

## 不代替的特定物売買における 瑕疵修補請求権の動向と展望

石本 雄祐

目次

序説

第1章 わが国における議論状況の推移

- 1) 学説
- 2) 判例
- 3) 議論の推移
- 4) 現在における理解と方向性

第2章 ドイツ新債務法における瑕疵修補請求権

- 1) ドイツ新債務法における瑕疵修補請求権
- 2) 判例
- 3) 小活

第3章 わが国における瑕疵修補請求権

序

- 1) ドイツにおける事例の扱い
- 2) 改正対象としての瑕疵担保責任
- 3) これからの瑕疵修補請求権
- 4) 小活

結語

### 序説

2006年10月に民法（債権法）改正委員会が立ち上げられ、戦後初めての民法大改正に向けた議論が開始された。その焦点の一つに、契約の性質論がある。これは特に売買瑕疵担保責任の分野において長く議論されており、法定責任説と契約責任説の対立という形で表れている。当該分野では主に特定物売買の目的物に隠れたる瑕疵があった場合、修補・代物といっ

た追完請求は可能かという問題を巡って議論がなされているが、長きに渡る議論の中で様々な解釈が生まれては廃れていった。

伝統的通説である法定責任説では、原則として追完請求を認めていない。しかし海外に目を向けると、近年の趨勢はこれを認める方向に動いていることがわかる。わが国も批准し、既に発効している CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods = 国際物品売買契約に関する国際連合条約) がその最たる例であろう。そしてわが国における契約法の母法とも言えるドイツ民法典 (BGB) も CISG 等を基に 2002 年に大改正が行われ、その中では瑕疵担保の効果として、追完請求権を明記するに至った。この点につき、日本民法、とりわけ瑕疵担保法はドイツの影響が色濃いこともあり、比較法の観点よりドイツにおける蓄積された議論状況をとりあげることは有益と考える。また、民法 (債権法) 改正委員会についても、改正後の新民法では過失責任から契約責任へという動きがある<sup>(1)</sup>。

本論文では特定物売買において売買目的物に瑕疵があった場合に、買主は売主に対して修補請求をすることが可能であるか、また、国際的な情勢を踏まえた上で、わが国の瑕疵担保法はどのような方向へ向かおうとしているのか—あるいは向かっているのか—ということにつき論じるものである。

瑕疵修補請求権の可否についての議論は、契約の性質論であるとも言え、民法典改正につき議論がなされている今、これを論じることは、現時点での状況を整理するのみならず、民法改正の方向性を探る点でも意味がある。また、それらを踏まえた上で、この先改正されるわが国の民法の中で、売買瑕疵担保はどのような意味付けをもって取り扱われるのかといった点まで論を進める。

まず、わが国におけるこれまでの議論状況を整理し (第 1 章)、外国法、特にわが国における民法の母法であり、その法典に売買契約における買主の追完請求権を明記したドイツ法を題材に実際の条文規定や判例を検討し (第 2 章)、最後にこれまでの考察を元にしてわが国における瑕疵担

保責任が採るべき道筋を示唆したい（第3章）。

註

- (1) 内田貴ほか「特別座談会債権法の改正に向けて（上）」ジュリスト1307号  
(2006年・3月) 102頁以下

## 第1章 わが国における議論状況の推移

### 1) 学説

瑕疵担保法における学説と言えば、法定責任説と契約責任説の対立が思い起こされる。この二説を基本として実に多様な見解が存するが、それぞれの核となる主張を中心に据えて紹介する。

#### i. 法定責任説

わが国で伝統的通説とされているのが、法定責任説である。諸説ある中でもその典型は、瑕疵担保責任の適用領域を不代替の特定物売買に限定するというものである。

この見解によれば、売買契約における売主の義務とは、突き詰めれば給付のみであってこれ以外にはなく、平穏な給付がなされればその限りで義務を果たしたことになる。目的物である不代替の特定物は、理論的現実的に考えてこの世にただ一つしかないのであり、種類物のように代物が存在せず、瑕疵なき当該目的物の給付義務というのは部分的に不可能である（原始の一部不能）。そもそも「隠れたる」瑕疵は契約締結以前から当該目的物にあったのであり、ということは瑕疵なき目的物は存在しないのだから、売主は瑕疵なき十全な目的物を給付する義務を負わないのである。故に売主は契約によって確定された目的物をそのまま給付すればよく、それで売主の債務は完全に履行されたことになる。しかし、当該売買契約は目的物に瑕疵があることを踏まえて目的物の価格設定がなされたわけではなく、対価的均衡が崩れ、買主の利益が損なわれることになってしまう。そこで隠れたる瑕疵の存在につき不知であった買主を保護するために法が特別に認めたのが、民法570条に規定された瑕疵担保責任であると説く。

#### a) 特定物ドグマ

一方、種類物売買の目的物に隠れたる瑕疵があったならば、債務不履行責任によって完全な履行を請求することができる。瑕疵のある不代替的特定物が目的物であった場合には、十全な目的物というのは存在しないために、完全履行請求をなしえないのである。

これは特定物ドグマと呼ばれる命題にその性質があらわれる。即ち、①瑕疵なき物の給付義務は原始的に不能であり、その限りで契約は無効である、②特定物はその物さえ給付すれば履行となる（瑕疵ある特定物の履行は瑕疵なき履行である）、③性質の錯誤は動機の錯誤に過ぎない。以上三つの原則から成り、この命題に拠れば、特定物売買においてはその目的物を「あるがままの状態」で引き渡せばよく、その目的物に隠れたる瑕疵があったとしても、その債務は履行されたことになる。

そもそも原始的不能の契約は無効であるが、法定責任説では、原始的一部不能というロジックを用いて原始的全部不能と原始的不能を二分し、一部不能に関しては即時無効ではないとした。一部不能こそが特定物売買における瑕疵のある一部分であり、その部分について契約は無効であるから、履行請求も履行利益の賠償も認められない。契約はその無効な一部も有効であるという認識、あるいは仮定のもとで交わされたものであるから、目的物とその対価に不均衡が生ずる。

これらを踏まえ、瑕疵担保責任は有償契約における買主の善意保護であり、債務不履行責任ではないのであるから、損害賠償は「買主が瑕疵を知っていたならば被らなかつたであろう損害」の範囲、つまり信頼利益であるとする。売主による原始的瑕疵ある目的物の給付それ自体は何ら問題なく履行されているのであり、対価的均衡さえ回復すれば善意の買主の救済として足ると考えるからである。

以上のような見解が典型としての法定責任説であり、いわば「厳格な法定責任説」<sup>(4)</sup>である。

b) 法定責任説に立ちながら、一定の場合には瑕疵修補請求権を認める見解

法定責任説の中にも下森定教授のように当事者の合意や信義則、契約態様によっては修補を認めるという論者もいるが、契約責任説論者からは特定物ドグマと矛盾しているという批判を受けている。また、請負契約についての規定である民法634条2項の「修補に代わる損害賠償請求」の如く、金銭賠償に仮託した修補という形で、間接的ではあるが実質的には修補を認める見解も存在する。このうち、前者の見解は住宅の品質確保の促進等に関する法律と関連して、以下で解説する。

下森教授は法定責任説に立ちつつも、ある一定の条件下では修補義務を認める余地があるとする。「現代における政策的判断、利益衡量に基づいて、……黙示の特約・商慣習、さらには合理的意思解釈という法的構成で、一定の例外的な場合に、契約上の本来的給付義務として瑕疵修補義務を認める<sup>(7)</sup>」と主張した。

