

中古住宅流通活性化をめぐる法的諸問題

目次

- 1 はじめに……………小川清一郎(2)
- 2 不動産流通における情報の透明性の確保について……………小川清一郎(4)
- 3 中古住宅流通促進の観点からみた売主の瑕疵担保責任……………浜島裕美(26)
- 4 中古住宅流通活性化の視点からみる相続財産……………大杉麻美(32)
- 5 住宅に関する環境規制と税制……………柴 由花(42)
- 6 まとめ……………小川清一郎(52)

1 はじめに

小川清一郎¹

不動産の流通については、欧米と比べて中古住宅の流通が進んでいないことが指摘されており、住宅流通の7割以上が新築物件である。中古住宅の流通を阻害する要因として、第一に、不動産情報の不足、不透明性がある。買主にとって、どのような物件か、事前に十分な情報が提供され、それに基づいて購入の是非を判断する必要があるが、その情報が不完全である。それを補うものとして、仲介業者による重要事項説明があるが、これも十分とは言いがたい。また、土地については公示価格などの公的情報が整備されているが、建物についてはそのような情報がなく、さらに中古住宅の場合には、前所有者の使用状況によって価格も変わってくるはずであるが、一般消費者にはその価格の妥当性の判断が極めて困難である点なども指摘されている。加えて、新築に対する税制等の特別措置が講じられていることも、相対的に中古住宅取引よりも、新築住宅取引を促進させることになると考えられる。第二の要因として、取引において問題が生じた場合の救済策の不備がある。中古住宅と購入し、思わぬ欠陥に出会った場合にどのような救済策があるのか、従前のシステムでは綻びが目立つ。第三の要因として、日本の住宅は長期使用に耐えられるように最初から設計、建築されているとは言いがたい。これはトータルな意味で資源の無駄遣いにつながる。欧米では石造りという素材の要因もあるが、100年あるいはそれ以上維持され、取引される不動産物件は多い。木造建築が多いわが国では温暖湿潤という気候風土などの要因とも相俟って、耐久性などの問題から中古住宅の流通が阻害されている。

現在、中古物件の取引件数は極めて少ない状況にあるが、今後の環境保全、資源節約の観点から、むしろ中古物件を流通させ、より長期間にわたり建物を使用するようなシステムを構築する必要があると思われる。そこで、本研究ではこうした中古住宅の流通を阻害する様々な要因をいくつかの法的観点から検討し、中古住宅流通の活性化を図る方策を検討する。

まず、不動産流通における情報の非対称性を緩和する方策を重要事項説明義務に焦点を当てて検討する。不動産取引において、その商議の過程、契約書などで当事者は十分情報を共有して、納得の上、売買契約を締結するはずであるが、実際は素人である買主が十分な情報・知識を有しないで契約を締結している。そうした情報の非対称性を埋めるのが重要事項説明であるが、これにも問題が多い。そこで第2章でその問題点、ドイツの状況などを勘案して、一つの方向性を提示する。次に第3章では、不動産流通において、買主に損害が生じた場合の売主の責任を検討する。中古住宅で重要なものは瑕疵担保責任であるが、それが有効に機能しているとは言えない状況がある。そうした現状を踏まえて、あるべき不動産流通の保障メカニズムを探る。さらに第4章では、相続という観点から中古住

¹ 明海大学不動産学部教授

宅流通を阻害する要因とその解消方法を検討する。最後に第 5 章では、税制という観点から中古住宅流通の活性化を検討する。

なお、本研究は平成 21 年度不動産流通経営協会研究助成を受けたものである。改めて深甚なる謝意を表すものである。

2 不動産流通における情報の透明性の確保について

小川清一郎

2.1 はじめに

不動産取引は、多くの人々にとってそれほど頻繁に行われるものではない。そのため、不動産取引に関わる当事者の間には、情報を収集する能力や専門的知識において格差が生じる。こうした情報の非対称性を是正するために様々な方策があるが、その一つに当事者の一方から他方に対しての情報提供義務ないし説明義務がある。

ところで、不動産取引における宅建業者の説明義務は、宅地建物取引業法で規定されているが、そこに列挙されている事項以外にも説明義務を拡大する傾向にある。さらにこうした義務を怠った場合の私法上の効力については規定がない。そこで説明義務の法的性質と効果、その範囲・内容について、判例の動向、ドイツの不動産取引の事情を検討する。

2.2 不動産紛争の類型化

2.2.1 宅建業者が自ら売主の場合

宅建業者は、自ら売主の場合に、宅建業法上の重要事項説明義務を負うことはいうまでもない。この義務を怠った場合の契約上の効果が問題となる。重要事項説明義務の対象である売買土地の登記簿上の権利者に関する事項についての不完全な説明に関して、説明義務を売買契約の付随義務と解し、その不履行を理由とする契約解除を認めたものがある（東京高判昭和 52 年 3 月 31 日判時 858 号 69 頁）。また、売買土地に建築規制が存在した場合につき、売主たる宅建業者の重要事項説明義務を売買に付随する義務と認めて、売主の債務不履行に基づく契約の解除と損害賠償を認めた判決もある（大阪高判昭和 58 年 7 月 19 日判時 1099 号 59 頁）。

2.2.2 委託を受けて不動産取引をする場合

買主が直接、売主と交渉して土地を購入したのではなく、宅建業者に委託して土地を購入した場合に、買主としては売主に対する権利行使とは別個に宅建業者の責任を追及することが考えられる。宅地造成法により宅地造成を行うためには知事の許可を要し、かつ莫大な費用を要する急傾斜地の売買につき、このことを告知しなかった宅建業者の債務不履行責任を追及した事案で、宅建業者が宅建業法上負担している重要事項説明義務をそのまま直ちに宅建業者の契約上の債務と解し、債務不履行責任を認めた事例がある（東京地八王子支判昭和 54 年 7 月 26 日判時 947 号 74 頁）。

2.2.3 委託を受けない場合

買主と売主が委託した宅建業者との間には直接の契約関係は存在せず、買主が宅建業者の責任を追及する方法としては不法行為責任が問題となる。判例は「宅建業者は直接の委

託関係はなくても、業者の介入に信頼して取引をするに至った第三者に対して、信義誠実を旨とし、権利の真偽につき格別に注意する等の業務上の一般的注意義務がある」とする（最判昭和36年5月26日民集15巻5号1440頁）。

2.3 説明義務の法的性質と効果

不動産取引において売主および仲介した宅建業者が買主に対して重要事項説明義務を負う（宅建業法35条）。また、その相手方に対し、重要事項について、故意に事実を告げず、又は不実の事を告げる行為をしてはならない（宅建業法47条1項）。しかし、宅建業法は、宅建業者に対する行政上の取締規定であるため、宅建業者にこれらの義務違反がある場合、業務停止や免許取消などの行政処分ないし罰則が認められるにすぎず、直ちに、宅建業者と取引の相手方との契約の効力が否定されたり、損害賠償責任が発生することはない。問題は、重要事項説明義務が契約法上の売主の義務あるいは不法行為上の加害者の注意義務とどのような関係になるかである。

宅建業者の重要事項説明義務については、その義務違反の場合に私法上の効果を認めるのが判例・通説である。たとえば、宅建業者が取引の関係者に対して負う信義誠実義務（宅建業法31条1項）を根拠に、信義誠実の原則が「私法取引上ないし債権関係を通じた全般的な指導理念であるというべきであるから、宅建業者がその業務を行うにあたり、信義誠実の原則に違反し、そのため取引の相手方に対して損害を与えた場合には、民事上の責任を負うこともあり得る」という見解がある²。あるいは、宅建業法が、制定当時の行政上の取締法規的性格のほか、今日では、相手方との契約の成立や内容について直接規制する条項を有し、また、消費者保護法としての性質を有する点に鑑みて、宅建業法違反によって取引の相手方に損害を与えた場合には、民事上の責任を負うとされる³。

こうした義務の法的性質をどう考えるか。①宅建業者が自ら売主になる場合、②委託を受けて不動産取引を仲介する場合、そして、③委託を受けない場合に分ける必要がある。①宅建業者が売買等の取引の当事者となる場合には、問題となる。つまり、こうした説明義務を売買契約上の主たる給付義務である財産権移転・引渡債務の内容に包摂できないからである。判例・通説は、こうした義務を売買契約に付随する信義則上の注意義務と位置づけている。売主の説明義務違反を理由に契約解除ができるかどうか争いがあり、学説は否定的である。ところで、売買契約において売主に重要事項説明義務違反がある場合、買主からは錯誤無効（民法95条）、詐欺取消し（民法96条）、瑕疵担保責任に基づく契約解除（民法570条）、消費者契約法4条による取消しが考えられる。錯誤無効は、買主の内心的効果意思と表示行為の不一致を理由に契約の無効を主張するものであるが、不動産売買

² 塩崎勤「宅地建物取引業者の責任」川井健・塩崎勤編『新・裁判実務体系8 専門家責任訴訟法』161頁。

³ 工藤祐巖「不動産取引と説明義務」判タ1178号125頁、山崎敏彦「不動産仲介業者の説明義務」私法判例リマークス27号27頁。

における錯誤無効の事案では動機の錯誤による無効を主張するものが多い。その場合、動機が表示されているかどうかの問題となる。詐欺取消しは、売主の買主に対する欺罔行為の存在が必要となる。瑕疵担保責任は無過失責任であるため、売主の故意・過失を要件としないが、売主に対し損害賠償を請求するには、売買目的物に隠れたる瑕疵があることが必要であり、解除を主張するときには、瑕疵の存在により、契約目的を達成しえないことが必要となる。消費者契約法 4 条による契約取消しのうち、不利益事実の不告知（同法 4 条 2 項）は売主業者の故意を必要とするが、不実告知（同法 4 条 1 項 1 号）、断定的判断の提供（同法 4 条 1 項 2 号）は故意を必要とせず主観的要件が緩和されている。②買主の委託を受けて仲介する場合は、仲介契約が民法上の準委任契約に該当するので⁴、善管注意義務の内容として位置づけることができる。義務違反の場合には債務不履行による損害賠償、契約解除が認められる。③委託を受けない相手方に対しては、業務上の一般的注意義務違反による不法行為責任（民法 709 条）を負うことになる。その根拠は、宅建業法 31 条が、委託者だけでなく「取引の関係者」に対して信義誠実に業務を行わなければならないと規定すること、不動産取引の専門家としての宅建業者に対する第三者の信頼、仲介業者は非委託者に対しても、商法 512 条によって報酬請求権を有することなどが挙げられる。

2.4 説明義務の内容と範囲

1 不動産取引において売主側が説明すべき重要事項の内容および範囲は、宅地建物の権利関係、法令上の制限、取引条件など、宅建業法 35 条が列挙する事項に限定されることなく、住環境・取引の相手方の信用状態などここに列挙されていない事項であっても、買主の当該契約締結の決定にあたり重要な影響を及ぼすと判断される事項であれば説明すべきものと解されている⁵。こうした説明義務が、宅建業法のみならず、民法の信義誠実の原則から導かれる義務である以上、その内容および範囲は、通常一般人がその事実の存在を認識したならば購入しなかったであろうと社会通念上認められるような事実であるか否かを基準に判断される。

ところで、不動産取引における説明義務の内容・範囲についての一般的基準を立てることは困難である。不動産取引の態様が多様であり、当事者の動機・目的も多様だからである。まずは、宅建業法 35 条の列挙事項、「重要な事項」は宅建業法 47 条で説明義務がある。それ以外は、信義則に基づく契約解釈を通じて注意義務の内容・範囲を確定するほかない。

2 まず、宅建業法 35 条に列挙された事項は説明する必要がある。

1) 当該宅地又は建物の上に存する登記された権利の種類及び内容並びに登記名義人又は登記簿の表題部に記録された所有者の氏名

2) 都市計画法、建築基準法その他の法令に基づく制限で契約内容の別に応じて政令で定めるものに関する事項の概要

⁴ 川村俊雄「不動産仲介契約」『現代契約法体系・第3巻』116頁。

⁵ 明石三郎ほか『詳解・宅地建物取引業法 [改訂版]』167頁。

- 3) 当該契約が建物の貸借の契約以外のものであるときは、私道に関する負担に関する事項
- 4) 飲用水、電気及びガスの供給並びに排水のための施設の整備の状況（これらの施設が整備されていない場合においては、その整備の見通し及びその整備についての特別の負担に関する事項）
- 5) 当該宅地又は建物が宅地の造成又は建築に関する工事の完了前のものであるときは、その完了時における形状、構造その他国土交通省令で定める事項
- 6) 当該建物が建物の区分所有法に規定する区分所有権の目的であるものであるときは、当該建物を所有するための一棟の建物の敷地に関する権利の種類及び内容、共用部分に関する規約の定めその他の一棟の建物又はその敷地に関する権利及びこれらの管理又は使用に関する事項で契約内容の別に応じて国土交通省令で定めるもの
- 7) 代金、交換差金及び借賃以外に授受される金銭の額及び当該金銭の授受の目的
- 8) 契約の解除に関する事項
- 9) 損害賠償額の予定又は違約金に関する事項
- 10) 手付金等を受領しようとする場合に保全措置の概要
- 11) 支払金又は預り金を受領しようとする場合に保全措置を講ずるかどうか、及びその措置を講ずる場合におけるその措置の概要
- 12) 代金又は交換差金に関する金銭の貸借の斡旋の内容及び当該斡旋に係る金銭の貸借が成立しないときの措置
- 13) 当該宅地又は建物の瑕疵を担保すべき責任の履行に関し保証保険契約の締結その他の措置で国土交通省令で定めるものを講ずるかどうか、及びその措置を講ずる場合におけるその措置の概要
- 14) その他宅地建物取引業者の相手方等の保護の必要性及び契約内容の別を勘案して国土交通省令で定める事項

3 上記 35 条 14 項の省令で定める事項についてはつぎのようなものがある。

- 1) 造成宅地防災区域指定の有無（規則 16 条の 4 の 3 第 1 号）
- 2) 土砂災害警戒区域等にあるときはその旨
- 3) アスベスト（石綿）の使用の調査結果が記録されているときは、その内容
- 4) 旧耐震基準で建築された建築物で耐震診断を受けたときは、その内容。昭和 56 年 5 月 31 日以前に新築された建物について、建築物の耐震改修の促進に関する法律 4 条 2 項 3 号の技術上の指針となるべき事項に基づいて指定確認検査機関又は地方公共団体が行なった耐震診断がある場合は、その内容を説明しなければならない。
- 5) 住宅品質確保促進法（品確法）に規定する住宅性能評価を受けた新築住宅であるときは、その旨
- 6) 台所、浴室、便所等建物の設備の整備の状況
- 7) 契約期間及び契約の更新に関する事項

- 8) 定期借地権、定期借家権、高齢者住居法に定める終身建物賃貸借契約を設定しようとするときは、その旨
 - 9) 用途その他の利用の制限に関する事項～事業用業種の制限、ペット飼育の禁止、ピアノ使用の禁止など。
 - 10) 契約終了時における金銭の清算に関する事項～賃料などの滞納分との相殺、一定の範囲の原状回復費用として敷金が充当される予定の有無、原状回復義務の範囲として定まっているものなど。
 - 11) 管理委託を受けている者の氏名・住所
 - 12) 契約終了時の建物の取壊しに関する事項～定期借地権などで更地にして返還する条件がある場合にはその内容。
- 4 宅建業法 47 条 1 号の「重要な事項」
- 1) 宅建業法 47 条 1 号は、35 条を前提として、「重要な事項」について故意に告げず、又は不実のことを告げる行為を禁じている。
 - 2) 例えば、消費税に相当する額に関する事項は業法 35 条 1 項 6 号に規定する重要事項ではないが、業法 47 条 1 号でいう「重要な事項」に該当する。
- 5 注意義務の内容、具体的程度については、事例の集積を待たなければならない。
- 1) 取引当事者の同一性については、もっとも基本的な調査・確認事項であり、宅建業者に説明義務がある。①所有権について。地主と称する者から、氏名を冒用して入手した登記簿謄本、固定資産税台帳登録申請証明書、公図の写し、本人の住民票の抄本および偽造に係る印鑑、印鑑証明書そしてこれらを利用して司法書士に作成させた保証書を呈示された宅建業者が、司法書士、売買の動機について調査した結果、その説明どおりの事実を確認できたため、真実の土地所有者として仲介した事案につき、「宅建業者は地主に全く面識がなく、相手方が権利証を紛失したとして保証書を呈示しているのであるから、真実の権利者であるか否かについて特別の注意を払い、地主の居宅又は勤務先などに電話で連絡するとか、又は同所に行ってこれを確認するなどの調査をすべきである」として、過失を認定した（東京地判昭和 34 年 12 月 16 日判時 212 号 29 頁）。②代理権について。宅建業者がその者の資格、権限を十分に調査することは当然である。事前に登記簿について当該物件の権利関係を調査せず、権限の有無を確認するに足りる委任状、印鑑証明書、権利証などの提示を求めず、自称代理人の言を信じた場合には注意義務を尽くしたとはいえない（東京高判昭和 32 年 7 月 3 日高民集 10 卷 5 号 268 頁）。代理権について疑いがあれば、直接本人に照会する等の確認が要求される（東京高判昭和 54 年 4 月 25 日判時 933 号 64 頁）。
 - 2) その他の権限の取得についても注意義務が認められる場合がある。①賃貸権限について。委託を受けた宅建業者が土地を賃貸する場合につき、所有者と称する賃貸人が真の所有者であるか否かを調査するに当たっては、登記簿謄本、賃貸人の印鑑証明等の提示を求めるとともに、土地を実地検分して土地支配の実状を調査して確認すべきであ

