

Title	瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(1) : 売主と買主の瑕疵担保責任における利益調整のあり方
Sub Title	Le vice caché, le delai de la denonciation et le bref delai dans le contrat de la vente
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2006
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.5 (2006. 5) ,p.265- 328
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	民事実務フォーラム
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20060515-0265

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(1)

——売主と買主の瑕疵担保責任における利益調整のあり方——

平 野 裕 之

序章 はじめに

- (1) 本稿の視点
- (2) 「隠れた」瑕疵についての問題点の確認

第1章 「隠れた」瑕疵をめぐる民法の起草過程と比較法

1 旧民法について

- (1) ボアソナード草案
- (2) 旧民法——旧商法との調整なし
- (3) 「不法見」の瑕疵をめぐる旧民法についての学説

2 「隠れた」瑕疵をめぐる現行民法の起草過程及び起草者の見解

- (1) 現行民法の起草過程
- (2) 起草者の見解

3 若干の比較法

- (1) 「隠れた」瑕疵を要件とする立法は少数派
- (2) 日本法への示唆

第2章 「隠れた」瑕疵をめぐる学説・判例

1 学説の状況

- (1) 戦前の学説
- (2) 戦後の学説
- (3) 無過失を要求する点について

2 判例の状況

- (1) 最上級審判決
- (2) 下級審裁判例 ((c) まで本号)

序章 はじめに

(1) 本稿の視点

これまで瑕疵担保責任をめぐるっては、法的性質論を中心とした議論が戦わされ、また、「瑕疵」の意義や民法570条の準用する民法566条3項の1年の期間制限の性質などもそれなりに議論されてきた。しかし、本稿はこのような瑕疵担保責任をめぐる問題のいわば表舞台の花形スターの問題点を検討するものではない。本稿では、いわばこれらのスターの踊る舞台を縁の下から支えている問題である、売主と買主の利益調整の仕組みについて考えていこうとするものである。その調整の役割を果たす要素は、①「隠れた」瑕疵という要件、②買主の善意という要件、③買主の瑕疵通知義務、そして、④買主の権利行使期間の4つである。これらの問題はバラバラに取り上げるべきではなく、それぞれについてどういう内容のものをどう組み合わせるのがよいのか考えなければならないものである。本稿では、最終的には将来の民法改正のための立法論も睨みつつ、解釈論としてこの4つの妥当な組合せを考えていきたい。

(a) 日本の瑕疵担保法の確認 何がどう問題なのかを説明する前に、先に指摘した4つの点をめぐる、日本法の状況、即ち、これらの点について日本の民法そして商法また特別法がどのような規定を置いているか、確認をしておこう。

(ア) 売主・買主の利益調整1——成立要件レベル 日本の民法における売買契約の瑕疵担保の成立要件は、次のようである。要件の点では、商法には特則は見られない。

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">①売買の「目的物」に「瑕疵」があること②瑕疵が「隠れた」ものであること、③買主が瑕疵を知らないこと（＝買主の善意）、そして、④競売による場合ではないこと（①②④は570条固有の要件、③は566条1項の準用による要件）。 |
|--|

①の「目的物」が不特定物を含むかは議論されるところであり、また、「瑕

疵」については異種物の問題や買主の主観的な期待をどこまで取り込むかなどの問題があるが、本稿ではこれらは扱わないことは冒頭に述べた通りである¹⁾。また、④の要件も本稿では扱わない。本稿では、②③の要件の関係についてまず考察をしたい。その理由は後述する。

ところで、「隠れた」瑕疵という要件をわれわれは所与のこととして当然視しがちであるが、これを要件としない立法もあり、その場合には、売主と買主の利益調整は、悪意の買主の排除、買主の瑕疵通知義務またその期間制限、更に瑕疵担保責任の権利行使期間の微妙なバランス調整によって担われている。「隠れた」瑕疵という要件は、瑕疵担保責任について不可欠の要件ではないのである。逆に、買主の善意という要件があるのに、どうして「隠れた」瑕疵という要件が必要なのか疑問になろう。悪意の買主の排除、買主の瑕疵通知義務だけで十分なはずである。

(イ) 売主・買主の利益調整 2 —— 権利行使レベル 成立要件のレベル
以外の売主と買主の利益を調整する要素を構成する瑕疵通知義務と権利行使期間については、①瑕疵通知期間を規定せず権利行使期間のみの立法、②両者を規定する立法、③瑕疵通知期間として権利行使期間に匹敵する期間が設けられている立法などがあり、また、起算点及び期間をどうするかも立法によって分かれてくる。日本の立法は次のような内容になっている。

①商事売買については、買主は受領後すぐに検査をして瑕疵を売主に通知しなければならない、これを怠ると買主は売主の責任を追及する権利を失う（商法528条2項前段）。但し、直ちに発見できない瑕疵については6ヶ月を最大限として延長される（同後段）。逆にいえば、6ヶ月以内に発見できない瑕疵については、買主にはなんらの救済が与えられないことになる。

②商事売買では、①のハードルをクリアしても、買主は瑕疵を発見してから1年以内に権利を行使しなければならない（民法570条による民法566条ただし

1) 但し、種類物の瑕疵の事例についても言及しないわけにはいかないので、種類物に瑕疵がある事例についても最後に言及することにしたい。

書の準用）。商事売買以外については、この1年の期間制限だけが適用になることになる。なお、更に民法167条1項の10年の消滅時効が適用になる。

(b) 本稿の問題意識の説明 以上のように、①瑕疵が「隠れた」ものであること、②買主の善意、③買主の瑕疵通知義務、そして、④買主の権利行使期間の4つについて、日本の立法は、「隠れた」瑕疵であることと買主の善意を共に要求し、かつ、商人間の売買については、更に買主の瑕疵通知義務を規定し、更に、すべての売買に共通の権利行使期間も1年と比較的短い。立法としては、ずいぶんと買主に厳しい立法の部類に入るように思われる。

買主と売主の利益調整としては、①「隠れた」瑕疵という要件と権利行使期間（速やかにとなっていたが、2005年改正で2年とされた）の制限とを組み合わせるフランス型と、②買主の善意、瑕疵通知義務義務（商事売買）そして権利行使期間とを組み合わせるドイツ型の2つがあるが、日本民法はフランス型の「隠れた」瑕疵と権利行使期間（但し、1年と画一化）、そして、商法では瑕疵通知義務を規定するという、民商法の不協和音が響きそうなフランス型とドイツ型とを合体させたような立法になっている。

このような現状を踏まえて、本稿では次のような2つの提案を立法論また解釈論として考えている。

①第1に、「隠れた」瑕疵は立法論としては削除してよく、解釈論としても、他の要件で担うことができる。まず、「隠れた」瑕疵ということは、566条1項の悪意買主の排除を確認しただけの規定と考えるべきである。次に、「隠れた」瑕疵で議論されていた問題の多くは、契約解釈による目的物の適合性自体の問題に解消することが可能である。この2つの関係であるが、瑕疵＝契約不適合（異種物はどこまで含むかとりあえず措く）と理解して、まずは契約解釈により、瑕疵のあるがままの売買契約がされたと認定できる場合には瑕疵があっても契約不適合という「瑕疵」はないと、瑕疵自体の否定により問題を解決すべきである。次に、そのような認定ができない場合でも、たまたま買主が悪意の場合には、「瑕疵」はあるが瑕疵担保責任の成立が否定されればよい。その意味で、「瑕疵」の有無、よりいえば契約解釈による売主の給付義務の認定

により、「隠れた」瑕疵という要件は解消できることになる。

②第2に、民法570条を瑕疵担保責任の基本規定と考えつつ、商法526条と民法566条3項を重疊の関係ではなく、並列的な関係の規定と考えるべきであるということである。即ち、次のように棲み分けがされるべきである。まず、民法566条3項は瑕疵担保責任の権利行使についての原則規定であり、商人間売買以外に適用され、権利行使期間は1年であり、瑕疵を知った時（当然知り得べかりし時に拡大してよい）を起算点とする。他方で、商人間売買については、商法526条に特則が規定されており、受領後即時の瑕疵の検査義務と、瑕疵を知り得べかりし時から速やかな瑕疵通知義務が規定されると共に、民法の1年の権利行使期間が6ヶ月に短縮されている——民事時効10年に対して、商事時効5年のように——ものとする。

本稿はこれらの結論を論証していきたいが、上に簡単に問題提起した点について、問題意識をより鮮明にするために、問題点を敷衍して確認しておこう。

(2) 「隠れた」瑕疵についての問題点の確認

(a) 瑕疵担保以外の担保責任との比較

(ア) 主観的要件による3つの類型　瑕疵担保責任以外の担保責任を見ると、買主の主観的要件との関係では次の3つの担保責任の類型に分けることができる。

① 買主の善意悪意を問わない担保責任　抵当権や先取特権のついた不動産についての担保責任は、その性質上善意悪意は問題にされていない（567条）。抵当権を知りながら不動産や登録動産を購入しても、弁済されることを期待しているといえるので、抵当権を知りながら購入したことを買主に非難できないからである。

② 買主が悪意である場合に買主の権利を制限する担保責任　全部他人物売買では、買主が悪意の場合には損害賠償が請求できないと規定されているので（561条）、反対解釈として、善意ならば解除と損害賠償ができ、過失があれば過失相殺されるだけである。一部他人物売買については、563条2項、3項

によって、悪意の場合には解除と損害賠償は請求できないが、悪意でも代金減額は可能となる。善意であれば過失があっても、解除の他に損害賠償も請求でき、但し過失相殺がされるだけとなる。このように、担保責任についての全面的な要件ではなく、損害賠償ないし解除＋損害賠償についての要件として、買主の善意が要件とされている類型もある。

悪意でも解除や代金減額ができ、損害賠償が全面的に否定されるだけであり、過失相殺が極限まで適用されていることになる。無権利者との取引につき例外として救済する外観法理と異なって、積極的に善意無過失が要求されるのではなく、単に悪意でないことが消極的な要件になるにすぎない。

③ 買主の善意を責任の要件とする担保責任 これらに対して、数量指示売買については、565条で買主の善意が要件とされている。また、用益物権については、566条1項で、買主の善意が契約解除また損害賠償の要件とされている。したがって、買主が善意であれば、過失があっても解除や損害賠償または代金減額ができることになり、買主に過失があれば、損害賠償については過失相殺がされることになる（代金減額については、過失相殺はされることはなく、それとのバランスからいって、損害賠償とはいっても実質的に代金減額に等しい場合には過失相殺は否定されるべきである）。

数量指示売買の場合には、数量の指示がされているので、売買契約としてはその数量の売買契約という扱いを受け、売買契約の解釈によっては売主の責任を否定できない。悪意の買主に対する売主の政策的な考慮に基づく免責と考えるしかない。705条や708条のような無駄な行為をした者に対するサンクションであれば、売主が悪意でも買主の保護が認められないのは当然であるが、売主の法的安定性保護のためのものであれば、売主が悪意の場合には免責の必要性はなくなる。

用益権の負担のある不動産については、数量指示売買のように用益権不存在の保証がなければならぬわけではないが、特に売主が用益権を知らせて、または買主が用益権の負担を知っていることを前提にして代金が算定されている特別の場合でなければ、用益権の負担のない不動産の売買契約と解釈されるは

ずである。やはり、この場合にも、契約解釈で債務不履行が否定されるのではなく、悪意の買主の保護が否定されるのは、敢えてそのような行為をした者に法の保護を与えることを拒否しようとするものというしかない。

④ 瑕疵担保責任は？ 瑕疵担保責任は、③に更に「隠れた」瑕疵という要件が加わり、これを後述の判例・通説により善意無過失と解釈すれば、悪意の買主だけでなく過失のある買主まで保護を否定されることになる（なお、ここでは、①～③と同様に特定物売買について述べる）。

しかし、先に述べたように、外観法理であれば無権利者との取引について無効となる原則を修正する例外法理であるから、善意無過失が要求されてしかるべきであるが、なぜ瑕疵担保責任において瑕疵について買主に無過失が要求されなければならないのか疑問である。敢えて瑕疵を知りながら契約をした者の救済を否定するというのであれば分からないではないが、過失があるだけでなぜ買主の保護が否定されるのであろうか。また、瑕疵が明らかな場合には、買主が重大な過失で気がつかなかったとしてもそのような瑕疵のある物としての売買がされたものと、契約解釈により解決することができる。瑕疵を、個別契約について解釈によって明らかにされる契約内容に対する契約不適合と考えれば、そもそも法的には「瑕疵」自体が否定されるのである。

また、「隠れた」瑕疵という客観的要件であるかのようなのであるが、これをもし買主の善意無過失と考えてしまうと、566条1項の準用による買主の善意という要件との混乱は避けられない。むしろ、「瑕疵」があるか否かの契約解釈の問題に解消すべきである。その上で、契約解釈により瑕疵のない物としての契約があったものと客観的に認められるとしても、買主がたまたま瑕疵を知っていた場合にはその保護を否定してもよく、買主の善意という要件（むしろ悪意という抗弁事由）は独自の存在意義が認められることになる。

(イ) 法律的瑕疵の問題 ところで、いわゆる法律的瑕疵については、周知のように、570条によるべきか、566条の類推適用によるべきかは争いがある。570条適用説によれば、買主の善意＋「隠れた」瑕疵が必要とされるが、566条類推適用説では、「隠れた」瑕疵である必要はなく、買主の善意だけが要

件となる（また、強制競売にも適用される）。しかし、法律的瑕疵の事例はいずれによるのか微妙な事例なのに、このような差が生じるのが合理的なのだろうか。瑕疵担保責任の問題であるとする、商人間売買では商法526条も適用になってしまう。

この点については、570条説でも、本稿のように「隠れた」瑕疵を買主の悪意排除を確認したものに過ぎず、また、その瑕疵が当事者間で前提とされていた場合には570条の「瑕疵」ではないとすれば問題はなくなる。更に、商法526条についても、物の検査によって発見が可能なが前提になっており、法律的瑕疵については検査通知義務の適用がなく、瑕疵を発見しうる時から6ヶ月の権利行使期間（この点は後述）の適用だけに限定すべきである。

(b) 外国の法制度との比較 更に目を比較法に転じてみよう。ドイツ民法には、瑕疵担保責任において、瑕疵につき「隠れた」という要件はなく（434条。改正前は459条）、別に442条1項（改正前は460条）で、買主が悪意の場合には瑕疵による買主の権利は認められず、買主が善意ではあるが重過失の場合でも、売主が契約締結に際して瑕疵を悪意で黙秘するかまたは物の性質の保証を引き受けた場合には、瑕疵による権利を主張しうるものとされているにすぎない。そして、商事売買における売主の保護は、別個に商法によって（スイス債務法やアメリカ統一商事法典では民商統一）買主の検査通知義務が規定されることによって図られている。

ところが、「隠れた」瑕疵概念を持つフランス法系の立法は、このような買主の検査通知義務というものが商法にも規定されておらず、売主の保護との利益調整は①「隠れた」瑕疵という要件ならびに②短期の権利行使期間（当初は「速やかな」権利行使、2005年改正により2年間に固定）という要件によって図られている。

そして、新しい立法ほど、「隠れた」瑕疵という要件を採用しない傾向にあり、「隠れた」瑕疵という要件は、歴史的には消え行く要件のようである。筆者としても、何度も述べているように、瑕疵担保責任についての要件についてのあるべき結論は、契約不適合＝瑕疵（この内容は本稿では措く）と買主の善意

にすべきであり、善意でも重過失がある場合には悪意と同視され、一定の場合を除き瑕疵担保責任の保護を受けないとするのが妥当だと考えている。また、日本では、フランス法系の「隠れた」瑕疵という要件の他に、ドイツ法系の商事売買における買主の検査通知義務が組み合わされているのであるから、売主の保護としてはそれだけで十分であり、「隠れた」という要件は余計である。

(c) 「隠れた」瑕疵でないと売主の責任がなくなる根拠は？ 買主の善意のほかに、瑕疵が「隠れた」ものであることが要求されているために、単に善意のみを要求する立法よりも買主について要件が加重されていることになる。そして、実際に、日本の判例・通説は、570条が準用する566条1項の善意という要件を善意無過失と96条2項や3項などのように解釈により制限するのではなく、「隠れた」瑕疵という要件から買主の善意無過失という要件を導きだしている（善意は、566条の準用から導かれるので重複し、意味のあるのは無過失の点）。ところが、後述の大正13年判決は、逆説的に聞こえるかもしれないが、無過失を要件とすることにより、実は買主の保護を広げることが狙われており、表見の瑕疵でも買主に過失がなければ買主は保護されるものとしたものである。しかし、このような事情はさておいて、「隠れた」瑕疵＝買主の善意「無過失」にしてしまうのは疑問である。

即ち、買主を保護した結論自体は正当なものであるが、その事例における判決の意図とは裏腹に買主の無過失という要件を定着させる契機となり、その後買主が取引上必要とされる注意を尽くせば知り得たならば、買主には瑕疵担保の保護が与えられないという理解が確立されていく。しかし、翻って考えると、瑕疵があるのに、どうして過失があるだけで買主の保護が全面的に否定される——過失相殺ではなく——のか、疑問とならざるをえない。外観法理では、例外的保護だから善意無過失が必要とされるのは当然であるが、瑕疵担保では「瑕疵」がある以上責任があるのが原則であり、責任を制限する例外としての消極的要件でしかない。しかし、どうして「無過失」といった要件が必要なのか、合理的な理由は見出し難い。そもそも契約時に目的物は、売主の占有下にあるのが通常であり、これについて買主の過失を問題にすること自体、性

質上適切であるとは思われない。

瑕疵担保責任についての基本的理解にかかわるので、敷衍しよう。

（ア）売主に責任がないのが原則であれば　かつてゲルマン法そしてイギリス法において認められていた「買主注意せよ」の原則によれば、売主が特に品質について保証をした場合でなければ、買主は購入した物（特定物）に瑕疵があったとしても、解除、代金減額、損害賠償などの救済を受けることはない。売主はその物を引き渡せばなんら契約違反はないのである。瑕疵担保責任は、外観法理ではないものの、この原則に対して例外的に認められた責任（法定責任）に過ぎないことになり、買主が例外的に保護されるためにはそれなりの厳格な要件が必要とされても不合理ではない。即ち、売主の責任を契約不履行ないし債務不履行がないのに認められる特別の例外的な法定責任だとすれば、買主に瑕疵についての善意無過失を必要としてもなんら疑問ではない（外観法理と例外法理という点では共通）。

