

瑕疵担保責任の比較法的考察 (三)

——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(以上七四号)

第三節 大審院大正一四年判決とその評価

第一款 先行する大審院判決

第二款 大審院大正一四年判決の意義

第三款 大正一四年以降の大審院判決

第四款 大審院判決のまとめ

第四節 最高裁昭和三六年判決の理解

第一款 法定責任説の展開(昭和初期)

第二款 日本私法学会(昭和三二年)のシンポジウム

第三款 最高裁昭和三六年判決とその評価

第四款 法定責任説のまとめ (以上本号)

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

第三節 大審院大正一四年判決とその評価

第一款 先行する大審院判決

一 大正一三年までの大審院判決

瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係に関する大審院時代の判例としては、周知のように、大正一四年三月一三日判決(民集四卷二二七頁)が、「学説に大きな影響と反応をもたらした」⁽¹⁾ものとして知られている。しかし、同判決は、突然に現れたわけではなく、それに先行する学説と判例の集積の結果である。そこで、以下では、大正一四年判決に対して、多少なりとも論理的に先行すると考えられる大審院の判決を取り上げる。そうすると、まず、次の判決が挙げられよう。⁽²⁾

【一】 大判大正五年一〇月七日民録二二輯一八五三頁

材木（不特定物）の売買契約において、売主Xが買主Yに対して代金の支払を求めたところ、Yは、引渡しを求めた材木の一部が「材質粗悪」であるとして、代金全額の支払を拒絶した。原審は、Xの引き渡した材木が「孰レモ中等ノ品質ヲ有スルモノナルコト洵ニ明カ」であるとして、Xの請求を認容した。Y上告。

大審院も、目的物が「中等ノ品質ヲ有スル」ことを前提に、Yの上告には理由がないとした（上告棄却）。ただし、大審院は、次のような一般論を述べている。

「按ズルニ、売買契約ニ於テ売主ガ買主ニ交付スベキ目的物中ノ一部ニ契約ノ趣旨ニ適合セザルモノアルトキハ、其交付タルヤ不完全給付ニシテ、即チ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ト云フコトヲ得ザルガ故ニ、買主ハ、其不完全給付ノ受領ヲ拒絶シ且ツ之ヲ原因トシテ契約ヲ解除シ代金支払ノ義務ヲ免ガルコトヲ得ベシト雖モ、既ニ之ヲ受領シ且ツ契約ノ解除ヲ為サザル以上ハ、買主ハ、其不完全給付ノ為メニ目的物ノ価格ノ上ニ減損ヲ来シタル程度ニ於テ代金減額ノ請求ヲ為スコトヲ得ルモ、一部ノ不完全給付ヲ原因トシテ、直ニ売買代金全部ノ支払ヲ拒絶スルコト能ハザルヤ明カリ」。

右判決【一】は、売主の引き渡した物が「契約ノ趣旨ニ適合」しないときは、「不完全給付」であり、買主は、債務の不履行を理由に「受領ヲ拒絶」して契約を解除することができる。しかし、すでに「之ヲ受領シ」た場合には、買主は、売主に対して、代金減額請求をすることはできないもの、契約を解除しない限り、「一部ノ不完全給付」を理由に、「直ニ売買代金全部ノ支払ヲ拒絶スルコト」はできないとした。この判旨は、不特定物の売買においても、買主の受領を基準に、それ以前を債務不履行であるとし、以後を代金減額請求（瑕疵担保責任）の

問題とする。そして、この部分の判断は、後の大正一四年判決と同じである。ただし、大審院は、目的物に瑕疵がないとしたため、右の部分は、「結局は傍論」にすぎない。⁽³⁾

これに対して、次の判決【二】は、特定物の売買に関する事案である。そして、判旨は、同じく傍論ではあるが、「特定物のドグマ」を採用した点において注目される。

【二】 大判大正九年一月六日民録二六輯二〇一二頁

買主Xと売主Yとの間で、特定の倉庫に現存するチリ硝石全部（特定物）の売買契約が締結された。しかし、Xは、チリ硝石の品質が一定の基準に達せず、瑕疵があるとの理由でその受領を拒み、Yに交付した保証金の返還を請求した。原審は、本件契約が特定物の売買であると認定し、種類債務におけると異なり、Xが目的物の受領を拒絶することはできないとした。⁽⁴⁾ X上告。

大審院も、原審の判断を認めて、Xの上告を棄却した。すなわち、不特定物の売買では、売主が瑕疵のある物を給付したとしても、債務の本旨に従った履行がないため、買主は、その受領を拒絶することができる。しかし、特定物の売買においては、「物ニ瑕疵アルト否トヲ問ハズ、其特定シタル物が当初ヨリ売買ノ目的トナレルモノナレバ、売主ハ、其物ヲ給付スルヲ以テ足り、更ニ他物ヲ給付スルヲ要セズ」とする。それゆえ、Xは、契約を解除しない限り、その受領を拒絶することはできない。そして本件では、Xによる瑕疵担保責任に基づく解除はなく、契約の効力が存続しているため、目的物の受領を拒絶することはできないとした。

判旨は、Xが契約を解除していなかったため、受領拒絶権がないとする。しかし、その前提としては、特定物の瑕疵があっても、その履行を拒絶することができないという、特定物のドグマが採られている。⁽⁵⁾

【三】 大判大正一〇年二月一〇日民録二七輯二五五頁

買主Xと売主Yとの間で、カタン糸の通次供給契約が結ばれ、Xは、その一部を受領して代金を支払い、これを海外に輸出した。ところが、このカタン糸は、黴を生じるといふ瑕疵があり、輸出に適さなかった。そこで、Xは、Yに対し、未履行部分の契約を解除するとともに、すでに受領した分については、損害賠償を請求した。原審は、Xの請求を認容し、Yが上告した。争点となったのは、すでに契約の一部が履行されたにもかかわらず、Xが、契約の目的を達することができないとして、未履行部分を解除できるか否かである。

大審院は、買主が解除または損害賠償請求を選択することができ、「契約ノ目的ガ分割ヲ為スニ適スル場合ニ於テハ、其一部ニ対シ契約ヲ解除シ、他ノ一部ニ対シ損害賠償ヲ請求スル」のも、買主の「任意ニ属スル」とした（上告棄却）。

【三】 判決で問題となったカタン糸の売買が、特定物の売買か、不特定物の売買であるのかは、必ずしも明らかではない。しかし、仮に不特定物の売買であるとしても、争われたのは、瑕疵の有無であり、また、通次供給契約における一部解除の可否である。そうだとすれば、判旨は、瑕疵担保責任が「種類売買に適用があることを前提としていともいきれない⁽⁶⁾」との評価も適切である。

【四】 大判大正一三年六月二三日民集三卷三三三九頁

売主Xと買主Yとの間で、税関に収容処分されていた鉄材（特定物）の売買契約が締結された。しかし、Yが、Xの鉄材の引取りと代金支払請求に応じなかったため、Xは、契約を解除し、Yに対して損害賠償を請求した。これに対して、Yは、目的物に瑕疵（鉄材のねじれと長さの不足）があったとし、契約の解除を主張した。原審は、Y

による契約の解除を認め、Xの請求を棄却した。Xは、Yが瑕疵を容易に発見することができたにもかかわらず、点検を怠ったためこれを発見しなかったのであるから保護に値しない、との理由で上告した。

大審院は、まず、本件売買が特定物の売買であることを確認し、次のように判示した。すなわち、「特定物ノ売買ニ於テ、売主ヲシテ民法第五百七十条・第五百六十六条ニ依ル担保責任ヲ負ハシムル為ニハ、契約締結ノ当時ヨリ其目的物ニ隠レタル瑕疵ノ存スルコト」が必要である。そして、五七〇条の「隠れた瑕疵」とは、「契約締結ノ当時、買主ガ過失ナクシテ其ノ存在ヲ知ラザリシ瑕疵ヲ謂フモノト解スベキ」であるとする。しかし、買主が契約締結の際に目的物を点検すれば、容易に瑕疵を発見することができたにもかかわらず、点検を怠ったとしても、「其ノ点検ヲ為サザリシニ付、過失アリト謂フヲ得ザルトキハ、右瑕疵ハ尚隠レタル瑕疵ナリト謂フヲ妨ゲ」ないとした。そして、本件では、契約締結の当時、目的物が税関内に収容処分に付されていたため、Yはこれを点検することができず、Yには過失がないとして、五七〇条の適用を認めた（上告棄却）。

【四】判決は、特定物の売買の場合に、売主が瑕疵担保責任を負うためには、契約の締結時に目的物に隠れた瑕疵が存在することが必要であるとする。そして、この点においては、後の学説が指摘するように、鳩山博士の見解が影響していると思われる。しかし、本件は、特定物の売買に関する事案であり、不特定物の売買にも瑕疵担保責任が適用されるか否かは、争われていない。それゆえ、本判決は、瑕疵担保責任の規定が「特定物売買にだけ」適用されることを明らかにしたわけではない。換言すれば、【四】判決は、瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係については、何ら言及していない。しかも、本件の争点は、「隠れた」瑕疵の解釈であり、右の判旨は、その前置きにすぎない。そうだとすれば、鳩山博士の見解を採用したとされる部分は一般論にすぎず、【四】判決も、あまり重要なものではない。

二小 括

大正一四年判決以前の大審院判例は、必ずしも論理が明確ではなく、しかも、その提示された理論は、傍論にすぎない。換言すれば、いずれの判決の事案も、瑕疵担保責任と債務不履行責任の関係を論じるには、適切なものではなかったといえよう。

これに対して、次の大正一四年判決は、不特定物の売買に瑕疵担保責任の規定が適用されるか否かが争点となり、かつ、判旨も詳細である。大正一四年判決は、後の学説による評価が分かれるものの、大正期を代表する重要な判決であると考えられる。

- (1) 円谷峻「瑕疵担保責任」『民法講座5』(有斐閣、一九八五年)二三四頁。
- (2) 星野英一「瑕疵担保の研究—日本」『民法論集第三卷』(有斐閣、一九七二年、初出一九六三年)一九二頁も、大正五年判決から記述する。その理解は、きわめて適切である。なお、円谷・前掲注(1)二二八頁以下は、大正五年以前の次の判決を摘示する。すなわち、①大判明治三六年二月九日民録九輯一三六三頁、②大判明治四四年九月二五日民録一七輯四九五頁、③大判大正三年三月五日民録二〇輯一四〇頁、④大判大正四年二月二日民録二一輯二二四四頁である。このうち、①は、売主が買主に対して「契約ノ目的物ト異ナル目的物ヲ送致シタ」ため、債務不履行による損害賠償請求がなされた事案であり、瑕疵担保責任は争われていない。また、②と③は、商法五二六条(旧二八八条)に関する。さらに、④は、法律上の瑕疵が五七〇条の「瑕疵」となるか否かが争われたものであり、これを肯定した「最初の大審院判決である」(円谷)という点で重要ではあるものの、瑕疵担保責任の法的性質論と争点を異にする。
- (3) 星野・前掲注(2)一九二頁。なお、円谷・前掲注(1)二三〇頁も、大審院の「論理」が、「結論を導くために直接役立ってはいない」とする。
- (4) ただし、原審の判断は、大審院の判旨の中で触れられているにすぎず、必ずしも明確ではない。そして、大審院も、原判決の決め手は、Xの受領拒絶権の有無ではなく、契約を解除したか否かであり、本件では、Xからの解除の意思表示がなされていないなかったとする。
- (5) 星野・前掲注(2)一九二頁は、この判旨が「こたごたしている」とし、結局は、買主による解除のなかった点が決め手であって、「あまり重要な判例ではない」とする。
- (6) 星野・前掲注(2)一九三頁。
- (7) 円谷・前掲注(1)二二七頁および二三四頁。

(8) 鳩山博士の見解については、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(二)」立教法学七四号一〇七頁以下、特に一〇九―一一〇頁参照(二〇〇七年)。

(9) 円谷・前掲注(1)二三―四頁。

第二款 大審院大正一四年判決の意義

一 大正一四年判決の理解

(1) 判決の紹介

大審院の大正一四年判決【五】は、前述したように、後に「学説に大きな影響と反応をもたらした」と評されて⁽¹⁰⁾いる。しかし、瑕疵担保責任の法的性質について、法定責任説と債務不履行責任説との対立が明確化した後には、それぞれの立場から判例を理解しようとしたため、この判決の真の意義を看過してきたようにも思われる。

【五】 大判大正一四年三月一三日民集四卷二一七頁

買主Xが売主Yからタービンポンプ一台(不特定物)を購入し、引渡しを受け代金も支払った。しかし、隠れた瑕疵(エンジンの発火装置の欠陥)があり、Yが二度にわたって修繕したものの直らなかったため、Xは、五七〇条を根拠に、契約を解除して代金の返還を求めた。これに対して、Yは、不特定物の売買には同条の適用がないと主張した。第一審・第二審ともにXの請求を認容し、Yが上告した。

