

瑕疵担保責任の比較法的考察（四）

——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

第四節 最高裁昭和三六年判決の理解（以上七六号）

第二章 日本法(2)——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

第一款 一九五〇年代における国際的動向

第二款 債務不履行責任説の登場

第三款 法定責任説からの反論

第四款 まとめ——若干の考察をかねて（以上本号）

第二節 債務不履行責任説の展開

第三節 近年における学説の動向

第四節 日本法のまとめ

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

第二章 日本法(2)——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

第一款 一九五〇年代における国際的動向

一 新たな問題の提起

瑕疵担保責任の法的性質について、学説は、同責任が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解する点(法定責任説)では一致していた。しかし、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については見解が分かれていた。すなわち、(a)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通説(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(判例)とが鋭く対立した⁽¹⁾。そして、このような学説の対立は、昭和三二年(一九五七)の日本私法学会のシンポジウムにおいて「一つ⁽²⁾

のピーク」を迎え、これを契機に「両説が歩みより、少なくとも、結果に関しては、両説ともほぼ同一の内容に到達」して、収束したかに思われた。⁽³⁾

しかし、右のシンポジウムの直後から、「瑕疵担保責任も一般的な契約責任の中に解消されてしかるべきであり、本来の債務不履行責任との区別は原則として存在しない⁽⁴⁾」とする債務不履行責任説が登場した。もともと、そのアプローチの仕方は、債務不履行責任説の論者によって異なる。しかし、その共通の基盤ないし直接の契機となったのは、一九五〇年代における次の二つの統一法である。すなわち、アメリカ合衆国統一商法典 (Uniform Commercial Code—一九五二年) と国際動産売買統一法草案 (Projet d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels—一九五六年) であり、「いずれにおいても、瑕疵担保という名称が姿を消し、それに相当する制度が債務不履行の一環として規定」⁽⁵⁾ されている。そして、この二つの統一法に着目して、債務不履行責任説の先陣を切ったのは、五十嵐清教授による「瑕疵担保と比較法」(昭和三四—三五年) であった。そこで、同教授による債務不履行責任説を検討する前に、右の二つの統一法の規定を概観する。

二 アメリカ合衆国統一商法典 (一九五二年)

(1) 統一商法典の沿革

アメリカ合衆国においては、各州がそれぞれ独自の商事法を形成していた。そのため、商事法の不統一が、各州間の商取引を阻害することとなり、一九世紀の末頃から、その統一が図られてきた。⁽⁶⁾ そして、統一商法典の制定は、一九四〇年代以降に本格化し、一九五二年に採択されるに至った。⁽⁷⁾

統一商法典の中の「売買」(第二編) に関する規定は、一九〇六年に制定された統一売買法 (Uniform Sales Act) を修正したものである。すなわち、この統一売買法は、一八九四年のイギリス動産売買法 (Sale of Goods Act of

1893) にならったものであるため、瑕疵担保責任も、イギリス法におけると同じく、ワランティ (warranty = 保証) 条項に対する違反として構成されていた。⁽⁹⁾ しかし、統一商法典は、ワランティの要件に関しては特別の規定 (二一三一二条以下) を残したものの、その違反の効果については、不適切な引渡し (Improper Delivery) に対する買主の権利の問題として、「契約違反、拒絶及び免責」 (Breach, repudiation and excuse) の章 (第六章) に規定した。かくして、統一商法典においては、ワランティと瑕疵担保責任および債務不履行責任の区別は、「完全に消滅した」とされる。⁽¹⁰⁾

以下では、この瑕疵担保責任 (契約の不適合ないし不適切な引渡し) に関連する統一商法典の規定を、必要な範囲において概観する。

(2) 瑕疵担保責任に関連する規定①——要件

まず、統一商法典は、イギリス法に従って、売買の目的物の品質、性能または適合性については、売主が保証 (ワランティ) しない限り、売主が責任を負わないとの前提に立つ (「買主をして注意せしめよ」 [caveat emptor] の原則)。そして、売主によるワランティは、明示による場合 (express warranty = 二一三一二条) と黙示による場合 (implied warranty = 二一三一二、三一五条) があることを規定する。⁽¹²⁾

二一三二三条 確言、約束、説明、見本による明示のワランティ

(1) 売主による明示のワランティは、次のようにして生じる。

(a) 売主が買主に対してなした事実の確言または約束であつて、その物品に関連するものであり、かつ、取引の基礎の一部をなすものは、その物品が確言または約束に合致する旨の明示のワランティを生ぜしめる。

(b) 物品についての説明で取引の基礎の一部をなすものは、その物品がその説明に合致する旨の明示のワランティを

生ぜしめる。

(c) 見本（サンプルまたはモデル）で取引の基礎の一部をなすものは、その物品の全体がその見本（サンプルまたはモデル）に合致する旨の明示のワランティを生ぜしめる。

(2) 明示のワランティの発生には、売主が「担保する (warrant)」もしくは「保証する (guarantee)」といった形式的文言を使用することも、また売主がワランティをする特別の意思を有していることも必要でない。しかし、物品の価値のみについての確言または物品についての売主の意見もしくは推奨にすぎないような表示は、ワランティを生ぜしめない。

二一三二四条 黙示のワランティ・商品性・取引の慣行

(1) 物品に商品性があるというワランティは、売主がその種類の物品に関する商人であるときは、その売買契約中に黙示に包含されているものとする。ただし、当該ワランティが排除または変更される場合（二一三二六条）を除く。本条においては、飲食物の有償サービスは、消費される場所のいかんを問わず、売買とする。

(2) 物品に商品性があるというためには、少なくとも、次の要件を満たしていなければならない。

(a) 契約上の説明に合うものとして取引上異議なく通用するものであること

(b) 代替性のある物品の場合には、説明の範囲内で公正にみて平均的品質といえるものであること

(c) そのような物品が使用される通常の目的に適するものであること

(d) 契約に含まれている各単位内でも、各単位を比較しても、合意によって許容されている偏差の範囲内で、均一の種類、品質および数量のものであること

(e) 合意上の要求に十分に合致する内容、包装および内容表示があること、かつ、

(f) 容器または内容表示に示されている約束または事実の確言があるときは、それに合致すること

(3) その他の黙示のワランティが、商談の経過または取引慣行から生ずることもある。ただし、当該ワランティが排除

または変更される場合を除く。

二二三二五條 黙示のワランティ・特定の目的に適合していること

契約締結当時において、その物品が求められている特定の目的を売主が知るべかりし場合であつて、かつ、買主が適切な物品を選択し、または供給するについて売主の技能もしくは判断に信頼していることを売主が知るべかりし場合には、次条（ワランティの排除または変更―筆者注）によつて排除または変更されなからざる限り、その物品は、そのような目的に適合するものであるという黙示のワランティがある。

このほか、ワランティには、所有権 (title) が完全に譲渡され、その移転が適法であり、いかなる担保権や負担を伴ふことなく買主に引き渡されることを担保する旨のものがある (二二三二二條)。このワランティも黙示のものであり、日本民法の追奪担保責任 (五六一條) や制限物権・抵当権等がある場合における売主の担保責任 (五六六、五六七條) に相当しよう。

ところで、日本民法の瑕疵担保責任 (五七〇條) に相当するのは、「瑕疵」の定義によるものの、黙示のワランティ (二二三一四條 (c)) である。しかし、そのワランティ違反の効果は、統一商法典においては、特別なものではなく、一般の契約違反 (債務不履行) と同じである。

(3) 瑕疵担保責任に関連する規定②——効果

(ア) 概観——買主の四つの救済方法

ワランティ違反 (breach of warranty) の効果は、イギリス動産売買法においては、通常の契約違反と峻別されていた。しかし、統一売買法では本質的な契約違反とされ、統一商法典では、「ワランティの違反」 (breach of war-

ranty) という項目もなくなり、前述のように、「契約違反」の問題として規定されている。⁽¹⁴⁾

まず、効果の全体を概観すると、売主がワランティに違反した場合には、買主は、次の四つの救済方法の一つを選択することとなる。⁽¹⁶⁾

第一に、買主は、物品の受領 (acceptance) を拒絶し (二一六〇一条)、または受領しても、その受領を撤回することができる (二一六〇八条)。

第二に、物品を受領して、売主からの代金支払請求訴訟において、契約違反の抗弁を主張して、代金の減額をすることができる (二一七一七条)。

第三は、物品を受領して、損害賠償を請求する (二一七一一条以下) ことである。

第四に、買主は、第一の受領拒絶ないしは受領の撤回を前提に、契約を解除 (rescind) し、売主に対して損害賠償を請求することができる (二一七一一条以下)。

ただし、売主には、次の規定により、追完権ないし代物給付権が認められる。

二一五〇八条 不適當な提供または引渡し の売主による追完・提供のやりなおし

(1) 売主による提供または引渡しは、契約に適合しないとして拒絶された場合において、履行期が過ぎていないときは、売主はこれを追完する意思を買主に対して適時に通知し、その契約期限内に契約に適合する引渡しをなすことができる。

(2) 買主が契約に適合しないとして拒絶した場合でも、減額をしなければならぬかどうかは別として、とにかく受領してもらえたと信ずる理由があるときは、売主は、買主に対して適時に通知すれば、その後相当の期間内に契約に適合する提供をやり直すことができる。

以下では、右の四つの救済方法を、個別に検討する。

(イ) 受領の拒絶と撤回

売主がワランティも含めた契約に違反すると、買主は、その物品の受領を拒絶することができる。

二一六〇一条 引渡しが適切を欠く場合の買主の権利

物品またはその引渡しの提供に何らかの契約に適合していない点があるときは、分割給付契約の違反に関する本編の規定(六一六一二条)に従う場合、および、救済についての制限に関する規定(二一七八条および二一七一九条)に基づいて別段の合意をした場合を除き、買主は、次のいずれによることもできる。

- (a) その全部を拒絶し、
- (b) その全部を受領し、または、
- (c) 一個もしくは数個の商取引単位を受領し、その残部を拒絶する。

ただし、買主が物品の受領を拒絶するためには、「その引渡しまたは提供の後、合理的な期間 (reasonable time) 内に」、売主に対してその旨の通知をしなければならない(二一六〇二条(1))。また、買主は、物品を受領したとしても、「契約違反を発見した時または発見することができたはずの時以後合理的期間内にその違反を売主に通知」すれば、「契約の不適合に関」する他の救済手段を受けることができる(二一六〇七条(3)(a))。そして、その具体的な救済手段は、次項以降の(ウ)ないし(オ)となる。

また、買主は、受領したとしても、物品が「契約に適合しない」ことを理由に受領を撤回でき(二一六〇八条(1))、受領を撤回すると、物品の受領を拒絶したのと同様になる(同条(3))。

二一六〇八条 全部または一部の受領の撤回

- (1) 物品の一個または一取引単位が契約に適合しないため買主にとってその価値が実質的に損なわれているときは、買主は、その受領を撤回することができる。ただし、次の場合であることを要する。
- (a) 買主がその契約の不適合が追完されると推測するのが相当と認められる事情のもとに受領したにもかかわらず、適時に追完されなかった場合。
- (b) 買主がこのような契約との不適合を発見しないで受領した場合であって、そのような受領が受領前の発見の困難によるかまたは売主の保証 (assurances) によって生じ、かつ発見しないで受領するのが相当と認められる場合。
- (2) 受領の撤回は、買主がその受領を撤回する理由を発見しまたは発見することができたはずの時以後合理的な期間内であって、かつ物品の状態の実質的変化が物品自体の瑕疵に起因しないで生ずる前に、これをなすことを要する。この撤回は、買主が売主に通知するまで効力を生じない。
- (3) このように受領を撤回した買主は、当該物品に関してその受領を拒絶したのと同様の権利および義務を有する。

以上の買主による受領の拒絶または撤回は、契約の解除および損害賠償の前提となる。

(ウ) 代金減額

英米法において代金減額に相当するのは、控除 (recoupment) の制度である。この制度は、ワランティ違反の場合に、買主が物品を受領し、売主による代金支払請求に対して代金減額を主張することを認めるものである。つまり、大陸法におけると異なり、代金減額請求権ではなく、「売主の請求に対する防御としてのみ認められる」とされる。⁽¹⁷⁾

右の代金減額について、統一商法典は、次の二一七一条を規定した。

二一七二七条 代金からの損害賠償額の減額

買主は契約違反から生じた損害の全部または一部を、その契約に基づいて支払うべき代金の任意の部分から減額することができる。この場合にはその旨を通知しなければならない。

