

## 瑕疵担保免責特約と民法五七二条の類推適用

西原 慎 治

東京地裁平成一五年五月一六日

民事三七部平成一四年（ワ）八九九七号、一部認容、一部棄却（確定）

判例時報一八四九号五九頁

〔要旨〕

担保責任の規定は、特定物売買における対価的不均衡によって生じる不公平を是正するために、当事者の意思を問うことなく、法律が特別に定めた法定責任ではあるが、もともと売買契約当事者間の利害を調整しようとするためのものであるから、当事者間の特約によっても、法定の担保責任を排除・軽減することができるのが原則である。ただし、当事者間の特約によって信義に反する行為を正当化することは許されないから、本件瑕疵の存

在について悪意と同視すべき重大な過失があったものと認めるのが相当である等の場合には、民法五七二条の趣旨からして、本件免責特約によって、瑕疵担保責任を免除させることは、当事者間の公平に反し、信義則に反することは明らかであることから、本件においては、民法五七二条を類推適用して、本件免責特約の効力を主張しえず、民法五七〇条に基づき責任を負うものと解するのが当事者間の公平に沿うゆえんである。

〔参照条文〕

民法四一五条、同五七〇条、同五七二条

〔事実〕

各種ガラス製品の製造、販売等を目的とする株式会社Y（被告）は、昭和三七年に本件土地を取得し、昭和三八年から同四〇年にかけて、本件土地に合計三棟の建物を建築して社宅として利用していたが、平成九年五月ころ、同建物を取り壊し、その後はYの子会社であるY<sub>1</sub>が管理し、Y<sub>1</sub>は、これをAに駐車場として使用するために賃貸していた。

不動産の売買・仲介・管理、建築工事請負等を業とする株式会社であるX（原告）は、本件土地上に一般木造住宅を建築し、その敷地として分譲販売する目的で、平成一三年五月八日に、Yとの間で、本件土地を代金二億二〇〇〇万円で売買する契約を締結した。なお、本件売買契約においては、当初、価格の点で売主・買主の折合いがつかなかったところ、本件土地は、平成一三年五月一八日をもって、既存宅地制度の廃止がなされ、開発行為の最低敷地面積が一〇〇平方メートルであったのが、一五〇平方メートルに変更されることとなっており、同制度廃止前後において、本件土地の宅地としての商品価値が低下する方向で変動が生じる可能性があり、売主はこの事情を認識するに至った。そうして、売買契約の前日である平成一三年五月七日に、売主Yの申入れによ

り、特約として、「買主の本物件の利用を阻害する地中障害の存在が判明した場合、これを取り除くための費用は買主の負担とする」旨の条項を挿入してほしいとの連絡を受け、買主はこれに了承したというものである。また、本件売買契約当日、本条項に關し、地中埋設物の存在可能性について、買主より地中埋設物がない旨の確認の問い合わせをしたのに対し、売主Yの担当者らは、地中埋設物の存在可能性について、全く調査をしていなかったにもかかわらず、本件土地には地中障害物は存在しないと思うという説明をし、本件免責条項については、念のため契約条項とする趣旨であるとの説明をした。また、本件売買契約締結以前において、買主Xは、売主Yに対して、従前建物の存在状況、解体状況についての具体的説明を求めたことはなく、この点について売主Yに問い合わせをする以外の方法で調査をしたこともなかったが、売主Yにおいて、買主Xに対し、この点についての説明をしたこともなかった。その後、平成六月二一日に、XはYに対し、本件売買代金全額を支払い、同日、YよりXに対して、本件土地の引渡しおよび所有権移転登記を受けた。

