の締結と手付金の授受

重要事項説明を受けた購入希望者は、最終的な検討を行った後に売買契約を締結する。購入者の立場では、なるべく検討時間が取れる方が望ましい。しかし、現実には、宅地建物取引士による重要事項説明と契約締結の間に長い時間が取られることはあまりない。それでも、重要事項説明書の書面を可能な限り早い段階で購入希望者に交付するようにして、検討時間を取れるような工夫を行う宅地建物取引業者も増えている。不十分な検討によって契約を強行しても、紛争になれば双方にとって不幸であることを考えれば、慎重

な対応が望まれる。宅地建物取引業者は、威迫により契約を締結させること（法47条の2第2項）、正当な理由なく契約を締結するかどうかを判断するために必要な時間を与えることを拒むこと（法47条の2第3項、規16条の12第1号ロ）が禁止されている。また、宅地建物取引業者が手付金を貸し付ける等の信用を供与して契約の締結を誘引する行為も禁止されている（法47条3号）。

仲介業者は、売主・買主双方に対し、契約締結後遅滞なく、法37条に定められた事項を記載した書面を交付しなければならない（法37条）。実務的には売買契約書に法37条所定の事項を記載して、売買契約書を法37条に基づく書面として売主・買主双方に交付している。

売買契約が締結された場合には、購入者には代金の支払が求められる。もっとも、売買契約と同時に売買代金を全額決済するのではなく、契約締結時には手付金を支払い、後日決済するということも多い。購入者はこの間に住宅ローンの申込みをするなどして売買代金を調達する。

売買契約が成立した場合には、媒介依頼者は仲介業者に対して約定の報酬を支払うこととなる。報酬額については、報酬告示による報酬上限額の範囲で定めなければならない（法46条1項・2項）。宅地建物取引業者が不当に高額報酬を請求することは禁止されている（法47条2号）。

## (6) 決済・物件引渡し

金融機関による住宅ローンが承認されるなど、売買代金の支払に目途がつくと、約定の期日までに残代金の支払と物件引渡しが行なわれる。

宅地建物取引業者は、契約の解除につながる事情や、損害賠償責任につながる事情を認識した場合には、これらを妨げるために故意に事実を告げず、不実のことを告げる行為をしてはならない（法47条1号）。

実践  
知  
!

宅地建物取引業者が関与する売買契約では、宅地建物取引業者に対して種々の義務が課せられている。特に、媒介契約、重要事項説明、売買契約という節目節目において、宅建業法は、重要な業務準則を定めている。

賃貸借契約での紛争にも様々なものがある。もっとも、本書では、不動産「取引」に関する問題として、賃貸借契約締結に関連する問題を扱う。

したがって、まずは、賃貸借契約成立に関係する論点を取り上げる。そのため賃貸借契約成立後に発生する賃貸人と賃借人との間の問題、例えば賃貸人の修繕義務、賃料増減額請求、賃料不払と解除、更新拒絶と正当事由等については、本書では取り上げない。これらの論点については、既に様々な解説書があるので、それらを参照されたい。

他方、賃貸借契約終了時に問題になる論点であっても、賃貸借契約締結時の賃貸借契約内容に関係する、賃借人の原状回復義務や敷引特約に関する論点は、本書でも取り上げる。また、賃貸借契約期間中に賃借人が自殺した場合には、次の賃貸借契約に影響を与えるので、本書で検討する。最後に、賃貸借契約時に書面による説明が必要とされている定期借家契約について取り上げる。

## I. 契約締結時の問題

### 1. 賃貸借契約の成立

#### (1) 賃貸借契約書

**賃貸借契約は、当事者の合意だけで成立するのか。**

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を約することによって、その効力を生ずる（改正前民法 601 条）。改正後の民法では、「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者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」（改正民法 601 条）となるが、いずれにしても、賃貸借契約は、貸主と借主との間で申込みと承諾の合意があれば成立する諾成契約である。

したがって、賃貸借契約の成立に賃貸借契約書は必要とされていない。

もっとも、賃貸借契約が諾成契約として民法上定められているということ、賃貸借契約書が作成されていない段階で賃貸借契約に係る申込みと承諾があったと事実認定できるかは別の問題である。

