

## はじめに

法科大学院がスタートして3年が経過しようとしている。最初の卒業生たち（初年度入学の法学既修組）が巣立ち、本書が刊行される頃には2年目の卒業生たち（初年度入学の未修組と次年度入学の既修組）もこれに続いていることだろう。法科大学院の開設に関しては様々なことが説かれてきたが、ひとつ明らかなことは、法学部の学生諸君にとっては大学における法学学習の年限が延長される結果（4年+2年）になったということである。もちろん、法科大学院においては実務導入教育もなされているが（それに伴って司法研修所の研修期間が短縮）、それにしても、従来に比べて教育・学習にあてられる時間が増えたことは確かである。

法科大学院論議の直接のきっかけは司法制度改革にあったが、学部教育の拡充のために修学年限を延長しようという議論は、東大法学部5年制案をはじめとして実はかなり前から存在していた。法律・判例・学説・取引実務のいずれをとってもその内容は複雑化するばかりであるのに対して、戦後にスタートした新制大学の法学部における法学教育のための時間は決定的に不足していたからである。もちろん、すべてを教えることは不可能であるだけでなく不必要でもあり、従来のカリキュラムには軽量化すべき点も含まれてはいた。しかし、同時に、従前よりも高度化すべき点も少なくなく、むしろ法学教育の段階化が望まれていたと言うべきであろう。

法科大学院が開設された現在、一方では、学部段階での教育・学習は、細部にとらわれることなく基本をしっかり把握するとともに、社会的な文脈・歴史的な文脈を考慮に入れて法の意味・働きを理解する点に重点を置くべきではないか。私自身は、導入にあたる総則・物権の講義（『基本民法Ⅰ』が対応する）では基本に重点を置き、次第にその他の要素にも注意を促すように心がけてきた。最後の親族・相続の講義（『家族法』が一部に対応する）では、とりわけ法や国家のあり方をも考えてもらえるような題材を取り入れるようにしている。こうした民法学習は、専門の法律家になるか否かにかかわらず、社会の将来に対して責任を負うべきすべての法学部生にとって、必要であろう。

他方、法には技術的な側面もある。法を自らのものとして自在に使いこなすには、基本知識を持っているだけでは十分ではない。事実を分析することができることのほかに、すでに持っている知識を組み合わせられること、あるいは、必要なルールを探し出して適切に用いることができること、さらに、場合によっては、ルールの不備を補完するような解釈・運用をすることも求められる。もちろん、こうした点には講義でも注意しているが、たとえば、一つの判例に立ち入れば、他の話には十分な時間が残らなくなる。演習で補うことは可能ではあるが、すべての学生がそうしたタイプの演習に参加できるわけではない。そもそも、法規範は相互に密接に関連しあっているので、事案に即して総合的に考えると言ってみても、一定の知識のストックを持っていないと、高いレベルで考えることは困難である。この点での不足を補うのが、法科大学院での教育であると考えべきだろう。

世間には法知識などなくても思考力さえあればよい、と公言する人がいる。学部では法律以外のことを学んだ方がよい、と強調する人もいる。しかし、本当にそうだろうか。思考力の涵養は大事であるし、法学以外の知識も必要であろう。だが、一定の法知識がなければ、法律家として十分な仕事をすることはできないこともまた確かである。実際には、法律家は仕事を通じて新たな法知識を身につけて行くことになるが、基本知識が法典・法律という形で存在する法文化においては、ある段階でこれらを体系的に習得しておくことのメリットは大きい。逆に、法学以外の領域に属する様々な関連知識のかなりの部分は、法を通じて（あるいは、法とあわせて）学ぶことも可能なものである。読者はぜひ、大学で、法科大学院で、あるいは実社会で、法を取り巻く様々な知識・知見の習得に努めてほしい。

以上のような文脈の中で考えると、『もうひとつの基本民法』は、法学部と法科大学院を架橋する地点に立つものとして位置づけることができる（実際のところ、本書の債権各論部分は東京大学法科大学院の未修者クラスにおける講義ノートをもとにしている）。学部で民法を一通り勉強した諸君は、本書を通じて応用的な問題を素材に基礎を固めてほしい。同時に、学部生も法科大学院生も、法の背後にある社会状況にこれまで以上に関心をもってほしい。後者は、本書を構想した時には必ずしも十分には考えていなかったことではあるが、現在、生成しつつある日本型の法学教育システムにおいては特に強調しておくべき点だろう。

