

# 民法改正と不動産取引実務

## ～契約尊重社会への対応～



大阪経済大学大学院 経営学研究科 客員教授

### 植松 丘 (うえまつ たかし)

1973年慶應義塾大学法学部法律学科卒業、同年野村不動産(株)入社。同社専務取締役、東京海上不動産投資顧問(株)(現東京海上アセットマネジメント(株))代表取締役社長、早稲田大学国際不動産研究所客員教授、政策研究大学院大学客員教授を歴任。2013年4月より現職(兼任)

### ● はじめに

2017年5月26日、民法の財産法にかかわる部分についての改正が成立した。施行は2020年4月1日となっているが、改正の内容は、総則、債権総論、債権各論、それに物権法の一部までと広範囲に及んでいる。改正内容は多岐に亙り、現行法や判例法理の考え方を変更した改正や規定の新設も多々あり、日本のビジネス構造や考え方に根底から変更を迫る可能性がある。こうしたことを考えると、経済活動に携わる者にとって施行までの期間は決して長くはないように思われる。

改正法の内容および論点については、すでに民法研究者を始めとする法曹から優れた多くの解説がなされているので、本稿では、改正法についての民法学上のロジカルな説明は最小限に止め、米豪という契約当事者の意思を尊重するコモンローの国での不動産取引経験を踏まえて、わが国の不動産市場に影響を与えると考えられる改正点と取引実務の対応の方向について考察することとする。

### ● 4パターンの改正点

慶應義塾大学大学院の松尾弘教授によれば、改正の内容は次の4パターンに分類される<sup>1)</sup>。

- ① 現行法・判例法理の変更、規定新設
- ② 判例法理・学説理論の明文化
- ③ 表面的には微修正だが、潜在的には大修正の可能性
- ④ 文言の形式的・技術的修正

②と④は、実業の世界ではすでに法令と同等に認識され運用されているものを追認的に明文化した改正点なので、市場への影響はないかあっても軽微と思われるので割愛し、①と③のうちで、不動産取引に影響を与えられる改正点に絞って、今後対応が求められるであろう実務上の課題を抽出し、業界対応の方向を探ることとする。したがって、経済活動に影響があると思われる改正点であっても、不動産取引との直接の関連が薄いとと思われる改正点については割愛する。

不動産取引には、言うまでもなくさまざまな取引形態がある。以下、大胆すぎるとの批判があることを覚悟のうえ、不動産取引を売買、賃貸借、保証の3形態に大別して、それぞれの分野別に改正点と改正後の実務対応の方向性について考察する。

### ● 主な改正点と 不動産取引実務への影響と対応

#### 1. 売買

売買に関する改正で、不動産取引実務に大きく影響を与えられるのは、①危険負担、②瑕疵担保責任の2点である。

##### ①危険負担

危険負担について、現行民法は債務者主義を原則とし、特定物に関する物権の設定、移転については例外として債権者主義を採っているが、「債権者主義が事実上原則化している」<sup>2)</sup>。すなわち不動産売買では、売主の責任

1 松尾弘(2018)基調講演「大陸法から英米法へ?—民法改正の意義」日本不動産学会誌 No.124 ページ未定および講演配布資料 p3  
2 近江幸治(2006)「民法講義V(第3版)」成文堂 p37

でないことが原因で物件が滅失したり損傷したりしたときでも、買主は代金を支払わなければならないことになっている。このため、「不動産売買などの危険負担については、全く不合理な結果を招く」<sup>3</sup>ことが多く、実務では特約でそうした不合理を是正してきた。

改正法は債務者主義を原則とし、さらに債務者主義の下では消滅するとされてきた反対債務について、債権債務関係を消滅させずに、債務不履行として処理することとした。

現行法の下では、目的物の給付不能を巡って、不能原因が原始的に存在する場合には無効（危険負担の範疇ではない）。後発的不能の場合には、債務者に帰責事由があれば債務は損害賠償債務に転化し、帰責事由がなければ債務消滅となるという、法律的には面白いが一般には理解しにくい複雑な法律論が展開されてきたが、改正法ではこうした区別をせず、全て一律に債務不履行として処理されることとなった。債務不履行となるということは、原始的不能であっても給付債務も代金支払い債務も残っていることが前提になっていることとあり、消滅させるためには、取り敢えずは履行を拒絶し、その後契約解除によらなければならないこととなった。現行民法の下でも、現実の不動産取引で契約締結と同時に所有権が移転することは稀で、登記、引き渡しという手続きを経て移転されているため、当面急いで対応しなければならない実務上の課題はないと思われるが、目的物の給付不能と契約の効力に対する考え方は180度異なる。

