

宅地建物取引業者をめぐる諸判例 (九)

明 石 三 郎

(一) 宅建業者の注意義務

(132) 買主が宅地に造成して転売する目的を有する土地の売買において、右土地に接する道路が建築基準法四二条二項の道路と誤信して締結された売買契約を、要素の錯誤があるとして無効とした事例

【事実】 X (買主・被控訴人) は不動産業者であるが、Y (売主・控訴人。契約締結者は代理人A) から、相模原市所在の本件土地二七〇余平方米を、代金六三三六万円で購入したが、Xの買受目的は宅地に造成して販売することであった。Xは契約締結前にAにこの目的を告げていた。かつ、本件土地の北側に接する道路は、建築基準法四二条二項道路(幅四メートル以下でも特定行政庁の指定したもの)であり、本件土地上に建物の建築が可能であるか否かを確認したところ、Aは二項道路であって建築は可能と答えた。Xはこの言を信じて売買契約を締結し、手附金と中間金合計一三三六万円を支払った。ところがその後相模原市に確認したところ、二項道路ではなく、建築もできないことが判明した。そこでXは本件売買は錯誤により無効であるから、右支払金額を不当利得として返還を請求して訴えた。

【判決】 「右事実によれば被控訴人Xは本件土地を宅地に造成して転売する目的で購入したものであるから、本件道路が二項道路

宅地建物取引業者をめぐる諸判例 (九)

であり本件土地上に建物の建築が可能であることが売買契約の前提をなすものであり、被控訴人はその旨誤信して本件土地売買契約を締結したものであるから、その買受けの意思表示はその動機に錯誤がある。そして、右動機は控訴人Yの代理人Aに対して表示され、Aにおいてもこれを了知し、これが本件売買契約における重要な部分であることも、前認定の事実から明らかであるから、被控訴人のなした本件売買契約の意思表示はその要素に錯誤があるといわべく本件売買契約は無効といわざるを得ない。

次に控訴人Yは被控訴人Xに重大な過失があると主張するので判断する。

控訴人は、二項道路は現に建築物が立ち並んでいることを要件とするところ本件道路の現況を一瞥しただけで本件道路が右要件を欠くことが明らかであると主張するが、建築基準法四二条二項によれば二項道路の要件である「現に建築物が立ち並んでいる」とは同法第三章の規定が適用されるに至った時点において建築物が立ち並んでいることを意味するのであって本件売買契約締結の時点において現に建築物が立ち並んでいることを要件とするものではないから現地を見ることによつて直ちに本件道路が二項道路でないことが明らかであるとはいえないし、また本件売買契約における本件土地の価格が通常の価格よりも著しく低額であるわけでもなく、本件道路が二項道路で本件土地上に建物の建築が可能であるとのAの説明に疑問を感ずべき特段の事情も見当たらないから、被控訴人が当時不動産売買業者であることを考慮に入れても、同人が本件売買契約前に本件道路につき二項道路であるか否かを相模原市役所に確認していないことをもつて、被控訴人に本件売買契約締結につき重大な過失があるといふことはできない」(東京高判昭六一・八・六判時一二〇六号三〇頁)。

【評釈】 本件で、Xは動機の錯誤を来したものである。従来判例の大体の傾向は、動機の錯誤でも、動機が表示されて、意思表示の内容となつていれば民法九五条が適用されるとする(最判昭二九・二・二六民集八巻一一号二〇八七頁など)。通説でもある(我妻・新訂民法総則二九七頁)。もっとも近時の多数説は動機の錯誤は他の錯誤と區別せず、その表示を要件としないとする(舟橋「意思表示の錯誤」九州大学・法文学部十周年記念法学論文集。星野・民

法概論I二〇〇頁)、いずれにせよ本件Xの錯誤はみとめられねばならない。なお、Xに重大な過失の有無についても右の判示のとおり、Xに重過失がないことを認定しているのは妥当と考える。

(133) 一、時価一〇〇万円の土地を約六〇〇万円で買わたことが、仲介業者と売主の共同不法行為に当ると認められた事例

二、売買契約が詐欺により取消され、買主が支払済み代金の不当利得返還請求権を有していても、右代金額相当の不法行為による損害賠償請求権が認められた事例

【事実】 土地の買主Xは、本件土地所有者Yが売却を委託した仲介業者Zの従業員から、「団地として売出しているが、伊勢道路が付近にできる計画があるので急速な値上りが見込める」などとすすめられ、本件土地(宅地約一六五平方米)を約六〇〇万円で買い、代金をYに支払った。ところが本件土地は他人が現場事務所の敷地として使用しており、一年後でも適正価格は一〇〇万円にすぎないものであった。

XはYは共同して詐欺によりXに損害を与えたとして、支払った代金額相当の損害賠償を求めて訴えた。

【判決】 「右二認定の各事実によれば、被告Yは被告Yからその所有にかかると本件土地の売買を委託されたものと認めることができ、更に、右二ないし三認定の各事実及び《証拠略》によれば、被告Zの営業部長Aは被告Zの営業方針に従って、同被告が作成した土地区画図面及び販売価格表に基づき本件土地が伊勢団地として宅地造成工事が計画され、適正価格の六倍以上に当たる金六〇二万二五〇〇円相当の価値を有し、将来その値上がりが期待でき、それにより利殖を図ることができるかのように申し向けて原告を欺罔し、その旨誤信した原告をして昭和五七年一月二日被告Zとの間に本件土地につき代金六〇二万二五〇〇円とする売買契約を締結させたこと(なお、本件土地の売買を委託した被告Yは昭和五八年九月二八日原告の要求に基づき被告Yを売主、原告を買主とし、代金を金六〇二万二〇〇〇円とする不動産売買契約書を改めて作成し、被告Zによる契約の締結を承認

した。そして、原告は、本件土地の販売価格が適正価格の六倍以上もするものであることを知っていたならば、本件土地を買受ける意思は全くなかったのであるが、右Aの言を信用し、少くとも本件土地が金六〇〇万円以上の取引価格を有し、将来その転売利益が得られるものと誤信し、専ら利殖を図る目的で本件売買契約を締結し、金六〇二万二五〇〇円を出損するに至ったものであることが認められ、この認定を左右するに足りる証拠はない。

更に、前記二一ないし三認定の各事実及び《証拠略》の一、二を総合勘案すると、被告Y₁は、本件土地が事務所敷地として使用されているにもかかわらず、これが更地であるかのように偽ったうえ、被告Y₂が前示のとおり本件土地を伊勢団地として適正価格の数倍以上の値段で顧客に売りつけることを予期しつつ、その販売を被告Y₂に委託し、かつ、本件土地の残代金五〇〇万円の支払につき前記のとおり錯誤に陥っている原告とオリエン・リースとの間に金銭消費貸借契約を斡旋し、本件売買契約の成立しないしその履行過程に加功し、被告Y₂の詐欺行為を利用して本件土地の売買代金額を不法に利得したものと認めることができ、右認定を覆すに足りる証拠はない。

そうだとすると、被告Y₂、被告Y₁は詐欺による共同不法行為者として原告の被った後記損害を賠償する義務があるものというべきである。

そこで、原告の被った損害につき判断するに、原告は被告らの詐欺行為により金六〇二万二五〇〇円相当の損害を被った旨主張するが、前記二一(四)認定のとおり原告は本件売買契約に基づき本件土地の所有権を取得し、原告及びその妻花子名義に所有権移転登記を経由していること、更に、前記二三認定のとおり本件土地の正常価格は昭和五八年一月七日現在金九九万九〇〇〇円と評価されていることが認められ、これらの事実を照らすと、原告がその主張のとおり本件売買契約の締結により金六〇二万二五〇〇円まるまるの損害を被ったものではないといえそうにも見える。

しかしながら、《証拠略》によると、原告は被告Y₁に対し、昭和五九年一月二〇日送達の訴状副本をもって本件売買契約を詐欺によるものとして取消す旨の意思表示をしたことが認められ、前記三認定のとおり被告Y₁は被告Y₂による詐欺行為を知ってこれを

利用したものと認められるから、右詐欺を理由とする原告の右取消の意思表示は有効なものであり、本件土地の所有権は右取消の時に被告Y₁に復帰したものであって、その結果、原告は被告Y₁に支払った売買代金六〇二万二五〇〇円の損害を被ったものといふべきである。

なお、原告は被告に対し、右取消による原状回復として不当利得によりその返還請求権を行使することができるけれども、右返還請求権があるからといって、原告に生じた右売買代金相当の損害が回復されたとはいえず、一般に売主が買主を欺罔して売買契約を締結し、売買目的物が引渡された場合には、特段の事情のない限り買主において自ら必要ともしない売買物件を引取るべき義務はないから、その契約を取消し、支払った売買代金額の返還を不法行為または不当利得のいずれを原因としても請求でき、両請求権が競合するものといふべきである（大判大正三年五月一六日刑録二〇輯九〇三頁、大判昭和六年四月二三日民集一〇卷二二七頁、最判昭和三八年八月八日民集一七卷六号八三三頁など参照）（名古屋地判昭六一・九・一九判時一三二五号八八頁）

【評釈】 本件では、仲介業者Y₂の従業員Aによる詐欺行為であるが、Aは雇主たるY₂の営業方針に従ったものであるから、Y₂自身の不法行為と見てよからう。また他方、売主Y₁も適正価格の六倍もの高値で売却することを予期していたから、Y₁自身の不法行為と見てよからう。判決もこれを共同不法行為と認定した。本件土地は所有権も登記も、取消によってY₁へ回復しているから、支払代金全額がY₁の不当利得であり、同時に損害である。不当利得の返還はY₁に対して求めるものであるが、詐欺の不法行為にもとづく損害賠償はY₁Y₂に対して請求権の競合を生じる。判決の結論に賛成である。もしXが取消をなさず、土地の所有権をそのまま保有したとすれば、不法行為による損害賠償として、支払った代金額と時価との差額を請求できると解すべきであろう（同旨・東京地判昭五八・六・一三判時五〇八号一四〇頁）。