（イ）売主に責任があるのが原則であれば　ところが、原則を逆転させ、売主は瑕疵のない物を引き渡す義務を負い、引き渡した目的物に瑕疵があった場合には債務不履行となり責任を負うのは当然だとすると²⁾、瑕疵がある＝債務不履行があるのに責任が否定されるためには、その瑕疵が前提とされ法的に「瑕疵」とは問題にできないか、または、免責特約があることが必要なはずである。免責特約がないのに、債務不履行責任説では債務不履行があるのにどうして瑕疵担保責任が否定されるのであろうか（過失相殺されるというのではなく）。

次にこの点に関連する問題提起をもう1つしておこう。

（d）瑕疵担保責任における買主の主観的要件——瑕疵担保責任における買

2）現行民法の起草過程では、法典調査会で土方委員による「買主注意せよ」というイギリス型の全く異なる意見が出されたが、瑕疵担保責任規定の原案を起草した梅委員は、そのような立法は採用せず、旧民法と同じ「精神」であると返答をしていることは後述する。

主の善意要件はうやむやになっていく。現在の判例・学説を見ると、「隠れた」瑕疵＝買主の善意無過失という理解がされていると評されている³⁾。「隠れた」瑕疵＝買主の善意無過失と1つの要件に統一してしまうと、566条1項の準用による買主の善意という要件が吸収されてしまっている。しかし、客観的に明らかな瑕疵は、原則として当事者間で前提として契約がされ、法的には「瑕疵」を問題にできず（隠れたという要件は、契約解釈により「瑕疵」という要件、及び、566条1項の善意という要件と重複し、独自の意味を持たないというのが本稿の考えであることを再度確認しておく）、客観的には明らかではない瑕疵でもたまたま買主が悪意の場合には保護を否定してよい。買主が善意＝悪意でないことという消極的要件は、その程度の意味を持つだけの要件である（したがって、厳密に言えば、隠れたという要件は、契約解釈により「瑕疵」という要件に吸収されることになる）。

ところが、わが国の議論が、これまで実際に不都合な結論をもたらしているという評価は、幸いにして聞かない。その原因は、「隠れた」瑕疵をめぐって買主の無過失を要件とするとはいいながらも、後述するようにその過失は売主についてと同様な過失ではなく、ほぼ重過失に等しい運用がされており、容易に過失を認めてはいないからである。

(e) 商法526条との関係　ドイツ民法では、既述のように「隠れた」瑕疵という要件は明記されておらず、悪意の買主のみがその保護を否定されているが、他方で、商法典において、商事買主の検査通知義務が規定され、これにより善意の商事売主の保護が図られている⁴⁾。これに対し、フランス法には、

3) 内田貴『民法Ⅱ債権各論』132頁は、「隠れたる」というのは、取引上要求される一般的な注意では発見できないことを意味し、「つまり、買主には、瑕疵についての善意・無過失が要求されている（通説・判例）」と評している。

4) ドイツ商法における買主の瑕疵通知義務については、北居功『『受領』概念の機能的考察』法学研究69巻1号（平8）239頁参照。ドイツにおいても、と知友までは「隠れた」瑕疵ということは要件として明示されていたが、いつの間にかこの要件が消えていった。

ドイツ商法典に対応する買主の検査通知義務はなく、他方で「隠れた」瑕疵が要求され、過失ある買主の保護が否定され（これは日本と同じ）、また、瑕疵を知ってから1年といった期間制限ではなく、瑕疵を知ってから「速やかに」権利行使をしなければならないことになっていて（2005年改正で2年に期間が明定される）、「隠れた」瑕疵及び速やかな権利行使という要件が検査通知義務を補い、売主の保護を図っている。

ところが、日本法を見ると、一方で、隠れた瑕疵を要求する点はフランス法を導入し、他方で、商法ではドイツ法の買主の検査通知義務が導入されている。また、民法では速やかな権利行使は必要ではなく、1年の期間制限に画一化され、起算点も瑕疵発見時となっている。このように商人間売買について買主に検査通知義務まで用意されている立法において、更に「隠れた」瑕疵＝買主の無過失という要件は要らないであろう。過失相殺ではなく買主の過失というだけで一切の責任を否定するのは妥当ではなく、商法526条の規制だけを商人間売買で認めれば十分である。結局、「隠れた」瑕疵については、①契約内容の解釈による契約適合性（＝570条の「瑕疵」）の解釈と②566条1項の善意という解釈に還元され（①とだけの重畳といってもよい）、独自の要件としての位置づけをする必要はない。

第1章 「隠れた」瑕疵をめぐる民法の起草過程と比較法

1 旧民法について

(1) ボアソナード草案

(a) ボアソナード草案以前 明治5年(1872年)の明法寮改冊未定本民法(前田達明編『史料民法典』より)は、次のような規定を有していた。

明法寮改冊未定本民法691条「売主ハ其売払フタル物件ニ付其当然ノ用ニ適セサル隠レタル不良ノ所ナキ旨ヲ買主ニ対シテ保証ス可シ」。

同692条「買主ハ其頭ハレタル不良ノ所アル時ハ自カラ知ルコトヲ得可キ不良ノ責ニ任ズルニ及ハス」。

同698条「売払フタル物件ニ不良ノ事アルニ因リ売買ノ契約ヲ取消サントスル訴訟ハ買主速ニ之ヲ為スヘシ但裁判所ノ権ヲ以テ為シタル売払ハ此例ニ非ス」。

当時のフランス民法の翻訳をみると、「知り難キ不良」と訳されているが、ここでは「隠れたる」不良とされ、現行民法につながる「隠れた」という表現が採用されたことになる。明治5年(1872年)の皇国民法仮規則691条、692条も全く同じ規定である。

その後の明治11年民法草案も次のような規定を有していた(前田達明編『史料民法典』より)。

明治11年民法草案1315条「売主ハ其売リタル物件ヲ其当然ノ用方ニ供スルコトヲ能ハサラシム可キ人目ニ触レザル不良ノ箇所ナキ旨又ハ買主ノ其不良ノ箇所アルヲ知ラハ其物件ヲ買入ルルコトナク又縦令之ヲ買入ルルモ少量ノ価ヲ出シタル可シト思料スルヲ得可キ程其使用ノ便益ヲ減スル不良ノ箇所ナキ旨ヲ其買主ニ対シテタス可シ」。

同1316条「売主ハ買主ノ自ラ知ルコトヲ得可キ人目ニ触ルル不良ノ箇所アルニ付テハ担保ノ義務ナシトス」。

同1321条「不良ノ箇所アル物件ノ其不良ノ箇所アルニ因リ売買ノ契約ヲ解除セントスル訴求ハ買主遅カラサル期間内ニ之ヲ為ス可シ但シ其期限ハ

裁判官其不良ノ箇所ノ性質ニ從ヒ之ヲ裁定ス可シ」。

(b) ボアソナード民法（再閣修正民法草案註釈第3編） ボアソナードの手による旧民法草案は、「隠れた」瑕疵という要件を削除しようという萌芽は見られず、フランス民法同様に隠れた瑕疵と買主の善意が要件とされている。先ず、『再閣修正民法草案註釈』第4款「隠潜したる瑕疵の爲め売買廃斥の訴権」の中にフランス民法⁵⁾ にならった瑕疵担保責任が規定されており、ボアソナード民法1242条1項（前田達明編『史料民法典』では、1241条）は、次のように規定している。

「動産ト不動産ヲ問ハス総テ売渡セシ物ニ其売買ノ際買主ノ知ラサル不外見ニシテ修補スヘカラサル瑕疵アリテ其瑕疵ハ物ノ性質上若ハ双方一致上ノ用方ニ其物ヲ不適当ナラシメ又ハ買主瑕疵ヲ知ルニ於テハ其物ヲ買得セサルヘキ程其用方ヲ減スルヘキハ買主ハ売主ニ物ノ引取即売買ノ廃斥ヲ請求スルヲ得」⁶⁾

不外見の瑕疵としたことについては、隠潜したる瑕疵というのが一般的に慣

5) 当時の翻訳は用語の理解に参考となるので、フランス民法1641条の当時の翻訳を掲げておく（前田達明『史料民法典』より）。

1641条 「売主ハ其売払フタル物件ヲ其当然ノ用法ニ供スルコト能ハラシム可キ知り難キ不良ノ所ナキ物又ハ買主其不良ノ所アルコトヲ知りシ時ハ其物件ヲ買入ルルコトナク又縦令之ヲ買入ルルト雖トモ少量ノ価ヲ出シタル可シト思料ス可キ不良ノ所ナキ物ヲ買主ニ対シテ保証ス可シ」

6) projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire par M. G. ve Boissonade nouvelle édition tome troisième 1891では、条文番号は翻訳とは異なっているが、次のような規定がされていた。

art.741 Lorsque la chose vendue mobilière ou im mobilière, avait, au moment de la vente, des vices ou défauts non apparents, irrémédiables et ignores de l'acheteur, s'ices vices la rendent impropres à l'usage auquel elle a été destinée, soit par sa nature, soit par l'accord des parties, ou diminuent tellement cet usage que l'acheteur n'aurait pas acheté s'il les avait connus, il peut en demander la reprise ou la réhabilitation par le vendeur. (2項は省略)

用されているが、これでは売主が故意に瑕疵を隠蔽した場合と勘違いされるので、不外見の瑕疵としたと説明がされている（869頁）。岸本辰雄『民法財産取得編講義卷之壺』は、この草案を用いた講義であるが（条文は、1242条ではなく1241条になっている）、上のボアソナードと同じ説明をするだけである。

（c） ボアソナード民法修正版（再閣修正民法草案註釈第3編） ボアソナード民法の修正版では、財産取得編第3章「売買」第3款「隠レタル瑕疵ニ因ル売買廃却訴権」と題して、94条に次のような規定を置かれている。

「動産ト不動産ヲ問フス売渡物ニ売買ノ当時ニ於テ不表見ノ瑕疵アリテ買主之ヲ知ラス又修補スルコトヲ得ス且其瑕疵カ物ヲシテ其性質上若クハ合意上ノ用方ニ不適当ナラシメ又ハ買主其瑕疵ヲ知レハ初ヨリ買受ケサル可キ程ニ物ノ使用ヲ減セシムルトキハ買主ハ其売買ノ廃却ヲ請求スルヲ得」

ボアソナードによると、「不表見の瑕疵とは外見に顕はれざるもの即ち隠れたる瑕疵なることを要す、若し夫れ外見に顕はれたる瑕疵なるときは買主は売買の当時能く之を査見し以て買受けたりと思料す可き」その場合には、「全く買主自ら招く過失にして他に其責を帰せしむることを得ざればなり」（654頁）ということである。隠れた瑕疵ではなく不表見の瑕疵としたのは、誤解を避けるためだけのものであり、内容としては隠れた瑕疵とは異なるものが考えられているわけではない。

なお99条は、瑕疵担保責任についての期間制限について規定をしており、次のように類型化してフランス民法の帰還の不明瞭な点を改善しようとしていた。

「売買廃却、代価減少及ヒ損害賠償ノ訴ハ左ノ期間ニ於テ之ヲ起スコトヲ要ス

第1 不動産ニ付テハ六个月

第2 動産ニ付テハ三个月

第3 動物ニ付テハ一个月

右期間ハ引渡ノ時ヨリ之ヲ起算ス

然レトモ此期間ハ買主カ瑕疵ヲ知レル証拠アリタル日ヨリ其半ニ短縮ス但其残期カ此半ヲ超ユルトキニ限ル

買主カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ右期間ニ隠レタル瑕疵ヲ覚知スル能ハサリシコトヲ証スルトキハ其期間ノ満了後ニ於テモ訴ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ意外ノ事又ハ不可抗力ノ止ミタル時ヨリ通常期間ノ三分一ヲ以テ新期間ト為ス」

（2）旧民法——旧商法との調整なし

旧民法では、財産取得編第3章「売買」第3節「売買の解除及び鎖除」第3款「隠れたる瑕疵に因る売買廃却訴権」において、第94条1項で次のように規定されていた。

「動産ト不動産トヲ問ハス売渡物ニ売買ノ当時ニ於テ不表見ノ瑕疵アリテ買主之ヲ知ラズ又修補スルコトヲ得ズ且其瑕疵カ物ヲシテ其性質上若クハ合意上ノ用方ニ不適當ナラシメ又ハ買主其瑕疵ヲ知レハ初ヨリ買受ケザル可キ程ニ物ノ使用ヲ減セシムルトキハ買主ハ其売買ノ廃却ヲ請求スルコトヲ得」。

しかし、第三款の表題またほかの条文（たとえば95条）の中では「隠れたる瑕疵」といった表現が用いられている⁷⁾。これは、基本的にはフランス民法に倣った規定であり、(1)に述べたボアソナード草案の翻訳の改訂版にすぎない。フランス民法では、1641条に「……隠れた欠陥（défauts cachés）を理由として、売主は担保の責任を負う」と規定し、1642条では、「売主は、買主が自ら認識しえた表見の瑕疵（vices apparents）については責任を負わない」と規定する。1641条で隠れた欠陥という要件を規定し、1642条で定義的規定を置いていることになり、買主が認識しうる表見の瑕疵ではないことが必要とされている。買主の悪意の場合には瑕疵担保責任が否定されることは異論がないが、隠れた瑕

7) Code civil de l'empire du japon accompagné d'un exposé des motifs t.III 1891（信山社復刻版）は特に詳しい説明をしていない（181頁）。non apparentの瑕疵（不表見の瑕疵）という表現のほうが、隠れた瑕疵という一般的に慣用されている表現よりも好ましい、隠れた瑕疵というと売主が隠した瑕疵のように見えてしまうが、それは全く必要ないからである、と説明するだけである。

疵という要件との関係は明確ではない。

このようにフランス型の立法であれば、商法に特別規定がなく、民法の瑕疵担保規定だけで商事売買も規律されることになるが、ところが、後述のように、旧商法では、ロエスラーによりドイツ商法の買主の検査通知義務が導入されていたのである。民商法の調整が必要なのに、フランス人による民法、ドイツ人による商法のそれぞれの起草が没交渉的に行われたのである。それゆえに、民法典論争また商法典論争が勃発し、新たな民商法は梅・富井の2人が民商法の共通の起草者とされるのである。では、現行民商法で、民商法の不協和音は解消されたのかというと、依然フランス法とドイツ法の混合ごちゃまぜ状態が維持されているのである。

(3) 「不表見」の瑕疵をめぐる旧民法についての学説

旧民法について書かれた多数の注釈書があるが、いずれも隠れた瑕疵とはいえない場合を、買主に過失がある場合とはするものの、現在の理解とは微妙にずれがあるように思われる。というのは、買主が知っていて当然の瑕疵を表見の瑕疵と理解し、表見の瑕疵における瑕疵を知らなかった過失とは重過失が考えられているといえるからである。以下に当時の学説を紹介しよう（原文はカタカナ。また、傍点は筆者が追加）。

① 梅謙次郎『日本売買法』（新青出版復刻版） 同書291頁は、「瑕疵の隠れたることを要す何となれば若し瑕疵隠れずして外面に顕はるときは売買の時買主に於て之れを鑑査して其代金を定め之れを買取ことを得べきなり故に若し買主不注意にて深く之れを鑑査せずして買取りたるとせば是れ買主の自業自得と謂うを得べきなり」という。また、不表見の瑕疵でも買主が知っている場合には担保の義務がないが、これは、「買主之れを知れば復た隠れたる瑕疵に非ざればなり」ともいう（同書292頁）。

② 富井章政『民法論綱財産取得編 上』（新青出版復刻版） 同書206頁は、「瑕疵は不表見のものたるを要す。隠れたる瑕疵とは即ち此謂なり。表見の瑕疵は買主に於て一目之を発見することを得べきを以て、これを知らざる筈

なく。仮令之を知らざりしも自己の過失と為すの外なきなり」という。しかし、どうして当然知っているべきであると、売主が免責されるのかについては、説明がないといわざるをえない。

③ 井上操『民法（明治23年）詳解 取得編之部上巻』（信山社復刻版）同書418頁以下は、表見の瑕疵は、「買主は之を承知して買受たるものと看做すべく」、もし知らずに買い受けたときは、「之を取調べずして買受けたる不注意の責を免がる可らざるを以て」売買を廃却できないという。また、不表見の瑕疵でも、買主が瑕疵を知って買い受けた場合には、やはり廃却訴権を行使できないとし、その理由として、「此場合に於ては買主は必ず低価にて買受けたるからざれば自己の用方に不都合なきを信じて買取りたるものと看做さざる可らざればなり」という。

④ 磯部二郎著述『民法（明治23年）釈義財産取得編（上）』（信山社復刻版）同書357頁以下は、表見の瑕疵については、「買主は契約の当時之を知らずと云うを得ざるなり」といい、また、買主が瑕疵を知って買い受けた場合には、「其任意の行為なるを以て後に就き異議を主張するを得ざるは固より論なし」という。

⑤ 熊野敏三『民法（明治23年）正義 財産取得編卷之壱』（信山社復刻版）同書522頁は、表見の瑕疵であってはならない理由として、「何となれば売買の時には詳細に其物を吟味し品格、瑕疵如何を取調ぶるは当然のために買主に於て表見の瑕疵を知らざるの理なく之を知らずんば其過失と為すの外なけんばなり」という。また、同524頁は、瑕疵を知りながら買った場合には、「低価に買受けたるか或は然らざるも其瑕疵は自己の使用に差支なしと思量したるものなるべけんば後日に至り苦情を唱うるの理由あることなし」という。

以上のように、隠れた瑕疵は不表見の瑕疵であり、買主が知らないはずはなく、知らなければ過失があるというのが当時の説明であり、知らないはずがありえないほどの場合が考えられており、過失とはいうが要するに重過失が考えられているのではないかと思われるほどである。ただし、旧民法では修補不能が瑕疵担保の要件とされており、債務不履行責任説かどうか明確ではなく、債

務不履行があるのにどうして責任が否定されるのかという、問題自体がいまだ明確には定立できない状態である。いずれにせよ、当時の議論は、フランス直輸入の議論であり、新鮮な議論は認められない。

2 「隠れた」瑕疵をめぐる現行民法の起草過程及び起草者の見解

(1) 現行民法の起草過程

法典調査会において、土方委員による、買主が注意して検査すべきであり原則として売主の責任を否定すべきであるといったイギリス法の観点からの批判に対して、梅起草委員は、旧民法を改めるには十分その改める理由がなければならぬが、それだけの理由がなかったので大多数の外国の例にならってイギリス法によらなかったものであり、「精神は矢張り既成法典と同じい積りであります」と説明をしている⁸⁾。隠れた瑕疵についての説明や議論は、その場では全くされていない。