## ②瑕疵担保責任

瑕疵担保責任については、その法的性質に関して学説は激しく対立してきたが、「瑕疵担保責任」という考え方そのものを否定する大改正がなされた。

学説上の対立は、「特定物ドグマ」というローマ法に由来する原則を肯定するか否定するかを巡ってであった。「特定物ドグマ」というのは、「不特定物売買においては、瑕疵あるものの給付は債務不履行になるが、特定物売買においては、代替不可能な物の売買であるから、その特定物の給付のみが契約内容であるので、瑕疵があらうが給付さえすれば債務不履行を生じる余地はない」という原則である。この原則を理論の拠り所に有力な法定責任説<sup>4</sup>が展開されたことから、この説を支持しない

立場<sup>5</sup>からはこれを教条的であるとして「特定物ドグマ」と揶揄的に命名した。ただ、理論上は激しい対決ではあったが、「各説の解釈的結論については、それぞれ修正を施しているので実質的な差異は生じていない」<sup>6</sup>。

改正民法では、この瑕疵担保責任という考え方を止め、特定物売買も不特定物売買と同様に給付の不完全履行を、債務不履行として取り扱うこととした。現行法では、瑕疵担保責任として買主に損害賠償請求と契約の解除のみが認められてきたが、改正法では、瑕疵を債務不履行と捉えることにより、履行する上での契約内容に適合するか否かによって判断されることとなった。そのため、現行法では認められていない修補請求などの履行の追完、代金減額を求めることもできるようになった。買主は、債務不履行に基づく損害賠償請求や解除もできるけれども、目的物の修補、代替物の引渡し、不足分の引渡し、代金減額の請求と、多様な選択肢を有することとなった。

この瑕疵担保責任に関する大改正は、特定物ドグマを巡る法理論上の論戦に終止符を打つものであるが、現行民法における瑕疵担保の法律効果は比較的シンプルであったのに対して、改正法ではメニューが多くなった。このことが不動産取引の実際のビジネスにはどのような影響を与えるであろうか。新築住宅分譲と中古住宅流通、投資目的収益不動産売買のそれぞれについて考えられる点を検討してみることとする。

### 1) 新築住宅分譲

新築分譲住宅の取引では、瑕疵担保責任は民法を基本とし、特別法の宅地建物取引業法（以下「宅建業法」という）第40条と住宅品質確保促進法とを組み合わせて実施されてきた。現行民法の瑕疵担保責任の法律効果がシンプルであるので、約定も「売主は本物件の隠れた瑕疵については引渡し日より2年間に限りその責めを負う」とシンプルな記載で済んでいた。しかし、改正法では、上述したような多様な選択肢が買主に与えられている。そのため、同じ不具合に対して買主Aは修補請求、買主Bは代替物の引渡し請求といった事態を招きかねない。そうした事態は、昨今の分譲マンション大型化時代においては、区分所有者間の不公平を招きその後の組合運営の合意形成に支障をきたすことも考えられる。その

3 近江前掲p 51

4 我妻栄、柚木馨、広中俊雄、下森定、鈴木祿彌、水本浩など

5 北川善太郎など

6 近江前掲p 142



ため、売主としては、買主の選択肢を制限した特約を結んでおきたいところであるが、そうした特約は宅建業法や消費者契約法といった消費者保護法制の中で有効といえるのか。混乱を避けるためには、所管官庁によるガイドラインや業界団体による自主基準で有効無効の限界点を示すことが求められる<sup>7</sup>。