Xは、本件土地を二五区画に分筆登記し、合計二五棟の建物を建築して販売する予定であったが、そのうちの一区画（P号棟敷地）について掘削を行ったところ、高さ約六〇センチメートル、長さ約三・三メートルのコンクリート製地中埋設物（以下、本件地中埋設物）が存在することが判明し、X社の従業員B、Y社の従業員C、Y社の手配した解体業者DなどがP号棟敷地に集合し、地中に本件地中埋設物が存在することを確認し、Y社の従業員Cは、本件地中埋設物の撤去費用を負担することを承諾し、Yは、その費用として、一〇万円を支払った。その後、Xは平成一三年一月四日付確認書で、本件土地の一部の地中に本件地中埋設物の存在が判明したこと及び埋設物の除去費用の負担を請求し、その通知書は同年同月六日に到達したが、Yはこれに応じなかったために、本訴におよんだ。

原告Xは、被告Yに対して、本件埋設物はXが買い受けた本件土地の「隠れたる瑕疵」に当たるとして、瑕疵担保責任（民法五七二条）に基づいて、また、仮に瑕疵担保責任が認められないとしても、Yには、本件土地の売買に際して、信義則に基づき、地中埋設物の存在可能性について正確な説明を行うべき義務があったのに、簡単な調査検討等もせずに、説明義務を果たさなかったとして説明義務違反の債務不履行に基づいて、Yに対して支出を余儀なくされた地中埋設物除去費用及び地盤改良費用等一〇六四万三〇一〇円及び平成一三年一月七日から支払済みまで年六分の遅延損害金の支払いを求めた。これに対して被告Yは、原告が主張するほど多量に地中埋設物があったとは考えられず、本件売買契約においては、前述の条項によって、免責されるとした。

〔判旨〕一部認容、一部棄却

「本件土地は、宅地であり、原告は、一般木造住宅用の宅地として分譲販売することを目的として、本件土地を購入したものであり、被告はこれを認識していたものであるところ、前記認定の本件地中埋設物の存在状況からすると、本件土地に一般木造住宅を建築し、浄化槽埋設工事を行うに当たっては、本件地中埋設物が存在しなければ本来必要のない地盤調査・工事等を行うために相当額の費用の支出が必要となるものと認められるから、本件土地は、一般木造住宅を建築する土地として通常有すべき性状を備えていないものと認めるのが相当であり、前記認定の本件地中埋設物の存在は、本件売買における目的物の「瑕疵」に当たると認められる。

そして、前記認定のとおり、本件地中埋設物の存在は、本件売買契約後の地盤調査等によって初めて明らかになったものであり、本件売買契約当時、原告において本件地中埋設物が存在することを予想することなく、本件土地を買い受けたものであるから、本件地中埋設物は容易に認識しうる状況にはなかったものといえ、本件地中

埋設物は「隠れた瑕疵」に当たる。」

「原告が、本件売買契約締結前に、本件土地には従前建物が存在し、これが解体撤去されたことを調査することは極めて容易なことではあったといえることができるが、だからといって、地上建物の解体撤去に当たり、地中工作物が撤去されることなく放置されるのか、解体によって生じた産業廃棄物が地中に残置されるなどということは、社会通念上想定し難いことであるから、本件土地の地中に本件地中埋設物が存在するという瑕疵についてまで、原告において通常の注意をもってしても発見できたものとは言い難いものである。」

「……本件免責特約は、本件土地の人工的な地中埋設物に関しても適用があると認めるのが相当である。」

「原告は、本件売買契約時において、被告側担当者らが、本件土地には地中障害物は存在しないと主張している趣旨の説明をしたことから、本件免責特約が人工的地中障害には適用がない旨主張するが、被告側担当者らは、単に地中障害物の存在可能性についての意見を表明したに過ぎず、積極的に地中障害物の不存在を保証したものとまでは認められないし、被告とすれば、本件免責特約が人工的地中障害物に適用がないとすると、本件免責特約の存在意義は極めて減殺されるものであって、本件免責特約の通常の意味解釈としては相当とはいえず、原告の主張は採用しない。」

