

# 瑕疵担保責任の比較法的考察（10・完）

——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 106 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——民法（債権関係）の改正の課題（以上本号）

### 第三章 近年における学説の動向（承前）

#### 第四節 危険負担説の再評価とその修正

##### 1 はじめに

瑕疵担保責任の法的性質についての私見は、すでに 2007 年に公にし<sup>1)</sup>、また本稿においても折に触れて提示してきた<sup>2)</sup>。その基本的な視点は、北居功教授と潮見佳男教授の見解と同じく、瑕疵担保責任と危険負担との関連を問題とするものである。ただし、そのアプローチの仕方や結論は、両教授の見解とは大きく異なる。すなわち、一方では、ドイツ法ではなく、フランス民法における議論を参照する<sup>3)</sup>とともに、他方では、「特定物のドグマ」が形成される以前の明治・大正期の通説的見解を再評価する。それゆえ、「特定物のドグマ」を当初から問題としない点にその特色がある。

以下では、近年における学説に対するこれまでの検討を踏まえて、改めて私見を提示することとする。

##### 2 無過失責任の根拠——危険負担

###### (1) 無過失責任としての瑕疵担保責任

民法（財産法）の諸制度の中での瑕疵担保責任（民旧 570 条）に最も特徴的な点は、それが無過失責任である、ということにある。しかも、この無過失責

---

1) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(2)」立教法学 74 号 117-118 頁（2007 年）。より詳しくは、野澤正充「瑕疵担保責任法の課題と展望」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009 年）9-10 頁、および、同「瑕疵担保責任の法的性質(1)——法定責任説の三つの考え方」同前書 15 頁以下を参照。

2) 例えば、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(4)」立教法学 77 号 341 頁以下（2009 年）。

3) 野澤正充「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」同編・前掲注 1)『瑕疵担保責任と債務不履行責任』83 頁。

任は、債務者(売主)の不可抗力免責を認めない絶対責任ないし結果責任である。そして、この点がまさに、瑕疵担保責任と債務不履行責任(民旧415条)とを区別するメルクマールとなっていた、と解される。

もっとも、これに対しては、債務不履行責任説(契約責任説)の立場から、瑕疵担保責任も実質的には過失責任である(ないしは、少なくとも過失責任に近い)、との反論が試みられた。すなわち、過失責任と無過失責任の差は「紙一重」であるとの指摘<sup>4)</sup>や、フランスの結果債務論を引き合いにしつつ、「瑕疵のある物の給付は、通常は(不可抗力の場合を除いて)、ただちに『過失』ありということになりはしないか」との主張<sup>5)</sup>などが存在した。しかし、「このような提案が成功しているとは思えない」との指摘<sup>6)</sup>もなされていた。

この最後の指摘は、極めて適切である。というのも、これまで本稿において検討してきたように、瑕疵担保責任は、沿革的にも、また比較法的にも、無過失責任であると解されているからである。しかも、その無過失責任は、上記のように、売主の不可抗力免責を認めない、絶対責任ないし結果責任であることに特色を有する。そして、このことは、民法典の制定直後にすでに、岡松参太郎博士が次のように指摘していた。すなわち、岡松博士は、「特定物ノ売買」における瑕疵担保責任が「結果責任」であり<sup>7)</sup>、「売主ノ過失ノ有無ヲ問ハズ」生じるものであるとした<sup>8)</sup>。

そうだとすれば、瑕疵担保責任は、なぜ無過失責任(結果責任)なのか、換言すれば、瑕疵担保責任の本質ないし根拠が問題となる。

## (2) 瑕疵担保責任の本質(根拠)

明治29(1896)年に公布された民法(財産法)は、「近代法思想における自由平等の原理」を承継している。そして、この原理を具体化するものとして、

4) 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)114頁。

5) 星野英一「『瑕疵担保の研究』補論」『民法論集第三卷』(有斐閣、1972年)245頁。なお、すでに述べたように、星野博士の指摘は、その後、森田宏樹教授によって展開され(野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(7)」立教法学104号1頁以下〔2021年〕)、さらに、潮見佳男教授も、瑕疵担保責任の不可抗力免責を認める点で、同様の方向性を示していた(野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(9)」立教法学106号〔2022年〕216頁参照)。

6) 円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編『民法講座5』(有斐閣、1985年)255頁。

7) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』(有斐閣、1953年復刻、初版1916年)585頁。野澤・前掲注1)立教法学74号98頁参照。

8) 岡松・前掲注7)123-124頁(註一(二))、野澤・前掲注1)立教法学74号99頁参照。

「個人財産権の絶対・個人意思の自治（契約の自由）」と並んで、「過失責任」の原則を提示する見解が多い<sup>9)</sup>。これに対して、近代法以前は、原因主義ないし結果責任主義が採用され、「ある行為の結果生じた損害については一般的に賠償責任が認められていた」とされる<sup>10)</sup>。しかし、近代法においては、「一方では個人の自由な活動を保障するために、また他方では個人の意思に重きをおく意思主義の考え方から、過失あるときにのみ責任がある」との過失責任の原則（過失責任主義）が採用された、と解されている<sup>11)</sup>。

このような過失責任の原則の下では、あえて無過失責任を採用するためには、それなりの理由ないし理論が必要となる。そして、不法行為法の領域では、危険責任主義（危険な物・施設の設置者・管理者がそこから生じた損害を賠償すべきとの考え方）と報償責任主義（利益のあるところに損失も帰するとの考え方）が無過失責任を支える理論的根拠となっていた<sup>12)</sup>。

では、瑕疵担保責任における無過失責任の理論的根拠は、何に求められるのか。この根拠を明確に提示したのは、上記の岡松博士であった。岡松博士は、瑕疵担保責任が「結果責任」であることに続いて、その「唯一又ハ主要ナル」根拠が「危険支配ニ基ク危険負担」であるとした<sup>13)</sup>。そして、すでに述べたように<sup>14)</sup>、瑕疵担保責任の無過失責任性については、危険負担の法理以外に「理由」がなく、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」であって、「全ク事變的損害ノ性質」を有しているとする。そうして、法律は「危険負担主義ヲ適用」し、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、または、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、と説明した。

この岡松博士の見解は、瑕疵担保責任における瑕疵が「事变的」（＝偶発的）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ものであった。そして、その根拠を「危険負

9) 例えば、我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）11頁。

10) 加藤一郎編『注釈民法(19)』（有斐閣、1965年）9頁〔加藤一郎執筆〕。

11) 加藤・前掲注10）9頁。

12) 加藤・前掲注10）10頁。

13) 岡松・前掲注7）585頁。

14) 野澤・前掲注1）立教法学74号98頁。

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した。

### (3) 不特定物の売買

もっとも、上記の岡松博士の見解は、大正5(1916)年の『無過失損害賠償責任論』におけるものである。そして、同書は、不特定物の売買において給付された物に瑕疵があるときは、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」を前提としていた。その意味では、すでにドイツ民法学における法定責任説の影響が顕著であった。しかし、それ以前の同博士の見解(『註釈民法理由』[1897年])は、客観的瑕疵概念を前提に<sup>15)</sup>、特定物のみならず、不特定物の売買にも瑕疵担保責任の適用があると解していた。ただし、(客観的)瑕疵は、「危険移転ノ当時」に存在しなければならないとする。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。そして、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、民法旧534条2項および民法401条2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」とした<sup>16)</sup>。

以上の岡松博士の見解は、次のように要約できよう。すなわち、瑕疵は偶発的な「危険」の一つであり、売主が危険を負担している間にこの瑕疵が生じれば、売主は過失がなくてもその責任を負わなければならない、これが瑕疵担保責任である、ということになる。その反面、危険が売主から買主に移転した後に瑕疵が生じた場合には、買主がこれを負担することとなり、売主が担保責任を負うことはない。そこで問題となるのは、危険がいつ売主から買主に移転するか、という点である。そしてこの問題については、明治民法典の規律からは、次のように解される。すなわち、①特定物の売買においては契約締結時に(民法旧534条1項)、また、②不特定物の売買では、民法401条2項の規定により「その物が確定した時」(民法旧534条2項)に危険が移転することとなる。

---

15) 岡松参太郎『註釈民法理由(下)債権編』(有斐閣書房, 1897年)次135頁。野澤・前掲注1) 立教法学74号86頁参照。岡松博士は、「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」としていた。

16) 岡松・前掲注15) 次137-次138頁。野澤・前掲注1) 立教法学74号86-87頁参照。

ところで、瑕疵担保責任の無過失責任性の根拠が危険負担にあるとしても、より根本的には、その危険負担の無過失責任性は、売買契約が双務契約であることに基礎づけられる。すなわち、於保不二雄博士が指摘したように、「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<sup>17)</sup>。そうだとすれば、瑕疵担保責任は、双務（有償）契約に特有の制度であると解される。そして、その効果も、沿革的かつ比較法的には、契約の解除と代金減額請求権が認められてきたが、いずれも同じく、双務契約の本質から導かれるものである<sup>18)</sup>。

### 3 瑕疵担保責任と危険負担の関係

#### (1) 従来の学説による理解——両制度の別個独立性

伝統的な理解によれば、瑕疵担保責任と危険負担とは相互に独立し、関係のない制度であるとされてきた。もっとも、両制度の関係を意識的に論じた見解は、従来はほとんど存在しなかった。にもかかわらず、両制度が別個の独立したものとして捉えられていた背景には、両制度の沿革の違いがあるように思われる。というのも、瑕疵担保責任は、ローマ法においては、按察官訴権として認められた制度であり、危険負担とは別個に発展してきたものだからである<sup>19)</sup>。

また、両制度の関係を意識的に論じた北居教授は、給付危険と対価危険の原

17) 於保不二雄『債権総論』（有斐閣、新版、1972年）98頁注二七。

18) 平成29年の民法（債権関係）の改正における代金減額請求権は、売買の一部解除構成を採用している（民563条参照）。そして、一部「解除」という点から、代金減額請求権も双務契約に基礎づけられなくはない、とも解される。しかし、沿革的かつ比較法的には、瑕疵により目的物の一部が滅失・損傷し、その分の対価である代金も減額されようと考えられよう。なお、岡松博士も、瑕疵担保責任の効果としては、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」ことができるとした（岡松・前掲注7）585頁）。換言すれば、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ジない。そして、契約解除権と代金減額請求権のほか、」「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、と解されている（岡松・前掲注7）123-124頁（註一（二）参照）。

19) 半田吉信『担保責任の再構成』（日本評論社、1986年）101頁は、瑕疵担保責任に相当するローマ法の按察官訴権が、「警察的な職務に携わる按察官の定めたいわば取締法規として発足」し、危険負担などを定める「既存の市民法大系とは別個に生成した」ものであるとする。なお、同「古代における瑕疵担保責任」法経研究12号22頁以下（1982年）も参照。

則的な分離を認め、瑕疵担保責任を給付危険の問題とし、かつ、危険負担をもっぱら対価危険の問題としたため、「瑕疵担保責任と対価危険との関係づけは困難」<sup>20)</sup>であるとした。そして、これを受けて、潮見教授も、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」の問題としたため<sup>21)</sup>、両制度は別個独立の制度として位置づけられることとなる。

## （2）鈴木禄弥博士の見解——両制度の連続性と異質性

### （i）『債権法講義』における説明

以上のような学説の状況において、両制度の連続性を明確に指摘していたのは、法定責任説の代表的論者の一人であった鈴木禄弥博士である。すなわち、「担保責任の問題は、目的物についての権利ないし物の瑕疵が売買契約締結前から存在する場合にかぎられ、これらの瑕疵が契約成立後に生じた場合には、担保責任の問題の圏外となる」。そして、売買契約締結後に「瑕疵が売主の責めに帰すべき事由により生じたときは、売主の債務不履行の問題となり、それ以外の場合には、危険負担の問題となる」とした。また、「瑕疵が契約成立時にすでに存在する場合のうちでも、それにもかかわらずこの物につき瑕疵のない物としての売買が成立した売主の責めに帰すべき事由が存在するときは、一種の『契約締結上の過失』の問題となり、それ以外のときにのみ、担保責任の問題となる」とした<sup>22)</sup>。この説明をまとめたものが、別表である。

