

# 瑕疵担保責任の比較法的考察(9)

——日本・フランス・EU——

野澤 正 充

## 序 章 本稿の課題と対象

### 第一章 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 73 号）

第二節 法定責任説の形成（以上 74 号）

第三節 大審院大正 14 年判決とその評価

第四節 最高裁昭和 36 年判決の理解（以上 76 号）

### 第二章 債務不履行責任説の台頭と展開

第一節 債務不履行責任説の台頭（以上 77 号）

第二節 債務不履行責任説の展開

第一款 法定責任説の継承者<sup>(1)</sup>——下森定教授

第二款 法定責任説の継承者<sup>(2)</sup>——その他の見解（以上 81 号）

第三款 ウィーン売買条約の制定——1980 年（以上 91 号）

第四款 債務不履行責任説の進展——時的区分説の登場

第五款 まとめ（以上 104 号）

### 第三章 近年における学説の動向

第一節 危険負担制度への架橋

第一款 1980 年代後半以降の学説——藤田寿夫教授

第二款 担保責任の総合的研究——半田吉信教授

第三款 小 括

第二節 瑕疵担保責任と危険負担の関係

第一款 はじめに

第二款 給付危険と対価危険の区別

第三款 「特定の合意」による給付危険の移転

第四款 若干の検討——まとめに代えて（以上 105 号）

第三節 給付危険の買主への転嫁——潮見佳男教授

第一款 主張の内容

第二款 主張の検討

第三款 小括(以上本号)

第四節 危険負担説の再評価とその修正

終章 総括と展望

## 第三章 近年における学説の動向(承前)

### 第三節 給付危険の買主への転嫁——潮見佳男教授

#### 第一款 主張の内容

##### 1 はじめに

北居功教授と森田宏樹教授の見解を踏まえつつ、契約の解釈の観点から「特定物のドグマ」を否定し、瑕疵担保責任の債務不履行責任構成を徹底させたのが潮見佳男教授である。その見解の特色は、契約の規範的解釈を徹底させ、かつ、主観的瑕疵概念を採用することにより、瑕疵担保責任の固有の領域を狭め、債務不履行責任への一元化を目指すことにある。

##### 2 前提——契約の解釈と任意規定の適用

###### (1) 特定物の売買における「特定物のドグマ」の否定

潮見教授は、まず、これまでの瑕疵担保責任をめぐる「特定物ドグマ論争」が、①契約の解釈の問題(「特に、補充的契約解釈による『契約規範(lex contractus)』の探究」と、②民法旧570条という任意規定の適用の問題<sup>1)</sup>とを「十分に区別することなくなされてきた」ことを指摘する<sup>2)</sup>。すなわち、「契約責任説は、民法第五七〇条の適用という形式を借りながら、実質的に、契約解釈の次元に位置づけられる問題を射程として」いたのに対し、「法定責任説は、契約解釈問題を度外視して、もっぱら民法第五七〇条という任意規定の適用」を問題としてきたとする<sup>3)</sup>。そして、①の契約解釈のレベルでは、特定物の売買

---

1) 潮見佳男「特定物売買での質的瑕疵と『特定物ドグマ』論」同『契約規範の構造と展開』(有斐閣、1991年)184頁(初出、1988年)。

2) 潮見・前掲注1)193頁。

3) 潮見・前掲注1)186頁。

においても「特定物ドグマに固執する必要」はなく、(i)契約当事者の意思解釈から「『個々の契約において性質が合意内容となっている』ことの具体的確定」が可能であるとする。そのうえで、(ii)合意の内容が給付義務に反映され、「『瑕疵のない特定物を給付すべき義務』を承認することができる」とする<sup>4)</sup>。さらに、(iii)目的物の性質が合意の内容となっていない場合にも、「補充的契約解釈を介して『瑕疵のない特定物を給付すべき義務』を承認することができる」とする<sup>5)</sup>。かくして、特定物のドグマ(=「瑕疵ある給付は瑕疵なき履行である」)が否定される[(i)]とともに、特定物の売買において、「瑕疵のない特定物を給付すべき義務」が認められる[(ii)(iii)]。

しかし、以上の(i)ないし(iii)の「プロセスを経てもなお瑕疵なき特定物の給付義務の存在が否定される場合」が存在する。潮見教授は、この場合に「初めて」、②の任意規定(民法旧570条の担保責任)の適用が問題になるとした<sup>6)</sup>。ただし、この場合における担保責任の法的性質は、必ずしも明らかではなく、後の「分析」に委ねられている<sup>7)</sup>。

## (2) 不特定物の売買(「種類売買」)と「履行認容」構成

不特定物の売買において引き渡された物に瑕疵があるときは、判例(最判昭和36・12・15民集15巻11号2852頁)は、債権者(買主)が「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容」すれば、債務者(売主)に対して、「瑕疵担保責任を問う」ことができるとした。しかし、債権者が「履行として認容」しなければ、債務不履行責任を問うこともできるため、「履行として認容」したか否かが両責任の分岐点となる<sup>8)</sup>。

この「履行認容」構成につき、下村正明教授は、ドイツの請負契約における「引取(Abnahme)」の概念がこれに「類似する」とした<sup>9)</sup>。すなわち、下村教授は、請負契約における注文者の「引取」には、「履行としての承認」が「要素」となるとする。そして、この「履行承認」については、次の三つが区

4) 潮見・前掲注1)189頁。

5) 潮見・前掲注1)190頁。

6) 潮見・前掲注1)195頁。

7) 潮見・前掲注1)195頁。

8) 最高裁昭和36年12月15日判決とその理解については、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(3)」立教法学76号234頁以下、特に236-238頁(2009年)を参照。

9) 下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法学145・146号478頁(1988年)。

別されるとした。①「客体性承認」、②「性状承認」、および、③「瑕疵の認容」の三つである<sup>10)</sup>。このうち、①は、目的物に瑕疵があっても、「契約客体と承認して修補等を留保する」ものであり、「目的物の特定を生じ、その滅失毀損による給付危険は自ずから注文者の負担」となる。これに対して、②は、「契約客体と認められる仕事にしかも瑕疵なきものと承認する」ことであり、①と異なり、「承認の内容が客体の性状に及ぶ」ものである<sup>11)</sup>。そして、③は、「瑕疵を知りつつ権利留保せずに受領したうえに性状承認が加わる」もので、「権利放棄」を意味することとなる<sup>12)</sup>。

潮見教授は、上記の枠組みを、種類売買における「履行認容」にそのまま適用する。すなわち、①「客体性承認」と②「性状承認」を「区別すべき」であり、「『履行認容』とされているものは『客体性承認』(従って、対象の特定を生じさせる)を意味しても直ちには『性状承認』までも意味」しないとする。そして、種類売買において、買主の「履行認容」による「客体性承認」によって目的物が特定されたとしても、「性状承認」は伴わず、「約定された瑕疵なき物の給付義務が尽くされていないがゆえに、債務不履行(不完全履行)となる」とした<sup>13)</sup>。

### 3 主張の概要

以上の前提を踏まえたうえで、潮見教授はその主張を、自らの教科書の中で、以下のようにまとめている。

#### (1) 特定物の売買における「特定物ドグマ」の否定

潮見教授は、まず、「①給付対象が外界に実在する有体物の存在に結びつけられる必然性はないし、②契約における当事者の効果意思が性質に及ばないとする必然性もない。そして、③物質論から見ても、あらゆる性質から切り離された『物それ自体』を観念することもできない」とする。それゆえ、売買における「特定物債務の対象」も、その物理的存在から判断されるのではなくて、当該売買契約において当該特定物に対し当事者がいかなる意味を与えたのかという点を考慮して、確定される」。それゆえ、「特定物の性質もまた契約内容と

10) 下村・前掲注9) 497頁。

11) 下村・前掲注9) 497-498頁。

12) 下村・前掲注9) 497頁。

13) 潮見・前掲注1) 196-197頁。

なり得る」のであって、「特定物のドグマはその存在を否定される」ことになる<sup>14)</sup>。そして、「『当該契約において、問題となった性質が契約内容となっている』ということが認め」られれば、「『当該性質を備えた特定物を引き渡し債務』が肯定され」、債務者がその性質を備えていない特定物を引き渡した場合には、「債務不履行と評価される」<sup>15)</sup>。

