

中古住宅流通と瑕疵担保責任の行方

大阪経済大学経営学部
ビジネス法学科准教授
橋谷聡一

1、はじめに－問題の所在－

20 世紀最後の年、住宅宅地審議会（会長 大賀典雄 ソニー（株）取締役会議長）（当時。以下において同じ）が建設大臣の諮問に対する答申とした、「21 世紀の豊かな生活を支える住宅・宅地政策について」（平成 12 年 6 月 21 日）¹は、我が国の住宅・宅地政策を、少子・高齢化・環境問題・安定成長・土地神話の崩壊・日本型の雇用慣行の見直し等の社会背景、すなわち、成長社会から成熟社会への移行、を踏まえ、「市場重視」、「ストック重視」²を旨とした住宅宅地政策へ転換する必要があることを提言した。

¹ 出所：国土交通省 HP
(<http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/press/h12/120621-1.pdf>)。

² 「21 世紀の豊かな生活を支える住宅・宅地政策について」では、「市場重視」とは、「国民の多様な居住ニーズを効率的に満たすシステムを構築するため、市場における選択を原則とし、外部性等を配慮して市場の環境整備、誘導、補完を行い、市場との関わりにおいて政策を構成するスタンス」と定義し、「ストック重視」とは、「住宅宅地ストックが量的には充足してきている現状、成熟社会がもたらすさまざまな制約を背景に、耐久性の高い良質な住宅宅地ストックを形成し、それを維持管理、循環させていく等、住宅宅地ストックの質、流動性との関わりにおいて政策を構成するスタンス」（同 3 頁）と定義する。

その後、社会資本整備審議会住宅宅地分科会（分科会長：八田達夫 東京大学教授）も同分科会「新たな住宅政策のあり方について（建議）」（平成 15 年 9 月）³において、特に中古住宅に関する政策として、「公的直接供給重視・フロー重視から市場重視・ストック重視へ」として、「年間の新築住宅着工戸数に占める中古住宅取引量の割合が欧米主要国の約 2 割にとどまる中古住宅の流通を円滑化」⁴すること等を挙げ、以降、中古住宅、あるいは既存住宅の活用は現在に至るまで、住宅政策の焦点の一つとなっている⁵。

³ 出所：国土交通省 HP
(<http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha03/07/070911/01.pdf>)。

⁴ 「新たな住宅政策のあり方について（建議）」5 頁。

⁵ ほか、「住生活基本計画（全国計画）」（平成 18 年 9 月 19 日 閣議決定（策定）・平成 21 年 3 月 13 日 閣議決定（変更））3 頁及び 7 頁参照。出所：国土交通省 HP

(<http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/torikumi/jyuseikatsu/hyodaikyukeikaku/kyukihonkeikaku.pdf>)、「新成長戦略（基本方針）～輝きのある日本へ～」（平成 21 年 12 月 30 日閣議決定）19-20 頁参照。出所：首相官邸 HP

(<http://www.kantei.go.jp/jp/kakugikettei/2009/1230sinseichousenryaku.pdf>)、「新成長戦略～「元気な日本」復活のシナリオ～」（平成 22 年 6 月 18 日閣議決定）27-28 頁及び 46 頁参照。出所：首相官邸 HP

(<http://www.kantei.go.jp/jp/sinseichouse/nryaku/sinseichou01.pdf>)、「住生活基本計画（全国計画）」（平成 23 年 3 月 15 日）3 頁及び 9-10 頁参照。出所：国土交通省 HP
(<http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/torikumi/jyuseikatsu/kihonkeikaku.pdf>)。

その一方、中古住宅流通が伸び悩んでいることについての阻害要因として、住宅購入者は、経年劣化や陳腐化といった中古住宅に特徴的な性質の他、購入した中古住宅に瑕疵があった場合を意識した要因を挙げ

df)、「日本再生の基本戦略～危機の克服とフロンティアへの挑戦～」(平成 23 年 12 月 24 日 閣 議 決 定) 28 頁参照。出所：内閣官房 HP

(www.cas.go.jp/jp/tpp/pdf/2012/2/9.20111224.pdf)、「日本再生戦略」(平成 24 年 7 月 31 日閣議決定) 13-14 頁参照。出所：内閣官房 HP

(www.cas.go.jp/jp/tpp/pdf/2012/2/10.20120918_5.pdf)、「日本再興戦略-JAPAN is BACK-」(平成 25 年 6 月 14 日) 50 頁及び 68 頁参照。出所：首相官邸 HP

(www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/saikou_jpn.pdf) 等、多くの政策で中古住宅(既存住宅)の活用がうたわれている。このほか、国土交通省の社会資本整備審議会(会長 福岡捷二中央大学研究開発機構教授)では、住宅地分科会既存住宅・リフォーム部会(部会長 浅見泰司東京大学教授)にて、既存住宅の流通の促進及びリフォーム市場の整備のための方策のあり方に関する調査審議が行われ、不動産流通市場活性化フォーラム(座長 中川雅之日本大学経済学部教授)、中古住宅流通促進・活用に関する研究会(座長 中城康彦明海大学不動産学部教授)、中古住宅市場活性化ラウンドテーブルなどの多くの場面で具体的な検討が行われている。これらの政策については、公益社団法人日本不動産鑑定協会連合会住宅ファイル制度推進プロジェクトチーム「不動産流通市場の活性化・既存住宅の評価等への取組みについて」(平成 26 年 3 月 18 日)。出所：公益社団法人日本不動産鑑定協会連合会 HP

(https://www.fudousan-kanteishi.or.jp/japanese/info_j/2014/20140317_keikagaiyo.pdf) を参照されたい。

ており⁶、瑕疵があった場合の保証が不十分であるとの指摘もなされているところである⁷。

この様に、中古住宅流通において、きわめてオーソドックスでありながら、最も重要な問題の一つが、いわゆる売主の瑕疵担保責任である。

この瑕疵担保責任のうち、いわゆる権利の瑕疵に関する担保責任(民法 561 条ないし 567 条)が問題となる場合もあり得るが、本研究において検討の対象とする中古住宅流通の場面にフォーカスした場合、一般的には物の瑕疵に対する担保責任としての売

⁶ リクルート住まい総研「既存住宅流通活性化プロジェクト」報告書、「3: 既存住宅の購入促進要因/阻害要因 「住宅購入者調査」」では、「中古住宅検討時に困ったことやわからなかったこと(中古住宅検討者/複数回答)」について、「物件に隠れた不具合があるのではないかと心配だったから」

(44%)、「不具合、欠陥が発見された場合の保証がどうなっているのか」(30%)を挙げる。リクルート住宅総研「既存住宅流通活性化プロジェクト 既存住宅再考」(2008 年) 191 頁参照。出所：リクルート住まい研究所 HP

(http://www.jresearch.net/house/jresearch/kizon/pdf/kizon08_all.pdf)。この点については、浜島裕美「「中古住宅流通促進」の観点から見た売主の瑕疵担保責任—現行法体制と改正民法案の問題点と、今後の展望—」土地総合研究 2011 年冬号(2011 年) 45-46 頁も参照されたい。

⁷ 中古住宅の流通促進・活用に関する研究会「中古住宅の流通促進・活用に関する研究会報告書」(平成 25 年 6 月 26 日) 4 頁参照。出所：国土交通省 HP

(<http://www.mlit.go.jp/common/001002569.pdf>)。

主の瑕疵担保責任(同法 570 条及び 566 条)が問題となる場合が多い。

一方、この売主の瑕疵担保責任を定めた民法は、本研究の執筆時点、法制審議会民法(債権関係)部会において、大きな改正の検討途上にある。そして、この改正は、これまでの売主の瑕疵担保責任と現在の制度を前提とした不動産売買契約に何らかのインパクトを与えるものと考えられる。

そこで、本研究においては、中古住宅流通における買主保護のかなめとなる売主の瑕疵担保責任について、現在の関連する法令・売買契約の実務・学説状況を踏まえ整理の上で、今後、民法の改正が中古住宅流通にどのような影響を与えるか考察を試みることとしたい。

2、中古住宅流通に関する諸法令の概要

(1) 民法

民法 570 条は、同法 566 条を準用し、売買の目的物に関する売主の瑕疵担保責任を規定する。すなわち、売買の目的物に「隠れた瑕疵」がある場合において(同法 570 条)、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、催告なく契約の解除を、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求を行うことができる(同法 566 条 1 項)。また、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から 1

年以内にしなければならない(同条 3 項)。

これらの規定については、従来、学説上の対立があったところ、その詳細は、後述する。

(2) 消費者契約法

特別法である「消費者契約法」(平成 12 年法律第 61 号)は、個人(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く)である消費者と法人等(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人を含む)の事業者の間で締結される消費者契約(同法 2 条 1 項ないし 3 項)について、特別の規律を設ける。

特に売主の瑕疵担保責任については、消費者契約が有償契約である場合、その目的物に隠れた瑕疵があるときに、これにより消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項は無効とする(消費者契約法 8 条 1 項 5 号)⁸。なお、この場合に、当該事業者が瑕疵のない物をもってこれに代える責任又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合等について、例外としている(同条 2 項各号)。

また、消費者契約法においては、民法・

⁸ なお、損害賠償責任を一定の限度に制限すること、証明責任を消費者に転換すること、損害賠償責任以外の責任を免除することは、本号には該当しないと解される。消費者庁企画課『逐条解説 消費者契約法〔第 2 版〕』(商事法務、2010 年) 191 頁参照。

商法等の任意規定の場合と比較し、消費者の権利を制限又は義務を加重する消費者契約の条項であって、信義誠実の原則（民法 1 条 2 項）に反して消費者の利益を一方的に害する条項をも無効としている（消費者契約法 10 条）。同条により無効となる可能性がある消費者契約の条項として、消費者に極めて少額の損害賠償請求権しか認められていないにもかかわらず、民法 570 条に基づく消費者の解除権を奪う条項⁹、正当な理由なく、瑕疵担保責任の権利の行使期間を不当に短く設定する条項¹⁰が挙げられる。

中古住宅流通の場面では、特に売主が事業者、買主が消費者の場合に限り消費者契約法が適用されることとなるため、その適用範囲は極めて狭いものとなる。

（３）住宅の品質確保の促進等に関する法律

次いで、「住宅の品質確保の促進等に関する法律」（平成 11 年法律第 81 号）（以下、「品確法」とする）は、主に、①住宅性能表示制度の創設、②住宅に係る紛争処理体制の整備、③瑕疵担保責任の特例について規定を設けている。

