

## 競売により取得した土地に公法上の規制が存在していた場合に、民法五六八条及び五六六条を類推適用して買受人の代金減額請求を認めた事例

七戸, 克彦  
慶應義塾大学法学部 : 教授

<http://hdl.handle.net/2324/6302>

---

出版情報 : 判例評論. 542, pp.171-182, 2004-04. 判例時報社  
バージョン :  
権利関係 :



## 二七

競売により取得した土地に公法上の規制が存在していた場合に、民法五六八条及び五六六条を類推適用して買受人の代金減額請求を認めた事例

慶應義塾大学  
教授 七戸 克彦

競落代金返還請求控訴事件、東京高裁平一四(外)五一三八号、平15・1・29民二〇部判決、控訴棄却(確定)、判例時報一八二五号七一頁 高民集登載

【事実】 Y信用組合(被告・控訴人)は、平成九年、訴外A会社所有の一〇七の土地(以下全体を「本件各土地」とい、個々の土地については「土地一」などという)につき被担保債権額を七〇〇万円とする抵当権の設定を受け、翌平成一〇年、抵当権の実行としての競売を新潟地方裁判所(以下「執行裁判所」という)に申し立て、同裁判所は競売開始決定をした。

本件各土地は、平成八年に、都市計画法に基づく用途地域の指定として第二種中高層住居専用地域に指定されているが、しかし、その一方で、本件各土地は、昭和六一年に、都市計画法七条の市街化区域から市街化調整区域に編入(いわゆる逆線引き)されており、都市計画法上建物の建築が制限されている(以下「本件規制」という)。

本件競売手続において評価人が作成した評価書は、本件各土地を総額八八四万円と評価したが、ところが、同評価書には、本件各土地の「公法上の規制」の項目に「第二種中高層住居専用地域(建坪率六〇〇、容積率二〇〇)に指定されている。」とのみ記載されただけで、本件各土地が市街化調整区域内に所在し本件規制が存する旨の記載はなされなかった。

執行裁判所は、本件各土地を一括売却することとし、上記評価書に基づき最低売却価額を八八四万円と定めて、期間入札の方法による売却を実施し、これに対

して、八八七三万二〇〇円の最高価で買受けの申出をしたX(原告・被控訴人)が売却許可決定を受け、本件各土地の所有権を取得した。

その後、本件各土地のうち土地四〜七については、平成一三年に都市計画法(平成一二年法律第七三号による改正前のもの)四三条一項六号口に基づく既存宅地の確認が受けられたため、三階建共同住宅の建築が可能となったが、しかし、残りの土地一〜三については、本件規制が残存している。

本件訴訟において、Xは、本件競売手続においては上記建築制限が存在しないものとして最低売却価額が定められたものであり、Xは本件評価書の写しを閲覧し、本件各土地が第二種中高層住居専用地域に指定されていることからマンションの建築が可能であると考へ買い受けたのであって、民法五六八条・五六六条が類推適用され、債務者Aが無資力である本件においては、Xには債権者Yに対する代金減額請求権(五六八条二項)が認められ、また、Yが本件規制につき悪意であることから損害賠償請求権(五六八条三項)も認められると主張した。

これに対して、Yは、(1)公法上の規制である本件規制は、民法五七〇条の「瑕疵」に該当し、その結果、競売手続による売却である本件については、同条但書が適用されるため、Yは担保責任を負わない(争点一)、(2)仮に本件規制につき五六八条・五六六条が類推適用されるとしても、Xは本件規制につき悪意・重過失がある(争点二)、(3)Xの買い受けた金額は相応の価額であり、減額または賠償されるべき金額は存在しない(争点三)と主張した。

【判旨】 控訴棄却(確定)。

(争点一) について、「土地に対する競売手続において、実際には当該土地について都市計画法等の公法上の規制が存するにもかかわらず、これが存しないものとして最低売却価格の決定がされて売却が実施された場合に、公法上の規制が存するものとして売却が実施されれば低額で買い受けることができ、かつ、債務者が無資力のときには、買受人は、民法五六八条及び五六六条を類

推適用して、売却代金の配当を受けた債権者に対して、代金の減額を請求することができるものと解するのが相当である。ただし、土地の競売手続においては、評価人は評価書に都市計画法等の法令に基づく制限の有無及び内容を記載しなければならぬとされており(民事執行規則三〇条一項五号ロ)、評価人は、このような公法上の制限の有無及び内容を考慮して土地の評価を行い、執行裁判所は、この評価に基づいて最低売却価格を定めるのであるが(民事執行法六〇条一項)、評価人の作成した評価書の写しは、一般の閲覧に供するために物件明細書及び現況調査報告書の写しと共に執行裁判所に備え置かれることとされているのであって(民事執行規則三一条二項)、評価書に記載された当該土地の公法上の制限の有無及び内容は、いわば公示された売却の前提条件と評することができる上、仮に競売の目的たる土地に執行裁判所が想定していなかった公法上の規制が存在し、これによって買受人に不測の損害が生じたにもかかわらず、公法上の規制が存しないものとして売却が実施されたためにその分の利得を得た者に対して当該買受人が担保責任を追及し得ないものとするれば、公平の理念にもとる結果となり、不合理といふべきだからである。」

(争点二) について、「Yは、買受人に重過失がある場合にも減額請求はし得ない旨の主張をするが、仮にかかる見解に従うにしても、上記認定の事実を照らせば、本件評価書に記載されたところによつて本件各土地にマンションを建築し得るものと考え、本件評価書に添付された住宅地図の表示に気づかず、本件規制の存在を知らないまま、本件各土地につき買受けの申出をしたXに重大な過失があるものといふことはできない。評価書は、土地の評価についての専門家である評価人が作成するものであるから、評価書の記載を信じたのみで、他に格別の注意を払わなかったとしても、買受人の重大な落ち度

ということではできないからである。」

(争点三) について。判旨は、本件一括競売における土地一〜三部分の代金額が四六七五三二二円、本件規制が存するものとして売却が実施された場合にXが買受けることのできた土地一〜三部分の代金額が二七七九万五九〇円であるとしたうえで、次のように説示する。「したがって、本件規制が存しないものとして本件土地一ないし三を買受けたXには損失が生じていることは明らかであり、Xは、Yに対し、実際に買受けた代金四六七五三二二円から二七七九万五九〇円を控除した一八九五七五二二円の減額を求めることができるものというべきである。」

【評釈】 判旨結論賛成、理由づけには反対。

一 問題の所在

わが民法典は、売買の目的に次の二種の瑕疵が存在する場合につき、売主に担保責任を課している。

(I) その一は、法律的瑕疵のうちの一部のもの(権利の瑕疵)であって、法が挙示するのは、(1)売買の目的である権利が他人に属する場合(権利の全部が他人に属する場合につき五六三〜五六四条)、(2)数量指示売買における目的物の数量不足・一部滅失の場合(五六条)、(3)用益権・担保権が付着していた場合(占有を要素とする権利が付着している場合につき五六七条)である。

(II) その二は、売買の目的「物」……瑕疵アリアルトキ(〇条)(五七) (物の瑕疵)であるが、ただし、上記(I)の中の(2)五六五条も、「物の瑕疵」の条文として位置づけられないこともない(なお、潮見佳男「契約各論I」頁は、五六五条を「物の量的瑕疵」、五七〇条を「物の質的瑕疵」と呼んで、上記「権利の瑕疵」に對比させる)。

一方、これら担保責任の条文の法的性質に関しては、債務不履行責任説と法定責任説の対立があるが、法定責任説にあつても、条文の拡張(類推)解釈を許さないわ

けではなく、第一に、売買の目的につき、「物」(五六五五六条一項)あるいは「不動産」(五六六条二項)と規定している条文に関して、無体物たる権利の売買への拡張が認められている。第二に、五六一条ないし五六七条に列挙された事項以外の法律的瑕疵に関しても、右条文の拡張(類推)適用が認められている。ところが、その一方で、第三に、五七〇条の「物の瑕疵」に関しても、瑕疵概念に関する客観説から主観説への移行に伴い、物理的瑕疵(物理的瑕疵)のみならず、経済的瑕疵・心理的瑕疵・環境瑕疵その他をも含むとされるようになってきているため、本件事案のような五六一条以下に定められていない法律的瑕疵につき、これを(I)「権利の瑕疵」に関する条文の拡張適用で処理すべきか、それとも