なお本件は今日しばしば行われている原野商法に近いものである。公序良俗に反する無効な売買とみられないこと

もないが、代金額が時価の六倍程度では、これを無効と判示した例はない。やはり詐欺の不法行為で解決した本判決が妥当なところであろう。

- (134) 分譲地内の特定の区画を医療用施設用地として他の一般住宅用地より高価格で分譲した行為が不法行為に当らないとして、宅地造成分譲業者の責任を否定した事例

【事実】 X_1 は産婦人科、内科医、 X_2 は歯科医であり、 Y は宅地造成、不動産の管理、売買等を業とする会社である。 X_1 X_2 はそれぞれ Y から、その造成にかかる分譲地内の宅地を購入したが、その際、 Y の従業員から、右分譲地内では、右両宅地を含む四区画（右全分譲地の中心部）のみが唯一の医療施設用地で、右四区画でのみ病院を開業することが可能であり、他の一般住宅用地内では一切病院の開業はできない旨を告知され、そのため、右四区画は一般住宅用地より坪単価が割高であるとの説明を受けたので、これを信じて右宅地を購入した。ところが実は、右分譲地では、一般住宅用地でも医院開業の公的制約はなく、また Y と一般住宅用地購入者との間の売買契約でも、医院開業を規制する特約はなされていなかった。そこで、 X_1 X_2 は、 Y が虚偽の事実を告げて高価に土地を買わしめたのは、 Y の詐欺であるか、詐欺でないにしても注意義務を怠った不法行為であるとして損害賠償を請求した。

【判決】 「大規模な宅地造成とその管理販売をする業者が各区画土地の利用形態を予め全体の街づくりを計画的に策定しそれを実現するについては各区画購入者との契約の条項に規制を盛り込むことも含め法的措置による場合、法的措置と事実上の措置の双方を用いる場合及び事実上の措置のみを用いる場合が考えられ、右のいずれを選択するかは販売価格その他の諸要素を考慮したうえでは通常は右業者の判断に委ねられており、常に必ず法的措置を講じなければならぬものではない。本件においては、被告は前記のとおり、事実上の措置により一般住宅用地は住居用とし、医療用地は医療用にする計画を実現しようとしたものと解される。そして、前項で述べた考えをさらにおし進めると、医療用地において独占的利益を享受しうる可能性が強ければ強いほどそれに応じ

てその区画の販売単価も高くなるものと一般的に考えられ、これは右業者の側だけでなくこれを購入する側においても当然予想しうるものというべきである。また、被告従業員が本件両宅地を原告兩名に販売する際、真実に反する事項を告げて医療用地購入の勧誘をしたことを認めるに足る証拠はなく、かりに原告兩名においていずれも原告側主張の法的措置までが講ぜられているものと誤信したとしても、本件両宅地が前記のとおりの販売単価であったのであり、また原告両地は被告から本件つじが丘地区内において特に医療用地のみ医院を開業でき、一般住宅用地ではこれができないことを告げられたのであるから原告側においても右の意味での法的措置が講ぜられているのか、講ぜられているとすればいかなる規制内容なのかを販売者である被告に問いただし、右法的措置の存否、内容を確認すべきであつたともいえるのであり、右原告兩名の右誤信がすべて被告の行為により惹起されたものとはいえない。

以上のとおりであつて、他に被告が不当な目的をもって前記販売行為をしたと認めるに足る証拠もないから被告が原告兩名主張の各措置を講じていない状況の下に本件両宅地を医療用地として販売したとしても右行為について違法性が存在するとはいえず、また過失があつたということもできず、請求原因6は理由がない。」（大阪地判昭六二・二・二六判夕六六〇号一六三頁）

【評釈】 本来、大規模の宅地造成に当つては、造成業者としては、その村・町づくりとして、いわば一種の都市計画を考へるのは当然であるが、ややもすれば分譲後に購入者が分譲者の指定した使用目的の定めを守らないことにより、業者と購入者間および購入者相互間にトラブルを生じることが多い。造成業者としては約款を整備するなどして誤解のないよう措置を講ずべきであるが、本件はその点に不備があつた。しかし事案によると、X₁X₂が高く買わされたといつても、さほどでもないし、またX₁X₂の購入地は全造成地の中心部で、高価なのが当然ともいえる。判示は正しいと思われる。

(135) 不動産業者たる株式会社社の従業員がなした不法行為（詐欺）につき、代表取締役が民法七二五条二項の、取締役

(宅地建物取引主任者) に商法二六六条ノ三の責任を、それぞれ認めた事例

【事実】 不動産業者たる株式会社Aの従業員で渋谷支店長をしていたBは、売買代金を詐取する目的で、Aが建設する予定のマンションをXに売却して代金六〇〇万円余を受領し、これを私用に費消した後、A会社に報告しないままA会社も倒産したので、Xは履行がえられず損害を被った。XはA会社の代表取締役Y₁と取締役たるその妻(宅地建物取引主任者) Y₂を相手どり損害賠償を訴求した。

【判決】 「証拠略」によると、訴外会社は、営業本部の下に東京、渋谷、新宿、池袋の各支社があり、営業本部長の地位は代表取締役である被告Y₁が占め、Bは渋谷支社長に地位にあつたこと(この事実は当事者間に争いがない)、各支社長に対する監督は営業本部長である被告Y₁が行つていたこと、もつとも被告Y₁はほかにも経理、総務、企画等の各部を総括していたため各支社長に直接会う機会は少なかったが、月に一回程度各支社を回るほか月に一、二回は本社会議において支社長らに対し指示説明を行うのが通例であつたこと、また営業本部長の下には営業本部分、社長室長等のポストがあり営業本部長と各支社長との間の連絡を行つていたが、指示命令は常に営業本部長Y₁から発せられていたことが認められる。

右事実によると、被告Y₁は訴外会社Aに代つてBに対し事業の執行の監督に当たつていたものと認めるのが相当である」

「同被告Y₂がBの前記不法行為の当時訴外会社の取締役の地位にあり、宅地建物取引主任者の資格を有していたこと、また同被告Y₂が被告Y₁の妻であることは、当事者間に争いがない。そうすると、被告Y₂としては、代表取締役である被告Y₁に対し、取締役会の開催を求め、右資格に基づいて有すべき専門的知識経験等に照らし、訴外会社Aの商法、従業員の客との折衝方法等について問題がないか、あるとすれば会社としてどのように対処すべきか等につき意見を述べ、検討を求めめるなどして、被告Y₁をして適切に対応するための手段を尽くさせるのが相当であつたと考えられる。しかるに、被告Y₂がこのような行為に出たことを認めるべき証拠はなく、かえつて、《証拠略》によると、被告Y₂は夫の被告Y₁とともにこれらの点につき何ら考慮を払うことなく経過したものと認められるのである。そうすると、被告Y₂にはBの行為により原告に損害を与えたことにつき重大な過失があつたものといわ

なければならず、右損害につき賠償の責めに任ずべきである」(東京地判昭六二・八・一七判時一二七六号一三〇頁)

【評釈】 支店長Bの不法行為はその職務を行うにつきなされたものであるから、本来は使用者たるA会社が責任を負うべきであるが、A会社は既に倒産しているので、代理監督者たる社長Y₁の責任を問うたものである(民七一五条二項)。この処置は正しいと思われる。またY₁の妻Y₂(取締役)は宅地建物取引主任者の資格を有するが、取締役でもあるから、取締役として職務を行うにつき、悪意または重大な過失があれば、被害者たる第三者に対して、Y₁Y₂が連帯して賠償の責任を負うべきことは商法二六六条ノ三第一項に規定がある。判決はY₂の重大な過失を認定した。本件でBが横領したとされる金員は、客のための立替金、B配下の従業員海外旅行費、仕事上の接待費やB自身の遊興費などに費したものであるが、その原因は会社からきびしいノルマを課されたことに帰するもので、監督不行届という外はない。判決はBが受領した六〇五万円余と弁護士費用六〇万円との合計額をもって賠償額とした。妥当な判決であろう。

(136) 不動産仲介業者の買主に対する所有権移転登記手続および引渡が履行されるように努力すべき義務の不履行がなかったとされた事例

【事実】 Xは転用のうえ工場用地にするため、Yの仲介で、昭和三七年四月二日A所有の耕地整理中の農地を買受け、農地法五条の許可を条件とするAからXへの所有権移転仮登記をした。Xは五四年九月一日Aに対し、右農地について仮登記に基づく所有権移転本登記手続を求める訴を提起したが、XのAに対する農地法五条による転用許可申請協力請求権は昭和四七年四月二日の経過で時効により消滅したとして、請求棄却となり、これが確定した。そこでXは、右農地の引渡、登記移転につき、仲介業者Yの仲介契約上の債務不履行によって不能となったとして、右農地の時価相当額の損害賠償をYに訴求した。

【判決】 「ところで、原告Xは被告Yに対し、被告は本件土地の前記条件付売買契約の仲介人としての義務として、原告のために本件土地の所有名義の移転登記及び引渡義務を負う旨主張し、被告はこれを争うので考えるに、本件土地の条件付売買契約につき、不動産仲介業者である被告が、原告に対し仲介者の受任義務として、その売主Aと同じく原告に対し本件土地についての原告のための所有権移転の本登記手続及びその引渡をすべき義務、またはAの右義務の履行を担保する義務まで負担するものではないが、被告は仲介者としてその委託の趣旨に従って、売主であるAの履行に不安があつて、委任者たる原告に損害を与えるおそれがある場合は、専門家としての立場から委任者である原告をして適切な措置がとれるように事情を説明して指示する等、原告に不測の損害を与えることなく、本件土地につき原告への所有権移転の本登記手続及び引渡が履行されるように努力すべき義務があり、被告において右義務を怠ったときは、原告に対し受任義務の債務不履行に基づく損害賠償義務を負うと解するのが相当である。