本書の構想時に遡ったついでに、触れておくべきことがらがある。それは本書が参考にした先行業績についてである。一つは、道垣内正人『ポイント国際私法総論』『同各論』（有斐閣）である。そこには、すでに存在する概説書を前提としつつ、それとは別に概説書を書く可能性が示されていた。できあがりの形は同書からは離れてしまったものの、この試みには大いに勇気づけられた。もう一つは、フランスの民法学者ジャン・カルボニエの『民法』である。半世紀にわたって改訂が続けられ、著者の死後は格式ある叢書に収められたこの書物（Jean Carbonnier, *Droit civil*, 2 tomes, Quadrige/PUF, 2004）は、実定法の状態を簡潔に示す「本文」とそれを取り巻く各種の知見（歴史・社会学・政治経済・立法政策・法理論・司法実務のほか、地理・宗教・統計・人類学・心理学・契約慣行などにも及ぶ）を集めた「問題状況」からなるが、このうちの後者を想起しつつ本書の執筆は進められた。大家の至芸とは比べるべくもないが、いずれ場を改めて別の角度からその豊かさに迫りたい。

本巻IIの編集についても前巻Iと同様に、伊丹亜紀さん（有斐閣・書籍編集部）を煩わせた。重ねてお礼を申し上げる。また、渡辺真紀さんに代わって途中から雑誌連載を担当した下さった足立曉信さん（有斐閣・雑誌編集部）にもお礼を申し上げる。さらに、債権各論編の草稿を読みコメントを寄せてくれた護守卓志、田中秀樹、相澤洋子、石塚陽子、中村隆夫、松本泉、小島慎一、高尾栄治、宮内宏の諸君（いずれも東京大学法科大学院の初年度未修組に所属）にも、この場を借りて改めて謝意を表したい。

2007年2月

大村敦志

## 略目次

### 第1編 債権各論

UNIT 1	過失——医療訴訟の動向から……………	3
UNIT 2	損害——女子・外国人の逸失利益を中心に……………	15
UNIT 3	因果関係——原因競合の事例をめぐって……………	27
UNIT 4	責任能力と監督者の責任——子どもの責任・親の責任……………	39
UNIT 5	契約の成立——自動券売機の場合……………	51
UNIT 6	危険負担・解除——不能をめぐる諸問題……………	65
UNIT 7	売買——瑕疵担保責任の位置づけ……………	77
UNIT 8	賃貸借——サブリースと借地借家法の適用……………	89
UNIT 9	サービス契約——旅行契約を素材に……………	101
UNIT 10	複合契約——下請負の検討を兼ねて……………	113
UNIT 11	無償契約——近隣関係とヴォランティア……………	125
UNIT 12	不当利得——誤振込みをめぐって……………	137

### 第2編 債権総論・担保

UNIT 13	損害賠償(1)——契約と債権債務……………	149
UNIT 14	損害賠償(2)——履行利益・信賴利益……………	161
UNIT 15	損害賠償(3)——違約金と責任制限……………	173
UNIT 16	相殺と債権譲渡(1)——性質・合意・法律による制限……………	185
UNIT 17	相殺と債権譲渡(2)——一括支払システムをめぐって……………	197
UNIT 18	弁済——自動支払機による引出し……………	211
UNIT 19	担保(1)——付従性……………	223
UNIT 20	担保(2)——優先弁済……………	233

## 細目次

### 第1編 債権各論

#### UNIT 1 過失 医療訴訟の動向から

3

- I はじめに……………4
- II 従来の医療訴訟……………4
  - 1 事件の紹介 4
    - (1) 輸血梅毒事件・光凝固法事件 4
    - (2) 予防接種事件・ルンバールショック事件 5
  - 2 標準型との異同 6
    - (1) 「過失」の間接化? 6 (2) 「過失」と「因果関係」の融合? 7
- III 最近の医療訴訟……………8
  - 1 事件の紹介 8
    - (1) 肝細胞がん事件・狭心症事件 8
    - (2) 輸血拒絶事件・乳がん事件 10
  - 2 再編成の兆し 11
    - (1) 過失の再主観化? 11 (2) 新しい利益の保護へ? 12

#### UNIT 2 損害 女子・外国人の逸失利益を中心に

15

- I はじめに……………15
- II 判例の動向……………16
  - 1 女子 16
    - (1) 最高裁の判例 16 (2) 下級審の問題提起 18
  - 2 外国人労働者 20
    - (1) 逸失利益の場合 20 (2) 慰謝料の場合 21
- III 判例の評価……………22
  - 1 内在的評価 22
    - (1) 計算根拠の抽象度・確実度 22 (2) 価値・政策の間接的考慮 23

