

不動産取引と消費者保護

執行 秀 幸

- 一 はじめに
- 二 開示・説明義務
- 三 契約の方式・契約内容の適正化

一 はじめに

1 不動産取引の紛争

昭和五九年一月に、総務庁から宅地建物取引に関する調査結果が明らか⁽¹⁾にされている。この調査結果によると、一八都道府県内における宅地建物取引に係る相談苦情の受付処理機関一四二機関・団体が受け付けた相談のうち、苦情紛争事案だけで昭和五六年度は二万四七〇八件、昭和五七年度は約二万二三四五件に達する、という。原因別では、

不動産取引と消費者保護(執行)

手付金、申込証拠金、代金等、受領済金員の返還に係るもの約一九パーセント、ローン手続等に係るもの約四パーセントを含め、契約解除に伴うものが約二四パーセントと最も多い。次に、重要事項に係るもの約一三パーセント、瑕疵補修・アフターサービスに係るもの約一一パーセントと続く。取引態様別では、売買に係るものが約六五パーセントである。そして、苦情紛争事案の約七二パーセントが宅建業者に起因するものであった。

昭和六〇年七月には、不動産適正取引推進機構から、各都道府県の宅地建物取引業法所管課へ昭和五六年度から昭和五八年度に持ち込まれた五八四三件の集計が報告されており、その他でも、各機関によせられた苦情相談の実態の報告、ないし独自の調査による実態の研究などがなされている。⁽²⁾ いずれも、重要事項に関するもの、契約解除に関するもの、瑕疵担保、アフターサービスに関するもの等の紛争が大きな地位を占めている。

2 不動産取引と消費者保護

これまでも、不動産取引（以下、不動産売買を念頭に置く）の消費者保護が図られてこなかったわけではない。「宅地建物取引業法」（昭和二七年法一七六号）（以下「宅建業法」という）は、立法当初は単なる業者規制法であったが、昭和四六年の改正において、損害の予定の制限、手付額の制限、瑕疵担保責任についての特約の規制など契約内容について直接規制を行うなど、消費者保護法としての性格をもつようになった。この年には、「積立式宅地建物販売業法」（昭和四六年法一一一号）も制定されている。昭和五五年の宅建業法の改正ではクーリング・オフ制度が導入された。このように、不動産取引の消費者保護は一層強化されつつあるといえよう。それにもかかわらず、右の調査結果から明らかのように、不動産取引の消費者保護は、いまだ十分でなく、検討されなければならない課題は多い。⁽³⁾ たしかに、昭和六三年の改正⁽⁴⁾で、宅地建物取引主任者の設置義務と登録基準の強化、クーリング・オフの期間の延長、

手付金等の保全設置の拡充等がなされたことにより、いくつかの問題は解決の方向に向かうであろう。しかし、基本的には、依然として、解決すべき課題は少なくない。

3 本稿の課題と検討視角

そこで、本稿は、その中でも、現在、苦情紛争の原因として最も多い契約解除や重要事項の説明等の成立にかかわる問題、とくに開示・説明義務（二）、契約の方式・契約内容の適正化（三）、申込証拠金（四）、手付（五）、クーリング・オフ（六）に関する問題を取り上げ考察していくことにしたい。ただ、本稿では、紙数の関係で（二）（三）のみを取り上げ、（四）以下は別稿に譲ることにした。

不動産取引は、取引金額が高額で、不動産自体、他の商品と比較すれば個性があり多様である。しかも、様々な法律が関係することから、その取引手続も非常に複雑である。したがって、それは、本来慎重になされなければならない。このことから、もっぱら買主が十分な調査検討してから取引をなせばすむ問題ともいえなくはない。しかし、業者たる売主からすれば、その取引が買主たる消費者にとって少々不利だとしても、自らの利益を考えて取引をなそうとすることがありうることは否定できない。これに対して、消費者にとっては、不動産取引は、他の商品の場合と異なり、多くの場合、初めての経験である場合が少なくなく、しかも、安全に取引をなすには多くの知識と経験が要求される。それにもかかわらず、不動産取引が、一般大衆とは無縁の存在ではなく、多くの者が少なくとも一度は経験しよう。これに対し、業者は、不動産取引の知識、経験を有している。少なくとも、それらを業者には期待できる。このようなことから、基本的には、他の商品取引の場合と同様、ないし、他の商品取引の場合以上に買主たる消費者の保護が図られなければならない、といえよう。

むろん、不動産取引にあっては、動産取引とは異なる独自性が存在することはたしかである。そこで、不動産取引においては、「大量生産・大量消費社会」の到来以前にあっては、他の商品の取引とは異なる独自の買主保護の配慮がなされなければならなかった、と考えられる。しかし、不動産取引にあっては動産取引におけると同様消費者保護の必要性が存在することも否定できないであろう。すなわち、不動産取引における買主の保護には、本来不動産の取引であるがゆえに当然なされるべき買主の保護と、不動産取引においても、「大量生産・大量販売」の時代を迎えたために新たに必要となった、ないしこれまで以上に必要となった買主の保護の二つのものが存在している、といえよう。それら両者は、重複部分も少なくないであろうが、右の点を認識しておくことは不動産取引における買主の保護を考えるにあたり重要である、と思われる。ただ、本稿では、消費者保護という場合、右の両者を含めた意味で用いることにする。また、不動産取引における消費者保護を考える際、取引金額が高額であり、不動産の購入が自己の居住のためである場合が多いこと⁽⁵⁾から、一度消費者が紛争に巻き込まれると、消費者が被る損失は、その生活基盤を脅かすほど重大である場合が多く、たとえ事後的に救済されたとしても紛争に巻き込まれること自体、消費者にとって重大な損失であることから、紛争の予防が重要性をもつことになる。

