

# 新民法における契約不適合に基づく損害賠償請求権と減額請求権 ～不動産売買取引における具体的適用の検討～

## New rules of Civil code of Japan about requests for damages and reductions for defects ~ in terms of application for real estate sales transactions ~

Keiichi Morita: Nishimura and Asahi, Attorney at Law

森田 桂一

In 2017, the laws of obligations at the Civil Code in Japan was amended. Before amending it, scholars had discussed the legal character about the rules of defects in sales transactions. The new law decided the character of the purchaser's right for defects and it affected many relating rules. This paper focuses on how to apply the new rules and deal with in practice in terms of real estate sales transactions.

キーワード 契約不適合、瑕疵、債権法改正、不動産売買、損害賠償、代金減額請求

### 第1 問題提起

平成 29 年 5 月、「民法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 44 号)が成立し、民法(明治 29 年法律第 89 号)のうち、取引を規律する基本法である債権法が民法制定以来はじめて全面的に見直された(以下、改正前の民法を「旧民法」、改正後の民法を「新民法」という)。なかでも、売買の目的物に不備があった場合の売主の法的責任(以下、旧民法におけるそれを「瑕疵担保責任」、新民法におけるそれを「契約不適合責任」という)を巡る規律については、その法的性質、要件及び効果の各観点から大きな変更が加えられた。

不動産取引の観点からは、新民法における契約不適合責任に基づく損害賠償請求、代金減額請求の規定の具体的な適用・当てはめ方が重要と思われるが現時点で踏み込んだ論稿はあまりない。本稿は新民法での新たな論点に必要な範囲で触れつつ旧民法との連続性から推論出来る事項について可能な限り具体化することを目的とする。また、契約不適合責任に基づく損害賠償請求権と契約不適合責任に基づく代金減額請求権(以下文脈上別異の意味を有する場合を除き単に「代金減額請求

権」という)は、同じ契約不適合という状態から、損害賠償請求権と代金減額請求権という 2 つの類似した金銭的請求権を認めるものであり、その異同を確認しておくことが重要と考える。

以上から、本稿では、(i)旧民法における瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権を概観した上で(第 2)、(ii)新民法における契約不適合責任に基づく損害賠償請求権(第 3)、及び(iii)新民法における契約不適合責任に基づく代金減額請求権(第 4)について、その法的性質、要件、効果、当てはめについて可能な限り具体化する。その上で、(iv)本稿で明らかに出来た両者の相違を検証し、公法上の規制に係る問題点を確認する(第 5)。

### 第2 旧民法下の瑕疵担保責任に基づく損害賠償

#### 1 法的性質

(1) 旧民法では売買の目的物に不具合があった場合の売主の責任は旧民法 570 条が規定し、金銭請求権につき「売買の目的物に隠れたる瑕疵がある場合、買主は、売主に対して、損害賠償請求権を行使することができる」と定められていた。

(2) 同条を巡っては、その法的性質の理解を巡

り、学説上、一大論点を形成してきた<sup>(1)</sup>。

まず、かつては学説上も通説であり、実務に重要な影響を及ぼした「法的責任説」と呼ばれる見解がある。同説の多くは、特定物の売買契約においては、当該特定物を引き渡せば売主の契約上の義務は完全に履行されており、当該特定物に欠点が存在していても、売主の債務不履行は構成しないと考える(以下「特定物ドグマ」という)。この「特定物ドグマ」を採用した場合、売主は欠点がある物を給付しても債務不履行とならないことになり買主は売買代金の全額の支払義務を負うこととなり不均衡が生じる。同説は、特定物ドグマにより旧民法 570 条を特定物売買に関して生じる不均衡を是正するための法定責任と理解し、損害賠償責任の範囲も「信頼利益」に限られるとする。

(3) 次に、昨今の学説の主流となった「契約責任説」と呼ばれる見解もある。同説は「法定責任説」が前提とする「特定物ドグマ」を否定し、特定物の売買契約においても瑕疵のない特定物を給付するという約定は可能であり、欠点のある物の給付は売主の債務不履行を構成しうると考える。この立場にたつと、旧民法 570 条は債務不履行の特則(例えば契約責任の原則である過失責任の例外としての無過失責任)と理解される。同説は、債務不履行責任の原則から適用場面や損害賠償の範囲として「履行利益」を認めたり旧民法 570 条が明示的には定めていない修補請求権を導く余地を認める等効果においても「法定責任説」と相違がある。