## 2) 中古住宅流通

同じ住宅の売買でも、新築と中古とでは契約の構造が異なる。新築の売買が宅建業者対消費者で行われるのに対し、中古の売買は、買取仲介を除けば、消費者対消費者で行われる。宅建業者は仲介者にすぎない。したがって、中古住宅の売買には消費者保護法制による制約はない。そういう契約構造の中で、取引対象が中古物件であることから、瑕疵担保が現実の問題となる確率は新築に比してかなり高い。そのため、仲介業者が示している標準的な売買契約書では、売主が負担する隠れたる瑕疵の内容を限定し、さらに買主の請求を損害賠償請求や契約解除に替えて修補請求に限定した特約を付している<sup>8</sup>。

このように現行民法の下においても、実際取引では民法の選択肢を制限し、替わりの解決方法を特約で選択している。改正で買主の選択メニューは増えたが、実際の取引において、どの選択肢をどのように契約書に取り込み、あるいはどれを制限するのか。現在と同じように修補請求だけに限定するのであれば、改正法で認められた代替物請求や代金減額請求の行使を制限する約定を結ぶ必要はないのか。そうした制限は有効なのか。有効と無効の境目は何によって判断するのか。今後の検討しなければならない重要な課題は多い。

## 3) 投資目的収益不動産売買

上記二つの売買が快適な居住を求めらるるためになされるのに対して、投資目的収益不動産売買は投資のためになされる。投資というのは、平たく言えばお金を殖やすためにお金を使う行為であるが、こうした購入動機の違いから、投資用収益不動産売買における瑕疵の存在は、前二者における瑕疵の存在とはかなり異なった意味合いを持つことになる。住宅の瑕疵が買主の快適な居住を阻害するのに対し、投資目的収益不動産の瑕疵は投資額が増加し投資のパフォーマンス低下をもたらす。投資の成否

の評価にはいろいろな指標があるが、いずれにしても単に金額の多寡だけでなく時間も含めた評価がなされる。

このような尺度を持った投資者にとって、隠れたる瑕疵が発見された場合に損害賠償請求か契約解除ができるという現行民法の瑕疵担保責任制度は、条件交渉が先送りされているのと変わりはなく、追加投資リスクがいつまでも内在することになる。リスク量が確定できないのである。リスク対リターンを評価尺度にして意思決定を行う投資者にとって、現行民法の瑕疵担保責任制度は、リスク量が確定できないという点で望ましいものではない。

これに対して改正民法では、買主に追完請求や代金減額請求が認められることとなった。目的物の修補、代替物の引渡し、不足分の引渡し請求、代金減額請求と多彩な請求権が認められているが、投資目的不動産の現実の売買においてはどうかであろうか。投資目的収益不動産売買で代替物請求というのは、理論的にはありえない話ではないが、現実問題として皆無に近いであろう。修補請求と不足分の引渡し請求、代金減額請求については、軽微な瑕疵であれば、訴訟経済の観点から当事者同士で機能する可能性はあると考えられる。しかし、甚大な修補や不足分の請求に対しては、売主がすんなりと応じる保証はなく、追加投資リスクが残ることは現行法と変わらない。

このように、リスクという観点から見れば、瑕疵担保に関する改正は、格別歓迎すべきことにはならない。選択肢が多彩になった分、リターンに見合った最適な請求としていずれを選択すべきかの検討と決定に至るプロセスの開示が今後必要となると思われる。

最近の投資用収益不動産取引では、わが国でもデュー・ディリジェンス (Due Diligence) 手続きを履むことが一般的となった。この手続きは、M&Aなどでも使われ、「物件精査」などと訳されているが、「買主による瑕疵の調査確認手続き」というのが実態を一番反映している。

米豪でこの手続きを実際に経験したが、現在日本で行われているデュー・ディリジェンスは、これらの国々で行われているものとは似て非な手続きである。作業内容は同じであるが、作業結果の契約への反映のされ方が異

7 同旨 望月治彦 (2018) パネルディスカッション「民法改正で不動産取引はこう変わる」日本不動産学会誌 No.124 ページ未定

8 一般社団法人不動産流通経営協会「FRK 標準書式」  
<https://www.frk.or.jp/guide/standard-format-index.html>  
(2018年4月5日閲覧)

