

瑕疵担保責任から契約不適合責任への変更に伴う 不動産売買契約条項の改正検討に関する論点

三井不動産株式会社 総務部 法務グループ 望月 治彦
もちづき はるひこ

1. 問題意識

債権法改正の施行日が2020年4月1日に決定し、不動産業界においても、改正対応の準備が進んでいる。売買に関しては、瑕疵担保責任から契約不適合責任への改正に伴う不動産売買契約を見直す対応が必要となり、文言の改正についての提言も出てきている。しかし、現行法における民法のデフォルトルールと実際の契約実務との乖離について検討することなく、改正法の内容をそのまま契約文言に反映した提言もあるように見受けられる。

そこで、まず瑕疵担保責任を巡る現行法の規律と、それを踏まえた不動産売買契約実務がどうなっているか検討する。これによって、不動産取引の慣行では、必ずしも民法の条文と同様の内容での瑕疵担保責任についての契約規定がなされているわけではなく、宅地建物取引業法（宅建業法）、住宅の品質確保の促進等に関する法律（品確法）、消費者契約法といった強行法規等の制約の範囲内で、民法とは異なる規律をしていることがむしろ原則的な慣行であることを示す。

次いで法改正後の契約不適合責任に関する契約規定について検討すべき論点について、検討する。なお、契約規定の変更にあたっては、従来の実務を可能な限り継続することが望ましいと考える。改正法の効力はあくまでも施行日以降締結された契約に及ぶのが原則であり、改正後も旧法と新法との規律が長い間併存すること、改正法の多くは

任意規定であり、特約で手当てを行えば現行法下での規律の多くは引き続き適用することができることから、実務上の混乱を抑える必要があるからである。

2. 現行法の規律と契約実務

2.1. 総論

現行法の瑕疵担保責任についての規定は、いわゆる権利の瑕疵についての規律を要件、効果ごとに場合分けして規律し、物の瑕疵についてはわざわざ570条で566条を準用するにとどまる。また、数量の瑕疵（565条）については、権利の瑕疵に含まれるか、物の瑕疵に含まれるか見解が分かれていた。

しかし、取引実務上、民法のデフォルトルールをそのまま使うことは少ない。権利の瑕疵に関する民法の規定の細かい場合分けがやや煩雑に過ぎる反面、必ずしも十分な規定となっていないことが理由ではないかと思われる。例えば、567条は目的物である不動産に存した抵当権等が実行された場合の規定（狭義の追奪担保責任）であり、そもそも不動産に抵当権等が付着していた場合については言及がない。また、非典型担保物権が付着していた場合についても規定がない。また、数量の瑕疵（565条）、物の瑕疵（570条）についても、民法の規定が権利の瑕疵についての条文を準用するという規定であり、取引実務では要件効果が分

かりにくいことから、別途独立した要件効果を規定する特約が結ばれることが通例である。

2.2. 権利の瑕疵

前述したとおり、民法の規律をそのまま使うことは契約実務上少ない。端的に、売主に対し法的に完全な所有権を引き渡す義務を課すか、所有権を阻害する一切の負担を抹消する義務を規定することが多い。ただし、新築分譲マンションの売買契約の場合、当然のこととしてそもそも規定しない例もあった。このような場合には民法の規定が適用されることとなる。

【事例A】負担除去義務として規定する例¹

売主は、買主に対し、本物件について、第●条の所有権移転時期までにその責任と負担において、先取特権、抵当権等の担保権、地上権、賃借権等の用益権その他名目形式の如何を問わず、買主の完全な所有権の行使を阻害する一切の負担を除去抹消します。

なお、最近では、テナントが入居した状態で賃料収入があることを前提とした不動産取引もある。このような場合も原則として権利負担の除去義務を課したうえで、テナント関連の契約（マスターリース契約を含む）のみを例外とするような規定となっている。

【事例B】テナント契約を例外とする例²

売主は、本件売買価格全額を受領すると同時に本件不動産に設定された一切の既存の担保（（根）抵当権、質権、先取特権その他の担保権、賃借権（本件マスターリース契約および本件テナント契約を除く。）、地上権その他の用益権、これらの登記および仮登記、ならびに租税滞納処分、仮差押、差押および仮処分、その他本件不動産の譲受人としての買主の権利の完全な行使を阻害もしくは制

限しまたはその可能性があるいっさいの負担および瑕疵（法律上のものか事実上のものかを問わず、その法的性質および名称の如何を問わない。）を解除または消滅させる。

これらの規定には、売主が負担消除義務に違反したときの効果が特段規定されておらず、債務不履行として処理されることが想定されている。違約時には契約解除となる例が多いと思われるが、例外的に買主が当該瑕疵を引き受ける一方で損害賠償請求を行ったり、売主に対し引渡後も治癒義務を課させたりする（占有者や賃借人がいる場合が多い）処理も存在する。

また、債務不履行、解除とは別に引渡の前提条件として負担が抹消されることを規定する例、担保権抹消等を確認することを代金支払の条件とする規定・実務慣行も多く見られる。時的制限についても特段の規定がないため、売主が除斥期間により瑕疵担保請求権が排除される場合であっても、債務不履行責任によって救済を求めることが可能であると思われる。