したがつて、以下、かかる観点から、被告に不動産仲介業者としての受任義務の債務不履行があるか否かにつき考える。
 《証拠略》によると次の事実を認めることができる。

本件土地の耕地整理は、昭和四三年に至つても終了せず、そのため、原告のための所有権移転の本登記ができないでいたところ、本件土地についてもAが売買の締結を否認するおそれがあり被告としても、仲介者としてこのまま放置しておくわけにはいかなくなり、原告に対し、その旨を告げて、当時豊田不動産事務所によく出入りしていたS弁護士を、原告に紹介したこと、

S弁護士は、被告を介して原告に対し、耕地整理中である今の段階では、本件土地につき農地法五条の許可をすぐに得ることは不可能であるので、S弁護士は種々策(略)を案じたが、それに対し売主であるAからの協力が得られないため、昭和四三年一二月頃、原告に対し、Aを相手方として訴訟を提起する外はない旨説明をし、これを了承した原告のために、訴訟代理人としてAに対する訴状を作成したが、原告が右訴訟に必要な弁護士費用を支払わないために訴訟提起に至らなかつたこと、

原告は昭和五二年八月二六日、本件土地に対する仮登記の被告への付記登記を抹消し、同五三年一〇月頃より、Aに対し、直接本件土地についての所有権移転の本登記手続への協力を求めたが、これを拒絶されたため、同五四年九月一四日にAに対し本件土

地についての農地法五条による知事の許可を条件とする前記仮登記に基づく所有権移転登記手続を求める訴を提起するに至ったこと。

右事実によると、原告のAに対する本件土地についての農地法五条による転用許可申請協力請求権が、昭和四七年四月二二日の経過により時効により消滅したのは、被告の仲介業者としての適切な協力に、原告が応じなかったためであり、右時効消滅につき被告に受任者としての債務不履行があるということはできない。」（棄却）（東京地判昭和六二・一一・二七判時二二八〇号九七頁）

【評釈】 不動産仲介業者としては仲介の趣旨に従って、売買がスムーズに履行されるよう注意すべき義務があるので、売主の履行に不安のある本件で、仲介業者が専門家として、委任者たるXに適切な処置がとれるよう事情を説明して指示すべき義務があることを判決は認定しているが、買主Xに弁護士を紹介し、弁護士において、昭和四三年の段階で（消滅時効完成前）訴状を作成し訴提起の準備をしたのにかかわらず、Xが訴訟に必要な弁護士費用を支払わないため、訴提起に至らず、消滅時効が完成し、Xが目的を達しなかったわけである。そこで判決は時効消滅につき、Xの自招行為によるもので、仲介業者としての債務不履行はないと判示した。判決の結論はやむをえないところであろう。

(137) 一、不動産仲介業者の取引相場価格の調査と善管注意義務

二、不動産仲介業者の売主に対する仲介手数料の請求が信義に反する権利濫用に当たるとされた事例

【事実】 不動産仲介業者Xは、売主Yの委任により本件土地の売買の仲介をし、YA間に代金八三〇〇万円（坪当り九〇万円）による売買契約を成立させた。仲介手数料二五五万円（告示最高限度額）の支払を請求した。ところがYの抗弁によると、本来Yは

売却の意思のないのを、Xの社員が利を図るため、執拗に売却をすすめ、しかも坪当たり時価一三〇万ないしそれ以上の土地を、せいぜい八〇万円ぐらいとYに告げ九〇万円で売らせた。Yは損害を多少でも埋めるため、違約金一〇〇〇万円をAに支払って解約した。Xの手数料請求は信義則に反し権利の濫用だと主張した。

【判決】 「不動産の価格に関しては、原告の主張するように確固たる取引相場価格が存在するわけではなく、売主買主双方の要求度合い等に依じて個別具体的に取引価格が形成される面があることは否定できず、また最終的にその価格を決定するのは売主と買主であることも、いうまでもないところである。しかし、同時に、有償で不動産売買を仲介する者は、あらかじめ依頼者により指値を指示されて仲介を委任された場合などにはその内容に差異があろうが、そのような場合を除き、原則として、善良な管理者としての注意義務をもって、取引相場価格の調査をなし、依頼者の利益となるような売買条件の策定に向けて努力する義務を負うものと解するのが相当である。そして、前記2の認定事実からすれば、本件の仲介は原告の方から積極的に勧誘し、価格を提示して説得したのであるから、右の原則的な場合に当たるとは明らかである。」

「以上によれば、本件土地の仲介にあたって原告のした取引相場価格の調査及び右価格の被告への提示と説得は著しく不相当なものといわざるを得ず」

「以上の事実を徴して考えれば、原告が本件契約の仲介をしたのは、被告の利益のためというのではなく、原告の利益及び原告の親会社である殖産住宅が本件土地売却後に土地の買主との間でマンション建設の請負契約を締結することができるという利益を図ること並びに殖産住宅の被告に対する債権回収を容易にすること、並びに担当従業員達の成績向上が主な目的であったと言いうことができ、そのために本件契約の仲介はむしろ殖産住宅の社員が積極的に説得しており、原告は本件契約に先立って適切な取引相場価格の調査を行わず、売主側にとって不適切な価格である一坪当たり金八〇万円をもって、時価であると告げ、被告を強引に説得して一坪当たり金九〇万円の割合で売却することを決意させ、その結果、被告は利益を得るところか、相当額の損害を被っているものといえることができる。このような事情の下において、原告が、被告に対し、本件契約を仲介したことに基ついて手数料を

請求するが如きは、当事者間の信義に反する権利の濫用として認められないものと解するのが相当である。」（東京地判平成元・三・二九判夕七二六号一四八頁、判時一三四四号一四五頁）

【評釈】 本件は仲介業者からの仲介報酬請求権の有無に関し、これを否認した判決である。そして、仲介業者Xが土地の売買価格について調査義務を負い、それに違反をしたことを認定した新判例である。しかも仲介業者がその親会社（S住宅）によるYの建築費の支払を急がせる目的で、Yの所有地の早急な売却を強引に迫り、時価の半値による処分を余儀なくさしめたものである。不動産の価格の調査としては、判示にもあるとおり、先ず附近の不動産の取引事例を調査するのが、容易で且つ重要で、しかも手短かな方法である。それにもかかわらず、原告仲介業者Xはそれを尽していない。本来、仲介業者は不動産鑑定士ではないから、原則として価格について鑑定評価すべき義務はないとみるべきであるが、今日、媒介契約約款（一般・専任・専任専属）にはすべて、媒介すべき物件の価額を決定し、それに根拠を示して意見をのべるべき旨が規定されているのであるから、物件の時価について相当程度の認識を持つべき義務が課せられているわけである。本件では、時価よりはるかの少額で売らせているのは、差額が大きすぎる。鑑定士などの意見では、適正な時価評価の二割以上の誤差は、仲介業者は鑑定士でないといっても許さるべきでなかろうとのことである。本件のXは評価についての善管注意を怠ったといわれても仕方がなかろう。況んや、売主Yの意思を無視して売却を執拗に迫ったというのであるから、Xの注意義務違反は免れない。判決がXの報酬請求を棄却したのは妥当と思われる。YとしてはむしろXの義務違反にもとづく損害賠償請求の反訴を提起してもよかつたのではないかと思われる。しかしYは後で同土地を坪一八〇万円で売却して却て利益したことになるからそれを控えたのであろう。

(138) マンションの売主(宅建業者)が公庫融資金を買主(破産者)に代って受領し、代金弁済に充当した行為が破産法上の否認の対象とならないとした事例

【事実】 A(破産者)はYからマンションを住宅金融公庫の融資つきで購入したが、公庫融資を受けるため、Aは先ず物件の名義をYの所有名義にしたうえ、Aが公庫に抵当権設定登記をなし、YはAとの間で、Yが公庫融資をAに代って直接受領して売買代金に充当する旨の代理受領特約をなし、公庫の承諾もえた。ところが、右登記手続が完了し、公庫融資が実行される直前になってAは自己破産の申立をした。Yはこれを知りながら、公庫には告げず、公庫からAへの融資金を代理受領して売買代金の一部に充当した。そこで破産管財人Xは、破産法七二条二号によりYの右の弁済充当を否認し、融資金の返還を求めた。この中で、AがYに代理受領と弁済充当を許した行為が、同条の「破産債権者ヲ書スル行為」に当るか否かが争われた。

【判決】 「否認権は、破産債権者にできるだけ多くの満足を与えるために、破産宣告前における破産者の財産関係の変動を否認して、破産者の財産状態を原状に回復せしめる権利であるところ、一般に否認権が成立するための要件としては、破産宣告前に破産者の財産関係について破産債権者を害する変動があり、これについて受益者が存することであるが、右変動が破産債権者に対する関係で不当なものでないときには、否認権の発生が阻止されると解するのが相当である。」

「右に述べたように、本件の借入弁済の実態を考慮するならば、本件弁済充当は、実質的に破産財団を減少せしめる行為ではなく、一般債権者に対する関係において、不当性を欠き、否認の対象とならないものと解するのが相当であるから、被告の主張は理由がある。」(棄却) (東京地判昭六〇・四・二二判時一一七八号一〇二頁)

【評釈】 判旨を補足すれば、本件では、公庫の融資金はマンションの購入資金にのみ充てるべき旨当事者間で定められ、本来Yの手中にのみ入るべき性質のものであったこと、Aがマンションの所有権と融資金の両方取得することは制度上ありえないこと、もしYが公庫の融資金の引渡義務と代金債務を相殺する形式をとっていれば、この相殺は