(II)「物の瑕疵」に関する五七〇条で処理すべきかが争われることとなる。本件は、この法律的瑕疵の中でも、公法上の利用制限に関する事案であり、本件当事者は、五六六条と五七〇条のいずれを適用すべきかを争った。

もつとも、五七〇条は五六六条の規定を準用しているため、ひとたび適用が認められた場合には、いずれの法条によつたとしても、その効果(解除または損害賠償請求)に関して差異は生じない。違ひは、両条が適用されるための要件ないし適用範囲に存するのであって、①第一に、五六六条は、瑕疵につき「買主カ之ヲ知ラザリシ」ことを要件とするのに対して、五七〇条の瑕疵は「隠レタル」ものでなければならぬ。②第二に、五六六条その他の「権利の瑕疵」については、強制競売の場合にも担保責任——この場合には、解除または代金減額請求(五六八条)、債務者の無資力を要件とする債権者に対する配当金返還請求(二〇条)、債務者・債権者の悪意を要件とする右の者に対する損害賠償請求(三〇条)——が認められているのに対して、五七〇条の規定は、強制競

売の場合には適用されないため(同条)、買受人は担保責任を追及することができない。

本件事案の(争点一)は②の問題と関連し、(争点二)は①の問題と関連してくる。

二 本判決の位置づけ

法律的瑕疵をめぐる判例のうち、本件のように、買主の取得した権利に公法上の利用制限が存在していた事案には、以下のようなものがある。

【1】東京控判大正四年三月一日新聞一〇一〇二二頁・評論四卷民法一七二頁(土地が河川法適用区域で建は、五六六条ではなく五七〇条が適用されることとする。本件の場合には、買主の工場敷地の目的を売主が知らなかったとして同条の適用を否定)

【2】大判大正四年二月二日民録二二輯二四四頁(「1」の上告審、五七〇条は買主の売買目的に関して売主が知つていないことを要しないとして、同条の適用を肯定。本件評釈……内山尚三①「不動産取引判例百選」(別冊ジュリスト、九六六年)一一二頁、同②「不動産取引判例百選(増補版)」(別冊ジュリスト、九七七年)一三二頁)

【3】東京控判大正五年七月八日新聞一一八三号二五頁(「1」と同一事件。土地が河川法適用区域で建(築制限が存在する場合に、五七〇条の適用を肯定)

【4】大判昭和五年四月一六日民集九卷三三六頁(「売主探許可を受けたと称する保安林の売買において、実際には探可がなかった場合に、五七〇条の適用を肯定。本件評釈……杉之原辨一「判例民事法(昭和五年度)」九頁)

【5】大阪控判昭和七年九月九日法律新聞三四七三三号一五頁(土地に市街地建物法七条に基づき建築制限が存した) 五頁(場合に、買主の悪意を理由に五七〇条の適用を否定) 【6】大阪高判昭和二年二月二日下民集四卷二二号一九一〇頁(敷地に該当する場合に、五七〇条の適用)

【7】東京地判昭和三年九月七日下民集一一卷九号一八四八頁(土地の一部が換地予定地(仮換地)に指定されてつ、買主の悪意を理由に適用を否定)

【8】東京地判昭和三年四月一七日判時三〇四号二六頁(土地が首都圏整備計画の道路予定地に該当し、早晩、そのない事情により土地に所有する建物を撤去しなければならぬことを知らなかった場合に、五七〇条の適用を肯定)

【9】東京地判昭和三年一月十七日下民集一五卷一  
二九二五九頁（建物が建築基準法に定める建ぺい率に違反  
を免れない運命にあり、行政当局からの調査・呼び出し等により  
買主の生活の平穩が害されることは、五七〇条の「瑕疵」に当  
たり、かつ、それは一見して明白でないから「隠」  
レタル」瑕疵に当たるとして、同条の適用を肯定）

【10】名古屋高判昭和四〇年九月三日日高民集一八卷六  
号四五七頁（山林が保安林予定森林である場合には、五七〇  
条が適用されるとしつづつ、損害賠償の範囲は信  
頼利益に限られるとして）

【11】東京地判昭和四〇年一〇月二一日判タ一八五号一  
四二頁（土地の売買において、高圧架空電線が通過しているた  
め、建物を立てられない場合でも、建物の建築が禁止  
される「隠レタル」要件を欠くことは比較的容易であるから、五七  
〇条の「隠レタル」要件を欠くとして、同条の適用を否定）

【12】最（一小）判昭和四一年四月一四日民集二〇卷四  
号六四九頁（七〇条の適用を肯定。本件評釈……下森定・法  
学協会雑誌八四卷三三〇頁（一九六七年）七九二頁、北川  
善太郎・民商法雑誌五五卷五号（一九六七年）二六八頁（一）  
頁、兼山巖「最高裁判所判例解説民事篇（昭和四一年度）」（法  
曹会一九六八年）二四四事件、六〇一頁、山下末人①「土地  
取引判例百選」（別冊ジュリスト）一九九頁（一九六八年）一四  
頁、山下末人②「街づくり・国づくり判例百選」（別冊ジュリス  
ト）一〇三頁（一九六八年）一四九頁）

【13】東京地判昭和四三年一月四日判タ二二〇号二七  
六頁（土地の一部が私道で宅地としての利用が建築基準法によ  
り制限されている場合につき、五七〇条適用説に立ちつ  
づ、買主の過失を理由に「隠レタル」要件を欠くとして、適用を否定）

【14】大阪地判昭和四四年八月二八日判時五八五号六七  
頁（土地が公路に通じないため建築行政上買主の意図する病院  
（建物）建築に関する当該行政庁の許可を得ることが不能の状  
況にある場合に、肯定）

【15】岡山地判昭和四五年二月二三日判時六一四号八七  
頁（土地の数量指示売買において、土地の一部が仮換地指定さ  
れ、その所有権を制限する公法上の権利がある場合にほかの  
ないから、そのような制限のあることを知らないで売買契約を  
した買主は売主に対し、売買の目的物にその使用収益を妨げる  
私法上の権利がある場合に売主に担保責任を認める規定である  
民法五六六条を類推適用し、損害賠償を請求することは格別  
同法第五六五条を類推適用し、損害賠償を請求して代金減額  
請求をすることは許）

【16】福岡高判昭和四五年九月二二日下民集二二卷九  
一〇一〇号一三二二頁（食用使用の目的で買った粉乳につき  
一〇一〇号一三二二頁（権限ある行政機関から「食品衛生法

違反物品であるから食用品として取引してはならない」旨の示  
達が「法律上の瑕疵」であるとして、五七〇条が適用されると  
しつづつ、除斥期間経過後である）

【17】東京地判昭和四五年二月二六日判時六二七号四  
九頁（売買の目的土地の一部が道路指定を受けていた場合に  
「土地部分の何らかの用途に制限のない行政上の建築制限がある  
やも知らないことを推測し、関係官庁に当たって特別の調査をす  
べき義務があったものとはいえない」として、五七〇条の適用を  
肯定）

【18】東京地判昭和四七年二月二九日下民集二三卷一  
四号九六頁（売主において建物と建築し土地建物ともども  
ある土地が、都市計画区域にあって住居地域に指定されている  
ため契約所定の建築基準法上規制される場合に、五七〇  
条の適用を肯定）

【19】大阪地判昭和四七年三月二二日判タ二七八号三二  
四頁（土地が都市計画道路の境域とした決定およびその公示が  
なされること等を考えると、買主には過失がないとして、五七〇条の適用を肯定）

【20】大阪地判昭和四七年三月二八日判タ二七八号三二  
七頁（土地区画整理事業の対象土地上に存する建物の売買契約  
が、真実は二年先であったとしても、買主において自己の見  
込みに基づいて右契約を締結したときは、五七〇条の「瑕疵」は  
なく、あるいは買主の過失が認められるとして、同条の適用を否定）