不動産取引実務では、居住用不動産であれば物件を内覧等した「借主となろうとする者」が申込書で当該物件の申込みを行う旨を明らかにし、申込金を仲介業者に支払った後に、家に帰って改めて考えてみて「やっぱり契約を止めます」と申し出ることが少なからずある。この場合、申込金が返還されない場合には紛争となる。さらに、借主となろうとする者が、仲介業者の事務所で貸主ブランクの契約書に署名し、手付金まで支払った後に、貸主欄に記名捺印された契約書が送られてくる前に翻意することもある。この場合も、手付金が返還されない場合には紛争となる。

事業用不動産でも同様の事態が生ずる。事業用不動産の場合には、貸主と「借主となろうとする者」との間で契約成立に向けて様々な交渉がなされることがあり、そのような交渉を行っている途中で、いずれか一方から契約交渉を拒絶するようになることがあり、居住用不動産の場合と比べて、金銭面で紛争が深刻になることもある。

これらの場合、賃貸借契約が既に成立しているのであれば、あとは手付放棄（又は手付金の倍額支払）による解除の問題となる。他方、賃貸借契約が成立していないのであれば、賃貸人は既に受領した金銭は返還しなければならないことになる。また、賃貸借契約が成立していない場合には、契約交渉の不当破棄が問題となることもある。

これらの場合、賃貸借契約が成立しているか否かは重要な論点になる。しかし、実務では、賃貸借契約書を作成することによって賃貸借契約を成立させるという当事者の意思があるのであれば、事実認定の問題として、賃貸借契約書が作成されていることが賃貸借契約成立という事実を認定するにあたり、重要な要素になる。「賃貸借契約書は作成されていないが、当事者の合意があるので賃貸借契約は成立している」という単純な話ではない。

## **CASE 大阪地判平成 5・6・18 (判タ 844 号 183 頁)**

### **● 事案の概要**

賃貸マンションにおける居住用の賃貸借契約の事案。A が情報誌を見て仲介業者から物件の案内を受け、「外国籍でも入居可能か」を仲介業者に尋ねたところ、外国籍の居住者が既に入居しているので問題ないと言われ、仲介業者から「入居申込ご案内」と題する書面と入居申込書の交付を受けた。「入居申込ご案内」に

は「原則として日本国籍であること」と住民票を提出することが申込み条件に記載されていたので、Aが再度確認し、また、外国人登録証で代替できるかを尋ねたところ、仲介業者はそれでよいとの回答であった。そこで、Aは申込書に記載するとともに、手付金名目で5万円を仲介業者に対して支払った。仲介業者は重要事項説明書と題した書面をAに交付した。なお、当該重要事項説明書と題した書面では、「物件引渡」の欄には「契約終了後」の記載があり、「取引の態様」欄では「賃貸」「仲介」の部分に丸が付けられ、「特約事項」欄には「家主受理後手付金とします」との記載があり、Aは押印をしている。また、5万円について仲介業者の「預り・領収証」には、「家主確認後本手付金とする」旨の書込みがなされていた。

Aは仲介業者から日割り家賃や保証金その他諸費用と必要書類を準備するよう指示され、引っ越しの準備を開始した。しかし、家主が契約の締結を拒絶し、仲介業者が5万円を返還するとAに伝えたがAが受領を拒否し、紛争となった。

#### ● 契約の成否に関する裁判所の判断骨子

- ・ 右重要事項説明書の「物件引渡」、「取引の態様」、「特約事項」の各欄の記載や、右手付金名目の5万円の預り・領収証は仲介業者名義となっており、貸主の代理人である趣旨を示す記載はないことや、敢えて「家主確認後本手付金とする」旨の書込みがなされていることを併せ考えると、仲介業者は仲介人としてAと交渉したものであって、貸主との賃貸借契約は後になされることを前提として行動していたものというべく、このことはAも認識することができたものと考えられる。したがって、仲介業者が貸主の代理人となって契約し、本件賃貸借契約が成立したもとは認められない。

(なお、契約交渉の不当破棄については、後述)