2.3. 数量の瑕疵

現行民法 565 条は、「数量を指示して売買をした」場合に、数量に不足があれば買主に代金減額請求権、損害賠償請求権、解除権を認めている。実務では、不動産、特に土地取引の場合地積の表示がないことは通常考えられないので、表示の面積と実際の面積とに齟齬があったときの取り扱いについての規定を置くことが通例である。

具体的には、契約書上は登記面積等を記載するが、実際の面積が契約書記載の面積と差異があっても代金精算や損害賠償などの処置を取らないといういわゆる公簿取引方式か、売買契約締結にあたって面積の実測を行い、売主及び買主がその結果を確認し、当該面積と契約書記載の面積とに差異があれば代金の増減精算を行うといういわゆる実測精算方式とのいずれかが採られている。

例えば、（一社）不動産流通経営協会では、公簿

¹ （一社）不動産流通経営協会（以下 FRK）。

² 以下、特段の出典が示されていない契約例については、筆者が業務の過程で扱った契約例である。

取引と実測取引³と分けて契約雛形を制定している。

【事例C】FRK 公簿

売主、買主は、本物件の売買対象面積を表記面積とし、同面積が測量による面積と差異が生じたとしても、互いに売買代金の変更その他何らの請求もしません。

【事例D】FRK 実測精算

売主、買主は、本物件の売買対象面積を、建物については表記面積とし、土地については測量によって得られた面積とします。ただし、売主は、測量の結果得られた面積と登記簿記載の面積とに差異が生じたとしても、地積更正登記を行いません。

2 売主は、買主に対し、残代金支払日までにその責任と負担において、隣地所有者等の立会いを得て、資格ある者の測量によって作製された土地の測量図を交付します。なお、同測量図には、表記清算の対象となる土地（以下「清算対象土地」という。）の範囲およびその測量面積も記載することとします。

3 （省略）

4 売主、買主は、第2項の測量の結果得られた清算対象土地の面積と表記清算基準面積とに差異が生じたとき、売買代金清算に関する覚書を締結して、残代金支払日に表記清算単価により売買代金を清算します。

このような規定がない場合、数量指示売買に該当するかどうかが問題となる。判例の準則は、「民法565条にいう『数量ヲ指示シテ売買』とは、当事者において目的物の実際に有する数量を確保するため、その一定の面積、容積、重量、員数または尺度あることを売主が契約において表示し、かつ、この数量を基礎として代金額が定められた売

買を指称するものである。」（最判昭和43年8月20日頁民集22巻8号1692頁）としている。

しかし前述のとおり、売買契約に土地面積表示がなされていないということは通常考えられない。面積の表示があった場合に、「数量を基礎として代金額が定められた」とはどのような要素で定まるか、ということが実質的な論点になる。

この点については、面積による計算は一応の標準に過ぎないときは、数量指示には該当するものではなく⁴、多くの土地の売買における面積の表示は、土地の同一性を示すための標識たる意義を有するに過ぎない⁵とする価値判断と、土地測量が行われて売買契約に反映されている以上、数量指示売買に該当すると考えるのが基本的な認識とする価値判断⁶とが分かれている。

判例は「土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するものでないときは、売主は、当該土地が表示どおりの面積を有したとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責めを負わない」（最判昭和57年1月21日民集36巻1号71頁（裁判要旨））として前者の考え方に親和性を示す。一方で、「市街化区域内に所在する50坪余りの更地の売買契約において、契約書には目的物件の表示として公簿面積のみが記載されていたとしても、それが住宅用の敷地として売買されたものであり、代金額については、坪単価に面積を乗じる方法により算定することを前提にして、売主が提示した坪単価の額からの値下げの折衝を経て合意が形成され、当事者双方とも土地の実測面積が公簿面積に等しいとの認識を有しており、契約書

⁴ 我妻榮、債権各論中巻I、281頁。

⁵ 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、213頁。

⁶ 山本敬三、民法講義IV-1、301頁。さらに同頁注93には、（北川善太郎、債権総論（民法講要III）、129頁は）『土地面積の測量は、今日の取引実務にあつては厳密になされているのが通常であり、それに基づいて代金が決定されている数量指示売買では』、原則として数量指示売買にあたと解してよいとする」とする。

³ 実測取引と数量指示売買との相違につき、渡辺晋、民法改正の解説、265頁参照。具体的には、土地測量の有無、実測結果を踏まえた取扱い、代金増額を認めるかなどが違いとされている。

における公簿面積の記載も実測面積が公簿面積と等しいか少なくともそれを下回らないという趣旨でされたものであるなど判示の事情の下においては、当該土地が公簿面積どおりの実測面積を有することが売主によって表示され、実測面積を基礎として代金額が定められたものということができ、その売買契約は、いわゆる数量指示売買に当たる」（最判平成13年11月22日集民203号743頁（裁判要旨））として、数量指示売買の成立を認める事例判決も存在する。