り、住所の記載が異なるような場合は特段の注意を払い住民登録票について調査する等の方法により確実に期すべきである（東京地判昭和 31 年 11 月 26 日下民集 7 卷 11 号 3364 頁）。②他人物の売買について。他人物売買は、物件取得が確実にできるか否か不安が多い。仲介業者が他人物の売買に関与する場合には、通常の場合に比してより高度の注意を用いることを要し、事前に不動産登記簿を調査し所有者を確認するのはもとより売主の職業、信用度、所有者本人の売渡意思の有無、抵当権設定登記等の担保権の抹消の可否等を問い合わせるなどして確認すべきであり、その権限について、同人の委任状、印鑑証明書、権利証等を売主に提示させてその真偽を確認する等の措置をとるべきであるとして、登記簿、権利証等の調査をしなかった宅建業者に過失を認めた（宮崎地判昭和 58 年 12 月 21 日判タ 528 号 248 頁）。③第三者所有地上にある建物の売買。この場合には、事前に売主が適法な借地権を有するか否か、買主の土地使用について地主の承諾が得られるかどうかなどの点について特に慎重な調査をし、それが確認できないときは買主に紹介斡旋すべきではないし、いったん成立させた以上は、損害の発生拡大を未然に防止する義務がある（東京地判昭和 40 年 9 月 22 日判タ 183 号 173 頁）。

- 3) 権利の瑕疵、法令上の制限などについても注意義務が認められる。①制限物権などの有無。宅建業者は、登記簿などにより、その所有者を確認し、仮登記、競売、仮処分、質権、抵当権、賃借権などの登記の存否を確認し、その他諸般の方法により、取引不動産の主要な法律関係を調査し、その結果を依頼者に告知し、不測の損害を未然に防止する義務があるとして、登記簿を調べなかった宅建業者に過失を認めた（仮登記につき東京地判昭和 30 年 12 月 21 日下民集 6 卷 12 号 2645 頁、仮処分につき名古屋高判 36 年 3 月 31 日高民集 14 卷 3 号 213 頁、抵当権につき大阪地判昭和 57 年 9 月 22 日判タ 486 号 109 頁など）。②法令の制限。地上建物を取り壊して跡地にアパートを建築する目的でされた土地と地上建物の売買でこの土地がいわゆる緑地地域で、1 割地区になり、土地面積の 1 割の建坪の建物しか建たないような場合に、その旨を告知しなかった業者の責任を認めた（東京地判昭和 40 年 5 月 27 日判時 420 号 37 頁）。宅建業者が農地を宅地化し転売する意図で買い受けていることを知りながら、目的土地が市街化調整区域に含まれる可能性について容易に調査できたから、そのことを依頼者に告知すべき義務がある（東京地判昭和 54 年 10 月 30 日判時 946 号 78 頁）。家を建築できる状態にして引き渡すことを売買の条件にした場合、都市計画法に基づく開発行為の許可の規制があることについて、取引主任者をして説明させる義務に違反し、媒介に関与した複数の宅建業者につき不法行為責任を認めた（大阪高判昭和 58 年 7 月 19 日判時 1099 号 59 頁）。③指導要綱に規定された行政指導。仲介の目的が速やかに建設確認を得ることのできる建売住宅用地としての売買である場合、宅建業者としては、その目的に適合する条件を備えているかどうか、接道義務の問題、指導要綱に規定された行政指導に問題につき調査・説明義務を負うとする（東京地判昭和 59 年 12 月 26

日判時 1152 号 148 頁)。④保安林の指定。宅建業者が宅地造成の目的で山林売買を仲介するにつき、依頼者に交付した物件説明書の法令の制限内容を記入すべき欄は空白となっていたこと、本件山林の状況は森林法の指定の予想されることなどの事実関係を前提とした上で、目的山林について保安林指定の有無を所管機関に照会して確認すべき注意義務がある（最判昭和 55 年 6 月 5 日判時 978 号 43 頁）。⑤特別高圧送電線の鉄塔建設予定地であること。売主から特別高圧送電線の鉄塔建設予定地であると告げられながら、これをゴルフ場用地として売買する際に、買主に告げなかった複数の宅建業者に対し、注意義務を怠ったものとして買主に対する損害賠償を認めた（名古屋地判昭和 59 年 2 月 10 日 1135 号 75 頁）。

2. 5 説明義務が問題となる限界事例

宅建業法などに列挙されているもの以外にも説明義務があるとされるものがある。つまり、売主や仲介者の説明義務として、建物の物理的な構造、設備の性能、品質の欠陥、権利上の瑕疵のみならず、日照、通風、眺望または隣人とのトラブルなどの居住環境、法令の制限、心理的な瑕疵などについても説明義務の対象とされる場合がある。土地や建物の性状に関して、その性状が民法 570 条の「隠れた瑕疵」にあたりと判断された場合には、その瑕疵の存在につき売主または仲介者が認識していたのに、売主または仲介者がこの事実について説明を怠れば、説明義務違反が認められる。さらに、課税情報、賃借人の身元など様々なものに広がりを見せている。

2. 5. 1 環境的瑕疵

1) 日照・眺望・良好な環境

- ・ 閑静な住宅地を条件とする媒介。宅建業者に依頼する際に、気管支炎を患ったこともあったため、緑が多く空気のきれいな土地に移ることを条件の一つにした場合には、媒介当時目的物件の周辺に既に大規模な開発計画があり、この条件を満たさなくなる恐れがあることについて調査すれば知ることができたとして、媒介後の土地の環境悪化につき、これを説明告知しなかった宅建業者の責任を肯定した（東京高判昭和 53 年 12 月 11 日判時 921 号 94 頁）。
- ・ 南側隣接地に相当長期間にわたり建物は建築されないとの売主のふれ込みでマンションを購入したが、その後、南側隣接地に高層マンションが建築され、日照が著しく阻害された事案で、日照などの確保を保証する特約違反による契約解除を認めなかったが、売主には、日照などに関する不正確な情報の提供について信義則上の説明義務違反による債務不履行責任を認めた（東京高判平成 11 年 9 月 8 日判タ 1046 号 175 頁）。
- ・ 日照や眺望に関しては、「全戸南向き」と宣伝して販売したマンションが真南から 62 度も西を向いていたため、日照が著しく阻害された事案では、売主による不正確な説明について売買契約に付随する信義則上の説明義務違反として債務不履行を認めた

(京都地判平成 12 年 3 月 24 日判タ 1098 号 184 頁)。

- ・ 建築前のマンションを販売する際に販売代理人が二条城の眺望をセールスポイントとして説明し、買主も眺望の良さを購入の動機として表示していたのに、実際には完成した建物からの眺望が隣接ビルによりほぼ遮られたという事案で、買主の動機を契約の要素として売買契約の解除を認め、販売代理人には説明義務違反による不法行為責任を認めた(大阪高判平成 11 年 9 月 17 日判タ 1051 号 286 頁)。
- ・ 土地を購入して居宅を新築したが、その後、南側隣接地に高架道路が建設されたため、日照、通風などが阻害された事案で、仲介者が高架道路建設計画を知っていたのに、これを説明しなかったことについて、売主には債務不履行責任を、仲介者には不法行為責任を認めた(松山地判平成 10 年 5 月 11 日判タ 994 号 187 頁)。
- ・ 小児喘息の子供の療養のため環境の良いところに家を建てたいと仲介者に言って居宅用土地の仲介を依頼して土地を購入したが、その後、鉄筋コンクリート造の擁壁が宅地から至近に建築されたため、住環境が悪化した事案で、擁壁の建築計画を説明しなかったことについて、買主の購入動機を知らなかった売主の債務不履行責任は否定したが、買主の購入目的・動機や購入決定までの事情を知っていた仲介者には、仲介契約上の調査説明義務違反による債務不履行責任を認めた(千葉地判平成 14 年 1 月 10 日判時 1807 号 118 頁)。
- ・ 隅田川沿いのマンションの売買で、買主は花火大会の鑑賞目的で購入したが、売主は引渡し後 8 ヶ月後、当該マンションの東側に高層マンションを建設分譲したため、花火大会の鑑賞が出来なくなった事案で、売主業者に対して不法行為に基づく慰謝料請求が認められた(東京地判平成 18 年 12 月 8 日判時 1963 号 83 頁)。

2) 景観

- ・ 東京町田市に居住する原告が、同市内の土地に建築されたマンションの建築主に対し、人格権としての景観利益などを受忍限度を超えて侵害されたとして、不法行為に基づく原状回復措置として、マンションの一部撤去を求めた事案で、このマンションが原告の権利を受忍限度を超えて侵害するものとは認められないとした(東京地判平成 19 年 10 月 23 日判タ 1285 号 176 頁)。
- ・ 高層マンション(地上 28 階)の高層階(21 階以上)を被告から購入した原告が、被告が近隣に別の高層マンション(地上 39 階)を建築したため、眺望が悪くなったと主張して、債務不履行または不法行為に基づく損害賠償を求めた事案で、説明義務違反による責任を否定した(大阪地判平成 20 年 6 月 25 日判タ 1287 号 192 頁)。一般的に景観的利益の概念が法的に確立しているとは言えず、否定される傾向にある。

3) ペット

- ・ マンションで問題となるペットの飼育に関する判例で、売主の説明義務が否定された。管理組合規約の解釈の問題ではあるが、規約の内容はごく通常のものであり、諸般の事情に鑑み、売主の責任を認めなかった(東京地判平成 16 年 9 月 22 日・HP 下級裁

主要判決情報)。管理組規約の制定については売主は権限がないので、原則的にその内容についての説明義務はないと言うべきだろう。

4) 埋蔵物

- ・ 賃貸マンションの建築のために取得した土地に文化財が埋蔵されていてその発掘に多額の費用を要する事案で、隠れたる瑕疵があったとして損害賠償を認めた（東京地判昭和 57 年 1 月 21 日判時 1061 号 55 頁）
- ・ 宅地の売買において地中に大量の木材等の産業廃棄物、コンクリートの土間や基礎が埋設されていた事案で、土地の瑕疵であることを認め、瑕疵担保責任に基づく損害賠償を認めた（東京地判平成 4 年 10 月 28 日判タ 831 号 159 頁）
- ・ 都市計画による公園事業用地として買収された土地の代替地として売却された土地にコンクリート等の埋設物が存在した事案で、地中埋設物の存在を瑕疵と認めたが、本件では瑕疵担保免除特約があるとして、損害賠償は否定した（東京地判平成 7 年 12 月 8 日判タ 921 号 228 頁）
- ・ 宅建業者である買主は、住宅分譲販売のために土地を購入したが、地中にコンクリートなどが存在し、撤去せざるを得なかった。そこで買主は売主に対して、瑕疵担保責任または信義則上の説明義務違反を理由に損害賠償を請求し、一部認められた（東京地判平成 15 年 5 月 16 日判時 1849 号 59 頁）
- ・ 地中に隣人と共有共用の配水管および浄化槽が埋設されていることを瑕疵と認めて、さらに売主がその瑕疵を知っており、それを敢えて告げなかったことは故意にあたり、免責特約があったとしても、売主は瑕疵担保責任を免れることはできない（東京地判平成 16 年 10 月 28 日判時 1897 号 22 頁）

5) 迷惑な隣人

- ・ 西側隣人とのトラブルにより居住の用に耐えないことが判明した事案で、錯誤による無効は否定したが、著しい迷惑行為を繰り返す隣人の存在について説明しなかったことを信義則上の義務違反として売主および仲介者に不法行為責任を認めた（大阪高判平成 16 年 12 月 2 日判タ 1189 号 275 頁）。
- ・ 買い受けた土地の隣地の住人が脅迫的な言辞で予定された建物の建築を妨げている場合に、心理的欠陥による解除は認めず、損害賠償として宅地の減価 30%に相当する賠償を命じた（東京高判平成 20 年 5 月 29 日判時 2033 号 15 頁）。

6) 過去の火災の跡

- ・ 土地建物の買主が、売買契約時に当該建物において過去に火災が発生した事実の説明を受けなかった事案で、売主に対して瑕疵担保責任、媒介業者に対しては媒介契約の債務不履行による損害賠償を認めた（東京地判平成 16 年 4 月 23 日判時 1866 号 65 頁）。

7) シックハウス

- ・ マンション室内が行政基準を超える化学物質（高濃度ホルムアルデヒド）で汚染され

ていることは瑕疵にあたるとして、瑕疵担保責任に基づく解除を認めた（東京地判平成 17 年 12 月 5 日判時 1914 号 107 頁）。シックハウスについては中々救済が認められないが、本件は瑕疵担保責任を認めた先駆的事例である。

8) 土壌汚染

- ・ 居住用建物の敷地として購入した土地の近隣に一般廃棄物処理施設が操業し、大気を媒介として汚染物質が到来していたとしても、土地の瑕疵にはあたらないとして瑕疵担保責任を否定した（横浜地小田原支判平成 20 年 3 月 25 日判時 2022 号 77 頁）。
- ・ 売買契約の目的物である土地の土壌中にふっ素が含まれていたところ、売買契約締結当時は、取引観念上もその有害性が認識されていなかったが、その後、その有害性が認識されるに至った場合、その汚染が民法 570 条の隠れたる瑕疵にあたることとされた（東京高判平成 20 年 9 月 25 日金判 1305 号 36 頁）。
- ・ 企業間の土地の売買契約において有害物質による土壌汚染などが判明した事案で、有害物質の除去費用などに関する売主の瑕疵担保責任を認めた。契約締結時点では、フッ素は土壌汚染物質として指定されておらず、契約前の土壌調査における分析対象物質にフッ素は含まれていなかったが、土地の瑕疵とされた（東京地判平成 20 年 7 月 8 日判時 2025 号 54 頁）。本件は、契約締結時点で適法とされた物質について、後に汚染物質と指定され、そのことが瑕疵とされた特異な事案である。こうしたケースを認めると、売主の責任が過重される結果となり、批判もある。その後、最高裁で、売買契約時に危険性を認識できなかった場合に、法律上も全く合法的で、かつ、危険性を認識できなかった場合には責任を負わないとされた（最判平成 22 年 6 月 1 日最高裁 HP）。
- ・ 砒素による土壌汚染が判明した場合において、売主の信義則上の付随義務としての汚染浄化義務違反による債務不履行責任を認めた（東京地判平成 20 年 11 月 19 日判タ 1297 号 217 頁）。

9) シロアリ

- ・ 建築後 12 年の中古木造建物の雨漏りによる腐食およびシロアリによる浸食の一部を「隠れた瑕疵」に該当するとした上で、瑕疵担保責任に基づいて売主に損害賠償責任を認めた。他方、買主が主張した仲介業者の責任については、本件建物に雨漏りやシロアリ被害があることを疑わせるような特段の事情がない限り、シロアリ駆除業者に依頼するなどして被害の有無を調査するまでの義務はないとして仲介業者の責任を否定した（東京地判平成 20 年 6 月 4 日判タ 1298 号 174 頁）。

2.5.2 法律的瑕疵

- ・ 建売住宅の敷地は建蔽率 3 割であったが、実際には建坪が 7 割で建蔽率が著しく違反し、建築確認申請では私道部分を敷地に含め隣地まで敷地面積に流用する方法で建築確認を得た建築基準法違反の建物は隠れた瑕疵があり、住宅として売買目的を達することができないとして契約解除を認めた（東京地判昭和 39 年 12 月 17 日判時 406 号

58 頁)。

- ・ 買主が店舗兼住宅を建築する目的で土地を買い受けたところ、土地が都市計画法の計画区域にあり、当初の説明よりも隅きりの制限が増し、建物の敷地面積が減少するうえ、建築物の種類等に対する制限が存在することが判明した事案で、売買目的物に瑕疵が存在することを理由に解除を認めた(東京地判昭和 49 年 9 月 6 日判時 770 号 61 頁)。
- ・ 買主が更地にしてビルを建築する目的で土地を買い受けたところ、土地内の私道部分に建築基準法の道路位置指定があることが判明したためビル建築が不可能になった事案で、瑕疵に基づく損賠賠償を認めた(東京地判昭和 58 年 2 月 14 日判時 1091 号 106 頁)。
- ・ 買主が未完成物件を買い受けたところ、接道義務を満たさず、2 戸 1 棟長屋として建築確認を受けた上で 1 戸 1 棟として建築した建築基準法違反の事実が判明した事案で、債務不履行責任、瑕疵担保責任、不法行為責任に基づく損害賠償を認めた(大阪高判平成 11 年 9 月 30 日判時 1724 号 60 頁)

2. 5. 3 心理的瑕疵

1) 自殺・殺人物件

- ・ 売買の目的であるマンションの一室で 6 年前に絞首自殺があった事案で、心理的欠陥も瑕疵と認め、瑕疵担保責任に基づく解除を認めた(横浜地判平成元年 9 月 7 日判時 1352 号 126 頁)
- ・ 土地建物の売買について、売主の前所有者が約 7 年前に同建物の付属物置で自殺したという事案で、心理的欠陥を瑕疵と認め、瑕疵担保責任に基づく解除を認めた(東京地判平成 7 年 5 月 31 日判時 1556 号 107 頁)
- ・ 売買の目的たる土地上に存在していた建物内で女性が刺殺された事件があり、そのことが近くの住民の記憶に残っているなどの事情がある事案で、心理的欠陥を瑕疵と認め、損害賠償として売買価額の 5%を認めた。(大阪高判平成 18 年 12 月 19 日判時 1971 号 130 頁)
- ・ マンション売買における売主の説明義務に関し、マンションを販売した不動産業者は当該マンションで飛び降り自殺があったことを告知・説明すべき義務があることを認めた上で、その義務違反による損害は性質上損害額を立証することが極めて困難であるとして、慰謝料名目の損害賠償を命じた(東京地判平成 20 年 4 月 28 日判タ 1275 号 329 頁)