ただ、買主の保護、消費者の保護という場合であっても、それは結局、公正な取引の確保を目指すものであって、いかなる場合にも、買主や消費者を保護すべきだというものではないのは当然である。何をもって公正というかは困難な問題ではあるが、少なくとも、その問題を考えるにあたっては、不動産取引において現実にはどのような紛争が生じ、そのような紛争において、現行法を適用した場合にいかなる問題が生ずるのかを明確にする必要がある。そこで、本稿にあっては、まず、これらの点をできるだけ明らかにするように努め、その後、それらの問題の糸口を探ること⁽⁶⁾にしたい。なお、本稿においては、実際の紛争において最も多いと思われる、買主が消費者で売主が業者である場合の不動産取引を主として念頭に置いて考察を進めていくことになる。

二 開示・説明義務

1 重要事項の説明義務・誇大広告の禁止

消費者は、一般に、取引物件に関する権利関係や法令上の制限等を自分で調査する能力を持っていない、取引条件についても専門的知識を持たない。専門家である不動産業者による適切な開示と説明がなされてはじめて消費者は適切な選択をなしうる。このことを考慮して、宅建業法でも次のような規制が行われている。

第一に、業者が広告をするときには、宅地または建物の所在、規模、取引物件の形状と性質、現在または将来の制限等の一定の事項につき著しく事実と相違したり、実際のものよりも著しく優良、もしくは有利であると人を誤認させるような、虚偽広告や誇大広告が禁止されている（宅建業法三二条⁽⁷⁾）。景表法によっても不当表示が禁止されている⁽⁸⁾。しかも、景表法一〇条一項に基づく「不動産の表示に関する公正競争規約」により、業界の自主規制も行われている。

第二に、目的となる宅地・建物の内容、取引内容に関する一定の重要事項を記載した書面を購入者等に交付して説明する義務を宅建業者に課している（同法三五条）。

第三に、宅建業法第三五条に列挙されていない事項であっても、その取引にあたり重要と判断される事項があれば

説明する必要がある、そのことについて、故意に事実を告げなかったり不実のことを告げることが禁止されている（同法四七条一号）。

2 重要事項の説明等をめぐる苦情紛争の現状

しかしながら、総務庁の調査によると、新聞広告、折込広告にあっては、調査した数の約六〇パーセントが公正競争規約に定める記載事項を記入していないか、不十分なものである。広告内容の虚偽または不適切が原因でトラブルが生じる場合も多い⁽⁹⁾。重要事項の説明が徹底されていないため苦情紛争の原因となっている場合も少なくない、という⁽¹⁰⁾。たとえば、市街化調整区域内に物件が存在することの記載があるのみで、建築制限があること等の説明がないため、契約後に家を建てられないことが分かり、紛争が生じている。また、建築年や将来予見される住環境の悪化をもたらす事項で契約時に明らかとなっているもののように、その事項が当該取引で重要な事項であっても、宅建業法三五条第一項に掲げられていないものについては、説明されず、紛争が生じている、という。

3 誇大広告・不実の表示に対する消費者保護

誇大広告等の禁止の規定に違反したり、重要事項の説明義務に違反した宅建業者には、行政上の処分ないし刑法上の罰則が用意されている（宅建業法六五条、六六条九号、四七条、八〇条）。だが、現在、それらの監督処分が適切に運用されていない、といわれているので⁽¹¹⁾、まず、その改善が図られなければならない。しかしながら、現行の行政的規制も消費者保護の視点からすると必ずしも十分なものではない。そこで、宅建業法の規定に違反した場合ばかりでなく、一般的に誇大広告や虚偽の広告ないし虚偽の説明あるいは信義則上当然になすべきことを説明しないために消費者に被害が生じた場合の私法上の救済方法を検討する必要がある。損害賠償の問題もあるが、ここでは、現実の

苦情紛争の原因にあって大きな割合を占める契約の解消に焦点をあてて検討していこう。

(1) クーリングオフ 宅建業法も、クーリング・オフ制度を認めている。だが、後に別稿で考察するように期間制限があり、しかも、適用範囲はきわめて限られている。したがって、ここで問題としているような場合、これを利用できる可能性は小さい。

(2) 公序良俗による無効 他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博することは公序良俗に反し無効である（民法八〇条）。そこで、消費者の無知、無経験、軽率に乗じて、不動産を買わすために事業者が不適切な表示を行い、消費者から著しく過大な利益を獲得するならば、その行為は無効となる⁽¹²⁾。不動産売買に関して最近の下級審判例もこの理を認める。不動産取引業者の社員が、夜間に買主宅を訪れ、地図等の情報資料を提供しないばかりか、深夜に及ぶまで執拗に、近い将来新幹線が開通し地価が売値の六〜七倍になるとの過大な説明などを一方的に行い、しかもその夜に決断をせまり、北海道の原野を時価の一〇〇倍の代金で買主に売りつけた事案である。裁判所は、このような売り込み態様は買主に正しい情報を与えず、考慮の機会を与えないようにして買主の無知、無思慮に乗ずるものだとして、時価の一〇〇倍の代金で売った点をも考慮し、公序良俗違反を理由に契約を無効とした⁽¹³⁾。