このうち、特に③については、住宅の新築工事の請負人の瑕疵担保責任の特例（品確法 94 条）として、請負人は、注文者に引

き渡した時から 10 年間、住宅のうち構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分の瑕疵（構造耐力又は雨水の浸入に影響のないものを除く）について、民法 634 条 1 項及び 2 項前段に規定する担保の責任を負うとする。また、新築住宅の売主の瑕疵担保責任の特例（品確法 95 条）として、売主は、買主に引き渡した時から 10 年間、住宅のうち構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分の瑕疵（構造耐力又は雨水の浸入に影響のないものを除く）について、民法 570 条において準用する同法 566 条 1 項並びに同法 634 条 1 項及び 2 項前段に規定する担保の責任を負うとし、いずれも、特約で注文者又は買主に不利なものは、無効とする（品確法 94 条 2 項及び 95 条 2 項）¹¹。また、瑕疵担保責任の期間の伸長等の特例（同法 97 条）では、瑕疵担保責任を注文者又は買主に引き渡した時から 20 年以内とすることができる。

もっとも、品確法は、いわゆる建売住宅・売建住宅・注文住宅を含む新築住宅や分譲マンションを対象とするものであり、中古住宅流通については、その射程外に置かれている。

（４）特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律

⁹ 消費者庁企画課・前掲注 8 223-224 頁参照。

¹⁰ 消費者庁企画課・前掲注 8 226 頁参照。

¹¹ もっとも、構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分以外の部分については、民法の規定によることとなる。

「特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律」(平成 19 年法律第 66 号)(以下、「住宅瑕疵担保履行法」とする)は、構造計算書偽装問題を通じ、新築住宅の売主等が十分な資力を有さず、瑕疵担保責任が履行されない場合、住宅購入者等が極めて不安定な状態に置かれることが明らかとなったことを契機として整備された。

住宅瑕疵担保履行法は、主に、①瑕疵担保責任履行のための資力確保の義務付け、②保険の引受主体の整備、③紛争処理体制の整備について、規定を設けている。

そして、特に①について、品確法の規定により建設業者及び宅地建物取引業者(以下、「宅建業者」とする)が負う新築住宅に係る瑕疵担保責任の履行の確保等を図るため、建設業者による住宅建設瑕疵担保保証金の供託(住宅瑕疵担保履行法 3 条)、宅建業者による住宅販売瑕疵担保保証金の供託(同法 11 条)、②について、住宅に係る瑕疵担保責任の履行によって生ずる損害をてん補する一定の保険の引受けを行う住宅瑕疵担保責任保険法人の指定(同法 17 条)等を定める。

(5) 宅地建物取引業法

「宅地建物取引業法」(昭和 27 年法律 176 号)(以下、「宅建業法」とする)は、瑕疵担保責任についての特約の制限(同法 40 条)において、宅建業者が自ら売主となる宅地又は建物の売買契約において、その目的物

の瑕疵担保責任に関し、民法 570 条及び同法 566 条 3 項に規定する期間について、当該目的物の引渡しの日から 2 年以上となる特約をする場合を除き、同条に規定するものより買主に不利となる特約をしてはならないとし(同条 1 項)、これに反する特約は無効とする(同条 2 項)。

ここで禁止される特約としては、「①瑕疵担保責任を一切負わないこととするもの」、「②売主の故意又は過失を要件とするもの」、「③買主の請求内容を損害賠償のみとし、解除請求は不可とするもの」、「④権利を行使できる期間を引渡しから 1 年以内とするもの」¹²が挙げられる。

その趣旨は、宅建業者を売主、消費者を買主とする売買契約において、当事者間での取引知識・経験に偏りがあり、買主が特約で売主である宅建業者の瑕疵担保責任を排除・減縮することの意味を十分理解せず売買契約がなされることは取引の公正を害し、消費者保護の観点から望ましくないことから設けられたものとされるため¹³、その趣旨から宅建業者間の売買には適用されないこととなる(宅建業法 78 条 2 項)。

¹² (財)不動産適正取引推進機構監修、周藤利一・河合睦朗『わかりやすい宅地建物取引業法』(大成出版社、第 1 版、2010 年) 230 頁。ほか、明石三郎ら『詳解 宅地建物取引業法』(大成出版社、改訂版、1995 年) 403 頁参照。

¹³ 岡本正治・宇仁美咲『[改訂版] 逐条解説 宅地建物取引業法』(大成出版社、2012 年) 585 頁参照。

(6) 小括

以上で概観した通り、住宅の流通の場面での目的物の瑕疵にかかる買主保護の制度として、様々な法律が設けられているが、品確法及び住宅瑕疵担保履行法はあくまでも新築住宅を対象としている。中古住宅についても、「既存住宅売買かし保険」¹⁴の制度が存在するものの、強制力ある制度ではないことから、中古住宅流通量におけるその加入割合は、極めて低調であり¹⁵、その加入の普及促進は、政策課題ともなっている¹⁶。

¹⁴ 既存住宅売買かし保険については、国土交通省 HP

(<http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/jutaku-kentiku.files/kashitanpocorner/03-consumer-files/05-oldhouse-insurance.html>) を参照されたい。

¹⁵ 国土交通省の行政事業レビュー、「2. 住宅の取得・賃貸・管理・修繕が円滑に行われる住宅市場を整備する」における「新 25-04 住宅ストック活用・リフォーム推進事業(住宅局)」では、1.2% (平成 24 年度) とされる。出所：国土交通省 HP

(http://www.mlit.go.jp/page/kanbo05_hy_000566.html)。

¹⁶ 不動産流通市場活性化フォーラム「不動産流通市場活性化フォーラム提言」(平成 24 年 6 月 28 日)では、「(3) 瑕疵担保履行法に基づく保険の活用等」、「①既存住宅売買瑕疵保険の普及の促進」として、「消費者が、隠れた瑕疵の存在を心配せず、安心して中古住宅を購入できるように、もっと宅建業者や検査事業者が既存住宅売買瑕疵保険に加入してもらうことにより、その普及を促進する必要がある」(同 11 頁) とされる。出所：国土交通省 HP

(<http://www.mlit.go.jp/common/000215139.pdf>)。

また、宅建業法において、瑕疵担保責任についての特約の制限(同法 40 条)を受けるのは、あくまでも売主が宅建業者である、いわゆる「自ら売主」の場合に限られることから、売主が宅建業者以外の場合、その射程の外におかれることとなる。

そこで、中古住宅流通の場面であって、特に売主が宅建業者等でない場合は、当事者の売買契約における合意内容及び民法における規律が最も重要な意義を有することとなる。

3 中古住宅売買契約における実際

(1) 標準的な契約書の概要

では、一般に中古住宅の売買契約において、売主の瑕疵担保責任はどのように位置づけられているのだろうか。実際の売買契約においては、当事者間における特約により、これが排除されている場合もあろうが、ひとまず、各種の団体等の作成した標準的な契約書を通じ、確認することとしたい。

まず、都道府県が監修し、一般財団法人不動産適正取引推進機構が編集発行している「不動産売買の手引 平成 25 年版」の売買契約書(契約書①)における瑕疵担保責任に関する規定としては、同契約書 20 条 1 項で、民法 570 条及び同法 566 条と同様に契約の解除又は損害賠償を行なえることとする一方、同契約書 20 条 2 項及び 3 項では、民法の規定とは異なり、修補請求を行なえ

ること、解除等は、引渡を基準として、2年経過後は行えないこととしている。

契約書①

「（瑕疵担保責任）

第20条 買主は、本物件に隠れた瑕疵があり、この契約を締結した目的が達せられない場合は契約の解除を、その他の場合は損害賠償の請求を、売主に対してすることが出来る。

2 建物については、買主は、売主に対して、前項の損害賠償に代え、又はこれとともに修補の請求をすることが出来る。

3 本条による解除又は請求は、本物件の引渡後2年を経過したときはできないものとする。」¹⁷

次いで、一般社団法人不動産流通経営協会の売買契約書（契約書②）においては、瑕疵担保責任に関する規定として、同契約書13条で、民法570条及び同法566条とは異なり、極めて詳細な特約を設けており、同契約書13条1項では、土地については瑕疵の範囲を限定せず担保責任を負うこととされているが、同条4項により、その目的が達成できないときに、引渡から3ヵ月以

¹⁷ 「土地・建物売買契約書の参考例（土地実測売買）」、都道府県 監修・一般財団法人不動産適正取引推進機構 編集発行「不動産売買の手引 平成25年版」（2013年）59頁。なお、「売主が宅建業者の場合、目的物の引渡しの日から2年未満の瑕疵担保期間を設定した場合は無効となり、民法の規定が適用されることとなります」（同頁）との注がある。

内の解除のみ認めている。また、建物についても、民法とは異なり、同契約書13条1項により、瑕疵の内容を限定し、買主に通知義務を課した上で、3ヵ月以内の請求により、修復のみを認めている¹⁸。

この売買契約書は、実務においても多く用いられ、これをベースとして瑕疵担保責任を免責する、あるいは限定する、期間の短縮・延長を行う、瑕疵の確認・明確化を図る等の特約が締結されることがあるとされる¹⁹。

契約書②

「（瑕疵の責任）

第13条 売主は、買主に対し、土地の隠れたる瑕疵および次の建物の隠れたる瑕疵についてのみ責任を負います。

(1)雨漏り

(2)シロアリの害

(3)建物構造上主要な部位の木部の腐蝕

(4)給排水管（敷地内埋設給排水管を含む。）の故障

なお、買主は、売主に対し、本物件について、前記瑕疵を発見したとき、すみやかに通知して、修復に急

¹⁸ そのため、これらの部分に瑕疵があり、契約の目的を達することができない場合でも、契約解除等を行うことはできないこと、また、売主が瑕疵担保責任を果たす手段として修復のみしか認められないことから、売主及び買主の双方が大きな負担を担うこととなる可能性があるのではないだろうか。

¹⁹ この点については、複数の実務家等へのヒアリングを通じ確認した。ご協力いただいた各位に、この場を借りて厚く御礼申し上げます。

を要する場合を除いて立会う機会を与えなければなりません。

2 売主は、買主に対し、前項の瑕疵について、引渡完了日から3ヵ月以内に請求を受けたものにかぎり、責任を負います。なお、責任の内容は修復にかぎるものとし、買主は、売主に対し、前項の瑕疵について、修復の請求以外、本契約の無効、解除または損害賠償の請求をすることはできません。

3 前項の建物の瑕疵の修復範囲等は、別表(修復範囲等)中「建物の修復範囲等」の記載によります。

4 買主は、売主に対し、第1項の土地の隠れたる瑕疵により、本契約を締結した目的が達せられないとき、引渡完了日から3ヵ月以内にかぎり、本契約を解除することができます。

5 売主は、買主に対し、本契約締結時に第1項の瑕疵の存在を知らなくても、本条の責任を負いますが、買主が本契約締結時に第1項の瑕疵の存在を知っていたときは、売主は本条の責任を負いません。」²⁰

