

# 売買貸貸借トラブル & 法務相談事例集



令和5年5月

JA全中 営農・担い手支援部

JAまちづくり資産管理情報 顧問 弁護士 草薙 一郎

## < 目 次 >

<b>I. 売買賃貸借トラブル事例</b> .....	1
1. 建物賃貸借 .....	2
(1) 賃貸住宅の契約 .....	2
01. 消費者契約法のポイント .....	2
02. 借家契約条項と消費者契約法 .....	5
03. 敷金、保証金との相殺について .....	8
04. 敷引特約が有効とされた事例 .....	11
05. 定額補修分担金特約の有効性 .....	14
06. 賃料増減額請求の効力について .....	16
07. 賃料自動改定特約と賃料減額請求 .....	19
08. 自殺と告知義務 .....	21
09. 自殺を告知しないことが不法行為とされた事案 .....	24
10. 20年以上前の自殺と説明義務 .....	26
11. 犯罪行為と告知義務 .....	29
12. 建物一括借上げの注意点 .....	32
13. 無断転借人の自殺と損害の範囲 .....	35
(2) 事業用の契約 .....	38
14. 無断建物転貸借の当事者間の関係 .....	38
(3) 家賃 .....	41
15. 賃料等の関係と民法の改正 .....	41
16. 民法の改正－賃貸借の一部使用不能－ .....	44
17. 賃料増額請求と共有建物 .....	47
18. 保証債務の時効全般について .....	50
19. 借家人の保証人に対する請求の制限について .....	53
20. 賃料等の充当について .....	56
21. 家賃の取立て行為と不法行為 .....	59
22. 納税と事務管理 .....	61
23. 共有不動産の賃料の帰属について .....	64
24. 賃料差押後の賃貸物件の譲渡と差押の効力 .....	67
(4) 契約更新 .....	70
25. 更新料と消費者契約法（上告審） .....	70
26. 借家契約条項と消費者契約法（その2） .....	73
27. 借家契約の更新事務手数料について .....	75
(5) 定期借家 .....	78
28. 定期借家契約の借家人の破産と違約金 .....	78
29. 定期借家における終了通知 .....	81
(6) 建物管理 .....	84

30. 老朽化建物に対する修繕義務について	84
31. 貸主の債務不履行と借家人の営業損害	87
(7) 契約解除	89
32. 賃貸借契約の中途解約について	89
33. 建て貸し物件の中途解約と損害賠償	92
34. 保証会社による賃貸借契約の解除	94
35. 保証会社による賃料の支払いがあっても解除が可能とされた事案	97
36. 借主破産を解除事由とする特約の効力	100
37. 解除後の賃料相当額と財団債権	102
38. 借家人の無断休業と契約の解除	105
39. 原状回復義務と土壌汚染	108
40. 弁護士に相談するにあたってー不動産の明渡しー	110
41. 抵当権設定後の無断転借人	113
42. 大規模災害時における借地借家の特別措置	115
43. 老朽建物の明渡請求について	118
44. 建物の耐震性能と更新拒絶	121
45. 賃貸借契約の終了について	124
46. 普通借家の期間の終了について	126
47. 借主の退去原因をつくった者への請求	129
2. 借地	132
(1) 事業用定期借地	132
48. 共同での土地賃貸借について	132
49. 事業用定期借地契約の終了時の対応	135
(2) 普通借地契約	138
50. 更新されていない借地借家契約	138
(3) 使用貸借	141
51. 土地使用貸借と信頼関係不存在による解除	141
52. 使用貸借における借主の死亡	143
53. 内縁の妻に対する建物明渡請求	146
54. 親族間の土地使用貸借の解約	149
(4) 転貸・借地権譲渡	152
55. 転貸借の解除と抵当権者への通知義務	152
56. 無断転貸と背信行為	155
57. 借地権譲渡と土地所有者の対応	157
58. 借地権譲渡と地主の譲受権について	159
(5) 地上権	161
59. ゴルフ場の賃料減額請求権について	161
60. 仮差押と法定地上権の成否について	164
(6) 契約解除	167
61. 地代滞納による解除と代払許可	167

3.	土地賃貸借	169
	62. 放置車両の撤去について	169
	63. 駐車場賃貸借と説明義務	171
	64. 所有権留保車両の撤去義務者	174
	65. 地中の埋設物と賠償責任	177
4.	土地売買	180
	66. 売買にあたっての本人か否かの確認	180
	67. 会社財産との取引について	183
	68. 民法改正と契約条項	185
	69. 意思能力と通謀虚偽表示	190
	70. 売買契約における確定測量図交付の意味	193
	71. 土地売買の買主の土地確保と弁護士費用	196
	72. 売主側の説明義務（地震等）	199
	73. 有害物質を含む土地売買について	202
	74. 売主による瑕疵の存在の説明義務	205
5.	建物売買	207
	75. 損害賠償と居住の利益	207
	76. 借地権付建物売買と融資承諾書	209
6.	建築工事	212
	77. 建築基準法の道路について	212
	78. 請負人の破産と注文者による解除に伴う違約金請求の可否	215
7.	相続	217
	(1) 遺言	217
	79. 遺言書の発見・保管について	217
	80. 民法の改正－自筆証書遺言と遺言書の保管－	220
	81. 民法の改正－相続の効力－	223
	82. 死亡危急時遺言について	226
	83. 遺言書トラブルについての考察	229
	84. 負担付き遺贈について	232
	85. 死因贈与について	235
	86. 「相続させる」と記載されない遺言の解釈	238
	87. 秘密証書遺言等について	241
	88. 遺言書の「破棄」について	244
	89. 自筆証書遺言における自書について	247
	90. 封筒に記載のある自筆証書遺言	249
	91. 認知症を有する者による遺言の有効性	252
	(2) 相続財産	255
	92. 預貯金債権と相続について	255
	93. 貯金債権と確認の訴え	258
	94. 相続人による預金の引き出し	260

95. 故人の印鑑届の開示請求	263
96. 賃貸物件の相続にあたっての注意点	266
97. 令和3年民事基本法改正（その1）	269
98. 相続開始後に認知された者による価額請求の際の相続債務の扱い	272
99. 敷金返還債務と建物の相続	275
(3) 相続人	278
100. 養子について	278
101. 養子縁組の効力と相続税対策	281
102. 受遺者の死亡と遺言の効力	284
103. 「相続させる」と代襲相続	287
104. 特別縁故者の財産分与について	289
105. 特別縁故者の財産の分与請求	292
106. 民法の改正－配偶者の居住権の保護－	295
107. 遺産分割協議後の認知された者からの請求	298
(4) 遺産分割	301
108. 遺産分割協議書における署名時の注意点	301
109. 相続における特別受益について	304
110. 相続における特別受益について	307
111. 贈与と特別受益・遺留分侵害額請求	310
112. 相続人でない者への特別受益について	313
113. 相続分の譲渡と特別受益	316
114. 遺産の共同相続について	319
115. 共同相続された預貯金の扱い	322
116. 共同相続された預貯金の扱い（差戻審）	324
117. 共同相続人による取引履歴の開示請求	327
118. 共有の株式の権利行使方法	329
119. 共有物分割請求について	331
120. 共同相続と時効取得	334
121. 遺産分割協議成立後に発見された遺産について	337
(5) 遺留分	340
122. 民法改正－遺留分について－	340
123. 遺留分減殺請求について	343
124. 遺留分減殺請求と価額弁償	346
125. 遺留分減殺請求と相続債務の取扱い	348
126. 遺留分減殺請求と相続債務の取扱い（上告審）	351
127. 遺留分減殺請求と遺言執行	354
128. 事理弁識能力を欠く者と時効停止	357
129. 相続分の譲渡と遺留分減殺	360
130. 遺言執行者の預貯金の払戻しと遺留分減殺（改正前）	363
(6) 成年後見・信託	366

131.	成年後見制度への対応	366
132.	家族信託について	369
133.	民事信託の注意点について	372
(7)	相続手続	375
134.	相続放棄の期間の起算点について	375
135.	相続放棄の熟慮期間の起算点	378
136.	相続放棄と保険金請求権	381
137.	再転相続における熟慮期間の起算点	384
138.	相続の放棄の撤回・取消について	386
139.	遺贈の放棄について	389
140.	受遺者による遺贈の放棄	391
141.	遺言執行者の権限について	394
142.	遺言執行者の権限(預貯金払戻請求)	396
143.	死因贈与における執行者の権限	399
144.	相続開始後の遺産の処分について	402
145.	民法の改正－特別の寄与－	405
(8)	その他	408
146.	令和3年民事基本法改正(その2)	408
147.	外国籍等と相続	411
8.	土地の権利	414
148.	不法な登記とその対応について	414
149.	土地に対する商事留置権と抵当権の優劣	417
150.	抵当権の対象地と通行地役権	419
151.	不動産と商事留置権について	422
152.	土地の取得時効と抵当権の優劣	425
153.	令和3年民事基本法制改正(その3)	428
154.	令和3年民事基本法改正(その5)	431
9.	その他	434
155.	民法の改正について－保証と瑕疵担保責任－	434
156.	保証契約の要件	437
157.	民法の改正について－消滅時効について－	439
158.	民法の改正について－債権者代位権と債権者取消権－	441
159.	譲渡禁止特約付債権の譲渡について	444
160.	継続取引と本人の判断力低下	447
161.	飼い犬の鳴き声と損害賠償	450
162.	葬儀場に対する目隠し設置要求の可否	453
163.	裁判所の管轄について	455
164.	損害賠償について	458
165.	少額訴訟制度について	461
166.	通謀虚偽表示と第三者	464

167. 不在者、失踪宣告、公示送達について .....	466
168. いわゆる空家特措法について .....	468
<b>II. 法務専門相談事例.....</b>	<b>471</b>
1. 建物賃貸借 .....	472
(1) 賃貸住宅の契約 .....	472
169. 敷引特約と原状回復 .....	472
170. ハウスクリーニング代と敷金 .....	474
171. 保証契約と解約 .....	475
172. 敷金の差押え .....	476
173. 未成年者との契約について .....	477
174. 連帯保証人の住所 .....	478
175. 保証人の責任の範囲 .....	479
176. 借家人の保証人 .....	480
177. 重要事項説明の相手方 .....	481
178. 貸地の上の建物内の自殺行為 .....	482
179. 浴室内の病死と告知義務 .....	483
180. アパートの住民の自然死と告知義務 .....	485
181. アパートの借主の死亡 .....	487
182. 近隣住民の言動と告知義務 .....	488
183. 駐車場付きアパートの賃貸について .....	489
184. アパートの借主の不法駐車 .....	490
185. 土地建物の賃貸借について .....	491
186. 借主の名義変更について .....	493
187. 法人の貸主への変更について .....	495
188. 借主である法人の代表者の変更について .....	496
189. 借家契約の変更の申入れについて .....	497
190. 造作買取請求と有益費の関係 .....	498
191. アパート契約直前のキャンセル .....	500
192. 所有者でない者による貸家契約 .....	501
193. 借主の町内会費の未払い .....	502
194. 反社会的勢力に関する事前確認 .....	505
(2) 事業用の契約 .....	506
195. 賃貸借か営業委託か .....	506
196. 開店予定日を過ぎた借主の責任 .....	508
197. 契約書上の借主の変動について .....	509
198. 借家人の民事再生 .....	510
199. 借地上の建物の賃貸借 .....	511
200. 所有者でない者からの事業用定期借地 .....	513
201. 転貸人の地位の移転 .....	514

202.	共有物の賃貸借契約	516
203.	夫婦で共有の物件の賃貸借契約	517
204.	2棟の建物の一括貸し	518
205.	土地所有者が建物の貸主の保証人になること	519
206.	複数業者による媒介について	521
207.	建物賃貸借とバックアップ・オペレーター	523
(3)	家賃	524
208.	家賃滞納と仲介業者の責任	524
209.	家賃の減額請求	525
210.	家賃減額請求について（過去の家賃）	526
211.	コロナウイルスによる賃料減額	527
212.	借家契約における連帯保証人の責任	528
213.	借家契約更新後の保証人の責任	529
214.	保証人死亡後の相続人の責任	530
215.	借家契約の締結と新民法	532
216.	借家契約の更新と保証人の責任	533
217.	賃貸借契約における保証人の極度額について	535
218.	自動引落とし未了の家賃請求	536
219.	相続人不存在と滞納家賃の回収	537
220.	共同賃貸人の預金口座の差押	539
221.	債務の充当について	540
222.	賃貸管理会社の権限	541
223.	消費税と時効	542
(4)	契約更新	543
224.	消費者契約法と更新料	543
225.	更新料について	544
226.	更新料請求条項について	545
227.	更新事務手数料について	546
228.	借家契約更新の際の保証人の署名について	548
229.	建物の法定更新について	549
230.	建物賃貸借契約締結時の説明義務について	550
231.	事業用物件（借家）の更新	551
232.	テナントに対する賃料改正と更新拒絶	552
(5)	定期借家	553
233.	抵当権付建物の定期借家契約	553
234.	契約期間開始前の借家人による解約	554
235.	定期借家における賃貸建物の追加	556
236.	定期借家契約の期間の変更	557
237.	普通借家契約の定期借家への変更	558
238.	定期借家への切り替え	559



239.	定期借家契約の中途解約とペナルティー	560
240.	定期借家契約の終了通知の効力	562
241.	定期借家契約における終了通知	563
(6)	建物管理	564
242.	借家人の持病と建物の補修	564
243.	建物劣化と管理会社の修繕義務	565
244.	高圧受電設備の修理	566
245.	雨漏りと入居者に対する賠償	567
246.	雨漏りと敷金、仲介手数料の返還	568
247.	アパートの水漏れと家賃	570
248.	地震と建物内の備品の損傷	571
249.	工作物責任の有無	572
250.	看板の落下による賠償について	573
251.	樹木の管理と責任	575
252.	建物からの落下物と責任の内容	576
253.	アパートの敷地内での子どものがが	578
254.	建物敷地内施設による損害	579
255.	借家人による周囲への迷惑と対応	581
256.	騒音クレームへの対応	582
257.	借家人による騒音と近隣住民	584
258.	アパートのゴミ捨て場の不法投棄	585
259.	管理会社の倒産と敷金	586
260.	貸主の所在不明と建物管理	587
261.	シロアリと貸主の責任	588
(7)	契約解除	589
262.	借家契約の中途解約の可否	589
263.	普通借家と中途解約	590
264.	建物賃貸借契約の中途解約について	591
265.	借家の中途解約と礼金の返還	593
266.	借主の解約申し入れ拒否と賃料支払い義務	595
267.	アパートの借主による中途解約と違約金	596
268.	連帯保証人による賃貸借契約の解約	597
269.	借主の中途解約と貸主の損害賠償	598
270.	コンビニの中途解約	599
271.	借家契約更新後の解約について	600
272.	テナントの退去と新規契約	602
273.	家賃滞納と解除、破産	603
274.	滞納賃料の受領と解除の効果	605
275.	給与の差押と建物明渡	606
276.	賃料支払約束と解除	607

277.	契約解除と賃料支払い	608
278.	借主の破産と敷金	609
279.	民事再生と借家契約	610
280.	賃貸借契約の解除と違約金	611
281.	テナントの破産と貸主の注意点	612
282.	テナントの破産と借家権譲渡	613
283.	ペット飼育禁止と借家契約の解除	614
284.	ひとり暮らしの高齢者の借家人について	615
285.	借家人の死亡（孤独死）	617
286.	借家人死亡と残置物処理	618
287.	所在不明の入居者の退去手続	619
288.	敷金返還請求権の譲渡と明渡	621
289.	原状回復と敷金	622
290.	原状回復について	623
291.	借主の解散と敷金の処理	624
292.	いわゆる居抜き賃貸借と原状回復	625
293.	東京ルール of 原状回復	626
294.	借地上の建物の解体と覚書	627
295.	借家契約解除後の建物所有者と保証人の関係	628
296.	建物に対する強制執行	629
297.	立退き交渉と報酬	630
298.	借家契約における更新拒絶通知の時期	631
299.	更新拒絶の時期について	632
300.	老朽建物からの退去について	633
301.	老朽化建物からの退去	634
302.	耐用年数が過ぎた建物の解約について	635
303.	建物の焼失と契約の終了	637
304.	解除に伴う催告期間後の家賃支払	638
305.	精神面で障害のある入居者の対応	639
306.	建物賃貸借の解除と転貸借	641
307.	公務員による資産管理	642
2.	借地	644
(1)	事業用定期借地	644
308.	二筆の上にある借地契約	644
309.	予約契約等の変更について	646
310.	借地契約における契約目的の表示	649
311.	事業用定期借地権の始期について	650
312.	地権者会について	651
313.	借地権設定仮登記の移転等	652
314.	普通借地を含めた定期借地について	653

315.	定期借地上の建物の賃貸借	654
316.	事業用定期借地の中途解約とペナルティー	656
317.	定期借地契約における借地人の中途解約	657
318.	事業用定期借地契約と中途解約	658
319.	建物滅失と借地権	659
320.	借主の破産と敷金没収	660
321.	地代変更書面について	661
322.	事業用定期借地契約の地代変更	662
323.	会社分割と賃借権譲渡	663
324.	事業用定期借地の期間延長について	665
325.	事業用定期借地権の期間延長	666
326.	事業用定期借地の貸主の相続	667
327.	借地権の譲渡と転貸	668
328.	借地人が借地の一部を転貸するときの注意点	669
329.	転借地人の地位	670
330.	定期借地権の譲渡と公正証書	672
331.	借地上の建物の譲渡禁止について	673
332.	借地人が借地権を転貸し、自らが借家人になるケース	674
333.	借家人の承継と原状回復	675
334.	原状回復（借地契約）について	677
335.	事業用定期借地契約の期間延長	678
336.	再度の事業用定期借地契約前の合意	679
337.	事業用定期借地権の期間延長について	680
338.	事業用定期借地の終了とその後の使用継続	681
(2)	普通借地	682
339.	借地契約書の契約期間	682
340.	借地契約の始期について	683
341.	二筆にまたがる建物と借地契約	685
342.	賃料増額請求について	686
343.	車庫の契約について	687
344.	古い借地契約について	688
345.	契約関係の不明な借地契約	689
346.	借地契約の面積のちがい	690
347.	短期間の借地契約	691
348.	借地上の建物名義について	692
349.	借地上の建物の増改築	693
350.	借地権の更新料について	694
351.	借地契約と更新条項	695
352.	民法上の賃貸借契約と更新拒絶	696
353.	借地人が死亡したら借地契約は終了するとの特約	697

(3) 使用貸借 .....	698
354. 一時使用貸借について .....	698
355. 看板設置契約と撤去義務者 .....	699
(4) 転貸・借地権譲渡 .....	700
356. 借地権譲渡と重要事項の説明 .....	700
357. 土地の借主が一般社団法人を設立したケース .....	701
358. 成年後見と借地権譲渡 .....	702
359. 業者による委任行為 .....	703
360. 借地権と抵当権の優劣 .....	704
(5) 地上権 .....	705
361. 地上権である借地権について .....	705
362. 地上権の内容の借地権について .....	706
(6) 契約解除 .....	707
363. 借地契約の当事者の死亡 .....	707
364. 不動産業者と弁護士法 .....	708
365. 借地人の破産について .....	709
366. 事業用定期借地権と借主破産 .....	711
367. 破産物件と任意売却 .....	712
368. 競売手続中の借地契約の解除 .....	713
(7) その他 .....	715
369. 相続対策と借地人 .....	715
370. 旧農地法による更新拒絶 .....	716
371. 土地と借地権の交換 .....	717
3. 土地賃貸借 .....	718
(1) 駐車場 .....	718
372. 借地権の成否について .....	718
373. 駐車場契約と説明義務 .....	719
374. コインパーキングの転貸について .....	720
375. 駐車場の解約と消費者契約法 .....	721
376. 駐車場の改装と駐車場 .....	723
377. 駐車車両の移動 .....	724
378. 駐車場契約の更新について .....	725
379. 駐車場の一時使用貸借について .....	726
380. 駐車場の目的外使用について .....	727
381. 駐車場の貸主の変更 .....	728
382. 更新事務手数料について .....	729
383. 貯金口座の差押と賃料の受領 .....	730
384. 契約目的に反する使用をした借主への請求 .....	731
385. 放置車両について .....	732
(2) その他 .....	733

386.	資材置場の解約について	733
4.	土地売買	734
(1)	売買予約	734
387.	土地売買における媒介契約が可能な時期	734
388.	古い仮登記の抹消請求	735
389.	債権者代位権について	736
(2)	売買契約	738
390.	未完成物件等の売買について	738
391.	未完成物件等の売買について(その2)	739
392.	他人物売買について	740
393.	手付解約と土地の二重譲渡	741
394.	業者所有地の売買と宅建業法について	743
395.	私道の埋設管の件	745
396.	筆界特定と説明義務	746
397.	土地売買と条件の効力	747
398.	土地売却と使用貸借	748
(3)	媒介契約	749
399.	媒介契約を前提としない仲介	749
(4)	土地の瑕疵	751
400.	地中の埋設物について	751
401.	地中の埋設物と瑕疵担保責任	753
402.	土地の瑕疵担保責任	755
403.	地中の埋設物と妨害排除の請求	757
404.	売主周辺のトラブルと売買契約	758
(5)	農地売買	759
405.	仮登記と農地法	759
406.	農地に対する所有権移転請求権仮登記	760
(6)	その他	762
407.	隣地の売却への対抗策について	762
408.	売買契約と固定資産税の清算	763
5.	建物売買	764
409.	現状有姿売買と瑕疵担保	764
410.	建物売買契約と瑕疵担保責任	765
411.	借家権付建物の売買	766
412.	市街化調整区域の建物譲渡等について	768
413.	賃貸建物の売却と個人情報	769
6.	建築工事	770
414.	建築と接道について	770
415.	用途地域内の対象外建物建築	771
416.	建築確認に対する不服申立て	772

417.	施設建設契約の委任者の死亡	774
418.	発注者の死亡（工事途中）	775
419.	設計にない家財の搬入について	776
420.	請負契約後の解除	777
421.	親子間の土地利用について	778
422.	未成年者によるリフォーム契約	779
7.	相続	780
(1)	遺言	780
423.	遺言と寄与	780
424.	事業承継と遺言書	781
425.	死亡危急時遺言と確認請求	782
426.	建築中の請負契約と遺言	783
427.	遺言書の検認手続について	784
428.	包括遺贈について	786
429.	遺言と民法改正	787
430.	遺言と登記	789
431.	自筆証書遺言の保管制度	791
432.	自筆証書遺言の保管制度（その2）	792
(2)	相続財産	793
433.	株の相続と遺言書	793
434.	親の預貯金の引出し	794
435.	アパートのオーナーの相続と借主への対応	795
436.	駐車場付きアパートの相続	796
437.	建物の相続と借家契約の解除	797
438.	共済と相続	798
439.	アパートの相続と負債	799
440.	建築中の建物の請負契約と遺言書	800
441.	工事途中での施主の相続	801
442.	所有地内墓地と相続	802
(3)	相続人	803
443.	娘夫婦の離婚と養子縁組の解消	803
444.	外国にいる日本人の相続について	804
445.	民法改正と嫡出でない子	805
446.	失踪宣告と認定死亡	807
447.	相続人が未成年者のときの対応	808
448.	未成年後見	810
449.	孫への財産移転	811
450.	養子と代襲相続	812
451.	受遺者死亡と遺言	813
452.	遺言をしていた受遺者の死亡	814

453.	受刑者が相続人のケース	815
454.	相続欠格事由と執行猶予	817
455.	推定相続人による父の財産処分	819
456.	生存配偶者の復氏と相続	820
(4)	遺産分割	821
457.	遺産分割協議における特別代理人の選任	821
458.	遺産分割協議の調停について	822
459.	遺産分割の調停と審判	824
460.	相続分の譲渡について	825
461.	遺産分割協議後の物件売却	826
462.	遺産分割協議成立後の取引履歴の開示	827
463.	相続対象地上の建物と特別受益	828
464.	アパートの共同相続と賃料等について	829
465.	共有物の分割手続	833
466.	祖先の祭祀承継物について	834
467.	競売手続による遺産分割と通行地役権	835
(5)	遺留分	836
468.	遺留分の確保について	836
469.	農地と遺留分減殺	837
470.	遺留分減殺請求と免責的債務引受	839
471.	遺留分減殺請求権の差押え	840
472.	遺留分の事前放棄と相続分の事前放棄	841
473.	賃貸物件と遺留分減殺	842
474.	遺留分減殺請求と遺産評価	843
475.	遺留分放棄と相続	844
476.	相続債務と遺留分減殺	845
(6)	信託・後見人	847
477.	後見人の権限	847
478.	アパート建築と成年後見	848
479.	被後見人の不動産売買	849
480.	家族信託と遺留分減殺	850
481.	農地の信託などについて	852
(7)	相続手続	853
482.	生前贈与と相続放棄	853
483.	親子の相続放棄	854
484.	相続放棄と葬祭費用	855
485.	時効と相続	856
486.	遺言執行者の登記権限	857
487.	私道と先代名義	858
(8)	その他	859

488. 物納農地の埋設物 .....	859
8. 土地の権利 .....	860
(1) 登記 .....	860
489. 登記の日付と土地取引について .....	860
490. 表題部に名前しかない土地について .....	862
491. 売買予約の仮登記の抹消 .....	864
492. 地権者組合と登記 .....	865
(2) 抵当権 .....	866
493. 抵当権に優先する同意登記 .....	866
494. 抵当権設定と建物賃貸借 .....	868
495. 抵当権物上代位と質権の優劣 .....	869
496. 古い抵当権の抹消方法について .....	871
497. 抵当権の設定されている土地上の樹木の伐採 .....	873
498. 物上保証人による弁済 .....	874
(3) 時効取得 .....	875
499. 時効取得について .....	875
500. 土地の時効取得について .....	876
501. 土地の一部の時効取得について .....	878
502. 擁壁基礎部分の越境と時効取得 .....	879
503. 田の時効取得 .....	880
504. 私有地に越境した樹木 .....	882
505. 解散した法人との境界確定について .....	883
506. 所有権にもとづく妨害予防について .....	885
9. その他 .....	886
507. 相手方の破産と免責 .....	886
508. 建物の破損と損害の請求 .....	888
509. 建物損害と共同不法行為 .....	890
510. 位置指定道路と通行妨害 .....	892
511. 隣人者の問題行動について .....	893
512. 隣人からのいやがらせ .....	894
513. 訴訟告知制度について .....	896
514. 調停の申立書が届いたときの対応について .....	898
515. 司法書士による訴訟代理権 .....	899
516. 不在者財産管理人と公示送達 .....	900
517. 未成年の母の親権 .....	901
<b>&lt;索引&gt;</b> .....	<b>902</b>



# I. 売買賃貸借トラブル事例

## 1. 建物賃貸借

### (1) 賃貸住宅の契約

#### 01. 消費者契約法のポイント

(2012年2月号、No.155)

##### ■ はじめに

消費者契約法のポイントを説明したいと考える。

消費者契約法は平成13年4月1日から施行され、平成21年4月1日から適格消費者団体に関する条文を付加する改正がなされ、現在新聞報道では、この適格消費者団体に、消費者に代わっての権利行使を認める改正が検討されているとのことである。

また、最近では、更新料の問題や敷引特約の有効性など、消費者契約法の条文に関する重要な最高裁判所の判決もなされている。

そこで、今回は今後の業務を遂行するにあたり、消費者契約法の必要な部分を説明したいと思う。

##### ■ 対象

消費者契約法の対象となる契約は事業者と消費者との間の契約である（同法第2条3項）。

そして、消費者とは個人を指しているが、個人でも、事業としてあるいは事業のために契約の当事者となるときを除くとされている（同法第2条1項）。したがって、個人でも自分の仕事のため契約当事者となるような場合、例えば、個人の事業のため建物を借りるようなときは、消費者契約法の「消費者」ではない。そうすると、不動産取引では会社員が居宅として建物を借りるといったケースが一般的な対象事例となる。

事業者とは、法人その他の団体及び事業としてまたは事業のために契約当事者となる個人を指す（同条2項）。したがって、組合員がアパートを所有して賃貸することは、事業者としての契約ということになる。

##### ■ 目的

消費者契約法第1条には同法の目的が明記されている。

実は、この目的を記載した第1条の条文の文言は、同法の適用を考えるにあたり重要な内容となっている。その中で覚えてもらいたい文言は、第1条のはじめの「この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ・・・」という部分である。

消費者契約法は、消費者と事業者との間には情報の質や量や交渉力に格差があることから、消費者が不当な契約をしても、その効力を否定するなどして消費者の権利を擁護しようとする法律である。したがって、各条文の解釈にあたっては、前記の文言の検討がなされている。

この点については、更新料の特約を有効とした最近の最高裁判所の判決文にも明記されていることから容易に理解できると思う（P70、No. 25 参照）。

## ■ 各論

### 1. 契約にあたっての説明等の注意点

- (1) 事業者が消費者に対して契約を締結するにあたって勧誘する際、
  - (a) 重要事項について事実と異なることを告げ、その告げられたことを事実と誤認した場合。
  - (b) 物品、権利、役務等について、将来の価額、受け取るべき金額その他将来の変動が不確定な事項について、確定的判断を提供し、消費者が確定的判断の内容を確実と誤認した場合、いずれの場合も消費者は意思表示の取消が可能となる（第4条1項）。
- (2) 事業者が消費者に対して、重要事項等について消費者に利益となることを告げ、かつ、重要事項について不利益となる事実を告げないことで、その事実がないと誤認した場合、消費者は意思表示を取消することができる。

例えば、南側に高層マンションが建てられるのを知りながら、それを告げずに不動産取引をしたようなケースが該当する（第4条2項）。
- (3) 契約にあたって、退去しないことで困惑して消費者が契約をした場合も取消が可能となる（第4条3項）。
- (4) 契約にあたって事業者が契約の目的となるものの分量、回数、期間が消費者の通常分量等を著しく超えるものであることを知っていたとき、あるいは数個の目的の合算の分量が通常分量を著しく超えることを知っていたときは、消費者は取消が可能となる（第4条4項）。

### 2. 契約条項の注意点

- (1) 損害賠償の免除条項が無効となる場合（第8条）。
  - (a) 事業者の債務不履行責任を全部免除する条項。
  - (b) 事業者（代表者、従業員）の故意または重大な過失により生じた債務不履行責任の一部を免除する条項。
  - (c) 不法行為責任を全部免除する条項。
  - (d) 事業者（代表者、従業員）の故意または重大な過失により生じた不法行為責任の一部を免除する条項。
  - (e) 契約不適合によって生じた損害の賠償を全部免除する条項。

但、契約不適合のないものをもって代える責任または瑕疵を補修する責任を負うとしているときを除く。
  - (f) 事業者の債務不履行により生じた消費者の解除権を放棄させる条項（第8条の2）
- (2) 損害賠償額の予定が無効となる場合（第9条）。
  - (a) 契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項で、これらを合算した額が解除の事由や時期などの区分に応じ、当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超えたときの、超えた部分は無効となる。

近年、これが問題となったのは、大学の入学金の返還訴訟である。

この条文については、解除後に建物等を明渡さないときに、家賃相当額2倍や3倍の損害金を定める契約条項の有効性の問題が対象となっている。問題は、事業者に生ずる平均的損害とは何を指すかであり、その立証責任は事業者側にあるとされている。2倍程度は一般にみられる条文であるから問題はないと思う。

あるいは、解除することのペナルティーとして敷金や保証金の没収も、この条文の対象である。

(b) 支払うべき金銭の損害賠償の額の予定または違約金の合算額が、支払期日の翌日から支払をする日までの期間について、その日数に応じ、支払期日に支払うべき額から、既に支払われた額を控除した額に年14.6%の割合を乗じた金額を超える部分は無効となる。これは、いわゆる遅延損害金の金利の問題である。

(3) 消費者の利益を一方的に害する場合（第10条）。

この条文の要件は以下のとおりである。

(a) 消費者の不作为をもって新たな申込み又はその承諾とみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用と比較して、

①消費者の権利を制限する条項

②消費者の義務を加重する条項

が対象となる。

(b) 上記の対象条項のうち、民法第1条2項の信義誠実の原則に反し、消費の利益を一方的に害する条項。

(c) 上記(a)と(b)の二つの要件を充足する条項は無効となる。

この条文は、消費者契約では常に気を付けることになる。

更新料の判例も前述の(a)には該当するとしているし、敷引特約の判例も同様である。

民法の規定に注意をし、民法より権利を制限していないか、義務を重くしていないかを検討する。そのうえで、(b)の要件の検討に入る。

ただ、この(b)の要件を考える際には、前述の「目的」の文言が解釈論に影響する。すなわち、確かに(a)には該当するが、消費者と事業者との間に情報の質や量、あるいは交渉中に格差が大きく生じていないし、消費者も理解して契約しているとして、(b)の要件には該当しないと結論するわけである。

契約にあたっては、どこかに消費者の逃げ道をつくっておくことも大切であろう。

## ■ 今後

今後、この消費者契約法は資産管理に不可欠な法律となる。

現在は適格消費者団体による差止め請求が認められるが、前述のとおり法改正の動きがあり、そうなると一市民を説得してトラブルを生じさせなければいいという訳にはいかなくなってしまうことになる。

## 02. 借家契約条項と消費者契約法

(2013年4月号、No.169)

### ■ 事案

本件は、適格消費者団体が不動産賃貸業の業者を相手に、当該業者が使用している借家契約書の条項の中に、消費者契約法9条ないし10条に該当する部分があるとして、その契約書の使用の差止めを請求した事案である。

業者が使用している借家契約書の条項の中で問題とされた部分は以下のとおりである。

- ① 借主が解散、破産、民事再生、会社整理、会社更生、競売、仮差押、仮処分、強制執行、成年被後見人、被保佐人の宣告や申立てを受けたときは、貸主は直ちに契約の解除ができる。
- ② 契約終了後に明渡を完了しないときは、明渡完了まで賃料の二倍の損害金を支払う。
- ③ 家賃滞納のとき、借主は催告手数料（通信費、交通費、事務手数料）として、1回あたり3,150円を支払う。
- ④ 明渡しにあたっては借主はクリーンアップ代を支払う。（契約条項には単価が細分化して表示されている。）

その他の条項も争点ではあるが、今回は上記の4点についての説明としたい。

原告である適格消費者団体は、①～④は消費者契約法9条ないし10条に該当すると主張し、賃貸業者である被告は同法9条ではなく、同法10条の問題であり、①～④はいずれも同法10条には該当しないと主張した。

### ■ 判旨

原告、被告双方の主張に対して、大阪地方裁判所は以下のとおりの判断を示した。

#### ①について

①の条項のうち、成年被後見人、被保佐人の部分以外の事由は、賃借人の支払不能状態、経済的破綻を徴表する事由であり、賃貸借契約当事者間の信頼関係を破壊する程度の賃料債務の履行遅滞が確実視される事由といえる。したがって、これらの部分に該当する事由が発生した場合に解除を認めることは信義則に反しないので、消費者契約法10条後段に該当しないので差止めできない。

しかし、成年被後見人、被保佐人の部分は借主の資力と無関係であるから前述と同様とは言えず、同法10条後段に該当し、差止めの対象となる。

#### ②について

この特約は、同法10条前段には該当する。

しかし、借主は契約終了後に建物の明渡義務があり、これを怠っているのに契約中と同じ経済的負担しかないとする、契約中と何ら変わりがなく、明渡義務の懈怠に対する不利益がないことから、明渡の履行促進が期待できない。

また、貸主は明渡しのために相当の費用や時間をかけて訴訟や強制執行をしなければならず、これらの費用の回収も確実とは言えない。そうすると、明渡を懈怠されている場合の貸主の損害は賃料相当額にとどまるものではない。

以上からすれば、賃料の二倍相当額を損害金として請求できる旨の条項は信義則に反するとは言えず、消費者契約法 10 条後段には該当しないので、差止めは認められない。

なお、この特約は解除のみでなく、契約が終了する場合一般にも適用されるものであり、解除にともなう損害に関する条項ではない。したがって、同法 9 条には該当しない。

### ③について

この特約はまず、同法 10 条前段には該当する。

しかし、この特約の前提は、借主が賃料の支払いを怠っている場合である。そのため、貸主が催告の実費を回収するには、電話代、郵送料、交通費などのコストがかかるだけでなく、証書類の確保や保存など、多大な費用を必要とする。そうすると、これらのコスト等を考えると 3,150 円は不相当に高いとは言えず、信義則に反しないので、同法 10 条後段に該当せず差止めは認められない。

### ④について

この条項は同法 10 条後段に該当する。

しかし、この条項から借主が負担すべき金額を明確に認識することができ、しかも、その単価が不相当に高いとは言えない。したがって、同法 10 条後段の信義則に反して消費者を一方的に害するとまでは言えない。よって、差止めは認められない。(大阪地方裁判所 平成 24 年 11 月 12 日判決、判例時報 2147 号 77 ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。)

## ■ コメント

1. 本件は、適格消費者団体が消費者契約法にもとづいての差止めを請求した事案である。

ご存じのとおり、数年前の同法の改正で適格消費者団体の制度が設けられ、その団体は消費者に代わって、消費者契約法に相当する契約の差止めを求めることが可能となった。本件も、被告の業者と借主とが契約条項の有効性を争ったわけではないが、前記団体から差止めを求められたものである。

2. 本件で問題となった条項は、ここに説明したもの以外もあるが、日々の業務の中で前掲の 4 つの条項が議論されるところの思い、ここで紹介することとした。

判決を読めばわかるように、消費者契約法 10 条については、後段の信義則に反して消費者を一方的に不利としているかの文言が主に争点となっている。

そして、この解釈にあたっては、同法 1 条の趣旨が反映され、形式的に考えずに実質的な面を検討して判断されている。

これは、更新料に関する最高裁判所の考え方に沿ったものと言え、貸主側としては歓迎すべきである。

3. なお、以下の各点に注意されたい。

(1) 明渡義務を完了しない場合の損害金については、今のところ賃料額の二倍相当額までは有効になる可能性が高い。(事案ごとの判断なので、絶対に有効とまでは言えない。)

(2) ①の中で破産や民事再生、会社更生での解除を有効としているが、消費者契約法 10 条に該当しないと断言しているだけで、これらの事由の発生で当然解除できるとは言えない。

会社更生、民事再生では貸主からの解除はできないとされている。また、借主破産を理由とする貸主による解除も認められていない。

## 03. 敷金、保証金との相殺について

(2013年8月号、No.173)

### ■ はじめに

今回は、賃貸借契約における敷金返還請求権等と未払賃料その他の債権との相殺について説明したいと思う。

### ■ 敷金、保証金の性格

建物等の賃貸借契約においては、敷金、保証金が一般的に授受されている。

このうち、敷金として授受される金員は、借主に賃貸借契約上の債務不履行があるときは、貸主は受領した敷金をもって債務不履行に相当する金額を充当し、賃貸物件の明渡しを受けたときに充当後に敷金残額があるときに、借主は貸主に対して残額の敷金の返還請求権が発生するものと理解されている。

したがって、借主が有している敷金返還請求権は賃貸物件を貸主に返すまでは発生しておらず、それまでの間は将来の請求権を有している状態ということになる。

また、未払賃料がある場合、借主は敷金返還請求権を有していたとしても、その敷金返還請求権は具体的権利として発生していないから、貸主から未払賃料の支払を求められたときに敷金返還請求権と相殺をすると主張することも理論上できないことになる。

相殺については民法 505 条以下に規定はあるが、その要件として「双方の債務が弁済期にあるとき」が規定されている。

つまり、貸主、借主が相手に対して有する各債権の弁済期が到来している必要があり、敷金返還請求権については弁済期が到来していないから、借主からの相殺主張はできないことになる。

ただし、契約上のトラブルを防止するため、賃貸借契約書には借主からは敷金返還請求権があるからと未払賃料の支払を拒否する為に相殺や充当を主張できないと規定しているのが一般的である。

ところで、賃貸借契約では保証金の名前で金銭を授受することがある。

敷金という名前で金銭の授受があるときは、前述のような性格の金員と理解されているが、保証金という名前だけでは当然にそれが敷金だということにならない。

保証金と称する単なる預り金というケースもあり、保証金と敷金という二つの名称で金銭の授受がなされている契約書も存在しているからである。

したがって、保証金が敷金であるとするためには「借主の債務を担保するための保証金として」などの文言を契約書に表示しておくことが必要となる。



## ■ 保証金が敷金ではないとき

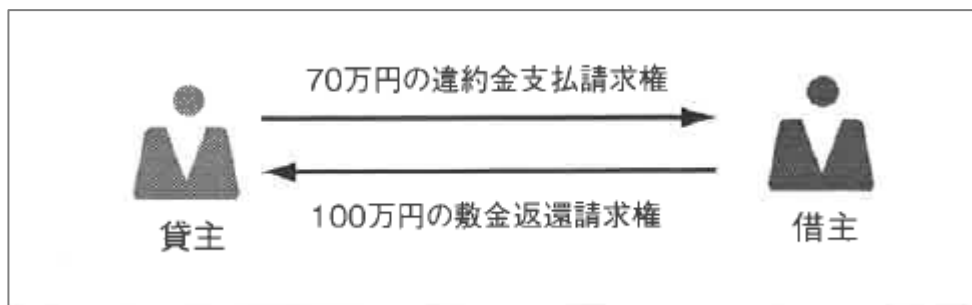
もし、保証金が敷金ではないとなると、借主は貸主に対して保証金返還請求権を有することとなり、契約によって定められた性格に応じて、民法の相殺規定に従って相殺の可否が決定されることになる。

## ■ 敷金の没収

借主による中途解約などのときに敷金を没収して、全部又は一部を返還しないとする特約をすることがある。貸主としては、期間満了までの賃料収入を予定していたのだから、没収はその予定額を補填する目的であり、いわゆる借主のペナルティーということになる。

ただ、没収といっても、法的構成は、貸主は借主に対して没収する金額に相当する違約金支払請求権を取得し、その請求権と借主が貸主に対して有する敷金返還請求権とが相殺されるという内容だとされている。

例えば敷金額が 100 万円で、借主の中途解約による敷金没収が 70%とすると以下のようになる（借主の債務不履行がない前提。もしあれば、まず、その部分を敷金から控除する）。



ところで、敷金の没収に関連して、借主が破産したため借主の破産管財人が賃貸借契約を中途解約し、賃貸物件の明渡後に敷金全額の返還を求めることが多い。

貸主としては、中途解約なので契約書に従って敷金の没収を主張するが、管財人はこれに反論するのである。

理由は破産法の規定であり、破産管財人は破産法の規定により契約の解約権限が与えられている。したがって、契約書に借主の中途解約がなかったとしても、破産管財人は中途での解約権限があることになる。

つまり、今回の中途解約は契約書による中途解約ではなく、破産法の規定による解約ということになる（ちなみに、このようなケースを担当された方は破産管財人からの解約通知書を確認していただきたい。破産法の条文によって解約すると明示されていると思う。仮に明示されていないとしても、破産管財人として解約と明記されていれば同様に考えるべきであろう。もし、契約書〇条にもとづいて中途解約と書かれているとなると、破産法による解約ではない可能性もあるが、こういう文書を出す管財人の対応は評価できない）。

そして、管財人によって解約されたとき、貸主は没収の反論はできないことになる。

なぜなら、没収の対象となる契約書の中途解約条項にもとづいた解約ではないこと、破産法はもともと相殺が可能な状態であったときに当事者の一方が破産したときの相殺は許容しているが、破産後に取得した債権等についての相殺は許容していないからである。

中途解約の没収も借主の破産のあとに貸主が違約金支払請求権を取得したことから、同様に相殺は許されないということになる。

このような場合、貸主としては管財人と交渉をし、返還すべき敷金の金額を減額してもらうなどの努力をすることになる。

## ■ 他の債権との相殺

貸主が借主に対して金銭の貸付金を有しているような場合、敷金との相殺を主張できるであろうか。

敷金を現実に返還すべきときに貸付金支払請求権を有していれば敷金返還請求権と貸付金支払請求権との相殺を主張できることになるし、このことは借主も同様ということになる。

ところが、貸主が借主に対して古いときに金銭を貸付け、そのまま放置したあと敷金を返すことになると、貸付金の消滅時効の問題が生じる。つまり、借主は自分への貸付金は時効が完成しているので支払義務はない。したがって、敷金と相殺することは認めないという主張である。

民法 508 条は、自働債権が消滅時効となっても相殺が可能な状態にすでになっていれば相殺していいという規定がある。

この場合、貸主の有する貸付金支払請求権が消滅時効となっても敷金と相殺できるかであるが、それはできないことになる。



AがBに貸付金を、同様にBがAに貸付金を有していたとする。ともに弁済期は到来していたが、AはBに支払を求めないままだったところ、AのBに対する貸付金は時効となり、BのAに対する貸付金は時効完成していないとき、BからAに対して貸付金の支払を求めてもAはBに対する時効完成している貸付金と相殺できるという規定である。

敷金のケースでは弁済期が到来していないので、この条文には該当しないことになる。

貸主としては、借主に対して別途支払を求めないと将来に敷金で相殺とはならないのである。ケースによっては、双方の合意文書を作成し、敷金と相殺するとの合意相殺をすることは可能であろう。

## ■ 差押と敷金

なお、敷金に対して第三者が差押や仮差押をしても、貸主は未払賃料を優先的に充当できることは当然である。

ただ、賃貸借契約以外の債権との相殺は、それが差押等のあとで取得した債権であれば差押に対抗はできないので注意が必要である。

## 04. 敷引特約が有効とされた事例

(2012年1月号、No.154)

### ■ 事案

XはYに対して、平成18年8月、マンションの一室を居住目的で賃貸した。

賃料 1ヶ月9万6,000円

保証金 40万円

本件賃貸借契約から生ずるYの債務を担保する。

特約(1) 建物明渡しの際、経過年数に応じて一定額を保証金から控除する。(本件敷引金)

1年未満 控除額 18万円

2年未満 同 21万円

3年未満 同 24万円

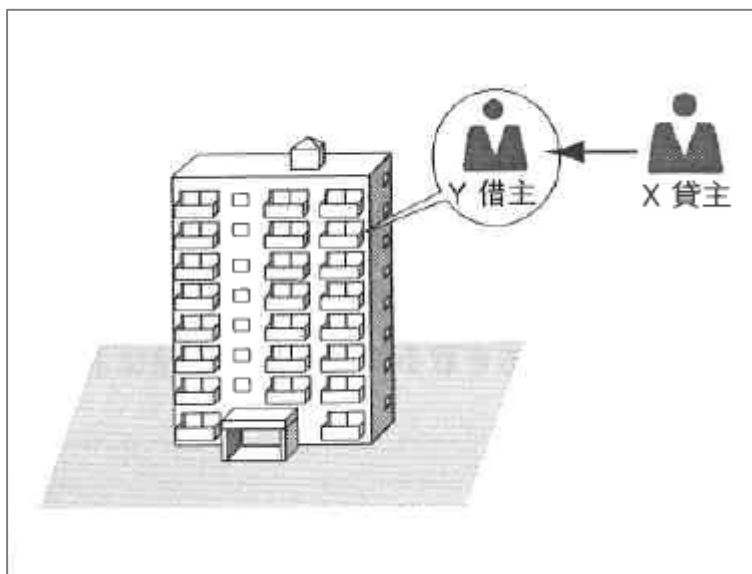
4年未満 同 27万円

5年未満 同 30万円

5年以上 同 34万円

特約(2) 借主Yは建物明渡しにあたり原状回復義務を負うが、いわゆる通常損耗等については本件敷引金で賄うこととし、原状回復を要しない。

特約(3) 更新料は9万6,000円



以上のような内容で、XY間の賃貸借契約書は作成された。

契約から2年未満である平成20年4月に、Yは本件建物をXに契約終了を理由として明渡しをした。

Xは前記特約条項にもとづいて、保証金から21万円を控除した19万円をYに返還した。その後、YはXに対して本件敷引金の返還を求めて提訴した。

Yの主張は、通常損耗等については、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませて回収することになるのに、賃料のほかに敷引分として通常損耗等の補修費分を借主に負担させることは借主に二重の負担を課すことになり、消費者契約法第10条により、本件敷引特約は無効であるというものである。

原審の大阪高等裁判所は、同法10条により無効であるということとはできないとして、Xに敷引分の返還を命じなかったため、借主Yが上告をした。

## ■ 判決

Yの上告に対して最高裁判所は以下のような判断を示した。

まず、本件の敷引特約は、通常損耗等の補修費用を借主に負担させる趣旨を含むものとするのが原則であるとした。そのうえで、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借契約の本質上当然に予定されているから、借主は特約なき限り通常損耗等についての原状回復義務を負わず、その補修費を負担する義務を負わない。

したがって、本件の敷引特約は任意規定の適用による場合に比し、消費者である借主の義務を加重するものとした。

次に、消費者契約法 10 条の信義則に反して消費者の利益を一方的に害するか否かについては、以下のように述べている。

「賃貸借契約に敷引特約が付され、賃貸人が取得することになる金員（いわゆる敷引金）の額について契約書に明示されている場合には、賃借人は、賃料の額に加え、敷引金の額についても明確に認識した上で契約を締結するのであって、賃借人の負担については明確に合意されている。そして、通常損耗等の補修費用は賃料にこれを含ませてその回収が図られるのが通常だとしても、これに充てるべき金員を敷引金として授受する旨の合意が成立している場合には、その反面において、上記補修費用が含まれないものとして賃料の額が合意されているとみるのが相当であって、敷引特約によって賃借人が上記補修費用を二重に負担するということはできない。また、上記補修費用に充てるために賃借人が取得する金員を具体的な一定の額とすることは、通常損耗等の補修の要否やその費用の額をめぐる紛争を防止するといった観点から、あながち不合理なものとは言えず、敷引特約が信義則に反して賃借人の利益を一方的に害するものであると直ちにいうことはできない。」

以上に述べたうえで、さらに続けて以下のように述べている。

「もっとも、消費者契約である賃貸借契約においては、賃借人は、通常、自らが賃借する物件に生ずる通常損耗等の補修費用の額については十分な情報を有していない上、賃貸人との交渉によって敷引特約を排除することも困難であることからすると、敷引金の額が敷引特約の趣旨からみて高額に過ぎる場合には、賃貸人と賃借人との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差を背景に、賃借人が一方的に不利益な負担を余儀なくされたものとみるべき場合が多いと言える。

そうすると、消費者契約である居住用建物の賃貸借契約に付された敷引特約は、当該建物に生ずる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、敷引金の額が高額に過ぎると評価すべきものである場合には、当該賃料が近傍同種の建物の賃料相場に比して大幅に低額であるなどの特段の事情のない限り、信義則に反して消費者である賃借人の利益を一方的に害するものであって、消費者契約法 10 条により無効となると解するのが相当である。」

として、本件では、月額家賃に対して敷引額が最大でも 3.5 倍強であることや、敷引額自体も建物の状況からみて通常損耗等の補修費用として通常想定される額を大きく超えていないこと、更新料として家賃 1 ヶ月分相当額を支払う以外、礼金等の一時金の支払い義務がないことから本件敷引特約は有効とした。

（最高裁判所 平成 23 年 3 月 24 日判決、判例時報 2128 号 33 ページ以下参照。）

## ■ コメント

本件は、敷引特約も消費者契約法 10 条によってすべてのケースが無効とされるわけではないとした判決である。

本件では、借主が社会通念上通常に使用した場合に生ずる損耗や、経年により自然に生じる損耗（あわせて通常損耗等）については、経過年数に応じて保証金から控除し、その他の債務不履行があれば敷引金を控除した保証金の残金を充てるとした特約である。

敷引特約については、Y が主張していたように、通常損耗分を二重取りをすることになるのではないかということから、敷引特約は借主に民法等で認められている義務以上の義務を課すことから、消費者契約法 10 条によって無効ではないかが議論されていた。

しかし、この最高裁の判決ではケースによっては有効としてもよいと判断し、その基準を一般論として述べている。

原状回復に伴う費用については、その費用を借主に負担させることができるのかとか、その費用の単価は妥当かの議論があるが、この敷引特約が有効となればこのような議論を省くことができる。

その意味では、更新料特約を有効としてもよいとした従前の判断と同様に、最高裁判所が取引の実情を十分理解したうえで、本件敷引特約について消費者契約法 10 条の判断をしたこととなる。

ただし、このような敷引特約が広く普及することになるかは現在の賃貸取引の現状からみて疑問はあるが、検討の価値は十分あると考える。

## 05. 定額補修分担金特約の有効性

(2009年12月号、No.129)

### ■ 事案

この定額補修分担金については、契約書によると、賃貸物件については貸主において室内改装をしているので、その費用を借主にも分担してもらうのがこの定額補修分担金であるとしており、借主の故意又は重過失による損傷の補修、改造の場合を除いては借主退去時に追加費用を貸主は借主に請求しないとも明記されている。

また、本件では更新料規定があり、借主は更新時に更新料を貸主に支払っていた。そこで、借主Yは貸主Xに対して、本件マンションからの退去後に更新料の返還とともに支払い済みの定額補修分担金の返還を求めて提訴した。

Yの主張は、今回の定額補修分担金は借主の通常の使用によって生ずる経年変化に伴う原状回復費用を借主負担とするものであり、実質的には敷金の性質を有するものである。

また、借主の故意又は重過失による損傷の場合にはこの分担金とは別に請求できるとも解釈できるので、二重取りをしていることとなる。したがって、借主の義務を不当に加重するものだから消費者契約法に反して無効であるので返還すべきものであるという内容である。これに対して貸主の反論は以下のとおりである。

この分担金は、いわゆる経年変化の範囲を超える軽過失による損傷については借主負担とせず、故意又は重過失のみ借主負担としている点で軽過失分を請求しないことで借主にむしろ有利な内容である。

原状回復の限度が予め決められているから、借主にとっても原状回復費用の追加請求がされないというメリットがある。

さらに、原状回復として16万円は経験則からみて高い金額でもない。

### ■ 判決

X・Yの双方の主張に対して、京都地方裁判所は以下のような判断を示している。

まず、この定額補修分担金について、



「本件補修分担金特約は、それに基づいて支払われた分担金を上回る回復費用が生じた場合に故意又は重過失による本件物件の損傷、改造を除き、回復費用の負担を賃借人に求めることができない旨規定しているところ、回復費用の分担金を下回る場合や、回復費用から通常損耗についての原状回復費用を控除した金額が分担金を下回る場合に賃借人にその返還をする旨規定していないか、同規定していない趣旨からすると、被告も主張するとおりそのような場合、賃借人は、差額の定額補修分担金の返還を求めることができない旨を規定していると言わざるを得ない。

そうすると、同分担金特約は消費者たる原告が賃料の支払いという態様の中で負担する通常損耗部分の回復費用の負担を強いるものであり、民法が規定する場合に比して消費者の義務を加重している特約といえる。」とした。

そして、軽過失損耗部分が分担金を超えた場合、そのことは借主の有利といえるが軽過失損耗が発生することはそれほど多くないこと、分担金の金額が1ヶ月家賃の2.5倍であることなどからすると、はたして本当に借主に有利と言えるのかの疑問があるとして、本件の特約は消費者契約法10条により無効であるとしている。

なお、更新料についても同条により無効としている。

本件は、その後貸主が控訴しているが、控訴審の大阪高等裁判所は第一審の判断は相当であるとして、貸主の控訴を棄却している。(京都地方裁判所 平成20年4月30日判決、判例時報2052号86ページ以下参照。)

なお、更新料についての最高裁判決の判例は、P70、No.25を参照されたい。

## ■ コメント

本件は、消費者契約法と借家契約に関する事例である。定額補修分担金という制度は全国的に普及しているわけではなさそうである。

要するに、契約のはじめに敷金をもらわず、この名目のお金を入金してもらう。そして、故意又は重過失のときを除き、原状回復費用がその金額を超えたとしても、貸主は借主に請求しないというものである。問題は、原状回復費用が分担金を下回るときにその差額を返すのか否か、原状回復というのが経年変化による場合どうするかである。

貸主側としては、下回っても返さないし、経年変化の回復費用も含めていると考えているようである。いわゆる軽過失、つまり通常建物を使用しても生じてしまう過失についての損傷というと、どういうケースになるかは微妙である。通常損耗との境界もはっきりしないことが考えられる。

そうすると、その点でも貸主側の主張を前提とすると、この分担金制度自体、今までの判例の考え方からすると無効とされても仕方のないものと考えられる。

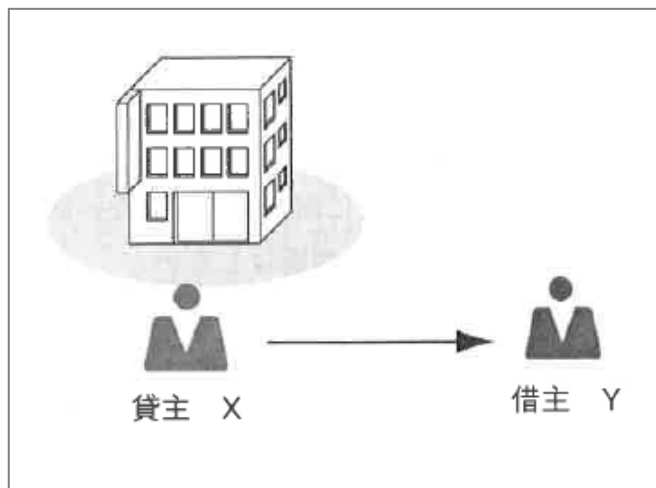
原状回復については、要するに故意又は過失(軽過失を含む)によって生じた損傷については借主の債務不履行によって生じたものであるので、敷金から充当できるが、そうでないものについては消費者契約法の対象のケースでは充当は難しいとの基本を崩さないことが大切といえる。判決となると、遅延損害金という無駄な支出もしなければいけない点を認識すべきである。

## 06. 賃料増減額請求の効力について

(2015年3月号、No.192)

### ■ 事案

- Yは、本件建物の元所有者Zから月60万円で賃借していた。
- 本件建物はZから転売され、賃料は平成6年1月以降は月300万円であった。
- Yは当時の賃貸人に対して、平成16年4月からは月240万円に賃料を減額するよう請求した。
- その後、本件建物はX所有となり、YはXに対して、平成16年4月からの賃料が月240万円であることの確認の訴えを提起。(平成17年6月提訴)
- これに対して、XからYに平成17年8月から賃料は月320万2,200円に値上げするとの意思表示をした。(平成17年7月)
- さらに、平成17年9月に、XはYに対して、平成17年8月からは賃料は月320万2,200円であることの確認を求める反訴を提起。
- Xは平成19年6月30日、賃料をさらに値上げして、月360万円にするとの意思表示を、前記YからXの本訴とXからYへの反訴の裁判中にした。
- Yは、Xのこの月360万円に値上げするとの意思表示を、すでにある本訴と反訴の対象とすべきではない旨の上申書を提出。Xは月360万円については裁判の審理の対象にはしなかった。
- 平成20年6月、第1審では賃料は平成16年4月から月254万5,400円であるとの判決がなされた。
- Xが提訴したが、控訴棄却となり判決は確定した。
- ところが、X(Xの承継人を含む)は、前述のように平成19年6月30日に賃料を月360万円にするとの意思表示をしたことから、平成19年7月以降の賃料は月360万円であることの確認を求める訴えをYに提起した。
- このXの訴えに対して、第1審はXの主張を一部認め、Yが控訴した。
- Yとしては、前の裁判で賃料額が確定した以上、これと異なる請求は確定した判決の既判力に反すると主張。
- 控訴審ではYの反論を認め、Xの請求を全部棄却した。
- そのため、Xが上告した。





## ■ 判決

Xの上告に対して、最高裁判所は以下のように判断した。

原審（控訴審）は「賃料減額請求により増減された賃料額の確認を求める訴訟の訴訟物は、当事者が請求の趣旨において特に期間を限定しない限り、形成権である賃料増減額請求権の行使により賃料の増額又は減額がされた日から事実審の口頭弁論終結時までの期間の賃料額である」として、本件では当初の裁判中であった平成 19 年 6 月 30 日の増額の意思表示にもとづく本件の訴えは、当初の訴訟（賃料は月 254 万 5,400 円であるとの判決）の判決の既判力に反するので、本件の訴えは許されないとした。

そのうえで、以下のように述べている。

- ① 借地借家法 32 条 1 項の賃料増減額請求権は形成権であり、要件を満たす権利行使があれば当然に効果が生じ、その効果は将来に向かって増減請求の範囲内かつ客観的に相当額について生ずる。
- ② 増減請求によって増減された賃料額の確認を求める訴訟中に、増減をするのに相当な事由があっても、新たに増減請求をしない限り、この事由にもとづく判断はしない。
- ③ 増減額確認の裁判では、その請求の当否及び相当賃料額が審理対象となり、審理にあたっては、当事者が現実に合意した賃料のうち直近のものを基準に、その合意から増減請求までの経済事情の変動などを総合して判断する。
- ④ 「賃料増減額確認請求訴訟の請求の趣旨において、通常、特定の時点からの賃料額の確認を求めているものとされているのは、その前提である賃料増減額請求の効果が生じたとする時点特定する趣旨に止まると解され、終期が示されていないにもかかわらず、特定の期間の賃料額の確認を求める趣旨と解すべき必然性は認め難い。

以上の事情に照らせば、賃料増減額確認請求の確定判決の既判力は、原告が特定の期間の賃料額について確認を求めていると認められる特段の事情のない限り、前訴である賃料増減額の効果が生じた時点の賃料額に係る判断について生ずると解するのが相当である。」

以上から、本件で、当初の訴訟では一定期間の賃料の確認を求めていたとは言えないので、今回の X の訴えは既判力に触れないので、X の請求の内容について審理すべきであるとして、高裁に事件を差し戻した。（最高裁判所 平成 26 年 9 月 25 日判決、判例時報 2238 号 14 ページ以下参照。）

## ■ コメント

本件は、はじめの裁判で月額賃料の確認手続中に、貸主が増額の意思表示をし、はじめの裁判の判決確定後に増額の意思表示をしたことを理由に別訴を提起したことが、はじめの判決の主文に反することになるかが争われている。

具体的には、平成 16 年 4 月 1 日から月 254 万 5,400 円と賃料額の確認があるのだから、その裁判のあと平成 19 年 7 月から月 360 万円の賃料を確認せよと言えるか否かである。

判決にはその主文に既判力というものがあり、当事者はこの判断に拘束される。

問題は本件の場合、平成 16 年 4 月からの賃料額が決まったのだから、この内容は判決確定の平成 20 年 10 月の口頭弁論終結時（高裁での裁判の終結日）までの賃料額を指すのか、単に平成 16 年 4 月時点のみを指すのかである。

これらに対して、高裁は前者の考えを採用し、最高裁は反対に後者の考えを採用した。

このことから、単に「いついつの賃料はいくらであることを確認せよ」との裁判をすると、裁判手続中に増減額の意味表示をしておけば、その裁判の終了のあとにも別訴の提起が可能ということになる。

## 07. 賃料自動改定特約と賃料減額請求

(2008年8月号、No.113)

### ■ 例題

貸主Aは建物を借主Bに賃貸している。A B間の賃貸借契約における家賃が月額15万円と仮定したとき、BがAに対して家賃の値下げを要求した。この場合のAの対応は以下のとおりとなる。

AとBは一般的には家賃をいくらにするかの協議をする。そこで、A B間の協議で合意が得られないときは、AはBに対して相当と考える賃料を請求できる。これに対してBは月額15万円の家賃は減額すべきだと主張して調停、訴訟の申立てをする。

Aはこの訴訟などが申立てられても、その裁判で正当な金額が出るまでは自分が相当と考える家賃（この場合は月額15万円）を請求できるので、BはAに月額15万円を裁判の結果が出るまで支払う義務が生じる。

したがって、ここでBが月額15万円を支払わないときは、Bの債務不履行となり、Aによる解除事由が生じることになる。

もし、裁判で10万円が正当であるとの判断がなされたとすると、A B間の家賃はBがAに減額請求した時点にさかのぼって、減額されることになるので、AはBの減額請求のときから月額5万円を多く受領したことになる。この場合、AはBに対して月額5万円多くもらった金額に、受領時から月額5万円に対する1割の利息を付加して返還する義務を負う。

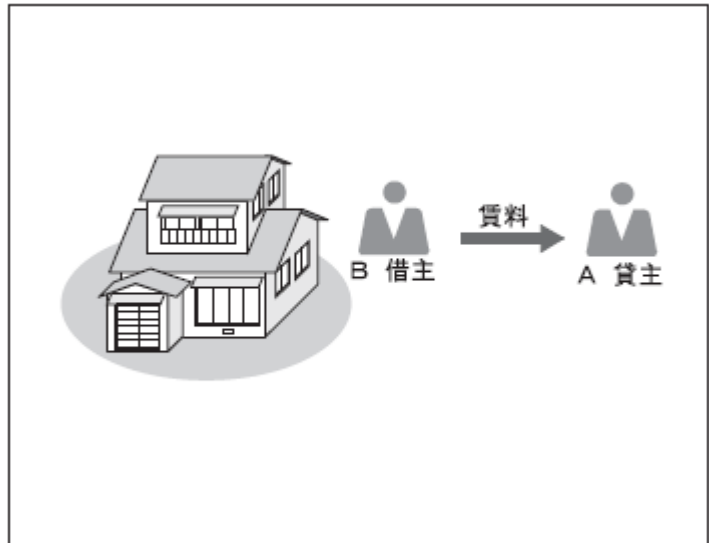
以上が減額請求された場合のAの対応となる。このことは、契約書の中に月額賃料は減額しないと特約しても効力はなく、BはAに対して賃料減額の請求は可能である。

しかし、賃料は一定期間は増額しないと特約したときには、その特約は有効で、AはBに賃料の値上げをその期間できないことになる。

ところで、賃料の増減額請求について借地借家法第32条1項は、以下のように規定する。

「建物の借賃が、土地若しくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は将来に向かって建物の借賃の額の増減を請求することができる。ただし、一定の期間建物の借賃を増額しない旨の特約がある場合には、その定めに従う。」

つまり、当事者は増額をしない特約以外は、賃料の増減額請求が可能ということになる。



## ■ 検討事例

そこで、例えば一括借り上げなどで賃料保証をしているようなときに、借主は貸主に減額請求は可能かの問題がある。

前記の条文からすれば減額請求権自体を否定することはできない。

しかし、一括借り上げにあたり貸主が借金をして建物を建築し、借金の返済額と毎月の家賃額について借主と協議をして決めたようなときでも減額請求されてしまうのかの疑問はある。

この点、裁判所は減額請求権自体を否定はできないが、家賃保証の経緯も含めてその事例で借主に減額請求を認めていいのか否か、認めるとしても近隣相場より高くても減額すべきとしているのか否かを検討せよとしている。

では、賃料に関していつからいつまでは毎月いくら、次の期間はいくらかと予め契約で定められていたとき、つまり、賃料の自動改定特約があるときはどう考えればいいのかだろうか。

例えば、元々は月 10 万円であったが、平成 18 年からは月 15 万円、平成 20 年からは月 20 万円、平成 22 年からは 22 万円と定められているときに、平成 19 年に借主が減額請求したとすると、いつの賃料の減額を、いつの期間の事情をもとに考えるかである。

この点、裁判所は賃料自動改定特約があっても、借主の賃料減額請求権を否定することはできないとしている。

そして、賃料減額請求の当否及び相当賃料額判断するにあたっては、「賃貸借契約の当事者が現実に合意した賃料のうち直近のもの（以下、この賃料を「直近合意賃料」という。）を基にして、同賃料が合意した日以降の同項所定の経済事情の変動等のほか、諸般の事情を総合的に考慮すべきであり、賃料自動改定特約が存在したとしても、上記判断に当たっては、同特約に拘束されることはなく、上記諸般の事情のひとつとして同特約の存在や、同特約が定められるに至った経緯等が考慮の対象となるにすぎないというべきである。」とし、前記の例では当初合意した月 10 万円を直近合意賃料としてこれを前提に、その合意日以降、賃料減額請求の日までの経済事情の変動などを考慮して、減額請求の当否及び相当賃料額を決定すべきであるとした。

（最高裁判所平成 20 年 2 月 29 日判決、判例時報 2003 号、51 ページ以下参照。）

つまり、平成 19 年に減額請求するときに考えるべきことは、自動改定特約でアップした月額 15 万円及び、平成 18 年から減額請求の日までの経済事情などではなく、元々の月額 10 万円と、その合意日以降からの経済事情の変動等であるということである。

ただ、平成 18 年から借主は特約に従って月 15 万円を 1 年間支払っていたのだから、この月 15 万円が直近合意賃料と言えないのかの疑問はある。

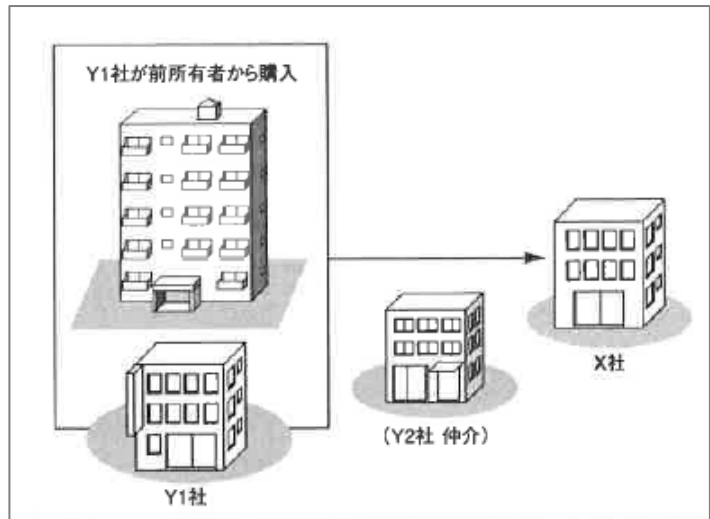
なお、賃料減額は将来に向かっての効力しかないので、借主が減額請求をする以前に支払った月 15 万円については、そのまま賃料として貸主は有効に受領できることになる。

## 08. 自殺と告知義務

(2014年6月号、No.183)

### ■ 事案

- Xは不動産賃貸業を営む会社。
- Y1も同様であり、Y2は不動産仲介会社。
- Y1は前所有者から、本件土地と建物（5階建てのマンション）を賃借人付きで購入。
- 平成22年4月、本件建物の3Fに、入居中の居住者が死亡しているのが発見される。
- Y1は本件建物の管理業者Zを介して、死亡原因の確認を求める。
- Zは警察に問い合わせたところ、死因は事件性のない自然死との回答を受け、その旨をZはY1に報告。
- 同年5月、連帯保証人も立会いのうえ、本件の居室の明渡し。  
その際、居室内も自殺をうかがわせる状況はなく、また、連帯保証人も自殺を予想できる状況はなかったとのこと。  
以上から、Y1は、入居者の死亡は自殺ではないと判断。
- 本件土地と建物については、同年3月から物件情報が公開されている。
- 同年6月、本件入居者の部屋の明渡し後の清算終了。  
その際には自殺による損害は考慮していない。
- 同年9月、本件土地と建物について、購入者であるXと金額の合意。その後、入居者の死亡を聞き及んだXからY1に問い合わせ。
- 同年10月、Y1からXに自殺でない旨を連絡。
- 同年10月15日、売買契約を締結。
- 同年10月26日、Xがインターネットに本件入居者の自殺に関する記事を発見。再度、Y1側に打診するも、警察から事件性のない自然死と連絡を受けている旨をY1側は回答。
- 同年10月29日、本件土地建物の売買残代金の決済。
- Xはそれでも入居者の死因をY1、Y2に問い合わせていたが、Y1側からは従前と同様の回答。
- 同年11月18日、Xが警察に出向いて確認したところ、翌19日、自殺であるとの回答がなされる。  
そのため、同日、入居者の部屋の募集を中止し、Y1に自殺であった旨をXから連絡。



- 以上のような経過のもと、XからY 1、Y 2に対して、自殺による物件価値の下落分の損害の支払いを求める訴えを提起。  
Y 1らに対して、Xは、自殺の存在を知ってY 1らは売買をした点、仮に自殺とは知らなかったとしても、その調査を怠った点を問題とした。
- 上記Xの主張に対して、Y 1らは、自殺とは知らないし、調査義務はないと反論。また、瑕疵担保責任にもとづく損害額が多大であると反論。

## ■ 判決

上記のようなX、Y 1らの主張に対して東京地裁は以下のような判断を示した。

まず、Y 1らが自殺を知っていたか否かについては、前記のような経過からすれば、入居者の自殺の存在をY 1らが知っていたとは認められない。

次に、XらはY 1らに対して、入居者は自殺ではないのかと何度も問い合わせていたのだから、警察や遺族らに対する調査をすべきではなかったかについても、警察に問い合わせた自殺ではないと回答されたのだから、その以上の調査義務はない。

さらに、XはY 1らの調査義務の範囲に関して、自殺の有無だけではなく、死後発見までの経過期間や発見時の死体の状況までを含むと主張していたが、この義務があるかについては明言を避け、そのこととによる不動産価値の毀損の事実の主張立証がないとして、この部分についての調査義務は問題とならないとした。

ただし、自殺であった以上、売主に瑕疵担保責任が生じるとしたうえで、「損害」の内容に言及している。

Xは入居者の自殺により土地建物全体の価値が下落していると主張したが、裁判所は入居者の自殺が広く知られていないことや、入居者の部屋が他と離れており、その下の部屋がひとつあるだけであることから、自殺による価値の毀損は土地全体に及ばないし、建物全体にも及ばないとした。

そのうえで、自殺による問題の部屋の市場性が減退することは否定できず、その直下の部屋も同様としたうえで、問題の部屋が建物全体の何%であるかから減価額を計算し、あわせて、直下の部屋も同様に計算し、その他の諸事情から損害額を算出した。

Xは控訴したが、控訴審はXの請求を棄却している。(東京地方裁判所平成 25 年 7 月 3 日判決、判例時報 2213 号 59 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、建物の一室で自殺があった件であり、自殺を瑕疵担保の「瑕疵」とすることは広く理解されているところである。

瑕疵担保責任は法定責任だと一般的に理解されているところから、売主に瑕疵の存在の認識がなくても、瑕疵がある以上は、この瑕疵担保責任を売主は負うことになる。

ところで、本件では警察の対応に問題があったと思われる。自殺であるのなら当初から述べておけばいいし、自殺か否か確定できないのなら、そう回答しておけばよかったのである。

本件でXは死後の期間や死亡時の状況まで調査義務があると主張している。もし、売主側で自殺とわかっていた場合、やはり、死後の期間や状況まで買主は認識しておきたいだろうし、死後の状況によっては物件の価値にも大きく影響はする。

そうすると、調査義務の範囲についてはXの主張も理解できる。

本件では、Xがその主張と損害との関係を立証していなかったため、この部分が大きな争点とはならなかった。しかし、実務上からは、この問題への言及が欲しいケースと考える。

さて、本判決の中で以下の言及がある、

『なお、自殺が告知事項となるのは、自殺が発生した次の新規入居者に対してであり、当該入居者の次の入居者に対しては告知義務はなくなるものと考えられること、居住用物件の賃貸借契約の期間は2年あるいは3年とされることが多いが、賃借人が契約の更新を希望すれば契約は更新され、その際、減額していた賃料を増額することは容易ではないと推測されることからすると、上記減額割合による賃貸借契約は6年から8年程度継続するものと推認される。』

そして、この減額割合については、この判決では、自殺発見から1年間は募集の廃止、2年目以降の減額割合（つまり新規入居者の賃料減額割合）は50%と想定されるとしている。

さらに、本件のようなケースでの仲介手数料については、手数料を損害とは認定できないとしている。

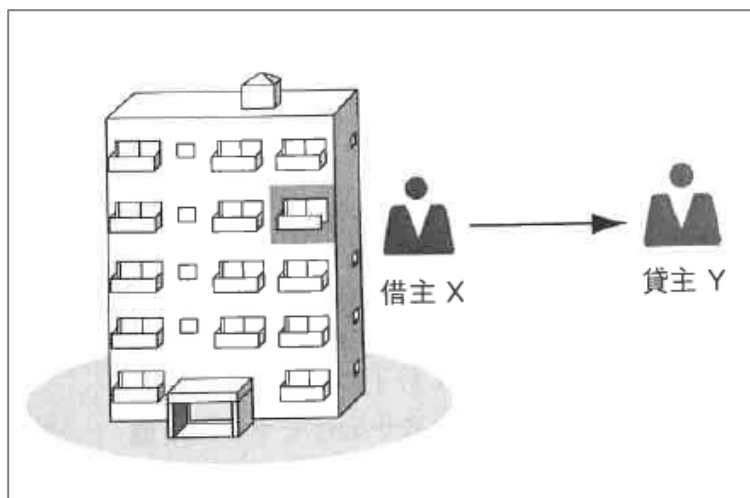
なお、瑕疵担保については、民法の改正で、法定責任の考え方から、契約違反の考え方に法的構成は変更されたが、本件のようなケースでは大きな違いは生じないと思われる。

## 09. 自殺を告知しないことが不法行為とされた事案

(2015年4月号、No.193)

### ■ 事案

- 本件マンションの一室（以下、本件建物という。）は元Z1の所有であったが、Yが競売により平成23年5月2日に取得。
- Z1の以前の妻Z2は、Yが落札した当時本件建物に居住していたが、同年5月5日ころに死亡した。
- 同年5月6日ころ、落札したYはマンション管理人に鍵屋の紹介を受ける。
- 同年5月7日、鍵屋とともに入室したYが、Z2が自殺していることを認識。
- YはA社に本件建物の賃貸借の仲介を依頼。
- 平成24年8月29日、A社の仲介でXY間の建物賃貸借契約締結、本件建物をXに引き渡す。Xには当時妊娠6ヶ月の妻がいた。（当時は未入籍。）
- その直後、Xは本件建物内でZ2が自殺したことを知る。Xの妻はこれを知り、精神的不安が強くなる。
- そこで、Xから、XY間の賃貸借契約の解消とともに損害賠償の請求をする。
- Xは、Yが本件建物でZ2が自殺したことを知っていながらこれを告知せず、これを知らないXを本件建物に入居させたことは不法行為に該当すると主張。
- その損害として、賃貸保証料、礼金、賃料、引越代、妻の治療代のほか、慰謝料と弁護士費用を請求。
- Yはこれに対して、Z2の自殺は知らなかった、解除後も本件建物に居住していることは賃料相当額の不当利得がXにあるなどと反論。
- 第1審はXの主張を認め、Xの求めている損害の一部をXの損害としてYに対して支払いを命じた。
- そのため、Yが控訴した。



### ■ 判決

Yの控訴に対して大阪高裁は以下のように判断した。

まず、YがZ2の自殺を知っていたかについては、裁判に出ている証拠から、平成23年5月7日ころ、本件建物に入ったYはZ2の自殺を認識しており、Xとの契約当時、本件建物内で1年数か月前に居住者が自殺した事実があることを知っていたと認定した。



次に、YがZ 2の自殺の事実を知っていながら、契約のときに告知しないことが不法行為になるかについては、以下のように述べている。

「一般に、建物の賃貸借契約において、当該建物内で1年数か月前に居住者が自殺したとの事実があることは、当該建物を賃借してそこに居住することを實際上困難ならしめる可能性が高いものである。」

として、本件Yには、信義則上この事実をXに告知すべき義務があったとした。

そして、本件Yは、これを告知せず、Yが告知しなかったことからXはこの事実を知らずに本件の契約をし、賃貸借保証料、礼金、賃料等を支払い、引越しをして入居している。

このことは故意によってXの権利又は法律上保障される利益を侵害したものであるとして、不法行為を構成するとした。

そのうえで、契約のときに支払った賃貸保証料、礼金、初期の賃料などのほか、引越料、エアコン工事代、慰謝料、弁護士費用を損害と認定した。

なお、解除のあとも建物を使用している期間については、賃料相当額の損失をXはYに与えたことになるともしている。

ただ、本件ではその期間が1か月位ということで、荷物の搬出期間を考えると、賃料相当額を不当利得としてYがXに返還請求を求めることは、Yの故意による不法行為があったことを併せ考えると、権利の濫用として認められないとした。(大阪高等裁判所平成26年9月18日判決、判例時報2245号22ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、貸主が建物の入居者の自殺を知っていながら、賃貸借契約のときに告知しなかったことが、新しい借主との間で不法行為となるかが争われたものである。

民法570条の「隠れたる瑕疵」については、物質的な瑕疵、権利に対する瑕疵のほか、人が嫌悪する歴史的事実が含まれる。

この最後の部分の例として挙げられているのが、入居者の自殺、犯罪行為による入居者の死亡、死亡後発見まで時間が経過したことなどによる遺体の腐敗などである。

本件では1年数か月前の自殺行為であり、これが「瑕疵」として告知をするべきは当然である。今までは告知をしないことによる解除の可否並びにそれに伴う損害の範囲の議論がなされていた。

問題は、自殺行為を知っていながらあえて告知しないことが不法行為になるかである。

本件では自殺を知る以上、信義則上、告知をするべき義務があり、これを告知しないことは借主の権利ないし法律上保護される権利を侵害する不法行為であると認定している。

ただ、この借主の権利ないし法律上保護される権利とは具体的に何を指しているかは明確ではない。

ただ、損害としては告知されていれば支出しなかったであろう損失を損害として認めている。(本件では妻の精神的ショックについても慰謝料の支払いを求めているが、この点は第1審と同様否定されている。)

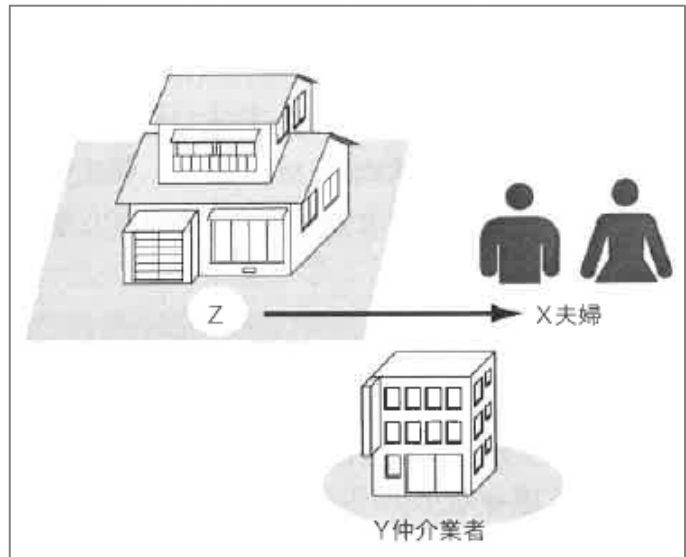
本件は、不法行為責任を貸主に認めた事案であるので紹介をした次第である。

## 10. 20年以上前の自殺と説明義務

(2015年1月号、No.190)

### ■ 事案

- X夫婦は平成20年12月1日、本件土地をZから購入。購入目的はマイホーム建設。
- XZ間の売買契約については、Yが仲介を行う。
- Zが本件土地をXに売却したときには、土地は更地の状態。
- XZ間の売買契約では、瑕疵担保責任をZが負わない特約がある。
- 売買契約のとき手付金275万円をXは支払い、平成21年1月30日、残金決済をして土地はX名義になる。
- その後、Xは本件土地の経緯を知る。
- その内容は以下のとおり。
- 昭和61年1月当時、本件土地とその上にあった建物は所有者Aのもの。
- 当時、Aの内縁の妻が息子に殺害され、遺体がバラバラにされて山中に埋められる事件あり。
- その後、昭和63年3月、Aの娘が本件土地上の建物の2階のベランダで首をくくって自殺。
- その後、本件土地は人手に渡ったが、更地のままZが本件土地を取得していた。
- 本件建物の取壊しは平成元年である。



このことを知ったXが、仲介業者Yに対して、①本件売買契約当時、Yはこのことを知っていたのに説明していない。②本件土地が事故物件か否かの調査を怠った。③決済日の前には前述のことをYは知ったのだから、このことをXに説明するべきであったなどと主張し、これらはYの不法行為だとして、本件土地の購入代金と自殺等を前提とした本件土地の時価との差額を損害として支払を求める訴えを提起した。

第1審の松山地方裁判所は以下のように判断している。

①については、前述の経緯についてYは本件契約当時は知らなかった。

②については、隠れたる瑕疵の存在を疑う事情があれば調査すべきであるが、本件では疑う事情はない。また、隠れたる瑕疵があるかを独自に調査する義務はない。

③については、Yは決済前には本件土地上の建物の中で自殺事故があったらしいとの認識はあった。そして、本件土地上での自殺の事実は本件契約を締結するか否か重要な事実であり、YとしてはXに決済前に説明すべきであった。

したがって、これを怠ったYは、Xに対して賠償責任を負う。しかし、この場合の責任の範囲は「説明義務が履行されていれば代金決済や引渡手続を了しない状態で、本件売買契約の効力に関し、売主側と交渉等を行うことが可能であったのに、説明義務が履行されなかったが故にこれを行うことができず、その結果、代金決済や引渡手続を了してしまった状態で売主側との交渉等をせざるを得なかった損害であり、具体的には、このような状態に置かれざるを得なかったことに対する慰謝料である」とした。その結果、本件では150万円が損害とした。

そこで、Xが控訴した。

## ■ 判決

Xの控訴に対して、高松高裁は以下のように判断した。

まず、本件売買の対象となっていない本件土地上の建物内での自殺が、そもそも、Yの説明義務の対象となるかについては、以下のように判断している。

本件建物内の自殺等から四半世紀近くが経過し、自殺のあった建物も自殺から約1年後に取り壊され、売買のときには更地ではあった。

しかし、「マイホーム建築目的で土地の取得を希望する者が、本件建物内での自殺の事実が近隣住民の記憶に残っている状況下において、他の物件があるにもかかわらずあえて本件土地を選択して取得を希望することは考えにくい以上、Yが本件土地上で過去に自殺があったとの事実を認識していた場合には、これをXらに説明する義務を負うものというべきである。なお、この判断は、本件土地が活発に売買の対象となっており、売買価格に事件の影響が窺えなかったとしても左右されない。」

そのうえで、前記①、②については第1審と同じ判断を示し、③についても同様の考えを示した。(高松高等裁判所平成26年6月19日判決、判例時報2236号、101ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は売買契約の対象となっていない土地にあった建物内での、20年以上前の自殺やこれに関連する殺人事件に関して、仲介業者としての説明義務が問題となった事案である。

まず、土地上の建物内での犯罪行為や自殺のため、その後に建物が解体され、土地が更地となって土地売買契約が締結されたとしても、このことは土地の隠れた瑕疵と位置付けられている。

したがって、本件の経緯が瑕疵の問題になるのは仕方ないとしても、20年以上前のことについても同様なのが問題となる。瑕疵ということになれば、説明対象事項になってくる。

この点、本件では近隣に自殺やこれに関連している事件の記憶が残っていること、購入目的がマイホームであることから、説明対象であるとしたのである。

一般的には自殺から長期間が経過していたり、自殺現場が除去されている場合は、瑕疵ではないと考えていいと思うが、本件では説明すべきとしたのであり、特殊なケースかも知れない。本件の土地は地方の中核的都市の閑静な住宅地にあり、現地でも人気エリアの住居地域であることも影響した可能性はある。

しかし、20年も前のことを知った以上は説明しなければならないということになると、土地取引に支障が生じることも考えられる。

住宅地域の場合か否かで、やはり説明をすべき内容もちがってくるということなのだろうか。

ところで、本件ではXは業者Yに対する不法行為のみを問題としている。

これは、売主Zとの契約条件に、Zに対する瑕疵担保責任を求めない旨の特約があったためである。

ご存じのとおり、消費者契約法8条1項4号には瑕疵担保責任の全部免除特約は原則として効力はないと規定している。

しかし、本件は個人であるZとXとの契約であることから、消費者契約法の対象外となり、この特約は有効となる。

したがって、XはZに瑕疵担保責任を求めることができなかつたわけである。

なお、仮にZに瑕疵担保責任を求めることができなかつたとしても、自殺があった建物の敷地の土地だと知っていたら買わなかつたとの主張、つまり、錯誤無効の主張をして、支払った代金を戻してもらうことはできないのだろうか。

この点、本件の判決でも言及されているが、「本件売買契約では売主の瑕疵担保責任は排除されている上に、本件売買契約に動機の錯誤があつたとしても、その動機が表示されているか等の問題点がある」としている。

つまり、瑕疵担保責任は買主が瑕疵の存在を知らないケースであるから、買主としては瑕疵がないと考えており、錯誤の状態ですべての契約をしていることになる。そうすると、瑕疵担保責任と錯誤の関係はどうなのか。具体的には瑕疵担保責任を求められないとき（除斥期間経過後）には、錯誤無効を主張してもいいのか否かの議論となる。

本件では瑕疵担保責任を排除しているから、まさにこの問題になるが、判決ではこれ以上の言及はせず、錯誤と言っても買主Xの動機に錯誤があるだけではないかとしている。

つまり、錯誤とは簡単に言えば思いちがいであるが、思いちがいすべてが錯誤無効になると取引の安全に支障が生じるので、単なる動機に思いちがいがあるときには、それが表示される必要があり、しかも、法律で無効にしてよい思いちがいは、法律行為の要素に錯誤、つまり、重要な部分に錯誤でなければならないとされているのである。

本件では表示がないので錯誤無効も無理なことから、契約自体の解消もむずかしい事案ということも、Xの慰謝料算定に影響が生じているようである。

（民法の改正で錯誤は取消の対象となったが、動機に錯誤がある場合、その動機が表示されているか、あるいは取引の相手がこれを知っている場合しか、錯誤による取消を表意者は主張することができない）

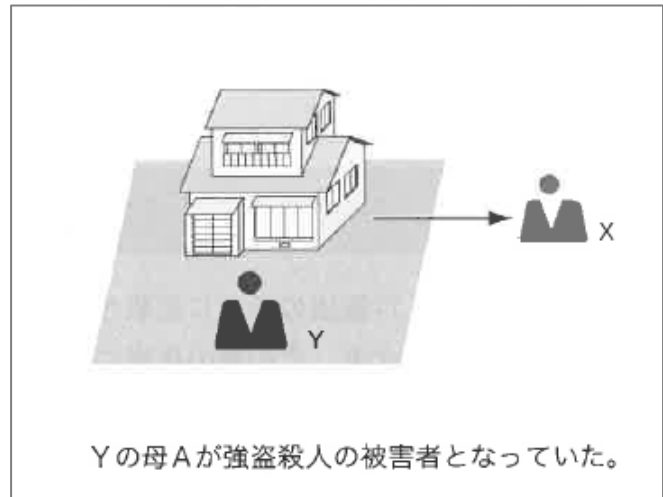
## 11. 犯罪行為と告知義務

(2017年4月号、No.217)

### ■ 事案

(説明にあたり、事案を簡略にしている)

- 本件土地建物はYの所有物である。
- YはXに対して平成25年の暮れから同26年はじめにかけて、本件土地建物を売却した。代金は合計で5,575万円。
- Xは不動産の売買、賃貸、仲介等を業とする株式会社である。
- XY間の売買契約のあと、本件土地建物において、平成18年8月にYの母Aが強盗殺人の被害者となっていたことがXにおいて判明。
- そこで、XからYに対して、本件土地建物の適正価格と売買代金との差額である金2,500万円の返還を求めたが、Yが拒否。
- そのため、XからYに対して前記金員である金2,500万円のほか、慰謝料500万円、弁護士費用300万円の合計3,300万円の支払いを求める訴えを提起した。



### ■ 判決

Xの前記主張に対して、Yは本件売買のときに、Xから本件土地建物について事件や事故が発生していないかと質問されたことはないと反論したが、裁判所はYの反論は認めず、Xからの質問に対してYが否定する発言をしたことを認定した。

そのうえで、「売買対象の不動産について強盗殺人事件が発生しているか否かという情報は、社会通念上、売買価格に相当の影響を与え、ひいては売買契約の成否、内容を左右するものである。」とした。

そして、本件の売主Yは被害者Aの子供であるから、「本件売買契約当時、本件事件の存在を十分承知していたと認められる。」

したがって、売主YはXに対して本件事件を告知すべき義務を負っていたとし、Yが告知しなかったことはXに対する不法行為であるとした。

また、仮にYが本件事件を知らなかったとしても、通常人を基準とすると、知らなかったことに過失があると判断した。

損害については、Xが転売して2,500万円の利益を考えていたとしても、その転売が確実とは言えないとして転売利益については否定し、市場価格を基準として、本件の売買代金との差を損害とした。

なお、慰謝料については、Yの行為が不法行為としても、それは事故物件を高く買わされたということだから、その差額の支払いを命ずることで、一定の慰謝がされることから、これを認めなかった。弁護士費用については、市場価格と実際の売買代金の差額の大体1割を認定した。(神戸地方裁判所平成28年7月29日判決、判例時報2319号104ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は売買契約における瑕疵担保責任に関連する事案である。

瑕疵のうち、いわゆる心理的に嫌悪する事由の存在のケースであり、犯罪行為によって死亡に至った事件の存在が瑕疵であり、この存在を売主は告知する義務があるというケースである。

本件では買主は売主に対して、民法の瑕疵担保責任を求めてはならず、不法行為の法的構成を採用している。単に瑕疵担保責任の追求となると、契約の解除、代金の返還のほか損害の請求も可能となる。

ただ、瑕疵担保責任は民法上は法定責任とされており、売主が瑕疵の存在を知らなくても、買主がそのことを知らなければ、買主は売主に責任を追求することができる。そのため、損害として請求できる内容は、いわゆる信頼利益であり、その契約が無効であれば支出しなかった損害を損害としており、転売利益などは対象ではないと一般的には考えられている。

なお、民法改正で瑕疵担保責任は契約違反の構成となったことから、損害賠償も信頼利益ではなく、履行利益になると思われる。

しかし、売主が故意、過失により告知すべき事項を告知しないケースでは、売主の買主に対する不法行為が成立するとされており、本件XもYに対して、この考えを前提に請求している。そのため、転売利益の主張もXはしていることになる。

具体的には、転売価格を見込んで購入代金を決めていたが、この転売利益は2,500万円を考慮しており、仮に市場価格と購入価格との差が2,500万円より小さくても、この2,500万円は損害として認められるべきであるという主張である。

しかし、裁判所はXの主張を認めず、本物件の客観的な市場価格と購入価格の差が損害とし、転売利益についての主張は排斥している。

また、本件ではXがYに対して慰謝料の請求をしている。法人が慰謝料の請求ができるかの問題があるが、法人の名誉を毀損したようなときには、法人の慰謝料が認められることから、慰謝料という項目を法人の損害項目として計上することは法的には可能であろう。

ただ、何を慰謝するのかを考えると、この判決の言っていることも理解できる。

この判決では、事故のない物件だと思って高く購入したのに事故があったという点が慰謝の対象であろうとし、こう考えるのなら、不要に支出した金員の返還が認められたのだから、慰謝として十分ではないが、慰謝料は認められないとした。

この考えは考えとして評価できるが、個人のケースもすべて同様とは言えないであろう。

不動産取引のケースでは、個人が買主であった場合、同様の判断も仕方ないこともある。

ただ、身体自体に損害を加えられたような場合に、治療費や休業損害を支払ったのだから慰謝料は不要とならないことは当然であろう。取引行為のケースに限定しての考え方だと思われる。

告知義務については、今後は単なる瑕疵担保責任の問題ではなく、不法行為の問題になることを認識すべきであろう。

そして、知らなかったとしても、一般人なら知っていたという場合には、過失による不法行為という問題が生じることになる。今後は、どんなケースが過失になるかが議論されると思う。相続財産で先代の時代に生じたことは知らなかったという反論が、今後、はたして認められるか否かの問題が生じてくると思われる。

## 12. 建物一括借上げの注意点

(2012年7月号、No.160)

### ■ はじめに

今回は適当な判例がないので、最近の相談事案を前提に、建物を一括して特定の業者に賃貸するにあたっての貸主側として注意しておくべきことを説明する。「最近では30年の一括借上げなので、オーナーもアパート経営の心配がないなどの宣伝がなされており、アパートの空室で困っている建物所有者としては一括借上げは検討してみたい内容と考える。

### ■ 一括借上げの内容

業者が建物を一括借上げするケースには、アパートを一括して借りて入居者に転貸するというケースや、あるいは、特定の企業がその企業の用途に適合したビルを貸主に建てさせ、これを長期間にわたってその企業のために借り上げるというケースなどが考えられる。

貸主としては、長期間にわたって借りてもらえるのであれば、家賃収入もありビルの建築費の借入金の返済の心配もないし、アパートであれば個々の入居者とのトラブルも借上業者が対応するので、その点でも気持ちに余裕ができる。

### ■ 注意点

#### 1. 長期間にわたって借りるという保証はあるのか

長期間にわたって建物を借りると言っても、契約書の文言から中途解約を認める条項が記載されていないかを確認する必要がある。

借上業者としても、貸主に迷惑をかけないという経営方針があるとは思いますが、可能な限りで長期間は借りるよう努力はすると考える。

しかし、借上業者としても、利益を生まない建物であれば、いくら貸主のことを尊重するとしても損失を続けるわけにはいかない。

あるいは、建物が途中で何らかの原因で使用がむずかしくなることもある。したがって、長期間にわたって借上げしますと言っても、契約書の中に中途解約の方法が記載されることはある意味やむを得ないことである。

問題は、このことを借上業者が貸主に説明をしているかである。

ケースによっては、うまいことを言って契約をさせ、利益を生まなくなると解約するということが聞き及んでいる。

貸主としては契約書の条文をしっかりと読み、長期間の契約であっても、一定期間が経過すれば借主からの中途解約の可能性はないかを確認すべきである。そして、これを前提に一括借上の方式を採用するか否かを検討すべきことになる。



## 2. 契約書記載の期間と口頭の約束

大手企業のための建物を一括して貸す場合、「企業の社内規定で何年間しか契約書に明示できないが、契約は更新するので心配ない」とされるケースがある。

更新をするのであれば問題ないが、なかには企業の都合や担当者が変更したため事情を知らずに、契約書の期間満了をもって契約を終了する旨を通知してくるケースがある。

貸主側としては、従前の担当者との間の口頭の約束で何年間は借りてもらうことになっていたはずで、これを前提に借金をして建物を建てたと主張するという形でのトラブルに発展するケースがある。「この場合、口頭の約束の存在の立証責任は貸主側にあるので、その事実を証明することは大変である。

企業側から収支予測計算書などが提出され、その中で期間が長期間になっていれば貸主側の証拠とはなるが、それだけで十分立証できるかの心配もある。

貸主としては、このような場合、借主から「社内規定で何年間とするが、実際は何年間は借りる」旨の文書を手に入れておくことが大切である。

## 3. 賃料の減額の可能性も視野に入れる

「長期間の契約であるので、借主側の経営や近隣家賃との比較などから、家賃減額を求められることがある。借地借家法では、貸主・借主はいつでも賃料の増減額請求が可能とされている。したがって、契約書にこの旨の記載がなくても増減額請求権は認められる。ただし、家賃の据置き趣旨が契約書にあるときは、その期間は貸主からの増額請求は認められない。

問題は、貸主が借金をして建物を建てている場合である。建物の賃料が近隣に比べて高いときに借主からの減額請求は可能なのである。この点、裁判所は、借主と協議して建物を建て、借金の返済額も考慮して家賃を決めたような場合でも、借地借家法の減額請求権自体を否定することはできないが、このような事情を考慮すべきであって、適正賃料を決めるにあたっては、単に近隣に比べて高いからというだけで当然に減額となるわけではないとしている。

ただ、全く減額にならないわけではないので、この点を認識しておく必要がある。

## 4. 建物の保存行為は貸主の義務である

建物は貸主所有であり、契約上、貸主は借主が建物を使用できる状態にしておく責任があることから、貸主には建物の状態によっては修繕・保存の義務がある。

したがって、単に家賃収入のことにのみ考えるのではなく、必要な修繕行為の費用の確保を考えなければならない。

ただ、一括借上げのうち、特にアパートとして使用させる場合に、入居者の変更の都度、部屋の改修工事をするようになったり、建物全体の補修に対して借上業者から過度の要求や高額な工事費の支払いを求められているケースがある。

借上業者も利益を得る必要があるので、補修工事を求めることもわからないではない。しかし、その内容が過度なものであると、貸主側の収支面で赤字となることもある。

不当な要求には応じない姿勢も大切である。

## 5. 借上業者の倒産

借上業者が倒産する可能性も否定できない。

現在の経済状態からすれば、当初有力企業でも経営破たんすることもある。貸主としては、その業者の様子に注意しておくことも必要である。

また、倒産して建物を借り続けてもらうことができなくなったときは別の借主を捜すことになるが、建物自体はその業者や企業用に建てられたり、他への転用がむずかしい間取りとなっているようなときには、実際には別の借主を入れることは大変である。

## 6. 最後に

最後に、建物の一括借上げという事業を貸主は行っていいのか否かの検討をすべきである。

その場所で建物を建てても入居者はいるのだろうか、相続対策として必要なものであろうかなど、貸主側の諸事情を前提に、JA担当者は適切なアドバイスをされることを期待する。

## 13. 無断転借人の自殺と損害の範囲

(2011年1月号、No.142)

### ■ 事案

XとYは、平成20年3月に建物賃貸借契約を締結。

家賃は1ヶ月12万6000円。転貸借は禁止。

ZはXとの間でYの借主としての債務について連帯保証をする旨の契約を締結。

ところが、Yは平成20年ころからAに本件建物を転貸し、このことについてXに了解を得てはいなかった。

その後、Aは平成21年6月ころ、本件建物内で自殺していたことが同年7月になって判明。本件建物については、平成21年9月に本件建物の管理会社の職員が以下の内容でXから賃借している。

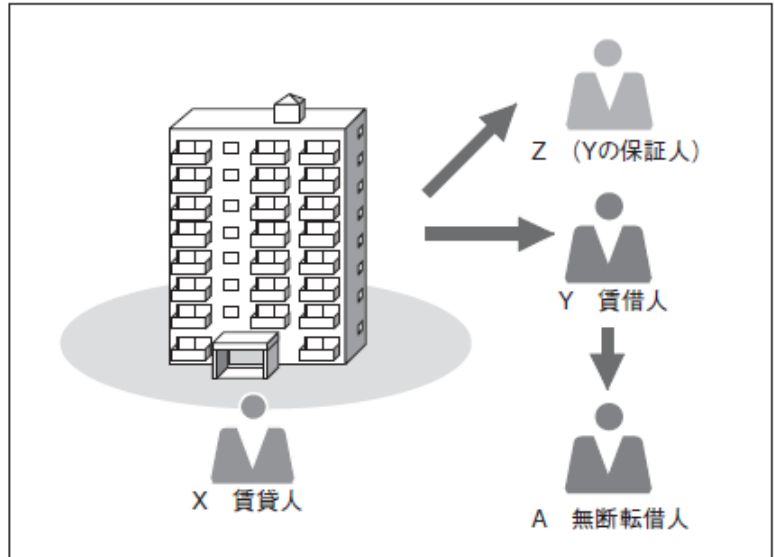
- 期間は、平成21年10月から平成26年7月まで
- 賃料は、1ヶ月5万円
- 職員が管理会社を退職したときは契約終了

以上のような経過において、XがY及びZに対して損害賠償の請求をした。

Xが主張しているXの損害は、本件建物は1ヶ月12万6000円で貸せたのに、1ヶ月5万円でしか貸せないのだから、差額の1ヶ月7万6000円が1ヶ月の損害であり、管理会社の職員との契約期間満了までの58ヶ月間を乗じたものが損害である。これに対して、主にZは以下の反論をした。

- ①賃借人Yには転借人に自殺させない義務は課されていない。したがって、Yに債務不履行はない。
- ②本件建物は都会のワンルームマンションであるから、近所付き合いもないことから、入居者が病死したのか自殺したのかもはっきりしないことがある。したがって、死亡したからといって当然賃料を下げても貸せなくなったとは言えない。つまり、損害は生じていない。
- ③保証人としては、賃借人の債務の保証をしていることは当然であるが、保証の対象は予測できる範囲とされるべきである。しかし、本件のYとZとは人的つながりはなく、まして、Aが自殺するとは予測できない状態である。

以上のXとYZとの双方の主張に対して、東京地方裁判所は以下のような判断を示した。



## ■ 判決

まず、賃借人には入居者が自殺しないようにすべき義務があるという点については以下のように述べている。

「賃借人は、賃貸借契約上、目的物の引渡しを受けてからこれを返還するまでの間、善良な管理者の注意をもって使用収益すべき義務を負うところ、少なくとも無断転貸等を伴う建物賃貸借においては、上記の点にかんがみると、その内容として、目的物を物理的に損傷等することのないようにすべきことにとどまらず、居住者が当該物件内部において自殺しないように配慮することもその内容に含まれるものと見るのが相当である。」

次に、損害については以下のように述べる。

「本件物件を賃貸するに当たっては、宅地建物取引業法により、宅地建物取引業者は賃借希望者に対し、Aの自殺という事情の存在を告知すべき義務を負うと見られる。そうである以上、告知の結果、本件物件を第三者に賃貸し得ないことによる賃料相当額及び、賃貸し得たとしても、本来であれば設定し得たであろう賃料額と実際に設定された賃料額との差額相当額も、逸失利益としてYの債務不履行と相当因果関係のある損害ということが出来る。」

そして、本件では、都心のワンルームマンションで、交通の便もよく流動性が比較的高いことから、自殺という心理的嫌悪感等の減少は他の物件より速く進行するとして、賃貸が全くできない期間を1年とし、その後の2年間は賃料の半額でなければ貸せない期間と認定した。

最後に、保証人Zの保証の範囲については、Aの自殺によるXの損害もZの保証の範囲内であるとした。(東京地方裁判所 平成22年9月2日判決、判例時報2093号87ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。)

## ■ コメント

本件は、無断転借人が建物内で自殺した場合における貸主の損害について述べた事案である。

建物内部での自殺については、これを告知すべきであるとされているのは、今の判例の流れであり、問題は何年前までの自殺を告知すべきかである。今のところ、判例案等では7～8年位前までのものが掲載されている。

ところで、そうなる则该建物への入居の可能性が低下したり、賃料を下げないと借り手が見つからないことになる。

問題は、この場合、借り手が見つからないことや、賃料を下げることによる損害を借主に請求できるのか、できるとすると請求の範囲はどこまでなのかである。

同様に、自殺による原状回復の範囲についても、通常原状回復の範囲なのか、それ以上でもいいのかの問題もある。本件は、前者について主に述べられている。

判決では、自殺によって借り手が見つかなかつたり、賃料を下げることの損害は請求可能とする。ただ、その範囲については、本件物件が都心の交通の利便のいいところであり、しかもワンルームマンションということで流動性があることから、全く貸せない期間は1年間、その後2年間は半分が逸失利益の範囲と認定している。ただ、筆者としてわからないのは、逸失利益の範囲が前述のとおりとしても、本件では管理会社の職員が賃借していることから、その損害としては前述の逸失利益の期間を前提として算出した金額から、前記職員によって実際に支払われた賃料との差額になると思われるが、この点についての言及は判決ではなされていない。

つい最近、新聞において自殺に関して貸主から多大な損害請求がなされており、一定のルール作りの必要がある旨の記載があった。

貸せない期間の部分については、当該物件によって異なるのであろうから、この部分の一定のルールを作ることは大変であろう。

しかし、むしろ、いつの時点までの自殺や犯罪について告知すべきかのルールを作ることは可能なのではなかろうか。検討したい問題である。

## (2) 事業用の契約

### 14. 無断建物転貸借の当事者間の関係

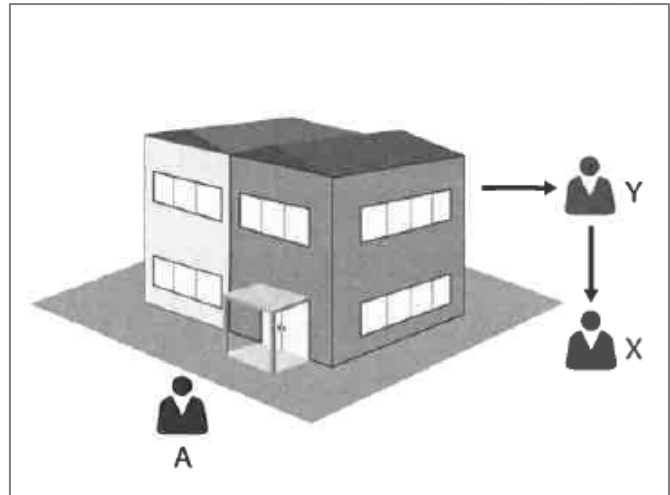
(2017年5月号、No.218)

#### ■ 事案

- 本件建物はA所有。
- AはYに対して本件建物の一部を賃貸した。内容は以下のとおり。
  - (1) 期間は平成19年から8年間
  - (2) 使用目的はYが服飾雑貨小売業を営む。
  - (3) 賃貸対象範囲は本件建物の1階、2階の一部。

上記契約をA Y間で締結したが、YはAの了解なく賃借している部分をXに転貸した。

- (イ) 契約日：平成22年6月
- (ロ) 期間：前記(1)の期間満了日までの定期建物賃貸借契約
- (ハ) 使用目的：飲食店舗（イタリアンジェラート）
- (ニ) 中途解約の場合には保証金の一部償却あり。



以上のような契約をYはXと締結したが、平成23年10月に1階の厨房の床の排水口から汚水が逆流した。さらに、同年11月にも同様に汚水が逆流する事態が生じた。

逆流の原因は本件建物の共用の排水管の詰まりであった。

転借人Xは2度にわたる汚水の逆流のため本件建物での営業を断念し、Yに対して本件建物を明渡した。

その後、XからYに対して損害賠償及び保証金の返還を求める訴えを提起した。

Xの請求に対してYは本件逆流の原因は共用の排水管の詰まりが原因であり、Yには共用部分の排水管の点検や修理をする権限がない。YはAからXに転貸していた建物を借りているだけである。しかも、XY間の転貸借契約についてはAの同意を得ていないことをXは知っていた。

したがって、Yとしては本件排水管の詰まりを認識しているときには、Aに対して修繕等の要求ができるだけであり、AがYの要請に応じなくてもYの責任ではない。

Yとしては、排水管のつまりは知っていなかったことであり、また、第1回の逆流のあとはAに連絡して排水管の詰まりの除去工事してもらったのだから、Yとしてはやるべきことはやったと反論した。

XY双方の主張に対して原審の東京地裁はXの請求の一部を認めたため、XY双方が控訴した。

## ■ 判決

XY双方の控訴に対して東京高等裁判所は以下のような判断を示した。

まず、本件の排水管はYが独占的に使用できるものではないが、貸主であるAとしては共用部分を適切に維持管理して賃借人に使用させる義務がある。

そして、XY間の転貸借契約においても、このことは同様であり、転貸人であるYはAY間の賃貸借契約の賃貸人Aと同程度において、排水管の共用部分を適切に維持管理する義務を転借人であるXに対して負っており、XはYに対して排水管の適切な維持管理を求める権利を有している。

そして、

「この点、一般に一棟の建物の一部分の賃借人は、共用部分を自ら維持管理することができない場合が少なくないことは否定できない。しかし、同賃借人が賃借建物を転貸する以上、貸主としての義務が当然に発生するのであって、共同部分の維持管理を自ら行うことができないという事情は、貸主としての義務を軽減させるものとは認め難いというべきである。」

「転貸人がその義務の履行のため共用部分の維持管理を賃貸人に委ねた場合、賃貸人の管理が不適切であれば、転貸人が転借人から債務不履行責任を問われる可能性があるが、それは自らの義務の履行を賃貸人に委ねている以上はやむを得ないことである。」

とし、転貸人としては、更に賃貸人に対して債務不履行責任を追及する方途があり得るとした。

「そして、賃貸借契約と転貸借契約の内容が食い違い、あるいは転貸借について賃貸人の承諾がないことによって、賃貸人に対して十分に責任を問うことができない場合であっても、その結果は、そのような転貸借契約を締結し、あるいは賃貸人の承諾を得なかったことにより転貸人が負担するリスクの一つとして、転貸人が甘受すべきものといわざるを得ない。」

そして、以上のことは転借人において転貸借に関する賃貸人の承諾がないことを知っていたとしても、そのリスクを転借人が負担することを相当とする特段の事情のない限り、変わらないものとした。

そのうえで、本件についてYは事故発生前に排水管について、詰まりを防ぐ手立てを尽くしたとは言えないとして責任があると判断している。(東京高等裁判所平成27年5月27日判決、判例時報2319号24ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、無断転貸借契約における転貸人の責任について言及した判決である。

ビルの一部を借りている賃借人が、その借りている部分を無断で転貸したところ、ビルの共用部分の排水管の詰まりで汚水が逆流し、転借人の営業に支障が生じたという事案である。

転貸人としてはビルのオーナーではないから、自分が排他的に管理していない共用部分のトラブルについては責任がないし、管理しろと言っても、オーナーが対応してくれないのに責任が生じるのはおかしいと反論している事案である。

本件では転貸人Yは1回目の汚水の逆流のあと、賃貸人Aに連絡し排水管の詰まりの除去工事をしてもらっているが、Xに転貸をする前に排水管についての調査依頼などをAにしていなかった。

裁判所は共用部分から生じたトラブルであったとしても、転貸をする以上、賃貸人と同等の義務を負っているとの前提で、本件Yも前記のような調査依頼などをしていない点で管理不十分として責任を認めたものである。

Yとしては、Aに無断で転貸をしているから、Aに排水管などの共用部分の管理は大丈夫かなどの問い合わせができなかったのであろう。

そして、Xが無断転貸であることを知っていたとしても、Xがそのリスクを負担してもいいなどの特段の事情がない限り、Yの責任内容に変わりはないとしている。

J A組合員の場合、オーナー所有の物件を関連の会社が転貸したり、家族が転貸したりするケースが多いので、転貸にあたって賃貸物件の管理は比較的スムーズに行うことができる。

しかし、本件のように関係のない者が契約に関係しているような場合、転貸のリスクは転貸人にとって大きな負担となる。

本件はこのことを明らかにした事案と言える。



### (3) 家賃

## 15. 賃料等の関係と民法の改正

(2021年3月号、No.263)

### ■ はじめに

今回は、賃貸借契約に関して、民法の改正がどう影響するかを説明したい。ただし、今回は賃料や賃料相当損害金に関して、令和2年4月1日から施行された民法の改正とどう関係するかの説明をしたい。

なお、理解されていることとは思うが、令和2年4月1日以降の賃貸借契約は改正民法が適用され、それ以前の賃貸借契約は改正前民法が適用されること、更新となるときでも、当初の契約時点がいつかによって、改正後に更新されても改正前の契約なら改正前民法の対象となる。ただし、保証人に関しては、改正後の更新時に保証人の署名押印をさせるときには改正民法による極度額の設定が必要とされている。

### ■ 未払賃料について

家賃や地代など、年又は月単位で支払う債務については、改正前民法では5年を時効期間としていた。

しかし、改正民法では、いわゆる短期消滅時効の条文を撤廃し、①債権者が権利行使することができることを知った時から5年間、②権利を行使できるときから10年間のどちらかの期間満了をもって、消滅時効が完成するとされた(166条1項)。

家賃や地代については、債権者である貸主として契約条項にもとづき、いつ賃料の支払いを求めることができるかを知ることができることから、通常、消滅時効の期間は5年間ということになり、改正前と期間の点では同じであると考えていいだろう。

しかし、理論上は、令和2年4月1日より前に発生した賃料は改正前民法の時効、改正後である4月1日以降の賃料は改正民法の時効の対象となる。ただし、賃料の元となる賃貸借契約が令和2年4月1日より前に終結されていたときは、時効に関して、4月1日以降に生じた未払賃料も改正前民法の対象となる。

時効の中断に関しては、主債務者である借主への請求によって保証人に対しても時効の効果が生じる点は同じである。

ただ、改正前に発生した賃料については、改正前民法による中断、停止という表現になるのに対して、改正後に発生した賃料については、時効の完成猶予ないし更新という表現になる。

毎月あるいは毎年発生する賃料の遅延損害金については、令和2年4月1日より以前の未払賃料については、改正前民法で支払済みまで年5パーセントの損害金の支払になるが、4月1日よりあとに遅滞した賃料については、改正民法によって処理され、現在のところ、利率は年3パー

セントになる（改正前から改正後も遅滞しているときは、改正前の利率で統一されると思われる。）。

## ■ 賃料相当損害金について

賃貸借契約が解除等なされ、賃借物を貸主に返却するべきであるのに、これを怠った場合、貸主は賃料相当損害金と称されている損害賠償の請求が可能となる。

具体的には契約時の賃料額をもって、明渡しをしないことによる損害賠償金としているのである。

この賃料相当損害金であるが、法的には債務不履行による損害賠償金と、不法行為による損害賠償金の構成が考えられる。

貸主が建物の所有者であるときに、借主が契約を解除されたのに建物の明渡しをしない場合、賃貸借契約の貸主として明渡しをしない借主の債務不履行と構成する場合と、契約が解除され建物を使用する権限がないのに使用を継続する元の借主に対して、建物所有者として不法占拠者という不法行為構成をもって主張する場合とがある。

前者の契約不履行構成でも、後者の不法行為構成でも、従前賃料を前提とした賃料相当損害金をもって賠償額とすることに変わりはない。

ただ、契約が終了しているのに占拠を継続している場合の損害金の時効期間に注意が必要となる。

契約不履行構成をとって損害金を請求される場合、契約解除が令和2年4月1日より前であったとき、たとえば、1月1日に契約が終了したときは、1月から3月末までの賃料相当損害金の時効は改正前民法となり、改正後も明渡しをしないことによって生じる賃料相当損害金の時効も改正前民法の対象となる。改正後に解除したときは改正後民法で、時効は5年となる。

ところが、これを不法行為構成をとったとすると、建物等の明渡しをしないという不法行為は、日々不法行為が発生しているとされているから、令和2年4月1日以前の部分については、改正前民法で3年あるいは20年で時効となり、改正後の4月1日以降分については改正後民法で3年あるいは20年で時効となる。

このように、法的構成によって時効期間にちがいが生じることになる。

また、共同で建物や土地を占拠している場合には、その相手に対して貸主あるいは所有者は、占拠者全員に対して連帯して賃料相当損害金の支払いを求めることができる。

この「連帯して」という意味は、共同占拠者の合意で発生する請求権ではないことから、不真正連帯債務だとされている。この場合、たとえばA Bが共同占拠者だとすると、Aに損害金全額の支払を求めたとき、Bへの効果はどうなるかの問題がある。

いわゆる不真正連帯債務について、債務者のひとりに対する請求は、他の債務者に効力（時効の中断）は生じるかの問題である。

民法の改正で連帯債務者ひとりに生じた事由は、他の連帯債務者に効力が及ばないケースが多くなった。前記のケースも同様で、ひとりに請求しても他の者への効力は生じないこととなっている（改正前は効力は生じる。）。不真正連帯債務については条文の規定はないが、同様だと考えられている。

そのため、A B両名に請求をしておかないと、一方の債務の消滅時効の問題が生じてしまう。そうすると請求できる相手方が減少するということになる。

## ■ その他

あまりケースはないかも知れないが、貸している建物が放火や失火で滅失したときは、貸主としては建物自体の価額の賠償のほか、将来得られたであろう賃料の損害（逸失利益）の請求が問題となる。

将来の利益を現時点で先に取得することから、中間利息の控除の問題となる。

この中間利息の計算についても、損害賠償の利率の改正が関係している。従前は年5パーセントを前提とした計算方式が採用されていたが、法定利率が改正されたことから、中間利息の控除の割合も小さくなっていく（損害額が大きくなるということ）。

その場合、いつの時点の利率を前提に中間利息を計算するかについて、改正民法は「その損害賠償の請求権が生じた時点における法定利率により」と規定する。

そのため、滅失行為すなわち不法行為の時点の条文で利率の計算がなされることとなり、令和2年4月1日より前に滅失したときは、年5パーセントを前提とした中間利息、4月1日以降なら当面年3パーセントを前提とした中間利息で計算されることとなる。

## 16. 民法の改正 – 賃貸借の一部使用不能 –

(2019年12月号、No.249)

1. 今回は賃貸借契約に関する民法の改正のうち、賃借物の一部使用不能の場合の条文の改正の説明をする。

改正された条文は以下のとおりである。

### 民法 611 条（改正法）

- 「① 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、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。」

なお、現行民法の 611 条は以下のとおりである。

### 民法 611 条（現行法）

- 「① 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、その滅失の割合に応じて、賃料の減額を請求することができる。
- ② 前項の場合において、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。」

以上が改正条文と現行条文である。

2. 現行条文を前提とすると、賃借物の一部が賃借人の過失によらずに滅失等したときは、賃借人は賃料減額の請求ができるとしている。

賃料については、賃借人の請求がないと減額されないが、もし、この減額請求をすると、滅失等のときに遡及して減額されるものとされていた。そして、賃借人の過失がない場合には、不可抗力の場合のほか、賃貸人の責めに帰すべき事由も含むとされており、賃貸人が修繕義務を履行しないため、賃借物の使用収益ができない場合も含むとされている。ただ、古い判例には、この場合は減額請求をしなくても、当然に減額されると思われる見解を示しているものもある。

今回の改正では減額請求をしなくても、当然、減額されると規定された。

そこで、各ケースについて整理してみたい。

## A 一部滅失等のとき

### ①貸貸人の帰責事由によるとき

改正条文では使用収益できない部分の割合に応じて賃料は滅失の時から減額となる。

### ②賃借人の帰責事由のとき

改正条文では明示されていない。

現行条文を前提とする見解では、現行 611 条の反対解釈から賃料に影響はなく、減額とはならない。また、滅失について貸貸人は賃借人に損害賠償の請求が可能となる。

### ③双方に帰責事由ないとき

611 条の対象として減額される。

## B 全部滅失のとき

### ①貸貸人の帰責事由のとき 611 条の問題ではない。

この場合、賃借人は賃借物の使用及び収益ができないのだから、賃料請求権は発生しないと解されている。また、賃貸の対象物が滅失してしまったことから、賃貸借契約は解除をまたずに終了となり、あとは貸貸人に対する賃借人からの損害賠償請求の問題になると考えられている。

### ②賃借人の帰責事由のとき 611 条の問題ではない。

この場合、理論上は貸貸人の賃料請求権に影響はないと考えられるが、賃貸の対象物が滅失しているのに賃料請求権が残っているのはおかしい。そのため、賃料請求権は消滅し、あわせて賃貸借契約も終了するとされている。そして、貸貸人から賃借人に対する損害賠償請求の問題が残ることになる。

### ③双方に帰責事由がないとき

これも 611 条の問題ではない。

賃貸の対象物が滅失したことから、賃料請求権も消滅し、あわせて賃貸借契約も終了となる。そして、当事者双方間での損害賠償の問題も生じない。

3. ところで、平成 30 年の賃貸借契約の標準契約書では、賃借物の一部が賃借人の帰責事由なしに滅失したときは、賃料は使用及び収益をすることができなくなった割合に応じて減額されると規定するとともに、当事者双方は、減額の程度、期間その他必要な事項について協議すると明記している。

賃借物の滅失と言っても、物理的なものなら判定はしやすいが、設備の機能的な障害や貸貸人の修繕義務の不履行の内容など、一部滅失と言えるか否かの判定に争いが生じることも予想される。

さらに、使用収益ができなくても、受任限度の範囲であれば、当然減額となるとも言えないであろう。そのため、当事者間で誠意をもった協議は必要となる。

そして、仮に当該事由が賃借物の一部滅失とされるとしても、減額はいくらになるのか、その期間をどのくらい考えればいいのかの検討も必要となる。その意味で、標準契約書の条文は、一部滅失とされたときでも、当事者双方の協議を求めているのである。

4. 因みに、一部滅失の場合の賃料に対する割合や期間については、公益財団法人日本賃貸住宅管理協会において、設備不具合の場合の賃料減額割合や免責日数を表にしており、ネットで見

ることが可能である。これは設備不具合のケースであり、賃貸物件の一部滅失すべてに該当するわけではない。

そのため、設備不具合のケースでは、このガイドラインは参考資料となるが、当事者間の合意ができないときは、最終的には裁判所の判断となる。

また、物理的滅失などのケースでもガイドラインの対象外であるから、裁判所の判断が大切となる。

今回の 611 条の改正条文自体で賃貸借の実務に大きな影響が生じるとは思えないが、法改正によって、当然賃料減額となるということになると、今まで主張をしていない借入人が減額を主張することも十分予想できる。

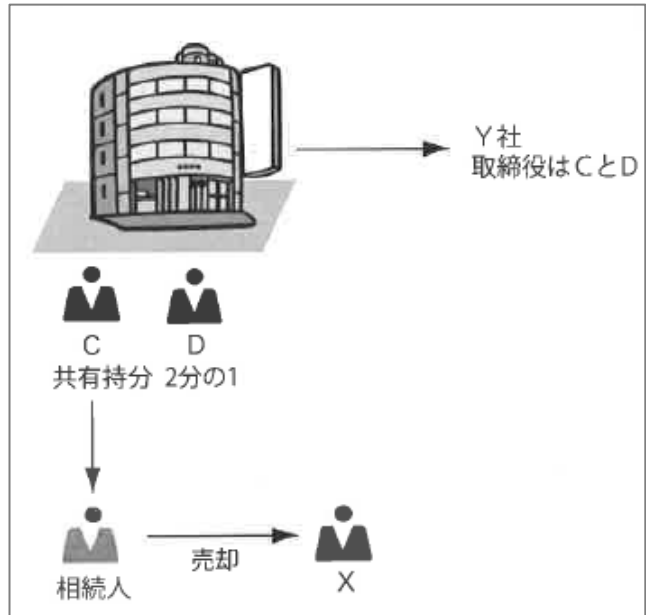
ガイドラインや判例などを身近に備えて、賃貸借契約の管理をする必要がありそうである。

## 17. 賃料増額請求と共有建物

(2017年11月号、No.224)

### ■ 事案

- 本件建物はC Dが新築し、持ち分は各自2分の1。
- その後、Y社が設立され、取締役はCとD。
- C Dは本件建物をY社に賃貸し、賃料は平成15年ころは月500万円（税込み）。
- Y社は本件建物の一部を別の会社に転貸している。
- 共有者のひとりであるCが死亡し、相続人が本件建物の共有持分の共同相続をしたが、その後、相続人は相続した共有持分の2分の1をXに売却。



- 共有者になったXが単独でY社に対して賃料増額の調停を申立てる。
- その後、XからYに対して賃料増額の訴訟が提起された。
- Xの主張は、月500万円の賃料に対して、平成27年5月1日以降は月898万円（税別）が正当だとするもの。因みにXが共有持分を取得したのは、平成26年5月。調停申立ては平成27年3月。
- Xの請求に対しY社は、賃料増額請求は共有物の管理行為であるから、共有持分の過半数で請求するか否かを決すべきであり、過半数の同意なしには賃料増額請求権の行使はできないと反論。
- これに対してXは、賃料増額請求権は共有物の保存行為であるから、共有者が単独で行使するか否かを定めることができると主張。
- なお、Y社は貸主との間で、消費税率が変更されても賃料と消費税額の合計額は変更しない旨の合意が成立していたとXに対して主張。

### ■ 判決

X Y双方の主張に対して、原審の東京地裁はXの請求を棄却した。

理由としては、賃料増額請求は適正な賃料に是正するという点では、他の共有者に不利益はなく保存行為に該当しているようにも見える。

しかし、賃料額は借借人がいつまで借りるかについて影響を大きく与えるものであり、その変更は借主が不動産をどう利用するかに関わる問題であって、賃料を一方的に増額することが、他の共有者に不利益を常に生じさせないとは言えないというものである。

しかも、賃料減額請求は他の共有者の不利益になることは明らかでもあり、増額請求のみを保存行為と考えることも相当でないとしている。

このことから、増額請求を保存行為であるとして単独で請求できるとは言えないとしている。

また、消費税率の変更があっても支払総額は変更なしとの合意については、過去に変更をしていないことや支払総額に変更がないことなどから、そのような合意があったとし、消費税率の変更があっても、支払総額に変更はないとした。これに対してXが控訴した。

控訴審である東京高裁は原審の考えを維持してXの控訴を棄却した。(東京高等裁判所平成 28 年 10 月 19 日、判例時報 2340 号 72 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は建物賃貸借契約において、建物の共有者である貸主が借主に対して賃料の増額請求権を行使するには、単独で行使可能なのか、それとも違うかが主要争点となった事案である。

具体的には賃料増額請求権の行使は、共有の保存行為なのか、管理行為なのかであり、前者なら共有者が単独で行使可能であり、後者なら共有持分の過半数の同意がないと行使できないということになる。

本件はXと訴外Dの持分が各2分の1であることから、Dの同意なしにXは増額請求できるかということになる。DがXの請求に同意しないのは、建物の借主がY社であり、DがY社の取締役ということも理由のひとつかも知れない。

共有物については、民法 252 条に以下の規定がある。

「共有物の管理に関する事項は、前条の場合を除き、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。ただし、保存行為は、各共有者がすることができる」

因みに「前条」である民法 251 条に以下の規定である。

「各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、共有物に変更を加えることができない」

そこで、本件の増額請求についてであるが、原審の中で述べられているように、賃料が適正価格になるということは、他の共有者にも有利になるという面は否定できない。

しかし、増額されることで借主が契約関係を終了させてしまう可能性もあり、増額することイコール他の共有者の有利とは断定できない。しかも、賃料増額については、借地借家法 3 2 条で同時に賃料減額請求も規定されている。

減額は他の共有者の不利益となるのが一般的であるから、同じ条文に規定されている請求権の行使について、増額は単独で、減額は過半数でと分けた行使方法になるのもおかしい話である。原審が述べていることも十分理解することができる。

今回の場合、貸主も借主も実体は同じ状態で契約がスタートしており、賃料は実際のところ近隣相場に比べて低額であった可能性は否定できない。共有者になったXがこれを是正しようとしたのかも知れないが、法的にはXのみの判断では請求権の行使ができないということになったわけである。

J A の組合員の場合、底地や建物が個人名義であり、その上の建物を会社所有にしたり、会社が借りているケースが多い。その会社は同族会社であるのが一般である。



共有持分の過半数を保有していれば、他の共有者による賃料の変動は生じないことにはなる。その意味で2人が共有者のときは、その持分が各2分の1なら、一応賃料の変動は生じないことになる。

しかし、2分の1ずつというのは反対に、何かをしたくてもできない状態という意味でもある。本件でCDは建物を新築した時点で持分2分の1としている。

仲のいい夫婦や親子であれば、当面、問題は生じないのであろうが、持分が同じという状態はできれば解消することの検討もケースによっては必要と考える。

## 18. 保証債務の時効全般について

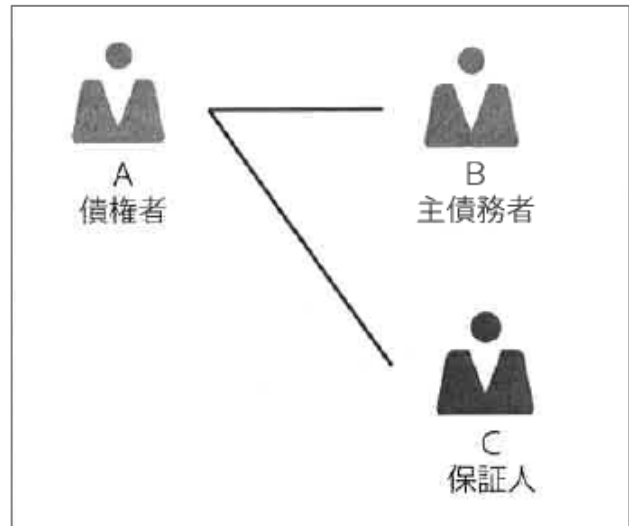
(2014年4月号、No.181)

### ■ 事案

今回は、主たる債務の時効と保証債務の時効に関して、最高裁判所判決の判決も出されたことから、ここで関連部分を含めた説明をしたい。

例えばAが貸主で、Bが建物の借主とする。そして、Cが借主Bの保証人であったとする。

この場合、AはBに家賃支払請求権を有している。



#### 1. AがBに請求をしたとき

AのBに対する請求権は完成猶予となる。  
(民法147条)

ただし、単なる催告のときは6ヶ月以内の訴訟等の提起は必要。提起しないと完成猶予の効力はなくなる。(民法150条)

この場合、主債務に関して時効の完成猶予となることから、Cに関する保証債務についても完成猶予の効力が生じる。(民法457条)

<民法457条第1項>

「主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による完成猶予及び更新は、保証人に対しても、その効力を生ずる。」

ただし、主債務者との関係で時効が完成猶予となっても、保証人に何らの請求をせず、長年放置しておきながら、ある日突然、保証人に請求するようなケースでは債権者の行為は信義則に反するとされ、請求が否定されることも考えられる。

#### 2. BがAに対して支払いをしたり、債務を承認するとき

AのBに対する請求権の時効は完成しない。そして、前述のように主債務者の完成猶予の効力は保証人Cにも及ぶことになる。

#### 3. Aが保証人Cに対してのみ請求したとき

Cの保証債務の時効は完成猶予となる。

問題はこの中断の効力が主債務者Bに及ぶのかである。

Cがふつうの保証人であるときはCへの請求の効果は主債務者Bには及ばない。そうすると、Bの主債務の時効は完成猶予とならないこととなるので、主債務の時効が完成することもあり得る。

この場合、主債務者Bは自分の債務の時効を援用することはできる。そうすると、主債務が消滅するので保証債務も消滅することになる。

主債務者Bが時効を援用しないときは保証人にも主債務の時効の援用権があるので、主債務の時効を保証人は援用できることになる。

ところが、Cの保証が連帯保証の場合、改正前ならCに対する請求の効果はBにも及ぶことになる。(民法 458 条)

しかし、民法改正で、連帯保証人への請求の効果は、主債務者に及ばないこととされたことから、主債務者への請求をしないと、主債務が時効になってしまうことになる。(民法 458 条)

#### **4. 保証人Cが承認したとき**

ここで注意をするのは、Cが連帯保証人の場合でも、Cへの請求の効果はBに及ばず、また、Cが債務を承認してもその効果はBに及ばないことである。

このことは民法 458 条で準用する民法 441 条からも明らかである。

したがって、Cが債務を承認しても、ふつうの保証であれ、連帯保証であれ、その効果はBに及ばないことになる。

保証人の承認には注意をする必要がある。保証人の承認には主債務の完成猶予の効力はなく、したがって、主債務の時効が完成して援用されると主債務が消滅することから保証債務の消滅となる。

このことから、Cが進んで支払いをしても保証債務の承認とはなるが、主債務に完成猶予の効力は及ばないので、Cは主債務の時効の援用も可能ということになる。

#### **5. 主債務を保証人が相続して保証債務を支払ったとき**

このケースについて、平成 25 年、最高裁判所の判決がなされている。

事案は前述のケースを前提とすると、主債務についてCが相続をしたあとCが保証債務を弁済したが主債務について債権者の請求がなかったことから、Cは主債務の時効が完成しているとして援用をした事案である。

このことに関して最高裁判所は以下のように判決している。

「主たる債務を相続した保証人は、従前の保証人としての地位に併せて、包括的に承継した主たる債務者としての地位をも兼ねるものであるから、相続した主たる債務について債務者としてその承認をし得る立場にある。そして、保証債務の附従性に照らすと、保証債務の弁済は、通常、主たる債務が消滅せずに存在していることを当然の前提とするものである。

しかも、債務の弁済が債務の承認を表示するものにほかならないことからすれば、主たる債務を相続したことを知りながらした弁済は、これが保証債務の弁済であっても、債権者に対し、併せて負担している主たる債務の承認を表示することを包含するものといえる。これは、主た

る債務者兼保証人の地位にある個人が、主たる債務者としての地位と保証人としての地位により異なる行動をすることは、想定し難いからである。

したがって、保証人が主たる債務を相続したことを知りながら保証債務の弁済をした場合、当該弁済は、特段の事情のない限り、主たる債務者による承認として当該主たる債務も消滅時効を中断する効力を有すると解するのが相当である。」

以上のように、主債務を相続した場合には保証債務者の承認は主債務の承認となるのが原則であるとした。(最高裁判所 平成 25 年 9 月 13 日判決。判例時報 2209 号 102 ページ以下参照。)

このケースは保証人が一人で主債務を相続したケースである。

もし、相続人が複数いて主債務を共同相続人が相続した場合、その一人が保証人であったとすると、以下のようになると思われる。

保証人が保証債務の支払いなど債務の承認行為をした場合、主債務について相続した範囲で主債務の承認の効力は生じるが、このことは主債務を相続した他の共同相続人には効力は及ばない。

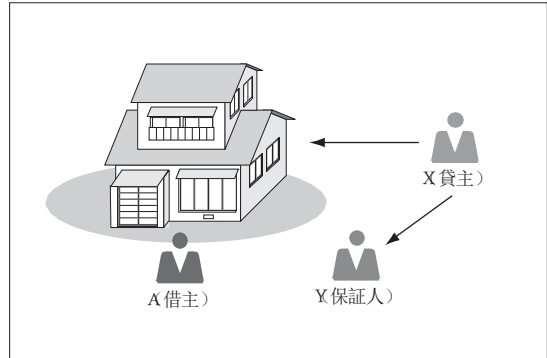
したがって、他の相続人は自分が相続した主債務については時効の援用は可能となる。

## 19. 借家人の保証人に対する請求の制限について

(2020年1月号、No.250)

### ■ 事案

- 平成16年4月1日、借主Aは貸主Xとの建物賃貸借契約にもとづき本件建物に入居。
- YはXとの間でAの借主としての債務の連帯保証。
- Aは入居時、3人の子どもと一緒にあり、生活保護を受けていた。
- 契約によると、賃料は3ヶ月の滞納で貸主に解除権が発生する。
- Aは生活保護を受給していたにもかかわらず、同年8月分から家賃滞納となり、その頃からAへの連絡が取れないようになった。
- Xは本件建物の賃料について、生活保護費の代理受領をすることとし、平成17年4月からの家賃滞納は生じなくなった。
- 平成27年4月、Aに対する生活保護が廃止となった。そのため、以後の賃料の支払いの滞納が発生することになった。ただ、XはYに対してAの生活保護の廃止のことは伝えていない。
- YはAの母であるが、平成22年ころからAと絶縁状態となっており、平成26年に退職してからは年金で生活をしている状態である。
- XはYに対してAの未払賃料の支払いを督促していたが、Yの支払いはできていない。
- 平成28年5月31日、Yは、Xに対して、Aと連絡が取れず年金暮らしであることから、Aを本件建物から早く出して欲しい旨を伝えた。これに対してXはYに対して、YとAは親子なのだからよく話し合っただけであった。
- その後もYはXに対してAの退去手続きの要請を続けていたが、Xはすぐに対応することはなかった。
- 平成29年9月、Xは現地調査等をして本件建
- 物の明渡しをすることとなり、平成30年1月にAとYに対する建物明渡等の訴えを提起した。
- Aに対する訴えは、Aが行方不明ということから公示送達となり、Yに対する訴えと分離のうえ、判決となっている。
- Yに対する訴えの中で、YはXとの保証契約のときに、Aが生活保護を受給していることを知らなかったから、保証契約は錯誤無効であること、仮に有効としても平成28年5月31日には保証契約を解除する黙示の意思表示をしたし、遅くとも平成27年6月末以降のXによる賃料請求の権利濫用であるから許されないと反論していた。



## ■ 判決

上記について、裁判所は以下のような判断を示した。

まず、保証契約の錯誤無効については、YとXとの保証契約成立時にYはAが生活保護受給者であることを知らなかったとは言えないとして、Yのこの主張を排斥した。

次にXによる請求（平成27年6月分から同29年12月分）については、以下のような判断を示している。

保証契約の考え方については「そして、上記期間の定めのない継続的な建物賃貸借契約を締結する賃貸人、保証人は、保証契約を締結する時点で、上記のような債務の拡大の可能性・危険性・保証人側からの債務拡大の回避・防止が困難であるという事情について保証契約の前提ないし内容として、当然認識されているものと考えられ、また、継続的契約については、当事者間の信頼関係を基礎としていることも考慮すると、賃貸人も保証契約上不当に保証人の債務が拡大しないようにする信義則上の義務を負担しているものと認めるべきである」とした。

そのうえで、以下のようなときには、保証人は賃貸人に対する一方的意思表示により保証契約の解除ができるとしている。

- ①保証契約締結後に相当期間が経過している。
- ②賃料支払いを怠り、将来も履行される見込みがない。
- ③保証契約締結のあと賃借人の資産状態が悪化し、保証契約を継続させると、賃借人に対する保証人の求償権の行使も見込めない。
- ④賃貸人が賃借人の賃料支払が将来的に見込めず、賃借人の資産状態の悪化のことを保証人に告知せず、保証人がこれを認識して対策を講ずることができないままで未払賃料が累積した。
- ⑤保証人が保証債務の拡大防止の意向を示しているのに、賃貸借契約の解除や明渡しなどの措置を賃貸人が行わずに漫然と未払債務を累積させている。
- ⑥保証人によって賃貸借契約を解除されても、賃貸人に看過できない損害が発生するなどの特段の事情がない。

以上のようなときは保証人からの保証契約の解除ができるとし、本件では平成28年5月31日に黙示的に解除されたとした。

そして、同時にこのときに以降の賃料請求も、権利の濫用なので認められないとした。（平成31年1月30日横浜地方裁判所相模原支部、判例時報2420号96ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。）

## ■ コメント

保証契約については、保証人からの解除権行使が契約で規定されない限り、保証契約の解除は認められないのが原則である。

そして、賃貸借契約にあっては、賃貸借契約が更新されれば、保証契約も原則として継続されることとなる。

そのため、賃借人が建物から退去しない限り、保証人の責任は存続するが、保証人自身に原状回復義務はないことから、賃借人が自ら退去するか、貸主による明渡の執行がなされない限り、保証人の責任は存続し、その範囲も拡大することとなる。

本件はこういうケースであり、地裁での判決であるが、ひとつの基準を示したこととなる。

この判断については、従前から主張されていたことであり、ひとつの事例としては参考になる。ただ、問題は保証人の解除の意思表示について、本件では黙示の意思表示を認定している点である。

保証人が解除を明確に主張することはむしろかしい面もあるが、黙示的な意思表示でもよいとすると、どんな事実をもって認定するかの問題になってしまう。

本件では5月31日に、Aを早く退去させて欲しいと言っていたことが、解除の意思表示と考え、その他の事情を判決の①～⑤に当てはめて解決していることと思われる。

貸主としては長期間放置しておく、保証人の責任を求められなくなるということであろう。

因みに本件の貸主は公共団体であり、市営住宅のケースである。

## 20. 賃料等の充当について

(2013年2月号、No.167)

今回は、建物明渡の判決などがあつた場合の未払賃料、損害金等に関して、借主が判決のあとにその一部を支払ったときの充当について説明します。

1. (1) まず、複数の債権の中に「費用」「利息」「元本」が存在する場合には、「費用」→「利息」→「元本」の順で充当されます(民法 489 条)。遅延損害金はこの「利息」に該当し、未払賃料、賃料相当損害金、退去修繕費用はそれぞれ「元本」に該当します。

ただし、弁済の時に当事者間で充当の順位について別の合意をした場合はその合意に従うと考えられています。

- (2) 次に、「元本」が複数ある場合(利息、費用がそれぞれ複数ある場合も同じ)、その充当の順位は、まず充当指定(民法 488 条)を考えます。

支払をするときに、支払をする者がどの債務に充当するかの指定ができ、支払をする者が指定しないときは、受領する側が指定します(支払をする者は、この場合異議を述べる事が可)。

そして、支払のときこれらの指定がないときは、法定充当(民法 488 条)の規定に従うこととなります(受領後の指定は不可)。

なお、(1)と(2)の関係についてですが、(1)の順序が先に検討されるので、費用、利息は全ての元本より先に充当されることとなります。

- (3) そして、民法 488 条により、いずれの債権も弁済期が到来していれば「債務者のために弁済の利益が多いもの」から先に充当されますが(民法 488 条 4 項 2 号)、債務名義がある債権とない債権とが存在する場合には、前者の方が「弁済の利益が多いもの」と扱われます(高松高等裁判所判決、昭和 29 年 6 月 9 日、下級裁判所民事裁判例集 5 巻 6 号 851 ページなど)。

2. また、敷金の充当方法も、敷金が差し入れられる時に合意や指定がない限りは上記 1 の順序に従って充当されます。

3. そこで、具体的に見ますと、充当合意・充当指定がないことを前提として、債務名義のある未払賃料、賃料相当損害金、遅延損害金、債務名義のない退去修繕費がある場合には弁済金も敷金も、

①まずは「利息」である遅延損害金に充当されます。

②次いで、「元本」である未払賃料、賃料相当損害金、退去修繕費用の相互の順序については、いずれも弁済期が到来しているでしょうから、



②-1 債務名義のある未払賃料、賃料相当損害金が「弁済の利益の多いもの」(民法 488 条 4 項 2 号)として先に、債務名義のない退去修繕費用は最後に充当されます。

②-2 さらに、未払賃料と賃料相当損害金は弁済の利益は等しいので、弁済期が先に到来したものから充当します。つまり、古い賃料から充当し、続いて契約終了後の賃料相当損害金(平成 20 年 1 月賃料、同年 2 月賃料・・・、契約終了後平成 24 年 11 月使用分、同年 12 月使用分・・・)と充当していきます。

以上をまとめますと、敷金・弁済金のいずれも、遅延損害金→未払賃料→賃料相当損害金→退去修繕費用の順で充当することになります。

「ただし、充当後、差押等の強制執行をすとしても、債務名義のない退去修繕費用については強制執行はできないので、弁済金が満額でない限り残ってしまうことになります。

4. 例をあげて順序どおり充当していくと下記のとおりになります。

明渡訴訟の判決確定後、明渡が完了。下記アイウは債務名義あり。

ア未払賃料 100 万円(家賃 10 万円×10 か月分)

イ賃料相当損害金 100 万円(10 万円相当×10 か月分)

ウ遅延損害金 1 万円(計算の便宜上)

エ敷金 15 万円(家賃 10 万円×1.5 か月分)

オ「退去修繕費 10 万円

カ判決確定後、債務者が 50 万円弁済してきた

この場合、充当の順位は、

①敷金 15 万円のうち 1 万円を遅延損害金に充当。

②敷金残 14 万円を未払賃料の一部に充当(この時点で未払賃料残 86 万円)。

③「カ」の弁済金 50 万円を未払賃料 86 万円に充当。

④この時点で残っている債権は、未払賃料 36 万円、賃料相当損害金 100 万円の計 136 万円分になります。

5. なお、債務名義が判決ではなく和解であったとき、通常、和解条項には「原告は、その余の請求を放棄する」とか、「本件に関し、本条項に定めるほか、原告被告間に債権債務のないことを確認する」(清算条項)といった条項が設けられます。

また、そもそも和解では明渡訴訟の中の請求として明示していなかった事項についても合意ができるとされています。

そのため、請求に掲げられていない退去修繕費用や明渡強制執行費用なども本件に関連する請求としてまとめて「放棄した」「債権債務がない」とされるのか、清算条項が及ぶ範囲が問題になることが考えられます。

この点、裁判例などを見ますと、賃貸借契約の事案ではないものの、和解は同一当事者間の、同一取引をめぐって発生した紛争を最終的に解決する趣旨と考えられ、和解条項に盛り込まれている以外の事項に関する請求権は特段の事情がない限りこれを放棄したものと解すべき、

との裁判例が見られます。「そうすると、同一の賃貸借契約をめぐる紛争として、訴訟で掲げていない退去修繕費用も請求放棄とみなされる可能性があります。

執行費用は、和解条項には明渡期日を定めているでしょうから、その約定が守られずに強制執行になった場合の費用まで放棄する趣旨ではなかったとの主張が通ることはあるかも知れません。

いずれにしても、これらの問題を防ぐには、和解条項に退去費用や強制執行になった場合の約定も入れておくか、和解条項に入れなくとも当事者間で「清算条項の趣旨は執行費用や退去修繕費用は含まない趣旨だ」との書面を残しておくなど、工夫が必要と思われます。

## 参考条文(いずれも現民法)

### 第 488 条(弁済の充当の指定)

- 1 項 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を目的とする数個の債務を負担する場合において、弁済として提供した給付がすべての債務を消滅させるのに足りないときは、弁済をする者は、給付の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。
- 2 項 弁済をする者が前項の規定による指定をしないときは、弁済を受領する者は、その受領の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。但し、弁済をする者がその充当に対して直ちに異議を述べたときは、この限りでない。
- 3 項 前二項の場合における弁済の充当の指定は、相手方に対する意思表示によってする。
- 4 項 弁済をする者及び弁済を受領する者がいずれも第 1 項又は第 2 項の規定による弁済の充当の指定をしないときは、次の各号の定めるところに従い、その弁済を充当する。
  - 1 号 債務の中に弁済期にあるものと弁済期にないものとあるときは弁済期にあるものに先に充当する。
  - 2 号 すべての債務が弁済期にあるとき、又は弁済期にないときは、債務者のために弁済の利益が多いものに先に充当する。
  - 3 号 債務者のために弁済の利益が相等しいときは、弁済期が先に到来したもの又は先に到来すべきものに先に充当する。
  - 4 号 前二号に掲げる事項が相等しい債務の弁済は、各債務の額に応じて充当する。

### 第 489 条(元本、利息及び費用を支払うべき場合の充当)

- 1 項 債務者が一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、これを順次に費用、利息及び元本に充当しなければならない。
- 2 項 前条の規定は、前項の場合において、費用、利息又は元本のいずれかの全てを消滅させるのに足りない給付をしたときについて準用する。

(改正民法も充当順序は同一です。)

## 21. 家賃の取立て行為と不法行為

(2010年12月号、No.141)

### ■ 事案

AはBに対して、その所有している建物を賃貸しており、このBの借家人としての債務について、Cとの間で保証人となる旨の契約を締結している。

本件Cは信用保証業務を目的としている会社であり、家賃保証等を業としている者である。

AがBに賃貸した建物は8階建ての共同住宅の2階の一室であり、2階には4戸の居室が並んでいる。そして、2階の端にエレベーターと階段があり、2階の住人がエレベーターや階段を利用するためにはBの部屋の前を通る必要がある。

BはAに支払うべき家賃を1ヶ月滞納したため、Cにおいて保証人として当該家賃の支払いをした。

そこで、CはBに支払った家賃の支払いを求めたが、BはCに支払猶予を申し入れ、さらに支払いができないので支払猶予の期間の延長を申し入れた。

ところが、延長した期間までにBはCに支払いをすることができなかった。すると、CはBに電話連絡をしたが繋がらないためB宅を訪問した。しかし、Bが不在であることから、B宅の玄関ドアに「督促状」又は「催告状」の表題が付された紙を貼付けた。

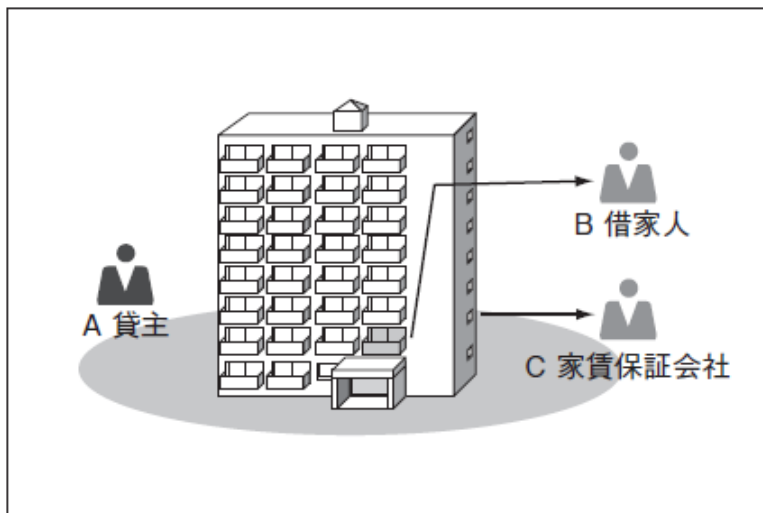
ただし、その貼り紙は前記表題だけが見えるだけであり、その内容部分は折られて貼付けされていたため、見えない状態であった。

BはCに家賃分の支払いはしているが、BはCの貼付行為はBの名誉を毀損する行為であると損害賠償の請求を求めたが、Cがこれに応じないため提訴した。

### ■ 判決

Bの主張に対して、Cは、Bへの支払いを求めて訪問などをしても対応してくれないことなどから、やむなく書面を貼付したものであること、また、貼付けした書面の内容は見えないようになっていたこと、貼付けされていた時間も午前10時からBが帰宅して貼付書面を取り外した午後5時までの約7時間であること、玄関ドアに書面が貼付けされているのを見れるのは、本件建物のうち2階部分の3戸の入居者に限られることなどから、不法行為ではないと反論した。

双方の主張に対して、大阪地方裁判所は以下のとおり判決した。



「本件居室前の通路を通行する他の入居者が上記表題が付された同書面を見ることにより、本件居宅の入居者であるBが家賃等の支払いを遅滞し、債権者から取立てを受けている旨を認識し、又は容易に推知しうるといえるから、本件貼付書面を玄関ドアに貼り付けることは他人に知られることを欲しないことが明らかな家賃等の支払状況というプライバシーに関する情報を不特定の人が知り得るべき状態に置き、もってBの名誉を毀損するものであるというべきであって、社会通念上相当とされる限度を超える違法な取立行為というべきである。」

とした。(大阪地方裁判所 平成22年5月28日判決、判例時報2089号112ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、家賃保証会社が家賃を滞納した借主に対して立替払いした家賃の支払いを求めて、借主の玄関ドアに書面を貼付けした行為が違法とされた事案である。

事案によると、貼り紙と言っても「督促状」又は「催告状」という部分は見えるものの、その内容は見えないようにしていたとのことである。

このようにして、書面を貼付けしても違法とされた理由としては、ポストに書面を入れることもできたのにそれをしていないこと、Cは業者であり、Bの支払いがなければ訴訟等の提起をすることも熟知していたこと、玄関ドアに「督促状」などの記載された書面が貼付けされていれば、その入居者に家賃滞納があり、その支払いを求められていることは容易に推知できることなどが、判決理由の中で述べられている。

本件では、その他にもCによるBに対して電話による高圧的口調での支払催促もなされていたようである。家賃が滞納された際に、その取立てをすることが大変なことは一般的に理解されているところであり、借主に対して支払いを求めて連絡をしたり、面会を求めたりすること自体、当然に違法であるとは断定はできないことである。

ケースによっては、居留守を使ったりして誠意を示さない悪質な入居者が存在することも事実であり、このような者に対して、何とか連絡を取りたいと考えるのも当然である。

ただ、この判決からも理解できるように、限度を超えた取立て行為は違法となるのであり、今回の事案は「督促状」等と書かれた書面の貼付けも、本件のケースでは違法とされたのである。

ポストに入れておけばいいという理由も示されているが、それだけでは取立てとしての効果はあまり期待できないことであり、内容が見えない書面を貼付けしても違法ということになると、取立行為をどうすればいいか悩むところである。「督促状」などと書いてもいけないのであれば、「連絡を入れてくれ」という趣旨の書面を貼付けしてもいけないということであろう。

そうなると、訴訟など裁判手続きを措かない取立てをするためには、何度も訪問や電話での連絡を求めるといった方法しかないということであろうか。

現在、家賃等の取立てについてはこれを規制する法案が提出されているが、今のところ法律として国会で成立はしていない。

今後は同法案の動きに注意するとともに、入居者の選定には慎重にならざるを得ない。

## 22. 納税と事務管理

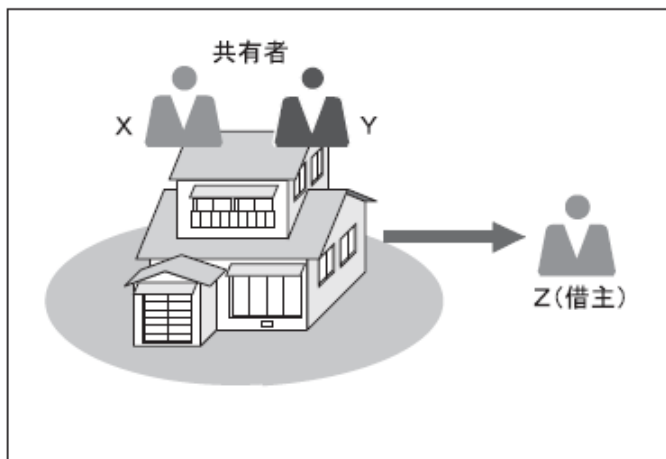
(2010年8月号、No.137)

### ■ 事案

事案を簡略化して説明します。

X Yは兄弟であり、持分各2分の1ずつを有している建物を共有で所有している。

この建物をZにXが賃貸しており、約18年間にわたって、ZからXは賃料を得ていた。そして、XはZからの賃料を所得として確定申告をして、所定の税金を納付していた。



ところが、Yは、本件建物はX Yの共有であるから、Zからの賃料をXのみが取得するのはおかしいとして、共有持分に応じた賃料の2分の1をXが不当利得しているとして、Xに対してその返還を求めた。

これに対してXは、本件建物の固定資産税や修繕費などは自分が全部支払ってきたし、X Yの両親の相続の際の相続税も自分がYの分も支払っていた。

さらに、賃料の半分がYのものだとすると、その分の所得に対する税金をYが支払うべきであるが、その税金を全て自分が支払っていたのだから、その分を含めて、Xが今までに支払った分は事務管理にもとづく費用償還請求権を有しているとXは反論した。

XとYの各主張について、原審は、Xが賃料全てを自分の所得として申告し納税した以上、本来Yが取得すべき賃料収入に対する税金を支払ったことになるのだから、Yの取得分に応じた所得税及び住民税分については、XはYに対して、事務管理にもとづく費用償還請求権があるとして、Yからの賃料の半分の返還請求権との相殺を認めた。しかし、Yはこの結果を不服として上告した。

### ■ 判旨

Yの上告に対して、最高裁判所は以下のとおり判決をした。

「所得税は、個人の収入金額から必要経費及び所定の控除額を控除して算出される所得金額を課税標準として個人の所得に対して課される税であり、納税義務者は当該個人である。

本来、他人に帰属すべき収入を自己の収入として所得金額を算出したため税額を過大に申告した場合であっても、それにより当該他人が過大に申告された分の所得税の納税義務を負うわけではなく、申告をした者が申告に係る所得税額全額について納税義務を負うことになる。また、過大な申告をした者が申告に係る所得税を全額納付したとしても、これによって当該他人が本来負うべき納税義務が消滅するものではない。」

最高裁判所は納税について以上のような判断を示したうえで、以下のように述べている。

「共有者の一人が、共有不動産から生ずる賃料を全額自己の収入として不動産所得の金額を計算し、納付すべき所得税の額を過大に申告してこれを納付したとしても、過大に納付した分を含め、所得税の申告納付は自己の事務であるから、他人のために事務を管理したということとはできず、事務管理は成立しないと解すべきである。このことは、市県民税についても同様である。」

として、Xによる事務管理にもとづく費用償還請求権の成立を否定した。(最高裁判所 平成 22 年 1 月 19 日判決、判例時報 2070 号 51 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、共有財産に関するトラブルであるが、事案から推測すると、X Yが親から本件不動産を相続したようであり、共有持分は各自 2 分の 1 である。

本件事案で、第三者である Z との賃貸借契約の経緯がはっきりとしないが、X Y の親の時代から Z に賃貸していたものと考えられる。

もし、X Y の共有になったあとで Z に賃貸をするのであれば、X Y 間で協議がなされ、そこで、Z からの賃料の分配が協議されることになると思われるし、また、共有物件を共有者が単独で賃貸するなど、使用をするためには民法の規定で共有持分の過半数で決定することになるが、本件では X Y の共有持分が各 2 分の 1 であり、過半数持分を単独で保有していないことから、おそらく賃貸借契約がすでに存在したのち、X Y 共有となったものと考えられる。

ところで、共同で賃貸をしているケースで、共同者間で賃料分配の合意がないときは、賃料は頭割りで分配をすることになるし、共有物を賃貸するのであれば、同様に原則として共有持分で賃料を分配することになるから、共有者は、自分の持分に応じた賃料の分配を賃料を取得している者に請求することはできる。この点で Y が主張する賃料の半分を X は返還すべきであるとの部分は理解できるところである。

問題は、X が Y の取得分を含めて自分の収入として税務申告した結果、X としては Y の分の税金を支払ったことになるのだから、その分について事務管理として償還請求可能かである。事務管理の条文は以下のとおりである。

「義務なく他人のために事務の管理を始めた者は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理をしなければならない。」(民法 697 条 1 項)

「管理者は、本人のために有益な費用を支出したときは、本人に対して、その償還を請求することができる。」(民法 702 条 1 項)

以上から、問題は X が賃料全額を自分の収入として申告し納税したことは、本来、その半分は Y が申告して納税する部分であったのだから、民法 697 条 1 項の「他人のための事務」と言えるのかである。

この点、最高裁判所は過大な申告をした以上、その申告による納税は自分の事務であり、他人のための事務ではないし、それにより、その他人の納税義務がなくなるわけでもないから、事務管理は成立しないとしたのである。

要するに、他人の分を申告しても、その分の償還をその他人に求めることはできないとしたのである。

したがって、本件 X は修正申告などの手続きをして過大申告にもとづく税金分の取り戻しを税務署に対してすべきだとしているのである。

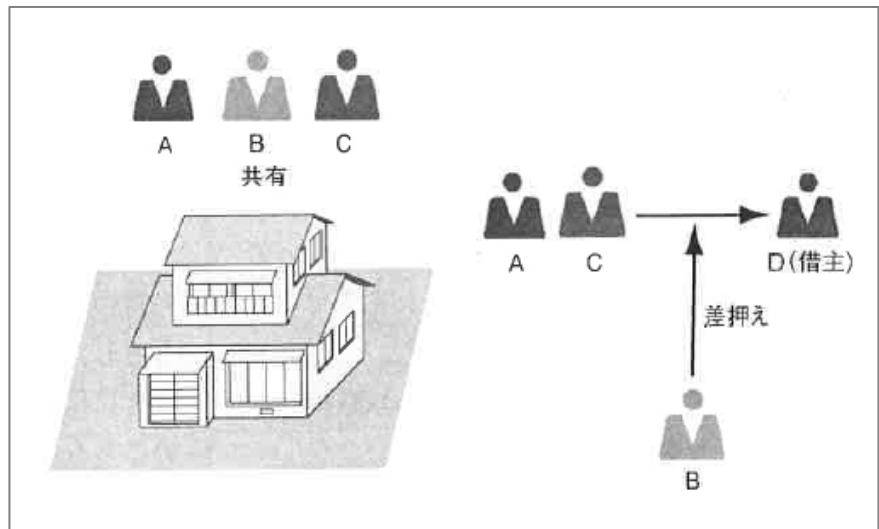
共有物件の賃貸については、賃料の分配を必ず決めておくこと及び過大申告しないように注意が必要となる。

## 23. 共有不動産の賃料の帰属について

(2016年7月号、No.208)

### ■ 事案

- 本件建物はA B Cの共有である。
- 共有持分は、A 70%、B 20%、C 10%。
- AとCは共同して本件建物をDに賃貸している。
- BはAとCに対して、金員の支払いを求める訴えを提起し、AとCに対してそれぞれBへの金員の支払いを命じる判決が下されている。



- Bは、この判決にもとづいて、AとCを債務者、賃借人Dを第三債務者とする賃料債権の差押えをした。  
そして、BはDから請求債権の一部の支払いを受けた。
- これに対してAはBに対して、以下の請求をした。
  - ① BはDから一部支払を受けており、その支払いを受けたことで、AのBに対する支払い義務は消滅している。
  - ② その結果、BはAがDから取得すべきであった賃料部分を不当に利得していることから、その部分の返還を求める。
- Aがこの主張をする根拠は以下のとおりである。
  - (イ) 本件建物はA B Cの共有であり、Dに対する賃料債権は共有持分に応じて、A、B、Cが可分債権として各自が保有している。

これを前提にすると、Dから回収した金員に対して、Aの共有持分 70%を掛けると、Aの取得分が算出され、その部分については差押えの対象であるが、算出した金額とAがBに支払わねばならない金額を比較すると、算出した金額の方が大きく、したがって、Bに対するAの支払い義務は消滅している。

その結果、算出した額と請求金額との差額については、Bは不当に利得している。

- これに対してBは以下のように反論した。
  - ① 不動産はA B C共有だが、AはDとの関係では貸主ではなく、Dに対して共有持分に応じた賃料請求権があるわけではない。
  - ② Dに対する賃料債権はA Cが有しているが、どちらが有しているかはA Cが決めることであり、また、取立てた金員をA Cどちらに対する債権に充当するかはBの自由である。



③本件ではACに対してBが有する請求金額すべてを、Dから回収しているわけではないので、AのBに対する支払い義務が消滅したとは言えない。

## ■ 判決

上記のようなAとBの主張について、東京地裁で最近、注目すべき判決が下されている。

事案は、BがACに対して遺留分減殺請求を提訴し、AとCに対して、それぞれ支払いを認める判決を得ていた。

その後、ABC共有の建物について、ACが貸主となって第三者に賃貸していたので、その賃料請求権をBが差押えたもので、差押債権目録にはACの賃料債権は相互に不可分であると明示されていた。

実際、ACの賃料はひとつの口座に入金されることになっていた。

まず、判決は、建物が共有だからと言って、本件のBのように貸主になっていない共有者がいる場合、賃料債権は共有者に共有持分に応じて可分債権として帰属するのではないとした。

つまり、共有者でも貸主になっていなければ、賃料債権を有しないとしたわけである。

そのうえで、「本件賃貸借契約においては、各賃借人は、賃料を一つの預金口座に全額を振り込んで支払うものとされ、A及びCに対して、その共有持分割合に従って分けて弁済すべきなどの定めがなされていない」また、その他のことも考えると「本件賃貸借契約に係る賃料債権については、これを不可分債権とする合意（少なくとも黙示の合意）があると認めるのが相当である。」

「そして、債権者が取立金を複数の債務者との関係で、どのように分配して債権に充当するかは、債権者が自由に決し得る事柄であるといえる」としました。

この考えから、Bが回収した金員をAかCのどちらの債権に充当するかは自由であり、この事案ではBがCに対する債権に充当しているから、Aに対する債権には残債があるとした。（東京地方裁判所平成27年9月30日判決、金融法務事情No. 2044、75ページ以下参照。）

## ■ コメント

共有物件を共有者の一部の者が貸しているときの事案である。

判決でも述べているように、共有者の一部の者が貸主のときには、貸主になっていない共有者に賃料債権が共有持分に応じて帰属するわけではない。

もちろん、貸主になっていない人は、他の貸主である共有者に対して、共有物から生じた賃料相当額のうち、その者の共有持分に応じた割合の金員を不当利得として請求できることはあろう。

本件でABC三人の共有者のうち、ACの持分割合が過半数なら、Bが反対しても共有物の賃貸は可能である（この点は、共有物の賃貸は処分行為として共有者全員の同意が必要との考えもある）。そうすると、反対した共有者は他の共有者が共有を利用して収入を得ていることから、不当利得の議論が生ずることになる。

もし、BがAC二人で貸すことに了解していたときには、BとACとは不当利得の関係が生じないこともあろう。

そして、AC二人で貸す場合の賃料は、本件では不可分債権と認定した。

そのため、差押をしたBの充当内容もBが自由に決められるとなったわけである。

共同で貸すに至るまでには、共有者の諸事情があるが、各共有者がいくらで貸すのかは、やはり、契約の中ではっきりとしておくべきであろう。

本件では、Aの債務とCの債務を比べると、圧倒的にCの債務が大きく、AとしてはBの差押えから早く解放されたいと考えるのも仕方ない。

しかし、ACに帰属する賃料額を明示していない点、入金口座も別になっていない点で、賃料は不可分とされたことになる。

## 24. 賃料差押後の賃貸物件の譲渡と差押の効力

(2013年3月号、No.168)

### ■ 事案

平成16年10月20日、建物所有者であるA社は本件建物をY社に賃貸した。

平成20年6月分からの賃料は月額140万円であり、賃料は毎月7日に支払うことになっていた。

なお、A社の株主はA社自身と代表取締役のZであり、Y社の代表取締役はZでもある。

XはA社に対して金銭の支払いを命じる判決を得て、平成20年10月に、A社のY社に対する賃料債権の差押命令を得て、同差押命令は同月にA社とY社とに送達された(なお、前記差押えの時点で、A社はY社に対して同年8月分からの賃料請求権を有していた。つまり、8月分からの賃料が未払い状態であった)。

その後、平成21年12月25日にA社はY社に対して本件建物を売却し、本件建物は借主Y社の所有するところとなった。

Xは本件賃料の差押えにもとづいて、平成20年8月分からの賃料債権を取得したとして、賃料の支払いを求める取立訴訟をY社に対して提起した。

これに対して、Y社は本件建物の所有者となった平成21年12月25日に本件賃貸借契約は混同によって消滅しており、それ以降の賃料の取り立てに応じる義務はないと反論した。

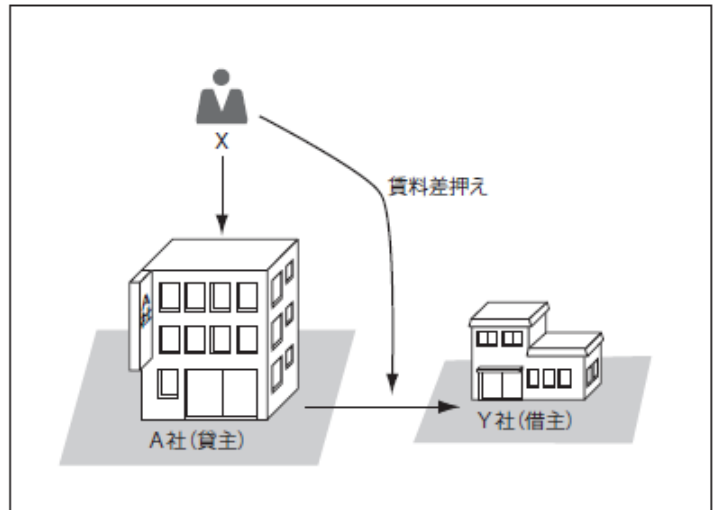
双方の主張に対して、原審である大阪高等裁判所は、平成20年8月分以降、原審の口頭弁論終了時までに来来していた賃料の支払いを命じた。この原審の判決に対して、Y社が不服として上告した。

### ■ 判旨

Y社の上告に対して、最高裁判所は以下のような判断を示した。

Y社は本件建物所有権が借主であるY社の所有となったことから、Y社が賃貸借契約が混同で終了している以上、所有者となったあとの賃料は発生しないと主張し、これに対してXは、すでに賃料請求権が差押えられ、その後に借主が所有者となっても、混同の例外で賃料請求権は消滅せず、差押えの効力は残っているとこの点については以下の判断を示している。

『賃料債権の差押えを受けた債務者は、当該賃料債権の処分を禁止されるが、その発生基礎となる賃貸借契約が終了したときは、差押えの対象となる賃料債権は以後発生しないことになる。』



として、本件は混同の例外であるとするXの主張を原則として排斥した。そのうえで、以下のように述べている。

『したがって、賃貸人が賃借人に賃貸借契約の目的である建物を譲渡したことにより賃貸借契約が終了した以上は、その終了が賃料債権の差押えの効力発生後であっても、賃貸人と賃借人との人的関係、当該建物を譲渡するに至った経緯及び態様その他の諸般の事情に照らして、賃借人において賃料債権が発生しないことを主張することが信義則上許されないなどの特段の事情がない限り、差押債権者は、第三債務者である賃借人から、当該譲渡後に支払期の到来する賃料債権を取り立てることができないというべきである。』とした。

次に、平成21年12月25日に本件建物が譲渡され、賃料の支払日が毎月7日であることから、12月分の取立てについては同年12月分までの取立ては認めている。以上から、本件建物の譲渡後の平成22年1月分以降について、XによるY社への取立てが可能か否かについて、前記の特段の事情の有無の審理をすべきだとして、本件は高等裁判所に差し戻した。

## ■ コメント

本件は、賃料を差押えられている建物所有権を借主が取得した場合、差押えの効力はどうかを示した事案である。

賃料債権を差押えられているときにその建物を第三者に譲渡しても、賃貸借契約は第三取得者に移転することから、差押えの効力は第三取得者に対して効力は生じるとするのが今までの裁判所の判断である。

債権差押えは差押えの相手方及び差押えられた債権の債務者(賃料債権で言うと、貸主と借主のこと)にしか通知されず、登記等はなされない。したがって、賃貸物件の取得にあたっては、賃料債権の差押えの有無を売主やケースによっては建物の借主に確認する必要がある。

ところが、本件は建物所有権を借主が取得するケースである。借主が建物所有権を取得することから賃貸借契約は終了することになる。そうすると、Y社が建物を取得した平成21年12月25日に賃貸借契約は終了する。

しかし、本件ではそれ以前に賃料債権をXが差押えている。民法520条は、『債権及び債務が同一人に帰属したときは、その債権は消滅する。ただし、その債権が第三者の権利の目的であるときは、この限りでない。』と規定する。

賃料債権の差押えがあっても賃貸借契約自体を終了させることまでの拘束を受けることがないのが原則であることから、この考え方と賃料債権が差押えられたことから、前記民法520条但書の適用との対立をどう考えるかが問題となっている。

これについて本件では民法520条但書の適用を認めず、賃貸借契約は建物所有権を借主が取得することで原則として終了する以上、差押えによる取立ても以後はできないとしたのである。

ただ、こう考えると、貸主と借主とが不正な売買をして差押え債権者の取立てを免れるということも考えられなくはない。そのため、本件ではこういう信義則に反する場合は認めないとしたわけである。賃料債権の差押えについては、第三者に譲渡して賃貸借契約が存続する場合と借主が建物所有権を取得して契約が終了する場合とでその対応に違いが生じるということがこの判決で明らかになったことになる。

なお、賃料の支払日以後に建物所有権を借主が取得した場合、その時点で賃料債権が発生し1ヶ月分の請求が可能なことから、差押債権者は1ヶ月分の請求が可能と本判決は示している。

そうすると、借主は、建物取得後に本来なら支払う必要のない賃料を取り立てられることから、その部分については貸主に対して不当利得の返還請求をすることになると考えられる。本件で言えば、Xに対してY社が支払うことでA社のXに対する債務が減少することになることから、Y社はA社に対して不当利得の請求が可能と考えられるわけである。

## (4) 契約更新

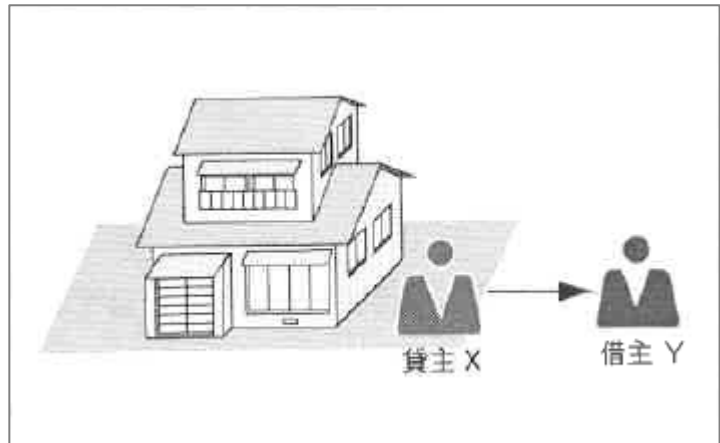
### 25. 更新料と消費者契約法（上告審）

(2011年8月号、No.149)

#### ■ 事案

平成15年4月1日、貸主X、借主Y間で建物賃貸借契約締結。

- ・ 期間：1年間
- ・ 家賃：月額3万8,000円
- ・ 更新料：2ヶ月分（法定更新、合意更新にかかわらず。）
- ・ 定額補修分担金：12万円。原状回復費用の一部として支払う。



平成16年から同18年まで3回にわたって更新をし、YはXに対して更新料7万6,000円を3回分合計金22万8,000円を支払う。

平成19年4月1日以降もYは建物を使用しているが、YはXに更新料7万6,000円の支払いはしていない。

そこで、YがXに対して、更新料支払いの約束と定額補修分担金の支払いはいずれも消費者契約法の10条により無効であるので、それぞれ支払った金員について不当利得返還請求権にもとづいて返還せよと主張して提訴した。

これに対してXは、Yに対して平成19年の更新時に支払うべき更新料の支払いがないとして、金7万6,000円を支払うよう反訴を提起した。

原審は、更新料の支払特約も定額補修分担金の支払特約もいずれも消費者契約法10条により無効として、Xに対して受領済みの各金員の支払いを命じた。そこでXが上告した。

ただし、Xは上告をしたものの、定額補修分担金を返還する必要はなく、原審で返還を命じた判決が不当であることを記載した上告理由を提出していないため、最高裁判所は定額補修分担金に関する部分のXの上告を却下し、XのYに対する同分担金の返還を命ずる原判決は正当であることが確定した。

問題は更新料についてである。

X・Y双方の主張に対して、最高裁判所は以下のような判断を示した。

#### ・更新料の性質について

「更新料は、賃料と共に賃貸人の事業の収益の一部を構成するのが通常であり、その支払いにより賃借人は円満に物件の使用を継続することができることからすると、更新料は、一般に、

賃料の補充ないし前払い、賃貸借契約を継続するための対価等の趣旨を含む複合的な性質を有するものと解するのが相当である。」

## ・消費者契約法 10 条との関係

「更新料条項は、一般的には賃貸借契約の要素を構成しない債務を特約により賃借人に負わせるという意味において、任意規程の適用による場合に比し、消費者である賃借人の義務を加重するものに当たるといふべきである。」

ただし、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するか否かは、

「消費者契約法の趣旨、目的（同法 1 条参照）に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存在する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考慮して判断されるべきである。」

以上を前提とすると、

1. 更新料には前述の複合的性質があり、更新料支払いにおよそ経済的合理性がないなどと言うことはできない。
2. 一定の地域で更新料の支払いをする例が存在することは公知である。
3. 従前の裁判上の和解手続等でも、更新料条項は公序良俗に反するなどとして、これを当然に無効とする取扱いをしてこなかったこと。
4. 更新料条項が契約書に一義的かつ具体的に記載され、更新料支払いに関する明確な合意が成立している場合に、当事者双方間に、更新料条項に関する情報の質及び量並びに交渉力について、看過し得ないほどの格差が存するとみることができない。

以上の理由から、「一義的かつ具体的に記載された更新料条項は、更新料の額が賃料の額、賃貸借契約が更新される期間等に照らし高額に過ぎるなどの特段の事情がない限り、消費者契約法 10 条にいう『民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの』には当たらないと解するのが相当である。」とした。

そして、本件の場合、更新料条項が明記されていること、更新料は家賃 2 ヶ月分で更新期間が 1 年間であることから前述の特段の事情があるとは言えないので、本件の更新料規程は消費者契約法 10 条により無効とは言えないとして、原審の判断を取消したうえで Y からの返還請求を棄却し、X からの更新料支払を求める請求を容認した。（最高裁判所 平成 23 年 7 月 15 日第二小法廷判決、以上は裁判所のホームページより）

## ■ コメント

本件は、更新料支払特約が消費者契約法第 10 条により無効となるか否かの最高裁判所の判決である。

### 消費者契約法第 10 条

「民法・商法その他の法律の公の秩序に関しなない規程の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、消費者の義務を加重する消費者契約の条項であつて、民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。」

更新料特約については、本誌でも大阪高等裁判所の結論が分かれる二つの判決がある。

今回の事案は前述の大阪高裁のものとは違うが、最高裁判所が更新料特約を有効とするための要件などを示している点で重要な事案である。

建物の借主は建物使用の対価として建物の保管義務と賃料支払義務がある。更新料支払いについては民法等に規定がないことから、その支払義務を課すことは消費者契約法 10 条の消費者に義務を加重することになるかが、まず問題となる。

この点、更新料が家賃の補充の性質のみとすれば義務を加重したと言えないわけであるが、裁判所は、更新料には複合的性質があるとして、その支払特約は義務を加重することだと認定した。

しかし、同法 10 条の「消費者の利益を一方的に害する」かについては、前述の 4 項目を理由として一定の要件を充足すれば有効としたわけである。今回の判決で更新料と消費者契約法 10 条との関係に一定の結論が下されたことになる。

ただ、注意すべきは、更新料特約がすべて有効としているわけではなく、契約書に一義的かつ具体的に書かれていること、更新料の額が賃料や更新期間に照らして高額に過ぎないことなどの要件のもとで有効とされているのに過ぎないことを理解されるべきだと考える。この判決で更新料の支払いを求めやすくなったことは確かであるが、最近の賃貸事例をみると更新料を取らないケースもあり、今後、更新料を取る事例がどんどん増加するかは疑問である。

また、更新料を取る事案においても契約時に更新料の支払いを前提とすると、1ヶ月賃料の実質額はいくらになるかを明示するなどのことは必要なことである。

(コメント欄・条文は当時のものですが、改正法 10 条の基本的考え方は同じです)



## 26. 借家契約条項と消費者契約法（その2）

(2013年9月号、No.174)

### ■ 事案

本件は、適格消費者団体が、不動産業者を相手に、その業者が使用している建物賃貸借契約書の中の契約条項が、消費者契約法9条1号、10条に該当するとして、その契約書用紙の破棄を求めるとともに、業者は従業員らにその用紙を使用しないことの周知徹底をさせるとの申立てをした案件である。

相手方となった業者が使用している建物賃貸借契約書では、以下の条項が設けられている。

- ①合意更新、法定更新にかかわらず、更新料として賃料1ヶ月分を支払う。
- ②明渡の遅延があるときは、賃貸人に生じた実際の損害額に賃料相当額の2倍の金額を加えた使用損害金を明渡完了まで支払う。

本件の原告となった適格消費者団体は、前記二つの条項が消費者契約法9条1号、10条に該当するとして、その使用の差止めを求めて東京地方裁判所に提訴した。

原告の申立てに対して、東京地裁は前記各条項には該当しないとして、原告の申立てを認めなかった。

そこで、原告が控訴した。

### ■ 判決

消費者適格団体の提訴に対して、東京高等裁判所は以下のような判断を示した。

まず、更新料については、賃貸借契約を継続することの対価として支払うものであり、根拠なく支払う金員ではないとしたうえで、平成23年7月15日の最高裁判決でも「1年経過するごとに、賃料二ヶ月分の更新料を支払うことを約した条項について、消費者契約法10条により無効とすることはできない旨の判示をしているものであるが、賃貸借契約の更新が、法定更新であるか、合意更新であるかによって、判断に差異を認めていない」とした。

そのうえで、本件では法定更新も含めて更新料を支払うと明示され、金額も賃料の1ヶ月分であることから、消費者契約法10条には該当しないとした。

また、更新料を返還しないのだから、更新後の更新期間満了前に契約が終了しても返還しないこととなり、このことは実質的に中途解約のときの損害賠償額を予定した同法9条1号に該当するとの点についても、更新料は契約継続の対価として支払われるものなので、同条には該当しないとした。

次に、明渡しまでの賃料相当損害金についての同法9条1号の該当の有無について以下のように述べている。

「本件倍額賠償予定条項は、契約終了の原因がいかなるものであるかにかかわらず、契約が終了した後において、賃借人が明渡し義務を履行せずに賃借物件の明渡しを遅延した場合における

使用料相当の損害金一般について定めた規定であり、その対象となる損害は、契約の解除後に賃借人が賃借物件の返還義務を履行せずに使用を継続することによってはじめて発生するものであって、契約の解除時においては、損害発生の有無自体が不明なものである。」

として、解除に伴う損害賠償額の予定や違約金を定めた消費者契約法9条1号とはちがうとした。

次に、この条項と同法10条との関係については以下のように判断した。

- A. この条項は賃貸物件の円滑な明渡しを促進し、明渡遅延による賃貸人の損害を一定の限度で補填する機能がある。
- B. こういう特約は一般の双務契約でも見られている。
- C. 明渡が遅延すると、賃貸人には訴訟提起などの費用発生が容易に想定される。
- D. そう考えると、賃料の二倍なら高額とは言えない。
- E. 本件では二倍の賠償のほか、実際の損害の請求も可能であるが、実際の損害を賠償するのは賃借人として当然で、このことでは賃借人の責任が特別に加重されたわけではない。そして、本件の条項は「賃料等1ヶ月分相当額を上回る損害が特別に発生したときには、その賠償を別途に特別損害金として請求することができる旨を定めていると解される」。

以上から、同法10条にも該当しないとした。(東京高等裁判所平成25年3月28日判決、判例時報2188号57ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、消費者適格団体が消費者契約法の条文にもとづいて、不動産業者が平素使用している賃貸借契約書の条項の使用の差止めを求めたケースであり、本件と同趣旨の案件はNo.169ですすでに紹介している。

このケースは地方裁判所の判決であるが、本件は高裁レベルの判断である。

判旨の内容自体はNo.169の地裁判決や本件での第1審の地裁判決とほとんど同一と言える。

これらからすると、明渡遅延については、賃料相当額の二倍までとする条項は消費者契約法10条には該当しないようである。

また、実損害も賠償せよとすることも、実損害プラス賃料額の二倍という処理をしなければ問題なしということになりそうである。

消費者契約法が改正され、適格消費者団体からの提訴が可能となっている。これに伴って、前記団体から同法に該当するとの提訴も増えているようである。

消費者契約法の対象となる場合には、同法の条文を常に念頭にして契約書の条項を検討する必要がある。

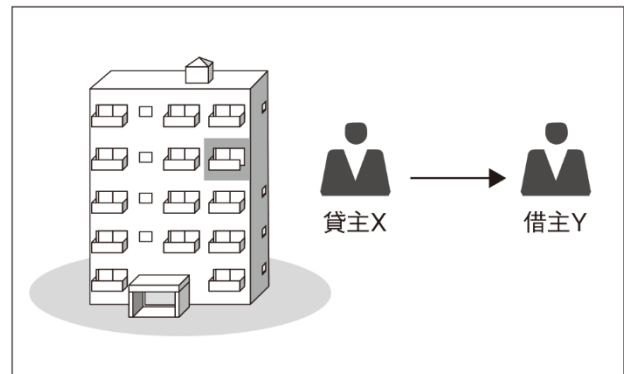
(「借家契約条項と消費者契約法(その1)」は、P5、No.2 参照。)

## 27. 借家契約の更新事務手数料について

(2022年8月号、No.280)

### ■ 事案

- 平成26年11月、Xを貸主、Yを借主として、XがYに建物の一部屋を賃貸。
- 期間は平成26年11月から2年間。賃料1ヶ月7万9000円等。
- 更新料は新家賃の1ヶ月分、更新事務手数料は新家賃の0.5ヶ月分とし、合意更新、法定更新の如何にかかわらず貸主に対して借主は支払うとの契約条項あり。
- 契約については平成28年に更新され、さらに平成30年に更新されたが、更新にあたり、契約書は作成されていない。
- 平成31年4月付けで借主Yから貸主Xに解約申入れを通知し、借主Yは本件建物から退去した。
- XよりYに対して、原状回復費用の請求、平成30年の法定更新時の更新事務手数料の支払を求めた。(平成28年の合意更新のときには、YはXに対して更新料、更新事務手数料を支払っている。)
- これに対して、Yは原状回復費用の支払の必要はなく、また、更新事務手数料は消費者契約法10条により支払条項は無効と反論した。なお、更新料が支払われたか否かは文献からは不明。(本稿では原状回復の議論は省略する。)



### ■ 判決

X Y双方の主張に対して、第1審である東京簡易裁判所はYには更新事務手数料の支払義務はないと判断した。

理由としては、法定更新の場合は合意の成立もなく、また、更新契約書の作成もないから、借主が貸主に更新事務手数料を支払う合理的理由がないこと、借主は貸主に更新時に新家賃1ヶ月分を支払うことで、貸主に比べて借主が一方的に不利益である。したがって、法定更新のときにさらに更新事務手数料を支払うことは、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するから、消費者契約法10条により無効というものである。

この判決に対して、Xが控訴した。

控訴審である東京地裁は、本事例では消費者契約法10条には該当しないとして、第1審判決を取消し、Yに支払を命じる判決を下した。

控訴審の理由は以下のとおりである。

- ① 契約条項には、合意であれ法定であれ、更新のときには、更新料と更新事務手数料を支払うことが、一義的かつ具体的に規定されている。
- ② はじめの更新時だけでなく、次の更新のときも更新料及び更新事務手数料を支払うことの明示的合意の存在も書面から明らかである。
- ③ 本件の更新料（新家賃の1ヶ月分）、更新事務手数料（新家賃の0.5ヶ月分）は、いずれも賃料や更新される期間（本件は2年間）に照らして高額に過ぎる事情は認められない。
- ④ したがって、消費者契約法10条の「民法第1条2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」には該当しない。
- ⑤ なお、Yの主張である更新事務手数料とは、どのようなことに対して生じる費用か不明であるとの点については、更新事務手数料は法定更新の場合においても、契約の更新にもなって一定の事務手続きが発生し得ること（本件では合意更新を前提に更新契約書をXはYに送付していた）を前提に支払われるものとした。さらに、更新事務手数料は更新の手数料の性質に加え、賃料の補充や権利金の補充あるいは更新承諾の対価等の性質も複合的に有するとし、貸主が更新にもなって一定の事務作業を現に行ったか否かにかかわらず、借主は貸主に対して、更新事務手数料の支払義務があるとした。（東京地方裁判所令和3年1月21日判決、判例時報2519号、52ページ以下参照。本件は確定されている。）

## ■コメント

更新事務手数料を更新料とは別に借主に支払わせる契約条項が、賃貸借契約の主流となっている。

更新料については、判例もあり、更新料の支払について、書面で一義的かつ具体的に記載して当事者双方で合意しているのなら、金額等で借主に一方的に不利でない限り、借主は貸主に対して更新料の支払義務がある。

そして、更新にあたり、合意による更新ができない法定更新であっても、法定更新のときにも更新料を支払う旨の条項があれば、借主は貸主に更新料支払義務はある。

ところで、本件は、更新事務手数料を借主が貸主に支払うケースである。

更新事務手数料であるから、何らかの事務をすることが前提と考えるが、一般的には更新契約書の作成とか保険手続の更新などであろう。本判決は、法定更新時でも更新事務手数料の支払を求めることができるとしたが、以下に注意すべきである。

- ① 判決理由の中で、更新時に一定の事務作業を現に行ったかどうかにかかわらず、借主は事務手数料を支払うと述べている。これを前提とすると、本件のように更新契約書を作成していればいいが、作成していなくても請求可能と思える。しかし、何もしないのに請求が認められるのかは疑問が残る。更新時には更新契約書を作成して借主に送付するなどのことはしておくことが必要であろう。
- ② 本件は、貸主が事務手数料を請求しているケースである。しかし、世の中の契約の多くは事務手数料を請求するのは仲介業者であり、貸主が請求するのは更新料のみである。仲介業者は貸主のために働くものであることから、どうして借主が業者に手数料を支払うのかの疑問もある。

本件の判決の範囲がどこまで及ぶかの問題であるが、手数料を仲介業者が借主に請求する場合でも、契約書の中にその旨を明示しておくこと並びに更新契約書を作成しておくことは必要である。

本判決では、更新事務手数料は事務の対価だけでなく、賃料補充、更新承諾の対価の性質もあるとしているが、これらは借主と貸主との間のことであり、仲介業者との問題ではない。そうすると、仲介業者の場合、やはり、事務の対価の面が大切となることから、更新にあたっての一定の事務処理をすることが大切と考える。

## (5) 定期借家

### 28. 定期借家契約の借家人の破産と違約金

(2009年1月号、No.118)

#### ■ 事案

(事案がやや複雑なので、簡単に説明する。)

YとAとは、定期建物質貸借契約を締結している。期間は10年間、賃料は毎月末日までに翌月分を支払う。(月額賃料は2100万円) 賃貸目的は事務所、倉庫等であり、建物一棟の借上げである。

保証金は2億円、契約が終了し、借家人の原状回復が終了してから1ヶ月以内に無利息で返還する。ただし、賃貸人は借家人の債務と保証金とを随時対当額で相殺できる。

また、借家人の自己都合及び原因によって期間内に解約又は退去の時は、保証金は違約金として全額返還しない。さらに、借家人のやむを得ない事由による中途解約の時も同様とする。

などの契約内容となっている。

借家人Aは破産し、Xが破産管財人に選任され、破産開始後1ヶ月してから破産管財人Xは破産法53条1項に基づいて、YA間の賃貸借契約を解約し、原状回復することなく建物を明渡した。

そこで、破産管財人Xは保証金から未払い賃料や原状回復費用を控除した残金の支払いを求める訴えを提起した。これに対して、Yは管財人に対して未払い賃料と原状回復費用の支払いを求める訴えを提起した。

裁判の争点としては以下の各点である。

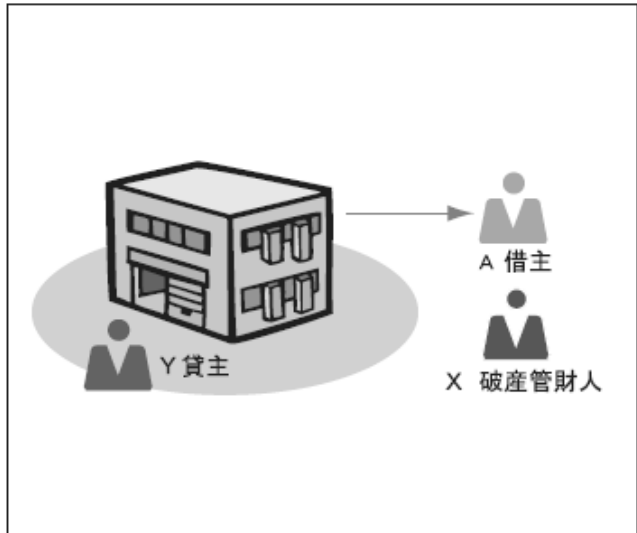
1. 保証金返還請求権は存続しているのか。
2. 未払い賃料はどの部分が破産債権なのか。
3. 原状回復費用は財団債権なのか。

#### ■ 判決

以上のような争点について、東京地方裁判所は以下のような判断を示した。

1. 保証金返還請求権は消滅している。

前述のように、本件賃貸借契約は破産管財人によって解除されている。このことは前述の契約条項にある「借家人の事故都合及び原因」、「借家人のやむを得ない事由」に該当する。そして、契約条項により保証金返還請求権は消滅したことになる。



この点、破産法 72 条 1 項 1 号の問題はあるが、「保証金全額の充当による本件損害賠償請求権の消滅は、賃貸人と賃借人の合意に基づく本件違約金条項によって発生した効果であって、それによる保証金 2 億円の消滅は、賃貸人の本件損害賠償請求権を自動債権とする相殺を予定したものではないから、本件違約金条項の適用に関し破産法 72 条 1 項 1 号の適用の有無及び相殺権の濫用は問題とならない。」とした。

2. 本件契約は、前払賃料を支払う内容であるから、破産手続開始前に支払い期限が到来している賃料請求権は破産債権であり、Yによる個別の権利行使は認められない。

3. 原状回復請求権は「破産手続の遂行過程で、破産財団の利益を考慮した上で行った行為の結果生じた債権であるから、財団債権として個別の権利行使は認められる。

以上のとおりの判決を下した。(東京地方裁判所平成 20 年 8 月 18 日判決、金融法務事情 No. 1855、48 ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。)

## ■ コメント

本件は、定期借家契約における借主が破産した場合の保証金等の処理に関する判決である。

まず、前提として、借主が破産すると破産管財人からの契約解除は可能でも、貸主からの解除ができなくなったことについては、破産法や民法の改正でご存知のとおりである。そして、契約条項の中に借主破産を解除事由と明記しても、その効力を否定する学説が多いこともご存知であろう。

本件は、借主が契約期間中に契約を解除すると、保証金を没収する契約となっていることから、このような契約条項は破産管財人による解除を阻害するものとして無効だと管財人は主張していたが、東京地裁は無効ではないとした。

そうすると、問題は保証金はどうなるかである。この点、名古屋高等裁判所の平成 12 年判決では、建設協力金の没収のケースではあるが、没収の契約自体は否定しないものの、破産法 72 条の相殺の制限という条文の趣旨から、合理的範囲内ではしか没収は認めていない。そして、その理論構成は没収とは建設協力金問題の違約金請求権が生じ、これと建設協力金支払請求権との相殺だということであった。

ところが、この判決では同様の構成をとりながら、契約当事者の合意で保証金返還請求権は消滅ずるとしているのだから、消滅したのだとしている。

この点、名古屋高等裁判所の考え方と異なっており、控訴審での考え方に注目したい。

次に、未払い賃料の点であるが、判決は破産開始前に支払い期限が来ているものは破産債権だとして、破産手続での対応が必要とする。

そうすると、例えば 1 月末日に 2 月分の支払いをするときに、2 月に破産し、建物は 2 月末まで使用したとすると、2 月分は破産債権となって個別に請求できないことになる。

しかし、建物の使用の対価が賃料なのだから、破産後に建物を使用した以上、その対価は破産債権ではなく、財団債権として個別権利行使の対象としてもよさそうにも思える。この点についても控訴審に注目したい。

最後に、原状回復費用は財団債権とした点である。財団債権とは、破産手続全体は利益となる債権とか、破産開始後に生じた債権であると一般的に称されている。

本件は、破産管財人は原状回復しないで建物を明渡している。この行為は破産開始後の管財人の行為によって生じたものであり、財団債権として貸主による個別の権利行使が認められて当然と思われる。



## 29. 定期借家における終了通知

(2010年2月号、No.131)

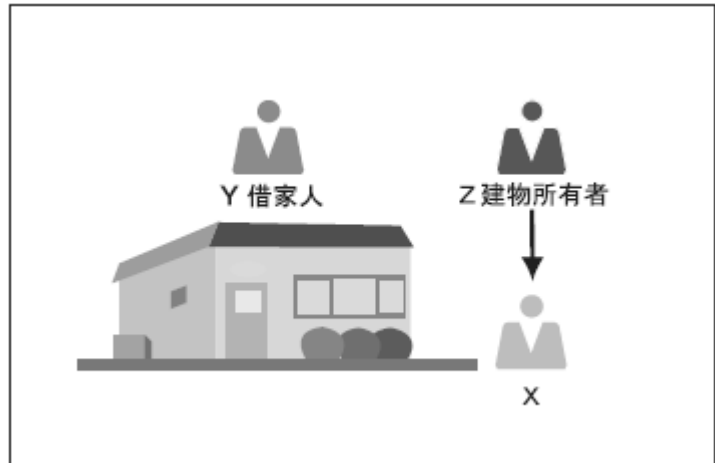
### ■ 事案

建物所有者Zは、平成16年8月5日、借家人Yとの間で定期建物賃貸借契約を締結した。その内容は以下のとおり。

期間：平成16年8月1日から同19年7月31日まで。

期間満了をもって契約は終了し、更新はない。ただし、協議のうえ期間満了の翌日を始期とする新たな賃貸借契約を締結することはできる。

賃料：1ヶ月5万7246円。



ZはYとの間に、Zが別に所有する建物についても同じ日に同一期間の定期建物賃貸借契約を締結した。

Zは、期間満了後である平成19年11月19日にYに対して賃貸借終了通知を送付した。その内容は、すでに期間が満了していること、この通知の到達後6ヶ月の経過をもって賃貸借契約が終了するというものであった。

その後、Zは本件建物から退去しないYに対して建物明渡訴訟を提起したが、Zが本件建物をXに売却したため、XがZの訴訟を承継して、Yに対する明渡請求を継続した。

Xの主張は、期間満了で契約は終了しているが、契約終了通知を出していたのだから、通知後6ヶ月経過をもって、Yは建物の明渡しをするべきだということである。これに対してYは、期間満了までに終了通知がなされていないから、普通建物賃貸借契約と同様に正当事由がなければ契約は終了しないと反論した。Yの主張の根拠は以下のとおりである。

1. 契約終了通知は期間内に出すことを前提としているから、期間満了後の通知は契約終了通知ではない。
2. 期間満了後に通知すれば、通知後6ヶ月で契約は終了すると考えると、期間満了後であれば何年後でもいいこととなり、借主の地位が極めて不安定である。
3. 定期借家制度は契約の終了時点を確定させることによって、貸家経営に合理的計算可能性を持ち込もうとするものである。だからこそ、賃料改定特約の有効性を規定している。しかし、いつまでも契約終了通知を出せるとなると、期間を確定して貸家経営に合理的計算可能性を持ち込んだ趣旨に反することになる。

## ■ 判決

X、Y双方の主張に対して、東京地方裁判所は以下のとおり判決した。

まず、定期建物賃貸借契約は期間満了によって終了する。更新しない通知をしなくても更新とみなされることもないし、借主が期間満了後に建物の使用を継続していても、民法 619 条 1 項にもとづいて更新したと推定されることもない。

借地借家法 38 条 4 項で期間満了 1 年から 6 ヶ月前までに契約終了通知を課したのは、借主に契約終了に関する注意を喚起し、代替物件をさがすなどに必要な期間を確保するためであり、契約期間が 1 年未満のものについては、期間満了が比較的近い将来なので、期間満了を失念する可能性が小さいことによる。

そして、期間満了までに契約終了通知がなされなかった場合については以下のように述べている。

- ①定期建物賃貸借契約は期間満了によって確定的に終了し、借主は本来の占有権限を失う。このことは、終了通知がなされたか否かで異なるものではない。
- ②ただし、期間 1 年以上のものについては、契約終了通知から 6 ヶ月後までは契約の終了を賃貸人は借主に対抗できないので明渡しを猶予されるが、このことは契約終了通知が期間満了前に出された場合と、その後に出された場合とで異なるものではない。

以上のように判断して、Y に対する明渡しを契約終了通知から 6 ヶ月後にするべきだとして、X の主張を認める判決を下した。（東京地方裁判所 平成 21 年 3 月 1 日判決、判例時報 2054 号 98 ページ以下参照。なお、本件は控訴され、控訴審で和解が成立している。）

## ■ コメント

本件は借地借家法第 38 条 4 項に関する判決である。同条 4 項の規定は以下のとおりである。

「第 1 項の規定による建物の賃貸借において、期間が 1 年以上である場合には、建物の賃貸人は期間の満了の 1 年前から 6 月前までの間（以下、この項において『通知期間』という。）に、建物の賃借人に対し期間の満了により建物の賃貸借が終了する旨の通知をしなければ、その終了を建物の賃借人に対抗することができない。ただし、建物の賃貸人が、通知期間の経過後、建物の賃借人に対しその旨の通知をした場合においては、その通知の日から 6 月を経過した後は、この限りではない。」

この条文は、契約期間が 1 年以上のときは、期間満了の 1 年から 6 ヶ月前までの期間に契約終了の通知を出すことを貸主に課しており、その通知をしないと期間満了になっても契約の終了を対抗できないとしている条文である。そして、その通知を後日したときは、6 ヶ月経過すれば、この限りではないとしている。

問題は、この通知を怠って期間後に通知をすると契約はどうなるかである。条文は「この限りでない。」と規定していることから、本件の借主のように普通借家契約となり、貸主に正当事由がないと契約は終了しないとの考え方もできないではない。

確かに、借主が主張するように、契約期間が終了すれば何年先であっても通知さえ出せば、6 ヶ月経過で契約が終了するとしたのでは借主には迷惑な話である。その意味で借主の主張も理解できないではない。

しかし、東京地裁はそのような考えを採用せずに、期間満了で契約は終了するが、通知をしておかないと契約終了を対抗できないだけだとしている。つまり、期間満了によって借主の占有権限はなくなると考えている。

条文からすると、裁判所の考え方が妥当と考えるが、終了通知を何年も出していないようなときには、その後に通知を出しても信義則に反する通知だなどの考え方を前提に、例外的に期間の定めのない普通借家契約とされることも考えられないではない。せっきく定期建物賃貸借契約にしたのだから、終了通知を忘れないよう注意したいものである。

## (6) 建物管理

### 30. 老朽化建物に対する修繕義務について

(2016年12月号、No.213)

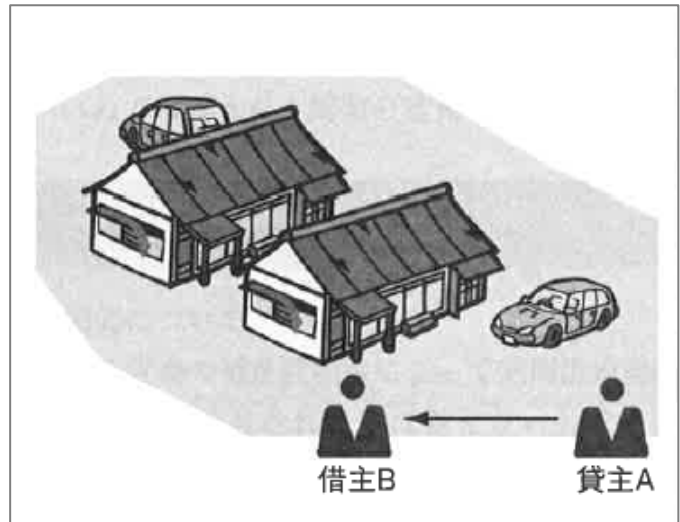
#### ■ はじめに

今回は、老朽化した建物に対しての貸主の修繕義務についての説明をします。

#### ■ 参考事例

Aの先代は本件建物を所有し、Bに貸していた。

建物は戸建ての平屋で、トタンの屋根である。同じ様な建物が本件建物と並んで建てられており、Aの先代が第三者に貸していた。



本件建物の周辺には空地があることから、Bは本件建物のとなりに車を駐車しており、他の借家人も同様に駐車しているが、駐車場代を徴収しているわけではない。こういう状態の建物をAは先代から相続している。

本件建物の屋根はトタンであり、建物は建築してから50年を経過している。そのため、トタン屋根を2回ほど手直ししたが、ひさしは崩れ、天井からの雨漏りも発生している。

借主Bは貸主Aに対して、雨漏りがあること、ひさしが崩れ、雨どいもはずれていることなどから、屋根の修繕を求めている。

Aとしては、家賃が1ヶ月6万円であるのに屋根の修繕費用の見積り金額が200万円以上することから、修繕には消極的である。

BからAに対する修繕の要求に、Aは応じなければならないのか。また、修繕をした場合には家賃の値上げはできるのか。

#### ■ 検討

##### 1. 考え方の基本

貸主は借主に対して建物を貸していることから、借主が本件建物を平穩に使用収益できるような状態にしておくよう建物を維持しておく義務がある。

反面で、借主は建物を使用する以上、建物を善良な管理者として注意して保管する義務があるとともに、使用の対価として賃料支払義務がある。

このことから、本件建物を借主が使用するにあたり、支障が生じるのであれば、貸主はこれを修繕しておく義務があるということになる。

## 2. 修繕の範囲

借主の使用に支障があるとしても、その内容によっては貸主に修繕義務がないケースがある。

借主によって破損行為がなされたときには、借主において修繕あるいはその費用を貸主に賠償することとなり、貸主の費用をもって修繕するというにはならない。

また、使用するにあたっての小さな障害も、建物老朽化に伴うものであれば修繕義務はないと考えられている。

例えば、ドアのきしむ音がするとか、建物の塗装が傷んできたなどのことは、借主が建物を使用するにあたって大きな支障とはならないから、このような要求に対して貸主が修繕するなどの義務はないと考えられている。

問題は、本件のような屋根の老朽化等によって雨漏りが生じているようなケースである。天井からの雨漏りがあれば、借主は雨漏りの部分の使用ができなかったり、室内の品物に損害が生じる可能性もある。

雨漏りによって損害が生じたときには、原則として貸主に賠償義務が発生する。もちろん、雨漏りすることがわかっているのに、借主がその場所に品物を移動したときには貸主に賠償義務はないか、あるいは借主にも過失ありとして賠償額の減額の問題は生じる。そして、雨漏り自体を防止することは貸主の義務であることから、修繕行為をして雨漏りを防止するのが貸主の義務である。

ただ、本件のように家賃1ヶ月6万円しかもらっていないのに、200万円以上の修繕をする必要はあるのか、建物全体の評価額を超えているのに修繕をしなければならないかである。

東京地裁平成2年11月13日の判決では「修繕が可能であって、修繕をしなければ契約の目的に即した使用収益に著しい支障が生ずる場合に限って修繕義務があるというべきであるが、当該建物の経済的価値、賃料の額、修繕に要する費用の額等をも考慮に入れて、契約当事者間の公平という見地からの検討も加える必要がある」と判断している（判例タイムズ790号68ページ以下参照）。

事案は古い建物のトタン屋根から雨漏りが生じているとして、借主がトタンの取替えを求めていたもので、裁判所はこれを認めている。このように、単に修繕を求めたからと言って貸主がすべてに対応する必要はなく、その求めている内容が借主の使用収益に著しい支障が生じるときに修繕義務が発生することとなる。

