

瑕疵担保責任の比較法的考察(五)

——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(以上七七号)

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(1)——下森定教授

第二款 法定責任説の継承者(2)——その他の見解(以上本号)

第三款 ウィーン売買条約の制定——一九八〇年

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

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(1)——下森定教授

一 債務不履行責任説の多数説化

昭和三六年の比較法学会においてデビューした債務不履行責任説は、その支持者を増やし、昭和五〇年代には、早くも「多数」説を形成するに至った。すなわち、昭和五一年に刊行された星野英一教授の教科書では、「他の国においては、瑕疵担保を債務不履行の一態様(特則)とするところ」⁽¹⁾が多く、わが国でも、「今日では、このように考える説がむしろ多数である」とした。また、その翌年に公にされた打田峻一教授の法学セミナーの論文も、星野教授の教科書を引用しつつ、「学界の大勢は、瑕疵担保を債務不履行の一態様とする方向に動いている」とした。⁽²⁾

このように、債務不履行責任説が「学界の大勢」を占めるに至ったのは、法定責任説の前提とする「特定物のドグマ」に対する批判が功を奏したからである⁽³⁾。すなわち、法定責任説によれば、特定物の売買における買主には完全履行請求権が認められない。しかし、このような結論は「常識的には理解し難」く、買主には「可能な限り、目的物の種類を問わず完全履行請求権」を認めるべきであるとの「実質論」⁽⁴⁾が、広く学界に受け容れられたと解される。ただし、無過失責任である瑕疵担保責任と過失責任である債務不履行責任とを一元化する債務不履行責任説の理論的な難点⁽⁵⁾が克服されたわけではない⁽⁶⁾。そこで、債務不履行責任説が「学界の大勢」ないし「多数」であるとされた後にもなお、法定責任説を支持する見解が根強く主張されている。

もともと、法定責任説の主張者は、債務不履行責任説の体系的な問題点を指摘するだけでは足りず、特定物の売買において買主に完全履行請求権が認められないという、「具体的な効果」に対する「かなりの疑問」⁽⁷⁾に定める必要がある。そこで、法定責任説も、「特定物のドグマ」を維持しつつ、その効果については修正を余儀なくされた。その代表的な主張者が下森定教授であり、同教授は、今日もなお、法定責任説の継承者（ないし第一人者）としての立場を堅持している。ただし、その見解はやや変遷し、当初は法定責任説をそのまま維持するものであったが、後に一定の修正を加えることとなった。

二 下森教授の見解(i)——法定責任説の維持

(1) 法定責任説の支持——ある裁判例の評釈

瑕疵担保責任に関する下森教授の研究は、その修士論文にはじまる⁽⁸⁾。しかし、同教授が法定責任説に立脚することを初めて公にしたのは、ある下級審裁判例の判例評釈⁽⁹⁾であった。その事案は、新築の分譲マンションを買い受けたところ、その一年後に隣地にマンションが建築され、日照が障害されたため、買主が売主に対して損害賠償を請

求したものである。この問題は、今日では、売主の説明義務違反（情報提供義務違反）の問題として処理され、瑕疵担保責任が争われることはほとんどない。そして、裁判所（東京地裁）も、買主（原告）の主張に従って契約締結上の過失を争点としたものの、その内容は、売主が買主に対して信義則上「調査解明、告知説明する義務」を負うか否かであり、結論としてはこれを否定した。その意味では、この裁判例は、瑕疵担保責任を争点とはしていない。しかし、下森教授は、「本件の実質的争点」が、「非代替的特定物売買であるマンションの売買契約」において、「当事者双方の責に帰すべからざる事由による住宅環境悪化の場合になお買主の保護がはかれるか」にあるとする。そして、その「損失発生の原因は、すでに契約締結前に存在していた」とし、「売主の瑕疵担保責任の問題として構成するのが、本件争点につき妥当な法的判断基準を定立したことになる」とした。⁽¹⁰⁾

右の指摘は、裁判例の評釈としてはやや異例である。実際に、下森教授自身も、「本判決例それ自体の当否を語ることは控えたい」と述べ、むしろ、瑕疵担保責任の法的性質論に関する自らの見解を披瀝することに重きを置いている。すなわち、「非代替的特定物売買における売主の担保責任の法的性質は、売買契約の有償性に基づき、法が公平の見地からとくに認めた無過失責任」であり、「債務不履行責任の一形態としての不完全履行に基づく責任から区別」しておくことが、「今日なお理論的にも、実際的にも、正当かつ妥当である」とする。⁽¹²⁾ その主張は、鳩山博士の見解を修正して、瑕疵担保責任の適用領域を不代替的特定物の売買に限定した末弘博士の見解に依拠するものである。⁽¹³⁾

ところで、下森教授は、債務不履行責任説については次のように主張する。すなわち、「新説の立場」（債務不履行責任説）は、「近時のドイツ法の発展に倣うものである」が、普通法時代におけるドイツ民法学は、「不完全な履行にある程度の履行価値を認める債務不履行概念を知らなかったが故に」、種類売買における瑕疵ある物の給付が、債務不履行ではなく、瑕疵担保責任によって規律されることとなった。このことは、「特定物売買を前提として作

り上げられた瑕疵担保責任制度」の種類売買への「借用」であり、その後、「実際の商品取引では、種類売買が圧倒的」となって、瑕疵担保責任は、「『ひさしを貸して母屋を取られた』形となった」とする。つまり、下森教授によれば、ドイツ民法における種類売買にも「瑕疵担保責任の規定を適用しうる旨の明文の規定」(旧四八〇条)は誤りであり、「ドイツ民法学は、種類売買と特定物売買(とくに非代替的特定物売買)の場合を明確に区別し、前者ははっきり契約責任と構成し、後者は、本来どおり、法定責任と構成すべき」であるとする⁽¹⁴⁾。

なお、下森教授の言及したドイツ民法(旧)四八〇条は、次のように規定した。⁽¹⁵⁾

旧四八〇条 種類のみによって定められた物の買主は、(特定物の瑕疵担保に基づく)解除又は減額に代えて、瑕疵のある物の代わりに瑕疵のない物を給付すべき旨を請求することができる。この請求権には、(特定物の瑕疵担保に基づく)解除に関する規定(規定の詳細は省略——筆者注)を準用する。

二 危険が買主に移転する当時において、物が保証した性質を欠き又は売主が欠点を悪意に黙秘したときは、買主は、解除、減額又は瑕疵のない物の給付に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

右の規定は、「種類のみによって定められた」不特定物の売買においても、その目的物に瑕疵があるときは、特定物の瑕疵担保に関する解除の規定が準用されるとともに、買主に代物請求権を認めるものである⁽¹⁶⁾。換言すれば、不特定物の売買(種類売買)にも瑕疵担保責任を認めるものであり、法定責任説とは明らかに異なる解決が採用されていた。しかし、下森教授は、このようなドイツ民法学の「発展」が誤りであり、ドイツ民法学もそれを是正すべきであるとする。

以上の下森教授による裁判例の評釈は、対象となった裁判例をよそに瑕疵担保責任の法的性質論を論じたもので

あり、この問題に対する同教授のなみなみならぬ関心が示されている。

(2) 法定責任説の沿革的理解——『民法学』（一九七六年）

初期の下森教授の見解が提示されているのは、奥田昌道教授の編まれた『民法学5』に掲載された「種類売買と瑕疵担保」⁽¹⁷⁾という一編である。この論考は、「学生向きの解説論稿であるが」、同教授の修士論文とその後の論文を「要約してまとめたものであり、新説である契約責任説批判を展開し、私見の全容を明らかにした点」⁽¹⁸⁾において、自らも「重要論文」と位置づけているものである。⁽¹⁹⁾

下森教授の見解は、ドイツ普通法時代における瑕疵担保法の発展についての正確な理解を背景とする。すなわち、瑕疵担保責任は、沿革的にはローマ法にさかのぼり、「当時の売買契約は特定物売買が中心であったために、買主の法的保護としては、契約の解除と代金減額請求とが認められるにとどまり、代物請求は問題とならなかった」。しかし、「ローマ法を継受したドイツ普通法の下において、資本主義の発達にともなう大量商品生産、大量商品交換の進展」により、「必然的に種類売買」が「商品取引の中心的存在」となったとする。そこで、「種類売買において瑕疵ある物の給付が行われた場合」に、それを瑕疵担保責任によって処理するか、あるいは債務不履行責任によって対処すべきかについて「大論争が展開され」、前述したドイツ民法（旧）四八〇条が設けられたとする。⁽²⁰⁾