「被告自身が従前建物解体業者に依頼して行った従前建物の解体・撤去の態様によれば、本件土地中に本件地中工作物が残置されている可能性があったことは明らかであるとともに、(以下略)従前建物の撤去を自ら業者に依頼して行った被告において、これを把握することもまた極めて容易であったものである。したがって、被告には、少なくとも本件地中埋設物の存在を知らなかったことについて悪意と同視すべき重大な過失があったものと認めるのが相当である。」

「そもそも担保責任の規定は、特定物売買における対価的不均衡によって生じる不公平を是正するために、当事者の意思を問うことなく、法律が特別に定めた法定責任ではあるが、もともと売買契約当事者間の利害を調整しようとするためのものであるから、当事者間の特約によっても、法定の担保責任を排除・軽減することができるのが原則である。ただし、当事者間の特約によって信義に反する行為を正当化することは許されないから、民法五七二条は信義則に反するとみられる二つの場合を類型化して、担保責任を排除軽減する特約の効力を否認しているものと解される。そして、本件においては、被告は、少なくとも本件地中埋設物の存在を知らなかったことについて悪意と同視すべき重大な過失があったものと認めるのが相当であるとともに、前記認定のとおり、本件売買契約時における原告からの地中埋設物のないことについての問いかけに対し、被告は、地中埋設物の存在可能性について全く調査をしていなかったにもかかわらず、問題はない旨の事実と異なる全く根拠のない意見表明をしていたものであって、前記のような民法五七二条の趣旨からすれば、本件において、本件免責特約によって、被告の瑕疵担保責任を免除させることは、当事者間の公平に反し、信義則に反することは明らかであって、本件においては、民法五七二条を類推適用して、被告は、本件免責特約の効力を主張し得ず、民法五七〇条に基づき責任を負うものと解するのが当事者間の公平に沿うゆえんである。」

「前記のとおり、本件売買契約は、原告において、本件土地を一般木造住宅の敷地として分譲販売することを前提に、原告の購入申入れを端緒として交渉が始まり、双方の交渉の結果、価格の点での合意がなり、被告の申出を受け、本件免責特約が合意の一内容となって成立したものであること、本件土地は売主である被告がもとと自ら業者に依頼して従前建物を建築し、その敷地として自用し、従前建物の解体・撤去も被告自身が業者に依頼して行ったものであり、本件土地内に従前建物解体・撤去に伴う地中埋設物が残地しているか否かについて、

第一次的に社会的責任を負うべき立場にあるとともに、これを容易に把握しうる立場にあったものと認められるところ、上記本件免責特約を含む本件売買契約成立の経過及び本件地中埋設物に関して被告が有していた地位に照らせば、被告は、原告との間において、本件免責特約を含む本件売買契約を締結するに当たり、本件土地を相当対価で購入する原告から地中埋設物の存否の可能性について問い合わせがあったときは、誠実にこれに関連する事実関係について説明すべき債務を負っていたものと解するのが相当である。そして、被告は、原告に対し、売買契約当事者の一方として、前記のような債務を負っていたのに、これを怠って原告からの地中埋設物がない旨の確認の問いかけに対し、地中埋設物の存在可能性について全く調査をしていなかったにもかかわらず、問題はない旨の事実と異なる意見表明をしたものであるから、被告に説明義務違反の債務不履行があることは明らかというべきである。そして、原告は、被告の上記債務不履行の結果、本件土地内に地中埋設物が存在することを全く予想せずに、本件地中埋設物の撤去に伴う支出を余儀なくされることを前提としないで、本件売買契約を締結したのに、前記認定のとおり、本件地中埋設物の撤去に伴う支出を余儀なくされたものであるから、被告は、原告に対し、上記債務不履行によって生じた損害の賠償責任を負うものと解するのが相当である。」