(3) 錯誤 誇大広告や不実の説明によって目的不動産が一定の内容を備えていると消費者が信じて、その不動産を買ったが、そのような内容を備えていないとしても、一般には動機の錯誤があるにすぎないと解されている。判例・通説は、動機が表示者によって表示され相手方がこれを知っているときのみ錯誤の規定を適用する。したがって、それらが表示され、相手方が知っている場合のみ錯誤無効となる可能性が生じることになる。たとえば、買主が必ずしも消費者とはいえない事例であるが、倉庫を建て営業をなす目的を売主に告げたが、当該土地が市街化調整区域内

にあり、倉庫を建てることのできるみこみは少ないにもかかわらず、可能であるとの売主の言葉を信じて当該土地を買った場合⁽¹⁴⁾。別荘地となり得ない土地をあたかも別荘地であるかのように説明されたため、投資目的で別荘地として価値のある土地として買った場合⁽¹⁵⁾。買主が宅地に造成して転売する目的で土地を購入する際、その目的を告げ、売主の代理人がなした建物の建築が可能である旨の言葉を信じて契約を締結したものの、実際には、法律上不可能であった場合⁽¹⁶⁾。いずれも、動機は表示され売主はこれを知っていた、しかも要素の錯誤があったとされた。

しかし、消費者が不動産を購入する場合、使用目的や物件購入の動機を表示しない場合も考えられよう。そこで、動機が表示されたか否かを問わず、動機の錯誤と他の錯誤を区別することなく同一に取り扱うべきである、との最近の多数説が消費者をより厚く保護するともいえる⁽¹⁷⁾。だが、通説は、表示は明示である必要はなく黙示でもよいとする。とすれば、たとえ明示的に動機が表示されていなくとも、買主が消費者である場合、通常、消費者が一般に当該不動産取引においていただくであろう動機は相手方は知っていると考えられるので、そのような動機は黙示的に表示された、とみてよいと思われる。そこで、建物を建てるために当該土地を買うという動機を売主に告げなくとも、売主が、建物が建てられないにもかかわらず可能であるかのような説明をしたり、その点について何ら説明しないで売買契約が締結された場合にも、原則として、その契約は錯誤無効となる、と解すことができよう。

なお、多数説による場合、判例通説と異なり、錯誤の重要性とともに、錯誤に陥っていることに対する表示者の帰責性、認識可能性が要求される。だが、買主が消費者である場合、宅建業法上も、信義則上も業者に重要事項を開示・説明する義務が課せられている。また、宣伝をする場合であっても、少なくとも重要な事項については事実合致した内容のものでなければならぬという義務が、信義則上、業者に課せられているといえよう。それゆえ、宅建

業者が、重要事項を説明しなかったり、事実と異なる説明や宣伝をしたようなときは、原則として帰責性・認識可能性が認められる、と考えられる⁽¹⁸⁾。

(4) 詐欺 詐欺が成立するには、詐欺者に相手方を欺罔して錯誤におとし入れようとする故意と、この錯誤によって意思表示をさせようとする故意が必要である。また、詐欺が信義の原則に反し違法でなければならぬ。しかも、「多少の欺罔行為は放任されるべき」⁽¹⁹⁾だとされている。このように詐欺の要件はかなり厳格である。このことは、対等な者同志の間にあつては妥当性があるかもしれない。だが、消費者取引にあつては当事者の地位の特殊性からして、異なった取扱が検討されるべきであろう。このような理由から、これまでも、消費者取引における詐欺の要件を緩和する必要性が説かれている⁽²⁰⁾。

第一に、主観的要件について。消費者に対する不当な勧誘にあつては、故意や欺罔の意思は要しない、との主張がみられる⁽²¹⁾。解釈論として、そこまでは無理としても、売主が重要事項につき虚偽の説明をしたり、それを全く説明しない場合には故意が強く推定される、と考えるべきである⁽²²⁾。重要事項の説明がなされない場合には消費者は適切な選択が困難であるからこそ専門家である売主に重要事項の説明義務が課せられている。したがって、重要事項に関し虚偽の説明をした場合、専門家である売主は、それが虚偽であることは知らなかった、とは原則としていえないはずである。また、虚偽の説明であることを認識していても消費者は誤認しないと期待することはできず、虚偽の説明をすれば、消費者が錯誤によって意思表示をするであろうことを売主は通常認識していた、というべきだからである。

第二は、違法性の問題である。沈黙も法律上ない信義則上、説明義務があるときには違法となる、と解されている⁽²³⁾。したがって、宅建業者である売主が説明義務を負っている重要事項を買主に説明しない場合、詐欺が成立しうる。

たとえば、別荘地として売却された土地について、売主である宅建業者が、建築制限等の法令上の制限があることを知りながら、そのことを買主に告げなかったことは詐欺にあたる、とする判例がみられる。⁽²⁴⁾ つぎに、多少の欺罔行為は詐欺にならない、という点について。このことが、この社会においては少々だまされることがあってもしかたがない、という意味であれば、少なくとも消費者取引にあっては妥当しない、というべきであろう。⁽²⁵⁾ そこで、広告において、ある程度の誇張は許されるとすることも正当ではあるまい。むしろ、一般の消費者の知識、経験からして、その誇張が単なる言葉のあやとして理解されるものであるような場合は別である。⁽²⁶⁾

(5) 瑕疵担保責任・保証責任 買主が購入した土地に公法上の建築規制が存在し、予定の建物が建てられなかったり、全く建築不可能のため、契約目的を達成されない場合には、買主は、民法五七〇条によるか民法五六六条によるかの見解の相違はあるが、いずれかにもとづき契約を解除することが可能であることには異論がない。⁽²⁷⁾