(2) 起草者の見解

起草委員梅謙次郎は、その民法要義では売主は「隠れたる瑕疵あるときは、之を買主に告げ而も之を買うべきや否やを確めざるべからず。然らずんば、売主は其物に瑕疵なきことを保証したるものと看做すも敢て過酷と為すべからず。是瑕疵担保の由りて生ずる所以なり」と述べるだけであり、隠れた瑕疵の定義については何も述べていない⁹⁾。しかし、このことから隠れた瑕疵がある場合には、売主が買主に積極的にそのことを告げる説明義務があることが前提とされていることは興味深い。梅謙次郎にはその講述本があり、そこではこの点が次のように詳しく論じられている¹⁰⁾。

隠れた瑕疵ではない場合、例として牛の売買で病氣らしい様子が売買契約当

8) 『法典調査会民法議事速記録四（日本近代立法資料叢書）』74頁。

9) 梅謙次郎『民法要義卷之二』525頁。

10) 梅謙次郎 講述『民法（明治29年）債権第2章契約（第1節～第3節）』（信山社 日本立法資料全集別巻21）185頁以下。

時に既にあった場合をあげており、気がつかないで買主が買ったならば「買主の過失である、そう云うことで隠れた瑕疵だけに付て責任があることになって居る」という（185頁）。そして、「表面に現われざる所のものを売買するのは即ち疵のない無事なものを売買するものと見なければならぬ」、「売主には無事な物を与えると言う義務がある」、「売主は契約通りの物を与えたのではない、即ち初に申上げた契約通りの権利を譲渡したとは云えない」（186頁）、「売買当時に現れて居らず疵があるならば其疵がないものとして契約をしたのである、若し疵があるとしたならば売買の契約通りのものを売主が与えたと云うことは出来ず」（187頁）と、続けている。

このように、起草者の梅は、「買主注意の原則」も、その後に現れる特定物のドグマも認めず、債務不履行責任説に立脚しており、表見の瑕疵については、知っているも当然というだけであり、知らざる過失を問題にするが、なぜ売主に債務不履行があるのに、買主に過失があると瑕疵担保責任が成立しないのかについては明確な説明をしていない。推論でしかないが、知っているも当然なので、瑕疵のある物としての売買契約が成立するという、契約解釈の問題として解決しているものと思われ、そうすれば、債務不履行説の立場とも矛盾しないことになる（瑕疵のあるがままの物の売買契約なので、債務不履行はない）。しかし、そうであれば、法的概念である「瑕疵」自体の要件に解消されるはずであり、「隠れた」という要件があるのは、要件の洗練さを欠いた歴史的惰性によるものといわざるをえない。

3 若干の比較法

(1) 「隠れた」瑕疵を要件とする立法は少数派

このように「瑕疵」という要件だけで十分だということは、比較法に目を向けてみても支持できることが分かる。ローマ法の隠れた瑕疵を要件として承継する立法は、今や少数派になっており、また、「瑕疵」さえ契約不適合といったより広い要件に置き換える立法が増加している。なお、英米法では、ローマ法によらずに、「買主注意せよ」の原則の例外として、黙示の保証（ワランテ

イ) 法理の発展によって担保責任が構成されており、「隠れた」「瑕疵」の2つとも要件とはされていないが、表現の問題であり責任が認められるための要件が異なるとは思われない。

① 「隠れた」瑕疵を要件とする立法 フランス民法がこの立法であり、旧民法がこの方式を踏襲している。フランスでは、注意をすれば知り得た瑕疵と考えられているが、買主が消費者か事業者かなどにより柔軟に運用されている。

② 「隠れた」瑕疵を要件としない立法 ドイツ民法には、434条の瑕疵について「隠れた」という要件はなく（改正前は459条）、442条1項（改正前は460条）で、「瑕疵による買主の権利は、彼が契約締結に際して瑕疵を知っていた場合は、排除される¹¹⁾」。買主が重過失によって瑕疵を知らなかったときは、買主は、売主が瑕疵を悪意で黙秘し、または物の性質の保証を引き受けた場合においてのみ、この瑕疵による権利を主張しうる」、と規定している¹²⁾。そして、時効については、一般原則が2001年の改正により30年から3年に短縮され

11) 日本人の手になる大清民律草案（前田達明編『史料民法典』による）は、ドイツ民法を範として日本民法を参考として作られたものであり、体系は完全に日本民法と見間違うほど日本民法に似ているものの、瑕疵について隠れた瑕疵という要件を設けず、単に瑕疵とした上で（567条）、買主が悪意の場合には責任は成立せず、買主に重大な過失がある場合には、売主が故意に告げなかったかまたは売主が瑕疵なきことを保証した場合を除いて責任は成立しないものとしている（569条）。完全に内容としてはドイツ民法の影響を受けており、当時の日本民法学者の頭の中にはドイツ民法が潜んでいたことが分かる。なお、その後成立した中華民国民法は、354条以下でより詳細な規定を置くが、上記の内容はそのまま維持されている。また、日本人が起草した満州国民法は（前田達明編『史料民法典』1700頁以下参照）、560条で、「売買の目的物に瑕疵ありたるときは第555条の規定を準用す但し買主が過失に因りて瑕疵あることを知らざりしときは此の限に在らず」（1項）、「買主が過失に因りて瑕疵あることを知らざりしときと雖も売主は其の知りて告げざりし瑕疵に付ては前項に定むる担保の責を免がることを得ず」（2項）と規定していた。当時の判例・学説に従ったものといえるが、「隠れた」ということを削除して、無過失を要件にしている。

12) 半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（平15）480頁による。

たが、瑕疵担保責任について特別規定を置き、別個に消滅時効（時効と明記されている）が規定されている。第三者の物権その他登記された権利による瑕疵は30年（438条1項1号）、土地工作物については5年（同2号）、それ以外については2年（同3号）により時効にかかる。起算点は引渡ししないし引取りである（2項）。売主が悪意の場合には、通常の消滅時効に服する。

また、国連統一動産売買条約も同様であり、契約不適合が要件とされ、しかもそれが隠れていることは要件にはなっておらず（35条2項）、買主が悪意の場合に売主の責任を否定するという形になっている（同条3項）。

また、消費財の売買及び付随保証に関するEC指令も、売買契約に適った物品の提供義務を問題とし（2条1項）、「契約が締結された時に、消費者が〔契約との〕不適合を認識していたかまたは合理的に認識しえた場合、……には、本条の目的不適合ではないと判断するものとする」としている（2条3項）¹³⁾。スイス債務法197条も隠れた瑕疵という要件にはしておらず、また、買主が契約締結時に瑕疵を知らず、かつ事情よりしても知り得べきものではなかったことを必要としている（200条1項）¹⁴⁾。韓国民法改正試案580条1項は「売買の目的物に瑕疵があるときは」と、隠れた瑕疵という要件を撤廃し、同但書では、「ただし、買主が瑕疵あることを知り、又は過失により知らなかったときは、

13) 訳については、田中志津子「消費財の売買及び付随保証に関するEC指令に基づくイギリス国内法化を巡る状況と日本法への示唆」明治大学大学院法学研究論集16号（平13）69頁によった。なお、隠れた瑕疵概念を持つフランスでも、この通りに国内法化されており、2005年2月17日のオルドナンスにより、消費法典（消費者法典）が改正され、「適合性の法定担保（Garantie légale de conformité）」という概念が導入され、売主に契約に適合した物の引渡義務を設定し、「適合性の欠陥（défauts de conformité）」について売主が責任を負うことが規定された（211-4条）。

14) スイス債務法200条は、「売主は、買主が売買契約のときに知っていた瑕疵について責に任せず」（1項）、「買主が通常の注意をすれば知り得た瑕疵については、売主がそれが存在しないことを保証していた場合に限り、売主は責任を負う」（2項）と規定する。さらに、スイス債務法201条、202条は、商事売買に限定せずに、買主に検査・通知義務を規定している。

この限りでない」と規定している¹⁵⁾。なお、中国契約法155条では、「売主が引き渡した目的物の品質基準が要求に合致しない場合、買主は、第111条により、違約責任を請求することができる」と規定し、隠れた瑕疵という要件にはしていないが、買主の悪意の場合に免責するといった規定もない。

(2) 日本法への示唆

契約で明示・黙示に約束された性能・品質を欠く「契約不適合」という「瑕疵」の判断は、瑕疵を考慮して売買をするという明示の意思の合致がない場合には、瑕疵を前提として売買がされたのか「売買契約の解釈」によって決定されるべき問題である。表見の瑕疵の場合には、当然売主もその瑕疵を前提として売却することを考えており、たとえ買主が瑕疵をうっかり見落とししたとしても、契約解釈により瑕疵ある物としての売買がされたと処理されてよいであろう。

だとすると、「隠れた」瑕疵で問題とされている買主の無過失という問題は、契約解釈の問題に解消されることになる。「瑕疵」があるが「隠れた」瑕疵ではないではなく、そもそも法的に「瑕疵」ありとはいえないことになるのである。①物理的に何か問題があると「瑕疵」ありと考えるのであれば、「隠れた」瑕疵で絞りをかける必要があるが、②「瑕疵」を契約不適合と解する限り、容認されている瑕疵は契約不適合ではなくそもそも法的な「瑕疵」がないことになるのである。「隠れた」瑕疵という要件が消えていった歴史的背景には、このような「瑕疵」についての契約不適合という理解への移行に1つ原因がありそうである。詳しい分析は後述することにして。

15) 鄭鍾休「韓国民法改正試案について」岡孝編『契約法における現代化の課題』(平14)167頁による。なお、現行民法580条1項は(前田達明編『史料民法典』による)、「売買の目的物に瑕疵があるときは、第575条第1項の規定を準用する。ただし、買受人が瑕疵があることを知り又は過失によってこれを知ることができなかったときは、この限りではない。」と規定している。「隠れた」瑕疵という要件は消えているが、その代わりに当時の日本の判例・学説同様に善意無過失が要件とされている。

第2章 「隠れた」瑕疵をめぐる学説・判例

1 学説の状況

現行民法の瑕疵担保規定も、旧民法同様に、客観的要件として無過失は「隠れた」瑕疵の中に組み込まれ、ただ客観的には隠れた瑕疵でも買主がたまたま主観的に知っていたならば保護されない（何度もいうが、566条1項の準用）という、二重構造になっている。そのため、当初は買主の悪意という点について、客観的には隠れた瑕疵でも、たまたま主観的に買主が知り得た主観的過失（客観的過失よりも主観的過失のほうが基準が高い場合）があった場合も含めるべきか、といったことが問題になるにすぎなかった¹⁶⁾。

(1) 戦前の学説

(a) 隠れた瑕疵と買主の悪意を区別する学説——二重の説明をする学説

(ア) 隠れた瑕疵で過失を排除し善意要件では過失を問わない学説　　まず、旧民法と同様に、隠れた瑕疵と買主の善意ということを2つの要件として認めて（後者について、敢えて566条1項準用は明示されない）、悪意は後者で排除し、過失は隠れた瑕疵で排除するのが一般的な説明であるが、買主の善意の要件で無過失まで要求されるかを更に議論して、無過失まで要求されないという説明もされている。しかし、一方で無過失不要、他方で無過失不要という議論が、十分整理されているかは疑問がある。

① 岡松参太郎『註釈民法理由 下巻』（明31）　同書137頁は、「表見の瑕疵あるに拘わらず之を買受けたるは買主の過失なればなり」としつつ、他方で、138頁では別個の要件として買主が善意であることを必要とする、「過失に因りて知らざる場合は知りたる場合に包含せざるも（……）多くは其瑕疵表見

16) 法律的瑕疵でいえば、収容になっているのを通常買主としては知り得ず、客観的には隠れた瑕疵であるが、たまたま買主が不動産取引業者でありその事情を知っていたり、または、知っていて当然の場合である。

なりとの理由に依り瑕疵担保なし」という。

② 横田秀雄『債権各論』(明治45) 同書343頁は、「通常人に容易に発見し得べからざる形質のもの」を隠れた瑕疵とし、表見の瑕疵があるにもかかわらずないと思って買い受けた買主は、「過失なるを以て」買主においてこれを甘受することを要すべきであり、この場合にまで売主に責任を負わせたのでは「取引の完全を害する」という。しかし、他方で、買主の善意を別個の要件として問題とし、「買主が担保権を行うには、其瑕疵を知らざりしのみを以て足れりとし、過失の有無は之を問わざるものとす」と、無過失を不要としている(345頁)。この時期において、隠れた瑕疵について買主の無過失が必要とされることは異論がなかったといえるであろう。

③ 村上恭一『債権各論』(大3) 同書428頁は、「隠れたる瑕疵とは、通常人が通常の注意を以て発見すること能はざる瑕疵」であり、通常人において発見の容易な瑕疵は隠れた瑕疵とは見られない、知らないことに過失があるからである。また、別個に、買主が悪意の場合について論じていて、「悪意の買主は故意に目的物に瑕疵ある財産権を買受けたるものと看做すこと妨げざるが故に其の売買にはなんらの瑕疵なく従て売主に於て担保の責に任ずべき理由なければなり」と述べている(432条)。

④ 村上恭一・磯谷幸次郎『債権各論』(出版年不明、但し大正12年寄贈) 「隠れたる瑕疵とは通常人に於て容易に発見することを得ざる瑕疵なり」。容易に発見しうる瑕疵の場合には、「瑕疵ある物を以て売買の目的と為したるものと看做すことを妨げず」。しかし、容易に発見しえない瑕疵の場合には、「其瑕疵ある物を以て売買の目的と為したるものと看做すの理由」なし。もっとも、その場でも、買主が悪意の場合には、売主は一切の責任なしという(356頁)。

⑤ 大谷美隆『債権各論講義』(大13) 「瑕疵が表見的にして通常人にも容易に知り得べき場合に於ては買主は瑕疵を発見し相当の方法を講ずべく若し之を発見せざるに於ては買主にも過失あるがゆえに売主に担保責任を負わしむるの必要なものを云うべし、然れども隠れたる瑕疵ありたる場合に於ては買主は之を知らざるも過失ありと云うことを得ず」。「買主が其瑕疵を知りたり

し場合に於ては買主は其瑕疵ある状態にて買取りたるものと解すべきが故に売主に担保責任を負わしむる必要なものとす」(82頁)。このように、買主が悪意の場合には、契約解釈として瑕疵ある物の売買という理由で、瑕疵担保責任を排除している。

⑥ 三瀧信三『契約法』(昭15) 同書139頁は、次のように述べる。「隠れたる瑕疵と謂うは、買主の知不知を標準とするのではなく、通常人の注意を以て知り得ざることを標準とするのである。然し買主が悪意の場合に於て売主に担保責任がないのはもちろんである」。この場合に買主の無過失を要件とするか否かについては学説が分かれているが、「過失の有無を問わないとする多数説に賛する。……隠れたる瑕疵と謂うは、通常人の注意を用いても発見し得ないことを指すのであって、買主自身の過失無過失及び知不知とは別問題である」。ここで、明確に隠れた瑕疵にいう過失は客観的過失であり、買主の善意無過失は主観的過失を問題にし、無過失を必要としないことが述べられている。

以上の学説は、結局、通常発見しえない＝通常過失がない瑕疵でも、買主がたまたま知っていれば責任なしというのであり、客観的な過失は認められない事例であるから、買主個人についての過失は問わず悪意だけを排除するという趣旨であると思われる。この趣旨を明確にして議論していないのが殆どであるが、最後の 三瀧信三『契約法』になると、明らかにされるようになる。

(イ) 隠れた瑕疵とは別に買主の善意無過失を要件とする これに対し、隠れた瑕疵の要件とは別に、買主は瑕疵について善意であるのみならず無過失でなければならないという説明をする学者もある。

末弘厳太郎『債権各論』(大7)は、「目的物に隠れた瑕疵あること」という要件をあげて、隠れた瑕疵とは、「通常人の注意を以てするも容易に発見し得べからざる瑕疵を云う」。「単に買主が善意なるを以て足れりとせず其善意が過失に基づくざることを必要とする結果なるものとす。」(420頁)という他に、「買主が善意にして過失なきこと」という要件を設定して、「過失なきことを要するの理由は既に之を上述べり」という(421頁)。隠れた瑕疵についての客観的善意無過失と、買主の個人的な悪意また過失とが、十分区別されていないと

いわざるをえない。

(b) 隠れた瑕疵を買主の善意無過失とし、別個に善意を問題としない学説——二重の説明をしない学説 (a)(7)のように区別をすれば、2つの問題を区別できるが、(a)(1)のような説明では、2つの問題を区別する意味はなくなってしまう。そのためかは分からないが、次第に隠れた瑕疵とは別に買主の善意要件を別個に取り上げることがされなくなっていく（これに拍車をかけたのが、後述大正13年判決である）。

① 松本重敏『契約法論（上冊）』（大12） 「隠れたる瑕疵とは通常人の注意を以て発見することの出来ぬ瑕疵でありて、其を買主の知らざる瑕疵のことである」とし（170頁）、それとは別に買主の善意という要件について説明をしていない。

② 鳩山秀夫『日本債権法各論上巻』（大13） 同書343頁は、隠れた瑕疵とは、「単に買主の知らざる瑕疵を謂うにあらずして、通常人の注意を用ふるも知ることを得ざる瑕疵を謂う。他の方面より言へば買主は善意無過失なることを要するなり」という。そして、重複という末弘説明の影響なのか、別個の項目として、買主の善意を要件として問題にすることはない。この鳩山博士の教科書が対象13年判決と共に、買主の善意要件を日本の民法学から忘れ去らせる大きな契機になったといえる。

③ 磯谷幸四郎『債権法論（各論）上巻』（大15） 同書405頁～406頁は、「若し表見的瑕疵なるときは何人たりとも直に其瑕疵を知ることを得るものにして、買主が之を知りながら買受を為したるは畢竟其瑕疵ある物を以て売買の目的と為したるものと看做すことを得べく、若し又買主が自己の怠慢に因り之が点検を為さざるが為めに、其表見的瑕疵あることを知らずして買受けたるものとせば、是れ全く買主の不注意に因るものにして自ら其損失を負担すべく売主をして其責を負はしむべきものに非ず。而して隠れたる瑕疵なるや否やは客観的に観察すべきものにして、買主が之を知らざりしときは、之を以て直に隠れたる瑕疵と云うを得ず。ゆえに通常の注意を用ゆるときは直ちに発見することを得べかりしに、買主が物の注意を為すことを怠りたるが為めに発見するこ