なる。

米豪では、デュー・ディリジェンス作業で発見された瑕疵の存在は、取引価額に織り込まれて売買契約締結に至る。そのため売主の瑕疵担保責任は免責される。これに対して、わが国の投資用収益不動産取引では、デュー・ディリジェンスを行っても売主の瑕疵担保責任が免責されているケースは稀である。不動産証券化の黎明期に一度だけ、しっかりした売主からデュー・ディリジェンスと引き換えに瑕疵担保責任の免責を要求されたことがあるが、現在でも非常に稀である。

特定物ドグマによる不公平感を是正するために特別に売主に課せられた責任が瑕疵担保責任であるとする法定責任説はもちろん、改正民法が採った契約責任説に拠っても、デュー・ディリジェンス手続きによる契約目的適合の確認と引き換えに、売主への請求を行わないとする米豪流の始末のつけ方には、投資分野に限らずそれなりの合理性がある。

投資用収益不動産売買市場においては、今後、改正によって付与された多彩な請求メニューと徹底したデュー・ディリジェンスと引き換えに請求権を放棄するのと、どちらが最適な選択であるかの検討がなされなければならないはずである。投資者から投資用収益不動産の運用を委託されているアセットマネージャー達は、投資者のために最適な選択をして負託に応えたことを証明しなければならないからである。メニュー選択に関する情報開示など説明の煩雑さが現実のものとなると、デュー・ディリジェンスト結果を価格に織り込む代わりに請求権を放棄するというシンプルな取引形態へとシフトする可能性がある。

## 2. 賃貸借

賃貸借に関する改正では、不動産取引実務に大きく影響を与えると思われるのは、①賃貸借の存続期間、②賃貸人の地位の移転、③賃借人の修繕権、④賃貸借物件の一部滅失等における賃料減額請求権、⑤原状回復義務の5点である。

### ①賃貸借の存続期間

改正により賃貸借の存続期間は20年から50年となった。建物所有を目的とする賃貸借については、言うまで

もなく借地借家法の対象であるので、今回の改正は無関係である。改正によって恩恵を受けるのは、建駐車場経営、ソーラーパネルの設置、風力発電のプロペラ設置などの建物以外のものの設置を目的とした賃貸借契約である。昨今のニーズを反映した改正である。

### ②賃貸人の地位の移転と留保

賃貸人の地位の移転について、現行民法は何も規定していないが、判例法理が確立されており、今改正で、それらのほとんどが追認的に明文化された。賃貸人の地位は不動産の譲渡に伴って当然に買主に移転し、敷金の返還、債務や有益費の償還請求権、債務等も引き継がれることも全て明文化された。

しかし、ただ一点、賃貸人の地位を譲渡人に留保する場合についてだけは、最高裁判所判例とは異なる考え方を採用した。

不動産証券化においては、不動産を原資産保有者（オリジネーター）から特定目的事業体（SPV）へ切り離すことが必須となるが、流通コスト（不動産取得税、登録免許税）の軽減と不動産特定共同事業法適用回避のために、不動産を信託受益権に化体させて譲渡することが一般的である。その結果、信託銀行は大家として使用収益や修繕といった義務を負うことになる。さらに不払いの賃借人に対しては、自らが訴訟当事者となって立ち退きを求めることも必要となる。このような業務は、信託銀行本来の業務ではないうえに、たくさんの訴訟で原告となることは銀行イメージにそぐわない。そこで、賃貸人の地位を元の所有者に留保しておいて、賃借人への対応は従来通り元の所有者が行うという方法が、証券化の普及と共に頻繁に行われるようになった。

この賃貸人の地位留保は、セール・アンド・リースバックによって行われ、賃借人は転借人となる。ところが、リースバック家賃の不払いで債務不履行を理由にリースバック契約が解除されると、元の所有者の債務は履行不能に陥り、賃借権を失う。その結果、賃借人（転借人）も権利を失うこととなる。

賃貸物件の所有権を移転した場合には、「特段の事情」のない限り、賃貸人の地位も当然に移転することは判例法理として確立されていた<sup>9</sup>が、賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨の新旧所有者間の合意だけでは、直ちに

