

売主瑕疵担保責任に基づく損害賠償と瑕疵修補の関係：近時の裁判例を手掛かりにして

田畑，嘉洋
九州大学大学院法学府：博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/1456116>

出版情報：九大法学．107，pp.56-90，2013-09-30．九大法学会
バージョン：
権利関係：

売主瑕疵担保責任に基づく損害賠償と 瑕疵修補の関係

— 近時の裁判例を手掛かりにして —

田 畑 嘉 洋

- 1 はじめに
- 2 瑕疵担保責任の概要
 - (1) 売主の瑕疵担保責任
 - (2) 請負人の瑕疵担保責任
 - (3) 民法典改正と瑕疵担保責任
- 3 目的物の瑕疵
 - (1) 最判平成22年6月1日
 - (2) 東京地判平成17年12月5日
 - (3) 目的物のあるべき状態
- 4 瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容
 - (1) 修補費用の賠償を認める事例
 - (2) 代金減額的な処理を行った事例
 - (3) 以上の類型に該当しない事例
 - (4) 請負における瑕疵修補費用の意味
- 5 瑕疵修補費用の賠償と瑕疵修補の関係
 - (1) 修補費用賠償の意味
 - (2) 瑕疵担保責任と過失
 - (3) 瑕疵修補請求権
- 6 おわりに

1 はじめに

民法570条は、売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは566条の規定を準用すると定めている。従って、買主は、契約をした目的を達成できなければ契約を解除することができ、契約を解除できない場合には、損害賠償のみを請求することができる。判例、通説ともに、瑕疵担保責任は無過失責任であるとしている⁽¹⁾。周知の通り、瑕疵担保責任の法的性質を巡っては学説上の激しい争いが存在し、法的性質の理解の仕方の違いは、瑕疵担保規定の適用範囲、買主の瑕疵修補請求権の有無、損害賠償の範囲等に影響を与えることになる。

本稿では、近時の裁判例の分析を通して、特定物売主も瑕疵なき物を給付する義務を負っていると理解し得ること、つまり、解釈論上、買主に一般的に瑕疵修補請求権(追完請求権)⁽²⁾を付与し得ることを明らかにすることを試みる。以下の論述においては、まず、瑕疵担保責任の内容、瑕疵担保責任を巡る議論を概観しつつ、問題の所在を確認する(2)。次に、物の瑕疵とは何か(3)、どのような損害の賠償が瑕疵担保責任に基づき認められているか(4)という二つの点に着目して裁判例を分析する。瑕疵が契約との関係で理解されていること、及び、瑕疵の修補費用の賠償請求が認められていることを明らかにすることは、理論的に、瑕疵物給付を不完全履行として理解する一つの糸口となり得るからである。つまり、特定物の売主が目的物を契約で定められた状態にするための費用を負担させられているとすれば、そのような状態にある物を給付するという売主の義務の存在を一般的に肯定することができるはずである(種類売買の場合については401条1項からも明らかである)⁽³⁾。このことについては、私見を述べる際に詳しく検討する(5)。なお、裁判例の分析に際しては、売主の瑕疵担保責任を理解するための一つの手掛かりを得るために、債務不履行責任の特則と理解されている請負人の瑕疵担保責

任に関する若干の事例にも検討を加える。

2 瑕疵担保責任の概要

裁判例の分析に入る前に、本稿が扱う問題の所在を明確にするために、売主及び請負人の瑕疵担保責任の内容、及び、瑕疵担保責任を巡る議論の概要を簡単に確認しておく。

(1) 売主の瑕疵担保責任

はじめに述べたように、買主は、目的物に隠れた瑕疵があった場合、売主に瑕疵担保責任を問うことができるが（なお、本稿は、権利の瑕疵に対する責任については検討の対象外とする）、その法的性質は古くから激しく争われている⁽⁴⁾。とりわけ、瑕疵担保規定が特定物売買にのみ適用されるのが問題とされてきた。判例には、不特定物売買の事例において、目的物の受領後には570条のみが適用されるとするもの（大判大正14年3月13日民集4巻217頁）、受領後にも買主の完全履行請求権が存在し得ることを認めるもの（最判昭和36年12月15日民集15巻11号2852頁）がある。瑕疵担保責任の法的性質に関する学説は多岐に分かれるが、大きく法定責任⁽⁵⁾と債務不履行責任説⁽⁶⁾に分けることができる。

伝統的な法定責任説は、570条の適用対象を特定物に限定し、瑕疵ある目的物を給付すれば債務は履行されたことになるとし、瑕疵担保責任は、瑕疵の存在により生じる対価の不均衡を是正して、買主の信頼を保護するために法律が特に認めた責任であると理解する⁽⁸⁾。本説によれば、瑕疵の修補請求は認められず、損害賠償の範囲は、信頼利益⁽⁹⁾か、あるいは対価的に不均衡な範囲⁽¹⁰⁾に限定される。

これに対して、債務不履行責任説は、特定物の売主も合意された完全な物を給付する義務を負い、瑕疵物の給付は債務不履行であり、瑕疵担

保責任は債務不履行責任の特則であると理解する。債務不履行責任説によれば、買主は、瑕疵担保規定の定める解除と損害賠償に加えて、完全履行請求権としての修補又は代物給付請求権を有することになる。また、売主の故意・過失を要件とすべきかについては争いがあるものの⁽¹¹⁾、買主は履行利益の賠償も請求できることになる。

売主の瑕疵担保責任の法的性質については、おおよそ以上のような争いが存在している。もっとも、法的性質についての各説の解釈的結論については、それぞれ修正を施しており、実際の差異は生じていないとされ、しかも、債務不履行責任説は民法全体に通じる諸原則の再構成を余儀なくしており、法定責任説以上に問題性を孕んでいるという批判も存在する⁽¹²⁾。しかし、本稿の検討から明らかになるように、私見のように債務不履行責任説に立脚しても、瑕疵担保責任をそのような諸原則と整合的に理解することは可能であり、とりわけ、債務不履行責任説に立脚するからといって、原始的不能と後発的不能を区別して扱うことを否定する必然性は必ずしも存在しないようにも思われる。これらの点は、瑕疵担保責任の損害賠償を代金減額請求権として理解するいわゆる危険負担的代金減額請求権説⁽¹³⁾と私見との関係も含めて、裁判例を分析した後、5において検討する。

(2) 請負人の瑕疵担保責任

瑕疵担保責任は請負の際にも生じるが、請負人が瑕疵担保責任を負う根拠について予め確認しておくことは、後に本稿の対象とする問題を検討する際に有益である。請負人の瑕疵担保責任も無過失責任とされているが、売買の場合と異なり、請負人の瑕疵担保責任が債務不履行責任の特則であることには争いがない⁽¹⁴⁾。つまり、請負人は、仕事完成義務を負っているから(632条)、仕事の瑕疵の存在は、この義務の不履行である。従って、請負人の瑕疵担保責任は、債務不履行に基づく責任の特則として理解されることになる。注文者には、原則として、瑕疵修補請求

権も認められている（634条1項）。また、瑕疵の修補に代えて、または修補とともに損害賠償を請求することができるが（634条2項）、判例上、「仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なきときであっても、修補を請求することなく直ちに修補に代わる損害の賠償を請求することができる」（最判昭和54年3月20日判時927号184頁）とされており、注文者は予め修補請求権を行使しなければならないわけではな⁽¹⁵⁾い。（瑕疵担保責任に基づく）損害賠償の範囲は無過失でも履行利益にも及ぶとされているが、後に述べるように問題がある。

なお、新築住宅の売買契約及び請負契約については、住宅の品質確保の促進等に関する法律（以下、品確法）が瑕疵担保責任に関して特別の定めをしている（品確法94条1項、95条1項）。すなわち、目的物が新築住宅（品確法2条2項）であり、住宅の構造耐力上主要な部分等（品確法施行令5条）に瑕疵が存在した場合、買主は、民法が定める解除と損害賠償以外に、瑕疵の修補を請求することもできる。つまり、本法は、売主の責任に関しても、債務不履行責任説と親和的な構成を採用している。このように、品確法の対象となる限りでは、売主も請負人と同等の瑕疵担保責任を負担する。もっとも、目的物や瑕疵が品確法の対象とならない場合においても、例えば売主の方が費用や時間等の点でより効率的に修補できる場合や、買主が修補手段へ到達することが困難な場合のように、買主の瑕疵修補請求権を認める意義・必要性はあり得るから、売主が瑕疵なき物の給付義務を負っていることを明らかにすることは、なお意味がある。また、後述のように、瑕疵のない物を給付する義務の原則的な承認は、必ずしも売主の不利益にはならない。

