

新給付障害法に関する一所感：修正法定責任説から見た新給付障害法

SHITAMORI, Sadamu / 下森, 定

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

118

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

39

(終了ページ / End Page)

134

(発行年 / Year)

2020-10-30

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00025490>

新給付障害法に関する一所感

——修正法定責任説から見た新給付障害法——

下 森 定

目次

はじめに

序説——問題の提起——

第一章 改正前民法下の問題状況

第一節 私見の概要（修正法定責任説）

第二節 改正前民法下の問題状況に関する田中洋

論文に関する所感

第二章 新給付障害法の内容とその批判的考察

第一節 売買契約における買主の追完請求権（五

六二条）

第二節 契約の解除（五四一条～五四八条）

1 催告解除（五四一条）

2 無催告解除（五四二条）

3 債権者の責めに帰すべき事由による不履

行と解除（五四三条）

4 解除の効果（五四五条）

5 解除権者の故意・過失による目的物の損

傷等による解除権の消滅（五四八条）

第三節 危険負担（五三六条、五六七条）

1 危険負担（五三六条）

2 目的物の滅失についての危険の移転（五

六七条）

3 契約の解除と危険負担の関係

第四節 贈与者の引渡義務（五五一条一項）

第五節 錯誤と原始的不能・契約不適合——制度

間競合（九五条）

1 錯誤と原始的不能との制度間競合

三二条〜六四二条

2 錯誤と契約不適合との制度間競合

むすび

第六節 請負契約における請負人の担保責任（六）

はじめに

周知のごとく、二〇一七年の改正民法は、改正前の給付障害法を大きく変更した。錯誤、原始的不能、債務不履行、危険負担制度等の改正がそれである。この改正によって、錯誤制度と原始的不能制度さらには契約不適合制度との関係、あるいは、瑕疵担保責任制度さらには危険負担制度と契約不適合制度との関係などが、その骨格部分に関して重要な態度決定、あるいは根本的な変更ともいえる態度決定がなされ、これを受けて、これらの制度間競合問題について今後どのような観点から問題の処理をするのが適切であるかが、今日問われている。

改正民法の立法に深く関与され、改正後、改正内容の解説・普及に精力的に取り組んでおられる潮見佳男教授は、近時公表された法学教室の論稿で、「民法学習について既に長い経験を有している読者の方々、とくに、（原始的不能⇨無効のドグマ）、（特定物ドグマ）、（担保責任における法定責任説）を固く信じておられる方々におかれては、頭をリセットして、以下の解説をお読みいただきたい。改正後の実体法規範を離れ、純粹に論理的に考えたとき、（原始的不能⇨無効のドグマ）、（特定物ドグマ）、（担保責任における法定責任説）が絶対に間違っているというわけではない。しかし、（原始的不能⇨無効のドグマ）、（特定物ドグマ）、（担保責任における法定責任説）を採用しないどころか、これらを積極的に排除する意図のもとで立案された改正後の実体法規範（民四一二条の二第二項・五六二条以

下)を前にして、そこで採用された制度・準則の解釈にあたり、(原始的不能≠無効のドグマ)、(特定物ドグマ)、(担保責任における法定責任説)を基礎に据えた理論を展開するのは(立法者意思説に立とうが、法律意思説に立とうが)邪道である」と述べられている(『錯誤と原始的不能・契約不適合——制度間競合』法学教室二〇一八年七月号八二頁以下)。

この鋭い指摘に対応し、(修正)法定責任論者の一人である筆者として、現時点での所感を述べるのが本稿の目的である。とはいえ、卒寿を迎えた老体の身、どの程度「頭をリセット」して、「邪道」から外れることができるか、甚だ心もとないが、お許しいただきたい。

序説——問題の提起——

一九世紀中頃にF・モムゼンによって完成されたドイツ民法の古典的契約責任体系(給付障害法)は、契約で約定された「給付結果」が実現されないという給付(履行)障害を「債務不履行」とし、これに対する法的救済手段として、第一次的に「履行請求」を、第二次的に「損害賠償」あるいは「契約解除」による履行債務からの解放を認めた。その結果、契約締結時点で「履行請求」を観念しえない原始的給付障害(履行不能)は契約を無効にするという原始的不能のドグマが鼎立されて給付障害は原始的不能と後発的不能に二分され、原始的給付障害は契約責任体系から外された。そして、後発的給付障害に限定された債務不履行、契約責任システムは時に関する履行遅滞と履行不能のパラレル構成として定着させられ、さらに契約責任に関する主観的要件は過失責任主義で統一された。他方において、過失責任主義で統一された契約責任体系の外側におかれ、これから峻別された重要な給付障害をめぐる紛争解決制度

として、主観的要件としての過失を要求しない瑕疵担保責任（原始的給付障害）と危険負担（後発的給付障害）の両制度が設けられた。両者は共にすでにローマ法にその淵源を有するものであった。このパンデクテン法学の支配的理論がドイツ民法に承継され、さらに判例・学説によって精緻化された。

しかし、他方において、近代資本主義社会における生産技術の飛躍的發展に伴う工業化社会の実現は、交換対象たる商品の質的变化（工場大量生産による種類物・代替物商品の出現、近時はさらに金融資本主義の進展に伴う各種の金融派生商品の出現がそうである）をもたらし、さらに、分業化社会の進展、組織化社会、情報化社会の出現は多様な契約類型を生み出し、とくに「為す債務」の社会的重要性が高まり、これらはいずれも契約の法的保護・給付障害法の在り方に大きな影響を与えることとなった。瑕疵担保責任の債務不履行責任化・不完全履行論の新たな展開がその象徴である。また、資本制社会における人間関係が、それ以前の身分関係から圧倒的に契約債権関係に移行し、その上にはほとんどすべての経済的社会的関係が構築されるようになった結果、契約関係のもつ社会的重要度が飛躍的に高まり、これを法的にも確実化し、保護しようとする傾向が生じてきた。その結果、個人の合意に基礎をおく本来の給付債務（厳密な意味での契約債務）と並んで、契約関係に付随する給付義務・注意義務が法定債務（責任）として明文の規定によって当事者に課され、あるいは信義則を媒介として解釈上認められるようになった。今日の契約責任における付随義務・保護義務論の輩出とその拡大化現象の意味するものは、契約関係における社会関係の要素の再認識とその実現化の表れといえよう。

周知のように、二〇〇二年一月一日に発効したドイツ新債務法は、前述のような社会的あるいは法的現象を背景として古典的給付障害法の基本的構造を大きく変革した。この変革において、英米法の契約責任システムの法理が重大な影響を与えたことも見逃せず、グローバル化した国際取引をめぐる紛争の法的解決を目指した国際統一売買法の動

向もまた示唆的であった。

冷戦終了後の社会主義諸国さらには発展途上国の国際市場取引への参加は、さらにこれらの諸国を含めた国際取引における契約責任法・給付障害法の構築あるいは再構築を必要とする。ドイツ新債務法はその先端を歩むものであった。しかし、その改正内容は必ずしも十分とはいえず、ドイツ国内においてもその正当性・妥当性をめぐって白熱した論争が続いていることは、すでに我が国に紹介され、周知のところであろう。

この間において、私は、二回目のドイツ在外研究中に遭遇したドイツ債権法改正の動向について、一九八二年に、ジュリスト七七一号で、飯島・能見・宮本三教授との共同研究の成果を紹介したのを皮切りとし、その後も引き続き現代債権法研究会やドイツ民法研究会を通じて、共同研究者と共にその後の進展を紹介してきた（『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』法政大学現代法研究所叢書9・日本評論社一九八八年、『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』法政大学現代法研究所叢書15・法政大学出版社一九九六年等）。

後述するように、私が給付障害法の研究に取り組んだそもそもの契機は、ドイツの著名な民法学者ケメラの「異種物給付（＝Falschlieferung）論」に触発されて一九五六年に執筆した修士論文『種類売買の法的保護に関する一考察』に始まる。その後一時期、詐害行為取消権の研究に取り組んだ後、大学紛争が一段落ついた一九六九年に、「不特定物売買と瑕疵担保責任―大正一四一四年判決の再検討と昭和三三六六年判決への架橋（一）」を公表し、続いて瑕疵担保責任と不完全履行の関係に関するいくつかの論稿（①マンションや建売住宅の瑕疵担保責任、②売買・請負・賃貸借における瑕疵修補義務、③特定物ドグマと民法起草者の見解等）に関する論文や判例研究などを公表したが、その研究進展の過程で、私の問題意識は契約責任の拡張現象、さらには、前述したドイツ債務法改正動向を踏まえて、契約責任の再構成の研究へと次第に進展した。その一つの契機は、一九七五年に、殉職自衛官遺族の国に対する損害賠

債請求事件において、不法行為規範から生ずる保護義務とは異なる、契約規範に基礎をおく「安全配慮義務」を最高裁が認めたことにある（最判昭和五〇・五・二五）。この問題の発生原因は、古典的民事責任体系が狭義の契約責任と不法行為責任との二類型しか持ち合わせていないという、体系的狭隘性に由来するものであり、債権法上の諸義務に関する法規範の進化の結果生じた、近時の契約責任拡張現象の一環といえる。

この「契約責任の拡張と再構成」という問題意識のもとに、その後、総論的論稿として「契約責任の再構成をめぐる覚書」（一九八〇年）、「契約責任（債務不履行責任）の再構成」（一九八三年）、「不完全履行論の新たな展開―契約責任再構成の視点から―」（一九九四年）の三論稿を公表し、さらに、各論的論稿として、①積極的債権侵害と不完全履行、②受領遅滞・受領不能、③契約締結上の過失理論の新展開、④保証・物上保証契約の締結と銀行の情報提供義務、⑤安全配慮義務、⑥専門家の契約責任等の諸論稿を公表した。また、一九八八年には、日本評論社から、私の編著『安全配慮義務法理の形成と展開』を刊行した。

この後も私の給付障害法の研究は続いた。一九九〇年代の終わりごろから、日本民法の債権法改正が話題になり始め、法務省が債権法改正を考えていることが報道されるようになった二〇〇六年以降複数の学者グループから、改正案が発表された。その代表的なものは、二〇〇九年に公表された民法（債権法）改正検討委員会案（『債権法改正の基本方針』）と民法改正研究会案（『民法改正 国民・法曹・学会有志案』）であった。この動向を背景として、二〇〇四年に、北京の清華大学法学院主催で開催された中日韓契約法国際シンポジウムに招かれた私は、「履行障害法体系における瑕疵担保責任制度の地位と立法論上の課題」について報告し、さらに、二〇〇六年に龍谷大学で行われた比較法学会のシンポジウム「瑕疵担保責任」において、コメンテーターとして発言を求められ、私の問題意識からみた若干の感想を述べた。さらに、これらの過程で、執筆以来未公表のままであった前述修士論文公表への思いが

強まり、二〇〇七年に右二つのシンポジウム報告を若干加筆の上まとめて書き上げた「履行障害法再構築の課題と展望」(成蹊法学(八四号))を公表した際に、その添付資料として公表することとした。そして、執筆当時の雰囲気を与えるために、修士論文はほぼ原形のままにとどめ、別途、その後の一連の研究との関連についてコメント論稿をつけ加え、その最後に「むすび」として、二〇〇六年度日本私法学会シンポジウム「契約責任論の再構築」について、私の感想を述べたうえ、履行障害法再構築に関する私見の基本構想を述べ、①債務構造論の検討、②債務不履行体系の再検討(とくに不完全履行論の新たな展開)、③給付障害法の再構築、④不法行為制度との関連性の再検討、以上の四点が、債権ないし契約債権関係の法的保護に関する、現代債権法学の重要課題であると指摘し、この課題は二一世紀における民法ないし債権法改正作業の中心課題の一つと位置付けることが可能であると述べた。

さらに、翌二〇〇八年に、法律時報臨時増刊号『民法改正を考える』への寄稿を依頼されて執筆した「履行(給付)障害法の立法構想に関する基本的提言」を公表した。この論稿は前年に公表した右の「履行障害法再構築の課題と展望」を要約し、若干の加筆をしたものである。この論稿公表後、民法改正作業は目覚ましく展開し、「要綱仮案」が公表され、ひきつづき「改正要綱案」の取りまとめ作業が着々と進んだ。ドイツ民法研究会では、この間の改正作業の進展について、逐次研究報告がなされ、私も関心をもって見守り、研究会で意見を述べてはいたが、個人的には、この間詐害行為取消権の改正案の研究や私見の公表さらには念願の著作集第一巻『詐害行為取消権の研究』をはじめとする四巻の著作集刊行作業に追われ、履行障害法の改正案については本格的な研究や論稿を執筆する余裕を持たなかった。ただ、二〇一五年に、それまでの履行障害法に関する研究成果を体系的にまとめた著作集第二巻『履行障害法再構築の研究』を刊行し、さらに、二〇一六年に行った講演「若手法律家に贈るメッセージ」の講演原稿を同年に公開した著作集第三巻『民法解釈学の諸問題』に収録して、若干の意見を公表したにとどまる。

最後の著作集第四卷『現代的訴訟の諸相』を二〇一七年一二月に公刊した後、一息ついていたところ、周知のように、サブリース契約を使ったシェアハウス「かぼちゃの馬車」の運営会社スマートデイズが破綻して訴訟が起き、所有者に対するスルガ銀行の不適切融資の実態が明らかとなった事件が起き、大きな社会問題となった。これまでにサブリース契約やサブリース訴訟につき、多くの論稿・意見書を公表していた（これらの論稿は著作集第四卷『現代的訴訟の諸相』に収録）私は、サブリース契約とサブリース訴訟につき、一般的な解説書をまとめることの必要性を感じて、その執筆に取り組み、これを一昨年書き上げた（未公刊）。

ここまできて、ようやく時間的余裕を得た私は、学者人生最後の仕事として、念願の改正債権法の給付障害法につき、本論文に取り組み、私見を公表することとした次第である。

第一章 改正前民法下の問題状況

第一節 私見の概要（修正法定責任説）

改正前民法の給付障害法をめぐる理論状況を整理するにあたり、まず初めに私見の概要を述べておきたい。この内容は、後述する理論状況の論述と重複することが多いが、後の論述を理解していただくために、初めに筆者の基本的立場を明らかにしておくことが有用と考えたからにはかならない。後の理論状況の論述を読まれる場合、重複部分は飛ばし読みしてくださって結構である。

私が給付障害法の研究に取り組んだ契機は、前述したように、ドイツの著名な民法学者ケメラの「異種物給付

(=Falschlieferung) 論」に始まる。私は、一九五六年に執筆を完了した修士論文「種類売買の法的保護に関する一考察」(公表は二〇〇七年、筆者の著作集第二巻『履行障害法再構築の研究』所収)において、わが国の瑕疵担保責任制度は、沿革的に見て古典的な商品取引である不代替物の特定物売買を主たる対象として構築されているので、新しい商品取引形態である種類売買には不適合であり、これを解釈あるいは立法で拡張して種類売買に適用しても実効性が薄く、かえって混乱を招くこと、したがって、その法的保護は、ドイツ法と異なり債務の不本旨履行について一般的規定(四一五条)を設けている日本民法の下では、不完全履行論の新たな展開(たとえば、信義則による権利行使の期間制限)のみで対処すべきであり、他方不代替物の特定物売買の法的保護は今日でも原則としては妥当な制度であるから、両者を一元化する必要はないとの見解を主張し、以来、一貫してこの立場をとってきた。なお修士論文において、私は、判例や学説の解釈学的研究の上で、形式論理を中心とする概念法学的研究に飽き足らず、瑕疵担保責任制度やそれをめぐる判例・学説の研究上、その制度が対象としていた当時の商品取引の実態、さらにはその歴史的変動過程との関連で、判例や学説の変化を歴史的に跡付け、分析し、そのうえで紛争当事者間の紛争を公平に解決する具体的妥当な解釈論・法的保護論を展開することの必要性・有用性を主張した。この問題意識は、旧制山口高校・広島大学教養部時代に学んだ教養教育、特にヘーゲルの「小論理学」の原書購読ゼミで学んだ弁証法理論、さらに政経学部で学んだ経済学などの社会科学の基礎知識に発する。これが後に東大大学院博士課程で、当時『科学としての法律学』を提唱されていた川島先生を指導教授に仰いだ原因である。

(2) つぎに具体的事例を挙げて、改正前民法のもとにおける私の考え方を説明してみよう(この事例は前述した「若手法律家に贈るメッセージ」論稿で公表している。またこれ以前に、著作集第三巻『履行障害法の再構築』に収録した判例研究や事例研究のうち、事例研究②の「錯誤・瑕疵担保責任・危険負担・不完全履行をめぐる事例研究」

五一頁以下（二〇一〇年）に類似事例についてより詳しく解説した論稿がある）。

〔設例〕 Aはカタログを見てB時計店に甲社製の置時計を注文し、自宅に搬送してもらった。Aが受け取った段階で箱を開けてみたところ、置時計が損傷していた。原因を調べたところ、Bの車での搬送中に、第三者の車に追突され、その際に損傷したものであるという事実が判明した。そこで、Aがその事実をBにつげ、取り換えの請求をしていたところ、隣家から発生した火災によりこの置時計が焼失した。この場合のA・B間の法律関係如何。また、届けられた時計に破損はなかったが、B時計店の手違いで乙社製のものであった（異種物給付）という場合はどうか、という問題を考えてみよう。

（a）この問題、瑕疵担保責任の法的性質につき法定責任説を支持する私の考えではこうなる。

種類物の不特定売買における引渡債務の後発的給付障害であるこの事例においては、目的物が特定するまでは履行の全部不能あるいは一部不能は通常はありえないから、危険負担の問題は生ぜず、また瑕疵ある物を引渡してもそれは債務の本旨にしたがった履行の提供ではないから特定は生じないし、不完全な給付をした売主の履行債務が消滅することもありえない。そこでこの事例の場合には、AはB時計店に対して当然に瑕疵なき同種の置時計の給付を請求できるし、その対価の支払い義務が存続することになる。ただし、全くの不履行ではなく、不完全ながらもある程度の履行はなされているので、通説は、この点を考慮して、追完履行の請求期間につき信義則に基づく一定の期間制限を解釈によって認める。Aが相当期間を定めて追完履行の請求をしたにもかかわらず、Bが履行しない場合には契約を解除して代金支払い義務をまぬかれ、さらにBに帰責事由がある場合には損害賠償の請求ができる。なお、先に受領した置時計は、不当利得としてBに返還する義務があるから、返還までこの特定の瑕疵ある置時計の保存につき善管注意義務を負う（四〇〇条）。不特定物売買に瑕疵担保責任の適用を認めない法定責任説によると、本事例で

は瑕疵担保責任の問題は生じない。つまりこの立場では、不完全履行の問題として、そのみで解決することになる。そして、給付された瑕疵ある置時計の焼失については、Bに善管注意義務違反がないから、返還義務をまぬかれるとともに損害賠償責任を負うこともない。また、手違いで乙社製の置時計を給付したという異種物給付の事例も不完全履行の問題として一元的に処理することになる。

(b) では、契約責任説ではどう処理するのであろうか。周知のごとく、この説では、瑕疵ある物の給付でも引き渡しによって原則として特定が生じ、瑕疵担保責任の追及ができるとする。そうすると、瑕疵担保責任の効果として、ドイツ法(四八〇条)と異なり、明文上解除と損害賠償しか認めず追完給付請求権を認めていない我が国の瑕疵担保責任制度の下では、追完請求ができなくなるので、その不都合を避けるために、解釈により、特定後も追完請求を優先的あるいは選択的に認めている。しかしその法的根拠は必ずしも明確ではない。判例は、履行として認容したのでなければ、なお追完請求ができるとしているが、履行認容の有無の判断基準は明確とはいえない。いわゆる近時の時的区分説は、法定責任説からの批判にこたえて、瑕疵修補請求権を本来の履行請求権ではなく、損害賠償の一方法としての『現実賠償』と説明したり(森田宏樹説)、あるいは、一定の場合に錯誤無効の主張を許して、本来の履行請求を認めるといった説明がなされているが(北居功説)、いずれも賛成しがたい説明である。また、瑕疵担保責任規定の適用を認めることになる、瑕疵担保による即時の無催告解除や代金減額の損害賠償(無過失責任)の請求をも認める結果となりそうであるが、その不当性は明白であり、契約責任説はその行使を制限しているので、この点は重畳適用のメリットはないといえよう。さらに、本来の履行請求権あるいはそれに代わる現実賠償請求権となれば、これらの権利は債務不履行に基づく権利であるから、瑕疵担保規定の適用を認める最大のメリットである期間制限の規定の適用はなく、結局、瑕疵担保規定の準用あるいは信義則による制限となり、この点でも重畳適用を認める効用は

ない。また、隣家からの火災により、給付された瑕疵ある物が滅失した場合、買主が目的物を受領した以上特定が生じ、危険が買主に移転しているから、買主は代金支払い債務を負うけれども、他方で、売主の担保責任の追及が可能であるから、損害賠償請求権を行使することにより、最終的に、代金減額に等しい結果となるとの説明がある（内田貴『民法Ⅱ（第三版）一四二頁』）。では、この場合、買主は追完請求権の行使ができなくなるのであろうか。追完請求権が消滅するというのでは、特定物売買にも追完が可能な限り、受領後も追完請求権の行使を認める立場と矛盾するのではあるまいか。また解除権の行使は許さないであろうか。契約の目的物が解除権を有する者の行為又は過失によらないで滅失し、又は損傷したときは、解除権は消滅しないという民法五四八条第二項との関係が問題とならう。因みに、内田教授は、契約責任説が瑕疵担保の規定を債務不履行の「特則」と説明しているのは適当でない、特則ならこの規定が優先適用されて、債務不履行規定の適用が排除されそうだからである。したがって、売買に関しては、債務不履行の規定が、瑕疵担保の規定を経由して適用されるというイメージだと説明されている（前掲書一二九頁）、今ひとつわかりにくい説明である。瑕疵担保の優先適用でもなく、判例のような選択適用でもないとするれば債務不履行規定の優先適用となりそうである。しかし、そうすると、今度は瑕疵担保規定が排除され、即時無催告解除ができなくなりそうである。種類売買の場合はそれでよいとしても、特定物売買の場合妥当とはいえない。「經由」とはどのような意味なのか。ご都合主義的解釈で理論的には不明確である。さらに、甲社製の置時計を給付すべきときに、乙社製の瑕疵なき置時計を給付したという異種物給付の場合はどうか。おそらく契約責任説では、瑕疵概念を拡張して瑕疵担保責任の適用を認めるのであろうが、そうになると、後発的履行障害である危険負担との関係が改めて問題となり、後述するドイツ法と同様の混乱に落ち入ることになる。また、引き渡されたその置時計が隣家から発生した火災で焼失した場合の処理も問題である。