以上の価値判断の相違は、改正法の解釈にも一定の影響を与えるものと思われる。

2.4. 物の瑕疵

2.4.1. 総論

現行民法570条は、売買の目的物に隠れた瑕疵がある場合に、566条の規定を準用する。つまり、効果として買主は損害賠償と解除（566条1項）を請求できるが、当該請求は、瑕疵の事実を知った時から1年以内になければならない（同条3項）。契約実務上は、隠れた瑕疵があったときの効果を明示することがほとんどである。

まず、典型的な規定例を示し、項目ごとに他の事例を紹介することとする。

【事例E】典型的な規定例⁷

買主は、本物件に隠れたる瑕疵を発見したときは、売主に、その修補を請求することができ、同時に、損害賠償の請求を妨げない。

2 瑕疵の存在により契約の目的を達成することができないときは、買主は契約を解除することができ、同時に、損害賠償の請求を妨げない。

3 上記の修補請求、損害賠償請求および契約解除は、本物件の引渡後、1年を経過したときは、できないものとする。

2.4.2. 「隠れた瑕疵」

瑕疵については、事例Eのように法文の用語を

そのまま使って「隠れた（る）瑕疵」としている例が多いが、建物の瑕疵について限定列挙をするFRKの事例が注目される。

【事例F】FRK標準売買契約書（個人間売買を想定）⁸

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食
- (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か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「瑕疵の修復範囲等」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か月以内にかぎり、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。

⁷ 杉本幸雄、徹底解説不動産契約書Q&A、114頁。

⁸ （一社）不動産流通経営協会
<https://www.frk.or.jp/guide/files/b04.pdf>

2.4.3. 時的制限

現行民法 570 条が準用する同 566 条 3 項は、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 年以内に行使しなければならないと規定する。しかし、取引実務上は、起算点を瑕疵を知った時とせず、引渡時としているのがほとんどである。おそらく、知った時という立証が難しい時点にすることの実務的困難さを配慮し、引渡という客観的にわかりやすい時期にしているものと思われる。

起算点からの時期については、宅建業者が売主の場合、宅建業法 40 条によって 2 年を下回ると無効となってしまうため、2 年間以上であることが求められる。また、新築住宅の売買契約の場合、住宅の構造体量上主要な部分等の隠れた瑕疵については、引渡から 10 年間は瑕疵担保責任を負うことが住宅の新質確保の促進等に関する法律 95 条に定められているため、その点についての規定を確認的に設ける例も見られる。

売主が宅建業者ではない、個人間の売買などの場合には、3 か月から 1 年程度の期間を定めることが多い。ただし、売主が宅建業者以外の事業者であり消費者に対して不動産を売るような場合、消費者契約法の趣旨から、もう少し長い期間を選択する例もある。

なお、商法 526 条は商人間の売買において買主の検査義務及び瑕疵発見時の通知について規定する。同条が不動産売買にも適用されると一応考えたうえで、適用を排除する旨の特約をし、特約による処理を行うという事例も行われている。

【事例 G】宅建業者である売主が新築住宅を商人である買主に売る場合の規定例

買主は、重要事項説明書記載事項を除き、本物件に瑕疵がある場合、実行日から 2 年間、売主に対しこれによって被った損害の賠償を請求することができる。

2. 本建物および本建物付属施設については、実行日から 2 年間、買主は売主に対し、前項の損害賠償請求に代えて、またはこれとともに、瑕疵の修

補を請求することができる。買主は、本建物に対する瑕疵があることにより本契約の目的が達成できないと判断する場合には、本契約を解除することができる。

3. 前 2 項に加えて、買主は売主に対し、本建物および本建物付属施設のうち構造耐力上主要な部分または雨水の浸入を防止する部分に隠れた瑕疵がある場合、施工会社から売主に対して本建物および本建物付属施設が引き渡された日から 10 年間、これによって被った損害の賠償を請求することができ、またはこれに代えて、もしくはこれとともに、瑕疵の修補を請求することができる。

4. 売主は、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 5 月 30 日法律第 66 号。以後の改正を含む。）第 11 条に基づき、前項に基づく瑕疵担保責任の履行が可能となる資力確保の措置として、保証金を〇〇法務局（〇〇県〇〇市〇〇×丁目×番×号）に供託する。

5. 本契約において、商法第 526 条の規定は適用しない。

買主が瑕疵を発見したとき、時的制限にかからないために、何をすればよいか。民法の規定は「請求」⁹であり、事例 E、事例 F、事例 G とも同じであるが、契約例では「売主は、本物件引き渡し後 2 年間にかぎり瑕疵担保の責任を負う」とざっくり書いてある例も散見される。

2.4.4. 救済手段

民法では売買における瑕疵担保責任として損害賠償と解除しか規定を置いていないが、修補を約定する場合も多い。他方、代金減額請求権についてはまず見かけない。金銭による処理としては、損害賠償に一本化しているものと思われる。