そして、その際には建物の値段、賃料額、修繕費用などを総合して修繕義務の有無が決まることとなる。

## ■ まとめ

そこで、この事例についてであるが、屋根からの雨漏りであるから、原則として建物の使用に著しい支障が生じる事由である。

問題は、1ヶ月6万円なのに建物の価値を超える200万円以上の修繕費用が発生する場合の考え方である。

建物の価値に比べて修繕費用が高額であるというときには、判例の考え方からすると修繕義務はなく、更新拒絶の正当事由として貸主に有利な事情になることになる（正当事由に該当するのではなく、あくまで有利な事情）。

ただ、学説や裁判所などの中には、建物の価値より修繕費用がかかっても修繕義務ありとする考え方もあるので注意が必要である。

本事例で特に注意しておくべきことは、古い建物に対して貸主がメンテナンスを今までしていなかったという点である。何もしないのに、建物が老朽化したから修繕しなくていいということにはならないであろう。本件のケースでは、このことを指摘されると貸主の修繕義務は認められる可能性は高くなると思われる。

ところで、仮に修繕した場合、家賃の値上げはどうであろうか。建物がよくなったのだから、賃料値上げを主張したいところではある。問題は修繕行為の前後で建物がどう変わったかであろう。

単に雨漏りを直したから家賃を値上げするということは無理と思われる。そもそも、雨漏りのない建物であることが前提で、その状態にただけであるから、費用をかけて直したからと言って、そのことだけでの値上げは困難であろう。

むしろ、周辺の賃料相場と比較して、値上げの可能性の有無を検討した方がいいと考える。

## 31. 貸主の債務不履行と借家人の営業損害

(2009年4月号、No.121)

### ■ 事案

Yは本件ビルを昭和42年10月に建築した。Xは平成4年3月、本件ビルの地下1階をカラオケ店舗としてYから賃借した。(この契約はその後、XY間で更新されている。)

平成4年9月、カラオケ店舗が浸水する事故が発生した。この浸水はその後も頻繁に発生したが、その原因が不明なケースもあった。

平成9年2月、地下1階に設置された排水用ポンプが故障し、カラオケの一室

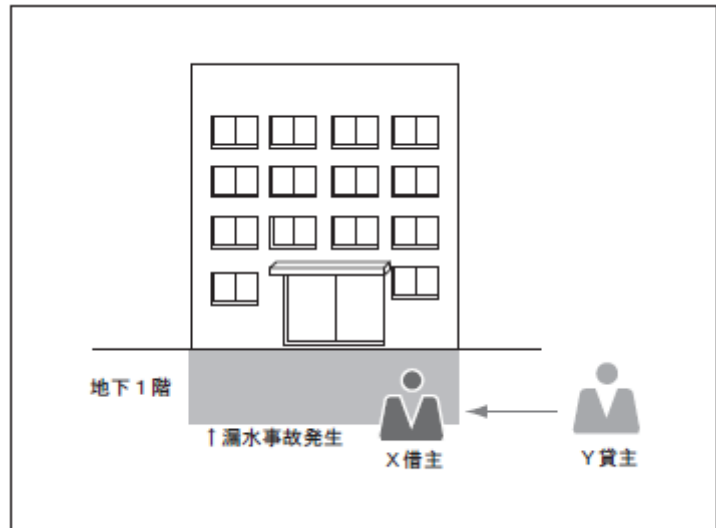
に汚水が噴出し、また別の部屋にも出水した。この2月は別の日にも同様の水漏れが発生したため、Xは以後、本件店舗での営業を行なわなくなった。貸主のYは、同年2月にXに対して、本件ビルが老朽化したことを理由に賃貸借契約を解除する旨の文書を送付した。

これに対して借主Xは貸主Yに対して、カラオケ店の営業ができるように本件ビルの修繕を求めたが、貸主Yはこれを認めず、借主Xの退去を求めた。Xは平成9年5月、前記2月の汚水噴出事故のときのカラオケ損傷に対して保険金を受領していたが、平成10年9月、貸主Yが本件ビルの修繕をしないとして、営業利益喪失などの損害賠償の訴えを提起した。

これに対して、Yは借主Xに賃料未払いがあるととして、平成11年9月に本件カラオケ店の明け渡しを求めた。

原審によると、借主Xには、平成9年3月(前記汚水噴出から約1ヵ月後)から平成13年8月までの約4年5ヶ月間の得べかりし営業利益を損害として請求する権利があると認定している。

そこで、貸主Yが上告した。



### ■ 判決

上告審である最高裁判所は、Yの上告に対して以下のように判断している。

「事業用店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行により当該店舗で営業することができなくなった場合には、これにより賃借人に生じた営業利益喪失の損害は、債務不履行により通常生ずべき損害として、民法416条1項により賃貸人にその賠償を求めることができると解するのが相当である。」と、まず一般論を述べたのち、本件では本件ビルについては修繕義務を貸主が履行したとしても、老朽化して大規模な改修を必要としていたのだから、借主Xが長期間にわたって賃貸借契約を継続できたとは考え難いこと、Xの提訴時点では本件店舗での営業再開の見通しが乏しい

反面で、カラオケ機械の保険金を受領していたことなどを理由として、原審の判断は不当としている。

その理由とするところは、本件Xは本訴提起時点でカラオケ店を別の場所で再開するなど損害の回避又は減少の措置を取っていないので、営業利益の全てを貸主Yに負担させることは、条理上認められない。借主Xにおいて前記の措置を取ることができる時期以降についての営業損害をXはYに請求できない、というものである。

このことから、本件は原審に差戻してXの損害の範囲の審理をすべきだとした。(最高裁判所平成21年1月19日判決、金融法務事情1862号、33ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、民法416条1項の損害賠償の範囲についての最高裁判所の判決である。(民法416条)

「債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。」

この条文は一般的に通常損害についての条文とされており、同条2項が特別損害についての条文である。本件では老朽化したビルによる汚水噴出のため、地下1階のカラオケ店に浸水し、カラオケ店の営業ができなくなったケースで、貸主が負担すべき損害の期間について、一定の制限を課した内容となっている。

つまり、借主としては貸主が老朽化したビルを改修しないために、その期間の営業ができなくなったと主張していたのに対して、裁判所は老朽化のビルであるから、長期間にわたって継続的に営業ができたとの可能性が乏しいこと、また、提訴の時点では営業再開の目途がなかったのだから、別のところでの営業も可能であり、しかも、保険金をもらって資金もあったことから、借主自身で損害の拡大を防ぐことが可能であったことなどを認定し、借主主張の期間が全て賠償の対象期間とは言えないとしたのである。

貸主側から考えると、ビルの改修と言っても簡単にできることではなく、本件のようなトラブルが生じた場合に、借主が主張する期間の全てを賠償の対象としないこともできるという点では、貸主有利な判決と評価できる。

ビルの老朽化による建替えとテナントの立退きの問題は、ビルのオーナーにとって頭を悩ます問題である。ビルが老朽化し、ビルの借入金なくなっているようなケースでは、テナントの入れ替えにあたっては、定期建物賃貸借契約にして、立退きを求めやすいように考えると、あるいは、あえて空室しておくなどのことも考慮すべきであろう。

また、本件は賠償の範囲に一定の制限が課されたただけであって、通常損害全てに言えるわけではなく、本件では一定の制限が課されただけであることを十分理解すべきである。

さらに、本件のような水に関するトラブルは、貸主の責任となることが多いので、ビルの保守点検や必要な賠償保険への加入に注意すべきだと考える。



## (7) 契約解除

# 32. 賃貸借契約の中途解約について

(2020年4月号、No.252)

### ■ はじめに

賃貸借契約における中途解約について考察する。

### A 民法上の賃貸借契約

#### ①中途解約の特約なし

契約の中に貸主あるいは借主からの中途解約を認める条項がなければ、一方当事者は他方当事者に対して中途解約をする権利がない。

この場合は当事者双方で合意をする場合を除いて、契約期間までは契約が存続することになる。ただし、契約期間に定めがないときは、各当事者はいつでも解約の申し入れができることとなり、申し入れから解約までの期間は後述～のとおりである。

#### ②中途解約の特約あり

契約の中に中途解約を認める条項があるときは、相手に対しての解約の申し入れが可能となる（民法618条）。

解約の申し入れの権利が契約書で認められている者から解約の申し入れがあるときは、契約の終了時期は契約条項に従うことになる。

単に当事者の一方または双方に中途解約権が規定されるだけで、解約の申し入れ時期と解約の効果について契約条項に明示されていないときは、民法617条に従った処理となる。

民法によると、土地の賃貸借では1年前の申し入れをして、解約の効果は申し入れから1年後に生じる。

建物については3ヶ月で解約の効力が生じる。

なお、収穫の季節がある土地については、その季節のあと次の耕作に着手する前に解約の申し入れをする必要がある。

以上は民法の規定であるから、解約の申し入れから解約の効果が発生するまでの期間を短縮することは可能であるし、解約の申し入れにあたり、貸主の正当事由は民法上は必要とされていない。

## B 建物賃貸借契約

### ①中途解約条項なし

通常の建物賃貸借契約では期間の定めがあるが、期間の定めがない場合には、民法 617 条によって、当事者双方はいつでも解約の申し入れが可能となる。

この場合、民法 617 条は建物については3ヶ月で解約となる旨規定するが、借地借家法 27 条からすると、借主からの申し入れは3ヶ月の経過で終了、貸主からのときは6ヶ月の経過が必要であり、なおかつ、正当事由も必要とされている。

更新後の賃貸借契約の期間が定められていなかったり、期間が1年未満の契約のときは、期間の定めのない賃貸借契約とされている。

また、定期借家契約の場合、借地借家法 38 条5項で法律の条文で借主に中途解約が認められている。

住居用の物件で床面積 200 平方メートル未満の物件については、転勤、療養、親族の介護その他のやむをえない事情で、借主がその建物を自分の生活の本拠地として使用することが困難となったときには、借主は解約の申し入れができ、この申し入れをすると1ヶ月の経過で賃貸借契約は終了することになる。そして、この内容について借主に不利な特約は無効とされている（借地借家法 38 条6項）。

### ②中途解約条項あり

#### (イ) 貸主からの解約について

契約条項に貸主からの解約条項があるときは、貸主からの解約は原則として可能となる。ただし、申し入れから効力が生じるまでの期間は6ヶ月以上である必要がある。これより短い期間の特約は効力が認められない（借地借家法 30 条）。

また、正当事由がないと解約は認められない（同法 28 条、27 条2項）。

ところで、問題は定期借家契約における貸主からの中途解約条項の有効性である。東京地方裁判所平成 25 年8月 20 日判決の裁判所の判断では、定期借家契約において契約条項の中に貸主による中途解約条項を設けても、その条項は無効であるとの見解が示されている。その根拠ははっきりしないが、定期で貸すとしたのに中途解約ができるというのはおかしいのではないかというものと推測する。

また、条文としては、定期借家を規定する借地借家法 38 条1項に「第 30 条の規定にかかわらず」とあることから、同 30 条は解約申し入れについて規定する同法 27 条の解約はできないと考えているとの説もある。

しかし、38 条1項は「更新とみなす」との同法 28 条の更新規定があり、この内容について借主に不利な特約は無効とするのが同法 30 条であるから、38 条1項の趣旨は更新しない特約は無効なはずであるが、定期借家契約にすれば更新しないとしても有効だと述べているのではないかと考える。

そうだとすると、定期借家において貸主の中途解約権自体を無効とするとの考えには疑問がある。ただ、仮に有効としても、正当事由や申し入れから解約までの期間は6ヶ月以上必要なことは当然の要件である。

#### (ロ) 借主からの解約について

この件については、契約条項に従って効力を考えればいいことになる。ただし、民法 617 条の解約申し入れから解約までの期間が 3 ヶ月間とされているが、この期間を短くすることは問題ないが、長くすることは、消費者契約法の対象となる借家契約では、同法の関係で効力は認められないであろう。

## C 借地契約

建物所有を目的とする賃貸借契約は借地借家法の対象となる。

同法は中途解約に関する規定がない。当事者双方が合意をすれば中途解約は可能であるが、当事者の一方が権利として中途解約ができるのかの問題はある。

借主からの申し入れについては有効と考えていいのであろう。そして、借主からの申し入れから解約までの期間は 1 年以内であれば問題はないと思う。しかし、1 年以上の期間が必要ということになると、消費者契約法との検討が必要となるのであろう。

貸主からの申し入れについては、効力がないと考えるべきであろう。

借地借家法が借地権の期間を明示していることは、この間は借主が望めば土地を使用できるという意味であろうし、同法 9 条で貸主に中途解約を認めることは借主の不利となるので、この条文から考えても効力はないと理解するべきだと思う。

## 33. 建て貸し物件の中途解約と損害賠償

(2008年5月号、No.110)

### ■ 事案.

Xはうどんのチェーン店を有するYのために、Yの意向に沿った建物を建築し、これを平成7年7月から期間15年間で賃貸した。

XY間の建物賃貸借契約書では、契約期間内は、原則として契約解除ができず、借主が期間内解約をするためには、解約時の建物の償却残高を違約金として貸主に支払うことになっており、敷金はこの違約金に充当することになっていた。

平成7年10月、Yの開店間もないころ、地盤沈下が発生し、床の中央部分に落ち込みがみられるようになった。そこで、Yは本件建物の建築業者に苦情を申し入れたところ、同社の責任で修繕することとなり、平成8年夏ころ、Yが2ヶ月休業して建物を修繕した。

ところが、平成14年2月、YはXに対して建物が歪んで営業できないと主張し、同月18日に閉店をした。

その後、Y側の調査の結果を受け、Yは同年8月23日付で地盤沈下の抜本的解決できないときは契約を解除し、9月分からの賃料は支払わないと主張し、Yは本件建物から退去した。

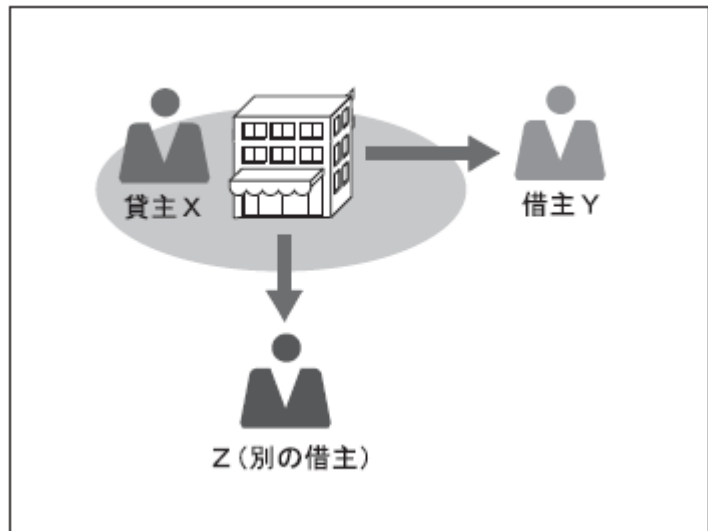
Xは、本件建物はYの意向の沿ってYの主導のもとで建築したのだから、Yにおいて対応すべきことで、Xには関係はない。もし、賃料を払わないのなら解除するなどの反論をしたが、Yが退去したのちの平成15年11月から翌16年6月まで本件建物を別のテナントに賃貸した。

その後、平成15年、XはYに対して訴状の中で未払賃料を理由に解除するので、期間満了までの賃料の支払を主位的に請求し、予備的にYによる解約が有効であったとしても、契約条項にある違約金の支払義務がYにあるとして訴訟を提起した。

これに対してYは、Xの解除手続前にYによる解約がなされているから、Xの解除は認められないなどの反論をした。

Xの提訴を受け、第一審はXの解除前にYによる解約がなされているから、Xによる期間満了までの賃料を損害として請求することは認められない。しかし、Yの解約も本件建物を使用できないための解約であれば認められないが、Yの解約は契約条項による解約と言えるから、その条項によってYはXに違約金を支払うべき義務があるとした。

これに対して、XY双方が控訴した。



## ■ 判決

双方の控訴に対して、福岡高等裁判所は以下のように判決した。

まず、本件建物は実質的にYが建てたのだから、Xには修繕義務はないとの点については、たしかに実質的にはそうかも知れないが、契約書の中では貸主であるXに本件建物の修繕義務があるとされている以上、Xに修繕義務があることは否定できない。

次にXの修繕義務の不履行とYの解除との関係については、Xの修繕義務の不履行はあったとしても、その限度で賃料減額や損害賠償の問題になるだけで、別のテナントも営業していたことを考えると、Xの修繕義務の不履行でYが契約を解除しなければならないようなものではない。

したがって、YによるXの債務不履行を理由とする解除も認められない。

では、Yの解約は認められるのかについては、『相当な理由がある場合には、一方的な解約を許し、ただ、いわゆる「建て貸し」契約であることから中途解約された場合に発生する損害を違約金の支払義務という形で填補することによって、賃貸人の利益の保護を図ることとするのが相当である。』とした。

したがって、本件では地盤沈下の事実などを考えるとYの契約は相当であるから、本件契約はYにより解約されたと考えるべきであるとした。

そのため、Yの解約後のXの解除は認められないので、Xは期間満了までの賃料合計額を請求することはできないとした。

そこで、Xの損害（違約金）の評価の問題となり、裁判所は契約条項にある「償却残高」については、より貸主の損害を補填し得る方法として定額法を採用するとした。

ただし、地盤沈下などのことを考え、違約金については、3割の減額をすべきとしたが、Xが第三者に建物を貸したことについては、解約後のことで損害相殺の対象とはならないとした。（福岡高等裁判所 平成19年7月24日判決、判例時報1994号50ページ以下参照。なお、本件は上告されたが認められていない。）

## ■ コメント

本件は少しややこしいケースかとは思いますが、争点としては比較的簡単である。

建て貸しで建てた建物に歪みが生じたので、借主が貸主に修理してくれと言ったのにやってくれないので、自分をお願いしていた建築業者に修繕したところ、最終的に退去したケースである。貸主としては中途解約は原則としてできないし、もし、中途解約するのなら建物の償却残高を違約金として支払ってもらえればいいところを、あとになって未払賃料があるとして債務不履行解除をし、残期間の賃料全額も支払えと主張したのである。

Yによる解除・解約が先になされているから、これが有効ならXの解除は契約終了後の解除となるので効力は生じないことになる。

裁判所は本件の契約条項からすると、Yに相当な理由あるときには違約金を支払うことで解約可能とし、本件はそのケースだとして、Yの解約を有効とし、Xの解除を無効とした。

そして、償却については貸主に有利な定額法を採用し、定率法は採用しないとしたのである。

特殊なケースかも知れないが、契約条項の中に中途解約の可能性が残るようなときには、正当な理由があれば借主による中途解約の可能性はあることを理解しておくべきであろう。

## 34. 保証会社による賃貸借契約の解除

(2023年2月号、No.286)

### ■はじめに

令和4年12月に最高裁判所が、保証会社と賃借人等との間の契約について注目すべき判決を下しているため、今回はその案件を紹介したい。

### ■事案

A社は賃貸住宅の賃借人の委託を受けて、賃料等の支払債務を賃借人に対して保証する会社である。

A社は賃借人、賃借人らとの間で、賃借人がA社に賃料等の支払の連帯保証することを委託し、A社が賃借人に対して賃料等を連帯保証する旨の契約を締結している。

その契約書の条項には、以下の文言の条項がある。

- ① 賃借人が支払いを怠った賃料等及び変動費の合計額が賃料の3ヶ月分以上になったときは、A社は無催告で賃貸借契約を解除することができる。(※変動費とは、光熱費など月々によって変動することが予定される費用。)
- ② 賃借人、賃借人、賃借人の連帯保証人は、①によってA社が解除権を行使することに異議はない。
- ③ 賃借人が賃料等の支払を2ヶ月以上怠り、A社が合理的手段を尽くしても賃借人と連絡がとれない状況の下、光熱費の利用状況、郵便物の状況などから賃借人が建物を相当期間使用していないと認められ、かつ本件建物を賃借人が再び占有使用しない意思が客観的に看取できる事情のときは、賃借人が明示的に異議を述べない限り、これをもって建物の明渡しがあったとA社がみなすことができる。

上記の内容が記載された契約に関して、適格消費者団体が、これらの記載は消費者契約法第10条に該当するとして、その使用の差し止めを求めた。

### ■判決

最高裁判所は令和4年12月12日に本件に関する判決を下している。

まず、①②に関してであるが、以下のような判断を示している。

本契は条項①はA社として、賃借人に対して未払賃料等の支払をするべき保証債務があり、A社がこれを履行すれば、賃貸借契約は存続することになり、そうすると無制限に連帯保証債務の履行を続けなければならないというA社の不利益回避のためのものと解される。そのためにA社に契約の解除権を付与する条項になっている。

しかし、賃料等の支払滞納額が賃料3ヵ月分以上に達したときに賃貸借契約の解除権がA社にあると規定されるが、未払賃料を保証人として支払をしたか否かの区別がない。もし、支払をしたときでもA社による解除が可能とすると、未払賃料がない状態なのにA社は無催告で解除できることになる。

そこで、まず無催告の解除であるが、民法では催告による解除を前提に、無催告解除は民法542条で要件が定められている。また、「上記の連帯保証債務の履行があるときは、賃貸人との関係においては賃借人の賃料債務等が消滅するため、賃貸人は、上記遅滞を理由に原契約を解除することができず、賃借人にその義務に違反し信頼関係を裏切って賃貸借関係の継続を著しく困難ならしめるような不信行為があるなどの特段の事情があるときに限り、無催告で原契約を解除することができるにとどまる」とした。

本件では、3ヵ月分以上未払いのときに、何らの制限なしに無催告解除をA社ができることから、本条項は任意規定の適用による場合に比し、消費者である賃借人の権利を制限するものである。

そして、その内容は、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものだとして、この①は消費者契約法第10に該当するとした。

次に、③の部分も消費者契約法第10条に該当すると判断した。理由としては以下による。

- イ. 原契約が終了していないのに明渡しありとみなすことは、賃借人の建物に対する使用収益権を一方的に制限すること。
- ロ. 原契約が終了していなければ、賃借人に建物明渡しの義務がないのに、この条項のために賃貸人による明渡し認められ、さらには法の手続によらずに明渡しされたと同じ状態になってしまうこと。
- ハ. 賃借人が再び占有使用しない客観的意思とは何であるかが一義的でないこと。
- ニ. 賃借人の異議を述べる機会の確保がないこと。

以上のとおり、①③は消費者契約法第10条に該当することから、これらの条項の入っている契約をしてはいけないと判断した。

## ■コメント

本件は家賃保証会社と貸主、借主との間の契約書に記載されている条項が消費者契約法第10条に該当するとして、適格消費者団体からの差し止めが求められた案件である。

適格消費者団体（内閣総理大臣の認定）は、消費者契約法からみて問題のある契約を使用する事業者に対し、消費者に代わって、その使用の是正指示や行為の停止等を求めることができる団体である。

本件では、前記①③の条項が、消費者契約法第10条に該当すると考えて差し止めを求めている。

消費者契約法第10条は、契約条項が民法等の条文に比べて消費者の権利を制限したり、義務を加重する条項であり、その内容が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする旨を定めている。

本件①の場合、A社の立場も理解できるものの、無催告による解除であることや、条項の文言からすると保証債務が履行され賃料未払状態がないのにA社によっての解除ができることなどか

ら、無催告という点で民法の契約解除の原則である催告要件がなく、しかも、民法の規定している無催告解除ができるケースにも該当しないとして、消費者契約法第10条に該当するとした。

また、本件③の場合、簡単に言えば法律の手続きに従って明渡し処理をするべきなのに、A社の判断で明渡ししたとみなすことは、やはり同法10条に該当するとした。

賃貸物件の入居者の家賃滞納に備えて、保証会社を入れるケースが多い。保証会社が借入人の債務をすべて保証するわけではないが、保証会社の存在自体は貸主にとって心の支えになる。

しかし、保証会社の立場からすると、保証債務の履行分の回収を確保するとともに、履行内容が過大にならない配慮が必要となる。

本件のA社は、まさにその対応をしたわけであるが、その内容は消費者契約法第10条に該当するものであった。判決を見ると、保証会社に解除権を与えることがいけないと判断しているわけではない。解除権行使の要件に問題があるとしているのである。

また、借入人が建物を使用せず、どこかに行っていて所在不明な場合、それをもって明渡ししたとみなす特約についても、要件が明確でないことなどから問題ありとされている。

世の中の賃貸借契約にあっては、借主がどこかに行ってしまう所在不明が長期に及ぶケースがある。こういうときには、建物内部の状態から、すでに退去済みと判断して次の入居手続きに入るケースもある。ケースにもよるが、いわゆる自力救済の禁止という法の大原則に反しない対応は必要であり、ケースによっては訴訟手続や執行手続を経て解決すべきこともある。専門家のアドバイスが大切となる。

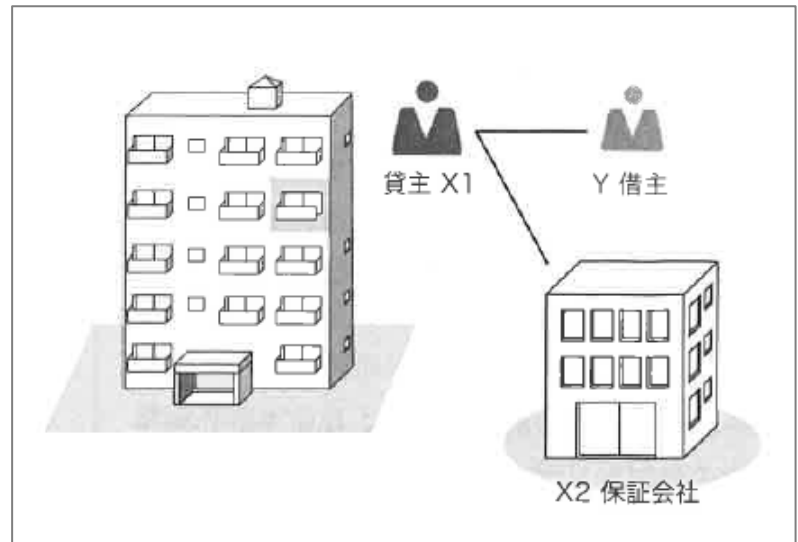


## 35. 保証会社による賃料の支払いがあっても解除が可能とされた事案

(2014年12月号、No.189)

### ■ 事案

- X1はマンションの一部屋を平成23年12月にYに賃貸した。
- その際、X2はYとの間で、Yの債務についての保証委託契約を締結し、あわせてX2はX1との間で借借人であるYの債務について保証する旨の保証契約を締結した。
- X1 Y間の賃貸借契約では、借主Yが賃料等の支払を2ヶ月以上遅滞したときは、貸主X1が解除できる旨が規定されている。



借主Yは、平成24年2月分から賃料支払を怠ったため、貸主X1は平成24年4月に催告期間を定めた解除予告通知を出した。この通知は同年4月21日ころ普通郵便でYに届いている。

したがって、X1は催告期間経過後の同月28日に解除が成立したと主張。

さらに、その後もYの賃料支払いがないことから、X1は解除を理由とする建物明渡の訴えを提起し、この訴状の中でも再度解除の意思表示をしている。

- X2はYとの契約にもとづき、平成24年4月、5月、6月、7月、8月の5回にわたり、Yに代わってX1に賃料の立替支払いをしている。
- X1からの建物明渡訴訟の中で、Yは自分に賃料未払いがあるとX1は主張するが、X2による支払いがあるから、賃料未払いはないと主張している。

以上のような状況のもとで、裁判所の判断が示されるに至った。

### ■ 判決

第1審では、X1の請求を認めたため、Yが控訴した。

控訴審の大阪高裁は以下の理由でYの控訴を棄却している。

「本件保証委託契約のような賃貸借保証委託契約は、保証会社が賃借人の賃貸人に対する賃料支払債務を保証し、賃借人が賃料支払いを怠った場合に、保証会社が保証限度内で賃貸人にこれを支払うこととするものであり、これにより、賃貸人にとっては安定確実な賃料収受を可能とし、賃借人にとっても安易に賃借が可能になるという利益をもたらすものであると考えられる。

しかし、賃貸借保証委託契約に基づく保証会社の支払いは代位弁済であって、賃借人による賃料の支払いではないから、賃貸借契約の債務不履行の有無を判断するにあたり、保証会社による代位弁済の事実を考慮することは相当ではない。

なぜなら、保証会社の保証は、あくまでも保証委託契約に基づく保証の履行であって、これにより賃借人の賃料の不払いという事実の消長を来すものでなく、ひいては、これによる賃貸借契約の解除原因事実の発生という事態を妨げるものではないことは明らかである。」

とした。

この結果、Yは平成24年4月分から翌年の3月分までは賃料の支払いがないことから、遅くとも平成25年3月に契約は解除されているとした。(平成25年11月22日、大阪高等裁判所判決。判例時報2234号40ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、賃貸者契約に関して、保証会社が借主の債務の保証をしているケースである。

借主は契約を締結してから間もなく、賃料の支払いを怠るようになり、少し遅れて保証会社が毎月のように賃料の立替え支払いをしていた事案である。

賃料については、保証会社が毎月のように支払っていたことから、滞納賃料としてはYが主張するように、滞納分の合計は2ヶ月を超えてはいないようである。

そのため、解除の要件を充たさないのか否かが争われたわけである。

このことについては、裁判所は保証会社の支払いは保証委託契約にもとづく保証債務の履行であって、借主による賃料の支払いではないことから、借主の債務不履行の有無を考えるにあたっては、保証会社による支払いの事実を考慮する必要はないとした。

賃料の滞納の結果は生じていなくても、それが借主による賃料支払いの結果でなければ、借主による賃料未払いの事実がある以上、借主の債務不履行責任を貸主は問うことができるとしたわけである。

一般的に貸主にとっての関心事は賃料の支払いの有無であり、保証会社による賃料の支払いがあれば、借主の退去を当然に求めるとは思われない。

しかし、本件のように借主が契約のすぐあとから継続的に賃料の支払いができていないようなケースでは、保証会社としての保証の限度もあり、いずれは賃料の確保は難しいということも予想できる場所である。

あるいは、このような借主との間の信頼関係も破壊されているとも評価できるであろう。

そう考えると、貸主としては保証会社があるから安心であるとも言えないことになる。

今後、貸主としては、保証会社の支払いをもって賃料確保を中心に契約を考えていくのか、将来的に保証されないことを考えて、借主との間の契約を解消する方向を考えるのかの選択が必要ということになる。

しかし、しっかりとした保証人をつけておくことは貸主にとって大切なことである。

因みに、本件は保証会社が保証人になっている事案であるが、保証人が個人でも本件の考え方は適用されるものとする。

借主の賃料未払いの事実は同じであるし、保証人に就任することは借主との間に何らかの関係があり、保証人になるにあたっては借主からの委託がなされているのが一般的だからである。

本件については、借主Yから上告がなされたようであるが、上告は認められず、本件判決は確定した状態である。

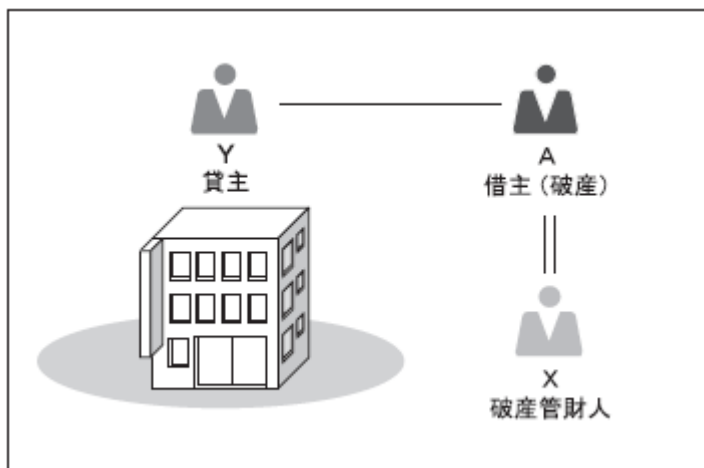
## 36. 借主破産を解除事由とする特約の効力

(2010年3月号、No.132)

### ■ 事案

借主Aと貸主Yとの間で、平成18年5月に建物賃貸借契約が締結される。

- 賃料：月額200万円
- 敷金：2000万円
- 解除事由：借主Aについて、解散、破産手続開始その他倒産手続の申立てがあったとき。
- ペナルティー：前記解除事由で解除されたときは、違約金として賃料及び共益費の合計額の6ヶ月相当分を支払う。
- 中途解約：契約更新後は解約日の6ヶ月前までに書面で通知することで、期間内でも解約できる。



A・Y間で以上のような契約をしたが、Aは平成19年9月に破産手続開始決定を受け、Xが破産管財人に選任された。

Yは前記特約に基づきXに対して解除通知を出し、Xは建物を原状回復のうえ鍵をYに返却した。

その後、YはXに対して前記ペナルティー特約に基づき、違約金を請求した。

### ■ 判決

Yの請求の前提は、Aが破産したところで前記解除事由に該当していること、そして、その解除事由に該当すると違約金支払義務があることである。

そこで、Yの請求の前提について、東京地方裁判所は以下のように判断している。

「被告は、平成19年9月18日、本件契約書○条○項○号に基づいて本件契約を解除する旨の意思表示をしたのであるが、同契約条項は平成16年法律第76号により、当時の民法621条が削除された趣旨（借入人の破産は、賃貸借契約の終了事由とならないものとすべきこと）及び、破産法53条1項により破産管財人に未履行双務契約の履行・解除の選択権が与えられている趣旨に反するものとして無効というべきであるから、同契約条項に基づく上記解除もまた無効というべきである。」

として、破産があれば解除事由とするの特約条項は無効とした。

したがって、契約書の中の解除事由に基づかない解約であるから、解除事由を前提とした違約金の請求も認められないとした。

なお、Yからの解除通知の後に、Aの破産管財人Xが残置物を撤去して鍵をYに渡した点については、YとXとの間の合意解約が成立したか、あるいは、管財人Xによって破産法 53 条 1 項に基づく契約解除の意思表示がなされたものと考えべきであるとした。さらに、Yが本契約条項には賃料・共益費の6ヶ月分を支払うことで、契約の中途でも即時解約できる旨の条項があることから、Xによる解除はこれに該当するので、賃料等を6ヶ月分支払うべきであると主張していた点についても、Xの解除は破産法 53 条 1 項又は、Yとの間の合意解除によるものであるから、解除の原因が違うので同契約条項には該当しないとした。

以上より、Yの請求は認められないことになった。ただし、本件ではその余の請求もあり、これらについては認められている。(東京地方裁判所平成 21 年 1 月 16 日判決、金融法務事情 No. 1892、55 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は借主破産を契約書の中で解除事由としているときに、その条項は有効かが争われた事案である。

すでに読者は知っておられると思うが、平成 16 年の法改正で民法 621 条にあった借主が破産したときは貸主によって解約ができるとの条文は削除され、破産法も、破産管財人が選任されたときは契約を存続させるか否か、つまり、解除するか否かは破産管財人の選択に任されており、貸主は管財人に対して、どうするかを催告し、破産管財人が回答しないときは解除したとみなす旨の規定が設けられた。

問題は、法改正を前提としても、契約の条項で借主破産を解除事由としたのだから、その特約を有効とするのか否かであり、この点は法の中に、このような特約を無効とする旨の条文はなかった。

そのため、学説は有効・無効の両説があり、無効説はあえて法を改正し、民法 621 条を削除したのだから無効だと主張し、有効説は、破産した以上は賃貸借契約を存続させる必要はないから、このような条項を設けた以上、あえて無効とする必要はないと主張する。今まで判決は明らかではなかったが、東京地裁はこの特約条項の効力を否定した。

この事件は第一審で確定したため、高等裁判所以上の上級審の考え方は明らかではない。しかし、この判例が実務を考えるにあたっては参考判例ということになる。

なお、会社更生法、民事再生法の場合に、これらの決定を受けることを解除事由とする特約条項の効力は認められないとするのが一般的考え方であるので、破産のケースと異なっている点を理解されたい。

## 37. 解除後の賃料相当額と財団債権

(2014年7月号、No.184)

### ■ 事案

Aは貸主Xから建物を借りて店舗を営んでいた。

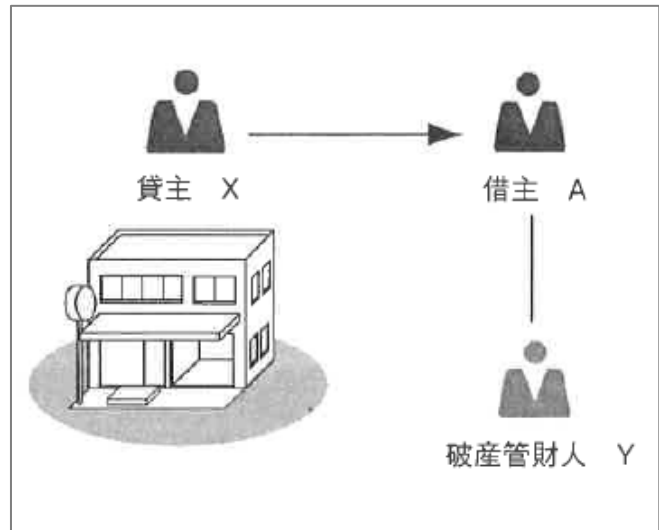
Aは民事再生の申立てをし、その手続中にXとの間の建物賃貸借を中途解約した。

ところが、民事再生手続がうまくいかず手続は廃止となり、破産手続に移行となり、Yが破産管財人に選任された。

AはXとの賃貸借契約を解除しているのに本件建物をXに明渡していない。

また、XA間の建物賃貸借契約では、借主からの中途解約の場合6ヶ月前予告が必要となっているが、本件ではAが民事再生の申立てをしたことから即時解除をXは認めており、そのため6ヶ月分の賃料をペナルティーとして支払えとXは主張している。

さらに、解除後明渡しまでの賃料相当損害金並びに約定遅延損害金として18%を加算した金額の支払を求めている。



### ■ 判決

Xの申立てに対して、東京高裁は、まず6ヶ月分のペナルティーについては根拠がないとした第1審を支持している。

次に、破産者が賃貸借契約の終了後、明渡しまで占有を継続している場合、貸主は賃料相当損害金の請求が可能であるが、この請求権の破産手続上での法的性格については以下のように述べている。

「このように、再生手続開始決定がされた後、再生債務者が不動産の明渡期限経過後も当該不動産の占有を継続した場合には、それにより生じた損害金債権は再生債務者財産に関し再生債務者等が再生手続開始後にした行為によって生じた請求権として共益債権となり、それが破産手続に移行した後は破産財団に関する破産管財人がした行為によって生じた請求権として財団債権となるものと解するのが相当である。」

とした。

ただし、その共益債権あるいは財団債権の範囲については「当該不動産についての共益費等を含む賃料相当額であると解すべきである。」とした。

本件では、契約の条項の中に解除後の不法占拠中の損害額を賃料相当額の2倍としていたが、裁判所は2倍を認めなかった。

そして、損害金の支払が遅れることによる損害金の利率については「民事法定利率による遅延損害金であると解するのが相当である。」とした。

(東京高等裁判所 平成21年6月25日判決、金融法務事情No. 1976、107ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、建物賃貸借契約の借主が民事再生を申立て、それがうまく行かずに破産手続に移行したものの建物の明渡をしなかったため、貸主が賃料相当損害金等の支払いを求めたものである。

民事再生は債務者が破産する前に事業の規模の縮小や債務支払の免除等を受けつつ再建していく法的手段である。

この法律が施行されたときに多くの民事再生の申立てがなされ、多くの申立てが受理された。

しかし、これは申立てが受理されただけで民事再生手続が実施されることにはならない。

民事再生手続を実施するためには、再生計画案を債権者に示し、債権者集会での決議が必要で、ここでの決議がないと再生計画は認可されず、以後の再計計画の実施はできない。

もし、再生計画が認可されないと破産手続に移行することになる。

実際に多くの事業者はこの認可を得ることができずに破産手続に移行していることが多いのであり、本件Aも同様である。

民事再生の認可のためにはメインバンクの協力のほか、その事業者のプラス財産のみを購入する事業者の存在が必要となる。民事再生の事業者はプラス財産を破産前に売却することで高額で売却代金を得て、これを配当財源とする。購入事業者はプラス資産のみ購入し負債は承継しない。そのため、再生事業者が売却代金で負債を弁済するが、その際、負債の9割以上のカットを条件とする再生計画を示すことになる。これに対して、債権者が破産後の売却より条件がいいと考えれば再生計画が認められることになる。

ところで、本件では共益債権あるいは財産債権の記述がある。これらは再生手続あるいは破産手続に従うことなく、個別の権利行使が可能な債権である。本件の場合、解除のあとの明渡しまでの部分（解除は再生手続中にしていることに注意）は財団債権等であるとした。

ただ、その範囲については、契約書の条項では賃料の2倍とされていたとしても財団債権としては賃料相当額に限定されると認定している。

さらに、その支払いの損害額についても、契約条項では18%とあるものの、この判決では民事法定利率である年5%が相当としている。

破産や民事再生の手続きにあっては契約条項がそのまま認められるとは限らないが、本判決では財団債権あるいは共益債権の範囲についてと、利率についての二点で契約条項は認められないとしているのである。

借主が破産したりすると、貸主としては、このあとの契約関係はどうなるのだろうか、賃料の確保はどうであろうかの心配を持つことが多い。資産管理担当者としては、借主破産等のケースの法律問題の基礎知識を有していることが大切である。

なお、財団債権や共益債権だと言っても、支払いを求める相手は破産等をしている者である。

名目上の請求権はあるとしても、実際の回収はかなり困難であることを十分に理解し、その旨を組合員に十分理解させることが大切である。



## 38. 借家人の無断休業と契約の解除

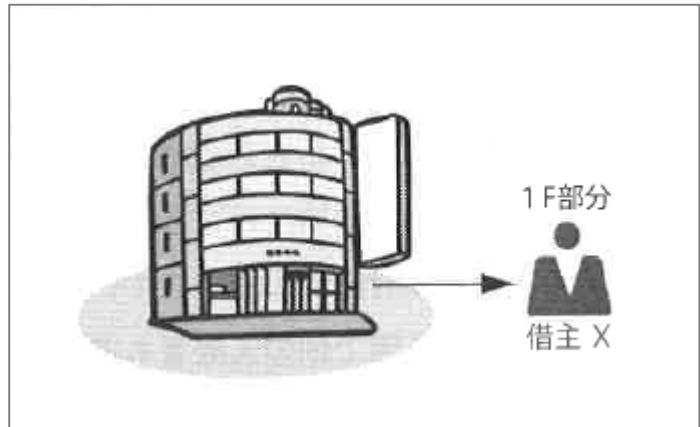
(2011年9月号、No.150)

### ■ 事案

Xは電化製品の販売店であるが、Yに対して出店希望があることを伝え、Yと協議を重ねて各種店舗やスポーツジムなどが入る複合的総合ビルをYが建築し、このビルに前記店舗等が入ることになった。Xは本件建物のメインであり、1階部分に入居することとなった。

Xと貸主Yとの賃貸借契約は20年間であり、その他の内容は以下のとおりである。

- 建設協力金のうち8割は保証金、2割は敷金
- 保証金は10年後から毎月均等返済
- 敷金は原状回復後6ヶ月以内に返還
- 年末年始を除き、連続3日間を超えて営業を休業するときは、予めYに書面で申入れ、Yの書面による承諾が必要。これにXが違反したときは、契約の解除をYができる。
- 契約期間中の借主Xからの解約申入れはできないが、Xと同一条件の入居希望者をXが見つけ、Yがその希望者を相当と認めたときはこの限りでない。



以上の内容で、XY間の建物質貸借契約は成立し、Xによる建物の使用が開始された。

ところが、Xの同業者がその後、近くに出店し、Xの営業成績が赤字となっていった。そこで、Xは契約成立後7年目に賃料減額の調停をYに対して行ったが不調となり、その後訴訟になったが、控訴審でXY間で和解が成立した。

内容は、逆に賃料を2%増額させ、以後3年ごとに2%の増額を自動的に行うものであった。ただし、Xが入居している1階部分について、転貸をXがする場合の一定の緩和条件も和解の内容となっている。

以上の和解の後も、Xの営業成績は赤字であることから、XはYに転借人候補者を紹介したが、Yは条件に合わないとして承認しなかった。そのため、Xは赤字が増加することを防ぐため、本件建物での営業を休業し閉鎖したい旨をYに申し入れたが、YはXの店舗は本件の建物の顔であり、1階が閉店になると、他のフロアの店舗等の営業にも支障が生じるし、1階にXが出店することで各フロアへの出店を決めた賃借人に対しての裏切りとも言えることなので、Xの申し入れは承認できないとして、Yはこれを拒否した。

しかし、Xとしては閉店の変更はできないとして、閉店セールを実施して、本件店舗を閉店した。

そこで、YはXに対して、Yの承諾なしの休業を3日間以上したとして、賃貸借契約の解除をした。これに対してXは解除は認められないとして保証金と敷金の返還をYに求めた。(なお、X退去後に別企業が入居している。)

Xの訴えに対して、Yは契約期間までの賃料をもらえなくなったとして、期間満了時までの賃料額を損害として、その支払いを求める反訴を提起した。

裁判の争点は、3日間以上の無許可休業を解除事由とする契約条項の有効性、有効としてもXに帰責事由があるか、Yの損害をどう考えるかである。

## ■ 判決

X、Yの各請求に対して東京地方裁判所は以下のような判断をした。

### 1. 契約条項の有効性について

この点については、本件ビル建築にあたってXY間での協議がなされ、YはXの意向で建築をしたことや、本件ビルは各店舗が入っていることで建物全体としての客の入りを向上させることが前提であることから、このような特約条項は有効である。

### 2. 帰責事由について

Xは転借人などの紹介をしたのに、Yがこれを承認しないために閉店したのだからXに帰責事由はないとの点については、紹介先の企業に出店の意思が明確にあったとは言えないし、閉店した方が新しいテナントを探しやすいとも言えないとして、Xの帰責性を認定した。

### 3. Yの損害について

本件建物の1階部分は、その後、別の企業が入居したのだからYの損害は無いとXが主張している点については、Xの主張はYの損害について損益相殺を主張しているのであって、別企業が入居したとしても期間満了までに得られたであろう賃料は解除によって生じたYの損害であるとした。

そのうえで、本件では別企業から入る賃料を控除した残額をもってYの損害とした。(東京地方裁判所 平成22年10月28日判決、判例時報2110号93ページ以下参照。本件はこの判決で確定されている。)

## ■ コメント

本件は、複合ビルの1階テナントの撤退に関するトラブルである。

ビルのキーテナント、特に1階部分のテナントの撤退は、他の入居テナントへの影響も大きく、これが原因で他のテナントも撤退になることもあり、オーナーとしては重大な問題である。

本件は、3日以上休業に貸主の承諾を要するとしているが、前記事情からすれば、このような条項を契約書の中に入れることは貸主として当然とも言えることである。

ただ、この休業期間の設定特約については、本件では有効となっているが、それは本件のような事情を前提としたからであり、全ての契約の場合まで有効とされているわけではない。

また、損害については、期間満了までに得られたであろう賃料を損害とし、賃貸対象物件でその後実際に得られた賃料を控除した残額を損害としている。これを損益相殺という。

気を付けるべきは、本件では借主に中途解約が認められていないことである。そのため期間満了までは賃料は得られたとして、これを損害としている。これを得べかりし利益という。

一般の賃貸借契約で、借主が家賃滞納したため貸主が契約を解除した場合には、貸主は建物の明渡しのほか、未払賃料と建物明渡までの賃料相当損害金の請求をする。解除されて建物を借主がすぐに貸主に明渡したのであれば、貸主の請求は滞納家賃の請求のみであり、期間満了までに得られたであろう家賃までは請求しない。この違いは、通常の建物賃貸借契約の場合、借主に中途解約条項が契約書の中で認められていることから、期間満了まで契約が存続すると断定できないためと考えられる。

本件では、中途解約が借主には認められていないので、期間までは契約は存続するとの前提であることから、期間満了までの得べかりし利益が認められたということと考える。

できれば本件のような場合でも、ペナルティー条項として、貸主によって契約が解除されても、その原因が借主にあるのであれば、期間満了までの家賃をペナルティーとして支払う旨の特約条項を入れておけばトラブルの回避になったものとする。

## 39. 原状回復義務と土壤汚染

(2008年9月号、No.114)

### ■ 事案

Xは本件建物の所有者であり、Yは建物の借借人である。また、本件土地はXが所有している。

Yは本件建物を工場として使用していたが、平成10年に使用を中止して、本件建物をXに明渡しをした。

その後、Yは平成17年になり、工場廃止届を区役所に提出したが、その届出書には有害物質による汚染の可能性がある旨の記載がなされていた。

XとYとの間では、本件建物の原状回復費用に関して裁判所での和解は、前記汚染物質の存在を知る以前に成立していたが、今回、前記届出書に汚染の可能性が指摘されたため、Xにおいて土壤調査を実施した。

これは、Yが工場使用を廃止していたにもかかわらず、廃止届出書を区役所にしなかったことで、区役所からXに対して土壤調査が命じられたためである。

Xの土壤調査の結果、有害物質の存在が確認されたため、Xにおいて汚染処理工事を実施した。

そこで、XはYに対してXが支出した土壤汚染調査費と工事費は建物質借人の債務不履行によって生じた損害だとして、その支払を裁判所に求めた。

このXの主張に対して、Yは有害物質の存在はYによって生じたものではなく、もともとの土の中に存在していたか、あるいは地下水から汚染された可能性もあると反論した。

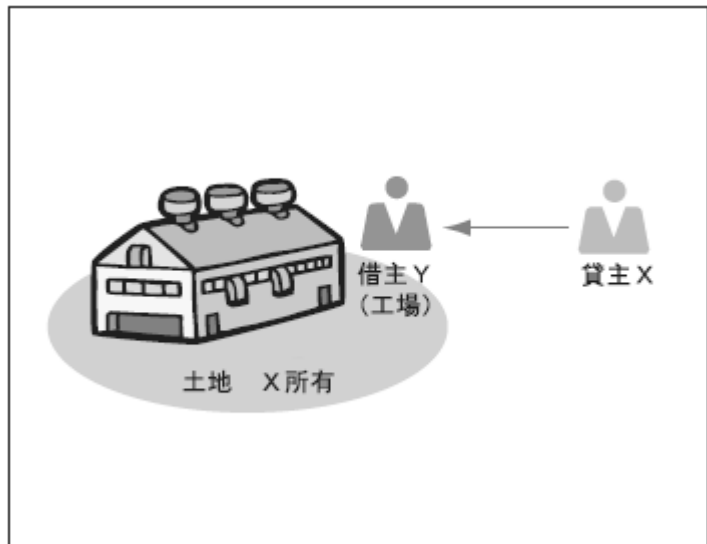
また、Xは工場廃止届けをYが実行しなかったために区役所が条例にもとづいてXに調査命令が出されたことで調査費用等の費用支出に至った旨を主張するが、Yとしては届出をしなかったことと土壤汚染調査とは因果関係はない。特に本件では当時、土壤汚染対策法施行前であり、土壤調査義務はなかったはずであると反論した。

### ■ 判決

X、Yの双方の主張に対して、第1審の東京地方裁判所は以下のように判断した。

まず、汚染物質の存在を前提として、それがYによるものか否かについてはYによる工場使用の過程でコンクリートのひび割れなどから地下に浸透した結果、土壤汚染が生じたものと認定し、地下水からの流入や、土の中にもともと存在していたとのYの主張は認定しなかった。

そのうえで「借借人は、建物の賃貸借においては敷地である土地についてもこれを原状に復した上で返還する義務を負っているものであり、被告は本件土地について汚染物質を取り除き原状に



復した上で原告に返還しなければならず、土壌汚染を除去しないまま本件建物及び本件土地を返還した被告は、債務不履行に基づく損害賠償責任を負う」とした。

なお、Yが主張していた工場廃止届の懈怠と調査命令との因果関係については「本件土壌調査は、被告が本件土地の土壌を汚染しておきながら明渡し時に土壌汚染を除去しなかったことが原因で命じられたものであり、被告による土壌汚染と本件土壌調査との間には因果関係が認められる」とした。

(東京地方裁判所 平成19年10月25日判決、判例時報2007号64ページ以下参照)

本件は建物の賃借人によって有害物質が土壌に浸透したケースで、その調査費用と除去費用を建物賃貸借契約における借主の債務不履行責任として賠償請求ができるかが争われた事案である。東京地裁はこれを肯定したのである。

建物の借主は建物を原状に回復して建物を貸主に返還する義務を負う。しかし、戸建て住宅や工場、店舗の賃貸借では建物自体の敷地のほか、その周辺の部分も建物賃借権に付随するものとして、事実上の使用が認められている。

したがって、例えば戸建て住宅であれば、敷地である庭や駐車場部分（敷地と言えない場所のときは別の契約関係を締結しておく必要がある）も、建物明渡しと同時に原状回復のうえ明渡しをすべきことは当然である。その意味でこの判決は当然のものを確認したものと言える。

ただ、今後検討すべきは以下の点である。

本件では、工場の原状回復のことで和解がすでに成立していたようであり、本件の汚染の存在はその後に判明したようである。和解成立時に予見できない事実があれば、その事実は和解に拘束されないと考えるのが理論的であるが、その事実の予見ができたか否かのトラブルが発生することは容易に予想ができる。

そうすると、工場などに建物を貸しているケースでは、汚染の可能性を検討のうえで、原状回復の交渉をすることが大切となる。

また、汚染物質が仮に存在していて、それが借主によって発生したものとしても、すべての汚染が除去の対象になるかの問題もある。人体に有害とは言えないものとか、あるいは微量の汚染などのときに、その除去までもが借主の義務と言えるのかは、今後トラブル案件として顕在化して来るものと思われる。

さらに汚染物質の除去が必要としても、その費用は妥当と言えるのかの問題も検討すべきことと思われる。

## 40. 弁護士に相談するにあたって－不動産の明渡し－

(2015年5月号、No.194)

### ■ はじめに

今回は、弁護士に組合員や職員が相談するにあたって注意しておいてほしい事項の説明をします。特に、不動産の賃貸物件の明渡しなどの相談をするにあたって用意すべきものなどの説明をします。

### ■ 建物関係

(1) 建物賃貸借契約の終了にもとづく明渡しには、大きく二つのケースがあります。

ひとつは借主の債務不履行があったことによる貸主の解除にもとづく明渡し、もうひとつは期間満了を理由とする明渡しです。

どちらの場合も契約書を用意して下さい。古い契約書が見当たらないというケースもありますが、大切なのは直近の契約書です。更新されているときは直近の契約書を用意して下さい。なお、更新契約書がなくても、契約は更新されていますので、直近のもので結構です。

(2) 借主の債務不履行の事実を明確にして下さい。

賃料滞納であれば、いつ頃から滞納となり、その後の一部支払いが、いつ、いくらあったのかを一覧表にしてみると助かります。

建物の使用方法に問題のあるときには、写真その他の用意をお願いします。

期間満了による明渡しの際には、定期借家契約以外においては貸主の正当事由が必要となりますので、貸主にどんな事情があるのか、転居さきへの手配はどうなっているかが大切となります。

(3) 借主の債務不履行による解除のときには、借主に対して催告をしたうえでの解除の意思表示が必要となります。

不動産業者が解除手続きをしているときには、内容証明や配達証明を用意して下さい。業者の中には未払い賃料の支払催告をただけのものや、いきなり解除をしている方もいます。

解除の意思表示は必要ですので、未払い賃料の支払催告だけのときは、あらためて解除の意思表示をする必要があります。

また、長期未払いのときに無催告解除（いきなり解除をする）をしても有効とされるケースもありますが、念のため、解除にあたっては催告期間を設けての解除をするべきです。

これらの要件に不備があるときは、一般的には依頼を受ける弁護士が解除手続きを再度行うこととなります。

なお、相手が所在不明のときは公示送達による訴訟になりますので、必ず弁護士に依頼すべきです。また、相手が内容証明を受領しないときは、普通郵便で解除通知をすることもありますので、このケースのときも弁護士に相談して下さい。

- (4) 建物の明渡しにあたっては、建物の登記簿謄本（未登記のときは課税通知書で特定します。）、固定資産税評価証明書を用意して下さい。

裁判のときに裁判所に納める印紙代を決めるにあたり、対象建物の評価額を決める必要があり、その決めるための資料が固定資産税評価額になります。

なお、アパートの一部屋が対象のときは、建物の平面図で対象を特定します。もし、平面図がないときは、空き部屋を募集するときの間取り図（ただし、そのフロア全部の表示は必要。）などで特定しますが、対象の部屋の広さ（平米）を確定する必要があります。これは前述の印紙代を決めるためです。（具体的には建物全体の何%が対象部分かを定め、これを建物全体の固定資産税評価額の按分をします。）

## ■ 土地関係

- (1) 契約書などは同様ですが、古くから貸していると契約書がないこともあろうかと思えます。なければならぬで大丈夫です。

- (2) その他は建物の場合と大体同様になりますが、駐車場のうち、あるスペースの明渡しを求める場合、対象のスペースが建物建築のときの図面に表示されているときは、この図面の中のこのスペースが対象だという形で特定します。

しかし、図面がないようなときは公図を拡大して、その公図の中に対象の駐車スペースを書き込んで特定をします。わざわざ測量士に測量させる必要はなく、地番の境からメジャーなどで測って、公図の中にその長さを記入してスペースを特定すれば十分です。要するに、対象がどこかの特定が明確になればいいということです。

そのため、例えば長期間放置された駐車スペースについては、便宜上、対象地の地面に縄を張っておくとか、簡単な番号札を設置しておくなどの配慮も同時にしておくともよいと思います。

- (3) 建物収去土地明渡にあたっては、建物の名義人が誰かが大切ですので、建物の登記簿謄本を用意して下さい。

もし、借地人と建物名義人が違うときには、建物の所有者に対する建物収去土地明渡の判決を得ておく必要がありますので、なぜ違うかの確認が大切となります。

借地人が死亡し、建物名義人が先代のままのときには、相続人全員を相手にする必要があります。この場合、建物に対して登記名義を相続人の名義にしておく必要はありません。

判決の中でその建物が被告である相続人らが相続したことの認定があり、これらの者に対して建物収去土地明渡の判決主文があれば、強制執行は可能となります。

登記名義の移転を求めるようなときには、登記上は相続人の名前にする必要がありますが、土地の明渡しのときには、名義変更までは不要です。

## ■ まとめ

今回は弁護士に依頼するときの一般的注意事項を説明しましたが、相談事例はいろいろとあります。疑問に思ったら、積極的に相談をしてアドバイスを受けることが大切です。

また、費用についても必ず確認して下さい。

裁判手続きの費用、強制執行の費用、そして弁護士費用の質問をして下さい。

なお、裁判で勝てば裁判費用は相手の負担とするとの判決になりますが、この費用の中なかには弁護士費用は入りません。裁判所に納めた費用が対象です。ただ、明渡しを求めるケースでは相手方に資力がないことが多く、事実上は全部の費用を貸主側が負担することになるケースが多いので、この点もよく組合員に説明をしておいて下さい。



## 41. 抵当権設定後の無断転借人

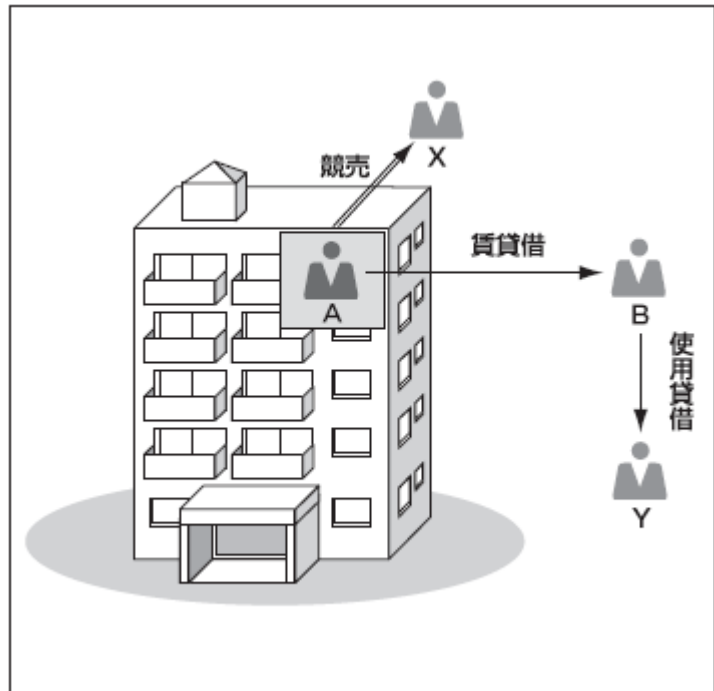
(2009年5月号、No.122)

### ■ 事案

建物区分所有者Aは、本件建物をBに賃貸した。

Bが本件建物を賃借するときには本件建物にすでに抵当権が設定され、その旨の登記もなされていた。BはAの承諾なしに本件建物をYに無償で使用させていた。Yによると、YとBとが親戚であり、Y宅が火災で損傷したため改築完了までの間、本件建物を無償で使用させてもらっているとのことであった。

Aは本件建物に抵当権を設定していたにもかかわらず、その支払いを怠ったため抵当権が実行となり、Xが競売によって本件建物を取得した。そこで、Xは本件建物に居住していたYに対して本件建物の引渡しを申立てた。これに対して、Yは民法 395 条 1 項で賃借人Bは6ヶ月間の引渡し猶予を受けられるのだから、Y自身も引渡し猶予の主張ができる旨の反論をした。原審の東京地方裁判所はYの主張を認め、Xの引渡し命令の申立てを棄却した。そこで、Xが不服申立てをした。



Aは本件建物に抵当権を設定していたにもかかわらず、その支払いを怠ったため抵当権が実行となり、Xが競売によって本件建物を取得した。そこで、Xは本件建物に居住していたYに対して本件建物の引渡しを申立てた。これに対して、Yは民法 395 条 1 項で賃借人Bは6ヶ月間の引渡し猶予を受けられるのだから、Y自身も引渡し猶予の主張ができる旨の反論をした。原審の東京地方裁判所はYの主張を認め、Xの引渡し命令の申立てを棄却した。そこで、Xが不服申立てをした。

### ■ 決定

Xの不服申立てに対して東京高等裁判所は以下のような判断を示した。

「前所有者が明渡しを求めることができた転借人については、常に明渡請求を覚悟しておかなければならない立場にあったのであるから、上記の趣旨に照らして同条項の保護の対象とはならないというべきである。前所有者が明渡しを求めることができた転借人についてまで同条項の保護の対象とすることは、同条項の改正以前にも保護されていなかった者に新たに明渡猶予の利益を与えることになり、抵当物件の価値を低下させることにもなるので、同条項の改正の趣旨にも沿わない。」とし、「民法は、転借人について、賃貸人との関係では、賃借人の賃借権が保護されるからといって、それを基礎とする転借権も当然に保護されるとの立場を採っていないのである。」として、賃借人Bが保護されるからと言って、転借人Yが当然に保護されるわけではないとした。

そのうえで、転借人Yが前所有者AやXに対抗できる権限についてYを審尋するなどの必要があるとして、原決定を取消したうえ、本件を原審に差し戻す決定をした。(東京高等裁判所 平成20年4月25日決定、判例時報2032号、50ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、民法 395 条の抵当権設定後の賃借権の保護規定と、無断転借人の抗弁の成否についての決定である。

民法 395 条については、昔の短期賃借権の保護の規定が改正され、賃貸借契約の期間の長短にかかわらず、抵当権の登記後の賃借権については抵当権に対抗することはできず、ただ、その建物の競売による買受けのときから 6 ヶ月間は買受け人に対する建物の引渡しの猶予を主張できるという条文である。

本件では A B 間の建物賃貸借契約の当時、すでに本件建物には抵当権が設定されていたことから、B は民法 395 条の保護の対象となる者である。

しかし、Y は A の承諾なしに B から本件建物を実無償で使用している者であり、旧建物所有者 A からすると Y は無断転借人で、本来、建物の使用権限を A に主張することが原則としてできない者である。

しかし、Y の転借権のもとにある B の賃借権は本来買受け人 X に対して 6 ヶ月間は引渡猶予を主張できたのだから、不法占有者とは言え Y も 6 ヶ月間の引渡猶予の主張ができるのではないかが本件で争われた内容である。

原審の東京地方裁判所はこの考え方を採用し Y の主張を認めたが、東京高等裁判所はこの考え方を採用しなかった。東京高等裁判所は民法 395 条 1 項について、「短期賃貸借制度を廃止する一方、競売による建物の売却によって突然生活・営業の本拠から退去を求められることにより被る不利益を避けるため、抵当権者に対抗することができない賃貸借に基づき抵当建物を占有する者に対し、一律に一定期間の明渡しの猶予を認めるものである。」とした。

その結果、建物所有者であった A が転借人 Y に建物明渡しを求めることができない場合には B と同様に Y にも保護されるべきであるが、A の明渡請求を拒むことができない転借人 Y であれば保護の必要はないとして、前述のような決定理由を述べている。

つまり、賃借人 B が保護されるからと言っても、当然に転借人が保護されるわけではないとしたわけである。そのため、本件 Y は A に無断で B から本件建物を実無償使用しているが、Y の占有権限は A に正当に主張できるものか否か、つまり、賃貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情が、本件 A B Y 間にあるか否かを再検討する必要があるとしたわけである。

少々難しいが、簡単に言えば、無断転貸は貸主に対抗できないが、例外的に背信的行為と認めるに足りない特段の事情が本件にあるかを念のため再検討せよとしたのである。

本件は短期賃貸借制度が廃止され、現行の民法 395 条の条文となったのち、転借人の保護の成否を論じた決定である。

テナントビルのケースでは、建物に抵当権が設定されたのちにテナントが入居することが多いため、民法 395 条の対象となる。そして、テナントビルでは無断転貸のケースも多いため、本件は参考になる事案である。

なお、念の為に言及するが、本件は 6 ヶ月の猶予期間前に転借人の明け渡しを求めたものである。6 ヶ月を経過してしまえば、B も Y も建物の引渡しをすべきことは当然である。

## 42. 大規模災害時における借地借家の特別措置

(2013年11月号、No.176)

### ■ はじめに

今回は平成25年9月25日に施行された「大規模な災害の被災地における借地借家に関する特別措置法」の説明をすることとしたい。

地震等の大規模災害については、昭和21年に制定された罹災都市借地借家臨時処理法があったが、法律の制定が戦後すぐということもあり、その内容が実体と符号していないことがあった。

そこで、阪神・淡路大震災や東日本大震災などの経験から、大規模な災害の被災地において、その災害により借地上の建物が滅失した場合における借地権者の保護を図るための借地借家に関する特別措置を定めることとなった（同法第1条）。

### ■ 本法の対象

大規模な災害、震災その他の災害であって、被災地において借地権者の保護その他の借地借家上に関する配慮をすることが特に必要と認められるものが発生した場合に、その災害を特定大規模災害として政令で指定した場合。

この場合、政令で以下の特別措置のうち、どれを適用するのかと適用地区を決めることとなる。

### ■ 解約の特例（同法3条）

借地借家法8条は、借地契約の更新後の建物の滅失があったときは、借地権者は解約の申し入れが可能で、申し入れをすると3ヶ月の経過で借地権は消滅すると規定している。同法では、更新前には契約条項での約定がない限り、借地契約の解約は認められていない。

しかし、更新前に建物が滅失したときにもこれを認める必要があるとし、特別措置法では政令施行日から1年を経過するまでの間なら、借地権者は地上権の放棄または土地賃貸借の解約の申し入れができるとされ、この申し入れから3ヶ月で借地権は消滅する。更新後の場合は、借地借家法8条1項のとおりである。

### ■ 対抗力（同法4条）

借地借家法10条は、建物に登記をすれば土地に賃借権の登記がなくても第三者に対抗できるとしている。

したがって、建物が滅失したときは第三者に対抗できないのが原則であるが、借地借家法10条では、建物を特定する為に必要な事項、滅失した日、建物を新築する旨を土地に掲示をすれば第三者に対抗できるとしているが、滅失から2年を経過したあとでは、その前に建物を新築し、登記がないと対抗できないとしている。

今回の特別措置法では、前述の掲示がなくても政令施行日から6ヶ月経過するまでは対抗力はあるとしている。

また、建物を特定するために必要な事項と新築する旨を掲示しても対抗力があるとしており、その効力は政令施行から3年を経過したときは、その前に建物を建てて登記した場合に限るとする。

## ■ 転貸、譲渡の許可（同法5条）

借地借家法19条では、建物を譲渡する場合の借地権の譲渡または転貸についての貸主の承諾に代わる許可を規定する。つまり、土地上に建物が存在していることが前提である。

しかし、特別措置法では、建物が滅失したとしても借地借家法19条と同様の貸主の承諾に代わる許可の裁判ができるとしている。

ただし、この裁判の申立ては政令施行日から1年以内である必要がある。

## ■ 被災地短期借地権（同法7条）

借地借家法は更新が前提であり、更新のないものは定期借地権となる。

しかし、特別措置法では、政令施行日から2年を経過する日までの間に、政令で指定された地区の土地について借地権を設定する場合、存続期間を5年以下とし、かつ更新及び建物築造による存続期間の延長がない特約を定めることができるとされている。

この特約のあるケースでは、借地借家法の建物買取請求、借地条件の変更及び増改築の許可ないし承諾に代わる許可、一時使用目的の借地契約は適用されない。なお、前述の特約付の契約は公正証書等の書面の作成が要件となる。

## ■ 従前の賃借人への通知（同法8条）

建物が滅失した場合、旧罹災都市借地借家臨時処理法では、建物が再築のときは借家人には優先して借家人になれる規定があった。

今回の特別措置法では、旧建物の賃貸人が旧建物の敷地に、滅失の直前の用途と同一の用途に供される建物を新たに築造し、または築造しようとする場合で、政令施行日から3年を経過するまでの間に賃貸借契約の締結の勧誘をしようとするときは、旧建物の賃貸人は滅失当時に旧建物を自ら使用していた賃借人（転借人を含み、一時使用のため賃借人を除く）のうち、知っている者に対して、遅滞なくその旨を通知しなければならないとしている。

すなわち、3年以内に建物を建てて入居者の募集をしようとするときには、滅失当時の建物を自ら使用していた賃借人に通知する必要がある。

自ら使用している賃借人であるから、建物を転貸している賃借人は対象外であり、転貸のときの通知の相手方は転借人ということになる。

また、所在がわからない借主に対しての通知は必要でなく、賃借人が死亡しているときも相続人への通知は不要である。

## ■ その他

この特別措置法が制定されたことにより、前述の罹災都市借地借家法臨時処理法は廃止となった。

今回は大規模災害が生じた場合の特別措置法の説明をしたが、この措置法が適用されることのないことを祈りたい。

なお、この措置法の規定と関係しない借地借家法は、大規模災害が生じても法律の適用に影響はない。

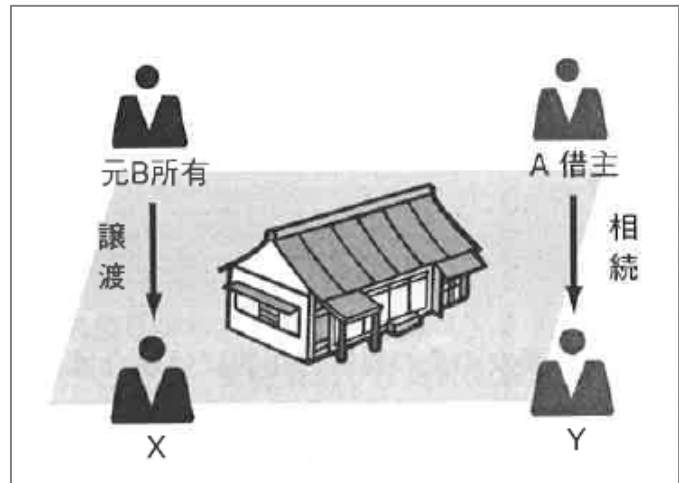
因みに、火災や地震で建物が滅失すれば、借家の対象となる建物がなくなるのだから借家契約も終了ということになる。また、借地の場合は建物が滅失しても借地契約自体は消滅しない。

## 43. 老朽建物の明渡請求について

(2015年7月号、No.196)

### ■ 事案

- 元建物所有者Bは、昭和49年にBを貸主、Aを借主とする建物賃貸借契約を締結。
- B所有の建物は昭和10年に新築された木造の戸建て建物。
- B A間の建物賃貸借契約は更新され、Aの子Yが昭和61年ころから本件建物にAとともに居住。
- Aはその後死亡し、Yが借主の地位を相続し、1人で居住。
- Yは本件建物を生活の基盤として運送業をしている。
- 平成24年11月29日、Xは本件建物をBから購入。
- 平成25年2月10日の書面で、XはYに対して賃貸借契約の解約の申入れ。
- 賃料は月額3万4,000円。現在Yは賃料を供託中。



上記のような事実関係のもとで、XからYに対して建物明渡請求を提訴。

裁判の中で、Xは以下の正当事由を主張している。

- ①建物は79年経過した木造建物で老朽化しており、防災上、耐震上危険な状態で、取壊しの必要がある。
- ②建物の修繕には多額の費用が必要となる。
- ③Xとしては、本件建物を取壊し、2つの建物を建築する予定で収入を月額17万円と見込んでいる。
- ④本件建物の地域は「景観形成重点地区」なので、このまま建物を放置はできない。
- ⑤Yは転居しても仕事を続けられる。
- ⑥家賃は月額3万4,000円と非常に安い値段である。
- ⑦外観上廃屋のようである。
- ⑧立退料204万円のほか、移転費用30万円。残置物の処分はX負担の提示をしている。

これに対してYの反論は以下のとおりである。

- ①建物の柱、梁、土台はしっかりしている。
- ②他に転居すると仕事に影響が生じる。
- ③建物を建て替えることは、裁判の途中で初めて主張されたことである。

- ④「景観形成重点地区」か否かは正当事由の要素とするべきではない。
- ⑤Xは建物所有権を取得のあと、わずか3ヶ月で解約の申入れをしているのは、借主の居住する権利を軽んじるものである。
- ⑥月額3万4,000円は安いかも知れないが、継続賃料である。本訴以前に値上げの話はない。

## ■ 判決

X、Y双方の主張に対して、東京地方裁判所は以下のような判断を示した。

- まず、老朽化のため倒壊の危険性があるとの事実を認める証拠はない。
- Yが転居することで運送業の継続に支障が生じることが見込まれる。
- 建物を建て替える件については、解約の申入れのときの書面には記載がなく、裁判の途中からXが主張したものである。

「建物の賃貸借契約の解約の申入れにおける正当事由は解約申入時から解約申入期間の満了時まで存続する必要があると解されることからすると、本件解約申入れについて正当事由の有無を判断するにあたり、原告に建物の新築計画があるとの点を考慮することはできない。」

と判断している。

- Xが本件建物を取得したのは、取得のときから解約申入れまで3ヶ月と短いことからすると、Yを退去させることを念頭に置いたもので、「本件解約申入れについては、本件建物に長年居住し、生活の基盤としてきた被告の居住の利益に対する配慮が欠けていると言わざるを得ない。」
- Yの居住の必要性に対して、本件建物の取壊しの必要性やXの自己使用の必要があるとは認められない。
- Xに対して立退料の提供を申し出ていることを考慮しても、本件解約申入れに正当事由があるとは認められない。

以上のとおりの判断から、Xによる明渡請求は認められないとした。(東京地方裁判所平成27年2月5日判決、判例時報2254号60ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、築79年になる木造建物に関して賃貸借契約の解約申入れに正当事由がないとした判決である。

旧借家法も現行借地借家法も、貸主が賃貸借契約の更新拒絶や条項に基づく解約申入れ、あるいは法令に基づく解約申入れには正当事由が必要とされている。

そして、この正当事由の存在は条文上は明確ではないが、この判決のとおり解約の申入れから解約申入期間の満了時まで存続していることが必要と考えられている。

本件では、どうも訴訟の途中で建物を建て替えて収益性を高める計画があることを主張したようである。

そのため、この計画は正当事由の要素として判断されていない。

もし、はじめから建て替えの計画を主張していたとすると、資産の有効活用も正当事由のひとつとして考えられることであるから、本件の結果に影響が生じた可能性もある。

そうすると、借主に対して退去を求めるにあたり、建て替えの話は正直に述べておいた方がいいということになる。

この話をすると、借主が足元を見てくるのではないかの心配も当然あるが、建て替えの予定を秘しておく、正当事由の要素として裁判所は配慮しないことになることを前提に、計画内容を開示するか否かを貸主側で検討する必要が生じていることになる。

また、本件ではXが建物を購入のあと、すぐにYに対して明渡しを求めていることも問題としている。

バブルの時代のいわゆる「地上げ屋」による行為と同様に、本件のXの行動を裁判所が評価した可能性もある。

建物所有者Bとしては、自分で明渡交渉をしたくないからXに売却した可能性もあり、この裁判所の考え方を前提とすると、Bによる解約申入れをして、Bによって借主Yとの問題を解決させてから売却するか、それともXが本件建物を購入したあとも、しばらくYに賃貸したあとでないと解約申入れは認めないということになるのであろうか。

貸主側の立場になって考えると、こういう物件は自分で処理してから売却せよというようにも読めるので、裁判所の考えは若干疑問でもある。

地上げ屋が多く、不動産のトラブルが多かった時代に逆戻りさせないということなのであろう。



## 44. 建物の耐震性能と更新拒絶

(2011年7月号、No.178)

### ■ はじめに

今回は、現在の耐震基準を充足していないビルに関して、更新拒絶が認められるかについて二つの事案を紹介したいと思う。

### ■ 事例 1

- 建物は集合住宅（住戸数は250戸）
- 築造は昭和46年の鉄骨・鉄筋コンクリート造り。
- 耐震診断をしたところ、二方向による診断のうち、一方向についての耐震性はあるが、もうひとつの方向については地震の震動及び衝撃に対して倒壊し、または崩壊する危険性が高いと診断。そのため、1階部分のみは耐震改修工事を実施。
- その後、耐震改修工事を断念し、入居者に対して改修工事断念の経緯の説明並びに住み替えの話し合いを実施。
- 2年間の話し合いの結果、7戸を除く入居者は住み替えを了解。
- 残った7戸に対して更新拒絶通知。
- 残った7戸が退去しないので、明渡訴訟を提起。
- なお、入居者の住み替えにあたり、移転先住宅の家賃を10年間20パーセント減額、移転費用として40万2,000円の支払い、退去にあたっての原状回復義務の免除、敷金は同額という条件を提示している。

上記の経緯を前提に入居者の反論としては、耐震基準に見合うように改修工事ができるのだから、それをしないのは貸主としての修繕義務の不履行というもの。

これに対して貸主としては、修繕工事は不可能ではないが、可能な工事をすると日照、採光、通風、景観などの居住性能に悪影響が生じてしまい、賃貸住宅としての使用性能、価値が大幅に低下する。また、工事代金が高額で、家賃総額の約5年分になると反論。

上記の双方の主張を前提に、東京地方裁判所立川支部は以下の理由で更新拒絶の正当事由があると認定した。

まず、修繕義務について、

「民法の定める修繕義務は、賃貸借契約の締結時にもともと設備されているか、あるいは設備されているべきものとして契約の内容に取り込まれていた目的物の性状を基準として、その破損の為に使用収益に著しい支障が生じた場合に、賃貸人が賃貸借の目的物を使用収益に支障のな

い状態に回復すべき作為義務をいうのであって、契約締結時に予定されていた目的物以上のものに改善することを賃借人において要求できる権利まで含むものではない。」

として、現在の耐震基準に見合う改修義務は賃貸人にはないとした。

ただ、そうとしても、耐震基準を充足するよう努めることを建物所有者には求められていることから、本件建物を改修せず、除却することが妥当かの問題となるが、この点については貸主の主張を認め、工事費用の点、改修工事をしたときの建物の居住性の悪化の点などを理由として、除却は正当とした。

そのうえで、貸主による代償措置も評価できるとして、

「除却という判断は、居住者に対し必然的に本件号棟からの立退きを余儀なくするものであるから、相応の代償措置を講ずることによって、更新拒絶による明渡請求について正当事由が補完されるものと言える。」

とした。(東京地方裁判所立川支部 平成 25 年 3 月 28 日判決、判例時報 2201 号 80 ページ以下参照。本件は控訴されている。)

## ■ 事例 2

- 建物は昭和 56 年に新築。
- 入居者は店舗として賃借中（入居は平成 6 年）。
- 平成 18 年に本件原告が本件建物を購入。
- 同年 3 月に更新したが、更新期間の満了月前の平成 19 年 5 月に契約終了に基づく明渡を貸主は提訴。
- 貸主によると、耐震診断の結果、補強は大規模となり費用も多大となるため建替えが推奨された。実際に改修費用より建替えが経済的合理性ありとのこと。立退き料は 2,156 万円です。
- これに対して借主は、①中途解約権は契約書にない。 ②建物は建築から 26 年しか経過していない。 ③立退き料が安く正当事由を補完するには不十分と反論。

以上を前提に東京地方裁判所は以下のように判断した。

- ①中途解約条項は契約書の中にはないが、今回の貸主の主張は「およそ賃貸借は以後一切やめるという意思表示」である。この主張を前提に本件訴訟が継続し、本来の期間満了を迎えることは更新拒絶の意思表示をしていると評価できるとし、本件では貸主による更新拒絶の正当事由の有無を判断することを必要とした。
- ②本件建物は現在の耐震基準を満たしていないが、建築後 28 年（平成 21 年時点）であることなどから建替えの必要を肯定できるところまでは達していない。
- ③立退き料の申し出はあるが、立退き料はそれ自体が正当事由を基礎付ける事由ではなく、正当事由を補完するにすぎない。
- ④貸主は入居者の存在を知らず、旧建物所有者から比較的低廉な価額で本件建物を取得し、取得後短期間のうちに立退きを迫るものであり、主として営利目的による。

以上のことから、本件の解約申入れに正当事由はないとした。(東京地方裁判所 平成 25 年 2 月 25 日判決、判例時報 2201 号 73 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は耐震基準についての二つの事例である。

理解しておくべきことは以下の各点であろう。

- ①現在の耐震基準については、これを満たすべき努力目標を法律は示しており、古い建物については、耐震基準は視野に入れておく必要がある。
- ②建物が崩壊した場合、改修工事などを全くしていないと貸主の責任が生じるケースがある。
- ③建物は必ず改修しなければならないかについては、改修工事の費用、建物の性能などによって、改修ではなく除却ということも認められる。
- ④ただし、その場合、③だけの理由で更新拒絶が認められるのではなく、入居者の移転先の確保や立退き料の提示ということがないと正当事由の充足はしない。
- ⑤いくら立退き料を提示しても、立退き料は正当事由を基礎付ける事由ではなく、補完事由にすぎない。

## 45. 賃貸借契約の終了について

(2017年8月号、No.221)

### ■ はじめに

今回は、賃貸借契約の終了についての説明をしたい。

J A職員などから賃貸借契約の終了についての質問を受けることがある。その質問内容を検討すると、民法や借地借家法の基礎的理解が十分でないと思われるケースがある。そこで、今回は賃貸借契約の終了に関しての説明をしたい。

### ■ 民法上の賃貸借契約

借地借家法や農地法の対象とならない賃貸借契約が対象となる。

農地の場合は法務局と裁判所の考えが異なっているが、地目が農地の場合は農地法の対象と考えた方がいい。借地借家法は建物所有目的の土地賃貸借（あるいは地上権設定契約）が借地であり、建物を借りる目的の賃貸借契約は、その目的が住居目的でも、事業用目的でも、建物を賃借する以上は借家である。

したがって、民法上の賃貸借の対象は駐車場契約、資材置場契約などが土地については対象となる。建物については借家になるので、後述の一時使用目的以外は民法の対象とはならないと考えた方がいい。

なお、資材置場目的のケースで、土地の一部に管理用の簡易建物を建てることがある。建物が土地に比べて小さく、簡易なものであれば、その建物に登記がなされていたとしても、土地に対して借地権が発生することはないと考えていい。適用する法律も民法ということになる。

民法の場合、賃貸借の期間の上限は20年であり、更新期間も20年である。期間については下限はないので、短い期間の土地賃貸借も有効である（改正民法では、上限は50年となった）。

期間満了の際の貸主による事前の通知義務は課されていない。期間満了のあと借主が目的物を使用収益とするときには、貸主が異議を述べないと同一の条件で更新したと推定されるだけである。そして、更新のあとは貸主はいつでも解約の申し入れが可能で、1年を経過することで契約は終了する。

ただし、以上のことと異なる特約があれば、その特約が原則として有効となる。

中途解約については、契約の中に解約権が認められているときに中途解約は可能となり、解約申し入れをすると1年の経過で終了する。これと異なる特約があるときは、その特約が有効となる。

### ■ 借家

建物を賃借する契約は借地借家法の対象となり、民法に優先して借地借家法の適用を受けることとなる。借家の場合の期間の上限はない。20年以上も可能となる。

また、期間の下限の規定はないが、1年未満のときは期間の定めのないものとなる。そして、条文の関係で貸主側からすると6ヶ月が事実上下限ということになる。

期間満了の場合、当事者双方は期間満了1年前から6ヶ月前までの間に更新拒絶または条件を変更しなければ更新しない旨の通知をしないと、従前と同一条件で更新したとみなされる（推定ではない）。ただし、特約がなければ更新後の期間は定めのないものとされる。

貸主からの更新拒絶には正当事由が必要であるが、借主からのときは不要である。

また、期間満了のあと借主が使用収益を継続しているときには、貸主は異議を述べる必要がある。

解約条項があるとき及び期間の定めがないときには、当事者は解約申し入れは可能であるが、貸主からのときは6ヶ月の経過で、借主からのときは3ヶ月の経過で終了となるが、貸主からのときには正当事由及び使用収益の継続に対する異議の申し入れの必要がある。

特約で解約申し入れから終了までの期間を変更することは可能であるが、借主に不利な内容は無効である。そのため、貸主からの解約期間を6ヶ月より短くしたりする特約は無効であるが、借主からの解約期間を3ヶ月より短くすることは有効となる。

定期借家の場合も期間の上限はないが、期間が1年以上のものにあつては、貸主は1年前から6ヶ月前までの間に期間満了の通知をする必要があり、これを怠ると、その通知から6ヶ月の経過をしないと終了とはならない。また、居住用物件で転勤などのため居住できなくなったときは、借主には法律で中途解約権が与えられており、解約権を行使すると1ヶ月の経過で終了となる。この期間を長くすることは借主の不利となり無効である。

一時使用目的のときは民法の対象となるが、一時使用目的が客観的である必要がある。例えば、建て替えのために借家をするなどのケースであり、契約書に一時使用と書いただけでは一時使用となるとは限らない。

## ■ 借地

借地の期間は当初は30年（これ以上の期間は有効）、更新の第1回は20年、その次から10年（これ以上の期間は有効）と決められており、これより短い期間を決めても効力はない（前記の期間とされてしまう。）。

更新については建物があれば、借地人には更新請求権があり、貸主が異議を述べても正当事由がないと認められない。

中途解約条項を設けることは、借主による場合は有効であるが、貸主による場合は効力が原則として認められない。

また、期間満了で更新がないときには、借地人は貸主に対して建物買取請求権ができることとなっている。

定期借地の場合には、定められた期間をもって契約は終了となる。もし、期間満了のあとも長年にわたって地代が支払われ、貸主もこれを受領していたようなときには、期間満了のあとに新たな普通借地権が設定されたとされる危険性があるので、終了時期を忘れない必要がある。

一時使用の借地の場合は民法の対象となるが、一時使用か否かは客観的な事由が存在していないと認められない。

以上が賃貸借の終了に関する基本的な知識である。

これらの理解を前提に、各ケースに対応されたいと考える。

## 46. 普通借家の期間の終了について

(2016年9月号、No.210)

### ■ はじめに

今回は、以前に相談のあった事案について説明したいと思う。

### ■ 事案

- AはBに建物を賃貸している。
- 期間は2年間、現在まで4回更新している。
- 4回目の更新のとき、貸主Aは借主Bに建物がかなり古くなってきたので、そろそろ退去を考えて欲しいと要請。
- 借主Bは建物で飲食業をしていたが、売上が伸び悩んでいたこともあり、すぐに退去することはできないが、少し先の期日なら退去はできると回答。そこで、AB協議をし、次回の更新契約の期間が満了したら契約は終了し、Bが退去することとし、この旨を仲介業者に相談。
- 業者は今までAB間の賃貸借契約や更新契約書を作成していた。
- そして、今までの契約書の条文には、期間は2年間。ただし、双方協議で更新ができる。その場合、BはAに新家賃1ヶ月分を更新料として支払うとの記載をしていた。
- しかし、今回は期間は2年間とし、期間の延長はしない旨を明示し、更新料の文言を削除、そして、特約条項の欄には、建物老朽化のため、期間満了の日をもって本契約は終了とする旨を明記。
- その後、BはAから来客用に借りていた隣地の駐車場契約の解約の申し入れ書をAに提出した。また、顔見知りのお客には閉店する旨を告げていた。
- ところが、2年の期間の満了前ころ、借主Bの代理人の弁護士から、AB間の契約は終了しないこととする旨の通知が届く。
- Bの考えが変わった理由はわからないが、閉店する旨を告げていたことから、お客が増えて売上げが伸びたか、あるいは転居先が見つからないかなどのが推測できる。

### ■ 双方当事者の主張

借主Bの主張は、AB間の契約を2年間で終了させるというのであれば、AB間で定期借家契約を締結するべきであり、これをしていない以上、契約書に期間の延長をしない旨を明示しても効力はない、というものである。

① 契約書に期間の延長はしない、つまり、更新はしないと記載しても効力はない。

この点、借地借家法26条などは建物賃貸借契約については、正当な理由がなければ更新拒絶はできないとしており、これに反する特約で借主に不利なものは無効と同法30条は規定する。

本件では契約書に更新のないことを書いてあったとしても、この法 30 条との関係で効力はない。

② 本件は定期借家契約になっていない。

期間満了で契約を終了させなければ定期借家契約を締結すべきであるのに、本件ではこの契約になっていない。最高裁も同じような考え方ははずである。また、居住用物件について普通借家契約を終了させて、同一建物について定期借家契約をすることは当面の間は禁止されているが、本件は業務用なのだから、定期借家契約に切り替えることはできた。

以上のような主張である。

これに対して当方の考えは以下のような内容である。

① たしかに更新を否定する特約については、借家人に不利なので、法 30 条との関係と無効との考え方もあろう。しかし、本件は AB 了解のもとで更新しないとしたのだから、更新しない文言が借主の不利とは言えない。また、借主は自分の考えで更新しない申入れも可能なのであり、この点から考えても借主 B の同意があれば更新をしない特約も有効である。

さらに、2 年後の期間満了のときをもって、AB 合意のうえで賃貸借契約を解除するとの解除予約が更新時に成立していたと考えることができる。

② 借主側が主張している最高裁の判断は、はじめての契約のときの特約条項に期間満了をもって契約が終了し、更新がないとしているケースであり、本件のように何度も更新しているケースとは前提を異にしている。

借主側の考え方を前提にすると、普通借家契約を締結している場合、これを期間満了で終了させるためには定期借家契約を必ず締結せよということになる。

しかし、当事者間の考えは、次回の期間満了日をもって契約を終了させるというだけであり、定期借家にするなどの考えはないはずである。

さらに、相手の考えを前提とすると、居住用の物件について普通借家契約を締結している場合、施行規則で当面は定期借家契約の締結は認めないとしているのだから、普通借家契約の場合、期間満了で契約を終了させることができないことになる。

以上のような主張である。

本件については、一度、貸主から調停を申立てたが、都合で取下げしており、現在、双方で主張が対立したままの状態、B が建物を使用している。

## ■ 注意点

本件のような場合、定期借家契約にしておけば何ら問題はなかった。

しかし、当事者間では次回の期間満了日をもって契約は終了すると考えているだけであり、定期借家契約にするケースは少ないかも知れない。

この場合、少なくとも、契約書の中には、どうして次回の満了日をもって終了するかを明示しておくべきであろう。本件も「老朽化」と記載されている。

そして、できれば借主から、次回の期間満了日をもって終了とされたい旨の文書を提出させておくこと、さらに、次回の期間満了日をもって契約は合意解約により終了する旨を明示しておくことが大切であろう。

本件は途中で借主Bが背信的な態度をとり、トラブルに発展している。本件のように期間満了をもって終了することに何の問題もないケースも多くあると思う。

しかし、本件のようなBの裏切りの行動も頭の中に入れて、しっかりとした文書を作成することが大切と考える。



## 47. 借主の退去原因をつかった者への請求

(2014年3月号、No.180)

### ■ 事案

A号室、B号室のあるマンションは、都内の高級マンションと言われるもので、A号室については貸主X社がA社との間で期間3年の定期建物質貸借契約を締結していた。A号室には甲が入居中であった。

B号室は貸主CがB社に賃貸しており、Yが入居していた。このマンションでは小動物を除く動物の飼育は禁止されていた。

ところが、B号室の貸主Cは、B号室を賃貸するにあたり、ドーベルマン1匹の飼育を許可していた。そのため、B号室の入居者Yはドーベルマンを飼育していた。

平成23年5月21日、Yの子供が犬を散歩させようと部屋を出たところ、マンション内の共用部分にいたA号室の入居者甲（正確には甲の家族）に咬みつき、甲は負傷した。

その後、甲は本件現場を通るたびに事故を思い出すことから、甲は転居することとなり、借主A社より貸主X社に対して、XA間の定期建物質貸借を解約する旨を通知し、協議のうえ、同年6月末日をもってA号室を明渡すことになった。

なお、契約では、借主からの中途解約は2ヶ月前予告であるが、事案から考えて、Xは、2ヶ月分の解約違約金をA社には請求しないこととした。

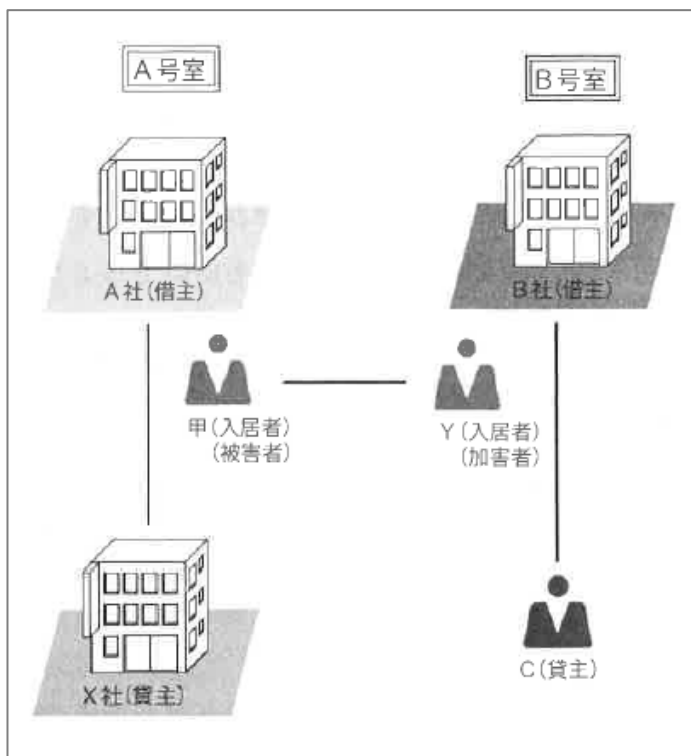
XA間の契約は平成22年9月から3年間であり、賃料は月額175万円である。

Xは、A号室が中途解約となり空室となったことから、入居者YとB号室の借主Bに対して、甲の退去日の翌日である平成23年7月1日から期間満了日までの賃料合計額と期間満了までの電気料等の総額の支払いを求めた。

これに対して、Yらは、Xの損害はA号室の賃料請求権を侵害したというものだが、その責任をYが負うためにはYの故意責任が必要となり、本件Yには故意はない。また、XA間の契約では、借主Aに中途解約権があるから、空室のリスクはもともと存在していた。さらに、本件の甲が退去するか否かは甲の問題であり、犬の咬傷事故と因果関係はないと反論した。

双方の主張に対して、第一審の東京地方裁判所は以下のような考えを示した。

まず損害についての一般的な考え方として、不法行為の被害者と損害賠償を求める者とが別である場合、両者が経済的に一体関係にある場合以外は不法行為の加害行為と損害を求める者の損



害との間に因果関係はないとした。ただし、被害者の損害を、賠償を求める者が肩代わりしたようなときは請求可能とした。

そこで、本件の場合、犬の咬傷事故の被害者は甲であり、X社はA社に対して賃料請求権を有していただけである。したがって、Yの加害行為とX社の賃料損害とは借主Aを介しての再間接損害にすぎず、X社と甲は一体ではないことから、Yの犬が甲を咬傷したという加害行為とXの賃料損害との間に因果関係はない。また、同様に電気料等も請求できない。ただし、中途解約金については、A社は本来Xに支払うべきものであり、A社が支払った場合、A社はYに請求できる損害賠償金であったことから、X社がこれを免除したことはX社が損害を肩代わりしたこととなり、この部分はYに請求可能とした。なお、B号室の借主B社に対しては、貸主から飼育許可があったことから責任はないとした。

この判決に対してXが控訴した。

## ■ 判決

Xの控訴に対して、犬の飼育禁止に関して東京高等裁判所は以下のような判断を示した。

「本件マンションの居住者はこの禁止規定に違反してはならず、これに違反して動物を飼育する場合には、本件マンションの居住者その他の関係者の生命、身体、財産の安全等を損なうことがないように万全の注意を払う必要があり、飼育する動物が専有部分や共用部分の一部を毀損するなど、財産的価値を損なう行為をして専有部分の区分所有者その他の権利者が有する財産上の利益を侵害したときは、民法 718 条 1 項による損害賠償責任を負うほか、上記注意義務に違反したと認められるときは、同法 709 条による損害賠償責任も免れず、いずれにしても、専有部分の区分所有者その他の権利者が財産上の利益に関して受けた損害を賠償する責任があるというべきである。」

とした。

そして、本件のような咬傷事故などで入居者が退去したときは、区分所有者その他関係者の生命、身体、財産の安全を確保して快適な生活環境を保持するという共同の利益が侵害されたことになるとした。そのうえで、

「賃貸借契約解約に伴い次の賃貸借契約が締結されるまでの間、通常生じ得る空白期間だけでなく、その影響が更に及び、次の賃貸借契約が締結されるまで相当の期間を要することとなり得ることを否定することはできないから、飼育する動物が専有部分や共用部分の一部を毀損するなど、財産的価値を損なう行為をして専有部分の区分所有者その他の権利者が有する財産上の利益を侵害したときと同様に、相当因果関係が認められる範囲で損害を賠償する責任があるというべきである。」

とした。

そして、貸主Xは咬傷事件の直接の被害者であるとした。

そのうえで、Xの損害としては、解約違約金相当額のほか、空室期間の賃料相当額も損害とした（ただし、本件では9ヶ月間のみ）。

なお、B社については、民法 718 条の動物の占有者ではなく、B号室について貸主Cからドーベルマンの飼育を許可されていたことなどから、民法 709 条の責任はないとした。

（第1審：東京地方裁判所平成 25 年 5 月 14 日判決、判例時報 2197 号 49 ページ以下参照。控訴審：東京高等裁判所平成 25 年 10 月 10 日判決、判例時報 2205 号 50 ページ以下参照）

## ■ コメント

本件は、俳優夫婦が飼育していた犬が、別の部屋の入居者に咬みつき、けがをさせたことから、咬みつかれた入居者が退去し、空室となったことから、部屋の貸主が得られたであろう賃料の賠償を、当該夫婦とその夫婦に部屋を転貸した者と共に請求をした事案である。

咬傷事件の被害者は本件甲であり、今回、賠償を求めたのはXということで、事件の被害者ではない者の請求がどこまで認められるかが法律上の争点となったケースである。

第1審は、Xの権利侵害はAに対する賃料請求権が対象であって、本件咬傷事件から直接の権利侵害はなされていないとした。

しかし、控訴審では、犬の飼育禁止の趣旨は、マンションの権利者その他の関係者の生命、身体、財産の安全を確保して、快適な居住環境を守ることにあるとし、咬傷事件が原因で空室となったことは、マンションの区分所有者の財産上の利益を侵害したことと同様であるとしている。

本件は、法的には、いろいろと議論が出るケースと思うが、本件は控訴審で確定しており、建物の貸主にとっては、入居者の不法行為による空室が生じた場合に参考となる事案と考える。

## 2. 借地

### (1) 事業用定期借地

#### 48. 共同での土地賃貸借について

(2022年7月号、No.279)

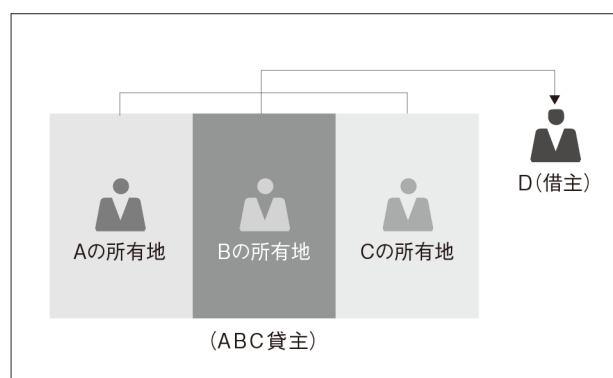
#### ■はじめに

今回は適当な裁判例がないので、土地を共同で貸す場合の法律関係について整理してみたい。

#### ■各人の土地を共同で貸すケース

まず、例題としてABCの三名が各自所有する土地をDに貸すケースから考えたい。

ABCの土地が互いに隣接し、その土地をDが事業用定期借地で借りて、ショッピングセンターとして建物を建てるなどのケースである。



#### ①ABC三人で貸すことの決定方法

ABCは各人が所有する土地であるから、各自が隣接所有者と一緒にDに貸すことにするか否かを決めればよいことで、貸すことについての強制はない。

ただし、ABC三名で貸すと決めた場合、Dの建物は自分の所有地の上に存在するのか、駐車場として使用されるだけなのか、地代は各所有者ごとにちがうのか否か、決められた地代はどのような方法で入金されるのか（DがABC各自に各自の分を支払うのか、誰かに一括して支払って、そののち各自にその者から各自の分が支払われるのか）などを事前に確認することになる。

今回の例題はABCの三名だが、これが「〇〇地主会」と称する団体を結成し、その団体の名前で契約を締結し、その団体の名前の口座に地代等を入金してもらうこともある。

民法には「組合」の規定がある。組合とは「数人の者が、互いに協力して共同の目的を遂行するために成立する結合体、すなわち広い意味での団体の一種である。」（我妻栄、民法講義V3、債権各論中巻二、p745以下）とされており、民法667条は「組合契約は、各当事者が出資をして共同の事案を営むことを約することによって、その効力を生ずる」「出資は、労務をその目的とすることができる」と規定している。

そこで、多くの土地所有者がD社に共同して貸すために結成した団体が、民法上の組合と言えるかの問題であるが、一般的には民法上の組合と言えるケースが少ないと考える。

理由としては、組合成立のためには、前述のように「出資」をする必要があるが、各所有者は自分の土地を「出資」するとは考えていないこと、賃貸に関する意思決定は民法では「組合員の過半数」で決定するが一般的なケースでは、全員の同意を取りつけていることなどによる。

そのため、「〇〇組合」と称していても、それは貸主の団体であり、民法上の組合ではない。したがって、本来は「〇〇組合」が貸主として記載されることは法的にはおかしいことになるが、その契約を介して、各自がD社に貸していることを了解したと評価できる。

## ②契約条件の変更方法

ABC三名で協議をし、それをD社と交渉するのが一般的である。

ABCの考え方の合致がないときは、AD、BD、CDと個別で決めることもできるが、こういう場合にはDが変更内容に同意してくれないと思う。

## ③解除方法

理論上は、ABCはDと個別に契約していることから、各契約の解除は個別に考えればいい、しかし、それでは貸主も借主も困ることが生じる可能性があるため、通常は各契約の特約として、ABCは一緒でないと契約は解除しないとか、DはABC三名に対して一緒でないと解除できないなどの条項を入れることになる。

## ④地代支払方法

個別契約であるから、各自がDに支払を求めるか、ABCの合意とDの了解があれば、代表者や「〇〇組合」が一括支払を求めることになる。

## ■共有の土地を共同して貸すケース

ABCの共有地をDに貸すケースである。

### ①ABC三名で貸すことの決定方法

土地を貸すことは、例題のケースでは借地権の設定であるから、共有物の処分行為となり、ABC三名の同意が必要である。

これが駐車場として貸すという場合には、短期間であれば共有物の管理行為として、持分の価額の過半数で決することになる。

今回の民法改正では「5年を超えない土地の賃借権」については持分の価額の過半数で決定できることが明示されている（借地権は最短期間が30年なので、処分行為としてABC全員の同意が必要）。

### ②地代の請求方法

ABC三名が共有地をDに貸すのであるが、ABCの有する賃料請求権は可分債権なので、持分に応じて各人がDに請求できるのが原則である。ただし、一般的には地代の請求方法については、契約の中で取り決めることになり、それに従って処理される。



### ③地代の支払方法

これもABCが各自持分に応じて請求できることから、Dはそれに従って支払うことになるが、この点も契約の中で処理されているのが通常である。

### ④解除方法

解除するか否かについては、借地契約のときは処分行為なのでABC三名の同意が必要である。そのうえで、Dに対する解除行為はABC三名から行うことになる。

もし、ABCのうちCが反対の考えのときは解除できない。ただし、解除についての特約があれば、それに従うことになる。

### ⑤契約条件の変更

ABCのうちAのみが地代値上げに反対しているような場合、BCのみで値上げ請求が可能かの問題がある。

過去の下級審の裁判例では、AB二名が共有（持分同じ）の場合の家賃について、Aのみが単独で家賃増額請求をしたケースで、裁判所は、家賃の値上げはA単独ではできないとした。これは家賃の値上げは共有物の保存行為か否かが争われ、裁判所はこれを否定したが、管理行為なのか、処分行為なのかは明確にしてはいない。

値上げ自体は管理行為として、共有持分の価額の過半数の決定でいいとは思いますが、今後の裁判所の考え方に注意していきたい。

## 49. 事業用定期借地契約の終了時の対応

(2011年7月号、No.148)

### ■ 事案

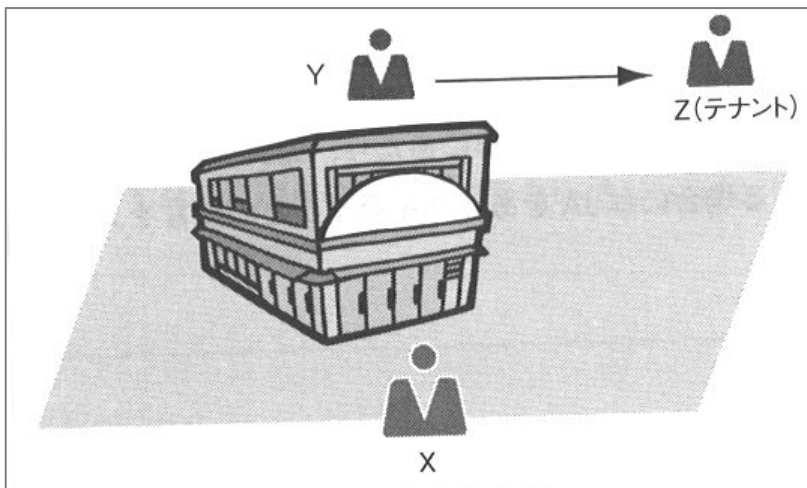
1. 今回は適当な判例が無いので、事業用定期借地契約の終了のときの貸主側の注意点についてコメントしたい。

土地所有者で貸主をX、借地権者をY、借地上の建物の借主(テナント)をZとして説明する。

借地契約が終了するケースとしては、①期間満了の場合、②

契約当事者の債務不履行による解除の場合、③中途解除条項によって中途解約された場合、④震災や災害によって土地が消失等した場合が考えられる。

④の場合には、契約当事者の過失が無いケースがほとんどと思われるが、賃借の対象土地が消失したのだから、契約自体も消滅するものと考えられる。そして、その後は、契約条項によって金銭の精算等を契約条項に従って処理することになる。



2. 次に期間満了のケースであるが、定期借地契約であるので期間満了によって契約は満了し、更新の問題は生じない。

期間満了により契約は終了するので、以後は契約条項に従って契約関係の清算処理となる。すなわち、借主は建物を収去して土地を原状回復したうえで土地を貸主に返還する。貸主は保管している敷金(保証金)の清算をする。

ただ、この場合に注意する点は、借主の原状回復をどこまでさせるのかや、保証金の返還は可能かである。

前者の場合、もともと農地を借主が造成して駐車場にしていた場合に農地に戻すのかであるが、ほとんどの場合は、現況の駐車場等、農地でない状態で返還しているものと考えられる。この場合に地主にどんな課税が生じるかは事前に税理士等と協議しておく必要がある。

後者の場合、保証金を消費してしまっている場合で実際に保証金を返せないというケースである。契約条項にもよるが、保証金返還と土地の返還とが同時履行となっているケースも多く、保証金を返せないと土地も戻らないことになる。

さらに問題なのが、共同で貸したため保証金を各人が保管していた場合に、その中のひとりでも保証金を返還できないと、土地の全部の返還ができなくなる可能性が高いことである。

共同で貸す場合、契約は共同で一体として貸すことになるケースが多く、借主による土地の一部解除を認めないために貸主全員からでないと契約は解除しないと、借主も貸主全員を相

手にしないと解除できないとしている。したがって、貸主のひとりが保証金を返還できないと、借主は土地の明渡しを拒むことになる。

このような場合に備えて保証金の管理をしっかりとする必要があるが、なかなか徹底できない。また、借地人が建物を収去しない場合、全員で協力して明渡訴訟が提起できるかも考えなければならない問題である。

自分の土地は駐車場である場合に、他人の土地の上の建物の収去を求める裁判にどのくらい協力してくれるのかの問題であり、共同貸主相互の人的な信頼は不可欠となる。

- 次に、期間満了の場合、再契約を借主が希望する場合であるが、この場合は新たに公正証書を作成する必要がある。そして、その際に検討すべきは、地代、期間、保証金ということになる。

ただ、問題として貸主側に相続が発生しているときに土地の相続人の確定ができないと、なかなか貸しづらくなる。この場合、共同相続人間で再契約する合意ができればいいが、相続人の所在が不明であったり、相続人の中に土地を売却したいと考える人がいたりすると再契約は難しいことになる。

さらに、共同で貸している場合には、各人の事情が違うため、さらに意見の調整が大変となる。土地の売却を希望している者がいる場合には、他の貸主や相続人がその権利を取得しているケースが多いようである。

- 契約が債務不履行で解除された場合、一般的には借主の地代未払いによる解除のケースであるが、貸主が解除したあとは契約条項に従って建物収去土地明渡しを求めるとともに保証金の没収等の清算処理となる。ただ、借主の地代未払いのケースは借主の破産や民事再生に至ることが多い。

理論的には、借主は借家人であるテナントを退去させて建物収去をするのであるが、その資力が無いケースがほとんどであり、貸主が借主の同意のもと、あるいは管財人の財団放棄許可を前提に貸主の費用で建物を収去していくこともある。

このような場合、もし、管財人あるいは破産前なら借主より新しい借地人への建物の譲渡の要望がなされたときは、その内容の検討をすることも必要である。

もし、適当な借地人に権利が引き継がれるのであれば、建物収去の費用を貸主が負担しなくても済むことも考えられるからである。

通常は、建物所有権の譲渡を前提に新建物所有者との間で契約をすることになり、その時点で事業用定期借地とするか、普通の借地契約とするか、地代をどうするか、保証金をどうするかなどの協議をすることになる。

- なお、期間が満了していたのに当事者が失念をして、現状の状態が長く継続していた場合であるが、理論的には契約は終了しており、借主の地代支払いは不法占拠による地代相当損害金の支払いと評価されるものとする。

この点、定期借家契約も同様のケースが考えられるが、東京地方裁判所の判決では、期間満了で定期借家契約は終了となるとしているが、ケースによっては黙示的に普通借家契約が締結されたと解釈できることもあると述べている。



事案は違うが、何年もの間放置していると、同様に普通借地契約を締結したと解釈されてしまうケースもあると思われるので注意が必要である。

## (2) 普通借地契約

### 50. 更新されていない借地借家契約

(2019年7月号、No.244)

#### ■ はじめに

今回は適当な判例がないので、表題のケースの説明をする。

最近、更新処理をしていない借地借家の契約、あるいは古くから借地人がいるが、契約書が見当たらない契約などの相談が多くある。

相続に関連して、契約関係の確認をしようとされているものと推察する。

相続問題を考えるにあたっては、自分の財産を正しく把握することが必要不可欠である。

そして、他人に利用させている物件については、次の代に問題を残さないために、自分の代で契約関係の確認などをしておくことが大切となる。

J Aの関係者からの相談は、相続に関連して契約書や契約内容の確認をしようとするもので、今後も不明確な契約をなくすよう J A職員は組合員に呼びかける必要がある。

#### ■ 借地契約

##### 1. 更新をしていない契約について

相談を受けていると、和紙で作成された借地契約書を持参される方がいる。平成4年8月1日より前に締結した借地契約書である。

しかし、内容はすでに期間満了日が到来していたり、旧借地法との関係で認められない期間が明示されているものもある。

まず、旧借地法では堅固な建物については30年以上、非堅固な建物については20年以上の存続期間を定めれば、その期間が契約期間となる。もし、期間を定めていないときは、堅固な建物のときは60年、非堅固な建物のときは30年とされ、この期間より前に建物が朽廃したときは、その時に借地権は消滅する。建物の朽廃については、どんなに古くても建物を使用していれば、裁判所は朽廃と認定することはないとされていた。そして、更新については、堅固な建物は30年、非堅固な建物は20年とされ、これ以上の期間を定めたときはその期間とされていた。以後の更新も同様である。

したがって、古い契約書に期間が記載されており、更新期間の定めがないときは、この旧借地法の定めに従って、期間満了から更新期間を計算し、現在が何回目の更新で、更新満了日まではあと何年と計算すればよいということになる。そのうえで、当事者間で話し合い、契約期間の合意をしてもいいし、合意ができなければ、前述の期間を計算して契約書の期間（始期と終期）を記載すればいいことになる。

なお、契約日であるが、契約書作成の日で構わないが、特約条項などを設け、更新契約書が作成されていないので、期間を明確にするため本日作成した旨を記載すれば十分である。

## 2. 期間に問題があるケースについて

次に、期間の記載があってもその期間が無効となる契約書がある。古い契約書には、建物所有目的の土地賃貸借契約（つまり借地契約）なのに期間を10年としたり、3年としたりしている事案がある。

旧借地法も現借地借家法も同じであるが、前述の期間より短い契約期間は効力がなく、この場合、堅固は60年、非堅固は30年とされてしまうので注意が必要である。

現行の借地借家法では、建物が堅固か非堅固かで区別されておらず、契約期間は30年（これより長期間は有効）、はじめの更新は20年（これより長期間は有効）、次の更新は10年（これより長い期間は有効）で、以後も同様とされている。

そのため、はじめの期間を10年としても、30年とされてしまうので、この期間を前提に、現在は何回目の更新で期間はいつからいつまでとされるのである。（因みに、現行の借地借家法は平成4年8月1日以降の契約から適用され、それ以前のは更新が前記日時よりあとも旧借地法の対象となる。）

## ■ 借家契約

### 1. 更新されていない契約書

契約書の更新がないとしても、法定更新あるいは黙示の合意更新の場合とされるケースがほとんどである。

借家契約の場合、契約書に期間の定めがないと、借家契約は期間の定めのない契約となる。この場合、借主は特約がなければ3ヶ月前、貸主は同様に6ヶ月前に解約の申し入れが可能となる。但し、貸主による申し入れには正当事由が必要となる。

借地契約とちがい、期間を決めていないときに、期間が法律で定められているわけではない。もし、期間が明示されていても、期間が満了したあとも借家人が使用を継続するときは、法定更新あるいは黙示の合意更新となる。この場合、契約書に更新期間が定められているときはその期間となるが、更新期間の明示がないときは、期間の定めのない契約として更新され、以後の処理は前述に従うこととなる。そのため、借家契約にあっては更新後の期間を明示しておく必要がある。

### 2. 期間に問題のあるケース

せつかく期間を明示しても意味のないケースがある。具体的には、期間を6ヶ月とか、3ヶ月とか記載しているケースである。

旧借家法も同じであるが、1年未満の期間を定めても、期間の定めのない契約とみなされている。そのため、期間を1年未満としないことが大切となる。もし、1年未満と記載しているが当事者間では契約を維持したいときは、法的には期間の定めのない契約として存続することになるので、こういうケースでは協議をして期間を決めておくことが多い。どうしても1年未満でしたいのなら、現行法を前提とすると定期借家契約にしておく必要がある。

また、客観的な理由から一時的に使用したいというのであれば、一時使用目的の借家契約としておく必要がある。一時使用目的であれば民法と同様の考えでいいので、1年未満の期間も有効となる。ただ、借地のケースもそうであるが、一時使用目的は客観的な根拠が必要で、単に契約書に一時使用目的と書くだけでは足りない。建て替えのためとか相当な理由が必要であり、借主より、その理由を書面で提出させることが望ましい。

## ■ まとめ

古い契約については、できるだけ早期に現況に合ったものにしたい。賃料がちがうこともあるし、当事者が相続で変更していることもある。借主と建物所有者が同一でない事態は避けたいものである。

### (3) 使用貸借

## 51. 土地使用貸借と信頼関係不存在による解除

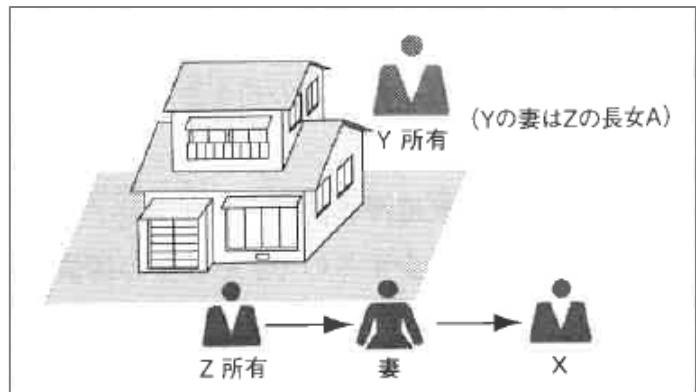
(2011年10月号、No.151)

### ■ 事案

Zは本件土地の所有者であり、Aは、Zと妻との間の長女である。

YはZの長女Aと昭和38年に結婚したが、子供はいない。

平成元年にZはYにZ所有の本件土地を貸し、Yは本件土地の上にY名義の建物を建築した。



本件建物をYが建築したのは、ZやZの妻が高齢であり、この二人の生活を長女夫婦であるYとAが援助することが基本的な目的であった。

Yが本件建物を建築するにあたっては、ZとYとの間に土地使用の対価である賃料の支払いの約束はなされていない。

その後、平成2年にZが死亡し、Zの妻が本件土地を相続したが、平成12年1月にYの妻Aが死亡し、同年6月にZの妻も死亡したため、本件土地はZの三女のXが相続した。

ところで、Yは本件建物を建築した頃すでに不貞行為をしており、他の女性との間に子供をもうけていた。本件建物については、平成12年にYの妻が死亡した後もYが使用していたが、XはYの不貞行為を平成18年になって初めて知った。

そこで、XはYに対して信頼関係はなくなったとして、本件建物を収去して本件土地の明渡しを求めた。

### ■ 判決

上記のような事実関係を前提として、東京地方裁判所は以下のような判断を示した。

「民法597条2項は、使用貸借契約において、当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は契約に定めた目的に従い、使用収益が終わったときに返還をしなければならない(本文)、使用収益が終わる前であっても、使用収益をするのに足りる期間を経過したときは、貸主は、直ちに返還を請求することができる(ただし書)と規定しているところ、ここにいう使用収益の目的とは、建物所有目的といった一般的抽象的な使用収益の態様・方法を意味するのではなく、当事者が当該契約を締結することによって実現しようとした個別具体的な動機または目的を意味するものであり、また、前記ただし書は、契約の基礎または前提となった当事者間の信頼関係が破壊されるなどして、貸主が借主に対して目的を無償で使用させるべき実質的理由が欠けるに至ったような場合にも類推適用されると解される。」とした。

そして、本件では、Yは不貞行為を秘したまま本件土地を使用し、しかも、他の女性との間にできた子を留学生だなどと虚偽の事実をXに述べるなどしたのだから、Xは民法 597 条 2 項ただし書の類推適用によって、Yとの間の使用貸借契約を解除することができると判断した。(東京地方裁判所 平成 23 年 5 月 26 日判決、判例時報 2119 号 54 ページ以下参照。本件は控訴されている。)

## ■ コメント

結婚を前提に、夫婦のどちらかの実家の土地や建物を無償で使用するケースは多い。

本件も、Yの妻の実父Zの土地にYが建物を建てていたケースであり、Yは妻の死亡の前後に不貞行為をし、相続人で妻の妹に対して虚偽の事実を述べていたというケースである。

妻の父の土地に夫名義の建物を建てる場合には、無償であることから使用貸借契約が存在していることになる。問題は、夫婦にトラブルが生じた場合、その建物の存続がどうなるかである。

この点、判決は民法 597 条 2 項の検討をしている。この条文の内容は判決の中に明記されているとおりであり、返還時期を定めていない場合には、契約の目的を達成すれば返還をするが、目的達成前でも、使用収益の目的をするのに足りる期間を経過すれば目的物を返還しなければならないとされている。

本件のように、娘の夫婦が居住する建物を娘の夫名義で建てる場合、娘夫婦の使用が前提であることから、夫婦が離婚した場合には、娘の親から建物収去土地明渡を求めることになる。

本件は娘の夫に問題があり、土地所有者との信頼関係が破壊された原因が夫側にあるときには、土地の明渡しを求めることを可能としたわけである。

ところで、同様の判決は他にもあるので紹介しておく。

娘夫婦の居住目的で娘の父が所有する建物に居住させていたところ、夫婦が離婚となり、その後、夫から父に、娘である前妻の妄言を述べていたケースで、父が夫に対する建物明渡が認められている。その条文の根拠は、本件と同様に民法 597 条 2 項ただし書である。

また、妻の父の土地に夫が建物を建築したのち、父が死亡したため妻が土地を相続したものの、夫婦の関係は完全に破壊しており夫婦が建物に同居する可能性がない場合に、夫婦の離婚前であっても、土地所有者である妻は夫に対して建物収去土地明渡しを求めることができるとしたケースなど、色々なケースが判例では存在している。

基本は、夫婦の関係、そして土地や建物の所有者との関係に信頼関係があるかが問題とされ、問題があると使用貸借の終了の方向での判断が下されているようである。

J Aの組合員は土地を保有しているので、娘夫婦のことで本件と似たケースもあると思うので参考にされたい。なお、地代や家賃をもらっている場合は賃貸借契約となるので、本件と同様とはならない。

原則的には、賃料未払いによる解除になるか、借主として貸主との間の信頼関係を破壊するような場合には解除の可能性も否定できないが、賃料の支払いがある以上、その解除の可能性は本件のようなケースに比べて小さくなるものとする。

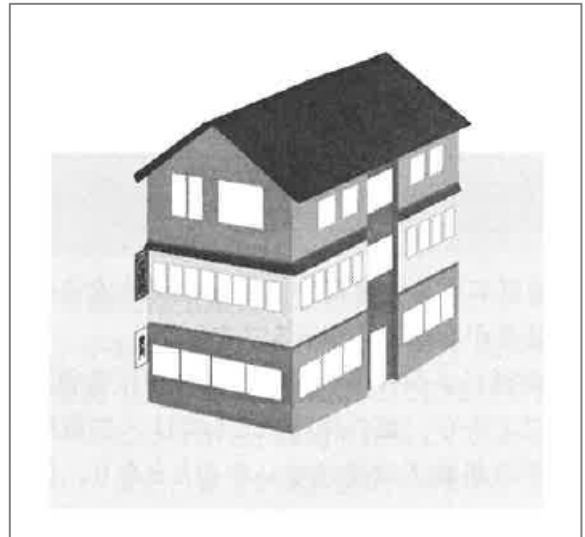
なお、民法改正では、597 条 2 項の条文は従前のままであるが、同項ただし書部分は 598 条 1 項となり、解除事由とされている。

## 52. 使用貸借における借主の死亡

(2016年6月号、No.207)

### ■ 事案

- Aは本件土地建物の所有者である。
- Aには亡妻Bとの間に子供がいて、三男DはYと結婚している。
- Aは妻Bが死亡したのちXと再婚している。
- 本件建物は3階建てであり、1階と2階とを利用してAは焼き肉店を営み、3階は、Xと再婚後は居住スペースになっていた。
- その後、焼き肉店を縮小し、1階のみを店舗としていた（2階は空室状態）。
- 三男Dは別のところで、そば屋を開業していた。
- 平成8年ころ、A名義で4,500万円を金融機関から借入れをし、本件建物を改装。三男Dは2階にそば屋を開業した（Dの妻Yも一緒に働いている）。
- Aの借入れにあたっては、三男Dが連帯保証人となり、その返済はDがすることとなった。
- そのため、そのころAはDに対して、Aの借入をDが負担する代償として、Dのそば屋がある2階部分をAからDが無償で借りるという約束をした。
- Aは平成14年ころ、1階の焼肉店を閉店。1階と居住スペースの3階とを第三者に賃貸した。
- Aは平成19年に死亡。
- DはAの借入れを平成20年ころに完済したが、平成25年に死亡した。
- Aの死亡のあと、Aが平成10年に遺言書を作成していることが判明。その内容は本件土地建物をすべて再婚相手のXに相続させる内容であった。
- そこで、Xは2階部分の店舗については、Dが平成25年に死亡したことから、借主死亡による2階部分の使用貸借契約が終了したとして、Dの妻であり、そば屋を営んでいたYに対して、2階部分の明渡しを求めた。
- Yがこれを拒否したため、XがYに対して2階部分の明渡しを求める訴えを提起した。
- Xの主張は、AD間の使用貸借はAの死亡により、貸主の地位は建物の相続人であるXが相続している。そして、借主Dは死亡したのだから、借主死亡は民法上、使用貸借の終了事由である。したがって、2階部分の占有権限はDの死亡により消滅し、現在、同部分を占有しているYは不法占有状態なのだから、明渡義務があるというものである。
- これに対してYの反論は、AD間の使用貸借は借主Dの死亡によっては終了しない内容であるというものである。



具体的には以下のとおり。

- 民法 599 条は借主死亡を使用貸借の終了事由と明記している。しかし、これは個人的な人間関係にもとづいて借主一代限りの使用を認めるというようなケースが前提である。したがって、特段の事情があって、借主の死亡があっても建物の使用収益に必要な期間が経過したと認められないようなときは、借主が死亡しても契約は終了しない。
- 本件では、Dが2階に出店したのはAの勧めであったこと、Dは本件建物の改装費を実質的に負担しているが、その改装費は1階と3階を含めたものであったことなどからすると、Dが死亡したら終了とするとは、AもDも考えていないというものである。

## ■ 判決

XとYの双方の主張に対して、京都地裁は以下のような判断を示した。

まず、Aが生前、ローンの返済額や借入金額の総額を考えて、将来の家賃は不要と述べたことを認定した。そして、借入金によってAの店舗の設備や自宅の改装がなされていることなどを認定した。(なお、Aの借入金についてはDにおいて繰上げ返済もなされている。)

そのことから、「本件店舗部分の使用貸借は、単に父子の人間的な関係に基づく便宜の供与を超えた、経済的な利害得失を含むものであるといえるから、民法 599 条の適用を否定すべき特段の事情があるということが出来る。」と判断し、Xの明渡し請求を認めなかった。

(京都地方裁判所平成 27 年 5 月 15 日判決、判例時報 2207 号 81 ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。)

## ■ コメント

本件は使用貸借契約において、借主死亡の場合でも契約が終了しないケースか否かが争点となった事案である。

民法 599 条は「使用貸借は、借主の死亡によって、その効力を失う。」と規定し、借主の死亡が契約の終了事由とされている。(因みに賃貸借契約の借主の死亡は終了事由ではなく、賃借権の相続の問題となる。そのため、賃貸借契約の条項の中に契約終了事由のひとつとして、借主死亡を明示しても、原則として、その条項の効力はない。また、民法 599 条の内容は、改正民法では 597 条 3 項となっている。)

しかし、この条文は任意規定とされており、当事者間の合意で借主死亡を終了事由としないことも認められている。

本件の事案は、この合意があったか否か、あるいは、その合意と同様に扱うべき事案か否かが争われている。

判決によると、本来Dが負担する必要のないAの1階店舗部分と3階の居住部分を含めた改修費用を実質的にDが負担していること、2階の賃料とDが負担するA名義の借入金の金額の比較、Aの生前の発言などから、AD間の人的つながり以上に、AD間の経済的問題が関係していた事案だとして、Dの死亡では使用貸借は終了しないと考えるべきだとしている。

本件のように父子間などで、父親所有の建物を子供が無償で使用しているケースはある。契約関係としては使用貸借になるので、借主死亡の場合、本件と同様のトラブルになる可能性がある。



借主側の相続になった場合、契約関係のトラブルになる可能性があるのであれば、借主死亡を終了事由とするか否かを契約書の中に明らかにしておくことも必要ということであろう。

なお、使用貸借は無償で使用するものであるが、この無償は使用の対価を支払わないということであり、対価としているのなら、金額が低くても賃貸借とされる危険性がある。この点、使用している物の固定資産税を借主が支払っていても、その趣旨が謝礼の意味であれば使用貸借と認定されることが多いが、「税金相当額を賃料として支払う」としてしまうと、賃貸借ではないかのトラブルになる。

また、使用貸借の借用物の返還時期として、民法 597 条は以下の趣旨を規定している。

①借主は定めた時期に返還をするべきこと。

②返還時期を定めていないときは、契約の目的に従い使用収益が終わったときに返還すること。  
ただし、使用収益が終わる前でも、使用収益に足りる期間が経過したら返さなければならない。

③返還時期並びに使用収益の目的を定めていないときは、貸主はいつでも返せと言える。

以上のような条文がある。

一応、頭の中に入れておいていただきたい。

なお、改正民法では、①は 597 条 1 項で、契約の終了事由。②の条文は、597 条 2 項で終了事由。「ただし」以下の内容は、598 条 1 項で解除事由。③は 598 条 2 項で解除事由とされている。

また、借主の死亡については、本件当時は民法 599 条で規定していたが、改正民法では 597 条 3 項で「使用貸借は、借主の死亡によって終了する」と規定された。

## 53. 内縁の妻に対する建物明渡請求

(2011年6月号、No.147)

### ■ 事案

Aには妻との間に子Xがいるが、妻はすでに死亡していた。

Aは本件建物の所有者であるが、昭和40年頃からYと特別な関係になり、昭和54年頃から、Aは本件建物にYを居住させていた。

YはAから生活費を支給されるほかに、格別の収入はない状態で長年生活を続けていた。

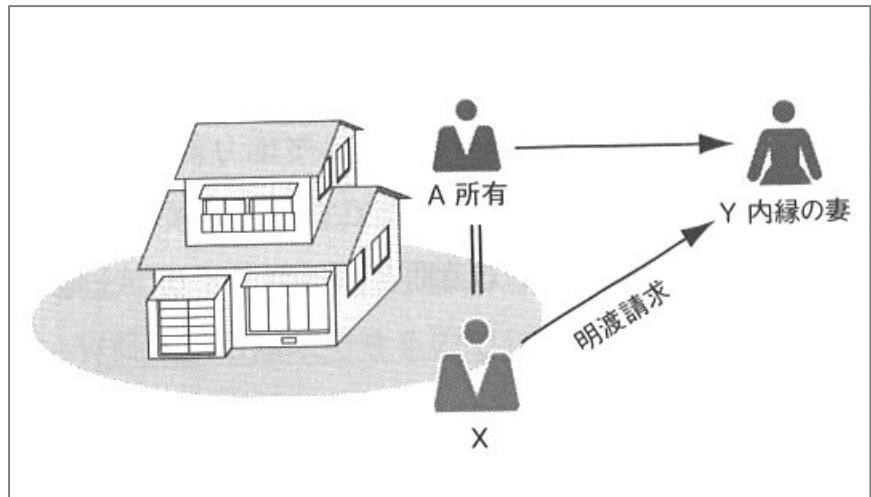
平成16年、Aは子Xを呼び出し、自分に万一のことがあったら本件建物をYにあげ、そこにYが死亡するまで住ませて欲しいことや、1,500万円を渡して欲しいことを申し入れている。

Aのこの言動の背景には、Yが家政婦としてAの妻(Xの母)の面倒をみていたが、実は、YはAの愛人であったことを知ったXがYに強い敵意を持っていたことで、Aが死亡したあとのYの将来を案じたものと推察できる。

また、Yが本件建物を退去することになるのを避けたい気持ちを示すものとも考えられた。その後、平成20年にAが死亡した。

Aの相続人は子Xのみであり、本件建物はXが相続した。そこで、Xは本件建物に居住していたYに対して、本件建物からの退去を求めた。

第1審の神戸地方裁判所は、A Y間に本件建物に関しての使用貸借契約の成立は認められない、しかし、Xによる建物明渡請求が権利の濫用であるので、本件建物明渡しは認められないとして、Xの請求を棄却した。そこで、Xが控訴した。



### ■ 判決

Xの控訴に対して、大阪高等裁判所は以下のように判断した。

A Y間の建物使用貸借契約の成否については、前述の平成16年のAがXに申し渡したことから、A Y間で黙示的に、Yが死亡するまで本件建物を無償で使用させる旨の使用貸借契約が成立したと認めるのが相当であるとした。

そして、契約書面が存在しないことについては、内縁関係という極めて親密な関係にあることからすると、あえて書面化しないことは十分考えられることとした。

さらに、AはXに対してAの意向を申し渡しており、このことから、書面化までの必要をAが考えていなかったとしても格別不合理ではないとしている。

また、本件建物をY名義にしていないのは、本件建物にはYが死亡するまでは居住させるが、所有権まではYに取得させず、Yが死亡したら本件建物の完全な所有権をXに取得させたいとの考えをAは有していたのではないかと認定している。つまり、Aは、XとYとの利害調整をAなりに考えていたとしたわけである。

以上から、Xの請求は認められないとした。(大阪高等裁判所 平成 22 年 10 月 21 日判決、判例時報 2108 号 72 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、40 年以上にわたり内縁関係にあった者に対して、建物の相続人から明渡しを求めていた事案である。

内縁関係については、法律上の配偶者ではないため、相続権は否定されているが、借地借家法では他に相続人がいない場合に借家人としての地位の承継を認める条文が設けられている。

ただ、この条文は相続人がいない場合なので、他に相続人がいると借家人としての地位は、その相続人が相続することとなり、内縁関係の者に対する建物明渡しが認められるのかの議論もなされている。これについてはいろいろな考え方はあるが、被相続人が内縁の者に建物を無償で転貸していたとの法的構成は実体にも合致しないし、建物の貸主との関係では無断転貸の問題も生じるので採用されておらず、一般的には権利濫用等の議論がされている。

本件では、建物自体はA所有ということから、A Y間の使用貸借成立の有無、仮に成立しないとした場合のXからの請求は権利濫用か否かの議論がなされたことになる。内縁関係というのは、外形的には夫婦と同様の状況にある関係を指しており、夫婦の場合、夫の名義の家に妻が居住する法的根拠が、夫と妻との間の建物使用貸借契約という法的関係とされることは一般的にはない。したがって、内縁関係についても同様であることから、第 1 審で使用貸借関係を認定しなかったことも不当なものとは断定することはできない。

ただ、この考え方を前提とすると、内縁関係の者が建物に居住する積極的根拠がないこととなり、仮に建物明渡しは権利濫用で認められないとしても、それは明渡しは認められないというだけであって、積極的な法的根拠のない居住であることに変わりはなく、そうなると、不法占拠として賃料相当損害金の支払いの有無の議論が出てくることになる。

ところが、本件判決のように使用貸借契約が認定されると、建物の居住に積極的な法的根拠が与えられたことになるから、建物明渡しは認められないことは当然であり、賃料相当損害金も不法占拠ではない以上、同様に認められないということになる。

本件では、Aは相続人であるXに、Aの考えを示しているという経緯があることからすると、A Y間の使用貸借契約の認定もひとつの考えとも言えるが、単に内縁の者と居住していたというだけでは、同様の結論になるかははっきりしない面もある。

ところで、使用貸借については、相続に関して問題になるケースがある。例えば、長男が父と同居して父の仕事を手伝って生活していたときに、父が死亡し、他の相続人から長男に対して、相続財産である父の家に居住しているのだから、相続後の家賃相当損害金を不当利得しているので、その金額を支払えと主張するケースである。

これについては、裁判所は、父は長男との間で、当該建物の遺産分割が決定するまでは無償で使用してよいとの黙示の合意があったとみるべきであるから、分割協議が成立するまでは正当な根拠にもとづいて建物に居住しており、賃料相当損害金を不当利得していないので支払義務はないとしている。

あるいは、妻の父の土地に妻の夫が家を建てたものの、妻と離婚した場合、夫は妻の父に対して建物明渡しを拒み続けられるかなどの事案も考えられる。

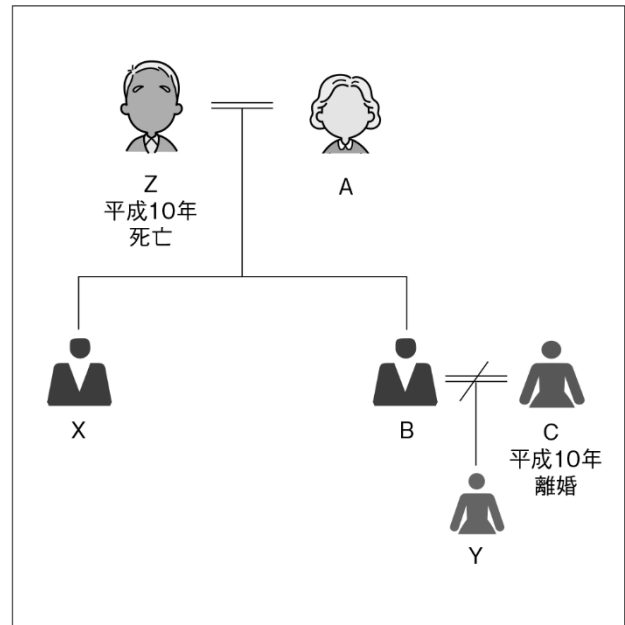
使用貸借については、不動産の税金分を支払ってもらっても賃貸借契約にならないかとか、敷金をもらってもいいかなど、いろいろなケースで検討が必要となる契約形態であるので、判断に迷うときは弁護士に相談するようにして欲しいと考える。

## 54. 親族間の土地使用貸借の解約

(2022年9月号、No.281)

### ■事案

- 故ZとAとの間にはXとBの2人の子供（男子）がいる。
- Bと妻Cとの間にはY（娘）がいる。
- Zは平成10年に死亡、同年BCは離婚し、CがYの親権者となった。
- Zの死亡により土地1をAXが共有で相続し、土地2はXが単独で相続した。
- AXとBとは各土地について平成14年に使用貸借の合意をし、Bは土地の上に建物を新築し、Aとともに同居を開始した。
- 平成21年、Yの親権者をCからBに変更することとなり、Yは本件建物にABとともに居住することとなった。
- 平成29年、Bが死亡したことから、本件建物はYが相続した。
- その後、Aは施設に入居したが、YはB死亡時には本件建物に居住しておらず、母であるCとともに居住していた。しかし、B死亡後には、Yは本件建物に居住している。
- 裁判所の認定した事実によると、YはB死亡の1年半前に、住所を本件建物から別のところに移している。
- 以上の経過のもと、XAがYに対して、土地1については本件建物を収去して土地の明渡しを、土地2についてはXがYに対して土地の明渡しを求めた。
- XAの主張は、土地を使用させる目的はBがAと同居することであり、そのためにB名義での建物建設を認めていた。ところが、Bが死亡し、Aも施設に入居し、Yも本件建物にはB死亡以前から居住していないのだから、目的に従った使用収益が終了したことから、XらとYとの間の使用貸借契約は終了した、あるいは借主Bの死亡で使用貸借は終了した、あるいはXらとYとの間の信頼関係が破壊されているから使用貸借は終了したというものである。
- これに対して、Yは建物をBが建てて本件の各土地を使用する目的は、単にAとBが同居するというものだけではないこと、借主Bの死亡で使用貸借の終了と考えるべきではないこと、信頼関係の破壊についてはYに帰責性が必要であるのに、Yにはその帰責性がないことなどの反論をした。
- これら双方の主張に対して名古屋地裁半田支部は、Xらの主張をすべて排斥した。
- そこで、XAが控訴した。（Aはその後、控訴を取下げている。）



## ■判決

Xの控訴に対して、名古屋高等裁判所は以下のような判断を示した。

まず、使用収益の目的が終了したから使用貸借も終了したとの点は原判決を支持しており、B名義の建物を建てさせたことはAとBとの同居のみが目的とは言えないから、土地を使用収益する目的が達成したとは言えないとした。

次に、借主Bが死亡したことから使用貸借契約は終了となるとの点も原判決を支持している。理由は、本件使用貸借は本件建物を所有することを目的としていることから、借主死亡自体をもって契約終了と考えるべきではないというものである。

しかし、信託関係の破壊の点については、前述の経緯からすると、XY間の人的関係は悪化しており、その原因が借主側に存在しなければ信託関係破壊を理由とする解約が認められないという限定的に解する根拠はないとし、民法597条2項ただし書き（旧民法）を類推適用して解約を認めるとして、Xの主張を認めた。（名古屋高等裁判所令和2年1月16日判決、判例時報2520号21ページ以下参照。）

## ■コメント

本件は使用貸借の終了に関する事案である。

本件は改正前民法のときの事案であり、判決文に出てくる民法597条2項は以下のような条文である。

①当事者が返還時期を定めないときは、借主は契約の目的に従った使用収益を終えたときに目的物を返還しなければならない。

②ただし、使用収益の終了前でも、使用収益に足りる期間を経過したときは、貸主は直ちに返還を求められる。

上記の条文は改正法では597条2項と598条1項に分けて規定されている。

親族間で土地上に建物を建てて土地を無償で使用させることが多い。この場合、土地を使用する目的を特定するケースはほぼない。しかし、娘夫婦が離婚することとなり、娘の夫名義の建物が残るようなときの建物の扱いについて、本件のような問題が生じる。夫から妻である娘に財産分与で名義変更することが多いと思うが、そうでないときは、前記の条文の問題となる。しかし、土地上に建物があるときには、目的達成を理由として契約を終了させることはむずかしい。

次に、本件では使用貸借の借主Bが死亡している。改正前も改正後も、使用貸借の借主の死亡は契約の終了原因と明示されている。（旧民法599条、現民法597条3項。）

しかし、この点も当事者の合意で借主死亡を契約の終了原因としないことも有効であることから、事案によっては借主が死亡しても契約は終了せず、借主の相続人に契約が承継されると解することも可能である。

本件のように、建物所有を目的とする土地の使用貸借にあっては、借主が死亡しても、それですぐに終了と契約当事者は考えていないのだから、契約は承継されるとするのが一般的なのだろう。そうすると、本件のようにYが本件建物に居住もしていない場合、当事者の信託関係破壊を理由としての解約の問題となる。この点、本判決は破壊の原因が借主にある場合しか解約できないということではなく、破壊された状態なら解約可能としている。（とは言っても、貸主に原因があるときは解約できないであろう。）

本件は、親族間の人的関係のトラブルから使用貸借の効力が存続するか否かの議論となった案件であり、相続の場合によく見られるケースでもあるので参考にされたい。なお、使用貸借については、旧民法では目的物の授受が使用貸借の成立要件であったが（要物契約）、改正法では目的物の授受は要件ではなくなった。

また、契約違反の使用収益によって生じた損害及び借主が支出した費用の償還は、貸主が目的物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならない旨の条文が設けられている。

#### (4) 転貸・借地権譲渡

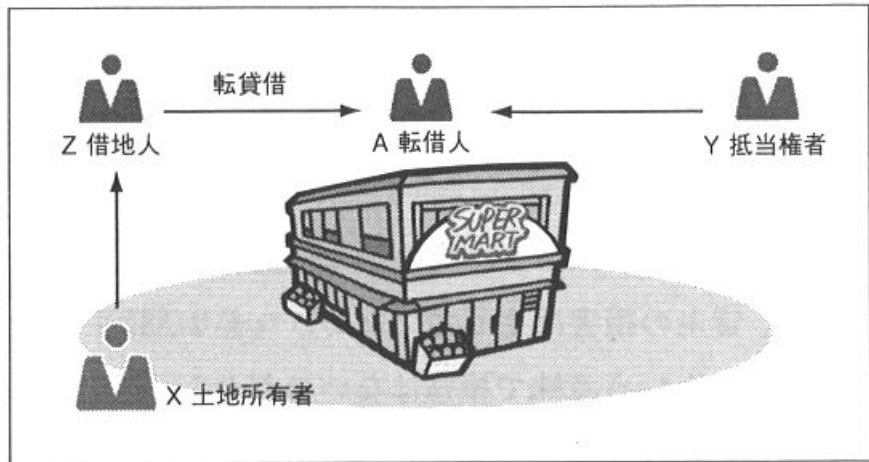
### 55. 転貸借の解除と抵当権者への通知義務

(2011年4月号、No.145)

#### ■ 事案

Xは本件土地の所有者であり、Zは不動産賃貸を目的とする株式会社である。

XはZに本件土地を賃貸し、ZはAに対して、スーパーマーケット事業の建物を所有する目的で本件土地を転貸し、Aは本件土地に本件建物を建てた。



Aは本件建物の建築費をYから借り入れし、YはA所有の建物に第1順位の根抵当権を設定した。

Yは本件建物に根抵当権を設定するに先立って、Aに対して「借地に関する念書」と題する文書を交付し、ZとXとに署名押印してもらうよう求めた。

その後、前記文書は一部修正され、ZとXとはこれに署名押印し、署名押印した文書はAを介してYに交付された。その文書には以下のように記載されている。

ひとつは、A所有の建物にYが抵当権を設定することをZとXが承諾する内容であり、もうひとつは、Aに地代不払い、無断転貸など借地権の消滅や変更を来たすおそれのある事実が生じたり、そのおそれがあるときは、AZXは、Yに通知して借地権の保全に努めるという内容である。

前記文書にZとXは署名押印したが、Yからの説明もなく、写しがZとXに交付もされていない、また、前記文書に関しての対価の授受もない。

ところで、Aは再生手続開始決定となり、その後地代を支払わなかったため、ZはAとの間の転貸借契約を解除したうえで、Aに対して建物収去土地明渡を求める訴えを提起し、判決にもとづき、ZはA所有建物の収去を執行した。この間の経過については、YはZやXから告知されていないので、AZ間の訴訟中にAの地代支払いの事実を初めて知った。

本件建物の抵当権は、収去手続のため消滅したことから、YがZとXに対して損害賠償を請求した。

原審は、ZとXにはYに対して前記文書を差し入れた以上、Aの地代不払いの事実をZによる解除までには通知すべき義務があるとして、ZとXの債務不履行を認め、ただ、Yにも過失が8割あるとして、Yの損害のうち2割をZとXは賠償すべきだとした。そこで、XZが上告した。



## ■ 判決

Xらの上告に対して最高裁判所は以下のように判決をした。

「本件念書は数個の条項で構成され、そのうちの本件事前通知条項には、本件各土地に係るAの借地権の消滅を来すおそれのある事実が生じた場合には、Z XはYにこれを通知し、借地権の保全に努める旨が明記されているうえ、Z Xは本件念書を差し入れるにあたり、本件事前通知条項がZにおいて、Aの地代支払いを理由に本件転貸借契約を解除する場合には、上記の地代不払いが生じている事実を遅くとも解除の前までにYに通知する義務を負うとの趣旨の条項であることを理解していたものと言わざるを得ない。」

としたうえで、Yに損害が生じたときは、その請求が信義則に反すると認められる場合は別として、これを賠償すべきであり、対価の授受の有無は関係ないとした。

ただし、8割はYに過失ありとした点は正当として原審の判断の相当とした。(最高裁判所 平成22年9月9日判決、判例時報2096号66ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、建物に対して抵当権を設定するにあたり、貸主が抵当権者に念書を差し入れた場合に抵当権者に対して貸主の賠償義務が生じるかの事案である。

建物に抵当権を設定するにあたり、抵当権者が地主である貸主に承諾を求めることは一般化している。この念書の内容は、単に抵当権設定の承諾だけのケースもあれば、本件のように地代不払いがあるなどによって借地権の消滅等のおそれがあるときには、抵当権者に通知をする旨を約束する文言も付加されているケースもある。

本件は後者のケースであり、裁判所はこのような文書を差し入れた以上、貸主には解除までに抵当権者に対して、その旨を通知すべき義務があり、このことは念書の作成にあたり有償、無償は問わないとした。

念書を差し入れている以上、その義務が課されるのは当然と言えることであり、このこと自体は従前から議論されているところではあるが、最高裁判所としても明確な態度を表明したことになる。

ただし、注意をすべきは以下の各点である。

まず、本件は念書の中に通知文言が含まれているが、単なる抵当権の設定を承諾するだけの文言であった場合も同様になるか否かである。この点は裁判所では言及されていない。

抵当権設定を了解している以上、通知文言がなくても通知義務を貸主に課すべきだとの考えも成り立たないわけではないであろうが、今後の判例の動きに注意が必要である。

次に、地代未払いを理由とする契約の解除自体の効力を生ずるための要件としては、抵当権者への通知は要件となっていない点である。

つまり、借地契約の解除は、地主と借地人との間では通常のやり方で解除すれば解除の効果は生じるが、抵当権者に対しては地主は契約違反での損害賠償が生じる可能性があるということである。

さらに、本件では借地人が転貸借を解除し、建物の収去をしているようである。

つまり、地主自体は契約の解除や建物の収去をしていないのに、地主に賠償が命じられているようである。この点、建物収去や契約の解除に地主がどの程度関与していたかは事案からはっきりしないが、どうも関与の事実が認定できない。

もし、関与していないのに抵当権者に念書を差し出したから賠償義務があるのだとしたら、借地人（転貸人）の判断で行われた結果の責任のみが地主に生じることになり、地主としては本判決内容には容認できることはないであろう。この点の検討が必要となる。

さらに、JAが本件のように念書を差し入れてもらうことが多いと思うが、本件でも抵当権者の過失を8割としていることから、抵当権者の対応を再検討しないと、生じた損害の回収を全額はできないことになる。念書の差し入れに際しての十分な説明や、融資先の経済状態の把握は、今後大切なこととなると思われる。

## 56. 無断転貸と背信行為

(2010年6月号、No.135)

### ■ 事案

XとYとは、X所有地についてYを借地人とする借地契約を締結している。

Yは本件建物で事業をし、妻Z、子Aと同居していたが、その後、子AはBと結婚し、Bも本件建物に居住していた。

Yの妻Zと子Aは、Yに無断で貸主Xに対して本件建物の建て替えと、建物名義をYとAの各2分の1とするよう申入れ、承諾料の提示もした。

その後、金融機関の融資の関係でYは10分の1、Aは10分の7、Zは10分の2として建物を建て替えた旨の申し入れをXに行い、Xはこれを承諾した。

しかし、完成した建物の共有名義はAが10分7、Zが10分3であり、借地人であるYの共有持分は登記されていなかったが、Yはこの状態を容認した。

その後、AとBとは離婚となり、Aは本件建物の共有持分である10分の7を財産分与としてBに譲渡し、Yもこれを容認した。

その結果、共有持分がAが10分の7、Zが10分3となったことをYが容認した時点で、第1回の転貸借が生じ、Aが財産分与でAの持分をBに譲渡し、Yがこれを容認したことで第二の転貸借が生じたことになる。

地主で貸主であるXは、Yの共有持分があると思っていたところ、これらの事実がなされたのちに建物の謄本を入手すると、Yの共有持分がなく、以上の経過の登記がなされていることを知った。

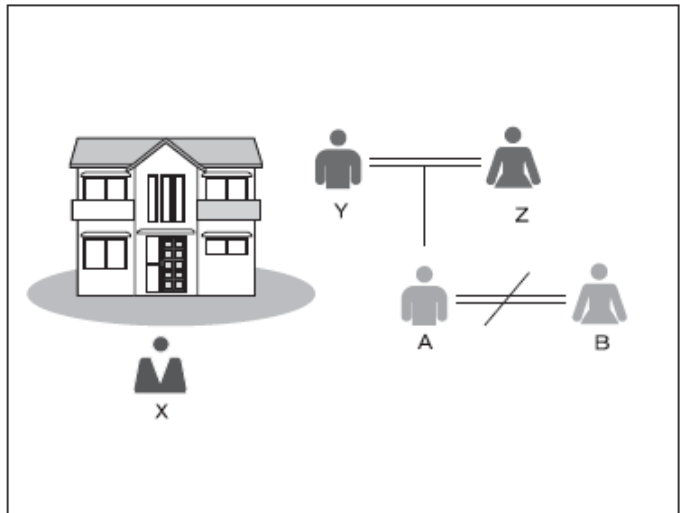
そこで、XはYに対して借地契約の解除の意思表示をし、建物名義人であるZとBに対して建物収去土地明渡等の請求をした。

このXの請求に対して、YやZらは背信行為はないので解除は認められないと反論した。

Xの訴えに対して、第1審、第2審とも、背信行為と認めるに足りない特段の事情があるとは言えないとして、Xの主張を認めた。そこで、Y側が上告した。

### ■ 判旨

Yの上告に対して、最高裁判所は第1審、第2審の判決とは反対に、本件の事実関係を前提とすると、第1転貸借についても、第2転貸借についても、背信行為と認めるに足りない特段の事



情があると考えるところ、Xの請求を認めない旨の判決をした。その理由としては以下のとおりである。

第1転貸については、X側への説明と違う内容の共有登記をしているが、AもZも本件建物に居住していた者であり、第1転貸によって本件土地の利用状況に変化が生じるわけではないこと、転貸にあたって承諾料に変化はなく、Yの持分は10分の1と言われていたことから、XとしてもYの持分に重大な関心があったとは思えないことを挙げている。また、第2転貸についても、本件のAからBへの持分譲渡が、もともと居住していたBへの財産分与であることから、本件の土地利用に変化が生じないということを理由としている。(最高裁判所 平成21年11月27日判決、判例時報2066号45ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、借地権の無断転貸があっても、その内容が「背信行為と認めるに足りない特段の事情」があるとされて、無断転貸を理由とする契約の解除が認められないとした事案である。

借地権の無断譲渡、無断転貸は契約の解除事由とされることが多く、本件も同様である。

本件では、貸主XはYの持分が10分の1はあることを前提にZやA名義の建物建て替えを了解したのであり、借地権者であるYの持分のない建物の建て替えまでは認めていない。したがって、この点でXにとっては無断転貸であり、AB間の離婚に伴う財産分与についてはXの知らない内容であるから、これも無断転貸である。したがって、原則としては無断転貸であるからXによるYに対する解除は認められて然るべきである。

しかし、裁判所は仮に無断譲渡、無断転貸であったとしても、その内容が貸主にとって不都合がない場合にはその例外として解除の効力を否定する。これが「背信行為と認めるに足りない特段の事情」というものである。つまり、無断譲渡等をするのは貸主に対する信頼関係を破壊することであるから、その信頼関係の破壊とまで言えないようなケースでは契約を否定する必要はなく、契約を存続させるべきであるという考え方である。

本件では、転貸の当事者が家族の者であり、しかも、その建物に居住している者であったことから、土地利用の現状に変更は生じていないということを理由として挙げている。また、Bへの名義変更は財産分与であること、Bも居住しているという点を挙げている。

以上のようなことから、本件は例外的に無断転貸ではあるが解除事由には該当しないとされたわけである。賃借権の無断譲渡、転貸は実務上もよく見られるケースである。

注意をすべきは、これを黙認して放置してはいけないことであり、放置すると転貸等を承認したとみなされてしまうことである。また、相続や建て替えのときには、必ず建物の謄本や賃借権の承継を示した文書の提出を求めることも大切である。

会社に土地を貸しているときも、名称変更があったり、名称変更と称して別会社になっていることもあるので、何年かに1回は借主の会社の謄本を入手してみることも検討すべきである。

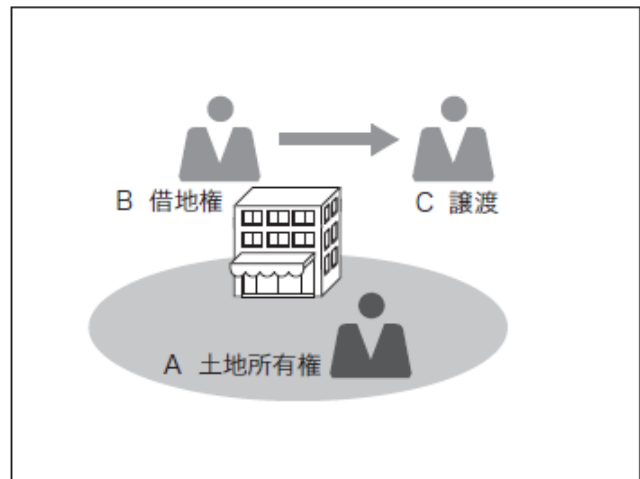
## 57. 借地権譲渡と土地所有者の対応

(2008年4月号、No.109)

### ■ 事案

今回は、借地権の譲渡に対しての土地所有者の対応方法について説明します。事案として、以下のケースを前提として説明します。

土地所有者AはBに対して建物所有目的で土地を貸していました。Bは借地契約期間中に、Cに建物を譲渡して借地権を譲渡しようと考えています。BからのCへの借地権譲渡に対して、土地所有者Aはどのような対応をすべきでしょうか。あるいはどんな点に注意をすべきでしょうか。



### ■ コメント

Bの借地権が譲渡されるわけですので、Aの承諾が原則として必要となります。ただし、AB間の契約が建物所有目的の土地賃貸借規約ではなく、建物所有目的の地上権設定契約であったときは、Aの承諾は原則として不要となります。なぜなら、Bの借地権は地上権であり、物権である地上権の処分は地上権者の自由だからです。しかし、AB間の契約が建物所有目的の賃貸借契約であれば、民法の規定でAの承諾が必要となります。この場合、AB間では債権契約が締結されていることになるので、Aの承諾なしにBの権利の変更はできないわけです。

では、仮にAがBの借地権のCへの譲渡を認めるとしたときに、Aはどんな点に注意をすべきでしょうか。

まず、借地権の譲渡なので、CはBの権利を承継します。したがって、Cの借地権はBの借地権の残存期間であることが原則であり、地代やその他の契約条件も同一の内容でBからCに承継されるのが原則です。

もちろん、Cへの承諾にあたり、契約期間や地代の見直しをすることも可能ですが、それはAとCとの合意を前提とします。

契約書を書き直すか否かはAC間で協議をすることですが、AB間の契約書に対する覚書という形でAC間に契約が変更された旨を記載しておくことでもいいでしょう。

ただ、注意すべきは建物の登記名義がCに変更されることの確認と、Bが差し入れた敷金の処理を確実にしておくということです。

前者は当然のことですが、後者については借地権の変更があると、旧借主は敷金返還を求めることが可能となりますので、敷金を新たにCに差し入れさせるか、Bの有する敷金返還請求権をCに譲渡する旨の約束をさせておく必要が大切です。これを忘れるとCは敷金なしの状態となってしまいます。また、承諾にあたっては承諾料を是非請求して下さい（この点は後述します）。

次に、承諾をしない場合の対応です。

Aが承諾をしないときでも、BはCへの借地権譲渡がAに不利とらないと考えるときには、承諾に代わる許可の裁判を申立てることが可能です。そして、裁判所がBの主張を認めるときは、Aの承諾なくともCへの借地権譲渡が許可されます。

ただしこの場合、裁判所は当事者間の衡平を図るために借地条件の変更を命じたり、BにAに対する財産上の給付を命ずることもできます。前者のケースとしては地代や期間の変更が考えられ、後者のケースとしては金員の支払を命じるというものです。これがいわゆる承諾料と言われているものです。

一般的には借地価格の1割位とされていますので、Bから承諾料として金員の提示があったときは、裁判所で命じると予想される金員と比較して、有利な方を選択するということになります。具体的にはBの提示の承諾料の方が裁判所で命じられる金員より高いのであれば、承諾の方向で検討するということです。なお、BからCへの借地権譲渡について、承諾に代わる許可の裁判が申立てられたときは、Aは裁判所が定める期間内であれば、自分が建物の譲渡を受ける旨を申立てることが可能で、裁判所は相当の対価を定めてAへの譲渡を命じることも可能です。

ところで、建物をBが任意にCに譲渡するときは以上のおりですが、建物が競売となり、Cが落札するケースも考えられます。

この場合、まず、Cが落札して建物所有者となったのちに、CからAに自分への借地権譲渡があったことを認めて欲しい旨を申立てます。Aがこれを拒否したときは、Cは前述のような承諾に代わる許可の裁判を申立てることができ、同様の承諾料や借地条件の決定となります。

ただ、ここで注意すべきは敷金です。Bが任意でCに譲渡するときには、Aは敷金の問題の対応は可能です。しかし、競売のケースではBと協議はできません。そこで、裁判所はCからの申立てがあったときにAから申立てがあれば、Cに対して相当な敷金の支払を命じることが出来るとしていますので、土地所有者としてはここでも敷金について注意をして下さい。

なお、保証人がいるケースでは借地人が変更されることとなるわけですから、借地権の譲渡があったときに保証契約がそのまま残存するとは限りません。保証人としては、別の人の保証をすることは前提としていないのですから当然です。

したがって、保証人の差し替えも検討すべき項目ということになります。

## 58. 借地権譲渡と地主の譲受権について

(2008年6月号、No.111)

### ■ 事案

今回は、借地権譲渡とそれに対する貸主（地主）の対応について説明します。

借地権譲渡をすることは、借地権者とこれを譲り受ける者との契約ですので、そのこと自体は当事者間では有効です。

そして、借地権の譲渡については、借地権付きの建物の譲渡という形で行なわれていることも常識と言えるでしょう。

つまり、建物の所有権の移転があると、建物の従たる権利である借地権も一緒に建物所有権の譲受人に移転するということです。

ただし、譲渡当事者間で有効でも、借地権の譲渡について貸主の承諾がなければ、借地権の譲渡を対抗することはできません。

したがって、いわゆる無断譲渡であり、譲渡人に対しては貸主は無断譲渡を理由としての借地契約の解除を、そして、譲受人に対しては不法占拠を理由としての建物収去土地明渡しをそれぞれ主張することができることとなります。

しかし、借地権譲渡があっても貸主に特に不利益とならないようなケースで、借地借家法は貸主の借地権譲渡への承諾に代わる許可の裁判という制度を設けています。（借家契約の場合にはこのような制度は認められていませんし、民法上の賃貸借契約にも同様の制度はありません。）具体的には、借地権者が裁判所に対して貸主の承諾に代わる許可の裁判を申立てています。

そして、裁判所は当事者間の衡平を図るため、借地条件を変更したり、財産上の給付を借地人に命じて承諾を許可します。これが世間で言われている名義変更承諾料ということになります。

この承諾に代わる許可の裁判の申立てがあったときに貸主が注意すべきことは、敷金の承継の問題であることはご存知のとおりです。

建物が競売されたときは、落札者に借地権は移転しますので、借地権譲渡の問題となります。

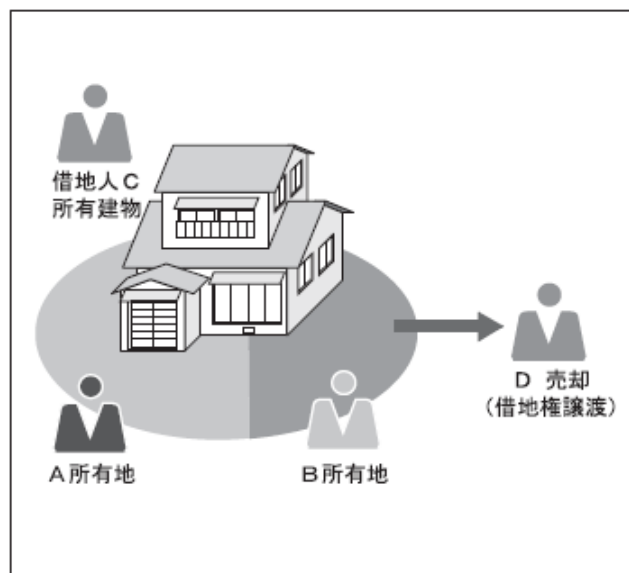
そして、競売のときには落札者から承諾に代わる許可の裁判を申立てることになります。

借地権を当事者間で譲渡するときには、貸主は借地権者に対して敷金の処理の交渉ができますが、競売のケースではそれはできません。

そこで、裁判所は落札者に対して相当な敷金の支払を命ずることもできるとされています。

ところで、借地権譲渡の申し入れを貸主が拒否した場合、貸主は借地権者側からの承諾に代わる許可の裁判に対抗して、貸主が建物と借地権とを譲り受けることを認めています。

これが認められると、貸主が建物所有者となり、借地権者となるわけですので借地権は混同によって消滅するというわけです。



借地借家法 19 条 3 項は以下のように規定しています。

「第 1 項の申立があった場合において、裁判所が定める期間内に借地権設定者が自ら建物譲渡及び賃借権の譲渡又は転貸を受ける旨の申立てをしたときは、裁判所は同項の規定にかかわらず、相当の対価及び転貸の条件を定めて、これを命ずることができる。この裁判においては当事者双方に対し、その義務を同時に履行すべきことを命ずることができる。」

つまり、貸主である借地権設定者は裁判所の定める相当の対価で建物と借地権の譲渡を受けられるということです。ただ、このことは借地権者側が承諾に代わる許可の裁判を取り下げられたときは効力がなくなりますが、貸主側での譲り受けを認める裁判のあとは、合意がないと承諾に代わる許可の裁判やこの裁判の取下げはできません。建物が競売されたとしても、同様となっています。

そこで冒頭の図のケースをどうするかです。これは借地人 C はその所有する建物を A 所有地と B 所有地の上に建てており、これを D に売却して借地権を D に譲渡したいと考えています。

そこで、C は A に対して承諾に代わる許可の裁判を申立てました。B は承諾しています。C の申立てに対して A が建物と借地権の譲渡の申立てをしました。この A の申立ては可能かが問題となりました。最高裁判所はこのようなケースの申立てはできないとしました。

その理由として「裁判所は、法律上、賃借権及びその目的である土地上の建物を借地権設定者へ譲渡することを命ずる権限を付与されているが（同法 20 条 2 項、19 条 3 項）、賃借権の目的外の土地上の建物部分やその敷地の利用権を譲渡することを命ずる権限など、それ以外の権限は付与されていないので、借地権設定者の上記申立ては、裁判所に権限のない事項を命ずることを求めるものと言わざるを得ないからである。」として、A の申立てを認めませんでした。

また、冒頭の図の B 所有地が借地人 C の所有地であるケースで、同様に A が譲渡の申立てをした場合も同じ理由で申立ては認めないとしました。

（ともに最高裁判所 平成 19 年 12 月 4 日判決、判例時報 1996 号、32 ページ以下参照）

以上の最高裁判所の考え方からすると、借地権設定者つまり地主である貸主による建物及び借地権の譲渡の申立ては、単独所有地上の借地権のケースを前提としているということなのでしょう。



## (5) 地上権

### 59. ゴルフ場の賃料減額請求権について

(2013年7月号、No.172)

#### ■ 事案

土地所有者XはY社との間で、X所有の土地に関してYのゴルフ場経営を目的とする地上権設定契約並びに土地賃貸借契約を締結した。

地上権設定契約の対象となった土地と賃貸借契約の対象となった土地の筆数はほぼ同数である。

二つの契約では、YはXに毎年4月1日に地代を支払うことと、前記の土地に対する固定資産税のうち一定額以上はYが負担する合意となっていた。

ところが、Yは契約後20年位した平成19年3月に、前記地代を減額する旨の意思表示をXに対して行い、YはXに対して地代の一部を支払うにとどまった。また、前記の固定資産税の負担部分についての支払いをしない対応をした。

そこで、YはXに対して、本件土地の地代がその後の事情によって不相当に高額となったことを理由に地代の減額を求めるとともに、その額以上に支払った地代の返還を求める訴えを提起した。

これらに対して、Xは地代の減額は認められないとして、不足の地代の支払いと未払いの固定資産税の負担額の支払いをそれぞれYに対して求める反訴を提起した。

第1審は、本件のゴルフ場の使用に関するXY間の契約には借地借家法の適用がないことから、Yには減額請求権はないが、事情変更の原則による地代の減額を認めた。

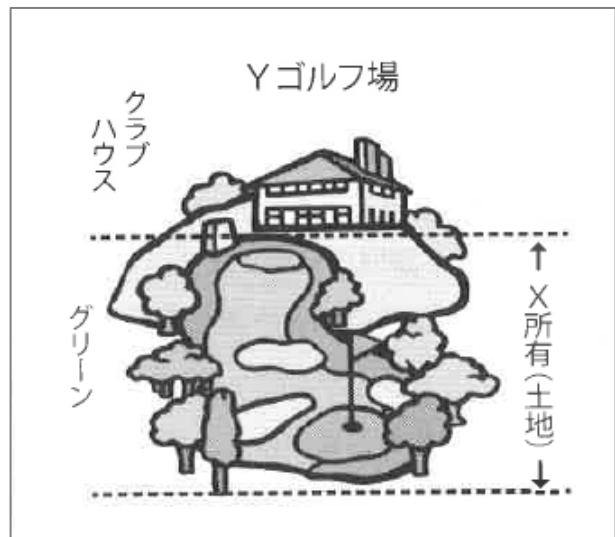
控訴審では、地代の増減額請求権を規定する借地借家法第11条について、本件契約は建物所有を目的とはしないものの、同条の基礎にある事情変更の原則や当事者間の公平の理念から、同条の類推適用を認めるのが相当とし、固定資産税のY負担部分は全額の支払いをYに認めたものの、地代については一部の減額を認める判断を示した。

そこで、Xが上告した。

#### ■ 判決

Xは、本件契約は借地借家法の対象ではないし、同法を類推適用すべきではない。また、事情変更の原則を適用する必要はないと主張した。

Xの上告に対して最高裁判所は以下のとおり判断した。



『 借地借家法は、建物の所有を目的とする地上権及び土地の賃借権に関し特別の定めをするものであり（同法1条）、借地権を「建物の所有を目的とする地上権または土地の賃借権」と定義しており（同法2条1号）、同法の借地に関する規定は、建物の保護に配慮して、建物の所有を目的とする土地の利用関係を長期にわたって安定的に維持するために設けられたものと解される。同法11条の規定も、単に長期にわたる土地の利用関係における事情の変更に対応することを可能にするというものではなく、上記の趣旨により土地の利用に制約を受ける借地権設定者に地代等を変更する権利を与え、また、これに対応した権利を借地権者に与えるとともに、裁判確定までの当事者間の権利関係の安定を図ろうとするもので、これを建物の所有を目的としない地上権設定契約または賃貸借契約について安易に類推適用すべきものではない。

本件契約においては、ゴルフ場経営を目的とすることが定められているにすぎないし、また、本件土地が建物の所有と関連するような態様で使用されていることもうかがわれないから、本件契約につき借地借家法11条の類推適用をする余地はないというべきである。』

として原審判決を破棄し、事情変更の原則で地代を減額する事情もないとして、Xの請求を認める判断を示した。

（最高裁判所平成25年1月22日判決、判例時報2184号、38ページ以下参照）

## ■ コメント

本件はゴルフ場の使用契約について、借地借家法11条の適用ないし類推適用はないとした判決である。

本件でXはYに対してクラブハウスの敷地以外の部分を貸していたようである。

この場合の契約は建物所有目的ではないから借地権ではなく、民法上の土地賃貸借契約あるいは地上権契約である。

民法上の契約の場合、賃料が不相当となっても、契約当事者には特約がない限り、法律での賃料の増減額請求権は認められていない。考えられるのが、当初のときと事情が変わったとして、事情変更にもとづく請求のみである。

また、地上権の場合には条文上地代の減免は認められていない（民法266条1項、同法274条）。

本件では、これらを前提に、ゴルフ場目的の契約に借地借家法11条の地代増減額請求が可能なのかが争われている。

まず、本件は建物所有ではないので同条については適用ではなく、類推適用は可能かの論点となる。

類推適用とは条文に該当しないが、事実と価値に類似性があるとき、その条文の適用を認めることと同じ結果を導く適用方法である。

これを安易に認めると、条文の適用範囲が不明確となり、取引社会でのルール適用が不明確となって社会に混乱をもたらすので慎重な判断が必要となる（ちなみに刑事法規では、罪刑法定主義の考えから類推適用は認められていない）。

本件も借地権ではないケースであって類推適用を否定しているが、その理由としては、本件が建物の所有と関連する態様で土地が使用されていないことを挙げている。

そうすると、ゴルフ場の土地の使用だから当然に類推適用はできないとしたわけではなく、その使用方法から類推適用を否定したことに注意する必要がある。

そうすると、本件では事情変更の原則によつての地代減額請求の可否となるが、このような一般原則の適用は慎重であるべきであり、最高裁もそのことが前提での判断を示したと言える。

問題はクラブハウスやその周囲をどう考えるかであり、この点は明確ではない。

ゴルフ練習場の事案では借地権ではないとしているが、この判断だけでクラブハウスについても同様と言い切れるかの疑問はある。

クラブハウスはゴルフ場に不可欠としても、主目的の土地の使用はゴルフ場であると考えれば、クラブハウス部分のみを貸している地主についても建物所有を目的として借地権契約とは言えないとの考え方も成り立つと思われる。

## 60. 仮差押と法定地上権の成否について

(2017年6月号、No.219)

### ■ 事案

争点はいろいろあるが、ここでは法定地上権の成否に関する事項を中心に説明する。

- Aは甲地、乙地並びに両土地の上に位置する建物の所有者であった。
- 平成14年5月、ZがA所有の甲地及び建物に対して仮差押えをした。
- ところが、本件建物は乙地上にも位置していたが、乙地に対しての仮差押えがなされていないでいた。

そこで、Aが乙地をXに平成19年3月に贈与した。

- Zはその後、甲地及び本件建物に対して平成20年2月、差押え（競売開始決定）をし、甲地及び本件建物はYが取得した。
- Yは平成21年7月から甲地、乙地並びに本件建物を占有している。
- そこで、乙地の所有者となったXはYに対して、Yが不法に乙地を占有しているとして、乙地上の斜線の部分を除いて土地の明渡し等を求めた。
- これに対してYは乙地上には法定地上権が成立しているとして明渡しを拒否。

XはYの主張に対して、仮に法定地上権が成立するとしても、YはXに地代も支払わないし、乙地上の植栽を勝手に切っているから地上権契約を解除すると反論した。

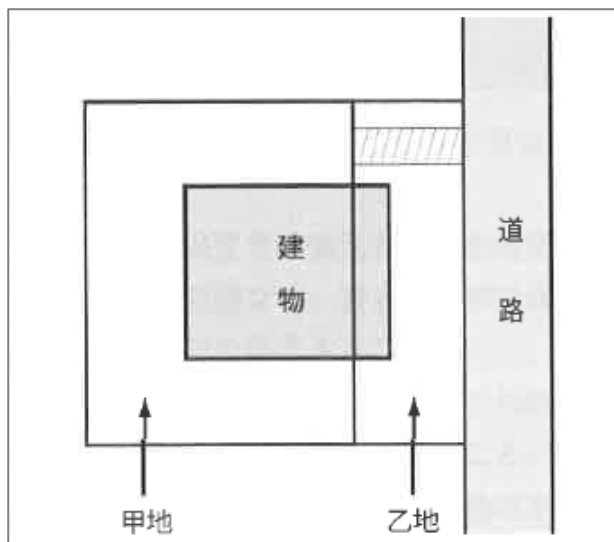
### ■ 判決

原審の福岡高裁はXの主張を認め、仮差押がなされた時点で、建物とその敷地の一部である土地とが同一人物の所有に属しており、その後の差押えの時点で土地と建物とが同一人物に属しなかったとしても、建物の敷地の一部である乙地には、本件建物のための法定地上権は成立しないとした。

その理由としては、民事執行法81条の条文には、土地とその上の建物を同一人物が所有する場合に、土地又は建物に差押えがあり、その売却で所有者を異にするに至ったときに法定地上権が成立すると記載されており、本件は差押えの時点で本件建物とその敷地の一部である土地の所有者はすでにちがっていたから、この条文に該当しないというものであった。

この原審の判断にYが上告した。

最高裁は原審の判断を変更して、原審の判断を破棄し高裁へ差し戻す判決をした。



最高裁は仮差押えの時点で建物とその敷地が同一人物の所有に属していたときは、その後に土地が第三者に譲渡され、競売の時点で同一人物の所有に土地と建物とが属していなくとも、仮差押えが本執行に移行してされた強制競売手続による売却によって買受人が地上建物を取得したときには、法上地上権が成立するとした。

理由は以下による。

民事執行法 81 条の法定地上権は、土地と建物が同一人物の所有に属しているときには、建物のために土地の使用権を設定できないので、競売によって、土地と建物の所有者が異になったときには、建物には土地の使用権がないため、地上建物の収去を余儀なくされてしまう、という社会経済上の損失を防ぐ趣旨の内容であること。

本件のように地上建物が仮差押えされた時点で、建物と敷地とが同一人物の所有に属していたときも、同様に土地の使用権の設定ができないことに変わりはなく、また、そのあとに土地が譲渡されても、新所有者との間で土地の使用権の設定ができるとは限らない。

また、地上建物を仮差押えした者は地上建物の存続をその時点では前提にしていたから、法定地上権が成立しなければ不測の損失を被ることになる。

以上のような理由から、本件では法定地上権が成立するとした。そのうえで、法定地上権がその後消滅したか否かの事実の審理をさせるために、原審である福岡高裁に差し戻しを命じた。(最高裁判所平成 28 年 12 月 1 日判決、金融法務事情 No. 2065、50 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は仮差押と法定地上権の問題である。

本件建物が仮差押えをした Z は、建物の敷地の一部が乙地にもあることがわからなかったか否かは不明だが、なぜか A が所有していた乙地に仮差押えをしていなかった。

そのため、乙地が X 名義となり、X が建物を仮差押から本執行の差押えによる売却で所有権を取得した Y に対して明渡しを求めた。これに対して、Y は民事執行法 81 条で乙地上には本件建物のため法定地上権が成立しているから明渡しの必要はないと反論した事案である。

民事執行法 81 条は以下の条文である。

「土地及びその上にある建物が債務者の所有に属する場合において、その土地又は建物の差押えがあり、その売却により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。この場合においては、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める」

本件ではこの条文の中にある「差押え」の文言の中に仮差押から差押えに移行した場合の「仮差押え」が含まれるかが争点となったのである。

原審は条文のままに判断して法定地上権は成立しないとしたが、最高裁は本件の場合の仮差押えでも、該当すると解釈したわけである。

この事案は建物の敷地の一部が第三者に譲渡されており、第三者が乙地を取得することで甲地は袋地となることから、所有者であった A の譲渡行為に何らかの意図が感じられる。

最高裁判所はこの点をどう考えたか明言していないが、本判決の範囲は建物に対する仮差押えのあと、その敷地の一部が任意に譲渡され仮差押えが本執行されて差押（競売）されたというケースの判断と思われる。

なお、法定地上権については、抵当権が土地又は建物に設定されたときにも同様の条文がある。  
(民法 388 条)

また、この民法 388 条の法定地上権については「JAまちづくり資産管理情報」2008 年 1 月号、  
No. 106 「法定地上権の成否」で後順位抵当権との関係の判断を説明しているので参照されたい  
(最高裁判所平成 19 年 7 月 6 日判決。)

## (6) 契約解除

### 61. 地代滞納による解除と代払許可

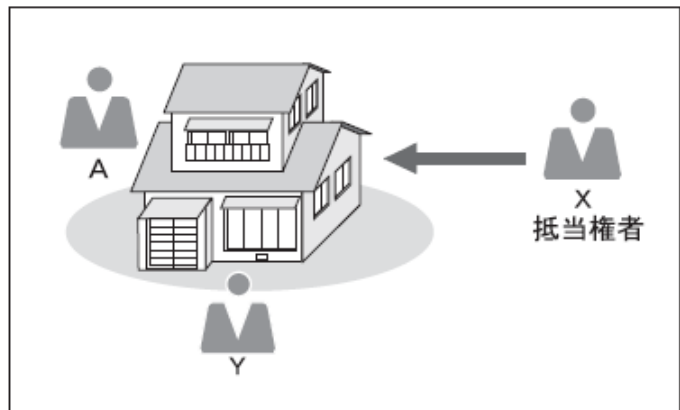
(2010年9月号、No.138)

#### ■ 事案

本件土地をYの先代が所有しているときに、Aの先代に本件土地を建物所有目的で貸借した。

Aの先代はXとの間で金銭消費貸借契約を締結し、その支払いを担保するため、本件土地上の本件建物に抵当権を設定した。

その後、本件土地及び本件建物に関して相続が発生し、現在はY所有地上にAが建物を所有し、Xが建物に抵当権を設定している状態である。



なお、Xの抵当権を設定するにあたり、Yの先代はXに対して本件建物に抵当権を設定することに異議がない旨の文書を差し入れている。

YとAとは、平成19年になり、本件借地条件についての合意書を作成したが、その際、地代を2ヶ月分以上滞納したときは、催告なくして借地契約が解除できるとされた。

Aは、平成20年になり地代滞納となり、Aの代理人から自己破産予定である旨の通知をYは受けた。そこで、地代滞納が3ヶ月になったことで、YはAとの間の借地契約を解除した。

その後、YはAに対して、解除したことを前提に本件建物収去土地明渡しを求める訴えを提起した。

第1審ではAが答弁書も提出せずに欠席したため、Yが勝訴した。

抵当権者Xはこれを知り、本件訴訟に補助参加をして控訴を提起した。

Xの主張は、Xの抵当権が存在しているのをYは知っており、XがAの地代滞納を知れば、地代の代払いの可能性があったのに、Aとの間の契約解除をYは不当に急いで行い、Xの抵当権を不当に無価値のものとした。このような解除は、信頼関係を破壊するに足りない特段の事情があることから、解除は有効ではない。

#### ■ 判決

Xの主張に対して、名古屋高等裁判所金沢支部は以下のように判決した。

まず、解除については、「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは、民法612条の解除権は発生しない。」との最高裁判所の考え方を前提とした。

また、無催告解除についても、不合理と言えない事情があれば無催告解除も有効とした。

したがって、履行遅滞の程度がはなはだしいなど、無催告解除が不合理とは言えない事情があっても、当事者間の信頼関係破壊に至らない特段の事情があるときは、解除の効果は生じないとした。

以上からすると、本件ではAは破産予定であることから、今後地代支払いの可能性は低いとは言えるが、Xに事前に連絡が入っていれば、Xによる地代代払いの可能性があったといえる。

そうすると、Xが実際に地代代払いの申し入れもしていたことから考えても、本件では賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があると言えるので、Yによる解除権は発生しないと解するのが相当であるとした。(名古屋高等裁判所金沢支部 平成 21 年 10 月 28 日判決、判例時報 2080 号 38 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、借地上の建物に抵当権が設定している場合の解除の効果に関する事案である。

まず、本件は無催告解除の事案であるが、消費者契約法の対象となる場合には、無催告解除自体は無効になる可能性もある。

本件では、無催告解除を平成 19 年の合意で設けたようであることから、消費者契約法施行後の合意ということになるが、判決ではこの点の言及はない。

次に、借地上の建物に抵当権を設定することは、建物所有者である借地権者の権利でもあり、このことに対して土地所有者が異議を申し入れる事項ではない。ただし、一般的には抵当権設定について土地所有者の承諾書を作成していることが多いようである。

この承諾書を土地所有者が抵当権者に差し入れていたとしても、土地所有者が借地契約を解除するにあたり、事前に抵当権者に告知してからでないとは解除できないということではない。

承諾書の中に事前予告を明記していたときは疑問ではあるが、抵当権者に予告しなくても解除自体はできると考えられる。ただし、抵当権者に対しては土地所有者は約束に反していることから、抵当権者に対して損害賠償（具体的には、抵当権者によって回収できなくなった債権額）をすることになる。

本件では、土地所有者は抵当権設定の承諾書を差し入れていたことや、地代滞納を知った抵当権者が地代代払許可の申立をしようとしていた矢先に解除をしてしまったことなどから、解除の効果は生じないとした。

本判決では、抵当権者に抵当権設定の承諾書を差し入れている場合、解除前に抵当権者に事前予告をすべきであるとは断言していない。

しかし、地代滞納に対して代払いの申入れや、その事実を知ってから比較的早くになされているような場合で、しかも、解除するまでの滞納期間が長くないようなときは、解除は認めないとしている。

今後の対応であるが、地代滞納が長期間に及ぶようなときでも、抵当権者に対して、その旨を告知する旨の文書を抵当権者に差し入れていたときは、事前に抵当権者にその旨を告知していた方が妥当であろう。



### 3. 土地賃貸借

## 62. 放置車両の撤去について

(2021年5月号、No.265)

### ■はじめに

今回も適当な裁判例がないので、私有地に放置された車両の撤去について考察したいと思う。

ただ、はじめに駐車場契約をしたのに駐車料を支払わないため、契約を解除した場合を説明する。

契約を解除したのだから、借主は駐車スペースから車両を移動し、当該スペースを貸主に明渡す義務が生じる。借主からの義務を履行して明渡しをしたのなら、貸主は当該スペースを直ちに閉鎖または別の車両等を置いて、当該スペースを不正に使用されないようにすべきである。車両を移動しないときは、裁判手続を利用した対応をするしかない。

勝手に移動することは自力救済の禁止から考えて許されないし、勝手に移動すれば、車の保有者からクレームを受けてトラブルになる危険性もある。

車両を移動させないときは、駐車スペースの土地の明渡し訴訟を申立てることになる。

このとき大切なのは、明渡しの対象となる土地の範囲である。対象の駐車スペース以外に車が移動しないときは、その場所を対象とすればいい。この場合、裁判上は対象の駐車スペースの土地の登記簿上の表示で対象地を特定するが、駐車スペースはその地番の土地の一部であることがほとんどなので、図面を作成して、その地番のここの部分（図面の中で場所を特定するとき、対象スペースを赤色等で指示するが、その際、駐車スペースの大きさがわかるよう長さを明示しておく）の明渡しを求めるという方法をとる。

駐車場の図面があれば、それを利用してもいいし、なければ公図から対象地を明示する（このとき、メジャーなどで隣地との距離を明示して特定しておく）。そのうえで、裁判のときに貼付する印紙との関係で、対象地の面積も表示する。

問題は、車が特定の場所のみに駐車されておらず、ときどき土地の中のちがったところに駐車されることである。こういうときは、駐車状況を写真などで残しておき、明渡しを求める土地を広めにして、その土地に車を移動させたりして駐車しているから明渡せという趣旨の裁判を求めることになる。

明渡しの対象地を小さくすると、その対象地に車はないが、別のところにあっても強制執行はその車に対してできない。

なお、駐車場の借主と車の保有者が異なるときは、車の保有者に対して明渡しを求める方が妥当であるので、車のナンバーから保有者を割り出すことになる。車検証の写しがないときは、弁護士照会をして車の情報を入手して、車の保有者を特定する。

## ■放置車両について

車が勝手に駐車されているケースの中には、車が移動しているときと、長年、そのままになっているときとがある。

車が移動しているときは、移動の状況を写真に残して、車の保有者に無断駐車をしないよう警告文を送る。このとき注意すべきは、無断駐車している者が車の保有者とは限らないので、車の保有者が無断駐車していると断定した表現をするのではなく、「貴殿の保有車両が自分の土地に勝手に駐車されている。貴殿が駐車されているか否か不明だが、このままでは車の保有者である貴殿に訴訟を申立てることになる。車を利用されている方がいるのなら、貴殿から注意されたい。」旨の内容にすべきである。

長年にわたり放置されている車両については、ナンバープレートが取り外されていることが多い。ボンネットの中などにある車体番号がわかれば、車検証の内容の入手が弁護士会照会で可能となるが、ドアが開かない車も多い。こういうときは、警察に対して、何らかの犯罪に関与している車両ではないかを通報し、警察立会いのもと、車のかぎを開けることを考えることが多い。

もし、警察が民事の問題だとして協力してくれないときは、自力でかぎを開けるしかない。このとき注意をすることは、短期間の放置では対応しないことである。放置して間もないときは、車に紙を残し、撤去を催告し、この状況を写真で残す。これを数ヶ月（法的な期間ではないが、3ヶ月位か）そのままとし、それでも対応者がいないときは、再度警察に通報し、かぎの明渡しの立会いを求める。

それでも協力してくれないときは、仕方ないので、かぎ屋にかぎを空けてもらい、車体番号を確認する。

車体番号が消されているときは、そのままさらに朽廃するまで別の場所で保管しておくしかない。

## ■その他

放置車両については、いろいろなケースがあるので、その都度、弁護士に相談されるのがいい。

私有地の山の中に多くの車が放置されているようなときは、産廃物の不法投棄として刑事事件にも発展するが、その処分については事実上は私有地の所有者の費用になってしまうこともある。

また、朽廃している場合で、ナンバーがない車については、所有権を放棄されたものとして、処分することが多いが、車体番号が消されていないか否かは確認しておく必要がある。車体番号が消されていれば処分となるが、消されていなければ、車の所有者の確認が可能なので、処分前に問い合わせをしておくべきである。

車の所有者に問い合わせると、その車はすでに売却していた車だとの反論があるが、売却したというのなら、その証明をしてもらうことになり、その証明ができないときは、登録上の所有者を相手に車の処分の交渉をすればいいことである。

放置車両については、公道や公共用地にある場合の対応は各自治体で決められているようであるが、私有地のときの対応は各自治体では決められていないところが多いようである。

念のため、自治体の条例などを確認しておくことも大切と思う。

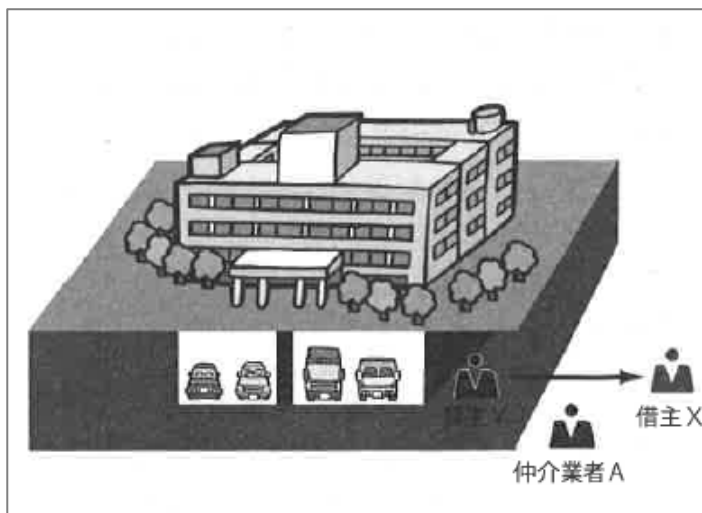
そして、土地の所有者としては、放置車両が生じない事前対策をとっておくことも忘れないことが重要と考える。

## 63. 駐車場賃貸借と説明義務

(2016年11月号、No.212)

### ■事案

- 平成25年4月、貸主Y、借主X、仲介業者Aの間で、Yの建物の地下駐車場についての賃貸借契約を締結。
- 同年9月にYの建物の存在している地域で集中豪雨が発生。
- そのため、地下駐車場に駐車していたX所有の車両が水没した。
- そのため、XからYに対して浸水被害に関する説明がなされないまま、駐車場契約をしたことから損害賠償を請求。
- Xの請求に関して、裁判所が認定した事実は以下のとおり。
  - Y所有建物付近で発生した集中豪雨は平成12年から本件の同25年9月までの間に6回。
  - このうち、浸水被害が生じたのは2回。うち1回は本件駐車場に駐車していた車両にも被害が生じている。
  - そのときの雨量と今回の集中豪雨の雨量を比較すると、60分間の雨量はほぼ同じ。ただし、総雨量は今回の集中豪雨は浸水被害が生じたときの半分位。
  - 排水ポンプは交換されているが、性能は浸水被害が生じたときとほぼ同じ。
  - 貸主Yは以前の豪雨のとき浸水が生じたことは認識していたが、このことを仲介業者Aや借主のXには告知していない。



以上のような事実認定を裁判所はしている。

そして、Xの主張は主位的には浸水被害があったことを契約の前に貸主Yはするべきであったのに、これを怠っているというものであり、予備的に排水設備の不備があるというものである。

貸主Yとしては、地下駐車場なのだから、浸水被害のリスクは予想できたはずであること、排水設備は通常予想される雨量なら対応可能であったこと、さらにXY間の駐車場契約では天変地異の災害についてのYの責任は免責されていることなどの反論をした。

## ■ 判決

X、Yの双方の主張に対して名古屋地方裁判所は以下のような判断を示した。

まず、地下駐車場なのだから浸水のリスクが予想できたのではないかについては、「地下駐車場については、その構造等から、一般的に集中豪雨等による浸水が生ずる可能性があること自体は認識し得るものといえるが、当該地下駐車場の周辺地域における具体的な浸水、冠水の発生状況や、当該地下駐車場における具体的な浸水被害の発生状況等については、これを賃借使用とする者には容易に認識し得ないのが通常である。」と判断した。

そのうえで、「被告は、原告において当該事実を容易に認識することができた等の特段の事情がない限り、信義則上、原告に対し、本件駐車場が近い過去に集中豪雨のために浸水し、駐車されていた車両にも実際に被害が生じた事実を」原告又は仲介業者に告知、説明する義務を負うとした。

また、貸主Yについて天変地異のときには免責されるとされていたとしても、それだからと言って説明義務が免責されるわけではないとも判断している。

そして、一般的な浸水被害のリスクを借主が予見できていたとしても、貸主の告知、説明義務が否定されることにもならないと判断している。

なお、Xの損害に関して、車両の移動をしていれば損害発生を防止できたかについては、短時間に大量の降雨があったことから、それは不可能として、車の所有者Xの損害発生に関しての過失も否定している。(平成28年1月21日名古屋地方裁判所判決。判例時報2304号、83ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。)

## ■ コメント

本件は短時間に生じた集中豪雨のため、地下駐車場に駐車していた車両が水没した事案である。

近年、夏の時期にいわゆるゲリラ豪雨が発生し、浸水等の被害が発生していることは周知のとおりである。

地下にある駐車場、あるいは地下室、あるいは半地下の居住区域や店舗などは豪雨による浸水の危険性があることは一般的には予見できることである。

本件も、いわゆるゲリラ豪雨が知られるようになったあとの平成25年の契約であり、借主も浸水の危険性があることは予想はしていたと考える。ただ、本件建物で生じるか否かについて、借主には情報がなく、その危険性の程度についての具体的な認識はなかったようである。このような場合、貸主に該当建物での浸水の実事の有無の告知が必要か、必要としても借主側の落度はどうかが争点となったのが本件である。

本件で気をつけるべきことは以下の点であろう。

- ①地下駐車場だから浸水の危険を覚悟して借主は借りるべきであるとの反論は必ずしも成り立たないこと。
- ②近い過去に生じた浸水についての告知を怠ると責任が生じること。
- ③いわゆるゲリラ豪雨だから、天変地異による損害発生であるとの反論は成り立たないこと。
- ④地下の居住用又は業務用の部屋を貸す場合も、この判決と同様の考え方になる可能性が高いこと。

以上のような点である。

ところで、本件では排水設備の不備については、あまり争点とはなっていない。おそらく、本件建物の排水ポンプについては何回か交換されており、性能も以前の浸水が生じたときと同様であったことによると思われる。ただ、考え方によっては、以前の浸水と同じ性能では浸水を防止できない以上、貸主として必要な設備が整備されていないとの議論は生じる可能性はある。ポンプの性能から考えて、これ以上の排水能力がないのかも知れない。

もし、そうなら、貸主としてはやるべき設備は整備したということになる。ただ、そうだとしなくても、契約の前の説明義務が免除されることにはならないということである。

ゲリラ豪雨の発生を予想することは困難であり、発生を予想できても、実際の降雨発生までに浸水予防対策をする時間が十分あるかの問題もある。

そうすると、かつて浸水した建物についての告知、説明義務が裁判の争点となり、大切な事項になる。

## 64. 所有権留保車両の撤去義務者

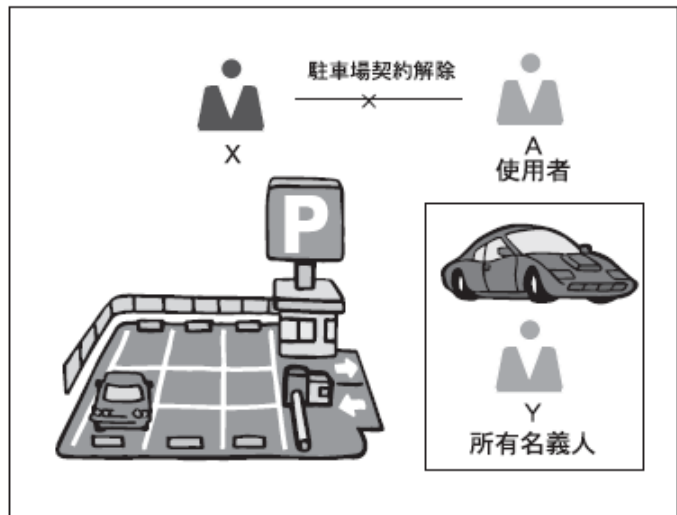
(2010年4月号、No.133)

### ■ 事案

Xは所有している土地を駐車場としてAとの間で駐車場契約を締結していた。

しかし、Aは駐車場の賃料の支払いを怠ったため、XはAとの間の駐車場契約を解除した。その後、XはAに対して未払い賃料の支払いを求めて提訴し、判決確定後、Aの給与等を差し押さえたが、本件車両は駐車場に置かれたままであった。

本件車両はAが使用者名義人であるが、所有権自体はAがオートローン組んだ関係でY社のものである。



そして、AとYとの間のオートローン契約によると、YはAが販売店に支払うべき代金を立替え払いし、AはYにこれを分割して弁済すること、所有権は分割金を完済するまで支払担保のためにYに留保されていること、分割金の支払いをAが怠ると期限の利益を喪失して残額を全額直ちに支払うこと、期限の利益を喪失したときはAはYが本件車両を引き上げることに異議なく同意すること、Yが車両を引き上げて売却したときは、売却代金をAの未払い債務に充当することなどが記載されている。

そこで、土地所有者Xは本件車両の所有者名義人がYであることから、Yに対して車両の撤去と駐車スペース部分の明渡し並びに、明渡しまでの賃料相当損害金の支払いを求めて裁判所に提訴した。

原審である東京高等裁判所は、本件車両の名義人がYとなっているとしても、これはAのYに対する立替金支払債務を担保するためのものであり、実質的には担保権者である。したがって、担保権者であるYには本件車両の所有者としての撤去義務はないとした。そこで、土地所有者Xが上告した。

### ■ 判旨

Xの上告に対して、最高裁判所は以下のような判断を示した。

「動産の購入代金を立替払いする者が立替金債務が完済されるまで同債務の担保として当該動産の所有権を留保する場合において、所有権を留保した者（以下、「留保所有権者」といい、留保所有権者の有する所有権を「留保所有権」という。）の有する権原が、期限の利益喪失による残債務全額の弁済期（以下、「残債務弁済期」という。）の到来の前後で上記のように異なるときは、留保所有権者は、残債務弁済期が到来するまでは、当該動産が第三者の土地上に存在して、第三者の土地所有権の行使を妨害しているとしても、特段の事情がない限り、当該動産の撤去義務や

不法行為責任を負うことはないが、残債務弁済期が経過した後は、留保所有権が担保権の性質を有するからといって、上記撤去義務や不法行為責任を免れることはないとするのが相当である。」

「もっとも、残債務弁済期の経過後であっても、留保所有権者は、原則として当該動産が第三者の土地所有権の行使を妨害している事実を知らなければ不法行為責任を問われることはなく、上記妨害の事実を告げられるなどしてこれを知ったときに、不法行為責任を負うと解するのが相当である。」

として、本件ではAには残債務全額の弁済期が到来しているのか否かの検討が原審でなされていないとして、原判決を破棄したうえで本件を原審に差し戻した。(最高裁判所平成 21 年 3 月 10 日判決、金融法務事情 No. 1882、78 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件はオートローンのついでに車について、誰を相手に車を撤去したうえで土地の明渡しを求めるかに関する判決である。

結論としては、オートローンを組んだ車の購入者（現在事項登録証明書では使用者欄に記載されている人）を相手とするためには、ローンの支払いを怠っていなかったり、残債務についての期限の利益が喪失されていないことが必要とされたことになる。

そして、期限の利益を喪失後は、前記証明書の所有者欄に記載されている者を相手に明渡しを求めることになる。

そして、車が不法占拠していることによる賃料相当損害金については、期限の利益喪失後といえども、車によって土地の使用が妨害されていることを告知されるまでは、所有名義人には賃料相当損害金の支払い義務はないとされたことになる。

以上のように、車の撤去義務者や不法行為による損害賠償請求の相手方についての最高裁判所の判断が示されたことは重要であり、今後は本判決を前提に実務処理をしていくことになる。しかし、最高裁判所の判断は重要なものとしても、実務処理の面からすると検討すべきことが多い。

本件では、オートローンの内容などが判明しているが、放置車の事例は色々なケースがある。本件のように、車ナンバーや使用者が判明しているケースでも、登録上の所有者は誰なのかについては現在登録事項証明を入手する必要がある。(いわゆる車検証。)

駐車場契約のときに駐車車の特定をし、その際にいわゆる車検証の写しの提出を求めておけば、その車についての所有者名義人は判明する。しかし、そうでないときに借主の協力が得られないと、貸主が車検証を入手しなければいけないことになる。従前は陸運事務所で簡単に入手できたが、現在は個人情報だと称して、簡単には入手できなくなっている。弁護士が代理人として入手するには、車体番号がわからないのが一般的なことから、弁護士会を通じての弁護士照会によって入手しなければならなくなっている。そうすると、照会費用が発生する。(弁護士会によってちがうと思うが、1件について5000円位は必要。)したがって、この手続きを経てからでないと誰が所有名義人かは不明ということである。

そして、問題は、所有名義人を相手にすべきか否かをどうやって判断するかである。

判決では、期限の利益喪失後は所有名義人を相手にできるとしている。すると問題はこれをどうやって認識するかである。

考え方としては、所有人名義に車両が不法占拠しているから撤去しろと催促して、所有名義人の対応をみるという方法や、所有名義人に対して弁護士会の弁護士照会をして期限の利益の喪失の有無を確認するという方法になるのであろうか。車の使用者の協力があれば問題のないことと思うが、使用者が所在不明になるケースが多いので期待はできない。

また、この判決では、期限の利益喪失後は所有者も相手となるとしているが、そのときでも使用者も相手としていいと言うことであろうか。期限の利益喪失後でも使用者の占有はあることから、相手としてもいいのだらうと考える。

さらに問題なのは、ナンバープレートのない車両である。車体番号がわかれば何とかなるが、勝手に車の中を見ることはできない。このようなときは、駐車場の借主の車だとして、明渡しを求める訴えを提起してしまうことになる。車両については、強制執行によって最終的に売却や廃棄となるが、ナンバープレートを返却しておかないと自動車税が発生し、使用者等に課税されるので、執行が終了したときには、ナンバープレートの返却の確認をしておくべきである。



## 65. 地中の埋設物と賠償責任

(2013年1月号、No.166)

### ■ 事案

本件土地はAが所有する土地である。X社(代表取締役はA)は、Aが所有する土地をYに賃貸した。賃貸の目的は、Yが下水道管敷設等に伴う立杭設置工事用地である。

本件土地をYがXから賃借したのち、Yは下水道管敷設のため掘進機の据え付け工事をしたところ、その据え付けのために本件土地と本件土地に隣接する公道の地下約10メートルの位置に厚さ10センチメートル、設置面積約43.8平方メートルの底盤コンクリートを設置した。

その後、本件土地の賃貸借契約は終了したが、Yは前記底盤コンクリートを撤去しないまま本件土地をX社に返還した。

本件土地の所有者であるAはその後死亡し、本件土地はZらが相続した。

Zらは本件土地にマンションを建築することを計画し着手したが、工事開始後、杭の一本がのところで障害物に接触した。調査したところ、前記底盤コンクリートであった。

そこで、Zらはその一部を破砕したものの、その他の部分は残したままマンション建築を再開し、完成した。

以上の経過のもとで、X社とZらがYに対して訴訟を提起した。

Xの主張は以下の内容である。

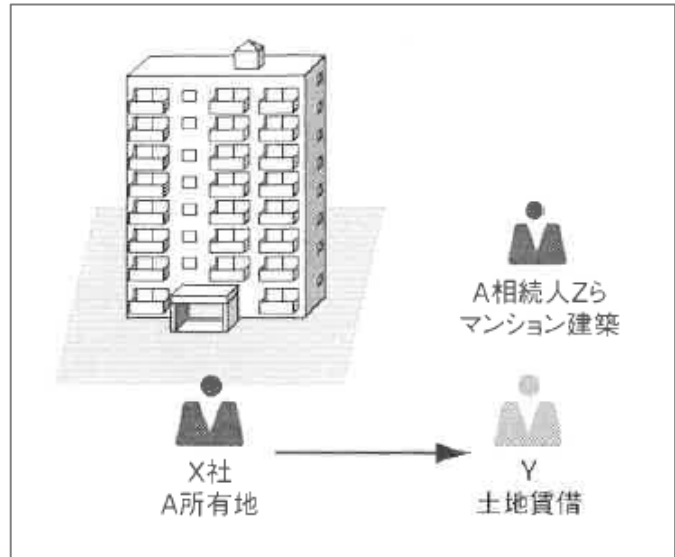
XはYに対して本件土地を賃貸したのだから、Yは底盤コンクリートを撤去する義務がある。しかし、本件土地にはマンションが建築され、前記底盤コンクリートを撤去することは不可能である。したがって、Yの原状回復義務は前記コンクリート撤去費用相当額の損害賠償請求権となっている。

また、Xは土地所有者A(現在はZら)に対して、コンクリート撤去費用相当額の損害賠償義務を負っている。

もし、YのXに対する原状回復義務が消滅していたとすると、Yは前記コンクリートの樹上義務を免れ、反面、Xは前記土地所有者に対する撤去費用相当額の賠償義務という損失を受けているから、本件コンクリート撤去費用相当額の不当利得返還義務をYはXに対して負っている。

Zらの主張は以下のとおりである。

本件土地には前記コンクリートが残置されたままになっていることから、地下約10メートル以下の部分を空間的に利用できなくなっている。



また、前記コンクリートは隣接する公道につながって埋設されていることから、Zらのみの判断では勝手に撤去できない状態であり、今後本件土地を売却するためには前記の説明が必要であり、このような事情からすると、コンクリート撤去相当額の土地価格が下落していることになり、同価格相当額をYはZらに賠償すべきである。

これに対して、Yは本件底盤コンクリートを実際に撤去していないし、XはZらに対して撤去相当額を支払ったわけではないから、Xに損害は生じていない。また、マンションが建築された以上、本件土地価格の下落は生じていないと反論した。

## ■ 判旨

X、Y、Zらの各主張に対して、東京地方裁判所は以下のような判断を示した。

Zらが本件底盤コンクリートの存在によって本件マンションを建築することができなくなったということはない。

また、X社が本件コンクリートを撤去したこともなく、Zらにその費用を支払ったこともない。

そうすると、Xらに本件コンクリート撤去費用相当額の損害が現実には生じたと認めることはできない。

また、Xの主張する不当利得についても、Xに損害が生じているとは言えないし、Xが将来、撤去費用を支出する蓋然性があるとも言えない。

ただし、本件コンクリートが残置されたことから、Zらが支払った追加・変更工事代のみは相当因果関係のある損害だとして、Zの請求の一部のみを認め、Xの請求は全て棄却した。(東京地方裁判所平成24年7月6日判決、判例時報2163号61ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、賃借人が地下に埋設したままになっていた底盤コンクリートを残置したままであった事案である。

本件のYは東京都であり、下水管を公道の下に再構築するにあたり、隣接する本件土地を借りて立杭を設置して下水管の再構築工事を実施したところ、掘進機の据え付けのための底盤コンクリートを公道の地下と一体に設置したため、そのまま残置したという事案のようである。

土地を借りた以上、埋設物の撤去は当然のことと思うが、本件では底盤コンクリートが設置されることをXは知っていたのか否か、残置することを理解していたのか否かは、判決からははっきりしない。

おそらく知らなかったと思われるが、本件でマンションが建築されていなかったとすると、YはXに対して本件コンクリートの撤去義務は生じており、Xからはその撤去を求める訴訟か、撤去費用相当額の損害賠償請求の訴訟が提起されるものと推測する。