(4) 裁判実務は、例えば東京高判平成 14 年 6 月 26 日(平成 14 年(ネ)第 7 号)が「売主の瑕疵担保責任の法的性質は有償契約における等価的均衡の要請に根差す公平と取引の信頼を保護するために法が定めた無過失責任であり、売主がこれに基づき賠償義務を負う損害の範囲は信頼利益に限られると解するのが相当というべきである」と述べる様に信頼利益の範囲で損害賠償を認める例が多く

「法定責任説」の立場に寄っていると思われたが、昨今では瑕疵の認定において「契約責任説」に親和的な判決も出される様になり、新民法では「契約責任説」が採用されることとなった<sup>(2)</sup>。

## 2 瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権の要件

(1) 旧民法における瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権の要件として売主側の過失を要求しない点については、前記 1 で論じた法的性質論の争いにかかわらず争いはない<sup>(3)</sup>。

(2) 旧民法 570 条にいう瑕疵が「隠れたる」の意味は、買主側がその瑕疵の存在を知らず(善意であり)、その瑕疵を知らなかったことについて過失がなかったことをいうと理解されてきた<sup>(4)</sup>。

この「過失」には、買主のいわゆる履行補助者の過失も含まれると解される(東京地判平成 20 年 12 月 19 日・平成 19 年(ワ)第 1814 号)。それゆえ、買主側が取引対象たる物件のデューディリジェンスやインスペクションを行った場合、買主側の調査者が過失により瑕疵を看過した場合、当該瑕疵が「隠れたる」ものといえず売主の責任を追究できないという整理もあるところであった。

## 3 瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権の効果

(1) 「法定責任説」と「契約責任説」の間では損害賠償請求の内容について見解の相違があった。

「法定責任説」は、瑕疵担保責任に損害賠償請求権を対価的均衡性を回復するための法定責任とするため、当該瑕疵が存在しないものと信頼したことによる損失を回復すれば足りると考え、「信頼利益」の範囲や「売買代金額ー瑕疵ある物の客観的価値」で損害を回復すれば足りる等とする。他方、「契約責任説」は瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則であるため通常の損害賠償責任と同様の損害賠償を可能とし「履行利益」を含むと解する。典型的には不動産に瑕疵があり賃料を一定期間賃料を収益出来なかった場合の逸失利益は「信頼利益」には含まれないが、「履行利益」には含まれる

などの相違が生じるものと思われる。

(2) 裁判実務は「法定責任説」の影響を色濃く受けており、旧民法 570 条に基づく損害賠償請求権の内容は「信賴利益」に留まると明示的に示した高裁判決を最高裁が是認するなど、基本的には「信賴利益」の範囲内において損害賠償責任が認められることを前提とした判断がなされている。

不動産売買の目的物に瑕疵があった場合に「信賴利益」の範囲内として通常認められている損害賠償の具体的内容は、「修補費用相当額」或いは「目的物の価値減価部分」、「調査費用」などが中心で有り、「慰謝料」、「逸失利益」等については認められない傾向にあった<sup>(5)</sup>。

### 第3 新民法下の契約不適合に基づく損害賠償

#### 1 新民法下の契約不適合責任の法的性質

第2で確認したとおり、旧民法では売買契約の目的物に欠点があった場合の法的責任である瑕疵担保責任の法的性質の理解を巡って、学説上争いがあったが、特に効果の面において裁判実務は「法定責任説」の立場に親和的であったが新民法では旧民法における実務上の取扱に拘わらず昨今の学説の主流の立場を受入れ、「契約責任説」の立場を基本として改正がなされた<sup>(6)</sup>。

まず、売買契約の目的物に不備があった場合の法的責任について新民法 562 条を新設し、「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」ことを要件として目的物の不備は契約を基準に判定されると示した。また、契約不適合に関する損害賠償請求権は、債務不履行一般に関する損害賠償請求の規定が適用されることを明示した(新民法 564 条)<sup>(7)</sup>。