²⁰ 一般社団法人不動産流通経営協会「不動産売買契約書」。出所：同協会 HP

(http://www.homenavi.or.jp/frk/standard_format/b04.html)。なお、「中古住宅の瑕疵とは、中古住宅として通常有すべき性能、品質を有していない状態をいいます。したがって、経年変化による損耗、変色等は瑕疵ではありません。また、売主が買主に対して責任を負うのは、引渡において買主が通常の注意を払っても知りえない瑕疵に限られます(隠れたる瑕疵)。本条による瑕疵担保の取扱は、民法の定めと異なっています。土地および建物4種類以外の瑕疵は免責となります。ただし、売主が宅建業者の場合は、引渡から2年未満の瑕疵担保期間を設定した場合は、無効となり、民法の規定が適用されます。」との注がある。また、設備については、別途、同契約書14条にも

最後に、公益社団法人京都府宅地建物取引業協会の売買契約書(契約書③)は、瑕疵担保責任に関する規定として、本契約書13条1項及び5項で、民法の規定とは異なり、瑕疵担保責任は、引渡を基準として、一定の月数経過後は追及できないこととする。その一方、同条2項は、民法570条及び同法566条と同様に契約の解除又は損害賠償を行なえることとし、更に、本契約書13条3項で契約の解除と合わせて損害賠償請求を行うことができることを確認し、同条4項で民法の規定とは異なり、修補請求を行うことができるとしている。

「(瑕疵担保責任)

第13条 売主は、本物件の引き渡しから__ヶ月間は、隠れた瑕疵に対する担保の責任を負う。

2 買主は、売主が瑕疵担保責任を負担する場合は本物件に隠れた瑕疵があり、この契約を締結した目的が達せられない場合は契約の解除を、その他の場合は損害賠償の請求を売主に対してすることができる。

3 契約の解除をした場合においても買主に損害がある場合には、買主は売主に対して損害賠償の請求をすることができる。

4 建物について買主は、売主に対して前項の損害賠償に代え、またはこれとともに修補の請求をすることができる。

5 本条による契約解除、または損害賠償の請求もしくは規定が設けられている。

は修補の請求は、第1項の期間を経過したときはできないものとする。

6 売主が宅地建物取引業者の場合にあっては、新築住宅、既存住宅にかかわらず、本物件の引き渡しから2年間は隠れた瑕疵に対する担保の責任を負う。」²¹

(2) 小括

以上の通り、標準的な不動産売買契約書においても売主の瑕疵担保責任について、様々な特約が設けられていることが明らかとなるが、民法の規定と同様に、買主の解除・損害賠償請求権を認めていることが多く、これらを補い又はこれらに代えて修補請求権を認める傾向が窺われる。

その一方、売主の瑕疵担保責任を追及できる期間については、事実を知った時から1年以内（同法566条3項）より、短期間の特約を設ける傾向にある。これは、不動産売買の契約実務において、売主の瑕疵担保責任について、「年月が相当経過してから発見されたと主張された場合は、責任が極めて長期に渡らざるを得ないので、この起算点を「発見」時ではなく「引渡し」時とする特約が多くみられる」²²とされることが、「売主に民法の原則どおりの瑕疵担保責任を負わせると、その期間が引渡し後長期に

わたるため売主の負担が大きすぎるとの理由から、「発見」ではなく「引渡し」を起算点に「引渡し後〇ヶ月」と瑕疵担保の責任期間を定めるのが通常」²³とされることが符合する。

シロアリの害や雨漏り等については、気候・環境・建物の利用状況等により引渡し後生じ、一定期間経過後はどの段階で当該瑕疵が生じたか判断し難いことが想定される。しかし、建物の構造に係る瑕疵、特に、都市計画法及び建築基準法等に違反している場合や土壌汚染、地中埋設物等については、短期間で売主の瑕疵担保責任の追及が不可能となることは妥当性を欠くのではないかと考えられる。もっとも、この点については、後に述べる瑕疵担保責任の免責特約の効力の問題として処理されることとなる。

4、民法における売主の瑕疵担保責任

(1) 判例を踏まえた売主の瑕疵担保責任の概要

民法570条は、同法566条を準用し、売買の目的物に関する売主の瑕疵担保責任を規定する。すなわち、売買の目的物に「隠れた瑕疵」がある場合において、買主がこ

²¹ 公益社団法人京都府宅地建物取引業協会「売買契約書」。出所：同協会 HP (<http://www.kyoto-takken.or.jp/kyokai/keiyaku/data/140401/10.pdf>)。

²² 千葉喬 監修、不動産総合研究会 編『不動産取引の実務 改訂第11版』（2012年、週刊住宅新聞社）275頁。

²³ 『平成26年版 宅地建物取引業務の知識』（不動産流通近代化センター、2013年）382頁。また、「取引対象の物理的状況・建築後の経過年数・買主の購入目的等を斟酌し、場合によっては売主・買主合意のうえで瑕疵担保責任の全部または一部を免責することも必要」（同頁）とも述べる。

れを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、催告なく契約の解除を、解除できないときは、損害賠償の請求を行うことができると規定している。

この瑕疵担保責任における、「瑕疵」については、学説上、客観説と主観説の対立があったが、判例²⁴は、いわゆる主観的瑕疵概念を基本として判断すべき旨を判示しており、支持する学説も多い²⁵。また、この「隠れた」瑕疵とは、買主が善意・無過失であることを指す²⁶。

²⁴ 最三判平 22 年 6 月 1 日 民集 64 卷 4 号 953 頁。本件は、売買契約の目的物である土地の土壤に、上記売買契約締結後に法令に基づく規制の対象となったふっ素が基準値を超えて含まれていた事案であるが、裁判所は、「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたかについては、売買契約締結当時の取引観念をしんしゃくして判断すべき」とし、「本件売買契約の当事者間において、本件土地が備えるべき属性として、その土壤に、ふっ素が含まれていないことや、……人の健康に係る被害を生ずるおそれのある一切の物質が含まれていないことが、特に予定されていたとみるべき事情もうかがわれない」として、売主の瑕疵担保責任を否定した事案である。もっとも、必ずしも客観的瑕疵概念を排除しているわけではないと思われる。

²⁵ 内田貴『民法Ⅱ 第 3 版 債権各論』（東京大学出版会、2011 年）134-135 頁、潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得 第 2 版』（新世社、2009 年）82 頁参照。

²⁶ 大判昭和 5 年 4 月 16 日 民集 9 卷 76 頁。ほか、内田（民法Ⅱ）・前掲注 25 134 頁、潮見（債権各論Ⅰ）・前掲注 25 83-84 頁参照。

なお、買主の契約の解除又は損害賠償請求は、買主が事実を知った時から 1 年以内とされるところ（民法 566 条 3 項）、この期間は除斥期間と解されており²⁷、損害賠償請求権については、引渡から 10 年の消滅時効にかかる²⁸。

なお、売主の瑕疵担保責任を負わない旨の特約をしたときでも、知りながら告げなかった事実等については、その責任を免れることができない（民法 572 条）。売主の瑕疵担保責任に係る規定は、強行規定ではないため、特約による排除・軽減・加重が可能と解されるが²⁹、その趣旨である信義則及び同法の沿革たるフランス民法の理解から売主が知らなかったことについて重大な

²⁷ 最三判平成 13 年 11 月 27 日 民集 55 卷 6 号 1311 頁は、「この損害賠償請求権については、買主が事実を知った日から 1 年という除斥期間の定めがあるが（同法 570 条、566 条 3 項）、これは法律関係の早期安定のために買主が権利を行使すべき期間を特に限定したもの」とした。また、最三判平成 4 年 10 月 20 日 民集 46 卷 7 号 1129 頁は、「一年の期間経過をもって、直ちに損害賠償請求権が消滅したものということはできないが、右損害賠償請求権を保存するには、少なくとも、売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示すなどして、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある」とした。

²⁸ 前掲最三判平成 13 年 11 月 27 日判決。

²⁹ 野澤正充「瑕疵担保責任免責特約の効力と売主の重大な過失」名古屋大学法政論集 254 号（2014 年）612 頁参照。ほか、藤原正則「担保責任を免除・加重する特約」法学セミナー No.684（2012 年）22 頁参照。

過失がある事実につき、悪意と同視し、その責任を免れることができないとの解釈が示されている³⁰。

売主の瑕疵担保責任についての理解は、一民法における比較的シンプルな規定に反して一、複雑化の様相を呈し、後述のとおり激しい学説の対立が生じていた。結論から言えば、この対立の根本的な解決は、終局的には立法論によることになるわけだが、現在の法制審議会民法（債権関係）部会における改正状況を睨みつつも、ひとまず、この責任が現在どのように理解されているかについて整理を加えた上で、新しい売主の「瑕疵担保責任」について、評価することが求められよう。

そこで、本考察では、中古住宅流通の場面において想定される売買目的物についての瑕疵、例えば、土地について一必ずしも中古住宅流通の場面に限られないが一、物理的瑕疵として土壤汚染³¹、地中埋設物³²、

地盤・擁壁に不良がある場合³³を挙げるこ

害賠償請求を認容した事案である（控訴）。東京地判平成 10 年 11 月 26 日 判例時報 1682 号 60 頁は、商人間のマンション建設用地の売買契約において土地上の建物の解体工事を進めるに従い、資料図面等に記載されていない多数の PC 杭及び二重コンクリートの耐圧板等の地中障害物が発見されたことが土地の「隠れたる瑕疵」にあたるとし、支出された撤去費用の損害賠償請求を認容した事案である（確定）。東京地判平成 15 年 5 月 16 日 判例時報 1849 号 59 頁は、商人間の宅地分譲用地の売買契約において、産業廃棄物が地中埋設物として存在していたことが「隠れたる瑕疵」に当たるとし、瑕疵担保責任の免責特約があったが売主の重過失による信義則違反を理由に民法 572 条を類推適用し地盤改良工事、調査、補修、産業廃棄物の処理費用について損害賠償請求を認容した事案である。同判決において裁判所は、瑕疵担保責任を法定責任と解している（控訴（後和解））。名古屋地判平成 17 年 8 月 26 日判決 判例時報 1928 号 98 頁は、市が売却したアスファルトで覆われた土地に陶器くず等の廃棄物が存在したことが目的物の隠れたる瑕疵に当たるとし、実際に除去した費用だけでなく、残された破棄物の除去費用を含む損害賠償請求が認容された事案である（控訴）。東京地判平成 19 年 7 月 23 日 判例時報 1995 号 91 頁は、買主が代表者を務める株式会社が売主から賃貸していた土地の売買契約において、当該土地中に建築資材等の大量の廃棄物が存在したことにより用途が限定され、通常の土地取引の対象とすることも困難となることからこれが土地の瑕疵になるとし、除斥期間の経過を否定し、鑑定嘱託を通じ算定された当該廃棄物の除去費用の 8 割を限度として損害賠償請求を認容した事案である（控訴）。