「後者の損害賠償について、現実これを撤去してかかった費用であれば裁判所はその撤去費用が妥当な金額なら問題なく認めるであろう。

本件ではこの撤去が現実になかったことから、撤去相当額を損害として認めていいかが問題となったわけである。この事案では損害として認定していない。

「確かに、本件土地にマンションが建てられており、撤去を実際に行う可能性があるかを考えると、マンションが存在する以上、その可能性は乏しいと言える。その意味で、撤去相当額の損害は生じていないという判断もわからないではない。

ただ、土地所有者としてみると、地下に埋設物があれば将来、売却時に問題が生じることは十分に予想できることである。

判決は、マンションがある以上、地下の埋設物の存在は当面問題にならないから土地の価格に影響なしという考え方と推測するが、実際にそう考えていいのだろうか。土地の売買にあたっては、長い目で物事を判断するのだから価格に影響しないとは言えないのではないだろうか。

ただ、これをどうやって立証するかの問題は残っている。

本件は、損害とは何か、将来生ずるかもしれない損害は法的な意味の損害かが問われる事案である。

Yとしては、マンションが建築されてZらに対する賠償が小さくなったという点ではマンション建築が幸いであった事案と評価できるかも知れない。

なお、誤解ないように述べておくと、埋設物があった場合、土地所有者が現実に撤去しなくても撤去の蓋然性があれば損害であると考えられるのは間違いのないところだと考える。本件は、その可能性がないとされた点で損害と認められなかった事案である。

## 4. 土地売買

### 66. 売買にあたっての本人か否かの確認

(2020年7月号、NO.255)

#### ■ 事案

- Xは平成28年10月21日、本件土地の所有者と称するBとの間で土地売買契約を締結した。
- 売買代金は総額2億円、うち契約のときに手付金として金4,000万円、11月1日に予定されている決済日に残金1億5,000万円、残り1,000万円については、売主が本件土地の隣地との間の境界確定測量図の作業完成までは支払留保という内容である。
- Xは10月21日の売買契約のときに手付金4,000万円、そして、11月1日のときに残金1億5,000万円をBに支払った。
- Xはその以前に司法書士であるYに本件土地の移転に必要な登記手続きを依頼し、11月1日の決済日にYの報酬と登録免許税等、約310万円をYに支払った。
- Yが法務局に登記申請をしたが、同年9月ころにBの届出印が無断で変更されている被害があったため、Bから法務局に対して不正登記防止申出書が同年10月18日に提出されていた。そのため、法務局はBと面会して事情を聞き、今回申請のあった土地取引にBが関与していないことをBが述べた。

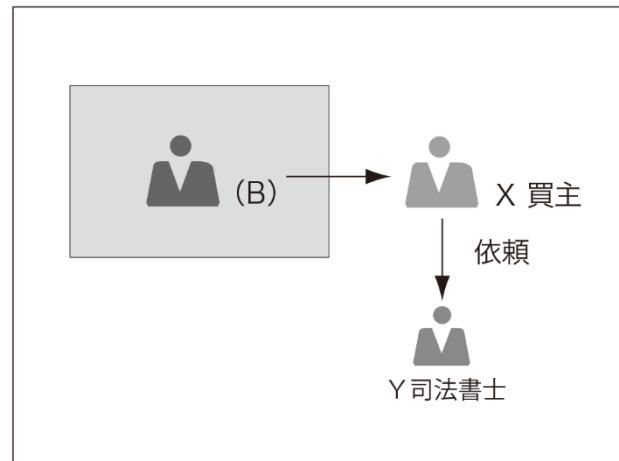
そこで、法務局は申請代理人に対して売主の出頭を求めたが、売主は出頭しなかった。

そこで、法務局は今回の登記申請を却下した。

- Xは今回の申請が却下されたことから調べたところ、売主だとした関係書類がすべて偽造であったことが判明した。
- ところで、本件の売買について、Bと称する者は、登記識別情報（いわゆる権利証）を紛失したと述べていたため、司法書士による本人確認作業がなされている。

本件取引前の10月中旬ころ、Yの事務所にBと称する者が出頭し、本人確認書類として東京都公安委員会名義の運転経歴証明書を提示し、実印、印鑑証明書、戸籍の附票、住民票なども持参している。

YはBと称する者に、本件土地の取得の経過なども質問し、問題のない対応をBはしている。また、顔写真も出頭した者と同じである。



このことからYはB本人と確認したのであるが、Bと称する者が提示した運転経歴証明書（当然偽造である）の様式が、実物のものとちがっていたが、このことをYは発見できていない。

- 以上のようなことから、Xは司法書士であるYは売主か否かの確認を十分していないとして、損害の一部である2,500万円の支払いを求めた。

## ■ 判決

Xの申出に対して、東京地方裁判所はYの過失を認め、Xに対して2,500万円の支払いをするようYに命じている。

本件で問題となっているのは、Bと称する者が提示していた運転経歴証明書の様式が実物とちがっている点、YはBと称する者から各資料の提出を受けているが、それ以上に何か調査をするべきであったか否かである。

まず、大前提として、本件Yは司法書士であるから、本人確認にあたり十分な調査をし、不審な点がないかを確認する義務が課されている。

そして、前者の点については、実物の運転経歴証明書には「運転免許証」の文言がないのに、今回提示されたものには、顔写真の左の余白に「運転免許証」と縦書で印字されている。運転経歴証明書は運転をしないことが前提なのに、「運転免許証」と記載されていること自体で不自然と考えるべきであるとした。（因みに「運転免許証」には、顔写真の左の余白に「運転免許証」と縦書きで印字されている。

後者の点については、YはBの現住所を訪問したり、勤務先の連絡先を調べて問い合わせするなどしておくべきであるとしている。

以上の各点でYの調査は不十分であり、賠償義務があるとした。（東京地方裁判所令和元年11月11日判決、金融法務事情 No. 2140号70ページ以下参照。なお、本件は第一審で確定している。）

## ■ コメント

本件は世間を騒がせている、いわゆる「地面師」の被害のケースであり、XもYもともに被害者と言える。本件でははっきりしないが、Bと称する者が提出した印鑑証明書や住民票も、もしかしたら偽造かも知れない。

ただ、本件取引前にBの登録印の変更が無断でされていることからすると、変更後の印鑑を実印として届出しているかも知れず、もしそうなら印鑑証明や住民票は実物かも知れない。

本件で問題となっている運転経歴証明書であるが、高齢等で運転をやめても、運転免許証の代わりに、本人であることを証明するものであることは知られている。

しかし、これを見る機会はあまりない。筆者も本件を紹介するにあたり、インターネットではじめて見本を見た程度である。

読者も一度調べてみて欲しい。ご自身の運転免許証と比べると、よく似ているが、ちがいもある。

本判決でも述べているように、顔写真の左の余白に「運転免許証」と縦書きに印字されているか否か、有効期間の記載の有無、免許条件の記載の有無、「運転経歴証明書」との横書きの有無などちがいがある。

本件は運転経歴証明書には記載がないはずの「運転免許証」の記載があったことから、これを司法書士が見落としたとされている。

さらに、判決では「運転経歴証明書」にある住所を訪問すべきだなどとも述べている。(たしかに、取引前に司法書士は売主と面会するので、取引日までに住所地に出向くことは時間的には可能。)

本判決を見ると、平素見慣れていない運転経歴証明書のおかしい点を見抜けなかった点はあるが、もし、これが実物と同様に偽造されていたとしたら、どうなったのであろうか。やはり、住所地に行って売主本人かの確認をするべきだったということなのだろうか。

また、本件は司法書士の問題であるが、こういう取引に業者として介入するときの注意義務はどの程度なのかの疑問がある。地面師は偽造技術が進歩しているので、取引には十分注意したい。

なお、登記識別情報を紛失したり、他人に盗み見られたなどされて、登記名義が無断で変更される心配があるときは、法務局に対して不正登記防止申出をされることを検討したい。

ただし、この申出には被害届の提出などが必要となる。

また、登記識別情報がない人が売却するにあたっては、今回のように司法書士に本人確認してもらうほかにも、登記申請のあと法務局から本人確認のための「事前通知」を利用する方法もある。これは、法務局から登記申請があると、本人あてに「本人認定郵便」で通知がされ、本人が押印して返送するという方法である。手続きについては司法書士と協議されたい。

## 67. 会社財産との取引について

(2009年11月号、No.128)

### ■ 事案

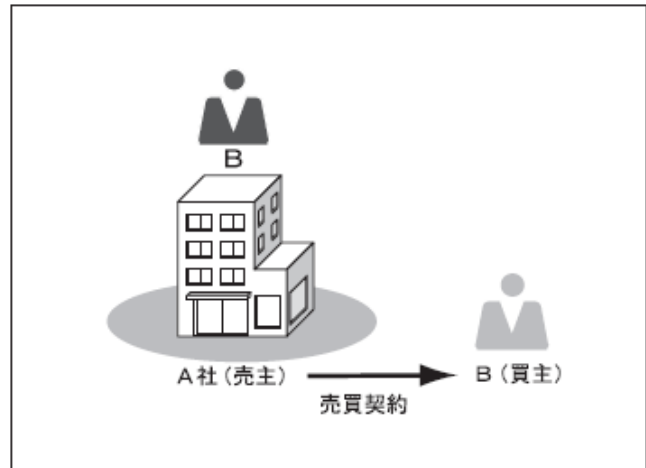
今回は、会社財産との取引についての説明をします。

A社はBの父の会社であり、Bの父が代表取締役である株式会社である。役員には母とBの兄が取締役として就任している。

A社の所有している土地は本件の土地のみであり、この土地の上には子であるB名義の建物があるが、A社とBとの間では特に契約関係はない。

このたび、この土地をA社はBに売却したが、Bの父でありA社の代表取締役は、Bの母や兄である他の取締役の意見を尋ねることなく取引行為を行っていた。買主であるBもこのことは知っていた。

その後、本件の売買を知ったBの兄が、他の取締役の承認のないこの売買は無効ではないかと主張した。この売買契約の効力はどうなるか。



### ■ コメント

J Aの組合員が会社（株式会社）を設立しているケースが多いようであるが、本件はこのような会社と親族との間の取引行為に関する事案である。

まず、会社法第 349 条第 4 項は「代表取締役は株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。」とし、同条第 5 項で「前項の権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定する。

そして、同法第 362 条第 4 項では重要な財産の処分及び譲受けや、多額の借財などについては、取締役会は取締役にとこれらをするものの決定を委任できないと規定している。

つまり、会社の業務執行については代表取締役に権限があるが、重要な財産処分については、取締役会で決める必要があるとしているのである。

そして、重要な財産処分であるのに取締役の承認がなされていない場合について、裁判所は取引行為の相手方が取締役会の決議のないことを、知り又は知り得べかりしときに限り、その取引行為は無効になるとしているのである。そうすると、本件のような場合、A社の土地はA社にとって唯一の財産であり、会社法第 362 条 4 項 1 号の「重要な財産の処分」に該当する。

そして、A社の代表取締役は他の取締役の意見を確認することなくBへ売却している。そして、Bもこのことを知っていたのだから、A社とBとの間の本件土地の売買契約は無効ということになる。ただ、問題は誰が無効と主張するかである。

例えば、A社の取締役が身内の取引であるから、あえて無効とする必要はないと考えているのに、買主Bから、身内のトラブルを防止するために無効だと主張できるかである。あるいは、無効という以上、A社とB以外第三者が無効の主張ができるのかである。A社としては、代表取締役の行為を後日追認することは可能である。

では、そうしたときでもBは無効と言えるのか。この点については最高裁判所の判例がある。

事案は、金銭の支払請求権を有する会社がその債権を他に債権譲渡した際、債権の譲受人はその債権が重要な財産の処分であり、譲渡することについて取締役会の承認のないことを知っていた。譲受人からその債権の債務者に金銭の支払を求めたときに、その債権の債務者がこの債権譲渡は無効だと主張できるのかという内容である。この点について、最高裁判所は以下のように述べている。

会社法が「重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めたのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務の執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される。」として、無効の主張できるものについて以下のように言及する。

「株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行に該当する取引をした場合、取締役会の決議を経ないことを理由とする同取引の無効は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は当該会社の取締役会が上記無効を主張する旨の決議をしているなど特段の事情がない限り、これを主張することはできないと解するのが相当である。」（最高裁判所平成21年4月17日判決、金融法務事情 No. 1880、36ページ以下参照。）

以上のとおり、無効の主張ができるのはA社のみが原則であり、A社の取締役会で無効とするなど、A社が無効を前提としている以外は他の者は無効を主張できないとしている。

したがって、A社がこれを有効としてしまえば、Bは取引行為の無効主張はできず、取引以外の者も無効を前提とすることはできないということになる。

会社法という、平素、関与しない法律であるが、JA組合員には身近に関係している法律であるので取引にあたっては注意をされたい。

また、JA組合員では会社と取締役の双方代理とか、利益相反の事案が多いようであるので、後日、適当な事例があれば紹介したいと考えている。



## 68. 民法改正と契約条項

(2020年5月号、No.253)

### ■ 売買に関する改正と契約条項

#### ○第5条 手付金

民法の条文(557条)の文言が修正された。

従前は「当事者の一方が契約の履行に着手するまでは」とあり、誰の履行の着手が不明確。今回の改正で「その相手方が契約の履行に着手した後は」手付解除ができない旨が明示された。

#### ○第13条 契約不適合による担保責任

(1) 旧法の「隠れたる瑕疵」という概念の廃止

旧法の瑕疵担保責任は特定物(代替できないもの)に対する原始的瑕疵が前提。瑕疵ある物の売買はその部分について売買は無効。しかし、買主が知らなければ売主に帰責事由なくとも売主に責任を課すとしていた(法定責任説)。

そのため、賠償も信頼利益の限度とされたし、買主が知っていれば話は別とされていた。

因みに、代替できるものに欠陥があるときは、履行として不十分であることから、取替えなどの請求が可能であるが、特定物は「その物」に注目しての取引になるので、取替えということが生じない。

(2) 今回の改正は、契約不適合な物の売買について、①特定物・不特定物の区別を排除して一律適用。②買主側の主観的要件(不適合か否かを知るとか、知らないことに過失があるか否か)は不問とされている。

(3) 契約不適合の内容

○「引渡された目的物が、種類・品質又は数量に関して契約の内容に適合しない」(民法562条)

- ・ 内容としては、従前の「瑕疵」と同じ内容が今回の「契約不適合」と考えていいと思う。そうすると、数量不足などを除くと、契約の内容に適合しないとは、従前からの客観的欠陥、法的な規制の存在、そして、人が嫌悪する事実を考えることになる。

○宅建業法40条の適用外するとき

雨漏り・シロアリ・建物構造上の主要部位の木造腐蝕・給排水管の故障のみ責任を負い、その他の責任を負わないとすることも可。

ただし、消費者契約法の検討も必要。

(4) 責任の内容(562条1項本文)

A. (イ) 修補

- (ロ) 代替物の引渡し
- (ハ) 不足分の引渡し

(二) その他

- (a) その他の追完請求
- (b) 代金減額
- (c) 損害賠償
- (d) 解除

B. 買主の悪意

買主が不適合であることを知っていても、売主の責任はある。但し、不適合について買主に帰責事由あるときは、民法の追完を求めることができない。(562条2項)

C. 代金減額

契約書 13 条 2 項、3 項参照。(条文は 563 条)

第 1 項 「前条第 1 項本文 (562 条 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割合に応じて代金の減額を請求することができる」

第 2 項 この内容は契約書 13 条 3 項と同趣旨。

D. 損害賠償と解除

契約書第 13 条 4 項参照。

この内容は、民法 563 条を指している。

○第 14 条 後発的不能 (危険負担)

- ・ 特定物の引渡しについての原則的考え方の改定がなされた。

民法 567 条により、引渡し以後の双方の帰責事由のない目的物の滅失・毀損は買主に危険が移ることになる。所有権の移転は要件ではない。引渡し前に滅失・毀損したときは、買主は解除可 (民法 563 条、564 条)。

なお、この条項は売主の解除も規定している。

- ・ 従前は特定物の権利移転の契約については、債権者 (物の引渡しを請求する側、つまり買主に) 危険負担が生じるとされていたため、契約書で代金支払いをして所有権を買主が取得したときとか、対象物の引渡しを受けたとき以降でなければ、買主に危険な移転しないとする特約をつけるのが一般的であった。そのため、この取引通例を原則とする内容で民法が改正された。

## ■ 賃貸借に関する改正

### ○目的物返還義務 (民法 601 条)

契約が終了したときに目的物を返還する義務の明示。

契約としては、貸主の義務は使用収益させる義務。借主の義務に賃料の支払いとともに契約の終了時の返還義務が明示された。

## ○存続期間（民法 604 条）

従前の 20 年間から 50 年間に変更。ただし、借地・借家に関しては従前とおおり。

## ○対抗力の規定（民法 605 条）

- ・ 従前は、民法上では賃借権の登記を対象物件に設定したときに、対抗できる第三者について「その不動産について物権を取得した者」とのみ規定していた。今回の改正で、前記の文言の次に「その他第三者」の文言が入った。（差押え債権者などを規定）

なお、民法 605 条は、あくまで賃借権の登記を前提としている。

- ・ また、従前は第三取得者に「効力を生ずる」とあるのを、「対抗できる」に変更した。「効力を生ずる」との意味が不明確であるため。
- ・ さらに、従前は「その後その不動産について」とあった「その後」が削除。第三者が登記等の対抗要件を備えていなければ、第三者が先に利害を有しても、先にその不動産に賃借権の登記をすれば対抗可。

## ○賃貸人の地位の移転（民法 605 条の 2）

- ・ 賃借権に対抗要件あるときに賃貸物件の譲渡あると、その譲受人に賃貸人の地位が移転。（1 項）この場合の対抗要件は賃借対象物に賃借権の登記をつけた場合だけでなく、借地契約のときに建物に登記をつけたとき、借家契約のとき建物の引渡しを借家人が受けているときも含まれる。
- ・ 譲渡当事者間の合意で、賃貸人の地位を保留することも可。ただし、譲渡当事者間の賃貸借が終了したときは、譲受人に賃貸人たる地位は移転。（2 項）
- ・ 賃貸人の地位の移転は、所有権移転の登記をつけないと賃借人の対抗不可。（3 項）
- ・ 賃貸人の地位の移転により、費用償還債務及び敷金返還債務は譲受人に承継。（4 項）

## ○合意による賃貸人の地位の移転（民法 605 条の 3）

不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、賃貸人の地位の移転について賃借人の同意は不要。

## ○賃借人による妨害停止の請求権（民法 605 条の 4）

登記等の対抗力を備えた賃借人は、第三者に対して妨害の停止の請求又は占有者に対する賃借物の返還請求が可能。

賃借権は債権であり物権ではないことから、賃借権には所有権のような妨害排除などの物上請求権は理論上認められないとされていたが、学説は対抗力があるような賃借権に認めないのは妥当ではないと主張していた。

今回の改正で理論的疑問は残るが、条文上での解決が図られた。

### ○賃借人による修繕（民法 607 条の 2）

賃貸人が修繕の通知を受け又はこれを知っても、相当期間内に修繕しないとき、あるいは急迫の事情あるときには、賃借人は修繕ができる。今までに認められていなかった修繕行為を賃借人ができることとなった。

### ○賃借物の一部滅失等による賃料減額（民法 611 条）

賃貸物件の一部滅失のみでなく、その他の事由で使用収益できないときは、その部分の割合で賃料が当然に減額となる。従前は、減額請求という考えであったが、変更された。

また、全部滅失等で使用収益できないときは、賃貸借は終了となる。（民法 616 条の 2）

今までは賃借物の破損などで使用ができないときに、使用できない割合に応じて賃料減額請求がなされていた。

今回の改正では賃借物の破損のみではなく、その他事由、例えば水道管が壊れたので何日間か生活できないなど、借主の生活上のトラブルを理由とする当然減額のトラブルが生じることが予想される。

### ○転貸借について（民法 613 条）

- ・ 適法な転貸の転借人は賃借人の債務の範囲で賃貸人に対して直接債務の履行の義務がある。（1 項）
- ・ 賃貸借の合意解約は転借人に對抗できないが、債務不履行による解除は對抗できる。（3 項）これは従前も同様の考えである。

### ○原状回復（民法 621 条）

判例の考え方を明文化。いわゆる自然損耗や経年劣化については、借主に原状回復義務がないとされた。この点は現在もこの考え方で対応しているので、大きな問題ではない。

### ○敷金（民法 622 条の 2）

判例の考え方の明文化した条文が設けられた。この点も、今までと対応を変える必要はない。

### ○保証

極度額の明示。金額を明示した方がいい。添付の契約書では「家賃〇〇ヶ月分」としているが、金額で示されることを勧める。

極度額をいくりにするかはケースバイケース。家賃滞納から明渡し執行までを考えて検討することになる。

家財をすべて残して所在不明になったときには、強制執行費用だけでも 100 万円かかることもある。

## ■ 契約の解除に関する改正（売買契約書 15 条）

○ 解除について債務者の帰責事由は要件ではなくなったこと。解除を催告解除と無催告解除に分けたことなど、民法の改正がなされた。

そのため、売買契約書 15 条では、民法の規定に従って解除する旨の文言とした。

### ○催告解除（民法 541 条）

考え方は従前と同じ。但し、債務者の帰責事由不要。なお、軽微な不履行では解除はできない。

### ○無催告解除（民法 542 条）

・全部解除（1 項）

・全部の履行不能。

・債務者が全部の履行を拒否。

・一部の履行不能又は一部の履行拒絶のとき、残部では契約をした目的を達しないとき。

・契約の性質などで特定のときに履行してくれなければ、契約目的を達せないのに、履行がない。

・債務者が履行をせず、又は催告しても履行の見込みがないことが明らかなきとき。

・一部解除（2 項）

・債務の一部の履行が不能。

・債務者が一部の履行を拒否する意思を明確に表示した。

### ◎保証人に対する請求

連帯保証人に対して履行の請求をしても、主債務者に対する効力は生じない。

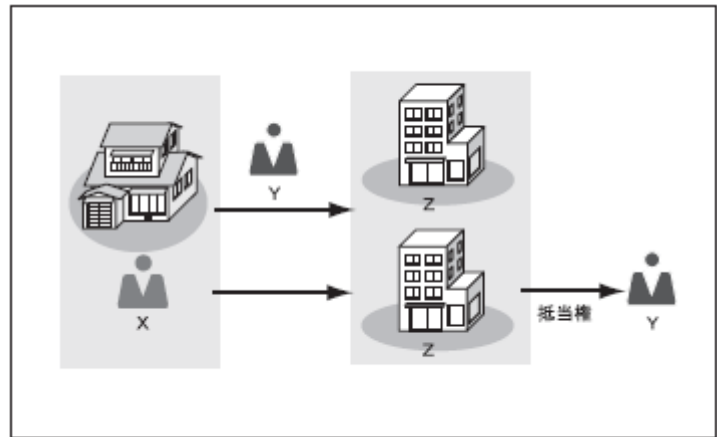
## 69. 意思能力と通謀虚偽表示

(2009年9月号、No.126)

### ■ 事案

Xは大正5年生まれの当時90歳の男性。Xは、本件土地建物の所有者であり、Z社は演芸、スポーツ興業などを目的とする会社、YはZ社の設立者であり元の社長である。

平成19年6月21日、Zは行政書士に依頼してXとの間で本件土地建物の売買契約を締結し、本件土地建物はZ名義となった。同月、ZはYから融資を受け、Z名義となった本件土地に抵当権を設定した。X Z間の売買契約書には、X自身のものと思える署名とXの実印が押印されている。



このような状況のもとで、Xは、本件売買契約は偽造されたものであるから売買契約は成立していない、また、Xは当時90歳であり、老人性認知症のため判断力が劣っており、本件売買契約の内容やその効果を認識する能力がなかったと主張。

そこで、Xはこの主張をもとにZに対しての所有権移転登記の抹消を求めるとともに、本件土地の抵当権の抹消をYに対して求めた。

Xの請求に対して、東京地方裁判所は、本件売買契約自体は偽造されたものではないと認定した。

しかし、Xの意思能力については、本件建物の賃借人に対する家賃や水道代などの請求を当時すでにできない状態であり、これは老人性認知症のため計算ができないためであったこと、本件の買主であるZ社の存在もわからなかったことなどを総合して、Xには、本件売買契約当時、法律行為をするために必要な意思能力がなかったと認定した。そのため、X Z間の売買契約は無効とした。

そこで問題は、本件土地の抵当権の効力についてであるが、これについては以下のように判断した。

### ■ 判決

X Z間の売買契約が無効であれば、Zは所有者でないからYの設定した抵当権も無権利者との間の設定行為ということになって同様に無効となる。そこで、Yは民法94条2項を類継適用して自分は保護されるべきだと抗弁した。

理由とするところは、Z名義となった経過において、XはZ名義になったのだからZ名義の作出に関してXは加功する行為をしているというものである。これに対して東京地方裁判所の判断は以下のとおりである。

「Xは、本件売買契約当時、老人性認知症に罹患し、理解力、判断力を減退させ、本件売買契約の内容及び効果を認識する意思能力を欠いていたのであって、この事実を照らせばXが本件契約書に自署し、〇〇をして実印を押印させて、これを〇〇に交付した行為はもとより、〇〇に対して印鑑登録証明書や自署がされ実印が押された各書面を交付した行為についてもXが本件移転登記の作出に積極的に関与したと評価することは相当でないのであって、民法 94 条 2 項の法意に照らしても本件売買契約が無効であって、Zに本件不動産の所有権が移転しないことをXがYに対抗し得ないとする事情はないというべきできある。」

として、Yの抗弁を排せしXを勝訴させた。(東京地方裁判所平成 20 年 12 月 24 日判決、判例時報 2044 号 98 ページ以下参照。なお、文中〇〇は、事案紹介の中にも出てくるZ側が依頼した行政書士のことである。)

## ■ コメント

本件は意思能力のない者と民法 94 条 2 項の関係について言及した判決である。

民法 94 条 2 項と不動産取引については理解されている方も多いと思う。要するに、虚偽の外形の作出に所有者が関与した場合、その外形を信じて取引に入った第三者を保護するという内容である。

強制執行を逸れるために他人名義にすることを共謀した場合には、名義人となった者がその不動産を転売しても転得者がその名義人が所有者と信じていれば、その転得者を保護するというのが典型的なケースである。

さらに、虚偽の抵当権を設定して他人の差し押さえなどがされないよう共謀していたところ、その者が抵当権ではなく所有権移転登記をしたあと、これを知らない第三者に転売したようなケースでも、元の所有者は転得者に所有権を対抗できないとされている。

また、最近の判例の考え方では通謀あるいは共謀のないケースでも民法 94 条 2 項を使って善意の第三者の保護を図っている。例えば、他人の言葉を安易に信用して、権利証や印鑑証明書を交付し、自分の目の前でその者への所有権移転登記手続がなされているのに立ち会っていた場合、その者がその後第三者に転売しても、元の所有者はその転得者に対抗できないとされている。その理由は今何かされているか容易にわかるのに、それを理解していないことは虚偽の外形の作出に関与したと同等に評価されても仕方のないことをしているということである。

考えてみると、その極論が判断力の劣っている者ということになろう。本件では、法律行為の意思能力がない者が虚偽の外形に関係していることは間違いない。

しかし、この判決はこのような場合は虚偽の外形の作出に積極的に関与したと評価できないとした。

たしかに、虚偽の外形の作出について判断力のない者を利用すれば安易に作出することができる。善意の第三者の出現があれば第三者に対抗できないということになると、判断力のない者の保護が十分ではない。もちろん判断力のない者のために行為能力のない者という制度はある。これが未成年者や成年被後見人である。

これらの者については取消しという制度があるので、民法 94 条 2 項の対象外と一応考えられる。同様に、本件のように行為能力以前の意思能力なき者についても保護されるべきことになる。

ただ、この事案を見て X は成年被後見人にどうしてならなかったのか、この制度を利用していれば本件トラブルは回避できたと思われる。本件は意思能力がないとされている。しかし、意思能力はあるが判断力は劣っている。しかし、成年後見制度の適応はなされていない者については取消しが法律上できないことから、他人にうまく利用されて善意の第三者に対抗できないとされるケースが出てくる危険性がある。

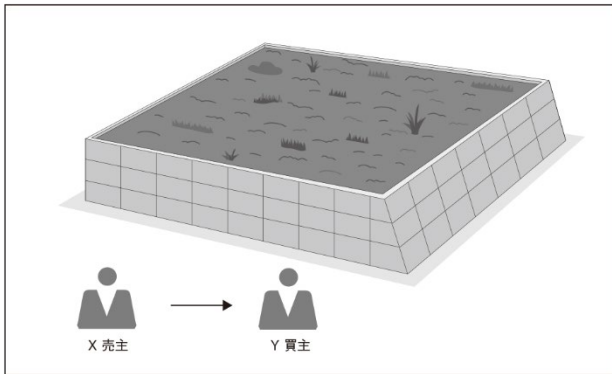
このような組合員に対しては、補助ないし保佐といった成年後見制度の利用を検討すべきである。

(P464、No. 166 「通謀虚偽表示と第三者」参照。)



## 70. 売買契約における確定測量図交付の意味

(2021年8月号、No.268)



### ■事案

◎ Xは所有している土地をYに売却。

- 契約日 平成29年2月11日
- 代金 7500万円
- 手付金 350万円
- 決済日 平成29年5月29日
- 違約金 代金の10パーセント（750万円）
- その他の内容
- 売主は買主に対して、残代金支払日までに隣地所有者の立会いを得て、資格ある者の測量によって作製された本物件の確定測量図を交付する。
- 売主が違約したときは、受領した金員を買主に返還するとともに違約金を支払う。
- 買主が違約したときは、違約金が支払済み金員を上回るときは、売主に対してその差額を支払う。

◎ 売主Xは本件土地の周囲の土地所有者に確定測量図製作のための立会いを求めたが、一名は立会いはしたものの、測量図への署名を拒んだ。

そのため、決済日の5月29日までに確定測量図の製作ができなくなり、当事者協議のうえ、決済日を7月28日に変更した。

◎ ところが、署名を拒否している隣接所有者はどうしても測量図に署名をしないまま7月28日に至ったことから、買主Yは確定測量図の交付が期日までにされていないとして、売主Xの債務不履行を理由にXY間の本件売買契約を解除した。

◎ これに対して売主Xは、延期した決済日前の7月24日、測量会社から従前に作製した確定測量図があり、この測量図と今回作製した測量図とでは境界が合致していること、そして、登記所も署名を拒んでいる所有者の署名押印がなくても、分筆登記手続に問題は生じないと述べているとの報告を受けた。

そのため、売主としては債務の履行はしており、9月28日までに残代金を買主が支払わないのなら、本件売買契約を解除する旨の意思表示をした。

◎ 因みに、本件土地の擁壁は、周辺の土地に越境していることから、周辺土地所有者に対して境界の確定と越境の確認を求めており、測量図面に署名押印しない者も境界自体に異議はなく、擁壁の越境の処理方法に異論があるために測量図に署名押印をしていない。

◎ 以上の経過から、当事者双方から相手の債務不履行を理由とする金員の支払いを求める本訴と反訴とが提起された。

## ■判決

第1審の名古屋地裁は、契約書に記載されている売主が決済期日までに確定測量図を交付するとの条項について、以下のように判断している。

「売主であるXにおいて、残代金支払日までに『隣地所有者等の立会いを得て』作成された確定測量図を交付することを明文で定めているから、同条項所定の確定測量図は、実際に隣地所有者等の立会いを経て作成されたものを指すと解すべきである」

としたうえで、署名押印しない隣地所有者は境界に異論はないとしていることについても、『隣地所有者等の立会いを得て』というのは、単に隣地所有者に対して物理的な立会いの機会を与え、その上で確定測量図を作製すれば足りるものではなく、立会いの結果確定された境界につき、書面による承諾を得る義務を課す趣旨である」と判断し、売主は隣地所有者からこのような書面による承諾を得ていない以上、隣地所有者等が境界に異論はないと述べていることは、この義務の履行の有無の判断には関係しないとし、売主の債務不履行である旨を判断している。

さらに、従前に作成された確定測量図の存在に関しては、従前の確定測量図の立会いは本件の隣接所有者ではなく、元の所有者であることや、本件の契約条項の趣旨は現在の隣接所有者による立会いと境界について承諾する旨の署名押印のある確定測量図を買主に交付することであって、従前の確定測量図の存在や、その測量図で分筆登記が可能か否かは関係しないとした。

以上から、売主の債務は履行されていないとした。

売主Xから控訴がなされたが、名古屋高裁もXの控訴を棄却した。(名古屋地裁平成31年3月26日判決、名古屋高裁令和元年8月30日判決、判例時報2483号30ページ以下参照。本件は上告されている。)

## ■コメント

本件は確定測量図の交付に関する事案であり、売買にあたり売主側からよく相談を受けるケースである。

確定測量図とは土地家屋調査士が隣地所有者や公道の所有者らと、境界の立会いをし、境界杭を設置し、隣地所有者全員の承諾印のある測量図面とされている。現況測量図とは現況の杭などから測量した図面であり、境界の確定まではされていない。地積測量図は分筆手続などに添付される測量図であり、法務局に保管されているものである。確定測量図であるとは限らない。

測量図にはいろいろなものがあるが、売買のときには確定測量図の交付を買主が求めるのが一般的である。理由は将来の境界トラブルの予防である。このようなことから考えると、本件のように境界は異論ないが、測量図に署名しないケースでも予防にはなるのではないとも言える。

しかし、隣接所有者の考えを将来どう立証するかを考えると、署名押印は原則としておきたいものであるし、押印も実印でということになる。

筆者への相談案件で、どうしても隣地所有者が押印しないときどうするか相談があるが、測量士に報告書を作成させて隣地所有者が立会いのうえ、境界は認めていること、なぜ署名押印しないかを記載しておくことで買主と協議されたい旨を回答している。立会いの状況を写真に残し、その中に署名押印しない方が写っていることも証拠として残すようアドバイスしている。

しかし、この判断からすると、もし、買主が隣地所有者の署名押印がない旨を主張したときは、売主として必要な測量図を交付したことにはならないことになる。買主との協議が必要ということになる。

今後の対応としては、測量図面に署名押印しない所有者がいる可能性を想定し、確定測量図の入手ができないときに債務不履行とならないようにすることになる。確定測量図の入手ができないときに契約の解消は仕方ないとしても、ペナルティーが発生しない配慮をとっておくことになる。なお、この事例では、過去に確定測量図があったものの、元の所有者が関与したものであった。この測量図があれば境界にトラブル解決のための大切な証拠にはなるが、本件売買契約の売主の義務としては、今の所有者の署名押印がないと売主の義務を尽くしたとはならないということである。

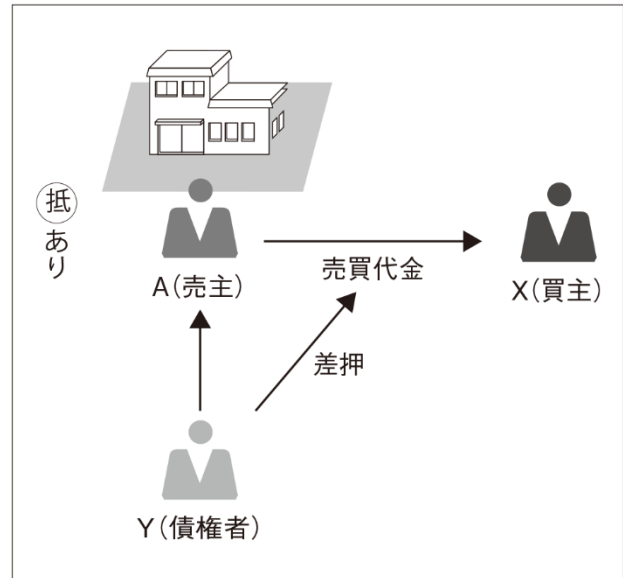
相手のあることなので、売主としては注意して測量図に関する条項を作成していくことが大切ということだと思う。

## 71. 土地売買の買主の土地確保と弁護士費用

(2022年4月号、No.276)

### ■事案

- X A間でA所有地の土地売買契約（平成26年7月23日）。Aは法人、代金は9200万円。
- 契約時、手付金500万円をXがAに支払う。残金8700万円は平成26年9月末日、残金支払時にA所有地の所有権をXに移転。
- AはAの費用負担でA所有地上のAの建物を解体し、A所有地に設定されている抵当権等を抹消。そのうえでA所有地の測量をして残代金と引き換えに土地をXに引渡す。以上のような内容がX A間の土地売買契約である。
- ところが、同年8月5日、Aは営業を停止し代表者の所在が不明となった。そのため、Xは弁護士にA所有地（本件土地）の引渡しを得るための依頼をした。
- X代理人は同年8月、本件土地に処分禁止の仮処分をし、その後、同年9月、XからAに対して本件土地所有権移転登記請求訴訟を提起。訴訟はAの代表者の所在が不明なことから公示送達により進行し、平成27年5月、判決にもとづく所有権登記がAからXに移転した。
- その後、同年9月、A所有地の所有者となったXは本件土地にA名義の建物があることから、Aに対して本件土地の明渡しを求める建物収去土地明渡訴訟を提起した。
- この訴訟も公示送達で進行し、判決をもとに平成28年6月、建物解体のための強制執行手続を実施、費用として約500万円をXは負担した。
- さらに、本件土地には抵当権が設定されているため、抵当権者に7080万円を支払って抵当権を抹消、Yによる仮差押がついていたので、Yに30万円を支払って仮差押の取下げをしてもらい、仮差押登記を抹消させた。
- その後、同28年6月、本件土地の測量をXは行い、その費用として約120万円を支払った。
- こうしてXはAから本件土地の所有権を確保したが、これらの諸手続きはすべてXが委任した弁護士によりなされたものである。
- このような状況であったところ、Aの債権者YはAがXに対して有する売買代金の差押えをした。



Xとしては、前記各手続中であつたためYからの取り立てを拒否した。そこで、YはXに対してYがAに対して有している2500万円の限度で、同金額を自分に支払えとの取立訴訟を提起した。

このYの訴訟に対して、Xは本件土地を自分のものにするための諸手続きを弁護士に委任し、その費用は約972万円であり、その他前述した各費用は約7730万円であることから、残金8700

万円を超えた支払いをしている。そのため売買代金と相殺するから売買代金債権は消滅しており、Yの差押え対象債権が消滅したことから、Yからの取立てに応ずる必要はないと反論した。

## ■判決

原審はXの主張を認め、Yの請求を棄却。そこでYが上告となった。

最高裁判所は「土地の売買契約の買主は、上記債務の履行を求めるための訴訟の提起・追行又は保全命令若しくは強制執行の申立てに関する事務を弁護士に委任した場合であっても、売主に対し、これらの事務に係る弁護士報酬を債務不履行に基づく損害賠償として請求することはできないというべきである。」として、弁護士費用約972万円については相殺対象とはならないとして、その限度でYのXに対する取立を認容する判断を示した。(最高裁判所令和3年1月22日、判例時報2496号3ページ以下参照)

## ■コメント

本件は弁護士費用を債務不履行の損害賠償の対象として含めることができるかについての最高裁判所の判断である。

従前より、不法行為による損害賠償や労働契約にもとづく安全配慮義務による損害賠償については弁護士費用を損害として認定しており、債務不履行による損害賠償請求等については、弁護士費用を損害とは認定していなかった。

本判決もこの考え方に沿ったものである。(不法行為による損害の中に弁護士費用を含めるとしても、被害者と弁護士との合意で決めた弁護士費用が当然に損害として認定されるわけではなく、損害の公平な負担という観点から、一般的には損害額の1割を認定していることが多い。弁護士との約束でそれ以上の支払を合意しているときは、弁護士との約束なので依頼者は弁護士に合意した金額を支払ってもらうことになる。要するに、弁護士費用のうち、いくらを相手の負担とするかを裁判所は判断するだけであり、その費用の妥当性を判断しているわけではない。)

債務不履行の損害の場合、弁護士費用を対象としない理由として挙げられる内容に不法行為とちがいは契約は相手と合意したものであり、相手が任意に履行するか否かの判断が可能であったこと、つまり、任意に履行しない可能性のリスクがあり、この点は無関係の第三者による不法行為とちがうとされている。

さらに、本件では明言されていないが、訴訟追行は必ずしも弁護士の専門的知識を要するものではないということも理由のひとつとして挙げられている。

しかし、本件に至る経過をみたときに素人にこれらの手続きができるのであろうか。売買契約による訴訟ということになると契約条項を理解したうえで提起をする必要がある。本件でも登記や引渡しは残代金と引換えであるので、いわゆる同時履行の抗弁権の問題がある。

さらに、所有地上にある建物の解体をどうするかについては解体を求める法的拋限が必要である。本件では、X名義としたうえでA所有建物が不法占拠物として提訴し、強制執行により解体に至っている。

これら諸手続きについては、事前に弁護士により進め方を検討し、それに従って順序よく処理されたものであり、担当弁護士の苦勞がよく理解できる。これらの諸手続きは弁護士の専門的知識を要しないとは言えないと思う。

本件ではAの代表者が不明となった案件であるが、Xとしてはどうしても本件土地を手に入れたかったのであろう。ふつうなら、Aの代表者の所在が不明となり諸手続きが必要となるなら、Aとの売買契約は解除することが多いと思う。不動産のこういうトラブルについては、弁護士の知識は必要であり、訴訟や強制執行の手続きは素人に簡単にできるものではない。この点を十分理解のうえ、不動産トラブルは必ず弁護士に相談されたい。評価の低い不動産であれば司法書士でも対応できるが、弁護士ほど経験がないし、強制執行を考えての訴訟追行ができるのか、実際に執行手続ができるのかの疑問が残った案件もあり、弁護士相談を第一義とするのが妥当である。

## 72. 売主側の説明義務（地震等）

(2019年9月号、No.246)

### ■ はじめに

今回は適当な判例がなかったので、土地の売買契約における売主側の説明義務についての説明をしたいと考える。

売主側と言っているのは、売主自身のことと、業者としての説明義務とを指している。

### ■ 民法の改正

2020年4月1日より、民法の債権法の改正法が施行されることとなった。

すでに知っているとおおり、売買契約における瑕疵担保の規定も変更されることになった。

従前の「隠れたる瑕疵」にかわって「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」の場合には、売主に目的物の補修、代替物の引渡し又は不足分の引渡しの必要が生じてくることになった。

ただ、そうは言っても、従前の瑕疵担保責任と大きく変わるわけではないから、実務上はあまり影響はなく、従前から考えていた瑕疵を、改正法施行のあとも気をつけていけばいいと考えて十分と思う。

そうすると、従前のように、権利の瑕疵、物質的な瑕疵、そして、人が嫌悪する歴史的事実を中心に対象土地の状況について、説明をすることになる。

改正法の条文に則して言えば、権利や物質的な瑕疵は売買の目的物の品質が契約の内容に適合していないということになり、人が嫌悪する歴史的事実も同様と考えていいと思う。

### ■ 最近、話題となる問題

最近、大きな地震が何年のあいだに何パーセントの確率で発生するなどの報道から、地震関連の項目についての説明義務が議論されている。購入した土地が地震で液状化が生じてしまったが、購入にあたっては、その旨の説明が売主側からなかったとか、土砂崩れで被害を受けたが、危険な土地だとの説明がない、あるいは断層の上に購入した土地があるのではないかなど、地震を中心とした災害に関する情報の告知義務の有無の議論がなされている。

そこで、以下、いくつかの例を説明したいと思う。

### ■ 液状化

東京地裁平成26年4月15日の判決では、液状化の危険があるとされる地図に、対象土地が含まれていたにもかかわらず、売主側はその旨の説明がなかったとして、仲介業者と売主に対し

て、媒介契約を解除したうえで仲介手数料の返還と、売主には手付金の返還をそれぞれ求めた案件での裁判所の判断が示されている。

これによると、液状化危険度マップに対象地が含まれているが、このマップはインターネットでも公開されている。

ただ、裁判所は、このマップは参考図にすぎないものと認定している。理由としては、液状化想定を 250 メートル四方を最小単位として線引きをしているが、メッシュの切れ目区域に所在する地点は液状化想定なしとなっていて、メッシュの切れ目付近は本来の地盤の強度を反映しているとは言い難いこと、マップでは地盤改良をするなど液状化対策がなされたか否かは反映されていないなどを挙げている。

その結果、マップの客観的正確性には限界があるとしている（マップには、これは参考図であって、権利義務に関する事項の資料とはできないとも記載されている）。

このことから、仮に売主が地盤沈下などの危険はないと説明していても、また、業者が、本件土地がマップの示す地域に含まれていることを知っていて、その旨を説明しなくても、ともに説明義務はないとして、買主側の請求を棄却している。法的にはマップの正確性の問題であり、マップの正確性が高まれば、説明義務は少なくとも業者に課される可能性がある。

売主や仲介業者としては、このマップを意識し、危険区域に含まれている土地であればその旨を告知しておいた方が妥当と思う。

## ■ 土砂災害

土砂災害については、宅建業法 35 条の説明の対象項目としての省令事項に含まれている。すなわち、売買、交換、貸借の対象である宅地又は建物が土砂災害警戒区域などにおける土砂災害防止対策の推進に関する法律第 6 条第 1 項により指定された土砂災害警戒区域内にあるか否かは説明対象となっている。

## ■ 断層

購入した土地や建物が断層の上にあったというケースは多い。

日本には大きな断層のほか、小さい断層がいくつかある。小さいものを含めると、もしかしたら日本の土地はすべて何らかの形で断層の影響を受ける土地かも知れない。そのためなのか、それとも、断層を明確に示せないためなのかはわからないが、断層の存在については、仲介業者の説明事項の対象とはされていない。したがって、売主も業者も断層の有無の説明義務は課されていないと言える。

ただ、比較的最近の地震で地面がずれたとか、隆起したなどのことがあれば、説明義務は課されるであろう。

最近、各自治体が大地震に備えて、断層があるとか、断層により地震のときは建物倒壊の危険が予想されている地域について、断層の存在の告知義務を業者に課したり、開発を制限する動きがある。もし、このような規制が課されているときには、少なくとも業者には告知義務があると言えるであろう。



ただ、断層があっても、実際の被害が生じるか否か、仮に生じたとしても、それが断層によるもので生じたのか否かなど、法的責任を考えるにあたっては、議論をするべき項目が多くある。

また、被害が生じる前に断層を理由として、いわゆる瑕疵担保責任を根拠に取引のキャンセルが生じることを簡単に認めることも問題となる。

問題となる断層が建物倒壊などにつながるものなのか否かが明らかでないのに、瑕疵担保の問題になるということになれば、小さな断層でもキャンセルの対象となってしまう。そうすると、日本の土地取引は事実上、断層が全国にある限りできなくなってしまうのではないかとの危惧がある。ただ、実際に被害が生じたらどうするのかの問題があり、取引の確保と安全の確保との線引きを

どうするか判断が必要となってくる。

## 73. 有害物質を含む土地売買について

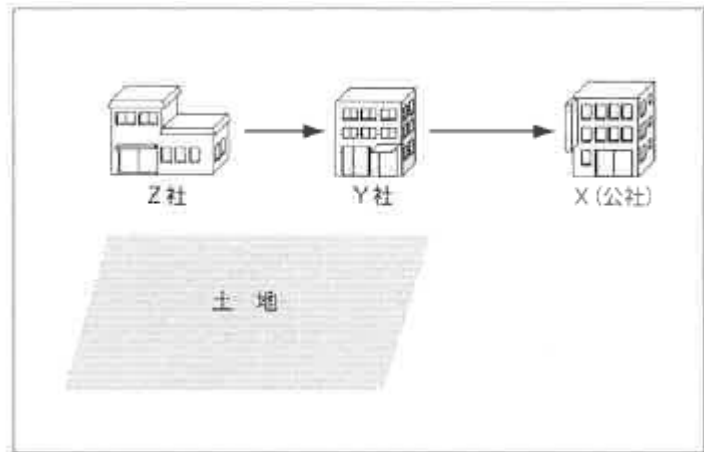
(2013年5月号、No.170)

### ■ 事案

本件土地はZ社が所有していたが、昭和53年にY社に売却された。

売主であるZ社は、本件土地の売却時まで、本件土地上の工場で石綿紡績品の製造等を行っていた。

Y社は紙製品の売買や輸出入を目的とする会社であるが、平成15年、東京都にある特別区に対して、本件土地買取希望申出を行った。



特別区では本件土地を当初公園として利用する考えをもっていたが、その後、産業再生活用地とすることに変更となった。

その後、平成15年6月、前記特別区が設置した公社（以下、Xとする。）が、Y社から本件土地を購入するための覚書をY社との間で締結した。

その覚書には、東京都の環境確保条例にもとづいた調査をし、有害物質が検出されたときには、土壤汚染対策法や前記条例に従った対策を講じることが明記されていた。

Y社はこの覚書に従って調査したところ、フッ素及びその化合物が基準値を超えて存在していたので、その汚染拡散防止措置を講じた。

その後、同年の8月、XとY社間で売買契約を締結し、本件土地は同月下旬にXに引き渡された。

ところが、平成20年、前記特別区がボーリング調査をしたところ、表層から1.5メートル以内の埋土層の中から繊維状の石綿が検出されたが、飛散した粉塵中に石綿が飛散しているかの調査では、基準値を超える石綿は検出されなかった。

そこで、XはY社に対して、瑕疵担保責任にもとづく損害賠償の請求をした。

なお、Y社はXとの売買契約後に破産しており、XがY社に対する前記損害賠償請求権を破産債権として届出たため、Y社の破産管財人が否認したため、破産債権としての前記損害賠償請求権が認められるかの確定を求める訴訟となっている。

### ■ 判旨

Xの主張に対して東京地方裁判所は、本件土地の中に石綿が存在していたとしても、瑕疵担保責任をY社は負担しないとした。

「以上によれば、①石綿を含有する土壌あるいは建設発生土それ自体については、本件売買契約当時、法令上の規制はなく、②本件売買契約において求められていた性能は、土壌汚染対策法及び環境確保条例が定める有害物質が基準値以下であることであり、③本件売買契約当時の実務的取扱いとしても、石綿含有量を問わずに、石綿を含有する土壌あるいは建設発生土を廃石綿等に準じた処理をするという扱いが確立していたとはいえ、さらに、そもそも本件土地に含有されていた石綿が「土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがある」限度を超えて含まれていた（最高裁判所平成22年判決参照）とも認められないから、本件土地に瑕疵があったとは言えない。」

と認定した。（東京地方裁判所平成24年9月27日判決、判例時報2170号50ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。）

## ■ コメント

本件は売買対象地に石綿が含有されていたことから、買主が売主に瑕疵担保責任を求めた事案である。

今日では、石綿の存在は人の健康被害に関係するのではないかとしてマスコミ等でも取り上げられている。

しかし、本件の売買契約当時、石綿を含有する土地に関する規制はなく、当時の法令の基準値以下の状態での売買であった。

問題は、当時は格別問題とされていないことがその後の事情で問題となったときでも、瑕疵ありと言えるのかである。

土地の売買における瑕疵については、法令上からみて有害物質が基準値以上に存在していれば当然としても、基準値以下や規制対象とされていない物質が存在しても、それによって人の健康を害することが明らかであれば、瑕疵があると言える。

そうすると、売買契約当時の法令上の規制に該当しない場合には、現在の状況を十分把握して、瑕疵の有無の判断をすることとなる。

この点、本判決で引用している平成22年6月1日の最高裁判所の判決では以下のように述べている。

「そうすると、本件売買契約締結当時の取引観念上、それが土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあると認識されなかったフッ素について、本件売買契約の当事者間において、それが人の健康を損なう限度を超えて本件土地の土壌に含まれていないことが予定されていたとみることはできず、本件土地の土壌に溶出量基準値及び含有量基準値のいずれも超えるフッ素が含まれていたとしても、そのことは、民法570条にいう瑕疵には当たらないといふべきである。」（判例時報2083号、77ページ以下参照。）

つまり、売買契約当時、対象土地に健康被害になるようなものが含まれていないと社会観念上や当事者が認識していたときは、後日、それが健康被害になると認識されても瑕疵ではないとしているわけである。

本件もこの考えに沿った判断を示したことになる。

要するに、土壌の中に何らかの物質の存在を認識しても、その物質の存在が健康を損なうものと認識されていなかったのであれば、その物質の存在自体を瑕疵とすることはできない。なぜなら、当事者間の売買ではその物質の存在が健康被害を生ずるとは考えてはおらず、その物質の存在は契約のとき容認されていたからである。

今回の事案は、当時、あまり問題にならなかった物質の存在が瑕疵と言えるかを示したものであって、注意すべき事案である。

なお、注意をしておくが、現在問題となっている物質が以前から存在しており、この状態で現在、売買とするのであれば、当然、瑕疵の問題となるのは言うまでもない。

## 74. 売主による瑕疵の存在の説明義務

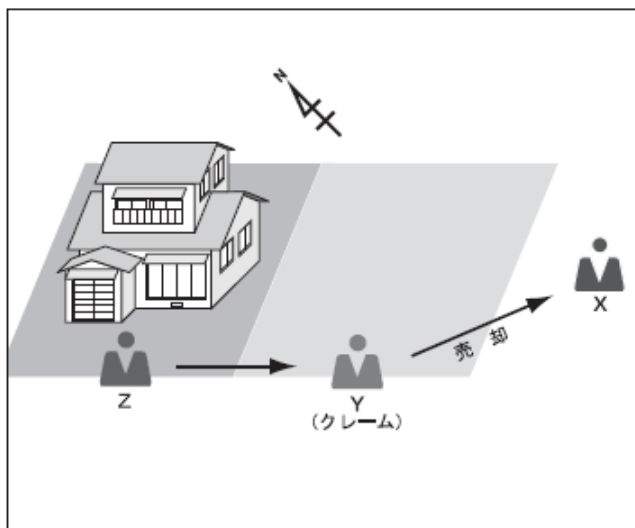
(2009年6月号、No.123)

### ■ 事案

Yは本件土地の所有者であり、その北西に接する土地上の建物にはZが居住している。土地はZの妻名義である。

Yは本件土地を第三者から購入し、本件土地上に建物を建築しようとした。

建築に先立ってYから依頼を受けた設計士が、隣のZ宅を訪問したところ、Yが予定する建物が本件土地に建てられると、自分達の日照が悪くなるとして、Zの要求する部分には建物を建てるなど脅迫的に言われ、設計変更を迫られた。



そこで、Yは本件と地上に建物を建築することを断念し、本件土地を第三者に売却することとした。

このようなことを知らないXは本件土地をYから購入し、建物についての建築確認を受け、地鎮祭を実施したのち、周辺へ挨拶回りをした。すると、当日の夜にZから電話があり、強迫的な口調で翌朝に来いと指示された。

翌朝にXがZ宅を訪問すると、Zは「馬鹿野郎」、「若い奴らが動くぞ」、「俺は有名な右翼だ」などと脅迫的で威圧的な暴言を並べたて、設計変更を強く迫った。

Xは警察や近隣住民から情報を入手したところ、Zが暴力団関係者の可能性があり、Zの考えを無視して建物を建てると危害を加えられるおそれがあると考え、本件土地での建物建築を中断し、本件土地は更地のままとなっている。

そこで、XはYに対してZが存在することで建物を建てて居住するという目的が達せられないということから、瑕疵担保責任にもとづいて、支払い済みの売買代金等の返還を求めた。なお、XはYに対し、売主の付随義務として建物建築に隣人から妨害を受けることなどを説明すべき義務が売主Yにあるにもかかわらず、Yはその説明をしていない債務不履行責任もあると主張している。

### ■ 判決

Xの訴えに対して、東京地方裁判所はXの主張する事実を認め、Zの存在は瑕疵であるとした。しかし、Zが存在するとしても、Zによる行為は刑事、民事の手段で対応ができるので、土地を購入した目的を達することができないとまでは言えないとし、Zの存在によって下落した価額を損害とした。また、売主としての説明義務については否定した。そこで、Yが控訴した。

控訴審の東京高等裁判所では、Zの存在が瑕疵担保責任の「瑕疵」に該当すること、しかし、Zの存在はXが本件土地を購入した目的を達せられないとは言えないこと、売主YにはZの存在についての説明義務はないとし、売主Yに対して損害賠償義務を命ずるにとどまった。(東京高等裁判所平成20年5月29日判決、判例時報2033号15ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は隣地に暴力団関係者が居住しており、そのため予定していた建物建築にあたり、威圧的にクレームをつけられ、建築を断念した事案である。

買主Xの主張の内容はZの存在は「瑕疵」に該当するので、Yとの売買の目的を達成できないことから、契約を解除したうえで代金の返還やその他の損害を支払えという点と、売主YはZの存在を知っていたのだから、Xとの売買契約にあたり、その旨を説明すべきであり、これをYはしていないのだから、Yの債務不履行もあるというものである。

まず、Zの存在については、「売買の目的物に民法570条の瑕疵があるというのは、その目的物が通常保有すべき品質、性能を欠いていることをいい、目的物に物理的欠陥がある場合だけでなく、目的物の通常の用途に照らし、一般人であれば誰もがその使用の際に心理的に十全な使用を著しく妨げられるという欠陥、すなわち一般人に共通の重大な心理的欠陥がある場合を含む。」としている。

本件Zは建築にあたり、威圧的クレームをしているのだから、このような者が隣にいることで、土地の使用を著しく妨げられるということであろう。ただ、このようなZの存在でも、刑事事件や民事事件で十分対応できるので、Xが土地を購入した目的を達せられないわけではない。この点は原審も、控訴審も同様に認定している。

ところで、YはXに売却する以前に、Y自身がZからクレームをつけられ、建物建築を断念している経緯がある。ところが、YはXへの売却にあたり、このことを述べていないし、また、Xからの質問もない。

そこで、売主は売買にあたり、Zのような存在をXに説明すべきなのかの問題がある。

この点については、「売買契約の目的物に存する瑕疵の存在が要素の錯誤にあたる場合や、その存在について売主の告知義務がある場合に、その売買契約が無効事由又は取消事由のあるものになり、あるいは、売主に不法行為が成立し得ることはあるとしても、相手方（買主候補者）から説明を求められた場合は別段、そうでない限り、売買契約成立前の締結過程において瑕疵の存在を告知しなかったことが、売買契約の売主としての債務不履行になるとは言えないというべきである。」とした。

つまり、Xから近隣にクレームをつける者はいるかと質問されない限り、そのことをYがXに言う必要はないとしたわけである。

その根拠としては、買主は自分で購入物件の状況を調べるべきであり、売主が虚偽の事実を言うことは当然問題であるが、かと言って積極的に述べる義務もないということである。

この点、仲介業者の説明義務として、物件の瑕疵の状態をどこまで説明するかの問題を考える必要はある。仲介物件に物理的欠陥があるのを知っているようなときは当然説明すべきである。しかし、本件のようなZの存在についてはどう考えるべきであろうか。売主としての積極的説明義務はないのは理解したとしても、仲介業者の説明としては説明対象ということになるのだろうか。今後、検討すべき内容である。

## 5. 建物売買

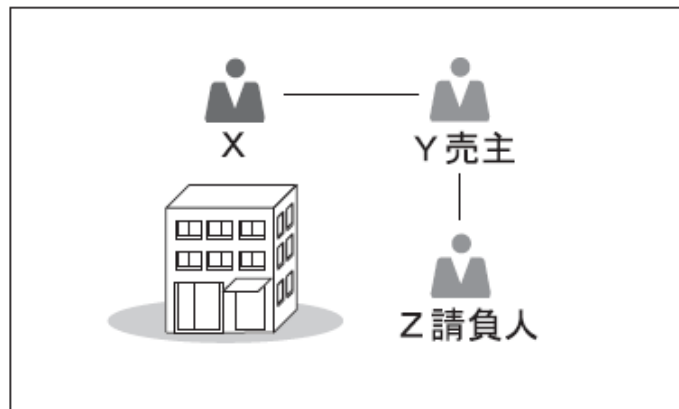
### 75. 損害賠償と居住の利益

(2010年10月号、No.139)

#### ■ 事案

XはYから本件建物を平成15年3月に購入し、同年5月に引渡しを受けて居住している。

本件建物は、YがZに建築工事を発注したものである。本件建物は、鉄骨造スレート葺3階建てであるが、柱はり接合部に溶接が施工されていないところや、溶接が十分でないところがあった。



さらに、構造耐力上の安全性にかかわる重大な欠陥があり、暴風時などに風圧を受けると大きなたわみが生じ、外壁自体が崩壊するおそれがあった。

そこで、建物所有者Xは、売主Y、施工会社Zを相手に損害賠償を請求した。その内容は、本件建物の立替費用相当額を損害として、売主、施工会社（設計、工事監理者も含む）は共同不法行為者であるというものである。

これに対してYやZは、欠陥住宅とは言え、Xは本件建物に居住しているのだから居住の利益がある。また、本件建物を建て替えるために必要な費用を全て損害としてしまうと、建物建て替えの結果、耐用年数においてこれが延長されることとなり、その分の利得が生じるとして、その利益分を損益相殺として損害額から控除するべきであると反論した。

双方の主張に対して、原審の名古屋高等裁判所はYやZの主張を排斥して、居住の利益を損益相殺の対象とはしないとされた。そこで、YやZが上告した。

#### ■ 判旨

YやZの上告に対して最高裁判所は以下のとおり判決した。

「売買の目的物である新築建物に重大な瑕疵がありこれを建て替えざるを得ない場合において、当該瑕疵が構造耐力上の安全性にかかわるものであるため建物が倒壊する具体的なおそれがあるなど、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有していないと評価すべきものであるときには、上記建物の買主がこれに居住していたという利益については、当該買主からの工事施工者等に対する建て替え費用相当額の損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として損害額から控除することはできないと解するのが相当である。」

また、耐用年数の点についても以下のように述べている。

「社会経済的な価値を有しない本件建物を建て替えることによって、当初から瑕疵のない建物の引渡しを受けていた場合に比べて結果的に耐用年数の伸長した新築建物を取得することになったとしても、これを利益とみることはできず、そのことを理由に損益相殺ないし損益相殺的な調整をすべきものと解することはできない。」

として、YやZの上告を棄却した。(最高裁判所 平成 22 年 6 月 17 日判決、判例時報 2082 号 55 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、新築一戸建て住宅を購入したものの、構造耐力上の安全性にかかわる重大な欠陥が生じていた事案である。

一戸建て住宅を購入した買主は、購入した建物に欠陥がある場合、売主に対して民法上の瑕疵担保責任を求めることができる。

さらに、最近の判例の考え方によると、当該建物を施工した者、設計した者に対しても不法行為による損害賠償請求ができるとされている。

本件も同様に、買主Xは売主Yと施工会社Z（設計監理者を含む）に対して損害賠償を求めたものである。その損害の内容は、建て替えが必要なほどの欠陥だとして建て替え相当費用をもって損害だとXは主張している。

事案からすると、構造耐力上に重大な欠陥があるとされていることから、建て替え相当額をもって損害とすることは妥当である。問題は当該建物にXが居住していたという点である。

つまり、欠陥とは言えXは居住していたのだから、その分は損害から控除すると考えるべきではないか。

また、建て替えが可能なら結果として建物の耐用年数が伸びたのと同じことになり、Xに利得が生じているのではないか。

これらについて、最高裁判所は本件のようなケースでは、居住の利益や建物の耐用年数の増加分をもって損害額を減額することとなる損益相殺は認めないとした。本件では、Xは不安な思いで毎日を暮らしていたということが前提となっているようである。

ところで、本件は構造耐力上の安全性に問題のあるケースの事案である。したがって、そこまではなっていない建物の欠陥のケースなどでは、Yらが主張している居住の利益をもって損益相殺をするべきであるとの考え方で否定されてはいないようである。

なお、居住の利益とは具体的にどうやって算出するのかであるが、本件のX代理人の主張によると、仮住まい費用をもって居住の利益としているようであり、1ヶ月の仮住まいの費用に居住期間を乗じた数字をもって居住の利益としているようである。



## 76. 借地権付建物売買と融資承諾書

(2010年10月号、No.139)

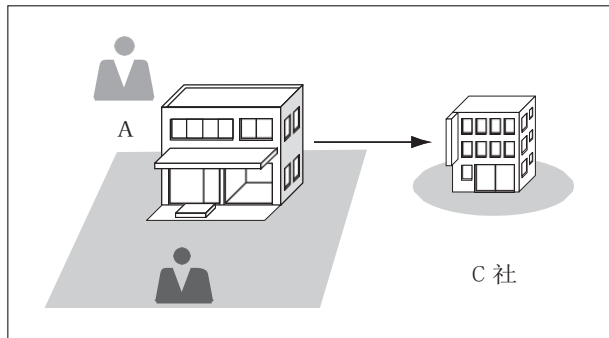
### ■ 事案

Aは、B所有の土地をBから賃借し、A名義の建物を土地の上に所有している。

今回、AはC社との間で借地権付建物売買契約を締結し、C社はAに対して手付金 50 万円を支払った。

A C間の売買契約の骨子は以下のとおりである。

- 売買代金 〇万円
- 手付金 50 万円
- 残金は引渡日に支払う。
- 手付解除期間は〇年〇月〇日
- 違約金 売買代金の 20 パーセント
- BによるAからC社への借地権譲渡承諾書は〇年〇月〇日まで。同日までに入手できないときは、AはC社に書面で通知することで解除することが可能。この場合、Aは受領済み金員を清算するが、CはAに損害賠償の請求はできない。
- C社による再建築、C社による2年以内の借地権譲渡についての譲渡承諾料の免除、建物建築の際の建物に対する抵当権の設定登記を金融機関あてに承諾する書面（以下、融資承諾書という。）の発行の事前承諾書をAはBから入手すること。承諾書は契約締結のあと速やかに入手しておくこと。



AはC社との契約のあと、前記契約の骨子に従って対応したが、C社が求めている金融機関用融資承諾の入手はできなかった。

そのため、入手するようC社はAに催告をしたが、Aは入手できなかったため、C社はAとの売買契約を解除し、違約金として、売買代金の20パーセントの請求をした。

これに対して、Aが支払を拒否したため、C社がAを提訴した。

### ■ 判決

C社の請求に対してAは、前記の融資承諾書面の入手をBにお願いしたが、Bは作成しなかった。したがって、Aとしてはやることはやっている。

また、借地権譲渡承諾書については、借地借家法 19 条で、AはBに対して承諾に代わる許可の裁判を求めるという方法はあるが、建物について融資承諾書の作成をBがしない場合、裁判手続きがない。そのため、融資承諾書の入手はAの努力義務であって、法的義務ではない。

仮に融資承諾書の入手がAの法的義務であるとするならば、Aの義務は民法で定められた売主の義務を重くするものであるから、この義務を定めた契約条項は消費者契約法 10 条により無効である。

上の各点から、AにはC社に対する債務不履行はないから、違約金の支払義務はないと反論した。これに対して、東京地方裁判所は以下のように

判断した。

「原告と被告は、本件売買契約において、地主から借地権譲渡承諾書を取得すべき債務を被告が負担する旨合意したものであるが、それを越えて、別紙ひな形に沿う記載がされた融資承諾書面の発行について事前承諾を取得すべき債務を負担することまで合意されていたものとは認められず、別紙ひな形に沿う記載のされた融資承諾書の発行について、地主の事前承諾が得られるよう努力すべき債務を負っていたにとどまるものというべきである」

また、消費者契約法については、仮に上記について被告の債務としたとしても、今回の特約は売主の債務を加重するものであること、被告の尽力のみでは入手が困難であること、それなのに、入手できないことを債務不履行とし、入手できない場合の売主の解除権も認めていないなど、今回の特約は信義に反して一方的に売主である消費者の利益を害しており、同特約は消費者契約法 10 条により無効というべきだとした。(東京地方裁判所平成 30 年 7 月 4 日判決、金融法務事情 No. 2114、75 ページ以下参照)

## ■ コメント

今回の事案で問題となっている融資承諾書とは、借地権者が借地上の建物に抵当権を設定する場合、金融機関が地主から入手する文書であり、その内容は借地上の建物に借地人が抵当権を設定することを承諾する旨のものである。

この承諾書を入手することで、借地権の確認をしていることになる。

この承諾書の内容には、ケースによって、金融機関に対して未払地代が発生したときは、その旨を連絡し、金融機関が借地人の債務不履行があるときには未払地代の立替払いをすることを地主は了解し、地主は金融機関の承諾なしに勝手に借地契約を解除しないことなども記載されていることがある。

今回の事案は借地人Aが地主Bから事前の融資承諾書を入手できず、このことが売主の債務不履行になるかが争われている。

借地権譲渡を地主が承諾しないときは、借地借家法 19 条で、借地人は地主を相手に地主の承諾に代わる許可の裁判を申立てて、承諾の代替手段を講じることができる。

しかし、地主に融資承諾書の発行を強制することは、地主と借地人との契約がない限り、法的に不可能である。

また、金融機関の融資の話が現実起きていない以上、事前に承諾してもらうことは、まず、ないと言える。

反面で、融資承諾書がなくても融資が不可能と言うわけでもないし、建物の抵当権の設定に地主の承諾は不要である。

こういう各点から考えて、東京地裁はAにはC社との関係で融資承諾書の入手は努力義務としての効力しかないとし、仮に法的義務としても、その内容は本件では消費者契約法10条で無効とし、いずれにしても違約金の支払義務はないとしている。

事案によっては、法的義務が生じることもあるかも知れないが、本件を融資承諾書の入手にあたっての参考とされたい。

なお、地主がこの承諾書を発行し、金融機関に差し入れたときの地主の拘束内容であるが、地代未払いのときに金融機関に通知しないと借地人との契約の解除はできないかと言うと、そうではない。

借地人との契約解除の要件ではないので、地主は金融機関に未払の事実を通知しなくても、借地契約の解除は可能である。

ただ、金融機関との約束に違反する行為をしたことになるので、金融機関に対して債務不履行の問題が生じる。

具体的には、借地権が消滅したことで融資の回収に影響が生じたというのであれば、その損害の責任を地主が負うことになるであろう。

ただ、金融機関の損害をどう特定するのか、その損害と借地権の消滅との因果関係はあるのかなどの立証の問題が生じることになる。

地主としては、融資承諾書を発行するのなら、建物に抵当権を設定してもよいという内容だけにしておくべきであろう。

J Aという金融機関であることから、融資承諾書の内容をどうするかは、地主の保護という側面と対立する部分と言える。

## 6. 建築工事

### 77. 建築基準法の道路について

(2016年2月号、No.203)

#### ■ はじめに

今回は建築基準法の道路に関する説明をします。

土地や建物の活用や価値を考えるにあたっては、その土地が道路に面しているのか否か、建物の建て替えは可能なのかなどの知識が前提となっています。

民法では、囲繞地通行権とか、合意にもとづく通行地役権などの規定や考え方は一般的なものですが、通行権があるからと言ってもその通行可能な土地が建築基準法の道路として認められないのであれば、建物の建築は認められず、その土地の評価は高いものとは言えないということになります。

#### ■ トラブル案件

最近の判例にはいわゆる公道以外の道路に関する通行上のトラブルがときどきあるようです。

最近では、関西の方で、自分の所有地なのだから第三者が通行するのはおかしいと主張し、マスコミに取り上げられたケースがあります。

土地の権利関係がよくわからないので、このケースのコメントはできませんが、「私有地なのにどうして第三者が自由に通行できるのか」という疑問にもとづく言動と思われます。

平成9年12月18日に最高裁判所が、いわゆる位置指定道路の通行に関する妨害排除について言及した事例があります。

住宅が立ち並ぶ地区に道路様の状態の私有地があり、公共団体から位置指定道路とされていた。その地区の方は、40年以上にわたりその道路を歩行又は車で通行し公道に出ていた。この公道へは別の道もあるが、公道に面したところは階段になっているため車を利用して公道に出ることはできない。

こういう状態であったが、位置指定道路の所有者が簡易な障害物を置くようになり、車での通行が妨害されるようになった。

そのため、その地区の方が私道の所有者に対して妨害をしないようにとの裁判を申立てた。事案は以上のようなものです。

この案件について最高裁判所は以下のように述べています。

「建築基準法42条1項5号の規定による位置の指定（以下「道路位置指定」という）を受け現実に開設されている道路を通行することについて日常生活上不可欠の利益を有する者は、右道路の通行をその敷地の所有者によって妨害され、又は妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が右通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を破るなどの特段の事情

のない限り、敷地所有者に対して右妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有するものというべきである。

けだし、道路位置指定を受け現実に開設されている道路を公衆が通行することができるのは本来は道路位置指定に伴う反射的な利益にすぎず、その通行が妨害された者であっても道路敷地所有者に対する妨害排除等の請求権を有しないのが原則であるが、生活の本拠と外部との交通は人間の基本的な生活利益に属するものであって、これが阻害された場合の不利益には甚だしいものがあるから、外部との交通についての代替手段を欠くなどの理由により日常生活上不可欠なものとなった通行に関する利益は私法上も保護に値するといふべきであり、他方、道路位置指定に伴い建築基準法上の建築制限などの規制を受けるに至った道路敷地所有者は、少なくとも道路の通行について日常生活上不可欠の利益を有する者がいる場合においては、右の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情のない限り右の者の通行を禁止ないし制限することについて保護に値する正当な利益を有するとは言えず、私法上の通行受忍義務を負うこととなってもやむを得ないものと考えられるからである。」

と判断し、このケースの場合には通行の妨害の排除が認められるとしました（判例時報 1625 号 41 ページ以下参照）。

このことから、私有地であっても第三者の通行を受忍しなければいけないケースがあることが示されたこととなります。

## ■ 道路について

建築基準法では以下のものが「道路」とされています。

### 1. 道路法上の道路

国道とか市道などの、いわゆる「公道」です。

### 2. 都市計画道路

区画整理法や都市計画法にもとづいて開設された道路で、幅員 4 メートル以上のもの。

### 3. 既存道路

建築基準法施行のときに存在していた道路で、幅員 4 メートル以上のもの。

### 4. 近日中に造られる予定の道路

道路法とか都市再開発法などで、道路の開設や変更が予定され、特定行政庁が指定したものは、道路として開設されていなくても、道路とされます。

### 5. 位置指定道路

建物の敷地として利用する道路で、幅員 4 メートル以上で、一定の基準を満たし、特定行政庁が指定したものの。

### 6. 2項道路

建築基準法施行のとき、建物がすでに建ち並んでいた幅員 4 メートル未満の道路。建築基準法 42 条 2 項に規定されている。

将来、幅員は 4 メートル以上にすることから、建物を建てるときには一定の距離のセットバックが必要となる。

以上が主な道路です。

なお、建築基準法 43 条 1 項但書では、これらの道路でないとしても、例外的に建築審査会の同意を得て特定行政庁が許可すれば、建物の建築が認められることもあります。

ただ、こういうケースは極めて少ないことから、前述の道路に面していない土地の評価は低いものになるでしょう。また、例外的に許可する場合については、特定行政庁には一括同意基準がありますので、事前に確認されておくといいと思います。

## 78. 請負人の破産と注文者による解除に伴う違約金請求の可否

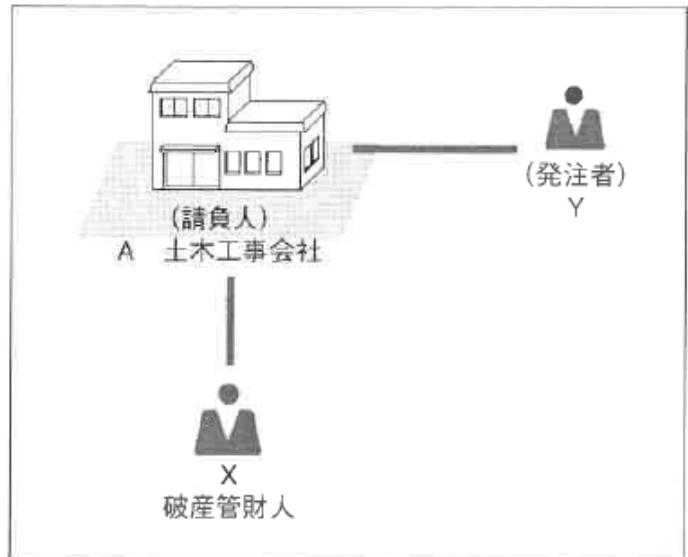
(2012年5月号、No.158)

### ■ 事案

Aは土木工事会社であり、平成19年12月にYから土木工事を請け負った（第1工事）。次いで、平成20年1月に別の土木工事をYから請け負った（第2工事）。第1工事については、YはAに前払金を支払っている。

平成20年7月、Aは破産し、Xが破産管財人に就任した。

同年7月25日、Xは第1工事について、破産法第53条1項にもとづく解除の意思表示をYに対して行った。



Yは同月29日、Xに対して契約条項にもとづいて、第1工事を解除する旨の意思表示をした。同月31日、Xは第2工事を完成しYに引渡しをしたが、YはXに対して第2工事の請負代金全額の支払いはしなかった。

そこで、XはYに対して第2工事の残金の支払いを求めて裁判所に提訴した。

A Y間の各契約の条項には以下の条項が定められている。

・第46条1項には、YはAがいずれかに該当するときは契約の解除ができると明示されている。そして、その解除事項は、

- ① 正当な理由なく工事着手期日に工事に着手しないとき。
- ② Aの帰責事由によって工期内に工事が完成しないとき。または、その見込がないと明らかに認められるとき。
- ③ 定められた者の配置がないとき。
- ④ 前3号以外に契約に違反し、またはその違反により契約の目的を達することができないとき。
- ⑤ 48条1項によらないで契約の解除をXに申し出たとき。

・第46条2項では、前項の規定により契約が解除されたときは、Aは請負代金の10分の1に相当する額を違約金としてXに支払う。

・第48条1項では、Aは以下の場合に契約の解除ができるとされており、設計図書の変更やYによる契約違反が明示されているが、破産管財人による解除は明示されていない。

そこで、XからYに対する第2工事の残金の支払い請求に対して、Yは以下のように反論した。

第1工事については、Yは7月29日に解除をしている。したがって、前払金の返還をYはXに請求できる。

また、契約条項 46 条 2 項によって、YはXに違約金として第 1 工事の請負代金の 10 分の 1 の請求ができる。この合計額と第 2 工事の請負代金とを相殺することになるので、その合計額相当についてはYはXに支払う義務はない。

これに対して、Xは、Xからの解除の方がYからの解除より先である。したがって、すでに解除したあとにYからの解除は生じないと再反論した。

## ■ 判決

以上のX・Yの各主張について、武生簡易裁判所、福井地方裁判所はいずれもXの主張を認め、Yに対して残金の支払いを命じた。これに対して、Yが名古屋高等裁判所に上告した。

Yの上告に対して、本件で違約金が発生するのは「請負人に第 46 条 1 項各号のいずれかに該当する事由が生じ、注文者が同条 1 項にもとづく解除権を行使し、この解除権の行使により契約が解除された場合であると認められる。」との原審の判断に法令違反はないとして、Yの上告を棄却した。(名古屋高等裁判所平成 23 年 6 月 2 日判決、金融法務事情 No. 1944、127 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、破産管財人によって破産法 53 条 1 項による請負契約が解除されたケースである。

本件では、契約条項の解除事由に破産管財人による解除の項目がなく、事案としては契約条項の 46 条と 48 条との関係をどう考えるかという認定の事案である。

すなわち、請負人に 46 条 1 項に該当する事由がなくても、同条 2 項の違約金請求権が発生するか否かであり、裁判所は第 1 審から、この請求権が発生するためには、同条 1 項の事由が必要と判断したのである。

同条 1 項をみると、同項 5 号に 48 条 1 項の規定によらないで契約の解除をA(またはX)がYに申し出たときという規定があり、48 条 1 項にはAの破産のことは規定されていない。

そうすると、Xによる解除は 48 条 1 項に該当しない解除となり、46 条 1 項 5 号に該当し、同条 2 項の違約金が発生するとも読める。

しかし、46 条 1 項 5 号は「解除の申し出」であり、同条 2 項は、この「申し出」に対してYが解除すると違約金が請求できると規定している。

そうすると、本件では、Xによってすでに契約の解除がなされていることになるので、46 条 2 項の違約金の発生要件を充たさないということになる。

以上のように裁判所は考えたわけであり、本件で破産法 53 条 1 項による解除でも、違約金が請求できるかが直接の争点となったわけではない。

しかし、この破産法 53 条 1 項による破産管財人による解除の場合と違約金請求について、学説としてはこれを否定する考え方も多いが、肯定する見解もあり、今後も注意をする必要がある。

なお、参考までに、破産法 53 条 1 項は双務契約について、破産管財人は破産者及び相手方が履行完了していないときは契約を解除するか、破産者の債務を履行して相手方にその債務の履行を請求できるという規定である。

賃貸借契約の場合に、この条文が適用されることが多い。



## 7. 相続

### (1) 遺言

## 79. 遺言書の発見・保管について

(2012年10月号、No.163)

### ■ はじめに

今回は、遺言書を発見したときや、保管に関しての注意すべき点を説明する。

### ■ 遺言書を発見したとき

遺言書を発見した場合、その遺言書が公正証書遺言か、それともそれ以外の遺言書、例えば自筆証書遺言書かによって対応が異なる。

公正証書遺言書以外の場合には検認手続が必要となる。

民法 1004 条は遺言書の発見者は相続開始を知ったのち、遅滞なく遺言書を家庭裁判所に提出して検認を請求しなければならないと規定する。そして、その提出を怠ると 5 万円以下の過料に処すると民法 1005 条は規定する。

遺言書の発見者は遅滞なく検認請求せよと民法は規定するが、何日間以内なら「遅滞なく」

に該当するかは明確ではない。できる限り早急にという程度と考えていても大丈夫と思われる。

というのも、検認の請求は相続開始地、つまり遺言者の最後の住所地(死亡時に生活の本拠地としていたところ)を管轄する家庭裁判所に検認の申立書を提出する必要がある、その際、相続人の調査等が必要となるからである。

検認申立てにあたっては、申立人・相続人全員の戸籍謄本、遺言者の出生から死亡までの戸籍や除籍謄本、遺言書の写しの提出が求められている。

そうなると、相続人の戸籍謄本等の入手に時間がかかるので、遺言書の発見から時間をおかずに検認の申立てをすることは事実上困難と言える。

検認手続はご存じのとおり、遺言書が有効か否かを定める手続きではなく、遺言書の変造等を防止するための証拠保全の趣旨をもつ手続きである。

検認の申立てがあると各相続人に検認期日の通知が裁判所からされ、その期日に申立人が遺言書原本を持参する。その検認期日に相続人が裁判官の前で遺言書の状態等を確認するのである。

なお、封印されている遺言書はこの検認期日において開封されることになっているので、それ以前に開封すべきではない。

しかし、開封しても遺言書の効力自体がそれによって消滅するわけではないが、前述の過料に処せられるだけでなく、将来、遺言書の有効性が争われたときに封印された中に入っていたものがその遺言書なのかなどのトラブルに発展する可能性もある。

なお、自筆証書遺言は封印されている必要はないため、紙一枚のみのケースや、封筒の中に封印されずに入っているケースもある。この場合は遺言内容を見ても問題はないが、遺言書の効力についてトラブルを防止するためにも、封印された遺言書の形式が望ましい。

また、封印されていない遺言書のうち、その文書が遺言書と言えるか否か疑問のケース、あるいは、遺言書ではあるが、それ以後に全ての財産に関する遺言書が新しく作成されていることを知っているような場合、それでも検認をすべきかの問題がある。

理論上は遺言書か否か疑問でも、遺言の趣旨が記載されていれば検認申立ての必要はあるし、後日、新しい遺言書があることがわかっても同様に申立てをする必要はあるが、実際にはその全てが申立てされてはいないのが現状のようである。(なお、過料は刑事罰ではない。)

ところで、検認期日の際、相続人らは遺言書に関して意見を述べることができ、その時にこれは遺言者の署名ではないなどと述べることは可能である。

そして、この検認手続が終了すると、遺言書の原本の後ろに検認手続をした旨の裁判所の文書が添付される。これが添付されることではじめて遺言書執行が可能となる。

次に公正証書のケースである。この場合、発見者は検認申立ての必要はないので、内容によって遺言執行者に遺言書を託したり、遺言の実現に向けて他の相続人にその内容を告知することになる。

## ■ 遺言書を保管しているとき

遺言書を保管する者は、一般的には遺言書の内容に利害関係を持つ者である可能性が高いと推測する。

したがって、遺言者の意思を尊重し、保管している遺言書原本をしっかりと保管されるべきである。

保管にあたっては自分の貸金庫に保管することも大切ではあるが、信頼のおける弁護士に保管しておくことも考えられる。

なお、自分に不利だからと言って保管中の遺言書を破棄した場合などは、相続欠格事由に該当して受遺者としての資格を失うだけでなく、相続権自体を否定されてしまうこともあるので注意すべきである。(この場合、遺言者が破棄したわけではないので遺言の効力自体は消滅しない。)

ところで、遺言書を保管しているとき、いつ、そのことを他の相続人らに告知すべきかの問題がある。

公正証書遺言以外は検認手続を遅滞なくすることになるので、その申立てをすることで遺言書の存在が判明する。「ところが、公正証書遺言の場合には検認手続が必要ないので、いつ告知するか否かの問題が生じる。法的には告知時期の規定はなく、相続欠格事由との関係で遺言書を故意に隠匿したか否かの問題が残るだけである。

一般的には、49日の法要が終わるまでは遺産分けの話はしないということも多いが、法的根拠はどこにもない。ケースによっては、相続開始後、直ちに公正証書遺言の内容を開示することもあろうと思う。

特に遺産に対して第三者が介入する可能性のあるケースでは、不要なトラブルを防止するために遺言の内容を早急実現する必要もある。このようなときには49日の法要までは待たなくてもいいと思われる。

個々の事情によることであるので遺言書の存在の告知時期については各事案ごとに検討すべきであるが、長期間の放置は前述の欠格事由の存在もあるのですべきではないであろう。「なお、遺言執行者が遺言書で定められているときは、その者に対して遺言執行者に就任することの了解を得てから遺言書原本を渡すようにすべきであろう。

また、事前に遺言執行者の存在がわかっているときは、相続が開始されたことを早急に告知しておくべきである。

## ■ 民法の改正

平成 30 年の民法改正で、遺言については、先に登記・登録をしないと、遺言の効力を第三者に対抗できないことになった。そのため、今後遺言については、相続開始後すぐに実行する必要があることとなった。

## 80. 民法の改正 – 自筆証書遺言と遺言書の保管 –

(2019年1月号、No.283)

### ■ はじめに

今回は、昨年の民法改正の中のひとつである自筆証書遺言の改正、並びに遺言書の保管に関する法律の制定について説明する。

### ■ 自筆証書遺言の方式の改正

自筆証書遺言については、遺言者自身が遺言書の全文を自ら作成し、遺言書に日付を記入し、署名、押印をするという要件が求められており、この要件を充足しない自筆証書遺言は効力がないとされている。

しかし、不動産を多く所有している遺言者が遺言の中に当該物件をすべて自書することはケースによっては大変なこともあり、今回、遺産目録部分の要件が緩和されることとなった。

まず、自筆証書遺言の要件としては、「遺言者が、その全文、日付及び氏名を自書し、これに印を押さなければならない」という点は従前のおりである。

しかし、遺産目録に関しては以下のような条文が新設されている。

「前項の規定にかかわらず、自筆証書にこれと一体のものとして相続財産（第997条第1項に規定する場合における同項に規定する権利を含む）の全部または一部の目録を添付する場合には、その目録については、自書することを要しない。この場合において、遺言者は、その目録の毎葉（自書によらない記載がその両面にある場合にあっては、その両面）に署名し、印を押さなければならない。」

つまり、遺産目録については、パソコンで作成したり、あるいは通帳のコピーを利用したりすることも可能となった。ただし、目録にはページごとに署名、押印することが求められている。

また、目録の記載を訂正するためには、従前の訂正と同様に「遺言者がその場所を指示し、これを変更した旨を付記して特にこれに署名し、かつ、その変更の場所に印を押さなければ、その効力を生じない。」とされている。パソコンで目録を作成する場合には、これを訂正するなら、パソコンで訂正したものに差し変えておくことが大切であろう。

ところで、改正条文では、自筆証書にこれと一体のものとして財産目録の全部または一部を添付する場合を前提とした記載が示されている。

「これと一体のものとして」の財産目録という場合、遺言書本文と目録とを割印その他で一体とする必要があるのであろうか。

条文からは明らかではない。おそらく、自筆証書の記載の中に目録のことが明示されていることから、目録と遺言書本体とがひとつのものと読めるということかと推測する。

自筆証書遺言が数枚になるとき、各ページをホチキス止めにしたたり、割印をしたりとすることが要求されていない。

そのため、今回の目録についても同様と考える。ただし、遺言書本文と目録との関連が示されていないと、遺言の効力が生じないこともあるだろう。例えば、「別紙物件目録の土地を誰に相続させる」と書いても、何枚もの目録に土地の表示があつたりするときに、どの目録の土地かの特定がないと遺言の効力に問題が生じる。そのため、目録と遺言の本体とはホチキス止めで一体化して割印をするなどの配慮は大切であろう。

なお、この改正部分については、平成 31 年（2019 年）1 月 13 日から施行される。

## ■ 自筆証書遺言の保管について

「法務局における遺言書の保管等に関する法律」が平成 30 年 7 月 6 日成立し、平成 32 年（2020 年）7 月 10 日から施行される。

自筆証書遺言を保管し、遺言者の死亡のあと、相続人らによる遺言書保管事実証明書（保管の有無を説明する）あるいは遺言書情報証明書の交付等ができる制度である。対象は自筆証書遺言のみ、保管先は法務大臣が指定する法務局で、これから法務局がどこかが決定される予定である。（なお、保管申請は遺言者の住所地もしくは本籍地または遺産である不動産の所在地の法務局となる。）

保管申請にあたっては、法務省令で定める様式に従って作成された封印されていない自筆証書遺言を遺言者が法務局に出頭して手続きをする。

複数の遺言書が作成されているときに、すでにひとつの法務局で保管してもらっているときは、この法務局でしか保管申請はできない。

申請書には、遺言書の作成年月日、氏名、生年月日、住所、本籍、受遺者や遺言執行者の住所氏名、その他省令で定める事項を記載し、遺言者の氏名、住所、生年月日、本籍を証明する文書等を添付する。遺言書が保管されたあとは、遺言者はいつでも遺言書の閲覧申請ができるが、本人が出頭する必要がある。遺言者以外は、遺言者の生存中は、遺言書保管所から一切の情報を得ることはできない。

遺言者死亡後の遺言書保管期間については、今後、政令で決められるが、この保管期間を経過すると遺言書は破棄される。

保管にあたり、遺言書にかかる情報の管理は磁気ディスクで保管されるが、この情報も政令で定める期間を経過すると消去される。

保管申請については、本人が出頭して撤回を求めることが可能であるが、本人死亡後は遺言書の返還を相続人は求めることができない。

遺言者死亡後は、相続人、受遺者、遺言執行者ら関係人は、遺言書保管ファイルに記載された事項を証明した書面である遺言書情報証明書の交付を請求できる。この請求は現に保管する遺言書保管所以外のところにも請求は可能である。

また、本人死亡後は、遺言書の閲覧請求も関係者は可能となる。

そして、これら証明書の交付請求または閲覧請求がなされたときは、その他の相続人らに遺言書を保管している旨を法務局から通知する。この関係者を法務局がどうやって把握するかについては、その仕組みを早急に構築されることになる。何人も、遺言者死亡のあとに、遺言書保管所に対して遺言書の保管の有無を証明した遺言書保管事実証明書の交付請求ができる。そして、遺言書に受遺者等として名前が示されているときは保管されている旨の証明が出され、遺言書が保管され

ていなかったり、名前が記載されていないときは、保管されていない旨の証明が出される。この保管された遺言書については、検認手続きは不要となる。

## 81. 民法の改正 – 相続の効力 –

(2019年3月号、No.240)

### ■ はじめに

今回は相続の効力に関する改正条文の説明をする。

改正民法 899 条の 2

- 「1 相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、次条及び 901 条の規定により算定した相続分を超える部分については、登記、登録その他の対抗要件を備えなければ、第三者に対抗できない。
- 2 前項の権利が債権である場合において、次条及び第 901 条の規定により算定した相続分を超えて当該債権を承継した共同相続人が当該債権に係る遺言の内容（遺産の分割により当該債権を承継した場合にあっては、当該債権に係る遺産の分割の内容）を明らかにして債務者にその承継の通知をしたときは、共同相続人の全員が債務者に通知したものとみなして、同項の規定を適用する。」

上記が改正条文である。

同条文にある「次条」とは民法 900 条の法定相続分の条文であり、同 901 条は代襲相続の相続分の条文である。

要するに、法定相続分を超える財産を相続した相続人は、その相続の原因が遺産分割協議、遺贈、あるいは「相続させる」旨の遺言にもとづく場合であっても、法定相続分を超える部分を第三者に対抗するためには、登記等の対抗要件を備える必要があるという趣旨である。

従前の相続にあっては、第三者との関係は以下のとおりであった。

- ① 遺産分割前に相続財産に対して差押等の登記をした者と相続人との関係は、民法 909 条により、対抗要件の前後で優劣が決まっていた。この点は改正法施行のあとも同様である。
- ② 遺産分割協議成立のあとの第三者の優劣も、登記等対抗要件の前後で優劣が決められていた。この点も変わりはない。

そのため、遺産分割協議が長引くことで、遺産に対して利害関係をもつ者が出現することから、遺産分割のトラブルを防止するために遺言書の作成を勧めていた。この点は従前と同様でいいと思う。

また、遺産分割が成立したら、安心せずすぐに登記させる指導をする点も同様である。

- ③ 遺言による財産の取得の場合も、第三者との関係については登記等の対抗要件の前後で優劣が決まる。この点も改正後も同様である。
- ④ 問題は「相続させる」旨の遺言である。従前の考えは、相続人に対して財産を「相続させる」とした遺言があるときは、遺産に対して第三者が登記等を設定したとしても「相続させる」旨の遺言が優先するとされていた。

しかし、今回は「相続させる」旨の遺言があっても、第三者との関係では、登記の前後によって優劣が決まるとされていた。

そのため、「相続させる」旨の遺言があるからと言っても、相続開始後、登記手続きを放置すると、第三者に法定相続分を超える部分を対抗できなくなる。

したがって、早急に登記手続きをする必要が生じる。ただ、「遺贈する」旨の遺言とちがって、「相続させる」旨の遺言は受遺者が単独で登記申請ができるので、「相続させる」旨の遺言の必要性はまだ十分残っていると思われる。

次に前述の改正条文の2項についてである。これは、債権についての条文であり、債権譲渡手続きによる通知により、受遺者あるいは債権の相続人が遺言内容や遺産分割の内容を示して通知すれば、第三者に対抗できるとしている。

預貯金債権の相続にあつて、法定相続分を超える部分を取得する遺言や遺産分割では、遺言書や遺産分割協議書を示して承継の通知を金融機関にすることとなるが、この点は実際に現在も同様のことがなされているので、大きなトラブルにはならないであろう。

次に遺言執行者がいる場合である。

現行民法 1013 条

「遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない。」

この条文の次に、今回の条文が追加された。

改正民法 1013 条

「2 前項の規定に違反していた行為は、無効とする。ただし、これをもって善意の第三者に対抗することができない。」

3 前二項の規定は、相続人の債権者（相続債権者を含む）が相続財産についてその権利を行使することを妨げない」

つまり、遺言執行者が指名されているとき、相続人がその遺言の実行を妨げるような行為をしても、その行為の効力は無効とした。この点は従前も同様に考えられていた。

しかし、改正法の2項但書で、善意の第三者に対抗できないと明示された。

たとえば、A B 2名が相続人である場合で、遺言である財産を相続人Aが相続することになっていたのに、他の相続人Bが、A B持分各2分の1の共同相続の登記をつけ、Bの持分にCの抵当権を設定した場合、Bの上の抵当権の効力は無効となるのが原則であるが、Cが遺言のことを知らないときは、Aがその財産を単独で取得することをCに対抗できないという内容である。

また、たとえばCがBに対して判決にもとづいて強制執行をするため、A B各2分の1の共同相続の登記をつけ、Bの持分の上に差押をかけた場合は、Bの行為が介入していないので、Cの権利行使は認められることになる。

そこで、前述の改正民法 899 条の2と 1013 条との関係で疑問が生ずる。

法定相続分を超える部分については、遺言であっても登記の前後で優劣が生じるのに、遺言執行者がいるときは遺言の実行を妨害する行為は原則無効となるとされていることと、矛盾しないかである。



この点については、以下のように考えるのであろう。

遺言があり、遺言執行者がいなければ、第三者との関係は登記等の前後で優劣を決する。

遺言執行者がいる場合、相続人が遺言の趣旨に反する行為をすれば、その行為の効力はないが、第三者が善意のときは先に登記をしていないと対抗できない。

債権者が相続人の行為を介さずに権利行使をすることは有効であり、遺言との優劣は登記の前後で決定される。

以上になるのであろう。

なお、遺言に関して、従前は遺言執行者自身に受遺者名義にする登記手続権限は認められていなかった。そのため、遺言執行者としては受遺者に対して登記をするよう指導するにとどまったが、改正法では登記手続権限が認められるようになった。

そうすると、遺言の執行をすぐにしないために、第三者に対抗できない事態も生じると、遺言執行者の職務怠慢による賠償問題に発展する危険性も、今回の法改正では生じることになった。

遺言の執行は一般的には 49 日の法要のあとになることが多いが、もっと早く実行しないといけないケースも出てくることになる。

特に、相続人に負債が個人的にあるようなときは、債権者による権利行使の危険もあり、要注意ということになる。

## 82. 死亡危急時遺言について

(2021年7月号、No.267)

### ■はじめに

今回は死亡危急時遺言の説明をします。

死亡危急時遺言とは、疾病その他の事由によって死亡の危急に迫った者がしようとする遺言の方式です。

テレビドラマなどで、病室で死期の迫った方が、人々の見守るときにベッド上で財産などのことを述べる場合がありますが、この方式を利用すれば遺言として、その発言に法的効力が生じることになります。

### ■要件

民法 976 条に死亡危急時遺言のことが述べられています。

- ① 遺言できる人は、疾病その他の事由によって死亡の危急に迫った人です。
  - ② その人が口述できることが原則ですが（つまり、発言可能なこと）、口がきけない人のときは通訳人の通訳でも可能です。
  - ③ 遺言者の口述を証人三人以上が立ち会う必要があり、口述自体は三人のうちの一対する口述でもよいとなっています。
  - ④ 口述を受けた証人はこれを筆記し、遺言者並びに他の証人にその筆記内容を読み聞かせ、又は記載内容を閲覧させ、各証人が筆記の正確なことを承認したのちに筆記したものに署名押印をすることになります。
  - ⑤ 遺言者が口がきけないときは、証人の前で遺言の趣旨を通訳人の通訳によって申述させることになります。
- ただ、通訳人と言っても法的要件が定められていませんので、手話等で遺言者の遺言の趣旨を理解できる人が手話の内容を口頭で述べ、それを証人の一人が筆記するということになると思います。
- ⑥ 遺言者や証人が耳が聞こえないときは、遺言の趣旨の口授又は申述を受けた者は、筆記した内容を通訳人の通訳により遺言者又は他の証人に伝えて、読み聞かせに代えることになります。
  - ⑦ この死亡危急時遺言は死亡の危険が迫った人に対しての特別の方式なので、遺言の日から 20 日以内に証人の一人又は利害関係人から家庭裁判所に請求して、その確認を得なければ効力はありません。
  - ⑧ 裁判所は、遺言が遺言者の真意に出たものであるとの心証を得なければ、これを確認できないとされています。
  - ⑨ さらに、⑦で述べたように、特別の方式であることから、遺言者が元気になったりして、普通の方式の遺言（自筆証書、公正証書、秘密証書）ができるようになった時から 6 ヶ月間生存するときは、その効力はないとされています（民法 983 条）。

## ■検討

要件は以上のとおりですが、要件⑦、⑧の裁判所での確認にあたり、裁判所は遺言者の真意で遺言書が作成されたとの心証をどのくらい形成する必要があるのでしょうか。

逆に言えば、裁判所の確認を得るためにはどの程度の立証が必要になるのでしょうか。

過去の裁判例では、一応遺言者の真意にかなうと判断される程度の心証でよいとしているものがあります。これに関して、最近、高裁の決定が公開されました。東京高裁令和2年6月26日決定です。この中では以下のように述べています。

「家庭裁判所が危急時遺言の確認をするにあたっては、当該遺言が遺言者の真意に出たものであるとの心証を得る必要があるところ（民法976条5項）、この確認には既判力がなく、他方でこの確認を得なければ当該遺言は効力を生じないことに確定してしまうことからすると、遺言者の真意につき家庭裁判所が得るべき心証の程度については、確信の程度にまで及ぶ必要はなく、当該遺言が一応遺言者の真意に適うと判断される程度のもので足りると解するのが相当である。」

としています。（東京高等裁判所令和2年6月26日決定、判例時報No.2477号46ページ以下参照）

この件は立会証人として3名の行政書士が立ち会っており、このことで遺言作成時の説明についての信用が高いことで確認したケースです。

## ■コメント

死亡危急時遺言は、死亡の危機に迫った者が作成できる遺言です。筆者もかつて2回ほど、この遺言に関与したことがあります。

2回とも入院中の患者であって、会話は通常にできましたが、病院からの連絡で、死期が迫っていることから、病室で作成しています。用紙は大きめのレポート用紙に遺言の内容を筆記し、筆者の事務所の弁護士1名、医師1名が筆者とともに証人となり作成しています。なお、要件を見るとわかるように、遺言者の署名押印は不要となっています。

その病院で作成した案件のうち1件は、子供さんがいない方（独身）が、病院に大変お世話になったので自分の財産を病院に寄付したいというものでした。

兄弟姉妹はいますが、遺留分がないので、遺言とおりになるはずでしたが、兄弟姉妹から病院に対していろいろなクレームをつけ、病院としてはトラブルになるのを防止するため、最終的には遺言は受けないということになった案件です。

遺言者死亡後に確認の申立てをし、その際、遺言作成の状況の文書を提出しています。そして、確認を得ることはできましたが、前述のとおり遺言は受けないことになりました。

死期の迫った方の遺言ですので、関係者からすると、その遺言に疑問を持つ人もいます。しかも、この遺言は遺言者の署名押印もなく、また、死期が近いことから、どこまでが真意なのかの問題も生じます。決定の中でも触れているように、裁判所の確認を得たからと言っても、その遺言が有効であると決まるわけではありません（確認には既判力がないのです）。したがって、後日、遺言が無効であるとの訴えを申立てることは可能です。

したがって、心配なら遺言を作成する過程をビデオで残すなどのことをしておくことも考えてみてはどうでしょうか。

なお、この死亡危急時遺言ですが、20 日以内に確認の請求をするほか、相続開始のあとの検認手続きが必要となります。

また、文字の訂正について、自筆証書のケースと同様に加除変更の場所を示し、署名押印すること、立会人には受遺者等はなれないことなどは普通方式の遺言と同様です。

## 83. 遺言書トラブルについての考察

(2017年7月号、No.220)

### ■ はじめに

今回は、最近比較的増加している遺言書のトラブルについて述べてみたい。

遺言書については、作成されているケースが多くなっているのは事実である。マスコミや信託銀行などが相続トラブルを防止するために、遺言書の作成を薦めているからである。

しかし、遺言書を作成する必要のない家庭もあるし、遺言書を作成したことでかえって相続トラブルや親族間の付き合い方に支障が生じるケースもある。

また、遺言書の存在を知ったり、あるいは予想したりして、せっかく作成した遺言の取消がなされる事案が非常に多くなっている。そのため、遺言書の取消をした遺言自体の効力を争うというケースもある。

遺言書があれば相続トラブルは防止できるということだったのに、遺言書があることで相続トラブルに発展している事案も多くなっていることを理解されたい。

### ■ トラブルの内容

遺言書のトラブルの内容は遺言の無効を主張する内容である。具体的には以下の内容が多い。

- ①遺言書の方式の無効を主張するケース
- ②遺言書が偽造されていると主張するケース
- ③遺言者に判断力がないと主張するケース
- ④言われるままに書いたから遺言者の意思にもとづかないと主張するケース

主に以上のケースが考えられる。

#### ①遺言書の方式を争うケース

公正証書遺言の場合には、公証人が作成に関与しているため公正証書遺言の方式自体が争われるケースもあまりない。これが争われるのは自筆証書遺言のケースである。

具体的には訂正された遺言の効力と日付の正確性の問題であり、さらに記載された遺言書の文言をどう解釈するかの問題である。

訂正については民法が厳格な方式を定めている。したがって、この訂正の方式に沿っていないと訂正がないとの前提に遺言の効力や内容を判断することになる。ただ、少くらの誤字があったとしても、文章全体から誤字とわかり、正しい意味が読み取れるのなら遺言全体が無効とはならない。もちろん、受遺者の名前を正しい方式に従った訂正をしていないとか言う場合には、遺言の重要な部分の訂正であるから、遺言書を救済するような立場で遺言の効力を考えることはない。

また、日付については作成日を記載するが、〇月吉日と書いてしまったり、作成日と明らかに異なる日付を記載しているような場合は効力を否定されることになる。

J A職員としては、組合員が自筆証書遺言を作成したいと考えるときには、専門家と一緒にアドバイスをすることが大切と考える。

## ②偽造と主張するケース

遺言書が遺言者の字ではなく、誰かが書いたものだと主張するケースもある。

平素、一緒にいない子供の中には被相続人が元気であったときの筆跡しか知らず、老いてからの筆跡を知らないため、このような主張をする人もある。

ある程度仕方のない主張と思うが、遺言書に残された遺言者の文字が、筆圧も弱まり読みにくくなったための主張であることから、できればこうなる前に遺言書を作成しておくことも考えるべきであろう。

もちろん、何年かすることで財産状況や遺言者を取り巻く社会環境や家族関係も変化することから、一度作成した遺言書を将来にわたって維持する必要はない。

しかし、年老いてからの遺言はトラブルの原因となっていることは事実である。

偽造の主張がある場合、主張する側に偽造の立証責任が課されることになる。よくあるのは筆跡の比較であるが、比較対象の文字のいくつかを比べる方法で偽造だと主張するのであるが、同じ文字を何枚の文書の中から比較しなければ意味はない。また、警察の鑑識にいたなどの人が民間人になって鑑定業務をしていることから、このような人に鑑定をしてもらい、これを証拠に出してくることもあるが、大切なのは鑑定者の肩書や経験ではなく、比較すべき文字が妥当かである。

何年も前の書面から文字を選んだり、急いで書いたときの文字を選んでも何の意味もない。比較すべき文字はできるだけ多いこと、そして、その文字が遺言書作成時に近いことなどが大切となる。

## ③判断力を争うケース

これは最近、公正証書遺言でも主張されており、裁判所でも公正証書遺言書を無効とする判断が示されることが増えてきている。そのため、公証人は遺言書作成のときに遺言者の判断力に敏感となっている。

もし、遺言書の判断力に疑問がある場合には公正証書遺言の作成ができないことも考えられるので、遺言書は判断力が弱まる前に作成することが重要である。

老人施設に入居していても、物事の判断力、具体的には自分は遺言書を作成していること、自分の財産をどうしたいのかを理解したうえで遺言を書いているということが分かっていることが必要である。土地や建物の詳しい地番などわからなくてもいいが、できれば登記簿の記載で土地建物の特定はしたいものである。

なお、成年後見を受けている者も、判断力が回復している時なら医師2人以上の立会いで遺言書の作成は可能である。

## ④言われるままに書いたとの主張

これもよくある主張である。法的には言われるままに書いたので、遺言者の意に反するものだから効力がないというものである。

言われるままに書いたのだと主張する根拠としては、作成時の下書きの存在が挙げられる。

何かを書くとき下書きを作成することは多いし、誰かに見本を書いてもらうこともある。その意味で下書きがあるからと言って、言われるままに書いたものだとは言えないであろう。

もし、遺言者から言われて下書きを書くのであれば、それは協力する必要があるが、下書きは遺言書作成のあとは処分されておいた方が妥当であろう。

## ■ まとめ

遺言書に関連するトラブルが相続トラブルの中で多くなっていることを組合員に告知し、早め早めの対応を措くよう指導されたい。

## 84. 負担付き遺贈について

(2023年1月号、No.285)

### ■事案

今回は負担付き遺贈について説明する。

遺言のなかには、特定の財産を取得させるとともに、取得する者（受遺者）に対して一定の負担を課すものがある。これを負担付き遺言という。

ただ、受遺者が取得できる財産に比べて負担の方が大きいときは、遺言で財産を取得するメリットはない。

こういう場合に備えて、民法 1002 条は以下のように規定している。

### 民法 1002 条

- ①「負担付遺贈を受けた者は、遺贈の目的の価額を超えない限度においてのみ、負担した義務を履行する責任を負う」
- ②「受遺者が遺贈の放棄をしたときは、負担の利益を受けるべき者は、自ら受遺者となることができる。ただし、遺言者がその遺言に別段の意思表示をしたときは、その意思に従う。」

つまり、遺言で取得する財産の限度で負担を履行すればよいとしているのである。そして、もし受遺者が負担を履行する考えがなく、遺贈の放棄をしたときは、負担の利益を受ける者が受遺者となることができるとしている。（ただし、遺言の別段の意思表示あるときを除く。）

### ■説例

Aには亡妻との間に子B、Cの二人がいる。

AがBに自分の不動産を相続させる旨の遺言を残したが、その遺言にはBはCに 1000 万円を支払うとの負担が記載されていた。

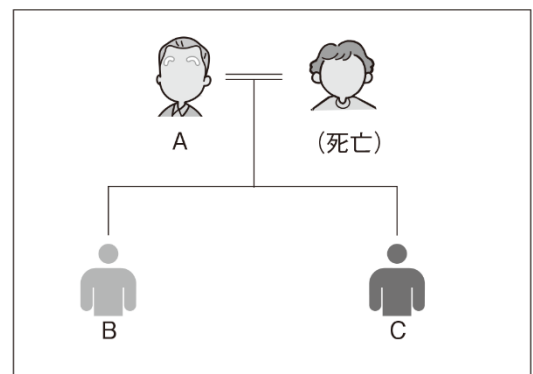
Bとしては、Aの遺言で取得する不動産の時価は1000万円を下回るものだと考えている。

そのため、BはCに支払いをしないで行ったところ、CからBに1000万円の支払いを求める訴えを提起した。

Cの訴えに対して、Bは前記民法 1002 条 1 項により、Bが取得する財産の価額を超えない限度でしか支払義務はないと反論した。

争点としては以下の各項目になる。

A 「相続させる」旨の遺言も民法 1002 条の適用を受けるのか。





B 民法 1002 条 1 項「遺贈の目的の価額」はいつの時点の価額を指すのか。

## ■判決例

上記の説例に類似の事例が公表されている。この事例の判決では、A、Bの各点について以下のような判断を示している。

まず、前提であるが、民法 1002 条の「遺贈」は特定遺贈も包括遺贈も両方の遺贈が対象とされている。問題は本件のような「相続させる」旨の遺言も民法 1002 条の対象かである。

「相続させる」旨の遺言は、遺産分割方法の指定と解されている。ただ、負担付で「相続させる」とした場合、その遺言の趣旨は2つあると前記判決は示している。ひとつは仮に負担が遺産の価額を超えていたとしても、そのような遺産分割の指定を遺言者がしたというもので、相続分の変更を含む遺言であるというもの。もし、受遺者がこんな遺言では困るのなら放棄や、あるいは遺留分の減殺の請求をする。もうひとつは、特定の遺産を取得することに対する相続人間の公平を図る趣旨の遺言であるというもの。この内容の遺言であれば、受遺者の取得分以上の負担を受遺者に課すとは思えない。もし、前者とすると相続分の指定になるので、民法 1002 条の適用はなく、後者とすると適用あるいは類推適用をすべきだとなる。前記の判決例（大阪地裁令和3年9月29日判決）の事例は後者のケースだとして、民法 1002 条の適用を認めている。

Bについて、民法 1002 条の「遺贈の目的の価額」とはいつの時点の価額なのかについては、相続開始時なのか、裁判の口頭弁論終結時なのかの問題であり、前記判決例ではAの死亡時、つまり、遺言によりBが財産を取得した時点の価額によるとしている。（以上、大阪地裁令和3年9月29日判決については、判例時報 No. 2530、61 ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。）

## ■コメント

負担付遺贈については遺言書によく見られる内容であり、遺産分割協議においても特定の財産の取得の代償として取得者に支払等の負担を課すことも多い。

本件は「相続させる」という平素より遺言に使用している文言のケースのトラブルであるが、民法 1002 条対象か否か、価額はいつの時点かという争点についての裁判所の判断を示したものである。負担付遺贈の受遺者が負担を履行しないときに、負担の利益を受ける者は受遺者に対して支払を求める請求権があるのかについて、文献による相続人にはあるという考えと、受益の意思表示、つまり、負担の利益を求めるとしたときには受益者も請求できるという考えがあるようである。

ただ、民法 1027 条は以下のように規定している。

「負担付遺贈を受けた者がその負担した義務を履行しないときは、相続人は、相当の期間を定めてその履行の催告をすることができる。この場合において、その負担付遺贈に係る遺言の取消しを家庭裁判所に請求することができる」

前述のように負担部分の履行がないときは、相続人（あるいは受益者、但し、議論あり）は履行を求めることもできるが、負担の履行がなされないのなら遺言者としては、遺言を取消すとの

考えもあったかも知れない。しかし、遺言者はすでに死亡しており、その考えを確定することができない。

そのため、相続人に履行の催告権と裁判所への申立てによる遺言の取消という制度を設けている。取消が認められると遺言の効果はなくなり、目的物は相続人に帰属することになる。また、遺言の効力が失われることから、受益者の利益もなくなることとなる。ただし、このことについては、目的物は相続人に帰属するが、負担付の状態でも相続人に帰属し、受益者は相続人に負担部分の履行を求めることができるとする学説もある。

今回は負担付き遺贈の説明をした。

平素あまり議論されていないところであるので、本書を参考に実務対応をされたいと考える。

## 85. 死因贈与について

(2016年11月号、No.202)

### ■ はじめに

今回は、適当な判例がないので、最近、質問の多い死因贈与についての説明をしたいと思います。

民法 554 条

「贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与については、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する。

死因贈与について民法が規定しているのはこの条文だけである。

死因贈与とは贈与者の死亡を条件とする受贈者との間の贈与契約である。遺贈（遺言）が遺言者の単独行為であるのに対して、死因贈与は当事者双方による契約行為である。生前贈与は贈与者の生前に贈与の効力が生ずるのに対して、死因贈与は贈与者の死亡が条件となって贈与の効力が生ずることになる。

この死因贈与の質問が多いのは、前記のように民法の条文がひとつしかないことから、遺贈の規定の準用はどの条文を対象にするかがはっきりしないからである。

### ■ 準用の範囲について

#### A. 方式について

遺贈の方式は準用されていないと理解されている。

そのため、遺言書の方式に従う必要はなく、書面が作成されても、口頭でも死因贈与は認められている。ただ、一般的には公正証書が作成されるケースが多いように思われる。

#### B. 効力について

(1) 遺贈は遺言者の死亡のあと、受遺者はいつでも遺贈の放棄ができ、受遺者に対して遺贈義務者からの催告が認められている。この部分については、死因贈与には準用されないと理解されている。

(2) 遺贈では民法 994 条で「遺贈は、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときは、その効力を生じない」と規定されている。

死因贈与において、受贈者が贈与者より先に死亡した場合、死因贈与の効力がなくなるか否か、つまり、死因贈与の場合に民法 994 条が準用されるのかの議論がある。

これに関して、水戸地方裁判所の平成 27 年 2 月 17 日判決では、受贈者が贈与者より先に死亡している場合でも、死因贈与の効力があることを前提としての判断を示している。(判例時報 2269 号、84 ページ以下参照)

この民法 994 条が死因贈与に準用されるのか否かについては、準用を否定する判決もあるが、反対に準用を肯定する判決もある。

死因贈与と言っても贈与契約なのだから、受贈者が死亡したからと言って効力が失われることは、生前贈与契約との均衡から考えておかしいと考えれば、民法 994 条の準用は否定される方向の考え方になる。

反対に贈与と言っても、贈与者の死亡を条件としているということや、無償で財産を取得させるといふ点を考えると、遺贈と同様に考えられるとの考えを採用すれば、受贈者との人的信頼関係を前提とする以上、受贈者が先に死亡すれば死因贈与の効力がなくなっても不自然とは言えないということとなり、民法 994 条は準用される方向の考え方になる。この点について、いずれも下級審の判決であり、最高裁判所の考え方は示されていない。

そのため、死因贈与契約をするにあたっては、受贈者が先に死亡した場合の効力を明確にしておく必要がある。特に、死因贈与の対象が不動産のときには、対象不動産に仮登記をつけることもあり、死因贈与の効力に争いがあると仮登記を本登記にするとか、しないとかのトラブルに発展することが予想される。

- (3) 遺贈は、15 歳に達すると遺言ができると条文では規定されているが、この遺言能力の条文は死因贈与には適用されないと理解されている。

したがって、未成年者による死因贈与契約は親権者の同意又は代理がなければ取消の対象となる。

- (4) 遺言については撤回の条文があるが、死因贈与について贈与者の単独の意思で撤回できるかは議論のあるところである。

まず、民法 550 条は書面によらない贈与契約は履行が終わった部分を除き、各当事者はいつでも撤回できると規定している。

したがって、書面を作成していない死因贈与も履行が終わった部分以外は贈与者が撤回できることになる。

しかし、書面が作成されたとき（並びに口頭でも履行が終わっている贈与の部分）はどうか問題ということになる。この点、最高裁判所は明確には示していないが、遺言者はいつでも遺言の方式に従って遺言を撤回できるとの民法 1022 条は、遺言の方式の部分を除いて死因贈与に準用されるとしている。

しかし、その内容は夫婦間の死因贈与において、夫婦の間の仲が悪くなり、相互の信頼関係がなくなったという事案であって、贈与者の都合による撤回までも判断の範囲に入るかの疑問があった。

その後、負担付死因贈与で受贈者が負担をほとんど履行したあとに撤回された事案では、特段の事情がないと撤回は認めるべきではないとしている。

そうすると、贈与の一部が履行されていたり、負担付の部分を受贈者が履行しているようなときには、死因贈与の撤回はむずかしいことになるし、また、それ以外でも死因贈与当事者間の信頼関係を受贈者が破壊したなどの事情がないと死因贈与の撤回はトラブルに発展する可能性があることとなる。

以上より、死因贈与については撤回はケースによっては可能であり、その方式は遺言の方式でなくてもいいが、撤回の理由を書面で明確にしておくことが大切ということになる。

したがって、安易な気持ちで死因贈与契約をしないことが大切である。

## ■ 税金関係

詳しくは税理士に確認してもらいたいが、文献によると、個人が死因贈与で財産を取得したときは、相続により財産を取得したとして相続税の課税対象となる。

法人が取得したときは、受贈者には法人税が課税され、贈与者には譲渡所得課税が行われるとのことである。

また、不動産取得税については、贈与を原因とする不動産取得税が課税されるようである。

## 86. 「相続させる」と記載されない遺言の解釈

(2014年2月号、No.179)

### ■ 事案

事案が複雑なので、必要な限度で事案を紹介する。

Aには妻Bと、Bとの間の子C、D、E、Fの4人がおり、Eはすでに死亡し、Eの子はE1とE2である。

Aは平成14年に公正証書遺言を作成し、土地建物を含む一切の財産を、C、D、Fに3分の1ずつ相続させる旨の遺言をした。(第1遺言)

その後、同年、「あとあとのもめごとの心配をしない」ためとして、土地建物はCに相続させ、Cが死亡したときはDに相続させる旨の遺言をした。(第2遺言)

ところが、その後、同年さらに「状況が変わったので遺言書を撤回する」との自筆証書遺言を作成した。(第3遺言)

そして、翌年に土地建物をAは売却した。

その後、Aは自分の財産について「私の世話をしてくれたCに全てまかせます」との自筆証書遺言をし(第4遺言)、Aは死亡した。

Aが死亡した際、AはY銀行に定期預金があった。そこで、第4遺言について検認ののち、CはY銀行に対して預金の支払いを求めたが、Y銀行はこれを拒否したため、Cが提訴した。

Cの主張は以下のとおりである。

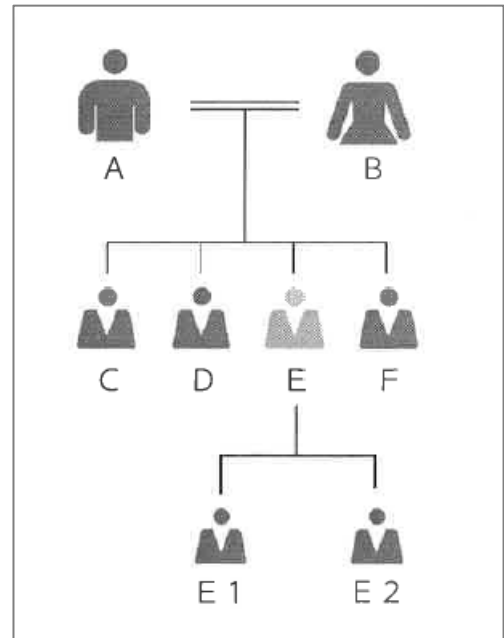
- ①第4遺言により、CはAの遺産の包括遺贈を受けたので、Y銀行に対する払戻請求権がある。
- ②第4遺言により、CにはAの遺産についての管理、処分権限が与えられているのだから、この権限にもとづいて払戻請求権がCにある。
- ③①、②が認められなくても、Cには法定相続分があるから、その限度で払戻請求権がある。

これに対してY銀行の反論は以下のとおりである。

本件の預金は定期預金であり、満期まで払戻しに応じる義務はない。

なお、Cの提訴に関して、相続人Fが補助参加し、Aの第4遺言はCに対する包括遺贈でも、処分権限等をCに委託したものでもなく、Cには法定相続分の限度で預金の払戻権があるにすぎないと主張した。

その根拠として、第1、第2の各遺言には「相続させる」と明記してあるのに、問題の第4遺言は「まかせます」旨の記載しかない。もし、Cに包括遺贈するとAが考えていたとすれば、「相続



させる」と記載していたはずであり、そう記載のないことがAはCに財産を包括遺贈する意思がない証拠であるというものである。

これに対して、Cは第1、第2の遺言は弁護士を介して作成したものであり、問題の第4遺言はそうではない。したがって、法律の素人のAが専門家のアドバイスを受けずに作成しただけであり、「相続させる」との記載の有無は重視する内容ではない。

生前、AについてはCが面倒見ていたことから、問題の第4遺言は包括遺贈と考えるべきである。

## ■ 判旨

以上の各関係者の主張に対して、原審の大阪地裁堺支部は、第4遺言はCに対する包括遺贈ではなく、CがAの預貯金の払戻等の手続きを行い、遺産分割の中心となって同分割を行うことを委ねたものであり、預貯金の処分権限まで与えたものではない。したがって、Cには法定相続分の限度しか相続されず、定期預金であるから、満期後に払戻請求が可能になるだけだと判決した。

そこで、Cが控訴した。

Cの控訴に関して大阪高等裁判所は、第4遺言はこれまでの状況を考えると、Cへの包括遺贈と考えていいとし、定期預金の払戻請求権はCが承継したが、CがY銀行に払戻を求めることができるのは、解約手続等がなされていない以上、満期の翌月からなるとした。(大阪高等裁判所平成25年9月5日判決、判例時報2204号39ページ以下参照。なお、本件は上告並びに上告受理申立て)

## ■ コメント

本件は「まかせる」という遺言の文言の解釈が問題となった事案である。

判決の中でも引用しているが、遺言書の文言を解釈するにあたっては、最高裁判所昭和58年3月18日判決で、最高裁判所は以下のように述べている。

「遺言の解釈にあたっては、遺言書の文言を形式的に判断するだけではなく、遺言者の真意を探究すべきものであり、遺言書が多数の条項からなる場合にそのうち特定の条項を解釈するにあたっては、単に遺言書の中から該当条項のみを他から切り離して抽出し、その文言を形式的に解釈するだけでは十分ではなく、遺言書的全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して、遺言者の真意を探究し当該条項の趣旨を確定すべきものであると解するのが相当である。」

当然と言えば当然のことを述べているが、本件ではこの考え方のもと、Aの置かれていた状況や過去の経過を踏まえて、Cへの包括遺贈と限定している。

なお、財産を全部まかせる旨の文言が包括遺贈ではないとした高裁の判決もある。(東京高等裁判所昭和61年6月18日判決)

これは唯一の相続人がいるのに、交際していた女性に「全部まかせる」旨の遺言がなされたケースである。

このように、単に文言の形式的解釈では単純にその文言の意味を確定できないことになる。

遺言の内容を考えるにあたっては、いろいろな事情を加味する必要があるわけではあるが、こういう遺言を作成することは可能な限り避けたいものである。

今回は銀行が相手の訴訟ではある。結果としてCが包括遺贈を受けたことになるが、この文言では登記はできるのだろうか。

登記手続はある面で形式的であり、「Cに相続させる」との記載がないと、C単独での登記はむずかしい。もちろん、法務局も文言について形式的なことだけを主張しているわけではないと思うが、登記手続がスムーズに行かないことは十分に予想できる。

場合によっては、他の相続人と一緒に登記申請あるいは、判決を原因とする申請が求められるかも知れない。

さらに、普通預貯金であっても、文言の解釈でトラブルとなり、払戻まで時間がかかることも予想でき、納税などへの影響も考えられることである。

遺言を作成するにあたっては、この文言はどう解釈したらいいのだろうかと悩ますような遺言書の記載をしないことが大切であり、JAの担当者としても組合員等へのアドバイスにあたってはこのことを強調し、できるだけ弁護士等の専門家に関与をしてもらうことを勧めていただく必要があると思う。



## 87. 秘密証書遺言等について

(2018年3月号、No.228)

### ■ はじめに

東京地方裁判所平成29年4月25日判決では、秘密証書遺言の効力が争われている。

事案は作成された秘密証書遺言の署名が遺言者のものか否か、遺言書作成のときに遺言者の判断能力はあったのかである。

これについては、署名は遺言者のものであるが、遺言書の作成時の判断能力は著しく損なわれており、遺言作成能力はなく、秘密証書遺言は無効であるとされた。

この件は現在、控訴されているようである。(判例時報2354号、51ページ参照)

秘密証書遺言については、あまり活用されたケースはないが、検討をしてもいい遺言作成であると思う。

また、死亡の危機に至ったときに作成する死亡危急時遺言についても知っておいた方がいいと思うので、ここで紹介したいと思う。

### ■ 秘密証書遺言について

作成の要領は以下のとおりである。

- ①遺言者が遺言書の証書に署名・押印をする。(遺言内容を書いた紙に署名と押印をするということ。)
- ②遺言者がその証書を封筒などの中に入れてから封をし、封印をするが、封印にあたっては、封の中に入れて遺言内容が書いてある遺言証書に押した印と同じ印を用いること。
- ③遺言者が公証人1名、証人2名以上の前で、この封書は自分の遺言書であること並びに遺言内容を書いた人の住所、氏名を申述すること。(この中にある遺言書はどこの誰が書いたことを述べるということ。)
- ④公証人がその証書を提出した日付と遺言者の申述を封紙に記載したのち、遺言者及び証人とともに署名押印すること。

以上のとおりである。

上記からわかるとおり、遺言の中味は封印された封書の中に入ってしまうことから、その内容は誰にも知られることはない。公証人や証人の立会いは必要であるが、遺言内容が読み聞かされるわけではなく、公証人らに対して、これが私の遺言であることと、遺言内容を書いたのは、どこの誰だということを述べるだけである。

この点で公正証書遺言では、証人の前で遺言内容を読み聞かせる手続きをするのとは異なっている。

また、自筆証書遺言はすべて遺言者が自書しなければならないが、秘密証書遺言では署名押印は必要なものの、内容の作成者は遺言者でなくてもよく、子や妻や嫁などに書いてもらってもいい

いのである。さらに、遺言内容も作成者が自書する必要はなく、パソコンなどを用いても構わない。

ただし、検認は必要である。

そして、例えば遺言書にある押印と、封印のときの印鑑がちがうときには、秘密証書遺言としては効力は生じないが、中味の部分が自筆証書遺言の方式を充たしていれば、自筆証書遺言としての効力は認められている。

このように秘密証書遺言は、自分で書かなくてもいいこと、遺言内容を知られないことなど有用な部分もある。また、遺言内容を詳しく書けないが、署名押印くらいならできるという人にとっては有用であろう。

ただ、こういう状態の人の場合、判断力の有無のトラブルになる可能性も否定できない。

今回の東京地裁のケースはまさにこういう例であろう。当職もかつて、公正証書遺言の依頼を受けたケースで、公証人より遺言者の判断能力に問題がありとして作成ができなかったケースで、遺言者の身内より秘密証書遺言で行きたいとの要請を受けた事案がある。当職は本人の判断力に問題ありとされたことから、秘密証書遺言の作成の仕方のみ指示して代理はしなかったが、後日、秘密証書遺言ができたとの連絡を受けたことがある。

## ■ 死亡危急な遺言について

死亡の危機が迫った方でも作成可能なものである。

そういう状態でも判断力がある場合、証人3人以上の立会いで作成するものである。

要件は以下のとおりである。

- ①病気その他の事由で死亡の危急に迫った者が、証人3名以上の立会いのもと、そのうちの1名に遺言の趣旨を口述し、口述を受けた者が筆記をして、遺言者と証人に読み聞かすか、閲覧をさせ、各証人が内容が正確であることを承認したのち、各証人が署名押印をする。
- ②①について口述できないときは、通訳を介しても可。
- ③①において耳が不自由なときは、通訳人を介しても可。
- ④ただし、①～③については、遺言の日から20日以内に証人の1名又は利害関係人から家庭裁判所に、いわゆる確認の請求をすることが必要で、これを怠ると遺言の効力はなくなる。
- ⑤裁判所は遺言者の真意によって作成された遺言であるとの心証がなければ、確認をしてはならない。

要件は以上のとおりである。

死亡の危急が迫っているものの、遺言者の判断力は必要であるが、遺言書への署名押印の必要はない。

また、この遺言は緊急事態に対応したものなので、通常 of 遺言を作成できるようになってから、6ヶ月間遺言者が生存するときは、この遺言の効力はなくなることとされている。

さらに前述の確認の請求のほか、遺言書の検認手続きは必要となる。

病気治療中の方で、自署ができないときには、自筆証書遺言は作成できないし、前述の秘密証書遺言も署名押印もできないが、死亡の危機が迫っているようなときにこの遺言の方式が検討されることになる。

筆者もかつて、病気療養中の方が遺言書を作成したいが、生命の危機が迫っているとの連絡を病院から受け、この遺言を作成したことがある。

作成のあと、直ちに確認の請求をしたが、裁判所の確認を得る前に相続が発生した。裁判所はすぐに確認の有無の判断をするものと思っていたが、結論が出るまでにかかなりの時間がかかっていた記憶がある。その際、作成時の本人の判断力に関して、医師の意見を求められた記憶がある。そのため、検認手続きがかなり遅れたと思う。その件では相続人は兄弟姉妹しかいないため、遺言の効力があると遺言書とおりとなるケースであった。

兄弟姉妹からは遺言のとき、遺言者の判断力はなかったとか、受遺者が遺言者に遺言書を書かせたなどの主張があり、最終的には受遺者がトラブルになることは避けたいとの思いから、受遺者としての権利を放棄（遺贈の放棄）し、遺言者の財産は兄弟姉妹が相続することとなった。

あと味の悪い事件であった記憶である。

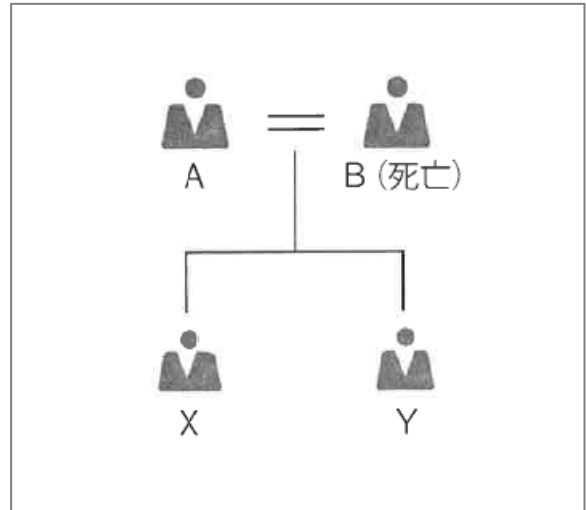
このように死亡危急時遺言は、いろいろなクレームをつけられる可能性があるので、立会証人の選別（前述のケースでは病院の事務長と看護部長と当職の勤務弁護士）が大切である。

## 88. 遺言書の「破棄」について

(2016年5月号、No.206)

### ■ 要件

- AにはXとYの2人の子供がいる。
- Aは昭和61年6月22日、罫線のある1枚の用紙に自筆証書遺言を作成した。
- その内容はAの遺産の大半をXに相続させるというものであった。
- その後、Aは平成14年5月に死亡。遺言書はそのあと発見されたが、発見された遺言書は、文面全体の左上から右下にかけて赤色のボールペンで1本の斜線が書かれていた。
- そこで、YがXに対してAの自筆証書遺言は撤回されたものだと主張した。
- 原審では、まず、赤線で斜線を書き入れたのは諸事情から考えて遺言書の作成者であるAであると認定。そのうえで、Aが赤線の斜線を遺言書の文面全体に引いていたとしても、元の文字が判読できるから「遺言者が故意に遺言書を破棄した」とは言えないとした。
- そこでYが上告した。



### ■ 判決

Yの上告に対して、最高裁判所は以下のように判断した。

「民法は、自筆証書である遺言書の改変等を加える行為について、それが遺言書中の加除その他の変更にあたる場合には、968条2項所定の厳格な方式を遵守したときに限って変更としての効力を認める一方で、それが遺言書の破棄にあたる場合には、遺言者がそれを故意に行ったときにその破棄した部分について遺言を撤回したものとみなすこととしている（1024条前段）。

そして、前者は、遺言の効力を維持することを前提に遺言書の一部を変更する場合を想定した規定であるから、遺言書の一部を抹消した後にもなお元の文字が判読できる状態であれば、民法968条2項所定の方式を具備していない限り、抹消としての効力を否定するという判断もあり得よう。

ところが、本件のように赤色のボールペンで遺言書の文面全体に斜線を引く行為は、その行為の有する一般的な意味に照らして、その遺言書の全体を不要のものとし、そこに記載された遺言の全ての効力を失わせる意思の表れとみるのが相当であるから、その行為の効力について、一部の抹消の場合と同様に判断することはできない。」

として、本件のAの行為は、民法 1024 条前段の「故意に遺言書を破棄したとき」に該当するので、遺言は撤回されたとみなされ、遺言は効力を有しないと判断した。(最高裁判所平成 27 年 11 月 20 日判決、判例時報 2285 号 52 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、自筆証書遺言の文面全体に斜線が引かれた行為を、どう評価するのかが問題である。

判決の中にも出てくるように、遺言者が遺言を故意に破棄したときは、その遺言は撤回したとみなされて効力は生じない。

他方で、自筆証書にあっては、その内容を変更するにあたっては、民法所定の訂正の方式が定められており、この方式に従わないと変更の効力は生じない。

具体的には、「遺言者が、その場所を指示し、これを変更した旨を付記して特にこれに署名し、かつ、その変更の場所に印を押さなければ、その効力を生じない」(民法 968 条 2 項) ののである。

今までの変更についての考え方によると、元の文字が判読できる場合、これは変更であり、前記の変更手続を実施していれば、変更として認められるが、その手続を実施していないと、変更の効力はなく、元の文字が読める以上、元の文字に従った遺言の効力が認められるとしていた。元の文字が見えないような変更を加えていたものの、変更手続をしていないときは、変更は認められず、また、元の文字も判読できないから、結果としてその部分の効力も認められないこともあった。

本件の場合、赤色ボールペンで文面全体に斜線が引かれているが、一般的には従前の文字を抹消しようとの考え方があると言えよう。

しかし、従前からの考え方を前提とすると、本件の行為は遺言書の変更行為であり、変更手続がなされていないことや、元の文字が判読できることから、元の遺言の効力が認められるということになる。原審はこの考え方に従っていたわけである。

ところが、最高裁は本件のような行為は、遺言書の破棄にあたり、元の遺言の効力は生じないと判断した。事案から考えると、最高裁の考え方が一般的に受け入れやすい考え方ではある。

ただ、遺言書の変更に厳格な方式が求められているのは、自筆証書の場合、遺言者以外による変更が可能だという点、遺言書の文言の判断にトラブルが生じないようにするといった目的がある。

その点で、ある行為に対しての社会的評価が、一般的にはこうだからという点だけで、変更ではなく破棄と言っていいかについては検討の必要がある。

今後、気を付けるべきは、文字が判読できる状態で斜線を引いても、それだけで当然に「遺言書の破棄」にあたりと早急に判断しないことである。

本件は文面全体に斜線が引かれている。この点から最高裁は「破棄」としたのであって、文面の一部に斜線を引いても、その部分が当然に破棄、つまり撤回されたとしたわけではないこと、こういう場合には、変更手続をしておかないと元の文字に従った遺言の効力が生じることを認識しておくべきである。

さらに、本件では遺言者Aにより斜線が引かれていたとの判断が前提となっている。

文献によると、Aの経営する医院内の麻薬管理金庫に本件の遺言書があったということである。麻薬の管理は管理者による厳重な管理が求められており、おそらく、Aによって金庫が管理されていたことから、A自身により斜線が引かれたと認定したのかも知れない。

しかし、実務上は遺言者による行為か否かは大問題である。第三者の手によるものなら遺言の破棄、つまり撤回とはならない。やはり、遺言書を作成するのなら、公正証書遺言の方式が妥当であろう。もし、自筆証書の方式を採用するのなら、必ず専門家のアドバイスを受けること、さらに、変更をしたいときも同様にアドバイスを受けることを組合員に理解してもらうことが大切である。

## 89. 自筆証書遺言における自書について

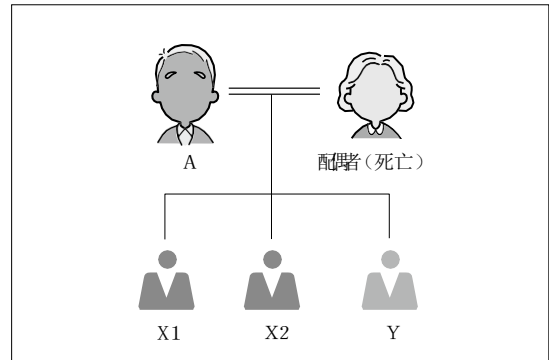
(2020年2月号、No.251)

### ■ 事案

#### <事業を簡略化して説明する>

- Aには子ども3人がある。(配偶者はすでに死亡。)
- Aは平成22年8月に公正証書遺言をした。(以下、第1遺言という。)

その内容は、不動産をYに相続させ、それ以外の財産はX1、X2、Yの3人で均等に相続させるというものであった。



その後、平成24年12月にAは自筆証書遺言(以下、第2遺言という。)を作成した。

その内容は、X1、X2、Yの3名にすべての財産を均等に相続させるというものである。しかし、この第2遺言のとき、Aには両手の運動障害があるため遺言書を作成する自筆能力がない状態であった。そのため、X1、X2、Yらのいとこ(Aにとっての姪)のZがAの手をとってAの遺言を完成させた。そして、その状況については録画されていた。

その後Yは、第1遺言にもとづき相続対象不動産の名義をY名義としたため、X1らが第1遺言は第2遺言で取消されていて失効していることを理由に、Yに対して更正登記手続きを求め、予備的に第2遺言が無効でも、第1遺言も無効だとして、法定相続分の登記を求める更正登記手続きを求めた。

### ■ 判決

X1らの請求に対して、東京地裁は第2遺言はAの自書とは言えないとして、第2遺言は効力がないこと、あわせて第1遺言に無効の原因はないとして、X1らの請求を棄却した。(東京地方裁判所平成30年1月18日判決、金融法務事情No.2107、86ページ以下参照)

### ■ コメント

本件は手の障害で文字の作成が困難なものが自筆証書遺言を作成するにあたり、介助者の介助があった場合の「自書」についての判断を示したものである。

判決文の中からは、Aの姪にあたるZが、Aの手をどのように持っていたかなどははっきりとはしない。

ただ、自書か否かについては、病気のため視力が衰え、手も震えてしまうため、ひとりではうまく文字が書けないときに、配偶者が遺言者のうしろから遺言者の手を握り、文字を声を出して明らかにしながら遺言書を作成したという事案の最高裁判所の見解を前提に、その判断を示している。この最高裁の見解では、自書の要件を充たすためには、遺言者に自書能力があり、かつ、補助が遺言者の手を用紙の正しい位置に導くにとどまるか、遺言者の手の動きが遺言者の望みに

任されていて単に筆記を容易にするための支えを借りたにとどまるなど添え手をした他人の意思が運筆に介入した形跡のないことが筆跡の上で判定できることを要するものとされている。

そうすると、本件Aは第2遺言作成のときには、手の障害のため自書能力がなかったというのであるから、Zの補助があっても、Zの意思がAの運筆に介入した疑いが高いということになり、本件第2遺言は自書の要件を欠く無効なものとされた。

本件では録画がなされているが、それはAが自分の意思で第2遺言を作成した証拠としたかったものと思うが、録画のあることから第2遺言作成時の状況が明確になり、X1らにとっては不利となった可能性もある。

自書については判断力があっても、自分の意思どおりの筆跡でないと自書の要件を欠いてしまう。そのため、高齢となって文字がうまく書けないとか、文字が震えたものになってしまうなどがあっても、介助はせずに遺言者のみで遺言書を作成させることの方が妥当である。

そして、文字がうまく読めないとか、怪我などで、どうしても文字を書けないときは、公正証書遺言にするべきであろう。

なお、自筆証書遺言については、物件目録は印刷文字でも可能となったが、本文の自書の要件は残っている。また、日付については「定年退職の日」など日付の特定が可能なら有効であるが「吉日」では要件を欠くとされている。さらに、作成した日と遺言書の日付が違っていた場合、例えば本文をすでに書いていたが、日付を後で記載したようなときは、日付を記載したときが成立日と考えられているが、無用な争いを生じさせないためには、作成したときに、直ちに日付を記入しておくほうが妥当である。氏名の自書については、遺言者の特定ができれば、通称名でもよいとされている。(因みに受遺者については、名前だけを書いても、遺言内容から誰であるかの確定ができればよいが、それができないときは、その受遺者は誰なのかを決めることになり、受遺者とされる者と相続人との裁判に発展するので、肩書とか生年月日、住所などで受遺者の特定をしておくべきであろう)。

最後に押印である。ハンコは実印である必要はない。三文判で可能である。拇印ないし指印でもよいとされるが、拇印ないし指印が遺言者のものか否かの説明の問題がある。

物件目録については、そのページに署名押印が必要とされている。この押印の印影と本文の押印の印影とが一致している必要があるかについては、民法の条文に記載はない。ただ、押印が違ふと当然トラブルになると思われるので、ハンコは同じものがないと考える。

なお、押印のないケースは本来は無効であるが、極めて例外のケースとして、帰化した者がサインだけして押印していない事案で、遺言が有効とされたこともある。

しかし、これは例外なので、押印のないものは無効と考えるべきであろう。

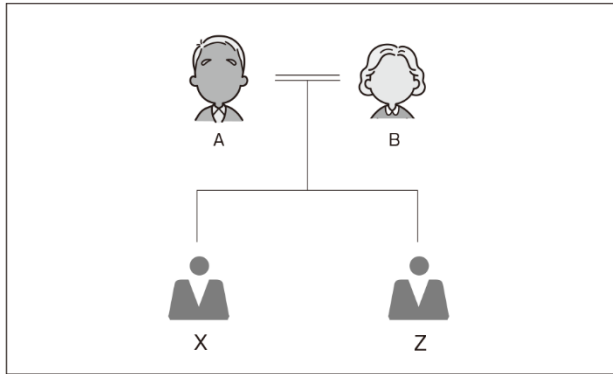
本年7月から自筆証書遺言の保管の制度が開始される。詳しいことは、これから発表される法務省令によることになる。費用や手続き、申立てにあたっての添付資料の内容などが明らかになるのだが、自筆証書にするか、公正証書にするかの判断を、これからJA職員は各ケースを通じてアドバイスすることになる。

自筆証書については、法務局が保管のときに、その有効性を判断するわけではないので、要件を欠く遺言書とならないようなアドバイスをするべきである。



## 90. 封筒に記載のある自筆証書遺言

(2021年9月号、No.269)



### ■事案

- ・ Aには妻Bと子供X Zがいる。
- ・ Aは平成25年12月13日、自筆証書遺言を作成した。
- ・ Aの死亡は平成31年3月であり、Bの死亡はその前年の平成30年9月である。
- ・ Aの作成した遺言書については、令和元年6月に家庭裁判所で検認手続きがなされた。
- ・ そのときの遺言書の状況であるが、封筒に封印された状態で遺言書が入っており、遺言書自体にはBに預貯金を相続させるなどの記載があった。そして、封筒の表面には「遺言書」の記載があり、裏面には「私がBより先に死亡した場合の遺言書」との記載がなされ、Aの住所、氏名が書かれていた。また、裏面の封印には、遺言書本体に押捺された印が押印されている。
- ・ なお、前記の封印以外に、封筒自体にはAの押印はないが、遺言書本体には封印に用いられている印鑑による押印がある。

以上のような経過のあと、前記遺言書の中にY銀行に対する預貯金はXに相続させるとの記載があることを根拠に、XはYに対して、預貯金の支払いを求めた。

ところが、ZはAの遺言書の封筒の裏面には「AがBより先に死亡した場合の遺言書」と記載されており、本件ではAよりBが先に死亡していたのだから、この遺言書の効力は生じないと主張して、XY間の裁判にZは独立当事者参加をして、Xに対して、Yに対する預貯金はXZの準共有であるとの確認を求めるとの主張をした。XはZの主張に対して、遺言書本体に記載がないのだから封筒に記載があっても遺言内容には関係がなく、遺言書は効力があると反論した。

### ■判決

XYZ間の主張に対して東京地裁は以下のような判断を示した。

「封筒文言は、被相続人により本件封筒の裏面に記載されていたこと、本件封筒は、遺言書本文が封緘され、被相続人による表題記載、住所等記載がされ、本件封印されたものであったことが認められる。

以上によれば、本件封筒と遺言書本文は一体のものとして作成されたと認められるから、封筒文言は、遺言書本文の記載と同様に本件遺言に含まれる」

とし、本件封筒の記載の趣旨は「被相続人が死亡した際に亡Bが生存していることを本件遺言全部の停止条件とする趣旨の条項であると認めるのが相当である。」とした。

その結果、本件ではA死亡時にBが死亡していたのだから、条件が成就しないことが確定し、遺言書は効力を失ったものと認めるとした。

そのため、Yに対するAの預貯金については、Xが相続するのではなく、XZの準共有であるとした。(東京地方裁判所令和2年7月13日判決、判例時報2485号36ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。)

## ■コメント

本件は自筆証書遺言の封筒に記載された内容が遺言書本体(本文)と関係するの否か、遺言として効力を生じるものかどうか争われたものである。

本件では封印された状態で検認手続きがなされており、封筒と遺言書本文との一体性があるとされていることが前提となっている。

したがって、封印されていない状態であれば、封筒の中の遺言書と封筒の記載とは別のものとされ、遺言書本文の記載のみで効力を考えることになるのであろう。

本件のケースでは、封筒にA死亡時にBの生存を条件として遺言の効力が生じるという趣旨の遺言であると判断している。

遺言の効力に条件を付けること自体はよくあることではあるが、本件のように封筒に記載をするケースは珍しい。専門家の指導があれば、このような様式にはならなかったであろう。

封筒には「遺言書」とか「遺言書在中」とかの記載のほかは、遺言者の氏名(あるいは住所も)を記載するにとどめた方がトラブル防止のためにもよさそうである。

封筒に日付を記載してもいいが、遺言書本文の日付と日付がちがっていると、遺言書の要件を欠くとされて無効になる危険性があるので、記載する際には日付が一致しているかに注意する必要がある。(遺言書本文に日付がなくても、封筒に日付があり、封筒と遺言書本文との一体性が認められるときは、自筆証書遺言の「日付」要件を充たすとされている。)

その他の要件であるが、以下のものがある。

「〇〇歳誕生日」という日付は特定できるので要件を充たすが、「〇月吉日」では特定されないため、要件を充たすとはならない。

作成日と日付とがちがっていたとき、たとえば、前日に遺言書を作成したが、翌日、前日の日付を記載して遺言書を完成したときは、日付のときに遺言書が成立したとするとの判例がある。遺言書本文が何枚にわたるときには、割印などは不要で、どこかのページに署名押印等があればよいとされているが、立証の問題は残るであろう。数枚になるときは、ホチキスで止めたり、割印したりして一体性の確保を図ることになる。

ところで、本件ZはXY間の裁判に独立当事者参加をしているので、この独立当事者参加について説明をする。

ふつう、第三者の裁判に加わるのは補助参加である。たとえば、AがBに金を貸しており、CがBの保証人となっているとき、Aが保証人Cに保証人としての支払を求めたとき、Cが敗訴すればCはBに求償することになるので、CはBにAとの裁判について訴訟告知をし、BをAC間の裁判に加われる機会を設ける。BとしてすでにAに弁済しているなどのことがあれば、AC間の裁判に参加して弁済の主張をする。この場合、弁済について利害が共通しているのはCであるから、BはCに補助参加して、Aへの弁済を主張する。

これが一般的な補助参加である。

しかし、本件のZは独立当事者参加であり、これは第三者が当事者どちらかの身方で参加するのではないケースである。

民事訴訟法第47条による参加であり、本件の場合、XY間の裁判の結果によってZの権利が害されると主張する場合、あるいは裁判の目的が自己の権利だと主張する場合のどちらかの理由で申立てがなされたものである。

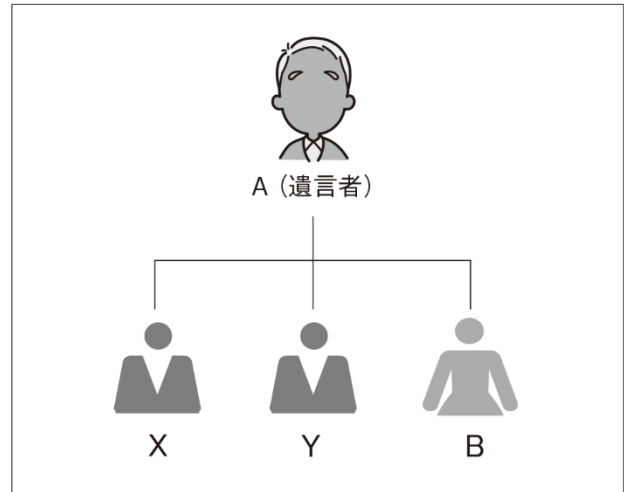
補助参加のときは参加された当事者の訴訟行為と抵触することはできないが、独立当事者参加のときは参加人にはこの制限がない。

## 91. 認知症を有する者による遺言の有効性

(2022年2月号、No.274)

### ■事案

- Aには子供X Y Bの3人がいる。
- Aは大正7年生まれである。
- Aは昭和56年、本件の土地を購入した。
- Aの子供Yは、大学医学部を卒業して医師をしていたが、Aが購入した本件土地に2階建ての建物を建て、Yの診療所を開設するとともに、同じ建物にはAも居住していた。
- BはAの娘であり、Yの診療所で勤務している。
- Xは自営業をしていたが、株式投資に失敗し、金銭的に困っていた。そのため、AからXに多額の金銭を貸付け、負債の返済に充てることとしたが、Xは負債の支払いに充てることなく、さらに投資をして失敗を重ねており、Aからの貸付金も多額に残っていた。
- Aは平成9年、本件土地をXに相続させるとの公正証書を作成した。Aには本件土地のほかに多額の金融資産があるが、遺言書では触れていない。
- 平成9年の遺言にあたり、AはCに公正証書遺言の証人になって欲しい旨を打診した。Aの話聞いたCは、本件土地にはYの診療所があるのに、その土地をXにあげてしまっは相続トラブルになるので考え直した方がいいとアドバイスしたが、Aとしては、Xにはお金を残すことにすると、Xが投資等に使ってしまうのではないかと考えるので、現金ではなく、土地で相続させたいとの意向であった。
- Aの考えは固く、平成9年の遺言では、前述のように本件土地はXに相続させるとの公正証書遺言の作成に至った。
- 平成11年ころになると、Aは物忘れがひどくなり、投薬を受けるようになった。そして、長谷川式のテストでは16点であり、頭部CTでは両側海馬の萎縮、脳室拡大、深部白質に低吸収領域という陳旧性脳梗塞を示す所見がみられている。
- 平成13年、介護認定調査を受け、食事等はほぼ自立して歩行も可能だが、耳が遠く、伝達も時々できる程度、妄想などの問題行動もあり、要介護度は1から2に変更となった。
- 平成13年の2度目の公正証書遺言の前、娘のBが平成9年作成の公正証書遺言を発見し、本件土地についてXに相続させる旨の記載があることを認識した。
- Bはこの遺言ではXとYとでトラブルになることから、Aに遺言書の書き直しを勧めた。
- そして、平成13年4月、AはBとともに公証人役場に出向き、遺言書を作成することとした。



- 作成の前、Aは公証人と雑談し、以前もここに来たことがあるなどの話をしていた。公証人は今回、平成9年の遺言をどうして変更したいかについて、Aに対して聴取をし、その結果として、本件土地についてはYに相続させる旨の公正証書遺言が作成された。
- Aは平成23年9月に死亡。
- なお、Aについては、平成16年4月に成年後見開始となった。平成15年8月の診断書には「アルツハイマー型老年期痴呆」と診断されており、自分の財産の管理処分ができないとされていた。
- A死亡のあと、本件土地については平成13年の公正証書遺言によってY名義となった。
- Xは平成13年の公正証書遺言はAの判断力に問題があるので無効だと主張して、同遺言によって名義を変更していたYに対して、平成9年の遺言で、本件土地は自分が相続したことを根拠に、自分に名義を変更せよとの訴えを提起した。

## ■判決

Xの申立てを受け、第1審の広島地裁はXの主張を認めた。これに対してYが控訴した。

争点としては、Aの遺言能力の有無であるが、この判断について、広島地裁は以下のように判断した。

「遺言能力の有無の判断については、一般的な事理弁識能力があることについての医学的判断を前提にしながら、それとは区別されるところの法的判断として、当該遺言内容について遺言者が理解していたか否かを検討するのが相当であり、主として、①遺言時における遺言者の精神上的障害の存否・内容及び程度、②遺言内容それ自体の複雑性、③遺言の動機・理由、遺言者と相続人又は受遺者との人的関係・交際状況、遺言に至る経緯等の諸事情を総合考慮することになる」

と述べた。

それを前提に、平成13年4月当時、Aはアルツハイマー型認知症の初期症状の様子を呈していた。

しかし、アルツハイマー型の確定診断を当時受けていたわけではないし、見当識もない。介護認定が1から2に変更になった程度であり、遺言能力がないと考えられるほど認知症が進んでいたとは言えないとした。

その結果、平成13年の公正証書遺言は有効とし、原判決を取り消して、Yの登記は有効として、Xの主張を排斥した。本件はXの上告も認められなかった。(広島高等裁判所令和2年9月30日判決、判例時報2496号29ページ以下参照)

## ■コメント

高齢の方の遺言に関して、本人の判断力に疑問を持つ相続人からの相談をよく受ける。

遺言者に痴呆があったなどと主張し、ビデオで本人の様子を残しているケースもある。あるいは、介護施設の報告書をもとに本人の判断力を証明しようとすることもある。

遺言書作成のとき、本人にどんな判断力があつたかを、本人の死亡後に明らかにすることは大変むずかしい作業である。

平素、一緒にいる者とそうでない者との見方もちがうし、一緒にいない者には平素の本人の言動を正しく把握できないことも多い。そういうことから、判断力の有無についてのトラブルになるのだと思う。

本判決は、遺言能力は医学的見地を前提としながらも、それとは区別された法的判断だとし、その判断にあたっての検討要件を明示している。

大変に参考となる判決であると思う。

遺言をする者にとっても、あるいは相続人にとっても、判断力が乏しくなる少し前には遺言を作成しておくこと、その遺言は公正証書の方式が妥当であることをあらためて認識させられる事案である。

なお、成年後見の開始のあとでも民法上は遺言書の作成が可能となるケースもある（民法 973 条）。

医師 2 名が立ち合い、本人が事理弁識能力を一時回復したときに可能となるが、実際にはこの条文を使って遺言したケースを当職は見たり、聞いたりしたことがない。

成年後見になったら遺言は作成できないと考えるべきだろう。

## (2) 相続財産

### 92. 預貯金債権と相続について

(2017年9月号、No.222)

#### ■ はじめに

今回は、昨年12月に出た預貯金と相続に関する説明をしたい。

平成28年12月19日の最高裁決定で、普通預金、通常貯金、定期貯金については、共同相続をした場合には、当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となる旨の判断を示している(P)。

その後、平成29年4月6日にも、定期預金と定期積金について最高裁は同じような判決をしている(P322、No.115参照)。

以上からすると、ほとんどの預貯金債権については、従前の当然分割の考え方を変更し、遺産分割の対象となるということになった。

その他の預貯金、あまり相続の対象とはならないと思うが、当座預金などについての判断は示されていないものの、おそらく同じような考え方になると推測する。

#### ■ 相続開始時前後の預貯金の動き

相続開始直前に預貯金者の関係者がとる行動としては、キャッシュカードでの引出し、あるいは家族による窓口での引出しである。これらは葬儀などを予想して、万一の場合に備えての行動である。

預貯金者自身の知らないところで行われていることであり、本来、法的には許されない行動ではある。

しかし、キャッシュカードによる引出しの場合には、預貯金者の意向を金融機関はわからないことや、カードで正しく引出せる以上は、仮に引出しをされても、金融機関としては準占有者への弁済として免責されるのが一般的である。

窓口取引の場合、預貯金者以外の家族が窓口に来て手続きをすることがある。そして、このことについては平素は預貯金者も了解していることから、窓口取引自体が違法というわけではない。

そして、仮に預貯金者の知らないところでの取引であったとしても、金融機関に過失がなければ取引自体を無効とすることはできない。場合によっては準占有者への弁済ということもあろう。ただし、高額な取引については本人確認は必要であり、このようなときには金融機関に過失ありとされ、免責にならないこともある。

本誌は預貯金者側の相続人の立場になることが多く、読者はその大半がJA職員であることから、立場上、なかなかむずかしい立場ではあるが、預貯金者側相続人としては、預貯金者に間もなく相続が生じるという場合には、このことを秘して預貯金の引出しをすることになるであろう。

そして、同様のことは相続発生直後にも行われていることは周知のとおりである。

問題は、相続発生を知ったとき、金融機関としてどう対応するか、あるいは、預貯金者に対して、その対応内容をどう説明するかである。

## ■ 引出しについて

金融機関が預貯金者の相続を知ったときは、預貯金は直ちに閉鎖することになる。

そして、相続人のひとりから自分の相続分相当額の払戻し請求があっても、これに応じることは原則としてできないことになる。

したがって、預貯金者側としては、相続人全員の合意で預貯金をどうするかを決めたうえで、払戻しの手続きをする必要がある。

ところが、話し合いができないとか、相続人がどこにいるかわからないなどのことになると、預貯金の払戻しは事実上できなくなってしまう。

そのため、預貯金者側からの相談を受ける者としては、相続人予定者の所在が不明であるとか、相続人間の仲が良くないとかの事情がある場合には、遺言書を預貯金者に作成してもらうことの検討も必要であろう。あるいは相続人のひとりとの間に委任契約をして、自分の死後の預貯金の引出し権限を付与しておくという方法、あるいは信託行為をして受託者に預貯金を信託するという方法などの検討をしておく必要がある。

緊急なときには、相続人のひとりが全責任を負うので、預貯金の一部を引出すことを認めるということもあるかも知れない。(今後、緊急事態にどのような形で対応していくかは金融機関で研究されると思われる。)

## ■ 貸付金などの返済と預貯金

アパートローンなどを預貯金者がしているような場合に、その支払いはどうなるかの問題がある。

ローンについては法定相続分に応じて各相続人が債務を承継するのが原則であるが、預貯金については遺産分割の対象となる。この預貯金からローン分の支払いを金融機関は受けていいものであろうか。

この点、いろいろな文献でも確定的な判断は示されていない。ローンの支払いは自分の死亡後も指定口座から引落していい約束になっているのだとすれば、引落しは可能かも知れないが、すべてのケースでそう断定していいかの疑問はある。

したがって、ローンの引落しについては相続人全員の了解が求められてくる可能性がある。

反面で、アパートの家賃の入金はどうなるのであろうか。この点については、口座を閉鎖している以上、入金もできないと考えることもできる。しかし、これも確定的に決まっていることではない。

結局のところ、アパートローンがある場合、入る方も出る方も明確な裁判例がないことから、預貯金をめぐるいろいろなトラブルになる可能性は否定できない。これを防止するためには、相続人間の協議が必要となるが、アパートローンについては、建物や賃貸借契約上の地位並びに金融機関の了解を前提とするが、特定の相続人への債務承継などについて遺言書を作成しておくべきであろう。



なお、相続開始後遺産分割協議までの賃料は各相続人が法定相続分に応じて原則として取得するとの最高裁判所の考え方は維持されている。このことから賃貸借契約上の地位承継を遺言書で明示しておきたいと考える。

## ■ その他

その他として、相続人に対する貸付金があるときに相続対象の預貯金で相殺されるかの問題がある。

預貯金が法定相続分に応じて分割取得されるのなら、その取得分と貸付金との相殺は理論上は可能である。

しかし、預貯金が遺産分割の対象ということになると、法定相続分を借入れをしている相続人が有していることはたしかであるが、具体的な金額が確定していないことから、相殺対象が特定されていないとして、相殺自体ができないのではないかの疑問がある。この点は今後の裁判所の判断を待つことになる。

なお、取引履歴については相続人のひとりからの請求でも応じる必要があることは変わりがないことは言うまでもない。

## 93. 貯金債権と確認の訴え

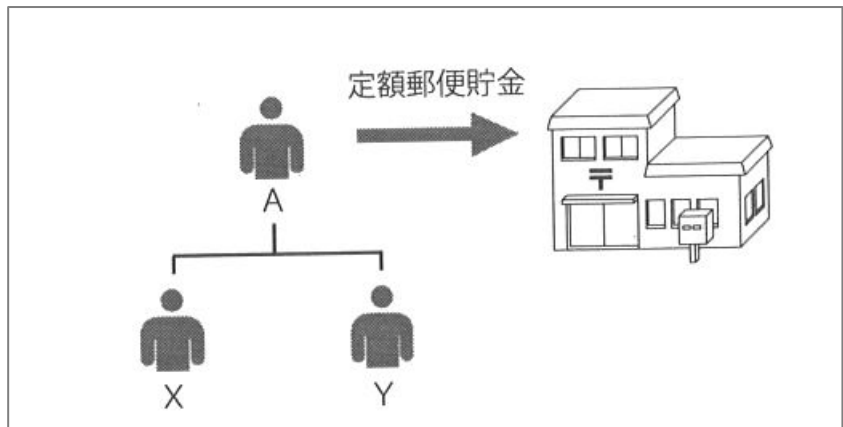
(2011年5月号、No.146)

### ■ 事案

Aは郵便局に定額郵便貯金をしていた。

Aには、XとYの子がいるが、Aは平成15年3月31日に死亡した。

ところが、XY間ではAの定額郵便貯金がAの遺産か否かで争いがある。そこで、XがYを相手にAの定額郵便貯金がAの遺産であることの確認を求める訴えを提起した。



第1・第2審では、Xは前記のような訴えを申し立てる利益があるとした。これに対してYが上告をした。

Yの上告の理由は、定額郵便貯金債権は相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割され、各共同相続人の分割単独債権となって遺産分割の対象とならないのだから、定額郵便貯金債権が現に被相続人の遺産に属することの確認を求める訴えの利益は認められないのに、これを認めた原審の判断はおかしいというものである。

### ■ 判決

その上告に対して最高裁判所は以下のとおりの判断を示した。

まず、定額郵便貯金については、これは一定の据え置き期間を定めて分割払戻しはしない条件で、一定の金額を一時に預入れするものである。これは、多数の預金者を対象とした大量の事務処理を迅速かつ画一的に処理するため、預入れ金額を一定額に限定し、貯金管理処理を容易にして、その事務の定型化、簡素化を図るものであるとした。

したがって、相続によって定額郵便貯金債権が分割されてしまうと、その事務処理の定型化、簡素化を図ることができなくなる。

また、仮に相続で分割できるとしても、この貯金は共同して全額の払戻しを求めることしかできないことから、単独で払戻しを受ける余地はない。

このことからすると、郵便貯金法は定額郵便貯金債権の分割を許容するものではなく、預金者が死亡したからといって、相続分に応じて当然に分割されるものでもない。

「そうであれば、同債権の最終的な帰属は、遺産分割の手続きにおいて決せられるべきことになるのであるから、遺産分割の前提問題として、民事訴訟の手続きにおいて、同債権が遺産に属するか否かを決する必要性も認められるというべきである。

そうすると、共同相続人間において、定額郵便貯金債権が現に被相続人の遺産に属することの帰属に争いがある限り、確認の利益があるというべきである。」

として、Yの上告を認めなかった。(最高裁判所平成 22 年 10 月 8 日判決、判例時報 2098 号 51 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、貯金債権のうち、定額郵便貯金が遺産に属するか否かに争いがある場合、遺産に属するとの確認の訴えを申立てることが認められるかの問題である。

預貯金債権は可分債権とされており、裁判所は可分債権は相続開始とともに各相続人に相続分に応じて分割取得されると考えている。

したがって、可分債権は遺産分割の対象とならないことになる。ただし、実際の遺産分割協議ではその対象としているが、協議の対象とすることまで禁止しているわけではない。

そうすると、定額郵便貯金も預貯金債権であるから、前記の考え方からすれば遺産分割の対象外であり、遺産に属するか否かの確認を求める利益はないこととなる。

しかし、最高裁判所は、定額郵便貯金債権の性格からみて、他の預貯金債権のように相続によって当然に分割取得されるものではないと認定した。

したがって、遺産分割の対象となることから、その債権が遺産に属するか否かの確認を求めることは認められるとしたわけである。

本件は、定額郵便貯金という特別な預貯金であるが、前述のとおり、普通の預貯金債権は遺言でその帰属を定めたり、あるいは遺産分割協議が成立しないようなときには、相続分に応じて相続人に分割取得されることになる。

このことから、例えば遺産分割で紛争が生じ、家庭裁判所で遺産分割調停が申立てられたときには、預貯金債権を分割対象として調停の席で話し合うことは可能であるが、調停が不成立となって遺産分割審判となったときには、預貯金債権は審判の対象とならず、裁判所は相続分に応じて分割取得する旨の判断を示すこととなる。可分債権については、遺産分割では特別な扱いをしているので、今後も注意が必要となる。

なお、例えば被相続人が相続人名義の預貯金をしている場合、その預貯金は相続人に贈与したものか、それとも相続人名義を利用した被相続人の預貯金（つまり遺産）なのかで争いが生じることがある。

相続人が 2 人で法定相続分が平等のケースを前提とすると、その預貯金は遺産だと主張する者は、他の相続人に対して 2 分の 1 は自分が相続によって取得したものであるから自分のものであるとの確認の訴えを求めることは可能である。(しかし、その預貯金は遺産であるとの訴えは原則として不相当ということになる。)ただ、相続人間で預貯金の帰属が決まっても、判決の効力は金融機関を法的に拘束するものではない。

## 94. 相続人による預金の引き出し

(2022年12月号、No.284)

### ■事案

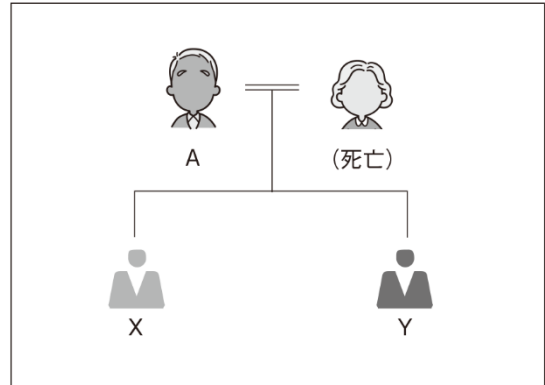
今回は事実関係や預金金額等が複雑であるので、事案を簡単に裁判所の考え方を解説したい。

- Aには亡妻との間にXYの2人の子供がいる。
- Aは平成26年10月に死亡したが、YはAの生前にAの預金をAに無断で引出しており、その金額は9500万円であった。
- YにはそのほかAから生前に贈与されていた現金があり、その金額は6000万円であった。
- Aが死亡した時点（平成26年10月）でXYの法定相続分は各2分の1であるが、Yへの生前贈与は特別受益となり、法定相続分に特別受益の計算をすると、XYひとりあたり約8500万円となることから、Yの具体的相続分は8500万円から特別受益の6000万円を控除した2500万円となる。
- また、YはAの死後、Aの預金を勝手に引出しており、その金額は合計260万円であった。
- Xは、YがAの生前にAの預金9500万円を引出していたことから、Aの死後である平成27年に、9500万円の2分の1について、Xの法定相続分を侵害する不法行為だとして、4750万円の支払をYに対して求めた。その結果、YはXに4750万円を支払った。
- 以上の経過のもとで、XはYに対して以下の主張をもとに、金員の支払を求めた。（Yの反論も記載しておく。）

- ① YによるAの生前のときのA名義の預金の引出しはYによる不法行為であり、Aが有していた不法行為による損害賠償をXYが相続している。この場合の相続分は、法定相続分を前提として計算するのではなく、Aの相続に関してのXY各自の具体的相続分によって計算すべきである。

本件ではYには特別受益6000万円があったことから、Yの具体的相続分は前述の8500万円から6000万円を控除した2500万円である。したがって、YによるAの預金の無断引出分9500万円のうち、2500万円を控除した7000万円がXがAから相続する損害賠償請求権であり、すでにYからXに支払われた4750万円を控除した2250万円を、XはYにさらに支払えと言えることになる。

これに対して、YはAが有する損害賠償については、XYの法定相続分でXYが各自相続するのであり、Yが勝手に引出した9500万円の半分である4750万円については、すでにYはXに支払っているのだから、YはXに対してAの生前の引出しに関する支払義務はない。



② YがAの死後に引出した金 260 万円については、法定相続分を前提に、その半分の支払いを求める。

これに対して、Yの反論はAから生前に必要な費用の支払をするよう依頼されており、その支払に充てただけのことで、引出金額の半分の支払義務はないと主張した。

## ■判決

双方の主張に対して東京地裁は以下のような考え方を示している。

### ①YによるAの生前の預金の引出について

Yによる預金の引出しによってAは生前、Yに対して不当利得又は不法行為を理由とする損害賠償請求権（不当利得返還請求権）を有している。

この請求権は金銭債権であり、可分債権であるからAの死亡により、法定相続人が相続分に応じて当然に分割取得される。

この場合の相続分であるが、法定相続分であると考えべきであり、具体的相続分を前提と考えるべきではない。

本件では、すでにYからXに 9500 万円の半分の支払われていることから、XがYにさらに支払いを求めることはできない。

### ②YによるAの死亡後の引出しについて

A死亡後出金時点の金額がAの遺産であり、Aの預金口座はX Yにおいて各2分の1の潜在的持分割合で準共有であるが、預金残高を数量的に2分の1に分けた金額をX Yが各自有していたものではない。

そのため、Aの死亡後のYによる引出し金額について、X Y間の準共有状態から逸出したことになるので、XがYに支払を求められるのは260万円の半分となる。そのうえで、Yの支払はAの委託による支払いとは言えないとした。（東京地方裁判所令和3年9月28日判決、判例時報2528号72ページ以下参照。本件は控訴されている。）

## ■コメント

相続が開始されると、被相続人の死亡の前後での預貯金の引出しをめぐって相続人間のトラブルとなることが多い。本事案は民法改正前の事案である。

相続開始前に被相続人に無断で預貯金を引出した場合、被相続人はその者に対して、不法行為又は不当利得を理由に金員の支払を求めることができる。この支払を求めないまま相続が発生したときは、損害賠償請求権等は遺産となり、相続の対象となる。裁判所の考え方によると、損害賠償請求権は金銭債権即ち可分債権であるから、相続分に応じて各相続人が分割取得する。この場合の相続分とは法定相続分なのか、具体的相続分かが本件で争われている。

本件のXからすると、Yには生前贈与があることから、法定相続分を前提にすると不公平ということになるのだろうが、裁判所の考えは法定相続分を前提に考えるとしている。

なお、この考えは令和3年の民法改正にも反映されている。民法898条2項には相続財産について共有の規定を適用するときには、法定相続分又は指定相続分を前提とする旨が新設されている。

相続開始後に預貯金が引出されたときは、預貯金は遺産分割の対象となるから、引出された預貯金については準共有持分の侵害ということとなる。

本件では、この点についても法定相続分をもって準共有の持分割合としている。

なお、本件後の改正であるが、令和元年7月1日以降の相続については、引出をした相続人に特別受益があるときに法定相続分を前提に返還を求めるとしただけでは不公平な結果が生じるとして、民法の改正がなされている。

相続開始後、遺産分割前に預貯金が相続人により引出された場合には、その処分をした相続人以外の相続人の同意があれば、処分をした者の同意なくとも、処分された預貯金を遺産分割の対象とできるとした。

具体的には処分した預貯金を処分した者に取得させたうえで、残った預貯金について遺産分割し、処分をした相続人には他の相続人に対して代償金の支払をさせて、相続人間の公平を図るというものである。

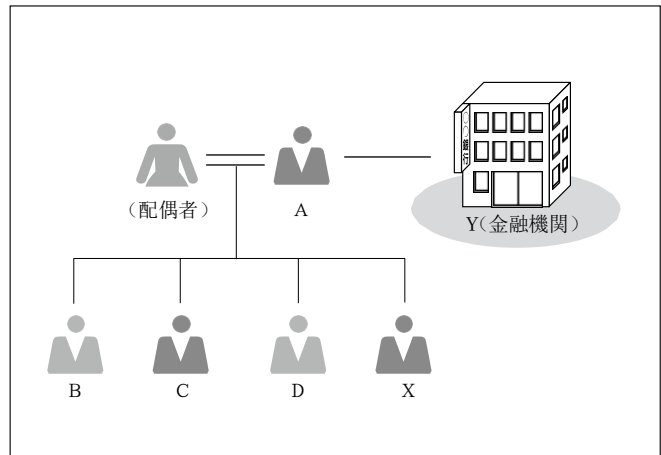
この制度が新設されたとしても、他の相続人はこの制度でしか遺産分割できないわけではなく、従前と同様に不法行為あるいは不当利得の請求で解決することも可能とされている。

## 95. 故人の印鑑届の開示請求

(2019年11月号、No.248)

### ■ 事案

- AはY金融機関に対して、平成15年8月29日付で、本件預金口座を開設。開設にあたって提出した印鑑届書にはAの住所氏名等のほか、届出印が押印されている。
- Aには相続人である子BCDXの4人がいる。
- Aは平成15年8月29日の遺言書を作成しており、この遺言には前記預金口座のうち1億円をXに相続させると記載されていた。
- Aは平成16年1月に死亡し、Xは前記遺言により1億円を平成17年8月25日付で受領した。Aの相続については、Aの遺言書の真偽が問題となり、訴訟に発展したが、この訴訟は最終的に平成24年8月9日の控訴審判決の言渡しにより終結した。
- XはAの遺言の真偽を明らかにしたいと考え、平成27年4月ころ、Yに対して取引履歴の開示と預金口座開設に関する書類の開示を求めた。
- Yは取引履歴の開示はしたが、印鑑届書の開示を拒否。



そのため、同年XはYに対して個人情報保護法第25条（現在は28条）の本人が識別される保有個人データの開示請求の訴訟を提起した。裁判の争点は、被相続人が開設時に届出をした印鑑届書に記載した情報がXの個人情報と言えるかであり、同法で個人情報とは「生存する個人に関する情報」とされている。

つまり、Aの印鑑届に記載された情報は、Aの預金口座をXが相続したのだから被相続人Aの情報もXの個人情報なのか、それともAは死亡しておりAとXは別人なのだから、印鑑届にある情報は生存しているXの情報とは言えないのではないかである。

### ■ 判決

Xの主張に対して、第1審の岡山地裁は、Xの請求を棄却した。

理由は、死者の財産に関する情報であっても、直ちに生存する相続人個人の情報とは言えないというものである。

Xが控訴したところ、控訴審の広島高裁岡山支部は第1審の判断を取り消し、Xの請求を認め、Yに対して印鑑届出書の情報を開示するように命じた。

理由は、死者の情報でも、その情報の中に財産に関するものがあり、その財産が相続人や受遺者に移転するときは、死者の財産に関する情報も相続人らに移転することとなり、これを相続人や受遺者に関する情報と言うことを妨げる理由はないというものである。

そのため、Yが上告した。

最高裁はこの問題について、控訴審の判断を破棄したうえで、Xの控訴を棄却した。つまり、Yには開示義務はないとの結論を示した。

理由として「相続財産についての情報が被相続人に関するものとしてその生前に法2条1項にいう「個人に関する情報」にあたるものであったとしても、そのことから直ちに、当該情報が当該相続財産を取得した相続人等に関するものとして上記「個人に関する情報」に当たるといことはできない。」というものである。

本件の場合、Aの印影がXとYとの取引に使用されるわけではないこと、印鑑届のうち印影部分以外はXY間の取引に関するものではないこと、その他Aの印鑑届書の情報の内容がXに関するものというべき事情はないことから、印鑑届書にある情報はXの「個人に関する情報」とは言えないとした。(最高裁判所平成31年3月18日判決、金融法務事情 No. 2123号62ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は個人情報保護法の28条(当時25条)にもとづく、個人の情報の開示を請求した訴訟であり、前述のとおり、預金を相続した相続人や受遺者は、前預金者の預金開設時に届出された印鑑届書記載の情報の開示を求められるかが争点となっている。

本件のXとしては、Aの預金を相続しているのだから、Aがどんな印鑑を銀行印として届出をしたかを知るのは当然であるとの前提である。

これに対してYは、Aの情報イコール相続人Xの情報ではないと反論していたのである。

裁判所は預金を相続したからAの情報がXの個人情報と当然になるわけではないとして、そのAの情報がXの個人の情報と言えるかは個別に考えるとしている。

それを前提とすると、Aの届出の印影の情報はXY間の取引に関係しないし、その余の情報はXには関係しない部分でもあるから、Aの印鑑届の情報自体はXの個人の情報ではないとしたのである。

Xとしては、今回の申立ての動機は、Aの遺言の真偽のため遺言書作成日と同じ時期に作成された印鑑届の情報とを比較して検討したかったようである。ただ、遺言に関する裁判はすでに終結しており、今回の申立ての意味が刊行物からは判断できない。

ただ、もし、Aの遺言の印鑑と印鑑届にある印影とが一致していれば、Aの遺言は有効だったと確認したかったのかも知れない。

今回の裁判所の判断で、預貯金口座を承継した相続人や受遺者から被相続人の印鑑届書の情報の開示を求めても、当然には開示しなくてもいいということになった。

そうすると、印鑑届書の情報を何かの資料として入手したいとするときの方法としては何になるのであろうか。



今回の個人情報保護法の本人情報の開示請求も、個別に判断するとしているのだから、今回と同様の請求をする余地は少しはあるのだろう。

そのほかとしては、裁判手続きの中で金融機関に対して、裁判所から文書送付嘱託や調査嘱託をしてもらい、情報を入手するという方法が考えられる。

個人情報保護法では、第三者に対する開示は原則禁止されているが、法令にもとづく場合は例外として開示は認められている。

裁判所からの前記嘱託に法的拘束力はあるかの疑問はあるが、裁判実務を担当する者としては、裁判所が嘱託を採用したことから、法令にもとづく場合として開示しても許されると考えている。本件のような場合には、Aの相続人間で遺言のトラブルとなっていることからすると、Aの他の相続人の同意を得るということも、開示の条件に加えた対応でもいいのかと思う。

なお、取引履歴については、相続人のひとりからの開示は認められている。理由は相続人だからであるが、この問題と本件の印鑑届書の情報お開示との関連性を整理する必要がある。

前者は前預金者と金融機関との委任契約があり、金融機関は受任者として預貯金者である委任者に報告義務があり、この義務のひとつとして取引履歴の開示があり、相続人はこの委任契約を承継したことから、相続人による開示が認められている。

これを本件の判決にあてはめると、取引履歴は相続人の取引自体に関する相続人の個人の情報ということになるのであろう。

## 96. 賃貸物件の相続にあたっての注意点

(2012年9月号、No.162)

### ■ はじめに

今回は適当な、賃貸中の建物や土地の相続にあたって注意しておくべき点を説明する。

賃貸中の物件については、相続開始前からその物件の状況を把握しているケースも多いと考えられるが、未払賃料の帰属の問題や、アパートの建築資金の借入れの処理など、理解しておくべき点が多くある。

### ■ 賃貸物件の所有権と賃貸借契約

賃貸物件を相続することで、相続物件の所有権はその相続人に帰属する。

したがって、アパートであればそのアパートの所有権を取得することになり、アパートの賃貸借契約上の貸主の地位も承継するのが原則である。

しかし、常に所有権の帰属と賃貸借契約の貸主の地位の帰属が一致するとは限らず、相続人間の協議によって所有権はAという相続人が、賃貸借契約はBという相続人が承継するということもあり得る。

この場合、所有者と貸主が異なることになるが、借主からすると、所有者から借りていたのに今後は所有者でない者から借りることとなり、その立場に変化が生じることになる。場合によっては転貸借になってしまうことも考えられる。

したがって、相続物件については、所有者と貸主の地位とを別々に相続の対象とすべきではないし、遺産分割にあたっては、賃貸借契約の貸主の地位の承継について触れておいた方が妥当である。

なお、相続開始後、遺産分割協議成立までの間は未分割状態であるので、賃貸物件は共同相続人が法定相続分に応じて共有している状態であり、賃貸借契約の貸主の地位も共有という状態で、賃料については、理論上は各相続人が法定相続分に応じて請求が可能という状態である。

ただし、一般的には遺産分割協議の成立までは相続人の代表者を決めて、その代表者が代表して一括請求していることが多いようである。

### ■ 遺産分割協議で相続するにあたり注意すべきこと

賃貸物件であるからその物件を相続すれば賃料の請求は可能ではあるが、入居者の賃料が低額であったり、滞納者が多くいたり、入居者に問題のある者がいたりするケースもある。さらに賃貸物件の修繕費用が多額に発生したりすることもある。

したがって、賃貸物件だからと言って安易に相続を希望するのではなく、その物件の現状を把握しておくことが大切である。

また、貸主たる地位を承継すると、敷金の返還の問題が将来生じることとなり、その資金手当てが可能かも遺産分割にあたっては視野に入れておかなければならない。

## ■ 未払い賃料について

賃貸物件を相続したとしても、相続開始前に生じていた未払賃料を当然に相続できるわけではない。

相続開始前の未払賃料は貸付金等と同様の請求権であるので、理論上は可分債権として各相続人が法定相続分に応じて相続する。「ただし、相続人間での協議は可能であるので、一般的には賃貸物件の相続人が未払賃料の請求権を取得することになるであろうが、それは協議で決まることであり、当然に取得できるということではない。

したがって、未払賃料請求権の帰属を協議することを忘れないことが大切である。もし、入居者に対して賃料未払を理由に解除して明渡しを求めたいと考えても、未払賃料の請求権がその相続人に帰属していなければ、未払賃料の支払いの催告ができないこととなって、借主に対する債務不履行を理由とする解除ができないことにもなる。

## ■ 相続開始後の賃料請求権の帰属

相続開始後に遺産分割協議が成立して賃貸物件を相続することになっても、相続開始後遺産分割協議成立までの間の賃料請求権を当然に取得できるわけではない。

賃貸物件を遺産分割協議で相続すれば、民法の規定で遺産分割の効果は相続開始時にさかのぼるとされている。「しかし、すでに発生していた相続開始後の賃料請求権については、判例は遺産ではないとしており、各相続人が法定相続分に応じて取得するとしている。

遺産分割協議が長期間になればなるほど、賃貸物件を相続しない他の相続人は賃料をもらえるということになり、トラブルを激化させるだけではないかとも考えられるが、判例の考え方であるので、これを前提として対応するしかない。

相続人間で相続開始後の賃料請求権の帰属を協議することは可能であるから、この点も遺産分割協議にあたっては相続人間での取決めをしておく必要がある。

## ■ 相続後の借主への連絡

賃貸物件を相続した場合、借主への連絡は必要不可欠であるが、その際、どこまでの資料を添付して通知すべきかの問題がある。

一般的には、賃貸物件の相続人=賃貸借契約の貸主の地位の相続人と考えるので、土地や建物の登記簿謄本の写しを添付して、その旨の通知をすれば十分と考える。

なお、契約書の変更をするか否かは、ケースによって異なると思われる。

古い契約書のままであれば、相続を契機として契約書を作り直すこともあるし、契約書を作成した直後であれば、作成し直す必要もないであろう。

事業用定期借地契約の貸主の相続の場合に、公正証書の作成が必要かの質問が多いが、その必要は法的にはない。

## ■ 借入金との関係

借金をしてアパートなどを建てた場合、相続する前に以下の点は理解しておくべきである。

一般的には、アパートを相続したのだから、その建築のための借入金もその相続人が承継すべきだとされることが多いし、融資した金融機関もアパートの相続人のみを借入金の債務者として、他の相続人に対する請求はしないとの方法をとっている(いわゆる免責的債務引受)。

しかし、相続問題が調停、審判となったときには、物件の相続はその対象となるが、債務については対象とはならない。

つまり、債務は法定相続分に応じて各相続人が負担するのであって、資産の分割とは別問題となっている。

調停の場合では、話し合いを前提とすることから、負債をどう処理するかを協議の議題に入れることは考えられる。

しかし、審判は裁判官が遺産をどう分けるべきかを判断することであるので、負債は問題とはされない。アパートの負債を自分が支払うので、負債に相当する遺産を他の相続人より多くもらえるという審判にはならないのである。そのため、アパートは相続するが、その建築のための借入金は共同相続人が法定相続分に応じて支払うことになる。「そうなると、アパートを相続しない相続人は負債の支払いに抵抗して支払いを拒むこととなり、アパートの相続人としては、競売を回避するために借入金全部を毎月支払い、後で他の相続人の負担分を求償することになる。

大変面倒であることから、一般的には他の相続人の負担すべき債務額を低くしてこれを一括で事前に支払ってもらい、金融機関に対しては免責的債務引受をしてアパートの相続人のみを債務者とするということも行われている。

調停、審判になるとアパートの相続人の負担が事実上多くなることを理解すべきである。

## 97. 令和3年民事基本法改正（その1）

（2021年10月号、No.270）

### ■はじめに

今回は、令和3年4月21日に民事に関する基本法の改正があったので、その改正のうち「相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律」についての説明をする。今回の改正の残りである民法等の改正は追って紹介したい（所有不明土地の処理、民法の相隣関係の改正、相続登記等の義務化など）。

今回の土地所有権の国庫への帰属や民法等の改正は所有者不明土地の発生の予防と利用の円滑化の両面からの改正とされている。

法務省のホームページでは以下のように整理されている。

- 発生の予防 → 相続登記や住所等変更登記の義務化、相続等で取得した土地所有権の国庫への帰属
- 利用の円滑化 → 所有者不明土地管理制度の新設など

### ■法律の内容

- この法律は、相続または遺贈（相続人に対する遺贈に限る）により土地の所有権または共有持分を取得した者等がその土地所有権を国庫に帰属させることができる制度を創設し、所有者不明土地の発生の抑制を図ることを目的としている。（第1条）
- 具体的には、土地所有者が国庫帰属の承認申請をし、申請に対して法務大臣（法務局）が要件を審査する。要件を充足していれば、申請者に管理費を納付させ、その後に土地が国庫に帰属するという内容である。

以下、具体的に説明する。

#### ●申請者

相続または遺贈で土地を取得した者であり、共有持分を取得した者でもよい。ただし、遺贈については相続人が遺贈を受けていたときに限り申請が可能である。

第三者が遺贈を受けるときは、遺贈を受けるか否かの自由があり、不要な土地なら遺贈の放棄をすればいいが、相続人の場合には、遺贈を放棄しても相続自体の放棄をしないと対象土地が相続の対象となってしまうからである。

同様に、死因贈与についても、契約であることから贈与契約をするか否かの選択があり、死因贈与取得者は申請の対象とはならない。

なお、相続等で共有持分を取得したときは共同で申請をすることになる。また、共有者の一部に相続等以外で取得した者がいても、この者も共同して申請ができる。

#### ●申請対象の土地

相続等で取得した土地であるが、以下の土地は申請できない。

- ①建物の存する土地。
- ②担保権または使用及び収益を目的とする権利が設定されている土地。
- ③通路その他の他人による使用が予定されている土地で、政令で定めるものが含まれる土地。
- ④土壌汚染対策法2条1項に規定する特定有害物質により汚染されている土地。
- ⑤境界が明らかでない土地その他所有権の存否、帰属または範囲について争いのある土地。

以上のうち、③は溜め池、境内地内等が考えられている。また、⑤の境界は所有権境を指すとされている。

ところで、今回の申請対象地については後述のように承認できない土地もある。ところが、そういう土地でも相続放棄をし、相続人不存在となれば国庫に帰属するが、今回の国庫帰属の承認手続きでは承認されないこともある。また、相続税の物納は換価性のない土地は受けてくれないが、この法律の対象地は換価性自体は問題とはしていない。

## ●承認について

承認申請がされたときは、法務大臣は以下の場合を除いて承認しなければならない。

- ①崖のある土地のうち、通常の管理に過分の費用や労力を要するもの。
- ②土地の通常の管理または処分を阻害する工作物、車両または樹木その他の有体物が地上に存する土地。
- ③除去しなければ土地の通常の管理または処分をすることができない有体物が地下に存する土地。
- ④隣接する土地の所有者その他の者との争訟によらなければ通常の管理または処分をすることができない土地として政令で定めるもの。
- ⑤その他、通常の管理または処分をするにあたり過分の費用または労力を要する土地として政令で定めるもの。

なお、承認申請は土地の一筆ごとに行うとされている。

## ●事前調査等について

申請があったときは調査をすることができる。また、必要な資料の提出を申請者に求めたり、あるいは関係機関に対しての資料提供等の協力を求めることもできる。また、法務大臣は承認にあたり、農地や森林等が対象のときは土地の管理について農水大臣や財務大臣の意見を聴くとされている。

## ●費用の納付

国が承認をするにあたり、申請者に管理費として10年分の標準的費用を納付させることになっている。

現状の費用としては、原野約20万円、市街地の宅地(200㎡)約80万円とされている。申請者が納付したときに土地所有権は国庫に帰属することになる。

## ●その他について

この国庫に帰属させる制度は所有者による所有権放棄ではなく、土地所有者から国庫への土地所有権の移転の制度である。

## ●施行日について

公布の日から起算して2年を超えない範囲で政令の定める日から施行される。公布の日は今和3年4月28日なので、そこから遅くとも2年以内に施行されることになる。

## ■まとめ

今回は土地所有者による国庫への所有権帰属の法律の説明をした。

農地でも申請は可能である。JAとしては、農地についてこの法律の申請がなされないように組合員に土地のことの説明をしておくべきであろう。

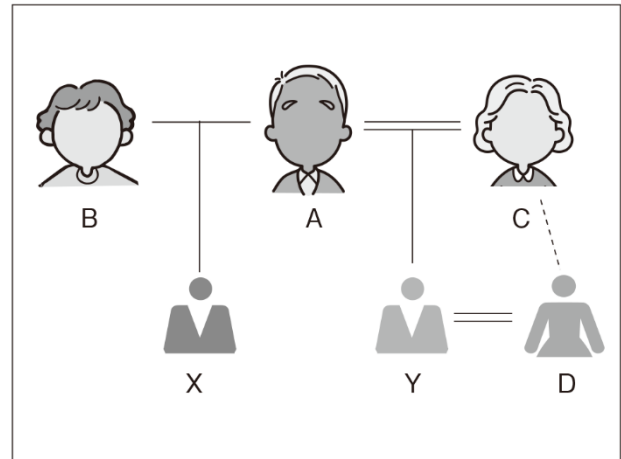
相続しても農地を維持できないからと言って国庫に帰属させてしまうというのはいいのだろうか。農地の適正利用の手段は他にもあるのだから、JAとしては組合員によく説明をしておく必要があると考える。

## 98. 相続開始後に認知された者による価額請求の際の相続債務の扱い

(2020年6月号、No.254)

### ■ 事案

- ・ Aは平成20年2月に死亡。
- ・ XはAとBの子であるが、A死亡後、認知を求める訴えを提起。この裁判は平成24年12月に確定し、XはAの子と認められた。
- ・ YはAC間の嫡出である子であり、DはYの妻で亡Aの妻Cとの間で養子縁組をしている。
- ・ Aが死亡したのち、その当時の相続人とされたYとCとの間で遺産分割協議をし、Yは不動産や預貯金を相続した（遺産分割協議は平成20年3月31日）。
- ・ その後、Aの妻Cが死亡した。
- ・ 死亡したAには税金の滞納分などの負債が存在している。
- ・ XはAの子と認知されたものの、Aの遺産に関してYC間ですでに遺産分割協議がなされてしまったことから、Yに対して法定相続分に応じた価額の支払いを求める訴えを提起した。
- ・ この裁判の中で訴えられたYは、Xの価額請求にあたり、Xが求められるのはAの遺産額からAの債務を控除した価額を前提に、この価額の法定相続分相当額であると主張した。XはAの債務を控除する必要はないと主張した。
- ・ 第一審の東京地裁は、Aの債務の存否の確認について、Xは関与できていないのにXの価額請求にあたってAの遺産額から債務額を控除することはXの利益を不当に害するので相当でないとして、債務を控除しない遺産額を前提に価額請求を考えるべきだとして、Yの主張を排斥した。
- ・ 控訴審である東京高裁も、価額請求をする場合の「価額」の算定にあたって考慮される財産は遺産分割の対象となる積極財産であるとして、第一審判決を支持した。
- ・ 理由としては、債務については相続人らが法定相続分に応じて当然に分割承継されているからだとしている。この控訴審判決を不服としてYが上告した。



### ■ 判決

Yの上告に対して、最高裁判所も以下のように述べてYの上告を棄却した。

「民法910条の規定は、相続の開始後に認知された者が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の共同相続人が既にその分割その他の処分をしていたときには、当該分割等の効力を



維持しつつ認知された者に価額の支払請求を認めることによって、他の共同相続人と認知された者との利害の調整を図るものである。」

「そうすると、同条に基づき支払われるべき価額は、当該分割等の対象とされた遺産の価額を基礎として算定するのが、当事者間の衡平の観点から相当である。そして、遺産の分割は遺産のうち積極財産のみを対象とするものであって、消極財産である相続債務は認知された者を含む各共同相続人に当然に承継され、遺産の分割の対象とならないものである。」

「以上によれば、相続の開始後認知によって相続人となった者が遺産の分割の請求をしようとする場合において、他の共同相続人が既に当該遺産の分割をしていたときは、民法 910 条に基づき支払われるべき価額の算定の基礎となる遺産の価額は当該分割の対象とされた積極財産の価額であると解するのが相当である。このことは、相続債務が他の共同相続人によって弁済された場合や、他の共同相続人間において相続債務の負担に関する合意がなされた場合であっても異なるものではない。」

(最高裁判所令和元年 8 月 27 日判決、金融法務事情 No. 2135、86 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、遺産分割協議が成立したあとに認知された者から他の相続人に対して価額支払の請求をする場合、被相続人の債務をどう扱うかの事案である。

民法 910 条は、前述のとおり遺産分割成立後に認知された者の権利と、すでに成立した遺産分割協議の尊重とを両立させるため、認知された者は他の相続人に対して法定相続分に応じた価額の請求を認め、遺産分割協議のやり直しの権利を認めていない。

本件の場合、A 死亡時の相続人は Y と C のみである。

たとえば、A の遺産（積極財産）が 9,000 万円だったとし、負債が 2,000 万円とする。その後 X が認知されると、X は嫡出でない子ではあるが、法定相続分は Y と同じである。したがって、X の法定相続分は 4 分の 1 となる。

もし、積極財産のみを考えればいいのなら、X の請求できる金額は 9,000 万円の 4 分の 1 である 2,250 万円となる。負債も控除するべきだとすると、7,000 万円の 4 分の 1 なので 1,750 万円となる。

本件では、第一審から最高裁までの各裁判所は負債を控除しない積極財産の価額を前提に法定相続分相当額の請求ができるとしている。

この考え方の大前提としては、負債は遺産分割の対象ではなく、負債は法定相続分に応じて当然に分割承継されるものというものである。

そこで、前記の例の場合、もし A の債務 2,000 万円を Y が支払っていたとするとどうなるか。この場合、2,000 万の負債のうち、4 分の 1 は X の負担分であるから、Y は X に対して 500 万円の求償権をもつということになる。したがって、X から Y への価額支払請求にあたって、Y は X に対して、X 負担分の債務額相当額を求償債権として X の請求との相殺主張などの対応をすることができることになる。このことは控訴審判決の中でも述べられている。

ところで、本件の最高裁判所の判断の前半部分は最高裁判所平成 28 年 2 月 26 日判決と同じである。この平成 28 年判決は本件と同様のケースで、認知された者が価額の支払請求をする場合における遺産の価額算の基準時はいつかというものであり、相続開始時なのか、支払請求をしたときなのか争点となった。

この 28 年判決では価額算定の基準時は価額の支払いを請求したときであるとしているので参考にされたい。(本誌 Vol. 257、2016 年 8 月号 105 ページ以下に説明している。)

参考までに、民法 910 条の条文は以下のとおりである。

「相続の開始後認知によって相続人となった者が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の共同相続人が既にその分割その他の処分をしたときは、価額のみによる支払の請求権を有する。」

なお、本件では X は Y にのみ請求をしている。A の相続人は亡 C もいたのであるが、民法 910 条では、認知された者が誰に請求するかが明確ではない。他の相続人に請求するのは問題ないとしても、全員を相手にするのか否かが明示されていない。全員を相手にする場合でも、その全員は請求した者に対して連帯債務になるのかなど検討が必要とされる部分がある。

また、ひとりのみにすべて請求できるとすると、他の相続人に対して請求された者はどんな請求ができるかもはっきりしない。

前記の例題で X が Y のみに請求しているとき、もし、C が生存していたら、X の請求に応じた Y は C にどんな請求をしていくことができるのか。もし、X の請求が Y にとって相続債務と同じように考えるものであると考えることになるのだとすれば、Y は C に対して C の法定相続分に相応する金額を Y に支払えと主張することになるのだろうか。今後の検討が必要となる。

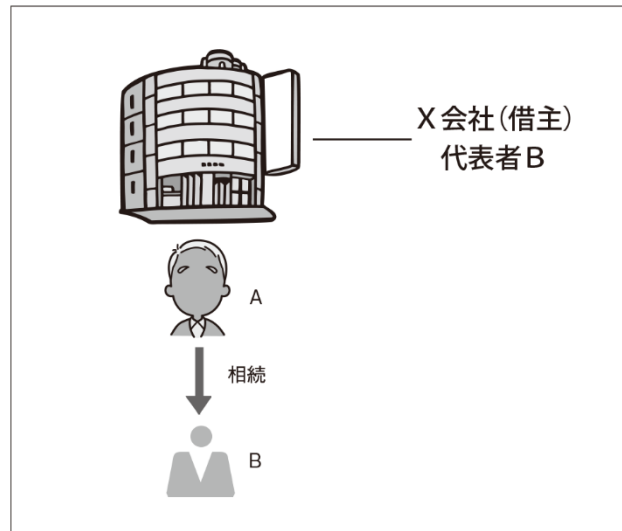
## 99. 敷金返還債務と建物の相続

(2021年2月号、No.262)

### ■ 事案

今回紹介する実際の事案はやや複雑なので、事案を単純化して説明する。

- ・ Aは建物をX社に賃貸している。
- ・ Aには子供B Y Zの3人がある。
- ・ X社の代表取締役は子供のBである。
- ・ X社は貸主Aに対して敷金 3,000 万円を預託している。
- ・ Aが死亡し、建物はBが相続した。
- ・ X社はA死亡のあと、建物賃貸借を解約し、建物をBに明渡しているが、その時点ではX社に賃料未払等の不履行はない。
- ・ X社は建物明渡しのあと、亡Aに預託した 3,000 万円のうち、Yに対して 1,000 万円の敷金返還を求めた。
- ・ これに対してYは支払を拒否したため、X社がYに対して敷金 3,000 万円のうち、1,000 万円の支払いを求める訴えを提起した。



### ■ 判決

X社の主張は、亡AはX社に対して敷金返還債務として金 3,000 万円の支払義務を負っていた（正確にはA死亡のときは賃貸借契約は継続していたことから、建物明渡しのときに発生する将来の敷金返還債務）。

そして、Aが死亡したことで、Aの金銭債務はAの相続人が法定相続分に応じて承継しており、法定相続人であるYは法定相続分に応じた 1,000 万円を支払うべきである。

これに対してYの反論は、BはA所有の建物を相続することで、Aの貸主としての地位を承継している。したがって、賃貸借契約に付随する敷金関係も貸主となったBが承継しているのであって、Yは承継していない。X社はBに対して敷金 3,000 万円の返還を求めるべきである。

以上のような事案で大阪高裁は以下のような判断を示している。

「敷金は、賃貸人が賃貸借契約に基づき賃借人に対して取得する債権を担保するものであるから、敷金に関する法律関係は賃貸借契約と密接に関係し、賃貸借契約に随伴すべきものと解されることに加え、賃借人が旧賃貸人から敷金の返還を受けたうえで新賃貸人に改めて敷金を差し入れる労と、旧賃貸人の無資力の危険から賃借人を保護すべき必要性とを鑑みれば、賃貸人たる地

位に承継があった場合には、敷金に関する法律関係に係る上記の法理は、包括承継の場合も当然に妥当するものというべきである。」

としている。

つまり、Aの貸主たる地位をBが承継しているのだから、X社はBに対して敷金の返還を求めべきであり、Yに求めることはできないとした。(大阪高等裁判所令和元年12月26日判決、本件は上告されている。判例時報2460号71ページ以下参照。)

## ■ コメント

貸主が死亡したときの敷金返還債務は、他の金銭債務と同様に法定相続人に法定相続分に応じて当然に分割承継されるのか、貸主の地位を承継した者のみに承継されるのかが争われたケースである。

判決文にあるように、賃貸物件が売買等で譲渡される場合(特定承継)、最高裁の判例では譲渡時点までの借主の未払賃料等が敷金に充当され、残額を賃貸物件の譲受人が承継するとしている。この理論が包括承継の場合も当てはまるかの問題である。これについて、大阪高裁は同じだと判断している。

ただ、すこし整理してみたい。

賃貸中の建物所有権が売買されると、譲受人は建物の所有者になる。そして、この場合、貸主たる地位も承継するのが原則である(ただし、所有権と貸主たる地位を分離することもある。)

この点、今回の民法改正では、対抗力ある賃借権付不動産が譲渡されたときは、賃貸人の地位は譲受人に移転することを原則としている(民法605条の2第1項)。

そして、この場合、敷金返還債務も譲受人が承継するとしている(民法605条の2第4項)。

相続の場合、建物所有権の相続のほかに契約上の地位の相続も明確になっていれば問題ないが、賃貸中の建物所有権の相続についての合意や遺言のときに契約上の地位をどうするかを考えることになる。ただ、こういう場合は契約上の地位も承継と考えることが一般的であろう。

では、このとき敷金返還債務はどうなるかである。

金銭債務であるから従前の裁判所の考えからすれば、遺産分割の対象ではなく、法定相続分に応じて相続人が分割承継ということになる。

そうなると、貸主たる地位は特定の相続人が承継しているのに、敷金返還債務は賃貸借契約と関係していない法定相続人が承継することとなり、おかしな関係である。

その意味では、今回の裁判所の判断のように賃貸借契約とこれに付随する敷金関係も一緒に承継という方がスッキリする。

また、今回は相続人が承継しているので、相続による取得の原因が遺言でも遺産分割協議でも、どちらでも同じことになると思うが、もし、第三者に遺贈するとしたときは、どうなるのであろうか。

未払賃料については、すでに発生している債権なので、遺産分割の対象なのか、それとも可分債権なので法定相続分に応じて当然分割承継なのであろうか。預貯金は遺産分割の対象となったが、未払賃料は原則として当然分割承継なのであろう。

そして、その場合、敷金関係を承継した相続人(つまり貸主たる地位の承継者)は、自分が相続した未払賃料については敷金への充当を主張することもできるということになるのだらう(今

回の民法改正で貸主からの充当主張はできるが、借主からの充当主張ができないことは明記された。民法 622 条の 2 第 2 項)。

いずれにせよ、相続物件の中で賃貸中の物件がある場合には、当該物件の所有権の帰属のみではなく、契約上の地位の承継、相続開始前の未払賃料の帰属については、合意又は遺言の中で明確にしておくことが大切である。

なお、相続開始後遺産分割協議成立までの間の賃料については、遺産ではないが、法定相続人が法定相続分に応じて分割取得するとしているのが裁判所の考えであることは、すでにご存じのとおりである。

### (3) 相続人

## 100. 養子について

(2016年3月号、No.204)

### ■ はじめに

今回は、養子についての説明をします。

養子は、長男の子（孫）を自分の養子としたり、娘しか子供がいなくて娘の夫を自分の養子にしたりするなど、組合員の家庭でも見られる制度です。

ただ、養子については成立要件や戸籍などの点を含めて十分理解されていないようですので、本書を利用して理解を深めて下さい。

### ■ 要件

1. 養子縁組が成立するための基本的要件は二つです。ひとつは双方が親子となる意思を有していること、いまひとつは養子縁組の届出をすることです。

以上は通常の養子縁組の要件ですが、民法には特別養子縁組という制度もあります。

これは家庭裁判所の審判によって認められるもので、養子の実方（実の親族）との血族関係を終了する効果があります。

今回は通常の養子縁組を前提に説明をします。

さて、養子をとるといって、相続対策のひとつとして考えることが多いのですが、養子縁組は当事者双方が法律上の親子となる制度ですので、本来は双方に親子となる意思がなければいけません。婚姻の場合も夫婦になる意思があるから認められるのと同様です。

したがって、親子となる意思が双方にあるのであれば、養子は何人いてもいいことになりませんが、相続税対策のためだけとか、資産承継をするためだけとかいう場合には、親子になる意思はないのですから養子縁組は無効になります。

また、養子縁組は届出により効力が生じます。届出をする際にも親子になる意思が必要です。もし、養子縁組届出書に署名押印したあと縁組をしたくないときは、大至急、役所に不受理届を提出して下さい。

2. 上記のほかの要件としては以下のとおりです。

- (1) 養親になるためには成年に達していることが必要です。未成年者でも結婚していれば成年に達しているとして扱われます。
- (2) 尊属又は年長者を養子とすることはできません。
- (3) 後見人は家庭裁判所の許可がないと被後見人を養子とすることはできません。

(4) 配偶者のある者が未成年者を養子とするためには、配偶者と一緒にしなければいけません。  
ただし、配偶者の嫡出である子を養子とする場合又は配偶者が意思を表示できないときは、この限りではありません。

(5) 配偶者のある者が養子縁組をするには配偶者の同意が必要です。

ただし、配偶者とともにする場合又は配偶者が意思を表示できないときは、この限りではありません。

以上から、配偶者のある人の養子縁組は以下のようになります。

AB夫婦とし、養子をCとします。

- ・ Cが未成年のとき  
→ AB共同（さらに裁判所の許可）
- ・ CがBの嫡出子のとき  
→ Aのみ
- ・ Cが成人のとき  
→ AB共同又はA（又はB）のみ
- ・ Aのみが別の人の養子となるとき  
→ Bの同意

(6) 養子が15歳未満のときは、法定代理人がその者に代わって縁組の承諾ができます。つまり、15歳に達すれば、その者が未成年でも単独で承諾は可能ということです。（ただし、裁判所の許可は原則必要。）