【21】東京地判昭和四七年二月二一日判時七〇八号五  
七頁（建築基準法の建ぺい率に違反した土地・建物の売買につ  
き、違反が軽微で建物除去命令が出たおそれがないこと  
から五七〇条の「瑕疵」に当たらぬとして、適用を否定）

【22】東京地判昭和四八年九月二五日判時七四〇号七五  
頁（営業に関する監督官庁の許可という公法上の制限も民法  
第五七〇条の瑕疵に該当するかどうかの判例であり、民法  
が、貸借契約において予定された飲食店営業につき、そ  
の許可が得られないときは、契約を解除することができ、ほ  
か、少なくとも契約費用については買主側が故意過失にかか  
らなず（無過失責任）損害金賠償を請求することができる）

【23】東京地判昭和四九年九月六日判時七七〇号六一  
頁・判タ三一一三三〇八頁（都市計画区域内にある土地  
建築たときより欄切りの制限が増し、建物の敷地面積の減少、  
建築物の種類・構造・階数等の制限が生ずる場合に、この欠陥  
が取引上通常の注意をしても発見することができなかつた場合に、五七〇条の適用を肯定）

【24】広島地判昭和四九年三月二三日判タ三九二二二一六  
三頁（マンションの居室に付属するバルコニーが建築基準法上  
三頁（避難通路として利用制限を受けていることは、六五三

の適用される場合には当たらず、また、五七〇条  
の「瑕疵」でも「隠レタル」ものでもないとする）

【25】東京地判昭和四十六年六月一日日判時一〇二〇号七  
〇頁（土地の一部が道路位置指定の対象となっていたことは、  
地のごく一部であって瑕疵と見て、五七〇条の「隠レタル」瑕疵に当たるとして、同条の適用を否定）

【26】最（三小）判昭和四十六年九月八日裁判集民事一三  
三三〇四〇一頁・判時一〇一九号七三頁・判タ四五三  
号七〇頁・金判六三三三三三頁（保安林指定のある本件山  
林の売買につき、五七〇条の適用を肯定した原審判断を是認し、  
七〇条の適用を肯定した原審判断を是認し、七〇条の適用を肯定）

【27】東京地判昭和四十六年二月一七日判時一〇三九号  
七九頁（マンションの分譲において当初の設計図になくガス会  
社が社指により（法令上の根拠はない）安全目的で設  
置された壁面開口部につき、軽微な瑕疵であって五七  
〇条の「瑕疵」には当たらないとして適用を否定）

【28】東京地判昭和四十七年一月二一日判時一〇六一号五  
五頁（土地に文化財保護法・市指導要綱に基づき発掘調査費用  
の支出を必要とする文化財が埋蔵されていた場合に、五七  
〇条の適用を肯定。本件評釈……北河  
隆之・季刊用地二卷六号（二〇〇二年）三六頁）

【29】東京地判昭和四十八年二月一四日判時一〇九一  
〇六頁・判タ四九八号二九二頁（売買土地内の私道に建  
道路指定があつたが、買主が気づかなかつたことに過失がない場  
合に、五七〇条の適用を肯定。本件評釈……東島敏明「道路・通  
路の裁判例」生活紛争裁判例シリーズ（第  
二版）（有斐閣一九九一年）一八〇頁）

【30】京都地判昭和四十九年二月二九日判時一一二五号一  
五六頁・判タ五三二二二〇九頁（売買の目的物たる土地  
「周知の埋蔵文化財包蔵地」であつた場合につき、このこと  
による規制は、都市計画法の市街地調整区域などの規制と異なり、  
当該土地上に建物を建築する場合に常に障礙となるものではない  
から、五七〇条の「瑕疵」には当たらないとして、同条の適  
用を否定。本件評釈……宮本建蔵「判例評論二〇三三」  
（判例時報一三三九号、一九八五年）四四二頁（一三三三）

【31】神戸地判昭和四十九年九月二〇日判タ五四一四一  
〇頁（マンション建築のために買収を受けた造成土地に廃棄物  
が混入している場合に、建築基準法等によって許容される  
範囲の「混入」が建築可能な土地であらぬとして、五七〇条の瑕疵はないとする）

【32】東京高判昭和六二年六月三〇日判時一二四〇号六  
六頁・判タ六五八八二二九頁（土地に接する私道につ  
き、位置指定が受けられないため、土地上に建物を建築しても建築  
確認を受けられない場合に、五七〇条の適用を肯定。本件評釈  
……半田吉信「法律時報六〇巻」  
二二二頁（一九八八年）一〇六頁）

【33】千葉地判昭和六二年七月一七日判時一二六八号一

二六頁(がけ条例の規制により土地のがけ部分に擁壁を設置し  
肯定) 適用を)

【34】東京高判平成元年八月一〇日金判八三八号一四頁  
(飲食店・厨房用換気設備を設置したマンションの)区画が、  
建築基準法に違反する構造になっていた場合に、当事者が五七  
〇条に基づき解除を争ったのに対して、契約に基づく合意解除  
を認定。本件評釈：野口恵三・N  
BL四五号(一九九〇年)六四頁)

【35】東京地判平成九年二月一日判タ九八八号二〇  
〇頁(土地の接面道路(私道)につき道路敷地所有者全員の承  
四三条) 項但書の適用を受けるための建築条件を具備すること  
により、本件土地を建築物の敷地とすることが可能であったこと  
であるから、五七〇条の「取壊し」に  
は当たらないとして、適用を否定)

【36】大阪高判平成二年九月三〇日判時一七二四号六  
〇頁・判タ一〇四二号一六八頁(分譲土地建物のうち、  
反し、土地も建築基準法の接道義務に違反している場  
合につき、土地・建物の両者に五七〇条の適用を肯定)

【37】東京地八王子支判平成二年五月八日判時一七二  
八号三六頁・判タ一〇五八号一四九頁・判例地方自  
治二〇五号五三頁(不動産業者が、市が発行した道路建設  
ビルの建設用地を買い受けたところ、その記載が誤り、当該  
土地が道路敷地であったためその目的を達しなかった場合に、  
五七〇条の適用を肯定。本件評釈：馬橋隆紀Ⅱ大  
熊克則・判例地方自治二〇〇号(二〇〇一年)五頁)

以上三七例の裁判例を規制の種類ごと分類すれば、

- 【1】土地の売買に関して、①河川法の建築制限(1)
- 【2】③都市計画法等の道路予定地(6)【8
- 【12】①9【37】、③土地区画整備事業の対象土地・換地  
予定地(仮換地)(7)【15】【20】、④建築基準法の私  
道から宅地への土地利用変更の制限(13)、⑤建築基  
準法の道路位置指定・接道義務等との関係での建築制限  
【14】【17】【21】【25】【29】【32】【35】【36】、⑥都市計画区  
域の指定による建築制限(18)【23】、⑦電気工作物規  
定に基づく高圧架空電線付近の建築制限(11)、⑧文  
化財保護法に基づく調査費用支出義務・建築制限(28)
- 【30】、⑨建物敷地の安全性に関する建築基準法一九条  
等の制限(31)、⑩条例に基づく擁壁設置義務

【33】、⑪森林法の保安林指定(10)【26】、⑫保安  
林の伐採許可の不存在(4)、(II)建物の売買に関し  
て、⑬建築基準法の建ぺい率違反の建物(9)【21  
【36】。なお、【21】は⑤の土地上の建物、⑭建築基準法  
の避難通路としての利用制限(24)【34】、⑮安全目的  
で設置された壁面開口部(27)、(III)建物の賃貸借に  
関して、⑯食品衛生法に基づく飲食店営業許可申請の不  
許可(22)、(IV)動産の売買に関して、⑰食品衛生法  
に基づく取引禁止の示達(16)となる。