将来予見される住環境の悪化を「環境的瑕疵」として、その瑕疵が顕在化した場合にも、民法五七〇条の責任を追及しうる、との見解も主張されている。⁽²⁸⁾ 技巧的かつ判断基準としても明確でない、との批判がなされているが、⁽²⁹⁾ 十分検討の余地はあろう。また、売主が説明した環境条件が実際には備わっていなかったような場合、保証違反を理由に契約の解除や損害賠償をなしうる、とすることも考えられる。⁽³⁰⁾ ただ、この保証責任については、いまだ十分に説明がなされていない。その法的性質をどのようなものとみるか、どのような場合に保証がなされたとみるのか、その効果はどうか、これらにつきさらに検討をする必要がある。⁽³¹⁾

(6) 契約締結上の過失 契約締結上の過失法理は、契約が不成立、無効な場合に、有効な契約の締結を信頼した買主を保護するための理論として論じられてきた。ところが、最近の学説は、この法理を、契約が有効に成立した場合などにも拡張してきている。そして、専門家と未経験者間との契約のように、当該物件についての知識が著しく異なっている場合に、専門家が相手方の無経験に乗じて不当な取引をしたような場合には、一定の要件のもと契約締結上の過失法理によって契約の解除を肯定する見解もある。⁽³²⁾

高裁レベルであるが、重要事項説明義務は不動産売買契約の付随義務であるとし、この義務の違反を理由にして契約の解除を認める判例も現れている。⁽³³⁾ これらの判例は、宅建業法上の重要事項説明義務が直ちに売買契約における宅建業者たる売主の義務内容となり、その義務違反があったこと、その事項の説明がなされていれば、買主は契約を締結していなかったであろう、ということを理由に契約の解除を認めた。いわゆる契約締結上の過失の法理に基づいて認められたと理解することが可能であろう。⁽³⁴⁾ もっとも、これらの判例は、宅建業法上の重要事項説明義務を直ちに売主の義務内容としたが、買主が消費者でない場合にも宅建業者には宅建業法上の重要事項説明義務が課せられていることからすると検討の余地がある。⁽³⁵⁾ しかし、契約締結上の過失の法理と呼ぶか否かは別としても、専門的職業に従事する者とそうでない者との契約においては前者に情報提供ないし告知義務が信義則上、原則として認められるべきである。そこで、少なくとも、売主が不動産業者で買主が消費者である場合には、宅建業法上の重要事項説明義務は契約法上の義務でもある、と考えられる。⁽³⁶⁾ そして、さらに具体的な要件等についての検討が必要であるが、原則として、その義務が履行されていれば、通常の買主であれば契約を締結していなかったであろう場合には契約を解除できると解すべきであろう。⁽³⁷⁾

なお、宅建業法三五条第一項に掲げられていない事項でも、買主が消費者であるときには、宅建業者たる売主は信義則上、買主が契約締結の決定をする上で重要な事項、たとえば、契約時における悪臭・騒音等の環境状況、将来予

見される住環境の悪化をもたらす事項で契約時に明らかとなつていゝるものも、その程度如何によつては、説明する契約上の義務を負つてゐる、と考えられる。⁽³⁸⁾そこで、そのような義務違反がある場合にも買主は契約を解除することが可能となるらう。

4 開示・説明義務の課題

以上のように、不実の表示に対する私法的救済の法理は、いまだ十分確立してゐるとはいいがたい。それゆゑ、今後、これらの法理の検討をさらに進めていくべきである。しかし、それとは別に、宅建業法に、一定の重要事項を説明しないとき、誇大広告がなされたとき、消費者はそのことにより生じた損害を賠償できる、場合によっては契約を解除できる旨を明記することも考えられてよい。⁽³⁹⁾そのことにより、重要事項の説明義務に違反した業者が、争う余地が減り、消費者の事後的な救済ばかりでなく、予防効果も期待できるからである。

また、重要事項の説明は「契約が成立するまでの間」(宅建業法三五条一項)になせばよいことになっており、実際には、契約締結の直前になされる場合が少なくないようである。⁽⁴⁰⁾しかし、これでは、実際のところ、消費者は、その説明を理解して、その不動産を購入するか否かを十分検討する余裕がない。そこで、消費者は、十分理解ができない個所があつても、業者にまかせるか、何となくわりきれないものの契約の締結を拒否する十分な理由もないことから、契約を締結してしまふということになるのではないか。⁽⁴¹⁾したがつて、消費者の適切な選択を實際上可能とするためには、重要事項の対象の充実ばかりでなく、その説明の時期や質の適切性を、さらにいっそう問題としていく必要がある。説明すべき時期についていえば、消費者が説明を聞いて理解し検討するに十分な期間、たとえばクーリング・オフの期間を考慮して八日程度の期間が消費者に与えられるように、宅建業法を改正すべきである。また、それ

とは別に、契約法上、説明義務が尽くされたか否かは、一般通常の消費者が理解できたか否かを基準として判断がなされるべきであらう。

三 契約の方式・契約内容の適正化

1 宅建業者の書面交付義務

不動産売買契約も諾成契約であり、その成立には、契約書面の作成は不要である。だが、不動産売買はきわめて高価な取引であり、十分、慎重に行わなければならない。後に契約内容をめぐり紛争が生じないようにする必要もある。このような理由から、宅建業法は、宅建業者に、一定の契約内容を記載した書面を交付する義務を課した(宅建業法第三七条)。しかも、これに違反した者に対して、行政処分(同法六五条二・四項・六六条九条)、罰則(同法八三条一項二号)を用意してゐる。