- 2 超越的評価 23  
 (1) 金銭評価への疑問 23 (2) 保護法益の画定 24

### UNIT 3 因果関係——原因競合の事例をめぐって 27

- I はじめに ..... 27  
 II 原因競合の諸類型 ..... 28  
 1 因果関係による類型化 29  
 2 主体による類型化 29  
 3 行為による類型化 30  
 III 原因競合へのアプローチ ..... 30  
 1 判例の検討 30  
 2 諸学からの示唆 32  
 (1) 刑法学から 33 (2) 哲学から 34  
 (3) まとめに代えて——近時の民法学説 36

### UNIT 4 責任能力と監督者の責任——子どもの責任・親の責任 39

- I はじめに ..... 39  
 II 子どもの責任 ..... 40  
 1 制度の説明 40  
 (1) 責任能力とは何か 40 (2) 責任能力はなぜ必要か 41  
 2 解釈上の問題 42  
 (1) 責任能力の有無 42 (2) 責任能力の要否 42  
 III 親の責任 ..... 43  
 1 法状況 44  
 (1) 責任無能力者の監督者の責任 44 (2) 判例の展開 45  
 2 検討 46  
 (1) 二つの責任の異同 46 (2) 親の責任の再構成へ 46

### UNIT 5 契約の成立——自動券売機の場合 51

- I 序論——予備的な説明 ..... 51  
 1 素材としての「万馬券訴訟」 51  
 2 機械による契約に関する諸問題 52

II	本論——契約は成立したか	54
1	契約成立の意味	54
	(1) 効果：履行請求権の発生	54
	(2) 要件：申込みと承諾の合致	55
2	契約成立の判断	56
	(1) 当事者の主張	56
	(2) 裁判所の判断	57
	(3) 別の考え方	59
III	補論——契約の成立を超えて	61
1	中間的な解決	61
2	今後の対応	62

## UNIT 6 危険負担・解除——不能をめぐる諸問題

65

I	「不能」ということ	65
II	実定法上の不能	66
1	契約履行時における不能	66
	(1) 損害賠償	66
	(2) 危険負担	67
	(3) 解除	68
2	契約成立時における不能	69
	(1) 契約の有効要件としての「給付の可能性」	69
	(2) 契約の解釈と「給付の可能性」	70
III	不能論の再編成へ	71
1	「物」の力から「意思」の力へ	71
2	「意思」の支配から「リスク」の分配へ	72

## UNIT 7 売 買——瑕疵担保責任の位置づけ

77

I	はじめに——対象とアプローチ	77
II	歴史の観点から	78
1	日本における展開	78
	(1) 判例	78
	(2) 学説	80
2	世界の状況	81
	(1) 近代法以前	81
	(2) 近時の立法など	82
III	比較の観点から	83
1	契約類型による異同	83
	(1) 建築請負の場合	83
	(2) サービスの場合	84

2 他の担保責任との対比 85  
 (1) 数量指示売買 85 (2) 他人物売買 85  
 IV おわりに——(瑕疵)担保責任はなお必要か? ..... 86

**UNIT 8 賃貸借——サブリースと借地借家法の適用 89**

I 問題の所在 ..... 90  
 1 サブリースとは何か 90  
 2 紛争の原因 90  
 II 判例の対応 ..... 91  
 1 最高裁平成15年10月21日判決 91  
 (1) 事案の概要 91 (2) 1・2審の判断 92 (3) 最高裁の判断 93  
 2 これまでの関連判決 94  
 (1) 契約関係の承継に関するもの 94  
 (2) 賃料の減額に関するもの 95  
 III 検討の視点 ..... 96  
 1 新類型の創設 96  
 (1) 類似の事例 96 (2) 本件の取扱い、 96  
 2 強行規定の適用方法 97  
 (1) 古典的な考え方 97 (2) 新たな考え方 98

**UNIT 9 サービス契約——旅行契約を素材に 101**

I 総論——旅行契約の仕組み ..... 102  
 1 旅行契約の法的性質 102  
 (1) 旅行と運送 102 (2) 募集型企画旅行と手配旅行 102  
 2 民法の外における規律 104  
 (1) 旅行業法と旅行業約款 104 (2) 規律の必要性 105  
 II 各論——Wカップ観戦ツアーをめぐる ..... 106  
 1 事案の解決 106  
 (1) 紛争の経緯 106 (2) 裁判所の判断 108  
 2 若干の検討 109  
 (1) 類似の事案 109 (2) 解決の可否 110