〔研究〕 結論賛成、理論構成反対

一 本判決は、分譲住宅として開発する予定で買い受けた土地の地中に埋設物が存在していたことから、買主が売主に対してこの除去等にかかった費用を損害賠償として請求できるか否かが争われた事例である。本事例における事実関係の特徴としては、売主が買主に対して、不動産の従前の使用状況（建物三棟が存在していたということ）について説明していなかったということや、開発許可との関係で土地の購入を急いでいたと思われる買主に

対して、売買契約前日になって、売主が瑕疵担保免責条項の挿入を提案する一方で、特段の調査等なしに地中埋設物が存在しないであろうという瑕疵の不存在を想起させる発言をしているということ等が見られる。また、判決は、本件地中埋設物の存在が民法五七〇条にいうところ「隠れたる瑕疵」に該当し、本件売買契約においては、民法五七二条所定の瑕疵担保免責特約の効力が認められるものの、売主側において、悪意と同視すべき重過失が存在することから、五七二条の類推適用によって、売主に瑕疵担保責任を課している。さらに、瑕疵担保責任だけにとどまらず、いわゆる説明義務違反によっても、売主に損害賠償義務を負わせており、このように売主に二重の責任を負わせているという意味において、理論上も非常に興味深い判決となっている。本稿では、これまであまり論じられることのなかった、民法五七二条の類推適用の問題を中心に評釈を加え、その関係で説明義務違反について検討することとする。

二 本事例にあつては、瑕疵担保免責特約の付された売買契約が締結されており、売買契約という主たる契約の有効性ではなく、瑕疵担保免責特約の有効性が争点のひとつとなっている。瑕疵担保責任は当事者の特約によって排除される任意規定であるため、原則としてその内容を軽減することも、また加重することもできる（我妻栄『債権各論中巻一』（昭和三二年・岩波書店）二九八頁）が、民法五七二条は、「売主は、第五百六十条から前条までの規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであつても、知りながら告げなかつた事実及び自ら第三者のために設定し又は第三者に譲り渡した権利については、その責任を免れることができなす」と規定しており、売主が知りながら告げなかつた事実の場合および自ら第三者のために設定し又は第三者に譲り渡した権利については、瑕疵担保免責特約が効力を有さない旨を規定している。したがって、本事例のもとでは、民法五七

二条の（類推）適用の可否が問題となりうるわけだが、その前提として、本件が瑕疵担保責任（民法五七〇条）の適用を受けるか否かが問題となる。とりわけ、本件にあっては、地中埋設物の存在が民法五七〇条所定の「瑕疵」にあたり、それが更に「隠れたる瑕疵」にあたるか否かがという点が、まずは問題となる。

この点本判決は、「本件土地は、宅地であり、原告は、一般木造住宅用の宅地として分譲販売することを目的として、本件土地を購入したものであり、被告はこれを認識していたものであるところ、前記認定の本件地中埋設物の存在状況からすると、本件土地に一般木造住宅を建築し、浄化槽埋設工事を行うに当たっては、本件地中埋設物が存在しなければ本来必要のない地盤調査・工事等を行うために相当額の費用の支出が必要となるものと認められるから、本件土地は、一般木造住宅を建築する土地として通常有すべき性状を備えていないものと認められるのが相当であり、前記認定の本件地中埋設物の存在は、本件売買における目的物の「瑕疵」に当たると認められる。」として本件地中埋設物の存在が民法五七〇条所定の「瑕疵」に該当すると判示する。これによれば、まず、売主の側で買主の本件土地の利用目的（一般木造住宅用の宅地として分譲販売すること）の認識があったことを前提として、その上で一般木造住宅を建築する土地として通常有すべき性状を備えていないことが瑕疵にあたるかの判断をしている。周知のとおり、瑕疵概念には主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念の両者が存在する（詳細は柚木馨／高木多喜男編著『新版注釈民法14債権(5)』（平成五年・有斐閣）三四三頁以下）が、本判決にあっては、客観的瑕疵概念に立ちつつも、主観的な「認識」を前提としているという点において、折衷的な立場のうえで判断をしているように見受けられる。裁判例のなかには、土地の売買契約においてレンガやコンクリート等の埋設物の存在を「隠れたる瑕疵」と判示したものがあがるが（東京地裁平成七年二月八日判時一五七八号八三頁）、本件の売買契約は商人間で行われたものであることからすると、こうした地中埋設物の存在をもってして直截に、「通