大審院は、次のように判示した(上告棄却)。すなわち、不特定物の売買において売主が瑕疵のある物を給付したとしても、未だ完全にその義務を履行したとは解されないから、買主はその受領を拒絶することができる。しか

し、買主がこれを受領した場合には、不完全ではあるが契約の履行があつたものと解するのが正当である。そして、買主が目的物の瑕疵を知つて受領したときは、特別の事情がない限り、買主はその給付に満足して受領したと解されるから、その後は瑕疵担保責任を追及しえない。しかし、買主が受領の当時善意であつたときは、「物二関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準トシテ」瑕疵担保に基づく権利を行使しうるとした。その理由は、以下の四点にある。

① 「民法第五百七十条ニハ、其ノ適用ヲ特定物ノ売買契約ノミ制限セルモノト解スベキ文字」はない。

② 「不特定物ノ売買契約締結後、売主及買主ガ契約ニ因リ給付スベキ物ヲ定ムルハ有効ナルノミナラズ、此ノ契約ハ、其ノ物ニ瑕疵ノ存スルノ故ヲ以テ当然無効ニ帰スベキモノニ非サレバ、此ノ時ヨリ以後ハ、特定物ノ売買契約アリタル場合ト類似シ、買主ニ瑕疵担保ニ因ル権利ヲ与フベキヤ否ヤノ問題ニ関シ、彼ト是トヲ區別スベキ理由」はない。

③ 「給付スベキ物ノ選定ニ関シ、斯ル契約ナカリシ場合ト雖モ、苟モ買主ガ売主ノ提供セシ物ヲ受領セル限り、契約ハ不完全ナガラモ履行セラレタルモノト謂フベク、従テ、此ノ場合ニ於テハ、給付スベキ物ハ、売主ガ買主ノ同意ヲ得テ之ヲ指定シ、又ハ其ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シタルトキ特定シタルモノト謂ヒ得ベキガ故ニ、此ノ時期ヲ標準トシテ考フルトキハ、瑕疵担保ノ問題ニ関シ、特定物ノ売買契約ト其ノ取扱ヲ異ニスベキ理由」はない。

④ 仮に不特定物の売買に瑕疵担保責任が適用されないとすれば、買主は完全履行請求権を有するが、これには短期の除斥期間の定めがないため、一〇年の消滅時効（二六七条一項）にかかる。しかしそれでは当事者の地位を不安定にし、民法が「極メテ短キ除斥期間ヲ定メタル精神ニ反」し、「到底是認スルコト」はできない。

(2) 判決の位置づけ

【五】判決は、これまでの大審院判例におけると異なり、不特定物の売買に対する瑕疵担保責任の適用の可否が争われた点に、その特色を有している⁽¹¹⁾。そして、当時の鳩山博士の見解は、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が特定スルカ又ハ少クトモ其選択セラルベキ物ノ範圍ガ特定セルコトヲ要ス」としていた⁽¹²⁾。しかし、【五】判決は、このような見解を採らず、不特定物の売買であっても、「物ニ関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準」として、瑕疵担保責任の適用を認めている。そこで問題となるのは、「危険ノ移転スル時期」がどの時点かであり、判旨は、不特定物の確定（特定）の時（五三四条二項）であるとす。より具体的には、当事者の合意⁽²⁾、またはそのような合意がなくても、買主が物を受領した場合には、四〇一条二項によって特定する⁽³⁾とした。

ところで、前述したように⁽¹³⁾、鳩山博士の見解が登場する以前の、岡松博士に代表される明治・大正期の通説的見解は、瑕疵担保責任が売主の無過失責任であり、その根拠を危険負担に求めていた。そして、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、売主が危険を負うとした⁽¹⁴⁾。

【五】判決が採用したのは、まさに右のような、明治・大正期の通説的見解である。このことは、民事法判例研究会における舟橋諄一博士の評釈からも明らかである。舟橋博士は、【五】判決の趣旨を次のように理解した。すなわち、「民法第五十七条の適用に当り、『隠レタル』なる要件は受領の時に於て存するを要するも、その『瑕疵』自身は目的物の危険移転の時に於て存するを要するとした」とする。そして、「本判決と同趣旨の学説もある」として、横田博士の体系書のほか、岡松博士の『無過失損害賠償責任論』と曄道博士の論文⁽¹⁵⁾を摘示している⁽¹⁶⁾。

しかし、舟橋博士は、「通説」として、末弘博士と鳩山博士の各著作を挙げ、瑕疵担保責任が「契約の当時特定

せる物にのみ適用」があるとした。⁽¹⁷⁾そして、同博士は、このような「通説」の立場から、【五】判決を批判した。

二 大正一四年判決に対する批判

(1) 舟橋博士による批判

舟橋博士の批判は、後の判例および学説に決定的な影響を及ぼすものであるため、やや詳しく紹介する。⁽¹⁸⁾

まず、民法上、債務不履行責任と瑕疵担保責任の重要な差異は、後者によると、完全履行請求権が認められず、買主は、解除と損害賠償を請求しうるに「とどまる」ことにある。それゆえ、もし「不特定物の売買についても、買主が受領したる以上、常に瑕疵担保の規定の適用あり」とすれば、その物が瑕疵があるために全く役に立たない場合にも、買主は、他の完全な物と「取り代へさせること」ができず、売主も、「改めて他の完全なる物を給付せむと欲しても、許されない」こととなる。そこで、舟橋博士は、この点が「どうも不当に考へられるので」、判旨の見解には「贅意を表し」かね、「通説」に従うとする。

しかし、舟橋博士は、瑕疵担保責任の適用が特定物の売買に限られるとしても、「通説」のように、「契約当時の特定物に限る」とするのは、判旨②が指摘するように、「確かに狭すぎる」とする。すなわち、当事者の合意による特定を認める判旨②を考慮して、「契約当時は不特定物であっても、契約成立後当事者の合意に依る特定があったため、他の物を以て代ゆるを許さざる関係の生じた場合には、もはや債務不履行の問題を生じ得ないのであるから、契約当時特定せる場合に準じ同一に取扱って然るべきである」とした。⁽¹⁹⁾

これに対して、判旨③については、舟橋博士も「全然理由がない」として、これを否定する。なぜなら、「合意に因る特定なき場合に於て、かかる、主として危険負担の時期を分つがための特定あるに因って、常に、完全なる物の請求権を失はしめる」のは、「不当だからである」。⁽²⁰⁾

結局、右の舟橋博士の評釈によれば、「通説」からの【五】判決に対する批判は、不特定物の売買に瑕疵担保責任の適用を認めることではなく、当事者の合意による特定②がないのに、買主の物の受領による特定③を認めた点にある。換言すれば、不特定物の売買であっても、当事者が合意によって目的物を特定すれば、以後は瑕疵担保責任の適用が認められることには、異論がない。

なお、判旨④は、不特定物の売買について短期の除斥期間を認めない「通説」に対する批判となる。しかし、舟橋博士は、債務不履行責任についても信義則の適用があり、また、商法五二六条(旧二八八条)が不特定物の売買にも適用があるため、「少なくとも商人間の売買については判旨の非難を免れ」うると反論した⁽²¹⁾。

さらに、舟橋博士は、本件事案を次のように分析する。すなわち、「通説の立場よりすれば、本件は純然たる債務不履行となるべき事案」であって、大審院も原告が債務不履行に基づく解除を主張すれば、「そのまま通したであらう」とする。ただし、「原告側としては、民法第五百四十一条の要求する『相当の期間を定めたる催告』の点に不安を感じたものか瑕疵担保を請求」したため、「裁判所は之を敗かすに忍びず、その結果として出来上った」のが、【五】判決では「あるまいか」、との推測を述べている⁽²²⁾。しかし、この点は、舟橋博士の推測にすぎず、客観的な根拠があるわけではない。しかも、「通説の立場よりすれば、このようにも理解できるということであって、判旨が前提としたのは、ここにいう「通説」ではないことには、注意をすべきであろう。

(2) 勝本博士の批判

右の舟橋博士の評釈よりやや後になるが、【五】判決に対する詳細な検討を加えたモノグラフィとして、勝本正晃博士の「不完全履行序論」(昭和四年)⁽²³⁾がある。勝本博士が【五】判決を大きく取り上げたのは、この判決が、「恐らく今後我国の判例を指導すべき重大なる意義を有する」と考えたからである。そこで、勝本博士は、【五】判決に対し、「厳正なる批判を加えて置く必要がある」とする⁽²⁴⁾。というのも、同博士は、基本的には鳩山博士の見解

に従い、瑕疵担保責任が「本質上、原始的（一部）不能に関する」ものであって、特定物の売買のみに適用されると解しているからである。⁽²⁵⁾

ところで、勝本博士も、【五】判決が、目的物の危険の移転の時を基準として売主が瑕疵担保責任を負うとする点において、横田博士らの明治・大正期の通説的見解に基づくとする。⁽²⁶⁾しかし、舟橋博士の評釈を引用しつつ、判旨③を批判する。すなわち、判旨③は、買主の物の受領によって、四〇一条二項の特定が生じるとしたが、「物に瑕疵があっても尚ほ特定するか否か」、つまり、「危険が移転するか否かが問題となる（五三四条参照）」とする。⁽²⁷⁾そして、「完全物」であれば、「四〇一条二項により特定することは明かである」。しかし、「不完全履行に就いては、四〇一条二項に受領と云ふ事実が加はると特定すると云ふことは条文上の根拠が無く、しかもこれにより、買主が完全履行の請求をすることができなくなるのは不当であるとした。⁽²⁸⁾

これに対して、当事者の合意による特定を認めた判旨の②は、勝本博士も、「正当である」とする。すなわち、不特定物の売買契約締結後に、当事者が契約によって目的物を定めた場合には、このような「契約は有効」であり、「其結果、契約解釈上新なる特定債権が成立する」。そして、この場合には、「爾後、瑕疵担保の規定が適用」されるとする。⁽²⁹⁾ただし、不特定物の特定に関する当事者の契約は、買主が「瑕疵の存することを知りつつ」物を受領したとしても、それが「積極的な履行の認容とならざる限り」、認められない。⁽³⁰⁾なぜなら、「不完全履行は、特定物の履行の場合と異なり、本質上履行ではないから、債権者は之を有効に受領する」ことができないからである。⁽³¹⁾しかし、債権関係は、「当事者間の契約並びに合致したる意思」によって決せられる。それゆえ、債務者が不完全な履行をしたとしても、債権者が「之を完全なる履行として認容し、即ち、其不完全を免除して目的物を受領したるとき、又受領後かかる認容行為ありたるときは、債務者の意思と債権者の意思との間に、履行せられたる物を以て給付の目的として特定せしめ、且つ、不完全を消滅せしむる点に就き合意あるものと云ふべきである」とする。

そうして、「かかる意思の合致は法律上有効と認むべきである」とした。⁽³²⁾

なお、除斥期間に関する判旨の④については、勝本博士も、「一応理由はある」とする。⁽³³⁾しかし、買主の受領後に「相当なる時日を経過し」、売主も「履行の完全なるべきことを確信するに至りたる」ときは、「信義衡平」に基づき、売主に「特定の抗弁」を認め、買主の売主に対する完全履行請求権を否定すべきであるとした。⁽³⁴⁾

以上の勝本博士の見解をまとめると、次の四点となる。

まず、(a)瑕疵担保責任は、「売買の有償契約の性質に基づき」、買主を保護するための法定責任であって、特定物の売買のみに適用される。⁽³⁵⁾これに対して、(b)不特定物の売買においては、売主が瑕疵のある物を給付しても、「特定を生ずることはあり得ない」(判旨③を否定)ため、瑕疵担保責任の「規定は適用の余地が無い」。⁽³⁶⁾ただし、(c)売主が瑕疵のある不特定物を引き渡したとしても、買主がこれを「完全なる履行として認容」した場合には、売主と買主の合意(契約)によって、その物が「給付の目的として特定」する。これは、判旨②を基本的には認めつつ、当事者の合意による特定が、単に瑕疵の存在を知って買主が物を受領しただけでなく、「完全なる履行として認容」したときにはじめてなされる、とするものである。

なお、(d)不特定物の売買に瑕疵担保責任の適用がないとすれば、判旨④が指摘したように、「短期の除斥期間を認めたる法律の趣旨に反する」。⁽³⁷⁾しかし、買主の完全履行請求権は、相当な期間で信義則によって制限される。このことを、勝本博士は、売主が「特定の抗弁権」を有すると説明した。

三 小括

(1) 舟橋・勝本両博士の見解のまとめ

以上のように、大審院大正一四年判決【五】についての舟橋博士と勝本博士の見解は、ほぼ一致している。その

要旨は、すでに勝本博士の見解の要約によって明らかであろう。しかし、両見解は、後の最高裁昭和三六年判決の基礎となる重要なものであるため、やや繰り返し返しとなるが、以下に簡潔にまとめておく。