Aの破産宣告後も許容さるべきはずである。したがってAの行為が特に破産債権者を害する行為とはいえず、不当性はないというにある。

本来、破産法上の否認権の成否は、破産債権者の利益と受益者の利益とを比較考量して、破産者の行為が是認できるか否かによって決すべきであるから、破産者の行為、目的、態様その他行為のなされた諸般の情況から、その行為が相当とみられるときは否認できないとするのが近時の有力説である（山木戸・破産法一九〇頁、谷口・倒産処理法二五三頁、斉藤ほか編・注釈破産法三二〇頁など）。また第三者（本件で金融公庫に該当）からの借入金による弁済が否認の対象となるかについては、大判は、特定債権者への弁済は、破産債権者間の公平な弁済を妨げ破産債権者を害するから、この弁済は否認の対象になるとした（大判昭一〇・九・三民集一四卷一四二頁）。この大判につき、兼子博士は、「破産者が第三者から借入れた資金はその瞬間に当然に債権者の一般担保に組入れられているから、その後これを特定債権者に弁済すれば平等弁済を害する」として判示に賛成した（判民昭一〇年度八八事件評釈）。これに対し、加藤博士は、その弁済によって破産財団の総額が減少しているわけではないから否認しえないとされた（法協五四卷三号五六三頁、なお大判昭八・四・二六評釈判民昭八年五七事件も同旨。また片山通夫・民商三卷二号三三六頁も同旨）。さらに、井上治典氏も、兼子博士等の考えは、①借入による共同担保の増大と②弁済による減少との二つを分ち、②の弁済面を重視する立場であるが、両者をトータルに考えて破産財団を害するか否かを考えるならば、第三者から借入れた資金を弁済に当てても、財団の財産は減少したことにならないから、この弁済を否認すべきでないと思われる（演習破産法四五〇頁、同旨の福岡高判昭五九・七―三〇判時一一四一号九三頁）。私も実質的に考えてこれらの否認を否定する説に賛成したい。

(二) 宅建業者たる売主の担保責任

- (139) 売買の目的物である土地に接する道路（私道）について建築基準法による道路位置指定が受けられないため、右土地上に建築された建物について建築確認を受けられる見込がない場合において、売買の目的物に隠れたる瑕疵があるとして、いわゆる信頼利益の賠償を認めたる事例

【事実】 X（原告・控訴人・附帯被控訴人）は不動産会社Y₁（被告・被控訴人・附帯控訴人）から、本件土地を代金二二三万円余で買受けた。Xは売買に当り、Y₁（宅建業者）から即時建築可能との説明を受け、昭和五一年四月頃に組立ハウスの組立販売業者Y₂（被告・被控訴人）をして建築せしめて入居した。ところがXは、昭和五八年一月に至り、本件土地に接する道路（私道）に建築基準法による道路位置指定がないため、本件土地上の建物には建築確認がえられる見込がないことを知って、そこでXは、Y₁に対し、昭和五八年一月二三日、本件土地を買った目的を達成しえないことを理由に、右売買契約を解除した。XはY₁、Y₂に対し、右契約解除にもとづく原状回復として支払い済みの売買代金の返還を請求するとともに、本件建物の建築費、本件土地の値上り益などを損害賠償として請求した。Y₁は一年の除斥期間の経過、同時履行の抗弁などを主張した。

【判決】 「そこで、請求原因について検討するに、主位的請求について説示したとおり、本件売買の目的とされた本件土地は、道路位置指定を受けていないため、同地上に適法な建物を建築することが許されないのであるが、本件土地周辺の状況、とりわけ本件土地に接して現況道路が存在していたこと、控訴人Xは本件土地を不動産業者である被控訴人Y₁から買受けたものであること等からして、道路位置の指定がないため、建築確認が得られないものであることを知らないで右買受けに及んだものであり、売主である被控訴人Y₁もまた造成業者から本件土地を買受けたこと及び現地の状況からして、同様にこのことを知らないで本件土地を控訴人Xに売渡したものであるから、本件土地につき、道路位置の指定がないため建築確認が得られないとの点は、仮に今後もこ

れらを受けられないことが確定的になったものではないとしても、目下それが絶望的である以上、本件売買の目的とされた本件土地につき隠れた瑕疵が存するものと認めるのが相当であり、右の瑕疵により控訴人Xは結局本件土地買受けの目的を達することができなかったものといふべきである。したがって、控訴人は被控訴人Yに対し民法五七〇条、五六六条により、本件土地の売買契約を解除することができるものといわなければならない。

請求原因(因)の事実が当事者間に争いが無い。そうすると、控訴人と被控訴人Yとの間の本件土地の売買契約は、昭和五八年一月二三日限り解除されたこととなり、右解除により被控訴人Yは、控訴人に対し原状回復として受領済みの代金二一三万五〇〇〇円を返還するとともに控訴人が被った損害を賠償すべき義務がある。

被控訴人Yは、控訴人のした本件売買契約の解除は一年の除斥期間が経過した後になされたものであるから無効であると抗弁するが、さきに判示したとおり、道路位置の指定がないため本件土地上の建物建築につき建築確認の得られないことが絶望的となつたのは、千葉県長生土木事務所から回答のあった昭和五八年一月九日であるから、控訴人はこの日をもって前示の瑕疵の存在を知つたものとみるべきであり、控訴人の本件売買契約解除の意思表示はそれから一年以内である同月二三日になされているのであるから、右抗弁は採用の限りではない。

次に、控訴人の被った損害について検討する。

(1) 本件土地の売買は特定物の売買であるから、買主は売主に対して瑕疵がないと信じたことよつて被った損害の賠償(信賴利益の賠償)を請求することができるものと解すべきところ、控訴人の主張する損害のうち、これに該当するものとしては、本件建物の建築費、本件土地購入に関して支払つた登記費用と本件土地についての公租公課を挙げることができ、《証拠略》を総合すると、控訴人において、本件建物の躯体建築費及び内装工事費等として二〇〇万円を出費したこと、又、《証拠略》によれば、本件土地、建物に関しての登記手続費用として金一万八二〇〇円、不動産取得税として五一九〇円の出費をしたことが認められ、右認を左右するに足りる証拠はない。

(2) 控訴人主張の本件土地の値上り益の喪失は履行利益の賠償に当るものと解されるので、本件の場合これを肯認することはできず、慰藉料を除くその余の損害は、いづれもそれ自体本件売買契約の解除とは到底相当因果関係にあるものとはいえないのみならず、仮にこれらが特別損害に当るとしても、売主である被控訴人Y₁においてこれを予見しえなかったものというべきであるから、これらについての賠償請求を認めることはできない。さらに、慰藉料の請求については、本件の如き有償の双務契約を解消するにあたっては、解除による原状回復及び経済的損失の賠償をもって処理すること足りるものというべきであるから、右請求もまた失当である。

(3) よって、被控訴人Y₁は控訴人に対し本件建物建築費及び登記費用、税金の各支払合計二〇二万三三九〇円を控訴人の被った損害としてこれを賠償すべきである」としてY₁は受領済みの代金二一三万五〇〇〇円と、損害賠償として二〇二万三三九〇円をXへ支払うべきことを命じた。そしてY₂に対する請求は棄却した(東京高判昭六二・六・三〇判時一二四〇号六六頁)。

【評釈】 建築基準法によれば建物を建築するには、原則として幅四米の道路に敷地が二米以上接していることを要する(同法四二、四三条)のであるが、本件土地の横に私道があったものの、それが道路の認定を受けておらず、受けられる見込もなく、従って建築不可能の土地であった。したがって既に建築した建物は違法建築なので、建築確認も得られる見込もないわけである。いづれ撤去すべき運命の建物である。これは土地の瑕疵といわねばならない。売主担保責任は無過失責任であるから、売主がその瑕疵を知らなかった本件においても、売主の担保責任は免れず、民法五七〇条により売買契約解除と損害賠償を命ぜられたのはやむをえない。この損害賠償は判例通説では信賴利益の賠償であり、本件では、既になされた建物建築の費用、登記手續費用、不動産取得税に相当する賠償がこれに当り、本判決もこれを肯定した。しかし、Xが値上り益の賠償を求めたのに対し、判決はこれが履行利益に当るとして否認したのは妥当である。なお慰藉料の請求に対し、原状回復と経済的損失だけで足りるとして、これを認めなかったが、既

に七年間も住みついた住宅を離れざるをえないXとして幾らかの慰藉料の支払がみとめられてよかつたのではないかと思われる。

(140) 買受土地が不存在または他人の土地と重複していることを理由として追及した売主の瑕疵担保責任の除斥期間につき、買主が土地家屋調査士よりその旨の調査報告を受けた時より進行するとした事例

【事実】 Xは昭和五二年七月九日、宅建業者Yから、宅地(三六番ノ三の土地)を代金四〇〇万円で買受けたが、その際Yから、三六番の三の土地として現地で指示説明された範囲の形状は、公図の記載とほぼ符合し、実測面積も公簿面積と見合っていたので、右範囲の部分と同番地の土地と信じて購入した。ところがXが右部分の土地の使用を開始した後、昭和五三年六月頃、第三者Aにより使用禁止の看板を立てられ、昭和五五年一月には、Aから右部分の殆んどは、A所有の別番地の土地である旨抗議を受けたので、Xは土地家屋調査士に調査を依頼したところ、昭和五八年三月一四日、三六番ノ三の土地の上に他人の土地が乗りかかっている旨書面による報告を受けた。そこでXからYに対し、債務不履行ないし瑕疵担保責任にもとづく解除による原状回復請求として、訴状(昭和五九・一・一八訴え提起)をもって解除・原状回復請求として、売買代金相当額の支払いを求めた。これに対し、Yは、Xが本件土地の重複を知ったのは昭和五二年一〇月であり、瑕疵担保責任の一年の除斥期間が既に過ぎてしていると抗弁した。