常有すべき性状を備えていない」と判断することには躊躇したため、売主の認識を前提とした「一般木造住宅を建築する土地として」という限定を加えたものとおもわれる。確かに、本件にあっては、「通常有すべき性状を備えていない」というただ一点の理由で瑕疵の存在を肯定してしまうことにはいささかの不安があるように思われる。というのも、本件買主は不動産の売買・仲介・管理・建築工事請負等を業とする株式会社であり、こうした会社関与する取引にあつては、さまざまな土地の権利関係に関与することはむしろ常態であるために、通常有すべき性状を備えていないという一般人の基準に適合させて瑕疵の判断をすることが必ずしも合理的であるとはいえないからである。また、一般論として、土地の売買契約にあつて、本件のような地中埋設物の存在が「通常有すべき性状」を備えていないものであるとするならば、おおよそこうした土地の売買契約にあつては、瑕疵の存在が肯定されることとなってしまう。したがって、本件事実関係のもとで、瑕疵の判断を、売主側の主観的な認識という「前提」をおいた上での判示は、適切な判断枠組みを提示しているものと思われる。

次に、本件瑕疵が「隠れた」瑕疵に該当するか否かである。この点、本件は、「本件地中埋設物の存在は、本件売買契約後の地盤調査等によって初めて明らかになったものであり、本件売買契約当時、原告において本件地中埋設物が存在することを予想することなく、本件土地を買い受けたものであるから、本件地中埋設物は容易に認識しうる状況にはなかったものといえ、本件地中埋設物は「隠れた瑕疵」に当たる。」と判示している。一般に、瑕疵が隠れているとは、取引界で要求される普通の注意を用いても発見されないものであるとされる（我妻・前掲二八九頁）。この部分に続く判旨が述べるように、買主は、本件売買契約締結前に、本件土地には従前建物が存在し、これが解体撤去されたことを調査するところまでは、買主にとっては容易にできたことであるが、建物の解体撤去にあたり、地中工作物が撤去されることなく放置されるとか、解体によって生じた産業廃棄物が

地中に残置されるという瑕疵について買主に注意義務を課すところまでは、取引界で普通に要求される注意義務とはいえないだろう。しかしながら、本事案の事実認定からは必ずしも明らかではないとはいえ、もしも本件売買契約に際して、買主が本件売買契約締結前に、本件土地には従前建物が存在し、これが解体撤去されたことを調査するという「極めて容易」なことすら行っていないというのであれば、不動産を取り扱うことを常態としている買主としては非常に不注意であったとはいえるだろう。

三 本件売買契約にあっては、「買主の本物件の利用を阻害する地中障害の存在が判明した場合、これを取り除くための費用は買主の負担とする」旨の特約が付されており、これをどのような内容の特約であるかという点については、判旨は特に述べることもなく、これを瑕疵担保免責特約であると解しているが、この点について問題はないだろう。しかしながら問題となるのは、こうした特約を付したことから、地中埋設物の存在可能性について全く調査をしていないにもかかわらず、売主担当者が本件土地には地中障害物は存在しないと思うという説明をしていることとの整合性である。この点、判旨は、「原告は、本件売買契約時において、被告側担当者ら、本件土地には地中障害物は存在しないと思うという趣旨の説明をしたことから、本件免責特約が人工的地中障害には適用がない旨主張するが、被告側担当者らは、単に地中障害物の存在可能性についての意見を表明したに過ぎず、積極的に地中障害物の不存在を保証したものとまでは認められないし、被告とすれば、本件免責特約が人工的地中障害物に適用がないとすると、本件免責特約の存在意義は極めて減殺されるものであって、本件免責特約の通常の意味解釈としては相当とはいえず、原告の主張は採用しない。」として売主が積極的に地中障害物の不存在を保証したわけではないとしている。しかしながら、その一方で、「被告自身が従前建物体業者に依頼し

