

# 瑕疵担保責任の比較法的考察(二)

——日本・フランス・EU——

野澤正充

序章 本稿の課題と対象

第一章 日本法(1)——法定責任説と判例法の形成

第一節 起草者の見解とその評価(以上七三号)

第二節 法定責任説の形成

第一款 民法典制定直後の見解

第二款 大正期の見解——法定責任説の登場

第三款 明治・大正期の学説のまとめ(以上本号)

第三節 大審院大正一四年判決とその評価

第四節 最高裁昭和三六年判決の理解

第二章 日本法(2)——債務不履行責任説の台頭と展開

第三章 フランス法(1)——一九八六年まで

第四章 フランス法(2)——一九八六年以降

第五章 総括と展望

## 第一章 日本法(1)——法定責任説と判例法の形成

### 第二節 法定責任説の形成

#### 第一款 民法典制定直後の見解

##### 一 序 説

前節で述べたように、民法の起草者(梅)は、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを一元的に捉え、売主が目的物の瑕疵を知らなかったとしても、まさにその点に売主の過失(「知らザル過失」)があると考えていた。そして、民法典制定直後の見解も、瑕疵担保責任に関しては、基本的には起草者の見解に従い、それを債務不履行責任の一つとして位置づけている。<sup>(1)</sup>この結論は、この時期の「学者の関心」が、民法典の「解説や注釈に向けられ」<sup>(2)</sup>ていたため、当然であるとも解される。しかし、その見解を仔細にみると、必ずしも起草者の理解をそのまま踏襲していたわけではなく、後の法定責任説にも通ずる理解が示されていることが注目される。

まず、「起草者の考え方を窺う一つの参考資料」<sup>(3)</sup>となる、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎の三氏による『帝国民法正解』は、前節においても触れたように、<sup>(4)</sup>瑕疵担保責任が物の瑕疵についての売主の告知義務違反に基づくものであるとする。そして、これに加えて、同書は、「公益上ヨリ論ズルモ、売主ニ此義務ヲ負ハシメザレバ、吾人ノ間ニ安堵シテ物ノ売買ヲ為スヲ得ザルニ至ルベシ」(以下、片仮名表記の引用文における句読点は、筆者による)と述べている。ここでは、瑕疵担保責任が、「安堵シテ物ノ売買」をするという「公益」に資するものである、と

されている点が注目されよう。

しかし、この時期において最も注目されるのは、次の岡松参太郎博士の見解である。同博士は、後にいわゆる「特定物のドグマ」を肯定し、法定責任説の先駆けとなるが、その兆しは、すでに『註釈民法理由 (下) 債権編』(明治三〇(一八九七)年)の中にも見出すことができる。

## 二 『註釈民法理由』(岡松参太郎)の注釈

### (1) 法的性質——債務不履行

まず、瑕疵担保責任の法的性質に関して、岡松博士は、それが売主の「義務不履行ノ効果」であるとする。すなわち、瑕疵担保(五七〇条)と追奪担保(五六一条)とを対比し、「二種ノ担保ハ共ニ契約ニ基ツキ、其効果ハ義務不履行ノ効果タルベキモノ」であるとする。<sup>(5)</sup> もっとも、「豊富な外国法、外国文献を引用」する同書は、瑕疵担保責任に関する「従来ノ法制」には、次の二つのものがあるとする。一つは、「全く特別ノ規定ヲ設ケ」る法制であり、その例として、フランス、イタリア、ドイツ民法草案、イギリス動産売買法などが挙げられている。もう一つは、「多少ノ程度ニ於テ追奪担保(二部欠缺)ノ規則ヲ準用」する法制であり、プロイセンやオーストリアなどの民法典がこれに属するとする。そして、日本民法は、「第二ノ主義ヲ採リ、売買ノ目的物上ニ他人ノ権利存在スル場合ニ於ケル追奪担保ニ関スル五六六ノ規定ヲ準用スベキ者」とした。<sup>(7)</sup> その理由は、「第一ノ主義」が、「沿革上」および「法理上ノ理由」<sup>(8)</sup>により、追奪担保と瑕疵担保を「其性質効果ニ於テ全く相異ナルモノト」するが、日本民法は、前述のように、両者をいずれも「義務不履行ノ効果」であるとし、「瑕疵担保ニ関シ特別ノ規定ヲ設クルノ必要ナク、追奪担保ニ関スル規定中適當ナルモノヲ撰ビテ之ヲ準用スルヲ、簡且便ナリ」としたことに基づく<sup>(9)</sup>とする。

右は、瑕疵担保責任に五六六条を準用する方が「極メテ簡便デアル」とした、起草者(梅)<sup>(10)</sup>の見解を敷衍する。その意味では、『註釈民法理由』は民法典の注釈書(コメンタール)であり、その役割を果たしたものであるといえよう。しかし、この点に、岡松博士自らの見解がどの程度反映しているのかは、必ずしも明らかではない。

## (2) 目的物の特定——危険負担との関係

当然のことではあるが、瑕疵担保責任を生じるためには、売買の目的物に(隠れた)瑕疵のあることが必要である。この瑕疵の概念を、岡松博士は客観的に捉え、「瑕疵トハ、売買ノ目的タル物が通常ニ有スベキ性質ノ欠缺ニシテ、之ニ因リ其物ノ価値ヲ害スベキモノナリ」とする。<sup>(11)</sup>その前提としては、「何が売買ノ目的ナルカヲ定ムルヲ要シ」、そのためには、「当事者ノ意思ヲ解釈」しなければならず、その解釈に際しては、「法律行為ノ性質、当事者、時期、場所、代金等ニ注意スベシ」とする。そして、「不特定物ニ付キ意思明カナラザルトキハ、中等ノ品質ヲ有スル物ヲ目的トスルモノトス〔四〇一〕」と述べている。<sup>(12)</sup>

右の記述からは、岡松博士が、特定物のみならず、不特定物にも瑕疵担保責任の適用があると解していたことは明らかである。ただし、不特定物については、その特定が問題となり、岡松博士は、これを危険の移転時期の問題として捉えている。すなわち、「瑕疵ハ危険移転ノ当時ニ存在シタ」ことが必要であるとする。そして、この点については、次の二つの立法例があるとする。一つは、瑕疵が「契約ノ当時ニ存在スルコト」が必要であるとするフランス民法の立場であり、もう一つは、「引渡ノ当時ニ存在スルコトヲ要ス」とするドイツ民法(四五九条)の立場である。しかし、岡松博士は、フランス民法の立場が、「特定物ノ場合ニハ可」であるが、「不特定物ノ場合ニハ」妥当せず、また、ドイツ民法の立場も、「引渡ニ因リ権利ヲ移転」しないわが民法では、採用することができないとする。<sup>(13)</sup>結局、岡松博士は、わが民法にはこの問題に関する明文がなく、瑕疵は、「危険移転ノ当時」に存在しなければならぬとする。なぜなら、「危険移転シタル後ニ生ジタル瑕疵ハ、買主之ヲ負担セザル」をえないか

らである。具体的には、①特定物の売買においては、「契約ノ当時」が基準となり、また、②不特定物の売買では、五三四条二項および四〇一条二項の適用により、「売主ガ引渡ニ必要ナル行為ヲ完了シ又ハ買主ノ同意ヲ以テ給付スベキ物ヲ指定シタル当時ニ存在スルコトヲ要ス」とする。<sup>(14)</sup>

もつとも、岡松博士は、瑕疵が契約時に存在しなければならぬとするフランス民法の見解として、「オーブリー及ピロー」の体系書を参照した。<sup>(15)</sup>そして確かに、岡松博士が参照したオーブリー(Aubry)＝ロー(Rau)の体系書では、「すでに契約時に存在した瑕疵についてしか、売主は責任を負わない」とされている。<sup>(16)</sup>しかし、これは特定物の売買に関するものであり、同書には記述がないが、当時のフランスにおける学説(註釈学派)は、一般に、不特定物の売買(vente de choses in genere)においては、特定(individualisation)の時に目的物の所有権が売主から買主に移転し、それに伴って危険も買主に移転すると解していた。<sup>(17)</sup>そうだとすれば、岡松博士の見解は、基本的にはフランスにおける当時の見解と一致し、特定物については契約時に、また、不特定物は特定の時(四〇一条二項)に買主に危険が移転するため、その時まで存在した瑕疵について売主が担保責任を負うとするものである。<sup>(18)</sup>

### (3) 売主の無過失責任

右のように、瑕疵担保責任を危険負担の問題であるとすると、論理的には、買主に危険が移転するまでの間は、売主がたとえ無過失であっても、<sup>(19)</sup>目的物について生じた瑕疵に関しては、売主が責任を負うこととなる。この点につき、岡松博士も、「売主ガ、其瑕疵ヲ知リタルト否ト、又過失アルト否トヲ」問わないとし、善意の売主にも瑕疵担保責任を認めるフランス民法典一六四三条を引用する。

他方、買主は、瑕疵を知らないことが要件となる。なぜなら、「瑕疵アルコトヲ知リテ之ヲ買受ケタル買主ハ、瑕疵担保ヲ抛棄シタルモノト」みなされるからである。<sup>(20)</sup>

なお、瑕疵担保責任における損害賠償について、岡松博士は、「代金ヲ標準トセズ」に、民法四一六条に従って、

逸失利益などの賠償も認めることができるとする。<sup>(21)</sup>ただし、本来は、「隠レタル瑕疵アルガ為メ、便宜ヲ失フ割合ニ応ジテ代価ノ減少ヲ請求スル」のが、「公平」であり、かつ、「五六三、五六五等ト其権衡ヲ得タ」ものであるとする。しかし、「便益ヲ失フ割合ヲ決シ代価ノ減少ヲ計算スルコト極メテ困難ナルヲ以テ、本法ハ、實際ノ便宜上買主ニ代価ノ減少ヲ請求スルコトヲ許サズ」とした。<sup>(22)</sup>これは、代金減額請求権を認めるのが適当ではあるが、実際上の困難から、それを認めないとする起草者の見解に従うものである。