このように、新民法においては要件・効果のいずれにおいても旧民法における「債務不履行責任説」に立脚し売買の目的物に不備があった場合、債務不履行として損害賠償請求等を行うことになる。

#### 2 契約不適合に基づく損害賠償請求権の要件

(1) a.旧民法に基づく瑕疵担保責任においては、目的物に「隠れたる瑕疵」があれば、買主は売主に直ちに損害賠償請求権を行使することが出来た。  
b. 他方、新民法に基づく「契約不適合」にかかる損害賠償請求権については、損害の内容に応じて、その要件が定められている。

まず、「履行に代わる損害賠償の請求」については(i) 履行が不能であるとき、(ii) 売主がその履行を拒絶する意思を明確に表示したとき、(iii) 売買契約が解除され又は債務の不履行による解除権が発生したときに行使可能であるとされた(新民法 415 条第 2 項)。「履行に代わる損害賠償の請求」以外の損害賠償の請求については、上記要件なく直ちに行使可能とされた(新民法同条第 1 項)。

ここでいう「履行に代わる損害賠償の請求」とは「填補賠償」の意味であり、修補に代わる損害賠償請求権などの「追完請求権に代わる損害賠償請求権を含む」とされる<sup>(8)</sup>。不動産売買の目的物に瑕疵があった場合に旧民法で認められてきた「修補費用相当額」の損害賠償請求は「履行に代わる損害賠償の請求」に整理されると解される。なお、修補が物理的に不能な場合はもちろん、修補に過大な費用を要する場合は社会通念上修補不能とされ、直ちに損害賠償請求可能であるものの(新民法 415 条 2 項 1 号)、修補費用相当額の損害賠償請求を行うことは出来ない<sup>(9)</sup>と解される。この場合は旧民法 634 条 1 項但書が適用された場合の損害賠償請求権に関する判断が参考になり、例えば部材の差額相当額や不動産の評価差損などが損害として認定されることになるであろう<sup>(10)</sup>。

c. 「履行に代わる損害賠償の請求」以外の損害賠償の請求とは、例えば「慰謝料」「逸失利益」が該当するであろう。新民法においては、3(2)で後述するとおり、いわゆる「履行利益」の一として「逸失利益」も請求可能になると解される。このような

損害も直ちに請求可能であると理解される。

(2) a. また、旧民法では瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権は無過失責任であったが、新民法においては「契約不適合」に基づく損害賠償請求権について債務不履行一般の損害賠償の規定である新民法 415 条が適用され、同条第 1 項但書に基づき、売主は「その[契約不適合]が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして[売主]の責めに帰することが出来ない事由によるものであるとき(※筆者注ブラセット内は筆者読替。以下「免責事由」という))」には免責される。

b. この免責事由の理解を巡っては、見解が分かれている。旧民法下において「債務者の責めに帰すべき事由」とは、債務者の故意、過失又はこれらと同視すべき事情と解され実務もこれと整合的に運用されてきたと考えるが、立法担当官らは、従前の実務運用に変更はないという<sup>(11)</sup>。他方、学者らからは、「売主の債務のような結果債務については、債務不履行の一般原則によっても、帰責事由の欠如により損害賠償責任につき免責されるのは實際上不可抗力の場合などに限られる」との指摘や<sup>(12)</sup>、「(※筆者注: 売買の目的物に損傷があった場合について)損傷が生じたことについて売主の所作による加功がなかったとか、その損傷について売主に認識可能性がなかったとかいう事情があったとしても、当然に免責事由の存在が認められるものではない」とか<sup>(13)</sup>、「契約の場合には免責の可否が契約の趣旨に照らして判断されるべきものであって、『帰責事由=過失』を意味するものではない」と指摘される<sup>(14)</sup>。

c. 新民法が採用した契約責任説は、特定物ドグマを否定し、売主は契約で定めた性能・仕様を有する物を引渡す約定を認める。同立場からは、その合意した内容の目的物を引渡す債務=結果債務を実現出来なかった場合、売主は、不可抗力である場合などを除き、契約責任を免れないと理解す