で行った従前建物の解体・撤去の態様によれば、本件土地中に本件地中工作物が残置されている可能性があったことは明らかであるとともに、(以下略) 従前建物の撤去を自ら業者に依頼して行った被告において、これを把握することもまた極めて容易であったものである。したがって、被告には、少なくとも本件地中埋設物の存在を知らなかったことについて悪意と同視すべき重大な過失があったものと認めるのが相当である。」とし、結果として民法五七二条を類推適用することにより、本件特約の効力を否定した上で売主に瑕疵担保責任を負担させているという点である。この意味では、結果的には、瑕疵担保免責特約よりも、売買契約時における本件土地には地中障害物は存在しないと思うという趣旨の発言の方を重視することによって、売主に責任を負担させていることとなる。そうして、判旨は、この責任の根拠を、契約締結時の売主の発言を、売主による一種の保証として理論構成するのではなく、瑕疵担保免責特約の効力を否定するという方法によって行っている。したがって、この判旨の立場からすれば、瑕疵担保は、品質保証とは性質の異なつた責任内容を包含しているということになるであろう。というのも、品質の保証特約にあつては、通常、何について、またどの程度の保証をするのかという意味において、当事者の目的の確定性という法律行為の有効要件が要求されるが、瑕疵担保責任は「隠れたる瑕疵」一般について広く売主に責任を負わせようというものであるから、この両者の内容は必ずしも一致するものではない。すなわち、売主において、とくに保証したとまでいい得ないときでも、瑕疵担保責任は生じうるものであり、そこに瑕疵担保責任制度の実益がある(我妻・前掲一八九頁)といえるのである。

四 このように、本件にあつては、売主に損害賠償を認めるひとつ目の理由として、瑕疵担保免責特約の効力を主張しえないという判示をしている。その理由とするところを今一度引用すれば、「そもそも担保責任の規定は、

特定物売買における対価的不均衡によって生じる不公平を是正するために、当事者の意思を問うことなく、法律が特別に定めた法定責任ではあるが、もともと売買契約当事者間の利害を調整しようとするためのものであるから、当事者間の特約によっても、法定の担保責任を排除・軽減することができると原則である。ただし、当事者間の特約によって信義に反する行為を正当化することは許されないから、民法五七二条は信義則に反するとみられる二つの場合を類型化して、担保責任を排除軽減する特約の効力を否認しているものと解される。そして、本件においては、被告は、少なくとも本件地中埋設物の存在を知らなかったことについて悪意と同視すべき重大な過失があったものと認めるのが相当であるとともに、前記認定のとおり、本件売買契約時における原告からの地中埋設物のないことについての問いかけに対し、被告は、地中埋設物の存在可能性について全く調査をしていなかったにもかかわらず、問題はない旨の事実と異なる全く根拠のない意見表明をしていたものであって、前記のような民法五七二条の趣旨からすれば、本件において、本件免責特約によって、被告の瑕疵担保責任を免除させることは、当事者間の公平に反し、信義則に反することは明らかであって、本件においては、民法五七二条を類推適用して、被告は、本件免責特約の効力を主張し得ず、民法五七〇条に基づく責任を負うものと解するのが当事者間の公平に沿うゆえんである。」というものである。この判旨は、通説・判例である法定責任説の立場で瑕疵担保責任の法的性質を判示した上で、民法五七〇条の規定が任意規定であることから、本件においても瑕疵担保免責特約は一応有効であるものの、売主に「悪意と同視すべき重大な過失」があるために、民法五七二条を類推適用することによって、売主に瑕疵担保責任を負わせるというものである。