なお、潮見教授は、民法 400 条を参考に、「瑕疵の存否判断の規準時」は、目的物の「引渡完了時」であるとする。なぜなら、この時点で、「売主から買主の実質的支配領域に目的物が移転する」からであり、民法 400 条も、「実質的支配〔給付危険〕の移転〔したがってまた、売主の保存行為の終点〕を認めている」とする<sup>16)</sup>。もっとも、危険の移転時が目的物の引渡時であるとの結論は適切であるものの、すでに述べたように、民法 400 条は、危険の移転時期とは無関係の規定であることには注意しなければならない<sup>17)</sup>。

ところで、かねてより課題となっていた、契約の解釈によっても「問題となった性質を備えた特定物を引き渡し債務がないとされる場合」の処理は、次のように解されている。すなわち、「ごく例外的」ではあるが、この場合には、「かかる債務につき債務不履行を観念すること」ができず、「任意規定としての 570 条から直接に売主の責任が帰結される」とする。そして、「この限りでは、売主の責任は、法定責任説的に捉えられ」、その責任の内容としては、「履行が完了した後の対価的不均衡の調整という理解に出た代金減額の損害賠償と解除を認めれば足りる」とした<sup>18)</sup>。

## (2) 種類売買と履行認容事情

では、不特定物の売買（種類売買）において、「瑕疵のある種類物が給付されたとき」はどうか。この場合には、潮見教授は、「売主は債務不履行（不完

14) 潮見佳男『契約各論 I』（信山社、2002 年）190 頁。

15) 潮見・前掲注 14) 191 頁。

16) 潮見・前掲注 14) 191 頁。

17) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(8)」立教法学 105 号（2022 年）156-159 頁。ボワソナードによれば、特定物の売買においては、売買契約の締結時に目的物の所有権と危険が移転するのであり、民法 400 条は、買主の所有となった目的物の、引渡しまでの売主の保管義務（善管注意義務）を定めたものである。換言すれば、同条は、危険の移転を定めたものではなく、危険が移転した後の保管義務を定めたものである。

18) 潮見・前掲注 14) 192 頁。なお、後に再度触れることになるが、潮見教授が、「任意規定の 570 条」の法的性質を「法定責任説的に」捉え、その効果として、「代金減額の損害賠償と解除を認め」ていることは、看過すべきでない。

全履行)をおかしている」ものの、「買主が『履行として(認容のうえで)受領』した以上、債務不履行を理由とする買主の救済手段に何らかの制限を加えなければならない」とする<sup>19)</sup>。

そこで、「客体性承認」と「性質面での承認」とを区別して、「種類物の買主が『履行として(認容のうえで)受領』したからといって、『性質面での適合性』まで承認したわけではなく、それによって「売主の債務不履行責任が排斥されるということにはならない」とする<sup>20)</sup>。ただし、買主も、「自らの意思に基づいて」、「引き渡された個物を種類売買の客体として承認」したのであるから、「給付目的物の品質に関する『給付危険』(完全な給付がなされなかったことによる不利益)を負担しなければならないという法政策的な判断を下す」ことができるとする<sup>21)</sup>。そうして、潮見教授は、特定物の売買では、目的物の引渡時を「給付危険一部移転の規準時」としていたが、不特定物の売買(種類売買)では、単なる引渡しではなく、「給付危険(の一部)を引き受けるにふさわしい買主の意思的行為、すなわち『客体としての承認を意味する意思的行為』としての『受領』に注目するのが適切である」とする。すなわち、『客体性承認』を伴う『受領』があれば、民法401条の意味での給付対象(『客体』)の『特定』があったと考え、これ以後は570条の瑕疵担保責任の特別規律、特に、「1年の権利行使期間の制限」が「優先的に適用」されるとした<sup>22)</sup>。

もっとも、買主は、「客体としての承認」をしても、「性質」まで承認したわけではないから、「この場合でも、交付された個物の性質に瑕疵がある点についての債務不履行(不完全履行)としての評価が否定されるものではない」。それゆえ、買主は、瑕疵担保責任の追及に併せて、「債務不履行責任に結びつけられる救済手段、とりわけ完全履行請求権」を行使することもでき、「損害賠償も、履行利益の賠償として理解されるべきである」とする<sup>23)</sup>。

---

19) 潮見・前掲注14) 207頁。

20) 潮見・前掲注14) 207-208頁。

21) 潮見・前掲注14) 208頁。

22) 潮見・前掲注14) 208頁。

23) 潮見・前掲注14) 208-209頁。

#### 4 他の制度との関連——「瑕疵責任規範の構造説明」に向けて

##### (1) 既存の「ドグマ」の否定

潮見教授は、「瑕疵責任をめぐる従来の判断枠組」において、次の三つの「ドグマ」が「積極的な正当化のなされないまま、またこれを修正ないし否定する理論への応接のないまま、用いられていることが多い」とする。すなわち、「特定物ドグマ」、「性質錯誤は、動機錯誤である」との「ドグマ」、および、「『信頼利益』賠償のドグマ」である<sup>24)</sup>。そして、以下のような三つの観点からの「再検討」が必要であるとした。

##### (2) 三つの観点

第一は、「『物危険』の一種」である「性質欠如についての危険」に関する。すなわち、瑕疵担保責任をめぐる裁判例においては、この危険を「どちらの当事者が負担する趣旨で契約が締結されたのかという観点が重視されている」とする<sup>25)</sup>。そして、潮見教授も、このような裁判例を踏まえて、「問題となった利用適性の欠如に関する物危険が当該契約において売主・買主のいずれの負担とされるべきものとして評価されているのかという観点」から、契約の目的物が確定され、その瑕疵の存否の判断がなされるとともに、性質の錯誤も動機の錯誤ではなく、「契約内容に関する錯誤」として位置づけられるとする<sup>26)</sup>。

第二に、上記のようにして確定された「一定の性質を備えた」契約の目的物を給付すべきであるにもかかわらず、売主が瑕疵ある物を給付した場合には、「契約不適合を理由とする売主の債務不履行責任」となり、このことは、「特定物売買であろうが、種類売買だろうが、異ならない」とする<sup>27)</sup>。

そして、第三に、「契約不適合を理由とする売主の債務不履行責任が問題となる」としても、その要件と効果については、「従来の瑕疵担保責任の判断枠組が不完全履行の判断枠組へと取り込まれてくる」とする。具体的には、損害賠償と解除を分けて、損害賠償に関しては、「等価値交換の給付関係に着目するとき、代金減額の損害賠償」が、売主の過失を要件とせずに「肯定される」。そして、この点は、「瑕疵担保での代金減額訴権の発想とも、部分的に共通性

24) 潮見佳男「売買における物的瑕疵の帰責構造」同『契約責任の体系』（有斐閣、2000年）403頁（初出、1993年）。

25) 潮見・前掲注24）382頁。

26) 潮見・前掲注24）404頁。

27) 潮見・前掲注24）404頁。



を有する」とする<sup>28)</sup>。また、解除については、「契約目的達成不能という観点  
が、特定物売買であれ、種類売買であれ、重視される」反面、売主の帰責事由  
は、「要件事実としての独自性を喪失する」とした<sup>29)</sup>。