³³ 千葉地裁松戸支判平成 6 年 8 月 25 日 判例時報 1543 号 149 頁は、土地及び建物の売買契約において、土地の不等沈下起因する建物の傾斜を瑕疵とし、売主に対する損害賠償請求のみ認容した事案である。裁判所は瑕疵担保責任の賠償の範囲が信賴利

³⁰ 野澤・前掲注 29 615-620 頁参照。

³¹ 前掲最三判平 22 年 6 月 1 日。ただし、結論としては瑕疵担保責任を否定している。

³² 東京地判平成 4 年 10 月 28 日 判例時報 1467 号 124 頁・判例タイムズ 831 号 159 頁は、商人間の宅地の売買において地中に大量の産業廃棄物、コンクリート土間、コンクリート基礎が存在することを土地の隠れたる瑕疵として瑕疵修補費用の一部の請求を認めた事案である（確定）。東京地判平成 10 年 10 月 5 日 判例タイムズ 1044 号 133 頁は、商人間で買主が自動車修理工場を建設するために買い受けた土地に大量のコンクリート塊等の産業廃棄物が埋まっていたことを瑕疵として、その除去費用の損

とができるほか、行政上の制限といった法律上の瑕疵³⁴の場合がある。

益に限定されるとした上で、買主が契約を解除しないまま瑕疵の修補に代わる損害賠償を求める場合、修補費用相当の損害が信頼利益、履行利益のいずれに該当するかを判断することは著しく困難であり、その意義に疑問があるとしつつも、損害賠償の範囲を得べかりし利益を控除したものとし、建物価格を限度としてこれを算定した（控訴）。京都地判平成 12 年 10 月 16 日 判例時報 1755 号 118 頁は、複数の売主と建築業者と複数の買主の間で行われた土地付き注文住宅の売買契約において、盛土地盤の支持力が、住宅建築におよそ相応しくない程度の、極めて薄弱なものであったこと、支持力の異なる異種構造の基礎に跨って建物を建築したことにより地盤沈下と建物の傾斜の被害が生じたことについて、建築業者の不法行為の成立と売主らに対する補修費用等の損害賠償請求権を認容し、弁護士費用についても相当額を認めた事案である（控訴）。東京地判平成 13 年 6 月 27 日 判例時報 1778 号 44 頁・判例タイムズ 1095 号 158 頁は、土地建物の売買契約において、軟弱地盤であることから土地に地盤沈下が生じ、建物多数の不具合が発生していることが「隠れた瑕疵」に当たるとし、各建物の補修に要する金員が多額で、建物新築に匹敵することから契約の解除を認容する一方、慰謝料及び弁護士費用については、瑕疵担保責任に基づく損害賠償は、信頼利益に限られるとして否定した事案である（控訴）。東京地判平成 24 年 6 月 8 日 判例時報 2169 号 26 頁は、土地及び建物について、土地地盤の盛土下にある腐植土層の二次圧密による沈下並びに埋戻し土及び盛土の水締め効果による地盤の不同沈下を原因とする建物の傾斜が隠れた瑕疵に当たるとし、補修が可能であることから契約の解除については否定した一方、調査費用の一部及び補修費用相当額の損害賠償請求を認容した事案である（確定）。

³⁴ 最判昭和 41 年 4 月 14 日 民集 20 卷 4 号 649 頁は、居宅の敷地として使用する目的で買い受けた土地の約 8 割が都市計画事

また、建物について、物理的瑕疵として、蟻害³⁵、雨漏り³⁶、構造・設備の瑕疵³⁷、指

業として施行される道路敷地に該当することを隠れた瑕疵とし、買主の契約解除と手附金の返還の請求を認容する原審を支持した事案である（確定）。東京高判昭和 62 年 6 月 30 日 判例時報 1240 号 66 頁・判例タイムズ 658 号 129 頁は、売買された土地の道路について、建築基準法上の道路位置指定を受けることができず、建築確認を受けることができないことが土地の隠れた瑕疵に当たるとし、除斥期間の経過を否定し、契約の解除と損害賠償請求権を認容した事案である。なお、損害賠償については、建物の建築費、登記費用、公租公課は信頼利益の賠償として認めたが、土地の値上り益の喪失は履行利益の賠償に当たるとして否定した（上告）。もっとも、学説においては、法律上の瑕疵について民法 566 条の問題と解すべきとの主張がある。我妻栄『債権各論・中巻一』（岩波書店、1957 年）289 頁参照。

³⁵ 東京地判平成 18 年 1 月 20 日 判例時報 1957 号 67 頁・判例タイムズ 1240 号 284 頁は、現状有姿にて売買された土地及び建物のうち、建物床下に白アリ被害が存在し、これにより土台が浸食され建物の構造耐力上、危険性を有していたことは、居住用建物を目的物の一部とする土地の売買契約において、建築後 21 年を経過していたこと、現状有姿売買とされていたことを考慮しても、隠れた瑕疵に当たるとし、建物金額相当の損害賠償請求を認容した事案である（控訴）。

³⁶ 東京高判平成 6 年 5 月 25 日 判例タイムズ 874 号 204 頁は、商人間の RC 造共同住宅の売買において、雨漏り、水道管の出水、浄化槽からの汚水漏れ、外壁の多数のクラックを「隠レタル瑕疵」とし、契約の解除、損害賠償請求権等を認容した事案である（確定）。

³⁷ 神戸地判平成 9 年 9 月 8 日 判例時報 1652 号 114 頁・判例タイムズ 974 号 150 頁は、土地及び建物の売買契約において、新築の建物について、水抜き空間及び排水パイプ等の二重壁排水設備が存在しないこ

針値超える濃度の化学物質が生じていた場合³⁸が、そして、心理的瑕疵がある場合³⁹も

とがその構造上及び売買契約上の重要な瑕疵に当たるとを認め、転売目的で購入したという目的を達することができないことを理由にその解除を認めた上で、原状回復義務に基づく売買代金等の返還を認めた事案である。なお、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求については、信託利益の範囲に限られるとし、借入金の利息についてはこれを認めたが、弁護士費用はこれに含まれないとした（控訴）。

³⁸ 東京地判平成 17 年 12 月 5 日 判例時報 1914 号 107 頁・判例タイムズ 1219 号 266 頁は、新築マンションの売買契約において、分譲に当たり環境物質対策基準を充足するフローリング材等を使用した物件であることをうたい申し込みの誘因をなし、これに対し購入を申し込んだにもかかわらず、厚生省（当時）の指針値等を相当程度超えるホルムアルデヒド濃度が生じていたことが隠れたる瑕疵に当たるとし、契約の解除と損害賠償請求を認容した事案である（控訴）。

³⁹ 横浜地判平成 1 年 9 月 7 日 判例タイムズ 729 号 174 頁・判例時報 1352 号 126 頁は、中古マンションの売買契約において、永続的な居住の用に供するために購入された建物における売主の妻の 6 年前の縊首自殺が隠れたる瑕疵にあたるとし、解除を認めた上で、売主に手付金返還義務及び損害賠償義務を認めた事案である。裁判所は物理的欠陥のみならず心理的欠陥も瑕疵とし、売主の瑕疵担保責任はその有償契約たることを根拠に代金額との等価性を維持し、当事者間での衡平をはかることにあるとした上で、損害賠償の範囲は通常、信託利益で足りるとされているが、売主が当該瑕疵について悪意でありながら告げなかった本件においては、債務不履行の場合と同様に履行利益の賠償であるとした（上告）。東京地判平成 7 年 5 月 31 日 判例時報 1556 号 107 頁・判例タイムズ 910 号 170 頁は、土地及び建物の売買契約において、当該建物に付属する物置内で売主の被相続人が農薬を飲み自殺行為に及び、その後、病院にて死亡したことが、買主の当該土地及び建物

の売却に際し明らかとなったものであり、物理的欠陥のみならず嫌悪すべき歴史的背景等に起因する心理的欠陥をも瑕疵に当たるとし、自殺後約 6 年 11 月経過後になされた売買契約だが、自殺という重大な歴史的背景や所在場所が山間農村地であること等から、本件売買契約には契約の目的を達成できない隠れた瑕疵があるとして、解除を認容した事案である（確定）。浦和地裁川越支判平成 9 年 8 月 19 日 判例タイムズ 960 号 189 頁は、土地及び建物の売買契約において、当該建物における親族の自殺があったことについて、瑕疵担保責任の免責特約が存在したものの、本件建物が居住用であり、自殺が比較的最近のことであったことを考慮し、このような心理的要素に基づく欠陥も隠れた瑕疵であるとし、解除については否定したが、信託利益として売買価格と転売価格の差額等の損害賠償請求を認容した事案である（確定）。大阪高判平成 18 年 12 月 19 日 判例時報 1971 号 130 頁・判例タイムズ 1246 号 203 頁は、分譲目的で行われた土地の売買契約において、当該土地にかつて存在した建物内で殺人事件があったもので、瑕疵には歴史的背景に起因する心理的欠陥も含まれるところ、殺人事件は通常一般人の嫌悪の度合いも相当程度大きく、本件売買から約 8 年以上前に発生したものとはいえ、住民の記憶にも少なからず残っていると推測されること等から嫌悪すべき心理的欠陥がなお存在するとしてこれが「隠れた瑕疵」にあたるとし、売買代金額の 5 パーセントの損害賠償請求を認容した事案である（上告）。福岡高判平成 23 年 3 月 8 日 判例時報 2126 号 70 頁・判例タイムズ 1365 号 119 頁は、中古マンションの売買契約において、前入居者が相当長期間にわたり性風俗特殊営業に使用していたことが、買主にとってこれを使用することにより通常人として耐え難い程度の心理的負担を負うべき事情に当たり、一般人のうちには、このような物件を好んで購入しようとはしない者が少なからず存在するものと考えられるため、本件居室の売買代金を下落させる事情であり、瑕疵に当たるとし、損害額を認定の上、損害賠償請求を認容した事案である（確定）。心理的瑕疵に

紛争となる事例が多い⁴⁰。

本研究では、これらのケースを念頭に、主に学説及び立法の動向の整理を行うことを通じ、その基本的な理解を深めることとしたい

（２）主な学説の状況

先に述べた学説上の対立は、法定責任説とこれに対する批判としての債務不履行責任説（契約責任説）、そして、比較的近時、代金減額請求権説、時的区分説を軸として論じられている⁴¹。そこでは瑕疵担保責任自体をどのような法的性質と見るかという

については、宮崎裕二・仲嶋保・難波里美・高橋博『不動産取引における心理的瑕疵の裁判例と評価』（プロGRESS、2014年）が詳しい。また、個人の尊重（憲法12条及び13条、個人の尊厳（民法2条及び憲法24条）から、新たな評価のアプローチが試みられている。横山美夏「個人の尊厳と社会通念—事故物件に関する売主の瑕疵担保責任を素材として」法律時報85巻5号（2013年）11-16頁参照。