まず、両見解ともに、【五】判決が、岡松博士や横田博士の見解（明治・大正期の通説的見解）を採用したものである、と解する点では一致している。これに対して、舟橋博士と勝本博士は、すでに「通説」となっていた鳩山博士の見解を支持し、瑕疵担保責任が特定物の売買のみに適用される法定責任であるとする。そして、このような「通説」の立場から、【五】判決を批判している。その批判は、特に判旨③に集中する。すなわち、不特定物の売買の場合には、売主が瑕疵のある物を買主に引き渡し、買主がこれを受領しても、四〇一条二項によって特定することはない。なぜなら、この場合にも特定を認めると、買主が完全履行請求権を行使できなくなつて、不当であるからである。

しかし、不特定物の売買であっても、当事者が合意（契約）によって目的物を特定することは認められる（判旨②を肯定）。ただし、売主が瑕疵のある物を引き渡し、買主がその瑕疵を知りながら受領しても、それだけでは合意による特定は認められない。なぜなら、買主が瑕疵の存在を知つて受領したとしても、その瑕疵については、「別に損害賠償、代金の減額等の救済を為す意思あるものと解するのが正当」⁽³⁸⁾だからである。それゆえ、不特定物が当事者の合意によって特定するのは、買主が瑕疵の存在を知つて受領し、その物の引渡しを「完全な履行として認容」したときである（勝本）。

なお、判旨④には「一応理由はある」（勝本）が、買主の売主に対する債務不履行責任の追及も、物を受領した時から相当な期間が経過した後には、信義則によって制限され、また、商人間の売買では、商法五二六条が適用されるとする。

- (2) 大審院大正一四年判決から最高裁昭和三六年判決への架橋

では、大審院大正一四年判決が、鳩山博士の見解を採用せず、岡松博士らの見解を採ったのは、なぜであろうか。この問題は、とりわけ、大審院大正一三年判決【四】が、特定物の売買に関する事案における傍論ではあるが、鳩山博士の見解を意識していたことを考えると難問である。そして、これは単なる憶測にすぎないが、大審院が岡松博士らの見解を採用した理由として、次の二点を指摘することができよう。

第一は、沿革のないし学説史的な理由である。すなわち、後の通説を形成する鳩山博士の見解が公にされたのは大正九年（一九二〇年）であった。しかも、その見解は、いまだ法定責任説の骨格を示したにすぎず、とりわけ、【五】判決において争点となった不特定物の売買への瑕疵担保責任の適用の有無について、鳩山博士は何ら答を用意していなかった。そして、法定責任説が通説を形成するのは、後に述べるように（第四節）、昭和期に入ってからである。そうだとすれば、【五】判決が、大正一四年当時になお通説であったと考えられる岡松博士らの見解を採用したのも、無理からぬことであつたと解される。

しかしそのみならず、第二に、より重要な点は、岡松博士らの見解が、以下に述べるように、民法典の規定の文理解釈に合致していることである。すなわち、岡松博士のように、瑕疵担保責任が無過失責任であることの根拠を危険負担の法理に求めると、特定物の売買については、契約締結時に危険が売主から買主に移転し（五三四条一項）、買主は、売買契約前に生じた瑕疵について、売主に対してその担保責任を追及することができる。また、不特定物の売買に関しては、「第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から」、危険が買主に移転することとなり（五三四条二項）、買主は、その時までの瑕疵についての担保責任を売主に問うことができる。そして、四〇一条二項は、「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し、又は債権者の同意を得てその給付すべき物を指定した時」に不特定物が「確定」するとする。そこで、【五】判決は、判旨③において、買主が物を受領したときは、この四〇一条二項の規定するいずれかの場合に該当するとした。この点が舟橋博士らによって批判されたこと

は、前述のとおりである。しかし、不特定物の「確定」(特定)は、四〇一条二項に規定する二つの場合のほかにも、両当事者の合意(契約)によっても特定する。このことは、契約自由の原則から明らかであり、学説上も異論がない。そこで、【五】判決は、判旨②において、当事者の合意による特定を認め、それ以後は、瑕疵担保責任の適用があったとした。そしてこの点については、舟橋博士らの「通説」からも、正当であるとして、異論は出されなかった。ただし、勝本博士は、合意による特定のためには、買主が瑕疵の存在を知って受領しただけではなく、それを「履行として認容」したことが必要であるとした。この勝本博士の見解を容れて、【五】判決を改めたのが、後述の最高裁昭和三六年判決である。

そうだとすれば、大審院大正一四年判決【五】とそれに対する舟橋・勝本の両博士の批判が、最高裁昭和三六年判決を形成したと解される。もともと、この最高裁判決までには、大審院がその架橋となる判決を著している。そこで、次款においては、大正一四年以降の大審院判決を概観する。

- (10) 円谷・前掲注(1)二三四頁。
 (11) ただし、星野・前掲注(2)一九三頁は、この問題に対する判旨が、「上告理由に答えた」にすぎず、「実質的にあまり重要な判例とはいえない」とする。
 (12) 鳩山秀夫『日本債権法各論下』(岩波書店、一九二〇年)三五二頁。なお、野澤・前掲注(8)一一〇頁参照。
 (13) 野澤・前掲注(8)八四頁以下、特に八七頁。
 (14) ただし、曄道博士は、瑕疵あるの不特定物が民法四〇一条二項によっては特定することなく、その特定には常に当事者の合意が必要であるとした(野澤・前掲注(8)九二頁)。
 (15) 岡松博士の『無過失損害賠償責任論』については、野澤・前掲注(8)九六頁以下参照。また、横田博士および曄道博士の各著作については、野澤・前掲注(8)八八頁以下に詳しい。
 (16) 舟橋諄一『判例民事法大正一四年度』(有斐閣、一九二七年)一六〇頁。
 (17) 舟橋・前掲注(16)一六〇頁。

- (18) 次節において述べるように、最高裁昭和三十六年判決は、この舟橋博士の評釈を前提に、大正一四年判決を修正したものである。また、学説も、後述のように、昭和の初期の見解が同評釈をそのまま再説するのみならず、星野・前掲注(2)一九八頁も、同評釈の理解を前提とする(後注(22)参照)。
- (19) 舟橋・前掲注(16) 一六一―一六二頁。
- (20) 舟橋・前掲注(16) 一六二頁。
- (21) 舟橋・前掲注(16) 一六二―一六三頁。
- (22) 舟橋・前掲注(16) 一六三頁。星野・前掲注(2)一九八頁は、この部分を強調し、大正一四年判決の「瑕疵担保と不特定物売買に関する一般論は、要するに重要でない」と結論する。
- (23) 勝本正晃「不完全履行序説」『民法研究第一巻』(厳松堂書店、一九三二年、初出一九二九年)一三七頁。
- (24) 勝本・前掲注(23) 二二二頁。
- (25) 勝本・前掲注(23) 二〇三―二〇四頁。もつとも、勝本博士は、瑕疵担保責任による損害賠償については、「常に価格に相応する範囲に止まる」とし、「瑕疵担保の対価的制限」を主張する(同二一〇頁)。この点は、次節において検討する。
- (26) 勝本・前掲注(23) 二二二頁。
- (27) 勝本・前掲注(23) 二二一―二二二頁。
- (28) 勝本・前掲注(23) 二二四―二六頁。
- (29) 勝本・前掲注(23) 二二四頁。
- (30) 勝本・前掲注(23) 二二―二三三頁。
- (31) 勝本・前掲注(23) 二四〇頁。
- (32) 勝本・前掲注(23) 二四〇―二四一頁。
- (33) 勝本・前掲注(23) 二二七頁。
- (34) 勝本・前掲注(23) 二二七頁、二三二―二三三頁。
- (35) 勝本・前掲注(23) 二三九頁。
- (36) 勝本・前掲注(23) 二三二頁。
- (37) 勝本・前掲注(23) 二二七頁。
- (38) 勝本・前掲注(23) 二三三頁。

第三款 大正一四年以降の大審院判決

一 昭和三年判決まで

(1) 大審院判決の概要

大審院は、大正一四年判決【五】以降、次の二つの判決【六】・【七】においては、従来の立場を踏襲している。しかし、昭和三年の判決【八】では、「通説」からの批判を考慮し、【五】判決を若干修正する。そして、昭和三年より後の判決では、勝本博士の見解（昭和四年）を大きく採り入れた、と解することができる。

以下の記述では、便宜的に、大審院が学説の「批判を受け入れた」⁽³⁹⁾とされる昭和三年判決までと、それ以降の判決とに、時期を分けることとする。

(2) 従来の立場を踏襲した判決

次の判決は、特定物の売買に関する事案で、【五】判決と直接には関連しない。

【六】 大判大正一五年五月二四日民集五卷四三三頁

Xは、その所有する樅板をYに売却し、これを引き渡した。XがYに対して代金の支払を請求したところ、Yは、引き渡された物が見本品と異なる粗悪品であり、未だ引渡しがないとの理由でこれを拒絶した。原審は、Yの主張を容れて、Xの請求を棄却した。X上告。その上告理由は、Yが瑕疵担保責任を主張して代金減額または解除を主張するのは「格別」、「直二代金支払ノ義務ヲ拒否スル」ことはできない、というものであった。

大審院は、Xの上告を容れ、次のように判示して、原判決を破棄差戻しとした。すなわち、特定物の売買において、売主の「給付シタル物が見本品ト異リタルトキハ、瑕疵担保ノ責ニ任ズベキモノナルト同時ニ、買主ハ民法第

五百七十条第五百六十六条ノ規定ニ基キ、或ハ契約ヲ解除シ又ハ損害ノ賠償ヲ請求シ得ベキモ、債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ニアラズトシテ、之ガ受領ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトス」。

この判決は、特定物の売買について瑕疵担保責任の適用を認め、買主は、売主の債務不履行を主張して物の受領を拒むことができないとする。その意味では、特定物の売買には債務不履行責任の適用がないとするものであり、【四】判決と同じく、鳩山博士の見解を採用した判決であると解される。もともと、この命題から「何を引き出す趣旨かはかならずしも明らかでなく、一応、買主は、「解除しない限り代金債務を免れないとする趣旨」であるとされている。⁽⁴⁰⁾ そうだとすれば、その旨を判示すれば足り、買主が売主の債務不履行を主張できないとした判旨は、傍論にすぎない。

これに対して、次の判決は、不特定物の売買に関する事案であり、大正一四年判決【五】を引用して、これを踏襲した。

【七】 大判昭和二年四月一五日民集六卷二四九頁

缶詰業者であるXは、Yから缶詰用のブリキ板（不特定物）五三〇箱を買い受けた。ところが、引き渡された物の一部が契約に適合せず、XがYに対して新たな履行の催告をした。Yがこれに応じなかったため、Xは、Yに対して、契約を解除し、代金の返還および損害賠償を求めた。原審は、商人間の売買においては、「特定物タルト不特定物タルトヲ問ハズ」商法五二六条（旧二八八条）の適用があるとし、Xがその検査・通知義務を怠ったとの理由で、Xの請求を棄却した。Xは、不特定物の売買には商法五二六条の適用がない、として上告した。

大審院は、「種類売買ニ於テ」、売主が「同種類ノ物」を給付し買主がこれを受領したときは、その物が「契約所

定ノ条件ニ欠クル所アルモ、不完全ナガラモ尚契約ノ履行アリタルモノト解スルヲ正当」とするとして、大正一四年判決を引用した。そして、本件では、債務不履行責任ではなく、瑕疵担保責任が適用されるとした。

【七】判決の争点は商法五二六条の適否であり、右の判旨は傍論にすぎない⁽⁴¹⁾。その意味では、この判決も重要ではない。ただし、この判決に対する小町谷操三博士の評釈は、当時の判例および学説に若干の影響を及ぼした⁽⁴²⁾。

小町谷博士は、まず、不特定物の売買にも瑕疵担保責任の適用を認めた大正一四年判決【五】、および、これを踏襲した【七】判決に、「大に賛成する」。なぜなら、不特定物の売買に瑕疵担保責任の規定が適用されない⁽⁴³⁾と、短期の除斥期間（五六六条三項）の適用もなく、特定物の売買との間で「甚だ権衡を失」するからである。しかし、反対に、不特定物の売買においても瑕疵担保責任が適用されると、買主は完全履行を請求することができず、売主もまた「完全な物の提供を為すことを得ない不便がある」。そこで、この不都合を回避するため、小町谷博士は次のように主張した。すなわち、「抑も瑕疵担保の制度は、売買の当事者双方にとって給付の目的物に意外な瑕疵」があり、その「意外な瑕疵を発見した後、長年月を経過」して、法律関係が複雑になるのを防ぐことを目的としている。そうだとすれば、「此目的を害さざる限り、買主に他の給付の請求権を与えると共に」、売主も契約をした目的を達することができるのであれば、新たな給付の提供をなしうるものと解するのが、「最も当事者の意思に合致し、条理に適ふもの」である⁽⁴⁴⁾。

右の見解は、買主に瑕疵担保責任と債務不履行責任との選択を認めるものであり、後に併存説と称せられる⁽⁴⁵⁾。しかし、この見解に対しては、勝本博士が直ちに、次のような批判をした。すなわち、両責任の選択は、「条文上の根拠を欠く」のみならず、理論的にも、「一方に於て特定を認めつつ他方に於て之を認めざる矛盾を包含する」⁽⁴⁶⁾。しかも、このような買主の選択権を認めると、「売主の地位は極度に不安となり」、かえって、「取引の迅速明確なる