9 最判昭 39.8.28 号民集 18 卷 7 号 p 1354、最判昭 44.7.17 民集 23 卷 8 号 p 1610



「特段の事情」があるということではできないとも判示した<sup>10</sup>。しかし、改正法はこの判例の考えを踏襲せず、「不動産の譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及びその不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しない」（第605条の2第2項前段）とした。そして、譲渡人と譲受人との間のリースバック契約が終了すると、譲渡人に留保されていた賃貸人の地位は自動的に譲受人に移転することも明文化（第605条の2第2項後段）し、賃借人（転借人）の保護にも配慮した地位の留保が明文で裏打ちされることとなった。

### ③賃借人の修繕権

修繕というのは、本来賃貸人の義務である。ところが、普通借家契約においては、存続保護を目的とした借地借家法によって借家人が手厚く保護されており、賃貸人サイドからは、修繕＝正当事由の喪失となる危険性がある。そのため賃貸人は修繕義務の履行に応じない。どうしても修繕してもらいたければ、仮処分申し立てをして、賃貸人に対して修繕の命令を出してもらって、賃借人が代わってその修繕を行い、費用を賃貸人に請求するという手続きが必要であるが、今回の改正で一定の条件の下に賃借人自らの修繕権が認められた（第607条の2）。

しかし、賃貸人が正当事由要件を充足させて契約を終了させようとしているほど老朽化した物件である。修繕の必要性や修繕の仕様の妥当性が争点になることは十分に予想される。そうした事態を回避するためには、賃借人が行使できる修繕権の内容や修繕のグレード、仕様を特約で限定して対応することにならざるを得ないと思われる。しかし、こうした賃借人の権利を制限する約定は、借家人保護の色彩が強い日本の借家法制において、借家人の修繕権をどこまで制限することが許されるのだろうか。実務においてはかなり悩ましい問題である。所管官庁によるガイドラインや業界団体による自主基準でこのあたりの限界点を示す必要がある。

結局、賃借人による修繕権行使の通知が、立ち退き交渉の端緒となっていくという結末が、現実の市場の動きとなるのではなからうか。

### ④賃貸借物件の一部滅失等における賃料減額請求権

現行民法では、賃貸物件の一部を収益できなくなったときには、一部滅失に限って賃借人は賃料減額の請求ができると規定している。改正法では滅失していなくても使用収益さえできなくなれば、当然にその範囲について賃料が減額されることとなった。賃借人の保護を目的とした改正であるが、使用収益できないか否かの判定および減額の額の妥当性については、修繕権と同様に新たな争点となることが容易に予想できる。

そのため、公益社団法人日本賃貸住宅管理協会（以下「日管協」という）では、この改正に備えて、想定できるところはできるだけ特約で契約書に落とし込んでおくことで対応しようと考えている。特約で予め部位ごとに使用できなくなった場合を想定し、免責日数と日割りによる家賃減額の料率をきめた特約で対応することを考えている<sup>11</sup>。免責日数というのは、部品の取り寄せ等賃貸人個人の努力ではどうにもならない故障への対応に要する日数を考慮したもので、かなりきめ細かく配慮されていて、受け入れられる可能性は高いと思われる。

### ⑤原状回復

原状回復については、改正により賃借人の義務として明文化され、同時に通常損耗と経年劣化は原状回復義務の対象から除外されることも明文化された（第621条）。が、これらについては、すでにガイドラインで示され<sup>12</sup>、現在すでに運用されているので、実務上の影響は少ないと思われるが、特約で「敷金の精算の原状回復の内容については、ガイドラインを採用する」ことを契約書に明記することを推奨する見解もある<sup>13</sup>。

## 3. 保証

個人根保証に極度額が設けられたことは、住宅賃貸市場に起こっている機関保証へのシフトに拍車を掛けると思われる。不動産における保証では、「遠い親戚より近くの保証会社」が現実のものとなっており、個人保証から機関保証へのシフトが進んでいる。日本の住宅賃貸借市場は、親兄弟友人といった縁故関係者が連帯保証人になるという構造で長らく推移してきたが、こうした人的

10 最判平 11.3.25 集民 192号 p 607 原審は、新旧所有者間の合意に加えて賃借人の承認または容認なければ、「特段の事情」があるとはいえないとしている（東京高判平 7.4.27 金法 1434号 p 43）が、最判では言及していない