民法五七二条は、瑕疵担保責任の規定（民法五七〇条）が任意規定であることに基づき、瑕疵担保免責特約の有効要件を規定している。それによれば、売主が知りながら告げなかった事実の場合および自ら第三者のために

設定し又は第三者に譲り渡した権利については、瑕疵担保免責特約が効力を有さないことになる。本件では、売主が知りながら告げなかつた事実という民法五七二条の法律要件を、「悪意と同視すべき重大な過失」という法律要件に類推して法の適用を行っているため、以下ではこのケースを念頭において検討を加えることとする。

民法五七二条は、瑕疵担保特約の有効要件を規定しているが、その根拠には、大きく分けてふたつの考え方があつた。ひとつ目は、信義則に反するという考え方（我妻・前掲二九九頁）であり、本判決はこの立場に立脚しているものと思われる。この考え方に従えば、売主が知りながら告げなかつた事実の場合にあつても、売主に「悪意と同視すべき重大な過失」があつた場合のいづれもが、信義則（民法一条二項）に反するために、民法五七二条の類推適用が可能であるということになり、本判決もこの考え方に従つていえるといえる。しかしながら、売主が知りながら告げなかつた事実という法律要件の枠組みを決めているにもかかわらず、信義則に反するという一事をもつてしてその類推適用を認めるといだけでは、未だに説得力のある論拠とはなりえないように思われる。瑕疵担保免責特約が売主が知りながら告げなかつた事実がある場合に無効となるいまひとつの論拠は、詐欺によるという考え方である。例えば梅博士は、民法五七二条によって瑕疵担保特約が無効となる理由について、「……知りテ之ヲ告ケス而モ擔保ノ責ニ任セサルヘキコトヲ特約スルトキハ是レ明カニ法律上自己ニ責任アルヘキコトヲ知りテ而モ其事實ヲ隱蔽シ故ラニ擔保ノ責ヲ負ハサル旨ヲ約スルモノナルカ故ニ是レ詐欺ニ非スシテ何ソヤ（梅謙次郎『民法要義卷之三債權編』（昭和六〇年、復刻版、有斐閣）五三〇頁参照）」と説明する。しかしながら、ここでいう詐欺とは、民法九六条一項によって契約全部の無効を引き起こすものではなく、売主の民事責任発生の根拠として機能することをあらわしており、瑕疵担保免責特約という特約の無効とは異なつた事柄を指し示しているように思われる。すなわち、「売主が単に黙秘したのではなく、故意に買主を欺き無担保売買を締結さ

せたことを買主が立証する場合に限り、詐欺による取消（九六条）ができ、さらに実は売買に名を借りた不法行為だとしてその被害、つまり信頼利益の賠償を請求できる（三宅正男『契約法（各論）上巻』（昭和五八年、青林書院）三四四頁）」という見解にあらわれるように、知りながら告げなかつた事実を詐欺によるものとする説明は、瑕疵担保免責特約の有効要件の問題ではなく、主たる契約の効力否定や、（取引的）不法行為の一類型として作用することの根拠の説明なのである。この意味から、詐欺説では、瑕疵担保免責特約という合意の無効原因の論拠とはなりえないように思われる。

瑕疵担保責任（民法五七〇条）は、「隠れた」瑕疵を対象としており、ここでは、通常は契約当時を知ることが物の欠陥を対象としている。したがって、このことを前提とした瑕疵担保免責特約に、当事者の不知という法律要件が課せられるのは当然のことであり、民法五七二条はそのことを明らかにしたに過ぎない（拙稿「射俸契約におけるコーズの法理」『神戸学院法学』第三四卷三号二四九頁以下）。要するに、瑕疵担保免責特約にあつては、隠れた瑕疵を対象とするために、売主の善意のみがその有効要件となるであり、過失の有無は特約の有効要件には影響を及ぼさない。つまり、当事者の不知ということを有効要件にする以上、例えば権利外観法理を適用して第三者に善意・無過失を要件とする場合といったような「過失」ということは本来その要件になじまないのである。本件において、判旨が「悪意と同視すべき重大な過失があつた」ことをもつて売主に瑕疵担保責任を負わせたことが、本件瑕疵担保免責特約の無効原因を指し示したというのであれば、それは要するに売主の悪意のことを述べているに過ぎないわけであつて、わざわざ類推適用の名を借りてまで法律判断をする必要性はなかつたように思われる。また、もし、判旨が、悪意と同視すべき重大な過失があつたことをもつて民事責任の発生根拠と考へているのであれば、それは判旨が民法五七二条と民法五七〇条の法律要件を混同しているということになる。繰