具体的の下森説を紹介するに当たって、リーディング・ケースとなる判例がある。神戸地裁昭和61年9月3日判決がそれであり、本判決では新築建売住宅に生じた瑕疵に対し、法定責任説に立脚しつつも実質的には修補を認めた事例である。

c) 不代替的特定物に対する瑕疵修補請求を認めた事例

問題となったのは次のような事実である。買主甲は、宅地建物取引業者である売主乙が訴外丙に建てさせた新築建売住宅を土地と共に購入した。その後、本件建物に瑕疵が存したために亀裂、陥没、家屋の傾き等が生じたので、甲は乙に対し修補請求をなした。しかし乙はそれに応じなかったために、甲は乙の不法行為、債務不履行および瑕疵担保責任を理由として損害賠償を請求した。

これに対して神戸地裁は以下のように述べて請求を認容した。(宅建)業者が一般消費者に対し新築住宅として建物を売却する場合、明示の特約がなくとも、瑕疵なき建物を給付すべき債務があり、また、給付した建物に瑕疵がある場合には、これを修補すべき債務を負うと解するのが相当で

ある。確かに、不代替の特定物売買においては、原則として目的物をそのまま給付することのみが売主の義務となる。不代替の特定物は客観的、一般的に不代替性を有し、当事者が主観的、具体的にその個性に着目した売買であるため、代物の給付はありえないが、「その個性に着目した」からといって、その特定物における瑕疵を修補すべき債務を導く瑕疵なき物を給付すべき義務が当然に否定されるものではない。「個性に着目」といっても、個別具体的には程度に差がある。一般消費者たる買主は、中古住宅を購入する場合は異なって瑕疵なき物の給付を当然に期待するところ、業者たる売主が自らではないにしろ手配をして修補をしてくれることを期待しているし、売主はそれを容易に手配することができる地位、環境にあるから、右のように期待されてもやむをえない。実際、本件のような新築建売住宅の売買にあっては、売主が自らあるいは手配をして修補をしている例が多い。

以上を理由として、本件のような場合には、瑕疵なき建物を給付すべき債務ありと解するのが、当事者の合理的意思に合致し、信義則にかなう。

#### d) 下森説に対する批判と立法的解決

特定物ドグマに合理性が認められる場合もあるが、例外的に瑕疵なき物の給付義務が認められるべきケースも存する。判例がまさにその例であり、新築建売住宅やマンション等、生活基盤となるべき売買目的物の場合、瑕疵なき物を給付すべきであることは当事者意思からも、政策的判断からも肯定される。

このように法定責任説に立ちつつも一定の場合には瑕疵修補義務を認めることができるとする下森説であるが、「法定責任説をとる旨名言しているのに、瑕疵修補請求権の論議の内容は契約責任説的なものとなっており、首尾一貫していない」という趣旨の批判を複数の論者から受けた。例<sup>(8)</sup>えば、「……特定物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。」そして「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からう。よって（不代替的）特定物についても瑕疵なき物の給付義

務を認めるのが妥当だと考えるならば、特定物ドグマを否定するか、あるいは、これを限定すべきであって、そうでなければ、もはや従来の意味での法定責任説とはいえない。」<sup>(9)</sup>の如くである。

これらの批判に対し、下森教授は、「買主の瑕疵修補（請求・筆者注）権を瑕疵担保責任の内容とみるのではなく、特約に基づく契約上の履行請求権とみるものである」<sup>(10)</sup>と答えているが、特定物ドグマを採る以上、（不代替的）特定物売買において瑕疵担保責任を認めることは難しく、十分な回答とは言えない。そもそも特約が結ばれているのならば争いになるはずはないため、下森教授の言う「特約」とは黙示の特約を示していると考えられるが、加藤雅信教授の言われるがごとく、それは契約責任説の論理によるものである。

法定責任説と契約責任説の両説の側から批判を受けた下森説であるが、平成11年6月23日に施行された住宅の品質確保の促進等に関する法律（いわゆる品確法）においていちおうの議論の解決をみている。

品確法は新築住宅の買主保護のために制定された法律であり、瑕疵担保責任についても規定されている。民法では瑕疵担保責任を特約によって排除できるが、強行規定である品確法95条によりそれを不可能にした上で、その時効を最低10年に延長している。まさに下森教授の言う「政策的判断」によるものであり、その点では先駆的な見解であったと言える。

## ii. 契約責任説（債務不履行説）

伝統的通説に対し、近時有力説と称されるのが契約責任説である。契約時の当事者意思を合理的に解釈し、どの程度の品質を有する物を想定して目的物を決定したかということを考慮する点に特色がある。

契約責任説は法定責任説の批判、つまり特定物ドグマを否定するという形であらわれたものである。論者により細部の論理構成や観点は違うが、瑕疵修補請求権を肯定すること、損害賠償の範囲を履行利益まで肯定すべきであるということが共通している。法定責任説の主張する「あるがままの状態での給付」ではなく、当事者が契約で合意した性状を持つ「あるべ

き状態での給付」こそが売主の義務であると考え。「あるべき物の給付義務」を観念することで、債務不履行責任によって解決することが可能であるというのである。従来の法定責任説のように、ただ機械的に「目的物の給付」だけが義務であると捉えるのではなく、当事者が想定した「あるべき性状を備えた目的物の給付」と捉えることは、契約自由の原則に照らしても何ら背理ではない。また、法定責任説では瑕疵担保責任を当事者の利益調整のために置いた規定と解することは前述の通りであるが、典型的な契約責任説では債務不履行責任の特則であると解し、目的物に隠れたる瑕疵が存した場合、売主は無過失で過失を負う点で特則性を有するとする。

当該学説においては、特定物・種類物の売買態様を問わず、瑕疵なき目的物、換言すると当事者が契約締結時に合意した性状をもつ目的物の給付義務が認められる。よって、瑕疵ある目的物が引き渡された場合、当該債務は不履行と判断され、買主は修補や代物引渡といった追完方法によって、完全な履行を求めることができるのである。法定責任説のいう、瑕疵担保責任は無過失責任であるため、過失責任の原則に立脚する債務不履行責任とは性質を異にするという主張は、この場合には無効となる。

#### a) 潮見佳男説

潮見教授は、従来の瑕疵担保論争を、民法570条の法的性質は法定責任説か契約責任説かという論争になっていると批判した。特に「契約内容確定の問題が」570条の「規定内容並びにその法的性質の確定問題の中に引きずりこまれて論じられるという二重の誤りが犯されている<sup>(11)</sup>」と指摘する。潮見教授は奥田昌道教授の説く、給付実現に向けられた「第一次的な給付義務」と、その履行が断念した場合の「第二次的な給付義務（担保義務）」を観念し、前者を契約当事者の合意を基礎として、当該契約の解釈を経て確定される契約解釈に属する問題、後者を損害賠償義務と同一の平面に属するものであり、法律規定から導き出されるものであるとする。これを基礎に特定物ドグマ論争を捉えれば、「瑕疵のない特定物を給付する義務」をそのどちらの給付義務と捉えるかを巡る論争であったと評価する



ことができる。即ち、法定責任説は「第一次的な給付義務」に「瑕疵のない特定物を給付する義務」を含まず、民法570条によって担保義務を発生させて利益調整を計り、契約責任説はこれを含むことによって給付義務の範囲を拡張したのである。

そもそも債務の内容は他律的にのみ決定されるものではなく、当事者がどのような意思を持って契約を取り交わしたかを斟酌すべきであり、契約の解釈を重要とする。たとえ目的物が特定物であったとしても、契約締結時に当事者間で一定の保証や性状の合意がなされたのであれば、「目的物の給付」と同列に「合意された性状を有すること」をも義務づけられるだろう。これが「あるべき状態での給付義務」であり、これに違反した場合は債務不履行責任が発生し、契約目的を達成するための追完請求権が認められる可能性が生じる。