2) 暴力団事務所、暴力団組長宅

- ・ 暴力団事務所の外観はないし、通常人では容易に知ることができないので、暴力団事務所の存在は隠れたる瑕疵にあたるとしたが、解除は認めず、土地の原価割合として 2 割相当の損害賠償を認めた(東京地決平成 7 年 8 月 29 日判時 1560 号 107 頁)
- ・ 中古マンションの売買で、そのマンションに暴力団幹部の所有する住戸があり、多数

の暴力団が出入りするなどの迷惑をかけていた事案で、買主は売主に対し、瑕疵担保責任を理由として契約解除、損害賠償を求めたが、解除は認めず、損害賠償は認められた（東京地判平成9年7月7日判時1605号71頁）。

- ・ 不動産競売の対象とされた建物の所有者が暴力団幹部であることを執行裁判所が把握しながらその点を物件明細書や現況報告書に記載しなかったことは物件明細書の作成及び売却手続に重大な誤りがあるとして、売却許可決定を取り消した（東京高決平成17年8月23日判時1910号103頁）

2.5.4 その他

1) 値下げ販売

- ・ 判例は単に購入後の値下げを理由とする既購入者の保護はしないという方向にある。買主の自己責任原則に照らし、履行が終わってしまった後の不利益を売主に転嫁することは難しいからである。本件は売主である公団が分譲住宅の値下げ販売をしたことによる既購入者の保護という観点から、公団に信義則上の説明義務違反を理由に慰謝料請求を認めたものである。すなわち、購入者は公団の設定した価格の適否について十分に検討した上で当該譲渡契約を締結するかどうかの意思決定をする機会を奪われたというべきであり、公団の行為は、信義誠実の原則に著しく反し、慰謝料請求権が認められる違法行為とされた（最判平成16年11月18日民集58巻8号2225頁、判タ1172号135頁）。
- ・ 値下げ販売に対して多くの裁判例が売主の責任を否定してきた。それは売買目的物が分譲住宅のような不動産においても、その価格は需要と供給による市場原理により決せられるものであり、売買契約の履行終了後に、買主の資産価値を下落させないように配慮して、売主が同種・同等の物件を値下げ販売しない信義則上の義務はないというものであった。しかし本件では、売主が地方住宅供給公社という行政主体である場合に一定の制約を肯定した。本件の場合、従前の値下げ販売の事案に比してその幅が著しく大きいのが特徴である。従前の公的主体が売主の値下げ率は平均約16%から30パーセント弱であったが、本件では49.6%の値下げ率である。本判決は、値下げ価格の決定過程の合理性への疑問と合わせて、この値下げ率が大きすぎる点を重視し、信義則上の義務違反を肯定した（大阪高判平成19年4月13日判時1986号45頁）。

2) 防火戸の機能不全

- ・ 買主と直接契約関係に立たない不動産販売代理人たる宅建業者が、買主に対して直接責任を負うかという点について、最高裁は「宅地建物取引業者は、直接の委託関係はなくても、これら業者の介入に信頼して取引をなすに至った第三者一般に対しても、信義誠実を旨とし、権利者の真偽につき格段に注意する等の業務上の一般的注意義務がある」（最判昭和36年5月26日民集15巻5号1440頁）としている。本件は、こうした最高裁の判断を前提に、宅建業者が負う注意義務の範囲について、売主と極めて密接な関係があり、一体となって一切の事務を行っていた宅建業者に売主と同様の

注意義務を認めた（最判平成 17 年 9 月 16 日判時 1912 号 8 頁）。

3) 課税

- ・ 宅建業者は、原則として取引関係者に対し税について調査・説明する義務はないが、宅建業者が顧客に対し税が賦課されないことを確約・保証して取引を勧誘し、顧客がこれを信じてその勧誘に応じたような場合には、税についての法令等を十分に調査・説明する等の措置をとって、顧客に不測の負担を負わせることのないようにすべき義務がある（大阪高判昭和 49 年 11 月 6 日ジュリスト 585 号 7 頁）。
- ・ 土地を交換すれば所得税法の交換特例によって免税されるという相手方を信じて交換契約を締結したが、実際には免税措置は受けらなかったという事案で、宅建業者たる相手方は注意義務違反があり、不法行為責任を負う（東京地判昭和 49 年 12 月 6 日判タ 322 号 190 頁）。

4) 賃借人の身元・職業

- ・ 宅建業者の仲介でビルの一部の賃貸借契約が締結されたが、賃借人が過激派集団の委員長であり、入居後間もなくビル全館を占拠し続けたので、賃貸人がやむなく立退料を支払って立ち退いてもらい、仲介業者に賃料収入の喪失・保証金運用利益の喪失・立退料の支払等による損害賠償を求めた事案で、「仲介者は、原則として賃借希望者の自ら申し出た身元、職業等の事項を委任者である賃貸人に伝えるをもって足り、右以上に右事項につき独自に調査し、賃貸人に報告する義務はない」とし、「仲介業者としての通常の注意を払うことにより賃借希望者の申し出た事項に疑問があり、ひいては正常な賃貸借関係の形成を望み得ない事情の存することが窺われる場合には、その点につき適当な方法で自ら調査し、又は、その旨を委任者である賃貸人に伝えて注意を促す義務がある」としたものがある（東京地判昭和 56 年・7 月 15 日判タ 455 号 123 頁）。

2. 6 ドイツの不動産取引における公証人の役割

2. 6. 1 はじめに

ドイツの不動産取引は日本と比べて複雑である。債権行為と物権行為を峻別しているので、債権契約とは別個に、権利を移転させるための物権行為が必要になる。債権行為と物権行為は別個独立の行為であり、債権行為が無効であったり、取り消されても、物権行為には影響を及ぼさない（無因性の原則）。そこで、ドイツでは、不動産における権利の設定および移転を行なうためには、契約を有効に成立させる行為（債権行為）のほかに、権利を移転あるいは設定させるという物権的な合意と登記が必要となる（ドイツ民法 873 条 1 項）。この物権的合意と登記が物権変動の成立要件である。不動産における権利の設定及び譲渡に関する物権的合意は、原則として方式自由の原則が妥当する（ドイツ民法 873 条 1 項）。しかし、不動産所有権の譲渡については、債権契約が公正証書による必要があり（ド

ドイツ民法 313 条)、また、物権的合意も、アウフラッシングという形式をとる必要がある(ドイツ民法 925 条)。このアウフラッシングとは、契約当事者が譲渡人から譲受人への所有権の引渡に合意しているという両当事者の意思の表明である。このアウフラッシングは、暗黙の合意では足りず、必ず表明されなければならない。そして、所轄官庁に同時に出頭して意思表示されなければならない。こうした一連の過程で公証人が重要な役割を果たす。日本の不動産取引にとっても示唆的である。

2. 6. 2 公証人の責任

1) 公証人の地位

連邦公証人法 1 条⁶によれば、公証人の主たる職務は、法的事柄に関する証書作成にある。公証人の機能は、公的職務として特徴づけられ、公証人は、予防私法の領域でその職務を果たす。予防司法とは、個人の将来の法的利益の監護、とりわけ、将来の侵害に対する個人の利益保護として理解される。この点が、侵害された法的利益を治癒する裁判司法とは異なる。つまり、予防司法という手段は、私的な法的利益を促進させるための、多様な、将来に向けられた措置である。

2) 公証人の職務

公証人の職務は、証書の作成である。この場合の第一のかつ本質的な目的は、証明力ある証書の作成である。この証明力が法的安定性の本質的保障となる。また、証書作成に際しての公証人の活動の目的は、内容上完全な証書の作成にも向けられる。つまり、関係人の法律行為に関する意思の完全な実現が、公証人の活動の目的となる。この目的のために、公証人は関係人の意思を探求し、できる限り事実関係を完全に解明することを要求される。そのために公証人は法律状態を調査することになる。つまり、この行為で違法又は不当な目的が追及されていないか、どのような方法で法律行為の目的は達成されるか、その法律行為はどのような効力や効果を有するか、またそれはどのように展開するかなどについて、包括的に調査し、それを関係人に教示しなければならない。法的生活関係が複雑さを増せば増すほど、公証人の教示や助言が重大な意義を有することになる。公証人の教示があつてはじめて、関係人の真の意思形成が可能となると考えられている。

3) 公証人の責任

日本の場合、公証行為は国家賠償法 1 条 1 項の公権力の行使にあたとされる。それゆえ、公証人は個人責任を負わない。ドイツでは、公証人は独立した公職の担当者であり、公証人が職務上の義務に違反したときは、連邦公証人法 19 条によって、公証人自身が責任を負うことになる。公証人は公務員ではないので、公証人にかわって、国家がその責任を負うことはないとされる。公証人が個人で責任を負うことになるが、そのために責任保険の加入が義務づけられている。公証人は職務上の義務違反に対する責任がある。すなわち、

⁶「法的事柄の証書作成およびその他の予防司法領域の任務のため、独立した公職担当者として、公証人が各州で任命される」

公証人は中立義務（同法 14 条 1 項）、誠実義務（同法 14 条 2 項）、守秘義務（同法 18 条）がある。さらに、証書作成法において様々な規定が置かれている（同法 17 条～21 条）。連邦公証人法 19 条の責任が認められる要件として、①職務上の義務の違反、②保護されるべき第三者に対する損害であること、③故意または過失の存在、④ほかに賠償可能性がないこと、⑤職務違反の損害に対する因果関係を満たす必要がある。

2. 6. 3 公証人の義務

ドイツにおいては、不動産取引に公正証書の作成が必要となるので、公証人が様々な形で契約の形成に関与している。その際に、当事者の真の意思に沿うように公正証書を作成することが求められる。公証人が公正証書などを作成する場合には、いくつかの義務が課せられている（証書作成法 17 条）。証書作成法 17 条は意思表示の公証に際して、次のように規定している。すなわち、第 1 項は「公証人は、関与者の意思を探求し、事実関係を明らかにし、行為の法的射程について関与者を教示して、関与者の陳述を明確かつ一義的に証書に再現しなければならない。その際、錯誤や疑義を避け、未経験な関与者や不慣れた関与者に不利益を蒙らしめないよう、公証人は注意しなければならない」。第 2 項は「行為が、法律または関与者の真の意思にそぐわない疑いのあるときは、その疑念は関与者と心ゆくまで討議されなければならない。公証人が行為の有効性について疑いを有するにも拘らず、関与者がその証書作成に固執するときは、公証人は、その教示とこれに対する関与者の陳述を証書に付記しなければならない」。これは、4 つの義務から構成される。①関与者の真の意思の探求義務、②事実関係の解明義務、③行為の法的射程に関する教示義務、④意思表示を明確に起草する義務である。さらに、特別の事情が存在し、法律行為によって一方当事者が自ら意識していない損害を被るおそれがあるときは、公証人は後見的教示義務（*die betreuende Belerungspflicht*）を負う。これは判例により形成されたものである。まずは証書作成法 17 条に基づく基本的教示義務を概観し、後見的教示義務を検討する。

1) 当事者の意思の探求

公証人は、契約当事者の真意を探求し、それを証書に記載しなければならない。公証人は、一見して当事者の意思表示が一義的で、全員の意思が一致するよう見えても、決してそれだけに満足せず、当事者の真意を探求すべきである。公証人は、未経験で熟練していない人々がしばしば法的な意思表示の内容とその射程距離を見通さず、それゆえ、不明確にあるいは全く虚偽の表示をすることを考慮しなければならない。また、当事者が法的概念を用いるときにも注意しなければならない。たとえば、当事者が用益賃貸借契約（*Pachtvertrag*）を結ぼうとしているとき、まず、当事者が使用賃貸借契約（*Mietvertrag*）あるいは区分所有法に基づく継続的用益権を意図しているのではないことを明らかにしなければならない。また、不動産の一部の売買の際には、公証人は当事者にとって建物を建てる目的から特定の場所かあるいは広さのどちらが大事かを明らかにしなければならない。公証人は契約形成の際にその当事者の望んでいる目的を達成できるように当事者から求め

られた契約の目的を徹底的に究明しなければならない⁷。

2) 事実関係の解明

公証人が当事者の真意を確認するためには、その基礎たる事実関係を解明しなければならない。しかし、公証人は、何らの固有の探知権能を持たず、職権による証人尋問はできず、当事者の陳述に頼るだけである。すなわち、公証人は当事者の申立てを真実かどうか調査する必要はない。ただ、当事者が真実を述べていないという推測が具体的にある場合にのみ、さらに質問したりあるいは警告的な助言が公証人によって行われる。事実の解明のための公証人の義務は原則として、方式として有効な、当事者の意思を完全に適切に再現する証書を作成するために必要とされる範囲内で存在する⁸。

3) 行為の法的な射程に関する教示義務

当事者の真意について法的効力のある証書を作成するために認められたものである。この教示は、法的射程について教示するとともに、当事者が望む目的が法律上達成できるかどうか、どうすれば達成できるか、も教示する。すなわち、行為の一般的な法的意味、意図された結果を達成するための法的要件、法律に定められた方式の必要性、法律行為の効力と効果、そして執行と最終処理についてなどが教示されなければならない。

具体的には、保証に際しては、保証引受けとは、どういう意味で、どのような結果になるかを説明するとともに、保証は信頼の問題であり、債務者が債務を弁済すると信じたときだけ、保証人は保証を引き受けるべき旨を教示すべきとされる。土地売買契約に関しては、土地所有権は、アウフラッシングと登記移転があってはじめて移転すること、土地はそれまでは第三者から差押えられたり、譲渡人が処分してしまったりする可能性があること、などを教示すべきとされる。

しかしながら、公証人法 17 条 1 項でいう義務には、公証人が公証した法律行為が経済的に意味があるものかどうかを助言することまでは含まれていない。それゆえ、合意された売買代金が適当か、売却された不動産が買主の目的に添ったものかどうかを審査する必要はない。他方、売却された不動産に負担がないかあるいは担保権による負担がついているかどうかという問題は、行為の経済的な射程ではなく、法的射程に関するものであり、明らかにされなければならない。税法から生じる結果も行為の法的射程に属する。しかし、判例によると、通常公証人は税に関する助言の義務は負わない。公証人法 19 条(公証人は、税務署が発行する担税能力証明書を登記所に提出する必要性について助言しなければならない)についても、同条から税の教示義務は生じない。この助言義務は、どの額になると不動産取得税あるいは資本流通税が生じるのかという問題ではなく、ただ担税能力証明書が提出されなければ不動産登記簿あるいは商業登記簿において登記が実行されないということに助言する義務にすぎない。

4) 当事者の意思表示を証明に明白かつ曖昧さのないように再現する義務

⁷ Eike Masse, Haftungsrecht des Notars, 1994 Rz.17.

⁸ Eike Masse, a.a.O.,Rz.20.

証書化する義務は当事者ではなく公証人にある。公証人は、当事者の意思表示を疑いや錯誤が生じないように明白かつ曖昧さのないように再現しなければならない。そのために証明書の構成も明白かつ一目瞭然できるものにしなければならない。たとえば、不動産取引の際に公証人はただ不動産自体を正確に表示すればよいのではなく、登記簿に登録されている負担を表示する必要がある。特に一方あるいは他方当事者の給付義務について、また特に買主が引き受けた負担あるいは売主が除去しなければならない負担については明確に公正証書に記さなければならない⁹。

5) 判例により発展した後見的教示義務

一般的教示義務は公証人にいつも義務づけられており、一部は明文化されている。しかし、特別な教示義務は判例によって発展してきた。この教示義務は、一方当事者が意識しない損害を被る危険があるとき、その者に教示する義務である。この特別な教示義務は連行公証人法 14 条、証書作成法 17 条あるいは信義誠実の原則から導き出されるものである¹⁰。

2. 6. 4 不動産取引における公証人の責任

公証人が公証しなければならない契約のほとんどは不動産の譲渡に関するものである。不動産の譲渡のための契約は公正証書化する必要があるため（ドイツ民法 313 条）、公証人は当事者の目的に適った契約を完全かつ適切に公正証書化しなければならない。その際、買主と売主それぞれが危険に遭わないようにするために先履行することの危険やそれを回避するための手段、たとえば、アウフラッシングの仮登記といった手段について教示しなければならない。これらの教示は一般的教示義務の範囲を超えており、後見的教示義務として公証人に課されている義務である。こうした義務に違反する場合には公証人は損害賠償義務を負う。不動産取引において公証人の後見的教示義務違反が問題となる場合が多い。

1) 公証人が高額の包括抵当権（Globalhypothek）が設定されている不動産について売買契約を公正証書化した。買主が支払うべき売買代金は、まず第一にアウフラッシングの仮登記がなされることによって保障されるべきである。抵当権者が担保権の抹消を意思表示した後で、公証人は売買代金を支払うことができる。その後、包括抵当権が一部評価されず、そこに発生した所有者抵当が第三者に譲渡されたことが明らかになったという事案で、連邦最高裁は公証人に対する損害賠償を認めた¹¹。公証人はただ包括抵当権の意味を教示すればよかつたのではなく、買主に前もって売買代金を支払うことの危険を明白にしておかなければならなかった、そして、アウフラッシングの仮登記は十分な保障にはならないことを助言しておかなければならなかったからである。

2) 公証人は不動産売買契約の締結につき、申込みを行った者に対し何の教示もしないで申込みだけを公正証書化した。申込みに対する承諾は別の公証人によって行われた。この

⁹ Eike Masse, a.a.O., Rz33.

¹⁰ Franz-Josef Rinsche, Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 1998, Rz II 58.

¹¹ BGH WM 1976, 433.