しかし、下森教授は、すでに触れたように、右のようなドイツ民法の発展過程については、「原点に立ち返った再検討が必要である」とする。そして、「種類売買における瑕疵ある物の給付は、まさに債務不履行なのであり、債務不履行責任の領域においてその法技術を用いて解決すべきであった」。にもかかわらず、「当時のドイツ民法学は、不完全履行にある程度の履行価値を認めうる債務不履行概念（不完全履行——筆者注）を知らなかったがゆえに、法定無過失責任である瑕疵担保責任制度を借用した」とする。⁽²¹⁾そして、「実際の商品取引では、種類売買が圧倒的」となり、「瑕疵担保責任制度の中で、種類売買のそれが肥大化の一途」をたどり、「ついに瑕疵担保責任制度

それ自体を契約責任と構成するところまで突き進んだ」が、「この発展」は、「借用現象性の行き過ぎ」であり、ドイツ民法学は、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを「はつきり切り離し、特定物売買＝法定責任としての瑕疵担保責任、種類売買＝債務不履行責任と構成」し直すべきであると主張する。⁽²²⁾

なお、下森教授の基本的な立場は、末弘博士と柚木博士の法定責任説を継承し、瑕疵担保責任は、特定物（特に不代替的特定物）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。すなわち、「元来、売主の瑕疵担保責任の規定は、前述したように、特定物売買に即して形成されたものであるから、種類売買にそのまま適用することはできない」。そして、種類売買は、「債務不履行責任の問題として」対処すべきであり、「特定物売買＝瑕疵担保責任＝法定・無過失責任＝無催告解除・代金減額ないし代金減額の損害賠償請求」と「種類売買＝債務不履行責任＝契約・過失責任＝要催告解除・損害賠償」という図式は、「正当かつ有用な構成」であると⁽²³⁾する。また、この見解によれば、不特定物の売買にも瑕疵担保責任の適用を認める判例法の理解は、「困難」となる。⁽²⁴⁾すなわち、大審院大正一四年判決⁽²⁵⁾については、買主が瑕疵のある物を受領しても、「債務不履行責任を問えてしかるべき」であり、その結論は妥当でないことになる。そして、大審院判例を前提とした最高裁昭和三六年⁽²⁶⁾判決についても、「履行として認容し受領した」ということの意味内容⁽²⁷⁾が「明確でなく」、また、「その効果をどう解すべきかも問題が残されている」とする。

三 下森教授の見解(ii)——修正法定責任説の提唱

(1) 新築建物の売買における瑕疵修補請求権

下森教授の見解は、その後も基本的には一貫し、瑕疵担保責任が不代替的特定物の売買にのみ適用される法定責任であるとする。すなわち、「不代替的特定物売買における売主の瑕疵担保責任は、売主の本来的履行債務の不履

行の効果ではなく、売買契約の双務・有償性に鑑み、公平の見地から両給付の対価的均衡性を維持するため、かつそれを通じて取引の信用を保護することを目的として、法律が特に売主に課した法定無過失責任とみるべきである(法定責任説)⁽²⁸⁾と主張する。ただし、下森教授は、一九七〇年代の高度経済成長期における新築建物やマンションなどの住宅販売の増加を背景に、買主の瑕疵修補請求権について一定の修正を加える。すなわち、「新築あるいは新築さるべき建物(マンション)の企業による販売」においては、その建物は不代替的特定物であるものの、「結論として、買主に瑕疵修補請求権が認められるべきだ」という利益衡量については、おそらく異論がない。そこで、この問題は、「形式的には、当面当事者意思の合理的解釈というテクニクにより処理し、いずれは立法的に解決すべき」であるとした。⁽²⁹⁾より具体的には、新築建物の売買契約においては、買主は、「中古住宅の場合とは異なつて、当然、瑕疵のない」建物の「入手を期待し」、半面、「これを販売する住宅産業にとつても」、瑕疵修補の手段と能力を有しているから、これに応じた方が「経済上も信用上も有利」となる。それゆえ、このような「売買契約類型においては」、明示の特約や商慣習がない場合にも、「本来の給付義務の内容として『瑕疵なき物』の給付義務ありとみるのが当事者意思の合理的解釈として妥当」であるとする。⁽³⁰⁾そして、結論としては、「新築あるいは新築さるべき建物(マンション)の企業(あるいは業としてこれを営む個人)による販売契約において、瑕疵ある物が給付された場合は、債務の本旨に従つた履行でなく、不完全履行となり、債務者たる売主は、瑕疵ある物の給付について、故意・過失の有無を問わず、債務を免れえない(五五五条、四二九条、四九三条)」から、買主は、売主に対して、「本来の給付義務の不履行を理由として瑕疵修補の請求」をすることができるとした。⁽³¹⁾

右の下森教授の研究は、その後の立法に反映した。⁽³²⁾すなわち、二〇〇〇年四月一日より施行された「住宅の品質確保の促進等に関する法律」(平成十一年六月二三日法律第八一号)は、「新築住宅の請負契約又は売買契約における瑕疵担保責任について特別の定めをする」(同一条)ものであり、その第九五条(旧八八条)が「新築住宅の売主の

瑕疵担保責任の特例」としての瑕疵修補請求権を規定した。

(新築住宅の売主の瑕疵担保責任の特例)

第九十五条 新築住宅の売買契約においては、売主は、買主に引き渡した時(当該新築住宅が住宅新築請負契約に基づき請負人から当該売主に引き渡されたものである場合にあっては、その引渡しの時)から十年間、住宅の構造耐力上主要な部分等の隠れた瑕疵について、民法第五百七十条において準用する同法第五百六十六条第一項並びに同法第六百三十四条第一項及び第二項前段に規定する担保の責任を負う。この場合において、同条第一項及び第二項前段中「注文者」とあるのは「買主」と、同条第一項中「請負人」とあるのは「売主」とする。

二 前項の規定に反する特約で買主に不利なものは、無効とする。

三 第一項の場合における民法第五百六十六条第三項の規定の適用については、同項中「前二項」とあるのは「住宅の品質確保の促進等に関する法律第九十五条第一項」と、「又は」とあるのは「、瑕疵修補又は」とする。

右の規定は、やや判読しにくい⁽³³⁾が、新築住宅の売買契約における買主が売主に対し、「瑕疵の修補を請求することができるとするものである(品質確保法九五条一項、民法五七〇条、六三四条一項本文)。

(2) 法定責任説の修正

右の下森教授の見解は、当初は、新築建物ないしマンションの売買契約に限られていたが、その後はこれを「修正法定責任説」と名付け⁽³³⁾、より広範に展開する。すなわち、瑕疵担保責任は法定責任ではあるが、「民法第五七〇条の規定は任意規定であるから、契約自由の原則上当然のことながら、当事者が目的物の瑕疵なきことを保証したり、瑕疵なき物の給付あるいは瑕疵の修補を特約することは自由であり、かつ有効にこれをなしうる」とする⁽³⁴⁾。

では、右のような明示または黙示の特約を認めることができるか。下森教授は、特約を「契約当事

者の意思解釈として認めえない場合」には、原則として買主の瑕疵修補請求権が認められないとする。しかし、「宅建業者による新築建売住宅の売買の場合などのように、民法第五七〇条の形式的適用が現代の取引社会の実状にあわず、その結論が妥当性を欠き、社会的正義や公平に合致しない」ときは、「取引慣行を考慮し、当事者意思の合理的解釈や信義則法理の適用といった法的構成により、かつ、政策判断ないし利益衡量の実質的判断基準をできるだけ明確」にして、「一定の限度ないし範囲で瑕疵修補義務を契約上の債務として例外的に売主に課し、買主の瑕疵修補請求権を認めることが許される」とする。⁽³⁵⁾

右の見解は、要するに、限られた範囲内ではあるが、不代替的特定物の売買において、当事者の意思解釈または信義則によって瑕疵修補請求権を認めるものである。この見解に対しては、すでに新築建物販売に関する論文の発表当時から、次のような批判がなされていた。すなわち、「(下森教授は)総論的枠組として瑕疵修補請求権(ないし瑕疵担保責任一般)の法律構成につき法定責任説をとる旨を明言している」が、その「内容はむしろ契約責任説的なものとなっており、この点で、多少首尾一貫していない点がありはしないか」との指摘である。⁽³⁶⁾ 換言すれば、下森教授は「特定物のドグマ」を支持するものであるが、当事者意思の合理的解釈によって瑕疵修補請求権を認めるのであれば「意味がない」。それゆえ、「自らを法定責任説と規定する教授の立場が、この点では表示と内容の乖離をもたらしている」ことになる。⁽³⁷⁾

そこで、本款の最後に、右の批判も踏まえて、下森教授の見解を検討しよう。

四 若干の検討

(1) 二つの問題点

下森教授の修正法定責任説は、法定責任説が有する体系的明快さに加えて、現実的な妥当性も図られた優れた見

解である。⁽³⁸⁾ それゆえ、債務不履行責任説が有力化した後もなお、法定責任説が多く支持者を集めて存続しえたのは、ひとえに下森教授の功績であるといえよう。⁽³⁹⁾