(c) このようにみてくると、異種物給付を含め、瑕疵概念を拡張することで、古典的瑕疵担保責任制度を拡大し、不特定物売買の瑕疵担保責任として追完請求権を認めることで現代の商品取引の主流となっている種類売買の法的保護手段とすることは効率的ではない。現に、ドイツでは、その後、四八〇条の解釈をめくり、原始的給付障害としての瑕疵担保責任と、後発的給付障害である危険負担・債務不履行責任の三者間の法的保護の在り方が複雑となり、解理論上の難問となったことは周知のところである。契約責任説の下では、ドイツ法の陥った混迷状態と同様な状態が発生する恐れがあったのである。

修士論文において、私は、種類売買の法的保護は、勝本説に始まるわが国固有の不完全履行論の展開による一元的処理が簡明かつ合理的と考え、この法的構成はそれまでの世界に例を見ない法技術であり、現代の新しい商品取引を巡る法的紛争の処理技術としては一番進んだ法技術であるので、日本法はこの技術の更なる展開を図るべきであり、他方において、瑕疵担保責任の規定は原則として不代替物の特定物売買にのみ適用するのが簡明かつ妥当と考えてそのような意見を述べ、その後も繰り返し主張して来た次第である。私見は、瑕疵担保責任の限定的維持論であり、特定物売買と不特定物売買とは法的保護の手段を異にするのが合理的と考えるものである。民法改正でこれを債務不履行にとりこんで一元化したとしても、不代替的特定物売買の場合には、例外規定を設けざるを得ず、瑕疵担保責任の実質は残さざるを得ないはずである。現に、ウィーン売買条約は、国際動産売買統一法と同じく、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを要件の点では一元化しているが、両責任を完全に同一に扱わず、効果論も同化していない。瑕疵担保責任を債務不履行責任に統合したドイツ新法もまたそうである（野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察（六）」四六頁以下参照）。

(d) では、この問題をめぐる判例の動きはどうであったか。修士論文執筆後、私は、さらに研究を進め、「不特定

物売買と瑕疵担保責任——大正一四年判決の再検討と昭和三六年判決への架橋——と題する論文をまとめた。この論文で、私は、川島先生の『科学としての法律学』の影響の下に「経験科学的」判例研究方法論に基づく判例分析を試み、種類売買の法的保護について、それまでの判例を事実と結論との対応関係に即して、総合的・類型的に分析してみた結果、大局的にみると、判例は適用肯定説をとった大正一四年のタービン・ポンプ売買事件判決（大判大正一四・三・一三民集七卷一〇七一頁）から、当時の通説である適用否定説に若干の歩み寄りを見せ、目的物の引渡後に、債務不履行に基づく解除を認めた昭和三六年の放送機械売買事件（最判昭和三六・一二・一五民集一五卷二八五二頁）に至るまで、ほぼ一貫した処理の仕方をしていることを明らかにした。ただ、判決がその処理をなす上で使用した道具つまり法的構成は、この問題に関する民法解釈学の発展に影響されて変化をみせ、そのことが実際の法的処理にも若干のひずみを与えていることや、弁論主義の下、当事者の主張・法的構成（瑕疵担保責任構成か、債務不履行責任構成か）に対応しつつも、法的構成や主張の仕方がそのいずれであるかにかかわらず、形式論理で割り切らず、利益衡量に基づき、保護すべき事件は保護し、そうでない事件では保護しないという点ではほぼ一貫して妥当な結論をとっていることを、学説の発展史と絡ませて分析して明らかにした。また、この論文において、私は、成文法主義に立つ国での判例法の研究は、不文法主義の場合と異なり、判決の法的構成にも一定の解釈先例的意義を認めるべきだとの問題提起、さらには商事判例の中に重要判例が含まれていることを発見し、これらの判例に言及していなかったそれまでの判例研究に一石を投じた。このような判例法の実態を踏まえて、履行障害法の再構築を理論的に整備するのが学説の任務といえよう。

(3) その後、私の問題意識は、現代における契約責任の拡張現象、とくに為す債務の不完全履行論としての、医師、建築家、辯護士等の専門家責任問題の研究、さらに積極的債権侵害論の発展としての安全配慮義務論等の保護義務論

の研究を踏まえ、契約責任の再構成・履行障害法の再構築から、ドイツ債権法改正問題、これらを受けて日本民法（債権法）の改正問題へと進み、今日に至っている。しかし、ここで、これらの問題について述べることは省略し、履行障害法の立法構想に関する基本的方針について、一二年前に法律時報で述べた私見を簡単に紹介しておく。

周知のように、英米法では「給付約束」が実現されないことを「契約違反」ととらえ、これに対する法的救済としては、債務の現実的履行の請求や、その強制が認められるのは例外とされ、原則的には「損害賠償」を認めることで救済するという政策がとられてきた。そこで、「履行遅滞」か「履行不能」か、といった契約違反の発生原因による違反類型の区別を必要とせず、瑕疵担保責任も「黙示の保証」構成を使ってここに取り込み、一元的な契約違反の法的救済システムを構築している。これに対し、ドイツ旧法や日本民法典の履行障害法体系は、債務不履行責任制度を中心とし、このほかに受領遅滞、瑕疵担保責任、危険負担などの法定の契約責任制度を含む多元的な法的救済システムとして構築されている。これらを受けて、わが民法の改正はいかになされるべきかと問いかけ、ドイツ新民法の改正過程や立法後の問題状況を踏まえて大要次のような提言をした。

まず、①基本方針として、履行障害法の改正は現時点の社会的需要に應ずる範囲にとどめること、次に②債権法総則中におかれるべき債務不履行体系の基本構造は、現代社会において最も問題の多い不完全履行に関する規定の整備を中心に、遅滞、不能、保護義務についての特別規定を整備する四元構成が望ましいこと、また③履行請求権を第一次の救済手段とする伝統的システムは維持すべきこと、さらに、債務不履行の救済手段とその成立要件については、債務不履行の内容・類型ごとにそれに適切な救済手段すなわち（強制的）履行請求権（追完請求権についての特別規定を含む）、損害賠償請求権、解除権を選んで割り付けたい。解除規定は、現行法との連続性を重視し、契約総論中に債権総論との関係に留意しつつ配置するのが望ましい。救済手段の要件論もその類型に応じた要件を規定すべきこ

と。強制履行の請求には帰責事由は不要であること。この救済手段は、社会秩序維持のため自力救済を禁止することの代わりに、国家が公権力に基づき、裁判制度、執行制度を媒介として、当事者間の契約・合意内容の実現を、債務者の人格尊重に配慮しつつ保証し、協力する制度として設けられている法定の制度であるから、強制的履行請求を可能とする根拠を私的当事者の合意あるいは保証に求め、その成立に債務者の帰責事由の存在を要件とする必要はないといった問題の提起をしたほか、給付義務あるいは保護義務違反に基づく損害賠償責任の要件論、さらには契約に基づく本来的給付義務とは必ずしも結びつかない既存のあるいは拡張された法定の契約責任の諸類型の体系的整備、保護手段の種類およびその要件の検討、さらには請求権競合問題（制度間競合問題）も含めて、不法行為制度等との関係の整理の必要性などの指摘を行った。

この論稿の公表後、民法改正作業が着々と進められ、改正要綱案が完成して国会の審議を待つ状況にあったが、序説で述べた如く、二〇〇八年以降、私は詐害行為取消権の改正問題や著作集の刊行に追われ、履行障害法の改正案の本格的研究を残念ながら行うことができなままに今日に至った次第である。二〇一七年に至り、改正民法が成立し（平成一九法四四）、二〇二〇年四月一日に施行されることとなった。本年に至り、ようやく時間的余裕を得た私は、念願の改正債権法の給付障害法につき、所感を公表する機会を得た。以下、思いつくままに、順次、新給付障害法の問題点の検討を進めてゆくこととする。

第二節 改正前民法下の問題状況に関する田中洋論文に関する所感

本稿の執筆に際して、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎付けと内容確定』論文に接した（神戸法学雑誌第六〇巻第一号、第二号、第三・四号）。日独法の比較研究を行っているこの論文のドイツ法の紹介は極めて詳細

にして正確、かつ、たいへん参考となり、必読の文献といえる。ただ、一読した私は、ドイツ法の解釈論の混迷とその原因についての掘り下げた分析不足の点に不満を感じた。そこで、改正給付障害法の検討に入る前に、田中論文に關する私の所感を述べておくことが、後の考察の前提として有益と考えて、第一節のほか、本節を付け加えておくこととした。その理由はこうである。

前述したように、ドイツ法は債務不履行責任制度につき遲滞・不能の二元構成をとり、不完全履行類型を採用していなかったために、種類売買の法的保護にあたり、ド民四八〇条の規定を設け、これにより、代物請求権・追完請求権を原始的給付障害の保護制度である瑕疵担保責任の延長線上の制度としてこれを認めた。そのため、追完請求権の法的性質について多面的な議論が展開されることとなったものといえる。しかし、種類売買において瑕疵ある物が給付された場合（債務の不本旨履行 \parallel 後発的給付障害）には、本来の履行請求権は消滅せず、存続しうるものと見うるし、ド民四八〇条のような規定も設けていない日本法の下では、代物請求権さらにはその縮小請求権といえる修補請求権は本来の履行請求権そのもの、ないしその一部と考えられるから、ドイツの解釈論のような複雑な議論をする必要はない。つまり、後述するペータースやフーバー等のような議論は不要といえよう。ドイツ法の解釈論の参考にあたっては、ドイツ民法と日本民法との差異に留意した問題点の自覚的整理が必要といえよう。

さらに田中論文は、買主の追完請求権の基礎付けと内容の確定に絞られた研究であるが、給付障害法の全体構造に目配りした研究も必要である。例えば危険負担制度と債務不履行責任との関係をめぐる、ドイツの解釈論の紛糾・混迷がその一例である。そこで以下、田中論文に關する所感を述べよう。

(2) まず、追完請求権から検討してみよう。この点につき、田中論文は以下のように述べている。

ドイツでは、買主の瑕疵修補請求権の基礎付けとして、特定物売買において瑕疵なき物を給付することが売買契約

の内容となり得るか、それに対応して売主が瑕疵なき物の給付義務を負うかが問題とされ、これらが肯定されること
 が買主の修補請求権が認められるための理論的前提であることについて学説は一致していた。しかしこれらが肯定さ
 れることによって直ちに買主の追完請求権が認められるかについては、学説上争いがあり、これを肯定する説もあつ
 たが、多数説は、買主の追完請求権が認められるためには、①瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容となること、
 ②売主が瑕疵ある物の給付義務を負うこと、③あるいは買主が瑕疵なき物の給付請求権を持つだけでは十分でないとい
 し、否定説をとっていた。そして、それが肯定されるためには、以上に加えて、それとは別のレベルの問題として買
 主の修補請求権それ自体が法律によって認められることが必要であるとされ、現行の法秩序によっては買主の修補請
 求権は認められていないので否定するほかないと考えていた。そして、その実質的根拠として、①BGB旧規定がロ
 ーマ法に由来する（修補が問題とならない）不代替物の特定物売買を基礎とする規律に依拠していること、②請負契
 約的性質を有する修補請求権を認めることは売買契約の本質に反すること、③売主の修補能力が認められないことが
 その根拠に挙げられていた。

もっとも、これらの否定説の挙げる根拠については、債務法改正前の議論の中で、克服可能との説が示されており、
 その克服は債務法改正によって現実のものとなった。それはまず従来からのBGBの基礎に置かれていた（修補が問題と
 ならない）特定物売買ではなく、現代的な工業製品売買が売買契約の典型として想定されることによって、売買契約
 の原則的規律として買主の追完請求権（修補請求権・代物請求権）を認めることが正当化された。また、②請負契約
 の性質を有する修補請求権が売買契約において認められることも、工業製品の生産体制が手工業から大量生産に移行
 し、それによって工業製品の取引において請負契約が売買契約にとって代わられた（売買契約と請負契約ないし売買
 契約観が変化した）ことに基づいて正当化された。そして、③売主の修補能力についても製造者等との連絡関係を有

するという社会経済構造を考慮すれば一律に買主の修補請求権を否定する根拠となるものではないとされた。

このように、ドイツにおいては、買主の追完請求権の基礎付けに関して、瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容となることないしは売主が瑕疵なき物の給付義務を負うことに加えて、買主の追完請求権それ自体が法秩序によって認められるかどうかの問題とされていた。そして、後者の問題については、とりわけ、買主の追完請求権が法の基礎にある売買契約の典型との関係で正当化されるかどうかの問題とされていた。このようなドイツの議論と日本の従来の議論とを比較すると、買主の追完請求権の基礎付けに関して、両者は売主の瑕疵なき物の給付義務の存否を問題としている点で共通していたといえる。しかし、日本法の議論においては、売主の瑕疵なき物の給付義務が認められる場合には、本来的履行請求権の一態様ないし具体化として、あるいは「現実賠償」として買主の追完請求権が認められるとされており、それに加えて、ドイツで問題とされていた「売買契約の原則的規律として買主の追完請求権を認めることが法の基礎にある売買契約の典型に適合する規律として正当化されるか」という視点は必ずしも十分に考慮されていなかったのではないかと考えられる。

これは日本法の従来の議論においては、債権総論レベルでの不完全履行に関する一般原則として、——どのような契約（類型）が問題となっているかにかかわらず——「債務者が瑕疵なき物の給付義務を負うのであれば、その不完全履行がある場合に債権者に追完請求権を認める」という考え方が基礎に据えられていたためではないかと考えられる。例えば、寄託契約や運送契約など債務者が一定の状態为目的物を引き渡す債務を負うような契約においても債務者が修補義務を負うことになるが、当然にこのように解することには問題があるのではないか」という指摘がなされているのも、以上のような考え方に起因するものではないかと考えられる。

(3) 以上の田中論文の指摘は適切といえるが、私見の視角から若干の補足意見を述べておきたい。前述したように、

私は修士論文において、つとに、不代替物の特定物売買における瑕疵担保責任を主たる対象として構築されている日本民法の古典的な瑕疵担保責任制度は、新しい商品取引形態である種類売買には不適合であり、これを解釈あるいは立法で拡張して種類売買に適用しても実効性が薄く、かえって混乱を招くこと、したがって、その法的保護は、ドイツ法と異なり債務の不本旨履行について一般的規定（四一五条）を設けている日本民法の下では、不完全履行論の新たな展開（たとえば、信義則による権利行使の期間制限）のみで対処すべきであり、他方不代替物の特定物売買の法的保護は今日でも原則としては妥当な制度であるから、両者を一元化する必要はないとの見解を主張し、以来、一貫してこの立場を主張してきた。旧ドイツ法は、債務不履行につき遅滞・不能の厳格な二元構成をとっていた関係上遅滞でも不能でもない、種類売買や請負契約の不完全履行の法的救済については、旧法の立法に際して、古典的瑕疵担保責任制度を拡張して、追完請求権を瑕疵担保責任の内容として認めたいえ、これを短期消滅時効にかけるという立法（種類売買・旧四八〇条、請負契約・旧六三三條）をし、また、これにつられて、瑕疵担保責任における瑕疵存在の基準時を契約締結時でなく、引渡時としたために後発的給付障害である異種物給付や危険負担との重畳関係をめぐる難問が発生したのである。その後のドイツ法学の混迷はこの立法に由来するというのが、修士論文で主張した私見の基本的発想であった。

その後、一九八四年に発表した論文において、私は、さらなるドイツ法学の批判的研究をもとに、事業者による新築建物の分譲契約や中古自動車の販売などの特定物売買といった民法典が予想していなかった新しい商品取引においては、明示の特約があればもちろん、それがなくとも黙示の意思表示あるいは商慣習による意思解釈や信義則を根拠として瑕疵修補請求権を認容して買主の法的救済を図るべしという修正法的責任説を提唱した。私見は、ドイツ法学流の「特定物ドグマ」にとらわれた解釈論ではなく、社会的実態（取引・契約類型）やその歴史的発展過程に即して、

契約の法的保護の方法とその法的構成につき比較法的考察を行い、現代社会における妥当な法的救済手段を探った法政策学的解釈論のつもりである。

これに対し、その後登場した契約責任説は、不代替物の特定物売買にも瑕疵なき物の給付義務を認め、瑕疵担保責任を特別不完全履行と構成して種類売買に瑕疵担保責任規定の適用を許す法的根拠を与えたものであり、その後の学説上通説となり、さらに改正新法に取り入れられたが、現在でも私は、修正法定責任説の考え方は、不代替物の特定物売買に関する限り原則として合理性・妥当性を失っておらず、原始的給付障害に関する買主の瑕疵担保責任制度は残存させるべきであったと考えている。しかし、新法が制定された以上、これに拘束されることは必然であるから、今後は新法を前提として、新法から生ずる問題点を解釈によって解決すべきことは当然である。この点の考察は後述する。

それはさておき、このような問題意識から、ドイツ民法の基本構想を中心に、瑕疵担保責任制度の変容について、私は、二〇〇六年度比較法学会シンポジウム「瑕疵担保責任」において、コメンテーターとして発言を求められた機会に、以下のような感想を述べた、すなわち、ドイツ新法は原始的給付障害と後発的給付障害の区別をなくし、瑕疵担保責任制度全体を債務不履行責任の中に取り込んだ。この改正は契約責任説の主張に沿う改正であったと評価するのが今日の大勢であると思われるが、私見は別の見方も可能と考える。ドイツ新法は旧法の特定物売買の瑕疵担保責任制度とともに、種類売買の瑕疵担保責任を規定した四八〇条をも廃止し、種類売買の法的保護につき、瑕疵担保責任による法的保護を廃止し、債務不履行責任の救済に一元化した。この点に関する限り、この結論は、種類売買に瑕疵担保責任規定の適用は無用であり、不完全履行責任で一元的に救済せよと主張してきた法定責任説と同様である。債務不履行の一類型として不完全履行類型を認めるという制度設計が本来なされるべきであった瑕疵担保責任類型つ

まり種類売買や種類物の贈与、さらには請負契約における瑕疵担保責任などの後発的給付障害の債務不履行責任化は当然の改正といえるが、問題は、原始的給付障害にかかわる不代替物の特定物売買や贈与契約、さらには数量指示売買の担保責任までも含めた契約責任化にある。これらの類型では、給付の目的物の性質上、代物あるいは数量不足の土地の追完給付は物理的に不可能であり、瑕疵の修補は仮にそれがたとえ物理的に可能であったとしても、相手方に常にそれを期待するのが合理的か、疑問がないわけではない。例えば市民間の中古住宅や中古自動車の売買契約がそうである。不代替物の特定物売買と種類売買とのこのような実質的差異は法的救済手段の構築上、完全な一体的構築が困難であり、総論あるいは各論の何らかの場所で例外規定を設けざるを得ない。追完請求の否定ないし制限、即時無催告解除の例外的許容、有償契約における帰責事由を要件としない代金減額請求権の許容（その実質は契約の一部解除）などがその一例である。法典の文言上、給付障害法を再構築して、瑕疵担保責任制度やその名称をなくしても、実際の法的救済・効果論上はその実質を残さざるを得ないし、現にドイツ新法がこれを残していることは周知のところであろう。また原始的不能と後発的不能の区別をなくして、特定物ドグマを放棄し、両者を一体化して「履行不能」類型を消滅させ、その結果として、危険負担制度をも給付障害法に体系的に一元化しても、物理的・社会的実態として履行不能現象がある限り、この問題は残る。給付義務の不履行につき金銭賠償による一元的な法的保護のみを図るのであればともかく、そうでなく、履行請求権及びその強制的履行の許容を第一次的保護手段とし、これに解除や損害賠償を付け加える多元的法的救済システムをとる限り、給付障害法の完全な一元的化は困難であり、非合理的である。現にドイツ新法は、当初フーバーが提唱した一元化構想を受け入れず、不能・遅滞・不完全履行（不本旨履行）、有償契約に特有な原始的給付障害である瑕疵担保責任、さらには後発的給付障害にあたる危険負担について、それぞれに対応した特別規定（例えば、追完請求権の制限、解除権に対する追完請求権の優越性（売主の追完

権)を残している事実を見逃すべきではない。フーバーもまた、その後一九五五年頃開催されたドイツ法曹大会において、英米法的発想に基づく自分の一元化構想は必ずしも妥当でなかったと認めたという。

因みに私は、一九六四年に公表した修正法定責任説の提唱論文「建売住宅・マンションの売買に関する売主の瑕疵修補義務について」の論稿の中で、ペータースやフーバーの意見を紹介したうえで、給付義務の履行につき履行請求権とその強制的実現を第一次的救済手段とする法制度の下では、給付障害法の一元化・一体化は困難であり、また非合理的であるとの批判的意見を述べている(前掲著作集第二巻二二九頁以下に収録。とくに二二七頁)。さらにこの論稿で、私は日本法の契約責任説の批判的検討を行い、ペータースやフーバー意見に対する批判と同様の批判が基本的に契約責任説にも妥当するし、さらに日本民法特有の解釈論的問題点があるとしてこの点を具体的に指摘して問題の提起をしたうえで、私見を述べている(前掲著作集二二六頁以下、二四七頁以下)。

なお、この比較法学会シンポジウムにおいて、岡孝教授から、青野博之・田中宏治教授等の近時の研究を踏まえて、新法施行後に現れたドイツの判例・学説上、新法に対する理解の仕方・評価が大きく分かれていることや、野沢正充教授から、フランスでも法定責任説の見解が近時有力となっており、またフランスの判例法は種類売買に瑕疵担保責任の適用を認めつつも、「瑕疵」と「不適合」の区別をめぐる今日議論が紛糾しているなどの紹介があった。フランス判例法の紛糾は、原始的給付障害に関する古典的瑕疵担保責任を後発的給付障害である種類売買の不完全履行にそのまま適用した結果にほかならず、ここでも、ドイツ法同様な混乱が生じているわけである。「瑕疵」と「不適合」の区別の困難さは、引渡時を瑕疵担保責任の適用ないし判断基準時とした結果である。つまり、「売買の目的物の隠れた瑕疵」とは、契約成立時に目的物が特定していることを前提とした概念であり、「引渡の目的物の瑕疵」とは、それを前提とせず、原始的給付障害に関する瑕疵と後発的給付障害に関する瑕疵ないし「不適合」の両者を含む

ために、帰責事由の有無とも関連して、瑕疵担保責任、危険負担、債務不履行責任の三者をめぐって問題が生じてくるわけである。契約締結時・目的物の引渡時の二つの基準時を明確に分けて問題を整理し、法的救済手段の要件論・効果論をそれに応じて考えてゆけば、混乱を避けることができよう。民法改正にあたっては、基準時に関するこの區別が必要であったといえよう。