## CASE 京都地判平成19・10・2(判例秘書 L06250293)

### ● 事案の概要

賃貸マンションにおける居住用の賃貸借契約の事案。外国籍のAが仲介業者のHPで建設中の本件マンションで入居者を募集していることを知り、仲介業者から建設現場の案内を受け、入居を希望する旨を伝えた上で、平成17年1月24日、本件入居カードに記入をした。同月29日、Aは仲介業者の事務所で申込金6万2000円を支払い、その他指示されていた本件必要書類(ただし、住民票ではなく、外国人登録原票記載事項証明書)を預けた。

一次審査が通った旨の電話連絡を受けたAは3月25日又は28日、仲介業者の事務所で賃貸借契約書と敷金・礼金等の請求書を受け取り、本書所定欄に記名押印等をして同月30日までに提出することと、本件請求書に記載された合計47万6190円から申込金を控除した残額41万4190円を同月30日までに支払うよう求められ、同月30日、Aは当該金額を仲介業者に支払った。

しかし、貸主は賃貸借契約を締結しないとして、賃貸借契約書への記名押印を行わなかったため紛争となった。なお、貸主は、Aから受領した金銭をAに返金した。

### ● 契約の成否に関する裁判所の判断骨子

- ・ 貸人は、賃貸借契約を締結するにあたっては、入居希望者から必要事項を記載した入居カードの提出を受け、賃借人となる者の資力、保証人となる者の保証意思確認等の調査を行い、この一次審査で問題がなければ貸人欄に賃借人名が印字された賃貸借契約書を交付し、署名押印してもらうとともに、住民票等の必要書類の提出を受けて最終審査を行い、問題がなければ貸人が賃貸借契約書に押印して賃貸借契約書を完成させるという取扱いを行っている。
- ・ 本件は最終審査の段階で、貸人がAに貸しないこととして本件契約書の賃借人の名下に押印しなかったため本件契約書が完成していないのであるから、本件賃貸借契約が成立していないことは明らかである。
- ・ Aは、貸人が敷金、礼金、賃料、共益費等を受け取っていることを指摘するが、賃貸借契約が成立する前にこのような金員の授受が行われ、契約が成立しなかった場合に全額返金されることは、世情まま見受けられることであるから、A指摘の事実は、上記認定・判断を左右しない。  
(なお、契約交渉の不当破棄については、後述)

居住目的の賃貸借契約において、宅地建物取引業者が関与する契約の場合、宅地建物取引業者が貸人から代理権を授与されている場合には、賃貸借契約に賃借人が記名捺印して宅地建物取引業者に渡すと、当該宅地建物取引業者が代理人として賃借人の欄に押印をして、賃貸借契約書を完成させることがある。このような場合には、賃貸借契約は宅地建物取引業者が代理人として押印した段階で賃貸借契約が成立したと認定することもできよう。他方、宅地建物取引業者が貸人から媒介を依頼されているだけである場合には、実務では、宅地建物取引業者の事務所で賃借人が賃貸借契約書に記名捺印した後に、当該賃貸借契約を宅地建物取引業者が預かって、改めて貸人に契約の諾否を確認してもらった上で賃貸借契約書に賃借人に押印してもらい、完成した賃貸借契約書を賃借人に仲介業者から送付するという手順が取られることが多い。この場合に、賃借人が賃貸借契約書に記名押印しただけで賃貸借契約が成立したといえるかは、難しいところである。

上記2つの裁判例は、いずれも宅地建物取引業者が媒介業務を行っている事例であり、賃貸借契約書に賃借人の記名押印と貸人の記名押印がなされた段階で賃貸借契約の合意があったと解することができ、賃借人が賃貸借契約書に記名押印しただけでは貸人の承諾があったとは解することができないとの判断を示している。実務でなされている手続の流れからすれば、妥当な考え方であろう。



## CASE 東京高判平成 14・3・13 (判タ 1136 号 195 頁)

### ● 事案の概要

事務所の賃貸借契約の事案。貸主は事務所などとして賃貸する目的で本件建物を建築することを計画し、宅地建物取引業者に対して賃借人の募集と賃貸借契約締結の仲介を依頼した。仲介業者からの勧誘を受けて、学習塾の経営等を行っている A が事務所として賃借したいとの意向を示した。