なお、潮見説では、いかなる時にでも瑕疵修補請求が認められるわけではない。売主には「瑕疵なき（特定）物の給付義務」が課されるが、当事者間で瑕疵なき物を給付することを目的としていたと認められない場合には、追完請求権までは責任が及ばない。この場合、民法570条に定められた解除または損害賠償請求を選択することとなる。

ただし、通常一般人が売買契約を締結する場合、「瑕疵なき物を給付する」ということは、口に出すまでもなく当然に期待することであり、潮見説における追完請求が不可能な場合というのはほとんどない。潮見教授自身も、当事者が明示の元に合意をなしていない場合でも、補充的契約解釈により「四囲の事情」を斟酌し、「瑕疵なき物の給付義務」の有無を判定し、それでも認められなかった場合にのみ570条の規定に移行するとしている。

b) 森田宏樹説

ba) 「契約のフォート」と帰責事由

森田教授は、フランス法における「契約のフォート」概念を取り上げ、結果債務・手段債務という債務の区別によって売買契約における債務者の責任を論じる。フランスにおいてこの債務の区別は既に承認されたもので

あり、債務不履行の判断基準になり得ると主張する。「契約のフォート」とは債務不履行における帰責事由にあたり、結果債務・手段債務の概念はその内容ないし判断のあり方の相違を説明し、正当化するための実体法レベルの法概念である。この概念を「わが国の解釈論に導入しようとするならば、債務不履行責任の成否、すなわち、債務者の「帰責事由」の存否を判断するさいに、慎重に一定の注意義務を尽くしたかという債務者の（具体的な）行為態様についての評価を必要とするか否か、をメルクマールとして区別すべきである<sup>(13)</sup>」。つまり、「不可抗力によらない限り、その不履行の事実のなかに債務者の『帰責事由』が含まれていると判断される類型が結果債務」であり、「結果の不実現のみならず債務者が（ママ）一定の行為義務違反があったこと」が帰責事由の認定に「必要とする類型が手段債務<sup>(14)</sup>である」。民法415条における債務不履行責任が認められるための要件は、①債務の本旨に従った履行のないこと（本旨不履行）、②それが債務者の「責めに帰すべき事由」（帰責事由）によることであるが、賠償責任が認められるのは、債務不履行が債務者の「帰責事由」<sup>(15)</sup>に基づく場合のみである。

売買契約における売主の債務は結果債務であると解されるが、そうすると売主の義務とは、「買主に瑕疵なき物を給付すること」となり、約定した結果の不実現が起これば、その限りで帰責事由の存在が認められることとなる。森田教授は売主の義務をもう一回り大きく解釈し、「瑕疵なき物の給付義務を瑕疵なき状態を実現すべき義務として広く捉え、瑕疵修補義務は、そのような瑕疵なき物の給付義務の具体的義務の一つとしてこれに包含されるものだと解すれば、瑕疵なき物の給付義務が可能である場合には、修補が可能であれば、つねに売主は瑕疵修補義務を負うことになるはずである<sup>(16)</sup>」と言う。氏が比較法として取りあげるフランス法では、一般論としては買主の瑕疵修補請求が認められることが確立されているが、個別事案においてこれが肯定されるには、売主の負う瑕疵修補のための負担と、売主の負うべき瑕疵担保責任——すなわち、代金減額又はその他の損害賠償義務——との負担との比較によって判断されている。つまり、第2

章で紹介するドイツ新債務法における、「売主に過大な負担を強いることになる場合には買主の追完請求を否定する」という判断基準と同じものである。フランスでは学説もほぼ一致して買主の瑕疵修補請求権を肯定するが、その法的構成のひとつである「引渡債務」の不履行に基づく損害賠償の方法としての「現実賠償」と捉える見解に森田教授は注目する。

#### bb) 損害填補の一態様としての「現実賠償」

フランス法において、一般に「賠償」とは損害の「填補」であると定義されるが、その損害の填補の方法には、金銭給付による損害賠償（等価賠償）と、債務者に一定の行為義務を課すという現実填補の形式による「現実賠償」がある。債権者にとって、契約において期待した満足を与えるような一定の行為債務の履行は「現実履行」と解することができるため、瑕疵修補を「現実履行」とする見解もあるが、「現実賠償」は前述の通り負うべき負担（損害賠償額相当）によってその射程が定まることもあり、「等価賠償」とも性質が似ている。ここから、森田教授は「現実賠償」を、「等価賠償」と「現実履行」の中間的な性格を有するものであるとの理解を示す。

かような瑕疵修補請求の法的構成から、「現実賠償」の要件は「①瑕疵修補が可能であること、②瑕疵修補に要する費用が、一定の瑕疵なき物の給付義務に基づく損害賠償として売主が負うべき賠償義務に比して不相当なものでないこと、<sup>(17)</sup>の二つ」である。売主の瑕疵修補義務存否及びその範囲は、②より判断できる。より具体的には、a 瑕疵修補が契約目的の達成に不可欠である場合には認められてしかるべきであるが、修補費用と修補費用によってもたらされる利益が著しく衡平を欠く場合にはこの限りでない、b 瑕疵修補が契約目的の達成に不可欠でない場合には、瑕疵修補に要する費用が減価相当額よりも少ない場合に瑕疵修補が認められる。また、売主の修補能力についても瑕疵修補請求の可否を判断する際に影響を与える。売主に修補能力がある場合や、第三者に修補させる手段を有する場合は認めても問題はないが、それ以外の場合には、売主に修補を強いることは酷であろう。森田教授は明言していないが、私見として、この場合に

は、損害賠償として第三者に修補させた代金を請求することを認めれば良いと考える。

### bc) 請負契約における瑕疵修補請求権との関係

以上を踏まえ、森田教授はかような瑕疵修補請求権の法的構成は、わが実定法にも適合的なものであるとしている。また、民法634条に規定された請負契約における瑕疵修補請求権は、通説的見解によれば債務不履行の特則であると解されているので、契約責任説を前提とするときは、売買契約における瑕疵修補請求権の解釈に際して参考となる。

瑕疵修補を「現実賠償」と解することと整合性を有することの根拠として、民法634条の規定によると、瑕疵が重要でない場合、修補費用の過分性をもってこれを否定しうること、また、判例・通説によれば、第2項における「瑕疵の修補に代えて……損害賠償の請求をすることができる」とは、修補と損害賠償を選択的に行使できる趣旨であると解されていることなどを挙げている。

## 2) 判例

### i) 種類物売買に瑕疵担保責任の規定は適用されないとした事例<sup>(18)</sup>

いわゆるタービンポンプ事件である。買主甲は橋梁復旧工事のため、売主乙よりタービンポンプを購入したが、エンジンの発火装置に隠れたる瑕疵があり、正常に動作しなかった。甲は自ら修理を施したが効果はなく、乙に対して契約解除の意思表示をし、損害賠償を請求した事例である。

大審院は①買主が一旦受領したならば、不完全とはいえ履行があったと解する。故にそれ以後は瑕疵担保責任を問うことができない。②ただし、受領時に瑕疵について買主が善意であったならばこの限りではないと示し、また、③種類物であっても当事者が目的物を特定することによって、その性質を種類物とする目的物を特定物とすることも可能であると判示している。

### ii) 真筆であると信じて購入した画幅が、実は贋作であった事例<sup>(19)</sup>

買主甲が売主乙から購入した画幅「朝顔」が、実は贋作であったことが

判明し、甲が乙に対して、債務不履行を理由に損害賠償を請求した事例である。

原判決は、<sup>(20)</sup>「債務者たる乙……としては、既にその特定された物たる本件画幅を給付して、債務の履行を完了したのであるから、仮に目的物が偽筆であるとの瑕疵があったとしても、債務不履行即ち履行不能、不完全履行等の生ずる余地はない」と判示した。そして最高裁では、「本件売買は特定物の……売買と認められるから、売主に債務不履行等の生ずる余地はない」とし、買主甲の訴えを再度退けている。