本件事案は、このうちの⑥の類型に属するが、その先  
行事例である【18】【23】をはじめ、公法上の規制に関する  
従前の裁判例のほとんどは五七〇条適用説に立つてお  
り(しかも、その場合であっても、「取壊し」要件あるいは「層ラタル」  
要件を欠くとして、結論的に担保責任を否定した事案が少なくない  
)、五六六条適用説に立つ裁判例は、③換地予定地  
(仮換地)に関する【7】【15】のわずか二例にすぎなかつ  
た(しかも、【7】は買主の悪意を理由に結論的  
に否定され、【15】の示は傍論にすぎない)。このような中  
にあって、五六六条(五六八条)類推適用説に立ち、か  
つ、結論的に担保責任を肯定した本判決は異彩を放つ  
が、今後は、少なくとも法令上の制限の存在する不動産  
(上記【I】土地・【II】建物)を競売により取得した  
場合に関しては、本判決の立場へと移行してゆく可能性  
がある。というのは、本判決の立場は、建物の競売にお  
いて敷地利用権が存在しなかった事案につき、五六八  
条・五六六条を類推適用した最(二小)判平成八年一月  
二六日(判決【52】)に依拠したものであり、したがって、  
本判決は、右最高裁判平成八年判決の射程距離が、競売の  
目的物に公法上の制限が存在している場合にも及ぶ旨を  
明示した裁判例として位置づけられるからである。

だが、後述するように、右最高裁判平成八年判決の判旨  
は、もっぱら競売手続の特質に関する執行法上の議論の  
側に力点が置かれ、五六六条を類推したことに関する実  
体法的な理由づけが欠落していた。この点は、同判決の

理由づけをそのまま用いる本判決においても同様であつ  
て、「公法上の規制が、『物の瑕疵』か『権利の瑕疵』か  
という重要な論点について明らかにせず、前記最高裁判  
平成八年判決に依拠し、端的に民法五六八条及び五六六条  
を類推した本判決は、「理論的に新たな検討課題を提  
供する判決」と評される(塩論勅・後掲本件評釈八九頁。な  
り同)。

### 三 判例

そこで、まず、(1)法律的瑕疵あるいは(2)競売による取  
得に関する判例全体の中における、本判決の位置を確認  
しておく。

#### (1) 法律的瑕疵に関する判例

法律的瑕疵の事例として判例・学説上問題となった事  
案には、(A)本件事案のような公法上の利用制限や、  
(B)最高裁判平成八年判決のような敷地利用権の不存在  
のほかに、(C)本件と同様の公法上の規制であるが、  
その規制内容が、本件のような利用制限(権利の一部制  
限)ではなくして、権利の全部の欠缺ないし喪失をもた  
らす場合、(D)借地借家関係・農地関係の特別法によ  
って、賃借権その他の権利義務が買主に對抗ないし承継  
される場合、(E)登記法・執行法といった手続法の条  
文により、買主の権利に制限が加えられている場合、  
(F)買い受けた土地の一部が他人の土地と重複してい  
た場合、(G)買い受けた土地が袋地であった場合があ  
る。参照の便宜のため、(B)類型以下の判例について  
も、あらかじめ年代順に列挙しておく。

(B)類型：最高裁判平成八年判決のように、建物の  
売買において敷地利用権が存在しなかった場合に関する  
判例には、以下の二六例がある。【38】大判昭和十二年三  
月一三日民集一六卷五号二六九頁(本件評釈：石田文次  
七卷二号(一九三七年)一六〇(三六)頁、岩田新・法学新報四七  
九三七年)三六三頁、戒能通孝「判例民事法(昭和)二  
二年度」(有斐閣一九三八年)二二事件(七二頁)、【39】東京



ては、購入した土地の所有権につき将来訴訟等の手段により法的解決をみる以外ないという意味において法律的な支障がある。  
 (G)類型)……売買の目的たる土地が袋地であった場合は、土地の自然的形状の問題であつて、五七〇条の適用される物理的瑕疵の典型例のようにも一見思われる。しかしながら、そもそも土地の区画なるものは人為的・制度的(法律的)なものであり、また、現行民法の相隣関係の規定は、旧民法の地役権の規定中の法定地役権の部分を移動させたものであるから、袋地について認められる圍繞地通行権の不存在につき、(約定)地役権の不存在に関する五六六条二項を類推(拡張)適用する発想は、あながち不当ともいえない。しかしながら、下記判例は、袋地の瑕疵に対して、五六六条の準用を否定する。

【65】札幌地判昭和五年三月八日判時八七二二一〇七頁・判夕三六五号三一四頁(強制競売により取得した土地が後面・隣接していない場合は、隣地所有者との間で圍繞地通行権による利用の調節の余地を残すけれども、なお目的物の利用における環境的に経済的な欠点をなすものであつて、これを民法第五六六条第二項の地役権が存在しない場合に準じて考へる。その制限的発想の趣旨から許さず、従つて、これを物の瑕疵(なお民法第五六六条以外のその他の法律の欠点とみて同様である)として理解するのが相当であり、このことが、また、競売の確実を期することができるものとして結論の妥当性を肯定することができるであらう。そうすると、民法第五七〇条但書の強制競売は、広く国家機関による目的物の売却行為とみるべきであり、従つて、これに任意競売を含ませるのが相当である以上、結局、本件については、その担。続く三保責任が排除されることとなると思ふべきである。)

【66】東京地判昭和五年五月一六日判時八七二二九三頁(売主の代理人が買主と面會して土地が公道に通じていることを示し、現地調査でも公道に至る通路を示したが、それが第三者の私有地であつた場合に五七〇条を適用)、【67】東京高判昭和五年九月二二日判時九一四号六六頁(袋地ではないものの多額の費用をば格別直ちに利用することのできる出入路が)、【68】東京地判昭和五六年一月一〇日判夕四六七号一二二頁(公路を通じ自動車が行き来しなかつた場合に五七〇条の「瑕疵」に当たるとして自ら調査しなかつたことに過失があり「隠レタル」瑕疵に当たらないと)。

以上のように、従来の判例は、【52】最高裁判平成八年判決によつて五六八条・五六六条類推適用説に立つ旨が宣

明された(B)類型と、借地借家・農地関係立法に関する(D)類型の一部を除けば、五六一条以下に列挙された以外の法律的瑕疵については、五六一条以下の類推(拡張)適用ではなくして、五七〇条の「物の瑕疵」として処理している。

(2) 競売による取得に関する判例

一方、競売による取得において担保責任が主張された判例を見てみると、そのほとんどは、上記(1)法律的瑕疵に関する判例類型(B)と重なり合つており、(B)類型に属する判例は、一例(39)を除いて、すべて競売による取得の事例である。これに対して、(B)以外の類型で、競売による取得につき五六八条の適用の可否が争われた事案は、(A)類型の本判決、(D)類型の【56】、(G)類型の【65】、ならびに、売却期日の公告に土地の地積が表示され、評価額(最低売却価額と同額)も単位面積当りの価格に右地積を乗ずる形で算出されていた場合であっても、当該競売は五六五条の数量指示売買ではないと認定する操作を通じて、五六八条の適用を排斥した【69】大阪高判昭和六年六月四日判時一二五一号一〇七頁・判夕六四七号一七五頁の、合計四例を数えるにすぎない。

その結果、五六八条・五七〇条但書の適用をめぐる議論は、法律的瑕疵の中でも(B)敷地利用権不存在事例を念頭に展開された。そこで、(B)類型に関する上記判例の立場を追つてみると、そもそもその議論の発端は、判例が、旧法の競売手続において、敷地利用権は競売の目的物件とされていないことを理由に、九五条の要素の錯誤を否定した際、その理由の一つとして五七〇条但書を間接的に援用したのに対して、【38】【40】【41】、学説が、この場合には五六六条が類推適用されるとして、判旨の不当性を説いたことに始まる。その結果、以後の判例においては、当事者が、右学説を参照し、九五条と並

んで、五六六条その他の「権利の瑕疵」に関する条文の類推適用を主張するようになったのである。これに対して、判例は当初、錯誤と同様、このような担保責任の主張も排斥していた【42】【44】。なお、(G)袋地事例の【65】も、この時期の判決として位置づけられる。しかしながら、この立場は、【43】判決以降改められ、現況調査報告書・評価書・物件明細書の記載から建物競売に際して敷地利用権の存在が当然に予定されていると認定できる場合には五六八条・五六六条を類推する、との解釈がとられるようになった。ただし、その後しばらくの間