解決、及び売主の保護が達せられ⁽⁴⁷⁾ないとする。しかし、大審院は、次の昭和三年の判決【八】において、小町谷博士の見解を採用した。

(3) 大審院昭和三年判決とその評価

昭和三年の大審院判決は、大正一五年判決【六】による差戻後の二度目の上告審判決である。

【八】 大判昭和三年一月二日民集七卷一〇七一頁

事案は、【六】と同じである。勝訴した売主が買主に対して強制執行をしたところ、買主は、引き渡された縦板の瑕疵により損害を被ったとし、その損害賠償請求権と代金支払義務とを対当額で相殺したと主張した（請求異議の訴え）。原審は、買主の損害賠償請求権が五七〇条・五六六条三項の適用によって消滅したとして、買主の主張を認めず、買主が上告した。

大審院は、【六】におけるとは異なり、本件を不特定物の売買であるとした。そして、不特定物の売買において、売主が瑕疵のある物を引き渡したときは、「債務ノ本旨ニ従フ履行」ではなく、「此ノ場合ハ唯債務不履行ノ問題ヲ生ズルニ止マリ、瑕疵担保ノ責任ノ如キハ又之ヲ云々スルノ余地無キコト」が、「本来ノ法意」であるとする。しかし、瑕疵担保責任も「漸次其ノ適用ノ範囲ヲ拡張シ」、不特定物の売買にも適用されるとする。そして、不特定物の売買においては、買主は、(a)瑕疵のある物の引渡しを拒み、売主に対して瑕疵のない物の引渡しを請求することもできるが、(b)「当該物ノ引渡」を「履行トシテ之ヲ受領」し、瑕疵担保責任を問うこともでき、(a)と(b)のどちらを「選バヤハ固ヨリ買主ノ任意」であるとする。ただし、「一旦」(b)の方法を選択した以上、買主は、債務不履行を主張して損害賠償を請求することはできない。そうして、本件では、買主は瑕疵担保責任を主張したため、その権利はすでに除斥期間の経過によって消滅しているとした。

右の【八】判決を評釈した鈴木竹雄博士は、この判決が、買主に債務不履行責任と瑕疵担保責任の「両者の権利を選択的に認め」るものであり、「大体に於て小町谷博士の提唱に近づかんとするもの」であるとした。⁽⁴⁸⁾しかし、鈴木博士は、これに対する勝本博士の批判を容れ、このような選択権を認めることは、「結局債務不履行責任に瑕疵担保の責任をも加重的に負担せしめたことと」なつて、「却つて売主に不利益なる結果となる」とした。⁽⁴⁹⁾そして、鈴木博士は、特定物の売買と不特定物の売買とを「本質的に同一視する」ことはできず、不特定物の売買の方が売主の責任が「重いのは固より当然の事理」であつて、これには瑕疵担保責任の適用がないとする。そうして、商法五二六条の検査・通知義務を「更に抽象化して一般の買主にも」認めることによつて、売主の保護をも図るべきであるとした。⁽⁵⁰⁾

(4) 小 括

大正一四年判決【五】以降、大審院は、しばらくの間は、その基本的な立場を堅持していた。しかし、学説の批判は厳しく、大審院も昭和三年判決【八】では、「通説」(法定責任説)との妥協を図る小町谷博士の見解を容れ、不特定物の売買における買主は、債務不履行責任を主張することもでき、また、瑕疵担保責任を選択することもできるとした。これに対しても、「通説」は厳しい批判を加え、そのような選択権を認める根拠がなく、かつ、その選択によつて売主の利益が害されるとした(勝本・鈴木)。

ところで、大正一四年判決【五】について、「通説」は、不特定物の売買でも、当事者の契約によつて目的物が特定すれば瑕疵担保責任の適用が認められる、ということには異論がなかった。そこで、大審院も次第に、この点を理論的に精緻化した勝本博士の見解に従ふこととなる。

二 昭和三年判決以降

勝本博士の「不完全履行序論」が公にされたのは、昭和四年のことである。その要点は、前述したことの繰り返しとなるが、次のようである。すなわち、瑕疵担保責任は特定物の売買のみに適用され、不特定物の売買には「適用の余地が無い」。ただし、売主が瑕疵のある不特定物を引き渡した場合において、買主が瑕疵の存在を知って受領しただけでなく、これを「履行として認容」したときは、売主と買主の合意（契約）によって、その物が「給付の目的として特定」し、以後は瑕疵担保責任が適用される。つまり、合意による特定のためには、買主が瑕疵の存在を知って受領し、それを「履行として認容」したことが必要である。そして、昭和三年判決【八】を批判された大審院は、次の判決以降、この勝本博士の見解に近づいてゆく。

【九】 大判昭和六年二月一〇日新聞三三三六号一三頁

事案の詳細は不明であるが、粗竹（不特定物）の売買において、売主の代金支払請求に対し、送付された粗竹が契約と異なることを理由に買主がその支払を拒絶した。

大審院は、昭和三年判決【八】を引用した後に、次のように判示した。すなわち、「買主ニ於テ一旦瑕疵アル物ヲ履行トシテ認容シ受領シタル以上ハ、爾後、売主ニ対シ、瑕疵担保ノ責任ヲ問フハ格別、更ニ瑕疵ナキ物ノ給付ヲ請求スル権利ヲ有セズ」。それゆえ、買主は、「其ノ給付アル迄代金支払ヲ拒絶シ得ベキ同時履行ノ抗弁権ヲ有スルモノニ非ズ」（買主の上告を棄却）。

【九】判決は、不特定物の売買において、買主が瑕疵のある物を「履行トシテ認容シ受領シタル」ときは、買主は売主に対して瑕疵担保責任を問うことができるが、債務不履行責任を追及することはできないとした。そして、本判決の引用する【八】判決が、「履行トシテ之ヲ受領」という表現を用いていたのに対し、本判決では、はじめて

「履行トシテ認容シ受領シタ」という表現が用いられる。この表現には、勝本博士の見解が大きく影響したと考えられる。そして、この【九】判決も、これまでの判決におけると同じく説明不足の感があるが、勝本博士の見解を参照すれば、次のようにならう。すなわち、【九】判決は、不特定物の売買であっても、買主が瑕疵の存在を知りつつ、売主の引き渡した物を「履行トシテ認容シ受領シタ」ときは、合意による特定が認められ、以後は瑕疵担保責任が適用されるという趣旨である。そして、この判決が、後の最高裁昭和三六年判決の原型である。次の判決も、不特定物の売買に関するものである。

【二〇】 大判昭和六年四月二日新聞三二六五号九頁

新聞用紙の商事売買で、売主からの代金支払請求に対し、買主が「債務ノ本旨ニ副ハザル物」であるとして、代金の支払を拒んだ事案。

大審院は、不特定物の売買において、売主が買主に「債務ノ本旨ニ副ハザル物ヲ給付」したとしても、その物が「契約ノ目的物ト種類ヲ同フスル場合」には、「債務ハ茲ニ不完全ナガラモ履行セラレタルモノト」解され、瑕疵担保責任が適用されるとした。そして、先例として大正一四年判決【五】を挙げ、「未ダ之ヲ改廃スルノ必要ヲ見ザルモノトス」と判示した（買主の上告を棄却）。

【二〇】判決は、事案も明確ではなく、判旨も「あまりはっきりしない書き方」⁽²¹⁾である。そして、次の判決は、大審院民事判例集に搭載されたものではあるが、その判旨も明確でない。

【二一】 大判昭和六年五月一三日民集一〇卷二五二頁

山羊毛の見本売買に基づき、売主Xから買主Yに山羊毛が引き渡された。Xの残代金の支払請求に対して、Yは、山羊毛が見本と異なり品質が粗悪であるとし、Xの債務不履行に基づく損害賠償債務と代金債務との対当額での相殺を主張した。なお、Yは、引き渡された山羊毛が粗悪品であることを知りつつ、これを費消していた。原審は、Yが山羊毛を費消しているため、瑕疵担保責任のみを主張することができ、Xの債務不履行責任を問うことはできず、しかも、瑕疵担保責任はすでに除斥期間の経過によって消滅しているとした。Yは、鳩山博士と末弘博士の見解を引用し、不特定物の売買には瑕疵担保責任が適用されない、との理由で上告した。

大審院は、Yが「売買ノ目的物タル山羊毛ノ引渡ヲ受ケ、而カモ之ニ瑕疵アルコトヲ知リツツ費消シ尽シタル場合ニハ、買主トシテ自ラ満足シタルモノト云フベク、最早債務不履行ヲ原因トシテ損害賠償ノ請求ヲ為シ得ベカラザルコトヲ説示」した原判決が妥当であるとして、Yの上告を棄却した。

この【一二】判決は、買主が「瑕疵アルコトヲ知リツツ費消シ尽シタル場合」も、【九】判決にいう「履行トシテ認容シ受領シタ」場合に当たるとするものである。判旨は、「いくぶん舌足らず」⁽³²⁾な感はあるが、原判決を用いてその判断を妥当としたものであり、やむをえない面もある。

次の【一二】判決は、最高裁昭和三六年判決の前に、不特定物の売買に対する瑕疵担保責任の適用の可否が問題となった、最後の大審院判決である。その判旨は、必ずしも明確ではないが、【九】判決以降の大審院の立場を踏襲するものであると解される。

【一二】 大判昭和八年一月一四日民集一二卷七一頁

Xは、Yとの間で、Yの製作する「特許三益三年式糊摺土臼」という機械（不特定物）の一手販売契約を締結し

た。ところが、本件機械には、Yの宣伝した性能はなく、Xは、Yとの契約を解除し、契約締結時にYに納入した保証金の返還を求めて訴えを提起した。原審は、Yには債務不履行がないとの理由で、Xの請求を棄却した。X上告。

大審院は、まず、本件が不特定物の売買であり、その不特定物の瑕疵があるときは、買主は、売主に対し、債務不履行責任を追及することができるとする。ただし、その場合に、「買主ニ於テ、兎モアレ当該物ノ給付ヲ受領スルト共ニ、飜ツテ此ノ特定物ニ就キ、売主ニ対シ其ノ瑕疵担保ノ責ヲ問フコトハ、是亦法規ノ禁ズルトコロニ非ズ」とし、買主が売主に対して、「約旨ニ適合スル物ノ給付ヲ請求スル」か、または「瑕疵担保ノ責任ヲ問フ」かは、買主の「選択ニ従」うとした。もつとも、本件では、このような選択は問題とならず、「目的タル給付ハ始メヨリ不能ナルモノトシテ、売買契約ソノモノハ当然無効」であるとして、原判決を破棄差戻しとした。

右の【二二】判決は、原始的不能を理由に買主による解除も不要であるとして、その保証金返還請求を認めためたものであり、やや特殊なケースである。しかし、一般論ではあるが、不特定物の売買において、買主が「物ノ給付ヲ受領スル」ことよって「特定物」となり、売主に対して瑕疵担保責任を問うことができるとし、結局、債務不履行責任と瑕疵担保責任とは買主の選択による点では、これまでの大審院の立場を踏襲している。

第四款 大審院判決のまとめ

一 大審院判決の評価

以上の大審院判決については、後の最高裁昭和三六年判決をも含めて、学説により、次のように評されている。

すなわち、「一般理論の立言はきわめて詳細周到になされているのに、具体的な結論を導くにあたつてのきめ手となつた点はどこにあるのかについては説くところ少なく、これを発見するのが困難であるものが多い」⁽⁵³⁾。この指摘は、債務不履行責任と瑕疵担保責任に関する判旨の多くが傍論にすぎないことを考えると、きわめて適切であると解される。

しかし、大審院の大正一四年判決【五】以前の判決には、理論的な混乱が見られるものの、それ以降の判決は、少なくとも論理的には一貫している、と考えることができる。すなわち、大審院大正一四年判決【五】は、岡松博士や横田博士らの見解を採用し、不特定物の売買であっても、「物ニ関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準」として、瑕疵担保責任の適用を認め、その「危険ノ移転スル時期」として、当事者の合意、またはそのような合意がなくても、買主が物を受領した場合には、四〇一条二項によつて特定するとした。これに対して、学説は、瑕疵のある物の給付によつては特定の効果は生じないとし、四〇一条二項による特定を批判した。しかし、当事者の合意によつて特定することは、舟橋博士や勝本博士も否定していない。そこで、この後の判決では、単なる受領による特定ではなく、当事者の合意による特定が重視され、その内容の精緻化が図られる。この点において、理論的な支柱となつたのが、勝本博士の見解（昭和四年）であつた。同博士は、合意による特定のためには、買主が瑕疵の存在を知つて受領しただけではなく、それを「履行として認容」したことが必要であるとした。そして、昭和六年判決【九】では、はじめに「履行トシテ認容シ受領シタ」という表現が判旨に用いられ、その後の大審院判決も、基本的にはこの考えを維持した。