り返して恐縮ではあるが、民法五七〇条は瑕疵担保責任の発生根拠を規定しているのに対し、民法五七二条は、瑕疵担保免責特約の有効要件を規定しているのである。

前述の通り、判旨によれば、本件土地売買契約に際して、売主が買主に対して本件土地には地中障害物は存在しないと思うという趣旨の説明が、単なる意見の表明に過ぎないのであって、積極的に地中障害物の不存在までも保証したのではない。そして、民法五七二条の適用にあたっては、「地中埋設物の存在可能性について全く調査をしていなかった」にもかかわらず、問題は異なる全く根拠のない意見表明をしたことが問題視されている。ここで判旨のいわんとしていることは、単なる悪意と同視すべき重大な過失があったことが問題なのではなく、なんら積極的な調査をしないままに意見表明をしてしまったことが問題なのであって、このことは売主に民事責任を負わせる理由とはなりえても、このことをもってして、悪意と同視すべき重大な過失があり、その結果、瑕疵担保免責特約の効力が否定されることとはならないように思われる。実際、本判決にあっては、民法五七〇条に基づく責任と、説明義務違反に基づく責任の両面で、売主に損害賠償義務を負担させているが、この両者ともに、「地中埋設物の存在可能性について全く調査をしていなかったにもかかわらず、問題は異なる旨の事実と異なる意見表明をした」という点がその決定的な根拠となっているのである。

五 最後に、説明義務違反の点についてである。この点、判旨によれば、「地中埋設物の存在可能性について全く調査をしていなかったにもかかわらず、問題はない旨の事実と異なる意見表明をしたものであるから、被告に説明義務違反の債務不履行があることは明らかというべきである。」と、瑕疵担保免責特約の効力を否定するのと同様の根拠をもって、売主に損害賠償義務を負担させている。このことについて一言すると、判決は説明義務

違反としているが、正確には、説明義務というよりも、本件地中埋設物の存在に関する調査を怠ったというところに、責任の発生根拠があるといえるだろう。というのも、実際に売主の担当者自身が本件瑕疵の存在について悪意であったとまでは認定されていないことからすれば、売主担当者としては、契約締結時に当該地中埋設物の存在可能性について説明しようにもその情報を有していなかったのである。したがって、買主からの問いかけに対し、従前建物の撤去の際の内部資料を調査する等の措置を講じなかったというところに、義務違反の根拠が求められるように思われる。要するに、本件義務違反は、一種の取引的不法行為であるとして民法七〇九条のもとで処理されるべき事案であったものが、原告は契約責任に基づく損害賠償の請求をしていることから、これを説明義務違反として民法四一五条の債務不履行に基づいて処理した判決であると評価することができよう。

六 本稿の結論をまとめると、以下の通りとなる。まず、本件において、地中埋設物の存在を瑕疵と認め、民法五七〇条の適用はあるとする点、そうして本件特約を瑕疵担保免責特約とする点、説明義務違反に基づく損害賠償を認めた点については判旨に賛成する。しかしながら、本件の事実関係のもとで、民法五七二条の類推適用によって瑕疵担保免責特約の効力を否定して、売主に瑕疵担保責任を負わせるという点については、判旨に反対する。

以上