の裁判例は、上記書面の記載からは敷地利用権の存在を前提として競売が行われたと認定できないとするか【44】【45】【46】【48】、あるいは、敷地利用権の存否に関する調査を怠つた買受人に重過失が存在すると認定することによつて【44】、結論的に五六八条・五六六条の適用を否定していた。だが、平成期に入つて、ついに、上記書面から敷地利用権の存在が競売の前提となつており、かつ、買受人が善意・無重過失である旨を認定した判決が登場するに至つたのである【49】【50】【52】。以上のような経緯で、【43】判決以降形成された判例理論は、内容の近似性と形成時期から推測するに、主として執行法関係の学説を参照したものと解される(鈴木忠一

章II宮脇幸彦(編)岩松三郎先生喜寿記念「注釋強制執行法(3)不動産執行(九四〇条)七・竹下守夫「不動産執行法の研究」(有斐閣)一九九七年、三四頁、香山保一(監修)吉野衛三宅弘人(執筆代表)「注釋民事執行法(4)不動産執行(中)」(金融財政事情研究会)一九八三年、七九条、近藤崇昭(編)鈴木忠一「三ヶ月章」(編)「注釋民事執行法(3)不動産執行(中)」第一法規一九八四年、七九条、石丸俊彦「一八〇頁、松村茂一「買受人は担保責任を追及できるか」(民法五六八条一項、五六六条二項の類推適用はあるか)「特集・借地上建物の担保取得」(手形研究四九号三二五卷)三三〇頁、一九九九年、八九九頁、高月(判例)五五頁、宮(判例)七七頁、三條(判例)五三(六二七)頁、春日(判例)九七頁、安藤(判例)五三(判例)三三頁)。

判例理論の到達点である【52】最高裁判平成八年判決における「右(買受人・債務者・債権者)三者間の公平にかなう」との表現も、竹下守夫論文との類似性を指摘するこ







疵の主張を一切排斥するのは、不合理である。

(c) 第三に、判例理論およびその基となった執行法学説によれば、右(b)の場合とは逆に、現況調査報告書・評価書・物件明細書に記載されている事項であっても、担保責任を追及できない場合が生ずる。これは、執行法学説あるいは[52]判決ならびに本判決が、担保責任の根拠条文を、「権利の瑕疵」に関する条文の類推適用に求められていることと関係する。というのは、この法律構成は、物理的瑕疵については、「物の瑕疵」に関する五七〇条但書を適用して、競売手続の保護を否定しつつ(経済的瑕疵・環境瑕疵)、法律瑕疵については、「権利の瑕疵」に関する五六一条以下の条文を類推適用し(執行法学説・[52]判決・本判決は五六六条類推適用に立)、競売手続での保護を認めるものである。その結果、この法律構成によれば、同じ書面の記載事項の中にあつても、その過誤が法律瑕疵に関係するか、物理的瑕疵(経済的瑕疵・環境瑕疵)に関係するかによつて、結論が変わってくることになる。

だが、右法律構成の前提となつている法律瑕疵と物理的瑕疵(その他)の区別は、すこぶる微妙である。たとえば、判例類型(F)の筆界や(G)の袋地は、現況調査報告書の記載事項とされているが(民事執行規則二九条高裁及び現況地目)の箇所か、あるいは同条二項の見取図による。最高裁判所事務総局(監修)「条解民事執行規則」(一九八〇年)一五頁、最高裁判所事務総局民事局(監修)「民事執行規則」(増補版)「司法書院」二〇〇〇年、二五頁、鈴木忠一「三ヶ月月報」(編)「注釋民事執行法」(不動産執行法)「第一法規」一九八四年、五七条(柳田幸三)一九八頁、なお、同書一九八〇年、一九九頁は「(G)袋地につき、現況調査の目的物である土地が隣接する他の土地に対し、隣地又は袋地の関係にある場合には、目的物たる土地は、他の土地に対して面積地通行権(民二一〇・二二一)を負担を負い、又はその権利を有することになる(民二一〇・二二一)の負担を負い、能な限り正確に調査する必要がある」とする)しかし、これは、一般には、物理的瑕疵(物の量的瑕疵)の典型例として挙げられるものである。一方、上記(A)公法上の規制の類型中に掲げた、買受土地に廃棄物が混入して

いた事案[31]も、一般には、物理的瑕疵(物の質的瑕疵)の典型例とされているが、ここで、廃棄物の混入の程度が、敷地の安全性に関する建築基準法一九九条に違反していた場合には、法律瑕疵になるとするならば(なお、地質も、上記現況調査報告書「土地の形状及び現況地目」(記載事項である)「条解民事執行規則」一五頁「条解民事執行規則」(増補版))、結局、法律瑕疵なるものは、物理的瑕疵(経済的瑕疵・心理的瑕疵・環境瑕疵)の中でも、一定の法的評価を経たものを意味する概念ということになる。しかし、そうであるとすれば、一定の法的評価を受けた物理的瑕疵(等)すなわち法律瑕疵と、法律瑕疵に転化するための評価基準すなわち法規が欠缺している物理的瑕疵(等)との間で、一方を競売手続において無条件に保護し、他方を法の欠缺の理由も問わず一律に保護しないことに、果たして合理性はあるのか。

四 学説

右三(2)(c)の点に関して執行法学説[52]判決・本判決が採用した五六六条類推適用という理論構成は、民法学説中の一部学説に全面的に依拠したものである。しかしながら、これは、比較的最近になって多数説となつた見解であり、従来からの多数説は、上記三(1)に掲げた判例の立場と同様、五六一条以下の「権利の瑕疵」として列挙されていない法律瑕疵については、「物の瑕疵」に関する五七〇条を適用する見解であつた。

(1) 法律瑕疵 II 「物の瑕疵」説

初期の学説においては、五六一条以下の「権利の瑕疵」の条文を、そこに列挙されている以外の法律瑕疵にまで拡張するという発想は、まったく存在していない。その結果、五六一条以下の条文に掲げられていない法律瑕疵については、五七〇条によつて救済するか、それともまったく救済されないかの、二つの選択肢しか存在しなかつた。そして、この論点に関しては、五七〇条の「物の瑕疵」は物理的瑕疵に限られるとする見解に

対して(横田秀雄「債権各論」(清水)同条の「物の瑕疵」は法律瑕疵をも含むとする見解が勝ちを収めた(末弘「債権各論」(有斐閣)一九八一年、四二〇頁、嶋山秀夫「増訂」日本債権法各論(上巻)(岩波書店)一九九四年、三四二頁、末川博「債権各論」(第一部)(岩波)書店)一九九二年、七九頁)。

①五七〇条但書単純適用説……右のような前提事情から、法律瑕疵 II 「物の瑕疵」説は、後述(2)法律瑕疵 II 「権利の瑕疵」説の登場後においても、多数説たる地位を占めていたが、この見解のほとんどは、法律瑕疵と物理的瑕疵の別なく、五七〇条但書を単純に適用して、強制競売における保護を認めない(田記評釈の「六四(三六八)頁、戦後の学説として、石田文次郎「債権各論」(早稲田大学出版部)一九四七年、八四頁、永田菊四郎「新民法要義」(第三卷下)「債権各論」(帝國判例法規)一九五九年)「二六頁、一七八頁、一三二頁、一三三頁、鈴木馨「売主瑕疵担保責任の研究」(有斐閣)一九六三年)三二頁、内山「評釈」(一三三頁)。上述のような初期学説の問題設定の下では、五六一条以下に列挙されていない法律瑕疵は、五七〇条による保護を受けるだけでも多大な利益であり、競売による取得の場合に、物理的瑕疵以上の保護を与えようとする発想は生まれる余地がなかつたのである。さらに、この時代においては、旧民法訴訟法・競売法下の競売手続の抱える特殊事情(買受者が「カード」であることが多く、買受人の)が、五七〇条但書による保護の強化を図る実益がないこと)が、五七〇条但書による制限を正当化させる背景の一つになつていた(北川「評六(八二)頁)。