以上の三つの観点は、私見とも、その基盤において共通する<sup>30)</sup>。すなわち、  
第一点および第二点に関して私見は、瑕疵担保責任を危険負担の問題として位  
置づけ、より具体的には、「瑕疵」という「危険」(＝物の危険)を、売買ない  
し請負のいずれの契約当事者が負担すべきか、という問題として捉えるものだ  
からである。そして、この場合において、潮見教授が指摘するように、この危  
険を「どちらの当事者が負担する趣旨で契約が締結されたのか」が明らかであ  
れば、その契約に従うこととなる。しかし、それが明確ではない場合には、任  
意規定である瑕疵担保責任の規定(民旧570条)が適用される。そうして、フ  
ランス法とそれに基づく(債権法改正前の)日本民法では、所有権の移転に応  
じ、特定物の売買においては契約締結時まで(民176条参照)、また、不特定物  
の売買においては特定まで(民旧534条2項)の瑕疵について、売主が、たと  
えその瑕疵について過失がなくても担保責任を負うこととなる(res perit domi-  
no)。しかし、従来の通説的見解(我妻)が指摘したように、このような危険  
負担の債権者主義には合理性がなく、特定物の売買か不特定物の売買かを問わ  
ず、引渡しを基準時として、それ以前に生じた瑕疵については、売主は無過失  
責任である担保責任を負い、それ以後に生じた瑕疵については、売主は責任を  
負わない(買主に危険が移転する)と解すべきである。その根拠は、観念的な  
所有権の移転ではなく、事実上その物を支配し、危険(滅失・損傷〔瑕疵を含  
む〕)を防ぐことができた者が危険を負担すべきである、ということに存する。  
そして、危険負担は、双務契約の牽連性に基づくものであるから、危険負担に  
依拠する瑕疵担保責任の効果としては、売主が無過失である場合にも代金減額  
権と解除権が認められる。これに対して、売主に帰責事由がある場合(あるいは  
免責事由がない場合〔＝債権法改正後〕)には、債務不履行責任としての損害賠  
償(民416条)が認められることとなる。この効果論は、潮見教授の第三の観  
点と共通する。

28) 潮見・前掲注24) 405頁。

29) 潮見・前掲注24) 405頁。

30) 私見の概要は、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(6)」立教法学91号54-58頁(2015年)、および、同64頁注(50)に掲記した論考を参照。



なお、債権法改正前民法の明文上は、追完請求権が認められていなかった。この点は、かつての法定責任説が指摘したように、伝統的に売買契約の売主には、瑕疵を修補する能力がなく(民旧634条と対比せよ)、とりわけ、民法が前提とした特定物の売買では、買主の修補請求や代物請求が事実上困難であったことによるものである、と考えられる。しかし、不特定物の売買が一般であり、かつ、技術の進歩した現代社会においては、瑕疵の修補や代物の提供も比較的容易であり、売主が自ら瑕疵を修補しなくても、第三者(修理業者)に修補させてその代金を負担することも困難ではない。そうだとすれば、追完が不能でない限り、履行請求権の一環としての追完請求権を買主に認めることは可能である。ただし、この点を明確にする立法が望ましく、その実現のためには、平成29年の民法(債権関係)の改正を待たざるを得なかったといえよう。

### (3) 危険負担との関係

もっとも、潮見教授は、私見と異なり、瑕疵担保責任が危険負担制度を基盤とするとは考えていない。すなわち、「両制度が競合する」としつつ、その「制度間競合」を次のように整理している<sup>31)</sup>。

「① 瑕疵担保責任は、給付危険(債務不履行責任の成否、債務の存続)を扱う。

② 瑕疵担保責任が成立すれば、売主の債務…は内容を変形したうえで存続する。あるいは、契約目的達成不能を理由に契約が解除される。いずれにせよ危険負担(対価危険)の問題は起こらない。

③ 瑕疵担保責任は無過失責任であるが、危険負担(対価危険)の問題が出てこないわけではない。例外的であるが、『瑕疵』が不可抗力で生じた場合には、売主免責の余地を残すべきである。そして、この場合は、まさに反対給付である代金支払債務の運命が問われることになる(民法534条の問題領域に属する)」。

ここで留意すべきは、次の二点である。

一つは、瑕疵担保責任を「給付危険(債務不履行責任の成否、債務の存続)」の問題とし、危険負担を「対価危険」の問題とする点である。しかし、このよ

31) 潮見・前掲注14) 213-214頁。

うに「給付危険」と「対価危険」とを截然と区別すべきか、また、目的物の滅失・損傷という「物の危険」(潮見教授のいう「性質欠如についての危険」との関係が、明確ではない。

もう一つは、「瑕疵」が不可抗力で生じた場合には、売主免責の余地を残すべき」とする点である。しかし、この点については繰り返し述べたように、不可抗力免責を認めないのが瑕疵担保責任の特徴であり、ヨーロッパではもちろん、グローバル・スタンダードにおいても同様に解されている。そして、その背景には、瑕疵担保責任が契約の双務性に基づく無過失責任である、との認識があると解される。

## 第二款 主張の検討

### 1 はじめに——私見との異同

潮見教授の見解は、契約責任説に位置づけられるものの、その内容を詳細に検討すると、法定責任説を標榜する私見との間に、多くの共通点を見いだすことができる<sup>32)</sup>。とりわけ、上記のように、潮見教授の「瑕疵責任規範の構造解明」に向けた三つの観点は、私見も、ほぼ同じ方向性を有している<sup>33)</sup>。しかし、その結論に至るプロセスにおいては、両見解の間に、さらに同様の部分と、全く異なる部分とが混在していると解される。

以下では、便宜的に、特定物の売買と不特定物の売買(種類売買)とを区別して論じることとする。

---

32) 潮見教授も、「瑕疵担保責任をめぐる今日の議論」は、これを「法定責任か契約責任かという二項対立の図式で捉える」ことはできないとする(潮見佳男「契約責任と瑕疵担保」同『債務不履行の救済法理』[信山社、2010年]287頁[初出、2008年])。とりわけ、同論文の著された2008年当時の、「民法(債権法)の現代化をめぐる議論や民法改正に向けた立法論的検討が進行している今、現行民法の採用している瑕疵担保責任の規律を所与とした解釈論として瑕疵担保責任の性質論を語るのでは、研究者の論稿としては学問的に不完全」であるとも言われている(潮見・同304頁)。この指摘は、まさに適切であり、民法(債権関係)の改正によって、すでに民法典から削除された「瑕疵担保責任」を検討する筆者にも当てはまる。とはいえ、「温故知新」という言葉もあるように、過去の議論から、債権法改正をも超えた未来へと繋がる課題が明らかになることもあると思われる。

33) 潮見教授の見解と私見とが、そのアプローチを異にしながらもほぼ同じ方向性を有していたのは、両者が共に、ウィーン売買条約などのグローバル・スタンダードを視野に入れていたからであろうと推測される。なお、本稿におけるグローバル・スタンダードの理解については、野澤・前掲注30)31頁以下参照。

## 2 特定物の売買について

### (1) 契約の解釈と「特定物のドグマ」の否定

#### (i) 私見による「特定物のドグマ」の理解

まず、私見は、瑕疵担保責任の理解についてはフランス法に依拠するため、ドイツ法学にいう「特定物のドグマ」をそもそも採用していない。ただし、別の機会に指摘したように、少なくとも、明治民法典の文理解釈上は、「特定物のドグマ」ないしそれを採用する法定責任説と同じ結論になる<sup>34)</sup>。すなわち、特定物の売買契約においては、契約の締結の時に危険が買主に移転するため(民旧534条1項)、目的物の引渡しまでの間に瑕疵が生じたとしても、売主は、「善良な管理者の注意をもって、その物を保存」していれば責任を負うことなく(民400条)、「現状でその物を引き渡し」してよい(民旧483条)ということになる。このような考え方の背景には、物の危険(ないし給付危険)<sup>35)</sup>が、所有権の移転に伴って売主から買主に移転するとの所有権移転時主義がある。というのも、所有権の移転時期については議論があるものの、少なくとも民法176条の文理解釈上は、特定物の売買では契約の締結によって、(観念的な)所有権が移転するからである。それゆえ、売買契約の締結時に危険も買主に移転し(民旧534条1項)、売主は契約締結前の瑕疵についてのみ責任を負う。また、不特定物の売買においては、目的物の特定の時に所有権が売主から買主に移転