**UNIT10 複合契約——下請負の検討を兼ねて****113**

- I はじめに .....113
- II 下請負の検討 .....114
  - 1 判例の紹介 114
    - (1) 事案の概要 114 (2) 裁判所の判断 115
  - 2 学説の評価 116
    - (1) 所有権帰属の観点 116 (2) 複合契約の観点 117
- III 類似の事例との対比 .....118
  - 1 近い事例——自動車販売の場合 118
    - (1) 所有権留保 118 (2) 基準となる契約 119
  - 2 遠い事例——宅配便の場合 120
    - (1) 第三者のためにする契約 120 (2) 約款の第三者効 121

**UNIT11 無償契約——近隣関係とヴォランティア****125**

- I はじめに .....125
- II 素材の提示 .....126
  - 1 事件の経緯 126
  - 2 判決の内容 128
- III 検討の指針 .....130
  - 1 無償契約論の観点から 130
    - (1) 有償契約と無償契約 130 (2) 委任の場合 131
  - 2 社会的義務論の観点から 132
    - (1) 不作為による不法行為 132 (2) 義務の由来 132
- IV 関連の問題 .....133
  - (1) 委任と事務管理 133 (2) 贈与と委任・放棄 134

**UNIT12 不当利得——誤振込みをめぐる****137**

- I はじめに .....137
- II 問題の所在 .....138
  - 1 振込みの仕組み 138
    - (1) 登場人物と金銭の流れ 138 (2) 三つの契約関係 139

2 複数の法律構成 139  
 (1) 振込人からのアプローチ 140 (2) 受取人からのアプローチ 140  
 III 検討の指針 ..... 141  
 1 不当利得の成否 141  
 (1) 仕向銀行の不当利得 141 (2) 被仕向銀行の不当利得 142  
 (3) 受取人の不当利得 143 (4) 受取人の債権者の不当利得 144  
 2 返還請求権の保護 144  
 (1) 物権的(超越的)な保護 144 (2) 契約的(内在的)な保護 145  
 (3) 信託的(複合的)な保護 145

**第2編 債権総論・担保**

**UNIT13 損害賠償(1)——契約と債権債務 149**

I 序論——債権総則の位置づけ ..... 149  
 II 中心的な問題——契約の再発見 ..... 151  
 1 旧説への批判 151  
 (1) 議論 151 (2) 理解 151  
 2 新説の展開 153  
 (1) 議論 153 (2) 理解 154  
 III 付随的な問題——契約の再検討 ..... 155  
 1 契約の効果と債権債務以外 155  
 2 本来の履行と損害賠償 156  
 IV 補論——債権債務と金銭評価 ..... 157

**UNIT14 損害賠償(2)——履行利益・信頼利益 161**

I 履行利益と信頼利益 ..... 161  
 1 序 161  
 2 基本的な区別 162  
 3 その他の概念との関係 163  
 (1) 遅延賠償・填補賠償 163 (2) 通常損害・特別損害 163  
 (3) 積極損害・消極損害 164  
 II 履行利益か信頼利益か ..... 165  
 1 契約一般 165

(1) 「契約締結上の過失」	165	(2) 解除	166
2 個別の契約類型	166		
(1) 瑕疵担保責任	166	(2) 中途解約	167
III 履行利益でも信頼利益でもなく？	168		
1 整理	168		
2 展望	169		

## UNIT15 損害賠償(3)——違約金と責任制限

173

I 損害賠償をめぐる契約条項	173		
1 問題の所在	173		
2 違約金条項	174		
(1) 民法の規定	174	(2) 判例の展開	175
3 責任制限条項	176		
(1) 民法の規定	176	(2) 判例の展開	176
II 不当な契約条項の制限	177		
1 制限のための制度	177		
(1) 消費者契約法8条～10条	177	(2) 具体的な適用例	178
2 制限の理由	180		
(1) 手続的な理由	181	(2) 実体的な理由	182

## UNIT16 相殺と債権譲渡(1)——性質・合意・法律による制限

185

I 問題の所在	185		
1 現在の制度	185		
(1) 比較	185	(2) 帰結	186
(3) 課題			187
2 ありうる制度	188		
(1) 旧民法の場合	188	(2) 商法の場合	189
II 検討の方向	190		
1 視野の拡大	190		
(1) 債権債務の一身専属性	190	(2) 債権債務の不可分性	191
2 若干の考察	191		
(1) 補足：物権との対比	191	(2) 結論：原則・例外の動態	192