当該判例は（不代替的）特定物売買において、債務不履行責任の生ずる余地がないと判示したものである。また、売主は目的物を給付して債務の履行を完了したと認定していることから、特定物ドグマを十分に意識していると見ることができる。

### iii) 履行認容受領が判示された事例<sup>(21)</sup>

いわゆる塩釜声の新聞社事件である。

買主甲は放送機械の売買契約を売主乙と締結した。甲は目的物を受領し街頭宣伝に使用したが故障が相次ぎ、その度売主が修理をしても完全には修復しなかった。買主は売買契約を解除する旨を通知し、代金残額の支払いを拒絶したところ、争いになったという事案である。

最高裁は本件事案につき、「不特定物を給付の目的物に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く、「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「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、取替え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、……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」と判示した。

本判例はタービンポンプ事件<sup>(22)</sup>からの離脱であり、履行認容意思の有無の判断のリーディング・ケースであると言われる。タービンポンプ事件では、単に受領したことをもって一応の受領をしたが、その後目的物の性状に不備があり、売主に対し給付を完全ならしめるよう請求し続けていたという事実を考慮すべき旨を判決文中に示し、また履行認容意思とは「完全履行請求を断念する」意思であることも示唆している。

つまり単なる受領を履行認容意思ありとするのではなく、履行認容の意思をもってして履行の認容がなされたと解する、というタービンポンプ事件からのパラダイム転換を図ったものであると解することができる<sup>(23)</sup>。

### 3) 議論の推移

戦後、法定責任説が通説となっていたわが国では、瑕疵担保責任は種類物売買にまで適用されるかといった議論がなされた。当時の通説的法定責任説においては、ドイツ民法の学説継受の影響により、民法570条に規定されている瑕疵担保責任は法定責任説であって、特定物売買にのみ適用される<sup>(24)</sup>としていた。特にその論者の一人である柚木博士は、瑕疵担保責任が適用されるのはただの特定物売買ではなく、「不代替的」特定物売買、即ち「客観的・一般的に不代替性を有する物であって、しかも当事者が主観的・具体的にその個性に着目した物、の売買」に限られると主張する。末川博博士など、法定責任説の立場に立ちながらも種類物売買にも適用し得るとする論者もいたが、少数説の域を超えることはなかった。

その後、特定物ドグマを否定し、瑕疵担保責任は債務不履行責任と性質を同じくするとして、契約責任説が登場する。瑕疵担保責任を売買契約における債務不履行の特則と解し、特定物・種類物の区別なく債務不履行に関する規定が適用されるというものである。瑕疵ある目的物を引き渡せば、当該売買契約における売主の義務を果たしたことになるというのは、法的にはそうであっても常識的には理解しがたいとし、たとえ売買目的物が不代替的特定物であったとしても、現実には修補が可能な場合もあるという主張もなされた。そして法定責任説と契約責任説の両説はここで対立<sup>(25)</sup>

し、以後、議論が深められていくこととなる。

法定責任説は契約不適合の主張に対し、民法560条には「他人の権利を売買の目的としたときは、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う」旨規定されており、請負契約の場合には瑕疵修補責任が規定されているのに、物の売買に関してはそれが無いのは法政策的見地より不要と判断されたからである、という主張を筆頭に、その明快な論理によってこれを批判した。しかしながら、「規定がないから義務は生じない」とする主張は、星野英一教授の説く「契約の債務とは……各個の契約において明示的に約定された義務に尽き」ず、「……法律の明文がなくても、信義則上の義務といわれるものも含まれる点も異論がないであろう<sup>(27)</sup>」の通り、少なくとも現代においては説得力がない。

契約責任説の登場以後も判例通説の地位に立っていた法定責任説であるが、契約責任説が次第に台頭してくるようになる。その大きな要因として、国際的動向がまず挙げられる。

1980年代に成立し、発効した CISG では、「契約適合性」という表現を用いて、特定物ドグマを排した規定が置かれている。これまでわが国は CISG を批准していなかったが、2008年に批准し、2009年8月1日から発効した。これをもって単純に法定責任説を排すべきであるという結論にはならないが、わが国の方向性としてはいわゆる契約責任説に寄った方向、引いては国際的動向にある程度同調していると見ることができよう。

本条約は現在74ヶ国が批准しており、その基本的枠組みは PICC (Principles for International Commercial Contract = 国際商事契約原則)、PECL (THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW = ヨーロッパ契約法原則)にも継承されている。また、第2章で触れるドイツ新債務法はこのような流れの中で EC 指令が出され、瑕疵担保責任において特定物・種類物の枠が外されることとなった。

#### 4) 現在における理解と方向性

一般的に対立的見解とされている法定責任説と契約責任説であるが、共

通点もある。それは種類物売買における瑕疵担保責任の取り扱いであり、両説は債務不履行責任で解決すれば良いという点で一致している。現在、主に議論されているのは、従来の不代替の特定物売買につき債務不履行責任のような完全履行請求が可能かという点を超えて、既にどのような理論構成をもってこれを認めていくかという議論が主流である。

実際、法定責任説か契約責任説かを議論する段階には既になく、学説の垣根を取り払い、更にその先の段階を見据えた議論をするべきであるとして、新たな見解を示す論者も多い。<sup>(30)</sup>先に述べたように民法改正の議論がされ、国際的にも特定物・種類物の区別をすることなく債務不履行責任から導かれるアプローチによって理論展開がなされているという現状では、当然の動きであろう。

以上から、契約責任説、あるいは国際法に見られる「契約適合性」の概念を用いて、一定の場合には瑕疵修補、あるいは代物請求を認めるべきであるという見解が現在の主流であると言えよう。

## 註

- (2) 北川善太郎「契約責任の研究」(1962年・有斐閣)の定義に拠る。
- (3) 柚木馨・高木多喜男編「新版注釈民法(14)債権(5)」(有斐閣・1993年)261頁
- (4) 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80巻8号(日本評論社・2008年)所収(日本評論社)11頁
- (5) 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」(1984年)  
下森定「不完全履行と瑕疵担保責任——不代替の特定物売買における瑕疵修補請求権を中心に——」『現代社会と民法学の動向』所収(有斐閣・1992年)
- (6) 民法634条2項「注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第533条の規定を準用する。」
- (7) 下森・前掲注5「不完全履行と瑕疵担保責任」338頁
- (8) 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』」法律時報57巻1号所収(日本評論社・1985年)77頁
- (9) 森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権に関する基礎的考察(三)」



- (10) 下森・前掲注5「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」
- (11) 潮見佳男「契約規範の構造と展開」(有斐閣・1991年)184頁
- (12) 奥田昌道「自己の意思に基づかない民法上の義務」『民法学〈1〉総論の重要問題』所収(有斐閣・1976年)
- (13) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について——債務不履行における『帰責事由』』『契約責任の帰責構造』(2002年・有斐閣)所収・47頁
- (14) 森田・前掲注13・47頁
- (15) 森田教授は、「ここで言う『帰責事由』とは、伝統的な通説にいう違法性と有責性の両者を含んだものである」とする。森田・前掲注13・54頁以下
- (16) 森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権——履行請求権、損害賠償又は解除との関係」前掲注13所収・244頁
- (17) 森田・前掲注16・247頁
- (18) 大判大14年3月13日・民集4巻217頁
- (19) 最判昭37年9月25日・判例時報320号14頁以下
- (20) 福岡高判昭36年9月9日・判例時報320号16頁以下
- (21) 最判昭36年12月15日・民集15巻11号2852頁
- (22) 大判昭和3年12月12日・民集7巻1071頁
- (23) 潮見佳男「契約各論Ⅰ—総論・財産権移転型契約・信用供与契約—」(信山社・2002年)204頁以下
- (24) 柚木・前掲注5・260頁
- (25) 星野英一「瑕疵担保の研究—日本」『民法論集三』所収(有斐閣・1972年)
- (26) 柚木 = 高木・前掲注3・271頁ほか
- (27) 星野・前掲注25
- (28) CISG 第35条【物品の契約適合性】
  1. 売主は、契約で定めた数量、品質及び記述に適合し、かつ、契約で定める方法に従って容器に収められ又は包装された物品を引き渡さなければならない。
  2. 当事者が別段の合意をしている場合を除き、物品は、次の要件を充たさない限り、契約に適合していないものとする。
    - (a) 記述されたのと同じ種類の物品が通常使用される目的に適していること。
    - (b) 契約締結時において売主に対し明示又は暗黙のうちに知らされていた特定の目的に適していること。ただし、状況からみて、買主が売主の技量及び判断に依存しなかった場合又は依存することが不合理であった場合を除く。