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	あと
あり	契約締結上の過失	債務不履行責任
なし	担保責任	危険負担

（鈴木禄弥『債権法講義』（四訂版）235頁より）

20) 北居功『契約履行の動態理論Ⅱ弁済受領論』（慶應義塾大学出版会、2013年）210-211頁。

21) 潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、2002年）213-214頁。

22) 鈴木禄弥『債権法講義』（創文社、四訂版、2001年）235頁。表も同235頁による。なお、この表は、すでに野澤・前掲注1）立教法学74号116頁に掲載している。



(ii) 三つの留意点

この鈴木(緑)博士の説明について留意すべきは、次の三つである。

第1に、瑕疵担保責任と危険負担はいずれも、売主の責めに帰すべき事由のない瑕疵に関する制度であるという点では共通する、との認識である。換言すれば、両制度はいずれも「瑕疵」という滅失・損傷(民旧534条参照)に関する制度であり、その滅失・損傷が売主の責めに帰すべき事由に基づくものである場合には債務不履行責任が適用されるが、売主に帰責性がない場合には、瑕疵担保責任または危険負担の問題となる、と解している。

第2に、上記の理解の前提として、鈴木(緑)博士は、「瑕疵」を客観的に解している。すなわち、「瑕疵」とは、「目的物に物質的な欠点が存在することであるが、そのことは、目的物が当該種類のものとして通常有すべき品質・性能を有することである」、と説明する<sup>23)</sup>。

しかし、第3に、上記のように瑕疵担保責任と危険負担の連続性を認めつつ、売買契約締結時を基準として、その前の瑕疵については瑕疵担保責任が適用され、契約締結後の瑕疵については危険負担が適用されるとする。それゆえ、両制度は截然と区別され、交錯することはない<sup>24)</sup>。なお、鈴木(緑)博士は、伝統的な法定責任説に従い、瑕疵担保責任が特定物の売買に「かぎって生ずるもの」であるとする。すなわち、不特定物の売買において、「適質でない物が給付されたにすぎないときは、売主の債務が履行されたことにはならず」(=売主の債務不履行責任)、「瑕疵担保責任の問題とはなりえない」と解してい

23) 鈴木・前掲注22) 240頁。ただし、「特定の中古自動車の売買」というだけでは、その自動車の品質・性能が明らかではない。それゆえ、瑕疵の有無の判断のためには、「当事者のあいだで、売買目的物の性状や形態についての話し合いが一致し、その結果、売買目的物が特定」されることが必要であるとする。なぜなら、この場合には、売買目的物が「いかなる種類のいかなる性質・形状を有するかが当初からきまっており、そのことを前提として、対価も決定されている」からである。そうして、「現実に提供された目的物が予定された性質・形状を有しない場合には、その物に瑕疵ありとされて、当事者間の衡平が図られることになる」と説明している(鈴木・同前241頁)。その意味では、客観的瑕疵概念を基本としつつ、特定物の売買に関しては、主観的瑕疵概念に近いと解される。

24) この理解の原型は、鳩山秀夫博士によって形成されたと考えられる(同『日本債権法各論下』[岩波書店、1920年]355頁)。鳩山博士の見解については、野澤・前掲注1) 立教法学74号107頁以下、および、116頁参照。また、同様の理解を示すものとして、浅井清信『債権法に於ける危険負担の研究』(新青出版、復刻版、1996年[立命館出版部、初版、1942年])12頁および15頁注一四がある。すなわち、浅井博士は、売買における瑕疵担保が「原始的不能に關係し、危険負担問題とは別個なものである」とした。



る<sup>25)</sup>。

(iii) 瑕疵の基準時 (契約締結時) と危険負担の関係

問題となるのは、上記第 3 の点である。すなわち、なぜ売買契約締結時を基準として、その前の瑕疵には瑕疵担保責任が適用され、その後の瑕疵には危険負担が適用されるのか、という点が明らかではない。

この問題に対する答えとしては、これまでの本稿における検討からは、次の二つを指摘することができよう。

一つは、「物の危険」と「契約の危険」(給付危険・対価危険)の区別である。すなわち、瑕疵担保責任における物の「瑕疵」が、「物の危険」であるとすれば、「物の滅失は所有権が負担する」(「事変による損害は所有者が負担する」=*casum sentit dominus; res perit domino*)との原則が適用され、売買契約締結前における物の瑕疵というリスクは、所有権者である売主が負担する。しかし、ドイツ法において有力に主張されているように、上記の原則は契約締結前においてのみ適用され、売買契約の締結後は「契約の危険」(債権的危険)の問題となるとすれば、契約締結前の瑕疵には瑕疵担保責任が適用され、契約締結後の瑕疵(滅失・損傷)には危険負担が適用されると解される。

しかし、すでに述べたように<sup>26)</sup>、「物の滅失は所有者が負担する」(*res perit domino*)という所有者責任主義は、売買契約の締結後における危険負担(契約の危険)をも規律するとする見解も存在する<sup>27)</sup>。とりわけ、フランス法においては、「物の危険」と「契約の危険」の区別は(概念上はともかく)明確ではなく、所有者責任主義によって危険負担も規律されている。そうだとすれば、「物の危険」と「契約の危険」とを分離し、契約締結前は「物の危険」としての瑕疵担保責任が適用され、契約締結後には「契約の危険」としての危険負担が適用されるという説明は、決定的なものではない、と解される。

もう一つは、売買契約締結の前後を問わずに危険負担が問題となるが、売買契約の締結によって危険が買主に移転してしまうため、それ以後に生じた瑕疵は買主が負担し、売主は担保責任を負わない、との理解である。換言すれば、売買契約締結前に生じた瑕疵(物の危険)は売主が負う(=瑕疵担保責任)が、

---

25) 鈴木・前掲注 22) 240 頁。

26) 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) 参照。

27) 浅井・前掲注 24) 6 頁。野澤・前掲注 26) 参照。

売買契約の締結によって「物の危険」（ないし「給付危険」）は買主に移転し、その後生じた瑕疵（滅失・損傷）は買主の負担となるため、売主が瑕疵担保責任を負うことはない、と解される。このような理解は、瑕疵の基準時を売買契約締結前とし、かつ、その基準時を危険の移転時期と重ねる、従来の伝統的な理解および比較法的検討と合致する。

ただし、この理解では、なぜ売買契約の締結と同時に「物の危険」（ないし「給付危険」）が売主から買主に移転するのかが問題となる。この問題は、危険負担の債権者主義の根拠に関するものであり、本稿においても繰り返し論じてきたものである。そして、ローマ法の沿革（＝「利益の帰するところに損失も帰する」）をひとまず措くと、後に再度触れるように、フランス法における所有者責任主義とドイツ法における「特定物のドグマ」とが、その根拠として提唱されてきたと解される。

### （3）北川善太郎博士による指摘——比較法的観点からの両制度の近接性

ところで、瑕疵担保責任について「特定物のドグマ」を否定し、債務不履行責任説を提唱した論者の一人である北川善太郎博士も、瑕疵担保責任と危険負担の法理の関係を重視し、繰り返し両制度の関係に触れている。しかし、最終的には、「危険負担と瑕疵担保の関係をいかに解すべきかは今後の問題である」とし<sup>28)</sup>、その追究を後の研究に委ねている。ただし、断片的なものではあるが、この問題に関する以下の3点の記述は興味深い。

第1に、瑕疵担保責任と危険負担との関係について、一方では、「現代法はなべて（瑕疵担保の—筆者注）標準時点を危険移転時に結合している」<sup>29)</sup>とし、ハーグ国際売買統一法草案（1939年）の第41条（「瑕疵の存在は……危険移転時における物の状態によりきめられる」）を引用する<sup>30)</sup>。そして他方では、「瑕疵担保に後発的瑕疵を含むかいなかにより危険負担と競合関係に立つかどうかが決まる」とし、「ドイツ民法のように後発的瑕疵を含む法制では瑕疵担保は危険負担の特則という側面をもっている」とする<sup>31)</sup>。そうして、「瑕疵担保は危険負担に近づく」とのドイツの学説を紹介している<sup>32)</sup>。

28) 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、1963年）188頁。

29) 北川・前掲注28）187頁。

30) 北川・前掲注28）192頁注27）。

31) 北川・前掲注28）187頁。

32) 北川・前掲注28）192頁注28）。

第2に、従来の学説は、上記の第1点のように、「瑕疵担保は原始的瑕疵、危険負担は後発的瑕疵と分配され、前者は後者の問題を包含しない」と解してきた<sup>33)</sup>。しかし、北川博士は、「問題はこれにとどまらない」<sup>34)</sup>、あるいは「問題はかように簡単でない」<sup>35)</sup>とする。すなわち、「標準時に瑕疵が存在しており（瑕疵担保責任）、その後無責の事由により目的物が滅失したとき（瑕疵ある物でも危険移転を妨げないとして）瑕疵担保責任は存続するか、買主の危険負担を生ずるかが問題である」とする<sup>36)</sup>。換言すれば、売買契約締結前の瑕疵について瑕疵担保責任が発生していた場合において、売買契約締結後に、「売主の無責で目的物が滅失したとき」に、買主は「なお瑕疵担保責任を追及しうるか」が問題となる<sup>37)</sup>。そして、「比較法上」は、この問題を「肯定」する法制が多い<sup>38)</sup>とし、このような法制では、瑕疵担保責任が「危険負担の例外則」という意味をもってくる」とする<sup>39)</sup>。

第3に、北川博士は、瑕疵担保責任と危険負担の関係にさらに踏み込み、

33) 鈴木・前掲注22) 235頁、浅井・前掲注24) 12頁など。

34) 北川・前掲注28) 187頁。

35) 北川・前掲注28) 370頁。

36) 北川・前掲注28) 188頁。

37) 北川・前掲注28) 370頁。

38) 北川・前掲注28) 370-371頁。なお、北川・前掲注28) 192頁注30)は、ドイツ法とスイス法が問題を肯定し、「ローマ法も同様」であるとする。しかし、フランス法は「反対」であるとして、フランス民法典1647条2項に言及する。そして確かに、フランス民法典1647条は、その第1項において、「瑕疵を有した物が、その劣悪な質の結果として滅失した場合には、滅失は、売主（の負担）に帰す。売主は、買主に対して、代金の返還及び前二条において説明されるその他の損害賠償について義務を負う」と規定し、同第2項が、「ただし、偶然事によって生じた滅失は、買主の負担に帰す」と規定する（規定の訳は、法務大臣官房司法法制調査部『法務資料第441号 フランス民法典——物権・債権関係』（1982年）155頁による）。それゆえ、明文上は、「売主の無責で目的物が滅失したとき」には、買主が危険を負担し、売主に対して瑕疵担保責任を追及することはできないこととなる。しかし、フランスにおいても、判例法上は、民法典1647条2項の存在にもかかわらず、目的物に瑕疵が存在した場合には、買主が代金減額請求権（action estimatoire）を行使することができる、とされている。すなわち、破毀院第1民事部1996年12月3日判決（Bull.civ, I, n° 441）は、「買主が所有者となり、買主が危険を負担している売買目的物が偶発事（cas fortuit）によって滅失したとしても、買主は、代金減額請求権によって、目的物の瑕疵に相当する減額分の代金相当額を受け取ることを妨げられない」と判示した。そして、学説もこの判決を肯定している（例えば、J. Raynard et J-B. Seube, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2015, n° 222, p.191; Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y. Gautier, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2017, n° 389, p.255 など）。

39) 北川・前掲注28) 188頁。

「瑕疵担保が無過失責任であることから、無責の後発的毀損・滅失にもとづく危険負担法理との相関関係がみられることは当然である」としつつ、瑕疵担保責任の「標準時と危険移転時の結合の必要性・合目的性」について、「あらためて検討」が必要であるとした<sup>40)</sup>。より具体的には、危険負担における債権者主義の「不当性」の「是正」に関する於保不二雄博士の指摘に関わる。すなわち、於保博士は、瑕疵担保責任も「沿革的拘束から解放されるならば、履行責任として再構成することも可能である」とし、その際に、「双務契約における危険債権者主義の不当性をあわせて是正することが必要となる」とした<sup>41)</sup>。この指摘を受けて、北川博士は、「問題は、無責の目的物の追完不能な毀損・瑕疵で、原始的ならば瑕疵責任の救済はあるが、後発的ならば危険負担の故に代金全額を支払わなければならないというアンバランスにある」とした<sup>42)</sup>。すなわち、契約締結前の瑕疵については瑕疵担保責任が適用され、契約締結後の売主の責めに帰すべきではない事由によって生じた瑕疵（滅失・損傷）については危険負担が適用されるとする伝統的な理解によれば、契約締結時に危険が買主に移転する（民旧 534 条 1 項）ため、契約締結後に瑕疵が生じて、買主は代金の全額を支払わなければならない、「アンバランス」が生じることとなる。