34) 野澤正充『契約法——セカンドステージ債権法Ⅰ』(日本評論社、第3版、2020年)131頁(初版、2009年)。

35) 危険負担における「物の危険」と「契約の危険」(債権の危険)、および、「給付危険」と「対価危険」の概念については、野澤・前掲注17)147-149頁。なお、私見に対しては、「瑕疵担保責任の根拠を『危険負担の法理』に求めると言うが、そこでいう危険負担とは、給付危険の負担のことを指し、対価危険に関する危険負担と瑕疵担保責任とのバランスに着目する加藤説(=加藤雅信教授の危険負担の代金減額請求権説一筆者注)とは異なることに注意を要する」との指摘が存在する(曾野裕夫「ウィーン売買条約(CISG)における瑕疵担保責任の不存在とその理由」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』[日本評論社、2009年]132頁注(24)。なお、山本豊「売主の瑕疵担保責任」法学教室354号87頁[2010年]も参照)。しかし、前稿(野澤・前掲注17)166-168頁)で指摘したように、「物の危険」と「給付危険」・「対価危険」を区別し分離するのは、ドイツ民法学に特有の考えであり(ただし、ドイツにおいても必ずしも学説が一致しているわけではない)、フランス民法にその淵源を有する日本民法の危険負担制度においては、その分離を厳密にする必要はない。そして、仮に「給付危険」と「対価危険」とを区別するとしても、売買契約においては、原則として、この二つが分離することではなく(この点は、ドイツ法においても同様である)、表裏一体として考えられることには留意しなければならない。

し、それに伴い危険も買主に移転する(民旧534条2項)。そうだとすれば、「特定物のドグマ」は、この明治民法の帰結を論理的に説明したにすぎない。そして、私見は、危険負担における通説的見解に従い、所有者責任主義を否定し、危険の移転が(観念的な)所有権の移転と関係なく、物の事実上の支配の移転である引渡しの際に生じると解していた。

(ii) 潮見教授による「特定物のドグマ」の否定

これに対して、基本的にはドイツ法学に立脚する潮見教授は、「特定物のドグマ」を意識しつつ、契約の解釈によってこれを否定し、個々の契約において「瑕疵のない特定物を給付すべき義務」を承認する。その見解は、当事者の合意を優先するもので、それ自体には異論がないようにも思われる。ただし、次の二つの点には留意しなければならない。①原始的不能論の否定、および、②契約の規範的解釈と主観的瑕疵概念の採用の二つである。以下、順に検討する。

(iii) 原始的不能論の否定

第1は、これまでの法定責任説や民法が前提としてきた原始的(一部)不能論を否定した点である。すなわち、明治民法は、明文の規定はないものの、ローマ法<sup>36)</sup>以来ヨーロッパの民法が採用する、「何人も不能な債務に拘束されない」(Impossibilium nulla obligatio est.)という原則を採用してきた。そして、瑕疵担保責任に関する法定責任説の多くは、特定物における瑕疵が原始的一部不能であり、その部分に対する売主の債務は無効である、との見解(末弘厳太郎)に従って、「特定物のドグマ」を承認してきた<sup>37)</sup>。これに対して、潮見教授は、前述のように、「①給付対象が外界に実在する有体物の存在に結びつけられる必然性はないし、②契約における当事者の効果意思が性質に及ばないとする必然性もない。そして、③物質論から見ても、あらゆる性質から切り離された『物それ自体』を観念することもできない」として、客観的に不能な契約であっても有効であることを前提に、上記の原則を退けた。しかし、このようなローマ法以来承認されてきた原則を、契約の解釈によって変更できるか否かは問題であり、民法(債権関係)の改正による明文規定(民412条の2)を待たな

36) Diegestes 50.17.185. par Dominique Gaurier, Les 50 Livres du Digestes de l'empire Justinien, t.III, Éditions La Mémoire du Droit, 2017, p.2414.

37) 末弘博士の原始的不能論に関しては、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(2)」立教法学74号101頁以下(2007年)参照。

ければならなかったと解される。そして、その明文規定の当否については、今後さらに検討されるべきであろう<sup>38)</sup>。

(iv) 補充的解釈・主観的瑕疵概念

(ア)「特定物のドグマ」の適用領域の限定 第2は、契約の規範的解釈としての補充的解釈、および、主観的瑕疵概念の採用という手法の当否である。すなわち、前述のように、潮見教授は、契約当事者の内心的効果意思の合致した部分の意味を明らかにする「本来的解釈」<sup>39)</sup>ないし「狹義の契約解釈」<sup>40)</sup>に加えて、裁判官が契約の内容を補充する「補充的解釈」<sup>41)</sup>を用いて、「瑕疵のない特定物を給付すべき義務」を認めるべきであるとする。さらに、瑕疵の判断基準としての主観説と客観説の対立<sup>42)</sup>については、次のように主観的瑕疵概念(主観説)を採用する<sup>43)</sup>。すなわち、①「社会的に実在する『物』を契約規範の評価『対象』として法規範の世界に取り込むべく、当該契約において何をどのような売買『対象』として把握したかということを確認」し、次いで、②売買の対象として確定された「物」(換言すれば、「実際に引き渡された物」)<sup>44)</sup>が、「契約適合的なものとしてあるべき性質を備えているかどうかということが吟味される」べきであるとする。もっとも、潮見教授も、一般的には、「わが国」においては、「主観的瑕疵概念が採用されていると言い切るには躊躇をおぼえる」とする。なぜなら、従来の通説を代表する我妻栄博士も、瑕疵の有無については、次のように、「客観的瑕疵概念」を原則とし、「『特別の標準』

38) ウィーン売買条約などのグローバル・スタンダードでは、「何人も不能な債務に拘束されない」(Impossibilium nulla obligatio est.)という原則は採られていない。しかし、この原則をなお維持する民法(例えば、フランス)も存在し、問題は、「特定物のドグマ」の採否に限局されない。

39) 川島武宜=平井宜雄編『新版注釈民法(3)』(有斐閣, 2003年)69-70頁(平井宜雄執筆)。

40) 四宮和夫=能見善久『民法総則』(弘文堂, 第9版, 2018年)212頁。

41) 川島=平井・前掲注39)79頁[平井]は、本来的解釈と規範的解釈とを区別し、後者(規範的解釈)を、「解釈の名の下に行われる裁判官による規範を定立する作業」であるとする。「補充的解釈」も、この規範的解釈に含まれる。

42) 瑕疵の有無の判断基準に関する客観説と主観説に関しては、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(4)」立教法学77号342頁以下(2009年)参照。なお、潮見教授は、不動産の物質的瑕疵をめぐる裁判例においては、「主観的瑕疵か客観的瑕疵か」という、「学説の論ずるような二律背反的な」問題は生ぜず、本文のような(主観的瑕疵概念の)「二段階の判断構造が採られている」とする(潮見・前掲注24)381頁、潮見・前掲注14)217頁)。

43) 潮見・前掲注24)381-382頁、潮見・前掲注14)217頁。

44) 潮見・前掲注14)217頁。

が妥当する局面」を、「見本売買・広告による売買に限定している」からである<sup>45)</sup>。すなわち、我妻博士は、瑕疵の有無を、「(i)一般には、その種類のものとして通常有すべき品質・性能を標準として判断すべき」であり、「(ii)売主が、見本により、または広告をして、目的物が特殊の品質・性能を有することを示したときは、その特殊の標準によって」定めるべきであるとした<sup>46)</sup>。

(イ) 補充的解釈の妥当性      しかし、契約の補充的解釈は、単なる表示の「意味の確定」ではなく、裁判官による「意味の持込み」である<sup>47)</sup>。それゆえ、補充的解釈に関しては、①裁判官にこのような解釈をする権限があるのか、②その権限が認められるとしても、補充的解釈がどのような基準でなされるべきか、および、③任意規定の適用との関係が問題となる<sup>48)</sup>。そして、②の解釈基準としては、一般に、(a)慣習、(b)任意規定、(c)信義則、(d)条理が挙げられる。しかし、補充的解釈の基準は必ずしも明確ではなく<sup>49)</sup>、とりわけ、(b)任意規定が基準となるとすれば、結局は、瑕疵担保規定(民旧570条)の解釈に戻ることにたろう。さらに、後に述べるように、「特定物のドグマ」の適用領域を狭めたとしても、その領域が完全に消滅するわけではなく、任意規定としての瑕疵担保責任の法的性質論が、問題としては残ることを否定できない。