### 三 その他の明治期の見解

#### (1) 横田秀雄博士の見解

岡松博士の見解をほぼ踏襲したのは、横田秀雄博士であった。同博士は、「瑕疵担保ノ義務モ亦タ、追奪担保ノ義務ト等シク、売主ガ買主ニ対シテ負フ所ノ財産権移転ノ義務ヨリ生ズル結果タルニ外ナラズ」とし、瑕疵担保責任を債務不履行責任であるとする。<sup>(23)</sup>

しかし、横田博士も、瑕疵担保責任の要件の一つとして、「目的物ノ瑕疵ハ危険移転ノ当時存在」しなければならぬとし、危険負担との関係を論ずる。<sup>(24)</sup>すなわち、特定物の売買においては、「危険ハ契約成立ト同時ニ債権者ニ移転」するため、「担保責任ノ原因トナルベキ瑕疵」は、契約成立の時に存在したものでなければならぬとする。そして、契約成立後に生じた瑕疵は、売主の過失に基づくものでないならば、「買主ノ損失ニ帰シ、売主ニ於テ其責ニ任ゼザルモノ」とする。<sup>(25)</sup>また、不特定物の売買においては、目的物が契約成立時には「未ダ確定セズ、目的物ノ引渡、目的物ノ協定及ビ履行ヲ為スニ必要ナル行為ノ完了ニ依リテ始メテ確定スル」ため、目的物に関する危険もこの時に、債権者である買主に移転する。したがって、売主は、「目的物ノ引渡、其協定、履行行為完了ノ当時」において存在する目的物の瑕疵に対して責任を負い、その後生じた瑕疵については責任を負うことはない

とする。<sup>(26)</sup>

そして、横田博士も、瑕疵担保責任が売主の無過失責任であることを明言する。すなわち、売主は、「瑕疵ノ存在ヲ知りタルト否トニ拘ハラズ、常ニ担保ノ責ニ任ジ、其善意無過失ナルヲ理由トシテ責任免脱ヲ主張スル」ことはできないとする。なぜなら、売主が瑕疵のないものとして目的物を売却した以上は、その瑕疵について買主に対して責任を負うことが、「売買契約ヨリ生ズル当然ノ結果」だからであり、民法も、売主の故意または過失を担保責任の要件としていないとする。<sup>(27)</sup>

以上の横田博士の見解は、瑕疵担保責任を債務不履行責任であるとしつつも、目的物の危険（給付危険ないし履行危険）が買主に移転する前に生じた瑕疵に関しては売主が無過失責任を負い、その後の瑕疵については、売主は過失がなければ責任を負わないとする点で、岡松博士の見解と軌を一にする。<sup>(28)</sup> そして、このような横田博士の見解は、その著作が「大正期に至るまで多数の版を重ねた」<sup>(29)</sup> こととも相まって、当時の通説を形成することとなる。

## (2) 法定責任説の萌芽

明治期においても、ドイツの学説を参照し、いわゆる「特定物のドグマ」を認めて、瑕疵担保責任を法定責任であると主張する見解が登場する。もともと、当時の通説的見解は、起草者の見解に従い、瑕疵担保責任を債務不履行責任であると捉えたため、明治期の法定責任説は、このような通説との相克に苦しむこととなる。

### (i) 伴房次郎博士の見解——「特定物のドグマ」の承認

まず、明治三八（一九〇五）年に公にされた伴房次郎博士の見解は、特定物の売買において、目的物が「契約締結ノ当時既ニ瑕疵ヲ有シタル場合」には、「理論上、其瑕疵アル物ノ給付ハ、完全ナル履行ナリト言ハザル」をえないとする。すなわち、「瑕疵履行ハ不履行ニ非ズ」という。なぜなら、「特定物ノ特定物タル所以ハ、当事者ガ之ヲ総テ他ノ物ト區別シ、個別的ノ標目ニ依リテ之ヲ債権ノ目的物ト指示スル」ことにあり、「特定物ヲ買フ者ハ、

其物が有スル瑕疵ト共ニ之ヲ買フモノト言ハザル」をえないからである。<sup>(30)</sup>しかし、「瑕疵ノ有無ハ代金ノ算定ニ影響ヲ及ボシ、又売買契約ニ依リ有償取得ヲ為スベキヤ否ヤノ決意ニ」も大きく影響するため、「法律ヲ以テ之ヲ保護セザルベカラズ」とする。<sup>(31)</sup>

右のように、伴博士は、特定物の売買において、売主が瑕疵のある物を給付しても「完全ナル履行」となるものの、いわゆる「特定物のドグマ」を肯定する。そして、売主は、債務不履行責任を負うことはないが、「瑕疵ノ有無ハ代金ノ算定」に影響するため、買主を法律によつて特に保護したのが瑕疵担保責任であるとする。それゆえ、この限りでは、伴博士の見解は、後の法定責任説と同旨である。しかし、伴博士は、瑕疵担保責任が法定責任であれば、「其採ル所ノ手段ハ即代金ノ減少ト契約ノ廃棄」であり、この二つを規定するのが「羅馬法以来諸国立法例」であるとする。にもかかわらず、「我民法」は、瑕疵担保責任につき、債務不履行における債権者の救済方法である「損害賠償ノ請求權ト解除權トヲ」認めている。それゆえ、「我民法ニ於ケル売主ノ瑕疵ニ対スル責任ハ、契約ノ不履行ヲ理由トシテ之ヲ解釈セザル」をえないとする。<sup>(32)</sup>そして、本来は法定責任である瑕疵担保責任を債務不履行責任であるとするために、伴博士は、売主が常に「隠レタル瑕疵ナキコトノ担保約束ヲ為シタルモノ」とみなした。すなわち、「民法ハ、売主ヲ以テ常ニ其売ル所ノ物品ニ隠レタル瑕疵ナキコトノ担保約束ヲ為シタルモノト看故シ、瑕疵存スルトキハ即此契約ノ不履行アルモノト為シタルナリ」とする。<sup>(33)</sup>

では、不特定物の売買についてはどうか。この場合には、「苟クモ瑕疵アル物ノ給付ハ履行ニ非ズ」とする。<sup>(34)</sup>すなわち、買主は、売主が瑕疵のある物を提供したとしても、その受領を拒むことができ、「之ヲ拒絶スルモ、為メニ遅滞ニ陥ルコト」はない。というのも、「売主ハ履行ヲ為シタルモノニ非ザル」からである。したがって、「瑕疵アル物ノ給付ハ、縦ヒ買主ガ之ヲ弁済トシテ受領スルモ、債務ノ消滅ヲ来スコトナシ、唯外見的履行アルノミ」であり、買主は、「更ニ正当ナル履行ヲ請求スルコト」ができるとする。<sup>(35)</sup>もつとも、このような見解に対しては、買

主による目的物の受領によって、買主が「契約ノ本旨ニ従フモノナルコトヲ認ムルモノ」であり、「最早何等ノ請求」もできないとする見解や、目的物が特定し、「始メヨリ特定物ヲ買ヒタル場合ト同一」であり、瑕疵担保責任の適用が認められると解する見解もあるとする<sup>36)</sup>。しかし、売主による瑕疵のある物の給付は、たとえ買主がそれを受領しても、「債務ノ本旨ニ適スルモノ」ではなく、「買主ハ尚ホ不完全履行ノ抗弁権ヲ有スル」とする<sup>37)</sup>。

結局、伴博士の見解は、いわゆる「特定物のドグマ」を肯定し、瑕疵担保責任が特定物の売買についてのみ適用されるとする。そして、不特定物の売買においては、瑕疵ある物を買主が受領しても、売主は債務を履行したことにならず、なお債務不履行（不完全履行）責任を負うと解する。その意味では、基本的には、後の法定責任説と同じである。ただし、伴博士は、そのような法定責任説を徹底せず、瑕疵担保責任を売主の担保約束であるとみなして、これを債務不履行責任であるとする起草者の見解との妥協を図っている。

(ii) 曄道文藝博士の見解——起草者からの離脱

右のような伴博士の見解をさらに進めて、瑕疵担保責任を法定責任であると解し、起草者の採る債務不履行責任説を否定したのは、曄道文藝博士であった。

曄道博士は、まず、「我民法ノ解釈上、瑕疵担保ノ法律上ノ性質ハ、売主ノ履行義務ノ延長ナリト解スル」のが、「通説」であると<sup>38)</sup>する。その理由は、瑕疵担保責任の効果が、損害賠償と契約の解除であり、「債務不履行ノ効果ト相似タル」ことにある。しかし、特定物の売買においては、その物を「契約締結当時ノ状態ニ於テ提供」すれば、債務の本旨に従った「現実ノ提供」となることには、「一点ノ疑ナク、論者ト雖否定スル」ことはできない。それゆえ、瑕疵担保責任は、「買主ノ受領後ニ生ズル、売主ガ負フ一種特別ノ義務」であると<sup>39)</sup>する。

他方、不特定物の売買においては、売主の提供した物に瑕疵がある場合に、「買主ハ、其受領ヲ拒絶」することができるか否かを問題とする<sup>40)</sup>。そして、「種類売買ノ目的物ガ特定」(四〇一条二項)すれば、「茲ニ始メテ瑕疵担保

二付テ、特定物売買ト同一ニ論<sup>(41)</sup>ずることができるが、目的物の特定までは、買主は、瑕疵ある物の受領を拒絶して、「尚完全ナル履行請求権ヲ有<sup>(42)</sup>」するとする。そこで問題となるのが、「種類売買ノ目的物特定ノ時期如何<sup>(43)</sup>」である。この問題につき、睡道博士は、民法四〇一条二項前段によれば、売主が物の給付をするのに必要な行為を完了したときに目的物が特定するが、売主の「一方ノ行為ニヨリテ目的物が特定スルニハ、契約ノ本旨ニ從ヒタル品質ヲ有スル物ノ引渡アルコトヲ」要し、瑕疵がある場合には、目的物は特定しないと<sup>(44)</sup>する。しかし、同項後段によれば、「当事者ノ合意アリタル時」に目的物が特定し、睡道博士は、この特定が、「種類売買ノ瑕疵担保責任ヲ論ズルニ当リ、最モ重要」であるとする。というのも、睡道博士によれば、瑕疵担保責任は、「目的物が当事者ノ合意ニヨリテ特定シ」、その物が「契約ノ本旨ニ從ヒタル品質」を欠く場合にのみ生じるものだからである。<sup>(45)</sup>