る法制審議会の整理も合理的である。他方、売買契約上、コミットした訳ではない性能・仕様に関する事項については、このような契約不適合責任を導かないという整理も可能であろう。

d. 不動産取引を想定すると品質不明であるため明示的にコミットされていない品質、例えば土地取引における地中埋設物や中古建物取引における経年劣化による不具合の処理が問題となる。

この点、当該不具合が存在可能性を指摘することで契約不適合が成立しないという整理もあり得るという指摘がある<sup>(15)</sup>。確かに、当該不具合がないとコミットしたわけではないという整理も論理的であり、これらの場合には契約不適合ではないということも可能かもしれない。もっとも、形式的にこの論理を適用すると、欠点が存在する抽象的可能性を可能な限り列挙することで大幅な免責を受けうることになり合理的とはいえない。

この点は、個別の事案において、プライシングの過程、重要事項説明書・契約書の記載(価格や契約条件に反映されているのか)及び一般の取引通念などを総合的検討が必要であると考え。

(3) 新民法においては、旧民法 570 条において求められていた「隠れたる」要件が削除された。それゆえ、買主の善意・無過失を要求しない(但し、新民法 562 条 2 項に基づき、買主の責めに帰すべき事由により契約不適合が生じた場合には抗弁事由となる。)。それゆえ、デューディリジェンスやインスペクションを買主側が行い、調査者が過失により看過した場合でも、これにより売主の契約不適合責任が免責される可能性は低くなる。

### 3 契約不適合に基づく損害賠償請求権の効果

(1) 新民法における契約不適合に基づく損害賠償請求権の法的性質は契約責任であり、履行利益も含めて損害賠償請求可能と解される。

具体的に認容される損害項目は、旧民法における請負契約の瑕疵に基づく損害賠償請求の損害項

目が参考になる。なぜなら、旧民法において売買契約の瑕疵担保責任については法定責任説と契約責任説の争いがあったが、請負契約の瑕疵担保責任については契約責任であると解され売買と異なった解釈を生んできたからである。

建築請負契約における瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権が行使された事例では、損害項目として「修補費用相当額」、「調査費用」、(特段の事情がある場合)「慰謝料」、「仮住まい費用」、「営業損害」などが認められる傾向にある<sup>(16)</sup>。「修補不能」の場合の損害の考え方は、第 3.2(1)b.で前述したとおりである。

修補費用相当額の算定期限は、新民法では追完請求が原則とされ、修補義務が履行されなかったことにより修補費用相当額の損害賠償に転じるのだから旧民法における請負契約と同様に追完請求追及時と解するのが合理的と考える。

(2) 新民法における契約不適合に基づく損害賠償請求権で認められる損害項目が旧民法における請負と同等の判断になるとすれば、「仮住まい費用」、「営業損害」、「慰謝料」(特段の事情がある場合)の認容可能性が高まると解される。

#### 4 小括

上記のとおり、新民法における契約不適合責任に基づく損害賠償請求権は旧民法における瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権と比べ、要件において(i) 買主の善意・無過失が要求されない点、(ii) 売主の免責の余地が認められる点、効果において(iii)「営業損害」等の広範な損害を認める点に変更が生じ不動産実務に影響を与えるであろう。

### 第4 新民法における代金減額請求権

#### 1 新民法における代金減額請求権の法的性質

(1) 旧民法においても、数量指示売買については代金減額請求権が認められてきた(旧民法 565 条)。新民法においては、「数量不足」とその余の

「契約不適合」とを区別する必要がないとして、規定の統一化を図り、「契約不適合」についても代金減額請求権を認めることとした。

代金減額請求権は、読んで字のごとく要件を充足した場合には、買主側の一方的な意思表示により、売買契約における代金額を変更することを可能とする権利と考えるのが自然であろう。