2 契約書面に係る苦情紛争

ところが、実際には、契約書面の記載事項が不適切である等のため苦情紛争の原因となつてゐることが多い。とくに契約解除に関するものが非常に多く、ローンの成立ないし手持物件の売却を条件とした契約について、これらの条件の不成立に伴うものが顕著である、といふ。⁽⁴²⁾たとえば、ローンが成立しない場合の不動産売買契約の取扱い(白紙解約等)は、契約書面に記載しなければならぬにもかかわらず、単なる口頭で済ませているものが少なくないことがローン関係の紛争原因となつてゐる。また、現居住物件の売却を条件として物件の販売を行う際にも、そのような

条件につき単なる口約束あるいは契約内容を不明のままにして新規取得住宅の売買契約を先行させ、手持物件が売れない等のため購入者が業者から新規物件の代金の請求を受けて困っている場合が少なくない、という。

3 契約内容の適正化

しかし、書面の交付は契約の成立要件ではない。しかも、宅建業法も契約内容のうち重要なものの記載を義務づけているにすぎない。そこで、書面に記載されていない「単なる口約束」も契約内容となっており、それは拘束力をもつはずである。⁽⁴³⁾ だが、約束した内容が明確でない場合が当然考えられる。また、このような約束の存否自体が不明なときもある。

しかしながら、不動産取引は、今日「さまざまな契約がからみあった一種の複合的な契約」⁽⁴⁴⁾ となっており、それらの契約をばらばらのものと理解するのではなく法的にも密接な関係をもつものとして取り扱うことが要請される。そこで、右のような場合にあっては、業者たる売主がローンのあっせんをした場合、そのローンが提携ローンである場合、ローンの不成立を解除条件とする旨の合意ないし黙示の合意があったと認めてもよいと思われる。宅建業者は、ローンが不成立の場合の措置も消費者に説明する必要がある。ところが、この点について契約内容が不明確ないし不明であるということは、通常、業者の説明が十分でなかった証拠だともいえる。通常の消費者は、十分な説明を受ければ、特別な理由のない限り、右のような合意をすると考えられる。そのような合意ないし黙示の合意があったとしても、そのことにより、業者は通常重大な不利益を受けるものではない。他方、消費者は、そのような合意がなかったとすると重大な損失を被る。しかも、このことを業者たる売主は十分予見していると思われるからである。さらには、業者たる売主が、買主がローンの利用を前提としていることを知っているような場合にも、同様に解してよい、

と思われる。大分地判昭和六一年四月二四日（判例タイムズ六二二号一二二頁）は、公的融資の利用を購入契約の不可欠の前提として、そのことを売主が熟知しながら、売主の経営上の理由から強力に契約締結をおし進め契約書の作成もなされた事案で、土地の売買契約は、右の前提が交渉過程の途中で欠け、買主の意思も消失したとして、その売買契約の成立自体を否定したが、このような法的構成も考えられよう。⁽⁴⁵⁾

いわゆる買換の場合にも、「売り」と「買い」を同一の業者に依頼しているときのように、買主が手持物件の売却代金を購入代金に充てることを売主が十分承知しているような場合には、相当な期間内に手持ち物件が売却できなかったことを解除条件とする旨の合意ないし黙示の合意があったと認めてよいであろう。⁽⁴⁶⁾

たとえば、以上のように解すことができなくとも、ここで問題としているような点は、消費者が契約を締結するか否かを決定する上できわめて重要な事項であり、そのような事項が適切に説明されなかったことを理由に、前章で検討した、いずれかの法的構成によって消費者は契約を解消することができる場合が多いと思われる。

このような方法によって、本来明確に定められるべき契約条項が不明確ないし、その存否自体が不明の場合に消費者の救済を図ることは不可能でない。しかし、救済の確実性、紛争の予防という点からすると十分ではない。そこで、これまでも、とくに問題となる条項については個別に規制がなされているが、さらに、取引態様に応じた標準契約約款を定めることが検討されてしかるべきであろう。⁽⁴⁷⁾ また、クーリング・オフの拡張も考えられるべきである。

4 不動産売買契約の要式化

書面の作成を、さらに消費者契約一般についてはあるが、たとえば契約の効力発生要件とするように私法上の効果にも影響を与えるものとしていくべきではないか、との主張が有力に唱えられている。⁽⁴⁸⁾ とくに、高額な取引で慎重

さが要求される不動産取引にあっては、このようなことがいえよう。近時の判例も不動産売買契約の成立を厳格に解し、相当高額の土地の売買にあっては、契約の作成および内金の授受が慣行になっており、当事者がそれに従うものと認められるかぎり、それらは売買の成立要件であると明言するものもある。⁽⁴⁹⁾

契約内容を書面に記載することにより、その内容がより明確になる。明確な証拠を残すことにより、後にその内容をめぐる紛争を回避できる。取引が慎重に行われるようになる、と考えられる。このことは、きわめて望ましいことである。しかし、現在でも重要事項であるにもかかわらず、業者が自らに有利に導くために意図的に契約書面に記載しない場合がある、⁽⁵⁰⁾ という。このような場合、要式化することによって、口頭ではあるが、明らかに合意した内容であっても、契約内容とならないとすれば、要式化することによって、かえって消費者に不利益をもたらす可能性がある。他の弊害も考えられないではない。⁽⁵¹⁾ それゆえ、契約書の作成をさらに徹底すべきこと自体に異論はないとしても、契約書を作成しない場合に、契約を無効としたり、強行できないものとするのが、消費者保護のために、どのような効果をもたらすか、また、要式化のためにいかなる前提条件が必要かを、わが国の現状において、今後、一層具体的に検討していくべきであろう。