結局、睡道博士は、瑕疵担保責任を特定物の売買における売主の「特別ノ義務」であると解し、不特定物の売買の場合にも、目的物の特定を「条件」として、その適用を認める。ただし、「目的物ノ特定ハ、売主一方ノ行為ニヨリテ之ヲ為ス能ハズ、常ニ当事者ノ合意<sup>(46)</sup>」がなければならないとする。

#### 四 小 括

民法典制定直後の学説は、起草者(梅)の見解に従い、瑕疵担保責任を債務不履行責任であるとしていた。しかし、当時の学説を精査すると、起草者のように、瑕疵担保責任を売主の過失責任であるとする見解はなく、学説は一般に、それを無過失責任であると解していた。その理由は、瑕疵担保責任を(給付)危険負担の問題として捉え、特定物の売買においては契約締結の時を、また、不特定物の売買の場合には、目的物の特定の時(四〇一条二項)を基準として、その時に売主から買主に危険が移転し、それ以前に生じた瑕疵については、売主が危険(無過失責任)を負うと考えた(岡松・横田)ことによる。<sup>(46)</sup>

もつとも、不特定物売買における危険の移転時期、すなわち目的物の特定の時期(五三四条二項、四〇一条二項)については、「常ニ当事者ノ合意」が必要であるとする見解(嘩道)のほか、売主が瑕疵のある物を提供しても、目的物は特定しないとする見解(伴)がある。この後者の見解によれば、不特定物の売買における物の瑕疵は、売主の債務不履行(不完全履行)の問題となり、瑕疵担保責任は、特定物の売買にのみ適用されることとなる。その限りでは、後の法定責任説と同旨であるが、明治期においては起草者の見解が強く影響し、論者も結論的には、売主の担保約束を介した債務不履行責任であるとしている。

右のような危険負担の原理に基づく瑕疵担保責任の理解は、大正期に入ると影を潜め、代わって、「特定物のドグマ」と原始の一部不能論とを前提とする法定責任説が台頭する。その背景には、「ドイツ法学の全盛」<sup>(47)</sup>が挙げられるが、特定物と不特定物とを区別し、かつ、瑕疵担保責任を売主の無過失責任であるとして、これと債務不履行責任とを対置する二元的構成が、すでに明治期においても通説的な地位を占めていたことは注目に値する。<sup>(48)</sup>そして、このような当時の通説的見解は、後の大審院判決に大きな影響を与えることとなる。しかし、本稿では、大審院判決を検討する前に、まず、大正期における法定責任説の形成過程を概観する。

(1) 円谷教授は、この時期の見解が、「一般に、(初期の)債務不履行説ともいわれている」が、「今日の債務不履行説との誤解を避けるため」、これを「義務不履行説」としている(円谷俊「瑕疵担保責任」星野英一編『民法講座』(有斐閣、一九八五年)一九三頁)。もつとも、円谷教授は、この「義務不履行説」が、「売主の一般的義務である権利移転義務に担保義務が含まれるとし、売主の担保義務違反は、畢竟、(権利移転)義務の不履行だと考える」とする。そうだとすれば、この義務不履行説は、「民法起草者が売主の権利移転義務について考えたこと一致」<sup>(49)</sup>(同一九三頁)、瑕疵担保責任を債務不履行責任と二元的に捉えるものであると解される。しかし、本文に述べるように、この時期の見解は、必ずしも瑕疵担保責任と債務不履行責任とを同質のものと解していたわけではない。

- (2) 星野英一「日本民法学史(1)」法学教室八号三九頁(一九八一年)。
- (3) 星野・前掲注(2)三八頁。
- (4) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(一)」立教法学七三号五五頁(二〇〇七年)。

- (5) 岡松参太郎『註釈民法理由(下) 債権編』(有斐閣書房、一八九七年) 次一三五頁。
- (6) 星野・前掲注(2) 三八頁。
- (7) 岡松・前掲注(5) 次一三四—次一三五頁。
- (8) 「法理上ノ理由」としては、次の点を指摘する(岡松・前掲注(5) 次一三五頁)。すなわち、追奪担保が「売買契約其者ヨリ生ズル」のに対し、「瑕疵担保ハ、物ノ性質ニ関スルヲ以テ、全ク契約ニ関セズシテ責任発生ノ理由ヲ考フルコト」ができる。それゆえ、「前者ノ効果ハ契約履行、後者ノ効果ハ契約ノ発生ニ関セザルベカラズ」とする。
- (9) 岡松・前掲注(5) 次一三五頁。
- (10) 野澤・前掲注(4) 五三頁、五八頁。
- (11) 岡松・前掲注(5) 次一三五頁。
- (12) 岡松・前掲注(5) 次一三五—次一三六頁。
- (13) 岡松・前掲注(5) 次一三七頁。
- (14) 岡松・前掲注(5) 次一三七—次一三八頁。
- (15) 岡松・前掲注(5) 次一三七頁。
- (16) C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 1871, § 355 bis, p. 388.
- (17) G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 1908, n° 422, pp. 429-430. ホードリー・ラカンティネリー・セニヤは「次のように述べている」。
- 「買主が売主に対して担保責任を追及するためには、隠れた瑕疵は、どの時点で存在しなければならぬであろうか？」
- 一般的には、解除原因となる瑕疵(vice rédhibitoire)であるためには、隠れた欠陥が売買契約の時に存在したことが必要であり、買主は、解除訴権を行使する時に瑕疵の存在を立証するだけでは十分ではない。
- このことは、売買の目的物が特定されている場合には、適切である。というのも、売買の時から、危険は買主が負担し、買主は、売買契約時以降に目的物に生じた欠陥の結果を売主に負わせることはできないからである。それゆえ、買主は、買ったときに瑕疵が存在していたことを立証しなければならない。
- しかし、右の解決は、不特定物の売買には適用されない。売買をした時点では、売主は、その目的物を有していなかったであろうし、買主もそれを検査することはできなかったからである。では、解除原因となる瑕疵であるためには、どの時点で、隠れた瑕疵が存在しなければならぬのであろうか？ 引渡し( livraison )の時である。なぜなら、引渡しの時に、売買の目的物が特定され、かつ、その所有権も買主に移転するからである。危険が売主に帰せしめられるのをやめ、買主が引き渡される物を検査するのも、まさにこの(引渡し)の時である。それゆえ、売主は、その目的物について生じたあらゆる欠陥について、たとえその欠陥が売買契約以降に生じたものであっても、責任を負うこととなる。すなわち、その欠陥が明白であった場合には、買主は引渡しを拒むことができ、欠陥が隠れている場合には、買主は、引き渡された後に、解除

訴権を行使することができる。」

なお、同旨の見解として、T. Huc, *Commentaire théorique et pratique de code civil*, t. II, Paris, 1897, n° 143, p. 196.

(18) ただし、不特定物が特定する時期については、フランス民法が目的物の引渡しの時と解している(前掲注(17)参照)のに対して、岡松博士は四〇一条二項を適用するため、両者の間でズレがあることに留意すべきである。

(19) 危険負担の問題であるとするれば、売主は、買主に危険が移転する前であれば、目的物の瑕疵が不可抗力によって生じたものであるとしても、その責任を負うこととなる。換言すれば、フランスにおいては、いわゆる結果債務と異なり、買主からの瑕疵担保責任の追及に対して、売主は、不可抗力をもって抗弁とすることができないと考えられる。この点は、フランス法に関する第三章と第四章において扱う。

(20) 岡松・前掲注(5)次一三八頁。

(21) 岡松・前掲注(5)次一四一頁。

(22) 岡松・前掲注(5)次一四五頁。

(23) 横田秀雄『債権各論』(清水書店、一九二二年)三四〇頁。

(24) 横田・前掲注(23)三四四頁。

(25) 横田・前掲注(23)三四四頁。

(26) 横田・前掲注(23)三四四頁。

(27) 横田・前掲注(23)三四五頁。

(28) 岡谷・前掲注(1)一九四頁は、両説が「全面的に一致するわけではなく、瑕疵概念においては相違があるとする。

(29) 岡谷・前掲注(1)一九四頁。

(30) 伴房次郎「売主ノ不履行」法律学経済学内外論叢四卷一号九六頁(一九〇五年)。

(31) 伴・前掲注(30)九七頁。

(32) 伴・前掲注(30)九七頁。

(33) 伴・前掲注(30)九七頁。

(34) 伴・前掲注(30)一〇〇頁。

(35) 伴・前掲注(30)一〇一頁。

(36) 伴・前掲注(30)一〇二頁。

(37) 伴・前掲注(30)一〇三頁。

(38) 曄道文藝「売買ノ瑕疵担保ヲ論ス」京都法学会雑誌五卷五号四八頁(一九一〇年)。

(39) 曄道・前掲注(38)四九頁。

(40) 曄道文藝「売買ノ瑕疵担保ヲ論ス(承前)」京都法学会雑誌五卷六号八八頁(一九一〇年)。

- (41) 嘩道・前掲注(40) 九〇―九二頁。  
 (42) 嘩道・前掲注(40) 九二頁。  
 (43) 嘩道・前掲注(40) 九三頁。  
 (44) 嘩道・前掲注(40) 九三頁。  
 (45) 嘩道・前掲注(40) 九三―九四頁。  
 (46) 円谷・前掲注(1) 一八九頁は、瑕疵担保責任について、民法の起草者も、「物の瑕疵による危険を売主と買主のいずれに負担させるのが妥当か、といういわば危険負担的な処理を念頭に置いていた、と考えるのが適切ではないか」とする。しかし、起草者は、瑕疵担保責任を売主の過失(「知ラザル過失」)に基づく責任であるとし、明確に債務不履行責任として位置づけていたため、このような理解は適切ではない。  
 (47) 星野・前掲注(2) 三九頁。  
 (48) むしろ、瑕疵担保責任を債務不履行責任であると位置づけた起草者の見解が、当時としては、やや特異なものであったといえよう。