(ウ) 主観的瑕疵概念の採否      民法(債権関係)の改正においては、瑕疵担保責任が債務不履行責任に一元化され、瑕疵を含む契約不適合の概念は、まさに文字通り、「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものである」こと、ということになる(民562条1項)。その意味では、主観的瑕疵概念が採用されたことが明らかである。しかし、債権法改正前の明治民法下においても、主観的瑕疵概念を採用することが適切であったか否かは、別の問題である。もっとも、すでに述べたように<sup>50)</sup>、学説の多くは、主観的瑕疵概念(主観説)を採用していた。すなわち、債務不履行責任説の側からはもちろん<sup>51)</sup>、法定責任説の側も、できる限り買主を保護すべきである

45) 潮見・前掲注14) 216頁。

46) 我妻栄『債権各論中巻一』(岩波書店、1957年) 288頁。

47) 四宮=能見・前掲注40) 214頁。

48) 四宮=能見・前掲注40) 214-215頁、川島=平井・前掲注39) 79頁以下〔平井〕。

49) 川島=平井・前掲注39) 80頁〔平井〕。

50) 野澤・前掲注42) 342頁以下。



との理由から、「瑕疵」の概念を広く捉える主観説を採用していた<sup>52)</sup>。しかし、これに対しては、主観的瑕疵概念を採用すると、「瑕疵と不履行の概念的限界を画することは不可能」となり、「瑕疵担保責任を債務不履行責任より区別することはきわめて困難」となるため、法定責任説の立場と矛盾する、との指摘がなされていた<sup>53)</sup>。いずれにしても、わが国においては、瑕疵の有無の判断基準について、「自覚的に論争」<sup>54)</sup>された形跡はない。

このような状況において、「瑕疵」の概念が正面から争われたのが、次の判決である。

### 最判平成 22・6・1 民集 64 巻 4 号 953 頁

事案は、およそ次のようであった。平成 3 年 3 月 15 日、X は Y から土地（以下、「本件土地」という。）を買い受けた。本件土地の土壤にはふっ素が含まれていたものの、売買契約締結当時、土壤に含まれるふっ素は法令に基づく規制の対象とならず、取引観念上も、そのふっ素に起因して人の健康にかかわる被害を生ずるおそれがあるとの認識もなかった。しかし、平成 13 年 3 月に土壤に含まれるふっ素についての環境基準が告示され、平成 15 年 2 月には、ふっ素が土壤汚染対策法に規定する特定有害物質であると定められた。そして、本件土地につき土壤の汚染状況の調査を行ったところ、平成 17 年 11 月 2 日頃、その土壤に同法施行規則に定められた基準値を超えるふっ素が含まれていることが判明した。そこで、X が Y に対し瑕疵担保責任による損害賠償を求めて訴えを提起した。第一審は、本件における土壤汚染も、「売買契約の目的物として通常有すべき品質や性能を欠くもの」であるため、民法旧 570 条にいう「瑕疵」に当たるが、瑕疵は、売買契約締結時に存在しなければならず、その後が生じた場合には同条の適用はないとして、X の請求を棄却した。しかし、原審（東京高判平成 20・9・25 民集 64 巻 4 号 987 頁、金商 1305 号 36 頁）は、売買契約締結後に土壤汚染が規制されたとしても、瑕疵担保責任が無過失

51) 主観説は、潮見教授のように、「瑕疵」の有無を当事者の契約の解釈によって決するため、その不適合は当然に債務不履行となる。

52) 柚木馨編『注釈民法(14)』（有斐閣、1966 年）242 頁〔柚木馨執筆〕。

53) 五十嵐清「瑕疵担保と比較法」同『比較民法学の諸問題』（一粒社、1976 年）89 頁（初出 1959-1960 年）。

54) 柚木・前掲注 52) 241 頁。



責任であり、「売買の目的物の性能、品質に欠ける点があるという事態が生じたときに、その負担を売主に負わせることとする制度である」として、民法旧570条の適用を認めた（一部認容）。Yが上告受理申立てをした。

最高裁は、まず、「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたかについては、売買契約締結当時の取引観念をしんしゃくして判断すべき」であるとした。そして、「本件売買契約締結当時、取引観念上、ふっ素が土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されておらず、Xの担当者もそのような認識を有していなかったのであり、ふっ素が、それが土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるなどの有害物質として、法令に基づく規制の対象となったのは、本件売買契約締結後であった」とし、「本件売買契約の当事者間において、本件土地が備えるべき属性として、その土壤に、ふっ素が含まれていないことや、本件売買契約締結時に有害性が認識されていたか否かにかかわらず、人の健康に係る被害を生ずるおそれのある一切の物質が含まれていないことが、特に予定されていたとみるべき事情もうかがわれない」とした。したがって、「本件売買契約締結当時の取引観念上、それが土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されていなかったふっ素について、本件売買契約の当事者間において、それが人の健康を損なう限度を超えて本件土地の土壤に含まれていないことが予定されていたものとみることはできず、本件土地の土壤に溶出量基準値及び含有量基準値のいずれをも超えるふっ素が含まれていたとしても、そのことは、民法570条（旧法―筆者注）にいう瑕疵には当たらない」と判示した（破棄自判）。

この最高裁判決は、「瑕疵」の意義について、「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたか」を基準とする主観説に立つことを明言したものである。その背景には、主観説が大審院の判例（大判昭和8・1・14民集12巻71頁）であり、かつ、瑕疵担保責任の法制的性質論とは関係のない、通説的見解であるという事情が存した<sup>55)</sup>。しかし、同判決に付された匿名コメントに摘示された大審院の判例（前掲大判昭和8・

---

55) コメント・判時2083号78頁。

1・14)は、瑕疵の判断基準として、第一次的には「其ノ物ノ通常ノ用途」に適していないことを挙げ、「契約上特定シタル用途」に適していない場合や、売主が一定の性能を「特ニ保証」したがその性能を具備していない場合も瑕疵に該当するとした。そうだとすれば、この大審院の判例は、客観説を基本とするものであり、純粹に主観説に立ったものとは解しがたい<sup>56)</sup>。また、学説も、上記に触れたように、この問題については十分な議論を尽くしたとは解しがたい。

このような状況において公にされた上記の最高裁判決は、瑕疵の意義について主観説を明言した最初の判決であるといえよう<sup>57)</sup>。しかし、旧法の下では、主観説を採用すると、瑕疵と債務不履行との区別がつかず(「瑕疵」も当事者の契約に反するものとなる)、両責任を区別している民法の解釈としては、体系的な混乱を招くおそれがあった。これに対して、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを一元化し、「契約の内容に適合」しているか否かを問題とする新法(民562条以下)の下では、本判決はそのまま妥当する。その意味では、本判決は、民法(債権関係)の改正の動向を「先取りした」ものであった、と解される<sup>58)</sup>。

## (2) 任意規定としての瑕疵担保責任

### (i) 問題の所在

以上のように、契約の規範的解釈と主観的瑕疵概念を採用したとしても、任意規定としての瑕疵担保責任の法的性質論は、なお問題として残ることになる。なぜなら、前述のように、「ごく例外的に」ではあれ、目的物の「『性質』が契約内容とならない」特定物の引渡義務が問題となる場合があり、この場合にはまさに、民法旧570条の法益性質論が問題とならざるを得ないからである<sup>59)</sup>。

### (ii) 「何人も不能な債務に拘束されない」という原則の採否

ところで、従来の法定責任説も、民法旧570条を「あたかも強行規定のごとく」扱い、また、「契約内容の確定」ないし契約の解釈を看過していた<sup>60)</sup>わけ