- (c) 売主が買主に見本又はひな型として示した物品の品質を有すること。
  - (d) その種類の物品にとって通常の方法により、またかような方法がないときは、その物品を保存し保護するのに適切な方法により、容器に収められ又は包装されていること。
3. 契約締結時において、買主が物品のある不適合を知り又は知らないはずはあり得なかった場合には、売主は、その不適合について前項 (a) 号から (d) 号の下での責任を負わない。

(日本国外務省により提供されている公定訳を引用)

(29) 2009年9月12日時点。最新の締約国については、[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)を参照。

(30) 前掲4・北居功「担保責任の将来展望—履行としての受領の意義」28頁ほか

## 第2章 ドイツ新債務法における瑕疵修補請求権

### 1) 債務法現代化法における瑕疵修補請求権

2002年の債務法改正によりドイツにおける瑕疵修補請求権の扱いに生じた変化は、まさに国際的潮流に沿うものであった。前章で述べたように、特定物と種類物の区別をやめ、同じように扱うとする見解がそれである。この見解によれば、目的物は特定物などというくびきから外れ、ただ「物」として扱われる。とすれば特定物ドグマはその見解においては存在し得ず、目的物に隠れたる瑕疵が存したる場合、単に契約不適合として債務不履行責任を課すことも十分に可能である。

では、そのドイツ新債務法では、売買瑕疵担保責任はどのように捉えられているのか。売買契約における物の売主の責任は、①目的物の引渡義務、②所有権移転義務、そして③「物および権利の瑕疵のない物を買主に取得させる<sup>(31)</sup>」である。以下では、③に違反した、売買目的物に瑕疵がある場合の買主の権利を定めた規定を見る。

### ドイツ民法第437条瑕疵がある場合における買主の権利<sup>(32)</sup>

物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、買主は、次の各号に掲げる権利を有する。

1. 第439条による追完請求権
2. 第440条、第323条及び第326条第5項による解除権又は第441条による代金減額権
3. 第440条、第280条、第281条及び第311a条による損害賠償請求権又は第284条に基づく無駄になった費用の賠償請求権

現行ドイツ民法では、このように①追完請求権、②解除権又は代金減額請求権、③契約のために費消した額の賠償請求権が規定されている。

また、本条文は追完請求権が解除・減額請求権に優先すると解されている。なぜなら、第2項が解除に準用する第440条の規定には、売主が追完を拒否するとき、追完が達成されなかったとき、又は買主にとって追完を期待できなかったときは、期間を定めることを要しないと規定されていることから、解除は原則として期間を定めなければならない。そして代金減額に準用するドイツ民法第441条には、買主は解除に「代えて」代金減額を請求できる旨規定されており、代金減額も解除と同じく、期間設定を要すると解すべきである。以上から、即時請求できる追完請求権を第一次の権利、催告解除又は減額請求権を第二次の権利とし、契約の本旨履行を優先させる意図を読み取ることができる。

また、買主が売主に追完請求をせず、自ら瑕疵修補をなした上で、売主に対して費用を請求した事例がある<sup>(33)</sup>。売主は自ら追完をなさなかったことにより節約できた分の費用を賠償すべきかという点につき争われたが、連邦通常裁判所（BGH）はこれを否定している。学説においても肯定説と否定説とで議論されていた問題ではあるが、連邦通常裁判所は以下のように判示している。即ち、代金減額請求権及び損害賠償請求権は追完請求権の催告期間が過ぎて初めて請求可能なのであり、追完請求権に劣後するからである。主な理由は以上の通りであるが、このことからドイツ民法第437条1項に定められた追完請求権が、同条第2項に定められた代金減額請求権（及び解除権）に優先するということがわかる。

なお、設定された期間中に、売主自らが修補又は代物の提供をなして、

解除を逃れることができるとする売主の修補権につき議論があるが、本稿ではその指摘に留める。

### ドイツ民法第439条追完

- (1) 買主は追完として、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。
- (2) 売主は追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。
- (3) 売主は、買主が選択した追完に過分の費用がかかるときは、第275条第2項及び第3項の適用を妨げることなく、その追完を拒絶することができる。特に瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の程度及び買主に重大な不利益を被らせることなく他の追完をすることができたかを、その場合に考慮する。この場合において、買主の請求権は、他の追完に制限される；第一文の要件による売主の拒絶権を妨げない。
- (4) 売主が追完のために瑕疵なき物を引き渡すときは、売主は、第346条から第348条までに従い、瑕疵のある物の返還を買主に請求することができる。

437条1項を補足する条文である。1項において、瑕疵修補請求と代物請求を買主が自由に選択できることを、2項ではその費用を売主が負担することを規定し、2項と関連して3項で買主の選択する追完方法につき制限をしている。3項はよく引き合いに出される例として、ネジを一本交換するだけで瑕疵が除去できる場合、代物給付はそれに比べて過大な負担となる、というものがあるが、これを条文により解決したものである。また、その根拠として、一般給付障害法275条にも同旨の規定がある。

### ドイツ民法275条 給付義務の排除

- (1) 給付が債務者又はすべての人にとって不能である限り、給付請求権を行使することができない。

- (2) 債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、給付をすることが債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失するような出費を要する限り、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、給付が妨げられていることにつき債務者に帰責事由が存するかどうかも考慮する。
- (3) 債務者が自ら給付をしなければならない場合において、債務者の給付が妨げられていることと債権者の利益給付とを衡量して給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。
- (4) 債権者の権利は、280条、283条から285条まで、311a条および326条によって定まる。

このように売主が給付を拒絶できる場合があり、この限りで売主の保護もなお、追完が不能である場合、期間の設定は無意味となるため不要である。不能であるときは、第326条第5項<sup>(34)</sup>により、期間を設定することなく解除<sup>(35)</sup>することができる。

## 2) 判例

### i) 現行ドイツ民法下でのリーディング・ケース

ドイツ新債務法の施行後、わずか1年で興味深い判例が生まれることとなった。この判例は様々な論者が評釈をなし、また議論の材料ともなり、日本においても取り上げられることの多い、まさにリーディング・ケースと言うべきものである。以下ではこの判例を取り上げ、ドイツにおける追完請求についての議論や解釈について論じる。

問題となったのは、次のような事案である。

ブラウنشバイク高等地方裁判所2003年2月4日決定<sup>(36)</sup>

#### a) 事実

買主甲が、中古自動車販売業者である売主乙から11,390ユーロで中古車

を購入した。当該目的物につき乙はインターネット上、並びに仕様書上、ABS（アンチロック・ブレーキ・システム）及びエアバッグが4つ装備されていることを表示していた。しかし、購入後、実際はABS未装備かつエアバッグが2つしか装備されていないことが判明し、甲は乙に対し表示通りの機能を装備した瑕疵なき物との交換を請求した。乙はこれに対し、当該目的物の引き取りと代金返還、もしくは200ユーロの減額を行う旨の回答をし、甲の請求に応じなかった。そこで買主甲は当初の請求を主張し、訴求することとなる。