（3）民法典改正と瑕疵担保責任

現在、我が国においても民法典の改正作業が進められている。最近公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案⁽¹⁷⁾」では、売主の瑕疵担保責任は債務不履行責任説の立場から定められている。また、日本法

の解釈に大きな影響を与えているドイツにおいてはすでに2002年に民法典が改正されているが、改正後のドイツ民法典（以下BGB）でも、売主は瑕疵のない物を給付する義務を負わされている。以下では、両者における売主の瑕疵担保責任に関する規律を確認し、私見との関連性について幾つかの点を指摘しておく。

(ア) 日本

民法（債権関係）の改正に関する中間試案では、売主の瑕疵担保責任は以下のように定められている。まず、売主は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合する目的物を給付しなければならないことが明確にされている（中間試案第35.3(2)）。そして、目的物が契約適合的であれば、買主は、売主に、履行の追完を請求することができる（第35.4(1)）。また、買主は、債務不履行の一般原則に従って、不履行による損害賠償、又は、不履行による契約の解除をすることができる（第35.4(2)）。さらに、買主の代金減額請求権も認められている（第35.5(1)）。

試案には、履行請求権の限界事由⁽¹⁸⁾に関する定めもあり、限界事由の一つとして、履行が物理的に不可能であることが挙げられている（第9.2ア）。そして、「契約は、それに基づく債権の履行請求権の限界事由が契約の成立の時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられ」ず（第26.2）⁽¹⁹⁾、債務につき履行請求権の限界事由がある場合に、その不履行による損害の賠償を請求することができるとしている（第10.3(1)ア）。また、損害賠償責任の免責に関しては、「債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わない」とされている（第10.1(2)）。

以上のように、中間試案では、目的物が契約適合的であれば、買主は、売主に、目的物を契約適合的にするよう請求することができることされており、私見もこの立場に立つ。もっとも、契約成立時の不能の扱い

については、検討の余地があると思われるから、後に検討を加える。

（イ）ドイツ

日本における瑕疵担保責任を巡る議論にも大きな影響を与えているドイツでは、債務法を中心に大きく改正された民法典（以下 BGB）が2002年から施行されている。⁽²⁰⁾ 売主瑕疵担保責任の法的性質はドイツでも激しく争われていたが、改正に際して、売買瑕疵担保法が一般給付障害法に統合され、物の瑕疵の存在しない物を給付する義務を売主が負っていることが明確に規定された（BGB 433条1項）。つまり、物の瑕疵（BGB 434条）の存在は義務違反を構成する。この場合、買主には、要件に応じて、追完請求（瑕疵修補または代物給付（BGB 439条1項））、解除／減額、損害賠償請求／無駄になった費用の賠償請求が認められている（BGB 437条）。瑕疵ある物の給付を受けた買主は、原則的に、まず、追完のための期間を設定して、売主に追完の機会を与えなければならない（BGB 281条1項、323条1項、440条、441条1項）。追完が生じなかった場合に、売主の帰責性（Vertretenmüssen、原則として故意または過失（BGB 276条））が認められれば、買主は給付に代わる損害賠償を請求することができ（BGB 280条、281条1項、283条）、これは積極的利益にまで及ぶ。⁽²¹⁾ 解除と減額の要件として、売主の帰責性は要求されない。また、改正により、⁽²²⁾ 不能な給付を目的とする契約を無効とする BGB 旧306条が削除された。現在、契約締結時に既に給付障害が存在したことは契約の有効性に影響を与えない（BGB 311a条1項）。そして、この場合にも、債務者が契約締結時に給付障害を知らず、かつ、知らないことを帰責されないのであれば、債権者は給付に代わる損害賠償を請求できる（同2項）。もっとも、契約締結時に給付障害が既に存在していた場合、債務者の第一次的な給付義務はそもそも発生せず（BGB 275条）、義務違反は存在し得ないから、給付に代わる損害賠償請求権の根拠が、これ以外の場合とは異なっている点は重要である。また、ドイツでは、物の偶然的滅失や損傷についての危険は、

(8) 83 売主瑕疵担保責任に基づく損害賠償と瑕疵修補の関係 (田畑嘉洋)

原則として、物の引渡しによって買主に移転する (BGB 446条⁽²⁴⁾)。

瑕疵担保責任が一般給付障害法に統合された背景の一つとしては、物の瑕疵について客観説ではなく、(合意違反と理解する) 主観説が判例・通説により採用されたにもかかわらず、合意に対応した履行請求権を認めないことが矛盾と評価され得ることを指摘することができる⁽²⁶⁾。後に再度述べるように、このことは日本法にも当てはまる。

以下では、目的物の瑕疵の判断方法と瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容に着目して、近時の裁判例を分析する。それにより、売主が、請負人と同様に、瑕疵のない物を給付する義務を負っていることが明らかになる。

3 目的物の瑕疵

売買の目的物に隠れた瑕疵が存在した場合、買主は売主に瑕疵担保責任を問うことができるのであるが、民法570条は、物の瑕疵とは何かを定めていない。しかし、例えば、建物売買を例にすると、大規模な地震の頻発する我が国において、建物の耐震性の欠如は人命を大きな危険に晒す。従って、売買された新築建物が、売買時の法令等 (例えば、建築基準法) により要求される品質の標準すら満たしていない場合、感覚的には、物の瑕疵の存在を肯定することに問題はなさそうである。しかし、築後年数が経過した建物が、現在の基準を満たさなくなっていること (例えば、いわゆる旧耐震基準の問題) や、そうでなくとも、そもそも想定を超える規模の震災に耐えられないということもあり得る。では、これらの場合において、物の瑕疵の存在は認められるのであろうか。また、これが認められるとすれば、どのような根拠で認められるのであろうか。売主の負担する義務の内容を解明する手がかりを得るために、まず、二つの裁判例における瑕疵の判断方法に検討を加える。

(1) 最判平成22年6月1日

売買物の瑕疵判断の基準について述べる近時の最高裁判例として、最判平成22年6月1日（民集64巻4号953頁）がある。本件では、契約当时には規制の対象ではなかったふっ素が地中に含まれていたことが瑕疵かが争われた。最高裁は、「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」とした。つまり、①瑕疵とは、当事者間において有することが予定されていた品質・性能の欠如であり、②予定されていた品質・性能については、特別の定めがなくても、売買契約当時の取引観念により補われる。このことを前提として、本判決では、「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、本件売買契約締結時に有害性が認識されていたか否かにかかわらず、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ぬ。そうすると、本件売買契約締結当時の取引観念上、それが土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されていなかったふっ素について、本件売買契約の当事者間において、それが人の健康を損なう限度を超えて本件土地の土壤に含まれていないことが予定されていたものとみることとはでき」ないとして、瑕疵の存在が否定された。本判決とは逆に、取引観念上一般的であることについて、わざわざその旨の合意が存在しない限り、契約上は予定されていなかったと理解すること、あるいは反対に、何ら合意がないにもかかわらず、取引上一般的ですらないことが契約上予定されていたと理解することは、当事者の潜在的な意思に反する結果になるだろう⁽²⁷⁾。