56) 桑岡和久『民法判例百選Ⅱ(第7版)』103頁(2015年)。なお、同・第8版(2018年)103頁も参照。

57) 田中宏治『平成22年度重要判例解説』97頁(2011年)は「従来の判例の踏襲に過ぎない」とする。

58) 野澤正充・判例セレクト2010〔I〕18頁(2011年)。

59) 潮見・前掲注14)192頁。

ではなかった。すなわち、担保責任を負わない旨の特約は有効であり(民旧572条)、また、下森定博士の修正法定責任説も、民法旧570条が任意規定であることを前提に、「契約自由の原則上当然のことながら、当事者が目的物の瑕疵なきことを保証したり、瑕疵なき物の給付あるいは瑕疵の修補を特約することは自由であり、かつ有効にこれをなしうる」とするものであった<sup>61)</sup>。にもかかわらず、法定責任説が、潮見教授の見解のように、契約の規範的解釈によって柔軟に対処できなかったのは、「特定物のドグマ」の根拠を、客観的不能論(=原始の一部不能)に求めていたからであったと解される。すなわち、契約当事者が合意をしても、明治民法が暗黙のうちに立脚していた、「何人も不能な債務に拘束されない」(Impossibilium nulla obligatio est.)との原則によって、客観的に不能な債務は無効(ないし消滅したもの)として扱われたからである。

そうだとすれば、論理的には、「特定物のドグマ」を回避する手法としては、次の二つが考えられる。一つは、潮見教授のように、(a)この原則そのものを否定し、契約の規範的解釈によって、当事者が自由に目的物の性質を決定することができる、とするものである。もう一つは、(b)「何人も不能な債務に拘束されない」との原則を維持したまま、客観的に一部不能かどうかを厳格に判定しつつ、不能であるとすればその部分の引渡債務が消滅し、その反対債務である代金支払債務も消滅するとして、買主の代金減額権または契約解除権を導く手法である。

このうち、(a)の手法は、民法(債権関係)の改正前の明治民法の解釈論としては、採用することが難しかったと解される。なぜなら、「何人も不能な債務に拘束されない」との原則は、ローマ法以来の原則であるとともに、明治民法においても、例えば危険負担の制度においては、当然の前提とされていたからである(民旧534条・旧536条参照)。そして、債権法改正では、これを否定する明文規定が設けられた(民412条の2)が、同規定は単なる注意規定ではなく、「何人も不能な債務に拘束されない」との原則を否定する創設規定であるといえよう。

60) 潮見・前掲注1) 184頁。

61) 下森定「不完全履行と瑕疵担保責任」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向(下)』(有斐閣、1992年)345頁。なお、修正法定責任説については、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(5)」立教法学81号169頁以下(2011年)参照。

これに対して、(b)の手法は、明治民法の解釈論としては穏当であるとともに、売買の目的である特定物の瑕疵が、直ちに原始の一部不能を意味するわけではなく、「特定物のドグマ」の根拠となるわけではない。なぜなら、そもそも「特定物のドグマ」と原始の一部不能論の間には論理必然的な関係があるわけではなく<sup>62)</sup>、また、少なくとも、瑕疵担保責任を危険負担制度に位置づける私見によれば、次のように考えることができるからである。すなわち、引渡しまでの間に目的物に売主の過失によらない瑕疵が生じ、その部分の履行が不能であるとすれば、引渡債務が部分的に消滅するとともに、その反対債務である代金支払債務も消滅することにより、瑕疵担保責任の効果としての代金減額請求権(代金減額の損害賠償請求権)が導かれることとなる。

しかし、上記のように、民法(債権関係)の改正は、「何人も不能な債務に拘束されない」との原則を否定し、(a)の手法を採用した。とはいえ、債権法改正後の民法も、契約不適合責任に関しては、実質的には、(b)の手法による結論と、大きな違いがないように思われる。というのも、債務の履行が不能である場合には、「債権者は、その債務の履行を請求すること」ができず(民412条の2第1項)、「履行の追完も不能である」から、買主(債権者)は、代金の減額を請求する(民563条2項1号)か、契約の解除(民564条・542条1項3号)を選択することになるからである<sup>63)</sup>。

### (iii) 民法旧570条の法的性質

では、任意規定としての瑕疵担保責任の法的性質は何か。潮見教授は、契約の規範的解釈によっても、「問題となった性質を備えた特定物を引き渡す債務がないとされる場合」<sup>64)</sup>には、このような債務について「債務不履行を観念することができない」とする<sup>65)</sup>。そしてこの場合には、「任意規定としての570

62) 「特定物のドグマ」と原始の一部不能論を結びつけたのは末弘厳太郎博士であり、両者の間に必ずしも論理必然性はなかったことにつき、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(2)」立教法学74号101頁以下(2007年)参照。

63) このほか、新法によれば、買主は売主に対して損害賠償請求権を有することになる(民564条・415条)。しかし、損害賠償請求権には、不可抗力免責が認められる(民415条1項ただし書)のに対して、代金減額請求権と解除権には不可抗力免責が認められない。この限りでは、契約不適合責任も、伝統的な瑕疵担保責任の効果を受け継いでいると考えることができよう。

64) 潮見・前掲注14)192頁は、その具体例として、「幼稚園とか地域サークル活動における不用品バザーでの廉価な取引」を挙げている。しかし、これらの取引は、経済的にも意味を有しない「不要品」の取引であり、具体例として適切か否かは疑問である。

65) 潮見・前掲注14)192頁。

条から直接に売主の責任が帰結され」、その責任は「法定責任説的に捉えられる」とする。そうして、売主の責任の内容としては、「履行が完了した後の対価的不均衡の調整という理解に出た代金減額の損害賠償と解除を認めれば足りる」とした<sup>66)</sup>。

この見解は、法定責任説のうちの対価的制限説に相当する。そして、潮見教授の見解は、契約の規範的解釈の領域が(限りなく)広いものの、任意規定としての瑕疵担保責任に焦点を絞れば、全体としては、下森博士の提唱した修正法定責任説に連なるものである、と解される。

上記の点は、潮見教授自らが、「瑕疵担保責任を法定責任としつつも一定の場合に『瑕疵なき特定物の給付義務』を認めんとする下森教授の立場」が「なんら背理ではない」<sup>67)</sup>と述べていることから裏付けられる。そして、「用語上の問題ではあるが」と断りつつ、「『民法第五七〇条から初めて帰結される責任』のみを『瑕疵担保責任』と呼ぶのであれば、『瑕疵担保責任は法定責任である』ということになる」との結論<sup>68)</sup>は、単なる「用語上の問題」に止まらない。その適用範囲の広狭の理解は異なるものの、「任意規定」としての瑕疵担保責任の法的性質論については、法定責任説に与することを示すものであるといえよう。

もっとも、当然のことながら、潮見教授は単なる法定責任説を表明したわけではない。そうではなく、これまでの学説が、「瑕疵担保責任は契約責任か法定責任か」という二者択一ないし「二項対立」的に議論してきたことに対し、「契約解釈レベル」と「任意規定適用レベル」の二つが並列することを示して反省を促すとともに、その対立を止揚しようとしたものである。そして、債務不履行責任と瑕疵担保責任が二元的に並列する図式は、私見とも共通する。た

---

66) 潮見・前掲注14) 192頁。なお、潮見教授は、「契約締結から引渡しがかかるまでの間に生じた瑕疵」は、「民法400条の保存義務の規定によって処理される」とする。そして確かに、売主の善管注意義務違反によって生じた瑕疵については、同条によって債務不履行と評価されよう。しかし、売主が善管注意義務を尽くしたにもかかわらず生じた瑕疵については、同条では処理できず、まさに瑕疵担保責任(民法旧570)の適用の可否が問題となる。そして、契約締結時を基準時とする伝統的な理解では、この場合には瑕疵担保責任が適用されず、売主は瑕疵があるままの現状で目的物を引き渡せばその債務を免れることとなる(民法旧483条)。これに対して、引渡し時を基準とする私見によれば、瑕疵担保責任の適用が認められる。

67) 潮見・前掲注1) 186頁。

68) 潮見・前掲注1) 186頁。

だし、両見解の違いは次の点に存する。すなわち、潮見教授は、第1次的には債務不履行責任を適用し、契約の規範的解釈が尽きたところで2次的に瑕疵担保責任を適用する。これに対して、私見は、このような序列を設けず、当初から両責任が並列し、売主の不可抗力免責が認められる瑕疵については(危険負担としての)担保責任を適用し、そうでなければ債務不履行責任の適用を認めるものである。