右の規定からも明らかのように、統一商法典は、代金減額を、「ワランティの違反の場合に限らず」、売主によるすべての契約違反において認めた。⁽¹⁸⁾

(エ) 契約の解除

前述のように、買主が物品の受領を適法に拒絶し、または受領してもその受領を正当に撤回した場合(二一六〇八条)には、買主は契約を解除することができ、売主に対して、すでに支払った代金の返還を請求することができるほか、損害賠償を請求することができる(二一七一一条(1))。

(オ) 損害賠償

統一商法典は、買主が物品を受領したものの売主に契約違反があった場合における、買主に認められる損害賠償の額について、通常の契約違反とワランティ違反とで異なる規定を置いている。

まず、通常の契約違反については、次のように規定する。すなわち、「買主が物品を受領しかつ(二一六〇七条(3)の)通知をした時は、買主は売主の契約違反により通常の経過において生ずる損失で合理的な方法で定められたものを売主の提供が契約に適合しないことによる損害額として賠償を請求することができる」(二一七二四条(1))とする。

これに対して、ワランティ違反の損害賠償の額は、「受領の時と場所における受領された物品の価額と、ワランティに合致しておれば物品が有したはずの価額との差額」である。「ただし、特別の事情から直接の損害額がこれ

と異なることが明らかである場合は、この限りではない」(二一七一四条(2))。

もつとも、同条に付されたコメントによれば、二一七一四条(2)は、ワランティ違反のケースにおける、「通常の、標準的かつ合理的な」損害の算定方法を示したにすぎず、これに限る趣旨ではない。そして、二一七一四条(1)の契約不適合には、ワランティ違反も含まれるとしている。⁽¹⁹⁾

ところで、損害賠償の範囲は、右のものに限られるのではなく、次の規定により、付随的および派生的な損害賠償も認められている。

二一七二五条 買主に認められる付随的および派生的損害賠償額

- (1) 売主の契約違反から生ずる付随的損害賠償額には、適法に受領を拒絶された物品の検査、受け取り、運送、管理および保管により負担するのが相当であった費用、代品入手に伴う商業上合理的な経費、費用、手数料ならびに遅滞その他の契約違反に付随するその他の合理的な費用が含まれる。
- (2) 売主の契約違反から生ずる派生的損害賠償額には、以下のものが含まれる。
 - (a) 売主が契約締結の際に当然知っていたはずの買主側の一般的または個別的な要求および必要を満たさないために生じ、かつ、代品入手その他の方法では阻止できなかったのが相当と認められる損失。
 - (b) ワランティ違反によって人身または財産について直接生ずる損傷。

瑕疵担保責任において、売主に、右のような付随的損害賠償の責任を認めることは、五十嵐教授によれば、「今日」における一般的な「傾向」であるとされる。そして、「フランス法では、売主の責のない場合に、代金減額のほかに、『売買によって生じた費用』の補償が認められているが(フ民一六四六)、判例はこの規定を拡張解釈して、

利息、契約費用その他の立替金のほかに、物の瑕疵によって生じたあらゆる損害（但し、得べかりし利益は除く）の賠償を認めている」との指摘がなされている。⁽²⁰⁾

なお、「当事者は、契約違反による損害賠償額を合意で予定することができ」（二一七一八条）、また、救済方法や損害賠償額の算定基準についても、合意により定めることが認められている（二一七一九条）。その例示として、「買主に認められる救済方法を、物品を返還して代金の払戻しを受けること、または契約に適合しない物品の全部または一部の修補ないし取換えを求めることに限ることができる」とする（二一七一九条(1)(a)）。

(カ) その他

以上の契約違反の訴えについては、その出訴期間が制限されている。すなわち、「売買契約違反による訴えは、訴訟原因（cause of action）の発生後四年以内に提起しなければ」ならず、「当事者は事前の合意によって出訴期限を一年まで短縮することができるが、それを延長することはできない」とされる（二一七二五条(1)）。そして、その起算点は、ワランティ違反については、原則として、「引渡しの際に提供があった時」である。ただし、「ワランティが物品の将来の履行にまで明示的に及び、このような履行があるまではワランティ違反を発見できない場合には、ワランティ違反を発見しまたは発見すべきであった時」である（二一七二五条(2)）。

(4) 小 括

以上の統一商法典では、なお瑕疵担保責任（ワランティ違反）について、特別な規定を残している。それは、とりわけ、要件の点において顕著である。しかし、効果に関しては、通常の契約違反（債務不履行責任）と大きく異なる点はなく、瑕疵担保責任も「契約の不適合」の一場合として、同様の規制に服している。そしてこの傾向は、次の国際動産売買統一法草案では、さらに進展している。

三 国際動産売買統一法草案（一九五六年）

(1) 沿革

私法の国際的統一のための組織として一九二六年に設立された私法統一国際協会（UNIDROIT＝ユニドロワ）は、その最初の仕事として、動産売買法の統一を計画し、その任務を、当時ミュンヘン大学の教授であったエルンスト・ラーベル（Ernst Rabel）に委ねた。⁽²¹⁾ この協会において、ラーベルは、ヨーロッパ各国の研究者と共同で作業をし、「国際間の動産売買のみに関する統一法が可能であり、また必要であるという立場」から、一九三五年に「売買に関する国際的法律草案」を作成した。⁽²³⁾ その後、一九三九年に「有体動産の国際売買についての統一法草案」（第二草案）が作成され、さらに一九五六年に第三次草案が成立し、この五六年草案が修正されて、一九六四年四月、ハーグにおいて、「有体動産の国際売買についての統一法」（以下、「国際動産売買統一法」）が条約として成立した。⁽²⁴⁾

ところで、右の条約を作成するための資料となつたのが、ラーベルによる『商品売買法』（Das Recht des Warenkaufs）⁽²⁵⁾であり、その第六部「瑕疵担保責任および類似の理論」では、「瑕疵担保の特殊性がことごとく否定され、債務不履行責任として捉えられるべきことが主張されている」⁽²⁶⁾。そして、国際動産売買統一法においても、このラーベルの主張に従い、三九年草案には存在した「物の瑕疵による担保」という名称が、五六年草案では姿を消し、「瑕疵担保に相当する事項を『物の適合性（conformité）に関する売主の義務』の一場合として」規定している。⁽²⁷⁾

右の五六年草案は、五十嵐教授によって紹介され、「わが法についても瑕疵担保責任の債務不履行責任説の生成」に「示唆を与えた」⁽²⁸⁾重要なものである。そこで、以下では、国際動産売買統一法の瑕疵担保責任に関する規定を概観する。⁽²⁹⁾

(2) 瑕疵担保責任に関連する規定(i)——要件

(ア) 引渡しと「適合性の欠如」(défaut de conformité)

国際動産売買統一法では、引渡しとは、「契約に適合する物品を交付することをいう」と定義され(一九九条一項)⁽³⁰⁾、瑕疵のある物品、すなわち、契約に適合しない物品が交付された場合には、売主の引渡義務が履行されたことにはならないとした(二三三条)。

二三三条 一次のような物品の交付がなされた場合には、売主は物品の引渡しに関する義務を履行したことにほならない。

(a) 売却物品の一部のみ、または売却すべく契約された物品の超過量または不足量
(b) 契約に定めたものでない物品または異なった種類の物品

(c) 売主が買主に交付もしくは送付した見本またはモデルの有する品質を欠く物品。ただし、物品がそれに適合しているという明示または黙示の保証なしに売主がそれを提供した場合は、この限りでない。

(d) 通常のもしくは商業上の使用に必要な品質を有しない物品

(e) 契約により、明示的もしくは黙示的に期待されている特定の目的のための品質を有していない物品

(f) 一般的に、契約により明示的もしくは黙示的に期待されている品質もしくは特性を有していない物品

二 数量的差異、物品の部分的不足、または品質もしくは特性の欠如は、それが重要なものでない場合には、考慮されるべきではない。

前述のように、統一商法典では、ワランティの要件についてはなお、特別の規定が存在した。しかし、右の国際動産売買統一法では、明示または黙示のワランティも、すべて契約の「適合性の欠如(欠缺)」の場合とされ

(三三条一項(f)³¹)、引渡債務の不履行責任に解消されている。そして、権利の瑕疵についても同様の規定が置かれ(五二条)、『統一法』における契約責任の構造は簡明³²であると考えられる。

なお、契約締結時に、買主が適合性の欠如を知り、または知ることができた場合には、売主は、三三条一項(d)、(e)、(f)に規定する適合性の欠如については、責めを負わない(三六条)。

(イ) 危険負担との関係

国際動産売買統一法では、「物品が契約に適合しているかどうかは、危険が移転する時点における物品の状態により決定される」(三五条一項)。ただし、適合性の欠如が、売主の行為によって生じたときは、「危険が移転する時点」以後に生じた「一切の適合性に欠如の結果につき責めに任ずる」とする(同二項)。いずれにしても、物品が契約に適合しているか否かは、売主から買主に「危険が移転する時点」が基準とされている。

では、「危険が移転する時点」はいつか。国際動産売買統一法九七条一項によれば、「危険は、物品の引渡し(delivery)が、契約および本法の条項に従ってなされる時に買主に移転する」とされる。つまり、危険は、物の引渡しによって買主に移転される。ただし、その物が契約に適合していない場合には、危険は、「交付(handing over)がなされた時から買主に移転する」とされる(九七条二項)。これは、売主が契約に適合しない物品を提供しても、「引渡し」とならないため、「交付」の時から危険が買主に移転する³³としたのである。

右のように、国際動産売買統一法では、契約の不適合(瑕疵)と危険負担とを相関させ、売主は、危険が買主に移転する前、すなわち、物を買主に「交付」する前の契約の不適合につき責任を負う旨を定めている。しかし、北川善太郎教授は、「危険負担と瑕疵担保との関連は最近やっと問題とされてきている」ものの、「まだわが法上不確定である」と指摘したにとどまる³⁴。

(ウ) 買主による検査・通知

適合性の欠如に関して、国際動産売買統一法は、買主に検査を要求し、売主に対する通知義務を課す。すなわち、買主が物品の交付を受けたら、「買主はすみやかに物品を検査し、または検査させなければならない」(三八条一項)とし、適合性の欠如を発見したときは、売主に対して通知しなければならないとする(三九条一項)。

三九条 一 買主は、適合性の欠如を発見した時、または発見すべかりし時の後すみやかにそれについての通知を売主に對して与えないときには、物品の適合性の欠如を援用する権利を失う。第三八条に規定する物品の検査により、明らかにされえなかつた瑕疵が、後日発見された場合において、買主がその発見後すみやかに、瑕疵についての通知を売主に対して与えたときは、買主は、なおその瑕疵を援用することができる。いかなる場合にも、物品が交付された日から二年以内に、売主に対してそれについての通知が与えられないときには、買主は、物品の適合性の欠如を援用する権利を失う。ただし、適合性の欠如がより長期にわたる保証の違反 (breach of a guarantee) となる場合は、この限りでない。

二 適合性の欠如について売主に通知を与える場合には、買主は、その性質を明示し、かつ、売主に物品の検査をし、もしくは、その代理人による検査をなさしめるよう求めなければならない。

三 本条第一項に規定する通知が、文書、電報、その他適当な手段によつて送付された場合において、その通知が、目的地に到達しないか遅延して到達したことは、それを援用する買主の権利を奪うものではない。

ただし、売主は、適合性の欠如を知り、または知ることができたにもかかわらず、その事実を買主に告げなかつた場合には、三八条および三九条は適用されない(四〇条)。

(3) 瑕疵担保責任に関連する規定(ii)―効果

(ア) 四つの救済方法

物品が契約に適合しない場合には、買主は、売主に対して、①履行の請求、②契約の解除、③代金減額、および、④損害賠償を求めることができる(四一条)。

四一条 一 買主が、物品の契約への不適合につき売主に正当に通知しているときは、買主は、第四二条ないし第四六条に定めるところに従い、次のことをすることができる。

- (a) 売主による契約の履行を請求すること
- (b) 契約を解除すること
- (c) 代金を減額すること

二 買主はまた、第八二条または第八四条ないし第八七条に定めるところに従い、損害賠償を請求することもできる。

(イ) 履行の請求

履行の請求との関連では、買主の売主に対する瑕疵修補請求権や代物請求権が認められている(四二条)。

四二条 一 買主は、次の各場合には、売主に契約の履行を請求することができる。

(a) 売買が、売主により製造もしくは生産されるべき物品に関する場合には、売主が瑕疵を修補すべき地位にあるならば、物品の瑕疵を修補することによる。

(b) 売買が特定物に関する場合には、契約に表示されている物品または、その欠けている部分の引渡しによる。

(c) 売買が不特定物に関する場合には、代品買入れが慣行に適合しており、かつ、合理的に可能な場合を除き、契約に適合している他の物品の引渡しまたは欠けている部分ないし量の引渡しによる。