とを能はざりしものは、之を隠れたる瑕疵として売主に責任を負担せしむべきものに非ず」という。買主の善意という要件は別個に設定していないが、悪意を別に排除する趣旨とも読めるものである。

④ 戒能通孝『債権各論』（昭17） 同書150頁は、買主が瑕疵を知りまたは「目的物に瑕疵あるも通常抗議の申出ようなない環境で売買が行われたときは、適用せられるべきでない」といい、他方で、151頁では、「当該の瑕疵が表面に現われて居て、買主が悪意若くは相当の注意を加えたならば当然発見し得る場合なら、此等の権利を有しない」ともいう。

⑤ 林信雄『判例を中心としたる債権法各論』（昭10） 同書146頁は、「隠れたる状態は、買主の知不知をのみ標準として定められるべきではなくて、通常人の注意を用いるもなほ知ることをえないことを標準として定められるべきである」という。他方で、「隠れたる瑕疵は買主の知らない瑕疵のみを指すものではなくて、通常人の注意を用いるも知るをえないものを指すのであるから、隠れたる瑕疵は買主の善意無過失を要件とするものと言うことができる」という（149頁）。

⑥ 川添清吉『民法講義（第3編債権分則）』（昭11） 同書170頁は、「買主の知らざる瑕疵にして而も之を知らざるにつき過失なかりしものをいう。即ち本条による売主の担保責任は買主の善意且つ無過失なる場合に於てのみ生ずることとなる」¹⁷⁾という。

(c) 戦前の学説のまとめ 起草者梅の債務不履行責任説が放棄され、特定物では瑕疵なき物を給付すべき義務を負うことはなく、瑕疵担保責任を売買の信用を保護しかつ公平の要求に応じるために法律が特に認めた責任とする法定責任説が通説となっていけば、特に法律の認めた法定責任であるから、買主が保護されるためには、善意無過失ということが要件とされても何も違和感はない。それを、570条により準用される566条1項の買主の善意という要件を、

17) その他に、近藤英吉『債権法各論』（昭8）92頁も 買主の善意無過失が必要という。

善意無過失と制限解釈をすることにより実現することも考えられえたが¹⁸⁾、「隠れた」瑕疵の解釈として実現したのである。即ち、隠れた瑕疵＝買主の善意無過失とし、客観的な過失を取り込んだものの、買主に個人的に過失が認められるような場合については問題意識から失われている。

① 表見の瑕疵でも買主を保護——買主保護が一方で前進　しかし、大正13年判決は、「隠れた」瑕疵を善意無過失と言い換えることにより、明らかな瑕疵でも、買主が契約前に検査できない特別の状況にある場合には、「隠れた」瑕疵になるものと判断して、買主を救済した事例である。

② 買主の無過失（客観的過失）の要否——買主保護が一方で後退　隠れた瑕疵について買主の無過失が要件とされるようになると、当初は重過失に匹敵する過失が念頭に置かれていたが、通常は無過失が要求されるのかのように雰囲気が微妙に変わってきている（売主の注意義務とは同じではないのは当然）。

(2) 戦後の学説

(a) 隠れた瑕疵と買主の善意とを2つの要件として説明する学説

(ア) 買主の善意要件について無過失を要求しない学説

① 勝本正晃『契約各論第1巻』（昭22）91頁は、隠れた瑕疵とは、「一般人の取引に要せらるる通常の注意力を用いるも知り得ざる瑕疵を云う」という一方で、「法律は買主に善意無過失を要求しているのである。従って買主が特殊の注意力、技能に依て之を知りたる場合に於いては、瑕疵担保の規定の適用はない。但し瑕疵が隠れたものなる限り、買主の善意無過失は一応推定される」（勝本正晃『債権法概論（各論）』（昭24）41頁も同様）。

② 石田文次郎『債権各論』（昭22）81頁　隠れた瑕疵とは、「単に買主の知らなかった瑕疵と云うのではなく、当該の売買を為す者として通常の注意を為

18) 過失には、客観的過失が認められるだけでなく、客観的な過失はなくても個人的な過失が認められる場合も含まれると解すべきであり、個人的な無過失が否定されるだけであり、このような解釈も可能であったはずである。

すも容易に発見し得ない瑕疵を云う」。商法526条の「直ちに発見することを能はざる瑕疵」と同意義と解してよい。客観的に瑕疵があっても、買主が知っていれば売主の担保責任は発生しないともいう。

③ 我妻栄『債権各論中巻一』（昭32） 一方で、「隠れた」瑕疵について、「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——いいかえれば、買主が瑕疵を知らずかつ知らないことに過失のないこと——である」と述べてつつ、別個に、「一般的に標準からいって発見しえない瑕疵でも、買主がとくに知っている場合には、担保責任は生じない」という（289頁）。

④ 三宅正夫『契約法（各論）下巻』（昭58） 隠れた瑕疵とは、「取引界の通念として普通に要求される程度の注意をしても発見できない、という意味である」とし（322頁）、他方で、別個の要件として、「売買の当時隠れた瑕疵を買主が知るときは瑕疵担保を主張できないが、不注意かどうかは問わない。欠点がないと思って買った買主内心の期待を、欠点が客観的に隠れた瑕疵である場合に限り、顧慮するのが瑕疵担保だからである。隠れた瑕疵という客観的要件とは別に、買主が瑕疵を知ることが責任阻却の要件とされ、後者は売主が主張し立証しなくてはならない。」という（324頁）。

（イ）買主の善意要件について無過失を要求する学説

① 末川博『契約法下（各論）』50頁 「表見していないで一般通常人の注意をもってしては容易に認識することを得ないと考えられる瑕疵でなければならぬ」と「隠れた」瑕疵について説明するのは別に、買主の善意無過失という要件を設定し、「さらに買主の善意無過失が要求される。……隠れた瑕疵というのは普通の注意では知り得ない瑕疵をいうのであるから、注意をすれば知り得たにもかかわらず不注意でこれを知らなかった過失のある買主も保護される必要がないのである」という。

② 水本浩『契約法』（平7）156頁は、570条が566条を準用し、566条が買主の善意を要求しているので、瑕疵担保責任の要件として買主の善意を否定するわけにはいかないとして、表見しない瑕疵について悪意の買主の保護を否定し、他方で、買主の要件としては、善意・無重過失を要するとする¹⁹⁾。

(b) 隠れた瑕疵に買主の善意無過失という要件を吸収し一元化する学説
上記のように依然としてこれとは別の要件として買主の善意を説明する少数の
教科書もある一方、隠れた瑕疵を買主の善意無過失と読みかえ、それ以外に買
主の善意という570条の準用する566条の要件に全く触れない説明が一般化して
いく。

① 石田文次郎『債権各論』(昭22) 同書82頁は、「買主の善意の要件は、
其の瑕疵が一般人の注意を以てするも容易に発見し得ない瑕疵であること、即
ち隠れたものでなければならぬと云うよと相俟って、買主の善意無過失なるこ
とを要すると謂はねばならぬ。故に買主の不知につき過失あるときにも、売
主の担保責任は生じない」という。

② 柚木馨『債権各論(契約総論)』(昭31) 同書153頁は、隠れた瑕疵
を「買主が善意にして無過失であることを要する意に解すべきであろう」とし
て(153頁)、別個に買主の善意という要件を問題にしない。瑕疵担保のスペシ
ャリストの教科書ゆえにその影響力の大きさは推察できるであろう。

③ 松坂佐一『民法提要債権各論(第5版)』(平5) 同書101頁は、「隠
れた瑕疵とは、一般の取引において通常払われる注意をもってしては容易に知
ることをえない瑕疵をいう。したがって、表見しない瑕疵であっても買主がこ
れを知っており、または普通の注意を払えばこれを知りえた場合には、売主の
担保責任は生じない。すなわち、買主の善意・無過失であることを要する」と
して、別個に買主の善意という要件は説明しない。

④ 広中俊雄『債権各論講義第6版』(平6) 同書67頁は、「『隠レタル
瑕疵』とは、買主が取引上一般に要求される程度の注意をもってしても発見し

19) 以上の他に、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』(平15) 142頁以下は、隠れた瑕疵と買主の
善意を別の要件として説明する。「隠れた」瑕疵とは、「買主が目的物に瑕疵があることを
知らず、かつ知らないことに過失がないことである」として、悪意を隠れた瑕疵の概念で
排除しつつ、別個に買主の善意を問題とし、無過失の要否については議論があることを紹
介するだけで、自分の考えは述べていない。

えないような瑕疵、いかえれば、買主が知らず且つ知らないことについて過失のない瑕疵である」として、別個に買主の善意という要件を問題にしない。

⑤ 内田貴『債権各論』（平9） 同書132頁は、『隠れたる』というのは、取引上要求される一般的な注意では発見できないということを意味する。つまり、買主には、瑕疵についての善意・無過失が要求されている（通説・判例）。すぐ気がつくような瑕疵は、売買価格に折り込まれているはずであるという前提である」と評している。

⑥ 北川善太郎『債権総論（第3版）』（平16） 同書135頁は、隠れた瑕疵を買主の善意（不知）無過失と解して、別個に買主の善意という要件を問題にしないが、買主の善意・無過失という要件は、「瑕疵担保が原始的履行障害であることと関係しているもので、一般の債務不履行にはない瑕疵担保の特色であり、これにより売主の無過失責任とのバランスがとられている」と説明する（売主に無過失責任が負わされていることも強調する）²⁰⁾。

20) その他、宗宮信次『債権各論』（昭27）156頁、山主政幸『債権法各論』（昭和34）108頁、永田菊四郎『新民法要義第3巻下（債権各論）』（昭34）129頁（「表見しえない瑕疵であっても買主がこれを知りえた場合は、担保責任を生じない」、「換言すれば、買主が善意にして無過失であることを要する」という。別個に買主の善意という要件は問題にしない）、加藤一郎『民法教室債権編』（昭35）43頁（570条が隠れた瑕疵といっているのは、「買主の善意無過失を要するという意味をも表している」という）、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（昭61合本新訂版）、田山輝明『口述契約・事務管理・不当利得』（平1）249頁、同『債権各論上巻』（平16）152頁、水辺芳郎『民法講義5 契約』（昭53）127頁、同『債権各論』（平10）136頁、『現代民法講義5 契約法』（平3）160頁（中山充）、『プリメール民法4 債権各論』（平12）63頁（久保宏之）、『新・民法学4 債権各論』（平13）105頁（執行秀行）。高島平蔵『債権各論』（昭63）124頁は、取引上、一般に要求される注意をしても発見しえない瑕疵というだけで、買主の善意という要件には言及しない。岡村玄治『改訂債権法要論（各論）』（昭34）88頁は、「隠れた瑕疵とは明らかな瑕疵との区別である。即ち通常の注意を以ては知り得ない瑕疵を云う。故に担保責任の要件たる隠れたる瑕疵ありと云うには、買主が過失なくして其瑕疵を知り得ないことを要する」というが、買主の善意の要件については言及しない。

(3) 無過失を要求する点について

冒頭に指摘した、「瑕疵」があるのにどうして買主の無過失が必要なのか、という疑問に対して、これまでの学説はどう解答を示してきたのであろうか。

(a) 無過失必要説における過失の認定を慎重にする 先ず、無過失必要説において、「過失」が要求されてはいるものの、債務者が債務不履行における損害賠償を義務づけられる場合の過失のように厳格な過失は考えられておらず、過失は容易には認められないよう買主保護に配慮されている。このことを明言する学説として、以下のような学説がある。

① 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(昭38) 同書335頁～336頁は、ここに過失とは、「注意義務の違反という意味における固有の『過失』をいうのではなくして、買主が自己を損害から守るために用いるのを当然とするような注意を、取引上の一般的標準から見て守っていなかったと見られる容態にいうにすぎない」。「一般的に慣行されている程度の検査をしないことは買主の過失となることが多いであろうが、それ以上の注意を買主に要求すべきではなく、したがって特別な努力と方法とを必要とする検査をしなかったからといって、買主の過失を軽々に是認すべきではない」という。

② 来栖三郎『契約法』(昭49) 同書83頁は、「ここでの過失とは、売主に損害賠償責任があるためには過失が必要か否かという場合における売主の過失とは必ずしも同じではなく、同様の地位にある買主なら通常容易に発見しえたであろうような瑕疵を発見しなかったことを意味するので、発見しないのが売主にとって過失というべき場合には、買主にとって過失ではなく、その瑕疵は隠れた瑕疵というのを妨げないことはあり得る」。買主の善意を別個に要件として説明をしている(84頁)。

③ 北川善太郎『債権総論(第3版)』(平16) 同書135頁も、「もっとも、この過失・無過失は注意義務違反の意味ではなく、買主が自己を損失から守るにあたり当然払うような注意のことである」という。

(b) 無過失を不要とする学説 更には、直截に買主について無過失を不要とする主張も見られるようになっている。以下にその数少ない主張を紹介し

ておこう²¹⁾。

① 石田穰『契約法』(昭57) 同書144頁以下は、「買主に単に過失しかない場合、売主の瑕疵担保責任を否定するのはいきすぎである、と思われる。むしろ、この場合、売主の瑕疵担保責任を肯定しつつ買主の過失を過失相殺(418条)で考慮するのが妥当であろう。このように解すれば、他の種類の担保責任(買主の善意無過失は要求されていない)ともバランスがとれるし、また、事案に応じた弾力的な処理が可能になるであろう。判例も、買主の無過失を要求しつつもその実際の運用をかなり緩やかに行っている、と思われる。……いずれも買主の過失を肯定して不当ではない事例のように思われる。」しかし、買主の善意ということは、別個に要件として説明していない。

② 半田吉信『契約法』(平16) 同書215頁は、「隠れた瑕疵要件は、買主の瑕疵担保責任の追求を否定する効果を有するから、買主が注意をすれば瑕疵を知りえたという程度では、買主の権利追求を完全に否定するのは妥当といえず、買主の側に目的物の受領のときまでに瑕疵を知りまたはこれを当然に知りうべき時がある場合は責任追求を否定すべきであるが、単に不注意によりこれを知らなかったにすぎないときは、過失相殺によって賠償額が減額されることがあるにすぎないと解すべきである。また過失相殺の趣旨から、買主側のかかる不注意は、その解除権、代金減額請求権に影響を及ぼすものではない。」なお、買主の善意という要件は別個に問題としていない。

2 判例の状況²²⁾

(1) 最上級審判決

(a) 戦前の大審院判例

(ア-1) 法律的瑕疵以外 1——隠れた瑕疵肯定

21) この他に、水本浩『契約法』(平7) 156頁も、善意・無重過失のみを必要とする。

22) 判例番号に網掛けがない判決は隠れた瑕疵が認められた事例、網掛けがされている判決は隠れた瑕疵を否定した判決である。

1a-1 大判大13・6・23民集3巻339頁（同年4月に先の鳩山・債権各論上巻が公刊されている） 米国製軟鋼丸棒直径12吋のもの3本同10吋りもの4本同8吋のもの6本の売買契約で、瑕疵を理由に買主Xが全部を解除し損害賠償を請求した事例である。

「本訴の売買契約中14吋9鉄3本の取引が特定物の売買に属することは原院の確定せる処なり」。「所謂隠れたる瑕疵とは契約締結の当時買主か過失なくして其の存在を知らざりし瑕疵を謂ふものと解すべきが故に、買主が契約締結の際其の目的物を点検したらんには容易に瑕疵の存するを知り得たるに拘らず、其の点検を為さざりしか為に之を知らざりし場合と雖、若其の点検を為さざりしに付過失ありと謂ふを得ざるときは右瑕疵は尚隠れたる瑕疵なりと謂ふを妨げず。本件に於て……前記14吋丸鉄3本の内2本は契約締結の日たる大正7年7月13日の当時より捻れ居り且其の内一本は約定の長に不足せしがXに於て之を知りたるは、契約締結後なりと云ふに在るのみならず。……Xは原審に於て本訴14吋丸鉄3本は契約締結の日とせられたる大正7年7月13日の当時に於ては三百哩内外を距つる横浜税関内に於て収容処分に付せられありたる関係上Xは之を点検することを得ざりし」「事実によれば、Xが本訴売買契約締結の当時14吋丸鉄3本を点検せず従て之に前記の如き瑕疵の存することを知らざりしは其の過失に因るものなりと謂ふを得ず、然れば原審が右瑕疵を以て隠れたる瑕疵なりと断定し前記法条を適用したるは正当にして論旨は理由なし」。

1a-2 大判昭5・12・8新聞3211号13頁 判決全文を引用すると次のようである。

「原判決の認定に依れば本件試掘権売買契約は実地を踏査せずして単に鉾石の見本及売主の所述に依りて坑内に依ける露出鉾石の品質並鉾脈鍾巾の大きさを定め之に依りて売買を為したるものに係り而かも鉾山の実地踏査の如きは然く単純容易なるものにあらざるを以て若し其の後実地踏査の結果が契約上買主の所期に副はさるものとせば其は売買の目的物に隠れたる瑕疵ありたるものと為すを妨げざるものと云ふべし」。

1a-3 大判昭7・12・30法律学説判例評論全集22巻民法194頁 「原判決は其の理由に於て「……本件の生栗は売買当時必ずしも品質粗悪なる虫喰栗にあらざる事及元来生栗は其の性質上日子の経過に従ひ自然に虫喰を生ずべきものなる事を窺知し得べきが故に後日多少の虫喰を発生したりとするも之を以て直に目的物に隠れたる瑕疵あるものとは断する事を得ず」と認定した」のに対して、「原判決認定の如く本件生栗は売買当時品質粗悪なるものにあらすとの事実を認むべき証言ある事なし

然らば原判決は結局此の点に於て証拠に基かすして事実を確定したる違法あるものにして破毀すべきものと信す」という上告理由に対して、大審院は、「隠れたる瑕疵は之を主張する者に於て立証せざるへからざるものなるのみならず所論の証言に依りて所論判示の如く認定し得ざるに非ざるか故に論旨理由なし」と判示して、上告を棄却している。

(ア-2) 法律的瑕疵以外 2 —— 隠れた瑕疵否定

1a-4 大判昭16・6・14大審院判決全集 8 輯22号 6 頁（参考判例） 「X Yは共に材木販売を業とする商人にして本件取引は第一審判決添付目録記載の如く品名寸法数量を明示して締結せられたるものなりと謂ふに在りて其の取引量も容易に計算し難き程度のものに非ざるを以て之が引渡を受くるに当り数量検査の如きは当業者間に於ては容易に為し得べき所にして其の数量不足は直に発見すること能はざる瑕疵と謂ふを得ざるものとす」（以上が判決文の全文である）