建物の建築工事が始まることとなり、仲介業者と A とで賃貸借契約の内容について交渉を行い、A は賃貸人に対して賃貸借契約の内容についての要望を出した。賃貸人は賃料額が希望する額より低いとは考えたが、そのことを仲介業者や A に伝えることをしなかったため、A は要望どおりに本件貸室を賃借できると考え、人員の採用等の準備を進行させた。

仲介業者はこれまでの交渉結果に基づき賃貸借契約の案を作成し、賃貸人と A の双方に届けた。賃貸人は賃料が低いという不満を述べたものの、協議等は行わず、契約案の可否についての明確な意思を表示しなかった。

A は要望通りに賃借できると考え、コンセントの位置の指示を行い、A の負担で看板取付け位置変更工事等を行ったが、賃貸人は格別異議を述べなかった。

その後、賃貸人に対して他の団体から本件建物の全ての部屋を一括して賃借したいとの申入れがあり、賃貸人がこれに応じたため、A との間で紛争になった。

### ● 契約の成否に関する裁判所の判断骨子

- 双方は、いずれも、賃貸借契約書を作成して本件賃貸借契約を締結するとの認識の下に、A の要望を記載した書面の授受、本件賃貸借契約の案の検討などにより契約内容を順次詰めていたものと認められるが、結局、賃貸借契約の作成までに至らなかったものであり、また、A が要望する坪単価 5000 円の賃料額についても、貸主が仲介業者に不満を述べていることからすれば、貸主がこれに同意したと認めることも困難である。そうすると、貸主が A の書面による要望や本件賃貸借契約の案の許否について明確な意思を表示しなかったり、A の本件賃貸借の準備行為に異議を述べなかったりしたことから、A と貸主との間に本件賃貸借契約が締結されたものと推認するには足りず、他に、これを認めるに足りる証拠は存在しない。

(なお、契約交渉の不当破棄については、後述)

## CASE 東京高判平成 20・1・31 (金商 1287 号 28 頁)

### ● 事案の概要

事務所（テナント）の賃貸借契約の事案。本件建物は 42 階建てオフィスビルであり、貸主は、オフィスの統合を検討していた A グループに対して、本件建物への移転を勧誘した。平成 15 年 4 月 22 日、A は貸主に対して賃貸借条件検討申込書（本件検討書）を交付した。同年 6 月 25 日、貸主は A に対して賃貸借契約書の案を送付した。双方の交渉で賃料据え置き期間等に合意がないまま、貸主は賃貸借契約がないままいつまでも対象フロアの賃借人募集を停止しておくことは

できないとして、A に対して貸室申込書を提出するように求め、A は同年 8 月 21 日、貸室申込書を提出した。本件申込書には、階数については追って決定すること、面積は約 1090 坪、敷金、賃料月額等の記載があり、賃貸借契約の諸条件について 9 月末日までに双方が完全な合意に達することが本件成約のための条件となること等の記載があった。

貸主は、同年 9 月 1 日、貸付階を 8 階及び 9 階とし、貸室申込書の通りの条件で賃貸することを承諾する旨の承諾書を A に交付した。しかし、A は貸付階に不服で受領書に押印しなかった。

その後、中層階の賃借を求める A と貸主との交渉は膠着状態となったが、同年 11 月 19 日、契約内容が合意に至り、同年 12 月 16 日には、契約書の調印を平成 16 年 1 月 16 日とすることで合意した。しかし、平成 16 年 1 月 29 日、A は本件建物を賃借しない旨決定した旨の通知を行い、紛争となった。