⁴⁰ 判例について体系的整理を加えた文献として、渡辺晋『〈改訂版〉不動産取引における瑕疵担保責任と説明義務—売主、賃貸人および仲介業者の責任—』（大成出版社、第2版、2012年）がある。

⁴¹ かつては、法定責任説と債務不履行責任説の対立として論じられてきたが、現在の学説状況は、瑕疵担保責任が無過失責任であるため、債務不履行責任とは異なる責任原理に根拠をおく特殊な責任であると考えるか否かの対立であるとの指摘がある。野澤正充「瑕疵担保責任の法的性質(1)」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、第1版、2000年）17頁参照。また、学説の整理については西村峰裕・佐原恵里「瑕疵担保責任の意義に関する一考察」産大法学42巻1号（2008年）12-52頁が詳しい。

点とあいまって、その対象とする目的物の性質、瑕疵の性質やその生じた時期、瑕疵担保責任の効果、すなわち、買主から売主に対し行使できる請求権の範囲及び内容といった多くの点につき、争点とされてきた⁴²。

⁴² 特に瑕疵担保責任に伴う損害の範囲について、減価額賠償、信頼利益、履行利益、拡大損害に分け、詳細に整理した論考として難波譲治「瑕疵担保の損害賠償範囲」野澤 編・前掲注41 139-154頁が詳しい。学説と損害賠償請求権の範囲を整理したものとしては、八田公人「瑕疵担保責任における損害賠償請求権の範囲」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル No.5（1998年）67-97頁がある。瑕疵修補請求権については、契約責任説及び法定責任説における議論について詳しく検討し、「瑕疵なき物の給付義務」との関係でこれを肯定し完全履行請求権から修補請求権を導く学説もこれを否定し完全履行請求権の否定から修補請求権も否定する学説も実質的な差異は乏しいこと。完全履行請求権としての修補請求権において帰責事由を不要とすることや契約責任説により常に当然に修補請求権を肯定することは妥当性を欠き、また、民法483条は、特定物ドグマを明らかにした規定でなく、後発的瑕疵等にこれを貫徹すると引渡債務と保存義務との分離独立の不合理性及び危険負担の説明に困難が生じることとした上で、「特定物ドグマ」の当否を瑕疵担保責任の法的性質論に限定し、修補請求権を当事者間の明示・黙示の修補の特約等によると解すべきと説く説がある。辻伸行「特定物買主の修補請求権について—修補請求権の法律構成の検討を中心に—」上智法學論集41巻1号（1997年）1-32頁参照。もっとも、その分析は明解だが、特に黙示の特約によるとすると、紛争が生じた際の予測可能性は低下するのではないかとの疑問が生じる。また、フランス法における瑕疵修補請求権にかかる学説及び判例を検討し、「為す債務」と「引渡債務」

もっとも、学説における解釈の展開につ
れ、その結論が接近していることから、そ
の実質的な対立はみられないと評価もある⁴³。だが、それぞれの立場を採る学説も、
詳細な点においては必ずしも軌を一にして
いたわけではなく、この結論の収れんはそ
れぞれ異なる論理的帰結の結果であること、
今後の民法改正との整合を理解する上で重
要であることから、各立場を採る主な学説
において、売主の瑕疵担保責任がどのよう
に論じられているかという観点からその整
理を試みたい。

①法定責任説

かつて通説であり、現在も既にみたいく
つかの下級審判例が依拠していると考えら
れる法定責任説は、売主の瑕疵担保責任に

のうち、後者の現実履行あるいは現実賠償
としての瑕疵修補請求の意義を踏まえ、現
実賠償についての区別に着目し、そこから
の瑕疵修補請求権を位置づけるアプローチ
を提言する学説がある。森田宏樹「売買契
約における瑕疵修補請求権—履行請求権、
損害賠償又は解除との関係」同『契約責任
の帰責構造』（有斐閣、初版、2002年）
197-284頁参照。ほか、我が国学説を整理
し、ドイツ新債務法における瑕疵修補請求
権からのインプリケーションを与えるもの
として石本雄祐「不代替特定物売買におけ
る瑕疵修補請求権の動向と展望」産大法学
43巻3・4号（2010年）82-114頁がある。
⁴³ 内田貴「売買」同・大村敦志 編『民法
の争点（ジュリスト増刊 新・法律学の争点
シリーズ1）』（有斐閣、2007年）224頁参
照。ほか、より詳しい整理を行った上での
同様の指摘について、野澤正充「売主の担
保責任(1)—瑕疵担保責任と債務不履行責任」
法学セミナーNo.621（2006年）88頁参照。

ついて、その適用対象を特定物に限定する
44。そして、特定物の売買における売主の
債務は、その特定物の所有権を買主に移転
することに尽き⁴⁵、たとえ、売買契約締結
時に当該特定物に瑕疵があっても⁴⁶、その
瑕疵がないということは原始的にありえず
48、あるいは、売買が一部無効となりうる
のであり⁴⁹、売主の瑕疵担保責任は、有償

⁴⁴ その理由として、特に瑕疵担保責任が通常
の債務不履行責任との比較において軽減
されていることを挙げる説がある。末弘
太郎「種類売買における瑕疵担保について」
同『民法雑考』（日本評論社、8版、1941
年）253-254頁がある。もっとも、同説で
は、特定された物が代替物か不代替物かを
区別し、民法570条の適用について不代替
特定物に限定している。同書257-258頁参
照。実質的に同様の理解として、特定物に
ついて、客観的に不代替性を有し、主観的
に個性が重視された物に限定する説がある。
柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、
初版、1963年）167頁及び171-173頁参照。
ほか、不特定物の売買について、瑕疵担保
責任の規定を適用しないことを前提としつ
つ、これによる不都合を信義則により制限
し、目的物の種類・用途・瑕疵の程度によ
り一定の期間経過後は完全なものの給付を
請求し得ない、あるいは、大量に製造・取
引されるものか、注文製造に近いものか
により完全なものの給付の請求権を調整す
る説がある。我妻・前掲注34 309頁参照。
⁴⁵ 末弘・前掲注44 254頁、柚木・前掲注
44 167頁、我妻・前掲注34 271頁参照。
⁴⁶ 瑕疵の有無の決定にかかる標準時期に
ついては、特に末弘・前掲注44 252-253
頁参照。
⁴⁷ なお、瑕疵について、客観的瑕疵を原則
としながら、例外的に主観的瑕疵を認める
ものとして我妻・前掲注34 288-289頁参
照。
⁴⁸ 柚木・前掲注44 167頁参照。
⁴⁹ 我妻・前掲注34 271頁参照。

契約である売買において、瑕疵を知らなかったことにより生じた給付・反対給付間の不均衡を買主の信頼保護の観点から事後的に補正するために特に売主に課した法定責任であるとする⁵⁰。また、この様な理解からは、原則として、買主から売主に対する、当該特定物の瑕疵に係る修補請求権や代物請求権を觀念することはできず、その損害賠償請求権の範囲も信頼利益に限定することとなる⁵¹。

法定責任説の起点には、大正期に原始的不能論が導入され⁵²、特定物における瑕疵を原始的一部不能と位置付け、後発的不能については危険負担（民法 534 条以下）、原始的一部不能については、瑕疵担保責任によるとする理解があり、有償契約である売買における給付・反対給付間の不均衡を是正し取引上の信頼を保護するため、これが設けられたと考えられている⁵³。

②債務不履行責任説（契約責任説）

債務不履行責任説では、売主の瑕疵担保責任をその名のとおり債務不履行責任と位置付け、売買において、給付された目的物に瑕疵がある場合、特定物・不特定物、代替物・不代替物を問わず適用するとし、売主の瑕疵担保責任規範を債務不履行規範の特則と位置付け、両者の抵触がある場合、前者を適用し、そこに規定がない事項につき、後者、なかでも不完全履行に関する規定を適用するとする⁵⁴。その帰結として、買主は、代替物において追完権、修補請求権、完全履行請求権を行使することが可能であり、不代替物についても、修補請求権が認められ、瑕疵が軽微である場合はもちろん、売主に追完・修補請求の意思があり、かつ、これが可能であり、その結果、契約をした目的を達することができる場合、解

⁵⁰ 末弘・前掲注 44 254-255 頁、柚木・前掲注 44 167-168 頁及び 173 頁、我妻・前掲注 34 272 頁参照。

⁵¹ 柚木・前掲注 44 167-169 頁参照。もっとも、信義則に基づき修補義務が認められる余地を残す。また、この様に考えながらも売主に過失がある場合、契約締結上の過失の責任を敷衍し、信義則から履行利益の賠償責任を認めるとする説もある。我妻・前掲注 34 271-272 頁参照。

⁵² 当時の学説については、鳩山秀夫『日本債権法各論 上巻』（岩波書店、増訂、1924 年）309-311 頁を参照されたい。

⁵³ この整理については、野澤正充「瑕疵担保責任の法的性質(1)―法定責任説の三つの考え方」同 編・前掲注 41 18-21 頁参照。

また、やや古いものの、学説の展開については、円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一 編集代表『民法講座第 5 巻契約』（有斐閣、初版、1985 年）192-266 頁を参照されたい。なお、本研究では復刊版（2012 年）によった。

⁵⁴ 星野英一「瑕疵担保責任の研究―日本」同『民法論集第 3 巻』（有斐閣、初版、1972 年）235-236 頁参照。ほか、半田吉信『担保責任の再構成』（三嶺書房、初版、1986 年）107-108 頁、潮見（債権各論 I）・前掲注 25 85-86 頁参照。もっとも、特則であれば、債務不履行の規定の適用が排除されるため、売買に関しては、債務不履行の規定が、「瑕疵担保の規定を経由して適用される」、とも説明される。内田貴（民法 II）・前掲注 25 129 頁参照。

除することはできないこととなる⁵⁵。なお、損害賠償の範囲について、履行利益の賠償か信頼利益の賠償かを問うことや対価的制限を行うことは意義がなく、売主の責任は無過失責任とされるが、不可抗力による場合は免責されるとする⁵⁶。

債務不履行責任説は、法定責任説に対する批判を契機とするものであり、このうち「特定物において瑕疵ある物の給付は瑕疵なき履行」であるとの命題、いわゆる「特定物のドグマ」について、その根拠とされる不能論を原始的不能論と瑕疵なき給付義務の理論的不能説に分け検討し、前者について原始的瑕疵のすべてが原始的不能ではなく、治癒不能な瑕疵についても瑕疵担保をその例外則と考えれば不都合はないこと、後者について特定物の給付義務は、「あるがままの状態で義務を負う」ことが唯一の可能な構成ではなく、「あるべき状態で義務を負う」とも構成し得ることを指摘し⁵⁷、「特定物のドグマ」による理解は、原始的不能論や同期錯誤論といった特殊な法理論的背景や歴史的背景により形成されたとする⁵⁸。