## 第二款 大正期の見解——法定責任説の登場

### 一 岡松博士の『無過失損害賠償責任論』(大正五年)

#### (1) 序 説

大正期になると、学説は、ドイツ民法学の体系を民法の解釈に持ち込み、「民法典の文言や立法者・起草者の考え方をあまり考慮」<sup>(49)</sup>しなくなる。その傾向は、瑕疵担保責任の法的性質論に関しても顕著であり、これを債務不履行責任であると解していた岡松博士も、起草者の見解を離れ、債務不履行責任とは異なる法定責任であると主張するに至った。

#### (2) 「権利ノ瑕疵」

岡松博士は、前述のように、民法典の注釈書においては、起草者の見解に従い、瑕疵担保と追奪担保の「二種ノ担保ハ共ニ契約ニ基ツキ、其効果ハ義務不履行ノ効果」であるとしていた。しかし、大正五(一九一六)年に公に

された大著『無過失損害賠償責任論』においては、「売買其他ノ有償契約ノ場合ニ於ケル所謂担保責任ノ根拠ハ、決シテ一様」ではないとし、「権利ノ瑕疵」(追奪担保責任)と「物ノ瑕疵」(瑕疵担保責任)とを明確に区別している。<sup>(50)</sup>

まず、「権利ノ瑕疵」については、それが売買契約締結時に存在するときは、「給付ノ原始的主観的不能ノ一場合」であるとする<sup>(51)</sup>。この「原始的主観的不能」というのは、例えば、骨董商が出先において自己の店にある商品を売却したところ、その品物は、骨董商の留守中に、「番頭ガ店頭ニテ既ニ他人ニ売り居リタル場合」をいう<sup>(52)</sup>。この場合にも、売主には、買主に対して、「完全ナル権利ヲ供与スルノ義務」を負い、「権利ノ瑕疵ニ対スル責任ハ、即此義務ノ不履行ヨリ生ズル責任」であるとする。もつとも、岡松博士は、「権利ノ瑕疵」の担保責任が債務不履行責任(四一五条)である、と解しているわけではない。というのも、先の骨董商の例では、骨董商には「全ク過失ナシ」<sup>(54)</sup>とし、「其不履行ニ関シ過失アルト否トヲ問ハズ、当然損害賠償ノ責任」を負うとするからである<sup>(55)</sup>。結局、岡松博士によれば、「権利ノ瑕疵」の担保責任は、「法律ガ債務者ヲ其意思表示ノ客観的内容ニ拘束シ、以テ取引上ノ信用ヲ維持セントスルノ目的ニ出ルモノニシテ、権利ノ供与義務ヲ認ムル当然ノ結果ナリ」とせざるをえないとする<sup>(56)</sup>。

要するに、岡松博士は、契約の原始的不能に關し、「客観的不能」と「主観的不能」とを区別し、客観的不能の場合には、「其不能ハ確實ニシテ、且之ニ対シ判決ヲ下スノ無益ナルモ亦明白ナルガ故ニ」、債務者を「契約ニ拘束スルノ必要ナシ」とする<sup>(57)</sup>。しかし、主観的不能の場合には、契約は「有効ニ成立シ」、債務者が履行できないときは、「過失ノ有無ヲ問ハズ」、責任を負わなければならないとする<sup>(58)</sup>。なお、「権利ノ瑕疵」が「売買ノ後ニ生ジタル場合」は、「給付ノ後発不能」であり、売主は、一般の債務不履行責任(四一五条)を負い、過失がなければ責任を免れるとする<sup>(59)</sup>。

## (3) 「物ノ瑕疵」

以上の「権利ノ瑕疵」に対して、「物ノ瑕疵」に関しては、これを「種類物ノ売買」と「特定物ノ売買」とに分ける。そして、不特定物（種類物）の売買においては、目的物に瑕疵があるときは、「売主ハ未ダ其義務ヲ尽シタルモノト云フベカラズ、売主ハ尚瑕疵ナキ物ヲ給付スベキ義務ヲ負フ」とする。<sup>(60)</sup> この売主の責任は、「義務ノ不履行ニ基ク責任」であり、売主は、「種類債権ナルガ故ニ、過失ノ有無ヲ問ハズ」責任を負うこととなる。<sup>(61)</sup>

他方、「特定物ノ売買」における瑕疵担保責任は、「結果責任」であり、その「唯一又ハ主要ナル」根拠は、「危険支配ニ基ク危険負担」であるとする。<sup>(62)</sup> ここで、岡松博士は、いわゆる「特定物のドグマ」を認める。すなわち、特定物の給付においては、債務者が、その特定物を、「契約締結ノ時ニ於ケル現状ニ於テ之ヲ給付スレバ即完全ニ其義務ヲ履行シタルモノ」と認められる。したがって、その目的物に瑕疵があつて、「所謂担保責任ヲ生ズルモ、其責任ハ義務ノ不履行ニ基クモノ」ではないとして、瑕疵担保責任が債務不履行責任であることを否定する。<sup>(63)</sup> また、売主は、目的物に「瑕疵ナキコトヲ担保シタルモノ」ではないため、瑕疵担保責任は、「担保約束上ノ責任」でもないとして、伴博士の見解も否定する。<sup>(64)</sup> そして、「其他此瑕疵ニ対スル責任ノ理由」はなく、特定物の給付義務における「物ノ瑕疵」は、「当事者ノ一方ニ帰スベキ特別ナル理由ナキ損害」であつて、「全ク事變的損害ノ性質ヲ有ス」とする。そこで、法律は、「危険負担主義ヲ適用」し、この瑕疵が「売主ノ支配内ニ属シ売主ハ其瑕疵ノ発生ヲ予防スルコト」ができ、また、売買締結時に売主が瑕疵を知っていたならば、買主に「告知スベキモノ」であるから、「其瑕疵ノ負担ヲ売主ニ帰シ」たのであると説明する。そうして、売主が瑕疵の危険を負担する結果、買主は、「売買ノ解除又ハ代金ノ減少ヲ請求スルヲ得ルモノトシ、尚我国法等ニ於テハ、買主ハ、売買ヲ維持シテ損害賠償ヲ請求スルヲ得ルモノトス」とした。<sup>(65)</sup>

右の岡松博士の見解は、不特定物の売買において、給付された物に瑕疵がある場合には、売主は瑕疵のない物を

給付すべき義務を負うのに対し、特定物の売買においては、売主にそのような義務はなく、特定物を給付した以上は、債務不履行責任を負わないとの「特定物のドグマ」を前提とする。そして、瑕疵担保責任は、瑕疵が「事後的」なものであり、売主に過失がないにもかかわらず、売主に対して「結果責任」を負わせる法定責任であるとする。そして、その根拠を「危険負担主義」に求め、物が売主の支配内にあるから、売主が瑕疵の危険を負担すると説明する。

なお、このような瑕疵担保責任は、「売主ノ過失ノ有無ヲ問ハズ」生じるものであり、「外国法制」では、「原則トシテ解除又ハ代価減少ニ対スル買主ノ権利ヲ生ズルニ過ギズシテ、損害賠償ノ請求権ヲ生ゼズ」とする。つまり、起草者の見解によれば、民法五七〇条により準用される五六六条の「損害賠償の請求」には、代金減額請求のみならず、履行利益の損害賠償も含まれるが、そのような理解は、比較法的には異例に属する。そして、岡松博士は、契約解除権と代金減額請求権のほかに、「損害賠償ノ請求権ヲ生ズル場合」は、売主に瑕疵の存在につき悪意または過失がある場合や、売主が物に瑕疵のないことを担保することを約束した場合であると<sup>(66)</sup>した。

#### (4) 岡松博士の「改説」の意義

かつての『註釈民法理由』において、「権利ノ瑕疵」と「物ノ瑕疵」とを区別せず、売主の担保責任はいずれも「義務不履行ノ効果」であるとし、債務不履行責任説に立っていた岡松博士は、右の『無過失損害賠償責任論』では、これを否定し、瑕疵担保責任が、売主の債務不履行責任ではなく、法定責任であることを明言する。この岡松博士による「改説<sup>(67)</sup>」については、一方では、「自己の旧説との対決が全くなされていず、引用の諸説がドイツの諸学者のものであること」から、当時における「ドイツ理論への転向がいかにはげしかったかを象徴している<sup>(68)</sup>」との評価がある。他方、「それは『転向』というほどの理論的苦痛の上になされた転回といえるものではなかった」との見方<sup>(69)</sup>も存在する。

しかし、岡松博士の改説の理由をせんきくしても、所詮は憶測の域を出ず、あまり意義のあるものではない。ここでは、岡松博士の「改説」前の見解とその後の見解とを対比し、次の二点を指摘するにとどめる。

第一に、確かに岡松博士は、『註釈民法理由』では、瑕疵担保責任を売主の「義務不履行ノ効果」であると解していた。しかし、その内容は、すでに指摘したように、これを債務不履行責任と解する起草者の見解とは、大きく異なっていることに注意を要する。すなわち、起草者は、瑕疵担保責任を売主の過失責任であると考へ、これを債務不履行責任であると解していた。これに対して、岡松博士は、当初から瑕疵担保責任が売主の無過失責任であり、これを危険負担の問題であると解した。つまり、岡松博士は、特定物については契約の時に、また、不特定物は特定の時(四〇一条二項)に買主に危険が移転するため、その時までに存在した瑕疵について売主が責任を負うとする。そして、このような考へは、『無過失損害賠償責任論』の基調をなすものであり、その限りでは、岡松博士の見解は、「改説」ではなく、一貫しているといえよう。