さらに、特定履行が例外とされる英米法や、近時の国際的立法動向でも履行請求権あるいは売主の追完権の許容傾向が認められることが、このシンポジウムにおける曾野・山下・能見・銭報告で指摘された。このシンポジウムは、今後の各国の独自の法体系の下において、給付義務の遅滞・不能・不完全履行さらには給付義務が債務内容でない保護義務等の類型ごとに、それに応じた救済手段の要件論・効果論さらには時効期間などをどのように再構築するかが、今後の世界的課題であることを予測させた極めて意義あるシンポジウムであったといえよう。さて、この後の日本における民法改正の審議にあたって、このシンポジウムで提起された問題はどのように考慮されたのであろうか。

(4) 以上の叙述や私見を前提として、この視角から田中論文が提起した問題点を引き続き検討してみよう。

前述したように、田中論文は、追完請求権の基礎付けにつき、日本法とドイツ法の論議を比較して、両者は、売主の瑕疵なき物の給付義務の存否を問題としている点では共通しているが、この義務が肯定される場合には、本来的給付請求権の一様でないし具体化として、あるいは「現実賠償」として認められるにとどまり、ドイツで問題とされていた「売買契約の原則的規律として買主の追完請求権を認めることが法の基礎にある売買契約の典型に適合する規律として正当化される」という点は必ずしも十分に考慮されてこなかったのではないかと指摘され、その原因として、日本法の下では債権総論レベルでの不完全履行に関する一般原則があることを指摘されている。この指摘はまさに正

当であるが、このことのもつ意味の重大さをもっと強調されるべきではなかったかと、私は考える。つまり、前述したように、ドイツ法は債務不履行につき明文の規定で遅滞・不能の厳格な二元構成をとり、日本法は三元構成をとっていることに加えて、ドイツ法は種類売買に瑕疵担保責任としての追完請求権を明文の規定で認めており、これに対して日本法はこの規定を設けていないという事実の持つ重要性である。日本法の解釈にあたっては、種類売買において不完全な履行がなされた場合には、本来の履行請求権は消滅していないとして、明文の規定に基づく本来の履行請求権の一態様としての追完請求権を基礎付けることが容易かつ可能である。したがってかかる規定を持たないため、本来の履行請求権と瑕疵担保責任としての追完請求権等が問題となったドイツ法のような基礎付けに関する理論構成に苦しむ必要はないものといえよう。このような私見の立場からすると、田中論文の指摘する「ドイツで問題とされていた売買契約の原則的規律として買主の追完請求権を認めることが法の基礎にある売買契約の典型に適合する規律として正当化されるかという視点は必ずしも十分に考慮されていなかった」という指摘は不適切であり、ドイツ法と異なり、不完全履行に関する明文の規定を設けている日本法の下では、その必要がそもそもないものといえよう。田中論文が種類売買の法的保護について言及されていないのが残念である。

(5) 次いで買主の追完請求権の内容確定問題の検討に移ろう。

田中論文は大要以下のように論じている。買主の追完請求権の規律内容やその確定の在り方については、ドイツ法同様日本法の従来の議論においても十分に議論されていなかった。もっとも、従来の追完請求権に関する議論の中で、その法的性質からこの権利の内容確定のための一定の指針が導き出されてはいた。つまり、この権利を本来的履行請求権の一態様・具体化とみる見解は、この請求権にも基本的に本来的履行請求権と同様な規律が妥当するとの指針を導き出し、この権利を「現実賠償」とみる見解は、損害賠償請求権と同様な規律が妥当するとの指針を導き出して

た。さらに、具体的問題として、特定物売買においても買主の代物請求権が認められるかが問題とされ、代替物が特定物売買されたような事例ではこれを認めるべきだとの見解が一部で主張されていた。ただ、このような事例における代物請求権の理論的正当性や本来的履行請求権との理論的關係については必ずしも明白にされていなかったと思われる。これに対して、ドイツにおいては、とりわけ、債務法改正作業及び債務法改正後において、買主の追完請求権の規律内容に関する検討が詳細に展開された。ここでは、本来的履行請求権と同様な規律を妥当させるアプローチと、追完請求権特有の規律を妥当させるアプローチとが大きく対立していた。そして、後者のアプローチにおいては、特有の規律内容を方向付ける要因として、①主観的等価性の原理、②仮定的当事者意思、③売買契約の典型としての工業製品売買の特質、④瑕疵ある目的物の引渡・受領という事態を契機とする当事者の利益、⑤安価費用負担者へ、リスクと権限を委ねるとの考え方があった。また、ドイツにおいては、債務法改正後、特定物売買における代物請求の可否についても、以上のアプローチの対立を反映した激しい議論が行われていた。ここでは、特定物売買の場合の代物請求権の理論的正当化や本来的履行請求権との理論的關係についても検討がされ、さらに、その際の代物請求の可否の基準についても、代替物かどうかを基準とする見解のほか、仮定的当事者意思に基づく「代物可能性」を基準とする見解が主張されていた。

ついで、日本法の従来の議論とドイツの議論を比較すると、買主の追完請求権の内容確定の基本的な指針に関して、日本におけるこの請求権を本来的履行請求権の一態様・具体化とみる見解は、ドイツにおけるこの請求権に本来的履行請求権と同様な規律を妥当させるアプローチに対応するものであり、また、日本におけるこの権利を「現実賠償」とみる見解は、この請求権に本来的請求権とは異なる規律を妥当させる点で、ドイツにおける追完請求権に本来的履行請求権とは異なる追完請求権特有の規律を妥当させるアプローチに概ね該当するといえる。もっとも、後者に関し

ては、日本におけるこの権利を「現実賠償」とみる見解が、この権利に損害賠償請求権と同様の規律を妥当させようとするものであるのに対して、ドイツにおける追完請求権特有の規律を妥当させるアプローチは、必ずしも損害賠償請求権の規律を参照しているわけではなく、上述のような諸要因をきめ細かに検討したうえで追完請求権の規律内容を確定しようとしていたのである。また、追完請求権の規律内容に関わる具体的問題に関しては、日独ともに特定物売買の場合の代物請求権の存否が議論されていた。しかし、日本の議論においては、ドイツの議論とは異なり、特定物売買の場合に代物請求権を認める見解においてもその理論的正当性や本来的履行請求権との理論的關係については、必ずしも明らかにされていなかった。

以上の田中論文の日独の議論の比較整理は、論理的には一応整然とした整理といえよう。しかし、前述した私見の視点から見ると、ややというよりすこぶる不満である。すなわちまず、買主の追完請求権の内容確定の基本的方針についてみると、種類売買における瑕疵担保責任としての追完請求権に何ら触れておられない点である。先に紹介してきたように、ドイツ法の議論をきめ細かく、多面的・広範囲に紹介されているのに、なぜ種類売買の瑕疵担保責任規定である四八〇条明文規定をめぐるドイツ法の議論を紹介されていないのか、不思議でたまらないからである。あるいは、ドイツ法では、本来的履行請求権に基づく追完請求権はなく、四八〇条に基づく追完請求権のみであるので、前者に関する議論はないからであるというのであろうか。ではドイツ新債務法後も、種類売買においては、両者の関係をめぐるこのような議論はないのであろうか。ご教示をお願いしたい。それはともかく、追完請求権の基礎付けのところでも述べたように、内容確定の場面でも日独法の法規定の差異に基づく比較考察・分析が必要といえよう。ドイツ法、さらにはフランス法の議論の混迷については前述したところなので繰り返さない。

次に、田中論文は、特定物売買に代物請求を認める見解においても、日本の議論においては、ドイツの議論と異なる

り、その理論的正当性や本来的履行請求権との理論的関係につき、必ずしも明らかにされていなかったと指摘されたが、この点もやや不満である。というのは、前述したように、修正法定責任説を提唱した先の論稿において、私は、特定物売買において代物請求を認める根拠、さらには本来的履行請求権との理論的関係について、ペータースやフーバーさらには日本の契約責任説に批判的検討を加え、そのうえで私見を詳しく述べているからである。

(6) この後、田中論文は、「債権法改正の基本方針」の検討をしたうえ、「付記」として本稿脱稿後の、日本民法(債権法)改正の動向を付け加え、ここでも、上記同様(1)「債権法改正の基本方針」における買主の追完請求権の規律とその特徴、(2)「債権法改正の基本方針」とドイツ法との相違を詳細に紹介し、「終章」において、ドイツ法の、(1)日本法の議論への示唆として、①買主の追完請求権の基礎付け、②買主の追完請求権の内容確定、(2)今後の課題、①買主の追完請求権の基礎付けと買主の追完請求権の内容確定に関する課題、②関連するその他の課題(3) 結語へと進み、稿を閉じられた。これらの紹介も綿密かつ正確であり、教えられること大であった。ここに特記して御礼申し上げる次第である。本稿で、田中論文への所感として述べたいことは、上記(5)までの論述で尽きているので、これ以降の田中論文の内容に関する所感を述べることは省略させていただく。日本法の改正新法に対する所感については、次の第二章において、改正新法の見事な紹介論稿である潮見論稿を踏まえて論述する。

第二章 新給付障害法の内容とその批判的考察

第一節 売買契約における買主の追完請求権(五六二条)

まず初めに、原始的給付障害である瑕疵担保責任と後発的給付障害である債務不履行責任の関係について、いわゆる特定物ドグマを否定してこれを一元化した新法につき検討してみよう。

(1) 改正前民法は、売買契約において目的物に隠れた瑕疵がある事例につき、五七〇条(売主の瑕疵担保責任)が五六六条を準用して、契約の目的を達成できない場合には契約を解除でき(即時無催告解除)、契約の解除ができない場合は損害賠償の請求のみができると定めていた。この規定の解釈をめぐって、前述したように、瑕疵担保責任の法的性質をめぐって法定責任説と契約責任説とが対立し、当初は前者が通説であったが、その後後者が現れて有力となり、通説となった。

これに対して、改正民法五六二条は、「①引き渡された目的物が種類、品質、又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し、又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。②前項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、同項の規定による履行の追完を請求することができない」と定めた。

(2) 当初、私的な研究グループである改正検討委員会に所属して改正案を検討しはじめ、二〇〇二年からの民法改正委員会(債権法部会)委員、二〇〇六年からの民法(債権法)改正検討委員会委員を含め、一五年近くの長い年月にわたり、債権法の改正に向けた本格的な議論の場にかかわり、新法成立後も精力的に新法の解説・普及に取り組んでこられている潮見佳男教授は、新民法五六二条の持つ意義につき、次のごとく解説されている。この解説は簡にして要を得た優れた解説で非常に参考になる。¹⁾

「(i) 本条は、買主の追完請求権を定めるものであって、売買目的物の契約不適合に関して新設された規定である

が、特定物ドグマを否定する以上、買主に追完請求権があることを定める点に特段の意味があるものではない（正確には、買主の追完請求権を一般的に定めることによって特定物ドグマを否定するものである）。およそ不完全な履行をされた買主が売主に対して追完請求権を有することは、改正前民法の債務不履行法理の下でも当然のこととされていた。買主が売主に対して履行請求権を有しているところ、不完全な履行がされた以上、買主は売主に対して不完全な追完を請求することができるのは、履行請求権の一態様として当然であると解されていたからである（ただし、履行請求権と追完請求権との関係については、諸説がある）。むしろ本条に意味があるのは本条が買主の追完請求権に一定の制約を課している点にある（そのほかにも、民法四一二条の二第一項の規定〔履行不能〕に即して判断される追完不能の場合にも、追完請求権が否定される）。

この説明に続いて、潮見教授は、(ii) 追完方法〔売主の別方法による追完の許容〕に関する本条一項の趣旨、(iii) 買主の帰責事由による不適合履行における追完請求権の否定、この位置づけから、追完請求権が債権内容の具体化したものというよりは売主の不完全履行を理由として買主に与えられる救済手段の一つとなったとの位置づけ、(iv) 本条および民法五六四条〔買主の損害賠償請求及び解除権の行使〕が前提としている売買契約における売主の二つの義務①物の種類・品質・数量に関する契約内容適合給付義務および②契約内容に適合した権利を供与する義務を明確化し、これにより契約責任説の採用、法定責任説の否定、とりわけ特定物ドグマの否定を明確化したとの指摘、(v) 新法の売買の規定は「瑕疵」という表現を意図的に避け、契約適合性の観点から規律を設けていることの結果、「担保責任」という用語は特別の意味を持たなくなり（債務不履行への一元化と担保責任の「解体」、概して契約不適合を理由とする買主の権利ではなく、売主の「責任」の視点から規律を立てるときに、「担保責任」という用語を用いているように思われること、(vi) 改正前民法下では、数量の瑕疵と品質の瑕疵は異質のものと捉えられ別々の

規律がもうけられていたが、新法は両者を物の契約適合性という観点から共通のルールのもとに位置付けていること、(vii) 改正前民法は種類・品質面での瑕疵について「隠れた瑕疵」という要件をたてていたが、新法はこの要件を外している。これは実務上の必要ではなく理論面での整合性を確保した結果である。というのは、「隠れた瑕疵」とは、契約締結にあたっての買主側の善意無過失を指すものであるが、買主側の瑕疵の認識可能性は、当該契約において当事者が売買の客体に与えた意味は何かという点(契約内容の確定)に関する判断(契約の解釈)に取り込まれているから、「契約適合性」の判断と分けて判断することは理論的におかしい、との理由によるものである、との指摘、(viii) 住宅の品質確保の促進等に関する法律(品確法)および商法五二六条(買主による目的物の検査及び通知)、宅地建物取引業法三五条、三七条、四〇条にいう「瑕疵」概念との関係等々について説明されている。

(3) この潮見解説を前提として、改正民法五六二条の意義について検討してみよう。私が一番気にかかる点は、本来の履行請求権と追完請求権の法的性質に関する理論的および実務上の効果論的関連性である。新法は、「特定物ドグマ」をめぐる法的構成の理論的是非(特定物ドグマ・法定責任説の否定、契約責任説の採用等)に気を取られすぎ、瑕疵担保責任と不完全履行責任両制度の効果論を中心とする機能的・比較的考察の具体的な詰めが甘かったのではないかの感を拭いきれないからである。

潮見教授の指摘のように本来の履行請求権と追完請求権との関係には諸説がある。別稿で、教授はこの諸説を次のように紹介されている。

まず教授は、履行請求権の法的性質につき、我が国の通説は、債権の本質を債権者が債務者に対して特定の行為(給付)を請求することができる(債権の持つ請求力)に求め、その結果として、履行請求権は、債権の本来の権能(請求力)として、債権に内在しているものと捉えているが、自分は、履行請求権を、債務不履行が生じた局面にお

いて債権者に対して与えられた救済手段の一つとして損害賠償請求権や解除権と同次元に位置付ける考え方に賛成する。この考え方は、債権とは、債権関係において債務者から一定の利益を獲得することができる債権者の地位であると考えられるものである。契約上の債権関係についていえば、国家が市民の私的自治の原則を認めた結果、契約当事者は、当該契約で合意された「契約利益」の実現を法（国家）によって保障されるのである。このような理解に立てば、履行請求権は、債務者の債務不履行の効果の一つとして、法（国家）によって債権者に認められたものといえる。そして、契約上の債権関係における、他の債務不履行の救済手段である損害賠償請求権や解除権に対して履行請求権が優位性を持つことを、根拠を示して指摘されている⁽³⁾。

この考え方に私見も賛成である。前述したように、一二年前に法律時報で述べた履行障害法の立法構想に関する基本的方針についての私見⁽³⁾で、こう述べている。「履行請求権を第一次的救済手段とする伝統的システムは維持すべきこと、さらに、債務不履行の救済手段とその成立要件については、債務不履行の内容・類型ごとにそれに適切な救済手段すなわち（強制的）履行請求権（追完請求権についての特別規定を含む）、損害賠償請求権、解除権を選んで割り付けたい。解除規定は、現行法との連続性を重視し、契約総論中に債権総論との関係に留意しつつ配置するのが望ましい。救済手段の要件論もその類型に応じた要件を規定すべきこと。強制履行の請求には帰責事由は不要であること。この救済手段は、社会秩序維持のため自力救済を禁止することの代わりに、国家が公権力に基づき、裁判制度、執行制度を媒介として、当事者間の契約・合意内容の実現を、債務者の人格尊重に配慮しつつ保証し、協力する制度として設けられている法定の制度である」と。

(4) 潮見教授は、さらに進んで、履行請求権と追完請求権の関係問題について五種類の立場が理論的に成り立ちうる⁽⁴⁾として次のように説明されている。

(A) 履行請求権も、追完請求権も、ともに契約に基づいて成立し(したがって、どちらも契約の効果である)、かつ、追完請求権は、不完全な履行がされた場合において本来的履行請求権が具体化したものにすぎないとする。そのうえで、追完請求権については履行請求権の一般法理がそのまま妥当するから、あえて特別の法理を用意する必要はないとする。従前の多数説は、明確に述べてはいないものの、このような立場に依拠していたものと目される。

(B) 履行請求権も、追完請求権も、ともに、契約に基づいて成立し(したがって、どちらも契約の効果である)、かつ、追完請求権は、不完全な履行がされた場合において本来的履行請求権が具体化したものにすぎないとする。しかし、追完請求権が問題となる局面では、不完全の履行をしたという先行する事実を考慮に入れて、契約の内容・属性について特別の制約を課するのが適切であるとして、このための特別の法理を用意すべきだとする。

(C) 履行請求権は、契約に基づいて成立する(したがって、契約の効果である)が、追完請求権は本来的請求権とは異なるものであって、不完全な履行がされたときに債務不履行の効果として債権者に特別に与えられるのである(不完全な履行がされた後の追完(修補・代物引渡し)の請求は本来的履行請求権によるものではないということになる)。したがって履行請求権とは別に、債務不履行の効果として追完請求権の要件と限界を定めた債権法の一般法理を認めるべきだとする。旧法下では瑕疵担保責任において瑕疵修補請求権を「現実賠償」として捉える考え方が我が国でも主張されたことがあるが、この考え方を一般化したならば、(C)のような立場へと展開する。

(D) 履行請求権も、追完請求権も、ともに契約の効果として認められるものではなく債務不履行の効果として認められる手段であり、かつ、追完請求権は不完全な履行がされた場面で履行請求権が具体化したものにすぎないとする。そのうえで、追完請求権については履行請求権の一般法理がそのまま妥当するから、あえて特別の法理を用意する必要はないものとする。

(E) 履行請求権も、追完請求権も、ともに契約の効果として認められるのではなく債務不履行の効果として認められる救済手段である。そのうえで、履行がない場合の履行請求権と不完全な履行がされた場合（および履行期前に不完全さが判明した場合）の追完請求権は異質な権利であり、後者が問題となる局面では、不完全な履行をした（または履行期前の時点ですでに不完全さが存在している）という先行する事実を考慮に入れて、権利の内容・属性について特別の制約を課するのが適切であるとして、履行請求権とは異なる法理を留意すべきだとする。国際物品売買契約（CISG）四六条における履行請求権（一項）・代替物引渡（二項）請求権・修補請求権（三項）の建付けはこの立場に近い。

右のうち、潮見教授は、(E) の立場を支持するものであるが、法制審議会民法（債権関係）部会において多数を占めていたものと思われる見解は（A）または（B）の立場を支持していたようであるとのことである。

(5) 以下これらの説の妥当性について検討してみよう。

① まず、追完請求権は、不完全な履行がされた場合において本来的履行請求権が具体化したものにすぎず、履行請求権の一般法理がそのまま妥当するから、あえて特別の法理を留意する必要はないとする（A）説及び（D）説についてみると、この考え方は、改正前民法下で、不完全な履行をしたという先行する事実を考慮に入れて、追完請求の期間につき信義則あるいは瑕疵担保責任規定の適用などにより履行請求権の一般法理を補正し、妥当な解決を導いた事情を無視するものであって賛成しえない。立法論上は、追完請求の内容・属性について新法では特別の制約を課す明文規定を設けるのが適切であり、特別規定を設けた新法は妥当であったといえよう。

② つぎに、特別規定設置必要説に立つ残りの説についてみよう。これらの説は、追完請求権の法的性質につき、追完請求権は本来の履行請求権とは別個独立した権利とする説（異質説）とこれを否定する説とに分かれている。異質

説に立った場合、不完全な履行がなされたとき、本来の履行請求権は消滅するとみるのか、それとも並立するとみるのであろうか。並立しているとすれば、債権者はそちらを選択することが可能となり、追完請求権に課された制約（行使期間の制限など）が無意味となるから、おそらく消滅すると解釈することとなる。追完請求権発生と引き換えに本来的履行請求権は消滅するものと解する余地がないが、不完全な履行であっても消滅することの法的根拠如何が問われることとなろう。新法はこの点の明文規定を欠くからである。そうかといって、追完請求権に課された制約はそのまま別個独立の権利である本来の履行請求権にも及ぶと解釈するのも不自然極まりない解釈である。両請求権は別個独立のものではなく、追完請求権は先行した不完全履行により本来的履行請求権が具体化したものであるから、これらの制約は本来的履行請求権に及ぶと解釈するのが素直であり、妥当といえよう。そうだとすると、必要説に立つ異質説のうち、(C)説と(E)説には賛成できないこととなる。なお、潮見意見については後述する。

③ 残るは(B)説である。契約の効果として求められる追完請求権は、本来的履行請求権と別個独立の権利ではなく、不完全な履行がされた場合において本来的履行請求権が具体化したものにすぎないが、追完請求権が問題となる局面では、不完全な履行をしたという先行する事実を考慮に入れて、契約の内容・属性について特別の制約を課すのが適切であるとの見解については賛成である、しかし、本来的請求権、追完請求権のいずれも債務不履行の効果とするのが私見であり(この点は(C)、(D)、(E)説に賛成)、B説がこれを契約の効果と見る点には反対である。

私見は、履行請求権は契約の効果として認められるものではなく債務不履行の効果として認められる手段(債権者の救済手段)であるが、不完全履行がなされた場合は、全くの債務不履行(履行遅滞や履行不能)と異なり、不完全ながらも程度のある履行はなされているのであるから、不完全さの内容に応じて、代替物の引渡し、あるいはそれを制約する修補の請求が認められ、これらの請求には一定の期間制限が課されるべきものと考ええるものである(追完請求