事例において、連邦最高裁は申込みだけを公正証書化したという公証人の後見的教示義務を否定した¹²。教示義務は承諾を公正証書化した公証人に課されるからという理由である。

3) 公証人は契約による先買権が存在する不動産について売買契約を公正証書化した。売買代金は、所有権の移転がなんの負担も存在しない状態で登記されることが保障されたときに初めて支払われることが契約で定められていた。買主はしかしながら、先買権の抹消の前にすでに建物と進入路を設けてしまった。その後で先買権者は抹消の許諾を拒絶した。この事例で、連邦最高裁は発生した損害の賠償を公証人に認めず、公証人の教示義務に対する要求を過度にしてはならないとした¹³。

以上のように、公証人は中立性を守りながら両者に公平な契約の形成を行わなければならない。後見的教示義務の内容と範囲は最終的に当事者の信頼保護と信義誠実の原則により判断される。

2. 6. 5 不動産取引における公証人の義務

証書作成法 18 条から 21 条に主に不動産取引に関する必要な教示義務が規定されている。

1) 許可

公証人は登記を行うために必要な裁判所のあるいは所轄官庁の許可あるいは承諾について当事者に助言しなければならない。この助言を行ったことを公正証書の中に記載しなければならない(証書作成法 18 条)。必要な許可をとることは原則として当事者の行なうことであるが、公証人に適切な官庁に許可の付与を申請することを依頼することは非常によくあることである。それゆえ、公証人が許可をとらず、かつ、当事者にこの必要性に関して教示しないとき、通常職務上の義務に違反したことを意味する。たとえば、公用徴収手続の開始後では 51 条で指定されている法律行為は許可を受けなければならない(建築法典 109 条)。区画整理領域における不動産については区画整理法 17 条による許可が必要となる。特別財産に属する不動産が譲渡される場合、それが投資会社の場合には許可が必要となる(投資会社法 31 条)。

2) 担税能力証明書

税務署の担税能力証明書が不動産の売買契約または贈与の場合に要件となることを助言する義務が証書作成法 19 条に定められている。通常、公証人はこれ以上の税に関する助言義務を負わない。

3) 法定先買権

証書作成法 20 条に基づき公証人は不動産の売買契約の公正証書化の際に法定先買権について助言しなければならない。助言したことを証書に記さなければならない。とりわけ、建築法典 24 条ないし 28 条、あるいはランド法の特別規定による法定先買権が問題となる。

4) 登記簿の閲覧

¹² BGH VersR 1981, 985.

¹³ BGH VersR 1982, 299.

不動産売買契約を公正証書化する前に、公証人は登記簿を閲覧しなければならない（証書作成法 21 条）。公証人は登記簿を閲覧し、とくに買主に対して特に入念にここから生じる危険に関して教示しなければならない。登記簿の閲覧とはすべての区を閲覧することを意味する。公証人は登記簿を閲覧する義務を負うが、申請書類を閲覧する義務までは負わない。公証人が申請書類を閲覧する義務を負うのは、登記簿自体が登記許諾を参照することを指示し（ドイツ民法 874 条）、これが公正証書化されるべき行為にとって重要な場合に存在する。登記簿の閲覧は公正証書化する時点で意味のあるものでなければならない。どの程度の時間まで許されるか判例でも多様である。登記簿の閲覧については、公証人自身が見なければならないのか。信頼がおけ、かつ、専門的知識のある補助者、例えば、公証人事務所の責任者あるいは職員が行ってもよいとされる。実務上は、公正証書化する前に、必ず登記簿のコピーを職員にさせているようである。

5) 登記所への申請

公証人は、公正証書化する際に当事者の意思に沿った内容になっているかだけを注意すればよいだけでなく、当事者の目的が達成できるように登記が実行されるように配慮することが義務付けられている（公証人法 53 条）。

2. 6. 6 まとめ

1) 物権行為の独自性・無因性を採用しているドイツにおいて、原因行為についての有効性を審査する機関として公証人が存在しているが、物権行為の独自性・無因性を認めないわが国で、登記官以外にその有効性を審査する機関が存在しない。実際上は司法書士がその役割を果たすが、現行法上、そのような権限と義務を付与されていない。

2) ドイツでは、不動産登記に公信力が認められているため、取引に入った者を最終的に保護する制度が存在し、また、登記が所有権移転の要件となっているので、登記と実体が合致しない登記の状態が生じにくい。また、両当事者にとって、当事者の望んだ法的効果が得られるかどうかは、公証人が公正証書を作成している中で、公証人の教示義務の拡大により、両当事者の望んだ結果が得られやすい。

3) わが国では、登記に公信力が認められないため、登記は対抗要件にすぎない。それゆえ、登記と実体が合致しない状態が生じやすく、取引に入った者に対する保護が不十分である。さらに、契約当事者の一方が消費者の場合、ある契約条項から発生する危険を予知することは困難である。このように、契約当事者が望んだ結果を得るようになるためには、法的知識と経験豊富な者の助言が必要である。わが国でも、ドイツの公証人と同様な機関が必要であろう。現在の不動産取引において、法律の専門家として介在しているのは、司法書士であるが、司法書士はドイツの公証人のような権限は認められていない。さらに、わが国の公証人の数は極めて少ない点も問題となる。

※ 本研究をまとめるにあたって、ドイツでフランクフルト公証人協会の Christian Strunz

博士ならびにドイツ不動産協会の S.Aycil 氏に大変お世話になった。謝して御礼申し上げる。

2.7 むすび

1 重要事項説明の項目が膨大になっており、判例でもその射程が広がる傾向がある。これは宅建業者に過度の負担を強いる結果となっている。重要事項説明は日本独自の制度であり、欧米では契約書ですべてを処理する。日本の重要事項説明制度は一種のパターンリズムであり、こうした制度設計のひずみが背景にあることを喚起したい。内容の複雑な重要事項説明を一般消費者が短時間で理解することは困難であり、実際に買主、消費者が十分理解していないケースが多い。

2 重要事項説明の見直しが必要となる。第一に交付時期である。現在も契約前となっているが、契約締結までにその内容の検討の時間を十分確保する必要があるので、契約より 2 週間前までに交付するなど、一定の期限を設ける必要がある。第二に重要事項説明の形式であるが、電磁的措置（CD-ROM、電子メール）での交付も必要となる。さらに口頭の説明の重点化も重要である。書面の事前交付により消費者が十分理解できた部分については、重要事項説明時の口頭説明を省略し、逆に理解が不十分な部分についてはより詳細な説明を行うことも求められよう。また、業者間取引での重要事項説明の省略化、簡素化も可能であろう。業者間取引はプロ同士なので、重要事項説明は、書面の交付と疑問点への説明で十分である。第三に、重要事項説明の項目の見直しが必要である。必要なものに絞り込み、今後はむやみに増加させない。さらに、売主から買主に対して直接提供すべき情報については媒介業者の重要事項説明項目から除外することも検討されるべきである。第四に、契約後の事情変更に関する情報提供の位置づけを明確化する必要がある。いわゆる青田売りの場合など、重要事項説明を行った事項について契約後引渡し前までに生じた事情変更を宅建業者が認識した場合には、変更事項について当事者に情報提供する必要がある。さらに、適合性の原則の趣旨を参考にした分かりやすい説明が必要となる。消費者の知識、経験、財産の状況、契約目的などその属性に応じて重要事項説明書の記載内容や説明方法について配慮した分かりやすい説明を目指すべきである。

2 仲介の形態について。不動産取引の透明性を高めるために、より根本的には仲介形態として、一人の仲介業者が契約当事者の双方から同時に仲介を受託するという両手仲介の問題も検討されるべきである。このような取引慣行は長く存在し、公平中立に仲介業務を行っているという理由で問題視されてこなかった。しかし、現実の仲介業務で、利害対立する契約当事者間に立った仲介業者がどこまで公平性、中立性を保持し、適正な取引を遂行できるかは疑問である。確かに、売主、買主が双方同じ仲介業者に仲介を受託した段階では、利害対立が健在化しているわけではない。ところが、仲介業者が取り扱う取引は、売買といった双務契約であり、売主対買主という利害が対立する性質を有する契約構造にある。このように、一人の仲介業者が利害対立する契約当事者の双方に対し、同時に、最

大の利益を図るべく等しく誠実に業務を遂行することは、本来不可能なことであり、利益相反行為にもなり得る。宅建業者の職業倫理の確立という観点からも両手仲介は再検討されるべきである。

3 契約書の公正証書化の必要性を考慮すべきである。宅建業法で重要事項説明書の文書化は要請されているが、紛争防止という視点から一步踏み込んで、契約書の公正証書化も検討の余地があろう。前述したようにドイツでは、不動産売買などでは契約書を公正証書として作成することが義務づけられている。公正証書の作成には公証人が関与し、その際に契約当事者に様々な助言・教示を行い、未然に紛争を防止する仕組みとなっている。

4 多角的監督システムの構築も必要である。現在の不動産取引において、当事者の紛争予防の役割を担うのは宅建業者であり、重要事項説明がその最前線にある。しかし、盛りだくさんの事項を説明することはますます困難になり、当事者においても理解が希薄となりがちである。重要事項説明に予め十分時間をかけて、当事者の理解度を深めることも必要であるが、さらに権利関係については公証人・司法書士、建物の自体の調査はインスペクターなど多角的な監督システムを構築する必要もあろう。

[参考文献]

- 明石三郎『不動産仲介契約の研究』（一粒社）昭和 52 年
『判例不動産仲介契約論』（一粒社）平成 6 年
『不動産仲介契約論』（信山社）平成 6 年
- 明石三郎・上原洋允・相征一・岡本正治・磯野英徳『詳解宅地建物取引業法 [改訂版]』（大成出版）平成 7 年
- 植村秀三『日本公証人論』（信山社）平成元年
- 岡本正治・宇仁美咲『[詳解] 不動産仲介契約』（大成出版）平成 20 年
- 川村俊雄「不動産仲介契約」『現代契約法体系・第 3 巻』272 頁（有斐閣）昭和 58 年
- 工藤祐巖「宅地建物取引主任者の責任」『専門家の責任』373 頁（日本評論社）平成 5 年
「不動産取引と説明義務」判例タイムズ 1178 号 125 頁 平成 17 年
- 来栖三郎『契約法』（有斐閣）昭和 49 年
- 栗田哲男「判例から見た業者責任の動向」『現代民法研究（2）』（信山社）平成 9 年
「土地に対する建築規制と宅建業者の責任」『現代民法研究（2）』（信山社）平成 9 年
- 小島浩「宅地建物取引業者の注意義務」『現代民事裁判の課題①』655 頁（新日本法規）平成元年
- 後藤卷則『消費者契約の法理論』（弘文堂）平成 14 年
- 小西飛鳥「ドイツ債務法改正がドイツ不動産取引に与えた影響」平成法政研究 12 巻 2 号
財団法人不動産適正取引推進機構編『不動産取引の紛争と裁判例』（不動産適正取引推進機構）平成 11 年

塩崎勤「不動産仲介業者の注意義務」『現代裁判法体系 2』355 頁（新日本法規）平成 10 年
周藤利一「不動産取引紛争に関する留意点」（不動産適正取引推進機構）平成 22 年
潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣）平成 12 年
出口雅久「日独における公証人損害賠償訴訟の現状」公証法学 28 号 43 頁
西垣道夫「宅地建物取引業者の取引と不法行為」NBL208 号 32 頁、210 号 20 頁、211 号
35 頁 昭和 55 年
野澤正允「情報提供義務（説明義務）違反」法学教室 273 号 38 頁
長谷川義仁「不動産取引における売主側の説明義務違反と民法上の効果」近畿大学法学 54
巻 2 号 1 頁
松村和徳「執行証書の債務名義性に関する一考察」公証法学 21 号 51 頁
丸山英気ほか『不動産媒介の裁判例』（有斐閣）平成 11 年
山川一陽「不動産取引と不動産仲介業者の責任」『民法と著作権法の諸問題』（法学書院）
平成 5 年
山崎敏彦「宅地建物取引業者の説明義務」消費者取引判例百選 65 頁
「不動産仲介業者の説明義務」私法判例リマークス 27 号 27 頁
横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト 1094 号 128 頁

3 「中古住宅流通促進」の観点から見た、売主の瑕疵担保責任 —現行法体制と改正民法案の問題点と、今後の展望—

浜島 裕美¹⁴

3.1 はじめに

中古住宅と新築住宅との購入比率は、非常に低い割合に止まっている（表 1）。リクルート住宅総研の「既存住宅流通促進化プロジェクト」による調査¹⁵によると、中古住宅を検討したにもかかわらず買わなかった理由（新築物件を購入者&中古住宅検討者/複数回答）として、「せっかくのマイホームは新築の方が気持ち良いから（42.9%）」、「価格が妥当なのか判断できなかったから（32.6%）」、「リフォーム費用やメンテナンスで結局割高になるから（28.3%）」、「物件に隠れた不具合があるのではないかと心配だったから（22.8%）」、「昔建てられた住宅は耐震性や断熱性など品質が低いから（22.6%）」、が挙げられている¹⁶。この調査では、その他、見た目が悪いことを非購入理由とした人が累計で 56%であったとしている¹⁷。

表 1 新築住宅と中古住宅との購入割合

	昭和 56～ 平成 2 年	平成 3 ～7 年	平成 8～ 12 年	平成 13 ～15 年	平成 16 年	平成 17 年	平成 18 年	平成 19 年	平成 20 年 1 月～9 月
新築住宅を 購入	1104500	722700	1207500	769300	239000	263500	239000	227800	103000
中古住宅を 購入	1088500	397800	289800	118500	24300	20400	15200	11800	7500
割合	50%	36%	19%	13%	9%	7%	6%	5%	7%

出典：総務省「平成 20 年住宅・土地統計調査 全国編¹⁸」

¹⁴ 明海大学不動産学部准教授

¹⁵ 複数回答で、20%を超えるものがこの 5 項目である。本文中のデータは、報告書の第 4 部「住宅総研オリジナル消費者調査の結果」の「調査データ編 3. 既存住宅の購入促進要因/阻害要因「住宅購入者調査」より」（2008 年発表）のもので、報告書では 194 頁に掲載されている。<http://www.jresearch.net/house/jresearch/kizon/index.html>

¹⁶ 以下、「キッチンが古い、汚い（19.0%）」、「バスルームやトイレが狭い、汚い（18.2%）」、「中古住宅には保証やアフターサービスがない（17.4%）」、「間取り、部屋の配置が使いづらい（17.4%）」、「老朽化していて見た目が汚い（16.6%）」と続く。

¹⁷ 見た目に関する理由は、前注のキッチン、バスルームやトイレ、老朽化の他、「リビングルームが狭い、薄暗い（11.7%）」、「建物の外観デザインが古臭い（10.1%）」、「インテリアが古臭い（9.0%）」などがある。

¹⁸ 住宅の種類（2 区分）、建築の時期（13 区分）、延べ面積（6 区分）、購入・新築・建て替え等（7 区分）別持ち家数—全国）より、「新築住宅を購入総数」と、「中古住宅を購入」を抜き出して作成。

この調査結果は、日本人の中古住宅購入の不安感を非常に端的に示したものだと思う。では逆に、住宅を売る側の意識はどうか。残念ながら、売り手に対する同様な調査を見つけないことができなかったが、売り手が個人オーナーか企業かで、意識は異なるだろうと予測される。本稿では、以下、個人オーナーを念頭に置く。

個人住宅を売却する事情には様々なものがあり得るが、自分が住んでいた住宅を売却しようとする、その住宅は不動産屋に掲示されたり、チラシに掲載されて配布されたりして、買う側から見ると「商品」である。売り手が企業なら、原価 100 円の商品に付加価値を付けて売るのが、個人だと、原価も分からなかったりする。土地は公示地価が参考になるが、建物にはそのような基準がない。さらに、どうせ手放すのに修理やリフォームをしても、自分が使うのではないからメリットがない、という意識があるのではないか¹⁹。

しかし、買い手にとっては「商品」と見えるものなのに、掃除もメンテナンスもしないで陳列棚に並べているのと同じだ、ということ、個人オーナーの売り手が意識していないのではないかと思うのである。早く、あるいは高く売るための投資が必要であることの認識が希薄であるよう思われる。

そこで、本稿では、売り手に課されている法的責任と、その改正案の動向を紹介し、売り手の意識改革の必要性とその方法について、若干の考察を行いたい。

3. 2. 中古住宅の売主の責任

3. 2. 1 現行民法の概略

中古住宅の売買で売主に課される民法上の責任は、大きく分けて2つあり、目的物引渡義務と担保責任である。中古住宅は不動産であるから、売主にはこれらに加えて、登記移転義務もあるとするのが判例・通説・実務である²⁰。目的物の引渡義務は、当たり前のように思えるかも知れないが、引渡義務を認めておかないと、代金を受け取っても引渡をしない売主に対して義務違反の責任を問えない。従ってこの義務は売買の目的物が動産でも不動産でも認められる。また、担保責任の内容は、目的物の権利の瑕疵と物の瑕疵に対する売主の責任で、その内容は、代金減額、契約解除、損害賠償、それらの組み合わせだが、買主が売買契約時に善意でないと請求できない場合があったり、請求可能期間に制限があったりする。

特に、物の瑕疵に関する民法上の規定は 570 条で、これを売主の「瑕疵担保責任」と言っている。「瑕疵」とはいわば「欠陥」のことで、通常有すべき品質・性能に満たない、劣るような状態のことを指すが、欠陥と言えるかどうかの判断は、中古住宅では非常に難し

¹⁹もちろん、これは、任意売却のことで、強制競売や相続などでは、リフォーム等しての処分は想定しがたいので、本稿では考察から外すこととする。

²⁰ この点に関しては、民法債権法の教科書には載っている。さしあたり、内田貴「民法Ⅱ第2版（債権各論）」（東京大学出版会、2007年）など参照。

い。また、この責任が認められれば、売主は、契約の解除や損害賠償に応じなければならなくなるが、隠れた瑕疵に限られる、買主が善意無過失である場合に限られる、買主が事実を知ったときから1年以内に限られる²¹、などの制約がある²²。このため、この責任の法的性質について学説上の争いがあり、不動産など特定物に限られる特別な責任であると考えられる法定責任と、通常は10年間認められる債務不履行責任の特則で、1年というのは除斥期間であるとする契約責任説（債務不履行責任説）とに大きく分かれている。