②五六八条三項類推適用説……もつとも、学説の中には、五七〇条但書の制度趣旨や比較法の動向を参照して、権利の瑕疵の存在につき悪意・過失ある債務者・債権者に対する損害賠償を認める五六八条三項の規定を、五七〇条の「物の瑕疵」についても類推適用する見解が存在した(勝不正「契約各論」(第一巻)「有斐閣」一九四七年)「九九頁、注釈民法」(四)「五七〇条」(木村)「二五四頁、五〇五頁、新版「注釈民法」(四)「五七〇条」(木村)「二五四頁、五〇五頁、新版「注釈民法」(四)「五七〇条」(木村)「二五四頁、五〇五頁)側から見れば、その部分的な適用排除ないし限定解釈を意味するのであり、この見解に立てば、法律瑕疵は、

物理的瑕疵とともに、五六八条三項の限りで保護される。

(2) 法律瑕疵「権利の瑕疵」説  
以上の見解に対して、法律瑕疵を「権利の瑕疵」に関する規定の拡張適用という手法で保護する見解は、上記競売手続における敷地利用権不存在事例に関する【38】判決以降に登場した。

③敷地利用権不存在事例に関する五六六条類推説……この見解は、敷地利用権の不存在が、五六六条二項前段の「売買目的タル不動産ノ為メニ存セリト称セシ地役権カ存セザリトキ」と実質的に（性質上ないし構造上）同視し得るとの観点から、同条を類推して買受人を保護すべきことを説く（【57】評釈九五四頁、松坂）。したがって、この見解においては、敷地利用権不存在以外の法律瑕疵については、五七〇条の「物の瑕疵」として処理されることになる（【全集】三九七頁、安藤【50】評釈六）。

④法律瑕疵一般に関する五六六条類推説……右③説が事柄を敷地利用権不存在事例に限定していたのに対して、この見解は、五七〇条が適用されるのは物理的瑕疵のみに限られるとし、法律瑕疵についてもはすべて五六六条の類推で処理すべきことを主張する（【我妻栄】「債権各論」中巻「民法講義」二、岩波書店、一九五七年、二八四～二八五頁、玉田弘毅「不動産の売買」『契約法大系II贈与・売買』（有斐閣、一九六二年）二〇〇頁、遠藤厚之助「行政上の用途制限、負担の存する不動産、抵当権の存する不動産の売主の担保責任」『不動産法大系I売却』（青林書院新社、一九七〇年）三三八頁、同「改訂版」三四八頁、松坂佐一「民法提要、債権各論」（有斐閣、一九八一年）一〇〇頁、石田穰「民法V、契約法」（青林書院、一九八二年）一五三頁、遠藤厚之助「債権各論講義（第六版）」（有斐閣、一九九四年）六八頁、廣中徳雄「基本法コンメンタール債権各論I契約（第四版）」（別冊法学ゼミナー）三九号、一九九五年）五六六条（船越隆司）一〇二頁、内田眞「民法II」（東京大学出版会、一九九七年）二〇三頁下）。

この説の意図も、法律瑕疵に対して競売手続での保護を与える点にあるが、しかし、その代表的見解である我妻説の主張は、非常に形式的ないし技巧的である。すな

わち、まず、我妻説は、法律瑕疵は、本来的には五七〇条の適用される「物の瑕疵」であるとの前提に立つ（【我妻】「債権各論」五六一頁も、「一定の土地に対して特殊の支配を及ぼす権利の売買に於て、その客体たる土地が売買当事者の所期するが如き性能乃至価値を有せざる場合であるから、正に瑕」と述べていた）。それで競売の場合に保護されない。そこで、この見解は、「権利の瑕疵」に関するいずれかの条文を類推適用することを模索したが、その際、五七〇条が五六六条を準用しているという、ただ単にそれだけの理由で、両条の間には近似性があると考え、五六六条が類推の対象条文として選択されたのである。したがって、第一に、この見解は、五七〇条の適用される「物の瑕疵」のうちの一部（法律瑕疵）についてのみ、五七〇条但書の適用を排除する見解と捉えることもできる。また、第二に、この見解は、法律瑕疵の種類とは無関係に一律に五六六条を類推適用する点において、当該法律瑕疵との間の性質上の類似性を根拠に個々の条文の類推を認める上記

③説・下記⑤説と、大きく異なっている（【もつとも、我妻栄】「二八五頁では、とくに敷地利用権の不存在に関してだけ」。性質的にも五六六条二項前段に類似する旨の注記がなされている）。

それゆえ、同説を引用する執行法学説や、その影響を受けた【52】判決および本判決が、以上のような我妻説の内容のすべてに賛同する趣旨かは、かなり疑わしい。

⑤敷地利用権不存在事例に関する五六一条（五六三条）類推適用説……この見解もまた、上記③説と同様、法律瑕疵の中でも、建物競売の際の敷地利用権不存在に事柄を限定して説かれるもので、③説ないし④説の援用する五六六条二項前段の地役権は、土地の利用に益するだけの従たる権利であり、地役権がなくとも土地がまったく用をなさないわけではないのに対して、敷地利用権は建物と不可分の関係において売買の目的たる当の権利であるとして、その全面的不在の場合には五六一条、一部不在の場合には五六三条を適用すべきと説く（【岩田】「38評釈二八（一三〇）頁、三三三、43評釈一八（一六四）頁、三三三、契約法（各論）上巻」二八二頁、磯村【52】評釈二二三頁）。

（【林】「52評釈二四〇）。だが、この見解に対しては、借地権を独立の売買の目的とした場合はともかく、建物の従たる権利として建物の競売手続を通じて取得する場合は、「権利の瑕疵」の態様としては、不動産競売で地役権が付着していない場合に近く、これを敷地利用権が単独の売買（競売）の目的となつている場合と同視することは、民事執行法の不動産執行と権利執行の区別に合致しない、との批判がなされている（【岸上】「44評釈九七頁、半田眞道」道垣内【52】評釈六八（二二二）頁、松井和彦「権利の瑕疵」澤野順彦（編）「現代裁判法大系」不動産売買（新日本法規出版）一九九八年）一五一頁）。

（3）近時の学説における新たな動向  
以上に対して、近時の学説の中には、「物の瑕疵」「権利の瑕疵」ないしは物理的瑕疵・法律瑕疵に、同等の保護を与えようとする見解も主張され始めている。

⑥法律瑕疵につき五六六条類推適用十物理的瑕疵につき五六八条三項類推説……その一は、法律瑕疵に關しては上記④五六六条類推適用説に立ちつつ、五七〇条の「物の瑕疵」（物理的瑕疵）に関しては上記②五六八条三項類推適用説に立つとする見解である。この見解は、も

つぱら執行法学者によって唱えられており（【宮脇幸彦】「強行法」（有斐閣）法律学全集、一九七八年、四〇三頁、【注釈民事執行法】（七九条）近藤、一九九頁、石川明「小島武司」【注釈民事執行法】（注釈民事執行法）（上巻）一、一〇一頁、【青林書院】一九九一年、七九条（樽善夫）二〇〇頁、中野貞一「民事執行法（新訂四版）」（青林書院）二〇〇〇年、四五九頁、四五〇頁注（注）は、債務者・債権者の債権別達反の場合に五六八条三項を類推する））。

【52】判決ならびに本判決の判例理論の背後にも、こうした執行法学説の融通無碍な民法理論の援用が控えていた。だが、この見解に立つたとしても、物理的瑕疵と法律瑕疵の間には、依然として保護の落差が認められる。

⑦立法論としての五七〇条但書廃止説……その二は、立法論の側面において、五七〇条但書を廃止し、「権利の瑕疵」「物の瑕疵」の別なく競売手続での保護を認め

るべきとする主張である(山本[52]評釈一〇三頁、鎌野邦樹系?不動産競売訴訟法(青林書院、一六〇頁)。「新・裁判実務大系」二四四頁、潮見「契約各論」一六〇頁)。しかしながら、この主張は、あくまでも立法的提言にとどまり、現行法の解釈論として、五七〇条但書の死文化ないし限定解釈を主張する見解は、現在のところ現れていない。