(イ) 法律的瑕疵について——隠れた瑕疵肯定判例

1a-5 大判昭5・4・16民集9巻376頁 Yより本件保安林75町2反9畝11歩の内、Yが局部皆伐許可を受けたと称する伐採区域の立木一切をXが買受け伐採に著手したところ、皆伐許可を受けたというのは虚であり、当該官庁より作業の中止を命ぜられたため、許可が無かったことは隠れたる瑕疵であるとして、XがYに対して損害賠償を請求した事例。

「隠れたる瑕疵とは表見せざる瑕疵を云」い、「一般普通の人の観察を標準として之を定むるを要す。」しかし、「縦令表見せざる瑕疵と雖、買主に於て現に之を知り居り若は或程度の注意を用ふるときは之を知り得たりし場合は売主に於て右の責任を免るることは亦言を俟たず。然れども右の場合に該当することは売主に於て其主張及立証の責任あり。蓋法律は瑕疵自体にして表見せざる以上、買主は之を知らず又知らざりしことに付きても過失無しと推定する趣旨に外ならず。当該官庁の許可無かりしとのことは一の法律上の関係なく斯くの如きも亦瑕疵の中に包含せらるるは論無しと雖、此瑕疵は性質上一般人に顕著なるものに非ざるが故に、所謂隠れたる瑕疵に外ならず」

(b) 戦後の最高裁判例——法律的瑕疵だけ（いずれも隠れた瑕疵肯定判例）

1a-6 最判昭41・4・14民集20巻4号649頁 「Xは本件土地を自己の永住する判示規模の居宅の敷地として使用する目的で、そのことを表示してYから買い受けたのであるが、本件土地の約8割が東京都市計画街路補助第54号の境界内に存するというのである。かかる事実関係のもとにおいては、本件土地が東京都市計画事業

として施行される道路敷地に該当し、同地上に建物を建築しても、早晩その実施により建物の全部または一部を撤去しなければならない事情があるため、契約の目的を達することができないのであるから、本件土地に瑕疵があるものとした原判決の判断は正当である。「また、都市計画事業の一環として都市計画街路が公示されたとしても、それが告示の形式でなされ、しかも、右告示が売買成立の10数年以前になされたという原審認定の事情をも考慮するときは、Xが、本件土地の大部分が都市計画街路として告示された境域内にあることを知らなかつた一事により過失があるとはいえないから、本件土地の瑕疵は民法570条にいう隠れた瑕疵に当たるとした原判決の判断は正当である。」

1a-7 最判昭56・9・8判時1019号73頁、判タ453号70頁、金判633号3頁「保安林指定のある本件山林の売買につき上告人に売主の瑕疵担保責任があるものとした原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない」とのみ述べるだけである。

(c) 最上級審判決のまとめ 以上の判決を見る限り、数は少ないものの、隠れた瑕疵を否定した判決は **1a-4** 判決だけである。しかも、その事例は不明であり、数量不足と述べているので瑕疵担保責任の事例ではないようである。これを除けば、「隠れた」瑕疵を買主の善意無過失とはしながらも、過失を否定しており、先の学説が述べているように、判例の無過失の認定は買主に有利に運用されているといえることができる。過失ありとして買主の保護が否定されるという不当な結果は起きていないのである。では、そのような妥当な運用が下級審判決で貫かれているのであろうか。次に下級審判決をざっと眺めてみよう。

(2) 下級審裁判例

(a) 隠れた瑕疵肯定判例 1——法律的瑕疵以外

2a-1 東京控判大13・11・8新聞2337号15頁 眼鏡用プリズム（メガネレンズ）400個の売買契約（政策物供給契約のようであり、不特定物売買のようである）において、売主は製造者であり瑕疵について悪意であると認定するのを相当として、商法の買主の検査通知義務の適用を排除している。この部プリズムには、光学器械として一般に許される程度の誤差あるのみならず、凹凸不完全であり、透視不十分であ

ったが、このような瑕疵は「表見せざるを以て隠れたる瑕疵と謂はざるべからず」としている。

2a-2 東京地判昭14・6・30新聞4469号11頁 清酒（特定物）を利き酒をして購入したがその中にホルマリンが含まれていた事例。「フォルマリン含有の事実は化学的操作を用よるに於ては之を発見し得べきも、利き酒等の自然的方法に依りては之を発見することの至難なり」。「買主が利き酒等の如き自然的鑑別法に依る注意を超えて化学的操作に依る鑑別法を用ひざれば清酒売買に於ける注意義務を尽したるものと謂ふを得ずとなすが如きは、一面買主に化学者の専門的知識を要求すると共に、多面売主をして常にフォルマリン其他の劇毒防腐剤の混入し居るものと推定を受けしむるの不愉快なる結果を招き到底取引の実状に副はざるものと謂ふべ」きである。

2a-3 浦和地判昭28・8・8下民集4巻8号1111頁 ミルク、ヌガーの「前示売買契約が見本に基いて締結されたことが認められる。……しかして見本売買なるものは他日引渡されるものが見本と同一の品質を有することを売主において請負つたものと看するのが当然であるから、現に引渡されたものが見本に劣るとの主張があるときは、売主において見本と同一のものを引渡したとの立証責任を負うものと解すべきところ、X（＝売主）において見本通りのものを引渡したと認めるに足る立証がなく、かえつて……見本と相違して引渡当時既に相当程度軟化し、重量及び成分も劣っていたこと、並びに紙袋に収容され且つ箱詰であるから外観より瑕疵がわからないことが認められる」。

2a-4 東京高判昭33・3・24東京高民9巻3号41頁 Xは昭和28年8月東京で病院を経営するため上京し、病院開設のために本件建物を買受けたが、「本件売買当時まで右北側通路及び門が本件住宅建物に対する主たる出入口として現実に使用されており、外観上もその正門の体をなし、売主においてもその使用継続の能否について何等の説明もなさないでその現状のままこれを売渡したような場合には、右売買の当事者は右通路及び門が本件建物の通路及び門として使用できることを前提として、売買契約をなしたものと推認すべく、右通路及び門を使用できないことは本件売買の目的物に隠れたかしが あつた場合に該当する。」（但し、解除の主張は退けられている。）

2a-5 東京地判昭35・6・9下民集11巻6号1271頁【判例評釈】菅原菊志・ジュリスト269号95頁、藤井俊雄・商事法務研究256号10頁、半田正夫・売買（動産）判例百選126頁 コアーツナギ10万本を注文した製作物供給契約の事例。「本件におけ

るように個々の目的物については直ちに発見することができるかしであっても、目的物が多量であるために、その全体については、直ちにそのかしを発見することができない場合にはそのかしは民法第570条という隠れたるかしに該当し、商人間の売買たる本件においては、商法第526条の規定により、Yは6ヶ月内にかしを発見し、かつ、直ちにXに対してその通知をしなければ、そのかしを理由に契約を解除することはできない。」

2a-6 札幌高判昭39・11・29高民集17巻7号537頁、判時400号34頁、判タ172号119頁 「本件売買は一般用材としての特定物たる立木について行なわれたものであるというべく、その伐採の結果約3分の1の腐蝕木が混入していたのであるから売買の目的物に隠れたる瑕疵があつた場合に該当するというべきである。一審原告は右売買につき一般用材としての材質を担保したものではないと主張するが、右は数量を指示して売買した場合に当たらないとしても両当事者において腐蝕木でない一般用材を売買の対象としたものであることは右認定のとおりであるから右主張は採用できない。もとより大量の立木の売買にあつては当初の見込数と実際の出石数との間に若干の増減のあり得ることは当然であらうし、予期しない腐蝕木の混入も或る程度避けられないであろうから……、一般の社会通念と当該取引の趣旨において許容されるべき限度内のものについて隠れたる瑕疵を主張することは許されないというべきであるが、一般用材としての特定物たる立木の売買につき全体の3分の1腐蝕木が混入していたことは右の趣旨において許容される限度を超えたものというべきである。」

2a-7 東京地判昭47・11・30判タ286号267頁 賃貸借の事例であるが、以下のように判示している。

「本件店舗における悪臭と小蠅の発生とは本件浄化槽、とくに第一腐敗槽の防臭ならびに防虫構造が不完全であることに起因するものである……り……、これは食品衛生上のみならず営業政策上も清潔と衛生のイメージを特に要求される飲食店々舗にとつては致命的な欠陥といわなければならない。したがつて、右の欠陥は飲食店経営のためにする本件賃貸借契約の目的物たる本件店舗の瑕疵にあたる」。「Xが本件賃貸借契約を締結した当時本件店舗内には、床にプラスチックが敷きつめてあり、マンホールの蓋はその下にかくれていて見えず、プラスチックも平面で異状なく、かつ古畳、机、箱、古材などが放置されていて現に原告は浄化槽の存在に気づかなかつた事実が認められる。右事実によれば、原告が本件賃貸借契約締結時において、本件店舗の床下に本件浄化槽が存在することを認識することは困難であつたものと

推認され、したがって本件浄化槽の防臭、防虫構造等が充分であるか否かにつき認識することは相当の注意を払つても不可能であつたことが明らかであるから、本件瑕疵は隠れたるものと認められる。」

〔2a-8〕 広島地判昭50・7・18判タ332号319頁 「本件土地は地下水の近い緩い丘陵地に真砂土を盛土した造成地で（盛土高は擁壁中心部において約7メートル）、擁壁を二段に分け、上段高さ（垂直距離。以下同じ）3.5メートル、勾配（水平距離に対する垂直距離の割合。以下同じ）2.5下段高さ3.6メートル、勾配2.0、控え長さ40センチメートルのブロック練積み造りで、上下段の間に幅45センチメートルの小段を設け、擁壁上部の盛土斜面は高さ約1.3メートル、勾配約0.56とし、その上部をほぼ水平にして造成したものであること、右擁壁は上段、下段とも盛土量高に比して断面が相対的に不足し、背面土の土圧に対する許容支持力を超えていたこと、そのため、昭和47年七月頃の集中豪雨の際雨水、地下水の浸透により増加した背面土の土圧に耐え得ず、崩壊し、本件土地も崩壊して宅地として利用することが不可能となつたこと、本件土地を原状に復するには少なくとも60万円位を要し、かつ、そのためには擁壁の勾配を緩やかにする必要があるが本件土地の利用可能面積が著しく減少すること、以上の事実が認められ」る。「右認定事実によれば本件土地の擁壁には構造上の欠陥があつたものということができ右の欠陥は契約締結時においてXに期待される取引上必要な普通の注意を働かせても発見できなかつたものと認めるのが相当であるから民法570条にいう「隠れた瑕疵」にあた」る。

〔2a-9〕 神戸地明石支判昭54・10・29判時961号107頁 Xが、昭和41年8月30日、Yからその造成にかかる本件土地を買受けて、同44年2月その北側部分に建物を建てたこと、本件土地の南面には、Yが設計、施工したブロック積擁壁が構築されていたが、昭和45年ころから、壁面のところどころに縦割れ、横割れの亀裂が生じた。この擁壁には、排水孔として水抜穴が設けられていたが、降雨時及びその直後においても右水抜穴から排水されているのをみたことがなく、水抜穴が排水孔としての機能を十分果していなかったこと、他方、降雨時及びその直後には、後述崩壊地点やその東側の犬仲方北側の数か所において、右擁壁直下の基底部の測溝の割れ目などからかなりの水が噴出し、また、平常時においても湧水があった。昭和47年7月13日午前3時40分ころの降雨中、本件土地の西方に位置するA、B方敷地の南面擁壁が幅約30メートルにわたって崩壊する本件崩壊事故が発生した。

「擁壁は、崩壊部分の状況及び原告方における後記改修時における状況等からみて、ブロックの裏込コンクリートの厚さが不揃いで、おうとつが認められ、ブロック間

の接着及び擁壁の基礎部分も必ずしも十分でなく、これらが擁壁じたいの強度に影響を及ぼしていたことが窺われるのみならず、崩壊部分及び原告方擁壁の約一メートル北側部分には、誤って施工してそのまま放置されたと認められる三ないし四段位のブロック積が残存しており、概して、工事じたいが全体的に粗雑であった」。X 所有の本件土地の南面擁壁についても、本件崩壊部分の擁壁と同様、少なくとも施工上の欠陥があったものと認められ、かつ、右の欠陥は、本件土地の売買契約がなされた当時において、一般に買主であるXに期待される取引上の注意をもってしてはこれを発見することはできなかったものと認めるのが相当であるから、右の欠陥は、民法570条にいう隠れた瑕疵にあたるものというべきである。」

〔2a-10〕 大阪高判昭58・11・30判タ519号145頁 「Xは、仮にAが本件自動車のエンジンにターボチャージャーが取り付けられていることを知っていたとしても、右取付によって自動車の故障を誘発する原因となることまでは知らなかったのであるから、……右ターボチャージャーの取付によつて故障を誘発する虞があり、したがって同車の価値又は使用適性に減少を生ずることまでもAが知っていたものとは、これを認めるに足りる証拠がない」。Yは、Aが本件自動車のエンジンにターボチャージャーを取り付けることによつて故障を誘発する虞のあることを知らなかったとしても、これを知らなかったことについては過失があるから、本件自動車には隠れた瑕疵がない旨主張するが、右過失の事実はこちらを認めるに足りる証拠がない。かえって、原審におけるY本人尋問の結果によると、中古自動車の販売業者であるYでさえも、本件自動車のエンジンにターボチャージャーを取り付けることによつて故障を誘発する虞のあることを知らなかつたものと認められるから、通常の買主にすぎないAがこれを知らなかつたとしても、同人に過失はなかつたものというべきである。」

〔2a-11〕 横浜地判昭60・2・27判タ554号38頁（【判例評釈】円谷峻・判タ581号86～90頁） 「本件各建物の基礎工事は、前記2のとおり、本件各土地が従前水田として耕作されており、その地盤が軟弱であると予想されるにも拘わらず、事前に地質調査をすることもなく、短期間のうちに調整された土地内に、摩擦杭として松杭を多少多く打込んだ程度であり、しかも、摩擦杭が有機質土層を貫入したためその支持力を破壊するに至つたもので、本件各建物の傾斜と沈下は本件各土地の地盤の軟弱性とかかる軟弱地盤上における建物建築に際してとるべき建築工法の過誤によるものと認めることができる。」以上認定の事実によれば、本件各土地・建物には売買契約時に瑕疵が存在しており、この瑕疵は買主たるXらにおいて通常の注意を

用いても発見できない、いわゆる隠れたる瑕疵であったと認めることができる。

【2a-12】 東京地判平4・9・16判時1458号87頁、判タ828号252頁 「本件建物の各室内において、……雨漏りがあり、その結果、天井・壁にしみが発生し、虫がわく、内装の壁紙がはがれる、床が沈むなどの被害が生じたところ、同表二に記載したとおり防水工事に不完全ないし不適切な点があったこと、本件建物の外壁等に同表三記載の亀裂（クラック）が発生していること、右防水工事の不完全・不適切及びクラックが同表一記載の雨漏りの原因であることが認められる。」「右防水工事の不完全・不適切が本件売買契約前に存在した瑕疵であることはいうまでもない。また、……右瑕疵は本件売買契約において明示されていた事項ではないことが認められ、かつ、建物の防水工事が完全・適切かどうかという点は、その専門家でない限り、不動産取引について知識経験を有する者であっても、通常、認識・判断の困難な事項というべきである。」「外壁のクラックが発生した原因は、コンクリート製メース板の上に二丁掛タイルという大型の外装タイルが馬踏み目地で（メース板とメース板に跨がって）貼り付けられていること等の設計・施工上の欠陥のため、地震等の外圧が働いた場合、馬踏み状態のタイルに亀裂が入り易いという点にあることが認められる。なお、《証拠略》においては、クラックとは別の雨漏りの原因として、構造上雨仕舞いの悪い部分があることも指摘されている。」「こうした設計・施工上の欠陥は、専門家である調査をまわって初めて明らかになる性格のものと考えられるから、売買契約時存在した通常容易に発見できない瑕疵というべきである。」

「水道の鉄管を見ると錆びてボロボロになっており、……新築後間がないのに、このような状態になった理由としては、水道管の埋め戻しをする際、山砂のような良質の土ではなく海砂等を使ったことが疑われる。」「プラスチック製の浄化槽にもともと傷があったかあるいは埋設する際に損傷を受けたためと考えられるが、周囲の地中への汚水の浸透によって、現に悪臭が発生しており、地盤沈下、建物の傾斜、汚水の噴出等に発展する危険性がある。」「右水道管及び浄化槽にかかわる瑕疵は、売買契約時存在したものと認められ、かつ一般人にとっては、異常が起こって初めて問題の存在に気づく性質の通常容易に発見できない瑕疵と認められる。」

【2a-13】 東京地判平4・10・28判時1467号124頁、判タ831号159頁（【判例評釈】角紀代恵・ジュリスト1095号197頁） 「宅地の売買において、地中に土以外の異物が存在する場合一般が、直ちに土地の瑕疵を構成するものでないことはいうまでもないが、その土地上に建物を建築するについて支障となる質・量の異物が地中に存在するために、その土地の外見から通常予測され得る地盤の整備・改良の程度を超

える特別の異物除去工事等を必要とする場合には、宅地として通常有すべき性状を備えないものとして土地の瑕疵になるものと解すべきである。」「本件の場合、前記認定のように、大量の材木片等の産業廃棄物、広い範囲にわたる厚さ約15センチメートルのコンクリート土間及び最長約2メートルのコンクリート基礎10個が地中に存在し、これらを除去するために後述のように相当の費用を要する特別の工事をしなければならなかったのであるから、これらの存在は土地の瑕疵にあたる」。本件売買契約当時、土間コンが露出していたならば、「甲部分の地中の土間コン、ひいては建物基礎についても存在を推測すべきこととなり、通常容易に発見し得ない瑕疵であったとはいえない」が、本件土地全体が土に覆われていたとすれば、土間コンや建物基礎の存在は、通常容易に発見し得ない瑕疵であったというべきである（後者と認定）。

また、「瑕疵が通常発見しえないものであったとしても、買主がそれを知りまたは知り得べき場合は、隠れた瑕疵とはいえない。」しかし、「鉄工所の敷地として利用されていたということだけから、通常その地中に土間コン等が埋設されている蓋然性が高いと判断すべきことにはならないから、右の点とXが不動産業者であることをあわせ考慮したとしても、Xが本件土地に土間コン等が埋設されていることを認識しなかったことにつき過失があると認める根拠とすることはできない。」よって、原告の過失は認められない。