しかし、修正法定責任説にもいくつかの問題点が存在する。ここでは、細かな問題点は捨象して、大きな二つの問題点を指摘するとどめる。一つは、それが特定物のドグマを前提とする法定責任説である以上、法定責任説に対する批判を免れていないことであり、もう一つは、沿革的かつ比較法的観点からの、法定責任説の正当性ないし妥当性についてである。以下、順に検討する。

(2) 「特定物のドグマ」に対する批判——理論的な問題点

この点においても、さらに二つの問題点がある。

第一に、論理的には、「特定物のドグマ」と瑕疵修補請求権が相容れないことである。このことは、前述のように、すでに指摘されていたが、より鋭く批判したのは森田宏樹教授である。同教授は、次のように指摘する。すなわち、「(不代替的) 特定物については瑕疵なき物を給付することは原始的ないし論理的に不能であるという特定物のドグマを前提とするものであれば、たとえ特約によるとしても瑕疵なき物の給付義務を認めることは理論上できないはずである。特定物ドグマが右のような一定の論理的思考をもった『ドグマ』である以上は、一定の売買に限って政策的にこれを否定しうるようなものではない。それゆえ、不代替的特定物についても瑕疵なき物の給付義務を認めることは、「特定物のドグマを前提とする法定責任説とは矛盾している」⁽⁴¹⁾。

右の指摘は適切であり、下森教授も、不代替的特定物の売主に瑕疵修補義務が認められるのは、「当事者が目的物の瑕疵なきことを保証したり」特約した場合や信義則による「例外」であることを強調する⁽⁴²⁾。しかし、買主に瑕疵修補請求権が必要な場合には、広く黙示の合意や信義則によってそれが認められるのであれば、実質的には(債務不履行責任説を含む) 契約責任説と変わらず、法定責任説とは矛盾する。また、その例外を狭く限定するのであ

れば、不代替的特定物売買の多くの場合においては、瑕疵のある物をそのまま引き渡しても「法律的には売主の義務を果たしたこと」になり、「常識的には理解し難い」⁽⁴³⁾との法定責任説に対する批判がそのまま妥当でしょう。

結局、修正法定責任説は、「特定物のドグマ」を前提とする以上、法定責任説に対する批判を——部分的には回避しうるにしても——完全に免れることはできないと解される。

第二に、仮に下森教授の指摘される黙示の保証約束ないし瑕疵のない物を給付する特約が認められるとしても、その違反は、売主の過失を前提とする債務不履行となり、法定無過失責任としての瑕疵担保責任とは相容れないのではないかと、という点である。もともと、この点について法定責任説は、「瑕疵ある物の給付は債務の本旨に従った弁済とはならず、従って、たとえ債権者が一応これを受領しても、債権はなお履行によって消滅するには至らないから、債権者は瑕疵のない物の履行を請求することができる」とし、「あたかも履行遅滞と同様である」と主張⁽⁴⁴⁾する。そして、下森教授もこの論理に従い、不代替的特定物の売買において、「当事者意思の合理的解釈」から瑕疵修補義務が認められる場合には、瑕疵ある物が給付されたとしてもそれは不完全履行となり、売主は、「故意・過失の有無を問わず、債務を免」⁽⁴⁵⁾れることができず、「買主は売主に対し、本来の給付義務の不履行を理由として瑕疵修補の請求をなしうる」とした。しかし、この法定責任説による不完全履行の要件および効果の理解は適切であらうか。

まず、現実の訴訟では、履行遅滞も不完全履行も債務不履行の一態様であり、債権者の履行請求に対して、債務者からの「帰責事由の不存在」の抗弁が提出されることになる。たとえば、買主が売主に対して特約に基づく瑕疵修補を請求した場合には、売主は、その瑕疵が不可抗力によるものであり、自己の責めに帰すべき事由によらないことを抗弁として主張することになる。⁽⁴⁶⁾とりわけ、不完全ながらも履行のなされた場合（不完全履行）は、全く履行がなされていない履行遅滞と同じには解されず、売主による帰責事由の不存在の抗弁が不可避的に問題とならざ

るをえないと解される。

また、仮に買主が売主の過失の有無とは関係なく瑕疵修補を請求することができるとすれば、買主は、その瑕疵修補請求権が時効によって消滅するまでは、瑕疵修補を請求しうることになり、妥当でない。そこで、この場合には、信義則による修正が提案されているが、信義則という一般条項に頼らざるをえないことに難点がある。⁽⁴⁷⁾

さらに、下森教授の見解によれば、瑕疵修補請求と解除および損害賠償の請求とは区別され、「契約解除や損害賠償の請求をあたつては、現行法の原則にしたがい、帰責事由が必要」となる。⁽⁴⁸⁾しかし、そうだとすれば、無過失責任である瑕疵担保責任の長所が失われ、売主に責めに帰すべき事由のない場合には、買主は、目的物の瑕疵があつても契約を解除することができないこととなる。

以上のような諸問題は、瑕疵担保責任の適用領域を不代替的特定物の売買に限定し、それ以外の売買をすべて債務不履行（不完全履行）として処理することに起因するものである。そして、法定責任説は、部分的に修正を加えたとしてもなお、「特定物のドグマ」を前提とする限りは、妥当な解決をもたらすことは難しいと解される。

(3) 法定責任説の採否——現実的な問題点

法定責任説は、理論的にはともかく、瑕疵担保責任の沿革には合致する。すなわち、下森教授が指摘したように、ローマ法の時代や民法典が制定された当初は、特定物の売買が中心であり、瑕疵担保責任の規定も特定物の売買のみを前提に制定されたものである。このことは、日本民法の瑕疵担保規定の母法であるフランス民法においても同様である。すなわち、フランス民法典の制定に大きな影響を与えたポティエ (Potier) は、注文制作による樽や芸術品などの特定物の売買のみを念頭に瑕疵担保責任を論じていた。⁽⁴⁹⁾そして、ポティエの見解を前提に制定されたフランス民法典も、特定物の売買のみを想定し、その後の註釈学派も当初は、不特定物の売買に全く言及していなかつた。⁽⁵⁰⁾しかし、産業革命を経て、資本主義が進展するとともに、フランスにおいても、商品取引の重点が不特

定物の売買（種類売買）に置かれるようになる。そこで、一九世紀後半の学説（註釈学派の衰退期）は、不特定物の売買にも瑕疵担保責任が適用されるとした。すなわち、フランスでは、瑕疵担保責任は危険負担の法理によって基礎づけられ、特定物の売買においては、契約成立の時に所有権とともに危険が買主に移転し、売主はそれ以前の瑕疵を担保すると解されてきた。それゆえ、不特定物の売買についても、同じ論理によって瑕疵担保責任が適用されることとなる。すなわち、不特定物の売買は、その特定（＝引渡し）の時に所有権とともに危険が買主に移転し、売主はそれ以前の瑕疵について無過失責任を負うとされた。⁽⁵¹⁾ なお、フランスでは、「瑕疵」(vice)は、滅失または損傷を意味する「危険」(給付危険)の一種であるため、その物の変質や損傷などの客観的な欠陥として捉えられている。⁽⁵²⁾

このように、ドイツのみならず、フランスにおいても、民法典は、特定物の売買のみを念頭に瑕疵担保責任の規定を設けた。そして、不特定物の売買が商品取引の中心となったときに、瑕疵担保責任は、法定責任説のように特定物と不特定物の売買とを峻別することなく、不特定物の売買をもその対象として取り込むこととなった。その理由としては、物の瑕疵については、無過失責任である瑕疵担保責任の適用を広く認めることが買主にとって望ましいことに加え、危険負担の法理からしても、不特定物の売買についてはその特定の時（＝引渡しの時）から瑕疵担保責任を適用することに何の違和感もなかったことが挙げられよう。

これに対して、法定責任説は、ドイツの一時期の通説的見解に従い、あるいはその沿革に忠実に、瑕疵担保責任は特定物の売買を規律し、不特定物の売買は債務不履行責任によるという図式に固執する。しかし、現実の社会においては、このような図式に従う国——世界のすべての国の瑕疵担保制度を検証したわけではないが——は、わが国の判例法も含めて、⁽⁵³⁾皆無である。その意味では、各国における瑕疵担保法理の発展過程ないし現実を捨象して、たとえばドイツ民法を法定責任説に合わせるべきであるとの下森教授の主張は、非現実的であるといえよう。

(4) 小 括

下森教授の修正法定責任説は、債務不履行責任説の主張を部分的には取り込み、柔軟な解決を図ろうとするものであり、債務不履行責任説の立場との「相違はかなり相対化されている」との評価も存在する⁽⁵⁴⁾。また、その沿革の理解は適切であり、日本を含む一九世紀の民法典の規定が、特定物の売買のみを念頭に制定されたことは確かである。