そこで、この問題を是正する方法として、北川博士は、次の二つの案を提示した<sup>43)</sup>。

一つは、「瑕疵責任の基準時を引渡・登記時にずらして、危険負担と競合関係におき、その特則とする是正」の方法である。

もう一つは、「危険負担の基準時を修正し、引渡・移転登記などによる買主の目的物支配が実現した時点から五三四条（民旧 534 条—筆者注）を適用すること」によって「是正」する方法である。ただし、この方法ではさらに、「瑕疵責任の基準時をも危険移転時に一致する構成をとるか」、瑕疵担保責任の基準時は契約締結時としたままで、「後発的瑕疵は危険負担（代金減額がみとめ

40) 北川・前掲注 28) 188 頁。なお、北川博士は、瑕疵担保責任も債務不履行責任であるとの観点から、この問題の検討の必要性を説いている。しかし、法定責任説の立場からも問題は同じであり、北川博士も、「通説の見解とも共通した問題である」としている（北川・同前 371 頁）。

41) 於保・前掲注 17) 113 頁注（一）。

42) 北川・前掲注 28) 371 頁。

43) 北川・前掲注 28) 371 頁。

られる)か一般不完全給付(基本的契約責任で無過失責任をみとめる限り)にゆだねるか」という「問題がのこる」とする。

しかし、次に述べるように、瑕疵担保責任が危険負担の法理に基づく制度であるとの私見によれば、この二つの是正方法は重なり、問題は単純化される。

ともあれ、以上の北川博士の指摘は重要であり、瑕疵担保責任と危険負担とが近接し、前者が後者の「特則」として捉えることも可能であること、そして、両者が別個の制度であるとしても、いずれかの基準時を「是正」することにより、両者の競合ないし重なり合いが認められることを明らかにするものである。

#### (4) 私見の概要——危険負担説の修正

私見は、明治民法典の制定直後に公にされた、上記の岡松博士の見解をその出発点とする。すなわち、瑕疵担保責任は、債務不履行責任とは異なる無過失責任であり、その無過失責任の根拠は、「物の滅失は所有者が負担する」(*casum sentit dominus; res perit domino*)という原則に基礎づけられた、危険負担の法理に存すると考える。

もっとも、岡松博士の見解、および、それを継承した明治・大正期の通説的見解、さらには大正14年3月13日の大審院と昭和36年12月15日の最高裁の判決は、明治民法の規定(民旧534条)の文理解釈を前提としていた。すなわち、特定物の売買においては、売買契約の締結によって危険が買主に移転するため、その後に生じた売主の責めに帰することができない事由による目的物の「滅失又は損傷」の危険は、売主の負担ではなく、買主の負担となる(民旧534条1項)。そして、「瑕疵」も同様に解される。それゆえ、売主の瑕疵担保責任は、契約締結前に存在した瑕疵についてのみ適用される。また、不特定物の売買においては、「第401条第2項の規定によりその物が確定した時から」、買主が危険を負担する(民旧534条2項)。ただし、民法401条2項は、売主が債務の本旨に従った履行の提供をしたときの規定であって、瑕疵のある物を提供しても特定することはない。そこで、目的物が特定するのは、買主が「瑕疵の存在を認識した上で」、売主との合意によって目的物を「確定した時」であり、その場合に瑕疵担保責任が適用されるというのが、大審院判決を修正した最高裁判決の論理であった<sup>44)</sup>。

これに対して、私見は、民法旧534条の債権者主義に関する学説の理解を援

用する。すなわち、学説は、同条が債権者主義（契約締結時主義）を採用が、それには合理的な根拠がなく、「この主義を採用の立法を説明する理由としては、売買によって買主は目的物を自己の支配内に収めるから危険を負担するに至るといふ他はない」とした<sup>45)</sup>。そして解釈論としても、民法旧 534 条 1 項の債権者主義を、契約締結時主義ではなく、引渡時移転主義として解釈することを提案する。すなわち、債権法改正前の多数説は、目的物の引渡しがなされ、買主が目的物を現実に支配した時から危険を負担すると解していた。そこで、不特定物の売買においても、売主が物を買主に引き渡すことによって、現実の支配とともに危険が買主に移転して、以後は、その引渡しの時までには生じた物の瑕疵について、買主は売主に対して瑕疵担保責任を追及することができる<sup>46)</sup>。そして、このように解すると、売買の目的が特定物であるか否かを問わず、売主の買主への引渡しによって、目的物の支配とともに危険も買主に移転し、それ以前に生じた瑕疵については、その引渡後においても買主は、瑕疵担保責任（無過失責任）を追及することができることになる。また、引渡前（または引渡時）に買主が瑕疵に気づいた場合には、買主はその受取りを拒絶することができる。換言すれば、瑕疵担保責任は、特定物であると不特定物であるとを問わずに適用されるが、危険の移転時期を、民法旧 534 条および同 401 条 2 項とは異なり、実質的な支配の移転する引渡時であると解するため、引渡しまでに生じた瑕疵については、売主に過失があれば通常の債務不履行責任（民 415 条）を負うが、過失がなくても（たとえ不可抗力によって生じた瑕疵につ

44) 大正 14 年の大審院判決と昭和 36 年の最高裁判決の理解については、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(3)」立教法学 76 号 188 頁（2009 年）参照。また、野澤・前掲注 1）「法的性質(1)」18 頁以下参照。なお、鳩山博士に代表される法定責任説は、瑕疵担保責任が特定物の売買にのみ適用され、不特定物の売買には債務不履行責任が適用されるとするため、瑕疵担保責任と危険負担とは、契約締結時を基準として、その前の瑕疵については瑕疵担保・その後の瑕疵は危険負担の問題となり、両制度が截然と区別される。しかし、不特定物の売買にも（目的物の特定の時から）瑕疵担保責任の適用を認める見解では、契約締結後の瑕疵も危険負担ではなく、瑕疵担保責任の問題となり得るため、北川博士が指摘したように、瑕疵担保責任は危険負担の「例外則」として位置づけられよう。

45) 我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店、1954 年）88 頁。

46) 野澤・前掲注 1）「法的性質(1)」28 頁参照。なお、同論文では、「売主が物を買主に引き渡した時に目的物が特定」とした。この点については、終章で検討する予定である。なお、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 11-12 頁（2017 年）参照。



いても) 売主は担保責任を負う(民旧 570 条)と解される<sup>47)</sup>。そして、このような考えは、わが国とフランスにおける議論の沿革に沿うのみならず、ハーグ国際動産売買統一法(ULIS, 1964 年)やウィーン売買条約(国際物品売買契約に関する国際連合条約[CISG], 1980 年)などの国際的動向にも合致する。ただし、債権法改正前民法の明文(民旧 534 条)からは離れるため、明治民法の解釈論としても採りえないものではなかったが、立法的な手当をすることが望ましく<sup>48)</sup>、瑕疵担保責任については、民法(債権関係)の改正が待たれていたといえよう。

#### 4 私見における留意点

##### (1) はじめに——これまでの議論からの留意点

上記のような私見は、瑕疵担保責任の法的性質に関する従来の議論(法定責任説 VS 債務不履行責任説)とは異なるものである。それゆえ、いくつかの点に留意しなければならない。

まず、これまでの議論において、すでに明らかになった留意点としては、次の二つがある。

第 1 に、私見は、瑕疵担保責任を危険負担の法理によって基礎づけるものであるが、そもそも危険負担は、売買の双務性、すなわち、目的物の引渡債務と代金支払債務との牽連性によって認められる制度である。そうだとすれば、従来の法定責任説は、鳩山博士以降、無過失責任である瑕疵担保責任の根拠を、有償契約である売買を保護するための特別な責任であると解してきたが、その説明は適切ではないことになる。すなわち、厳密には、「有償」契約であることは、無過失責任を根拠づけるものではなく、「双務」契約であることが無過失責任の根拠となるものである。その意味では、前述した、「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」との於保博士の指摘は、極めて適切であったと解される。

第 2 点は、不可抗力免責の可否にかかわる。すなわち、瑕疵担保責任の本質が危険負担の法理、ひいては双務契約の法理に存するとすれば、瑕疵が売主の

---

47) 野澤・前掲注 1)「課題と展望」9-10 頁。なお、このように考えると、少なくとも売買契約が締結された後には、給付危険と対価危険は牽連性を有し、同時に買主に移転するため、両危険が乖離することはない。

48) 野澤・前掲注 1)「課題と展望」10 頁。

責めに帰すべきではない事由によって生じたとしても、換言すれば、瑕疵が天変地異などの不可抗力によって生じたものであっても、売主は責任を負わなければならない。もっとも、その責任の内容（瑕疵担保責任の効果）は、双務契約に特有の効果である代金の減額と契約の解除に限られる。

したがって、かりに債務不履行責任について、フランス法の「結果債務」の概念を援用し、または、英米法のように債務不履行責任が過失主義に基づくものではないとしても、なお債務者の不可抗力免責が認められるとすれば、債務不履行責任は瑕疵担保責任とは異なるものである。そして、ハーグ国際動産売買統一法やウィーン売買条約においても、伝統的な瑕疵担保責任の効果である代金減額請求と解除には、売主の不可抗力免責は認められない（損害賠償請求に対しては、これを認める）<sup>49)</sup>。そうだとすれば、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化したとしても、伝統的な瑕疵担保責任の規律（不可抗力免責の認められない代金減額権や解除権など）は、なお存続することとなる。

## （2）「危険」の意義

次に、瑕疵担保責任が危険負担の法理に基づく制度であるとしても、その場合における「危険」の意義が問題となる。すなわち、「物の危険」と「契約の危険」（債権的危険＝給付危険・対価危険）のいずれを意味するのか（あるいは、これらを区別しないのか）、という問題である。この問題については、すでに、北居教授の見解との関連で詳しく論じている<sup>50)</sup>。その検討からは、以下の帰結が導かれる。

第1に、危険負担にいう「危険」とは、契約の目的物の「滅失又は損傷」（民旧534条1項参照）<sup>51)</sup>であり、「瑕疵」（民旧570条）も「隠れ」ているとはいえず、目的物の一部滅失ないし損傷を意味するものである<sup>52)</sup>。換言すれば、「滅

49) 野澤・前掲注2) 347頁。

50) 野澤・前掲注26) 参照。

51) 債権法改正後の民法567条も、その表題が「目的物の滅失等の危険」の「移転」であり、同1項は、目的物の引渡し以後における当事者双方の責めに帰することができない事由による「滅失又は損傷」を理由として、買主が売主に対して契約不適合責任を問うことができない旨を規定する。それゆえ、基本的には、「危険」は、物の「滅失又は損傷」（および契約不適合）を意味し、その危険（リスク）を売主が負うのが契約不適合責任ないし売主の「担保責任」（民565・566・568・572条参照）であると解される。

52) 民法旧570条の「瑕疵」の概念につき、「目的物が通常備えるべき品質・性能を有していないこと」という客観的瑕疵概念を採用すれば、一部滅失または損傷は「瑕疵」に該当する。しかし、「当該契約において当事者がどのような品質・性能を予定していたか」という主観的瑕疵

失又は損傷」が「隠れ」ている点に、瑕疵担保責任の危険負担に対する特則性の一つが存するものと解される。

第2に、ドイツ法の有力な学説によれば、「物の危険」と「契約の危険」とは厳格に区別される。しかし、フランス法においては必ずしもそうではなく、危険負担は、「物の滅失は所有者が負担する」(casum sentit dominus; res perit domino)という法格言ないし原則に従い、両者の区別は明確ではない。とりわけ、フランス法では、概念上は「物の危険」と「契約の危険」を区別するものの、両者は常に一致するとともに、後者における「給付危険」と「対価危険」の区別はない。そして、わが国の民法は、危険負担に関してはボワソナード法案を承継したため、フランス法を母法とするものであり、近年の学説を除くと、「物の危険」と「契約の危険」の区別は明確でなく、かつ、「給付危険」と「対価危険」の原則的な分離も見られない。