**UNIT17 相殺と債権譲渡(2)——一括支払システムをめぐる** **197**

- I 素材の提示 ..... 197
- 1 一括支払システムの内容 197
- (1) システムの紹介 197 (2) システムの目的 199
- 2 一括支払システムをめぐる紛争 199
- (1) 争点 199 (2) 紛争の経緯 200 (3) 最高裁の判断 202
- (4) 小括 202
- II 含意の抽出 ..... 203
- 1 一括支払システムの将来 203
- 2 一括支払システムの示唆するもの 205

**UNIT18 弁 済——自動支払機による引出し** **211**

- I はじめに——預金をめぐって ..... 211
- II 預金の帰属 ..... 212
- 1 序 212
- 2 従来の考え方 213
- 3 最近の判例 214
- III 預金の払戻し ..... 215
- 1 序 215
- 2 判例の展開 215
- (1) 平成5年判決 215 (2) 平成15年判決 216
- 3 最近の立法 218
- (1) 問題の所在 218 (2) 新法の内容 218
- IV おわりに——法の変化 ..... 220

**UNIT19 担 保 (1)——付従性** **223**

- I はじめに ..... 223
- II 消滅における付従性 ..... 224
- 1 担保の種類から 225
- (1) 連帯債務者 225 (2) 保証人 226 (3) 物上保証人 226
- 2 債権の消滅原因から 227

(1) 相殺	227	(2) 免除	228	(3) 時効	229
III 成立における付従性					229

## UNIT20 担 保 (2) — 優先弁済

233

I はじめに	233
II 優先弁済の諸相	235
1 自律型	235
(1) 譲渡担保など：分離型	235
(2) 相殺など：反対債権型	236
(3) 受益権など：準物権型	237
2 制度型	238
(1) 質権・抵当権など：特別担保型	238
(2) 財団抵当など：対象画定型	239
(3) 一般先取特権など：優先権付与型	240
III 優先弁済に対する反流	240

判例索引 243

事項索引 246

## I はじめに

## II 歴史の観点から

## 1 日本における展開

- (1) 判 例
- (2) 学 説

## 2 世界の状況

- (1) 近代法以前
- (2) 近時の立法など

## III 比較の観点から

## 1 契約類型による異同

- (1) 建築請負の場合
  - (2) サービスの場合
- 2 他の担保責任との対比

## (1) 数量指示売買

## (2) 他人物売買

## IV おわりに

〔設問〕 次の場合に、XはYに対して、何を請求することができるか。民法に従って（特別法は考慮せずに）考えよ。

- (1) Y（書店）から購入した書籍に乱丁があった（①新刊か古書か、②購入時に気づいていたか否か、などに注意）。
- (2) Y（工務店）に頼んで建てさせた茶室の壁色が当初の予定とは異なっていた。
- (3) Y（受験予備校）の提供する授業の講師が代わった。
- (4) Yから購入した目的物（土地、パック入り卵）の数量が表示より少なかった。
- (5) Yから購入した土地（Z所有）の所有権移転がなされなかった。

## I はじめに——対象とアプローチ

民法570条は、「売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第566条の規定を準用する」としている。準用の結果、売買目的物に「隠れた瑕疵」がある場合には、「そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる」（566条1項）、ただし、「契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から1年以内にななければならない」（同条3項）ということになる。売主の瑕疵担保責

任と呼ばれるものである。この規定をめぐるのは、その法的性質——債務不履行責任との関係——を中心に様々な議論が展開されてきた。UNIT7の中心的な話題も、この点にある。

この問題の扱い方はいろいろありうるが、以下においては、問題に解決を与えることではなく、問題の所在——なぜ、何が問われているのか——を明らかにすることに重点を置きたい。そのためには、二つの方向から考えていくのがよいように思われる。一つは、歴史の観点からのアプローチである。日本における判例・学説の展開を概説するだけでなく(II 1)、その前後、すなわち、より長いレンジで、近代法以前やごく最近の立法などの状況を視野に入れてみたい(II 2)。もう一つは、比較の観点からのアプローチである。一方で、売主の瑕疵担保責任を、請負人の瑕疵担保責任(民634条~640条)などと対比するとともに(III 1)、他方、売主の担保責任のうち、瑕疵担保責任以外の責任(他人物の場合、民560条~562条。数量不足の場合、民565条)と対比してみたい(III 2)。