しかし、修正法定責任説は、「特定物のドグマ」を維持するため、理論的には、法定責任説に対する批判がそのまま妥当し、その批判を回避するには至っていない。のみならず、現実の社会は、無過失責任である瑕疵担保責任の長所を認め、不特定物の売買についてもその法理を適用している。その意味では、特定物と不特定物とでその適用規範を区別する法定責任説(修正法定責任説を含む)⁽⁵⁵⁾は、世界のどこにも存在しない、非現実的な制度を主張するものであると解される。

- (1) 星野英一『民法概論Ⅳ』(良書普及会、一九七六年)一三四頁。
- (2) 打田俊一「不特定物売買と瑕疵担保責任」法学セミナー二七号六九頁(一九七七年)。
- (3) 前稿、野澤「瑕疵担保責任の比較法的考察(四)」立教法学七七号三三七頁(二〇〇九年)においても指摘したが、円谷峻教授は、「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」とする(円谷「瑕疵担保責任」星野英一編『民法講座5』「有斐閣、一九八五年」二五五頁)。
- (4) 星野英一「瑕疵担保の研究——日本」比較法研究二三号三六頁(一九六二年)。
- (5) 野澤・前掲注(3)三三六頁以下参照。
- (6) すでに繰り返し引用したが、円谷峻教授は、率直に、債務不履行責任説の主張者による無過失責任と過失責任の「接合」の試みが「成功しているとは思えない」とする(円谷・前掲注(3)二五五頁)。
- (7) 星野・前掲注(1)一三四頁。
- (8) 下森定「種類売買の法的保護に関する一考察」成蹊法学六四号七五頁(二〇〇七年)。なお、同論文は、長く未公表のままであったが、二

- 〇六年六月の比較法学会のシンポジウムを一つの契機として公表されたものである。
- (9) 下森定「マンションの売主はその分譲に際し、買主に隣地の利用計画について調査告知する義務を信義則上負担しているか」(東京地判昭和四九・一・二五判タ三〇七号二四六頁の判例評釈)判例タイムズ三一一年八六頁(一九七四年)。
- (10) 下森・前掲注(9) 八九頁。
- (11) 下森・前掲注(9) 九一頁。
- (12) 下森・前掲注(9) 九〇―九一頁。
- (13) 末弘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(三)」立教法学七六号二二〇頁以下、特に二二二―二三三頁(二〇〇九年)参照。
- (14) 下森・前掲注(9) 九〇頁。
- (15) ドイツ民法の規定の訳は、柚木馨(上村明廣補訂)『独逸民法(Ⅱ) 債務法』現代外国法典叢書(2)(有斐閣、復刊版、一九八八年)四一―四頁を参照した。
- (16) 渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、二〇〇九年)六六頁参照。
- なお、ドイツ民法の改正(二〇〇二年の債務法現代化)についても、同論文を参照。
- (17) 下森定「種類売買と瑕疵担保」奥田昌道ほか編『民法学5』(有斐閣、一九七六年)八九頁。
- (18) 下森定「不特定物売買と瑕疵担保責任(一)——大正一四年判決の再検討と昭和三六年判決への架橋」法学志林六六卷四号七七頁(一九六九年)。
- (19) 下森定「履行障害法再構築の課題と展望」成蹊法学六四号四五頁(二〇〇七年)。
- (20) 下森・前掲注(17) 九一頁。
- (21) 下森・前掲注(17) 一〇〇頁。
- (22) 下森・前掲注(17) 一〇〇―一〇一頁。
- (23) 下森・前掲注(17) 九八―九九頁。
- (24) 下森・前掲注(17) 九四頁。
- (25) 大審院大正一四年判決については、野澤・前掲注(13) 一九五頁以下参照。
- (26) 最高裁昭和三六年判決については、野澤・前掲注(13) 二三四頁以下参照。
- (27) 下森・前掲注(17) 九五―九六頁。
- (28) 下森定「不完全履行と瑕疵担保責任」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向(下)』(有斐閣、一九九二年)三四四頁。
- (29) 下森定「建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について」(日本住宅総合センター、一九八四年)三四頁。

- (30) 下森・前掲注(29)三八頁。
- (31) 下森・前掲注(29)三八頁。
- (32) 住宅の品質確保の促進等に関する法律九五条に関しては、「契約責任説の影響を受けたものとの評価」もあるが、下森教授の「年来の主張の影響もある」(下森・前掲注(19)五二頁)と考えるのが、公平であろう。もともと、同法は、「瑕疵担保責任の法的性質等をめぐる学説の対立」に関しては、「特に立法の側から解答を示していない」との理解(鎌野邦樹「民法から見た住宅の品質確保の促進等に関する法律の意義」ジュリスト一一五九号五八頁(一九九九年))も適切である。
- (33) 下森・前掲注(19)二五頁。
- (34) 下森・前掲注(28)三四五頁。
- (35) 下森・前掲注(28)三四五頁。
- (36) 加藤雅信「下森定著『建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について』(書評)法律時報五七卷一号七八頁(一九八五年)。
- (37) 加藤・前掲注(36)八〇頁。なお、近時の論考ではあるが、山本豊「売主の瑕疵担保責任」法学教室三五号八四頁(二〇一〇年)も、修正法定責任説では、「本来の特定物のドグマの論理は共有されていない」とする。すなわち、「特定物のドグマとは何が契約内容を構成するかに関する強行法的ルールであったはずのものが、ここでは特約や信義則によっていつでも破れる融通の効くものとして理解されている」と指摘する。
- (38) 吉田邦彦「居住法学問題の俯瞰図(一)——住宅所有権・賃借権規制を巡るディレンマと公共的保護という観点からの再編」みんけん五九号二五頁注(41)(二〇〇三年)は、下森教授の修正法定責任説は「法定責任説と矛盾するところがあるかも知れない」が、「住宅取引問題へのアクチュアリティを感じる」とする。また、筆者もかつては、修正法定責任説を支持していた(野澤正充「売主の担保責任(一)——瑕疵担保責任と債務不履行責任」法学セミナー六二号八八—八九頁(二〇〇六年))。
- (39) たとえば、藤岡康宏ほか編『民法Ⅳ債権各論』(有斐閣、第三版補訂、二〇〇九年)八三頁(浦川道太郎執筆)は、法定責任説が「従来よりの通説であり、最近再び支持者の増えてきた」ことを指摘し、自らもこの見解に従っている。
- (40) わが国では、すでに本稿(野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(二)」立教法学七四号一〇二頁以下[二〇〇七年])においても指摘したように、末弘博士の見解以降、原始の一部不能論と特定物のドグマとが結合されて、法定責任説の論理的な支柱となってきた。しかし、北川善太郎教授の研究(『契約責任の研究』(有斐閣、一九六三年)一三九頁以下)以降、ドイツ民法学では、原始の一部不能論と特定物のドグマとが論理的には関連しないことが指摘されている。この見解によれば、「特定物のドグマ」とは、「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」(北川・同一四〇頁のシオルマイヤー説)とするもので、たとえ瑕疵があっても、「特定物であるがままのこの物が給付の対象であり、瑕疵なき給付義務は論理的に不能である」(北川・同一五一頁)とする。森田教授が「不代替的」特定物については瑕疵な

き物を給付することは原始的ないし論理的に不能である」としたのは、この両見解（原始的一部不能論と特定物のドグマ論）を示唆したものである。なお、「特定物のドグマ」については、山本敬三『民法講義Ⅳ―1契約』（有斐閣、二〇〇五年）二六四頁、山本豊・前掲注（37）八三頁参照。