なお、伝統的な法定責任説によれば、前述のように、売買契約の締結時を基準として、その後の瑕疵は危険負担の問題となり、瑕疵担保責任は締結前の瑕疵をカバーするものであるため、両責任が截然と区別され、交錯することはない。しかし、そうだとすれば、瑕疵担保責任は、契約締結前の「物の危険」に関する規定であり、「契約の危険」は問題とならないこととなる。そして、この点からも、従来のわが国においては、「物の危険」と「契約の危険」とが区別されてこなかったことが窺われよう。

第3に、概念上、「給付危険」と「対価危険」の区別を認めるとしても、両危険は原則として分離しないことに留意すべきである。もっとも、ドイツにおいては、民法典の明文上、両危険が分離することとなる。すなわち、不特定物の売買(種類売買)に関して、ドイツ民法には日本民法旧534条2項に相当する規定がなく、給付危険(履行危険)は目的物の特定によって買主に移転する(ド民243条2項)ものの、対価危険は引渡しによって移転する(ド民446条1項)ため、両危険は分離して一致しない。それゆえ、ドイツ民法では、「とくに履行危険と対価危険とを明確に区別して危険負担問題を取扱うことが肝要である」との指摘<sup>53)</sup>がなされていた。しかし、ドイツ民法においても、上記の

---

概念を採用したとしても、当事者双方の責めに帰することができない事由による目的物の「滅失又は損傷」は、少なくとも「瑕疵」の概念に包摂されよう。

53) 浅井清信『危険負担論』(日本評論新社、1952年)9頁。

不特定物の売買の場合が例外であり、その他の場合には両危険が分離せずに一致していること、そして、日本民法では、「不特定物に関する契約については、第401条第2項の規定によりそのものが確定した時から」、危険（給付危険と対価危険）が買主に移転する旨の明文（民旧534条2項）が存したため、両危険が原則として分離することはなかった。そうだとすれば、両危険の分離は、ドイツ民法に特有の事情に基づくものであり、「給付危険」・「対価危険」の概念を用いるとしても、両危険の原則的な分離を認めることは、適切ではないと解される。そして、このことは、危険負担が双務契約の牽連性によって認められる制度であることから裏付けられる。すなわち、給付危険と対価危険とは双務契約上の対をなし、その分離は、原則として認められない、と解される<sup>54)</sup>。

第4に、瑕疵担保責任が危険負担の法理に基づく制度であるとした場合における「負担」とは、まさに瑕疵担保責任の効果として売主が負うべき「担保責任」の内容にほかならない。それゆえ、(旧)民法典上は、買主が瑕疵を知った時から1年以内に、契約の解除または損害賠償を請求することができた（民旧570条による同566条の準用）。しかし、双務契約における給付と対価の均衡からは、代金の減額または契約の解除を認めることができる<sup>55)</sup>。換言すれば、目的物の引渡しまでに生じた、当事者双方の責めに帰することができない事由による「物の危険」（目的物の一部滅失・損傷・瑕疵）については、売主が買主

54) 後に終章において触れるように、民法（債権関係）の改正による民法567条の「危険」の移転についても、同条の「危険」の意義が争われている。そして、近時は、従前よりも広い意味での給付危険（＝広義の給付危険）として捉える方向に収れんしつつあり（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、曾野裕夫ほか『民法Ⅳ契約』〔有斐閣、2021年〕198頁〔曾野執筆〕など）、私見も同様に給付危険の一場合として解してきた（野澤・前掲注46）11頁）。しかし、より厳密には、瑕疵担保責任における「瑕疵」（契約不適合責任における「不適合」も同様）は、「物の危険」である。ただし、「物の危険」と「契約の危険」（給付危険・対価危険）を明確に区別する必要はなく、（あくまで概念上）これを区別するとしても、これらの危険は分離せずに、目的物の引渡しによって売主から買主に移転する、と解される。その意味では、売主から買主に移転するのは、民法典上の表記に従い、「目的物の滅失等についての危険」であると捉えるのが、最も正確であるといえよう。

55) このほか、主に特定物の売買を想定した19世紀の民法典では認められていなかった追完請求権（瑕疵修補請求権・代物請求権）も、不特定物の売買が中心であり、かつ、技術的にも瑕疵の修補も容易である現代社会では、これを認めることができる。それゆえ、債権法改正後の契約不適合責任においては、①履行の追完請求（民562条）、②代金の減額の請求（民563条）、③損害賠償の請求（民564条・415条）、および、④契約の解除（民564条・541条・542条）が認められる（民567条1項参照）。

に対して、①代金の減額または②契約の解除という「負担」を負うこととなる。

### (3) 危険の移転——所有者責任主義と「特定物のドグマ」

#### (i) 契約締結前の「物の危険」

では、上記の危険は、いつ・どのようにして、売主から買主に移転するのか。そして、そもそも、なぜ売主は危険を負うのであろうか。

まず、起点としての「なぜ売主が危険を負うのか」という問いに対しては、沿革のおよび比較法的には、前述した、「物の滅失は所有者が負担する」(casum sentit dominus; res perit domino) との法格言が妥当する。すなわち、瑕疵担保責任は、伝統的には売買契約締結前の瑕疵という「物の危険」に対する制度であり、未だ「債権関係」の対象となっていない「物が滅失毀損すればその物の所有者はその所有権をその範囲において喪失する」こと<sup>56)</sup>については、フランス法はもちろん、ドイツ法においても異論がなからう。具体的に考えても、売主が商品を仕入れた後にその商品が不可抗力に基づき滅失・損傷した場合には、その負担を負うのが所有者である売主であることは、容易に想像できるところである。そして、その瑕疵が「隠れ」ているため、売主が瑕疵に気づかずに当該商品を売却したときに問題となるのが瑕疵担保責任である、ということになる。

#### (ii) 契約締結後に生じた瑕疵

(ア) 問題の所在 問題となるのは、売買契約の締結後、目的物を引き渡す前に「事変による損害」(＝不可抗力に起因する瑕疵)が生じた場合に、買主が売主に対して瑕疵担保責任を追及することができるか否かである。換言すれば、売買契約の締結後においては、いつ「危険」が売主から買主に移転するかが問題となる。

(イ) 法定責任説の帰結 まず、伝統的な法定責任説は、瑕疵担保責任が特定物の売買にのみ適用され、不特定物の売買においては債務不履行責任のみが問題となるとする。そうだとすれば、この立場からは、売買契約の締結によって危険が買主に移転するため、瑕疵担保責任が問題となることはなく、買主は瑕疵があるままの現状で、その目的物を受領せざるを得ない。これに対して、不特定物の売買において、目的物の瑕疵があるときは、買主は売主に対して債

---

56) 浅井・前掲注24) 6頁。

務不履行責任を追及することができる。

しかし、諸外国の法制では、不特定物の売買に対しても、一定の範囲で瑕疵担保責任の適用を認めている。

(ウ) フランス法 日本 の危険負担制度および瑕疵担保責任の母法であるフランス法では、明文の規定はないものの、不特定物の売買についても、売買契約の締結後、不特定物が特定する前に不可抗力に起因する瑕疵が生じたときは、買主が瑕疵担保責任を追及することができる、と解されていた。すなわち、特定物の売買においては、契約締結前の瑕疵についてのみ瑕疵担保責任が問題となる<sup>57)</sup>。しかし、不特定物の売買 (vente de choses in genere) においては、契約締結時には買主が目的物を検査することができず、その時に瑕疵が存在したことを要件としない。そうではなく、不特定物の売買においては、引渡し (livraison) 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ため、引渡時に瑕疵が存在したことが要件となる。より具体的には、買主は、目的物の引渡しの時に瑕疵が明白であった場合にはその引渡しを拒むことができ、瑕疵が隠れていたときは、引き渡された後に、売主に対して瑕疵担保責任を追及することができるとした<sup>58)</sup>。

ところで、フランス法においては、周知のように、危険負担については所有者責任主義が採られている。すなわち、特定物の売買においては、契約締結時に目的物の所有権が買主に移転し、併せて危険も移転するため、売主が瑕疵について責任を負うのは、契約締結前の瑕疵に限られる。また、不特定物の売買においては、上記のように、特定 (引渡し) によって所有権が買主に移転し、かつ、危険も移転するため、売主は引渡前に生じた瑕疵について担保責任を負うこととなる。そうして、すでに繰り返し述べたように、所有者責任主義の下では、「物の滅失は所有者が負担する」(casum sentit dominus; res perit domino) との法格言が契約の前後を通じて適用され、「物の危険」と「契約の危険」は明確に区別されず、まして「給付危険」と「対価危険」の区別は存在しない。

(エ) 明治民法の規律 これも繰り返し述べたことだが、ボワソナード民法

57) 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.

58) G. Baudry-Lacantinerie et L.Saignat, Traité théorique et pratique de droit civil, t.X IX, De la vente et de l'échange, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 1908, n° 422, pp.429-430. 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.



を改正して制定された明治民法典は、危険負担に関してはフランス民法の規律を承継していた。そのため、明治民法の起草者の見解（契約締結時主義＝利益の帰するところに損失も帰する）はさておき、基本的にはボワソナードの見解に依拠した所有者責任主義が妥当する。すなわち、周知のように、所有権の移転時期については争いがあるものの、少なくとも明治民法典の文理解釈上は、特定物の所有権は売買契約締結時に売主から買主に移転する（民176条）。それゆえ、売買契約締結後引渡しまでの間に目的物が滅失または損傷しても、その所有権はすでに買主に移転しているため、買主はなおお金を支払わなければならない（債権者主義＝民旧534条1項）こととなる。また、目的物が種類と数量によってのみ定められた不特定物の売買については、民法401条2項によって目的物が特定した時から、債権者主義が適用された（旧534条2項）。すなわち、不特定物の売買においては、目的物の特定によって所有権が売主から買主に移転し、危険も移転する。そうだとすれば、目的物の特定前には売主が所有権者であり、物の滅失・損傷の危険を負う（＝売主はなお調達義務を負い、履行不能とはならない）。しかし、目的物の特定によって所有権は買主に移転し、それ以後は買主が危険を負うこととなる。その結果、特定の後に目的物が滅失・損傷しても、売主はさらなる物の調達義務を負わず（＝履行不能となる）、買主は代金支払義務を免れない<sup>59)</sup>。

（オ）所有者責任主義から事実上の支配の移転へ——民法（債権関係）の改正　しかし、上記のような所有者責任主義に対しては、所有権の移転時期に争いがあるほか、観念的な所有権が移転しても、目的物の使用収益などの現実の支配が移転しないのに危険が移転することになるため公平に反する、との批判がなされていた。そして、前述のように、多数説は、危険負担の債権者主義（民旧534条）には合理的な根拠がなく、「買主は目的物を自己の支配内に収めるから危険を負担する」（我妻）との引渡時移転主義を採用していた。

そして、債権法改正では、民法旧534条が削除され、目的物の滅失・損傷（不適合も含む）についての危険は、原則として、目的物の引渡しによって売主から買主に移転するとした（民567条1項）。これは、目的物を事実上支配し、危険を防ぐことができた者がその危険を負担する、との考えに基づくものであ

---

59) 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）70-71頁参照。

り、国際的動向を反映したものであった。

このような明治民法から債権法改正後の民法への推移を一言で表せば、「所有者責任主義（res perit domino）から事実上の支配の移転（＝引渡し）へ」ということとなる。