2a-14 東京地判平9・5・29判タ961号201頁（瑕疵自体について述べたものではないが、参考まで） 「当時、従前建物の基礎は、布基礎のようなもので撤去に多額の費用は要しないと原告、被告双方とも想定していたから、その想定を前提とする限りは、地中障害については原告が撤去費用を負担する合意がなされたわけであるが、地中障害がどのような内容であっても、全て原告が撤去費用を負担することまで合意されていたとは認められない。」「従前建物の基礎については、布基礎程度のものは原告の費用で撤去し、予想外の大規模な基礎があった場合にはYが撤去費用を負担する旨の合意であったといえる。」「布基礎程度というのは、正確にはその内容が不明確であるが、本件で実際に発見された地下室を伴う基礎については、それを超えるものであったことは明らかであるといえる。したがって、その撤去費用については、Yが負担すべきである。」

2a-15 東京地判平10・10・5判例タイムズ1044号133頁 「Xは、自動車修理工場を建設する目的で本件売買契約を締結し、Yも、右目的を知っていたこと、コンクリート塊等の産業廃棄物は本件土地の地中に埋まっていたボーリング調査でも発

見されず、杭工事に着手して初めて発見されたこと、A建設は、着手していた杭工事や根伐工事等を中断して右廃棄物を除去せざるを得なかったことに照らせば、本件土地には隠れた瑕疵があったと認められる。」

【2a-16】 東京地判平10・11・26判時1682号60頁（【判例評釈】林幸司・私法判例リマックス（21）42頁） 「本件各契約締結に際し、Y₁及びY₂において、Xが本件各土地上に中高層マンションを建築する予定であることを知悉していたとの事実を認めることができる。」「Xは、本件各契約締結に先立ち、マンション建築計画に対する影響の有無等を調査するため、Aらを通じて、Y1から資料図面等を借用して本件建物の基礎杭の位置等を確認したこと、ところが、本件各契約締結後、実際に本件建物の解体工事を進めるに従って、右図面等には一切記載されていない、多数のPC杭及び二重コンクリートの耐圧盤等の本件地中障害物が発見されたこと、本件各土地上に中高層マンションを建築しようとするれば、基礎工事を行うために本件地中障害物を撤去する必要があるところ、右撤去には通常の中高層マンション建築に要する費用とは別に金3000万円以上の費用がかかることの各事実を認めることができる。」「これらの諸事実に鑑みれば、本件地中障害物が存在する本件各土地は、中高層マンションが建築される予定の土地として通常有すべき性状を備えていないものというべきであるから、本件地中障害物の存在は、本件各契約の目的物たる本件各土地の瑕疵に当たるといわざるを得ない。」「本件地中障害物の存在が容易に認識しうる状態になかったことは、被告らにおいて明らかに争わない。」「したがって、本件地中障害物の存在は、本件各土地の『隠れたる瑕疵』に該当する。」

【2a-17】 神戸地判平11・7・30判時1715号64頁（【判例評釈】鬼塚賢太郎・法令ニュース35巻11号28頁） 中古の一戸建ての売買契約において、建物屋根裏に多数の蝙蝠が棲息していたことが、隠れた瑕疵にあたるかが問題とされた事例。「本件建物は、Yが平成2年11月ころに総額7000万円以上をかけて建築した注文住宅であり、本件売買契約当時でも、未だ築10年にも至っておらず、その代金も本件土地と合わせて3000万円を超えるものであったから、相応の快適さを有することもその性状として期待されていたといえる。しかも、Xらが、従前居住していた家で虫害に悩んだという引っ越しの動機は本件売買契約前にYも承知しており、ムカデやゴキブリが屋根裏に巣くっていないかと尋ねられたのに対して、Yはそのようなものは見たこともないと答えているのであるから、ムカデやゴキブリに類する一般人において嫌忌する生物が多数巣くっていないという意味での清潔さや快適さが本件建物の性状として合意されていたというべきである。」「すると、蝙蝠は、害獣とはいえないが、

一般的には不気味なイメージでみられているといえ、先にみたように本件建物に巣くった蝙蝠の数は極めて多数であるため、その不気味さも増す上、それによる糞尿も夥しい量となり、本件建物の天井や柱を甚だしく汚損し不潔になったものであって、そのままでは、原告らにおいてはもとより、一般人の感覚でも、本件建物は右価格に見合う使用性（清潔さ・快適さ）を備えたものといえないことは明らかである。したがって、本件売買契約当時において既に多数の蝙蝠が天井裏等に巣くっていた本件建物は、右にみた意味で瑕疵があるといえ、かつ、その巣くっていた場所に照らして、右瑕疵は、取引上、一般に要求される注意をもってしては容易に発見できるものであったとはいえないから、「隠れたる」瑕疵であったといえる。この点についての被告らの主張は採用しない。」

2a-18 京都地判平12・10・16判時1755号118頁 「本件土地建物（一）ないし（四）には、売買契約当時には、取引上、一般通常人の視点では容易に発見することのできなかったと考えられる欠陥（整備不十分な盛土地盤が次第に不同沈下を起こすこと、建物が支持力の異なる基礎地盤に跨って建築されること）が存していたことが認められる。」「そうだとすると、Yらは、それぞれの売買契約の相手方である原告らに対し、民法570条に基づく瑕疵担保責任を負うことになる（被告ミカドホームズは、本件建物（四）につき、Xに対して民法634条に基づく瑕疵担保責任も負う。）。」

2a-19 東京地判平14・9・27最高裁H Pより 「本件土地における土壤汚染は、マンション建設の基礎工事途中で発見される程度に浅い位置において、多量のオイル類を含有し、しかも、容易に悪臭を発生し得るような状態にあったというのであるから、本件土地に基礎を置き、多数の住民を迎え入れることになるマンションを建設することを妨げる程度に至っており、特別に費用をかけてでも処理する必要があるといわざるを得ない。したがって、本件土地は、取引通念上通常有すべき品質、性能を欠くというべきであり、上記③の土壤汚染は本件土地の瑕疵に当たると認めるのが相当である。」（隠れた瑕疵については議論なく肯定）。

2a-20 東京地判平15・1・28判時1820号90頁 中古のオートバイの老朽化によるタンクキャップから燃料が漏れ出したことにより引火しオートバイが焼失した事例で、証明が問題となった事例であるが、隠れた瑕疵の存在が認められている。「以上の検討によれば、本件オートバイの四番プラグキャップは、劣化により、四番プラグキャップに亀裂が生じていたか、又は、緩みが生じていたものと考える外はなく、これが本件火災の原因となったことが認められる。」「そして、四番プラグキャ

ップが上記のようなリークを発生させるものであったことが本件オートバイの隠れた瑕疵に当たることは、明らかというべきである」23)

2a-21 東京地判平16・4・15判時1909号55頁 インターネットを利用したオークションによって中古自動車を購入した事例で、次のように判示されている。

「民法570条の『瑕疵』とは、売買の目的物が通じよう備えているべき性能などを備えていないことをいうが、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、その修理費用を買主が負担することを見込んで売買代金が決定されるのが一般であるから、このような場合には、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はない。」

「これを本件についてみると、本件サイトでは、本件損傷そのものについては記載されていないとはいえ、それ以外の損傷の存在が明らかにされていて、かつ、前提となる事実記載のとおり、初心者に対し、入札に際して注意を促し、むしろ入札を控えるようにとコメントしていること、本件車両は、オークションでの開始価格が8000円、落札価格が6万4000円にとどまるところ、年式、車両の状態等によって価格が左右されることを考慮しても、その落札価格はきわめて低廉なものであったと解されることなどに照らせば、本件車両は、本件サイトで指摘された損傷以外に修理を要する損傷箇所が存在することも予想されたとうで開始価格が設定されて出品され、かつ、本件サイトで指摘された損傷以外の損傷が実際にあったとしても、当該損傷は落札者が自ら修理することを予定して落札されたものであったというべきである。」

「したがって、本件車両に民法570条の『瑕疵』があるというためには、前記した予想ないし予定を超えた損傷が存在する場合であることを要するというべきところ、……これらの損傷によって、本件車両の走行それ自体が不可能であるとも、危険を伴うとも解されないから、タイミングベルトなどと同様に、Xが自ら修理することを覚悟していて当然というべき範囲内の損傷であると認められるから、本件サイトにその旨の記載がなかったとしても、これをもって、本件車両の瑕疵ということはできない。」「しかしながら、本家車両は、低年式の中古車であって、損傷箇所が存在するとはいえ、本件サイトにはその走行自体が不可能であるとか、危険を伴うといった記載はなく、却って、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のである。」「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、本件車両の落札価額の低廉さ、本件サイトの記載を考慮しても、前記した予想ないし予定を超える損傷であったといわなければならない。」この損傷については、「本件車両の落札価額の多寡にかかわらず、自動車としての走行それ自体に危険をもたらせるものであって、Yにおいても、ガソリントankのガソリン漏れを発見していたのであれば、本件サイトにその旨を明記しておいて当然というべき損傷」である。したがって、本件ガソリン漏れの損傷については、「民法570条の『瑕疵』に当たるところ、当該瑕疵は、本件サイトにも記載されず、Yから説明もされていないものであったから、民法570条の『隠レタル』瑕疵に当たることも明らかである」。

[2a-22] 東京地判平17・12・5判時1914号107頁 新築マンションにおいてホルムアルデヒドが行政基準値をはるかに超える濃度であったことを瑕疵と認めた上で、「当該瑕疵は科学的な測定によってはじめて具体的に存在を知りうる性質のものであること、健康被害が具体的に発生するには相応の期間高濃度のホルムアルデヒドその他の化学物質に曝されていることを要することなどを考えると、当該瑕疵は取引上要求される一般的な注意を払っていても容易に発見し得ないものであるというべきである。したがって、当該瑕疵の存在につき原告らは善意無過失であり、隠れた瑕疵ということが出来る」と判示している。

(b) 隠れた瑕疵肯定判例 2 —— 法律的瑕疵

[2b-1] 福岡地判昭25・2・8下民集1巻2号162頁 「Xは本件売買契約の目的物たる黒糖が密輸入品であるという隠れた瑕疵を有していたことに依り押収され契約の目的を達することが出来なくなつたと主張する」。「売買の目的物に瑕疵があるとは其の物が通常又は契約上具有すべき性質を欠如することであつてそれは単に目的物の物質上の欠陥のみでなくその利用が法律上制限される場合も包含するものと解すべきところ本件黒糖1200斤は……関税法により貨物の輸出入には免許を要することと定められてある結果として本件黒糖は密輸入品であつた為に押収されたのであつてそのために原告は右黒糖を即時に利用することを制限され売買契約をなした目的を達することができない状態にあるものと解すべきである。而して売買契約の履行として売主が原告に引渡すべき目的物が密輸入品であつて押収されるという様なことがないということは目的物が通常具有すべき性質であると解すべきであるから本件売買契約の目的物には隠れた瑕疵があつてそのためにXは右契約の目的を達することが出来なくなつたものと謂うべきである。」

2b-2 大阪高判昭28・12・22下民集4巻12号1910頁 「およそ売買の目的建物の敷地の全部又は一部が特別都市計画事業として施行する土地区劃整理の道路敷地に該当し、早晩その実施により建物の全部又は一部を撤去しなければならない事情にあり、右事情が一般に表見せず、所轄公署について調査しなければ判明しない事柄である場合において、買主がこれを知らなかつたときは民法第570条にいわゆる売買の目的物にかくれた瑕疵のあつたときに該当するものと解するのが相当である。」

2b-3 東京地判昭33・5・6下民集9巻5号777頁、判時162号19頁 「債権者が、債務者から引渡を受けた本件建物には、占有移転禁止の仮処分が、また、本件什器には、差押手続が、それぞれ執行されていた」が、「譲渡の目的物に、このような法律上の障害が存することは、民法第570条にいう『売買の目的物に隠れたかしあるとき』に、該当するものというべきである。よつて、前記仮処分及び差押の存する本件譲渡においては、債権者は譲受の目的を達することができないことを理由に、契約を解除できる」、とされており、「隠れた」という点は全く問題になっていない。

2b-4 東京地判昭37・4・17判時304号26頁 傍論として、「売買の目的土地の全部又は一部が首都圏整備計画地域に該当し、早晩、その実施により、右土地上に所有する建物の全部又は一部を撤去しなければならない事情にあり、右事情が一般的に知られず、買主もこれを知らなかつたときは、民法第570条にいわゆる売買の目的物に隠れた瑕疵があるときに該当し、このため契約をした目的を達することができない場合には、買主は、同法第566条により、契約の解除をすることができる」、と述べる。

2b-5 東京地判昭39・12・17下民集15巻12号2959頁 「本件売買の目的物はいわゆる建売住宅であるが、その敷地である本件土地附近は昭和37年8月14日建設省告示第2041号により第二種空地地区に指定されており建ぺい率3割の地区であり、「実際には建物敷地に供せられる土地は27坪4合7勺、建坪は18坪2合5勺であつて土地に対する建物の割合は7割にも及ぶ。……Yは当初から本件建物が現実には右建ぺい率にいちじるしく違反するものであることを熟知しながら建築確認申請をするに際しては形式上本件土地の周囲には塀がないものとして私道部分を敷地に含めたばかりか隣接する他人の土地まで本件建物の敷地面積に流用し、さらにこのような違反が当局に露顕した場合の処罰をおそれて申請人も架空名義にするという方法で建築確認を得たことが認められ、……Yは右違反の事実を原告に知らせず、Xは契約にさいし本件土地の建ぺい率も正確なところを知らず本件土地の有効面積も知らなかつたため、本件建物が違反建築物であることについては気づかなかつた」。

「このような違法建築物は建築基準法第9条により除却、移転、改築その他の措置を免れない運命にあり、その使用は遠からず制限されるおそれがあるほか、当局からの調査、呼出、折衝その他によつて原告の生活の平穏がはなはだしく乱されることになるのも十分予測されるところである。本件売買の目的物がこのような状態にあることは一見しては必ずしも明白でなく、このような状態そのものは住宅としての効用に害あることはもちろんであるから、これを一のかくれた瑕疵というにさまたげなく」い（買主による契約解除を認める）。

【2b-6】 名古屋高判昭40・9・30高民集18巻6号457頁、判時435号44頁、判タ184号132頁 「売買の目的山林が保安林予定森林であるときは、一般の山林にくらべ交換価値ないし使用価値が劣ることは経験則上明らかなところであり、山林が保安林予定森林であるかどうかは一般に表見しておらず通常人の注意を用いても発見し得ないところと考えられるから」、本件山林も「民法第570条にいわゆる売買の目的物に隠れた瑕疵のあるときに当るものといわねばならない。」

【2b-7】 大阪地判昭44・8・28判時585号67頁 山林を病院建築の目的で買い取ったが、買受土地が全く正規の道路には接していないためそのままでは買受目的である病院建物敷地に供用することが行政上許されないことが判明した事例。「売主たる被告等の側の事情をみるのに、《証拠略》によれば、売主たる被告等においても本件売買契約締結……当時には買主たるX等の買受土地利用目的が各公簿表示の形式上の地目本来の用法に従う利用をなすことを目的とするものではなくして、少くとも日常該土地への往来が予想せられるべき建物の建築所有を目的とするものであることは買主の説明により了知していたのであり、暗黙にもせよ右契約目的は当事者間に表示せられていたことが推認せられ」る。叙上認定したところをもってすれば本件売買の目的とせられた土地は全く公路に接せず、かつ公路に通ずる利用可能な事実上の通路の利用可能性も具備しない点においてその前記認定の如き当事者間に表示せられた買主側の売買目的に照らし隠れた瑕疵を存したものと認めるのが相当である。」

【2b-8】 東京地判昭45・12・26判時627号49頁 「Xは倉庫を建築するための用地を求め、……Y立ち会いのもとに本件土地を見分したこと、その当時本件土地にはYの建築した建物が北側境界線から二尺位離れた線に沿って存在し、右建物の北側には建物にほとんど接して塀が設置されており、右塀から本件土地の北側境界線をはさんで隣地に約三尺余りの幅の一般人の通行し得る道があったこと、YはAに対し、右道は近隣の居住者が通行しているが、本件土地は当時のYの建物のあると

ころまで建物の建築が可能であると述べ、本件土地の北側境界線の西基点を指示したこと、Yは当時本件土地に前記建築線ないし道路指定のあることを知らなかった」。仲介者「は本件売買契約締結以前に不動産仲介業者に本件土地に用益権その他特別の建築制限があるかを尋ねたところそのようなものは存在せずすでに廃道になっている旨の報告を受けていたのでそれ以上の調査はしなかったことが認められ」る。「以上の認定の諸事情のもとでは右のように本件土地の北側境界線に沿ってその両側に一般人の通行できる道があることから直ちに右土地部分に何らかの用益権ないし行政上の建築制限があるやも知れないことを推測し、関係官庁に当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。他にXに過失があったことを認めるに足りる証拠はない。したがって前記道路指定のあることは本件売買契約についての本件土地の隠れた瑕疵というべきである。」

〔2b-9〕 東京地判昭47・2・29下民集23巻1～4号96頁、判時676号40頁 売買の対処となった「土地が都市計画法所定の都市計画区域内にあり、且つ住居地域に指定されているため建築基準法の規定により敷地総面積から30平方メートルを控除した面積の60パーセント以下の延面積を有する建物しか建築することができ」ず、「本件土地は契約で予定された本件建物の敷地としての使用上の適性を欠くものというる。しかも本件売買契約は売主において本件土地上に本件建物を建築して、土地建物ともども売渡すという内容のいわゆる建売契約であるから、本件売買契約はその目的の全部に亘って瑕疵あるものというべきである。」「そこで、前記瑕疵が隠れたものであるかどうかについて検討するに、……Xは本件売買契約当時前記のような瑕疵あることを知らなかったことを認めることができ」る。「そして、土地売買取引の活発化している今日において建築制限に関する一般取引人の関心と知識が相当に高まっているとはいえ、買主としては、売主が不動産業者である場合には取引物件についての建築制限の具体的内容については、あげて業者の調査並びに判断に委ねていることが多い実情にあることを考えると、Y会社が原告に対し宅地建物取引業法第14条の3所定の建築制限に関する説明書も交付していない……本件においてXが前記瑕疵に気付かなかつたからといって注意懈怠を責めることは許されない。したがって前記瑕疵は隠れた瑕疵であるとすべきである。」