法的責任の理論的争いには、その背景に様々な価値観の対立などが存在しているものの、中古住宅流通の観点からは、こうした民法上の規定は、流通阻害要因であるといえる。すなわち、これらの規定は中古住宅の売主の責任を限定し、買主のリスクを大きくする。ただし、これは中古住宅に限らない。新築住宅でも売主の責任は同じく限定されており、なおかつ、新築住宅を注文した場合には、売買ではなく請負契約となって、たとえ新築注文住宅に欠陥があったとしても、建物については契約解除ができない（635条ただし書き。売買なら、欠陥が原因で契約目的を達成できなければ解除が可能である）。

いずれにせよ、不動産の売買に関しては、現行民法は買主に対して非常に厳しいといえる。売買契約では、買主は欠陥に気付いた時から1年以内に訴訟を提起する必要があるが、これは、気付いたら直ちに行動を起こす位に考えていないと、期限切れになってしまう程度の短い期間である。例えば、住宅の欠陥として多く挙げられる雨漏りを例にすると、雨漏りの疑いをもった後、しばらく雨が降らなかつたり、留守にするなどしていたら、数ヶ月が過ぎてしまう。また、雨漏りの修理の見積もりなら無料だが、雨漏りするかどうかの調査は有料だとすると、雨漏りしているというある程度の確信が買主になれば、調査費を払うという行動には出ない可能性が高いと予想される。これでは、売主は流通させたくとも、買主はリスクが大きくてなかなか買えないだろう。

3. 2. 2 品確法、住宅瑕疵担保履行法等

住宅の売主の責任については、民法の他には、住宅の品質確保の促進等に関する法律（品確法）と、特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律（住宅瑕疵担保履行法）がある。品確法の対象は、新築住宅の売主であるが、これに伴う保険制度の中に、中古住宅も対象とするものがある。まず、品確法では、新築住宅の売主は、主要構造部分の瑕疵について10年間の瑕疵担保責任を負うとするもので、欠陥住宅問題が社会問題化したことを契機として、平成11年に制定された法律である。施行後、売主が倒産するなどの問題が生じたため、品確法で定められた売主の責任を実現性の高いものとするために、住宅瑕疵担保履行法が平成20年に施行され、翌年、住宅瑕疵担保責任保険制度などが整備された。2010

²¹ 宅建業法では、この期間が2年とされる。

²² なお、これら売主の責任を特約で排除することも可能であるが、売主が瑕疵（欠陥）を知りながら買主に告げなかったら、売主は特約に関わらず担保責任を負う（572条）。

年9月時点で、指定された保険法人は、6法人である²³。また、中古住宅に関しては、宅建業者売買について、既存住宅売買かし保険があり、加入宅建業者を国土交通省のホームページで検索できる²⁴。この保険に加入した住宅は、購入前に住宅の状況を専門の建築士が検査し、購入後に欠陥が見つかった場合にも保証される。売主が倒産等していても、中古住宅の買主に保険金が支払われるシステムである。

これら現行の保険システムは、現行民法が中古住宅の売主の責任を限定する形を取っていることに起因して整備されたと言える。すなわち、現行民法では売主の責任が限定され、静的安全が重視されているのに対して、動的安全、つまり取引の安全に資するように設計されていると評価できる。しかしながら、保険システムの導入により、売主の道義的責任が回避されるのではないかという懸念がある。一般に、保険システムの導入は、こうしたジレンマに陥りがちであるが、住宅瑕疵担保履行法では、優良でない宅建業者を排除する仕組みをとり、登録業者かどうかを公表している。そうすると、消費者側に、業者そのものに対する調査義務を転嫁することになり、消費者の注意義務が若干拡大されているとも言える。にもかかわらず、消費者に対するこの点の周知はまだ十分とは言えず、今後の周知がより必要となってくると思われる。

3.3 民法債権法の改正における展望

民法債権法は、改正の議論がされている。ただ、現在、具体的な改正案がいくつか併記されている状況で、案それ自体が絞りにきれてはいない。改正の状況によっては、中古住宅の流通が促進されるか現状のままか、それともかえって阻害される要因ともなり得ない。そこで、簡単に現状を概括する。

まず、2006年2月に、法務省は民法（債権法）を改正する方針を提示したが、現在も検討中である²⁵。2009年に、民法（債権法）改正検討委員会（事務局長 内田貴）が報告書を提出しているが、それに対して多くの意見が出ており、早急にまとまる気配は今のところない。改正検討委員会での売買についての動向だが、資料だけでも膨大なので、瑕疵担

²³ 内訳は、(株)住宅あんしん保証、(財)住宅保証機構、たてもの株式会社、(株)日本住宅保証検査機構、(株)ハウスジーマン、ハウスプラス住宅保証株式会社である。

²⁴ 国土交通省の登録宅建業者事業者検索システムの、リフォーム事業者検索システム。
<http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/jutaku-kentiku.files/kashitanpocorner/03-consumer-files/06-oldhouse-pro-research.html>

²⁵ 法務省ホームページでは、改正について、「民法（債権法）改正に関する論議がなされていますが、法務省では、民法の債権法部分について今日の社会経済情勢に適合させるための見直しを行うべきであるという指摘があることを踏まえて、抜本的な見直しを行うこととしました。

民法の改正は、国民生活や経済活動に大きな影響を与えますから、改正内容は慎重に検討する必要があります。また、具体的な改正事項・法案提出までのスケジュールについては現時点では未定です。」としている。<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji99.html>

保責任に関係するところだけを簡単に紹介する。

まず、売買契約を契約の章の最初に置くとする案が提示されている²⁶。そして、消費者売買と商事売買を区別して規定する。担保責任については、債務不履行責任として捉える。

「担保責任規定の改正を考えるに際しては、それをひとまず離れて、売主の引き渡した物に権利・物の瑕疵があった場合に、売主がどのような責任を負うべきかという観点から、議論を見直すことが必要である。」とし、現況の学説の動向もふまえ、「売主の債務がどのような内容として構成しうるかは、第1準備会における債務一般に関する議論とも不可分に関係するが、当事者が債権債務の内容として何を合意したかという観点を重視し、また原始的不能給付を目的とする契約が当然に無効となるものではないとする立場からすると、売主は合意の趣旨にしたがって権利および物の瑕疵のない物の給付義務を負うことが整合的であり、第2準備会としても、このことを前提として売主の担保責任を再編成し、不特定物売買・特定物売買に共通するルールを明らかにし、必要に応じて目的物の性質による相違を考慮した規定を置くことが適切であると考ええる。

このような考え方は、比較法的に見ても広く承認されているところであり、とくに特定物売買における物の瑕疵担保責任を債務不履行責任とは区別してきたドイツ民法典においても、2002年の債務法改正により、このような立場を放棄するに至ったことも指摘に値する。

以上によれば、債務不履行責任の一般原則と売買契約における売主の債務不履行責任の関係、とくに、その要件・効果・不履行責任の期間制限等について、両者に矛盾が生じないように調整を図ることが必要となる。また、権利の瑕疵なき義務を認める場合に、現行規定のような詳細な担保責任の内容が必要となるかどうかについても、検討が必要となる。これらについては、各論的検討において具体的な内容を提示する。」とする。改正条文の案としては、この責任を債務不履行責任であると明記した上で、隠れた瑕疵に限るかどうかはさらなる検討課題とし、売主の負うべき義務の中に代金減額も付加している²⁷。

ここで、中古住宅流通の視点からこの動向を検討してみると、当然のことながら、改正案や検討論議では、理論的な整理が中心であって、流通促進に資するよう改正される訳ではないということである。むしろ、先に紹介した保険システムなどは、買主からすれば実質的な代金減額の効果があるので、改正案を先取りした形になっていると指摘できる。

3.4 まとめ

以上、中古住宅流通促進の視点から、現行法やシステム、また改正案とその動向を見てきたが、現況では法制度そのものが流通促進にはなっていないこと、改正論議もその視点

²⁶ 現行では贈与契約が最初に置かれている。

²⁷ 民法(債権法)改正検討委員会・第6回全体会議(2008年7月21日)第2準備会報告資料参照。
<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/shiryoku0604.pdf>

からは大きな変化は期待できないことがいえると思われる。そうすると、現在の保険システムが今後はより重要になってくると思われるが、特に一般消費者に対する周知がまだ足りず、こうした一般消費者に対する啓蒙活動が活発化することが必要である。

また、売り手側の意識改革も積極的に呼びかける必要性がありそうである。すなわち、最初に紹介したリクルートの調査では、買い手側が中古住宅を実際に見学に行った時に、リフォームもしていない物件を見たとする件数がかなりあったようだ。住宅を財産として保守・点検・整備する必要性を、売主にも啓蒙していく必要があるのではないか。そのためのシステム構築が、今後、中古住宅の流通促進のために、様々な分野から検討されるべきであろう。

[参考文献]

欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第1集〕』（民事法研究会）
2000年

欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第2集〕』（民事法研究会）
2002年

欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第3集〕』（民事法研究会）
2004年

欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例〔第4集〕』（民事法研究会）
2006年

齋藤隆編『〔改訂版〕建築関係訴訟の実務』（新日本法規）2005年

横浜弁護士会編『建築請負・建築瑕疵の法律実務-建築紛争解決の手引き』（ぎょうせい）
2006年

塩崎勤・安藤一郎編『新・裁判実務体系2 建築関係訴訟法』（青林書院）2002年

第二東京弁護士会消費者問題対策委員会99建築問題研究会編『欠陥住宅紛争解決のための建築知識』（ぎょうせい）2005年

国土交通省『逐条解説住宅瑕疵担保履行法』（ぎょうせい）2007年

渡辺晋『わかりやすい住宅瑕疵担保履行法の解説』（大成出版）2008年

住宅品質確保研究会編『図解住宅の品質確保の促進等に関する法律』（ベターリビング）1999年

4. 中古住宅流通活性化の視点からみる相続財産 ～相続財産「共有」に関する考察～

大杉麻美²⁸

4. 1. はじめに～中古住宅流通の現状

わが国における新築着工総数は2008年度現在で1,093件であるのに対し、中古住宅流通量は469件であり、中古住宅流通の比率は全体の約30%を占める。1998年度からの住宅流通状況によっても、新築着工総数が減少しているのに対し、中古住宅は1998年度において344件であったものが、2006年には520件と増加の傾向にある²⁹。流通量増加の原因については、昨今の景気の低迷、住み替えの需要など様々な状況が考慮されるが、現時点の状況からみて、中古住宅ストックは有効に活用されることが望まれているといえるであろう。

中古住宅ストックは、空き家7万戸のうち、売却用の住宅は4万1千戸、うち老朽住宅は6千戸存在し、流通可能な中古住宅は3万4千戸程度であるとされている。中古住宅が流通しない要因としては「住宅の規模と居住人数のミスマッチ」等があげられている。その中でも、本論文との関連で特に注目すべき点は、住宅を所有する高齢者の相続が発生した場合、「子供が親の住宅に住まない傾向にあるため、中古住宅又は賃貸住宅として流通させる必要がある」という意見があげられていることである³⁰。

相続の可能性のある住宅の有無と居住傾向について調査した、住宅需要実態調査(平成15年)によれば、借家・持ち家ともに、「相続するが住まない」「相続するが、住むかどうかは分からない」「相続するつもりはない」という値について注目される。たとえば、借家で相続可能な住宅は38.7%であるところ、相続に否定的な数字は12.9%となっている。さらに持ち家の場合、相続可能な住宅は39.6%であるところ、相続後居住を希望する割合は5.1%であった³¹。

相続人が被相続人の住宅に相続後居住することを希望しない理由としては、すでに被相続人も住宅を所有している場合が多いことがあげられるであろう。昭和55年当時、被相続人の年齢は75～79歳、相続人の年齢は45～49歳が最も多かったが、平成9年度の調査では、被相続人の年齢は80～84歳であり、相続人の年齢は50～54歳である。昭和63年当時は、2世代、3世代の同居率も40%（2世代同居は25%、3世代同居は15%）であった

²⁸ 明海大学不動産学部教授

²⁹ 社団法人不動産流通経営協会「FRK 中古住宅流通量推計結果」(平成22年3月19日)参照。

³⁰ 住宅市場の現状資料6「2. 中古住宅ストックの現状と課題」参照。

³¹ 住宅需要実態調査(平成15年)参照。

が、平成10年度の調査では、2世代、3世代の同居率は32%（2世代同居は22%、3世代同居は10%）と低下傾向にある³²。

今後、相続人の年齢が上昇し、同居率が低下すると想定すれば、被相続人所有の住宅は、相続の対象であり、かつ、相続開始と同時に当然のように売却あるいは賃貸の対象となると思われる。

住宅を購入する消費者の意識調査をみても、住宅購入に当たり中古住宅を考慮した消費者は56%にのぼり、住宅購入の条件として「希望エリアの物件だったから」（73.6%）、「手頃な価格だったから」（55.5%）、「良質な物件だったから」（48.6%）とされている³³。

かつて、高齢者が所有する住宅を流通させる仕組みとして、リバースモーゲージの活用が提案された。リバースモーゲージは、高齢居住住宅のうち1戸建ては9割を占めること³⁴、また、9割は、高齢者本人またはその家族が居住していること、高齢者自身の自己所有住宅に対する意識も、「自分の老後の生活資金を得るために不動産を活用してもかまわない」（60～64歳で21.9%）と変化したことから³⁵、活用が提案されたものであるが、実際には、中古住宅を担保とする金融機関が少ないこと、中古住宅の流通市場が確立されていないため、債権回収に不安が残ることなどから、普及しなかったとされる。

上記のような、中古住宅をめぐる現状を解決するためには、中古住宅が市場で円滑に活用するような仕組みを考慮することが必要となることは論を俟たない。相続の側面についてみても、上記の調査のように、推定相続人である子は、被相続人所有の住宅を相続することを否定的に考えている。一方、被相続人は、内閣府「高齢者の経済生活に関する意識調査」にあるように、60歳以上の男女で、不動産は「そのまま子どもに継がせるべきである」とするのが、平均で61.4%となっている。被相続人が、資産は相続人に、と考える一方、相続人は相続財産を売却して、という意識が高いのであろうか。

中古住宅の流通を活性化させるためには、被相続人・相続人の意識の違いを踏まえ、相続に視点を置いた、中古住宅流通の仕組みが必要である。被相続人の資産は、被相続人個人の資産であると同時に、配偶者の潜在的持分を含むものである。また、相続というシステムには相続人の期待権が反映されるようになってきている。相続人が複数存在する場合には、相続開始後共有関係にある相続人の共有関係を解消するにあたり、意思の合致がみられない場合も当然発生するだろう。このような不都合を解消するためには、生前より、中古住

³²住宅事情と住宅政策「1-2 住宅ストックについての量的分析」参照。

³³「不動産流通業に関する消費者動向調査<第15回（2010年度）調査報告結果書（概要版）>」（平成22年9月）社団法人不動産流通経営協会 参照。「不動産の日アンケートー不動産に関する意識調査結果ー」（2009年12月）社団法人全国宅地建物取引業協会連合会によっても、住宅購入の際のポイントとして、「不動産の価格」（53.3%）、「周辺・生活環境が良い」（52.5%）、「交通・利便性が良い」（51%）とされている。

³⁴内閣府「平成12年度 高齢者の生活と意識 第5回国際調査比較」（図表3）住宅の種類参照。

³⁵内閣府「高齢者の経済生活に関する意識調査」（平成14年）（図表12）高齢者の不動産譲与の考え方 参照。

宅のメンテナンス（売却時の住宅品質の確保）・福祉サービス（高齢者の居住確保）を含む、トータルサービスを提供し、被相続人の死後においては、相続人の相続財産分割をサポートすることにより、円滑な中古住宅の促進をはかる、いわば、「相続リーガルサービス」のようなものを、不動産業界が構築する必要があるだろう。

本稿では、上記の仕組みづくりのため、想定される相続法上の問題をいくつか提示し、このような不都合を回避するために必要な仕組みをいくつか提案したい。

4. 2. 相続可能な資産としての「不動産」

わが国における相続は、被相続人が生前所有していた資産（権利義務）を相続人に承継させるという仕組みを採用している。もともと、夫婦の財産は別産制であるから、夫婦の財産は共有と推定される場合を除き、個人所有の財産となる。婚姻中は、夫婦の生活にかかる費用は、婚姻費用という形で、夫婦の話し合いにより分担され、対外的な契約により発生する債務は、日常家事債務の連帯責任により、日常家事に関する範囲のみ、夫婦の連帯責任とされ、日常家事ではない契約から発生する債務については、夫婦であっても、契約当事者の債務となる。婚姻関係が解消されれば、婚姻中の効果である、婚姻費用の分担、日常家事債務の連帯責任は消滅する。婚姻関係解消後は、生前の解消（離婚）の場合には、財産分与として、婚姻生活維持に寄与した潜在的持分の清算が行われる。他方、死後の解消（相続）の場合についても、潜在的持分として、2分の1の財産承継が行われる。

第1順位の相続人である、「子」、第2順位の相続人である直系尊属、第3順位の相続人である「兄弟姉妹」については、配偶者と共同で相続するに当たり、それぞれ相続割合が定められているが、いずれも、相続開始と同時に、相続財産は、相続人の共有となり（民法898条、以下カッコの中は特記のない限り民法）、相続財産分割の手続を要する。

相続財産の中に、不動産が含まれる場合、相続開始と同時に、当該不動産が相続人全員の共有となるため、いくつかの相続形態が考えられることとなる。第一に、生存配偶者が死亡するまでは当該不動産に居住を続ける場合である。この場合、居住をしない他の相続人には、相続を放棄する、自己所有の部分については生存配偶者と使用貸借契約（あるいは賃貸借契約）を締結するなどが考えられる。第二に、相続人の一人が当該不動産を相続する場合（いわゆる単独相続）である。この場合、当該不動産を相続しなかった相続人については、相続を放棄するほかに、当該不動産を承継した相続人が、当該不動産を承継しなかった相続人に対し、それぞれの相続人の持分に相当する金銭支払債務を負う（代償分割）ことが考えられる。