(7) 未成年者を養子とするためには、家庭裁判所の許可が必要です。

ただし、自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は裁判所の許可は不要です。

前述のように15歳に達すれば法定代理人の代理は不要となりますが、その養子が自己又は配偶者の直系卑属でないときは、家庭裁判所の許可が必要ということになります。

以上が要件になります。

従前、配偶者のある者は成人の第三者を養子としたり、あるいは配偶者のひとりが第三者の養子となるためには、必ず配偶者とともに縁組をすることが求められていました。

しかし、現在の民法では、配偶者の同意があればいいとなっています。そのため、夫婦のうち一方のみが養子になっているというケースも生じていることとなります。

## ■ 効力

(1) 養子縁組の届出をすると、養子はその日から養親の嫡出子としての身分を取得します。そのため、養親についての相続権や扶養義務などが発生することになります。

また、養子になっても実方との血族関係は終了しないので、実方の親などの相続権は維持されます。

なお、養子の子については、養子縁組後に生まれた子は養親と法律上の血族関係は生じますが、縁組成立時に出生していた子については、養親との血族関係は発生しません。

(2) 次に、養子は養親の氏を称することになります。そのため、養子が単身者であれば養親の今の戸籍に入ることが一般的です。例外的ですが、独身の子供が養子をとることにより新しい養親戸籍をつくり、その中に養子が入ることもあります。

問題は、配偶者のある場合です。

A B夫婦でAという氏を称する場合を前提とします。(Bが婚姻によってAに氏を改めた。)

(i) Aが第三者の養子となるにはBの同意は必要ですが、Bが同意したときは、養親の氏の新戸籍をA B夫婦は作成することとなり、BもAと同様に養親の氏を称します。Bにしてみると、養親との親子関係はないものの、Aの養親の氏を称することになるわけです。

なお、A B夫婦の子は身分関係に影響はないので、養親の氏A筆頭戸籍には入りません。親子で氏が違った状態ということになりますので、不都合なら氏を変更した新戸籍に入れてもらうことになります。

(ii) Bが第三者の養子となるにはAの同意は必要ですが、この場合にはBの養親の氏を称する新戸籍は作成されずに、現在の筆頭者Aの戸籍にBが第三者と養子縁組をしたことが記載されることになります。そして、氏についてもBは養親の氏ではなく、Aのままということになります。

## ■ 解消

養子縁組の解消は、離婚と同様で協議離縁と裁判上の離縁です。裁判上の場合は調停のケースと判決のケースとが考えられます。

娘夫婦が離婚しても、親との間の養子縁組も当然解消されるわけではありません。もし、養子が暴力等を養親にしているときは離縁の手続きを申立てますが、養親が高齢のときは遺言で養子を相続人から廃除する旨も述べておいて下さい。離縁の理由と廃除の理由とが共通ですので、もし、遺言の効力が生じるまでに離縁できないときは、遺言執行者に廃除請求をしてもらい、相続権を否定する処理を考えてみて下さい。

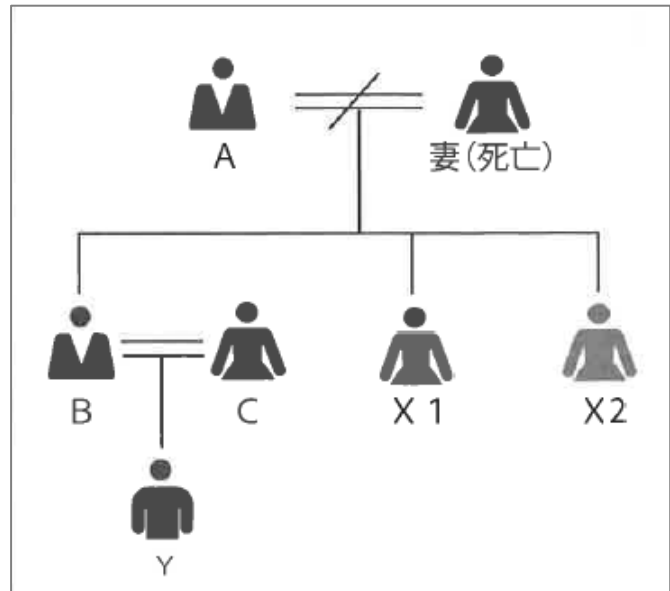


## 101. 養子縁組の効力と相続税対策

(2017年3月号、No.216)

### ■ 事案

- Aには長男B、長女X1、二女X2の3人の子供がいる。
- 長男Bには妻Cとの間に長男Yがいる。(Yは平成23年生まれ。)
- Aの妻は平成24年に死亡した。
- Aの妻が死亡したのち、長男B、Bの妻C、BC間の子Y並びに税理士がA宅を訪問。
- YをAの養子とした方が相続税の基礎控除が増え、相続税の節税効果がある旨をAに説明。
- 同じ月にAの弟夫婦を証人として、AとYとの間で養子縁組の届書を作成し、役場に届書を提出した。(Yは未成年者であるので、BCが代諾した。)
- その後、Aが死亡。
- Aの長女X1、二女X2が、AY間の養子縁組はもっぱら相続税の節税目的になされたものであり、『当事者間に縁組をする意思がないとき』に該当するので、養子縁組は無効と主張。
- 原審はX1、X2の主張を認め、AY間の養子縁組を無効と判断した。
- そのためYが上告した。



### ■ 判決

Yの上告に対して最高裁判所は以下のように判断した。

「養子縁組は、嫡出親子関係を創設するものであり、養子は養親の相続人となるところ、養子縁組をすることによる相続税の節税効果は、相続人の数が増加することに伴い、遺産に係る基礎控除額を相続税の数に応じて算出するものとするなどの相続税法の規定によって発生し得るものである。相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を発生させることを動機として養子縁組をするものにほかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。したがって、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう『当事者間に縁組をする意思がないとき』に当たるとすることはできない。」

とした。

そして、本件ではA Y間に縁組をする意思がないことをうかがわせる事情はないので、『当事者間に縁組をする意思がないとき』に該当しないと、原判決を破棄し、本件A Y間の養子縁組みは有効であると判断した。(最高裁判所平成29年1月31日判決。裁判所のホームページ参照。)

## ■ コメント

養子縁組に関しては、前記 P278、NO.100 に説明をしているので、養子縁組の要件については、同号の記載を参考にされたい。

その中でも言及しているが、養子縁組の要件のひとつとして、養子縁組の当事者間に親子になる意思があること、養子縁組の届書を役所に出す意思を双方が有していることが記載されている。

本件は、この要件のうち、当事者双方に相続税の節税目的があっても縁組は有効か、つまり、民法 802 条1号の『当事者間に縁組をする意思がないとき』とは節税目的があるときに対象になるかが争われている。

まず、本件Yは生後間もない子供であり、Y自身がAと養子縁組をすることを理解することはできないのは当然である。

しかし、Yの親権者であるBCがその意思を有していれば、Yがその意思を有していたことになる。

問題は、A Y間の養子縁組が相続税の節税目的であったという点である。

この点について、最高裁は『専ら相続税の節税のため』であっても、直ちに縁組する意思がないと断定はできないとしている。

つまり、親子になる意思があれば、もっぱら節税のためであっても、縁組は無効とはならないとしたわけである。

そうなると、親子になる意思、すなわち養子縁組をする意思とは具体的にどんな意思であればいいのかの問題となってくる。

本件のように長男の子、つまり養親からすると孫を養子とすることは世間でもよくあることである。

そして、その目的は節税であったり、財産の承継であったりする。はたして、こういう場合に当事者双方に具体的に親子になろうとする考えがあるかは、いろいろであろう。

縁組当事者が同居しているのなら、抽象的には親子になるという考えがあると言えるのであろうが、本件のケースで、例えば孫であるYがBと同居するだけで養親Aと同居していないなどのときに、A Y間に親子になるという具体的な意思はないケースが多いと思われる。このような場合でも、縁組をすることは親子になることだということを理解して養子縁組をすれば、その動機がもっぱら節税目的であっても、当然には無効とはならないということなのであろう。

J Aの組合員の場合、家を残すために孫や長男の嫁を養子にすることが多くある。その目的は節税や財産承継の目的であることが多いが、この判決は養子縁組を有効とする方向になりやすいという意味で、組合員にとっては大切な判決と考える。

ただ、この判決が出たと言っても、何人も養子をとっているようなケースまで、はたして本判決の効力が及ぶのかは今後議論されることになるだろう。

また、何人も養子をとることは、それだけ相続権を有する者が増えることであって、相続トラブルの原因にもなる可能性がある。この点は慎重に縁組を考えるべきであろう。

なお、一度、縁組をしてしまうと、何らかの理由で縁組を解消すること大変なことであることを十分に理解しておく必要がある。

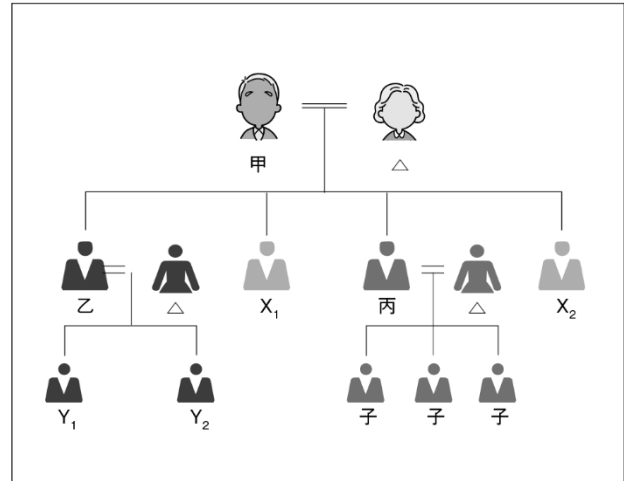
## 102. 受遺者の死亡と遺言の効力

(2022年10月号、No.282)

### ■事案

- 甲には亡配偶者との間に乙、X1、丙、X2の4人の子供がいる。
- 甲は平成2年6月22日付で公正証書遺言を作成した。
- 遺言書作成時、甲は79歳であった。
- 甲の財産は以下である。

- (1) A地 甲5分の3、X25分の1、丙5分の1
- (2) B地 甲5分の3、X15分の2
- (3) A地上に甲の建物
- (4) 預貯金



- 甲が上記の財産について作成した遺言の内容は以下である。

  - (1) A地 甲の持分（全体の5分の3）について、丙に10分の3、X2に10分の3（合計で全体の5分の3）
  - (2) B地 甲の5分の3すべてをX1に
  - (3) A地上の建物 X2にすべて
  - (4) 預貯金は乙に

上記の遺言とおりとすると、A地はX2が10分の5、丙が10分の5の共有となり、A地上の建物はX2所有となる。B地については、X1の単独所有となる。

以上のような遺言書を作成したが、丙が平成17年に、乙が平成29年に死亡し、その後、甲が平成30年に死亡した。

X1・X2は、Y1ほか乙と丙の子らを相手に、甲の遺言のうち乙と丙に相続させるとした部分は、遺言者である甲より先に受遺者である乙・丙が先に死亡したことから無効になったことを前提に、遺産分割協議の調停の申立てをした。

ところが、Y1・Y2は、乙と丙が先に死亡したことにより甲の遺言すべてが無効になったことを前提に、甲の遺産分割の対象財産となるのは甲の財産すべてであって、乙と丙に相続させると遺言書に書かれた財産だけではないと主張したため、遺産分割の調停をX1らは取下げとした。

そこで、X1・X2は、遺産分割の範囲を争っているY1・Y2を相手に、X1についてはB地の甲の持分であった5分の3はX1の所有であること、X2についてはA地の甲の持分のうち10分の3はX2の所有であることの確認を求める訴えを東京地裁に提訴した。

## ■判決

X 1 らの申立てに対して、以下のような判断を示した。

「 遺言者が特定の推定相続人に特定の遺産を相続させる旨の遺言をし、当該遺言により遺産の一部を相続させるものとされた複数の推定相続人の一部が遺言者の死亡以前に死亡したとしても、必ずしも他の生存する推定相続人に特定の遺産を相続させる意思が失われるとは言えず、直ちに当該遺言が全部無効となってその効力を生じないとは認め難い。 」

上記のような考えのもと、本件の甲の遺言について、「各推定相続人の生活状況、資産、特定の不動産についての関わり合いの有無、程度等の事情を考慮し、不動産の共有関係を複雑なものとしないうちに配した上で、特定の推定相続人に特定の遺産を相続させる意思を有していたことが推認される」ことから、乙丙が甲より先に死亡しても、X 1・X 2に特定の遺産を相続させる意思は失われずとして、X 1・X 2の主張を認めた。(東京地方裁判所令和3年11月25日判決、判例時報2521号84ページ以下参照。なお、本件は控訴されている。)

## ■コメント

本件は推定相続人の受遺者の一部が遺言者より先に死亡した場合、遺言全体の効力がどうなるかが争われた案件である。

本件乙・丙は甲死亡以前に死亡しているので、平成23年の最高裁判所の判例により、乙・丙に相続させるとされた遺産については、原則として遺産分割の対象財産となる。Y 1 らも、この考えは前提としている。

Y 1 らが主張していたのは、乙・丙が先に死亡したことから、遺言内容から考えて、生存しているX 1・X 2に対して相続させるとした部分を含めて遺言全体が無効となった、すなわち、甲の遺産はすべて遺産分割の対象とするべきなのではないかというものである。この主張をX 1 らが申立てた遺産分割調停で主張し出したため、調停の対象となる遺産の範囲の確定ができなくなり、遺産分割調停では対応できないことから、X 1 らはこの調停の申立てを取り下げている。

そして、民事裁判の中で甲の遺産の範囲の確定が必要となったことから、今回の提訴に至っている。(詳細は不明だが、丙の子らはY 1 らの考えを前提としていないようで、裁判の被告にはなっていない。)

以上のような経過の中での判決ということになるが、結局のところ、受遺者乙・丙が甲死亡以前に死亡したことで、その余の遺言の効力をどう考えるかという遺言の解釈の問題である。

事案からすると、A地は共有地となり、その上にX 2の建物が建っていることになり、B地はX 1の単独所有としようとする甲は考えたようである。

このことについて東京地裁は、各不動産との関係や相続人の資産などから甲が考えて作成した遺言なのだから、乙・丙が先に死亡してもX 1・X 2に相続させる部分を無効とは直ちには言えない考えを示したことになる。

判決の中に引用されている最高裁の判決は、遺産すべてを特定の相続人に相続させるというときに、その特定の相続人が先に死亡したとき、その相続人の代襲相続人が相続できるのかが争わ

れ、最高裁は代襲相続人に相続させる考えが遺言から理解できないと、その相続人に相続させるとした部分は無効となるとしているので、本件はこれを前提にしていたことになる。

本件は結局のところ、遺言の解釈の問題ということになるが、遺産分割の調停にあっては、遺産の範囲について相続人間で争いがないことを前提とする。もし、遺産なのか否かの争いがあると、今回のように民事訴訟の中で誰の所有物なのかの裁判をし、その結果を待ってから、遺産分割の調停を行うことになる。

本件では第1審の東京地裁の判決に対して控訴がなされているが、X1らとY1らの間での紛争が解決しないかぎり、甲の遺産分割ができないことになる。相続税が生じる案件か否かはわからないが、納税のことを考えると早期解決が妥当である。

やはり、遺言を作成するにあたっては、受遺者に万一のことを考えて、受遺者死亡の場合をどうするか言及が、遺言書には必要と考えておくべきであろう。

## 103. 「相続させる」と代襲相続

(2011年3月号、No.144)

### ■ 事案

Aには子供BとYがいる。

Bは平成18年6月21日に死亡したが、Bには子Xがいる。

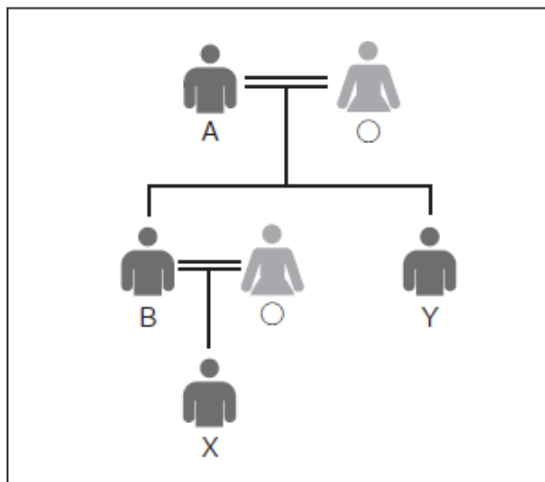
その後、Aが同年9月23日に死亡した。

したがって、Aの相続人はBの代襲相続人Xと、Aの子であるYである。

Aは平成5年にAが所有する財産全てをBに相続させる旨の遺言書を作成した。

そこで、Yは、BがAより先に死亡したのだから、Bが遺言で取得する部分の遺言の効力は消滅したとして、自分は法定相続分を取得する権利があると主張した。

これに対して代襲相続人Xは、本件遺言でXはBの代襲相続人として遺産を取得する権利があると主張した。



### ■ 判決

原審の東京高等裁判所は、Aの遺言はBがAより先に死亡したことによって効力を生じないことになったと判断した。この判断に対して上告がなされた。

最高裁は以下のとおりに述べて、Aの遺言の効力を原則として否定した。

「被相続人の遺産の承継に関する遺言をする者は、一般に、各推定相続人との関係においては、その者と各推定相続人との身分関係及び生活関係、各推定相続人の現在及び将来の生活状況及び資産その他の経済力、特定の不動産その他の遺産についての特定の推定相続人の関わりあいの有無、程度等諸般の事情を考慮して遺言をするものである。このことは、遺言を特定の推定相続人に単独で相続させる旨の遺産分割の方法を指定し、当該遺産が遺言者の死亡の時に直ちに相続により当該推定相続人に承継される効力を有する「相続させる」旨の遺言がされる場合であっても異なるものではなく、このような「相続させる」旨の遺言をした遺言者は、通常、遺言時における特定の推定相続人に該当遺産を取得させる意思を有するにとどまるものと解される。」

「したがって、上記のような「相続させる」旨の遺言は、当該遺言により遺産を相続させるものとされた推定相続人が遺言者の死亡以前に死亡した場合には、当該「相続させる」旨の遺言に関わる条項と遺言書の他の記載との関係、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などから、遺言者が上記の場合には、当該推定相続人の代襲者その他の者に遺産を相続させる旨の意思を有していたとみるべき特段の事情のない限り、その効力を生ずることはないとするのが相当である。」とした。

そして、本件では、BがAより先に死亡した場合に、その遺産をB以外の者に承継させる意思を推知させる条項もないなどのことから、特段の事情があるとは言えないので、遺言の効力は生じないとした。(最高裁判所 平成23年2月22日判決、裁判所のホームページより)

## ■ コメント

本件は、「相続させる」とした遺言について、代襲相続が可能かが問われた最高裁判所の判決である。

民法994条1項は、以下のように規定する。

「遺贈は、遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したときは、その効力を生じない。」

つまり、遺言で遺産をもらえる予定の者が遺言者の死亡以前に死亡したら、その遺言の効力が生じないと規定する。したがって、その部分の遺産についての処理を遺言していなければ、遺産分割の対象財産ということになる。

しかし、「相続させる」と遺言されていた場合、その記載の意味は、本判決でも述べているように、遺産分割の方法の指定であり、遺言者の死亡の時に直ちに相続により遺産が承継される効力があるとされている。

言ってみれば、相続により相続人が法定相続分を取得することと同じようなものであり、したがって、代襲相続の考え方を適用してもいいのではないかと主張されていたのである。そして、前述の民法994条1項で、遺言の効力を否定するのは「相続させる」以外の場合であり、第三者に遺産を取得させるケースを前提としていると考えるのである。この考え方は、第三者とは特別の関係があるので遺言で遺贈するのだが、その第三者の相続人と遺言者とが特別の関係にあるとは限らないから、その第三者が死亡していれば、遺言の効力を否定しても遺言者の意思に反しないと考えている。

実際に、この考え方を採用した高等裁判所の判決もある。しかし、最高裁判所は、本判決をもって代襲相続を原則として否定したのである。

最高裁判所は、「相続させる」とした推定相続人と遺言者との関係は、その推定相続人と遺言者との関係と当然には同一ではないとの立場をとっているのである。

以上から、今後、遺言書作成にあたっては、以下の点に注意が必要となる。

- ① 受遺者が遺言者の死亡以前（同時を含む）に死亡したときは、原則としてその部分の遺言の効力は生じない。
- ② したがって、遺言者としては、受遺者が死亡してしまったときは、遺言書の書き直しの検討が必要となる。
- ③ しかし、書き直しするとき、遺言者の判断力がないときも考えられる。

そうなると、対象財産は遺産分割の対象となってしまう。もし、遺言者がそのことを望まないのであれば、遺言書作成のときに受遺者が死亡したときに、その対象財産をどうするかを明記しておく必要がある。

- ④ 本判決は、諸事情から「特段の事情」あれば代襲相続も可能としているが、あくまで例外であり、その特段の事情の立証は困難と考えられるので、遺言書への明記はやはり検討すべきである。



## 104. 特別縁故者の財産分与について

(2017年1月号、No.214)

### ■ 事案

A 平成25年9月死亡。

遺産は銀行預金1億257万円。

X1 Aとの縁戚関係はなく、Aが経営していた薬局のパート職員。

Aの近くに居住している。

X2 Aのいとこで、Aの成年後見人。

### ◆ AとX1の関係

- 昭和54年から8年間、X1はAが経営する薬局にパート職員として勤務。
- 平成9年、Aの夫が倒れたのち、AとともにAの夫の入院の付添い及び留守番。
- 平成12年、Aの夫の死亡のとき、臨終の立会い及び納骨への同行。
- 平成12年10月から、Aの通院に週3日～4日付添い、夕食の準備など身の回りの世話をすることになった。
- 平成16年4月から、Aの身の回りの世話をする際、Aからアルバイト料をもらう。世話の内容は、週3回位A宅を訪問して夕食の準備や通院の付添い、同年9月からAが老人ホームに移ってからは、週1回から2回の通院や外出の付添い、居住している部屋の清掃などをした。
- その後、Aの成年後見のため精神科受診などにも付添い、成年後見申立ての協力をした。
- 平成17年1月にAが成年被後見人になったあとも同様なことを続けていた。なお、アルバイト料は1ヶ月大体1万5,000円から2万円であった。

### ◆ AとX2の関係

- Aとはいとこの関係にある者。
- 平成17年1月、Aの成年後見人に就任（外に弁護士1名も成年後見人に就任）。申立てにあたってはX1と協力していた。
- 平成25年9月にAが死亡するまで、Aの身上看護を担当。後見人の報酬として総額323万5,000円を得ていた。

以上のような、X1、X2がAの特別縁故者としてAの遺産についての財産分与の請求を家庭裁判所に申立てた。

原審は、X1はAの身の回りの世話をしたにすぎないのだから、Aの療養看護に努めた者とは言えない。X2は成年後見人として報酬を得ていたのだから、Aの療養看護に努めたとは言えない。

また、「被相続人と特別の縁故があった者」か否かについては、被相続人と生計を同じくしていた者や被相続人の療養看護に努めた者に準ずる程度の現実的かつ具体的な交渉があり、相続財産の全部又は一部をその者に分与することが被相続人の意思に合致するであろうとみられる程度に被相続人と密接な関係があった者でなければならないとして、本件X 1やX 2はこれに該当しないとして、その申立てをいずれも却下した。そのため、X 1、X 2が抗告した。

## ■ 判決

X 1、X 2の抗告に対して大阪高等裁判所は、原審の判断を取消してX 1、X 2に各自 500 万円の分与を認めた。

抗告審では、原審の事実認定をもとにしているが、Aが平成 17 年7月に、Aが亡くなったら自分の不動産や預貯金をX 1を含む5名に遺贈しようとの文書を作成していたことを重視し、X 1は相続財産の全部又は一部をX 1に分与することが被相続人Aの意思に合致するとみられる程度にAと密接な関係があったと評価するのが相当であるとした。

そして、X 1がアルバイト料を受領していたことはAとX 1の関係を考えると比較的低額であり、X 1はそれ以前からAの身の回りの世話をしていたことも考えると特別縁故者と認めていいとした。

X 2についても、前述の平成 17 年7月の遺贈の文書の中にX 2の名前が挙がっていたことや、遺贈の文書を遺言書にしなかったのは、X 2が後見人であり、民法 966 条1項でAが後見人X 2に利益となる遺言をすることができないことが原因であったこと、後見人の報酬も 323 万 5,000 円であるが、これも平成 17 年からA死亡の平成 25 年の8年間の合計額であることから、X 2を特別縁故者と認めていいとした。(大阪高裁平成 28 年3月2日決定、判例時報 2310 号 85 ページ以下参照。)

## ■ コメント

相続人がいないときに相続財産は国庫に帰属するが、民法ではその前に被相続人と特別な縁故のある者に対する相続財産の分与を認めている。

本件X 1、X 2は相続人のいないAの遺産について、自分らはAの特別縁故者であるとして分与を裁判所に求めた事案である。

民法 958 条の3では、①「被相続人と生計を同じくしていた者」②「被相続人の療養看護に努めた者」③「その他被相続人と特別の縁故があった者」に対して、請求により遺産の全部又は一部の分与を認めている。

本件X 1、X 2はAと同居していたわけではないから①の要件ではなく、②ないし③の問題となる。

②について療養看護の対価を得ている場合は原則として②には該当しないが、看護行為などが対価以上のときなどには②に該当するとした例もある。

本件X 1も対価を得ていたものの、看護行為の内容から考えると、その内容は対価以上のものと抗告審は判断したものと考ええる。このことは、後見人となっていたX 2に対しても同様の考え方を抗告審は示している。

ただ、本件ではAがX 1やX 2らを含む何名かに自分の財産を遺贈しようとしていたことが重視されており、この事実から③の要件を認めていると考えられる。

③の要件については、その者に相続財産の全部又は一部を分与することが被相続人の意思に合致するとみられる程度に被相続人と密接な関係があったと評価することができる者とされているが、この③についても対価を得ていたとしても、対価が看護行為等の内容に比べて低いときは③を認定してもよいということになる。

J Aの組合員の場合、相続人がいないケースというのはいずれも知らないが、この特別縁故者については請求したいと考えて相談をされている方をときどき見るので、この制度についての知識を持っておかれるといいと思う。

なお、共有の条文に共有者のひとりが相続人なくして死亡した場合、その共有持分は他の共有者に帰属するとの規定がある。これは共有者に相続人がいないとき、相続財産管理人の選任をし、官報などで相続人を捜しても見つからない場合には、その共有持分が他の共有者に帰属するとの規定である。このケースと相続人がいない共有者の特別縁故者による分与請求との関係はどうかの問題がある。この点、最高裁判所は特別縁故者の分与請求を検討し、分与しないとなった場合に、その共有持分は他の共有者に帰属することになっているとしている。

## 105. 特別縁故者の財産の分与請求

(2022年11月号、No.238)

### ■はじめに

今回は特別縁故者の財産の分与請求に関する判例を紹介する。

民法 958 条の 3 第 1 項

「前条の場合において、相当と認めるときは、家庭裁判所は、被相続人と生計を同じくしていた者、被相続人の療養看護に努めた者その他被相続人と特別の縁故があった者の請求によって、これらの者に、清算後残存すべき相続財産の全部又は一部を与えることができる。」

と規定している。

そして、前項の請求については、同条 2 項で「第 958 条の期間の満了後 3 箇月以内にしなければならない。」としている。

相続人がいる場合は、被相続人の相続人に財産は相続されることになるので、この特別縁故者による財産の分与を求める条文の前提を欠く。

相続人の存在が明らかでないときは、利害関係人又は検察官の請求によって、家庭裁判所は相続財産の管理人を選任しなければならない（民法 952 条 1 項）。

そして、管理人を選任すると家庭裁判所は遅滞なく、これを公告しなければならない（同 952 条 2 項）。

現行民法では、この選任の公告をして 2 ヶ月以内に相続人のあることが明らかでないとき、管理人は 2 ヶ月以上の期間をもって相続債権者並びに受遺者に対して請求の申出を公告する（同 957 条）。この請求の申出期間の満了後、家庭裁判所は管理人又は検察官の請求で 6 ヶ月以上の期間をもって相続人の搜索の公告をする（同 958 条）。このような手続きをしても相続人の存在が明らかでないときは、相続人不存在として管理人による財産の清算に入ることになる。

今回の特別縁故者による財産の分与の申立ては、前述したように民法 958 条の期間満了後 3 ヶ月以内に家庭裁判所に請求をする必要がある。つまり、被相続人の死亡のあと、相続財産管理人の選任がなされ、選任公告に 2 ヶ月、請求の申出に 2 ヶ月、相続人の搜索の公告に 6 ヶ月が必要であるから、最低でも 10 ヶ月しないと、この申出はできないことになる。

そこで、今回の民法改正では、相続人の存在が明らかでない場合の財産の清算手続開始を少しでも早めようとしている。具体的には、管理人の選任公告と相続人の搜索公告をひとつとして、この公告期間を 6 ヶ月以上とした。そして、これと並行して相続債権者等に対する請求申出の公告期間を 2 ヶ月以上とし、結果としては 6 ヶ月で早ければ精算手続に入れるようにした。その結果、今回の特別縁故者による家庭裁判所への申出も 10 ヶ月から最短で 6 ヶ月経過したときから、3 ヶ月以内の申出をすることになる。この改正は、2023 年 4 月 1 日からの施行であるが、新旧どちらの条文が適用になるかは、改正法施行日の前に相続財産管理人が選任されたか否かで決まる。相続財産管理人の選任が改正法施行日（2023 年 4 月 1 日）より前なら改正前の手続となり、あと

であれば改正法ということになる。その結果、特別縁故者による申出についても、申出期間が早くなるか否かに影響が生じることとなる。

## ■事案

今回紹介する事案はとても複雑であるので、簡単にしたい。

被相続人Aには子供や配偶者が存在せず、伯父やその家族らと親密な交流があった事例である。

その親密な関係のあった者が家庭裁判所に対して財産の分与の申立てをしていたが、この申立人が家庭裁判所の審判が出る前に死亡したため、その相続人が手続きを受継した。

この場合、特別縁故者の相続人にも財産の分与がされるのか、されるとすると相続人の権利は法定相続分となるかである。

特別縁故者の相続人だからと言っても、被相続人と親密な関係にあるとも限らないことから、その相続人に財産の分与を求める地位の承継は認められるかという問題である。

## ■判決

山口家庭裁判所周南支部は、このような事案に対して以下のように述べている。

「このように、特別縁故者に対する相続財産の分与を申立てる者が、申立て後、死亡したときは、その者の相続人は、その者の申立人としての地位を承継して財産の分与を求めうると解される。」

つまり、相続人による申立人の地位の承継は可能とした。

そして、相続人の地位の承継と分与の割合については以下としている。

「ただし、特別縁故者に対する相続財産の分与は、特別縁故者その人に対するものであっても、家庭裁判所が「相当と認めるとき」（民法 958 条の 3 第 1 項）に限り行われるべきものであるから、申立て後、死亡した者が特別縁故者に該当する場合であっても、その相続人に相続財産を分与することの相当性は、被相続人と死亡した特別縁故者の相続人との間及び死亡した特別縁故者とその相続人との間の関係、申立て後、死亡した者が特別縁故者と認められる事情に対するその相続人の関わりの有無、程度等の諸事情も勘案して判断することが相当であって、各相続人に分与する財産の割合も必ずしも法定相続分に従う必要はないというべきである。」

つまり、特別縁故者としての申立てをしていた場合、その者が死亡すれば、その地位を承継して財産の分与を求められるが、死亡した申立人が特別縁故者であるとしても、その相続人に分与を認めるか否かの相当性は、その相続人が被相続人とどんな関係にあったのか、特別縁故者として申立てをした者とその相続人とどんな関係であったのか、特別縁故者とされる事情にその相続人がどう関係していたかなどの総合判断をするべきだとし、そのため、相続人だからと言って当然に法定相続分になるわけではないとしている。（山口家庭裁判所周南支部、令和 3 年 3 月 29 日審判、判例時報 2527 号 80 ページ以下参照）

## ■コメント

今回は特別縁故者としての財産の分与の申立てのあとに、その申立人が死亡したときに、その相続人が地位を承継できるのか否か、承継可能としても、どういうときに財産の分与を相当と認めることになるのか、また、法定相続分とおりになるかについての判例を紹介した。

民法改正に関係して、特別縁故者の財産の分与の申立ての時期が早まったことを理解されたい。

## 106. 民法の改正 – 配偶者の居住権の保護 –

(2019年5月号、No.242)

### ■ はじめに

今回は民法の改正のうち、配偶者の居住権の保護に関する改正内容の説明をする。

今回の改正で、配偶者居住権（改正民法 1028 条）と配偶者短期居住権（同 1037 条）が新設された。この新設された条文は、改正法施行日（2020 年 4 月 1 日）以後に開始した相続に適用される。

なお、配偶者居住権については遺言で設定することが可能であるが、改正条文が適用されるのは、相続開始が改正法施行後ではなく、改正法施行のあとに遺言書が作成された場合である。

### ■ 配偶者短期居住権

1. 配偶者が相続財産である建物に、相続開始時に無償で居住していた場合である。

① そして、その建物を遺産分割する場合には、遺産分割により居住建物の帰属が確定した日又は相続開始の時から 6 ヶ月を経過する日のいずれか遅い日までの間、居住建物の所有権を取得した者に対して、無償で居住建物の使用する権利を有するというものである。

② また、相続又は遺贈により居住建物の所有権を取得した者が短期居住権の消滅の申し入れをした場合には、その申し入れをした日から 6 ヶ月を経過する日までの間、その者に対して、配偶者短期居住権を有するというものである。

要するに、配偶者は一定期日、相続開始のあと居住建物を無償で使用できるというものであるから、配偶者が死亡したときや後述の配偶者居住権を取得したときは、配偶者短期居住権は消滅する。

2. 配偶者短期居住権を配偶者が有しているときは、配偶者は善管注意義務をもって居住建物を使用しなければならない。

また、配偶者短期居住権の譲渡はできない。さらに、他の相続人の同意がないと第三者は居住させることはできない。

3. 配偶者短期居住権を有する配偶者が課せられた義務を履行しないときは、他の相続人は配偶者に対する意思表示で居住権を消滅させることができる。

相続又は遺贈で建物を取得した者は、いつでも配偶者短期居住権の消滅の申し入れが可能である。（この場合、前述のとおり、申し入れから 6 ヶ月の経過で消滅する。）

また、配偶者が配偶者居住権を取得した場合も、配偶者短期居住権は消滅する。

## ■ 配偶者居住権

1. 配偶者の居住権を長期的に認めようとする制度である。内容は、相続開始時に配偶者が相続対象の建物に居住していた場合、その居住建物について無償で使用収益できるものである。(相続対象建物を被相続人が配偶者以外の者と共有していたときを除く。)

その権利取得の原因としては以下のとおり。

- ①遺産分割で配偶者居住権を取得したとき。
- ②遺贈によって配偶者居住権を取得したとき。
- ③死因贈与契約によって配偶者居住権を取得したとき。

なお、①の遺産分割の協議ができないときは裁判所の審判となるが、裁判所が配偶者に配偶者居住権を認めるためには、①共同相続人全員が同意する場合、②配偶者が配偶者居住権の取得を希望した場合、居住建物の所有者の不利益を考慮しても、なお、配偶者に配偶者居住権を認める必要が特にあるとき、となっている。

2. 期間は配偶者の終身の間であるが、遺産分割の協議や審判、あるいは遺言で別段の定めがあれば、その定めによる。(つまり、一定の期間とすることも可。)

また、居住建物が配偶者のものとなっても、他の者の共有持分があるときは、配偶者居住権は消滅しない。

3. 効力等としては以下のとおり。

- ①居住建物の所有者は配偶者居住権の登記をする義務がある。
- ②登記をすると、居住建物の第三取得者に対抗することができる。
- ③登記をすることで、第三者に対して妨害の停止や居住建物の返還の請求ができる。
- ④配偶者は善管注意義務をもって居住建物の使用収益をしなければならない。
- ⑤配偶者居住権は譲渡できない。
- ⑥居住建物の所有者の承諾がなければ、建物の改築、増築、又は第三者に使用収益させることはできない。

4. 消滅について

- ①配偶者が課せられた義務を履行しないときは、所有者は是正の催告をし、その催促期間内に是正がないときは、建物所有者はこの権利を消滅させることができる。
- ②配偶者死亡により権利は消滅する。
- ③消滅したときは、建物の返還や原状回復義務がある。配偶者死亡のときは、相続人が義務を相続することになる。

5. 配偶者居住権の評価

配偶者居住権は終身又は一定の期間にわたって認められることになる。

そのため、配偶者居住権の負担のある建物については、建物所有者の所有権の価格は、この負担のない建物の価格と同一と考えることはできない。



そのため。配偶者居住権と、その負担のある建物の価格とをどう評価するかの問題がある。  
相続人間で協議ができないときは、鑑定ということになるが、簡易な評価方法が示されている。  
また、一戸建て住宅の場合には、底地も事実上、配偶者の終身又は一定期間は配偶者以外の使用ができないこととなる。

そのため、敷地の評価をどうするかの問題もある。一戸建てのケースでは、建物の評価と敷地の利用ができる利益の価格との合計が配偶者居住権の評価額と考えられている。

この評価方法については、すでに文献にも公表されているが、専門的であるので、税理士等の意見を確認される必要がある。

## ■ まとめ

今回の配偶者の居住の確保についての法改正は、資力が必ずしもあるとは言えない配偶者の生活を確保するという目的である。

相続争いのなかで、相続対象の建物に居住している配偶者の退去を求めたり、その建物に相続開始後も居住していることに対して賃料を要求したりするケースはある。

この改正は、こういうトラブルの予防にはなると考える。

ただ、JAの組合員の場合には、配偶者の生活を不安にさせるような事例はあまり耳にしない。先妻の子供と後妻との関係、あるいは親と子の

不仲という場合に有用な改正と言える。

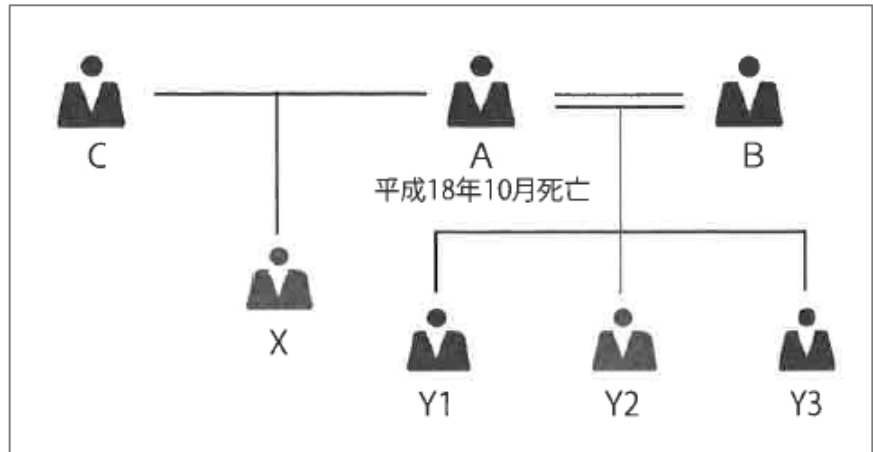
こういう場合には、長期の居住を確保するためにも、配偶者居住権を遺言で触れておくことも必要と考える。

## 107. 遺産分割協議後の認知された者からの請求

(2016年8月号、No.209)

### ■ 事案

- A B 夫婦間には Y1～Y3 の子がいる。
- A は平成 18 年 10 月に死亡。
- A の遺産総額（負債を除く資産は約 18 億円。以下同じ。）
- 平成 19 年 6 月 25 日、B、Y1、Y2、Y3 間で遺産分割協議成立。
- 平成 22 年 11 月、X から A に対する認知請求の裁判確定。（提訴は平成 21 年 10 月。）
- 平成 23 年 5 月、X から Y らに対して民法 910 条の価額支払いの請求。この時点の A の遺産総額は約 8 億円。
- 平成 23 年 12 月、X は Y らに対して価額支払の請求の訴訟を提起。
- 平成 26 年 2 月 3 日、口頭弁論終結。
- 第 1 審の口頭弁論終結時の A の遺産総額は約 10 億円（第 1 審の口頭弁論は平成 25 年 9 月 30 日に終結。）



### ■ 判決

上記のような経緯にあつて、A の遺産分割協議が Y1、Y2、Y3 の間で終了したあとに認知された X は、Y らに対しての価額請求をいつの時点の価額で請求できるのか、また、遅延損害金はいつの時点から請求することができるのかが問題となった。

この点、最高裁は以下のように判断した。

「相続の開始後認知によって相続人となった者が他の共同相続人に対して民法 910 条に基づき価額の支払を請求する場合における遺産の価額算定の基準時は、価額の支払を請求した時であると解するのが相当である。」

「民法 910 条に基づく他の共同相続人の価額の支払債務は、期限の定めのない債務であつて、履行の請求を受けた時に遅滞に陥ると解するのが相当である。」

（最高裁判所平成 28 年 2 月 26 日判決。金融法務事情 No.2046、80 ページ以下参照）

## ■ コメント

本件は、遺産分割協議のあと認知請求によって相続人となった者からの請求である。

まず、認知については、父が死亡しても3年以内であれば認知請求の裁判を提起することができる（民法787条）。この場合の被告は検察官である（人訴法42条）。本件では、Aの死亡が平成18年10月であり提訴は平成21年10月なので、おそらく時効ギリギリの認知請求であろう。

次に、民法910条は以下のような規定である。

「相続の開始後認知によって相続人となった者が遺産の分割を請求しようとする場合において、他の共同相続人が既にその分割その他の処分をしたときは、価額のみによる支払の請求権を有する。」

つまり、この条文は遺産分けが終了したあとでは他の相続人に価額の請求のみしかできず、遺産分けを再度するような請求はできないとしている。

認知の効力は出生にさかのぼるが、すでに第三者が取得した権利を害することができない（民法784条）。このことからすると、遺産分割協議後の他の相続人に対する請求はできないことになるが、民法910条は遺産分割協議後に認知された者の権利を保護するために設けられたことになる。ただ、遺産分割のやり直しまでは認めず、価額請求権のみとして、すでに成立した遺産分割協議の効力も守ろうとしたことになる。

本件では、この価額請求をする場合の基準時はいつか、具体的には、いつの時点の遺産額を基準にするかが問題となった。

本件では、遺産分割時は約18億円、支払を求めた時が約8億円、第1審の口頭弁論終結時が約10億円となり、Xの法定相続分は8分の1であるから、どこを基準時とするかによってXの取得できる価額が大きくちがうこととなる。

このことについて、今回、最高裁判所は価額の請求をした時をもって基準時とする判断を示したのである。本件では、XがYらに請求をした平成23年5月を基準時とするとしたわけである。

そして、その請求時からYらはXに対する支払が遅延することになるとし、平成23年5月の請求を受けた翌日から支払済みに至るまで年5%の損害金の支払義務がYらに課されたことになった。

本件は、民法910条のうち、いつの時点の価額を前提に支払請求が可能か、また、遅延損害金はいつ発生するかを示した大切な判決である。

ところで、この価額の支払請求権自体の時効は何年かの問題がある。民法884条の相続回復請求権は以下のように規定する。

「相続回復の請求権は、相続人又はその法定代理人が相続権を侵害された事実を知った時から5年間行使しないときは、時効によって消滅する。相続開始の時から20年を経過したときも、同様とする。」

この条文の問題では、虚偽の遺産分割協議で権利を取得した相続人にもこの条文を前提として時効援用が可能かが議論され、このような相続人には援用は認めないとされており、一般的には、他に相続人の存在を知り得ないようなケースで、その相続人からの権利主張があったときに適用されると考えられている。

本件の場合、YらがXの存在を知らないときには、まさにこの民法884条の場面ということになる。そのため、民法910条についての時効は5年間と考えられている（但し、学説では10年説もある）。

本件では、A死亡が平成18年10月、Xの請求が平成23年5月、提訴が同年12月である。おそらく、平成23年5月に請求をし、時効を中断し、6ヶ月以内に提訴したことで時効中断を維持したものと推測する。

なお、民法910条は遺産分割協議のあとに、認知された者が他の共同相続人に請求をする場合である。死後の認知によって認知された者が第1順位の相続人になったという場合を前提とはしていない。そのため、例えば、子がないとして兄弟姉妹間の相続をしたのち認知が認められたような場合には、認知された者は民法910条の価額支払の請求ではなく、前述の民法884条の相続回復請求で処理することとなるようである。

さらに、どこの裁判所に民法910条の請求をするかが今まで議論されていたが、最高裁はこの事件の管轄について言及していない。つまり、地方裁判所に価額支払の請求をした本件について、家庭裁判所で判断するべきであるとは言っていない。このことからすると、民法910条の請求は地方裁判所でもいいと最高裁は考えているものと思われる。

## (4) 遺産分割

### 108. 遺産分割協議書における署名時の注意点

(2012年11月号、No.164)

#### ■ はじめに

今回は、遺産分割協議書が作成されたのに、後日、その有効性をめぐってトラブルとなった事案を参考に、遺産分割協議書を作成する際、特に署名押印するときに注意すべき点を説明したい。

#### ■ 遺産の表示について

遺産分割協議書は、被相続人の遺産を相続人間でどのように分割して相続するかを示す重要な文書である。不動産が遺産であるときは、遺産分割協議書の作成が原則として必要になる。

一般的には、被相続人名義の不動産全てについて、相続人の誰が何を取得するかを明記するので遺産分割協議書に記載されない不動産は無いというケースが多い。「しかし、例えば、跡取りである長男が取得する不動産については明記せず、他の相続人が取得する不動産について、誰が何を取得するかを明記するのみのケースがある。「具体的には、「二男〇〇は〇〇を取得する。」、「長女〇〇は〇〇を取得する。」、「その他の遺産は全て長男〇〇が取得する。」というような表現のケースである。

この表現であっても、他の相続人が長男が取得する遺産を正しく理解していたのであれば問題はない。「しかし、その他の財産がはっきりしないケースや、長男が隠していた遺産があったような場合には、遺産分割協議に関して、他の相続人から錯誤無効などのクレームが付けられることがある。

この場合、錯誤ありと主張立証するのは他の相続人ということになるが、遺産分割協議書に遺産が明示されていなかったり、遺産分割協議書作成の前に遺産目録が正しく示されていなかったりすると、裁判官としては、長男が取得する遺産を知られたくないことから、そうした表現になったのではないかと推測し、他の相続人の錯誤の主張ももっともだとの心証を形成する危険性も否定はできない。

したがって、前述のような遺産分割協議書を作成する場合には、事前に遺産の内容を書面で開示しておくことや、開示をしたことの証明ができるような配慮、例えば名寄せの写しを全員の前で全員に交付するなどの配慮が必要である。

なお、ほとんどの財産を遺産分割協議書に記載した場合でも、「この協議書に記載のない財産が発見されたときは、相続人〇〇がこれらを取得する。」旨の条項を設けることが多いが、記載のない財産が多かったり、価値が大きいなどの事情がなければ、遺産分割協議書が無効となることはないと思う。

## ■ 遺産分割協議書の作成数について

遺産分割協議書を一部しか作成せず、しかも、その写しを交付していないケースでは、遺産分割協議書の有効性が争われることが多い。その理由とするところは、自分は何の文書に署名したかわからないとか、その内容を確認しないまま、長男が強引に署名を迫ったなどである。

本人が署名押印した文書はその者が作成した文書であり、その内容も理解していたものと裁判では推定されるが、それでも無効と主張して訴訟に至るケースは存在している。

遺産分割協議書は一部しか作成しないとしても、必ず、その写しを直後に相続人に交付しておくことが大切であり、交付しておけば、後日になって無効と主張しても、なぜ、その写しの交付時にクレームを付けなかったとの反論から、クレーム自体不当との心証を裁判官に与えることができる。

## ■ 他の文書と一緒に署名させない

金融機関の預貯金処理に必要な書面と一緒に遺産分割協議書に署名をすることがある。相続人が多いケースで、しかも、複数の金融機関の場合には、相続人が集まったときにいろいろな文書に署名押印をして、署名押印を忘れていた文書が出現する。

問題は、いろいろな文書を混同して署名させると、後日、自分は金融機関の預貯金処理への署名はしたが、遺産分割協議書への署名とは思っていなかったなどのクレームになるケースである。

署名欄のページに「遺産分割協議書」の表現があるのに、わからなかったなどと平気で主張してくるのである。これを防止するには、ひとつの文書ごとに署名を完成させ、完成したら次に移るといった配慮が必要である。

## ■ 事前の説明と遺産分割協議書の内容がちがう

「事前の話し合いでは、この土地は誰が取得するはずなのに、遺産分割協議書では別の者が取得することになっていて、このことに気付かなかったのでこの協議書は無効と主張されるケースがある。

これを防止するのは、遺産分割協議書を相続人分作成しておき、署名押印前に全員の前で誰かが読み、その内容を認識してから署名押印に入ることである。

## ■ その他

「遺産分割協議書について万全を尽くしたつもりでも、クレームを付けられることは否定できない。

相続人全員が間違いなく署名押印していたのに、後日になって、署名のときには居なかったのだからその署名は偽造であるとか、印影は偽造であるなどのクレームを付けられることもある。

明らかに言いがかりではあるが、相続が開始されることで、それまで言えなかった不満が遺産分割協議書の無効という主張になったケースもあると思う。

問題は、勝手に主張させればいいということで済むのかである。遺産分割協議書にもとづいて、不動産名義の変更をしておけば少しは安心ではあるが、他の相続人の納税がないと連帯納付義務の問題が待っていることになる。

あるいは、金融機関の名義変更書類の作成がなされていないと、その作成を拒否され、納税資金の問題に直面する。

このように、遺産分割協議書について、クレームを全く付けられない方法は無いと考えていい。

「しかし、そのクレームをできるだけ少なくする方法は、本書で紹介したような方法もあり、クレームを付けても証拠があるので主張しづらいという状況を作成しておくことを、常に意識しておくことが重要である。

## 109. 相続における特別受益について

(2014年5月号、No.182)

### ■ はじめに

今回は適当な判決がないので、相続における特別受益に関する説明をする。

相続人が複数いる場合、相続時の財産を法定相続分に従って分割協議するとしても、相続人の中に生前に財産をもらっていた者がいれば、実質的には法定相続分に応じた遺産分けができたとは言えない。言ってみれば、遺産の先取りをしているのだから、遺産分割にあたっては、このことに配慮した処理が必要となる。

民法 903 条はこういう場合を想定した規定である。

### ■ 内容

まず、どういうものが特別受益としているかについては以下のとおりである。

1. 被相続人から遺贈を受けた場合
2. 婚姻にあたって贈与を受けた場合
3. 養子縁組にあたって贈与を受けた場合
4. 生計の資本として贈与を受けた場合

以上のケースが特別受益と考えられるケースと規定するが、4の生計の資本としてというケースは、土地を自宅用にもらったという場合だけでなく、生活のために何らかの支出や給付をしてもらう場合も含むとされている。

そのため、自分だけが大学に行かせてもらったときの学費はどうかとか、生命保険金をもらったという場合はどうかの議論となる。

大学の場合には、被相続人の資力からみて大学の学費の負担が家計の中でどの程度の負担かで判断され、家計でかなり重い負担なのに大学に行かせてもらったとなると、学費分が特別受益となる。

また、生命保険も被相続人が保険料を支払い、相続人が受取人の場合、遺産総額との比較で判断されることが多く、遺産額に比べて保険金額が大きいときは特別受益とされることもある。

### ■ 対象者

贈与を受けた者は条文上は相続人であるが、贈与を受けたあと相続人となったケースや、相続人の子や配偶者が受贈したケースで議論が生じている。

孫が代襲相続権を取得したのちに、祖父、祖母から贈与を受けたときは、これに該当することは問題ない。



では、自分の親が贈与を受け、その後、その親が死亡したため、孫に代襲相続権が生じたときはどうか、あるいは、孫に贈与をしていたが、子が死亡したため、贈与を受けていた孫に代襲相続権が生じた場合はどうか。

これについては議論の余地はあるが、基本的には相続人が受領したと同じに考え、特別受益とする傾向にある。

配偶者や相続人の子への贈与は相続人の贈与かについては、原則は特別受益とは言えないが、親として負担すべきことを負担しないで、孫の分を支出させたとすると、特別受益だとされることもあると思われる。

## ■ 特別受益のときの計算

民法 903 条では、特別受益の場合、被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額に、その贈与の価額を加えたものを相続財産とみなすとしている。

例えば、以下のようになる。

- ・相続時の財産価額を 9,000 万円
- ・相続人は子のみで 3 人（A、B、C とする。）
- ・A は生前贈与 300 万円
- ・B は生前贈与なし
- ・C は生前贈与 600 万円

この場合、

$$9,000 \text{ 万円} + 300 \text{ 万円} + 600 \text{ 万円} = 9,900 \text{ 万円}$$

つまり、遺産総額を 9,900 万円とみなす。

遺贈の分を加算するとは条文は明示していないが、これは遺産総額に遺贈分を含めているためである。

なお、贈与の価額については、相続開始のときの価額をもって遺産に上乗せする贈与価額としている。

したがって、贈与時の土地の時価を上乗せするのではなく、相続時の時価を上乗せする。

農地の生前贈与の場合、贈与税の納税猶予を利用すると贈与者死亡で贈与税の支払いは免除されるが、農地の贈与の事実があるので、農地の相続時の時価をもって特別受益の問題が生じることになる。

次に贈与分を上乗せしたあとは、以下のように処理をする。

上乗せしたあとの総額を法定相続分で分けて、分けられた数字から各自の贈与額を控除した額を相続分とする。

具体的には以下のとおり。

9,900 万円の総額を三人の相続分で分けると、A、B、C 各人は一人 3,300 万円。ここから、各自の贈与分、遺贈分を控除する。

A	3,300万円－300万円	=3,000万円
B	3,300万円－ 0	=3,300万円
C	3,300万円－600万円	=2,700万円
	合計	9,000万円

以上が特別受益の計算方法である。

なお、特別受益が多く、前記の計算でマイナスのときは、その者の相続分は0となる。そして、マイナス分については、他の相続人で応分の負担をする。(具体的には、そのマイナス分だけ他の相続人の取得分は減る。)

ただし、特別受益が非常に多いときには、他の相続人の遺留分を充足しない計算になることもある。この場合には、その贈与や遺贈に対して、遺留分減殺を請求することは可能となる。

つまり、遺留分を確保されていれば、特別受益が大きく、計算ではマイナスになっても、その相続人は遺産分けで財産をもらえないというだけのこととなる。

## ■ 持ち戻しの免除

前述のように、生前贈与があると計算上、贈与価額を遺産に上乗せするが、これを「持ち戻し」と言う。

ただ、被相続人としては、その相続人には特別に財産をあげたいと考えることも多く、相続のときに生前贈与のことを考慮されることは、かえって心外と思うケースもある。

そこで、こういう場合を予定して、被相続人がこういう計算をしないでくれとの意思表示をすれば、以上のような計算をしないこともできる。これを持ち戻し免除の意思表示という。

問題は、この意思表示の方法である。

大阪高裁の平成25年7月26日決定では、

『特別受益は本件遺言によるものであるところ、本件遺言には持ち戻し免除の意思表示は記載されていない上、仮に遺言による特別受益について、遺言でなくとも持ち戻し免除の意思表示の存在を証拠より認定することができるとしても、方式の定められていない生前贈与と異なり、遺言という要式行為が用いられていることからすれば、黙示の持ち戻し免除の意思表示の存在を認定するには、生前贈与の場合に比べて、より明確な持ち戻し免除の意思表示の存在が認められることを要すると解するのが相当である』

としている。(判例時報2208号、60ページ以下参照)

つまり、持ち戻しの免除については、遺贈の場合、遺言でその意思表示を明示する必要はないが、より明確な意思表示は必要としていることになる。

このことから、持ち戻しの免除は何らかの証拠などから判断は可能ということになるが、はたして被相続人の考えが免除の考えか否かはトラブルの原因となるので、持ち戻しの免除については、必ず文書で作成しておくべきであろう。

なお、持ち戻し免除についても、遺留分を侵害すれば贈与等も減殺請求の対象となる。

## 110. 相続における特別受益について

(2017年10月号、No.223)

### ■ はじめに

今回は相続における特別受益の説明をしたいと考えます。

民法 903 条は、共同相続人のうち、被相続人から遺贈を受け、または婚姻もしくは養子縁組のため、もしくは生計の資本として贈与を受けた者がいるときは、遺産分割にあたり相続分の計算に一定の修正を加えています。

この点はすでに理解されている点と思うので、詳しくは説明しません。

簡単に言えば、その分を遺産に計上し、計上した遺産を法定相続分に分け、各自の計算された法定相続分から前述の特別受益分を控除したものが今回の相続分とするという内容です。

この計算の結果、マイナスになる者については相続分はゼロということになり、マイナス分についてはほかの相続人が負担することになります（具体的には取り分が減少する）。

また、マイナス分が大きいときは遺留分侵害の有無の問題となります。さらに、特別受益の対象となる贈与についての期限の制限はないため、古いときの贈与も対象となります。

今回はこの特別受益の対象となる贈与か否かについて J A 全中の研修会でも触れていますが、本書に記載もするので参考にして下さい。

### ■ 各論

#### ①婚姻のため

結婚式の費用を被相続人が拠出しても、これ自体が特別受益とされることはあまりないとされています。結納金も同様とされています。ただ、持参金については、金額によっては該当する可能性も否定できません。

#### ②学費について

大学の授業料などを親に拠出してもらったというケースについては、他の相続人の状況や家庭の経済状況によって判断されていることが多いです。

外の相続人も大学へ進学しているのなら、特別受益の問題とはならないし、ひとりのみが進学しても、その進学の理由（例えば他の相続人に比べて学業優秀など）によっては特別受益ではないでしょう。要するに親としての扶養範囲か否かの視点で検討されています。

そのため、資力の乏しい家庭であるのに、ひとりだけ進学したが、学業優秀とかの理由もなく進学したとなると特別受益に該当する可能性が生じます。

#### ③親との同居

親の家に同居することで、家賃相当額を支払わなくて済むので、家賃相当額が特別受益だと主張されることもあります。

同居によって親の面倒に何らかの形で関係してくることから、一般的には該当しないと考えられています。

#### ④親の土地の使用

親の土地を無償で使用したり、親の土地の上に建物を建てて無償で使用しているというケースは、特別受益とされる可能性があると考えられていますので、注意が必要です。

この場合の特別受益は、支払うべき地代分の合計額という考え方ではなく、使用貸借権相当額が特別受益相当額と考えられており、一般的には土地の更地価格（時価）の1割から3割程度のようなようです。

なお、子供が建てた建物に土地所有者である親が同居している場合は、子の親に対する扶養という部分もあることから特別受益に該当しないことが多いようです。また、建物建築代を親に出してもらうことは特別受益とされることが多いようです。

#### ⑤保険金

生命保険金を子が受領すること（つまり、受取人になっていること）は一般的には特別受益でないとされています。

子が契約者の親に代わって自分で保険金を支払っていたときは当然に該当しません。問題は、親が子のために保険をかけ、親が保険料を支払っていた場合です。この場合、前述のとおり原則として特別受益とはされていません。

しかし、保険金額が大きいのに、残っていた遺産が少ないというような場合には、特別受益とされる可能性もあります。

#### ⑥退職金など

会社員の被相続人に死亡退職金が支払われることもあります。

会社の就業規則などで死亡退職金の支給があらかじめ定められているようなときには、死亡退職金は遺族の生活保障のためのお金と考えられるので、特別受益とされることはないようです。

しかし、オーナー企業で死亡退職金の定めがなかったのに支給されるとか、オーナーとしての役員の功績に対応する目的で支給するなどのときには、特別受益の可能性も生じてくるようです。

なお、年金などで遺族年金などの給付がなされることがありますが、これは該当しないことが多いと思われます。

### ■ 対象者

特別受益の対象者は原則として相続人です。問題は相続人の関係者が贈与などを受けたときです。

#### ①配偶者や子

相続人本人ではないので該当しないのが大原則です。ただ、名目上で配偶者に贈与したりすることは相続人への贈与と評価される可能性が高いです。問題は配偶者に贈与する目的になるかどうかと考えます。長年の面倒に感謝するというケースは該当しないでしょう。

また、子が小さいときに子に贈与しても該当しないと考えるべきですが、相続人が子のために贈与を受けた財産を相続人のために費消するようなケースでは、実質的に相続人への贈与と考えられることもあるでしょう。

## ②孫への贈与

原則として対象外です。

問題は孫がその後に代襲相続人になったときです。原則は該当しないでしょう。ただ、相続人間の公平ということから該当すると考えるべきとの主張もあります。代襲相続人になったあとは該当するのは当然です。

## ③相続人の死亡

相続人が特別受益を受けたのちに死亡したため、孫が代襲相続人になったとき、あるいは再転相続が生じたときは、相続人には特別受益があった以上は、これを前提するとの考え方が一般的です。

## 111. 贈与と特別受益・遺留分侵害額請求

(2019年10月号、No.247)

### ■ はじめに

今回は適当な判例がなかったので、相続人に対する贈与について、特別受益及び遺留分侵害額請求との関係について説明したいと思う。

被相続人が相続人に対して生前贈与をすることは、世の中でしばしばなされていることであり、贈与自体は契約当事者間の合意があれば有効である。

しかし、その贈与が民法 903 条に規定する特別受益に該当するときは、その贈与について持ち戻しの処理が求められることや、その贈与が他の相続人の遺留分を侵害しているときは、侵害された価額の支払いを求められることもある。

### ■ 贈与と特別受益

相続人に対する贈与のうち、その贈与が「婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として」であるときは、その贈与は特別受益に該当する（民法 903 条）。

特別受益に該当するときは、相続財産の価額に特別受益に該当する贈与の価額を加えたものを相続財産の価額として、相続人の法定相続分の計算をすることになる。

言ってみれば、受領した金銭等を現実に戻すのではなく、計算上、遺産の価額に組み入れるということである。そのうえ、各相続人の法定相続分を計算し、算出した各法定相続分から各相続人ごとに受領した特別受益の価額を法定相続分から控除した残金を、今回の相続における各人の法定相続分の価額とするというものである。

したがって、生前の贈与が特別受益でなければ、このような処理の必要はなく、何が特別受益かが相続争いの中で議論されることとなる。相続人に対するいつまでの贈与が特別受益になるかについては、民法では期間の制限が定められていない。そのため、古いときにさかのぼった贈与も、特別受益か否かが議論される。

そして、特別受益に該当するとして、前述の法定相続分の計算処理をすると、今回の法定相続分がマイナスの計算結果となることもある。

この場合は、マイナス分を当然に支払うのではなく、今回の相続では、その相続人の法定相続分はゼロとして処理し、マイナス分については、他の相続人においてマイナス分の負担をするが、その処理方法については諸説がある。

ただ、贈与をした被相続人としては、贈与をしたのに贈与分を計算上とはいえ遺産に組み込み、その相続人の法定相続分がゼロになったり、減少したりすることは心外であるということもある。そのため、贈与をした被相続人は、当該贈与について前述のような計算をしないようにとの意思表示をしておくことができる。これを持ち戻し免

除の意思表示という。

この持ち戻し免除の意思表示をしたときは、当該贈与については、計算上、遺産価額に加算する必要はなく、生前の贈与は相続開始のあとも、原則として効力に影響を受けることもない。

ただ、遺産価額に比べて、贈与価額が大きいときは、計算をすると、他の相続人の遺留分の確保ができないこともある。こういうケースの場合は、被相続人が持ち戻し免除の意思表示をしても、当該贈与について遺留分侵害の議論は残されることになる。

なお、民法の改正により、婚姻期間が20年以上の夫婦の一方である被相続人が、他の一方に対して、居住の用に供する建物又はその敷地について、遺贈又は贈与をしたときは、持ち戻しの免除をしたものと推定されることになった。

## ■ 贈与と遺留分侵害額請求

前述のように、特別受益に該当する贈与が、他の相続人の遺留分を侵害しているときには、遺留分侵害となる贈与か否かの問題となる。

民法の規定では、生前贈与については、原則、相続開始の1年前までの贈与が遺留分侵害か否かの対象となる贈与である。

しかし、今回の民法改正で、相続人に対する贈与については、原則として期間は相続開始前10年間となり、遺留分侵害を算定する価額は「婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として受けた贈与の価額に限る」とされた。

つまり、贈与のうち、特別受益に該当する贈与については、従前、期間の制限はなく、古い贈与もそれが特別受益であれば遺留分侵害の算定にあたっては対象となったが、今回の民法の改正で、対象期間が相続開始前の10年間とされたわけである（ただし、贈与当事者でその贈与が他の相続人の遺留分を侵害することを知っていたときは、10年以上のものも対象となる）。

そうすると、10年以上前の贈与については、それが特別受益であっても原則として遺留分の議論の対象とはならないということである。

## ■ まとめ

以上のとおりであるが、まとめると以下のようなになる。

- 相続人に対する贈与は原則として有効。
- ただし、その贈与が特別受益のときは、計算上、贈与の価額を遺産に加算したうえで処理され、贈与を受けた相続人の法定相続分はゼロ又は減少する。
- その贈与が多額であり、他の相続人の遺留分に影響するときは、たとえ持ち戻し免除があっても、遺留分侵害の対象となる贈与か否かの議論になる。そして、その贈与が特別受益のときは、対象となる期間は原則として相続開始前の10年間であり、それより前のものは原則として対象とはならない。

このことから考えると、遺産の承継にあたっては、相続開始より10年以上前の贈与であれば、遺留分の問題は生じないことになる。

もちろん、その贈与も特別受益であれば、前述の持ち戻しの議論にはなり、今回の相続でも法定相続分に影響は生じる。

しかし、持ち戻し免除の意思表示があり、しかも、相続開始の 10 年以上も前の贈与であれば、その贈与について相続開始のあと、何らかの処理をする必要はないということになる。

相続トラブルが日常的になっている現状を考えると、持ち戻し免除と早期の財産承継という二つの柱での相続対策の検討が必要と思われる。

ちなみに、相続人に対する贈与の大半は「生計の資本」とされられると思われるので、相続人に対する贈与は特別受益となる可能性があるとの考えで、相続対策をされるといいと思う。



## 112. 相続人でない者への特別受益について

(2017年12月号、No.225)

### ■ はじめに

今回は相続が発生した場合の特別受益の問題点のうち、相続人でない者への特別受益のことを検討してみたい。

民法 903 条は、共同相続人のうちで、被相続人から相続人が遺贈を受け、又は婚姻、養子縁組のため若しくは生計の資本として贈与を受けた場合には、同人の相続分について修正を加える旨を規定している。

したがって、相続人ではない者が被相続人から贈与を受けても、その贈与自体は特別受益の対象となることはない。

しかし、相続人の妻が贈与を受けているとき、あるいは相続人の子（被相続人にとっては孫）が贈与を受けているときでも、特別受益とはならないのかが議論されている。

今回、平成 29 年 5 月 16 日に福岡高裁で、贈与の時点で相続人ではなかった者に対する贈与が、民法 903 条の特別受益に該当するかが争われた案件に対する判断が示されている。

事案を簡単にすると以下のような内容である。

争いとなったのは、相続人である姉と妹との間であり、親（被相続人）から姉は生前に不動産の贈与を受けていたほか、姉の子も被相続人から不動産の贈与を受けていた。ところが、被相続人の死亡前に姉が死亡。

そこで、妹が①姉への贈与について代襲相続人の姉の子に対して特別受益を主張。そして②姉の子への贈与も同様に特別受益であると主張した事案である。

### ■ 事例

この事案について、福岡高裁は以下のような判断を示している。

①のケースは、姉への贈与が問題となっているが、姉が存命であれば、姉は相続人であるから特別受益となる。しかし、特別受益の主張を受けているのは、受贈者である姉ではなく、受贈者ではない姉の子である。妹が特別受益の主張をしたときには、姉の子は代襲相続人になってはいない。

この場合、自ら受贈していない代襲相続人に対して特別受益の主張ができるのかが問題となっている。

この点、福岡高裁は以下のように判断している。

「特別受益の持戻しは共同相続人間の不均衡の調整を図る趣旨の制度であり、代襲相続（民法 887 条 2 項）も相続人間の公平の観点から死亡した被代襲者の子らの順位を引き上げる制度であって、代襲相続人に、被代襲者が生存していれば受けることができなかつた利益を与える必要はないこと、被代襲者に特別受益がある場合にはその子等である代襲相続人もその利益を享受してい

るのが通常であること等を考慮すること、被代襲者についての特別受益は、その後に被代襲者が死亡したことによって代襲相続人となった者との関係でも特別受益に当たるといふべきである。」

つまり、本件で姉が生存していたら、姉の子には相続権は発生しないのに、姉が先に死亡したということから、その子に相続権が発生しているし、姉が受けた贈与の利益は、その子に承継されているのが通常だから、公平の視点からも姉のときに特別受益であれば、代襲相続人に対しても特別受益であると判断したのである。

このケースでの本件の判断は一般的には評価されていいであろう。

問題は②のケース、つまり、相続権のない状態のときに贈与を受けた者が、相続発生の際に代襲相続人となっていたときの問題である。

この贈与が遺留分減殺の対象となるのであれば、代襲相続人となろうが問題はない。減殺請求権の問題として考えればいいだけである。

しかし、遺留分減殺の対象とならないケース、すなわち相続開始前1年以上前の贈与であったり、遺留分の確保が他の相続人になされているようなときには、このケースが特別受益か否かによって、各自の相続分に影響が生じることになる。

この点、福岡高裁は以下のような判断を示した。

「相続人でない者が、被相続人から直接贈与を受け、その後、被代襲者の死亡によって代襲相続人の地位を取得したとしても、上記贈与が実質的に相続人に対する遺産の前渡しに当たるなどの特段の事情がない限り、他の共同相続人は、被代襲者の死亡という偶然の事情がなければ、上記贈与が特別受益であると主張することはできなかつたのであるから、上記贈与を代襲相続人の特別受益として、共同相続人に被代襲者が生存していれば受けることができなかつた利益を与える必要はない。また、被相続人が、他の共同相続人の子らにも同様の贈与を行っていた場合には、代襲相続人と他の共同相続人との間で不均衡を生じることにもなりかねない。

したがって、相続人でない者が、被相続人から贈与を受けた後に、被代襲者の死亡によって代襲相続人としての地位を取得したとしても、その贈与が実質的には被代襲者に対する遺産の前渡しに当たるなどの特段の事情がない限り、代襲相続人の特別受益には当たらないといふべきである。」

以上から、原則として特別受益にはならないとの考えを示しているが、本件は遺産の前渡しと言えるので、特別受益であると結論している。(以上、判例時報 2346 号 81 ページ以下参照。)

## ■ コメント

前記①、②の各ケースについての裁判所の考えは妥当であろうと考える。したがって、今後は②のケースの例外はどんなケースかが議論されることになるであろう。

また、大前提として、そもそも、その贈与が特別受益かの判例も大切である。

因みに、被相続人の所有の土地に無償で建物を建てて生活している相続人に対して地代相当額が特別受益になるかが、農家の場合、よく問題となる。裁判所は、被相続人もその建物に同居しているようなときには、特別受益とは言えないであろうが、そうでないときは特別受益の問題が生じるとしている。

そして、この場合の特別受益の評価であるが、地代相当分ではなく、土地の評価の1割から3割位の金額をもって評価額とするようである。

また、相続人が被相続人の建物に同居している場合には、居住していることを特別受益とは考えないようである。

そして、相続発生のおと遺産分割協議成立までは、被相続人と同居の相続人との間には、そのときまでは建物を無償で使用してよいつの合意があったと法的構成するので、相続が発生しても、遺産分割協議の成立までは、同居していた相続人は他の相続人に家賃の支払いをする必要はないことになる。

なお、被相続人の建物に同居せずに居住していた場合でも特別受益ではないとされるケースもあるようである。

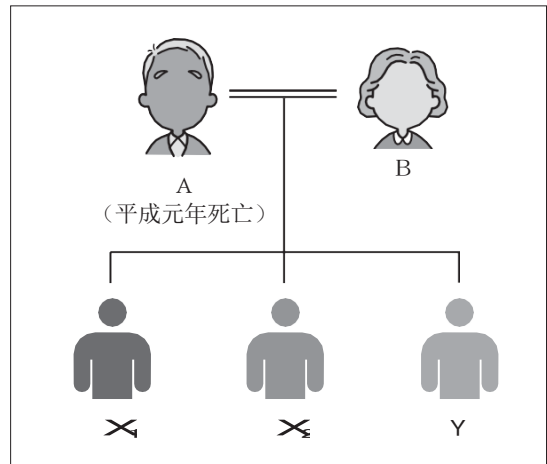
特別受益については、今日の遺産争いの中でよく主張される項目であるので、十分に理解されたい。

## 113. 相続分の譲渡と特別受益

(2018年9月号、No.234)

### ■ 事案

- Aは平成元年に死亡。  
その時点の法定相続人は配偶者B、A Bの子X 1 X 2 Yの合計4名。
- 平成5年、BはYに自分の相続分（Aの相続における法定相続分である2分の1）をYに譲渡（無償）。
- 同様にX 2も自分の法定相続分（Aの相続における法定相続分である6分の1）をYに譲渡した。
- その結果、Aの相続の法定相続分はX 1が6分の1、Yが6分の5となった。



- X 1とYとで遺産分割協議がまとまらず家庭裁判所での審判となり、最終的に、裁判所の判断でYが多くの不動産を相続し、X 1はある不動産を取得するが、代償金をX 1はYに支払うこととなった。
- その後、Bが死亡したが、Bには固有の遺産はなかった。
- そこで、X 1 X 2がYに対して、Bが平成5年にYに対して行った相続分の譲渡は特別受益に該当する。そして、その譲渡によりX 1 X 2の遺留分が侵害されていると主張して、訴訟を提起した。

具体的には、Aの相続においてはYの法定相続分は6分の1であるが、Bから法定相続分である2分の1を無償で譲受けている。そのため、相続分譲渡によりYの法定相続分は増加した。その増加の割合は6分の5に対してBの法定相続分2分の1が関係しているので、2分の1 ÷ 6分の5ということから、5分の3ということになる。（例えば、遺産が600万円とすると、本来Bは300、X 1～Yは各100。しかし、裁判の結果、X 1は100、Yは500となっている。このうち300は、Bの相続分譲渡で増加した部分。）

そして、Bの相続におけるX 1 X 2の各法定相続分は3分の1であるから、遺留分は各6分の1である。

そのため、BによるYへの相続分譲渡については、Yが取得したAの遺産の5分の3が特別受益となり、Bの相続については、5分の3のうちの6分の1にあたる10分の1の割合で遺留分の侵害となる。

そのため、Yが取得したAの遺産である不動産に対して、各10分の1の割合で遺留分減殺を原因とする持分移転登記等を求めた。

- これに対して、Yは相続分の譲渡は遺産分割が確定するまでのものであって、Yが取得したのは、遺産分割の結果、Aから直接取得したものであって、Bから取得したわけではない。

したがって、相続分譲渡は特別受益の問題は生じないので、遺留分減殺の対象とはならないと反論した。

## ■ 判決

第1審はX1X2の主張を認め、BのYへの相続分の譲渡も贈与に該当するとした。

『相続分の譲渡によって変動した相続分の割合によって遺産分割が行われ、被相続人から相続人に遺産が直接権利変動するという点は被告が強調するところであるが、そのことと相続分の割合を変化させる行為である「贈与」になるか否かとは論理的に関係はない。また、相続分の譲渡だけでは具体的な個別財産の権利の取得にはつながらず、最終的に遺産分割を経なければ権利移転が生じないという意味で相続分の譲渡は暫定的なものではあるが、遺産分割を行う前提としての譲受人の相続分を増加させる効果は相続分の譲渡によって確定的に発生するものであるから、その意味で相続分の譲渡が「贈与」にあたりえないということもできない。』

この第1審の判断を不服としてYが控訴した。Yの控訴に対して東京高裁は第1審と同様の考え方を示した。その要旨は以下のとおりである。

- ①相続分の譲渡により、これを前提として遺産分割に参加できるのだから、相続分の譲渡は財産的価値を有し、民法の贈与の条文所定の財産に該当する。
- ②本件の相続分の譲渡は無償である。
- ③本件の相続分の譲渡の目的は高額な遺産の2分の1であり、特別受益の生計の資本としての贈与に該当する。
- ④相続分の譲渡が遺留分減殺の対象となるのは、相続分の譲渡が遺産分割において主張できる相続分の増加として財産的価値があるからであり、亡父（本件A）の遺産である具体的贈与に当たるからではない。
- ⑤本件では相続分譲渡後の相続分6分の5に対応するものとして、遺産分割の裁判でYは財産を取得している。

（東京高等裁判所平成29年7月6日判決、判例時報2370号31ページ以下参照。本件は上告されている。）

## ■ コメント

本件は、相続分の譲渡が特別受益の贈与に該当するかが主要争点となった事案である。

問題点は、相続分の譲渡によって譲受人は相続分を増やすことはできても、遺産分割をする必要があること、遺産は被相続人から取得するのであって、相続分の譲渡人から取得するものではない点である。

これらについて、本件の第1審、第2審ともに考え方は同じであり、相続分の譲渡によって増加した法定相続分を前提に遺産分割協議に臨めることや、相続分の譲渡自体に財産的価値があるとしている。

本件のYが主張するように、相続分を取得しても、それだけで当然に遺産をもらえるわけではない。

しかし、本件では裁判になっており、最終的には相続分の譲渡後の法定相続分を前提とした遺産分けが、裁判所により示されている。

もし、当事者間の協議で遺産分けが成立した場合、その内容が法定相続分とおりでないとする  
と、どうなっていたであろうか。

Yの取得分が譲受けたBの相続分を反映していないとすれば、特別受益にはならないのであろ  
う。しかし、少しでも反映されていれば、その反映分が議論の対象になるということなのであろ  
う。ただ、気になるのは、Aの相続で判断された遺産分けを、Bの相続で遺留分減殺という形で、  
事実上、再審議されている点である。この点をYが反論しているが、法的には問題にはならない。  
しかし、事実上のやり直しと同じような感じも否定できない。

今後、本件の最高裁判所の判断が示されると思うので注視したい。

本件BはYに法定相続分を譲渡したということは、Aの財産をYに承継して欲しいということ  
であろう。

もし、相続分の譲渡が特別受益になる可能性があるのであれば、遺留分の侵害については仕方  
ないとしても、いわゆる「持ち戻しの免除」の意思表示はして、遺留分侵害がない場合に相続分  
の譲渡の効力を否定されない用意をしておくべきということになるのであろう。

## 114. 遺産の共同相続について

(2014年9月号、No.186)

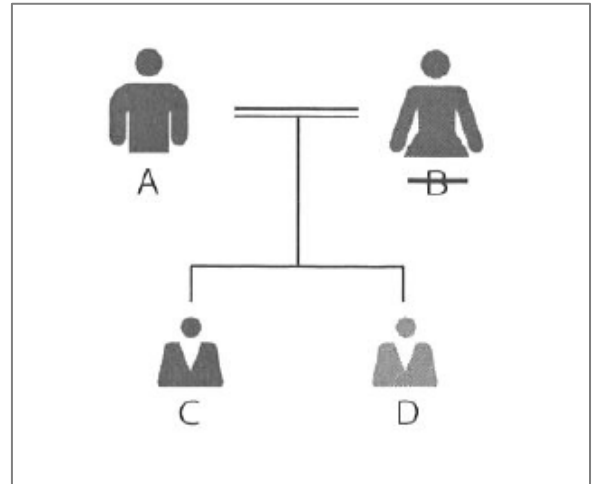
### ■ 設例

#### ◆民法 896 条

「相続人は、相続開始の時から被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する。但し、被相続人の一身に専属したものは、この限りでない。」

#### ◆民法 898 条

「相続人が数人あるときは、相続財産は、その共有に属する。」



#### ◆民法 899 条

「各共同相続人は、その相続分に応じて被相続人の権利義務を承継する。」

### ■ 各論

#### ◎不動産

A名義の不動産については、民法 896 条で相続財産であり、遺言がなければ相続人CDによる遺産分割の対象となる。ただし、遺産分割協議までは民法 898 条、同 899 条によって、CDが2分の1の割合で共有している状態となる。

#### ◎動産

車や家財、ゴルフ用品などの動産も同様である。

ただ、家財については、一般的には建物の相続人が一括して相続するとしているケースが多い。通常の場合であれば、建物を相続している以上、建物内にある家財も相続するが、筆者の経験したケースでは、遺産分割協議書に家財のことが触れていないから、家屋と家財は別として、家財の分割を求めた事例もある。

従物は主物の処分に従うという民法の規定もあるが、トラブル回避のためには家財の帰属についても取り決めておくことが妥当であろう。

車については共有とするケースはほとんど存在していないと思う（筆者も見たことはない）。

## ◎賃借権（借地権、借家権など）

借地権や借家権あるいは民法上の賃借権も相続の対象となり、相続人間での協議成立までは共有状態となる。つまり、借主が相続人全員ということである。

貸主としては、誰が借主になるかに口を出すことはできない。

借主が決まるまでの間は、貸主は相続人に家賃請求は可能である。

ただ、この場合、貸主は設例CDに対してどういう請求が可能かは明確ではない。

金銭債務という可分債務だから、CDに対して各2分の1を請求すると考えるのが基本であるが、借主という地位は不可分であり、その地位から生ずる債務であることや、貸主側の取立ての煩雑を考えると、不可分債務としてCDが家賃全額の支払義務を各自負担すると考えるべきであろう。この点は貸主と借主相続人間で早急に支払方法の協議をしておく必要がある。

なお、使用貸借契約の場合、借主が死亡したときは原則として契約は終了となる（民法 599条）。

## ◎貸付金等の金銭債権

Aが保有していた貸付金等の金銭債権については、可分債権であるので、原則としてCDが法定相続分に応じて分割して取得する。その意味で金銭債権は遺産分割の対象ではないが、CDで金銭債権の帰属の協議をすることは可能である。

## ◎預貯金

預貯金の払戻請求権も、前述の金銭債権と同様に、相続開始とともに法律上当然に分割されると裁判所は、従前は判断していた。

しかし、すでに紹介したとおり、預貯金は遺産分割の対象だと考え方を変更している。

## ◎株式、国債

株式も共同相続の対象となるが、相続開始と同時に当然に相続分に依って分割されるものではない。

これは最高裁判所の考え方であり、残余財産分配請求権や議決権などの権利内容を株式が有していることによる。その結果、設例のAが例えば株式を50株保有していたとしても、CDが各25株を分割取得するわけではなく、50株をCDが共有することになる。ただし、CDにおいて協議をして、これを25株ずつ分けることは可能である。

個人向け国債も同様としている（最高裁判所平成26年2月25日判決）。

## ◎死亡退職金など

公務員や会社の従業員が死亡したときに支払われる死亡退職金は相続財産ではなく、受給権を定める法令や規定に従うことになる。

社会保険の遺族給付金も同様に考えられている。



## ◎債務について

債務も原則として相続の対象であり、原則として法定相続分に応じて承継される。相続人間で負担割合を決めるのは自由であるが、その定めた割合を債権者に当然には主張できない。

保証債務についても、原則は同様である。

## ◎一身専属のもの

死亡を原因として終了するものは相続の対象外である。

使用貸借は借主の死亡により効力はなくなる。また、委任契約の当事者の一方の死亡も同様である。

親権や離婚の際に主張できる財産分与なども同様である。ただし、財産分与が確定したあとの相続は、その請求権は対象となる。

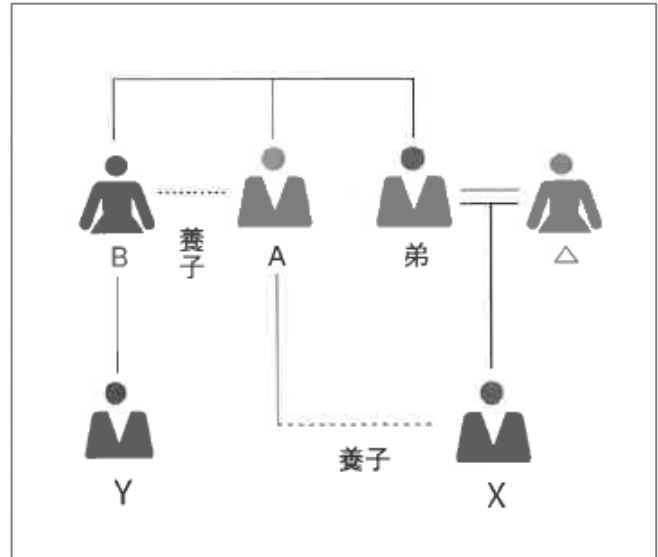
生命保険の受取人の権利は固有の権利なので、相続とは関係しない。

## 115. 共同相続された預貯金の扱い

(2017年2月号、No.215)

### ■ 事案

- XはAの弟の子でAと養子縁組をしている。
- YはAの妹Bの子で、BはAと養子縁組をしていたが、Aより先にBは死亡し、YはBの唯一の子。
- Aはその後、死亡した。
- Aの遺産関係は以下のとおりである。  
不動産 時価約 260 万円  
預貯金 合計約 4,000 万円
- Aの妹Bは生前、Aから約 5,500 万円の贈与を受けており、特別受益となる。



上記のような遺産に関して、X Y間で遺産分割の審判となった。

原審は預貯金約 4,000 万円は、XとYとで法定相続分に応じて各2分の1ずつ分割取得しており、遺産分割審判の対象とならないとし、Bに約 5,500 万円の特別受益があることから、遺産として残っている不動産については、その価額から考えて、Yの相続分はなく、Xが取得すると判断した。

そこで、XはAの預貯金について遺産分割の対象にしていなかった点がおかしいとして不服申立てをした。

### ■ 決定

Xの不服申立てについて、最高裁判所は以下のように判断した。

- 一般的には遺産分割においては、遺産分割の財産を幅広く対象とすることが望ましく、現金のように評価についての不確定要素が少なく、遺産分割の方法を定めるにあたって調整に資する財産を遺産分割の対象とするとの要望も広く存在している。
- 預貯金は決済手段としての性格が強まっており、預貯金債権の存否及び金額が争われる事態は多くなく、これを細分化しても価値の低下はない。  
つまり、預貯金は現金との差をそれほど意識するものではない財産と受け止められている。
- 以上のようなことから、預貯金については、一般の可分債権が相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されるという理解を前提としながらも、当事者の同意を得て、遺産分割の対象とするとの運用が行われてきた。
- 普通預金及び通常貯金、定期貯金については、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となると解するのが相当である。

以上のとおりの判断を示して、本件を差し戻した。(最高裁判所平成 28 年 12 月 19 日大法廷決定、裁判所のホームページより)

## ■ コメント

本件は、預貯金は当然に法定相続分に応じて分割されるのではなく、遺産分割の対象になるとの判断を示した事案であり、従前の裁判所の考えを変更するものである。

本件でXが不服申立てをした理由は以下のとおりと推測する。

Aの遺産は不動産約 260 万円、預貯金約 4,000 万円、Bへの特別受益約 5,500 万円である。

もし、預貯金も遺産分割の対象とすると、Aの遺産総額は 260 万円+4,000 万円+5,500 万円=9,760 万円。

これを2分の1すると、各自 4,880 万円。Bは 5,500 万円の特別受益があるから、Bの子Yの相続分は 4,880 万円-5,500 万円となり、マイナスになるので、今回の相続分 0 円。そうすると、Xは不動産と預貯金の合計 4,260 万円（つまり遺産全部）をもらえることになる。

しかし、原審の考え方だと、不動産の 260 万円と預貯金の半分の 2,000 万円の合計 2,260 万円しかもらえないことになる。

おそらく、これでは不公平と考えて不服申立てに及んだものと考ええる。

本決定については、最高裁はいろいろな法的説明を示して、預貯金は当然に分割されるのではなく遺産分割の対象と判断した。

本件では普通預金、通常貯金、定期貯金が対象であるが、金融機関（JAを含む）の定期預金も対象となると考えていいと思われる。

今後、本決定を受けて注意をする点は以下と考える。

① 法定相続人の一部の者からの法定相続分に応じた払戻請求があっても、これに応じる必要はなく、預貯金の払戻しにあたっては、遺産分割の成立あるいは相続人全員の同意が必要となる。

そうなると、葬儀費用の支払いなど緊急を要する払い戻しにあたっては、従前から取引を担当していた家族の要請のみでは応じられないことになる。この問題をどう対応したらいいかの実務的処置方法をどうするか。

② 相続開始のあと預貯金閉鎖前までに入金された金員をどう処理するのか、これも遺産分割の対象になるのか。それとも、以前の最高裁判所の判断、相続開始後の貸料は法定相続分に応じて当然に相続人が取得するとの判断とどう調整するのか。

入金されたものは貸料でも貸付金の返済分でも、すべて預貯金口座に入金されてしまえば、遺産分割の対象なのか、貸料のみは別なのか。

などである。

実務的には遺産分割調停等のとき、預貯金は対象外であるが、遺産分割の調整用資金として対象に組み入れて欲しいと要請し、一般的には相続人全員の同意を得られることが多い。

そのため、本決定の考えでも遺産分割の調停では大きなトラブルにはならないと思われる。

しかし、窓口業務の点では大変重要な決定である。本決定の効力が決定以前の相続にもさかのぼるのか否か、定期預金はどうかなど、今後、本決定の効力の範囲の議論が生じるものと考ええる。

## 116. 共同相続された預貯金の扱い（差戻審）

(2018年2月号、No.227)

### ■ 事案

本件はP322、No. 115で紹介した最高裁判所の事案（平成28年12月19日大法廷決定）の差戻審の決定である。

事案はやや複雑であるので、No. 115と同一の事案で説明したいと思う。

XはAの弟の子でAと養子縁組をしている。

YはAの妹Bの子で、妹BはAと養子縁組をしていたが、BはAより先に死亡。YはBとAとの養子縁組のあとに生まれている。

Aはその後、死亡した。

Aの相続人はXとYの2人である。

Aの遺産としては、時価約260万円の不動産と預貯金合計約4,000万円。

Aの妹Bは、Aの生前、Aから約5,500万円の生前贈与を受けていた。

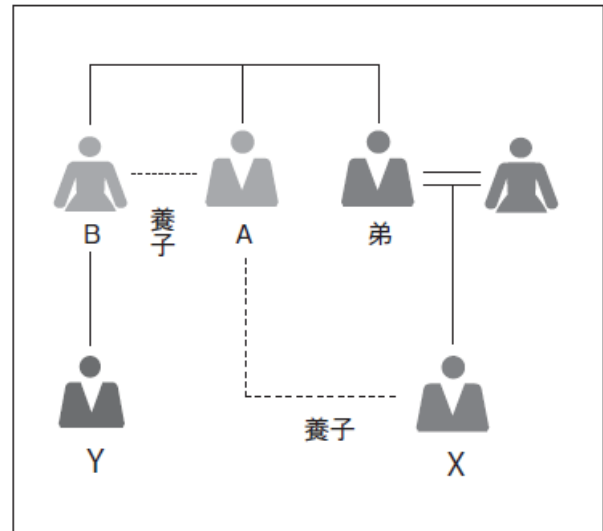
以上の状況でXY間で遺産分けの争いが生じ、審判になった。

大阪高裁は、預貯金は遺産分けの対象ではないとして、預貯金約4,000万円についてはXとYとで半分ずつ相続するとし、不動産が遺産分けの対象であり、Yの被代襲相続人Bは被相続人であるAから約5,500万円の生前贈与を受けていたから、Yの取得分はなく、Aの不動産はXが取得するとした。

これに対してXが上告。

上告審である最高裁判所は大法廷の決定をもって、普通預金、通常貯金、定期貯金については遺産分割の対象となるとして、原審の大阪高裁の決定を取消し、事件は同高裁に差し戻しをした。

本件は上記のような経過の中で示された差戻審の決定である。



### ■ 判決

大阪高裁は以上のようなことから、本件の預貯金も遺産分割の対象にして再検討をした。

そして、不動産、預貯金の合計額に、Bへの生前贈与を加えて特別受益を考慮すると、Yの取得分はないとして、Xは不動産のほか預貯金すべてを取得すべきであると判断した。（大阪高裁平成29年5月12日決定、金融法務事情No. 2082号、58ページ以下参照）

## ■ コメント

本件すでに説明したとおり、最高裁判所大法廷の決定を受けての差戻審の判断である。

最高裁判所は、預貯金は法定相続分に応じて当然に分割されるから、遺産分割の対象とはならないとの従前の考え方を変更し、預貯金も遺産分割の対象となるとの判断を示していた。今回はこれを前提にして、Bへの生前贈与が特別受益にあたることを前提に遺産分けの内容を示している。

不動産は時価約 260 万円、預貯金約 4,000 万円、生前贈与約 5,500 万円とすると、生前贈与全額が特別受益とすると、いわゆる持ち戻しの計算をすると以下ようになる。

$$260 \text{ 万円} + 4,000 \text{ 万円} + 5,500 \text{ 万円} \\ = 9,760 \text{ 万円}$$

XYの法定相続分は各2分の1

$$9,760 \text{ 万} \div 2 = 4,880 \text{ 万円}$$

Yの実母Bについては、Aから約 5,500 万円の生前贈与があり、4,880 万円−5,500 万円となるので、今回のAの相続についてはYの取得分は0となり、Aの遺産である不動産と預貯金はすべてXが取得することになる。

すでに説明したが、従前の考え方からすると、Yは預貯金の半分の約 2,000 万円を取得でき、Xは預貯金の半分約 2,000 万円に不動産（約 260 万円）を取得できるだけが本件あった。

今回の高裁の決定で、本件の争いは終了したことになる。預貯金が遺産分割の対象かについては、本件の預貯金の種類以外についても最高裁の判断が示されていることから、実務的には預貯金は当然に法定相続分に応じて分割取得され、遺産分割の対象となるわけではないとの従前の考え方は否定されたと考えていい。

しかし、ここで気をつけるべきことは、預貯金は遺産分割の対象になるというだけであって、それ以外の可分債権も同様になるとされているわけではないという点である。

貸付金や未払賃料請求権、損害賠償請求権については、相続人間での合意があれば別であるが、これらの金銭債権については従前と同様に、遺産分割の対象外であるとして処理されているのである。

また、今回、当事者であるY自身はAから特別受益を受けていたわけではなく、受けていたのはBである。この点についても、すでに述べており、原則としてBの特別受益はYの特別受益と考えていいというのが、今の裁判所の考え方となっている。

因みに特別受益か否かについての裁判所の一般的な考え方は以下のとおりである。

- 居住用不動産の贈与は特別受益
- 貸付金は返済を伴うので特別受益に該当しない。
- 生命保険金を受け取ることは、原則として特別受益に該当しない。ただし、遺産額に比べて保険金額がかなりの割合になるようなときは別。
- 死亡退職金は特別受益には該当しない。しかし、個人会社など役員死亡の場合の功績に報いる趣旨のときは特別受益に該当。
- 遺族年金は特別受益に該当しない。
- 土地の無償使用は被相続人同居であれば特別受益とならないことが多いが、それ以外は特別受益となる。この場合の受益の額は地代相当ではなく、土地の更地価格1割から3割である。

- 建物の無償使用は被相続人同居のときは特別受益に該当しないか、同居していないときは該当。

以上のような考え方が特別受益の基本的な考え方である。

今後、預貯金については遺産分割の成立や相続人間の同意がない限り、預貯金の払い戻しに応じることはできないことになる。

なお、取引履歴の開示については、本事件の対象外であるので、相続人のひとりからの要請があれば、これに対応する必要がある。

## 117. 共同相続人による取引履歴の開示請求

(2009年2月号、No.119)

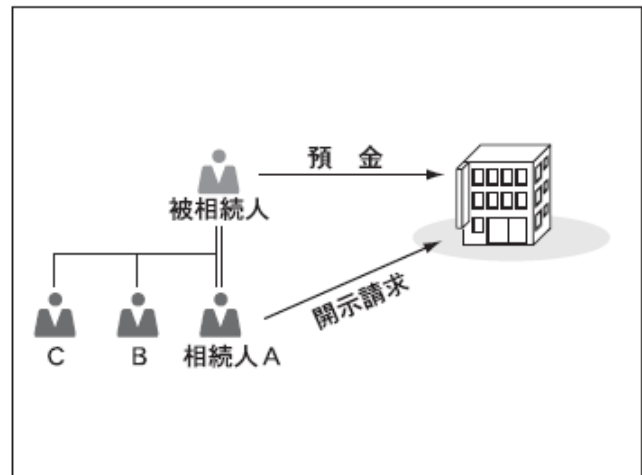
### ■ 例題

本件例題は以下のとおりである。

被相続人は信用金庫に預金口座を有しており、最近死亡した。被相続人には子供ABCの3人がいるが、遺言書は作成されていない。

被相続人のひとりであるAは、被相続人が有していた預金口座の取引履歴の開示を信用金庫に対して求めた。Aが求めた対象期間は約3ヶ月間で、被相続人死亡の直近である。しかし、信用金庫は他の共同相続人BやCの同意がないとして、開示を拒んでいる。

そこで、Aは信用金庫を相手に開示請求をした。控訴審はAの請求を認めたため、信用金庫が上告をした。



### ■ コメント

今回は、以上のような例題を前提に、共同相続人全員からの開示請求でなくとも、相続人の一部から取引履歴の開示請求がなされた場合、これが認められるかについて説明したい。

別件で東京高等裁判所は、預金契約は消費寄託契約であるから、民法上、受託者である金融機関に取引履歴を開示する義務はない。もちろん、公共料金の振替送金など委任ないし準委任の部分があることは否定できないので、委任ないし準委任と考えると受任者の報告義務の内容として取引履歴の開示は金融機関の義務となるが、この地位は共同相続人全員が不可分に有しているから、遺産が未分割の段階では共同相続人全員からしか開示請求は認められないと裁判所は考えていることを説明している。

しかし、本年になり最高裁判所は例題のようなケースで、以下のような考えを示し、共同相続人の一部の者からの開示請求を認める考えに至っている。

まず、預金契約の法的性格については以下のように述べている。

「預金契約は、預金者が金融機関に金銭の保管を委託し、金融機関は預金者に同種、同額の金銭を返還する義務を負うことを内容とするものであるから、消費寄託の性質を有するものである。」

として、まず、消費寄託契約が預金契約の本体であるとしている。この消費寄託契約からは受託者である金融機関には取引履歴の開示義務は生じない。

しかし、各種料金の自動支払や利息の入金など委任事務ないし準委任事務の性質を有する事務処理もあり、この点では受任者として報告義務はあるとしている。そして、「預金口座の取引経過は、預金契約に基づく金融機関の事務処理を反映したものであるから、預金者にとって、その開

示を受けることが預金の増減とその原因等について正確に把握するとともに、金融機関の事務処理の適切さについて判断するために必要不可欠であるということが出来る。したがって、金融機関は預金契約に基づき、預金者の求めに応じて預金口座の取引経過を開示すべき義務を負うと解するのが相当である。」

としている。

問題は、開示請求は全員でないと行使できないか否かである。この点は以下のように述べている。

「預金者が死亡した場合、その共同相続人の一人は、預金債権の一部を相続により取得するとどまるが、これとは別に、共同相続人全員に帰属する預金契約上の地位に基づき、被相続人名義の預金口座についての取引経過の開示を求める権利を単独で行使することができる（民法 264 条、252 条ただし書）というべきであり、他の共同相続人全員の同意がないことは上記権利行使を妨げる理由となるべきものではない。」

以上のように、共同相続人の一部の者からの開示請求も認められると最高裁判所は判断したのである。

従来より、この問題については議論されていたところであるが、最高裁判所は民法 264 条、252 条を根拠に前記判断を下したことになる。因みに、民法 264 条は以下のとおりである。

「この節の規定は、数人で所有権以外の財産権を有する場合について準用する。ただし、法令に特別の定めがあるときは、この限りではない。」

また、民法 252 条は以下のとおりである。

「共有物の管理に関する事項は、前条の場合を除き、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決する。ただし、保存行為は各共有者がすることができる。」

つまり、預金契約という所有権以外の財産権を共有しており、取引履歴の開示は保存行為に該当するので、共同相続人の一人からでも請求できるとしたのである。この点が No. 81 で紹介した判断と異なっている。この判決の結果、今後、取引履歴の開示は単独でも可能となった。

従来、遺産分割において、ひとりの相続人が預金通帳を故意に隠し、他の相続人に見せないことから、特別受益や無断引き出しなどのトラブル解決のために取引履歴を入手する必要があった。そして、今までの判例の考え方では全員の同意が必要とされていたことから、裁判手続外での取引履歴の入手は困難であった。しかし、この判決が出たことから、裁判手続外での入手が可能となり、遺産分割のトラブル解決にとって重要な意味を持つ判決と言える。今後は、どの範囲あるいはどういう内容の開示請求が可能かの問題となろう。

今回の判決の事例は、正確には父と母との関係で、父については死亡日とその前日、母については父の死亡日から約 3 ヶ月（母の死亡の約 3 ヶ月前までの 3 ヶ月分）という期間の開示を求めていたケースであった。

最高裁判所のホームページ判旨が紹介されているので、参考にされたい。（最高裁判所平成 21 年 1 月 22 日判決）



## 118. 共有の株式の権利行使方法

(2015年9月号、No.198)

### ■ 事案

A社 株式 3,000 株

内、Zが2,000株所有

Cが1,000株所有

Zには相続人がX、Yの2名。

Zは死亡したが、A社の株式の遺産分割は未了。

X、YとがZの2,000株を持分2分の1で共有。

- 平成22年にA社の株主総会開催。
- 総会の決議事項はA社の取締役選任や本店所在地の変更など。
- Yは当日欠席。
- Xは会社法106条で規定する株主権を行使する者の氏名、名称をA社に通知せずに株主権を行使したが、A社はこれに同意。
- Cも株主権を行使したことから、前記の決議事項は可決となった。
- これに対してYがこの株主総会の決議はその方法に問題があるとして、総会決議の取消をA社に対して求めた。

会社法106条

「株式が二以上の者の共有に属するときは、共有者は、当該株式についての権利を行使する者一人を定め、株式会社に対し、その者の氏名又は名称を通知しなければ、当該株式についての権利を行使することができない。ただし、株式会社が当該権利を行使することに同意した場合は、この限りでない。」

### ■ 判決

本件は、共有に属する株式について、会社法106条の通知がなされない場合、どのような要件があれば権利行使が可能になるのか、具体的には、A社がXによる権利行使を認めればいいのか、それとも認めるためには他の要件が必要になるのかが争点となった。

この問題については最高裁は以下のように判断をした。

会社法106条本文では、権利行使をする者を1人定めて会社はその者の氏名又は名称を通知しないと共有に属する株式の権利行使ができないと定めており、同条ただし書によって、会社が同意したときは、同条本文の適用が排斥される。

「そうすると、共有に属する株式について会社法106条本文の規定に基づく指定及び通知を欠いたまま当該株式についての権利が行使された場合において、当該権利の行使が民法の共有に関

する規定に従ったものでないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法となるものではないと解するのが相当である。

そして、共有に属する株式についての議決権の行使は、当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更することになるなど特段の事情のない限り、株式の管理に関する行為として、民法 252 条本文により、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるものと解するのが相当である。」

とした。

その結果、本件では取締役や本社所在地の変更などの決議であるから、管理に関する行為として、持分の過半数で決定されるものである。

ところが、本件の X、Y の持分は各 2 分の 1 であるから、過半数の価格を X が有していたとは言えない。したがって、A 社が X の権利行使に同意をしても適法となるものではなく、A 社の総会決議は決議の方法が手続に反していることとなり、取消の対象となる。(最高裁判所平成 27 年 2 月 19 日判決、判例時報 2257 号 106 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、株式が共有のときの議決権の権利行使の方法についての最高裁判所の判断である。

被相続人が株式を保有しているときには、その株式は相続の対象となり、誰がこれを承継するかは遺言あるいは遺産分割協議で決まることになる。

もし、遺産分割が未了である場合、その株式は当面、法定相続分で承継するが、例えば 100 株を二人の子が相続するとしても、これを 50 株ずつ法定相続するのではなく、100 株を持分 2 分の 1 で共有する形となる。

問題は、二人の相続人が協力して権利行使をすることができないとき、どうやって、その株主の権利を行使するのかである。

前述の会社法 106 条はこれを定めている。

これによれば、共有者間で権利行使をする者をひとり定め、会社に通知することが原則である。しかし、共有者間で決めることができないときに、どうすればいいのかの問題がある。

同法 106 条のただし書は、会社が同意をすればこの限りではないと規定するが、どんな場合でもいいのかははっきりしない。

本件は、こういう場合、会社が同意をして権利行使が有効となるためには、株式を処分したりする場合以外は民法の共有の規定（管理行為）を適用するべきで、管理行為の要件を充足していないのに会社が同意しても、その権利行使は適法ではないとした。

株式を処分する場合には、民法では共有者全員の同意を要件とするから、株式を償却などする場合には共有者全員の同意が必要ということだと思う。

相続問題の中には、先代の会社の株をめぐって、会社支配のための相続争いというケースも見られる。株式については、価値自体は少なくとも、必ず遺言でその処置方法を指定しておかないと、株主権の行使をめぐって争いとなり、会社の運営に支障が生じることが考えられる。

本件のように持分が均等のケースでは、持主権の行使は事実上できない事態にもなるのである。

組合員の中には会社を設立されている方も多いと思うので、本件を理解されて、アドバイスを適切にされることを希望する。

## 119. 共有物分割請求について

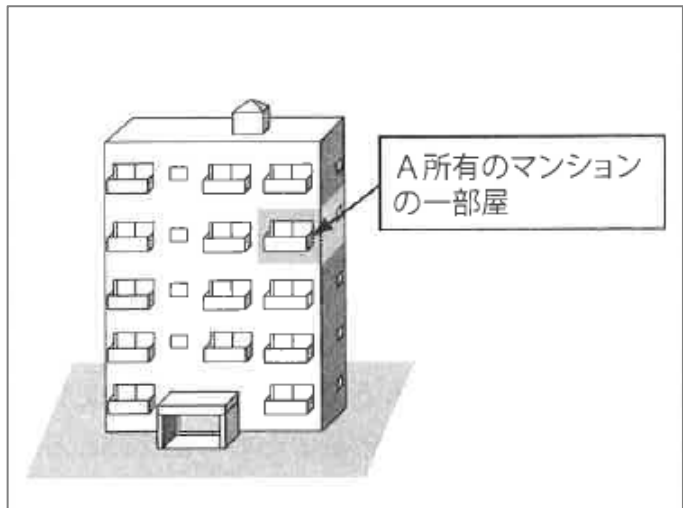
(2014年8月号、No.185)

### ■ はじめに

共有物については、いつでも各共有者は共有物の分割請求をすることができるのが原則である。(例外として、5年間の分割禁止特約や境界線上の共有と推定される障壁等の分割請求の禁止。)そして、民法 258 条は以下のように規定する。

「①共有物の分割について共有者間に協議が調わないときは、その分割を裁判所に請求することができる。

②前項の場合において、共有物の現物を分割することができないとき、または分割によってその価格を著しく減少させるおそれがあるときは、裁判所は、その競売を命ずることができる。」



すなわち、共有物について共有者間の協議ができないときは、共有者は裁判所に共有物分割の請求が可能であり、分割困難なときや分割によって価値が著しく下落するときは競売を命じることができるわけである。

ただ、競売を命じられたとしても、共有者の誰かが競売手続きをする必要があり、裁判所が競売をしてくれるわけではない。なお、競売のときの代金は競売手数料の納付者に代金から手数料が戻され、その余を共有持分に応じて代金が分配されることになる。

また、共有物分割には共有者が他の共有者の共有持分を買取るという分割方法も認められている。

今回は、この買取りの方法を前提とした共有物分割請求が認められなかった事案を紹介する。

### ■ 事案

Aは、区分所有のマンションの一部屋(床面積約64平方メートル)を所有していたが死亡。相続人はXYZの三人。

A死亡のときは、このマンションにAXYが居住していたが、その後Xは別のアパートに転居している。

このマンションについては、前記三名での遺産分割協議の結果、XYが各2分の1の持分で共同相続している。

Yは老齢年金等の年金を受給して本件マンションに居住し、マンションの管理費等はYが支払いをしている。

一方、Xも生活保護を受けているとともに障害年金を受領している。Xの生活保護は生活扶助であり、X居住のアパートの家賃は扶助の対象となっていない。このXのアパートの家賃はYがXの強い求めに応じて、送金している金銭から支払われている。

上記の状況のもと、XからYに対して、本件マンションのX持分である2分の1はYに移転すると引き換えに、これに相当する金員を支払えという内容の共有物分割の請求が裁判所に申立てられた。この申立てに対して、第1審の横浜地方裁判所はXの請求は権利の濫用だとして分割請求を認めなかった。

そこで、Xが控訴した。

## ■ 判決

Xの控訴に対して東京高裁も第1審と同様の判断を示し、Xの請求は権利の濫用であるとして、Xの控訴を棄却した。

Xの請求が権利の濫用であるとした理由は以下のとおりである。

1. 本件マンションは床面積が約64平方メートルであり、現物分割できず、また、これを分割することは価値を著しく下落させることとなる。
2. XはYに自分の持分を取得させ、その対価をYに支払わせる方法での分割を求めているが、Yの資力を考えるとその方法を認めることはできない。
3. そうすると、本件マンションの分割の方法としては競売を命じる方法しかない。
4. XYZの遺産分割協議では本件マンションにはYが存命中は居住することが前提であったはずである。
5. そうすると、裁判所が競売を命ずることはこの遺産分割協議の前提を覆すことになる。  
ところが、遺産分割のあとの現在までの状況をみるとXYの生活状況に重大な変化が生じているとは思えない。
6. 以上を総合すれば、Xの請求はYが存命中は本件建物を使用できるという建物の使用関係を合理的理由もなく覆すことになり、権利の濫用に該当する。

以上からXの控訴を棄却した。(東京高等裁判所 平成25年7月25日判決、判例時報2220号39ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は権利濫用を理由とする判決であり、これを理由とする判決はあまり多くないので、その意味で珍しい判決である。

判決を見ればわかるように、共有に至った事情、共有者の状況などを総合的に判断しての結論である。

共有物の分割は原則としていつでも申立ては可能であるが、その請求に応じて分割をするにしても、共有に至った事情によっては分割請求が認められないという事例もあることを理解しておくべきであろう。

遺産分割協議にあたって話し合いができないと審判手続きに移行し、裁判官による審判がなされることになる。

遺産が物理的に分割できないときには相続人が代償金を支払う形で不動産等を単独相続するという審判もある。

この場合に大切なのは、代償金の支払いが可能であることを示す証拠である。自分の預貯金残高を示したり、金融機関からの借入れが可能である旨の文書を示したりする必要はある。

もし、物理的分割も代償相続もできないときには、審判では相続人の共有とするとの判断が示されることになる。

そうすると、共有という内容での遺産分けは終了し、今後は共有者としての分割申立てをすることとなる。

ただ、そうしたとしても、物理的に分割できなかつたり、持分価格の支払能力がなければ、相続した共有物は競売を命じられるということになる。

遺産分けにあたっては、競売になる可能性も視野に入れながら検討することが大切となる。

## 120. 共同相続と時効取得

(2018年12月号、No.237)

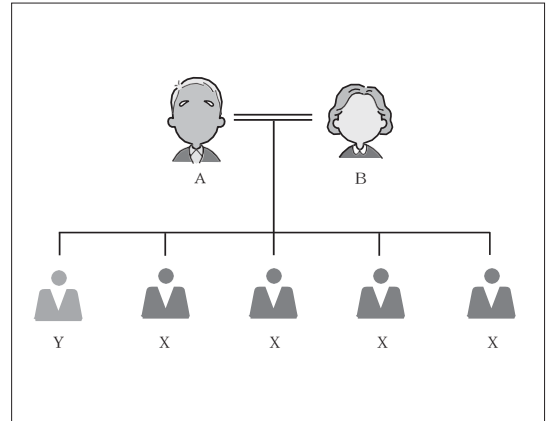
### ■ 事案

A B夫婦にはYら5人の子供がいる。

Aは、昭和37年に死亡し、Bも平成18年に死亡している。

Aは農地（本件土地）を所有していたが、本件土地は昭和46年に区画整理の換地処分の対象となっている。

Yは換地処分がなされる前まで、本件土地（当時は農地）で農業に従事しており、A死亡後もYが農地として占有をしていた。



Aが死亡したあと、本件土地を除く大半の土地については、BやYやXらの共同相続の登記がなされていたが、錯誤を原因とする登記がなされるなどしたのち、YやXらが単独所有の登記を得た。（これらの土地については、各自において売却したり、建物を建てて自ら居住していたりしている。）

本件土地については、前述のようにA相続開始時にはYが農地として耕作をし、相続開始のあとも同様であった。

その後、昭和48年、Yは本件土地に建物を建て、同建物を第三者に賃貸をして賃料収入を得るようになった。

平成26年に至り、YはXらに対して、本件土地は遺産分割協議で自分が相続している旨の通知を出し、Xらに対して遺産分割協議書の作成に協力するように求めたが、Xらはこれを拒否した。そのため、YがXらを相手に、本件土地について、①Aの相続が開始した昭和37年の時効取得を原因とする所有権移転登記をせよ。②Yが本件土地に建物を建築した昭和48年の時効取得を原因とする所有権移転登記をせよ。との主張にもとづく訴えを提起した。

Yの主張は、①については、本件土地について遺産分割協議が成立しているとYが信じていたから、このときから時効完成に必要な占有が開始している。②については、仮にそうでないとしても、Yは本件土地に対して建物を建てて独占的に占有を開始したときから、時効完成に必要な占有が開始しているとの考えを前提としている。

このYの主張に対してXらは反論をしたが、第1審の裁判所は、②のYの主張を認め、Xらに対して所有権移転登記手続きを命じた。（ただし、占有開始時点は昭和48年ではなく、昭和54年としている。）

これに対して、Xらが控訴した。

## ■ 判決

Xらの控訴に対して、大阪高裁は以下のように判断した。

まず、①のAの相続開始時には、Yが耕作していたことに関して、Yが本件土地を単独で耕作することにより、これを占有（事実的に支配）していたことは認める。

しかし、Yは共同相続人のひとりであり、本件土地の持分は10分の1にすぎない。そして、本件土地の持分10分の9についてのYの占有は、権原の性質上客観的にみて所有の意思がないのであって、Yの本件土地に対する占有は、単独所有者としての所有の意思を伴うものということではできず、これを自主占有ということではできないとして、①の主張を認めなかった。

②の建物を建てたあとの占有についても、XらがYの占有状態を容認していたとは認められないとして、建物を建てた昭和48年から、本件土地の自主占有をYが開始したとは言えないとして、②の主張も認めなかった。

以上からXらの控訴を認め、第1審の判決を取り消し、Xらに登記手続きをする理由はないとした。

その後、Yは上告したが、上告は認められず、Yの敗訴が確定した。（大阪高裁平成29年12月21日判決、判例時報2381号79ページ以下参照）

## ■ コメント

本件は共同相続人のひとりが、相続財産の土地を独占的に使用していたときに、土地の時効取得が可能かが議論されている。

時効取得の要件のひとつとして「所有の意思」がある。所有の意思ある占有とは、自主占有つまり所有者としての占有とされており、所有の意思の有無は占有の性質にしたがって、客観的に判断される。

共同相続した土地については、他の共同相続の相続分に応じた占有部分は地主占有だとされている。

すなわち、他の共同相続人の占有部分に対しては、所有の意思はないと一般的に考えられている。

そうすると、本件のYはAの相続開始のあと、本件土地を排他的に使用していても、Xらの相続持分について時効取得の要件である「所有の意思」がないこととなる。（もっとも、共同相続人のひとりが遺産分割協議によって自分が相続したと信じて疑わないなどの事情があるときには、他の相続人がその使用状況に何ら関心を示さず、異議を述べないなどの状況があるときには、相続開始のときから所有の意思があるとして、時効取得の可能性はある。）

しかし、民法185条は権原の性質上、所有の意思がないとされていても、占有者が自分に占有をさせた者に対して所有の意思あることを表示するか、新たな権原により更に所有の意思をもって占有を開始したときには、占有の性質は変更できることとなっている。

そこで、本件でYが昭和48年に本件土地に建物を建てたことで、占有の権原の性質に変更が生じたかの議論となっている。これが②の主張の問題点であるが、裁判所はYの主張を認めなかった。

以上のとおりである。

農地や山林あるいは墓地などについて、相続開始のときに被相続人名義のまま、長年にわたって特定の相続人が占有を排他的に継続しているケースがある。こういうケースでは、相続人にさらに相続が開始したりして、関係者が多く存在することも多い。そのため、関係者全員に登記手続きへの協力を求めることがむずかしいこともある。

そこで、他の関係者の占有部分の時効取得を理由とする判決を求めた方が、手続き的に簡単であることも多い。

しかし、本判決では、単に占有を継続していたというだけでは時効取得は認めないとしている。今後、本件のようなケースでは時効取得が可能なのかについて慎重にならざるを得ず、弁護士とよく相談しながら対応を検討することとなる。



## 121. 遺産分割協議成立後に発見された遺産について

(2020年10月号、No.258)

### ■ 事案

A B夫婦にはCとDの2人の子供がいる。

Aは平成11年に死亡し、B C Dの3人が相続人となった。

Aには土地建物や農地のほか預貯金があった。そのため、これらAの遺産について、3人で協議をし、Bは土地建物の大半を、Cは農地等を取得することとしたが、DはBからお願いされて現金200万円のみを取得するという内容の遺産分割協議がB C D間で成立した。

成立は平成12年1月である。

その後、平成14年にBが死亡し、Bの遺産についてはC D間で遺産分割の調停が成立した。

ところが、平成16年になり、A名義の銀行預金約1,354万円が存在していることが判明した。

平成12年に成立した遺産分割協議（以下、先行協議という）の時点では、CもDもその存在を知らなかった。

そこで、DはCに対して、Aの遺産についての先行協議のときには現金200万円しかもらっていないのだから、今回発見された預金はすべて自分が相続することになっても、Cの取得した遺産評価額に比べておかしくないのだから、すべて自分が相続するのが妥当な解決であると主張した。

これに対して、Cは、自分がAから相続した農地等の評価は市街化調整区域にあることから高額ではないこと、自分はAの葬儀費なども支出しており、Dが取得した現金200万円と自分の取得分には大きな開きはないなどの反論をし、今回発見された預金すべてをDが取得するとするのは認められないと反論した。

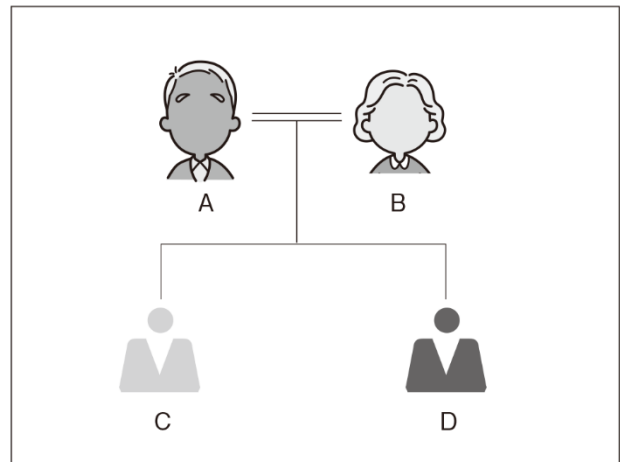
そのため、DからCに対しての調停の申立てをし、調停不成立のため審判に移行した。

### ■ 判決

Dの申立てに対して、原審の大阪家庭裁判所は、C D間の合意として、当事者間で代償金の支払いがあるときはCが全財産を取得し、Dに対して審判確定から1ヶ月以内に支払うということになっているので、本件の発見された預金も、これに従ってCがすべて取得し、その2分の1相当の金員をCはDに支払うべきだと判断した。

これに対して、Dが不服申立てをしたが、大阪高裁はDの申立てを棄却した。

原審並びに大阪高裁の判断の理由としては以下のとおりである。



## （大阪高裁）

本件の場合、「先行協議の当事者は、各相続人の取得する遺産の価額に差異があったとしても、そのことを是認していたものというべきである。そうすると、先行協議の際に判明していた遺産の範囲においては、遺産分割として完結しており、その後の清算は予定されていなかった」

## （原審）

「仮に、先行協議において申立人と相手方が取得した財産の価額に差異があるとしても、相手方はそれを受忍して先行協議に応じたものである。このような場合においては、その後に発見された本件遺産の分割において、先行協議で各自が取得した財産の価額を考慮するのは相当でなく、本来の相続分に応じて、各自が取得する財産の価額を定めるのが相当である」

（大阪高等裁判所令和元年7月17日決定、判例時報2446号28ページ以下参照。）

## ■ コメント

本件は、遺産分割協議が成立したのち、全く認識していなかった預金が発見された場合、先行協議の内容を見ながら遺産分けをするのか、それとも、発見された遺産を先行協議と関係なく分割するのかが争点となったものである。

いわゆる一部遺産分割のあとの遺産分割という結果になった案件である。

あとで発見された遺産については、本件の原審も上級審の大阪高裁も、本件では先行協議の内容を考慮しないと判断している。

本件のDとしては、先行協議のときは少ししか遺産をもらっていないと考えているのだから、今回発見された預金は全部自分がもらっても、Cの取得額と不均衡にならないはずと考えている。

しかし、裁判所はこの考えを認めていない。

遺産が後日になって発見されるケースはある。こういう場合に備えて、後日に発見された遺産があったときは、再度、相続人間で協議とするのが一般的である。

こういう場合の相続人の意図は、先行協議の内容はそのままとし、新しく発見された財産のみをどうするかを協議するというものと思われる。発見された財産の価額が小さいものであればこう考えても問題はないであろう。

しかし、その価額が大きいときは同様ではないであろう。むしろ、先行協議の内容に錯誤があるなどの主張から、新しく発見された財産を前提に、先行協議の内容を見直すとするのが多いのではないだろうか。

本件では、発見された預金の金額は当初の遺産額に比べて非常に高額であったとは言えないケースである。そのためにDの主張が排斥されたのかも知れない。

遺産分割協議にあたっては、後日に発見された財産をどうするかを明示しておくことが大切となるのであろう。なお、全財産が判明しているときに、預貯金等のみを先に分割するとか、納税資金捻出のため一部の不動産を売却するための一部分割協議をすることも多くある。これらの財産は一般的には法定相続分で各自が取得するとされているケースが多いと思われ、残った遺産の分割にあたり、先行協議の内容自体が問題となることは多くはないと思われる。

因みに、民法の改正で、遺産分割について一部分割が可能である旨の明示がなされた（民法907条参照）。ただ、一部分割をすることで、他の共同相続人の利益を害するおそれがあるときは一部分割はできないとされており、また、特別の事由があるときは、期間を定めて一部分割することを裁判所は禁ずることもできるとされている。どういう場合が他の共同相続人の利益を害するお

それがあるとされているのか、特別の事由とはどういう事由かは、今後、裁判所の判断が示される事案が出るのを待つことになる。

## (5) 遺留分

### 122. 民法改正 – 遺留分について –

(2019年2月号、No.239)

#### ■ はじめに

今回は民法の改正のうち、遺留分に関する改正部分の説明をする。

遺留分については、割合などには変わりはないが、遺留分侵害の対象の範囲や、減殺請求権行使の効果に改正がなされている。

この遺留分に関する改正は、改正法が施行される2019年（平成31年）7月1日以降に生ずる相続が対象となる。

この改正法施行日以前になされた生前贈与や、作成された遺言書があっても、相続開始日が改正法施行日以降であれば、改正法の対象となる。

#### ■ 遺留分の考え方

現行民法で考えられている遺留分は、相続財産全体に対する一定割合であり、このことは改正法でも同様の考え方である。そして、遺留分権利者や権利者が有する遺留分の割合は現行民法と同一である。

ただし、遺留分侵害が遺贈や生前贈与によって生じていた場合の遺留分の確保の内容が改正されている。

遺留分侵害の遺贈や生前贈与がある場合、遺留分権利者は、その遺贈等に対して遺留分減殺請求をする。

たとえば、ある土地を相続人に相続させる遺言があり、その遺言が他の相続人の遺留分を侵害しているときは、その相続人は受遺者に対して遺留分減殺請求をする。その請求の具体的内容は、その土地の評価額と侵害されている金額とを算出し、侵害されている割合をその土地に持分という形で登記せよという内容である。1,000万円の土地の遺贈により、200万円遺留分が足りていないのなら、1,000万分の200万の割合でその土地に自分の持分登記をせよということである。

つまり、遺留分を主張することで、相続財産に対して一定の割合の権利が復活するということになる。

しかし、現行民法では遺留分減殺を受けた者は、侵害額に相当する金員を弁償金として支払うと反論することができ、この反論をすると、裁判所は遺留分侵害者に対して、侵害額相当の金員を支払え、もし、支払わないときは、土地等に登記をつけるという趣旨の判決をすることになる。

ただ、実務的には遺留分減殺の裁判では、ほとんどのケースで金銭解決をしているケースが多い。判決で不動産に共有持分の登記をつけられても、そのあとで、再び共有物分割の裁判になることが予想できることから、大半のケースでは金銭解決による和解が多い。

今回の民法改正では、この実務の動きに応じて、遺留分の侵害があるときには、遺留分侵害額に相当する金銭の支払を請求することができる旨の規定を設けた（新民法 1046 条 1 項）。

## ■ 遺留分の算定

遺留分侵害を検討するにあたり、遺留分の前提となる遺産の範囲を確定する必要がある。

相続開始時の財産（遺贈対象を含む）は当然として、生前の贈与をどこまで含めて考えるかである。この点、現行民法では贈与は相続開始前 1 年間のものを原則とし、贈与当事者双方がその贈与によって遺留分権利者に損害を加えることを知っていたときは、それ以前の贈与も含めるとしている（現行法 1030 条）。そして、相続人に対する贈与が特別受益（現民法 903 条）に該当するときは、期間の制限はないとされている。改正民法では、特別受益以外については現行民法と同じ考え方を採用している。

しかし、相続人に対する贈与については、婚姻もしくは養子縁組のため又は生計の資本として受けた贈与については、相続開始前 10 年間に限定するとされている。

そうすると、生計の資本としての相続への贈与については、特別受益の問題は残るが、遺留分減殺によって受領したものを返すことがないようにするためには、相続開始より 10 年以上前がいいということになる。

2019 年 7 月 1 日に改正法の施行になるので、それ以降の相続発生の場合、10 年以上前の生計の資本のための生前贈与は遺留分減殺の対象にならないことになる。

## ■ その他

遺留分減殺請求権行使の期間制限については、現行民法と同様であり、相続の開始及び遺留分侵害の贈与又は遺贈があったことを知った時から 1 年間、相続開始から 10 年間で権利行使ができなくなる。

遺留分侵害を考えるにあたり、遺留分権利者が相続等で財産を取得している場合、その取得額は侵害額から控除される。

たとえば、遺言を全財産の一部を対象としているときは、残りの財産は遺産分割の対象となるから、遺留分権利者の侵害された額は、遺産分割で取得した財産の残りの部分となる。同様に、遺言で遺留分権利者にも遺贈がなされているときも、その価額を控除した残額になる。

遺留分権利者が生前贈与を受けていた場合、控除の対象となる生前贈与については期間の制限がない。かなり昔に贈与があっても、その贈与は遺留分侵害を算定するにあたり、侵害額から控除されることになる（この点、減殺対象の生前贈与が特別受益のとき 10 年間とされているが、遺留分権利者への生前贈与を遺留分侵害額から控除するときには期間の制限はない）。

また、被相続人の債務については、遺留分権利者が承継することになる債務については、遺留分侵害額に加算をすることになる。

ただし、遺留分減殺の請求を受けた者は、遺留分権利者が承継する債務について弁済その他の債務を消滅させる行為をしたときは、消滅した債務の限度で、遺留分権利者に対する意思表示によって、遺留分請求者に対する支払債務を消滅させることができる。

ただし、この場合、遺留分減殺を受けた者は遺留分権利者が負担する債務を消滅させたことから、本来は求償が遺留分権利者に対して可能であるが、その部分の遺留分侵害額の支払を免れることになるので、消滅させた債務額についての求償ができないとした。

なお、遺留分減殺による金員の支払いが直ちにできないときは、裁判所は受遺者又は受贈者の請求で、全部又は一部の支払いについて相当の期限の許与ができるとしている。

## 123. 遺留分減殺請求について

(2018年4月号、No.229)

### ■ はじめに

今回は適切な判決がなかったため、相続開始にあたって、今ではあたり前となっている遺留分減殺請求についての説明をしたい。

### ■ 権利者

遺留分を有する者は、兄弟姉妹以外の相続人である。直系尊属のみが相続人のときは、相続財産の3分の1、その他のケースでは2分の1である。

相続人が複数のときは、各人の法定相続分に前記の割合を乗ずる部分が遺留分となる。

ただし、相続欠格事由や廃除、相続放棄で相続権を失ったときには遺留分はない。代襲相続人にも遺留分はある。遺留分権利者の承継人も権利行使は可能となる。

### ■ 権利の概要

遺留分は相続にあたって、遺留分権利者に少なくとも確保すべきとされる利益である。そのため、その権利を行使するか否かは権利者の判断であり、遺留分を侵害する遺言も無効となるわけではない。

また、権利者各自に認められているものであるから、権利者が遺留分を行使しないとか、裁判所の許可を得て事前放棄したからと言って、他の権利者の権利割合が増えることはない。この点、相続放棄をすると残りの相続人の法定相続分に影響が生ずることとのちがいがあがる。

遺留分侵害があるときに、減殺請求をすると、減殺対象を取り戻すことになるが、遺産に戻ってくるわけではない。

この法的構成は諸説あり、法的にもむずかしい問題であるが、侵害された分を自分に取り戻すという関係だと考えておけばいいであろう。

### ■ 減殺の対象

減殺の対象は遺贈（遺言で財産をあげること）と贈与である。

贈与については、相続開始前の1年間のものが原則として対象となるが、その贈与によって遺留分侵害になることを知っていたときは、それ以前の贈与も対象となる。（知っていたとの立証責任は遺留分権利者である。）

相続人に対する贈与について、それが特別受益になるときは、1年以上前の贈与も侵害を知るか否かに関係なく減殺の対象となると考えておいた方がいい。（この点、判例の見解について、すべての特別受益が対象とされたわけではないとの考え方もある。）

死因贈与については、原則は贈与なので対象となる。なお、減殺は先ず遺贈を対象とし、次いで贈与が対象となる。贈与については相続開始時に近いものから、順次古いものが対象となる。

数個の遺贈が減殺の対象のときには、目的物の価額の割合に応じて減殺をするが、遺言者の意思表示があるときはこれに従う。

数個の遺贈が侵害しているとき、権利者はどの遺贈を減殺の対象にするかの選択権については、近年では認めない方向になっている。

そのため、例えば遺言で相続人Aと同Bとに遺産を遺贈する旨の遺言があり、この内容が相続人Cの遺留分をともに侵害しているときに、CはAへの遺贈のみ減殺し、Bへは請求しないということは許されないと考える見解が多いが、反対に選択してもいいのではとの考え方も有力である。

## ■ 権利行使の方法

相続開始及び減殺すべき贈与または遺贈を知ってから1年以内に相手方に減殺の意思表示をすればよい。具体的には、内容証明で「平成〇年〇月〇日〇〇作成の遺言は私の遺留分を侵害しているので減殺請求します。」「平成〇年〇月〇日の贈与は私の遺留分を侵害しているので減殺請求します。」という内容の通知をする。

そのあとは、原則は地裁に訴訟の申立てをするが、家庭裁判所に家事調停の申立てをするケースもある。

裁判の請求内容は後述する。

## ■ 遺産の評価

遺留分は遺産の中で最低でも確保されるべき利益である。したがって、一部を遺産として受領しているようなとき、いくら遺留分が不足しているかの評価の問題が生じてくる。

この評価の時期については、相続開始のときの財産の評価額を前提とするとされている。

もし、相続人間でその評価方法の合意が得られないときは、裁判の中で財産の鑑定評価をすることとなり、費用が必要となる。

したがって、一般的には相続税評価額をもって遺産の評価額とする旨の合意をするケースが多いようである。

## ■ 実例

(1) 全財産をある相続人にすべて遺贈する場合に、侵害されている相続人は、全財産に対して遺留分を主張することとなる。そのため、不動産については、その不動産に持分として

〇〇分の〇〇の登記手続きをさせよとの裁判を申立てることになる。

(2) しかし、一部をすでに権利者が相続しているものの、遺留分が充足されていないときには、財産を評価し、その不足分の取戻しを主張する。この場合、不動産については、対象不動産の評価をし、遺留分の評価額から、すでに取得した財産の評価を控除した評価額について割合を算定して、その不動産に対して持分の登記をつけるよう請求することとなる。



(3) 前記のような請求をしても、請求を受ける者は価額を弁償して、持分登記の設定を回避することが可能となる。

不動産が共有状態となるのは好ましいことではないことから、お金で解決という意味である。

この価額弁償の反論があり、裁判所がこれを認めるときには、判決主文の中で、相手方〇〇が金〇〇円を支払わなかったときは、持分の登記をせよという趣旨を命じることになる。

問題は、実際に支払が可能かの資料を提出できるかである。

なお、価額弁償の価額は、いつの時点の評価となるかについては、その主張をした裁判の口頭弁論終結のときだとされており、減殺請求のときは相続開始時とされるのとは評価時期にちがいがあある。

(4) 減殺請求の相手が複数のときには、相手方の選択については認められないとする考えが多いことは前述した。

もし、相手方も遺留分減殺請求権者でもあったときはどうなるのであろうか。

裁判所は遺留分を超えた遺贈を受けた者のみが相手方となるとしており、減殺の対象は、その対象者への遺贈のうち遺留分を超えた部分のみであるとしている。

そうなると、遺産全体の正しい把握と評価をしておかないと、請求対象者ではない者に対する請求をしてしまう危険があるということになる。

## ■ 時効

すでに述べたように、相続の開始及び減殺すべき贈与または遺贈を知ってから1年以内に、または相続開始から10年以内に減殺の請求をする必要がある。

この請求をしてから、裁判申立ての時効については条文がない。

したがって、相続開始から1年以上経過しても遺留分減殺の請求ができなくなるわけではない。しかし、減殺対象の不動産については、受遺者から遺留分相当の割合についての時効取得の反論が出てくることが予想される。この点、裁判所は時効取得を認めてはいないが、長期間の放置はトラブルのもとであるので、回避すべきである。

(本項は、民法改正前の内容にもとづくものである。改正後については、No. 108 を参考にされたい)

## 124. 遺留分減殺請求と価額弁償

(2008年10月号、No.115)

### ■ 事案

甲には妻乙と、甲乙間の子X1、Y1、Y2の3人のほか、甲の養子であるX2、Zがいる。つまり甲の子供は5人である。

甲は公正証書遺言を作成していたが、その内容は自分の財産を妻乙と、子のY1、Y2に対して相続させる内容であった。

甲は平成8年2月に死亡した。

X1、X2らは妻乙及びY1、Y2に対して、平成8年8月18日遺留分減殺請求をし、各自の遺留分に該当する20分の1に相当する部分をそれぞれ返すように求めた。そして、平成9年11月にX1らはY1らに対して遺留分減殺を原因とする不動産の持分移転登記を求める訴えを提起した。

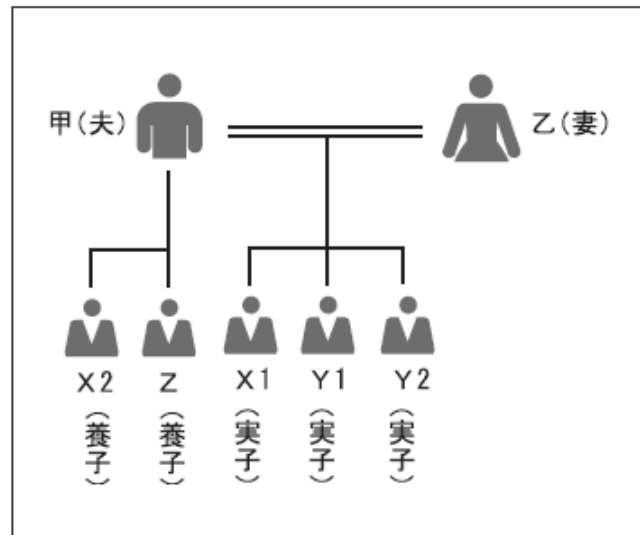
X1らの訴えに対してY1らは、Y1は平成15年8月5日、Y2は同16年2月27日の裁判期日に、それぞれX1らに対して価額弁償をする旨の意思表示をした。

するとX1らは平成16年7月16日の裁判期日にY1らに対する訴えの内容を持分移転登記請求から価額弁償金の支払いを求める訴えに変更した。

その際、X1らは価額弁償金については、甲の死亡日つまり相続開始日から支払い済みに至るまで年5分の割合による遅延損害金の支払いを求めた。

第1審ではX1らの請求を一部認容し、遅延損害金については相続開始日からではなく遺留分減殺請求をした翌日の平成8年8月19日から起算した。

ところが第2審では判決確定日の翌日から遅延損害金は起算すべきであるとした。そこでX1らが上告した。



### ■ 判決

X1らの上告に対して最高裁判所は以下のように判決した。

「遺留分権利者が受遺者に対して価額弁償を請求する権利を行使する旨の意思表示をした場合には、当該遺留分権利者は遺留分減殺によって取得した目的物の所有権及び所有権に基づく現物返還請求権をさかのぼって失い、これに代わる価額弁償請求権を確定的に取得すると解するのが相当である。」

「民法1041条1項に基づく価額弁償請求に係る遅延損害金の起算日は、上記のとおり遺留分権利者が価額弁償請求権を確定的に取得し、かつ、受遺者に対し弁償金の支払いを請求した日の翌日をとということになる。」として、本件ではY1らが価額弁償の意思表示をし、かつ、X1らがそ

の支払いを求めた日、つまり訴えの内容を価額弁償金の支払いを求めることに変更した平成 16 年 7 月 16 日の翌日から遅延損害金は起算すべきだとした。(最高裁判所平成 20 年 1 月 24 日判決、判例時報 1999 号 73 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は遺留分に減殺請求に対して、受遺者が価額弁償の申し入れをしたときに、いつから支払い義務が発生するが、つまり弁済すべき日はいつと考えるのかの問題である。

まず、民法 1041 条を明記する。

「①受贈者男帯受遺者は、減殺を受けるべき限度において、贈与又は増の目的の価額を遺留分権利者に弁償して変化の義務をまぬがれることができる。

「②前項の規定は、前条第 1 項但書の場合にこれを準用する。遺留分減殺請求は、これを行行使することで減殺の対象物について、減殺の割合に応じて所有権ないし共有持分権を減殺請求者が取得するとされており、そのため遺留分減殺請求に関しての裁判は、遺留分減殺を原因としての所有権あるいは共有持分の移転登記請求という形をとる。

ところが、民法は前記の第 1041 条により、減殺請求を受けた者に対して、目的物の返還などに代えてその価額を支払うという抗弁権を認めている。

簡単に言えば目的物の所有権が戻されたり、遺留分権利者と共有状態になることが困るのであれば、その価額を支払うということで選択を受遺者に認め、遺留分権利者の権利の確保を図ろうとしているわけである。本件で Y1 らはこの主張をしたことになる。

ところで、この価額はいつの価額とするかについては判例があり、事実審の口頭弁論終結時を基準とすべきだとされている。

しかし、価額弁償の主張をしても受遺者はいつその価額を弁償すべきであるのか、つまり、支払いをすべき日はいつなのかははっきりしていなかった。

本件 X1 らは相続開始日からと主張し、第 1 審は遺留分減殺請求をした日の翌日からと判決し、第 2 審は判決確定日の翌日からと判決した。

ところが、最高裁判所は遺留分権利者が価額弁償請求権を確定的に取得し、かつ、弁償金の支払いを請求した日の翌日からと判断をした。

したがって、本件では Y1 らが価額弁償の申し入れをし、かつ、X1 らがその支払いを求めたという二つの要件を充たす、訴えの内容を変更した日の翌日ということになる。

今回は価額弁償という少し難しい内容であったが、遺留分減殺請求のケースでは目的物を返したり、共有になったりすることではなく、金銭的解決を図ることが多い。その場合、本件のように価額弁償の申し入れをしたと考えられ、遺留分権利者がその支払いを求めると、この判決のようにその支払いを求めた翌日から遅延損害金が発生するということになる。

年 5 パーセントという割合であるので、遺留分減殺請求についての解決にあたっては損害金についても注意されたい。

## ■ 民法の改正

遺留分減殺請求については、民法の改正で、金銭の支払いを求める権利とされることになった。

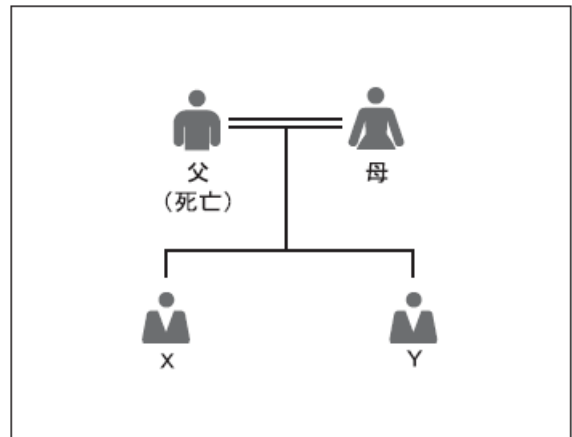
## 125. 遺留分減殺請求と相続債務の取扱い

(2008年7月号、No.112)

### ■ 事案

今回は、福岡高等裁判所の判決内容を紹介します。相続財産の内容などを説明すると、複雑となりますので筆者の方で事案を単純化して説明します。

X Yには母がいました。(父はすでに死亡しています) 母は自分の全財産をYに相続させるという内容の公正証書遺言を作成し、死亡しました。母の遺産としては土地建物のみで、遺産(積極財産)は1億円とします。しかし、その土地建物の購入のための借金が9600万円あったとします。Yは母の死亡のあと公正証書遺言によって全財産をY名義にしました。



そこで、XはYに対して遺留分減殺請求権を行使する旨の意思表示をし、Yに遺留分に相当する持分の移転登記をすることを求める訴えを提起しました。XがYに対して求めている持分は以下のような考えをもとに計算しています。

- 被相続人が相続開始時に債務を有していたときは、全財産から債務全額を控除し、それに遺留分の割合に乗じて算定した遺留分の額に、Xが負担すべき相続債務の額を加算して算出すべきである。
- 本件で全財産はYが相続することになっているが、債務については債務者である遺言者は自由に処分できないから、債権者はX Yに対して法定相続分に応じて請求は可能である。
- したがって、この考えを前提とすると1億円-9600万円=400万円、遺留分は4分の1なのでXの遺留分は100万円に9600万円債務の2分の1である4800万円を加算した4900万円となるので、1億分の4900万円の持分登記を求めることとなる。

これに対して、YはXに負担すべき債務はないとして100万円の持分登記が認められるにすぎないと主張しました。(なお、Yの反論の骨子は第1審の判決と同じである。)

### ■ 判決

X-Yの主張について、同種事業の福岡地方裁判所は以下のように判断しています。

まず、債務がある場合の考え方としては以下のとおりである。

- 相続財産に生前贈与を加算する。
- その合計額から相続債務を控除する。
- その控除した価額を前提に遺留分権利者の遺留分の割合を乗じる。
- その乗じた価額から遺留分権利者の特別受益を控除する。

- この数字から今回の相続で遺留分権利者が相続した価額を控除し、さらに遺留分権利者が負担すべき債務を加算して遺留分侵害額を算出する。

そして、本件のように「相続させる」旨の遺言あるときは、遺産分割の方法指定又相続分の指定であり、相続債務は相続人間では、その遺言に従って承継されることになる。

本件ではYがすべて相続するのだから、Xの負担すべき債務はないから、1億円から債務の9600万円を控除した400万円に遺留分割合4分の1を乗じた100万円が侵害金額となる。

これに対してXは控訴を申立てましたが、福岡高等裁判所も第1審の考え方を支持しました。(福岡高等裁判所 平成19年6月21日判決、金融法務事情 No.1815、49ページ以下参照。なお、この件は上告されている。)

## ■ コメント

本件は相続債務あるときの遺留分減殺額の算出に関する事案です。

民法1029条1項は以下のように規定しています。

「遺留分は、被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額にその贈与した財産の価額を加えた額から債務の全額を控除してこれを算出する。」

つまり、本件では生前贈与がないので遺産から債務全額を控除して算出することに争いはない。そして、もし特別受益あるときは、算出した金額から特別受益分を控除することも問題はない。

また、相続によって取得する遺産があれば、その価額を控除して遺留分の侵害額を算出することも問題はない。問題はそれに算出することとなる遺留分権利者が負担することとなる債務を加算して遺留分の最終的な侵害金額を算出する点です。

相続債務のうち、金銭債務は可分債務であり、相続分に応じて相続人が債務を承継するとされており、相続人や遺言者の意思で相続債務の承継者や割合を決めても、そのことは債権者には対抗できないとされています。そうすると本件のような全財産を特定の相続人に相続させるとした場合も同じように算出すべきなのか、そうでないかという点が問題となります。

この点、福岡高等裁判所は「本件遺言は、遺産分割の方法の指定とともに相続分の指定であると解されるところ、このように相続分が指定された場合、対債権者との関係ではともかく、少なくとも相続人間では、相続債務は指定に従って承継されるというべきであって、相続分全部の指定を受けた被控訴人が相続債務の全部を承継するとともに、控訴人はこれを承継することはないから、控訴人の遺留分侵害額を算定するに際し、加算すべき相続債務は存しないというべきである。」としました。

つまり、全てを相続させるとして遺言では、全てを相続する相続人は相続人間で債務を承継するのだから、遺留分を主張する相続人に加算すべき債務はないとしました。

たしかに、遺言者の意思としてはこの判決のとおりと思われるが、債権者には関係のないことです。

したがって、本件のようなケースでも債権者はXに対して債務の半分の請求は可能であり、その支払をしたときは第1審判決が述べているように、Yに対して支払分の求償をするということになります。

しかし、債権者から相続債務の支払いを求められるかも知れないのに、遺留分は 100 万円だけだとなると、はたして Y から回収は可能なのかの不安もあり、何が受入れできない判断だとの考えを X が持つことも理解できないことではありません。

最高裁判所の見解を注目したいと考えます。

## 126. 遺留分減殺請求と相続債務の取扱い（上告審）

(2010年7月号、No.136)

### ■ 事案

今回は、P348、No. 125 の福岡高等裁判所の判決に対する上告審判決が出されたので、この判決を説明します。事案については複雑なところもあるので、前回同様に単純化し、同じ事案で説明します。

X Yには母がいました（父はすでに死亡）。母はYに自分の全財産を相続させるという内容の公正証書遺言を作成し死亡しました。

母の遺産は土地建物のみで、その評価は1億円とします。しかし、母はその土地建物の購入のための負債が9600万円残っていました。Yは母の遺言によって土地建物名義をY名義に変更しました。

これに対して、Xが母の遺言は自分の遺留分を侵害しているとし、Yに遺留分減殺請求をし、Xの遺留分に相当する持分の移転登記を求める訴えを福岡地方裁判所に申立てました。

Xの主張は以下のとおりです。

- Xの遺留分を考えるにあたっては、母の資産から債務全額を控除し、残った財産に対して遺留分割合を乗じて数字を出し、その数字にXが負担すべき債務を加算すべきである。
- 本件で母の債務については、X Yが法定相続分に応じて債権者に支払いをすることになる。
- したがって、1億円－9600万円＝400万円。

Xの遺留分は法定相続分の2分の1であるから、400万円÷4＝100万円。

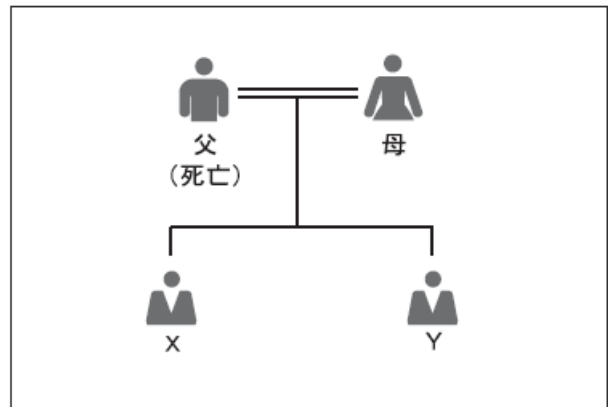
そして、負債は9600万円でXの負担はその半分の4800万円。

以上から、Xの遺留分は100万円に4800万円を加算した4900万円になるから、登記上の持分も1億分の4900万の割合の登記を遺留分減殺請求として認めるべきである。

これに対して福岡地方裁判所はXの主張を認めず、100万円分相当の遺留分減殺しか認めないとしました。そこで、Xが控訴しました。

この控訴に対して福岡高等裁判所は、第1審の判断を支持し、Xの控訴を認めませんでした。

福岡高等裁判所は、全財産をYに相続させるという遺言の場合には、相続人間にあつてはYが相続債務も全て負担すべきであるから、X Y間にあつては、Xの債務負担部分はない。したがって、母の債務の半分をYとの間では負担しないから、Xの遺留分を考えるにあたっては、母の債務の半分を加算すべきではないとした第1審の判断を支持したのです。



しかし、それではXの地位が不安定である。つまり、母の債権者にとっては、母がどんな遺言をしようがX Y各人に半分の割合で母の債務の請求は可能である。もし、債権者がXに請求しXがこれに応じて支払ったあと、Yにその分の求償をしてもYの支払いが確実だと保証もない。これではXは債務だけ支払って終わりということも生じるとし、Xは上告をしました。

## ■ 判決

Xの上告に対して最高裁判所も第1審、第2審の裁判所の考え方を支持しました。

「相続人のうちの一人に対して財産全部を相続させる旨の遺言により、相続分の全部が当該相続人に指定された場合、遺言の趣旨等から、相続債務については当該相続人に全てを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情がない限り、当該相続人に相続債務も全て相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきであり、これにより、相続人間においては、当該相続人が指定相続分の割合に応じて相続債務を全て承継することになると解するのが相当である。」

とし、ただし、このことは、債権者には対抗できないことであることは当然であるとし、そして、遺留分の侵害額については、

- イ. 遺留分算定の基礎となる財産額に遺留分の割合を乗じるなどして算出された遺留分の額に、
- ロ. 遺留分権利者が相続によって得た財産を控除し、
- ハ. その控除した財産に遺留分侵害を主張する相続人が負担すべき相続債務の額を加算して算出する。

としましたが、

「その算定は、相続人間において、遺留分権利者の手元に最終的に取り戻すべき遺産の数额を算出するものというべきである。」としました。

「したがって、相続人のうちの一人に対して財産全部を相続させる旨の遺言がされ、当該相続人が相続債務も全て承継したと解される場合、遺留分の侵害額の算定においては、遺留分権利者の法定相続分に応じた相続債務の額を遺留分の額に加算することは許されないと解するのが相当である。」

として、本件のようなXが債権者からの支払いに応じて支払いをしても、Yに求償できただけとしました。(最高裁判所平成21年3月24日判決、判例時報2041号、45ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件では、結局、最高裁判所も下級審の考え方を支持したことになります。

民法1029条1項は以下の規定です。

「遺留分は、被相続人が相続開始のときにおいて有した財産の価額に、その贈与した財産の価額を加えた額から債務の全額を控除してこれを算出する。」

そして、この算出した数字に対して遺留分の割合を乗じて、さらに、各相続人が負担する債務額を加算して、各人の遺留分減殺額を算出するわけです。

本件でもこれを前提にXは算出しましたが、問題なのが加算すべきXが負担する債務額がいくらなのかということです。



最高裁判所は、全財産を相続させるというときは、本件ではYが全て債務負担をするからXに負担分はないとしました。最高裁判所の判決ですので、全財産を相続させるというケースでは、この考え方に従って今後対応することになります。

しかし、Xの不安も理解できるところです。Xに自己資産があるときには、債権者はその半分をXから回収するでしょう。もし、その時にYに資力がなければ、Xは負債のみ相続することになります。

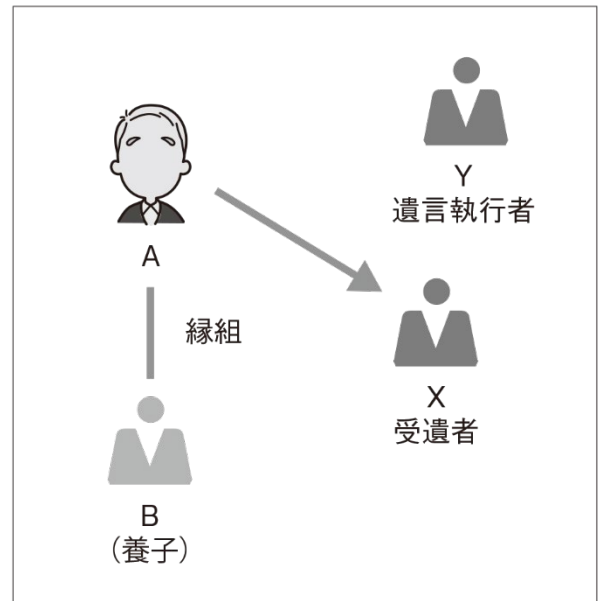
このような遺言を作成するにあたっては、Xの立場、Yの立場、遺言者の立場で一度考えてみる必要はありそうです。

## 127. 遺留分減殺請求と遺言執行

(2021年6月号、No.266)

### ■事案

- AはBと昭和50年3月に養子縁組（Aには実子がいない）。
- Aは平成20年10月に、Aの財産全部を包括してXに遺贈すること、並びにこの遺言の執行者としてYを指名する旨の公正証書遺言を作成。
- Aは平成28年3月に死亡。
- BはXに対して、平成28年4月に内容証明郵便で遺留分減殺請求をした。
- Yは同年6月に、A名義の不動産について、遺贈を原因とする所有権移転登記をし、X名義の登記が完了した。



以上は大体の経過であるが、この経過の途中で、XとBからYに対して、A名義の不動産の名義を受遺者であるXにすることについて、その実行を留保するように求めている。

ところが、YはX名義の印鑑があることを利用して、Xの意思に反してX名義の所有権移転登記をつけていた。

その後、Aの相続については、XとBとで協議をし、不動産は養子Bが相続することとし、BはXに代償金を支払うことなどを内容とする合意が成立した。

そのため、Xは直接B名義にしておけばよかったのに、X名義からB名義に登記名義を変更する必要が生じ、無駄な費用が生じているなどとして、Yに対して損害賠償等の請求をした。

これに対して、Yは自分は遺言書にもとづく内容を実行しただけなので責任はないと反論した。

第1審の山口地方裁判所は、Yに対してXやBから登記手続をしないよう求めているにもかかわらず、遺言書に形式的に従い移転登記をすることは、法の定めに反する行為を行って不要な登記手続費用を使用したことになるから、Xらの権利利益を侵害するものとした。

この判決に対してYが控訴した。

### ■判決

Yの控訴に対して広島高裁は以下のように判示した。

「遺言の執行が完了する前に、遺留分減殺請求権が行使された場合には、遺言執行者としては、遺言の公正な実現を図るとの職務を基本に据えつつも、遺留分権利者と受遺者の利害についても配慮した遺言の執行が期待されるところであるが、遺留分権利者と受遺者の利害に反して遺言を執行したからといって、直ちに違法な職務執行になるとは解されない。しかし、遺留分権利者や受遺者の意向、執行の方法等の事情に照らし、遺留分権利者や受遺者の利益を不当に侵害し、社会的相当性を逸脱するような執行を行ったときは、上記注意義務に違反した違法な職務行為として、遺留分権利者や受遺者に対する不法行為を構成するというべきである。」

とした。そのうえで、本件Yの行為については、受遺者であるXに登記手続をする意思がないにもかかわらず、Xの印章を冒捺して登記申請をしており、その行為はXに対する違法性を有する行為と言えるとした。(平成 31 年 3 月 14 日、広島高等裁判所判決。上告は不受理。判例時報 2474 号 106 ページ以下参照)

## ■コメント

本件は平成 30 年の改正民法施行前の事案である。

遺留分については、現行民法では遺留分減殺請求とは言わず、遺留分侵害額請求と言っている。どちらも形成権とされているが、改正前民法では遺留分減殺請求をすると、遺産全体に対して、一定の割分の権利を請求者が取得することとなる。ところが、改正後は遺留分権利者は侵害額を金銭で支払うよう請求できる内容に改正されている。

そのため、本件のように受遺者Xに取得される財産に関して、Bが遺留分減殺請求があったときは、Bは遺留分侵害の割合（本件ではBの取得分がないので、遺産に対して2分の1の侵害）に応じた権利を持っていることになる。

ところが、遺言執行者は遺言内容を実現することが職務であるから、受遺者Xへの名義変更をすることになる。

ただ、当時も今も同じであるが、遺贈の場合には遺言執行者が単独で登記はできない。(今回の改正で、いわゆる「相続させる」旨の遺言のときは、遺言執行者は単独で登記手続きが可能となった。) そのため、受遺者Xの協力が不可欠であるが、本件XはYに対して登記をしたいことは認めていない。そのため、YがXの意向を無視して登記をしてしまったのである。そして、その際にXの名前の印鑑を冒捺したという事案である。

Yとしては、職務に忠実でありたいとの考えもあったのかも知れない。しかし、名義人となるべきXが希望していないのに、登記を設定し、その際、Xの意向を無視してXの名前の印鑑を冒捺したことは、やはり、違法と考えるべきであろう。

ところで、BはXに対して遺留分減殺をしている。この請求をしたことから、Bは不動産に対して2分の1の権利を保有したことになる。

そうすると、遺留分減殺の請求をし、Bは2分の1の権利を保有しているのに、YがX名義に登記したことは問題ではないかと思われる。この点、原判決ではBが遺留分減殺請求をすれば、受遺者Xの名義にしてから、Bに持分移転登記をするのではなく、直接Bのために持分移転登記ができる登記先例があるとしているが、本件のように受遺者の名前のあとに遺留分権利者への持分登記も許容される解釈もあり、Bとの関係でYの行為が直ちに不法行為を構成するとは言えないとしている。

本件は改正前の事案ではあり、遺留分侵害額請求が金銭請求となった改正後においては、遺産である不動産に関して遺留分の確保を前提としての持分移転登記請求の問題は生じない。

ただ、遺産が若干の不動産であり、遺留分侵害額請求がなされたとき、その権利の確保のためには相続不動産の確保が必要であるようなとき、遺言執行者としてどう対応したらいいのかの判断は必要であろう。

不動産については、法定相続分以上の部分については対抗要件としての登記を設定する必要がある、「相続させる」の遺言のときは遺言執行者の権限で単独登記ができる。

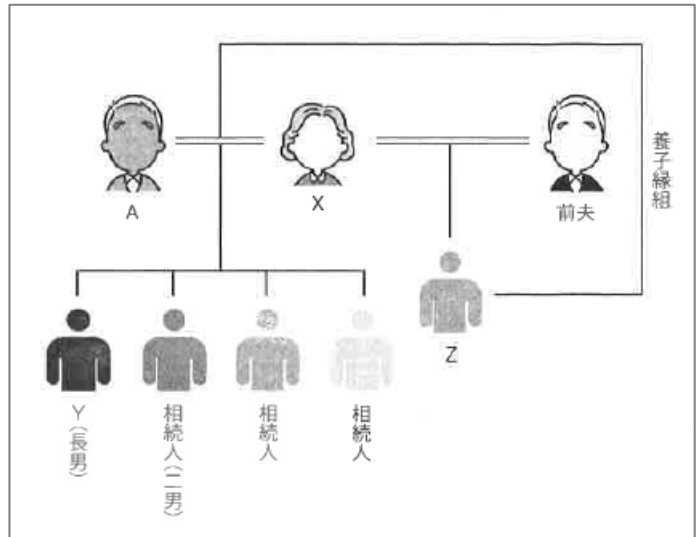
そうすると、遺留分の問題と登記の問題との対立をどうするかは、今後も執行者として頭を悩ませることだと考える。

## 128. 事理弁識能力を欠く者と時効停止

(2015年2月号、No.191)

### ■ 事案

- Aには妻X、子供は5人いる。(ZはXの前夫との間の子で、Aとは養子縁組をしている。)
- 平成19年1月1日、Aは全財産を長男Yに相続させる旨の自筆証書遺言を作成。
- Aは平成20年10月22日死亡。その時点でXを含む相続人全員はAの遺言を知る。
- XはC弁護士との間で任意後見契約を締結していたが、平成21年6月30日に任意後見監督人選任の申立てをした。しかし、Xが同年7月24日付公正証書でC弁護士との間の任意後見契約を解除。そのため申立ては取下げになった。
- Zは実子の二男とともに、平成21年8月5日にXに対する後見開始の申立てをする。
- 平成22年4月24日、Xに対する後見開始となり、D弁護士が成年後見人に選任された。
- D弁護士は同年4月29日、長男Yに対して、Aの遺言に関して遺留分減殺請求の意思表示をした。
- その後、X側からAの不動産に対して遺留分減殺を原因とする所有権の一部移転登記手続を求める提訴がYに対してなされた。
- Yは、Xからの遺留分減殺請求は、遺言内容を知ったA死亡日の平成20年10月22日から1年以上を経過した平成22年4月29日になされており、遺留分減殺請求権について消滅時効が完成していると反論した。



第1審、控訴審とも、消滅時効が完成していること、民法158条1項の類推適用は認められないとして、Xの請求を認めなかった。

そのため、Xが上告をした。

### ■ 判決

Xの上告に対して最高裁判所は以下のような判断を示した。

民法158条1項は、時効期間満了前6ヶ月以内に未成年者又は成年被後見人に法定代理人がないときに時効は完成しないとしているが、

「その趣旨は、成年被後見人等は法定代理人を有しない場合には時効中断の措置を執ることができないのであるから、法定代理人を有しないにもかかわらず時効の完成を認めるのは成年被後見人等に酷であるとして、これを保護するところにあると解される。また、上記規定において時効の停止が認められる者として成年被後見人等のみが掲げられているところ、成年被後見人等については、その該当性並びに法定代理人の選任の有無及び時期が形式的、画一的に確定し得る事実であることから、これに時効の期間の満了前6箇月以内の間に法定代理人がないときという限度で時効の停止を認めても、必ずしも時効を援用しようとする者の予見可能性を不当に奪うものとはいえないとして、上記成年被後見人等の保護を図っているものといえる。」

とした。

そのうえで、精神上的障害で事理弁識能力を欠く常況にあるが、後見開始の審判を受けていない者は申立てがされていたとしても、民法158条1項の成年被後見人には該当しない。

しかし、そうすると、こういう者には法定代理人がないのだから、時効中断の措置を執ることができない。

反面、後見開始の審判がその後にされるのであれば、このような者に民法158条1項の類推適用を認めても、時効援用をする者の予見可能性を不当に奪うとも言えないときもある。

「そうすると、時効の期間の満了前6箇月以内の間に精神上的障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者に法定代理人がない場合において、少なくとも、時効の期間の満了前の申立てに基づき後見開始の審判がされたときは、民法158条1項の類推適用により、法定代理人が就職した時から6箇月を経過するまでの間は、その者に対して、時効は完成しないと解するのが相当である。」

とし、Xが時効期間満了の6箇月以内の間に事理弁識能力を欠く常況か否かの審理を尽くせとして、原判決を破棄し、事件を高裁に差し戻した。(最高裁判所平成26年3月14日判決、金融法務事情No. 2007、65ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は、時効完了前に法定代理人がないときに時効は停止するかの事案である。

ここで問題とされる民法158条1項は以下の規定である。

「時効の期間の満了前6箇月以内の間に未成年者又は成年被後見人に法定代理人がないときは、その未成年者若しくは成年被後見人が行為能力者となった時又は法定代理人が就職した時から6箇月を経過するまでの間は、その未成年者又は成年被後見人に対して時効は完成しない。」

この条文は、成年被後見人に法定代理人、すなわち成年後見人がいないときを前提にしている。

成年後見の審判を申立てると、成年後見の審判と同時に成年後見人の選任がなされるのであるが、例えば、成年後見人が死亡したりしているようなときに、それが時効完成6箇月以内であれば、成年後見人の選任後6箇月間は時効が停止しているという規定である。

本件の場合、XはAの遺言内容をA死亡日の平成20年10月22日に知っており、遺留分減殺請求権はここから1年以内に行使をしないと時効となってしまう。

しかし、この民法158条は、Xに成年後見の審判がなされていることが前提であるが、時効完成6箇月の平成21年4月から時効完成の10月までの間にXの成年後見の審判はなされていない。

そうすると、本件では民法 158 条の適用場面ではなく、時効が完成となる。これが原審までの考え方である。

しかし、最高裁判所は判決で述べたように、時効完成 6 箇月前の間に精神上の障害により事理弁識能力を欠く常況にある者に法定代理人がないとき、少なくとも時効期間満了前の申立てにもとづいて後見開始の審判があったときは、同条を類推適用して、法定代理人の就職から 6 箇月を経過するまでは時効の完成はしないとしたのである。

この判決からわかるように、時効完成前に判断力がない者すべてに対して時効が停止するとしたわけではない。

したがって、今後、時効が停止する場合はどういう事例かが問題となってくることになる。

なお、本件では、A の自筆証書遺言の内容を相続人らは A の死亡のときに知っていたとなっている。自筆証書遺言は検認手続きをしないと執行できないし、封印されているものを検認前に開封すると過料の制裁を受けることになる。

しかし、仮に開封しても遺言自体が無効とされるわけでもなく、遺言内容を知った以上は検認手続の有無を問わず、知ったときから遺留分減殺請求権の時効は進行することになる。

なお、民法改正で、民法 158 条は時効の停止ではなく、完成猶予という表現に変わっている。

## 129. 相続分の譲渡と遺留分減殺

(2018年11月号、NO.236)

### ■ 事案

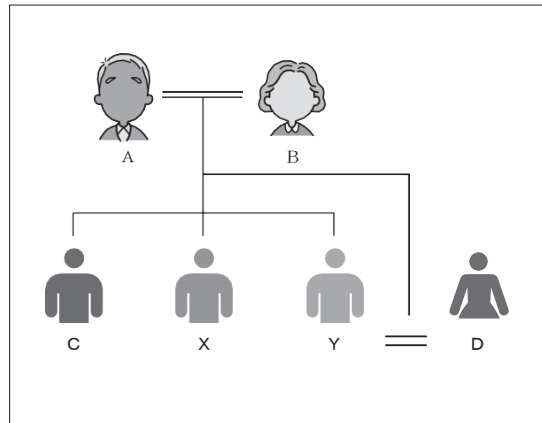
AB夫婦には子C、X、Yがいる。

- DはYの配偶者であり、ABと養子縁組をしていた。

- Bは平成20年12月に死亡した。

その時点の相続人は配偶者A、子であるC、X、Y、それに養子Dの5名である。

- Bの遺産分割調停において、Bの配偶者Aと、Yの配偶者Dは、それぞれ自分の法定相続分をYに無償で譲渡をし、それぞれ調停手続きから脱退した。
- 平成22年8月、Aは自分の有する全財産をYに相続させる旨の公正証書遺言を作成した。
- 平成22年12月、Bの遺産分割調停において、C、X、Yについての遺産分割調停が成立し、各自が一定の遺産を取得することとなった。
- 平成26年7月、Aが死亡した。Aが死亡したときのAの財産は、約35万円の預金債権のみであり、約36万円の未払介護施設利用料債務が存在していた。
- 平成26年11月、XはYに対して遺留分減殺請求をした。



その理由は、Aが有していたBの法定相続分をYに無償で譲渡したことがXの遺留分の侵害になるというもので、遺留分減殺分について、Yが取得した不動産に対して、その割合に応じた持分の移転登記手続きを求めるものである。

Xの請求に対して、YはAの相続分譲渡は遺留分減殺の対象とはならないと反論していた。

原審はYの反論を認め、Xの請求を棄却している。

その理由は以下のとおりである。

『相続分の譲渡による相続財産の持分の移転は、遺産分割が終了するまで暫定的なものであり、最終的に遺産分割が確定すれば、その遡及効によって、相続分の譲受人は相続開始時に遡って被相続人から直接財産を取得したことになるから、譲渡人から譲受人に相続財産の贈与があったとは観念できない。また、相続分の譲渡は必ずしも譲受人に経済的利益をもたらすものとはいえず、譲渡に係る相続分に経済的利益があるか否かは当該相続分の積極財産の価額等を考慮して算定しなければ判明しないものである。したがって、本件相続分譲渡は、その価額を遺留分算定の基礎となる財産額に算入すべき贈与には当たらない。』

Xはこの原審の判決に不服があり、上告をした。



## ■ 判決

Xの上告に対して、最高裁判所は原審の判断は是認できないとして破棄し、これを原審に差し戻した。

『共同相続人間で相続分の譲渡がされたときは、積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する譲渡人の割合的な持分が譲受人に移転し、相続分の譲渡に伴って個々の相続財産についての共有持分の移転も生ずるものと解される。

そして、相続分の譲渡を受けた共同相続人は、従前から有していた相続分と上記譲渡に係る相続分とを合計した相続分を有する者として遺産分割手続等に加わり、当該遺産分割手続等において、他の共同相続人に対し、従前から有していた相続分と上記譲渡に係る相続分との合計に相当する価額の財産の分配を求めることができることになる。

このように、相続分の譲渡は、譲渡に係る相続分に含まれる積極財産及び消極財産の価額等を考慮して算定した当該相続分に財産的価値があるとはいえない場合を除き、譲渡人から譲受人に対し経済的利益を合意によって移転するものといえることができる。遺産の分割が相続開始の時に遡ってその効力を生ずる（民法 909 条本文）とされていることは、以上のように解することの妨げとなるものではない。

したがって、共同相続人間においてされた無償による相続分の譲渡は、譲渡に係る相続分に含まれる積極財産及び消極財産の価額等を考慮して算定した当該相続分に財産的価値があるとはいえない場合を除き、上記譲渡をした者の相続において、民法 903 条 1 項に規定する「贈与」に当たる。』

以上のように判断し、これを前提とした審理をさせるため、本件を原審に差し戻した。（最高裁判所平成 30 年 10 月 19 日判決、裁判所のホームページより）

## ■ コメント

本件は共同相続人間における他の相続人への法定相続分の無償譲渡が、民法 903 条 1 項の「贈与」に該当するかが争われている。

本誌の 2018 年 9 月号に「相続分の譲渡と特別受益」の事案を紹介している。

この事案と本件の事案は異なるものである。すでに誌上で説明した事案は、遺産分割の審判がなされたケースであり、本件は遺産分割の調停が成立していた事案である。

前の事案で東京高裁は、今回の最高裁と同じような考えから、無償の相続分譲渡は、民法 903 条 1 項の「贈与」に該当すると判断している。

ところで、無償で法定相続分を他の共同相続人は譲受けているのだから、それが特別受益の贈与とされることは仕方ないかも知れない。

しかし、譲渡をした者の気持ちを考えると、その譲渡により、財産を特定の相続人に集中して、財産のスムーズな承継を願っていたのに、遺留分減殺を主張されることで、不必要と考えた遺産トラブルが生じてしまい、本来の意図することとは全くちがった事態になってしまったということになるであろう。

特別受益ということなら、遺留分侵害の防止はできなくても、少なくとも「持ち戻し免除」くらいはしておくべきなのであろうか。

また、すでに説明した東京高裁の判決は、遺産分割の審判がなされていることから、相続分の譲受人はもともとの法定相続分に取得した法定相続分の相当額を審判によって取得したと思われる。だから、その分が贈与だと考えることもわからないではない。

しかし、本件は審判ではなく、調停で遺産分割がされている。もし、本件YがAから取得した法定相続分相当額に、本来の法定相続分評価額を上乗せした相当額を調停で取得していないとしたとき、遺留分算定の価額はどうなるのであろうか。例えば、Aの法定相続分の価額が1,000万円としたときは、調停でYが200万円しか本来のYの相続分評価額より上回る財産を取得しなかったときは、減殺すべき贈与の価額は1,000万円であらうか、それとも200万円なのであろうか。

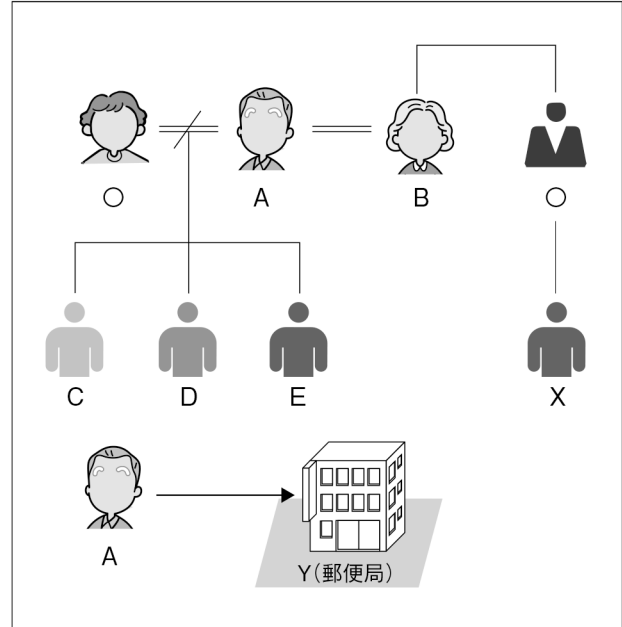
この点は裁判所の判断が示されておらず、原審の判断を待つということになるのであろう。

## 130. 遺言執行者の預貯金の払戻しと遺留分減殺（改正前）

(2023年3月号、NO.287)

### ■事案

- Aには前配偶者との間にCDE 3人の子がおり、AはBと再婚したが、子供はいない。
- Bには兄弟姉妹の子Xがいる。
- AはY（郵便局）に貯金を有している。
- Aは令和元年6月に死亡したが、平成29年に公正証書遺言を作成していた。
- その公正証書遺言では、Aの貯金を含む一切の財産をXに包括して遺贈するとあり、その遺言の執行者にXを指定するとされ、預貯金については解約、払い戻し、名義変更など遺言執行に必要な一切の行為を行う権限を有する旨が記載されていた。
- CDEはA作成の遺言内容は各自の遺留分を侵害するものだとし、Xに対して遺留分減殺請求をして、裁判を提起した。
- XはCDEの遺留分減殺請求とは別に、Yに対してA名義の貯金の払戻しを請求する訴えを提起した。
- XとCDEの訴訟では遺留分侵害額についての和解が成立し、CDEはAの有していたYに対する貯金については何らの権利を有しないことの確認をXに対してした。
- XはYに対して、前記の和解の内容を伝え、貯金の支払を求めた。
- ところが、Yは前記和解成立前の利息についてはXに払戻権限がないと主張し、その部分の支払をしなかった。
- 本件はそのため、CDEの遺留分減殺請求があったときに、前記和解成立前の貯金の利息の払戻し請求権がXにあるかが、最終的な判断の対象となった。



### ■判決

上記の案件について、第1審の高松地裁丸亀支部は以下の判断を示している。

「遺贈に対して遺留分権利者が改正前民法1031条に基づく減殺請求権を行使した場合、遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受遺者が取得した権利は上記の限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属する」

そして、遺留分権利者に帰属する権利は、遺産分割の対象とはならない。との最高裁判所の判例をもとに、本件貯金についても、CDEの遺留分の侵害の限度で、CDEとXとの準共有となり、CDEとXの共同で払戻しを行うべきこととなる。

したがって、Xのみが相続開始からの利息請求権を有しているとは言えない、と判断した。

これに対して、Xが控訴した。

Xの控訴に対して高松高等裁判所は以下のような判断を示した。

たしかに遺留分減殺請求権を行使すれば、その限度で遺贈は失効し、その部分は遺留分権利者に帰属する。しかし、それは具体的に遺留分額が確定した時点でのことであり、それ以前は確定しておらず、その範囲も抽象的なものにすぎない。

具体的な遺留分額が確定する以前は、直ちに遺言執行者が遺言の執行をすることができなくなるというものではない。

もし、原審のような考え方を前提とすると、遺言執行者は単独で預貯金の払戻しができなくなるが、遺言執行者は遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し、相続人は、遺言執行者があるときには、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができないとの規定の趣旨が大幅に減殺されることになり、実質的にも妥当ではない。

として、CDEの遺留分減殺請求がなされても、Xは単独で本件の貯金の払戻しをする権限がある。そして、XはYに払戻しを請求した後は、YはXに支払をすべきであったから、利息の支払をXはYに求めることができると判断した。(高松高等裁判所令和3年6月4日判決、判例時報2540号8ページ以下参照)

## ■コメント

本件は改正前民法における遺留分減殺請求と預貯金の払戻しに関する遺言執行者の権限の問題である。

遺留分減殺請求については、令和元年(2019年)7月1日に改正法が施行され、遺留分侵害額請求と称されるようになった。対象となるのは、この施行日以後の相続開始であり、減殺対象の遺贈、贈与は、施行日以前のものでも改正法の対象となる。

本件は令和元年6月の相続開始なので、改正前の制度の適用となる。改正にともない遺留分の考え方が変更されている。今までは相続財産全体に対して遺留分があり、減殺請求をすることで、その限度で遺贈等の効力が失効するとされた。

そのため、土地などに対して遺留分減殺の請求をすると、侵害額の評価額を算出し、その評価額の割合の登記をつけよとの訴えの趣旨になっていた。

これに対して、請求を受ける側は金銭での解決を求める反論をすると、以後は金銭解決ということとなり、遺留分減殺の紛争は、その大半が金銭的解決を図っていた。

今回の改正では、遺留分侵害については金銭的請求権というものの考え方となり、そのため、侵害の限度で遺贈等の効力が失効するという理論ではなくなっている。今までの実務での紛争解決の実態を反映した法改正と言える。今回の事案は改正前のケースであり、従前の考え方からすると、第1審の考え方の方が理論的なのかも知れない。

しかし、この考え方を前提とすると、遺言執行者による貯金の払戻しができなくなるという問題が生じてしまう。

そこで、控訴審では遺言執行者による払戻しを認めたのであるが、理論的には第1審の方が妥当である。しかし、事案解決の実質は控訴審の判断が妥当である。その評価はむずかしい。

本件は改正前のケースであり、法改正から数年を経過しているので、改正前の相続案件は今後減少するものと思うが、もし、改正前の相続のときには、本判決を参考にしてもらいたい。

なお、改正後の相続については、金銭的請求権を遺留分権利者は有しているだけなので、遺言が失効するわけではない。

そのため、遺留分侵害額請求がなされていることを金融機関が知ったとしても、遺言に従った処理をしていくことになる。

## (6) 成年後見・信託

### 131. 成年後見制度への対応

(2015年6月号、No.195)

#### ■ はじめに

今回は、成年後見制度に関して、最近経験している各事案から感じていることを述べたいと思う。

#### ■ 制度の趣旨など

判断力に問題のある方に対しては、以前は禁治産、準禁治産という制度があったことはご存じと思う。

この制度は、判断力に問題のある人の法律行為に制限を課し、一定の法律行為を取消しできるものであり、対象となる人の財産の保護を図るものである。

この点では現在の成年後見制度を同じ趣旨をもつ。

ただ、禁治産者という名称の問題、裁判所の審判があると戸籍に記載されてしまうという問題、準禁治産の場合、重要な法律行為は保佐人の同意がないと取消しの対象行為となるが、保佐人自身に取消権が条文上認められていないといった問題があり、現在の成年後見制度に法改正をされたのである。

成年後見制度については、資産管理をされている方であればある程度のことはご存じだと思うので、ここでは制度の趣旨などは省略する。

#### ■ 実際の事案を通して

成年後見制度は判断力に問題のある方の財産を保護する制度として、その制度趣旨は高く評価されなければならない。

また、この制度がある以上、J Aが判断力に問題のある方の法律行為に関与するときには成年後見制度を前提としておくべきことは当然である。

ただ、そうは言っても、この制度が利用されることによる影響を資産管理担当者としては認識しておく必要がある。

J Aから、親の判断力に問題はあるが、相続税対策のため親の土地にアパートを建てたいとか、借地にして貸したいが、どうすればいいかの相談が寄せられることが多い。

判断力に問題があるのなら、成年後見を利用して後見人を介して土地の活用をすればいいが、後見人が子供たちが考えているとおりに動いてくれないことも多い。

成年後見人は被後見人の介護や財産の保護をすることが役目である。しかも、最近是不動産や多額の資産を有している被後見人の場合には、後見人は身内の者のほか、弁護士、司法書士などをもうひとり後見人として選任されることが多い。

言ってみれば、本人たちと無関係の法律家が財産管理に介入するわけである。そうなると、相続税対策は被後見人のためのものではないとして、予定していた土地活用ができなくなることが多い。

J A組合員には、土地を大切に守り、代々の財産を次の世代に残したいという気持ちがある。しかし、選任される後見人、特に弁護士はこのような考え方をもち家に生まれた者は少なく、しかも、最近若手弁護士が選任されることが多いことから、「家の財産」という概念に乏しいケースが多い。

そうなると、成年後見を利用されてしまうと「家の財産」の確保という点との対立が生じてしまうことがある。それを回避するため成年後見を使わずに、子供たちの同意を得て土地の活用をするケースもある。確かに、子供たちが了解しているのなら当面の問題は生じない。

しかし、どんな人が土地活用に関与するかわからない。売買契約のときに親の判断力を伏せておいても、決済のときに相手方当事者に認識されてしまうと取引のトラブルにもなる。

J A職員からは、本当は成年後見は必要だが、子供全員が同意すればクレームをつける人もいないでしょうと説明していても、あとでトラブルになれば、J Aは子供の同意があれば大丈夫と言ったなどと、違った事実を前提にクレームの先をJ Aに向けてくることもある。

成年後見制度がある以上、安易に制度の利用回避をするべきではないが、制度の運用自体は必ずしも「家の財産」を守るという考えとは一致しない。

遺言で配偶者への財産を少なめにしていたケースがある。配偶者自身は遺言内容を了解していた。それは子供たちの対立があることから、自分の相続のときに争いが生じることが予想できたためである。

ところが、その配偶者はその後に判断力を失い、成年後見となり、弁護士が後見人に就任した。その後、相続発生となったが、後見人から長男に遺留分減殺の請求がなされてしまったケースがある。

何のために遺言書を作成してくれたのか、遺留分を配偶者に戻せば、次に再び相続争いとなってしまう。配偶者の面倒は長男が看っており、配偶者自身にも固有財産はある。したがって、配偶者の面倒を見る資力は十分である。それにもかかわらず、遺留分減殺を請求されてしまったのである。

理由は簡単である。後見人は被後見人の権利を守り、権利を行使する責務があり、これをしないことは職務怠慢となるからである。

こう考えると、「家の財産」など成年後見制度では全く考慮されていないのがわかる。

## ■ 今後について

このように、成年後見制度は被後見人の権利を守るという点では評価されるものの、被後見人の身内のことについては目は向けられていない。

前述の遺言のケースでは、配偶者に遺留分事前放棄許可を裁判所からもらっておけばいいのであるが、自分が将来、判断力がなくなるとは思っていないのに、この許可を取れとは言いがたい。しかし、これからはこういう対抗策がある以上、やっておくべきなのだろう。

相続が発生したとき、遺言書がなければ遺産分割協議となる。相続人の中に判断力のない者がいるときは、本来は成年後見となる。しかし、これを利用すれば後見人は法定相続分を主張する。その者の面倒は他の相続人が看ていくのに権利は主張されるのである。制度としては評価するが、硬直的に運用されると、弾力的な相続ができなくなってしまう。逆に、そのことが成年後見を利用しない方向になっているのではないかと推測する。

成年後見制度は最大限で尊重していくことが大切であるが、その被後見人の周囲の人々への影響を見過ごすこともできない状況である。

特に、弁護士が後見人として訴訟などをするにあたり、弁護士の費用を被後見人の財産（あるいは取得した財産）から支払われるという点が気になっている。

いろいろな権利を主張することで被後見人の権利は守られるかも知れないが、後見人に就任した弁護士が報酬のため不必要な権利行使をしないかが心配である。

具体的な解決策を示すこともできないが、最近の成年後見制度に関して感じていることを述べさせていただいた。



## 132. 家族信託について

(2015年8月号、No.197)

### ■ はじめに

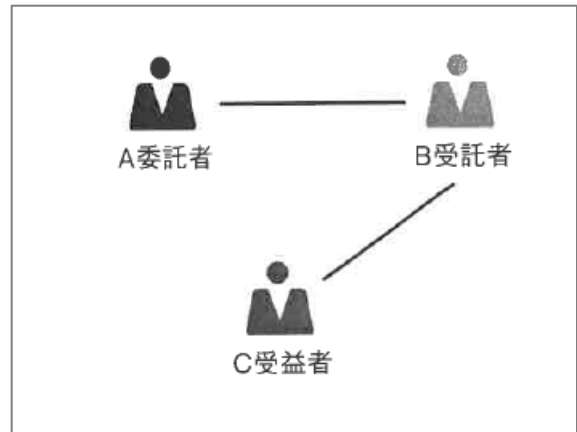
今回は、世間でいろいろと言われている「民事信託」あるいは「家族信託」について説明したいと考えます。

### ■ 遺言信託とは

遺言信託という広告が、毎日のように新聞に掲載されています。信託銀行も遺言書の作成のPRをするにあたり、遺言信託という表現を使用することもあります。

しかし、遺言書において信託行為をするというのであれば、遺言による信託という意味で「遺言信託」と言っているのかも知れませんが、実際に世間で行われている「遺言信託」はそうではありません。

実際に世間で行われている「遺言信託」と称するものは、遺言書を作成するにあたり、信託銀行が遺言執行者となり、作成された遺言書を保管し、相続開始後に遺言の執行をするというもので、遺言書を保管し、その内容を遺言執行者として実現させるというものです。したがって、「遺言信託」という表現は誤解を招くものと思います。



### ■ 民事信託の概要

Aが自分の財産を一定目的をもってBに預けます。

BはAの委託を受けてAの財産の管理・処分をします。

CはBの管理・処分から生ずる利益を受取ります。

信託制度の概要は以上のようなものが基本です。

例えば、Aが自分の財産から得られる賃料や財産を運用することで生じる利益をCに得させるものです。この場合、財産はB名義になり、BがAの委託を受けてAの財産の運用をします。

この運用によって得た利益を委託者であるAが受益者として受け取ることもあります。

今までは、Bの受託者には信託銀行などしかなれませんでした。法改正があり、利益を得る目的で反復継続するものでなければ信託銀行でなくても受託者になれることになりました。

Aが高齢で自分で財産の管理ができないようなときに、Aが息子Bに財産を信託譲渡してB名義とし、BがAの委託を受けて財産を運用し、その利益をAに取得させるというケースが考えられます。

この場合、A名義のままでBを代理人として財産運用をさせることもできますが、Aに判断力の問題が生じてしまうと、Bの財産管理権限の問題が生じます。

しかし、一度、信託をしておけば、財産はB名義になりますので、Aの判断力が後日問題となってもBの財産管理の問題は生じないこととなります。

## ■ 信託制度のメリット

1. 前述のように信託契約を締結して財産をB名義にしておけば、以後は信託の目的に従って受益者Cに運用利益がもたらされることとなります。  
Aの判断力に問題が生じて信託は維持できるわけです。
2. Aが自分を受益者としても、信託契約の中でA死亡後は妻を受益者にするとしておけば、A死亡後に妻に受益権が生じることになり、遺言で定めるのと同じような効果が生じます。
3. さらに、金融資産については受託者名義になることから管理・処分の方法が簡単になります。
4. また、受益者が死亡したあとに誰を次の受益者とするかを、予め決めることも可能です。遺言では自分の財産を誰が承継するかを決められますが、その者のあとを誰が承継するかを決める拘束力はありません。
5. 信託によって財産は受託者B名義となりますので、委託者Aの債務に対して差押えの対象とはなりませんし、受託者Bの個人的債務に対して差押えられることもありません。  
ただし、債権者の執行を免れる目的の信託は許されてはいません。

## ■ 信託制度のデメリット

1. 財産の管理・処分を委託するだけですので、前述のAの生活面での後見的効力は生じません。  
つまり、身上監護については成年後見の検討が必要となります。
2. 財産をB名義にするのですから、Bとの信頼関係は大前提です。  
B名義にすると言っても「信託譲渡」であることは不動産なら登記簿でわかります。したがって、勝手に売却などはできないのですが、財産管理から生ずる利益を受益者に受託者Bが必ず取得させることになるのかの保証はありません。これは代理権を与えたときも同じです。
3. 受益者は財産の管理・処分による利益を取得します。そのため、課税は受益者に対してなされることとなります。
4. 受益者に対しては委託者死亡のあと、遺留分減殺の問題は生じることとなります。  
受益者にしてみると、自分のものになっていない財産に対して遺留分減殺の追及を受けることになるわけです。

## ■ まとめ

以上のように、信託という制度は遺言に代わる機能を持つ制度であり、自分の死後も期間（30年）の制限はありますが、自分の財産に対して拘束力を与えることも可能です。

その意味で制度としては高い評価を与えていいとは思いますが。

しかし、反面で財産名義を受託者に変更することに対する抵抗感の問題、相続トラブルが回避できるわけではないという点は検討対象と考えます。

J A組合員の場合、古くからの財産の名義を生前に息子の名前で信託譲渡することへの理解をどうするのか、信託までしなくても、息子が財産を管理して老後の面倒をみってくれるのではないか、相続争いの防止策が信託ではないということを理解できるのかといった検討が必要です。

J A職員におかれては、信託の制度の概要を理解されたうえで、前述の検討内容を理解のうえで組合員の相談に対応して下さい。

## 133. 民事信託の注意点について

(2019年8月号、No.245)

### ■ はじめに

今回は適当な裁判例がないので、民事信託について、少し述べておきたいと思う。

民事信託については、信託法の改正以来、いろいろな文献や講習会などで、その有益性が示されている。

たしかに、身内により財産管理ができることは、信託会社に費用を支払って管理してもらうより、費用がかからない点や自分の財産を身内以外の会社に開示しなくてもいいという面があり、この点は信託制度の選択肢ができたと言える。

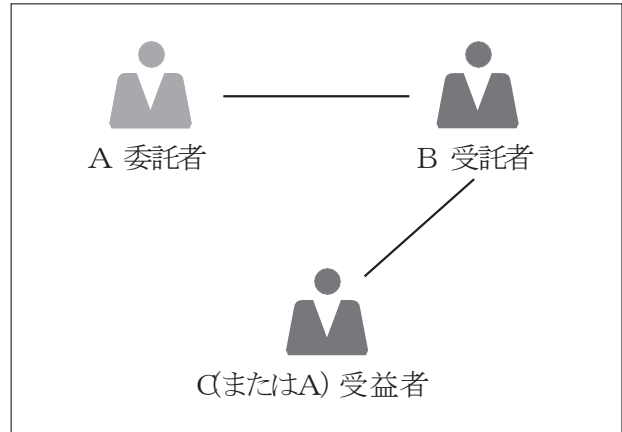
また、以下の点も有益である。

- ① 信託契約をしておけば、委託者（図ではA）の判断力に問題が生じても、信託自体の効力に影響は生じず、受託者（図ではB）は信託の内容にしたがって、Aの財産の管理や処分をして、受益者（図ではC又はA）に対して信託による給付行為をすることができる。
- ② Aの財産は信託譲渡をしてBに移転する。この場合、信託対象財産に対して、Aの債権者の差押はできず、Bの債権者のBに対する差押の対象にもならない。
- ③ Aは自分をはじめに受益者となることもできるが、Aの受益者の地位を信託契約で別の者（図のC）に移転させることもできる。
- ④ さらに、信託契約の中でCが死亡した場合の受益権の承継者を予め定めることができる。この点については期間の制限があるが、遺言ではできないこととされている。

すなわち、Aが遺言で自分の財産をCに相続させるとする内容を定めることはできるが、Cが死亡したらCが取得した当該財産をCはDに相続させなければならないとの遺言は、その効力に疑問があるとされている。

遺言には負担付遺贈と称されるものがあり、財産をある者に相続させるが、相続した人は何らかの給付行為をすることを義務付けられるものである。取得者Cが死亡するときには、その財産をDに相続させろというのは、負担付きの財産取得のようにも見えるが、Cの生存中の負担ならともかく、死亡の時の取得者を予めAが指定できるかは、やはり疑問とされている。（遺言でCが遺言者より先に死亡したときは、その財産はDに相続させるとすることは可能である。）

以上のような有益な点はあるが、以下の各点の問題点があるので注意されたい。



## ■ 注意点について

1. 信託の対象は信託契約で示された特定の財産であって、成年後見のように全ての財産が管理対象となっているわけではない。
2. Aが受益者でもあるとき、BはAに対して、例えば賃料を支払うなどの給付行為をすることになるが、Aは給付行為で得た所得に対して所得税の支払義務を負う。Aが賃貸物件の管理をBに信託し、賃料収入をAに取得させるとしたとき、AはBから賃料を支払ってもらうが、Aは得た賃料の税金を支払う。
3. Cに判断力がない場合、受託者BはCの税金の処理までする必要はないし、Cの賃料の管理をする義務もない。

このようなときには、Cに成年後見をつける必要があり、Cに判断力の問題があるときは、Cの成年後見を含めて財産管理を検討する必要がある。
4. 信託契約の終了は契約又は法律で定められているが、終了時における信託対象財産をどう清算するかを定めておく必要がある。
5. 財産についてAからBに名義変更されるが、Bに贈与税は課税されないし、信託管理の賃料はB名義で賃借人から取得するが、賃料はCが取得するのだから賃料についてBの所得税は生じない。
6. Cが受益者のときは、対象財産の受益権を取得したものとされ、Cに贈与税が課税される。信託開始がAの死亡時期のときは、Cに対して相続税が課税される。
7. 信託対象財産はB名義となることから、対象財産についての固定資産税はBの負担となる。ただし、Bは信託行為によって税金を負担することから、その税金分については、信託事務費用として信託財産から回収することはできる。
8. Cは賃料などの収入を得ることができるが、AにC以外の相続人がいる場合、C以外の相続人から遺留分減殺請求を受ける可能性がある。この点については、明確な裁判例はないが、Aの財産から賃料等の利益を取得するのだから、Aの生前から賃料を得ていたのであれば、賃料分についてAから生前に贈与されたと言えるし、Aの死亡時期にCの受益権が発生するのなら、その価額をAの相続で得たと言えることから、他の相続人との関係では、やはり遺留分の問題が生じるものと考えられる。
9. Bは信託財産を自分の財産と分別して管理する必要がある。

問題は預貯金の管理である。信託口座としての開設が分別管理からすると大切なことと考えるが、すべての金融機関でこのような口座開設ができるというわけではないのが現状のようである。

10. アパートの建設費のためのローンがあるようなアパートの信託の場合、BがAのローンを債務引受けして管理することが、Bとして管理しやすいことである。ただ、この点は金融機関との協議をする必要がある。

Bが新たに借り入れをしてAのローンを返済してしまうということも考えられるが、Aの相続開始のときにAの債務は存在しないものとして処理されるのかははっきりしない。

また、このような処理を金融機関のすべてで対応はしているわけではない。

11. 不動産はB名義となるから、Bに工作物責任が生じることになる。

建物によって第三者に損害を与えたときには、Bが工作物の所有者としての責任主体となる。ただし、ケースによっては、Bの管理が妥当なのに責任が生じてしまうようなときには、信託事務費用として信託財産から負担分の回収ができるのではないかと思う。

## ■ まとめ

以上のような注意点を述べてみた。

信託については、裁判例が少なく、特に遺留分との関係など明らかでない点が多い。

また、金融機関との協議が必要なことや、成年後見も常に検討対象となるなど、今後の検討対象も多い。

制度としては利点もあり、財産管理、財産承継の選択肢のひとつとしては重要な制度である。

## (7) 相続手続

### 134. 相続放棄の期間の起算点について

(2014年11月号、No.188)

#### ■ 事案

Aには子供3名（長男B、長女X1、二女X2）の相続人がいる（配偶者はすでに死亡）。

Aは平成22年8月8日に死亡した。

Aが死亡したときの財産は自宅の土地建物のほか、金融機関の担保に入っている不動産がある。

負債については、長男Bの借入れについての連帯保証があり、このBの借入れのため前記の不動産に担保が設定されていた。

Aは生前、すべての財産をBに承継させたいと述べており、X1、X2の両名もこれを了解していた。

X1は結婚のあと月2回くらいA宅を訪れる程度であり、X2は県外に嫁いでいる関係で、A宅には年1～2回程度しか訪れることはできなかった。

X1、X2としては、Aが一切の財産をBに承継させると言っていたことから、Aの死亡にともなって、Aの財産は当然Bが相続すると考えており、自分たちがAの財産を相続する考えはなかった。

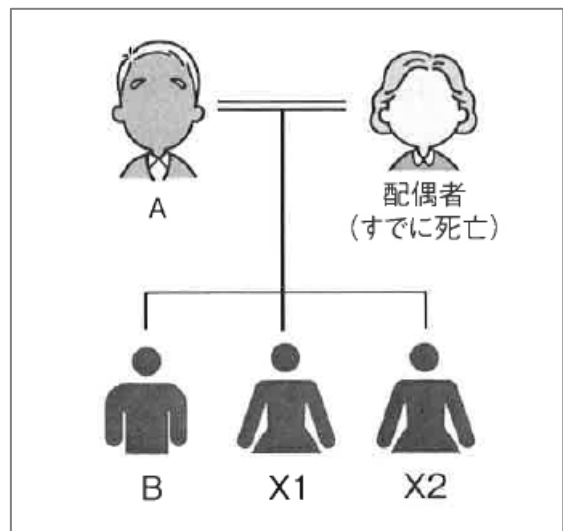
そのため、X1、X2はAの死亡を知ったあと、家庭裁判所に対する相続放棄手続をしていなかった。

平成24年になり、Bから、A名義の不動産をB名義にしたいとのことで、「遺産分割協議証明書」と題する文書に署名押印して欲しい旨の要請を受け、X1、X2はこれに署名押印した。

平成25年になり、Bは前記の借入金をAから相続した担保に入っている不動産を売却して返済しようと考えたが、担保権者（貸付債権者）からAの保証債務についてX1、X2も承知している旨の文書の提出を求められた。

Bはこの文書にX1、X2の署名を両名に無断でしたが、その後、このことを両名は知り、AがBの債務について保証債務を負担していることが判明した。

そこで、これを知った7日後にX1、X2は家裁に対して相続放棄手続をしたが、家裁はこれを却下したため、X1、X2が抗告をした。



#### ■ 判決

X1、X2の抗告に対して、東京高裁は以下のような決定をした。

- ① X 1、X 2 は、A 死亡のとき A の不動産の存在は知っていたが、A は B に一切を承継させる意向のあることを知っていた。そして、実際に B が A の一切の不動産を相続したことから、自分たちには相続すべき財産はないと信じており、そう信ずることについては、A との交流の状況からみて相当の理由がある。
- ② X 1、X 2 は「遺産分割協議証明書」に署名押印しているが、これは不動産名義を B に移転するだけのもので遺産分割協議がされたものではなく、この書面を作成したことで自己のために相続の開始があったことを知ったと認めることはできない。
- ③ 担保権者からの連絡などから、A の保証債務の存在を知ったときから相続放棄の 3 ヶ月の期間（熟慮期間）は進行する。
- ④ 本件の放棄手続は、この日から 7 日後であるので相続放棄の申述申立ては受理すべきである。

以上のような判断を示して X 1、X 2 の抗告を認めた。（東京高等裁判所平成 26 年 3 月 27 日決定、判例時報 2229 号 21 ページ以下参照）

## ■ コメント

本件は、相続放棄の熟慮期間の起算日に関する決定である。

民法 915 条は、自己のために相続の開始があったことを知った時から 3 ヶ月以内に放棄手続をしなければならないと規定し、この手続をしないと相続したとされてしまうことになる。

この自己のために相続の開始があったことについては、

「相続開始の原因たる事実及びこれにより自己が法律上相続人となった事実を知った場合」とされている。

具体的には、本件の場合、A の死亡の事実を知ることと、自分たちは A の子であるとの認識である。自分が法律上の相続人であるという法的認識が必要なのではなく、子であることを知れば足りるのである。

例えば、子のいる被相続人が死亡した場合、被相続人の尊属がすでに死亡していると仮定し、子が放棄手続を措いたことを知った被相続人の兄弟姉妹は、自分が法律上の相続人になっているとの法的理解はなくても、これらの事実を知れば「自己のために相続の開始があったことを知った」と言えるのである。

ところで、本件では、X 1、X 2 は A の財産は自分たちが相続せず、また、A の債務も存在しないと考えていた。

このケースに類似のケースとしては、父と子が長い間遠く離れて生活し、父は生活保護を受けていたが、死亡した場合、子が父に財産も負債もないと考え放棄手続をしていないとき、別居のあとに負担した連帯保証債務の支払いを求められたという事案がある。

このケースで最高裁判所は「相続人が、相続開始の原因たる事実及びこれにより自己が法律上の相続人となった事実を知った場合には、通常、右各事実を知った時から 3 ヶ月以内に、調査すること等によって、相続すべき積極及び消極の財産（以下「相続財産」という）の有無、その状況等を認識し又は認識することができ」としたうえで、「相続人が、右各事実を知った場合であつ



ても、右各事実を知った時から3ヶ月以内に限定承認又は相続放棄をしなかったのは被相続人に相続財産が全く存在しないと信じたためであり、かつ、被相続人の生活歴、被相続人と相続人との間の交際状態その他諸般の状況からみて、当該相続人に対して相続財産の有無の調査を期待することが著しく困難な事情があって、相続人において右のように信ずるについて相当な理由が認められるときには、相続人が前記の各事実を知った時から熟慮期間を起算すべき」ではないとし、熟慮期間は相続財産の全部又は一部の存在を認識したとき又は通常これを認識しうべきときから起算すべしとした。(最高裁判所昭和59年4月27日判決)

本件は、この最高裁判所の考え方に沿う判断のひとつではある。

ただ、前記の最高裁判所の事案は、財産が全くないと考えていた事案であるが、本件では被相続人に財産はあるが、自分は相続をしないので積極財産は取得せず、かつ、債務(消極財産)も全くないと考えていた事案で、事実は同一ではない。

これらの判断からすると、負債はなく、自分は資産を含めて全く相続しないと考えることに相当な理由があれば熟慮期間は進行せず、これらの事実と異なる事実を知ったときから起算されることになるということであろう。

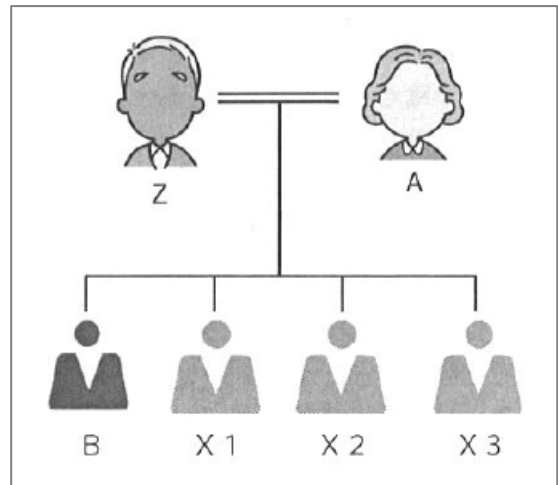
なお、3ヶ月の期間については、一般的に1回だけ、さらに3ヶ月の期間の延長が認められることもあるので、この点も検討されるべきであろう。

## 135. 相続放棄の熟慮期間の起算点

(2015年10月号、No.199)

### ■ 事案

- Z A夫婦にはB、X 1、X 2、X 3の4人の子供がいる。
- Zは自分の土地建物を所有し、その建物でかまぼこの製造販売をしていた。
- X 1、X 2は昭和42年と同44年の結婚後はZ宅から別居して生活しており、X 3も昭和44年ころ大学進学をして以後はZと同居していない。
- 昭和50年ころ、Zらの同業者が結成していた組合が借入れすることとなり、Zはその借入れの連帯保証人になった。
- 昭和63年6月21日、Zが死亡し、X 1、X 2、X 3は同日、Zの死亡を知った。
- Z死亡後、妻AはX 2に対して、家業を継続するため土地建物はAが相続したい旨の相談を受けたが、X 1とX 3はそのことは知らない。
- 家業は妻Aが継続することとなり、長男Bはこれを手伝うようになった。
- 平成8年、土地建物はA名義となったが、同11年にAは家業を廃業とし、同年には建物は取り壊された。
- 主債務者である組合は平成25年に破産した。
- そこで、債権者から今後の債務支払いについての説明会を開催したい旨の通知をX 1、X 2、X 3は平成26年5月13日に受領し、Zの保証債務の存在をはじめて知った。
- 平成26年7月23日、X 1、X 2、X 3は家庭裁判所にZの相続についての相続放棄の申述申立てをしたが、裁判所はこれを却下した。
- そのため、X 1、X 2、X 3が抗告を申立てた。なお、主債務の残債は元金だけで約5,077万円になる。



### ■ 判決

X 1ないしX 3の抗告に対して福岡高等裁判所は以下のように判断した。

「抗告人らは、被相続人が死亡した当日に死亡の事実を知ったが、上記事実を知った時から3ヶ月以内に限定承認または相続放棄をしなかったのは、被相続人に係る相続財産は全てAが相続するから、抗告人らが相続すべき相続財産が全く存在せず、かつ、被相続人に係る相続債務は存在しないと信じたためであり、上記事情からすれば、抗告人らがそのように信じたことについて相当な理由があると認められる。」

「以上のとおりであるから、本件において、熟慮期間の起算点は、抗告人らが被相続人に係る相続債務が存在することを知った時とすべき」

とした。

その結果、平成 26 年 5 月 13 日に前記通知を受けて、Z の連帯保証債務の存在を知ったのだから、熟慮期間の起算日は翌日の同年 5 月 14 日とした。そのため、その日から 3 ヶ月以内である同年 7 月 23 日の相続放棄申述の申立ては適法であり、受理すべきものとした。(福岡高等裁判所平成 27 年 2 月 16 日決定、判例時報 2259 号 58 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、相続放棄の熟慮期間の起算日に関する決定である。

民法 915 条 1 項は「自己のために相続の開始があったことを知った時から 3 ヶ月以内に」認定承認または放棄しなければならないとしている。

この「自己のために相続の開始」があったとは、自分が相続人になったと法的に知ることではなく、父が死亡した事実とか、直系尊属のない被相続人の子供がすべて放棄手続を措いたことを被相続人の兄弟姉妹が知った事実を指すとされている。

ただし、事実誤認などのため自分が相続人となったことを知らないときは、自己のために相続の開始があったことを知ったとは言えないという判例もある。問題は、自分の父が死亡したことは知っていたが、財産も負債もないと考えていた場合である。

まず、この熟慮期間は相続をするか否かを調査して検討する期間であるから、一般の家庭で親子間にも大きなトラブルもないようなケースでは、熟慮期間は父の死亡から起算されると考えられる。

一般の家庭でも、被相続人の財産や負債について詳しく知っているケースはあまり多くないことから、そのために調査期間が必要とされることから、原則は死亡を知った日から起算(正確にはその翌日)となる。

また、この期間は裁判所に申立てることで期間延長も可能である。一般的には 1 回のみで最長 3 ヶ月間の延長と考えられる。(なお、はじめの熟慮期間内に申立てる必要がある。)問題は、親子の関係が疎遠で、お互いの交流がないようなときである。

父母が離婚して母に育てられた子が、父の死亡を知ったときのケースである。あるいは、父が子の小さいころに家出してしまい、以後、何ら音信がなかったような場合である。

最高裁判所は昭和 59 年の判決で、被相続人に財産が全くなく、そう信じるに相当な理由があるときは、財産の全部または一部の存在を認識し、または認識できるときから起算すべきだとした。

このケースは父子の交流が全くなく、父には財産も負債もないと考えられていたとき、父の債権者から父は保証人だったとの通知を受けた事実である。

本件の場合、X 1 ないし X 3 は遅くとも昭和 44 年には Z と別に生活していたこと、Z の保証債務の負担が別に生活したあとであること、Z の財産は A がすべて相続すると考えられたこと、そして、Z には負債はないと考えられたことから、熟慮期間は Z の保証債務の存在を知った時から起算すべきだとしたのである。

このように、最近の裁判所の熟慮期間の起算日については、被相続人の財産の全部または一部の存在を認識し、または認識すべき時だとする考え方になっているようであり、この財産には積極財産だけでなく、負債など消極財産を含めて理解されていることから、負債を知った時からなら放棄手続が可能とするケースもあると理解されている。

ただ、負債を知ったときと言っても、負債がないと考えるに相当な理由がなければならない。

したがって、人が生活すれば生じるであろう若干の負債などは対象外であろうし、調べればすぐにわかるようなものも別であろう。

例えば、被相続人の通帳をみれば、ローンの引落しがあることが明示されているようなときは別と考えることになろう。

本件の場合、ZとX1らとの間に何らかのトラブルがあり、父子の交流が全くなかったというケースではない事案であるが、Zの組合の保証債務であることなども配慮した結果の判断と思われる。

相続開始後、予想外の負債を認識したときは、財産の相続や財産の処分をしていなければ、放棄手続の検討をするべきであろう。(財産を相続してしまったときは放棄はできないと考える。)

## 136. 相続放棄と保険金請求権

(2015年12月号、No.201)