### （iii）「特定物のドグマ」の意義

ところで、危険負担について所有者責任主義を採用しなかったドイツ民法も、結論としては、特定物の売買における危険負担の債権者主義を採用する。なぜなら、売買契約の締結時に危険が売主から買主に移転することは、ローマ法以来の伝統であり、先行するフランス民法も採用した結論だからである。しかし、その説明としてドイツ民法学が提示したのは、所有権の移転ではなく、「特定物のドグマ」であったと解される。すなわち、特定物の売買において、売買契約の締結によって危険が買主に移転するのは、その目的物がまさに「特定物」だからであり、その後に目的物が滅失または損傷したとしても代替りの物はないと解される。このことを北居教授の言葉を借りれば、「特定物とは、当事者にとって他に代え難い目的物を意味する」ものであり、「特定物売買で目的物が偶然事によって滅失する場合」には、「売主はもはや目的物を新たに調達することはできない」こととなる<sup>60)</sup>。また、不特定物の売買についても、前述のように、特定によって特定物の売買に転化し、給付危険の移転が認められる（特定物のドグマ）が、対価危険は目的物の引渡しによって認められる（給付危険と対価危険の分離）。

そうだとすれば、ドイツ法学に通奏低音のように認められる「特定物のドグマ」は、瑕疵担保責任に特有の法理ではなく、危険負担の債権者主義ないし危険の移転を説明するために発展したものであると思われる。そうして、終章において述べるように、このことが、債権法改正後の民法（民 567 条）の理解においてもなお争点の一つとなり、ドイツ法学ないし「特定物のドグマ」の強固さを感じざるを得ない。

## 5 小括——私見のまとめ

前節（第三章第四節）における私見を要約すると、以下のようになる。

- ① 瑕疵担保責任は、債務不履行責任とは異なる（不可抗力免責も認められな

60) 北居功「給付危険と対価危険」法学教室 454 号 34 頁（2018 年）。

い) 無過失責任であり、その無過失責任の根拠は、「物の滅失は所有者が負担する」(casum sentit dominus; res perit domino) という原則に基礎づけられた、危険負担の法理に存する。

② 瑕疵担保責任の基礎となる「危険」とは、「目的物の滅失等についての危険」(民567条参照)であり、「滅失又は損傷」(特に損傷)には「瑕疵」も含まれる。換言すれば、この「危険」は、「物の危険」<sup>61)</sup>である。ただし、危険負担制度に関するフランス法、および、同法を継受した日本法においては、「物の危険」と「給付危険・対価危険」は区別されず、仮に概念上の区別を設けるとしても、これらの危険は、原則として同時に、売主から買主に移転するものである。

③ 危険の移転時期は、明治民法の規律によれば、特定物の売買においては契約締結時であり(民旧534条1項)、また、不特定物の売買においては、民法401条2項によって目的物が特定した時(民旧534条2項)であった。その背景には、契約締結時移転主義を採用していたローマ法の沿革のみならず、所有権の移転に伴い危険が移転する、というフランス法の所有者責任主義(res perit domino)が存在する。しかし、これらの論拠には合理性がなく、売買の目的が特定物であるか不特定物であるかを問わず、危険は、目的物の引渡しによって売主から買主に移転する、と解すべきである。なぜなら、危険は、目的物を事実上支配し、その危険を回避することができる者が負担すべきだからである。

このような目的物の引渡しによる危険の移転は、債権法改正前における多数説(および契約実務)であったとともに、国際動産売買統一法やウィーン売買条約などの採用するグローバル・スタンダードであった。そして、平成29年の民法(債権関係)の改正では、所有者責任主義(res perit domino)を背景とする民法旧534条を削除し、危険が引渡しによって移転する旨の民法567条が

---

61) 近年は、これを、従来の売主の調達義務を意味する「給付危険」と区別して、「広義の給付危険」とする見解が見受けられる。また、「給付危険」と「物の危険」の区別が明確ではない見解も存在した。しかし、これらの見解による用語法は、必ずしも誤りではない。というのも、「物の危険」と「給付危険・対価危険」を明確に区別するドイツの有力説を除き、「物の危険」と「給付危険」とを截然と区別することはできず、また、本文でも述べたように、「給付危険」と「対価危険」(および「物の危険」)は、原則として、買主に同時に移転するからである。なお、その例外としては、当事者が各危険を異なる時点で移転する旨の合意をした場合などが考えられる。

新設された。これは、債権法改正前の多数説および国際的動向に従うものであると解される<sup>62)</sup>。

④ 売主が危険を負う場合における「負担」は、瑕疵担保責任の内容（効果）である。沿革的かつ比較法的には、代金減額と契約の解除が認められてきた。危険負担が双務契約に特有の制度であり、給付と対価の牽連性ないし均衡を考えると、瑕疵が不可抗力に起因するものであっても、売主に対しては、この二つの効果が認められる。これに加えて、私見によれば、瑕疵が売主の責めに帰すべき事由に起因する場合には、買主の売主に対する損害賠償請求も認められる。瑕疵担保責任（民旧 570 条）は売主の無過失責任であるが、売主に責めに帰すべき事由が存する場合には、債務不履行（民 415 条）の問題となるからである。

⑤ 瑕疵修補請求権や代物請求権などの追完請求権は、沿革的かつ比較法的には否定されていた。しかし、それは、理論的な問題というよりもむしろ、現実的かつ社会経済的な事情に基づくものであったと解される。すなわち、フランス民法典（1804 年）が制定された当時（18 世紀）の社会においては、特定物の売買が中心であり、目的物に瑕疵が生じた場合には、それを売主が修補することは容易でなく、かつ、代物の提供も困難であった。しかし、産業革命を経て、同じ種類・品質の商品が大量に生産されるようになると、不特定物の売買が中心となり、代物の提供が容易となる。また、技術の進歩により、瑕疵の修補も容易となる。そして、このような社会経済事情の変化が、買主の売主に対する履行の追完の請求を可能としたものと考えられる。

⑥ 買主に危険が移転した後に、換言すれば、買主が目的物の引渡しを受けた後に、不可抗力に起因して瑕疵が生じた場合には、その危険（リスク）は買主の負担となり、買主は売主に対して、④および⑤の請求をすることができなくなる。

⑦ 以上のように、瑕疵担保責任は危険負担の法理に基づくものであるとしても、瑕疵が「隠れ」ているため、通常の危険負担とは異なる規制に服することとなる。すなわち、買主は（そして売主も）、目的物を引き渡す時には瑕疵に気がつかず、それを受領してしまう場合が多い。そこで、この場合にも、引渡

62) ただし、民法 567 条 1 項括弧書きをめぐっては、後述のように、このような抜本的な改正の考え方を否定する見解も存在する。

前に生じた瑕疵であれば、買主が目的物の利用を始めた後でも、売主は担保責任を負うこととなる。ただし、引渡後、さらに長期が経過して買主が売主に対して担保責任を追及すると、当該瑕疵が引渡前にすでに生じていたのか、あるいは引渡後に生じたのかを立証することが困難となる<sup>63)</sup>。そこで、比較法的にも、瑕疵担保責任には短期の期間制限が付されるのが通常であり、日本民法も、買主が瑕疵を知った時から1年以内に担保責任を追及しなければならないとした(民旧570条による民旧566条3項の準用。債権法改正後の民法566条も参照)。そしてまさにこの点に、瑕疵担保責任の危険負担に対する特則性が認められる。

⑧ なお、長期にわたって法定責任説の理論的支柱となった「特定物のドグマ」(「瑕疵ある特定物の履行は瑕疵なき履行である。」)は、危険負担について所有者責任主義を採らなかったドイツ法が、契約締結時に給付危険が債権者に移転することを説明するために編み出した理論であったと考えられる。そうだとすれば、「特定物のドグマ」は、瑕疵担保責任に特有のものではなく、およそ「特定物」(特定した後の不特定物も含む)に拘泥する限りは、この「ドグマ」の桎梏から解放されることはない。そして、このことが、債権法改正後の民法567条1項の解釈に関して直ちに争点となり<sup>64)</sup>、終章に述べるように、現在もなお見解は分かれている。

---

63) さらに、目的物の引渡しによって履行を終え、債務が消滅したと考えている売主の期待が害される、との指摘も存在する。

64) 野澤・前掲注46) 11-12頁、同・前掲注59) 132-134頁、および、野澤正充「債権法改正後における不特定物の『特定』の意義」JLF NEWS67号8-9頁(2017年)は、この問題を扱う。

## 終 章 総括と展望——民法（債権関係）の改正の課題

### 1 これまでの検討の総括

#### (1) 契約法の中核的制度としての瑕疵担保責任

平成 29 年の民法（債権関係）の改正によって、瑕疵担保責任の規定（民旧 570 条）は削除され、代わって、債務不履行責任の一つとしての契約不適合責任（民 562 条以下）が創設された。明治民法典の制定からこの改正までの長い間、瑕疵担保責任の法的性質が争われ、多くの研究者がその論争に加わり、時には感情的な対立をも引き起こしていた。このように瑕疵担保責任が熱く語られたのは、この制度が契約法の主要な法制度と交錯し、その法的性質の理解は、まさに、民法（財産法）の中核に関わるものだったからである。すなわち、瑕疵担保責任は、売買（民 555 条）における主要な法制度であるとともに、債務不履行責任（民 415 条）はもちろん、錯誤（民 95 条）、危険負担（民旧 534 条）、特定物（民 400 条）・不特定物（民 401 条）の区別、契約の解除（民 540 条）、損害賠償（民 416 条）や双務契約のあり方、さらには契約の解釈手法にまで及ぶ、広範な制度であった。しかも、沿革的にはローマ法に遡り、また、比較法的にも、大陸法はもちろん、英米法においても重要なテーマであり、国際的な動産売買の統一法を制定する際の焦点の一つにもなっていた。

#### (2) 多様な視点からの検討

瑕疵担保責任は、このように重層的な法制度であるため、研究者も、これに対しては多様な視点からのアプローチが可能であり、さまざまな見解が提唱されてきた。例えば、明治民法典の起草者（梅）は、これを単なる債務不履行責任であると解し、また、同法典の制定直後には、危険負担を根拠とすることが提唱された（岡松）。しかし、その後は、ドイツ法学の強い影響の下に、「特定物のドグマ」を支柱とする法定責任説（鳩山・我妻・下森など）が支配的となる。これに対して、1950 年代以降の国際的動向を反映して、債務不履行責任説（五十嵐・北川・星野）が台頭した。

その後は両者の膠着状態が続き、「特定物のドグマ」は支持者の多くを失ったものの、無過失責任としての瑕疵担保責任と過失責任としての債務不履行責任の違いから、前者の法定責任性を基礎付ける見解（加藤〔雅〕・円谷・半田〔吉〕など）が優勢となった。これに対して、1990 年代には、フランス法を背



景に、錯誤との関係が論じられ(森田〔宏〕)、債務不履行責任説にも新たな動きが見られた。また、ドイツ法の立場から、危険負担を問題とする見解が提唱された(北居)。そして、契約の規範的解釈と主観的瑕疵概念を援用し、瑕疵担保責任の適用領域を著しく狭める見解(潮見)も登場した。しかし、「隠れた」瑕疵という錯誤の強調は、「瑕疵」という危険負担の側面を等閑視した。また、ドイツ法の危険負担論は、「特定の合意」を重視し、結局は、「特定物のドグマ」に逆戻りするものであった。そして、契約の規範的解釈は、瑕疵担保責任の法的性質論を正面から問題としない契約実務(ないし裁判実務)に適合的ではあるものの、任意規定としての民法旧570条の法的性質については、やはり法定責任説とならざるを得ない点で課題を残した。

以上に対して、私見は、明治民法典制定直後の岡村博士の見解を再評価し、瑕疵担保責任の本質を危険負担であると考えとともに、その債権者主義(民534条)を修正し、目的物の引渡時を基準として危険が売主から買主に移転する、と解するものであった。

なお、加藤雅信教授の「危険負担的代金減額請求権説」<sup>1)</sup>は、瑕疵担保責任の効果としての代金減額権を危険負担の制度に基礎付ける点では、私見と軌を一にする。しかし、同見解は、その「危険負担的」という表現からも明らかのように、瑕疵担保責任と危険負担の関係が必ずしも明確ではない。その結果、不特定物の売買についての対処も明確ではなく、同見解は、全体としては、伝統的な法定責任説の枠組みを越えるものではなかったと解される<sup>2)</sup>。

また、大正14年の大審院判決と昭和36年の最高裁判決に代表される判例法理は、その内容がやや明確性を欠き、それぞれの立場からの多様な解釈を可能にしていた。私見は、この点についても、特に大審院判決当時の評釈を参考に、新たな知見を加えることができたと考えている。