二 瑕疵担保責任と債務不履行責任の選択について

ところで、大審院の昭和三年判決【八】に対する小町谷博士の評釈は、不特定物の売買における買主に、瑕疵担

保責任と債務不履行責任の任意の選択を認める点で、勝本博士らに批判された。しかし、勝本博士の見解によって、瑕疵担保責任と債務不履行責任とが買主によって選択されることには、留意しなければならない。すなわち、勝本博士は、不特定物の売買において、買主が瑕疵の存在を知りながら「履行として認容」し受領すれば、合意によって目的物が特定し、以後は瑕疵担保責任を問うことができるとする。しかし、このことは、買主が瑕疵の存在を知りながら物を受領しても、「履行として認容」しない限り、売主の債務不履行責任を追及しうることを前提としている。換言すれば、不特定物の売買における買主は、売主が瑕疵のある物を給付しても、(a)その受領を拒み(あるいは受領しても)、売主に対して完全履行を請求する(債務不履行責任)か、または、(b)瑕疵の存在を知りながら受領し、それを「履行として認容」して、瑕疵担保責任を主張するかを選択することができることとなる。そして、勝本博士の見解を採用した後も、大審院が昭和三年判決【八】を維持し、瑕疵担保責任と債務不履行責任との選択を買主に認めた(二二)のも、実質的には、大審院の立場と勝本博士の見解との間に齟齬がない、と考えたからであろう。

では、勝本博士の小町谷博士に対する批判の要点は、どこにあったのか。それはおそらく、小町谷博士が、目的物の特定を認めて、買主が売主に対して瑕疵担保責任を追及しうる場合にも、なお「買主に他の給付の請求権を与える」(小町谷)点が、「一方に於て特定を認めつつ他方に於て之を認めざる矛盾を包含する」(勝本)という批判となったと考えられる。つまり、勝本博士も含めて学説は一般に、瑕疵担保責任では完全履行請求が認められず、買主が「履行として認容」して瑕疵担保責任を選択した以上は、もはや完全履行請求が認められない、と解している。にもかかわらず、これを肯定した小町谷博士の見解が、当時は受け入れられなかったのであろうと思われる。

ここでもう一つ注意しなければならないのは、大審院の判決(後の最高裁判決も含む)や勝本博士らのように、買主による瑕疵担保責任と債務不履行責任の任意選択を認める考え方は、両責任の本質的な同一性を前提としてい

ることである。このことは、当時の学説によっては意識されていないが、その出発点となった岡松博士の見解が、瑕疵担保責任を危険負担の法理によって基礎づけていたことを考慮すれば、容易に推測できよう。すなわち、瑕疵担保責任も危険負担の法理に基づく契約責任であり、債務不履行責任とその基礎（契約責任）を同じくする。ただし、瑕疵担保責任（危険負担）は、売主が無過失の場合にも、換言すれば、瑕疵が不可抗力によって生じた場合にも認められるものであって、不可抗力による債務者の免責が認められる債務不履行責任と同じではない。

しかし、右のような理解ができるにもかかわらず、鳩山博士の見解を受け継いだ昭和の学説は、判例法とは全く異なる独自の展開を遂げ、「通説」としての法定責任説を構築してゆくこととなる。

- (39) 円谷・前掲注(1) 二二七頁。
- (40) 星野・前掲注(2) 一九三頁。
- (41) 星野・前掲注(2) 一九四頁。
- (42) 小町谷操三『判例民法昭和二年度』(有斐閣、一九二九年) 二二〇頁。
- (43) 小町谷・前掲注(42) 二二二―二二三頁。
- (44) 小町谷・前掲注(42) 二二三―二二四頁。
- (45) 倉田卓次『最高裁判所判例解説・昭和三六年度』(法曹会) 四五九頁。
- (46) 勝本・前掲注(23) 二二六頁。
- (47) 勝本・前掲注(23) 二二七頁。
- (48) 鈴木竹雄『判例民法昭和三年度』(有斐閣、一九三〇年) 五〇五頁。
- (49) 鈴木・前掲注(48) 五〇六頁。
- (50) 鈴木・前掲注(48) 五〇六―五〇七頁。
- (51) 星野・前掲注(2) 一九五頁。
- (52) 星野・前掲注(2) 一九六頁。
- (53) 星野・前掲注(2) 一九七頁。なお、円谷・前掲注(1) 二二四頁もこれを支持する。

第四節 最高裁昭和三六年判決の理解

第一款 法定責任説の展開（昭和初期）

一 序 説

大正九年（一九二〇年）に鳩山博士の法定責任説が公にされ、学説の多くは、この見解を支持するかに思われた。しかし、大審院の大正一四年判決【五】は、法定責任説を採らず、当時の通説的見解であった岡松・横田両博士の見解を採用した。すなわち、不特定物の売買であっても、目的物が当事者の合意または四〇一条二項によって特定した場合には、瑕疵担保責任が適用されるとした。ここに至って、法定責任説を支持する見解と大審院判決を支持する見解とが、真つ向から対立することとなる。そして、この学説の対立を一気に法定責任説へと収れんしたのは、昭和五年（一九三〇年）の末弘巖太郎博士の論文であった。

以下では、まず、大審院大正一四年判決以降、右の末弘博士の論文が登場するまでの学説の状況を著し、次いで、末弘博士の見解を検討する。

二 昭和初頭の学説

(1) 鳩山博士の見解の通説化

すでに繰り返し述べたように、鳩山博士は、売主が瑕疵のある特定物を買主に給付しても債務不履行責任を負うことはない（特定物のドグマ）が、「売買ノ信用ヲ保護」するため、「原始的一部不能ニ対シ法律ノ認メタル特殊ノ責任」が瑕疵担保責任であるとした。⁽¹⁾そして、不特定物の売買には、瑕疵担保責任が適用されないとしていた。⁽²⁾

右の鳩山博士の見解は、昭和の初頭には、多くの学説の支持を得て、すでに通説化していた。たとえば、石田文次郎博士は、売主の担保責任が、「法律行為の一部不能なることを知らずに代金を決定した買主保護のために設けられた、原始的客観的給付不能に対する救済規定」であるとする。そして、瑕疵担保責任は、「売主の過失を必要としない法律の直接規定に基く結果責任である」とした。⁽³⁾ もつとも、石田博士は、瑕疵担保責任が不特定物の売買に適用されるか否かについては、論じていない。同博士の関心は、そこにはなく、売主の担保責任の損害賠償の範囲にあった。すなわち、売主の担保責任が「特殊の結果責任」であって、原始的客観的の一部不能という「契約の無効を前提とする」ものであるから、その損害賠償の範囲は、「信賴利益の賠償に限らざるを得ない」とした。⁽⁴⁾ この石田博士の信賴利益概念の導入により、法定責任説は、その「形成を完了した」と評価する見解もある。⁽⁵⁾

(2) 不特定物の売買への適用を肯定する見解

しかし、当時の学説の多くは、基本的には鳩山博士の見解を支持しつつも、それと大審院判決との調和を図ろうとしていた。その代表は、前節に詳述した、舟橋博士の判例評釈と勝本博士の「不完全履行序論」である。すなわち、不特定物の売買においても、当事者が合意によって特定すれば、瑕疵担保責任の適用が認められ(舟橋)、その合意による特定のためには、買主が瑕疵の存在を知りつつ「履行として認容」してこれを受領しなければならぬ(勝本)としていた。そして、岡村博士のほか、岡村玄治博士も同様の見解を記している。

岡村博士は、まず、「契約ノ当時既ニ目的物ニ瑕疵アル場合ニハ、原始的の一部不能ニシテ、債務不履行ノ觀念ヲ容レズ」とし、瑕疵担保責任が債務不履行責任ではないとする。⁽⁶⁾ そして、売主の担保責任は、「売買ノ有償契約タル性質ニ基ク公平ノ要求スル所ニシテ、取引上ノ信用ヲ保護スル所以ノモノナル故、売主ニ過失アルコトヲ要件ト」しない、「無過失責任」であるとした。⁽⁷⁾ さらに、瑕疵担保責任については、鳩山博士の体系書を引用し、「売買ノ信用ヲ保護シ且ツ公平ノ要求ニ応ズルガ為メ、法律ノ特ニ認メタル責任」であるとした。⁽⁸⁾

ところで、岡村博士は、不特定物の売買においても、瑕疵が「目的物特定ノ当時存在」すれば、瑕疵担保責任が適用されるとする見解が、「多数説」であるとす。そして、これに反対し、「第五七〇条ハ不特定物ノ売買ニ適用ナシ」とする見解として、鳩山博士と末弘博士を挙げてゐる。⁽⁹⁾しかし、不特定物の売買においても、「目的物特定シタル後」は、「其特定物が即ち売買ノ目的」となると解するのが「相当」であるため、鳩山・末弘両博士の見解は、「当ラズ」とした。⁽¹⁰⁾

右の岡村博士の見解は、特定物のドグマを前提に、瑕疵担保責任の根拠を、有償契約である売買の信用を保護し、当事者の公平を図るために、法律が特に認めた責任であるとすする点では、鳩山博士の見解に従っている。しかし、不特定物の売買にも、目的物の特定の後には瑕疵担保責任が適用されるとするのが判例および「多数説」であり、この点においては、鳩山博士の見解よりも、多数説が優れているとするものである。

なお、右の「多数説」に含まれる勝本博士の見解に関して留意しなければならないのは、昭和四年の論文においてすでに、同博士の対価的制限説が提唱されていることである。すなわち、勝本博士は、瑕疵担保責任が、「売買契約の双務性 (Synallagma) と、対価的有償性とに基づく」⁽¹¹⁾とし、その損害賠償の範囲は、信賴利益ではなく、「常に価格に相応する範囲に止まる」とす。たとえば、一〇〇〇円で買った襟巻に瑕疵があり、その瑕疵がなければ二〇〇〇円の価値があったとしても、瑕疵によって一〇〇〇円の価格が相当である場合には、「瑕疵担保の責任を生ぜしめない」とし、「之を瑕疵担保の対価的制限と云ふ」とす。⁽¹²⁾この対価的制限説は、後に改めて勝本博士によって提唱されるが、その基本的な考え方は、この時期に形成されていたのである。⁽¹³⁾

三 末弘博士の見解 (昭和五年)

(1) 大審院大正一四年判決への批判

大審院判決との調和を図る「多数説」に対して、鳩山博士の法定責任説の立場から決然と反旗を翻したのは、末弘博士であった。同博士は、「種類売買にも」五七〇条を「適用すべきや否やについて理論上及び實際上可成り意味の多い論争が行はれて居る」とする⁽¹⁴⁾。そして、不特定物の売買にも瑕疵担保責任の適用を認める見解が、「判例上最近寧ろ勢力を得やうとして居る」が、それが「理論上到底邪道に過ぎないことを明かに」する⁽¹⁵⁾とした。

末弘博士は、まず、大審院大正一四年判決【五】を攻撃する。同判決は、五七〇条には、特定物の売買のみにその適用を「制限スベキ文字」がないことを、同条が不特定物の売買にも適用される根拠の一つとしていた。しかし、末弘博士は、ドイツ民法のように、「初めから瑕疵担保に関する規定を種類売買に適用すべきことを予定し、従って瑕疵の有無を決定すべき標準時期について『危険移転の時』という「特別の時期を規定」する法律とは異なり、「吾民法」では、「売買契約成立当時に標準時期と解する」以外にないとした⁽¹⁶⁾。そして、契約締結時を「標準とする以上」、その時に売買の目的物が特定していなければ瑕疵の有無を論じることができないとする。なぜなら、「特定せざる種類物について抽象的に瑕疵の有無を論ずることは事物の性質上不可能だからである」⁽¹⁷⁾。そうして、大審院大正一四年判決は、「物二関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準」としたが、これは、「独逸民法と吾民法とが瑕疵担保責任に関して全然違った考に基いて規定を設けていることを無視するもの」であり、「文理上は素より理論上も亦全然根拠を有し得ない」とした⁽¹⁸⁾。

右の批判は、民法の文理解釈のみによれば、確かに「危険移転の時」を基準として瑕疵の有無を決する規定はないため、適切であるとも考えられる。しかし、瑕疵担保責任の法的根拠を、岡松博士のように危険負担の法理に求めれば、瑕疵の有無は危険移転の時を基準に決することとなり、右の批判は妥当しない。結局は、瑕疵担保責任の法的根拠、換言すれば、瑕疵担保責任が無過失責任であることの根拠を何に求めるか、という問題に帰着しよう。