### ■ 事案

Aには妻との間に3人の子がおり(B、C、Xの3人)、Aは生前、Y保険会社との間で3,000万円の死亡保険金の契約をしていた。

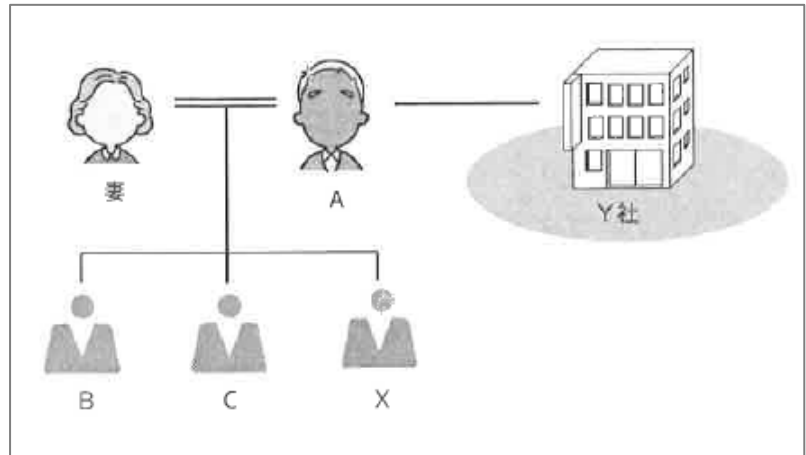
AとY会社の保険契約では、死亡保険金の受取人は「法定相続人」とされていた。その後、Aが平成23年4月5日に死亡した。

3人の相続人のうち、BとCの2人はAの生活本拠地を管轄する家庭裁判所に相続放棄の申述を申立て、各人の申述は同年6月6日に受理された。

XはY会社に保険金の支払請求をしたが、必要な添付書類の不足と保険金の支払いにあたっての代表者選任届にBCの署名もなかったことから、Y会社は保険金の支払いを留保した。

XはY会社に対して保険金請求に必要な添付書類を追完したが、Y会社は3人連名での請求を要請。これに対してXは、3人連名は困難であること、Y会社がXに保険金額の3分の1のみを支払うことは納得できないと主張した。

Y会社担当者はBとCに保険金請求について連絡を入れたところ、BとCの両名から保険金を請求するつもりはない旨の署名押印のある書面での回答がY会社に対してなされた。そのため、Y会社はXに対して保険金額全額をXに支払えないとしたため、XがY社を相手にBとCの保険金を含める全額の支払を求める訴えを提起した。



### ■ 判決

Xの前記主張に対して、第1審の裁判所は以下のように判断した。

1. 生命保険契約で保険金の受取人を

「相続人」と指定した場合、特段の事

情のない限り、保険事故発生の際の相続人を受取人として指定したと考えるべきである。

2. この場合、保険金請求権は保険契約の効力発生と同時に、相続人の固有財産となり、Aの遺産から離脱している。

3. そのため、B、Cが相続放棄をしても、すでにAの死亡のときに保険金請求権が具体化しており、B、Cの固有財産となっているのだから、B、Cが相続放棄をすることはB、Cの保険金請求権の得喪には関係がないことであり、しかも、他の相続人にも影響はしない。

4. したがって、B、Cが相続放棄しても、各人の法定相続分である3分の1の割合に応じた保険金請求権が、それぞれXに移転するわけではない。
5. また、B、Cが各人の保険金請求権をY会社に対して放棄したとしても、それはB、Cの請求権をXが取得することにもならない。

以上のように判断して、XはY会社に対して3分の1相当額の保険金を請求できるだけであるとした。(平成26年12月16日、神戸地方裁判所尼崎支部。なお、本件は控訴されている。判例時報2260号76ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件の前提として保険金の受取人が「相続人」と指定された場合、相続人は保険会社に対して固有の権利として保険金請求権を取得することは知っていると思う。一度、被相続人が保険金を取得して、これが相続されるのではなく、相続人が直接に保険会社に対して保険金請求権を取得するのである。(このことを保険会社請求権を原始取得すると称している。)

そして、原始取得する保険金は法定相続分が原則である。

しかし、保険金の受取人が「法定相続人」とされているとき、平成6年7月18日の最高裁判所の判決では、各人の受取金額は民法427条の可分債権の条文の各人平等ではなく、特段の事情がない限り、相続分の割合で保険金を取得すると考えるのが保険契約者の通常の意味に合致するとしている。

そうすると、B、Cは相続放棄しているのだから、相続分というものはなく、結果としてXが全部の保険金請求権を取得するのではないかという疑問も生じる。ただ、この考えが妥当だということになると、受取人は保険事故発生と同時に保険金請求権を原始取得するという考え方、つまり、相続放棄しても保険金請求は可能だとする考え方と矛盾してしまうことになる。本件は、この点をどう考えるかを示した判決ということになる。

この判決ではすでに説明したように、相続放棄をしたBとCには保険金請求権を固有の財産として取得されていること、また、前述の平成6年の最高裁の判決は特段の事情のない限り、法定相続分に応じて保険金請求権が相続人に取得されるとしており、本件ではAに特段の事情、例えば相続放棄した者がいるときはその分は他の相続人に帰属させるという事情があったとは認定できないとしたのである。

また、さらにBやCの固有財産である以上、Y会社に対しての保険金請求権を放棄しても、そのことは原則としてXには関係ないと考えたのである。

本件の判決は今までの最高裁判所の考え方からすると、ある程度は予想されたものではあるが、受取人が法定相続人とされているのに、相続人ではなくなった相続放棄をした相続人に保険金請求権があるのかと疑ってしまうこと、保険金請求権を放棄したときでも、その分を他の相続人が取得できないのか、取得できないとすると保険会社はその分の保険金の支払いが消滅するということになっていいのかという疑問に応えたものと言える。ただ、本件は控訴されており、控訴審での判断に注目したいものである。

受取人が相続人と指定されているときには相続を放棄しても保険金の請求は原則として可能であるので、被相続人に多額の負債があっても、高額な保険金を受け取ることは可能である。

しかし、被相続人の債権者としてみると、自分の貸付金の請求は放棄した相続人に請求できないのに、相続人に高額な保険金取得されていることに腹立たしい思いを持つことがある。その

ため、相続人に対して法的には仕方ないが、被相続人の借金を支払わないことは社会的には許されないことだとして支払を迫ることもある。

この社会的には許されないとの主張に負けて借金の支払いをしてしまうと、法定単純承認として相続の放棄が否定され、その他の被相続人の債権者による支払いを求められるということにもなりかねない。

もし、相続放棄をしたうえで、保険金を請求するのであれば、この主張に負けない気持ちを持つことが重要である。

## 137. 再転相続における熟慮期間の起算点

(2020年9月、No.257)

### ■ 事案

A社は借主B社に対して貸付金の支払いを求めるとともに、連帯保証人であるC外4名に対しても支払いを求め、これを認める判決が平成24年6月7日に言渡され、同判決は確定した。

連帯保証人Cは、判決言渡直後の平成24年6月30日死亡した。

Cには妻と子がいたが、これらの者は平成24年9月にCの相続を放棄した。

その結果、Cの兄弟姉妹に法定相続権が生じたが、弟であるD以外はすべて相続放棄手続をとったが、DはCの死亡も知らないまま、同年10月19日に死亡した。

Dには妻と子Yがいて、YはDの死亡のことは同日知っている。

A社はB社等に対する債権を平成27年にX社に譲渡し、同年11月2日、X社はCへの承継人であるYに対する承継執行文の付与を受けた。

同年11月11日、執行文の謄本がYに送達され、YはDがCの相続人であり、この地位を自分が承継していたことを知った。

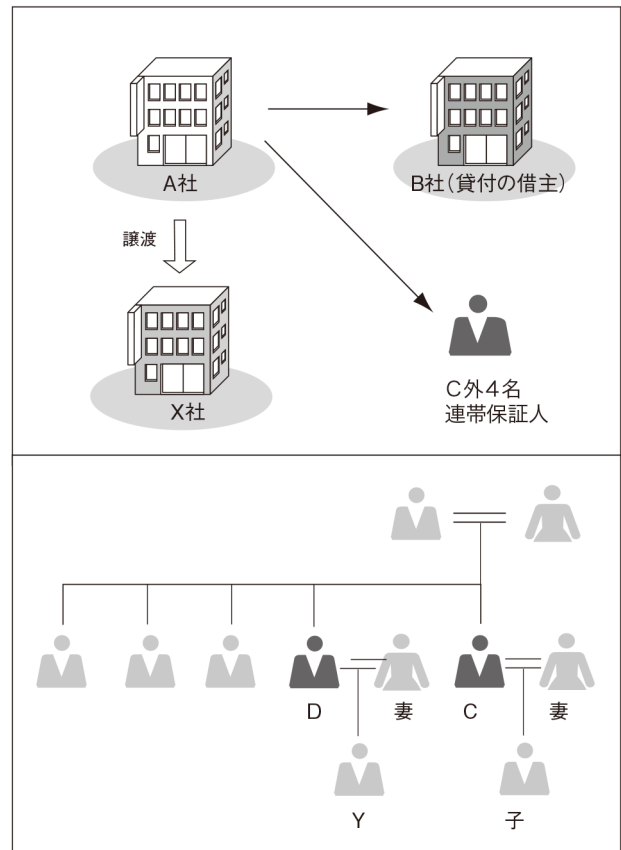
そこで、Yは平成28年2月5日、Cからの相続について相続放棄の申述をし、2月12日、申述が受理された。

そのため、YはX社に対して執行文付与に対する異議の訴えを提起した。

### ■ 判決

この裁判に関して、最高裁は以下の判断を示した。

「民法916条にいう「その者の相続人が自己のために相続の開始があったことを知った時」とは、相続の承認又は放棄をしないで死亡した者の相続人が、当該死亡した者からの相続により、当該死亡した者が承認又は放棄をしなかった相続における相続人としての地位を、自己が承継した事実を知った時をいうものと解すべきである」として、本件では、Yは、平成27年11月11日の承継執行文の送達によってDからCの相続人としての地位を自己が承継した事実を知ったことになるから、Cからの相続にかかるYの熟慮期間の起算日はこの送達の日からということになり、同年2月5日の相続放棄手続は有効となるとした。その結果、X社によるYに対する執行は





認められないとした。(最高裁判所令和元年8月9日判決、金融法務事情 No. 2144、46 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は再転相続の熟慮期間に関する判決である。

民法 915 条は「自己のために相続の開始があったことを知った時から」3ヶ月以内に放棄手続きをしないと放棄は認めないとしている。

この内容は、相続開始の原因事実を知っただけではなく、それによって自分が相続人となったことを知ることだとされている。

また、この熟慮期間については、被相続人が死亡したことは知ったが、長い間交流もなく、生活状況からみて財産も負債もないだろうと思われるようなときに、そのまま手続きをしないでいたら、保証債務を負っていたことをあとで知ったという場合には、それを知ったときから起算するというケースも例外的に認められている。

本件は、Yは父であるDの死亡の事実は知っており、Dの相続は放棄していない。

しかし、DはCの相続人であるものの、Cの相続について放棄も承認もせずに死亡しており、Yはこのことを知らないでいたときに、DはCの相続放棄についての熟慮期間はいつから起算するかが本件の争点となっている。

民法 916 条は「相続人が相続の承認又は放棄をしないで死亡したときは、前条第1項の期間は、その者の相続人が自己のために相続の開始があったことを知った時から起算する」と規定する。

これは、本件で言うとCの相続人Dが熟慮期間中に承認も放棄もしないで死亡した場合は、Dの相続人Yが、はじめの相続、つまりCについて相続をするか否かを定める熟慮期間の起算日を、Y自身が自分のために相続開始のあったことを知ったときとした条文である。

つまり、この条文の結果、はじめの相続を放棄しても次の相続の承認はできることになる。本件で言えばCの相続は放棄するが、Dの相続は承認するということである。

本件Yもこれをしたのであるが、問題はすでにDについてCの相続の熟慮期間が経過してしまっていたことである。

この点、そうなってしまえば、もはやCの相続の放棄はできないとする考えと、それではYにあまりに酷ではないかとする考えもある。

本判決はこの部分について、後者の考えを採用している。つまり、YがDのためにCの相続開始があったことを知ってから、熟慮期間を起算すべきであるとした。

本判決の理由には、本件Yは自己のためにDからの相続が開始したことを知ったからと言っても、当然にDがCの相続人であったことを知り得るわけではないこと、また、YはDからの相続により、Cからの相続について承認又は放棄を選択し得るDの地位を承継しているものの、Y自身において、DがCの相続人であったことを知らなければ、Cからの相続について承認又は放棄のいずれかを選択することができない。YがDからCの相続人としての地位を承継したことを知らないのに、YのためにDからの相続が開始したことを知ったことをもって、Cからの相続にかかる熟慮期間が起算されるとすることは、Yに対して、Cからの相続の放棄、承認をする機会を保障する民法 916 条の趣旨に反するとしている。

再転相続は多くないが、熟慮期間についての最高裁判所の判断を示す案件として、本誌で紹介することとした。

## 138. 相続の放棄の撤回・取消について

(2021年1月、No.261)

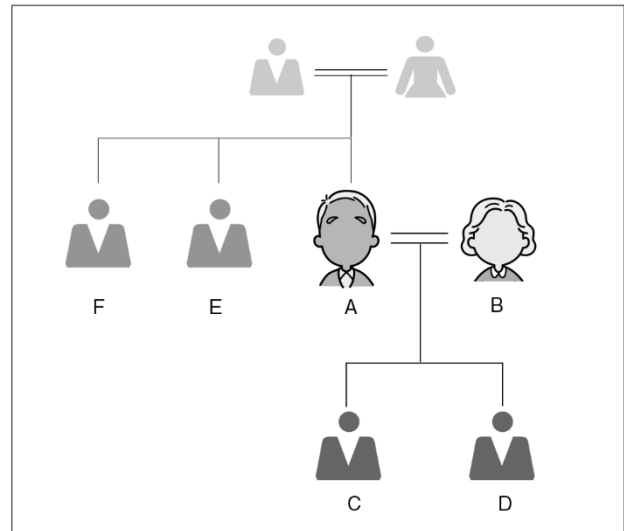
### ■はじめに

相談を受けた相続の放棄の撤回・取消について説明をしたいと思う。

説明のための家系図で、Aが今回死亡した被相続人とする。

Aには妻Bと子CDがいる。また、Aの実父母はすでに死亡しており、Aの兄弟にはE Fの2名がいる。

こういう状況下でAは死亡。Aの財産としては自宅の土地建物と若干の預貯金、負債はほとんどない。



Aの子CDは二人で話し合い、母であるBが自宅に居住していることから、Bに土地建物や預貯金をすべて相続してもらおうと考え、家庭裁判所に対してAの相続について放棄する旨の手続をとった。

ところが、放棄手続きのあと、自分たち子供が相続を放棄すると、Aの兄弟であるEFに相続権が発生することを知った。

CDとしては、遺産分けでBが紛争当事者になることは避けたいと思うが、すでに手続をした相続放棄を撤回することはできないだろうかという相談がある。

### ■相続の放棄の撤回・取消

① 民法919条は以下のような内容を規定している。

- ・ 3ヶ月のいわゆる熟慮期間中でも、相続の放棄、承認は撤回できないこと。
- ・ ただし、民法総則の規定や親族法の規定で取消することはできること。
- ・ この取消は追認できる時から6ヶ月間行使しないと時効で消滅すること。放棄、承認から10年経過したときも同様であること。
- ・ 取消をしようとするときは、その旨を家庭裁判所に申述しなければならないこと。

以上の内容である。

つまり、放棄をしてしまうと撤回はできないが、民法総則や親族法の規定で取消をすることはできる。ただし期間は6ヶ月又は10年であり、家庭裁判所に対する申述手続が必要となる。

② 民法総則の規定で取消となる場合としては、未成年者による単独の放棄、成年被後見人の放棄、被保佐人による単独の放棄、詐欺、強迫による放棄のほか、今回の民法改正で錯誤による放棄も対象となった。

親族法によるケースとしては、後見監督人の同意のないケースなどである。

## ■従前の錯誤による撤回について

民法の改正前には錯誤によって放棄したとき、この放棄は錯誤によるものだとして無効にできるかの議論がなされていた。

改正前の民法では、錯誤が取消の対象ではなく無効とされていたため、民法 919 条の規定対象とは明記されていないことによる。

この点、従前は錯誤無効について裁判所の考えは、いろいろであるが、最高裁判所は錯誤の条文は相続放棄にも適用があるとしている（最高裁昭和 40 年 5 月 27 日判決）。

## ■今回の民法改正

今回の民法改正では、錯誤は取消の対象とされている。ただし、すべての錯誤が取消の対象とされたわけではない。

民法 95 条は以下の内容である。

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、それが①意思表示に対応する意思を欠く錯誤又は②表意者が法律行為の基礎とした事情についてその認識が真実に反する錯誤のときは、その意思表示は錯誤として取消ができる。

ただし、前記②の場合、その事情が法律行為の基礎とされていることが表明されていなければならない。

さらに表意者に重大な過失によって錯誤が生じたときは取消できない。

以上のような内容である。

つまり、単に思いちがいがあったというだけではだめで、錯誤の内容が目的や取引の社会通念からみて重要であり、しかも、その錯誤の基礎となる事情が表明されていることが前提となる。いわゆる動機に錯誤があっても、その動機が少なくとも表明されていることが必要となる。

## ■本件の対応

そこで、今回の相続への対応である。

C Dは自分たちが放棄手続きをすれば、Aの遺産はすべてBが相続できると考えて、その手続きをしたが、法律の規定では、そうしてしまうと、Aの兄弟であるE Fが相続人として登場してしまうということを知らなかった。

C Dとしては、自分たちの目的とはちがってしまう結果になるのだから、この放棄は錯誤として取消できないかとして、家庭裁判所に申述申立てをすることになる。

ただ、はたしてC Dの申立ては認められるのであろうか。

まず、CDの放棄に錯誤はあるのかの問題があるが、これは後述することとして、CDの錯誤は単なる動機に錯誤があるのであって、そもそもCDの動機は表明されていたかの疑問がある。

放棄手続にあたっては、放棄の動機（原因）を書く項目があり、負債が多いとか、自分の生活が安定しているとかの記載はあるが、Bに財産を相続させたいというような項目はなく、CDが申立てにあたって、このような記載をしたかの疑問がある。もし、していないとすると、CDの放棄の動機が表明されていないこととなり、錯誤による取消の要件を充足しない。

さらに、そもそも錯誤と言えるかの疑問もある。

EFの存在がないものだと考えて放棄をしたところ、EFが存在していたというのなら、事実関係に錯誤は存在する。

しかし、この件ではEFの存在をCDは認識しており、単に法的効果の判断を誤ったと言うにすぎない。

言ってみれば、法律のことを知らないことが原因で、今回の放棄に至っていることになる。

もし、こういう法律を知らなかったという主張が認められるのであれば、法律を知らない者が救済される社会となってしまふ。一面では保護も必要かも知れないが、何も知らない人が救済される社会というのも、とても変な社会である。

刑法でも「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない」（刑法38条3項本文）という規定がある。

今回の件も同様だと考える。

子が相続放棄すれば、第2順位の父母、父母がいなければ兄弟に相続権が移動するということを知らなかったというだけであり、放棄の前提となる事実関係に誤認はない。

そうすると、本件はそもそも錯誤はないと裁判所で判定されるか、仮に錯誤としても動機に錯誤があるだけで、その動機の表明はないとして放棄の取消は認められないだろうと推測する。

## 139. 遺贈の放棄について

(2020年12月、No.260)

### ■ はじめに

今回は適当な判例がなかったので、実際の担当案件を通じて調査した内容をもとに、受遺者による遺贈の放棄について説明したいと思います。

遺言は遺言者が一方的に自分の財産を相続人や第三者に取得させようとする制度である。そのため、受遺者とされた者の中には、財産取得を望まない者もいる。そこで、遺言については民法で放棄に関する条文が設けられている。

民法 986 条 1 項

「受遺者は遺言者の死亡後、いつでも遺贈の放棄をすることができる」

遺贈を放棄できる旨の条文であるが、この遺贈とはすべての遺言を対象とするのであろうかの問題である。

### ■ 特定遺贈のケース

遺言には特定遺贈と包括遺贈とがある。

特定遺贈は取得させる財産を特定している内容であり、包括遺贈は「すべての財産を遺贈する」とか、あるいは、財産の取得割合を示して遺贈する場合を指す。たとえば、「長男 A には全財産の 3 分の 2 を、次男 B には 3 分の 1 を遺贈する」というようなケースである。

まず、民法 986 条 1 項は特定遺贈を対象とする条文であると理解されている。そのため、特定遺贈の受遺者は、遺言者死亡のあとは、いつでも遺贈を放棄することができる。遺贈を放棄すると同法 986 条 2 項によって、その放棄の効果は遺言者の死亡時にさかのぼって効力が生じることから、その放棄対象財産は遺産分割の対象となる。(ただし、放棄したときに備えて遺言者が遺言でその財産をどうするかが表示されているときは、それに従うことになる。)

放棄の方法に定めはないので、何らかの形でその意思表示がなされればよく、通常は他の相続人(遺贈義務者)又は遺贈執行者を相手に意思表示をする。

相続開始のあとなら、放棄をする期間制限はない。ただ、民法 987 条で遺贈義務者その他利害関係人は受遺者に対して相当の期間を定めて、その期間内に受遺者に対して、承認又は放棄をするように催告ができ、その期間内に受遺者による意思表示がないときは承認したとみなされる。

なお、遺贈の放棄又は承認は撤回できない。

ところで、特定遺贈の受遺者が相続放棄をしたときはどうなるであろうか。相続放棄をしても受遺者であることにかわりがないことから、対象財産を取得することができると考えられている。

そうすると、遺言者に多額の負債があるときに、特定遺贈の受遺者が相続放棄をすると、負債も財産も相続はしないが、遺贈の対象財産は取得できることになる。そのため、遺言者と受遺者が共謀して、相続は放棄して遺贈を受けて、債権者の債権回収を困難にさせたときは、遺贈について詐害行為取消(民法 424 条)などの議論は出てくるが、そういう事情がないときは、負債は承継しないが、特定の財産を取得できることも考えられるのである。

## ■ 包括遺贈のケース

包括遺贈の受遺者は相続人と同一の権利義務を有するとされる（民法 990 条）。そのため、包括遺贈の受遺者は負債も承継することになる。そのため、包括遺贈の受遺者が相続人でないとき、負債を免れるためには、受遺者は遺贈を放棄する必要がある。この放棄については、相続人と同一の権利義務を有することから、3ヶ月以内に家庭裁判所で遺贈の放棄手続きをとる必要がある。この点が特定遺贈の放棄とは異なる点である。

包括遺贈の受遺者が相続人である場合には、相続自体の放棄と包括遺贈の放棄とをしないと、負債の承継が生じてしまうことになるので注意が必要である。放棄については、前述のように3ヶ月以内に家裁に手続きをすることになる。

## ■ 相続させる旨の遺言のケース

最近では相続人に対する遺贈にあたっては「相続させる」と表現するケースが多い。

この「相続させる」の意味は遺産分割方法の指定であり、相続によって当然に受遺者に財産の承継させる効果があるものとされている。この表現を使用すれば、受遺者は単独で登記手続きができるというメリットもある。

ただ、この「相続させる」旨の遺言の受遺者が遺言による財産取得を拒否したいとするケースもある。

筆者の担当した案件でも、遺産はいらないと申し出てきた受遺者（法定相続人）がいる。

この場合、どう対応したらいいのであろうか。

過去の判例の中には、相続させる旨の遺言によって、対象財産は受遺者に当然に承継されており、受遺者が放棄したとしても、その部分は遺産分割の対象とはならないとした事案もある。（東京高等裁判所平成 21 年 12 月 18 日）そのため、遺言による財産はいらないと主張していても、放棄はできないと判断されたわけである。

しかし、いらないと言っているのに無理やり取得させてしまうというのは、どうなのかということから、放棄を認めてもいいのではないかという考え方もある。

ただ、学説としての主張なので、実務的には放棄はできないという前提で考えることになる。

そこで、一般的には「相続させる」遺言の場合、対象となる特定の遺産をどうするかを相続人全員で協議をして決めることにすることが多いようである。具体的には、その対象財産については遺産分割協議の対象として、別の相続人に取得させるなどの内容であるが、その放棄したい相続人の考えによっては、相続放棄手続もとってもらい、遺産分割協議を残りの相続人で行うということもあろうと考える。

筆者の担当した案件も、相続放棄をされたことから、対象財産については、他の相続人で分けてもらって構わない旨の了解を得たうえで、残りの相続人において遺産分割をした。

ただ、心配なのは税務面である。

「相続させる」の効果が、受遺者に当然に財産が承継されているとすると、放棄したい相続人に確定的に財産が帰属したことから、他の相続人の財産取得は相続ではなく、放棄したい人からの承継ではないかと構成されないかということである。この点は実務上の疑問が残るところである。

## 140. 受遺者による遺贈の放棄

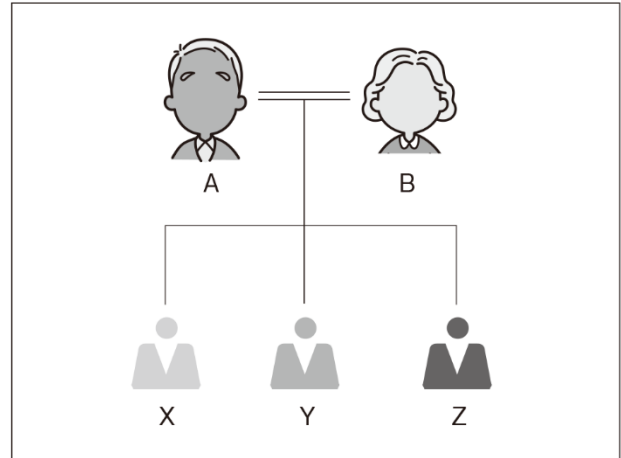
(2020年8月、No.256)

### ■ 事例

今回は適当な裁判例がなかったので、実際の相談例から紹介したい。

紹介する事例自体は文献に出ているものを紹介し、コメントの中で私が受けた相談例を交えて解説したい。

- ・ A B 夫婦間には子供 X Y Z がいる。
  - ・ B はすでに死亡しており、A が公正証書遺言を作成。
  - ・ 遺言の内容は「甲不動産を Y に相続させる」というもの。
  - ・ A の遺産としては、甲不動産のほかに預貯金がある。
  - ・ A 死亡後、X が遺産分割の調停の申立てをした。この調停、審判の手続きのなかで、Y は甲不動産はいらないと述べていた。
  - ・ そして、家庭裁判所では、遺産分割の審判として、A の財産を X Y Z に各 3 分の 1 に分配することとし、その分配内容として、Y には甲不動産と A の預貯金の一部、X と Z には残った預貯金を A の遺産額の 3 分の 1 相当額になるように分配した。
  - ・ 要するに、X Y Z に対して遺産額が各自 3 分の 1 になるように考え、ただし、Y には A の遺言の趣旨を尊重して、甲不動産を取得させ、3 分の 1 の価額に不足する分を預貯金で調整したという内容である。
- これに対して、X Y 双方で不服申し立てをした。



### ■ 裁判例

X Y 双方の不服申し立てに対して、東京高裁は以下のような判断をした。

#### ○ Y による遺贈の放棄について

東京高裁は「相続させる」との遺言は、その遺言書の記載から遺贈であることが明らか又は遺贈と考えるべき特段の事情のない限り、当該遺産を当該相続人をして単独で相続させる遺産分割の方法が指定されたものと解すべきであり、その遺言において相続人による承継を当該相続人の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せず、当該遺産は、被相続人の死亡のときに直ちに相続により承継されるとした。

その結果、本件ではAの遺言が「甲不動産をYに相続させる」と記載されており、その承継をYの意思表示にかからせてはいない、つまり、相続するか否かをYの考えに任せるとはされていないことから、甲不動産はA死亡のときにYが取得していることになるとしている。

そのため、甲不動産はYが確定的に取得しているから、遺産分割の対象とはならない。それなのに原審では甲不動産を遺産分割の審判の対象、つまり、遺産分けの対象としている点で誤りがあるとした。

## ○預貯金について

預貯金については可分債権であるから、遺産分割の対象とはならず、XYZが各3分の1の法定相続分に応じて取得しており、Yに一部のみ取得させている点でも誤りがあるとした。(本判決は平成21年の判断であり、当時、預貯金などの可分債権は法定相続分に応じて当然に分割されるのが原則とされていた。)

(平成21年12月18日東京高等裁判所決定、判例タイムズNo.1330、203ページ以下参照。)

## ■コメント

筆者は最近、この事例と似た事案を担当している。

被相続人には子供が3名おり、多くの不動産が相続対象であるが、そのうちのひとりが、遺言で示された自分に相続させるとされている不動産はいらぬと言い出してきた。

筆者は遺言執行者である他の相続人の代理人である(遺言執行者の代理人ということ)。

そして、この相続人は今回の相続に関与したくないとも言っている。財産の中にアパートがあり、これはもうひとりの相続人が負債とともに承継することになっていることから、このもうひとりの相続人への免責的債務引受けをすることになるが、面倒なことはしたくないとのことである。

まず、「相続させる」とある遺言の受遺者が、対象財産の承継を拒めるかであるが、諸説がある。放棄不可とする説、放棄可とする説、相続人全員の同意があれば遺言と異なる遺産分割協議も可とする説である。

今の裁判所の考えは明確ではないが、最後の説の考え方に立つようである。

つまり、本件でYが甲不動産をもらう遺言を拒否したいのなら、XZの同意を得て、Aの遺産についてXYZで遺産分割協議をせよということである。

そのため、現在、相談を受けている案件も、残りの相続人が了解するのなら、その放棄したい人がもらう予定の財産を含めて被相続人の遺産について、遺産分割協議をする予定である。

この場合、放棄したい人がもらう予定の財産のみの遺産分割協議にするのか、すべての財産を対象とするかははっきりしないので、全財産について遺産分割協議書を作成する予定である。

なお、免責的債務引受については、その放棄したい人の協力がなければ、その人に対して法定相続分の債務の請求がなされることになるから、今後、こうなること、あわせて遺産分割協議への協力が必要なことを説得したいと考えている。



遺言執行者としては、その人が遺産取得を希望しないとしても、民法改正後の相続であれば、職権で相続登記は可能であるが、本人がいないと言っているのに職務だからと言って登記していいか否か判断に迷うところである。

今のところ「遺言執行しないでくれ」との文書をもらい、他の相続人の意向を確認したいと思っている。

以前、公正証書遺言の執行にあたり、相続人間で協議され、不動産の取得者を変えて欲しいと言われたことがある。この場合、全員から「遺言執行をしないでくれ」との文書を入手し、遺産分割協議書を作成して相続を完了した。要するに、遺言で取得したのではなく、遺産分割協議で取得したとしたわけである。

なお、民法986条は「受遺者は、遺言者の死亡後、いつでも、遺贈の放棄をすることができる」と規定する。これは、特定遺贈を対象とする条文とされており、本件のような「相続させる」を含まないとされていたのである。

## 141. 遺言執行者の権限について

(2008年11月号、No.116)

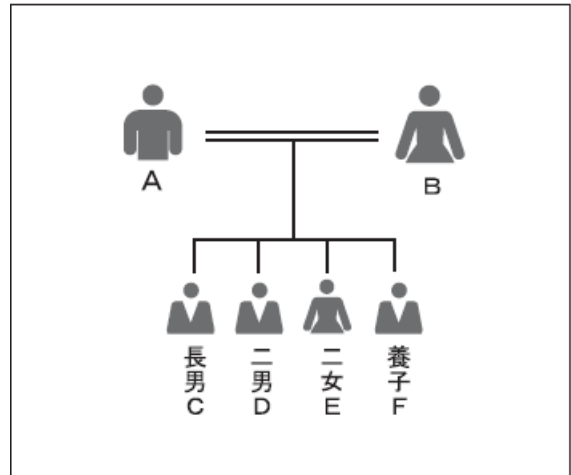
### ■ 事例 1

Aは平成19年に死亡し、同人の相続人は妻Bのほか、養子を含めた子供4名の合計5名である。

Aは公正証書遺言を作成しており、不動産を長男Cに相続させ、預貯金については換金したうえで、遺言執行費用等の費用を控除した残金を妻Bや他の相続人に相続させる内容となっていた。

遺言執行者は信託銀行とされていたが、妻BはAの遺言内容は自分の遺留分が充足されていないとして、長男Cに対し遺留分減殺請求を予定していた。

そこでBはCに対する遺留分減殺請求をする前に、Cが遺言で預貯金を相続したと主張して預貯金を金融機関から取り立てる危険性があるとして、Cに対して処分の禁止（具体的には金融機関からの取立て等の禁止）の申立をした。

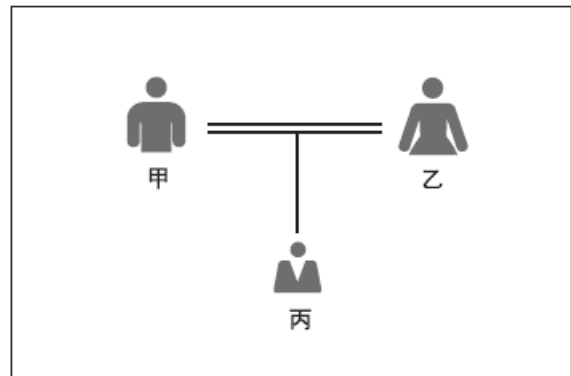


### ■ 事例 2

甲は平成19年に死亡したが、その前年に公正証書遺言を作成していた。

その内容は長男丙に不動産を全て相続させるものであり、妻である乙が相続できる財産は記載されていない。遺言執行者には信託銀行が指名されている。

そこで、妻乙は長男丙と遺言執行者に対して遺留分減殺請求の通知を送付するとともに、長男丙を相手方として各不動産に対して妻乙の遺留分である4分の1に関して処分禁止の仮処分の申立をした。



### ■ 判決

事例1に関して、広島高等裁判所は保全の必要性がないとした。その理由とするところは、遺言執行者が選任されていても本件では長男Cが裁判の相手方となる適格自体は否定できないが、遺言執行者が選任されているときは遺産に関する処分権限は遺言執行者にあり、相続人が処分行為をしてもその効力は生じないのだから、長男Cを相手方とする保全の必要性はないというものである。

これに対して事例2では、同じ広島高等裁判所は長男丙に対する保全の必要性はあるとした。理由とするところは以下のとおりである。

本件のような相続させる旨の遺言の場合、不動産の引渡しなどを遺言執行者の職務として明記した以外はその不動産の管理や引渡しをする義務が遺言執行者にはない。

したがって、本件の不動産についての訴訟の当事者としての適格は相続人であり、遺言執行者ではない。そうであれば長男丙に対して申立てた本件請求についての保全の必要があれば、その申立ては適法であるというものである。(事例1については、判例時報1999年77ページ以下参照。事例2についても同号81ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は同じ広島高等裁判所がともに「相続させる」旨の遺言があるケースで、預貯金のときは相続人相手の保全処分は認めないとし、不動産のときは認めるとした事案であり、ともに遺言執行者が選任されていたケースである。

「相続させる」の意味については、現在の解釈として、不動産については遺言の効力が生じるとともに、直ちにその権利が承継されるもので、遺言執行の余地は原則としてないとされている。

したがって、不動産について遺言執行者に登記手続をする義務はない。

本件の事例2はこのことから、相続人である長男丙に不動産の権利が承継され、遺言執行の余地がない以上同人を相手に保全の申立て(つまり、財産を勝手に処分などしてはいけないという仮処分)をすることは適法だとしたわけである。

しかし、事例1の場合には預貯金の換金が遺言執行者の義務とされているケースであり、預貯金の現金化には遺言執行の余地はある。

ところが事例1の決定では遺言執行が終了するまでは、相続人が処分行為をしても効力が生じないから、相続人に対する保全の必要性はないとして保全裁判の相手方としての資格が相続人にあるのか、遺言執行者にあるのかははっきりしていない。

このように遺言執行者が選任されたとしても、同人が全て遺産に関しての処分権限を有するわけではなく、法的には義務のない行為、つまり、法的に遺言執行の余地のない行為も存在することを理解されたい。

なお、「遺贈する」とされるケースで財産の名義変更ができないときは、受遺者は執行者を相手に訴訟をすることになる。(この点、「相続させる」というときは、その受遺者が単独で登記できる。)

## ■ 民法の改正

民法改正で、改正法施行の後作成された「相続させる」の記載のある遺言について、遺言執行者がいるときは、遺言執行者は単独で不動産の登記申請手続ができるようになった。また、不動産については、登記の先後で権利の優劣が決まることになったことから、遺言執行者が登記手続きを怠っている間に、第三者の登記がされてしまうと、責任問題に発展する可能性が生じるようになった。

## 142. 遺言執行者の権限(預貯金払戻請求)

(2012年12月号、No.165)

### ■ 事案

Aには先妻Bとの間に子供CDE、後妻Fとの間に子供G、別の女性Hとの間に子供IJがいる。

「Aは自筆証書遺言を二通作成しており、一通にはAの金融資産について、Gに5分の1、IとJとに各5分の2を相続させると記載し、別の一通ではIとJとはAの子であることを認知する旨が記載されている。

なお、どちらの遺言にも遺言執行者としてX弁護士が指名されている。

Aは平成23年4月に死亡し、遺言書の検認ののち、遺言執行者に就任したXは、Aと取引のあったY銀行に対して預金の払戻請求の問い合わせをした。

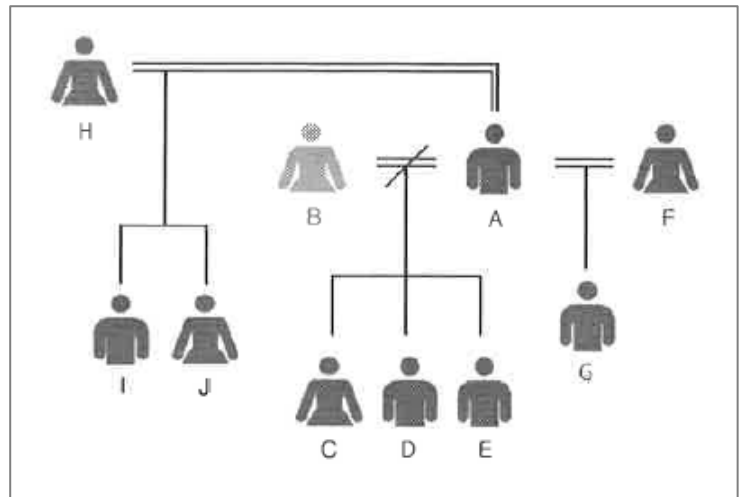
これは、Y銀行が作成していた相続手続きの書面に遺言執行者が選任されている場合、遺言執行者の自署捺印のほか、相続人全員の自署捺印が必要な場合がある旨が記載されているが、本件では、相続人全員の自署捺印が得られていないことによる。

「Xの問い合わせに対して、Yは回答を留保したが、遺言執行者であるXは、Yに対して預貯金の払戻請求をした。(なお、この時点では、先妻Bとの間の子CDEについては相続を放棄するか否かを検討中であった。)

Y銀行の担当職員らは、Xに対して署名していない相続人の自署のお願いをしたり、相続人宅を訪問したりして相続届への署名押印の考えを確認したりしたが、相続人全員の署名押印を得られなかった。

「Yとしては、遺言執行者に預貯金の払戻請求権限があるか否か明確でないことから、二重払いのリスクを考えると、相続届への相続人全員の署名押印のない現時点では、預貯金の払戻しに応じることはできない旨の回答をした。

そこで、XがYを相手に預金の払戻請求と請求日の翌日から年6%の損害金の支払いを求めるとともに、第二次請求として払戻しを拒否したことは不法行為として、払戻請求金額に弁護士費用30万円を加算した金額とこれに対する請求した日から年5%の損害金の支払いを求める訴えを提起した。



## ■ 判決

Xの訴えに対して、東京地方裁判所は以下のような判断を示した。まず、遺言執行者であるXに預貯金の払戻請求権があるかについて、裁判所は遺言執行者には、その権限があるとした。

預貯金債権について、相続させる旨の遺言がされた場合、遺言の受益相続人は、直接、金融機関に預貯金の名義書換請求や払戻請求をすることはできる。

しかし、金融機関によっては、遺言書があっても相続人全員の承諾等を証する書面や印鑑証明書の提出を求める取扱いを原則としているところも少なくない。

このような場合、相続人全員の協力を得る行為は、遺言の執行に必要な行為として遺言執行者の職務権限に属すると考えられることなどから、遺言執行者に預貯金債権の払戻権限を認めることは、遺言者の意思に反するものではないとした。

したがって、遺言執行者Xによる払戻請求に応じなかったYには履行遅滞があることになるとして、預金元本と払戻請求日の翌日から支払い済みまでの年6%の損害金の支払いをYに命じた。

次に、不法行為の点については、Yが払戻を拒否したとしても、そのことが直ちに不法行為としての違法性を有するとは認められないとした。

理由としては、支払いに応じない場合は債務不履行責任が生じるのであって、この場合の損害額は法律の定めがない限り、約定または法定利率をもって損害としており、取り立て費用は請求の対象外とされている。つまり、履行拒絶自体が公序良俗に反するべき事情が存するなど、高度の違法性が認められる例外的な場合ではないと金銭債務の履行拒絶が不法行為に該当するとは言えない。

本件の場合、遺言執行者に預貯金の払戻請求権があるか否かの判断は下級審ではわかれていること、他の遺言書の存在の有無などは金融機関にはわからないことなどから払戻請求に慎重な態度で臨んでも、その立場には一定の合理性を見出すこともできること。

以上から、Y銀行による払戻拒絶は不法行為に該当しないとした。(東京地方裁判所平成24年1月25日判決、金融法務事情 No. 1958、108 ページ参照。)

## ■ コメント

本件は、遺言執行者に預貯金の払戻請求権はあるのかという問題と、あるとすると金融機関が払戻しに応じないのは不法行為になるのかの二つが議論された事案である。

まず、遺言執行者の払戻請求については、判旨の中にあるとおり、受遺者自身よっての払戻しも理論上は可能であることから、遺言執行の場面はなく、払戻権限はないのではないかという問題である。

これについて、本件では相続届への署名を得るなどの行為は、遺言を執行するための行為であるから、遺言執行者自体による払戻請求権は認めてもいいとした。

ただ、一般的には相続届への相続人に署名を求めているケースも多いようであるが、遺言執行者による払戻請求があると、原則としてはこれに対応しないと、本件のように損害金の支払いを命じられることも考えられる。

ただ、別の遺言があるので、遺言執行者による払戻しは止めてくれなどのケースでは、払戻しに応じなくても損害金が生じないのではないだろうか。

なお、本件では払戻しを拒絶したことを不法行為として、預金の払戻のために必要な弁護士費用を損害として、不法行為請求をしたケースである。

支払いを拒否することで、直ちに不法行為とはならないと考えられており、こういう場合には履行遅滞による損害のみの責任しか生じないと考えられている。そして、その損害も原則として、約定または法定利率である。この意味の本判決でYの不法行為責任を否定したことは妥当と言える。

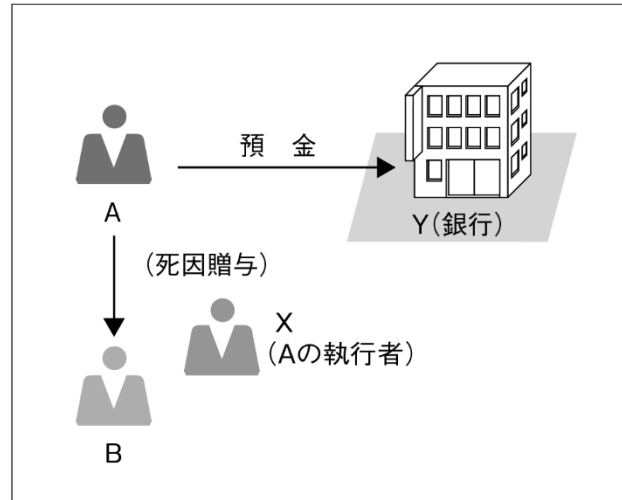
ただ、弁護士という同じ職業に就く者として、Xの言いたい気持ちは一応の理解はできる。

## 143. 死因贈与における執行者の権限

(2022年6月号、No.278)

### ■事案

- AはBとの間で令和元年9月5日、負担付死因贈与契約を締結（書面作成。）
- 内容はAの有する財産すべてをBに贈与する。
- 贈与については、Aの死亡によって効力が生じる。
- ただし、Bは〇〇に財産の一部を寄付すること。
- この死因贈与契約の履行の執行者にXを指名する。



以上のような負担付死因贈与契約をAはBとの間で締結した。

- A死亡のあと、執行者に指名されていたXは、Y銀行に対してA名義の預金の払い戻しを求めた。
- これに対して、YはAの有している預金は譲渡禁止の特約があることや、公正証書によらない死因贈与契約では執行者の指名ができないなどと反論し、Xからの払い戻しを拒否した。
- そのため、XがYを相手にA名義の預金の払い戻しを求める訴えを提起した。

### ■判決

本件で問題となったのは以下の各点である。

- ① XはYに対して預金の払い戻しを求める当事者となり得るか。
- ② 本件預金には譲渡禁止特約があるので、死因贈与契約のうち、本件預金の部分の効力は認められるのか。
- ③ Yによる払い戻しは信義則に反するのか。

以上について、東京地裁は以下のような判断を示した。

- ① 「遺贈に関する規定の準用が認められていることからすれば、死因贈与契約の贈与者は、当該契約が公正証書によるか否かを問わず、当該契約によってその執行者を定めることができるというべきである」したがって、Xには本件訴訟の当事者となり得る。
- ② 預貯金債権を死因贈与することは、債権の同一性を変えることなく、契約によって債権を移転することだから債権譲渡にあたる。そのため、譲渡禁止特約のある本件預金については、Bは死因贈与によって本件預金を原則として取得できない。

③本件でYが払い戻しを拒否したことは信義則に反しない。

以上を理由に、XのYに対する請求を棄却した。(東京地方裁判所令和3年8月17日判決、判例時報No.2513号、36ページ以下参照。本件は控訴されている。)

## ■コメント

1. 本件は譲渡禁止特約付の預金債権の払い戻しにあたり、死因贈与契約の実現のため執行者が指名されたとき、この執行者の権限と、死因贈与と譲渡禁止の優劣が問題となった案件である。
2. 死因贈与については、民法554条は以下のように規定する。

「贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与については、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する」

この条文は最近の民法改正のときにもそのままにされた条文であり、死因贈与と遺贈の規定との関係が明確でないまま、今日に至っている。

民法の我妻先生の文献によると、準用されるのは遺贈の効力に関する規定とされている。根拠は相続人に帰属する財産の処分という実質を有する点であり、遺贈が単独行為であることによる規定は準用すべきではないということである。そのため、遺贈の方式、能力、承認、放棄の準用はない。

遺言の効力(民法986条から990条を除く)は準用される。受遺者が先に死亡したとき、遺贈の効力は生じない旨の規定は準用される。

遺贈の撤回の規定は準用されないと考えるとされている(民法講義 債権各論 236ページ以下、我妻栄著)。

以上からすると、遺言執行者の選任については遺言の能力、方式ではないことから、死因贈与でも執行者の選任が可能か否かの問題が生じてくる。

本件はこの点について、死因贈与契約でも執行者の選任は可能で、選任にあたっては公正証書による必要はないとした。そして、A名義の預金をBが取得するためには、預金の払い戻しあるいは名義をBに変更するという行為が必要であり、このことは死因贈与の執行に必要な行為だから、執行者の権限として、これらの行為を執行者ができるとした。そのため、執行者は当事者として銀行に対して預金の払い戻しを求める権限がある。

3. しかし、譲渡禁止特約のある預金なので、死因贈与は譲渡にあたり、A名義の預金を死因贈与を理由としてB名義にすることはできないと判断した。
4. そして、Yが払い戻しを拒否しても、AはBに本件預金を遺贈することも可能であったり、Aの相続人にB名義とする事の同意を求めることもできたのだから、Xの請求を拒否することは信義則に反しないとした。
5. 死因贈与については、本連載の2016年11月号にも説明している。

死因贈与と遺贈の規定の準用を整理すると以下になる。

①遺贈の方式の準用はない。

②遺贈の能力の準用はない。死因贈与は契約なので成人に達しないと取り消しの対象となる。



③遺贈は遺言者死亡のあと、受遺者がいつでも放棄できるとの規定の準用はないと考えられているが、判例が分かれている。

そのため、贈与者死亡のあと受贈者による放棄が可能か否かは契約の中に明示しておくことが大切。ただし、書面によらない死因贈与については、民法 550 条で履行前なら取り消しは可能。

④受遺者が先に死亡した場合には遺言の効力は生じないが、死因贈与の受贈者が贈与者より先に死亡した場合、我妻先生は、遺贈の規定の準用があるので、死因贈与の効力は生じないとする。

この点も明確な判例はない。下級審の中には効力は認められるとするものもある。

したがって、契約の中に受贈者が贈与者より先に死亡したとき、贈与の効力をどうするかを明示しておく必要がある。

⑤死因贈与において執行者の選任も可能である。(この点、前述の我妻先生の本にも、遺言の執行に関する規定は検認手続きを除き準用されると明示されている。)

## 144. 相続開始後の遺産の処分について

(2020年11月号、No.259)

### ■ はじめに

昨年7月に改正された民法の相続のうち、相続開始後の遺産の処分に関する説明をする。

### ■ 事例

- ・相続人は子供A Bの2名。
- ・被相続人の遺産は預貯金2000万円。
- ・Aは生前、2000万円の生前贈与を受ける。
- ・Aは相続開始後、遺産である預貯金1000万円を引き出している。

以上の事例で遺産分割をどうするかを考えると、今までの考え方では以下のようなになる。

- ・遺産分割の対象となる遺産は遺産分割時に存在している財産である。
- ・遺産はそのため(2000万円-1000万円)の1000万円、これにAへの特別受益2000万円を加算して、遺産分割の対象は3000万円が前提。
- ・これをA B各2分の1の法定相続分は1500万円。しかし、Aは特別受益2000万円あるので、今回の取得分は0。

また、Bは1500万円になるはずだが、遺産は1000万円しかないので、Bは1000万円取得。

- ・遺産分割ではAは0、Bは1000万円ではあるが、Aは生前2000万円もらっており、しかも、1000万円の引出しがあるので、結局、Aは3000万円をもらっているのと同じになる。

Aが1000万円を引き出したことに対して、BはAに対して不法行為あるいは不当利得の請求は可能だが、請求できる範囲はBの法定相続分の限度となる。

本事例だと、A B各人の法定相続分は各2分の1なので、BがAに請求できる金額は1000万円の半分の500万円。

仮に、AがBに500万円を支払っても、Aの手取りは3000万円500万円の2500万円。Bは1000万円+500万円の1500万円。

どうしても不均衡になる。

### ■ 改正

以上のようなことから、今回の民法が改正されることになった。(因みに遺産分割にあたって、いつの時点の遺産を前提とするかについて、相続開始時説と遺産分割時説とがあり、通常は遺産

分割時説を採用している。すなわち、遺産分割のときに現存する財産が遺産分割の対象としているのである。なお、遺産分割のときに処分された遺産の代償財産があれば、その代償財産は遺産分割の対象に含めて分割内容を考えることになる。)

## 民法 906 条の 2

第 1 項 「遺産の分割前に遺産に属する財産が処分された場合であっても、共同相続人は、その全員の同意により、当該処分された財産が遺産の分割時に遺産として存在するものとみなすことができる。」

第 2 項 「前項にかかわらず、共同相続人の一人又は数人により同項の財産が処分されたときは、当該共同相続人について、同項の同意を得ることを要しない。」

すなわち、相続開始のあと遺産が処分されても、相続人全員の同意があれば、その処分された財産は存在している遺産として分割協議の対象とできるとしたのである。

そして、その処分した者が共同相続の一人又は数人のときに、その者の同意を得ることはむずかしいことから、その者の同意は不要としたのが、第 2 項である。

これを前提に前述の事例を検討する。

B が同意をすると以下になる。

遺産の預貯金は 2000 万円。問題は、これを前提にどのような分け方をするのかである。

従前は、①A の引出した 1000 万円は A がすでに取得したものとみなして扱う。

②A の引出した 1000 万円は A が保管しているものとしてみなして扱う。

③A の引出した 1000 万円は A への特別受益としてみなして扱う。

などの対応をとっていた。

今回の改正では、遺産分割の審判の主文で、A が引き出した 1000 万円の帰属について言及されることになった。

A が引き出しているケースでは、主文は①引き出した 1000 万円は A が取得する。②現存する 1000 万円の預貯金は B が取得する。③A は B に代償金 1000 万円を支払う。ということになる。

預貯金は 2000 万円と計算し、A の生前贈与が 2000 万円であるから、遺産分割の対象は 4000 万円。これを法定相続分で分割すると、A B 各 2000 万円。A は生前贈与があるので、2000 万円を控除して 0 円。B は 2000 万円。本件では、A が 1000 万円引き出しているのを、これを代償分として A から B への支払いを命じる、ということである。

その結果、A B とも手取りは各 2000 万円ということになる。ただ、計算上は平等にはなるが、B は A から代償金の回収が実際に可能かの問題がある。A は預貯金を引出して何かに使ってしまうと、そのお金は存在せず、A の資力によっては B は A からの回収ができないことになる。

## ■ 注意点

このように、今回の改正は実質的に平等になるように考えられたものであるが、注意をする点がある。

①前述の回収の可能性の問題。

②相続開始後の財産処分、例えば、葬儀費用にあてる目的での預貯金の引出しについて、どうするかである。

相続人全員が葬儀費用は遺産から支払うべきものだから、という考え方で遺産分割に応じてくれるのなら問題ない。

しかし、最近は葬儀費用は喪主の負担だと主張するケースもあり、裁判所の考え方も各家庭の事情がいろいろであることから、葬儀費用の負担者を一律に誰であると判断できてはいない。

もし、改正法を前提とすると、葬儀費用を引出した者に代償金の負担が課されるということもあるかも知れない。

もし、そうなったとき、遺産分割の審判としての判断であるので、葬儀代を負担した相続人はその費用は各自で負担すべきだとして、別途、不当利得などを理由とする訴訟を提起することになるのだろうか。

このあたりについては、今後、検討されることかと思われる。

最高裁判所の判断で預貯金も原則として遺産分割の対象となったことから、特定の相続人が預貯金の引出しをすることは本来認められないことになった。

しかし、そうは言っても緊急の支払いもあり、他の相続人の署名押印をもらっている時間的余裕がないこともある。対応がむずかしい問題である。

## 145. 民法の改正 – 特別の寄与 –

(2019年4月号、No.241)

### ■ はじめに

今回は「特別の寄与」について説明する。

今回の民法の改正では、「第9章. 特別の寄与」の項目が新設された。条文としては1050条である。

内容は、被相続人に対して無償で療養看護その他労務の提供をしたことにより、被相続人の財産の維持又は増加について特別の寄与をした被相続人の親族は、相続の開始のあと、相続人に対して寄与に応じた額の金銭の支払いを求めることができるというものである。

### ■ 請求権者

被相続人に対して無償で療養看護その他労務の提供をした被相続人の親族である。

「親族」であるから、民法725条の6親等の血族、配偶者、3親等内の姻族ということであろうが、相続人、相続の放棄をした者、相続欠格事由に該当する者、廃除によって相続権を失った者は除かれている。

上記の親族のうち、請求ができる者は、被相続人に対して無償で療養看護その他労務の提供をして、被相続人の財産の維持又は増加について特別の寄与をした者でなければならない。

つまり、①無償であること。②療養看護その他の労務の提供をしたことで、③被相続人の財産の維持又は増加をしたこと。④そして、このことに特別の寄与をしたことが要件である。

この内容は相続人に認められている寄与分に近い考えであろうと思われる。

### ■ 請求の方法

前記の者（条文では特別寄与者と称している）の請求相手は相続人である。

相続人が数名いるときは、全員に対して特別寄与料の請求をすることになり、特別寄与料について相続人全員を相手に協議をすることになる。

この場合、相続人各自がどう負担するかは自由は、おそらくあると思うが、原則は各相続人の相続分に応じて特別寄与料の負担を各相続人が負うこととなる。

もし、協議が成立しないときには、特別寄与者は家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる。

この場合、家庭裁判所は、寄与の時期、方法及び程度、相続財産の額その他一切の事情を考慮して、特別寄与料を定めることになる。

この裁判所に対する申立てには、申立て期限の制限があり、特別寄与者が相続の開始及び相続人を知ったときから6ヶ月を経過したとき、又は相続開始の時から1年を経過したときには、申立てができないとされている。

## ■ 裁判手続

申立てをする裁判所は相続開始地の家庭裁判所となっている。

すなわち、被相続人の生活の本拠地を管轄する家庭裁判所である。

申立てに対して、裁判所が相当と認めれば、相続人に対して金銭の支払いを命じることになる。この判断に対して、申立人及び相手方は即時抗告をすることが可能となる。

また、この処分についての審判又は調停の申立てがあったとき、保全処分を命じて、金銭の支払の確保を図ることもできる。

## ■ 特別寄与料の内容

改正された民法の条文によると、特別寄与料の額は被相続人が相続開始の時に有していた財産の価額から遺贈の価額を控除した残額を超えることができないとされている。

つまり、遺産の価額が例えば1億円であり、この遺産についてすべて遺贈の対象として相続人らに取得させる遺言があったときには、特別寄与料は認められないということになる。そうではないケースであれば、特別寄与料が認められることもある。

この場合の寄与料の金額については、今後、裁判所の判断によることになるが、民法改正のときに示された文献によると以下の計算方法が示されている。

第三者の日当額×療養看護日数×裁量割合

第三者の日当額としては、介護報酬基準額を参考として考えるようである。身体看護のケースや生活援助のケースなどその内容によって金額の基準がある。

療養看護日数は実際の日数ということである。1日1時間として、日数は1日で考える。(この場合、日当額の算出が時間給で考えているので問題はない。)

裁量割合とは、日当額の計算が有資格者によるものであることを考え、そうではない親族が療養介護をしたことから減額をする割合である。

実務的には、0.5~0.8 が一般的とされており、前述の日当額×日数によって算出された金額の半分から8割の間の金額をもって、特別寄与料となる。

ただ、こういう計算で算出された金額を前提に、前述のように一切の事情を考慮して裁判所が判断を示すわけである。

## ■ 注意点

今回の特別寄与料は相続権のない親族のそれまでの活動に対して、相続を原因として金銭的な評価をして、その経済的な補填をするというもので、その内容自体は評価できるものである。

ただ、認められるためには、特別の寄与が必要とされており、単に同居していただけでは当然には認められないであろう。このことは、通常の寄与分でも同様である。

また、寄与分についても、民法 904 条の2 第3項では相続財産の価額から遺贈の価額を控除した残額を超えて寄与分が認められていないのと同様に、特別寄与料についても認められていない。

そのため、遺言の対象が全財産のときは、特別寄与料は認められないということになる。

もし、死亡した子どもの配偶者に対して、何らかの財産を取得させたいと思うときには、財産すべてを遺言の対象としてはいけないということになる。

そして、特別寄与料が認められるか否かの問題もあることから、遺言でその者に財産を取得させることの方が妥当であろうと考える。

J Aの組合員の家庭でも特別寄与料の問題が生じる可能性のあるケースも多いと思う。

民法の改正法施行後の相続にあたっては、この問題を頭の中の一応入れておくといいと思う。

なお、現在の民法では相続人不存在の場合、事実上の夫婦とか、事実上の親子のようにして生活していた者に対して、裁判所に対して申立てをすることで、遺産の一部を国庫に帰属される前に取得できる特別縁故者の制度はある。

相続人がいるときは、親族であれば、特別寄与料の制度を利用し、相続人が不存在であれば、特別縁故者制度の検討ということになる。

親族でなければ、特別寄与料の対象とはならず、相続人不存在のときに特別縁故者としての請求の検討ということになる。

## (8) その他

### 146. 令和3年民事基本法改正（その2）

(2021年11月号、No.271)

#### ■はじめに

今回は、令和3年の民事基本法改正のうち、相続に関する部分の説明をする。

#### A. 相続登記申請等の義務化について

- ① 相続登記については、従前、登記をつける義務はなく、また、設定するとしても登記費用（登録免許税）が高いことなどから登記未了の物件が多かった。

今回の法改正で、相続で不動産を取得した相続人に対して、自己のために相続の開始があったことを知り、かつ、その所有権を取得したことを知った日から3年以内に相続登記の申請を義務化した。この義務を正当な理由なく怠ると過料10万円に処せられる。登記の申請の義務化であり、登記をつけることの義務化ではない。

この義務の対象は、相続した者のほかに遺贈で取得した相続人（相続人が対象）、遺産分割によって法定相続分を超えて所有権を取得した者を含む（ちなみに遺贈で所有権を取得した相続人は、単独で登記申請が可能となる。）。

- ② 相続人による登記申請義務化の実効性を確保するため、相続人申告登記制度が設けられた。これは、相続人が3年の期間内に相続が開始した旨を登記官に申し出ること、前記①の申請義務を履行したとする制度である。

申告があると登記官は相続人の住所氏名等を職権で付記する。申告にあたっては、申告した相続人が被相続人の相続人であることがわかる戸籍謄本を提出すればよく、他の相続人に関する資料は不要である。なお、この申告のあと遺産分割協議が成立したときは、遺産分割の日から3年以内に登記の申請をする必要がある。

- ③ 相続登記の申請義務化と言っても相続不動産の把握が必要となる。

そこで、特定の被相続人が所有権登記名義人として記載されている不動産の一覧をリスト化し、証明する所有不動産記録証明制度を創設した。

この制度の利用ができるのは、所有者自身のほか、被相続人その他被承継人にかかる証明については、相続人その他承継人が利用可能となる。

- ④ 所有名義人の死亡情報については、住基ネットなどから取得した情報にもとづいて登記官が登記に死亡の事実を符合で表示することとした。



⑤ 住所等の変更登記の申請も義務化され、変更のあった日から2年以内に変更登記の申請をすることが義務化され、これを怠ると5万円以下の過料に処せられる。

この義務化にともない、登記官が他の公的機関から情報を取得することが可能となっている。ただし、登記名義人が自然人であるときは、DV被害等の視点から、法務局から当該自然人に確認をし、了解を得たときに職権で変更登記をする。

⑥ その他、国外にいる所有名義人との連絡をとるために、国内における連絡先を登記することや、登記簿の付属書類の閲覧について正当な理由がないとできないようにした。

⑦ これらの改正のうち、相続登記申請の義務化と相続人申告登記については、公布の日（令和3年4月28日）から3年以内、所有不動産記録証明制度、符号表示、住所変更登記の申請については5年以内に施行される。

## B. 遺産分割の見直し

① 相続開始から長年経過している遺産については、法定相続分又は指定相続分とすることとなった。

具体的には、相続開始から10年を経過した場合、法定相続分又は指定相続分（遺言で指定した割合）で各相続人が取得することとなり、特別受益の議論、寄与分の議論はできないことになる。これにより、早期に遺産分割の協議を促すことになる。

② ただし、10年経過前に相続人が家庭裁判所に遺産分割の請求をしたとき、あるいは10年の期間満了6ヶ月以内に遺産分割の請求ができないやむを得ない事由が相続人にあった場合（被相続人が遭難して死亡していたが、その事実を確認できなかった）、その事由の消滅時から6ヶ月経過前に、家庭裁判所に遺産分割の請求をしたときは、10年経過しても法定相続分又は指定相続分になることはない。

また、10年経過しても、相続人全員が具体的相続分で分割する合意をすることは可能。

③ この遺産分割の見直しの改正は、改正法施行前の相続も対象となるが、経過措置があり、施行から5年の猶予期間がある。

(1) 相続開始時から10年経過時又は改正法施行時から5年経過時のいずれか遅いときまでに相続人が家庭裁判所に遺産分割請求をしたとき。

(2) 相続開始時から10年の期間（相続開始時から10年の期間満了後に改正法施行時から5年の期間が満了するときは改正法施行時から5年の期間）満了前6ヶ月以内に、遺産分割請求をすることができないやむを得ない事由が相続人にあったときは、その事由消滅から6ヶ月以内に家庭裁判所に遺産分割請求をしたとき。

以上の(1)、(2)のときは具体的相続分となる。

④ この遺産分割の見直しの改正法の施行は公布の日から2年以内である。

### C. 遺産の共有者の所在が不明な場合の処置について

- ① 相続開始時から 10 年を経過したときは、共有者は裁判所の決定を得て所在等不明相続人（氏名不特定を含む）の不動産持分をその価額に相当する額の金銭を供託した上で取得できる。
- ② 相続開始時から 10 年を経過したときは、共有者は裁判所の決定を得て、所在等不明相続人以外の共有者全員により、所持等不明相続人の持分を含む不動産全体を、所在等不明相続人の持分に相応する価額を供託したうえで、第三者に譲渡することができる。
- ③ ただし、前記①、②については、遺産分割請求がなされたときは遺産分割が優先する。  
なお、所在等不明相続人の持分は、法定相続分又は指定相続分を基準とする。  
なお、相続開始時から 10 年経過前に、所有者不明土地、建物管理人を選任することは可能（これについては次号で説明予定）。
- ④ この取り扱いについても公布の日から 2 年以内に施行。

### D. 相続人不存在の簡略化

- ① 相続人があることが明らかでないときは、相続財産管理人を選任し、相続債権者に公告し、相続人を捜す公告もして、その後に相続不存在が確定する。期間として 10 カ月間が必要。
- ② そこで、法改正してこれを簡略化し、合計 6 ヶ月で確定できるようにした。そして、相続財産管理人の名称を「相続財産の清算人」と改称した。  
新旧どちらの法が適用されるかは相続財産管理人の選任時が施行日の前後どちらかによる。選任が施行日前なら旧法、あとなら改正法。

## 147. 外国籍等と相続

(2022年5月号、No.277)

今回は適当な判例がないので、相続に関して外国籍の人や外国居住者がいる場合の対応について説明します。

### 被相続人が外国籍の場合

J Aの組合員の国籍が外国籍である場合はあまりないかも知れないが、組合員の子供の配偶者が外国籍である場合などもあるので、一応、理解していただきたい。

たとえば、A B夫婦のAが日本国籍、Bが外国籍、A B間の子供C Dが日本国籍の場合に外国籍Bが死亡した場合、Bの相続についてはどこの法律を適用するのか、この場合考えるべきことは、どこの法律の適用になるかという問題と、万一裁判になるときはどこの国の裁判所になるのかという点です。

後者は国際裁判管轄の問題と言われており、前者は準拠法はどこの国の法律になるのかの問題です。

今回の例題のケースで、Bが外国に居住していたときに死亡したようなときは、その居住していた国の裁判所に管轄があると考えられます。もし、Bが日本に居住していたとすると、日本に裁判管轄があると考えられています。

問題はこの場合、日本の裁判所の管轄でも日本の法律を前提に考えていいかです。このことについては「法の適用に関する通則法」という法律があり、これはどのようなものについて、どこの法律を適用するのかを示した法律です。

通則法第36条では「相続は、被相続人の本国法による」と規定されています。したがって、Bの母国の法律に従って相続関係は処理されることとなります。そのため、母国の法律によっては、日本の民法が規定する法定相続分と異なる割合のときもあるということとなります。

ただし、通則法第41条本文は「当事者の本国法によるべき場合において、その国の法に従えば日本法によるべきときは、日本法による」と規定しています。これは「反致」と言われるもので、被相続人の母国の法律が「相続は被相続人の居住地の法律による」などの規定をしている場合には、被相続人が日本に居住していれば日本の法律の適用が可能となります。したがって、被相続人が外国籍の場合には、相続は被相続人の母国の法律が適用されるのが原則ですが、例外的に日本の法律の適用が可能となることもあるわけです。

因みに、在日の韓国籍の方が被相続人のときは、韓国民法が相続のときの適用法律となります。(遺言などの場合、例外もあるようです。)

なお、被相続人が外国籍のときに遺言書を作成したいという場合については、前記の通則法第37条「遺言の成立及び効力は、その成立の当時における遺言者の本国法による」とあります。

一方で、「遺言の方式の準拠法に関する法律」というものもあります。

両者の関係ですが、遺言の方式については、この「遺言の方式の準拠法に関する法律」の対象で、それ以外のことは前述の通則法37条によります。

前述の遺言の方式の準拠法に関する法律では、外国籍の人の遺言の方式が有効となる要件として以下を掲げています。

- ①行為地位
- ②遺言者が遺言の成立又は死亡の当時国籍を有した国の法
- ③遺言者が遺言の成立又は死亡の当時住所を有した地の法
- ④遺言者が遺言の成立又は死亡の当時常居所を有した地の法
- ⑤不動産に関する遺言について、その不動産の所在地法

以上のどれかの要件に適用するときは、方式に関しては有効とされます。

つまり、外国籍の被相続人が日本で遺言書を作成することは可能であるものの、その遺言の効力や相続の問題については母国の法律の内容に従うのが原則ということになります。

## 相続人が外国籍の場合

たとえば、被相続人が日本国籍で、相続人A BのうちAが外国籍の場合の対応です。

Aが外国の方と結婚されるなどして、外国籍を取得して日本国籍を喪失するようなケースです。被相続人が日本国籍ですので、前述の通則法により日本の法律の適用となります。

相続人が日本国籍でないことは相続に関して問題のないことです。

しかし、実際の相続の手続ということになると、いろいろな問題が出てきます。その根本にあるのが相続人には住民票も印鑑証明もないということです。このようなときには日本の印鑑証明に代わる外国の制度を利用します。

しかし、外国で「これはこの人の署名であること」をどう証明するかはいろいろあるようです。それを調べたうえで、その制度を利用すれば登記手続のために必要な資料と言えるかを法務局などと検討することになります。あまり聞いたことのない国ですと、登記をする法務局の方も判断に迷うかも知れません。

外国籍に相続人がなっているときは、被相続人は遺言を作成し、その相続人には金融資産を与える内容にしておくのがいいかと思います。できれば、他の相続人から代償金として支払うが、預貯金は他の相続人が取得することにしておくことが賢明でしょう。

## 相続人、被相続人は共に日本人だが、相続人が外国に居住しているとき

この場合は相続関係者すべてが日本国籍ですので、日本の民法の適用です。

問題は、相続人が外国に居住しているという点で、前述のように住民票や印鑑証明がない点です。こういう場合、相続人は日本国籍ですので、日本の大使館などで、いわゆるサイン証明をもらって印鑑証明に代えることもできますし、日本に戻って公証人役場で署名の証明をしてもらったり、あるいは日本であらたに住民登録をして印鑑証明を入手するということもできます。

問題は、その所在が不明なときです。日本で所在不明なときに日本の民法で不在者の財産管理人の選任をして、その人が相続人の管理人として遺産分割に加わります。

しかし、相続人が外国にいるものの所在不明のときは、どこの国の裁判所の問題かがありますが、この場合は最後の住所地が日本にあるか否かにかかわらず、日本に裁判管轄があるとされて

います。そして、適用法律も日本法になります。したがって、不在者財産管理人の申立ては可能ですが、外国にいるのか否かなど海外渡航の事実の立証など、所在不明のための資料入手が大変です。

こういう場合も、遺言書を作成して、所在不明な相続人には金融資産を代償金の形で与えるとしておくべきでしょう。

## 8. 土地の権利

### 148. 不法な登記とその対応について

(2014年10月号、No.187)

#### ■ はじめに

今回は、筆者が現在担当している事案をもとに、こういうことが世の中にはあることや、対応の内容について説明したいと思う。(実際に進行している案件であるので、事案が特定できないようにしている。)

#### ■ 事案

- Aは、昭和5年5月5日生まれの女性。夫はすでに死亡しており、子供は長男のみ。(ただし、長男の嫁を養子にしている。)
- 高齢のため老人ホームに入所しているが、判断力はある。
- かなりの資産を保有しているが、大半は死亡している夫からの相続物件である。
- Aの財産については長男が管理しており、Aの実印、印鑑カードも長男が保有。Aの健康保険証は老人ホームで管理。
- Aの自宅近くに土地があり、これを近々売却する予定であった。
- 最近、長男が依頼しているハウスメーカーが調べたところ、その土地が第三者に売却されていることが判明。
- 長男はこのことは知らない。
- そこで、ハウスメーカーが法務局で登記申請書類を閲覧し、写真を撮ってみた。
- すると、A名義の土地はAからB社に譲渡されており、いわゆる権利証が紛失ということで、司法書士Cが本人確認をしている。
- その本人確認にあたり、Cは本人と面会し、さらにAの印鑑証明書、保険証、免許証をもって本人と判断して登記手続きをしている。
- Cが本人確認をした場所はCの事務所ではなく、D法律事務所。
- Aの印鑑証明書、保険証、免許証をみると、Aの名前、住所はAと同じだが、生年月日は昭和25年5月5日となっており、免許証の写真も別人の女性が写っている。

以上の資料や報告をもとに、当職への相談となる。

## ■ 相談直後の対応

- 土地を管理している長男の知らないところでB名義となっているが、A自身への確認が未了。そのため、当職とともに老人ホームでAと面会。  
Aは全く知らないとのこと。また、保険証の持ち出しや、Aの外出の有無をホームに問い合わせると、司法書士Cと面会した日にAは外出しておらず、また、その前ころに長男以外の人の面会もない。さらに、Aの保険証は後期高齢者用のもので、登記に利用された一般人用の保険証とはちがうし、ホームも保険証を持ち出していない。
- A自身は運転免許証を取得したこともない。

以上の事実が判明。

## ■ 対応

- そうすると、この案件は第三者がAと称して土地をBに売却したか、あるいはBが不法な登記を作出したかが考えられる。
- また、司法書士Cに提示した生年月日がちがう印鑑証明書、保険証、免許証は偽造の可能性もある。
- そこで、印鑑証明書を発行した役所でAの住民票や印鑑証明書を入手。正しいものは従前とおり存在しており、Aの住所移転などの不法なことはなされていない。
- 次に、生年月日のちがうAの住民票の入手が可能か、あるいはそのAについての不在籍不在住証明は発行できるかを問い合わせたところ、名前と住所が一致していればAの住民票が発行されてしまい、生年月日のちがうAの不在籍不在住証明は発行できないとのこと。

また、登記に利用した印鑑証明の発行の有無（発行番号や、どこで発行したかは印鑑証明書に記載されている。）については、裁判所の調査嘱託か弁護士会照会が必要とのこと。

- そのため、このまま放置することは登記関係が複雑になったりするため好ましくない。
- そこで、まず、B名義の登記を凍結するため処分禁止の仮処分をする方針を立てる。

そして、その根拠は、本件土地はA所有であり、権限のないB名義になっていること、つまり、Aの所有権にもとづく妨害排除請求（具体的にはB名義の抹消請求）とする。

ただ、さらにその根拠として、印鑑証明書などは偽造だという方向にするか否かの検討が必要。

もしかすると、生年月日のちがうAという女性がいて、役所もその届出にもとづいて印鑑証明書などを発行したかも知れない。この確認は前述のように弁護士照会などをする必要があり、時間もかかる。

しかし、幸いなことに、本件土地の登記簿謄本をみると、A名義になったのは相続によるとされており、しかも前所有者の夫の名前もある。

そこで、夫の相続人には昭和25年5月5日生まれのAは存在していないことは戸籍等で立証可能。そのため、登記に利用された印鑑証明書が偽造との主張を前面に出さず、相続人で

ない人の印鑑証明などでBへ名義変更がされたという理由で、B名義の抹消を求めることとした。

- これにもとに処分禁止の仮処分を申立て、裁判所に受理され、本件土地の甲区欄に仮処分の登記が設定されている。

## ■ 検討

- Aからすると明らかに不法な登記であるが、裁判をしないでB名義の抹消はできないか。

この点、不動産登記法 71 条には、法務局による職権抹消が規定されている。

しかし、抹消可能なケースである同法 25 条 1 号から 3 号、そして 13 号には権限のない者の登記は対象としていない。申請のときには権限のない者の申請は却下されるが、登記されてしまったときは、法務局が職権で抹消することは認められていない。

そうすると、こういうケースでは、裁判所の判断か、あるいは相手方の協力が必要ということになる。

- 次に、司法書士Cがどういう立場の者かはわからないが、もし、善意の者であったとして、Cの本人確認義務は十分と言えるのだろうか。

本人か否かは印鑑証明書や免許証などで確認することが多い。本件はAと称する者の名前と住所が一致していることから、本人確認は十分とも言える。

ただ、登記簿謄本をみると、Aは相続で本件土地を取得していることが明示されている。

この場合、Cとしては、前記所有者の相続人を確認し、面会に来た者が相続人であるAか否かの確認をする義務があるのであろうか。もし、確認ができていれば、このような事態には至らなかったと言える。

## ■ まとめ

J A職員は平素、素性のわかる組合員を相手に交渉や仲介をしているので、売主のことを知らないということはないと思う。

しかし、世の中には、このような不思議な取引も存在していること、また、所有者か否かについての調査を十分しておかないと、こういうトラブルになることは知っておくべきである。

なお、わかっていると思うが、本件土地がBから別の人の名前に動いてもAの所有権が優先するので、その者に対して抹消請求は可能であるが、関係者が増えることは望ましいことではない。



## 149. 土地に対する商事留置権と抵当権の優劣

(2011年11月号、No.152)

### ■ 事案

XはA所有の土地（更地）に抵当権を設定した。Aはその後、B社との間でビルの建築契約を締結し、請負代金の一部を支払い、残金は建物完成後に支払うこととした。

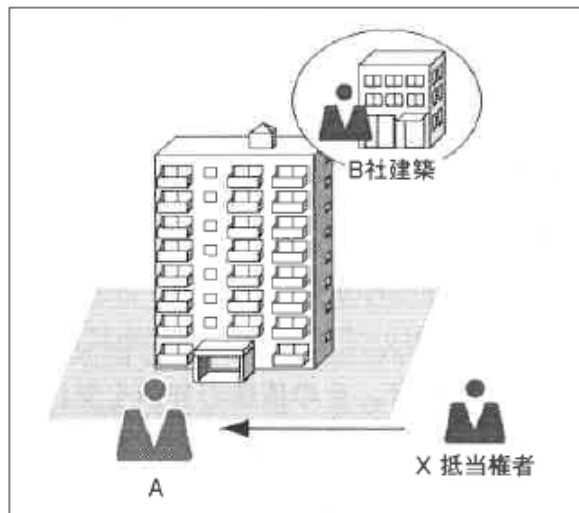
B社は約束に従ってビルを建築したが、Aは残金の支払いをしなかった。

そのため、AとBとの間でAが当該建物を売却するなどして残金の支払いに努力すること、残金支払いまでは当該建物はB社が所有し、Aの費用でB名義の表示登記をすること、残金の支払が予定期日までにできないときは、当該建物は残金の代物弁済としてB社名義で保存登記ができることなどの合意をした。

ところが、Aは予定期日までに残金を支払うことができず、さらに土地の抵当権者Xは、本件土地と本件土地上の本件建物を民法389条1項にもとづいて一括競売の申立てをした。

競売の申立てを受けた裁判所は、本件土地に対してBの商事留置権が成立しているとして、本件土地の評価が極めて低いことから、競売手続費用等を考えると無剰余であるとしてXによる競売手続を取消した。

これに対して、XからBの商事留置権がXの抵当権に優先するのはおかしいとして抗告の申立てをした。



### ■ 判旨

Xの申立てに対して大阪高等裁判所は以下のような判断をした。

まず、本件建物については、Aとの間の請負契約にもとづき、Bが材料を提供して本件建物を完成させているので、本件建物をBが原始取得した。

そして、本件建物完成時点におけるBの本件土地に対する占有は商法521条の占有と評価できるので、Bは本件土地について商事留置権を有している。

次に、商事留置権と抵当権の関係については、民事執行法59条によると不動産の上の留置権は買受人に対抗できる旨が明記されている。

「しかし、民事執行法59条4項の規定について、不動産留置権を、それと競合する抵当権との関係で、その成立時期の先後関係を問わずに保護する趣旨の規定であると解釈すると、本件のような抵当権者は保護されないことになる。本件のように、更地に抵当権の設定を受けて融資しようとする者が、将来建築されるかもしれない建物の請負業者から土地について商事留置権を主張

されるかもしれない事態を予測し、その被担保債権額を的確に評価した上融資取引をすることは不可能に近く、このような不安定な前提に立つ担保取引をするべきであるとはいえない。不動産の商事留置権が、不動産に対する牽連性を必要としないことから、第三者に不測の損害を及ぼす結果となることは、担保法全体の法の趣旨、その均衡に照らして容認し難いというべきである。」

として、Bの商事留置権はXの抵当権に対抗できないとして、競売評価で無剰余とした点は取消すべきであるとした。(大阪高等裁判所 平成 23 年 6 月 7 日決定、金融法務事情 No. 1931、93 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は競売手続が関係しているが、抵当権と商事留置権の優劣の問題である。

商法 521 条の商事留置権は以下の規定である。

「商人間においてその双方のために商行為となる行為によって生じた債権が弁済期にあるときは、債権者は、その債権の弁済を受けるまで、その債務者との間における商行為によって自己の占有に属した債務者の所有する物または有価証券等を留置することができる。ただし、当事者の別段の意思表示があるときは、この限りでない。」

要するに、双方のための商行為から生じた債権の債権者は、商行為によって自分の占有下にある債務者の所有物を弁済を受けるまで留置できるという権利である。

民法上の留置物では、その物に関して生じた債権の弁済を受けるまでは、その物を留置できるとされている。つまり、民法上の留置権は留置対象物に関して生じた債権であることが成立要件であるが、商事留置権は留置対象物に関して生じた債権である必要はない。これが判旨の中で述べられている牽連性の必要がない部分の意味である。

ところで、商事留置権も担保権のひとつであり、同じ担保権である抵当権との優劣が問題となる。

これについては民事執行法 59 条があり、不動産上の留置権については買受人には弁済責任が課されている。つまり、留置権を買受人が引き受けることとされている。

しかし、この点については、使用収益をしない旨の定めのない質権と同様に考えて、同法 59 条 2 項によって商事留置権の効力は失うと考えるべきではないかとの考えがあり、本決定も同様としたのである。

その理由は、判旨にあるとおり、更地に抵当権を設定したあと建物を建てられ、請負代金の支払まで土地を留置することができるのであれば、抵当権者に不測の損害が生じるという根拠による。

抵当権者の立場からすると評価できるであろう。しかし、本件では、XはAに多額の融資をしているが、Aが建物を建てることは予想できなかったのだろうか。

ところで、債務者が破産した場合であるが、本件Aがもし破産したとしても、Xの抵当権の別除権として破産手続の影響はない。したがって、競売申立ても可能である。

しかし、Bの有している商事留置権については、留置対象の財産が破産者の事業継続に必要なとき(裁判所の許可が必要)、その他破産財団の価値の継続や増加に役立つときは、破産管財人は商事留置権の消滅請求ができるとされている。この場合、財産の価額相当額を弁済することになる(破産法 192 条)。

## 150. 抵当権の対象地と通行地役権

(2013年10月号、No.175)

### ■ 事案

事案を単純にして紹介する。

Aが所有する土地は公道に面しており、X所有地はA所有地を通らないと公道には出られない土地である。そのため、A所有地の中にXは通路を開設していた。

A所有地には、その後Zを抵当権者とする抵当権が設定され、Zの抵当権の実行によって、A所有地はYが買受人となって所有者となった。

そこで、XからYに対して、元Aの所有地に対してXは通行地役権が存在していることの確認を求めた。

以上のような関係で、名古屋高等裁判所は以下のような判断を示した。

- Y所有地の担保不動産競売による売却時に、本件通路は、外形上通路として使用されていることが明らかであり、YはX所有の建物に出入りする車両等が本件通路を使用することを認識していたか又は、容易に認識し得る状態にあった。
- YはXに対して、通行地役権の登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者ではない。
- XはYに対して通行地役権を主張できる。

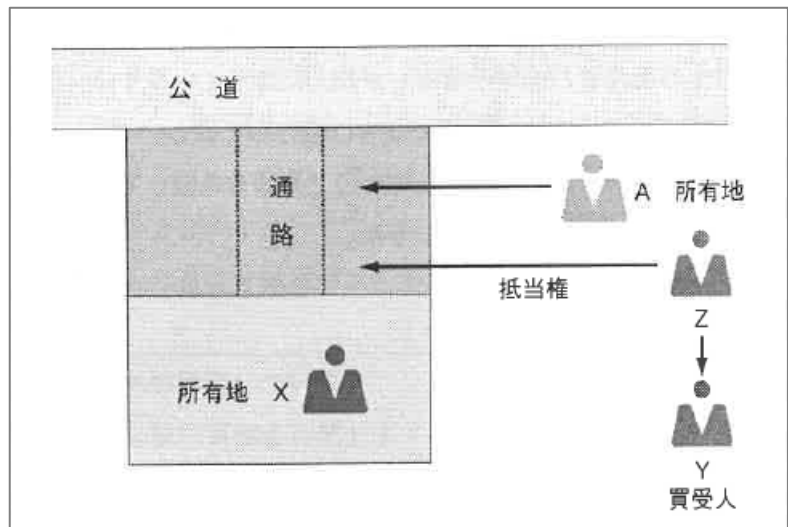
### ■ 判旨

前記の高裁の判決に対して、Yが上告した。

最高裁判所はXの通行地役権に関して以下のような判断を示している。

「通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合において、最先順位の抵当権の設定時に、既に設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、上記抵当権の抵当権者がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、特段の事情がない限り、登記がなくても通行地役権は上記の売却によっては消滅せず、通行地役権者は買受人に対し、当該通行地役権を主張することができる」と解するのが相当である。」

「これに対し、担保不動産競売による土地の売却時において、同土地を承役地とする通行地役権が設定されており、かつ、同土地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用され、そ



のことを買受人が認識していたとしても、通行地役権者が承役地の買受人に対して通行地役権を主張することができるか否かは、最先順位の抵当権の設定時の事情によって判断されるべきものであるから、担保不動産競売による土地の売却時における上記の事情から、当然に、通行地役権者が上記の買受人に対し、通行地役権を主張できると解することは相当ではない。」

以上のことから、抵当権設定時の事情等の審理の必要があるとして、本件を原審に差し戻した。

(最高裁判所 平成 25 年 2 月 26 日判決、判例時報 2192 号 27 ページ以下参照)

## ■ コメント

本件は承役地に設定された抵当権が実行された場合、承役地の上にあった通行地役権は、どんな場合に登記なくして承役地の買受人に対抗できるかについての最高裁判所の判決である。

すでにご存じのとおり、通行地役権については、要役地の所有者等が承役地上に通行地役権を有しており、承役地に外形上道路が開設され、要役地の所有者等が継続的に使用していれば、承役地の譲受人が、そのことを認識し又は認識できるときは、通行地役権は承役地に登記なくとも、その譲受人に対抗できるとするのが最高裁判所の考えである。

もちろん、この前提には正当に通行地役権が設定されていることが必要である。

また、民法に規定している囲繞地通行権とも異なる。これは法律上、当然に認められている通行権であり、地役権は合意によって生じる権利である。また、囲繞地通行権は人が通ればよく、車の通行は予定されていない。

ところで、本件は抵当権の実行によって、Yが対象地を買受けたケースであり、原審の名古屋高等裁判所は不動産競売の売却時に通路としての外形や継続使用があるか否かで、通行地役権が登記なしに買受人に主張できるか否かを決めるとしている。

ところが、最高裁判所は最先順位の抵当権設定時に前記事情の有無を判断し、設定のときに通路の外形や継続使用があれば、特段の事情がない限り、地役権の登記なしに買受人に対抗できるとしている。

その理由として、「抵当権者は、抵当権の設定時において、抵当権の設定を受けた土地につき要役地の所有者が通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができる上に、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無の内容を容易に調査することができる。」ことを挙げている。

抵当権者としては、抵当対象地を確認すれば土地の中に通路が整備されていたり、人や車両の通行の状況は簡単に認識することが可能であることからすると、判決に挙げた理由は当然ということになる。

なお、ここで注意すべきは、通行地役権の存在を知らなくても、認識可能であれば、判決によると通行地役権を登記なしに対抗されてしまうということである。

本件では、Zの抵当権設定時にすでにA所有地には通路が開設されていることから、おそらく、差し戻し後の判断は原審と同じように、XはYに通行地役権の登記なくして権利主張が可能ということになるものと推測する。

ところで、本件ではZの抵当権のみであるが、たとえば、一番抵当権の設定時には通行地役権がなく、その後に通路が開設され、そのあとに二番抵当権が設定されたが、一番抵当権は弁済によって抹消されたのち、二番抵当権による競売のときはどう考えればいいのかのだろうか。

判決をそのまま当てはめると、二番抵当権が先順位となっており、そのとき通行地役権は存在し、通路も開設されていたのだから通行地役権が優先すると考えていいのだろうか。

二番抵当権者としては、一番抵当権設定時に通行地役権が存在しない以上、競売の買受人に通行地役権は対抗できないとして抵当対象地の評価をしており、一番抵当権が抹消されたからと言って、今度は通行地役権の対抗を受けるのは困ると考えるのが一般的であろう。

この点は今後の裁判所の判断になるが、法定地上権の判決で、一番抵当権のときは土地建物が別人の所有のため法定地上権は成立せず、二番抵当権設定時には相続によって土地建物が同一人の所有となったのち、一番抵当権が抹消された場合、法定地上権はどうなるかの事案で、裁判所は二番抵当権者としては一番抵当権を前提とすると法定地上権は存在しないことを前提に抵当不動産の評価をしたとしても、抵当権は抹消されるかも知れないものなのだから、二番抵当権のときに法定地上権の要件がある以上、法定地上権は成立するとしている。

前述のケースも、二番抵当権設定時を基準に考えるということになるのだろうか。議論の余地はあると思う。

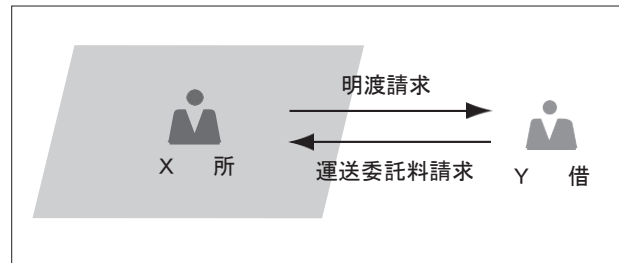
## 151. 不動産と商事留置権について

(2018年6月号、No.231)

### ■ はじめに

今回は民事留置権及び商事留置権について説明したいと思う。

まず、平成29年の最高裁判所の判決があるので紹介をする。



### ■ 事案

XとYはそれぞれ事業を営む会社であり、土地所有者XはYに対して、土地を賃貸していた。

X Y間の土地賃貸借契約は終了となっても、YがXに土地を引渡さないで、XはYに対して土地の明渡しを求めた。

ところが、YはXに対して運送委託料請求権を有しており、Yはこの委託料の支払があるまで、X所有の土地に商事留置権があるので、明渡しはしないと反論した。

これに対して、Xは土地は留置権の対象ではないと反論したため、裁判となった。

### ■ 判決

X Yの双方の主張に対して、最高裁判所は以下のとおりの判断を示した。

「民法は、同法における『物』を有体物である不動産及び動産と定めた上（85条、86条1項、2項）、留置権の目的物を『物』と定め（295条1項）、不動産をその目的物から除外していない。一方、商法521条は、同条の留置権の目的物を『物又は有価証券』と定め、不動産をその目的物から除外することをうかがわせる文言はない。他に同条が定める『物』を民法における『物』と別異に解すべき根拠は見当たらない。

また、商法521条の趣旨は、商人間における信用取引の維持と安全を図る目的で、双方のために商行為となる行為によって生じた債権を担保するため、商行為によって債権者の占有に属した債務者所有の物等を目的物とする留置権を特に認めたものと解される。不動産を対象とする商人間の取引が広く行われている実情からすると、不動産が同条の留置権の目的物となり得ると解することは、上記の趣旨にかなうものである。

以上によれば、不動産は商法521条が商人間の留置権の目的物として定める『物』に当たると解するのが相当である。」

として、Yの主張を認めた。（最高裁判所平成29年12月14日判決、金融法務事情No.2090、50ページ以下参照）

## ■ コメント

1. まず、本件で問題となる民法 295 条と商法 521 条を紹介する。

民法 521 条

「①他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる。ただし、その債権が弁済期にないときは、この限りでない。

②前項の規定は、占有が不法行為によって始まった場合には、適用しない。」

商法 521 条

「商人間においてその双方のために商行為となる行為によって生じた債権が弁済期にあるときは、債権者は、その債権の弁済を受けるまで、その債務者との間における商行為によって自己の占有に属した債務者の所有する物又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者の別段の意思表示あるときは、この限りでない。」

2. 本件では商法 521 条の『物』の中に土地（不動産）が含まれるかが争点となっている。民法 295 条や商法 521 条から『不動産』を除外する旨の明示がないので、なぜ争点になるかの疑問はあろう。

これについては、土地に抵当権を有する者から土地に留置権が成立すると、土地取引を混乱させるとの主張があることによる。

文献の例として、更地に抵当権を設定したあと、土地上の建物の請負代金を注文者が支払わないため、請負人が建物とその敷地に留置権があると主張したとき、抵当権者が土地の競売をしても、請負人に土地に対する留置権が認められてしまうと、事実上留置権が優先し、土地を担保にとった意味がなくなるというものである。

そのため、商事留置権の対象に『不動産』が入るかの議論があったのである。今回の判決はこの議論に対して最高裁が答えを出したということになる。

3. 民事留置権と商事留置権のちがい

条文を見ると明らかであるが、民事留置権は留置対象物に関して生じた債権を担保するものである。これに対して商事留置権は双方のために商行為となる行為によって生じた債権であれば、留置対象物に関して生じたものである必要はない。法律的には債権と物との牽連性の有無の問題である。

また、民事留置権は債務者以外の所有物でも留置できるが、商事留置権は債務者の所有物が対象となって成立する。

4. 留置権の効力等について

① 民事留置権の性質であるが、①弁済を受けるまで何人にも留置権の主張ができる。②債務者以外の所有物でも留置権は成立する。③占有を失うと留置権は消滅する。④留置権は法律上生ずる権利であるが、特約によって排除することも可能とされている。

- ② これに対して商事留置権については、前述のように留置物に関して生じた債権という要件はない。本件も委託料請求と留置対象の土地との関連はない。商事留置権は言ってみれば双方のための商行為となる行為によって生じた債権があるとき、相手方所有物が自己の占有下にあれば、債権の支払いを受けるまで、その占有下の物を留置できるというものである。
- ③ 資産管理の中でときどき問題となるが、借家人が建物の雨漏りを修理したり、傷んだ屋根を新しくしたりすることは、必要費、あるいは有益費として貸主に請求することが可能となる。

この費用を貸主が支払わないときに、建物の留置権を主張するというケースが出てくる。修繕したのは屋根としても、屋根だけ留置するというのではなく、こういう場合は建物全体の留置が可能となる。

ただ、このような場合、気をつけることは、留置権者が留置権を主張して対象物を留置できるのは、自分の占有下に対象物を置いて債務の支払まで引渡しを拒めるということであって、留置対象物についての使用収益権限が付与されたわけではないという点である。

もし、留置した物、例えば建物を留置権者が使用するのであれば、その使用収益は不当利得となる。

また、修理の対象が建物に付属した造作であるときには、その造作代金は造作に関して生じたものであって、建物全体に対して生じたものではない。

したがって、こういう場合、造作のみ留置か、あるいは造作買取請求ができるだけで、建物についての留置権は発生しない。(ただ、そうは言っても事実上建物全体を留置してしまうことにはなるケースが多いと思われる。)

- ④ なお、留置対象物の所有者が破産した場合であるが、民事留置権は別除権にならず、商事留置権は別除権とはなるが、優先権は劣後している。

民事再生のときは、民事留置権は別除権ではなくなり、商事留置権のときは別除権となる。

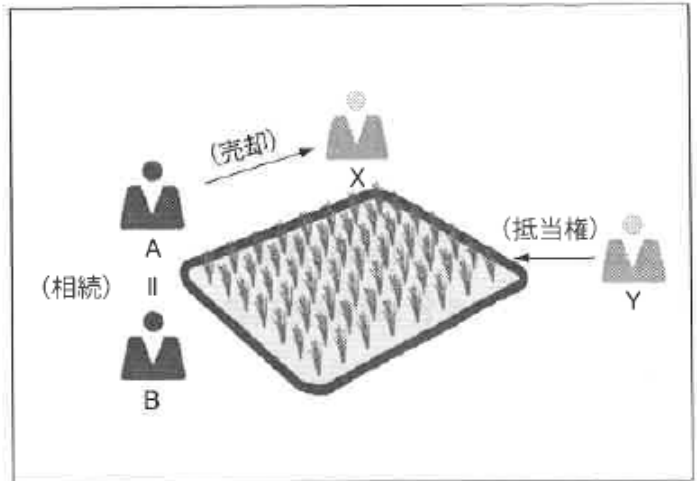


## 152. 土地の取得時効と抵当権の優劣

(2012年8月号、No.161)

### ■ 事案

- 本件土地はAが所有。
- 昭和45年3月、Aは本件土地をXに売却し、Xは同年3月31日から畑として耕作を開始。ただし、土地の名義変更はなされていない。
- 昭和47年、Aが死亡し、Bが本件土地を相続。
- Bは本件土地にYを抵当権者とする抵当権を設定し、昭和59年4月19日に抵当権の登記を本件土地に設定した。
- Xはその間も本件土地を畑として耕作し、本件土地を自分が所有すると信ずるについて善意かつ無過失であった。
- 平成18年9月29日、本件土地が競売開始決定となった。
- そこで、XからYに対して競売の不許を求めて第三者異議訴訟を提起した。  
なお、平成20年8月9日、Xは本件土地について所有権の取得時効を援用する旨の意思表示をした。
- Xの主張は、本件土地をXは占有しており、Aからの売買後、本件土地の占有を開始した昭和45年3月31日から10年を経過した昭和55年3月31日の経過をもって本件土地を時効で取得し、Yの抵当権の登記のあともさらに10年占有を継続したのだから、本件土地の所有権を再度時効で取得した。したがって、Yの抵当権はXの時効取得に対抗できないから、Yの抵当権は消滅しているというものである。
- これに対してYの主張は、Xは占有開始10年で本件土地を時効取得によって確定的に取得したのだから、再度の時効取得というのはおかしい。したがって、時効完成後の第三者との関係では、登記の前後によって優劣が決まる以上、Yの抵当権の登記が優先する。



### ■ 判決

X、Yの双方の主張に対して、最高裁判所は以下のように判決した。

「時効取得者と取得時効の完成後に抵当権の設定を受けて、その設定登記をした者との関係が対抗問題となることは、所論のとおりである。

しかし、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がなされることのないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合において、上記不動産の時効取得者である占有者が、その後引き継ぎ時効取得に必要な期間占有を継続したときは、上記占有者が

上記抵当権の存在を容認したなど、抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り、上記占有者は、上記不動産を時効取得し、その結果、上記抵当権は消滅すると解するのが相当である。」

として、Xの主張を認めた。(最高裁判所平成24年3月16日判決、判例時報2149号68ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は時効と登記の問題である。

A. 時効期間中に土地が譲渡され第三者の登記となったとき

この場合、時効取得を主張する者は登記なしに第三者に時効を主張できる。

B. 時効完成後に第三者名義の登記がついたときこの場合、先に登記をつけた者が優先するので、第三者が優先する。第三者の登記前に時効の登記がつけば、時効取得者が優先する。

C. 自分が買った土地でも時効取得は可能か可能としているのが判例である。

D. 時効完成後、第三者名義の所有権の登記が設定されても、さらに登記後に時効に必要な期間占有を継続したとき。

この場合、占有者は第三者に対して登記なしに時効取得を主張できる。

以上が今までの考え方である。

本件ではCとDの応用であるが、Dの場合、第三者名義が所有権登記であるが、本件では抵当権の登記であって、Dと同様に考えてよいかである。

この点、最高裁判所は以下の理由でDと同様とした。

- ①本件Xが優先しないとすると、Xがいかに長期間占有を継続しても抵当権者Yに勝てないこととなり、時効制度の趣旨からみて是認できない。
- ②抵当権が実行されると競売となり買受人が出現する。この場合を考えると、第三者に所有権を譲渡するケースと似ている。
- ③同じ登記の設定であるのに、第三者が所有権の登記の場合には保護されず、反対に抵当権の登記の場合には保護されるとすると不均衡となる。

以上の理由でXの主張を認めたのである。ただし、XがYの抵当権の存在を容認しているときは別としている。

なお、再度の時効期間の起算日については抵当権設定の日としている。

これに対して、裁判官の1人から補足意見があり、考え方自体に反対はしないが、本件のYの立場になったとき、どうやってXの時効進行を中断できるのかの疑問が示されている。

最高裁判所の考え方を前提とすると、抵当権者としては、本件Xの時効を中断する対抗手段を講ずる必要が出てくるが、どうやって中断をしたらいいのかということである。

たしかにその点の疑問はある。

民法397条は、「債務者又は抵当権設定者でない者が抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは、抵当権は、これによって消滅する。」と規定する。これは、抵当権の対象不動産について時効取得が成立したときは、反射的効力として抵当権が消滅するという条文で、時効取得の効果からみて当然の規定である。

したがって、どうやって抵当権者は占有者の時効の進行を止めることができるかの検討は必要であって、進行を止められないとすると、抵当権設定時に占有状態の確認は重要なことになる。

なお、Yの主張の中に、時効取得したことで確定的に所有権を取得したのに、さらに時効取得するというのは理論的におかしいとの点であるが、Xが一度時効の援用をしていたのであれば当然の主張である。

しかし、本件では再度の時効完成後に初めて援用しており、最初の時効期間の完了後の援用でないことから、最初の時効で確定的に所有権を取得したとも言えないと考えられる。

民法 177 条の対抗問題を考えるうえで、本件を参考にされたい。

## 153. 令和3年民事基本法制改正（その3）

(2021年12月号、No272)

### ■はじめに

今回は、令和3年の民事基本法改正のうち、共有に関する部分の説明をする。

#### A 共有物の利用について

##### ①使用関係（249条）

共有物を使用する共有者は、別段の合意があるときを除き、他の共有者に対して、自己の持分を超える使用の対価を償還する義務を負うことになった。

また、当然のことであるが、共有者が共有物を使用するにあたっては、善管注意義務が課されることになった。

##### ②共有物の変更（251条）

共有物の変更にあたっては、他の共有者全員の同意が原則として必要となるが、今回の改正では、形状又は効用の著しい変更を伴わないものは他の共有者全員の同意は不要で、管理に関する事項として持分の価格に従い、その持分の過半数で決することになる。

また、他の共有者を知ることができなかつたり、その所有を知ることができないときは、裁判所は他の共有者からの請求で、当該共有者以外の他の共有者の同意を得て、共有物に変更を加えることができる旨の裁判をすることができる。

##### ③共有物の管理（252条）

(1) 共有物の管理行為は持分の価格に従い、その持分の過半数で決することは従前とおりである。

(2) ただし、以下のときは、裁判所は以下に該当する共有者以外の共有者の請求で、当該共有者以外の共有者の持分の価格に従って、その過半数で共有物の管理に関する事項を決する旨の裁判ができる。

(i) 共有者が他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないとき。

(ii) 共有者が他の共有者に対して相当期間を定めて共有物の管理に関する事項を決することに賛否を明らかにされたい旨を催告したのに、その期間に賛否を明らかにしないとき。

なお、裁判所の決定が共有物を使用する共有者に特別の影響を与えるときは、その共有者の承諾が必要となる。

(3) 管理に関する事項として、以下の賃借権等は持分の価格に従って過半数で決することができる。

- 樹木の栽植又は伐採を目的とする10年を超えない山林の賃借権
- 前号以外の5年を超えない土地の賃借権等

- 3年を超えない建物の賃借権等
- 6ヶ月を超えない動産の賃借権等

(4) 保存行為については、各共有者は単独で行える。

## B 共有の管理者（252条の2）

- 共有物の管理者が選任された場合、管理者は共有物の管理に関する行為をすることができる。ただし、形状や効用の著しい変更を伴わないものを除く共有物の変更は共有者全員の同意が必要となる。
- 共有者を知ることができなかつたり、所在がわからないときは、管理者の請求で裁判所は当該共有者以外の共有者の同意を得て共有物に変更を加えることができる旨の裁判ができる。
- 管理者は共有者が共有物の管理に関する事項を決したときは、それに従うことになるが、もし、管理者がこれに反して行為をしても、その効力は生じない。ただし、善意の第三者に対抗できない。
- なお、共有物の管理者の選任・解任は、共有者の持分の価格に従って、その過半数で決する。

## C 共有物の分割

- 現行法にも共有物の分割についての条文はあるが、分割方法は現物分割と競売分割のみで、判例上は価額賠償も認めている。
- 改正法では、当事者間の協議が調わないときに裁判所は以下の方法で分割を命じることができる。

(1) 現物分割

(2) 共有者に債務を負担させて、他の共有者の持分の全部又は一部を取得させる方法、いわゆる価額賠償。

(3) 前項に規定する方法で分割できないか、又はそれをする事で共有物の価格を著しく減少させるおそれがあるときは、競売を命じる。

## D 遺産共有と通常の共有の場合

- 共有者A Bのうち、Bが死亡、Bの相続人がC Dである場合の共有関係の解消。
- 本来はBの持分についてC D間で遺産分割をする。
- その結果、CがBの持分の相続をしたとすると、AとCとで共有物の分割をし、C又はAが単独で取得。そのとき、単独取得者が代償金を支払う。
- 今回の改正では、Bの相続開始から10年を経過していたときには、遺産共有の解消も地方裁判所で共有物分割裁判の中で共有解消とともに行うことができる。
- 具体的には、共有者AとBの相続人C Dの三人が地方裁判所に共有物分割の裁判をすることができ、たとえばCがAとDに代償金を支払って共有物を単独取得することが可能となる。
- この場合、C Dの共有持分は具体的相続持分ではなく、法定相続分を前提とする。
- また、C Dどちらかが共有物分割に異議を出したときは、共有の分割と遺産の分割とを一緒にすることはできない。

- 異議があったり、相続開始から10年を経過していないときは、共有物分割と遺産分割とは別々に手続きをとる必要がある。
- なお、異議を出すには、遺産分割請求がなされていることと、共有物分割と一緒にする旨の通知を受けた日から2ヶ月以内に、当該裁判所に異議の申出であることが大前提である。

#### **E 所在不明の共有者の持分取得**

- 数人が共有する不動産の場合、共有者を知ることができず又は所在がわからない共有者がいるとき（所在等不明共有者）、裁判所は共有者の請求により、所在等不明共有者の持分をその共有者に取得させる裁判をすることができる。
- 請求をした共有者が二人以上のときは、按分して取得させる。
- 持分を取得させられる所在等不明共有者は、取得する共有者に対して持分の時価相当額の支払を請求できる（実際には供託されていることから、供託金から支払を受けることになる）。
- 遺産共有のときは、相続開始から10年以上の経過が必要。

#### **F 所在不明の共有者の持分処分**

- 数人で共有する不動産の場合に、所在等不明相続人がいるとき、裁判所の決定で申立てをした共有者に、所在等不明共有者の持分の第三者への譲渡権限を付与する制度が創設された。
- A B C三名で共有し、Cが所在不明のときにAが申立て、裁判所がAにCの持分の売却権限を付与する。ただし、他の共有者も第三者に売却することに同意をして譲渡することを停止条件とするものであり、不動産全部を第三者に譲渡する場合でなければならない。
- 所在等不明共有者は、代金を譲渡権限の付与された者（前例ではA）に対して支払うよう請求することができる（実際には供託金の支払請求）。
- 遺産共有のときは、相続開始から10年以上の経過が必要。

## 154. 令和3年民事基本法改正（その5）

（2022年1月号、No273）

### ■はじめに

今回は、土地建物の財産管理制度の見直しについての法改正の説明をする。

#### 1. 所有者不明土地・建物の管理について

##### （1）土地について

（イ） 裁判所は、所有者を知ることができず、又はその所在を知ることができない土地（土地が数人の共有に属するときは、共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができない土地の共有持ち分）について、必要があると認めるときは、利害関係人の請求で、その土地又は共有持分を対象として、所有者不明土地管理人による管理を命ずる処分（所有者不明土地管理命令という）をすることができる。（改正法 264 条の 2）

（ロ） 土地や共有持分について所有者が不特定又は所在不明な土地（共有持分）については、現行法でも不在者財産管理人制度がある。また、所有者等の相続人が不明なときは相続財産管理人の制度がある。

しかし、これらの制度は不在者等の財産すべてが管理の対象となるとともに、予納金を納めることが必要となる。

また、所有者を知ることができないとき、たとえば「〇〇外2名」というときの「2名」については名前すらわからない。このようなときは「2名」について不在者の財産管理人を選任することができない。

（ハ） そこで、今回、法改正をして所有者等がわからないときや所在不明であるときは、その対象となる土地（共有持分）のみについての管理制度を設けることになった。

（ニ） 対象は土地及びその土地にある動産（動産は土地所有者の所有のものに限る）の管理、処分の権限が管理人に専属する（改正法 264 条の 3）。この場合、管理人が管理、処分その他の事由で得た財産も管理人の専属となる。

（ホ） 管理、処分は管理人の専属ではあるが、保存行為や所有者不明土地等の性質を変えない範囲内においての利用又は改良を目的とする行為を超える行為については、所有者不明土地管理人は裁判所の許可を受けなければならない。ただし、許可がないことについて善意の第三者に対抗できない（改正法 264 条の 3 第項）。

（ヘ） 所有者不明土地管理人については、対象の土地等から裁判所が定める費用の前払い及び報酬を受け取ることができる。対象の土地を売却するなどして報酬を受けることになると思うが、売却できないこともあり、この場合に備えて申立人に予納金を納付させることになる。

（ト） 申立人は所有者不明土地の管理について利害関係を有する者である。共有地の共有者などが想定されている（所有者不明土地については、地方公共団体の長にも申立て権限が特別法で認められている）。

（チ） 土地を売却したときは、その金額を供託をし、その旨が公告される。

(リ) 数人の者の共有持分を対象として所有者不明土地管理命令が発せられたときは、当該管理人は対象とされた共有持分を有する者全員のため、誠実かつ公平にその権限を行使することになる（改正法 264 条の 5 第 2 項）。つまり、複数の共有持分について、1 人の管理人の選任が可能ということである。

(ヌ) 管理人の解任は利害関係人の請求で裁判所が決め、裁判所の許可があると辞任も可能（改正法 264 条の 6）。

## (2) 建物について

(イ) 建物についても土地と同様の管理制度が認められることになった。

(ロ) 建物の場合は建物（共有持分を含む）のほか、建物の敷地に関する権利（賃借権等）に及ぶ。

(ハ) そのほかは土地と同様である。

(ニ) なお、土地と建物の両方について本申立てをする場合は、申立ては別々となる。管理人が同一人物でも可能だが、土地と建物の所有者がちがうようなときには、裁判所は同一人物を管理人に選任することは利害対立の可能性を考えて慎重になるだろうとのことである。

## 2. 所有者不全土地・建物の管理について

### (1) 土地について

(イ) 裁判所は、所有者による管理が不適當であることで他人の権利又は法律上の利益が侵害され、又は侵害されるおそれがあるとき、必要であると認めるときは、利害関係人の請求で、当該土地を対象として、管理不全土地管理人による管理を命ずる処分をすることができる（改正法 264 条の 9）。

(ロ) 対象は土地及びその土地にある動産であるが、土地又は共有持分を有する者の所有物であることが前提。

(ハ) 管理人の権限は、対象土地、土地上の動産、管理処分その他の事由で管理人が得た財産についての管理・処分権を有するが、土地所有者の管理・処分権限自体がなくなるわけではない。

(ニ) 管理人は保存行為、性質を変えない範囲内での利用・改良行為ができるが、これらを超える行為をするには裁判所の許可が必要である。ただし、許可のないことについて善意の第三者に対抗できない。

なお、土地の処分にあたって裁判所が許可をするためには、所有者の同意を必要とする。

(ホ) その余は前述の所有者不明土地管理人と同様である。ただ、地方公共団体の長による本申立てについては、国において検討中であり、所有者不明土地のケースとは異なる。

(ヘ) 管理命令の発令について、不全土地の場合は登記されないが、不明土地のときは嘱託登記により管理人選任の事実が公示される。

## (2) 建物について

(イ) 土地と同様である。

(ロ) 建物の敷地利用権が管理人の権限内になることは所有者不明建物のケースと同様である。



### 3. その他

- (1) 文献によると、表題部所有者不明土地については、同法にもとづく登記すべき者がいない旨の登記前なら所有者不明土地管理制度を利用し、登記されたあとなら、表題部所有者不明土地法にもとづく管理制度で対応することになるとのことである。
- (2) 所有者不明も管理不全も、どちらの管理人も対象土地についての遺産分割協議に参加することはできない。なお、不在者財産管理人は参加可能である。
- (3) 遺産との関係（所有者不明のとき）
  - ・相続から10年経過  
共有持分の取得、譲渡で遺産共有解消。ただし、持分は法定又は指定相続分。
  - ・相続から10年経過前
    - (a) 不在者財産管理人選任
    - (b) 所有者不明土地・建物管理人を選任して、所有権や持分を処分して、当該相続人との遺産共有状態の解消。(10年経過後でも可)

## 9. その他

### 155. 民法の改正について－保証と瑕疵担保責任－

(2018年8月号、No.233)

今回は保証と瑕疵担保責任について説明する。

#### ■ 保証について

##### A 個人が保証又は根保証をしているケース

- 1 保証契約については、書面が作成されなければ効力が生じないことは従前のままである。
- 2 事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証又は根保証については、個人であるときには公正証書を作成しないと、保証又は根保証の効力は生じない。

この公正証書については、保証又は根保証の契約締結の日前1ヶ月以内に作成されることが必要となる。

また、公正証書には一定の項目の記載が必要とされている（新法465条の6、第2項）。なお、アパート建築のため息子が金融機関から借入れをしたことに対して、親が保証人になるような場合、主たる債務が息子の事業のために負担した貸金等の債務ではないかと思われるが、この点は現時点では不明確のままのようである。

実務的には将来のトラブル回避のため、公正証書を作成しておいた方がいいと考える。

- 3 前記2について、個人が主債務者の事業のための貸金等の債務の保証又は連帯保証になるケースの例外がある（公正証書の作成が不要のケース）。

イ 主債務者が法人のときの、理事、取締役、執行役又はこれらに準ずる者口 主債務者が法人のとき

- (i) 総株主の議決権の過半数を有する者
- (ii) 主債務者の議決権の過半数を有する会社の総株主の過半数の議決権を有する者
- (iii) 主債務者の総株主の議決権の過半数を他の会社及びその他の会社の総株主の議決権の過半数を有する場合における、その他の会社の総株主の議決権の過半数を有する者
- (iv) 株式会社以外の法人が主債務者であるときの(i)～(iii)に準ずる者
- (v) 主債務者と共同して事業を行う者又は主債務者の事業に現に従事している主債務者の配偶者

以上の者については公正証書の作成は不要である。

- 4 個人で根保証をするときには、極度額を定めないと効力は生じないことになった。

従前は貸金等についての根保証について極度額の定めが必要であったが、今回の改正では貸金等に限定されないこととなった。そのため、賃貸借契約の借主の保証をするためには、極度額を設定しておくことになる。

問題はいくらを極度額にするべきかである。

従前、貸主が保証人に請求していたものは、未払賃料、明渡しに要する費用である。特に、強制執行になると多額の費用となる。今回の改正では、こういった費用の発生を予想して極度額を定めることになるが、そうすると、示される金額はケースによって高額となる。そうすると、個人が賃貸借について借主の保証人に就任するかの疑問が出てくる。

極度額を低くしておけば、保証人に就任することもあるが、貸主としては費用の回収が図れないことになる。そのため、賃貸借については保証会社の利用も検討対象になるのであろう。

## **B 法人が保証人に根保証をするとき**

1. 書面の作成は要件である（個人と同じ）。
2. 主債務が事業のための貸金等であっても、法人が保証又は根保証をするには公正証書は不要である。
3. 法人が根保証をするのに極度額の設定は不要である。

## **C 情報提供について**

就任した保証人に不測の損害が生じないように法改正がなされている。

- 1 主債務者の委託を受けて保証人になった場合、債権者は保証人から請求があったときは、遅滞なく、主債務についての不履行の有無、残額、弁済期が到来して債務の額の情報を保証人に提供しなければならない（保証人は個人・法人どちらでも対象）。
- 2 主債務者が期限の利益を喪失したときは、保証人が個人の場合、債権者は期限の利益の喪失を知ったときから2ヶ月以内にその旨を保証人に通知しなければならない。  
通知を怠ったときは、期限の利益喪失時からこの通知をするまでの間の遅延損害金にかかる保証債務の請求はできない。
- 3 主債務者は、事業のために負担する債務を主債務とする保証又は根保証の対象債務に事業のための債務が含まれているケースの根保証の委託をするときは、保証人又は根保証人が個人の場合、委託を受けるその保証人に対して、以下の項目の情報を提供しなければならない。

- (i) 財産及び収支状況
- (ii) 主債務以外の債務の有無、金額、その他履行状況
- (iii) 主債務のための担保の有無とその内容

これらの情報の提供がなかったり、事実と異なる提供をしたことを、債権者が知り又は知ることができたときは保証契約の取消を保証人ができる。

## **D 履行の請求**

連帯保証人に対する請求は主債務者に対しても効果が生じるとするのが現行法である。

しかし、改正法では連帯保証人に対する履行の請求は原則として主債務者に効力は及ばないとされた。そのため、主債務者への請求を怠ると、時効が完成する危険が生じる。

## ■ 瑕疵担保について

1. 従前は、瑕疵担保は法定責任と考えられていたが、改正法では契約違反の責任という内容となった。

「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」

つまり、契約の目的物が契約の内容と適合しないときは、直してもらったり、別の物を渡してもらったり、不足分の補充を請求できることになる。

また、追完を求めても、これに応じないときは代金の減額のほか、契約の解除や損害賠償の請求も可能となっている。

なお、この請求については、買主が不適合であることを知ってから1年以内に通知をしないと、前記の請求はできないことになっている。

2. 以上の改正法については、従前の瑕疵担保の問題と大きく異なることはなく、瑕疵の内容には物質的瑕疵は当然に含まれる。人が嫌悪する事実についても同様と考える。

## 156. 保証契約の要件

(2009年4月号、No.125)

### ■ 事案

YはBから自分が借金をする予定であるが、Yに保証人になってもらいたいと頼まれ、Yはこれを了解した。そこで、平成18年10月、Bから指定された喫茶店にYは出向いた。

Yが指定の喫茶店に向っている途中にBから電話があり、保証人ではなくYが借主自身になって欲しいと要請された。

喫茶店にはXとAが居た。XとAは知り合いであり、XはAからYを紹介され、Yに融資をしてやって欲しいとAはXに要請した。XとしてはAを信用していたこと、Yが資産家に見えたこと、Bが連帯保証をすることになったことなどから、同月12日、Yに金500万円を融資した。

なお、喫茶店でXとAが会っているとき、Yは自分が借主になることは拒否していたが、Aから、Bが返済すると言っているのだから借主になってくれと言われたので、借主になることになった。

しかし、Yは借金の返済をしないために、XからYに対して貸金返還請求を提訴された。

この裁判の中で、XはYに貸金の支払いを求めるとともに、予備的に借金の借主はBであり、Yはその保証人だとして保証債務の履行請求、つまり、保証人としてBの借金を支払えとの請求も主張した。

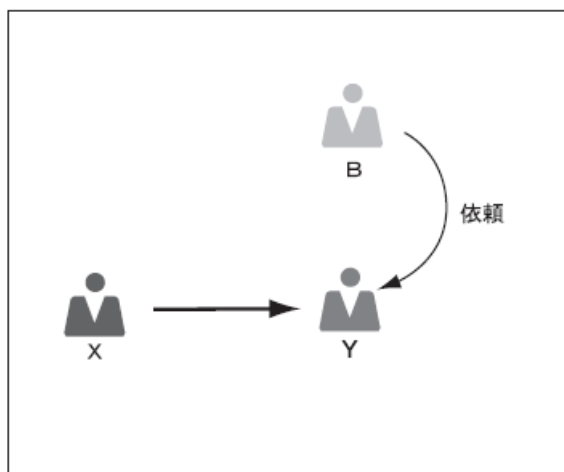
これに対して、YはXが融資した500万円は自分は受取っていないし、Yが保証人として借用書に署名押印していないから、民法446条2項の要件を欠き、保証人の責任は生じないと反論した。

第1審の大阪地方裁判所は、貸付金はBに交付されていると認定したことから、Yが借主とのXの主張は認めず、中心争点は借用書の借主欄にYが署名押印したことでYの保証債務の要件は充足されているかになった。この点、第1審はこれを肯定した。そこで、Yが控訴した。

### ■ 判決

Yの控訴に対して、大阪高等裁判所は以下のとおり判断した。

「民法446条2項が保証契約について書面を要求する趣旨は、保証債務が無償で、情義に基づいて行なわれることが多いことや、保証契約の際には保証人に対して現実に履行を求めることになるかどうかの不確定であり、保証人において自己の責任を十分に認識していない場合が少なくないことから、保証を慎重ならしめるために、保証意思が外部的にも明らかになっている場合に限って契約としての拘束力を認めるという点にあるところ、控訴人は、Bらから依頼されて、BのXに対する債務を保証する意思で、金銭消費貸借契約書の借主欄に署名押印をした・・・とい



うのであるから、これによって、主債務者であるBと同じ債務を連帯して負担する意思が明確に示されていることに違いはなく、保証意思が外部的に明らかにされている。」

として、Yの控訴を棄却して、Xの請求を認めた。(大阪高等裁判所 平成20年12月10日判決、金融法務事情 No. 1870、53 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、保証債務の成立要件に関する判決である。

保証債務の成立に関しては、民法の条文が改正され、書面の作成が必要となった。

民法 446 条 2 項

「保証債務は、書面でしなければ、その効力を生じない。」

今までは口頭の合意でもよかったが、改正後は書面の作成が要件となったわけである。なお、改正前の保証契約については、従前とおり口頭でも構わないとされている。

ところで、本件はBの保証人になるつもりで出向いたYが途中でBから保証人ではなく、借主になってくれと頼まれ、同席のAからもBが支払うと言っているのだからと言われたことで、Xからの借入れについてY自身を借主とする金銭消費貸借契約書に署名押印をしたものの、金員の授受はYに対してではなく、Bに対して交付されたという事案である。

問題となるのは、主債務者欄に署名押印したとしても、保証の意思があれば、民法 446 条 2 項の「書面」の要件を充足しているのか、そうでないかである。

この点、判決は保証の意思をもって主債務者欄に署名押印したのだから、書面による保証契約と認められるとしている。

本件は、金銭の貸借関係の事案であるが、保証契約の書面化の問題は建物や土地の賃貸借契約でも同様である。

特に、建物賃貸借契約にあっては、はじめての契約時に保証人の署名押印をもらっても更新時にももらわないこともある。

更新は新規の契約ではないし、保証人の責任は更新後の借主の債務も原則として対象とする、との判例の考え方からすると、更新時に保証人の署名押印がなくても保証人の責任には原則として影響しないと思われる。

しかし、賃料が大巾に変更されているとか、借主が相続などによって当初の人とは違っていたという場合には、更新後も保証意思ありと言えるのかの疑問があり、トラブルになることが予想される。特に、借主に変更があるようなときは、借主の債務を保証するという点から、ちがう借主では保証の意思はないのではとの考えが優先される可能性もある。

したがって、更新のときにも、保証人による署名押印を忘れないようにされたい。

また、建物を借りるにあたり、申込書を作成してもらうことが一般的であり、この申込書に保証人を明示することが多い。そして、契約に至るわけであるが、保証人の署名押印が申込書にはあるが、契約書にはなかったり、借主が勝手に記入したりするケースがある。申込書に署名押印しただけでは正式な契約書ではないので、契約書の署名押印が保証人自身の手によるものか、あるいは、了解のものとして代筆してもらうかなどしておかないと、保証契約の書面化の要件を充足していないとされる危険性もある。

少なくとも契約書の署名押印、特に保証人によって書かれたものかの確認には最大の注意をされるべきだと考える。

## 157. 民法の改正について – 消滅時効について –

(2018年7月号、No.232)

今回は民法の改正について説明する。

民法の改正は債権法の部分と相続に関する部分とがある。今回は、平成29年5月26日に成立した債権法の部分についての説明をする。

債権法の部分の改正はいろいろな部門を対象としているが、消滅時効、債権譲渡、根保証、瑕疵担保などが資産管理をするうえで、関係するところと思われる。

これらについては、2020年から施行される予定であるので、資産管理担当者としても、そろそろ頭の中に改正内容を記憶させておく必要があるであろう。

### 1. 消滅時効について

現行民法では、債権の消滅時効は原則として10年間である。

しかし、短期時効の対象もあり、しかも、その期間もバラバラである。そのため、債権の時効期間を常に意識しておく必要があった。

改正法では、この消滅時効の期間を5年又は10年とし、現行法の短期消滅時効及び商事消滅時効の例外は廃止されることになった。

新民法 166 条

「債権は、次に掲げる場合には、時効によって消滅する。

- ①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5年間行使しないとき。
- ②権利を行使することができる時から10年間行使しないとき。

以下略」

つまり、権利者が権利行使が可能となったのに、これを知っていながら5年間権利行使をしないと消滅時効となり、知らなかったとしても、権利行使が可能なときから10年間を経過すると、同様に消滅時効となるという内容である。

地代とか、売買代金という場合、支払時期が契約書などで明確になっていることから、権利行使ができることを知った時と権利行使できる時とは、原則として一致すると思われるので、こういう債権については、5年間で時効になるということになるのであろう。

また、契約書にある支払時期を知らなかったという場合もあろうかと考える。この場合、前述の新民法の条文の②のケースということになるのだろうが、①の権利行使できるのを知った時というのは、ある程度、客観的に判断されるものと考えられる。

契約書に支払時期が明示されていたのであれば、権利行使できる時は知っていたと認定されるのではないだろうか。

また、相手方が契約違反をしたため相手方に損害賠償を請求する場合、どう考えたらいいだろうか。

現行法では、相手に債務不履行の事実があると、その事実のときから時効は進行すると考えている。

改正法でも、相手に債務不履行の事実があることを知った時から5年間の時効が進行すると考えていいのであろう。

ただ、この場合、損害の範囲が5年以内に確定できないといった例外的なときをどうするかとの疑問はあるが、取引上の債務不履行の場合には、5年以内に損害の確定ができるのではないだろうか。

ところで、新民法の時効制度でも例外はある。それが不法行為と生命身体に関する損害賠償である。

#### ① 不法行為

現行法は被害者が加害者及び損害を知ったときから3年、不法行為のときから20年とされている。改正法もこの考え方を維持している。

#### ② 生命身体に関する損害賠償

改正法では、加害者及び損害を知ったときから5年、行為のときから20年とされた。

現行法では不法行為の法的構成を採用すると、前述の3年又は20年であり、債務不履行の法的構成も可能なときは、債務不履行のときから10年ということとなっている。

今回の改正では、不法行為による場合には、3年の短期を5年に修正している。(長期は20年)

そして、このことは債務不履行による損害賠償も同様とされた。

なお、5年で時効とか、10年で時効と述べているが、時効は当事者の援用がなければ効果は生じない。この点は現行法も改正法も同様である。

つまり、時効を主張したい者が時効が完成していると主張しなければ、時効の効果は生じないということである。

次に、時効の中断の考え方が改正されている。現行法では時効の停止と中断がある。これを改正法では、完成猶予と更新という名称で変更し、完成猶予は対象の事実が生じると、時効期間が満了しても時効の完成がある期間猶予とされるものであり、更新はある事実が生じると、時効の期間が新たに進行するというものである。

考え方は現行法と同じと置いていいと思うが、少しちがう部分もある。

裁判を提起することは、現行法では時効中断とされているが、改正法では訴えの提起は完成猶予とされ、裁判の確定で更新の効果が生ずるとしている。つまり、訴え提起をしても時効の完成が猶予されるだけで、判決の確定などがないと時効の進行をリセットできないということである。そのため、訴えを取り下げると、ケースによっては時効が完成してしまうこともある。

改正法では、当事者間で権利について協議を行う旨の合意書面が作成されたときにも、一定期間、時効の完成が猶予されることとなった。

権利の有無については争いがあるときに、債務の承認はできないが、当事者間で協議をしましょうという場合に、この合意書面を作成するというメリットはある。

ただ、この文書を作成しても、完成猶予の期間は1年間ということになっているので、注意は必要である。

最後に、改正法の対象であるが、改正法施行日前に債権が生じたときには、現行法が適用される。生命身体に対する損害賠償については、改正法施行のときに現行法の3年が経過していなければ、改正法の対象となり、3年の期間が5年まで延長されることになる。



## 158. 民法の改正について – 債権者代位権と債権者取消権 –

(2018年10月号、No.235)

今回は債権者代位権と債権者取消権の説明をする。

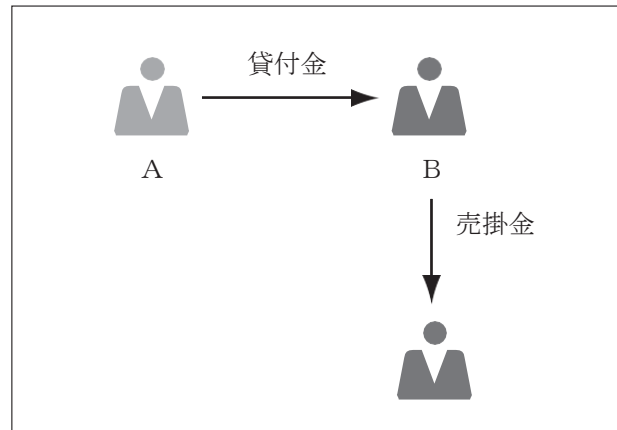
### ■ 債権者代位権について

#### 1. 現行法について

現行法では民法 423 条に規定されている。その内容は、債権者が自己の債権を保全するため、債務者の権利を代位して行使できるというものである。

AがBに貸付金を有しているが、Bの資力に問題がある場合、AはBがCに対して有する売掛金をBに代位して支払を求め、AのBに対する貸付金の回収を図るというものである。

裁判所の考えは、AがBのCに対して有する権利を代位行使する場合、BはCから売掛金の取立てをすることはできないとされている。



#### 2. 改正法について

- ① 改正法では「自己の債権を保全するため必要あるとき」に代位権の行使が可能とされた。現行法では「必要あるとき」という限定は明示されていない。
- ② 現行法は前述のAのBに対する貸付金の期限が未到来のときは、裁判上の代位をすれば代位権行使は可能であるが、改正法では保存行為を除き期限未到来のときの代位権行使は認められなくなった。
- ③ 代位権の行使の範囲については、前述のBのCに対する売掛金のように可分債権が被代位権利の目的のときは、自分の債権の額の限度においてのみ代位権の行使ができるとの規定が設けられた。
- ④ 代位権を行使したとき、被代位権利が金銭の支払い又は動産の引渡しを目的とするときには、直接その支払い又は引渡しを求めることが可能と明示された。
- ⑤ 代位権を行使しても、相手方の抗弁権の主張は可能である。前述のAがBのCに対する売掛金を代位行使したとき、CはBに対する抗弁をAに対しても主張できるのであって、このことは現行法でも同様の解釈をされている。
- ⑥ 代位権を行使されても債務者の処分権限を否定されないことになった。前述のAがBのCに対する売掛金の代位行使をした場合でも、BはCに対しての権利行使は可能であり、CもBからの請求に応じて支払いをしても有効となる。
- ⑦ 代位権行使にかかる訴訟を提起したときには、債務者に訴訟告知をする必要が生じることになった。前述の場合だと、AがBのCに対する売掛金の請求権について、AがCに対して訴訟を提起したときには、AはBに対してCに提訴した旨の訴訟告知をする必要が生じた。

⑧ 登記や登録をしなければ第三者に対抗できない財産を譲り受けた者は、譲渡人が第三者に対して有する登記や登録手続きの請求をしないときは、その権利の行使ができることとなった。AがBから土地を購入したが、その土地がC名義であり、BがCから購入してAに転売するというケースで、BがCに対して登記手続きの請求をしないようなときは、AはBのCに対する登記手続きの代位行使が可能ということである。

る。

⑨ 改正法の対象であるが、2020年4月1日前に債務者の第三債務者に対する権利が生じていたときは現行法になる。前述のBのCに対する売掛金が2020年4月1日前に生じているときは現行法であり、その以後の発生ときは改正法となる。

登記手続きに関しては、譲渡人の第三債務者に対する権利が2020年4月1日の前か後かではなく、BのCに対する権利の発生が前か後かで法律の適用が決まることになる。

## ■ 債権者取消法について

### 1. 現行法について

① 債権者取消権あるいは詐害行為取消権は現行法424条以下に規定されている。

債権者は債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消を請求できるというものである。

ある財産を安く売却したりしたことで、債権者の債権回収が困難となるようなとき、取引の相手方も債権者を害する意図を有したときは、その取引を取消して債務者の財産の確保を図る制度である。

② 詐害行為として取消をするためには、その行為の前に債権が発生していることが必要と解釈されている。

### 2. 改正法について

① 前述②の解釈部分については、条文で明示されることになった。

② 財産を相当価格で売却した行為が詐害行為になるかについては、破産法では否認権の対象とはならないとされたことに関係して、改正法でも詐害行為の対象とはならないことになった。

③ 支払不能前の担保の供与又は債務の消滅に関する行為についても、破産法の否認権の対象とはならないことから、詐害行為の対象とはならないことになった。

④ 過大な代物弁済については詐害行為の対象となり得る旨の条文が新設された。

⑤ 詐害行為は受益者の悪意が必要であるが、受益者からの転得者の主観面について明文化がされた。

転得者が受益者からの転得のときには、転得者が転得当時、詐害の意思を有していなければ、転得者に取消権の行使はできない。

転得者が転得者から転得したときには、転得者すべてが、それぞれ詐害の意思がなければ取消権の行使はできない。

⑥ 詐害行為取消の訴えは、受益者又は転得者の被告として財産の取戻しをする。したがって、債務者自身は訴訟の被告とはならない。

そうすると、債務者は訴訟の当事者ではないことから、訴訟の判決の効果が債務者に及ぶのかが問題となっていた。

そのため、改正法では訴訟の効果は債務者にも及ぶと明示し、債権者は詐害行為取消訴訟を提起したときには遅滞なく債務者に訴訟告知をしなければならない旨の規定を設けた。

- ⑦ 詐害行為取消権は詐害行為を知った時から2年間、行為から10年間で訴えの提起はできない。現行法は2年又は20年であったが、改正法は2年又は10年となった。
- ⑧ 2020年4月1日前に詐害行為がなされたときは現行法であり、それより後のときは改正法である。

## 159. 譲渡禁止特約付債権の譲渡について

(2009年7月号、No.124)

### ■ 事案

A社はCに対して請負代金請求権を有している。また、B社は金融機関であり、A社との間で手形貸付取引契約を締結していた。

そこで、B社がA社に対して前記手形貸付取引契約にもとづく、現在及び将来の貸付金請求権を担保するため、A社はCに対して有していた請負代金請求権をB社に譲渡する旨の債権譲渡担保契約をB社との間で締結した。

この債権譲渡担保契約書には、Cが承諾した旨の記名押印はあるが、対象となった

A社のCに対する請負代金請求権には譲渡禁止特約があり、そのことをB社は知っていた。

その後、Cは請負代金請求権の権利者かわからないとして代金を供託した。そこで、A社がB社に対して供託金の還付請求権は自分にあるとして訴えを提起した。

A社の主張は、本件債権譲渡担保契約にあたり、Cは記名押印しているが、それは正当な承諾ではない、そして、譲渡禁止特約に違反する譲渡であるから、A社からB社への譲渡の効力は生じない、したがって、A社に権利が残っていることから、A社に供託金還付請求権が帰属するというものである。

これに対して、B社は、Cは承諾をした、仮に承諾していないとしても、そう信じることに善意無過失だから、民法 466 条 2 項但書を類推して、A社はB社に譲渡無効を主張できないと反論した。

第一審はA社の勝訴、そこで控訴となった。

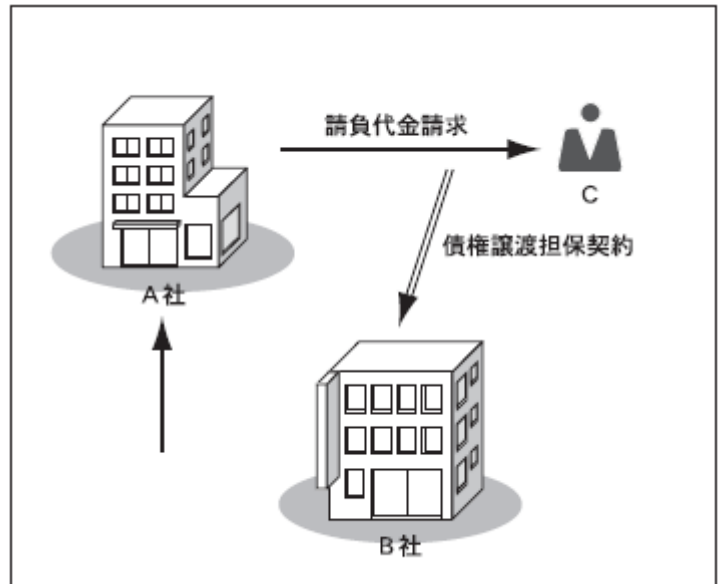
なお、民法 466 条 2 項但書の点については、控訴審では以下のような判断を示している。

「また、民法 466 条 2 項但書の類推適用を認める余地もない。同項但書は、譲渡禁止特約が存する場合に、取引の安全との調整を図ろうとする趣旨の規定であるから、債権の譲受人が譲渡禁止特約の存在を認識している以上、第三債務者の有効な承諾があったことにつき、善意無過失であったとしても、かかる譲受人についてまで保護すべき必要はない・・・」としている。

控訴審でもA社が勝訴。そこでB社が上告した。

### ■ 判旨

B社の上告に対して、最高裁判所は以下のように判断した。



まず、Cの承諾はないとの前提で、譲渡禁止特約は債務者の利益を保護するためのものであるとしたうえで、「譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者は、同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないのであって、債務者に譲渡の無効を主張する意思があることが明らかであるなどの特段の事情がない限り、その無効を主張することは許されないと解するのが相当である。」とした。

そして、本件ではCは供託していることから、本件の債権譲渡の無効を主張しているとも言えないことから、A社は本件の債権譲渡の無効を主張する独自の利益がない。

したがって、今までの判決は破棄したうえでB社の主張を認めた。(最高裁判所平成 21 年 3 月 27 日判決、金融法務事情 No. 1870 号、44 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は譲渡禁止特約付債権が譲渡された場合の事例である。

資産管理のケースに置きかえてみると、敷金、保証金については、この譲渡禁止特約が付されており、また、最近では敷金、保証金を担保に融資をするときには、敷金等に質権を設定するのではなく、譲渡担保の形をとるケースが増えている。

どちらも債権者による通知、あるいは債権者の承諾が要件であるが、質権設定による権利行使、つまり、第三債務者（本件C）から支払いを受けるには、質権の設定された債権と質権者の債権の弁済期が到来する必要がある。しかし、債権譲渡担保のケースは一般的には譲渡対象債権の弁済期が来れば、支払いを受けることは可能である。

ところで、本件ではAが自ら譲渡しておきながらその無効を主張しており、B社は譲渡禁止を知っていたが、第三債務者Cが承諾したと信じたから有効と主張していた。

しかし、最高裁判所は無効の主張は第三債務者Cの意向によって決まるものであり、A社には原則として無効主張をすることはできないという判断を示したのである。

最高裁判所の考え方からすると、前述の控訴審での民法 466 条 2 項但書の考え方は争点を判断するうえでは必要のない議論ということになる。

ところで、資産管理の点から考えて本件の持つ意味は大切である。敷金、保証金の譲渡の承諾をしていないとき、譲渡当事者間のトラブルが生じたケースでは、譲渡した権利が誰に帰属するかが重要になる。

敷金関係では第三債務者になる貸主側で譲渡を認めないとしていけば、譲渡人の譲渡無効が認められる可能性があり、そうでないときは譲受人に権利が帰属する可能性がある。

そうすると、譲渡を認めるか否かを明確にして対応すべきことになる。

なお、譲渡を事前に認めているときは、その譲渡は禁止特約があっても有効なのは当然である。因みに、改正前民法 466 条は以下の規定である。

- ①「債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りではない。」
- ②「前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には適用しない。ただし、その意思表示は善意の第三者に対抗することができない。」

## ■ 民法の改正

民法が改正され、譲渡制限のある債権が譲渡されても、譲渡自体は有効で、このことについて、悪意または重大な過失で知らなかった譲受人等については、その履行を拒むことができるとされた。

また、預貯金債権については、譲渡制限を悪意又は重大な過失で知らなかった譲受人等には、譲渡制限を対抗できることになった。

## 160. 継続取引と本人の判断力低下

(2022年3月号、No.275)

### ■事案

- Xは昭和7年生まれ。
- 平成28年にアルツハイマー型認知症の診断。長谷川式簡易知能評価スケールでは14点。
- 平成20年9月に要介護3、同年11月ころからショートステイを利用し、平成25年6月に介護老人保健施設に入居。
- 平成21年12月ころからは、後見人である長男A夫婦と同じ敷地内の離れに居住するようになる。
- Y社の店員BとXとは古くからの知り合いであり、BがY社で仕事をするようになった平成14年ころからはBがXの担当となり、XはBがいる店舗に行くようになった。
- Y社は宝石等の装飾品、衣服、健康食品、家具などの販売を主な業とする会社である。
- 平成21年ころから同28年ころの途中まで、XはBのいる店舗にほぼ毎日訪れており、夕方からはB宅に滞在してからXは自宅に戻るという生活を続けていた。
- Xの収入は年金のほか賃料収入などもあり、また、平成21年と、24年から27年にかけては不動産を売却した収入もあったが、反面で、平成24年には5,250万円を借入れ、毎月30万円以上の返済をしている。
- XとY社との取引状況は、平成21年から同28年までの7年間で取引回数が174回、販売合計金額は約5,600万円になる。
- 平成21年が1,108万円、同22年1,100万円、同23年384万円、同24年550万円、同25年873万円、同26年1,027万円、同27年521万円、同28年30万円。
- 主な取引内容は、シャンプーなどの日用品もあるが、ダイヤモンド、ネックレスなどであり、平成26年は装飾品取引が多くなっている。
- Xについては、Aの申立てにより平成29年2月に成年後見が開始され、長男Aが成年後見人に選任されている。

### ■判決

以上のような経過を前提に、Xの成年後見人AはY社を相手に、平成21年から同28年までの取引に関しては、Xがアルツハイマー型の認知症であり、Y社がXに対して過大な取引をしてXに損害を与えたとして、代金相当額について不法行為による損害賠償を請求する訴えを東京地裁に提起した。

Y社は、Xの判断力について十分備わっており、また、取引もXの意思でしたものであり、しかも、Xには不動産譲渡所得も多額にあったなどと反論して、Xの請求は認められないとした。

双方の主張に対して東京地裁は以下のような考え方を示している。

- ① 本件取引については、対象商品の種類や分量、回数、期間、Xの年齢、収入、生活状況などからすると、「その生活に通常必要とされる分量を著しく超えた過大な取引」と言える。
  - ② しかし、過大な取引だからと言っても、そのことで直ちに売主の買主に対する不法行為を構成するわけではない。
- 問題は、「本件取引が買主にとってその生活に通常必要とされる分量を著しく超えた過大な取引であることを」売主が認識していたか否かである。
- ③ このうえで、本件はXと店員Bとの関係からすると、店員Bを介してY社も認識していたと推認できると判定している。
  - ④ しかし、仮に取引が著しく過大なものであったとしても、それが買主の健全な判断能力の下で自由に形成された意思にもとづく取引であったのであれば、買主の利益を害する違法な取引とすることはできない。
  - ⑤ 本件では、平成25年にはBを介してY社において、Xの判断力が相当程度に低下していたことを認識することができたのであるから、同時点からは事業者であるY社は、社会通念に照らして、信義則上、Xとの取引を一旦中断するべき義務を負っているというべきである。
  - ⑥ ところが、Y社はその時点以降も取引を中断しないで、Xと取引をしており、このことは不法行為上違法と評価することができる。

以上のように判断して、平成25年以降の代金相当額について、損害賠償義務がY社にあるとした。

なお、取引行為が不法行為とすると、賠償金相当の取引物の返還については、理由がないと判断している。(東京地方裁判所令和2年1月29日判決、判例時報2503号33ページ以下参照。本件は控訴審で和解となっている。)

## ■コメント

本件は装飾品等の継続取引の途中で、買主側の判断能力が低下した場合、このまま取引を継続することがケースによっては不法行為になるとして、代金相当額を損害として認定した案件である。

内容からすると、Y社やBは、Xの判断力の低下を利用して不必要な商品を販売していたようにも見える。したがって、結論としては妥当かと考える。

ただ、本件で考えておくべきことがある。ひとつは、本件は不法行為の損害賠償請求という形の法的構成であるためか、代金相当額の一部を買主に賠償金という形で支払っても、納品した商品の返還については理由なしと判断していることである。

売主から考えたら、賠償金は代金の返還と考えるので、納品した商品を戻してくれと考えるのであろう。この点がおそらく控訴審での和解の中で触れられているのだと思う。法的には別訴等で商品の返還を求めることになるのだろうかと思う。

いまひとつは、継続的取引の途中で当事者の判断力に問題が生じたときの対応である。当事者の判断力に問題が生じたとき、取引の中断の検討をしておかないと、以後の取引が違法だとされてしまうことになる。

J Aの場合、アパート管理や農業用品の供給という点で継続取引を組合員としていることが多い。判断力が低下したからと言って、直ちに取引中止をする必要はないが、その取引が組合員に



とって必要なものか否か、価格が相当なのか否か、家族の同意はあるのか否かという各視点で、取引の検討をしておく必要がある。

本判決が何らかの参考になれば幸いである。

## 161. 飼い犬の鳴き声と損害賠償

(2016年10月号、No.211)

### ■ 事案

- 平成6年 Xは土地建物を購入した（A建物）。
  - 平成8年 YはA建物と道路をはさんで反対側のところに建物を建てて生活を開始した。  
Yの居住建物とA建物との距離は約32.5メートルである。
  - 平成11年 YはY宅において雑種の雄犬を飼いはじめた。
  - 平成20年 Xはもう一軒の建物を購入した（B建物）。  
B建物は主に倉庫、ガレージとして使用しているが、Y宅とは道路をはさんで約5.5メートルの距離である。
  - 平成23年2月頃  
XはY宅の飼い犬の鳴き声がひどいとして警察に相談。警察官立会いのもと、Yに対して、飼い犬の鳴き声のため睡眠障害を伴う精神症になっているので、犬を室内で飼育し、手に負えないのなら、犬の飼育について専門の方に相談して欲しい旨を要請した。
  - 平成23年10月  
XはYに対して犬の鳴き声の差止め及び損害賠償を求める民事調停の申立てをしたが、平成24年2月に調停は不成立となった。
  - 平成24年  
XはYに対して損害賠償の支払を求めて大阪地裁に提訴、請求金額は慰謝料150万円を含めて約182万円。
  - 平成25年3月 Y宅の飼い犬が死亡。
- XY間のトラブルは以上のようなものである。

### ■ 判決

X、Yの双方の主張や証拠から、大阪地裁は以下のような事実を認定した。

X宅（A建物）の周辺は駅から離れたところに位置しており、山の斜面を切り開いた住宅地である。夜になると動物の鳴き声が聞こえたり、近隣には犬を屋外で飼育している家も複数ある。さらにA宅の近くには沢があり、増水するときには水音が大きくなることもある。

Y宅の犬はY宅の庭にある犬小屋で放し飼いにしており、Yが出かけるときは昼夜を問わず鳴き出し、Yの気配がなくなるまで1～2分間は鳴き続けている。

Y宅の犬の鳴き声は他の犬に比べて大きいものであり、XのA建物、B建物でいずれも窓を開けた状態で鳴き声を録音しそのデータを分析したところ、A建物においては平均64.5、B建物では平均74.1であった。

平成 23 年 2 月ころ、警察官立会いで X が Y に対して対処を申し入れたあとも Y は一時、Y 宅内に犬を入れたこともあったが、犬の余命が短いことを知ると再び敷地内で放し飼いをはじめ、犬の鳴き声について専門家に相談することもなかった。こういうことから X は寝つきが悪くなり精神障害を発症した。

以上のような事実を認定したうえで、裁判所は以下のような判断を示している。

- ① 犬の鳴き声は深夜、早朝を問わず、X 宅まで比較的大きな音量で到達していることから、この鳴き声によって、X が長期間にわたって睡眠を妨げられ、その結果、精神障害となっている。このような事情からすると、Y 宅の犬の泣き声は、一般生活上受忍すべき限度を超えている。
- ② 「住宅地において犬を飼育する飼主は、犬の管理者として、犬の鳴き声が近隣住民に迷惑を及ぼさないよう、日常生活において犬をしつけ、場合によっては専門家に依頼するなどして犬を調教するなどの飼育上の注意義務を負うというべきである。」

本件 Y はこのようなことをしていない。

- ③ 損害としては、慰謝料 25 万円が相当。また、犬の鳴き声を録音するためのレコーダーの購入費用も本件の損害の対象となるとして、その余を含めて損害として約 38 万円を認定した。  
(大阪地方裁判所平成 27 年 12 月 11 日判決、判例時報 2301 号、103 ページ以下参照。なお、本件は確定している。)

## ■ コメント

本件は、駅から離れたところに位置する住宅地における犬の鳴き声で損害が認められた事例である。近隣の騒音問題については、いわゆる受忍限度の範囲内か否かが、損害賠償が認められるか否かに関係する。

騒音については録音をしておくことが立証のために必要であるが、その録音したものだけでは、騒音を正しく評価できないため、その録音した音の分析が必要となる。本件もその分析をしており、裁判所は分析結果などをもとに総合判断の結果、本件の犬の鳴き声は受忍限度の範囲内とは言えないとしている。

ところで、本件では Y に対して民法 718 条の責任の有無を問題としている。

### 民法 718 条 1 項

「動物の占有者は、その動物が他人に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、動物の種類及び性質に従い相当の注意をもってその管理をしたときは、この限りでない。」

この条文は動物が人に危害を加えたときに問題となることが多いが、犬の鳴き声についても、この条文の対象になることを前提に、この裁判では Y の賠償の有無が議論されている。

そして、裁判所は鳴き声で苦情を申し入れられたようなときには、専門家に相談したり、屋内で飼育するなどの行動を飼主はするべきで、これをしないと、この民法 718 条の責任が発生する可能性を示唆したことになる。

また、損害についてであるが、犬の鳴き声を立証するための録音機材の購入費用も損害として認定している点に注意されたい。損害を立証するための費用自体は、他人の行為によって生じた

損害自体ではない。しかし、損害を立証するために必要な費用ということで損害として認定したものと考える。

交通事故などで診断書を準備して自分のけがの状況を立証するが、その診断書作成費用も損害として認定されることが多く、本件も同様の考え方にもとづくものと推察する。

本件は犬の鳴き声によって睡眠に支障が生じ、そのため精神障害になったと裁判所は認定している。本件X宅のほかにも人家はあり、その住民にも同様の状態が生じているかは、はっきりしていない。周辺の人々に同様の状態が生じているのなら裁判所も理解できる。

しかし、Xのみに生じていて、他の人々には生じていないとなると、はたして受忍限度を超えた騒音としていいかどうか、Xだけ特別に音に敏感な人であったのではないかの疑問はある。音に敏感な人だけに何かの症状がでて、賠償をしなければならないのか否か、そういう状態の人がいるということは、やはり受忍限度を超えているとすべきなのか否か、判断に迷うところである。

## 162. 葬儀場に対する目隠し設置要求の可否

(2011年2月号、No.143)

### ■ 事案

Xは自宅（共有持分）を新築し、家族とともに居住している。

Xが居住をはじめて約10年後に、Yが道路の反対側に土地を購入し、翌年に葬儀場を建築し営業を開始した。

XとYの敷地周辺は第一種住居地域である。XとYの間には公道があり、公道の幅員は15.3メートルある。

Yは葬儀場建設にあたり、6回にわたって地元説明会を開催。地元の自治会の要望を配慮して、Yは目隠しフェンスを設置し、葬儀場入口位置を変更したり、防音、防臭のため二重玄関ドアなどを設置した。

以上のようなことをしてYは葬儀場を営業しているが、通夜、告別式は1ヶ月20回程度行われており、遺体運搬車や霊柩車は玄関先まで近づけて棺の搬入、出棺をしている。

X宅1階からは、Yの設置したフェンスのためYの葬儀場の様子は見えないが、X宅2階東側の居室などからは、参列者の様子や出棺などの様子を見ることができる。そのため、XはYの葬儀場のため強いストレスを感じるようになり、X宅2階の窓とカーテンは常時閉めている。

そこで、XはYに対して、X宅に面するYのフェンスをさらに1.5メートル高くするとともに、慰謝料の支払いを求める訴えを提起した。

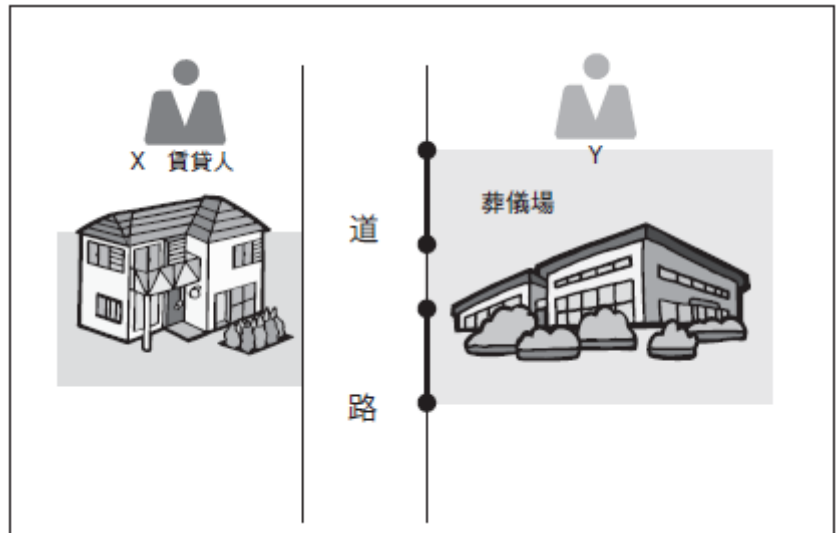
原審は、フェンスについては1.2メートルさらに高くするとともに、慰謝料20万円の支払いをYに命じた。そこで、Yが上告した。

### ■ 判決

Yの上告に対して、最高裁判所は原判決を取消したうえで、Xの請求を棄却すべきであるとした。

上告審では前記事実を前提とすると、

「XがX建物2階の各居室等から、本件葬儀場に告別式等の参列者が参集する様子、棺が本件葬儀場建物に搬入又は搬出される様子が見えることにより強いストレスを感じているとしても、これは専らXの主観的な不快感にとどまるものというべきであり、本件葬儀場の営業が社会生活上受忍すべき程度を超えて、Xの平穩に日常生活を送るという利益を侵害しているということはない。



そうであれば、YがXに対してX建物から本件葬儀場の様子が見えないようにするための目隠しを設置する措置を更に講ずべき義務を負うものでないことはもとより明らかであるし、YがXに対して本件葬儀場の営業につき不法行為責任を負うこともないというべきである。」と判断した。(最高裁判所 平成 22 年 6 月 29 日判決、判例時報 2089 号 74 ページ以下参照。)

## ■ コメント

本件は、住居近くにある葬儀場が自分の生活に影響するとして、フェンスをさらに高く設置することと、慰謝料の支払いを求めた事案である。

葬儀場の存在は国民の生活にとって必要不可欠であり、原則として国民はこれを利用するのはあるが、自分の近くに建設されるとなると、住宅環境が破壊されるとか、車の駐車問題が生じるなどを理由に反対運動の対象とされていることはご存知のとおりである。

本件の葬儀場は行政法規に反する事情はなく、付近住民に対する説明会も開催し、その要請を受けてフェンスの設置等をしていた経緯がある。

ところが、Xとしては、自宅の 2 階の居室から参列者の様子や出棺時の様子が見えることにより強いストレスが生じているとして、フェンスをさらに高くして葬儀場の様子を 2 階からも見えないようにせよと主張したわけである。Xが求めるフェンスを高くせよとの主張の根拠であるが、平穏な生活を送る権利というもので、いわゆる人格権にもとづくものである。

この権利に関しては、騒音問題、日照問題、眺望問題などでよく主張されている権利である。

また、判決文を見ると、Xは民法 235 条の類推適用も主張している。

民法 235 条とは、境界から 1 メートル未満のところ他人の宅地を見通すことができる窓や縁側、ベランダについては目隠しを設置せよとの条文である。この条文は隣地から見られることで平穏な生活が侵害されることを根拠としていることからこの条文を類推し、本件でもフェンスを高くすることで見ることを防止する権利があるとの主張と思われる。

本件事案については、前記の経緯やX Y間の距離などからXの主張は認めていない。

しかし、本件と似たケースは多く存在し、本件でのXの理論的主張の部分は参考になると思われる。

なお、人格権に基づく主張に関して、都市部の組合員より、農地の隣に高層住宅が建設され農地への日照に影響が生じるようになったが、どうにかできないかとの相談がある。

日照により農作物の生産に影響があるとすると、ひとつは、農作物の生産減少による損害が生じ、そのほかにも農地自体の価値の減少という損害も生じることになる。日照に変化が生じたとしても、受忍限度を超えないと法的請求の対象とはならないが、これを超えるような場合が予めわかるときには、農地という土地の所有権を侵害するなどを前提に、建築禁止の仮処分などの法的措置を講じておくことも必要と思われる。

何をもち受忍限度を超えると言えるのかは難しい問題であり、今後はこの点を検討していくことが重要と考える。

## 163. 裁判所の管轄について

(2012年4月号、No.157)

### ■ はじめに

今回は、裁判所の管轄について説明したいと思います。

資産管理に関してトラブルが生じ裁判提起の必要が生じたとき、どこの裁判所に申立てをすればいいのかという問題である。

法律用語としては、管轄はどこの裁判所かという問題を指している。

### ■ 原則

法律用語の管轄には、いろいろな視点から名付けられた管轄に関する名称がいろいろとある。ここでは、その全てを詳しく説明する必要はないが、資産管理を担当するうえで必要な管轄のことは理解していただきたい。

#### 事物管轄

第1審の地方裁判所と簡易裁判所の管轄分担を示すものである。

ご存知のとおり、訴訟物の価額（略して訴額という。）が140万円を超えない請求は簡易裁判所の管轄であり、それ以外は地方裁判所の管轄である。

金銭の請求なら請求金額で決めるが、土地や建物の場合には、固定資産評価額が140万円を超えるときは地方裁判所、それを超えないときは簡易裁判所となる。ただし、不動産に関する訴訟の場合、固定資産評価額の2分の1をもって訴額とするというケースもあるので、弁護士に事前確認をしておく必要がある。

離婚など、非財産上の請求は160万円の請求とみなされており、簡易裁判所に管轄はない。

#### 土地管轄

第1審が事物管轄で地方裁判所としても、どこの地方裁判所に申立てられるかが、土地管轄の問題である。

この土地管轄の発生原因としては、普通裁判籍と特別裁判籍とがある。

#### （普通裁判籍）

裁判の原則は、被告の住所地である。この住所地とは、生活の本拠地を指しており、必ずしも住民票所在地とは限らない。

法人等の団体は、主たる事務所又は営業所が原則となる。そして、登記されたところと実際の営業所が違うときは、実際の営業所でもよいことになる。

#### （特別裁判籍）

特定の事件について法律が認めている裁判籍である。以下、資産管理に関係すると思われるところを説明する。

## 1. 義務履行他

財産上の訴えのときに認められる。

金銭の支払いは原則として原告住所地へ持参するとされているので、持参債務と言われて  
いる。したがって、金銭支払いについては原告住所地に特別裁判籍がある。

## 2. 事務所、経営所の所在地

事務所の業務に関するものについては、その事務所又は営業所の所在地に裁判籍がある。

## 3. 不法行為地

不法行為に関する訴えは、不法行為地に裁判籍がある。

交通事故による損害賠償請求の場合には、事故発生地に裁判籍がある。また、不法行為の  
場合は、損害賠償という金銭の支払いを求めるものでもあるので、被害者である原告住所地  
にも管轄があり、さらに、普通裁判籍の関係で、加害者の住所地にも管轄がある。

これらの管轄から、どれかひとつを選んで申立てをすればよいことになる。

## 4. 不動産の所在地

不動産に関する訴えは、その所在地に裁判籍がある。

これは、不動産自体に関するものであるから、土地明渡しなどを想定している。売買代金  
や建物の家賃請求はこの対象ではないとされている。

因みに、売買代金の場合には、金銭の支払いを求めることから義務履行地の原告住所地、  
あるいは被告住所地が、家賃の場合には貸主住所地あるいは借主住所地となる。

### (関連裁判籍)

数個あるいは数人に対して訴えを提起する場合、そのうち 1 個又はひとつの管轄裁判所に申  
立てると、他の請求又は第三者への請求もその裁判所に管轄ありとされている。

ただし、数人を訴えるにあたって、この関連裁判籍が認められるためには訴訟の目的である  
権利又は義務が共通であるか、同一の事実上又は法律上の原因にもとづいている必要がある。

未払賃料の請求にあたり、遠方の保証人も共同被告とするようなケースが想定されている。

## ■ 土地、建物明渡し訴訟

管轄としては以下になる。

相手住所地、土地建物の物件所在地、原告住所地。



## ■ 賃料支払訴訟

金 140 万円を超えない請求のときは簡易裁判所であり、それ以外のときは地方裁判所が 管轄となる。

そのうえで、原告である貸主住所地、被告である借主住所地、営業所。

なお、140 万円を超えない未払賃料の請求と建物等不動産の明渡しを求める訴えを併合して請求するときは、不動産に関する管轄が地方裁判所のときは、地方裁判所に未払賃料の請求も併せて請求が可能となる。

## ■ 相続関係

相続関係の場合、家庭裁判所での調停、そして同裁判所での審判というケースが多い。この場合の管轄は以下のとおりである。

遺産分割の調停については、相手方の住所地の家庭裁判所又は当事者の合意で定めた家庭裁判所。

したがって、申立ての相手方が何人かいるときは、そのうちの一人の住所地を管轄する家庭裁判所に申立てることになる。

ただし、審判ということになると、被相続人の住所地又は相続開始地の家庭裁判所になる。したがって、調停と審判とで違う家庭裁判所というケースもあるが、調停の段階から裁判官が関与しているので、ケースによっては審判になることも予想して、被相続人の住所地内に相手方のひとりの住所地があれば、その地域の家庭裁判所に調停を申立てることも検討すべきであろう。

## ■ 合意管轄について

土地建物の売買契約や賃貸借契約について、紛争が生じたときは「〇〇裁判所を管轄とする。」と定めていることが多い。これは合意管轄と言って、前述の管轄権がなくても認められるものである。

ただ、注意すべきは「〇〇裁判所を管轄とする。」と規定しても、そこのみが管轄裁判所で、それ以外の管轄のある裁判所に提訴できないとは断定できないので注意すべきである。例えば、東京地方裁判所を合意管轄とするとしても、大阪地方裁判所にも管轄があるとき、大阪でも提訴できることもある。この場合、東京地方裁判所を合意管轄とするとの条項は付加的な合意にすぎないと解釈されてしまうわけである。

そのため、その裁判所でしか裁判はしないとするのであれば、「〇〇裁判所のみを裁判所とし、他の裁判所での訴訟は申立てない。」などの文言にしておくことが必要である。契約書に「〇〇裁判所のみを専属的合意管轄とする。」という表現でもいいと思う。

ただ、消費者を相手とする契約の場合、ケースによってはこの条項は例示であり、消費者を拘束しないなどの解釈を裁判所が示し、消費者救済を図る可能性に注意すべきである。

## 164. 損害賠償について

(2013年6月号、No.171)

今回は、契約不履行の場合の損害賠償に関する説明をしたいと思う。

1. 売買契約にしろ、賃貸借契約にしろ、相手方が約束を守らないときに、相手方に対する損害賠償の請求を検討することは、資産管理をするにあたり、よくあることである。

この場合、損害賠償を請求する法的根拠には、ひとつには契約違反による損害賠償請求、もうひとつは不法行為による損害賠償請求の二つが考えられる。

契約違反の場合は、契約当事者の一方が契約条項に反した場合であり、不法行為の場合は賠償請求をする者と受ける者との間に契約関係が存在していない場合でも請求が可能である。

例えば、借家契約にあたり、契約している入居者自身の不始末で失火した場合には、貸主は契約当事者である入居者の建物保管義務違反を理由として損害賠償請求が可能となる。

もし、契約していない入居者、例えば同居の家族の不始末で失火したようなときは、貸主は同居の家族と賃貸借契約を締結していないから、契約違反を前提とした損害賠償請求ではなく、同居の家族に対しては不法行為による損害賠償の請求をすることになる。

そして、この場合、同居の家族の行為は契約している入居者自身の行為と評価できるので、同居の家族の不始末は契約当事者の不始末として、貸主は契約当事者に対しても契約違反の損害賠償請求が可能ということになる。

このように損害賠償と言っても、契約違反のときと不法行為のときがあり、ケースによっては両方の法的根拠の請求が可能となる（但し、二つの法的構成を採ることができても、生じた損害を二倍請求できるわけではない）。

2. ところで、損害賠償請求の「損害」については、民法では 416 条から 420 条までの規定がある。

### 民法 416 条

「①債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることを目的とする。

②特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、または予見することができたときは、債権者はその賠償を請求することができる。」

民法 416 条は、契約違反のときに、契約違反をした当事者に対して、どのような内容の損害を請求できるかを規定したものであり、不法行為の場合もこの条文を前提として損害を検討している。

この民法 416 条は契約違反から生じた損害のうち、被害を受けた側の請求は契約違反から通常生じる損害を賠償の対象としており、いわゆる相当因果関係にある損害を請求できるのが原則であるとしている。

要するに、その債務不履行によって一般的に生じる損害を賠償させるという考え方である。

この考え方の範囲内にある損害であれば、財産上の損害や精神的損害（いわゆる慰謝料）も賠償の対象ということになる。

例えば、建物を購入したのに欠陥のため居住できなければホテルや家を借りることとなり、その為に生じたホテル代や家賃等に関して、契約の相手方に請求できることになる。

あるいは、欠陥の為、建物の資産価値が下落した場合も、その建物を処分する予定であったのなら、下落分が損害となる。（ただし、処分予定がないとすると、将来売却のときに欠陥があったということをどう評価するか、場合によっては売却するまでの間に建物の他の部分の損傷等が生じることから、現在の下落分を当然に請求できるかの議論の余地はある）。

ただ、もし、建物を購入して転売する予定であったとすると、買主は建物の転売ができないこともあり、転売利益を失うこともある。このような場合、売主側で買主側のこういう事情を知っているときには賠償してもらうことが公平に合致する。

そこで、前述の民法 416 条 2 項の規定が存在している。

これは、生じた特別の損害を知るということではなく、こうした特別の事情を予見または予見することができたとしたら通常生じる損害を賠償してもらうという内容である。

したがって、建物を買主が購入したら転売をすぐに予定していたという事情を予見または予見することができたなら、通常の転売利益を賠償の対象とできるということであり、転売利益が通常より高額なときは、転売を予見できただけならその高額の利益を賠償できるわけではない。

なお、416 条 2 項は、民法改正で、「予見すべきであったとき」と変更された。

### 3. 次に、民法 416 条には以下の例外がある。

#### (1) 金銭債務の特則

##### **民法 419 条**

「①金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。

②前項の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない。

③第 1 項の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない。」

例えば家賃の支払いとか、売買代金の支払いについて支払期限に遅れた場合の規定である。特則とされるのは以下の点である。

①家賃の支払が遅れたときは当然に法定利率（年 5 分）の請求が可能であり、契約の中でこれより高い利率のときはこれに従うこと。

②損害の立証は損害を受けた側にあるが、金銭の支払については、最低でも年 5 分の請求が可能なので、損害の立証が不要であること。

③債務不履行で責任を負う為には、不履行をした者に故意または過失が必要で、不可抗力のときには責任は生じないが、金銭の支払は不可抗力を抗弁事由とはできないこと。  
なお、民法の改正により、419 条 1 項の法定利率は「債務者が遅滞の責任を負った最初の時

点における法定利率」と改正された。これは、法定利率が今後、見直しがなされるためである。

## (2) 損害賠償の予定

### 民法 420 条

「①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。  
②賠償額の予定は、履行の請求または解除権の行使を妨げない。  
③違約金は賠償額の予定と推定する。」

なお、民法の改正で、420条1項の後半部分の文言は削除されている。

## 4. 契約当事者間で損害賠償の金額の合意が成立したときには、その合意の内容を優先させる旨の条文であり、その合意内容に対して、裁判所は原則として介入しないというものである。

建物の明渡しをしないときは、家賃の2倍をもって明渡しまでの損害金として支払うというようなケースで用いられている。

ただし、合意の内容に裁判所が関与しないとしても、その内容が暴利行為にあたるようなときは、民法90条で無効となるし、消費者契約法の対象のときは同法が優先することになる。

## 5. 弁護士費用について

不法行為による損害賠償請求のときには、弁護士費用を損害として計上することは実務では認められているが、債務不履行のときには弁護士費用を損害として計上することは認められていない。

## 165. 少額訴訟制度について

(2012年3月号、No.156)

### ■ はじめに

今回は、少額訴訟制度についての説明をしたいと思います。

### ■ 制度の概要

少額訴訟制度は、訴訟の審理期間が長期にわたっていることや、控訴や上告といった不服申立て制度があることから、判決内容の確定まで時間がかかることを考え、短期間で判決を確定してしまう訴訟手続である。

世間では、民事訴訟とは全く別の少額訴訟というものが存在していると誤解されていることもあるが、少額訴訟は民事訴訟手続のひとつであって、訴訟の中で提出する書面や裁判官による審理方法は原則として、通常の民事訴訟と同様である。

ただし、以下に述べる特則があり、この部分で通常の民事訴訟手続と異なっている。

### ■ 制度の対象

少額訴訟手続の対象となるのは、60万円以下の金銭の支払いを求める訴えのみである。60万円以下であるので60万円であれば少額訴訟は可能となる。

ただし、金銭の支払いを求めるものが対象であるので、建物の明渡しなどは対象とはならない。

敷金返還請求を少額訴訟を利用して求めているケースが多いが、金銭の支払いを求めるものであれば、貸付金の支払い、未払い賃料の支払い、損害賠償の支払いなども対象となる。

### ■ 対象の裁判所

少額訴訟ができるのは簡易裁判所のみである。

### ■ 申立て方法

少額訴訟を申立てるためには、少額訴訟による審理及び判決を求める旨を明確にしておく必要がある。

60万円以下の金銭の支払いを求める訴えであるとしても、少額訴訟手続によることを明確にしないと、通常の訴え手続きになってしまう。

ただ、簡易裁判所に訴訟申立ての相談に行くと、裁判所の書記官から少額訴訟用の訴状の書式を渡されるので、空白部分に必要な事項を記載すれば訴訟提起は本人でも十分可能である。

なお、少額訴訟は、同一の簡易裁判所において同一の年に最高裁判所規則で定める回数を超えて申立てることはできない。この回数については、10回とされている。

## ■ 特色

1. 少額訴訟は、特別の事情がある場合を除き、最初の期日で審理を完了しなければならない。つまり、1回の審理で、当事者双方の主張や証拠の提出などの証拠調べを終了してしまうということである。

しかも、証拠については、即時に取調べられるものとされている。したがって、第1回の裁判の日までに自分の言い分を記載した書面や必要な証拠書類の準備が必要となり、証人の取調べが必要なときは、裁判の日に同行してもらう必要がある。このことは、訴えている側だけでなく、訴えられた側も同様である。

2. 判決の言渡しは、相当でない場合を除き、裁判手続終了後、直ちにすることとされており、判決書を作成しないで判決の言渡しも可能である。

3. 少額訴訟の判決に対しては控訴をすることができない。つまり、不服申立てができないということである。

ただし、判決書あるいは判決内容を記載した弁論期日の調書の送達後2週間以内であれば、判決をした裁判所に異議申立ては可能であるが、同一裁判所での見直しなので、判断が変更されることは少ないと思われる。

## ■ 少額訴訟を申立てられたときの対応

1. 少額訴訟は前述のとおり、審理は原則として1回で終了し、判決に対して控訴ができない。したがって、不当な判決が出ても変更することが困難ということになる。

そこで、少額訴訟を申立てられたときには、通常訴訟に移行されたい旨の主張をはじめにするべきである。訴状に対しての答弁をする前に通常訴訟への移行を主張するのが一般である。裁判所から訴状等の裁判文書が送付される際には、このことの注意書が入っている。

また、送付された書類には答弁書の用紙があり、その答弁書の中に「通常訴訟に移行されたい」旨の文言が記載されている。

なお、少額訴訟か否かについては、訴状の上の方に少額訴訟である旨が記載されたり、少額訴訟であると記載されている部分にチェックされたりしているので、確認されたい。

また、裁判所から送付される「口頭弁論期日呼出状兼答弁書催告書」という文書には、その事件の事件番号が記載されているが、それが例えば「平成24年(少コ)第〇〇号」とあれば、その事件は少額訴訟ということになる。

2. 少額訴訟に対応するにあたっては、前述のとおり審理は原則として1回で終了することから、事前に十分に準備をしておく必要がある。

賃貸物件の明渡しの後に敷金返還を求められる少額訴訟にあたり、貸主として部屋の使い方が荒いので原状回復のため敷金は返還しないとの抗弁を主張したいと考えるケースでは、裁判官に現状を見分してもらうことはできないので、写真などで借主の使用方法の問題点を明らかにしておき、貸主側の証拠として第1回の裁判期日に提出しておく必要がある。

3. 少額訴訟は簡易裁判所の手続きであるので、弁護士ではない代理人の選任許可を裁判所に求めることができる。

例えば、父に代わって長男が、あるいは会社の担当者が、それぞれ本人の代理人となる方法があるので、本人による対応が困難なときは検討すべきである。

ただ、何度も述べるように少額訴訟も訴訟手続きであるから、手続きが簡単になるとか、少しくらいのミスは裁判所も許してくれるなどと考えてはならず、内容によっては弁護士を選任すべきケースもある。

油断しないで対応すべきである。

## 166. 通謀虚偽表示と第三者

(2009年3月号、No.120)

### ■ はじめに

今回は民法94条2項の通謀虚偽表示と第三者の関係について説明します。

A所有の土地をA Bが通謀してB名義にしていたとします。Aの債権者による強制執行を逸れるためにB名義にすることも考えられますし、資産がAに集中することを防止するためにB名義にしておくこともあります。

もし、BがB名義になっていることを奇貨としてCに名義を変更しても、Bは真実の所有者でないので、原則としてCは所有権を取得しません。しかし、判例はCがA B間の通謀内容を知らなければ、いわゆる善意の第三者であればCを保護しています。そのときに根拠とするのが民法94条2項の条文です。

民法94条は以下の規定です。

「①相手方と通じている虚偽の意思表示は無効とする。

②前項の規定による意思表示の無効は善意の第三者に対抗することができない。」

この条文は本来は意思表示の条文ですが、不動産取引のときも根拠条文とされています。

### ■ 94条2項の応用事例

では、Aが勝手にB名義にしたときに、後日、これを知ったBが自分名義になっていることを利用して善意のCに名義を変更してしまったときは、AはCにその土地はA所有だと主張できるのでしょうか。A B間では虚偽の外形を作出することについての通謀はありません。

しかし、AとBとは同時ではないにしろ、B名義という虚偽の外形が作出していることの認識はありました。

ところで、民法94条2項は権利外観法理の表れの条文だとされています。つまり、虚偽の外観を真実の外観のようにした権利者よりも、その外観を信頼した第三者を保護するという法理です。

したがって、A Bともに虚偽の外観の存在を認識していたわけですので、その外観を信頼した第三者を保護しても民法94条2項の趣旨には反しないということになります。そのため善意のCは前記のケースで保護されると考えられます。こういうケースとしては親が購入した土地を親ではなく、子供の名義にしていたところ、子供がそのことに気付いてその土地を売却してしまうというケースが考えられます。

次に、A Bが通謀のうへA名義の土地にBを権利者とする抵当権を設定することにしました。実際にはA B間で金銭の貸借はないので、Bの抵当権は実体のないものです。ところが、BはAから預かった登記資料を利用してB名義に登記をし、これをCに転売してしまったとき、Aとの関係はどうなるのでしょうか。



この点について、A B間の通謀は抵当権設定であり、B名義への所有権移転ではありません。BはAとの通謀と違う行為をしたこととなります。この場合、判例は民法 94 条 2 項、同 110 条を類推適用して、Cが善意、無過失であれば、Aではなく、Cを保護するとしています。

民法 110 条は代理人が代理権の範囲を超えて代理行為をしたときに、本人にそのことに帰責事由があれば、善意無過失の第三者を保護して代理の効果本人に及ぼす規定です。Aは虚偽の抵当権を作出しようとしたものの、B名義という虚偽の作出までの通謀はしていません。そこで、この民法 110 条の考え方を民法 94 条 2 項にも及ぼして、第三者がB所有と考えることに無過失であることを条件に第三者を保護しようと判例は考えています。

## ■ 第三者の要件

ところで、民法 94 条 2 項は条文上は第三者には善意のみの要件が明示されています。したがって、第三者は善意であれば保護されます。無過失であることまでは要件とされていません。ただし、前述の 110 条が 94 条 2 項とともに問題となるケースでは、善意、無過失が第三者に要件として必要となります。では、第三者が善意でも過失があるときはどうでしょうか。具体的には、ちょっと調べれば虚偽の外形だとわかるのに、虚偽の外形を真実の外形とってしまったというケースです。

学説の中には、悪意と同視できる程度の重過失のある善意の第三者は、保護の対象とすべきではないとの考え方があります。この点について、下級審判決の中でこれを言及した判決がありますので紹介しておきます。

事案は金融機関が抵当権を設定するにあたり、対象不動産に予告登記（現在はありません。以前は訴訟提起をしたことを公示するための登記で、時々利用されていました。）があるのに十分調査せず、登記名義人を所有者と考えて抵当権を設定したところ、真の所有者から抵当権の抹消を求められたケースです。

判決では、真の所有者が他人名義となっている状態を長期間放置したわけではないので、民法 94 条 2 項には該当しないとして、真の所有者による抵当権の抹消を認めています。この中で裁判所は、金融機関は善意でも重過失であるので、悪意と同視できるとも述べています。結論に直接影響しない部分ではありますが、裁判所がこの点に言及するケースは少ないと思われるので、おもしろい事案です。

以上のように、民法 94 条 2 項は不動産取引において民法 177 条と同じ位重要な条文ですので、よく理解しておいて下さい。

## 167. 不在者、失踪宣告、公示送達について

(2021年4月号、No.264)

### ■はじめに

今回は適当な裁判例がないので、交渉や裁判の相手方の所在や行方が不明である場合の対応について説明したい。

建物の借主が荷物を残したまま行方がわからなくなったとか、遺産分割の相続人が生存しているかはっきりしないなどの相談が多い。あるいは、土地の問題で、相手方の土地の登記簿謄本を入手したところ、住所の記載はあるが、その住所には名義人や名義人の関係者が居住していないなどのケースもある。

こういう場合、どういう対応をとることになるかについて、今回、説明したいと思う。

### ■公示送達

建物の借主が荷物を残して所在が不明となり、家賃も滞納しているような場合、契約書に残置物処分は貸主ができる旨の条項があることから、残置物を貸主が処分してしまうことがある。

借主が残置物の所有権を放棄しているようなときは、貸主が処分しても文句を言うことはないのかも知れないが、残置物の中には第三者の所有物が含まれていることもあり、貸主の処分を待って、クレームをつけてくることも予想できる。そのため、処分行為は原則として実施しないと考えておいた方がよい。

このような場合には、訴訟で判決を得てから強制執行をすることになるが、相手の所在が不明なときには、公示送達という方法で訴訟をすることができる。

公示送達とは、相手の住所、居所など送達をすべき場所がわからないときに認められている訴状の送達方法である。これが認められると、裁判所の掲示板に掲示をした日から2週間の経過で訴状が相手に送達されたとみなされる。裁判所の掲示板とは裁判所の建物の庭にあるガラスが組み込まれた構造物であって、ふつうは誰も気にしない。ここに掲示されたことで「公示」したとされるわけである。

誰も気にしないところに掲示するのだから、公示送達の要件である「送達すべき場所が知られない」という要件については、十分な資料を裁判所に提出することになる。

住民票のところに行ったが誰もいない、身内に問い合わせしたが所在を知らない、勤務先もすでに辞めていて、連絡先も不明などの調査をし、報告書を作成して公示送達の上申をする。こういう作業が必要なことを認識し、担当の弁護士から調査依頼があれば対応して欲しいが、ふつうは担当の弁護士が主に対応してくれる。

家賃未払で契約を解除したから建物から出ていけ、残置物を建物から明渡せという裁判をするのであるが、解除の意思表示をしたくても相手に意思表示が伝わらない、こういう場合でも訴訟の中に解除の意思表示を記載しておけば、公示送達の場合、その意思表示も公示送達によって届いたとされている。

## ■不在者の財産管理人

従前の住所や居所を去った者が自分の財産の管理人を選任していなかったときに認められるのが不在者の財産管理人である。

従前の住所、居所を去ったことがあれば、その者の生死が明らかでないという要件は必要とされていない。どこか遠くにいることはわかっているが、戻ってくるのが期待できなければ、この制度の対象となる。

死亡していることが判明していれば、相続の問題なのでこの制度の対象ではない。また、どこに行ったかわからないという場合は、この制度の対象となる。

そうすると、前述の公示送達との関係がどうなるかが問題となる。筆者も悩むところであるが、相手方に何らの行為をしてもらう必要があり、その行為が判決による強制執行の対象とならないときは、不在者の財産管理人の利用を考え、判決による強制執行が可能なときは、公示送達によると考えていいと思う。

たとえば、遺産分割協議をするため相続人の所在調査をしたが、所在不明なとき、その相続人を含めて遺産の協議をするのだから、不在者の財産管理人を選任してその者に分割協議に加わってもらうことになる。

しかし、前述の借家人が家賃を滞納したまま残置物を残して所在不明となったときは、建物明渡判決にもとづく強制執行が可能なので、借家人の財産管理人を選任するのではなく、公示送達の方法でいいことになる。

このように、どちらの制度を利用することになるかについては、相談される弁護士と協議して欲しい。

## ■失踪宣告

不在者の生死が7年間明らかでないとき、あるいは沈没した船舶中にいたなどして生死不明となって1年間経過した者について、家庭裁判所がする宣告であり、失踪宣告により、7年経過のとき、あるいは沈没などの危難が去ったときに死亡したとみなされる。

そうすると、たとえば誰かが財産を残したまま所在が不明となれば、不在者の財産管理人を選任して、その者に不在者の財産を管理してもらうが、その不在者の生死が7年間不明のままであれば、失踪宣告の申立てをして、その不在者に関して相続開始をするということになる。

失踪宣告は利害関係人の請求によって行われるので、不在者の相続人や不在者の財産管理人も、失踪宣告の申立てが可能である。

遺産分割の場合、相続人のひとりの所在が不明なときは、不在者の財産管理人の選任を申立て、分割協議をし、相続人である不在者の相続分を不在者の財産管理人が管理をする（通常は不在者の法定相続分を不在者の遺産分割分としなければ、財産管理人は協議に応じない）。

その後、その不在者の生死が7年間不明であれば、財産管理人が失踪宣告の申立てをし、宣告があれば、不在者の相続人に管理している財産を渡すことになる。

もし、相続人がいなければ、相続人不存在として相続財産管理人の選任を申立て、この者に財産を引き継ぎ、相続財産管理人によって処分されない財産は、原則として国庫に帰属することになる。

## 168. いわゆる空家特措法について

(2018年5月号、No.230)

### ■ はじめに

今回は適当な裁判例がなかったので、平成26年に成立した、いわゆる空家特措法（正式には空家等対策の推進に関する特別措置法）についての説明をする。

### ■ 法律の目的

適切な管理がなされていない空家等が、防災、衛生、景観等、地域住民の生活環境に深刻な影響を及ぼしていることから、①地域住民の生命、身体、財産を保護し、②その生活環境の保全を図り、

③空家等の活用を促進するため、④国による基本方針の策定、⑤市町村（特別区を含む）による空家等対策計画の作成、施行の推進のために必要な事項を定める法律である。

つまり、この法律は主に行政に対する法律ということになる。

### ■ 『空家等』とは

空家等とは、建築物又はこれに附属する工作物であつて、居住その他建築使用されていない常態であるもの及びその敷地（立木その他の土地に定着するものを含む）を指している（国や公共団体の所有又は管理するものを除く）。

また、『特定空家等』とは「そのまま放置すれば倒壊等著しく保管上危険となるおそれのある状態又は著しく衛生上有害となるおそれのある状態、適切な管理が行われていないことにより著しく景観を損なっている状態その他周辺的生活環境の保全を図るために放置することが不適切である状態にあると認められる空家等をいう」とされている。

そのまま放置すれば倒壊等著しく保安上危険のおそれのある状態とは、建物自体が老朽化して傾いているようなケースやブロック塀が傾斜して道路に倒れそうなケースである。

著しく衛生上有害となるおそれのある状態とは、ネズミや害虫が住みついていたりするケースである。

著しく景観を損なっている状態とは、敷地に樹木が生い茂っていて建物もよく見えない状態のケースなどである。

このような『特定空家等』については、後述のように行政代執行がなされることがある。

### ■ 空家等の管理

空家等の所有者又は管理者は、周辺的生活環境に悪影響を及ぼさないよう、空家等の適切な管理に努めなければならない。

今まで近隣の建物が周辺に悪影響を及ぼす場合、平穩に生活する権利を侵害するものとしての法的対応であったり、建物の倒壊の危険性があるときには、自分の建物所有権を保全するために妨害予防や妨害排除といった法的対応をするしかなかった。

しかし、この法律が制定されたことから、これらの法的対応のほか、『特定空家等』に該当すれば、行政による代執行という方法も選択肢として加わることになった。

## ■ 特定空家等の認定

単に空家というだけでは後述の代執行ができるわけではない。空家の場合には行政は所有者を捜すための調査や建物等の中への立入調査ができるだけであり、所有者や管理者に対して適切な管理を求めるなどの対策を講ずることになる。

そして、空家等の中でも『特定空家等』のときには、助言や指導のほかに一定の強制力をもった対応が可能となる。そのため、『特定空家等』か否かの認定は重要な判断となる。

そして、『特定空家等』か否かは市町村において認定をすることとなっている。そのため、市町村では一般に審議会を設置し、市町村独自の『特定空家等』の認定のための基準を作成したり、市から当該審議会に対して、この空家は『特定空家等』と認定していいか否かの諮問をし、審議会からの答申を受けて、市町村において認定しているケースが多い。

## ■ 市町村での対処方法

『特定空家等』と認定されると以下のことがなされる。

- ①特定空家等の除却、修繕、立木竹の伐採その他の措置をするよう所有者又は管理者に対する助言、指導。
- ②助言、指導に応じないときは、相当の猶予期限を設けての勧告。
- ③これに応じないときは勧告に係る措置をとることの命令。
- ④この命令にあたっては反論の機会を与えたり、公開による意見聴取の実施。
- ⑤これらをしてしても必要な措置を講じないときには行政代執行となる。

この場合の費用は市町村から『特定空家等』の所有者又は管理者に請求される。

## ■ 空家等の所有者の所在不明のとき

所有者名は登記簿で確認できるが、その所在が不明であるような場合でも、前述の代執行は可能である。

もっとも、このような場合では代執行の費用の回収が困難となることが予想される。この場合、登記簿上の所有者のための不在者財産管理人の選任申立てをし、この管理人あてに執行費用の支払を求めることも考えられる。

管理人としては不在者に財産があるときは、裁判所の許可を得て換価処分するなどして、その費用の捻出を図るということも考えられる。

## ■ その他

本件で行政代執行をした費用の支払義務者は『特定空家等』の所有者又は管理者である。

そうすると、例えば借地上の借地権者所有建物が、特定空家等に認定された場合、行政の力によって建物の除去がなされ、その費用は土地所有者には請求されないこととなる。

長期間の未払地代があるなどのケースで、建物が長期にわたって放置されているような場合、土地所有者が建物所有者に対して建物収去土地明渡の訴訟を提起し、判決にもとづいて強制執行をするとすると、執行費用は土地所有者が負担し、その費用の回収が困難となることが多いが、この法律に従った措置がされると、収去費用の負担が生じないということになる。

ただ、『特定空家等』と言えるためには、倒壊の危険性ある程度までの状態が必要であることから、本法律による措置を待つというケースは少ないかも知れない。

また、『特定空家等』になってしまうと、土地の固定資産税にも影響することにもなる。

現在、国会では所有者不明の土地についての法律案の検討中である。長期間にわたり放置されている土地や建物について、法律を制定することで一定の処理が可能となる政策に国が動き出しており、本法律もその流れのひとつということになる。物件によっては参考になるかも知れないので、今回、紹介することとした。

筆者も地元の審議会委員であり、ブロック塀の除去という代執行に関与したことがある。

## II. 法務専門相談事例

## 1. 建物賃貸借

### (1) 賃貸住宅の契約

#### 169. 敷引特約と原状回復

(2008年5月号、No. 214)

#### Question

法人契約のアパートについての相談です。

法人契約のアパートで入居者が退去しましたが、入居者は契約に違反してペットを飼育し、ペットによって壁その他にキズをつけられていました。そのため、原状回復には多大な費用がかかります。

敷金 18 万円、敷引 12 万円で、修理代等は約 15 万円かかります。残金の 6 万円では足りないため不足分を請求したところ、敷引があるのだから不足分の請求はおかしいと反論されました。どう対応すべきでしょうか。

#### Answer

1. 本件は、借主が法人である賃貸借契約なので、消費者契約法の対象とはなりません。

借主が個人のケースで消費者契約法の対象となるときには、敷引特約自体が同法 10 条に反しているとの判例があります。(神戸地裁 平成 17 年 7 月 14 日判決。この判決は確定しています。)したがって、同法の対象のときはいわゆる自然損耗による原状回復費用を敷引の対象として敷金から控除することもできないこととなります。

そのため、敷引を考えることなく敷金から借主の保管義務違反による原状回復費用や未払家賃を控除していくことになります。

2. ところが本件は消費者契約法の対象外ですので、敷引特約も原則として有効です。

そして、契約書第 2 条 3 項による期間満了又は借主による中途解約のときには敷金から敷引分を控除し、残金について借主の債務を清算して返換するとなっています。そうとすると、18 万円の敷金から敷引分 12 万円を控除することは可能となります。

あとは、原状回復の内容が借主の保管義務に反するものか否かになりますが、本件では契約に反して動物を飼育して、そのために生じた建物のキズの修理代等の請求としますので、これは保管義務に反する損害と考えます。したがって残金から控除することも可能と考えます。

3. ただ、敷金が 18 万円なのに敷引分が 12 万円であり、借主の保管義務違反があるとは言え、本来の修理代等が 15 万円で敷引分がなければ敷金内で処理できたケースですので、以上のよう



な考え方では暴利行為あるいは公序良俗に反するのではないかの疑問がないわけではありません。

しかし、契約時に礼金をもらっていないようですので暴利行為等にはならないということでしょう。

## 170. ハウスクリーニング代と敷金

(2012年2月号、No.305)

### Question

組合員のアパートを管理しています。当初は業者が仲介に入り管理していましたが、その後引き継いでいます。

今般、入居者が退去し部屋のクリーニングをしました。当方としては、当初の契約書の特約条項に「ハウスクリーニング代は借主が負担する。」と明示されていることから、クリーニング代を敷金から控除したいと考えます。

しかし、借主は、それは不当と主張しています。どう対応すべきでしょうか。クリーニング代自体は他と比べても高くなく、むしろ安い方と考えています。

### Answer

1. ハウスクリーニングの内容が、借主の部屋の保管が不十分なために生じたものであれば借主の保管義務違反ですから、敷金からの充当は当然可能です。

問題はそうではない場合です。いわゆる経年変化による自然損耗であれば借主に原状回復義務は原則としてなく、クリーニング代を借主は原則として負担しないことが前提です。

ただし、借主が本来負担すべき内容でないことを十分理解して契約をしているときなどのケースではその特約は有効となると考えられます。

これについては、ガイドラインや最近の消費者契約法第10条の解釈からも推測できます。

2. そうすると、当初の契約書にクリーニング代は借主負担とあることから、その内容について仲介業者から十分説明を受けて借主は契約をしたと考えられますので、まずはその主張をして敷金からの充当は正当であると反論して下さい。

ただ、その説明が具体的でないような場合には、ガイドラインや裁判所の考え方から敷金充当が否定されることもありますので注意して下さい。

当初の業者がどんな説明をしていたかが判断の分かれ目と思います。

## 171. 保証契約と解約

(2009年3月号、No.234)

### Question

建物賃貸人Aは借主Bとの間の賃貸借契約について、Cとの間で保証契約を結んでいます。つまり、CはBの保証人です。

期間満了時の更新にあたり、Bからの要請で保証人をCからDに変更しようと考えています。どのような手続をすればいいでしょうか。

### Answer

保証契約はAC間で締結されていますので、Bからの要請でAD間でBの債務についての保証契約を締結しても、それだけではCとの間の保証契約が終了にはなりません。

Cが一定期間しか保証人にはならないことが前提であれば、期間満了でAC間の保証契約は終了します。しかし、そうでなければ保証契約も賃貸借契約の更新とともに更新されると考えられます。

したがって、Cの保証を免除するにはAからCに対して保証契約の破棄行為（免除行為）をする必要があります。具体的には保証人免除の通知です。しかし、借主Bと保証人Cとの間にCが保証人となることについて、何らかの利害関係があることもありますので、Cに対して免除通知をする前に意思確認しておいた方が妥当です。

## 172. 敷金の差押え

(2022年12月号、No.563)

### Question

アパートの住人が税金を滞納しているようで、敷金の差押えの通知が税務署から届きました。どんな点に注意すべきですか。

### Answer

1. 借主が貸主に対して有している敷金返還請求を差し押さえたものと考えられます。  
敷金は借主が建物を貸主に明渡した際、その時点での借主の滞納家賃など借主の債務を充当した残金について、借主は貸主に対して返還請求権を取得します。したがって、この差押えは正確には将来の敷金返還請求権の差押えになります。
2. したがって、貸主としては、借主の建物明渡しまでの借主の債務を敷金から充当して支払ってもらえることになり、残金の返還の問題に注意することになります。  
差押えなので、差押え金額相当額の敷金については借主ではなく、差押えた者に支払うことになります。敷金がそれでも余っているのなら借主に返します。
3. ただし、差押えが重複しているときは供託をしなければなりません。差押えが重複していなくても供託をすることは可能です。

## 173. 未成年者との契約について

(2010年4月号、No.260)

### Question

大学生用のアパート建設を予定しています。

未成年者も入居することになりますが、契約書の借主欄に未成年者の学生が、保証人欄にその親の署名があれば大丈夫でしょうか。

学生の兄や姉ではどうでしょうか。

### Answer

未成年者の親が、子供を借家人とする賃貸借契約の保証人に署名していることから、同意をしていると評価することができると思います。

ただ、親といっても親権者であることが必要ですから、父母両名の署名があれば大丈夫でしょうが、もし、片方のみの署名だとすると、父母が離婚しているようなときに親権者でない親が署名しているかもしれません。この場合は、法定代理人の同意があったとは言えませんので、父母の署名のないときは、その者に親権があるか否かを戸籍謄本を提出させるなどして、法定代理権の有無を確認して下さい。

以上よりわかるように、法定代理権のない兄、姉などが保証人になっているときには、未成年の子の契約は法定代理人の同意のない法律行為となり、取消されてしまう可能性もあります。

ただ、このようなケースでも、署名をした代理権のない親や、兄、姉などは、未成年の子を借主とする法律行為と知って保証人になったわけです。この場合、民法 449 条で、取消しの原因であることを知って保証契約をした者は、その法律行為が取消されたとしても、独立の保証債務を負担したと推定されます。

したがって、仮に未成年を理由に賃貸借契約が取消されても、未成年者であることを知って保証人となった者は、主債務者の債務を保証したとされますので、もし、賃料未払いなどがあったときには、その未払分を保証人に請求することが可能となります。

そうなると、本来は法定代理権のある二人の親の同意を原則とし、保証人に署名しているときも、これと同様と評価でき、もし代理権のない者が保証人になったときに、賃貸借契約が未成年を理由に取消されても、その者の保証人の責任は残ることになります。

なお、民法の改正で、親が子供の保証人になるためには、極度額を設定する必要があります。また、同様に民法の改正で、成人が 18 歳となりますので、本件のようなケースは、今後あまり生じないかも知れません。

## 174. 連帯保証人の住所

(2014年3月号、No.354)

### Question

アパートの賃貸借契約を締結したところ、連帯保証人の住所と提出してもらった印鑑証明書の住所とがちがっていました。

連帯保証人が契約書に署名押印していれば問題ないでしょうか。

### Answer

1. 連帯保証人が賃貸借契約の借主の債務について連帯保証をする意思で、契約書に本人が署名押印したのであれば、契約書は問題ありません。

2. しかし、問題は、そのことについて後日トラブルとなったときに、どうやって立証をするかです。

質問のケースでは、住所がちがうことから自分が保証したわけではないとのトラブルが予想されます。

したがって、印鑑証明書記載の住所と契約書の住所とは一致した方が妥当です。

質問のケースの場合、なぜ、契約書の住所と印鑑証明書の住所がちがうかの確認が必要です。転居手続きが完了していないなどのケースもあるでしょう。そうであれば、その旨の上申を保証人からもらって下さい。

印鑑証明書を作成中であれば、後日、追完してもらうことも大切です。

3. ただ、印鑑証明書の提出や契約書の住所と一致しているか否かも大切ですが、契約書に署名押印した者が連帯保証人自身かの確認が大切です。

そのためには、写真のついている運転免許証の写しを入手しておくなどのことは必要です。

そして、押印してもらうハンコは印鑑証明書の印鑑にしておくことが妥当です。

## 175. 保証人の責任の範囲

(2012年10月号、No.321)

### Question

組合員がアパートを所有し、入居者にはアパートとアパートの敷地内の駐車場とを貸しています。

契約書は別々にしてあり、アパート部分の契約については保証人はいますが、駐車場部分の契約には保証人はいません。

この場合、駐車場代について、アパート部分の保証人へ請求は可能でしょうか。また、新たに駐車場部分に保証人を付けると、過去の滞納分の請求も可能でしょうか。

### Answer

1. 契約は別々なので、アパート部分の保証人は原則として駐車場部分の保証人としての責任はありません。「アパートの契約書の中に駐車場部分も保証する旨の記載があれば保証人の責任は及びます が、そうでなければ責任は及びません。
2. 新たに駐車場部分について保証人をつけても、保証人になる以前の滞納分についての責任が、保証人に当然に及ぶわけではありません。保証人になった以後の責任が原則です。  
ただし、保証人が滞納分も責任を負う旨を約束した場合は別です。
3. なお、保証契約は書面であることが民法で定められているため、口頭での約束では保証人に対する請求はできませんので注意して下さい。

## 176. 借家人の保証人

(2013年9月号、No.342)

### Question

娘が二十歳を過ぎ、1人でアパートに住むので保証人になってくれと言ってきています。

借家契約書の写しをもらったところ、同居人に子供の友人の名前が書いてあります。このまま保証人となっていいのでしょうか。

### Answer

1. 友人の名前がどうして同居人欄にあるかを確認して下さい。もしかすると、二人で借りるのかも知れません。

そうすると、娘さんだけの保証人になったつもりでも、二人の借主の保証人になったと貸主から主張される可能性があります。

2. 借主である娘さんの不手際で建物に損害を与えたときは、保証人にも責任はあります。

問題は、借主は娘さんひとりとしても、同居人の不手際は借主である娘さんの責任かです。

この点、同居人として独立の占有があっても、同居人の不手際は借主の責任とされることが多いようです。借主である娘さんは同居人に対して指導監督すべき義務があるという前提です。

もし、そうなると娘さんだけではなく友人の不手際の責任も保証人として負担することも考えられるので、保証人になるにあたっては、このことをよく理解して就任するか否かを考えて下さい。



## 177. 重要事項説明の相手方

(2010年10月号、No.273)

### Question

建物賃貸借の重要事項説明の相手方に関する質問です。

契約者は親で、入居者兼保証人は成人の子です。この入居者に説明をすれば十分でしょうか。

### Answer

1. 宅建業法 35 条本文では、宅建業者は貸借の各当事者に対して説明が必要であると規定しています。

したがって、業者としては契約当事者に対して説明をするべきであり、建物の入居者に説明をしても、宅建業法上の説明義務を尽くしたとは言えません。

2. ただし、契約当事者である借主が説明を受けることについて、入居者を自分の代理人としていたようなときには、説明義務を尽くしたとの評価も可能と考えます。

3. ところで、本件は親が借主で、成人の子が入居者兼保証人とのことですが、法的には借主である親が成人の子に転貸をし、これを貸主が承諾するという構成になります。

成人の子を借主として、親を保証人にすることはできないのでしょうか。

## 178. 貸地の上の建物内の自殺行為

(2012年3月号、No.307)

### Question

土地は兄所有、建物は弟の所有で、土地の使用料は、兄弟間ですので支払っていません。

このたび、弟が建物内で自殺をしました。弟は独身で両親もすでに他界しているので相続人は兄のみです。

兄としては土地を処分する予定ですが、建物内で弟が自殺したことを、売買にあたり告知すべきでしょうか。

建物については相続する兄において解体して、土地を更地状態で売却する予定です。

### Answer

1. 土地の売却のときに弟が自殺したことを告知しておくべきでしょう。

売買の対象は土地であり自殺は建物内ですので、対象物自体に「瑕疵」があるわけではありません。判例の中には、建物内の自殺行為は「土地の瑕疵」ではないとした古い下級審判例もあります。

2. しかし、下級審判決の中には、建物内の殺人行為で土地を更地として使用した後に売却したケースで、「土地の瑕疵」であるとして土地の代金の減額を認めた事案があります。

最近の判例の考え方からすると、人が嫌悪する事実の存在も「瑕疵」であるとされていますので、法的には売買の対象物でない建物内の自殺でも「瑕疵」になる可能性があります。

したがって、自殺行為後すぐに土地を売却するのなら告知しておくべきでしょう。自殺行為から長い年月が経過しているようなときは不要と思います。

## 179. 浴室内の病死と告知義務

(2012年4月号、No.308)

### Question

アパートの入居者が浴室内で死亡しました。

死亡原因は病死（自然死）のようですが、発見までは6日間かかりました。

この入居者は、入居当時から換気などをしていなかったようで、部屋の中にカビが発生しています。

貸主としては、入居者の相続人や保証人に対して原状回復などを求めたいと考えています。

- ① 浴室自体の交換などの費用を遺族や保証人に請求できますか。カビに関してはどうですか。死臭についてはどうですか。
- ② 次の入居者がなかなか決まらない可能性があります。その期間の家賃分の請求はどうでしょうか。どの位の期間の請求が可能でしょうか。
- ③ 次の入居者を募集するにあたり、今回のことは告知すべきでしょうか。また、家賃を下げるにしても、相場はどの位でしょうか。

### Answer

1. ① 浴室自体の交換の可否については、発見時の室内の状況や遺体の状況などから判断されるべきことですが、一般的には、単なる清掃の域を超える処置が必要となり、浴室自体を変える程の改修も必要と思われるケースもあると思います。  
② 換気をしないうちにカビが発生したのであれば、借主の建物保管義務違反と言えますので、原状回復を借主がすべきは当然で、カビの発生自体は通常損耗とは言えないと考えます。  
③ 死臭に対するクリーニングは借主側で負担してもらうべきことであり、クロスに死臭が残って取れないのなら交換してもらっていいと思います。
2. ①上記についてですが、連帯保証人がいればその方に請求して下さい。  
なお、死亡した方の遺族に対する請求ですが、原則として、相続開始後3ヶ月以内は相続放棄手続きができる期間ですので、相続をするか否かを確認してから請求をして下さい。  
②本件は、自然死とは言え、発見まで6日間を要しており、遺体が損傷しているかも知れないケースです。したがって、次の方の入居までには時間がかかるかも知れません。  
ただ、今回のことは気にしない人も中にはいますので、募集するとすぐに入居できる人もいるかもしれません。

入居者が決まらない期間は、借主の相続人や連帯保証人に対して、その期間の家賃分の損害賠償請求は可能ですが、トラブル物件でない物件でも入居者が決まらないこともあり、実際の入居者が決まるまでの期間全部を損害として請求できるわけではありません。本件のような場

合、どの位の期間を損害賠償の対象とできるかは難しい問題で、その建物や周辺建物では、平均してどの位の期間で入居者が決まるかを調べ、その期間を超える

部分が賠償の対象と考えることになると思います。

ただ、実際には、関係者で協議して期間を決めて賠償問題の解決としていると思います。

3. 入居者募集にあたっては、今回の事実は告知することになるでしょう。

単に入居者が自然死したのなら告知不要と思いますが、今回は発見まで 6 日間かかっている点が、世間では嫌悪する事実と考えることになろうかと考えます。

家賃については、決まりはないので当職にもわかりません。

ただ、安い家賃でないと貸せないということ自体は、貸主にとっての損害と言えます。

4. なお、今回、借主側に何等かの請求をすると、借主側の反論としては、自然死であるのだからそのこと自体は借主の帰責事由ではない、したがって賠償にはならないとの反論が予想されます。貸主側としては、換気の点は当然主張すべきです。

建物の保管義務は借主にある以上、死亡していることが発見できなかったこと自体、借主としての保管ができていないことであり、身内の方などと定期的な連絡を取っていれば 6 日間発見されないということは生じない、などの再反論をして下さい。

## 180. アパートの住民の自然死と告知義務

(2014年8月号、No.364)

### Question

アパートの住民が死亡しているのが発見されました。

死因は自然死で、自殺等ではありませんが腐敗が進んでいました。

この場合、次の契約のときにこのことを告知すべきでしょうか。また、死亡した入居者の相続人に請求は可能でしょうか。

隣りの入居者がこのことが原因で退去していますが、この人から何らかの請求はあるのでしょうか。

### Answer

1. アパートの住民が自殺、犯罪に関連する事由で死亡をした場合以外の、いわゆる自然死の場合には、その事実を契約にあたって告知する義務はありません。
2. しかし、自然死としても、その発見が遅れ遺体の腐敗が進んでいたような場合には、告知義務が課されると考えます。

問題は、遺体の腐敗が進んでいた状態であったことが民法の瑕疵担保責任の「瑕疵」か否かになります。

ご存じのとおり、「瑕疵」には物質的なもの、権利行使に制限が加えられているもののほか、人が嫌悪する歴史的事実を含むとするのが裁判所の考えです。

そうすると、建物の居住者が自然死をするのは当然予想されていることですので、そのことは人が嫌悪する歴史的事実ではありませんが、建物内での死亡の発見が遅れ遺体が腐敗しているとなると、やはり人は嫌悪感を持つものと考えます。

したがって、腐敗が進んでいたようなときは「瑕疵」に該当し、契約にあたっての告知義務は課されるものと考えます。

ただ、腐敗はどの程度進んでいたら告知するのか、あるいは、発見が死亡から何日経過したら告知するべきかについては、裁判例もなく、一般人としての感覚で判断するしかないのが現状です。

本件では、死体検案書では平成26年5月8日ころに死亡と推定され、発見が5月31日ですので、発見まで23日間であり、しかも、遺体は高度腐敗のため死亡の直接死因の判断ができないう事ですので、本件では告知義務はあると考えるべきでしょう。

3. 隣人がこれを理由に退去したとしても、貸主には隣人に対する責任はないと思います。責任を負う根拠は、貸主として借主が平穩に生活できる環境を提供する義務を履行したかです。入居者の死亡については、毎日のように生存の有無を確認する義務は貸主にはありません。

本件では、臭いの報告を受け、調査をし、臭いの元は本件の入居者ではと考え、連帯保証人に連絡をして室内に入っていますので、その対応に問題はないと思われます。

4. 入居者が死亡していた場合、貸主は入居者の相続人に対して原状回復の請求は可能です（連帯保証人に対しても同様です）。

この場合、原状回復については実際には通常の明渡しの原状回復以上の回復を求めることになると思います。

ただし、入居者の相続人が相続放棄をするかも知れませんので、この点は注意して下さい。

## 181. アパートの借主の死亡

(2019年4月号、No.477)

### Question

アパートにひとりで居住している70歳の方が死亡されました。身内から連絡がとれないとのことで部屋に行ってみたところ、死亡されており、死体検案書では、死亡日が3月9日と推定、死亡原因は心筋梗塞となっており、発見は3月11日でした。遺体に損傷はありません。