- (41) 森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権」同『契約責任の帰責構造』（有斐閣、二〇〇二年）二四二―二四三頁、初出一九九一年。
- (42) 下森・前掲注（28）三四五頁、三五二頁。
- (43) 星野英一教授による批判である（野澤・前掲注（3）三三七―三三八頁参照）。
- (44) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、一九六四年）一五四頁。
- (45) 下森・前掲注（29）三八頁。
- (46) 大江忠『要件事実民法（3）債権総論』（第一法規、第三版、二〇〇五年）五二―五三頁。
- (47) 我妻・前掲注（44）一五五頁。
- (48) 下森・前掲注（29）四〇頁。
- (49) フランスにおける瑕疵担保責任については、野澤正充「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、二〇〇九年）八三頁以下参照。特に、ポティエの見解については、八五―九一頁。
- (50) 野澤・前掲注（49）九一頁。
- (51) 野澤・前掲注（49）九二―九三頁。
- (52) 野澤・前掲注（49）八四頁。
- (53) 下森教授の研究には、大審院大正一四年判決が採用した、当時の通説的見解である岡松博士らの危険負担説に対する言及がない。そして、同判決を前提とした最高裁昭和三六年判決を含めて、不特定物の売買にも瑕疵担保責任を適用する判例法理は、下森教授にとっては、理解しがたいものとなっている（下森・前掲注（17）九六頁参照）。
- (54) 磯村保「目的物の瑕疵をめぐる法律関係」磯村保ほか編『民法トリアル教室』（有斐閣、一九九九年）三二―六頁。
- (55) 下森教授の立場からすれば、法定責任説の論理が正しく、不特定物の売買にも瑕疵担保責任を適用したドイツやフランスを含めた瑕疵担保制度の発展過程、ないし現実の制度が誤りであることとなる。学説としては、そのような考えも成り立ちうる。しかし、本当に法定責任説の「論理」、すなわち、「特定物のドグマ」は正しかったのだろうか。それは、特定物の売買が取引の中心であった時代の瑕疵担保責任の法理を説明する、一つの仮説にすぎなかったのではないだろうか。私は、一八世紀から一九世紀にかけての特定物を前提とした売買はもとより、不特定物の売買をも瑕疵担保責任に取り込み、そして、瑕疵担保責任を債務不履行責任の中に一元的に構成する国際的動向や立法提案を含めて、現実の瑕疵担保責任の発展過程を前提とした制度の理解が必要であると考えている。その意味では、法定責任説は、論理的に明快であり、魅力的ではあるものの、少なくとも今日から見れば、現実の社会や制度と切り離された「机上の空論」にすぎないと思われる。ただし、そのことは、法定責

任説がこれまで果たしてきた役割を否定するものでは、決してない。

第二款 法定責任説の継承者(2)——その他の見解

一 一九七〇年代における学説の動向

昭和三〇年代半ばに債務不履行責任説が登場し、昭和五〇年代(一九七五年以降)にはそれが「学界の大勢」を占めたと評されたものの、その間はおもに法定責任説も有力に展開されていた。その代表的な見解は、下森教授の見解であり、また、債務不履行責任説に対する法定責任説(柚木)からの反論も「精力的」になされていた。⁽⁵⁶⁾ それゆえ、一九七〇年代における学界の状況は、「必ずしもこの問題に決着がついた状況」にあつたわけではなかつた。⁽⁵⁷⁾

このような状況の中で、この時期の学説には、主に損害賠償の範囲という瑕疵担保責任の効果論からその法的性質を再検討するものが現れている。その基本的な方向性は、瑕疵担保責任における損害賠償は代金減額であり、履行利益の賠償を認める債務不履行責任とは異なる、というものである。以下では、対価的制限説を再評価する加藤雅信教授の見解から検討する。

二 加藤雅信教授の見解——危険負担的代金減額請求権説

(1) 債務不履行責任説に対する批判

加藤教授は、まず、法定責任説に対しては、その特定物のドグマを批判する。すなわち、売買契約における当事者の合意には、「その物が有する一般的属性・機能」も含まれるはずで、この部分を「契約外に追い」やる特定物のドグマは「理解に苦しむ」とする。また、原始的不能についても、「修補可能な場合に、なにゆえに不能と言えるのかが問われなければならない」とした。⁽⁵⁸⁾ さらに、信頼利益と履行利益の区別が不明確であるとの批判も、「き

わめて説得的である」とする。⁽⁵⁹⁾

しかし、債務不履行責任説の立場も、「体系的バランスを失っている」とする。すなわち、特定物のドグマを否定すると、目的物に瑕疵のないことも契約債務の内容となり、瑕疵があればそれは債務不履行となる。その要件としては、「債務者の帰責事由が必要であり、効果としては、他の場合と同様、履行利益が賠償されることになる」。そして、債務不履行責任説は、無過失責任である瑕疵担保責任がその特則であるとする。しかし、「目的物の性状確保義務のみを無過失責任として、目的物の給付義務以上の保護を与える根拠は何も」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の特則とすることは、「体系的バランスを顧慮していない、との非難を免れることができない」とする。⁽⁶⁰⁾

右の加藤教授による債務不履行責任説に対する批判は、過失責任と無過失責任とを一元化する困難さを指摘するものであり、債務不履行責任説のウィーク・ポイント⁽⁶¹⁾を突くものである。

(2) 「危険負担的」な代金の減額

では、「売主の瑕疵担保責任の性質・内容をいかに考えるべき」か。

まず、加藤教授は、瑕疵について、売主に帰責事由があれば債務不履行責任を生じるが、「売主に帰責事由がない場合には、目的物の性状に関する債務は不能によって消滅する」とする。⁽⁶²⁾そして、特定物の売買契約において、「売主の給付義務自体が履行不能となり、しかも売主に帰責事由がない」ときは、売主の債務が消滅し、「両当事者間の利害の調整は、反対債権が消滅するか否か、という危険負担の問題として処理される」ことに着目し、次のように主張した。すなわち、「目的物に瑕疵があり、目的物の性状・機能を確保する債務が不能によって消滅した場合」にも、「危険負担の基礎にある対価の牽連の考え方」を貫き、「反対債権である代金債権を、不能となった契約内容の一部——瑕疵による価値の低落——に対応して減縮すること（代金減額）を認める」べきである。⁽⁶³⁾そして、

「瑕疵担保責任が無過失責任とされる」根拠は、「対価的均衡の確保」が「売主の帰責という主観的態様にかかわり」ないことにあると⁽⁶⁴⁾した。

右の見解は、瑕疵担保責任を「危険負担制度と類似した」、有償契約における「二つの債権の対価的牽連性確保のための制度」として捉え、その損害賠償は代金減額請求であるとする。そして、加藤教授は、「重要なこと」が二つあるとする。一つは、瑕疵担保責任が「有償契約における対価的牽連性の確保という意味で危険負担制度と思想的基盤を同じくしている」ことであり、もう一つは、自らの見解が、特定物のドグマを前提とする「法定責任でも、債務不履行としての契約責任でもない」、第三の見解であるということである。⁽⁶⁵⁾

(3) 若干の検討

(ア) 債務不履行責任説からの反論

加藤教授による債務不履行責任説への批判に対しては、債務不履行責任説からの次のような反論がある。その反論は、債務不履行責任説が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の特則とするのは、「体系的バランスを失している」との加藤教授の批判に対して、債務不履行責任における「帰責事由」が債務者の注意義務違反としての「過失」ではないとする。すなわち、「当事者が一定の結果の実現が確実であると約束した場合（結果債務）には、不可抗力によらない限り、結果の不実現があれば過失ありと判断される」と⁽⁶⁷⁾し、売買における売主の目的物の引渡義務をこのような結果債務であると位置づけ、瑕疵のある物を引き渡したときは、売主に帰責事由があることを示唆する。この見解は、すでに触れた星野英一教授の問題意識⁽⁶⁸⁾を受け継ぎ、フランスの結果債務 (obligation de résultat) の概念によって、瑕疵担保責任も売主の帰責事由に基づく責任であるとし、債務不履行責任との同質性を主張するものである。

この反論に対して、二つの再批判がなされている。

一つは、その前提とする手段債務と結果債務の分類が不明確であり、「債務分類論としては承認することができない」⁽⁶⁹⁾ということである。そしてこのことは、結果債務論の主張者自らが認める点でもある。すなわち、手段債務と結果債務の区別は、請負契約と委任契約をモデルにして、前者が結果債務であり、後者が手段債務であると考えれば、容易に理解が可能であり、かつ、明確でもある。しかし、実際の両債務の区別は相対的であり、手段債務でも、債務者に著しく高度な注意義務を課せば結果債務に近づき、また、結果債務であっても、債務者が不可抗力のみならず、慎重に注意を尽くしたことを立証した場合には、責任を免れる場合もある⁽⁷⁰⁾。そうだとすれば、両債務の区別は明確でなく、現実の債務を結果債務と手段債務とに二分するのは難しい。そして、フランスにおいても、「この区別は、程度の問題であり、あいまい (approximative) であって、時に適用が困難である」との指摘がなされている⁽⁷¹⁾。

もう一つは、より根本的な問題であるが、仮に結果債務の概念を導入したとしても、それが瑕疵担保責任を根拠づけることにはならない、ということである。なぜなら、すでに触れたように、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⁽⁷²⁾。そして、このことは、国産動産売買統一法や次款に触れるウィーン売買条約 (国際物品売買契約に関する国際連合条約) においても、同様に解されている⁽⁷⁴⁾。そうだとすれば、結果債務の概念を導入したとしても、不可抗力による債務者の免責を認める債務不履行責任とこれを認めない瑕疵担保責任とは、異なる責任原理に基づくものであり、両者を同質のものと考えることができない。