(2) 東京地判平成17年12月5日

契約締結時を基準として契約内容を補うという手法は、下級審の裁判

例にも現れている。東京地判平成17年12月5日（判時1914号107頁）は、環境物質対策基準であるJASのFc0基準、JISのE0・E1基準⁽²⁸⁾を充足するフローリング材等を使用した物件である旨のチラシの検討の上で買主が購入したマンションが、当該基準に適合する材料が使用されていたとはいえ、シックハウスであったため、買主が瑕疵担保責任に基づく解除と損害賠償、及び、債務不履行に基づく損害賠償等を請求したという事案である。本件では、「建物の備えるべき性質として、本件建物自体が環境対策基準に適合していること、すなわち、ホルムアルデヒドをはじめとする環境物質の放散につき、少なくとも契約当時行政レベルで行われていた各種取組において推奨されていたというべき水準の室内濃度に抑制されたものであることが前提とされていたものと見ることが、両当事者の合理的な意思に合致する」（傍点は筆者、以下同様）とされ、室内の環境物質濃度がそのような水準（具体的には、平成9年6月の厚生省（当時）指針や、建築物における衛生的環境の確保に関する法律等が採用する0.1mg/m³）を相当程度超えていることに基づき瑕疵の存在が認められ、瑕疵担保責任に基づく契約解除と損害賠償請求が認められた⁽²⁹⁾。申込の誘引の際に、使用建材が環境物質対策基準に適合していることについてあえて言及されていた以上、一般消費者である買主が、建物内部の環境物質濃度について契約時点で一般的に想定可能な水準も満たされていると考えることは何ら不合理とは言えない。というのも、上記基準に適合している建材も環境物質を全く含んでいないわけではなく、ここでより重要なのは、当該建物がいわゆるシックハウスでないことであるからである。つまり、使用建材に関する合意は、目的物がシックハウスでないことについての買主の期待をより高めるものであって、建材に関する当該合意が存在しなかった場合ですら、マンションに瑕疵が存在することを肯定する余地は十分にある。

(3) 目的物のあるべき状態

以上のことから、常に一定の状態にある売買目的物が引き渡されることが契約上定められていると見ることができ、裁判上、この状態の欠如が瑕疵と判断されている。このことは、明示的な定めがなかった場合にも同様であり、この場合、目的物が備えるべき状態は契約締結時の取引観念によって補われる。しかも、取引観念が用いられるのであるから、両当事者がおおよそ想定することが不可能な状態が契約上予定されていたということにもならない。つまり、少なくとも、目的物が一般的ないし通常の状態を備えることを買主は当然に前提とすることができ、原則として売主がその欠如に対する責任を負う。そして、売主は、この責任を予め回避するためには、通常性に劣る点を買主に解明する必要があることになる。この点が解明されたならば、契約交渉の経過次第で、次のいずれかの結果になる。①通常性の欠如について明らかにされた限りでは、現実の状態を基礎とした売買代金が合意される。つまり、解明された範囲では、目的物の現状での引渡しは契約に従った給付である。②売主は、目的物を修補して給付する義務を負う。つまり、目的物の現状での引渡しは契約に従った給付ではない。③そもそも売買契約が締結されない。

より具体的には、例えば、新築建物を購入する買主は、売買時において法令により遵守が要求される基準を目的物が満たしていることについては当然に前提とすることができ、売主は、これの不遵守、すなわち、瑕疵に対する責任を負う。他方で、築後年数が経過している建物の買主は、当該建物が建築時の基準を満たしていたことは期待できるとはいえ、特別の合意や、今回の売買までの間にそれまでの所有者が一定の行為（例えば建物の補強）を行うことを法的に義務付けられていたというような特別の事情がない限り、それ以上のことを期待することはできない。また、あるべき状態の建物が給付された以上、想定を超える規模の震災に建物が耐えられなかったとしても、売主が責任を負うことはな

く、このことは、売買後の基準の変更についても同様である (そもそも、瑕疵が存在しない)。

なお、請負人は仕事完成の義務を負うから当然であるとはいえ、請負契約の仕事の目的物の瑕疵についても、売買の場合と同様に理解されている。例えば、最判平成15年10月10日 (判時1840号18頁) は、建物の新築工事を請け負った請負人が注文者に請負残代金の支払を求めたのに対して、注文者は建築された建物の主柱に瑕疵があること等を主張し、瑕疵の修補に代わる損害賠償債権等を自働債権として、請負残代金債権を受働債権として対当額で相殺したなどとして、請負残代金の請求を争ったという事案である。原審は、安全性に問題がないから瑕疵はないとしたが、最高裁はこれを破棄し、耐震性の面でより安全性の高い建物にするために300mm × 300mm の鉄骨の使用が特に約定され、これが契約の重要な内容になっており、この約定に反した鉄骨を使用して施工された工事には瑕疵があるとした。他方で、請負契約締結に際して、たとえ、目的物が備えるべき品質について特別の定めがなかった場合であっても、売買の場合と区別して考える必要はないと考えられるから、仕事目的物が備えるべき品質については契約締結時の取引観念により補われる必要がある。つまり、例えば、マンションを建築するという契約に際して、たとえ、使用する鉄骨等について具体的取り決めがなかったとしても、完成したマンションが通常の安全性すら欠いていれば、請負人は自己の仕事完成の義務を果たしたとはいえないだろう。

瑕疵の存在は、売買の場合においても、請負の場合と同様に、契約の目的物の状態が契約上予定されていたことに満たない場合、つまり、給付された目的物の状態が契約適合的でない場合に認められ、この場合に瑕疵担保責任が発生する。

4 瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容

法定責任説を主張する者の多くも、瑕疵については契約により定まると理解するのであるが⁽³⁰⁾、契約適合的な目的物を給付するという義務を特定物の売主が負うことについては否定する。しかし、契約と無関係に定まる「客観的」瑕疵に対して売主が特別の法定責任を負うと構成するならばまだしも、物のあるべき性質を契約で定めることを認める以上、契約適合的な物、つまり、瑕疵のない物を給付する義務を特定物売主も負うと理解するほうが、論理的にも一貫する。また、瑕疵が契約締結時に存在することが、常に、原始的不能を意味するかについても一考の余地がある。近時の裁判例を見てみると、損害賠償を介して、実質的には、瑕疵のない物を給付する義務ないし瑕疵修補義務の存在が認められると理解することも可能と言えそうである。詳しくは5で検討するが、その前に、裁判例における瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容を分析する。

(1) 修補費用の賠償を認める事例

近時の裁判例には、売買目的物に瑕疵が存在した場合の瑕疵の修補費用を損害として認定するものが数多く存在している。

名古屋高判平成22年1月20日（裁判所ウェブサイト）では、宅地分譲の方式で売買された土地の上に建物が建築されたが、土地の地盤改良工事が必要であったために土地には瑕疵があったとして、買主は、売主に工事費用の賠償を瑕疵担保責任（または説明義務違反）に基づき請求した。裁判所は土地の瑕疵の存在を認め、単純に、売主には瑕疵担保責任に基づく損害賠償として買主に対して工事費用の支払い義務があるとした。

東京地判平成20年7月8日（判時2025号54頁）では、売買された土地建物の地中に埋設物と汚染土壌が存在したとして、買主が売主に瑕疵担保

責任に基づく損害賠償、及び、埋設物の存在等に関する説明義務違反の債務不履行に基づく損害賠償を求めた。裁判所は埋設物と汚染土壌の瑕疵該当性を認め、これらを除去するための調査及び対策費用を含む損害賠償請求を認めた（説明義務違反の有無については、瑕疵担保責任により認められる範囲を超えた損害の発生が認められないとして判断されていない）。

東京地判平成19年7月23日（判時1995号91頁）も、売買された土地に大量の廃棄物が埋設されていたため、買主が瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求として除去費用に相当する額の支払いを求めた事案である。本件では、本件土地は廃棄物の存在によりその用途が限定され、通常の土地取引の対象とすることが困難になり、通常有すべき一般的性質を備えないという理由で瑕疵の存在が認められ、除去費用について請求額の8割⁽³¹⁾が損害として認められた。

東京地判平成18年1月20日（判時1957号67頁）は、土地建物が売買されたところ、建物に白ありの侵食や建ぺい率規制違反があったという事案である。本件では、瑕疵の存在については、建物は白ありによる侵食により土台が侵食され、建物の構造耐力上危険性を有するところ、本件の契約は土地付き（居住用）建物売買契約であるから、取引通念上、目的物たる土地上の建物は安全に居住することが可能であることが要求されるとして、これが認められ（建ぺい率規制違反の瑕疵該当性については否定）、損害については、買主は「客観的価値がほとんどないのに、約五〇〇万円と評価される建物の同額程度の代金を支払ったものであり、…同額程度の補修費用を要することも考慮すると、同額程度の損害を被った」として、当該額が損害として認められた。

名古屋地判平成17年8月26日（判時1928号98頁）は、売買された土地の地中に瀬戸物のかけら等の廃棄物が埋設されており、これが深さ約1.2メートルまでの地中に占める割合が三分の一を超えていたという事案である。売主は、通常の工法で土地に建物を建築でき、建物建築という目的が達成されたことから土地は宅地の通常有すべき性能に欠けないと