この部屋を今後、第三者に貸すときに、このことの告知は必要でしょうか。また、連帯保証人に対して原状回復をどの程度求められるのでしょうか。

### Answer

1. 借主の死亡原因が病死ですので「瑕疵」ではないことから、告知の必要はありません。

病死で問題となるのは、発見が遅れて遺体の損傷が生じたときです。遺体の損傷が進んでいるときは「瑕疵」にあたります。

本件は、死体検案書では3月9日死亡で発見が3月11日ですから、発見まで遅いとは言えませんし、遺体の損傷もないとのことですので「瑕疵」のケースではないと考えます。

2. 原状回復については、「瑕疵」ではない以上は通常の前状回復の範囲の問題となります。

連帯保証人は原状回復義務はありませんが、借主が原状回復をしなかったり明渡しが遅れたりするときには、金銭賠償義務があります。

本件では借主の関係者に原状回復等をしてもらうこととなりますが、関係者が協力しないときは、事実上連帯保証人が原状回復をして建物を明渡すことになるでしょう。

## 182. 近隣住民の言動と告知義務

(2016年1月号、No.399)

### Question

アパートの隣には一戸建ての住宅があります。最近、管理しているこのアパートの住民から、隣の家の人から奇声を発したり、夜間に付近をウロウロしたり、目が合うと何か大声で言うてくる。もし、何かあったら不安だ、どうしてアパートの入居のときに教えてくれなかったのか、転居したいので転居費用や入居のときの諸費用を返却しろと言ってきています。どう対応したらいいでしょうか。

### Answer

1. もし、隣の住民の言動のことを、アパート入居のときに管理者が知らなければ告知すべき義務はありませんので、今回の転居に関して、何らかの費用を支払う必要はないでしょう。
2. また、隣の住民がウロウロしないように、貸主側として何らかの対応をするべきなのかですが、病気のためにこういう言動をしているのなら仕方ないことですし、外に出歩かないように求める権利は貸主側にはないと思います。隣の家の方と協議するくらいでいいと思います。
3. もし、アパートの入居契約時に、隣りの住民の言動を知っていたとすると、その内容を告知するべきなのかです。

「瑕疵」になるかの法的問題になりますが、病気のための言動ですので、「瑕疵」になるかは疑問です。

この住民が何らかの刑事事件を起こしたなどの事情がなければ、「瑕疵」には該当せず、告知義務はないと考えます。



## 183. 駐車場付きアパートの賃貸について

(2015年5月号、No.382)

### Question

組合員が駐車場付アパートを貸す予定です。契約書を作成するときの注意点は何でしょうか。

### Answer

1. 駐車場付アパートの部屋を貸すことは法的には建物賃貸借契約と土地の賃貸借（あるいは使用貸借）の二つの契約が存在していることを意味しています。

2. (1) 一般的には家賃と駐車料を別々に契約書に明記していると思います。

この場合、借主はそれぞれの賃料の支払義務を負うわけですが、注意すべきは以下の点です。

A. 家賃と駐車料の合計額を一括して支払うのが一般的ですが、支払額が合計額に足りないとき、その支払額は家賃から充当するのか、それとも違うのかなど、不足した場合の充当の順序を契約書に明記することが大切です。

B. 賃料支払いの担保として敷金を受領していることが一般的ですが、敷金は借主のどの債務を担保するのか、つまり建物の明渡しまでの借主の債務の担保なのか、駐車場の部分だけなのか、それとも全てなのかを明らかにするべきですし、また、Aと同様に敷金の充当順序を明記しておくべきでしょう。

(2) 上記のように分けたときは、場合によっては駐車場部分のみ解除ということもあるかも知れません。

3. 駐車料が明記されていないときは、支払賃料の中に駐車料が含まれているか否かがはっきりとしないことになります。

ただ、一般的には家賃としての賃料が明記されているのでしょうから、駐車料は無料ということとなり、駐車場契約は賃貸借ではなく使用貸借となります。使用貸借となると、借主の権利は弱くなり、更新はないとか、中途解約に貸主の正当事由は不要とかにはなりますが、契約の形態から考えて、建物賃貸借と附加一体のものとなりますので、駐車場部分については建物賃貸借契約が終了しない限り、別に明渡しは求められないと理解されると考えます。

4. アパートと駐車場とが離れているときも前述と同じ考えですが、賃料については別々にしておく方がいいでしょう。（できれば契約も別々に。）

将来、駐車場の有効利用を考えると、別々の契約とし、しかも駐車場の契約は建物の契約とは別のものであることを付記しておいて下さい。

## 184. アパートの借主の不法駐車

(2022年3月号、No.545)

### Question

アパートの居住者に対して駐車場を貸しています。

契約は借家契約と一体で、駐車料は徴収していません。駐車場所は、契約書で駐車番号を明示しており、駐車スペースにも駐車番号を明示しています。

ところが、入居者が定められた駐車スペースに車を駐車せず、他の入居者のスペースに駐車したり、空いているところに勝手に駐車したりしています。どうにかならないのでしょうか。

### Answer

1. 借主が駐車することができるのは、法的には使用貸借を貸主と結んでいることによります。したがって、この借主は、本来の定められた駐車スペースに駐車する権利はあっても、それ以外のところに駐車する権利はありません。
2. こういう場合、まず、本来の駐車スペースに駐車できるという使用貸借契約について、契約を守らないという理由で契約を解除し、そもそも駐車できる権利をすべてなくしてしまうことが考えられます。  
そのうえで、この借主が駐車していたときは、車両の撤去を求めることになります。
3. ただ、この場合、車両がどこに駐車されるかわかりません。そのため、万一、裁判になるときは、車両が駐車場内の特定のところに駐車されていないことから、駐車場全体から車両を撤去せよという請求をする必要があります。  
もし、特定の場所から車両を撤去して、土地を明け渡せとの判決を得ていても、強制執行のとき、その特定の場所に車がなく、別のところにあると、車両の撤去の執行はできなくなるからです。
4. また、別の入居者のところに駐車して、別の入居者からクレームが多いときは、アパートの借家契約について、他の入居者の平穏に暮らす権利を妨害しているとして、借家契約自体を解除することも考えられるでしょう。
5. この入居者が車を駐車すること自体を止める方法はないのですが、不正な駐車状況を写真などで残し、それを証拠に車両の撤去を求めるということになります。  
あるいは、駐車スペースについて、空いているところには駐車されないよう別の車を置いておくなども考えてみて下さい。

## 185. 土地建物の賃貸借について

(2008年11月号、No.226)

### Question

組合員がグループホームの建物を建築し、建物賃貸借をする予定です。

ただ、建物はA、B、の土地の上に立てる予定ですが、隣のCの土地は駐車場として貸す予定です。

建物賃貸借を30年間とするとき、Cの土地の駐車場の部分の契約をどう考えればいいでしょうか。

### Answer

1. 本件のような場合、一般的にはひとつの契約書で処理していることが多いかと思います。

その方法は建物賃貸借契約に建物の配置図を添付し、その図面の中で駐車場としてのみの使用に限定する部分を指示し、契約条項にその旨を明記する方法です。

2. この方法を採用したとすると、駐車場部分の土地利用権限については以下の法的構成が考えられます。

ひとつはA・Bの土地上の建物賃借権の効果として事実上Cの土地を借家人は利用できるという考え方です。一戸建ての建物の賃貸借のとき庭を利用することは建物賃貸借自体ではありませんが、事実上借家権の効力が及ぶものと考えて利用が許されています。

これと同様に本件を考えられないかということです。

もうひとつは、契約書はひとつとしても駐車場部分については、民法上の賃借権があり、これが20年を経過したときにさらに10年更新することを前提としているという考え方です。この考え方を前提とすると、駐車場部分について別に土地賃貸借契約書を作成してもいいということになります。

3. 本件では、駐車場の利用の対価が家賃の決定に関係しているのでしょうか。

もしそうであれば、理論上は後者に該当すると思います。また、戸建て住宅の庭と本件を同様には考えられないでしょう。

4. 以上より、駐車場部分は民法上の賃貸借で期間は上限の20年ですが、さらに10年を当然更新する旨の合意があると考えられるべきでしょう。

もし、貸主が20年になったとき駐車場部分を更新しないと主張しても、契約の趣旨から借家権の存続する限り、土地賃借権も更新されるとの借主からの反論は可能だと思います。

したがって、できれば契約書の中に駐車場は借家契約と不可一体である旨の文言を入れておけば、将来のトラブルを回避できると思います。

(以上は各土地が同一地主のケースです。別々の所有者のときはそれぞれ契約書を作成し、特に駐車場については前述の借家契約と不可一体とするか否かを明確にしておくべきです。)

なお、民法改正で民法上の賃貸借の期間の上限は 20 年から 50 年に変更されました。(民法 604 条)

## 186. 借主の名義変更について

(2013年4月号、No.333)

### Question

借地人や借家人の名義変更というと、どのような場合を指しているのでしょうか。  
名義変更承諾料はどういう場合に生じるのでしょうか。

### Answer

- 借主の名義が変更される場合を名義変更と言っていますので、広い意味では以下の三つのケースと考えます。
  - ①結婚、離婚、養子縁組などで借主自身に変更はないが、借主の名前が変わるケース。
  - ②相続によって借りる権利を承継するケース。
  - ③借りる権利を譲渡（売買、贈与など）することによって、借主が変更するケース。
- ①のケースは借主自身に何の変更もなく、単に結婚等によって借主の名前が変更されただけです。この場合、契約書の名前を抹消して、変更した名前を書き加えることでも構いませんが、契約当事者欄に訂正を加えるのはあまり好ましくないため、借主から、名前が変更した旨の文書を戸籍謄本等とともに提出させたらどうでしょうか。なお、名義変更承諾料が発生しないのは当然です。
- ②のケースは相続の場合ですので、貸主の承諾は不要であり、名義変更承諾料も発生しません。

借地の場合には、建物の登記名義の変更をさせて契約書の訂正をします。名前のところに手を加えてもいいのですが、できれば、このときに契約書の書き直しをしたらどうでしょうか。

借地条件は先代のときと法的には同じであり、借地期間も残存となりますが、相続が生じたときに契約内容を見直し、現状と合致していない部分を修正したり、協議が必要なところを協議しておくことも大切と考えます。

借家の場合には、借家権を相続したことがわかる文書を差し入れてもらって下さい。

遺産分割協議書を作成しない借家人も多いと思います。この場合には、借家権は誰が承継するかの合意書を作成してあげて、相続人に署名押印をさせることも検討して下さい。押印は実印が好ましいでしょう。（ただし、ケースによっては、信頼関係があれば認印でもいいでしょう。）

契約書は借地と同様、書き直すことも検討して下さい。
- ③は名義変更にあたり、貸主側の承諾が必要であり、名義変更承諾料が問題となるケースです。

借地のケースでは、貸主の承諾に代わる許可の裁判に気を付けて下さい。また、建物を取得した第三者からの建物質権請求権に注意して下さい。

借家の場合、承諾に代わる許可の裁判という制度はありません。

## 187. 法人の貸主への変更について

(2013年1月号、No.327)

### Question

組合員(オーナー)が所有するアパートを、今までは仲介や管理をしていましたが、オーナーからの要請で、オーナーからアパートを借上げ、入居者に借りてもらうという方式に変更したいと考えます。

注意すべき点は何でしょうか。

### Answer

1. 最近ではオーナーが入居者と賃貸借契約を直接に締結するのではなく、業者を間に入れて業者に建物を貸して、その業者が入居者と契約をするという方式を希望するケースが多いようです。本件もその方式に変更したいとの要請と思われま。

2. ただ、すでに入居者との間で賃貸借契約を締結しているのに、これを変更するには注意が必要です。

オーナーが業者と建物の賃貸借契約を締結してしまうと、オーナーは入居者との契約もあることから、二重に賃貸借契約を締結したことになります。「したがって、希望する形態の契約関係にしたいのであれば、入居者との間で、以後の貸主は業者になり、今後は転借人という立場になる旨の説明とその了解が必要となります。当然、入居者が預けた敷金も業者が承継することになります。

以上を前提に、入居者との交渉をして下さい。

## 188. 借主である法人の代表者の変更について

(2008年10月号、No.225)

### Question

定期借地契約を法人借主との間で締結しています。このたび、法人の代表者に変更されたとの連絡が口頭でありました。契約書には借主代表者に変更あるときは書面で通知するとの条項があります。また、代表者は連帯保証人になっています。

今後、どう対応すればいいでしょうか。

### Answer

1. 法人の代表者に変更されても、契約自体には影響がないのが原則です。本件でも代表者に変更されたとの事ですが、契約自体はそのまま継続と考えて下さい。

2. ただ、以下の点を検討して下さい。

まず、代表者の変更が本当かどうかを確認するために、会社の謄本など代表者に変更された事を明らかにする書類を提出させて下さい。

次に連帯保証人の件ですが、代表者が保証人になるという約束であれば、保証人を新代表者にすることになりますが、一般的には代表者が個人として保証しているだけですので、代表者に変更されたからと言っても旧代表者の保証人の地位に影響はありません。

しかし、そうだとした場合にも一般的には新代表者を保証人に変更することも多いようです。この場合、新代表者が保証人として妥当か否かをよく調査して下さい。

3. なお、代表者変更があったからといっても契約書を当然に変更する必要はありません。

しかし、保証人を新代表者とするのであれば、旧代表者を保証人から除外する文書と新代表者と貸主との間で会社の定期借地契約上の借主である会社の債務について、連帯保証する旨の合意書を締結しておいて下さい。(保証契約は書面化することが法律で要求されています。)



## 189. 借家契約の変更の申入れについて

(2010年6月号、No.265)

### Question

建物の借家人から家賃の支払い方法の変更通知がありました。

本来は、月末までに翌月分を支払うという契約内容ですが、これを当月分を月末払いとしてくれというものです。貸主としては、これに応じる必要はあるのでしょうか。

### Answer

その必要はありません。契約で決めた支払い方法ですので、借主の要望に貸主が応じる義務はありません。

貸主としては、借主に対してこれに応じることはできない旨の回答をしておくべきでしょう。そして、回答は早急に文書で出されることが大切です。

これを放置し、借主が要望するような内容で家賃の支払いが継続して支払われていると、貸主は家賃の支払い方法の変更を黙示で了解したとされてしまう危険性がありますので注意して下さい。

貸主が反対の意思を表示したのに、借主が勝手に変更した支払いをするときは、借主の債務不履行ですので、理論的には解除の問題を考えることとなります。

しかし、例えば契約書の中に家賃滞納が3ヶ月になることを解除事由と明記したときは、1ヶ月の遅れでは解除できませんし、契約書の明示がないときでも、1ヶ月遅れが継続するだけだと、裁判所も解除の有効性を認めない可能性も否定できません。

## 190. 造作買取請求と有益費の関係

(2016年3月号、No.403)

### Question

建物の貸主からの質問です。

契約書の条文の中に造作買取請求、必要費支払請求権、有益費償還請求などは放棄する旨の記載があります。

これらの条文を設ける意味を教えてください。

### Answer

1. たしかに借家契約の中には記載されることの多い条文です。

必要費とは、建物の保存に必要な行為をするための費用と考えられ、例えば建物からの雨漏りの修理費用など建物の価値を維持する費用と考えられています。

有益費とは、建物の価値を増加させるような行為をするための費用と考えられ、古い屋根を新しい屋根に替える行為にかかった費用などと考えられています。

これらは民法196条、608条などに規定されています。

これに対して造作買取請求は、借地借家法で規定されているものです。借地借家法33条では、貸主の同意を得て建物に付加した畳、建具その他の造作については、契約が期間満了又は解約申入れで終了するときには、借主は貸主に対してその造作を時価で買取れと請求できると規定しています。

つまり、造作については貸主が同意していること、契約が期間満了又は解約申入れで終了するとき、時価での買取請求ができることになります。(借主の債務不履行のため解除されたときは条文の対象外なので、買取請求はできません。)

2. 必要費、有益費と造作買取請求の大きな違いは、借主が設置したものの自体が独立の所有権の対象になるか否かです。もっと簡単に言えば、その設置したものが建物の構成部分になっているか否かです。

買取れと言うのですから、買取請求の対象は独立の所有権の対象でなければなりません。

前述の屋根の修理や屋根の取替えをしても屋根自体は建物の構成部分になることから建物所有権の一部となり、貸主の所有となります。そのため、借主からすると借主の費用で貸主の所有になったことから、不当利得のような状態だとして、かかった費用あるいは増加した費用を請求できるとしたのが必要費又は有益費の支払請求です。

3. 建物の構成部分か否かは、そのものが物理的又は経済的に建物からの分離可能かによります。物理的に分離可能でも、分離するのに多額な費用が生ずるのなら分離不能となります。

4. ところで、必要費、有益費については、その支払いをしてもらうまでは建物を留置することが可能です。造作については建物全体の留置までは認められていません。

5. そして、前述の条文はこれらの請求権を否定することで留置権などの発生を否定する意味があります。

また、造作買取請求権については、借地借家法で、否定する契約書の条文を無効とするとはされていません。

必要費、有益費は民法上の権利ですので、放棄条項は有効です。

ただし、消費者契約法の対象となる借家契約の場合、必要費、有益費を放棄することは、同法10条との関係で効力がないのではないかの疑問もあります。

## 191. アパート契約直前のキャンセル

(2011年2月号、No.281)

### **Question**

アパートに入居する予定の方が契約直前にキャンセルをしました。貸主は畳の表替えなどをしていましたが、その費用を入居予定者に請求できるのでしょうか。

### **Answer**

契約自体が成立していないので、契約を前提とした債務不履行の責任を求めることはできません。

しかし、キャンセルの理由が入居予定者のみの都合による場合には、契約をする旨を表明しておきながら、これを破棄したということで不法行為の責任追及が考えられます。

ただ、問題は貸主側の損害とは何かです。アパートですので他の入居者にも貸せることを考えると、畳の表替えの費用が無駄になったとは当然には言えないと思います。したがって、貸主側の損害は生じていないということになる可能性もあります。

これが他に転用できないような内装を用意し、入居予定者もこれを前提に契約をしようとしていたという事情であれば、それまでに生じた費用を入居予定者に貸主の損害として請求することも可能と考えます。

## 192. 所有者でない者による貸家契約

(2021年11月号、No.538)

### Question

建物を借りようと考えています。その建物はABC三名の共有建物です。(相続して共有になったようです。)

今回、Aさんが代表者のD社が貸主となるとのことですが、どんなことに注意すべきでしょうか。今のところ、1階を借りて、将来は2階も借りたいと思っています。

### Answer

1. ABC共有の建物を所有者でないD社が貸す契約は、いわゆる他人物賃貸として契約上は有効です。

しかし、借主からすると、D社は建物所有者でないのですから、D社が建物を相談者に貸すことについて、ABC三名は同意しているのか、あるいはD社はABC三名から建物を借りているなど、建物使用について正当の権限を有しているかが大切です。

前者のときは、相談者がD社から借りることをABCが同意しているので問題はありません。

後者の場合、D社は建物を使用する権限はありますが、この建物を別の人に転貸する権限が当然あるとは限りません。いわゆる無断転貸の可能性もあるので、相談者としては、D社が相談者に貸すことの同意をABCから得ておくことが大切です。

2. なお、将来2階も追加で借りるとするときも前記と同様です。

D社だけとの合意で賃貸対象部分を増加することはやめて下さい。

## 193. 借主の町内会費の未払い

(2016年2月号、No.400)

### Question

マンションの貸主Aからの相談です。

「マンションの一部屋をBに賃貸した。契約では、自治会費を賃料と一緒に貸主Aに支払ってもらうことになっており、募集のときにもその旨は事前に告知していた。(自治会費はAが集金して自治会に納付。)

ところが、ここにきて、借主から自治会費の支払いは強制されないから、今後は支払わないと言ってきた。

①貸主Aとしては、Bの退去を求めたいが可能か。

②自治会費の支払いに拘束力はあるのか。」

という問い合わせがAからJ Aになされました。どう回答したらいいでしょうか。

### Answer

1. (1) まず、本質問のような自治会費の問題については、自治会の法的性格が問題になります。

これについては、最高裁判決平成17年4月26日が、「(当該事例における)自治会は、会員相互の親睦を図ること、快適な環境の維持管理及び共同の利害に対処すること、会員相互の福祉・助け合いを行うことを目的として設立された権利能力のない社団であり、いわゆる強制加入団体でもなく・・・、会員は、いつでも(自治会に対する)一方的意思表示により(自治会を)退会することができる」と判示しています。

なお、厳密に言えば、上記最高裁判例は、自治会規約に退会を制限する規定が定められてなかった事案でしたので、自治会退会を制限するケースでも同様に言えるかという問題があります。しかし、上記最高判例の自治会の法的性格から考えると、退会を規制する条項は上記趣旨に反し、結社に自由を侵害する等して公序良俗違反(民法90条)になる、あるいは消費者契約法10条に反する等で無効とされる可能性がありますし、退会制限の有無にかかわらず自治会は任意加入団体であると判断する地裁・高裁判例も多くみられますので、退会を規制する規約の有無によって結論は変わらない可能性が高いです。

(2) そうだとすると、自治会は任意加入団体であり、自由に入退会でき、自治会に元々入会していない者はもちろん、退会後は自治会費の支払義務はありません。他方で、住民自身の意思に基づいて自治会に入会している限りは、自治会規約等に従い、自治会費の支払義務を負うこととなります(質問②)。

2. (1) ここで、本件におけるBについて検討しますと、重要事項説明書上に自治会費がかかることが明記され、賃貸借契約書上にも自治会費として金額が明記されており、これらにBが署

名捺印していることが分かります。このことから、少なくとも賃貸借契約締結時点では、Bは自治会への入会と自治会費の支払いを同意していたと考えて良さそうです。また、賃貸借契約書と別に、当該自治会の規約上、入退会の手続きについてどのように定められているか不明ですが、規約上もBの入会手続に問題がないのであれば、Bは入居とともに自治会に入会したと考えて良さそうです。したがって、仮にBが今まで支払ってきた自治会費分の返還請求をしてきたとしても、返還の必要はないと思われま

ただし、賃貸借契約と自治会規約は本来別であり、賃貸借契約の成否と自治会入退会の問題は別ものです。本件における賃貸借契約上の自治会費の定めを、「自治会入会を賃貸借の条件とする」つまり、「自治会を退会した場合または自治会費の支払いを遅滞した場合には、賃貸借契約を解除できる」と解釈するのであれば、その条項は、本来任意であるはずの自治会への入会を強制するものとして、上記最高裁判例の判示する自治会の趣旨や民法10条の公序良俗、消費者契約法10条等に反して無効とされる可能性が高いでしょう。

そうだとすれば、賃貸借契約書上、自治会費の定めがあったとしても、Bはいつでも自治会を退会することができ、自治会を退会したとしても、賃貸借契約の解除はできないものと考えられます。

(2) 結論として、Bが、自治会費の支払いを拒んでおり、自治会の退会も表明しているのであれば、退会が認められるべきであり、今後の自治会費の支払いを請求することはできなくなりますし、それだからといって賃貸借契約の解除をすることもできないものと考えられます。

一方、仮にBが自治会に籍を置きながら自治会費は支払いたくないとすることは許されず、自治会に入会する以上はその規約等に従って自治会費を支払う義務を負います。

ただ、この場合も、自治会費の支払いを遅滞したとしても、自治会規約上の債務不履行にあたるとは言えても、賃貸借契約書上の債務不履行とまでは言えないでしょう。

3. また、自治会は強制加入団体ではないにもかかわらず、住民に自治会への加入を強制し、自治会費の支払いを請求したことが不法行為にあたるとして、住民から自治会に対する損害賠償（慰謝料）請求が認められた事案（福岡高等裁判所平成26年2月18日）もあります。

したがって、本件でも、Bが自治会退会の意思を表示しているにもかかわらず、自治会費の支払義務があるかのように請求すれば、同様に不法行為とみなされる可能性がありますので、注意が必要です（質問①）。

4. 以上をまとめますと、（質問順序が逆になりますが、）

(1) 前提質問である質問②については、自治会規約等に自治会費の根拠規定があれば、自治会に入会している者は自治会費の支払義務がありますが、賃貸借契約書にも自治会規約にも、自治会への入会を強制する拘束力はないので、自治会を退会してしまえば支払義務はなくなります。

したがって、Bが自治会を退会してしまえば自治会費の請求はできません。

(2) 次いで、質問①については、本来の自治会費の請求権者はAではなく自治会であるところ、賃貸借契約書の署名・捺印によって、Aが自治会に代わって自治会費を請求・受領することをBが同意していると考えられます。

したがって、自治会規約上に自治会費の根拠規定があれば、Bが自治会員である限りは、Aが、Bに対して、「Bが自治会を退会しなければ（自治会会員である限り）、自治会費を払ってもらおう」と自治会の請求を代行することはできます。しかし、Bが自治会員でありながら自治会費の支払いを怠ったとしても、その遅滞は賃貸借契約は別の問題であって賃貸借契約上の債務不履行とは言えず、AがBに対してマンションからの退去や転居を促すことまではできないものと考えます。

一方、Bが自治会を退会する意思を表明している場合には、退会を制限することはできず、退会すれば自治会費の支払義務もないので、Aのみならず自治会からもBに対して自治会費を請求することはできません。

また、Bが自治会を退会しても、賃貸借契約上の債務不履行があるわけではないので、AからBに対して「このまま住み続けるのであれば自治会費を払ってもらおう」「払わないのであれば転居（退去）してもらおう」と求めることは不法行為とみなされ、Bから損害賠償を求められたときに支払わなくてはいけなくなる可能性があります。



## 194. 反社会的勢力に関する事前確認

(2018年12月号、No.469)

### Question

組合員が土地や建物の取引をするにあたり、契約書の中には当事者が反社会的勢力ではないこと、もし該当したときには、直ちに契約の解除ができる旨を明記しています。

ところで、取引をする前に、取引の相手方が反社会的勢力か否かを調べるにはどうしたらいいのでしょうか。

### Answer

1. 法律や条例で反社会的勢力との契約は解除するよう要請されていますので、質問にあるように、契約書の条項に反社会的勢力ではないこと及び、もしこれに該当したら契約を解除できることを明示することは大切です。
2. 取引後に判明すれば、この条項で解除となりますが、やはり事前にどうかを知りたいところです。

反社会的勢力か否かの事前確認ですが、以下の方法があるようです。

(イ) 全国銀行協会の加盟店は、警察庁の情報にアクセスできるようです。ただ、個人向けの新規融資の顧客が中心とのこと。

(ロ) 宅地建物取引業協会では、反社会的勢力データベース照会システムがあり、これを利用できるようですが、該当の有無の確約はできないとのこと。

## (2) 事業用の契約

### 195. 賃貸借か営業委託か

(2012年10月号、No.320)

#### Question

建物所有者Aが建物の一部をBに貸して物品の販売を計画しています。その建物ではA自身が物品販売をしていますが、その一部分のスペースをBに使用させ、Aが取り扱わない食品を販売したい考えです。

Bにそのスペースを賃貸した方がいいでしょうか。それとも販売委託の形がいいでしょうか。どちらにしても期間を決める予定ですが、Bからの中途解約のとき、ペナルティーを課しても問題ないでしょうか。

また、Bの食品で食中毒が出てAの営業に支障が生じたときに、AはBに損害の請求は可能ですか。この場合、Bにペナルティーを課すことはどうでしょうか。

#### Answer

1. 賃貸借契約にするか販売委託にするかは、いろいろな事由を総合して判断するので、本件でどちらが妥当かは即答しづらい部分があります。

しかし、質問内容や本件のような事由を考えると、賃貸借契約(定期借家契約)の方法が妥当と考えます。

販売委託としたのに、受託者側から賃貸借だとの反論がなされて、明渡しのトラブルになる可能性もあるので、定期借家にしておいた方が妥当でしょう。

2. ただ、借家契約とするためには使用部分の排他的使用が可能かの問題はあります。いわゆる「ショーウィンドー貸し」の場合は、借家契約とはならないとされています。

本件では、他の部分と本件の部分とでは物理的な区分は可能でしょうか。電気、水道などは共通でも構わないと思いますが、使用部分の排他性の確保は必要です。「もし、それができないのなら、「ショーウィンドー貸し」という形で民法上の賃貸借契約ということも考えて下さい。

3. 定期借家の解除にあたり、借主から期間満了前に解除する際にペナルティーを規定することは可能です。消費者契約法の対象外の契約ですから、暴利行為にならない限り契約内容は自由です。

Bの食中毒によってAの営業に支障が生じたことが明らかであれば、その部分の賠償の予定をすることも可能ですが、Bの食中毒とAの営業支障との間の因果関係の立証が必要となり、この立証の問題は残ると考えます。

4. 販売委託にして食中毒が出てしまうと、A自身の責任となりますので注意して下さい。

AのものをBに販売してもらったということですので当然です。ペナルティーについては前述と同様です。

## 196. 開店予定日を過ぎた借主の責任

(2019年11月号、No.491)

### Question

テナント用にビルを建てて貸す予定にしています。契約書では開店予定日を定め、開店日から賃料が発生することとしています。

もし、開店予定日を経過してもテナントが開店しないときは、貸主としてどう対応すればいいでしょうか。

### Answer

1. 開店をしない理由が問題だと思います。

不可抗力で建物建築が遅れたり開店に必要な許認可の取得が遅れたときは借主の責任はないと思います。

逆に、建築会社のミスで建築が遅れたときは貸主の責任が生じます（後日、貸主は建築会社にその責任を求めます）。

2. しかし、開店できる状態なのに借主が開店しないとすると、貸主としては開店できたと考えられる時からの賃料請求が可能と思います。

開店したら家賃を支払うという内容は開店日を始期とする家賃支払いか、あるいは開店を条件として家賃を支払うかになります。

開店の始期が不明確ですので、条件と考えるとすると、条件成就により不利益を受ける者が故意に条件成就を妨げたときは、相手方は条件成就とみなすことができる旨の条文が民法にはあります（民法130条）。

したがって、この条文を根拠に開店できる日と考えるときからの家賃を貸主は請求できると思います。

3. また、開店しないのなら、開店するよう催告し、契約を解除するというのも理論上は考えられることです。この場合、前述の開店可能なときから解除までの賃料の請求のほか、貸主の損害の請求をすることにもなろうかと考えます。

## 197. 契約書上の借主の変動について

(2017年10月号、No.440)

### Question

Aは建物の一部屋を事務所として貸しています。当初の契約書での借主はB、Cでしたが、その後賃料滞納があり、Aは借主をBとすること並びに滞納賃料の支払方法を記載した覚書をBとの間で作成しました。(このときCの署名押印はありません。)

その後、Bは賃料を支払いません。Aとしては部屋の明渡しを求めたいのですが、どんなことに注意すればいいでしょうか。

### Answer

1. 契約当事者の特定を検討して下さい。借主はBだけなのか、Cはどうなのかです。

覚書はA B間のもので、Cの署名押印がありません。これではCが借主でなくなったとは言いきれません。Cが借主でなくなったことをどう立証するかの問題があります。

2. 仮にCが借主でなくなっていたとしてもその部屋をCも使用していたとすると、AはBとCを被告として建物明渡しを求める必要があります。

BのみではCが使用している以上、明渡しの強制執行はできません。Cの建物使用があるかの調査が必要です。

この場合、Bを相手に訴え提起前の仮処分(占有移転禁止の仮処分)を申立て、建物内部に入ってCの使用の有無を確認するという方法もありますので、検討してみてください。

## 198. 借家人の民事再生

(2010年6月号、No.264)

### Question

借家人に組合員が所有する倉庫を貸しています。そして、借家人はその倉庫を了解のもと第三者に転貸しています。

先日、借家人から民事再生の申立てをした旨の文書が届きました。賃貸借関係はどうなるのでしょうか。

### Answer

民事再生は、申立人が今後も事業を継続することを前提に、それまでの負債の弁済について軽減を求めるなどして債務の処理をする制度です。

申立てを裁判所が受理をすると、1週間位の間には債権者に対する説明会を開催し、申立てに至った経緯とか、今後の再建方針の説明があります。また、原則として、債務の弁済の禁止の決定もなされます。

その後、債権者届けがあり、申立人から再生計画が示され、債権者集会で再生計画案が承認されると、その再生計画に従って、その申立人は民事再生処理を進めることとなります。

しかし、民事再生計画案が承認されないときなどは、裁判所は職権で破産手続に移行させることもできます。

以上が民事再生です。建物賃貸借契約では、契約書の中に借主の民事再生を解除事由としていることが多いようです。

しかし、民事再生の申立てを理由とする貸主からの解除は原則として認められません。

もし、民事再生の申立てまでに未払い賃料があるときは、再生債権として民事再生計画案に従っての支払い対象となります。しかし、申立て後にあつては、共益債権として支払いが優先されます。

ところで、民事再生計画ですが、最近の再生計画は事業を第三者に譲渡して、譲渡代金を一定期間で債権者に支払うという内容が一般的です。借家人の場合ですと、借家権も売却することです。

そうなると、利益の出る借家権については、借家人の変更が将来生じることが予想されます。また、利益の出ない借家権については、借家人側からの契約の解除が考えられます。

## 199. 借地上の建物の賃貸借

(2016年2月号、No.401)

### Question

土地所有者AはBに建物所有目的で土地を貸しています。(事業用定期借地契約)

その後、Bの経営上の問題から、

- 建物をBがCに貸すこととし、借地期間満了のとき、建物所有権はAに帰属し、BC間の建物賃貸借契約をAC間の建物賃貸借契約に変更する。
- Bが設置した構築物はAに帰属し、敷金はBに返す。

旨の合意書をAB間で締結しました。(なお、建物に対する税金はAが支払う。)

Aはその後死亡し、Aの妻Xが相続人となっています。

- ①Xはこの合意書を一方的に破棄できないでしょうか。
- ②建物は無償でBからAに所有権が移転すると考えていいでしょうか。
- ③土地上のフェンスをAはBに撤去してくれとは言えないのでしょうか。
- ④この合意書を作成した業者の責任はどうでしょうか。

### Answer

1. 質問の契約関係について、先に確認が必要な項目があります。

質問の事例では、借地人B社が建物をC社に「貸す」とありますが、これは、建物をB社がC社に賃貸するという意味と考えます。

建物の賃貸はB社の借地権の転貸ではありません。転貸ですと、建物はC社名義であることが前提です。この点、A、B、Cの三者間では借地契約はAB間、建物賃貸借はBC間であることを前提に回答します。

2. 質問の回答ですが、以下のとおりです。

(1) 合意書をAが締結していますので、相続人であるAの妻が一方的に合意書を破棄することはできません。

(2) 合意書の文言の中に建物を買取る旨の表現がないので、この文言だけからすると、無償で譲渡されると考えるのが一般的でしょう。

しかし、合意書の文言だけで決まるのではなく、なぜ、Aに帰属するのか、AがB所有の建物の税金をなぜ支払うのかといった事情から、無償か否かが判断されることになると考えます。

(3) 合意書では、B社が土地上に設置した建物、構築物はAに帰属するとあり、敷金はB社に返すとあります。この文言からすると、現状有姿で構築物などがAの所有になるわけですか

ら、フェンスの撤去を求めることはできないと思いますし、撤去費用を敷金から充当することもできないと考えます。

(4) 業者のX社への賠償の件はむずかしいと思います。

合意の内容を理解してAが署名したのであれば、A自身の行為の結果ですので、結果が不利益だというだけでX社の責任を求めるのはむずかしいと考えます。

ただし、X社が虚偽のことを言って署名させたなどということをA側で立証できれば別です。



## 200. 所有者でない者からの事業用定期借地

(2019年6月号、No.480)

### Question

組合員A所有の土地をAの家族が代表者であるB社が無償で借り、その土地をB社の名前でC社との間で事業用定期借地権設定契約をしました。(このことはAも了解しています。)

B社はAから土地の使用貸借の権利しか取得していませんが、C社との間で借地権を設定できるのでしょうか。借地権の無償返還届出をB社は出していますが、何か問題がありますか。ABC三者間で注意することは何でしょうか。

### Answer

1. 質問の内容からすると、AがB社に土地を使用貸借で貸し、B社がC社に事業用定期借地で土地を転貸したというものです。

C社としては、土地所有者でないB社から土地を借りたこととなりますので、いわゆる他人物賃貸借契約の借主という立場になります。

ただ、本件ではB社がC社に土地を転貸することをAが承諾していた場合には、AはCの土地使用に対して立退きをCに当然には求められないということになります。

法的には、Aがこの状況を承諾しているのなら問題はない状態ということになります。

2. 借地権の無償返還は定期借地契約のとき提出するよう税務署が指導するようですが、この届出自体は税金の問題であって、民法等の契約自体の効力要件ではありません。

3. ただ、5条申請がAC間を当事者として手続きされている点が問題となりますが、農地転用がなされてしまったわけですから、今の契約関係を無効とすることはできないと思います。

4. Aの土地に競売などがなされたとすると、Cの借地権は差押債権者に対抗できない可能性があります。

Bの権利が借地権なら対抗できますが、Bの権利では使用貸借ですので差押に対応する効力はありません。したがって、Bの権利の上にあるCの借地権も対抗できないのが原則だと思います。そのため、Cの借地権をAの土地に登録するのかわかりませんが、AC間に直接の契約関係はないので登記はできないこととなります。

5. 以上のとおり、ABCの三者間がスムーズなら問題はないと思いますが、Aに何らかのトラブルが生じるとCの権利に支障が生じる危険性があります。

## 201. 転貸人の地位の移転

(2008年8月号、No.507)

### Question

A建物貸主（所有者）、B賃借人兼転貸人、C転借人という権利関係の建物があります。

BがAとの契約上の地位並びにCとの契約上の地位をDに移転したいと考えています。Bはどのようにすればよいでしょうか。

### Answer

1. まず、AB間ですが、AにとってはBは賃借人ですので、Bの地位をDに移転するということは、Bの賃借権の譲渡になりますので、Aの承諾が必要となります。

そして、あわせてBがAに敷金等を差し入れているときは、Bの敷金返還請求権をどうするかを決める必要があります。Bの持っている請求権をDに譲渡するのか（この場合、内容証明でBがAに対してDに譲渡した旨の通知をしてもらいます。）、あるいはDへの譲渡時点でAがBに一度返還し、Dから新たにAに差し入れてもらうかです。

また、Bにもし家賃滞納があれば清算をする必要があるでしょう。

2. (1) AがBの賃借権をDに譲渡することを承諾した場合、次に考えるべきは、BとCとの転貸借関係です。

Bの地位をDに移転することは、Bの転貸人としての地位をDに移転することになります。

(2) 不動産の所有者が貸主であるときに不動産を譲渡すると、貸主の地位もその譲受人に移転します。これは、従前の裁判所の考え方ですが、今回の改正で明文化されました。そして、このとき借主の同意は不要とされました。

(3) しかし、このケースのBは不動産の所有者ではありません。この場合に転貸人の地位の移転について、転借人の同意は必要かの疑問が出てきます。

Bは貸主ですので、建物の修繕義務や敷金をCから預かっていれば敷金返還義務を負っていません。

CからすればBは権利者でもあり義務者でもあります。そのため、もしDに資力がなければ、Cは預けていた敷金の返還がDからできなくなる心配があります。

こう考えると、Bの転貸人の地位をDに移転するためには、Cの同意も必要ではないかと考えられます。

3. この点、土地のケースで最高裁判所は、BがCに対してDへの移転を通知せず、又はCがDへの移転を承諾しないときは、DはCに転貸人としての地位を主張できないとしています（昭和51年6月21日判決）。

これを見ると、BからCにDへの移転を通知すればいいことになりますが、この案件は、単に通知すれば、DはCに転貸人の主張ができるとしているだけで、CはBに対して敷金の返還請求ができないかは触れていません。

そうすると、Bとしては将来、Cから敷金の返還を主張されないよう、Dへの譲渡にあたって、Cを含めて敷金の承継の合意あるいは一度BからCに返して、改めてCからDに差し入れてもらうなどの検討をする必要がありそうです。

## 202. 共有物の賃貸借契約

(2008年4月号、No.212)

### Question

入居募集のAから依頼を受け、JAは借主Cとの間の建物賃貸借契約の仲介をしました。

建物はAとBの共有物件で、Aが95%、Bが5%の共有割合です。Aからは建物を貸すことについてBの同意があるといわれていました。そのため、Cとの契約にあたりCに対してBという共有者がいることを説明していませんし、Bにも建物を貸すことの詳細を説明しているかの確認をしていません。Cとの契約後、Cが内装工事に入ったところ、BがCの工事を妨害しました。Cは仲介者であるJAに責任があると言っています。どう対応すればよいのでしょうか。

### Answer

1. 共有物件の賃貸借ですので、仲介者としては借主に対してその旨の告知しておくべきでした。

ただ、法律上では共有物の賃貸借については本件のような期間3年というケースは管理行為として共有持分の過半数で貸すか否かを決定することができるとされています。

今回、AさんはBと協議されたかどうかはわかりませんが、Bが反対してもAが了解するのであれば本物件をAはCに貸すことができたこととなります。ただ、最近の下級審の判決の中には期間3年以内の賃貸借契約だからと言っても更新されるのがふつうなのだから、貸すとなるとその物件はしばらく貸主が使えるのと同じだということで、共有物の処分行為と同視して共有者全員の同意が必要だとするものもあります。

2. なお、今回JAがターゲットになっていますが、Cの損害はJAのみでなく、妨害行為をしたB、賃貸することについてBの同意を求めているAにも責任があります。(共同仲介者Dも、その仲介内容によっては責任があるでしょう。)

借主Cとの関係では、JAのみに請求できたとしてもJAはAやCに応分の負担を求めることは可能です。

## 203. 夫婦で共有の物件の賃貸借契約

(2021年4月号、No.523)

### Question

A B夫婦が共有の建物をAの名前で貸したいと思っています。共有持分は2分の1です。BからAに、Aの名前で建物全部を第三者に貸す旨の同意書があればいいのでしょうか。それとも、BからAに、Aを代理人として建物を貸す旨の委任状を提出すればいいのでしょうか。

### Answer

1. A B共有物件をAが単独で貸すという内容ですので、BからAに対してAの名前で共有物を第三者に貸すことの承諾の文書が必要です。

BがAに対して、Aを代理人として建物を貸す権限を与える旨の委任状では、Bも貸主となることが前提となってしまうので、A B双方の意図に合わないと思います。

2. 共有物件を貸すにあたっては、賃貸をすることは共有物の管理行為なのか、あるいは処分行為なのかの議論があります。

管理行為なら、共有持分の過半数の同意があれば賃貸することができますが、下級審の裁判例の中には、建物を貸せば、期限までに契約が終了しない可能性が高いことから、賃貸することは処分と同視できるとして、共有者全員の同意が必要となる処分行為と考えるべきだとするものもあります。

これらは、前述の設問を前提に例を挙げるとすると、AはBの同意なしにAの名前で賃貸できるかの問題で、設問のケースでは、A Bの持分が2分の1ですので、Aが希望してもBが反対すれば、Aの名前で第三者に貸すことができないことになります。

3. また、A Bが連名で貸す場合でも、賃料の分配の問題、契約の解除の手続きの問題の検討が必要となり、連名で貸すということは、共有者の考えが一致しているときはいいのですが、考え方の違いが出てくるとトラブルになって動きがとれなくなることもあり、慎重に考えるべきだと思います。

## 204. 2棟の建物の一括貸し

(2021年10月号、No.535)

### Question

A所有のA建物とB所有のB建物とは事情があり、壁を接して建てられており、かなり前にその壁も撤去され、現在はA建物とB建物とは一体となっています。

今回、Cが両方の建物を一括して借りて、物販店として使いたいと申し出てきました。

Cとしては、AB兩名からひとつの契約で借りたい意向ですが、ABとしてその対応でいいでしょうか。

### Answer

1. まず、AB各建物が現在一体化しているということですが、建築基準法上では問題になるのではないのでしょうか。Cはこのことを理解していますか。
2. 仮にこういう現状でも、当事者間では問題ないと考えているとして、以下、回答します。
  - ① Cとしては、外見上は一体の建物ですから、ABを貸主とするひとつの建物賃貸借契約としたいと考えているのでしょうか。

しかし、契約書案からすると、賃料を決めて、その支払いをABに分けて送金するようです。

もし、Cが合計賃料の支払いができないときで、例えばAの分は全額送金されているが、Bの分が不足していたとしたとき、Cとの契約はどうなるのでしょうか。Bの分のみがずっと満額送金されていないとき、Bの建物分のみの解除をBは考えるのではないのでしょうか。
  - ② また、契約条項案では、Cからの中途解約を認めることになっています。これは、Aの部分のみ中途解約もできるということでしょうか。
3. 以上のように、建物自体は登記上も別個の建物なのですから、契約はACとBCとに分けて、それぞれ別個の契約の方がいいかと思います。

## 205. 土地所有者が建物の貸主の保証人になること

(2018年5月号、No.455)

### Question

組合員が死亡し、土地を配偶者Aと長男Bが持分2分の1ずつ相続しています。

このたび、この土地の上にテナント用建物を建築し、テナントに建物を貸す計画があります。建物は今のところB名義にしようと考えています。そして、土地と建物との利用関係は使用貸借契約にする予定です。

このことをテナントに説明すると、土地の所有者全員で建物を貸さないのであれば、本件のAが建物貸主Bの保証人になって欲しい。つまり、Bに貸主としての債務不履行があるといけないし、土地を第三者に売られると建物から退去を求められるかも知れないので、貸主の契約上の債務について、借主（テナント）のための保証人になって欲しいとの要請がありました。

これに応じるべきでしょうか。

### Answer

1. 土地と建物とは使用貸借契約ですので、もし、土地が売却されてしまうと建物所有者は使用貸借の権利を新土地所有者に対抗できないのが原則です。

その結果、建物の賃借人も新土地所有者から建物退去土地明渡を求められる危険性があります。今回のテナントはこのことを考え、万一のときに備えて、保証人の就任を求めていると思います。

2. もちろん、Aには保証人就任の義務はありません。また、土地が売却されてテナントに影響が生じることは建物貸主のBにも関係することですから、Bが自分に不利となるような土地の売却をAと一緒にするとは思えません。

さらに、使用貸借関係を新土地所有者に原則として対抗できないと言っても、土地の売却時に建物があって第三者が使用していると、売却価格はテナントの建物使用が前提として価格設定されていることなどからすると、新土地所有者は使用貸借関係の承継を前提として土地を取得しているケースが多いと思います。そうすると、テナントの心配は法的には理解できるとしても、あまりトラブルに発展することはないケースが多いのではないかと思います。

3. 言ってみれば、テナントは貸主のことを信頼していないわけです。賃貸借契約は長期間になることから、双方の信頼関係が大切です。はじめから貸主を信用しないテナントを入れる必要はあるのでしょうか。再検討してもいいかと思います。

4. ただ、諸般の事情から、このテナントを入れないといけないようなときには、Aが保証人になることとなっても仕方ないでしょう。

要は、貸主としての義務を誠実に守っていれば保証人の責任が現実化することはありません。

なお、保証人になるのではなく、使用貸借契約の中に、①土地所有権の譲渡のときは使用貸借契約も承継させること。②テナントが建物を使用している限り、使用貸借を解消しない。などの条項を入れ、テナントに示して了解を得ることも検討して下さい。

使用貸借契約書の作成は必要と考えます。



## 206. 複数業者による媒介について

(2018年4月号、No.453)

### Question

平成18年の業務用の建物賃貸借契約の媒介についての相談です。

J Aは貸主側の仲介で話を進めており、入居者が決まったことから、賃貸借契約を締結することになりました。ところが、当日、借主側は不動産業者を伴っていました。契約書にはJ Aとその業者が捺印しています。

J Aは賃料の1ヶ月分に消費税を加算した金額の80%を貸主側からもらいました。借主がどうしたかは不明です。質問は以下のとおりです。

- (1) 貸主、借主が支払う仲介手数料はいくらか。
- (2) J Aは貸主にいくら返すべきか。
- (3) 返すとすると、どのような内容か。

### Answer

ご質問の事案は平成18年当時に媒介契約が行われたとされる事案ですので、報酬の上限額について、当時の告示を前提に回答いたします。(現在は、平成29年12月8日国土交通省告示第1155号により改正され、賃料の1.08倍が上限とされています。)

また、当時の宅地建物業法の解釈・運用の考え方(国土交通省大臣通達)は平成13年1月に最初に通達されてから、現在に至るまで解釈に変更はないと考えられるため、現在の宅地建物業法の解釈・運用の考え方((平成30年1月1日以降)以下「ガイドライン」とします。)を前提に回答いたします。(第46条の告示関連のうち、貸借の媒介についてのガイドラインは平成16年のものと現在のものが同一のものでしたので、平成18年当時もこれらと同一の解釈運用が取られていたと考えられます。)

#### 1 質問(1)について

ご質問の事案は、複数業者が居住用物件以外の賃貸の媒介をしたケースです。

賃借の媒介をした場合、依頼者の双方から受けることの出来る報酬の額の合計額は、賃料の1.05倍が上限とされています(国土交通省告示「宅地建物取引業者が宅地又は建物の売買等に関して受けることができる報酬の額」第4(平成18年当時))。

また、現在のガイドライン第46条第1項関係3によると、双方に代理人が立つ場合の報酬について、報酬額の制限が、仲介を依頼したものが支払う最高限額を定めたものであることから、関与した業者の全員が受ける報酬額の合計は、現在であれば賃料の1.08倍を超えることはできない

こととされています。そのため、平成 18 年当時であれば賃料の 1.05 倍を超えることはできないと解釈されていたということになります。

そのため、ご質問の事案の場合、貸主 X 及び借主 Y が支払う仲介手数料は、合計で賃料×1.05 が上限ということになります。

## 2 質問（2）について

上記で述べましたように、複数の業者が仲介に関与した場合の報酬額については、関与した業者の全員が受ける報酬額の合計は、賃料の 1.05 倍が上限とされております。

もっとも、国土交通省告示には、貸主と借主の負担割合について、半分ずつ（賃料の 0.525 ヶ月ずつ）とするような規定はありません。

そして、現在のガイドラインでは、ひとつの業者が双方の媒介をしたとき、一方から受ける貸借の媒介報酬について、合計額が限度内であれば依頼者の双方からどのような割合で報酬を受けてもよく、また、依頼者の一方のみから報酬を受けることもできるという運用がなされています（ガイドライン第 46 条第 1 項関係 1(3)①）。本件は当事者双方にそれぞれ業者が就いた場合ですが、考え方は同じと思いますので、平成 18 年当時において、依頼者において一方の上限額を規制するような解釈がなされていたとは考えられません。

そのため、貸主が J A に、借主が業者にそれぞれ仲介手数料を支払う場合、上限は合計で賃料×1.05 という点のみ規制されていることとなります。

また、実務上の一般論として、借主が他の業者に仲介手数料を支払ったとしても、別途広告料等の名目で貸主から 1.05 ヶ月の支払いを受けることも有るようですが、これには事前の合意が必要となります。

## 3 質問（3）について

上記 1、2 を踏まえますと、もし、業者が借主から 1.05 ヶ月分を受領していたとなると、本件では J A と業者とで合計 1.05 ヶ月を超える報酬を受け取っていると思われるので、業法に抵触している恐れはあります。いくら限度額を超過しているかは、借主が業者に支払った仲介手数料によります（J A と業者の受け取った仲介手数料の合計額から賃料×1.05 を差し引いた金額が限度額超過分）。

その場合、限度額を超えた報酬については、無効となり、返金する必要があります。返金する際には、限度額超過分について、商事法定利率である年 6 % の利息（遅延損害金）を付ける必要があります（商法 514 条）。この場合、J A と業者とでそれぞれいくら返金するかの判例は見当たりません。また、借主が業者に支払っていたとき、貸主と借主はそれぞれいくらの返金を求められるかも議論の余地はあります。

もっとも、この返金請求の根拠となる条文は民法 703 条の不当利得返還請求権であり、この権利は権利が発生してから 10 年間で時効消滅しますので、本件が平成 18 年の事案ということであれば、時効消滅しているものと思われます。

また、そもそも仲介手数料というのは、目的の契約が業者の媒介によって成立した場合に支払われる成功報酬ですので、本件のように契約時に同席していただけた業者が報酬の支払いをうけられるのかという点には疑問があり、議論の余地があるかもしれません。

## 207. 建物賃貸借とバックアップ・オペレーター

(2023年2月号、No.568)

### Question

組合員に福祉施設建築計画を提案している業者がいます。その事業者から、バックアップ・オペレーター契約というものが示されました。

内容は、提案業者が建物の借主となって福祉施設の運用をするが、その借主との賃貸借契約が解除等で終了となったときには、貸主はバックアップ・オペレーターに通知をし、バックアップ・オペレーターは、従前の賃貸借契約と同一条件で、貸主と賃貸借契約を直ちに締結するという三者契約です。

この内容でこのまま進めていいのでしょうか。

### Answer

1. バックアップ・オペレーターは、不動産を医療や福祉など特殊な態様で活用することの投資をする場合、その活用をする担当事業者に万一のことがあると、投資リスクが出ることから、これを予防するために同じ業態の別事業者を用意し、その事業者に投資対象不動産の活用を引き継がせるというケースで出てくる言葉です。
2. 簡単に言えば、借主の地位の承継あるいは新契約をするということですが、今回のケースは福祉事業ということで、借主に何かあったときに、別事業者と同一の賃貸借契約をして、貸主の不安を解消すると考えたものと思います。
3. ① このバックアップ・オペレーターの会社が信用できるのであれば契約してもいいかとは思いますが、よく調査して下さい。  
② ただ、その会社と契約をするとなると、貸主とその会社とは契約をする義務が生じます。  
もし、その会社が約束を守らないときは、損害賠償の問題になるのでしょうか。貸主としては、裁判するより契約を継いで欲しいと思うのでしょうかから、「契約をする」とせず、元の賃貸借契約をその会社が承継する方向で三者合意の内容を修正した方がいいでしょう。

### (3) 家賃

## 208. 家賃滞納と仲介業者の責任

(2009年4月号、No.237)

### Question

建物賃貸借契約の仲介をしました。借主が入居したあと、家賃滞納があると貸主から連絡が入り、借主に催促していました。ところが、借主の滞納額が大きくなり、今後はその責任は仲介業者にあると貸主は主張しています。仲介業者の責任はあるのでしょうか。

### Answer

仲介業者としての責任はないと思います。

質問からすると、仲介業者は仲介業務のみであり、契約の管理をしていないとのことでした。したがって、仲介にあたり家賃支払い能力が乏しいことを十分予想できたなどのケースを除いて、入居者の信用調査をして問題がなければ、その後に入居者の事情で家賃滞納が生じても仲介業者の責任とはなりません。

本件では、家賃を仲介業者の口座に入金させていたか否かわかりませんが、もし、入金させていたとすると入金状況を貸主に連絡しておけば問題はないと思います。もし、貸主の口座に入金させていたときは、もっと問題はないと思います。

ただ、質問では仲介業者が貸主からの連絡を受けて請求していた旨の記載があります。このことで管理の合意をしたと言えるかは疑問はありますが、これはどんな経緯から請求をするようになったのでしょうか。請求をすることの明確な合意があるとすると、回収まで責任を持つとしたのか否かです。一般的にはそこまでの責任を持つ約束はしないと思いますが、どうでしょうか。単なるサービスであれば、回収までの責任を約束していないでしょうから請求をし、その結果をちゃんと貸主に連絡していれば責任はないと思います。貸主がどんな理由で仲介業者の責任だと主張されるかを待って対応した方がいいと思います。

## 209. 家賃の減額請求

(2014年10月号、No.368)

### Question

借主から、

「コウモリが室内に侵入してきた。天井裏や換気口などからカサカサという音がするので何とかして欲しい。修理などが完了するまでの家賃を下げて欲しい。」

との連絡がありました。

工事は完了しましたが、家賃の値下げの要求はまだあります。家賃値下げの必要はありますか？

### Answer

1. 今回、借主が主張している家賃減額の根拠がはっきりしません。

借地借家法では、家賃が近隣に比べて不相当に高いときに、借主からの減額請求を認めています。

ただし、貸主がこれを了解しないときは、裁判所において妥当な賃料を決め、減額が正当か否かの判断を示すこととなります。

また、民法 611 条で、賃借物が借主の過失なくして一部滅失したときは、その滅失した割合に応じて賃料の減額を請求できると規定しています。

そして、この条文の考えから、賃借物の使用が借主の過失なくしてできないときには、使用できない割合に応じて賃料の支払いを一部拒否できるとの考えが認められています。

ただ、コウモリの侵入を防止するための工事期間の賃料の減額を主張しているようにも見えます。

もしそうなら、工事によって建物を使用できないか否かの問題となり、使用できないのなら賃料の一部支払いの拒否が認められることとなります。そうでなければ賃料支払いは免れません。

2. もし、以前コウモリが入ったことで今後の賃料の一部免除を主張しているのなら、これは認められない主張と考えます。迷惑をかけたとしても、建物を使用していたわけですので、賃料の支払いは当然のことだからです。

3. なお、コウモリが入ってくるような建物だから家賃が高いとの主張としても、補修工事をするのですから、将来分についての減額は認められないでしょう。

また、過去の家賃が高かったからこれを減額せよとすることは認められていません。家賃減額の請求は、請求時点以後のものが対象となるからです。

## 210. 家賃減額請求について（過去の家賃）

(2016年12月号、No.420)

### Question

H5年に建物を2年の期間で貸しておりますが、H7のときに更新契約書を作成することなく、今日に至っています。

先日、借主より賃料減額の請求があり、家賃について数年前にわたって高い家賃を支払っていたから、相場より高い家賃を返してくれと言っています。

先月、期間2年間で賃料を減額した更新契約を締結しましたが、過去の相場より高いと主張している部分は返すことになるのでしょうか。

### Answer

1. 過去の賃料の精算に応じる必要はありません。賃料については当事者双方はいつでも増減額の請求が可能です。ただし、それは将来に向かっての請求であって、過去のいついつからの賃料を増額や減額をせよとの請求は認められていません。
2. 本件は、平成28年〇月〇日に借主からの減額請求があったのですから、これ以降についての賃料が減額の対象になることになります。

## 211. コロナウイルスによる賃料減額

(2020年5月、No.502)

### Question

組合員が貸主であるビルのテナント（借主）から、コロナウイルスのため店を閉めているから、当分の間、家賃を値下げしてくれとの要求がありました。どう対応すればいいでしょうか。

### Answer

1. (1) 今回のテナントの要求が単なる値下げの要請というのなら、応じるか否かは貸主の自由ということになります。

そのため、応じる必要は法的にはありませんが、今後、借主からの中途解約条項にもとづく解約申し入れ、あるいは破産などの事由が将来生じるかも知れません。貸主としてビルの経営面も考えての対応が大切となります。

(2) 仮に法的な意味の減額請求であれば、減額請求は認められないでしょう。借地借家法では、借主には賃料減額請求権が認められていますが、理由は公租公課の変化、近隣賃料との差異などであって、売上減少は理由となってはいません。

(3) 仮に値下げに応じる場合ですが、賃料を減額すると明示しない方がいいと思います。将来、賃料を元に戻すとき、テナントから値上げだとクレームをつけられるかも知れません。そのため、対応としては、賃料の一部免除又は一部支払い猶予という方がいいと思います。

これらは賃料自体に変化はなく、一定期間のみ賃料を一部免除する、あるいは一部猶予するが、後日支払ってもらうことになるからです。これを前提として合意書を作成して下さい。

ただし、一部猶予の場合、賃料自体に変わりはないことから、一部未納状況ということとなり、オーナーとしては本来の家賃が所得となりますので、税金面での検討を税理士と協議して下さい。ケースによっては、敷金を一部家賃に振り替えることもあろうかと思えます。この場合、減少した敷金の補充方法を文書化しておく必要があります。（オーナーとしては、敷金を預貯金の形で保留していないことが多いので、敷金から充当すると、実質的にはお金の流れがないのに家賃が入っているということになります。）

## 212. 借家契約における連帯保証人の責任

(2013年6月号、No.336)

### Question

オーナーがアパートを所有しており、そのアパートの住民が長期間にわたり家賃を滞納していました。途中、借家契約の期間は満了日を迎えました。入居者に対しては契約の解除をして明渡しを求める通知を出し、連帯保証人にも明渡しまでの未払い賃料等の支払いの通知を出したところ、連帯保証人から突然、高額な支払いを求めることはおかしい旨の反論が出されました。

連帯保証人には責任がないのでしょうか。

### Answer

1. 連帯保証人は借主の債務を保証する契約を貸主と締結していますので、未払賃料の支払や建物明渡しまでの原状回復費用や賃料相当損害金の支払義務があります。

そして、借家契約が更新（法定更新を含む）されても、原則として保証人の責任は存続します。この場合、貸主から保証人に対して契約が更新された旨の連絡がなくても、保証人の責任は存続します。ただし、保証人が期限を区切って保証する契約を貸主としていたときは、期限後の責任はありません。また、更新のときにいきなり家賃が高額になるなど、一般的には予想できる更新後の契約内容と大きくちがっていたときには、その内容を保証人が認識できていなければ、その内容に従った保証人の責任は生じないと考えられます。

本件では、このような事情はないようですので、未払賃料等について保証人の責任は免れないと思います。

2. ただ、借主の資力に問題があるのを貸主がわかっているのに、保証人に家賃が未払いであることを告知していなかったりしたような場合、貸主自身が自分の損害を拡大しているとも考えられます。

こういう場合、信義則上、未払賃料等をすべて保証人の責任とはできないのではないかとの議論が生じる余地はあると思います。

3. 保証人も貸主に対して借主の家賃支払状況を確認しておく必要もあるので、全責任を保証人に求めることはできないとは直ちには言えないと思いますが、議論の余地があることから、貸主としては未払状態が続くときは、保証人への支払催告とか、借主との契約を解除して明渡しを求めることを早くするなどの検討は必要でしょう。

4. 本件のような場合があることから、民法の改正では、保証契約にあたって、根保証をするときは、極度額を定めることが求められることになりました。



## 213. 借家契約更新後の保証人の責任

(2013年12月号、No.348)

### Question

組合員がアパートを借主Aに貸しています。

契約時、Aの実父BにAの連帯保証人に就任してもらいました。賃貸借の期間は3年間で、すでに3回更新しています。

1回目の更新のときは実父Bにも更新の契約書に署名してもらいましたが、2回目、3回目はBの署名押印はありません。

実は、Aは家賃滞納を繰り返し、現在もかなりの滞納状態です。貸主として保証人BにAの未払家賃を請求できるのでしょうか。

### Answer

最高裁判所平成9年11月13日の判決では、期間の定めのある建物賃貸借において、保証人は反対の趣旨をうかがわせるような特段の事情のない限り、更新後の借主の債務についても保証の責めを負うのが相当であり、貸主が保証人に対して保証債務の履行を請求することが信義則に反すると認められる場合を除き、保証人に対する請求はできるとしています。

本件では2回目、3回目の更新時に保証人の意思を確認していませんが、1回目のときは更新後の賃借人の債務の保証人となることを承諾しており、更新後は保証人とならない旨を表明する様子はないようですので、更新後の未払賃料について保証人Bに請求は原則として可能です。

ただ、問題は、借主Aが家賃を滞納することが多く、現在もかなり未払状態であることから、これを請求することが信義則に反しないかの問題は生じます。

前述の判決では、継続的な未払いがあるのにこれを保証人に連絡もせず更新しているときは信義則に反することもあるとしています。

ケースによっていろいろな判断になると思いますが、公営住宅のケースで、占有者に対して明渡請求が可能であり未払賃料が2年1ヶ月となったときには保証人に請求をして損害の拡大を防止すべきなのに、さらに1年間も放置していたときには保証人への請求は信義に反するとした東京高裁の判決もあります。

単に未払いの期間だけで請求の可否が決まるわけではないと思いますが、本件の未払いの状況、借主への対応などから、ケースによっては保証人Bへの請求が否定されることも視野に入れておくべきだと思います。

## 214. 保証人死亡後の相続人の責任

(2015年11月号、No.395)

### Question

組合員Aは借主Bにアパートの一部屋を貸しており、Cが連帯保証人になっています。

Bは家賃を滞納することが多く、何回か催促してからでないとい入金しません。今回も家賃が滞納しています。

保証人に請求をしようと調べたところ、保証人Cはすでに死亡していました。この場合、AはCの相続人にBの滞納家賃の支払いを求めることができるのでしょうか。

### Answer

1. 保証債務も相続の対象となりますので、Cが死亡した時点で借主Bに家賃滞納があり現在も未入金であれば、その時点での滞納分をAはCの相続人に請求は可能です。

ただし、Bの滞納が多額であり、AとしてはCに容易に請求できたのに請求していないようなときには、A自身によって滞納額を大きくさせたとして、全額をCに請求することは信義則に反するとして、全額の請求は認められないとするケースもあります。

2. 問題は、Cが死亡したのちに借主Bに生じた滞納分はどうなるのかです。保証債務も相続の対象ですが、ここでは保証人の地位も承継されるのかという問題です。

原則的には承継されることになると思いますので、Cの相続人が相続放棄をしていない限り、C死亡後のBの滞納分の請求もCの相続人に対しては可能と考えます。(ただし、前述のようにAが請求をしないで放置していたようなときは信義則を理由に請求額が限定される可能性もあります。)

3. ところで、古い裁判所の判決ですが、継続的取引について保証をするようなときには、保証金額の限度も期間もない。いわゆる包括根保証のケースで、裁判所はこういう場合は債権者と保証人との人的信頼を前提にしているし、責任も予想外に巨額になるのだから、保証人が死亡すれば特段の事情のない限り保証契約は終了し、その相続人は保証人の地位を承継しないと判断しています。

本件のような場合も、いわゆる根保証になるケースですので、Cの相続人には保証人の地位が承継されない、つまり、C死亡のあとの滞納分についての責任はないとの考えもあり得ることになります。

この点、判例集には正面から議論したものはないようです。ただ、保証人として責任の限度が読めないのかと言うと、「更新後でも保証人の責任は更新されるのが原則とする」裁判所の考えの根本には、責任の限度が読めないわけではないということがありますので、この裁判例からすると本件のCの相続人にも同じことが言えるわけです。

そうすると、貸主としては、Cの保証人の地位はCの相続人に承継されている、そう考えたうえで、Cの相続人には予想しない責任は生じないとの考えを前提に、Bの滞納分の支払義務ありと主張できるのではないかと考えます。

## 215. 借家契約の締結と新民法

(2019 年月号、No.490)

### Question

2020 年 4 月 1 日から新民法になり、借家契約の借主の連帯保証人（個人）は極度額の合意が必要となります。

実は、2019 年 12 月に借家契約を締結し、そのとき連帯保証人にも署名押印してもらう予定ですが、契約の期間は 2020 年 4 月 1 日からの 2 年間です。この場合、新民法になるのでしょうか。

### Answer

1. 法律の条文では 4 月 1 日以降の契約から新民法になるので、それより以前の契約は現行民法になります。

したがって、原則は現行民法の対象と思います。

2. ただ、契約日と契約期間とが 5 カ月もはなれているのが気になります。ケースによっては契約日と契約期間とが異なることはあると思いますが、本件では、どうして 5 カ月もはなれているのでしょうか。

合理的理由があれば、現行民法の対象でいいと思いますが、そうでないときは、新民法の適用を免れる契約とされ、契約期間の初日をもって契約締結とされる危険性もあると思います。

## 216. 借家契約の更新と保証人の責任

(2019年9月号、No.487)

### Question

現在、アパートを組合員が所有して入居者に貸しています。入居者の身内の人などに借主の連帯保証人になってもらっています。

来年、民法が改正され施行されますが、改正後に借家契約が更新されたとき、連帯保証人に関して保証の極度額を決める必要はあるのでしょうか。

### Answer

1 . いろいろな考えがあるようですが、借家契約の内容が大きく変わることなく更新されるのなら、極度額の設定は不要と思います。

2 . 更新については、判例では保証人は更新後の借主の債務についても、原則として保証すると考えています。そして、このことは更新が法定更新でも同様です。

3 . そのため、更新にあっては、①更新後の契約書に保証人が署名する。②更新の借家契約書は作成するが、保証人の署名はとらない。③更新の借家契約書も作成していない。というケースが考えられ、①～③のケースで、保証人の責任は更新後もあると考えています。

これは、更新は元の契約の期間の延長であり、借家にあっては更新されることがふつうなので、保証人も更新を前提に保証契約を貸主と締結したと考えるからです。

このことから、更新のとき借家契約の内容が大きく変わったようなケースでは（例えば家賃が大幅にアップ）、この内容を保証人が知らなければ、保証人の責任はないとも考えられています。

4 . ところで、民法改正に伴う保証人の責任ですが、更新は期間の延長と考えるのが原則であり、新しい契約ではありません。

民法改正にともなう施行規則21条でも「施行日以前に締結された保証契約に係る保証債務については、なお従前の例による」と定められています。そうすると、前述の②、③のケースでは極度額を定める必要はありません。

問題は①です。①のときは、保証人は更新後の借家について署名しています。これを民法施行後に締結された保証契約と考えるのなら、新民法に従って極度額を決める必要が生じます。

しかし、更新は期間の延長です。また、②、③のケースでは極度額を決めなくてもいいのに、わざわざ保証人に署名させた①のケースでは極度額を決める必要があるとするのはおかしい気がします。

①のケースなら誰も保証人になろうとは思わないでしょう。そうすると、借家は更新されるのに、保証人がいない状態となってしまうことになります（この場合、保証人がいないから、借家契約の解除をすることもむずかしいと思います。）。

こう考えると、①のケースでも極度額は不要と考えるべきだと思います。ただ、このことについては、法務省関係者はちがう考えを示しているとの話を聞きます。

しかし、ここで法務省関係者が言われていることは、実質的に新たな保証をした場合を想定しているのでしょう。

例えば、前述の家賃が大幅に変わったケースで、更新の契約書に保証人として署名するという場合のように、更新が期間の延長としても借家の内容が更新前と大きくちがった場合ではないかと思います。

しかし、この点については、現在不要としての見解が示されていません。もし、極度額を決めなかったため保証人の責任が否定されることになったら大変です。そのため当面は、法務省の考えに沿って対応した方が妥当でしょう。

## 217. 賃貸借契約における保証人の極度額について

(2019年3月号、No.475)

### Question

来年、改正された民法が施行されると賃貸借契約における借主の保証人について、保証金額の極度額を決めることになっています。極度額はどのくらいにすればいいのでしょうか。また、改正法施行前に契約を締結していた場合、更新が施行のあとでも従来とおりでいいですか。

### Answer

1. 極度額をいくらにするかの相場はまだ不明です。賃貸物件の広さや賃料などから考えていくことになろうと思います。

借主が賃料滞納で解除されたのに家財をそのままにして所在不明になったという場合が、貸主の負担が大きくなるケースと思います。

裁判を申立て、判決を得て、強制執行となります。裁判自体の費用は、弁護士費用を除けばたいしたことはありませんが、強制執行の費用が多額となります。

具体的には、明渡しのための人夫代（アパートですと、5人から10人で、1人3万円前後）、建物から出した家財を倉庫に運ぶためのトラック代、約1ヶ月倉庫に家財を保管するための倉庫代、そして、借主が取りに来なかった倉庫内の家財の残りの処分代などが必要となります。

人夫代で約15万～30万、トラック代で約20万、倉庫代で10万、処分費用で約10万など、合計で70万円位かかることもあります。そうすると、極度額としてはかなり高額となりますので、はたして、それでも保証人になる人がいるのだろうかの疑問はあります。

2. 民法改正の件ですが、改正法施行前の契約は従前の法律の適用ですので、極度額の問題は生じません。

更新が改正法施行のあとであっても、更新は従前の契約の継続ですので、極度額の問題は生じないと考えべきですが、法務省の考えもあり、極度額を決めておいた方が妥当です。

## 218. 自動引落とし未了の家賃請求

(2010年1月号、No.255)

### **Question**

組合員がアパート家賃の管理業務を民間業者に委託しています。

家賃はこの業者の口座に自動引落としの方式です。借主はこの引落とし手続きをしたようですが、業者のミスで引落としが数年間できていませんでした。過去の家賃を請求してもいいのでしょうか。

### **Answer**

過去の家賃は当然請求できます。

借主側に自動引落とし手続きのミスはなくても、自分の口座から家賃分の引落としがないのですから、借主も家賃が支払われていないことは知っていた可能性もあります。

そして、理論上は本来の家賃の支払日から遅延損害金が発生しますが、事案からみるとその分を請求するのは気が引けるところです。

また、未払い家賃については一括請求は可能ですが、この点も同様です。借主側と支払い条件の協議をして解決すべき事案でしょう。



## 219. 相続人不存在と滞納家賃の回収

(2010年7月号、No.267)

### Question

借家人が死亡し、相続人を調査したところ、相続人全員が放棄手続をしていることが判明しました。

借家人は家財をそのままにしており、家賃も滞納しています。連帯保証人はいますが連絡がとれません。借家人には銀行預金が少しあるようです。この預金から滞納家賃の回収はできないでしょうか。家財は処分してもいいですか。

### Answer

1. 相続人が存在していないとなると、借家人の残した家財について貸主が処分しても誰もクレームをつける人はいないので、実際には貸主が処分をしてしまうケースも多いようです。
2. しかし、法的には相続人がいないときは相続財産管理人の選任を家庭裁判所に申立て、この管理人を相手に建物明渡しを求めることとなります。つまり、管理人に財産処分をしてもらうか、あるいは処分することの同意を求めるわけです。
3. 質問では、銀行に預金があることが判明したとされています。この預金を滞納家賃等に充当するためには、借主が有している銀行に対する預金払戻請求権を差押える必要があります。

つまり、借主を相手に訴訟をして家賃等の支払いを命ずる判決をもらい、この判決にもとづいて債務者を借主、第三債務者を銀行とする債権差押えをするわけです。

ところが、借主が死亡し相続人がいないわけですから、貸主としては前述の相続財産管理人の選任を申立て、この管理人を相手に家賃等の請求訴訟や差押えの申立てをして、預金の取立てをすることになります。

国庫に財産が帰属するのは、相続財産管理人が選任され、相続人調査をしても相続人が存在せず、かつ財産処分等の必要な処理をしても残った財産があるときにこれらが国庫に帰属することになります。
4. ところで、相続財産管理人の選任申立てにあたっては予納金が必要です。管理人は利害関係のない弁護士が裁判所で選任されますが、予納金としては100万円位の支払いを求めるケースもあります。

そして、管理人の業務に応じてこの予納金から報酬が支払われ、残ったものは申立人に返却されます。筆者の経験ですと、簡単な土地名義の変更を求める訴訟では100万円の予納金のうち70万円位が戻ったこともあります。

本件も難しいケースではないので、予納金もかなり戻ることも考えられます。管理人を選任するのであれば、残された家財の撤去（法的には建物明渡請求）も管理人に求めるべきと考えます。

## 220. 共同賃貸人の預金口座の差押

(2010年1月号、No.411)

### Question

私AはBと共同のビルを所有して、BとともにCにビルを一括賃貸しています。

B自身に対してDが貸付金を有しており、Bに対してDへの支払いを命ずる判決を得たようです。

実は、ビルの賃料はBの口座へ入金され、Bから私AにAの取得分を支払ってもらおうことになっています。

DがBの口座に差押えても、私の取り分は大丈夫でしょうか。

### Answer

1. B名義の口座を差押えるというのは、法的にはBが金融機関に対して有している預貯金の払戻請求権を差押えるということです。
2. 質問の場合、Aの家賃の取り分も借主CからB名義の口座に入金されるようですので、AB間ではCからの入金額すべてがBのものではないという認識でしょう。  
しかし、Dには無関係なことですし、Bが金融機関に対して有している払戻請求権ということですから、DがBの口座を差押えたときに、Aが自分のお金があると主張することはできないと思います。お金自身には色がないのですから、入金されたものはBのものと考えられます。(もちろん、BはAにAの取り分を分配する義務があります。)
3. したがって、質問の場合、Dが差押えをしても、AはDに自分のお金を差押えるなどとは言えず、Bに対して自分の取り分を支払えというだけだと考えます。
4. こういう賃料の入金の仕方は早急にやめることが必要と考えます。

## 221. 債務の充当について

(2009年8月号、No.244)

### Question

アパートと駐車場とをアパートの入居者に貸しています。アパートの家賃は月8万円、駐車場は月1万円です。

ところが、入居者は現在ともに賃料の支払いを怠っており、合計で家賃は32万円、駐車場は4万円（ともに4ヶ月分）です。

そこで、滞納分の支払いを催促したところ、先日20万円を送金してきました。この20万円をどのように未払い分に充当したらいいのでしょうか。

### Answer

この点については、民法に規定があります。

未払い分32万円と4万円の合計36万円に対して、20万円の支払いということですので、この場合、弁済のときに借主がどれに充当するかを指定できます。

借主が指定をしないときは、受領者つまり貸主が20万円をどの債務に充当するか指定ができます。ただし、この指定に対しては、借主は直ちに異議を述べることができます。そして、以上で充当の指定の効果が生じないときには、以下の順に充当されます。

1. 弁済期にあるものとないものがあるときは、弁済期にあるものから充当。
2. すべて弁済期にあるか、すべて弁済期にないときは、借主のため利益の多いものから充当。
3. 利益が等しいときは、先に弁済期の到来するものから充当。
4. 「2」、「3」を前提にしても、すべて同じのときは、債務の額の按分。

したがって、質問のケースはどちらも指定しないとすると、上記の充当順序によることとなります。つまり、家賃と駐車場の弁済期は同じでしょうから、前述「2」をまず検討します。この場合、損害金の割合などは同じでしょうから、「3」になり、4ヶ月前の未払い家賃、駐車場にまず充当し、次いで3ヶ月前に充当します。これで合計は18万円です。残り2万円については、2ヶ月前の家賃と駐車場代の按分になりますので、2万円を8対1の割合で按分したものを充当することになります。

なお、今後は入金の際に、直ちに何に充当するかを借主に通知しておくべきでしょう。あるいは、契約書に充当順位を記入しておくことも検討して下さい。

## 222. 賃貸管理会社の権限

(2015年6月号、No.385)

### **Question**

アパートの管理契約を結んでいましたが、大家さんとの管理契約は終了しました。しかし、管理期間中の管理物件の中に家賃滞納物件があります。滞納分の回収などについての権限はどうなるのでしょうか。

### **Answer**

管理期間中の滞納物件について心配や責任を感じている気持ちは理解します。

しかし、今は管理契約はないのですから、貸主の代理人として滞納家賃の請求をすることはできません。

もし、したいのであれば、個別に貸主から依頼を受け、滞納分の請求をして下さい。

## 223. 消費税と時効

(2021年1月号、No.518)

### Question

建物をA社に貸しています。

平成22年からの契約になりますが、つい最近まで月額の家賃のほかに支払ってもらっている消費税の金額が間違っていることに気がつきませんでした。具体的には消費税は5パーセントから8パーセントになり現在は10パーセントになっているのに、ずっと5パーセントのままで請求していました。

今回、過去の分の差額の清算を求めたところ、5年より以前のものは時効だと反論されました。そうでしょうか。

### Answer

1. 消費税の差額分の請求権は5年で時効になると考えますので、相手方の主張は正しいものと考えます。
2. 毎月の賃料のほかに消費税分を上乗せして請求していますので、改正前民法では時効は5年となります。

貸主は税務署に対して消費税の支払義務はありますが、これは税金としての支払いの問題であって、民法の5年の時効の問題ではありません。

今回は貸主と借主との問題であり、毎月の支払内容の議論ですので、改正前民法で5年が時効期間となります。

## (4) 契約更新

### 224. 消費者契約法と更新料

(2010年8月号、No.269)

#### Question

建物賃貸借契約が自動更新された場合に、はじめの契約が消費者契約法の施行前であっても同法の対象となるのでしょうか。それとも、対象とはならないのでしょうか。合意更新のときは、対象外と理解しています。

#### Answer

1. 消費者契約法施行前に賃貸借契約を締結し、同法施行後の更新料支払いに関して、大阪高等裁判所は平成21年8月27日に更新料支払いは消費者契約法10条により無効とする判決を下しています。

しかし、この判決文を読んでも、消費者契約法施行前の賃貸借契約にもとづいて、同法施行後に支払った更新料は同法施行前の契約にもとづくものであるから、同法の対象ではないとしています。

しかし、同法施行後に更新契約がなされたあとの分については、同法の対象としています。質問は、この更新契約には合意のほかに自動更新も入るのかというものと理解します。

2. 前述の事案は、契約更新証書を更新ごとに作成していたようですが、更新時期については当初の契約書のとおりようです。この事案は、当初の契約では1年更新とのことでしたので、これに従って1年ごとに更新証書という書面を作成していたと思われます。

自動更新のケースではどうかの質問ですが、更新することについては、当初の契約で明記され、当事者がこれを前提に更新したのであれば、書面を作成していなくても更新の合意があったと考えられます。したがって、更新後は消費者契約法の対象になるものと考えます。

法定更新（貸主が更新を拒否しても、借主が更新を主張するケース）も同様と思われます。（ただし、裁判所の確定判決はないと思いますが、理論上は合意更新と同じと考えます。）

## 225. 更新料について

(2013年7月号、No.338)

### Question

組合員がアパートを所有し入居者に賃貸しています。

入居者Aとの間では、賃貸借契約書を取り交わしており、契約条項の中に更新料は新家賃の1ヶ月分を支払う旨が記載され、更新料支払いを約束する部分に入居者Aの署名押印をしてもらっています。

ところで、契約が更新されるにあたり、入居者Aは更新料を支払う部分の記載を抹消した更新契約書を貸主に送付しています。入居者Aの言い分は、次回の更新から法定更新とするので、更新料は支払わないというものです。

次回の更新のとき、更新料の請求は可能でしょうか。

### Answer

#### 1. 請求は可能と考えます。

はじめの契約については、更新されていますので、更新時に更新料を支払う内容も更新されていると考えます。問題は、更新料の支払いを約束する部分を入居者Aが抹消していることです。

貸主がこの趣旨を了解するのであれば、契約は更新されたとしても、更新料支払いの部分は更新されない、つまり、その部分の特約は失効したと考えられます。

しかし、貸主が了解しないのであれば、入居者Aが一方的に契約内容を変更することはできません。したがって、今回のことは入居者Aの勝手な行動ですので、貸主としては更新料支払いの特約のある契約が更新されたと考えていいと思います。

ただ、入居者Aの行動を黙示で了解していると言われまいに、更新料支払いの約束は存続している旨の通知を出しておいて下さい。

#### 2. なお、入居者Aは、法定更新だから更新料の支払義務はないと主張していますが、法定更新は更新を拒否したり契約条項を変更しなければ、更新しないときに更新されるケースであって、今回は双方で契約が更新することで一致しているのですから、合意（黙示）更新と考えていいと思います。



## 226. 更新料請求条項について

(2017年8月号、No.436)

### Question

組合員所有のアパートの管理をすることになりました。従前の契約期間が満了し、近日中に更新になります。

契約書の条文をみると「期間満了のとき双方の合意で本契約を更新するものとする」とあり、第2項には「前項のときには借主は表記記載の更新料を支払う」とあります。このような条項の場合、万一、法定更新となったときでも更新料の請求は可能でしょうか。

### Answer

1. 契約書第5条1項は合意更新を規定しており、同条2項では「本条1項の更新につき」更新料を支払う旨が明記されています。

2. そのため、この契約条項のみですと、いわゆる法定更新の場合は第5条の対象外ということになり、更新料の請求が同条を根拠としては請求できないこととなります。

3. ただ、法定更新と言っても、貸主が更新を拒否しているのに法定更新されてしまった場合に（例えば正当事由が不十分なケース）、貸主が更新料を請求することは矛盾する言動を貸主がしていることから、更新料は請求できないとしてもおかしくはありません。（一方で更新しないとっておきながら他方で更新料を支払えというのはおかしい言動です。）

しかし、貸主は更新OKだと言っているのに借主は条件変更をしないと更新しないと主張していたり、双方更新でOKなのに更新契約書を作成していないようなときは同様には考えられないと思います。

このような場合は貸主は更新OKとしているのですから、更新拒絶ではないと思います。双方更新OKのときは、単に更新書面がないだけですから、これは合意更新です。

こういう場合には更新料については本例のような契約条項にもとづいての更新料の請求が可能と考えないと、不誠実な借主のときに、借主が言いがかりをつけて更新を拒否すれば更新にはなっても更新料の請求を免れるということになってしまいます。

4. ただ、そう考えてもトラブルの可能性はありますので、本件第5条については第2項の文言のうしろに（ ）をつけて（法定更新の場合も同様とする）との文言を入れて下さい。

## 227. 更新事務手数料について

(2022年7月号、No.554)

### Question

アパートの更新にあたり、貸主Aは借主Bから更新料として新家賃の1ヶ月分をいただく契約になっています。また、そのほか重要事項説明書には、仲介業者に借主Bは更新事務手数料として新家賃の0.5ヶ月分を支払うと明記されています。

借主Bは、Aに対して更新料を、業者に対して更新事務手数料を支払うことになるのでしょうか。

### Answer

1. 更新料については、裁判所の判例で更新料の支払について書面等で明示し、かつ、更新料の金額が特定できるものであれば、更新料を貸主は借主に請求できるとしています。

本件では、契約書に更新料として、更新のときに新家賃の1ヶ月分を貸主Bは貸主Aに支払うと明記しているのですから、BはAに更新料の支払義務があります。

2. (1) 更新事務手数料ですが、これは仲介業者が宅建業法の仲介料として請求するものではありません。借主Bと業者との契約によって生じるものです。本件では重要事項説明書に記載があるとのことですが、この書面から、借主Bは業者に事務手数料の支払を約束したと言えると考えます。

(2) 問題は、そもそも借主Bがどうして業者に手数料を支払うかです。事務手数料ですので、業者がBのために事務行為をしたことが前提です。更新のときは更新契約書を作成することが通常ですが、更新契約書の作成は、はたして借主Bの依頼で作成したと言っているのでしょうか。業者は貸主Aの依頼を受けて動くのがふつうですので、更新契約書も貸主Aのためのもので、借主Bのためだけのものとは言えない可能性があります。

しかし、更新契約書の存在自体は、借主Bにとって、契約内容を明示する意味で有益なことです。

したがって、更新契約書を作成することがあれば、業者は借主Bに更新事務手数料を請求できると考えて一応いいと思います。

ただ、この点について支払を認めることが法的に有効なのかの明確な裁判例はありません。

借主Bのために業者が契約条件の変更の交渉を貸主Aと協議したなどのことがあれば、事務手数料の支払を認めていいと思いますが、前述のように、更新契約書は主に貸主側のために作成することが多いので、何ら問題なく有効だとは断定できません。そのような疑問はありますが、支払金額が妥当なら、契約した以上、借主Bに支払義務ありと考えています。

3. 問題ないのは、更新事務手数料を貸主Aから受領することだと考えますが、貸主と業者との関係を考えると、こうすべきだと言いつらいのも実情です。

## 228. 借家契約更新の際の保証人の署名について

(2020年1月号、No.496)

### Question

民法の改正で、借家契約の保証人は極度額を決めないといけないことになっています。

更新に際しての保証人の関係をどうするかについてですが、現時点ではどうすればいいのでしょうか。

### Answer

1. 借家契約の更新と保証人の責任については、更新のとき保証人に署名押印をさせる場合に、民法改正後のときに極度額をどうするかに関して、私は、従前と同一の借家契約であれば、極度額を決める必要はないと考えています。

2. ただ、法務省関係の文書では極度額を決める必要ありとされています。

この点については、従前も述べたとおり、更新は期間の延長なのですから、借家契約が同一である限り、保証人の責任も延長されるだけと考えるべきで、新たな保証契約ではないのだから、極度額は不要と考えるべきだと考えています。

借家契約が法定更新されたり、借家契約の当事者から契約を更新した旨の通知を保証人に行ったりしたときは、極度額は不要としていることとの比較からみてもそう考えます。

3. しかし、万一、裁判で争われて負けてしまっても意味がありません。そのため、当面は借家契約当事者間で更新手続きをされ、その手続きをしたことを保証人に通知するという方法を採用して下さい。

この場合、通知書が届いた旨の念書を保証人から入手すると、これをもって保証人の署名だとされるかも知れませんが、書留、赤のレターパックなどで送付するだけでいいと思います。

## 229. 建物の法定更新について

(2012年6月号、No.312)

### **Question**

テナントとの間の建物賃貸借契約が近日中に期間満了を迎えます。貸主は5年以上の期間の更新を希望していますが、借主は法定更新または1年更新を希望しています。

貸主が5年以上を考えているのは、テナントへの保証金の返還に5年が必要となるからです。このまま法定更新となったらどうなるのでしょうか。賃貸借契約書には、更新については双方協議で更新できるとだけ規定しています。

### **Answer**

法定更新となったら貸主に不利益となります。更新後の期間が契約書にはないようですので、更新後は期間の定めのない契約となります。この場合、借主からはいつでも解約申入れが可能となり、申入れから3ヶ月の経過で契約は終了してしまいます。

反対に、貸主もいつでも解約申入れは可能ですが、解約の効力が生ずるのは6ヶ月後で、しかも正当事由が必要となります。

そうすると、法定更新となると借主は更新後3ヶ月で退去してしまうこととなり、5年間にわたって保証金を返済しようと考えている貸主の目的は実現しないこととなります。

更新後の期間を決める協議を貸主はすべきだと考えます。

## 230. 建物賃貸借契約締結時の説明義務について

(2014年8月号、No.365)

### Question

組合員の所有するビルに店舗が入居しています。

一般の建物賃貸借契約で期間は3年です。契約書には期間満了3ヶ月前までにどちらかからの申し出がない限り、契約は同じ期間で更新されるとあります。

この契約は不動産業者が仲介していますが、入居者との関係がうまく行かず、貸主は期間満了で退去してもらいたいとのことですが、契約のとき、3年したら入居者に出てもらうことは可能と仲介業者は説明したとのこと。業者はこれを否定していますが、更新の拒絶についての説明はなかったようです。

業者は更新についてどんな説明をしておくべきだったのでしょうか。

### Answer

1. 宅建業法や同規則では、「契約期間及び契約の更新に関する事項」の説明が必要とされており、契約の始期、終期、更新があることなどの説明が必要とされています。
2. 今回は更新の拒絶ですので、業者としてはこの契約は更新されることの説明のほか、やはり、更新を拒絶する要件を説明し、貸主に正当事由がないと更新されてしまう可能性が高いことを説明しておくべきだったでしょう。
3. もちろん、貸主も更新されてしまう可能性があることを業者の説明がなくても理解しておくべきであったでしょう。

しかし、だからと言って業者の説明が十分だったとは言えないと思います。

## 231. 事業用物件（借家）の更新

(2015年1月号、No.375)

### Question

店舗に建物を普通借家で貸しています。

来年、期間満了になります。貸主は期間満了のときに店舗の退去を求めたいのですが、借主の店舗が営業を継続したいと言えば更新されてしまうのでしょうか。

契約書では、「更新についての合意ができたときは更新できる」旨の条項があります。

### Answer

1. 残念ですが、正当事由がないと更新の拒絶が認められません。

契約書では、更新の条件の合意ができたときには更新できると規定されていますが、この条項の効力は認められないと思います。

借地借家法 30 条では、同法の更新の条文よりも借主に不利な特約を無効としています。

2. そして、同法 28 条には正当事由の具備が更新拒絶の要件と明示しています。

つまり、借主側の都合と貸主側の都合を比べて、正当事由の有無が判断されます。

したがって、店舗での営業継続は借主側の都合であり、貸主としては建物が老朽化して極めて危険な状態であるとか、借主の営業内容が公序良俗に反するとか、公的な収用を近日中に受けることになったなどの貸主側の都合がないと更新を否定することはできないこととなります。

## 232. テナントに対する賃料改正と更新拒絶

(2021年7月号、No.529)

### **Question**

組合員が15年前に商業テナントにビルを貸しました。期間満了日が近日中に来ますが、更新ということになると期間は3年になります。

組合員のオーナーとしては、家賃の値上げを考えていますが、テナントが値上げに応じないときには更新しないとする事は可能でしょうか。家賃は相場からみて低いようです。

### **Answer**

1. 賃料の値上げに応じないからと言って、更新を拒絶する正当な理由にはならないと思います。
2. 貸主として、家賃が低いのであれば、借地借家法で認められている賃料増額請求をし、これにテナントが応じないときには、調停や訴訟で解決するしかありません。

また、契約書の中で、オーナーからの増額請求に一定の要件が明記されているときは、その要件を充足したうえでないと増額請求はできないことになります。



## (5) 定期借家

### 233. 抵当権付建物の定期借家契約

(2009年8月号、No.245)

#### Question

建物に抵当権がついていますが、その建物に定期借家契約を締結したいと考えています。法的に契約することは可能でしょうか。

#### Answer

1. 建物について定期借家契約を予定しているが、その建物に抵当権が設定されていても契約は可能かとの質問と考えます。

結論としては、契約は可能です。ただ、抵当権付の建物の賃貸借契約ですので、貸主側の不履行があつて建物の抵当権が実行されてしまうと、借家人は買受人（落札者）に対抗することができず、最大6ヶ月間、建物の明渡しを拒むことができるだけとなっています（民法 395 条）。

（また、借家権は買受人に対抗できないので、敷金の承継もありません。）したがって、抵当権付建物であることを借家契約のときに説明しておく必要があります。このことは、定期借家のケースも同じです。

なお、ご存知と思いますが、定期借家契約は公正証書を作成することを成立要件としていません。

2. 土地のみに抵当権があり、建物に抵当権がないときも、同様に定期借家の契約は可能です。この場合、土地の抵当権が実行されると建物も一緒に競売になります。ただ、建物については、競売で建物所有権の譲渡と同じこととなりますので、借家契約が買受人に移転することになります。

ただし、借地契約後に土地に抵当権が設定されたときは、建物は競売にならないので、土地所有者の変更のみとなり、建物賃貸借契約には影響しません。

3. なお、土地の抵当権設定後の借地（事業用定期借地を含む）のときも、「1」と同様、土地の抵当権が実行されると借地権は買受人に対抗できないことになっています（この場合、6ヶ月の明渡猶予はありません）。また、「2」と同様、土地と一緒に競売にすることも可能です（この場合、建物の売却価格は建物所有者に支払われます）。

## 234. 契約期間開始前の借家人による解約

(2011年4月号、No.284)

### Question

借家人予定者との間で、定期建物賃貸借契約を締結しましたが、契約開始はまだ先の日です。借主予定者からは、前家賃と敷金を受領しています。

ところが、借主から、最近になり契約キャンセルの申入れがなされました。契約開始はまだ先の日になりますが、貸主は入居を前提に建物に対して借家人の為の造作をしています。敷金、家賃の処理はどうなりますか。

### Answer

1. 質問を整理すると、借主との間で定期建物賃貸借契約を締結したが、契約期間の初日はまだ到来していない。

契約のときに敷金と前家賃は受領しているが、借主は入居していない。

借主の都合でキャンセルの申し出があるが、敷金と家賃をどう処理するかというものと理解します。

2. 以上からすると、現時点では建物賃貸借契約が法的に成立したわけではなく、予約契約の段階と考えられます。(あるいは、契約は成立したが、予約契約と同一に評価できる状態)

借主はキャンセルしたいといっているようですが、契約条項に契約開始日以前の解約条項がなければ、借主の都合によるキャンセルに貸主が応じなければならない理由はありません。

したがって、契約開始日に建物を借主に引き渡す準備をして、その旨の通知をしておけば、以後、借主は家賃を貸主に支払わなければならないことになります。

3. しかし、そうは言っても借主はキャンセルを申し出ているのですから、契約は解消する方向での調整が事実上必要でしょう。

この場合、契約は終了することになるので、家賃は返還することになりますし、敷金も同様となります。

4. ただ、借主の都合で正式な契約まで至らなかったのですから、借主には契約を不当に破棄したという意味で債務不履行があり、貸主の損害を賠償する責任が生じます。

この場合、貸主の損害は正式契約に至らなかったことによって生じた損害ということになります。

そして、当該建物が借主の特別な注文によって建設した特殊なものであれば他に利用できないこととなり、無駄な建築費を支払ったことが損害となりますが、そうではないときは別の人に貸せるので、その部分の損害は認められません。

質問には、貸主が造作を加えた旨が記載されており、これが他に転用したり、利用したりできないものであれば、その設置費用の支払いを借主に対して求めることは可能です。そして、その費用と敷金等の返還義務との相殺の主張も可能でしょう。

契約書に借主都合による中途解約のときに、敷金の没収等のペナルティー規定があっても、正式な効力が生じる前でのキャンセルですので、これを前提とするのであれば、この契約条項の適用もできないこととなります。

ただし、契約開始日前でも敷金没収ができる旨の条項があれば、没収は可能です。(消費者契約法のときは別ですが・・・)

## 235. 定期借家における賃貸建物の追加

(2018年9月号、No.463)

### Question

組合員がテナントに建物を定期借家契約で賃貸しています。

今般、テナントから、同一敷地にもう一棟建物を建てて貸して欲しいとの要請がありました。貸主としては、これに応じてもいい考えです。

現在の定期借家契約の覚書のような形で建物を追加すればいいのでしょうか。

### Answer

1. 新しい建物は現在の建物とは別のものです。そのため、新しい建物について新たな定期借家契約にしておいた方が妥当でしょう。

2. 建物の増築であれば、現在の契約書を前提に、建物が増築されたことで賃貸の対象物が少し変わった旨を明示する覚書を作成すればいいとは思いますが。(賃料の修正あればその旨も。)

ただ、本件は別個の所有権の対象となる建物ですので、増築とはちがいます。新たに賃貸対象物件を追加するということになります。

3. もちろん、今の契約書を前提に覚書にして賃貸対象物件を追加することも可能かも知れませんが。

しかし、新しい建物について定期借家の対象とするのですから、理論的にはその建物に賃借権を設定するということになります。

そして、定期借家契約の場合、事前説明書の交付など、その成立要件にはきまりがあります。

そうすると、成立要件を充足したか否かの将来のトラブル回避のためにも、正式な手続きをされておいた方が妥当と考えます。

4. そして、その契約の中で、現在の契約との整合性を考えて下さい。賃料についても、新しい建物についての金額を決めて下さい。そして、借主は二つの建物の賃料を合計して支払うのでしょうから、もし合計額に不足する金員しか支払わない場合には、どちらの建物の賃料に充当するか覚書は別途作成されておいた方がいいでしょう。

5. もし、両者の契約期間が満了し新たに両者について再契約をするときは、ひとつの契約書を作成して二つの建物を貸すということにされたらいいと思います。

## 236. 定期借家契約の期間の変更

(2014年5月号、No.358)

### Question

組合員がコンビニと期間15年で定期建物賃貸借契約を締結しています。

期間満了まであと2年あるのですが、コンビニから期間を5年間延長できないかと打診されています。

オーナーとしては構わないのですが、15年の期間満了のとき、再度期間5年の定期建物賃貸借契約を締結すべきなのでしょうか。

### Answer

1. 期間満了のときに期間5年間の定期建物賃貸借契約書を作成する方法でもいいのですが（この場合、事前説明手続きは必要。）、期間の途中で現在の契約期間を15年間から5年延長して20年間にする旨の合意書を締結しておくという方法でも構いません。

この場合、現在の契約期間の変更ですので、合意書作成の前の借地借家法38条が規定する事前説明手続きは不要です。

2. ただ、契約期間の延長期間が、例えば、もとの契約と同じ以上の期間にするというような場合には、今の契約期間の変更と言えるのかの疑問はあります。今の契約期間が例えば5年なのに延長を20年にするなどのときは、念のため、再契約の方法が妥当でしょう。

## 237. 普通借家契約の定期借家への変更

(2011年12月号、No.301)

### Question

現在、普通借家契約を締結していますが、定期借家契約に変更したいと考えています。借主も家賃が安くなるのなら構わないと言っています。

変更可能でしょうか。契約をしたのは平成20年です。部屋は同一のままを予定しています。

### Answer

1. 普通借家契約を定期借家契約に変更することについては、平成11年12月15日付法律第153号の借地借家法附則第3条で、平成12年3月1日より前の居住目的の建物賃貸借契約を当事者間の合意で終了させ、同一の建物を引き続き定期借家とすることは当分の間にはできないと規定されています。

本件では平成12年3月1日以降の普通借家契約ですので、この条項には該当しません。

2. 問題は、この条項に該当しないときでも定期借家に変更できないのかですが、当事者間の合意で普通借家契約を終了し同一建物について定期借家契約を締結することは原則として有効と考えられます。

3. 本件も当事者の自由な考えで定期借家にしたいたするのであれば、変更すること自体を無効とすることはできないと考えます。

借主に不利なものは無効という考えは借地借家法の条文や消費者契約法の中にも出てきますが、これは契約の存在を前提にして該当条項の効力に関するものです。

本件は契約自体を終了させることであり、終了について当事者が合意しているのなら問題はありませぬ。

## 238. 定期借家への切り替え

(2019年2月号、No.473)

### Question

組合員が所有しているアパートの借主から定期借家契約に切り替えたいとの希望が出されています。

普通借家から定期借家への切り替えは可能でしょうか。

### Answer

1 定期借家権は、平成12年3月1日からの施行ですが、本件のアパート契約がこの施行日以前から存続していたか否かで異なります。

(1) 施行日以前からのアパート契約のときには、当面の間、普通借家契約を定期借家契約に切り替えることはできないとされており、この「当面の間」というのが現在も維持されています。そのため、普通借家を合意解約して定期借家の契約をすることはできません。

本件では借主からの希望ということですが、借主からの希望でも考え方は同じです。(ただ、実際に定期借家に切り替えても、借主からクレームはつけられないと思いますが・・・)

(2) 前記施行日よりあとのアパート契約であれば、アパートの契約を合意解約し定期借家とすることは、双方が任意に合意すれば可能です。

したがって、この場合、元の契約を合意解約する文書を作成し、定期借家の契約手順をとって下さい。

(3) 事業用の普通借家のときは、元の契約が前記施行日に存在したか否かに関係なく、元の契約を合意解約したうえで、定期借家への切り替えは可能です。

## 239. 定期借家契約の中途解約とペナルティー

(2011年5月号、No.287)

### Question

定期建物質貸借契約を検討中です。中途解約に関しては、1ヶ月以上前までに貸主に対して書面で退去届を提出しないと解約を認めないこととしたいのですが、問題はないでしょうか。

また、中途解約に際しては、ペナルティーとして中途解約の時期によって家賃の1ヶ月分又は2ヶ月分を支払わせようと思いますが、問題はないでしょうか。

### Answer

1. 借地借家法第38条5項は、定期借家契約の場合のうち、居住用目的であり、かつ、借家面積が200平方メートル未満の場合に借家人による中途解約を法律が認めている条文です。

したがって、契約書の中に中途解約の規定がなくても（中途解約規定がないと中途解約は認められません。）、この条文に該当すれば借家人による中途解約は可能です。

ただし、この条文によって借家人が中途解約をするためには、借家人の転勤・療養、親族の介護、その他やむを得ない事情により、借りている建物を借家人の生活の本拠地として使用することが困難となったことが必要とされています。

そして、以上の要件を充足すれば、申入れから1ヶ月の経過で借家人は契約を終了させることができるとされています。

ところが、中途解約を否定したり、契約終了の期間を長くしたりして借家人に不利な特約をした場合には、その特約の効力は無効とされることになっています。（同条6項）

2. 以上のとおり、今回の質問にある借主からの中途解約の条項が前述のケースも含めていけるとすると、その部分に関しては効力はない（それ以外のケースでは原則有効。例えば、近くにいい建物ができたので転居したい。など）ということになります。

したがって、契約条項のどこかに「借地借家法第38条5項の場合を除く」と入れておいた方がいいでしょう。

3. 次に、ペナルティー条項です。

借地借家法第38条5項の場合にペナルティーをつけることは、同項の権利行使に制限を加えることと同じであり借主に不利となりますので、効力は生じないと考えます。

それ以外の場合は原則として有効ですが、借主が消費者契約法の「消費者」の場合（例えば、学生や個人の住居として使用しているケース）には、同法9条1項の検討が必要です。

同項は、解除によるペナルティーは「事業者が生ずるべき平均的損害の額」を超えた部分を無効としています。



したがって、ペナルティーを1ヶ月あるいは2ヶ月分とすることが事業者の平均的損害（本件では貸主としての平均的損害）を超えるか否かです。この点、明確な判例もないので当職としてもコメントできませんが、貸主の立場で考えると、予定していた期間の家賃が入るはずだったのに中途解約されて将来の家賃が入らなくなるのだから、新しい入居者の家賃が入るまでの期間が損害となります。

したがって、建物の環境や時期によっても違ってくると思います。

ただ、本件では中途解約の予告期間を設けていますので、さらにペナルティーを課すとなると、貸主の損害は生じていない、つまり、貸主は予告期間に新しい入居者を募集することができるという意味で損害はないのだから、同法2項での「貸主の損害」の立証はできないということになる気がします。その意味で、今回のペナルティー条項自体については「争いの原因」となる可能性は否定できません。

4. 本件の借主が消費者契約法の事業者で居住目的以外で借りるのであれば、借地借家法第38条5項や消費者契約法の対象外ですので、この条項は有効と考えていいでしょう。

## 240. 定期借家契約の終了通知の効力

(2010年1月号、No.254)

### Question

組合員が定期建物賃貸借契約を締結しました。期間は3年間です。

ところが、貸主である組合員は、期間満了1年から6ヶ月前までに出すべき契約終了通知を出し忘れ、その旨の通知を出したのが期間満了後3ヶ月位してからでした。

貸主の通知から6ヶ月経過すれば、契約は終了すると考えていいのでしょうか。

### Answer

そう考えていいと思います。

借地借家法第38条4項は、契約期間が1年以上の場合、貸主は期間満了の1年から6ヶ月前までの間に、借主に対して期間満了によって終了する旨の通知をしないと借主に対して契約の終了を対抗することができない。ただし、前記期間後に通知したときは、通知の日から6ヶ月を経過したときは、この限りではないと規定しています。この条項から貸主の通知が期間満了1年から6ヶ月前までの期間後でも、通知をすれば6ヶ月の経過で契約は終了することになります。

ただ、この点について、期間後の通知をしても正当事由が貸主になれば契約は終了しないとの見解もあります。理由としては、期間が終了しているのに貸主が何年も放置して、その後に通知すれば6ヶ月で契約は終了となるとするのでは、借主の地位が不安定となる。

したがって、期間終了までに通知しなかったときは、普通借家契約（期間の定めなく）として存続し、正当事由があれば6ヶ月の経過で契約は終了すると考えるべきというものである。

この点については、平成21年3月19日の東京地裁判決ではこの考えを採用せず、通知さえすれば契約は終了するとの判断を示しています。

## 241. 定期借家契約における終了通知

(2011年8月号、No.293)

### Question

組合員が定期建物質貸借契約を締結して建物を賃貸しています。

実は、期間はすでに3年近く前に満了していたのですが、契約終了の通知を出さないまま今日まで来ており、家賃も借家人から受領しています。

近日中に契約終了の通知を出す予定ですが、契約終了は認められるのでしょうか。

### Answer

1. この点について、平成21年3月19日付の東京地方裁判所の判決があります。

事案は、定期借家契約の期間満了日から約4ヶ月後に契約終了の通知をしたケースで、借家人は期間満了前に通知をしていない以上、普通借家契約と同様の契約関係となるので、通知から6ヶ月を経過しても、当然には契約は終了しないと反論していた事案です。

この事案で東京地方裁判所は、期間満了前に終了通知をしない場合の法的関係について以下のように述べています。

- ①定期借家契約は期間満了によって確定的に終了し、借主は本来の占有権限を失うが、このことは契約期間が1年未満か否かや、1年以上の場合に期間満了前に通知をしたか否かで異なるものではない。
- ②ただし、期間1年以上のケースでは、終了通知がなされてから6ヶ月間は契約の終了を貸主は借主に対抗できないので、借主の建物明渡しは猶予される。このことは、期間満了前に終了通知をしたか否かで異なることではない。
- ③ただ、期間満了後、何らの通知をしないまま借主による長期間の建物の使用がなされているときは、黙示的に新たな普通借家契約が締結されたと解釈したり、権利濫用であるなどの一般条項を根拠とするなどの方法で解決したりすべきである。

以上のように東京地裁は判決をしています。

この件は控訴審で和解が成立していますので、裁判所の判例として評価してよいかは明確ではありませんが、ひとつの方向性を示したものと言えます。

2. 以上から本件を考えると、本来の期間満了から3年以上経過していること、この間に賃料の授受があることからすると、今から貸主による契約終了の通知を出し、6ヶ月後に当然に契約は終了するとは断定できないと思われます。

早急に明渡し時期の話し合いを持って解決すべきと考えます。(前記判決は、終了時期から4ヶ月後の終了通知ですので、前述③のケースに該当する可能性もあります。この場合、期間の定めのない普通借家契約と認定されてしまうと、解約申入れをしても正当事由がないと6ヶ月後に契約は終了しません。)

## (6) 建物管理

### 242. 借家人の持病と建物の補修

(2011年10月号、No.296)

#### **Question**

組合員のアパートの補修（外壁の補修）をしたいと考えています。長い間やっていないので、補修が必要な時期になっています。

ところが、補修の話を入居者にしたところ、入居者の一人から持病のアレルギー発作の原因になるのでやめてくれとの申し入れがありました。

補修に入っても大丈夫でしょうか。

#### **Answer**

1. 入居者の持病は、入居のときにわからなかったのでしょうか。

もし、わかっていたとすると、補修期間は他へ一時転居してもらい、その費用は貸主が負担すべきと思います。

持病がわかって入居させていたわけですから、入居の時、補修時の対応を入居者と協議すべきであり、それをしないのであれば、補修期間の転居費用は貸主が負担すべきでしょう。

2. もし、わからないのであれば、建物の補修は貸主の権利であり、借主はそれを拒むことはできません。

したがって、この場合、貸主としては入居者の一時転居ができるための相当期間を経過した後に補修に入ってもよく、転居費用は借主負担でいいと思います。

補修開始日までの期間に余裕をもたせることが大切です。

## 243. 建物劣化と管理会社の修繕義務

(2016年3月号、No.402)

### **Question**

オーナーからの要求で、屋上にひび割れが入ったのは管理会社の責任だから修理をしろと言われています。管理会社に責任あるのでしょうか。

### **Answer**

1. ケースによると思います。

屋上のひび割れは建物の経年劣化によって生じるものでしょうから、劣化を完全には防止できない以上、ひび割れをしたから責任あるとは断定はできないと思います。

2. ただ、例えば予定されている建物の検査を怠ったため、ひび割れがひどくなり、そのために修繕費用が大きく必要となってしまったというような場合には、必要以上にかかる費用については管理会社の責任になると思います。

しかし、その費用をいくらとするかをどうやって決定するかは、なかなか認定がむずかしいかも知れません。

## 244. 高圧受電設備の修理

(2021年4月号、No.524)

### Question

組合員が建物を店舗として貸しています。

キューピクル（高圧受電設備）を貸主が設置していますが、管理は借主がしていました。

今回、保安協会からの調査報告で、必要な工事の要請があります。この工事費用は貸主、借主どちらの負担でしょうか。契約書 12 条では、主要構造体（柱とか外壁など）の維持修繕は貸主負担とあります。

### Answer

1. キューピクル自体は貸主が設置したのしょうから、法律では設置者に保安に関する義務があります。ただ、これは電気事業法 42 条の義務であって、その保安の費用をどちらが負担するかは言及されていません。

2. キューピクル付きで店舗を貸すということだとすると、修繕に関する行為は原則として貸主の義務であり、費用も原則として貸主というのが基本です。

しかし、店舗を貸したのちにキューピクル設置が借主の必要から生じ、その設置費用と維持管理の費用はともに借主が負担するため、家賃に変動は生じないというようなケースもあると思います。

3. 本件の場合、契約書第 12 条は建物の主要構造体は貸主負担とありますので、キューピクルは貸主負担の対象外とも思えます。ただ、キューピクルを貸主が設置していたとなると、借主は自分の所有物でないものを修繕することになり、その費用を負担するケースは例外的なものではないかと思います。

例えば、キューピクル設置費用を考えて家賃が決められたときは例外ケースとは言えず、その費用は貸主負担となるでしょう。

しかし、家賃はキューピクルを設置してもその分の考慮はしていないというようなときは、例外ケースとして借主負担となることもあるでしょう。

4. 貸主が設置しているのに、第 12 条で貸主負担の対象と明示していないから貸主が負担しなくてもいいというのは例外的なことであって、貸主が設置して貸しているものは原則として貸主に修繕義務があると考えべきです。

そうすると、本件の場合、貸主負担になる可能性が高いと思います。なお、部品の更新も修理も前述からすると貸主負担が原則です。ただし、当事者間の黙示の合意で部品交換くらいは借主負担とすることはあるかもしれません。

## 245. 雨漏りと入居者に対する賠償

(2009年12月号、No.253)

### Question

組合員がアパートを所有し、6世帯に貸しています。

先日、大雨があり、2階の一部屋に雨漏りが発生しました。入居者から連絡を受けたとき、すぐに確認すればよかったですのですが、しばらく放置したあと、お宅に行ったところ、すでに被害を受けたものは何点か処分済みとのことでした。(雨漏りの跡は確認しています。)

その後、入居者から被害弁償を求められたので、被害品リストと金額のメモを作成してもらいました。入居者への弁償金額をどう考えればいいのでしょうか。

### Answer

1. 雨漏りが建物の欠陥によって生じたのであれば、貸主側の責任になります。まず、この点の確認が必要です。

2. 被害の立証は入居者にありますので、被害品リストの提出は当然です。問題は、そのリストから被害品の存在を確認できないときどうするかです。

質問では、すでに処分したものもあるようですから、リストに出ている品物全ての確認はできていないのでしょうか。この場合、立証責任という点からすると、被害者においてその物が存在していたことと、雨漏りで被害を受けたことの立証をしてもらうことになります。

したがって、被害の確認ができないときには、その部分の責任はないとの主張も可能です。

しかし、家庭には必ず存在しているものが未確認の被害品であり、その品物が置かれていた位置などから、雨漏り被害を受けたことが容易に想像できるような場合には、被害ありと考えて対応してあげることも今後の契約関係の円滑化を考えると検討すべきことかも知れません。

3. 次に、被害の確認できたときの弁償金額ですが、これは購入価格ではなく、被害時の時価額になりますので、減価償却などの考え方を利用して評価して下さい。

## 246. 雨漏りと敷金、仲介手数料の返還

(2014年4月号、No.356)

### Question

平成26年2月の大雪のとき、組合員が所有し貸主となっているアパートの一部屋で雨漏りがあり、部屋の中の家財が濡れるというケースがありました。

家財の補償はしましたが、今般、借主から、雨漏りで部屋を使えないので家賃は支払わない、また、敷金や仲介手数料を返せと言ってきています。

家賃の支払はしなくてもいいのでしょうか。また、敷金や仲介手数料は返すべきでしょうか。さらに家財の補償内容については時価でいいのでしょうか。

### Answer

1. 雨漏りのため部屋の使用ができない場合、その使用できない面積に応じて賃料支払を拒否できます。賃料は建物使用の対価なので、使用できない部分に対して賃料の請求はできないからです。

ただ、問題は使用できないか否かの判定です。

今回の雨漏りは大雪が原因ですが、その後も雨漏りはあったのでしょうか。単なる不安では客観性がないので、「使用できない」とは言えないと思います。

もし、単なる不安なら、使用していないからと言って賃料の支払拒否にはならないと思います。(雨水の侵入を防止する処置は実施されたのでしょうか。今後、実施するとすれば、工事期間中の居住場所の手配は必要です。)

2. 敷金については返金する義務はないと思います。

ただし、契約が終了したときは敷金の返金が生じ、この場合、雨漏りによる部屋の損傷に関する原状回復義務は借主にはありません。

3. 仲介手数料の返金も不要と考えますし、転居先の仲介手数料の支払義務もないと思います。

相手の主張は、雨漏りが原因で退去の必要が生じたから、これらの費用を支払えということだと思います。

しかし、雨漏りがひどく、部屋として使えないならともかく、雨漏りを直せるのなら、今回の雨漏りが解除原因とは言えないと思います。

もし、部屋の損傷がひどく生活ができない状況なら、転居費用は貸主の負担となり、その費用には転居先の仲介料は含まれると思います。



4. 雨漏りで電気製品がダメになったのなら補償は必要です。

この場合、理論的には被害品の購入時の価格から減価償却をして価格を算出することになります。(いわゆる時価。)

新品を購入したり、新品の購入代の支払い義務まではないと考えていいと思います。

## 247. アパートの水漏れと家賃

(2012年1月号、No.302)

### Question

3階建てのアパートのオーナーからの相談です。

アパートの2階の住民が熱帯魚の入っている水槽を壊してしまい、その水がその部屋から下の1階の部屋に漏れてしまいました。幸い、1階の住民の一部屋の壁付近に水が出た程度で済み、その住民が水を拭いてくれて、それ以上の水漏れは生じませんでした。

ところが、1階の住民から、魚の入っていた水が漏れたのだから生活できないので家賃は払わないと言ってきました。どう対応をすべきでしょうか。

### Answer

1. 水漏れがあったとは言え、壁付近に水が出て、すぐに水を拭いてくれたようですので、被害は小さいと言えます。

貸主としては、壁などの補修をすべきこととなり、その費用についてはその原因を作った2階の住人に請求をすることになります。

2. 問題は家賃ですが、1階の住民が実際に生活している以上、家賃の支払いを拒否する権利は1階の住民にはありません。

いろいろと迷惑を被っているとは思いますが、家賃の支払い義務はあると思います。

家賃の支払いを拒めるのは貸借物件の使用を借主の過失なくしてできないときであって、本件はこれに該当しません。したがって、家賃を請求して下さい。魚の入っていた水で気持ちが悪いということかも知れませんが、それだけで部屋の使用が客観的にできないとは言えないと思います。

3. なお、もし実際に1階の住民が建物を水漏れのため使用できない期間があったとすると、その期間と使用できない面積を考えて、家賃の支払いの拒否は可能です。貸主が水漏れの原因を作ったわけではありませんが、借主は貸主に対して家賃の支払い義務を免れます。

ただし、貸主は、その減額分については、水漏れの原因を作った2階の借主に請求をすることになります。

## 248. 地震と建物内の備品の損傷

(2011年5月号、No.286)

### Question

今回の東日本大地震で借家の建物のクロスやガス給湯器に損傷が生じました。

入居者は現在避難生活をしているので、賃料の免除を申し込んでいます。避難理由は入浴ができないためとのことですが、賃料の免除をすべきでしょうか。

### Answer

1. 家賃の支払いは建物の使用の対価なので、建物の使用が可能であれば（実際に借主が使用しているか否かではなく、使用することが客観的に可能か否かで判断します。）、借主には家賃支払い義務があります。
2. 本件は、住むことは可能でも給湯器の故障があるということですが、居住が可能である以上、給湯器が故障であっても家賃全部の支払い義務が免除されることにはならないと考えます。（水道は機能しているということが前提です。）  
ただし、お湯が出ないことで生活に支障が生じていますので、家賃のうち何割かは家賃支払い義務が免除される可能性は考えられますが、その割合は特に決まっていないので、ある程度は概算で検討することになると思います。  
なお、給湯器の故障が地震など借主の保管義務違反と言えないときは、貸主において修理することになります。（貸主が給湯器付きで建物を貸していることが前提です。借主が設置しているときは貸主に修理義務はなく、また、家賃減額の必要はないと考えます。）
3. 本件では、今回の地震という特殊な事態が背景にありますので、例えば期間を決めて家賃免除期間を合意しておくなどの協議も検討しておく必要があるかと考えます。

## 249. 工作物責任の有無

(2011年7月号、No.290)

### Question

東日本大震災でアパートの隣の家の屋根瓦が落下し、アパートの外壁等にキズがついてしまいました。

隣の人は、天災なので責任はないと言っていますが、修理代の請求はできないでしょうか。

### Answer

1. 屋根瓦は民法 717 条の「土地の工作物」にあたりますので、瓦の設置・保存に瑕疵がある場合には、その占有者・所有者には工作物責任に基づいて損害賠償を求めることが考えられます。
2. まず、損害賠償が認められるためには、瓦の設置に「瑕疵」があった、つまり「通常有すべき安全性を欠いていた」といえることが必要になります。

この点は、地震の影響で瓦が落ちたということであれば、どの程度の安全性を備えておけば足りるのか判断は難しいところですが、ちょっとした揺れでも落下してしまう瓦であれば、「通常有すべき安全性を欠いていた」といえる可能性が高いと思われます。例えば、同じような揺れの近隣地域内で、隣家以外には瓦や壁等が損壊している家が無いにもかかわらず、隣家の瓦だけ落下しているのであれば、隣家の瓦の安全性が不十分であったといえる可能性があります。
3. 次に、隣家にお住まいの方が家の所有者でない場合には、実際に住んでいる方は占有者にあたるので占有者としての責任は問題になりますが、その占有者が「損害の発生を防止するのに必要な注意をしたとき」は免責されます。

他方で、隣家にお住まいの方が家の所有者である場合には、そのような免責はなされません。しかし、いずれにしても、今回のように地震の影響が問題になっている場合には、瓦の落下が不可抗力によるもので、その設置・保存に上記の「瑕疵」が無いとなれば損害賠償を求めることはできません。
4. 最後に、賠償金額については、交通事故の当事者のように相互の過失が問題になるのとは異なり、法的には瓦の落下と因果関係がある損害については上記の「瑕疵」にあたれば 100%、あたらなければ 0%になります。

ただ、隣家ということもあり、円満な解決法として一部金だけお支払いいただくという事はありうるかと思えます。

## 250. 看板の落下による賠償について

(2013年1月号、No.326)

### Question

オーナーの建物と建物の入居者の駐車場を管理しています。

建物の階段に当方が管理している旨の看板を設置していましたが、強風のため看板が落下し、入居者が駐車していた車両に当たった可能性があります。

賠償すべきでしょうか。また、賠償の内容はどのようなのでしょうか。

看板が当該車両に当たったところを見た人はいないようです。

### Answer

1. 看板自体は相談者の所有物ですので、その看板が落下した点に過失があり、その看板によって車両に傷が付いたとすれば、賠償義務はあります。

しかし、問題は車両の傷がその看板によって生じたか否かです。

2. まず、前提として、強風で看板が落下したということに過失が必要ですが、強風で付近の看板や屋根などが飛んでいるなど、不可抗力的な要素があれば別ですが、本件ではそうでもないようです。「したがって、看板が落下しないよう日々の点検が十分でなかったという点で、看板の管理に過失ありと言えるでしょう。

3. 問題は、その看板によって車両に傷が付いたかです。

法的には、この部分の立証は車両の保有者がすることとなります。したがって、この点の立証が十分でないと思えるときは、賠償を拒否するという考え方も成り立つと思います。

4. 次に、仮に看板によって車両が傷ついたとした場合の車両の損害は以下の内容です。

①必要な修理代

②修理期間中に代車が必要とされるときは、被害車両と同等の車両の代車代(修理期間または代車が必要な日)

③修理車両ということによって生じる当該車両の評価下落価格

5. ①の修理代は、修理工場の見積りを前提に内容を協議します。(ただし、修理代が車両の時価を超えるときは時価を上限)

②の代車代は、実際に代車が必要か否かで判断します。

③は、いわゆる評価損ですが、交渉段階では一般的には認めないことが多いです。これは、当該車両の評価下落が生じていたとしても、何年か乗ったあとに下取りをすると

すれば、その時点での評価額の差はもっと少なくなっている可能性が高いからです。

したがって、被害を受けたときにすでに下取りをすることとなっていたようなときは、交渉段階でも評価落ちの分は賠償します。

裁判になった場合、傷の状況によっては下取り予定でなくても修理代の2割から3割を評価額として認定することもあります。

## 251. 樹木の管理と責任

(2017年5月号、No.430)

### Question

アパートの管理会社が駐車場の樹木の伐採をしていたところ、樹木の下に駐車していた車両に枝が落ち、車両にキズがついてしまいました。

管理会社に責任はありますか？ 伐採は専門業者に依頼しています。

### Answer

1. アパートの管理会社が業者に委託して伐採をしたのですから、管理会社は発注者、業者は請負人ということになり、請負人の行為によって生じた本件の問題について、発注者である管理会社には原則として賠償義務はありません。

ただ、駐車車両を移動させていない点で管理会社にも落ち度が生じる可能性があります。

事前に駐車車両の所有者に連絡はしなかったのでしょうか。駐車中であることを前提に伐採行為を指示したのであれば、管理会社にも責任は生じる可能性があります。

2. 管理会社が貸主として借主の居住環境を保持するために伐採をしたとか、樹木の枝が駐車に支障があるので伐採の要請が入居者からあり、管理会社が貸主としてこれに応じたということになると、本件の伐採は賃貸借契約の貸主の行為ということとなり、専門業者の行為によって損傷が生じたとしても、入居者（車の所有者）に対しての責任は生じるでしょう。あとは、専門業者と管理会社の内部での清算となります。

## 252. 建物からの落下物と責任の内容

(2016年10月号、No.297)

### Question

組合員が所有しているアパートの外壁が一部剥がれ、通行人に当たり怪我をさせてしまいました。

通行人から補償を求められています。その内容がよくわかりません。損害賠償の内容を教えてください。

### Answer

1. 外壁が剥がれて人に当たったのですから、建物所有者である組合員の責任が問題となります。

建物の場合、一次的には建物の占有者に建物の管理に関しての瑕疵が無かったかが問題となり、問題が無いときは二次的に建物所有者が責任を負うこととなります。

本件では、組合員自身が貸主となっているケースですので、組合員の責任が問題となります。

外壁が剥がれたということですので、組合員は建物の管理が十分でなかったと思われるので責任は生じるでしょう。

2. この場合の賠償の内容は一般的には以下の内容です。

#### ①治療代

本件事故のための治療代で、症状固定又は治癒までです。

#### ②院交通費

通院のために必要なもので、原則はバス、電車ですが、怪我の内容によってはタクシー代も対象になります。

また、自家用車の場合もガソリン代が対象で、大体1キロ15円位です。

#### ③入院雑費

入院のために必要となった雑費です。

一般的には、1日1,200円～1,500円位で計算しています。

医師への謝礼や見舞客へのお返しや接待費用は入りません。

#### ④休業損害

怪我のため収入が減少した部分の補償です。

症状固定又は治癒までの期間のうち、休業した日が対象です。有給を使用したときも対象になります。

社員の場合は、前年度の源泉徴収票と休業した日と減給金額が記載された休業損害証明書を会社に発行してもらいます。



主婦の場合、交渉の時では、主婦の仕事ができない日が対象で1日5,700円で計算しますが、裁判になると平均賃金が基礎の数字となります。

⑤慰謝料

怪我から治癒又は症状固定までの期間を対象とします。

交渉時の相場と裁判時の相場とがあります。

⑥逸失利益

怪我のため後遺障害が残ったときに、その障害があることにより労働能力が減少することから収入も減少するので、その分の補償です。一般的には67歳まで働けるとして計算します。

障害内容により労働能力の喪失率と期間の相場があります。

⑦後遺障害慰謝料

後遺障害が残ることに対する慰謝料です。

障害の内容によって金額の相場があります。また、交渉時と裁判時の金額にも差が生じます。

損害内容の一般は以上ですが、共済や保険の適用の可能性もあるので、関係者に確認して下さい。

## 253. アパートの敷地内での子どものけが

(2013年8月号、No.341)

### Question

組合員がアパートを所有し、敷地内に入居者用の駐車場があります。

駐車場のところに排水用のマンホールがあるのですが、車がその上を通っているためか、マンホールの蓋が破損し、入居者の子ども達が足をとられてけがをしました。

貸主側の責任はどうでしょうか。

### Answer

1. 入居者との契約は、建物賃貸借契約で、駐車場自体に対して賃料をとっていないとしても、アパートの敷地内で生じた事故ですから、貸主側の管理責任の問題はあります。

駐車場の使用や建物の敷地の通行は建物賃貸借契約に付随して、事実上建物の借主が利用できるものです。

逆に言えば、アパートを貸す以上敷地の利用は前提で、直接、敷地の契約関係がなくても建物賃貸借契約に付随して、敷地も安全に利用できる状態にしておく義務が貸主にはあります。

2. 今回はマンホールの蓋が破損し、その原因は入居者の車の通行としても、駐車する為にその上を通過しなければいけないのなら、貸主としてはそのことも予見して敷地の管理をしておくべきでしょう。

具体的には車が通過しても破損しないような丈夫なものにしておくとか、見廻りをしっかりするなどの対応が必要で、これをしないと、貸主側に責任は生じることになるでしょう。

3. ただ、子どもがどんなときにけがをしたのか、蓋が破損していることが一見してはっきりとわかる状態だったかなどによってはけがをした子どもにも過失があり、生じた損害に対する過失相殺の問題も生じますので、事故状況を十分調査して下さい。

## 254. 建物敷地内施設による損害

(2016年10月号、No.417)

### Question

組合員がアパートを所有し、入居者に賃貸中です。

先日、入居者が2階にある自宅に戻るにあたり、敷地内の雨水マスの上に足をかけたところ、雨水マスの蓋が破損していたため足をとられ転倒し、けがをしました。

入居者からけがに関して請求が来ていますが、どんな項目の賠償が必要でしょうか。入居者は休業分として1日7,000円の3日分の請求をしています。また、業者は仲介をしています。業者の責任はどうでしょうか。

### Answer

#### 1. 相手の請求について

(1) けがをしたことに関する損害項目は、イ治療費、ロ通院交通費、ハ休業損害、ニ慰謝料、その他です。

イ、ロは実際にかかった金額（因果関係のないものは別）が対象です。ハについても実際に減収となった金額が対象です。（有給を使用しても対象になります。）ニについては一定の基準があります。

(2) 質問についてですが、イ治療費、ロ通院費については、領収証の写しなどで確認して下さい。

ハ休損については、1日7,000円の根拠を確認して下さい。また、3日の休業の裏付け（会社の休業損害証明書）も必要です。

ニ慰謝料は通院期間に応じて一定の基準があり、自賠責では通院1日につき4,200円となっています。

(3) 以上からすると、3日休業の必要のあるけがか否かを中心に考えて下さい。裏付け資料はありませんが、もし、3日間休んでいたとすれば、不当に高額な請求とは言えないと思います。

(4) なお、入居者が雨水マスを踏んだとのことですが、ケースによっては入居者の注意も不十分であったとして、入居者にも過失ありとは言えないのでしょうか。

雨水マスが壊れていたのを知っていたとか、壊れているのがすぐわかるなどの事情があると、入居者にも過失があり、妥当な請求金額から減額（過失相殺）を主張することも可能です。

2. 前記請求については、建物の敷地内にある雨水マスによるものですから、家主の責任ということになるでしょう。
3. (1) 業者の責任ですが、質問書添付の管理契約書では、契約関係の管理をしても建物の管理は対象外のようにです。

この契約書だけからすると、業者は建物の管理をしないのですから責任はないと思います。

- (2) ただ、実際に建物を管理していたとすると、業者の管理に甘さがあったこととなり、家主が入居者に賠償すればその分の求償に応じることが原則でしょう。

家主が雨水マスの欠陥を知って業者に告知していないときには、家主にも落ち度はありますので、入居者に対する賠償分すべてを家主が業者に求償することは認められないと思います。

## 255. 借家人による周囲への迷惑と対応

(2011年9月号、No.295)

### Question

6部屋あるアパートを所有し賃貸をしています。

このアパートにはもともと6部屋全てに入居者がいたのですが、最近入居した男性が他の入居者を脅かしたり、近隣の住民に対して大声で文句を言ったりして、入居者や近隣住民が貸主である私のところに対応を求めてきています。

また、この人が原因で他の入居者も退去してしまっています。警察にも通報がなされているようですが、警察で調べたところ暴力団員ではないそうです。精神的な病気でもないようです。

貸主としては早く退去してもらいたいのですが、家賃はちゃんと支払っています。どうやって退去してもらえばいいのでしょうか。

### Answer

なかなか難しい問題です。

借主が他の人に迷惑をかけ、他の入居者からの対応を求められている以上、貸主の義務としてこの人を退去させる等の行動をとる必要があります。

法的には、信頼関係を破壊する言動を借主がしていることを理由に契約を解除して明渡しを求めることとなりますが、問題は、借主の言動をどうやって立証するかです。

貸主自身に危害を加えるのなら、貸主自身が体験していることですのである程度の立証は可能です。しかし、借主の言動を直接見ていないとすると、入居者や近隣の人の協力が必要です。具体的には、どんなことがあったということを文書にしたり、あるいは裁判所で証言してもらったりという協力です。この協力は得られるのでしょうか。

また、警察への通報内容については、通報者本人からの要請であれば通報内容の情報開示が可能となることもあります。

このように、周囲の協力や警察の協力で対応せざるを得ないのが実情です。

## 256. 騒音クレームへの対応

(2015年9月号、No.391)

### Question

アパートのオーナーに対して、アパートの入居者から騒音のクレームが毎日のように入っています。

具体的には、その入居者の下の階の方が夜に大きな声を出して夫婦喧嘩をしているとか、外にある階段のところの下の人が水を撒いて困っているというものです。

オーナーとしてはクレームのたびに対応をしなければならないのでしょうか。

### Answer

1. 最近では、人に注意したり何かの主張をするにあたり、何らかの理由をつけて自分ではなく他人にその行為を押し付ける風潮が見られます。自分が人とトラブルになるのは嫌だが、自分の権利は守りたいので、他人に理由をつけてやらせるという人が多くなりました。

本来、入居者間のトラブルは入居者相互間で解決すべき問題です。自分の生活環境に危害を加える人がいるのですから、自分でその権利を守るために、危害を加える人に対して意見をするのが本来の姿だと言えます。

2. ただ、その行動を入居者が行ったとしても、危害が継続するときや法的対抗手段を措けないようなときに、オーナーの出番が来ることになります。

3. 例えば、入居者が別の入居者に嫌がらせ行為を継続しているため注意をしたりしても、これをやめないことがあります。こういう場合、オーナーとして、その問題の入居者に対して契約解除を含めた行為をすることが、被害を受けている入居者との間の契約上の義務ということになります。

4. したがって、今回の場合、実際に大声を出しているのか否か、水を撒いていて、そのことで迷惑を受ける状況か否かを、まず入居者に立証してもらう必要があります。

単なる相談だけで問題だとされている人に対して、オーナーが注意をするわけには行きません。もしかすると、大声など出していないかも知れませんが、そうすると、かえって入居者間のトラブルを助長させてしまうからです。

5. オーナーとしては、入居者に対して大声を出していると言うのなら、ボイスレコーダーなどで録音してもらったり、ノートにいつ、どんな大声を出しているかを書き留めてもらうなどのことをするよう指示して下さい。

もちろん、言われたときに一度は現地に出向いて確認することは大切ですが、そのときに大声の確認ができなければ、言われるたびに出向くことなどできない以上、前述の録音などをしてもらう旨の指示をして下さい。オーナーの出番はこれらの立証ができてからと言うことになります。

6. 入居者からのクレームにすべて対応することは不可能ですし、それに対応しないことで貸主の義務を尽くしていないとは言えません。

可能な対応をすればいいのであって、その中で問題の人の行動の裏付けがとれたときに、貸主としてその人に注意や契約解除をしての明渡しを求めるなどの行動をすることになります。

## 257. 借家人による騒音と近隣住民

(2023年2月号、No.567)

### Question

組合員が飲食店に建物を貸しています。飲食店の隣には住宅が並んでおり、その中の人から、飲食店に入店待ちのお客の声がうるさいとか、食事のあと、お客が出ていくときの話し声がうるさいなどのクレームが組合員に届いています。クレームをつけるのは特定の人で、それ以外の近隣からのクレームはありません。

店舗にその旨を話したところ、すぐにその人のところに謝罪に行ったようですが、貸主である組合員としては何かするべきなのでしょうか。

### Answer

1. 特定の人のみからのクレームとのことですので、お客の声なども周辺の人にとっては受忍できる程度なのかも知れません。貸主としては、店舗にクレームを伝え、店舗にて対応してもらえばいいと思います。
2. アパートの入居者が他の入居者に迷惑をかけ、他の入居者が退去に至ったようなときは、ケースによっては、退去した入居者との関係で、貸主としての責任問題が生じることがあります。これは、賃貸借契約では貸主は借主に平穏に住居を使用させる環境を整える義務があり、その義務に違反していると考えられるからです。具体的には、迷惑をかけている者への注意や、迷惑の程度がひどいときには、その入居者との契約を解除して退去させることで、他の入居者の平穏な使用ができるのにそれを怠ったことの債務不履行責任です。
3. しかし、本件では、組合員は周辺の人との間で何らかの契約をしているわけではないので、責任が生じるとすると不法行為責任しか考えられません。

この場合、入居者の使用が周辺の人にとっても迷惑な使用方法としても、注意をしないと、退去させないということから、直ちに周辺の人に対する責任は生じないと考えます。不法行為の責任なので、組合員に課される周辺の人々の生活環境を守るという義務が債務不履行のケースよりハードルが高いからです。
4. 本件で店舗での客の言動がとても問題で、借主が何の対応もしないのなら、退去などのことも視野に入れることになるのでしょうか。



## 258. アパートのゴミ捨て場の不法投棄

(2022年8月号、No.556)

### Question

管理しているアパートの住民用のゴミ捨て場に住民以外の人がゴミ捨てに来ているようです。ゴミの回収日との関係で、住民にはゴミを出す日を告知して、守ってもらっています。どう対応したらよいでしょうか。カラスによってゴミを荒らされてしまうこともあり、困っています。

### Answer

1. ゴミの不法投棄はいわゆる廃棄物処理法で処罰対象ですが、質問のケースは、アパートの敷地内のゴミ捨て用の施設に第三者がゴミを捨てに来ている事案ですので、警察が直ちに動くかは疑問です。

2. まずはゴミ捨て用施設のかぎをしっかりとしておくことが大切です。次に、防犯カメラを設置して第三者を確定して下さい。

ビデオに第三者が写っていたときは、顔写真などをゴミ捨て用施設に提示するのではなく、警告文の掲示をして下さい。顔を掲示するとトラブルになります。

警告にあたっては、第三者の顔などを管理者は把握しているが、もし、第三者の投棄を見かけたら、把握している第三者か否か確認したいので、管理者に連絡をして下さいとの文書を入れて下さい。第三者にしてみると、顔がバレていることがわかることになります。繰り返されるときは、住居侵入などを理由に刑事問題にしてもいいと思いますので、ビデオでの監視を継続して下さい。

## 259. 管理会社の倒産と敷金

(2014年6月号、No.360)

### Question

アパートのオーナーです。

私のアパートは不動産業者に管理をしてもらっており、家賃は業者の口座に入金してもらい、管理料を控除して送金してもらっています。

敷金については、原状回復を業者が担当する関係で、業者の口座で保管してもらっています。

業者が倒産したとき、この敷金は借主に返還されるものなのでしょうか。

### Answer

1. 入居者との関係で考えると、敷金は貸主の指示で業者の口座に入金させているのですから、入居者は貸主に対して敷金を預けたこととなります。

したがって、業者が倒産しようが敷金を横領しようが、入居者の退去時には貸主は入居者に敷金を返還する必要が生じます。

2. そうなると、貸主として業者が倒産しても、敷金の支払いを求められるかの問題ということになります。

貸主と業者とは敷金の保管を委託している関係ですので、貸主は業者に敷金の自分への支払いを求める権利があります（具体的には敷金相当額の支払請求権）。

ただ、業者が破産したような場合は、この支払いを求める権利に優先権はなく、他の貸付金などと同等の立場になるだけです。

そのため、業者が破産したようなときは、破産の配当手続で敷金相当額の回収を図るだけとなり、実際には全額の回収が難しいこととなります。

3. つまり、業者が倒産してしまうと、借主には所定の敷金を返還するのに、業者からはその回収は困難ということとなり、貸主の負担になる可能性があることとなります。敷金等は、できれば貸主自身で保管されておくことが妥当でしょう。

## 260. 貸主の所在不明と建物管理

(2008年4月号、No.213)

### Question

アパートの管理契約を締結していますが、アパートの家主の所在が不明となり、連絡が取れなくなっています。

現在の入居者が退去することが考えられますが、敷金の返還などはどのように対応すればいいでしょうか。

家主口座を管理していますので、敷金の支払に影響がないように、入金された家賃を振替えない方がいいでしょうか。

### Answer

1. 貸主の所在を捜す事がまず必要です。近親の人は所在を知らないのでしょうか。所在が不明であるとき、確かに管理している家賃から敷金相当分をプールしておく事もひとつの考えでしょう。

しかし、それが出来るどうかは貸主との間の管理契約如何による事になります。

2. 入金された家賃については、管理料を控除した残金を貸主の指定口座に振替える約束であったのであれば、貸主の了解なしに敷金分相当額を振替えない事は、管理契約に違反する行為となってしまいます。

したがって、約束に反する行為になるのであれば、敷金相当分をプールする事は出来ないでしょう。

確かに、それでは借主に不都合かもしれませんが、それは仕方がない事だと考えます。

## 261. シロアリと貸主の責任

(2020年11月号、No.513)

### Question

組合員がアパートを所有しています。アパートの一室の入居者から、キッチンシンクの排水管の脇からシロアリが侵入し、隣の和室に移動して、畳表面の被害が生じているとのこと。

- (1) シロアリによる建物自体の補償を入居者に求めることはできますか。
- (2) 畳は入れ替えましたが、入居者は気持ちが悪いと言って使用していません。家賃の減免になりますか。
- (3) もっと早く入居者から連絡があれば、ここまでの被害にはならなかったと思いますが、補修費の一部を入居者に請求できますか。

### Answer

1. シロアリが排水管の脇から侵入していますので、基本的には貸主の責任の問題が生じます。そのため、建物の被害の補修費は原則として貸主の負担です。

また、転居するにあたり、シロアリの駆除が今後できない場合で、シロアリ被害が今までと同様であれば居住はむずかしいようですので、入居者の転居費用は貸主の負担と考えます。精神的な損害については基本的には認めない方向だと思いますが、入居者から改善を求められても対応をしていなかったなどの事情があれば、慰謝料の問題になるかと思えます。

2. シロアリ被害が生じないことから和室が使用できるのですから、入居者が気持ちが悪いと思っても将来の家賃の減免にはなりません。

シロアリ被害が生じてしまうのなら、使用できない部分に応じて賃料の減額になります。

3. シロアリ対策費用は貸主の負担が原則です。

ただ、その被害が発生しているのに入居者が貸主への連絡が遅くなり補修費用が増加したのであれば、その連絡が遅れたことによって生じた補修費用については入居者負担となります。

ただ、その金額をいくらと考えるべきかはよく協議する必要があるでしょう。(立証をどうするかの問題です。)

4. 貸主として理解すべきは、貸主は良好な環境で入居者に建物を貸す義務があるということです。シロアリの発生の原因が入居者にあるのなら、入居者に修繕費用や駆除費用を負担してもらうこととなりますが、そうでないのなら貸主の責任になる問題です。シロアリは自然発生しますが、それでも貸主の責任として、その駆除などをする必要があります。

## (7) 契約解除

### 262. 借家契約の中途解約の可否

(2011年11月号、No.299)

#### Question

借家契約の中途解約についての質問です。

契約期間の途中ですが、借主が退去することとなり、貸主の立会いのもと建物の明渡しをしました。

借主が鍵を返そうとしたところ、貸主は期間満了までは鍵は受取れないし、家賃も支払って欲しいと言っています。

中途解約は認められないのでしょうか。

#### Answer

1. 中途解約をするためには契約の中に借主からの中途解約を認める条項が存在していることが必要です。この条項が無いと貸主が了解しない限り借主の中途解約は認められません。

本件の契約では中途解約の条項は存在したのでしょうか。

一般的には、居住用物件の場合、借主から1ヶ月前予告をして解約するか、1ヶ月分の支払をすることで即時解約するかの条項が契約書の中に入っていることが多いです。この場合には中途解約になるので、期間満了までの家賃支払義務はありません。

2. しかし、契約書の中に条項が無いとなると中途解約の権利を借主は有していません。したがって、借主が建物を使用しなくても、借主には家賃支払義務があります。(この場合、借主からの中途解約の申入れは借主からの更新拒絶通知と法的には構成できると思います。)

もちろん、貸主も期間満了までは借主が建物を使用できる状態にしておくべき義務があり、他人を居住させることはできません。(他人を居住させてしまうと家賃の二重取りとなることから、法的には他人の入居時点で中途解約を了解したと構成します。)

3. ただ、本件では貸主が借主の明渡しに立会っています。この行為は貸主によって中途解約を認めたと評価できるのではないのでしょうか。

貸主がどんな目的で立会ったかにもよりますが、一般的には中途解約の連絡があり、これを前提に明渡しに立会ったと考えるのが一般的だと思います。

4. したがって、本件の中途解約が認められるかについては、契約書の中に中途解約の条項があるか否か、無いときは貸主が立会った行為を、中途解約を了解する行為と評価できないかの問題を検討して下さい。

## 263. 普通借家と中途解約

(2022年8月号、No.555)

### Question

アパートを貸している者からの相談です。

アパートの契約書には、借主は3ヶ月前に予告をすれば契約期間中でも中途解約ができるとか、3ヶ月分を一括して支払えば直ちに退去できるなどの条項があります。

中途解約を認めないとする契約をしてはいけないのでしょうか。

### Answer

1. たしかに、借主による期間内解約（中途解約）を認めているアパート契約は多いと思います。これは、法律で中途解約権が借主にあるから契約の条項に記載されているわけではなく、あくまで契約にもとづく中途解約が認められているだけのことです。  
つまり、建物賃貸借契約にあっては、借主の中途解約権が法律で与えられているわけではないので、中途解約権を契約条項に記載しなければいけないということではありません。
2. そのため、契約書の条項の中に中途解約条項がなければ、借主は期間中の解約の権限はないことになります。中途解約の権利は契約にもとづくものということです。
3. ただし、定期借家などの場合には、一定の要件に該当すると、借地借家法第38条の条文にもとづいて借主に中途解約権利が生じます。

## 264. 建物賃貸借契約の中途解約について

(2015年10月号、No.393)

### Question

アパートの賃貸借契約の契約条項の質問です。

期間は2年間。借主が期間満了時に更新しないとき、あるいは期間の途中で契約を解除したいときは、期間満了日または中途解約日の1ヶ月前までに書面で申し出ることによって契約は終了すると規定されています。

ただし、1ヶ月以内に建物を明け渡したときは、その時に契約は終了しますが、この場合でも1ヶ月分の賃料は支払うとされています。

借主が退去日までの日割賃料は支払うが、1ヶ月分は支払わないと言ってきました。

貸主としては、どう対応したらいいでしょうか。

### Answer

1. まず、前提ですが、この契約では借主に中途解約を認めています。民法では、解約申入れをすると3ヶ月の経過で契約は終了するとされていますが、この契約条項は借主に有利ですので、1ヶ月の予告で契約が終了となります。(貸主のときは借地借家法で6ヶ月の猶予期間と正当事由が必要。)

また、期間満了で終了の場合、借地借家法では1年から6ヶ月前までに更新しない旨の通知が必要ですが、借主に有利な契約条項ですので、これも有効です。

さらに、1ヶ月の予告期間の途中で退去しても、この時に契約が終了するとしているのも有効でしょう。

2. 問題は、契約が終了しているのに、1ヶ月分の支払いをする必要があるかです。

一般的には契約自由の原則から、この契約条項は有効でしょう。

1ヶ月前に予告して契約を終了するか、あるいは1ヶ月分の家賃を支払って即時に契約を終了させるというケースがあります。本件も、解約の申入れをしてすぐに退去したとすると、1ヶ月分の家賃相当額を支払って契約を即時終了させたと同じになるからです。

3. ただ、注意すべきは借主が事業者でなかったり、あるいは事業目的以外で借りている個人のとときです。

消費者契約法の対象となるので、同法9条1項の対象かの議論が必要です。同条同項は、解除にともなう損害額を予定したり、違約金を定めているときは、この金額は貸主に生ずる平均的損害を超えると、その超えた部分は無効としています。

今回の場合、例えば 10 日目で退去したときに、あと 1 ヶ月分の家賃相当額を支払うことは、損害額の予定あるいは違約金の支払いと同じではないかということになります。

4. この場合ですが、1 ヶ月前予告あるいは1 ヶ月分を支払って即時解約ということは、広く一般的になされていることから、同条同項の貸主に生ずる平均的損害を超えないものと考えられます。

また、同法 10 条との関係でも、契約にあたり、この条項の説明を十分にしてあれば、他のいろいろな物件から本物件を借主が選択したのですから、同法 10 条の問題にもならないものと考えます。

したがって、1 ヶ月分の請求は認められる可能性は高いと考えます。



## 265. 借家の中途解約と礼金の返還

(2014年4月号、No.357)

### Question

居住用物件の借家人が特約にもとづき中途解約を申し出ています。中途解約自体は仕方ないことですが、借主は、契約当初に支払った礼金を返せと言っています。礼金の全部または期間に応じて一部の返還義務はあるのでしょうか。

<条件>

- 敷金は家賃の1ヶ月分
- 礼金は家賃の2ヶ月分
- 今回の中途解約は、賃貸期間の2年間のうち1年5ヶ月したときに解約となる。

### Answer

1. 建物質貸借契約が中途解約されたとき、契約時に受領した礼金を期間に応じて返還すべきか否かについては、裁判所や学説で一定のルールができていないというわけではないようです。今までの判決も個々の事案で判断しているようです。
2. 法律的に問題となるのが、消費者契約法10条との関係です。同条の要件は以下のとおりです。
  - ① 民法、商法などの場合に比べて、消費者の権利を制限し、または消費者の義務を加重する条項であること。
  - ② 民法第1条の信義則に反して、消費者の利益を一方的に害するものであること。以上の要件を充足すると、問題の条項は無効とされます。
3. 礼金の場合、まずその性質が問題となります。

賃料の不足分を補充するものと考え、賃料の支払義務は民法で規定されている借主の重要な義務ですから、礼金自体は消費者の義務を加重したとは言えません。

この点、大阪簡裁平成23年3月18日付判決や京都地裁平成20年9月30日付判決では、礼金は賃料の性格があるとしています。

ただ、大阪簡裁では、賃借権設定の対価あるいは謝礼の性格があるとしているが、前記①の要件については特に判断せず、②の要件には該当しないとしています。

しかし、京都地裁では礼金は賃料の前払いであるが、本来の毎月の支払いを先払いしている点で、使用の対価としての賃料支払義務ということからすると、使用の前に支払うことは、消費者の義務を加重したとして、前記①に該当するとしています。

4. しかし、京都地裁では、いろいろな物件の中からこの物件を選んでいることや、礼金は返還されないものと一般的に理解されていることなどのほか、京都付近の礼金の平均が賃料の 2.7 ヶ月分であり、問題の判例事例は 2.95 ヶ月分であることから、礼金自体は高額ではないということから、前記②の要件には該当しないとしています。

反面、大阪簡裁では、前記②の要件には該当しないとしているものの、礼金は賃貸期間に対応した賃料前払いの性格なのであるから、礼金を期間に応じての返還をしないことは、前記②に該当するとしています。(礼金をとることはいいが、期間に応じての返還をしないと消費者契約法 10 条に該当し、返還しない特約は無効となる。)

この大阪簡裁のケースは、契約から 1 ヶ月と 8 日で解約していることが大きいと推測します。(このケースは賃料月 3 万円に対して礼金 12 万円。)

5. 以上のとおり、判決はケースごとの判断のようです。

そこで、質問のケースですが、解約は契約から 1 年 5 ヶ月であること (期間は 2 年)、礼金は家賃の 2 倍以下であることからすると、周辺の礼金と家賃の比率と本件が同等であれば、期間に応じての返還は不要と主張していいと思います。

回答をするにあたっては、礼金は返さないものであること、家賃に比べて礼金は高くないこと、使用期間は 4 分の 3 程度であることなどを述べて下さい。

## 266. 借主の解約申し入れ拒否と賃料支払い義務

(2021年9月号、No.533)

### Question

BはA所有のアパートを借りて居住しています。契約書には、借主は3ヶ月前予告で賃貸借契約を解除できる旨の条項があり、BはAに3ヶ月前に解約予告をしました。

Bは家賃を少し滞納しており、AはBからの申し入れに対して、未払家賃を支払ってからでないと解約は認められないと主張し、Bが荷物を出そうとしてもAがそれを妨害しています。

Bは仕方なく、一部の家財をアパートに残して転居しました。すると、5年後に、AからBに未払家賃として家賃の5年分に近い金員を支払うよう請求がありました。

BはAに支払う必要はありますか。

### Answer

1. 契約書ではBからの中途解約条項がありますが、その解約にあたり、Bに家賃滞納などの不履行がないことの条件が付加されていないのであれば、BからAへの解約は認められるものと考えます。
2. そうなると、Bはアパートから荷物を搬出して原状回復をすることになりますが、その行為に対して、Aが妨害をしてさせないようにしていたのですから、原状回復をしていないことに対して、AがBに賃料あるいは賃料相当損害金を請求することは信義則に反して認められないと思います。
3. Aとの交渉がむずかしいようなら、BからAに民事調停を申し立て、Bに支払義務がないことを主張して協議して下さい。

もし、調停が不成立であれば、BからAに対して債務不存在確認の訴えを提起することも考えてみて下さい。

## 267. アパートの借主による中途解約と違約金

(2022年10月号、No.560)

### Question

アパートの借家契約の契約条項についての質問です。

契約書では借主に中途解約を認めていますが、中途解約をするためには、契約の残存期間の家賃をペナルティーとしてもらうように契約書の条項を変更しようと思っています。問題ないでしょうか。

### Answer

1. 賃貸借契約の場合、契約期間の定めがないときは、借主は3ヶ月前予告で契約の解除が可能です（民法617条）。この場合は、民法で借主の中途解約権が定められているので、契約書に中途解約の条項がなくても借主からの解約は可能となります（貸主からのときは、6ヶ月前予告で、かつ、正当事由が必要）。
2. (1) 契約期間が定められているときは、契約条項に中途解約が定められていないと、当事者双方は解約の申入れができません。  
(2) もし、中途解約条項があれば解約の申入れは可能ですが、民法618条は、この場合民法617条を準用すると規定しています。  
したがって、3ヶ月前予告で、借主は中途解約は可能です。  
この予告期間を短くすることは借主に有利なので有効ですが、長くするときは借主が一般人で居宅用に使用する場合は、消費者契約法10条で、その条項が無効になる可能性もあります。  
(3) そして、中途解約にあたっては、民法617条自体は借主が自由に解約申入れができることを前提にしていますので、前述の消費者契約法の対象の場合に、借主にペナルティーを付加することは、その付加する部分の条項が無効となる可能性があります。
3. したがって、質問のケースでは、消費者契約法の対象の場合、ペナルティーとして残存期間の家賃を支払わないと解約できないとする条項は無効になる可能性があります。  
もちろん、借主のために建てた家に入居することになっていたり、契約期間は借りる予定とのことだったので、家賃を安くしていたなどの事情があれば有効となることも考えられます。
4. 消費者契約法の対象外の場合は、原則残存期間の家賃の支払いを解約の条項とすることは原則有効と考えるべきですが、最近の裁判所は残存期間については制限するべきとの考え方が多いようです。

## 268. 連帯保証人による賃貸借契約の解約

(2008年5月号、No.215)

### Question

借家人の連帯保証人でもある両親から、借家人との連絡がとれなくなった。行方も不明であるので、アパート契約を解約したいとの申し入れがありました。両親によると、警察には捜索願いは出しているとのことですが、アパートのカギは借家人が持っており、両親は所持していないようです。

現在家賃滞納1ヶ月。JAとしては両親の申し入れにより解約に応じてもいいでしょうか。

### Answer

連帯保証人には契約の解約権がないのが原則ですので、貸主と連帯保証人間で合意解約をしても借主に対して契約の終了を主張することができません。借主が解約権限を保証人に委任している時は別ですが、そうでないときは前記のとおりですので、貸主が別の人に建物を貸すことは二重契約となり、所在不明の借主から損害賠償の請求を受ける可能性はあります。

ただ、契約書の中には所在不明を解除事由としているケースもありますので、解除事由があるとの反論の余地はありますが、長期の所在不明が必要でしょう。本件では1ヶ月位のようなので慎重に対応すべきです。

貸主としては建物の明渡しを保証人が勝手にやる方向で対応して下さい。そして、保証人より建物明渡しについては保証人が一切の責任を負い、もし、借主から貸主に何らかのクレームがあれば保証人において対応し、貸主に損害が生じないようにする旨の念書を差し出させてください。

なおJAとしては家賃滞納が契約書上で解除事由となるのなら、解除通知を普通便でいいので出しておいて下さい。

## 269. 借主の中途解約と貸主の損害賠償

(2012年3月号、No.306)

### Question

飲食店に期間10年で店舗を賃貸しています。

中途解約条項はありません。借主から中途解約の申し入れがありましたが、貸主としてはこれを認めなければならないのでしょうか。

また、契約条項を改訂して「貸主の同意があれば中途解約できる」としたとき、同意しなければいけないようなことがあるのでしょうか。

### Answer

1. 借主に中途解約権を認める旨の契約条項がなければ、借主には中途解約権はありません。

借主は期間満了まで借りる義務があり、賃料を支払う必要があります。また、貸主は期間満了まで貸す義務があります。

2. 貸主が同意すれば中途解約を認める条項があったとき、借主から貸主に対して同意を強制する請求権はありません。したがって、貸主の判断で同意するか否かを決めることになります。

ただ、一般的には、契約期間までの賃料を支払えば中途解約に応じるというケースが多いかと思います。この場合、解約後に該当建物を第三者に賃貸して賃料収入を得ることは可能で、家賃の二重取りとは言えないと考えます。

## 270. コンビニの中途解約

(2022年4月号、No.547)

### Question

10年ほど前に、コンビニが出店したいとのことで所有地上にコンビニ用の建物を建てて貸していました。建築費はローンであり、まだかなり残っています。

当初コンビニは長く借りたいとのことでしたが、先日、契約を途中で解約したいと言ってきました。契約書では6ヶ月先に予告すれば解約できることになっていますが、敷金の償却規定はありません。コンビニは今のところの2軒先に移転するとのことです。

どうしたらいいでしょうか。

### Answer

1. 契約書に中途解約条項があるので、コンビニからの申立を否定することはむしろかしいと思います。

長く借りる予定であったとのことですが、それを裏付ける文書などがあれば、中途解約条項に制限をかけることもできるかも知れません。

2. 事業用物件の場合、中途解約のときには敷金の償却などペナルティーを契約書に規定していることが多いのですが、今回は長く借りるということから償却規定を設けなかったようです。

3. すぐ近くに移転とのことですが、このこと自体で中途解約を否定することもむしろかしいでしょう。

4. そうすると、コンビニ退去後に次のテナントを早急に入れる必要があると思います。

コンビニのあとにはマッサージ店とか動物病院、コインランドリー店などが入居しているケースが多いので、仲介業者に早急に相談して下さい。

## 271. 借家契約更新後の解約について

(2016年1月号、No.398)

### Question

組合員Aはロードサイドの事業用の建物をBに貸しています。

当初は期間20年でした。この契約書には20年の途中でBが中途解約するには1年前の予告が必要とされています。

A B間の契約は20年経過のとき更新となりましたが、更新の契約書は作成していません。

当初のA B間の契約では「A B協議で更新できる」とだけ規定しています。現在、更新から15年経過していますが、Bから、5ヶ月後の来年3月末をもって解除すると言っています。

この解除は有効でしょうか。1年前予告が必要ではないでしょうか。

### Answer

1. A B間の契約は契約期間中のBによる中途解約は1年前予告が必要であり、更新についてはA Bの協議とだけあり、更新後の期間は定められていないこと、今回は第1回の更新中ということのようです。
2. (1) 借家契約において、更新されたときは、元の契約と同一条件で更新されますが、特約がなければ期間については定めのないものとされています。  
本件では、更新後の期間が元の契約書で決められていませんので、期間の定めのない建物賃貸借として更新されており、その余の契約内容は従前のものになります。  
(2) そうすると、従前の契約にあるBによる中途解約の1年前予告の条項が維持されているか否かの問題になります。
3. この点、中途解約は契約期間中にBが解約申入れをするための条件ですので、契約期間の存在を前提にしていると思われます。  
したがって、更新によって期間が定められていない現状では、従前の中途解約条項は準用されないことになると思います。
4. そうすると、期間の定めのない賃貸借では、借主は3ヶ月前予告で契約の解除が可能ですので、本件は5ヶ月前予告ですから、原則としてBの申し入れは有効と考えます。
5. これに対して、貸主Aとしては、今回の更新にあたって契約書は作成していないが、更新後の期間も20年間としてA Bが黙示の合意をしていた、そうでなければ、更新のあと15年もBは借りないはずだ、だから期間は定められているのだから、従前の1年前予告の条項は維持さ



れている。あるいは、1年前予告は期間の有無にかかわらず、1年前に予告する趣旨だ、などの反論も考えられます。

6. 契約をしたときの状況、更新のときの協議内容などから貸主の反論が認められる可能性もあるかとは思いますが、立証の問題が残ります。

立証できないとBの申し入れが有効になりますので、Aとしては撤退期限についての協議を申し入れるとか、税金が発生しますが、敷金等の返還すべき金額の減額を求めてみるなどの要望をして、話し合い解決すべき事案と考えます。

## 272. テナントの退去と新規契約

(2010年5月号、No.263)

### Question

テナントにビルの一部屋を貸していましたが、家賃滞納があることから契約を解除して明渡しを求めることにしました。テナント側は貸主側にお金を貸していたからこれを滞納分と相殺すると主張しています。双方で交渉していたところ、先日、テナントが仲介業者に部屋の鍵を返したとのことでした。貸主側としては、明渡ししたとして次の入居者との契約をしてもいいでしょうか。

### Answer

契約解除後にテナントが鍵を仲介業者に返したのですから、借りていた部屋の明渡しをしたと考えていいと思います。ただ、鍵を返す時にテナントから何か条件を付けられていないかは必ず確認して下さい。

なお、部屋の中に残置物はあるのでしょうか。明らかに廃棄物とわかるのであれば処分してもいいと思いますが、財産的価値のあるもの、あるいは、第三者所有の可能性のあるものが残置されているときは、これらのものを勝手に処分しない方がいいでしょう。

鍵を返していることや、契約書の中に残置物の処分は貸主に一任する旨の条項があることなどから、残置物処分を貸主に一任したと考えることも可能ですが、第三者所有物についての処分権限がテナントにはないと思いますので、貸主としては、鍵は返してもらったが、残置物があるので明渡しは未了であるとの前提に立って行動すべきと思います。

したがって、テナントに対して残置物の処分や第三者所有の有無を確認するのが原則です。もし、テナントが所在不明などで確認できないときは、訴訟ということも考えてみて下さい。

## 273. 家賃滞納と解除、破産

(2012年8月号、No.317)

### Question

古い建物を貸したところ、借主はすぐに家賃の滞納をはじめ、一部を入れたりするものの、この2~3年はほとんど家賃支払はありません。

建物に居住している様子はなく、電話連絡を入れると脅かすような対応をします。

借主によると、破産すれば滞納分は支払わなくてもよくなるので、破産後からの家賃を支払う予定とのこと。立退く様子はありません。どう対応すればいいでしょうか。

なお、建物については、先代が貸しており、現在、相続されています。

### Answer

1. かなりの家賃滞納ですので、契約を解除して退去してもらおうべきと考えます。

滞納家賃については、実際には回収は困難と思いますが、このまま居住を続けられると滞納家賃が増えるだけです。明渡しを求めるにあたり、弁護士費用や明渡執行費用が発生することになりますが、この費用を出してでも借主を退去させるべきでしょう。

2. まず、契約の解除ですが、貸主側に相続が発生しています。対象の建物については相続登記は完了しているのでしょうか。

また、相続発生前の滞納家賃については、建物の相続人が当然その滞納家賃を全部相続することにはなりません。滞納家賃についても、建物の相続人が承継した旨の相続人間の合意書を作成して下さい。(滞納家賃を支払え、支払わないと解除するという手続をするのですから、貸主に滞納家賃の請求権が係属していることが必要となります。)

3. 次に解除ですが、貸主から借主に内容証明を出して下さい。内容は、「貴殿は貸主〇〇との間で、〇市〇〇所在〇〇アパート〇号室について、平成〇年〇月〇日に、家賃1ヶ月金〇円で建物賃貸借契約を締結しました。(その後、本件建物及び未払家賃請求権については、相続により私が承継しています。)ところが貴殿は、平成〇年〇月ころから家賃を滞納し、一時、支払いをしていただいたこともありましたが、平成〇年ころからはほとんど支払いがなく、現在の滞納額は〇ヶ月分合計〇円となります。ついては、金〇円を本書面到達後5日以内に全額お支払い下さい。上記期間内に全額の支払いがないときは、貴殿との間の前記建物賃貸借契約を解除します。なお、本書と同趣旨の文書を本日普通郵便でも発送します。」

というものでいいと思います。

なお、相手が受け取らない場合を考えて、同一内容の文書を普通郵便でも出して下さい。普通郵便で出すときは写しを必ず残して下さい。

4. 解除後は明渡訴訟になりますので、このとき以後は弁護士に依頼して下さい。できれば、解除の文書の段階から弁護士介入の方がいいと思います。

5. なお、借主は破産すると言っています。破産したあとは家賃未払いを理由に解除はできなくなりますが、破産後に家賃の未払いがあれば、そのことを理由としての解除は可能です。

したがって、借主の破産前に契約の解除をしておくことが大切です。解除したあと借主が破産しても解除の効果は消滅せず、借主には建物明渡義務が生じます。

ただ、未払家賃については、借主が免責決定を得ると請求できなくなります。

6. 明渡をしないと強制執行になりますが、多額の費用がかかっても明渡の強制執行をするべきでしょう。(執行になると、執行官は鍵を開ける権限を有します。)

建物の老朽化を理由とするのは得策ではないと考えます。老朽化を理由とする解除や更新拒絶はなかなか認められないからです。

## 274. 滞納賃料の受領と解除の効果

(2015年4月号、No.380)

### Question

アパートの入居者に家賃滞納があったため、解除をしたうえで明渡訴訟の申立てをしています。入居者は居住を続けたいと言ってはいますが、今のところ未払賃料の支払いもありません。判決までの間に入居者が未払賃料を支払うようなことがあった場合、明渡しは認められなくなるのでしょうか。未払賃料は判決まで受領しない方がいいのでしょうか。

### Answer

1. 賃料未払を理由とする契約の解除をし、その後の明渡しがないため、建物明渡と未払賃料の支払い、さらに、解除後明渡しまでの賃料相当損害金の支払いを求めているケースと思います。
2. 判決までの間に未払賃料の支払いがあっても、解除の効果に影響はありませんので、受領することは問題ありません。受領すれば未払賃料の支払いを求める部分は取下げをして下さい。
3. ただ、法的には関係ないと言っても、実際の裁判では、裁判官から未払賃料も支払ったことなので貸し続けることはできないかの和解の打診があらうかと思います。

これを拒否しても明渡しの判決は原則として下されると思いますが、未払期間が短いようなときは、解除自体を権利濫用だとして認めない可能性も否定はできません。

本件では、6ヶ月間の未払いであることは貸主に有利な事情ですが、以前も未払いがあり、やっと回収したなどの事実があれば、さらに有利となるでしょう。しかも、今後も賃料の支払いは困難と言っているのですから、未払金のみを受領しても、解除のうえ退去を求める判決は下されるのではないかと思います。
4. もし、どうしても心配で受領しないとするのなら、持参のときは拒否して供託をしてもらって下さい。振込みあるときは、正式に受領はしないが保管しておく旨を返事して下さい。

ただ、訴訟で未払い賃料の支払いを求めているのですから、相手が支払うことを否定するのは訴訟での主張と矛盾すると思います。

## 275. 給与の差押と建物明渡

(2009年10月号、No.248)

### Question

アパートの一室を貸しています。借主の父が保証人で、借主は大手企業の子会社に勤務しています。

家賃が滞納し、支払いを求めましたが借主及び保証人の対応が不十分なため、借主の給与の差押をしています。

しかし、差押え可能金額より家賃の方が高いので、滞納家賃が増えている状況です。このような状況でも明渡訴訟は可能でしょうか。訴状を受取らないかも知れませんが大丈夫でしょうか。

### Answer

1. 明渡訴訟をするためには、借主との間の賃貸借契約の解除を前提としますが、本件では解除手続きは済んでいるのでしょうか。質問内容からすると、解除は未了のようです。

現在、滞納家賃に関して、給与の差押をしているとのことですが、差押中であっても、未払賃料の催告と解除予告は可能ですので、郵便で催告と解除を通知して下さい。内容証明が届かないときは、普通郵便で出しても結構です。(必ず写しを残しておいて下さい。)

もし、受取り拒否しても、郵便が相手の支配内に入ったわけですので、解除のための催告期間がそのときから進行したと考えていいと思います。(そのあと訴訟になるので、文句を言ったら法廷で催告をすれば足ります。)

なお、催告にあたり、差押えをしていることから、回収未了の金額が過大表示にならないよう注意して下さい。

2. 解除ができれば、明渡訴訟を申立てて下さい。差押中でも提訴は可能です。また、給与の差押は請求債権を回収するまで毎月の給与の4分の1を差押えるのですから、相手の給与の差押えをすれば回収するか、相手が会社を辞めるかするまで差押えは継続します。相手が別の会社に移ったときは、再度の申立てになります。

3. 訴訟にあたり、訴状が届かないことが考えられますが、付郵便などの制度がありますので、訴訟自体には相手が訴状を受取らないこと自体は大きな問題ではありません。

なお、相手の所在が不明だが勤務先は判明している場合、所在不明として提訴し、勤務先を訴状送達先として上申すれば、訴状は勤務先に送達されます。

## 276. 賃料支払約束と解除

(2018年3月号、No.450)

### Question

組合員が貸主となっているテナントビルの借主が、数年にわたって賃料の支払いが遅れています。全く支払わないわけではなく、大体3～4ヶ月の滞納状態が継続しています。

昨年、借主と話し合い、未払賃料の金額を確認するとともに、未払賃料の支払時期を決め、このことを文書にしました。

ところが、借主はこの約束を守りません。契約の解除は可能でしょうか。

### Answer

1. 未払賃料の支払時期を決める文書を作成したのに、その支払を怠ったのですから、借主の債務不履行となり、解除が可能です。

ただ、支払を怠ったのが1ヶ月分だけとなると、そのくらいの不履行では信頼関係の破壊とは言えないので、解除はできないとの反論が予想されます。

しかし、未払状態が継続していたのですから、約定の文書の支払いを1回でも怠れば、信頼関係の破壊ありとも考えられます。

1回だけの遅れではトラブルとなりますので、2回分の遅れを待つ解除ということも視野に入れた検討も必要でしょう。

2. なお、解除にあたっては、催告をしておいた方がいいでしょう。

## 277. 契約解除と賃料支払い

(2018年11月号、No.466)

### Question

テナント物件の賃貸借についての質問です。ビルの一部屋に事務所が入居していますが、賃料の未払いをしばしば繰り返します。

今回、3ヶ月以上未払いなので、催告のうえ契約を解除しました。退去の要請をしたところ、未払賃料が振り込まれてきました。

借主が退去しないとき、明渡しの裁判をしても大丈夫でしょうか。

### Answer

1. 法的には契約の解除は成立していますので、そのあとに未払賃料を支払っても解除の効果には影響はありません。解除をしても未払賃料を支払ってもらうのは当然です。
2. ただ、裁判所との関係では、裁判所から契約の継続はできないだろうかなどの打診はされると思います。

しかし、しばしば未払いを繰り返していたというのですから、このことを裁判所に述べて、継続はできない旨をはっきり主張して下さい。賃料を支払ったのだから解除は認めないとか、退去は認めないという判決にはならないと思います。



## 278. 借主の破産と敷金

(2009年2月号、No.232)

### Question

ゴルフ用品販売を目的とした店舗を貸しています。テナント側の経営状態がよくないようで、近日中に破産の申立てをする可能性があります。この場合、敷金の差押えはあるのでしょうか。また、契約書では借主破産を解除事由とし、借主側の帰責事由による解除のときには敷金の没収規定があります。この場合、没収は可能でしょうか。さらに、借主が別の借主を紹介したときに、同一条件で契約ができれば、敷金を返す特約がありますが、同一条件でなければ拒否してもいいのでしょうか。

### Answer

1. 敷金については誰かが差押える可能性はあります。しかし、敷金を返還すべきときまでに借主が破産をすると、差押えの効力がなくなるのが原則です。
2. 借主破産を解除事由として規定している契約書は多く存在しています。ご存知のとおり、破産法や民法が改定され、借主破産を理由としての貸主からの解約権を認める規定は削除されました。そこで、契約書に借主破産を解除事由として規定したときの効力が問題となっています。  
この点の判例はまだないようですが、学説の多くは、その特約の効力を否定しています。したがって、破産を理由としての解除は認められないでしょう。そのため、没収もできないと思います。その他の借主の帰責事由のときは、没収は可能でしょう。
3. 同一条件でなければ、新契約をする義務を貸主が負わないのは当然のことです。

## 279. 民事再生と借家契約

(2018年10月号、No.464)

### Question

組合員がビルを所有し、そのビルを商業テナントA社に賃貸しています。

今般、A社の経営が行き詰まり、民事再生の申立てがありました。貸主としてはどう対応したらいいでしょうか。契約書では、借主が民事再生を受けたときは、貸主は借家契約を解除できるとなっています。

### Answer

1. 契約書で借主の民事再生が契約解除事由とされているケースは多いようです。

借主が破産した場合も同様ですが、借主が破産や民事再生となっても、貸主から破産や民事再生を理由とする契約の解除は認められていません。

破産管財人又は再生債務者は契約の解除権限が法律の条文で認められていますが、貸主には認められていません。

貸主としては、破産管財人や再生債務者に対して契約を解除するか否かの催促をし、催告期間内に回答がないときは、破産の場合は破産管財人が契約を解除したとみなし、民事再生の場合は再生債務者が解除権を放棄したとみなされることになっています。

2. 民事再生の場合、再生債務者の財産を売却し、売却代金を原資として再生の計画案が債権者に示されます。一般的には、債権額の5%~10%の配当をし、残りは債権放棄という内容です。

債権者として破産した方が配当率がいいのなら計画案は可決されません。この場合、職権で破産となります。

3. もし可決したときは、財産は処分されますが、購入者にとって有益な財産のみが対象となります。そのため、そうでない財産や権利は放棄されることとなります。

4. 今回のテナント物件についても、収益性を考えてA社の事業を承継する会社が判断をします。

収益性ありと考えれば、借家権の譲渡の承認を求めてくると思いますが、そうでないときは契約の解除となり、明渡しをどうするかを再生債務者と協議することとなります。

## 280. 賃貸借契約の解除と違約金

(2015年9月号、No.390)

### Question

組合員が借主に建物を貸しています。契約書を見ると、借主の家賃滞納などがあるときには契約の解除ができる旨の条項はありますが、解除したときの損害賠償の条項はありません。契約を解除したときには損害の請求はできないのでしょうか。また、家賃など金銭の支払いを怠ったとき、年14.5%損害金の支払いを定める条項はありますが、有効でしょうか。

### Answer

1. 契約が借主の債務不履行を理由に貸主が解除した場合、契約関係を清算するとともに貸主に生じた損害の請求は可能です。

この場合、契約書の条項があれば、この条項に基づいて損害の請求をするのが原則ですが、条項がなくても民法の条文で損害の請求はできることになっています。

したがって、解除のあとの損害については契約書の条項がなくても請求可能です。

2. この場合の損害ですが、いろいろなケースがあり請求内容もいろいろかと思えます。

単に家賃滞納を理由とする場合には、未払賃料の支払いを求められるのは当然として、さらに本来の支払日からの遅延損害金の請求が可能です。

質問のケースでは年14.5%となっていますので、年14.5%を付加して請求して下さい。

もし、年14.5%の条項がないときでも、民法の条文で年5%の損害金を付加して請求することは可能です。

また、年14.5%については、借主が事業者あるいは事業のために建物を借りている人でないときでも消費者契約法に反しないので、請求は可能です。

3. また、その他の損害として、解除から明渡しまで家賃の2倍を支払う旨の契約条項があれば、その分の請求は可能です。

仮に条項がないとしても、明渡しまでの賃料と同額の損害が発生しているとされており、解除後、明渡しまでは従前の賃料と同額を損害金とし請求可能です。

逆に、前述のように家賃の数倍をペナルティーとして支払うとされているときには、その条項を原則としますが、ペナルティーの割合が高いときには無効とされることもあります。消費者契約法のケースでは2倍ならOKのようです。

4. その他の損害には建物の管理不十分による家屋の修繕費の問題が損害賠償ということになります。

この部分については、借主の原状回復義務の範囲として、よく議論されているところなので、今回は省略します。

## 281. テナントの破産と貸主の注意点

(2020年4月号、No.499)

### Question

組合員所有の商業ビルのテナントから破産した旨の通知がありました。  
賃料の滞納もありますが、今後の対応について注意すべきことを教えてください。

### Answer

1. テナントが破産したということですが、近日中に裁判所から破産手続き開始決定の通知が届くと思います。今後は裁判所が選任した破産管財人（弁護士）と交渉をします。
2. 貸主としては①契約をどうするか、②建物に第三者が入らないか、③未払家賃などはどうなるか、が心配と思います。
  - ① 契約については、破産管財人の判断になります。契約を解約するか否かは破産管財人の権限とされています。契約書の中に借主破産を解除事由としていることもありますが、現在は借主破産を理由とする貸主からの契約の解除は認められていません。そのため、貸主としては、管財人に対して契約関係をどうするかは催告ができ、管財人が回答しないときは契約を解除したとされますが、通常は管財人から貸主に対して書面で解除通知がなされます。

この解除ですが、破産法の規定にもとづく解除ですので、契約書に中途解除の特約があっても、この特約によって解除しているわけではありません。

管財人からの通知には破産法の条文にもとづいて解除する旨が明示されていると思います。そのため、破産法による解除ですから、中途解約のペナルティーなどの請求はできないことになります。
  - ② 建物に第三者が入らないために、貸主としては、管財人に対して物件の入り口に第三者立入禁止の掲示をしてもらうよう要請して下さい。
  - ③ 未払賃料については、破産のときまでの滞納分は破産債権となり配当の対象となってしまうことから、個別に破産者や管財人に請求はできません。（敷金への充当は可能です。）

破産のあと建物退去までの賃料あるいは賃料相当損害金は、財団債権として管財人に個別に請求は可能ですが、支払能力はないのですから、回収はむずかしいことが多いです。
  - ④ 明渡しも破産者側ですが、資力がないため、原状回復が困難なこともあります。

ケースにもよりますが、破産者の動産を別の人が利用できるのなら、新しい借家人に引き継いでもらうということも考える必要があります。
3. 保証人や担保権については、破産しても影響はありませんので、契約に従って請求して下さい。

## 282. テナントの破産と借家権譲渡

(2019年5月号、No.479)

### Question

テナントビルの一部屋を借りているエステサロンが破産しました。

未払賃料はまだ1ヶ月くらいで、敷金は賃料の6ヶ月分預かっています。

先日、破産管財人の弁護士から借家権を別のエステサロンに譲渡したいので、承諾いただけないかとの連絡がありました。どう対応し、どんなことに注意をするべきでしょうか。

### Answer

1. 賃借権の譲渡については、その部屋を貸主が何かに使用しようとしなければ、前向きに考えたらどうでしょうか。

借主の破産ですから、管財人には契約の解除権があり、もし、解除されて原状回復ということになっても、原状回復費用を借主は捻出できないのが一般的です。

そうなると、貸主が原状回復して敷金からその費用を充当しますが、不足分が生じても、その不足分の回収は事実上困難です。その意味で、賃借権の譲受人に問題がなければ、前向きに対応した方がいいと思います。

2. 注意すべき点は以下です。

- ① 譲受人に経済的、社会的な問題はないか。
- ② 賃借権の譲渡の契約書はあるか。
- ③ 賃貸物件の備品等は譲受人に譲渡されているか。
- ④ 未払賃料は譲受人が承継するか、あるいはどうなるのか。
- ⑤ 敷金についての譲渡の合意はあるか。
- ⑥ 敷金について、現在、第三者による差押えはないか。
- ⑦ 契約書は従前のものを承継するのか、新たに作成するのか。

3. なお、今回は管財人が介入していますので、今回の賃借権の譲渡の契約書等については、裁判所の許可が条件となります。

4. 今回の申し入れに応じないと、前述のとおり管財人からの解除になると思います。その場合、前述の原状回復の問題のほか、もし、契約書の中に中途解約のときの敷金の没収があっても、管財人からの解約は破産法が認める権限ですので、没収規定は適用されませんので、気をつけて下さい。

法律の規定による解除であり、契約書の条文による解約ではないからです。

## 283. ペット飼育禁止と借家契約の解除

(2013年5月号、No.335)

### Question

アパートの管理をしていますが、入居者の一人が入居当初から犬を室内で飼育していることが判明しました。

賃貸借契約では、犬や猫のペットは飼育できないこと、違反すると解除事由となることは明示されており、契約にあたっての説明もしてあります。他の入居者との関係もあるので注意をし、聞き入れてもらえないときには退去してもらおうと思います。

今後の対応方法を教えて下さい。

### Answer

1. 契約書にペット飼育禁止条例があり、約束を守れないときは契約解除になること及びこれらの説明を受けているのにペットを飼育したのですから、借主は契約違反をしていることとなります。
2. 契約書では、ペットを飼育することは契約解除事由とされているようですが、今の裁判所の考え方からすると、ペットを飼育したら直ちに解除できるということにはなりません。  
貸主から借主にペットの飼育をやめるよう催告をし、相当期間経過しても飼育をやめないときに、はじめて解除が認められることとなります。
3. したがって、管理者としては、まずは口頭で注意をし、それでもだめなときは内容証明で前記の催告をする方針で行動して下さい。

## 284. ひとり暮らしの高齢者の借家人について

(2017年6月号、No.432)

### Question

アパートにひとりで長い間生活している高齢者がいます。身寄りの人がいるかはわかりません。この借家人に万一のことがあったとき、室内の残置物などを処分できるようにするにはどうしたらいいでしょうか。

### Answer

1. 借家人死亡の場合の家財の処理についてですが、まず、借家契約自体は相続の対象となるので、借家人が死亡しても借家権は消滅せず、原則として借家人の相続人に承継されます。したがって、借家人の相続人の確認が大切ということになります。

相談事案の借家人は高齢で身寄りも不明とのことですので、相続人調査が大変かと思えます。今のうちに子供がいるか否かなどの質問ができればしておいて下さい。また、借家人の住居地が住民票上の住所地か否かも相続人調査にあたり大切な情報源になります。この点、借家人に確認して住民登録がまだなら登録させて下さい。

万一、死亡のときは弁護士に依頼して相続人調査してもらうことになります。

2. ただ、借家人死亡とともに借家権もなくなり、家財の処分もできるのならその方がより妥当です。

そこで、例えば借家人から貸主に対して、借家契約は自分が死亡したときに終了するとの解約予告の文書を作成してもらったらどうでしょうか。そして、死亡時に残存する家財はすべて自分のものであること、そして、この家財の処分は貸主に一任し、どのように処分してもらっても構わない旨を文書にして下さい。

あるいは、家財は自分が死亡したときには貸主にすべて贈与するので、その処分は一任するという死因贈与契約書を作成しておくということも考えられます。家財自体は相続の対象になるので、死亡したら処分は貸主に一任するというのでは相続人が相続した家財の処分を貸主に一任することとなるので、家財自体も貸主所有としておく方がいいかも知れません。

3. したがって、以下の事項を文書にして下さい。

- ① 貸主との間の借家契約は借家人の死亡により終了すること。
- ② 死亡時に建物内にある家財はすべて借家人のものであること。
- ③ この家財を自分の死亡時に貸主に贈与し、貸主はこれを了解すること。
- ④ その処分は貸主に一任すること。

以上の事項を記載した合意書を借家人と貸主との間で作成しておいて下さい。

4. なお、このような文書を作成しても明らかに借家人のものとは思えないものについては処分されない方が妥当です。

通帳や金銭については手をつけず、相続人に連絡しておくべきでしょう。また、前記合意書に従って処分する場合も、相続人を調査し判明したときは、合意書に従って処分していいか否かを問い合せておく方がいいと思います。



## 285. 借家人の死亡（孤独死）

(2017年11月号、No.442)

### Question

アパートの住民が死亡したと警察から連絡がありました。死因は病死で、死後間もない状態と  
のことです。

住民は生活保護を受給中で、身寄りがないようです。遺体は市役所で対応してもらいましたが、  
室内にはかなりの残置物があります。本人が死亡したため、以後の家賃は市役所から入金されま  
せん。

今後の処理はどうしたらいいでしょうか。

### Answer

1. 亡くなられた方の相続人を戸籍などから調査する必要があります。

もし相続人がいれば、その方に連絡をして残置物の処理や原状回復の費用負担をどうするか  
などの協議をして下さい。一般的には貸主において処分して下さいと言われることも多いよう  
です。

また、原状回復や明渡しまでの賃料などについても請求しないでくれ、そのかわり、借りる  
権利の承継は主張しないとするケースが多いようです。

2. また、相続人がいないときでも残置物がかなりあるケースですので貸主が勝手に処分しない  
ようにして下さい。この場合は相続人不存在になりますので相続財産管理人の選任を裁判所に  
申立て、その管理人と明渡しについての協議をすることになります。

3. 申立てにあたっては弁護士への相談を必ずして下さい。申立ての際裁判所に費用を予納しま  
すが、一般的には予納金は100万円と言われています。これは主に相続財産管理人（弁護士が  
選任されます）の費用に充てられるものです。そして、管理人の実施する業務内容に応じてそ  
の費用がこの予納金から支払われますので、業務内容が少なければ費用も少ないことになり、  
予納金からいくらかの金員が申立人に戻るようになります。

簡単な裁判の相手方になる位でしたら100万円を予納しても50万円以上は戻る可能性はあり  
ます。

また、亡くなられた方に多額の預貯金などの資産があることがはっきりしているときには管  
理人の費用はこの残った預貯金等の資産から支払われますので、予納金は不要とされることも  
あります。

## 286. 借家人死亡と残置物処理

(2009年9月号、No.246)

### Question

借家人が死亡しました。子供はいますが、相続放棄手続きをしています。借家人には姉と甥がいます。借家人の姉からは残置物を処分していいとの回答はあります。貸主としては、残置物や放置された車を処分してもいいでしょうか。また、J A口座に残金がありますが、貸主の家賃と相殺してもいいでしょうか。

### Answer

1. 借家人が死亡したときは、その相続人に借家権が相続されます。質問によると、子供はすべて相続放棄をしているとのことですが、借家人の親は存命でしょうか。もし、すでに死亡していたとすると、借家人の兄弟姉妹が相続人となります。

質問では、借家人には姉が生存しており、甥もいるとのこと。そうすると、親が死亡しているときは、姉とすでに死亡している兄弟の子（甥）が相続人となります。

もし、これらの人が相続放棄をしていないのなら、これらの人から残置物などの了解を取ればいいこととなります（姉にも確認すべきです）。車については、廃棄、廃車する手続きは現実には貸主側で実施するとしても、申請手続き自体は相続人の署名押印が必要です（残置物に明らかに借家人以外の所有物あるときは、相続人の了解あっても処分できません。相続人に引取ってもらうようお願いして下さい。それがダメな時は、その所有者相手に明渡訴訟になります。所有者不明の時は、借家人のものとして借家人の相続人に対して訴訟をして、強制執行してもらいます）。

2. もし、姉や甥が相続放棄をしてしまったときは、相続人が誰もいないこととなります。この場合は、利害関係者として貸主が裁判所に相続財産管理人の選任を申立てることとなります。

この管理人が相続人の公告手続きをし、相続人の発見が無ければ、この管理人を相手に明渡訴訟を提訴し、強制執行をすることとなります。

相続財産管理人の選任にあたっては、裁判所に費用の予納が必要となります。ケースによって違うと思いますが、100万円位は必要ですが、管理人の処理することが少ないときは、予納金の返還がなされるケースもあります。

3. J A口座の残金は、借家人の相続人ないしは相続財産管理人のものです。したがって、これらの人が了解すれば、滞納家賃への支払いは可能です。しかし、勝手にできません。また、貸主の家賃との相殺ができないのも当然です（相殺の当事者が違うため）。

したがって、貸主がJ Aの貯金を家賃に充当するためには、債務者を借家人の相続人等とし、第三債務者をJ Aとして、貯金払戻請求権を差押さえる手続きを貸主が措く必要があります。

## 287. 所在不明の入居者の退去手続

(2008年6月号、No.216)

### Question

1Kのアパートを独身者に貸していました。

平成18年に更新時期を迎えましたが、更新手続をしないまま契約は締結し、平成20年2月分までは家賃は入っていました。しかし、それ以降の家賃は未納なので、オーナーと相談し、退去させたいと考えています。

そこで、本人と交渉したところ、ゴミの片付けを始めましたが、現在は所在不明になっています。実兄に連絡をしたところ、実兄が借主の家財を運び出すと言っていましたが、今になってこれ以上の協力はできないと言ってきました。

どう対応したらいいでしょうか。

### Answer

1. 契約当事者である借主の所在を捜すことが必要です。住民票を移動させていない可能性はありますが、弁護士にお願いして住民票を入手してもらって下さい。

そのうえで借主の所在不明のときには訴訟を提起せざるを得ないでしょう。(相手方の所在不明でも提訴は可能です。)

2. 実兄は保証人でもありませんのでこれ以上動いてはくれないでしょう。また、保証人も元の職場の友人とのことですから借主と連絡がとれるかの疑問があります。(ただし、念のため連絡をとれるか確認して下さい。)

3. 保証人については更新契約をしていませんが、更新後は保証をしないと明言していない限り、更新(法定更新含む)後の借主の債務についての責任は継続します。

したがって、建物明渡しまでの借主の債務についての責任がありますので、このままの状況ですと借主の保証人としての責任が増加していくことになります。

したがって、この点を強調して保証人に何とか借主との連絡をとってもらうように要求して下さい。

保証人自身には契約の解除権はありませんが、保証人が自分の判断で建物を原状回復してくれるのならJAとしては借主から何かクレームがあったら保証人が責任を負うことの文書をもたらったうえで、建物の引渡しを受けてください。

4. 注意すべきはJ Aやオーナーが残置物を勝手に処分しないことです。

本件では訴訟手続に従った処理が必要となりそうですので、この点をオーナーによく説明して下さい。

契約書に残置物処分をオーナーに一任する条項があっても他人の所有物が一緒に混在している可能性もありますので、勝手に処分することは慎重にすべきだと思います。そうでないと他人から自分の所有物を勝手に捨てられたとして損害賠償の請求を受ける可能性があります。

5. カギがかけられていないようですが、建物の明渡は未了ですので勝手に入らない方が妥当です。勝手に入るとプライバシー侵害を主張されることもあります。

本件では、カギが無いようですから防犯上の理由から新しいカギをオーナー側でつけて下さい。そして、カギを付けたので借主が戻ったときはすぐに連絡されたい旨の告知書を入口に貼付して下さい。

6. 放置車両については勝手に処分できませんので、建物と同様に訴訟手続の中で駐車場の明渡しを求めることになります。

## 288. 敷金返還請求権の譲渡と明渡

(2009年2月号、No.233)

### Question

建物を賃貸中ですが、借主から敷金返還請求権を第三者に譲渡した旨の内容証明郵便が届きました。実はこの借主の経営状態は悪く、内容証明が届く前に中途解約の条項に従った解約申し入れがなされており、間もなく契約は終了します。どんなことに注意すべきですか。

敷金返還請求権については、契約書上譲渡をするには貸主の同意が必要とされています。また、中途解約をしても敷金の没収規定はありません。

### Answer

敷金返還請求権を譲渡するには、貸主の同意が必要ですので、本件では敷金を第三者に移転できません。しかし、この譲渡禁止を第三者が知らないと、貸主の同意がないから譲渡は認められないとの主張を第三者に対抗できないこととなります。

本件では第三者が、この禁止特約を知らないと敷金の譲渡は貸主に対抗できることとなります。本件の第三者が不動産に詳しい人であれば、譲渡禁止は一般的なことから、知っていたと反論できるでしょう。しかし、その立証責任は貸主にあるので立証できない可能性もあります。

もし、立証できないと第三者は敷金返還請求権を取得しますが、貸主は慌てる必要はありません。

敷金返還請求権は借主が建物を明渡し、その債務を敷金から充当したときに残額があれば、はじめて請求権が発生します。

したがって、借主が中途解約に従って明渡しをするか否か、それまでの家賃は支払うのかなどに注意して下さい。そして残金を返還するときは借主ではなく、第三者に返すということになります。

## 289. 原状回復と敷金

(2011年2月号、No.280)

### Question

アパートの入居者が退去したところ、敷金をハウスクリーニング代のほかは全部返還せよと言ってきています。入居者は喫煙者ですが、ヘビースモーカーのようで、室内の汚れがひどく、クリーニングだけではきれにならないので、クロス等の張替えが必要です。契約書では修繕負担特約の説明を文書でし、入居者に署名してもらっています。敷金はやはり返還すべきでしょうか。

### Answer

室内の汚れが通常を超えているのであれば、借主の保管義務違反となり、原状回復のためにクロス等の貼り替えの必要があるのであれば、その費用は借主の債務不履行による損害賠償金となりますので、敷金から充当することが可能です。

しかし、そこまでの汚れではないときは、通常の使用による汚れということになります。この場合、例えば明渡しするときクロスの貼り替えをする旨の特約をしていたときの特約の効力の有無が問題となります。

消費者契約法では、借主の義務を加重する特約は、それが一方的に借主に不利であり、信義則に反するときは無効としています。通常使用による損害を賠償する責任は借主にはないわけですから、前記特約は借主には本来課されていない義務を加重する特約となり、他に借主に有利な事情がないと消費者契約法でその特約は無効となり、敷金からの充当は認められません。

また、仮に他の条項から考えて、その特約があっても借主が一方的に不利でなく、同法では有効とされたとしても、その特約を有効とするには、いわゆるガイドラインで示されている3つの要件を備えないと効力が認められないこととなります。3つの要件のうち、借主の本来の義務ではないと借主がわかって合意していたかと、その特約に合理的理由があるかがよく議論されるところです。借主がその旨の意思表示をした点については、署名押印していることから要件は満たしているでしょう。

本件は、汚れの程度によって敷金への充当の可否が決まりそうな案件と考えます。

## 290. 原状回復について

(2018年8月号、No.460)

### Question

J A仲介のアパートについての質問です。

アパートの入居にあたり、入居者からエアコンは不要なので取り外して欲しいとの要請があり、オーナーの了解のもとエアコンを取り外して賃貸借契約を締結しました。

このたび入居者が退去することになりますが、オーナーより、エアコンを元に戻す費用を入居者に請求できないものかとの質問がありました。設置の費用を入居者に請求できますか。

### Answer

1 . 賃貸借契約の前にエアコンを取り外すこととなり、そのあとに契約をしたのであれば、エアコンのない部屋を貸したことになるので、エアコン設置費用を入居者に請求することはできません。

ただ、エアコン付きの建物としての賃貸物件であることから、後日、エアコンを元に戻す費用を入居者が負担するとの約束があるようなときは、入居者に請求可能です。

2 . エアコンのある状態で契約をしたのち、入居者からの要請でエアコンを取り外したようなときは、原状回復としてエアコンの設置費用を入居者に請求することは可能です。

## 291. 借主の解散と敷金の処理

(2008年10月号、No.224)

### Question

アパートを会社に貸しており、その会社の従業員が連帯保証人となり、その従業員が入居しています。

今年、その会社が解散してしまいました。入居している従業員はそのまま居住を継続したいと言っています。

契約関係を従業員に変更するとき、敷金は誰に返せばいいのでしょうか。

### Answer

1. 法人契約の借主の法人が解散すると清算手続きに入りますので、清算人が選任されます。第三者が清算人となることもあります。一般的には代表者がそのまま清算人になることが多いようです。

清算人は会社を終わらせるため債務の弁済をしたり、会社財産の処分をする職務を行います。

したがって、借主である法人が解散したときは清算人との間で賃貸借契約の処理をすることになるので、その処理のひとつとして敷金処理をすることになります。

社員であった人が入居者ということですから、その入居者が引き続き入居を希望するときは賃借権の譲渡かあるいは法人との契約を終了させて、入居者と新契約を締結するという方向になると思います。

もし、敷金を法人に返すということであれば、清算人に返すことになります。

なお、法人が破産しているときには、破産管財人が相手となります。

2. 退去時清算ですが、今までは法人が借主なので消費者契約法の対象外でした。

しかし、入居者と個別の契約をするとなると同法の適用になります。

室内クリーニング代については、入居者に故意・過失のない部分については敷金から当然には清算できなくなる可能性が高いので注意して下さい。



## 292. いわゆる居抜き賃貸借と原状回復

(2018年3月号、No.451)

### Question

テナントビルの借主が撤退するにあたり、新しいテナントを紹介してきています。内装はそのままとして承継させたいとのこと。オーナーとしてはそれでも構わないと言っていますが、どんなことに注意するべきでしょうか。

### Answer

1. 賃借権の譲渡にするのか、契約を解消したうえで新テナントと契約をするかを明確にしておくべきです。前者の場合、もとの契約の残期間を借りる形となりますが、期間については延長することもあります。後者の場合、敷金の精算方法を新旧テナントを含めて協議して下さい。

2. 問題は、新テナントが撤退するときの原状回復の内容です。

内装はそのままとするようですが、内装は誰のものかを明確にしておくべきです。内装は前のテナントが設置したのでしょうか。テナントの変更の場合、この内装についての所有関係を明確にするべきです。

内装はオーナーに譲渡したうえで、オーナーが新テナントに貸すのなら、新テナントに内装の原状回復義務は原則としてないこととなります。もし、それでも原状回復をさせるのであれば、何をどこまで回復するかを契約のときに明確にしておくべきです。

内装は新テナントに譲渡するというのであれば、契約のときに、同様に原状回復とは何かを明確にしておくべきでしょう。例えばスケルトンにして明渡しをするなどを明示して下さい。

## 293. 東京ルール of 原状回復

(2008年7月号、No.219)

### Question

法人の社員寮として15年前から建物を貸していますが、近いうちに期間満了によって建物が返される予定です（社員寮なので集会場もあります）。

返還にあたり、借主から東京ルールでの原状回復をとの申し入れがありましたが、そのような対応を貸主はしなければいけないのでしょうか。

### Answer

いわゆる東京ルールでの原状回復を借主が求められているとのことですが、東京ルールとは平成16年10月1日以降の賃貸借契約において原状回復義務者はどちらで、何を負担するかを書面で交付、説明する義務が業者に課せられているというものです。

したがって、本件のようにすでに契約済みのケースでは、その対象にはなりませんので、東京以外の物件でもある本件は、東京ルールの対象になりません。

したがって原状回復については、原則として契約条項を前提として対応することになります。（因みに、都条例では「専ら居住を目的とする建物」とあることから、住居以外の事務所などは東京ルールの対象外です。借主が法人のケースについては、法人が居住するという事はないので、原則として対象外になるのでしょうか。しかし、本件のように社宅として使用するとすると、専ら居住目的ということになると思われます。）

しかし契約条項によると言っても、現在の判例の考え方は契約条項に優先します。そうすると東京ルールの原状回復の内容は判例の考え方に近いものと思いますので、結果として東京ルールのガイドラインの内容に従った原状回復になると思われます。

ガイドラインにもある、いわゆる自然損耗も借主の義務とする特約については有効ですが、十分な説明がなされていないとその特約の効力を否定される傾向にあります。

したがって仮に特約を設けている契約条項でも油断できないわけです。

貸主としては原状回復に多大な費用を抛出したくないわけですが、最近の判例の考え方からはなかなか抵抗はむずかしいようです。原状回復の内容が借主の保管義務違反と思われるときは、その旨を強く主張し、借主負担を主張して下さい。

なお借主が法人ですので、消費者契約法は適用外になります。

## 294. 借地上の建物の解体と覚書

(2012年6月号、No.313)

### Question

祖父の土地を父を経由して、今回私が相続しました。

祖父の代からの借地人がいて、その借地人が建物所有者です。

今回、借地人も高齢となり借地契約が終了した場合、土地の明渡しをスムーズに行うため借地人との間で覚書を作成したいと考えています。覚書には貸主自ら建物を解体してよいとの内容を入れたいと考えますが、その効力はあるのでしょうか。

### Answer

覚書は原則として効力がありますので、契約終了のときに貸主が建物を解体しても構いません。

「しかし、建物に第三者が居住や使用しているときは、当然には解体できませんし、建物に抵当権などの担保権が設定されているときも解体はできません。(勝手に解体すると建造物損壊罪となります。)

したがって、覚書は作成しておき、契約終了時の状況に応じて対応をすべきです。もし、第三者がいて退去しないときは、第三者に対して建物退去土地明渡の訴訟を、抵当権がついているときは建物所有者に対して建物収去土地明渡の訴訟を提起し、判決にもとづいて強制執行によって建物を解体する必要があります。

## 295. 借家契約解除後の建物所有者と保証人の関係

(2011年6月号、No.288)

### Question

借家人が家賃滞納したので、貸主が契約解除をしました。保証人は借家人の身内の人になってもらっています。契約を解除したのですが、借家人は退去していません。

ところが、貸主は海外に転勤になるので、その建物を第三者にそのまま譲渡しました。そこで、その第三者が借家人を相手に建物明渡しを求めています。認められるでしょうか。滞納家賃の支払いはどうでしょうか。さらに、保証人にも請求できるのでしょうか。

### Answer

1. 旧貸主が解除しているので、借家人は不法占拠状態です。新貸主は不法占拠者がいる建物所有者になったことになるので、新貸主（正確には借家契約はないので、新貸主というのは法的には正しくありませんが、ここは便宜的にこのように表現しておきます。）は、借家人に対して、建物所有権にもとづいて建物明渡しを求めることが可能です。
2. 滞納家賃については、建物が譲渡されても当然には譲渡されません。もし、このことを取り決める建物の譲渡のときにないのであれば、新貸主は滞納家賃の請求を借家人に求めることはできません。

旧貸主からの債権譲渡を受ける必要があります。そのためには旧貸主が借家人に対して滞納家賃の請求権を新貸主に譲渡した旨の通知（内容証明）が必要です。

本件では、海外に転勤しているとのことですが、その手続きを誰かに代理して行ってもらう必要があります。

なお、建物所有権を取得後の不法占拠にもとづく賃料相当損害金については、新貸主に請求権があるのは当然です。
3. 保証人との関係ですが、借家契約が存続しているときに建物所有権が譲渡されたのであれば、借家契約は新貸主に承継され、あわせて保証契約も承継されます。

しかし、本件は、借家契約はすでに終了した後ですので、借家契約の承継がない以上保証契約も承継されません。

したがって、新貸主と保証人との間には保証契約が存在していないことになるので、新貸主は保証人に対して、建物明渡しまでの賃料相当損害金や明渡しの執行費用などについての支払いを求めることはできないことになります。

## 296. 建物に対する強制執行

(2015年2月号、No.376)

### Question

家賃滞納しているアパートの入居者が部屋に荷物を残したまま所在不明となったときは訴訟になることが多いと聞いていますが、具体的な手続きの流れを教えてください。

また、借地契約を解約したときの土地明渡手続についても教えてください。

### Answer

1. (1) アパートの借主が荷物を残したまま行方不明となったときは、借主による部屋の明渡しがない状態ですので、貸主は借主に対して建物明渡訴訟を提起します。  
判決で明渡が命じられたときは、この判決にもとづく明渡執行の申立てをします。  
なお、明渡執行を申立てるためには、判決をもとに強制執行をしてもよいとの執行文付与決定をもらう必要があります。
  - (2) 申立てをすると、執行官が部屋に入り部屋の状態を確認し、明渡し執行をする旨の予告文書を残してきます。(執行催告と言われ、通常は1ヶ月後に強制執行をするので、それまでに明渡しせよとの文書。)
  - (3) 1ヶ月後、執行当日、執行官は部屋に入り、明渡しがなされていなければ明渡執行に着手します。このとき執行を手伝うのが執行補助者で、明渡しをする人や運び出した物を入れるトラックや、保管する倉庫の手配などをします。これらの人々が部屋から荷物を運び出せば明渡しは終了となりますが、手続きとしては保管した荷物を破棄して終了となります。
2. (1) 次に、建物を収去して土地の明渡しを求める場合ですが、借地人や建物所有者に対して建物収去土地明渡判決を得るところは同じです。
  - (2) ただ、建物明渡しとちがうのは、建物を収去(解体すること)するためには、授權決定といって、執行官によって建物の収去を認める決定を得る必要があることです。
  - (3) この授權決定をもらってから、建物収去の執行を申立てることになります。  
なお、建物に抵当権などの登記があっても、判決による執行は可能です。

## 297. 立退き交渉と報酬

(2010年11月号、No.274)

### Question

組合員所有の一戸建て賃貸住宅のいくつかが道路用地拡張のため、取壊しの必要が生じています。組合員からJAに対して立退き交渉の依頼があり、立退きに成功すると一定額の報酬を支払ってもらうという協議をしています。問題はないでしょうか。

### Answer

1. 立退き交渉の成功報酬をもらうことは弁護士法 72 条に該当し、刑罰の対象となりますので、やめた方がいいと思います。

弁護士法 72 条は、弁護士又は弁護士法人でない者は報酬を得る目的で訴訟その他一般の法律事件に関して、代理その他の法律事務を取り扱ってはならないと規定しています。

質問の場合、貸主からの依頼にもとづいて立ち退き交渉をするのですから、その内容は貸主の代理としての法律事務をすることになります。

もちろん、すでに立ち退きが決まっていて、その決まった内容の事務連絡とかであれば別ですが、質問の場合、おそらく入居者と貸主との間での立退き合意や条件の確定はなされていないのしょうから、そこに法的判断が必要となり、単なる事務連絡とは言えないと思います。

また、立退きが成功すれば報酬が支払われることについても、弁護士法 72 条に該当します。

2. なお、不動産業者が貸主の要請を受け、借主に対する明渡しを求めることはよくあります。

しかし、それは貸主の考えをそのまま業者が使者として借主に伝えるのであって、単なる連絡役であることが前提です。

さらに、立退き交渉行為に対しての報酬を支払うことは弁護士法に反しますので、その後の入居者との契約の媒介であるとか、取り壊し後の不動産売却の仲介などをして、その行為の対価を宅建業法にもとづいて得ることになります。

3. 最近のニュースでも、暴力団関係者がこのような明渡し交渉をして対価を得たとして、弁護士法違反で逮捕されていますので、気をつけて下さい。

## 298. 借家契約における更新拒絶通知の時期

(2021年8月号、No.532)

### Question

組合員が一戸建てを貸しています。契約書では期間満了1年前までに貸主が契約を更新しないときは、その旨の通知をすることになっています。

借家契約の更新拒絶は6ヶ月前から1年前までの間にすればいいと思っていますが、1年前までに通知をする必要はありますか。

### Answer

1. 借地借家法 26 条では、賃貸借契約の当事者が期間満了の1年前から6ヶ月前までの間に相手方に更新しない旨の通知をすることが更新拒絶の要件のひとつとなっています。

2. 質問のケースでは、契約書の中に貸主からの拒絶通知は期間満了の1年前までにするというものです。

契約で更新拒絶の要件を変更したのですからこの特約は有効で、1年前までに通知をしないと更新拒絶の要件を欠くことになります。

3. 質問のケースとは逆に、仮に借主も1年前までに更新拒絶の通知をすることを特約で明示したときですが、この特約自体は無効と考え、借主は1年前から6ヶ月前の間に通知をすれば更新しないことを貸主に主張することができます。

借地借家法第30条は、更新の項目の条文（第26条から第29条）のうち、借主に不利な特約は無効とするとしています。

更新拒絶の通知を出す期間が期間満了から早くなればなるほど借主には不利と一般的には考えられますので、更新拒絶の通知を出す期間が1年以上前とすることは、借主に不利と考えられます。

ただ、例外的にこのような特約に至った経緯などから、このようにしても借主に不利とはならないケースもあるかも知れませんが、例外的なケースと思います。

4. なお、借主の更新拒絶の通知期間を期間満了の3ヶ月前とか1ヶ月前とするときは借主に一般的に有利ですからこの特約は有効です。

しかし、貸主の通知も3ヶ月前でもいいとすると借主に不利ですから、原則無効ということになります。

また、更新拒絶通知の期間を決めていないときは、当事者双方は1年前から6ヶ月前に通知をする必要があり、こういうケースで借主から「来月の期間満了で出ていきます」と言われても、貸主は更新だと反論できます。

## 299. 更新拒絶の時期について

(2017年7月号、No.435)