### 3 不特定物の売買について

#### (1) 二つの「承認」の区別

以上のように、特定物の売買については、契約の規範的解釈によって「特定物のドグマ」を否定しつつも、最終的には法定責任説に従う潮見教授は、不特定物の売買における瑕疵については、基本的には債務不履行責任(不完全履行)の問題であるとする。ただし、昭和36年の最高裁判決を意識し、「買主が『履行として(認容のうえで)受領』した以上、債務不履行を理由とする買主の救済手段に何らかの制限を加えなければならない」とした。そして、前述のように、①「客体性承認」と②「性質面での承認」とを区別し、買主が目的物(不特定物)を「履行として(認容のうえで)受領」すれば①が認められ、「『給付危険』(完全な給付がなされなかったことによる不利益)を負担しなければならないという法政策的な判断」が下されたとする。その不利益は、具体的には、「瑕疵担保の期間制限、修補・取替請求権(完全履行請求権)の遮断」である<sup>69)</sup>。しかし、買主は、②をしたわけではないため、売主に対する債務不履行責任の追及は、なお可能である。

このような潮見教授の見解は、瑕疵担保責任を給付危険の問題とする点では、北居教授の見解と共通する<sup>70)</sup>。しかし、給付危険の売主から買主への移

69) 潮見・前掲注14) 207-208頁。

70) もっとも、北居教授は、「物の危険」と「給付危険・対価危険」とを明確に区別し、売買契約においては「物の危険」を論じる余地はなく、給付危険の移転のみを念頭に置いていた(北居功「給付危険と対価危険」法学教室454号33頁[2018年]。なお、野澤・前掲注17)も参照)。これに対して、潮見教授は、これまで述べたように、「物危険」と「給付危険」とを明確には区別していない(例えば、潮見・前掲注14) 217頁、同・前掲注24) 382頁など)。この点は、すでに述べたように(野澤・前掲注17))、ドイツ法学の議論をどこまで徹底するかにもよるが、瑕疵担保責任において問題となる物の瑕疵は、「物の危険」であり、それと「給付危険・対価危険」とを概念的には区別するとしても、原則としては一致すると解される。そうだとす



転は、「特定の合意」(北居)によるのではなく、「引渡し」(特定物売買)または「客体性承認」を伴う「受領」(不特定物売買)による。それゆえ、潮見教授の見解においては、北居教授の見解のように、「特定の合意」の錯誤(民95条)が問題となることはなく、瑕疵担保責任と債務不履行責任とは常に併存するものとなる<sup>71)</sup>。そして、同見解は、錯誤を問題としない点で、森田(宏)教授の時的区分説とも一線を画すものであると解される。

## (2) 客体性承認としての「受領」

不特定物の売買に関する潮見教授の見解の問題点は、以下の3点である。

第1に、潮見教授は、給付危険(および瑕疵担保責任)を買主の不利益と捉え、買主が「客体としての承認を意味する意思的行為」としての「受領」をしたら、この不利益を負担しなければならないという「法政策的な判断」が下されるとする<sup>72)</sup>。しかし、その「法政策」がどのようなものかは、必ずしも明らかではない。換言すれば、買主はもちろん、売主も引渡しに気がつかない「隠れた瑕疵」がある物を受領したら、買主は、なぜ不利益を負担しなければならないのであろうか。「買主をして注意せしめよ」(caveat emptor)との原則に立脚する英米法ではともかく、売主の担保責任を規定する大陸法および日本民法では、買主が目的物を受領しただけでは、何ら不利益を被る根拠はない。そうだとすれば、給付危険の売主から買主への移転は、結局は、目的物の「受領」により、「民法401条の意味での給付対象(『客体』)の『特定』があった」からである<sup>73)</sup>と解される。そして、この限りでは、潮見教授の見解も、北居教授のそれと同じく、「特定物」となったから給付危険が移転すると解するものであるといえよう。

第2に、上記の第1点とも関連するが、理論的には、不特定物の売買におい

---

れば、その区別に拘泥する必要は、必ずしもないと思われる。なお、後に触れることになるが、ドイツにおいても、契約不適合責任に関しては、物の危険と給付危険とが明確には区別されていないように考えられる。

71) 北居教授の見解によれば、合意による特定によって不特定物も特定物となり、買主は瑕疵担保責任を追及することができるが、その合意を錯誤無効(民旧95条)とすることにより、売主の債務不履行責任が「再生」されるとする。これに対して、潮見教授の見解では、「客体性承認」(＝履行としての認容)によっても債務不履行としての評価は存続し、買主は、瑕疵担保責任とともに債務不履行責任追及することができる。その意味では、潮見教授の見解は、森田(宏)教授の時的区分説とも異なるものである。

72) 潮見・前掲注14) 208-209頁。

73) 潮見・前掲注14) 208頁。



て「客体性承認」を伴う「受領」があれば、なぜ目的物が特定するのが、民法 401 条 2 項の解釈からは明確ではない。この点は、北居教授のように、「合意」による特定を認めるのであれば、民法 401 条 2 項ではなく、契約自由の原則から認められるものであるため、問題はない。しかし、「客体性承認」を伴う「受領」は、「特定の合意」ではない。それゆえ、民法 401 条 2 項の解釈としては、同項前段の「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了」した場合に該当しよう。しかし、そうだとすれば、瑕疵のある物の給付が債務の本旨に従った履行でないにもかかわらず、売主は、「給付をするのに必要な行為を完了」したとの評価を受けることになり、妥当ではないように思われる。この問題は、後に述べるように<sup>74)</sup>、実質的には、民法（債権関係）の改正後に持ち越されることとなる<sup>75)</sup>。

さらに第 3 に、潮見教授のいう①「客体性承認」を伴う「受領」という概念が、②目的物の「引渡し」、および、③物の「受取り」（ウィーン売買条約 67 条以下の交付や受取り）、などの概念と、具体的にどのように異なるのか（あるいは同じなのか）は、必ずしも明らかではない。換言すれば、買主にどのような行為があれば、「客体としての承認を意味する意思的行為」としての「受領」と評価されるのか、単なる目的物の「引渡し」や「受取り」との違いは何かが問題となろう。また、①「客体性承認」を伴う「受領」は、商法 526 条 1 項の「受領」とどのように異なるのか（あるいは同じか）をも明確にすべきであると思われる。

なお、北居教授と潮見教授の見解は、いずれも、瑕疵担保責任を給付危険の問題であるとするとともに、その移転は、不特定物の売買においては、民法 401 条 2 項に従い、目的物が「特定」した時であるとする。その背景には、瑕疵担保責任は特定物の売買に特有の規律であり、不特定物については目的物が「特定」して特定物にならない限り同責任の適用はない、との伝統的な考え方があるように思われる。そうだとすれば、「特定物のドグマ」を肯定する北居教授の見解はもちろん、これを否定する潮見教授の見解もなお、「特定物のドグマ」を前提とする法定責任説の桎梏からは解放されていないといえよう。

74) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(10・完)」立教法学 107 号(2022 年刊行予定) 参照。

75) 野澤正充「契約責任法の新たな展開——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」NBL1107 号 10-12 頁(2017 年) 参照。

#### 4 その他の問題点

##### (1) 「危険」の意義

上記のように、潮見教授は、瑕疵担保責任を給付危険の問題とする。ただし、以下の2点に留意する必要がある。

第1点は、「物の危険」と「給付危険」とが、截然とは区別されていないことである。すなわち、潮見教授は、一方では、瑕疵担保責任が問題とする「性質欠如についての危険」を『物危険』の一種<sup>76)</sup>とし、「物的瑕疵という危険」を売買契約の「どちらの当事者に負担させるべき」かが重要であるとする<sup>77)</sup>。しかし、他方では、「給付目的物の品質に関する『給付危険』(完全な給付がなされなかったことによる不利益)」の負担を問題としていた<sup>78)</sup>。これに対して、北居教授は、「物危険」と「給付危険・対価危険」とを明確に区別し、「物の売買では、物の価値自体は物の所有権の移転とその対価である代金支払に体现されるため、給付危険と対価危険を超えて、物の価値自体の喪失を議論する余地はない」とする。そうして、「物の売買」では、「物危険」が問題となることはないとした<sup>79)</sup>。しかし、すでに考察したように<sup>80)</sup>、北居教授の依拠するドイツ法学におけると異なり、日本民法の危険負担制度の母法であるフランス法では、この三つの危険が区別されず、物の所有権の移転に伴い「危険」(＝物危険・給付危険および対価危険)が売主から買主に移転する、と解している。また、ドイツ法学においても、必ずしも北居教授の依拠する見解が多数説であるとも解されないようである。例えば、森田修教授は、危険の移転に関する「ドイツの通説的な見解」として、ラーレンツ(K. Larenz)博士の見解を次のように引用する<sup>81)</sup>。