こうした考察はこれまでも行われてきており、そこから様々な帰結が導かれてきたが、ここでのポイントは、いくつかの解釈論上の問題に解決を与えるのではなく、(瑕疵)担保責任という考え方を理解する点にあることを重ねて強調しておこう。なお、UNIT6でも触れたが、このUNITで検討することがらには、前のUNITで、「不能」につき述べたことがらと関連するところがある。内容だけでなくアプローチのしかたについても、UNIT6とUNIT7は共通の発想に立っている。対象がどのように関連し、アプローチがどのようなスタンスに立つのかは、本論のなかで明らかになるだろうが、あらかじめ一言注意を喚起しておきたい。

## II 歴史の観点から

### 1 日本における展開

(1) 判例 瑕疵担保責任の法的性質をめぐる学説の議論を紹介する前に、その前提(背景)となる判例の状況に、ごく簡単に触れておこう(『基本民法II』49-50頁を参照)。二つの判決が重要である(大判大正14・3・13民集4巻217頁と最判昭和36・12・15民集15巻11号2852頁<sup>1)</sup>)。このうち、大正14年判決はタービンポンプの売買につき、昭和36年判決は放送機械の売買に

つき、こうした不特定物にも瑕疵担保の規定が適用されるかが争われたものである。

この点が争点となる理由は、大正14年判決自体が示している。すなわち、不特定物の場合には、瑕疵ある物を給付しても「未だ完全に其の義務を履行したるものと謂ふを得ざる」ため、債務不履行責任の問題が生ずるのであり、瑕疵担保責任が生ずる余地はないと解しうるからである。この点につき、大正14年判決は、このようなケースを全く履行のないケースと同視することはできないとした上で、「受領」がなされた以上は「不完全ながらも契約の履行ありたるものと解する」べきであり、特定後は、「瑕疵担保の問題に関し特定物の売買契約と其の取扱を異にすべき理由」はないとしていた。ここでは、受領時を境に、それ以前は債務不履行責任、それ以後は瑕疵担保責任という振り分けがされていたわけである。これに対して、昭和36年判決は、「一旦これを受領したからといって……完全な給付を請求することができなくなるわけのものではない」とし、「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対し……瑕疵担保責任を問うなどの事情」がない限りは、受領後も依然として「完全な給付の請求をなす権利」を有し、その履行がなされなければ損害賠償や解除が可能であるとしていた。ここでは、単なる受領ではなく「履行として認容」がなされてはじめて、債務不履行責任が遮断されると解されている。

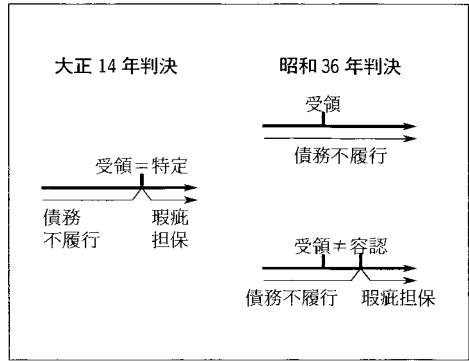
以上のように、二つの判決は、一定の要件の下で、不特定物についても瑕疵担保の規定が適用される余地があることを認める点では共通するものの、①いつから瑕疵担保の規定が適用されるのか（大正14年判決では受領時＝「特定」時から、昭和36年判決では「履行として認容」時から）、②受領以後は瑕疵担保の規定のみが適用されるか（大正14年判決では瑕疵担保のみで債務不履行は不適用。昭和36年判決によれば「履行として認容」されない限りは重複的な適用が可能か——債務不履行責任の追及は可能だが、瑕疵担保責任に関してははっきりしない）、③受領時における債権者の認識はいかなる意味を持つか（大正14年判決では、瑕疵の存在を知っていれば一切の責任追及はできないが、昭和36年判決では、瑕疵担保責任のみによることになる）、といった点で異なっている。

---

1) 後者に対する評釈として、松本恒雄・民法判例百選II〔5版〕53事件。



このように見てくると、大正14年判決が、「特定」を重視し、その後は瑕疵担保責任の問題となる（知っていて「受領」すれば債権者を免責）としたのに対して、昭和36年判決は、単なる「受領」では債務不履行責任は遮断されず、「履行として認容」したか否かが重要であり、これにより瑕疵担保責任の追及のみが可能になるとしたことになる（図表7-1）。



図表 7-1 不特定物と瑕疵担保責任

この「変化」をどう理解するか、様々な見方がありうるところだが、ひとまずは措いて、学説の論争を見た上で、それとの関係で再考することにしよう。

(2) 学説  
かつての通説は法定責任説と呼ばれるものであった（『基本民法II』46頁）。この見解は、特定物に関する債務は、その物を引き渡すことを債務内容とするので、買主の予期せぬ瑕疵があったとしても、売主には債務不履行は生じない。そこで、法が瑕疵担保責任という特殊な責任を認め、買主に一定の救済を与えていると考える。