主張したが、裁判所は、契約目的が達成可能なことは解除をすることができない理由とはなるが、瑕疵を否定する根拠とはなり得ず、大量の廃棄物が存することは本件土地の属する地域の一般的性状であるとは認められないとして瑕疵の存在を認め、埋設物の除去費用について、実際に除去した際の費用にとどまらず、残部の除去に必要な費用を含んだ額が瑕疵担保責任に基づく損害賠償として請求され得ると判示した。

札幌地判平成17年4月22日(判タ1203号189頁)は、建売住宅用地として売却された土地の買主が、地中に埋設物(前所有者が経営していたガソリンスタンドの残存物)が存在したとして、売主に対して債務不履行及び瑕疵担保責任に基づき、前所有者に対して不法行為に基づき、損害賠償を求めた事案である。売買契約当事者間の関係に限定して判決の内容を述べると、まず、売主が買主に地中埋設物が撤去済みであると述べたことが認定されているが、このことに関する保証の存在も、埋設物の除去義務の存在も認められなかった。もっとも、建物を建築するにあたり支障となる質・量の異物が地中に存するために、その土地の外見から通常予測すべき性状を備えないものとして土地の瑕疵になるとして、埋設物のうち、一般住宅の建築に支障となる部分について瑕疵の存在は認められた。その上で、瑕疵担保責任に基づく修補費用の一部(通常の工事により生じる費用)⁽³²⁾の請求が認められた。なお、「瑕疵担保責任の範囲は、瑕疵があることによる目的物の減価分、すなわち、…撤去費用相当額と解すべき」とされている。

東京地判平成16年4月15日(判時1909号55頁・控訴審)は、インターネットオークションを用いて6万4千円で売買された中古自動車にガソリンタンクのガソリン漏れやマフラーの欠落等があったため、買主が、瑕疵担保責任に基づき、落札代金や搬送費、修理費用等の損害賠償を要求したという事案である(落札代金の返還も請求されているが、売買契約が解除されたわけではない)。裁判所は、次のように述べて、ガソリンタンクの修理費用の賠償請求のみを認めた。すなわち、「本件のような中古自

動車の売買においては、それまでの使用に伴い、当該自動車に損傷などが生じていることが多く、これを修復して売却する場合はともかく、これを修復しないで売却する場合には、買主が修理代金を負担することが見込まれる範囲の損傷などは、これを当該自動車の瑕疵というのは相当でない。…しかしながら、本件車両は、低年式の中古車であって、損傷箇所が存在するとはいえ、本件サイトには…走行それ自体には問題がないかのような記載がされていた…。その見地から本件損傷〔1〕〔筆者注：ガソリントank漏れ〕についてみると、…その程度が相当のものであったと認められ…、そのようなガソリン漏れが生じている自動車では、引火の危険性などからして安全な走行それ自体が困難であることは明らかであるから、そのような状態は、…落札価額の低廉さ、本件サイトの記載を考慮しても、前期した予想ないし予定を超える損傷〕であるとされた。

(2) 代金減額的な処理を行った事例

裁判例の中には、売買物の価値の低下に応じた損害賠償を認める類型も存在する。

福岡高判平成23年3月8日（判時2126号70頁）は、売買目的物であるマンションの居室において売買契約前に性風俗特殊営業が行われていたという事案である。本件では、問題となっている居室については売主による内装工事が行われており、営業の痕跡は外見上ほとんど残っていないとされたが、性風俗特殊営業が行われていたという事実が瑕疵と判断され、この瑕疵により対価的不均衡（減価）が生じているとして、減価による損害の賠償が認められた。

外壁タイルの瑕疵によるマンションの価値低下が問題となった福岡高判平成18年3月9日（判タ1223号205頁）でも、売主による（新築時の工法とは異なる方法での）外壁タイルの瑕疵の修補にもかかわらず存在する交換価値の低下分についての損害賠償請求が認められている。その根拠は

次のように述べられている。すなわち、「〔買主が〕購入した各室の経済的価値が、いずれもその購入時において、上記瑕疵がない場合のそれと比較して低下していることは否定しがたい…。すなわち、本件マンションの売主…は、売主の瑕疵担保責任として、瑕疵の存在を知らずに合意した売買代金額と瑕疵を前提にした目的物の客観的評価額との差額に相当する、この経済的価値の低下分について、損害賠償義務を負わなければならない…。そして、本件補修工事によって…、外壁としての機能上の問題は今のところ解消されたということができようが、本件マンションの外観上の完全性が回復されたということとはできない。すなわち…本件マンションの上記瑕疵が顕在化したことから一度生じた、本件マンションの新築工事には外壁タイル以外にも施工不良が存在するのではないかという不安感や新築直後から本件マンションの外壁タイルに対して施工された大規模な本件補修工事から一般的に受ける相当な心理的不快感、ひいてはこれらに基づく経済的価値の低下分は、本件補修工事をもってしても到底払拭しがたい…。そして、いわゆるマンション分譲における…購入者は、その経済的価値としては、各室の使用価値と共に交換価値（資産価値）にも重大な関心を有していることが一般で〔あり〕…この瑕疵による各室の交換価値の低下分を売主の瑕疵担保責任でもって填補する必要性は大きい」。

以上の二つの事案のように、目的物の物質的瑕疵を修補してもなお目的物の価値を契約上予定されていた水準にまで回復し得ない類型があり、その場合には、価値低下に応じた損害賠償請求が認められている。

（3）以上の類型に該当しない事例

裁判例の中には、一見すると、上記二類型に当てはまらず、私見とも整合的でないような裁判類型も存在しているから、そのような事例をどのように理解できるかについて検討する。

まず、中古車売買の事案である大阪地判平成20年6月10日（判タ1290

号176頁)は、走行距離が約2.3万 km とされ、180万円で売買された自動車(実際の走行距離は約19.6万 km であり、これを前提とした価格は10万円を超えないとされている)にエンジンの始動不能や後退不能等の現象が生じたために買主が修理(約100万円が費やされた)を行ったが、結局、売買契約自体を解除して、売買代金や修補費用の賠償を請求したという事案である。裁判所は、走行距離として8倍以上、その金額として約20倍の食い違いがあることについて瑕疵を認めたと、「民法570条所定の瑕疵担保責任が法定責任であり、中古車等の特定物について瑕疵修補請求権が認められないこととの均衡から、瑕疵を修補するための費用については、瑕疵担保責任において賠償されるべき損害(信頼利益)には含まれない」として、修補費用については請求を退けた。もっとも、この事案は、債務不履行責任説に立った場合にも、判決と異なる結論にはならなかったように思われる。というのも、約100万円の修補費用を投じて、タダ同然(走行不能)の自動車が10万円の価値を回復したにすぎない本件のように、修補により回復する目的物の価値に比べて修補費用が過剰であるような事案において、売主の修補義務をどの程度まで認めるべきかは問題であるからである(この点については本稿の最後に再度述べる)。また、瑕疵担保責任の問題を離れるが、法定責任説に立脚したとしても、少なくともこの修補費用の一部については、財貨利得による返還の問題として、196条に基づき、必要費(1項)あるいは有益費(2項)として償還請求を認める余地があり得る⁽³⁴⁾。

次に、土地建物売買の事案で、隣地所有者と共用共有の生活排水管や浄化槽の存在が隠れた瑕疵かが争われた東京地判平成16年10月28日(判時1897号22頁)も、瑕疵の存在は認められたが、「特定物の売主の瑕疵担保責任は、売買の目的物に原始的な瑕疵が存在するため売買契約がその給付不能の範囲において無効であることを前提とする法定の無過失責任であり、…損害賠償の範囲は…信頼利益…に限ると解するのが相当」として、(瑕疵がなかったならば得られたであろう利益、つまり、履行利益であ

る）土地の分譲代金の下落分に対して売主は瑕疵担保責任を負わないと判示している。もっとも、本件で問題となっている排水管等については売主が自己の費用負担で撤去しており、裁判上、この修補費用の賠償が問題となったわけではない。また、本件において瑕疵は実際に修補されている以上、給付の不能はそもそも存在していないと考えることができる。