問題となるのは、瑕疵担保責任を売主の無過失責任とすることと、これを売主の「義務不履行ノ効果」であると解することの矛盾をどのように理解すべきかにある。この点は、「権利ノ瑕疵」と「物ノ瑕疵」とを区別するか否かにかかわる。すなわち、岡松博士は、『註釈民法理由』では、起草者の見解に従い、両者を区別することなく、いずれも売主の債務不履行の問題であるとした。しかし、『無過失損害賠償責任論』においては、起草者の見解を離れ、両者を明確に区別し、「権利ノ瑕疵」は売主の債務不履行の問題であるが、「物ノ瑕疵」は、それとは異なる法定責任であるとした。この違いが、民法典の注釈書と無過失責任の「根拠二関スル主義ヲ論評スル」ことをその「目的」とする論文との、文献としての性質の相違に基づくのか、あるいは、民法典制定直後における起草者の見解の影響力の大きさに基因するのは、やはり憶測の域に属する。

第二に、岡松博士による明らかな「改説」は、「瑕疵ある特定物の履行は瑕疵なき履行である」<sup>(70)</sup>との、いわゆる

「特定物のドグマ」を認め、瑕疵担保責任を、売主の債務不履行責任とは異なる、「法律ノ規定ニ基ク特別ナル責任」と解した点である。その背景には、北川善太郎教授が指摘するように、ドイツにおける法定責任説の形成が大きく影響していると解される。すなわち、法定責任説は、「わが民法典形成当時にはまだ十分にその概念体系形成に」至らず、「ドイツでも少数説」であり、「このドイツにおけるこの理論の形成発展の时期的なおくればそのまま、学説継受のおくれとなつた」とされる。<sup>(71)</sup>そして、ドイツの法定責任説を継受した岡松博士による「改説」部分は、大正期の学説によつて発展的に継承されてゆくことになる。

## 二 末弘徹太郎博士の見解——原始の一部不能論

### (1) 石坂音四郎博士の「給付不能論」

後の法定責任説の理論的支柱となる、物の瑕疵と原始の一部不能論との「結合」は、末弘博士によつて提唱される。<sup>(72)</sup>しかし、その基礎となつたのは、明治末年から大正元年にかけて公にされた、石坂博士の「給付不能論」である。<sup>(74)</sup>

すでに述べたように、契約の原始的不能については、岡松博士が、これを「客観的不能」と「主観的不能」とに分け、「権利ノ瑕疵」が売買契約締結時に存在するときは、「給付ノ原始的客観的不能ノ一場合」であるとしていた。これに対して、石坂博士は、「従来学者ガ原始的客観的給付不能ト称セルハ、其实主観的不能」ではなく、「原始的客観的給付不能ナルモノハ存在」<sup>(75)</sup>しないとす。その理由は、要するに、主観的不能と客観的不能の「区別ハ必シモ明白ナラザルガ故ニ、實際ニ適用スル」ことができないことにある。<sup>(76)</sup>ただし、「原始的客観的不能給付ヲ目的トスル契約ハ無効ナリトノ原則」は、「給付不能ノ原因ガ契約締結当時ニ存スル場合」には、「正当」である。しかし、「原始的客観的不能ナルモノハ存在セズ」、このような不能は「後発的不能ニ関スル原則ニ從ヒテ」考えれば

よいとす。<sup>(77)</sup>そして、「我法典ニ於テハ、独法ノ如ク主観的不能、客観的不能ヲ区別スル規定ナク、且両者ノ効力ニ関シ独法ニ於ケルガ如シ規定ナシ」とし、主観的不能と客観的不能の「区別ヲ認メズ」としている。<sup>(78)</sup>

右のように、石坂博士は、主観的不能を認めず、原始的客観的不能の契約が無効であるとの原則を認めたいうえで、原始的一部不能については、これが契約の全部無効をもたらすものではないとする。すなわち、「給付ノ全部ガ原始不能ナル場合ニ契約ノ無効ヲ来スハ明カナリト雖モ、一部ノ原始不能ガ契約ノ無効ヲ来スヤ否ヤニ関シテハ、法典ハ明文ヲ掲グル所」がない。それゆえ、この問題については、「当事者ノ意思ヲ解釈シテ」決めざるをえず、「当事者ノ意思解釈上」は、一部不能であっても、「其不能ナル部分ガ重要ナラズ、其部分ナキモ尚契約ヲ締結セルモノト認ムベキ場合ニハ、契約ハ可能ノ部分ノミニ付キ成立ス」とした。<sup>(79)</sup>

結局、石坂博士によれば、原始的(客観的)不能の契約は原則として無効であるが、原始的一部不能については、当事者の意思解釈を根拠に、契約の一部無効となるにとどまる。<sup>(80)</sup>そして、このような原始的一部不能と瑕疵担保責任とを結びつけたのが、末弘博士であった。

## (2) 原始的一部不能と物の瑕疵

末弘博士は、その体系書である『債権各論』に先立ち、法学協会雑誌に、「双務契約ト履行不能」と題する論文を連載している。この論文の冒頭において、末弘博士は、石坂博士の「給付不能論」を次のように評価している。<sup>(81)</sup>

すなわち、主観的不能と客観的不能とを区別する「従来ノ通説」を「攻撃シ、立法論トシテモ又吾民法ノ解釈論トシテモ、従来ノ通説ノ多ク」が「採ルニ足ラザルモノナルコトヲ明カニ」した。そして、「二三枝葉ノ点」では、「之ニ服シ得ザルモノ之レナキニアラズト雖モ、少クトモ重要ナル諸点ニ於テ、大ニ賛同ノ意ヲ表ス」ものである。しかし、「履行不能ニ関スル諸問題中最モ困難ナルモノ」は、「双務契約ニ対スル効果如何」であり、この点は、石坂博士が「未ダ論及セラレザル所」であるとす。

そこで、末弘博士は、双務契約上の債務の一方が「原始的ニ一部不能ナルトキ」の当該契約の効力を検討する。<sup>(82)</sup> として、「契約締結以前ニ発生セル一部不能」<sup>(83)</sup>のうち、「反対給付が給付ノ不能部分ノ割合ニ応ジテ分割セラレ得ベキ性質ノモノナル場合」として、瑕疵担保責任を挙げている。すなわち、民法は、「双務契約ノ典型タル売買ニ関シ、売買ノ目的物ニ付キテ原始的 一部不能ノ存在スル場合五ヲ挙げタリ」とし、①数量不足(五六五条)、②物の一部滅失(五六五条)、③地上権等がある場合(五六六条一項)、④地役権が存在しなかつた場合(五六六条二項)、および、⑤「売買ノ目的物ニ隠レタル瑕疵アリタル場合(第五七〇条)の五つを挙げる。<sup>(84)</sup> もっとも、「瑕疵ヲ解シテ一部不能ノ一場合ナリトスルコト」には、「反対説ヲ唱フル者」も存するが、「一般学者ノ認ムル所」であると<sup>(85)</sup>する。そして、①②と③④⑤とを区別し、「兩者の差異は、「唯代金減額ノ請求ヲ許スヤ否ヤノ点」にあるとして、次のように述べている。すなわち、①②は、「分量ニ関スル一部不能」であつて、「不能部分ノ価値ト全体ノ価値トノ比例ヲ見出スコト」が「比較的容易」であるのに対し、③から⑤は、「性質ニ関スル一部不能」であり、「右ノ比例ヲ見出スコト比較的容易ナラザル為メ」、代金減額請求が認められないとする。<sup>(86)</sup>

末弘博士は、右のように、瑕疵担保責任を原始的一部不能の場合であると位置づけたうえで、法定責任説の原型となる見解を、その体系書において展開する。

(3) 『債権各論』(大正七年)

(ア) 特定物の売買と売主の担保責任

末弘博士は、まず、「不特定物其他不特定ナル財産権ノ売買ニ於テ」、売主が契約に定められた「条件ヲ具備シタル給付」をしないときは、「債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為サザルモノトシテ債務不履行ノ責任ヲ負担セザル」をえないとする。そして、このことは、「一般原則ノ適用」であり、「以下担保責任ニ付キテ説明スル所ハ凡テ不特定物ノ売買ニ関係ナキモノ」とする。<sup>(87)</sup>

もつとも、「特定物其他特定ノ財産権ノ売買」においても、「売主ハ債務履行ノ一般原則ニ從ヒ、債務の本旨に從つた履行をしないと「債務不履行ニ関スル一般原則ノ適用ヲ受ケルベキコト」は当然である。それゆえ、「他人ノ権利ノ売買」においても、「売主ハ其権利ヲ買主ニ移転スルノ義務アリ（五六〇）」とする。つまり、民法五六一条以下の規定は、「買主ノ保護ヲ計リト雖モ是レ亦債務不履行ノ結果ニ関スル特則タルニ過ギ」ない。<sup>(88)</sup>

これに対して、末弘博士は、「売買ノ目的物が契約成立ノ当初ヨリ約定ノ条件ニ適合セズ、又ハ其他瑕疵欠缺ヲ有セルトキハ、売主ノ債務ハ其目的物ノ缺点アルガ為メ原始的ニ一部不能」であるとす。なぜなら、当事者が「当該ノ特定物ヲ如上ノ缺点ナキモノトシテ売買」したとしても、「其缺点ナシトスルノ部分ハ初メヨリ不能」だからである。<sup>(89)</sup> それゆえ、民法五六五条以下の規定は、「凡テ売主ガ其債務ノ原始的一部分ニ対シテ如何ナル責任ヲ負担スルカラ規定」するものであり、その立法趣旨は、次の点にあるとする。<sup>(90)</sup>

「民法ガ、贈与ノ場合ト異ナリテ、特ニ売主ヲシテ此種ノ重キ責任ヲ負担セシメタル理由ハ、売買ハ有償契約ニシテ買主亦反対給付ヲ為スコトヲ要スルガ故ニ、売主ノ給付ニ缺点アルニ拘ラズ之ガ為メ買主ノ反対給付ガ何等ノ影響ヲ受ケザルモノト為スハ、明ニ公平ヲ失スルモノニシテ、不当ニ買主ノ保護ヲ缺クモノト云ハザルベカラザルヲ以テナリ（五五一参照）」（句読点は筆者）。

末弘博士は、従来の学説が追奪担保責任（五六一条）と瑕疵担保責任（五七〇条）とを区別せず、「売主ノ責任ヲ総称シテ売主ノ担保責任又ハ担保義務」と理解してきたの<sup>(91)</sup>に対し、右のように、瑕疵担保責任が原始的一部分不能に對する責任であることを明らかにする。