(イ) 「危険負担的」代金減額請求権の問題点

加藤教授の見解は、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り、本稿の立場 (私見)⁽⁷³⁾ とも共通する。しかし、瑕疵担保責任が、「危険負担的」、「危険負担制度と類似した」ないし「危険

負担制度と思想的基盤を同じく」する、という加藤教授の表現からも明らかのように、瑕疵担保責任と危険負担との論理的関係は明確でない。ここでは、次の三つの問題点を指摘する。

第一に、加藤教授は、前述のように、特定物の売買契約において、目的物に瑕疵があった場合に、「危険負担の基礎にある対価的牽連性の考え方」に基づき、「反対債権である代金債権を、不能となった契約内容の一部——瑕疵による価値の低落——に対応して減縮する（代金減額）」と解する。⁽⁷⁶⁾しかし、危険負担に関する民法の規定（五三四条一項）の文理解釈によれば、特定物が売主の「責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷」は、買主の負担に帰することとなり、買主は代金の全額を売主に支払わなければならないこととなる。そうだとすれば、目的物に瑕疵があった場合にも、同条の適用により、買主は代金の全額を売主に支払わなければならないはずであり、その代金減額請求権は否定されよう。加藤教授は、瑕疵担保責任が「危険負担制度と思想的基盤を同じく」と述べるが、危険負担の債権者主義と瑕疵担保責任の関係については説明がない。そして、仮に五三四条を無視して、「有償契約における対価的牽連性の確保」の要請から直ちに買主の代金減額請求権を導くのであれば、それは、売買契約の「有償性に鑑み、公平の見地から両給付の対価的均衡性を維持するため」⁽⁷⁷⁾に法律が特に売主に瑕疵担保責任を認めたと解する法定責任説の主張と同じものとなる。その意味では、加藤教授の危険負担的代金減額請求権説は、「危険負担的」としつつもその内実は、売買契約の有償性を根拠とする法定責任説の一つのヴァリエーションにすぎない。

第二に、加藤教授は、不特定物の売買における物の瑕疵に瑕疵担保責任が適用されるか否かについても明確ではない。すなわち、結論的には、「種類売買の場合には、当事者の選択にまかせて、債務不履行規範と瑕疵担保規範の併存的適用を認めることを原則とする」と述べるが、その論拠が不明である。⁽⁷⁸⁾

第三に、瑕疵担保責任における損害賠償が代金減額であるとする点は、同責任の沿革的かつ理論的観点からは適

切である。しかし、その損害賠償の範囲をどうすべきかは、いわば立法政策の問題であって、比較法的には、代金減額に限られるわけではない。たとえば、フランスを例にとると、ポティエは、善意の売主（＝売主が無過失の場合）の損害賠償の範囲は代金額を限度とすると解していたが、フランス民法典は、売主が「物の瑕疵を知らなかった場合には、代金の返還及び売買によって生じた費用」の償還（フ民一六四六条）を認めている⁽⁸¹⁾。また、アメリカ合衆国統一商法典も、代金の減額（二一七―七条）を認めつつ、それに加えて、付随的および派生的な損害賠償も認めている（二一七―五条）⁽⁸³⁾。したがって、瑕疵担保責任の損害賠償の範囲を代金減額に限るとする主張は、論理的にはそのとおりであるが、それよりやや広く、いわゆる信頼利益の賠償まで認めることも、あながち不当ではない⁽⁸⁴⁾。

(4) 小 括

瑕疵担保責任の無過失責任の根拠を危険負担に求めた加藤教授の着想は適切であり、かつ、その効果として代金減額請求権を認めることも正当である。しかし、危険負担的代金減額請求権は、「危険負担」と瑕疵担保責任の論理的関係が明確でなく、危険負担「的」であることの意味が不明である。また、「代金減額請求権」も、比較法的見地からは、必ずしもこれに拘泥する必要はなく、信頼利益の賠償を認めることも不当ではない。その意味では、加藤教授の見解は、その前半における「危険負担的」であることの意味が明らかではない反面、後半の「代金減額請求権」に関しては、その論理を徹底しすぎたきらいがあるといえよう。

三 その他の代金減額説

(1) 最高裁昭和五七年一月二一日判決の概要

右のように、売主の担保責任における損害賠償の範囲が学界において問題となっていたところ、この問題に関す

る重要な最高裁判決が出された。その事案は、数量指示売買(五六五条・五六三条)に関するものではあるが、瑕疵担保責任(五七〇条)における損害賠償の範囲とも密接にかかわるものである。というのも、法定責任説の立場からの指摘ではあるが、五六五条が準用する権利の一部が他人に属する場合の担保責任に関する五六三条は、契約内容が有効に成立し、売主の履行義務を生じる債務不履行責任であるのに対し、五六五条は、「原始的に履行は(二部)不能であり」、不足分についての履行義務がないとも解されるからである。しかも、本判決は、「非代替的特定物(土地)の数量指示売買において数量不足があった場合」に履行利益の賠償が認められるかを論じたものであり、「先例として重要な意義をもつ」⁽⁸⁶⁾のみならず、学説の関心を呼ぶこととなった。

【二四】 最判昭和五七年一月二一日民集三六卷一七七一頁

Yはその所有する山林を分割して宅地として分譲し、昭和三八年と昭和四三年にX₁とX₂が、それぞれ坪当たり二万円で三万八〇〇〇円でこれを買受けた。その売買契約に際して、Yの代理人であるAが現地において境界を説明し、実測図に記載された面積があるから、これにより代金を算出したいと申し入れ、X₁・X₂がこれを了承した。ところが、昭和四九年、X₁・X₂が土地の測量をしたところ、それぞれ約七坪の不足があることが判明した。そこでX₁・X₂は、Yに対して、その不足分につき、昭和四九年当時の時価である坪当たり二万五千元で計算した損害賠償を請求した。第一審は、本件売買が数量指示売買であると認定し、「もともと数量不足分については原始的不能により売買契約が成立していない」のであるから、「数量不足による売主の担保責任はいわゆる履行利益(不足がなかったならば、買主が得たであろう利益)の損害ではなく、信託利益(不足を知ったならば、買主が被るものがなかったであろう損害)の損害の範囲に限られる」として、不足坪数に売買契約時における坪当たりの単価を乗じた額の賠償のみを認めた。そして原審も、「民法第五六五条による売主の担保責任は、売主の債務不履行による賠償責任を規定

したのではなく、売主には何ら履行すべき債務が存在せず、したがって、債務不履行という事態が発生する余地が存在しない場合において、法が買主の信頼を保護するために直接に売主に課した責任である」とし、その賠償の範囲は、「買主が瑕疵を知らなかったために被った損害」に限られるとした。Xらが上告。

最高裁は、次のように判示して、Xらの上告を棄却した。すなわち、「土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するものでないときは、売主は、当該土地が表示どおりの面積を有したとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責めを負わないものと解するのが相当である」。そして、本件では、「各土地の売買において売主であるYの代理人が目的土地の面積を表示し、かつ、この面積を基礎として代金額を定めたというのであるが、さらに進んで右の面積の表示が前記の特段の意味を有するものであったことについては、Xらはなんら主張、立証していない。そうすると、不足する面積の土地について売買が履行されたとすればXらが得たであろう利益として、右土地の値上がりによる利益についての損害賠償を求めるXらの請求を理由がないものとした原審の判断は、結局正当として肯認すること」ができる。

(2) 判旨の理解

右の判決は、面積の表示が「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するもの」であるときは、土地の値上がりによる利益の損害賠償を認める可能性を示唆している。しかし、「特段の意味」の具体的内容は明らかでなく、その解釈は分かれている。すなわち、法定責任説によれば、その損害賠償の範囲は原則として信頼利益ないし代金の減額に限られる。しかし、担保責任とは別個に数量保証約束ないし損害担保約束がなされた場合には値上りが利益の賠償も認められるとし、判旨の「特段の意味」をそのような約束が存在したときであるとす(87)。これに對

して、債務不履行責任説では、原則として履行利益の賠償が認められる。しかし、常に買主に値上がり益の賠償が認められるわけではなく、売主の履行義務の具体的な内容に応じて損害賠償の範囲も異なり、買主が特定の契約目的（転売目的など）を売主に説明し、売主がその目的に適合するものとして面積を表示した場合に、値上がり益の賠償が認められるとする⁽⁸⁸⁾。

このように、判旨の理解はその立場によって異なる。しかし、本判決に付された最高裁判所の調査官の解説は、「土地の売買契約において履行利益の賠償義務が肯定されるのは、おそらく、土地の面積の表示が売買にあたり買主の示した特定の使用目的その他の売買の目的に適合するものであることを担保する趣旨でなされ、売買をめぐる諸般の事情からみて、売主が不足分の土地の引渡又は引渡に代る損害の賠償を保証していると見られる場合に限られることになるであろう」と記している⁽⁸⁹⁾。そうだとすれば、本判決にいう「特段の意味」は、法定責任説の指摘するように、売買契約の当事者間に数量保証約束（または損害担保約束）が存在する場合であると解するのが、素直な解釈であろう。