11 関輝夫（2018）パネルディスカッション「民法改正で不動産取引はこう変わる」日本不動産学会誌 No.124 ページ未定

12 国土交通省「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン（再改訂版）」（2011）p 6

13 関前掲

信頼関係を担保とした賃貸借関係はすでに大きく変容し、現在では住宅賃貸借契約の約70%が保証会社による保証を利用していると言われている<sup>14</sup>。

### ① 個人根保証の極度額

#### 1) 人的保証から機関保証へ

このような状況の中、改正民法は個人根保証に極度額を設けることとした。事業用融資における保証に関する改正とともに個人保証人の保護を目的とした改正である。かつては『保証人には絶対になるな』は家訓』というのが断りの常套句であったが、この改正で保証人のなり手が増えることが期待できるかということ、今のところ市場の反応は全く逆である。改正によって人的保証という仕組みは現行法より使い勝手が悪くなるという評価である<sup>15</sup>。保証人は有り金叩いて弁済しなくても済むようにはなったものの、極度額設定という保証リスク量の認識プロセスが保証意思決定への大きなハードルとなると予想されるからである。

火災保険が付保されていないアパートで、借借人の焼身自殺により建物を焼失した場合などを想定すると、極度額は通常建物1棟価格相当となる<sup>16</sup>。家賃数ヶ月分の保証のつもりのところへ、アパート1棟分の覚悟を求められれば、誰でも保証に二の足を踏むであろう。現時点では、「極度額はせいぜい期間家賃の総額ぐらゐまでが上限」<sup>17</sup>というのが住宅賃貸の最前線の判断である。

賃貸人にとって、保証人は不払い賃料の人的担保という面よりも、借借人との契約解除と残置物の円滑な撤去によるスムーズな明け渡しの担保という意味が大きい。そうした点も併せて考えると、改正後の住宅賃貸市場では、「個人保証から機関保証へ」の流れが一層加速されることになるであろう<sup>18</sup>。

#### 2) 共同借主方式

この「個人保証から機関保証へ」の流れの加速と並行して、保証人を借借人との共同借主とする方式の導入が一部業者によって検討されている。この方式は、不払い賃料の担保目的というよりも残置物の円滑な撤去によるスムーズな明け渡しの担保という点からは事務手続がシ

ンプルで優れているが、信頼関係破壊理論からは、真の借借人の不払いだけで、真の借借人と実質保証人の借借人両方との信頼関係が破壊されていると認められるのかという指摘がある<sup>19</sup>。さらに、共同借主契約は、個人根保証契約回避のためになされた賃貸借契約なので、消費者契約法第10条の「消費者の利益を一方的に害するもの」に該当し、共同借主契約が無効と判断される可能性もある<sup>20</sup>。なお、共同借主方式は脱法行為で無効との論もあり得ると思うが、資格要件不足の子供のために実質保証人の親が単独あるいは共同借主になるという取引は、不動産賃貸に限らずローン借入れなどでも行われている。実際にマーケットで受け入れられているこれらの取引との違いを論理的に説明する必要がある。

## ● 民法改正の背景と思想

改正によって対応を求められる不動産取引実務について、売買、賃貸、保証の各分野について考察してきたが、今後想定外の案件に対して、実務はどのように考えて対応していくべきなのか。そのためには、改正に至った事情と改正法の根底に流れる思想を知っておくことは有意義である。

### 1. 改正と国際事情

冒頭、今改正によって日本のビジネス構造や考え方が根底から変更を余儀なくされる可能性があることを指摘したが、その理由は単に改正箇所が多岐に互っている大改正だからではない。改正理由について、法務省は「社会・経済の変化への対応を図るための見直しを行う」と「実務で通用している基本的なルールを適切に明文化する」ことの2点を理由としている<sup>21</sup>が、どちらの背景にも国際的な事情が影響していると思われるからである。

2008年、第169回国会（平成20年常会）において「国際物品売買に関する国際連合条約（通称：ウィーン売買条約）」（United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods）が承認され、その

14 石黒裕章（2018）パネルディスカッション「民法改正で不動産取引はこう変わる」日本不動産学会誌 No.124 ページ未定

15 関前掲

16 関前掲

17 関前掲

18 同旨 石黒、関前掲

19 石黒前掲

20 石黒前掲

21 法務省「民法の一部を改正する法律（債権法改正）について」[http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06\\_001070000.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06_001070000.html)（2018年4月6日閲覧）