上記の点からわかることは、相続開始と同時に、相続財産は、相続人の共有財産として把握されるため、いずれにしても、相続財産の清算にあたっては、相続人の共有関係に立脚した、不動産承継の必要があるということである。

この点、最高裁判例で、可分債権債務については当然、持分に応じて、相続人に相続さ

れるとしていることから、共有関係を解消する相続財産分割手続の最中、あるいは、相続財産分割手続前であっても、自己の持分については、第三者に譲渡が可能である。そのため、相続人のうち数人が、第三者に持分を譲渡した結果、第三者が共有持分を有する当事者として、相続財産分割の場に同席し、相続財産分割自体をサポートすることも可能となる。

しかしながら、共同相続人の一人が相続財産の分割前にその相続人を第三者に譲渡したときは、他の共同相続人は、その価額及び費用を償還して、その相続分を譲り受けることが可能であり（905条1項）、場合によっては、兄弟姉妹以外の相続人に対して認められる遺留分減殺の請求がなされる場合もある（1028条）。

その結果、相続財産である不動産の売却をめぐる、相続人間の対立が深まり、適切な中古住宅の流通が阻害される結果となることも十分考えられる。

上記において述べたように、相続とは、被相続人の死後、相続人の共有となった財産を分割承継するシステムである。しかしながら、相続に当たっては、被相続人の生前の処分に対して、相続人が自己の権利を主張することができる、遺留分減殺請求権が存在する。

1030条が規定するように、遺留分減殺請求権は、1028条で規定された遺留分率にもとづき主張される相続額のほかに、相続開始前の1年間にした贈与に関して遺留分減殺請求権を行使することができることとされている。当事者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知って贈与した場合には、1年前の日よりも前にしたものについても遺留分減殺請求権の対象となる。また、相続人間の関係でいえば、相続人が受けた特別受益については、1030条の要件を満たすものでなくとも、減殺請求を認めることが、相続人に酷である等の特段の事情のない限り、遺留分減殺の対象となるとされている³⁶。

すなわち、生前に被相続人が自らの意思により相続財産を処分した場合であっても、相続人の意思により、相続財産が取り戻される場合が発生するということである。

そもそも、相続は何のために行われるかという見地から考えるとき、相続の根拠については、血縁関係を相続の根拠とする立場（血の代償説）、相続人が有する潜在的持分の清算であるとする立場、相続の基礎は扶養にあるとする立場（相続人の生活保障）、相続の根拠を「相続人の意思」から再構成しようとする立場、あるいは相続そのものを否定する立場、相続は、「個人財産の、相続関係者の自由な意思が明瞭なときはそれにより、それが不明なときは法定の枠によった（妻・夫や子へという）いわば推測された意思による帰属である」とする立場などをあげることができる³⁷。

そうすると、被相続人が生前有していた不動産についても、相続人のいわば、潜在的持

³⁶最判平成10年3月24日民集52巻2号433頁。

³⁷浅野幸治「相続の根拠としての意思説」フィロソフィア・イワテ第40号（2008年）31頁、高梨公之「相続と扶養—相続意思とこれを阻止するもの」ジュリスト147号46頁以下参照、岩垂肇「相続の根拠と現代相続法の目標（一）—相続権の扶養性と社会性—」民商法雑誌第26巻第4号（1951年）212頁。

分があるといえるだろう。とすると、相続開始後発生する種々の紛争を想定した上で、相続財産たる不動産についても分割をしなければ、相続財産を第三者に売却したのちに、訴訟が発生する可能性も十分考えられるだろう。そのためには、相続人間の共有関係を円滑に解消する必要がある。しかしながら、「共有」については、法律上、その概念と効果をめぐり対立がある。

以下では、相続人間の「共有」について考察することとする。

4. 3. 相続財産「共有」—法的性質と遺産分割との関係

相続財産である「不動産」は、上記のとおり、相続開始と同時に、相続人の共有に属する（第 898 条）。相続財産の「共有」については、その法的性質をめぐり、共有説と合有説の対立がある。共有説は、各共同相続人は、相続財産に属する個々の財産の上に持分権を有し、原則としてそれを自由に処分することができるとする考え方である。これに対し、合有説は、一つは、各共同相続人は相続財産に対して、抽象的な持分を有しており、その限りで「持分権は潜在的観念的な存在にとどまる」とする考え方、一つは、相続財産そのものが「単一的な包括的財産＝特別財産」を構成し、共同相続人の共有とするとし、各共同相続人は、それぞれ「処分可能な持分」を持っているが、直接に、持分権を有しているわけではないので、實際上、持分権を処分することはできないとする考え方、一つは、相続人の共同体を権利主体として捉え、「共同相続人全員の合意をもってすれば如何様にも処分し得る」とする考え方がある³⁸。

共有説の考え方によれば、特に、債権債務の相続の場合に、無資力者に分割された債務について債権者を害する結果を生じたため、相続財産の処分を認めず、当然分割を認めない。合有論の考え方に対しても、合有の登記がないこと、相続を超個人的に把握するものであって、家産承継の思想を残すものであること、相続を各個人の単なる財産取得原因に過ぎないとする近代市民法上の相続観念に反すること等と反論する。

これに対して、合有説の立場からは、906 条、909 条との関係でいえば、「民法の規定そのものからは、（共有説、合有説）いずれにも解することができ、たがいに調和しがたい矛盾を含んでいることになる。したがって、すっきりしたかたちに解決されるためには立法の方法によるほかないと思われる」とする³⁹。

すなわち、相続財産が「本来、被相続人の生前には経済的単一体を以て存在していたものであり、しかも、それは単に価値物としてだけでなく、直接使用を目的とした財産をも含んでいるのが普通であってみれば、それを相続開始と同時に単純な共有物分割に解体し

³⁸品川孝次「遺産『共有』の法的構成—共有論と合有論の対立をめぐって—」北大法学論集 11 巻 2 号（1961 年）206 頁。

³⁹中川淳『財産法と家族法の交錯』（立花書房、1984 年）298 頁。

てしまうことには問題がある」とするのである⁴⁰。

相続財産の承継は、相続財産が「個人の財産」であるか「家族の財産」であるかという基準の確定が困難であるということに帰する。個人の財産であるとすれば、被相続人の生前の意思をもって、相続財産を清算すればよく、被相続人の意思が明確でない場合には、その意思を推測し、相続財産の清算を行えばよいこととなる。

しかしながら、相続財産を、100%個人の財産であるとしてしまうことには疑問が残る。前章でも述べたとおり、「なぜ相続という制度があるか」という問に対して、多くの見解が出されている。100%個人の財産であるとし、被相続人が全ての相続財産を第三者に贈与するとする遺言を残せば、当然相続人の生活は不安定になる。そのために遺留分制度があるとするならば、相続財産は、ひとり被相続人のためのみならず、相続人の生活保障という側面をも有することとなる。

相続が開始したのち、遺産分割を経由して、相続財産が、各相続人に帰属する一連の相続の流れの中で、相続財産を遺産分割が終了するため、一定の価値をもって維持させることに、相続財産の帰属形態を定める意味があるとすれば、遺産分割終了までは、相続財産を一体のものとして、取り扱う必要があり、かりに相続財産のうちの一部につき、共有関係を解消する場合には、相続財産の処分可能性・利用可能性など、広汎な事情を考慮して解消する必要があるのではないだろうか⁴¹。

4. 3. 1 相続財産「共有」の法的性質

判例では、相続財産の「共有」は物権法上の共有であり、分割請求は、共有物分割請求（第258条）によるべきであるとする。

この点、最判昭和29年4月8日は、「相続人数人ある場合において、相続財産中に金銭その他の可分債権あるときは、その債権は法律上当然分割され、各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するものと解すべきである」とする⁴²。

また、最判昭和30年5月31日は、「相続財産の共有は、民法改正の前後を通じ、249条以下に規定する『共有』とその性質を異にするものではないと解すべきである。相続財産中に金銭その他の可分債権があるときは、その債権は法律上当然分割され、各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するとした新法についての当裁判所の判例及び旧法についての大審院の同趣旨の判例は、いずれもこの解釈を前提とするものというべきである」とする⁴³。

これに対し、合有説を主張する判例からは以下の主張がなされている。

⁴⁰泉久雄「共同相続人がその全員の合意によって遺産を構成する特定不動産を第三者に売却した場合における代金債権の性質」判例評論234号22頁。

⁴¹二宮周平「債権・債務の相続—当然分割帰属の原則の修正」法時55巻12号(2003年)71頁。

⁴²最判昭和29年4月8日民集8巻4号819頁。

⁴³最判昭和30年5月31日民集9巻6号793頁。

大阪高判昭和 32 年 7 月 12 日は、「民法第 898 条は…通常の『共有』なる文字を用いているが、相続の性質からすれば、分割前における遺産の共有は、共同相続人が相続財産全体の上に各自の持分に応じて権利義務を有するいわゆる『合有』の意味に解するのが相当であり、このことは相続債務についてもまた同様である」とする⁴⁴。

東京高判平成 2 年 5 月 21 日は、「同じく共有とは言っても判例上、身分法上の共有権と財産法上の共有権とは異なるものであり、前者の共有権は相続によって直ちに生じるがいまだ後者の共有権ではなくその後の協議または審判によってはじめて後者の共有権に転化するものである」とする⁴⁵。

最判平成 4 年 4 月 10 日は、「相続人は、遺産の分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払いを求めることはできないと解するのが相当である」とし、「現金は、被相続人の死亡により他の動産、不動産とともに相続人の共有となり、相続人等は、被相続人の総財産（遺産）の上に法定相続分に応じた持分権を取得するだけであって、債権のように相続人らにおいて相続分に応じて分割された額を当然に承継するものではない」とした⁴⁶。

4. 3. 2 共有物分割の請求方法

共有物分割を請求する場合、物権法上の共有物分割請求によるべきか、相続法上で規定される遺産分割請求によるべきかが問題となる。

この点、当初、鳥取地倉吉支判昭和 44 年 6 月 23 日は、「遺産の共有関係が民法の共有の如く一定の血縁など身分関係に基づいて必然的に生ずるものである特質に鑑み、かつ家庭裁判所の性格に照らすときは、907 条 2 項は、いまだその相続分に基づく持分が相続人以外の第三者に移転されない間の、共同相続人のみによって共有されている遺産の分割は、必ず家庭裁判所の行う家事審判手続によってのみなされるべきことを定めた趣旨に解するのが相当である」とする⁴⁷。

これに対し、東京地判昭和 61 年 11 月 27 日は、共同相続人の 1 名が、共有物分割請求をした事案につき、「遺産の共有関係は、被相続人の有していた多種多様の財産について、一定の身分関係のある者の間に、当然に生ずるという特質を有しているので、その分割についても、民法 906 条の基準に従って、遺産を全体として合目的的に分割すべきであるとの強い要請があると考えられる」とし、判例の見解も一致していない⁴⁸。

なお、共同相続人の 1 人から遺産を構成する特定不動産について共有持分権を譲り受けた第三者がいる場合、第三者は、共有物分割訴訟を提起すべきか、遺産分割の審判を請求

⁴⁴大阪高判昭和 32 年 7 月 12 日下民集 8 卷 7 号 1256 頁。

⁴⁵東京高判平成 2 年 5 月 21 日判時 1352 号 69 頁。

⁴⁶最判平成 4 年 4 月 10 日判タ 786 号 139 頁。

⁴⁷鳥取地倉吉支判昭和 44 年 6 月 23 日判タ 239 号 253 頁。

⁴⁸東京地判昭和 61 年 11 月 27 日判時 1251 号 110 頁。

し、他の共同相続人と同様遺産分割の席につくべきかどうか問題となる⁴⁹。

この対立につき、最判昭和 50 年 11 月 7 日は、「第三者が右共同所有関係のためにとる方法として裁判上取るべき手続は、民法 907 条に基づく遺産分割審判ではなく、民法 258 条に基づく共有物分割訴訟であると解するのが相当である」とし、「第三者の権利保護のためには第三者も遺産分割の申立権を与え、かつ、同人を当事者として手続に関与させることが必要となるが、共同相続人に対しては全遺産を対象として前叙の基準に従いつつこれを全体として合目的的に分割すべきであって、その方法も多様であるのに対し、第三者に対しては当該不動産の物理的一部分を分与することを原則とすべきものである等、基準及び方法を異にするから、これらは必ずしも同一手続によって処理されることを必要とするものでも、またこれを相当とするものでもなく、さらに、第三者に対し右の様な遺産分割手続上の地位を与えることは前叙遺産分割の本旨」に沿わないとする⁵⁰。

遺産分割の趣旨を考慮すれば、第三者が遺産分割手続に関与することは相当ではないともいえる。他方、第三者に譲渡された財産については、遺産から逸出し、残余財産についてのみ遺産分割手続を相当とするのでは、相続人間の不公平を発生させることとなりかねない。本見解の対立の基礎には、共有説・合有説の対立がある⁵¹。

共有説と解すれば、第三者に譲渡されたと同時に相続財産から逸出することとなるから共有物分割訴訟となるが、合有説と解すると、第三者も遺産分割手続に参加することとなる⁵²。合有説と解しても、第三者が遺産分割手続に参加することはいささかの疑問を生じる。

また、相続財産の算出に際して、具体的相続分の割合を考慮すれば、第三者の譲渡分を、相続財産から逸出させることは適当ではないと思われる。とすれば、遺産分割の対象財産を相続開始時にし、「可分債権や代償財産も、計数上は遺産分割の対象に入れて一部分割がなされたと同様の方法によって、残った遺産を分割する」のが妥当なのではないかと思われる⁵³。

遺産分割制度とは、そもそも、相続財産を相続人の協議により分割する制度として機能するものである。経済的な要請により、可分債権債務等、すでに当然分割が認められている相続財産も存在するが、遺産分割の趣旨を尊重するならば、相続時に存在していた全て

⁴⁹ この点につき、「共同相続人の 1 人が特定不動産の持分を第三者に譲渡した場合には、共同相続人は、まず、遺産分割をすることもできるし、遺産分割手続に先立ち、共有物分割請求をすることもできる。かかる場合には、第三者に持分を譲渡した相続人も遺産分割手続に参加することとなる」とする。佐藤義彦「遺産分割か共有物分割か―裁判例から見た―」ケース研究 226 号(1990 年)が詳しい。

⁵⁰ 最判昭和 50 年 11 月 7 日家月 28 卷 5 号 26 頁。

⁵¹ 梶村太市「登記実務家のための相続法読本(10) 10 遺産分割と共有物分割」登記研究 607 号(1998 年)23 頁。

⁵² 北野俊光「遺産分割と共有物分割」公証法学 32 号(2002 年) 84 頁。

⁵³ 梶村太市・徳田和幸『家事事件手続法』(有斐閣、2005 年) 497 頁。

の相続財産が、遺産分割手続の対象とされるべきであろう。

この点、大阪地判昭和 58 年 4 月 25 日は、「相続財産が個々に分割されるのを避け、各相続人に存する事情をも考慮したうえで、遺産を適正かつ合理的に配分することをめざした」とする遺産分割の趣旨を尊重し、相続開始後の代償物が生じた場合につき、「これを相続財産とみて遺産分割の対象財産に含ませるのがより公平で妥当な分割を可能」にするとしている⁵⁴。

また、神戸地判平成 8 年 3 月 12 日は、可分債権の場合につき、当然分割相続されると解すれば、「法定相続分により、遺産一特に分割債権が当然に法定相続分により分割帰属すると解すると、金銭その他の可分債権は相続開始とともに法律上当然に分割されたものとして当然には遺産分割の対象にはならず、遺産分割の対象から除外されてしまい、遺産が可分債権しか存しない場合には、早く債務者に対して請求した者が勝ちとの結果を招来・是認することになり、上記特別受益若しくは寄与分を考慮して具体的に各相続人間の公平を図ろうとする前記民法 906 条、第 903 条、第 904 条の 2 の制度趣旨は全く没却され、上記遺産分割の基準及びその基準の下に図ろうとする相続法の理念が損なわれるだけでなく一部の相続人からの相続分に応じた請求に対して債務者これに応じた後、法定相続分と異なる遺産分割がなされた場合には債務者をも巻き込んだ深刻な法的紛争を惹起し、遺産分割手続の軽重を問われかねない」とする⁵⁵。

4. 3. 3 遺産分割との関係～まとめ

遺産分割の理念は、第 1 に、共同相続人間の公平の実現、第 2 に、当事者の自由な意思の尊重、第 3 に相続財産の持つ社会経済的一体的価値をなるべく害さないこと、第 4 に、取引の安全に対する配慮であるとされる⁵⁶。

遺産分割は、「家族の歴史の総決算の趣がある。そのため、遺産分割事件は必要的調停前置ではないが、調停を経由するのが通常取扱（家事審判法 17 条）」である⁵⁷。

荒川重勝『「遺産分割」の基準と『方法の多様・柔軟性』について』によれば、遺産分割は、第 1 に、「算術的な公平」ではなく、「具体的公平を実現する基準」として、機能していること、第 2 に、「具体的公平」は、「農業や中小商工業（それを基礎とした生活）の保護」や「居住利益の保護」の実現にあること、第 3 に、共同相続人の実質的公平を図ること、により柔軟に運用されていると指摘されている。そして、「共有物分割」に当たっても、柔軟性を考慮して分割を行うことが適切なのではないかと提言する⁵⁸。