（4）請負における瑕疵修補費用の意味

最後に、修補費用賠償の意味を理解する手掛かりを得るために、請負契約における裁判例も見ておく。最判平成14年9月24日（判時1801号77頁）は、建物の瑕疵の除去のために建物の建て替えが必要であったという事案であるが、建て替え費用相当額の損害賠償請求が認められている。本件では、当該費用の請求が635条但書の趣旨に反しないかが争われたが、最高裁は、「建物に重大な瑕疵があって建て替えるほかはない場合に、当該建物を取去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない」とした。建て替え費用の負担は契約の履行責任に応じた責任であるとされているが、そもそも請負人は仕事完成の義務を負っているから、このような修補費用の賠償義務の負担は当然とも考えられる。

次に、神戸地判平成23年1月18日（判時2146号106頁）では、建築請負契約の建物の基礎や構造に欠陥が存在していた際の瑕疵の修補方法と損害額が争われた。本件では、建て替えを行わなくても瑕疵の修補が可能であったが、「瑕疵の補修を行うのに複数の工事方法が考えられる場合には、最も安価な工事方法に要する費用相当額をもって相当因果関係あ

る損害と認めるのが相当」とされて、より安価な、建て替え費用が損害として認められた。

また、請負契約の事案にも、目的物の価値の低下に応じた損害賠償請求を認める裁判例が存在している。東京高判昭和44年2月10日（判時555号50頁）は、製作物供給契約の目的物であるビルの部屋の形状や床面積等が、契約時の内容と異なっていたという事案であり、「控訴人〔買主〕は被控訴人〔売主〕に対し事実上不可能な瑕疵の修補に代えて損害の賠償を請求することができ、その損害は特段の事情の認められない本件においては、居宅部分の売買代金を基準として算出した減少面積についての代金相当額である」とされた。

なお、品確法の適用範囲においては、上述のように、売主も請負人と同等の責任を負うことになる。このことは、当然ながら、裁判例においても認められている⁽³⁵⁾。

以上のように、売買契約の事案において修補費用を損害として認める裁判例は多い。また、目的物の物質的瑕疵を修補しても、目的物の価値を契約で予定されていた程度まで回復させることができない場合には、目的物の価値低下分に対応する代金部分を損害として認める裁判例も存在する。請負契約の事例においても、請負人は修補費用を負担させられており、これは契約の履行責任に応じた責任とされている。

5 瑕疵修補費用の賠償と瑕疵修補の関係

以上の裁判例の分析結果を基礎として、瑕疵の修補費用の賠償と瑕疵の修補それ自体の関係に検討を加え、売主がどのような義務を負っているのかを明らかにする。

(1) 修補費用賠償の意味

先に確認したように、物の瑕疵とは、契約上予定されていたあるべき状態が物に欠けていることである。買主は、このような、あるべき状態にある物の取得と引き換えに、売買代金を支払うことを合意している⁽³⁶⁾。つまり、あるべき状態の物の引渡しと売買代金の支払いが対価的關係、しかも、主観的に等価的（以下では単に等価的と言う）な関係を形成している。このことは、特定物売買である場合も、種類売買である場合も異ならない。そして、物があるべき状態になかった場合、裁判例上、しばしば、瑕疵担保責任に基づく損害賠償として瑕疵修補費用を請求することが認められている。この修補費用請求の意味について、請負の場合と比較しつつ考えていく。

請負の場合にも、あるべき状態の欠如が瑕疵と判断されている。そして、請負人は仕事完成の義務を負っているから、注文者は瑕疵の修補を請求することができ、明文の規定（634条1項）もある。これに関して、634条2項は、「注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる」と定めているが、前述の通り、注文者が予め修補自体を請求する必要はない。この修補に代わる損害賠償の内容は、まさに、あるべき状態になかった仕事の目的物があるべき状態にするための費用に他ならない。目的物を契約上のあるべき状態にするという観点からは、注文者が修補費用を損害賠償として請求することは、修補自体を請求することと本質的に異ならない。従って、判例も認めるように、請負人の修補義務も修補費用の賠償義務も契約の履行責任に属していると言うことができる。

ここで再び売買の場合に目を向けると、売買物の修補費用も、目的物があるべき状態にするための費用である。つまり、修補費用の賠償請求が認められることで、理論的に、（買主が実際に当該額を修補に費やすかは別として）売買目的物が契約で定められたあるべき状態を回復し得ることになる。このことは、物の実際の状態を基礎とした等価關係の回復で

はなく、あくまで、契約上予定されていたあるべき状態を備えた物と売買代金の等価的交換関係の事後的な実現と理解することができる。従って、売主も、物のあるべき状態に対して、契約の履行責任を負っていることを認めることができるのである。

もっとも、例えば性風俗特殊営業が行われていたという事実に基づいて目的物があるべき状態を欠いている場合のように、営業の痕跡という物質的瑕疵の修補を以てしても目的物があるべき状態にすることが不可能な場合も存在する。つまり、当該営業が行われていたという事実もはや消し去れない。この場合には、不能な部分について、あたかも売買代金が減額されたかのように処理されることになる。すなわち、契約で予定されていた物の価値と実際の価値の割合に応じた過剰な代金部分が損害賠償請求を介して返還される。このことは当然の結果と言える。というのも、双務契約において両当事者が互いに負っている債務の牽連関係、及び、目的物と売買代金の等価関係を前提とすれば、あるべき状態を物に付与することができない場合に、その部分に対応する代金部分を保持することを売主は期待し得ないからである。⁽³⁷⁾ 先に見た裁判例においても、瑕疵の修補が不能な部分については、現実の状態を基礎とした等価関係を生じさせるために、過剰な代金部分が損害賠償を介して返還されている。なお、瑕疵の修補不能に関して、不能が原始的に存在していたのか、あるいは、後発的に生じたのかで、理論的に区別して処理されなければならない。⁽³⁸⁾

しかし、あるべき状態を目的物に付与することが可能である限りでは、買主には、少なくとも損害賠償として、目的物があるべき状態にするための修補費用を請求することが認められている。このことは、請負の場合と同様に、売主が契約に基づく履行責任を負っていることの結果に他ならない。つまり、特定物に(原始的)瑕疵があったとしても、修補が可能である限りでは、あるべき状態の物を給付することは未だ(原始的)不能とは理解されず、あるべき状態の物を給付するという義務(あ

るいは、目的物があるべき状態にする義務)の履行がなおも可能であることを前提とした処理が行われている。それ故、売主は、瑕疵の修補費用を賠償しなければならないのである。このように、修補費用の賠償も代金の減額も等価的な関係を実現させるという点では同じであるとしても、両者は截然と区別することができ、両者の意味は根本的に異なっている。前者は、あくまで、契約内容の事後的な実現を目指した処理であるのに対して、後者は、契約内容の実現が不能であることを前提とした処理である。

(2) 瑕疵担保責任と過失

以上のように、請負の場合と同様に、売買の場合にも目的物の「あるべき状態」が契約上指向されており、あるべき状態に対する契約上の責任を売主も負担する。従って、あるべき状態にある目的物を給付する(目的物があるべき状態にする)という債務を売主が負っていると考えられることも可能である。そして、目的物があるべき状態にさせることについて、そもそも売主の過失の有無は問題とならない。というのも、伝統的見解によれば、債務不履行に基づく損害賠償とは異なり、履行の強制のために、債務者の帰責事由は要求されないからである⁽³⁹⁾。つまり、例えば目的物の引渡しの直接強制⁽⁴⁰⁾(414条1項)の場合と同様に、物があるべき状態にさせることを、あるいは修補費用の賠償を介して、請求することについても、売主の過失は要求されないはずである。いずれも売主が実現を契約上引き受けているからである。しかも、強制履行の枠内においても、代替執行(414条2項)による場合には、まさに、履行に必要な費用が債務者から回収される。このように考えると、履行請求に類するから過失が存在しなくても請求できる修補費用の賠償も、修補が不能であり、かつ、売主が無過失であった場合の既に支払われた代金の(一部)返還⁽⁴¹⁾も、無過失で生じる売主の責任であり、この意味では、瑕疵担保責任が無過失責任であるとされることとの矛盾は存在しない⁽⁴²⁾。