〔2b-10〕 大阪地判昭47・3・21判タ278号324頁 「土地が都市計画街路の境域に決定されると、早晚右土地は収用され、地上の建物は撤去を余儀なくされるほかに、計画事業が実施される以前においても、工作物の新築、改築、増築等について、都市計画法、建築基準法等により著るしい制限を受けるため、収容に際しては客観的

な相当価額（あるいは換地）が補償されるけれど、なお土地の取引価額、客観的価額が下落するのが一般であることは公知の事実である。……そうだとすると土地およびその上の建物の売買において、当事者が当該土地が都市計画街路の境域と決定されているのにこれを知らず、かつ知らなかつたことにつき買主に過失がなかつたときは、民法第570条にいう売買の目的に隠れたる瑕疵ありたる場合に該当し、前記法条によつて準用される同法第566条により売主は買主に対しそのため買主のこうむつた損害を賠償する義務がある。」

〔2b-11〕 東京地判昭49・9・6判時770号61頁、判タ313号308頁 「Xが本件土地を買受ける以前……下検分した際、本件土地の面積は15坪であり南西角の道路に面する隅切りの長さが5.1メートルである旨図面をもって指示されたこと、Xとしてはその際本件土地は都市計画の計画区域内にある旨告げられなかつた等の事情から、本件土地一ぱいに店舗兼住宅を建築する目的で買受けたこと XはYらとの間に本件売買契約を締結し、……一級建築士に対し、本件土地はわずかに15坪であるから敷地一っぱいに建物を建設できるように設計依頼をしたところ、同人から本件土地は都市計画の計画区域内に該当するのではないかと言われたので、首都整備局に赴いて調査したこと、首都整備局都市計画課の課員の調査によれば、本件土地は都市計画の計画区域内にある関係上南西角の隅切りの長さが6メートルになるとのことであつたこと、そのためXの計画する一階の店舗部分の面積が当初計画していた15坪より減少して一層狭隘になるうへ建築物の種類・構造・階数等が制限されるので当初の計画を断念したこと、X Yらは契約に際し、本件土地が都市計画の計画区域内にあることについては気づかなかつたことが認めることができ」る。「右の欠陥は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から、民法第570条にいう『隠レタル瑕疵』に該り」、本件売買契約の目的たる土地に隠れたる瑕疵があるものとしてなした原告の契約解除は有効である。

〔2b-12〕 東京地判昭52・5・16判時872号93頁 「Xは従業員の福利厚生施設として保養所（バンガロー）を建築するための用地を求め、自動車も入り得る道路つきの適当な用地の物色をAに依頼したこと、Yは……不動産業者であるBに本件土地の売却を委任し、同人を代理人としたこと、AはBを通じてYが本件土地を売却する意向であることを知り、その際Bから、Y作成に係る本件土地が県道及び村道に直接に接している旨の図面（以下本件案内図面という）をもって本件土地が公道に接している旨指示されたこと、A及びX代表者C……が本件売買契約締結前、Y代理人Bの案内を受けて下検分した際……、Bは（本件土地は）「ここから入るので

す。」といて別紙図面に赤線で示す山裾を走る幅員約1.5メートルの人の通行しうる通路（本件通路）を通して案内したこと……、BはCに対し本件通路が先に本件案内図面で示した村道にあたる旨明言し、「現況では農家がリヤカーを引いて通行しているが整理すれば自動車一台位通行できる」旨説明を加えたこと……、CはYの代理人で、しかも宅地建物取引主任者たるBの説明をそのまま信用し、先に示された本件案内図面と現地の状況、就中Bの指示説明する本件土地の道路付きの状況につき、Bの説明どおりに信じてそれに満足し、それ以上の調査はしないで、本件土地にはBの説明したような村道である本件通路（整理すれば自動車も入り得る。以下同じ）が存するものと信じ、その存在を前提とし、本件土地に前記バンガローを建築する目的で本件売買契約を締結したこと、Xの右目的は、すでに、Bを介してYにも通じていたこと、本件売買契約成立後、Bが交付を約した公図写をX方に持参しないので、Xの指示によりAが現地の登記所へ公図写等をとりに行った際、たまたま現地の測量士から本件土地には道がついていないと教えられて調査したところ、Bが村道だといって案内した本件通路は、村道でも私道でもなんでもなく、訴外D所有の隣接地上に存する事実上の通り道にすぎず、Yが通行利用の何らの権利を有するものでもないし、右Dは本件通路につき、Y或はX告に対し通行の権利を設定する意思もなく、また、その所有する隣地を売却する意思もないこと、結局本件通路は本件土地の通路として使用できないことが判明したこと、……本件土地は、一部県道に面する……が、その部分は高さ約10メートルの断崖をなしていて車馬の通行に適さないし、……他に本件土地には本件通路に代り得る通路は存しないこと、X代表者Cは、本件土地には村道としての本件通路があると信じ、その存在を前提として前記バンガローを建築する目的で本件売買契約を締結したものであるのに、その前提が全く架空に帰し、これでは、厚生施設としてのバンガロー建築は到底不可能であると判断し、Yに対し、本件売買契約を解除する旨の意思表示をした」。

以上の事実関係のもとでは、「公道（村道）であると説明された本件通路の叙上認定のごとき欠点は、本件売買契約についての本件土地の隠れたる瑕疵にあたるものであるし、この瑕疵のため原告は本件売買契約をなした目的を達すること能わざるに至ったものというべきである。」

2b-13 東京高判昭53・9・21判時914号66頁 「民法570条にいう瑕疵とは、売買の目的物に存する欠陥をいうが、その存否は、一般的抽象的に定まるものではなく、売買契約の内容、当事者が意図した契約の目的、売買価格、目的物の特性、当該契約に関し、売主が目的物について指示又は保証した内容などを総合考慮し、当

該具体的取引においてその物が保有すべき品質、性能を具備しているか否かを判断して決すべきものである。」「本件についてこれを見るに、本件土地をXが前認定の目的に副って利用するためには、前記の県道と本件土地の間に少なくとも自動車一台の通行を可能とする程度の道路が必要であることはいうまでもないところ、……、結局多額の費用を投じてあらたに道路を開設するならば格別ただちに利用することのできる出入路は存在しておらずこの点はまさに売買の目的物とされた本件土地の瑕疵にあたるものというべく、しかもXの当時の代表者であった保坂が右の瑕疵の存在に気づかなかったのは前認定のごとく売主たるYの代理人であり、不動産業者(宅地建物取引主任者)であるAの……指示説明を信じたためであって、一般常識として不動産業者の物件に関する説明の中には、契約成立を希うあまり時として物件の長所を過大に、その短所を過小に表現することがあり、これらをすべて真に受けてはならないことはいうまでもないが、宅地……にとって公道からの出入のための道路の有無は、そのような曖昧な説明を許さない重要な問題であり、従ってBがAの右説明をそのまま信用して、本件土地に県道へ出入りするための通路があると信じた、すなわち前記の瑕疵に気づかなかったことについて保坂に過失があったということはできない。つまり右の瑕疵は民法570条にいう隠れたる瑕疵に当るものといわなければならない。」

〔2b-14〕 東京地判昭56・6・15判時1020号70頁 X（買主）が土地を建物二棟を建てて販売する目的で本件土地を購入したが、すみ切りの存在により、右の目的が達せられないとして契約を解除し、手付けの返還及び約定の違約金の支払を求めた事例である。「X代表者及びY本人各尋問の結果によれば、本件売買契約締結当時、右両名は、ともに本件すみ切りの存在することを知らなかったことが認められ、……本件すみ切り部分は、その使用上の制限を受けるものであるから、この点において本件売買契約の目的たる本件土地には隠れた瑕疵があったものといえる。そして、Yが本件敷地と本件すみ切りとの境界を示すべき標識を設置しなかったのは、右の隠れた瑕疵に由来するものであるから、これをもって債務不履行といえることはできない」と判示する（結論としては、解除までは認められないとして、Xの請求は棄却されている）。

〔2b-15〕 東京地判昭58・2・14判時1091号106頁、判タ498号129頁 「民法570条の瑕疵とは、売買の目的物に存する欠陥をいうが、その存否は売買契約の内容、目的、代金額、契約に際し売主が指示、保証した内容等を総合して、右取引においてその物が保有すべき品質、性能等を具備しているか否かを判断して決すべきと解する。

それを本件についてみると、本件土地をXが前記認定の目的にそって利用するためには、本件私道部分につき何らの負担のないこと、仮に負担があったとしても容易にこれを取り除き得るという状況にあることが必要であるというべきところ、前記認定のとおり本件土地上には4名の借地人による借地権が存在し、しかもそれを取り除くのはXの責任であるとの合意があったのであるから、Xとしては右借地人らの対応如何によっては借地権も残存しその結果、本件私道部分を事実上にもせよ通路として右借地人に利用させざるを得ない場合のあることを当然予想すべきというべく、またXの営業目的にも照らせばこの様な場合も予想していた。つまりこの場合、Xは本件私道部分につき更地価格と私道価格との差額分を損害としてYに請求しない旨約したものと推認するのが相当である。この点で本件私道部分に瑕疵、少なくとも隠れたる瑕疵があったとはいいい難い。しかしながら本件私道部分が、X Yが認識していたところの単に本件土地上の借地人らのための通路として利用されていただけでなく、前記認定のとおり隣地天徳寺所有土地内にも通じる指定道路の一部であったこと、つまり本件私道部分を何らの負担のないものにするには前記X Y間の合意に基づくXの責任の範囲を著しく超えたものというべきであり、これが実現は甚だ困難であるという点では、まさに売買の目的物とされた本件私道部分の瑕疵に当るものと解するのが相当である。」

「しかしてXが右の瑕疵の存在に気づかなかったのは、前記認定のとおり売主たるY代表者およびその代理人たるAの説明を信じたためであって、本件私道部分と天徳寺所有土地に連なる通路の状況、公図等が前記認定のとおりであることに照らせば、Xが前記瑕疵に気づかなかったということに過失があったということはできない。すなわち右の瑕疵は民法570条の隠れたる瑕疵に当るものというべきである。」

2b-16 東京高判昭62・6・30判時1240号66頁、判タ658号129頁（【判例評釈】半田吉信・法律時報60巻12号106頁） 「本件土地を含む付近一帯の土地は、地元のA観光株式会社が開発し、宅地に造成したものであるが、Y₁商事は右の土地の内すでに宅地として造成済みのものを仕入れて販売していたが、昭和50年11月11日茂原市附近に土地を求めていたXに対し本件土地を売却した。Xは本件土地を購入する際、Y₁商事の担当者の案内で現地へ赴き、宅地造成及び道路付設の状況を確認し、本件土地が日常交通の用に供されているとみられる道路に面しており、またその当時すでに右道路周辺土地にはすでに一、二の住宅が建築使用されている現況からXは勿論、Y₁商事の担当者も当然に本件土地上に建物を建築するについて支障がないものと考え、Xに対して本件土地上に建物建築が可能であると説明し、Xもこれを

信じて売買契約を締結し、そのころその引渡を受け、同月26日に同月25日付売買を原因として所有権移転登記を経由した。」

「その後Xは昭和51年3月に本件土地上に本件建物を建築したが、本件建物がプレハブ式の簡易かつ安価な建物であったこと及びさきに説示した現地の状況からして、本件建物の建築を請負ったY₁興業は事前に建築確認を受けることに格別の注意を払わず、Xも事前に本件建物についての建築確認を受けなかった。」「本件売買の目的とされた本件土地は、道路位置指定を受けていないため、同地上に適法な建物を建築することが許されないのであるが、本件土地周辺の状況、とりわけ本件土地に接して現況道路が存在していたこと、Xは本件土地を不動産業者であるY₁商事から買受けたものであること等からして、道路位置の指定がないため、建築確認が得られないものであることを知らないで右買受けに及んだものであり、売主であるY₁商事もまた造成業者から本件土地を買受けたこと及び現地の状況からして、同様にこのことを知らないで本件土地をXに売渡したものであるから、本件土地につき、道路位置の指定がないため建築確認が得られないとの点は、仮に今後もこれらを受けられないことが確定的になったものではないとしても、目下それが絶望的である以上、本件売買の目的とされた本件土地につき隠れた瑕疵が存在するものと認めるのが相当であり、右の瑕疵によりXは結局本件土地買受けの目的を達することができなかったものというべきである。したがって、XはY₁商事に対し民法570条、566条により、本件土地の売買契約を解除することができるものといわなければならない。」

〔2b-17〕 千葉地判昭62・7・13判時1268号126頁 土地の買主ががけ条例により考えていた建物の建築ができなかった事例。「民法570条にいう瑕疵とは、売買の目的物に存する欠陥をいうが、それには物質的な欠陥（障害）のほか、法令上の欠陥（障害）の存する場合も含まれると解するのが妥当である（最高裁判所昭和41年4月14日判決民集20巻4号649頁参照。）。本件についてみると、……その理由に指摘された部分を補修するかあるいは明確にするかしないと、同法6条1項の建築主事による建築確認が受けられず、同法6条5項によって建築が制限される関係にある。」「そこで、まずがけ条例の点について検討するに、《証拠略》によれば、本件第一、第二の土地の北側には高さ2.94メートルのがけがあり、高さ2メートルを超えるがけの場合を規制しているがけ条例の適用を受けることが免れないこと、そのがけには、現在大谷石の石垣が重ねてあるが、大谷石ではがけ条例にいう擁壁とはなりえないこと、擁壁を築かずに建物を建てる場合、がけの上端から5.88メートル離さなければならぬことが認められる。そしてさらに……がけ条例に従って建物を建てる場合、

本件各土地の北側約半分弱に及ぶ部分に建物を建築できないことが認められる。かように大きな制約となることは、先に述べたように本件契約が住宅建築目的であり、建ぺい率50パーセント容積率100パーセントとする以外に建築制限のない土地として売買されたという当事者の意思に照らして看過しえざる障害であり、民法570条にいう瑕疵にあたるとみるのが相当である。」「本件売買契約当時、本件がけには大谷石の石垣が存在することは、前認定のとおりであり、《証拠略》によれば、被告が原告大野に対し、前に本件土地上に建物が建っていた旨説明したことが認められ、がけ条例による建築規制自体、一般市民である買主には周知の事柄ではないと解されるので、以上の認定のがけ条例の制約は隠れた瑕疵に該当するとみるのが相当である。』

〔2b-18〕 大阪高判平11・9・30判時1724号60頁、判タ1042号168頁 「本件建物は一戸一棟式の建物であるにもかかわらず、隣家と二戸一棟の長屋として建築確認申請をして右建築確認を受けていること（接道要件を形式上満たすための彌縫策であったと推認される。）、Yらは、右事実を認識しながら、Xらに対して右事実を告げなかったこと、Xらは本件土地建物の引渡を受けた後の調査により初めて右事実を知ったことが認められる。」「右事実によれば、Yらは、本件建物につき適法な建築確認を受けていないことになり、また、右建築基準法違反の事実は本件建物の隠れた瑕疵に該当するというべきである。」「そして、Y₁は、仲介業者として、Y₂は売主として、本件建物につき適法な建築確認を受けていない事実を説明する義務があるにもかかわらず、Xらに何ら説明せず、本件建物を買受けさせたものであるから、Xらに対し、説明義務違反（不法行為）による損害賠償義務がある（Y₂は、瑕疵担保責任に基づく損害賠償義務も負う。）。』

（c） 隠れた瑕疵否定判例 1 —— 法律的瑕疵以外

〔2c-1〕 高松地判大11・3・20新聞1974号19頁 農地の売買契約において、売主Yは買主Xに、小作人から1年78石5斗7升7合の小作米を取得しえることを保証したにもかかわらず、小作人20名は売主が保証したような小作米を納入せず、1年15石6斗8升の不足があることを発見し、これをもって買主Xが隠れた瑕疵と主張して契約解除を主張した事例である。

「惟うに売買の目的物に瑕疵ありとは当該の目的物が一般の取引上通常有すと認められたる性質又は当事者が特に保有すと定めたる性質を欠缺し為めに物の使用価値又は交換価値を減少せしむるを謂う」。したがって、「右土地に付き被告が在来の小作人より取得し居りたる小作米の数量が被告の原告に告げたる小作米の数量に不足

し居りたりとせば、本件売買の目的物に当事者が特に保有すべきものと定めたる性質を欠如し瑕疵あるものと謂はざるべからざること疑を容れず。然れども隠れたる瑕疵とは明らかな瑕疵に対するものにして、単に買主の知らざる瑕疵を謂うに非ず。通常人の注意を以てするも容発見し得べからざる瑕疵を謂うものとす。蓋し隠れたりと謂うは客観的に隠れたることを謂うに外ならざればなり。」

「其地主が小作人より1ヵ年幾何の小作米を取得し得べきやと謂うが如きことは、該土地の別段血地勢を実地検分し其他此隣の土地と比較考量する等通常人の一応の注意を以て調査するときは容易に之を知り得べきや勿論なるのみならず……小作人に付き1ヵ年の小作米の数量を調査し得たりしものと謂うべく、此の如き場合に於ける小作米の不足を目して所謂隠れたる瑕疵に該当するものと為すを得ず」これに加えて、「買主に於て善意なりとするも瑕疵が隠れたるものに非させるとき即ち通常人の注意を用ふれば之を知り得べきものなるときは、売主の担保責任を生ずべきものに非ざればなり」。

2c-2 東京控判昭2・9・29新聞2761号14頁 「板硝子破損の事実は容易に発見し得べきものなれば、斯る瑕疵は所謂隠れたる瑕疵と目し難く、従てXは右隠れたる瑕疵を原因としてYに対し損害の賠償を請求し得ざるものと謂うべく、仮に本件は箱入硝子として売買の目的物とせられたるが故に、右破損は目的物に存する隠れたる瑕疵と解すべきものなりとし之に因りXに損害賠償請求権発生したりとするも」、570条の準用する566条3項の1年経過後に本件債権との相殺を主張したものである（相殺の抗弁を排斥）。