⁵⁴大阪地判昭和 58 年 4 月 25 日判時 1099 号 89 頁。

⁵⁵神戸地判平成 8 年 3 月 12 日判タ 922 号 286 頁。

⁵⁶深谷松男『現代家族法』（勁草書房、1989 年）175 頁。

⁵⁷深谷前掲(28)224 頁参照。

⁵⁸荒川重勝『「遺産分割」の基準と『方法の多様性・柔軟性』について』立命館法学第 292 号（2003 年）43 頁。なお、新垣進「遺産など共有物の分割紛争解決への提言—共有の経緯と現状の利害調整の追求として—」琉大法學第 75 号（2006 年）25 頁以下においても、遺

相続が、財産取得原因にしか過ぎないこと、相続人が 1 人の場合との均衡が取れないこと、遺産分割を経て最終的に権利移転がなされる時期が第三者からみて不明な場合もあることからすれば、相続財産は共同相続人に、当然分割承継されるとしたほうが妥当な場合もあるかと思われる。

しかし、相続財産は、遺産分割という目的のために存するのではないか、相続自体は、相続人の意思にかかわらず、被相続人の死亡という事実のみによって、当然発生するものであること、909 条但書は、善意の第三者を対象とする例外規定であること、相続財産が当然分割承継されるとなれば、相続人はその相続分に応じた弁済をすればよいのであるが、債権者側からこれをみれば、相続人のうちの 1 人が弁済をしなかった場合に、その部分については債権回収ができなくなる恐れがあること等からすれば、やはり、相続財産の承継は、遺産分割終了までの間は制限されるとするのが妥当であるように思われる。

4. 4. おわりに

中古住宅の流通を活性化させるためには、相続可能な資産を、適切な状態で適切な時期に流通させることが必要である。

本稿で検討したように、相続財産の共有状態解消が円滑になされれば、相続財産を処分した後の紛争を予防することが可能となる。

相続人の 1 人が相続財産中の不動産を売却すれば、他の相続人が有する相続分を権限なく処分したこととなる。この場合、「他の共同相続人は、自己の財産に対する侵害を理由に、その侵害をした共同相続人に対して不法行為に基く損害賠償または不当利得の返還を求めこと」が可能となる。

不動産を円滑に流通させるためには、相続人が当該不動産に対して有する持分のみを譲り受けるのではなく、不動産を全体のものとして譲受け、流通させる必要がある。

そのためには、想定される法律上のすべての課題をワンストップサービスで解決することが可能となる、具体的なサービスシステムを構築する必要があるのではないか。そのことにより、消費者は、安心して、相続財産たる中古住宅を流通させることが可能となるだろう。

産分割の特殊性について言及されている。

5 住宅に関する環境規制と税制

柴 由花⁵⁹

5.1 はじめに

循環型社会、低炭素社会の実現にあたって、建築物に対する再利用とエネルギー効率の改善が必要である。現在、先進国の建築物の多くを中古住宅が占めていることを考慮すると、中古住宅の再利用（リノベーション）と同時にエネルギー効率を引き上げることが必要となろう。そのためには、中古住宅を単に流通させるのではなく、環境政策目的をも達成するような方策が講じられるべきである。

環境政策の実現にあたり、法的な規制によって政策を達成しようとする規制的手法と、助成金や、税の減免等を使う経済的手法とがある。中古住宅の再利用と同時にエネルギー効率を引き上げるためには、規制的手法と経済的手法を組み合わせた政策が効果的であると考えられる。

そこで、本稿では、まず、EUにおける住宅にかかる環境規制について、建物のエネルギー効率にかかる法的規制を取り上げ、中古住宅に関する規制的手法の問題点と可能性を抽出する。次に、わが国の中古住宅政策と住宅税制の問題について考察し、第3に経済的手法の問題について検討した上で、最後に、わが国におけるエネルギー効率を重視した中古住宅税制への政策提言を考えたい⁶⁰。

5.2 EUにおける住宅に関する環境規制

5.2.1 建物のエネルギー効率にかかる法的規制

建築物のエネルギー効率を引き上げるため、EUは2002年に「建築物のエネルギー性能に関する指令」（Directive 2002/91/EG Energy Performance Building Directive、以下、EPBDという。）を発遣し、加盟国に「エネルギー性能証明書」（Energy Performance Certificate、以下、EPCという。）のシステムの実施を義務付け、最小のエネルギー性能要件を満たすために必要な措置を講ずることとした。

加盟国は2006年12月以降、建築物の完成、販売、賃貸時に建築物のEPCを発行または提示することを義務づけられている。2020年までに、新築建築物と大規模な改修建築物についてゼロエネルギーに近い基準を達成することを義務付けられ、また、小規模な建築物にもエネルギー効率性の基準適用を求められている。

⁵⁹ 明海大学不動産学部准教授

⁶⁰ わが国の中古住宅の税制の問題を検討したものとして、篠原正博「中古住宅市場の活性化と税制」『住宅税制論 持ち家に対する税の研究』387-426頁（中央大学出版部、2009）。

証明書は認定審査員が発行するもので、その有効期間は10年間である。EPBDは加盟国に対し、各国独自のエネルギー効率の最低基準値を設定することを求めているが、EUレベルでの最低基準は設けられていない。

2008年に欧州委員会は、EPBDを改正し、①EPCの提示および暖房・空調システムの点検強化と、認定審査員による建築物のボイラーおよび空調システムの年次点検を義務づけた。

EPBDの発効に伴い、EU加盟各国はすべての建物のエネルギー効率を証明し、ボイラーおよび空調システムの定期点検を実施する制度を策定することが義務付けられた。EPBDの対象となる建物は、当初、新築建築物および1,000 m²以上の改築であったが、その後、宗教的建造物、仮設建造物、歴史的建造物、セカンドハウス以外のすべての建物が対象とされている。また、エネルギー効率証明書の発行、提示は、建設、販売および賃貸契約の際に必要とされる。証明書は、作成後10年以内のものでなければならず、公共的な大規模建造物においては、一般人が見ることのできる場所に証明書を掲示しなければならない。

2009年に同指令は改定され、2021年以降に新築される建築物のエネルギー収支をほぼゼロに近づけるとする規制が加わった。また、これまで「床面積1,000 m²以上」としていた対象建築物の制限はなくなった。

EUの指令を受けて、加盟国は国内法制化を図り、建築物に対してエネルギー性能の認証システムを導入している⁶¹。

5.2.2 EU加盟国におけるエネルギー効率証明制度

(1) オランダ

オランダでは、エネルギー性能基準の一部としてエネルギー効率証明書システムを1995年から導入している。オランダでは、建物の新築にあたりエネルギー・パフォーマンスを重視する「建物エネルギー効率法」(Besluit energieprestatie gebouwen)を制定し、2008年1月1日から、売買や賃貸されようとしている全ての家や建物にエネルギー効率証明書を要求することとした(ただし、新築に限る)。エネルギー効率証明書は、建物ごとに必要で、建物の利用のために必要とされるエネルギー量を基準に数量化される。建築規則(Bouwbesluit)は、環境許可の申請に際して、建物のエネルギー効率を証明する書類を添付することを求めている。エネルギー効率係数の基準は年々厳しくなっており、1996～2009年の間で、住宅では1.4から0.8にまで引き下げられている⁶²。

(2) スウェーデン

⁶¹ 主要な加盟国の取組みについては、以下を参照。Implementation of the Energy Performance of Buildings Directive Country reports 2008

http://www.epbd-ca.org/Medias/Pdf/EPBD_BuPLa_Country_reports.pdf

⁶² オランダにおけるエネルギー効率に関する法規制については、以下に詳細である。Fred Hobma, Netherlands, Stephan Mitschang ed, Energy Efficiency and Renewable Energies in Town Planning Law, at27-35 (2010).

スウェーデンでは「建物に関するエネルギーと室内環境の認証法」が2006年10月に施行された。エネルギー性能の検証に関しては、建築規則（BBR）に規定されている基準に従っている。スウェーデンの建築規則（BBR）は、「住宅、建築、および都市計画委員会」の規定にしたがって、強制的な規定や一般的な勧告をリストアップしている。それは法的拘束力があり、同様の規定は、スウェーデンの建設および建築省（Boverket）の法令にも見られる。BBRは新築および既存建物の改築に対する建築や設計の規定であり、住宅と商業的な建築物に適用される。

エネルギー証明は、一世帯用の住宅を除くすべての既存の建物に適用されているが、一世帯用の住宅には適用されない⁶³。

（3）ドイツ

ドイツではすべての建築物にEPCを求めており、1,000m²以上の建築面積を持つ建築物に証明書の掲示を義務づけている。

ドイツでは建物のガイドラインは、建物のエネルギー効率の評価のための条件を特定するもので、断熱の他、例えば、暖房システム、空調システム、再生可能エネルギーの利用などが含まれている。エネルギー節約法Energieeinsparungsgesetz（EnEV 2007）によって、1,000 m²以上の既存の建物の改築では、対策がエネルギーの最小要件を満たしている必要があるとされ、1,000 m²以上の面積の新築建物ではCO₂ 供給システムの利用が考慮されなければならないとされている。

建設時、建築物（新築および既存）の販売または賃貸時に、エネルギー効率に関する証明の書類が発行される。なお、大規模な公共の建物（1000人以上の有効面積）においては、証明書は公衆に見える場所に提示する必要がある⁶⁴。

ドイツでは、EnEVにしたがって、新築建物に対して証明書はすでに発行されているが、既存の建物のエネルギーの評価は、エネルギーコンサルティングのコンテキスト内で自主的に行われている⁶⁵。

（4）イギリス

イギリスでは、新築、売買、賃貸借時に建物オーナーに対して、省エネ性能評価書の取得と取引相手への提示を義務づける制度が2006年から施行されている。住宅・建築物のEPCは、当該建築物のエネルギー性能を設計段階による予測値に基づき評価し、A～Gの7段階で格付けする。評価・格付けは、エネルギー使用パターン等を標準化し、25の用途（オフィスビル、店舗など）、20の活動（執務室、倉庫など）ごとに行なわれる。

⁶³ <http://www.flaktwoods.com/bf424723-a943-4613-9373-09fa245e1e9c>

⁶⁴ ドイツにおけるエネルギー効率に関する法規制については、以下に詳細である。Stephan Mitschang, Tim Schwarz, Germany, Stephan Mitschang ed, *Enegy Efficiency and Renewable Energies in Town Planning Law*, at63-79(2010).

⁶⁵ <http://www.flaktwoods.com/76e7160e-c307-423c-b0ec-233f58e78fe7>

イギリスでは、住宅の売買には、住宅の履歴がわかる法定住宅情報パックHIP (Home Information Pack) が必要であった。HIPは2006年に制定され、登記証書や地籍図、標準的な検査報告等の書類一式を、売主が検査機関に依頼して作成し、買主に渡す制度であり、HIPに必要な情報として義務付けられていた。HIPは2010年5月に廃止されたものの、EPCは義務付けが存続している⁶⁶。

5. 2. 3 EUにおけるエネルギー効率証明制度と経済的手法

ヨーロッパでは、土地利用と建築は環境関連の許可制度によって規制されていることが多いため、新たに建築を行う場合、環境許可の手続きとエネルギー効率の基準とを重複させることで規制の効果を高めることが可能である。一定のエネルギー効率を達成していない新築建物には建築許可が下りないため非常に強い規制となっている。もともと、こうしたエネルギー効率にかかる規制は、中古住宅に適用されていない国も少なくない。オランダでは、既存の建物に関して一度建築許可がなされた以上、中古住宅には「既得権」があるため、かかる新たな規制を課すことは許されないと考えられている。

EUにおけるエネルギー効率証明制度に関して、税の減免等による経済的手法を採用している国は、多くはない。イギリスの土地印紙税⁶⁷ Stamp Duty Land Taxは、文書に対する課税ではなく、土地の取引に対して直接課税される。課税標準は土地の市場価額である。イギリスではゼロカーボンの新築住宅について土地印紙税の減免を認めている⁶⁸。当該新築住宅の取得価額が50万£以下の場合、この取引にかかる土地印紙税は免除され、50万£を超える場合、15,000£の減額が受けられる。この減免措置は2007年からの5年間の時限立法である。ゼロカーボンの新築住宅は公認の評価士が認証したものに限られる。また、イタリアでは、2007年から既存の建築物の省エネ改修工事に対する所得税減税が行われている。対象となる工事や機器購入にかかった費用の一部が所得税から控除され、5年から10年に分けて還付される。特に、二重窓枠の設置や床・壁の断熱化などの改修工事、家庭用の温水用ソーラーパネルの設置、ボイラー暖房設備の交換に対しては、費用の55%と高い控除率

⁶⁶ Homes marketed for sale on or after 21 May 2010 will no longer require a Home Information Pack (HIP). The Energy Performance Certificate (EPC) will be retained. Sellers will still be required to commission, but won't need to have received an EPC before marketing their property.

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+communities.gov.uk/housing/buyingselling/homeinformation/>

⁶⁷ イギリスの土地印紙税全般については、菅本太郎、平川栄子「印紙税・土地等取引税」イギリス住宅税制研究会編著『イギリスの住宅・不動産税制』200-224頁（財団法人日本住宅総合センター、2009）。

⁶⁸ <http://www.hmrc.gov.uk/ria/9-zero-carbon-homes.pdf>

吉村政穂「英国土地印紙税」海外住宅・不動産税制研究会編著『欧米4か国における住宅・不動産関連流通税制の現状と評価』4-31頁（財団法人日本住宅総合センター、2009）。

が設定されている(既存建築物全体のエネルギー改善工事については、上限10万円)。)

EU各国は住宅の流通にかかる税がわが国に比べ少ないといったことや助成金による経済的手法が取られていることが、税の減免等による経済的手法の少ない原因であろう。

5.3 わが国の中古住宅政策と住宅税制の問題

5.3.1 わが国における中古住宅の再利用とエネルギー効率に関する政策

近年、住宅政策は「量から質へ」と政策が転換され、住生活基本法の制定によって、広さなどの住環境の質が重視されるとともに、住宅の耐久性や省エネルギーなどが重視されている。また、環境保護の観点から中古住宅のリノベーション、流通が必要とされている。

中古住宅に関しては「住宅の品質確保の促進等に関する法律」の2002年の改正により、性能表示制度の基準等が施行され、中古住宅の再利用が促進されるに至っている。また、中古住宅のストック問題を解決するべく「既存住宅流通活性化等事業」が採用され、既存住宅の売買又は住宅リフォーム工事の実施時において、住宅瑕疵担保責任保険法人（保険法人）による検査、履歴情報の登録又は蓄積、リフォーム瑕疵保険又は既存住宅売買瑕疵保険への加入等を行う事業を公募によって募り、国が事業の実施に要する費用の一部を補助(予算の範囲内)している。

しかし、この政策において中古住宅のエネルギーの効率についてはあまり考慮されていない。わが国では住宅に関してエネルギー効率を重視した制度設計は、むしろ新築住宅に対して講じられており、しかも消費者の自発的な行動を誘引する措置にとどまっている。

例えば、住宅の省エネに関しては、「エネルギーの使用の合理化に関する法律」（以下、「省エネ法」という。）⁶⁹が、これまで床面積 2000 m²以上の住宅・建築物のみにエネ措置の届け出を義務づけていたが、平成 20 年に改正され、300 m²以上 2000 m²とされた。今後は、戸建てや木造アパートなども対象となる場合がある⁷⁰。同様に、「長期優良住宅の普及の促進に関する法律」も住宅についての住宅性能評価に関する措置を講じており、エネルギーの使用の効率性についても一定の基準を設けている（「長期優良住宅の普及の促進に関する法律」2条4項4号）。長期優良住宅認定等計画申請に建築確認申請書を添付して、建築基準関係規定の適合審査を申し出ること（確認の併願）が可能であるが、エネルギーの使用の効率性は建築確認の要件とされていない。なお、登録住宅性能評価機関は、長期優良住宅の普及の促進に関する法律に基づき所管行政庁が行う長期優良住宅建築等計画の認定を支援するため、認定申請に先立って、申請者の依頼に応じて、当該計画に係る技術

⁶⁹省エネ法は、エネルギーをめぐる経済的社会的環境に応じた燃料資源の有効な利用の確保に役立てるため、工場、輸送、建築物についてエネルギーの使用の合理化に関する必要な措置を講ずることを目的とし、1979年に制定されたが、対象はかなり限定されている。山本 庸幸「エネルギーの使用の合理化に関する法律」ジュリスト 696号 81～85頁（1979）。

⁷⁰ なお、「省エネ法に基づくトップランナー基準相当の住宅」、「省エネ基準を満たす木造住宅」はエコ住宅（新築）とされる。また、「窓の断熱改修」「外壁、屋根・天井または床の断熱改修」は「エコリフォーム」とされる。

的審査を行い、申請者に対して適合証を交付している。さらに、自主規制としては、財団法人建築環境・省エネルギー機構が第三者としての確・妥当であるかを審査し確認する「CASBEE戸建評価認証」がある。認証の結果は、認証書の発行とともにホームページ上に公表される。「CASBEE戸建評価認証」の対象は、新築の専用户建住宅（ただし、新築とは竣工後3年以内までのもの）である。他に、中古住宅に対する税法の特例として、「一定の省エネ改修工事」⁷¹を行った場合、建築士、指定確認検査機関、登録住宅性能評価機関の発行した増改築等工事証明書を添付したときは、所得税等の軽減措置を受けることができるといった制度も導入されている。

わが国において、新築住宅については、届け出や計画の認定、自主規制といった緩やかな規制によってエネルギー効率を高める方策が採用されているものの、エネルギー効率に関する要件は建築確認の要件とはなっておらず、厳しい規制にはなっていない。中古住宅については、性能表示制度や流通促進制度のほか一定の省エネ改修工事の制度が導入されているものの、規制措置は講じられていない。

エネルギー効率の高い中古住宅を流通させるためには、EUのように中古住宅の流通時に「エネルギー効率証明書」の添付や住宅の所有者に取得を義務付け、実効性を確保することが必要である。