(イ) 瑕疵担保責任の法的性質

右のような瑕疵担保責任の要件として、末弘博士は、まず第一に、「売買ノ目的物が特定セルカ又ハ少クトモ其選出セルルベキ範圍ガ特定セルコト」を挙げる<sup>(92)</sup>。なぜなら、目的物が特定しないと、「売買ノ目的物ニ隠レタル瑕疵アリ」ということができなからである<sup>(93)</sup>。そして、いわゆる「特定物のドグマ」を、次のように説明する。

「売買ノ当時未ダ其目的物又ハ其選出セルルベキ範圍ガ特定セザルトキハ、売主ハ、瑕疵ナキ完全ノモノヲ給付スルニアラザレバ、其債務ヲ履行シタリト云フベカラズ。從ヒテ通常ノ債務不履行ニ関スル原則ノ適用ヲ受クルモノナルニ反シ、特定セルトキハ、其特定セル目的物又ハ特定セル範圍内ノ物が初メヨリ瑕疵ヲ包蔵スルモ、其物が瑕疵アルマモ、売買ノ目的物トナリタルガ故ニ、売主ハ、敢テ別ニ瑕疵ナキモノヲ得テ給付スルヲ要セザルノミナラズ、又之ヲ為スル得ズ。蓋シ売買ノ目的物ハ其特定ノモノ夫レ自身ナレバナリ」<sup>(94)</sup> (句読点は筆者)。

末弘博士は、不特定物の売買において瑕疵があるときは、売主は債務不履行責任を負うが、その目的物が特定している場合には、「売買ノ目的物ハ其特定ノモノ夫レ自身」であるから、売主はその「瑕疵アルマモ」の物を買主に給付すればよいとする。そして、買主は、「瑕疵アルコトヲ理由トシテ其受領ヲ拒絶」することはできず、「若シ拒絶スルトキハ受領遅滞ニ陥ル」こととなる。ただし、目的物に瑕疵がある場合には、「契約ノ主旨ニ背戻スル」ため、「一種ノ原始的一部不能トシテ売主ノ責任ヲ生ズルモノト」する<sup>(95)</sup>。

問題となるのは、右の「売主ノ責任」の法的性質であるが、末弘博士は、次の二つの見解があるとする。一つは、当時の「通説」であり、これは、売買の目的物が「瑕疵ナキコト」を「売主ノ給付義務ノ一部」であるとする(債務不履行責任説)。もう一つは、「少数論者」が、「瑕疵アル特定物ノ売主ハ其瑕疵アルマモノ物ヲ給付スルノ義務」を負うに過ぎず、瑕疵担保責任は、「買主ノ期待ニ対シテ法律ガ特別ノ保護ヲ与ヘタルモノ」(法定責任説)で

あると主張する<sup>(96)</sup>。そして、末弘博士は、「特定物のドグマ」を認めるため、後者に与するのがその主張としては一貫するが、ここでは、担保責任を「給付義務ノ一部ナリト解スル通説ノ緒論ヲ正当」とするとしている<sup>(97)</sup>。

(ウ) 信賴利益の賠償

ところで、末弘博士は、瑕疵担保責任が原始的一部不能に対する売主の責任であるとともに、その損害賠償の範囲が、履行利益の賠償ではなく、信賴利益の賠償にとどまるとする。すなわち、「賠償請求ノ範囲ハ、不能ヲ知ラザリシ相手方ガ其可能ナルベキコトニ信賴シタルガ為メニ蒙リタル所謂消極的契約利益(信賴利益)ニ止マルベキモノニシテ、積極的契約利益ニ及ブモノニアラス。蓋シ、積極的契約利益ノ請求ハ、契約ノ有効ナル存在ヲ前提トスルモノナレバナリ」と述べている<sup>(98)</sup>。

(ニ) 小 括

末弘博士の見解は、結論的には、瑕疵担保責任を債務不履行責任であると解する当時の通説的見解を支持するものである。しかし、その内容は、物の瑕疵を原始の一部不能であると解し、いわゆる「特定物のドグマ」を認め、不特定物の売買において目的物に瑕疵がある場合には、売主は一般の債務不履行責任を負うが、特定物の売買については「瑕疵アルママ」の物を買主に給付すれば、売主はその債務を履行したことになるとする。しかも、瑕疵担保責任における損害賠償の範囲は、一般の債務不履行責任とは異なり、信賴利益(消極的契約利益)の賠償にとどまるとする。その意味では、実質的には、後の法定責任説と同じであり、末弘博士によつて、法定責任説の基本的な道具立てがなされたといつても過言ではない。ただし、末弘博士は、不特定物の売買においても、目的物が特定すれば瑕疵担保責任の適用が認められると解しているが、その特定がいつの時点でなされるのかは、必ずしも明らかではない。

### 三 鳩山秀夫博士の見解——法定責任説の確立

#### (1) 担保責任の根拠

法定責任説は、鳩山博士によつて、「その骨格が形成された」<sup>(99)</sup>とされる。すなわち、鳩山博士は、売主の担保責任が、「有償契約ノ性質ニ適スルノミナラス、取引上ノ信用ヲ保護スルガ為メニ必要ナ」法定責任であるとする<sup>(100)</sup>。そして、従来の学説を次のように批判した。

まず、「担保責任ノ根拠ヲ黙示ノ担保契約ニ求ムル学説」(伴)については、売買の当事者が「必ずシモ常ニ権利又ハ目的物ニ瑕疵アル場合ヲ予想シテ意思表示ヲ為スモノ」ではなく、また、法律も「此ノ如キ意思表示アリタルコトヲ前提シテ担保責任ヲ」定めたわけではないとする。そして、「担保契約説ハ近世ノ学者多ク之ヲ採ラズ」と述べる<sup>(101)</sup>。

次に、当時の通説であつた「担保責任ヲ以テ債務不履行ノ効果」とする見解(債務不履行責任説)については、明確にこれを否定した。すなわち、担保責任の規定は、「債務不履行ニ因ル法律効果ヲ定メタルモノニアラズ」という。その理由は、次の二つである。第一に、「特定物ノ売買ニ於テ契約締結ノ当時既ニ瑕疵ノ存スルトキ」は、後発的不能ではなく、「原始的一部不能」であるから、債務不履行ではない。第二に、仮に「財産権移転ノ債務ヲ以テ担保責任ノ原因」であるとすれば、「無償行為ニ基ク財産権移転ノ債務ニ付テモ」担保責任を認めるべきであるが、民法は、「贈与ニ付テハ原則トシテ之ヲ認メズシテ売買ニ付テ」認めるに過ぎないとする<sup>(102)</sup>。

また、数量不足と瑕疵の担保責任が「過失ニ因ル責任」であるかについても、鳩山博士は、「瑕疵又ハ数量不足ニ付キ売主ニ過失アルコトヲ要件トセズ」、無過失責任であるとする。そして、「法典ガ此場合ニ於テ無過失責任ヲ認メタル理由」を、「有償契約ニ付テ買主ヲ保護スルコトガ取引上ノ信用ヲ保護シ動的安全ヲ保護スルガ為メニ必要ナリト為シタルガ故ナリ」とした<sup>(103)</sup>。

右のように、鳩山博士は、瑕疵担保責任（五七〇条）と数量不足の場合における売主の担保責任（五六五条）が売主の無過失責任であり、有償契約について買主を特に保護するために認められた法定責任であるとす。

## (2) 瑕疵担保責任の法的性質

右に加えて、鳩山博士は、瑕疵担保責任について、以下のように詳説する。

まず、瑕疵担保責任は、「羅馬法以来諸国ノ法制ニ於テ普ク」認められ、とりわけ、ローマ法後期には、「解除權ト代金減額請求權トヲ選択的ニ買主ニ与ヘタ」が、「我民法ノ特色」は、次の二つにあるとする。一つは、「代金減額請求權ヲ認めザルコト」であり、もう一つは、「売主ノ故意又ハ過失ヲ要件トセズシテ一般ニ損害賠償請求權ヲ認めタことである」<sup>(15)</sup>。

そして、このような「瑕疵担保ノ法律上ノ性質ニ付テハ」学説が分かれ、「多数ノ学者」は、これを給付義務の不履行（債務不履行責任）であると解している。しかし、鳩山博士は、担保責任が「特定物ノ売買ニ於テ初ヨリ目的物ニ瑕疵アリタル場合ニノミ」生じるものであり、「且初ヨリ瑕疵アル物ヲ瑕疵ナキ物トシテ売買スルモ理論上瑕疵ナキ物ノ給付ヲ為スベキ債務ヲ生ズルモノト解スルコト」はできないとする。なぜなら、「瑕疵ナキ物ヲ給付スルコトハ初ヨリ不能ニシテ原始的不能ノ給付ニ付テハ債務ハ発生」しないからである。それゆえ、売主は、「原始的不能ノ理由ニ因リ其可能ナル範囲内ニ於テノミ債務ヲ負担」するのであり、瑕疵のある特定物を給付すれば、「其債務ヲ履行シタルモノト言ハザル」をえないとする。<sup>(16)</sup>

右の「特定物のドグマ」を前提に、鳩山博士は、瑕疵担保責任が「売買ヨリ生ズル法律上ノ責任」であるとす。そして、法律が特に瑕疵担保責任を規定したのは、債務不履行責任のような「一般ノ原則」によつては、売主の責任を認めることができない場合においても、「尚売主ノ責任ヲ認ムル」ためであり、そのことが「売買ノ有償契約タル性質ニ適シ、売買ノ信用ヲ保護」して、「取引ノ需要ニ応ズル」ことになるとする。したがって、鳩山博

士は、瑕疵担保責任が債務不履行責任ではなく、「原始的一部不能ニ対シ法律ノ認メタル特殊ノ責任ナリト解セザルベカラズ」と結論する<sup>(108)</sup>。

なお、鳩山博士は、瑕疵担保責任を無過失責任であるとする点では、岡松博士の『無過失損害賠償責任論』を引用する。しかし、その根拠は、岡松博士の理解と若干異なることに注意を要する。すなわち、前述のように、岡松博士は、無過失責任の根拠を危険負担主義に求めていた。この点について、鳩山博士は、次のように述べている。