以上のように、特定物の売主も瑕疵なき物の給付義務を負うと考えた場合、売主が、債務不履行責任の一般原則に従って、修補費用を超える履行利益の賠償義務を負うと理解することに対する障害もなくなる（414条4項、415条）。例えば、売主の履行遅滞に基づく損害が買主に生じている場合、買主は、この損害の賠償を請求することが可能である。そして、これには、一般原則に従い、売主の帰責事由（故意・過失）が要求されなければならない⁽⁴³⁾。また、帰責事由の要求については、請負の場合にも同じように理解される必要がある。つまり、請負人に、修補費用を超える履行利益に対する無過失での損害賠償義務までを負わせることには問題がある⁽⁴⁴⁾。

(3) 瑕疵修補請求権

（特定物売買の場合も含む）売主が、あるべき状態の目的物を引き渡すという債務を負っていると理解することができる以上、瑕疵物の給付は自己の債務の不完全な履行である⁽⁴⁵⁾。そうすると、買主は、完全履行請求権としての瑕疵修補請求権を行使することもできるはずである。先に確認したように、損害賠償としての修補費用請求は修補自体の請求と本質的には異ならない。また、売主が自己で修補する手段を持っていないことがあるとしても、このことは修補請求権を否定する根拠としては十分とは言えない。というのも、売主は第三者に修補させることが可能であり、請負の場合でさえ下請契約が必ずしも禁止されない以上、買主に対する修補請求権の付与が、売主自身による修補までを義務づけるとは考えられないからである。

他方で、売主に、自己を介して目的物を修補させることを要求する権利（追完権）を与える余地すらも生じる。例えば、売主が買主よりも安価に修補できる場合、（とりわけ、無過失）売主のこのような利益を保護することが必要であるとも考えられるからである。従って、買主は、瑕疵の修補が可能である限りでは、契約を解除する前に、売主に対して瑕

疵修補の催告を行う必要があり（瑕疵担保責任に基づく解除との関係については6の記述を参照⁽⁴⁶⁾）、売主は、修補に複数の方法がある場合、請負に関する上記神戸地裁平成23年判決のように、相対的に安価な方法で修補すれば十分ということになろう（修補費用を賠償する場合にも同様である）。

6 おわりに

売買契約においても、目的物が一定の状態を備えるべきことが契約上予定されており、契約で定められた状態を備えた目的物の引渡しと売買代金の支払いが対価的、かつ、主観的に等価的な関係をなしている。このことは、特定物売買、種類売買の別を問わない。そして、目的物が契約で定められた状態になかった場合、つまり、目的物に瑕疵が存在する場合、裁判例上、瑕疵の修補が可能である限りで、特定物の売主が瑕疵の修補費用の賠償義務を負担させられている。修補費用は、目的物を契約上のあるべき状態にするための費用である。従って、この費用の賠償義務を認めることは、実質的には、瑕疵のない物を給付する義務を承認することと異ならないと理解することができる。つまり、売主は、瑕疵物を給付することによって、自己の債務を不完全にしか履行していないのである。そうすると、これに対応して、買主は瑕疵の修補自体を請求することも可能であるという結論になろう。また、瑕疵担保責任と債務不履行責任は一元的な債務不履行責任として理解されることになる。債務不履行責任の特別規定である瑕疵担保規定は、とりわけ、解除及び買主の請求権の短期での消滅の点に意義を有することになる。

履行が不完全であるか、つまり、目的物に瑕疵が存在するかは、売主による目的物の給付時に確定する。給付時に瑕疵の存在が明らかになれば、債務の本旨に従った履行（493条）が存在しないから、買主は

受領を拒むことができる。また、前述の最判昭和36年12月15日民集15巻11号2852頁は、「不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに隠れた瑕疵があつた場合には、債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権を有し…」と述べる。つまり、買主は、瑕疵を知りながら目的物を受領したとしても、そのことだけで追完請求権を失うわけではなく、あくまで、売主に瑕疵担保責任を問うことにより追完請求権を失う。いずれにせよ、買主は、瑕疵を発見してから一年以内に権利行使の意思を表明しなければならない⁽⁴⁷⁾が、この期間が開始するのは、早くとも、瑕疵を知りつつ物を受領した時である。

買主による解除に関しては、瑕疵担保規定に基づく解除と、541条以下の一般規定に基づく解除との関係が問題になるが、以下のように理解できる。瑕疵担保責任に基づく解除における契約目的を達成することができないと言い得る場合とは、修補が容易かつ低廉にできない場合⁽⁴⁸⁾、あるいは、追完・修補が事実上不可能、売主が追完・修補をする意思がない、追完・修補が事実上可能であってもそれによることが無意味な場合⁽⁴⁹⁾と説明されている。つまり、催告が無意味な場合である。それ故、このような場合、契約目的の達成不能に基づき買主は無催告で解除することができることになる（次に述べる大審院昭和4年判決も参照）。さもなければ、買主は、一般原則に従って、解除の前に、相当の期間を定めて追完の催告を行う必要があるということになる⁽⁵⁰⁾。

ところで、買主に一般的に瑕疵修補請求権が認められると理解した場合、買主は修補請求権（あるいは修補費用の賠償請求権）を、修補に要する費用の多寡や売主の過失の有無と関係なく無制限に行使することができるかという問題が生じる。確かに、売主はあるべき状態にある物の給付義務を引き受けていると理解する以上、制限はないと考えることも可

能である。もっとも、売買契約は本来的には目的物の製作を目的とするわけではない。売主の態様について考えてみても、売主が瑕疵の調査義務を負っているような場合はともかくとして、瑕疵物の販売や給付自体については無過失であるということが十分にあり得る。また、無制限の修補義務の承認は、売主に対して酷な結果にもなり得る（とりわけ売主が個人である場合にはそうであり得るが、上述の通り、売主が自分で修補しなければならないと理解する必然性はない以上、個人という属性自体は必ずしも瑕疵修補義務の存在自体を否定する理由にはならないように思われる）。これらのことを考慮すると、一定の場合には（多額の費用を費やしたとすればなおも可能な）瑕疵の修補を不能と同視して、買主の修補請求権を制限する必要があると考えることができる。この点については、大判昭和4年3月30日（民集8巻226頁）も、「追完ノ能否ハ単ナル事実上ノ論ニ非スシテ経済上ノ問題ニ他ナラ」ないと述べている。そして、追完が可能かの判断については、例えば、BGB 275条2項⁽⁵¹⁾や439条3項⁽⁵²⁾のように、修補費用と修補により債権者が得る利益の関係や、目的物の価値等に注目することが考えられる⁽⁵³⁾が、今後、さらなる検討が必要である⁽⁵⁴⁾。

注

- (1) 大判大10年6月9日民録27輯1122頁、我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V₂）』270頁（有斐閣、1957）。
- (2) 買主の追完請求権を巡る議論については、「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定 — ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして（1）-（3・完）」神戸法学雑誌60巻1号1頁、2号1頁、3＝4号1頁（2010-2011）を参照。
- (3) 法律行為の性質又は当事者の意思によって定まらない場合の「中等の品質」についても、それが当事者の意思に適合すると考えられ、取引上も妥当、とされている（中田裕康『債権総論 新版』38頁（岩波書店、2011））。
- (4) 売主瑕疵担保責任に関する諸論点、学説については、山本敬三『民法講義IV₁契約』262頁以下（有斐閣、2005）を参照。また、法律時報998号（2008）の「特集＝瑕疵担保責任と債務不履行責任」中の各論文も参照。
- (5) 我妻・前掲注（1）272頁、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』173頁以