権は本来の履行請求権が具体化したもので異質の権利ではない)。追完請求権という用語が新法で採用されてはいるが、その実質はこのようなものと解釈するのが妥当と考える。

(6) 私見がこのように考える理由について少し詳しく述べておきたい。

まず、追完請求権を本来的履行請求権とは異質なものと捉える解釈をすると、ドイツ法が陥った昏迷状態と同様な事態が発生することが危惧されるからである。前述したように、ドイツ旧法は、瑕疵担保責任を原始的給付障害として債務不履行の枠外の法定無過失責任と構成し、後発的給付障害については、これを二つに分け、債務者無過失の場合には危険負担、有過失の場合は債務不履行と構成したうえ、債務不履行につき不能と遅滞の厳格な二元構成をとつていた。そして、立法当時は、今日いう意味での不完全履行概念が知られていなかったために、遅滞でも不能でもない後発的給付障害である種類売買の不完全給付の法的救済については、古典的瑕疵担保責任制度を拡張して、債権者保護のために有用且つ必要な救済手段である追完履行請求権を瑕疵担保責任の内容として認めたくえ、これを短期消滅時効にかけるという立法をした(旧日民法四八〇条)。ところが、これにつられて瑕疵存在の基準時を契約締結時ではなく、引渡時としたために後発的給付障害である危険負担との重畳関係をめぐる難問が発生し、また、異種物給付(Falschlieferung)の取り扱いとの関係で主観的瑕疵概念の採用・瑕疵概念の拡張問題をめぐる論争が生じたことは周知のとおりである。⁽⁵⁾

その後のドイツ法学の混迷はこの欠陥立法に由来するというのが、私見の基本的発想である。繰り返しになるが、このドイツ法学の批判的研究をもとに、種類売買や請負契約はもちろんのこと、「なす債務」の後発的給付障害の場合さらには「不代替物」の特定物売買でも、「事業者による新築建物の分譲契約や中古・新古自動車などの特定物売買」といった民法典が必ずしも予想していなかった新しい商品取引契約においては、事業者である売主は瑕疵修補を

容易になすことができ、かつそれが彼の利益にもなること、買主もまた一般的にはそれを期待していることなどの理由から、黙示の意思表示あるいは商慣習を根拠として、限定的な追完つまり瑕疵修補求権による法的救済を図るべしという修正法定責任説を私は年来主張している。換言すると、私見の解釈論の基本的立場は、沿革的に見て債務不履行とは異質の制度であった古典的瑕疵担保責任制度の拡張論でも廃止論でもなく、本来の適用領域への限定的維持論である。そして、その他の新しい商品取引における問題領域への対応は不完全履行論の展開で対処すべしとする主張である。しかし、以上の考え方はあくまでも現行法の解釈論であったのであり、新法の解釈論となると話はまた違ってくるが、この点は後述する。

(7)二〇〇二年一月一日に発効したドイツ新債務法は、前述のような社会的あるいは法的現象を背景として古典的給付障害法の基本的構造を大きく変革した。ドイツ新法は、旧法の特定物売買の瑕疵担保責任規定とともに、四八〇条をも廃止し、種類売買の法的保護につき、瑕疵担保責任による法的保護を捨て、債務不履行責任の処理に一元化した。これはまさに種類売買の売主に瑕疵担保責任を認める必要なし、不完全履行責任のみで処理せよと主張してきた法定責任説の主張と同様の結論である。債務不履行の一類型としての不完全履行類型を認めるという制度設計が本来なされるべきであった瑕疵担保責任（種類物の売買や贈与、さらには請負契約における瑕疵担保責任などの後発的給付障害）の債務不履行責任化は当然の改正といえる。

ドイツ新法や改正日本民法のように、原始的給付障害と後発的給付障害の垣根をとり外し、両者を一括して、原則的・一般的に瑕疵なき物の給付義務を売主に課し、そのうえで、本来の瑕疵担保責任にあたる問題部分につき、要件・効果上例外的な制限規定を設けて対応するというやり方は、種類売買による財貨の取引が中心となっている現代社会では一つの優れた立法技術であるとの評価も可能ではある。しかし問題はこの立場をとった場合に生ずる効果論

上の難問を解釈によってどう防ぐべきかにある。

まず、ひとつの問題は、原始的給付障害に関わる不代替物の特定物売買や贈与契約、さらには数量指示売買の担保責任まで含めた契約責任化にある。これらの類型では、給付の目的物の性質上、代替物あるいは数量不足の土地の追完給付は物理的に不可能であり、瑕疵の修補はそれがたとえ物理的に可能であったとしても、相手方に常にそれを期待するのが合理的か、疑問がないわけではない（とくに市民間取引の場合）。不代替的特定物売買と種類売買のかかる実態的差異は、法的救済手段の構築上、完全な一体的処理を許さず、総論あるいは各論の何らかの場所で例外規定を設けざるをえない。追完請求の否定ないしは制限、即時無催告解除の例外的肯定、有償契約における帰責事由を要件としない代金減額請求権の許容（その実質は契約の一部解除である）などがその一例である。法典上、給付障害法の再構築により、瑕疵担保責任制度やその名称をなくしても、実際の法的救済・効果論上その実質を残さざるをえないし、現にドイツ新法はこれを残している（二七五条、四三九条）。

前述したところとの繰り返しとなるが、原始的不能と後発的不能の区別をなくし、両者を一体化して「履行不能」類型を消滅させ、一元的な債務不履行制度を構築し、さらにその結果として、危険負担制度をも給付障害法に体系的に一元化しても、物理的・社会的実態として、履行不能現象がある限り、履行請求権およびその強制履行の許容を第一次的保護手段として位置づける法的救済システムの下では、ここでも完全な一元化は困難であり、非合理的でもある。現にドイツ新法は、当初フーバーが提唱していた一元化構想を受け入れず、不能、遅滞、不完全履行（不本旨履行）、有償契約に特有な原始的給付障害である瑕疵担保責任、さらには後発的給付障害に当たる危険負担について、それぞれに対応した特有の規定を残している事実を見逃すべきではない。

ドイツ新法では取り上げられなかった無償契約における給付障害の救済システムがどうなるかも残された課題であ

った。これら一連の問題の体系的再整理が、その後のドイツ民法学の重要課題となった。前述した比較法学会シンポジウムその他で紹介されたように、新法施行後のドイツの判例・学説上、新法に対する批判的見解が多数あらわれているようであるし、フランスでも法定責任説の見解が近時有力となっているという。また、特定履行が例外とされた英米法や、近時の国際的立法動向でも履行請求権あるいは売主の追完権の許容傾向が認められる。この場合に遅滞・不能・不完全履行さらには履行請求が問題とならない保護義務類型ごとにそれに応じた救済手段の要件論・効果論を再構築することが、それぞれの国の法体系の下において今後必要となると予測される。EU指令との関係で改正を急がされたドイツ新法には、なお、いくつかの問題が残されている。ドイツ法については、新法成立後のドイツの判例・学説の展開を踏まえた慎重な検討が必要といえよう。⁽⁶⁾

(8) 以上述べた問題点につき、以下追完請求権をめぐる紛争につき、具体的説例を挙げて検討してみよう。

〔設例〕① Aは友人のBからその所有する中古自動車一台を百万円で買い受け、引き渡しを受けた。早速乗り回してみたところ、エンジンに不具合があることを発見した。A B間の法律関係如何。

〔論点〕本設例の売買の目的物は新車でなく中古車なので不代替物の特定物売買であり、契約締結の時点で目的物に隠れた瑕疵があつた場合の買主の法的保護如何が争点である。

本事例は原始的給付障害の一事例であり、改正前民法の下では、有償契約である売買契約の場合は、売主の瑕疵担保責任の問題となり、契約目的不達成の場合は契約を解除（即時無催告解除）し、かつ損害賠償の請求ができ、そうでないときは損害賠償の請求だけができる。売主の責任は無過失責任である。買主の解除及び損害賠償の請求は買主が瑕疵を発見したときから一年以内にしなければならない（旧五七〇条・五六六条）。特定物ドグマに立つので、追完請求権・瑕疵修補請求権は認められていない。契約締結後、引き渡しまでの間にBが欠陥に気が付き業

者に修繕させて欠陥なき車を引き渡したときは、原始的給付障害は消滅しているので、いうまでもなく担保責任は消滅する。なお、本事例は、原始的給付障害のみで、後発的給付障害は生じていないので危険負担の問題は生じない。

改正新法の下ではどうか。特定物ドグマを否定し、瑕疵担保責任を債務不履行責任と一体化して原始的給付障害と後発的給付障害の垣根を取り外した新法の下では、本事例の解決は以下になるであろう。まず、不代替的特定物売買において契約不適合物が給付された本事例の下では、契約締結時点で目的物に隠れた瑕疵があったかどうかは問題とされず。目的物の給付・引き渡しの特時点で契約不適合であったかどうかは問題とされる。特定物ドグマを否定しているので、買主は売主の債務不履行責任を追及して追完請求権を行使し、原則として契約の趣旨に適合する追完請求すなわち代物請求や瑕疵修補請求さらには契約の解除、損害賠償の請求をすることができる。しかし、不代替物の特定物売買なので、代物給付の一方的請求は不能であるからできず、また修補請求は売主が中古車の販売業者ならともかく、普通の市民の場合には期待できず、事実上、解除と損害賠償による解決ということになる。そうだとすると、結局のところ、不代替物の特定物売買の事例では、買主の救済は解除（即時無催告）と損害賠償の請求にとどまることとなり、瑕疵担保責任を債務不履行責任に取り込み一元化しても、実質的には、瑕疵担保責任による救済と効果は同一となり、瑕疵担保責任の実体は残っているわけである。ただし、売主が中古車の販売業者の場合には瑕疵修補請求を認める余地がある点にメリットがあるとはいえる（修正法定責任説に立つ私見はこの点は解釈〔黙示の意思表示あるいは商慣習〕により認めていた）。

以上の理は、売買の目的物が不動産（建物の売買で床下に白蟻が巣を作っていた事例など）でも同様であろう。

〔設例〕② Aはカタログを見てB時計店から甲社製の置時計を注文し、自宅に搬送してもらった。Bが受け取った段ボール箱を開けてみたところ、置時計が損傷していた。原因を調べたところ、Bが車で搬送中に第三者の運転する

車に追突され、その際に損傷が生じたものという事実が判明した。A B間の法律関係如何。

〔論点〕 本設例の売買の目的物は代替物で、契約締結時に目的物は特定していなかったため、種類売買（不特定物売買）であり、売主の履行過程で後発的給付障害の発生によって完全な履行がなされなかった場合（不適合履行）における買主の保護如何が論点である。

この設例については、すでに第一章で取り上げ（ただし、引き渡しを受けた置時計の返還義務の部分はこの設例②では省略。この問題については後述する）、改正前民法の下での解決方法について説明しているので、それに譲り、次に新法の下ではどうなるかについて検討しよう。

この問題、新法は、契約責任説に立脚して瑕疵担保責任を債務不履行責任に取り込み、前述したように五六二条の追完請求権の認容でこの問題を解決している。すなわち、本事案において買主Aは、売主Bに対してその過失の有無を問わず、代替物の引渡し、あるいは目的物の修補による履行の追完を請求することができる。ただし、Bは、Aに不相当な負担を課するものでないときはAが請求した方法とは異なる方法による履行の追完をすることができる。さらに、Aが相当期間を定めて追完請求をし、その期間内にBが追完しないときは、Aは、その不適合の程度に応じて代金の減額請求をなすことができる（五六三条一項）。もっとも、①追完が不能のとき、②Bが追完拒絶の意思を明確に表示したとき、③契約の行為又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行しなければ契約目的を達成できない場合においてBが履行の追完をしないでその時期を経過したとき、④以上の他、Aが前項の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないときは、催告をすることなく直ちに減額を請求することができる（五六三条二項）。さらに、瑕疵担保責任を債務不履行責任に取り込み一元的な救済手段として構築した新法は、追完請求権の行使による救済の他に、債務不履行の他の基本的救済手段である損害賠償の請求（四一五条・債務者に帰責事由）

新法の下では、その有無は、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断される）があることが要件）、及び契約不履行の救済手段としての解除権の行使（五四一条・五四二条）を認めている。種類売買である本事例の下では、当該種類物のすべてに欠陥があった場合や、売主の倒産等の特別事情のない限り、追完不能ということはないから、Aの代物請求にBが応ずる形で決着するのが通常であろう。

さて、設例①と②の事例において、契約責任説に立脚して立法したという新法のこのような解決は、どのような意義を有するものであろうか。特定物ドグマを否定し、瑕疵担保責任も債務不履行責任であるとして、種類売買にも瑕疵担保責任規定の適用を認めたのが契約責任説である。これに対して、種類売買の法的保護には、原始的給付障害の救済手段である瑕疵担保責任（法定無過失責任）規定の適用はなく、後発的履行障害を対象とする債務不履行責任のみで対処すべきであること、不完全な履行では本来の履行義務は消滅しないので、債務者の帰責事由（過失）の有無を問わず、債権者は追完請求をなしうること、ただ、不完全履行は全くの不履行ではなく、不完全ながらもある程度の履行はなされているので、この点を考慮して、追完履行の請求期間につき信義則に基づく一定の期間制限を解釈によって認め、あるいは、民法の予定していなかった新しい商品取引、例えば業者による中古建物や中古自動車の売買などでは黙示の意思表示あるいは商慣習に基づき瑕疵修補請求を認め、さらには立法論としては、これまで解釈によって認めたこれらの点について、明文の規定を設けて妥当な解決を図るべし、とするのが法定責任説・修正法定責任説であった。

この見地から見ると、新法が、一方において、不代替物の特定物売買における契約不適合物の給付事例（不完全履行）の救済にあたり、その救済を瑕疵担保責任ではなく債務不履行責任と構成しながら、事実上、追完あるいは修補請求が不能あるいは期待不可能であるため、債務不履行の基本的救済手段である代物請求や瑕疵修補請求を認めえず、

解除と損害賠償の請求にとどめ、他方において、種類売買における契約不適合物の給付の事例では、その救済手段として、種類売買にも瑕疵担保責任の適用を認めていた契約責任説と異なり、新法が、瑕疵担保責任の救済手段である即時無催告解除を認めず、催告解除を原則としたという事実は、効果論上、法定責任説あるいは修正法定責任説の主張を取り入れたものとなっているともいえるのではあるまいか。もっとも、不完全履行の救済手段につき、本来の履行請求権に基づく追完請求以外に明確な判断基準を示していなかった旧法を補正して前述のような規定を設けた新法は、この点に関する限り、法定責任説の立場から見ても、優れた改正であったと評価できる。問題は、前述した新法の下で解釈が分かれている追完請求権の法的性質と行使の要件論、さらには同じく後発的障害である危険負担と債務不履行制度との関係をどう整理するかにある。前者についてはすでに述べたので、以下、まず債務不履行に基づく契約解除制度（第三章）を検討したうえで、危険負担制度・契約の解除と危険負担との関係・危険移転問題（第四章）についての検討に入ってゆこう。

第二節 契約の解除（五四一条～五四八条）

解除権行使の要件として債務者の帰責事由を不要とした改正をはじめとする、新法の解除制度について、私見は目下のところ、特段の異論を述べる必要性を感じていない。しかし、後述する危険負担と契約解除の制度間競合問題を検討する前提として、新法の解除制度についての私の理解を整理しておく必要性を感じ、ここでも、明解な潮見解説の概要を次に紹介させていたただく。

1 催告解除（五四一条）

(i) 催告による解除を定めた改正新法五四一条は、改正前民法五四一条本文を維持したうえで、ただし書を追加したものである。ただし書は、債務者が債務の履行をせず、催告にも応じなかった場合に、相当期間が経過した時点において当該債務の不履行が軽微なものにとどまると評価される場合には解除を認めるべきでなく、債権者としては損害賠償その他の救済手段で満足すべきである、との考え方による。軽微性の判断基準時は相当期間経過後の時点である。換言すれば、本条は、催告後相当期間経過しても債務者が債務を履行せず、かつその不履行が軽微でないときに、債権者の解除権の行使を認めたものである（軽微性の抗弁、不履行が軽微であるときにのみ、催告解除が否定される。債務者は契約目的の達成がなお可能であるということを主張・立証してもそれだけでは解除を免れることはできない）。

「軽微」性の判断基準は明文化されていない。立案担当者は、①不履行態様の軽微性、および②違反された義務の軽微性が問われるものと考えていたようだが、潮見教授は、個人的見解と断った上で、①・②のいずれも、不履行が「軽微」か否かは、債務者の追完・追履行に要するコストと、相当期間経過後の債務の本旨に従った履行を受けられないことによる債権者の不利益を——比例原則（過剰介入及び過少介入禁止）の視点から——比較考量して判断すべきであり、履行の追完・追履行に過分の費用が必要であるため、契約の拘束から離脱することに向けられた債権者の解除の主張が過大なものと評価されるかどうかという観点から軽微性の有無（＝解除権行使の是非）を判断するのが適切である、とされる。

(ii) 本条（次条も同じ）は、解除をするのに債務者の帰責事由は不要であるとの立場で立案されたものであり、改正前民法下での通説から発想を大きく転換している（債務者に対する責任追及の手段としての解除制度から、債務の

履行を得られなかった債権者を契約の拘束力から解放するための手段としての解除制度へ）。この観点からは、当初の債務不履行後の催告に対する無応答という債務者の態度も加味すれば、当該債務不履行により債権者が契約を維持する利益ないし期待を失っている。したがって契約目的の達成が可能か否かに関係なく、債権者を当該契約の下に拘束しておくことが当該債務不履行を受けた債権者にとって、もはや期待することができないという事態である——との理解から、正当化されることになろう（広い意味での重大な契約違反の一類型であるといえる。⁽⁷⁾）。

2 無催告解除（五四二条）

(i) 無催告解除を定めた改正新法五四二条一項は、立案担当者の理解するところでは、いずれも、債務不履行により契約目的の達成が不可能となったと評価できる場合である（広い意味での重大な契約違反の一類型）、という。前述したように、この場合にも解除に債務者の帰責事由があることは不要とされている。

一号は、全部の履行不能を理由とする契約解除（改正前民法五四三条に対応）。二号は、債務者による明確な履行拒絶を理由とする契約解除。三号は、一部の履行不能または一部の履行拒絶が契約目的の達成不能をもたらすことを理由とする契約の全部解除。四号は、定期行為における無履行を理由とする契約解除（改正前民法五四二条に対応）。五号は、契約目的達成不能を理由とする契約解除の場合であり、いわゆる受け皿規定である。

(ii) 本条二項は、一部の履行不能または一部の履行拒絶を理由とする契約の一部の無催告解除を定めたものがある。これ以外の一部不履行場合の催告による一部解除・全部解除の問題や複数契約の解除については解釈にゆだねられている、という。⁽⁸⁾

3 債権者の責めに帰すべき事由による不履行と解除（五四三条）

「債権者の責めに帰すべき事由」による債務不履行の場合には、契約解除権が認められないとする本条は、帰責事由のある債権者に契約の拘束力からの離脱（双務契約にあっては、反対債務からの解放）を認めるのは相当でないとの理由によるものである。後述する危険負担に関する五三六条二項と、要件面で平仄が合わせられている。このような規律目的からすると、「債権者の責めに帰すべき事由」への該当性は、当該契約の下で債権者を契約に拘束し続けること（さらに、債務者からの反対債務の履行を拒絶すること）が正当化されるか否かという観点から判断されるべきものである。この点で、過失相殺にいう「債権者の過失」とは観点を異にするものであるし、民法四一五条一項で問題となる「債務者の責めに帰することができない理由」とは、当該契約のもとでの不履行原因に関するリスク分配という点では共通するものの、民法四一五条一項の「債務者の責めに帰することができない理由」は、不履行による損害のリスクを当該契約の下で債務者が負担していか否か（債務者を損害賠償から免れさせることが正当化されるか否か）という観点から評価されるものである点で、民法五四三条（さらに、民法五三六条二項も）の「債権者の責めに帰すべき事由」の評価視点とは異なる⁽⁹⁾。

4 解除の効果（五四五条）

(i) 本条一項・二項は、改正前民法五四五条一項・二項と同一である。(ii) 三項は、金銭以外の物を返還する場合には、現物とともに、その受領の時以降にそのものから生じた果実を返還しなければならぬとして、本条二項と平仄を合わせたものという。(iii) 本条四項は、改正前民法五四五条三項と同一である⁽¹⁰⁾。

5 解除権者の故意・過失による目的物の損傷等による解除権の消滅（五四八条）

本条は、履行がされた後に目的物が解除権者の故意・過失によって滅失あるいは著しい損傷等を受けた場合を扱うものであるが、改正前民法五四八条一項における「自己の行為若しくは過失」による目的物の滅失等の規律を、「故意若しくは過失」と文言表記を改めたうえで、新たにただし書を追加したものである（改正前民法五四八条一項自体は、同項に該当する事態が生じたときには、債権者は解除権を放棄したものと評価できるという理解に立っていた）。ただし書を追加した理由は、解除権者の故意・過失による滅失等の場合に解除権を消滅させるのは、滅失等の行為が解除権を放棄する行為であると評価できるからであるところ、解除権を放棄したと評価できるためには、その前提として、解除権を有するものが解除権を有していることを知っていたのでなければならぬと考えられたことによる、という。改正前民法五四八条二項は、とくに規定をしなくても、その内容は一項の規定から明らかであるから、削除されたという。⁽¹¹⁾

第三節 危険負担（五三六条・五三七条）

1 目的物の滅失・損傷の危険負担

双務契約により発生した特定物引渡債務における後発的引渡不能の場合において、所有者危険負担の思想を基礎に据えて債権者主義を定めた改正前民法五三四条（およびこれに関連する五三五条）に合理性がないことは、ほぼすべての学説によって認められていたところである。新法五三六条は、これを受けて、改正前民法五三四条および五三五条を削除し、新たに五三六条を設け、「当事者双方の責めに帰することができるできない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」旨定めた（五三六条一項）。さらに、改

正民法は、五四二条に、債務の履行が全部または一部不能の場合には、債権者は債務者の帰責事由の有無を問うことなく、無催告解除ができる旨の規定を設けた。裏返せば、新法の下では、双務契約において、債務の履行が不能となったからといって債権者の反対債務が当然に消滅するわけではなく、反対給付の履行を拒絶するか、あるいは自己の負担する債務から解放されたければ、契約解除の意思表示をしなければならないこととなったわけである。

改正後の民法はこのような解除制度と矛盾することのない形で危険負担制度を存知させるため、改正前民法における危険負担制度に対して本質的な変更を加えた。すなわち、改正前の民法下の危険負担の制度は、双務契約において債務者の責めに帰すことのできない事由によって債務の履行が不能となったときに、反対債務が当然に消滅するか（債務者主義）、または存続するか（債権者主義）という効果と結びつけられて設計されていた（債権消滅構成）。これに対して改正後の民法は、双務契約において、債務者の責めに帰すべき事由によって債務の履行が不能となったときに、債権者が債務者からの反対債務の履行請求を拒絶することができるか否かという効果と結びつけて、危険負担制度を設計している（履行拒絶権構成）といえれば、債務の履行不能を理由として反対債務を消滅させるためには、債権者は解除の意思表示をしなければならないのである。⁽¹²⁾