これに対して、債務不履行責任説は、「特定物に関しては瑕疵があっても債務不履行とはならない」という考え方を批判して特定物・不特定物の区別を相対化し、「隠れた瑕疵」があれば、いずれについても債務不履行責任が発生し、いずれについても瑕疵担保の規定が、特則としてまず適用されるとした（『基本民法II』47頁）。最近では、後者の見解の支持者が増えており、特則性を説明するための法律構成も示されている（『基本民法II』47頁図表3/4-7, 3/4-8参照）。

このような学説の対立に照らして前述の二つの判決を見直してみると、まずは、次のように考えることができるだろう。大正14年判決は、法定責任説的な発想に立ちつつ、不特定物も特定により特定物と同様に扱われる、という考え方を媒介として、（特定物とみなされる限度で）不特定物にも瑕疵担保責任の規定を適用しようとするものである。これに対して、昭和36年判決は、「履行として認容」という行為を通じて、債務不履行責任を瑕疵担保責任に転換させる（縮減する）ものであると。

しかし、昭和36年判決は「受領」だけでは債務不履行責任は封じられないとしており、「瑕疵の存在を知りつつ……履行として認容したこと」が必要であるとするが、これでは瑕疵担保責任の問題となる局面はごく限られてくるのではないか、そもそも、このような場合にまで瑕疵担保責任の追及が可能なのかという疑問が出てくる。むしろ、大正14年判決の言うように、この場合には責任追及はもはやできず、瑕疵担保責任の追及が可能なのは、「受領」がなされて「不完全ながらも契約の履行ありたるもの」と解することができる場合であると解すべきではないか。このような場合にこそ、「受領」によって、債務不履行責任は消滅はしないが、瑕疵担保責任に縮減されると考えられるからである（もっとも、大正14年判決のように「特定」を重視するのは妥当ではない）。

こうして見てくると、瑕疵担保責任の法的性質に関しては、法定責任説から債務不履行責任説へという大きな流れがある、と整理できそうである。確かにそうなのではあるが、それだけでは、問題を十分に把握したことにはならない。さらなるいくつかの問いが可能であるからである。項を改めて二つの問いを立ててみよう。

## 2 世界の状況

(1) 近代法以前  
 いましがた述べた「大きな流れ」は、日本で言えば、20世紀の半ば50年ほどの判例・学説をふまえたものにすぎない。しかし、瑕疵担保責任にはそれ以前に長い前史がある。まず、この点に、少し触れておこう（法定責任説の主唱者・柚木馨教授の説明による<sup>2)</sup>）。

瑕疵担保責任の歴史は、ローマ法に始まるとされる。古典期のローマ法において売買の目的物とされたのは特定物のみであった。そして、売主の義務は、市民法（売主悪意の場合）においても按察官告示（売主善意の場合）においても瑕疵なき物の給付を含まず、売主の責任も信頼利益の賠償のみをその内容としたという。その後、ビザンチン法において売主の悪意と不実の言明に対しては不履行責任が課されるに至ったが、善意の売主の責任には変化はなく、ゲルマン法においても「買主注意せよ」という考え方により瑕疵なき物の給付義務は原則として

2) 柚木教授には後掲（文献案内①）の大著があるが、本文は、柚木馨＝高木多喜男編・新版注釈民法(4)（有斐閣、1993）259頁以下〔柚木＝高木執筆〕のうち比較法の部分に依拠している。

認められなかったという。

近代以降も、ドイツ民法典においては、瑕疵なき物を引き渡す義務を定める規定は置かれず、通説は、売主の給付義務は目的物の引渡し、所有権の移転で尽きるのであり、瑕疵なき物の給付は義務の内容ではないとして、それでも瑕疵担保責任が認められるのは、法が買主の信頼を保護しようとしているからであると説明した。なお、フランスでは、判例・学説は、特定物・不特定物の別なく、瑕疵修補請求を認めてきたが、柚木教授によれば、それはビザンチン法の影響と法定責任・契約責任の混淆の結果であるということになる。