二 買主が、合理的期間内に売主による契約の履行を得ない場合には、買主は、第四三条ないし第四六条に定める権利

を有する。

(ウ) 契約の解除

契約の解除は、重大な契約違反 (fundamental breaches of the contract) がある場合にのみ、認められる (四三条)。

四三条

買主は、物品の契約不適合および確定期日における引渡しの際の懈怠が、重大な契約違反であるときは、契約を解除することができる。買主は、適合性の欠如について売主に通知した後、または第四二条第二項が適用される場合に、同項に規定する期間の経過後、すみやかに行使しない限り、契約を解除する権利を失う。

なお、債務者が契約違反に対する免責事由を有する場合にも、債権者は、解除権、および、次の代金減額請求権を行使することができる (七四三三項) ことには注意を要する。

(エ) 代金減額

代金の減額については、次の四六条が規定する。

四六条

買主は、売主による契約の履行を得ないか、または契約を解除しない場合には、契約締結時における物品の価値が契約への適合性の欠如のゆえに減縮されたと同一の割合において、代金を減額することができる。

この代金の減額についても、通常の損害賠償におけると異なり、債務者の免責は認められない (七四三三項)。

(オ) 損害賠償

国際動産売買統一法は、ドイツ民法やコモン・ローにおけるとは異なり、契約の解除と損害賠償の重疊的な請求を認めている。⁽³⁵⁾ すなわち、損害賠償の算定については、契約が解除された場合（八四―八七条）と解除されない場合（八二―八三条）とで区別し、それぞれに明確な規定を定めている。

また、「損害賠償に関する一般的条項」として、次の損害軽減義務が定められている。

八八条 契約違反を主張する当事者は、違反から生ずる損失を軽減するため、一切の合理的な手段をとらなければならない。その者が、そのような手段をとることを怠った場合には、違反当事者は、損害賠償額の減額を請求することができる。

(カ) 免責

国際動産売買統一法によれば、契約違反をした当事者は、次の規定（七四条一項）により免責される。ただし、その場合においても、前述のように、買主が代金減額を請求することは可能であり、また、契約違反が重大であるときは、契約の解除も認められる（同三項）。

七四条 一 一方の当事者が、その義務の一を履行しなかった場合において、契約締結時における両当事者の意思によれば、その不履行がその当事者が考慮に入れ、回避し、または克服すべき義務を負わない状況によって生じたものであることをその当事者において証明しえたときは、その当事者は、そのような不履行について責めに任じない。当事者の意思表示がなされていない場合においては、同一の状態において、合理的な人ならばどのように意図したであろうかということが考慮されなければならない。

二 (省略)

三 当事者の一方のための本条に定めた免責は、免責を正当づけた状況が、相手方当事者またはその者が責めに任ずべき者の行為により生じたのでない限り、本法その他の規定に基づく契約の解除を排除するものではなく、また、本法に基づいて有する(代金)減額請求の権利を相手方当事者から奪うものでもない。

右の規定によれば、売主が瑕疵のある物を買主に「交付」した場合には、次のようになる。すなわち、売主の代金支払請求に対して、買主は、物品の適合性の欠如を理由に、それが重大な契約違反であれば、契約を解除して、代金債務不存在の抗弁を提出しうる。これに対して、売主が免責(七四条一項)を再抗弁としても、契約解除の効果は残るため(七四条三項)、売主の請求は棄却される。また、買主が契約を解除しないで、代金減額請求をすれば、売主の請求は一部認容となる⁽³⁶⁾。

(4) 小 括
このように、国際動産売買統一法においては、契約の解除と代金減額請求権については、免責が認められない。

以上の国際動産売買統一法は、国際間の動産売買に関して、大陸法と英米法との調和を試みた、「現代比較法の成果と称しうる」⁽³⁷⁾ものである。その最も顕著な点は、「瑕疵担保責任の取扱い」⁽³⁸⁾にある。すなわち、国際動産売買統一法では、瑕疵担保責任は、「物品の適合性に関する売主の義務」(第三章第一節第二款)の中で、数量の過不足、異種物の給付、明示または黙示の保証違反と並べて規定され(三三条)、債務不履行責任に解消されている⁽³⁹⁾。

また、国際動産売買統一法では、解除の要件として、英米法上の制度である「重大な契約違反」(fundamental breach of contract)を要求し、かつ、損害賠償の要件としても、大陸法におけるような、債務者の責めに帰すべき事由(過失)を必要としないことも注目に値しよう⁽⁴⁰⁾。ただし、不可抗力による免責は認められる(七四条一項)が、

代金減額と解除には免責が認められない。

四 まとめ

イギリス法（イングランド法）においては、「買主をして注意せしめよ」の原則により、売買の目的物が買主の要求を満たすか否かは買主の問題であつて、売主は責任を負わないとされてきた。ただし、目的物に瑕疵があつた場合には、当該売買契約における売主による明示または黙示の保証（ワランティ）に違反するとされ、「買主をして注意せしめよ」の原則が修正されている。それゆえ、イギリス法では、瑕疵のある物を引き渡した売主の責任は、「すべて契約違反の問題として処理され」、債務不履行責任となる。⁽⁴¹⁾

右のようなイギリス法に従うアメリカ統一商法典も、売買目的物の品質に関しては、なお黙示のワランティの問題としていた。しかし、ワランティ違反の効果に関しては、通常の契約違反と大きく異なる点はなく、「契約の不適合」の場合と解されていた。そして、ハーグの国際動産売買統一法では、要件の点でもワランティの特殊性はほぼ完全に失われ、瑕疵担保責任は、債務不履行責任へと解消されている。

ところで、右の国際動産売買統一法は、アメリカがこれに加入しなかつた。その背景には、「ほぼ時を同じくして統一商法典（UCC）の編纂」が行われたことが指摘されている。⁽⁴²⁾ しかも、社会主義国や発展途上国の多くも国際動産売買統一法に加入せず、真に実効性のある国際動産売買統一法は、一九八〇年のウィーン売買条約（国際物品売買契約に関する国際連合条約）を待たなければならなかつた。ただし、ウィーン売買条約は、ハーグの国際動産売買統一法を前身とし、その「根幹」を「そのまま維持」している。⁽⁴⁴⁾ その意味では、ラーベルの研究は、今日においてもなお、その輝きを失つてはいない。

- (1) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(三)」立教法学七六号二一八頁以下(二〇〇九年) 参照。
- (2) 野澤・前掲注(1) 二二七頁以下。
- (3) 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、一九七六年、初出一九五九—一九六〇年) 八一頁。
- (4) 五十嵐・前掲注(3) 八三頁。
- (5) 五十嵐・前掲注(3) 八三頁。
- (6) 並木俊守『アメリカ統一商法典』(東洋経済新報社、一九七一年) 三頁。
- (7) 統一商法典の制定の経緯については、並木・前掲注(6) 三頁以下のほか、ロバート・ブラウカー(道田信一郎訳)「アメリカ商法の現代化—その立法過程」ジュリスト一八五号二四頁(一九五九年)に詳しい。
- (8) 並木・前掲注(6) 五頁および一七頁。
- (9) イギリス法におけるワランティについては、佐藤正滋「瑕疵担保の研究—イギリス」比較法研究三三号五四頁(一九六三年)のほか、①山下純司「売買の目的物に瑕疵がある場合における買主の救済—イングランド法」比較法研究六八号二八頁(二〇〇七年)、②同「イギリス法と売買目的物の瑕疵」法律時報八〇巻八号四六頁(二〇〇八年) 参照。なお、ワランティをめぐる動産売買法から統一売買法への変遷に関して、木下毅『英米契約法の理論』(東京大学出版会、第二版、一九八五年) 三三〇頁注(25)を参照。
- (10) 五十嵐・前掲注(3) 九六頁。
- (11) 一九五二年の統一商法典の規定については、Uniform Commercial Code, Official draft, Text and comments edition, 1952を参照。ただし、規定の訳は、一九六二年版のOfficial Textの翻訳(アメリカ統一商法典研究会「アメリカ統一商法典の翻訳(2)」「法学協会雑誌八二巻五号六七六頁以下、六号七七五頁以下(一九六六年)」)に依拠した。
- (12) 統一商法典の翻訳(2)・前掲注(11) 六七—六七二頁。
- (13) 並木・前掲注(6) 七五頁。
- (14) 五十嵐・前掲注(3) 九六頁。
- (15) 統一商法典の翻訳(3)・前掲注(11) 七四八—七七二頁。
- (16) 並木・前掲注(6) 八五頁。
- (17) 五十嵐・前掲注(3) 一〇一頁。
- (18) Official draft, supra note 11, p.254.
- (19) Official draft, supra note 11, p.249.
- (20) 五十嵐・前掲注(3) 一〇四—一〇五頁。
- (21) 五十嵐清「ラーベル」伊藤正己編『法学者—人と作品』(日本評論社、一九八五年) 八二頁。

- (22) 五十嵐・前掲注(21) 八三頁によれば、ラーベルとともにハーグ条約の草案(国際動産売買統一法草案)を作成した研究者の中に、フランスのジョゼフ・アメル(Joseph Hamel)がいたことが注目される。アメルは、パリ大学法学部長を務め、著名なプラニオル(Planiol)とリペール(Ripert)の体系書の改訂者として知られる。そのアメルは、国際動産売買統一法草案の作成された年に刊行された同体系書の改訂版において、瑕疵担保責任について、次のように述べている。
- 「瑕疵担保責任は、アメリカ商法の新しい傾向において認められた別の考え方によれば、引渡しの一つの適用でしかない。すなわち、売主は、(買主に)引き渡された物が、買主の予定していた用途に適合しないものとなるような瑕疵を内包している場合には、その引渡債務を履行していないことになる。
- (しかし)右のような考え方は、フランス民法典の体系ではない。すなわち、民法典の起草者たちは、(引き渡された物に隠れた瑕疵がある場合に)、民法典が、特異な規定に服し、かつ、一定の特別な効果を生じる、特別な訴権を用意するのが適切である、と考えたのである」(M.Planiol, Ripert et Hamel, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Contrats civils*, Paris, 1956, n. 126, pp.136-137. 野澤正充「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四二頁(二〇〇八年)。
- 右の指摘からも明らかのように、アメルは、統一商法典の規定を踏まえつつ、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを一元化する国際的動向が、フランス法の伝統的な考え方(二元説)とは異なるとしていた。このことは、フランス民法における瑕疵担保責任の法理を考えるうえで重要であるのみならず、沿革的にはフランス民法に連なる現行日本民法の瑕疵担保の規定を考察するうえでも、注目すべき点である。
- (23) 五十嵐・前掲注(21) 八三頁。
 (24) 五十嵐・前掲注(21) 八四―八五頁。
 (25) 五十嵐・前掲注(21) 八二頁。
 (26) 五十嵐・前掲注(21) 八四頁。
 (27) 五十嵐・前掲注(3) 八三頁、同・前掲注(21) 八四頁。
 (28) 北川善太郎「ヘーグ国際動産売買統一法と日本民商法」比較法研究三〇号四四頁(一九七〇年)。
 (29) 規定の訳は、五六年草案ではなく、六四年の国際動産売買統一法についての北川・前掲注(28) 八三頁以下の「付録Ⅱ 有体動産の国際売買についての統一法」による。
 (30) 北川・前掲注(28) 四四頁は、国際動産売買統一法の「引渡し」の概念が、「買主側の受領ないし物理的な受領があるかどうかについてははっきりせず、「法的概念としては必ずしも透明でないままにこのされている」とする。
 (31) 五十嵐・前掲注(3) 九六頁。
 (32) 北川・前掲注(28) 四四頁。
 (33) 北川・前掲注(28) 五八頁。