#### ● 契約の成否に関する裁判所の判断骨子

- ・ A は貸主に対し平成 15 年 8 月 21 日に本件申込書を交付し、貸主は A に同年 9 月 1 日に承諾書を交付した。しかし、本件申込書には、賃貸借契約書中の諸条件について同年 9 月末日までに双方が完全な合意に達することが成約のための条件となる旨の記載があるところ、成約されるには、本件申込書記載の事項についての合意に加えてなお、①賃借目的部分の具体的な特定、②契約更新、期間内解約、賃料・共益費の改定、内装工事等に関する合意に至ること、③賃貸借契約書への調印が予定されていたことが明らかである。
- ・ しかし、平成 15 年 9 月中には賃借目的部分の具体的な特定がされることがなかったし、賃貸借契約の賃借人たるべき者が A 証券から A 投信に変更したのも同年 10 月 14 日以降のことであり、しかも、同月を過ぎても、賃貸借契約書の案文について交渉を重ねていたというのであるから、平成 15 年 9 月 1 日に賃貸借契約が締結されていたとする貸主の主張を採用することはできない。  
(なお、契約交渉の不当破棄については、後述)

上記 2 つの裁判例は、いずれも、居住目的ではなく、営業目的での賃貸借契約である。これらの事例でも、どの段階で、賃貸借契約に係る申込みと、それに対する承諾があったと解すべきかが問題となっている。前掲東京高判平成 20・1・31 では、形式的には申込書と承諾書があるが、この時点では契約内容の重要な点について合意がなされていない上に、契約書への調印が予定されていたことから、契約の成立を認めていない。前掲東京高判平成 14・3・13 では、賃貸借契約書の案文が双方に提供されていて、端的に、賃貸借契約書を作成して賃貸借契約を締結するという認識があったという事実認定がなされている。

店舗や事務所など、営業目的での賃貸借契約の場合には、契約条件が様々であり、その内容を明確にする必要がある。したがって、書面を作成しない

という特段の合意や事情があればともかく、そうでなければ、契約内容を確認した上で調印がなされて初めて申込みや承諾の意思表示がなされたとの事実認定が可能になると考えられる。

実践  
知！

賃貸借契約は、当事者の合意だけで成立する諾成契約であるが、現実の賃貸借契約は、賃貸借契約書に調印がなされたことによって当事者の合意があったと判断され、特別な事情がない限り、口頭だけで賃貸借契約の成立を認めるのは困難である。

## 紛争予防の視点

契約の交渉過程では、書面への調印をもって賃貸借契約が成立する旨を確認するなどして、紛争予防に努めるべきであろう。

### (2) 賃貸借契約の成立と宅建業法 37 条書面

今日の賃貸借取引では、仲介業者・代理業者として宅地建物取引業者が関与して行う取引が極めて多い。宅地建物取引業者が宅地建物の賃貸借契約に仲介業者・代理業者として関与する場合には、当該宅地建物取引業者は、宅建業法 37 条に定められた事項を記載した書面を契約の当事者に交付しなければならないとされている（法 37 条 2 項）。趣旨等は、売買契約実務のところで説明したことと同様である（18 頁参照）。

賃貸借契約が成立した場合に宅地建物取引業者が当事者に交付しなければならない 37 条書面に記載しなければならない事項は、当事者の氏名及び住所（法 37 条 2 項 1 号が準用する 37 条 1 項 1 号）、当該宅地建物を特定するために必要な表示（法 37 条 2 項 1 号が準用する 37 条 1 項 2 号）、宅地建物の引渡し の 時期（法 37 条 2 項 1 号が準用する 37 条 1 項 4 号）、契約の解除に関する定めがあるときはその内容（法 37 条 2 項 1 号が準用する 37 条 1 項 7 号）、損害賠償の予定又は違約金の定めがあるときはその内容（法 37 条 2 項 1 号が準用する 37 条 1 項 8 号）、不可抗力による損害の負担に関する定めがあるときはその内容（法 37 条 2 項 1 号が準用する 37 条 1 項 10 号）、借賃の額ならびにその支払の時期及び方法（法 37 条 2 項 2 号）、借賃以外の金銭の授受に関する定めがあるときは、その額ならびに当該金銭の授受の時期及び目的（法