5.3.2 中古住宅の流通を促進するための流通税

(1) 流通税と消費税の重複課税の問題

わが国では不動産取得時において、印紙税、不動産取得税、登録免許税、消費税といった税が重複して課税されている。わが国は諸外国に比べ、こうした不動産にかかる流通税が多いといった特徴を有している⁷²。わが国では、住宅の建築は経済効果が大きいこと、ま

⁷¹ 「一定の省エネ改修工事」とは、以下に掲げる工事をいう。

イ 断熱改修工事等

居室のすべての窓の改修工事、又はその工事と併せて行う床の断熱工事、天井の断熱工事若しくは壁の断熱工事、次の(イ)及び(ロ)の要件を満たすもの

(イ) 改修部位の省エネ性能がいずれも平成11年基準以上となること。

(ロ) 改修後の住宅全体の省エネ性能が改修前から一段階相当以上上がると認められる工事内容であること。

ロ 特定断熱改修工事等

断熱改修工事等のうち、改修後の住宅全体の省エネ性能が平成11年基準相当となると認められる工事

ハ イ又はロの工事と併せて行う一定の修繕・模様替えの工事

⁷² 「ヨーロッパにおいては、取引にかかる流通税は基本的に単一である。土地取引についていえば、ドイツでは不動産取得税、フランスでは登録税、イギリスでは印紙税が課されるのみである。ところが、日本においては、これらがすべて課されるという点で、日本の制度はかなり特殊なものといえよう。」と指摘するものに、中里実「ヨーロッパの流通税に

た、国民生活において居住環境の整備が必要とされることから、とりわけ新築住宅の取得に対しては、流通税、保有税による軽減措置が講じられてきた。現行のわが国の消費税の税率は5%と低い上、住宅の取得にかかる流通税には軽減措置が講じられているため、消費税との重複による重税感は低い。

付加価値税の税率が高いEU各国では、流通税（登録免許税及び印紙税）の税収は少なく、それらは売却時に実現した不動産の価値の増加に課税されるべき付加価値税の代替と見なすことができるが、もはや付加価値税が定着した今では、時代錯誤であって、流通税を廃止すべきと指摘されている⁷³。将来、わが国の消費税の税率が引き上げられる場合には、印紙税、不動産取得税、登録免許税といった流通税については、廃止を検討すべきである。

（2）消費税の重複課税の問題

中古住宅に対する消費税は既に課税された部分に対する二重課税になる⁷⁴。そこで、EUでは中古住宅にかかるVATを非課税とする国が多い。

わが国においては、新築住宅、中古住宅ともに消費税の軽減が認められていないため、かかる問題は今のところはない。しかし、事業者が中古住宅を買取り、リノベーションして売却する場合、消費税の二重課税が発生する。また、エネルギー効率の高い設備で修繕を行う場合、当該設備と建物に課税される消費税が重複する。

そこで、中古住宅の買取り再生事業を広く普及させ、エネルギー効率の高いリノベーションを促進するためには、中古住宅に係る消費税の軽減が必要となろう。なお、中古住宅に対して非課税とする案も考えられるが、非課税とすると、仕入れ控除が認められなくなる可能性があるため、非課税とするべきではないと考える⁷⁵。

イギリスも中古住宅にかかるVATは非課税であるが、新築住宅にはゼロ税率を適用している。ゼロ税率は、非課税と異なり、納税義務者は仕入れ税額控除を適用することができるので、非常に大きな税の還付を受けることが可能である⁷⁶。したがって、中古住宅のリノベーションなど、中古と新築とが混在するような場合には仕入れ税額控除を適用にかかる問題を引き起こすことになる。わが国で、将来、消費税の複数税率を採用し、ゼロ税率を採用する場合には検討が必要である。

ついて」海外住宅・不動産税制研究会編著『欧米4か国における住宅・不動産関連流通税制の現状と評価』125頁（財団法人日本住宅総合センター、2009）。

⁷³ Sijbren Cnossen, VAT Treatment of Immovable Property, at 12, Victor Thuronyi, ed, Tax Law Design and Drafting (volume 1; International Monetary Fund: 1996).

⁷⁴ 住宅にかかるVATについては、篠原正博「EU型付加価値税と居住用不動産」、同『住宅税制論 持ち家に対する税の研究』95-123頁（中央大学出版部、2009）に詳細である。

⁷⁵ 「売り主が課税業者でない場合に発生する中古住宅に対する消費税の二重課税問題は、中古住宅の売却時に売り手に対して過剰納付分を還付するか、もしくは、買い主にみなし税額控除を認めることにより調整可能である。しかしながら、中古住宅の流通を促進する観点からは、中古住宅の譲渡を非課税とすることは検討に値する。」とするものに、篠原・前掲注58、425-426頁。

⁷⁶ それゆえ、EUでは原則としてゼロ税率を禁止している。

5.3.3 中古住宅のエネルギー効率を高めるための保有税

(1) 所得税

住宅の保有にかかる税として、まず、住宅ローン控除を挙げることができる。住宅の取得は、多くは、銀行からの借入金によって行われることから、当該利子を所得税の計算上、控除する方法がある。累進税率の下では、利子控除は税率の高い納税者ほど税の恩典が多くなるため住宅取得を促進する上では非常に効果的であるが、住宅を購入可能である者とそうでない者との間の現存する不公平を永続させ、悪化させる面もある。したがって、イギリスのように抵当融資利子払い減税を廃止する国もある⁷⁷。他方、オランダやスウェーデンでは帰属所得に課税を行ってきた伝統があることから、借入金の利子を所得から控除している。現在、オランダでは住宅にかかる帰属所得について勤労所得として課税しつつ（もともと、評価額は低い。）、借入金の利子を勤労所得から控除でき、この控除は30年間可能である。スウェーデンでは、所得税において帰属所得課税は行っていないものの、借入金の利子は資本所得から控除が可能である。これらの国において、住宅ローン控除は新築、中古を問わず適用がある。

わが国では、持ち家の帰属所得課税を行っていないことから、住宅ローン控除は、政策減税として導入されている。当初、住宅ローン控除の特例は新築住宅にのみ適用されていたが、現在では一定の中古住宅にも認められている。住宅のエネルギー効率を高めるためには、設備投資が必要である。「認定長期優良住宅」を新築した場合の住宅ローン控除については、通常の控除額に20%上乘せした控除額が適用されるように、住宅のエネルギー効率を高めるための一定のリフォームについては通常の控除額より高い控除額を設定することを認めるべきである。

他方、借入金ではなく自己資金で省エネ型のリフォームを行った場合等、所得税を控除できる投資型減税が新たに導入されている。住宅のエネルギー効率を高めるための一定のリフォームについても、通常の控除額より高い控除額を設定することを認めるべきである。

(2) 固定資産税

新築住宅に係る固定資産税の減額措置は昭和39年の創設以来、長期にわたり延長が繰り返されており、減税額も1,500億円にのぼり、固定資産税の特例の中でも大きなウエイトを占めている⁷⁸。

しかし、中古住宅に関する固定資産税の減税等は認められていないため、中古住宅についてもかかる減額措置を講じるべきである。

⁷⁷ イギリスでは2000年に廃止された。藤原一哉「住宅減税の一考察」商学論集78巻1号1-11頁（2009）。

⁷⁸ 小野孝也「認定長期優良住宅に係る固定資産税の特例について」地方税61巻11号133頁（2010）。

5.3.4 エネルギー効率の高い中古住宅の流通のための住宅税制

中古住宅の流通を促進するのであれば、中古住宅にも新築住宅と同様の税制の軽減措置を講じなければ、新築住宅と中古住宅の取引の中立性を阻害する結果となりうるので同様の措置を講じるべきである。

また、住宅政策と環境政策とをともに改善するのであれば、住宅の流通にエネルギー効率証明の添付があった場合に各税の軽減措置を講じることとすることも必要である。

わが国の住宅税制において住宅税制に内在する流通税と消費税との重複課税の問題があるため、そうした問題について明らかにした上で、新築住宅と中古住宅との税制のあり方を考える必要がある。とりわけ、住宅保有時の税制に関しては、固定資産税の税負担軽減措置が新築住宅と中古住宅の取引の中立性を阻害する要因となることも考えられるため、新築住宅と同様の措置を中古住宅にも導入すべきである。

5.4 住宅に関する経済的手法の問題

5.4.1 税による経済的手法のメリット

規制的手法はともすれば財産権の侵害ともなりうる。また、規制が個人の経済的活動を阻害することが考えられる。

そこで、助成金による方法や、税の減免等を使う経済的手法が採用されている。例えば、オランダでは、住宅のエネルギー性能を向上させることが目的としたエネルギー性能のアドバイス制度（EPA）が2000年に導入されている。EPAは、建物の特性だけでなく、物件の調査から得られた暖房、ポンプ、ファンの水と電気消費量の評価で構成される。エネルギー証明の認証コストは住居ごとに約€150～200であるが、この経済的負担はエネルギー税（Energiebelasting Regulerende）を財源とする補助金で賄われていた。しかし、この助成制度は廃止された。わが国では、エコ住宅やエコリフォームに対して、様々な商品やサービスと交換可能なエコポイントの申請が可能である。申請のためには、住宅の品質確保の促進等に関する法律に基づく登録住宅性能評価機関が発行する、エコポイント対象住宅証明書等が必要である。エコポイントは助成金の一種であり、住宅の買替えを促進する効果がある。ただし、助成金には、予算制約があるため、一定の予算内で補助を受ける人数が制限される。

税の減免は助成金と同様の効果があるが、予算制約を受けない点で助成金よりも使いやすい面がある。住宅に関連する税には、取得時にかかる不動産取得税、登録免許税のほか、保有時の固定資産税等があるため、それらの減免等によって建物の所有者に経済的インセンティブを賦与している。税の減免による経済的手法は、補助金に比べ、交付の手続きがないため、執行が容易であるといったメリットがある。

5.4.2 税負担軽減措置の見直しに関する課題

現在のところ、わが国においては、住宅の取得、保有において、種々の税負担軽減措置が存続している。中には時代遅れとなった措置も少なくないことから、環境政策の観点から大幅に見直した上で、新たな環境政策に即した住宅税制が構築されるべきである。加えて、税による経済的手法は、公平を犠牲にしても得られる政策的効果が大きいといえる場合に限って導入すべきである。

近時、租税別措置の適用実態を明らかにし、その効果を検証できる仕組みを構築するための法律、いわゆる「租特透明化法」（租税特別措置の適用状況の透明化等に関する法律）が制定された。租特透明化法の対象となる租税特別措置は、内国税の負担を軽減すること等により、特定の行政目的を実現させるために租税特別措置法に規定されている措置または特例である。租特透明化を具体的に進めるための手段として、(1)財務省等による適用実態調査、(2)会計検査院による検査、(3)行政機関による政策評価を通じた政策への反映の3つを定めている。

しかしながら、政策と租税政策とは複雑に交錯しているため、両者をパッケージとして政策評価しないと、税負担軽減措置の適正な評価を行うことは困難である。また、評価機関は行政庁やその関連団体が行うのではなく、独立した第三者機関によって行われないと、適正な評価は望めない。さらに、減免措置、例えば固定資産税の減免等、地方団体の課税権の行使による減免については「租特透明化法」の対象とならないことから、こうした減免等については地方団体が独自の評価を行う必要がある。こうした減免等について地方団体の施策を併せて評価がなされるべきで、やはり第三者機関による適正な評価が行われる必要がある。

5.5 まとめ

EU では、住宅のエネルギー効率を改善するために住宅取得の価額は上昇する傾向にあると考えられる。しかし、それによって住宅の流通が阻害されているとは聞かれない。また、税の減免等によるインセンティブの賦与はあまり行われておらず、やはり規制的手法による効果が大きいと考えられる。もっとも、新築住宅にはかかる規制の適用が強くなされているが、中古住宅については規制が難しく、EU でも課題が残されている。

わが国では、今後は、住宅のエネルギー効率の高い中古住宅の流通を普及させるために、規制的手法とともに、税による経済的手法を講じる必要がある。規制的手法のためには、新築住宅の場合であれば、建築確認に環境基準の要件を絡ませる方法が考えられるが、中古住宅の場合にはかかる規制的手法を導入するのは難しい。そこで、中古住宅の流通においては、エネルギー効率に関する基準を設けた認証手続を導入すべきである。併せて、中古住宅にかかる税については、新築住宅との中立性を保つため、①消費税の軽減、②固定資産税の軽減措置を導入する方法を採用すべきである。

6 まとめ

小川清一郎

6.1

中古住宅の流通を阻害する現状と対策をいくつかの法的観点から検討してきたが、まとめると次のようになる。

1) 重要事項説明の項目が膨大になっており、判例でもその射程が広がる傾向がある。これは宅建業者に過度の負担を強いる結果となっている。内容の複雑な重要事項説明を一般消費者が短時間で理解することは困難であり、実際に買主、消費者が十分理解していないケースが多い。そこで、重要事項説明の見直しが必要となる。第一に交付時期である。現在も契約前となっているが、契約締結までにその内容の検討の時間を十分確保する必要があるので、契約より2週間前までに交付するなど、一定の期限を設ける必要がある。第二に重要事項説明の形式であるが、電磁的措置（CD-ROM、電子メール）での交付も必要となる。さらに口頭の説明の重点化も重要である。書面の事前交付により消費者が十分理解できた部分については、重要事項説明時の口頭説明を省略し、逆に理解が不十分な部分についてはより詳細な説明を行うことも求められよう。また、業者間取引での重要事項説明の省略化、簡素化も可能であろう。業者間取引はプロ同士なので、重要事項説明は、書面の交付と疑問点への説明で十分である。第三に、重要事項説明の項目の見直しが必要である。必要なものに絞り込み、今後はむやみに増加させない。さらに、売主から買主に対して直接提供すべき情報については媒介業者の重要事項説明項目から除外することも検討されるべきである。第四に、契約後の事情変更に関する情報提供の位置づけを明確化する必要がある。いわゆる青田売りの場合など、重要事項説明を行った事項について契約後引渡し前までに生じた事情変更を宅建業者が認識した場合には、変更事項について当事者に情報提供する必要がある。さらに、適合性の原則の趣旨を参考にした分かりやすい説明が必要となる。消費者の知識、経験、財産の状況、契約目的などその属性に応じて重要事項説明書の記載内容や説明方法について配慮した分かりやすい説明を目指すべきである。

2) 仲介の形態について。不動産取引の透明性を高めるために、より根本的には仲介形態として、1人の仲介業者が契約当事者の双方から同時に仲介を受託するという両手仲介の問題も検討されるべきである。このような取引慣行は長く存在し、公平中立に仲介業務を行っているという理由で問題視されてこなかった。しかし、現実の仲介業務で、利害対立する契約当事者間に立った仲介業者がどこまで公平性、中立性を保持し、適正な取引を遂行できるかは疑問であり、利益相反行為にもなり得る。宅建業者の職業倫理の確立という観点からも両手仲介は再検討されるべきである。

3) 契約書の公正証書化の必要性を考慮すべきである。宅建業法で重要事項説明書の文書化は要請されているが、紛争防止という視点から一歩踏み込んで、契約書の公正証書化も

検討の余地があろう。前述したようにドイツでは、不動産売買などでは契約書を公正証書として作成することが義務づけられている。公正証書の作成には公証人が関与し、その際に契約当事者に様々な助言・教示を行い、未然に紛争を防止する仕組みとなっている。

4) 多角的監督システムの構築も必要である。現在の不動産取引において、当事者の紛争予防の役割を担うのは宅建業者であり、重要事項説明がその最前線にある。しかし、盛りだくさんの事項を説明することはますます困難になり、当事者においても理解が希薄となりがちである。重要事項説明に予め十分時間をかけて、当事者の理解度を深めることも必要であるが、さらに権利関係については公証人・司法書士、建物の自体の調査はインスペクターなど多角的な監督システムを構築する必要もあろう。

6. 2

瑕疵担保責任をめぐる問題に関しては、中古住宅流通促進の視点から、保険システムの充実が今後はより重要である。特に一般消費者に対する周知がまだ足りず、こうした一般消費者に対する啓蒙活動が活発化することが必要である。

また、売り手側の意識改革も積極的に呼びかける必要がある。すなわち、住宅を財産として保守・点検・整備する必要性を、売主にも啓蒙していく必要がある。そのためのシステム構築が検討されるべきであろう。

6. 3

相続法上の問題に関しては、中古住宅の流通を活性化させるためには、相続可能な資産を、適切な状態で適切な時期に流通させることが必要である。相続財産の共有状態解消が円滑になされれば、相続財産を処分した後の紛争を予防することが可能となる。

相続人の1人が相続財産中の不動産を売却すれば、他の相続人が有する相続分を権限なく処分したこととなる。この場合、「他の共同相続人は、自己の財産に対する侵害を理由に、その侵害をした共同相続人に対して不法行為に基く損害賠償または不当利得の返還を求めること」が可能となる。

不動産を円滑に流通させるためには、相続人が当該不動産に対して有する持分のみを譲り受けるのではなく、不動産を全体のものとして譲受け、流通させる必要がある。

そのためには、想定される法律上のすべての課題をワンストップサービスで解決することが可能となる、具体的なサービスシステムを構築する必要があるのではないか。そのことにより、消費者は、安心して、相続財産たる中古住宅を流通させることが可能となる。

6. 4

住宅のエネルギー効率の高い中古住宅の流通を普及させるために、規制的手法とともに、税による経済的手法を講じる必要がある。中古住宅の場合、新築住宅と異なり、建築確認に環境基準の要件を絡ませる規制的手法を導入することは難しい。そこで、中古住宅の流通においては、エネルギー効率に関する基準を設けた認証手続を導入すべきである。併せて、中古住宅にかかる税については、新築住宅との中立性を保つため、①消費税の軽減、②固定資産税の軽減措置を導入すべきである。