- (34) 北川・前掲注(28) 五八一―五九頁。
- (35) 北川・前掲注(28) 五四頁。
- (36) 北川・前掲注(28) 五八頁および五九頁注(34) 参照。
- (37) 五十嵐清『民法と比較法』(一粒社、一九八四年) 一六六頁。
- (38) 五十嵐・前掲注(37) 一六四頁。
- (39) 五十嵐・前掲注(37) 一六五頁。
- (40) 五十嵐・前掲注(37) 一六五頁。
- (41) 山下・前掲注(9) ②四七頁。
- (42) 五十嵐・前掲注(37) 一六六頁。
- (43) 五十嵐・前掲注(37) 一六七頁。
- (44) 五十嵐・前掲注(37) 一六七頁。

第二款 債務不履行責任説の登場

一 登場前夜

昭和三二年の日本私法学会のシンポジウム以降、しばらくの間は、不特定物の売買に瑕疵担保責任の適用が認められるか否かについて、通説である法定責任説からの論考が出された。その多くは、この問題を否定に解する通説と、これを肯定する判例との間に、「歩みよが見られ」⁽⁴⁵⁾、また、学説が「『かくあるべき法』にむかつて実質的に統一されてきている」⁽⁴⁶⁾とした。そして、「この問題についてはすでに殆どあらゆる角度からの解釈が試みられ」、いづれの見解によっても「具体的結論は大きな相違を見ない」⁽⁴⁷⁾との理解がなされていた。

このような状況において、全く異なる「角度」からの解釈論が登場する。後に法定責任説とともに民法学界を二分する、債務不履行責任説である。

債務不履行責任説は、ほぼ同じ時期に、三名の代表的な学者によって提唱された。そのアプローチの仕方はそれぞれ異なり、主として英米法系ないし国際的動向を重視した比較法的側面からのもの（五十嵐）と、ドイツにおける議論の沿革をたどり、「特定物のドグマ」を否定するもの（北川）、そして、日本法の議論から、法定責任説を厳しく批判するもの（星野）とに分かれている。しかし、いずれも、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化するものであり、両責任を異なる原理に服せしめる二元論（法定責任説）とは、根本的に異なる。

二 比較法的側面からの検討（五十嵐）

(1) 瑕疵担保責任の拡大傾向

ラーベルの研究にいち早く着目し、アメリカ統一商法典と国際動産売買統一法（五六年草案）の成果を採り入れて、瑕疵担保責任を債務不履行責任として構成すべきであると主張したのは、五十嵐清教授であった。

五十嵐教授は、瑕疵担保責任が、「現在の取引社会の売買」においても、「無過失責任、通知義務、短期時効等の点で合理的な面」を有し、「極めて大きい機能を發揮する」とする。それゆえ、瑕疵担保責任の適用領域が拡大し、「債務不履行との限界」が不明確となり、「もはや、両者の区別は現実には存しない」とした⁽⁴⁸⁾。そして、五十嵐教授によれば、瑕疵担保責任の拡大傾向は、次の二つの方向において現れるとされる。一つは、「瑕疵」の概念の拡大であり、もう一つは、その効果論（内容）の拡大である。以下、順に検討する。

(2) 「瑕疵」の概念

瑕疵担保責任における物の「瑕疵」(vice)とは何か。この問題について、五十嵐教授は、「ローマ法においても、イギリス法においても、本来、瑕疵は客観的に理解されていた」とする。すなわち、瑕疵とは、本来は、「特定物の物理的性質に関するもの」であり、「すべての買主にとって価値ある性質の欠除であった」⁽⁴⁹⁾。しかし、このよ

うな客観的な瑕疵の概念は、「今日では主観的なものにも拡大されるのが一般的傾向である」と指摘する⁽⁵⁰⁾。そして、主観的な瑕疵をも加える「近世諸法典」を例に挙げ、その例外として、イタリアの例を摘示した。すなわち、「イタリアでは、激しい論争の末、判例は伝統的立場に立ち、瑕疵担保の成立を客観的瑕疵に限り、それ以外を債務不履行と解し、一般的な傾向にさからった」とする⁽⁵¹⁾。

日本民法はどうか。五十嵐教授は、起草者が客観説を採り、瑕疵とは、「物が通常有すべき性質ノ欠除」であると解していたが、判例は、「ドイツ民法にならい」、主観説に立つとする。すなわち、目的物の欠陥により、「其ノ物ノ通常ノ用途若ハ契約上特定シタル用途ニ適セザル」場合に瑕疵が認められるとした、大審院昭和八年一月一日判決（民集一二巻七一頁）⁽⁵²⁾を引用する。そして、同判決は、これにとどまらず、売買の目的物が「或性能ヲ具備スルコトヲ売主ニ於テ特ニ保証（請合フノ意）シタルニ拘ラズ、之ヲ具備セザル場合」も「瑕疵」に当たるとし、五十嵐教授は、売主による保証までを「瑕疵の概念に含めることは比較法的に例」が乏しく、「わが判例・学説は主観説の最先端を行く」とした⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾。ただし、この判例を支持する「通説」は、「瑕疵担保の適用を制限しようとする」ものであり、その「立場の一貫性は疑問である」とも指摘している⁽⁵⁵⁾。

五十嵐教授は、右のように、瑕疵の概念に「当該契約で定められた使用目的を害する場合」をも含めることは、「保証による責任との差異を紙一重のもの」とし、「瑕疵と不履行との概念的限界を画することは不可能となる」とする⁽⁵⁶⁾。そして、種類売買にも瑕疵担保責任の適用を認めるのが「世界の大勢」⁽⁵⁷⁾であり、「現代法では、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である」とした⁽⁵⁸⁾。

(3) 瑕疵担保責任の効果における統一

五十嵐教授は、右のように、瑕疵担保責任がその適用範囲を拡大させるだけでなく、「その内容の点においても著しい変貌を見せようとしている」とする⁽⁵⁹⁾。すなわち、比較法的には、瑕疵担保責任の効果として、ローマ法以来

の代金減額と解除とが認められるほか、「一般的な契約違反に対する救済手段である代物請求権、修補請求権および損害賠償請求権も与えられ」ているとする。また、解除に關しても、「債務不履行による契約解除と一致せんとする方向」にあり、「解除とともに損害賠償の請求も認め」られた。⁽⁶⁰⁾ その「頂点に立つ」のが、ハーグの国際動産売買統一法とアメリカ統一商法典であり、⁽⁶¹⁾ 五十嵐教授は、この両統一法が、「今後の瑕疵担保法の発展にとって導きの星となるであろう」との予測をする。⁽⁶²⁾

ところで、五十嵐教授は、瑕疵担保責任を債務不履行責任として扱うのは、「わが民法の立法者が世界に先がけてすでにとっている立場である」とし、「現在の学説間の混迷をさけるためには、比較法に学ぶとともに、今一度、立法者の精神に立ち戻ることが必要」であると⁽⁶³⁾ する。そして、確かに、現行民法の起草者は、瑕疵担保責任も債務不履行責任と同じく過失責任であり、その内容としても、一般の債務不履行責任と同様の損害賠償が認められると⁽⁶⁴⁾ 解していた。しかし、その評価は慎重になされなければならず、この問題における起草者の見解を強調することは、適切ではない。⁽⁶⁶⁾

ともあれ、比較法的成果を踏まえ、「瑕疵担保責任を債務不履行責任として構成しようとする傾向を明らか」にした五十嵐教授の論文は、法定責任説に収れんしていた学界に、大きなインパクトを与えることとなった。

(4) 小 括

五十嵐教授の「瑕疵担保と比較法」(昭和三四―三五年)は、その発表当時から、「筆者独特の流麗な名文」で、「きわめて示唆に富む」ものであり、「近來の収獲の一」であると評された。⁽⁶⁷⁾ そして、瑕疵担保責任を債務不履行責任に解消するという具体的な主張のみならず、「方法論」としても、「種々の法体系における法制度または法の機能の比較をする」比較法⁽⁶⁸⁾を「みごとに生かし」、「今後の重要な方向を示すもの」⁽⁶⁹⁾であった。

ところで、その具体的な解釈論としては、まず、「瑕疵」の概念に着目し、客観的基準と主観的基準の両者を含

むとする（主観説）と、瑕疵担保責任と債務不履行責任の境界が不明確なることを指摘したことが注目される。なぜなら、この点は、後に触れるように、従来の学説が十分に検討してこなかった問題だからである。

また、統一商法典と国際動産売買統一法とを示し、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化することが国際的動向の主流であるとの事実を摘示したことは、今日においてもなお、債務不履行責任説の重要な基盤となっている。その意味では、五十嵐教授の見解は、当時において画期的であっただけでなく、その約半世紀後の現在をも見据えた、きわめて卓越したものであったといえよう。

三 「特定物のドグマ」の否定（北川）

(1) 於保不二雄博士の指摘

五十嵐教授の論文とほぼ時期を同じくして、法定責任説の「特定物のドグマ」に疑問を呈したのは、於保不二雄博士であった。

於保博士は、「給付義務の不完全履行」との関連において、「通常」の理解によれば、「特定物の引渡を目的とするときは、引渡の時の現状において引渡をすればたりる（民四八三条）から、特定物に瑕疵があっても、「その現状で引渡せば不完全履行」ではなく、「物の瑕疵担保責任の問題（民五七〇条）となる」とする。⁽⁷⁰⁾しかし、「瑕疵担保責任の本質については、なお問題とすべき余地」があり、これを「履行責任として再構成することも可能である」とする。⁽⁷²⁾その論拠は、次のようである。すなわち、「近代法は、売主の権利供与義務を認める」ため、「権利の追奪担保責任は、制度上は、沿革的理由から担保責任となっているが、理論上は履行責任」である。しかし、「物の瑕疵担保責任、ことに特定物のそれについては、特定物の給付義務の形式的取扱い」（特定物のドグマ）から、「双務有償契約による等価値交換的給付義務との関連が切り離されている」。そこで、「瑕疵担保責任についても、

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」しうるとした。⁽⁷³⁾

右の論拠は、ややわかりにくい。しかし、「双務有償契約による等価値交換的給付義務」とは、於保博士の別の表現によれば、「対価と同価値の目的物上の権利を移転する義務」であり、これと特定物である「目的物の引渡義務」とは「明確に区別されなければならない」⁽⁷⁴⁾。つまり、売主は、瑕疵のある特定物を引き渡しても、なお「対価と同価値の目的物上の権利を移転する義務」を負うのであり、瑕疵担保責任も、「本質的には、不完全履行の典型的場合」となる。⁽⁷⁵⁾

ただし、於保博士は、「双務契約における危険債権者主義」にも言及し、これは「民法五三四条の明文上否定できない」⁽⁷⁶⁾が、瑕疵担保責任を債務不履行責任として再構成する場合には、「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」⁽⁷⁷⁾とする。また、「原始的不能論や、特定物か不特定物かの区別論も無用の議論となる」とした。⁽⁷⁸⁾

右の於保博士の見解は、いわゆる「特定物のドグマ」を否定し、瑕疵のある特定物の売主が、「対価と同価値の目的物上の権利を移転する義務」を負うとするものであり、法定責任説に対する重要な問題提起となる。もっとも、その記述は簡潔であり、とりわけ、危険負担との関連がわかりにくい。しかし、「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」でないとし、⁽⁷⁹⁾瑕疵担保責任と危険負担を「双務有償契約における等価値交換義務」の問題として、統一的に把握していたことが推測される。⁽⁸⁰⁾

(2) 北川善太郎教授の見解—ドイツ法の再検討

右の於保博士の問題提起を受け止めて、ドイツの見解を詳細に再検討し、「特定物において瑕疵ある物の給付は瑕疵なき履行である」という「パラドクシカルな命題」を正面から批判したのが、北川善太郎教授である。

(ア) 「ドイツ民法学説」の再評価

北川教授は、まず、瑕疵担保責任の沿革をたどり、また、英米法を含む比較法的考察を行った後に、大陸法系が「英米法の漸進的な展開と対照的」に、「かなりジグザクな歩み」をしているとして、その「流れの一方の極点にある」ドイツ民法学説の検討を行う⁽⁸²⁾。そして、日本の法定責任説にも影響を及ぼし、ドイツでは、なお「通説的地位をしめている」シュルマイヤー (Schulmeier) の見解を紹介する。その見解によれば、「特定物売買の給付義務は契約締結時に存する特定物そのままの状態に及ぶ」ため、「瑕疵あるときはそのままの給付」に義務が付き(特定物のドグマ)、「瑕疵なきときは瑕疵なき物の給付義務が成立」する⁽⁸³⁾。しかし、ドイツにもさまざまなお見解があり、北川教授は、特定物のドグマに「挑戦する」コリンテンベルク (Korintenberg) の見解に着目する。すなわち、コリンテンベルクは、権利の瑕疵責任において、権利供与義務(瑕疵なき権利の給付義務)が認められるのであれば、物の瑕疵でも同様に、瑕疵なき物の給付義務を認めることが「論理的不能」ではないとする。そして、「あるがままに債務を負う」(so geschuldet, wie es ist)でなしに、「あるべき状態で債務を負う」(so geschuldet, wie es sein soll)ことを肯定した⁽⁸⁴⁾。