37条2項3号)である。

37条書面は、「契約を締結したとき」に宅地建物取引業者が交付しなければならないとされているものである。実務的には、賃貸借契約書に法37条2項所定の事項を記載した上で、賃貸人と賃借人の双方が調印し、「契約を締結したとき」という状態になってから、当該賃貸借契約書を37条書面として当事者に交付することが行われている。このような実務の流れからすれば、宅地建物取引業者が関与する取引では、賃貸借契約の成立には、賃貸借契約書に当事者が調印することが予定されていると解すべきであろう。



実践知！

法37条1項違反、すなわち37条書面の交付義務違反を行った宅地建物取引業者に対しては、監督官庁から、指示処分(法65条1項, 3項)、業務停止処分(法65条2項, 4項)、情状が特に重い場合には免許取消処分(法66条1項9号)が課せられる。さらに、行為者は50万円以下の罰金に処せられる(法83条1項2号)ほか、両罰規定として法人も罰金に処せられる(法84条2号)。

このように、法37条違反には重たい制裁が予定されている。「契約書面は作成されていなくても、口頭の合意だけでも賃貸借契約は成立している」などと主張する宅地建物取引業者が万一現れた場合には、法37条違反を指摘することが有効な交渉材料となる。

## 2. 契約交渉の不当破棄

賃貸借契約の場合にも、契約交渉の不当破棄による損害賠償請求は認められるのか。

契約交渉過程であっても、相手方に契約の成立に対する強い信頼を与え、その結果相手が費用の支出等をしている場合に、その信頼を裏切って契約交渉を打ち切った当事者は、相手が被った損害を賠償する責任を負うと解されている(最判昭和59・9・18判時1137号51頁等)。

これは「契約締結上の過失」という概念で整理されている法理であり、契約交渉の不当破棄は、契約準備段階における信義則上の注意義務違反として損害賠償責任の問題となる。

## CASE 大阪地判平成 5・6・18 (判タ 844 号 183 頁)

### ● 事案の概要

157 頁記載のとおり。

### ● 契約交渉の不当破棄に関する裁判所の判断骨子

- ・当事者間において契約締結の準備が進展し、相手方において契約の成立が確実なものとして期待するに至った場合には、その一方当事者としては相手方の右期待を侵害しないよう誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務があるというべきである。したがって、契約締結の中止を正当視すべき特段の事情がない限り、右締結を一方的に無条件で中止することは許されず、あえて中止することによって損害を被らせた場合には、相手方に対する違法行為として、その損害について賠償の責を負うべきものと解するのが相当である。
- ・貸主が仲介業者を用いて賃貸借契約の申込みの誘引行為を開始し、仲介業者と A との間で契約交渉が相当程度進行し、A が契約の成立を確実なものとして期待するに至った以上、貸主が合理的理由なく契約締結を拒絶することは許されないと解するのが相当である。
- ・貸主は、A が外国籍であることを主たる理由として契約の締結を拒否したものと認められ、右締結の拒否には、何ら合理的な理由が存しないものというべきである。したがって、貸主は、前記信義則上の義務に違反したものと認められ、A が本件賃貸借契約の締結を期待したことによって被った損害につき、これを賠償すべき義務があるというべきである。

## CASE 京都地判平成 19・10・2 (判例秘書 L06250293)

### ● 事案の概要

158 頁記載のとおり。

### ● 契約交渉の不当破棄に関する裁判所の判断骨子

- ・貸主は、入居者が日本国籍ではなかったことを理由に本件物件を A に賃貸しなかったものと認められる。
- ・貸主は、本件契約書を完成させて本件賃貸借契約を締結する段階に至って、A に対して十分な説明を行うことなく、一方的に本件賃貸借契約の締結を拒み、しかも、本件賃貸借契約の締結を拒むについて何ら合理的な理由がなかったのであるから、貸主は、本件賃貸借契約の成立に向けて準備を行ってきた A に対し、本件賃貸借契約の成立についての強い信頼を与え、客観的にみて、本件賃貸借契約の成立が合理的に期待される段階まで両者の準備が進んでいたにもかかわらず、しかも、合理的な理由がないにもかかわらず、本件賃貸借契約の締結を一方的に拒んだものであって、信義則上、A が被った損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。