第一審では和解が試みられたが、原告である買主甲は不満のため抗告した。

b) 判旨<sup>(37)</sup>

特定物と考えられる本件目的物につき、売主は瑕疵なき物を給付する義務があるため、買主の代物請求を拒否することはできない。立法者によれば、瑕疵なき物の引渡義務及びこれと結合した追完請求権は、売主が瑕疵なき物の引渡によって買主の給付利益を充足させなければならないことに基づく。したがって、この給付義務の不能は、売主が債務の目的となった物と同種の、つまり瑕疵なき物を調達することができない場合に限り生ずる。被告はこの点につき、瑕疵なき物を中古車市場より調達することができないという証明を尽くしていないため、調達不能を否定する。

一方、売主は代金の過分性につき追完拒絶権を主張するが、代物に必要な費用の過分性を検討しても、当該目的物の時価に比べてわずか4.7パーセントに過ぎず<sup>(38)</sup>、売主に過大な負担を強いるものではない。

費用の過分性を斟酌する際、「本件売買の代金額と追完費用」ではなく、「瑕疵なき物の客観的価値（時価）と追完費用」の差額に基づき判断すべきである。その理由は、「本件では時価を下回る代価が約定され売主に不利な契約となっているが、その損失は契約で合意されたものに過ぎず、したがってこの点は費用の過分性につき斟酌されない」からである。

以上より、買主の請求は不当とは言えない。

## ii) 分析

本件事案では、ふたつのポイントがある。ひとつは、売主に代物給付義務があることを認め、売主はその請求を拒否できないとしたことである。買主にはまず、第一次的救済として追完請求権があり、売主はそれが過大な負担とならない限り応じる義務があるということが確認できる。ふたつ目に、代物給付の可否を検討する際、当該契約において定められた主観的価値である代金額ではなく、目的物の客観的価値、即ち時価を代物の取替費用と比較してその過分性を検討していることがわかる。

特に後者、追完の過分性を認定する基準につき注目すると、本件では時価に比べ安い額での取引となったが、その額は当事者が約定したものであり、主観的価値であるため、一般性を有しない。瑕疵なき代替物を給付する際には目的物の客観的価値（時価）を基準としたブラウンシュバイク高等地方裁判所の判断は興味深い。

この判例に先行して出されたエルヴァンゲン地方裁判所2002年12月13日判決<sup>(39)</sup>は、瑕疵が発見された自動車につき、代物を望む買主と、修補でならば応じるとする売主とが争った事案で、判決へ至る理論構成が高等地方裁判所の事案と共通する点が多い。当該判例は高等地方裁判所と同じく「特定物売買においても経済上代替物が存在し、かつ、代替物が買主の給付利益を満足させるものである限り、代物給付による追完は可能である」と判示した。また、代物と修補、どちらが望ましいかを斟酌する際も同じ基準を用い、代物給付費用と修補費用を比較して売主の追完拒絶を認めている。なお、本件売買目的物は新車であったが、展示された当該目的物を買主が選択したことにつき特定物と認定しており、厳密には「不代替的」特定物売買ではない。しかしドイツ新債務法においては特定物、種類物という区別はないため、判決に影響はないものと考えられる。

## 3) 小活

ドイツ新債務法における瑕疵担保責任は、これまでの特定物・種類物の区別をなくし、債務不履行責任と瑕疵担保責任の二重構造による解決では

なく、ただ目的物が契約に適合した性質を持っているかという点を考慮するという一元的な構造となっている。これは CISG 等に見られる「契約違反（契約不適合）」の方向性に沿うものであり、日本法における特定物ドグラマを（直接ではないにせよ）否定し、当事者の契約からその権利義務を導くという、いわゆる契約責任説の論法によるものであると言っても過言ではない。

また、実務でも、不代替的特定物売買において修補と代物給付の両追完請求権を当然のものとして扱っている。この際には当事者が契約によって定めた目的物の価値である主観的価値ではなく、市場における客観的価値を基準として斟酌し、追完を認めるかどうかを考慮するという手法が半ば確立されている。

#### 註

- (31) BGB 第433条 1 項
- (32) ドイツ新債務法の条文訳は、全て岡孝編「契約法における現代化の課題」（2002年・法政大学現代法研究所）181頁以下「ドイツ債務法現代化法（民法改正部分）試訳」に依拠した。
- (33) BGH Urt.v. 23.2.3005, BGHZ 162.219
- (34) 債務者が第275条第1項から第3項までにより給付を要しないときは、債権者は解除することができる。；解除については、期間の定めを要することなく第323条を準用する。
- (35) 青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去——ドイツ民法における追完請求権——」駒澤法曹第1号（2005年）41頁
- (36) OLG Braunschweig, Beschl. V. 4. 2. 2003
- (37) 今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関西大学法学論集第53巻第4・5合併号所収（2004年）に依拠した。
- (38)  $(ABS \text{ 及び } 4 \text{ エアバッグ装備のシステムアップ費用} + \text{代物給付費用} + \text{当該中古車の引取費用}) - \text{引取車の費用} = 750 \text{ ユーロ}$ 、 $\text{瑕疵なき物の時価} = 15,651 \text{ ユーロ}$ 。 $750 \div 15,651 = 0,0479 \dots$ なので端数を切り捨てて4.7パーセントとなる。
- (39) LG Ellwangen Urt. V. 13. 12. 2002。この判例につき、全面的に今西康人・前掲注38に依拠した。



### 第3章 わが国における瑕疵修補請求権

#### 序

これまで、わが国における瑕疵担保分野の状況を整理し、現行ドイツ民法の新構造による追完請求権の扱いにつき見てきた。両民法典の違いは、物の性質、契約構造の理解の二点が大きな違いと言えよう。現行ドイツ民法では追完請求権の一態様として瑕疵修補請求権が認められることは第2章で論証したが、わが国において同じ事案を解決しようとしたならば、瑕疵修補請求権はどのように扱われるのだろうか。第1章で見てきたわが国の議論状況によれば、国際的潮流の高まりもあって、契約責任説に沿った理論を前提に解決が模索されている。

まず、第2章で紹介したブラウンシュバイク高等地方裁判所の事例を取りあげ、わが国の法理論の元ではどのように扱われるのかを検証する。この結果を踏まえ、次に瑕疵担保法を改正対象と見たとき、どのような改正が加えられるのか、またどのように改正されるべきかを考察する。そして最後に、わが国における瑕疵担保法の未来を提示したい。

#### 1) ドイツにおける事例の扱い

現在のわが国における瑕疵担保法の状況は第1章で述べた通りであるが、実際のところ、瑕疵修補責任は現状で認められる余地はあるのか。第2章で取り上げたドイツにおける追完請求権に関する事例であるが、これが日本ではどう取り扱われるか。まずこの点につき論証する。

わが国ならびに諸外国において、中古車は不代替的特定物とみなされる。ならば、本件売買は特定物売買における性状の瑕疵と見ることができると。単純に民法570条における瑕疵担保責任をそのままに適用するならば、買主に解除権又は損害賠償請求権が認められる余地のあることにつき疑問がない。問題は、追完請求の可否である。