(イ) 「特定物のドグマ」の批判

以上の基礎的な検討を踏まえて、北川教授は、まず、法定責任説の論拠の一つである原始的不能論について、原始的不能が無効であるとの命題に疑問を提起するとともに、瑕疵担保責任を「原始的不能の例外則」と考えることもできるとする⁽⁸⁵⁾。

また、「特定物のドグマ」については、右のコリンテンベルクの見解に従い、「特定物の給付義務で、『あるがままの状態に債務を負う』ことが唯一可能な構成でなしに、『あるべき状態で債務を負う』との構成にも立ちうる」とする⁽⁸⁷⁾。

さらに、ドイツでは、特定物のドグマの形成に、動機の錯誤論が影響している。すなわち、「性状錯誤は動機錯誤

誤である』という命題」により、特定物の性質についての錯誤は、動機の錯誤にすぎず、意思表示の内容とならないことが、特定物のドグマの「法理論的母胎」となっている。⁽⁸⁸⁾しかし、北川教授は、「特定物の性質も、一定の場合に、何らかの構成を通して、意思表示の内容となりうることは肯定されてきている」とする。⁽⁸⁹⁾そして、たとえば、「メッキのリングでも誤って金という觀念のもとに、『この金のリングの給付』を合意することは何ら背理ではない」とする。

そして、北川教授は、「ドイツ民法学説が強力に形成した『特定物のドグマ』は、「一部の支持者のとくように絶対的な論理的命題」ではないとする。⁽⁹⁰⁾すなわち、「特定物のドグマによる瑕疵担保論は、原始的不能論・動機錯誤論などの特殊な法理論的背景や歴史的背景」が密接に関連して形成されたものであり、「別個の判断・法論理が可能である」と主張する。⁽⁹¹⁾そして、結論としては、「瑕疵担保につき伝統的拘束を脱して債務不履行責任構成をとる方向が浮び上がってくる」とした。⁽⁹²⁾

(ウ) 双務有償性ないし危険負担との関係

ところで、本稿にとつて興味深いのは、北川教授が、瑕疵担保責任の法的根拠として、「双務有償性」を示唆するとともに、危険負担との関連についても言及している点である。

まず、瑕疵担保責任の法的根拠を、法定責任説は、有償契約であることに求めていた。すなわち、鳩山博士は、瑕疵担保責任を、有償契約である売買を保護するための特別な無過失責任であると解していた。⁽⁹³⁾しかし、北川教授は、ドイツでは、瑕疵担保責任の「双務有償性への関連づけが有力に主張されている」とする。⁽⁹⁴⁾もっとも、ドイツでは、瑕疵担保責任が一九世紀には「有償契約に拡張されていた」ものの、「双務契約が体系的に考察されるのは時期的にずっとおくれ、ドイツ民法典(§§320—327)ではじめて明確な形」をとった。それゆえ、「双務性と有償性の瑕疵担保法への反映に時期的なズレがある」とされている。⁽⁹⁵⁾

ともあれ、北川教授は、瑕疵担保責任が「双務・有償性に関連づけられるとき契約責任におけるその体系的位置は明確に規定される⁽⁹⁶⁾」とし、於保博士の見解を引用している⁽⁹⁷⁾。

また、北川教授は、瑕疵担保責任と危険負担の関連についても、いくつかの箇所で触れている。たとえば、沿革的には、後期普通法時代の瑕疵担保責任において、「ローマ法と同じく瑕疵について告知義務があるとされ、その標準時は契約締結時（＝危険移転時）であり、これは、「普通法の債権者危険負担主義と対応」していた⁽⁹⁸⁾。そして、危険移転時と標準時の一致については、「概念必然的でないが、事物の自然に即応する」との見解があるとする⁽⁹⁹⁾。

さらに、北川教授自身も、「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」とする。もつとも、「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」とはされている。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」であり、「不履行責任という性質から、標準時と危険移転時の結合の必要性・合目的性はあらためて検討を」要すると述べている⁽¹⁰⁰⁾。

(3) 小 括

北川教授は、於保博士の提起した問題を、豊富な比較法的知見と、「ドイツ法の十分な理解を前提⁽¹⁰¹⁾」として展開したものである。そして、その「特定物のドグマ」に対する批判は、当該ドグマを「強力に形成」した「ドイツ民法学説」によるものだけに、大きな説得力を有しているといえよう。

ところで、於保博士と北川教授は、瑕疵担保責任が無過失責任であることの法的根拠を、「双務有償契約における等価値交換義務」に求めていることは注目に値する。そして、両見解が、瑕疵担保責任と危険負担の関連にも言及している点は、再度強調しておくべきであろう。

なお、北川教授は、コモン・ロー上の伝統的な原則である「買主をして注意せしめよ」(caveat emptor)が、「初

期資本主義の標榜する自由主義・個人主義精神の所産」であると説明している。⁽¹⁰²⁾

四 日本法の再検討（星野）

(1) 比較法学会（昭和三六年）

昭和三二年の日本私法学会から四年後の昭和三六年、第二四回比較法学会（西南学院大学）が開催された。そのシンポジウムのテーマは、「瑕疵担保責任」であり、報告は、次のようであった。すなわち、「序論、日本の問題および総括」（「日本」）を、企画者である星野英一教授が担当し、イギリス（佐藤正滋）、フランス（伊藤道保）、ドイツ（北川善太郎）の報告が順になされた。そして、「報告者間で検討を経たレジュメ」⁽¹⁰⁴⁾によれば、このシンポジウムの真の目的（討論のテーマ）の一つが、「わが民商法の解釈として、瑕疵担保責任を債務（契約）不履行責任と構成することができるか、その当否」⁽¹⁰⁵⁾に存したことがうかがわれる。

以下では、債務不履行責任説を広く学界に知らしめた、この比較法学会のシンポジウムの内容を概観する。

(2) 星野教授の見解

(ア) 問題の提起

星野教授は、まず、従来の法定責任説に対して、「全く新しい構成をし、さらに諸効果についても考え直そうとする試みが引き続き現われた」とし、五十嵐教授と北川教授の研究に言及した。そして、「これらの研究によって、瑕疵担保責任に関する従来の学説は、根本的に反省を迫られるに至っている」とする。⁽¹⁰⁶⁾

ところで、星野教授が取り上げた問題点は、①「売買の目的物が特定物の場合と不特定物の場合とで、法律構成および法律効果を異にするべきか否か」、および、②「錯誤と瑕疵担保との関係」である。このうち、瑕疵担保責任と債務不履行責任との関係をテーマとする本稿は、①の問題のみを取り上げる。

右の①の問題に対して、星野教授の採用したアプローチは、「要件論でなく効果論」を重視するものであり、具体的には、「買主の完全履行請求権（追完請求権、修補請求権）の有無、買主の有する諸権利の期間制限、買主の損害賠償請求権の性質・範囲」を論点とした⁽¹⁰⁷⁾。そして、「立法の沿革」をたどるとともに、「わが判例」を「事案の内容と具体的な解決とに重点を置いて」整理している⁽¹⁰⁸⁾。

(イ) 法定責任説に対する疑問

右のような基礎的作業をしたうえで、星野教授は、従来の判例および法定責任説に対して、以下の疑問を提示する。

まず、不特定物の売買において、「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」た場合には瑕疵担保責任の適用を認める判例法について、星野教授は、確かに「このような場合であれば、瑕疵の存在を追究しない意図」があるとす。しかし、「いったいこのような場合が実際にあるだろうか疑問である」とした⁽¹⁰⁹⁾。

次に、「特定物売買における完全履行請求権の問題」に関しては、特定物のうち代替物について「修補請求権がないとするのは、いかにも硬直な解決である」とす⁽¹¹⁰⁾。そして、「不代替物の場合にさえ、瑕疵修補請求権がないといちがいに言い切れるかどうかは再考を要する」とした。というのも、「瑕疵が修補可能である場合」もあり、「最近のように、機械器具類が大量に生産され供給する時代においては、売主としては、解除されたり損害賠償をとられるよりは、修理ないし取替をしますほうが望ましい場合が少なくない」からである⁽¹¹¹⁾。

また、「最大の問題」である「契約上の債務とは何か」については、「比較的」に、「特定物のドグマ」が、「必ずしも広く認められているのでないこと」を確認する。そして、「常識的」には、「特定物の売主は完全な物を給付する義務はなく、特定の不完全な物を給付すればよいが、その場合には損害賠償責任を負い、解除されることもある」という「通説」の結論が、「奇妙に感じられる」とする。なぜなら、「結局解除されてしまうような物を渡せば

法律的には売主の義務を果したことになる、というのは、常識的には理解し難い」からである。⁽¹⁵⁾

そこで、「実質論」として、「買主は可能な限り、目的物の種類を問わず完全履行請求権を有すると解することが妥当」であるとすれば、「これに対応する売主の債務として完全履行義務があると構成してよい」とする。⁽¹⁶⁾

(ウ) 債務不履行責任説の提唱

星野教授は、さらに、買主の権利の期間制限や損害賠償の性質・範囲などについて検討し、報告の最後に、債務不履行責任説の「体系」⁽¹⁷⁾を提示した。すなわち、「瑕疵担保責任は、債務不履行責任と構成」し、目的物の種類を問わず、「売主は、売買代金に見合うていどの、合意された目的物を給付する債務を負う」とする。その根拠は、「常識に合すること、妥当な法律効果を導き得る(あるいは正当化し得る)こと、および法律構成上もすっきりすること」⁽¹⁸⁾である。その結果、売買において目的物に瑕疵が存する場合には、「売主は債務不履行上の責任と瑕疵担保による責任」とを負い、「瑕疵担保に関する規定が売買についての特則である」とする。それゆえ、両者が抵触する場合には、瑕疵担保が適用され、「そこに規定のない事項に関して、債務不履行すなわち不完全履行に関する規定ないし考え方が適用される」とした。⁽¹⁹⁾

右の債務不履行責任説の具体的帰結としては、次の諸点が挙げられる。すなわち、①買主は、売主にとって可能である限り、完全履行請求権を有し、②売主に追完・修補の意思があれば、「契約をした目的を達することができ」るため、解除することはできない(五七〇条による五六六条一項の準用)⁽²⁰⁾。③損害賠償の範囲は、「民法四一六条によって定まる」。それゆえ、「履行利益の賠償か信頼利益の賠償かを問うことも、対価的制限をすることも、その実益、理論上の必要性共に存在しない」⁽²¹⁾。もっとも、星野教授も、④瑕疵担保責任が「売主の無過失責任である」とする。ただし、売主が「不可抗力によることを証明すれば免責される」とした。⁽²²⁾

なお、⑤買主の権利は、「瑕疵の存在を知った時から一年以内に行使しなければならず」、「目的物の受領後信義

則上相当な期間を経過した場合も同様である」。また、⑥瑕疵担保責任が適用される場合には、「錯誤の規定の適用は排斥される」とする⁽¹²⁴⁾。

(3) 比較法学会における他の報告

星野教授による「日本」の報告の後、佐藤正滋教授による「イギリス」の紹介がなされた。ここでは、「まずその特殊な瑕疵担保制度に対する考え方が問題」⁽¹²⁴⁾となり、「買主をして注意せしめよ」の原則とともに、イギリス法では、「瑕疵担保は契約のみから成立する」ことが明らかにされた⁽¹²⁵⁾。

次の、伊藤道保教授による「フランス」は、瑕疵担保制度の特色が、「その論理的整合性よりも」むしろ、「融通性ある判例の積み重ねにある」とし、「現実形成されている制度の実体」に着目する⁽¹²⁶⁾。そして、フランスの瑕疵担保制度は、「売買契約による所有権の移転の時期を境として、それ以前に生じた瑕疵が、その後に見された場合」に、買主に立証責任を負わせつつ、売主の責任を認めるものであるとした⁽¹²⁷⁾。なお、ここにいう「所有権移転の時期」は、「危険負担の移転」⁽¹²⁸⁾の時期であることに注意を要する。