後、同年7月7日の公布および告示（条約第8号および外務省告示第394号）を経て2009年8月1日効力が発生している。1980年に国連で採択され88年に発効したウィーン売買条約は、2009年には「本条約は国際物品売買に関する統一私法としての地位を確立したばかりか、各国における立法のモデルとして契約法の世界標準ルール」<sup>22</sup>として確立されていた。同年11月から法制審議会での本格的審議が始まっているが、それに先立つ検討段階<sup>23</sup>で「本条約は有力な立法モデルの1つとして参照されている」<sup>24</sup>。今改正がウィーン売買条約発効と無関係ではないと考えるのが自然であろう。

## 2. 契約尊重の思想導入の意味

松尾教授は、「契約尊重（favor contractus）の思想—契約の成立・有効性・効力・解除等が問題となる場面で、可能な限り契約が有効に存在するという解決を優先する思想—が、改正民法の各所に具体化していることが確認できる」<sup>25</sup>と指摘し、この思想を「改正作業の各段階を通じて維持されてきた『隠された十字架』」<sup>26</sup>としている。「隠された十字架」か否かについて筆者は評価能力を持たないが、売買における危険負担や瑕疵担保責任に関する改正を始めとして、契約の効力をできるだけ維持させようという企図は随所に見受けられる。今後の民法（少なくとも債権法）解釈においては、この契約尊重の思想が規準となり、実際のビジネスのいろいろな局面で契約をしたことの責任が問われることになることは覚悟しておく必要がある。

## 3. 最大の味方は契約書

以上のような民法の根底にある思想の変化がある前提下で、取引実務に携わる側としては、どのように考えて今後の業務に当たらなければならないのであろうか。

アメリカ、オーストラリアといった英米法体系の国でのビジネス経験に照らすと、「最大の味方は契約書」という一言に尽きる<sup>27</sup>。契約尊重の思想に裏打ちされた経済活動において、最後にモノを言うのは契約書なので

ある。したがって、ビジネスの成否は、契約書作成段階でどれだけ知力と時間を投入できたかで勝負が決まると言っても過言ではない。契約書作成作業は一種の条件交渉で、その時間の多くがお互いの免責の範囲と条件を巡って鎬を削ることになる。自分の免責範囲はできるだけ広範囲にそして条件はできるだけ緩く、反対に相手の免責範囲はできるだけ限定し条件を厳格に、契約書に落とし込もうとするのであるから、畢竟、内容は細くなり、時間も掛かり、契約書は分厚くならざるをえない。

## ● 改正法と不動産ビジネスの対応

最後に、以上までの考察を踏まえて、不動産取引ビジネスの今後にどのような影響があり、業界はどのように対応しようとしているのかについて、ディベロッパービジネス、仲介ビジネス、賃貸住宅管理ビジネス、アセットマネジメントビジネス、保証ビジネス、それぞれについて簡単に述べる。

### 1. ディベロッパービジネス

自ら売主となるマンションや一戸建て販売で、定型的に使用されている契約書については、消費者保護の観点から、宅建業法や消費者契約法からの規制もあり、重要事項説明書とあわせて、現行民法の下でもすでにかなり細かく整備されている。したがって、民法改正に伴う変更は、当面、非常に限定されたもので済むことが多いと予測している。

購入の場合は、当面对処しなければならない大きな変更点はないと思われるが、次第に瑕疵担保責任が債務不履行になったことに伴う契約不適合の判定方法や基準、免責の範囲についてをどこまで細かく契約書に落とし込むかを巡る交渉に今より多くの時間と労力が割かれるようになることは不可避であると思われる。

### 2. 仲介ビジネス

仲介ビジネスでは、取り扱われている物件の大半が中古物件である。瑕疵担保責任規定の変更が中古住宅流通

22 曾野裕夫「ウィーン売買条約締結の経緯とその概要～日本法との比較を交えて～」BLJ Online <http://www.businesslaw.jp/blj-online/kaisetsu/000099.html>（2018年4月6日閲覧）