「売買ノ当時目的物ニ瑕疵アリタリトイフ事実ニ因ル損害ハ何人ニ帰セシムベキカトイフ問題ハ、売主ガ通常其瑕疵ノ存在ヲ知ルコトヲ得ル地位ニ在リトイフ事実ノ外、売買ガ有償契約タリトイフ事実ニ基キテ解決スルヲ正当トス。之レ法典ガ贈与ト異リ売買ニ於テ担保責任ヲ認メタル所以ナリ」<sup>(109)</sup> (句読点は筆者)。

右の記述からも明らかなように、鳩山博士は、瑕疵担保責任を、目的物についての給付危険の問題ではなく、有償契約である売買を保護するための特別な無過失責任として捉えていると考えられる。つまり、鳩山博士は、瑕疵担保責任を、「取引上ノ信用ヲ保護シ」動的安全を保護するための、過失責任主義に対する「例外」であるとするものである<sup>(110)</sup>。そして、この点についての岡松博士との理解の相違が、不特定物の売買に対する瑕疵担保責任の適否に反映する。

### (3) 不特定物の売買への適用

結論から述べれば、鳩山博士は、不特定物の売買については、瑕疵担保責任が適用されないとする。これに対して、当時の多数説(岡松・横田・嘩道)は、「不特定物ノ売買ニ付テモ第五十七条ノ適用」を認め、不特定物の「特定の時期、即チ危険移転ノ時期以前ニ生ジタル瑕疵ニ付テ担保責任」を肯定していた。しかし、鳩山博士は、この

図③ 法定責任説（鳩山）による理解

対象 （瑕疵の発生時期）	契約締結前	契約締結後	
		特定物	債務者の 帰責事由
有	債務不履行責任 (415・543条)		
不特定物	債務不履行責任（不完全履行）		

ような多数説が、「売買ノ目的物ト給付ノ目的物トヲ混同スルモノ」であると批判する。すなわち、「此場合ニハ、給付ノ目的物ニ瑕疵アルモ固ヨリ売買ノ目的物ニ瑕疵アルニアラズ」とする<sup>(11)</sup>。

右の鳩山博士の主張は、ややわかりにくい。しかし、そこに付された注釈によれば、不特定物については、「売主ガ瑕疵アル物ノ給付ヲ提供」しても、特定することはなく、買主がそれを受領しても、「不完全給付ノ問題ヲ生ズルノミ」であつて、瑕疵担保責任は問題とならないとする<sup>(12)</sup>。結局、鳩山博士は、瑕疵担保責任が特定物の売買にしか適用されず、不特定物に関しては、「契約当時給付セラルベキ物ガ特定スルカ又ハ少クトモ其選択セラルベキ物ノ範囲ガ特定セルコトヲ要ス」とする<sup>(13)</sup>。換言すれば、瑕疵は、「売買契約当時既ニ存在」しなければならず、目的物が少なくとも契約締結時に特定していなければ、「担保責任ヲ生ゼズ」ということになる<sup>(14)</sup>。

もつとも、鳩山博士は、特定物の売買に関しては、常に瑕疵担保責任の適用を認めるわけではない。「売買当時瑕疵ナク、爾後瑕疵ヲ生ジタル場合」には、瑕疵が債務者の責めに帰すべき事由に基づくものであるか否かによって、その適用条文を異にする。すなわち、債務者に帰責性がなければ危険負担（五三四条）の問題となり、また、債務者に帰責性があれば、債務不履行責任（四一五条・五四三条）が適用され、いずれにしても、「担保責任ノ問題ヲ生ズルニアラズ」とする<sup>(15)</sup>。

以上の鳩山博士の見解を図にすれば、前頁の③のようになるう。

(4) 損害賠償の範囲

なお、鳩山博士は、瑕疵担保責任を法定責任であるとするが、その損害賠償の範囲に関しては、一般の債務不履行責任と同様に解している。すなわち、「瑕疵担保ノ法律効果ハ買主ガ解除権又ハ損害賠償請求権ヲ取得スルコト」であり、瑕疵につき「売主ノ善意ナリヤ否ヤ、過失アリヤ否ヤ」を問わない。ただし、民法が代金減額請求権を認めなかったのは、「数量不足の場合ト異リ減額ノ範囲ヲ」定めることが「困難」だからであるとする<sup>(16)</sup>。この点は、鳩山博士も、本来は代金減額請求権を認めるのが妥当であるが、その算定が事実上困難であるため損害賠償を認めるとした、起草者(梅)の見解に従うものである。

四 小 括

明治期にすでに主張されていた、「瑕疵ある特定物の履行は瑕疵なき履行である」との「特定物のドグマ」は、大正期になると、学説によって一般的に承認される。その理論的支柱となったのが、石坂博士によって導入され、末弘博士によって展開された「原始的一部不能」論であった。とりわけ、末弘博士が、特定物の売買における物の瑕疵を原始の一部不能であると解し、「瑕疵アルママ」の物を買主に給付すれば、売主はその債務を履行したことになるとした点は、その後の多くの学説に大きな影響を与えることとなる。ただし、末弘博士自身は、当時の通説の見解に従い、瑕疵担保責任を債務不履行責任であるとし、その理論を徹底しなかった。その末弘博士の理論を基本的には承継しつつ、法定責任説を確立したのは、鳩山博士であった。この鳩山博士の見解は、岡松博士に代表される明治・大正期の通説の見解を否定し、代わって、法定責任説を通説へと押し上げてゆくこととなる。その意味では、鳩山博士の見解は、瑕疵担保責任の法的性質をめぐる学説史においては、一つのターニングポイントとなる

ものである。そこで、次の款では、本節のまとめとして、明治・大正期を代表する岡松博士の見解と、鳩山博士の見解との異同を明らかにする。

- (49) 星野・前掲注(2) 三九頁。
- (50) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』(有斐閣、一九五三年復刻、初版一九二六年) 五八六頁(註一三)。なお、同一二二頁以下も参照。
- (51) 岡松・前掲注(50) 五八六頁。
- (52) 岡松・前掲注(50) 一六二頁。
- (53) 岡松・前掲注(50) 五八六頁。
- (54) 岡松・前掲注(50) 一六二頁。
- (55) 岡松・前掲注(50) 一六〇頁。
- (56) 岡松・前掲注(50) 五八七頁。
- (57) 岡松・前掲注(50) 一七九頁。
- (58) 岡松・前掲注(50) 一八一頁。
- (59) 岡松・前掲注(50) 五八七頁。
- (60) 岡松・前掲注(50) 五八七頁。同一二五頁(註二)も参照。
- (61) 岡松・前掲注(50) 五八七頁。
- (62) 岡松・前掲注(50) 五八五頁。
- (63) 岡松・前掲注(50) 五八五頁。また、岡松博士は、特定物の売買については「頗争アリ」としつつも、「売主ハ事理上其特定物ヲ売買締結ノ時ノ状態ニ於テ引渡スノ義務ヲ負フノミ」であるとし、目的物が「契約上予定セラルル価値又ハ性質ヲ欠クトキ」の責任は、「義務ノ不履行ニ基クモノ」ではないとする。その理由は、売主が「其特定物ノ給付ニ依リ、瑕疵アルモノニセヨ、其義務ノ履行ヲ完了シタルモノニシテ、買主ハ最早給付ニ対スル請求権ヲ有」していないからである。それゆえ、瑕疵担保責任は、「法律ノ規定ニ基ク特別ナル責任」(法定責任)であり、「全ク危険負担ニ基ク責任」であるとすると(同五八七―五八八頁(註一三(二)(ロ))。なお、同一二五頁(註二)も参照。
- (64) 岡松・前掲注(50) 五八五頁。
- (65) 岡松・前掲注(50) 五八五頁。なお、同五八八頁(註一三(二)(ロ))は、端的に、瑕疵担保責任が「純然タル事变的損害ニ対スルモノニシテ、之ヲ其当事者ノ一方ニ帰スベキ特別ナル理由ナク、然カモ其瑕疵ハ売主ノ支配内ニ在ルモノナルガ故ニ、之ヲ売主ニ帰スルモノニ外ナラ」ないとする。
- (66) 岡松・前掲注(50) 一二三―一二四頁(註一(二))。

- (67) 円谷・前掲注(1) 二〇四頁以下は、「岡松改説」とする。
- (68) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、一九六八年) 一一四頁。なお、北川教授によれば、ドイツにおいても、瑕疵担保責任が、債務不履行責任ではなく法定責任であると解されるに至ったのは、「一九〇五年(明治三八年) ショルマイヤー(Schollmeyer)の論文が出」てからであり、それ以前は、「特定物の売主は瑕疵なき物の給付義務を負うとするのが通説であった」とされる(同一二二頁)。
- (69) 下森定「不特定物売買と瑕疵担保責任(一)」——大正一四年判決の再検討と昭和三六年判決への架橋」法学志林六六卷四号一〇三頁(一九六九年)。
- (70) 北川・前掲注(68) 一一三頁。
- (71) 北川・前掲注(68) 一一二頁。
- (72) 円谷・前掲注(1) 二一〇頁。
- (73) 石坂音四郎「給付不能論」『改算民法研究』(有斐閣、第四版、一九二四年) 一二五頁以下に所収。同論文の初出は、法学新報二二卷九一一号(一九一一年、二二卷一—四号(一九二二年)、京都法学会雑誌七卷二号(一九二二年))。
- (74) 末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣、一九一八年) 一二〇頁注(6) 参照。なお、円谷・前掲注(1) 二〇八—二〇九頁参照。
- (75) 石坂・前掲注(73) 一五六頁。
- (76) 石坂・前掲注(73) 一七一頁。なお、石坂音四郎『日本民法債権編第二卷』(有斐閣書房、訂正第四版、一九一三年) 五三一—五三二頁参照。
- (77) 石坂・前掲注(73) 一七一頁。
- (78) 石坂・前掲注(73) 一七二頁、石坂・前掲注(76) 五三二頁。
- (79) 石坂・前掲注(73) 一八九頁。
- (80) 円谷・前掲注(1) 二〇九頁。
- (81) 末弘厳太郎「双務契約卜履行不能(一)」『法学協会雑誌三四卷三三頁(一九一六年)。
- (82) 末弘・前掲注(81) 二五頁。
- (83) 末弘・前掲注(81) 二六頁。
- (84) 末弘・前掲注(81) 二六—二七頁。
- (85) 末弘・前掲注(81) 三二頁(註二七)。
- (86) 末弘・前掲注(81) 二九頁。
- (87) 末弘・前掲注(74) 三八三—三八四頁。
- (88) 末弘・前掲注(74) 三八四頁。
- (89) 末弘・前掲注(74) 三八四—三八五頁。