最後の北川教授による「ドイツ」の報告は、瑕疵担保責任の「契約責任外的制度から契約責任内的制度への移行が有力」であるとし、債務不履行責任説を強力に援護した。そして、この報告の中で、ドイツにおいても、「瑕疵の存否」が、「危険移転時」⁽¹²⁹⁾したがって通例、物の引渡・登記^(§ 416)において判断され⁽¹³⁰⁾ていることが明らかにされている。

(4) 小 括

昭和三六年の比較法学会において華々しいデビューを飾った債務不履行責任説は、星野教授による日本法の説得的な議論に加えて、五十嵐教授と北川教授による比較法的検討に後押しされ、その支持者を増やしてゆくこととなる。たとえば、山下末人教授による「担保責任と債務不履行」(昭和三七年)は、於保博士と北川教授による「特定

物ドグマの批判」を受け容れ、「担保責任は、瑕疵給付に対する責任として不完全履行の二」であり、「債務者としては外形的には完全な履行がなされた場合の責任として特別不完全履行としてとらえられる」とした。⁽¹³⁾

しかし、星野教授らによって提唱された債務不履行責任説に対しては、当然のことではあるが、法定責任説からの反論が展開される。そこで、次款では、債務不履行責任説に対する批判を概観する。

- (45) 加藤一郎「担保責任」谷口知平・加藤一郎編『民法演習Ⅳ』(有斐閣、一九五九年)九六頁。
- (46) 広中俊雄「売主の担保責任」法学セミナー三四号(一九五九年一月号)二五頁。
- (47) 内池慶四郎「瑕疵担保責任の前提―種類売買に対する適用可能性に関連して」『慶應義塾創立百周年記念論文集―第一部・法律学関係』(慶應通信、一九五八年)四六四頁。
- (48) 五十嵐・前掲注(3)八七頁。
- (49) 五十嵐・前掲注(3)八七頁。
- (50) 五十嵐・前掲注(3)八八頁。
- (51) 五十嵐・前掲注(3)八八頁。なお、今日のフランス法も、イタリアにおけると同様であり、判例および学説は、客観的な瑕疵の概念に依拠して、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを峻別している(野澤・前掲注(22)三八頁以下参照)。
- (52) 野澤・前掲注(1)二二三頁【二二】判決。
- (53) 五十嵐・前掲注(3)八九頁。
- (54) ただし、同判決によるこれらの判旨は、傍論(一般論)にすぎない(野澤・前掲注(1)二二四頁参照)。
- (55) 五十嵐・前掲注(3)八九頁。
- (56) 五十嵐・前掲注(3)八九頁。
- (57) 五十嵐・前掲注(3)九一頁。
- (58) 五十嵐・前掲注(3)八九頁。
- (59) 五十嵐・前掲注(3)九九頁。
- (60) 五十嵐・前掲注(3)九九頁。
- (61) 五十嵐・前掲注(3)一一一頁。
- (62) 五十嵐・前掲注(3)一二二頁。なお、同一二頁も参照。

- (63) 五十嵐・前掲注(3) 一〇〇頁。
- (64) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(二)」立教法学七三号五三頁以下(二〇〇七年) 参照。
- (65) 野澤・前掲注(64) 五六頁以下。
- (66) 来栖三郎「小売商人の瑕疵担保責任」『契約法大系Ⅳ』(有斐閣、一九七〇年) 一八九—一九〇頁も、瑕疵担保責任が債務不履行責任であるとの根拠に、「しばしば民法典起草者の意見が引合いに出されている」が、「民法典起草者の意見はそれほどはつきりしているわけで」はなく、「民法典起草者の意見を根拠に議論することはできない」とする。なお、この点については、後述する。
- (67) 「批評と紹介」ジュリスト二〇三号九〇頁(一九六〇年)。
- (68) 五十嵐・前掲注(37) 一頁。
- (69) 批評・前掲注(67) 九〇頁。
- (70) 於保不二雄『債権総論』(有斐閣、一九五九年) 一〇三頁。
- (71) 於保・前掲注(70) 一〇三頁。
- (72) 於保・前掲注(70) 一〇四頁注(一)。
- (73) 於保・前掲注(70) 一〇四頁注(一)。
- (74) 於保・前掲注(70) 三二頁注(三)。
- (75) 於保・前掲注(70) 一〇四頁注(一)。
- (76) 於保・前掲注(70) 三二頁注(三)。
- (77) 於保・前掲注(70) 一〇四頁注(一)。
- (78) 於保・前掲注(70) 一〇四頁注(一)。
- (79) 於保・前掲注(70) 九二頁注(二五)。
- (80) 仮に本文の推測が正しいとすれば、於保博士の見解と本稿の立場は、その基盤において共通するものである。
- (81) 北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、一九六三年、初出一九六〇年) 九九頁以下。
- (82) 北川・前掲注(81) 一三六頁。
- (83) 北川・前掲注(81) 一四〇頁。
- (84) 北川・前掲注(81) 一五一頁。
- (85) 北川・前掲注(81) 二七八—二八二頁参照。
- (86) 北川・前掲注(81) 一七三頁。
- (87) 北川・前掲注(81) 一七四頁。

- (88) 北川・前掲注(81) 一六九—一七〇頁。
 (89) 北川・前掲注(81) 一七六—一七七頁。
 (90) 北川・前掲注(81) 一七七頁。
 (91) 北川・前掲注(81) 一七七頁。
 (92) 北川・前掲注(81) 一八〇頁。
 (93) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(二)」立教法学七四号一〇九頁(二〇〇七年)。
 (94) 北川・前掲注(81) 一八二頁。
 (95) 北川・前掲注(81) 一八二—一八三頁。
 (96) 北川・前掲注(81) 一八三頁。
 (97) 北川・前掲注(81) 一八四頁注(18)。
 (98) 北川・前掲注(81) 一〇七頁。
 (99) 北川・前掲注(81) 一二二頁注(14)。
 (100) 北川・前掲注(81) 一八八頁。
 (101) 岡谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編『民法講座5』(有斐閣、一九八五年)二五一頁。
 (102) 北川・前掲注(81) 一三三頁注(2)。
 (103) 星野英一「瑕疵担保の研究—日本—」比較法研究二三号五頁(一九六二年)。なお、同報告は、後に、星野英一『民法論集第三卷』(有斐閣、一九七二年)一七一頁に所収(本文での引用は、比較法研究による)。
 (104) 星野・前掲注(103) 六頁。
 (105) 星野・前掲注(103) 八頁。
 (106) 星野・前掲注(103) 四頁。
 (107) 星野・前掲注(103) 五頁。
 (108) 星野・前掲注(103) 八頁以下。
 (109) 星野・前掲注(103) 一六頁以下。
 (110) 星野・前掲注(103) 五頁。
 (111) 最判昭和三六・一二・一五民集一五卷一〇号二八五二頁など。同判決については、野澤・前掲注(1) 二三四頁参照。また、昭和三六年の最高裁判決までの判例の流れについても、野澤・前掲注(1) 一八九頁以下参照。
 (112) 星野・前掲注(103) 三二頁。なお、野澤・前掲注(1) 二三六—二三八頁。

- (113) 星野・前掲注(103) 三二―三三頁。
 (114) 星野・前掲注(103) 三三頁。
 (115) 星野・前掲注(103) 三五頁。
 (116) 星野・前掲注(103) 三六頁。
 (117) 星野・前掲注(103) 五三頁注(1)。
 (118) 星野・前掲注(103) 五一―五二頁。
 (119) 星野・前掲注(103) 五二頁。
 (120) 星野・前掲注(103) 五二頁。
 (121) 星野・前掲注(103) 五二―五三頁。
 (122) 星野・前掲注(103) 五三頁。
 (123) 星野・前掲注(103) 五三頁。
 (124) 星野・前掲注(103) 六頁。
 (125) 佐藤正滋「瑕疵担保の研究―イギリス」比較法研究二三号五四頁(一九六二年)。
 (126) 伊藤道保「瑕疵担保の研究―フランス」比較法研究二三号六五頁(一九六二年)。
 (127) 伊藤・前掲注(126) 七三頁。
 (128) 伊藤・前掲注(126) 六八頁。
 (129) 北川善太郎「瑕疵担保の研究―ドイツ」比較法研究二三号七四頁(一九六二年)。
 (130) 北川・前掲注(129) 七六頁。なお、北川・前掲注(81) 一―七頁および一二頁注(20) は、オーストリア民法の議論として、「古くから担保責任は錯誤保護」とされていたが、後に危険負担の問題として捉えられていることが記されている。
 (131) 山下末人「担保責任と債務不履行」『契約法大系Ⅱ』(有斐閣、一九六二年) 一四八頁。なお、同教授は、後に「特別不完全履行」の「特別」性をより明確にする論考を著している(山下末人「瑕疵担保」磯村哲編『民法学の基礎的課題上』於保還暦記念(有斐閣、一九七一年) 一七九頁)。これに対する批評として、奥田昌道「民法学のあゆみ」法律時報四六卷九号一―八頁(一九七四年)がある。

第三款 法定責任説からの反論

一 債務不履行責任説に対する批判の要点

債務不履行責任説に対しては、法定責任説をはじめ、さまざまな立場からの批判がなされた。とりわけ、法定責任説を代表する柚木馨博士からの批判は、詳細かつ多岐にわたる。しかし、本稿では、債務不履行責任説に対する反論と、それに対する再反論のすべてを取り上げるのではなく、今日においてもなお意義があると考えられる「反論」のみを、やや後の議論も加えて検討する。

反論の要点は、次の二点である。一つは、五十嵐教授によって示された国際的動向の理解に対する批判であり、もう一つは、債務不履行責任と無過失責任である瑕疵担保責任とを一元化することに対する批判である。以下、順に検討する。

二 比較法的理解に対する反論

(1) 柚木馨博士による反論

債務不履行責任説の支柱の一つは、五十嵐教授によって提示された比較法的理解である。すなわち、前述のように、アメリカ統一商法典とハーグの国際動産売買統一法が、瑕疵担保責任を債務不履行責任に解消して両責任を一元化したことは、債務不履行責任説の重要な基盤となっている。

これに対して、柚木博士は、次の点を指摘する。すなわち、「これら最近の立法事業が動産売買のみを取り扱い、しかも国際ないし州際取引を眼中において規定されているという事実」である。そして、「不特定物の商事売買」において、給付された物に欠陥があった場合に、「これらの立法から『かし担保』の表現が消滅し、あるいは適合性の欠如 (*défaut de conformité*)、あるいは不適正引渡し (*improper delivery*) ないし契約違反 (*breach of contract*) としての取扱いがなされている」としても、これは「むしろ不特定物売買におけるかし担保制度の排除と債務不履行責任の進出として考察すべきもの」であるとする。⁽¹³²⁾

柚木博士によれば、これらの統一法は、ローマ法から発展した瑕疵担保責任を知らない英米法を基礎とするものであり、かつ、その対象も不特定物である動産の売買であるため、「始めからかし担保なるものを問題とせず、もっぱら債務不履行の理論をもって終始」した、と「見ることに自然」であるとす⁽¹³³⁾。そうして、英米法や国際動産売買統一法は、むしろそのまま「不特定物売買には債務不履行の原則のみが適用される」とする法定責任説の根拠になるとし、債務不履行責任説の「決定的論拠となるものではない」とした⁽¹³⁴⁾。

(2) 来栖三郎博士の指摘

柚木博士とは異なる立場から、英米法と大陸法の違いを指摘したのは、来栖三郎博士である⁽¹³⁵⁾。

まず、来栖博士は、「英米の瑕疵担保法の特徴」が、「caveat emptor (『買主をして注意せしめよ』)のマキシムが適用されていること」にあるとする⁽¹³⁶⁾。すなわち、イギリスのコモン・ローでは、動産売買には、「買主をして注意せしめよ」の原則が適用され、「売主の明示の担保があるか、売主に詐欺があるかするのでなければ、たとえ売買の目的物に隠れた瑕疵があっても売主の責任を追及しえないのが一般的なルール」であった。しかし、後には、「一定の場合に、物の瑕疵に対する売主の黙示の担保がみとめられる」に至る⁽¹³⁷⁾。これに対して、大陸法では、「すべての人が、彼が売り又は譲渡する物を担保する義務を負う」とされる⁽¹³⁸⁾。