- (1) 総務庁行政監察局編・宅地建物取引の現状と問題点(一九八四年)。
 (2) 不動産適正取引推進機構・紛争事例調査集計報告書(一九八五年)、同・紛争防止実態調査集計報告書(昭和五九年八月より昭和六〇年一月、建設省、各都道府県の宅建業法所管窓口に持ち込まれた苦情紛争の申立を行った消費者に対してなしたアンケート九四九件の集計)(一九八五年)、松本良夫・紛争 その実態と業界の対応(不動産適正取引推進機構、一九八五年)、高辻秀興Ⅱ深海隆恒Ⅱ島田正己「不動産取引における紛争の実態と紛争要因に関する研究」季刊 日本不動産学会誌

- 一・二巻一号三四頁(一九八六年)熊谷啓「昭和六十一年度の苦情相談」RETIIO七号一六頁(一九八八年)、同「昭和六十二年度の苦情相談」RETIIO九号二六頁(一九八八年)、東京住宅局民間住宅部・不動産取引についての相談(一九八八年)。

- (3) 伊藤進「不動産取引と消費者保護」法律のひろば三二巻一二号(一九八〇年)四頁、明石三郎「不動産取引と宅建業法」法と政策一九八一年七月一二頁、山本進一「不動産売買と消費者保護」現代契約法大系第三卷(有斐閣、一九八三年)三七七頁以下、総務庁行政監察局編・前掲書(注1)、不動産適正取引推進機構・不動産取引事例集(一九八五年)、同・続不動産取引事例集(一九八七年)、石田喜久夫Ⅱ赤松秀岳「不動産取引」消費者法講座4(日本評論社、一九八八年)。

- (4) 昭和六三年宅建業法の改正については、浅野間一「宅地建物取引業法および積立式宅地建物販売業法の一部改正の概要」NBL四〇七号四二頁参照。

- (5) 紛争防止実態調査集計報告書・前掲書(注2)二二頁では、取得目的につき自己居住が七五・四%、投資用が一三・八%、事業用が六・五%であった。

- (6) 紛争防止実態調査集計報告書・前掲書(注2)二二頁では、調査の対象の相談者の立場にたつ買主が七五・七%業者の立場では当事者が六二・一%であった。

- (7) 建設省計画局不動産課監修・宅地建物取引業法令研究会編著・新宅地建物取引業法の解説(住宅新報社、一九八二年、以下、「新宅地建物取引業法の解説」で引用)一〇六頁以下参照。

- (8) 景表法による規制については、国民生活センター編・表示規制法概説(日本評論社、一九七九年)七〇頁以下参照。

- (9) 総務庁行政監察局編・前掲書(注1)二三頁以下。

- (10) 右掲書一三〇二〇頁。昭和六一年度、昭和六十二年度に建設省・都道府県の宅建業法主管課本課で取り扱った売買契約に関するもの六一九一件、六七七八件のうち、いずれも、一番多いのが重要事項の説明等に関するもので、それぞれ二八・三%、三〇・〇%であった。つぎに、契約の解除に関するもの、一三・〇%、一〇・九%、登記・引渡に関するもの、八・八%、九・一%、手付金・中間金等の返還に関するもの六・四%、七・三%と続く(昭和六十一年度の苦情相談・前掲(注2)一六、昭和六十二年度の苦情相談・前掲(注2)二六頁)。