この点を別の角度から見ておくと、従来の学説は、危険負担の意義につき、いったん成立した双務契約において、双方の履行が完了する前に、一方の債務が目的物の滅失等によって履行が不能となった場合に、他方の債務は消滅するかというのが危険負担の問題であると解していた。この考え方は、原始的不能の場合と対応するものであった。すなわち、改正前民法の下では、双務契約の一方が原始的不能であった場合（たとえば建物売買契約において契約締結前に建物が焼失していた等）には債務は不成立であり、契約は当然に無効となるとされていた。そこで、この場合、そもそも他方の債務がどうなるかを考える余地も必要もなかった。あとは契約締結上の過失が問題となるのみであっ

た。しかし新法の下では、契約成立前に履行が不能であっても契約の成立は妨げられず、債務が実現できるかどうかはすべて履行上の問題として処理されることとなった。そこで、契約締結の前後を問わず、双務契約の一方債務が履行不能であっても他方債務は成立・存続し、その履行がどうなるかのみが問題となることとなったわけである。

さらに、債務が履行不能となった場合に、その債務は消滅するかどうかの問題がある。従来の学説によれば、原始的不能の場合に債務が成立しないとする以上、後発的不能でも当然債務は消滅するというのが合理的と考えた。ただし、後発的不能となったことにつき債務者に帰責事由があるときは債務不履行責任の問題となり、債権者保護のために債務は消滅せず損害賠償（填補賠償）債務として存続するものと構成した。そこで、双務契約では、この債務と他方の債務とが牽連関係を有しながら存続することとなった。その結果、危険負担は、債務者に帰責事由がなく、債務が全部または一部消滅する場合にのみ問題となるわけである。

しかし、民法改正により、債務が履行不能であっても債務は成立し存続することとされたので、後は帰責事由の有無によって履行の責任の有無を考えればよく、また、他方の債務については、債権者が自己の債務の履行を免れるために履行拒絶権を行使するか、さらには、契約を解除できるかどうかを考えればよいことになった。このような考え方の下では、双務契約の一方の債務が消滅した場合に他方の債務が消滅するかという問題自体が成り立たなくなったわけである。

要するに、危険負担制度は、従来の学説の下では、双務契約における一方の債務が債務者に帰責事由がない履行不能によって消滅する場合に、他方の債務はなお存続するのかわりという問題であった（債務消滅構成）。しかし民法改正後は、履行不能によっても債務は消滅せず、債務の履行ができないだけであり、危険負担は、その場合に他方の債務の履行を拒絶できるかという問題として再定位されることとなった（履行拒絶構成）¹³のである。

2 目的物の滅失についての危険の移転（五六七条）

以上の危険負担で述べたことを前提として、さらに、目的物引渡前と目的物引渡後に分けて、目的物の滅失・損傷に関する危険負担につき、以下具体的設例を挙げて問題点を検討してみよう。

（1）引渡前の滅失・損傷事例

〔設例〕③ Aは、B画商から故人の有名画家筆の絵画を一千万円で買い、Bの車で自宅に届けてもらった。届けられた荷物を受け取ったAが荷解きしたところ、その絵画が一部損傷していた。この損傷は契約締結時には存在していなかったため、原因を調べたところ、Bが車で搬送中に、第三者の運転する車に追突され、その際に損傷したという事実が判明した。A B間の法律関係如何。また、この絵画が全部滅失した場合はどうか。

〔論点〕 本件売買の目的物は設例①と同様不代替物の特定物売買であるが、当事者双方の責めに帰すべからざる事由による後発的給付障害の一事例である。改正前民法の下では、双務契約である売買契約の場合、債務者の責めに帰すべからざる事由によって債務の履行が全部または一部不能となって消滅した場合、他方の債務は消滅するかどうかの問題つまり危険負担制度で問題の処理がなされていた。前述したように、危険負担には、①不能となった債務の債務者に危険を負担させ、反対債務が消滅するとする主義（債務者主義）と、②不能となった債務の債権者に危険を負担させ、反対債権は消滅しないとする主義（債権者主義）とがあり、民法では、①を原則とし（旧五三六条一項）、例外的に特定物に関する物権の設定又は移転を目的とする双務契約では、②がとられていた（旧五三四条一項）。しかし、双務契約の対価的牽連性からすれば一方の債務が消滅すれば他方の債務も消滅するというのが合理的であること、債権者主義は、原始的不能の場合（契約不成立）と比べて不均衡であること、その他の理由から、従来の学説は、債

権者主義のもたらす不都合な効果を解釈によって回避し、債権者に危険が移転する時期は契約成立時ではなく、目的物についての「支配」が移転した時であるとする「支配移転説」が通説化していた。この考え方によれば、目的物に対する支配の移転前に生じた損傷事例である本設例の事例では、債務者Bが危険を負担することとなる。そして、絵画が滅失した場合は全部不能として代金債務は当然消滅。一部の損傷にとどまる場合でもその一部不能が給付全体の価値を失わせる性質のものであれば反対給付を請求する権利が全部消滅することはいうまでもない。しかしそうでない場合は反対給付を請求する権利は、不能となった部分に相応するだけ当然に縮減する。反対給付が金銭の場合は代金減額となる。因みに、損傷の程度が軽く修補が可能な場合は一部不完全履行として扱い、Bが追完履行することによってAの代金債務は消滅せず存続するとの扱いも可能であろう。この救済方法は、危険負担構成ではなく、債務不履行構成であるが、損害賠償請求と異なり追完請求には債務者の帰責事由を要しないとする立場では、旧法の下でも認められ得たであろう。

では改正新法の下ではどうか。新法は、原始的不能の場合と辻褃をあわせ、契約成立後一方(売主)の債務が履行不能となっても、他方(買主)の債務は当然に消滅しないものとし、債権者は債務者の帰責事由の有無を問うことなく反対債務の履行を拒絶するか、さらには反対債務を消滅させるために契約を解除することもできるものとした(履行拒絶構成)。換言すれば、買主Aは、売主Bの引渡債務の履行が全部不能であっても代金支払債務の履行義務を免れず、拒絶権あるいは解除権を行使することではじめて代金債務の履行を免れることになる。また一部不完全履行の場合は、一部の拒絶権の行使あるいは契約の一部解除による代金減額、さらには追完可能な場合は追完請求による救済を受けることも可能であろう。

前述したように、旧法の下では、引渡前の目的物の滅失・損傷につき、債務者に帰責事由がない場合は危険負担制

度（債務の当然消滅による救済）、ある場合は債務不履行責任制度による救済とする明確なすみ分けができていた。しかし、新法は債務者の帰責事由の有無を問わない債権者の履行拒絶権（危険負担・反対債務不消滅）あるいは債務者の帰責事由の有無を問わない契約解除権（反対債務不消滅のため債務不履行責任・追完請求と解除権による救済）としたので、問題が複雑となったように思われる。

例えば、追完請求権の行使には一定の期間制限（不適合を知った時から一年以内の通知義務）があるのに対し（五六六条）、解除権の行使には行使期間の制限に関する定めがない限り、原則として期間制限がないから（五四七条）、両者の関係如何が問題となろう。また、拒絶権の行使期間については、抗弁権の永久性理論で、期間制限はないであろう。追完請求権の行使が期間制限のため不可能となっても、期間制限のない履行拒絶権や解除権の行使で債権者は保護されるので、それで十分だというのであろうか。債務者の保護は考えなくてもよいのか。債務不履行責任と危険負担との関係につき、立法過程でこれらの点はどのように考えられていたのであろうか。

因みに、権利行使の期間制限について、新法は、種類・品質・数量の契約不適合に関する権利のうち、種類・品質の事例と数量の事例を区別し、前者にのみ期間制限をもうけた（五六六条）。旧法では数量不足の場合についても期間制限があった（旧五六五条、五六四条）。期間制限は、引渡しを終えた売主は、通常、これで履行が終わったと期待するので、そのような期待を保護する必要があること、種類・品質に関する契約不適合は、目的物の劣化等によって不明確になるので、法律関係を早期に確定させる必要があるのに対して、数量不足の場合は、通常、売主の期待を保護する必要はなく、また劣化という事情もないからであるという理由によるものという。したがって、数量不足に関する買主の権利の消滅は消滅時効に関する一般原則に委ねられる（新一六六条一項）という。なお、五六六条は、種類・品質に関する契約不適合について債権の消滅時効に関する一般原則の適用を排除するのではなく、改正前民

法において買主が売買の目的物の引き渡しを受けてから一〇年の消滅時効を認めていた判例（最三小判平一三・一・二七民集五五卷六号一三一頁）の考え方は、客観的起算点（＝引渡し時）から一〇年の消滅時効に関して妥当し、さらに、種類・品質に関する契約不適合を買主が知ってから一年以内に売主に通知した場合には、買主が契約不適合を知った時（主観的起算点）から五年の消滅時効が妥当する、という。¹⁴⁾

種類・品質の事例と数量の事例を区別した新法の考え方にも一理はあるが、「これで履行が終わったという売主の期待」、「法律関係の早期確定の必要性」に若干の差異はあるとしても、期間制限の区別を設ける必要があるほどのものといえるかは、疑問なしとしない。信義則による期間制限を認めるのが妥当な事例も出てくるのではあるまいか。

（2）引渡後の滅失・損傷事例

〔設例〕④ 設例②の事例で、Aが引き渡された置時計に損傷がある旨をBにつげ、取り換えの請求をしていたところ、隣家から発生した火災によりこの置時計が焼失した。この場合のA・B間の法律関係如何。また、届けられた時計に損傷はなかったが、B時計店の手違いで乙社製のものであった（異種物給付）という場合はどうか。

〔論点〕設例②の解説で述べたように、本設例の売買の目的物は代替物で、契約締結時に目的物は特定していなかったため、種類売買（不特定物売買）であり、売主の履行過程で後発的給付障害の発生によって完全な履行がなされなかった場合（不適合履行）において、引き渡された瑕疵ある目的物が両当事者の責めに帰すべからざる事由によって滅失した場合の当事者間の法律関係如何を問うものである。この問題は、双務契約における危険負担の問題ではなく、引き渡された瑕疵ある目的物（特定物）の返還前の滅失についての危険分担（危険移転の有無）を問うものである。

本稿第一章で説明した設例②において、引き渡しを受けた置時計の返還義務の部分は後述すると述べたのが本問題である。改正前民法の下での解決方法について説明したように、私見は、先に受領した置時計は、瑕疵ある物である

以上特定は生ぜず、したがって売主の履行請求権は消滅せず、買主は瑕疵なき物の給付を請求しうる。そして引き渡しを受けた瑕疵ある特定の目的物は、不当利得としてBに返還する義務があるから、返還までこの特定の瑕疵ある置時計の保存につき善管注意義務を負う（四〇〇条）。そして、本設例の下では置時計の焼失について、Aに善管注意義務違反がないから、返還義務を免れるとともに損害賠償責任を負うこともないと考えた。

これに対して契約責任説に立つ内田貴教授は、隣家からの火災により、給付された瑕疵ある物が滅失した場合、買主が目的物を受領した以上それが瑕疵ある物であっても特定が生じ、危険が買主に移転しているから、買主は代金支払い債務を負うけれども、他方で、売主の担保責任の追及が可能であるから、買主は損害賠償請求権を行使することにより、最終的に、代金減額に等しい結果となるとされていた（内田貴民法Ⅱ一四二頁）。この内田説に対する批判はすでに述べたところなので再述せず、以下新法の下ではどうなるかを検討しよう。

この問題につき、新法は、新たに五六七条に規定を設け、①売主が買主に目的物（売買の目的として特定した物に限る）を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰すことができないう事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払いを拒むことができない。②売主が契約の内容に適合する目的物をもって、その引渡しの債務の履行を提供したにもかかわらず、買主がその履行を受けることを拒み、又は履行を受けることができない場合において、その履行の提供があった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰すことができない事由によって滅失し、又は損傷したときも前項と同様とする、とした。

この規定の意義につき、潮見教授は次のように解説されている。⁽¹⁵⁾

本条一項は、売買目的物（売買の目的として特定したもの）に限る）が買主に引き渡された後に滅失・損傷したときに、買主が滅失・損傷を理由とする権利主張（追完請求・代金減額請求・損害賠償請求・契約解除）を——これらの権利が認められるための所定の要件を満たすことを前提として——することができるとかどうかに関するルールを定めたものである。「売買の目的として特定したものに限る」とは、本条の対象が「特定物」と「特定した種類物」であること、「特定していない種類物」が含まれていないことを意味する（部会資料八三―二・四三頁）。

このルールは次のように細分化することができる。

① 目的物の滅失・損傷に関する危険は、目的物の引渡しによって売主から買主に移転する。目的物の引渡しによって目的物の支配が売主から買主へと移転することに着目したものである（部会資料七五A三〇頁、部会資料八一―三・一〇頁）。その結果、引渡し後の滅失・損傷の場合には、買主は売主に対して上記の権利を行使することができる。これが原則である。なお、ここにおいて引渡しは、本条での危険の移転は目的物が買主の支配領域に入ったことを理由とするものであることからすれば「引渡しを受領」を意味するものと解すべきである。（国際物品売買契約条約〔CISG〕六九条一項は、「危険は、買主が物品を受け取った場合に移転する」というが、これと同義である）。

② ただし、引き渡し後の滅失・損傷が「売主の責めに帰すべき事由」によるものである場合は、買主は上記の権利を行使することができる（規定の文言では「当事者双方の責めに帰することができない事由」とされているが、この言葉の意味をこのように解すべき点については、部会資料八四―三・一四頁）。機械の売買で売主が操作方法について誤った説明をしていたためにその機械が爆発して破損した場合が、この例である。

③ 引渡時に売買目的物に契約不適合があった場合や引渡が遅延した場合に、買主が売主に対して、契約不適合や履

行遅滞という滅失・損傷とは別個の観点から債務不履行を理由とする責任追及をすることは差支えない。

④ 種類物の売買では契約に適合しない目的物を選定して引き渡しても民法四〇一条二項にいう「特定」の効果が生じないから、この場合は、一項のルールの適用外である（この場合は上記③によって処理される。ただし、このような理解に対しては、異論もある。この準則の適用に関する限り、些細な不適合の場合には「特定」が生じたものとして扱ってよいとする立場や、契約に適合しない物を選定して引き渡したときには、民法四〇二条二項の意味での「特定」は生じないものの、本条一項の意味での「特定」があったものとみてよいとする立場もある。要するに、本条に当たる「特定した種類物」が何を意味するかは、解釈にゆだねられている）。逆に種類物について「特定」が生じたからといって、それだけでは危険は売主から買主に移転しない。取立債務において種類物を特定したうえで他の種類物から分離したからといって、それだけでは危険は売主から買主に移転しない（最三小判昭三〇・一〇・一八民集九卷一一号一六四二頁を素材として展開された取立債務における種類債権の特定に関する改正前民法下の通説は、説明の変更を余儀なくされる）。危険の移転には買主への「引渡し」を要する。

(2) 本条二項は、売主が契約の内容に適合した目的物の引渡しを提供したにもかかわらず、買主が受領しなかった場合（そのために、売主が目的物を持ち帰ったような場合）に、その物が特定されている限り、これによって一項と同様に物の滅失・損傷の危険が原則として買主に移転すること（売主の責めに帰すべき事由（民法四一三条一項参照）による滅失・損傷の場合を例外とすること）を述べたものである。受領遅滞の効果の特則ともいえるものである（部会資料七五A三二頁。国際物品売買契約条約（CISG）六九条二項に同趣旨の規定がある）。本条二項が想定している場面の多く（受領遅滞中の履行不能に対して与えられる意味の解釈次第ではすべて）は、受領遅滞中の履行不能に関して民法四一三条の二第二項に該当するため、その履行不能は「債権者の責めに帰すべき事由」によって生じ

たものとみなされる結果、本条二項の規定する内容は、確認規定にきわめて近いものとなっている。

因みに、新法五六七条は契約適合物の引渡を前提としている。したがって引渡で特定し、危険が買主に移転するわけである。逆に契約不適合の物（異種物を含む）が引き渡された場合は、特定を生じないから、買主は追完請求権の行使や解除・損害賠償請求をすることができる。また売主が契約適合物を選んで発送した目的物が引渡前に両当事者の責めに帰すべからざる事由によって損傷し、これが買主に引き渡された後に両当事者の責めに帰すべからざる事由により毀滅した場合にも特定を生じていないから、買主は危険を負担しないことになろう。契約締結の時点ではなく、引渡の時点で特定を生じていたかどうかが問題となるといえよう。

さて、極めて明快な前述した潮見解説を前提として、設例④の具体的検討に移ろう。前述したように、本設例のA B間の売買の目的物は代替物（新品の甲社製の置時計）で、契約締結時に目的物は特定していなかったため、種類売買（不特定物売買）であり、売主の履行過程で第三者の運転する車に追突されたという後発的給付障害の発生によって完全な履行がなされなかった場合（不適合履行）において、Aが引き渡された置時計に損傷がある旨をBにつげ、取換えの請求をしていたところ、隣家から発生した火災によりこの置時計が焼失した。この場合のA B間の法律関係如何、また、届けられた時計に損傷はなかったが、B時計店の手違いで乙社製のものであった（異種物給付Ⅱ）目的物選定時点での不適合事例」という場合はどうか、を問うものであった。潮見解説で明確のように、種類物の売買事例においては、一般に、BがAに契約に適合しない目的物（異種物給付も含む）を選定してこれを引き渡した場合には民法四〇一条二項にいう「特定」の効果が生じないから、この場合は、新法五六七条一項のルールの適用外でAへの危険移転は生じない。そして、選定時点では契約目的に適合していたが、売主の履行過程で契約当事者の責めに帰すべからざる事由による滅失損傷が生じたため（後発的給付障害）、引渡時に売買目的物に契約不適合が生じていたと

いう本事例でも、特定が生じていないから、買主が売主に対して債務不履行を理由とする責任追及をすることは差支えない、とされる。同感である。つまり、引き渡しを受けた目的物が契約不適合物であつた場合には目的物は特定しないから、引渡後の滅失の危険はAに移転せず、Bにとどまり、その後この目的物がAの責めに帰すべき事由なくして滅失した場合、その損失はBが負担する。そこで、不適合物を引渡したBは本来の履行債務を免れていないから、AはBに対して追完請求権（私見では本来の履行請求権）を行使し、代物の請求あるいは瑕疵修補請求、さらには損害賠償の請求や契約の解除で救済を求めることができる。また、異種物給付の事例は、目的物選定時点かつ引渡し時点での不適合物給付の事例であり、これも、特定を生じていない事例であるから、危険はAに移転していないといえる。この場合も当然に、AはBに対して追完請求権を行使しうる。そして、Aに引き渡された後に損傷した置時計は特定のも物であり、その所有権は未だBにあるから、Bに対して契約適合物の追完請求をしたAは、先に引渡を受けたこの特定の損傷物につき返還義務を負う（民法四〇〇条）。この場合、Aは返還まで善良な管理者の注意をもってこの物を保存さえしておけばBから責任を追及されることはないはずである。Aの返還債務は片務債務であるから、双務契約における危険負担の問題も生じえない。この点について、潮見前掲解説は何ら言及していないが、立法審議過程でどのような議論がなされたのであろうか。というのは、改正前民法の下で主張されていたこの問題に関する前述の内田説は新法に採用されていないようであるから、審議過程でなんらかの議論がなされたはずではないかと推測されるからである。もっとも、引き渡された目的物の契約不適合性が極めて低い事例では例外として特定及び危険移転による買主の危険負担を認めて買主の保護は代金減額請求による保護にとどめることも考えられなくはない。

このほかとくに注意すべき論点として、ここでとくに指摘しておきたいことは、「種類物の売買では契約に適合しない目的物を選定して引き渡しても民法四〇一条二項にいう「特定」の効果が生じないから、この場合は、一項のル

ールの適用外である」との潮見解説の理由付けである。特定物ドグマを批判して法定責任説を否定し、立法したときられる新法が抛り所とした契約責任説は、周知のごとく、「瑕疵ある物の給付でも引き渡しによって原則として特定が生じ、瑕疵担保責任の追及ができる」と主張していたはずである。これに対して、法定責任説は、種類売買における瑕疵ある物の給付（新法では不適合物の給付）は、債務の本旨に従った履行でなく、目的物は特定を生ぜず、したがって本来の履行請求権は消滅しないから、債務不履行責任の追及で買主は保護され、瑕疵担保責任の規定の適用もその必要もないと主張してきたのであり、この見地から見ると、新法はまさに法定責任説を結果として採用しているものともいえよう。新法は、「特定」の意義・効果をめぐって今後問題を残しているのではあるまいか。

3 契約の解除と危険負担の関係

前述したように、旧法の下では、特定物の引渡前の滅失・損傷につき、債務者に帰責事由がない場合は危険負担制度（債務の当然消滅による救済）、ある場合は債務不履行責任制度による救済とする明確なすみ分けができていた。しかし、債権者主義を定めた改正前民法五三四条（およびこれに関連する五三五条）の不合理性を解決するために設けられた新法五三六条一項は、「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」旨定めた（危険負担・反対債務不消滅・履行拒絶構成）。さらに、改正民法は、五四二条に、債務の履行が全部または一部不能の場合には、債権者は債務者の帰責事由の有無を問うことなく、無催告解除ができる旨の規定を設けた（反対債務不消滅のため債務不履行責任・追完請求と解除権による救済）。要するに、新法の下では、双務契約において、債務の履行が不能となったからといって債権者の反対債務が当然に消滅するわけではなく、反対給付の履行を拒絶するか、あるいは自己の負担する債務から解

放されたければ、契約解除の意思表示をしなければならぬこととなつたわけである。ところが、改正法は、債務不履行に基く解除権の行使にあたり、債務者の帰責事由を要件としないこととなつたので（新法五四二条一項一号参照）、双務契約において債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合、債務不履行解除も可能であり、また危険負担による解除も可能となつて、両者の重複問題が生ずることとなる。そこで立法過程で両制度の併存案、解除一元化案、危険負担一元化案等につきいろいろ審議の上、危険負担制度の効果を改め、履行拒絶権構成をとることにより、両制度を併存させつつ重複問題を回避することとされたといふ⁽¹⁶⁾。