(2) 鳩山博士の「公平説」の支持

「瑕疵担保の法律的根拠」について、末弘博士は、鳩山博士の「力説支持」⁽¹⁹⁾する「公平説」のみが、「唯一合理的な解説である」とする。⁽²⁰⁾そして、かつて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解していた自らの旧説を改め、「瑕疵担保と債務不履行とは全然無関係な事柄である」とした。⁽²¹⁾というのも、特定物の売買においては、「其特定物に瑕疵あるも瑕疵あるままとして其物が売買されたので」あり、売主が「瑕疵物を給付しても其所に何等の債務不履行も存在し得る筈がない」からである。⁽²²⁾つまり、末弘博士は、その『債権各論』（大正七年）より一貫して、特定物のドグマを肯定する。⁽²³⁾そして、「売主には何等の債務不履行がなくとも、一応瑕疵なきことを標準として代金額を決めた以上、後より瑕疵を発見した場合に買主に対して何等の救済をも与へないのは如何にも売買の有償性に鑑みて不公正である」とし、このような「公正の見地から特に賦課した」ものが「瑕疵担保の責任である」とする。⁽²⁴⁾

結局、末弘博士は、鳩山博士の見解に従い、瑕疵担保責任が特定物の売買についてのみ適用され、「不特定物売買について瑕疵担保責任を認めることは全く不可能である」とした。⁽²⁵⁾

(3) 法定責任説の修正

もっとも、末弘博士は、鳩山博士の法定責任説を、次の二点において修正する。

第一に、特定物の売買においても、代替物と不代替物とを区別し、「瑕疵担保に関する第五百七十条の適用は不代替的特定物の売買にのみ限られねばならない」とした。⁽²⁶⁾すなわち、瑕疵担保責任が特定物の売買にのみ適用されるということは、「売買の目的物が代替物なる場合についてはそのまま当然に適用し得ない」とする。なぜなら、代替物の売買には、次の二つの場合があるからである。一つは、売買契約の締結に際して「当事者が特に選び出された特定物を売買の目的物とする意思を有する場合」であり、もう一つは、当事者の意思が代替物の給付にあって、「偶々選び出された物を一応適格品として授受するの意思を有する」にすぎない場合である。⁽²⁷⁾そうして、通常

は後者の場合が想定され、その例として、書店での六法全書の売買を挙げる。すなわち、「新本を販売する書店」において、六法全書を買う者が、多数の同種の物の中から一冊の交付を受けたとしても、その意思は、「種類物を買はむとするに在り」、後に落丁を発見したとしても、「買主は瑕疵担保に関する規定によらず一般債務不履行の原則によって救済を受け得るべきである」とする⁽²⁸⁾。したがって、末弘博士によれば、「従来の通説」が、特定物の売買か否かのみを問題として五七〇条の適否を論じてきたのは、「誤り」であり、特定物の売買であつても、「それが本来代替物」であるときは、売主は債務不履行責任を負い、瑕疵担保責任を負うものではない⁽³⁰⁾。

第二は、「債務不履行理論の醇化」⁽³¹⁾である。すなわち、法定責任説によれば、不特定物の売買と特定物の売買とでその効果が大きく異なるが、債務不履行責任の効果は、「信義衡平の原則」によって修正されるとする⁽³²⁾。これは、商事売買において、買主の権利が商法五二六条によって制限されるのみならず、一般の債務不履行に關しても、買主の完全履行請求権や解除権の行使が、「信義衡平の原則に鑑みて明かに不穩当」なときは、認められないとする⁽³³⁾。右の二つの修正のうち、第一点は、後に柚木馨博士や下森定教授らに支持されて、有力な見解となる。また、第二点も、我妻栄博士に採り入れられる。その意味では、末弘博士の見解は、大審院大正一四年判決【五】の影響を受け、不特定物の売買にも瑕疵担保責任の適用の余地があるとした「多数説」を否定し、鳩山博士の法定責任説を通説に押し上げるとともに、その理論を「醇化」させたと解される。

四 我妻栄博士の見解(昭和三二年)

(1) 法定責任説の通説化

大正九年の鳩山博士によって提唱された法定責任説は、大審院大正一四年判決【五】が、その詳細な理由付けとともに、不特定物の売買にも瑕疵担保責任の適用を認めたことによって、昭和初期にはその勢力を失う。しかし、

末弘博士の強力な援護射撃によって、再び勢いを取り戻したといえよう。

鳩山博士と末弘博士によって確立した法定責任説は、昭和三〇年代後半以降の法定責任説を代表する柚木博士に受け継がれる。しかし、「法定責任説の維持という点からは、我妻博士による『債権各論中(一)』の存在がより大きい」と評されている。⁽³⁴⁾そこで、柚木博士の見解は次款で検討することとし、ここでは、我妻博士の見解に簡単に触れることにする。

(2) 『債権各論中巻二』(昭和三二年)

我妻博士の見解は、ほぼ鳩山博士の見解に沿うものである。すなわち、「売主の担保責任は、特定物の売買に限る制度」であるとする。なぜなら、「不特定物の売買では、売主は、契約で定められた品質と数量のものを給付する債務を負担し、その品質または数量が不十分な場合」には、債務不履行責任を負い、「民法で特別に担保責任を定める必要がない」からである。⁽³⁵⁾これに対して、特定物の売買については、特定物のドクマを採用し、「売主は契約で定められたその特定物を給付する債務を負うだけだから、それを給付すれば、債務の履行を完了」し、たとえ瑕疵があっても、「債務不履行の問題を生ずる余地はない」とする。しかし、「それでは、当事者間の公平をはかり取引の信用を維持する」ことができないため、「民法が特に担保責任を認めた」のであり、このことは、「ほとんどすべての民法学者の強調するところである」とした。⁽³⁷⁾

ところで、右の「理論を貫くと、不特定物の売主の債務不履行の責任が特定物の売主の担保責任の内容に比較して重きに過ぎる」という問題を生じる。⁽³⁸⁾しかし、我妻博士は、一方では、「不特定物の売主に瑕疵担保責任の規定を適用することは、売主の保護となりかつ売買に関する紛争を速やかに解決することになるだけで、買主の保護が厚くなるのではない」とする。⁽³⁹⁾換言すれば、不特定物の売主に瑕疵担保責任の適用を認める見解は、売主の責任を一年の除斥期間に限定することに意義があるが、「その結果は、実情に合わず、買主に不当な不利益を強いるもの」

であると批判する⁽⁴⁰⁾。そして、判例に対しては、「買主の『受領』という意味がはっきりしない」とした⁽⁴¹⁾。

また、他方では、「不特定物の売主が、特定物の売主に比して責任が重いのは、少くとも民事の売買では、当然」であるとする⁽⁴²⁾。それゆえ、瑕疵担保責任と債務不履行責任とが「併存し、しかも両者ともに一年の除斥期間で消滅すると解すれば、結果の不都合は避け」ることができると、そのような併存説(小町谷)は、「わが民法の解釈としては、根拠に乏しく」、「立法論としても、疑問である」とした⁽⁴³⁾。

我妻博士は、結論としては、「わが民法の解釈としては、不特定物の売買については、瑕疵担保責任の規定の適用はない」とし、「よって生ずる不都合を信義則によって制限すること」が、「正しい途である」と主張した⁽⁴⁴⁾。

(3) 小 括

右の我妻博士の見解は、「特定物の売買⇨瑕疵担保責任・不特定物の売買⇨債務不履行責任」という体系的な図式を明確に提示するとともに、他の見解に対する批判も鋭く、実質的にも、説得力のある議論を展開している。そして、この我妻博士の体系書により、法定責任説は「通説」として周知された。しかし、最高裁はこれを採らず、しかも、昭和三〇年代の後半には、債務不履行責任説の台頭によって、その見解は厳しい批判にさらされることになる。

- (1) 鳩山秀夫『日本債権法各論下』(岩波書店、一九二〇年)三四九頁。なお、野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(二)」立教法学七四号一〇八一—〇九頁(二〇〇七年)参照。
- (2) 鳩山・前掲注(1)三五〇頁、野澤・前掲注(1)一〇九—一〇頁。
- (3) 石田文次郎『財産法に於ける動的理論』(巖松堂書店、一九二八年)四二三頁。なお、石田文次郎『債権各論講義』(弘文堂書房、一九三七年)二三頁以下も参照。
- (4) 石田・前掲注(3)四二四頁。
- (5) 岡谷峻「瑕疵担保責任」『民法講座5』(有斐閣、一九八五年)二二四頁。

- (6) 岡村玄治『債権各論』(巖松堂書店、一九二九年)二二六頁。
- (7) 岡村・前掲注(6)二二七頁。
- (8) 岡村・前掲注(6)二五五頁。
- (9) 岡村・前掲注(6)二五六頁。
- (10) 岡村・前掲注(6)二五六頁。
- (11) 勝本正晃「不完全履行序論」『民法研究第一卷』(巖松堂書店、一九三二年、初出一九二九年)二〇九頁。
- (12) 勝本・前掲注(11)二一〇頁。
- (13) 勝本正晃「瑕疵担保責任の対価的制限」『民法研究第五卷』(巖松堂書店、一九四二年)一五一頁。
- (14) 末弘嚴太郎「種類売買に於ける瑕疵担保について」『民法雑考』(日本評論社、一九三二年、初出一九三〇年)二四六頁。
- (15) 末弘・前掲注(14)二四九頁。
- (16) 末弘・前掲注(14)二五二―二五三頁。
- (17) 末弘・前掲注(14)二五三頁。
- (18) 末弘・前掲注(14)二五三頁註五。
- (19) 末弘・前掲注(14)二五五頁註六。
- (20) 末弘・前掲注(14)二五三頁。
- (21) 末弘・前掲注(14)二五四頁。
- (22) 末弘・前掲注(14)二五四頁。
- (23) 末弘嚴太郎『債権各論』(有斐閣、一九一八年)四一七―四一八頁。野澤・前掲注(1)一〇四頁参照。
- (24) 末弘・前掲注(14)二五四―二五五頁。
- (25) 末弘・前掲注(14)二五六頁。
- (26) 末弘・前掲注(14)二五九頁。
- (27) 末弘・前掲注(14)二五七頁。
- (28) 末弘・前掲注(14)二五八頁。
- (29) 末弘・前掲注(14)二五八頁。
- (30) 末弘・前掲注(14)二五九頁。
- (31) 末弘・前掲注(14)二五七頁。
- (32) 末弘・前掲注(14)二六〇頁以下。

- (33) 末弘・前掲注(14) 二六〇―二六一頁。
- (34) 円谷・前掲注(5) 二二四頁。
- (35) 我妻栄『債権各論中巻二』(岩波書店、一九五七年) 二七二頁。
- (36) 我妻・前掲注(35) 二七二頁。
- (37) 我妻・前掲注(35) 二七二頁。
- (38) 我妻・前掲注(35) 二七二―二七三頁。
- (39) 我妻・前掲注(35) 三〇七―三〇八頁。
- (40) 我妻・前掲注(35) 三〇八頁。
- (41) 我妻・前掲注(35) 三〇八頁。
- (42) 我妻・前掲注(35) 三〇九頁。
- (43) 我妻・前掲注(35) 三〇九頁。
- (44) 我妻・前掲注(35) 三〇九頁。

第二款 日本私法学会(昭和三二年)のシンポジウム

一 柚木馨博士と末川博博士

(1) 二つの法定責任説

法定責任説は、瑕疵担保責任を、当事者間の公平を図り、取引の信用を維持するために、法が特に認めた無過失責任であるとす。そして、瑕疵担保責任の規定が、原則として特定物の売買に適用されるとする点では、学説は一致している。問題となるのは、例外的に、不特定物の売買にも瑕疵担保責任の適用を認めるか否かであり、この点については見解が分かれていた。すなわち、(a)このような例外を認めず、瑕疵担保責任は特定物の売買のみに適用され、不特定物の売買には適用されないとする見解(鳩山・末弘・我妻)と、(b)不特定物の売買であっても、目

的物が特定された後は、特定物の売買と同じく、瑕疵担保責任が適用されるとする見解である。この後者(b)には、大審院判例のほか、それを批判した舟橋博士と勝本博士の見解も含まれる。また、瑕疵担保責任にも買主の完全履行請求を認める小町谷博士の見解も、ここに含まれよう。

ところで、前述したように、昭和の初期には、(b)の見解が優勢であった。しかし、戦後の昭和三〇年代初めには、(a)の見解がすでに通説となり、(b)の見解は少数説となっていた。⁽⁴⁵⁾そして、昭和三二年一〇月に行われた日本私法学会第二〇回大会のシンポジウム「種類売買と瑕疵担保」では、(a)通説を代表する柚木博士と、(b)少数説を代表する末川博士とが、それぞれ報告を行っている。そこで、その報告内容に触れる前に、両博士の見解を明らかにする。

(2) 柚木博士の見解

柚木博士の見解は、博士自らが認めるように変遷し、その当初においては、「不特定物の売買であってもその後当事者間の契約で給付すべき物を特定した場合」には、「特定物売買に準じて第五七〇条を適用すべき」であるとしていた。⁽⁴⁶⁾これは、柚木博士が、大審院大正一四年判決【五】と同判決に対する舟橋博士の評釈の影響を受け、瑕疵担保責任の適用を特定物の売買に限定しつつも、「この点だけをその例外として是認した」のである。⁽⁴⁷⁾しかし、後の著作では、「かような留保を捨て去りたい」とし、「たとえ当事者間の契約でこの物と定めたとしても、もともと不特定物の売買である以上は代物給付の可能性を失うべきもの」ではなく、その物に瑕疵があれば、買主は、「なお不完全履行を主張して代物給付ないしは修補を請求しうる」とした。⁽⁴⁸⁾