それゆえ、売買代金支払い前に代金減額請求権を行使した後は、当該変更後の売買代金を支払うことになるということと異論はないだろう。

(2) a. 売買代金支払後に売買代金の減額請求権を行使した場合の効果は如何に解すべきか。

b. 代金減額請求権を契約の遡及的変更権と解すると、既払売買代金は減額された相当額につき過払い状態になる。売主が当該過払給付を維持する法律上の原因がないため、買主は、売主に対し、不当利得返還請求権により返金を受けるという整理が出来る。他方、代金減額請求権が契約の一部解除と同等の機能を有することを踏まえると契約解除に伴う原状回復請求権と同等の返金請求権が生じると整理する余地もあるかもしれない。

c. 旧民法 565 条に関する裁判例として代金減額請求権行使後の減額相当分の不当利得返還請求権を訴訟物とした事例でこれを認容したものがある(横浜地判昭和 50 年 7 月 30 日・判タ 322・296)。

d. この問題に係る学説は確認できなかった。

e. 筆者は、(i) 代金減額請求権との関係で民法 545 条に相当する規定がないこと、(ii) 民法に明示されていない請求権を想定しなくても不当利得で解決できること、(iii) 旧民法における裁判例とも整合することから、不当利得返還請求権に基づく整理が合理的と考える。

#### 2 新民法における代金減額請求権の要件

新民法における代金減額請求権は、実質的に契約の一部解除と同等であるため、解除類似の要件を要するとされ、(i) 買主が相当の期間を定めて

履行の追完の催告をし、その期間内の履行の追完がないとき(新民法 563 条 1 項)、(ii)履行の追完が不能であるとき(同条 2 項 1 号)、(iii)売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき(同条同項 2 号)、(iv)契約の性質又は当事者の意思の表示により、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出来ない場合において、売主が履行の追完をしないでその時期を経過したとき(同条同項 3 号)、(v) (ii)から(iv)に掲げる場合のほか、買主が履行の催告をしても履行の追完を受ける見込みが無い場合(同条同項 4 号)に行使可能とされている。

### 3 新民法における代金減額請求権の効果

- (1) a. 代金減額請求権が行使された場合の効果は、売買代金の減額である。  
b. 減額される代金額の算定方法は、以下の様な考え方で整理されるという見解が多い<sup>(17)</sup>。

$$\text{代金減額額} = X * (A-B)/A$$

X=売買代金額

A=契約不適合がない場合に想定される価格

B=契約不適合がある場合に想定される価格

- c. 前記算定方法は一般論として説得的である。但し、不動産取引では鑑定評価と乖離した価格での取引でも鑑定評価に応分の誤差が生じることも踏まえ時価取引の意思で行われていることも多いと思われる。以上から(A-B)に X/A を乗じる前記方針を機械的に適用するべきではないと考える。現に旧民法下で瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権として信頼利益の損害額評価を目的物の減価分相当額(A-B)とする裁判例が散見される<sup>(18)</sup>。  
d. それでは、契約不適合がある場合と無い場合の差額(A-B)はどのように算定されるべきか。旧民法下の裁判例では不動産の減価額を修補費用相当額で評価する例が多い<sup>(19)</sup>。不動産鑑定評価でも修補費用は減額要因として考慮される。修補可

能な場合に修補費用以外を減価額とする合理性がない。以上から、不動産取引では不具合が修補可能な場合には修補費用相当額をもって代金減額分と認定する運用が一応合理的ではないか<sup>(20)</sup>。

- (2) 減額の算定基準時については法令上明示されておらず見解の対立が生じている。立法担当官らは「代金減額請求は、実際に引き渡された目的物でも契約の内容に適合していたものと擬制してその差を代金額に反映させるという意味で契約の改定を行うものである」として契約時が基準時というが、潮見教授は国際物品売買契約条約(CISG)50条の解釈を参照し引渡時を基準時という<sup>(21)</sup>。

不動産取引への適用において、いずれの立場が合理的かは容易に断ずることはできない。例えば、鑑定評価額での取引を想定すると当該鑑定評価額の基準時が契約当事者の合意した価格基準時といえ契約解釈を通じた減額請求権の基準時と解しようとする。個別紛争の解決においてはこのような個別的検討が求められると考える。

- (3) 新民法では、代金減額請求権と損害賠償請求権は両立するものとされている(新民法 564 条)。もっとも立法担当官らは「代金減額請求権を現に行使した後はこれと両立しない損害賠償の請求や解除権の行使をすることはできない」という<sup>(22)</sup>。その趣旨は必ずしも明らかではないが、例えば不動産取引に引きつけると不動産の目的物に契約不適合がある場合に(修補費用相当額として算定される)不動産の減価分にかかる減額請求権を行使した場合、修補費用相当額の損害賠償請求を別途行使は出来ないという趣旨であろう。