⁵⁵ 星野・前掲注 54 236 頁参照。ほか、半田・前掲注 54 106 頁、潮見・前掲注 25 86 頁参照。

⁵⁶ 星野・前掲注 54 236-237 頁参照。なお、潮見・前掲注 25 86 頁は、目的物引渡債務は結果債務としてとらえられるべきことを理由とする。

⁵⁷ 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、初版、1963 年）168-174 頁参照。

⁵⁸ 北川・前掲注 57 177 頁参照。

③代金減額請求権説

代金減額請求権説では、売主の瑕疵担保責任を特定物に限定せず種類売買にも適用するが、後者の場合には、債務不履行として代物請求及び修補請求を含む完全履行請求権を行使するか瑕疵担保責任を追及するかは当事者の選択によるが、追完可能な場合には、瑕疵担保責任にもとづく無催告解除を認めるべきではないとする⁵⁹。そして、特定物売買において、目的物の性状・機能といった目的物に瑕疵がないことに関する合意も契約債務の内容をなすとし、これを確保することが売主の修補行為等を顧慮してもなお不可能な場合に、売主に帰責事由があれば、債務不履行責任が生じることとなるが、これを欠く場合、目的物の性状に関する債務は不能により消滅するものの、売主及び買主の利害の調整は、危険負担を基礎づける売主の供給義務と反対債権たる代金債権の対価的牽連関係の観点から、瑕疵による価値の低落に対応して後者を縮減し、代金減額を認めると説く⁶⁰⁶¹。

⁵⁹ 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任—危険負担的代金減額請求権説提唱のために—」同『現代民法学の展開』（有斐閣、初版、1993 年）402 頁参照。

⁶⁰ 加藤・前掲注 59 399-401 頁参照。

⁶¹ この理解に対し、対価的制限説の立場から結論においてこれを支持しつつも、特に不特定物売買に民法 570 条の適用を認めつつ、種類売買の場合に、当事者の選択により債務不履行規範と瑕疵担保規範の併存的適用を認めることは、危険負担論が貫徹さ

代金減額請求権説の前提としては、まず、契約責任説からの法定責任説に対する批判のうち、ローマ法における厳正契約の考え方が現在、社会的・法的基盤を失っていること、合意内容の一部を契約債務とし、一部を契約債務外とする構成は奇異であること、そして、信頼利益と履行利益との実質的相違が必ずしも肯定され難いことを肯定的に捉えている点がある⁶²。その上で、契約責任説についても、目的物の属性に関する合意を契約債務の範疇に含め、さらに、無過失責任として給付義務以上に保護することは、一般的な債務不履行の場合の法的保護との体系的バランスを欠き、合理的な理由がないと批判し⁶³、これへの対応として、上記で述べた危険負担における債権・債務の対価的牽連関係に着想を得て学説を展開している。

④時的区分説

時的区分説では、売主の瑕疵担保責任は、その適用対象を特定物・不特定物を問わず、買主が目的物を「受領」した時点では、その瑕疵が「隠れた」ものであったことを要件として、その後も売主の瑕疵なき物の給付義務の不履行責任が許容されるとし、債

務不履行責任の特則としてこれを位置づける⁶⁴。もっとも、同説における「受領」とは、物理的な受取とは異なり、「一定の瑕疵なき物を給付するという売主の債務の本旨に従った履行であることを認容する、という買主の意思的要素が加わったもの」⁶⁵と説明し、本来は債務の消滅原因となる受領時に買主に通常要求される確認・検査によっても発見しえない「隠れた」瑕疵があった場合、履行認容の意思に瑕疵があったことを理由としてその有効性を否定し、売主の債務不履行責任を追及するのが瑕疵担保責任であるとする⁶⁶。

時的区分説は、主要な最高裁判例等を検討の上⁶⁷、債務不履行責任の一種であることを前提に、従前の学説を整理し、それぞれの問題点を指摘の上で、瑕疵担保責任が無過失責任であること、あるいは買主の目的物の受領後に認められる不履行責任であることのいずれかにその特則性を見出す学説の問題点を挙げ⁶⁸、その修正を試みるものであると考えられる。

(3) 小括

上記では、売主の瑕疵担保責任に関する

れないとの批判がある。石田喜久夫「瑕疵担保—対価的制限説」同『現代の契約法』（日本評論社、第1版、1982年）109-110頁参照。

⁶² 加藤・前掲注 59 394-396 頁参照。

⁶³ 加藤・前掲注 59 397-399 頁参照。

⁶⁴ 森田宏樹「瑕疵担保責任論をめぐる新たな展開」・前掲注 42 309 頁参照。

⁶⁵ 森田・前掲注 42 308 頁。

⁶⁶ 森田・前掲注 42 308 頁参照。ほか、内田（民法Ⅱ）・前掲注 25 131-132 頁もこれを支持する。

⁶⁷ 森田・前掲注 42 288-298 頁参照。

⁶⁸ 森田・前掲注 42 299-306 頁参照。

現在の主な学説について整理を加えたが、これらのいずれがその理解において最も優れた見解であるかを論じることが、紙幅の都合から、そして、筆者の能力から能わない。だが、中古住宅に限定してこれを検討すると、その性質自体についても問題となり得る余地があるが、もっぱら目的物の隠れた瑕疵について、買主が売主に対し、代物請求権、修補請求権といった追完請求権を行使できるか否か、また、損害賠償請求権の行使にあたり、その範囲について、信託利益に限られるか、あるいは履行利益に及ぶかが問題となる。

この点、売主の瑕疵担保責任に係る規定について、努めて素直に解釈しようとするならば、法定責任説がその前提として売主の瑕疵担保責任を（不代替）特定物に限定した責任であるとしていることは、民法 570 条及びその準用する 566 条の文理からかい離していることのみならず、売買における売主の債務が、ただ所有権移転に尽きるとする点も、売買当事者の契約の趣旨と相違することは論を待たない場合が多いであろうし、おおよそ社会通念とかけ離れた教条主義的な結論であることは否めない。さらに、損害賠償の範囲についても、前掲千葉地裁松戸支判平成 6 年 8 月 25 日が述べるとおり、信託利益と履行利益を区分することは困難である場合が多いと思われるし、特定物についてのみ 1 年の除斥期間を認め、

不特定物については、これを排除するというのは、均衡を失っているとせざるをえない

その一方、債務不履行責任説も売主の瑕疵担保責任の行使時期の制限に係る規定を除けば（民法 566 条 3 項）、あえて債務不履行責任と異なる無過失責任としてこれを位置づけていることや危険負担との整合の点においていささか疑問が生じる。

そして、代金減額請求権説及び時的区分説は、上記の二つの学説への回答として、優れたものと評価することができようが、かえってその述べるところは、売主の瑕疵担保責任に係る規定の問題は、立法論的解決によらざるを得ないことの証明であるようにも見受けられる。

5、民法（債権関係）改正の動向

（１）「債権法改正の基本方針」

今般の民法（債権関係）改正については、2006 年に設置された民法（債権法）改正検討委員会（委員長 鎌田薫 早稲田大学教授）が一つの契機となったものと考えられ、同「債権法改正の基本方針」（2009 年 3 月 31 日）⁶⁹（以下、「基本方針」とし、引用・参照に際しては、【 】中に番号で示す）が

⁶⁹ 民法(債権法)改正検討委員会 編『債権法改正の基本方針(別冊 NBL no. 126)』（商事法務、2009 年）を参照されたい。

提示された⁷⁰。

基本方針では、売買を売主が財産権移転義務を、買主が代金支払義務を負う契約と定義する（【3.2.1.01】（売買の定義））。この

⁷⁰ 基本方針については、代金減額請求を認めている点について、一種の法定責任であるとの指摘があるほか、全体として主観的な瑕疵概念が採られていること、あらわれた瑕疵であっても買主から責任追及がなされる可能性が高いこと等の指摘がある。松尾弘『民法改正を読む—改正論から学ぶ民法』（慶應義塾大学出版会、初版、2012年）147-148頁参照。また、基本方針が債務不履行責任説を採ったと解し、大陸法においては、目的物の瑕疵については合意がなくとも当初から売主が責任を負うことから、少なくとも現行民法の解釈論では成り立たないとした上で、解除と免責の関係が不明確であることや免責が認められない損害賠償の範囲が代金減額に限られること、大陸法と英米法の融合した制度が機能するかが未知数であるとし、結論の相違がないとしつつも債務不履行責任への一元化を容認する評価がある。野澤正充「「売買」—瑕疵担保責任と債務不履行責任の一元化に対する評価」法律時報 81 卷 10 号（2009 年）50-54 頁参照。実務家からは、売買の目的物の性質を問うことなく、合意された内容の目的物が給付されたか否かを判断基準とすべく「隠れた」要件を廃止し、「瑕疵」という難解な用語を改めた上で、法定責任として代金減額、代物請求、修補、そして、帰責事由がない場合を例外として損害賠償を認めるとすべき提案がある。白崎友子・青木耕一「1 瑕疵担保責任の適用範囲と要件」東京弁護士会法友会全期会債権法改正プロジェクトチーム『債権法改正を考える～弁護士からの提言～』（第一法規、初版、2011 年）387-390 頁参照。その他、実務家が基本方針を前提にそのポイントをまとめ、その賛否を併記したものとして、佐瀬正俊・良永和隆・角田伸一 編集『[現行法との対照表付] 民法（債権法）改正の要点—改正提案のポイントと実務家の視点』（ぎょうせい、初版、2010 年）266-287 頁がある。

検討の前提として、基本方針は、物の瑕疵を、その物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない等、当事者の合意および性質に照らして、給付された物が契約に適合しないこととし（【3.1.1.05】（瑕疵の定義））、主観的・客観的瑕疵の双方を契約不適合と位置付けている⁷¹。そして、売買契約における瑕疵担保責任につき、まず、民法 570 条とは異なり、「隠れた瑕疵」であることを要件とせず、買主の救済手段として、瑕疵のない物の履行請求（代物請求、修補請求等による追完請求）・代金減額請求をも認めた上で、契約解除・損害賠償請求を挙げる

（【3.2.1.16】（目的物の瑕疵に対する買主の救済手段）〈1〉〈ア〉ないし〈エ〉）。ここで、「隠れた瑕疵」であることを要件としない理由としては、これを瑕疵についての買主の善意無過失と解すると、その存否が、契約当事者の合意や契約の趣旨や性質に従って判断されることと整合的でないためであるとされる⁷²。また、損害賠償請求について、債務不履行に関する一般原則の適用問題とし、債務者が免責事由を証明できない限り、損害賠償責任を免れないとする⁷³。

なお、ここで、不動産について瑕疵の判断

⁷¹ 民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ—各種の契約(1)』（商事法務、初版、2010 年）72 頁参照。