### Question

事業用物件の建物賃借契約についての質問です。

契約期間は3年間ですが、契約書では期間満了2年前までに貸主・借主双方から異議がなければ契約はさらに3年間の更新となり、以後も同様と記載されています。

2年前までに異議がなければ更新されることになるのでしょうか。また、中途解約が貸主・借主双方とも可能な条項がありますが、中途解約の理由は必要なのでしょうか。

### Answer

#### 1. 更新について

期間満了の2年前までに連絡ないときは更新になるとの条項ですが、貸主については有効ですが、借主については原則無効です。

借地借家法26条は、期間満了1年から6ヶ月前までに更新拒絶の通知をしないと更新になる旨を明記しています。これは貸主・借主双方に課せられています。

しかし、特約で変更は可能ですので、更新拒絶の通知の期間を変更することは可能です。

ただし、その変更が借主に不利なときは効力がない旨を同法30条は規定しています。

そこで本件ですが、2年前通知は前記の法26条に比べて借主に不利になりますので、その部分の効力は借主部分が無効となります。

つまり、貸主が更新を拒否するときは2年前通知が必要ですが、借主が期間満了で契約を終了したいときは、2年前通知でなく、借地借家法26条で1年から6ヶ月前通知でいいこととなります（この期間を短くすることは借主の場合には有効ですが、貸主の場合は無効です）。もちろん、そのほかの条項から2年前通知が借主の不利とは言えない事情があれば、この特約も有効になります。

#### 2. 中途解約について

条項の中に中途解約を規定していることが前提です。規定がなければ契約当事者双方は中途解約はできません。そのため、中途解約の理由を明示しているときは、その理由があるかだけの問題で、特に理由を明示していなければ、どんな理由でも解約できることとなります。

ただし、中途解約を借主からするときは解約予告期間がなければ3ヶ月の経過で、貸主からのときは6ヶ月の経過で終了になります。そして、貸主からのときの6ヶ月を短縮する契約の効力の効力は前述と同じで借主に不利になるので、原則無効です。借主からの解約予告期間（3ヶ月）を短縮することは借主に有利ですので、その特約は有効です。



## 300. 老朽建物からの退去について

(2009年7月号、No.242)

### Question

築40年の木造平屋建の貸家があります。その建物にはシロアリの被害があり、業者によると修理より解体した方がいいとのことでした。

この場合、借家人を立ち退かせようと思いますが、6ヶ月間は待つ必要があるのでしょうか。立ち退きに当たっての注意点は何かでしょうか。

### Answer

1. 貸主は借主に対して建物を快適に使用することができる義務を負っています。したがって、白アリ被害が生じないようにする義務が貸主にはあります。そうすると、その義務を履行することなく白アリ被害が生じたのだから、解体の必要があるから退去せよという貸主の主張は認められません。
2. 本件の場合、建物賃貸借の期間がどうなっているかはわかりませんが、40年以上経過とのことですので、契約期間もはっきりしていないかも知れません。そうすると、当初は期間を定めていたとしても、更新手続きをしていないのなら期間の定めのない賃貸借となり、貸主に正当事由があれば解約申入れから6ヶ月の経過で契約は終了になります。
3. そこで、本件で正当事由があるのかです。

貸主の義務は理論上は前述のとおりとしても、実際には借主が建物を使用している以上、白アリの予防などはできません。また、借主が生活しているときに、もっと早く白アリ被害に気づくことも可能だったかも知れません。そうすると、貸主側にも正当事由として考慮してもいい事由があることとなります。また、40年の経過で木造ということで、そのことだけですでに老朽化して倒壊の危険ありとも考えられます。

以上からすると、貸主にもそれなりの正当事由はありますが、借主がそこで生活していること・転居の可否・家賃の状況などによっては立退料なしでも正当事由が貸主にあるとも言えないと思います。

4. したがって、本件では転居費用に立退料を少し上乗せした程度での明渡交渉をすべき事案と考えます。

家賃が低いとか、権利金・敷金がないということは立退料を考えるにあたっては貸主側に有利な事情と考えます。

また、法的には6ヶ月経過しないと明渡義務は生じませんが、交渉で合意するのなら明渡時期は当事者間で決めてください。

## 301. 老朽化建物からの退去

(2009年6月号、No.240)

### Question

築約30年の戸建て貸家の相談です。

現在、入居者がいますが、退去させたいと考えています。家賃滞納はありませんが、入居者の家族とはいい関係ではありません。

1. 定期借家契約に切り替えることはできませんか。
2. 退去手続はどうすればいいですか。

### Answer

1. 普通借家（居住用）を定期借家にできるのかですが、借地借家法の付則には居住用の目的の建物賃貸借契約を当事者の合意で終了させても、同一建物については定期借家の規定は当分の間は適用しないと規定されています。

したがって、居住用の本件にあつては借家人が同意をしても定期借家に切り替えることはできません。

2. そうなると、本件は普通借家を前提に契約の終了を検討することになります。契約終了の事由は解除による場合と更新拒絶です。

本件は更新手続をしていないようですが、おそらく更新後の期間を何年間とするとの規定もないかも知れません。

規定のないときは、期間の定めのない賃貸借ですので、貸主はいつでも解約申し入れをし、6ヶ月経過で契約は終了します。ただし、正当事由が必要です。

更新後の期間の定めあるときは、その期間満了の6ヶ月～1年以内に更新拒絶通知を出しますが、この場合も同様に正当事由が必要です。

3. そこで正当事由ですが、貸主と借主とで本件建物を使用する必要性その他を比較して認定されます。

本件では、築30年と古い建物という点は貸主に有利ですが、実際に借主が居住している以上、古いだけでは正当事由としては不十分です。また、入居者の息子が働いている点は大切ですが、もっと大切なことは入居者が転居可能で、転居しても生活に支障はないという点です。

これらを前提に、建物に対して消防署から危険なので使用指し止めの要請があるとか、転居する建物を紹介しているなどの事由があれば、正当事由とされることもあるでしょう。しかし、実務的には金銭の支払いもしないで立退きが認められるケースは、借主に債務不履行があつて解除されたという場合を除いては、あまりないようです。

ただ、貸主に有利な事由が多ければ、いわゆる立退き料も減額されることにはなります。

## 302. 耐用年数が過ぎた建物の解約について

(2020年10月号、No.512)

### Question

何十年も前にAは借家人のため、鉄骨造の倉庫を建築して貸しています。

今も借家人は倉庫を使用していますが、耐用年数も過ぎており、いつ壊れるかの不安もあります。

古くから貸しているため、契約書もなく賃貸期間についてもはっきりしません。こういう状態ですので、借家人に退去を求めたいのですが、可能なのでしょうか。

### Answer

1. まずは、鉄骨造の倉庫の建物賃貸借契約につき、期限の定めのない建物賃貸借契約であることを前提として、建物賃貸借契約の解約を申し入れることが考えられます。

仮に、契約期間がかって存在していたとしても更新手続きをしていないので、民法の規定で期間の定めのない賃貸借となりますので、現時点では期間の定めが初めからなかった契約と同一状態と言えるでしょう。

2. 鉄骨造の倉庫の建物賃貸借契約（以下「本件建物賃貸借契約」と言います。）について、賃貸借契約書がないとのことなので、組合員Aとしては、本件建物賃貸借契約について、賃貸借期間の定めのない契約であることを前提として、対応することになります。

期間の定めのない建物賃貸借契約の場合、民法617条より、当事者はいつでも解約申し入れをすることができ、解約の申し入れから、3ヶ月経過することによって、契約は終了しますが、旧借家法の関係で、貸主からの申入れのときは、6ヶ月経過をしないと解約とはなりません（現行の借地借家法も同じ）。

なお、解約の申し入れを行う際は、証拠を残すという意味で、内容証明郵便による方法を取った方が良いと思われます。

なお、解約申し入れに対して、契約期間の約定があることが判明したときは、更新期間満了の1年から6ヶ月前までに更新拒絶の通知を出して下さい。

また、契約書に中途解約条項が設定されている場合には、中途解約の申し入れをして下さい。

ただ、いずれの場合も正当事由が必要で、前述の解約申し入れも更新拒絶の正当事由も中途解約の申し入れの正当事由についても、考慮事情は基本的には同じと考えられます。

3. 正当事由の判断については、第1には、貸主に建物の使用を必要とする事情が求められます。典型例としては、賃貸人自身の居住する建物が賃貸建物以外に存在しないという場合が考えられます。

本件の場合、貸主がその建物を使用する必要があるとか建物を解体して土地を有効利用する必要性が極めて高いというような事情です。あるいは修繕費に比べて解体の方が非常に安く、物理的にも解体が妥当という事情です。

また、建物の老朽化を正当事由とすることがありますが、この場合の老朽化というのは、実際に使用に耐えない程度に朽ちているかという視点で検討することが必要になります。

そのため、仮に法定耐用年数を経過していても、そのことから直ちに老朽化しているということにはならないと考えられます。

本件の場合、借主が実際に使用しているようです。その使用状況が古い建物とは言え、使用に大きな支障がなければ、老朽化＝正当事由にはならないことが多いです。

第2に、借主がその建物を使用する必要性が低いという事情です。本件では前述のように借主が実際に使用しているようです。

このような事情が存在することを前提として、代替建物へ移転する際の費用や移転に伴う営業損失をカバーする等の立退料を考慮して、正当事由の有無を判断することになります。

## 303. 建物の焼失と契約の終了

(2011年3月号、No.283)

### **Question**

アパートが延焼のため焼失しました。

アパートの住民との間の借家契約はどうなるのでしょうか。また、敷金の清算はどうすべきでしょうか。家賃の請求はどうしたらいいのでしょうか。

### **Answer**

アパートが延焼で焼失したことから、建物賃貸借契約はその時点で終了すると考えられています。

したがって、契約の清算関係の処理が必要となります。

敷金については、借主に家賃滞納がなければ全額返還することになります。

また、家賃については焼失時までは居住できたのですから、日割り計算して請求してください。

## 304. 解除に伴う催告期間後の家賃支払

(2020年12月号、No.515)

### Question

組合員がアパートの一部屋をAに貸しています。

Aは、オーナーである組合員にどなったり、胸ぐらをつかんだりしており、組合員としても早く出て行って欲しいと思っていました。

幸い、Aは、数カ月間家賃の支払いを怠っているため、催告期間を5日間として解除手続の通知を出しました。

ところが、通知が届いてから、6日目にAが滞納家賃を全部持参してきたことから、組合員は受領しました。

Aとの間の借家契約の解除は有効でしょうか。

### Answer

1. 催告期間経過後にAはお金を持ってきましたので、理論上はAとの契約の解除は成立しています。

2. しかし、Aがお金を持ってきたのが、催告期間経過後の翌日である点で、もし、Aに対して退去を求める訴訟を提起したとき、裁判所がどう判断するかの問題です。

理論上は解除になっているのですから、翌日にお金を持ってきましたと解除になっていると裁判所は認定するのでしょうか。

退去にあたっては、双方で話し合いはできないかの打診がなされる可能性があります。

3. そのため、Aとは退去を前提とした協議をもった方がいいでしょう。

なお、組合員がお金を受取っていることは問題ないことと思います。滞納分を受領する権利は組合員にあるのですから、問題はないと思います。

## 305. 精神面で障害のある入居者の対応

(2020年6月号、No.504)

### Question

組合員が貸主であるアパートの入居者が、公道を裸のまま歩いたため、警察の保護になりました。

以前から、アパートの部屋で奇声を発したりしていたようですが、警察官と一緒に部屋の中に入ったところ、灯油を床にまいていたようです。

組合員としては、早く退去してもらいたいのですが、今後、どうすればいいですか。

### Answer

1. 精神面で障害のある人については、刑事責任能力がないことも考えられます。この場合、刑罰を科すことはできません。

心身喪失又は心神耗弱の状態で大罪（殺人、放火、強盗、強制性交、強制わいせつ、傷害）をした者が不起訴処分や無罪となった場合には、検察官は、いわゆる医療観察法によって、この者に対する医療や観察をするかどうかを裁判所に申立てをし、裁判所が処遇の要否と内容を決定します。そのため、入院や通院等になります。

2. 今回のケースは公然わいせつですので、この法律の対象ではありません。

おそらく、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律によって処遇されるのでしょうか。対応は三つです。

#### ①任意入院

本人の同意による入院。

#### ②措置入院

入院させなければ自害他傷のおそれがあるときに、精神保健指定医2名以上の診断を経て都道府県知事が決定。なお、緊急な事案であるときは医師1名の判断で入院はできるが、このときの入院期間は72時間まで。

#### ③医療保護入院

入院の必要はあるが、本人の同意を得られないとき（自害他傷のおそれの要件は不要）。

精神保護指定医の診療及び家族等の同意（家族等がないときは、居住地の市町村長の同意）。

なお、急速を要するときは、精神保健指定医の診察のみで72時間以内の入院は可（応急入院）。

3. 以上より、今回の入居者は、おそらく任意入院をするか、医療保護入院の措置を警察はとると思います。

問題はこのあとですが、入院先が判明しているようですので、入院先の医師らに面会の可否を問い合わせてみて下さい。本人の精神面が安定しているときは部屋に灯油をまいて建物に損傷を与えていたのですから、即時解除の同意書を入手できないかの検討をして下さい。原状回復に必要な費用の回収は本件ではむずかしいことが予想されます。



## 306. 建物賃貸借の解除と転貸借

(2015年4月号、No.381)

### Question

建物を所有している組合員Aが建物をBに貸しています。BはAの同意のもとCに転貸をしています。

AB間の契約が終了した場合のCの地位はどうなるのでしょうか。

### Answer

1. AB間の契約がAB間の契約期間の満了または解約の申入れによって終了した場合、BはCに建物を貸すことはできないわけですが、借地借家法では、貸主Aが契約の終了の通知をしても、Cは、6ヶ月間は建物を使用することができるとしています。この場合、Cは、当然建物使用の対価をAに支払うことになります。

ただ、Cとしては、Bとの間の契約をもっと続けていくことが可能であったかも知れません。

例えば、BC間の契約期間がAB間の契約終了時よりあとに期間満了になるような場合です。

この場合、CはBに対してもう少し建物を貸せと主張できたわけですが、AB間の契約が終了した以上、BはCに建物を貸すことはできません。

この場合、CとしてはBの行為によって残りの期間の使用ができないわけですから、Cに生じた損害をBに請求することになります。

2. もし、AB間の契約がBの賃料未払いなどBの債務不履行によるAの解除のときには、前述の借地借家法の条文の対象外ですので、CはAに対して建物の明渡しを拒むことはできないのが原則です。

この場合、CはBに転賃料などを支払っているのしょうから、Aに賃料を支払わないBの行為は、Cとの関係でも債務不履行となり、CはBに対して損害賠償の請求が可能となります。

## 307. 公務員による資産管理

(2018年5月号、No.454)

### Question

公務員である組合員の息子さんが、父からアパートその他の資産を相続する予定です。  
家賃や駐車場収入などを得ることは、公務員の副業禁止に該当するのでしょうか。

### Answer

1. ご質問を整理すると、公務員である組合員が、相続によって取得した不動産から生じる法定果実（家賃等の収益）を得ることが公務員の副業禁止の規定の違反に該当するか。もし、禁止規定に該当した場合にはどのような手続きを経る必要があるか。という内容です。

2. 公務員の副業禁止規定について

公務員の副業を禁止する規定は、国家公務員であれば国家公務員法 103 条、同 104 条、地方公務員であれば地方公務員法第 38 条によって規定されています。

そして、国家公務員である場合と地方公務員である場合とでは禁止されている兼業にあたるか否かの基準が異なります。すなわち、国家公務員であれば、下記でご説明する人事院規則の適用がありますが、地方公務員ですと人事院規則の適用はなく、地方公務員法第 38 条が直接規定する「その他人事委員会規則」によって規律されているか、所属によっては規律がない場合もあるため、組合員の所属の官庁がどこかによって、どの行為が兼業にあたるかが異なります。

そして、兼業の場合には許可が必要になります。

今回の組合員がいずれの地位になるかご質問からは明らかではありませんが、いずれにせよ、禁止の対象の兼業行為をする場合、組合員の所属している所轄庁の長の許可を要する可能性がある以上、所属先にご相談される必要があると考えられます。

3. 禁止規定に該当するかについて

(1) 国家公務員の場合

禁止の対象になる兼業について不動産の収益の場合については、まず、人事院規則 14-8（営利企業の役員等の兼業）によって具体的な規定が定められています。ご質問内容を拝見すると、相続財産が「貸事務所や賃貸アパート・貸地」となっていますから、「賃貸料収入の合計額が年間 500 万円以上である場合」などにあたらなにか検討する必要があるかと考えられます。より具体的に許可が必要か否かは人事院に問い合わせるのが一番早い解決手段であると考えられます。

## (2) 地方公務員

地方公務員の場合には、地方公務員法第 38 条の規定により「任命権者の許可」に委ねられており、その具体的な基準については所属先によって異なります。したがって、ご相談いただいた組合員の所属する勤務先にその所属先での取り扱いをご相談いただくことが、基準を知るうえで一番早い手段であると考えられます。

## 2. 借地

### (1) 事業用定期借地

#### 308. 二筆の上にある借地契約

(2011年3月号、No.282)

#### Question

A所有のA地とB所有のB地は隣接しており、CがAとBから土地をそれぞれ建物所有目的で賃借し、A地とB地の上に別々の建物を建てていました。

ところが、CはA地とB地の上の2つの建物を接合し、これを一体としてDに売却したい考えです。

BはCからDへの借地人の変更は同意しています。

(1) AはCとの間で締結していた普通借地契約からDとの間で新たに事業用定期借地契約を締結することができるでしょうか。

(2) AC間の契約を解除すべきでしょうか。

#### Answer

1. すでに建物が建っていても、AD間で事業用定期借地契約の締結をすることは可能です。この場合、以下の点に注意して下さい。

(1) Cの借地権がDに承継されたことの確認。

(2) 事業用定期借地契約なので、公正証書の作成をすること。

(3) BD間の契約は、BC間の契約を前提としているようなので、BD間の契約は普通借地契約になっていると思われる。したがって、DはAとBで違う契約をすることになる可能性が生じるので、BD間の契約も事業用定期借地契約に変更しておく必要があること。

2. (1) 前述(1)に関連しますが、法的にはCの借地権をDが取得したことに関して、地主Aが承諾をすれば契約はAC間からAD間に承継されます。したがって、当事者はADなのでAD間で事業用定期借地契約をすればいいことになります。つまり、AD間の普通借地をAD間の事業用定期借地とするわけです。

(2) この場合、AとしてはCの建物名義がDに変更されていることを確認するとともに、AはCとDに対してCの借地権をDが取得したことを了解する文書を出しておけばいいと考えます。こうしておけばAC間の契約の解消は不要です。ただ、理論上はAD間の普通借地契約をAD間で終了させ、新たにAD間で事業用定期借地契約を締結することになります。(AC間の契約の敷金については、CからDに敷金返還請求権が移転する旨の文書をCD間で作成

させておく必要があります。CからDに借地権が移転しても、Cの敷金返還請求権は当然にはDに移転しませんので注意して下さい。)

## 309. 予約契約等の変更について

(2014年11月号、No.371)

### Question

1. 組合員（甲）が建設業者（乙）を介して借主（丙）との間で事業用定期借地権設定の予約契約を締結しました。

しかし、この予約契約の内容をみると、甲に不利益な内容の条項が多いことから、甲としては、これらの甲に不利益な条項の変更を考えています。

乙にこのことをお願いしたところ、すでに予約契約を締結しているからできないと乙から言われたようです。

丙が了解すれば変更は可能でしょうか。

2. 甲としては、自分に不利益な条項に関与した乙との関係を切り、本契約のときにはJ Aを仲介者としていたい考えです。

J Aは本契約を仲介するにあたり、仲介手数料をもらってもいいのでしょうか。この場合、J Aとしては、借主にも負担を求めることはできないのでしょうか。

### Answer

#### <第1問について>

##### ■回答

公正証書化する事業用定期借地設定契約について、当事者が組合員（甲）と借主（丙）の2名であれば、借主（丙）が同意すれば、文言（条項）の変更は可能と考えます。

そして、問題となっている条項（文言）が本契約の内容となることが予定されている場合に、公正証書の作成を拒否した場合には、債務不履行責任ないし契約締結上の過失として責任を問われる可能性があります。

##### ■検討

(1) 公正証書を作成する際に、組合員（甲）に不利益になる可能性のある文言（条項）を借主（丙）の同意のみで変更を行うことが可能かという点について検討します。

(2) 一般的に予約契約の場合、予約契約の内容のとおりの本契約を締結する旨の条項が定められています。

ただ、このような条項が存在している場合でも、借主（丙）が問題となる文言（条項）の変更について同意するのであれば、変更することは可能です。

なぜなら、契約は当事者の意思の合致によって成立するものですが、契約の変更も同様に、当事者の意思の合致、すなわち、本件では借主（丙）の同意があれば可能ということになります。

- (3) 他方で、本件において、借主（丙）の同意が得られない場合には、予約契約の内容に従って事業用定期借地権設定契約の公正証書を作成することになります。

この場合、問題となる文言（条項）の存在を理由として、事業用定期借地権設定契約を締結しないという対応を取ると、債務不履行責任ないし契約締結上の過失（本契約の締結を意図的に破棄したという理由）として法的責任を問われるおそれがあります。

- (4) なお、いかなる文言（条項）についても、常に相手方の同意が必要になるかという点について、念のため検討します。

予約契約は、将来予定されている事項について合意するものなので、必ずしも予約契約どおりになるとは限りません。

例えば、本件のような事業用定期借地権設定の予約契約であれば、完成した建物の面積が若干異なるといった事情も生じ得ます。

そのため、このような事態に対応するために、形式的な部分（建物の面積等）等について変更することができる旨の条項を設けることもあります。

ただ、このような条項が存在している場合でも、相手方の同意なしに変更することができるのは、あくまでも上記のような形式的な事項（建物の面積や誤字の修正など）に限られます。

- (5) 本件においての、組合員（甲）にとって不利益となりうる文言（条項）が、どのような内容の文言（条項）であるのか詳細は分かりかねますが、その文言（条項）が形式的な事項ではなく、契約そのものに関連する文言（条項）なのであれば、変更するには、原則どおり、借主（丙）の同意が必要になると考えられます。

## <第2問について>

### ■回答

予約契約の内容次第ですが、予約契約の内容が予約契約を公正証書化すれば、事業用定期借地権設定契約になるというような内容、すなわち、実質的に予約契約が本契約と同視できる内容の場合には、仲介手数料は取得することはできないと思われます。

### ■検討

- (1) 仲介手数料（報酬請求権）は、いわゆる成功報酬であるため、賃貸借契約が締結された時点で請求が可能となります。
- (2) 仲介手数料が認められるには、以下の要件が必要と考えられています。
- ① 仲介業者と委託者との間で仲介契約が成立したこと
  - ② 仲介業者の仲介行為が存在していること

※仲介行為とは、仲介業者が売買、賃貸借等の契約成立に向けて、取引物件・取引の相手方の検索、物件情報の提供、取引物件の権利関係等の調査、現地案内、取引物件等に関する説明、取引条件の交渉等、契約締結に至るまでの調整をあっせん尽力する行為を言います。

③委託者と相手方との間で売買・賃貸借等の契約が成立したこと

④仲介業者の仲介行為による売買等の契約の成立（相当因果関係）

(3) 本件においては、すでに事業用的借地権設定の予約契約が締結されていますが、予約契約以後の仲介手数料の請求が可能か否かは、この予約契約の内容次第と思われます。

(4) 予約契約の内容が、その後の本契約になる程度に内容が詰められている場合には、仲介手数料を請求することはできないと思われます。

なぜなら、仲介手数料が認められるには、上記のように仲介業者による仲介行為の存在が必要ですが、予約契約について予約契約を公正証書化すれば事業用定期借地権契約になるという程度の内容まで備えている場合には、仲介業者による仲介行為が存在したとは評価できないと思われます。

仲介業者の報酬請求権はいわゆる成功報酬であり、その根拠は契約締結に至るまでの調整をあっせん尽力する点にあります。そのため、予約契約の内容が上記のように実質的に事業用定期借地権設定契約の本契約と同視できるような段階に達している場合には、仲介手数料を請求することはできないということになると思われます。

(5) 他方で、予約契約の内容があくまでも予約契約時点までの当事者の合意点を記載したものであり、その後も最終的な本契約に向けて条項等について交渉や協議が予定されているという程度の場合は、上記とは異なり、その後に仲介として入り、仲介行為を行い、その結果、本契約に至った時点で仲介手数料を請求することが可能であると思われます。

(6) ただ、上記のいずれの場合でも、組合員（甲）が仲介に入ることを希望しており、公正証書作成に際して借主（丙）との間で調整をする等し、組合員（甲）が仲介手数料を支払うことにも納得されているのであれば、組合員（甲）から手数料を取得することは可能であると思われます。

組合員（甲）の同意があるとしても、本契約締結に向けての調整行為は行う必要があると考えます。

(7) 次に、借主（丙）に対して仲介手数料を請求することについては、借主（丙）から仲介手数料を取得するには借主（丙）の同意が必要になりますが、本件予約契約の内容が本契約と同視できる程度に詰められている段階にあるような場合に、借主（丙）について、仲介として入り、手数料を負担することを同意するのかという事実上の問題はあるかと思えます。

本件においては、予約契約の内容によっては、そもそも仲介手数料を請求できるのかという問題がありますが、借主（丙）から同意が得られない場合には、いずれにしても仲介手数料を取得することができません。

なお、本契約のときまでに、契約条項の調整などの必要がないときでも、甲や丙が手数料を支払うと言ってくれることもあるかも知れませんが、この場合は仲介手数料ではなく別の名目、例えば企画料などにしておいた方がいいでしょう。



## 310. 借地契約における契約目的の表示

(2013年12月号、No.349)

### Question

事業用定期借地契約を予定しています。

物販の企業が建物を建てて他のテナントに建物の一部を賃貸する予定ですが、今のところそのテナントが確実に入居するとは限らないようです。ただ、借地人としては建物の一部を他のテナントに貸したい意向があります。

借地契約書の借地の目的の条項にはどんな記載をしておくべきでしょうか。

### Answer

1. 借地契約ですので、建物所有目的で土地を借りるという記載は最低限明示することになります。  
ただ、建物を何の目的で使用するかを土地使用目的に記載するのが一般的です。  
例えば、物販用建物を建てる目的とか、飲食店舗に賃貸する目的での建物所有などと記載することも多いようです。
2. 土地所有者としては、建物がどのように使用されるかは心配なところですが、  
また、変な企業が入居しないかなども心配です。  
ただ、借地契約ですので、建物の使用方法が直接問題となるのではなく、建物の使用方法が土地の使用にどう影響するかが大切なこととなります。  
店舗用の駐車場として土地の一部を貸したのに、時間貸し駐車場とになってしまうなどは建物所有目的から逸脱した土地使用となります（ただし、時間貸しとはするものの、店舗での利用者には割引や無料とするなどのときは許容範囲となると思います）。  
したがって、建物の入居者の変更により、土地使用に変更がなければ問題がなく、そうすると、借地の目的もあまり厳格には限定できないこととなります。
3. 本件では物販用建物の所有を目的とする土地の使用ですので、建物にテナントを入れるとすると、物販の範囲のテナントに建物を賃貸する目的が記載されていれば十分でしょう。例えば、借主が賃貸する物販店の店舗として使用するなどの記載でいいと思います。
4. ただ、貸主にとっては入居者が誰かは大切なことなので、事前に入居者の告知をしてもらう必要があります。
5. なお、入居テナントが公序良俗に反するような場合には、貸主との信頼関係を破壊する行為として貸主はテナントを退去させるよう借主に要求し、借主がこれに応じないときは契約の解除の問題も生じると思います。

## 311. 事業用定期借地権の始期について

(2012年5月号、No.310)

### Question

かつてパチンコ店の駐車場として貸していた土地があり、平成になってからその駐車場の上にパチンコ店が建物(未登記)を建てて第三者に建物を貸しています。

建物を建てる時、賃料を増額するが契約書は従前のままにして欲しいとのことで、借地契約書は作成していません。

昨年、地主が死亡し相続手続きが必要となり、契約書が実体と合致していないと税理士から指摘されました。地主の相続人としては、建物が建てられたときにさかのぼって事業用定期借地契約にしたいと考えていますが、可能なのでしょうか。

### Answer

1. 事業用定期借地権は書面の作成が成立要件ですので、書面作成前には事業用定期借地権は成立しません。

したがって、期間をさかのぼって事業用定期借地権が成立していたとすることはできません。(特に、事業用定期借地権は公正証書で作成するので、公証人も地主の生前の期間からの契約書の作成は認めないでしょう。)

2. ただ、普通借地権でいいというのなら、建物建築時を借地契約の始期とする契約書を作成することは可能です。普通借地権は契約書の作成が要件ではないので、口頭での契約も有効です。

本件では、建物を建てる時に賃料増額があったのですから、そのときに借地契約が成立したと考えていいでしょう。

したがって、相続後であっても、過去にさかのぼって借地契約とすることは可能です。この場合、契約書作成日は実際に作成した日とすべきです。そして、特約事項として、

①借地契約はすでに存在していたが、契約書を作成していなかったため現況を確認するために作成したこと。

②地主に相続があったことを明記して下さい。

3. 事業用定期借地権にしたいときは過去にさかのぼれないので、公正証書を作成してから契約の期間が開始する内容になります。

なお、建物が未登記ということですので、パチンコ店の名前で登記するように指示して下さい。

## 312. 地権者会について

(2012年7月号、No.314)

### Question

共同で事業用定期借地契約を貸主の立場で締結している組合員がいます。

契約終了後に貸主全員で地権者会を結成し、土地の共同利用を検討したいと考えています。地権者会には規約を作りますが、今後の共同利用について、構成員個々と地権者会とで合意文書を作り、共同利用についてのトラブルを予防したいと考えています。

1. 地権者会と構成員個々との覚書の形でもいいでしょうか。
2. 覚書を作成する以外に、どんなことに注意すべきでしょうか。

### Answer

1. 覚書の当事者は、個人対地権者会でいいと思います。

地権者会には規約があるようですので、いわゆる権利能力のない社団と言えることになろうかと推測します。

2. ただ、地権者会の構成員が誰かで問題となるケースもあるので注意して下さい。

例えば、土地所有者が構成員となるとしても、新しい土地所有者が地権者会に入会したくないというケースもあります。第三者が入会しないとか脱退するなどは、原則として自由です。

また、相続の場合にも、土地の相続人が何等かの理由で脱退することも考えられます。そうすると、地権者会の構成員 = 土地所有者とはならない可能性もあります。この点については、入会してもらおうよう、地権者会としてもお互いの信頼関係を維持するなどして説得する必要があります。

3. また、相続が何回か生じると土地所有者が多数になることもあり、地権者会内部での対立が生じることも予測できます。

4. 公正証書の作成でもいいのですが、そこまでの必要はないと思います。

なお、念書の差し入れの形よりは覚書の方がいいと思います。地権者会と契約したとの感が残るからです。

## 313. 借地権設定仮登記の移転等

(2012年11月号、No.323)

### Question

組合員の土地に事業用定期借地権を設定し、業者に貸す予定です。予約契約をしており、土地に借地権の仮登記がついています。今般、この仮登記を第三者名義としたいと借主予定者は言っていますが、注意点は何か。

また、本登記をすることについて、貸主の協力なしにされてしまうのでしょうか。

### Answer

1. 仮登記の権利自体の移転が生じると、譲受人が借りる地位を取得することになります。  
したがって、契約の中では貸主の同意ない限り、仮登記の権利の移転は認めない旨の文言があると思います。  
もし、ないとしても、借りる地位という契約上の地位の移転になることから、貸主としては、同意なければ第三者を借りる地位の取得者とは認めないと主張して下さい。
2. 登記を本登記とするためには、本登記になる条件が成就している必要があり、成就したときには本登記にせよとの請求権が借主に生じます。「ただ、請求権があるだけで判決の場合を除き、借主が単独で本登記できるわけではありません。

## 314. 普通借地を含めた定期借地について

(2018年9月号、No.462)

### Question

組合員5名が所有する土地を一体として、ある会社（X社とします）に事業用目的で貸すことになりました。5名のうち4名は事業用定期借地契約でOKですが、1名（A氏とします）は普通借

地を希望しています。

公正証書を作成するときに、単独での解約はできない旨を付記する予定ですが、普通借地を希望する1名の土地を公正証書に記載できるのでしょうか。

### Answer

1. 質問にあるように、各人ごとに作成する公正証書の土地目録の中に一体不可分の対象地を明示し、契約条項の特約条項の部分に、貸主は土地目録記載の貸主である所有者全員からのみ、借主は同じく全員に対してのみ、それぞれ解約ができるという趣旨の記載をすることは可能と思います。

気を付けるべきは一体不可分の対象地は全員で貸す対象地であって、貸主が個別に貸している土地ではないという点です。

例えば、A氏の土地が一筆だけであるときはA氏とX社との契約の対象地はその一筆だけであり、他の土地と一緒にないと貸主A氏は解約しない、あるいは、借主からはA氏の土地を含めて一緒にないと解約しないという解約の制限が付されているだけだということです。

2. ただ、心配なのは、本件のような方式で将来トラブルにならないかです。土地所有者としては、将来土地が戻るのですから更新されてしまうかも知れない普通借地より事業用定期借地の方が有利でしょう。ただ、相続税のことを考えているとすれば普通借地の方が有利なのでしょう。

問題は事業用定期借地の期間が満了したときです。借地人は普通借地も返還するということが大丈夫でしょうか？

事業用定期借地部分が大半ですから、その対象の土地を返還するとなると普通借地部分のみは更新をするということはしないとは思いますが、こう考えていいのでしょうか？

## 315. 定期借地上の建物の賃貸借

(2021年9月号、No.534)

### Question

A所有地とB所有地が隣接しており、今般、ABで協議をし、ABの各所有地をまたぐ形でBが建物を建て、Cに建物を貸すことにしました。Aの土地については、Bは事業用定期借地で借りる予定です。

1. 上記のケースで、Aとしては、どんなところに注意すればいいでしょうか。
2. Bとしては再契約をしたいようですが、どう契約書に書けばいいですか。
3. 造成費はBが負担しますが、BがAに請求できなくする方法は。
4. 土地に定期借地権の登記をつけようと思っていますが、費用はどちら負担ですか。
5. 敷金はどの位預託させたらいいでしょうか。
6. 中途解約やペナルティーをどう考えたらいいですか。
7. その他、アドバイス

### Answer

1. (1) 契約形態としては、ABの隣接地についてAがBに自分の所有地を貸し、Bが建物をCに貸すということのようです。

(2) Aからすると、Cは借地上の建物の借家人ということになります。この場合、Aとしては以下に注意して下さい。

- ・ 借地借家法 35条により、CがBの定期借地権の終了日を終了日の1年前までに知らないときは、その終了日を知ったときから最大1年間そのまま建物を使用して、土地の明渡しを裁判所に猶予してもらうことも考えられることとなります（なお、猶予されたときは、この間は借家契約も存続し、期間終了とともに借家契約の終了となります。ただ、BC間の借家契約が定期借家契約で、この猶予の期間に定期借家の期間が満了するのなら、猶予期間もそのときまでとすると裁判所は猶予期間を定めるでしょう。）。

したがって、Cに対してAB間の借地契約が定期借地で期間満了日がいつなのかをA又はBから必ず告知しておくことが大切です。

- ・ また、できればBC間を定期借家としてもらい、期間の満了日がAB間の期間の満了日より前に来ることが望ましいと思います。BC間が普通借家のときは、前記に注意して下さい。
- ・ Cが借家人としても、建物の一部を別の人に転貸するかも知れません。将来の強制執行を考えて、AはBに対して建物使用者の特定をし、その内容をAに開示するよう求めて下さい。

2. 再契約については、A B合意をすればできるとして下さい。再契約するとは書かないように。
3. 造成費については、契約の中にBが請求しない旨を明示しておけば大丈夫です。
4. 設定費用の負担はどちらでもいいですが、借地人に負担してもらいましょう。法的には借地人は借地契約をして、建物に保存登記をつければ対抗要件を備えます。  
土地に登記をつけるのは、地主が将来、この土地には定期借地権が設定されていたことを忘れないためであり、メリットはむしろ地主にあります。
5. 敷金は建物解体費用は最低でも確保して下さい。
6. 中途解約については、借主に認めないことが多いです。もし、認めるときは、残期間の地代の支払いはペナルティーとしてさせましょう。
7. なお、期間は20年間とのことですが、法律では10年から30年未満、30年から50年未満が期間です。  
したがって、建物建築開始は契約のあとにして下さい。また、建物解体も契約中にさせ、終了後に解体でもいいとはすべきではありません。  
もちろん、建築中や解体中の地代を少し安くしてあげるというケースはあります。

## 316. 事業用定期借地の中途解約とペナルティー

(2008年8月号、No.221)

### Question

事業用定期借地を締結したいと考えています。借主による中途解約を認めてもいいのですがどうでしょうか。

また、もともと農地だったところを貸すのですが、原状回復の条項として以下を予定していますがどうでしょうか。

「賃貸借契約が終了したときには、借主は本件土地に設置した施設などを撤去して、貸主に返還する。ただし、貸主の承諾を得たときは返還の必要はない。」

### Answer

1. 借主による中途解約を認めることについては、貸主側の予定していた収入がなくなることから、原則としては認めない方向が妥当ですが、当事者の諸事情でこれを認めざるを得ないこともあります。

しかし、その場合でもペナルティーとして例えば敷金（保証金）を没収するなどの対抗措置を契約の条項に入れるべきだと思います。

2. 原状回復については、一般的には本件のような契約条項の記載が多いと思います。農地の形に原状回復をすることについては、これが原則だと思いますので、契約条文の「貸主に返還する」の前に「・・・を撤去し、本覚書締結時の原状に回復のうえ、貸主に返還する」と変更して下さい。農地に戻す必要がないときは、この条項の但書のケースにすればいいわけです。



## 317. 定期借地契約における借地人の中途解約

(2021年5月号、No.526)

### Question

Aは所有する土地をBに事業用定期借地で20年間貸す予定です。

A B間の事前協議のとき、Bから契約期間中の中途解約を認めて欲しい旨の要請があります。Aとしては、どう対応したらいいでしょうか。Bは中途解約のとき、ペナルティーの支払は覚悟していると言っていますが、ペナルティーはどの位が妥当ですか。

### Answer

1. 事業用定期借地の場合、借地人は建物を建てて事業をするのですから、契約の当初に多額の資金を投下していることとなり、契約の途中で解約することを認めて欲しいと要請されるケースはあまり多くないと思います。もしかすると、その土地で事業を開始しても失敗する可能性もあり、損失を小さくしておきたいと考えているのかも知れません。

したがって、貸主としては、相手のことをよく調査して、中途解約を認めるか否かを考えて下さい。

2. (1) もし中途解約を認めるとしても、ペナルティーの検討は大切です。

よくあるケースでは、契約の残存期間相当の地代を支払えば、中途解約を認めるという内容です。ただし、この場合、後継テナントが予定されているのにペナルティーを満額取ってしまうと、暴利行為で無効だなどのことも生じるので、後継テナントが決まり、地代などが同じ条件で契約できたときは、ペナルティーの金額の減額等を考えて下さい。

(2) また、ペナルティーとしては、契約時に預け入れた敷金の没収ということも、ペナルティーを取る方法として考えて下さい。借地契約の終了のとき、敷金の一部を償却（貸主が取得する）ということがありますが、中途解約のときも同様の対応を考えてみて下さい。この場合の償却（あるいは没収という名前でも可）の割合は解約の時期によって異なっていると思います。ただ、注意すべきは、償却を多くしてしまったときに、借地人が建物の収去ができない場合、収去費用の回収は借地人からはなかなかできないことが多いということです。

## 318. 事業用定期借地契約と中途解約

(2009年5月号、No.239)

### Question

事業用定期借地契約を締結していますが、借主から経営不振のため中途解約したい旨の申し入れがありました。契約書の中には、中途解約に言及した条項はありませんが、「借主の責に帰すべき事由」で契約が解除されたときには、保証金没収の規定があります。

また、建物滅失が借主の責任でないときには、中途解約できる旨の条項があります。本件では保証金を没収してもいいのでしょうか。

### Answer

1. 契約書の条文によると、借主からの中途解約を認める条文はないようです。中途解約権については、契約で認めない限り中途解約権限は契約当事者には認められません。

したがって、貸主の債務に不履行があったために借主が契約を解除するなどを除き、借主からの中途解約は特約なき限り認められないこととなります。

本件の質問の契約書では、建物滅失以外に中途解約条項がありませんので、借主の経営不振を理由とする中途解約権は認められないこととなります。

2. そうすると、あとは貸主が中途解約を了解するか否か、了解するとしてもどんな条件なら了解するかの問題だけになります。

3. そこで、本件のような場合、保証金の没収を認めるのなら中途解約に応じるというケースも多いようです。

あるいは、本来の期限までの地代相当分を保証金から控除して残金を返すということもあります。

4. なお、借主の経営不振は借主側の事情ですが、この条文は中途解約の条項がないことから、おそらく借主の賃料滞納のため貸主が解除したというケースを想定していると思います。

5. 要するに、中途解約に応じる義務は貸主にはないので、何らかの条件をつけて中途解約に応ずるか否かを主張してよいということです。

また、解約に応じるとしても、いつをもって契約終了時とするのかも当事者で決めればよいこととなります。

## 319. 建物滅失と借地権

(2022年9月号、No.557)

### Question

土地を事業者（老人施設）に一般定期借地権で51年間貸す予定です。その事業者は老人施設を運営する会社に建物を一括貸しています。

今回、一般定期借地権設定契約書の案文が示されました。その中で、建物が滅失したときは、借地人は地主との借地契約の解約ができ、この場合、地主は借地人に金銭の支払いを求めないとなりました。問題はないことなのでしょうか。

### Answer

1. 借地契約の場合、貸す対象は土地であり、建物ではありません。したがって、建物が滅失したからといって、借地契約の終了とはなりません。

この点、借地借家法8条では、契約の更新のあとに建物が滅失したときは、借地権者は土地賃貸借の解約の申入れが可能で、借地権は申入れから3ヶ月の経過で消滅するとあります。

したがって、更新前にあっては、建物が滅失しても借地契約の消滅が当然であるとは言えないわけです。

2. もちろん、今回のように契約で更新前（本件の一般定期借地権ですので、更新ということはないことから、更新前の契約状態と同じと考えられます）でも、建物が滅失すれば、借地人による解約が可能とすることは自由です。

したがって、貸主としては、このことを理解したうえで、この契約条項を認めるのか否かを検討して下さい。

3. 建物滅失のときに解約を認めるとしても、滅失が不可抗力なら仕方ないかも知れませんが、借地人側の帰責事由にもとづく場合に何らの金銭的補償が地主にないというのでどうでしょうか。

期間満了までの地代額は支払えとか、預かっている保証金（敷金）は返さないなどの条件をつけてもいいのではないのでしょうか。

## 320. 借主の破産と敷金没収

(2009年3月号、No.235)

### **Question**

建物の借主が近日中に破産を申立てるようです。破産申立ての代理人弁護士からは、新しいテナントを紹介したいと言われていました。賃貸借契約書には、借主による中途解約あるいは賃料未払いなど借主の帰責事由のために契約が解除されたときには敷金は没収するとあります。

ただし、借主が新しいテナントを貸主に紹介し、同一条件で新しいテナントとの契約が締結できたときには敷金は返還することになっています。申立代理人が紹介したテナントからの条件提示によると、従前家賃より低いものになっています。

貸主は新しいテナントと契約しなければいけないのでしょうか。契約しなくても敷金は没収できるのでしょうか。貸主は今のところ問題の建物を第三者に貸す意思はありません。

### **Answer**

条件が同一ではないようですから、貸主が新しいテナントと契約する義務はありませんし、そうしたからと言って敷金を返せと借主は主張できないと思います。

今後借主が破産すると、管財人側から解除してくると思いますので、そのときは敷金を没収して下さい。ただし、破産の場合この没収については合理的範囲内の没収しか認めないとされる判決がなされる可能性もありますので注意して下さい。

## 321. 地代変更書面について

(2012年9月号、No.318)

### Question

事業用定期借地契約を締結しました。将来、地代を改訂する場合、公正証書を作り直す必要があるのでしょうか。覚書でもいいのでしょうか。

### Answer

2. 地代を変更する場合であれば、事業用定期借地契約の公正証書を作り直す必要はなく、覚書で構いません。

2. ただし、以下の点に注意して下さい。

- ① 覚書を作成するにあたり、契約書○条には地代として〇〇円の記載はあるが、双方協議のうえ、平成〇年〇月分から地代を金〇円に改訂した旨を明示しておくこと。
- ② 公正証書の中に、金銭の支払いに関して執行認諾約款(お金を支払わないときは、この公正証書で強制執行をしてもいいとの文言)があっても、地代額が公正証書の金額と合致していないので、改訂した地代額での強制執行はこの公正証書ではできないこと

## 322. 事業用定期借地契約の地代変更

(2013年3月号、No.331)

### Question

事業用定期借地契約を締結していますが、今般、借地人より地代の減額の要請があり、これに応じようと思います。

地代を減額した場合、公正証書を作成する必要はありますか?覚書等の一般的な文書でもいいでしょうか。

その他契約条件を変更する場合はどうでしょうか。

### Answer

1. 賃料減額の合意が成立した場合、新たに公正証書を作成する必要は原則としてありません。覚書や合意書、念書など、表題は何でもいいですので、書面を作成しておいて下さい。
2. 賃料以外に契約内容の変更があったときも同様に考えていただいて結構です。  
ただし、賃貸の対象土地が増えるときは、その部分を対象とした契約書を公正証書で作成しておく必要があると思います。
3. なお、賃料について覚書等の文書を作成している場合、賃料の支払いに関しては、公正証書による執行力はありませんので注意して下さい。

事業用定期借地契約を公正証書で作成する際、金銭の支払いについて執行認諾約款（強制執行してもいいという意思表示）をつけることがあります。

覚書で地代の金額が変わるわけですが、覚書に記載した金額は公正証書に記載した金額ではないので、その部分については公正証書による強制執行はできないことになります。

## 323. 会社分割と賃借権譲渡

(2016年5月号、No.406)

### Question

X社との間で期間 20 年間の事業用定期借地契約を締結し、現在、残りの期間が 5 年間となっています。

先日、X社より、ビジネスホテル部門について会社分割をして、借りている土地に建っている建物 2 棟のうち、ビジネスホテル 1 棟については Y 社の名義にした。Y 社の全株式は X 社が保有する。そこで、土地の利用形態は X 社がそのまま借主となり、ビジネスホテルの部分を Y 社に転貸をしたいとのことでした。

X社とY社との間は一時的な使用目的の借地権とのことでした。

建物名義を X 社から Y 社に変更したのですから、借地権の無断転貸にはならないのでしょうか。また、注意する点は何でしょうか。

### Answer

1. 会社分割には吸収分割と新設分割があります。吸収分割とは既に成立している会社に対して権利義務の全部または一部について承継させる行為です。新設分割とは株式会社等がその事業に関して有する権利義務の全部または一部を分割により新設する会社に承継させる行為です。

そして、新設分割の場合で、新設する会社に承継させる資産の帳簿価格の合計額が新設分割会社の総資産額の 2 割を越えない場合には、株主総会の決議を省略することが出来、この分割を簡易新設分割と言います（会社法 805 条）。

2. 会社分割をすると、移転する事業に関する権利義務が新設する会社に移転することになるため、債権者を保護するための手続が用意されており、債権者に異議を述べる機会が与えられています（会社法 810 条）。具体的には、分割すること等を官報に公告し、知れている債権者には個別に催告することが必要です。

しかし、新設分割設立会社（今回のケースでいう Y 社）が承継する債務を新設分割会社（X 社）が全て併存的に債務引き受けまたは連帯保証する場合には、債権者保護手続も省略することが認められています。

本件においても、X 社が Y 社の承継する債務を連帯保証等することとなっていて、債権者への公告ないし催告が省略できるケースであったと推測されます。そのようなケースであれば、債権者への知らせが無かった点については問題ないと考えます。

3. そして、ビジネスホテルの所有権が Y 社に移転したことが無断転貸にならないかという点を検討してみますと、（解除しうるような）無断転貸に当たるか否かについて、裁判所は貸借人・賃借人間の信頼関係を破壊されたと認められない事情があるかという点に着目して判断してい

ます。そして、個人事業が株式会社に法人成りした事案など、営業状況に実質的な変化が無いような場合には信頼関係が破壊されていないと判断しています。

本件について考えますと、会社分割というのはいわゆる包括承継であって、人間のケースに例えるとX社の相続人がY社という関係になること、Y社の株は100%X社が保有しているということ、ビジネスホテルという事業内容も変わらないという点から、営業状況に実質的な変化が無く、信頼関係が破壊されておらず、解除しうるような無断転貸には当たらないとされる可能性もあります。

なお、ネットの情報では賃借権譲渡に関し同じような点が問題となった事件において、裁判所が、無断譲渡に当たるか否か判断をせずに「賃借権譲渡に対する適切な承諾料を支払う」という内容の和解を勧めたケースがあるようです。

4. そうすると、本件で建物のひとつがY社名義になったのですから土地の利用契約は色々なパターンが考えられます。

建物の敷地ごとに借地契約にする（Y社名義の建物については借地権譲渡ということ）とか、本件のように土地はX社が借主のままY社名義の建物の敷地について借地権を転貸するという方法などです。本件は後者を選択したことになります。

5. 今後注意することは以下の点です。

(1) 転貸ですので承諾料をどうするか。

(2) 転貸の範囲はどこになるのか。

(3) 転貸期間は5年なので一時使用目的の借地権でいいと思いますが、何のための一時使用とするのか。

(4) そもそも転貸にするのか、建物ごとの借地契約にするかは貸主と協議する必要があるのではないか。

などです。



## 324. 事業用定期借地の期間延長について

(2018年7月号、No.458)

### **Question**

平成10年に期間20年間の事業用定期借地契約を締結しました。

今年、期間満了になりますが、あと5年間期間を延長する予定です。公正証書の作成は必要でしょうか。借地借家法は、契約のあと改正され、最大50年未満になっていますが、改正条項の期間の範囲内なら期間の延長は可能でしょうか。

### **Answer**

1. 事業用定期借地権の期間については、法律で定める期間であれば、当事者間の合意で変更は可能で、この場合、公正証書の作成は要件ではありません。
2. 平成20年に期間が法改正されていますが、改正前に成立した法律でも、改正後の期間内であれば、公正証書がなくても変更は可能です。

登記の期間の変更をするには、原因証書となる文書は必要ですが、公正証書は必要とされていません。

## 325. 事業用定期借地権の期間延長

(2019年10月号、No.489)

### Question

15年前に期間15年間の事業用定期借地契約を締結し、平成30年に期間が満了しています。実は、そのあとも土地を同じ状態で貸しています。

事業用定期借地契約の期間を延長しようと思いますが、15年前の契約書を前提に覚書で期間延長は可能でしょうか。

### Answer

1. 質問のケースの場合、再度、事業用定期借地契約書を公正証書で作成する必要があります。すでに期間は満了していますので、今後も契約関係を存続させようとするのなら、期間満了後の日を始期とする契約が必要です。
2. 借地借家法が改正されたことから、契約期間中に事業用定期借地の期間を延長する場合がありますが、質問のケースのように期間満了後に期間を延ばしたいというケースとは異なります。契約期間中に延長をするときには、公正証書を作成しなくても期間延長の合意書を作成すれば法律で許容される範囲で期間は延長できますが、本件のケースは「1」で述べたとおり、あらたな契約になります。
3. なお、当事者間の合意で期間満了前の日に期間延長の合意があったとする文書を作成することも考えられます。(合意文書を日付を期間満了前の日としてしまうこと。)ただ、これは本来は許されないことで、脱法的行為です。

## 326. 事業用定期借地の貸主の相続

(2020年9月号、No.509)

### Question

平成19年に組合員が事業用定期借地契約を借主との間で締結しました。

貸主が今年死亡し、土地を子供たちが共同相続して登記も完了しています。

また、借主側の保証人も死亡していることが最近判明しました。そこで、以下の点を質問します。

- ①貸主が死亡し、相続人が土地を相続したとき、貸主変更のため新たに公正証書の作成は必要でしょうか。
- ②新しい保証人をつけてもらうことになりましたが、その場合も新しく公正証書を作成する必要はありますか。

### Answer

1. 貸主に相続が発生した場合、従前の貸主と借主との賃貸借契約は、相続人である現在の貸主に承継されます。そのため、公正証書で作成した事業用定期借地契約については、新たに契約書を公正証書で作成する必要はありません。

ただ、貸主が変更になったことを確認するため、貸主変更の通知をするか、借主との間で貸主変更の覚書を作成して下さい。

2. 保証人については新たに立てるとのことですが、保証契約のための事業用定期借地契約の公正証書を作成する必要はありません。貸主との間で保証契約を作成して下さい。なお、民法の関係で、極度額の明示は必要です。

## 327. 借地権の譲渡と転貸

(2020年12月号、No.516)

### Question

組合員が所有している土地をA社に事業用定期借地として貸しています。

今般、A社の経営上の理由から、建物をB社に譲渡したいと言ってきています。組合員はB社への譲渡を了解する予定ですが、組合員とB社とはどんな関係になるのでしょうか。借地権の譲渡ということでしょうか。

### Answer

1. 建物をA社がB社に譲渡する場合、一般的にはA社の借地権もB社と一緒に譲渡するものと思いますので、借地権の譲渡がなされるものと思います。
2. (1) ただ、建物の所有者がB社になった場合のすべてが借地権の譲渡があったと断定することはできません。借地権の転貸借がA B間でなされることも考えられます。  
(2) 借地権の転貸借の場合、建物の所有者は転借人です。  
もし、建物所有権はA社のままで、B社が建物を使用しているような場合は、借地権の転貸借ではなく、A社が所有している建物をB社に賃貸しているだけの状態です。  
(3) したがって、建物がB社になった場合には、借地権の転貸借というケースも想定されます。
3. 借地の権譲渡と転貸借のちがいは、組合員との借地契約がA社からB社に移転されたのか、それともA社と組合員との借地契約は存在しているかのちがいです。前者が譲渡であり、後者が転貸借です。
4. 組合員としては、A社に対して、A社は契約上の地位から離脱するのか、維持するのかを確認しておくことが大切です。

## 328. 借地人が借地の一部を転貸するときの注意点

(2020年11月号、No.514)

### Question

組合員がドラッグストアに広大な土地を事業用定期借地で貸しています。

今般、ドラッグストアから駐車場として使用している土地の一部をコインランドリーの業者に転貸し、コインランドリーの名前で建物を建てさせたいと考えている。駐車場は共同となる予定とのこと。

転貸を認める場合、ドラッグストアとの変更契約書を公正証書にする必要はありますか。その他、注意する点は何ですか。

### Answer

1. (1) 組合員とドラッグストアとの契約（原契約という）は、すでに公正証書で事業用定期借地契約書を作成していますので、この原契約書の内容を変更するにあたっては、原契約当事者間で覚書を作成すればいいと思います。（覚書は公正証書の必要はありません。）

(2) 内容は以下のとおりです。

- A. コインランドリー（事業者の特定を）への転貸を認める。
- B. 転借人の名前で建てる建物を特定する。（場所、構造など）
- C. 駐車場の共用を認める。
- D. 転貸借は原契約の終了日までの事業用定期借地契約とする。

大体、以上のとおりです。

2. 転貸時の注意点は以上ですが、万一の場合に備えて、ドラッグストアとの原契約で決めた敷金については追加して預かっておいた方がいいと思います。

また、転貸をしたときの契約書の写しをもらっておいて下さい。（地代についてはマスキングでOKです。）

## 329. 転借地人の地位

(2017年7月号、No.434)

### Question

組合員AはBから依頼され、A所有地に事業用定期借地契約をBと締結予定です。BはCと同じグループ会社ですが、BからするとCは親会社的存在になります。

今般、A所有の土地について、CがBの借地権を転借したいとBCからAに要請がありました。Aとしては、転借人CがA所有地にC名義の建物を建てて土地を使用するのは問題ないと考えていますが、BC間の転貸借契約は普通借地契約にしたいとのことです。

Aとしては、BC間の契約を普通借地契約とすることについて何か問題は生じないか、具体的にはBとの契約期間が満了したときに土地は戻ってくるだろうかの心配がありますが、どうでしょうか。

今のところAはBCを含めた三者で以下の覚書を締結する予定です。

- ①Cは更新を請求しないこと。
- ②建物を再築しても存続期間の延長を主張しないこと。
- ③建物買取請求をしないこと。

### Answer

1. 質問のケースはAB間の賃貸借契約が事業用定期借地権契約で、BC間の転貸借が普通借地契約ということです。

Cの転借権はBの賃借権を前提にしていますので、Bの賃借権が消滅すればCの転借権は消滅するのが原則です。

そして、借家契約のときには、借地借家法34条で、賃借権が期間満了や解約申入れで終了するときには予めその旨を賃貸人は転借人に通知をし、この通知から6ヶ月しないと転貸借は終了しないとされています。

しかし、借地の場合にはこのような条文はありませんので、原則に戻って賃貸借が終了すれば転借人は賃貸人に土地の使用を主張できないことになります。

さらに、民法613条は「転借人は賃貸人に対して直接義務を負う」とあります。

具体的には転借人は賃貸人に対して目的物の保管義務、賃貸借が終了したときの目的物の返還義務とされていますので、AはCに対して土地の明渡しを直接請求できることになります。

ところで、質問ではABC三者間で覚書を作成するとのこと。この内容ですが、ABC三者は消費者契約法の対象外ですので、この覚え書きを締結すること自体に問題はありません。

ただ、この三点については「借地権者に不利なものは無効とする」と借地借家法は明示しています(同法9条、16条)。

したがって、問題はCがBに対して覚書の三点について請求しないことが「借地人に不利なもの」となるかです。この点、BCはひとつのホールディングの中の会社で、CはBの親会社的存在であること、BCの都合で普通借地契約にすること、ABの契約は定期借地であることをCは十分に理解していることから、この覚書の三点についてCが請求しないとするのもCに不利な内容であるとは断言できないと考えます。

それに、もしCがAB間の期間満了時に土地の明渡しをしないと、BはAとの関係で債務不履行責任を負うこととなるので、同じホールディングのグループ会社としてCが明渡しをしないことがあるかの疑問もあります。

2. ただ、今までの裁判例などではAB間の合意で賃貸借契約を終了させるときはCの転借権も消滅するかの議論はあります。

しかし、本件はCはAB間の内容を了解しているのですから、AB間の期間満了のときにはCの転借権もAに主張できないと考えていいと思います。そのため、質問のような覚書を作成されておいた方が妥当と考えます。

3. 今回のケースで問題が生じるとすると、Bの地代未払いなどのときにAがAB間の契約を解除した場合のCの地位です。

Cとしては自分に言ってくればBの代わりに地代を支払ったのに、勝手に解除したと主張するかも知れません。しかし、事前にこのことをCに告知する約束をAがしていなければ、AはCに告知しなくてもBとの契約の解除は可能です。

ただし、AB間の合意解除の場合はCの転借権はAに主張できるとするのが裁判所の考えのようです。

この場合のAB間の賃貸借契約は終了しているとするか否かなどのABC三者の法律関係については議論のあるところではあります。

## 330. 定期借地権の譲渡と公正証書

(2010年9月号、No.271)

### Question

現在、土地を所有する組合員が事業用定期借地権を設定して土地を貸しています。

借主が借地権を譲渡したいと言っていますが、公正証書をあらためて作成する必要はありますか。

合意書のようなものでもいいのでしょうか。その場合、前の借主との間の公正証書の写しを合意書に添付すべきでしょうか。

### Answer

1. 事業用定期借地権設定契約について、借地借家法 23 条 3 項は、公正証書によってしなければならないとしています。

これは、契約を成立させるためには公正証書による必要があることを定めたものですから、公正証書によって契約を締結すれば足り、契約を存続させるために公正証書の作成が要求されているわけではありません。

そして、一度契約が成立した以上、その契約に基づく借地権を第三者に譲渡しても、その第三者は成立している契約を引継ぐに過ぎないので、改めて公正証書を作成する必要はありません。

2. したがって、今回の相談事例でも、借地権譲渡の合意書を作成する際に新たに公正証書を作成し直す必要はなく、私文書で足りる。

また、合意書の末尾に公正証書の移しを添付することも法律上要求されていません。もっとも、譲受人が譲り受ける借地権の内容を特定し、明確にするための方法として、公正証書の写しを添付することは考えられます。



## 331. 借地上の建物の譲渡禁止について

(2018年6月号、No.456)

### Question

事業用定期借地契約が間もなく期間満了となります。

土地所有者としては、再契約してもいいのですが、借地権者が将来変更されるかも知れないことに不安を感じています。

借地権の譲渡については、貸主である地主の承諾事項としますが、建物の譲渡自体を禁止する契約条項を設けておけば、借地権の譲渡自体の問題は生じないのでしょうか。

### Answer

建物の譲渡禁止の条項を設けても効力はないと思います。

借地借家法 19 条は、建物を第三者に売却することで借地権の譲渡となることから、これを承諾しない地主に対して、裁判所に承諾に代わる許可の裁判を申立てることができる規定しています。

そして、同法 21 条は、これに反して借地人に不利なものは無効とすると規定します。

つまり、譲渡禁止が有効なら、この 19 条の問題は生じないこととなり、同 21 条との関係と矛盾します。結局、譲渡禁止条項は同 21 条との関係で効力は生じないと思います。建物の所有権者は借地人ですので、所有権の行使を第三者が制限できないからです。

但し、誤解すべきではありませんが、建物を譲渡し借地権も第三者に譲渡することが貸主に対して有効となるのは貸主がこれを承諾する場合で、承諾しないときは、前述の承諾に代わる裁判でその可否を裁判所が判断します。

## 332. 借地人が借地権を転貸し、自らが借家人になるケース

(2020年10月、No.511)

### Question

地主はAに事業用定期借地権で土地を貸し、AはBに借地権を転貸し、Bが土地上に建物を建てます。その後、Aがその建物のテナントとして入店します。

このようなケースでは、どんなことに注意をしておくべきでしょうか。

### Answer

1. 質問の形態はよくあるケースのようです。この場合、以下の点に注意して下さい。

① AからBへの転貸についても、地主とAとの間の契約とできるだけ同一にする。

具体的には、AB間の契約も20年間の事業用定期借地とする。この旨を地主とAとの契約の中で記載しておく。

② 借地上の建物の賃借人の地位ですが、借地人の土地利用権限がなくなれば、建物の賃借人も借地人が建物を収去して土地を地主に明渡す関係で、建物から退去することになります。

ただし、建物の賃借人が借地人の土地利用期間の終了をその1年前までに知らないときは、1年を超えない範囲で建物の明渡しの猶予を裁判所に求めることが可能となります。

本件のAは建物の賃借人ですが、借地人でもあるので、この点の心配はありません。

しかし、Aは本件建物を別のテナントに転貸するのではないかと思います。したがって、このテナントに対しても本件建物は事業用定期借地権にもとづくものだという事並びに、借地期間の満了日を認識させておく必要があります。借地人Aに対して、この旨の告知を課しておいて下さい。

また、地主として、誰が建物を使用しているかは、将来の土地明渡しの裁判などのとき知っておく必要のある内容です。借地人Aに地主に対して建物の使用者の告知をするようにして下さい。

③ あわせて、建物賃貸借については、できれば定期借家契約とし、終了時期をAとの間の事業用定期借地権の終了時期に合わせておくことも検討して下さい。

仮に、建物の契約期間がAとの事業用定期借地の終了時期より長くても、前述のとおり、建物の賃借人に対して事業用定期借地で期間の終了時期を告知してあれば、建物の退去を地主は求めることが可能です。

## 333. 借家人の承継と原状回復

(2020年9月、No.510)

### Question

- ・組合員が平成10年に期間15年間でA社に賃貸。
- ・平成15年にA社が組合員の承諾を得てB社に転貸。
- ・平成25年に組合員がB社と賃貸借契約。
- ・本年になり、B社から解約申し入れあり。
- ・前借主A社が原状回復しないままで組合員はB社に賃貸していることから、B社は原状回復の必要はないと主張。これに対して、組合員はB社がつけた造作の撤去、屋根はB社が色を変えたから元の色へ、エアコンはB社がつけていると思うのでこれも撤去、ドアの故障はB社になってからなので修理を、などと反論しています。  
どう考えればいいでしょうか。

### Answer

1. 平成25年のB社との契約内容次第で結論が変わると思います。  
当初のA社との契約を一旦終了して、新たにB社と契約したとするのか、それともA社との契約は平成25年の時点で変更されるものの、借主の地位がA社からB社に承継されたとするのかです。
2. 新たな契約ということになると、その時点の設備等を前提に、B社に貸したことになります。そうすると、その時点の設備等は誰のものかが重要です。  
A社が設置した状態のままでB社との契約をしたとなると、A社が設置していた備品はA社と貸主との合意で貸主のものになったのか否かです。  
もし、貸主のものになっていたとすると、その状態でB社に貸していることになるので、B社の原状回復もこれを前提として考えることになります。つまり、撤去の必要はないということです。  
しかし、貸主のものとはせず、B社のものとして備品を残していたとすると、当然B社において撤去してもらうことになります。
3. また、前述の前半の貸主のものとしていたとしても、B社との合意で撤去を決めていたのであればB社の撤去は当然ですし、B社自身が転借人のときに設置していたものはB社のものですから、B社が撤去するのが原則です。

4. 本件の場合、以上から検討をすることになると思います。質問の②屋根については、赤色のものをB社が黒にしていますので、これはB社がやるべきでしょう。
- ③エアコンについて、B社が設置したのなら当然B社です。もし、A社が設置していたとすると、前述のとおり、そのエアコンは誰のものかになります。A社のものとなると、B社には撤去義務はありません。(貸主はA社のエアコンをB社に使用させていたということになります。)
- ④扉の故障は、原因がB社の使用方法にあるのなら、B社に修理してもらうことになります。
5. 本件建物に次のテナントがいるのなら、そのテナントの考えも考慮してB社の主張を考えると、次のテナントとのトラブルを防止するため、貸すときに原状回復の内容を確認しておくことが大切です。
6. 平成 25 年に借主の地位がA社からB社に承継されたということなら、貸主に対するA社としての原状回復義務をB社が承継したと考えるのが原則だと思います。したがって、A社に撤去義務があれば、B社もその義務を承継したと考えることになります。

## 334. 原状回復（借地契約）について

(2014年11月号、No.370)

### Question

組合員が所有地（畑）を事業用定期借地として貸すことになりました。造成費は借地人が負担しますが、契約終了のとき畑に復帰させることはむずかしいと思います。

そこで、建物を収去してもらい、土地は現況で明渡してもらうことも考えたいと思います。どんな契約条項にしたらいいでしょうか。

### Answer

1. 原状回復については、原則として貸したときの状態に戻して返還することを明示して下さい。そして、次に、貸主が指示すればその指示した内容で原状回復すればよい旨を明示して下さい。

2. ひな形としては以下のとおり。

「本契約が期間満了、合意解約又は解除その他の事由により終了するときは、借主は契約終了時までに本件土地上に存する建物その他一切の定着物を自らの費用負担により収去し、本件土地を本契約開始時の原状に復して貸主に明け渡さなければならない。

ただし、貸主において、本契約終了〇ヶ月前までに原状回復に関しての指示があったときは、借主はその指示に従った原状回復をすれば足りるものとする。」

3. この条項を前提に、貸主から建物を収去した更地の状態で返還すればよい旨の指示をして下さい。

なお、造成費等の費用を後日借主から請求されないために、借地人は事由の如何を問わず、本件土地を維持保全し又改良を加えた場合でも、必要費並びに有益費の償還請求をしない旨の文言を入れておいて下さい。

## 335. 事業用定期借地契約の期間延長

(2017年1月号、No.422)

### Question

組合員が事業用定期借地権で土地を貸しています。平成15年の契約で期間は15年間です。

今般、借地人と協議し、契約期間を延長しようと考えています。延長期間は10年間です。期間満了の前に合意書を作成する予定ですが、期間の延長は可能でしょうか。

### Answer

1. 質問の契約は定期借地部分についての法改正前の契約ですので、当時の事業用定期借地権の期間は10年から20年ということになります。

ご存じのとおり、事業用定期借地権の成立のためには公正証書の作成が要件となっています。

2. (1) 問題は、公正証書で定めた契約期間を延長できるかですが、法律で定められた期間内であれば可能とされています。

(2) 次に、その延長の方式ですが、公正証書による文書を作成して延長期間を定める必要があるか否かです。この点、条文上ははっきりとはしません。期間については公正証書に明示しておくのですから、延長期間の合意も公正証書にするべきだとの考えもあります。

しかし、公正証書の作成は事業用定期借地権の成立要件にすぎません。そうすると、その変更についてまで公正証書の必要はないとも考えられます。

ところが、反面で事業用定期借地権なのですから、期間が重要であり、その重要な内容の変更が公正証書でなくても構わないというもおかしいと考えることもできます。この点については判例はなく、条文からすると公正証書の作成は必要ないということになろうと考えています。

3. ただ、質問のケースでは契約期間が25年間となり、当時の法律上の期間の20年間を超えます。しかし、文献などによると、法改正前の事業用借地でも、法改正後の期間（10年以上50年未満）の中であれば、延長は可能で、この場合に公正証書の作成は不要とされています。

延長期間が長くなるのであれば、用心のため公正証書を作成することも検討して下さい。

4. また、事業用定期借地権の登記がある場合に、契約期間を変更すると、登記の契約期間の文言も変更することになります。

設定のときには公正証書の謄本が登記申請時に必要となりますが、変更をするときは、おそらく期間を変更する旨の当事者間の文書で構わないと思いますが、地元の法務局と事前に協議をして下さい。

## 336. 再度の事業用定期借地契約前の合意

(2022年2月号、No.544)

### Question

貸主Aは、借主Bとの間で事業用定期借地契約を締結していました。期間満了前からAB間では再度の事業用定期借地契約を締結する事実上の合意をしていましたが、Bの都合で期間満了日までに再契約の締結ができず、そのままの状態です。3ヶ月を経過しました。

今回、Bより、準備ができたのでAと再契約をしたいと申し入れがあり、Aも了解しています。再契約の始期は再度の事業用定期借地の契約日となりますが、前の契約終了から再契約までの期間についての何らかの合意は必要でしょうか。AはBから、前の契約の地代を支払ってもらっていました。

### Answer

1. 法的には、この空白の期間はBによる不法占拠の期間ということになるので、BがAに支払った金員は地代ではなく、地代相当損害金となります。

したがって、Aとしては、この空白期間について何らかの合意をする必要性はないように思います。

2. ただ、この空白期間を法的根拠のある期間とするのであれば、方法は二つかと考えます。

① 前の事業用定期借地の期間を再契約の始期の前日までAB間の合意で延長した旨の合意をする。こうすれば、前の契約が存続していることとなります。

問題は、AB間の合意があったとは言え、期間延長の合意書の作成日は、前の契約の本来の期間終了日前である必要があり、契約日をさかのぼらせることになることです。AB間で合意していれば問題ないでしょう。

② 前の契約は本来の期間で終了したが、AB間で普通借地契約の合意をし、再度の契約の成立をもってAB間で普通借地契約を合意解約するという方法です。普通借地なので、文書が成立要件ではありません。

3. 以上のような方法ですが、空白期間についてあまり厳格に考える必要があるかは疑問です。

## 337. 事業用定期借地権の期間延長について

(2023年3月号、No.570)

### Question

組合員がスーパーに土地を貸しています。スーパーとの間では期間 20 年の事業用定期借地契約を締結しています。期間は今年で満了となりますが、スーパーより、あと 10 年間貸して欲しいと言ってきています。

組合員としては構わないのですが、この場合、期間延長の覚書を作成しておけばいいのでしょうか。

### Answer

1. 質問のケースですが、借地借家法の事業用定期借地権の条文の改正前の契約のようです。公正証書の条文をみると、旧条文（法 23 条となければ旧条文です）のようです。
2. 当時は上限 20 年でしたので、質問の借地権は 20 年を上限としています。したがって、これ以上の期間については定期借地権とはなりません。そのため、期間を延長したいのなら、公正証書を作成する必要があります。
3. もし、期間がたとえば 10 年で、あと 10 年延長したいというときは、20 年を超えないので覚書で OK です。この覚書については、公正証書作成は必要ありませんが、地代支払などについて、もとの公正証書に執行認諾約款があっても、覚書の対象部分の地代に関しては公正証書の強制執行はできません。心配なら覚書も公正証書にして下さい。
4. 同様に、改正後の契約の場合も条文の範囲内なら延長は可能です。ただ、現行条文の 23 条 2 項の 10 年から 30 年未満の契約をしていて、そのあと期間を 23 条 1 項の最大 50 年未満まで延長可能かという点、条文の条項がちがうことになり、疑問はあります。

公証人作成のホームページでは、当初の条文の条項を超える期間の延長については、公正証書作成が必要との見解を示しています。



## 338. 事業用定期借地の終了とその後の使用継続

(2010年11月号、No.275)

### Question

事業用定期借地契約をしていましたが、すでに期間は満了しています。  
しかし、期間の満了を失念し、借地人が現在でも土地を使用して地代の支払いをしています。  
このまま放置すると借地権が発生するのでしょうか。

### Answer

定期借地権の期間満了後も借主が土地使用を継続していても、借主は土地に対する利用権を持っていません。

したがって、貸主は借主に対して建物収去土地明渡を求めることは可能です。ただ、期間満了の事を知りながら、貸主が使用を容認していたとすると、上記の明渡請求は認められない可能性もあります。

この場合、借主が地代を支払っていたとすると、当事者双方で黙示の普通借地契約が成立したと法的に構成することも可能です。(事業用定期借地は公正証書の作成が要件なので、定期借地の合意という構成は無理です。)

したがって、早急に明渡しを求めるのか、使用を継続することに問題がないのなら、新しい定期借地契約の締結をするかを定めるべきです。

## (2) 普通借地

### 339. 借地契約書の契約期間

(2011年6月号、No.289)

#### **Question**

組合員からの相談です。

先代が建物所有目的で土地を貸しており、今回、その契約書面が発見されました。これによると、何回か更新していたようですが、最新の契約書の契約期間は10年間となっています。10年間とすると、来年で満期となるのですが、土地の返還は可能でしょうか。

#### **Answer**

借地借家法では、借地契約の期間は30年を最低とし、最初の更新は最低20年、その次からは最低10年とされており、これより長い期間の約束は有効ですが、これより短い期間のものは、一時使用目的や事業用定期借地でないと効力が否定されてしまいます。

今回発見された契約書は期間10年ですので、旧借地法の適用としても期間が短いので、その効力が争われると、地主に不利となる可能性があります。一時使用目的と言えるかの証拠などを、念のため捜しておいた方がいいでしょう。

## 340. 借地契約の始期について

(2014年12月号、No.373)

### Question

土地を甲の先代が所有していたとき、その先代は親戚の乙に乙が所有する建物を建てさせていました。無償だったようです。

その後、乙はその建物を売却して丙が居住していました。

丙は平成5年に建物を建て替えています。平成25年に甲の先代が死亡したため、土地は甲所有となっています。甲の先代は平成20年から丙より地代はもらっていました。

甲としては、契約書を作成したい。この場合、借地契約はいつから何年間とすればいいですか。

### Answer

1. 質問からすると、現在の状況は以下のとおりとなります。

土地は甲所有。その土地に丙名義の建物が存在。現在、地代はもらっているが、契約書はない。丙の生死ははっきりしない。

建物は平成5年1月に建てられているが、当時は無償で土地を使用。地代は平成20年以降からももらっている。

2. 借地契約の期間について

もともとは、乙あるいは丙との間で、甲の先代が自分の土地の上に無償で建物を建てさせていたのですから、この当時は使用貸借であり、建物所有目的の土地賃貸借（借地権）ではありません。

質問では、平成5年に丙が建物を建て替えています。この当時は地代をもらっていないので借地権にはなりません。

しかし、平成20年ころから地代をもらっていたということからすると、このときに甲の先代と丙との間の借地契約が成立したと考えられます。

現在の借地借家法は平成3年され、平成4年には施行されているので、本件は同法の対象となり、地代をもらっていた平成20年から30年間の期間ということになります。

旧借地法の時代に建物はありますが、使用貸借契約ですので、旧借地法の対象にはなりません。

したがって、建物が堅固か否かで期間も変わりません。

3. 丙が死亡のとき

丙が死亡していたときは、建物所有並びに借地権の相続人を確定してもらって下さい。

確定する前は、丙の相続人が相続分に応じて全員で借地契約の借主の地位を相続していることとなります。相続が長引くなら、相続人らとの間で契約書を先に作成してもいいでしょう。

4. なお、契約の期間については、地代をもらうことになったときに契約の始期ということになりますが、始期をいつにするかは丙側と協議して下さい。

協議がうまくできないときは、丙側に対して民事調停を申立ててみたらどうでしょうか。

5. 最後に、地代を平成 20 年ころからもらっているということですが、地代として処理されているでしょうか。

固定資産税（都市計画税）相当額を謝礼として受領しているのであれば、地代とは言えないと評価されてしまう可能性もあります。

税金に近い金額でも地代として収入に計上しているのなら、地代と評価される可能性はあります。

もし、謝礼として処理しているとすると、現在の関係は賃貸借（借地権）ではなく、使用貸借ということになります。

この場合、甲と丙側で協議して、いつから 30 年間の借地契約とするかを協議することになります。（当然、地代として金員を受領して下さい。）

## 341. 二筆にまたがる建物と借地契約

(2017年3月号、No.426)

### Question

組合員AはA地を所有し、その隣にB所有のB地があります。BはA地とB地の二筆にまたがってひとつの建物を所有して、その建物でレストランを経営しています。

AとBは親類なのでA地についての契約書の作成はありません。Aとしては地代をもらってBとの間で借地契約を成立してもいいと考えていますが、A地とB地との境界がはっきりしません。

J Aが契約に介入するにあたり、どんな注意をするべきでしょうか。

### Answer

重要事項説明にあたっては、A地とB地の境界がどのように不明確であるかを明示しておくべきでしょう。そして、Aに対しては、もし、Bが地代滞納などで契約が終了した場合には以下に注意して下さい。

B所有建物はA地上では不法占拠となるので、BはA地上の建物を収去する義務があります。

もし、Bが収去をしないときはAは裁判をすることになりますが、この場合、Bの建物のどこまでの部分がA地上にあるかをはっきりさせる必要があります。

本件の場合、境界がはっきりしないのですから、建物のどこまでの部分を収去の対象にするかの問題が将来生ずる可能性があります。早急に境界を明確にしておくべきでしょう。

## 342. 賃料増額請求について

(2021年12月号、No.540)

### **Answer**

借地契約にあたり、契約後何年間は賃料の減額請求をしないとの契約条項は有効でしょうか。

### **Question**

1. 借地借家法 11 条では、当事者はいつでも地代について増減額の請求をすることができる。ただし、一定期間地代を増額しない特約のときは、その定めに従うとあります。(借家のケースも同法 32 条で同じ内容の規定となっています。)
2. この条文に反する特約に関して、法 16 条に借地権者に不利な特約は無効とするとありますが、同条には前記 11 条に反する場合を無効とするとは規定されていません。
3. したがって、何年間は地代の減額請求をしないとの特約は、原則として有効と考えていいと思います。  
ただし、借主が消費者であるときは、法 11 条で減額請求権の条文があることからすると、他の条項との関係でも借主に不利益なときには消費者契約法 10 条で、その条項が無効となる可能性もあります。

## 343. 車庫の契約について

(2017年9月号、No.438)

### Question

組合員所有の土地を借りたいという人がいます。

その人は土地の上に建物を建て、その中に自分の愛車約10台を入れたいとのこと。

組合員としては、土地を貸すのはいいが、いつまでも貸し続けるのは困る。何かのときに土地を返してもらえる方法はないかとのこと。

### Answer

1. 趣味の車を入れる目的で建物を建てて土地を借りるのでから、定期借地を考えたとしても、事業用定期借地にはならないでしょう。

本件の場合、普通借地か一般定期借地、あるいは建物譲渡特約付借地権の方法になると思います。

2. 建物自体が簡易であるようなものであれば、駐車場として土地を貸したと考えて民法上の賃貸借契約であると構成することもできるかは考えます。

しかし、車を大切にされる方でしょうし、おそらく車自体も高価なものと思いますので、防犯その他のことを考えると、建物も立派なものにされるのではないかと推測します。

そうすると、民法上の賃貸借契約というわけにもいなかいと考えます。

## 344. 古い借地契約について

(2017年10月号、No.441)

### Question

土地所有者AはBに建物所有目的で土地を賃貸しています。

Bは地代をちゃんと支払っていますが、何十年も前からBが土地に建物を建てて居住しているため、A B間の契約書はありません。

Aとしては、今後の相続や更新料請求などを考えてBとの間の借地契約書を作成したいと思います。

どんな方法があるでしょうか。

### Answer

1. 契約内容をBと協議をし、契約書の作成に協力をしてもらえばいいのですが、AとBとの人的関係はどうでしょうか。もし、協力可能なときに注意をするのは、期間をいつからいつまでとするか、並びに契約日をどうするかです。

期間については、本来は契約当初の期日を決めて、旧借地法の適用を前提に、そのときから30年、更新後は20年として期間を決めますが、はっきりしないときはA B協議で適当な日を決めます。契約書の日付は実際の作成日でOKですが、契約書が作成されていないことから、作成日に契約書を作成した旨を備考欄（確認条項）に明示して下さい。

2. もし、Bが契約書の作成に協力しないときは、Aとしては契約の最初の日を確定し、ここから30年、20年と期間を確認し、更新時に更新拒絶等の主張をして、Bが協議に応じるよう動いてみる方法が考えられます。

Bに対して、契約内容を確定したい旨の民事調停の申立てをするという方法もありますが、Bの考え次第では調停に応じなかったり、合意に至らない可能性はあります。

そのため、前述のような若干無理な主張を前提に、土地の明渡しの裁判を申立てるという方法も検討してみてください。建物の謄本から建物の保存登記の日を契約の初日だとし、建物の老朽化や土地の有効利用を正当事由として期間満了の際の更新拒絶の手続きをしてみるとということです。若干無理な主張ですので、弁護士とよく相談して下さい。

また、地代値上げの請求をし、その裁判の中で裁判官にBが和解に応じるよう説得してもらい、そのときに契約内容についても裁判所の指導を要請するというところもあるでしょう。

いずれにしても、契約内容の確認についての裁判は「訴えの利益」という裁判の要件を充足していないこともあり、弁護士とよく協議して下さい。



## 345. 契約関係の不明な借地契約

(2019年8月号、No.484)

### Question

経過は以下のとおりです。

土地は現在X所有。その土地上に建物があり、BからCに譲渡され、Cが死亡したあとYが所有しているようだ。その建物は平成5年に建て替えられている。

X Y間で、口頭で年間〇万円の地代としてXがYに土地を貸すこととしていた。ただ、すでにYも死亡しているかも知れない。

Xは以前、Yに底地の購入を申し入れたが無理とのこと。以上を前提に、Xはどんなことを確認すればいいでしょうか。

### Answer

Xとして確認すべきことは以下の点です。

- (1) Yの存在の有無。
- (2) 建物は現在、誰の名義なのか。
- (3) Xは底地を建物所有目的で貸すことで、口頭で認めている。したがって、対象土地に借地権設定となるが、XはOKか。
- (4) 地代は〇万円でいいのか。

税金より低いので、借地契約でXがOKなら、借主に増額請求の必要あり。一般住宅なら地域によって異なるが、土地の税金の3倍くらいはもらっていいのでは？

- (5) 建物の名義人が借地契約の当事者（つまり借地人）となるのが望ましい。建物に借地人の息子夫婦が居住しても、そのこと自体は問題はない。借地人の確定が大切。そして、確定するにあたっては、借地人＝建物名義人とするべき。
- (6) あとで借地契約書の内容の協議と作成ということになる。

建物買取請求は契約が終了したりしたときの問題。更地にしてもらうのは原状回復として当然のこと。これらについて契約内容を協議する。

借主の確定と、その人が建物名義人かを早急にすべきでしょう。Yが死亡しているのに相続登記をしていないときは、誰が建物を相続し借地契約を承継するかを借主に催促しておくべきです。実際の居住者＝借地人である必要はありません。

## 346. 借地契約の面積のちがい

(2019年10月号、No.488)

### Question

Aは、自分の土地をBに建物所有目的で貸しています。Bに貸したのはAの先代ですが、Aは先代から、Bに貸している土地はもらっている地代から計算している土地より多くなっていると聞いていました。

A所有になって実際に測量してみると、90坪を貸したことを前提に地代を計算していたのに、実際には120坪ありました。

Aとしては30坪を返して欲しいと思っていますが、可能でしょうか。

### Answer

- 1 . なかなかむずかしいです。Aの先代は90坪より多い土地を貸している認識があったのですから、120坪あったとしても、その土地を貸しているのですから、30坪を返せとは言えません。
- 2 . 契約書や図面などで貸している範囲が決められているのに、Bの使用しているところがその範囲を超えていたというのなら、その範囲外の部分の返還は可能かもしれません。
- 3 . しかし、範囲を特定せず、その土地を貸していたというのなら、その土地が120坪である以上、120坪を貸したことになります。  
また、30坪を返せといっても、その土地のどこの部分を指すかも特定する必要があります。
- 4 . こう考えると、前記「2」の場合以外は土地の返還は困難でしょう。Aとしては、実際の面積から考えて、従前の地代が相当か否かを検討し、地代増額を求めるということになりそうです。ただし、Bと土地の返還の話をするのは可能ですので、協議の申し入れをしてみてください。Bが応じないのなら、将来に向けての地代増額の請求を検討することになります。

## 347. 短期間の借地契約

(2008年7月号、No.218)

### Question

組合員が他の組合員の土地を倉庫を建てる目的で借りたいと考えています。

借主はその倉庫を5～10年位のみ使用する予定なので、契約期間を5年として更新もできるようにしたいと考えています。

借地借家法で問題は無いでしょうか。

### Answer

1. 倉庫という建物所有目的で土地を借りるので、今回の契約は借地契約ということになり、借地借家法の対象となります。したがって契約期間は30年間となります。

ただ、期間5年を予定しているということですので、一時使用目的の借地契約を使えるなら5年間の期間も有効です。この場合は、更新については民法の適用となるので更新が推定されるだけですので、基本的には貸主・借主双方の合意で更新することになります。

ただし、一時使用と言えるには借主が何かの都合で土地を一時的に使う必要があるときに限られます。

借主にはそのような事情はあるのでしょうか。

なお、一時使用なら双方から予告期間を設けた中途解約条項を設けておけば解約は有効となります。

2. 借地借家法の対象でも、借主の中途解約条項を設けておけば借主からの解約は可能です。貸主からのときは正当事由が必要となります。

なお、本件で一時使用にならないときは、期間10年の事業用定期借地契約をし、借主に中途解約権を認めるという方法も考えられますが、借主が中途解約しないと貸主としては土地を10年間貸さなければいけない可能性も残ります。

## 348. 借地上の建物名義について

(2021年7月号、No.530)

### Question

組合員の土地の借地人が建物を建てて居住しています。このたび、借地人から、借地人の長男と共有名義の建物を建てたいので承諾して欲しい旨の問い合わせがあります。承諾をしていいでしょうか。

### Answer

1. 法的には借地人が借地権の一部を長男に譲渡するのですから貸主の承諾は必要となり、承諾料の問題となります。

また、その借地権を借地人死亡後に長男が相続するのであれば、承諾料の問題は生じません。

2. いずれ遅かれ早かれ長男が承継するのだからと考えると、借地人と長男との共有の建物の建築を認めてもいいのですが、借地権を長男が必ず承継するとは限らないとなると、承諾料をもらって承諾する方がいいとも思います。このあたりは組合員と借地人との関係や、借地人の推定相続人らとの関係によって判断していくことになると思います。

3. ただ、建物を共有にしたからと言って借地権も共有となるわけではなく、借地権は借地人のままで建物の共有をするということになると思います。借地権を共有にしまうと、地代の支払いや解除などについて相手が二人になるので好ましいことではありません。

承諾するにしても、長男を借地人の保証人しておくことも考えてみて下さい。

## 349. 借地上の建物の増改築

(2022年6月号、No.551)

### Question

組合員が居住用の建物所有目的で土地を貸しています。  
先日、借主から建物を建て替えた旨の連絡がきました。  
貸主の承諾なしに建て替えは可能なのでしょうか。

### Answer

1 契約書の条項次第だと考えます。

借地借家法第17条2項は「増改築を制限する旨の借地条件がある場合」当事者間の協議が調わなければ、借地権者の申立てにより、裁判所は増改築について貸主の承諾に代わる許可を与えることができる旨を規定しています。

つまり、増改築をするには貸主の承諾を必要とする旨の契約条項がないときは、貸主の承諾なくして増改築は可能ということです。

したがって、質問のケースの契約書の記載次第ということになります。

2 ただ、増改築可能と言っても「居住目的の建物所有」ですから、改築する建物が居住目的に反するときは、貸主は借主に契約違反の主張が可能で、ケースによっては契約の解除に発展することもあるでしょう。

3 承諾を要件としているときは、承諾料の請求は可能です。

一般的には貸している土地の時価の3～5パーセントの金額が目安となります。また、期間等の契約条項も協議で改訂することが多いと思います。

## 350. 借地権の更新料について

(2009年11月号、No.250)

### Question

借地人側からの質問です。

普通借地契約が期間 20 年の満期となります。先日、地主側から更新料についての通知が来ました。そこで、以下の点を教えて下さい。

1. 更新したいときは、更新料の支払義務はあるのでしょうか。
2. 更新料の相場はあるのでしょうか。

### Answer

1. 更新料については更新時に支払うことが契約書に明示されているか、あるいは以前の更新時に更新料を支払っていたことから、黙示の合意として支払の約束をしたかの事情が必要です。本件では、上記のようなことがあったのでしょうか。

もし契約書に更新料の規定がなく、しかも以前に更新料の支払をしたことがなく、その支払を約束した事実がないのであれば、更新料の支払義務は借地人にはありません。

更新料支払についてはこれを支払うという慣習があるから、借地人もその支払を前提としたはずだとの反論も予想されますが、裁判所はこのような慣習は認められないとしています。

2. 支払いをすることになっていたとすると更新料をいくらにするかの取り決めがあったのかの問題になります。約束の金額があればこれを前提としますが、そうでないときはいわゆる相場になります。

地主の要求は借地権価格の 1 割としていますが、一般的には借地権価格を前提とするケースではこの位を中心に考えているものと思います。ただし、都市部以外となると 1 割より低いようです。(実務では土地の時価の 5%が多いようです。)

なお、以前に更新料を支払っていたとすると、それをどのようにして算出したかは今回の更新料算出の参考になりますので調査して下さい。

3. なお、裁判所の考えですが、更新料については、消費者契約法の対象となるときには、更新料支払いの文書の存在が必要とされています。

## 351. 借地契約と更新条項

(2015年7月号、No.386)

### Question

組合員が建物所有目的で土地を貸しています。

契約書の条項によると、契約期間は20年間で、双方が協議して更新することができるかと規定されています。

すでに20年は経過していますが、更新の話はしていません。この場合、更新は協議することになっているのですから、更新しないと主張することはできないのでしょうか。

### Answer

1. 残念ながら、そういう主張はできません。

たしかに、契約条項では更新は双方で協議したときとありますので、協議できない以上更新はできないと考えることもあるでしょう。

法律が何と規定していようと、契約条項があるのだから契約条項が優先すると考えたくもありません。

2. しかし、借地借家法や旧借地法では、更新について同法の規定より借主に不利な特約は無効としています。

3. そして、借地契約については建物があれば借地人には更新請求権が認められてもいます。

したがって、この借地人の権利に不利となる、本件の契約条項は効力がないということとなり、本件では借地契約が更新されてしまうことになります。

4. なお、借地期間は20年とのことです。旧借地法の対象であれば、建物が木造等非堅固なものなら、期間20年は有効です。

しかし、現在の借地借家法の対象とすると期間は最低でも30年間とされていて、これより短い期間は、普通借地契約のときは効力がなく30年間にされてしまいます。

## 352. 民法上の賃貸借契約と更新拒絶

(2018年7月号、No.459)

### Question

建物所有を目的としない土地賃貸借契約をしています。

- 期間は20年間
- 更新しない旨の通知を貸主又は借主から3ヶ月前までに出ないときは、さらに10年間の更新となっています。

1. 更新しない旨の通知はいつからいつまでに出すべきでしょうか。
2. 中途解約はできない旨の条項は有効でしょうか。

### Answer

1. 民法では、更新しない旨の通知をいつまでに出すべきかの規定はありません。

借地契約とちがい、民法上の賃貸借契約は更新が推定されるだけですので、更新が前提となっておりません。したがって、更新をしない旨の通知の期限については、更新前ならいつでもいいというのが原則です。

質問の場合、契約書で期間満了の3ヶ月前までに更新しない通知をしないときは更新とありますので、この契約では、遅くとも3ヶ月前までの通知が必要ですが、いつから通知を出せるかの決まりはありません。

また、中途解約についても、契約の中で中途解約権を貸主に認めていれば正当事由など不要です。さらに、解約の申し入れから効力が生じるまでの期間も契約の中で自由に決めることが可能です。

2. 中途解約できない旨の条項を設けても有効です。

中途解約ができる旨の条項がなければ、中途解約はできないのですから中途解約できない旨の条項を設けても有効です。そして、貸主だけでなく、借主もできないとしても有効です。



## 353. 借地人が死亡したら借地契約は終了するとの特約

(2022年5月号、No.550)

### Question

組合員Aは、Bに土地を建物所有目的で貸しています。Bは高齢で、B名義の建物にひとりで居住しています。

Aとしては、Bが死亡したら借地契約の終了が認められるのなら、地代をかなり安くしてもいいと考えています。

AB間の合意で、Bが死亡したら借地契約は終了するとの特約をした場合、その特約は有効でしょうか。

### Answer

1. 原則として効力は生じないものと考えます。

借地権については、借地人が死亡しても相続人に借地権が承継されるのが原則です。

また、借地権については、更新請求権が借地借家法で認められていますし、中途解約についても、借地人からの申入れは別として、貸主からの中途解約は認められないとされています。

2. 今回の特約は、もともとAB間で借地契約をしている途中で、期間満了前であっても期間中にBが死亡すればAB間の借地契約は終了となるという内容ですので、借地借家法で借地人に更新請求権があったり、貸主によって中途解約されないという借地権者の権利からすると、今回の合意は借地借家法9条で規定する「借地人に不利なもの」として特約をしても、その特約の効力は無効とするとの条文により、効力は認められないでしょう。

3. AB間の合意だから無効とするのはおかしいとの考えはわかりますが、借地借家法では、更新等に関する条文に反し、借地人に不利な特約は無効としていますので、合意をしてもその内容が借地人に不利なら無効となってしまいます。

4. 今回のような場合ですが、Bの土地利用目的が客観的に一時使用目的に変更になったとするのであれば、AB間で元の借地契約を一時使用目的の借地契約に合意のうえ変更し、その終了事由にBの死亡を規定すればその特約は有効でしょう。

しかし、問題はBに一時使用目的があるのかという点です。客観的にみて一時使用目的がなければ、契約書に一時使用目的と書いてもその契約は一時使用目的の借地契約とは言えません。

### (3) 使用貸借

## 354. 一時使用貸借について

(2015年5月号、No.383)

### **Question**

組合員が土地を一時使用で貸したいと言っています。

契約書に「一時使用である」旨を記載しておけばいいのでしょうか。

### **Answer**

1. 土地を貸すと言っても、建物所有目的以外での土地の賃貸借については、民法の規定の対象ですので、一時使用か否かで大きな差異は生じないでしょう。

例えば、資材置場や駐車場として貸す場合に、契約期間を定めておけば期間満了で契約は終了し、更新は推定されるだけです。

また、特約で貸主に有利な条項は設けても、原則として特約は有効です。

2. 意味があるのは建物所有目的のときであり、一時使用目的のときには更新に関する条文、建物買取請求権、増改築の許可を求める申立てなどが適用されません。

ただ、一時使用のために借地権を設定したことが明らかな場合であることが前提とされています。

したがって、単に一時使用目的であると契約書に記載するだけでなく、どういう理由で一時使用目的なのかが明らかであることが大切です。

そのためには、借主からどういう理由で借りたいのかの文書を提出させ、その内容を簡潔に契約目的に明記しておくことが大切です。そして、更新や買取請求の文言などを契約書の中に入れない配慮もして下さい。

## 355. 看板設置契約と撤去義務者

(2011年11月号、No.298)

### Question

私の土地の一部にレストランの看板を設置させ、看板の敷地部分を無償で貸していました。

ところが、レストランの経営者が死亡し、看板の倒壊の危険性が指摘されました。経営者の妻がレストランを継続しましたが、ここにきてレストランを閉鎖しています。妻は破産申立てをしているとのこと。

レストランの看板の撤去を誰に求めればよいでしょうか。

### Answer

1. レストランの看板の設置契約は死亡した夫との間の使用貸借契約で、しかもレストランはすでに閉鎖されています。

使用貸借契約では、借主の死亡は効力を消滅させる事由となります。(民法 599 条)

また、仮に妻がレストランを承継したことから看板設置の土地の使用貸借契約が存続していたとしても、すでにレストランを閉鎖していますので設置の目的は達成されたと考えられ、民法 597 条 2 項でやはり使用貸借契約は終了し、看板を撤去して土地を返還する必要があります。

以上から、本件の看板を本件土地に設置できる権限は消滅しています。

2. 問題は、次に妻にその看板を撤去する義務があるかです。

妻が看板の所有者でなければ妻は看板を撤去することはできません。本件では、夫が死亡し妻がレストランを承継したことから、妻が看板を相続したと考えます。

以上から、妻には看板を撤去する義務があります。

3. そこで、妻が破産したことと撤去義務との関係です。

妻が破産しても撤去義務自体が無くなるわけではありませんので、妻に撤去を求めることは可能です。

しかし、撤去する費用はおそらく無いでしょう。この場合、妻の了解を得て地主が撤去してその費用を請求することになりますが、資力が無いと思われますので回収はできないでしょう。

破産法では破産前の原因にもとづく請求権ですので、破産債権になると思います。

## (4) 転貸・借地権譲渡

### 356. 借地権譲渡と重要事項の説明

(2012年12月号、No.324)

#### **Question**

借地権譲渡にあたり、譲渡時の契約書なり合意書を締結する際には、宅建業法上、重要事項の説明は必要でしょうか。

#### **Answer**

借地権の譲渡ですので、建物所有権の譲渡が前提と思います。宅建業法第35条では、建物の売買にあたっては契約が成立するまでの間に重要事項の説明が必要とされています。

したがって、建物売買に伴って借地権が譲渡される場合には、重要事項の説明が必要ということになります。「この点は「宅地建物取引業法の解釈と運用の考え方」の中にも、借地権の内容についても説明すべきとされています。(建物に関する説明は当然です。)

## 357. 土地の借主が一般社団法人を設立したケース

(2015年6月号、No.384)

### Question

地主AがBさんに土地を貸し、Bさんはそこで保育園を運営していました。

先日Bさんが、「一般社団法人を設立した。今後、土地をこの法人が借りて、今までどおりに保育園を法人が運営するので、借主変更を認めて欲しい」と言って来られました。認めていいのでしょうか。

### Answer

1. 借主が個人から法人になるのですから、賃借権の譲渡となり、貸主の同意が必要となります。
2. 保育園の実態が変わらないのなら問題はなさそうですが、以下の点を確認して下さい。
  - (1) その法人の役員は誰なのか。少なくともBさんが代表理事になっているか。
  - (2) Bさんが代表理事としても、代表者の変更の可能性もあります。

そうすると、名を連れている理事はBさんとどんな関係の人たちか、全く関係ない人なら、将来Bさんと関係のない法人が保育園を運営する可能性があります。
  - (3) 保育園の建物は法人名義に確実にできるのか。

これらについて確認のうえ、判断をして下さい。

ただ、同意しないと保育園の存続の問題となり、園児を含めた諸問題になることが考えられます。また、保育園は行政の指導下にありますので、行政との情報交換をしておいて下さい。

## 358. 成年後見と借地権譲渡

(2019年8月号、No.485)

### Question

Aが所有する土地をBが事業用に借地している。今回、Bから借地契約の解約申し入れがあったことから、J Aに対して、Aの家族より新しい借地人を探して欲しいとの要請がありました。Bとしては、Aが了解するなら新借地人に借地権を譲渡することを考えているとのこと。

ただし、Aは高齢で、判断力に問題があります。Bの借地権の処理にあたり、Aに成年後見をつけるしかないのでしょうか。後見を利用すると財産処分はかなり制約が生じると聞いていますが、地代収入がないと、Aとその配偶者の生活費の捻出ができません。

### Answer

1. 成年後見を利用すると、被後見人の財産の処分等にかんがりの制限を受けることは多いようです。

被後見人の財産を守ることが後見制度の目的の主たるものですから、財産処分は慎重になっています。

もちろん、財産を処分しないと被後見人の生活費の捻出ができないときは、裁判所は許可するでしょう。ただ、その処分が相続人のための相続税対策を主目的とするときは認めていません。

2. 今回のケースですが、借地権の譲渡を前提とするようです。そうすると、成年後見の前から賃貸している状態を維持するという面がありますし、その収入で被後見人の生活費を捻出しているという面もあることから、仮に後見になっても、裁判所は賃借権の譲渡を承諾する可能性はあります。

3. ただし、その可能性があるだけです。絶対に大丈夫というわけではありません。過去の経過や、今回、賃貸契約を継続する必要があるなどを、裁判所に後見人を通じて説得をかける必要があります。(今回のように、後見になると財産の運用に支障が生じることから、政治家の中には法改正を考えている人もいます。)

4. 本人の判断力に問題があるなら、後見以外の方法はありません。法的には問題ですが、推定相続人すべての同意のもと、推定相続人のひとりが署名を代筆するケースもあり、借主も事情を了解したうえで契約をすることもあります。法的には問題ですが、このように処理するケースもあるようです。

## 359. 業者による委任行為

(2014年1月号、No.351)

### Question

借地人から土地所有者である組合員に対して、自分の借地権を組合員に買取ってもらいたい旨の申し入れがあります。

組合員としては、条件面で合意すれば買取りたい意向ですが、不動産業者が借地人の代理人となっています。

業者によると、買取り条件や金銭の授受まですべての依頼を受けているとのこと、その旨の委任状の写しは交付してもらっています。ただ、委任者名は借地人二名（相続の関係で母と子）なのに、子の名前のうしろに「外1名」と書かれているだけです（母の署名押印が委任状にない）。

この状態で交渉をしてもいいでしょうか。

### Answer

1. 委任状の提示はあるものの、以下の点の確認が必要です。

- ①押印は実印か否か。
- ②印鑑証明で実印か否か判断可能か。
- ③母の署名押印がないのはどうしてか。

2. 以上の確認をして下さい。

事案からすると、母は署名押印ができない事情があると思われます。例えば、高齢で判断力に問題があるなどが予想できます。もし、そうなら借地人二名からの依頼がない状態ですので、本件の交渉を継続すべきではありません。成年後見などの手続をとってもらったあとの交渉になります。

3. 要するに、依頼者である借地人が本人の意思にもとづいて業者を代理人としていることが大切で、仮に印鑑証明や実印があったとしても、本人に直接確認しておくことは大切です。

なお、業者が交渉をすることで対価を得るとすると、弁護士法違反となりますので、注意して対応して下さい。

## 360. 借地権と抵当権の優劣

(2013年8月号、No.340)

### Question

組合員が土地に事業用定期借地権を設定しています。契約期間の終了まではまだ少しありますが、借地人の事業も順調のようで、期間満了後は再契約を考えています。

ただ、土地所有者である貸主は土地の売却を考えており、土地の購入予定者は購入代金を銀行融資で入手する為、土地に抵当権を設定する予定です。

1. 土地に借地権の登記はありませんが、土地を売却して抵当権が登記された場合、借地権はどうなりますか。
2. 土地を売却して土地に抵当権が登記されたあと、借地人と土地所有者が再契約すると借地権と抵当権はどういう関係になりますか。

### Answer

1. 事業用定期借地権であれ、普通借地権であれ、契約が正当に成立している場合、借地権や事業用借地権の登記を土地に設定していなくても、建物の登記さえあれば、借地権や事業用定期借地権は土地の転得者や抵当権者など土地に対して利害関係を持つ者に対抗は可能です。

本件で建物に登記（保存登記だけでなく、表示登記のみでも可）があれば、その後に土地に抵当権の登記が設定されても事業用定期借地権の方が優先します。

つまり、土地が抵当権にもとづいて競売となっても、借地権は競売で消滅することはないこととなります。

なお、仮に建物の登記がないときには、少なくとも土地に賃借権の仮登記をしておかないと抵当権には対抗できません。

2. 再契約の場合には新しい賃借権を土地に設定するわけですから、抵当権が先に登記されていることとなり、再契約後の事業用定期借地権は抵当権には対抗できないこととなります。

この場合、その土地が競売になると事業用定期借地権の効力はなくなり、落札者から建物の撤去を求めることも考えられます（ケースによっては土地を新たに貸すということもあるかも知れません）。

したがって、再契約の時点では抵当権者の同意を得て事業用定期借地権を抵当権に対抗できるものとする必要でしょう（民法387条）。



## (5) 地上権

### 361. 地上権である借地権について

(2013年2月号、No.328)

#### Question

借地権には建物所有目的の土地賃借権と建物所有目的の地上権の二つがあるとのことですが、どちらも借地権なので法的な差異はないと考えていいのでしょうか。

#### Answer

1. 借地借家法第2条の借地権の定義では、借地権とは「建物の所有を目的とする地上権または土地の賃借権をいう」と規定していますので、借地権には二つの種類があることとなります。
2. しかし、借地権のうち地上権は物権であり、賃借権は債権であることから、実は大きな違いがあります。
  - (1) 賃借権は賃料の支払が要件のひとつですが、地上権は対価の支払は要件ではありません。したがって、無償の地上権も認められます。これに対して無償の賃貸借は使用貸借であって、賃借権ではありません。
  - (2) 借地権の譲渡、転貸にも違いが生じます。

地上権の場合には、その権利の譲渡、転貸は原則として自由です。これに対して賃借権の場合には、民法612条の規定で、賃貸人の承諾がなければ、譲渡、転貸はできないとされています。

つまり、地上権のときは地主の承諾なしに土地の利用権者が勝手に変更されてしまうこととなります。

借地借家法19条は、貸主が借地権の譲渡、転貸に承諾をしないときに、借地人から裁判所に対して承諾に代わる許可の裁判の申立てができると規定していますが、条文をよく見ると「賃借権の目的である土地の上の建物を第三者に譲渡しようとする場合」と明記されています。つまり、この条文は地上権を前提としていないわけです。
3. このような違いがあるので、できれば借地権は建物所有目的の土地賃借権の内容にしておくことが妥当と考えます。

古い借地契約で土地の登記簿謄本を調べると、土地に地上権の登記がついているケースがあります。是非とも借地人と話し合い、地上権ではない借地権とするようにして下さい。

## 362. 地上権の内容の借地権について

(2012年5月号、No.311)

### Question

昔、父が土地を貸してマンションを建てさせていました。

最近、契約内容を調べてみると、地上権設定契約となっており、マンションは区分所有で、各区分所有権の売買は自由となっています。地代はなく、固定資産税のみを支払ってもらおうという契約書になっており、当初の契約の時にかなりの金額をもらっていたようです。

土地の返却はできないでしょうか。

### Answer

1. 建物を建てる目的で土地の地上権設定契約をしていたようです。

本件の場合、土地の上には借地権があり、区分所有者はこの借地権の処分について地主の承諾は不要という状態になっています。

借地権は、建物所有目的の土地賃貸借契約と建物所有目的の地上権設定契約の二つがあり、どちらも借地権とされています。

2. ただ、地上権の場合、その処分(例えば売買など)は原則として地主の承諾が不要なのに対して、賃貸借契約の場合には原則として地主の承諾が必要です。

また、地上権の場合、地代の支払いは契約の要件ではありませんが、賃貸借契約の場合には賃料の支払いは要件という違いがあります。

3. 本件の場合、借地権が設定されていますので簡単には土地の明渡しを求めることはできません。

また、地代については、契約書の中で請求しないことになっていますので、借地人との合意を新たにしないと地代の増額はできないことになります。

4. 昔、父親がマンションを建築させるにあたり、多額の金員を受領していたようですので、「その対価の授受をもって、地上権の譲渡が自由な契約をしたということだ」と思います。

## (6) 契約解除

### 363. 借地契約の当事者の死亡

(2009年5月号、No.238)

#### Question

建物所有目的の土地賃貸借契約を締結しています。

土地所有者も建物所有者ともに死亡し、相続がすでに発生していますが、契約書の訂正は未了です。

1. 土地に関しては、遺産分割が未了ですが、今後契約を存続させるか否かを含め、どうすればいいでしょうか。
2. また、建物については相続人が居住せずに第三者に賃貸するようです。地代の値上げは可能でしょうか。

#### Answer

1. 貸主側（土地所有者）の相続が未了ということですので、土地所有権及び貸主たる地位については、法定相続分に応じて共有という状態です。また、相続開始後の地代については、最高裁判所の判例によると法定相続分に応じて分割されている状態です。

土地の賃貸借については、共有物の管理行為と考えるのが一般的で、その場合には共有持分の過半数の意見に従うこととなります。（本件では法定相続分が共有部分となります。）

したがって、契約をどうするかについては、合計して法定相続分の半分以上を持つ相続人の意思が尊重されます。（ただし、借地権ですので、借地借家法を前提とするので、相続持分が半数以上の方が解約したいと言っても、借地借家法で正当事由がないと認められません。また、借地権の設定ですので、土地の返還を求めるのが困難なので、土地の処分と同じと考えることも可能で、このように考えると全員の同意が必要です。）

したがって、契約については相続人全員で了解しているときは、全員の名前を書くか、あるいは相続人代表という肩書きで書くかにして下さい。

反対者がいるときは、前述の過半数の持分の方の賛成の有無で違ってきます。いずれにしろ、早く遺産分割協議をすべきでしょう。

2. 借主が建物を貸すわけですので、近隣相場の地代とは違う評価も可能かと思えます。しかし、建物は借主所有で、その建物を貸すことは借主の自由ですので、建物を貸すから地代が当然に高くなるというわけでもないようです。今までの地代が近隣に比べてどうなのか、あるいは居住用だからあえて安い地代にしたのかななどの事情が大切だと思います。

## 364. 不動産業者と弁護士法

(2021年1月号、No.517)

### Question

組合員が建物所有目的で土地を賃貸しています。

しばらく地代が入らないので心配していたところ、借地人がすでに死亡していたことが判明しました。

役所の話では、借地人に妻や子はいないとのことですが、戸籍等での確認はできていません。

組合員は土地を更地にして返して欲しいと思っています。

今後、相続人調査や明渡交渉はJAではなく、弁護士に依頼すべきでしょうか。

### Answer

1. その方がいいと思います。

相続人の調査は弁護士が組合員から建物収去土地明渡の請求の依頼を受ければ、職権で戸籍の入手が可能です。

2. また、土地の明渡し交渉は法律上の紛争の交渉ですので、弁護士以外の方が有償で対応すると、弁護士法に抵触します。

本件では、無償で交渉するとしても、JAは今回の賃貸借に介入して手数料をとっていたり、土地を明渡してもらったあとの仕事をもらう予定ということであれば、無償とは言えない可能性があります。

それに、建物に抵当権などの登記があれば、判決による強制執行をする以外に強制的解体はできず、任意に建物の解体はできません。

そういう意味で、弁護士に依頼することになろうと思います。

## 365. 借地人の破産について

(2011年8月号、No.292)

### Question

ラーメン店経営をするということで借地契約を締結し、借主が建物を建てて営業をしていました。建物には金融機関の抵当権が設定されています。

先日、借主が破産をしたとのことですが、地代の滞納があります。今後の対応を教えてください。

### Answer

1. 質問の内容を整理すると、

- 借地人が抵当権付建物を所有した状態で破産をした。
- 地代滞納はあるが、地主から債務不履行を理由とする借地契約の解除はまだされていない。
- 滞納地代より保証金の金額の方が大きい。

以上のような場合、地主はどう対応すればいいか？

2. 破産債権の届出がありますので、念の為債権届けをしておいて下さい。

ただし、敷金（保証金）があるので、最終的には保証金と相殺をすることになると思います。（この場合には債権届を取り下げて下さい。）

3. 借地人が破産したので借地契約の解除は管財人のみ行使できます。

地主は管財人に対して借地契約を解除するのか、それとも存続させるのかの催告をすることができ、この催告に対して管財人が回答しないときは借地契約は解除されたとみなされます。

借地契約の中に借地人の破産を解除事由としているケースがありますが、今の判例（下級審）や学説の大半はこの特約条項の効力は認められないとしていますので、地主からの解除は難しいと思います。

なお、破産の後では破産前の地代滞納を理由とする解除は認められていません。

4. 契約が存続するときは、破産後の地代は財団債権として管財人に個別に請求できます。（破産前の滞納地代は破産債権として配当対象になります。ただし、前述のように保証金との相殺は可。）したがって、管財人が地代支払いを怠れば契約の解除を地主はできます。ただし、抵当権設定にあたり抵当権者に地主が承諾書を差し入れているときは、法的に難しい問題があるので弁護士と対応を協議して下さい。

5. 管財人による解除や破産後の地代滞納を理由とする地主の解除の場合、管財人は建物収去の義務を負いますが、一般的には建物を収去するための資金はありません。したがって、原状回復費用は事実上地主負担となるケースが多いようです。
6. 建物を売却したり地主が購入することもあります。本件の場合、建物に抵当権が設定されているので抵当権者との交渉が必要となります。
7. 当職としては、もし、本件建物を第三者が利用できる可能性があるのであれば、抵当権者との協議のもとで建物の売却を管財人にしてもらい、第三者との間での借地契約という方向性が地主の経済的損失が少ない方法と考えます。
8. なお、保証金残金に対して一般債権者が差押えをすることは、借地人が破産した以上できません。また、建物の収去までの地代相当損害金や原状回復費用については、破産後も保証金と相殺は可能です。

## 366. 事業用定期借地権と借主破産

(2009年7月号、No.243)

### Question

借地人が破産しそうなとき、貸主はどう対応すればいいでしょうか。

保証金を十分に預かっていないケースのとき、解体予定費用に不足する金額を、地代に上乗せしてもらうことは可能でしょうか。

### Answer

1. 借地人が破産しそうなときと言うと、例えば弁護士から受任通知があつて、債務額の調査をしているとか、あるいは不渡りを出した、取引先への支払いがストップした、職員への給与の支払いができないなどの事由が考えられます。

このようなケースは、借地契約書の解除事由に明示されていることもあるかと思いますが、したがって、解除事由に該当したとして、契約解除をすることが考えられます。

しかし、解除事由に該当するといっても、その事由が信頼関係を害する程度でないと、解除の効力を裁判所は認めないのが現状です。

ただ、もし地代滞納があつたときは、そのことは立派な解除事由ですので、解除手続をして下さい。そして、明渡の交渉に入して下さい。この場合、もし借地人から別の方を新借地人にしたいとの打診があるときは、検討をすべきでしょう。

破産した会社には建物収去をして土地を明渡す財力がありません。なお、破産したあとは解除を貸主からはできません。

2. 保証金が少なくとも建物解体費用に不足するときに、地代に上乗せを求めること自体は可能ですが、これは単なる要請であり、貸主の権利主張ではありません。

また、地代に上乗せをするとき、地代として受領すれば所得が増えるだけのことです。契約の時にしっかりと保証金を預かっておくことが大切です。もし、解体費用に不足するときは、地代の入金を常に注意し、借地人の経済状態にも注意しておくべきでしょう。

## 367. 破産物件と任意売却

(2012年7月号、No.315)

### Question

借地人が破産していますが、今般、その借地人の建物が競売になるとの情報を入手しました。土地所有者としては、破産者の建物を購入したい考えですが、誰を相手に交渉すればいいのでしょうか。

### Answer

1. 競売手続中であっても、また、破産手続中であっても物件の任意売却の可能性はあります。どちらも、原則として破産管財人との交渉になります。
2. ただし、競売物件の時価に比べて、担保対象債務の金額が過大となっているような場合、売却をしてもその代金はすべて担保権者への支払いとなってしまうので、ケースによっては、このような場合破産管財人は任意の処分の可能性がないものとして、破産手続から競売対象物件を放棄してしまうこともあります。(この場合、破産財団から放棄することについて裁判所の許可を取ります。)もし、放棄されたとすると、この場合の物件の処分権限は所有者である破産者に戻りますので、破産者を相手に売却の交渉をすることになります。
3. したがって、対象物件について、破産手続からの財団放棄がなされているか否かによって交渉相手が違うことから、この放棄の有無を破産管財人に確認をすることになります。なお、破産手続が終了しているときは、対象物件は財団放棄がなされています。



## 368. 競売手続中の借地契約の解除

(2012年11月号、No.322)

### Question

組合員が所有する土地の借地人の建物に抵当権が設定されており、競売になっています。この状態で、

- ①地代滞納があるときは競売手続中でも解除できますか。(抵当権者が建物に抵当権を設定するにあたり、組合員は同意書を提出していますが、その内容は単に抵当権設定の同意のみです。)
- ②競売されてしまう場合の注意点は何か。

### Answer

1. 解除が可能か否かの点ですが、競売手続中でも借地人の地代滞納を理由とする契約の解除は可能です。

これに対して、抵当権者は、解除されないために裁判所に対して地代の代払許可の申立てをして、地代を借地人に代わって支払うことで解除を阻止することができます。このことは、現況調査報告書が作成されたあとでも同様です。

なお、抵当権設定のとき、抵当権者に対して地代未払いがあるときは連絡をし、勝手に解除しない旨の文書を貸主が差し入れたときでも解除は可能ですが、抵当権者との約束に反することとなり、抵当権者の損害(回収できなくなった貸付金相当額)を賠償することになります。

2. 解除がないまま本物件が落札され、代金が納付されると、本物件は借地権付で落札者に所「有権が移転します。

ただ、地主からすると借地権の譲渡になるので、落札者から借地権譲渡の承諾を地主に求めてくることとなります。

この求めに対して、地主は借地権譲渡の承諾料の支払いを求めることとなり、双方の調整ができないときは、落札者から地主に対して譲渡の承諾の許可を求める訴えを提起することになります。

一般的には、承諾料の支払いや借地条件の調整を裁判所は命じることとなります。(承諾料の相場は借地権価額の1割位です。借地権価格は土地の時価に借地権割合を掛けた数字が一般的です。)

3. ただ、本件の解除ですが、本件建物は個人所有で、この個人はすでに破産していませんか?そして、この個人の破産手続は終了し、個人については免責決定が出ていないでしょうか。

もし、そうだとすると、未払地代のうち、破産開始決定前のものは破産債権となり免責の対象となりますので、この部分の請求はできないこととなり、その支払を催告したうえでの解除も認められないこととなります。この点の確認をして下さい。

4. なお、未払地代については、破産前の分も後の分も含めて落札者には承継されません。

## (7) その他

### 369. 相続対策と借地人

(2016年11月号、No.418)

#### Question

組合員が約600坪の土地を有しています。この土地の一部約40坪には借地人がいて、この借地人が建物の建替えを希望しています。

組合員としては、他にも財産があり、この土地を処分して自分に相続が発生したときの納税資金に充ててもらいたいと考えて、できれば借地人には立ち退いてもらいたいと考えています。

契約期間は20年間で、あと15年ありますが、借地人を立ち退かせる方法はないでしょうか。建物は約65年経過しています。

#### Answer

1. なかなか難しい問題です。

借地契約の途中ですので、契約自体を解消させる方法があまりありません。更新時であれば、建物老朽化とか地主側の事情としての納税対策を理由とし、さらに正当事由を補完するために金銭支払の提示ということが考えられます。

しかし、本件は期間の途中ですので、考えられるのは旧借地法の建物の朽廃の主張しかありません。ただ、朽廃と言っても、本件は借地人が居住しているので、裁判では朽廃とは認められないでしょう。

2. そうすると、任意に立ち退きを求めるくらいしかありません。ただ、これも借地人が建て替えを求めているのですから難しいと思います。

3. したがって、本件では難しいと言っても任意の交渉を続けるしかないようです。

建て替え承諾料の問題はありますが、借地人もこの費用はある程度予定しているのでしょうから、「承諾料を支払うくらいなら、立退料を支払うから退去を」という交渉も困難なようです。

## 370. 旧農地法による更新拒絶

(2016年11月号、No.419)

### Question

組合員が昭和56年から農地を貸しています。

期間が4年間とされている当初の契約書はありますが、その後、契約書を作ることなく今日に至っています。

地代が固定資産税に比べて低いことや、周辺がすでに宅地になっています。組合員としては解除したいのですが、どうすればいいでしょうか。

### Answer

1. 旧農地法でも現在の農地法でも農地の賃貸借契約の解除や更新の拒絶は原則として都道府県知事の許可が必要です。ただし、期間10年以上の契約にあっては、更新しない旨の通知をするにあたっての前記の許可は不要となっています。
2. したがって、まずは許可が得られるかの検討が必要ですが、借主が耕作の継続を希望しているとなると、更新の拒否はむずかしいと思われます。  
また、この契約は4年間で、契約のときから10年は経過しており、更新しない旨の通知を許可なしに出せるかの問題がありますが、行政からの通知によると、契約期間が10年未満であれば、更新などで契約時から10年を経過していても許可が不要な「10年以上の期間の定めがある賃貸借」ではないとしていますので注意して下さい。
3. さらに、地代が税金より安いのですが、農地法では公租公課の増減が地代値上げの要件として明示されていないので注意して下さい。

## 371. 土地と借地権の交換

(2009年1月号、No.230)

### Question

借地人から借地権と借地の対象となっている土地とを交換して欲しいという申し出がなされました。具体的には、借地の対象地の半分の借地権と半分の土地所有権とを交換し、それぞれが単独所有となるよう分筆するというものです。土地所有者として、どんなことに注意をすればいいでしょうか。

### Answer

質問の内容は、例えば100坪の借地について、50坪分の借地権と50坪分の土地所有権とを交換することで、借地人と貸主である土地所有者とが50坪ずつ土地を単独所有にするというものと思われま

す。この場合、交換という手段をするわけですので、交換の対象となる50坪分の借地権価格と50坪分の土地の価格とが同等であることが望ましいところです。民法では、同等の価値のものを交換することを交換とはしていませんが、同等の価値でないと、一方がその分を利得していますので、課税される危険があります。したがって、50坪分の借地権価格と50坪分の土地の価格（借地権があることを前提に評価）が同等であるかを考えて下さい。同等か否かは相続税の借地権割合が参考になりますが、これはあくまでの参考資料にすぎません。したがって、厳格に言えば鑑定になるのですが、一般的にはそこまではしていないようです。

なお、交換契約では、双方が同等の価値である旨は明記しておくべきでしょう。同等の価格でないときは、金銭の補助も必要と思われま

す。また、交換することで単独所有になるわけですので、交換対象地に所有権を阻害する権利が設定されていないかには注意をして下さい。特に、抵当権の設定されている物件には注意が必要です。

次に、借地上の建物をどうするのかも検討して下さい。土地所有者としては、建物など借地権が消滅する部分の工作物は、借地人において確実に撤去させておくことが必要です。

### 3. 土地賃貸借

#### (1) 駐車場

## 372. 借地権の成否について

(2015年2月号、No.377)

### Question

1名の土地所有者の土地の隣に物流センターが開設されることになり、物流センターの運営会社から、その所有者の土地を同センター利用者のための駐車場用地として貸して欲しいとの申入れがあります。

土地所有者としては貸すことは構わないと言っていますが、運営会社が出した契約書をみると事業用定期借地契約となっています。この契約書には駐車場用地と明記されており、借地権はそもそも成立しないと考えますが、運営会社は、自分の土地に建物を建て、その建物の利用者のための駐車場だから借地契約でいいと言っています。

借地権は成立するのでしょうか。

### Answer

1. 借地権は成立せず、民法上の土地賃貸借契約になると考えます。

ロードサイドで土地を貸して借主が大きな施設を作るような場合、数名の土地所有者が共同で貸すケースがあります。

こういう場合、土地所有者の中には自分の土地の上は駐車場となり、建物が建っていないときもあります。

しかし、これは共同で借主に対して建物所有目的で土地を一体として貸し、たまたま自分の土地が駐車場になるだけですから、借地契約と言っていいわけではありません。

2. ところが、今回の質問は、隣地の物流センターの所有する土地に自分の建物を建てるのですから、借地にはなりません。

したがって、物流センターという事業のために土地を貸すとしても、借地となるどころがないのですから、借地権は成立しないこととなります。

ただ、例えば物流センターの土地に同センターの別法人が建物を建てて、相談者の土地とともに一体として借りたいという場合は、借地権になる可能性が出てくることとなります。

## 373. 駐車場契約と説明義務

(2010年12月号、No.277)

### **Question.**

業者が用途地域外の土地を駐車場経営のため借りる予定です。

この駐車場として使用する目的の土地賃貸借契約の締結を仲介するにあたり、宅建業法上の説明義務は必要でしょうか。

### **Answer.**

その必要はないと考えます。

宅建業法の対象は、用途地域外の土地においては、建物の敷地に供されるものに限られます。今回の取引は、建物の敷地に供される目的ではない駐車場目的の土地の賃貸借ですので、宅建業法の対象になりません。

## 374. コインパーキングの転貸について

(2016年8月号、No.412)

### Question

組合員がコンビニに土地を貸しています（事業用定期借地契約）。今般、コンビニから、違法駐車車両が多いので駐車場部分を業者に貸してコインパーキングにしたいとの申し入れがありました。どのようなことに注意すればいいのでしょうか。

### Answer

1. 駐車場部分については借地人の顧客用の駐車場とする旨の契約になっていると思われます。そして、契約条項には土地の転貸、借地権の譲渡は禁止とする条項があると思います。  
したがって、第三者に駐車場部分を貸して、その第三者がコインパーキングにすることは借地権の一部転貸となり、貸主の了解が必要です。
- 2 駐車場部分については、建物を建てる目的で第三者に貸すわけではないと思います。  
したがって、借地権者であるコンビニと駐車場業者との契約は民法上の土地賃貸借契約になるだろうと思います。
3. そこで、注意する点は以下のとおりです。
  - (1) 駐車場の経営者（コンビニから土地を借りる人）の特定。
  - (2) 期間は事業用定期借地の期限までで終了させること。
  - (3) 駐車場としてのみの転貸であること。以上を確認できればいいと思います。



## 375. 駐車場の解約と消費者契約法

(2013年7月号、No.309)

### Question

月極駐車場を組合員が経営しています。

期間は2年間ですが、貸主からの申入れがあるときは1ヶ月の経過で終了する契約内容になっています。今回、駐車場の土地を売却したいと考えており、駐車場の明渡しを求める予定です。

駐車場の利用者の都合もあると思いますので、期間満了まで待って更新をしないで契約を終了させた方がいいのでしょうか。あるいは、いくらか立退料を支払って駐車場を明渡ししてもらおうべきでしょうか。

### Answer.

1. 駐車場契約は民法上の土地賃貸借契約になり、民法618条では「当事者が賃貸借の期間を定めた場合であっても、その一方または双方がその期間内に解約をする権利を留保したときは、前条の規定を準用する。」とあり、前条である民法617条によると、解約申し入れから土地の賃貸借は1年の経過で終了するとされています。

もちろん、民法の規定ですので、これと異なる契約は原則として有効となり、一般的には貸主からの解約申し入れがあると、1ヶ月の経過で駐車場契約は終了するとされている事例が多いと思います。

2. 問題は、消費者契約法との関係で、同法の対象となるときは、民法と異なる契約条文の効力について消費者契約法第10条の問題が生じます。

今回の契約条文は解約申し入れから1ヶ月の経過で終了とあることから、前述の民法第617条の期間1年より短い点で消費者契約法第10条に該当し、1年経過しないと中途解約できないかの検討が必要です。

3. この点、1年という解約までの猶予期間が1ヶ月と短縮されたわけですので、借主である消費者の権利が制限されています。

しかし、そのことによって信義則に反して一方的に借主に不利といえるのかどうかという問題があります。

最近の判例からすると、消費者契約法は貸主・借主との間の情報量の差や交渉力の格差の存在を前提としており、その格差があまりないような取引で、しかも消費者が契約内容を理解しているようなものについては、信義則に反して借主に一方的不利なものとは言えないとしています。

今回も、駐車場契約は1ヶ月で終了することは契約書にもあり、世間でもよく理解されていることや他にも駐車場はあったのでしょうから、今回の契約書にもとづく中途解約自体は消費者契約法第10条には該当せず有効となると考えます。

したがって、期間満了を待つ必要はないと思いますし、法的に立退料などの支払いの必要はありません。

## 376. 駐車場の改装と駐車場

(2013年7月号、No.339)

### Question

駐車場を借りていましたが、貸主が今までの露天駐車場からカード式の月極駐車場として、アスファルト舗装もすることになりました。貸主から新たな契約書の作成と使用料の値上げ及び権利金の支払いを求められています。

支払いは必要でしょうか。

### Answer

1. もとの契約の期間中のことであれば、契約が継続しているので、当然には使用料の値上げにはならないと思います。権利金については、新たな契約ではないので法的には請求できないと思います。

2. ただ、注意すべきは、もとの契約の中に貸主の中途解約条項があるか否かです。

中途解約権を貸主がもっているときは、今回の貸主の要請に応じない駐車場の借主に対して、もとの契約の解約が可能となります。そうすると、新たに契約をする必要のある人は、今回の貸主の要請を受諾することにならざるを得ないことになります。

もちろん、このような貸主の対応は信義則に反することになる可能性もありますが、これを主張すると、当事者間のトラブルに発展するでしょう。

3. 借主としては、貸主とよく協議して、少なくとも権利金は対象外とし、使用料についても譲歩を求めてみて下さい。

双方で合意をすれば、新しい契約書の作成をして下さい。

## 377. 駐車車両の移動

(2014年3月号、No.355)

### Question

組合員が月極駐車場を経営しています。

契約者のひとりが数か月前から駐車場代を滞納しており、契約書上の住所地に行ったところ、すでに退去されていました。所定の位置には車が駐車されたままですが、どうもその車の中で寝起きをしているようです。

組合員としては、駐車場全体をマンションにする予定で早く車を移動させたいのですが、問題の車を敷地の別のところに移してもいいでしょうか。

### Answer.

1. 車を別のところに移すことは自力救済となりますので、するべきではありません。

車を移すことは土地明渡ということになり、アパートの入居者の所有物を勝手に建物の外に出せないように、土地の明渡しのため車を勝手に移動させることはできません。

2. そこで、問題の解決ですが、相手方がその車で寝起きをしているのであれば、相手方に直接面会し、当該車両の移動を要請したらどうでしょうか。

いつ相手に会えるかとか、会えるとしても深夜になるかも知れないという心配はありますが、法的手続きをとるより早く解決できると思います。

3. もし、相手がいないとなると、土地の明渡への訴訟を提起し、判決にもとづいての強制執行となります。

問題は、契約上の住所地に相手がいないことです。しばらく様子を見て車に戻ってこないのなら、所在不明として公示送達という方法での提訴となります。

もし、車での寝起きをしているとすると、相手の居場所がわかっていることになるので、その車に送達をしてもらうということにもなるかも知れません。この場合、住所不明として提訴し、裁判所の担当部が決まったら、裁判所と送達方法の協議をすることになるかと考えます。

## 378. 駐車場契約の更新について

(2012年12月号、No.325)

### Question

組合員が物販店に駐車場を貸しています。

来客用目的ですが、物販店の店舗は別の人から借りているようです。

駐車場契約では、期間は2年間で、6ヶ月前予告で双方からの解約は可能となっています。今般、貸主から2年間の期間満了の6ヶ月前に解約予告をしたところ、契約書では2年間の自動更新とあるのだから更新されるのではないかと反論されています。解約は認められるのでしょうか。

### Answer

1. 駐車場契約ですので民法上の契約となり、契約書の条項が原則として優先します。

本件では期間は2年間の自動更新で、さらに2年間とされているとは言え、6ヶ月前の解約予告が認められています。

したがって、この予告をすれば契約は解約となり、更新の問題は生じません。

2. この点、借地契約であると貸主側に正当事由が必要となり、解約を認めることはなかなか大変で、更新されてしまうことも多いと思いますが、本件は民法上の土地賃貸借契約で借地契約ではないので、契約の条項が原則として優先します。

3. なお、本件は、組合員は店舗を貸していないので問題はないと思いますが、ケースによっては店舗の賃貸借契約が存続することと不可一体であるとの議論が生じることもあります。

本件でも、店舗の賃貸借契約がある限り、駐車場として使用してよいということであれば解約は認められないとされることもあります。

ただ、本件のように店舗の賃貸借契約とは無関係に駐車場目的で貸すというだけなら問題はないでしょう。

同一の地主が店舗の貸主であり、駐車場の貸主でもあるということになると、両者は不可一体ではないかとされる可能性が高いと考えます。

## 379. 駐車場の一時使用貸借について

(2017年2月号、No.425)

### Question.

A地とB地とは隣接しており、A地はAが、B地はBが所有しています。

30年位前にA地の上のA所有建物をCが店舗として一時使用する契約をしています。そのときにBはB地をCに駐車場としての一時使用貸借をしました。

Bとしては、30年も経過したので土地の明渡しをCに求めたいと考えています。一時使用の契約ですので、Cの請求は認められるのでしょうか。

### Answer.

1. B地についてはBとCとの間の駐車場契約ですので、民法上の土地賃貸借契約となり、借地借家法（旧借地法）の適用外です。

一時使用目的の借地契約は、借地借家法（旧借地法）で認められている借主の権利が認められません。（つまり、民法上の土地賃貸借と同じ。）

したがって、本件では、もともと民法上の土地賃貸借契約ですので、一時使用か否かで適用される法律がちがうということにはなりません。

BC間の駐車場契約や民法上の条文に従った対応をすればよく、BC間の期間満了とか、中途解約などが認められていれば、BはCに対して駐車場の明渡しを求めることが可能です。

2. ただし、注意をすることがあります。

BC間の駐車場契約が民法上の契約としても、例えばBC間の契約のときにAB間の建物賃貸借と一体となるものとしていたときには、AB間の契約が終了しなければ、BはCに対してBC間の契約の終了も主張できないこととなります。

本件では、AC間の建物賃貸借契約も一時使用目的です。もし、一時使用目的が有効なら、AC間の契約については借家人としてのCの強い権利はなく、法定更新などの主張をCはできないこととなります。

ただし、AC間の契約は一時使用とされているとは言え、30年間も継続しています。

大切なのは、一時使用目的が客観的にAC間にあったのかであり、この点が認められれば期間の長短は関係しません。

しかし、一般的に考えれば、長期にわたるときにははたして一時使用目的があったと言えるのかの疑問はありますので気をつけて下さい。

## 380. 駐車場の目的外使用について

(2018年12月号、No.468)

### Question.

組合員が駐車場を借主に一括して貸しています。駐車場契約では組合員の所有するアパートの入居者用の駐車場として使用することとなっており、入居者以外の者には貸さない約束になっています。

しかし、組合員が調べたところ、入居者以外の方に駐車場として貸していたことがわかりました。

貸主は借主に対して契約解除は可能でしょうか。また、借主から入居者以外の方に貸せなくなると収入が減少することから、駐車場の賃料の減額を主張されないでしょうか。

### Answer.

#### 1. 契約違反について

(1) 契約条項では借主はアパートの入居者の駐車場としてのみ使用し、他の目的では使用しないと記載されています。

したがって、借主が入居者以外の方に駐車場としての使用を認めているのであれば、借主は借りている駐車場を目的外に使用したこととなり、契約違反となります。

(2) 契約違反ですので入居者以外の方の使用をやめるようにせよとの催告を貸主は借主に対して行い、それでも使用が継続するときは契約解除となります。

(3) ただ、入居者以外の方が駐車場を使用することで入居者の使用に支障が生じたり借りられなくなるというのなら解除できると思いますが、そうでないとき、例えば入居者すべての使用に問題もないときでも契約の解除を裁判所は認めるだろうかの疑問はあります。

#### 2. 借主が入居者のみに駐車場を貸すことになったため収入が減少したとしても、賃料の減額請求を借主は貸主に求めることはできません。

本件の駐車場契約は民法上の土地賃貸借契約であって、借地借家法には契約当事者による賃料の増減額請求権の規定はありますが、民法上の賃貸借契約にはこのような規定はありません。

したがって、減額の要請はできても、権利としての減額請求はできないこととなります。

## 381. 駐車場の貸主の変更

(2019年4月号、No.476)

### Question.

組合員（ア）が土地を所有して、その土地を駐車場として何人かに貸していました。

（ア）はこの土地を娘（イ）に贈与しました。今は駐車場の貸主は（イ）ですが、今後は（イ）の夫（ウ）の名前にしたいと考えています。

この場合、（イ）が（ウ）に土地を無償で貸すことにしたいと考えています。（イ）と（ウ）の間で使用貸借契約書を作成すべきでしょうか。駐車場の借主に対しては、（イ）から（ウ）に駐車場の貸主の地位が承継された文書を示せばいいでしょうか。

### Answer.

1 . 質問の記載からすると、現在駐車場の土地所有者は娘の（イ）であり、駐車場の貸主も組合員（ア）から引き継いだ娘（イ）という状態です。

2 . 質問は、（イ）が夫（ウ）に駐車場を貸し、（ウ）の名前で駐車場を利用者に貸すにあたり、（イ）と（ウ）との使用貸借契約書を作成すべきかです。この点、契約書は作成しておいた方がいいと思います。

夫婦間ですので、あえて契約書まで作成しなくてもいいのでは、との考えもありますが、駐車場の利用者としては、土地所有者が（イ）なのに、（ウ）の名前で貸している点に不安はあるでしょう。

対外的にも（ウ）が正当に貸していることを示す意味で、契約書は作成しておいて下さい。

3 . 現在、（イ）の名前で貸していますので、駐車場契約の承継に関する文書を作成すれば十分と思います。

ただ、駐車場契約を新たに結ぶ場合や、更新等で契約書を作成する場合は（ウ）を貸主とする駐車場契約書を作成することになると思います。



## 382. 更新事務手数料について

(2021年12月号、No.539)

### Question

組合員が土地を数名に駐車場として1台ずつ貸しています。期間が満了すると更新書面を作成し、管理しているJAが貸主から更新事務手数料をいただいています。借主は貸主あての更新料をJAの口座に入金してもらっています。

今後、借主から更新事務手数料をとってしまってもいいのでしょうか。

### Answer

1. 更新事務手数料を取っているケースは多いようですが、ここで一度、更新料と更新事務手数料とを整理してみたいと思います。

貸主A、借主Bとします。

(1) 更新料をAがBに請求。

更新事務手数料をJAがAに請求。

(2) 更新料をAがBに請求。

更新事務手数料をJAがBに請求。

以上が一般的かと思います。

2. (1) は特に問題はないと思います。(2) は検討が必要です。

JAとしては、更新にあたって更新契約書などを作成している対価を借主Bに請求するのでしょうか。更新契約書は貸主Aの立場で作成しているのですから、借主Bのために作成したとは言いきれません。

そうすると、JAとBとの間で更新事務手数料を支払う旨の合意があったとしても、JAがBのために貸主Aとの間で何等かの交渉や対応をしたのでなければ、借主Bのための事務処理をしたとは言えず、手数料を請求することに疑問が生じます。

更新事務手数料を請求するために貸主AとJAが交渉（例えば駐車場減額）をすることはJAとしてはできないことと思います。

3. なお、BがAに更新料のほかに更新事務手数料を支払うことは原則として有効ですが、Bが消費者のときは消費者契約法から考えて有効とはならないと思います。（ふつう更新事務手数料をAに支払っていいという借主はいないとは思いますが。）

## 383. 貯金口座の差押と賃料の受領

(2009年1月号、No.231)

### **Question**

組合員が駐車場を貸しており、駐車料金は組合員の貯金口座に借主の貯金口座から自動引落としの方式で振込まれています。

今般、借主の債権者が借主の口座を差押えました。借主としては駐車場を今後も使用したいので、現金で駐車料金を支払いたいと言っています。貸主は受領してもいいのでしょうか。

### **Answer**

借主の貯金口座を差押えるとは、借主がJAに対して有している貯金払渡請求権を差押えたということです。JAが貯金を払い渡してはいけなくなります。したがって、駐車料金の自動引落としも貯金全部が差押えられていれば、できないことになります。

しかし、借主が現金で駐車料金を支払うことは可能ですので、貸主は駐車料金を受領しても差押えの効力に違反することにはなりません。

## 384. 契約目的に反する使用をした借主への請求

(2022年2月号、No.543)

### Question

駐車場敷地として5年間貸していましたが、この間、借主は無関係の車を勝手に駐車したり、簡易トイレや小屋を設置したりしました。

契約が終了したときに、トイレや小屋は撤去してもらっており、あとは敷金の返還の問題を残すのみです。

借主は契約中に違反行為をしていたのですから、ペナルティーを請求できないのでしょうか。

### Answer

1. 駐車場契約なのに関係のない車両を駐車したり、荷物を置いていたり、簡易トイレや小屋を置いていたことは、借主として貸主の了解を得てからすべきことですので、借主の行為は契約目的に反しています。
2. この場合、貸主としてできることは、契約目的に反することを元に戻すことを求めるか、あるいは契約の解除となります。  
また、違反行為に対する違約金の特約があれば、それに従って請求することになります。
3. しかし、質問の事案は、違反行為があったのに貸主がそれを了解していますし、契約の終了にともなう原状回復も完了しています。そうすると、違反行為に対する違約金条項がなければ、貸主から借主に対して、契約目的外のことをしていたのだから違約金を請求すると主張できる根拠がないこととなります。
4. したがって、本件では違反行為に対する違約金規定がないことから、敷金から違約金を根拠としていくらかを差し引く旨の主張はできないと考えます。(今回の契約書の中で違約金規定があるのは、14条2項の明渡しを遅延したときの地代の3倍の請求部分のみです。)

## 385. 放置車両について

(2009年10月号、No.249)

### Question

私有地内に車両が放置されています。

長期に放置され、使用できるとは思われませんが、廃棄してもいいでしょうか。

撤去する方法を教えてください。

### Answer

1. 車両の所有者を相手に撤去を求めることになります。

所有者についてはナンバープレートから捜しますが、現在登録事項証明を入手するには車体番号なども明示する必要があり、現在は簡単には入手できません。このような場合、弁護士照会を利用して陸運事務所に問い合わせをして、現在登録事項証明を入手しますので、弁護士にこのことをお願いして下さい。そして、登録名義人に対して撤去を求め、撤去しないときは土地明渡訴訟を申立てます。そして、判決後に強制執行をして土地を明渡し、車両については執行官の指示のもとに廃車します。この場合、廃車したらナンバープレートを返すなりして名義人に税金が課税されないようにしておくことが大切です。

2. もし、ナンバープレートがないときは、ボンネットの中から車体番号の判読ができれば車体番号から前述のようにして所有名義人を捜します。それがだめなときはしばらく様子を見て、ゴミとして廃棄してしまうこともあるでしょう。

もし駐車場として貸していたところに車が放置されているのなら、借主に対して借主所有のものとして土地明渡を申立て、判決を得て強制執行します。

このような場合、借主の所在が不明なこともあるので、公示送達によって申立てをすれば比較的スムーズに強制執行は可能です。(このような車は、執行官からゴミとして認定されると思うので、廃棄処分代だけで執行が終了することもあります。)

## (2) その他

### 386. 資材置場の解約について

(2015年11月号、No.394)

#### Question

組合員が土地をある会社に資材置場として貸しています。(土地の一部には管理用のプレハブが建てられています。)

期間は1年で、契約書は「一時使用」と明示していますが、更新され続けています。

今回、更新せずに明け渡しを求めることは可能でしょうか。

#### Answer

1. 本件の契約は建物所有目的ではないので民法上の土地賃貸借契約ということになります。

プレハブがあるようですが、これは資材管理のためであることや、借りている土地に比べて建物が小さいので、建物所有目的で土地を貸している、つまり借地契約とは言えないでしょう。

2. そうすると、民法の規定を前提にするとともに契約条項を優先して適用すればいいことになります。

本件では、期間中は3ヶ月前に貸主が通知すれば契約は終了するとなっていますし、更新はしないとも明示されています。

したがって、期間満了で契約を終了させるのなら、この契約条項を前提に、次回は更新しないと通知しておけば十分です。

更新しない場合の事前通知時期は民法にもないので契約条項によります。本件では事前通知の時期は定められていないので期間満了の直前でもいいことになりますが、それでは借主は困るでしょうから、例えば3ヶ月前に通知しておく方が親切と思います。

3. ところで、本件は「一時使用」と明示していますが、「一時使用」をするメリットは借地契約のときで、民法上の土地賃貸借契約については、法的なメリットはありません。(デメリットもありません。)

資材置場のケースでは、あえて「一時使用」の文言を入れる必要はないことになります。

## 4. 土地売買

### (1) 売買予約

#### 387. 土地売買における媒介契約が可能な時期

(2014年12月号、No.372)

### Question

宅建業法 36 条は、宅建業者は宅地の造成又は建物の建築に関する工事の完了前においては、各種の行政上の許可のあとでなければ、当該工事にかかる宅地又は建物について、当事者として、あるいは代理人として、売買もしくは交換契約をしたり、これらの媒介をしてはいけないと定めています。

組合員が調整区域内の農地を宅地転用目的で売却をするにあたり、農地法 5 条の許可あることを条件とする売買予約契約の媒介は可能でしょうか。

### Answer

1. 農地の状態で農地法 5 条の許可を条件にして売買予約の契約をし、許可のあと買主（業者）が造成する契約に J A が仲介するというものと考えます。（売主である組合員が造成しないことが一般的です。）この場合について調査したところ、宅建業法 36 条には該当しないと思われま

す。

国交省のホームページに同様のケースについて国交省が回答しているものがありました。理由は、売買の対象は農地であり、造成される土地が売買の対象になっていないということです。

逆に、個人の売主が造成して業者に販売するケースは、法 36 条の趣旨からすると同条の対象外でもいいような気もしますが、文献では同条の適用ありとしています。

ただ、不動産流通近代化センターのホームページでは、法 36 条は物件を業者が取得する場合には適用されないとも明示しており、申し訳ありませんが、一般個人が造成をして業者に買わせる場合にも、法 36 条の対象となるかははっきりしません。

したがって、質問に対しては、(1) の前提であれば売買の条件付予約締結を締結することは問題ないという回答になります。

2. 転用許可後ですが、農地法 5 条の許可を条件とする売買予約契約をしているので、あらためて契約を結ぶ必要はないと思います。

3. なお、予約契約の中に仮登記設定を明示するのが一般的だと思います。

## 388. 古い仮登記の抹消請求

(2009年4月号、No.236)

### Question

組合員の土地（農地）に、売買契約にもとづく所有権移転請求権の仮登記がついています。買主の会社はすでに倒産しており、売買契約から10年以上経過しています。土地所有者としては、この仮登記の抹消をもためたいのですが、どうすればいいのでしょうか。

### Answer

質問の仮登記は売買契約（正確には農地なので条件つき売買契約）にもとづくものです。そして、この売買契約については、買主は売主に対して売買契約にもとづく所有権移転登記請求権を有しています（本件では農地法の関係や代金金額の納付ではないので、所有権は売主にあります。）

この請求権は登記名義の変更が可能になるときから10年で時効になります。したがって、本件では10年以上前の売買ですので、買主は売買契約にもとづく所有権移転登記請求権が消滅時効になっているので、仮登記を抹消せよとの判決をもらって抹消します。

ただ、この場合問題は2つあります。

ひとつは、対象地が農地であり、農地法での許可が必要であることから、単に契約から10年でもいいのか否かです。この点、判例の考え方は契約から10年で消滅時効になるとは断定していません。しかし、対象地がいつでも農地転用が可能であれば、契約のときからその手続は可能なわけですので、契約時から10年で時効と言えらると思います。そうでないとしても、本件は相手は倒産しており、購入できないのですから、契約不履行（代金の支払いができない）を理由に契約を解除して、仮登記の抹消を求めればよいと思います。

次の問題点は、誰を相手にすべきかです。相手は倒産とのことですが、破産手続をしているのでしょうか。会社の登記があるのなら、特別代理人の選任を裁判所に申立て、その者をその会社の代表者として裁判することが可能です。もし、会社がそのままであれば、その会社を訴えて下さい。代表者がいないときは、前述の特別代理人の選任を申し立てて下さい。

## 389. 債権者代位権について

(2009年6月号、No.241)

### Question

売主Aと買主Bとの間で、売買予約の契約を今から約22年前にしました。当初は開発の許可を条件としています。しかし、この契約はそのままとなり、7年前にBは倒産しました。

ところが、Bと請負契約を結び開発業務を担当していたC社が、今年になり対象の土地での開発は許可されなくなったのだから売買契約は無効であり、買主Bが売主Aに支払っていた売買代金の一部を返せと主張してきました。Cの主張は正当でしょうか。Cの言い分は債権者代位権だということだそうです。

### Answer

1. 大変むずかしい問題です。

まず、債権者代位権にもとづいて相手方は金銭の返還を求めています。そこで、組合員(売主)をA、解散した買主をB、Bと請負契約を締結していた会社をCとして説明します。

2. Cの主張している債権者代位権は民法423条の条文で、CがBに対して権利を有しているときに、CがBのAに対する権利を代位して主張するというもので、原則としてBの無資力が必要とされています。

本件では、Bが解散しているとのことで、それがどういう原因かはわかりませんが、おそらくBには資力は無いと考えていいと思います。

そこで、CがBのAに対する権利を代位主張したわけです。Cの権利主張が認められるには、CがBに対して権利を有していること、そしてBがAに権利主張できることです。前者のCがBに権利主張できるかについては、Cの内容証明郵便だけです。Cにその点の立証をしてもらう必要があります。

3. 問題はBのAに対する権利です。

BがAに対して金銭の返還請求権があるのなら、Cの代位行使は原則として可能です。ただ、この場合CはBの権利を主張しているので、AはBに対する抗弁を主張できます。

そこで考えるべきことは、Cの主張はAB間の売買が条件の不成就によって無効となったのだから、AはBに支払い済みの代金を返すべきだという点です。これには二つ問題があります。

まず、Bが無効だと主張もしていないのにCが主張できるのかです。この点、いろいろな考え方はあろうかと思いますが、過去の裁判例の中に、本件のようなBが錯誤無効を主張する意思がなくても、第三者は権利保全のため必要なら意思表示の無効を主張できるとした事例があります。これは錯誤無効のケースで、本件のような条件不成就のケースとは違います。

そこで、A側に立った反論としてCはBが無効を主張していない以上、Cも主張できない、つまり、Cの主張はその前提を欠くとの反論が考えられます。



4. 次に、そもそも本件は条件が不成就になったから無効になったかの問題です。契約当時は条件の成就可能でした。もし、契約当時条件の成就が不可能なら、この契約ははじめから無効です。

5. なお、昭和 62 年の売買予約の問題を今頃になって問題にしている点で、時効の主張はできないかの問題はあります。

しかし、Aとして主張できる時効はAからBへの売買契約にもとづく移転登記請求権の時効であって、今回CがBに代わって主張しているのは、売買が無効になったから金銭を返せという点ですので、前期の時効自体はCの代位主張に対する抗弁にはならないと考えます。

6. 以上、本件については、CのBに対する権利はあるのか否か、CはBに代わって無効主張ができるのかといった問題があるので、A側に弁護士を立て、対応された方がいいと思います。

## (2) 売買契約

### 390. 未完成物件等の売買について

(2016年8月号、No.413)

#### **Question**

1. 売主を個人、買主を業者とする土地の売買契約の仲介を予定している。買主は土地を購入したあとに開発許可を予定。売買契約にあたっては「開発許可が受けられないときは、売買契約を解除する」旨の特約をつけて契約をすることは可能か。
2. 売主を業者、買主を個人とする農地の売買契約について、農地法5条の許可あることを条件とする契約は可能か。売主が個人、買主が業者のときはどうか。

#### **Answer**

1. 宅建業法36条では、宅建業者は宅地の造成又は建物の建築に関する工事完了前においては、原則としてその工事にかかる宅地又は建物について、自ら当事者として、もしくは当事者を代理して、売買、交換の契約を締結したり、その媒介をしてはならないと規定しています。

質問の場合、開発許可前の売買契約ですので、同条項から考えて、このような売買契約は許されないこととなります。

2. 宅建業法33条の2は、宅建業者は自己の所有に属しない宅地又は建物について、自ら売主となる売買契約（予約を含む）を原則としてしてはならないと規定しています。

「自己の所有に属さない」とは、他人物所有の物件のほか、未完成物件も含まれるとされています。ただし、例外として、そのような物件を業者が取得できることが明らかなきを除くとされていますが、効力の発生が条件にかかるものは33条の2の原則に戻って禁止の対象とされています。

質問の場合、宅地になる可能性ある農地ですが、売買の効力が条件付きですので、宅建業法上は禁止されている契約となります。

これに対して、業者が買主の場合は、同法33条の2の適用外ですので、売買契約は禁止対象とはなっていません。

## 391. 未完成物件等の売買について（その2）

(2016年9月号、No.414)

### Question

1. A（個人）はB（業者）に土地を売却したいが、Bは土地購入のあと開発許可を得る予定である。

AB間の売買契約にあたり、開発許可が得られないときには、契約を解除する旨の条件をつけても構わないか。

2. 業者CはD（個人）に造成予定の土地を売却したい。

CD間の売買契約にあたり、Cが造成許可を受けたらDへの売却の効力が生じるとしていいか。

### Answer

1. ①、②ともに宅建業法 36 条の問題です。同条は、宅建業者は宅地の造成又は建物の建築に関する工事の完了前に、都市計画法 29 条 1 項、2 項の許可、建築基準法 6 条 1 項の確認その他法令にもとづく許可等の処分で、政令で定めるものがあつたのちでなければ、当該工事にかかる宅地又は建物について、自ら当事者として、もしくは当事者を代理して売買、もしくは交換の媒介をしてはならないとしています。

2. 本件の場合、①、②ともに業者が買主あるいは売主という契約当事者であること、ともに処分前の契約であることから、同条との関係で宅建法上認められない契約ということになります。

## 392. 他人物売買について

(2016年9月号、No.415)

### Question

1. 業者AはCから土地を取得後、B（個人）に土地を転売しようと考えています。AはCから土地を取得する前にBに転売する契約をすることができますか。
2. 上記の場合、土地が農地なのでAは農地法5条の転用許可とする予定です。この場合でもAはBに転売することは可能ですか。

### Answer

1. 宅建業法 33 条の 2 は、業者は自己の所有に属さない宅地又は建物について自ら売主となる売買契約（予約を含む）を締結してはならないとしています。  
ただし、業者がその土地建物を取得する契約（予約を含み、その効力の発生が条件にかかるものを除く）その他のときを除くとされています。
2. したがって、質問①のケースで、業者AがCとの間で売買契約を締結していれば、AB間の売買契約をすることはいいですが、そうでないときは認められません。
3. 次に、対象土地が農地の質問②のケースでは、農地法5条の転用の問題が生じますので、転用許可のあとでないとAB間の売買契約をAは締結することはできないことになります。
4. ところで、質問①のケースですが、10年位前の宅建業法の施行規制の改正で、CからA、AからBという登記ではなく、CからBへの中間省略登記も認められることとなりました。ただし、一定の要件がありますので注意して下さい。

## 393. 手付解約と土地の二重譲渡

(2020年1月号、No.495)

### Question

AはBにA所有の土地を売却する契約を締結しました。この契約書には相手方が履行に着手する前であれば、手付けを受けた側は手付けの倍返し、手付けを渡した側はこれを放棄することで、売買契約の解約ができる旨が規定されています。

そのため、AはBに対して手付けの倍返しをして契約を解約しようとした。しかし、Bが受領しませんので、手付けは供託しています。実は、AはBとの契約の解約を申し入れる前に、Cに同じ土地を売却する契約を締結しており、今はすでにC名義になっています。

C名義になったのは、AB間の売買についてAの手付け解約の申し入れのあとです。

Aの行為はBとの関係でどんな問題がありますか？

### Answer

1 . AがBに土地を売却し、同時にCにも売却していたとすると、二重譲渡の問題ですから、先に登記を設定した方が優先します。

2 . ただ、本件はAB間の売買について、Aによる手付け解約がなされています。したがって、手付け解約のあとであれば、AB間の契約が消滅していますので、二重譲渡ではないことになります。

一般の二重譲渡であれば、AはBとの関係で債務不履行責任が生じますので、Bに対する損害賠償（普通は契約でのペナルティーは売買価格の2割が多い）の責任は生じます。

3 . ところで、本件の場合、Bは手付けの倍返しを拒否しています。

このBの態度からすると、手付け解約を争うかも知れません。理由はいろいろ考えられます。

本件の手付けは解約手付けではないとか、はじめからCへの売却を考えていたのにBと契約をしていることは、Bに対する不法行為だとか、Bはすでに履行に着手したからAは解約できないなどです。

また、条文では、手付けを放棄するか、あるいは倍返しをして解約できることになっているから、Bに対する供託前にCとの売買契約をしたとすれば、手付け解約の効力が生じる前にCに売却したこととなり、Aは自ら債務不履行をしている者であるから、解約手付けの解約をするのは信義に反するなど、いろいろとBは主張することが考えられます。

4 . AB間の売買の手付けが解約手付けであるとされるのなら、おそらく最終的にはBの主張はすべて排斥されると思いますが、トラブルは必至と思います。

同一物件の二重の売却にあたっては、売買できない相手方との紛争を合意書や確認書で生じないようにしてから、もうひとつの契約を履行するべきでしょう。

5 . なお、Cへの売却にJAが仲介で入っており、AB間の手付け解約をアドバイスすることもあるでしょう。

JAとしては、前記のような合意を取り付けてからCへの売却手続きに入るべきでしょう。

## 394. 業者所有地の売買と宅建業法について

(2020年2月号、No.497)

### Question

J Aが所有する土地を売却する予定です。J Aは宅建業の免許がありますが、J A所有地を売主として売買するとき、宅建業の書面交付などは必要でしょうか。

なお、売主として何回かの売却を予定しています。

### Answer

1. 宅地建物取引業法（以下「宅建業法」といいます）37条（書面の交付）、及び同法40条（瑕疵担保責任の制限）の規定を受けるのかについては、各ケースにおいて、同法2条2号の「宅地建物取引業」ひいては「業として行う」に該当するかどうかの問題になります。

2. ここで、宅地建物取引業とは、宅地若しくは建物（建物の一部を含む。以下同じ。）の売買若しくは交換又は宅地若しくは建物の売買、交換若しくは貸借の代理若しくは媒介をする行為で業として行うものをいいます（宅地建物取引業法2条2号）。

そして、同号の「業として行う」とは、国土交通省が公表している「宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方」では、「宅地建物の取引を社会通念上事業の遂行とみることができる程度に行う状態を指し、①当該取引の対象者、②取引の目的、③取引対象物件の取得経緯、④取引の態様、⑤取引の反復継続性等の諸要因を勘案して総合的に判断すべき」とされています。判例でも、同じ考えを採用しています（東京地判平成26年9月30日等）。

3. これを踏まえて、各ケースにつき上記①～⑤を検討します。

(1) ケース1

①当該取引の対象者

相手方が元々の賃借人の関係者であることから、取引の当事者に特定の関係が認められ、事業性は低いと考えます。

②取引の目的

建物の老朽化、保持の必要性がなくなったことによる売却であるため、利益目的ではなく、事業性は低いと考えます。

③取引対象物件の取得経緯

転売目的ではなく、養鶏倉庫施設（自己使用物件）として建設したものであるため、事業性は低いと考えます。

④取引の態様

業者に媒介を依頼して販売しようとするものであるため、事業性は低いと考えます。

⑤取引の反復継続性

反復継続性の判断について、2件以上は直ちに、とか、1年に何件まで、という明確な基準はありませんが、当該物件の販売自体は一度きりで終了するとしても、ケース2の取引を予定しており、さらには「今後も継続して年間1～2案件の売却が考えられる」とあり、これをもって反復継続性があり事業性が高いと考えられる可能性はあります。

## (2) ケース2

### ①当該取引の対象者

入札業務を委託して買主を募集していることから、一般入札ということであれば広く一般の者を対象に取引を行おうとするものであり、事業性は高いと考えます。

### ②取引の目的

空き家になっており、建物の老朽化、保持の必要性がなくなったことによる売却であるため、利益目的ではなく、事業性は低いと考えます。

### ③取引対象物件の取得経緯

転売目的ではなく、店舗（自己使用物件）として取得したものであるため、事業性は低いと考えます。

### ④取引の態様

業者に媒介を依頼して販売しようとするものであるため、事業性は低いと考えます。

### ⑤取引の反復継続性

ケース1と同様で、ケース1の取引を予定しており、さらには「今後も継続して年間1～2案件の売却が考えられる」とあり、これをもって反復継続性があり事業性が高いと考えられる可能性はあります。

(3) 以上のとおり、ケース1もケース2も、上記①～⑤の判断要素を総合的に考慮すれば「業として行う」に該当する可能性は高くはないと考えますが、ケース2の①当該取引の対象者やケース1、2双方の⑤反復継続性の判断要素を重視されれば、「業として行う」と判断される可能性を否定できません。

そして、仮にケース1、ケース2の販売が「業として行う」ものに該当すれば、宅建業法37条、40条ほか、「宅地建物取引業者」として規制される宅建業法の各条文が適用されます。

反対に、「業として行う」ものに該当しなければ、宅建業法37条、40条ほか宅建業法の規制を受けません。

4. ただし、仮に司法判断としては「業として行う」に該当しないとしても、取引相手からすれば、売主であるJAが宅地建物取引業者であることを覚知すれば、JAが宅建業法上の規制を受けるものと考えられるでしょうから、宅建業法の適用を前提としない取引方法では、トラブルになる可能性もあります。

したがって、紛争を回避する観点からは、宅建取引業者として取引するか、媒介業者を入れて重要事項説明（宅建業法35条）等をしてもらうのがいいと考えます。



## 395. 私道の埋設管の件

(2017年9月号、No.439)

### Question

組合員が土地を売却する予定です。土地の前面にある道路は私道であり、建築は可能となる道路です。

ただ、私道の所有名義人の所在がわかりません。

売買契約では私道に管を埋設するにあたって私道の所有者の了解を得ることが売主側の義務とされています。どうすればいいでしょうか。

### Answer

1. 登記簿謄本では所有者名と住民票の住所地が記載されているだけですので、住民票（除票）を入手しても、すでに転居死亡その他で住民票の住所地に土地所有者がいないことや、そもそも住民票自体が抹消されている可能性もあります。

所有名義人やその相続人がわかれば、その方に同意を得ればいいことになります。

2. しかし、もし所在がわからないときには不在者の財産管理人の選任を申立て、その財産管理人に同意をしてもらうことになります。

不在者の財産管理人は不在者の財産を管理する権限にありますが、土地の中に管を埋設することに同意をすることは、管理行為を超えるものとして、裁判所の許可が必要となるのが一般的です。

3. 財産管理人の選任にあたっては、候補者の推薦をすることもあり、この場合、管理人の報酬については裁判所は関与しません。誰でもいいとなると報酬相当分を裁判所に予納することになります。

ただ、選任までは2～3週間かかることも多いので気を付けて下さい。

4. なお、一般的な取引では、管を埋設することについての同意と、土地の権利が動いたときには同意の内容を承継させるとすることが多いようです。

不在者の財産管理人の場合、この承継のことに言及する同意をしてもらうこともあります。

ただ、いつまでも管理人でいるとは限らないので、将来、土地が譲渡されることを考えての承継義務を含めた同意をすることについては裁判所は慎重のようです。

5. しかし、仮に承継の文言がなくても私道の新所有者は埋設管の撤去を求めることは権利乱用として認められないでしょう。

## 396. 筆界特定と説明義務

(2010年8月号、No.268)

### Question

筆界特定の申立てがあるような土地の仲介にあたり、仲介者としてはどの程度の説明義務があるのでしょうか。この申立てがあるということは境界のトラブルがあると理解しているのでしょうか。

### Answer

1. 筆界特定制度を利用し土地の筆界が確定したのであれば、隣接当事者間には境界のトラブルは現在は存在していないこととなりますので、重要事項に記入しなくてもいいと思いますが、心配なら、境界については筆界特定を利用して境界は確定済みの旨を記載すればいいと思います。
2. 筆界特定の結果に不服があれば異議を申立てることは可能で、この場合には境界の確定ができていないこととなります。場合によっては、境界確定訴訟に発展することも予想されます。  
したがって、筆界特定を利用してもその結果に不服を申立てられたときは、境界の確定はできていない旨を指摘しておく必要があります。
3. なお、筆界特定は、筆と筆の境がどこかを定める手段であり、所有権の範囲を決めるものではないことはご存知のとおりです。

## 397. 土地売買と条件の効力

(2011年7月号、No.291)

### Question

J Aが所有する土地を業者に売却し、業者はその土地を建築条件付きで分譲する予定です。

J Aが業者に売却するにあたり、売買契約の中に、分譲にあたっては、購入者に融資の必要がある場合にはJ Aをあっせんすることの文言を入れたいと考えていますが、問題はないでしょうか。

### Answer

今回の売買のときの条件は、法的には問題ないと思います。

今回の条件で問題となる可能性があるのは、いわゆる独禁法の「不公正な取引方法」のうち、「第11」の排他条件付取引あるいは、「第12」の拘束条件付取引に該当しないかです。

しかし、本件は融資先としてJ Aをユーザーに紹介するというだけであり、ユーザーがどこから融資を受けるかは自由のようです。

また、J Aの融資をあっせんしないからといって本件の売買契約を解除したりペナルティーを課したりもしないようですので、本件の特約があるからといってその特約自体に法的拘束力はなく、単なる「お願い」を付加しただけと考えます。

したがって、今回の特約は問題ないと思いますが、例えばJ Aへのあっせんがないからといって今後の取引に影響が生じたり、生じる可能性のあることを述べて今回の契約をするようなことがあれば、相手方の経済活動を不当に制限することとなり、問題となると考えますので注意して下さい。

なお、独禁法の不公正な取引方法を以下に明示しておきます。

#### 第11

「不当に相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引し、競争者の取引の機会を減少させる恐れがあること」

#### 第12

「法第2条第9項第4号又は前項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること」

## 398. 土地売却と使用貸借

(2009年9月号、No.247)

### Question

2,500 m<sup>2</sup>の土地を医療施設に売却しますが、内500 m<sup>2</sup>については、土地所有者が自分の事業のための駐車場として無償使用する予定です。(この内容は買主も了解。)

ただ、土地代金については、駐車場部分の単価は他の部分の半分位としています。

①500 m<sup>2</sup>部分を駐車場として長期に借りる方法は何でしょうか。

②土地所有者が変更しても大丈夫でしょうか。

③無償で借りることの問題は。

### Answer

1. 質問の趣旨は、2500 m<sup>2</sup>を売却するが、そのうち500 m<sup>2</sup>は駐車場として借りたい、その場合、買主は駐車場を無償で貸してもいいと理解します。

2. そこで、長期に借りる方法ですが、駐車場契約ですので借地契約ではありません。また、無償ということですので賃貸借契約ではなく、使用貸借契約ということになります。

借主(元所有者)としては、期間を決めた使用貸借契約書を作成することは必要なことです。契約書の中に貸主からの中途解約条項がなければ、貸主は期間満了まで貸す義務が生じます。

(使用貸借ですので、中途解約条項を設けてしまうと契約書とおりとなり、正当事由の有無は関係ありません。)

ただし、土地所有者が変更されると、使用貸借をしている借主は新土地所有者に借りる権利を主張できないのが原則です。使用貸借なので土地に登記をつけることもできません。

もし、新所有者に対抗できないときは、旧所有者は貸す義務を履行していないのですから、借主は貸主に損害賠償の請求は可能です。

少なくとも、借主としては所有権を譲渡するときは使用貸借契約を貸主は承継しなければいけない旨の条項は設けるべきでしょう。

無償で借りることの税務上の問題は借主側にはないと思いますが、借りるのだからと言って安く売却したとすると、買主側への低額譲渡の問題が生じるかも知れません。詳しくは税理士に確認して下さい。

### (3) 媒介契約

## 399. 媒介契約を前提としない仲介

(2010年10月号、No.272)

### Question

区画整理組合が解散となり、土地が組合員に戻されました。

J Aとしても組合員を応援するため、媒介契約を前提としないで複数区画の土地の売買の仲介をしたいと思います。問題点はありますか。

### Answer

1. 媒介あるいは代理をしないで土地の売買の仲介をしているとのことですが、やはり、問題だと思います。

2. まず、業者が媒介又は代理をしないで同一組合員所有の複数の区画の土地を販売する場合、その組合員自身に宅建の免許が必要にならないかの問題があります。

ご存知のとおり、「業として」土地の売買をすることは宅建法上免許が必要となり、「宅地建物取引業法の解釈・運用の考え方について」では、一定の判断基準を示しています。

質問の場合、取引の対象者が広く一般であること、媒介、代理など業者が入っていない形であること、複数区画を売りに出していることなどは、「業として行なう」の要件にそれぞれ該当します。

反面で、転売目的ではないこと、区画整理のための資金を充足させる目的であるなどは、「業として行なう」の要件に該当しない内容です。

そうすると、本件の場合、「業として行なう」に該当するか否か議論が生じる余地がありますので、この点を組合員に十分理解させておく必要があります。

ただ、業者が媒介、代理として仲介するのであれば、組合員自身が「業として行なう」とまでは言えないと思います。

3. 次に、J A自身の問題です。

実体が媒介であれば、媒介契約をするべきです。いわゆるコンサルタント業務ということ自体は業者も担当することは可能であり、その報酬を得ることも可能です。

しかし、その場合、媒介とは別にコンサル業務の内容、報酬などを書面化していることが求められています。

やっている内容が媒介であり、買主側とは売主の窓口の立場で接しているとする、その内容はやはり媒介又は代理ということになるかと考えます。そうすると、宅建業法上は問題だと思います。

4. 組合員のことを考えるのであれば、正式に一般媒介契約を締結し、報酬について配慮することではいけないのでしょうか。ご検討下さい。

## (4) 土地の瑕疵

### 400. 地中の埋設物について

(2016年6月号、No. 408)

#### Question

土地を売却したところ、地下からアスファルトがらが多数出てきたと言われました。

買主は契約の解除を主張していますが、これに応じる必要はありますか。また、「がら」の撤去はどこまでが必要でしょうか。

#### Answer

1. 売却した土地の地下から「アスファルトがら」が出てきたということですから、売買契約の対象物（土地）に瑕疵があることになります。

そして、「がら」は地表に出ていたわけではなく、また、買主が契約前から「がら」の存在を知っていたのであれば、本件は隠れた瑕疵が売買対象物にあったこととなり、瑕疵担保責任の問題となります。

瑕疵担保の場合、買主は売主に対して損害賠償の請求ができるほか、売買の目的を達成できない瑕疵のときには契約の解除も可能です。

なお、本件では、契約のときに「がら」の存在を告知していたか否かで双方の認識がちがうようです。

もし、告知していたことが立証できれば瑕疵担保責任の問題は生じません。

2. 仮に、瑕疵担保の問題となった場合ですが、本件で買主が契約を解除できるか否かは「がら」の量や撤去したあとの地盤の状況から、購入目的を達成できるか否かの判断になります。

3. 損害賠償の点ですが、「がら」の撤去と埋め戻しに必要な費用が原則として賠償の対象です。

撤去の範囲は売買対象の土地全部が原則ですが、「がら」が若干あっても土地の使用に何ら問題なければ、その部分は撤去対象外でもいいかと思えます。(本来は対象ですが、土地に若干の「がら」があるのは予想できることです。野球場の砂のように異物が全くないことまでは、取引上は予定されていないと考えられます。)

その他の損害としては、「がら」の撤去のために生じたもので、例えば、予約していた工事機械のキャンセル料が生じたなどです。

4. 売主としては、「がら」の撤去を前提にその範囲の交渉をすることとなります。

J Aとしては、仲介業者であり、「がら」の存在を知っていたわけではないので、買主に対する責任は原則としてはありません。(少し調べれば「がら」の存在がわかるようなときは別です。)

したがって、J Aが責任を背負い込むような言動をしないことが大切です。

5. 売主としては、質問の中に出てくる弁護士が言うように、「がら」の撤去を前提とする行動をとることになります。



## 401. 地中の埋設物と瑕疵担保責任

(2014年2月号、No.352)

### Question

組合員が土地を売却したところ、購入した土地の地下2メートル位のところから大量のコンクリート片（ガラ）が出てきたとの報告があり、その撤去を求められているようです（クレームは土地購入して3ヶ月位のときです）。組合員の責任はどうでしょうか。

組合員によると、20年以上前に問題の土地の造成をしたとのことで、このときにコンクリート片を業者が埋めたようです。

業者によると、当時はガラを埋めても問題のない時代だったと言っています。組合員は業者に責任を求めることができるのでしょうか。

### Answer

1. 組合員所有の土地を売却し、地中からコンクリートガラが多数出てきたのですから、原則として「瑕疵」のある土地となります。

買主がこのことを知らなければ、地中にガラがあることは「目的物に隠れた瑕疵」があるとして、組合員が売主としての瑕疵担保責任を問われることになると思います。

ただ、地中にガラがあるとは言っても、量が少ないとか建物建築に支障のないような場合は「瑕疵」とは必ずしも言えないでしょう。

しかし、本件は買主が建物を建てようとして基礎部分の敷地を掘ったところ、多数のコンクリートガラが出てきたというのですから「瑕疵」と言えます。

買主は組合員に対して瑕疵担保責任を求めることにはなりますが、ガラの除去を組合員に求めるか、除去費用を組合員に請求するという責任追及の内容になると思います。

2. 組合員が本件土地を22年前に購入し業者が造成をした際、この業者がコンクリートガラを地中に埋めたようです。

業者の言い分は、ガラを埋めて造成しても当時は問題とならない時代だったというのですが、この言い分はおかしいと思います。

造成にあたり、土を搬入したりするとき、異物が少しくらい混入するのは仕方ないとしても、本件は地下2メートルくらいのところに大量のガラが埋まっているケースです。

本件土地はかつて組合員が建物を建てる目的で他から購入したようですので、地中にコンクリートガラがあっては基礎工事に重大な支障が生じます。そうすると、ガラを多く埋めたことが許されるわけでもなく、また、組合員の購入目的からみてガラの埋設を了解していたとも推測できません。組合員としては業者に責任追及したいところです。

3. ただ、問題はガラを埋めた時期が 22 年前という点です。

組合員は業者と造成契約をしていますので、今回の業者の行為は契約に反する行為として債務不履行になります。

しかし、債務不履行は履行時から 10 年で時効となります。本件では引渡し後 20 年以上経過していますので、債務不履行を主張すると相手は時効を主張する可能性があります。

ただ、ガラが自分の土地にあることによって日々不法行為が発生しているとすると、時効とはならない可能性があります。

不法行為の時効は、被害者が損害と加害者の両方を知ったときから 3 年、または不法行為のときから 20 年で時効となります。

本件では加害行為を知ったのが最近ですので問題はないとしても、ガラを埋めたときからは 20 年以上経過しているので、不法行為も埋めたことを問題とすれば時効となります。

ただ、ガラを組合員の土地の中に埋めたという状態は日々発生しており、不法行為が継続していると考えれば、埋めた事実を知ったときから時効が進行すると考えることも可能だと思います（ただ、当然相手は反論するので、ケースによっては訴訟になるかも知れませんが、不法行為が継続しているとの考えを裁判所が採用しないことも予想されます。）。

## 402. 土地の瑕疵担保責任

(2018年1月号、No.446)

### Question

組合員が自分の土地をその土地の隣地の人に売却しようと考えています。

ところが、その隣地の人には数十年前に売却対象地にガラを業者が埋めるのを見たと言っています。

隣地の人はその土地を購入して建物を建てるようですが、今のところ建築開始は1年あとだとのこと。

そこで、隣地の人から建築開始の1年間は瑕疵担保の請求を待って欲しいと言っています。売主は1年間待たなければいけないのでしょうか。

### Answer

1. 本件は、買主予定者が、購入予定地に数十年前に業者がガラを埋めたのを見たということが前提になっています。

この場合、ガラがあることを前提に買主が売買契約をするのであれば、その後、地中からガラが発見されたとしても、売買契約のときにガラの存在は「隠れた」とは言えないのですから、瑕疵担保責任の「隠れた瑕疵」とは言えず、買主は売主に責任を求めることはできません。実際の売買代金がガラが存在しない価格であったとしても、買主はその金額でいいとしていたのですから、代金の減額等の請求はできません。

2. しかし、ガラを埋めたのは見たが、それが正確であるかははっきりしないとか、もしかしたら別の土地のことを誤解して記憶していたということになると、土地の売買契約のときにはガラの存在を前提にしていたとは必ずしも言い切れません。

そうすると、後日、ガラが実際にでてきたときには「隠れた瑕疵」として瑕疵担保の問題となります。

3. 質問では、買主は土地の購入のあと、建物建築の時期の関係から、責任追求について契約から1年間の猶予を求めています。

民法では瑕疵担保責任は瑕疵の存在を知ってから1年間に請求をすることが定められています。また、判例では瑕疵の存在を知らずに引渡しを受けてから10年を経過したときは、原則として瑕疵担保責任は時効になるとしています。

4. したがって、引渡しや契約から1年間は瑕疵担保責任はあるようにしてくれとの買主の申し入れは、民法の規定からすると必ずしも売主に不利とは言えません。

また、実際の取引においても、この責任を求められる期間はいろいろのようですが、個人間の売買だから期間が短いとも断定できないようです。

5. 今回の取引は個人間の売買ですので、消費者契約法の対象外と思えますので、個人間の協議で瑕疵担保責任を負わないとか、責任の期間を短くしたり、内容を変更したりすることは原則として自由ですので、売主側から買主に申し入れをしてみることも可能です。

なお、個人対業者のようなときで、売主が業者（法人、団体）のときに瑕疵担保責任を免除したりする特約は消費者契約法上で無効となります。

## 403. 地中の埋設物と妨害排除の請求

(2019年7月号、No.483)

### Question

2年前に組合員がある会社から土地を購入しました。

ここは元駐車場で、アスファルトが敷かれていました。(組合員は商業用ビルを建てる予定です。)

最近、ビルを建てるため土地を掘ってみたところ、アスファルトの下に浄化槽が埋まっていたので、これを撤去しました。これにかかった費用を売主に請求できないでしょうか。売買契約書の瑕疵担保責任の期間は、引渡しから2年とされています。

### Answer

1. 地中の浄化槽の存在は、売買対象物の隠れた瑕疵ですので、瑕疵担保の問題となります。

契約書では、引渡しから2年が責任期間なので、本件では買主から売主に対する瑕疵担保の責任を求めることはできないことになります。

ところで、本件は個人と会社との契約です。消費者契約法の対象となるのであれば、民法の規定で、瑕疵の存在を知ってから1年以内なら責任を求めることができますので、この場合、前記契約の条文に拘束される必要はないことになります。

しかし、本件は個人である組合員が商業用ビルを建てる目的ですので、事業目的での契約となり、消費者契約法の対象外となります。そのため、瑕疵担保の責任追求はむずかしいと思います。

2. ただ、組合員の土地の中に他人の浄化槽が残っていたのですから、他人の物が自分の所有地内にあることから、妨害排除の請求ができないだろうかと考えます。

妨害が存する状態が継続していますので、妨害排除を求めることについての時効等の問題は生じません。ただ、以下の2点が問題となります。

(1) 妨害排除の相手は、対象物の所有者です。本件では売主の所有物と考えていいでしょうか。

(2) 排除の対象を特定する必要があります。単に浄化槽の撤去を求めるのではなく、対象土地のどこにある、どんな形の浄化槽を撤去せよという内容で特定する必要があります。

本件ではすでに撤去してしまっているため、この(2)の問題が残っています。すでに撤去していても、その費用請求は可能ですが、その請求金額と撤去内容との関係性をどう証明するかの問題です。

## 404. 売主周辺のトラブルと売買契約

(2008年12月号、No.229)

### **Question**

平成19年11月に組合員相互間で、売主A、買主Bとする農地の売買契約が締結され、すでにAからBに農地は引渡されました。

Bが耕作をしていると、Aの父が何を思ったか「誰が耕作しているのか」と付近の人に聞きまわってみたり、役所に相談したりしているとの事。また、対象農地のAの前所有者がBに「Aに売却した面積は公簿より小さい」などと言ったとの事。実際の面積は公簿とほぼ一致していますが、このようなことからBはAに土地を返したい、仲介に入っていたJAにも責任があると言っています。JAに責任はあるのでしょうか。

### **Answer**

農地自体の瑕疵の問題ではないので、JAに責任はないと思います。

また、売主が責任を負うこともないと思います。なお、買主Bが農地を返還して売買契約を清算する権利はないと考えます。

## (5) 農地売買

### 405. 仮登記と農地法

(2010年2月号、No.257)

#### Question

売主Bと買主Aとは、農地法3条の許可があることを条件として、農地の売買契約をしました。そして、その農地に仮登記をつけています。この農地については、昭和45年に許可が出されています。

このたび、売主Bから買主Aの相続人であるCに対して仮登記の抹消料を支払うから登記を抹消してくれとの申し入れがありました。Cとしてはどう対応すればいいでしょうか。

#### Answer

1. 質問からすると、昭和45年には農地法3条の許可が出ているとのことですので、所有権移転登記が可能となってから40年位経過していることとなります。

買主Aと売主Bとの関係は売買契約ですので、AからBへの移転登記請求権は10年で時効だとの主張をBができることとなります。

ただ、代金がすでに支払い済みということになると、農地法の許可のときに所有権も買主Aに移転したとも考えられます。この場合は、AはBに所有権にもとづく移転登記請求をすることも可能なので、所有権に消滅時効が無い以上、所有権にもとづく移転登記請求も時効にはなりません。(この場合でも40年してからの請求は信義に反するとか、権利はすでに失効したなどの反論は考えられます。)

しかし、先に代金を支払ったということは一般的ではないので、本件でも手付金くらいの授受はあったとしても代金を完済しているとは言えないと思いますので、AがBに対して有している移転登記請求権はすでに消滅時効の期間が満了している状態と言えます。

2. そうすると、Aの相続人Cが移転登記を求めたとしても、契約書がなく代金の確定ができないことから、代金を支払うから移転登記せよとは言いがたいこととなりますし、また、Bから時効の反論も考えられます。

したがって、売主側から解決金を支払うので登記末梢をしてくれとの申し入れについては、これを前提として解決に向けた交渉をした方がいいと思います。

## 406. 農地に対する所有権移転請求権仮登記

(2010年2月号、No.252)

### Question

組合員は、平成5年農振農用地を開発見込地として、業者の勧めで停止条件付売買契約を締結し、手付金として代金の1割を受領しました。しかし、この土地は農振の除外にはならず、開発ができないままになっています。

平成14年、買主の要請で所有権移転請求権仮登記をつけ、その買主を債務者としてA社が抵当権の仮登記をつけました。その後、所有権移転請求権仮登記がB社に移転しています。

現在、抵当権者のA社がB社と一緒に手付金の半分を支払ってくれれば、所有権移転の仮登記と抵当権を抹消してもいいと言っています。どうすればいいでしょうか。

### Answer

1. 質問の事案は、農地法の許可あることを停止条件とする土地売買契約について、所有権移転請求権の仮登記をB社が、そして当該土地にA社がおそらく債務者を元の買主とする抵当権設定の仮登記をつけているということだと思います。

2. 質問では、しばらく農地転用はできそうもないようですので、売買予約契約上の買主の地位の承継人B社としても、契約を解消したいと考えているのかも知れません。

この仮登記については、B社が権利者なので譲渡されることは当然予想されるのですが、買主の地位が変更されることになるので、もし、農地法の許可が出る状態になれば、その者との間で売買契約をして、残りの処理をすればいいことになります。

つまり、その登記権利者が契約当事者と考えていいわけです。ただ、仮登記権利者が変更になっても、土地の所有者は今でも組合員の方です。

3. ところで、仮登記権利者から手付金の半分位で各登記の抹消を申し入れているとのことですが、これに応じる義務はもちろんありません。

しかし、農地転用など農地法の許可申請ができないとなると、いつまでもこの状態が続きます。許可が可能となってから10年間放置されると、所有権移転登記請求権の消滅時効が考えられますが、その可能性がないときには時効の進行はないとするのが判例の一般的考え方です。

そうすると、そういう状態のままでいいのかを検討し、売却ができないのであれば手付金も返すことも考える必要はありそうです。ただ、買主側からの解約なら手付金の放棄となるのでしょうから、この場合には手付金の返還義務はありません。



4. なお、抵当権の仮登記があり、抵当権が実行されると、土地が競売されることになってしまいます。

しかし、競売のケースでも農地法の許可が必要です。したがって、本件では許可は出そうもないので、落札する人はいないでしょう。

5. 以上、土地が売却されたり競売になることはないかと思いますが、この状態を地主側は当然には変更できないので、解決のため手付金をいくらか返して各登記の抹消をするということも検討のひとつと思います。

## (6) その他

### 407. 隣地の売却への対抗策について

(2015年1月号、No.374)

#### **Question**

組合員が耕作したり、家畜を飼うなどして使用している土地の隣地が売却されることになりました。

おそらく、住宅用地として何棟もの住宅が建てられ、販売されるものと思います。

今後、住宅の居住者から畑の土が風で飛んでくるとか、家畜の声や臭いなどについてのクレームが来るかも知れません。今のうち、どんな対策をしておくべきでしょうか。

#### **Answer**

1. 組合員自身は土地の利用内容を何ら変更するわけでもないのに、隣地の状況が変わることでトラブルになることは本当に心外なことです。

今の状況がわかって転居してくるのですから、組合員の土地利用に変化を求めるのは筋がちがうと考えたくもなります。

2. 基本的にはこの考えでいいと思いますが、近隣問題については互いに受忍し合って協調して生活をするのが前提です。

そのため、今後、土の飛散の問題や、家畜の臭いに対して、可能な範囲での対応は必要でしょう。

土が絶対に飛散しない方策までは不安ですが、簡単な飛散防止の塀を作るなどの検討をして下さい。

3. また、現在の隣地の所有者に対して、現在の土地利用の状況を文書で告知し、今後、隣地の購入者に対して同じ内容を告知するように要請して下さい。

将来、隣地の転得者からクレームが来ても、組合員の土地利用を認識したうえでの購入であると反論可能であり、そうすれば組合員の対策内容も軽いものになる可能性があるからです。

## 408. 売買契約と固定資産税の清算

(2019年5月号、No.478)

### Question

組合員が地目農地の土地を売買しました。売買前に宅地転用の申立てをしていましたが、売買契約時には地目は農地のままでした。

売買契約時に売却土地の固定資産税通知が来ていませんでしたが、昨年と同様に農地としての課税と考え、これを前提に契約のとき税金の清算をしました。

その後、届いた通知には宅地との課税となっています。売主は買主に差額の清算を主張できるのでしょうか。

### Answer

1. 質問の趣旨は、売買契約時にその年の固定資産税の清算をしたが、4月の課税通知では、農地としての課税ではなく、宅地としての課税になっていた。そのため、清算金では不足するので、差額の請求はできないか、というものと理解します。

2. 売買契約時にその年の税金額が判明していれば買主の所有日以後の税金は買主から売主に渡されて清算をし、売主が納税するのが一般です。もし、税金額が未定なら、将来その清算をする

旨が契約書に明示されることとなります。

3. 本件は課税通知前に清算をしていますが、これは今年も昨年と同様の課税額との前提でしょう。

ところが、実際の課税は宅地評価を前提の課税ということです。したがって、課税額について売買当事者が農地としての課税を前提としたのであれば、税金の清算については錯誤があることとなります。そのため、もし農地評価を前提にしていたと立証できれば、そして、このことを買主も了解していたということも立証できれば、あらためて税金の清算の問題が生じることとなります。

厳密には、税金の清算条項が錯誤無効となりますので、税金の清算は白紙となります。そのため、税金は当然に清算するというのではなく、その処理が未定ということとなります。そうすると、課税義務者の売主負担が原則となりますが、一般の取引の慣習は税金は清算することだと思しますので、元の条項は白紙となっても税金については課税額で清算する黙示の合意があったとして差額の請求をすることになると考えます。

## 5. 建物売買

### 409. 現状有姿売買と瑕疵担保

(2022年6月号、No.552)

#### **Question**

中古建物を現状有姿を前提に売却した場合、仮にその建物に瑕疵があっても、売主に責任は生じないのでしょうか。

#### **Answer**

1. 現状有姿の売買ですので、売却時の状態のまま引渡すということになります。  
したがって、床が汚れていたり外壁に汚れがあっても、そのままの引渡しで問題ないということになります。
2. しかし、現状有姿の売買というと、対象物件を外見のまま引渡して売却するということであって、隠れている瑕疵についても、売主に責任がないとまでは考えられていません。  
したがって、現状有姿で売却したから隠れていた瑕疵の責任を売主が負わないということにはなりません。  
売主としては、現状有姿の売買のほか、隠れている瑕疵の責任を負わない旨の契約条項を売買のとき設けておくべきでしょう。

## 410. 建物売買契約と瑕疵担保責任

(2008年6月号、No.217)

### Question

個人所有の建物を個人で飲食店を営んでいる者が飲食店用建物として購入し、引渡しも完了しました。

買主が改築をしたところ、屋根裏に焼けて黒焦げになっているところを発見しました。売主に問い合わせると、以前ボヤを出したが売買のときは忘れていて告知をしなかったとの回答でした。

売主に対して買主は損害賠償の請求は可能でしょうか。売買契約書の中には、本物件は中古物件なので引渡し後に物的瑕疵を発見されても売主は責任を負わないとの条項があります。

### Answer

1. 建物の屋根裏がボヤのため黒焦げであったのですから、建物自体の瑕疵ということになります。したがって、瑕疵担保責任の問題となり契約条項の有効性の問題となります。
2. まず、下級審判決ですが、火災の跡がそのまま残っているのにそれが容易に発見できないところにあったケースで、判決は、それも瑕疵と言っています。ただ、瑕疵担保責任を売主が負わない契約条項があっても売主が瑕疵を知って言わないときには、免責を主張することはできないとしています。本件で売主が、ボヤがあったことや、ボヤの跡が残ってそのままになっていることを知って、告知していないときには、免責条項があっても、責任は生じます。責任の内容ですが、修理代相当額となります。ただし、買主がボヤの跡を容易に理解できたケースでは、隠れた瑕疵ではありませんので、売主に瑕疵担保責任は生じません。なお、ボヤのことを完全に忘れていたのであれば（立証の問題はありますが）、売主は瑕疵担保責任を負わないこととなります。
3. ところで、以上は、買主が事業者であることが前提の回答ですので、消費者契約の対象とならないことを前提にしています。売主が事業者、買主が非事業者のときには、消費者契約の対象となり、瑕疵担保責任の問題が生じるときには、売主は、免責を原則として主張できません。
4. 最後、本件売買にJ Aは、仲介しているのでしょうか。J Aが仲介していると説明義務の問題が生じます。売主から、ボヤの跡の指摘がJ Aに対して、売買契約前になかったとしても、ボヤの跡の部位をちょっと注意して調べていれば、発見可能であったというケースでは、業者としての注意を欠いて説明を怠ったとして、賠償をしなければならないことがありますので注意して下さい。

## 411. 借家権付建物の売買

(2021年6月号、No.527)

### Question

借家権付建物を売買する予定です。

- ①保証金の処理はどうしたらいいですか？
- ②借主への連絡方法は？
- ③保証人への連絡は？
- ④月の途中で売買するときの賃料精算は？
- ⑤その他何かあれば。

### Answer

1. 保証金の処理はいろいろかと思えます。建物所有権が借家権付で売買されるケースですから、貸主の地位は原則として買主に移転します。そのため、新所有者が新しい貸主として元の借家契約を承継しますので、保証金返還債務も新所有者が負担します。

したがって、建物の譲渡当事者では売主である元の貸主が預かっていた保証金を買主である新しい貸主に振込んだり、現金で渡すのがふつうです。ただ、建物の売買代金に含まれるとして、預かった保証金の移転をしないこともあります。(この場合でも保証金返還債務は新所有者が負うことになります。)

2. 貸主の変更になりますので、一般的には元の貸主と新しい貸主との連名で通知をすることが多いと思います。そのとき建物の移転登記を必ずして下さい。あわせて登記簿謄本を借主に示した方がいいでしょう。(写しで構いません。)そして、契約書を新たに借主との間で作成するかどうかを検討して下さい。

契約書と実際の契約内容がかなりちがっているときは、新たに作成することが多いですが、そうでないときは通知だけにするか、新しい貸主と借主との間で、貸主が変わった旨の覚書を作成することもあります。

新たに契約書を作成する場合には、特約事項欄にでも旧貸主とのいついつの契約について貸主が変更したこと、あわせて当初の契約書の内容と現況の内容がちがっていたので、それを確認するため作成したと書いて下さい。

3. 連帯保証人に通知することは必要です。保証契約は貸主と保証人との契約ですので、契約上の地位の変更になるからです。

この場合、保証人にも覚書等の作成が必要かですが、新たな契約ではないので保証契約の成立要件としての書面の作成は不要と思います。

元の貸主との間で保証契約の書面が作成されていれば、この契約の当事者の地位が移動しただけのことで新たな契約とは言えないと思います。

また、民法の改正で保証人は極度額を決めることになっていますが、書面を作成すると新しい契約か否かのトラブルになると困るので、通知だけでいいと思います。

4. 賃料の精算は所有権移転時期をもって売主買主間で精算するものと思います。借主の都合で建物売買となるケースではないので、借主に迷惑をかけるわけには行きません。

前払分に関してその途中で売買があるときは、元の貸主と新しい貸主との間で精算の取り決めをして下さい。清算対象の賃料金を実際に渡すのか、代金支払いのときに清算するのが一般的かと思います。

5. 大切なのは新所有者が建物にその所有名義の登記をつけることです。今回の改正でこの点が明記されました。

また、滞納家賃は建物所有権が譲渡されても新所有者に当然には移転せず元の貸主に権利が保有された状態ですので、滞納分をどうするかを協議して下さい。

## 412. 市街化調整区域の建物譲渡等について

(2019年1月号、No.470)

### Question

調整区域の農地に子供が休日に親の農業を手伝うことを理由に開発許可を受け、建物を20年位前に建てました。(今はその建物を他人に貸しています。)

今回、その住宅を土地とともに売却しようと考えます。一般人への売却は可能でしょうか。また、購入者が同じ調整区域内に居住する親の農業を手伝うということであれば、どうでしょうか。

### Answer

1. 本件のご質問は、〇〇市内の市街化調整区域であろうことを前提にお答えいたします。

まず、市街化調整区域内にあり本来農地であるべき土地を宅地に変更し、同土地に、「農家の子供が休日に親の農業を手伝う為」という理由で、現所有者(仮にAさんとします)の居住用建物、いわゆる分家住宅を建築するための開発許可を得たということであれば、当該開発許可は、Aさんに限定した属人性のある許可と考えられます(ただし、その相続人等には許可の効果が及びます。都市計画法44条)。

つまり、当該開発許可によって許されるのは、「Aさん」の「分家住宅としての用途(居住用)」に限られ、Aさん所有のまま用途を変更する場合は勿論、所有者がAさんから第三者(仮にBさんとします)に移転する場合も、いずれも用途変更にあたります(都市計画法42条)。

したがって、現状、既に建物をBさんに賃貸しているのであれば、その用途実態は賃貸用となり、「Aさんの分家住宅(居住用)」という用途に違反します。

2. Aさんの所有地・建物をBさんに賃貸または売買する場合は、用途変更の許可を得る必要があります。〇〇市の審査基準に該当するかの検討が必要です。

AさんがいつからBさんに賃貸しているのか不明ですが、当該建物が20年以上前に分家住宅として建築されていることからすると、そのうち10年以上、Aさんによって適正に分家住宅として利用されているのであれば、〇〇市の基準を満たす可能性はありますが、質問書にある事情だけでは結論付けることはできません。

いずれにしても、BさんがAさん同様にいわゆる分家住宅として利用する目的であったとしても、「Aさん」でない以上、用途変更の審査を経る必要があります。

3. したがって、AB間で農地を売買する場合、農地である部分については農地法3条に定める農業委員会の許可が必要になりますが、それと別に、いずれの質問の場合でも、用途変更の許可を申請し、Bさんについて審査を受ける必要があります。

そのため、契約以前に行政庁担当部署に相談確認し、さらに審査基準を満たすことができなかった場合に備えて、用途変更の許可を得られなかったときは契約を解除する旨の解除条件を付けて契約すべきと考えます。



## 413. 賃貸建物の売却と個人情報

(2012年8月号、No.316)

### Question

賃貸中の建物を売却することになりました。売却にあたり、借主や連帯保証人の個人情報を購入者に開示してもいいのでしょうか。

### Answer

1. 建物の売却にともなって、賃貸借契約の貸主の地位が建物の新所有者に移行することになるわけですので、賃貸借契約の内容および当事者の特定のための資料は新所有者に開示される必要があります。
2. したがって、重説、契約書は当然として、借主の特定に必要なもの、住民票や免許証の写しは渡されてもいいと思います。  
また、借主が家賃を支払えるか否かで建物を購入するか否かの判断になるのでしょうから源泉徴収票もいいと思います。健康保険証は借主の特定のため必要なときは構わないと思います。  
また、連帯保証人が保証をした証拠として印鑑証明書を渡すのも当然です。
3. なお、引渡し前に、借主には貸主が変更となること、これにともなって契約時の資料を新しい貸主に引渡すことを事前に告知しておくことが大切と考えます。

## 6. 建築工事

### 414. 建築と接道について

(2022年11月号、No.562)

#### Question

古くから住宅を所有しているAが建替えを検討しています。

今回、業者に問い合わせたところ、建設基準法による接道要件を充足していないと言われました。

どういふことでしょうか。

#### Answer

1. 建築基準法 43 条 1 項は、同法 42 条に定める幅員 4 メートルの「道路」に 2 メートル以上建物の敷地が接していなければならないと規定しています。
2. 同法 42 条 1 項の「道路」としては、国道や市道（同条 1 項 1 号）、開発道路（1 項 2 号）、既存道路（1 項 3 号）、計画道路（1 項 4 号）、位置指定道路（1 項 5 号）、そのほか 2 項道路（基準法適用前から存在する 4 メートル未満の道路）などがあります。
3. 質問のケースですが、考えられるのは、2 項道路あるいは道路様状態の土地に接しているだけであったのではないかと思います。

前者の場合、道路の中心線から 2 メートルセットバックする必要があります。後者の場合ですが、おそらく建築基準法前の建築物で、当時は許可されていた建物を所有されていると思います。こういう場合、当時は OK だった状態が今の基準法ではダメとされることがあります。たとえば、今回、道路様状態の土地を公道に向かって 2 メートル敷地として申請しようとしても（いわゆる敷地延長）、その部分を他の人が敷地として申請済みとなっているようなときには、敷地の重複申請はできず接道のない土地となってしまいます。

そのため、道路様状態の土地を建築にあたって利用するには、その土地に接する所有者全員の協定をして、その土地を道路として使用することもあります。これを協定道路と言いますが、幅員は 4 メートル必要です。協定道路になると、これに接している土地が 2 メートルあれば、接道要件を充たすとされています。（ただし、43 条 2 項の但書許可は必要で、交通上、安全上、防犯上、衛生上の支障がなく、建築審査会の同意あることが前提。）

## 415. 用途地域内の対象外建物建築

(2023年1月号、No.565)

### Question

組合員のご息は住宅が建ち並んだところに居住しています。調べたところ、第一種低層住居専用地域とのことでした。

今回、近くにコンビニができるらしいとのことですが、コンビニを建ててもいいのでしょうか。

### Answer

1. 第一種低層住居専用地域とは、都市計画で定められた用途地域です。良好な住居地域とするため、高さや建物に制限を課しています。

ただし、建築基準法では「良好な住居の環境を害するおそれがないと認めるとき」又は「公益上やむを得ないと認めるとき」に特定行政庁が許可をすれば、コンビニの建築も可能です。(以前は特定行政庁が許可をするには建築審査会の同意が必要でしたが、現在は審査会の同意は不要となっています。)

2. そして、各公共団体ではコンビニ建築の許可をするにあたり、一定の基準を設けていますので、今回のコンビニがこの基準に合致しているかを調べて下さい。

## 416. 建築確認に対する不服申立て

(2016年4月号、No.404)

### Question

市の道路の西側に接して細長い土地を組合員が保有しています。その土地のさらに西側の隣地は第三者の所有地ですが、今般、その隣地の土地に建物の建築確認が認められました。

建物を建てるには建築基準法上の道路に建物の敷地が接している必要がありますが、今回の建築確認では、組合員所有の細長い土地が建築基準法上の道路と認定されていたことが判明しました。組合員はこの建築確認に異議を申し立てることは可能でしょうか。

### Answer

1. 建物を建てるためには、建物の敷地部分が建築基準法上の道路に接していることが原則として必要です。

今回の相談は、組合員の所有地を同法の道路としたためのトラブルと考えます。

組合員の対応ですが、ひとつは隣地所有者に対して建築の中止を求める仮処分を申立て、その申立ての中で、建築基準法上の道路に面していない敷地に違法に建物を建てるので中止すべきとの方法が考えられますが、建物が完成することと組合員の細長い土地に生じる損害とがどんな関係になるのかの疑問もあり、土地の所有権を守るために建築の中止を求める権利が組合員にあるのかを十分主張立証する必要があります。

2. (1) 別の方法としては、建築確認に対して行政不服審査法にもとづく審査請求を審査庁に対して申立てる方法があります。

- (2) 建築基準法 94 条では、建築確認処分に不服のある者は建築審査会（市町村または都道府県）に対して審査請求ができると規定しています。

この場合、一般的には建築確認の申請をした者に不服があるケースが多いと思われませんが、裁判所は審査請求ができる者を建築確認の申請をした者に限定しておらず、利害関係があれば審査請求は可能のようです。

本件でも、組合員の土地が建築基準法上の道路だと勝手に認定されたというのですから、利害関係はあると考えられ、審査請求は可能と思われれます。

- (3) ただ、審査請求をするにあたり注意すべきは、申立ての期間です。

行政不服審査法 14 条では、処分があったことを知った日の翌日から起算して 60 日以内に審査請求をしなければならないと規定し、例外として「天災、その他審査請求をしなかったことについてやむを得ない理由があるときは、この限りでない」としています。

したがって、隣地の建築確認処分がなされたのを知ってから 60 日以内に請求をする必要があります。

そして、前記の例外は、天災など客観的な理由で申立てができない場合に限定されており、60日以内に申立てをする必要があることを知らなかったという主観的なことは例外のケースには該当しないとされています。

- (4) 以上のことを注意して建築審査会に対して審査請求をし、建築確認処分の取消を求めることも検討してみてください。
- (5) 因みに、行政不服審査法は本年4月より改正され、不服申立ての期間は3ヶ月間となり、例外規定も「やむを得ない」から「正当な理由」があるときに変更されることとなりました。

そのため、不服申立期間の教示がない、つまり行政側からその期間について教えられることがなかったという場合には、正当な理由ありとされることになろうかと考えます。

## 417. 施設建設契約の委任者の死亡

(2013年6月号、No.337)

### Question

組合員との間でアパート建設に関しての施設建設契約（施主代行）を締結しました。

その後、委任者である組合員が死亡しました。相続人らはアパートの建設続行は了解していますが、どんな文書を作成すればよいでしょうか。

### Answer

1. 委任契約は委任者の死亡によって終了するのが原則ですが、特約で終了させないことも可能です。

本件ではアパート建設中でしたので、委任者としては契約を終了させないとの黙示の意思表示があったと考えられますし、相続人が建設続行を了解されているのなら、契約自体は相続の対象と考えていいと思います。

2. この場合、アパートの敷地の相続やアパート建設の為の負債の承継等の問題があり、組合員が死亡しても直ちには承継者は決まらないと思います。

このようなときには、相続人全員から死亡した組合員の契約上の地位を相続人全員が承継することと、そのうちのひとりを代表者とするものの文書を差し入れさせて下さい。

3. そして、相続人間で承継者が決まったら、その者との間で契約を承継する旨の覚書を作成して下さい。なお、代表者が承継者になることが多いと思いますが、ちがう場合でも代表者の行為も承継する旨の文言を入れておくといいでしょう。

承継する旨の覚書の日付は相続のときに遡及させてもいいとは思いますが、そうしなくても承継する旨の文言があれば問題はないと思います。

## 418. 発注者の死亡（工事途中）

(2022年4月号、No.548)

### Question

アパートの外部塗装の工事をJAが受注しました。アパートは夫婦AB共有名義なので、発注者はAB夫妻です。

工事をして間もなく、夫のAが死亡しました。Bは工事を進めてもらい、費用はAの分も含めて自分が支払うと言っています。この場合、JAはどうすればいいのでしょうか。AB名義の発注書があるのでそのままでいいのでしょうか。

### Answer

1. 外部塗装工事の発注者のひとりの死亡なので、理論上は、Aの相続人がAの地位を承継し、その旨の確認をJAはすることになります。
2. しかし、塗装工事といっても内容によるかと思います。建物の価値を維持するための塗装であったり、汚れたところの塗装であれば、建物の保存行為として共有者ひとりで発注することも理論上は可能です。

この場合はBの名前のある発注書があるのですから、Bから工事続行の指示書をもって工事を進めればいいと思います。
3. (1) しかし、ABの発注があるということは、かなり大がかりな塗装なのかも知れません。そのときは、建物の保存行為とは言えないので、ABの同意が必要です。そのため、Aの相続人による工事の確認をする必要があります。

(2) Aの相続人には、工事を進めること、費用がいくらであることを確認する文書をもって下さい。

厳密には、Aの相続人の印鑑証明書の添付が必要と思いますが、塗装工事続行のためだけに印鑑証明書を要求することは、相続人に抵抗されると思います。

Aは組合員でしたので、押印は認印でもいいとしてもよろしいかと思います。ただし、相続人の確認はして下さい。(戸籍は写しをもらうとか、原本を見せて相続人を確認するというのもいいでしょう。)

## 419. 設計にない家財の搬入について

(2017年5月号、No.431)

### Question

建物の工事を請け負ったのですが、設計図とちがった家財を搬入して設置してしまいました。契約書には、工事目的物の瑕疵は引渡日から2年間、担保責任を負うと書いてあります。

この場合、2年を経過していれば責任は生じないのでしょうか。

### Answer

1 本件は、瑕疵というより契約違反ということになり、請負人としての業務に不履行があることとなります。

瑕疵担保責任というと「隠れたる瑕疵」を前提にしますので、瑕疵自体が見えるときは、瑕疵担保責任ではなく、債務不履行責任ということになります。

2 本件の契約書については、「瑕疵」とだけ記載されているので、隠れたる瑕疵なのか、ちがうかがはっきりしません。

「瑕疵」について限定がなければ、見えるものも見えないものも含まれていると理解できますので、本件のケースでは、2年経過すれば施行義務は消滅すると考えていいと思います。

3 ただし、発注者は団体、法人、個人でも営業外の目的であるときは消費者契約法との関係で「2年の期間」の効力は認められないので、注意して下さい。



## 420. 請負契約後の解除

(2011年1月号、No.279)

### Question

組合員がアパートを建設するため、建築業者との間で請負契約を締結しました。

建築にあたっては、土地の形状の問題などがあり、工事着手が少し先になります。

しかし、業者の動きをみていると、予定どおり工事に着手できるかの心配があります。このような場合でも請負契約の解除は可能なのでしょうか。

### Answer

民法 641 条によると、請負人が工事を完成しない間は、注文者はいつでも損害を賠償すれば請負契約の解除が可能とされています。

したがって、本件でも注文者である組合員は、請負人に損害を賠償すれば解除は可能です。ただ、本件では工事の着手に間に合うかの心配があるとのこと。請負人が契約に違反して工期までに工事の完了ができないことが明白であるようなときは、請負人側に債務不履行があるわけですから、この場合には損害を支払う必要はなく、むしろ請負人が注文者に損害を支払うべきです。

しかし、本件では工事着手が予定どおりになるかの心配があるだけの状態ですので、これだけの理由ですと、請負人の債務不履行とは言い切れないので、注文者が賠償しないと解除できないことになると思います。

## 421. 親子間の土地利用について

(2008年9月号、No.223)

### **Question**

組合員がアパートを計画しています。土地は息子の土地ですが、アパートは母親の名前で建築する予定です。

今後、どんなことに気をつければいいでしょうか。

### **Answer**

母親の名前のアパートを建てるわけですから、理論的には息子である土地所有者と母親の間には、土地の利用に関する契約が存在することになります。今回の相談では特に地代をとらないようですから、土地使用賃貸借契約ということになります。