(なお、潮見「前掲書」は、「民法五七〇条但書の存在と『法令上の瑕疵』の扱いをめぐる確固たる判例の存在が、競売事例での瑕疵担保責任追及目的の訴訟を心理的に妨げている」と分析しつつも(二二〇頁)、但書自体を縮小解釈する方向には向かわず、結局、敷地利用権不存在事例に関しては「民法五六一条の類推で処理される」が適切である」と結論づけている(一四八頁、一五七頁)。

⑧五七〇条但書の制度趣旨からの範囲確定説……その三は、従来の学説が、法律的瑕疵が「権利の瑕疵」「物の瑕疵」のいずれに含まれるかという観点から出発していたことを批判し、むしろ端的に、担保責任を排除して買受人が瑕疵のリスクを引き受けるべきだとする五七〇条但書の趣旨がどの程度で妥当すべきかを論じれば十分であると見る見解である(森田[52]評釈)。この見解は、現行法解釈論の次元における提言である点において、上記⑦説の立法的提言よりもさらに踏み込んだ主張といえることができる。ただ、この提言をそのまま法律構成に反映させるならば、五七〇条但書の適用範囲そのものを制度趣旨に照らして限定する主張が導かれそうなものである。ところが、同説は、上記記述に続けて「かりに五六六条二項を類推するとしても、右の(五七〇条但書の)趣旨を勘案して担保責任を負うべき要件ないし範囲を考えていくことも可能になろう」と述べ(六七頁)、結局は、⑦説と同様、「権利の瑕疵」に関する条文を類推適用する方向へと流れていってしまった。

## 五 検討

以上のように、従来の学説は、五七〇条但書それ自身の適用範囲を直接制限するという発想を——実際には古くから事実上ないし結果的に行ってきたにもかかわらず——ついに持つことができず、競売手続での保護を認めるためには、五六一条以下の「権利の瑕疵」の条文を類

推適用するよりほかはない、との呪縛から、最後まで逃れることができなかつた。だが、この論理は、上に見たように、比較的最近になって定着した新興の教義にすぎない。これに対して、もし端的に五七〇条但書それ自身を直接制限する法律構成がとられていたならば、第一に、法律的瑕疵は五七〇条の「物の瑕疵」であるとする従前の判例・学説との間で衝突を起こすこともなかつたし、第二に、法律的瑕疵のみならず、物理的瑕疵についてもあわせて保護が図られることになり、両者間の保護の不均衡の問題も解消できた。

### (1) 五七〇条但書の適用制限

ある条文が文言上無制限のように見えても、これを制度趣旨に照らして制限的に解釈することは、ごく普通に行われていることであり(たとえは一七五条の物権法定主義に権を認め、一七七条の対抗要件主義)、それが五七〇条但書につき第三者制限説を採用するなど、それが五七〇条但書に限って許されない、などということは、およそ考えにくい。

そこで、右限定解釈の前提となるべき、五七〇条但書の制度趣旨について見てみると、起草者ならびにその後の学説は、以下の四点のいずれか、あるいは全部を複合的に挙げている。すなわち、(a)強制競売の場合に担保責任を認めると、きわめて煩雑な結果が生じ(競売が解除が無効になり、すでになされた配当が無効にするのは債権者の利益を害する)、競売手続の安定性を害する、(b)一般に「物の瑕疵」はそれほど重大ではないから、瑕疵担保責任の排除は、競売の結果を確実にする、(c)買受人は通常、多少の瑕疵を予期した上で廉価な価格で買い受けるから、担保責任を認めなくても買受人に酷ではない、(d)競売は債務者の意思に基づかずに行われ、また債権者の側でも通常は他人の物の性状を知る機会がないから、瑕疵の危険を前提に買い受けを行う買受人との対比において、債務者・債権者を保護するため、担保責任を排除するのが妥当である、というのである。

(上記四に掲げた諸文獻の当該箇所のほか、(林[52]評釈二三六(一三九四頁以下参照))。

このうち、(a)・(b)の点は、「物の瑕疵の場合は、権利の瑕疵の場合に比べて、ひとつには、一般的に買受人が被る不利益が少ないこと、もうひとつには、瑕疵かどうかの基準の明確性を欠くことに、五七〇条ただし書の立法趣旨がある」(鎌野「瑕疵担保責任」新・裁判実務)と言いつ換えることもできるだろう。判例のとり五六六条類推適用説が、法律的瑕疵に対して、物理的瑕疵よりも手厚い保護を与える結果となっているのも、それが法規により明定された瑕疵である点において、(a)明確性および(b)重大性があると認められるからであろう。しかし、この点を実質的に考えれば、たとえ法規が存在しなくとも、当該瑕疵に(a)明確性ないし(b)重大性が認められれば、五七〇条但書の適用を排除してよいはずである。

なお、学説の中には、(a)は瑕疵担保責任に固有の問題ではなく、すべての担保責任に妥当する事柄であるとする見解もある(森田[52]評)。しかしながら、「権利の瑕疵」に関する条文を厳格に解し、拡張(類推)適用を許さない当初の解釈の下では、競売による取得に関して「権利の瑕疵」が主張されるような事例は、そもそも非常に少数になるから、その結果として、(a)の制度趣旨を、もっぱら瑕疵担保責任を念頭に置いた説明と理解して、差し支えないように思われる。なお、この点は、(d)の制度趣旨は五六一条以下の「権利の瑕疵」の場合にもいえることで、瑕疵担保責任を否定する理由にはならない、との批判(竹下「借地上の建物の競売」(二)八三頁)についても同様に成り立つ。したがって、(d)もまた五七〇条但書の制度趣旨として承認されるならば、但書の適用排除のためには、債務者あるいは債権者の瑕疵に関する認識ないし認識可能性が要件となってくるだろう。この点を判断要素として明確な形で組み込まなければ、判例にいう「三者間の公平」という表現が生きてこない。

他方、(c)の制度趣旨に関しては、すでに述べたように、現行法制度は、買受人が、現況調査報告書・評価書・物件明細書の記載だけでなく、通常の売買と同様、登記の調査や実地検分を行なったうえで買い受けることを予定しているものであるから、上記書面において瑕疵の記載が欠落していた場合であっても、通常の売買の場合と同様、担保責任を肯定すべきである。たとえそのように解したところで、他の要件(a)・(b)・(d)による制約が加わるので、競売事例において担保責任の主張が極端に増加するような事態は、おそらく生じないであろう。

かくして、右(a)・(b)・(c)・(d)の四つの制度趣旨に照らすとき、五七〇条但書は、以下の場合には、瑕疵の種類が法的瑕疵であると物理的瑕疵であるとを問わず、適用が排除されてよい。すなわち、(a)瑕疵の内容が五六一条以下に限定列挙されている事項と同程度に明確であり(もつとも、この点は下記(d)との関係で緩和されてよい)、また、(b)それらと同程度に重大であると評価しうるもので、(c)買受人が、買受の意思決定の際に参考にした、強制競売の関係書類(現況調査評価書・物)か、あるいはこれとあわせて調査すべきことが求められている通常の売買の調査(登記簿・実)から得た情報が不実であった場合には、(d)瑕疵につき認識なし認識可能性のある債務者あるいは債権者に対して、担保責任を追及し得る。

## (2) 五六一条以下の類推適用

以上のように、たとえば法的瑕疵が五七〇条の「物の瑕疵」に当たると解したところで、五七〇条但書の限定解釈という操作によって、競売による取得の場合にも担保責任追及の途は開かれる。また、同時に、この解釈は、法的瑕疵を五七〇条の「物の瑕疵」とする従来の判例との整合性を保ち、かつ、法的瑕疵ないし「権利の瑕疵」と、物理的瑕疵(経済的瑕疵・心理的瑕疵)ないし「物の瑕疵」との間の保護の格差を解消するものでもあ

る。ただし、このような解釈と併行して、法的瑕疵の中でも、五六一条以下の「権利の瑕疵」の条文の想定する状況と実質的に(性質上ないし構造上)同一と評価できるものについては、当該条文の類推適用が認められてよい。というのは、五六一条以下の条文と、五七〇条とは、強制競売の場合以外にも、要件・効果に異なる部分があり、また、たとえ要件・効果が同一であった場合でも、それらの判断枠組に関しては、各条文に固有の判例・学説の蓄積が存するため、五六一条以下の条文の想定する「権利の瑕疵」と性質の類似する法的瑕疵については、五七〇条で処理するよりも、当該条文に沿った処理を行ったほうが、妥当な結果を導き得るからである。