右の点は、次のことを意味する。すなわち、「売主の責任のみとめられる範囲は大陸法の方が英米法より広く、英米法では売主の瑕疵担保責任のみとめられる売買契約が制限的なのに、大陸法では一切の売買契約にみとめられ、大陸法における瑕疵担保責任の理論は、多少大雑把ないい方をすれば、英米法なら caveat emptor が行なわれ、売主の黙示の担保責任が否定されるべきところに、売主の責任のみとめるためのもの」である⁽¹³⁹⁾。したがって、来栖博士は、「英米法における意思的構成や売主の過失の有無にかかわらず債務不履行責任を大陸法の瑕疵担保の理論に無雑作に移すことは問題」であるとす⁽¹⁴⁰⁾。

三 過失責任と無過失責任の一元化に対する批判

(1) 五十嵐教授による問題の提起

債務不履行責任説に対するもう一つの重要な批判は、無過失責任である瑕疵担保責任と過失責任に基づく債務不履行責任とを一元化することの困難さである。この点を最初に指摘したのは、債務不履行責任説を提唱した五十嵐教授自身であった。

五十嵐教授は、「日本民法の理論構成として、瑕疵担保責任を債務不履行責任と把握しようとする場合には、ここに一つの難点の存することを認めざるをえない」とする。すなわち、現行の日本民法は、「大陸法に従い債務不履行につき過失主義を採用している」が、これと、「無過失主義をとる瑕疵担保とは両立しない」のではないか、という点である。⁽¹⁴¹⁾そして、この点につき、五十嵐教授は、「瑕疵担保の場合の無過失損害賠償責任は維持されるべきである」から、「むしろ、債務不履行における過失主義の原則を問題とすることによって、解決の道を見出すべき」であると⁽¹⁴²⁾する。もともと、この主張は、立法論である。

(2) 来栖博士の無過失責任への疑問

同様の問題は、やや異なる角度からも提起された。すなわち、無過失の小売商人に履行利益の損害賠償を認めることの不当性である。この問題を提起したのは、来栖博士であった。

来栖博士は、債務不履行責任説によると、「売主の瑕疵担保責任の内容としての損害賠償責任においても履行利益の賠償が考えられる」⁽¹⁴³⁾が、瑕疵担保責任が無過失責任であるとすると、「小さい街角の一介の小売商人」⁽¹⁴⁴⁾ないし「零細な小売商人」にそのような賠償責任を負わせるのは、「多少酷だ」⁽¹⁴⁵⁾とする。しかも、「商人でないものによる売買にも及ぼす」のはどうか。たとえば、「商人でないものが、自分の家で出来たものを、業とすることなく、隣人の求めに応じ対価を得て頒ち与えた場合にも、なお売主としてその物の瑕疵につき無過失損害賠償責任を負担

すべしということには、ちゅうちよを感じる」とした⁽¹⁴⁶⁾。

右の来栖博士の疑問は、瑕疵担保責任が無過失責任であることに對するものではなく、無過失責任であるにもかかわらず、「債務不履行の一般原則」に従って履行利益の賠償を認める、債務不履行責任説に向けられたものである。

四 債務不履行責任説からの再反論

(1) 比較法的理解について

柚木博士の比較法的な観点からの批判に對して、債務不履行責任説の側からの再反論は、特に見あたらない⁽¹⁴⁸⁾。統一商法典や国際動産売買統一法が、法定責任説の根拠となるか否かはともかく、その制定の経過からしても、州間ないし国際間の動産売買のみを対象としたことは明らかであり、柚木博士の指摘は、適切な内容を含んでいたと考えられる⁽¹⁴⁹⁾。

しかし、柚木博士の批判が適切であるとしても、それによってただちに、原始的不能論と特定物のドグマに基礎づけられた法定責任説が正当である、ということにはならない。なぜなら、北川教授や星野教授による「特定物のドグマ」の否定に對しては、伝統的な法定責任説の側からの、十分な反論がなされていないからである。そして、「今日、特定物ドグマの否定については、一般に好意的に受けとめられている」と解されている⁽¹⁵⁰⁾。

なお、来栖博士によって指摘された、英米法と大陸法における瑕疵担保責任の違いも重要であり、この点については、款を改めて検討する(本節第四款)。

(2) 過失責任と無過失責任の一元化について

過失責任と無過失責任の一元化の困難さは、債務不履行責任説の論者自らが認めるように、「根本的な問題⁽¹⁵¹⁾」で

ある。

この問題を解決する方向性には、二つのものがある。

一つは、立法による解決である。そして実際に、国際動産売買統一法とその後身であるウィーン売買条約は、法を制定することにより、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化している。もともと、これらの統一法は、英米法と大陸法の制度を融合したものであり、その規定を体系的かつ整合的に説明できるか否かは、別の問題である。

もう一つは、現行民法の解釈による解決である。その試みは、すでに五十嵐教授と星野教授によってなされている。

まず、五十嵐教授は、「過失主義・無過失主義といっても」、実際には、両者の差が「紙一重である」とする。というのも、一方では、「債務不履行の場合の過失主義」は、「債務者の側で責に帰すべき事由のなかったことを立証しなければ責を免れ」ず、他方では、「瑕疵担保における無過失主義」でも、「不可抗力による抗弁が認められるのが通常である（統一法草案八五〃現七四参照）」からである。⁽¹³²⁾

星野教授も、右の指摘を受けて、「債務不履行の場合は、過失主義をとっても、挙証責任が転換」され、また、「無過失主義をとっても、『不可抗力』の場合に免責されることにも異論あるまい」とする。⁽¹³³⁾そしてさらに、「無過失」が、注意義務違反のないことであるとすれば、「売買における売主の（注意）義務とはなにかこそが問題」であるとする。そして、フランスでは、「結果債務の履行遅滞については、遅滞のあることがただちにフォート（faute）である」とされていることを援用し、次のように述べている。すなわち、「売買において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」、そして、このことこそ、「筆者の提起したかった問題である」とする。⁽¹³⁴⁾

しかし、右の両者の見解は、その前提に誤りがある。というのも、瑕疵担保責任における無過失責任は、債務者

が不可抗力を立証しても免責の認められない、絶対的な責任だからである。⁽¹⁵⁵⁾そして、このことは、五十嵐教授の引用された国際動産売買統一法七四条三項が、瑕疵担保責任の伝統的な効果である解除と代金減額については、不可抗力による免責を認めていないことから明らかである。

そうだとすれば、右の五十嵐教授と星野教授の見解に対する、「このような提案が成功しているとは思えない」との評価⁽¹⁵⁶⁾が適切であろう。

五 小 括

債務不履行責任説は、立法論としては、瑕疵担保責任法が今後とるべき方向の一つを提示している。しかし、現行民法の解釈論としては、これをそのまま導入することはできない。にもかかわらず、近年は、債務不履行責任説はその支持者を増やし、「今日の学説の中ではほぼ通説的地位を占めている」とまで述べられるに至っている。⁽¹⁵⁷⁾その要因としては、一九八〇年代以降における国際的動向および学説の状況の変化を指摘することができよう。しかし、この点は、次節(本章第二節)のテーマである。

なお、債務不履行責任説は、現行民法の起草者が瑕疵担保責任を過失責任であるとし、債務不履行責任として考えていたことを、その論拠の一つとする。しかし、この点について、来栖博士は、「民法典起草者の意見はそれほどはつきりしているわけで」はなく、「民法典起草者の意見を根拠に議論することはできない」とした。⁽¹⁵⁸⁾そして、この指摘に対しては、星野教授も、「確かに、起草者の考え方が一義的に明瞭であるとはいえず、「起草者の考え方は決め手にならない」ことを認めている。⁽¹⁵⁹⁾

(152) 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣、一九六三年)二六二頁。

- (133) 柚木・前掲注(132) 二六二―二六三頁。
- (134) 柚木・前掲注(132) 二六三頁。
- (135) 来栖博士は、売主の担保責任が法定責任であるか債務不履行責任であるかは、「どちらともいえる」とし、その法的性質論には「重要ではない」とする。そして、「重要なのは担保責任の内容如何」であり、具体的な解決が先決であるとの立場を採っている(来栖三郎『契約法』(有斐閣、一九七四年) 八七頁、一一七頁)。
- (136) 来栖・前掲注(66) 一九〇頁。
- (137) 来栖・前掲注(66) 一九一―一九二頁。
- (138) 来栖・前掲注(66) 一九〇頁。
- (139) 来栖・前掲注(66) 二四九―二五〇頁。
- (140) 来栖・前掲注(66) 二五〇頁。
- (141) 五十嵐・前掲注(3) 一〇八頁。
- (142) 五十嵐・前掲注(3) 一〇八頁。
- (143) 来栖・前掲注(66) 二五三頁。
- (144) 来栖・前掲注(66) 二五四頁。
- (145) 来栖・前掲注(66) 二五五頁。
- (146) 来栖・前掲注(66) 二五六頁。
- (147) 来栖・前掲注(66) 二五三頁。
- (148) 五十嵐・前掲注(3) 二二三頁は、「この種の批判」を「予期しなかった」とこと、「主として不特定物売買を念頭においているため、特定物売買の瑕疵担保」法定責任説を否定する根拠は必ずしも十分ではない」と述べるにとどまる。
- (149) この点については、法定責任説の論者の記述であるが、「一般に、柚木博士の指摘が妥当」とされている(円谷・前掲注(101) 二五四頁)。
- (150) 円谷・前掲注(101) 二五五頁。
- (151) 星野英一「瑕疵担保の研究」補論『民法論集第三卷』(有斐閣、一九七二年、初出一九七〇年) 二四五頁。
- (152) 五十嵐・前掲注(3) 一一四頁注(8)。
- (153) 星野・前掲注(151) 二四五頁。
- (154) 星野・前掲注(151) 二四五―二四六頁。
- (155) 野澤正充「瑕疵担保責任法の課題と展望」法律時報八〇巻八号七頁(二〇〇八年) 参照。
- (156) 円谷・前掲注(101) 二五五頁。

(157) 内田貴『民法Ⅱ』(東京大学出版会、第二版、二〇〇七年) 一二九頁。

(158) 来栖・前掲注(66) 一八九—一九〇頁。

(159) 星野・前掲注(151) 二四四頁。なお、野澤・前掲注(64) 五三頁以下参照。

第四款 まとめ——若干の考察をかねて

一 債務不履行責任説が提起した問題

瑕疵担保責任の法的性質については、昭和三二年の日本私法学会を一つのピークとして法定責任説に収れんしていた民法学界に、債務不履行責任説が与えたインパクトの大きさは、計り知れない。とりわけ、法定責任説が基盤としていた「特定物のドグマ」が論理的に磐石のものではなく、かつ、比較法的にも、世界の潮流に反することが明らかにされたことは、法定責任説のまさに根幹を揺るがすものであった。

しかし、債務不履行責任説の提唱によってもたらされたものは、「特定物のドグマ」の否定だけではない。

以下では、法定責任説と債務不履行責任説の論争をとおして明らかにされた重要な論点でありながら、これまでの学説が注目してこなかった、次の三つの問題を指摘する。第一は、五十嵐教授によって指摘された「瑕疵」概念の拡張の問題であり、第二は、その論拠とする英米法ないし国際動産売買統一法と大陸法との違いである。そして第三は、両見解における最も激しい論争点である、過失責任と無過失責任の一元化をめぐる問題である。

もっとも、右の三つの問題の本格的な説明は、さらなる検討の後に行うこととし、本款では、それぞれの問題の所在と、その解明のための筋道を素描するにとどめる。

二 「瑕疵」の概念

(1) 客観説と主観説——五十嵐教授による批判

瑕疵担保責任における「瑕疵」とは、物質的な欠陥であるが、その基準については見解が分かれる。すなわち、瑕疵を客観的にとらえると、売買の目的物が通常備えるべき品質・性能を有しているか否かが基準となる（客観説）。これに対して、瑕疵を主観的にとらえれば、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、という契約の解釈が問題となる（主観説）。