右の改説は、柚木博士が法定責任説を論理的に突き詰め、不代替的特定物の売買についてのみ瑕疵担保責任の適用を認める末弘博士の見解を採用したことによるものであると解される。すなわち、柚木博士は、「ここに特定物売買と称するのは、客観的・一般的に不代替性を有する物」であるとす。そして、「一般に、代替物・不代替物

の区別が客観的なるに對して、特定物・不特定物の区別は主観的である」とされているが、「少なくとも担保責任に關して特定物という場合には、客観的に不代替性を有ししかも主観的に個性が重視された物でなくてはならない」とする⁽⁴⁹⁾。そうして、このような不代替的特定物の売買における売主の担保責任は、「売主の義務不履行の効果

なのではなくして、法律が買主の信頼保護の見地より特に売主に課した法定責任である⁽⁵⁰⁾」とした。
 もっとも、後述するように、昭和三二年の日本私法学会における柚木博士の見解は、改説前のものであり、瑕疵担保責任が不代替的特定物の売買のみを対象とする、との主張ではなかった。

(3) 末川博士の見解

末川博士も、「瑕疵担保責任の如き売主の責任は法律の規定によつて特に認められてゐるもの」であるとし、その立場が法定責任説であることを明らかにする⁽⁵¹⁾。ただし、民法の瑕疵担保責任の規定は、「強行法規ではないから、当事者間の契約によりその適用を排除して別の効果」を生じさせることもできる、ということをも「念頭に」置かなければならないとする⁽⁵²⁾。

ところで、末川博士は、①「法文の字句」、②「規定の趣旨」および③「実際の必要から観ると」、五七〇条の適用が「特定物の売買に限られるべき理由はない」とする⁽⁵³⁾。まず、①「法文の字句」では、「売買の目的物」となっているが、「すぐ次の」五七三条では、同じ「売買の目的物」が必ずしも特定物を意味せず、「特定物の売買に限るべきことが指示されてゐる訳ではない」という⁽⁵⁴⁾。また、②五七〇条の「規定の趣旨」は、「売買の有償性に基く公正を期し売買取引の一般信用を維持」することにあるのだから、債務不履行とは「別個の責任」である。したがつて、債務不履行責任があるから「必然に瑕疵担保責任がないとはいへぬ」し、債務不履行責任がなくても、「瑕疵担保責任が認められて差支ない」とする⁽⁵⁵⁾。さらに、③「実際の結果」としても、担保責任の適用に際しては、「常に当事者間の合意ないし取引上の慣習が考慮され」なければならず、「特定物の売買については常にこの規定が適

用される」というように「厳格に解する」と、かえって妥当性が失われることとなるという⁽⁵⁶⁾。

そこで、末川博士は、不特定物の売買にも瑕疵担保責任が適用されると解するが、「物に瑕疵がある」というためには、その物の特定が前提となるので、その「特定の時期が問題となる」とする⁽⁵⁷⁾。そして、瑕疵のある不特定物の提供は、債務の本旨に従ったものではないので、「売主の一方的な行為」、すなわち、四〇一条二項の適用によって特定することはない。それゆえ、「債権者たる買主が協力した時」、つまり、「売主の提供した物を履行として受領した時―多くの場合に物が引渡された時―を標準として決せらるべき」であるとした⁽⁵⁸⁾。

以上の末川博士の見解は、自らの要約によれば、「大たい最近の判例の見解にひとしく」、五七〇条が「不特定物の売買にも適用される」とする。そして、「不特定物の売買において瑕疵の存在及び買主の善意をさめる時点は、買主が売主の提供する物を履行として受領する時⁽⁵⁹⁾」であると解している。

この末川博士と通説を代表する柚木博士が、日本私法学会のシンポジウムで対峙した。

二 シンポジウムの当日(大阪市立大学)

(1) 報告

昭和三二年(一九五七年)一〇月七日の午前、「種類売買と瑕疵担保」のシンポジウムが大阪市立大学において開催された。

まず、報告したのは、柚木博士である。同博士は、瑕疵担保責任が、「特定物売買の原始的・一部不能の場合における売主の信頼利益の賠償責任⁽⁶⁰⁾」であるとし、その立場を明らかにする。そして、特定物のドグマを説明した後、「種類売買」は、「買主の信頼を保護せんとする売買担保責任とは何等相関すべきものではない」とした⁽⁶¹⁾。

次に、柚木博士は、「判例の立場」を紹介し、それが「自家撞着にみちみちたものと評せざるをえない⁽⁶²⁾」とする。

とりわけ、大審院大正一四年判決【五】を取り上げ、その四つの論拠の一つ一つに批判を加えた。⁽⁶³⁾ ただし、「当事者間の契約で給付すべき物を特定した場合」【五】判旨②には、「当初からの特定物売買に準じて第五七〇条を適用すべきものであること、判例の指摘するが如くである」とし、柚木博士もこれを肯定した。⁽⁶⁴⁾ しかし、この数年後に、同博士がこの点に關しても否定に転じたことは、前述のとおりである。

そして最後に、柚木博士は、商法五二六条が「特定物売買にも不特定物売買にも、担保責任にも不履行責任にも適用されるべき、民法に対する特則なのである」として、その報告を締めくくった。⁽⁶⁵⁾

末川博士による「報告の二」は、瑕疵担保責任が、「売買の有償性に基づいて当事者における利害の公平を期するために、特に法律の規定によって認められている」としつつ、「不特定物の売買でも民法五七〇条の規定が適用されてよいと考えている」として、柚木博士の報告と真つ向から対立した。⁽⁶⁶⁾

末川博士の論拠は、次の二つにある。一つは、不特定物の売買でも、「一年という除斥期間が必要」であることにある。さもないと、「一般に債権が時効にかかる一〇年間」は、買主が売主に対して完全な履行の請求や解除を主張することができ、「今日のはげしい取引の安定をはかることはでき」ないこととなる。⁽⁶⁷⁾

もう一つは、特定物と不特定物の区別が、「今日の取引」では、意味をなさないことである。というのも、現在の「商品交換社会では、ほとんどすべての物が代替性を」有し、「商品化されている」ため、「大抵の物」を「取り替えることができる」からである。⁽⁶⁸⁾ 「つまり、今日の取引は、ローマ時代や中世の取引と全くちがったものとなつて」いるから、「物の個性を重視しての特定物の売買というものをさほど大きく考える必要は」ないというこ
⁽⁶⁹⁾

 である。

この末川博士の見解は、柚木博士のような徹底した論理性はないが、現実の取引に即したものであり、それなりの説得力を有していたと思われる。そして、これは推測の域を出ないが、後に柚木博士が特定物を不代替的特定物

に限定し、瑕疵担保責任の適用領域を狭めたのも、このような末川博士の問題提起が影響しているようにも思われる。

(2) 討 論

両博士の報告の後の「討論」は、このシンポジウムの企画の趣旨が、「当初民法と商法とにまたがる問題」⁽⁷⁰⁾を論じること存したためか、全体としては、商法五二六条の不特定物売買への適用の可否に終始した感がある。そのような中で、両博士の報告を踏まえた意見としては、加藤一郎博士の次の指摘が注目される。すなわち、「理論の根本においては」、柚木・末川両博士の「考えが違おうよう」だが、「実際の結果においてはあまり違わない」とする。というのも、一方では、末川博士のように、「瑕疵担保の規定が不特定物売買に適用がある」としても、「代物請求権が慣習によって認められる」のであれば、柚木博士の見解に「近づ」く。また、他方では、柚木博士や我妻博士のように、債務不履行責任の効果を信義則によって制限すると、末川博士の見解に「近づ」くからである。⁽⁷¹⁾

右の加藤博士の意見は、「効果の面から両説を調和させたものとして、結果も妥当」であり、「多くの同感を得た」との「推測」⁽⁷²⁾がなされている。しかし、このシンポジウムの四年後には、次章で述べる比較法学会のシンポジウムにおいて、法定責任説は、全く新たな視点から、厳しい批判にさらされることとなる。

三 小 括

昭和三二年の日本私法学会のシンポジウムは、瑕疵担保責任に関する「戦後におけるわが学説の発展」の「きっかけ」となるものであった。⁽⁷³⁾しかし、柚木博士と末川博士の見解は、いずれも法定責任説をその出発点とするものであり、その意味では、法定責任説の中での見解の相違であった。

ところが、右に触れたように、昭和三〇年代半ば以降、国際的な立法の動向を背景として、債務不履行責任説が

登場する。その法定責任説に対する攻撃は苛烈をきわめ、柚木博士も、債務不履行責任説への応接を余儀なくされる。しかし、その問題は、次章において論じることとし、次款では、大審院判例の延長線上に位置づけられる、最高裁昭和三六年判決を検討する。

- (45) 星野英一「瑕疵担保の研究―日本」『民法論集第三卷』(有斐閣、一九七二年、初出一九六三年) 一七三頁。
- (46) 柚木馨「債権各論・契約総論」(青林書院、一九五六年) 一四八頁。
- (47) 柚木馨「売主瑕疵担保責任の研究」(有斐閣、一九六三年) 二九六頁。なお、同『注釈民法(14)』(有斐閣、一九六六年) 二三五頁。
- (48) 柚木『研究』前掲注(47) 二九六頁、柚木『注民』前掲注(47) 二三五頁。
- (49) 柚木『研究』前掲注(47) 一六七頁、柚木『注民』前掲注(47) 一七一頁。
- (50) 柚木『研究』前掲注(47) 一七三頁、柚木『注民』前掲注(47) 一七五頁。
- (51) 末川博「売主の瑕疵担保責任」『民法上の諸問題』(弘文堂書房、一九三六年、初出一九三五年) 二二二頁。
- (52) 末川・前掲注(51) 二三一―二三二頁。
- (53) 末川・前掲注(51) 二二三頁。
- (54) 末川・前掲注(51) 二二三頁。
- (55) 末川・前掲注(51) 二二三―二三三頁。
- (56) 末川・前掲注(51) 二三五頁。
- (57) 末川・前掲注(51) 二三三頁。
- (58) 末川・前掲注(51) 二二三―二三四頁。
- (59) 末川・前掲注(51) 二二六頁。
- (60) 私法一九号三頁(一九五八年)。
- (61) 私法・前掲注(60) 三―四頁。
- (62) 私法・前掲注(60) 六頁。
- (63) 私法・前掲注(60) 七―八頁。
- (64) 私法・前掲注(60) 七頁。
- (65) 私法・前掲注(60) 一〇頁。
- (66) 私法・前掲注(60) 一二頁。

- (67) 私法・前掲注(60) 一二頁。
- (68) 私法・前掲注(60) 一五一―一六頁。
- (69) 私法・前掲注(60) 一六頁。
- (70) 私法・前掲注(60) 一一頁。
- (71) 私法・前掲注(60) 一八頁。
- (72) 星野・前掲注(45) 一七三頁。
- (73) 星野・前掲注(45) 一七三頁。

第三款 最高裁昭和三六年判決とその評価

一 昭和三六年判決の概要

不特定物の売買に瑕疵担保責任の規定が適用されるか否かに関しては、最高裁判決が待たれていた。というのも、昭和三二年の日本私法学会での議論が学説の関心と呼ぶとともに、「全く新しい構成」⁽⁷⁴⁾である債務不履行責任説が台頭しはじめ、この問題が学界の焦点となっていたからである。このような状況において公にされたのが、次の最高裁判決であった。しかし、この「判決をどのように理解するかは、かなり困難な問題」であり、多くの評釈が存在するが、その「理解は様々」⁽⁷⁵⁾である。

【二三】 最判昭和三六年一月二日民集一五卷一一号二八五二頁

Xが有線放送業を営むYにスピーカー（不特定物）を販売したところ、その機械に隠れた瑕疵があり、数回の修理にもかかわらず修復できなかった。そこで、Xからの代金（手形金）請求に対して、Yは、瑕疵担保または債務不履行に基づく解除を主張した。原審は、瑕疵が重大なものではなかったことを理由に、瑕疵担保責任に基づく解

除を否定したが、Xの債務不履行を理由とするYの解除を認めた。Xは、次のような理由で上告した。すなわち、従来の判例は、不特定物の売買においては、買主による瑕疵ある物の受領の前後で区別し、その受領の「前には不完全履行の責任を、後には瑕疵担保の責任を負わせる」ものである。それゆえ、Yが物を受領した本件では、「もはや不完全履行の責任を」Xに対して問うことはできない。