### (3) 瑕疵担保責任の法定責任性

#### (i) 「二項対立」図式の終焉

以上の簡単な総括からも明らかのように、「特定物のドグマ」を論拠とする法定責任説とそれを否定する債務不履行責任説の対立は、1960年代から1970

---

1) 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任——対価的制限説再評価の視点から」森島昭夫編『判例と学説3・民法Ⅱ(債権)』(日本評論社, 1977年)184頁以下。野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(5)」立教法学81号179頁以下(2011年)参照。

2) 野澤・前掲注1)182-183頁参照。

年代にかけては先鋭化していた。しかし、1980年代には、「特定物のドグマ」の採否ではなく、無過失責任である瑕疵担保責任を過失責任である債務不履行責任として捉えることができるか否かに対立が推移していた<sup>3)</sup>。そして、1990年代以降は双方の立場が錯綜し、一方では、瑕疵担保責任を危険負担の問題であるとしつつも、「特定物のドグマ」を採用する見解(北居)が登場した。また、他方では、瑕疵担保責任を「契約責任」であるとしつつ、任意規定としての民法旧570条に関しては「法定責任」であるとの見解(潮見)も存在した。その意味では、2008年当時における、「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」ことはできないとの指摘<sup>4)</sup>は、極めて適切なものであったといえよう。そして、かくいう私見も、無過失責任である瑕疵担保責任を「法定責任」であるとしつつ、それを危険負担の問題として捉え、瑕疵が不可抗力に起因する場合には瑕疵担保責任の適用を認めるが、そうではない場合には債務不履行責任の適用を認めるものである。そうだとすれば、瑕疵担保責任は、債務不履行責任と併存する「契約責任」として位置付けられる。

#### (ii) 瑕疵担保責任と債務不履行責任の違い

しかし、瑕疵担保責任は、債務不履行責任そのものではなく、なお「法定」の責任であると考えられる。両責任の違いは、以下の点に求められよう。

まず、要件の点では、瑕疵担保責任が債務不履行責任であるとするれば、当事者間における個々の合意が重要となり、目的物の滅失・損傷という危険(リスク)の分配を定めるのも、当事者の合意によることになる。これに対して、法定責任である瑕疵担保責任は、その危険の分配を、個々の契約に委ねるのではなく、基本的には法律が定めている<sup>5)</sup>。その考え方の背景には、周知のように、英米法と大陸法の違いが存在する。すなわち、英米法では、原則として、売主が物の瑕疵についての責任を負わず、「買主をして注意せしめよ」(caveat emptor)との法格言が適用される。そして、その修正原理として、コモン・ロー上の黙示の保証(黙示のワランティ=implied warranty)が認められた。それ

3) 森田宏樹「瑕疵担保責任の基礎的考察」私法51号129頁以下(1989年)。

4) 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]。

5) 民法の危険負担は任意規定であるため、当然のことではあるが、当事者が契約の内容として、民法の規律とは異なる定めを置くことは妨げられない。

ゆえ、瑕疵という危険の分配も、個々の契約によって定められるのであり、その結果、瑕疵も債務不履行の一つとして位置づけられる。これに対して、大陸法では、「物の滅失は所有者が負担する」(res perit domino)との原則により、物の滅失・損傷については当初から売主がその危険を負う。そして、その危険の買主への移転も法定されていた。換言すれば、大陸法では、当事者が合意しなくても、法律が瑕疵という危険の分配をあらかじめ定めるものである。

また、効果の点でも、沿革的かつ比較法的には、代金減額請求権と解除権については、瑕疵が不可抗力によって生じた場合にも売主の免責が認められていない。グローバル・スタンダードも同様である。そしてこの点は、債務不履行責任には解消されない瑕疵担保責任の法定効果であると解されよう<sup>6)</sup>。

#### (4) 瑕疵担保責任と危険負担の関係

ところで、瑕疵担保責任と危険負担の関係は、これまでも繰り返して指摘されてきた問題である。にもかかわらず、両制度の同質性が否定されてきたのは、以下の理由に基づくものと考えられる。

第1に、伝統的な法定責任説は、不特定物の売買には瑕疵担保責任が適用されず、また、特定物の売買においては、瑕疵が契約締結前に存在するときのみ、瑕疵担保責任が適用されると解していた。そして、売買契約締結後に瑕疵が生じた場合には、危険負担(債務者に帰責事由のないとき)、または、債務不履行責任(債務者に帰責事由があるとき)の問題となるとした<sup>7)</sup>。この見解によれば、瑕疵担保責任は売買契約締結前の瑕疵に適用され、危険負担は売買契約締結後の瑕疵に適用されるため、両責任が交錯することはない。しかし、「問題はかように簡単でない」<sup>8)</sup>。すなわち、比較法的にも、また、わが国の学説と判例実務においても、不特定物の売買について瑕疵担保責任の適用を認め、その瑕疵には売買契約締結後のものが含まれることとなった。その結果、瑕疵担保責任は、「危険負担の例外則という意味」を有し<sup>9)</sup>、両責任の近接性ないし関係が、あらためて問題となっていた<sup>10)</sup>と解される。

---

6) もっとも、代金減額請求権は、法の定めがなくても、危険負担ないし双務契約の原理から論理的に導かれるものである。

7) この見解を提唱し、かつ、確立したものとして、鳩山秀夫『日本債権法各論下』(岩波書店、1920年)350-352頁が挙げられる。

8) 北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、1963年)370頁。

9) 北川・前掲注8)188頁。なお、同370-371頁も参照。

第2に、沿革的には、瑕疵担保責任が危険負担とは無関係に、別個独立した制度として創設されたことが挙げられる。すなわち、古代ローマ法において、瑕疵担保責任は、按察官訴権という、「警察的な職務に携わる按察官の定めたいわば取締法規として発足」した制度であり、危険負担などを定める「既存の市民法大系とは別個に生成した」ものであった、との指摘がなされている<sup>11)</sup>。しかし、沿革的には両制度が別個独立に創設されたとしても、その後、両制度は「市民法大系」に組み込まれ、とりわけ不特定物の売買が取引の中心となつてからは、上記のように、両制度の競合が問題となっている。そうだとすれば、当初における沿革の違いは、決定的な意味を持たないと解されよう。

第3に、比較法的にも、「以前から危険移転と瑕疵担保の標準時の結合は論理必然的でない」との指摘がなされていた<sup>12)</sup>。しかし、「瑕疵担保が無過失責任であることから、無責の後発的毀損・滅失にもとづく危険負担法理との相関関係がみられることは当然である」とも指摘されていた<sup>13)</sup>。そこで、瑕疵担保責任が危険負担の法理に基づく制度であるとすれば、売主から買主に危険が移転する前に生じた瑕疵は売主が負担し、その移転後に生じた瑕疵は買主が負担すると解される。そして、売主から買主への危険の移転時期は、所有者責任主義（res perit domino — フランス民法）の下では、売買目的物の所有権の移転時期（特定物は契約締結時・不特定物は特定時）となる。しかし、観念的な所有権の移転に伴い、実質的な危険の移転を認めることは、当事者の公平に反するものとなる。それゆえ、目的物を事実上支配する者のみはその物の危険を回避することが可能である、との考えに基づき、事実上の支配の移転、すなわち、目的物の引渡しの際に危険が買主に移転する、との見解がグローバル・スタンダードとなった。平成29年の民法（債権関係）の改正も、このようなグローバル・スタンダードに従い、危険負担の債権者主義（民旧534条）を削除するとともに、目的物の引渡しによる「目的物の滅失等についての危険の移転」（民567条）を定めたものと解される。

なお、学説の中には、ドイツ法の立場から、給付危険と瑕疵担保責任の関係

10) 北川・前掲注8) 188頁および371頁。

11) 半田吉信『担保責任の再構成』（日本評論社、1986年）101頁、および、同「古代における瑕疵担保責任」法経研究12号22頁以下（1982年）。

12) 北川・前掲注8) 188頁。

13) 北川・前掲注8) 188頁。

を論じる見解が存在した。しかし、この見解は、給付危険と対価危険の分離を徹底したために、「瑕疵担保責任と対価危険との関係づけは困難」となり、「瑕疵担保責任との基準時が危険移転時と連動されたのは技術的な観点からであって、当初から必ずしも当然の帰結とはされなかった」<sup>14)</sup>として、上記の第3点に戻るものとなる。そして、同見解は、給付危険の移転を「特定物のドグマ」に基礎づけるため、結局は、伝統的な法定責任説が依拠した「特定物のドグマ」のくびきからは解放されなかった。

## 2 契約不適合責任における課題

### (1) はじめに

平成29年の民法(債権関係)の改正が創設した契約不適合責任は、従来の瑕疵担保責任をめぐる法定責任説と債務不履行責任説の対立を止揚するとともに、売主の担保責任の構造をシンプルにし、かつ、より実効性のあるものとする点で、高く評価されよう。すなわち、契約「不適合」を債務不履行責任の一つとして、これが「契約責任」であることを明らかにした<sup>15)</sup>。そして、権利の不適合についても、目的物の「種類、品質又は数量」に関する不適合の規定を準用し(民565条)、担保責任の規定が簡略化している。また、買主の追完請求権(民562条)および代金減額請求権(民563条)を明文化し、契約の解除(民564条による民541・542条の準用)と併せて、売主の責めに帰すべき事由が要件とはならないこと、および、損害賠償請求(民564条による民415条の準用)も明記されていることも、売主の担保責任の実効性を高めている。

しかし、解釈論的には、新しい規律と伝統的な理解との狭間で、なお問題が残されている。ここでは、そのような問題として、二つの問題を提示する。一つは、売買において、どの時点で生じた契約不適合について買主が救済されるか、という問題である。換言すれば、契約不適合という危険の移転時期ないし基準時の問題である。また、もう一つは、民法567条1項前段括弧書の「特定」の意義である<sup>16)</sup>。

14) 北居功『契約履行の動態理論Ⅱ弁済受領論』(慶應義塾大学出版会、2013年)211頁。

15) このほか、原始的不能の契約も有効とされた(民412条の2第2項参照)ことにより、法定責任説の論拠の一つとされていた原始の一部不能論が、明文上否定されている。

16) 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9頁以下(2017年)参照。

以下、順に検討する。

(2) 契約不適合の基準時

(i) 問題の所在

売買契約において、買主が受領した目的物が契約の内容に適合していない場合には、買主は、契約不適合を理由とする救済手段（民 562 条以下）を行使することができる。そして、債権法改正後の民法は、売買目的物が契約の内容に適合しているか否かを判断する基準時を「引渡し」の時としていることには争いがない<sup>17)</sup>。ただし、民法には、その根拠条文が存在しない。すなわち、民法 567 条 1 項は、目的物の「滅失又は損傷」についての危険が、引渡しの時を基準として、売主から買主に移転することを明らかにする。しかし、同条はあくまで「滅失又は損傷」の規定であり、文理解釈上は、契約不適合にそのまま適用されるものではない<sup>18)</sup>。この点について、ウィーン売買条約では、明文上、売主は、「危険が買主に移転した時に存在していた不適合について責任を負うものとし、当該不適合が危険の移転した時の後に明らかになった場合においても責任を負う」との規定を置いている（36 条 1 項）。しかし、このウィーン売買条約の規定に対応する規定のない民法では、その根拠をどこに求めるかが解釈論上問題となる。

(ii) 結 論

契約不適合の判断基準時を危険の移転時期、つまり目的物の引渡しの時とすることは、民法 562 条 1 項本文の「引き渡された目的物」という文言から読み取ることにも不可能ではない。しかし、同条は、「引き渡された目的物」が「契約の内容に適合しないものであるとき」の定めであって、「契約の内容に適合しない」ことが、引渡しの前であるか、引渡しの後も含むのかは、同条からは判然としない。