(3) 瑕疵担保責任と保証約束を区別する見解

(ア) 三宅正男教授の見解

最高裁昭和五七年判決を契機に、瑕疵担保責任と保証約束とを区別しつつ、両者の併存を認める見解が登場する。

まず、三宅教授は、瑕疵担保責任として問題となる場合には、①「隠れた瑕疵による売主の責任」⁽⁹⁰⁾、②「前提された性質の欠缺による売主の責任」⁽⁹¹⁾、および、③「売主の悪意または保証に基づく責任」⁽⁹²⁾の三つがあるとする。そして、①の「瑕疵」については、フランス民法に従い客観説に立つ。すなわち、「五七〇条の『瑕疵』はフランス民法におけると同じく、物の通常の使用に適する性質を、全くまたは相当程度に欠くという、客観的・抽象的意味

に解すべきである」とした。⁽⁹³⁾そして、契約において前提とされた品質を欠く(主観的瑕疵)ときは、①の問題ではなく、②の問題として、錯誤(九五条)によつて処理されるとする。⁽⁹⁴⁾また、①の瑕疵担保責任の効果としては、「解除のほか、法文は認めていないが代金減額を認めるべきである」⁽⁹⁵⁾とし、そのほか、「契約の費用だけは、損害賠償ではあるが特別に、売主に償還を請求できる」とするのが、「公平に合致する」とした。⁽⁹⁶⁾これに対して、③の「売主が悪意でありまたは瑕疵のないことを保証した場合」には、「買主は、解除または代金減額に加えて、すべての損害の賠償を請求できる」とする。⁽⁹⁷⁾

右の三宅教授の見解は、最高裁昭和五七年判決以前の同教授の論考には現れていない。⁽⁹⁸⁾それゆえ、右判決を契機として主張されたものである。しかし、その見解は、善意の売主(フ民一六四六条)と悪意の売主(フ民一九四五条)とでその損害賠償の範囲を区別する、フランス民法典における瑕疵担保の規定に従いつつ、そこに売主が「瑕疵のないことを保証した場合」を付加したものである。

(イ) 好美清光教授の見解

好美教授の見解は、最高裁昭和五七年判決の評釈として公にされたものであり、その経緯からも同判決を契機としたことは明らかである。その基本的な立場は、瑕疵担保責任を原始の一部不能に対する法定責任であるとする。⁽¹⁰⁰⁾そして、瑕疵担保責任の効果は、「有償契約の対価的均衡の回復をはかるための、売主の過失を問わない代金減額請求的なもの(および全部解除による原状回復)」であるとする。⁽¹⁰¹⁾しかし、「履行利益の賠償を請求することを可能ならしめる方途」として、買主は、「原始的(一部)不能の場合」にも売主との間に「損害填補の責を負うという保証約束」があれば、「その契約上の損害填補義務の履行」として求めることができる。ただし、この保証は、「通常は、無過失責任まで負うという趣旨ではあるまい」とし、売主の過失が前提とされる。⁽¹⁰²⁾

(ウ) 広中俊雄教授の見解

以上の見解に対して、広中教授は、最高裁昭和五七年判決が公にされる以前から、売主の保証違反の場合には履行利益の賠償が認められると解していた。⁽¹⁰³⁾ その瑕疵担保責任に関する基本的立場は、一貫して、特定物のドグマを前提とする法定責任説である。すなわち、同教授は、「特定物の売買において物に瑕疵がある場合、売主の履行義務がその特定の物を引き渡すべきことに尽きるかぎり（四八三条参照）、瑕疵担保責任が債務不履行責任とは峻別される「法定無過失責任」であるとしている。⁽¹⁰⁴⁾ ただし、その損害賠償の範囲は、「原則として信賴利益の賠償である」としつつ、「売主の保証違反を認定しうるときは履行利益の賠償請求を許すべきである」とした。⁽¹⁰⁵⁾ そして、最高裁昭和五七年判決が出された後には、同判決が、「売主の保証違反を認定しうるときは履行利益の賠償責任とし、その認定ができないときは信賴利益の賠償責任とする解釈を示唆したもの」であると解し、最高裁が今後も五七〇条に関して、この「方向に進むであろうと予測」する。⁽¹⁰⁶⁾

(4) 小 括

最高裁昭和五七年判決の示唆した、履行利益（値上がり益）の賠償が認められる「特段の意味を有する」場合については、その文言が明確でないため、多様な解釈を可能とした。しかし、この判決を契機として、法定責任説が再度有力となったことは確かである。というのも、同判決は、土地の数量指示売買において、「不足分について履行利益（値上り利益）の損害賠償を否定した」⁽¹⁰⁷⁾ ものであり、瑕疵担保責任の効果を代金減額ないし信賴利益の賠償とする法定責任説の主張と合致したからである。そして、法定責任説の多くは、「特段の意味」を数量保証約束ないし損害担保約束の存する場合であると解し、これらの約束と「特定物のドグマ」が両立しうるものであることを強調した。

なお、本稿における記述は前後したが、下森教授の修正法定責任説も、右のような文脈において主張されたものであったと思われる。

四 円谷峻教授の見解

(1) 債務不履行責任説への批判

本款では、一九七〇年代における学説の動向を概観し、法定責任説が依然として優勢であったことと、最高裁昭和五七年判決を契機にそれが修正され、さらなる進展の兆しを見せたことを示した。そこで、本款の最後に、この時期の法定責任説のまとめとして、一九八五年（昭和六〇）に公にされた円谷教授の見解を紹介する。

円谷教授は、瑕疵担保責任の立法過程から、判例はもとより、一九七〇年代までの学説を丹念に跡づけ、自らの見解を提示した。その立場は、原始的不能論に基づく特定物のドグマを承認するものであり、伝統的な法定責任説を維持する。その意味では、主張自体は目新しいものではない。しかし、債務不履行責任説をも詳細に検討して、そのうえで法定責任説を支持した同教授の見解は、一定の説得力を有している。

まず、円谷教授は、債務不履行責任説に対して、その「無過失責任と過失責任を一元化」する試みが、「成功しているとは思えない」と述べる。そして、債務不履行責任説のように、特定物のドグマを否定して、「瑕疵担保責任を債務不履行責任の中に含ましめることは、原始的不能（＝瑕疵担保責任の根拠）と後発的不能（＝債務不履行責任の根拠）の峻別を否定することになる」とする。⁽¹⁰⁸⁾しかし、「他の制度、たとえば、危険負担制度は、後発的不能を基礎としてわが国に根づいて」いる。それゆえ、債務不履行責任説を採用するためには、「今日、慣用となつて」いる多くの法的常識（たとえば、過失責任と無過失責任の区別、原始的不能と後発的不能の峻別など）を揺るがさなければならぬ」が、「果たして、そのような必要性があるのだろうか」と問う。⁽¹⁰⁹⁾そして、円谷教授は、これに「消極的」であり、「瑕疵担保責任の領域での一定の主張をするために民法全体に関わる制度、法概念、あるいは常識の再検討を必要とするというのは、おかしいのではあるまいか」として、債務不履行責任説を批判する。⁽¹¹⁰⁾

(2) 危険負担と原始的不能

円谷教授の見解は、右に触れたように、原始的一部不能論と特定物のドグマを前提とする、伝統的な法定責任説である。ただし、瑕疵担保制度と危険負担制度の関連に着目する。すなわち、同教授は、「起草者が瑕疵担保責任制度を、今日では原始の一部不能と評価できる瑕疵（換言すれば、契約成立前に存在した瑕疵）という危険に対する危険負担の処理制度と考えていた」と判断する。しかし、特定物のドグマを維持し、結局は、「契約成立を基準として、契約成立前の隠れた瑕疵という危険に対する処理制度＝瑕疵担保制度、契約成立後の危険に対する処理制度＝危険負担制度と整理することができる」とする⁽¹¹⁾。

そして、「瑕疵担保責任制度と危険負担制度とがそれほど異なったものでない」との認識のもとに、効果の点でも、瑕疵担保責任は、「解除と代金減額を目的とする」とした。ただし、このような「瑕疵担保責任の枠外で」、売主の保証責任が考えられるとする⁽¹²⁾。

(3) 若干の検討

円谷教授による瑕疵担保責任の沿革的検討は、今日においてもなお有用であり、この問題を研究するうえで、必ず参照しなければならない研究であるといえよう。ただし、起草者が瑕疵担保責任を危険負担と結びつけて理解していたかは疑問であり、むしろ梅謙次郎博士は、瑕疵担保責任を一般の債務不履行責任と同じく、過失責任であると解していたことが明らかである⁽¹³⁾。にもかかわらず、同教授が危険負担の制度に固執したのは、瑕疵担保責任の効果を代金減額と解し、その論拠として、加藤教授の危険負担的代金減額請求権説を「高く評価」したからであろう⁽¹⁴⁾。しかし、これに対しては、前述した危険負担的代金減額請求権説に対する批判が妥当しよう。