売買瑕疵担保責任が問題となった事案につき、追完請求に類する請求が正面から認められた事例は現在のところない。第1章で触れた、修補金額

相当分を損害賠償請求に含めたものが最も近いが、結局は追完請求を認めたものではない、苦肉の判断であると言わざるを得ない。追完請求権は債務不履行請求権の一態様として発生するものであるから、つまりは本件売買目的物であるところの、中古車という不代替的特定物に債務不履行請求をなすことが可能かという点に論議は帰着する。つまり、少なくとも法定責任説に拠って立つ見解では、正面から追完請求を認めることは不可能である。よって、契約責任説に拠ることとなる。

契約締結時に定められた性状（正確には、保証された性状）を有しない目的物を給付したのであるから、本件売買は不完全履行に陥ったことになる。この場合、買主は契約の本来的履行を求めることが可能であるため、修補又は代物給付の請求ができるということになる。

つまるところ、これまでの先行研究と同じく、「契約責任説ならば可能である」という結論に行き着くしかない。現在、近時有力説と言われる契約責任説ではあるが、現行民法の体系、ならびに判例、議論等これまで積み上げられて来た経験を覆し、前面に描かれるには至っていない。一步引いて見るに、現状は法定責任説であると言えるほどにその有力性は失われているし、翻って契約責任説であるというまでにも至っていない。かように不安定な状況で議論だけが先行しているというのが私見であり、実務が追いつくまでには更に時間がかかるだろうと予想される。それだけに現在進められている民法改正の作業に期待がなされるのであるが、ではその作業はどのようなもので、どのような解決法を示そうとしているのだろうか。

## 2) 改正対象としての瑕疵担保責任

前項で、現行民法では明確な判断がしにくいということを論証した。現状のままであれば時の経過によって緩やかにしか解決しないであろう。現在改正作業が行われている新民法は、この瑕疵担保責任にどのような規定をもって応えるのだろうか。民法（債務法）改正委員会は、現在のところその全ての範囲に渡ってはまだ検討が及んでいないが、法典が一つの方向

性に沿って統一的に法を定める以上、ある程度の子想をすることは可能である。民法（債務法）改正委員会の提供する報告、又は論文等を資料に、検討を進めていく。

i) 民法（債務法）改正委員会の見解

民法（債務法）改正委員会は、瑕疵担保法の検討に着手したが、「最終的にはこれについて、少なくとも今回は案を作らないことにした<sup>(40)</sup>」という。その理由として、契約あるいはそこから生ずる債務への不適合という概念を建てて、瑕疵担保をそこに吸収しようという考え方に対して、大筋において各委員の合意が得られた<sup>(41)</sup>という点を挙げている。しかし、例えば請負契約における瑕疵担保については、売買契約とは違い固有のルールができあがっているため、そのような場合においては個別に規定を設けることはあり得る。反面、「契約一般に関する問題としては、これを独立させては取り扱わない」としている。委員会案としては、契約における「不適合」概念を用い、これに瑕疵担保法の中心的問題を委ねると言うのである。

ここから、日本民法もドイツ新債務法、引いては CISG 等に代表される国際的、世界的な流れに沿うものとなるだろう、という方向性を見ることができると。第1章で述べたように、わが国も CISG を批准し、契約不適合をもって売買契約の不履行とする国際的潮流に身を投じようとしている。前述した民法（債務法）改正委員会の示した指針が以後も維持されるとすれば、わが国における瑕疵担保責任は債務不履行責任に吸収され、契約適合性を基準に判断されることになるだろう。また、第2章で見たドイツ新債務法のように、物に瑕疵がある場合と明示される形で規定が置かれるかは定かではないが、委員会において法に詳しくない「一般市民が読んでわかる民法を目指そう<sup>(42)</sup>」という共通の了解があるならば、ドイツと同じように条文という形で規定されそうではある。

ii) モデルとしての現行ドイツ民法典

以上の流れを俯瞰するに、ドイツ新債務法と限りなく近い形での規定がなされるだろうと予想する。即ち、目的物の性質を特定物、あるいは種類

物と区別するのではなく、ただ「物」と見て、契約の趣旨に照らし、当該履行が適合性を有するか否かで判断するという構造である。契約不適合概念を用いることで売主の義務が曖昧になり、契約時の当事者意思などいかようにでも解釈できるために危険である、という批判があるが、わが国の現行民法401条において、債務者（売主）は中等の品質を有する物を給付する義務がある旨規定されており、私見ではこれに準じて判断すれば良いと考える。具体的には、契約締結時に特別な合意が認められる場合はともかく、そうでない場合にはその売買態様における中等の物を給付すれば良いということである。1) で検討した事例に当てはめると、同種・同価格の中古車であれば通常有しているであろう性状と認められる範囲で確定すれば良い（売主が保証していた性状は当然に認められるべきであることは言うまでもない）。

ドイツにおいては、まず一次的な救済として追完請求、二次的に解除と代金減額、と定めている。そもそも当事者はある一定の結果を想定し、これを求めて契約を締結したのであり、ならばできる限りその目指した結果に近い形での解決がなされることが望ましい。私見でも、法的救済として考えられる解決方法で、最も原契約の成就に近い結果を出せるものは、修補・代物給付等の追完によるものであると考えており、その限りでは、ドイツのような形式での規定が最も私見に沿った解決を導けるだろう。そして、ドイツの規定が優れている点は、この点のみではない。第一次的な救済方法には修補と代物給付の二つが挙げられているが、第2章で紹介した通り、その請求には「売主にとって過大な負担とならないこと」が要件となっている。売主に修補を命じることが過大な負担を与えることになるならば代物給付を、また代物給付が過大な負担となるならば修補を、そしてその両方ともが認められない場合には、二次的救済として契約の解除、もしくは代金減額請求を選択することができる。

### iii) 選択肢としての追完請求権

潮見教授も指摘する通り、追完請求権も債務不履行を理由として債権者に与えられる救済手段のひとつであり、追完請求のような履行請求権を行

使することも、填補賠償請求権を行使することも、基本的には自由である。債務不履行が生じた場合、契約により獲得しようとした債権者利益をどのような形で実現するか、つまり本来の債権者利益そのものの実現に固執して履行請求するか、みずからの利益を金銭的価値において実現しようとするかについて、債権者の選択手段を縛ることは理由がない。<sup>(43)</sup>

しかし、不履行となった契約を追完的に履行することによっても買主の満足が到底得られないような場合はともかく、まだ当初に予定した通りの満足が得られるのならば、追完によって原契約通りの履行を期待するのが良いのではないか。反対に今更履行されたところで買主の満足が得られないような場合、買主は一次的救済を飛ばして、二次的救済を選択すれば良いのである。両救済の違いは、期日を付すかどうかなのであって、まず一次的救済を選択しなければならない道理はない。

### 3) これからの瑕疵担保責任

そもそも瑕疵担保責任とは、特定物（奴隷）売買をモデルに生み出されたものであるが、今日の商品取引社会においては、「むしろ種類物売買を中核とした体系へと変換が行われるべきである」<sup>(44)</sup>。種類物売買を中核とした体系へと転換がおこなわれるべきであり、それはつまり星野教授を初めとする多数の論者が主張する、瑕疵担保を債務不履行責任へと統合した一元的な体系である<sup>(45)</sup>。紹介した CISG、ドイツ新債務法などはまさにこれであり、民法（債権法）改正委員会があえて瑕疵担保に関する規定を置くことを留保したのは、この一元化を見据えてのことである。改正後の瑕疵担保責任制度は、それが債務の履行に関する規定に吸収されようがされまいが、契約適合性を軸とした判断基準によりその理論構造を変えることになるだろう。この場合、瑕疵担保責任のような物の瑕疵だけでなく、他人物売買のような権利の瑕疵についても契約不適合を理由に救済を主張できるように統合されると予想する<sup>(46)</sup>。