規定例 E や規定例 G は救済手段を損害賠償と解除に加え修補請求権を追加しているが、規定例 F では建物の瑕疵については修補請求のみ、土地の

⁹ 請求の意義につき、最判 平成 4 年 10 月 20 日民集 46 卷 7 号 1129 頁参照。

瑕疵については解除のみ行使できると規定している。規定例Eに修補を独立の項として規定した例を以下に挙げる。

【事例H】買主の修補請求権を規定した例¹⁰

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できる。

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

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

修補請求に類似する規定として、アフターサービス規定がある。アフターサービスは更に進んで、瑕疵に該当するか否かにかかわらず、不可抗力、経年変化、使用上の不注意などを除く不具合が期間内にあった場合に、売主が修補に応じる旨の規定¹¹である。新築住宅販売にかかる売買契約では多く用いられている。

【事例I】新築住宅の販売契約（アフターサービス特約あり）

（瑕疵担保責任）

第●条 乙（売主）は、本物件の隠れた瑕疵について、引渡し日から2年間に限り担保責任を負うものとし、

2 前項にかかわらず、本物件のうち「住宅の品質確保の促進等に関する法律」および同法施行令で

定められた構造耐力上主要な部分または雨水の浸入を防止する部分の隠れた瑕疵（構造耐力または雨水の浸入に影響のないものを除く。）については、乙は甲に対し、施工会社から乙へ本物件が引き渡された日から10年間に限り担保責任を負うものとし、「特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律」に基づき、同期間内の瑕疵担保責任の履行が可能となる資力確保の措置を講じるものとし、

3 乙は、前項の資力確保の措置として、住宅販売瑕疵担保保証金を〇〇法務局（〇〇県〇〇市〇〇×丁目×番×号）に供託するものとし、

4 甲の責めに帰すべき事由により生じた瑕疵については、乙はその責任を負わないものとし、

（アフターサービス）

第●条 本物件のアフターサービスについては、乙が定める「アフターサービス規準書」に基づき、不具合の修補を行うものとし、

2.4.5. 損害賠償額の制限

不動産以外の売買契約においては、損害賠償として請求できる額の上限を定める例が多いが、不動産売買契約においては、それほど例は多くない。前述した事例のように、土地・建物ごとに分けることはあっても、損害賠償額全額の請求を認めるか、そもそも瑕疵担保責任に基づく損害賠償を認めない特約とすることが多かった。

例外として、工場跡地のように土壌汚染や建築障害物がある蓋然性が一定程度ある場合、処理費用が多額になることが見込まれる一方で、取引前の土壌・地盤調査だけでは、サンプル調査であり瑕疵の有無の予測が難しいことが多いことから、売主と買主とが協議して、売主として負担できる対策費用を定め、その金額の範囲内において損害賠償請求ができる特約を締結している例が存在する。

なお、宅建業者が売主である場合、宅建業法40

¹⁰ （一財）不動産適正取引推進機構（編）、不動産売買の手引（平成29年度版）、59頁

<http://www.retio.or.jp/info/pdf/baibai.pdf>

¹¹ アフターサービスは、昭和51年の建設省通達をもとに業界団体において基準を定め、加盟会社に遵守を求めたものである。周藤利一、不動産政策史概論第7回 昭和成長期の不動産政策（上）、RETI0 103号（2016年10月）36-37頁 <http://www.retio.or.jp/attach/archive/103-019.pdf> 具体的な業界団体の基準として

（一社）不動産協会 中高層住宅基準 http://www.fdk.or.jp/k_afterservice/

条により、業者間売買を除き損害賠償権の制限、免除をする特約は無効であるので、上述の規定は、売主が宅建業者でない場合に限られる。

2.4.6. 免責

売主が宅建業者でない場合は、瑕疵担保責任を免除するという特約も、存在する。

【事例 J】 瑕疵担保免責の規定¹²

甲（売主）はこの土地に隠れたかし（ママ）があっても、その責めを負わないものとする。

3. 改正法に伴い検討すべき論点

3.1. 総論

現行法が「権利の瑕疵」についての規定を「物の瑕疵」が準用する（現 570 条）形式であるのに対し、改正法は、「種類、品質又は数量に関して」の契約不適合（改正法 562 条、563 条、564 条）の規定を「権利が契約の内容に適合しない」場合に準用している（改正法 565 条）。

以下では、まず種類、品質に関する契約不適合について契約実務上検討すべき論点を考察し、次いでこれで触れられなかった数量についての契約不適合、権利についての契約不適合特有の論点について、考察する。

3.2. 種類、品質に関する契約不適合

3.2.1. 「瑕疵」をどう書きかえるか

改正法は、現行法における物の瑕疵を「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」場合と規定し、現行法における権利の瑕疵を「売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しない場合」（改正法 565 条）と書き分けている。効果としても、期間制限は種類又は品質に関する契約不適合にのみ規定がある

こと、改正後宅建業法 40 条、改正後消費者契約法 8 条 2 項において無効とされる契約不適合についての特約が種類又は品質に関する契約不適合のみを対象としていることから、両者の区別は重要である。