⁷² 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 71 75 頁参照。

⁷³ 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注 71 83 頁参照。

にかかる標準時は、移転登記とする（同〈3〉及び【3.2.1.27】（代金支払義務と危険の移転）。買主の救済手段については、追完請求のうち代物請求につき、契約及び目的物の性質に反する場合、修補請求につき、修補に過分の費用が必要となる場合を例外とし、原則としてその行使を買主の選択に委ねているが、売主は、一定の要件の下で、代物給付により修補を、修補により代物給付を免れることができる（【3.2.1.17】「救済手段の要件と相互の関係」〈1〉〈ア〉ないし〈ウ〉）。代金減額請求については、売主の免責事由、買主の履行請求権の有無を問わず認められるが、追完請求が認められるのは、買主の履行請求の催告に売主が応じない場合に限られる（同〈エ〉）。契約解除については、瑕疵ある物の給付等が契約の重大な不履行に当たることが要件となり、売主が免責事由を証明した場合免れることとされ、追完請求が可能である場合、相当な期間を定め、その経過後、行使することができる（同〈オ〉ないし〈キ〉）。また、代金減額請求を行使した場合、契約解除を行うことはできず、代金減額請求と相いれない損害賠償請求も認められない（同〈ク〉）。ほか、買主がこれらの救済手段を行使するためには、原則として、売主悪意の場合を除き、相当な期間内に目的物を検査し、瑕疵を発見した時は売主に通知することが求められる（【3.2.1.19】（瑕疵の通知義務））。なお、以

上の売主の義務については、特約により排除できるが、売主悪意の場合が例外とされる（【3.2.1.23】（売主の債務不履行責任に関する特約））。

（２）「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」

基本方針が示された後、法務省においては、諮問第 88 号（平成 21 年 10 月 28 日総会）⁷⁴に基づき、法制審議会に民法（債権関係）部会が設置され、検討が進められた⁷⁵。

法制審議会民法（債権関係）部会での審議を経て、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（平成 23 年 4 月 12

⁷⁴ 諮問第 88 号は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との内容である。出所：法務省 HP

（<http://www.moj.go.jp/content/000009581.pdf>）。

⁷⁵ これに対し、現在の学説状況を整理の上で、契約責任説を採りつつ、債務不履行と瑕疵担保責任の性質の相違に着目し、これに応じた規定を設けるべきとする提言がある。半田吉信「担保責任規定と債務不履行責任の関係をどう考えるか」椿寿夫・新見育文・平野裕之・河野玄逸 編『法律時報増刊 民法改正を考える』（日本評論社、2008 年）285-288 頁参照。ほか、民法改正研究会（代表・加藤正信）が同 編『法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学会有志案 仮案の提示』（日本評論社、2009 年）を取りまとめている。提案のうち、売主の瑕疵担保責任については、同書 198-199 頁を参照されたい。

日決定、平成 23 年 6 月 3 日補訂)⁷⁶ (以下、「中間論点整理」とし、引用・参照に際しては、() 中に項目を示す) においては、「第 39 売買—売買の効力 (担保責任)」について、「1 物の瑕疵に関する担保責任 (民法第 570 条)」が挙げられ、「(1)債務不履行の一般原則との関係 (瑕疵担保責任の法的性質)」、「(2)「瑕疵」の意義 (定義規定の可否)」、「(3)「隠れた」という要件の可否」、「(4)代金減額請求権の可否」、「(5)買主に認められる権利の相互関係の明確化」、「(6) 短期期間制限の見直しの可否」等が論点とされた⁷⁷。

⁷⁶ 出所：法務省 HP

(<http://www.moj.go.jp/content/000074384.pdf>)。なお、民法 (債権関係) 部会での主な意見をとりまとめた法務省民事局参事官室「民法 (債権関係) の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」(平成 23 年 5 月) が存在する。出所：法務省 HP

(<http://www.moj.go.jp/content/000074425.pdf>)。

⁷⁷ 中間論点整理に対する意見については、一般社団法人金融財政事情研究会 編『民法 (債権関係) の改正に関する中間的な論点整理』に対して寄せられた意見の概要』(同、2012 年) を参照されたい。また、現在の学説状況と中間論点整理のポイントを整理の上で、物の瑕疵に関する担保責任について、現在の債務不履行責任で不十分な点があれば、どの様な場合に瑕疵担保責任の規定を適用すべきかを検討すべきとし、契約不適合について客観的定義を挙げた上で、当事者の合意を踏まえその判断を行うこと、見つけやすい瑕疵を直ちに発見した場合に買主の権利行使が認められないことは違和感があるため、「隠れた」との要件は不要であること、代金減額請求権を交換型契約に限定し認めるべきであること、その

中間論点整理では、債務不履行の一般原則との関係について、契約責任と構成すべきとの意見と個別具体的な事案を前提に現在の規定の不備を確認すべきとの見解があるとされた (39.1.(1))。そして、「瑕疵」の

行使の優先順位を一律に定めることは困難であること、債務不履行責任と構成した場合に短期期間制限の特別な規定を置く必要はないこととする意見がある。高梨俊一「2 物の瑕疵に関する担保責任」岡島芳伸・大久保拓也・松嶋隆弘 編著『民法 (債権関係) 改正と実務への影響』(三協法規、2013 年) 338-348 頁参照。ほか、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化するに際し、原始的不能と後発的不能の峻別を否定することは、危険負担、契約締結上の過失論等の民法体系に大きな影響を与えるとの危惧を踏まえ、瑕疵を客観的瑕疵とした上で、売主の保証を含む帰責事由を債務不履行責任の前提として、瑕疵担保責任として代金減額又は契約の解除、瑕疵担保責任が適用される場合にも債務不履行責任規定の適用を妨げないとすべきとの提案がある。円谷峻「第 3 売買—売買の効力 (担保責任)」同編著『民法改正案の検討 第 3 巻』(成文堂、初版、2013 年) 170-180 頁参照。また、実務家からは、瑕疵担保責任を債務不履行責任と位置付け、買主からの権利行使として追完請求、契約解除、代金減額請求、帰責事由がある場合の履行利益に及ぶ損害賠償請求を認めること、瑕疵の定義を設け、法律上の瑕疵についても適用すること、その基準を危険移転時まで存在するものとして、「隠れた」との要件を削除すること、代金減額請求を認めることへの賛意、各権利の相互関係の詳細規定を設けることへの反対、追完請求権の限界を設けることへの賛意、瑕疵担保責任を債権の消滅時効の一般原則に服さしめることへの反対と引渡後 10 年、瑕疵を知った時から 2~3 年程度とすべきとの提案が示されている。福岡県弁護士会『判例・実務から見た民法 (債権法) 改正への提案』(民事法研究会、2011 年) 553-569 頁参照。

定義を条文上明らかにすべきとの考え方と、より具体的に契約責任の立場から、契約において予定された性質を欠いていることとすることが適切等の意見があった一方、債務不履行の一般則のみを規定すれば足りるとの意見があったとされる。さらに、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換えることについては賛否があり、検討されることとなった。また、特に建築基準法による用途制限等のいわゆる法律上の瑕疵の取扱いを物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律により処理すべきか及び「瑕疵」の存否の基準時を条文上明らかにすることの可否についても検討することが提案された(39.1.(2))。「隠れた」という要件の可否については、買主の善意無過失等との関係で、「瑕疵」の意義を契約責任の立場から定めた場合、契約の趣旨が反映され、買主の主観的要素は「瑕疵」の判断において考慮されるため必要はないという意見と、紛争解決に当たり買主の属性等の要素を考慮しやすくするという機能があり得ること及び取引実務における自主的な紛争解決の際の判断基準として機能し得ることとの意見があったとされる(39.1.(3))。代金減額請求権については、売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復することができ、紛争解決の手段として有効に機能し得るとされ、これを規定する方向とし、具体的な規定の在り方として、買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定の

要否、代金減額の基準時等の規定の要否等について、検討すること等とされた(39.1.(4))。買主に認められる権利の相互関係の明確化については、これによる紛争解決の手段の硬直化への懸念から買主の権利選択の自由を確保すべきとの意見と解釈に委ねることは紛争解決の安定性という観点から適切ではないとして、必要な範囲で明確にすべきであるという意見があったとされる(39.1.(5))。短期期間制限については、これを維持すべきとの意見と債権の消滅時効の一般則に委ねれば足りるとの意見があり、更に検討すること、維持する場合には、瑕疵の存在の通知で足りるとするかどうか、1年又はこれに代わる一律の期間とする方向で検討することとされた。ほか、制限期間の起算点についても論点とされた(39.1.(6))。

(3)「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」

平成25年2月26日に決定された、法制審議会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(平成25年2月26日決定、平成25年7月4日補訂)⁷⁸(以下、「中間試案」とし、引用・参照に際しては、()中に項目を示す)においては、「第35 売買」において、「3 売主の義務」、「4 目的物が

⁷⁸ 出所：法務省 HP
(<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>)。

契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任」、「5 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権」、「6 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限」等について、試案が示された⁷⁹。

中間試案では、財産権の移転義務（35.3.(1)）、目的物引渡義務（同ア）、第三者対抗要件を具備させる義務（同イ）が売

主の義務として挙げられ、その目的物の種類、品質及び数量に関し、当該売買契約の趣旨に適合することとされた（35.3.(2)）。

ここでは、「瑕疵」との言葉は、難解であることや、物理的な欠陥のみを想起させることから原則として排されているが⁸⁰、「瑕疵」との文言を維持するとの考え方も併記されている（35.3.(注)）。また、「隠れた」との要件を設けない理由は複数挙げられているが、特に買主の主観を問題として瑕疵が代金に織り込まれているか否かを評価していることやその判断が契約の趣旨を踏まえた瑕疵の有無の判断に帰着すること、過失があった買主について救済をすべて否定することは酷であることが主な理由と考えられる⁸¹。なお、当該権利については、当該売買契約の趣旨に適合しない他人の権利又は法令の制限がないものでなければならないとされ（35.3.(3)）、建築基準法等の法令上の制限がある場合をもその射程としている⁸²。そして、目的物が契約の趣旨に適合しない場合（以下、本項において「契約不適合」とする）、履行請求権の限界事由がある時を除き、買主は、売主に対し、その内容