しかし、果たして重複問題はこれで回避されえたといえるのであろうか。危険負担の効果として解除権の行使も残している以上、両制度の重複問題は残されているのではあるまいか。前述した期間制限問題がその一例といえるのではあるまいか。

ここでも市民に分かりやすい民法改正という改正目的を逸脱し、より複雑な改正となつたように思われる。危険負担制度は残し、旧法の不合理性をただすための改正は、特定物債務における債権者主義を債務者主義に転換するにとどめておけばよかつたのではあるまいか。現に、ジュリスト一五一六号に掲載された道垣内・高須対談、あるいは同紙一五二一号に掲載された山野目・中井対談で見られるように、改正新法にはいくつかの問題点が残されており、その解決は、今後の解釈にゆだねられている⁽¹⁷⁾。

複雑な問題点を解釈によってどのように解決すべきかの具体的提案は、残念ながら今後の課題として残しておくにとどめる。

第四節 贈与者の引渡義務（五五一条一項）

贈与とは、当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾することによって成立する契約である（新五四九条）。改正により、自己の財産であることは要件でなくなった。他人の物の売買も有効であるから、この改正は妥当といえよう。贈与者は財産移転義務を負い（新五四九条）、また特定物の贈与者には善良な管理者としての目的物保管義務がある（新四〇〇条）。これらの点では売買の売主の場合と同様の義務を負うことになる。贈与は無償契約で片務契約であるが、無償寄託における受寄者のような責任軽減規定（新六五九条）はない。しかし、他方で、贈与者は、担保の目的である物又は権利を贈与の目的として特定した時の状態で移転することを約したと推定される（新五五一一条一項）。旧法では贈与者の担保責任について、贈与の目的である物又は権利に瑕疵があったとしても、原則として責任を負わないとされていたが（旧五五一一条一項）、新法では、担保責任に関する契約責任説の立場から、贈与契約においても贈与者の権利移転義務の具体的内容は契約解釈によって定まることを前提にしつつ、贈与が無償契約であることを考慮して義務の内容が軽減されると推定することに変更された。したがって契約解釈によってこの推定が覆されれば、それに従った財産権移転義務を負い、契約に不適合な物又は権利を移転したときは、債務不履行の一般法理にしたがって責任を負う。もっとも、受贈者には反対給付義務がないから、損害賠償の請求はともかくとして、受贈者が解除権を行使する意義はあまりあるまい。もっとも、片務契約における解除の可否、これを認めることの実益の有無については争いがあるところであり、これを肯定する説も有力である。⁽¹⁸⁾

なお、旧法五五一一条一項本文但書にいう「贈与者がその瑕疵又は不存在を知らずながら受領者に告げなかったときは担保責任を負う」との規定は削除されたのでこの点がどうなるかは残された問題である。一般論としては責任を負わせるのが妥当であり、さらに拡大損害が生じた場合（次に述べる設例⑤のエンジンの不具合のため交通事故を起こしたような場合）にも、贈与者は損害賠償責任を負うこととならう。

因みに、贈与契約は片務契約なので、双務契約を対象とする危険負担（対価危険）の問題はそもそも生じない。右に述べたことを前提として、以下具体的説例を挙げて問題点を検討してみよう。

〔設例〕⑤ Aは友人のBからその所有する中古自動車一台の無償贈与を受け、引き渡しを受けた。早速乗り回してみたところ、エンジンに不具合があることを発見した。AはBに対して何らかの法的請求をすることができるか。BがAに新車を贈与することを約し、自動車販売会社Cから購入した新車をAに引き渡したところ、この新車にエンジンの不具合があったという場合はどうか。

〔論点〕本設例の贈与の目的物が新車でなく中古車の場合は、不代替物の特定物贈与であり、契約締結の時点で目的物に隠れた瑕疵があった場合（原始的給付障害）における受贈者の法的保護如何、さらに新車の場合は後発的給付障害における受贈者の法的保護如何、が争点である。改正前民法の下では、前述したように、不代替的特定物の贈与事例では、原則として、贈与者は担保責任を負わない（旧五五一条一項本文）が、「贈与者がその瑕疵又は不存在を知りながら受領者に告げなかったとき」は担保責任を負う（旧五五一条一項本文但書）ものとされていた。そこで、本設例における旧法下でのBの法的保護は、Aが中古車のエンジンの不具合を知らざればこれをBに告げなかったときにのみ瑕疵担保責任（通常は損害賠償責任）を負うこととなる。これに対し、新法の下では、担保責任に関する契約責任説の立場から、贈与が無償契約であることを考慮して、義務内容が軽減されると推定されるのみなので、この推定が覆されたときのみ、それに従った財産権移転義務をBは負い、契約に不適合な物又は権利を移転したときは、債務不履行の一般法理にしたがって責任（代物給付は不能、修理費用や拡大損害の賠償等）を負うこととなる。問題は代替物である新車（種類物）の贈与の場合である。この問題は旧法下で議論が分かれていた問題であり、新法の下でも難解な問題⁽¹⁹⁾という。

瑕疵担保責任につき法定責任説に立つ論者は、種類物の贈与契約において瑕疵ある物が給付された場合は、債務の本旨に従った履行といえず、本来の履行責任を免れえないのであるから、瑕疵のない物を給付する義務を負う。ただし、このような意思内容は贈与契約の中に当然含まれていると解すべきであるとしていた。⁽²⁰⁾

しかし、契約責任説の台頭後、その見地から、従来の通説に対して次のような批判が加えられた。すなわち、従来の通説は、法定責任説の立場から旧法五五一条の規定は特定物贈与の場合のみ適用があり、不特定物の場合は一般の債務不履行の規定によるとしていたが、「不特定物については一般の債務不履行の規定を適用するのは結果が不当である。たとえば、御中元のサラダオイルが不良品であったら、贈与者は自らに帰責事由がないことを立証できない限り債務不履行責任を負う、というのは不当であろう。したがって、売買の担保責任の場合と同様、「瑕疵担保責任の規定は五五一条一項が」不特定物にも適用されると解すべきである」との主張である。⁽²¹⁾

しかしこの批判は適切とは思えない。まず、一般的にみて、中元商品の送付が常に贈与契約に基づく贈与といえるか問題なしとしないが（おそらく、論者は、送付された商品の受領を受領者が承諾した時点で贈与契約が成立したとみられるのであろう）、それはともかく、不特定の種類物贈与において不良品が給付されてもそれは債務の本旨に従った履行とはいえない。したがって、贈与者の給付債務は消滅せず、受贈者は、贈与者の帰責事由の有無を問わず、本来の履行請求権を行使して少なくとも瑕疵なき中等の品質を有する物の給付（四〇一条）を請求しうるはずである。旧法の下で、有償契約の法的保護を原則とする瑕疵担保責任制度の例外規定として、瑕疵の存在を知らながらこれを告げなかった贈与者の信義に反する行為に着目して瑕疵担保責任を認めた五五一条一項の規定が不特定物の場合にも適用されるとすれば、受贈者は、贈与者が目的物の瑕疵を知らながらこれを告げなかったことを立証して初めて贈与者の担保責任を追及しうることとなり、無償契約であっても肯定されている履行請求権の行使が制約されることとな

るがその結果は妥当とはいえない。履行請求権行使に制約があっても不当といえない事例は、不代替物の特定物贈与の場合（代物給付不能による履行請求権行使の不能事例）に限られよう。何故なら、この事例では、贈与契約締結にあたり、契約当事者間で、この特定の物を贈与し、それを受領するとの合意がなされ、代替物の給付は特約なき限り念頭に置かれていないことが前提（＝特定物ドグマ）となっているのだからである。

ここでの問題点は、有償契約の特殊性に根拠をおく瑕疵担保責任制度（無過失責任）と無償契約であっても債務内容の強制的実現を保証する債務不履行責任制度との関連性をどう調整すべきか、にある。そもそも契約責任説は、特定物ドグマを否定し、原始的給付障害と後発的給付障害の区別をなくし、瑕疵担保責任を債務不履行責任に吸収して不代替物の給付においても債務不履行責任による一元的救済を主張していたはずである。そうだとすれば、不特定物の無償の贈与契約においても、贈与者は、少なくとも瑕疵なき中等の品質の物を給付すべき義務を負っているのである。その義務に違反している限り、前述したように受贈者の追完請求権の行使に制約を受けるいわれはないといえよう。にもかかわらず五五一条項の適用を認めて制約を認めるというのであれば、それは契約責任を否定して法定責任を認めた結果となり、瑕疵担保責任は契約責任だとし、当事者間の合意を尊重するという契約責任説の基本的主張と矛盾するのではあるまいか。

では新法の下ではこの問題はどう解決されているか。贈与者は、担保の目的である物又は権利を贈与の目的として特定した時の状態で移転することを約したと推定した新法（新五五一条一項）の下では、「贈与の目的物として特定した時の状態で引き渡すことを約したものとの推定」の内容の解釈が問題となろう。設例⑤において、Aが不具合のある新車と知らずに当該新車を販売会社Cから引き渡しを得て、これをBに給付した時目的物は特定したといえるのであろうか。贈与契約においても贈与者の権利移転義の具体的内容は契約解釈によって定まることを前提にしつつ、

贈与が無償契約であることを考慮して義務の内容が軽減されていると推定することに変更したという新法の解釈として、「贈与の目的物として特定した時の状態」とはどのような時をいうのか。特定物贈与においては、贈与契約締結時であり、不特定物贈与においては、目的物が特定した時と解される。四〇一条の趣旨からして不具合のある物の給付では特定は生ぜず（最判昭三六・一二・一五民集一五・一一・二八五二）、新五五一条一項の推定規定は及ばないと解されるから、財産権移転義務を免れず、債務不履行の一般法理にしたがつて責任を負うと解釈するのが妥当といえよう。Aは瑕疵なき新車の給付義務を負うと解すべきである。ただ、実務上は、BがAに代わって（Aの代理人あるいはAのCに対する追完請求権を譲り受けて）、Cに対して代物あるいは瑕疵の修補を請求する形で決着することが多かろう。

因みに、この結果は、不特定物の贈与契約において瑕疵ある物が給付された場合は、債務の本旨に従った履行といえず、贈与者は本来の履行責任を免れえないのであるから、瑕疵のない物を給付する義務を負う、との法定責任説論者の主張したところと同じ結果といえよう。契約責任説に立つといわれる潮見教授は、前述したように、「種類物の売買では契約に適合しない目的物を選定して引き渡しても民法四〇一条二項にいう『特定』の効果が生じない」と説明されているが、そうだとすると、種類物の贈与の場合も同じと考えられるのではあるまいか、それとも無償契約の場合は別であり、四〇一条の適用はないと解されるのであろうか。この問題につき新法に対する浦川解説は、「欠陥のある種類物の一方的給付では特定が生じないため、贈与者は改めて中等の品質がある物を調達・特定して受贈者に引き渡さなければならない」と述べておられる。きわめて明快な新法の解説である。⁽²²⁾

なお、『Before/After 民法改正』において、「不特定物贈与者の引渡義務等」を執筆担当された臼井弁護士は、AがBに不特定物であるキャベツの収穫後に贈与するから連絡次第取りに来るようにとの贈与契約の下で、Aが収穫後

キャベツを木箱に詰めてBに連絡し、取り立てに来るのを待っていた間に、木箱内に病原性細菌が繁殖し、これを食したBが食中毒となったという設例において、改正前民法と改正後の民法の法律関係を説明し、契約責任説を採用した新法は、贈与者の担保責任につき、債務不履行の一般原則に従って責任を負うから、新法五五一条一項の推定規定によって、反証なき限り、AはBに対し当該キャベツの給付義務を負うと推定されると述べ、しかし、AがBにキャベツを交付した時点では病原菌付着の契約不適合物のキャベツとなっていたのだから、BはAに対して治療費等の拡大損害を含む損害賠償請求（新四一五一条一項）、贈与契約の解除（新五四一条）ができると考えられる。他方、新たなキャベツの給付請求については、特定により再調達義務をAが免れているから、Bがこれを請求することは困難であろうと説明されている。この解説で気になるのは、病原菌が付着したキャベツでも特定が生ずると簡単に割り切っておられる点である。

先に種類売買における危険移転のところで述べたように、契約責任説に立つ潮見教授は、「種類物の売買では契約に適合しない目的物を引き渡しても民法四〇一条二項にいう「特定」の効果が生じない。ただし、このような理解に對しては、異論もある」と説明されている。前述したように、新法は、「特定」の意義・効果をめぐって今後問題を残しており、契約責任説論者の意見も分かれているようであるから簡単に割り切ることにには慎重でありたいものがある。⁽²³⁾

第五節 錯誤と原始的不能・契約不適合——制度間競合（九五条）

本節では、錯誤と原始的不能・契約不適合との制度間競合の問題を検討してみたい。ここでも、この問題に関する潮見解説に基本的に依拠しつつ、検討する。⁽²⁴⁾

1 錯誤と原始的不能との制度間競合

潮見解説はまず、問題の提起にはじまり、原始的不能と契約不適合制度につき、改正前後の考え方を適切に解説したうえで、錯誤と原始的不能との制度間競合につき、大要次のごとく解説している。

改正前民法下での伝統的見解は、原始的不能 \parallel 契約無効のドグマを採用していた。また錯誤については、表示錯誤に関して要素の錯誤を理由とする意思表示の無効を認めていた（改正前民九五条）。その結果、伝統的見解による限りは、錯誤と原始的不能との制度間競合は、主要な問題とならなかった。これに対して、改正後の民法は、「原始的不能 \parallel 契約無効のドグマ」を否定し、「原始的不能を目的とする契約も有効である」との立場を採用する一方で（民四四二条の二第一項）、錯誤が重要である場合に意思表示の取消しを認め（民九五条一項）、その結果、錯誤を理由として意思表示が取り消されたときは、契約が遡及的に無効となる。そのため、錯誤と原始的不能との制度間競合の問題が、改正前民法下における以上に全面に出てくる。改正後民法を対象とした教科書において、この問題について二つの見解が現れ、対立している。

一つは、能見説である。この説は次のように説く。①買主からの錯誤取消しは「認めてもよさそうだが、実益がない」。錯誤取消しを主張すると、買主は反対給付の履行義務は免れるが、その代わり、売主に履行利益の賠償を請求することができなくなる。したがって、買主としては錯誤取消しを主張するよりは、単に損害賠償を請求するか、解除したうえで損害賠償を請求するかのいずれかを選択するのが合理的である。結論として、買主からの錯誤取消しの主張は認められないということである。次に、②売主からの錯誤取消しは民法四一五条により履行利益の賠償義務を認める立場（民四一二条の二第二項）を否定することになるのでこれも認められない。

さらに、能見説は、ここでの問題は、債務不履行責任の規範と錯誤取消しの規範の関係をどうとらえるかの問題の一環であるとしたうえで、債務不履行責任の規範と錯誤取消しの規範の関係一般について、「債務不履行責任の方が両者の利害を適切に調整できるので、債務不履行責任が優先する」と説いている。⁽²⁵⁾

これに対して、潮見説はこう説く。「ここでの問題が債務不履行責任の規範と錯誤取消しの規範の関係をどうとらえるかの問題の一環である」との能見説の指摘は極めて適切な指摘であるとしたうえで、自分は次のように考える、という。すなわち、契約に基づく債務の履行が原始的に不能であるものの、当該契約が有効とされる新法の立場においては、給付が契約締結時点で可能であることに關する錯誤が「法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」(民法九五条一項柱書)ことを理由として、意思表示を取り消すこともできない。何故なら、給付が原始的に不能であっても、当該契約は有効だとされる立場の下では、給付が契約締結時点で可能か不能かは、錯誤取消しが認められる要件である「法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要」な事実にあたる⁽²⁶⁾と見ることができないからである。

この二つの見解は、錯誤取消しを認めない点では同じであるが、原始的不能の給付を目的とする契約も有効とする場面で、能見見解は、民法四一二条の第二項と民法九五条一項のいずれの要件も充足しうることを認め⁽²⁷⁾たうえで、民法九五条一項の規範の適用を⁽²⁸⁾実益がないこと、または民法四一二条の第二項の規範を優先適用すべきことを理由に取消しを排除するのに対し、潮見説は、民法四一二条の第二項の規範による評価の下で契約が有効とされるべき場合には、給付の可能・不能に關する誤認を理由とする錯誤取消の余地はない——民法九五条一項の要件は充たされない——と考えているものという。

さて、原始的不能の給付を目的とする契約も有効とする新法におけるこのような二つの見解の出現を、どう考える

べきであろうか。能見説は債務不履行責任制度と錯誤取消制度との制度間競合をいったん認めたくらば、効果論の観点から、債務不履行責任制度の優先性を主張する見解であり、これに対し、潮見説は、そもそも錯誤取消しは認められないのだから制度間競合は成立しないという見解といえよう。両者とも錯誤取消しを認めず、債務不履行責任制度で問題を処理する点では変わりがないが、そもそもこのような議論や制度間競合の複雑な問題が生じた原因は、特定物ドグマの否定にあるといえよう。将来、錯誤をめぐる紛争問題を債務不履行責任制度のみで一括処理することの妥当性が問われるケースが現れる恐れはないといえようか。疑問なしとしない。

この問題については、もっと詳しい類型論的考察が必要ではあるまいか。買主の錯誤と売主の錯誤、さらに共通錯誤との関係、錯誤取消及び債務不履行責任の成立要件としての帰責事由必要性の有無との関係、錯誤者の帰責事由と相手方の帰責事由のどちらを要求しているのか、それぞれの帰責事由の効果がどうなるのかなどなど、もっと詳細に検討すべきではあるまいか。

2 錯誤と契約不適合との制度間競合

この問題について、潮見説は、まず、改正前民法下での概況につき、①特定物ドグマを採用する立場と、②そうでない立場について解説したうえ、③これらの議論状況を整理し、ついで、民法改正後の議論の行方の考察に移り、①目的物の性質が契約内容（債務の内容）になる場合と、②ならない場合について、それぞれ適切な解説を展開されている。以下、私見の検討の前提として、読者の便宜のため、ここでもこれらの解説内容を引用しておく。

(1) 改正前民法下での概況

(a) 特定物ドグマを採用する立場

改正前民法下では錯誤に関する伝統的見解は、「特定物の売買において、性質の錯誤は動機の錯誤である」との立場を採用していた。⁽²⁷⁾ この立場は「特定物ドグマ」と共通の根を有するものであって、特定物の性質は法律行為における効果意思(したがってまた、給付義務の内容)を構成せず、動機のレベルにとどまるものと解することにより、「動機の錯誤」である「性質の錯誤」を原則として考慮しないとの理解を基礎に据えている。この立場からは、「性質の錯誤」が問題となる事例は、基本的に改正前民法九五条の錯誤に該当せず、判例法理に従えば、当該性質に関する認識が表示されて法律行為(論者によれば、意思表示)の内容になっている場合にはじめて、錯誤無効の問題となる。このように見たとき、この立場からは、錯誤無効と瑕疵担保責任の間での制度間競合が問題となるのは、「動機の錯誤」として捉えられる「性質の錯誤」が無効評価の対象となる事案(すなわち当該性質に関する認識が表示されて法律行為あるいは意思表示)の内容になっている場合であることが、第一の前提であった。

次に、「特定物ドグマ」を採用する立場からは、改正前民法五七〇条の瑕疵担保責任に関しては、法定責任説の立場が採用されることとなる。特定物の売買において目的物の性質が契約に適合していなくても「この物」を引き渡せば完全な履行になる。したがって、瑕疵担保責任は法定責任として捉えられることになる。

こうして、この立場からは、「性質の錯誤」(＝「動機の錯誤」)に関して具体的事案が前記の前提を充たすときに、錯誤無効と法定責任として把握される瑕疵担保責任の関係をどのように捉えればよいのかが問われることとなった。

(b) 特定物ドグマを採用しない立場

他方、特定物ドグマを採用しない立場からは、瑕疵担保責任に関しては、特定物の売買において、引き渡された目

的物の性質が契約に適合しないときには、債務不履行となる。したがって、瑕疵担保責任は契約責任として捉えられ
ることとなる。

次に、当該性質を備えた目的物の引渡ししが売買契約の内容、したがって、売主の債務の内容をなしていることから、
改正前民法九五条のもとで、「性質の錯誤」を理由とする意思表示の無効の可能性も認められることとなる。

この立場からも、「性質の錯誤」を理由とする無効と、契約責任として把握される瑕疵担保責任の関係をどのよう
に捉えればよいのかが問われることとなった。

(c) 議論の状況の整理

こうした中で、改正前民法下においては、錯誤無効の制度と瑕疵担保責任の制度が競合する場面の処理に関して、
おおむね、次のような整理がされていることを紹介されている。⁽²⁸⁾

第一は、錯誤優先説である。当時の判例がこの立場をとっていたとの理解に基づく説であるが、理論的には、契約
が有効であるからこそ債務が成立し、その履行・不履行が問題となるのだと考えれば、契約の有効・無効をまず判断
すべきであるとの説明により正当化することができる立場であった（錯誤の効果は無効であるのに対し瑕疵担保責任
は契約が有効であることが前提なので、無効の錯誤が優先するとの考え方か？——下森）。

第二は、瑕疵担保責任優先説である。そこでは、法律関係の早期安定化を図るには、もっぱら、一年の期間制限
（改正前民五七〇条により準用される同法五六六条三項）を定めている瑕疵担保責任の規範によって処理するのがよ
いというのが、主たる根拠とされていた。

第三は、選択可能説である。ただこの立場からも、錯誤無効の主張が選択された場合に、瑕疵担保責任を選択した
場合と平仄を合わせ、法律関係の早期安定化を図るため、その主張に時間的限界を画すべく、錯誤無効の主張を信義

則により制限することの可能性に言及するもの、錯誤無効の主張につき取消権の消滅時効・除斥期間を定めた改正前民法一二六条を類推適用すべきであるとするもの、瑕疵担保責任の期間制限を定めた改正前民法五七〇条により準用される同法五六六条三項を類推適用すべきであるとするものがあつた。

(2) 民法改正後の議論のゆくえ

(a) 目的物の性質が契約内容(債務の内容)になる場合

改正後の民法は、契約責任説に依拠して、「特定物ドグマ」を否定する立場を採用した。その結果、特定物の売買においても「契約に適合した性質の物」を引き渡さない場合には契約不適合として処理され、債務不履行責任のルールに服する。他方、錯誤の場面では、行為基礎事情が表示されたときは、それが民法九五条一項柱書の定める重要要件(その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき)を充たしたならば、表意者の意思表示は取消の対象となる⁽²⁹⁾。