【判決】 「ところで、民法五七〇条にいう売買の目的物の「瑕疵」とは、単に自然的、物理的な欠陥に止まらず、法律的な支障により、契約上目的とされた使用が得られない場合をも含むものと解せられるが、これを本件についてみた場合、購入した土地が、他人の所有する土地と部分的に重なり合う疑いが生じ、それが単に隣地所有者の主観的な言い掛りとはいえず、公図ないしは法務局に提出された地積測量図からも相当の蓋然性をもって疑われる前記認定の事情からすれば、本件の原、被告間における三六番三の土地の取引については、購入した土地の所有権につき将来訴訟等の手段により法的解決をみる以外ないという意味において法律的な支障があるというべきで、売買の目的物に「瑕疵」が存在すると解して十分であると思量される。

つぎに、民法五七〇条の「隠れたる」瑕疵の存否を、本件についてみるに、一般人である原告にとって、土地購入に際し、他人の所有する土地との土地の重複の有無ないしはその蓋然性の有無を公図等によって調査することまで求めることは、酷に過ぎると言うべきで、前記認定のとおり、現地において売主である被告の担当者から指示説明を受け、これを信じて土地を買い受けた原告には、前記法律上の「瑕疵」の存在について善意、無過失を認めて差し支えなく、「隠れたる」瑕疵があったものと認定できる。

つぎに、被告は、昭和五二年一〇月頃原告は前記土地重複の事実を知ったとして、その時点から一年の除斥期間が開始する旨主張するが、土地の重複の蓋然性は極めて専門的な判断に属する事柄であって、前記認定事実からすれば、単に他の地番の土地所有者から土地利用につき抗議を受けた時点ではなく、北野土地家屋調査士から書面により報告を受けた昭和五八年三月一日から右除斥期間が進行するものと解され、本訴提起がそれから一年を経過しない昭和五九年一月一八日であることは当裁判所に顕著な事実であるから、被告の右主張は理由がない」原告の被告に対する本訴請求は理由がある（京都地判昭六二・一二・一〇判時一二七四号一一五頁）

【評釈】 先ず判決は、本件を瑕疵担保責任で処理している。「瑕疵」には物理的瑕疵のほか法的障害も含まれるが、本件の場合、土地所有権につき訴訟によるほか解決の道がないという意味において「法的障害」があるという。しかし本件土地は、その上に他人の土地が乗りかかっているとすれば、買った土地が他人の土地であったともいえるから、むしろ民法五六三条の担保責任で解決すべきことも考えられる。しかし他人の土地か否かについて訴訟によらねば結着がつかないとすれば瑕疵担保の問題とする方が無難と思われる。それにしても、いづれも除斥期間の問題は同じである。

つぎに、瑕疵担保責任の除斥期間（一年）につき、これが何時の時点から進行するかにつき、土地の重複か否かは専門的判断を要するので、Aから抗議を受けた時点ではなく、土地家屋調査士から書面による報告を受けた昭和五八年

三月一四日から進行を開始するとみるべきだと判示し、未だ除斥期間を経過していないと判示した。

なお、担保責任による契約解除と損害賠償の請求につき、本件事案では、訴えをもってしたわけであるが、裁判外の請求でもよいか否か、また除斥期間は消滅時効ではないかについては、判例・学説が分れている。判例（民法五四条につき大判昭一〇・一一・九民集一四卷二一〇一八九九頁）通説（末弘・債各三九八頁、岡松民法理由五六四條（註一等）は裁判外の意思表示によって実現される形成権の除斥期間と解している。この判例・通説によると、解除による損害賠償請求権は普通の債権の消滅時効に服することとなり、これでは問題を早く解決せよとする担保責任の立法趣旨に反する結果となる。そこで、他の説は、①一年の期間を出訴期間と解する説がある（我妻・債各中一の二九一頁、二七九頁、柚木Ⅱ高木・注釈民法(4)二八二頁）。この説によっても判決で認められた損害賠償請求権については、通説と同じ不都合を生じるように思われる。しかも解除による原状回復請求権（形成権）を常に訴えによって行使せねばならないとする法的根拠が曖昧である。②これを右形成権の除斥期間と考えずに、形成権行使の結果生じるべき原状回復請求権の時効期間と解する説がある（川島・判民昭和一〇年度一二三事例評釈）。この②説は、原状回復請求の形成権の行使は裁判外の行使で足るとする点で通説と同じである。そして原状回復請求を一年の時効で消滅せしめる点で、問題の早期解決を図る立法趣旨に合すると共に、時効中断が可能な点で買主の保護も図れる。この説が無難でないかと考える。

(141) 温泉付住宅地として分譲された土地の買受人が温泉引湯権を取得したものとみとめられた事例

【事実】 宅建業者Yが温泉付住宅地と称して分譲販売を広告していた土地をXが買受けたが、Yは給湯を停止し温泉権を第三者に譲渡しようとしたので、XはYに対し、主的に温泉引湯地役権の確認を求め、予備的に債権的な温泉引湯権の確認を訴求した。

【判決】 「右(一)の事実によれば、原告Xら主張のとおり、原告らは、被告Yに対し、原告らが望めば、合理的な使用料を支払うことによつて本件源泉から温泉の供給を受けることのできる債権(引湯権)を別紙第二物件目録記載の土地を買い受けるとともに取得したものである。」

被告は、本件分譲地の売買契約書には温泉の供給について記載がない旨主張するが、温泉給湯に関する特約があることは前記のとおりであり、右特約はパンフレットや価格表の記載内容を前提としたものであることは明らかで、契約の際特にパンフレットや価格表の記載内容とは異なる合意をしたのではない限り、パンフレットや価格表の記載内容とおりの合意がなされたことを示すものと認められる。そして、被告が本件分譲地の売買契約を締結するにあたってパンフレットや価格表の記載内容を訂正するようなことは何ら話していないことは前掲各証拠により明らかである。被告主張の温泉供給契約は、使用料等、温泉供給に関する細則を定めたものによらず、右契約によつて原告らに被告から温泉の供給を受ける権利が発生したものではない。

また、被告は、温泉の供給はサービスである旨主張するが、温泉の供給を希望する者と希望しない者との間には前記のとおり二〇万円の売買価格の差をつけていたのであるから、これをサービスであると解することはできない。」(東京地判昭六一・一一・二三判時一二五二号五八頁)

【評釈】 判決は、本分譲地のパンフレットや価格表に、全分譲地に給湯配管設備をしたこと、加熱使用のため、各戸に瞬間湯沸器を無償で設備すること、温泉を希望しないときは土地代金を一戸につき二〇万円減額すること等の記載があること、売買契約書にも、特約事項として、Yの負担で給湯設備や瞬間湯沸器を設備する等の記載があることを認定し、X等は分譲地を買受けることによつて使用料支払のうえ温泉の給湯を受ける債権的権利を得たと認めたものであり、判決は正当と思われる。

(三) 宅建業法関係

(142) 宅地開発指導要綱に基づく行政指導により締結された開発協力金の納付に関する約定が有効とされた事例

【事実】 高槻市に宅地開発指導要綱が設けられているが、原告X会社は、共同住宅建設を計画し、右指導要綱にもとづく行政指導として、事前協議の中で開発協力金に関する覚書の提出を求められ、これに応じて、市に対し、開発協力金約一八八五万円の支払義務を負担し、その半額を覚書作成と同時に、残額を開発工事の検査済受領時（但し都市計画法三七条申請をする場合はその申請時）に納付する旨の覚書を提出し、協力金の半額を支払ったが、その後右覚書の約定の不成立ないし無効を主張して、未払協力金の支払債務の不存在確認及び既払協力金の返還を求めた。

【判決】 (一) 本件約定の成否について判断するに、前記認定事実にもとづいて考えると、被告が開発協力金支払いを要請し、これに対して原告は金一八八五万二六〇円の開発協力金の支払い義務を負担する旨の本件覚書を被告に交付したものであり、かつ被告職員において原告に開発協力金の趣旨内容を説明した以外に、特に本件約定の締結を強要したような事情はなく、原告も納付時期の猶予を要請した外、本件約定の締結になんらの異議を唱えなかったのであるから、原告は開発協力金の趣旨内容を理解して、その自由な意志で本件約定を締結したものと認めるべきであり、本件約定は私法上贈与契約として有効に成立したといえることができる。

(二) 本件指導要綱は憲法二九条に違反するものであって、これを内容とする本件約定は民法九〇条、地方自治法二条一六項により無効であるという主張について判断する。

前記認定事実にもとづいて考えると本件約定は本件指導要綱による行政指導にもとづくものであり本件指導要綱は作用法的な法律上の根拠を有しないのであるが、本件約定はそれ自体は私法上の贈与契約として成立しているものであるから、その基礎となっ

た行政指導に法律上の根拠がないということから直ちにこれを無効ということとはできない。他方私法上の契約の締結を目的とする行政指導は相手方になんらかの事実上の影響を与えるものであることは否定できず、これをあらゆる場合にいかなる意味においても法律上の根拠を必要としないと断定することは法治主義の観点から妥当ではないといふべきである。従つて、当該行政指導の目的、必要性、方法の相当性、相手方の負担の程度、相手方に対する働きかけの態様、程度等を総合考慮し、それが法治主義を潜脱するものである等特段の事情が認められる場合において初めてその行政指導に基づく私法上の契約が無効となると解すべきであるところ、前記認定の事実を照らして考えるとき右特段の事情が認められず、他にこれを認めるに足りる証拠はない。