- (11) 右掲書六八頁以下。
- (12) 浜上則雄Ⅱ加賀山茂・商品表示と消費者保護(下)ジュリスト(以下、ジュリ)六九〇号(一九七九年)一一九〜一二〇頁。
- (13) 横浜地判昭和五七年五月二一日判例時報(以下、判時)一〇六七号八九頁。本件は、いわゆる原野商法である。その実態については、不動産適正取引推進機構・原野商法(一九八五年)参照。なお、東京地判昭和五九年六月二八日(不動産適正取引推進機構・宅地建物取引判例の要点(一九八六年)一九三頁)は、ぼけ老人に土地を押し売りし、その老人が、その対象がどの土地か、面積、価格について全く理解しないで指印した事案で、売買契約の成立を否定した。
- (14) 東京高判昭和四九年六月二〇日判時七四八号五四頁。
- (15) 東京地判昭和五八年六月二九日判例タイムズ(以下、判タ)五〇八号一二八頁。
- (16) 東京高判昭和六一年八月六日判時一二〇六号三〇頁。
- (17) (18)長尾治助「消費者契約における意思主義の復権」判タ四九七号(一九八三年)二二頁。もともと、動機の錯誤を区別しない見解も要件等で完全に一致しているわけではない。この点を含め、錯誤については中松纓子「錯誤」民法講座1民法総則(有斐閣、一九八四年)三八七頁参照。
- (19) 我妻栄・新訂民法総則(岩波書店、一九六五年)三一〇頁。
- (20) 川井健Ⅱ長尾治助Ⅱ伊藤進Ⅱ安永正昭・消費者のための民法入門(有斐閣、一九七七年)一二頁(伊藤進)。
- (21) 長尾・前掲論文(注17)二四頁注(21)。
- (22) 長尾治助「表示義務違反の私法的効果について」法と権利1(末川先生追悼論集)民商七八巻臨時増刊号(一九七八年)三〇〇〜一頁。東京地判昭和五八年六月一三日判タ五〇八号一四一頁は、三年後に買値の何倍にもなるとして、土地を売ったことが詐欺となるとしたものであるが、何倍にもなるはずがないことを業者の従業員も当然知っていたはずであるし、右土地を高価に売却しようとして凶り虚偽の事実を告げて、売主を欺罔したと認めざるをえないとしている。また、東京地判昭和五九年七月二六日(宅地建物取引判例の要点・前掲書(注13)一八五頁)は北海道の土地の周辺開発見通しについて売主は業者であり、そのセールスマンも、十分知っていたものと考えられるとした。また、東京地判昭和五九年一月二四日(宅地建物取引判例の要点・前掲書(注13)一八七頁)も詐欺のケース。
- (23) 我妻・前掲書(注19)、注釈民法(3)(有斐閣、一九七三年)一三四〜五頁(下森定)。
- (24) 東京地判昭和五三年一〇月一六日判時九三七号五一頁。
- (25) 国民生活センター編前掲書(注8)二三五頁は、情報不足の消費者の未経験や無知を利用するような欺罔行為は放任されるべきものではないと考えられる、という。なお、北川善太郎教授は、消費者法における法形成原理として「契約における真実主義」をあげられる(同・消費者法のシステム(岩波書店、一九八〇年))。
- (26) 関口伸之「不動産広告の実体と対応」土地住宅問題七二号(一九八〇年)七一頁参照。
- (27) 高木多喜男・不完全履行と瑕疵担保責任(叢書民法総合判例研究(23))(一粒社、一九八〇年)一八頁以下参照。判例は民法五七〇条説をとる。たとえば、最判昭和四一年四月一四日判時四四九号四三頁。なお、瑕疵担保責任に関しては、瑕疵期間制限、修繕業務、請負契約における瑕疵担保責任との関係等、不動産取引についても多くの問題があるが、これらについては別の際に検討したい。これらについては、円谷俊「瑕疵担保責任」民法講座5(有斐閣、一九八五年)、下森定「建売マンション」の欠陥(瑕疵)と修繕」現代契約法体系第4巻(有斐閣、一九八五年)四六〇頁、同・建物住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修繕義務(日本住宅総合センター、一九八〇年)、淡路剛久「製作物供給契約」現代契約法体系第7巻(有斐閣、一九八四年)三二七頁、石田Ⅱ赤松・前掲論文(注3)一八六頁〜一八八頁等参照。
- (28) 下森定・判タ三一一号(一九七四年)八六頁。
- (29) 本田純一「『契約締結上の過失』理論について」現代契約法大系第1巻(有斐閣、一九八三年)二〇五頁。森泉章Ⅱ半田正夫・判例不動産売買法(大成出版社、一九八三年)一六〜七頁(森泉章)は好意的だといえようか。円谷峻・契約の成立と責任(一粒社、一九八八年)二一〇頁〜二一一頁は、否定的。
- (30) 幾代通Ⅱ山本進一編・不動産売買の法律相談(第五版)(有斐閣、一九八二年)三四四〜七頁(山下末人)。
- (31) 円谷峻「欠陥商品に対するメーカーの責任」現代契約法大系第4巻(有斐閣、一九八五年)一九四頁以下、同・前掲書(注29)二一一頁参照。東京地判昭和五八年一月二七日判時一一二四号一九一頁は、マンションを購入した隣接地に、五階建の建物が建築されたため、南東部の開口部の日照・採光・通風が疎外された事案で、説明義務違反とともに、売主が日照等の享受について黙示的に保証したことを理由に買主が損害賠償を求めた事件で、裁判所は、南東部に開口部があるからといって、直ちに、売主が南東面からの日照・採光・通風の享受を保証したとはいえない、とした。
- (32) 北川善太郎「契約締結上の過失」契約法大系1(有斐閣、一九六二年)二三三頁、松本恒雄「消費者取引における不当表

示と情報提供者責任(下)「NBL二三〇号(一九八一年)一七頁、本田・前掲論文(注29)二〇七〜九頁。なお、わが国の契約締結上の過失について、それ以外に、最近の文献としては、森泉章「『契約締結上の過失』に関する一考察」民事研究二八五号(一九八〇年)八頁、同二八七号(一九八一年)、同二九〇号(一九八一年)二頁、田沼柁「締結上の過失責任の法的性質と付随義務について」法学新報八七卷一二号(一九八一年)一一頁、円谷峻「契約締結上の過失」現代民法学の基本問題中(内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念)(第一法規、一九八三年)二二四頁、藤田寿夫「表示についての私法上の責任」民商法八九卷五号(一九八四年)四二頁、同六号(一九八四年)四六頁以下、円谷峻・前掲書(注29)等がある。

(33) 東京高判昭和五二年三月三十一日判時八五八号六九頁、大阪高判昭和五八年七月一九日判時一〇九九号五八頁(山崎悠基「判例研究」ジュリ八七七号(一九八七号)一一九頁)。

(34) 栗田哲男「土地に対する建築規制と宅建業者の責任」判タ五二九号(一九八四年)一四九頁。なお、円谷・前掲論文(注31)は、契約締結上の過失による責任は、それ自体が責任規範のように理解されるべきではなく、契約締結のさいに生ずる種々の責任問題に対する総称である、と指摘される。

(35) 栗田・前掲論文(注34)一四九頁参照。

(36) 平井宜雄教授は、不動産取引法を独自の法領域と理解され、不動産取引の説明義務を消費者保護というよりも不動産取引の沿革、つまり、不動産という最近にいたるまで取引になじむとは考えられなかったものを取りするようになったという沿革が要求するものであると主張される(同・不動産取引の紛争事例集の基本思想と業界のあり方(不動産適正取引推進機構、一九八八年)三一頁)。