たとえば、AがBに絵画(甲)をピカソの描いた絵であるとして売却し、引き渡したところ、実際には甲はピカソの描いたものではなかったことが分かったという事例では、「ピカソの描いた絵である」という性質は、A・B間の売買契約の内容をなしているから、契約不適合を理由とする債務不履行の問題として処理することが可能に見える。他方、「甲がピカソの描いた絵である」ということは、A・B間の売買契約(法律行為)の基礎とした事情にあたる。その結果、ここでは、錯誤の制度と契約不適合(債務不履行)の制度との競合が生じることになる。そして、改正後の民法を対象とした教科書では、着想を異にするいくつかの考え方が示されている。

まず、一方で、「性質が表示されることで意思表示の内容になった点を捉えて」この錯誤を「内容の錯誤」と理解したうえで⁽³⁰⁾、両制度の競合を認め、これへの対処として、「債務不履行責任に関する規定の方が、賠償額での調整や、

過失相殺による調整など、柔軟な解決ができるので、債務不履行責任で解決するのが望ましいのではないかとする見解が示されている。⁽³¹⁾この立場（能見説）は、錯誤と債務不履行の制度間競合を認めたいうえで、債務不履行責任の規範が錯誤取消しの規範を排除するとの考え方である。前述したA・B間でのピカソの描いた絵画（甲）の売買を例にとれば、Bは、Aに対して、契約不適合（債務不履行）を理由とする救済のみに依拠することができるということになる（改正前民法下における瑕疵担保責任優先説を引き継ぐ見解といえよう）。

これに対し、他方で、両制度の競合を否定する説もある。A・B間でのピカソの描いた絵画（甲）の売買を例にとれば、売買目的物である甲がピカソの作品であるという認識を表示していたときは、A・B間で、（イ）「ピカソ作の甲」を目的物とする旨が合意されたと認められるか、（ロ）目的物は甲であるが、その甲はピカソ作であることが契約の基礎とされていることが表示されているかのいずれかとなるとし、（イ）の場合は、錯誤の問題とならず、Aが「ピカソ作の甲」の引渡し債務を履行できないことから、Aの債務不履行の問題となるが（仮にAが「甲を売る」という意思しか有していなかったならば、Aは「甲を売る」意思で「ピカソ作の甲を売る」という意思を表示したことになるから、Aに表示の錯誤があることになる。（ロ）の場合は、Aの行為基礎事情の錯誤を理由とする取消しが認められる。⁽³²⁾この立場（佐久間説）からは、結局、行為基礎事情の錯誤——（ロ）——と、債務不履行——（イ）——との間で棲み分けがされ、両者の競合は生じないことになる。

さらには、ここでの錯誤を「行為基礎事情の錯誤と捉えたうえで、買主は、錯誤取消しの制度に依拠してもよいし、契約不適合を理由とする債務不履行の制度に依拠してもよいとの見解（選択可能性説・野澤説他）もある。⁽³³⁾なお、ここに属する見解の中には、買主が錯誤取消しを選択した際も、契約不適合を理由とする債務不履行の制度を選択した場合との整合性を確保するため、買主が契約不適合を知ってから一年以内の通知をしない場合に契約不適合を理由と

する救済を求めることができないう旨を定めた民法五六六条の規定を類推適用して、錯誤取消しに限界を設けることを認めるべきであるとするものがある。⁽³⁴⁾

潮見教授もまた、選択可能性説の支持者であるという。すなわち、前記ピカソの絵の売買事例を使えば、(イ)買主は、「当該売買契約において、『ピカソの描いた絵画である甲を引き渡すこと』が売主の債務の内容をなしている」(結果実現保障)という点に着目して、売買目的物の品質面での契約不適合を理由に売主の債務不履行責任を追究してもよいし、(民五六二条以下。民五六六条の制約を受ける)、(ロ)買主は、「甲はピカソが描いたものである」との事実認識を基礎とし、この事実認識に関して表示をすることを通じて売主もこの事実認識につき了解した上で、売買契約が締結されたところ、買主の上記の事実認識に誤りがあった」(行為基礎事情に関する誤認があった)という点に着目して、行為基礎事情の錯誤を理由に意思表示を取り消してもよい(民九五条一項・二項)、⁽³⁵⁾という。なお、錯誤取消しの場面で民法五六六条の規定を類推適用するかどうかは、規範統合を積極的に認めるかどうかの態度決定次第である、という。

(b) 目的物の性質内容(債務の内容)にならない場合

問題となる目的物の性質が契約内容(債務の内容)にならない場合は、契約不適合の問題は生じない。たとえば、AとBが、甲土地とその上にある乙建物を売買したが、その際、乙建物は老朽化しているため、A・BはBへの引渡し後Bによる取り壊しを前提として契約していたところ、乙建物はシロアリに食われていて、基礎部分が朽腐していることが判明したような場合である。

それでは、このとき、「乙建物がシロアリに食われていた」ということは、行為基礎事情の錯誤の問題となるであろうか。⁽³⁶⁾ある見解(能見説)は、表意者(買主)が動機(行為基礎事情)を表示したときは、「動機の錯誤」として

の取消しを認める余地があると主張している。⁽³⁷⁾

この見解に対して、潮見教授は、「そうであるとするれば、この場合は、錯誤取消しの可能性のみが認められ、契約不適合を理由とする債務不履行の問題は生じないから、そもそも、制度間競合の問題は生じない。とはいえ、余計なことだが、その性質が契約内容（債務の内容）になっていないにもかかわらず、その行為基礎事情が表示された——これにより、その行為基礎事情に関する認識が意思表示または法律行為の内容となった——とされ、かつ、この錯誤が民法九五条一項柱書の重要要件（主観的重要性＋客観的重要性）を充たすなどということが、果たして起こりうるのだろうか」と述べ、疑問を投げかけている。

最後に、潮見解説は、次のごとく述べて、この論稿を締めくくっている。

「二〇一七年の民法改正は、今回取り上げた錯誤と原始的不能・契約不適合との制度間競合以外での制度間競合が問題となる場面でも、従来の枠組みがそのままの形では妥当しなくなる状況を随所に生み出している。債務不履行を理由とする損害賠償と不法行為を理由とする損害賠償の制度間競合（請求権競合）がその典型である。

読者の方々は、改正前の民法を対象とした従前の記述を鵜呑みにせず、改正後の民法のもとではどのようなのかを考える必要がある。様々な文献を読み比べ、それぞれの見解がどのような観点から競合問題にアプローチをしているのかを探り、自らの考え方を整理していただきたい」と。

錯誤と原始的不能・契約不適合——制度間競合に対する所感

さて、以上の潮見解説を読んだ所感を述べておくところである。特定物ドグマ否定説に立つ潮見教授自身が認めておられるように、特定物ドグマを否定した新法は、錯誤との関係においても、市民に分かりにくい複雑な問題を抱え

こんでしまったようである。しかしこのような立法がなされた以上、非常に複雑な問題点を抱え込んでいる新法の解釈による問題点の解決が今後の課題といえよう。

第六節 請負契約における請負人の担保責任（六三四条～六三七条）

本節では、請負契約における請負人の担保責任の問題を検討する。ここでも、この問題に関する潮見解説を引用したうえで、所感を述べる。

I 請負契約における請負人の担保責任に関する新法の内容

改正前民法六三四条は、仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる、ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するとき、この限りでない旨定め、さらに注文者は、瑕疵の修補に代えて、又は修補とともに、損害賠償の請求をすることができる¹と定めていた。続いて六三五条は仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約を締結した目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし建物その他の土地の工作物については、この限りでないと定めていた。さらに、六三六条で、請負人の担保責任の不適用規定、三七条で担保責任の存続期間、六三八条で建物その他の土地の工作物又は地盤の瑕疵についての担保責任の存続期間や注文者の権利行使の期間制限規定、六三九条で担保責任の存続期間の伸長、六四〇条で担保責任を負わない旨の特約の効力等についての規定を設けている。之に対して改正新法は、六三五条、六三八条から六四〇条までを削除し、六三四条、六三六条、六三七条についてはその内容を変更した。

II 請負契約における請負人の担保責任に関する潮見解説

改正新法の改正内容ないし理由について、潮見解説は以下のように説明されている。⁽³⁸⁾

(1) 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任

(i) 改正前民法六三四条の削除理由

改正前民法六三四条は仕事の目的物に瑕疵があった場合における注文者の修補請求権（およびその限界）並びに損害賠償請求権を定めていたが、この規定が削除された理由はこうである。

そもそも、修補請求権（追完請求権）・損害賠償請求権（さらに、請負報酬減額請求権や解除権）については、目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由とする買主の権利を定めた民法五六二条から五六四条までの規定が民法五五九条を介して請負契約にも適用されるため、ここで規定を設ける必要がない（部会資料八四―三・一六頁）。

修補請求権（追完請求権）の限界については、履行請求権の限界（履行不能）を定めた民法四一二条の二第一項を適用（ないし類推）することにより処理することができるため、ここで規定を設ける必要がない（部会資料八四―三・一八頁）。瑕疵が重要でなく、かつ、修補に過分の費用を要するときは注文者が修補請求をできないとの改正前民法六三四条一項ただしがきの内容は、条文から消えても、改正後も、なお、民法四一二条の二第一項に依拠した「追完不能」の解釈にとって有意な準則として維持されよう（第二章第二②）。なお、追完請求権に関しては、民法五五九条を介して準用される民法五六二条ただし書および二項の規定内容に注意せよ（第四章第二④）。

改正前民法六三四条二項に定められている仕事の目的物の契約不適合を理由とする損害賠償債務と請負報酬債務との同時履行については、民法五三三条に追加された括弧書によって規律されることになったことから（第三章第三）、

これについてもここで規定を設ける必要がない（部会資料八四―三・一七頁）。

いずれにせよ、改正後の民法のもとでは、請負の目的物の契約不適合を理由とする追完請求、損害賠償請求、請負報酬減額請求（今回の改正で新たにみとめられることとなった）、解除に関して、改正前民法下で広く説かれていたのとは違い、「仕事の完成」の前か後かで区別する意味はなくなる。仕事完成前は一般の債務不履行、完成後は瑕疵担保という構図を、改正後の民法は採用していないからである。

(ii) 仕事の目的物に瑕疵があった場合の解除に関する改正前民法六三五条も削除される。その理由は次の点にある（部会資料七二A・六頁）。

改正前民法六三五条本文は、契約目的達成不能の場合における注文者の解除権を定めていたが、仕事の目的物が契約の内容に適合しないことを理由とする解除については、目的物の種類・品質関する契約不適合を理由とする買主の解除権を定めた民法五六四条の規定が準用する債務不履行を理由とする解除のルール（前述したように、債務者の帰責事由は不要である。第三章第五〇）によって——民法五六四条が民法五五九条を介して請負にも準用されることを通じて——処理されるから、請負のこの箇所特別な規定を設ける意味がないと考えられたことによる。その結果、仕事の目的物に契約不適合があった場合には、改正前民法下におけるのと異なり、注文者には催告解除（民法五四一条）の余地も認められることとなる。

改正前民法六三五条ただし書は、請負の目的物が建物その他の土地工作物である場合における解除権の制限を認めていたが、これも削除される。同条ただし書は、解除を認めると工作物が破壊され、社会経済上の損失が計り知れないことと、解除を認めると請負人にとって過酷な結果をもたらすこととなることを考慮して定められたものである。しかし、社会経済上の損失をもたらすものでない場合に解除を否定する理由はないうえに、改正前民法下の判例（最

三小判平一四・九・二四判時一八〇一号七七頁）も、建物の存在価値をなくすほどの重大な瑕疵がある場合に建替費用相当額の損害賠償を認めることにより解除したのと同様の経済的地位を注文者に認めていることから、同条ただし書の存在意義がないと考えられたことによる。

(2) 請負人の契約不適合責任の制限

請負人の契約不適合責任の制限を定めた六三六条は、改正前民法六三六条規定を基本的に維持したうえで、改正後の民法が請負における瑕疵担保責任を仕事の目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由とする責任へと改め、かつ、売買の個所でこの種の場合における救済手段を整備したことを受けて、規定の表現を改めたものである。

(3) 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の注文者の権利の期間制限

仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の注文者の権利の期間制限を定めた六三七条は、売買における目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由とする売主の責任の期間制限（民法五六六条）と同様の理由から改正前民法六三七条における権利保全期間のルールに実質的な変更を加えたものである。ここでは、仕事の目的物の契約不適合を注文者が知った場合に、その時から一年以内に契約不適合の事実を請負人に通知しなければ、その不適合を理由とする追完請求権、報酬減額請求権、損害賠償請求権、解除権を失うもの（失権効）とされている。なお、悪意・重過失の請負人に対しては失権効が及ばないことは、売買の場合と同様である。

(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（改正前民法六三三・六三九条の削除）

(i) 改正前民法六三三・六三九条は——改正前民法六三七条が仕事の目的物に瑕疵があった場合の注文者の権利保全期間を一年としていたのに対して——土地工作物が仕事の目的物であったときに、その瑕疵について、五年から十年とい

う権利保全期間の特則と、工作物がその工作物又は地盤の瑕疵により滅失・損傷した場合における権利保全期間の特則（滅失・損傷の時から一年以内の権利行使）を設けていた。この規定は、今回の改正で削除される。その理由は次の点にある（部会資料七五A・三九頁）。

改正前民法六三八条一項を削除したのは、改正前民法六三七条を上記（3）のように変更する結果、注文者が契約不適合を知ってから一年以内に請負人に対して通知をしなければ原則として失権するところ、土地工作物についてのルールと異なる長期の期間を定めたルールを設ける必要性が乏しいと考えられたことによる。

改正前民法六三八条二項を削除したのは、同条二項が滅失・損傷の時から一年という短い期間を定めているのは、滅失・損傷により注文者が契約不適合の事実を認識するであろうとの考慮に出たものであるところ、今回の改正で改正前民法六三七条の内容を注文者の認識を基礎とする一年の期間制限に改めることの結果として、ここに改正前民法六三七条二項と同趣旨の原則規定が設けられるから、もはや同項を維持する必要性が乏しいと考えられたことによる。

(ii) 改正前民法六三八条が削除され、さらに改正前民法六三七条の内容が変更される結果、これを受けていた改正前民法六三九条（担保責任の存続期間の伸長）も併せて削除される。

(5) 担保責任を負わない旨の特約（改正前民法六四〇条の削除）

改正前民法六四〇条は、「請負人は、第六三四条又は第六三五条の規定による担保の責任を負わない趣旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実については、その責任をまぬかれることはできない。」と定めていたが、この規定は削除される。これは、売買に関する民法五七二条の規定を、民法五五九条を介して請負契約に準用することで対応可能と考えられたことによる（部会資料八八―二・八頁）。

III 新法の請負人の担保責任に関する下森所感

前述したように、改正前民法六三四条は、請負人の担保責任と題して、仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる、ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない旨定め、さらに注文者は、瑕疵の修補に代えて、又は修補とともに、損害賠償の請求をすることができると定めていた。続いて六三五条は仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約を締結した目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし建物その他の土地の工作物については、この限りでないと定めていた。この規定からすれば改正前民法は請負人の責任を瑕疵担保責任の一種ととらえていたといえよう。これに対して、学説は、債務不履行との関係につき、請負人の責任の法的性質をどう見ていたかという点、売買においては両者の関係につき議論があるが、請負については債務不履行の特則であると解することに異論がなく、請負人の債務の内容は、瑕疵のない完全な仕事をするものであるから、請負人は帰責事由がなくても責任を負い、損害賠償の範囲は、信賴利益に限られず、瑕疵があることから生ずる全損害（履行利益）に及ぶと解していた。³⁹⁾

これに対して私見はこう考えている。前述したように、そもそも、売買契約における瑕疵担保責任制度は、契約締結時に売買の目的物に隠れた瑕疵があった場合の買主の保護制度であり、この制度は、その沿革上、不代替物の特定物売買を対象としており、有償契約の原始的給付障害における買主の法的保護制度であった。しかし、近代資本主義社会における工業化社会、分業化社会、組織化社会、情報化社会の出現は多様な契約類型を生み出し、とくに「為す債務」の社会的重要性が高まり、これらはいずれも契約の法的保護・給付障害法の在り方に大きな影響を与えることとなった。その結果として、種類売買や請負契約の不完全履行の法的救済については、旧ドイツ法と異なり債務の不

本旨履行について一般的规定（四一五条）を設けている日本民法の下では、不完全履行論の新たな展開で対処すべきであるとの見解、さらに、不完全履行を理由とする追完請求権は、契約に基づく本来の履行請求権そのものであり、不完全な履行では本来の履行請求権は消滅しないから、その行使については、債務者の帰責事由の有無は問題とならないことを私は主張し、以来、一貫してこの立場を主張してきた。

この見地から、私は、為す債務である請負契約の給付障害は、原始的給付障害も含まれる売買契約とは異なり、もっぱら後発的給付障害であるから、（錯誤や契約締結上の過失責任の問題は別として）、後発的給付障害の救済手段である債務不履行責任（不完全履行責任、新法の用語では不適合責任）による救済でよく、請負の担保責任とよばれている救済手段の法的性質は債務不履行責任そのものであって、請負における特則と見るべきであり、民法改正にあたっては、瑕疵担保責任ではなく、不完全履行責任の一類型として立法すべきであると考えてきた。この見地から見るとき、改正新法六三六条及び六三七条で請負人の「担保責任」という用語を残しているのは適切でないといえよう。この角度から、新法の内容を見てみよう。

（一）仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任の法的性質は担保責任ではなく、債務不履行責任そのものの一態様（請負における特則）とみるときは、注文者の修補請求権（追完請求権）・損害賠償請求権（さらに、請負報酬減額請求権や解除権）については、目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由とする買主の権利を定めた民法五六二条から五六四条までの規定が民法五五九条を介して請負契約にも適用されるため、ここで規定を設ける必要は当然なく、そのほか、修補請求権（追完請求権）の限界、瑕疵が重要でなく、かつ、修補に過分の費用を要するときの注文者の修補請求の制約、仕事の目的物の契約不適合を理由とする損害賠償債務と請負報酬債務との同時履行についても、潮見解説の指摘通り、妥当な改正といえよう。

潮見解説の説くとおり、いずれにせよ、改正後の民法のもとでは、請負の目的物の契約不適合を理由とする追完請求、損害賠償請求、請負報酬減額請求、解除に関して、改正前民法下で広く説かれていたのとは違い、「仕事の完成」の前か後かで区別する意味はなくなる。仕事完成前は一般の債務不履行、完成後は瑕疵担保という構図を、改正後の民法は採用していないからである。そもそも、後発的給付障害である請負人の債務不履行責任を原始的給付障害である担保責任ととらえていた改正前民法に問題があったのであるから、この点に関する新法の改正には、賛成である。

(2) 請負人の契約不適合責任の制限を定めた六三六条の改正、(3) 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の注文者の権利の期間制限を定めた六三七条の改正、(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任の存続期間(改正前民法六三八条・六三九条の削除)、(5) 担保責任を負わない旨の特約(改正前民法六四〇条の削除)の改正なども、妥当な改正である。改正にあたり、私見が参照され、採用されたわけではないが、結果的には、「担保責任」という用語を残してはいるが、その内容は、私見とほぼ同様な考え方となっており、賛成である。

むすび

これまで見てきたように、改正法は、錯誤、原始的不能、債務不履行、危険負担制度等に関する改正前の給付障害法を大きく変更した。改正前民法が採用していた「原始的不能」無効のドグマ、「特定物ドグマ」、「担保責任における法定責任説」を積極的に排除することを基本方針として立案された改正法を前にして、今日、錯誤制度と原始的不能制度さらには契約不適合制度との関係、あるいは、瑕疵担保責任制度さらには危険負担制度と契約不適合制度との

関係などの制度間競合問題について今後どのような観点から問題の処理をするのが適切であるかが、今日問われている。

改正法で採用された制度・準則の解釈にあたり、「(原始的不能≡無効のドグマ)、(特定物ドグマ)、(担保責任における法定責任説)を基礎に据えた理論を展開するのは(立法者意思説に立とうが、法律意思説に立とうが)邪道である」、「(原始的不能≡無効のドグマ)、(特定物ドグマ)、(担保責任における法定責任説)を固く信じておられる方々におかれては、頭をリセットして」、「新法の解釈をしていただきたいとの潮見教授の鋭い指摘に対応し、(修正)法定責任論者の一人である筆者として、現時点での所感を述べるのが本稿の目的であった。

以下、むすびとして、改正新法に対する所感内容を簡潔にまとめておこう。

(1) 売買契約における買主の追完請求権(五六二条)の法的性質

私見は、履行請求権は契約の効果として認められるものではなく債務不履行の効果として認められる手段(債権者の救済手段)であるが、不完全履行がなされた場合は、全くの債務不履行(履行遅滞や履行不能)と異なり、不完全ながらある程度の履行はなされているのであるから、不完全さの内容に応じて、代替物の引渡し、あるいはそれを制約する修補の請求が認められ、これらの請求には一定の期間制限が課されるべきものと考えられるものである(追完請求権は本来の履行請求権が具体化したもので異質の権利ではない)。追完請求権という用語が新法で採用されているが、その実質はこのようなものと解釈するのが妥当と考える。異質の権利と解すると両者の関係が複雑となる。

(2) 契約の解除(五四一条〜五四八条)について

解除権行使の要件として債務者の帰責事由を不要とした改正をはじめとする新法の解除制度について、私見は目下のところ、特段の異論を述べる必要性を感じていない。妥当な改正であったと考える。

(3) 危険負担(五三六条)、目的物の滅失についての危険の移転(五六七条)、契約の解除と危険負担の関係

① 危険負担(五三六条)

旧法の下では、引渡前の目的物の滅失・損傷につき、債務者に帰責事由がない場合は危険負担制度(債務の当然消滅による救済)、ある場合は債務不履行責任制度による救済とする明確なすみ分けができていた。しかし、新法は債務者の帰責事由の有無を問わない債権者の履行拒絶権(危険負担・反対債務不消滅)あるいは債務者の帰責事由の有無を問わない契約解除権(反対債務不消滅のため債務不履行責任・追完請求と解除権による救済)としたので、制度間競合問題が発生し、問題が複雑となったといえよう。原始的不能 \parallel 無効のドグマ)、(特定物ドグマ)、(担保責任における法定責任説)を否定し、原始的給付障害と後発的給付障害の垣根を外し、両者を一元化したことの反射効といえよう。

② 目的物引渡後の滅失・損傷についての危険の移転(五六七条)