⁷⁹ 中間試案までの審議状況を整理したものとして石崎泰雄 編著『新民法典成立への道—法制審議会の議論から中間試案へ—』（信山社、第1版、2013年）がある。また、特に不動産取引において、「契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任」を前提とする従来と瑕疵担保免責特約にかわるものとして「契約の趣旨に適合しない場合でも売主は責任を負わない。」との特約が想定されるが、自己矛盾となること等の指摘がなされている。柴田龍太郎「民法改正が不動産取引に与える影響と懸念事項について」日本不動産学会誌 No.105（2013年）25-26頁参照。不動産業界団体からは、「瑕疵」との用語は定着していること、「契約適合性」とすると「きず」という本来の意味を含意しないと誤解される可能性があること、「瑕疵担保責任の制限、免責」が困難となること、「隠れた瑕疵」との文言を維持すべきであること、買主の権利の期間制限について引渡し後の履行完了という売主の期待等から乙案を支持するとの意見があった。一般社団法人不動産協会「「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対する意見（抄）」日本不動産学会誌 No.105（2013年）13-14頁参照。その他、不動産取引を念頭に置いた解説書として、渡辺普『徹底検証!! どうなる民法改正と不動産取引』（住宅新報社、初版、2013年）82-87頁、要点をまとめたものとして、青山大樹・松田悠希「第35 売買（瑕疵担保）」ビジネス法務 Vol.13・No.6（2013年）63頁がある。

⁸⁰ 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（平成25年4月）出所：法務省 HP

（<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>）401頁参照。

⁸¹ 法務省民事局参事官室・前掲注80 406-408頁参照。

⁸² 法務省民事局参事官室・前掲注80 402頁参照。

に応じて、目的物の修補等による履行の追完請求権を有することとされ（35.4.(1)）、債務不履行の一般原則に従い、損害賠償請求又は契約解除をすることができるとされた（35.4.(2)）。このうち、損害賠償については、結果債務については、債務不履行において不可抗力の場合等に限定されることや免責事由がある場合にも代金減額請求権が行使可能であること、その範囲についても、信頼利益と履行利益の範囲は明確でなく、下級審判例においても信頼利益として修補費用の賠償を認める事例があるとする⁸³。また、売主の提供する追完の方法と買主の請求が異なる場合、これが契約趣旨に適合し、買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、前者によるものとされる（35.4.(3)）。また、目的物が契約不適合の場合、買主が相当の期間を定めて追完の催告をし、売主が期間内に追完しないときは、買主は、意思表示により、その不適合の程度に応じて代金減額請求権を行使することができるものとされたが（35.5.(1)）、履行請求権の限界事由があるとき（35.5.(2)ア）、売主が追完をする見込みがないことが明白であるときは（同イ）、催告不要とされた。なお、代金減額請求の意思表示は、履行の追完請求権（これに代わる損害賠償請求権を含む）及び契約解除権の放棄の意思

⁸³ 法務省民事局参事官室・前掲注 80 405 頁参照。

表示と同時にしなければ、その効力を生じない（35.5.(3)）。目的物の契約不適合の場合の買主の権利の期間制限については、消滅時効の一般原則とは別の期間制限を廃止する甲案とこれを買主が知った時から〔1 年以内〕に通知義務を課し、売主がこれについて悪意又は重過失の場合を例外とする乙案が併記された。

（４）「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」

平成 26 年 8 月 26 日に民法（債権関係）部会第 96 回会議で決定された「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（平成 26 年 8 月 26 日）⁸⁴（以下、「要綱仮案」とし、引用・参照に際しては、（ ）中に項目を示す）においては、「第 30 売買」において、「2 売主の義務」、「3 売主の追完義務」、「4 買主の代金減額請求権」、「5 損害賠償の請求及び契約の解除」、「6 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等」、「7 買主の権利の期間制限」等が示された⁸⁵。

⁸⁴ 出所：法務省 HP
（<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>）。

⁸⁵ 要綱仮案の検討として、履行請求権の一種である追完請求権を明文規定で設けたことを評価する一方、修補請求と代替品引渡請求について明文で設けていないことへの懸念、代金減額請求権が設けられたが、その算定をどのように行うのかとの疑問、買主の不適合の通知の期間制限への評価が示されている。曾野裕夫「売買」法律時報 86 巻 2 号（2014 年）89-92 頁参照。ほか、篠原孝典・河上佳世子「売買（担保責任）（第

要綱仮案では、売主は、買主に対し、登記等売買の目的である権利移転の第三者對抗要件具備に必要な行為をする義務を負うとされた(30.2.(2))。また、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(以下、本項において「契約不適合」とする)、これが買主の帰責事由によるものであるときを除き、買主は、売主に対し、目的物の修補等履行の追完請求権を行使できるとされたが(30.3.(1))、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、その請求した方法と異なる方法による追完が可能である(30.3.(2))。また、民法563条1項が準用する565条について、目的物が種類、品質等に関して契約不適合の場合、買主が相当の期間を定めて追完の催告をし、これがないときは、買主は、その不適合の程度に応じて代金減額請求権を行使でき(30.4.(1))、追完不能の場合(30.4.(2)ア)、追完拒絶の場合(同イ)、定期行為の場合(同ウ)、ほか、追完の見込みがないときは(同エ)、催告なく、直ちに代金減額請求権を行使できるとされた。なお、契約不適合について、買主の帰責事由がある場合、これを行使することはできない(30.4.(2))。さらに、民法565条及び570条本文につき、追

完請求権及び代金減額請求権の行使は、損害賠償請求権及び解除権行使を妨げないこととされた(30.5)。その上で、売主が買主に移転した権利が契約不適合の場合等について、準用するとされた(30.6)。また、民法570条本文中、期間制限に関する規律を売主が契約不適合の目的物を買主に引き渡した場合、買主がこれを知った時から1年以内に当該事実を売主に通知しないときは、買主は、これ理由とする追完請求、代金減額請求、損害賠償請求及び契約解除権行使を行なえないが、売主が引渡し時、これについて悪意又は重過失の場合が例外とされ(30.7.(1))、民法566条3項等は削除するとされた(30.7.(2))。

(5) 小括

以上の改正提案は、その要旨について、下記表の通りまとめることができる。

これらのうち、特に本研究の執筆段階における最新の提案である要綱仮案では、結果として、現在の民法570条における「瑕疵」の概念を排し、これを契約不適合と位置付け、「隠れた」との要件も設けていないことから買主の善意無過失は求められていない。また、契約不適合に対する救済は、おもに債務不履行法制に一元化されることとなり、契約の解除及び損害賠償に加え、限界を画した追完請求権及び追完がない場合の代金減額請求権が認められたが、中間試案の代金減額請求権は追完請求権(これ

30)」ビジネス法務 Vol.14・No.12(2014年)31頁において、その要点がまとめられている。

に代わる損害賠償請求権を含む）及び契約解除権の放棄の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないとの提案は見送られ、権利の行使については契約不適合を知った時から1年以内の通知が要件とされている。

この改正提案は、「隠れた」との要件を排し買主の善意無過失を要件としていないことが特徴的であるとともに、目的物について特定物・不特定物の限定を排し、買主の救済方法について拡充・整理したものと考えられる。

表 基本方針から要綱仮案までのあらまし

	基本方針	中間論点整理	中間試案	要綱仮案
定義	契約不適合（「隠れた」との要件を排除）	契約不適合 or 瑕疵（「隠れた」との要件については検討事項）	契約不適合（or 瑕疵）（「隠れた」との要件は原則としてない）	契約不適合（「隠れた」との要件はない）
契約解除・損害賠償請求	○	○（前提と思われる）	○	○

追完請求	○（買主の選択による）	○（前提と思われる。なお、他の救済方法との関係は検討事項）	○	○
代金減額請求	○（契約解除・損害賠償請求はできない）	○（他の救済方法との関係は検討事項）	○（追完なき場合。追完請求及び契約解除権放棄と同時に）	○（追完なき場合）
権利行使の時期	相当な期間内の検査義務と通知	債権消滅時効 or 短期期間制限を維持	期間制限を排し or 知った時から[1年以内]の通知義務	知った時から1年以内の通知義務

（著者作成）

6、まとめに代えて—民法（債権関係）の改正が中古住宅流通に与える影響—

以上の議論と要綱仮案を踏まえ、中古住宅流通の場面で、瑕疵担保責任が特約で排除されていない場合を前提にその契約実務に与える影響について若干の考察を加えることとしたい。

まず、要綱仮案により立法がなされたと仮定した場合、中古住宅流通の場面において、買主保護の拡充が図られるものと考えられる点は評価することができよう。すなわち、民法 570 条とは異なり、「隠れた」との要件が排されていることから、買主の善意無過失がその権利行使の要件として求められていないこと、契約解除・信頼利益に限定されない損害賠償請求のみならず、追完請求、これがないときの代金減額請求が認められることにより、買主の権利行使の方法及び内容が拡充・明確化されたこと、権利の期間制限について、売主の悪意・重過失が例外とされ、権利行使ではなく通知の期間としている点である。

もっとも、「隠れた」との要件がなくとも、買主が目的物の欠陥等について悪意である場合、その存在が契約の趣旨等に照らして前提とされていたと解される余地があること、過失相殺によりこれが処理される可能性があることからすると⁸⁶、現実には紛争が生じた際の結論は、一既にみた標準的な売買契約書の文言については大きな見直しは迫られる可能性はあるが一、現在の中古住

宅流通の実務に与える影響は大きくはない可能性がある。また、追完請求については、売主が宅建業者である場合は格別、一般の売主がこれに応じることが現実的か、そして、仮に追完がなされたとしてもその内容が買主の意図するところと合致するものとならず、更に紛争を惹起する可能性があるという点では疑問が残る。

その一方、売主にとっては、売買の目的物が中古住宅の場合、紛争において契約の趣旨を裏付けることとなる売買契約書あるいは告知書等に目的物の状況を書きこむことが、少なくとも予防法務の観点からより必要となるのではないだろうか。そして、その前提として売主は可能な限り目的物の調査を行うことが必要になる。また、従来の瑕疵担保責任を免除する特約を要綱仮案に基づく民法改正が行われた後に締結しようとする場合、予め、その内容及び範囲を具体的に明らかにする必要がある、取引コストの上昇を招くことが懸念される。さらに、買主の権利の行使期間については、引き続き買主が契約不適合を知った時から 1 年以内に通知すれば、債権の消滅時効の経過まで契約不適合について責任を負い続けることとなり、過酷な印象を受ける。そのため、この観点からも、今後も免責特約が用いられ、その限界が議論となるのではないか。

民法（債権関係）の改正については、既

⁸⁶ 要綱仮案（11.7）。

に挙げた先行研究等のほか、様々な立場から多くの賛否が寄せられており、また、その途上であることから学理の立場からの検討も深化したとはし難い状況である。しかし、従来の錯綜した売主の瑕疵担保責任に関する議論の状況からの比較という観点からは、これが債務不履行法制に統合されたことにより、少なくとも「国民一般に分かりやすい」との目的は一定程度達成できたのではないだろうか。

本研究では、必ずしも不特定代替物、種類物に関する取引についての検討に至ることとはかなわず、また、錯誤、危険負担等及び学理からの検討も不十分と考えられるが、これらの点については、今後の課題としたい。

＊本研究は、一般財団法人住宅金融普及協会『住宅・金融フォーラム』助成による成果である。ここに記し、御礼申し上げる。