なお、本件指導要綱が慣習法である旨の被告の主張についてみるに、ある慣行が慣習法となるには社会における法的確信によって支持されることが必要であると解すべきところ、前記認定の事実にもとづいて考えると、本件指導要綱が法的確信によって支持されるに至っているとは認めがたいので、右の被告の主張は採用しえない。

(三) 本件指導要綱の開発協力金に関する規定は、地方税法七〇三条の三、憲法八四条の規定に違反し、租税法律主義に違反するものであり、これを内容とする本件約定も民法九〇条、地方自治法二条一六項により無効であるという主張について判断する。

地方税法七〇三条の三の規定する宅地開発税は行政庁が公権力の行使として賦課する金銭支払い義務であるが、本件指導要綱に基づく開発協力金は、さきに認定したとおり原告と開発行為者との私法上の贈与契約による金銭支払い義務なのであるから、これに法律上の根拠がないとしても、地方税法七〇三条の三ないし憲法八四条に反するものではなく、租税法律主義に違反するとも言えない。

(四) 本件指導要綱に基づく開発協力金の規定は地方財政法四条の五の割当的寄附金の禁止の規定に違反するもので無効であるからこれを内容とする本件約定は民法九〇条、地方自治法二条一六項により無効であるという主張について判断する。

同条における寄附金を割り当てて強制的に徴収する行為（これに相当する行為を含む）とは、国または地方公共団体がその権力関係または公権力を利用して、強制的に寄附の意思表示を為さしめて、これを収納する行為をいうところ、本件約定締結の経緯は

前記認定のとおりであつて被告職員が原告に開発協力金の趣旨内容を説明した以外に、その権力関係または公権力を利用して本件約定の締結を強制した事実はこれを認めることができず、又被告が本件約定の履行を求めているのは私法上の贈与契約の効果にもとづくものというべきであるから、本件約定の締結は同条の寄附金を割り当てて強制的に徴収する行爲ないしこれに相当する行爲にあたらぬ。

(四) 本件指導要綱が實質上は普通契約條款でありかつ違法なものである旨の主張についてみるに、前記認定事実中にみられる運用の態からみると本件指導要綱がにわかに實質上の普通契約條款であるとはいえないばかりでなく、以上認定のとおりそれが違法のものともいえないので、右主張は採用の限りでない。

以上の次第であるから、本件約定は有効であり、原告は被告に対し、本件約定にもとづく未払開発協力金九四二万五三〇円の支払義務を負担するものであり、既に支払済の開発協力金九四二万五三〇円の返還請求をなしえないものといわなければならぬ」(大阪地判昭六一・九・二六判時一二四〇号九二頁)

【評釈】 本件は地方公共団体(高槻市)が土地開発業者から開発協力金を徴収した行爲の無効性が争われたものである。本来地方公共団体が協力金を徴収しうる法的根拠はないのであるが、行政指導として話合によつて支払わしめたもので、それは私法上の任意の贈与契約によつたもので有効だというのが判旨である。X(業者)としては、市の行政指導要綱は、憲法二九条(財産権の不可侵性)、地方自治法二条一六項(法令違反の事務処理の無効)、同八四条(租税法律主義)、地方税法七〇三条の三(宅地開発税)、地方財政法四条の五(割当寄附金等の禁止)に違反し、慣習法としても認められないとして争つたものである。判決は、指導要綱が行政指導の方法、目的、程度、態様等からみて法治主義を潜脱しなかり有効だとし、本件では適法とした。また、本件協力金は私法上の贈与契約によるものであるから、租税法律主義に反するものではないとする。本件では、市が公権力を利用して強制的に徴収したものと

でないから、民法九〇条や地方自治法二条一六項にも違反しないとした。

本来、都市の急速な人口増加に伴い、学校、道路、病院その他の諸施設の拡充に迫られ、市の財政の圧迫に難渋していることは事実である。それを市民税によってまかなうことも考えられるが庶民の生活を圧迫することもあるので、開発によって直接利益を得る開発業者に或る程度負担せしめることは止むをえないことといえる。本件は、市と開発業者との間に協力金支払について任意の合意ができて一部は既に支払った後の問題であるので、今更それをくつがえすことはむづかしい。たゞもし開発業者が予めその協力金支払に合意しなかった場合はどうであろうか。市として開発許可を留保できるか。むしろ否定すべきことになるのではなからうか（最判昭六〇・七・一六判時一一六八号四五頁、東京高判昭六〇・八・三〇判時一一六六一四一頁参照）。しかし本件業者が贈与に合意したのは行政処分（開発不許可）を恐れてのものであろうから、その任意性は疑わしいといわねばならない。開発業者Xも、訴状で、「行政指導も相手方に任意性が認められない場合は、作用法的にも法律の根拠が必要である」とのべてはいるが、任意性がなかったことを強調していたら、結果は異なっていたかもしれないであろう。

なお、原告X主張にもあるが、地方税法七〇三条の三による宅地開発税をとるのであれば、法的根拠があるから問題はなかったであろうが、市が協力金にしたのはなぜなのか知りたいところである。恐らく税金では多額がえられないのであろうか。

(143) 宅地建物取引業法による弁済業務保証金請求権の取得が否定された事例

【事実】 XはAに甲物件を三六〇〇万円で売却した。他方AはBに乙物件を一七〇〇万円で売却した。AはXへの代金支払のため、

Aの売主たる地位ならびにBへの債権をXへ譲渡した。XがBに一七〇〇万円の支払を請求したところ、一三〇〇万円を支払っただけで四〇〇万円を支払わない。Bは宅地建物取引業保証協会Yの社員であり、宅地建業法六四条の七に基づいて、Bに係る弁済義務保証金として三〇〇万円を法務局へ供託した。そこでXはY協会に対し、供託保証金の還付を受けるため認承を申出たところ、Yはその申出を拒否したうえ、次に申出たCのため認承を与え、Cが還付を受けたため、XはそれをYの不法行為だとして損害賠償を請求した。これに対し、YはAからBへの売主の地位と債権の譲渡を否認し、BがAより甲物件の売買代金債務を引受けたが、Aの右債務につきXに対して保証したものであると主張した。

【判決】「ところで、宅地建物取引業法六四条の八第二項にいう認証とは、宅地建物取引業保証協会が弁済義務保証金の弁済（還付）を受ける権利の存在及びその額を確認し証明することである。また、認証請求とは、弁済義務保証金還付請求権の存在及びその額を確認し証明すべきことを宅地建物取引業保証協会に申し立てる行為をいう。宅地建物取引業法六四条の八第一項は、弁済義務保証金還付請求権の発生要件を規定し、そして、同条二項は、「前項の権利を有する者がその権利を行使しようとするときは」認証を受けなければならない旨規定している。従って、右両項の関係からは、弁済義務保証金還付請求権を有する者ならば宅地建物取引業保証協会に対し認証請求をすることができる と解される。

そこで、原告は弁済義務保証金の弁済を受ける権利を取得したか否か判断する。

(1) 請求原因第4項の事実中、原告Xが、昭和六〇年八月五日、被告Yに対し、本件供託金三〇〇万円の弁済を受ける権利を行使するため、認証を申し出したこと、被告が、昭和六一年一月二八日、原告の右申し出を拒否して、原告の次順位で認証を申し出した訴外Cに対し、同年三月一九日認証したこと、右Cが、同年五月二八日、右三〇〇万円の還付を受けたため、本件供託金はなくなり、原告が弁済義務保証金の弁済を受けることができなくなったことは当事者間に争いがない。

(2) 原告とAとの間の東狭山ヶ丘の物件の売買契約は、被告の社員でない者同士の取引であることが明らかである。従って、原告が、右取引によって生じた債権について、被告に対し本件供託金の弁済を受ける権利を直接取得する余地はない。原告がAに対

する売買代金債権の一部につき被告の社員である訴外Bに債務引受をしてもらったものであることは先に認定したとおりであるが、訴外Bの債務引受した債務が、もともと被告の弁済業務の対象となっていないから、訴外Bがその債務引受をした一事をもって、原告の訴外Bに対する右債権が被告の弁済業務の対象に転化するものではない。それ故、原告は、被告に対し本件供託金の弁済を受ける権利を取得したのではない。

よって、原告は、被告に対し、弁済業務保証金の弁済を受ける権利を取得したものは認められないから、被告の認証拒否が不法行為になるといふことはできない。」(東京地判昭六三・二・一判時二二八八号一〇五頁)

【評釈】 判決はXの主張に反し、売主たるAの地位とAのBへの代金債権とをXへ譲渡したことを認めず、むしろAのXへの代金債権一七〇〇万円をBが債務引受したものと認定した(いずれにしてもBがXから債務を負担したのと同じ)。Aの債権をAの売主としての地位と共にXが譲受けた場合と、Aの債務を引受けた場合とは、結果は異ってくる。もともとXA間の売買にもとづく債務は弁済業務の対象とはなっていないものである。そのような買主Aの代金債務をB(協会社員)が勝手に引受けたとしても、保証金から弁済を受けうべきものではなからう。もし仮りに弁済を受けうるものとすれば、保証協会の経済的基礎が危くなる。これに反し、もともと宅建取引によって売主Aと買主B(協会社員)との間に生じた代金債権を、売主(A)の地位とともに譲受けたXは、保証協会に対して弁済を請求できると解すべきである。その意味でXは債権譲受を主張したのであろうが、それが判決で否認されたわけである。判決の認定に誤りがなければ判示は正しい。判例時報の本判決についてのコメントで、明石ほか・詳解宅地建物取引業法三九七頁(岡本担当)が「一般承継人について還付請求できるとするようである」旨をのべているが、宅建取引から生じた債権の相続人等の如き承継人を指すのであって、本件で債務引受したBの如きについてまで弁済請