引き渡しを受けた売買の目的物が契約不適合物であった場合には目的物は特定しないから、引渡後の滅失の危険は買主に移転せず、売主にとどまり、その後この目的物が買主の責めに帰すべき事由なくして滅失した場合、その損失は売主が負担する。そこで、不適合物を引渡した売主は本来の履行債務を免れていないから、買主は売主に対して追完請求権(私見では本来の履行請求権)を行使し、代物の請求あるいは瑕疵修補請求、さらには損害賠償の請求や契約の解除で救済を求めることができる。また、異種物給付の事例は、目的物選定時点かつ引渡し時点での不適合物給付の事例であり、これも、特定を生じていない事例であるから、危険は買主に移転していないといえる。この場合も当然に、買主は売主に対して追完請求権を行使しうる。そして、買主に引き渡された後に損傷した置時計は特定のも物であり、その所有権は未だ売主にあるから、売主に対して契約適合物の追完請求をした買主は、先に

引渡を受けたこの特定の損傷物につき返還義務を負う（民法四〇〇条）。この場合、買主は返還まで善良な管理者の注意をもってこの物を保存さえしておけば売主から責任を追及されることはないはずである。買主の返還債務は片務債務であるから、双務契約における危険負担の問題も生じえない。この点について、潮見解説は何ら言及していない。「種類物の売買では契約に適合しない目的物を選定して引き渡しても民法四〇一条二項にいう「特定」の効果が生じない」という潮見説によれば当然右のような結論になるのではあるまいか、そうだとすれば、この見地から見ると、新法は、まさに法定責任説を結果として採用しているものともいえよう。新法は、「特定」の意義・効果をめぐって今後の問題を残しているのではあるまいか。

③ 契約の解除と危険負担の関係

双務契約において、特定物ドグマを否定し、債務の履行が不能となったからといって債権者の反対債務が当然に消滅するわけではなく、自己の負担する債務から解放されたければ、契約解除の意思表示をしなければならぬこととした新法は、他方において、債務不履行に基く解除権の行使にあたり、債務者の帰責事由を要件としないこととしたので、双務契約において債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合、債務不履行解除も可能であり、また危険負担による解除も可能となって、両者の重複問題が生ずることとなった。そこで、危険負担制度の効果を改め、履行拒絶権構成をとることにより、両制度を併存させつつ重複問題を回避することとしたという。

しかし、危険負担の効果として解除権の行使も残している以上、両制度の重複問題は残されていよう。期間制限問題がその一例ではあるまいか。ここでも市民に分かりやすい民法改正という改正目的を逸脱し、より複雑な改正となったように思われる。

(4) 贈与者の引渡義務（五五一条一項）

贈与者の権利移転義務の具体的内容は契約解釈によって定まることを前提にしつつ、贈与が無償契約であることを考慮して、義務内容を軽減し、贈与者は担保の目的である物又は権利を贈与の目的として特定した時の状態で移転することを約したと推定することに変更した新法の解釈として、「贈与の目的物として特定した時の状態」とはどのような時をいうのかというと、特定物贈与においては、贈与契約締結時であり、不特定物贈与においては、目的物が特定した時と解される。潮見教授の指摘通り、不特定物贈与の場合にも、四〇一条二項の趣旨からして不具合のある物の給付では特定は生じないから、贈与者は、財産権移転義務を免れず、債務不履行の一般法理にしたがつて責任を負うと解釈するのが妥当といえよう。この結果は、不特定物の贈与契約において瑕疵ある物が給付された場合は、債務の本旨に従った履行といえず、贈与者は本来の履行責任を免れえないのであるから、瑕疵のない物を給付する義務を負う、との法定責任説論者の主張したところと同じ結果といえよう。もっとも、不特定物売買における不適合給付の場合も特定を認めるのが契約責任説であったので、この点は契約責任説論者の間で見解が分かれているところともいえよう。有償契約と無償契約では効果が異なるというのであれば、その根拠を明らかにすべきであろう。ここでも、新法は、「特定」の意義・効果をめぐって今後の問題を残しているといえよう。

(5) 錯誤と原始的不能・契約不適合——制度間競合（九五条）

1 錯誤と原始的不能との制度間競合

改正民法が、「原始的不能＝契約無効のドグマ」を否定し、「原始的不能を目的とする契約も有効である」との立場を採用する一方で、錯誤が重要である場合に意思表示の取消しを認めた結果錯誤を理由として意思表示が取り消されたときは、契約が遡及的に無効となるため、錯誤と原始的不能との制度間競合の問題が全面に出てき、この問題について二つの見解（能見説と潮見説）が現れ、対立している。能見説は債務不履行責任制度と錯誤取消制度と

の制度間競合をいったん認めたらうと、効果論の観点から、債務不履行責任制度の優先性を主張する見解であり、これに対し、潮見説は、そもそも錯誤取消しは認められないのだから制度間競合は成立しないという見解といえよう。両者とも錯誤取消しを認めず、債務不履行責任制度で問題を処理する点では変わりがないが、そもそもこのような議論や制度間競合の複雑な問題が生じた原因は、ここでも、特定物ドグマの否定にあるといえよう。将来、錯誤をめぐる紛争問題を債務不履行責任制度のみで一括処理することの妥当性が問われるケースが現れる恐れはないといえようか。疑問なしとしない。この問題については、もっと詳しい類型論的考察が必要といえよう。買主の錯誤と売主の錯誤、さらに共通錯誤との関係、錯誤取消及び債務不履行責任の成立要件としての帰責事由必要性の有無との関係、錯誤者の帰責事由と相手方の帰責事由のどちらを要求しているのか、それぞれの帰責事由の効果があるのかなどなど、もっと詳細に検討すべきであろう。

2 錯誤と契約不適合との制度間競合

この問題については、①目的物の性質が契約内容（債務の内容）になる場合と、②ならない場合について、分けて考察することが有用である。

（1）目的物の性質が契約内容（債務の内容）になる場合

「特定物ドグマ」を否定した改正民法は、特定物の売買においても「契約に適合した性質の物」を引き渡さない場合には契約不適合として処理され、債務不履行責任のルールに服することとなり、他方、錯誤の場面では、行為基礎事情が表示されたときは、それが民法九五条一項柱書の定める重要要件（その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき）を充たしたならば、表意者の意思表示は取消の対象となることとなった。その結果、ここでは、錯誤の制度と契約不適合（債務不履行）の制度との競合が生じることになった。そ

ここで、この問題については、着想を異にするいくつかの考え方が示されている。(イ) 錯誤と債務不履行の制度間競合を認めたくえで、債務不履行責任の規範が錯誤取消しの規範を排除するとの考え方(能見説—債務不履行責任優先説)、(ロ) 競合を否定する説(佐久間説)、(ハ) 選択可能性説(潮見・野澤・山本説他)である。

(2) 目的物の性質が契約内容(債務の内容)にならない場合

問題となる目的物の性質が契約内容(債務の内容)にならない場合は、契約不適合の問題は生じない。では、このとき、行為基礎事情の錯誤の問題となるかにつき。ある見解(能見説)は、表意者(買主)が動機(行為基礎事情)を表示したときは、「動機の錯誤」としての取消しを認める余地があると主張している。この見解に対して、潮見教授は、「そうであるとすれば、この場合は、錯誤取消しの可能性のみが認められ、契約不適合を理由とする債務不履行の問題は生じないから、そもそも、制度間競合の問題は生じないし、このような場合に錯誤の要件が満たされているかは疑問であると批判している。

さて、錯誤と原始的不能・契約不適合—制度間競合に関する学説の状況に接した所感を述べておくところである。特定物ドグマ否定説に立つ潮見教授自身が認めておられるように、特定物ドグマを否定した新法は、錯誤との関係においても、市民に分かりにくい複雑な問題を抱えこんでしまったようである。しかしこのような立法がなされた以上、非常に複雑な問題点を抱え込んでいる新法の解釈による問題点の解決が今後の困難な課題といえよう。

(6) 請負契約における請負人の担保責任(六三二条—六四二条)

改正前民法は請負人の責任を瑕疵担保責任の一種ととらえていたといえよう。これに対して、学説は、請負については債務不履行の特則であると解することに異論がなく、請負人の債務の内容は、瑕疵のない完全な仕事をする事であるから、請負人は帰責事由がなくても責任を負い、損害賠償の範囲は、信賴利益に限られず、瑕疵があることか

ら生ずる全損害（履行利益）に及ぶと解していた。これに對して、私見はこう考える。

そもそも、売買契約における瑕疵担保責任制度は、契約締結時に売買の目的物に隠れた瑕疵があつた場合の買主の保護制度であり、この制度は、その沿革上、不代替物の特定物売買を対象としており、有償契約の原始的給付障害における買主の法的保護制度であつた。しかし、種類売買や請負契約の不完全履行は、後発的給付障害であり、その法的救済については、旧ドイツ法と異なり債務の不本旨履行について一般的规定（四一五条）を設けている日本民法の下では、不完全履行論の新たな展開で対処すべきであるとの見解、さらに、不完全履行を理由とする追完請求権は、契約に基づく本来の履行請求権そのものであり、不完全な履行では本来の履行請求権は消滅しないから、その行使については、債務者の帰責事由の有無は問題とならないことを私は主張し、以来、一貫してこの立場を主張してきた。

この見地から、私は、為す債務である請負契約の給付障害は、原始的給付障害も含まれる売買契約とは異なり、もっぱら後発的給付障害であるから、（錯誤や契約締結上の過失責任の問題は別として）、後発的給付障害の救済手段である債務不履行責任（不完全履行責任、新法の用語では不適合責任）による救済でよく、請負の担保責任とよばれている救済手段の法的性質は債務不履行責任そのものであつて、請負における特則と見るべきであり、民法改正にあつては、瑕疵担保責任ではなく、不完全履行責任の一類型として立法すべきであると考えてきた。この見地から見るとき、改正新法六三六条及び六三七条で請負人の「担保責任」という用語を残しているのは適切でないといえよう。この角度から、新法の内容を見てみよう。

（一）仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任の法的性質は担保責任ではなく、債務不履行責任そのものの一態様（請負における特則）とみるときは、注文者の修補請求権（追完請求権）・損害賠償請求権（さらに、請負報酬減額請求権や解除権）については、目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由とする買主の権利を

定めた民法五六二条から五六四条までの規定が民法五五九条を介して請負契約にも適用されるため、ここで規定を設ける必要は当然なく、そのほか、修補請求権（追完請求権）の限界、瑕疵が重要でなく、かつ、修補に過分の費用を要するときの注文者の修補請求の制約、仕事の目的物の契約不適合を理由とする損害賠償債務と請負報酬債務との同時履行についても、潮見解説の指摘通り、妥当な改正といえよう。

潮見解説の説くとおり、いずれにせよ、改正後の民法のもとでは、請負の目的物の契約不適合を理由とする追完請求、損害賠償請求、請負報酬減額請求、解除に関して、改正前民法下で広く説かれていたのとは違い、「仕事の完成」の前か後かで区別する意味はなくなる。仕事完成前は一般の債務不履行、完成後は瑕疵担保という構図を、改正後の民法は採用していないからである。そもそも、後発的給付障害である請負人の債務不履行責任を原始的給付障害である担保責任ととらえていた改正前民法に問題があったのであるから、この点に関する新法の改正には、賛成である。

(2) 請負人の契約不適合責任の制限を定めた六三六条の改正、(3) 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の注文者の権利の期間制限を定めた六三七条の改正、(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（改正前民法六三八条・六三九条の削除）、(5) 担保責任を負わない旨の特約（改正前民法六四〇条の削除）の改正なども、妥当な改正である。改正にあたり、私見が参照され、採用されたわけではないが、結果的には、「担保責任」という用語を残してはいるが、その内容は、私見とほぼ同様な考え方となっており、賛成である。

以上が、本稿のまとめであるが、要するに、給付（履行）障害法・契約責任法の研究にあたって重要なことは、改めて言うまでもないことではあるが、第一に、法体制の国際的差異（不文法・成文法、大陸法・英米法、ドイツ法や

フランス法等)への配慮、第二に、契約の対象や内容の社会・経済・歴史の変遷への配慮、第三に給付障害の発生時間の差異による区別の重要性(契約締結前の障害・締結後履行までに発生した障害・履行後に発生した障害の法的救済手段の差異への配慮)、第四に契約内容の差異による区別の必要性(有償・無償、与える債務・為す債務、与える債務では目的物の種類・内容の差異(動産、不動産、権利あるいは代替物・不代替物、特定物・不特定物)、さらには継続的債務・一回限りの非継続的債務の区別の必要性)、第四に、契約障害・契約関連障害・不法行為障害の関連性への配慮の必要性等といえよう。これらの諸問題に配慮しつつ、給付障害法の全体構造を踏まえて個々の障害事件の法的保護手段を考えることの重要性を今改めて痛感している。

新法は、「特定物ドグマ」をめぐる法的構成の理論的是非(特定物ドグマ・法定責任説の否定、契約責任説の採用等)に気を取られすぎ、瑕疵担保責任と不完全履行責任両制度の効果論を中心とする機能的・比較的考察の具体的な詰めが甘かったのではないかの感を拭いきれない。最後にもう一度繰り返そう。特定物ドグマを否定して、原始的不能と後発的不能の区別をなくし、両者を一体化して「履行不能」類型を消滅させ、一元的な債務不履行制度を構築し、さらにその結果として、危険負担制度をも給付障害法に体系的に一元化しても、物理的・社会的実態として、履行不能現象がある限り、履行請求権およびその強制履行の許容を第一次的保護手段として位置づける法的救済システムの下では、完全な一元化は困難であり、非合理的でもある。現に、各種の複雑な制度間競合問題が輩出し、その解釈による解決が必要となっているのではないかと。

「頭をリセットして、新法の解釈をしていただきたい」との潮見教授の鋭い指摘への対応を試みた本稿ではあるが、法定責任説をかたくに信じている一民法老学者の頑固さ、お笑ください。

それはともかく、一二年ぶりの民法の抜本的改正に携われ、民法施行以来一世紀以上の間に、日本の実務が形成

し、蓄積してきた条文の外にあるルールを法典の中に明文化し、また、単に判例法を明文化するにとどまらず、明治以来一世紀にわたる日本社会の変化や経済の拡大発展を踏まえて、現代社会に相応する規範を作り上げ、西洋民法の最先端の成果を日本に導入したにとどまった明治民法を超え、日本自前の全面改正を成し遂げられた（内田貴『改正民法のはなし』二頁）、民法改正委員の皆様のご努力とその成果には、何はさておき、心より敬服する次第である。

最後に、新給付障害法に残された諸問題の解釈による解決さらには新法の一般的解釈学に今後取り組まれる民法学者諸兄のご健闘と日本民法学のますますの発展を祈り、筆をおく。

以上

（二〇二〇年四月二七日・九〇歳の誕生日）

【注】

（1） 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（以下『概要』として引用する）二〇一七・金融財政事情研究会刊二五七頁以下。なお、改正民法に関する潮見教授の著作としては、このほか、『新債権法Ⅰ』、『新債権法Ⅱ』二〇一七・信山社、『プラクテス民法債権総論（第五版）』（以下『債権総論』として引用する）二〇一八・信山社、その他の優れた諸論稿があるが、本稿では、簡にして要を得た論稿である前掲『改正法の概要』を主として取り上げて検討し、必要に応じて他の論稿も引用することとした。

（2） 潮見『概要』二二〇頁以下。

（3） 潮見『債権総論』六四頁以下。

（4） 潮見『債権総論』八〇頁以下。

（5） 旧ドイツ民法四八〇条の立法の経緯と内容については、拙稿修士論文「種類売買の法的保護に関する一考察」・著作集第二巻四頁以下とくに三七頁以下参照。

（6） 以上の詳細は、拙稿「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」著作集第二巻『履行障害法再構築の研究』三八五頁以下及び「履行障害法の「再構築と債権法改正」」著作集第二巻八四三頁以下参照。なお、ドイツ新債権法に関する優れた研究として、田中宏治教授

の『代償請求権と履行不能』（信山社二〇一八年刊）をはじめとする一連の研究（同書五一五・五一六頁、引用文献一覧参照）が参考になる。

- (7) 潮見『概要』二二六頁以下。
- (8) 潮見『概要』二二七頁以下。
- (9) 潮見『概要』二一九頁。
- (10) 潮見『概要』二一九頁以下。
- (11) 潮見『概要』二二〇頁以下。
- (12) 潮見『概要』二二三頁以下・中田裕康『契約法』二〇一七・有斐閣 一五九頁以下。
- (13) 中舎寛樹『債権法 債権総論・契約』二〇一八・日本評論社七〇頁以下。
- (14) 潮見『概要』二三八頁以下。
- (15) 潮見『概要』二四〇頁以下。中舎前掲書一八五頁。なお、上記中舎の叙述中「数量不足の場合は、通常、買主の期待を保護する必要はなく」の部分は、「売主の期待を保護する必要はなく」の誤植である。
- (16) 中田前掲一六四頁、森田宏樹『債権法改正を深める』二〇一三・有斐閣 一〇三頁。
- (17) 道垣内弘人・高須順一「解除と危険負担」ジュリスト一五一六号五二頁以下。山野目章夫・中井康之「売買」ジュリスト一五二一号八四頁以下。なお、中田前掲一六六頁は、相手方がすでに反対給付を履行していた場合に生ずる問題を指摘している。
- (18) 潮見『概要』二二六頁以下・中舎前掲書一九八頁以下。なお、片務契約における解除の可否・実益の有無については、中田前掲書一九五頁、二七四頁参照。
- (19) 五五一条一項が種類物贈与にとって持つ意味は、少々難解といわれている。
 中田前掲書二七〇頁は、「五五一条一項が、不特定物贈与にも適用されるかどうかは争いがある。①同項は特定物贈与にのみ適用され、不特定物贈与の場合には贈与者は完全なものを給付する義務を負うというのが従来通説である（我妻中一三三六頁、広中三六頁など）。②これに対し、不特定物贈与にも適用がある（同項により贈与者の責任が制限されるという見解も有力である（栗栖二四〇頁、石田一一四頁、内田一六八頁など）」と紹介している。
- (20) 我妻『債権各論中巻一』二三三頁他多数。因みに、民法起草者の梅博士も不特定物の遺贈義務者の担保責任や消費貸借契約の貸主の担保責任についての解説の中で、明確に代物給付義務があることを明示し、「純然たる瑕疵担保は特定物の場合にのみ問題となる」と指摘していた。この点の詳細については、拙稿「瑕疵担保責任に関する一つの覚書——いわゆる「特定物ドグマ」と民法起草者の見

解」(拙著『履行障害法再構築の研究』三六七頁以下所収) 参照。なお、贈与者の担保責任の法的性質については、中田前掲書二七〇頁以下参照。

(21) 内田貴『民法Ⅱ(第三版) 債権各論』一六八頁。

(22) 藤岡康弘・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄著『民法Ⅳ―債権各論(第四版) 有斐閣刊七六頁(浦川道太郎筆)。

(23) 潮見佳男・北居功・高須順一・赫高規・中込一洋・松岡久和編著『Before/After 民法改正』弘文堂二〇一七年刊、三八一頁(白井智晃筆)。因みに、法制審議会民法(債権関係)部会において、贈与者の担保責任を規定する改正案(案五五一条一項)は、「特定物ドグマに則った法定責任説そのものが採用されているように見え、今回の改正の基本的な考え方と齟齬するように見えるではないかとの指摘がなされていた」(資料八一B・一九頁)ことを、野沢教授は指摘している。野沢正充『契約法第二版 セカンドステージ債権法Ⅰ』日本評論社二〇一七年刊一〇八頁。

(24) 改正錯誤法の概要については潮見概要六頁以下参照。本稿では、法学教室二〇一八年七月号八二頁に掲載された潮見論稿『錯誤と原始的不能・契約不適合―制度間競合』の解説を取り上げて検討した(ただし若干手を加えて紹介している。以下同様)。

(25) 四宮和夫『能見善久』『民法総則(第九版)』(弘文堂、二〇一八年)三〇〇頁。

(26) 潮見前掲注(24) 法学教室論稿八五頁以下。

(27) 四宮和夫『民法総則(第四版)』(弘文堂、一九八六年一九八六年)一八二頁を引用。

(28) 山本敬三『民法講義Ⅳ―1 契約』(有斐閣、二〇〇五年)二九九頁を引用。

(29) 四宮『能見・前掲注(25) 二六二頁を引用。

(30) 四宮『能見・前掲注(25) 二五二頁。

(31) 四宮『能見・前掲注(25) 二六三頁。

(32) 佐久間毅『民法の基礎Ⅰ総則(第四版)』(有斐閣、二〇一八年)一六二頁 以下を引用(なお、この書物における当事者と目的物の表記を、本稿の例に合わせて変更している)。さらに、この注において、潮見解説は次のように述べている。なお、同書一六三頁は、本文中の(a)・(b)〔本稿では(イ)・(ロ)の表記(下森)のいずれであるかは、A・B間の解釈によって定まるとしつつ、「契約当事者は、一般に、債務不履行の責任を容易に問われることとなる内容で契約を成立させることはないはずである。そうであれば……乙〔注。本稿の例では、甲〕のような社会通念上代替性も性質の変更可能性もない特定物の売主の合理的意図は、現物をそのまま引き渡す義務を負う契約の締結であり、性質を変えて引き渡すという実現不可能な内容の義務を負うことになる契約の締結ではない」ということができよう〕として、(b)をデフォルトとする。この点は、特定物売買におけるリスク分配に関する当事者の理解がどのような

のかという点について (a) をデフォルトとする著者とは認識を異にする (b) をデフォルトとすることは、実質評価において (特定物ドグマ) と (原始的不能 \parallel 契約無効のドグマ) が基礎に据えていたもの \rightarrow とりわけ後者のドグマ \rightarrow を維持するに等しい)。

(33) 野澤正充『契約法 (第二版)』(日本評論社、二〇一七年) 一五七頁以下。中田博康『契約法』(有斐閣、二〇一七年) 三二五頁は、「各規定の要件・効果が整理され、また効果が 接近したことから、競合問題となることはより少なくなるだろうが、競合が生じた場合については、選択可能説がさらに妥当性を増している」と述べている。

(34) 山本豊ほか『アルマ民法5契約』(有斐閣、二〇一八年) 一五六頁 (北居功筆)。

(35) 潮見前掲注 (24) 法学教室論稿一一二頁以下。

(36) 四宮 \parallel 能見・前掲注 (25) 二五三頁は、ここで、消費者が買う靴下の売上の例を出し、「それが日本製か外国製かは物の性状であるが、靴下のような安価な製品については、原産国は契約内容にならない」と言う。

(37) 四宮 \parallel 能見・前掲注 (25) 二五三頁。

(38) 『潮見概要』一八三頁以下。なお、この問題に関する改正民法の規律については、中田前掲五〇八頁参照。

(39) 中田前掲五〇七頁、我妻民法講義・債権各論中巻Ⅱ六三二頁、内田前掲二七五頁他参照。