(37) 契約締結上の過失による解除の要件については、本田・前掲論文(注29)二〇八頁、宮本建蔵・判時一一三九号二〇九頁。石田・赤松・前掲論文(注3)一三八頁は、不実の説明が契約内容を構成しない場合、解除が認められるには義務違反がかなり重大であることが必要だとされる。また、龍田節「不実表示の規制と消費者保護」消費者法講座第4卷(一九八八年)二〇頁は要件の検討の必要性を指摘される。もっとも、岡孝「民法判例レビュー・契約」判タ四九三号(一九八三年)三〇頁、円谷・前掲書(注29)二二頁以下は解除を認めることに否定的。消費者保護の視点から解除制度を検討する必要があるが、その点については長尾・前掲論文(注17)二六頁。また、付随義務違反の場合の解除の問題についての最近の文

献として小野剛「付随的債務の不履行と契約の解除」判例タ四九四号(一九八三年)一七頁以下がある。なお、重要事項を説明する取引主任者は業者の「履行補助者」であり、その義務違反の責任は業者が負うと解すことができる(松坂佐一「締約補助者の過失に因る当事者の責任」債権者取消権の研究(有斐閣、一九八一年)二〇九頁、松本・前掲論文(注32)参照)。

(38) 不動産取引紛争事例集・前掲書(注3)一〇頁以下参照。

(39) 伊藤・前掲論文(注3)六頁も、損害賠償責任について同様な指摘をなされる。

(40) 本東信・重要事項説明をめぐる諸問題(不動産適正取引推進機構、一九八五年)九頁参照。

(41) 紛争防止実態調査集計報告集・前掲(注2)三八〜四〇頁は、相談者のうち、重要事項説明書について、理解できない所があったもの五二・六%、理解できなかった七・四%、読まなかった一五・二%であり、理解できない理由として、業者にまかせた場合五九・一%、時間不足二七・四%、なんとなく二六・三%であった、という。

(42) 総務庁行政監察局編・前掲書(注1)二〇頁以下。

(43) 相手方に代理権がないときには問題が生ずる。まず、業者の履行責任を追及するには表見代理の成立が考えられる。つぎに、それが困難である場合も、相手方が表示したが契約内容とならない事項についても、信義則に基づき業者は履行責任を負うと解することが可能であろう(長尾・前掲論文(注22)二九九頁)。

(44) 平井・前掲書(注36)一六〜一七頁参照。

(45) ローン特約がある場合にも、さまざまな問題がある(不動産取引紛争事例集(注3)九五頁以下)。

(46) 他の買換をめぐる問題については「不動産取引紛争事例集(注3)一九五頁以下」。

(47) その際、条項によっては、固定的なものではなく、当事者の選択の余地を与えることが考えられよう。そのことによつて、多様な取引形態に対処できる。また、解釈が分かれているような場合に条項の内容を決定する困難を回避できよう。なお、不動産適正取引推進機構から宅建業者の媒介による土地売買に関して、標準売買契約書が発表されている(不動産標準売買契約の解説(不動産適正取引推進機構、一九八八年))。

(48) 川井・長尾・伊藤・安永・前掲書(注20)一一〇頁(伊藤)、高田源清「契約書面化の緊要性」中京法学第十三巻第三号(一九七八年)一二頁、伊藤進「消費者保護法制の仕組みと課題」ジュリ増刊総合特集消費者問題(一九七九年)一八三頁、

不動産取引と消費者保護(執行)

長尾・前掲論文(注17)一六頁。太田知行「契約の成立」長尾竜一・田中成明編 現代法哲学第3巻実定法の基礎理論(東大出版、一九八三年)二〇二〜三、二〇九頁は、判例の多数が手付の授受もしくは契約書の作成を不動産売買契約成立の要件としていると解され、そのような判例に賛成される。ちなみに、わが民法典は、諸外国の立法例と比べると契約方式の自由が徹底しているが、これは、契約の書面による明確化を好まない意識があったためである、と指摘されている(「来栖三郎・契約法(有斐閣、一九七四年)四八〜九頁」)。

(49) 東京地判昭和五七年二月一七日判例時報一〇四九号五五頁(この判例研究として、鎌田薫「不動産売買契約の成否」判タ四八四号(一九八三年)二〇頁以下)、東京高判昭和五四年一月七日判時九五一号五〇頁、東京高判昭和五〇年六月三日判時七九〇号六三頁。青山邦夫「売買契約の認定について」判タ五〇三号(一九八三年)三六〜七頁は、これらの判例を、のちに契約書作成が予定されている場合、右契約書の作成をもって契約の成立を認定するものとして、賛成される。また、鎌田薫「売買承諾書の交付と売買契約の成否」ジュリ八五七号(一九八六年)一四頁、河上正二「『契約の成立』をめぐる 現代契約論への一考察(一)(二)」判タ六五五号一頁(一九八八年)、同六五七号(一九八八年)一四頁。

(50) 総務庁行政監察局編・前掲書(注1)二二頁。

(51) 長尾・前掲論文(注17)一七頁も、国民に正しい契約観念の一般化、定着化を図らねば、要式化にあまりに期待を寄せることは、かえって消費者に不利益をもたらすおそれがある、といわれる。

追記 本稿が掲載されるべき本の刊行が都合でかなり遅れているため、その一部を本誌に掲載させていただいた。執筆してから五年近く経過しており、その後、宅建業法の改正もあり、関係判例・論文も少なからず、その間にもでており、それらを可能な限り取り入れる努力はしたが、それらの成果を十分いかせない部分も少なくない。それらは、後日、別の機会に検討させていただくことにしたい。