そこで、念のため土地使用賃貸借契約書を作成しておくことが大切です。この場合、土地の使用は無償であること、期間を定めておくことは最低でも決めて下さい。

ただ、母親が死亡するとその建物（アパート）は相続の対象となります。土地所有者が相続できればいいのですが、別の人相続すると土地の使用賃貸借契約の効力のトラブルに発展する可能性もあります。具体的には使用貸借の借主死亡は契約の効力を失う事由になりますが、特約でこれを否定することは可能です。そうすると母親が死亡しても土地の使用貸借は終了しないなどのトラブルが予想されるわけです。

したがって、本件の場合、アパートについては土地所有者の息子に相続させる旨の遺言書を母親に作成させておいた方がよいでしょう。

## 422. 未成年者によるリフォーム契約

(2021年6月号、No.528)

### Question

アパートのリフォームの契約を考えています。

ただ、アパートは祖父が所有していたもので、5歳の孫に生前贈与されていたものです。5歳の孫の両親は健在で、祖父も健在です。

リフォーム契約にあたり、どのような形で所有者である5歳の方と契約をすればいいでしょうか。

5歳の孫は祖父の養子になっています。

### Answer

1. 未成年者の契約は、法定代理人の同意による場合と、法定代理人が本人の代理人として契約する場合とがあります。

両者とも当事者は未成年者本人ですが、前者は当事者である未成年者が署名押印し、これに法定代理人が同意するという形が一般です。後者は法定代理人が代理人としての署名押印をし、未成年者が署名押印しないのが一般です。

2. 本件の場合、未成年者は5歳ですから、自分がどんな契約をしようとしているかはおそらく理解できていません。

したがって、法定代理人が同意する形ではなく、法定代理人が未成年者を代理する形の契約方式を選択することになります。

3. その場合の法定代理人ですが、祖父と養子縁組をしていることから、祖父が養親として法定代理権をもっています。そのため、実父母が健在でも、法定代理権は祖父にありますので、祖父に代理人として署名押印してもらって下さい。

## 7. 相続

### (1) 遺言

#### 423. 遺言と寄与

(2016年4月号、No.405)

### Question

Aは独身で子供はいません。Aには5人の兄弟姉妹がいましたが、そのうち2人はすでに死亡しており、死亡した兄弟姉妹にはそれぞれ子供がひとりずつ、BとCという子供がいます。

Aは兄弟姉妹の子であるBをかわいがり、自分の全財産をBに相続させる旨の公正証書遺言を作成しています。

Aは高齢者施設に入居していますが、BにとってはいここにあたるCが、おばであるAの面倒をみると称して、毎日のように施設に足を運んでいます。

このままCの行動を黙認していてもいいのでしょうか。仮に、Cが寄与分ありと主張したときに、Aの遺言はどうなるのでしょうか。

### Answer

1. CがおばであるAのことを思って施設に毎日のように足を運んでいるとすれば、Cの行動は大変すばらしいものと言えます。

しかし、高齢者施設にAは入居しており、Aの面倒は施設がみることができると思います。

そうすると、Cの行動は倫理面では高く評価されますが、法的に「特別の寄与」とは言えないので、遺産相続に関しては、これらの行動を理由として法定相続分以上のものをもらえるとは言えないと考えます。

2. 仮にCの行動に寄与的な部分があったとしても、本件ではAは遺言で全財産をBに相続させると記載していますので、Bの地位に影響はありません。

Cに遺留分はないので主張できるとすると寄与分ですが、民法 904 条の2 第3項は「寄与分は、被相続人が相続開始の時に所有した財産の価額から遺贈の価額を控除した額を超えることができない」と規定しています。

本件では、全財産をBに相続させるわけですから、Aの財産からBへの遺贈部分を控除するとゼロということになり、寄与分は生じないこととなります。

したがって、仮にCに寄与分があっても、BはAの財産すべてを相続できることとなります。

3. ただ、Cが毎日Aのところに足を運ぶことでAが遺言書の内容を変更したり、Aの財産をCが取ってしまったたりということも考えられます。

## 424. 事業承継と遺言書

(2018年1月号、No.447)

### Question

組合員がJAに依頼して、自分の土地にビルを建てる計画をしています。

組合員はかなり高齢なことから、計画していた事業開始の前やその途中で相続が開始される可能性もあります。

そこで、組合員が作成する遺言書の中に「事業は長男が承継すること」と記載した場合、他の相続人の了解なしに事業の後継者として考えていいのでしょうか。その場合、長男が承継することについて他の相続人の署名押印をもらっておくべきでしょうか。

### Answer

1. 遺言書に「事業を承継すること」と書いても、どの事業をどう承継するかがはっきりしません。

そのため、例えば請負契約をゼネコンと組合員が締結していたとしても、請負代金の支払という債務も対象となることから、発注者側（相続人側）だけで発注者を確定することはできません。

2. この場合、請負人側として遺言のとおり長男のみを発注者の承継人とすることを了解するかの問題があり、了解する場合でも他の相続人の同意を求めると考えます。（いわゆる免責的債務引受ですので、債権者と債務者側の同意が必要です。）

3. したがって、遺言で長男を事業の承継人と書いても、事業の相手方の同意並びに相手方の要求から事実上相続人の同意が求められるものと考えます。

事業を承継してもらう以上、そのビルの底地は長男でないと請負人は同意しないと考えます。

## 425. 死亡危急時遺言と確認請求

(2017年3月号、No.427)

### Question

高齢の組合員が入院しています。病状が悪化しており、長くは生きられない様子です。

ご子息を通じて、本人が遺言書を作成したいと言っており、協力して欲しいとの申し出があります。本人はまだしっかりとした意識はありますが、文字を書ける状態ではありません。死亡危急時遺言をすることになるのでしょうか。また、その手続きを教えてください。

### Answer

1 本人は文字を書けない状態ですので、自筆証書遺言は作成できません。公正証書遺言なら署名ができなくても作成は可能で、公証人は病床まで出張してくれます。

ただし、作成までの準備に時間がかかりますので、公証人の手配まで、本人がしっかりした意識を保てるかの問題があります。

2 本件のように死亡に直前するケースでは、死亡危急時遺言を作成しておくのが妥当でしょう。

病床に証人3名以上が立会い、その1人に遺言者が遺言の趣旨を口授し、口授を受けた者がその内容を文書化し、遺言者及び他の立会証人にその文書を読み聞かせるか、閲覧をさせ、各証人がその内容が正確に筆記されていると判断したときに署名押印して遺言書を作成するものです。

3 ただし、遺言書作成日から20日以内に証人の1人又は利害関係人から家庭裁判所に対して確認請求をする必要があります。この確認請求をしないと遺言の効力は生じません。

そして、この請求のあと、さらに検認請求をすることとなります。

また、一般の遺言書の作成が可能となってから遺言者が6ヶ月間生存するときは、死亡危急時遺言の効力は生じません。この場合、一般の遺言（自筆又は公正証書）を作成してもらうこととなります。

## 426. 建築中の請負契約と遺言

(2018年2月号、No.449)

### Question

組合員が、着工中のアパート建設契約について、遺言書の中で長男にこの契約を承継させる旨の記載をしています。今後、組合員に相続が発生した場合、この遺言書のみで建設契約を長男に承継することができるのでしょうか。

### Answer

1. アパートの建設契約の契約上の地位の承継の問題ですので、契約の相手方の同意を必要とします。

請負人としては、承継人に資力があるかが大切なことになるのですから、注文者側である組合員のみ意思表示だけでは十分ではありません。

また、工事に着工していますので、工事の進行度合いに応じて請負代金の支払義務が現実発生しており、また、将来の請負代金支払義務も契約から生じています。

したがって、組合員の負債ということになります。

遺言書では相続人間においては長男がこれを承継するのですが、遺言書の内容を請負人に及ぼすことは当然にはできませんので、理論上は対外的には請負代金支払債務については相続人が法定相続分に応じて承継していることとなります（相続人内部では長男が承継するのですから、長男以外の相続人が請負代金を支払えば、長男に求償できるということになります。）。

2. 以上のことから、請負人の了解を得ることと、相続人全員と請負人との間で請負契約上の地位を長男に承継させ、この契約から生じる発注者としての責任を長男のみに承継させるとの、いわゆる免責的債務引受の合意をしておくべきでしょう（このことは、結局請負人の了解があることを意味します。）。

なお、文書への押印は三文判でも理論上はOKですが、署名は自書してもらった方がいいと思います。

## 427. 遺言書の検認手続について

(2017年6月号、No.433)

### Question

父が死亡し、父の自筆証言遺言を預かっています。

検認手続が必要であることは知っていますが、具体的にはどのようにすればいいのでしょうか。

### Answer

1 民法 1004 条には以下の趣旨の規定があります。

- 遺言書の保管者、発見者は、相続開始を知ったのち、遅滞なく、遺言書を家庭裁判所に提出して検認を請求すること。
- 封印ある遺言書は家庭裁判所で相続人等の立会いがなければ開封できないこと。

これらを怠り、検認しないで遺言を執行したり、あるいは開封した者は、5万円以下の過料に処せられます。

なお、民法 1004 条に反しても遺言書自体が無効にはなりません。

2 まず、いつ検認を申立てるかですが、条文は「遅滞なく」とありますので、相続開始のあとすぐに申立てるとも言えます。

しかし、相続の話は地域にもよりますが、一般的には、納骨後、あるいは 49 日後にすることが多いようです。

そうすると、49 日等の前に申立てをすることが本来必要なのかも知れませんが、仮に 49 日後の申立てでも「過料」に処せられることはあまりないと思います。

実際、検認の申立てのためには、相続関係を確定させるための戸籍や除籍謄本の入手、相続人の住所などを申立書に記入したり、添付したりしますので、申立てまでに時間がかかります。

したがって、これらの処理を怠ったり、あえて検認申立てを無視したりしなければ「遅滞なく申立てた」ということになろうかと思えます。

3 申立ては遺言者の住所地の家庭裁判所です。申立人は遺言書の保管者又は発見者です。申立てにあたっては前述の戸籍等を添付して申立てます。遺言書が封印されていない状態で保管、発見されたときは、その写しを添付します。

申立てをすると家庭裁判所から検認期日の連絡が入りますので、その期日に遺言書原本、身分を証明できるもの（免許証など）を持参（その他、収入印紙 150 円分位）して、裁判所の指定された部屋に出頭することになります。



4 期日のときには裁判官が立会って遺言書の状況の確認をします。

検認は遺言書の状況を確認することであり、遺言書の内容についての有効無効などを議論するところではありません。また、記載された文字が遺言者の筆跡か否かを判定する機会でもありません。これらのことを主張することは自由ですが、主張しても検認調書に記載されるだけであり、このとき仮に偽造の遺言書と以为っていても、後日、遺言無効を主張することは可能です。

ただ、後日に主張すると、検認のときは認めていたとか、偽造の主張がなかったなどの反論が後日の裁判の中で主張される可能性があるので、言いたいことがあったら言っておいた方がいいでしょう。

5 検認が終了すると、遺言書のうしろに検認手続がなされた旨の紙が貼付されます。この紙の貼付があると、遺言書に従った遺言の執行が可能となります。(この紙がないと、登記手続や預貯金の名義変更などはできません。)

検認の申立て書面などは裁判所のアドレスからダウンロードできますので、参考にして下さい。

## 428. 包括遺贈について

(2018 年月号、No.467)

### **Question**

組合員が遺言を残しています。その内容は全財産を長男に相続させるものです。  
この場合、死亡した組合員の債務については、誰が承継するのでしょうか。

### **Answer**

全財産を長男に相続させるという内容からすると、この遺言は包括遺贈の遺言と思われます。

包括遺贈とは、遺残の全部又は一定の割合を与える旨の遺言です。包括遺贈で財産をもらう人のことを包括受遺者と称していますが、包括受遺者は相続人と同一の権利義務を有すると民法 990 条は規定しています。

したがって、義務も包括受遺者に移転することになります。

ただ、これは相続人側のことで、債権者の了解は必要で、もし、他の相続人が債務の弁済をしたときは、この遺言により長男に求償することになります。

## 429. 遺言と民法改正

(2018年8月号、No.461)

### Question

遺言があれば、遺産に第三者の登記が設定されても遺言が優先するとのことですが、民法改正でそうではなくなるのでしょうか。

### Answer

1. 遺言があれば、遺産に第三者の登記が設定されても遺言が優先すると考えてもいいと思います。

ただ、正式には、相続人に対して「相続させる」という文言にもとづく遺言が優先するだけです。遺言の種類は関係ありません。

2. ところが、平成30年に成立した民法の改正では、このような表現の遺言であっても第三者の先の登記が優先するとされています。つまり、遺言の登記を先にしないと第三者の登記に勝てないということです。

しかも、今までは遺言執行者に固有の登記をする権限はありませんでした。

例えば、ABC三人の相続人がいるとき（相続分は各自3分の1）、遺言で「Aに相続させる」とあると、Aが相続登記手続きをする必要があり、遺言執行者が単独でAへの登記をつけることはできませんでした。

ところが、今回の改正で遺言執行者にAへの登記をする権限が付与されることになりました。

3. そうすると、早く登記をしないと第三者に勝てませんし、遺言執行者としても、登記を怠って第三者の登記がつけられてしまうと責任問題に発展してしまうことになります。

従前は49日や納骨までは遺産の話はしないというのが世の中のルールでしたが、これからはそうは言われていけないということになります。

4. 遺産に第三者が登記をつけるケースとしては、例えば前例のABCのうち、DがCに対して金銭の支払を命ずる判決を得ていたようなとき、差押えをするためにABC各3分の1の相続登記を代位でつけて、Cの持分のうゑに差押えをするとか、CがABC各3分の1の相続登記をつけて、自分の持分にDのための抵当権を設定するなどのケースが考えられます。

5. 相続が発生したときは、相続人の経済状況の確認とともに、早く登記をつけることが法的には必要となります。

ただ、こうしてしまうと、49 日の法事は相続人間でいがみ合った状態で迎えることもあるかも知れません。今までの社会のルールを無視するもので、筆者は評価しません。

何年もしてから遺言が出てきて、すでに設定された登記をひっくり返してしまうという問題はたしかにあり、民法改正には理由はあります。

しかし、それなら、相続発生から何年経過したあとは遺言の効力は第三者の登記に勝てないなどの検討をしてもよかったのではないかと思っています。

## 430. 遺言と登記

(2019年6月号、No.481)

### Question

Aには妻子がなく、弟Bと妹C（故人）がいます（父母はすでに死亡。）。

Aは故人Cの夫Dに遺言書を残しており、AとDが共有の土地建物のAの持分をすべてDに相続させる内容になっています。

AD共有の土地建物には、Aを含めてCD夫婦の子EFも長く居住していましたが、Eは父であるDと不仲となり、また、Eの姉のFとも不仲となり、現在、AD共有の土地建物にはDがひとりで居住しています。

AはDへの遺言のあと、自筆証書遺言を作成し、AD共有の土地建物のA持分をすべてCの代襲相続人であるEに相続させる旨を残しており、Eはこの遺言の検認手続はしています。ただ、「Eに相続させる」との記載が不明確なため、法務局での登記申請は却下されています。

Eはそのあとどうすればいいでしょうか。

Dへの遺言が気になります（Dは生活に困っているらしく、自分名義にして売却するかも知れません。）。

### Answer

1. 「Eに相続させる」との記載が不明確とは言え、Eへの遺贈だと解釈ができるのなら、相続人B、Fを相手に相続登記の訴訟の申立てをすることになります（B、Fが協力すれば共同登記申請をすることになりますが、Eと不仲という点が気になります。）。
2. ただ、Dへの公正証書遺言に注意する必要があります。Eへの遺言の記載が不明確ということから、Dへの遺言が有効だと考えるDは公正証書遺言でAの持分をDの名義に変更してしまう可能性があり、そうなると、土地建物はDの単独所有となって、Dは金に困っているというのですから、すぐに売却してしまう可能性があります。  
しかも、DとEは父と子なのに不仲ということからすると、DはEのことを考えないでしょう。
3. Eとしては、もしDが登記をしたときには、仮処分をかけ、処分禁止の決定を裁判所に申し立てる必要があります。

この場合、Aの持分の価額に応じて保証金を用意する必要があります（固定資産評価額の1割～3割）。そのうえで、Dの登記の抹消を求めることになります。

つまり、EはBFを相手に相続登記の裁判をしながら、もし、Dの登記がついたときは、Dを相手に仮処分、そして、抹消の裁判ということになります。

4 . あるいは、DもEもどちらも自分への遺言が有効というのなら、相手の遺言の無効確認を求めることもありますが、相手が動いてしまうのなら、前述の処理の方がいいと思います。

## 431. 自筆証書遺言の保管制度

(2020年5月号、No.501)

### Question

2020年（令和2年）7月10日から開始される自筆証書遺言の保管制度を利用する予定です。遺言書の形式はどのようなものでしょうか。

### Answer

1. 令和2年（2020年）4月20日「法務局における遺言書の保管等に関する省令」が公布されました。これにより、法律、政令、省令と公布されたことになります。
2. 質問の遺言書の形式についても、前記の法務省令で明示されています。大きさはA4サイズで、用紙に文字の判読を妨げるような地紋、彩色などのないものを使用して下さいとのこと。  
長期間の保存になるので、文字が消えないようボールペンなどの筆記具を使用して下さいとのこと。  
また、A4の用紙に文字を書くにあたっては、上下左右に余白を設けること（距離の指定あり）、それに、遺言書が枚数になるときでもホチキス止めをしないこと、並びに封筒は不要とのことです。（遺言書が枚数のときは、例えば全部で4ページなら、1ページから1/4、2/4という表記を遺言書のわかるところに入れておくことも大切でしょう。なお、遺言書の本文は自書が必要なので、この表記も念のため自書で記載して下さい。）  
詳しくは、法務省のホームページに開示されていますので確認して下さい。
3. なお、7月10日以前に作成された遺言書でも、形式が合致していればこの制度の利用は可能です。  
また、この制度を利用するのは予約が必要となっているようですので、事前に法務局に確認して下さい。

## 432. 自筆証書遺言の保管制度（その2）

(2020年6月号、No.503)

### Question

自筆証書遺言を法務局で保管してもらう方法と、裁判所の検認手続きをとる方法とどちらが手続き的には簡単でしょうか。

### Answer

1. 遺言者の立場で考えるとすると、どちらも注意をする点があります。

法務局に保管をしてもらうためには、遺言者自身が法務局に出向く必要があったり、用紙がA4であること、用紙の上下左右に法務省令で定められた余白を設けること、今のところ1通につき、3,900円の印紙代がかかることを理解しておく必要があります。

これに対して、保管をしないのなら、用紙サイズは何でも可ですし、印紙代もかかりません。反面、保管すれば遺言書の紛失は防ぐことができますし、検認も不要となります。

2. 相続人の立場で考えるとき、保管制度を利用してくれているならば、法務局に対して保管の有無の問い合わせや、閲覧請求並びに遺言書情報証明書（要するに、遺言の写しをもらう）が相続開始のあと可能となりました。また、前述のように、検認の申立ても不要となります。

しかし、相続人が遺言書の保管の有無を法務局に問い合わせる（遺言書情報証明書）にあたっては、1通につき手数料800円とともに、相続人であることを示す戸籍謄本が必要です。

さらに、閲覧や遺言書の写しを入手する（遺言書情報証明書）ためには、法定相続情報一覧図か（相続人らの住所の記載が必要）、相続人全員の戸籍、被相続人の出生から死亡までの戸籍等、相続人全員の住民票などの資料を添付して請求する必要があります。法務局が閲覧請求や遺言書情報証明書を発行するときに、相続人らに遺言書を保管していることを通知することになっていることから、その資料の添付が必要となります。

こう考えると、検認のときも相続人の確定に必要な資料を裁判所に添付して提出するので、その手間は同じということになります。



## (2) 相続財産

### 433. 株の相続と遺言書

(2017年8月号、No.437)

#### **Question**

組合員が死亡しましたが、遺言書はあります。内容は自分の財産は2人の娘に半分ずつ相続させるというものです。

相続人は子供4名で、上の2人の子供は男子です。

組合員は生前会社を設立し、上の2人の男子にそれぞれ会社を任せていました。(それぞれの男子が代表者であり自ら会社を運営されていますが、組合員はタッチしていません。)

したがって、組合員としては、会社は上の2人に与えたから残った自分の財産は下の2人の娘にあげたいと考えたようです。

しかし、問題は各会社の株の大半を組合員が所有している点です。この株も今回の遺言の対象でしょうか。もしそうなら、対応策は何かありますか。

#### **Answer**

1. 株も財産ですので遺言書の文言上は遺言の対象であり、下の娘さんの共有となっています。  
したがって、会社の株についてはその大半が娘さんの共有物ということになります。  
そうすると、会社の代表者の地位は極めて不安定となります。
2. 考え方としては、本件の遺言の対象は株以外の財産だということが立証できないかという対応、そのほかに遺留分減殺を主張して株に対して遺留分相当の権利を共有の形で確保するという方法、あるいは株を買い取るという方法があります。
3. どれも困難な交渉になりますので、弁護士とよく相談をされる必要があるでしょう。  
遺留分減殺を主張することは必要ですが、株が共有状態となり株式の行使方法が面倒になりますので、注意して下さい。

## 434. 親の預貯金の引出し

(2020年7月号、No.505)

### Question

Aは90歳の高齢で判断力に問題があります。

AにはBCDの三人の子がいますが、今はBと一緒に生活しています。

CDが調査したところ、BがAの預貯金を定期的に引き出しており、これが何に使われているかが不明です。Bを問い詰めても答えません。

このままですと、Aの預貯金がどんどん少なくなってしまうと思います。何か対応策はないでしょうか。

### Answer

1. 金融機関に事情を説明してみることも大切でしょう。ただ、Aの家庭内のことですし、Aの判断力あるときからBが預貯金を管理していたとなると、委任にもとづく預貯金の引出しとも考えられるので、金融機関としてはBによるAの預貯金の取引を止めることには消極的かと思います。
2. CDとしては、Aの判断力が問題であれば、Aに対して成年後見の申立てをして、Aの財産を後見人の管理のもとに置くことを考えるべきでしょう。  
親に対して後見を申立てることに戸惑いはあろうと思いますがし、親の財産を身内以外の者の管理下に置くことへの抵抗感もあろうと思いますが、このケースでは後見の申立てを考えるべきでしょう。
3. 預貯金を誰に信託するということがあります。このケースではAの判断力に問題がありますので、信託行為はできないと思います。

## 435. アパートのオーナーの相続と借主への対応

(2023年3月号、No.569)

### Question

アパートの所有者で貸主に相続が発生したものの、相続が完了していないときの注意点や借主への対応方法を教えてください。

### Answer

1. アパートの所有者に相続が発生し、建物所有権についての相続が未了な状態ですので、その状態でアパートの入居者と契約をするにあたっては、以下の点に注意して下さい。
  - ①相続人全員の同意でそのアパートを貸すこと。
  - ②貸主は〇〇相続人代表〇〇でOK。
  - ③〇〇を代表者として貸すことに同意していることを文書などで確認しておくこと。
  - ④入金口座はJAでもOKですし、相続人代表者名義の口座に入れてもらう。
2. 遺産分割完了のあとは、入居者に対してアパートの承継人から入居者に通知を出せばOKです。その際、建物の登記簿謄本の写しを添付すればいいでしょう。
3. なお、アパートの所有権の相続と貸主の地位の相続は理論上は別の問題ですが、通常は一致しているので、アパートの所有権を相続したので貸主の地位も承継したと考えていいと思います（相続人の中に反対している人がいるときは十分協議して下さい。）。
4. また、入居者との契約が将来更新等されるときは新しい貸主の名前で貸しますが、今回の承継の時点では、前記2の通知を出せば、更新契約書の貸主を相続人の名前にしても、入居者との間であらためて貸主変更の覚書などは作成しなくても問題はありません。

## 436. 駐車場付きアパートの相続

(2014年6月号、No.361)

### Question

組合員がA地にAアパートを建て、隣地のB地にBアパートを建てています。

A地、B地は隣接していることから、A地の中にAアパートとBアパートの居住者のための駐車場があります。

昨年組合員が死亡し、A地は兄が、B地は弟が相続し、これに伴ってAアパートの貸主は兄、Bアパートの貸主は弟になりました。

問題は、A地にあるBアパートの居住者用の駐車場の処理の方法です。どうすればいいでしょうか。

AアパートもBアパートもともに駐車場付きの借家契約になっており、駐車場代は特に決めておらず、家賃に含むという内容にしていました。

### Answer

1. もともとは同一所有者でしたので、従前の契約自体は特に問題はありませんが、駐車場を含むという場合、やはり家賃はいくら、駐車場代はいくらと決めておくことが大切です。

建物は退去したが駐車場に車だけ放置されているような場合、損害賠償請求にあたり、駐車場代相当額をいくらとして請求したらよいかの問題が生じるからです。

2. 本件では、土地所有者が貸主になるのが原則ですので、A地の中にあるBアパートの居住者用部分の駐車場契約は兄が承継するのが原則でしょう。

ただ、そうなると、もともとひとつの契約なのに駐車場部分だけ分けられるのかの問題や、駐車場代をいくらにするのか、さらに消費税の問題が生じ、兄弟とBアパートとの入居者との交渉がどうしても必要となります。

3. 仮に現況のままというのであれば、A地のBアパート入居者用の駐車場部分については、A地所有者の兄がB地所有者の弟にその部分が無償で貸し、弟がこれをBアパートの入居者に転貸するという方法も考えられます。

ただ、この方法では、Bアパートの入居者としては土地所有者から借りていたのに、今後は所有者ではない弟から借りることになること（つまり、転貸になってしまう）や、兄としても、弟に無償で使用させていながら固定資産税の負担をしなければならない点など、協議は必要です。

4. 前記どちらの方法でも構いませんが、兄弟の協議だけでは解決はできない内容です。

## 437. 建物の相続と借家契約の解除

(2022年7月号、No.553)

### Question

Xの父Aは、戸建ての建物をYに貸していましたが、先日、Aは死亡しました。

調べたところ、YはAの生前から家賃をたくさん滞納していたので、建物をAから相続したXは、Yに退去してもらうため、未払賃料の支払催告をして契約を解除しました。

もし、裁判になったときでも、XはYを退去させることが可能でしょうか。

### Answer

1. 建物所有権はAからXが相続していますので、A Y間の賃貸借契約はXに引き継がれています。問題は、Yの賃料未払がAの生前からあったという点です。
2. Yの賃料未払がAの生前に生じているので、AからYに対する未払賃料請求権はすでに発生した状態で、Aの相続が生じたこととなります。したがって、XはAから契約上の地位を承継するほかに、AがYに対して有していた未払賃料請求権もXが相続する必要があります。すでに発生した未払賃料請求権は可分債権なので、Aの相続発生と同時、法定相続人に相続分に応じて取得されている状態です。  
  
つまり、Xとしては、Aの生前の未払賃料請求権をすべて相続によって取得したとは言えないので、Xによる未払賃料の催告は、Xの本来権利主張ができない他の相続人の権利も主張していることになり、催告として有効かの疑問が生じます。
3. したがって、未払賃料もすべてXが取得したというのなら裁判は有利になりますが、そうでないとすると、解除のための催告の有効性の問題が生じることになります。

## 438. 共済と相続

(2014年10月号、No.369)

### Question

Aは、一時払いの養老生命保険に加入しています。

被共済者はAで、満期受取人もA、死亡のときは子供のBです。

満期前にAが死亡すれば共済金はBが受け取れますが、Aとしては満期後に入金される共済金をBに相続させたいと考えています。(贈与ではなく、相続の形)

遺言を考えているが、どうでしょうか。

### Answer

1. 共済期間中にAが死亡した場合、受取人はAの子Bとされているのですから、Bがそのまま受け取ればいいことになります。

この場合、Bが受領する共済金は受取人であるB固有の権利であり、共済金は相続財産にはなりません。

なお、遺産全体からみて、受け取る共済金が大きくないときは、保険料をAが支払っていても、共済金相当額を特別受益とはしないとするのが裁判所の考えです。大きいときは特別受益となりますので、持戻免除の意思表示をしていた方がいいでしょう。(ただし、遺留分を侵害することはできません。)

2. 満期後はAが共済金を受け取るので遺産になります。

共済金が預貯金に入金されてしまうと、共済金とか、借入金による入金分とかの区別はできません。そのため、遺言でJA〇〇の養老生命共済の共済金相当額(遺言作成のとき、金額が判明しているときはその金額)をBに相続させ、その余の預貯金をどうする旨の遺言をしておくことになります。具体的には、

「遺言者名義の〇〇JA〇〇支店(普)No. \_\_\_\_\_の貯金のうち、養老生命共済No. \_\_\_\_\_によって入金された共済金相当額は、相続人〇〇〇〇に相続させる。」と記載するしかないと考えます。

そして、Bを遺言書の遺言執行者として指名し、Aの遺言を実現させることになると思います。

3. 期間中の死亡のとき、「1」で記載するように、受取人Bが取得する共済金について持戻免除の意思表示を遺言書に記載しておいて下さい。

## 439. アパートの相続と負債

(2010年5月号、No.262)

### Question

組合員が先日死亡され、相続人は配偶者と子供2名の合計3名です。相続財産は自宅と自宅の敷地にあるアパート並びに畑です。負債はアパートの建設費の残金で、自宅とアパートとが担保に入っています。

自宅とアパートは配偶者が、畑とその他の預貯金は子供達で分けるとのことですが、負債はどうなるのでしょうか。

### Answer

資産については相続人間でどのように分割しようと自由ですが、負債については相続人間での協議は相続人間での効力しかなく、債権者を当然に拘束するものではありません。

本件では、アパートを配偶者が相続することは可能ですが、負債も配偶者が負担すると相続人間で決めても、債権者を拘束することはできません。もし、そうしたいのなら、債権者の同意を取り付けておく必要があります。

もし、債権者が同意しないときは、負債は法定相続分に応じて相続人に承継されます。したがって、債権者と事前に協議しておくことが大切です。

もし、債権者が同意してくれるのであれば、債務は配偶者のみが引受ける旨の文書を債権者とともに作成しておくべきです。

また、抵当権の登記についても、「主債務者」の名前を変更しておくことが大切です。

## 440. 建築中の建物の請負契約と遺言書

(2016年10月号、No.416)

### Question

組合員がアパートを建築中に亡くなりました。遺言書があり、建築中のアパートの底地については長男が相続することになっています。この場合、アパートの建築契約も長男が承継するのでしょうか。長男は遺産分割協議書は作成しないと言っています。

### Answer

1. 請負契約についての言及が遺言書にないのですから、長男がアパートの底地を遺言で相続しても、その請負契約も長男が当然に承継するわけではありません。

契約上の地位と土地建物の所有権とは連結していることが多いのですが、法的には別のものです。(ただし、貸している土地建物の貸主の地位は原則としてその土地建物を相続した人が承継すると考えてもいいでしょう。)

2. 本件の場合、そうすると請負契約の発注者の地位を誰が承継するかを相続人間で決めてもらう必要がありますし、また、その決めた人を承継人としていいかについては請負者側の了解も必要となるでしょう。

請負者側としては、発注者に請負代金を支払ってもらうことになるわけですので、請負者の意向も無視できません。

3. 請負契約の発注者の地位の承継にあたっては、相続人全員の署名押印のある文書があれば十分で、場合によっては押印は認めでも構わないこともあろうかと考えます。



## 441. 工事途中での施主の相続

(2021年2月号、No.520)

### Question

組合員Aのアパートについて、外装の塗装工事をしている途中にAが死亡してしまいました。

Aの相続人は子BCDの3人ですが、BCDで協議し、そのアパートはBが相続する予定です。

Aとの工事の請負契約の承継について、BCD三者を含めた承継文書を取り交わす必要はありますが、Bは自分が当然支払うものと考えています。

### Answer

1. 原則はBCDと業者との間でAとの工事契約をBが承継する旨の文書を取り交わすことになります。

アパートをAからBが相続しても、アパートの所有権のことであり、Aの契約上の地位は別個の問題ですので、文書の取り交わしが必要です。

2. しかし、BCDも、全員がBが支払うとしているのに、CDに文書に署名押印してくれと主張するといふ顔をしないかも知れません。まして、実印や印鑑証明まで要求してしまったら、ますますクレームを言ってくれるでしょう。

ケースにもよりますが、工事代が高くないようなときには、Bのみとの間の文書で済ませるとか、CDに署名押印を求めるとしても、認め印にするなどの検討をしてもいいかも知れません。

## 442. 所有地内墓地と相続

(2017年2月号、No.424)

### Question

組合員の所有地内にご自宅の墓地がありますが、土地の名義は3代も前のままです。固定資産税はかかりませんが、このままでいいでしょうか。組合員は、自分だけが時効取得できるのでこのままにしたいと言っています。

### Answer

1. 墓地については未分割のようですので、相続の対象となり、他の法定相続人の持分が存在している状態です。したがって、このうち1人の相続人が排他的に占有していれば、その人の時効取得は可能です。
2. しかし、時効取得をするためには、他の相続人との共同登記の申請あるいは他の相続人に対してその人が時効取得したことの訴訟を提起する必要があります。  
そうすると、面倒でも相続人を確定しておく作業は必要で、このままにしておくとも相続人が更に増えることも考えられます。
3. これにかかる費用と取得する財産を比べると費用倒れにはなりますが、思い立ったときに処理をしておくことが大切と考えます。

### (3) 相続人

## 443. 娘夫婦の離婚と養子縁組の解消

(2015年7月号、No.387)

### Question

組合員には二人の娘がいて、長女の夫は組合員と養子縁組をしています。

長女の夫は事実上の跡継ぎとして、組合員の所有地上に夫の名義の家を建てて夫婦で居住しています。

このたび、長女夫婦に離婚の話があります。

1. 長女が離婚すると、養子の関係はどうなるのでしょうか。
2. 長女の夫の家はどうなるのでしょうか。

### Answer

1. 長女夫婦が離婚となっても、組合員と長女の夫との間の養子縁組も当然に解消されるわけではありません。

組合員としては養子縁組の解消を考えることになるのですが、長女の夫が同意してくれれば協議離縁として養子縁組は解消となります。

しかし、同意しないときは裁判手続きを利用する必要があります。この場合重要なのは、離縁の理由です。

長女の夫が長女に暴力を加えることで養親である組合員との関係が破たんするなどの、それ相当の理由が必要となります。

もし、長女側に離婚の原因があるようなときは、養子である長女の夫に離縁の原因がないわけですから、こういうときは離縁はむずかしく、一般的には金銭的な解決を含めて離縁に至ることが多いようです。

2. 長女の夫の建物は法的には組合員との間の土地使用貸借契約ですので、養子縁組の解消イコール使用貸借の終了というわけではありません。

したがって、離縁したとしても、当然に建物を取壊せということにはなりません。

ただ、長女の夫側に養子として不相当な言動があり、しかも、長女との離婚原因も夫側にあるようなときには、使用貸借の前提である組合員と長女の夫との間の信頼関係の消滅を理由に建物の収去を求めることも考えられます。

本件のような離婚を伴うようなときは、夫婦間の離婚時の財産分与などを利用して建物名義を長女にしておくことが多いと思います。

## 444. 外国にいる日本人の相続について

(2017年11月号、No.443)

### Question

組合員が亡くなりました。相続人は妻と子供3人ですが、子供のうち1人は外国で居住しています。(外国の人と結婚していますが、日本国籍です。)

遺産分割協議はどうすればいいでしょうか。

### Answer

1. 日本国籍の人が日本で亡くなっていますので、日本の民法で相続を考えることになります。子供のひとりが外国で居住していたとしても相続権は日本に居住している子供と同様です。そのため、外国で居住している子供にも遺産分割協議に加わってもらう必要があります。
2. 遺産分割については相続人間で合意ができれば書面の作成は不要です。しかし、それでは不動産の登記変更や預貯金名義の変更を行うことができません。通常は遺産分割協議書に署名押印(実印)をし、印鑑証明書の添付が必要です。
3. 外国に居住している子供は日本国籍ですから戸籍はありますが、日本に住民登録を有していませんので、印鑑証明書がありません。
4. この場合ですが、一般的には以下のように処理しています。
  - ①外国の日本大使館など日本の公館に行ってもらい、いわゆるサイン証明をってもらう方法です。公館に行ったときに遺産分割協議書に署名をし、その署名が本人のものと証明してもらう方法と、署名自体が本人のものと証明してもらう文書をもらう方法がありますが、前者の方が遺産分割協議書の署名を本人のものと証明してくれるので妥当でしょう。
  - ②宣誓供述書を外国の公証人に作成してもらう方法もありますが、日本語の訳文をつける必要があります。
  - ③日本に戻って印鑑証明書を作成する方法
  - ④日本の公証人役場で遺産分割協議書の署名が本人のものとの認証を受ける方法。
5. これらのどれかの方法を選択して遺産分割協議書を作成することになります。

## 445. 民法改正と嫡出でない子

(2015年8月号、No.389)

### Question

平成25年9月4日に、嫡出でない子の法定相続分が嫡出である子の2分の1としている民法の条文は憲法14条の法の下に平等に反しており憲法違反との最高裁判所の判決があり、その後、民法が改正されたとのこと。具体的にはどうなったのでしょうか。

### Answer

1. 平成25年9月4日に最高裁判所は嫡出でない子の法定相続分が嫡出である子の法定相続分の2分の1としている民法の条文は平成13年7月当時には法の下に平等に反して憲法違反であったとしました。

ただし、同年7月から最高裁の判断が示された平成25年9月4日までの間に開始された相続について、すでに遺産分割の審判などによって確定的となった法律関係には影響は生じないとしています。

2. この判断を受けて民法が改正され、平成25年9月5日以降に開始される相続については、嫡出でない子の法定相続分と嫡出である子の法定相続分は同一ということになりました。

3. その結果、相続関係は以下のように整理できると思います。

① 平成25年9月5日以降に発生した相続については、法定相続分は同一となります。

同年9月4日に最高裁の判断が示され、民法は同年12月5日に成立しています。

民法改正の対象は平成25年9月5日からの相続です。したがって、同年9月5日から同年12月5日の法改正の間に従前どおりの遺産分割協議をしてしまった場合には民法に反することとなり、遺産分割は無効になるものと考えます。(最高裁の判断は広く報道されたので、従前と同じ相続分で協議をするケースは少ないとは思いますが。)

② 平成13年7月から平成25年9月4日までに発生した相続については、法定相続分は同一として扱うこととなります。

この期間の相続については法改正の対象ではありませんが、最高裁の判断が示されていることから、裁判所はこの判断に事実上拘束されることとなります。

ただし、この期間に発生した相続でも、裁判所の審判がすでに示された場合や相続人間での協議が成立しているときには、その法律関係はそのままとなります。

③ 平成13年7月より以前に発生していた相続関係については、最高裁の判断は示されていないので、理論上は従前の条文に従って法定相続分は嫡出である子の2分の1を前提とすることにならうかと考えます。

理論上は、平成 13 年 7 月より以前についても憲法違反の主張は可能ですが、仮にその主張が認められたとしても、すでに法律関係が確定しているケースについては今回の判断と同様に従前とおりとすることになろうかと考えます。

そうすると、平成 13 年 7 月以前に発生していた相続で現在も未解決のケースは少ないので、再度、嫡出でない子の法定相続分についての憲法議論がされるケースは少ないのではないかと思います。

4. なお、以上は法定相続分についてであり、遺産分割協議においては相続人間の協議で遺産をどう取得するかは原則として自由です。その結果、必ずしも法定相続分とおりでなくても、各相続人がその内容に同意していればその協議は有効です。

したがって、嫡出でない子でも嫡出である子の 2 分の 1 以上を取得してもいいし、2 分の 1 より少なくとも相続人間での合意があればいいということになります。

## 446. 失踪宣告と認定死亡

(2017年4月号、No.429)

### Question

兄弟のひとりが長期にわたって家を出ており、その生死がわかりません。このままだと、親の相続が発生した場合、どうすればいいか心配です。

生死不明の兄弟に対して失踪宣告の申立ては可能でしょうか。また、認定死亡とはどんな制度でしょうか。

### Answer

1 家を出てからの期間が長期にわたるようなときに、万一、相続が発生した場合、その人に対して不在者の財産管理人の選任を申立て、その財産管理人が相続に関与することが考えられます。

2 しかし、その人の生死が明らかでないようなときには、失踪宣告によって死亡したとみなすことも考えられます。

不在者の生死が7年間明らかでないとき、あるいは沈没した船舶の中にあった者など、死亡の原因となるべき危難に遭遇した者の生死が危難の去ったあと1年間明らかでないときは、失踪宣告により、その人を死亡したとみなすことができます。利害関係人が家庭裁判所に申立てて、裁判所がこれを認めると失踪宣告をして死亡とみなす制度です。

死亡とみなすことから、その人が生存していたときには、本人又は利害関係人から失踪宣告の取消を申立て、裁判所に取消をしてもらうことになります。

3 認定死亡とは、戸籍法の条文に記載されているもので、水難、火災、その他の事変によって死亡した者がある場合、その取り調べをした官庁又は公署は、死亡地の市長村長に死亡の報告をしなければならないとの条文にもとづくものです。

水難、火災でそこにいた人が死亡したことは事実だが、屍体が識別できないような場合、死亡診断書などが作成できないことから、死亡届を提出できません。この条文に屍体の識別ができないときは明示されていませんが、このような場合にはこの条文によって死亡の報告がなされ死亡として戸籍上の処理がなされています。これを認定死亡といいます。裁判手続等を経ないで戸籍上死亡の記載がなされるわけです。

4 こう考えると、前述の失踪宣告の後半のケース（いわゆる特別失踪）と認定死亡とは似ている内容ということになりますが、その手続きは大きく異なることになります。

## 447. 相続人が未成年者のときの対応

(2013年11月号、No.347)

### Question

組合員が死亡され、相続人は妻と子供A Bの2名です。子供のBは16歳です。

今般、遺産分割協議にあたり、Bに特別代理人を選任する必要がありますが、特別代理人にはどのような人が就任するのでしょうか。また、選任にあたっての注意点は何でしょうか。

### Answer

1. 親権者である母と子供Bとは父親の相続に関しては利害対立が生じますので、Bに相続に関する特別代理人の選任が必要となります（相続以外については特別代理人に権限はありません）。
2. 特別代理人については選任対象とならない人の規定はありませんが、Bと相続に関して利害をもつ人（本件ではもう一人の子）は適任ではありません。一般的にはBの親族が特別代理人に選任されることが多いと思います。
3. 選任にあたっては、特別代理人の候補者を明示して選任申立てを家庭裁判所にします。  
申立てに際しては、遺産分割協議のための特別代理人であるとして申立てをするのですが、一般的には別紙の遺産分割協議をするために特別代理人を選任されたいとして、あらかじめ遺産分割協議の内容を調整した上で申立てをします。
4. この別紙の遺産分割協議の内容ですが、裁判所によると、未成年の子の法定相続分が確保されている内容を前提とするケースが多いようです。  
ただ、本件で妻2分の1、A4分の1、B4分の1という法定相続分に応じた遺産分割協議をするということになるとすると、不動産は共有となってしまいます。  
しかし、これでは身動きがとれません。裁判所としては、共有とする旨の遺産分割協議をすれば、相続問題は解決済みであり、あとは共有者としての共有物分割をすればいいことだとしているのかも知れません。  
しかし、それではBが未成年者なら、共有物分割のために再度特別代理人の選任が必要となってしまいます。  
また、負債があるとすると、未成年者も負債を承継することになったり、相続税の支払いのために金融機関から借入れをするにあたり、未成年者Bに特別代理人を選任する必要があるかの問題も生じます。



5. このように、税金等の問題がある場合には未成年者も含めて遺産についての理解をしてもらい、納税しやすい内容の遺産分割協議とする必要があります。

本件で、もし負債の存在や相続税が生じる為に借入や担保設定の必要があるのなら、不動産は母と子Aのみが相続し、未成年者Bは代償金や預貯金をもらう内容がいいでしょう。

Bが不動産に関係しなければ担保設定も楽になりますし、負債についても母やAのみに免責的債務引受けとなることも可能でしょう。

6. 以上のように、特別代理人の選任にあたっては、法定相続分を前提とする共有では今後の処理で困ること、Bも十分理解していることなどを文書にし、申立てにあたっては別紙の内容の遺産分割協議をする為の特別代理人の選任をお願いしたい旨の申立てをして下さい。

7. なお、例えば、すでに何らかの事情ですべての財産を共有とする旨の協議をする為に特別代理人の選任がなされているときは、再度、前記のような内容の遺産分割協議をする為の特別代理人の選任の申立てをすればいいようです。

筆者も今年同様のケースで、再度の申立てをして裁判所に選任をしてもらっています。

## 448. 未成年後見

(2013年9月号、No.343)

### Question

施設建設契約を組合員Aと締結しています。

Aの配偶者はすでに死亡しており、実の子どもは娘Bのみです。ただ、Aは娘Bの子Cとの間で養子縁組をしています。Cは未成年者です。

この状態でAが死亡した場合、施設建設契約をBCに承継してもらう予定です。

この場合、Cの代理人は実母のBでしょうか。あるいは、特別代理人を選任するのでしょうか。

### Answer.

1. CはAの養子となっていますので、Cの法定代理人は親権者であるAであり、実母のBではありません。

この場合、Aが死亡すると親権者がいないことになるので、未成年後見の問題となります。Bの親権が復活するわけではありません。

2. もちろん、Bが未成年後見人に就任する可能性はありますが、施設建設契約はBCともに関係する内容ですので、利益相反になる可能性が生じます。事前に裁判所と協議をするのが一般的ですが、裁判所から利益相反の可能性あるので手続きした方がよいとのアドバイスがあるときは、相続関係の処理を担当する特別代理人を選任することになります。

もちろん、別の人が未成年後見人に就任したときはその必要はなく、JAはその後見人と協議することになります。

## 449. 孫への財産移転

(2015年12月号、No.396)

### Question

Aには妻と子B、Cの二人がいて、Bは独身で子供のいないまますでに死亡しています。Cには子供D、Eの二人がいます。

Aは自分の財産の2分の1を妻に、4分の1をCに、そして、Aにとっては孫になるCの子Dにも4分の1の財産を取得させたいと考えています。どんな方法が可能でしょうか。

### Answer

1. 孫であるDに自分の財産の4分の1を贈与するという方法が考えられます。

ただし、贈与税を確認しておく必要があります。また、妻とCの遺留分侵害の検討も必要ですが、Dへ4分の1を贈与するだけというのなら問題にはなりません。

妻の遺留分は4分の1、子Cの遺留分も4分の1ですので、残りの4分の3を二人で分ければ遺留分の侵害にはなりません。

2. あるいは、孫Dを自分の養子にする方法もあります。そして、相続人として4分の1をDに相続させることにするわけです。

また、養子とはせず、遺言で妻に2分の1、Cに4分の1、Dに4分の1とすることも可能です。この場合、妻とCの遺留分の侵害はありません。

ただ、Dは相続人ではありませんので、課税上どうなるかを事前に税理士に相談をしておいて下さい。

## 450. 養子と代襲相続

(2015年3月号、No.379)

### Question

養子Aは養親Bと養子縁組を結んでいます。

BにはBの実父Cがいます。Bは現在、健康状態がよくなり、もしかするとBの実父Cより先に病気で亡くなるかも知れません。

もし、BがCより先に死亡した場合、養子AにはCの代襲相続権があるのでしょうか。

### Answer

1. 養親BがBの実父Cより先に死亡したときは、養子AはCの相続について代襲相続人としての地位を取得します。

2. 代襲相続は、被相続人の子が相続開始以前に死亡した場合、相続欠格事由に該当した場合、廃除された場合に、その者の子が代襲して相続するものです。

民法で求められているのは「被相続人の子」です。

養子も養子縁組によって、養親の嫡出子たる身分を取得するので、AはB死亡によりCの相続について、Bに代わって代襲相続することができます。

代襲相続ができないのは、「養子縁組前に生まれていた養子の子」になりますので、本件のAはこれに該当しません。

## 451. 受遺者死亡と遺言

(2022年10月号、No.559)

### Question

Aには配偶者B、AB間の子Cがいます。Cはサラ金からの借金等があり、AがCの負債を立替え払いして整理しましたが、最近、金使いが荒くなってきています。

Aには自宅の土地建物のほかに預貯金がいくらかありますが、Aは配偶者Bの今後の生活を考えて、全財産をBに相続させ、Cには財産をあげないとの遺言書を作成しました。

Aは最近死亡しましたが、Bがそれより以前に死亡していました。この場合、Aの財産はどうなるのでしょうか。

### Answer

1. 受遺者が遺言者より先に死亡した場合には、受遺者に遺贈する部分の遺言の効力はなくなることで、この場合、受遺者に相続人がいても、その相続人に遺言の効力が原則として及ばないことは、すでに判例として確立しています。

そのため、Aより受遺者Bが先に死亡していたのですから、Bが取得するはずだったAの財産については、遺言の対象とならずに遺産分割の対象となります。

2. そうすると、このケースでは全財産をBが相続するとの遺言ですので、Aの全財産は遺言の対象とならず、遺産相続の対象となります。

そして、Aの法定相続人はCだけですので、質問のケースでは、Aの財産はCが単独取得すると考えられます。

3. しかし、Aの遺言ではCに遺産はあげないと明示しています。それでもCが取得できることになるのかの問題が生じます。

遺言の効力がなくなったことから全財産を相続できるとすることは、Aの遺言の趣旨にも反していないかの問題です。

しかし、Aの遺言の趣旨は、Aの死後のBの生活のために作成されたものですので、Bが死亡した以上、Aは法定相続人Cへの相続を否定していると断定することは必ずしもできないと考えます。

もし、Cに財産をあげないのなら、Bが先に死亡していた場合の対応を遺言書に示しておけばよかったわけですから、それが示されていない以上、Cへの相続を否定することはできないと考えます。

Aがこのようなことまで考えて今回の遺言書を作成したかはわかりませんが、専門家のアドバイスがあればAの考えが遺言書で明確になったものと考えます。

## 452. 遺言をしていた受遺者の死亡

(2022年11月号、No.561)

### Question

Aには前妻Bとの間に子Cがおり、Cには子Dがいます。

Aの妻はその後死亡し、AはEと再婚しています。

Cはいろいろ問題があり、A EはCの子Dと養子縁組をしています。

Aには土地建物のほか預貯金がありますが、土地建物についてEに生前贈与をしています。

このような状況でAは遺言を作成し、一切の財産をEに相続させることにしました。そして、Eは自分の財産をすべてDに相続させるとの遺言を作成しました。

その後Aが死亡し、直後にEも死亡しています。

この場合、Aの預貯金はどうなるのでしょうか。

### Answer

1. Aの一切の財産をEに相続させるとしたのですから、預貯金はEに承継されます。  
そして、Eが遺言で一切をDに相続させるとしたのですから、Dに承継されることとなります。
2. Aの遺言に対しては子Cによる遺留分の問題はありますが、EについてはCは相続人ではないので、遺留分の問題は生じません。
3. Aの預貯金の処理ですが、相続させるとの遺言なので当然にEが承継し、Eの遺言によりDが承継したことになるので、Dが2つの遺言によって自分の名前にすることが可能と考えられます。

## 453. 受刑者が相続人のケース

(2015年12月号、No.397)

### Question

Aには妻BとAB夫婦の子供C、Dがいます。

Aは4ヶ月前に死亡し、1ヶ月前に妻Bも死亡しました。

Aには土地など不動産のほか預貯金もかなりあり、相続税が発生します。実は妻Bですが、死亡原因はCによる傷害行為が原因であり、Cは現在Bに対する傷害致死を理由に逮捕勾留中です。Cには国選弁護人がいますが、一般人の面会を現在禁止されています。

そろそろAの相続税の納付も検討する時期です。どのように進めていけばいいのでしょうか。また、Cが本件犯行に至った原因として考えられるのはCの精神疾患です。

国選弁護人によると、Cに対して刑事上の責任能力があるかについての簡易鑑定中とのことです。

### Answer

1. CはBに対して故意に殺害しようとしたわけではないので、Cの行為は相続欠格事由には該当せず、CはBに対する関係でも相続権はあることとなります。

したがって、本件ではAの相続についてCD間での協議が必要です。(Aの相続人にはBもいますので、理論上は妻Bの相続人としてのCD、そしてAの相続人としてのCDということになります。実際にはCとDの協議ということです。)

2. Cは身柄拘束中ですが生存していますのでCの考えの確認が必要です。

一般的には面会のときに確認しますが、本件は接見禁止です。この場合、弁護人を介して相続に関する書面を差し入れることもあります。本来は接見禁止の趣旨に反することです。そのため、弁護人の協力が得られないこともあります。この場合、検察官と協議して接見禁止の一部解除をお願いするという方法で文書などを差し入れるということもあります。そして、文書に署名してもらうのですが、実印の押印ができないので、押印は他の相続人がする旨の了解を得ておくことが大切です。

3. ところで、本件ではCの判断力に疑問があるとして責任能力についての簡易鑑定中です。そうすると、民事の関係でもCに判断力があるのかの問題が生じます。

もし、判断力に問題がありそうなら成年後見などの手続きが必要となり、後見人などをCの代理人としてDとの間での遺産分割協議となります。そうすると、Cの判断能力についての診断書及び鑑定してくれる医師の協力が後見申立てに必要となります。

ただ、Cは身柄拘束中であり医師が面会することは接見禁止でもあることから、しばらくの間は困難です。

また、前述の接見を一部解除してもらう方法を考えたとしても検察官はCの判断力に問題なしとの考えを前提にしているのしょうから、民事の問題とは言え判断力に問題があることを前提にした手続きに協力するかの疑問はあります。

4. 以上のようなことを考えると、本件の遺産分割の成立にはCの刑事事件の進行が大きく関係していることとなります。

そして、刑事事件の精神鑑定には長い期間が必要とされていることから、相続税の申告期限までに遺産分割協議の成立する可能性はかなり低いものと推測します。

したがって、納税ができないことから、Dの固有財産などが税務署によって差押される可能性もあるので注意しておくべきでしょう。



## 454. 相続欠格事由と執行猶予

(2016年5月号、No.407)

### Question

父A、母B、ABの子には長男C、長女Dがいます。

Cは父Aを殺害したため殺人罪で起訴され、現在、刑事裁判手続中です。

AはJAに口座を有しており、貯金がかなりあります。この状態で長女Dから貯金の払戻請求を受けたとすると、法定相続分はどう考えたらいいのでしょうか。

また、もし、Cに執行猶予が付いた判決が下されたとき、Cの相続分はどうなるのでしょうか。

### Answer

1. 民法 891 条の相続欠格事由には「故意に被相続人又は相続について先順位若しくは同順位に在る者を死亡するに至らせ、又は至らせようとしたために刑に処せられた者」の規定がありません。

本件Cは父Aを殺害したのですから、故意に被相続人を死亡するに至らせた者ということになります。

ただ、相続欠格事由に該当するためには「刑に処せられた者」であることが必要です。

2. 本件の今の状況ではAの殺害についてCが裁判中というのですから、現時点ではCは相続欠格事由に該当せず、CもAの相続人ということになります。

したがって、長女Dが貯金の払戻しを求めることができるのは法定相続分である4分の1ということになります。

3. 問題は、Cに執行猶予がついた有罪判決が下されたときです。

執行猶予が取消されることなく期間が満了すると刑に服することはなくなりますので、学説の多くは執行猶予付きの有罪判決だけでは「刑に処せられた者」には該当しない、つまり相続欠格事由には該当しないとしています。そのため、本件Cに執行猶予が付いたのであれば、まだ相続権はあることになります。

4. ただし、執行猶予の期間（法律では1年から5年までの期間）に別の犯罪をしたりして執行猶予が取消されたとすると本人は服役することとなり、そうすると「刑に処せられた者」ということとなり、相続権を失うことになります。

この意味で、執行猶予中の者は相続に関して不安定な地位にいることになります。

5. ただ、執行猶予中のCから貯金の払戻しを受けてもその時点ではCには相続権があるのですから、法定相続分に応じた貯金の払戻しの必要があります。

そして、将来、Cの執行猶予が取消されたとしても、払戻しに応じた時点ではCに払戻しの権利があったのですから、JAがこれに応じて払戻しをしても責任はありません。

この場合には他の相続人からCに対して取得したCの貯金について、不当利得等を理由として返還を求めることになります。

## 455. 推定相続人による父の財産処分

(2019年12月号、No.492)

### Question

Aには長男Bと次男Cがいる。(Aの妻はすでに死亡。) Aの判断力は問題がある。

Aはひとりで居住しているが、BがAのところに行ってAの預金を引き出していることが判明した。(Bの投資資金にあてるようである。) Cとしては、Bの行為をどうやって止めたらよいだろうか。

### Answer

1. Aの判断力に問題があるとのことですので、Bの行為はAの意思に反する行為と言えます。

Aからすると、Bの行為は民事上は不法行為であり、窃盗罪などの行為ですが、Aが被害について何らかの請求をする必要があります。

2. ただ、Bの行為を刑事問題とするのなら、Cは警察などで相談は可能ですが、親子間の問題であり、刑事処罰の制限もあることから、警察を動かすことは期待されない方がいいと思います。

3. Cとしては、金融機関に事情を話して引出しを止めてもらうか、あるいはAに対する成年後見の申立てをするかになります。

成年後見になれば、それまでにBによって引き出された金員の返還を求めることもできるかも知れません。

## 456. 生存配偶者の復氏と相続

(2021年3月号、No.521)

### Question

組合員Aが死亡しました。相続開始のとき、Aには妻B、AB間の子CDがいましたので、法定相続人はBCDになると思います。

ところが、Aの遺産について協議中にBが自分の「氏」を元の「氏」に戻すと言いました。「氏」に戻すとは、どういうことで、どんな効果が生じるのでしょうか。

### Answer

1. 夫婦の一方が死亡したときは、生存配偶者は婚姻前の氏に復することができます。(民法 751条) また、姻族関係を終了することもできます。(民法 728条2項)

前者は、妻が婚姻のため氏を夫の氏としたときに夫が死亡した場合の規定で、妻はそのまま氏を称していてもいいし、元の氏に復してもいいという内容です。

後者は、生存配偶者と死亡配偶者の血族との関係を終了させるというもので、法律上の親族の関係が終了することになります。

本件BはAの死亡により、①Aの氏のまま姻族関係を維持する。②Bの元の氏に戻して姻族関係を維持する。③Aの氏のまま姻族関係を終了する。④Bの元の氏に戻して姻族関係を終了する。の4つのパターンを選択できます。

2. Bが元の氏に戻すことを選択すると戸籍が新たに作成されますが、A死亡のときはBは配偶者なので、BはAの法定相続人の地位は維持されます。

姻族関係を終了するとしても、同様にBは法定相続人です。つまり、Bが元の氏に戻すこと自体は遺産分割に影響はないことになります。

3. もし、BがAの祭祀等を承継したのちに姻族関係の終了をしたときは、祭祀承継をどうするか協議あるいは家庭裁判所での審判で決定することになります。

## (4) 遺産分割

### 457. 遺産分割協議における特別代理人の選任

(2014年5月号、No.359)

#### Question

組合員が死亡し、相続人は配偶者と子3人です。

遺産分割協議にあたり、未成年の子2名について、それぞれ特別代理人の選任が必要ですが、どんなことに注意すればいいでしょうか。

#### Answer

1. 未成年者が法律行為をする為には、親権者の代理または同意が必要で、相続の場合には、親権者と子とが利益相反しますので、相続に関しての特別代理人を家庭裁判所に選任してもらう必要があります。
2. 家庭裁判所に選任申立てをするにあたっては、特別代理人を推薦することがあります。相続権がなければ特別代理人になれますので、例えば被相続人の父母（子から見れば祖父祖母）や被相続人の兄弟（子からすると、おじおば）でも、相続に関し利害対立がなければ特別代理人になれます。
3. ただ、注意をするのは、相続、具体的には遺産分割協議の為の特別代理人ですので、申立てにあたってはどのような代理行為をする為の選任申立てかを特定することになります。  
そして、一般的には、法定相続分に応じての遺産分割協議をする為に特別代理人の選任を申立てるとして申立てをするケースが多いようです。  
たしかに、子の権利の代弁をするのですから、子の権利を主張するのはわかります。
4. しかし、相続税の捻出にあたり、土地を売却することが予想されるとなると、未成年の子に共有持分がつけられたあと、その土地を売却するのに売却の為に特別代理人をさらに選任することになるのか否かの問題（一般的には不要と思いますが、代金をめぐって子と親とで対立しているとき）、土地が生産緑地で納税猶予の必要があるときなど、単純に法定相続分を子に認めればいいのかというわけには行かないケースもあります。
5. こういうときは、特別代理人の選任申立てまでに将来を考えた分割協議の内容を決め、特別代理人の候補者にその内容の事前了解を得たうえで、こういう内容の遺産分割協議をする為に子の特別代理人の選任を申立てるとしておくことが大切です。

## 458. 遺産分割協議の調停について

(2015年10月号、No.392)

### Question

組合員が亡くなられ、相続人間で遺産分けの話し合いをしています。まとまりそうにありません。

税金申告と納税については、未分割を前提に処理済みです。

今後、家庭裁判所に調停の申立てをすることになる可能性が高いのですが、JAの職員として、組合員の跡取りの方にどんなアドバイスをすればいいのでしょうか。

### Answer

1. 遺産分割調停の手続きについては、本人による申立ても可能ですが、専門的な用語や書面の作成など、素人では十分に対応できないと思いますので、おそらく弁護士が代理人に就任すると思います。(司法書士には代理権はありませんし、行政書士には裁判上の代理権自体ありません。)

弁護士については、基本的にはどんな人でもいいのですが、以下に留意して下さい。

- ①農地などがあるときには、農地法や生産緑地などの理解のある方にして下さい。
- ②税金のことをある程度理解されている方にして下さい。
- ③土地の売却や分割も必要になるので、不動産取引に理解のある方にして下さい。
- ④遺産分割協議はどうしても感情的になりやすい分野です。依頼者の権利のみを強行に主張するような考えを持つ方を代理人にしてしまうと、まとまる話もまとまりません。依頼者自身も将来のことを視野に入れて判断するべきですが、代理人の方も同じ考え方を持つ方にして下さい。
- ⑤農家のことや、その家の地域での評価、あるいは家を守ろうという考えに理解できる方にして下さい。

以上を充たす方と言えば、JAの顧問弁護士やJAと親しい方になるのではないのでしょうか。

2. 遺産分割の調停は、遺産をどう分けるかということです。

したがって、申立てにあたっては、遺産の範囲の特定ができています必要があると思います。

この財産が遺産か否かは地方裁判所で決めることで、家庭裁判所の遺産分割は、決まった遺産をどう分けるかを検討するところです。

3. また、遺産分割は法定相続分を基本に検討されます。

そのため、物理的に分割ができないときとか、相当ではないときには、金銭的に調整をします。(いわゆる代償金の処理。)したがって、遺産の評価額が重要となり、その評価額をどう決めるかを検討します。

相続人間で、調停の中でその方法が決まればそれに従います。一般的には相続税評価額を前提にするとの合意が多いようです。(ただし、小規模宅地の減額は考慮しないのが一般的。)

もし、合意できないときは、不動産については不動産鑑定士による評価となり、その費用を誰が当面負担するかの問題となります。(審判で裁判所の判断が示されるときには、鑑定士の費用をどうするか判断が示されます。)

4. その他、ケースによっていろいろかと思いますが、JA職員としては、積極的に介入はせず、跡取りの方からの相談に対応するという姿勢で臨んで下さい。

## 459. 遺産分割の調停と審判

(2010年2月号、No.256)

### Question

組合員のところで相続が発生しました。

被相続人は、遺言書を作成していなかったため、相続人間での遺産分割協議となりました。

しかし、相続人間での協議が成立しないことから、家庭裁判所で遺産分割の調停が申立てられ、現在調停中とのことです。

相続人である組合員によると、調停がうまく行かないと審判になるとのことですが、審判になる場合と調停で成立する場合とで違いはあるのでしょうか。

### Answer

1. 調停も審判も遺産相続についてはともに家庭裁判所の管轄ですが、審判は地方裁判所での判決と同じことです。

調停は主に調停委員が対応しますが、審判は裁判官が直接担当します。

2. 調停も審判も成立した場合の効力は同じですが、調停は話し合いによって合意を成立させるのに対して、審判は当事者の言い分を裁判官は聞くものの、裁判官が遺産分けを命じるものです。

3. また、調停は債務についてどうするかなどの協議もある程度対応できますが、審判はそうではありません。

審判は遺産分割をするわけですので、まず、遺産の確定を前提とします。そうすると、この土地が遺産か否かでトラブルがあるときは、審判で下すことではなく、地方裁判所で遺産か否かの判断を出してもらい、それを前提として審判をすることになります。

ただ、理論上はそうとしても、実務的には家庭裁判所での裁判官がこれは遺産だとして審判してしまうこともあります。したがって、審判のためには、まず遺産の範囲に争いがないことが大切です。

次に、その遺産をどう評価させるかです。

審判では遺産を時価で評価しますが、相続人間で評価方法の合意ができれば、それを前提に裁判官は遺産を評価します。その合意ができないときは、鑑定ということになってしまいます。

そして、寄与分については、審判前までに寄与分を定める調停を申立てておかないと審判では考慮されません。

さらに、債務については審判では一切対象とはされませんし、祖先の祭祀承継についても同様です。また、審判では書面で自分の言い分を主張する必要があります。

このように、審判になると調停のときのような比較的自由的な対応はできなくなりますので、よく専門家と相談して審判前に調停で成立させてしまうか否かを協議して下さい。



## 460. 相続分の譲渡について

(2012年2月号、No.304)

### Question

組合員の実父が死亡し相続が発生しました。

相続人は子供のみ6人です。資産としては、自宅と裏の山林、それに畑です。預貯金はあまりありません。

相続人6人のうち4名は、長男が全財産を相続し適当な代償金をもらえればいいと言っていますが、1名だけはその金額を了解していないため遺産分割協議ができません。どう対応すべきでしょうか。

### Answer

1. ひとつは、相続人5名が申立人となり、残り1名を相手方として遺産分割調停を申立てる方法があります。

あるいは、長男側に味方する相続人4名が申立人となることに抵抗があるのなら、長男のみ申立人として、その余の相続人を相手方とする方法も可能です。(この場合、他の4名に対しては、調停という裁判手続の制度上、「相手方」と表示することになる旨を説明しておくべきです。)

2. その余の方法としては、味方になる4名の法定相続分を長男に譲渡することとし、長男は代償金を代価として支払って、長男の法定相続分を大きくして、反対している相手方に対して調停を申立てるという方法もあります。

もちろん、相続人全員が調停での申立人あるいは相手方となっても、調停の中で法定相続分を長男に譲渡することも可能です。

3. 以上のような方法で、味方になってくれる相続人を裁判手続きの煩わしさから解放してあげることが可能ですが、注意しておくべき点は以下の点です。

①仮に、反対している相続人が了解してくれても、その相続人の法定相続分を長男が譲り受けて、長男は全ての法定相続分を取得せず、調停成立のために、形式的には相手方は1人は残しておく。(その形式的相手方と分割協議を成立させる。)

②調停がもし不成立となってしまうと審判となるが、その場合、不動産の評価方法について、もし相手方と考えが一致ないときは不動産鑑定が必要となってしまうことを長男に説明しておくこと。

## 461. 遺産分割協議後の物件売却

(2014年2月号、No.353)

### Question

昨年、Aさんが死亡し、遺産分割協議が成立しました。Aさんの相続人は妻Bと長男C、長女Dの三人です。

遺産分割は代々続くAさんの家を残すため、土地の大半を長男Cが相続し、妻Bは自宅とその周辺、長女Dは現金という内容で成立しています。

遺産分割協議が成立したのち、調べてみると長男Cは相続した土地をほとんど売却して現金化していることがわかりました。

Aさんの家を残すため長男Cに土地の大半を相続させたのに、これでは話しがちがうと妻Bや長女Dは主張しています。救済手段はあるのでしょうか。

### Answer

なかなかむずかしい問題です。

遺産分割協議の内容からすると、Aさんの家を残すこと、つまりAさんの家の苗字がついた土地を次の代に残すことが目的だったと思われます。

しかし、相続した土地をどうするかは取得した人の自由です。そうすると、今回の遺産分割協議にあたり、長男Cは土地の売却をしないことが条件であったということになれば、長男Cの行動は条件に反する行為ということになります。

したがって、もし、長男Cが売却することを秘して遺産分割協議をしたのであれば、妻Bや長女Dは錯誤を理由として遺産分割協議の無効を主張できることになります。

ただ、問題はこれを立証できるかであり、この点は大変むずかしいところです。

そして、立証できたとしても、土地は第三者に売却されていますので、BやDがCに求められるのは金銭賠償ということになります。(第三者がCと謀議していたのであれば、登記名義の変更を求めることも可能でしょう。)

以上のように、今回の遺産分割にあたり、Cは売却しないことになっていたことをどう立証するかが重要ですが、この立証は残念ですが容易ではありません。

## 462. 遺産分割協議成立後の取引履歴の開示

(2017年12月号、No.444)

### Question

組合員が死亡し、貯金関係については相続人間の協議が成立し、長男が相続することになりました。

今般、次男から相続開始前の部分について、組合員（故人）の取引履歴の請求がありました。応じていいのでしょうか。

### Answer

1. むずかしい問題ですが、応じる必要はないと考えます。

取引履歴の開示については最高裁の判断が示され、金融機関は預貯金者との委任を含めた契約から、取引履歴を開示することは受任者の報告義務の内容と言えること、そして相続人はこの地位を共同して相続しており、取引履歴の開示は共有の保存行為なので相続人は単独で請求できるとしています。

2. しかし、これは預貯金について共同相続している状態を前提にしています。

ところが、本件はすでに貯金は遺産分割によって長男の相続するところとなっており、二男はこの貯金関係について共有者の地位を有していない状態です。

3. そうすると、単に相続人であるというだけでは、二男には取引履歴の開示を求める権限はないということになります。

もし、開示が必要であれば、おそらく何らかのトラブルがあるのでしょうかから、裁判所を介して請求してもらうことになろうかと考えます。もちろん、長男が同意すれば開示はOKでしょう。

## 463. 相続対象地上の建物と特別受益

(2021年3月号、No.522)

### Question

組合員Aには長男B、二男C、長女Dの三人の相続人がいる（配偶者はすでに死亡）。

BはA所有地に建物を建てて居住している（Aの居宅と同じ敷地内）。Cは家族の関係で遠方にローンを組んで土地建物を購入しており、Dは夫名義の自宅に居住している。

Aが死亡した場合、BがAの所有地上に地代を支払わずにいたことは特別受益につながるのでしょうか。

### Answer

1. 原則として特別受益になるでしょう。ただ、この場合の受益の価額をどう考えるかの問題があります。

2. Bが建物を建ててからAの相続開始までの期間についての地代相当額が特別受益と考えることもあるのかとは思いますが、実際のところは、BはAの土地に対して使用貸借の権利を取得したことをもって特別受益とされることが多いようです。

そのため、使用貸借の価額が特別受益の価額ということになります。使用貸借の価額は一般的には土地の更地価額の2割くらいとされていることが多いと思います。

3. ただし、Aの介護のためAの敷地内にBが居宅を建てて、BやBの家族がAの介護をしていたということになると特別受益と評価されることもあると思いますが、寄与分と同様の「特別の介護」をしていることは必要でしょう。

4. 建物に同居しているケースでは、Aの介護や食事等の世話をすることからAへの扶助をしていることもあり、同居しているという事実をもって家賃相当分の特別受益があるとは言えないとされるケースが多いようです。

CDがBが同居していることを家賃相当の特別受益ありとするためには、同居していることのほか、Aの生活の面倒をみる必要がなかったなどの事情が必要となるでしょう。

## 464. アパートの共同相続と賃料等について

(2014年9月号、No.367)

### Question

遺言で3棟のアパートを相続人4名で共有することとなり、賃料も4人で分けることになりました。

1. 賃貸借契約の貸主は4人になるのでしょうか。1人で貸すことにはできませんか。
2. 管理会社との間の管理契約は4人で結ぶこと（承継すること）になるのでしょうか。
3. 4人の相続人のうち、1人の口座に賃料全部を入金させていいのでしょうか。
4. 1人の口座に入る賃料について、相続人のひとりが死亡したときは4分の1が相続人の相続対象財産と考えていいのでしょうか。

### Answer

1. 4人の共有名義の残りの3棟のアパートに関して、賃貸借契約の「賃貸人」も4人になるのか？（賃貸人を1人にできないか）

#### ■結論

相続人（共有者）4名が賃貸人になります。ただし、賃貸借を代表して行う相続人に対する他の相続人からの賃貸借に関する委任ないし同意がある場合には、代表者1人を賃貸人代表者とすることは可能です（この場合でも賃貸人としては4人ということです）。

#### ■理由

賃貸目的物の所有権が移転した場合、その賃貸人としての地位も移転します。所有者である被相続人に相続が発生したことによって、相続人に所有権が移転します。そして、本件においては、被相続人の公正証書遺言により3棟のアパートについては4人の共有となります。

4人の相続人による共有状態になり、4人の相続人が賃貸人としての地位を引き継ぐことになるため、賃貸人は4人になります。

次に、共有のアパートについて、4人全員で賃貸借契約を締結する必要があるか（賃貸人を1人にできるか）という点について検討します。

民法上、共有物について、共有物の変更行為（処分行為とほぼ同様の意味です。）については、民法 251 条より共有者全員の同意が要求されます。他方で、管理行為については、民法 252 条本文より、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決定します。

この点について、『賃貸借契約の締結』が変更行為なのか管理行為なのか明確な理解は形成されていませんが、裁判例の傾向としては、「短期賃貸借の期間を超えず、かつ、借地借家法の適

用がない賃貸借契約締結は、管理行為に該当する」という見解と思われま（東京地方裁判所平成14年11月25日判決（NBL767号70頁）など）。

本件については、共有の対象物件が「アパート」とのことなので、借地借家法の適用がある賃貸借契約を締結することが予定されていると考えます。

裁判例の考えを前提とすると、借地借家法の適用のある賃貸借契約の場合、更新が予定されており、契約期間が長期になり、賃貸人の使用収益を長期にわたって不可能にするため、管理行為ではなく変更行為に該当するかと思われま。

もちろん、個別の事情に応じて、変更行為なのか管理行為なのかは判断されることになりまが、仮に変更行為に該当する場合には、共有者全員の同意が必要になるかと思いま。

そのため、共有のアパートについて、賃貸借契約を締結する場合には、4名の共有者を賃貸人とする賃貸借契約をすることが原則となると考えるのが穏当と思われま。

ただ、共有者のうちの1名を代表者として定め、残りの3名の共有者から賃貸借契約に関する委任がある場合には、代表者1名による賃貸借契約を締結することも可能で。その際には、残りの3名の共有者の委任ないし同意に関する書面を作成するべきで。

## 2. 物件の管理業務委託契約を4名と締結するの

### ■結論

前述のように、賃貸業を行う代表者への委任ないし同意がある場合には、その代表者との管理業務委託契約で足りま。仮に、委任ないし同意がない場合には、4名全員と管理業務委託契約を締結することが必要と考えられま。

### ■理由

前述のように、共有者のうちの1名を代表者として、その他の3名から賃貸借契約に関する委任ないし同意があれば、その代表者1名との間で管理業務委託契約を締結することで足りるかと思われま。

ただし、代表者以外の3名からの委任ないし同意に際しての書面中に管理業務委託契約を締結すること、後記の3のご質問との関連で、賃料を代表者の口座に振り込むことの同意の文言を設けておくべきかと思われま。

他方で、代表者への委任ないし同意が無い場合には、原則どおり、共有者4名と管理業務委託契約を締結することになりま。

## 3. (1) 賃料を代表者1人の口座に振り込むことに問題はないか？

### ■結論

賃料収入の振込先を代表者1人の指定口座にすることについて、他の3名の同意があれば、問題にはならないと考えま。

## ■理由

まず、代表者1名の口座に賃料収入を振り込むことについて、他の3名の共有者が同意をしている場合には、問題はありません。

他方で、共有者全員と管理業務委託契約を締結し、賃料の振込先について、それぞれの共有者の指定口座に振り込むという定めになっている場合に、代表者1人の口座に振り込んでしまうと、明らかに債務不履行となってしまう、問題となります。

(2) 3棟のアパートの共有者4名は、賃料収入を4人で按分することを希望しているところ、按分と言っても、具体的にどのように分けるのが良いのか？

## ■結論

基本的には、共有物についての共有持分の割合に応じて分けることとなります。ただし、相続人間で分け方について、異なる合意をすることも可能です。

## ■理由

共有者は、共有物から生じる利益（本件では賃料）を取得する権利を有しています。そして、本件については、被相続人の相続によって、4名による共有状態が生じています。「按分」という場合、通常は、共有持分の割合に応じた分け方ということになります。そして、共有持分の割合はどのように決まるかというと、それぞれの相続人の相続分と同じになります。

本件では、被相続人の公正証書遺言が存在しますが、その遺言書に3棟のアパートの所有権について、具体的にAに○分の○、Bに○分の○、Cに○分の○、Dに○分の○といったように相続分が指定されているのであれば、その記載にしたがって4名の相続人（共有者）は持分を取得します。

他方で、公正証書遺言において、3棟のアパートについて単に4名の相続人が相続するといったように、分け方について具体的な記載がない場合には、法定相続分に応じた持分を取得します。

ご質問からは、3棟のアパートの相続分の指定について公正証書遺言の記載内容が不明です。仮に、何らの指定もされていないということであれば、4名の相続人は法定相続分に応じた持分を取得することになりますので、賃料収入についても、その持分にしたがって分けるのが基本となります。

ただ、賃料収入の分け方について、共有者の間で、上記とは異なる分け方を決めることも可能です。上記と異なる分け方を合意した場合には、その合意の内容にしたがって分けることとなります。

本件において、「按分」というのが、4名の相続人の認識として、均等に4分割するというものなのか、それとも上記のような持分割合に応じた分け方をするという認識なのかは不明ですが、4名の相続人で単純な4分割とすることを合意しているのであれば、そのような分け方も可能です。

4. 代表者が亡くなった場合、代表者名義の賃料受入口座の相続分の割合は、4分の1が相続対象になるのか？それとも全額か？

## ■結論

相続の対象となるのは、代表者が受け取る権利を有する賃料収入分のみです。ただし、トラブルを回避するために、賃料収入を管理するための専用の口座を開設する等、代表者個人の財産と区別するための方法を取るべきと思います。

## ■理由

相続財産は、被相続人の有する財産です。そのため、賃貸借について代表して業務を行っていた代表者が死亡し、相続が生じた場合に、その相続財産となるのは、その代表者が受け取ることができる賃料収入分のみです（例えば、賃料収入について、4人で均等に4分割で受領するという合意が共有者の間で存在していたのであれば、代表者1人が受領すべき、全ての賃料収入のうちの4分の1が代表者の相続財産になります。）。

この点については、口座名義が形式的に代表者名義だからといって、その口座にある賃料収入すべてが代表者の財産ということにはなりません。なぜなら、代表者はあくまでも賃貸業務を他の相続人を代表して行っているだけだからです。

ただ、代表者個人名義の口座に賃料収入が入っている場合、相続財産との切り分けが問題となることも考えられます。

そのため、代表者を決めてアパートの賃貸業を行う際に、新しく賃料収入の管理専用の口座を開設し、その口座で賃料収入を管理するといった方法を取るべきと思います。

そして、口座の名義も代表者個人の名義ではなく、「●代表者▲」といったように賃料収入を管理するための口座であることを明確にしておいた方がトラブルを回避できます。

ただ、個人名以外の名義で口座を開設できるか否かは金融機関次第になります。いずれにしても、代表者個人の口座と区別できるような方法と取るべきかと思います。



## 465. 共有物の分割手続

(2014年1月号、No.350)

### Question

共有の土地が数か所あり、いずれも相続人であるAとBの共有です（土地についての共有持分はすべてが同じというわけではない）。

A Bで分割について協議しましたが、感情的な対立もあり、うまく行きません。

今後の手続を教えてください。

### Answer

1. 共有物分割調停を申立て、調停手続のなかで協議する方法があります。

調停では調停委員が中に入って分割方法として妥当な内容を一緒に検討してもらえますので、第三者の考えを聞くことで分割の方法が見えてくるかも知れません。

2. 調停で話し合いが困難なら共有物分割訴訟を提起し、裁判官に判断を示してもらうことになります。

分割方法としては、現物分割のほか、A Bどちらかが相手の持分を取得して代価を支払う方法、そして、該当物件を競売手続を利用して第三者に売却して、売却代金から必要な手数料を控除した残金を共有持分に応じて分配する方法があります。

ただ、判決で競売による分割を命じられても、当事者のどちらかが競売申立てをする必要があります、これをしないと共有の状態に変更は生じません。

競売になると手続費用がかなり必要となりますので、申立てをする側が当面これを負担し、売却のあと判決に従った精算をすることになります。ちなみに、競売のケースの主文は以下のとおりです。

「〇〇の土地について競売を命じ、その売得金から競売手続費用を控除した金額を、原告〇に〇分の〇、被告〇に〇分の〇の割合で分割する。」

## 466. 祖先の祭祀承継物について

(2021年11月号、No.537)

### Question

遺産分割の対象と本来はされていない祭祀承継物にはどんなものがあるのでしょうか。

### Answer

1. 最近はお墓の取りあいが生じるケースが多いようですが、民法 897 条では「系譜、祭具及び墳墓の所有権」と明示しています。

系譜とは、家系図とか過去帳などを指すとされています。祭具とは、位牌、仏壇、神棚など祭祀のときに使用するものとされています。墳墓については、墓石、墓碑やその墓石のある底地の所有権、あるいは土地の使用権を含むとされています。

2. 霊園の使用権もこれに含まれると考えますが、契約関係になるので、遺産分割協議書や遺言書に承継について明示しておいた方がいいでしょう。

お寺の檀家としての地位については、この条文では明示されていません。しかし、祭祀承継者が墓石等を承継すると規定していますので、祭祀承継者が霊園の使用権や檀家を承継すると考えるのだと思います。

お寺にある墓石を承継する人とお寺の檀家を承継する人とが異なることはあまりないかも知れません。ただ、檀家になるということはお寺との関係を承継するということであり、お寺としてその承継人を檀家とすることに拒否することもあるようです。

相続人間の協議や遺言である相続人を祭祀承継者とした場合、その内容にお寺は当然に拘束されるかの問題は生じます。

祭祀承継者を決めるときには、その者とお寺との関係がどうかを考慮しておく必要があるでしょう。

## 467. 競売手続きによる遺産分割と通行地役権

(2018年10月号、No.465)

### Question

A地は公道に面していないため、B氏の土地を道路として使用しています。

B氏が2年前に死亡し、通路の土地を含むB氏の所有地が遺産分割の対象となりました。

B氏の相続人は3人のようですが、最近、相続人のひとりから、B氏の遺産は裁判所で遺産分割の審判となり、土地については競売によって法定相続分に応じて分配せよとの判断が裁判所によって示されたと教えられました。

通路の使用はどのようなのでしょうか。

### Answer

1 . 通路として使用していたのですから、その土地には通行地役権が設定されていると考えられます。

そして、その土地が第三者に譲渡されても、通路としての外形があり、通行していることが第三者に認識することができるのであれば、その土地については地役権の登記なしに、第三者に対して通行地役権の主張が可能となります。

2 . ところで、本件は遺産の分割について、競売によって分配せよというものです。この審判があっても、これだけで競売になるのではなく、当事者の誰かが地方裁判所に競売の申立てをする必要があります。(正確には競売の手続きを利用して相続財産を売却するということです。)

そして、この申立てをすると、裁判所の執行官が現地調査に来られます。このとき、通路として使用されていれば、使用状況の問い合わせがなされますので、通行している旨を回答して下さい。

そうすれば、対象土地の評価額を算定するにあたり、地役権が設定されていることを前提に算定されることとなります。

## (5) 遺留分

### 468. 遺留分の確保について

(2013年2月号、No.329)

#### Question

組合員の父が死亡し、相続人は長男、二男、長女の三人です。父は二男と同居しており、法的知識もあるので、もしかしたら父は遺言書を作成していて全財産を二男が相続することになるかも知れません。

遺言書作成の有無の調査と、もし、遺言で私の相続分が少ないときの遺留分の確保方法を教えてください。

#### Answer

1. (1) 自筆証言遺言が作成されたのであれば、遺言の保管者から検認等の申出がない限り、遺言書の有無はわかりません。

「ただ、もし自筆証書遺言を故意に隠匿していた場合には、その者に財産を相続する権利はありません。

(2) しかし、公正証書遺言については、被相続人の住所地の付近の公証人役場に対して、被相続人が死亡したことや、自分が相続人であることを戸籍謄本等で証明することで、公正証書遺言の有無や、あるいは遺言の謄本を入手することは可能です。

2. 遺言内容によって自分の遺留分が不足しているときは、遺留分減殺請求をしたのち、受遺者名義の不動産に対して仮処分をつけて、処分ができないようにしてから、遺留分減殺の協議をする方法が考えられます。

ただし、民法改正で、遺留分減殺請求は金銭支払請求となりましたので、今後は、受遺者名義の不動産に対する仮差押えということになるかも知れません。

あるいは、遺言の存在を確認していない場合には、共同相続の登記を不動産につけてしまっておくという方法も考えられます。

共同相続の登記がついたあと、遺言にもとづいて受遺者が名義変更を他の相続人に求めたときに、遺留分減殺を主張して、自分の遺留分の確保をはかるという方法です。

## 469. 農地と遺留分減殺

(2013年4月号、No.332)

### Question

組合員が父親から生前、農地の贈与を受けました。

都市部の市街地内農地（生産緑地）であり、贈与税も高額となることから、贈与税の納税猶予を受けています。

最近、父親が死亡しましたが、他の相続人から、農地が生前贈与されたことに対して遺留分減殺の請求がされています。農地の評価はどうなるのでしょうか。その農地は相続税の支払いの為、納税猶予を受けています。

### Answer

1. 本件は、生前贈与に対する遺留分減殺のケースです。

生前贈与は原則として相続開始1年前のものが遺留分減殺請求の対象ですが、受贈者が相続人で、それが特別受益にあたる時は贈与の時期は問題とはならず、古い贈与でも対象となります。

本件贈与もかなり古く、25年以上前のものですが、特別受益にあたるようなので、遺留分減殺の対象となります。

2. ところで、生前贈与についての土地の評価額は、相続開始時の時価とされています。

したがって、本件で問題となるのは時価はいくらかです。

当事者双方で、時価評価で意見が合わないときは、裁判では最終的には鑑定人による評価になります。

この事案では、相続開始のとき生産緑地であったことから、生産緑地の課税評価通達にしたがって、生産緑地の残存期間に応じた減額評価をもって時価とするという考え方もあります。

3. ただ、問題は、この土地が相続後に生産緑地としてさらに相続税の納税猶予を受けていることから、農地としての評価で土地の時価とはできないのかです。

生前贈与の時点で、将来相続が開始したときには生産緑地として納税猶予を受け、農地のまま使用することはある程度予想できたわけですので、この土地は農地として評価できないだろうかという点です。

4. 他の相続人としてみれば、相続税の納税猶予のため農地として使用しなければならないのは、その贈与を受けた人の個人的な問題であって、土地としては生産緑地の残存期間が終了すれば宅地転用可能であるのだから、農地としての評価はおかしいと考えるのでしょうか。

5. 課税上の評価方法からすると、他の相続人の主張も理解はできますが、農地のまま継続使用が予定されていたことを、遺留分減殺という民事の裁判の中で土地の時価評価にあたって主張できないか検討して下さい。

こういう土地を農地として評価できないとなると、都市部の農地の生前贈与は、相続トラブルになると何の意味もないことになってしまいます。農地としてもらった相続人は、遺留分相当額の捻出に苦勞するということになるからです。

立法的な解決の検討が必要と思います。(下級審等での判例は文献上見つかりません。)

## 470. 遺留分減殺請求と免責的債務引受

(2008年8月号、No.220)

### Question

被相続人が遺言書を作成し、相続人のひとりにすべての遺産を相続させる旨の遺言をしています。その相続人は他の相続人に遺言書を見せていません。相続開始からすでに1年以上は経過しています。JAとしてはアパート建築の貸付けを被相続人にしていた関係で、貸付金の債務者をその相続人ひとりにしたいと思っていますが、その手続をしていいのでしょうか。

### Answer

1. 本件では、遺言内容を他の相続人が知らないのですから、他の相続人による遺留分減殺請求の可能性がります。したがって、遺留分を他の相続人が主張するか否かが不明な状態で、被相続人の債務をひとりの相続人に集中させるために相続人全員とJAとの間で免責的債務引受をすることはやめておいた方がいいと思います。
2. 相続債務は遺言に拘束されることはありません。したがってJAは法定相続分に応じた支払を各相続人に求めることができます。  
もし、ひとりの相続人に債務を集中させたあと他の相続人から遺留分減殺を主張されると、責任財産である遺産が分散されてしまいます。  
したがって、貸付金の回収を考えると遺留分の主張が未定なときに免責的債務引受をしない方がいいと思います。
3. ただし、貸付の担保として遺産であるすべての不動産に抵当権が設定されているようなときや、遺留分減殺を主張されても残った遺産で十分担保価値があると考えられるときは別と考えてもいいでしょう。

## 471. 遺留分減殺請求権の差押え

(2010年3月号、No.259)

### Question

組合員が死亡し、遺産は土地のみです。

相続人は子供のABCの三人ですが、Cは銀行から借金をしており、銀行は共同相続の登記を代位でしたうえで、Cの相続持分の上に差押えをすることです。

1. 差押え後にその土地をAが相続する内容の遺産分割協議をしても、差押え登記に対抗できるのでしょうか。
2. 遺言でAがその土地を取得することになったときはどうでしょうか。
3. 遺言が差押えに対抗できるとしても、銀行はCの遺留分減殺請求権を差押さえることはできるのでしょうか。

### Answer

1. 相続が発生したとき、相続人の債権者が差押えなどをするために相続登記を代位して登記し、法定相続分のうえに差押えをすることは可能です。

そして、その後、相続人間の遺産分割協議でほかの相続人が対象不動産を取得しても、差押え登記に対抗できませんので、差押え債権者に対して債務者である相続人が支払うとか、その不動産を相続した相続人が代わりに支払うとかして差押えを取り下げてもらうこととなります。

しかし、被相続人がその不動産を差押え債権の債務者である相続人以外の相続人に「相続させる」との遺言をしていたときは遺言が優先するので、遺言で相続する相続人は差押えの抹消を求めることが可能です。(ただし、民法改正のあとは、登記の先後で優劣が決まります。)

ただ、遺言の文言がそれ以外るとき、例えば「遺贈する」「あげる」「取得させる」などのときは、差押えが優先します。

2. 遺留分減殺請求権に対する差押えについては、最高裁判所の判例があります。

遺留分権利者が減殺請求をしているとか、請求権を譲渡しているなど、権利行使の意思が明確であるときは差押え可能ですが、それ以外ときは差押えは認められません。

遺留分減殺請求は、相続人が権利行使をするか否かの選択権があるのですから、それを選択しないときに具体的請求権が発生しているとして差押えすることは、理論的に考えても不当だからです。



## 472. 遺留分の事前放棄と相続分の事前放棄

(2013年3月号、No.330)

### Question

父の相続のときに長男が大半の遺産を相続したので、母の相続のときには相続を放棄してもらう予定です。

長男も了解していますが、母の相続前に相続の放棄はできるのでしょうか。長男に放棄する旨の文書を書いてもらえばいいのでしょうか。確実に長男が相続しないようにするにはどうしたらいいのでしょうか。

### Answer

1. 父母の相続にあたり、どちらかの相続のときに多くの遺産を相続した相続人がいるときに、他の相続の際には遺産を取得しないと、少なくするなどの約束を相続人間ですることがあります。

この場合、相続の放棄を事前にできないかとの質問はありますが、相続の放棄手続きを事前に行うことは認められていません。

事前に相続を放棄する旨の文書を作成することもあります。法的な効力はありません。

相続開始後の遺産分割の裁判の際に裁判官の心証を形成するにあたってのひとつの資料になるとは思いますが、必ずしも長男の取得分をゼロにするとの判断を裁判所が示すとは限りません。

2. もし、長男が母の相続にあたって遺産を取得しなくてもいいというのであれば、長男には遺留分の事前放棄許可の申立てを裁判所にして、その許可をもらって下さい。

そのうえで、母に遺言書を作成してもらい長男の取得分を認めない内容の遺言をしてもらって下さい。そうすれば長男には遺産の取得権限はありません。

遺留分を放棄しているので、遺言書で長男の遺留分を否定していても問題ないわけです。

ただし、遺留分のみの放棄が認められただけで、相続分自体の放棄となったわけではないので、遺言がない状態で相続が開始してしまうと、長男は法定相続分を主張することが可能となります。

## 473. 賃貸物件と遺留分減殺

(2012年9月号、No.319)

### Question

父母の共有名義(父の持分10分の7、母の持分10分の3)の土地があり、その土地の上に父母が設立した会社の建物があります。

建物の敷地部分以外は駐車場であり、会社が借りている部分と父の名前で建物の入居者に貸している部分があります。

父が昨年死亡し、遺言書では兄にすべてが相続されることになっていたため、その弟が兄に対して遺留分減殺請求をしています。弟は、会社が借りていない駐車場の空いたスペースを遺留分があるからと言って使用しようとしています。可能なのでしょうか。

### Answer

弟に当然の使用権限があるとは言えません。遺言が弟の遺留分を侵害しているのであれば、遺産全体に対して自分の遺留分を主張できる

ので、問題の土地に対しても遺留分に相当する共有持分を有することになります。

しかし、その土地は母との共有の土地であって、その土地をどう使用するかは共有者の協議で決めてこられたものようです。本件では、建物の入居者用の駐車場として使用するとの合意があったのですから、弟が遺留分を主張してもその使用の合意を当然に否定することはできません。

また、土地の使用方法は共有者間の協議により、もし、協議できないときは、共有持分の過半数の意見に従うことになります。

そうなると、遺留分があってもその弟の共有持分が過半数にならなければ、入居者に貸すとの共有物の使用方法を否定することはできないことになります。

もし、弟が勝手に空いた部分を使用すると、他の共有者から単独で排除を求められる可能性も出てきます。(不法占拠に対しては、共有者は単独で妨害排除の請求は可能です。)

なお、民法改正のあとは、遺留分減殺請求は金銭の支払いを求める内容になります。

## 474. 遺留分減殺請求と遺産評価

(2018年4月号、No.452)

### Question

父が遺言書を作成する予定ですが、事情があり、相続人のひとりには財産をあげない内容です。相続開始のあと遺留分減殺請求がなされると思いますが、遺産の評価はいつの時点の価額になるのでしょうか。

### Answer

- 1 . 遺産分割協議の場合には、どの遺産を誰がいくらもらうかが問題になるので、遺産の評価額をいつの時点にするかの問題があり、一般的には相続開始のときとされることが多いようです。
- 2 . しかし、遺留分は原則として割合ですので、例えば、財産をある相続人にのみ遺贈とする遺言ですと、全財産に対して遺留分に相当する割合の引渡等の請求がなされ、この場合には時価をいつにするかの問題は生じません。
- 3 . ただ、ある相続人にはこの財産、別の相続人にはこちらの財産というような遺言ですと、それぞれの財産の評価の問題が生じます。

そして、このような場合の評価の時点は相続開始時とするのが裁判所の考え方になります。

## 475. 遺留分放棄と相続

(2020年7月号、No.506)

### Question

A Bの夫婦にはC Dの2人の子供がいます。Aが死亡した際にB C Dの三者で協議し、Aの遺産の多くをCに相続させることとしました。そして、Bの相続のときには、CはBの財産を相続しないこととし、CはBの相続について、遺留分の事前放棄許可をしています。

今回、Bが死亡しましたが、Bの遺言書がありません。Cの権利はどうなりますか。

### Answer

1. Bの相続について、Cが遺留分の事前放棄許可を得ていたとしても、CはBの法定相続権を有しています。そのため、Bの遺言がなければ、CはBの遺産について法定相続権の主張が可能です。

2. 経過からすると、Aの相続の時Cが多くの財産を取得したので、Bの相続については財産をもらわないとしていたようです。

世間ではこういうケースが多くありますが、Aの相続とBの相続とは別の問題ですし、Bの相続開始前にBの相続放棄をすることはできません。

そのため、Cが相続権を主張することは社会的にみてどうかとは思いますが、法的には可能です。

3. このような事態に備えるため、CにBの相続に関して、遺留分の事前放棄許可を得てもらい、Bが遺言でDへの相続を明記することになります。そうすれば、Cに遺留分はないのですから、遺言が優先します。

4. 本件では、Bの遺言が見つからないとのことですので、Cが相続権を主張したときは、遺産分割をすることになります。

このとき、Aの相続の際にCが多くもらっていたことはDの反論材料にはなりません。BからCに生前に財産を渡していたことはないかなどの特別受益の有無を調べることになりそうで、何もないならば法定相続分で分ける審判が下される可能性があります。

## 476. 相続債務と遺留分減殺

(2010年9月号、No.270)

### Question

相続債務と遺留分のことについて質問します。

例えば、夫が死亡し相続人が妻と長男、次男の三人います。遺産総額を4億円、夫の負債は1億5000万円。

遺言書では次男に3500万円相当のものを与え、それ以外は全て長男に相続させるとされています。また、負債も全て長男が承継するように指示されています。

この場合、次男は遺留分減殺請求は可能でしょうか。

### Answer

1. まず、前提として、遺留分減殺額は、

(相続財産全額+贈与額-相続債務額全額)×遺留分率-特別受益額-相続取得額によって算出しますが、さらにこの金額に相続債務額(相続される債務額全額に、遺留分権利者の法定相続分率をかけたもの)を加算できるかどうかについて、法律上の議論があります。

① 加算できると考えた場合、本相談案件の次男の遺留分減殺額は、

$$(4億円+0円-1億5000万円) \times 1/8 - 0円 - 3500万円 + 3750万円 (*) = 3375万円$$

$$* 次男の相続債務額 = 1億5000万円 \times 法定相続分 1/4 = 3750万円$$

となりますが、

② 加算できないと考えた場合には、

$$(4億円+0円-1億5000万円) \times 1/8 - 0円 - 3500万円 = -375万円$$

となり、次男に対する遺留分侵害はないことになります。

相続債務額の加算の可否に関しては、2つの最高裁判例があります。

最判平成21年3月24日(判例時報2041号45頁)は、全財産を1人の相続人に相続させる旨の遺言があった事案で、相続人内部間では相続債務もその相続人に承継させるものと解釈されたもので、遺留分の額に相続債務額を加算することはできないとしました。これに対して、最判平成8年11月26日(判例時報1592号66頁)は、全財産を1人の相続人に包括遺贈した事案で、遺留分額への相続債務額を加算を認めています。

これら2つの判例の違いは、ごく簡単にいえば、平成21年判例は相続債務が履行されていない事案であったのに対して、平成8年判例は相続財産を全部承継した相続人が相続債務を履行していた点にあります。

本相談事案は、長男が相続債務を承継する旨の遺言もあるので、相続債務の支払いが未履行であるならば、平成 21 年判例に近いことから、相続債務額は加算できない、つまり上記②の結論に至るものと考えられます。

2. なお、遺言でどのような定めがなされているとしても、それはあくまで相続人間の負担の問題であって債権者の関知しえない事柄であるので、債権者との関係では、債権者が遺言内容に応じた各相続人の債務額を承認しない限り、各相続人は相続債務額について支払う義務を負うとされています。

したがって、本相談事案でも、次男が債権者に債務の支払いを求められた場合には、3750 万円までは支払わなければなりません。その後の処理としては、本相談事案において、相続人間では、債務は全て長男が承継する（つまり次男の負担額は 0 円）ことになっていますので、次男は、債権者に支払った金額全額を、長男に求償として請求できることとなります。

次男としては、法律上、法定相続分に応じた債務を承継しているとしても、債務を弁済した分を長男から回収できるのかとの心配もあるでしょう。しかし、今後、債権者が次男に請求しないことも考えられ、遺留分に債務額を加算してしまうと実質的には遺留分の取り過ぎということにもなります。その意味で、債務の支払いをしていないケースでの前記平成 21 年判例も、理解できないことはないものと思います。

3. また、参考として、本相談事案と異なり、積極財産については遺言に記載されているものの消極財産（債務）の承継について遺言で何も定められていなかった場合、債務の承継をどのように考えるかが問題になりえます。

本相談事案のように、積極財産の一部を相続人の 1 人に、その残りを相続人の他の 1 人に相続させるような事案については、判例の立場は不明です。たとえば、債務についても積極財産の承継割合に応じて按分する等の考え方がありえるでしょう。

他方で、相続人のうちの 1 人に全財産を相続させる旨の遺言があるが債務について特に定められていない事案については、上記平成 21 年判例が、特段の事情がない限り、積極財産を承継する相続人が債務も全て承継すると判示しています。

## (6) 信託・後見人

### 477. 後見人の権限

(2021年8月号、No.531)

#### Question

組合員が成年後見の審判を受け、長男が後見人に就任していました。

組合員が先日死亡しましたが、死亡まで入院していた病院の治療代が未払いの状態です。病院からは後見人であった長男に支払いを求められています。支払っていいのでしょうか。

#### Answer

1. 死亡時の未払治療代ですから、その支払義務は相続人に承継されます。また、被後見人の死亡により、後見人の職務権限も消滅するのが原則です。
2. しかし、支払うべき金額が確定しているのに、相続人に支払いをさせることになると、支払が遅滞したとして損害金等が付加されてしまうこともあります。そのため、例外として後見人による支払いが認められることもあります。
3. 民法 873 条の 2 は、被後見人が死亡したとき、成年後見人は必要あるときは、被後見人の意思に反することが明らかなときを除き、相続人が相続財産を管理できるまで、以下の行為ができるとしています。
  - ①相続財産に属する特定の財産の保存行為。
  - ②弁済期が到来している相続財産に属する債務。
  - ③火葬、埋葬に関する契約その他相続財産の保存に必要な行為（但し、①、②を除く）。なお、③については家裁の許可が必要。

本件の入院費については確定していますので、おそらく②に該当するとして後見人が支払うことも可能でしょう。条文は「○○できる」ですから後見人の義務ではありません。

判断に不安があれば、後見人は裁判所に相談してみることが大切です。

## 478. アパート建築と成年後見

(2022年12月号、No.564)

### **Question**

父名義でアパートを建築中でしたが、父が死亡したため母名義にしようと思っています。母は認知症で私が後見人ですが、後見監督人がいます。

後見監督人の同意があれば母名義でのアパート建築を続行可能でしょうか。

### **Answer**

1. 可能と考えます。亡父の相続になりますので、母と相談者はともに相続人ということで利害対立が生じます。

そのため、遺産分割をするには、後見監督人が母に代わって行うことになります。

2. アパートの建築費用の支払いという問題も生じることから、裁判所と協議して相続問題の解決をすることになるでしょう。



## 479. 被後見人の不動産売買

(2010年4月号、No.261)

### **Question**

被後見人が土地建物を購入する予定です。JAはこの売買に仲介予定です。被後見人には子供が2人いて、長女は外国に居住し、二女が後見人に就任しています。

この売買の注意すべき点を指示して下さい。

### **Answer.**

被後見人が不動産を取得するケースのようですので、原則として後見人の判断でできることです。

しかし、大きなお金が動くことですし、裁判所が後見人に渡しているパンフレットでは重要な処分行為のときには裁判所と相談をと言っていますので、念のため、裁判所の意見を伺っておいて下さい。

売買契約作成上の点ですが、契約自体は一般的なことなので、特に注意すべきことはありません。ただ、被後見人名義になり、遺言書の作成も困難でしょうから、取得した物件については外国にいる長女と遺産分割協議をすることになります。

この点、スムーズに協議可能なのかを後見人に確認しておくべきでしょう。

## 480. 家族信託と遺留分減殺

(2019年2月号、No.472)

### Question

家族信託を予定しています。

信託対象財産は不動産で収益物件を含みます。受託者は長男で、委託者である父親が当面受益者にもなりますが、父親が死亡したのちは、二男が受益者となる予定です。

二男を受益者とすることで、長男を含む他の相続人の遺留分侵害の問題は生じないのでしょうか。

### Answer

1. 最近、いわゆる家族信託を資産家などに勧めることが多いようです。信託自体は遺言では対応できない部分をフォローできるので、制度としては財産承継の検討対象になろうかと思えます。

しかし、解決できていない点も多いことから、よく考えてからこの制度を利用するか否かを決めるべきでしょう。

2. この解決できていない問題のひとつに、信託によって受益者に対して与える受益権が遺留分減殺の対象になるのかという問題です。

相続人のひとりを受託者とするので、被相続人の財産からの収益が、その受益者のものとなります。委託者と受益者がちがうときは、相続開始前から本来なら相続財産であった財産の収益が受益者のものになりますし、委託者が死亡したら受益者は相続人のひとりとするという内容ですと、相続開始とともに相続財産であったはずの財産の収益権限が受益者のものになってしまいます。

こう考えると、受益権を付与するということは他の相続人にとって遺贈や生前贈与と経済的効果は同じものと考えてしまうことになるわけです。

そのため、受益権を与えることは、ケースによっては遺留分減殺の対象行為とはならないかが議論されていました。ただ、問題は何を減殺対象とするのか、請求の相手は受益者なのか否かなどいろいろ議論があります。また、信託をすれば遺留分減殺の問題が生じないかのような説明をするケースもあるようです。

3. 今回、この問題について、平成30年9月12日に東京地裁が判決をしています。

判決では、「信託契約による信託財産の移転は、信託目的達成のための形式的な所有権移転にすぎないため、実質的に権利として移転される受益権を対象に遺留分減殺の対象とすべきである」(金融法務事情No.2104、92ページ参照)としており、信託財産の移転行為は対象としないとしています。

ただし、この判決は控訴されており、今後、高裁以上の判断が示されることになると思います。

4. このように、信託については、制度自体は有益なところもありますが、相続トラブルの原因になることもあると考えて財産承継の内容を専門家と十分協議するべきでしょう。

## 481. 農地の信託などについて

(2016年6月号、No.409)

### Question

農地を信託することはできるのでしょうか。

また、信託の仮登記は可能ですか。

信託をしても、遺留分の問題があるとのことですが、どういう場合でしょうか。

### Answer

1. 農地については、農地法3条2項3号で信託は認められていません。ただし、同条2項本文但書に該当する場合、たとえば農業協同組合が受託者になるようなときは認められます。なお、一般論としての信託の仮登記はあるようですが、本件は、そもそも信託ができないケースですので、仮登記の可否以前の段階でできないということになります。

2. 信託に関して遺留分減殺が問題となるのは受益者が相続人のケースです。

信託による利益を相続人が生前に受領するのですから、他の相続人としては、生前贈与をその相続人は受けていたこととなり、遺留分を侵害するときには減殺の問題となります。

## (7) 相続手続

### 482. 生前贈与と相続放棄

(2012年1月号、No.303)

#### **Question**

被相続人(予定)には、土地と預貯金があります。土地といっても道路づけが悪いので、処分がとても困難です。

相続税については課税の境界ラインといったところです。

被相続人としては、生前、預貯金を相続人に贈与してしまい、相続後には処分困難な土地しか残らないので相続放棄をしてもらいたいと考えており、相続人らもこの考えに肯定的です。

このような方法を取ることに何か問題はありますか。

#### **Answer**

被相続人が生前に預貯金を相続人に贈与し、相続発生後に相続人が相続放棄手続をとることは可能です。

本件の被相続人は高齢ですので負債もないと思いますが、もし、多額の借金があり、残った財産である土地のみではその支払いができないという状態であるとすると、詐害行為取消権(民法424条)の問題が生じます。

もし、預貯金を贈与することで被相続人に対する債権者の債権の回収ができないような状態で、そのことを受贈者である相続人が認識しているのであれば、生前贈与に対して、被相続人の債権者から詐害行為だとしてその取消(つまり、贈与金額の返還)を求められることもありますので、注意して下さい。さらに、被相続人の判断力に問題がないかの確認をしておくべきでしょう。預貯金の生前贈与から相続発生までに時間があれば、あるだけ問題はないと思います。

なお、詐害行為取消権について注意していただきたい点は、生前贈与行為が問題となるのであって、相続放棄自体が問題とされているわけではない点です。相続を放棄すること自体は詐害行為ではないとされています。

## 483. 親子の相続放棄

(2019年7月号、No.482)

### Question

Aには妻Bと未成年の子Cがいましたが、Aは最近亡くなりました。

妻Bと子Cは、Aの相続を放棄する予定です。BはCの法定代理人としてCの相続放棄手続を行えるのでしょうか。また、放棄手続にあたり、戸籍謄本はB、Cのそれぞれの申立て用に準備する必要がありますか。

行えるのでしょうか。また、放棄手続にあたり、戸籍謄本はB、Cのそれぞれの申立て用に準備する必要がありますか。

### Answer

1. (1) BとCは、相続については利害が対立していますので、遺産分割協議をするときには利益相反になることから、BはCの代理人になることはできず、Cの相続のための特別代理人の選任が必要となります。

(2) しかし、BもCも、ともに相続放棄をすることはAの相続に関して利益相反にはならないことから、BはCの代理人として相続放棄手続を行うことが可能です。

2. 相続の放棄は放棄者ごとに裁判所の事件番号がつきます。つまり、BとCの各申立てはそれぞれ別の申立てということになります。そのため、本来なら、それぞれの申立てにあたり添付すべき資料は別々に準備するのが原則です。

しかし、BとCが一緒に申立てをするようなときには、共通の資料はひとつで足りる扱いをしています。したがって、BとCの申立ては事件としては別個ですが、戸籍謄本などはひとつ提出すればよいとされています。

また、Aの相続に関して、別の相続人が仮にいたとして、この人も放棄するのであれば、すでにBCの申立てのときの資料を利用できることもあり、裁判所に確認されておくとよいでしょう。

## 484. 相続放棄と葬祭費用

(2019年12月号、No.493)

### Question

Aが死亡し、相続人は妻Bと子供C、Dです。

Aはアパートを保有していますがローンもあり、BCDとしては相続放棄をしたい考えです。

ところが、その手続をする前、Aの葬儀費用をAの収入（アパートの賃料）から支出して葬儀を済ませているとのこと。

この場合、BCDは放棄できるでしょうか。

### Answer

1. 葬儀の喪主がBだとすると、子供のC、Dは葬儀の収支には直接関与していませんので、C、Dの放棄に問題はないでしょう。

2. 問題はBです。

相続財産を処分することは法定単純承認となってしまいます。

この場合、Bが裁判所に放棄手続をしても裁判所としてはBがAのお金に手をつけたかまではわかりませんので、相続放棄申述受理はするでしょう。

しかし、ローンの会社としては、お金に手をつけたとしてBの放棄は認めないとしてローンの支払いを求め、この裁判の中でBの行為が法定単純承認事由である相続財産の処分に該当するかが争われることとなります。

3. 裁判例によると、身分相応の葬儀をするくらいなら法定単純承認にはならないのではないかとされる先例があります。

死亡直後に葬儀をするのですから、負債や財産の把握が十分できない状態ですので、この考え方も理解できます。

ただ、あまりないかも知れませんが、放棄手続をしたあとに葬儀をするとなると事情は少しちがう気がします。

本件ではAにローンがあることをBがどの程度詳しく知っていたが、葬儀の規模はどうか、Aの財産のどの位を使ったかなどで、相続財産の処分をしたか否かが判断されるのではないかと思います。

## 485. 時効と相続

(2013年11月号、No.346)

### Question.

組合員の父が死亡し、土地の名義を自分に変更しようと思って登記簿謄本を入手したところ、父名義と思っていた土地は父の兄の名義になっていました。

この土地は自宅のあるところで、父と組合員の家族が同居しており、父宛に固定資産税の課税通知も来ていました。父の兄と言っても、どういうわけか組合員との交流もなく、家族のことは全くわからないとのこと。

今後のことについてどうアドバイスすればいいのでしょうか。

### Answer

1. 組合員も父も、他人名義の土地を自宅の敷地として使用していたわけですので、土地の所有権の時効取得の可能性があります。

また、兄名義となっているとのことですが、真の所有者は組合員の父であるということも考えられます。

ただ、後者については、組合員の父が死亡していることから、同人が真の所有者との立証ができるのかの問題はあります。

2. 仮に、時効（占有期間は20年間は必要でしょう）の主張でアドバイスするとしても、土地の名義を変更するためには兄または兄の相続人の確認が必要で、この人たちに対して時効取得を原因とする移転登記に協力してもらうことになります。

もし、所在不明であったり、協力してくれないときは、兄または兄の相続人に対して訴訟を提起することになります。

そうすると、相続人を捜したり訴訟の可能性を考えると、弁護士にこの件を依頼した方がいいでしょう。

3. なお、組合員の父が自分の土地と考えて本件土地の占有を開始してから20年間占有を継続すれば時効期間が完成します。

時効は占有開始のときに効力が生じることになりますので、組合員が時効の判決を入手すると占有開始から父の所有とされ、本件で組合員の父が死亡していることから、この土地は相続の対象となるのかの疑問があります。

この点、時効は援用をしないと効果は生じないことから、組合員の父が援用していませんでしたので、組合員が同人の父の死亡後に時効の援用をしても、本件土地については相続財産とはなりません。

ただ、組合員自身に所有権の取得という効果が生じるので、一時所得として課税の問題は生じることになります。



## 486. 遺言執行者の登記権限

(2015年8月号、No.388)

### Question

被相続人が遺言書を作成していました。相続人であるBとCの各自にそれぞれ自分の不動産を「相続させる」というものです。

この遺言では、受遺者Bが遺言執行者に指名されています。

1. この遺言の場合、遺言執行者としてBはCへの名義変更登記の手続きが可能でしょうか。
2. Cに判断力の問題がある場合、どうやってC名義に相続登記をすればいいでしょうか。

### Answer

1. 本件の遺言は「相続させる」との文言ですので、受遺者であるBとCとが登記権利者であり遺言執行者としてのBの登記権限はないと考えられています。

したがって、Bが相続する不動産についてはB自身が登記権利者として自らあるいはBが司法書士に委任する形で登記手続をすることになります。同様に、Cが相続する不動産についてもC自身（あるいはCが司法書士に委任して）で手続をすることになります。

以上から「相続させる」の場合には、遺言執行者による登記権限はないことになります。

この点、相続対象不動産が被相続人名義でなく、他の相続人名義に変更されてしまい遺言執行の妨害となっているときには、遺言執行者はその名義の抹消と受遺者への名義変更は可能とする最高裁判決はありますが、これは名義が変更されて遺言執行の妨害があるケースを前提にしているので、本件のように被相続人名義のケースであれば遺言執行者の名前で名義変更手続はできないことになります。

なお、民法改正のあとは、「相続させる」の遺言の場合、遺言執行者に登記手続申請権限が付与されますので、遺言執行者は単独で登記の申請が可能です。

2. Cに判断力の問題がある場合には、成年後見人を選任して後見人によって相続登記手続をしてもらうことになると思います。

遺言執行者がC名義に登記変更はできないのですから、C自身で手続きができないときは、成年後見人によらざるを得ないことになります。

ただし、民法改正のあとは、遺言執行者がいるときは、Cに判断力がなくても、遺言執行者が登記申請できます。

## 487. 私道と先代名義

(2019年9月号、No.486)

### Question

Aが居住している地区と離れた地区にAとBとが各2分の1の持分を有する私道があることが判明しました。Aの持分と言っても、登記名義を確認すると、Aの祖父の名義となっており、Bについても、おそらくBはかなり以前に亡くなられていると思います。

Aの祖父には先妻との間の子もおり、相続人が10名以上おり、その相続人もすでに死亡している可能性があったり、全く面識のない人もいます。

このまま放置していいのでしょうか。

### Answer

1. Aにとっては居住地区外にある私道ですので、登記名義の変更の必要性はないと考えているのでしょうか。また、Bも死亡しているようで、Aと同様、相続人も多数存在すると推測されることから、手続きが大変であること、Aだけ相続名義をつけてもBがそのままならどうなるかなどことから、名義変更には消極的なのは仕方ないと思います。
2. しかし、このまま放置しては相続人が増えていくだけです。私道を市町村に移管するとしても、名義人が先代のままでは市町村は移管に応じません。Aが相続手続きをしてもBがそのままなら移管に応じてくれませんが、そうだからと言って、そのまま放置することはしない方がいいと思います。
3. 所有者不明の土地などについて、政府はできるだけなくしていく方向です。  
しかし、このことはその土地の所有権を簡単になくしてしまうということではありません。本件の土地を仮に誰かが使用しても、時効で所有権を取得するためには相続人全員を相手にする必要があります。
4. そう考えると、思い立ったときに相続人のひとりが相続手続きに動き出した方がいいと思います。経済的価値のない土地ですが、弁護士に依頼して相続人の有無を含めた相続人の調査、交渉を任せ方がいいでしょう。

## (8) その他

### 488. 物納農地の埋設物

(2008年11月号、No.227)

#### Question

農地を物納し、その時埋設物がない旨の文書も差し入れました。

ところが、最近財務省から物納した農地を調査したところ、地表 1メートルより深いところに、約 2メートルから 3メートルの巾で産業廃棄物などが埋設されているので、撤去されたいとの通知がありました。(見積書もあり、高額な撤去費用の記載となっています。)

組合員の記憶では、亡くなった親が埋め立てを業者をお願いしたとのこと。

どのような対応をするようアドバイスしたらいいでしょうか。

#### Answer

1. 撤去費用の金額の妥当性は別としても、物納をした土地にコンクリートガラなどが埋設されていたのですから、埋設物の撤去をする必要はあり、その撤去に必要な費用は物納者ということになります。

2. ただ、本件では農地として物納し、おそらく農業自体には影響はなかったのだらうと思います。

その意味でそのまま農地として利用するのであれば、大きな支障はないと思いますが、産業廃棄物も埋設されていたとなると、将来的にも農地のままで利用できるのかの問題はあると思います。

農地転用が可能であれば、埋設物の撤去の必要性はもっと高くなると思います。

3. 以上から、撤去費用は物納者負担で仕方ないと思いますが、撤去費用が妥当でなければ、その金額をすべて負担する必要はありません。役所の出した見積書などを業者に検討してもらってはどうか。

なお、支出した撤去費用については、埋め立て業者への請求は可能ですが、どこの誰かが確定できないと、その費用の求償はできないことになります。

## 8. 土地の権利

### (1) 登記

#### 489. 登記の日付と土地取引について

(2018年2月号、No.448)

### Question

AとX社との間で事業用定期借地契約を締結しており、平成29年4月26日月付でAX間で再契約をしました。

ところが、平成29年12月に入り、Aから連絡があり、対象の土地の所有名義人をB社（代表者A）に変更するので、Xとの関係の処理をお願いしたいとのことでした。

その後、Aから連絡があり、土地の名義変更が終了したとのことと登記簿謄本を取り寄せてみると、AからB社への売買の日付が平成29年1月になっていました。そうすると、今回のXA間の再契約は有効でしょうか。また、JAとしてはどうすればいいでしょうか。

### Answer

1. 土地の登記の原因の記載からすると、平成29年1月1日付の売買となっています。

通常、売買を原因とする日付については代金決済日（所有権移転日）とすることになっており、本件の登記も通常のケースを前提とすると、平成29年1月1日から本件土地はAが代表者であるB社の所有と考えられます。

そして、登記日が同年の12月になっているのは登記手続きをすることが遅れたためということになるのでしょう。

したがって、質問のとおり、平成29年4月の再契約にあたってはすでにAは土地の所有者ではない状態での取引ということになります。

2. ただ、知り合いの司法書士に問い合わせたところ、代金決済日（所有権移転日）を売買の日付としないと登記ができないのかについては、そうではないとのことでした。

法務局は登記申請にあたって、この日を売買の日として申請されれば、所有権移転の点は受理にあたっての判断の対象外のようなようです。そうすると、所有権移転が1月1日ではない可能性もあります。そのため、所有権移転時期については契約書での確認が必要となります。

もし、所有権移転が12月であれば、4月の新契約は問題はないこととなります。この場合、新契約成立のあと貸主変更になった旨を借主に告知し、あわせて契約関係をAからBに承継することの覚書を借地人との間で締結して下さい。貸主変更ですので、新旧の貸主であるAとBとの連名の通知だけでもOKです。

3. 問題は、平成 29 年 1 月 1 日から B が所有者であったという場合です。

A と借主 X との間の借地契約は他人物借地契約になりますので、契約自体は有効です。

J A としては、結果的に他人物の契約に関与したのですが、それは A B が A X の契約をしたのちに行った登記等が原因ですので、J A に責任はありません。

4. そこで対応策ですが、以下のようにしたらどうかと考えます。

① A X 間の契約については、A B X の三者で A X 間の契約を B X 間の契約に変更する（B からすると A の契約上の地位を承継する。）。

この点は前述のとおり A B 連名の通知でも可。

② 貸主を B に変更する以前（今回の質問ですと、A は B 名義に変更したら家賃を B の口座にしてくれと言っていますので、B 名義になった平成 29 年 12 月 20 日以前）の家賃については、B は A が取得することを了解する旨の文書を①の処理のほかに X に対して出す。あわせて、平成 29 年 1 月 1 日以降、同年 12 月 20 日以前の A X 間の契約については、B はこれを了解する旨の文書を作成して X に渡す。

以上のようなことをしておけばいいと思います。

事業用定期借地契約は他人物の土地を貸しても有効ですし、貸主変更のために再度公正証書を作成する必要はなく、借主への通知あるいは借主との合意書などがあれば有効です。

## 490. 表題部に名前しかない土地について

(2022年1月号、No.541)

### Question

組合員が所有している土地の隣接地の問題です。

この隣接地にはかつて墓地があり、現在は誰かが改葬処理をして、墓地はなく、雑種地の状態です。

隣接地は、隣接地と言っても組合員所有地に囲まれており、組合員としては隣接地の所有権を取得したい考えです。

隣接地の登記簿をみると、表題部のみしかなく、所有者の名前しか記載してありません（住所も表記はありません）。

どう対応すればいいでしょうか。

### Answer

1. 仮に隣接地の所有者名をAとします。質問は、表題部にAと記載のある土地所有権を取得する方法はないかということだと思います。また、問題の土地については、かつて墓地があったものの、改葬処理がされたというものです。そうすると、問題の土地の所有者A又はその関係者がどこかにいるという可能性があります。
2. 問題の土地が長年にわたり雑種地で、組合員が自分の土地と考えて、問題の土地を使用占有していたのなら時効取得の可能性があります。本件ではそうではないので時効の議論はできません。そうすると、「A」から任意で所有権を譲渡してもらうしか方法はありません。
3. 問題は、所有者をどうやって確定するかです。仮に何らかの方法で「A」と称する人の住民票や戸籍を入手しても、その人が「A」なのかの問題があり、隣接地について甲区欄に「A」の登記をつけるのはむずかしいと思います。甲区欄に「A」の登記がつけば、「A」又は「A」の相続人から譲っていただくこともできるかも知れません。
4. もし「A」名義での登記ができないときは、隣接地の所有者が不明あるいは所在不明として対応します。「A」に対して不在者財産管理人の選任を申し立てることになります。

この場合、組合員は申立人として利害関係が必要となるので、例えば隣接地との境界を確定したいとの理由で申し立ててみたらどうでしょうか。そして、管理人に対して譲渡による解決を申し入れてみて下さい。ただ、管理人は財産管理権限しかないので、売却等の処分をするには裁判所の許可が必要です。

この許可ですが、不在者財産管理人の場合、処分に対する判断は裁判所は慎重になる傾向があるようです。

5. なお、令和3年の民法改正で、本件のような隣接地については所有者不明土地として管理人を選任する制度が創設されました。不在者財産管理人は不在者の財産すべてが管理対象ですが、今回の改正の管理人は対象土地のみです。

そして、財産処分についても裁判所の許可対象ですが、裁判所は従前よりは許可を出す可能性が高いとされています。

改正法の施行は2年以内となっているので、それまで待つのもひとつの方法と思います。

## 491. 売買予約の仮登記の抹消

(2023年1月号、No.566)

### Question

組合員の土地に売買予約の仮登記が設定されたままです。その土地は山林の地目から宅地に地目変更されていますが、仮登記が設定されたのは山林のときです。つまり、売買予約の登記のあと宅地に変更されています。この仮登記設定から50年になりますが、この仮登記を抹消することはできないでしょうか。現在は相続人の所有する土地となっています。

### Answer

1. 仮登記のもとになる売買契約が時効になっていれば、仮登記の抹消は可能です。具体的には、仮登記権利者が仮登記を本登記にできる状態となったのち10年を経過すれば、売買契約自体の時効になりますので、抹消を求めることが可能です。

そのため、もとの売買契約がどういう理由で売買予約の仮登記に至ったかの調査をする必要があります。

2. ただ、このときの資料はないのでしょうから、すこし乱暴なやり方ですが、仮登記をつけたらすぐに本登記が可能であったとして、売買契約自体（正確には売主の登記を買主に移転するという債務）の時効を主張して抹消を求めることを検討してみてください。

3. 仮登記から50年経過していますので仮登記権利者にも相続が発生しているかも知れませんが調査をして下さい。



## 492. 地権者組合と登記

(2011年1月号、No.278)

### Question

古くからの組合員数十人で山林を所有しています。

実際には、地権者組合のようなものを設立し、みんなで山林を守ってきたという歴史があります。

ただ、登記については全員の共有という形の登記をせず、代表格の組合員3名の共有の形で登記をしています。

今回、その山林について一部自分の所有と主張する人が出現しました。根拠はどれも無いようですが、今後トラブルを防止するために、その方との間で合意書を取り交わしたいと思っています。この場合、合意書の内容の決定はどうすればいいでしょうか。登記されている代表格の人の中にはすでに死亡された人もいます。

### Answer

いわゆる権利能力なき社団ないしはその類似であるため、登記ができなかったと思われます。

相手方との合意内容を誰が決めるかは、組合での意思決定のやり方が今までどうであったかによります。

特にないとすると、全員の意思を確認することになるかと思いますが、組合と称する団体の構成員の特定はできているのでしょうか。

もし、はっきりしないとすると、確認できている構成員で全員集会をもって多数決で決することになるかと考えます。

なお、代表格が死亡しているときは、その方の相続人の名前に変更せざるを得ないでしょう。そのうえで、その相続人以外の人を代表格とするのであれば、持分の譲渡手続をすることになります。(税金については税理士と相談してください。)

## (2) 抵当権

### 493. 抵当権に優先する同意登記

(2008年12月号、No.228)

#### Question

J AがA土地に根抵当権を設定しています。

A土地の所有者が今回、B企業に対して事業用定期借地権を設定する予定です。J Aとしては、A土地に借地権の設定がなされても、担保価値は確保出来そうです。

ところで、B企業からA土地に借地権の登記を付けたり、また、J Aの抵当権に優先する借地権の登記をつけるため、J Aにその旨の同意登記の求めがありました。そこで、以下の点を回答して下さい。

- 1 借地権の登記をつけることのリスク
- 2 同意登記をすることのリスク
- 3 建物の競売と、今回の同意登記の関係
- 4 建物に抵当権が設定されたときに地代滞納があるケースでの地主の対応

#### Answer

1. 『先順位抵当権に優先する同意の登記』とは、民法 387 条の規定による登記のことと思われます。

この登記をすることで、抵当権より借地権が優先するわけですので、融資している J Aとしては土地の担保価値が借地権分だけ減少することになりますので、減少しても融資に応じた土地の担保を把握できているかという点が大切で、把握できていないとその処置をとった役員は忠実義務違反となってしまいます。

地主の立場としては、土地に借地権の登記をつけることは、万一、借地人が倒産したり、いわゆる夜逃げのような状態で会社としての実体なくなったようなときには、訴訟によって借地権の登記を抹消しなければならなくなりますので、この点を地主に説明して下さい。

2. 同意の登記をすること自体は地主にとっては前述の問題だけですし、J Aも同様です。

3. 建物に抵当権をつけると、借地権も抵当権の対象となります。前記「1」のような同意登記をすることは、借地権が抵当権や土地所有権の譲渡人に対する関係で、対抗力を有することになるので、借地人にとっては融資を受けやすくなるでしょう。

もし、建物が競売になると、買受人は地主に借地権譲渡の同意を求め、地主が拒否すると裁判所に同意に代わる許可の裁判を申立てます。

この点は、抵当権に劣後する借地権の場合も同様ですので、同意登記をつけるか否かで地主の対応にちがいはないと思います。（ただ、抵当権に劣後する借地権であるとする、はたして買受ける人がいるかの問題はあります。）

4. 借地人が地代を滞納したケースで、建物に抵当権を設定されていても通常の解除手続をとって解除することができます。

そして、建物に抵当権がついていることから一般的には強制執行によって建物を収去することになります。

ただ、建物に抵当権をつけるにあたり、金融機関から承諾書の作成を依頼されることもあります。これに応じて承諾書を発行しても、上記の手続に影響はありません。

ただ、地代滞納のときは抵当権者に連絡して立替支払いの機会を与える旨が記載されている承諾書のときは注意して下さい。

判例によると、このような承諾書のときでも借地人との契約を解除するのに抵当権者に打診しなければならないわけではないとしていますので、解除手続に変わりはありません。しかし、解除したことで抵当権の効力が及んでいた借地権が消滅し、そのため抵当権者の回収に影響が生じると、地主と抵当権者との約束（立替払の機会を与える）に違反したための損害の請求（具体的には回収の減少額）を抵当権者から受けるおそれがありますので注意して下さい。

## 494. 抵当権設定と建物賃貸借

(2010年7月号、No.266)

### Question

1. 新築建物の場合、抵当権設定がされるケースが多いようです。抵当権設定後の賃貸借は抵当権に対抗できず、6ヶ月の明渡猶予が賃借人に与えられています。新築建物を賃貸するにあたって、抵当権設定と賃貸借との関係を確認させて下さい。

確認① 賃貸借契約をしたが、入居する前に抵当権の登記がされた場合。

確認② 賃貸借契約をし、入居をしたあとに抵当権の登記がされた場合。

2. 抵当権設定が先か、入居が先かがはっきりしないとき、どう説明すればいいですか。

### Answer

1. 民法 395 条が6ヶ月の明渡猶予期間を与えるのは、抵当権者に対抗できない賃貸借により建物を賃借しているものについてです。そもそも抵当権者に対抗できる賃貸借においては 395 条の問題にはならず、抵当権実行後も賃借し続けることができます。

そして、抵当権者に対抗できる賃借権というのは、①抵当権の登記前に賃貸借契約に基づき入居した場合（借地借家法 31 条）と、②登記をした賃貸借において、先に登記をしている抵当権者の同意を得て、その同意を登記した場合（民法 387 条 1 項）です。

2. 1 を踏まえますと、〔確認①〕 抵当権登記前に賃貸借契約を締結しただけの場合には、賃借権は抵当権に対抗できないため、その後の入居者については 395 条の適用があります。他方、〔確認②〕 は、抵当権登記前に入居も済んでいますので、賃借権は抵当権に対抗でき、395 条の適用はありません。

3. 質問内容 2 は、入居が先になるか、抵当権設定が先になるか分からないということですが、入居よりも抵当権設定が先になる可能性があるわけですから、建物に抵当権が設定される予定であり、賃借権が対抗できない可能性もある（この場合、抵当権が実行されると民法 395 条で6ヶ月の明渡猶予になる）ことについて明記すべきです。

質問内容 1 では、契約作成時に抵当権設定の内容がわからないということですが、この場合でも抵当権が設定されることは分かっているわけですから、入居よりも抵当権設定が先になる可能性がある以上、質問内容 2 と同じ対応をすべきです。

本件では、抵当権者が J A を予定しているのですから、抵当権の登記をする可能性があることは J A 自身で分かっているのですから、なおさら説明をしっかりとしておくべきです。

## 495. 抵当権物上代位と質権の優劣

(2013年5月号、No.334)

### Question

J Aが融資した貸付金に担保不足が生じたので、追加担保のお願いをしました。

組合員が示した追加担保についてはすでに銀行の抵当権が設定されていましたが、なぜか火災保険に質権の設定はありませんでした。そこでJ Aとしては、この火災保険に質権を設定したいと考えています。

質問ですが、もし担保対象物に火災が発生し、担保提供者に火災保険金請求権が発生した場合、抵当権者である銀行と質権者であるJ Aとはどちらが優先するのでしょうか。

質権設定にあたっては、確定日付を取得することになっています。

### Answer

1. 抵当権の物上代位に関し、民法 372 条が準用する同法 304 条 1 項本文が『先取特権（ここでは「抵当権」と置き換えて読む）は、その目的物の売却、賃貸、滅失または損傷によって債務者（ここでは「目的物所有者」と置き換えて読む）が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができる』と規定しています。

同条の解釈として、建物の抵当権の物上代位の効力は、建物に関する火災保険金支払請求権にもその効力が及ぶとするのが一般通説的な見解です。つまり、本件では、銀行が建物に抵当権を設定している場合には、その建物のためにつけられた火災保険金の支払請求権についても銀行が請求しうるわけです。

そうすると、問題になるのは、抵当権者（銀行）と質権者（J A）との双方で火災保険金支払請求権に対する担保権が競合することになりますので、その優劣をどのようにして決めるのかということです。

債権質権者と抵当権者による物上代位の優劣の問題につき、最高裁判例の判示はまだなく、下級審の裁判例も見解が分かれているようです。

ただ、最高裁判決平成 14 年 3 月 12 日民集 56 卷 3 号 555 頁に関する最高裁調査官解説において、それまでの判例を整理した解説の中で、『差押後の・・・法律関係は、基本担保権に関する民法原則による。・・・登記された抵当権であれば、（その抵当権者は）・・・競合する・・・質権者との関係では抵当権設定登記の時を対抗の基準時として優先権を主張することができる』と説明されています。

そうすると、本件でも、先に銀行が建物に抵当権設定登記をしていれば、銀行がJ Aに優先して、保険会社に対して火災保険金の支払請求をすることができることになります。

ただし、抵当権者も物上代位をするためには、『払渡または引渡しの前に差押をしなければならない』（民法 304 条 1 項但し書き）とされ、銀行が物上代位による差押をなかなかせずに、

先に J A が保険会社に対して質権の取立てを行って保険金を回収してしまうこともあり得るか  
と思います。

その場合には保険会社から J A への支払いは有効とされ、J A の受領をもって火災保険請求  
債権は消滅します。

そうすると、本来、優先担保権者であった銀行と、先に回収をした J A との関係が問題にな  
り得ますが、抵当権者（銀行）の差押前に弁済を受けた別債権者（J A）は、抵当権者（銀行）  
に対して不当利得返還義務を負うものではないというのが通説的見解です。

以上をまとめると、保険会社が支払いをする前や供託を行ったときには抵当権者（銀行）が  
優先しますが、抵当権者の物上代位による差押の前に質権者（J A）が回収してしまえば、抵  
当権者は物上代位の権利主張ができないことになります。

2. なお、銀行の抵当物件が土地のみの場合には、物上代位の効力は建物には及びませんので、  
火災保険金支払請求権に関して銀行と対抗関係に立つことはありません。

## 496. 古い抵当権の抹消方法について

(2014年9月号、No.366)

### Question

明治時代に土地に設定されていた抵当権があり、そのまま抹消されずに今日に及んでいます。

抵当権者の相続人はいますが、どうしたら抵当権の抹消が可能でしょうか。借入金の弁済の有無はわかりません。

### Answer

1. まず、抵当権者（債権者）の相続人の所在が判明していることを前提に、回答致します。

- (1) 抵当権の抹消登記手続きは、原則として抵当権者の相続人と土地所有者が共同で行う必要があります。そのため、まずは、相続人の方々に協力をお願いし、必要な書類を用意して、抵当権登記を相続人に移した上で、共同で抹消登記手続きを行う方法が考えられます。
- (2) 相続人の方々が協力してくれない場合には、相続人を相手に抵当権の抹消登記手続きを求める裁判を起さなければなりません。

裁判の中では、土地を担保としている債権について、既に返済をしていること又は債権が消滅時効になっていることなどを証明していくことになります。そして、勝訴判決が出れば、相続人の協力なく、抹消登記手続きを行うことができます。

2. 抵当権者の相続人の所在が不明の場合には、他の方法も考えられます。

- (1) まず、土地を担保としている債権について契約及び完済したことを証明する書類があるときには、土地所有者だけで法務局において抹消登記手続きをすることができます（不動産登記法70条3項前段）。
- (2) また、これらの書類が揃っていない場合でも、土地所有者が抵当権の抹消登記手続きを請求する権利を有していることを明らかにできれば、裁判所に公示催告の申立てをして、除権決定というものを得ることで、土地所有者だけで法務局において抹消登記手続きをすることができます（不動産登記法70条1項2項）。

もっとも、除権決定については、公示催告が官報に掲載されてから最低でも2ヶ月は権利者が現れるか否か待たなければなりません。また、除権決定の制度を検討するのは完済などの書類がなく、消滅時効により被担保債権が消滅していることを主張していく場合になると思います。この場合、時効を援用する旨の意思表示を相手方にすることが必要となり、別途、意思表示の公示送達の利用して消滅時効の援用をした上で、公示催告の申立てをすることになり、2度手間です。そのため、この制度はあまり利用されていないようです。

- (3) 実際には、当時の関係書類などは残っていないことが多いと思います。その場合、弁済期から20年以上経過しているということであれば、登記されている被担保債権の金額及びこれ

に対する利息・損害金の全額を供託することで、土地所有者だけで法務局において抹消登記手続きをすることができます（不動産登記法70条3項後段）。

利息・損害金を計算するにあたっては、そのままの金額で計算すればよく、今の貨幣価値に換算する必要はありませんが、総額の計算をしてみて供託する金額が高額になってしまうような場合にはこの制度は向いていません。

- (4) 上記(1)～(3)いずれの場合も、抵当権者が行方不明ということが要件になっていますので、土地所有者の方で抵当権者の行方不明を証明する書類を用意することになります。

この書類について、抵当権者の登記簿上の住所に配達証明付郵便で手紙を出し、それが到達しなかったことを示す書類で足り、相続人の調査までは必要ないと説明する司法書士もいるようですが、法務局に確認をしたところ、そのような事案はほとんどないとのことです。

そのため、実際にこれらの手続を取る場合には、事前に、管轄の法務局に必要な書類を確認された方が良いでしょう。

3. そのほか、相続人がいることは分かっているものの、所在が不明という場合には、公示送達という方法で訴訟を提起し、裁判を進めることができます。

4. 以上のとおりですので、相続人の所在が分かるか、協力が求められるか、当時の資料が残っているか等の状況により、取りうる方法を選択することになります。



## 497. 抵当権の設定されている土地上の樹木の伐採

(2020年1月号、No.494)

### Question

A地はAが、B地はBが所有して隣接しています。

A地上に根のある樹木の枝が隣地のB地の中にかなり出まっています。

BからAに対して、枝の切除を求められています。A地には抵当権が設定されています。AはB地に進入している枝をBの求めに応じて切除してもいいのでしょうか。樹木自体を伐採することはどうでしょうか。

### Answer

1 . B地にA地の樹木の枝が入っているのですから、BはAに対して枝の切除の請求ができることは広く知られています。したがって、Bの請求はもつともです。

2 . 問題はA地の抵当権です。

民法 370 条は「抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き、その目的である不動産に付加して一体となっている物に及ぶ」と規定しています。

樹木は土地から発生するものですから、この樹木を権限ある別人が植えた場合のほかは、樹木には土地の附加一体物として土地の所有権が及びます。そのため、この 370 条によって土地の抵当権の効力も及んでいることとなります。

3 . そうすると、樹木は抵当権の効力の対象ですので、樹木や枝を切除することで担保価値の下落を生じさせてはいけないこととなります。

一般的には、隣地に入っている枝を切除するくらいなら土地全体の担保価値を下落させることにはならないでしょう。

樹木自体の伐採も同様でしょう。心配なら抵当権者に事前に問い合わせて下さい。

## 498. 物上保証人による弁済

(2013年10月号、No.345)

### Question

J AはA（母）に貸付金を有しており、Aの長男Bの土地に抵当権を設定しています。Aへの貸付金はAの夫への貸付で、負債はAが承継し、Aの夫への貸付のときに抵当権を設定した土地は長男Bが相続したため、貸付金の債務者と土地所有者とが別人になっています。

今般、長男Bが土地を売却してAの負債を支払うのでJ Aに協力して欲しい（抵当権の抹消のこと）との要請をしています。しかし、Aは亡き夫の土地なので売却を希望していません。

Bが借金を支払うことに対してJ Aは拒めるのでしょうか。

### Answer

BはAの借金の物上保証人であり、利害関係がありますので、BはAの意思に反しても弁済は可能です。

したがって、J AとしてBがAの借金を弁済することを拒否する権利はありません。

たしかに、大切な土地かも知れませんが、土地自体はBのものになった以上、この処分自体はBの意思に任されることになり、これを売却するか否かについて、AやJ Aの考えは反映されません。

したがって、J Aとしては事前にAに対してBが弁済することや物件をいつ売却するなどを告知する必要はありません。

冷たい対応になってしまいますが、法的には以上のとおりです。

なお、民法の改正で、第三者による弁済は以下になります。

1. 債務の弁済は第三者もできる
2. 弁済について正当な利益を有しない者は、債務者の意思に反して弁済することはできない。  
ただし、債務者の意思に反していることを債権者が知らなかったときは、この限りではない。
3. 弁済について正当な利益を有しない者は、債務者の意思に反して弁済することはできない。  
ただし、債権者の委託を受けて、その第三者が弁済することを債権者が知っているときは、この限りではない。
4. 前記1～3については、債務の性質が第三者の弁済を許さないとき、又は当事者が第三者の弁済を阻止し、もしくは制限する旨の意思表示をしたときは適用しない。

### (3) 時効取得

## 499. 時効取得について

(2010年3月号、No.258)

### Question

組合員甲が20年以上自宅の敷地として使用していた土地の一部に、乙名義の土地があります。乙名義の土地の登記簿を調べると、昭和のはじめに乙の名義になっていました。

今から50年位前、甲の父が、乙からこの土地を購入したと言う丙と売買して所有権を取得したようですが、契約書類は見つかりません。

甲としては、乙名義のままとなっているこの土地を自分の名義にしたいと思います。いい方法はありませんか。この土地に対する課税は甲宛てにはされていません。

### Answer

原則としては、乙から丙に名義を変更してもらい、丙から甲にさらに名義変更をすることになります。あるいは、中間省略にはなりますが、乙と交渉して乙から丙への売買を理由とする名義変更ということも考えられます。

しかし、乙の所在が不明であるとか、乙の相続人が多数いてその全員への連絡ができないようなときには、時効取得を理由に乙又は乙の相続人に対して時効取得を理由とする訴訟を提起し、判決にもとづいて登記する方法も可能です。この場合、裁判にはなりますが、甲が勝訴すれば乙側の登記に対する協力は不要です。

ただし、乙の相続人のうち何人かと連絡がとれるときは、事前に事情を説明しておいた方がいいでしょう。いきなり裁判になれば、誰しもびっくりしたり、感情的になります。

なお、その際、「訴訟費用は被告の負担とする」との判決が出るが、裁判費用（具体的には提訴のときの印紙代が一般的）を請求するつもりはないことを述べておいた方がいいと思います。登記名義を変更しなかったのは甲側ですので、乙の相続人としては裁判費用を負担する必要はないと考えるのが普通だからです。

## 500. 土地の時効取得について

(2019年3月号、No.474)

### Question

隣地所有者が組合員の土地を長年にわたって使用していたので、その土地の所有権を時効取得したと主張しています。

平成12年に双方で立会いをして境界を決めているのですが、それでも時効取得されてしまうのでしょうか。

もし、時効取得された場合、今まで支払っていた税金やその土地の造成費用はどうなるのでしょうか。

### Answer

1. 相談内容からすると、本件土地について、隣地所有者が長年にわたって自分の土地として占有していたから、時効が完成しているというものと思います。

仮に昭和の時代から相手方が占有を開始していたとすると、すでに20年あるいは10年間の時効期間が満了しており、本件土地について時効取得が相手方に認められる可能性があります。

2. しかし、相談によると、平成12年に双方の立会いで土地の境界を決めているとのこと。もし、そのことを立証できるのであれば、その内容に沿って双方の境界が決められたこととなります。

したがって、仮に本件土地を相手が占有していたとしても、平成12年の境界の立会いで境界が決められた以上、その境界線が双方の土地の境界となりますので、従前の時効の主張は撤回されたものと考えられます。境界を決めたとき、越境して土地を使用している相手方とは土地の使用についての協議はなかったのでしょうか。自分の土地だが無償で使用してよいとの協議があれば、他主占有ですので時効にはなりません。

そして、仮にこのときに決めた境界を無視されて、その後越境して土地の占有をされても、20年間の時効に完成していない状態です（本件では境界が確定しているので、これを越境することは、法律上は「悪意占有」ですので、時効期間は20年間です。）。

3. ただし、気を付けるべきは、双方の立会いの趣旨です。

双方の土地の境界線のみを決める趣旨（法務局で実施されている筆界特定がこれです。）で、各自の所有権の範囲を決めるのではない合意ということになると、時効取得を阻止することにはなりません。

例えば、100番の土地と101番の土地の境界はどこかを定めるのが筆界特定であり、これは、自分の土地の所有権の範囲を決めるものではありません。通常は地番の境界を決めることと、所有権の範囲を決めることとは一致します。

しかし、本件のように隣地に越境しているケースでは、100番と101番の土地の境はここであるが、自分は隣地に越境して土地を占有していたので時効取得しており、自分の所有している土地は隣地のここまでだと主張することも可能となります。

要は、双方の立会いが所有の範囲も決めるものか否かです（一般的には、前述のように地番の境を決めることは双方の所有権の範囲を決めることが多いと思います。また、相手が自分の土地を越境して使用している場合、土地の利用について双方で協議していると思います。）。

4．税金についてですが、時効の起算日（占有の開始日）にさかのぼって請求していいと思いますが、請求権の消滅時効は10年間です。

下水道の設置費用、造成費用については、残存簿価になろうかと考えます。ただ、その状態の土地を時効取得するのですから、その土地に費用をかけたとしても、はたして残存簿価の請求は可能かの疑問はあります。相手が占有していますので、造成は占有前にされたのだと思いますので、そもそも簿価というものがあるかも疑問です。

## 501. 土地の一部の時効取得について

(2017年1月号、No.423)

### Question

組合員からの質問です。組合員AはA所有のA地の隣地であるB所有のB地の一部をA地の範囲と思って長年にわたって耕作していました。

最近、A地とB地との境界を調べたところ、A地に含まれていると思っていた土地がB地の一部だったことが判明しました。Aとしては、B地の一部を自分のものにしたいと考えています。時効取得は可能でしょうか。

### Answer

1. AがB地の一部をA所有と思って占有を開始した場合、そのときにそう考えることについて善意無過失であり、かつ、平穏な占有を公然と10年間継続すれば10年間で、それ以外のときは20年間の占有継続で、B地の一部の所有権の時効取得は可能です。

2. ただ、問題は以下の点です。

- (1) 占有していたB地の特定が可能かという点。
- (2) 分筆登記をどうするかという点。

(1) まず、B地の一部を占有していたと言っても、B地のどこなのかを測量図面で特定する必要があります。そうすると、B地の測量は事実上できるのか、つまり、B地と周囲の土地との境界ははっきりしているのか、また、B地の一部の測量についてBの妨害を受けないでできるのかという点です。

時効の裁判のときにAがB地のどこを占有していたかを特定する必要があるからです。

(2) 次に、占有していたB地の一部の特定ができ、裁判の中でその部分についてAによる時効取得が認められるとの判断を得たとしても、どうやってその土地をA名義にするのかです。

B地を分筆するのですから、判決によってAが代位で分筆登記をすることになろうと考えます。問題は、分筆登記をするときに判決だけでできるのかです。

分筆登記については周囲の土地の所有者の承諾書を添付することが求められています。そうすると、判決だけでは分筆登記をするための資料としては不足で、周囲の土地所有者の承諾が必要とも考えられます。この点については、地元の法務局と事前に十分協議しておくべきでしょう。

## 502. 擁壁基礎部分の越境と時効取得

(2022年9月号、No.558)

### Question

AはBから最近B所有地を購入しました。この土地の周囲には隣地の所有者が建てた擁壁（ブロック塀）があります。

先日、隣地の所有者から、調べたところ擁壁の基礎部分（地中にある）が購入した本件土地に一部越境していることがわかったとの連絡がありました。

隣地の所有者は、擁壁を建て替えるときには基礎部分の越境を解消するのでそれまではこのままにして欲しいと言っています。Aとしては今のままでのいいのですが、地下の越境部分について、隣地の方が時効で土地所有権を取得してしまう危険性はないでしょうか。

### Answer

1. 時効取得の要件として、自主占有か否か、公然と占有しているかの二つの問題がこのケースにはあります。
2. 隣地の方は越境部分をこのままにしてくれと言っていますので、Aの所有地を使用させてもらう、つまり無償で借りる考えだと思います。このような占有は他主占有ですので、時効取得の要件を欠きます。
3. また、時効取得をするためには占有が公然であることが必要です。これは、ことさら自分が占有しているのを隠しているような場合は公然ではないですが、そうでない占有は公然と考えられます。このケースの場合、地中に基礎があることから、基礎部分について公然の占有とは言えないのではないかと思います。
4. したがって、本ケースでは時効は成立しないと考えますが、念のため地中の越境部分については将来撤去してもらうこと、それまでの間は越境部分に何らの使用权その他の権利は生じない旨の文書をもっていただければいいと思います。

## 503. 田の時効取得

(2018年6月号、No.457)

### Question

長年にわたり、田を所有者から借りて小作料の支払いを継続しています。

ところが、ここ数年、田の所有者の所在が不明となっており、小作料の支払いができない状態です。

私としては、耕作している田を時効取得したいのですが可能ですか？また、田を返したいときはどうすればいいですか。

### Answer

1. 質問の趣旨は、長年小作料を納めて耕作した田の返却方法と時効取得のようです。

まず、後者ですが、対象地を借りているのですから、時効取得としようとする権利は土地の所有権と思います。

しかし、本件では土地の所有権の時効取得はできません。相談者は対象地を所有の意思をもって占有していないからです。

民法 162 条 1 項は、所有権の時効取得の要件として「所有の意思」を規定していますが、どんなに長く借りていても（所有の意思がないのですから）、所有権の時効取得はできません。ただ、途中で自分のものとして使用していたとすれば、時効取得の可能性はあります。たとえば、自分で税金を支払っていたとか、自分のものとして周囲の人と接していたなどのことが立証できれば、時効取得も可能でしょう。

もし、このような場合、誰を相手にするかは次に述べます。

2. 田を返したいということですが、土地の所有者の所在がわからない状態です。したがって、耕作をやめてしまうという手段もあろうかと思えますし、農業委員会に相談することも大切でしょう。耕作をやめるだけですので、所有者が所在不明でも問題ないかと思えます。ただ、耕作をやめたとして、もし、所有者が出てきたときに考えられるトラブルとしては、小作料未納分を支払うということかも知れません。この場合、所有者の所在不明であることから、小作料の供託ということをするればよかったのではないかの問題はあると思いますが、いろいろ捜して出てこないのなら、このトラブルにはならないと思います。

3. もし、土地所有者に対して何かをしたいときには、不在者の財産管理人の選任を申立て、その人を相手に前述の時効取得の請求などをして下さい。

もし、所有者が死亡していて相続人がいないときは、相続財産管理人の選任を申立てることになります。



どちらも弁護士が管理人として裁判所によって選任されますが、予納金が必要で、不在者の場合は 30 万～ 50 万、相続人不存在のときは 100 万位の予納が求められ、手続きが終了したときに、一部が返金されることとなります。

## 504. 私有地に越境した樹木

(2021年10月号、No.536)

### Question

私有地である道路上に道路に面した土地の樹木の枝が出ています。出ている枝は2メートルの高さのところです。

車や人の通行には直接問題はありませんが、枝の切除を請求できるのでしょうか。

### Answer

1. 原則として、切除の請求は可能です。

しかし、越境している枝がどのような状態かによっては、切除の請求は権利濫用だとされる可能性もあります。

たとえば、越境しているのが数センチであり、人や車の通行に何の支障もないケース。植木として手入れをしてある状態で、同様に人や車の通行に支障がないようなケースです。

2. 切除については、自ら切つてはいけないことをご存知と思います。ただ、令和3年4月21日に民法改正があり、枝の切除については今後変更されることになっています。

① 土地所有者は以下の場合、隣地の枝が越境しているときは、切除できることになりました。

イ. 竹林の所有者に枝を切除するよう催告したにもかかわらず、相当期間内に切除しないとき。

ロ. 竹林の所有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないとき。

ハ. 急迫の事情があるとき。

② 上記については、公布（令和3年4月28日）から2年以内の政令で定める日から施行されます。

## 505. 解散した法人との境界確定について

(2022年1月号、No.542)

### Question

私道の共有者に解散した法人がいます。私道との境界の確定をしたいのですが、どうしたらいいでしょうか。その法人はかなり昔に解散していて、所在地に法人はありません。

なお、私道の他の共有者は境界について確認はできています。

### Answer

1. 法人が解散決議をしても、その後の清算処理をする必要があり、そのため、解散した法人は、代表取締役などが清算人に就任して残務処理をするのが一般です。

しかし、解散した旨の登記をしたままの法人が数多くあります。本件もその例なのでしょう。

2. 解散法人に清算人がいないときは、利害関係人の申立てで、裁判所が清算人を選任します。

本件では、登記簿にある代表者の住所地から代表者を検索し、代表者がいれば会社の定款などから清算人に就任してもらうことを依頼します。

しかし、代表者の所在などの確認ができないときは、前記のように、裁判所で清算人の選任をしてもらうこととなります。

今回の相談者は、法人名義の共有地と所有している土地が接していることから境界の確定をしたいとしているのですから、利害関係人になると考えます。清算人を選任してもらったあとは、その清算人との協議で境界の確定をしてもらいます。

3. ただ、気をつけることがあります。清算人が就任しても、もともと会社と関係のない方（弁護士など）が選任されるので、境界を決めようにも判断資料がないということです。

こういうときは隣地所有者から境界確定訴訟を申立ててもらい、その裁判の被告を解散法人とし、解散法人の訴訟活動をするために法人の特別代理人の選任を裁判所に申し立てて、境界の確定手続きを進めることがあります。

本件の場合、他の共有者の境界確認ができていますので、清算人を選任し、そこで訴訟外の合意をするということも可能ではないかと思えます。

なお、清算人は解散法人の清算をする義務がありますが、本件のようにすでに解散して実体も不明な会社の場合、清算業務も今回の件のみ限定しているケースもあるようです。

おそらく、清算人を選任し、今回の件が終了すれば、清算人辞任をさせる扱いかと思えます。

4. ところで、令和3年4月の法改正で、本件のようなときには所有者不明土地として管理人の選任申立ても可能となります。施行は2年後以内なのでそれまで待つことも検討して下さい。他の共有者のことを考えると、私道の共有者から今回の法人の持分を消したいところです。

この点については清算業務として処理することも考えられます。具体的には持分の譲渡です(もちろん、境界を決めてからです)。

あるいは、今回の法改正で他の共有者による持分取得の処理も将来考えられるでしょう。

## 506. 所有権にもとづく妨害予防について

(2022年3月号、No.546)

### Question

組合員Aの土地と隣地所有者Bの土地との相談です。

組合員Aの土地（以下、A地という）より1メートル高いところに隣地所有者Bの土地（以下、B地という）があります。

先月の大雨でB地の斜面が緩んでおり、A地に崩れそうな状況です。この場合、AはBに対してどんな請求が可能なのでしょうか。

### Answer

1. 一般的にはA地より高いところにあるB地の所有範囲は、B地の斜面の下でA地と接していることが多いようです。

今回のケースも高台にあるB地の斜面の下がA地との境界ということなのでしょう。

2. B地の斜面がA地に崩れそうなどときには、AとしてはA地の所有権の保全をはかるため、Bに対してB地の斜面が崩れないような対策をせよと、A地の所有権にもとづく妨害予防という請求をすることが考えられます。

3. 所有者は自分の所有地を直接支配する権利があります。これを所有権の直接支配性といいます。

この所有物を直接に支配できるという所有権の性格から、妨害排除、妨害予防、所有物の返還請求という権利が認められています。

妨害排除は自分の所有地に他人が不当に入ったり、物を入れたりしたときに、自分の所有地から出ていけとか、搬出せよという請求です。

妨害予防は、自分の所有地に他人が不当に入ったり、物を入れたりする可能性が高いときに、事前にそのような行為をしてはいけないとの請求で、本件ではこの請求が議論されます。

所有物の返還は、自分の所有物を他人が不当に支配しているときに自分に戻せとの主張です。

本件は妨害予防の問題になりますが、現実の妨害状況が生じる前ですので、B地の斜面が崩れる危険性が高くないとこの請求は認められません。崩れる危険性が高いことを立証していくことが大切です。

斜面の土地がボロボロに崩れているとか、斜面から水が出ているなど、崩れる前兆を立証して下さい。そして、Bに対して具体的に何をせよと主張するかの検討も必要です。コンクリートで固めるとか、擁壁をつくれなど、Bに対してどういう行為を求めるかを検討して下さい。

## 9. その他

### 507. 相手方の破産と免責

(2016年7月号、No.410)

#### **Qnswer**

組合員AがBにお金を貸していますが、調べてみると、Bがウソをついてお金をAから詐取したようです。借用書の住所もデタラメでした。

AはBに対する刑事処分を希望していますが、Bは破産すると言っています。

Bが破産した場合、Aの貸金はどうなるのでしょうか。

#### **Answer**

1. Bが破産しても、破産開始決定のみではAの債権がなくなるわけではありません。

破産は、Bの財産を基本的にはすべて換価し、債権者に法律に従って配当する手続きです。例えば負債が1,000万円で、資産が100万円なら、100万円を配当し、残債900万円は残っている状態です。

2. ところが、破産者が法人なら残債の支払義務者が解散となるのに、破産者が人であれば残債が残ってしまうのは、同じ経済主体として不均衡です。

そのため、人の破産の場合、免責という制度を設けて免責決定を受けると、債権者は残債を請求してはいけないという効力を認めることにしました。

このことから、破産すれば残債の請求ができないと言われているのですが、正確には免責決定によって請求できないということになります。

3. ただ、ギャンブルのための借金などのケースや不法行為による支払義務などのときには、免責を認めないとか、請求権は免責の対象外とすることも反面で認められています。

4. 本件の場合、破産の原因がギャンブルなどであれば免責にはなりません。

問題は、そうでないときです。

AのBに対する債権を単なる貸付金としてしまうと、免責の対象の債権になってしまいます。Bによる詐欺ということになると、免責の対象外の債権になります。

破産法では、税金などの公租公課のほか、悪意で加えた不法行為による損害賠償請求権、故意又は重大な過失により加えた人の生命、身体に対する損害賠償請求権などは、免責対象の債権とはしていません。

5. 本件で、Bの行為は詐欺のようですので、悪意で加えた不法行為として免責の対象外となると思います。(因みに、交通事故によって損害を受けた場合、生命、身体については、故意、重過失なら免責対象外、軽過失は免責の対象。物損については故意のときのみ免責の対象外で、過失の事故のときは免責の対象と考えておいて下さい。)

## 508. 建物の破損と損害の請求

(2020年4月号、No.500)

### Question

組合員所有の自宅建物に、先日、車が飛び込んで、門柱や建物の玄関部分が破壊されました。信号のない交差点で右折車と直進車との衝突で、右折車が直進車に飛ばされて組合員の自宅建物に突っ込んだというものです。

組合員は建物などを修理してもらおう予定ですが、どんなことに注意をするべきでしょうか。

### Answer

1. (1) まず、誰に請求するかですが、事故の原因からすると、信号機のない交差点での事故ですので、直進車にも右折車にも過失があるのが一般的な考えです。

そのため、組合員としては、双方車両の運転者に対して、共同不法行為を理由に損害の請求が可能です。仮に、直進車の過失が小さくても、双方に対し、あるいはどちらか一方のみに対して、損害全額の請求が可能となります。

また、事故当時は会社の業務中ということであれば、運転者の雇用主である会社にも請求は可能です。車の所有者については、人身の損害の請求ではないので、請求はできません。

(2) 車には一般的に保険がついていますので、実際には、どちらかの車の保険会社が窓口として対応することになると思います。

ただ、最近はインターネットで保険契約をしていることが多く、そのため、保険の更新をせずに対物賠償保険の適用ができないこともあります。この場合には、運転者本人や会社に請求可能なケースなら、会社に直接請求することとなり、そうすると、回収がむずかしい事例になる可能性もあります。

因みに、自賠責（強制保険）は対人賠償が対象なので、本件のような対物賠償は適用されません。

2. (1) 次に、損害ですが、物損なので修理代と被害物件の価格を比較します。

そのうえで、修理代の方が被害物件の価格を超えるときは、被害物件の価格が上限となります。修理できないようなときも、被害物件の価格が上限となります。

(2) 被害物件の価格ですが、減価償却をして検討されます。

ただ、建物自体の損害のときは、一般的には修理代を損害として認定されるのが多いのですが、門柱となると、建物とは別のものとされ、減価償却された価値をもって価格とされてしまうこともあります。



(3) その他、修理のため自宅が使用できないときは、アパート代とかホテル代も対象となります。

(4) 仮に、門柱をととても大切にされていたとしても、慰謝料は認められていないのが一般的です。物損は、あくまでその対象物件の経済的価値のみが問題とされているからです。

3. そのほか、自分の掛けている保険や共済での対応も検討してみてください。この場合、保険等を使用することで保険料のアップにならないかに気を付けて下さい。

## 509. 建物損害と共同不法行為

(2020年8月号、No.508)

### Question

組合員所有の建物（農具を入れておく倉庫）に車が飛び込み、建物が損傷しました。事故はA車とB車とが交差点内で出会い頭に衝突し、B車が飛ばされて倉庫に飛び込んだものです。

組合員は誰に損害を請求できますか。なお、B車の運転者は多額の負債があり、弁護士をたてて破産の申立てを裁判所にしたとのこと。

### Answer

1. A車、B車にそれぞれ事故発生についての過失があれば、組合員の建物の損害について、各車両の運転者に共同不法行為が生じます（本件は物損ですので、車の所有者の責任は生じません。また、各車両が会社など使用者の業務中の事故なら、会社などに使用者責任も生じます。）。

この場合、組合員は各車両の運転者に対して損害を個別に請求できますし、共同での支払を求めることもできます。言い換えれば、組合員は双方に対しても、どちらか一方に対して、あるいは双方に対して請求するときでも、請求金額を各自で異にしても、自由に請求できます。

要するに、生じた損害をA車、B車の運転者から全額回収を求められるということです。

そして、B車の運転者が破産するということですので、組合員としては、A車に全額請求することになるでしょう。

ただ、Bが破産して裁判所から債権届の催促があるときは、損害額全額を債権額として届け出て下さい。

2. 因みに、組合員には関係ありませんが、A車、B車に各損害があるので、A車、B車の所有者は相手に各車両の損害を請求し、過失割合を決めて相殺合意するのが通常です。

旧民法 509 条は、債務が不法行為のときは相殺できないとしていました。そして、今年の改正法 509 条では、悪意による不法行為、あるいは人の生命身体の損害賠償を除き相殺はできるとしています。

本件はこのどちらでもないのですが、事故が改正法施行後なら相殺処理となりますが、施行前なら相殺する権利が互いにならないこととなり、合意で相殺するか否かになります。

もし、A車が組合員の建物の賠償をしたときは、A車、B車の過失割合に応じて、A車はB車に対して求償もすることとなります。

そうすると、破産のあと配当が可能なのか否か、配当困難なら求償分の回収は困難となります。

さらに、A車の損害についても、管財人が相殺を合意しないのなら、A車の損害は破産債権として破産手続の中で処理され、事実上回収ができなくなり、B車の損害は管財人によってA車に請求されてしまうこととなります。

そのため、同一事故なのにこれでは不自然として、同一事故なら前述の改正前民法 509 条の適用はせずに相殺も許されるべきとの考えもありましたが、裁判所は認めていません。

ただ、実務の運用としては、同一事故のときは相殺合意で処理していました（ただし、和解できないときは判決になるので相殺不可）。

ということから、今回の改正の条文では、不法行為のときでも相殺は前述の場合以外可としたのです。

## 510. 位置指定道路と通行妨害

(2019年1月号、No.471)

### Question

AはBが所有している位置指定道路を車で通行して公道に出ていたが、AとBとの間にトラブルが生じ、Bがこの道路を封鎖してAの通行を禁止すると言い出してきた。

Aはこの道路の通行ができなくなるのでしょうか。

### Answer

1. Aがこの道路を通行できない不利益とBの不利益とを比較して、Bの不利益が著しく大きいものでない限り、AはBの妨害行為の禁止を求めることができます。

2. 質問に似た事案があります（最高裁判所平成9年12月18日判決）。

この事案で最高裁判所は、位置指定道路を公衆が通行できるのは、この土地が位置指定道路として指定されたことの反射的利益であり、通行を妨害されても土地所有者に対して妨害排除請求権を有しないのが原則である。

しかし、この土地の通行を阻害されるときの不利益は甚だしいものがあり、外部との交通について代替手段を欠くなど、日常生活上不可欠となった通行に関する利益は私法上の保護に値する。

反面で、土地所有者は道路位置指定にともない建物の建築制限などの規制を受けることになるが、土地を通行されることを上回る著しい損害被害があるなどの特段の事情のない限り、その土地を通行されることを受忍すべきことになるとしています。

3. このことからすると、本件についても双方の事情を考慮のうえ、AはBの妨害をやめるよう求めることができるということになります。

Aの通行の方法などにもよるのですが、Aが他に公道に出る方法がこの道路を通行する以外にないのであれば、Bの妨害行為は認められないと思います。

## 511. 隣人者の問題行動について

(2020年2月号、No.498)

### Question

組合員からの相談です。この組合員は3年ほど前にアパートを建築しました。原因は不明ですが、その頃から近隣者（Aとします）が、組合員の自宅前に汚物を撒いたり、近くの女性を追いかけたりしています。

最近では駐車車両にキズをつけられるケースが出ており、このAの仕業ではないかと考えています。組合員も周囲の人もAの行動に困っていますが、どう対応すればいいでしょうか。

また、組合員のアパートに新たに入る方に対する説明のとき、Aのことを告知すべきでしょうか。

### Answer

1. (1) Aの行動はたしかに問題です。

ただ、確認すべきことは、Aの行動はAの病気によるものなのか、それ以外のこともあるのかです。

もし、病気であるなら、警察に話をしても直ちに身柄拘束にはなりません。問題はAが行動をするにあたり、責任能力がないと犯罪とはならないということです。

しかし、被害はあるのですから、防犯ビデオなどでその証拠を残し、警察と協力して対応して下さい。病気のみが原因でなければ、Aに刑事責任能力はあるのでしょうから、身柄拘束になると思います。

(2) ただ、警察が関与することで、社会に出てから、Aが以前よりさらにエスカレートした行動に出ることも考えられます。しかし、それを恐れては何もできません。警察に相談すると、パトロールを強化し、パトロール結果を紙に書いてポストなどに入れておいてもくれますので、よく警察と相談して下さい。

(3) 民事的には、被害に対しての被害賠償、今後も被害が生じる危険性が高ければ、「近くに寄るな」との仮処分が考えられます。

2. アパート入居にあたっての説明義務ですが、原則としてAのことは告知することも考えておいた方がいいでしょう。毎日のようにAが問題行動をするのなら告知は必要です。これが数カ月に1度ということになると、告知しなくても説明義務違反にはならない可能性もあります。

また、Aが病気での行動をしていたとすると、告知の対象とはならないと考えます。Aの行為はAの病気が原因ですので、Aを非難する根拠はありません。法的にはAを「瑕疵」と評価してはいけないと思います。

そのため、Aのことを告知しなくても、病気が原因の行動なら告知義務違反にはならないと思いますが、実際には入居者には言わないわけにはいかないのかとも思います。

## 512. 隣人からのいやがらせ

(2017年4月号、No.428)

### Question

組合員所有の土地とその隣地所有者との間でトラブルになっています。

境界がはっきりしないことから、境界を決める提案を組合員が隣地所有者に申し入れたところ、隣地所有者の妻が組合員やその妻に対して暴言を吐き、周辺にありもしないことを言っています。

組合員夫婦は、日に日に隣地所有者の妻の言動がエスカレートしてきたため、精神的に追い詰められています。

地元の警察にも相談しましたが、対応してくれません。どうすればいいのでしょうか。

### Answer

1. 相手からのクレームがエスカレートした場合、過去のエスカレートした内容に対して損害賠償の請求が考えられます。ただ、これでは事後的な処理となってしまいます。

2. そこで、エスカレートした言動が継続し今後も継続が予想される場合、この言動を止めることが大切です。

その方法としては、相手方（実際に言動をしている人）に対して、自分に対して面会等を求めてはいけないとの仮処分の申立てをすることが考えられます。

今後、相手の言動に対して損害賠償の請求をするが、とりあえず、その言動を中止せよとの裁判です。

3. この仮処分は一般的には面談禁止仮処分と言っています。

裁判所に申立てをすると、双方を呼び出して事情を裁判所が尋ねます（審尋と言います）。そして、審尋が終了すると、裁判所が相手の言動の中止を命ずるか否かの判断をします。期日は必ず一回で終了するというわけではありません。

4. この仮処分ですが、今後もエスカレートした言動の継続が予想されることが必要です（そうでなければ中止を求める必要がなく、過去の言動に対して損害賠償の請求をすればいいだけからです）。

したがって、相手方の今までの言動を録音したり、当方のメモを作成していて、いつ、どんなことをされたかを記録しておくとともに、今後も継続することの疎明（証明に近い立証）が必要となります。

今後も継続するか否かは、例えば、また来るからなどの相手の言動のほか、相手の言動が毎日あるようなときには、今後も継続されることが予想されることになるのが一般的です。

5. この仮処分については弁護士にお願いして下さい。

本人がやるべきことは相手の言動の記録ということになります（どんなことを、いつ、言っているかなど）。

なお、この仮処分の裁判の中で、裁判所が相手に言動を中止するように求め、相手も了解し、今までのようなことはしないことを約束する和解が成立することもあります。

6. この仮処分の命令が出されたり、和解が成立した場合、相手が命令や和解の内容に反して当方に再びエスカレートした言動をした場合、脅迫罪などを理由として警察が動きやすくなることが多いようです。

## 513. 訴訟告知制度について

(2015年3月号、No.378)

### Question

組合員Aがアパートの一部屋をBに貸しています。

Aは、Cを代理人として契約やその後の賃貸管理をCに任せています。家賃は収金代行会社を通じてCに入金され、CからAに管理料を控除した残金が入金明細書類とともに送付されています。

最近になりBからAに訴訟が提起されました。

理由は、BはCに対して建物賃貸借契約を解除し鍵も渡して退去したのに、Bの口座から家賃が長期間にわたって引き落とされていた。契約はすでにないのだから、引き落とされた家賃相当額を不当利得として自分に返せというものです。

Aとしては、Cに管理を任せていたことなので詳細はわかりませんが、Cによれば、Bからの解除の通知も鍵の返還もないとのことでした。

Aは裁判に対応しますが、今後注意する点は何でしょうか。

### Answer

1. Aは、詳細はわからなくてもBから訴えられたのですから、裁判に対応する必要があります。

そして、裁判ではCの協力のもとBの主張事実がないことを主張することになり、裁判が進んでいくとCの担当者を証人として尋問することも予想されます。その意味で、Cとの関係は良好であることが望ましいことです。

2. ただ、詳細はCが知っているのですから、Cを裁判に引き込んでCにも訴訟活動をさせておくことも検討すべきでしょう。

本件で、もしBが解除をしていたとなると、AはBに家賃相当額を返すことになります。そうすると、Aとしては、Cによって控除された管理料相当額はCから返してもらう必要があります。さらに、Bの解除後は家賃収入がゼロになるわけですから、もし、正しく解除を理解していれば、すぐに第三者に貸して家賃を得ていた可能性もあったことになります。

そうすると、AとCとの対立も否定できません。

3. ところで、裁判の判決はAとBとの間に拘束力が認められるだけです。

そうすると、もし、Aが敗訴してAがCに管理費などの支払いを求めても、CはA敗訴の判決に拘束されることはありません。

理論上はBの契約は解除されていないはずとCが主張しても構わないわけです。



そこで、Aとしては、AB間の判決や理由中の判断についてCに争うことができない方法を考えるべきです。それが訴訟告知という制度です。

AB間の訴訟の結果はCに利害関係あることですので、AはCに訴訟告知をし、AB間の裁判の効力をCに及ぼすことが大切となります。

4. AがCに訴訟告知をするとCはAが勝訴すれば自分にも有利となるわけですので、補助参加を申立てると思います。

これをするとCはAとともにBの請求に対応できることとなりますので、裁判に参加することが可能になります。

## 514. 調停の申立書が届いたときの対応について

(2017年12月号、No.445)

### Question

借家人との間の借家契約の内容について意見の相違があります。

今般、借家人から私あてに民事調停の申立てがありました。内容は、借家契約の内容についての調整をしたいというものです。

申立てに応じる必要はありますか。また、私は足が悪いので、裁判所に行けません。どうしたらいいでしょうか。

### Answer

1. 民事調停の申立てですので、おそらく相談者の住居地の簡易裁判所に申立てがなされたものと思います。

民事調停は法律上のトラブルについて話し合い解決を求めるものであり、裁判所が選任している調停委員（原則2名）を交えて、双方の意見を調整し、解決の途をさぐるものです。

2. 民事調停の期日に出頭しなくても、訴訟の場合とちがって不利益はありません。訴訟の場合、第1回期日までに答弁書を提出するか、あるいは出頭しないと相手の言い分を認めたものとみなされてしまいます。

しかし、民事調停にはそのような制裁はないので、出頭しないことも、あるいは答弁書を提出しないことをしても不利益にはなりません。

出頭しない場合、裁判所から、話し合う意思がないのか、それとも、話し合いの席にはつくが当日は都合で欠席するのかの問い合わせが一般的にはあります。その問い合わせに応じないようなときは、話し合いの席につく予定はないと考えて、調停は不成立となります。

3. 民事調停の場合、簡易裁判所で行われますので、本人が出頭できないときは身内でも特別代理人の許可を得れば、代理人として調停行為の代理をすることは可能です。

ただ、対応に心配なら弁護士に依頼して下さい。

## 515. 司法書士による訴訟代理権

(2021年5月号、No.525)

### Question

建物についての借家人とのトラブルが生じました。知人に相談したところ、知り合いの司法書士を紹介されました。

司法書士に依頼してもいいのでしょうか。

### Answer

1. ケースによると思いますし、司法書士が訴訟代理権が認められる資格を有していることが前提です。
2. 司法書士の中でも、法務大臣の認定を受けると、簡易裁判所での訴訟代理権が付与されます。したがって、紹介された方がいわゆる認定司法書士か否か、トラブルの対象の訴訟物の価額が簡易裁判所の管轄（140万円を超えない）の対象となるものか否かを確認して下さい。
3. 裁判になると、上記の要件を充たしていれば、司法書士でも代理人として法廷での代理業務もできますが、簡易裁判所の範囲しかできません。  
そのため、控訴審（この場合は地方裁判所）での活動はできません。もちろん、第1審が地方裁判所であればできませんし、家庭裁判所についての代理権もありません。そのため、遺産分割についての交渉は弁護士の業務であり、司法書士は合意できた遺産分割協議書の作成とその後の登記をするだけです。
4. したがって、相手に対してどういう請求をするのか、相手の性格からみて控訴してくる可能性はあるかなどを考え、はじめから弁護士に依頼した方がいいケースもあると思います。  
また、法廷活動の研修は弁護士ほど司法書士はしていません。そのため、訴訟活動自体が素人的になることもあります。  
CMでよくあるように、過払金程度なら司法書士でもいいかも知れませんが、不動産関係等は弁護士の方がいいでしょう。  
司法書士は登記手続きのプロですので、登記手続きについて依頼するのが原則と思います。

## 516. 不在者財産管理人と公示送達

(2022年5月号、No.549)

### Question

事件の相手方の所在が不明なときに不在者財産管理人が選任されることがありますが、公示送達で裁判をするということも聞きます。

このちがいは何ですか。

### Answer

1. 従来住所又は居所を去った者がその財産について管理人を置いていなかったときに、利害関係人や検察官の申立てで家庭裁判所が選任するのが不在者財産管理人です。

公示送達は裁判を提起しようとするときに、相手方の住所や居所その他送達をすべき場所が知れないときに裁判所に対して申立てをします。裁判所がこれを認めると、裁判所の掲示場（裁判所の敷地内、主に入口付近に掲示場所がある。）に裁判所で書類を保管しているので、いつでも交付できる旨を掲示するのが公示送達で、これをすると掲示した日から2週間で書類が相手に届いたとみなすこととなります。

2. 両者のちがいです。相手方に何らの行為をしてもらう必要があるときは不在者財産管理人で、判決等、特に相手に何らかの行為を求めなくても判決やこれにもとづく強制執行でその目的を達するときは、公示送達になります。

3. たとえば、遺産分割協議をしたいときには相手方（相続人）が協議に参加してもらう必要があるため、不在者財産管理人になります。

しかし、土地の取得時効をしたいとか、何かを撤去してもらうとか、建物を明け渡してもらうという場合は、裁判所の判決を得て強制執行ができますので、公示送達ということになります。

## 517. 未成年の母の親権

(2021年2月号、No.519)

### Question

組合員Aには18歳の娘さんBがいます。

今回、Bが子供Cを出産しました。結婚はしていません。

この場合、Cの親権者は誰でしょうか。BがCの父と結婚するとどうなるのでしょうか。

### Answer

1. Bは未成年者ですので、民法 833 条により、Bの親権者であるAとAの配偶者がBに代わってCに対する親権を行うこととなります。

もし、Bが未成年のときにAやその配偶者が死亡し、Bの親権者がいなくなると、Bに対する未成年後見が開始され、この未成年後見人がBに代わって親権を行使します。(民法 867 条)

2. BがCの父親と結婚すれば、未成年者でも成人に達したとみなされます(民法 753 条)ので、BがCに対する親権を有することとなります。

なお、未成年者の婚姻には、父母の同意が必要です。(民法 737 条)

# <索引>

## ■ 用語

### あ

空家特措法.....468  
明渡交渉.....120, 630, 633, 708  
明渡請求...81, 113, 114, 118, 119, 122, 146, 149,  
529, 538, 681  
雨漏り.....84, 85, 86, 424, 498, 567, 568, 569

### い

遺言執行者 218, 219, 221, 224, 225, 280, 355, 356,  
369, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 787, 798,  
857, 858  
遺言書143, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224,  
229, 230, 231, 235, 238, 239, 240, 241, 242,  
243, 244, 245, 246, 247, 248, 256, 257, 263,  
264, 287, 288, 290, 295, 327, 340, 367, 368,  
369, 396, 397, 778, 780, 781, 782, 783, 784,  
785, 786, 787, 789, 791, 793, 798, 800, 824,  
831, 836, 839, 841, 842, 843, 845, 849, 857  
遺言書の検認.....242, 396, 784  
遺言書の保管.....220, 221, 784  
遺産の処分.....402  
遺産分割協議...223, 224, 257, 259, 266, 267, 272,  
298, 299, 300, 301, 302, 303, 315, 316, 317,  
319, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 337, 368,  
375, 376, 493, 707, 800, 804, 805, 806, 808,  
809, 815, 816, 821, 822, 824, 825, 826, 827,  
840, 843, 849, 854  
遺贈の放棄.....235, 243, 389, 390, 391, 393  
一時使用貸借.....726, 727, 728  
居抜き賃貸借.....625

違法駐車.....720  
違約金 3, 4, 9, 10, 74, 78, 79, 92, 93, 100, 129,  
130, 209, 210, 211, 215, 216, 460, 591, 592,  
611  
遺留分 65, 306, 307, 310, 311, 314, 316, 317, 318,  
340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348,  
349, 350, 351, 352, 357, 358, 359, 360, 361,  
362, 363, 367, 370, 373, 374, 394, 780, 793,  
798, 811, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842,  
843, 845, 846, 850, 852  
遺留分減殺請求 . 65, 340, 341, 343, 345, 346, 347,  
348, 351, 354, 355, 357, 358, 359, 360, 363,  
364, 373, 394, 836, 837, 839, 840, 842, 843,  
845

遺留分侵害 307, 310, 311, 318, 340, 341, 342, 343,  
349, 352, 362, 811, 845, 850  
遺留分放棄.....844

### え

営業委託.....506

### お

覚書 157, 202, 509, 556, 627, 651, 656, 661, 662,  
666, 670, 671, 774, 860

### か

会社財産.....183, 624  
価額弁償.....345, 346, 347  
確定測量図.....180, 193, 194, 195, 196  
火災.....113, 117, 765, 807, 869, 870  
家財.....319, 535, 537, 538, 568, 615, 619, 776

火災保険 ..... 869, 870  
瑕疵担保責任 .. 22, 26, 28, 30, 199, 201, 202, 203,  
205, 206, 208, 434, 485, 743, 751, 753, 755,  
756, 757, 765, 776  
貸主変更 ..... 667  
家族信託 ..... 369, 372, 850  
株 29, 67, 152, 183, 184, 320, 329, 330, 434, 663,  
664, 793  
仮登記 236, 652, 704, 734, 735, 759, 760, 761, 852  
  
借主死亡 ..... 143, 144, 145, 778  
借主破産 ..... 7, 79, 100, 101, 104, 609, 711  
完成猶予 ..... 41, 50, 51, 359, 440  
管理会社 35, 36, 541, 542, 565, 566, 575, 586, 829

## き

期間延長 ..... 379, 665, 666, 678  
期間終了 ..... 562  
起算点 ..... 375, 378, 379  
求償権 ..... 54  
境界確定 ..... 180, 746, 883  
共有不動産 ..... 62, 64  
共済 ..... 577, 798  
強制執行 ... 5, 6, 57, 58, 111, 112, 176, 191, 224,  
435, 464, 470, 509, 535, 604, 618, 627, 629,  
661, 662, 724, 732, 867  
共同相続 47, 52, 136, 223, 224, 255, 258, 259, 266,  
268, 296, 298, 299, 300, 307, 313, 314, 319,  
320, 322, 324, 327, 328, 331, 334, 335, 361,  
827, 829, 836, 840  
共同賃貸人 ..... 539  
共同不法行為 ..... 890  
共同利用 ..... 651  
共有物 47, 48, 62, 63, 65, 328, 331, 332, 333, 340,  
428, 429, 430, 516, 517, 707, 793, 808, 829,  
831, 833, 842  
共有物分割請求 ..... 331

寄与分 ..... 405, 406, 780, 824  
近隣住民 ..... 27, 205, 451, 488, 581

## く

区画整理 ..... 213, 334, 749

## け

競売 5, 24, 113, 114, 158, 159, 160, 164, 165, 268,  
331, 332, 333, 417, 418, 419, 420, 421, 423,  
425, 426, 513, 553, 704, 712, 713, 761, 833,  
835, 866  
契約更新 ..... 70, 100, 529, 543, 548, 600  
契約終了 5, 6, 11, 35, 57, 73, 81, 82, 83, 93, 122,  
144, 560, 562, 563, 627, 634, 641, 651, 658,  
677  
契約書作成 ..... 138, 650  
契約不適合 ..... 3, 185  
契約不履行 ..... 458, 735  
契約目的 ..... 649, 698  
怪我 ..... 248, 576, 577  
減額請求 16, 17, 19, 20, 33, 44, 48, 161, 162, 163,  
525, 526, 727  
原状回復 . 11, 12, 13, 14, 15, 36, 55, 70, 78, 79,  
80, 100, 105, 108, 109, 121, 135, 177, 296, 463,  
472, 474, 483, 486, 487, 528, 568, 586, 611,  
613, 617, 619, 622, 623, 625, 626, 656, 675,  
677, 689, 710  
現状有姿売買 ..... 764  
建築確認 ..... 205, 772, 773  
建築中 ..... 783, 800  
権利金 ..... 633, 723

## イ

コインパーキング.....720  
告知義務.21, 23, 29, 30, 199, 200, 206, 483, 485,  
487, 488, 893  
工作物責任.....374, 572  
公示送達...53, 111, 196, 466, 467, 724, 732, 871,  
872, 900  
更新拒絶...85, 119, 121, 122, 123, 125, 126, 545,  
551, 552, 589, 604, 631, 632, 634, 688, 696,  
716  
更新事務手数料.....75, 76, 77, 546, 547, 729  
更新条項.....695  
更新料2, 3, 4, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 70, 71, 72,  
73, 126, 543, 544, 545, 548, 688, 694  
公正証書..116, 136, 217, 218, 229, 230, 235, 238,  
241, 242, 246, 247, 248, 267, 346, 348, 351,  
357, 360, 394, 434, 435, 553, 644, 646, 647,  
648, 650, 651, 653, 661, 662, 666, 667, 669,  
672, 678, 681, 780, 782, 789, 829, 831, 836,  
861  
高齢者.....415, 615, 780  
個人情報.....175, 263, 264, 265, 769  
ゴルフ場.....161, 162, 163  
コロナウイルス.....527

## さ

再契約136, 556, 557, 654, 655, 673, 679, 704, 860  
債権者代位権.....441, 736  
催告期間.....97, 110, 606, 610, 638  
財産管理制度.....431  
財産分与.....155, 156, 289, 321, 803  
財団債権.....78, 79, 80, 102, 103, 104, 709  
再転相続.....309, 384, 385  
債務の充当.....540  
債務不履行3, 8, 9, 13, 15, 19, 35, 36, 39, 87, 93,  
98, 108, 109, 110, 135, 136, 152, 205, 206, 210,

211, 267, 397, 439, 440, 459, 460, 497, 498,  
500, 503, 504, 519, 554, 607, 611, 622, 634,  
641, 646, 647, 671, 709, 741, 754, 776, 777,  
831

詐害行為取消権.....442, 443, 853

錯誤無効.....28, 53, 54, 301, 387, 736, 763

差し押さえ.....174, 191

残置物.....101, 118, 602, 615, 617, 618, 620

山林.....336, 825, 865

## し

死因贈与.235, 236, 237, 269, 296, 344, 399, 400,  
401, 615

市街化調整区域.....768

敷金..4, 8, 9, 10, 14, 15, 56, 57, 92, 100, 105,  
106, 121, 135, 148, 157, 158, 159, 187, 188,  
267, 275, 276, 445, 461, 463, 472, 474, 476,  
489, 495, 511, 514, 515, 527, 553, 554, 555,  
568, 586, 587, 593, 599, 601, 609, 612, 613,  
621, 622, 624, 625, 633, 637, 644, 654, 655,  
656, 657, 659, 660, 669, 709, 731

敷引特約.....2, 4, 11, 12, 13, 472

敷金返還債務.....275

敷金返還請求...8, 9, 10, 157, 461, 514, 621, 644

事業承継.....781

事業用定期借地132, 135, 136, 267, 511, 513, 553,  
644, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653,  
654, 656, 657, 658, 661, 662, 663, 665, 666,  
669, 670, 672, 673, 677, 678, 679, 681, 682,  
687, 691, 704, 711, 718, 720, 860, 861, 866

時効.10, 41, 42, 50, 51, 52, 299, 300, 334, 335,  
336, 345, 357, 358, 359, 386, 425, 426, 427,  
435, 439, 440, 522, 542, 735, 737, 754, 755,  
757, 759, 760, 802, 856, 858, 871, 875, 876,  
877, 878, 880

時効取得.334, 335, 336, 345, 425, 426, 427, 802,

856, 862, 875, 876, 877, 878, 879, 880

時効停止.....357



資材置場	124, 698, 733	534, 548, 553, 556, 557, 558, 559, 560, 562,
自殺	21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 35, 36, 37,	563, 589, 600, 610, 614, 615, 628, 634, 637,
	482, 485	670, 796, 898
地震	115, 117, 121, 199, 200, 571, 572	借家契約条項
施設建設契約	774, 810	5, 73, 74, 75
自然死	21, 483, 484, 485, 487	借家権譲渡
		613
事前放棄	343, 367, 841	借家人
		53, 59, 78, 81, 84, 87, 105, 116, 127, 136,
自治会	453, 502, 503, 504	139, 147, 424, 477, 480, 491, 493, 497, 510,
質権	418, 445, 494, 869, 870	537, 553, 554, 556, 559, 560, 563, 564, 581,
執行猶予	817, 818, 819	593, 597, 615, 616, 617, 618, 628, 633, 634,
失踪宣告	466, 467, 807	726, 898
私道	212, 741, 743, 745, 858	借家人の死亡
支払約束	607, 608	615, 617
自筆証書遺言	217, 218, 220, 221, 229, 230, 238,	借家人の破産
	241, 242, 244, 245, 247, 248, 357, 359, 396,	78
	782, 789, 836	受遺者死亡
自筆証書遺言	249, 250, 791, 792	286, 813
死亡危急時遺言	241, 243, 782	修繕義務
		44, 45, 84, 85, 86, 87, 93, 121, 565, 566
死亡危急時遺言	226, 227, 228	重要事項説明
事務手数料	5, 729	481, 502, 685, 744
借地契約	115, 116, 117, 135, 136, 137, 138, 139,	終了通知
	153, 155, 157, 159, 167, 168, 210, 211, 267,	81, 82, 83, 562, 563
	496, 511, 513, 553, 627, 629, 644, 649, 650,	熟慮期間
	651, 653, 658, 661, 662, 663, 664, 665, 666,	376, 377, 378, 379, 380, 384, 385, 386
	670, 671, 673, 677, 678, 681, 682, 683, 684,	熟慮期間の起算点
	685, 688, 689, 690, 691, 692, 694, 695, 696,	378, 379
	697, 702, 705, 707, 709, 710, 711, 713, 715,	樹木
	718, 720, 725, 726, 733, 748, 860, 861	468, 575, 873
借地権譲渡	152, 157, 158, 159, 209, 210, 664, 668,	傷害
	672, 700, 702, 713, 866	815
借地借家の特別措置	115	少額訴訟
借地人	111, 125, 136, 138, 153, 154, 155, 158, 159,	461, 462, 463
	160, 210, 211, 493, 511, 627, 629, 644, 649,	使用継続
	653, 662, 670, 671, 673, 677, 678, 681, 689,	681
	694, 695, 702, 703, 704, 705, 706, 709, 710,	商事留置権
	711, 712, 713, 715, 717, 720, 860, 866, 867	417, 418, 422, 423, 424
車庫	687	使用貸借
		141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148,
借家契約	5, 15, 73, 74, 75, 78, 79, 82, 83, 110,	308, 320, 321, 489, 513, 519, 520, 683, 684,
	117, 126, 127, 136, 138, 139, 159, 458, 480,	698, 699, 705, 726, 728, 748, 778, 803, 828
	492, 497, 498, 499, 506, 528, 529, 532, 533,	承諾料
		155, 156, 157, 158, 159, 209, 493, 664, 713,
		715
		譲渡禁止特約付債権
		444, 445
		消費者契約法
		2, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 28,
		70, 71, 72, 73, 74, 75, 168, 210, 211, 460, 472,
		474, 499, 502, 503, 506, 543, 555, 558, 560,
		561, 591, 593, 594, 611, 622, 624, 626, 670,
		694, 721, 756, 757, 776
		消費税
		47, 48, 521, 542, 796
		消滅時効
		10, 50, 52, 357, 439, 735, 759, 760, 871,
		877
		所得税
		61, 62, 373

事理弁識能力 ..... 357, 358, 359  
シロアリ ..... 185, 588, 633  
親権 ..... 901  
浸水被害 ..... 171, 172  
審判 . 162, 259, 263, 268, 278, 296, 316, 322, 324,  
333, 349, 351, 358, 359, 361, 362, 366, 406,  
457, 465, 482, 765, 805, 823, 824, 825, 835  
信頼関係不存在 ..... 141

## せ

生産緑地 ..... 821, 837  
精神障害 ..... 639  
生前贈与 .. 235, 236, 305, 306, 310, 311, 324, 325,  
340, 341, 348, 349, 837, 838, 850, 852, 853,  
854, 855  
成年後見 .. 192, 230, 289, 357, 358, 366, 367, 368,  
370, 373, 374, 702, 703, 810, 815, 819, 847,  
857  
生命保険 ..... 304, 308, 321, 325, 381, 798  
説明義務 26, 27, 171, 172, 173, 199, 200, 205, 206,  
481, 550, 719, 746, 765, 893

## そ

騒音クレーム ..... 582  
葬儀場 ..... 453, 454  
倉庫 ..... 78, 450, 510, 535, 629, 691, 743  
造作買取請求 ..... 424, 498, 499  
相続欠格事由 .... 218, 343, 405, 812, 815, 817, 819  
相続債務 .. 272, 348, 349, 350, 351, 352, 378, 379,  
839, 845, 846  
相続させる 143, 221, 223, 224, 238, 239, 240, 244,  
247, 263, 287, 288, 340, 346, 348, 349, 351,  
352, 353, 357, 360, 372, 394, 395, 396, 397,  
778, 780, 786, 787, 789, 793, 798, 811, 839,  
840, 845, 846, 857  
相続対策 ..... 34, 278, 312, 715

相続登記 . 269, 393, 408, 409, 603, 689, 787, 789,  
840, 857

相続分譲渡 ..... 316, 317, 360, 361

相続放棄 . 343, 375, 376, 377, 378, 379, 381, 382,  
383, 483, 486, 530, 618, 853, 854, 855

贈与 164, 235, 236, 237, 259, 296, 304, 305, 306,  
307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 317,  
322, 324, 325, 340, 341, 343, 344, 345, 347,  
348, 349, 352, 360, 361, 362, 373, 493, 615,  
728, 798, 811, 837, 838, 845, 850, 852, 853

贈与税 ..... 305, 373, 811, 837

訴訟告知制度 ..... 896

訴訟代理権 ..... 899

訴訟物 ..... 17, 455

損害請求 ..... 888, 890

損害賠償 3, 4, 24, 30, 35, 38, 45, 59, 73, 74, 79,  
87, 88, 92, 93, 109, 129, 130, 152, 153, 168,  
171, 175, 177, 178, 202, 206, 207, 208, 209,  
325, 436, 439, 440, 450, 451, 456, 458, 459,  
460, 461, 483, 503, 504, 572, 576, 597, 598,  
611, 620, 622, 641, 741, 748, 751, 765, 796,  
886, 894

## た

大規模災害時 ..... 115

代襲相続 . 223, 287, 288, 304, 305, 309, 313, 314,  
324, 343, 812

耐震性能 ..... 121

滞納 . 5, 53, 59, 60, 98, 107, 110, 167, 168, 266,  
479, 497, 509, 524, 528, 529, 530, 531, 535,  
537, 540, 541, 597, 602, 603, 605, 606, 607,  
611, 618, 628, 629, 634, 637, 658, 685, 709,  
710, 711, 713, 724, 866, 867

耐用年数 ..... 207, 208, 635, 636

立ち退き ..... 630, 633, 715

立ち退き交渉 ..... 630

建物明渡..11, 53, 56, 81, 97, 107, 109, 114, 118,  
142, 146, 147, 148, 149, 456, 509, 528, 537,  
538, 563, 597, 604, 605, 606, 619, 628, 629  
建物一括借上げ.....32  
建物解体.....711  
建物収去土地明渡111, 136, 142, 152, 155, 159, 167,  
470, 627, 629, 681  
建物の破損.....888  
建物の補修.....564  
建物売買.....207, 209, 700, 764, 765  
建物劣化.....565, 566  
他人物売買.....740

## ち

地位承継.....257, 675  
地位の移転.....187, 514, 652  
地権者会.....651  
地権者組合.....865  
地上権115, 124, 157, 161, 162, 164, 165, 166, 421,  
705, 706  
地代滞納..167, 168, 685, 709, 710, 711, 713, 866,  
867  
地代変更.....661, 662  
仲介..21, 23, 24, 26, 27, 29, 126, 171, 172, 199,  
200, 206, 416, 474, 495, 516, 521, 522, 524,  
550, 568, 579, 602, 623, 630, 646, 647, 648,  
719, 734, 738, 742, 746, 749, 752, 758, 765,  
849  
仲介手数料..23, 200, 521, 522, 568, 646, 647, 648  
駐車場 84, 109, 111, 124, 126, 135, 136, 171, 172,  
174, 175, 176, 479, 489, 490, 491, 492, 540,  
573, 575, 578, 620, 642, 649, 650, 687, 698,  
718, 719, 720, 721, 723, 724, 725, 726, 727,  
728, 730, 732, 748, 757, 796, 842  
中途解約.....89, 635, 657  
中途解約条項 9, 107, 122, 125, 598, 600, 658, 691,  
723, 748  
調停...19, 47, 105, 127, 259, 268, 280, 323, 344,  
360, 361, 362, 406, 450, 457, 684, 688, 822,  
823, 824, 825, 833, 898

調停の申立書.....898  
貯金債権.....224, 255, 258, 259, 322, 397, 446  
貸金.....218, 434, 435, 437, 886  
賃借権の譲渡...160, 514, 613, 624, 625, 701, 702  
賃料減額 17, 19, 20, 23, 44, 45, 46, 48, 93, 105,  
161, 188, 526, 527, 662  
賃料減額請求.....17, 19, 20, 48, 161  
賃料自動改定特約.....19, 20  
賃料増額請求.....47, 48, 686  
賃料相当損害金 41, 42, 56, 57, 73, 102, 103, 107,  
147, 148, 174, 175, 528, 605, 612, 628

## つ

通行地役権.....212, 419, 420, 421, 835  
通知義務.....124, 152, 153

## て

定額補修分担金特約.....14  
定期借地権 116, 513, 646, 647, 648, 650, 652, 665,  
666, 670, 672, 678, 681, 704, 711, 866  
定期借家 78, 79, 81, 110, 125, 126, 127, 136, 139,  
506, 553, 556, 557, 558, 559, 560, 562, 563,  
634  
定期建物賃貸借契約..38, 78, 81, 82, 83, 88, 129,  
554, 557, 560, 562, 563  
抵当権 113, 114, 152, 153, 154, 166, 167, 168, 190,  
191, 209, 210, 211, 224, 417, 418, 419, 420,  
421, 423, 425, 426, 427, 464, 465, 553, 627,  
629, 704, 709, 710, 713, 717, 760, 761, 787,  
799, 839, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872,  
873, 874  
抵当権付建物.....553, 709  
適格消費者団体.....2  
撤去義務.....174, 175, 178, 699

テナント 88, 92, 93, 106, 114, 135, 136, 508, 519,  
520, 521, 549, 556, 602, 607, 608, 609, 610,  
612, 613, 625, 649, 660, 674  
転借地人 ..... 665, 666, 670  
転貸 ..... 668, 669, 674  
転貸借 .. 35, 38, 39, 152, 153, 155, 266, 641, 642,  
670

## と

同意登記 ..... 866, 867  
東京ルール ..... 626  
倒産 ..... 34, 100, 586, 735, 736, 866  
道路 . 212, 213, 214, 420, 450, 453, 468, 630, 745,  
772, 835, 853, 892  
特定空家 ..... 468, 469, 470  
特定遺贈 ..... 389, 390, 393  
特別縁故者 ..... 289, 290, 291, 292, 293, 294, 407  
特別受益 .. 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311,  
312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 322, 323,  
324, 325, 326, 328, 341, 343, 348, 349, 361,  
362, 798, 828, 837, 845  
特別代理人 ..... 735, 808, 809, 810, 821, 854, 898  
特別の寄与 ..... 405, 406, 780  
土壌汚染 ..... 108, 109, 202, 203  
土地使用貸借 ..... 141, 803  
土地所有権の国庫への帰属 ..... 269  
土地賃貸借 115, 124, 139, 157, 161, 162, 169, 422,  
491, 683, 696, 706, 707, 718, 719, 720, 721,  
725, 726, 727, 733  
土地の明渡 111, 136, 141, 142, 164, 175, 422, 627,  
629, 670, 671, 688, 706, 724, 726  
土地の瑕疵 ..... 482, 751, 755  
土地の時効取得 ..... 335, 876  
土地売買 ..... 27, 180, 202, 734, 747, 760

## な

内縁 ..... 26, 146, 147, 149

## に

二重譲渡 ..... 741  
認知症 ..... 190, 191, 252, 253, 447  
認定死亡 ..... 807

## の

農振農用地 ..... 760  
納税猶予 ..... 305, 821, 837  
農地信託 ..... 852  
農地法 124, 716, 734, 735, 738, 740, 759, 760, 761,  
768, 822, 852

## は

媒介契約 ..... 200, 521, 734, 749, 750  
配偶者居住権 ..... 295, 296, 297  
賠償責任 ..... 27, 109, 130, 177  
背信行為 ..... 155, 156, 167, 168  
排他条件付取引 ..... 747  
売買契約 .. 21, 26, 27, 28, 29, 30, 180, 183, 184,  
189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 199, 202,  
203, 206, 209, 210, 367, 457, 458, 735, 736,  
737, 738, 739, 740, 741, 745, 747, 751, 755,  
757, 758, 759, 760, 763, 765, 849  
売買予約契約 ..... 734, 760  
ハウスクリーニング代 ..... 474, 622  
破産 5, 7, 9, 10, 78, 79, 80, 100, 101, 102, 103,  
104, 136, 167, 168, 202, 215, 216, 378, 418,  
424, 442, 510, 586, 603, 604, 609, 610, 612,

613, 624, 660, 699, 709, 710, 711, 712, 713,  
714, 735, 886  
破産管財人 9, 78, 79, 80, 100, 101, 102, 202, 215,  
216, 418, 610, 612, 613, 624, 712  
破損 ..... 85, 121, 578, 579  
バックアップ・オペレーター ..... 523  
反社会的勢力 ..... 505  
判断能力 ..... 241, 242, 448, 815

## ひ

被後見人 5, 191, 192, 278, 289, 357, 358, 367, 368,  
702, 849  
秘密証書遺言 ..... 241, 242  
費用請求 ..... 757

## ふ

復氏 ..... 820  
負債 103, 225, 268, 298, 351, 353, 375, 376, 377,  
379, 380, 382, 510, 774, 783, 799, 808, 809,  
845, 853, 855, 874, 886  
不在者 431, 433, 466, 467, 469, 745, 807, 862, 863,  
880, 881  
負担付き遺贈 ..... 232, 234  
普通借地 .. 125, 137, 644, 650, 653, 670, 671, 681,  
682, 687, 694, 695, 704  
普通借家 82, 83, 126, 127, 136, 551, 558, 559, 562,  
563, 634  
物上保証人 ..... 873, 874  
物納 ..... 859  
筆界特定 ..... 746, 876  
不動産売買 ..... 849  
不服申立て ..... 113, 322, 323, 461, 462, 772, 773  
不法駐車 ..... 490  
分筆 ..... 717, 878

## へ

ペット ..... 472, 614  
返還請求 .. 8, 9, 25, 61, 69, 70, 71, 78, 79, 346,  
437, 461, 503, 522, 621, 736  
弁護士法 ..... 708  
弁済 8, 10, 51, 52, 56, 57, 58, 65, 98, 103, 174,  
175, 255, 341, 347, 417, 418, 420, 423, 435,  
442, 445, 510, 540, 624, 786, 846, 870, 871,  
873, 874

## ほ

妨害排除の請求 ..... 757  
妨害予防 ..... 469, 885  
包括遺贈 ..... 238, 239, 240, 389, 390, 786, 845  
法人 2, 30, 45, 237, 434, 435, 455, 472, 495, 496,  
624, 626, 630, 664, 701, 702, 718, 756, 776,  
886  
放置車両 ..... 169, 170, 175, 620, 732  
法定更新 70, 73, 139, 528, 533, 543, 544, 545, 548,  
549, 619, 726  
法定地上権 ..... 164, 165, 166, 421  
法定相続 . 223, 224, 238, 239, 247, 256, 257, 259,  
266, 267, 268, 287, 288, 299, 304, 305, 307,  
310, 311, 316, 317, 318, 320, 321, 322, 323,  
325, 330, 343, 348, 351, 352, 360, 361, 362,  
368, 381, 382, 707, 780, 783, 799, 802, 805,  
806, 808, 809, 817, 818, 821, 822, 825, 831,  
835, 839, 840, 841, 845, 846  
保険金請求権 ..... 381, 382, 869  
補償 ..... 568, 569, 576, 577  
保証会社 ..... 60, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 435  
保証金返還 ..... 9, 78, 79, 135  
保証契約 53, 54, 97, 158, 434, 435, 437, 438, 475,  
477, 479, 496, 528, 530, 533, 548, 628  
保証債務 . 50, 51, 52, 54, 98, 321, 375, 376, 378,  
379, 380, 435, 437, 438, 477, 529, 530, 533

保証人 21, 35, 36, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 59, 98,  
99, 143, 158, 378, 379, 434, 435, 437, 438, 456,  
475, 477, 478, 479, 480, 481, 483, 486, 487,  
496, 519, 520, 528, 529, 530, 531, 532, 533,  
534, 535, 537, 548, 597, 606, 619, 624, 628,  
769, 874

保証の極度額 ..... 533

墓地 ..... 336, 802

本人確認 ..... 180, 181, 182, 255, 414, 416

## ま

埋設管 ..... 741, 743, 745

埋設物 ..... 177, 178, 179, 751, 753, 757, 859

孫 278, 282, 304, 305, 309, 313, 811

## み

未完成物件 ..... 738, 739

水漏れ ..... 87, 570

未成年 191, 236, 278, 279, 281, 357, 358, 477, 779,  
808, 809, 810, 821, 854, 901

未成年後見 ..... 810

未払賃料 .. 8, 10, 41, 53, 54, 56, 57, 92, 93, 107,  
266, 267, 276, 277, 325, 435, 456, 457, 528,  
529, 605, 606, 607, 608, 611, 612, 613

民事再生 .. 5, 7, 101, 102, 103, 136, 424, 510, 610

民事裁判 ..... 56

民事信託 ..... 369, 372

民法の改正 23, 41, 42, 44, 79, 189, 199, 219, 220,  
223, 295, 311, 338, 340, 347, 387, 395, 405,  
407, 434, 439, 441, 446, 459, 460, 477, 528,  
548, 787, 874

## む

無償返還届 ..... 513

無断建物転貸借 ..... 38

無断転借人 ..... 35, 36, 113, 114

無断転貸 36, 39, 40, 114, 147, 152, 155, 156, 663,  
664

## め

名義変更 . 111, 156, 159, 303, 373, 395, 416, 425,  
493, 785, 836, 857, 858, 860, 875

滅失 .... 44, 45, 46, 115, 116, 117, 525, 658, 869

免責的債務引受 ..... 268, 781, 783, 809, 839

## も

目的物返還義務 ..... 186

持ち戻し ..... 306, 310, 311, 312, 318, 325, 362

## や

家賃請求 ..... 320, 456, 536, 603

家賃滞納 5, 53, 60, 107, 497, 524, 529, 530, 541,  
597, 602, 603, 605, 611, 628, 629, 634, 637

家賃の減額 ..... 525

## ゆ

有益費 ..... 424, 498, 499, 677

有害物質 ..... 108, 109, 202, 203

融資 154, 155, 190, 209, 210, 211, 268, 370, 396,  
417, 418, 437, 445, 505, 704, 747, 866, 869

融資承諾書 ..... 209, 210, 211

行方不明 ..... 53, 629, 872

## よ

養子 .278, 279, 280, 281, 282, 283, 304, 307, 310,  
311, 313, 322, 324, 341, 346, 357, 360, 394,  
414, 493, 803, 810, 811, 812  
養子縁組 . .278, 279, 280, 281, 282, 304, 307, 310,  
311, 313, 322, 324, 341, 357, 360, 493, 803,  
810, 812  
預金払戻 . . . . . 537  
預貯金224, 239, 240, 255, 256, 257, 259, 264, 265,  
290, 302, 320, 322, 323, 324, 325, 326, 333,  
373, 394, 395, 396, 397, 446, 539, 617, 785,  
794, 798, 799, 804, 809, 815, 825, 827, 853  
預貯金債権 . . . . . 224, 255, 259, 322, 397, 446  
預貯金払戻請求 . . . . . 396  
予約契約 . . . . . 554, 646, 647, 648, 652, 734, 760

## り

離婚 142, 148, 155, 156, 280, 321, 379, 455, 477,  
493, 803  
隣人 . . . . . 205, 486, 893, 894  
隣地 126, 206, 454, 572, 718, 755, 762, 763, 768,  
772, 796, 873, 876, 877, 878, 894

## れ

礼金 . . . . . 12, 24, 25, 473, 593, 594  
令和3年民事基本法改正 . . . . . 269, 408, 431  
連帯保証 21, 35, 51, 53, 143, 375, 376, 378, 379,  
435, 437, 478, 483, 486, 487, 496, 528, 529,  
530, 532, 533, 537, 597, 624, 663, 769

## ろ

老朽化建物 . . . . . 84, 634