ただ、五七〇条の規定が包括的・抽象的であるのに対して、「権利の瑕疵」の規定が限定的・列举的であることからすれば(版・注釈民法(四)五七〇条(柚木)二四四頁、「新頁」)、「権利の瑕疵」の条文の類推には謙抑的であるべきで、結局は、条文の明定する権利と同視できる権利が存在する場合(不存在の場合)に限って類推を認めるべきものと考える。より具体的にいえば、類推適用は、担保権が付着していた場合に関する五六七条につき、学説が質権への類推を認め(我妻・債権各論・中巻一、二八六頁、米栖(上巻)二二二頁、柳見)、判例が所有権留保(東京地判昭和「契約各論」一、二四九頁)、判例が所有権留保(四二年一月二六日下民集一八巻一、二四九頁。本件評釈……野村)・仮登記担保(最・ジュリスト四四六号(一九七〇年)一三三頁)・仮登記担保(時八〇〇号四八頁・金法七三三号二八頁)への類推を認めるのと、同程度のものに限定されるべきである。この基準による場合、先に掲げた法的瑕疵に関する判例類型の中で、五六一条以下の類推適用が是認されるのは、(D)借地借家関係・農地関係の特別法により対抗力が認められた賃借権等が存在する場合程度であり、この類型に対して五六六条二項が類推適用されるほかは、本件事案のような(A)公法上の利用制限も含めて、五七〇条の

「物の瑕疵」として処理するのが、従来の判例との関係でも穏当な解釈であろう。

なお、先に述べたように、法的瑕疵とは、種々の瑕疵(物理的瑕疵・経済的瑕疵・心理的瑕疵)の中でも、とくに法令が存在する場合に当該法令の法的評価のハードルをクリアしたものをいい、一方、五六一条以下の定める瑕疵は、五七〇条により包括的に保護される瑕疵のうち、ローマ法以来伝統的に重要とされてきたものを、とくに別立てにして列挙したものであり、両者はいわば一般法・特別法の関係に立つから、かりに五六一条以下の条文の類推適用が可能な場合であっても、五七〇条の主張を認めて差し支えないであろう(なお、比較法的には、法的瑕疵をいづれ分析に基づき、「このような場合を権利の瑕疵とするか物の瑕疵とするかの問題に捉われずに、買主がいずれも自分に有利な方を(あるいは一方を)主位請求、他方を予備的請求」とする半田<sup>32)</sup>一〇八頁も結論的)。

以上を本件について見るに、【判旨】(争点一)において示された担保責任肯定の論理構成——【2】判決に依拠した五六六条類推適用説——は妥当ではなく、法的瑕疵のうち、少なくとも本件事案をはじめとする前記(A)法令上の制限の類型に関しては、五七〇条の「物の瑕疵」として処理しつつ、五七〇条但書の適用範囲を直接制限することによって、競売による取得の場合の保護を認めるべきである。本件事案に関しては、但書適用排除の要件——上記(a)・(b)・(c)・(d)が充足されていると認定できるので、本判決の担保責任肯定の結論は、結果においては是認される。

## (3) その他の問題

最後に、本件【判旨】(争点二)および(争点三)についても、若干付言しておく。

## (a) まず、(争点二)について。

五六六条類推適用説に立つ場合、五六八条一項(二項)の代金減額請求権は、五六六条一項「買主カ之(瑕

疵)ヲ知ラサリシトキ」に限って行使できる。では、この五六六条の規定は、①悪意の場合のほかに、②重過失の場合も含まれるか。あるいは③軽過失の場合も含まれるか。本件債権者Yは、②の見解に立つて、本件買受人Xには重過失があると主張していたが、本判決は「仮にかかる見解に従うにしても」と述べて、この点に関する断定的な判断を避けた。この点に関する従来の判例は、【44】判決が、錯誤に関する九五条と対比しつつ②重過失説に立つほか、【52】判決の第一審【49】・原審【50】ならびに【52】判決も、②重過失説に立つ。一方、学説では、戒能【38】評釈七五頁が、錯誤との相違を意識しつつ、③軽過失説をとる旨を明言しているのを除けば、この問題を論じたものは少ない。

これに対して、五七〇条の「隠レタル」瑕疵要件に関しては、これを③善意・無過失と解するのが判例・通説であるが、②重過失説の立場も存在する(西村【54】一九六)。  
なお、ドイツ民法の瑕疵担保責任に関しては、②重過失説と、③過失説が存在する(藤塚晴生「瑕疵担保論の再検討」(上)「愛知論叢」(愛知大)三三四号(一九八二年)一三頁(下)三三四号(一九八三年)一八頁(下))。

五六六条と五七〇条の要件が揃えられた場合には、上記(争点一)の競売における保護とあわせて、「権利の瑕疵」と「物の瑕疵」の処理の平準化が図られることになり、両者を区別する合理性はないとする近時学説の主張に沿うことにもなる(さらに、②重過失説で統一した場合に)。しかしながら、とくに五七〇条の「隠レタル」瑕疵に関しては、これを善意・無過失といった当事者の主観的・心理的態様の問題として捉えることに反対し、起草者の見解に戻って「不表見の瑕疵」と理解すべきとの見解も主張されており(潮見「契約各論」(上)【二三八頁以下】)、学説の行方は、いまだ流動的である。

(b) 次に、(争点三)について。

本件Xの請求内容は、(i)五六八条二項の代金減額請求

と、(ii)五六八条三項の損害賠償請求を、二つながら主張するものであったが、(争点三)に関する判旨は、一方では「損害が生じている」と述べつつ、他方で「減額を認めることができる」としているため、(i)・(ii)いずれを認めるものか、あるいは両者を認めるものかが、必ずしもはっきりしない。ただ、(争点二)の結論部分の表現が「代金の減額を請求することができる」となっていること、また、五六八条三項の損害賠償請求を認めるためには、債権者Yが「過失者」である旨の認定が行われなければならないところ(これは、売主の過失を問わない五六六の特殊性に鑑み、制限)、右の点に関する説示が存在しないことから、本判決は、もっぱら(i)についてだけ判断を行い、(ii)に関しては判断をしなかったようにも思われる。原告が申し立て、両当事者が争っていたにもかかわらず、裁判所がこれを判断しないのは、いかにも奇妙である。

このような(i)代金減額請求と(ii)損害賠償請求の関係をめぐる混乱は、すでに立法過程の段階から存在していた(この点に関しては、石崎泰雄「瑕疵担保責任の統一構成理論」(早稲田法学会誌三九巻(一九八九年)五三頁以下に詳しい))。また、学説においては、周知のように、五七〇条の瑕疵担保責任の効果のうちの損害賠償請求の内容につき、①信賴利益賠償説、②履行利益賠償説のほか、③対価的制限説(損害賠償の内容を、売買代金額と瑕疵ある物と)、④代金減額の損害賠償説(損害賠償の内容を、五六三・五六五条の対立が見られるが(代金減額請求権と同様のものと解する見解)以下参照)、五七〇条は、その効果につき五六六条を準用していることから、右の学説の対立は、五六六条に基づく損害賠償請求に関しても等しく成り立つ。したがって、右議論において、③対価的制限説ないし④代金減額の損害賠償説に立つた場合には、五六六条の損害賠償請求は、代金減額請求に等しくなる。

しかしながら、五六六条が、(i)代金減額請求を規定せ

ず、(ii)損害賠償請求(および解除)のみを規定しているのに対して、本件事案において問題となっている五六八条においては、(i)代金減額請求(および解除)と(ii)損害賠償請求が別立てで規定されている。この場合における両者の関係については、起草者同様、学説の立場も錯綜しているが、本件(争点三)に関する判旨は、かかる混乱に巻き込まれたものであろうか。

本件評釈として、塩崎勲・民法法情報二〇六号(二〇〇三年)八八頁がある。