求でける意味のものではない。

(144) 一、宅地建物取引業法所定の免許基準に適合しない免許付与ないし更新をした知事の行為と国家賠償法一条一項の違法性

二、宅地建物取引業者に対する知事の監督処分権限の不行使と国家賠償法一条一項の違法性

【事実】 本件は宅地建物取引業法に基づく知事の免許の付与・更新及び監督処分権限の不行使と当該免許業者の不正な行為により損害を被った取引関係者に対する国家賠償法一条一項の適用上の違法性が争われた事案である。X（原告・被控訴人・附帯控訴人・上告人）は京都府知事の免許を受けた宅建業者A会社から建売住宅を買受け、代金の一部七四〇万円を二回にわたって支払ったが、右物件は他人所有であり、同会社の実質上の経営者であるBが、右金員を他に流用したため、契約は不履行に終わった。Aに対する京都府知事の免許は本件売買の約四年前に付与され、約一年前に更新されたが、免許の付与はB（業法五条一項二号にいう役員に該当）に対する宅建業法違反等の有罪判決の宣告直前にされ、その執行猶予期間中に免許の更新が行われたもので、免許の付与更新それ自体が業法五条一項七号の欠格要件に該当しており、右売買の二カ月前には取引関係者の苦情によりAに対する立入検査も行われていた。そこでXは、免許の付与・更新の違法及び事前に業務の停止（業法六五条二項）ないし免許の取消（業法六六条）をしなかった権限不行使の違法を主張して京都府知事たるY（被告・控訴人・附工控訴人・被上告人）に対し、合計一〇三四万円の賠償を訴求した。

一審判決（京都地判昭五八・七・三〇判時五一七号一七五頁）は、免許の付与・更新は業法上違法であっても、Xに対する関係で違法とはいえないが、当時の被害発生状況等にかんがみ二回目の中間金三九〇万円の支払前の段階で知事が少くとも業務の停止処分や指示（業法六五条一項）をしなかったことは著しく不合理であり、Xに対する関係で違法になったとして、過失相殺をした二七〇万円の限度でXの請求を認定した。そこでYが控訴した。

二審判決(大阪高判昭六一・七・一判時一二二二号四六頁)は、取引関係者からの苦情申出の実情、これに対するYの応対等を認定し、その確定した事実関係の下では、免許の付与・更新及び知事の監督処分権限不行使のいずれもXに対する関係で、国家賠償法一条一項の適用上の違法性があるとはいえないとして、Xの請求を棄却した。

【判決】 「法がかかる免許制度を設けた趣旨は、直接的には、宅地建物取引の安全を害するおそれのある宅建業者の関与を未然に排除することにより取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図るところにあり、監督処分権限も、この免許制度及び法が定める各種規制の実効を確保する趣旨に出たものにはかならない。もっとも、法は、その目的の一つとして購入者等の利益の保護を掲げ(一条)、宅建業者が業務に関し取引関係者に損害を与え又は与えるおそれが大であるときに必要な指示をする権限を知事等に付与し(六五条一項一号)、営業保証金の供託を義務づける(二五条、二六条)など、取引関係者の利益の保護を顧慮した規定を置いており、免許制度も、究極的には取引関係者の利益の保護に資するものではあるが、前記のような趣旨のものであることを超え、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保証し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとはにわかには解し難く、かかる損害の救済は一般の不法行為規範等に委ねられているというべきであるから、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、法所定の免許基準に適合しない場合であっても、当該業者との個々の取引関係者に対する関係において直ちに国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たるものではないというべきである。また、業務の停止ないし免許の取消は、当該宅建業者に対する不利益処分であり、その営業継続を不能にする事態を招き、既存の取引関係者の利害にも影響するところが大きく、そのゆえに前記のような聴聞、公告の手続が定められているところ、業務の停止に関する知事等の権限がその裁量により行使されるべきことは法六五条二項の規定上明らかであり、免許の取消については法六六条各号の一に該当する場合に知事等がこれをしなければならぬと規定しているが、業務の停止事由に該当し情状が特に重いとときに免許の取消事由と定めている同条九号にあっては、その要件の認定に裁量の余地があるのであって、これらの処分の選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているというべきである。したがっ

て、当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない。」（最判平成元・一・二四判時一三三七号四八頁、判夕七二七号八七頁）

右の判決は多数意見によるものであるが、これに対しては奥野久之裁判官による次のような詳細な反対意見がのべられている。

【反対意見の趣旨】 宅建業法は取引の安全を保護し、宅地建物の流通の円滑を図るとともに購入者等の利益を図るため、知事に監督権限を付与している。したがって知事は免許やその更新については厳格に権限を行使すべき責務がある。知事は裁量の名において監督処分権限の不行使が許されない場合がある。それは免許取消や業務停止等の監督処分をしなければ取引関係者の被害を増大または統廃させることが予想されるときである。この権限行使は職務上の責務であるとともに福祉国家における法の使命でもある。今や往年の取締行政に対する観念の転換を要する。本件において、その事案をみると、本件売買の直前である昭和五十一年八月頃は誠和住研はもはや正常な宅建業取引は行えない状態であったというほかはない。Aはしばしば法に抵触する行為を反覆して、刑罰を受けるなどいわば札付の人物であった。昭和四八年一月には法六六条三号、五条一項三号により免許取消を要する事由があった。本件免許の更新も法五条一項七号に抵触するもので許されないはずであった。京都府知事の度重なる指導監督権限の著しく不当な行使もしくは不行使が本件の事態を招来した。遅くもXが二回目の中間金を支払った同年一月二十五日までは監督処分すべきであった。その権限の不行使につき国家賠償法一条一項の違法性をみとめる余地が充分ある。原審判決は審理不尽の違法がある。」

【評釈】 本来、免許の更新、業務停止もしくは免許取消などの処分は、広く知事の裁量権限の範囲にある。すなわち

これを行使するか否かは知事の自由な裁量に任せられているわけである。これを一般に行政便宜主義という。しかし国民各個の利益の保護も重要な行政権行使の目的であるから、国民の利益に対する危険が増してきた場合は、危険の切迫性、予見可能性、回避可能性、権限発動の補充性、国民の期待等の要件を充すとき、行政便宜主義の名のもとに自由な裁量に任せられた範囲は次第に減縮して遂にゼロに達することがあるという。これは「裁量権収縮の理論」といわれる。この理論は行政法上の最近の理論であるが、学説上論じられている(原田尚彦「裁量権収縮論」法学教室五四号七〇頁、阿部泰隆「義務づけ訴訟論」田中古稀記念・公法の理論Ⅱ下二一三四頁など)ほか、すでに判例においても、東京スモン訴訟第一審判決(昭五三・八・三判時八九九号三三九頁)等において採用されている。この理論は、従来、反射的利益の理論(行政の規制は専ら公共の利益のためのみであり、それによってうける個人の利益は反射的利益にすぎないとする)とか行政便宜主義の原則のもとに否定されたのであった。しかし今日では国家賠償の面では、これらの理論はすでに放棄され、裁量のゼロへの収縮の理論が妥当なことになっている。本件第二審判決も一応この収縮論の立場をとっているようであるが、①生命、身体、財産への差し迫った危険の存在、②裁量権行使が損害回避に適切であること、③行政が容易にその手段をとることができ、被害者がそれを期待することが客観的に妥当なこと、という三要件を充していない本件事案では、裁量権不行使が違法でないとする。

ところで本最判は、①宅建業法の規定は個々の取引者の被る損害の防止や救済を直接目的としない、これは一般不法行為法に委ねられている。宅建業法は宅建取引の円滑な流通保護に目的がある。②知事の裁量権限の不行使が、監督処分権限付与の目的に照して著しく不合理でないかぎり違法とはならない、とする。

これに対して奥野裁判官の反対意見は、具体的事情を細かく分析した後、裁量権収縮論の趣旨をふまえた上で、知

事の裁量権不行を具体的事案に則して違法だとするものである。

私はかつて第一審判決（京都地裁）のコメントにおいて、業者の行為の違法性を計るうえにおいて交通事故と同じ点数制を用いてはどうかと提案したことがある（法学論集三八巻一号二七七頁）が、これは結局裁量権取縮論に通じるものがあると思われる。本件で度重なるA業者の策謀的行動を分析するとき、早い時期に免許更新ないし免許取消処分をしておくべきであったと考える。その意味で第二審判決は折角取縮論の立場に立ちながら、具体的事情に対する認識の甘さを感じるとともに、奥野裁判官の反対意見を支持したい。

（四） 宅建業者の報酬その他

(145) 宅地造成販売の委任契約が受任者（宅地造成業者）の責に帰すべからざる事由により中途終了した場合に受任者の履行した事務処理の程度に相応する報酬および相当の注意を払って必要と判断して支出した費用の請求が認められた事例

【事実】 Yら（山林所有者）はその山林の宅地造成、販売によって利益を得ようと考えて、造成業者Xに、その計画準備から販売に至る一切の事務を委任した。これを受けてXは、造成工事の準備をすすめていたが、その後、X・Yら間の関係が悪化し、Yらにおいて解約の意思表示をなすに至った。そこでXが準委任契約にもとづき、報酬と事務処理費用の支払を請求した。報酬について、X・Yら間には具体的な取り決めはなかった。Xが請求した報酬額は六九六万余円で必要費は九九六万余であった。

【判決】 「前記認定事実によれば、原告ら間には、右契約受任者たる原告Xの報酬についての具体的な話し合いはなかったけれども、被告らは、原告が宅地造成等に関与することを業とする者で、本件においても自己の営業として右契約を受任しようとするも