## CASE 東京高判平成 14・3・13 (判タ 1136 号 195 頁)

### ● 事案の概要

160 頁記載のとおり。

### ● 契約交渉の不当破棄に関する裁判所の判断骨子

- ・ 契約は、成立しなければ、当事者間に何らの債権債務関係も生じないものであるが、契約成立に向けた交渉の結果、当事者の一方が相手方に対し契約の成立についての強い信頼を与えたにもかかわらず、この信頼を裏切って契約交渉を一方的に打ち切った場合は、信義則上、一種の契約上の責任として、相手方が被った信頼利益の侵害による損害を賠償するのが公平に適するものというべきである。
- ・ A は、A の要望どおりの内容で本件貸室を賃借できるものと信じ、本件賃貸借契約締結の具体的な準備を進行させていた。ところが、貸主は、他により有利な条件で契約できる賃借希望者が出現したことから、本件建物が完成する直前に至って、突然、本件賃貸借契約締結に向けての A との交渉を一方的に打ち切ったものである。
- ・ このような事実関係からすれば、貸主には、信義則上、一種の契約責任として、A が本件賃貸借契約が締結されるものと信じたために被った信頼利益の侵害による損害を賠償すべき責任があるものというべきである。

以上は、いずれも、貸主側が契約交渉を一方的に打ち切ったものである。賃貸借契約は成立しないものの、契約交渉の不当破棄に該当するとして貸主は借主となろうとする者に対して損害賠償責任があるものと判断された。

前掲大阪地判平成 5・6・18 と前掲京都地判平成 19・10・2 は、外国籍であること、日本国籍ではないことを理由として、既に契約締結直前に至っていた交渉を一方的に打ち切ったことが契約交渉の不当破棄であると判断された。国際化の流れの中で、外国籍の借主が増えることは必然であり、実務上、示唆に富む判断であるといえる。

前掲東京高判平成 14・3・13 は、より有利な条件で賃借を希望する者が現れたために、賃貸人が従前の交渉を一方的に打ち切った事案である。契約交渉の「不当破棄」に該当するかは、当事者間の具体的な事情で判断されることになる。賃借人側としては、「契約の成立についての強い信頼を与えた」と評価できる事情を丁寧に積み上げることが必要になる。

## CASE 東京高判平成 20・1・31 (金商 1287 号 28 頁)

### ● 事案の概要

160 頁記載のとおり。

### ● 契約交渉の不当破棄に関する裁判所の判断骨子

- ・当事者双方とも、平成15年11月19日の合意によって賃貸借契約締結にあたっての重要な課題がクリアされたと考えていた等の事情に照らすと、少なくとも平成15年11月19日の本件合意後においては、貸主が本件建物に係る賃貸借契約が成立することについて強い期待を抱いたことには相当の理由があり、Aとしては、信義則上、貸主のこの期待を故なく侵害することがないよう行動する義務があるというべきである。
- ・Aは、結局、賃貸借契約を締結せず、これを締結しなかったことについて正当な理由をうかがい知る証拠はない。したがって、Aには契約準備段階における信義則上の注意義務違反があり、これによって貸主に生じた損害を賠償する責任があるといえる（最判平成19・2・27判タ1237号170頁）。

本件は、借主側による契約交渉の不当破棄が認められた事案である。本件では当事者間で10か月に及ぶ交渉期間があるものの、裁判所は、この期間すべてを契約締結の準備期間と判断したものではない点には留意する必要がある。交渉を経て、双方が賃貸借契約締結にあたっての重要な課題がクリアされたと考えて合意がなされた段階に至った時点を手相手方に対し契約の成立についての強い信頼を与えた時点と判断し、この時点から契約締結の準備期間が始まることを前提に、その後の理由のない交渉破棄を不当な交渉破棄として損害賠償の対象としている。実務で参考となる事案である。

### プラスα

契約交渉の不当破棄によって、どこまでの損害賠償責任が認められるかということについては、信頼利益の賠償であるとする説、履行利益の賠償も認められるとする説等がある。

前述の裁判例での損害賠償が認められた範囲は次のとおりである。

大阪地判平成5・6・18では、「Aが本件賃貸借契約の締結を期待したことによって被った損害につき、これを賠償すべき義務がある」として、引越し準備の違約金1万7000円、慰謝料20万円、弁護士費用5万円が損害額として認定されている。