契約不適合の判断基準時の根拠は、結論的には、民法 567 条 1 項に求めざるを得ないと思われる。その理由は、次の 2 点である。

第 1 に、実質的には、目的物の「滅失又は損傷」も、契約不適合の一場合であると考えることができる。そうだとすれば、契約不適合は、「滅失又は損傷」

17) 潮見佳男『新債権総論 I』（信山社、2017 年）201 頁。

18) 潮見・前掲注 17) 205 頁も、「民法 567 条 1 項が扱っているのは、もっぱら、物の滅失・損傷の危険を売主と買主のいずれが負担すべきであるかという問題」であり、契約不適合は、「民法 567 条 1 項とは関係がない」とする。同条の文理解釈としては、適切な指摘である。



よりも広い概念ではあるが、基本的には同質の概念であり、そこに民法567条1項を適用ないし類推適用する基礎を見出すことができよう。

第2に、形式的にも、規定の位置を指摘することができる。すなわち、民法567条1項は、「目的物の種類又は品質に関する担保責任の期間の制限」(民法566条)と、「競売における担保責任等」(民法568条)の間に位置し、契約不適合に関する規律の一つとして位置づけられている。そうだとすれば、民法567条1項は、契約不適合についての基準を明示するものであると解される。

したがって、契約不適合についても、民法567条1項が適用ないし類推適用される、と解するのが自然である<sup>19)</sup>。

### (3) 不特定物の「特定」の意義

#### (i) 問題の所在——二つの問題点

民法567条1項によれば、物品の引渡しによって危険が移転するものの、不特定物の売買においては、引渡しの前に目的が特定していることが要求される(同項括弧書)。しかし、種類債権における目的の特定(民法401条2項)は、それ自体が危険の移転を効果とするものであった(民旧534条2項)。そこで、不特定物の売買の場合には、目的の特定によって危険が移転するのか、引渡しによって危険が移転するのか、仮に後者であるとすれば、種類債権の特定にはどのような意味があるのか、ということが問題となる。

この問題は、民法567条1項と民法401条2項の関係を問うものであり、厳密には、次の二つの問題を含んでいる。

第1は、不特定物の売買において、目的が特定した後に、その目的物が買主に引き渡される前に不可抗力によって滅失したときは、買主は売主に対して、他の物の引渡しを請求することができるか否かである。このときに、不特定物の特定によって危険(給付危険)がすでに買主に移転していたとすれば、買主は他の物の引渡しを請求することはできない。しかし、不特定物の売買においても、目的の特定ではなく、引渡しによって危険が移転するとすれば、引渡しの前に目的物が滅失したときは、買主は、売主に対して、他の物の引渡しを請

---

19) 曾野裕夫ほか『民法Ⅳ 契約』(有斐閣, 2021年)199-200頁〔曾野執筆〕も、目的物の「滅失又は損傷」のうちの「損傷」は、「物理的な損傷に限らず、広く不適合のことであると解すべきである」とする。というのも、ウィーン売買条約においては明文(36条)が存在するが、民法にはこれに相当する規定がないため、「損傷」の「概念を広く捉えて、適合性の判断基準時を明らかにする必要がある」からである。

求することができよう。

第2は、不特定物の売買において、売主が買主に対して契約に適合しない物を引き渡したとしても、そもそも特定しないのではないか、という問題である。仮に契約に不適合な物では特定しないとすれば、契約不適合責任に関する規定の適用はなく、買主は売主に対して、一般の債務不履行責任（民415条）を問うこととなり、例えば短期の期間制限の規定（民566条）は適用されない。

(ii) 法制審議会における議論<sup>20)</sup>

民法567条1項前段の括弧書は、民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案には存在しなかった<sup>21)</sup>。もっとも、同2項との関連では、不特定物の売買において危険の移転の効果が発生するためには、引渡しを提供があったのみでは足りず、目的物が特定（民401条2項）されている必要があると説明されていた<sup>22)</sup>。それゆえ、同括弧書は、法制審議会民法（債権関係）部会（以下、「部会」という。）第93回以降に挿入されたものではあるが、その考え方は、部会で共有されていたと思われる。しかし、目的の特定と危険の移転の関係は、部会の議論においても明確ではない。

この問題が議論されたのは第97回部会においてであり、その際の関係官による説明は次のようなものであった。すなわち、特定の効果と危険の移転とを区別し、特定の効果によって種類債務の履行不能が生じうるが、それだけでは危険は売主から買主に移転せず、危険の移転には引渡しが必要であるとす<sup>23)</sup>る。

この説明からは、不特定物の特定（民401条2項）によっては危険が移転せず、売主から買主に危険が移転するためには、引渡し（民567条1項）が必要である、ということ（第1の問題）が窺われる。しかし、契約に適合しない物を引き渡した時に「特定」が生じるか否か（第2の問題）については、全く議論がなされず、この問題は解釈に委ねられていると解される。

20) 野澤正充「売買——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」法学セミナー739号38頁以下（2016年）参照。

21) 法制審議会民法（債権関係）部会第93回に提示された部会資料81-1の10（8頁）。

22) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明429頁・430頁。

23) 法制審議会民法（債権関係）部会第97回議事録33頁〔金洪周関係官〕

(iii) 「特定」と「引渡し」による危険の移転——第1の問題

第1の問題について、(a)有力な見解は、民法567条1項が定められても、民法「401条2項による特定の効果は変わらない」とする<sup>24)</sup>。すなわち、目的物の引渡しよりも前に特定がなされれば、その特定によって危険(給付危険)が買主に移転すると解する。その結果、特定後・引渡前に、目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失した場合において、「それによって引渡債務が履行不能となったときは、買主は代替物の引渡しを請求できない」(民412条の2第1項)とする。また、損傷した場合には、「修補が可能であれば、買主は履行の請求として修補を請求できる」。ただし、合意による特定の場合には、「損傷についての危険も買主に移転するという合意が含まれている」こともあるとする<sup>25)</sup>。そして、この帰結は、不特定物が「特定によって当初からの特定物とはほぼ同様になることを重視し、両者を通じて履行不能の規律によるべきである」との理解に基づくものである<sup>26)</sup>。

しかし、(b)現在の多数説は、不特定物の特定による危険の移転を規定した民法旧534条2項が削除され、引渡しによる危険の移転を規定した民法567条1項の創設により、特定(民401条2項)によっては危険が売主から買主に移転せず、その移転は特定物と不特定物とを問わずに、引渡しによって行われる、と解している<sup>27)</sup>。この見解によれば、民法401条2項による特定の意義は小さなものとなろう<sup>28)</sup>。

---

24) 中田裕康『契約法〔新版〕』(有斐閣, 2021年)327頁。同旨、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要」法曹時報68巻5号40頁(2016年)(山本『契約法の現代化Ⅲ——債権法改正へ』(商事法務, 2022年)所収)。

25) 中田・前掲注24)326頁。

26) 中田・前掲注24)327頁。

27) 私見は、債権法改正前から、この見解を提唱していた(野澤正充『契約法——セカンドステージ債権法Ⅰ』[日本評論社, 2009年]127頁。なお、同〔第3版, 2020年〕134頁参照)。債権法改正後の民法567条1項について、同様の立場を採るものとして、潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会, 2017年)269頁および270-271頁、同『新契約各論Ⅰ』(信山社, 2021年)188頁、石川博康「売買」潮見佳男ほか編『詳解改正民法』(商事法務, 2018年)437-438頁、森田宏樹「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣, 2019年)296頁以下、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社, 2020年)772頁〔北居功執筆〕、曾野・前掲注19)202-205頁など。

28) 債権法改正前の学説は、民法401条2項の特定の効果として、次の四つを列举していた(我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店, 1964年)34頁)。

私見は、(b)の見解を適切であるとする。その理由は、次の2点である。

第1に、民法567条1項は、「売主が買主に目的物を引き渡した場合」に「目的物の滅失等についての危険が移転」する旨を規定している。そして、その「目的物」は、「売買の目的として特定したものに限る」とし、不特定物の売買において「特定」した物も含まれる。そうだとすれば、民法567条1項の文理解釈からは、不特定物の売買において特定した目的物の危険もその引渡しによって買主に移転する、と解するのが素直であり、特定後・引渡前の滅失の危険は売主の負担となる、と考えられる。

第2に、実質的にも、危険は、その物を事実上支配し、危険を回避することができた者が負担すべきである。にもかかわらず、不特定物の特定によって危険が移転し、その引渡前に目的物が滅失した場合に買主がその危険を負わなければならないとすれば、未だ目的物を事実上支配していない買主に、重い負担を負わせるものとなる。そうだとすれば、民法567条1項の趣旨を貫徹し、目的物の事実上の支配の移転（＝引渡し）に伴って、「危険」が売主から買主に移転すると解すべきである<sup>29)</sup>。

---

① 債務者は、特定の後には、特定した物についてだけ債務を負い、その物が滅失すれば履行不能となる。

② 双務契約においては、特定に時から危険が債権者に移転する（旧534条2項）。

③ 債務者は、特定した物の保存について善管注意義務を負い（400条）、必ずこの物を給付しなければならない。

④ 目的物の所有権は、特約のない限り、特定によって移転する（最判昭和35・6・24民集14巻8号1528頁）。

この四つの効果のうち、基本となるのは④である。すなわち、民法の起草者は、種類債権の特定に二つの「実用」があるとしていた（梅謙次郎『民法要義巻之三』〔有斐閣、大正元年版復刻、1984年〕16-17頁）。一つは、④の所有権の移転であり、もう一つは、②の危険の移転である。しかし、②危険の移転が所有者責任主義（res perit domino）に基づくものであるとすれば、それも④所有権の移転に伴う効果の一つとして位置づけられる。そして、①と③も究極的には④所有権の移転に伴う効果であると考えられる。

これに対して、債権法改正後の民法においては、旧534条が削除され、危険は、前述のように、所有権の移転ではなく、引渡しによって移転することとなった（民567条1項前段）。その規律は、ウィーン売買条約などのグローバル・スタンダードと同じく、物を事実上支配する者がその危険を回避することができる、との考え方に基づいている。

そうだとすれば、民法401条2項の意義も変化せざるを得ない、と解される。

29) なお、(a)の見解は、(b)の見解によれば、「特定物売買か不特定物売買かで、引渡し前の滅失の場合に大きな相違が生じることになる」とする（中田・前掲注24）327頁）。しかし、(b)の見解は、売買の目的が特定物であるか否かにかかわらず、「目的物の滅失等についての危険」が引渡しによって買主に移転する、と解するものであり、「特定物売買か不特定物売買かで、引渡し

これに対して、(a)の見解は、これまでの本稿における検討からは、次の二つの問題を含んでいる、と解される。

第1に、(a)の見解は、特定物の売買においても契約によって給付危険が買主に移転し、不特定物の売買の場合には、「特定によって当初からの特定物とほぼ同様になることを重視」している。しかし、この考え方は、まさにドイツ法学の「特定物のドグマ」にはかならない。すなわち、特定物の売買は契約時に、また不特定物の売買は特定時に「給付危険」が移転すると解するのは、目的物が「特定物」であり、主観的には他に代替性がない、という考えに基づく。そして、この考え方は、北居功教授が提唱した「合意による特定」を基礎とした「特定物のドグマ」そのものである、と解される。

第2に、「給付危険」と「対価危険」の区別もドイツ法学（の有力な見解）に基づくものであり、フランス法や他の国においては、両者は区別されない。そして、ドイツ法学の両危険を区別する見解においても、両危険が一致するのが原則であり、給付危険と対価危険が分離するわけではない。換言すれば、両危険の分離は、不特定物の売買における給付危険の移転（＝特定時）と対価危険の移転（＝引渡時）とを区別して規定したドイツ民法に特有のものであり、両危険の一致していた債権法改正前の民法旧534条（特に2項では、特定と危険の移転が一致）には見られない現象であった。もっとも、債権法改正による民法567条1項を(a)の見解のように考えると、「給付危険は『特定』によって移転するのに対して、対価危険は567条によって『引渡しの時』に移転する」<sup>30)</sup>ことになる。しかし、このような理解は、ドイツ民法典の規律と同じであり、債権法改正前の日本民法の規律とは、大きく異なるものである。そうだとすれば、(a)の見解は、まさに従来日本民法の理解を「大きく変えるもの」であり、ドイツ法学の「特定を基礎にして積み上げられてきた学説・判例」に従うものであるといえよう。