- (90) 末弘・前掲注(74) 三八五頁。  
 (91) 末弘・前掲注(74) 三八五頁。  
 (92) 末弘・前掲注(74) 四一六頁。  
 (93) 末弘・前掲注(74) 四一六―四一七頁。  
 (94) 末弘・前掲注(74) 四一七頁。  
 (95) 末弘・前掲注(74) 四一七―四一八頁。  
 (96) 末弘・前掲注(74) 四一八―四一九頁。  
 (97) 末弘・前掲注(74) 四一九頁。なお、円谷・前掲注(1) 二一〇頁に指摘されるように、末弘博士は、後にその見解を改め、法定責任説の代表的な論者となる。
- (98) 末弘・前掲注(74) 一二五―一二六頁。  
 (99) 円谷・前掲注(1) 二一〇頁。  
 (100) 鳩山秀夫『日本債権法各論下』(岩波書店、一九二〇年) 三三〇頁。  
 (101) 鳩山・前掲注(100) 三二〇―三二一頁。  
 (102) 鳩山・前掲注(100) 三二一頁。  
 (103) 鳩山・前掲注(100) 三二二頁。  
 (104) 鳩山・前掲注(100) 三二七頁。  
 (105) 鳩山・前掲注(100) 三四九頁(註二十六)。  
 (106) 鳩山・前掲注(100) 三四七―三四八頁。  
 (107) 鳩山・前掲注(100) 三四八頁。  
 (108) 鳩山・前掲注(100) 三四九頁。  
 (109) 鳩山・前掲注(100) 三五〇頁(註二十九)。  
 (110) 鳩山・前掲注(100) 三二二頁。  
 (111) 鳩山・前掲注(100) 三五〇―三五一頁。  
 (112) 鳩山・前掲注(100) 三五二頁(註三十一)。  
 (113) 鳩山・前掲注(100) 三五二頁。  
 (114) 鳩山・前掲注(100) 三五〇頁。  
 (115) 鳩山・前掲注(100) 三五二―三五三頁。  
 (116) 鳩山・前掲注(100) 三五五頁。

第三款 明治・大正期の学説のまとめ

一 無過失責任としての瑕疵担保責任

本節の冒頭でも繰り返したように、民法の起草者(梅)は、瑕疵担保責任を債務不履行責任であると解し、売主が目的物の瑕疵を知らなかったことにその過失(「知らザル過失」)があるとしていた。しかし、そのような理解は、民法典施行直後から見られなくなり、学説は、瑕疵担保責任を債務不履行責任であるとしつつも、無過失責任であると解する点では一致していた。そこで問題となるのは、瑕疵担保責任を無過失責任であると解する理論的な根拠である。

この問題を明確に意識し、一つの答えを用意していたのは、明治・大正期を代表する岡松博士である。岡松博士は、すでに『註釈民法理由』において、瑕疵担保責任と危険負担との関係を論じ、(給付)危険が移転する前の瑕疵は売主が負担し、危険が買主に移転した後に生じた瑕疵は、買主が負担すると解していた。このような理解は、横田博士に支持され、明治期には通説的見解となっていたことがうかがわれる。

そして、大正期に入り、右の問題に正面から取り組んだのが、同じく岡松博士によって著された『無過失損害賠償責任論』であった。すなわち、同著において岡松博士は、瑕疵担保責任が「結果責任」であり、その「唯一又ハ主要ナル」根拠は、「危険支配ニ基ク危険負担」であるとした。その詳細はすでに述べたが、要するに、特定物の給付義務における「物ノ瑕疵」は、「当事者ノ一方ニ帰スベキ特別ナル理由ナキ損害」であって、「全ク事变的損害ノ性質」を有するため、法律が「危険負担主義ヲ適用」し、「其瑕疵ノ負担ヲ売主ニ帰シ」たと説明する。

このような岡松博士の見解は、瑕疵担保責任が無過失責任であることの理論的な基礎を提供するものであり、理論そのものは十分に説得的であると考えられる。

図④ 鈴木禄弥博士の理解

瑕疵発生 の時期 売主の 責に 帰す べき 事由	売買契約成立より	
	前	後
有	契約締結 上の過失	債務不履 行責任
無	担保責任	危険負担

二 原始的 一部不能論との関係

ところが、右の危険負担による理解は、大正期に原始的不能論が導入され、特定物における瑕疵が原始的 一部不能であるとの理解が一般的になると、その理論的な基盤が動揺することとなる。というのも、民法の危険負担（五三四条以下）は、契約締結後に債務者の責めに帰することのできない事由によつて目的物が滅失・損傷した場合、つまり後発的不能を規律するものであり、原始的不能を規律するものではないからである。

右の点を意識的に論じたのは、鳩山博士であった。すなわち、鳩山博士は、瑕疵担保責任が売買契約締結以前の特定物の瑕疵について適用される制度であり、「売買当時瑕疵なく、爾後瑕疵ヲ生ジタル場合」には、瑕疵が債務者の責めに帰すべき事由に基づかなければ、危険負担（五三四条）の問題となるとし

た。つまり、危険負担は、後発的不能の場合にのみ問題となり、原始的 一部不能に関する規律である瑕疵担保責任とは無関係な制度であるということになる。そして、このような鳩山博士の理解は、今日においても、広く受け入れられていると考えられる。その一つの例証として、民法の教科書に掲載されている図④を挙げることができよう。<sup>(11)</sup>

ところで、瑕疵担保責任が危険負担と異なる制度であるとすれば、その無過失責任の根拠を、別の点に求めざるをえなくなる。そこで、鳩山博士が強調したのは、瑕疵担保責任が、有償契約である売買を保護するための特別な無過失責任であるという点であった。すなわち、鳩山博士は、瑕疵担保責任を、「取引上ノ信用ヲ保護シ」動的安

全を保護するための、過失責任主義に対する「例外」であるとする。しかし、その見解は、瑕疵担保責任が無過失

責任であることを理論的に基礎づけるものではなく、なぜ無過失責任を採用するかという立法政策の問題にかかわるものであろう。そうだとすれば、今日において、瑕疵担保責任が無過失責任であることを主張するためには、有償契約である売買を、特に無過失責任を設けて保護することの妥当性が改めて問われることとなろう。

いずれにしても、大正七年(一九二〇年)に鳩山博士の見解が公にされると、その影響力は大きく、瑕疵担保責任を危険負担であると解していた当時の通説的見解(岡松・横田・唾道)は、この時期を境として徐々に勢力を失うこととなる。ただし、大正一四年の大審院判決には、岡松博士の見解が色濃く反映していると思われる(第三節)。

### 三 まとめに代えて——再び危険負担について

やや蛇足となることをおそれつつ、本節の最後にもう一度、岡松博士の見解と鳩山博士の見解を対比して検討する。

右の二つの見解、とりわけ、「改説」後の岡松博士の見解と鳩山博士のそれとは、瑕疵担保責任を売主の無過失責任であると解し、法律の規定に基づく特別な責任であるとする点では一致する。ただ、右に述べたように、岡松博士は、その無過失責任の根拠を「危険負担主義」に求めたのに対して、鳩山博士は、瑕疵担保責任が「危険負担(五三四条)」とは無関係の制度であり、あくまで法律が動的安全を保護するために特別に認めた無過失責任であるとした点に、両者の違いが存する。

ところで、民法五三四条以下が規定する危険負担は、鳩山博士が指摘するように、売買契約の締結後に、債務者(売主)の責めに帰することのできない事由によって履行不能が生じた場合を規律するものである。ただし、そこに規定されているのは、売主の債務が履行不能によって消滅した場合における、売主の債務と対価関係に立つ買主

の反対債務の運命である。つまり、ここにいる「危険」とは、対価喪失の危険を意味する「対価危険」のことである。<sup>(118)</sup>しかし、危険負担そのものは、より広い概念であり、物の売買において、「当事者が契約関係にはいる以前にその物が不可抗力で滅失・損傷したときは、その損失(物の危険)は物の所有者としての債務者(売主)の負担に帰する<sup>(119)</sup>」ということをも含むものである。すなわち、「事変による損害は所有者が負担する」(*casum sentit dominus; res perit domino*)という原則である。そして、岡松博士が瑕疵担保責任の根拠として想定したのも、物の瑕疵という「事变的損害」を売主に帰せしめるものであり、右の原則であったと解される。そうだとすれば、岡松博士のように、瑕疵担保責任を広く危険負担の原理によって基礎づけることと、民法五三四条の適否との間には、鳩山博士の指摘するような齟齬はないと考えることができる。

なお、瑕疵担保責任を危険負担の原理によって基礎づけると、不特定物の売買においてはその危険の移転時期、すなわち、特定の時期が問題となる。そして、この問題については、すでに明治期に、民法四〇一条二項(五三四条二項)の適用による見解(岡松・横田)と、売主の一方的な行為によっては特定せず、「当事者ノ合意アリタル時」にのみ特定するとの見解(睡道)が対立していたことは、注目に値しよう。

(117) 鈴木禄弥『債権法講義』(創文社、四訂版、二〇〇一年)二三五頁。

(118) 谷口知平『五十嵐清編』『新版注釈民法』(13)『(有斐閣、補訂版、二〇〇六年)六四〇頁以下(甲斐道太郎執筆)』。

(119) 甲斐・前掲注(118)六四一頁。

【付記】 本稿をまとめるにあたり、日本学術振興会科学研究費補助金(19530079)の助成を受けていることを付記します。