のであることを充分に認識しながら右契約締結に至ったというのであるから、右契約において、原被告ら間で、宅地造成及び販売などの事務一切が完了した時点で時価相当額の報酬を被告らが原告に支払うとの黙示の合意をなしたものと認めるのが相当である。そうすると、被告Yらは、連帯して、原告に対し、原告が右契約に基づく事務を処理するために相当の注意を払って必要と判断して支出した費用及び右事務処理の程度に相應する報酬を支払うべき義務があるものというべきである」先ず費用については、個別的に検討した上、YはXに対し、三一〇万七〇九〇円を償還すべきであるとされた。

「ところで、報酬額について具体的約定がない場合、当該委任にかかる事務が全て処理し終えたときには、委任を受けた事情、委任事務処理に要した期間、同事務処理に要した労力、委任事務の難易、委任者の利益に対する貢献度等諸般の事情を総合して報酬額を決定すべきものであるが、本件においては、委任は履行の半途において終了してしまつたうえ、右終了時においては未だ防災や造成等の工事費用がいくらになるのかさえ決定されていなかったのであって、原告が予定していたように二年間で委任事務処理が終了して委任者たる被告らに利益がもたらされたかどうかは予測の限りでなく、むしろ、本件契約にかかる造成販売計画を實現しえたかどうか疑問の余地もあることは後記のとおりであるから、委任事務終了時において原告が受くべき報酬額を算定しうえて本件契約解除時における履行の割合に応じた報酬額を算出するという手法をとることはできない。

そこで、このような場合には、履行の半途において委任が終了したときにもその時点における相應の報酬請求権を認めようとする民法六四八条三項の趣旨に照らし、受任者が処理した事務の内容、その全体の事務に占める程度、今後の事務処理実現の可能性など諸般の事情を考慮して、給付された労務に相当する報酬を定めるべきものと解するのが相当である。

そこで、これを本件についてみるに、前記一に認定したところによれば、原告は昭和五二年七月から同年一月までの間四か月余りに亘って、本件契約に基づき、補助者をも使いながら、本件土地を造成・販売するための準備行為に従事してきたこと、しかしながら、本件契約が解除された時点においては準備行為の一部が済んだのみであつて、造成工事着工はもとより、その前提となる工事業者の選定や、更にその前提となる実施設計圖書の作成にも取りかかる以前であつたこと、本件土地の造成については、本

件契約締結前に浅沼組や小松建設に話が持ち込まれたが、いずれも成約に至っておらず、ことに小松建設は本件土地が上下水道設置位置からかなり離れていることなどを理由に右の話を断っていることに照らすと、被告らに採算がとれるような金額で工事を請負う業者を見出しえたかにも疑問の余地があり、少くとも請負業者の選定には相当の困難を伴ったであろうと窺われること、原告が想定していた本件土地の造成計画は、国土法などの規制を潜脱するため、まずは防災工事ということにして造成工事を実施し、そのうえで被告ら各自が所有する土地部分を順次ミニ開発するという形式を採るといふものであったが、このような方法を採用したとしても行政官庁の建築確認等の手続をすり抜けることができたかどうかにも疑問の余地があること、本件土地の造成に要する費用は、堤の見積によれば、工事費だけでも二億円を大きく超過するのに、本件土地の担保価値は須子の鑑定によっても八〇〇〇万円余りであって、資金調達が可能であったのかどうかにも疑問があり、少くとも資金調達に要する労力も相当なものになるであろうと窺われるが、委任終了時においては、未だ資金調達に関する事務は緒についたにすぎなかったこと、もっとも、本件契約に基づく委任事務が未だ余り処理されていなかったのには、被告らの足並みが揃わず、原告やその補助者がこの点に労力をとられていたことにも一因があること、などの各点を指摘しうるのであり、これらの事情を総合考慮すると、本件契約解除時において原告が受くべき報酬は一〇〇万円をもって相当とするものと認める」必要経費を含めて合計四一〇万七〇九〇円の支払をYらに命じた。

(大阪地判昭六一・五・一六判時一二一九号九四頁)

【評釈】 本件は造成業者Xの努力はあったものの複雑な経緯の末、山林所有者Yらの方から委任を解除したものである。これに対して判決は民法六四八条三項により、委任事務遂行の割合に見合った報酬と費した費用の支払をYらに命じたものである。従来、割合報酬をみとめた例はあまり多くない。不動産仲介契約について、依頼者が仲介業者への売買の委任を中途で解除して直接取引で売買を成立せしめた場合(東京地判昭四七・一一・一五判時六九八号七五頁)、また仲介業者の仲介で売買が合意されたが、契約書作成前に、売主が勝手に他へ売却した事件で、判決は六四

八条三項の類推によって、仲介業者の費した労力に応じた報酬の支払を命じた(東京高判昭五〇・六・三〇判時七九〇号六三頁)。さらに、建築設計委任契約で、受任者たる設計業者の責に帰すべからざる事由によって、八割完成した段階で中途解約された場合に、本条による割合報酬の支払を命じている(東京高判昭五九・一二・一一判時一一四〇号八一頁)。本件で、被告Yらは、原告Xが自ら仕事を放棄したと主張したが、判決はむしろYらから解約したものだとして認定したうえ、民法六四八条三項を適用し、諸般の事情を考慮して相当報酬額を算定したもので、妥当と思われる。

(146) 一、建物賃貸借の解約申入れの正当事由の補完として建築予定建物の賃貸の提供を条件とすることの適否

二、不動産業者が分譲マンションに建替える目的で賃貸建物を買受け解約申入れをするについて賃借人に支払うべき補償の額

【事実】 不動産業者Xは、Aから、世田谷区内の木造二階建物とその敷地を、それととりこわしてそこに分譲マンションを建築する目的で買受けた。同建物には、BとYの二名の借家人がいたが、その賃貸借契約の条項に、将来建物を改築するときは中途解約に合意する旨の特約があったので、Xは兩名に対し、その特約にもとづく解約を申入れた。その結果、Bは明渡したが、Yとは解約条件が折合わず、Xは明渡を訴求した。Xは本訴において、主位的には、本建物の無条件明渡を求めたが、予備的に、(1)本件建物跡地を含む地上に建築予定の建物の一、二階部分の賃貸の提供および引渡を条件とする先履行としての明渡し、(2)三〇〇〇万円を支払と引換えの明渡しを求めた。

【判決】 Xの解約申入れは更新拒絶の意思表示であり、正当事由を要するが、主位的請求につき、本件建物は老朽化してはいるが使用に耐えないことはないこと、Yは父の代から畳屋を営み、顧客が近隣に限定していること、Xは借地権などのある土地を買取

って転売したり、分譲マンションを建築する会社であること等の事情から、Xは無条件にYに明渡を求める正当事由がないとした。予備的請求について、

「原告は、予備的請求として、原告が第一建物の跡地に建築予定の第二建物一、二階部分を、保証金五三二万八〇〇〇円、賃料一か月金二二万三二〇〇円、期間二年の約定で被告に賃貸の提供をし、かつ右建物を引き渡すことを条件として、本件建物を先履行として明け渡すことを求めるが、このような条件は、判決本文に掲記できる債務名義にかかる本来の条件には当たらないのみならず、右のような条件は、いかなる事情の変更によって、将来原告において履行が不可能になるか予測がつかず、このような、実現についての担保のない事項を約束にして、被告に対し本件建物の明渡しを先履行させることは相当でないといふべきである。

したがって、右条件の提示は、原告の正当事由を補充する役割を果たし得ず、原告の予備的請求その一も理由がない。原告は、更に予備的請求として、金三〇〇〇万円の支払と引き換えに、本件建物の明渡しを求める。

前認定のように、不動産業者が他人の土地を買い取り、借地権者や借家人を立ち退かせて、その土地を転売し、あるいはマンション建築等有効利用して利潤を得ようとするときは、借地権者又は借家人が立ち退くことによってこうむる経済上の出費及び損失を完全補償するのではなく、明渡しを求める正当事由は備わらないものと解すべきである。

本件についていえば、単に算定される借家権の価格を対価として支払えば足りるというのではなく、近傍に新たな賃借建物を求めるとすれば（建替え後の建物を賃借する場合も同様）そのために要する権利金、保証金等の出費、新家賃と現家賃との差額、畳屋営業に必要な造作があればその費用等、建替え後の建物を買い取る場合は、買い取り資金の不足に対する手当て等についての完全な補償を必要とし、被告が解約を合意することによってその営業上、生活上いかなる損失をも受けたくないことが要件となるものと解すべきである。

金三〇〇〇万円という金額が、右要件を満たすものであることを認めるに足りる証拠はなく、金三〇〇〇万円を超えていかなる金額をもってすれば足りるかを認定しうる資料も見当たらない。

そして、右説示に照らせば、被告が合意解約に応じないことをもって権利の濫用であるということもできない。

よって原告の予備的請求その二もまた理由がない」(東京地判昭六二・七・二二判時一二七五号八一頁)

【評釈】 先ず、中途解約に応じる旨の特約はあっても、借家法六条により、それは無効であつて、正当事由がないかぎり、貸家明渡を要求することはできない。その正当事由の有無を判断するには貸主と借主との必要性の度合を比較考量して相対的立場から決めなければならない。この観点から判決は正当事由を否定したのは妥当であろう。つぎに判決は、予備的請求(1)につき、跡地に建築予定の建物の賃貸の提供という条件は、債務名義にかかる条件に当らず、また実現について担保のない事項を条件として明渡を先履行させることは相当でないから、正当事由を補完するに足らないとした。また予備的請求(2)についても、補償金としては完全な補償が必要で三〇〇〇万円では足りないとした。土地の高度利用という観点に立てば、一応Xの主張も今日の時代の流れに沿ったものといえようが、他方借家人としては永年つちかかってきた畳屋営業の本拠を失うことを考えれば、完全な担保が保障されなにかぎり解約を認めるべきではない。特にXが一種の地揚げを職業とし、営利を目的とする解約であつてみれば、それにきびしい判断があつてよい。判決の結論を妥当と考える。