もともと、法令上の制限などのないいわゆる法律上の瑕疵がいずれになるのか「明文化せずに解釈に委ね」¹³られたし、果たして両者が相互排他的といえるのかについては必ずしも明確ではない。

この点、整備法によって改正される品確法 2 条では、「瑕疵」を、種類又は品質に関して契約の内容に適合しない状態と単純に言い換えているが、契約文言において、従来の「（隠れた）瑕疵」を「種類又は品質に関する不適合」と変えて同じ意味となるのだろうか。従来権利の瑕疵の一つとして処理されていた事象が含まれることにならないか。後述するが、契約文言の提言の中には、改正法 562 条と同様、「種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しない」と数量不適合まで含めているものがある。そうすると、従来の「瑕疵」とはかなり意味合いが異なってくる。

また、「隠れた」要件については、「目的物が性状に関して契約の趣旨に適合しているか否かの判断」¹⁴の中で処理すればよいとのことで削除されたが、買主の善意無過失について、契約の中で明確に規定する必要はないのだろうか。

なお、不動産売買契約ではないが、法改正に伴う契約文言の提言において、不具合とか隠れた瑕疵という従来の契約実務上なじみのある表現を契約不適合の例として規定しているものがあり、参考となる。

【事例 K】 契約不適合の説明として、不具合や隠れた瑕疵を例示している例¹⁵

甲（買主）は、本件商品に不具合（隠れた瑕疵を含む）がある場合又は第●条に定める保証に反す

¹² 東京都（港湾局）が土地を売却する際の標準契約書 <http://www.kouwan.metro.tokyo.jp/rinkai/youkou/pdf8/joujikoubo/keiyaku.pdf>
なお公平を期すために補足すると、土壌汚染、地中障害については、一定の補償を行うことが別に約定されている。

¹³ 部会資料 75A、10-11 頁。

¹⁴ 部会資料 75A、18-19 頁。

¹⁵ 長瀬佑志、長瀬威志、母壁明日香、ビジネス契約書の読み方・書き方・直し方、47 頁。

る場合など、本件商品が本契約の内容に適合しないものであった場合(以下「契約不適合」という。)、乙(売主)に対して、本件商品の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる追完を請求することができるものとする。ただし、契約不適合にかかわらず、甲は乙に対して本件商品の代金減額を請求することはできないものとする。

2 前項の定めにかかわらず、甲は、契約不適合により、契約締結の目的を達することが著しく困難となる場合に限り、本契約を解除することができる。

3 第1項の規定は、甲の乙に対する損害賠償請求を妨げない。但し、乙が甲に対して負う損害賠償の額は、金100万円を超えないものとする。なお、当該違約金を超える損害が生じた場合であっても、違約金を超える金額については相互に請求することができず、また、当該損害が違約金に満たない場合であっても、当該違約金の減額を請求することはできないものとする。

「契約の内容」という用語を採用するとすれば、「契約の内容」としてどこまで含めたり、除外したりすることができるのか、という点についても検討が必要である。例えば、目的物の性質について未確定のリスクがあるということを契約の内容に含めることができ、品質未確定の物を売買するという「契約の内容」であれば、現行法上瑕疵担保責任が発生するかなりの部分の責任を買主に転嫁することができるようになると思われる。逆に、売主が表明保証をしている事項について、契約不適合責任との関係で「契約の内容」に含めず、追完請求や代金減額請求の対象から除外することができるのかという点についても、検討が必要である。¹⁶

このように、「瑕疵」をどう書き換えるかは慎重な検討を要するとともに、業界において各社ごとに著しく異なる表記とすることは、利用者のため

にもならないことから、一定の共通認識が必要になると考えるが、どうだろうか。

3.2.2. 「瑕疵担保免責」をどのように言い換えるか

現行法下の運用では、瑕疵担保責任を免除する特約について、実務上の事例があるところ、改正法では、この免責条項をどのように記載するのか。契約不適合責任を免除するとすると、そもそも法的拘束力のある約束を契約とする以上、このような規定ぶりは一見矛盾することとなり、特に一般消費者からの理解が得られないのではないかとこの危惧がある。

例えば契約不適合責任自体はあるが、その効果としての買主の請求権を放棄するという規定ぶりにするなどの試行錯誤が今後見られるのではないかとと思われる。

3.2.3. 追完請求

改正法562条は、種類、品質又は数量に関する契約不適合の救済手段として、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請求権を買主に与えている。種類又は品質に関する契約不適合においては、不足分の引渡しは観念できないから、追完請求としては、目的物が特定物か不特定物かにかかわらず、修補又は代替物引渡しを買主が請求できることとなる。

契約不適合責任に関する民法の規定は任意規定であり、原則として特約によって排除が可能である。この点、現行法における実務としては、特約によって修補請求権を買主に付与する例やアフターサービス提供義務を売主に課す例が見られることは既述したが、代替物提供までは認めていない。しかしながら、マンション欠陥トラブルにおいて、買主から欠陥のある区分所有区画に代えて代替物件を求められる事案も見られるところである。

問題は、民法の原則である追完方法のうち代替物提供を特約によって排除することが、宅建業法40条に抵触し無効となることはないのかという点である。改正法562条1項但書は、「売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買