## 第5 損害賠償請求権と代金減額請求権の異同と若干の問題

### 1 損害賠償請求と代金減額請求の相違点

- (1) 第3、第4で検討したとおり、不動産取引への適用を想定すると、不動産の契約不適合におけ

る修補費用相当額の金銭的請求については、代金減額請求と損害賠償請求が競合する場面があると思われ、第 4.3(3)で前記したとおりいずれか一方のみ行使可能と解される。それでは、両者の要件効果に異同はあるだろうか。

(2) a. 要件において代金減額請求権と修補費用相当額の損害賠償請求権の要件は近似している。

もっとも、修補請求を行って売主が修補しない場合、代金減額請求権は催告後相当期間の経過で行使可能になるが(新民法 563 条 2 項 3 号)、損害賠償請求権は解除権の発生を要するため(新民法 415 条 3 号)、当該修補の不履行が軽微でないことまで要求する(新民法 541 条但書)。損害賠償請求権の要件は、旧民法と比較しても重く、実務上は軽微な契約不適合の修補が一向になされない場合には社会通念上履行不能と評価したり、黙示的に修補が拒絶されたと整理して解除権の発生を認定することになるとしても、やや疑問が残る。

b. また、代金減額請求権は売主の無過失責任とされるが、損害賠償請求権は免責事由の抗弁を可能としており、この点においても代金減額請求権の方が認められやすいと思われる。

(3) 効果の面において、代金減額請求権に基づき修補可能な場合には修補費用相当額、修補不能場合には減価相当額の減額を請求するとすれば、この点においてはほぼ同等である。

もっとも、損害賠償請求権については契約不適合責任の追及時を基準として修補費用相当額が算定されると解する。代金減額請求権については契約時説や引渡時説が主張されており、経年した後に不具合が発覚した場合には算定基準時において違いが生じる。同様に損害賠償請求権においては契約不適合責任の行使時を基準として遅滞となると解される。他方、代金減額請求権を行使した場合には売主が悪意の場合には代金支払時から(民法 704 条)、そうで無い場合には請求を受ける

等して悪意になった時を基準として遅滞になると解される(最判平成 17 年 7 月 11 日・判時 1911・97 参照)。また、損害賠償請求には(特約されていることも多い)遅延損害金が、代金減額に係る不当利得返還請求権には法定利息が付されることになる点も相違する。

このように効果については、評価基準時、遅滞に陥る時期、適用される遅延損害金/法定利息に相違が生じ、いずれかが常に有利とはいえない。

## 2 公法上の規制への立法論的示唆

この様に新民法では特に不動産取引の修補費用相当額の補償を巡りほぼ同様の代金減額請求権と修補費用相当額の損害賠償請求権が認められるが要件と効果がそれぞれ有利不利があるため、限界的場面では混乱が生じることも想定される。

異論があるかもしれないが、筆者は、各請求権の相違により生じる疑義を踏まえて例えば代金減額請求権を損害賠償の定めと同等の適用となる様に変更する特約を定めて要件と効果の整理を行うことも合理的と考える。もっとも、特約による整理については公法上の規制に留意が必要である。

宅地建物取引業法(昭和 27 年法律第 176 号、以下「宅建業法」という)第 40 条は契約不適合責任について 2 年以上となる特約より買主に不利な特約を無効とする。また、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「住宅品質確保法」という)95 条も売買契約上の契約不適合責任について 10 年の責任を負うとする定めより買主に不利な特約を無効とする。それゆえ、新民法で追加された代金減額請求の期間以外の一部を制限する特約も無効とされる可能性がある<sup>(23)</sup>。

この様な宅建業法及び住宅品質確保法の条文は、瑕疵担保責任の効果が旧民法下での解除と損害賠償に、修補、減額請求権が追加された新民法でも合理的だろうか。この点、消費者契約法(平成 12 年法律第 61 号)8 条は売買契約上の瑕疵担保責任(契