2c-3 大阪地判昭26・1・30下民集2巻1号100頁 「Yは本件発電機にあつた瑕疵は隠れた瑕疵であると主張するが、前認定の通り昭和24年1月3日に為した試運転に依り直ちに発見することを得たのであるから、受領後試運転さえすれば直ちに発見することを得たのである。従つて該瑕疵は隠れた瑕疵と謂うことはできない。商法第526条が買主に検査及通知義務を負わしめたのは商行為に於ては商品は転々と転売されることは予想され、その間迅速と取引の安全を尊ぶ商取引に於て売買の目的物に瑕疵や数量不足があつた場合遅滞なく売主に通知を為さなければ、売主はその前者に対し代金の減額、契約の解除又は損害賠償等を為すことは困難であると共に取引後日時に制限なく何時にてもかゝることを次々に許すとすれば、取引の安全を保つことが出来ない為である。被告はこの義務に違反したのであるから、仮令その主張のような損害があつたとしても、原告に対しその賠償を請求することは出来ない。」（商526条が問題となった事例）

2c-4 東京高判昭32・8・27東京高民時報8巻9号206頁 Xは中古自動車一台を昭和30年8月26日Yから代金29万円で購入した。「Xは、右自動車には隠れた瑕疵があつて右売買契約は目的を達することができなかつたから昭和31年10月18日解除した、と主張しているけれども、右解除の日は本件提起の日である昭和31年4月23日より約6カ月の後のことであり、……Xは予め陸運事務所で車台検査を受け昭和30年8月から1年間の有効期限を附与された本件自動車を試運転の上異状のないことを確かめ、分解掃除をなさしめた後、これを買ひ受け、糞尿桶の運搬にしばらく使用した後、Yの承諾を受け昭和30年10月から同年12月までの間に鉄工業Aに依頼し代金26万円で、車台に糞尿タンクを備えつける改造工作をなさしめ、その後引きつづき昭和31年8月頃までこれを糞尿運搬に使用していたこと、その間エンジンに力がなく、調子の悪いことを発見して、しばしば修理をなしてはまた使用を継続してきたことを認めることができる。」「しかし、エンジンの調子の悪いことなら、改造費26万円を投ずるに先立ち当然発見されていたであらうと思われるし、改造後に悪くなつたとすれば、改造工作に基因するものであるやも知れず、……このような状況の下において、本件自動車に売買引渡の時にX主張の隠れた瑕疵があつたことは到底認め難いところである。従つて本件自動車に隠れた瑕疵のあつたことを理由とするXの解除の意思表示はもとよりその効なきものである。」

2c-5 福岡高判昭36・9・9判時320号16頁 「Y₁は終戦後、福岡市新天町で古美術商を営み、Xも書画骨董の趣味が深く、両名とも古美術品の交換会に出席していたところから面識をもつようになり、Y₁はXに委託されて、同人所有の画幅を他に販売したことがあること、Y₂は予て訴外Aから本件画幅を代金8万5000円で買い受けて所有していたが、知人たるY₁に対し右画幅の販売を委託したこと、Y等はこれを真筆と信じていたこと、Xは昭和28年3月10日Y₁の店舗で本件画幅を買ひ受け、即時にその引渡をうけたこと（この点は当事者間に争がない）、買受代金は10万円であつたが、Y₁はXから販売の委託をされていた骨董品数点を5万円と見積つて代金の一部に充当せしめ、残金5万円をXから受領したこと、Y₁は本件画幅が真筆なる旨の特別の保証を与えなかつたが、屢々書画を売買して相当の鑑識力をもつ控訴人はこれを仔細に点検した結果、真筆に間違いのないとの見込みをつけ、他に高価に売渡すべく、これを買ひ受けたこと、Xは昭和30年3月29日古美術商の訴外Bに対して本件画幅を代金30万円で売却し、同人もこれを真筆と信じていたこと、その後、偽筆であることが判明した」。「XがY₁と立会の上、本件画幅を真筆と信じ、特定物として買受けたことが明かであるが、このような特定物の売買にあつては、債

務者たるY、……としては、既にその特定された物たる本件画幅を給付して、債務の履行を完了したのであるから、仮に目的物が偽筆であるとの瑕疵があつたとしても、債務不履行即ち履行不能、不完全履行等の生ずる余地はないのであるから、Xの本訴請求は此の点に於て既に失当である。」

「もつともXの債務不履行による損害賠償の主張は、売主たるY等に対し瑕疵担保の責任を問う趣意であるとするも、凡そ書画骨董の売買、特に多少その経験ある者等の売買にあつては、売主において真筆であることを保証する等して、これを売買の要素とする旨の特約がない限り、真贋の判定は買主の鑑識に委されていて目的物の真贋は買主自身が責任を負うものであると理解すべきところ、前記認定の事実によれば、控訴人は予て書画骨董を売買して、これにつき相当の鑑識力をもつものであり、目的物を仔細に点検して真筆と確信した結果、これを10万円で買受け、約2年の経過後に、買受価格の3倍に達する30万円で他に転売して利を図つたのであるから、その後、偽筆であることが発見されたとしても、これをもつて法上にいう「隠レタル瑕疵」とは未だ解し難いので、理由がない。」。

2c-6 東京地判昭40・5・31判タ149頁 「本件土地には東側に約12の崖地が含まれていることが認められるが、およそ売買の目的物に隠れた瑕疵があるとは取引上要求される通常の注意を用いても容易に発見できない瑕疵があることをいうものと解するのが相当であるところ、土地が売買の目的物である場合にその土地の範囲、形状については、売主或いは近隣の土地所有者ないし居住者に尋ね、実地検分をする等不動産取引の場合における通常の注意をもつてすれば容易に知り得ることであるから、本件土地に右崖地が含まれていることをもつて、隠れた瑕疵であるとすることはできない。」

2c-7 大阪地判昭43・9・17判タ228号190頁 「在庫見切品売買においては、一般に注文品と異りあるべき品質と言うものが当初から抽象的に予定されておらず、買主が検品してその品質の出来工合を実際に確め、その確め得た瑕疵の程度を見込んで取引価格が定められ、いわば一定の品質を保有していないことをそのあるがままの在庫商品を基準として具体的に予定し、それでもなお十分採算が合うとの計算からこれを買受けるのであるから、右在庫見切品の客観的瑕疵は特段の事情のない限り、これを知り又は知り得た瑕疵として取引上通常生じ又は契約上当然予定されたものと解するのを相当とする。」

「原告は右検品によつて知り又は知り得た本件商品の瑕疵の程度は全体の一割を占めるに過ぎず、被告も右程度の瑕疵しかないことを確約したのに、本件商品の瑕疵

はその後判明したところによれば、右程度をはるかに超える著しいものであつたから、右限度を超える部分は民法第570条所定の『瑕疵』に当ると主張する。」「しかしながら、……本件商品には各ロール毎に殆ど例外なく多かれ少なかれビニールが剥げたり穴があいている損傷箇所があり、……その瑕疵の割合は原告の主張する一割をかなり超える程度のものと認めるを至当とするが、それがスクラップに近いほどの著しい疵物であるとまで認められない……ところ、……長年ビニールレザー商品の取引を手掛け、当然その品質のよし悪しを見定める専門的知識と経験を持つているものと認められる原告会社代表者滝本が、前叙のような拔取り検査法による慎重且つ入念な検品をしながら、被告側でその瑕疵を悪意で隠蔽画策した等の事情を認め難い本件において、本件商品の瑕疵の程度を著しく見誤るおそれは殆ど考えられず、原告は本件商品をヤード当り147円で輸出転売しているにせよ、本件売買価格は一級品（A反）のその4分の1であり、右取引価格は本件商品価値の程度を見込んで定められたと推定され、……よく見せたい気持も手伝つて一本のロール毎に約一割位あるだろうと答えたことが認められるが、右はそのような著しい損傷箇所が30米のロール中に平均して一割位あるだろうとの趣旨と解され、その余の9割が完全無欠なものだと請合つたわけでないことは明らかであり、その他クレームを後日に留保する特段の事情も本件全証拠中にこれを認めることができないのであるから、本件商品の前記程度の瑕疵は原告において十分知り得たはずの瑕疵として本件売買契約上当然予定されていたものと解するのが相当である」。「その他本件商品の客観的瑕疵が前記認定の瑕疵の程度を超えるものとは原告の全立証その他本件証拠によるもこれを認めることができないから、その瑕疵が右程度にとどまる限り、右瑕疵が本件売買において取引上通常生じ又は契約上予定された瑕疵の程度を超えるものとすることはできない。」

〔2c-8〕 東京高判昭51・4・8判時904号77頁 「本件船舶が本件売買契約締結当時船舶安全法所定の手続を経ることなく船体延長工事を施され、かつ、所轄海運局による適式の船体検査を受けていないため、運輸省令小型鋼船構造基準に合致せず、堪航性を欠く瑕疵があつた」と主張された事例。

「本件改造工事に関しては、昭和36年6月頃中国海運局によって船舶安全法に基づく臨時検査又はこれに代わるべき中間検査が実施され、本件船舶は右検査に合格したことが推認される」。「そうとすれば、他に特段の事情の認められない本件においては、本件船舶が所定の検査基準にも合致し、堪航性を有することを公認されたものと解するのが相当である。」

「仮に、Xの主張する瑕疵が認められるとしても、後記理由によりXの各抗弁は、採用することができない。」「X会社代表者Aは、昭和39年4月当時既に20年余にわたり、海員として甲板及び機関勤務の経験を積んだ海事の専門家であったこと、本件売買契約締結に際しては、本件船舶が船体延長工事を施された事実がX会社側に伝えられたこと、Aと、B（X会社の幹部でAとはほぼ同様の海事関係の経歴を有する。）とが、仲介人Cの案内で昭和39年2月末頃江の浦沖に碇泊中の本件船舶を下見に行ったがその際同人らは、船を棧橋から望見しただけで乗船の上点検することもないままほぼ、買受の意向を固めたこと、その後船舶検査手帳の存在は確めたものの、本件改造工事の詳細に関し、監督官庁や工事を施行した造船所等に赴き又は照会して調査する労を省いてこれを買受ける意思表示をしたこと、本件売買契約の内容として、船は現状有姿のまま引き渡すべく、引渡の時までに生じた損害は売主において負担するも、引渡後生じた損害は、原則として売主の負担とはならない旨のおおよその含みがあったこと……、本件売買契約における売買代金は、金2,800万円であるうえ、弁済方法は、通常中古船の場合即時現金払であるべきところ、X会社の懇請により、引渡時までに1,000万円を支払い、残金は本件各手形の満期の日に手形金を支払うことによって弁済するという買主に有利な方法がとられたうえ、本件船舶をYが本件改造工事直後の昭和36年6月に買受けたときの代金2,800万円に比較すると、前記売買代金1,800万円は……格安であるといわなければならないこと及びY会社としては、改造工事の内容、船の現状、性能、材質等につき特に保証するような言動はしなかったことを認定しえる。」「右認定の事実関係によれば、X会社は、本件売買契約締結に際しては、船舶検査手帳の存在に重きを置き、これさえあれば船の堪航性は問題ないと考え、仮に、買受後故障が生じても（価格が比較的低廉であり、支払条件も買主に有利なところから買受後一兩年後に契約の目的を達することができないような重大な瑕疵でも現れない限り、）、自己の負担において修理するという趣旨でこれを買受けたものであると解するのが相当である。」「そうとすれば、Xが主張する程度の瑕疵は、本件売買契約締結に当り、少なくとも未必的に予見されていたというべきであるから、仮にその存在が肯認されたとしても、民法570条にいう『隠れたる瑕疵』ということはできず、また、右契約締結に当ってX側の意思表示に要素の錯誤があったことを認める余地もないことが明らかである。」

2c-9 札幌高判昭53・8・15判タ374号119頁 「本件建物は昭和42年頃に旧中学校校舎の古材を利用して建築されたもので、昭和49年頃から破損、老朽した箇所がかなり出てきたこと、そのため……北海道江別保健所から本件建物（水明荘旅館）

……本件建物の浴室、脱衣室が老朽甚しく新設の要あること外10項目につき改善、整備を指示されたこと、それで被控訴人は右各項目のうち浴室、脱衣室についての項目以外については改善、整備したこと、……、昭和51年4、5月頃本件建物の浴室、脱衣室はその天井が落ちそうになる等破損、老朽が甚しく、旅館営業を再開しようとしても、そのままでは使用不可能な状態であつた」。以上の認定の事実によれば、「本件売買契約が締結された昭和51年5月27日当時、本件建物の浴室、脱衣室には瑕疵があつたものと解するのが相当である。」「しかしながら、本件土地、建物を買受けるのは比較的大きな取引と認められるうえ、〈証拠〉によれば、Xは、本件建物の所在する新篠津村の隣町に居住し、本件売買契約を締結する二箇月位前の昭和51年3月頃からYと本件土地、建物の買受について交渉していたこと、Xは、本件土地、建物を買受けた後で本件建物において旅館を営業する予定であつたことが認められ、右認定の事情のもとでは、本件土地、建物を買受けようとするXとしては、本件建物を予め検分する程度の注意は払うべきであり、Xが右の注意を払つて本件建物を検分すれば、直ちに前記浴室、脱衣室の状態を知ることができたものと認められるから、本件建物の浴室、脱衣室の前記瑕疵は隠れていたものとは認められない。」なお、仮りに本件建物にX主張のとおり、誘導灯の設備がないという瑕疵があつたとしても、本件建物を検分すれば、それは直ちに判明したことであるから、それも隠れていたものとは認め得ない。」「のみならず、〈証拠〉によれば、Xは本件売買契約を締結する前に予め2回位本件建物を検分し、その際はYの役員が本件建物内を案内したこと、特にXが昭和51年4月中旬頃2度目に本件建物を検分した際は、Xはその親戚で江別市建設部長をしているA外一名を同行して本件建物を検分してもらい、その専門的意見を本件建物等を買受けるか否かの参考にしようとしたこと、右検分に際しYの常務取締役B、同Cは一時間位にわたりX外右2名を案内して本件建物内をくまなく廻り、浴室、脱衣室も案内したこと、それでX外右2名は右浴室、脱衣室が前判示の状態であることを知り、又その他の箇所についてもその状態を知るに至つたことが認められ、これによればXは本件売買契約が締結された当時、本件建物の浴室、脱衣室その他の箇所に瑕疵のあることを知っていたものであり、従つて仮りに右瑕疵が隠れたる瑕疵に当たるものとしても、それによつてYがXに対していわゆる瑕疵担保責任としての損害賠償義務を負ういわれはない。」

〔2c-10〕 東京地判平9・12・25判タ988号200頁 「Xらにおいて本件土地に浄化槽が埋設されている事実をYらから知らされないままに本件売買契約を締結した後X₁のY₁に対し質問に答える形でY₁から浄化槽埋設の事実を知らされたとのXらの主張

事実を認定することは困難である。……そして、その後の交渉により浄化槽の撤去費用を全額被告赤木らにおいて負担することとなった経過に照らすと、Xらにおいては、本件土地に浄化槽が埋設していることを認識した上これを前提として本件売買契約の成立を認容していたものというべきであるから、本件土地に浄化槽が埋設されていた事実をもって民法570条所定の『隠レタル瑕疵』に当たるとのXらの主張は採用できない。」

2c-11 名古屋地判平3・1・23金商877号32頁 Yらから別紙物件目録記載の土地と建物二棟（以下「本件土地」、「本件建物一、二」という。）を買い受けたXが、右土地建物の売買契約を結ぶにあたって、Yらから本件建物一に隠れたる瑕疵があることを知らされなかったために、転売の目的を達せられず、損害を被ったとして、主位的に民法709条に基づき、予備的に民法570条に基づき、その賠償（転売利益の内金の支払）を求めた事例。

「本件建物一の東側壁面が東隣り建物の西側壁面と共用の状態（いわゆる一枚壁）となっていることは隠れたる瑕疵となるか。原告は、右瑕疵を知り、また知りうべきであったか。」「Xは、本件建物一、二を取り壊して本件土地を更地にして転売する目的で、Yらから本件土地建物を買受けており、Yもこの目的を知っていたことが認められる。また、甲八及び証人平野保を総合すると、本件建物一だけを東隣り建物から分離して単独に取り壊すことは、技術的に不可能ではないものの、取壊し工事に要する費用、東隣り建物への影響、被害弁償等を考慮すると、社会的には取壊しは困難であると認められるので、一枚壁の事実、そり限度において契約当事者間では「瑕疵」になりうるものといえる。」

「本件建物一の北側道路上から本件建物一及び東隣り建物の北側（正面）部分の境界付近（本件一枚壁の北端地上付近）を見ると、本件建物一はタイル張り壁面、東隣り建物はコンクリート製白色ペンキ吹き付け壁面というように、明らかに仕様が異なっており、建物正面を全体として見ても、外見上はそれぞれ独立した建物のように見える。しかし、本件建物一の東側壁面と東隣り建物の西側壁面との間に隙間は全くなく、両建物の壁面が密着していることもまた、外見上明らかである。」「本件建物一、二の南側空地上から本件建物一及び東隣り建物の南側（裏側）部分の境界付近を見ると、両建物は屋階部分を共有しており、両建物の屋階にまたがって塔屋が設置されていることは外見上明らかである。」「証人A及びY₁本人は、Y₁及びその売買契約の代理人であるAからXに対し、本件売買契約締結前及び昭和62年7月1日の現地見分時に、本件建物一と東隣り建物とが一体の建物であることは説明し

である旨それぞれ供述するが、仮にそうであったとしても、証人B（第一回）及びX代表者（第一回）に照らすと、Xが一枚壁の事実を十分認識しうる程度に明確な形で説明がなされたものとは認めることができない。」

「しかし、証人B（第一回）、同A、X代表者（第一回）及びY₁本人を総合すると、Xは、不動産仲介業という土地建物取引の専門家であること、昭和62年7月1日にはY₁からXに対し本件建物一の図面が交付されていること、もっとも、Xは、取毀しが目的であるので建物図面にはさほど関心がなく、注意して検討することもしなかったこと、右同日B、A、X代表者及びY₁が現地に赴き、本件土地建物を見分し、境界の確認等をしたことが認められる。」

「以上の事実を前提に判断する。」「本件建物一の建物図面を検討し、現地において本件建物一の外観を注意して（特に南側空地から屋階部分を）見分すれば、本件建物と東隣り建物とが壁面を共用するいわゆる一枚壁の構造になっていることは認識可能であるというべきである。しかるに、Xは、不動産仲介業という土地建物取引の専門家として、建物の取毀しを予定しているのであるから、当然取毀しが可能か否か調査すべきであるのに、本件土地を更地にして転売利益を得ることの方に関心があるのみで、本件建物一の取毀しが可能か否かの調査については、これを怠ったものというべきであり、原告にはこの点において過失があったと認められる。したがって、一枚壁が認識可能であり、Xに右過失がある以上、一枚壁の事実は「隠れたる」瑕疵ということとはできない。」