下 (有斐閣、1963)。

- (6) 星野英一『民法概論 IV (契約)』134頁 (有斐閣、1986)、北川善太郎『債権総論 (民法講要 III) [第3版]』123頁以下 (有斐閣、2004)。なお、北川は、骨とう品のような限られた中古品の売買では売主の義務は例外としてそのままの物を給付することに尽きるとする (同132頁)。
- (7) 特定物の場合には瑕疵ある物の給付は瑕疵のない履行であるとする「特定物ドグマ」や、原始的不能の給付を目的とする契約は無効であるとする「原始的不能ドグマ」を前提とするものである (前掲注 (5) を参照)。前者に対する批判については、北川善太郎『契約責任の研究』173頁以下 (有斐閣、1963)、後者に対する批判については、潮見佳男『債権総論 I』35頁以下 (信山社、2003) を参照。
- (8) なお、483条は、「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない」と規定する。本条と瑕疵担保責任の関係について、北川・前掲注 (6) 39頁は、「債務の目的でなくその消滅に関する条文が、債務の目的や債務内容を定めているとするのは問題であろう。何よりも、法定責任説は、特定物債務には、その性質上、瑕疵なき特定物の引渡し義務は法的にないとするのであり、本条を根拠にしているものではない」とし、その上で、本条を「契約等で給付の目的物とされた特定物の性状等の同一性の判断時点を契約時でなく引渡し時とする旨を規定している」と理解する。また、平井宜雄『債権総論 第二版』178頁 (弘文堂、1994) は、483条独自の存在理由は、いかなる状況で引き渡すべきかについての立法主義の宣明以外にはすべて失われている、としている。
- (9) 我妻・前掲注 (1) 270頁以下。なお、我妻は、売買の際の損害賠償については、売主に過失がある場合には、-契約締結上の過失に一步を進め-履行利益の賠償責任を負うものと解すべき、とする。
- (10) 東京高判昭和23年7月19日 (高民集1巻2号106頁) は、「賣買の目的物に隠れた瑕疵があり、賣主になら過失その他有責原因がない場合に、賣主が民法第五百七十條及び同第五百六十六條の規定によつて買主に對して負擔する損害賠償義務の範圍は、買主が負擔した代金額から賣買契約締結當時における (その後瑕疵が減少したような場合は格別、そうでない場合はこの時を標準とすべきである) 瑕疵ある目的物の客觀的取引價格を控除した残額に制限せられるのが相當」とする。
- (11) 来栖三郎『契約法』91頁 (有斐閣、1974)、星野・前掲注 (6) 135頁、北川・前掲注 (6) 144頁、内田貴『民法 II 第3版 債権各論』137頁以下 (東京大学出版会、2011) 等を参照。
- (12) 近江幸治『民法講義 V 契約法 [第3版]』142頁 (成文堂、2006)。

- (13) 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任 — 対価的制限説再評価の視点から」森
島昭夫編『判例と学説 債権』175頁以下 (日本評論社、1977)。
- (14) 内田・前掲注 (11) 274頁。
- (15) 634条1項但書は、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の
費用を要するときは修補請求できないと規定する。そして、最判昭和58年
1月20日 (判時1076号56頁) は、造船請負契約に際して、曳船の比較的軽
微な瑕疵の修補に著しく過分の費用を要する場合には、民法634条1項但
書の法意に照らし、修補に代えて改造工事費と滞船料に相当する金員を損
害賠償として請求することはできない、と判示している。
- (16) 我妻榮『債権各論中巻二 (民法講義 V₃)』632頁 (岩波書店、1962)。
- (17) “<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900184.html>” で公開されている
pdf ファイルを参照。
- (18) 後掲注 (54) も参照。
- (19) 履行請求権の限界事由が契約成立の時点で生じていた場合は、実務上は
契約は無効であると考えられている等の理由から、このような規定を設け
ないという考え方がある旨の注記もある。
- (20) BGB の関連する一部の規定のみを挙げる (下線は筆者) :
- §433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag
- (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem
Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu ver-
schaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und
Rechtsmängeln zu verschaffen.
- §437 Rechte des Käufers bei Mängeln
- Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der
folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,
1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
 2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder
nach § 441 den Kaufpreis mindern und
 3. nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284
Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.
- §281 Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschul-
det erbrachter Leistung
- (1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschul-
det erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280
Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem
Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder
Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt,

so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

§323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurückerlösen.

(21) Palandt/Grüneberg, 72. Auflage 2013, §281, Rn.17.

(22) BGB §306 a.F.

Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

(23) この損害賠償責任の根拠を、契約締結上の過失の観点から理解しようとする見解 (Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18. Auflage 2008, Rn.342) には問題がある。というのも、契約締結前の情報提供義務違反は、消極的利益 (信頼利益) の賠償義務にしか通じないはずだからである。それ故、この責任の根拠は、理論的には、自己の給付能力について解明するという契約締結前の義務の違反ではなく、債務者による、契約締結時に知っていたあるいは知り得たところの自己の給付能力についての制限的保証引受けに認められなければならない (Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2011, Rn.656 f.)。

(24) 446条の根本思想は、物を事実上支配している契約当事者が、物の滅失と悪化のリスクを、いずれにせよこれの原因が「偶然」である場合、負担すべきこと、その者は、危険の引受けから物の負担も負担し、利益を得るべきことであり、所有権関係は重要でないとされている (Münchener/Westermann, 6. Auflage 2012, §446, Rn.1)。

(25) 改正前の BGB では、買主は、売主が欠点 (Fehler) について悪意で沈黙した場合、解除あるいは減額に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができた (BGB 旧463条 2文)。条文は次のとおりである：

BGB §463 a.F.

Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.

(26) この点については、拙稿「売主瑕疵担保責任における瑕疵概念と法的性質の関係 — ドイツにおける瑕疵概念論の展開を中心として」九大法学

103号 (2011) 78頁以下、100頁以下を参照。

- (27) 例えば、東京地判平成20年7月8日 (判時2025号54頁) は、売買された土地の地中に大量の廃棄物や汚染土壌が存在していたことに関して、除去しなければならない埋設物の存在は瑕疵にあたるとして前者の瑕疵該当性を認め、後者も、法に基づく環境基準を超過する場合には汚染の拡散防止その他の措置をとる必要があるから瑕疵に該当するとした。これらの埋設物等の存在について善意の当事者は、通常、これらが地中に存在しているとは考えないだろう。土中に存在しないことが通常であるはずの廃棄物や汚染土壌に関して、それらは存在しないという明示的な合意が要求される必要はないと言える。このことは、損害賠償に関する検討の際に言及する諸裁判例における瑕疵の場合にも同様である。
- (28) いずれも、ホルムアルデヒド放散量の平均値や最大値を定めていたが、現在は新しい規格が存在する。
- (29) もっとも、本件における売主 (被告) が負担する債務は、「JAS の Fc0 及び JIS の E0・E1 基準の仕様を満たす建材等を使用した建物を原告らに販売すべき債務であるにとどまる… (なお、本件建物の品質に関する合意は、被告が行うべき行為に関する合意とは別次元の問題である)」とされており、給付義務の内容と瑕疵は区別されている。
- (30) 柚木・前掲注 (5) 316頁以下。
- (31) 鑑定人による鑑定の方法が次善の策であり、費用の算定について過大認定となる余地が皆無であるとはいえないとされ、8割の限度で費用の証明が認められた。
- (32) 本件買主は、金融機関からの借入金返済のために、本件土地を処分することにしており、転売契約の不履行を避けなくてはならないという事情を有しており、そのために、除去工事が短期間で行われ、結果として、費用が通常よりも高くなっている。このような買主側の事情により生じた費用を売主に当然に負担させることはできない。買主の修補請求権を認める場合にも、売主には追完のための相当の期間 (通常の工事に必要な期間) が与えられたはずである。

また、買主が土地を転売する際に、本件で瑕疵と認められなかった埋設物 (地表から2.5m 及び3.75m に存在) が処理されなかったことに基づき低下した転売代金も、損害として認められていない。もっとも、本件土地は、客観的に高層建物を建築することが十分に予想されるとは言い難い土地であり、そもそも建売住宅用地として販売されていた以上、本件土地のあるべき性質は建売住宅用地が通常備える性質であり、実際、建売住宅が建てられた以上、債務不履行説に立つ場合でも、この点の結論は異ならないだろう。