最高裁は、次のように判示した(上告棄却)。すなわち、「不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに隠れた瑕疵があった場合には、債権者が一旦これを受領したからといって、それ以後債権者が右の瑕疵を発見し、既になされた給付が債務の本旨に従わぬ不完全なものであると主張して改めて債務の本旨に従う完全な給付を請求することができなくなるわけのものではない。債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権利を有し、従ってまた、その不完全な給付が債務者の責に帰すべき事由に基づくときは、債務不履行の一場合として、損害賠償請求権および契約解除権をも有するものと解すべきである」。そして、Yは、「一旦本件放送機械を受領したが、隠れた瑕疵あることが判明して後は給付を完全ならしめるようXに請求し続けていたものであって瑕疵の存在を知りつつ本件機械の引渡を履行として認容したことはなかったものであるから、不完全履行による契約の解除権を取得したものといえることができる」。

この最高裁判決は、Xの上告理由に反し、不特定物の売買において、売主が瑕疵のある物を給付し、買主が「これを受領した」としても、それだけでは債務不履行責任を追及できなくなるわけではないとする。そして、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」した場合には、売主に対して、瑕疵担保責任を問うこととなるが、そうでなければ、受領後にも、債務不履行責任(完全履行請求)を問うことができるとした。その判旨の検

討に際しては、理論構成の適否とともに、結論の妥当性をも併せて考慮しなければならない。

二 最高裁判決の理解

(1) 理論構成

【二三】判決の調査官解説は、最高裁が、買主の受領後においても債務不履行責任を追及しうることを認めたものであり、従来の大審院判例が買主の受領による特定を認めていたのを、「変更したものであると解した。⁽⁷⁶⁾

しかし、大審院大正一四年判決【五】は、確かに買主の受領による特定（四〇一条二項）を認めていた【五】判旨⁽³⁾が、そのみでなく、当事者の合意による特定をも認めていた【五】判旨⁽²⁾。そして、受領による特定は、法定責任説によって批判されたものの、当事者の合意による特定は、当時の多くの見解（舟橋・勝本・柚木など）によって肯定されていた。とりわけ、前述のように、勝本博士は、合意による特定のためには、買主が瑕疵の存在を知って受領しただけではなく、それを「履行として認容」したことが必要であるとした（昭和四年）。そして、昭和六年判決【九】では、「履行トシテ認容シ受領シタ」という表現が判旨に用いられ、その後の大審院判決も、基本的にはこの考えを維持している。そうだとすれば、右の最高裁判決【二三】も、従来の大審院判例を維持し、かつ、学説の批判を容れて、不特定物の売買においては、合意による特定【五】判決の判旨⁽²⁾のみを認め、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」した場合には、目的物が特定し、以後は瑕疵担保責任が適用されるとしたものである。その意味では、多くの判例評釈が指摘したように、【二三】判決は、「従来の判例の線の上にある」と解される。⁽⁷⁷⁾

ところで、右の最高裁判決に対しては、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」した場合に、「どうして、瑕疵担保責任の問題になるのか、あまり理由がはっきりしない」との疑問が提起されている。⁽⁷⁸⁾

かし、この点は、右に述べたように、最高裁が、不特定物の売買においては、合意による特定のみを認めたものであると解することができよう。すなわち、合意である以上は、「債権者が瑕疵の存在を認識した上で」これを履行として認容したことが重要であり、その場合にはじめて目的物が特定され、瑕疵担保責任の規定が適用されるものである。これを大審院大正一四年判決【五】判決との対比で見ると、最高裁は、【五】判決の③（受領による特定）を否定し、②（合意による特定）のみを認めたものであると解される。⁽⁷⁹⁾

しかし、そうだとしなくてもなお、「何をもって『履行として認容して受領』したというのであるか、きわめてあいまいである⁽⁸⁰⁾」との疑問を払拭しきれない。とりわけ、次に述べるように、右の理論を具体的な事案に当てはめた場合の問題点を考慮すると、なおさら「この構成は、フィクション⁽⁸¹⁾」であり、現実にはありえないとの指摘が妥当する。

(2) 結論の妥当性

【二三】判決の論理構造を理解しようとしても、その結論の妥当性には、次のような疑問がある。すなわち、損害賠償の範囲が限られ、追完請求もできず、しかも一年の期間制限にかかる「瑕疵担保責任しか追及しない」という意図で、「瑕疵を認容して受領するなどということがありうるだろうか」との疑問⁽⁸²⁾である。換言すれば、瑕疵担保責任の効果は、解除または損害賠償の請求であり、「契約解除の場合について見ると」、次のような矛盾がある。すなわち、「契約の目的を達しないような物を履行として認容するということがそもそも矛盾ではないか、更に履行として認容しておきながら契約の目的を達しないといって契約を解除させることを認めるといったことがいったい論理上許されるものか」ということである。⁽⁸³⁾

右の指摘は、きわめて適切であり、不特定物の売買における危険の移転時期が合意による特定の時に限られるとしても、「瑕疵の存在を認識した上で」、それを目的物として認める買主が現実には存在するとは考えられない。換言

すれば、最高裁の理論を「すなおに適用すれば、これにあたる例がまずなく、ほとんどすべての場合に、不完全履行の問題」となる。⁽⁸⁴⁾ そうだとすれば、大審院大正一四年判決以降、右の最高裁昭和三六年判決までのほぼ一貫した判例法理は、なお問題を含んでいると考えられる。

三 小 括

最高裁昭和三六年判決【一三】以降、不特定物の売買についての瑕疵担保責任の適否に関する最上級審判決は存在しない。それゆえ、昭和三六年判決が現在でもなお、判例法として機能している。そして、その「履行として認容」という抽象的な基準が一人歩きしている感を否めない。たとえば、要件事実論においては、不特定物の売買であつても、「『履行認容事情』が認められる場合に限りて瑕疵担保責任の規定の適用」があるとする。⁽⁸⁵⁾ しかし、その意義および論拠は、何ら説明されていない。したがって、最高裁昭和三六年判決を判例法の中で正確に位置づけ、その意義を理解することが大切である。

ところで、最高裁昭和三六年判決が公にされた当時、瑕疵担保責任については、それを債務不履行責任と一元的に理解する見解（債務不履行責任説）が提唱されつつあった。そして、昭和三六年判決の調査官解説でも、これまでの「解釈論とは別の次元」で、瑕疵担保責任と債務不履行責任との「統一」が「論じられるに至っている」との指摘がなされている。そして、「その流れの中での本判決の位置づけを論じることは、興味あることながら、いささか本解説の埒を越える」とする。⁽⁸⁶⁾ この解説からは、最高裁昭和三六年判決がなお、法定責任説を前提とし、その枠の中に位置していたことがうかがわれよう。

(74) 星野・前掲注(45) 一七四頁。

- (75) 星野英一「判批」法学協会雑誌八〇巻五号七一頁(一九六四年)。
- (76) 倉田卓次・最高裁判所民事判例解説(昭和三六年度)四六二頁。
- (77) 星野・前掲注(75)七二二頁。このほか、北川善太郎「判批」民商法雑誌四六巻六号一〇六一頁(一九六二年)も、最高裁昭和三六年判決【二三】が、「従来の判例法につながる」とともに、それを「層明確にしたもの」であるとした。なお、【二三】判決の評釈としては、ほかに、谷口知平・判例評論四六号一頁(一九六二年)、鍛冶良堅・明治大学法律論叢三六巻二号六一頁(一九六二年)、山下末人・法律時報三五巻二号九五頁(一九六三年)、同・売買(動産)判例百選(別冊ジュリスト七)一〇四頁(一九六六年)、右田堯雄・民法判例百選【二】(別冊ジュリスト四七)一二二頁(一九七五年)、五十嵐清・民法の判例(基本判例解説シリーズ)一五七頁(一九七九年)、松本恒雄・民法判例百選【二】第四版(別冊ジュリスト一三七)一一八頁(一九九六年)がある。
- (78) 星野・前掲注(75)七二五頁。
- (79) 野澤正充「瑕疵担保責任の法的性質(一)―法定責任説の三つの考え方」法律時報八〇巻八号一三頁(二〇〇八年)。
- (80) 星野・前掲注(75)七二五頁。
- (81) 星野・前掲注(75)七二五頁。
- (82) 星野・前掲注(75)七二五頁。
- (83) 鍛冶・前掲注(77)六七頁。
- (84) 星野・前掲注(75)七二五頁。
- (85) 大江忠「要件事実民法(中)」(第一法規、第二版、二〇〇二年)三三八頁。
- (86) 倉田・前掲注(76)四六三頁。

第四款 法定責任説のまとめ

一 法定責任説の諸相

今日において、法定責任説といえば、それは、鳩山博士と末弘博士が提唱し、我妻博士や柚木博士が受け継いだ見解を指す。すなわち、瑕疵担保責任は、当事者間の公平を図り、取引の信用を維持するために法が特に認めた無過失責任であって、特定物(ないし不代替的特定物)の売買にのみ適用されるとする見解である。そして、この見

解は、「特定物の売買Ⅱ瑕疵担保責任・不特定物の売買Ⅱ債務不履行責任」という図式を前提に、両責任を二元的に解している。

しかし、大審院大正一四年判決【五】を契機として、不特定物の売買であっても、目的物が特定された後は、特定物の売買と同じく、瑕疵担保責任が適用されるとする見解が有力となる。とりわけ、買主の物の受領による特定は認めないが、当事者の合意（契約）による特定を認める見解（舟橋・勝本・末川）は、昭和の初期（昭和一〇年頃まで）には、多数説であったと考えられる。

ところで、大審院大正一四年判決【五】は、その当時の通説的見解であった岡松博士や横田博士の見解を前提としていた。その見解は、瑕疵担保責任が無過失責任であることの根拠を危険負担の法理に求めるものである。そして、危険負担の法理を前提とすると、特定物の売買については、契約締結時に危険が売主から買主に移転し（五三四条一項）、買主は、売買契約前に生じた瑕疵について、売主に対してその担保責任を追及することができる。また、不特定物の売買に関しては、「第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から」、危険が買主に移転することとなり（五三四条二項）、買主は、その時までの瑕疵についての担保責任を売主に問うことができる。さらに、四〇一条二項の適用がなくても、当事者の合意（契約）によって目的物が特定することとなる。そして、大審院大正一四年判決は、このような現行民法の文理解釈に忠実に、危険の移転時期を画した。しかし、売主が瑕疵のある物を提供し、買主がそれを受領しても、四〇一条二項による特定の効果は認められないとの批判がなされ、その後の大審院判例がそれを修正したことは、前述のとおりである。

そして、右のような、瑕疵担保責任を危険負担の法理に基礎づける見解も、同責任を法律に基づく無過失責任と解する点では、法定責任説の一つに位置づけられよう。そうだとすれば、法定責任説にもさまざまな見解があり、特定物のドグマと原始の一部不能論を前提とした見解のみが法定責任説である、というわけではない。

二 判例法の位置づけ

判例法理は、大審院大正一四年判決【五】判決以降、最高裁昭和三六年判決【一三】に至るまで、次の点では、ほぼ一貫している。すなわち、不特定物の売買であっても、買主は、売主に対して、「物二関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準トシテ」瑕疵担保責任を問うことができる。その「危険ノ移転スル時期」は、物の受領の時ではなく、当事者の合意（契約）による特定がなされた時であり、その合意のためには、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」したことが必要である。そして、この考えの理論的支柱となったのは、勝本博士の「不完全履行序説」（昭和四年）であったと解される。

ところで、判例法理によれば、買主は、物を受領した後に瑕疵を発見してから、売主に対して、①「履行として認容」して瑕疵担保責任を問うか、②債務不履行責任を追及するかを、任意に選択できることになる。この考えは、両責任の本質的な同一性を前提とする。換言すれば、特定物の売買と不特定物の売買とで両責任を峻別する、鳩山博士の法定責任説では、ありえない現象である。しかし、判例法理は、瑕疵担保責任を危険負担の法理に基礎づける岡松博士の見解を前提としていた。そうだとすれば、先にも述べたように、瑕疵担保責任は、危険負担の法理に基づく契約責任であり、債務不履行責任とその基礎（契約責任）を同じくする。ここに、両責任の任意選択を認める論拠を見出すことができよう。ただし、瑕疵担保責任（危険負担）は、売主が無過失の場合、すなわち、瑕疵が不可抗力によって生じた場合にも認められるため、不可抗力による債務者の免責が認められる債務不履行責任とは異なる。この点に関しては、両責任の統一ないし同質性を強調する債務不履行責任説の検討が不可欠である。

三 検討すべき課題

繰り返しになるが、右の判例法理は、現行民法の危険負担に関する規定（五三四条）の文理解釈には合致してい

る。しかし、判例法理を当てはめたときの、具体的妥当性には疑問が残る。しかも、現行民法の危険負担の規定(五三四条)にも、批判が多い。そこで、瑕疵担保責任の法理を考えるうえで、危険負担の法理の再検討も不可欠であろう。⁽⁸⁷⁾しかし、その考察は後に行うとして、次章においては、昭和三〇年代半ばに台頭してきた債務不履行責任説を検討する。

(87) 私見(本稿の結論)の概要は、すでに、以下の別稿において明らかにしている。野澤・前掲注(79)一〇頁のほか、同「瑕疵担保責任法の課題と展望」法律時報八〇巻八号四頁、および、同「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」法律時報八〇巻八号三八頁(二〇〇八年)。

【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。