約不適合)の損害賠償責任の免責を制限するが十分な修補又は第三者による補償が担保されていれば損害賠償の免責を許容する柔軟な規制を採用していることが参考になる。新民法が契約責任説の採用に関して修補や減額請求権を追加したことを踏まえると立法事実に変化が生じたとはまではいえなく宅建業法や住宅品確法が新民法で追加された保護メニューを保護する必然性は必ずしも高くない。以上から、宅建業法 40 条及び住宅品確法 95 条を消費者契約法 8 条の様な柔軟な文言に変更することも合理的に考えられよう。

## 謝辞

本稿は、査読者のコメント、御指導によりなんとか発表に至りました。この場を借りて、心から御礼申し上げます。

## 脚注

- (1) 本第2では全般に山本(P264-292)の学説の整理を参考とした。
- (2) 裁判実務は特に損害論の観点からは法定責任説の立場に立っているとされた(渡辺 P750)。他方、立法担当官らは瑕疵の認定について契約責任説に親和的な判断がなされていることから判例の立場は明瞭ではなかったとも指摘する(筒井・村松 P274)。新民法は契約責任説であるとされる(筒井・村松 P274、潮見 P258)。
- (3) 山本 P272
- (4) 渡辺 P104、山本 P284。
- (5) 渡辺 P750
- (6) 注(2)参照。
- (7) 筒井・村松 P274
- (8) 潮見 P70
- (9) 筒井・村松 P341。売買でも同適用関係のため同結論と解す。
- (10) 旧民法 634 条 1 項但書に関し例えば合意に反して廉価な資材が施工された場合はその差額相当額(東京地判平成 19 年 4 月 20 日(平成 13 年(ワ)第 24540 号)、東京地判平成 23 年 3 月 4 日(平成 17 年(ワ)第 20051 号・平成 19 年(ワ)第 4951 号・9633 号))、美観上の重大な欠点があった場合は経済的価値の減少額(東京地判平成 19 年 10 月 25 日(平成 17 年(ワ)第 959 号))の損害が認められている。
- (11) 筒井・村松 P75

- (12) 法制審議会民法(債権関係)部会 部会資料 75AP17。
  - (13) 山野目 P4
  - (14) 潮見 P68
  - (15) 望月 P64-65
  - (16) 井上直樹、(2017)、「建築事件における損害論(損害の範囲、基準時、各種損害項目、損益相殺、過失相殺を含む)」、齋藤繁道編著、(2018)、『建築訴訟』、青林書院、P355-358
  - (17) 筒井・村松 P279、山野目 P8
  - (18) 渡辺 P756
  - (19) 東京地判平成 9 年 5 月 29 日(判タ 961・201)、札幌地判平成 17 年 4 月 2 日(判タ 1203・189)、東京地判平成 21 年 2 月 5 日(平成 19(ワ)15865)など参照。
  - (20) 小澤英明、(2018)、「債権法改正と不動産取引実務の留意点」、参考文献(8)、P22 も同旨。
  - (21) 筒井・村松 P279、潮見 P262
  - (22) 筒井・村松 P279
  - (23) 望月 P66 は若干不明解ながら、救済手段の一部制限も可能と解する様である。なお、消費者契約につき消費者契約法 8 条 2 項を類推する議論を示すが宅建業法と消費者契約法は趣旨を異にし独立して適用されると解され直ちに賛成はできない。
- ## 参考・引用文献
- (1) 山本敬三、(2005)、「民法講義 4-1 契約」、有斐閣
  - (2) 渡辺晋、(2018)、「[新訂版]不動産取引における契約不適合責任と説明義務」、大成出版社
  - (3) 筒井健夫、村松秀樹編著、(2018)、「一問一答 民法(債権関係)改正法」、商事法務
  - (4) 潮見佳男、(2017)、「民法(債権関係)改正法の概要」、きんざい
  - (5) 山野目章夫、(2016)、「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」、『法曹時報』68 巻 1 号、P1-23
  - (6) 望月治彦、(2016)、「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、P62-67
  - (7) 潮見佳男・北居功・高須順一・赫高規・中込一洋・松岡久和編、(2017)、「Beefore/After 民法改正」、弘文堂
  - (8) 鎌野邦樹編、(2018)、「論点解説 民法(債権法)改正と不動産取引の実務」、日本加除出版