- (33) 好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第2巻』195頁(有斐閣、1984)。
- (34) 我妻榮『債権各論上巻(民法講義V₁)』195頁(岩波書店、1954)。
- (35) 名古屋高判平成21年6月4日(民集64巻4号1225頁)は、新築住宅に瑕疵が存在し、その修補のためには建物の建て替えが必要であったという事案であり、建物(及び土地)を販売した売主が品確法88条1項(現95条1項)、民法634条2項により瑕疵担保責任に基づいて瑕疵修補に代わる損害賠償責任を負うことは明らかであるとした原審判決(名古屋地判平成20年11月6日民集64巻4号1204頁)が支持され、修補に要する額の賠償請求が認められた。控訴審において、売主側は、建物の売買代金額に相当する損害額を上回る額の損害賠償請求は契約を解除した場合を超える利益を買主に与える結果となり相当でない旨主張したが、裁判所は、本件建物の瑕疵の修補を行うには本件建物を解体して再築する以外に方法がないのであるから、これにより買主側が建物の新築費用相当額(社会通念上相当な額)の損害を被ったことは明らかであり、損害額を建物部分に相当する代金額に制限することはできないとしている(買主が解除した事実もないから当該主張は前提を欠くとも述べている)。本件では、建物を建てた請負人と(注文者である)売主等が一体となって事業運営をしており、売主にも設計と施工管理について瑕疵の生じないように十分に監督しうる緊密な関係にあったから、建物として通常有すべき基本的な安全性を欠如する本件建物を販売したことについての過失が売主にあったとして、売主の不法行為による損害賠償責任も認められている。なお、上告審(最判平成22年6月17日民集64巻4号1197頁)では、買主の居住利益の損益相殺が可能かが争われたが、これは認められていない。
- (36) 売買合意は、「売買契約時の売買目的物が合意された状態にあること」ではなく、あくまで、「合意されたあるべき状態の売買目的物を給付すること」を内容としている。
- (37) 賃借物の一部滅失に関しては明文の規定が存在する(611条1項)。
- (38) 例えば、無事故として売買された中古自動車が事故に巻き込まれていた場合、事故で故障した箇所(ブレーキ等)を修理することは可能であるとしても、もはや「事故車でない」という状態を回復することは客観的に不能であり、事故車でないことについての保証の問題は別として(契約上の保証が存在していた場合、当該保証の効果が発生するのは当然である)、「事故車でないこの事故車」を給付する義務を認めることはもはや無意味である。また、目的物が売買時に既に事故車であった場合と契約後に事故車となった場合、すなわち、瑕疵の修補が原始的に不能であった場合と後発的に不能になった場合に生じる売主の責任の根拠は理論的に異なる

(BGB での処理に関する本文の記述及び前掲注 (23) も参照。なお、売買時に既に瑕疵のある特定物の売買において、瑕疵のない物を給付するという義務が直ちに原始的不能を意味するわけではないことについては本文で述べた)。それ故、債務不履行責任説に立ちつつ、原始的不能と後発的不能の区別を維持すると、以下のように処理される。

第一に、瑕疵の修補が原始的に不能であれば、売主は、不能な部分に対応する代金部分を得られないことになる（成立上の牽連関係）。不能の範囲によっては契約全体が無効ということになり得る（四宮和夫・能見善久『民法総則 第八版』260、282頁（弘文堂、2010））。そして、契約締結過程において売主に過失があれば、契約締結上の過失の問題が生じるが、その内容は本稿の検討の対象外である。

第二に、瑕疵の修補が契約締結後に不能になり、不能について売主が無過失であった場合、危険負担の問題になる（存続上の牽連関係）。この場合に、債権者主義を採る534条1項が適用されるとすれば、買主は、代金全額を支払わなければならないことになるが、本条の合理性は古くから疑われているから（我妻・前掲注 (34) 102頁以下）、近時の有力説に従って、現実の支配（森島昭夫「危険負担」（1）」法学教室128号（1991）79頁）が買主に移るまでは債務者主義が適用されると考えれば、それまでは売主が危険を負担しなければならないことになる。結果として、代金債務の（一部）消滅について、原始的不能の場合と同様の結果になる。また、後発的不能の際に、不能について売主に帰責事由が認められれば、415条や543条の問題となる。もっとも、帰責事由の有無は、もはや、買主の契約からの解放に対しては意味を有していない（6の記述も参照）。

- (39) 中田・前掲注 (3) 89頁。
- (40) 条文中の「強制履行」は「直接強制」を意味するとされている（我妻榮『新訂債権総論（民法講義IV）』90頁（岩波書店、1964））。
- (41) 前掲注 (38) 参照。
- (42) 解除については、6における記述及び後掲注 (50) を参照。
- (43) 債務不履行に基づく損害賠償の要件については争いがある。通説は、本旨に従った履行がないという客観的要件に加えて、主観的要件として、債務者の帰責事由、すなわち、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由を要求する（我妻・前掲注 (40) 100頁・105頁以下）。これに対して、例えば、民法（債権法）改正検討委員会編『別冊 NBL 債権法改正の基本方針』137頁（商事法務、2009）は、債務不履行に基づく損害賠償の根拠を契約の拘束力（履行障害リスクの引受け）に求める。中間試案における規定については本文を参照。
- (44) 来栖・前掲注 (11) 91、470頁は、売買の場合も含めて、代金減額請求

と区別された本来の損害賠償請求には過失を要求する。

- (45) 例えば、特定の作者の作であることを予定して美術品が売買される場合、目的物が契約で定められていた作者のものでないことは物の瑕疵を意味する。この場合に、瑕疵担保責任を負わないという特約があれば、通常、瑕疵担保責任は発生しない(572条)。あるべき性質に対する責任を負うのは売主であるのが原則であるが、瑕疵担保責任の排除された売買は、ある性質の存否が不明である場合に、その不存在のリスクを買主が負担するという射幸的・投機的性質のある売買と理解することができる。
- (46) ドイツでは、請負の場合(BGB 637条)のように、買主が瑕疵を自己で修補し、その費用を売主に請求できるかが争われており、通説はこれを否定しているとされる(Münchener/Westermann, a.a.O. (Anm. 24), § 439, Rn.10)。
- (47) 判例上、この期間制限は除斥期間を規定したものと解すべきとされ、また、損害賠償請求権を保存するには、売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることをもって足り、裁判上の権利行使をするまでの必要はないとされている(最判平成4年10月20日民集46巻7号1129頁)。
- (48) 我妻・前掲注(1) 290頁。
- (49) 星野・前掲注(6) 131頁。
- (50) 履行遅滞による解除に、債務者の帰責事由が必要かは争われている。通説はこれを要求する(我妻・前掲注(34) 156頁)。これに対して、帰責事由を要求しない近時有力な学説は、例えば、客観的な契約の本質的侵害(好美・前掲注(33) 180頁)、客観的に違法な債務不履行(辰巳直彦「契約解除と帰責事由」林良平・甲斐道太郎編集代表『谷口知平先生追悼論文集2』332頁(信山社、1993))、重大な契約違反(潮見・前掲注(7) 433頁)が存在すれば十分としている。星野・前掲注(6) 77頁は、帰責事由を要求することについて、「解除は不履行者に対する制裁というよりは相手方を契約から解放するためのものであるから、若干問題がある」とする。履行不能に関して、辰巳・同344頁以下を参照。なお、履行不能と危険負担の関係に関して、前掲注(38)を参照。
- (51) BGB §275 Ausschluss der Leistungspflicht
- (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(52) BGB §439 Nacherfüllung

(3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(53) ドイツにおける議論に関しては、今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」關西大學法學論集 53卷 4・5号 (2004) 276頁を参照。

なお、Ackermann, JZ 2002, S.378 ff. は、主に次の二点を根拠に、追完費用が減額の額 (BGB 441条 3項) を超える場合に売主は追完を拒めるとしている。すなわち、①追完の可能・不能はしばしば偶然に基づいている。②給付に代わる損害賠償の請求には売主の帰責性が要求されるから (BGB 276条、280条 1項)、追完が不能である場合に売主が無過失であれば、買主は解除または減額を請求できるにすぎず (BGB 437条)、また、物が滅失した場合、売主は給付義務から解放されて (BGB 275条 1項)、代金に対する請求権も失うが (BGB 326条 1項)、売主は、無過失であれば、最大でも売買代金を得られないにすぎない (BGB 283条)。また、減額の額以上の追完費用を売主が負担する必要があると解した場合、(帰責性の要求されない) 追完と (帰責性の要求される) 損害賠償の区別が困難になる (Kirsten, ZGS 2005, S.66 ff., S.70 ff. も参照)。

(54) 「民法 (債権関係) の改正に関する中間試案」も、金銭債権以外の契約による債権につき履行請求権の限界事由があれば、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないと規定する。履行請求権の限界事由としては、ア) 履行が物理的に不可能であること、イ) 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること、ウ) その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由、が挙げられている (試案第9.2)。