23 「民法（債権法）改正検討委員会」、「民法改正研究会」のいずれかは不明  
24 曾野前掲

25 松尾弘「債権法改正を読む」（2017）慶應義塾大学出版会 p 315

26 松尾前掲 p 5

27 改正法第522条第2項では方式の自由が明記されたが、「言った」「言わない」の争いは、ビジネスとして最も稚拙な争いとされている。実務では「書」であることは非常に重要である。

市場に与える課題については前述したので、ここでは、最近の消費者の意識の変化と改正法の根底にある契約尊重思想がビジネスにどのように影響を与えるのかについて考察する。

最近の中古住宅流通市場の現場からは、消費者の意識が変わって一昔前には問題にならなかったような話が、当然のようにクレームトラブルに発展するケースが増加しているという<sup>28</sup>。そういう意識の変化がある中で、契約尊重が色濃くなった改正民法の下では、契約の目的や免責事項、契約目的不適合の場合の買主の請求権の選択肢制限などについて、できるだけ具体的に契約書に記載してトラブルを予防しようとするのは仲介業者として自然な対応である。結果として、契約書は分厚く詳細で複雑になり、理解に時間を要することになる。実務的にどこで折り合いをつけるかは、改正法の市場への浸透に伴って対応が固まってくるはずであるが、デュー・デリジェンス実施による価格決定など、将来的には中古市場における価格形成とビジネスのやり方に大きな変化を招来する可能性がある<sup>29</sup>。

### 3. 賃貸住宅管理ビジネス

前述したように、賃貸借に関する改正点が多いが、賃貸住宅管理は、不動産フィービジネスの中でもフィーが高額ではないので、取引毎にテイラーメイドで約を作成して対応していくことは収益的に厳しい。誰にでも共通する約定と取引毎の特約とを整理することが負担軽減への第一歩であると思われるが、どこまで契約書に落とし込むかも重要な論点になると思われる。

日管協では、取引のオリジナルの点は簡潔な契約で、ほとんど全ての人に共通に適用できるところは約款で、という二段構えでの対応を検討しているとのことである<sup>30</sup>。零細な管理業者の負担軽減にはなると思われるが、住宅賃貸借の性質上、特約も約款も細くならざるを得ず、低額家賃の取引では収益的に悩ましいものがある。約款のペーパーレス化なども一考の余地はあると考える。

## 4. アセットマネジメントビジネス

アセットマネジメントビジネスは、不動産証券化ビジネスの普及に伴って派生的に生まれた不動産ビジネスである。そういう歴史的な経緯があるため、スタート時点より作業内容の全てがアメリカのスタンダードに倣って構築された。そのため、売買契約、ローン契約、マネジメント契約など関連する全ての契約内容は細かく、契約書が分厚いことは常識となっている。したがって、民法改正の影響は、携わるプレイヤーの思考回路の転換も含めて、それほど大事にはならないように思われる。

### ● おわりに

改正民法を、乱暴との批判は覚悟の上で、大胆に論点整理して不動産取引実務への影響と対応についての考察を試みた。

米豪でのビジネスで成功体験を持つ者としては、契約書にどれだけ落とし込めるかがビジネス成功の鍵という世界は、知的ゲームをしているような感じで、契約書作成作業ではエネルギーを消耗したが、その契約書がモノをいってビジネスで成功を収めたときの達成感は充実したものであった。

従来のドイツ、フランス法を手本にしてきた民法に慣れ親しんだ人達からは、「何でも契約書に書けばよいのか」との批判がありそうであるが、施行は2年後に迫っている。改正によって、グローバル市場で戦い易くなったと前向きに受け止めて、強かに適応して行くことを期待する。

本稿執筆にあたっては、藤井俊二博士（創価大学大学院教授）と濱本健一弁護士（AZX総合法律事務所）より貴重なご意見、ご助言を頂いた。

### 引用以外の参考文献

吉田修平「民法改正と不動産取引」（2017）金融財政事情研究会

28 榎本英二（2018）パネルディスカッション「民法改正で不動産取引はこう変わる」日本不動産学会誌 No.124 ページ未定

29 同旨 榎本前掲  
最近の消費者意識の変化とトラブルについて、具体例が豊富に紹介されているので、参考にされたい。

30 関前掲