¹⁶ 以上の点について、望月治彦、民法改正が不動産売買契約の実務にどのような影響を与えるのか、日本不動産学会誌30巻1号62頁を参照。

主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる」と定めるが、あらかじめ特約で追完方法は修補に限ることは整備法による改正後の宅建業法 40 条に違反しないのか。

(担保責任についての特約の制限)

第 40 条 宅地建物取引業者は、自ら売主となる宅地又は建物の売買契約において、その目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない場合におけるその不適合を担保すべき責任に関し、民法第 566 条に規定する期間についてその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。(下線部筆者)

下線を引いた「同条に規定するもの」の解釈が問題となる。(以後の議論でも同様。) 修補に追完方法を限定することが、買主に不相当な負担を課す場合には、買主に不利な特約として無効となるが、特定物である不動産の種類又は品質に関する契約不適合において、代替品の提供をしないことが買主に不相当な負担を課すということは、まず考えられないので、無効とはならないと考えられるが、所管官庁としての見解が待たれるところである。

3.2.4. 代金減額請求

改正民法 563 条は、買主が「不適合の程度に応じて」代金減額ができると規定する。しかし、具体的な算出基準については解釈に委ねられた。

この点について、代金減額割合の算定基準時はいつか、といった論点がある。潮見教授は、代金減額請求が認められる場合の減額割合については、引渡時を基準とするのが適切であるとする¹⁷。潮見教授は、バターを例として紹介するが、想定を補って考えれば次のようなことであると思われる。1 等品のバターを売買する契約を締結し

たが、実際に引き渡されたバターは 4 等品相当でしかなかったとする。引渡時基準というのは、引渡時における 4 等品のバターが 1 等品に比べ 40% しかないときに、減額割合については引渡基準とするが価格については請求時を基準とするのであれば、代金減額請求時の 1 等品バター相当額に 60% を乗じた額を減額請求することであろう。したがって、品質の不適合の場合は、引渡後 4 等品バターに比べ 1 等品バターが極端に不足し、4 等品バターが 1 等品に比べ 20% になったとしても減額割合としては考慮しないことになる。これでは買主は実損を大きく下回る救済しか得られないことになる。数量不足のときを想起すれば価格請求時基準が自然だが、品質不適合でも同じ規律でいいのか、違和感が残る。

これに対し深山雅也弁護士は、次のような設例を紹介している¹⁸。古家を代金 1000 万円で売却したのち、雨漏りが判明し、200 万の修復費用が見積もられている。請求時の不適合がなかったときの古家の時価が 1000 万円のままであれば、修復費用 200 万円を減額できる。不適合がなかったときの時価が 1200 万円になっていれば時価は $1200 - 200 = 1000$ 万円となり、 $【1000 \text{ 万} \times (1200 \text{ 万} - 1000 \text{ 万}) / 1200 \text{ 万}】 = 166 \text{ 万} 6666 \text{ 円}$ 減額となる。不適合がなかったときの時価が 800 万であれば、時価は $800 - 200 = 600$ 万円となり、 $【1000 \text{ 万} \times (800 \text{ 万} - 600 \text{ 万}) / 800 \text{ 万}】 = 250 \text{ 万円}$ 減額となる。修復費用は請求時とするが、引渡後の不適合がなかったときの価格変動を考慮するということになる。ただし、この事例では修復費用は不変という前提であったが、引渡時と請求時の修復費用も変動するのが通常であり、計算はさらに複雑になる。不動産価格は下落するが、修復工事代金が高騰しているときには、予想を上回る減額幅となり得る。

このように、引渡後の価格変動が減額幅に影響を与えることや、そもそも適合物であれば有する価値と不適合時の価値とを客観的に算定できるの

¹⁷ 潮見佳男、基本講義債権各論 I 第 3 版、97 頁。

¹⁸ 深山雅也、経営法友会・株式会社商事法務共催、改正民法（債権関係）の解説第 3 回 契約各論等に関する論点（応用編）、2017 年 11 月 16 日、3-4 頁。

かといった問題があることから、請求時における修補費用をもって減額の金額とすることをあらかじめ契約で定めておくということ¹⁹が提言されている。しかしこのような特約が宅建業法 40 条に照らし有効かどうかは疑問なしとしない。所管官庁の見解がなければ代金減額請求は極めて予測可能性の低い制度にならざるをえないであろう。

3.2.5. 救済手段の一部の放棄

民法改正によって多様化した契約不適合責任の救済手段の一部のみ規定し、他の救済手段の行使を放棄させる特約は許されるのか。

まず、改正後の消費者契約法 8 条は、契約不適合責任を債務不履行責任の一つと捉え、損害賠償責任の全部又は一部を免除する条項は原則として無効であるとしつつ、事業者が履行追完責任又は代金減額責任を負う場合には有効であるとしている。また、同法 8 条の²⁰は消費者の解除権を放棄する条項を無効とする。よって、消費者の解除権は免除不可、損害賠償請求権は、追完請求権又は代金減額請求権のいずれかが規定されていれば免除可能ということになる（事例 F の建物の瑕疵の規定がこれに該当する）。逆に損害賠償請求権が規定されていた場合に追完請求権又は代金減額請求権のいずれかを放棄する規定については直接の規定が置かれていない。