---

前の滅失の場合」における規律は異ならない。このことは、石川博康教授による次の指摘からも明らかである。すなわち、「特定物債務に関しては、（買主の受領遅滞の場合などを除けば）引渡前には買主への危険移転の契機は存在せず、契約に適合した目的物を引き渡すことに關する重い責任と危険を売主が負担する」ことに鑑み、「種類物債務に関する危険の移転についてのデフォルト・ルールとしても、特定が生じていても引渡しがなされるまでは買主に危険（給付危険を含む）は移転しないものと解するのが整合的」である（石川・前掲注27）437-438頁）。

30) 曾野・前掲注19) 198頁。

(iv) 不適合物による「特定」の可否——第2の問題

不特定物の売買において、売主が買主に対して契約に適合しない物を引き渡したときに、民法 567 条 1 項括弧書の「特定」が認められるか否かについて、見解が分かれている。

(a)有力な見解は、民法 567 条 1 項括弧書の「特定」が民法 401 条 2 項の「特定」<sup>31)</sup>と同じであることを前提に、不特定物の売買においては、売主が契約に適合しない物を買主に引き渡しても「特定」は生じないとする<sup>32)</sup>。それゆえ、不特定物の売買においては契約不適合責任(民 562 条以下)の適用がなく、買主は売主に対して債務不履行責任(民 415 条)を追及することとなり、民法 566 条の期間制限の適用もない。なお、この見解は、債権法改正前における瑕疵担保責任に関連して、「瑕疵アル物ノ給付ハ履行ニ非ズ」とし、瑕疵のある物を提供しても民法 401 条 2 項の「特定」は生じないとした学説<sup>33)</sup>と軌を一にする。

(b)もう一つの見解は、契約に適合しない物であっても、引渡しによって目的物が特定すると解する<sup>34)</sup>。この見解が、現在の多数説であると目される<sup>35)</sup>。

ところで、ウィーン売買条約の前身であるハーグ国際動産売買統一法は、売主が契約に適合しない物品を交付した場合には、その引渡義務を履行したこと

31) 厳密には、民法 401 条 2 項には「特定」の語は用いられていない。同項の「以後その物を債権の目的物とする」という文言が、「特定」を意味するものである。

32) 潮見・前掲注 17) 216 頁、潮見・前掲注 27) 概要 270 頁、潮見・前掲注 27) 新契約各論 191-193 頁。

33) 伴房次郎「売主ノ不履行」法律学経済学内外論叢 4 卷 1 号 100 頁 (1905 年)。野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(2)」立教法学 74 号 89-91 頁 (2007 年) 参照。

34) 野澤正充「瑕疵担保責任の法的性質(1)——法定責任説の三つの考え方」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、2009 年) 28 頁、同「瑕疵担保責任と債務不履行責任」私法 72 号 159 頁 (2010 年)、野澤・前掲注 27) 初版 (2009 年) 127 頁。このほか、野澤・前掲注 16) 9 頁以下。

35) 森田(宏)・前掲注 27) 293 頁以下、曾野・前掲注 19) 200-201 頁など。(a)と(b)の見解のほか、折衷的な見解として、「引き渡された目的物に重大な契約不適合があり、およそ特定が生じているとはいえない場合」には危険が移転しないが、「軽微な契約不適合が存在する物が引き渡され、買主が受領された場合」には危険が買主に移転する、との見解(中田・前掲注 24) 325-326 頁)も存在する。しかし、買主には、目的物の引渡しの時に、瑕疵が「隠れ」ているか明白であるかを判断することはできても、不適合が「軽微」であるか否かを判断することは難しい。また、「重大な契約不適合」と「軽微な契約不適合」の間にも、さまざまなレベルの不適合が存在し、危険が移転したのか否かが不明確となる。そうだとすれば、折衷的な見解は適切ではない、と解される。



にならない(19条1項・33条)としつつ、危険は物品の交付(handing over)がなされた時から買主に移転するとしていた(97条2項)。これに対して、ウィーン売買条約は、物品の引渡しと適合性とを区別し、仮に契約に適合しない物品が引き渡された場合にも「引渡し」が認められるものとしている(30条参照)。その背景には次のような問題があった。すなわち、国際動産売買統一法によれば、不適合な物品が交付された場合には、買主が物品を占有し使用しているにもかかわらず「引渡し」がなされていないことになり、売主が無期限に危険を負担することになる。そこで、この不都合を避けるために、国際動産売買統一法は、物品が契約に適合していない場合にも、危険が交付(handing over)の時から買主に移転するとした(97条2項)。しかし、その解釈は複雑であり、これを改めたのが、ウィーン売買条約の規律である。そして、民法(債権関係)の改正も、危険の移転時期を物の引渡しの時とし、売主がそれ以前に生じた不適合について責任を負う点では、上記の二つの条約と同様である。しかし、民法567条1項前段括弧書の解釈として、(a)の見解のように、不特定物の売買においては、売主が契約に適合しない物を買主に引き渡したときにも「特定」が生じないとする、国際動産売買統一法に対する上記の批判が妥当する。

そこで、不特定物の売買における目的の特定には、次の二つの段階があるとする見解が存在する<sup>36)</sup>。すなわち、①市場に存在する同種の物の中から、契約の内容に適合するかを評価し判断するための対象となる物を認識する「評価判断を経ていない特定」と、②①を前提に、その物が契約に適合するか否かが問題となり、積極的な評価判断がなされれば、「以後その物を債権の目的物とする」(民401条2項)旨の特定がなされるという「評価判断を経た特定」とを区別し、民法567条1項前段括弧書の「特定」は、①の意味での「特定」であるとする。

私見も、基本的にはこの見解を支持し、民法567条1項前段の括弧書の「特定」は、売主の支配領域にある他の物と区別する程度の意味に解され、売主による目的物の引渡し(と買主による物の受取り)によっても、この意味における「特定」が認められると考える<sup>37)</sup>。そして、このように考えると、危険の移転

---

36) 山野日章夫「民法の債権関係の規程の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」法曹時報68巻1号10頁(2016年)。

を所有権の移転とを切り離す債権法改正後の民法の下では、民法 401 条 2 項の「特定」からは、その重要な機能が失われるとともに、意思表示のみによって所有権が移転する旨の意思主義 (民 176 条) の再検討も必要となる<sup>38)</sup>。そして、その検討に際しては、民法 401 条 2 項の趣旨ないし位置づけの見直しが必要となるであろう<sup>39)</sup>。

37) 立法論としては、ウィーン売買条約におけると同様に、危険の移転を画する基準としては、不特定物の「特定」は不要であり、民法 567 条 1 項前段の括弧書を削除することが望ましい。なお、私見は、民法旧 570 条の瑕疵担保責任の本質が危険負担の法理に基づくものであり、「不特定物の売買においても、売主が物を買主に引き渡した時に目的物が特定」する、と解していた (野澤・前掲注 34) 「法的性質 (1)」28 頁、同・私法 72 号 159 頁)。しかし、その後は、「給付危険は物に対する現実の支配によって移転するものであるため、特定するか否かを考慮する必要はない」とした (野澤正充「瑕疵担保責任と危険負担」大塚直=大村敦志=野澤編『社会の発展と権利の創造』淡路剛久先生古稀祝賀〔有斐閣、2012 年〕186 頁注 116)。

38) 所有権の移転時期については、現時点においても、民法 176 条の文言どおりに (フランス民法に従い)、「当事者の意思表示のみによって」移転する、と解する学説は存在しない。すなわち、同条に基づき、観念的な所有権の移転を認めるとしても、実質的な所有権の移転は、当事者の合意または代金支払・引渡し・ (不動産の場合には) 登記の移転によって行われる、と解するのが多数説であろう。そうだとすれば、民法 176 条は、削除しないまでも、意思主義の象徴的な規定として位置付けることが適切であると思われる。

39) 民法 567 条 1 項の「特定」と民法 401 条 2 項の「以後その物を債権の目的物とする」という文言を、同じ意味に解する必然性はないと考える (概念の相対性)。とりわけ、民法 401 条 2 項には、①「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了」することによる特定 (同項前段) と、②「債権者の同意を得てその給付すべき物を指定」することによる特定 (同項後段) とが規定されている。そして、この①と②の特定には差異があることが、古くから指摘されてきた。すなわち、嘩道文藝博士は、①について、売主の「一方ノ行為ニヨリテ目的物が特定スルニハ、契約ノ本旨ニ従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された。しかし、②については、これを当事者の合意による特定に拡張し、「当事者ノ合意アリタル時」に目的物が特定することが、「種類売買ノ瑕疵担保責任ヲ論ズルニ当リ、最も重要」であるとした。なぜなら、嘩道博士によれば、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「契約ノ本旨ニ従ヒタル品質」を欠く場合にのみ、問題となるものだからである (嘩道文藝「売買ノ瑕疵担保ヲ論ス (承前)」京都法学会雑誌 5 巻 6 号 93-94 頁 (1910 年)。なお、野澤・前掲注 33) 91-92 頁参照)。そして、嘩道博士の見解と同様の見解として、すでに検討した北居教授の見解が存在する。すなわち、北居教授も、①と②の「二つの特定方法は効果として給付危険の移転をもたらす点で共通するが、拘束力の点で必ずしも同じものではない」とした。そして、①の「給付必要行為の完了による特定」は、「種類債務者を給付危険および調達危険から解放することを法が認めた『特典』」である。それゆえ、その「恩恵に浴することを望む債務者は、債務の本旨に従った給付準備」をしなければならず、債務者が一方的に「瑕疵ある物を引渡しても」、種類債務が特定することはない。これに対して、②の「当事者の合意による特定」 (民 401 条 2 項後段) は、「『合意は拘束する (pacta sunt servanda)』の原理に由来する特定であるため」、「当事者は合意によって特定された目的物の給付に拘束される」。それゆえ、「当事者が合意によって特定した目的物に瑕疵が存在した場合であっ

### 3 おわりに

平成29年の民法(債権関係)の改正により、瑕疵担保責任(民旧570条)が削除され、債務不履行責任の一つである契約不適合責任が創設されたことをもって、債務不履行責任説(契約責任説)の勝利を宣言するのは、なお早計である。確かに、伝統的な法定責任説の論拠の一つであった原始的一部不能論は、明文上、明確に否定された(民412条の2第2項)。しかし、ドイツ法学に基づく特定の合意による危険(給付危険)の移転は、「特定物のドグマ」の原型(=特定物については代替給付がない)である。そうだとすれば、「特定物のドグマ」は、不特定物の特定(民567条1項括弧書)を介して、債権法改正後の民法においても維持されているとも解される。

ともあれ、契約不適合責任をはじめ新しい民法の理解のためには、債権法改正前の瑕疵担保責任や危険負担をめぐる学界における豊かな議論を正確に理解し、折に触れて参照することも必要である。そうして、本稿も、その一助となれば幸いである。

#### 【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(課題番号19K01378)の助成を受けていることを付記します。

---

でも、その目的物の給付は合意に従った給付行為なのであるから、それが直ちに不完全履行であると言うことはできない」とした(北居・前掲注14)206頁)。

このような、民法401条2項における①と②の二つの特定の違いは傾聴に値する。というのも、①は、債務者(売主)が「必要な行為を完了した」場合に認められるものであり、売主に対する「特典」であるから、契約不適合物を提供したときは「特定」しないと解される。そして、解釈は、民法567条2項の「売主が契約の内容に適合する目的物をもって、その引渡債務の履行を提供した」という要件と合致する。すなわち、いずれの場合においても、売主が「特典」を受けるためには、「契約の内容に適合する目的物をもって、その引渡債務の履行を提供」しなければならない、と解される。これに対して、②を含む合意による特定は、契約に適合しない物であっても、当事者が特定の合意をすれば「特定」が認められよう(ただし、「瑕疵の存在を認識した上で」合意をしなかった場合には、錯誤(民95条)が問題となる余地がある)。そして、民法567条1項括弧書の「特定」は、②とも異なり、市場に存在する同種の物から区別するための特定を意味するものであると考える。そうだとすれば、不特定物の「特定」にも、①「売主が契約の内容に適合する目的物をもって、その引渡債務の履行を提供した」場合における特定(民401条2項前段・民567条2項)、②当事者の合意による特定(民401条2項後段)、および、③市場に存在する同種の物から区別するための特定(民567条1項括弧書)が併存する、と解される。