「種類債務者は物危険(Sachgefahr)ないし給付危険(Leistungsgefahr)を負担している。すなわち彼が給付を目論んでいたアイテムが事変

---

76) 潮見・前掲注24) 382頁。

77) 潮見・前掲注24) 386頁、404頁。

78) 潮見・前掲注14) 208頁。

79) 北居・前掲注70) 33頁。

80) 野澤・前掲注17) 156-159頁、166-168頁。

81) 森田修『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架橋のために』(有斐閣、2020年)364頁注33)。

によって滅失した場合でも、彼は他のアイテムを給付しなくてはならず、そのために事情によっては、同種のアイテムが市場にある限り調達する義務を負う。これに対していわゆる特定集中があると、今や特定物債務の規定が適用されるべきことになり、したがって債務者は給付対象の事変に基づく滅失によって債務解放される(BGB旧規定275条)から、給付を目標んでいた物の滅失の危険は債権者に移転する」(Larenz〔1987〕S.395)。

そして、森田(修)教授は、ここでラーレンツ博士が、「特定集中制度を『物危険』の移転としてとらえ、かつ、この語を『給付危険』と同義に用いていることに注意すべきである」とする<sup>82)</sup>。この記述からは、ドイツ法においても、「物の売買で物危険が語られない」<sup>83)</sup>わけではないことに加え、「物の危険」と「給付危険」とが、必ずしも区別されていないことが窺われる。そして、このことは、次章において述べるように<sup>84)</sup>、債権法改正後の新法の理解、とりわけ、「目的物の滅失等についての危険の移転」に関する民法567条1項の理解において、重要な視点を提供するものであると解される。

第2点は、上記の第1点とも関連するが、潮見教授が、「給付危険」と「対価危険」の原則的な分離を認めていることである。すなわち、前述のように、「瑕疵担保責任は、給付危険(債務不履行責任の成否、債務の存続)を扱う」としつつ、「瑕疵担保責任が成立」すれば、原則として、「危険負担(対価危険)の問題は起こらない」とした<sup>85)</sup>。しかし、これもすでに検討したように<sup>86)</sup>「給付危険」と「対価危険」は別個に存在するものではなく、原則としては一致する、と考えられる。なぜなら、危険負担は双務契約に特有の法理であり、両危険は原則として、牽連性によって結びつけられているものだからである。そうだとすれば、給付危険の移転に伴い対価危険も移転し、また、(少なくとも債権法改正前の瑕疵担保責任に関しては)給付債務の縮減とともに対価債務も縮減される(=代金減額請求権)と解されよう。

いずれにしても、売買契約における「物の危険」と「給付危険・対価危険」

82) 森田・前掲注81)364頁注33)。

83) 北居・前掲注70)33頁。

84) 野澤・前掲注74)参照。

85) 潮見・前掲注14)213-214頁。

86) 野澤・前掲注17)166-168頁。

を、全くの無関係なものとして扱うことは、適切ではないと思われる。

## (2) 「危険」の移転時期

給付危険の移転について潮見教授は、①特定物の売買においては、売買契約の締結時ではなく、「売主から買主の実質的支配領域に目的物が移転するところの『引渡完了時』」に<sup>87)</sup>、また、②不特定物の売買（種類売買）においては、単なる引渡しではなく、「客体としての承認を意味する意思的行為」としての「受領」時に<sup>88)</sup>、危険が移転すると解していた。しかし、前述のように、目的物の「引渡し」と「受領」とが、具体的にどのように異なるのかが、必ずしも明確ではない。のみならず、これらの結論は、明治民法の文理解釈（①—民旧534条1項・②—民旧534条2項）からは乖離しているため、結論自体は適切であるとしても、なぜそのように理解されるのかが明らかではない。すなわち、「売主から買主の実質的支配領域に目的物が移転する」との説明だけでは、明治民法の考え方との対比において、どのようなプロセスを経てその考え方が変わったのかが、明確ではないと思われる。そうして、このことも、債権法改正後の新法を理解するうえで、決して看過できないものであると考える。

## (3) 売主の不可抗力免責の可否

これも前述したことではあるが、潮見教授は、かつての星野英一博士や森田（宏）教授と同じく、瑕疵担保責任が「いかに無過失責任であるとはいえ、不可抗力免責を売主に認めるのが相当である」とする<sup>89)</sup>。しかし、瑕疵担保責任の特色は、沿革的にも比較法的にも、まさに売主の不可抗力免責を認めないことにある。その理由は、瑕疵担保責任が危険負担の法理に基づくものであり、その伝統的な効果は代金減額権と解除権であることに存する。すなわち、危険負担を含めて、いずれも双務契約に特有の法理であり、「双務有償契約における等価値交換義務については、過失責任を問題とすべきではないこと<sup>90)</sup>」に、その根拠を求めることができよう。

## 第三款 小 括

潮見教授が提示した、瑕疵担保責任（ないし契約不適合責任）の将来の方向

---

87) 潮見・前掲注14) 191頁。

88) 潮見・前掲注14) 208頁。

89) 潮見・前掲注14) 213-214頁。

90) 於保不二雄『債権総論』（有斐閣、新版、1972年）98頁注（二七）。

性に関する三つの「観点」<sup>91)</sup>は、私見においても全く異論のないものである。その理由は、個々の解釈論を超えて、その将来の着地点（ゴール）がグローバル・スタンダードを見据えてのものである点で共通していることに求められるよう。

しかし、その着地点に到達するまでのプロセス（考え方）は、なお異なることに留意しなければならない。すなわち、前款において提示した「私見との異同」は、そのプロセスの違いに依拠するものである。

ところで、潮見教授は、法制審議会民法（債権関係）部会委員として、民法（債権関係）の改正に深く関わり、その見解は、瑕疵担保責任をも包摂する契約不適合責任（民562条以下）の規定の制定にも色濃く反映している。そうだとすれば、潮見教授の見解とはその出発点ないしプロセスを異にする私見も、契約不適合責任の理解にとって、異なる視点を提供することができのかもしれない。そこで、次節において、あらためて私見を提示するとともに、終章では、債権法改正後の契約不適合責任の課題を提起する予定である。

#### 【付 記】

竹中千春教授には、私の最初のキャリアであった「立教大学法学部助手」をご一緒させていただき、大変お世話になった。当時の助手は、法律系3名（うち1名は国際法関係）と政治系2名の計5名であり、大きめの研究室に全員が配置されていた。その主な職務は、法学部1年次生の導入科目である「基礎文献講読」（通年4単位・週2コマ）を、専任教員と二人一組で担当することであり、専任教員の意向を汲みつつ授業をしなければならない、なかなかストレスのかかる職種でもあった。しかし、竹中教授は、助手室では私の隣の座席で、いつも優しく接してくださり、時に政治学の基本的な考え方も教えてくださった。そのおかげで、私の助手時代は、とても充実した時間となった。その竹中教授も定年を迎えられ、私ももう少しで定年となる年齢となり、時の早さを実感せざるを得ない。

竹中千春教授にあらためて感謝するとともに、その退職記念号に、専門は異なるものの論文を掲載できたことを幸いに思っています。

なお、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（課題番号19K01378）の助成を受けていることを付記します。

91) 潮見・前掲注24) 404-405頁。