実務上より難問なのは、宅建業法 40 条の解釈である。改正民法 566 条は「履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除」を並列して規定しているので、この 4 つの救済手段の 1 つでも放棄することは宅建業法 40 条違反となって無効となるのか。

このうち、履行追完義務、損害賠償義務及び解

除だけを特約で規定し、買主の代金減額請求権を放棄させることは、宅建業法の趣旨から問題ないように思われる。改正民法 563 条 1 項は、代金減額請求権は売主が履行追完をしない場合に発生すると規定していること、同条 2 項 2 号は、売主が履行の追完を拒絶することを前提として買主が直ちに代金減額請求権を行使することを認めていることから、民法の解釈として、売主が履行の追完をすれば、代金減額請求権は行使できないことが前提である。したがって、代金減額請求権のみを放棄させても民法の原則から逸脱していないと考えられる。

同様に、追加請求権を放棄し代金減額請求権に一本化する（損害賠償及び解除は排除しない）ことも、改正民法 563 条 2 項 2 号の「履行の追完を拒絶する意思」をあらかじめ契約の段階で規定しているだけであるから、民法の原則の域を出ないと考えられる。

それ以外の救済手段の一部放棄については、実務に対する影響が大きいものの、条文の文言解釈としては難しいのではないかと²¹。もっとも、これを宅建業法 40 条に反し無効とすれば、実務に対する影響は大きい。

また、前述のように、代金減額請求権は、基本的には追完請求ができないときの代替として認められている。しかし、どのような場合に追完不能であるかは明確でないため、特約によって客観的な基準を設けることが提言されている²²。例えば、「売買代金額の〇割を超える場合には修補以外の救済措置を行う」といった、あらかじめ追完が不能であることについて客観的基準を設けることが宅建業法 40 条に照らし「(民法 566) 条に規定するものより買主に不利となる特約」となり無効となるか。基準額が著しく合理性を欠く場合には、事実上追完請求権を放棄させることとなり、宅建業法 40 条に抵触するようにも思われる。しかし、代金減額請求によって買主は救済されているので、

¹⁹ 猿倉健司、不動産業・建設業の債権法改正対応 第 1 回 不動産業（売買）（その 1）、ビジネス法務 2018 年 2 月号 100 頁。

²⁰ 当該条項は平成 28 年 6 月 3 日法律第 61 号（平成 29 年 6 月 3 日施行）により追加されたが、整備法案の国会提出が消費者契約法改正法案の国会提出前であったため、消費者契約法改正法において、その時点で未成立の整備法案を改正する形で改正されている。

²¹ 前掲注 16、66 頁の筆者の考察は、かなり粗い検討であった。

²² 猿倉前掲注 19、100 頁。

「不利」とまでいえないとも考えられる。

現行法下での売買契約条項が代金減額請求権を規定していないため、民法改正に当たり契約条項をどこまで書けば宅建業法に抵触してしまうかは、実務上大きな関心事である。所管官庁の見解が待たれるところである。

3.2.6. 救済方法の順位付け

それでは、改正民法に規定する救済手段を行使する順序を定める特約についてはどうか。追完請求が不能であるときに限り代金減額請求をなしうるという準則は基本的に563条と同等であるので、特段の問題はないものと思われる。

しかし、損害賠償及び解除は、追完請求及び代金減額請求が不能であったときに限定するという規定はどうか。また、事例Kのように、解除は契約締結の目的を達することが著しく困難となる場合に限り行使できるとする規定はどうか。

前者については、結果として救済方法がなくなるわけではないので、「買主に不利となる特約」とまでは言えないと思われるが、どうか。

3.2.7. 時的制限

改正民法566条は、種類又は品質に関する契約不適合につき、不適合を知った時から1年以内に「その旨」を売主に通知しないときには、不適合責任を追及できないと規定する。契約実務上は現状と同様、「知った時」ではなく引渡時を起算点とすることになるとと思われる。

問題は、「その旨」として、どこまで不適合が特定されていなければならないかということである²³。あまりにも雑駁な通知には期間の進行を止める効力がないと思われるが、現行法下の判例実務をより柔軟化させた立法趣旨を踏まえたとしても、不適合について一定程度の特定は実務上必要ではないかと思われる。

ここでも、特約として不具合の概要を具体的に記載して書面で通知した場合に限るとした場合、

宅建業法40条に照らして有効かという論点が想定される。

3.3. 数量不適合

数量に関する不適合は、改正法562条、563条及び564条において、種類又は品質に関する不適合と同じ規律に服することとなった。ただし、時的制限である565条は適用されない。また、数量不適合は、品確法、宅建業法、消費者契約法では直接の言及がないため、比較的契約自由の原則が当てはまる領域だと思われる。