この二つの見解のうち、大陸法の沿革では、当初は、客観説が採られていたことに異論はない⁽¹⁶⁾。そして、日本民法典の起草者も、客観説を採っていたとされる⁽¹⁶⁾。たとえば、岡松参太郎博士は、その註釈の中で、次のように述べている。すなわち、瑕疵とは、「売買ノ目的タル物ガ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」であるとする⁽¹⁶⁾。そして、「物ガ通常ニ有スベキ性質ヲ有スル以上」は、「買主ガ売主ニ指示シタル性質ヲ有セザルモ瑕疵ニアラズ」とし、この場合には、「錯誤」の問題が生じる「ノミ」であるとした⁽¹⁶⁾。岡松博士が「瑕疵」の概念を、主観的な基準ではなく、客観的な基準によってのみとらえていたことは、明らかである。

しかし、判例は、五十嵐博士が指摘したように、主観説に立っていた⁽¹⁶⁾。そして、法定責任説を代表する柚木博士も、明確に主観説を支持する。すなわち、「通常は、買主は自己の希望する性質・用途を告げ、売主がそれに適する旨を答えるのをまっつて、その特定の品を選ぶ」のであり、この場合にその物が「性質・用途に適しないと、それは売買の合意の基礎となった性質と相違するのであり、かつそれによってその適性または価値が予定された性質の物に対して著しく減少するという理由で、その物はかしがあるということになる」と主張した⁽¹⁶⁾。

これに対して、五十嵐教授は、前述のように、「一方では瑕疵担保の適用範囲を制限しようとする通説が、他方では、主観的瑕疵概念によってその適用範囲を拡大する「判例を支持」することには、「一貫性がない」と批判

した。⁽¹⁶⁶⁾

(2) 柚木博士による反論

五十嵐教授からの批判に対する柚木博士の反論は、五十嵐教授の指摘が、「異質的な問題を比較の対象とするものでは」ないか、というものであった。すなわち、一方では、不特定物の売買に瑕疵担保責任の規定の適用を「否認する」のは、それが債務不履行の規定によって「まかなわれるべき」だからであり、瑕疵担保責任の適用範囲を「解釈上制限しようと努力したのではない」とする。そして、特定物の売買に関しては、債務不履行責任による保護が買主には与えられないから、「できうる限り広く買主の信頼を保護し、いやしくも保護の道がとざされるがごとき場合を生ずることを防止することに解釈上の努力を集中することは、当然の帰結」であり、そこに「矛盾ありとは到底考えられない」とした。⁽¹⁶⁷⁾

右の柚木博士による反論は、要するに、瑕疵担保責任を「買主の信頼を保護するために特設した」という法定責任説の立場から、「できうる限り広く買主の信頼を保護」するために瑕疵概念を拡大した、ということである。そして、その主張は、自らの立場を繰り返したにすぎず、論争としてはかみ合っていない。

(3) 論争の評価

右のように、五十嵐教授と柚木博士の議論はかみ合っていない。しかし、その齟齬が、まさにこの論争の本質を示していると考えられる。

まず、大陸法に目を向けると、瑕疵の概念は、客観的なものから主観的なものへと拡大される傾向が見られる。しかし、主観説によると、五十嵐教授の指摘するように、「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。⁽¹⁶⁸⁾そこで、たとえば、特定物か不特定物かを問わずに瑕疵担保責任を適用するフランスでは、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを峻別する見解

(二元説)は、瑕疵担保責任における瑕疵を客観的なものに限定し、主観的なものは債務不履行責任の問題であるとする⁽¹⁷⁾。つまり、「瑕疵」を客観的にとらえることが、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを区別する、重要なメルクマールとなるのである。

これに対して、日本では、伝統的な法定責任説が採用した両責任を峻別するメルクマールは、目的物が特定物(不代替的特定物)か不特定物かにあり、瑕疵の概念とは無関係であった。それゆえ、瑕疵の概念についての客観説と主観説の対立は、「わが国の学界では多く自覚的に論争され⁽¹⁷⁾」ずに、「学説の大勢もまた、問題意識の有無は別として」、判例の採る主観説を「是認してきた⁽¹⁷⁾」と解される。

したがって、瑕疵概念の拡大が、瑕疵担保責任と債務不履行責任の境界を失わせると考える五十嵐教授と、両責任の境界は、目的物が(不代替的)特定物か否かにあるとする柚木博士とでは、議論ははじめからかみ合うはずがない。そして、この問題に対するアプローチとしては、五十嵐教授の理解が適切であると考えられる⁽¹⁷⁾。

なお、本稿は、瑕疵担保責任の本質が危険負担の法理に基づくとする⁽¹⁷⁾。そして、この立場からすれば、瑕疵の概念が、本来は客観的なものであったことが容易に理解されよう。というのも、「瑕疵」も、本来は、物の滅失・損傷と並ぶ「(給付)危険」の一つであると解されるからである。そして、「瑕疵」の概念を、当事者の主観的な「適合性の欠如(欠缺)」にまで拡大するか否かは、解釈論上の問題であるだけでなく、立法政策上の問題でもある。

三 英米法と大陸法の違い——瑕疵担保責任の本質論との関連で

(1) 国際動産売買統一法の立場

国際動産売買統一法は、「比較方法によって重要な国の法律や判例から出発して同じ内容をもった制定法をつくる⁽¹⁷⁾」という方針からも明らかのように、大陸法と英米法の諸制度を融合したものである。換言すれば、同統一法

は、「世界的学者の衆智を集め、かつ実務も十分に尊重して作られたものである」⁽¹⁷⁵⁾ため、その内容には、いずれの法系からアプローチしても、一定の合理性が認められうる。たとえば、瑕疵担保責任に関しては、前述のように、「物の適合性」の問題として、債務不履行責任の中に解消させる半面、瑕疵担保責任に特有の救済手段である代金減額と解除については、売主による免責（不可抗力による免責）を認めず（七四条三項）、その無過失責任（絶対責任）としての側面を維持していると解される。

したがって、国際動産売買統一法（およびその後身のウィーン売買条約）は、まさに、「今後の瑕疵担保法の発展」⁽¹⁷⁶⁾にとつての「導きの星」であることには、疑いがない。

(2) 適用領域・出発点

しかし、債務不履行責任説に対する柚木博士と来栖博士の批判からは、次の二点に留意しなければならない。

一つは、柚木博士が指摘したように、国際動産売買統一法が、「国際」的な「動産」（不特定物）の売買のみを対象とすることである。換言すれば、「不動産やその他個性に着目して非商人間に売買されるような物」は、その対象となつてはいない。⁽¹⁷⁷⁾ そうだとすれば、国際動産売買統一法の規定やその解釈を、日本の民法に導入することには、なお慎重な検討が必要である。もっとも、現代社会のように、市場のグローバル化に伴い、取引法のグローバル化が要請される時代にあつては、国内法も国際規格に適合させることが必要である⁽¹⁷⁸⁾とも考えられる。

もう一つは、瑕疵担保責任に対する英米法と大陸法の出発点の違いである。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)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、瑕疵が契約違反の一つに位置づけられている。これに対して、大陸法では、来栖博士が指摘したように、売主が物の瑕疵についての責任を負うのが原則であり、黙示の保証という媒介項を必要としない。この原則ないし出発

点の違いが、それが正反対のものであるだけに、国際的な統一法や今後の立法を考えるうえで、微妙な影響をもたらすものと思われる。

では、なぜ大陸法では、売主が無過失であるにもかかわらず、瑕疵担保責任を負うのであろうか。この問題は、瑕疵担保責任の本質ないし根拠にかかわるものであり、本稿はこれを、前述のように、危険負担の法理に求めている。すなわち、大陸法では、「物の所有者が危険を負担する」(Res perit domino)との原則があり、売買契約締結前における物の滅失・損傷については、所有者である売主がその危険を負う。そして、フランス民法では、売買契約の締結と同時に所有権が買主に移転し、買主が所有者となるため、以後に生じた瑕疵については、売主は責任を負わない。ただし、以上は、特定物の売買に関するものであって、不特定物の売買では、その特定の時、すなわち、引渡しの時が基準となる。⁽¹⁸⁰⁾

ところで、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。そうだとすれば、従来の法定責任説は、鳩山博士の見解以降、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。つまり、「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のである。

もっとも、同じく鳩山博士の見解以降、瑕疵担保責任は原始的瑕疵に関する制度であり、後発的瑕疵に関する制度である危険負担(民法五三四条以下)とは無関係である、と理解されている。⁽¹⁸²⁾しかし、民法五三四条以下が規定するのは、「物の所有者が危険を負担する」という広い原則のうちの、後発的不能の場合における代金債務の帰趨(対価危険)のみを規定したにすぎない。したがって、繰り返しとなるが、瑕疵担保責任が無過失責任であること⁽¹⁸³⁾の根拠を、危険負担の法理、ひいては売買契約の双務性に求めることと、民法五三四条とは両立する。ただし、危

険負担の債権者主義を見直す必要があることは、論をまたない。⁽¹⁸⁴⁾

四 過失責任と無過失責任の一元化をめぐる問題

瑕疵担保責任の本質が、危険負担の法理であるとすれば、瑕疵が生じたことについて売主の責めに帰すべき事由がなくても、換言すれば、瑕疵が、たとえば天変地異などの、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。そうだとすれば、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それが過失主義に基づくものではないとしても、債務者の不可抗力免責が認められるとすれば、なお瑕疵担保責任とは異なるものである。

この点で参考となるのは、これも繰り返しとなるが、国際動産売買統一法の免責規定(七四条)である。すなわち、前述のように、同統一法は、瑕疵担保責任を債務不履行責任に解消し、損害賠償責任については債務者の免責を認めつつ(七四条一項)、代金減額と解除にはこれを認めない(七四条三項)。この点はまさに、英米法の制度と大陸法の瑕疵担保の制度の融合によるものであり、これを英米法の論理によって、一貫して整合的に説明することは困難であると思われる。

(160) 五十嵐・前掲注(3) 八七頁。

(161) 五十嵐・前掲注(3) 八九頁。

(162) 岡松参太郎『註釈民法理由(下) 債権編』(有斐閣書房、一八九七年) 次一三五頁。なお、野澤・前掲注(93) 八六頁。

(163) 岡松・前掲注(162) 次一三六頁。

(164) 柚木馨編『注釈民法(14)』(有斐閣、一九六六年) 二三九―二四〇頁(柚木)。なお、柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(14)』(有斐閣、一九九三年) 三四六―三五二頁(柚木・高木)も参照。以下の引用は、旧版による。

- (165) 柚木・前掲注(132) 三二六頁。
- (166) 五十嵐・前掲注(3) 九七頁。なお、同八九頁、九九頁注(9) 参照。
- (167) 柚木・前掲注(164) 二四二頁。
- (168) 柚木・前掲注(164) 二四二頁。
- (169) 五十嵐・前掲注(3) 八九頁。
- (170) 野澤・前掲注(22) 三八頁。
- (171) 柚木・前掲注(164) 二四一頁。
- (172) 柚木・前掲注(132) 三二七頁。
- (173) 野澤・前掲注(22) 三八頁以下、同・前掲注(155) 七頁のほか、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―」法律時報八〇巻八号一〇頁(二〇〇八年) 参照。
- (174) 北川・前掲注(28) 三九頁。
- (175) 五十嵐・前掲注(3) 一二二頁。
- (176) 五十嵐・前掲注(3) 一二二頁。
- (177) 柚木・前掲注(132) 二六二頁。
- (178) 内田貴「グローバルゼーションと契約法の統一」同『契約法の時代』(岩波書店、二〇〇〇年) 二四九頁。なお、クリステイアン・ラルメ(野澤正充訳)「法のグローバルゼーション」立教法学七〇号三八五頁(二〇〇六年)。
- (179) 杉山直治郎訳『仏蘭西法諺』(日本比較法研究所、一九五一年) 六八頁。なお、野澤・前掲注(93) 一一八頁参照。
- (180) 野澤・前掲注(22) 三八頁以下、特に四一頁および四四頁。
- (181) 鳩山博士の見解については、野澤・前掲注(93) 一一六頁参照。
- (182) たとえば、谷口知平『五十嵐清編』『新版注釈民法(13)』(有斐閣、補訂版、二〇〇六年) 六五七頁〔甲斐道太郎〕。
- (183) 野澤・前掲注(93) 一一八頁。
- (184) 野澤・前掲注(173) 一四頁。

【付記】本稿をまとめるにあたり、日本学術振興会科学研究費補助金(19530079)、および、全国銀行学術研究振興財団の助成金を受けていることを付記します。