買主の権利を強化するだけでは、売主の利益を不当に損なう恐れがあるということも失念してはいけない。ドイツ法に見られるが如く、一定の場

合には売主に拒絶することができる権利を与える必要があろう。請求権の限界という形で射程・範囲を画するだけでなく、債務者の拒絶権という形で売主にも権利を与えるべきであろう。基本的には買主に追完請求権を与えつつ、限定列举の形式で売主に拒絶権を与えるのが良いのではないか。

#### i) 追完請求権を肯定する理由

瑕疵修補を認めることに何故意義を見出すのか。契約とは、当事者が互いの合意に基づきひとつの目的、あるいは結果の実現に向けて行為をなすことである。瑕疵担保が問題となるとき、既に両当事者は目的達成のために何らかの行為をなしており、契約に付随する一定の出費、あるいは労務を提供しているのであり、契約の解除がなされればそれらは無駄となってしまう。この場合、損害賠償によって補填されると解することもできるが、法定責任説の立場に立てば信頼利益しか賠償されず、買主が出捐した負担を解消することができても、精神的な不満を解消することはできない。債務不履行が発生した時点で、買主を本来的契約により満足させることはできないのであるが、もし瑕疵修補がなされ、結果的に当初の契約の本旨に従った履行がなされたならば、解除や信頼利益限定された損害賠償に比べ、買主を満足させることができよう。そもそも、本来的に、契約は履行されるべきなのである。今更履行がなされたところで、買主が契約によって期待した給付利益を満足させることができない場合は、追完請求をせずに解除、あるいは損害賠償請求ができると解すれば、より買主の保護を期することができる。売主保護の観点から見れば、現行ドイツ民法に見られるがごとく、負うべき負担と修補にかかる費用を斟酌した上で請求を認容するかを判断をすればそれで足る。解除という契約解消のみではなく、追完、あるいは代金減額といった契約の完遂に向けた救済方法も選択肢として与えても良いのではないだろうか。

#### 4) 小活

現在のわが国における民法規定では、瑕疵修補を認めることは難しい。少なくとも法定責任説では不可能であり、契約責任説で解決を目指すしか

なさそうである。しかし一口に契約責任説と言っても、実に様々な理論構成による見解に分かれているため、たとえ契約責任説を採用するとしたところで解決する問題ではない。民法改正に向けて作業がなされている現在、「法定責任説か契約責任説か」といった従来の議論ではなく、さらに先の議論がなされるべきである。その意味で、民法改正によって瑕疵担保法がどのような位置づけを与えられ、あるいは変容するのを見据えての議論が既になされている。

民法（債権法）改正委員会によると、現時点では現行民法570条に規定されている売買瑕疵担保責任につき、独自の規定を置くことを留保している。これは新民法（債権法）の体系として、CISG等の国際法やドイツ新債務法に見られる「契約適合性」概念を導入し、瑕疵担保を債務不履行に取り込んだ、一元的な体系を構想していることに由来する。

私見として、ドイツ新債務法における売買瑕疵担保の規定は、わが国の新体系における売買瑕疵担保につき論じるにあたり、非常に有益と考える。そもそも契約とは、当事者が約定したある目的の実現に向けて行為をなすことであり、契約の解除、あるいは債務の履行に代えての損害賠償などは、本来、契約締結時の当事者意思として目標と設定したものではない。債務が不履行に陥った時点で本来の約定した結果は得られなかったのではあるが、契約の目的が達せられることが未だに買主の給付利益を満足させることができる限り、なるべく原契約の成就がなされるべきである。この点につき、ドイツ新債務法は合理的、あるいは合目的的である。第一次的に追完という本来の買主の給付利益を満足させるための請求権を与えるということは、契約の本来の履行を第一に置くという意思の顕れであろう。もちろん、追完請求が売主に過大な負担を与える場合は売主が追完請求を拒絶できるし、既に本来の給付が買主の給付利益を満足させることができなくなっているときは、期限を付しての解除も主張することができる。当事者意思の確定につき、意思という形のないものの確定は難しく、危険性を孕んでいるとの指摘があるが、不明瞭な部分については同種の売買契約態様から客観的に推定すれば問題は生じないだろう。

## 註

- (40) 前掲注1・124頁〔大村敦志発言〕
- (41) 前掲注1・124頁〔大村敦志発言〕
- (42) 前掲注1・106頁〔内田貴発言〕
- (43) 潮見佳男「債権総論〔第二版〕Ⅰ—債権関係・契約規範・履行障害—」  
(信山社・2003年)
- (44) 潮見佳男「瑕疵担保責任の法的性質(2)——契約責任説の立場から」前  
掲注4所収・17頁
- (45) 星野英一・前掲注25
- (46) 北居・前掲注30・28頁。また、ドイツ新債務法においても、433条におい  
て「売主は買主に物の瑕疵と権利の瑕疵なく物を給付しなければならない」  
と定められている。

## 結語

これまで見てきたように、わが国の民法は、現行のままでは現実的に瑕疵修補請求権を認めることは難しい。民法典の改正によってこの問題は解消されることと思うが、実際にどのような形で解決がなされるのかはそのときでないとわからない。

そもそも、瑕疵修補を認めることに何故意義を見出すのか。契約とは、当事者が互いの合意に基づきひとつの目的、あるいは結果の実現に向けて行為をなすことである。瑕疵担保が問題となるとき、既に両当事者は目的達成のために何らかの行為をなしており、契約に付随する一定の出費、あるいは労務を提供しているのであり、契約の解除がなされればそれらは無駄となってしまう。この場合、損害賠償によって補填されると解することもできるが、法定責任説の立場に立てば信頼利益しか賠償されず、買主が出捐した負担を解消することができても、精神的な不満を解消することはできない。債務不履行が発生した時点で、買主を本来的契約により満足させることはできないのであるが、もし瑕疵修補がなされ、結果的に当初の契約の本旨に従った履行がなされたならば、解除や信頼利益限定された損害賠償に比べ、買主を満足させることができよう。今更履行がなされたところで、買主が契約によって期待した給付利益を満足させることができな



い場合は、追完請求をせずに解除、あるいは損害賠償請求ができると解すれば、より買主の保護を期することができる。売主保護の観点から見れば、現行ドイツ民法に見られるがごとく、負うべき負担と修補にかかる費用を斟酌した上で請求を認容するかの判断をすればそれで足る。

契約当事者の意思をはかることが契約責任説、あるいは国際的見解が主張することであるが、当事者意思をはかるならば、金銭的な面だけでなく、精神的な面からの満足をはかろうとすることは、矛盾することではない。最初から追完請求権を排除するのではなく、現実的に可能である限り、修補請求や代物給付といった追完による解決方法も選択肢のうちのひとつとして買主に与えておくことは、当事者間の利益関係を崩さない限り、望ましいものである。故に私は不代替的特定物売買においても、可能な限りで瑕疵修補請求権を認めるべきであると考えた。

売買における瑕疵修補請求権は、現行民法570条における瑕疵担保責任と関連して、これまでの長きに渡って議論されてきた分野である。その蓄積された議論の一端を見ただけで、どれだけこの分野の描く未来像に近づけるものであるかは判然としない。しかし、完全ではないにしろ、売買瑕疵担保法の歴史の数カ所にポイントを定め、現在までを線で繋いだ上で、比較法というガイドレールによってその先に伸びていくであろうラインをある程度見定めることができると考え、論じてきた。多くの研究者が主張するように、もはや現行民法の規律を前提とした瑕疵担保責任のみを論じる段階ではない。私見のみに抛らずとも、多くの論者がそう主張していることはここに至るまでに何度も触れてきた。その意味で民法改正を見据えた論者は、「先駆的」では既になく、「現実的」なものであると言えよう。この点で本稿がどれだけ有益な考察をすることができたかは定かでないが、今後の民法改正、あるいはパラダイム転換を見据えた、更なる理論の展開を期待する。