契約文言において、数量不適合を種類又は品質に関する不適合と同列に規律する例があるが、従来の契約文言との連続性を考えれば、別に規律することの方が混乱は少ないものと思われる。

【事例L】数量不適合を種類又は品質に関する不適合と同じ条文中で規律する例²⁴

第●条(契約不適合責任)

1. 甲(買主)に引き渡された本物件が種類、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「契約不適合」という。)は、甲は、乙(売主)に対し、本物件の修補、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。ただし、乙は、甲に不相当な負担を課するものでないときは、甲が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。

2. 前項本文に規定する場合には、甲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、甲は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる。

3. 前項の規定にかかわらず、次に掲げる場合には、甲は、同項の催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。

(1) 履行の追完が不能であるとき。

(2) 乙が履行の追完を拒絶する意思を明確に表

²³ 望月治彦、民法改正が不動産取引実務に与える影響、ビジネスロージャーナル2015年7月号52頁、54頁。

²⁴ 井上治・猿倉健司、民法改正(債権法改正)を踏まえた不動産取引契約の実務対応ガイド <https://business.bengo4.com/white-papers/14>

示したとき。

(3) 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、乙が履行の追完をしないで、その時期を経過したとき。

(4) 前3号に掲げる場合のほか、甲が前項の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき。

4. 第1項の不適合が甲の責めに帰すべき事由によるものであるときは、甲は、同項の規定による履行の追完の請求、第2項及び第3項の規定による代金の減額の請求をすることができない。

5. 第1項ないし前項の規定は、第7条の規定による損害賠償の請求並びに第8条第1項ないし第3項の規定による解除権の行使を妨げない。

6. 乙が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を甲に引き渡した場合において、甲がその不適合を知った時から1年以内にその旨を乙に通知しないときは、甲は、その不適合を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。ただし、乙が引渡しの際にその不適合を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。

基本的には従来の契約実務を承継し、契約不適合責任については種類又は性質に関する不適合について独立の規定を設け、数量不適合に関しては、不適合の規定ではなく公簿取引規定または実測取引規定を規定すればよいものと考え、これらの特約が民法の規律を当然に排除するわけではないので、民法の適用を排除する文言を注意的に付言することの要否を検討することとなる。また、実測精算取引の場合代金精算に加えて代替物提供にかかる追完請求権（隣接地を提供するなど）をあらかじめ放棄させておくかどうかは、検討すべき論点である。

また、公簿取引特約が数量不適合責任を否定する特約となるかが問題となる。潮見教授は、数量

に関する契約不適合は、現行法565条のもとで「数量を指示して」売買がされたと捉えられていたタイプのもの（数量指示売買）において認められる²⁵とするが、法制審の審議過程において数量指示売買という概念が放棄された経緯が必ずしも明確ではないので、条文解釈としては数量が契約に記載されている以上、当該数量が「契約の内容」であると考えていた方が保守的であろう。なおこの点については、現行法の解釈上、数量指示売買をより認める方向かどうかという価値判断により、契約記載面積の「契約の内容」該当性も変わってくると思われる。現行法において契約に面積が記載されていれば原則として数量指示売買だという価値判断であれば、契約に記載された面積を「契約の内容」として認める方向になろう。これに対し契約に面積が記載されただけでは数量指示売買ではなく、それに付加された事情が必要という価値判断であれば、契約記載面積は「契約の内容」ではなく、齟齬があっても直ちに契約不適合責任は生じないということになる。

仮に公募売買が数量不適合責任を否定する特約とした場合、民法の規定を買主に不利とする特約であるので、買主保護上問題がないか、慎重な扱いが必要になる。この点については別稿²⁶で詳しく論じた。

3.4. 権利の不適合

権利の不適合についても、数量不適合と同様、宅建業法において特段の制限はない。ただし、損害賠償請求権や解除権を放棄させる特約は消費者契約法8条により無効となる。

権利の不適合については、現行法の権利の瑕疵と同様、民法の原則を準える契約ではなく、負担除去義務として規定することになるとと思われる。数量不適合と同様、追完請求権や代金減額請求権を特約で放棄させておくか否か、契約実務上検討することになるとと思われる。

²⁵ 潮見前掲注17、92頁。

²⁶ 望月前掲注16、62-63頁参照。

4. まとめに代えて

改正法施行まであと2年弱となった。不動産業界においても、売買契約を始めとした各種契約の見直しが急務である。契約不適合責任という新しい概念の導入にあたって、基本的なコンセンサスがないうまま各事業者がばらばらに契約規定を作成することは、事業者のみならず、不動産取引に参画する消費者その他全ての利害関係者に対しても混乱をもたらすことになる。

特に、従来の「隠れた瑕疵」という思考枠組をどのように契約実務上変えていくのか、また、各種特約がどこまで行けば宅建業法40条に抵触してしまうのか、といった点については、業界²⁷および所管官庁において早急に整理し、共通認識をもっておくことが望ましいのではないだろうか。

²⁷ 契約不適合責任という履行障害法の施行枠組みを各社揃えることは、取引条件の調整ではなく、独占禁止法上の問題も少ないと考える。