京都地判平成19・10・2では、慰謝料100万円、弁護士費用10万円が損害額として認定されている。

東京高判平成14・3・13では、「信頼利益の侵害による損害を賠償すべき責任がある」として、Aの従業員らが協議や打ち合わせ等を行うための労務費が信頼利益の侵害による損害と認めた上で、民事訴訟法248条に基づき、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて50万円が損害額として認定されている。

東京高判平成20・1・31では、平成15年11月20日（本件合意の翌日）から平成16年1月29日（賃貸借契約締結拒絶の日）までの間の約定予定賃料及び共益費

| 相当額として、控えめに見積もっても 9900 万円を下らないと判断している。



実践  
知  
!

賃貸借契約の場合にも、契約交渉の不当破棄による損害賠償請求は認められる。

契約交渉の「不当破棄」に該当するかは、破棄に至る事情によるので、丁寧に事実を積み上げる必要がある。

### 紛争予防の視点

貸主側としては、不合理な理由による交渉打ち切りを行わないようにすることが紛争予防には必要である。

また、交渉が長期化することが予想されるテナントの契約では、一定の交渉段階に入ったところで、交渉打ち切り条件を书面化することも紛争予防には有用である。

## 3. 説明義務

**売買契約の売主の場合と同様に、賃貸借契約締結にあたり、賃貸人にも契約締結前に賃借人に対して情報を提供すべき義務はあるのか。**

賃貸借契約の場合でも、賃借人が賃貸借契約の対象となる宅地建物に関する情報を十分に理解していないと、後になってから不測の損害を被ることはある。したがって、契約準備段階において交渉に入った者同士の間では、誠実に交渉を続行し、一定の場合には重要な情報を相手方に提供すべき信義則上の義務を負うという法理は、賃貸借契約の場合にも認められると考えられる。売買契約の場合と同様、賃貸借契約を締結するか否かを相手方が意思決定するにあたって必要な判断材料については相手方に対する信義則上の情報提供義務があり、情報提供がなされなかったことによって賃貸借契約を締結してしまい、それによって被った損害は、不法行為責任として損害賠償請求の対象になると考えられる。

また、契約締結するか否かの意思決定には必ずしも必要としない情報であっても、例えば、当該物件を賃借するためには必要な情報もある。このような情報は、賃貸人は賃貸借契約の付随義務として説明義務を負い、適切な情報提供がなされなければ、付随義務としての説明義務違反による損害賠償請求の対象になると考えられる。



## 著者紹介

### 熊谷則一

KUMAGAI NORIKAZU

涼風法律事務所弁護士。1988年東京大学法学部卒業。建設省勤務を経て1994年弁護士登録。2007年涼風法律事務所を設立、現在に至る。中央建設工事紛争審査会（国土交通省）特別委員なども務める。  
〈不動産取引関係の名著〉  
『判例で学ぶ 宅建業者の調査・説明義務——これを知らないとプロではない!』（住宅新報社，2005）  
『不動産会社のための個人情報保護法ハンドブック』（住宅新報社，2005）  
『宅建業務1年生の法務研修ノート——弁護士織音にお任せ！建物賃貸借編』（住宅新報社，2008）

## LAWYERS' KNOWLEDGE

# 不動産取引紛争の 実践知

## 宅建業法の戦略的活用

2019年12月30日 初版第1刷発行

著者 熊谷則一  
発行者 江草貞治  
発行所 株式会社 有斐閣  
郵便番号 101-0051  
東京都千代田区  
神田神保町 2-17  
電話 03-3264-1314（編集）  
03-3265-6811（営業）

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

デザイン キタダデザイン  
印刷 株式会社理想社  
製本 牧製本印刷株式会社

© 2019, Norikazu Kumagai. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。  
定価はカバーに表示してあります。  
ISBN 978-4-641-13824-7

**JCOPY**

本書の無断複写（コピー）は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、（一社）出版者著作権管理機構（電話 03-5244-5088, FAX03-5244-5089, email:info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。