ところで、円谷教授は、原始的（一部）不能と特定物のドグマを維持し、そうしないと「法常識」が覆ることを懸念する。しかし、民法に規定のない、ドイツの一時期における通説の見解にすぎなかった法定責任説が前提とする「原始的不能」や「特定物のドグマ」を維持することに、どれほどの意義があるかは疑わしい。ただし、円谷教

授が強調する過失責任（＝債務不履行責任）と無過失責任（＝瑕疵担保責任）の区別は、今日においてもなお重要であり、この問題を解決しない限り、立法論としてはともかく、解釈論としての債務不履行責任説は成立しえないと解される。

五 本款のおわりに

一九七〇年代から八〇年代初頭にかけての学説を概観すると、債務不履行責任説が「学界の大勢」であると評されたにもかかわらず、実際には法定責任説がなお多数であり、かつ、有力であったことがうかがわれる。しかし、すでに指摘したように、比較法的にも、法定責任説を維持する国は存在せず、その考え方は、社会的基盤を失っていたといえよう。そして、このことを決定づけたのは、一九八〇年におけるウィーン売買条約（国際物品売買条約に関する国際連合条約）の制定である。すなわち、同条約は、瑕疵担保責任を債務不履行責任へと一元化した点では一九六四年の国際動産売買統一法と同様であるが、より実効性を有するものであった。そして、その制定を契機に、ヨーロッパにおいても債務不履行責任説が展開する。そこで、次款以降においては、ウィーン売買条約とそれに触発された債務不履行責任説の進展を取り上げる。

(56) 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、一九七七年）一八〇頁。

(57) 加藤・前掲注(56)一八〇頁。

(58) 加藤・前掲注(56)一七九頁。

(59) 加藤・前掲注(56)一八〇—一八一頁。

(60) 加藤・前掲注(56)一八三—一八四頁。

- (61) 過失責任と無過失責任の一元化に対する批判については、野澤・前掲注(3) 三三六頁以下参照。
- (62) 加藤・前掲注(56) 一八四頁。
- (63) 加藤・前掲注(56) 一八五—一八六頁。
- (64) 加藤・前掲注(56) 一八六頁。
- (65) 加藤・前掲注(56) 一八六—一八七頁。
- (66) 加藤雅信『新民法大系Ⅳ契約法』(有斐閣、二〇〇七年) 二二七頁は、瑕疵担保責任の法的性質をめぐっては、法定責任説と債務不履行責任説とともに、「双方の説に反対する危険負担的代金減額請求権説(私見)」が、「三説鼎立の状況にある」とする。
- (67) 森田・前掲注(41) 三〇四頁。
- (68) 野澤・前掲注(3) 三三八頁参照。
- (69) 加藤・前掲注(66) 一三七頁。
- (70) 森田・前掲注(41) 三三—三三頁。
- (71) Ph.Maurice et L.Aynès, *Les obligations*, 10^e ed., 1999, n.° 4, p.17.
- (72) 野澤・前掲注(3) 三三八—三三九頁。
- (73) O.Tournafond, *La nouvelle «garantie de conformité» des consommateurs*, *Commentaire de l'ordonnance n.° 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999*, *Dalloz* 2005, *Chronique*, n.° 15, p.1562; Ph.Delebecque et F.-J.Pansier, *Droit des obligations*, 2006, n.° 432, p.223. なお、①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、二〇〇九年) 九頁、②同『債権総論—セカンドステージ債権法Ⅱ』(日本評論社、二〇〇九年) 一〇頁参照。
- (74) 国際動産売買統一法七四条三項やウィーン売買条約七九条五項は、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、不可抗力による債務者の免責を認めていない。
- (75) 私見については、すでに、以下の文献または論稿で明らかにしている。野澤・前掲注(73) ①九頁以下、同「瑕疵担保責任の法的性質(一)——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、二〇〇九年) 一五頁、同「契約法——セカンドステージ債権法Ⅰ」(日本評論社、二〇〇九年) 一一五頁以下、特に一二六頁以下、同「瑕疵担保責任と債務不履行責任」私法七十二号一五五頁(二〇一〇年) 五頁。
- (76) 加藤・前掲注(56) 一八五—一八六頁。
- (77) 下森・前掲注(28) 三四四頁。
- (78) 加藤・前掲注(56) 一八七頁。
- (79) 加藤・前掲注(56) 一八七頁のほか、加藤・前掲注(66) 二二六—二二七頁も、その結論のみを記している。

- (80) 野澤・前掲注(49) 八六一―八七頁。
- (81) 野澤・前掲注(49) 八八頁参照。
- (82) 野澤・前掲注(3) 三〇二―三〇三頁参照。
- (83) 野澤・前掲注(3) 三〇四頁参照。
- (84) たとは、神田博司「瑕疵担保による損害賠償の範囲」中川善之助『遠藤浩監修『不動産法大系Ⅰ売買』(青林書院新社、改訂版、一九七〇年)三八―三八二頁は、瑕疵担保責任が、瑕疵の存在によって崩れた「給付と反対給付との等価的均衡」を回復する制度であるから、その損害賠償の本質は代金減額であるとする。しかし、五七〇条が準用する「五六六条一項にいう損害賠償はもっぱら代金減額の言い換えに尽きるものと解すべきでは」なく、「目的物の瑕疵なき状態を過失なく信じた買主の被った損害を填補するためのもの」(信賴利益)も含まれるとした。
- (85) 好美清光「判批」金融・商事判例六五〇号四八頁(一九八二年)、下森定「判批」昭和五七年度重要判例解説八〇頁(一九八三年)。このほか、三宅正男「判批」判例時報一〇四〇号一六九頁(一九八二年)は、「指示数量の不足は『学理上の性質』からいえば瑕疵担保の問題である」とする。
- (86) 山下末人「判批」判例タイムズ五〇五号八五頁(一九八三年)。
- (87) 好美・前掲注(85) 五一頁、三宅・前掲注(85) 一六九頁。
- (88) 森田宏樹「判批」民法判例百選Ⅱ(第六版)一〇五頁(二〇〇九年)。
- (89) 浅生重機「判批」昭和五七年度最高裁判所判例解説七六頁(一九八三年)。なお、本判決の評釈としては、すでに引用したもののほか、今西康人「判批」法律時報五五卷七号一六八頁(一九八三年)、半田吉信「判批」ジュリスト七九号九四頁(一九八三年)、円谷峻「判批」民法の基本判例(第二版)一四六頁(一九九九年)がある。
- (90) 三宅正男『契約法(各論)』上巻(青林書院新社、一九八三年)三二二頁以下。
- (91) 三宅・前掲注(90) 三四七頁以下。
- (92) 三宅・前掲注(90) 三六四頁以下。
- (93) 三宅・前掲注(90) 三一八頁。
- (94) 三宅・前掲注(90) 三一八―三二〇頁。
- (95) 三宅・前掲注(90) 三三四頁。
- (96) 三宅・前掲注(90) 三三七頁。
- (97) 三宅・前掲注(90) 三六五頁。
- (98) 三宅正男「債務不履行責任と瑕疵担保責任との関係」民法の争点二四〇頁(一九七八年)。

- (99) 野澤・前掲注(49) 八八頁参照。
(100) 好美・前掲注(85) 四八頁。
(101) 好美・前掲注(85) 四九頁。
(102) 好美・前掲注(85) 五一頁。
(103) 広中俊雄『債権各論講義』(有斐閣、第二版、一九六五年) 七九頁。なお、同第五版(有斐閣、一九七九年) 七九頁も同じである。
(104) 広中・前掲注(103)〔第二版〕五九―六〇頁。
(105) 広中・前掲注(103)〔第二版〕七九頁。
(106) 広中俊雄『債権各論講義』(有斐閣、第六版、一九九四年) 七七―七八頁。
(107) 下森・前掲注(85) 八一頁。
(108) 円谷・前掲注(3) 二五五頁。
(109) 円谷・前掲注(3) 二五五―二五六頁。
(110) 円谷・前掲注(3) 二五六頁。
(111) 円谷・前掲注(3) 二七〇頁。
(112) 円谷・前掲注(3) 二七一頁。
(113) 野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察(一)」立教法学七三号四九頁以下、特に五六頁参照(二〇〇七年)。
(114) 円谷・前掲注(3) 二七〇頁。なお、円谷・前掲注(89) 一五〇頁も参照。

【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22530091)を受けていることを付記します。