ここで指摘しておきたいことは、ローマ法以来、ルールは少しずつ積み重ねられ変化を遂げてきたということである。そこでは、結論をどうするかが重要であり、法定責任・契約責任といった区別は後に導入されたものであるということである。瑕疵担保責任を法定責任であるとする旧通説も、債務不履行責任(契約責任)であるとする新通説も、いずれも責任の性質いかんという問題——すぐれて近代的な問題——に答えようとする点では共通している点には注意しておいてよい(錯誤・詐欺・強迫などにも同様の経緯が認められることと対比するとよいだろう)。

(2) 近時の立法など 「新通説」として位置づけた最近の学説は、瑕疵担保責任を契約責任の特則として説明しようとする。しかし、それはあくまでも解釈論の次元においてである。すなわち、それは、瑕疵担保責任に関する規定が存在することを前提とした上での議論である。立法論として考えるならば話は別様でありうる。実際のところ、近時の立法(立法案)の中には、瑕疵担保責任の否定へと向かうものも見られるからである。たとえば、UNIT6でも触れたヨーロッパ契約法原則(PECL)には、もはや瑕疵担保責任に関する特則は存在しないのである。

そこまで直ちには行かないとしても、立法論のレベルでの瑕疵担保責任に関する考え方は、確かに変わりつつある。たとえば、これも前のUNITに触れたウィーン条約の35条では、「物品の契約適合性」の判断基準が示されている<sup>3)</sup>。また、2002年から施行されているドイツ民法の新規定においても、「瑕疵」と

3) ウィーン条約35条については、たとえば、甲斐道太郎ほか編・注釈国際統一売買法Iウィーン売買条約(法律文化社、2000)270頁以下〔鹿野菜穂子執筆〕を参照。

という言葉はなお維持されているものの、その実質においてはやはり「契約適合性」が問題とされている<sup>4)</sup>。こうした考え方の一歩先に、PECLの考え方、すなわち、売買であるか否かを問わず、契約に適合した履行がなされたか否かを問えばよいという考え方が出てくることとなったのである。

しかし、本当に、契約類型を問わず、契約適合性を問えば足りるのだろうか。また、物の瑕疵以外の担保責任に関しても、同様にして一律に考えればよいのだろうか。これらの点についてはもう少し慎重に考えてみる必要があるだろう。そのためには、これらの点につき、現状を明らかにしておいた方がよかろう。項を改めて、順次、見ていこう。

### III 比較の観点から

#### 1 契約類型による異同

(1) 建築請負の場合 請負人の瑕疵担保責任は、いくつかの点で売主の瑕疵担保責任とは異なっている。このうちよく知られているのは、土地の工作物に関して期間制限の特例が置かれている点であろう（民638条により5年ないし10年。従来、約款によって短縮されてきたが、住宅品質確保促進法94条により、新築住宅については10年とされており、特約は許されない）。

この点を別にすると、目立つ相違点の一つは、瑕疵修補請求権が認められている点であろう（民634条）。他方、解除権が制限されている点は売買の場合と同様であるが、さらに、建物その他の工作物の場合には解除はできないとされている点が注目に値する（民635条）。修補請求権の行使に「過分の費用」を要しないことがあげられている（民634条但書き）こととあわせて読むと、工事が完成した以上は、契約を維持し、建物を維持することを原則としていることが窺われる。もう一つの相違点は、「隠れた」という要件がないことである（民634条）。そうだとすると、一般の不完全履行（債務不履行）とどこが違うのかという疑問が生じてくる。

これらの点から、請負人の瑕疵担保責任は、売買の瑕疵担保責任に関する特

4) ドイツ民法典の新規定については、たとえば、岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」同編・契約法における現代化の課題（法政大学出版局、2002）を参照（同書巻末に条文の訳も収録されている）。

則（民559条の特則）であるだけでなく、不完全履行の場合の特則でもあると言える。別の言い方をすると、売主の瑕疵担保責任につきどのような構成をとるとしても、請負人の瑕疵担保責任は、債務不履行責任の特則である（その性質は契約責任である）ということである。このように考えるのが、少し前までの通説であった。これによれば、それでも、「瑕疵」という言葉が使われているのは、物がかかわっているからであると説明することになろう。

このような考え方に対しては、請負人の債務不履行責任のみをこのように限定することは本当に妥当か、という疑問を提起しうる。少なくともなぜこのように考えてよいのかを明らかにすることは必要であろう。しかし、いまはこの点を保留して先に進もう。

## (2) サービスの場合

売買や請負とは異なり、物（目的物として、あるいは、仕事の結果として）とは直接にかかわらない契約、すなわちサービスの供給契約に関しては、通常、瑕疵担保責任は問題とならない。実際、サービス供給契約の一つに分類しうる委任契約に関しては、瑕疵担保責任と呼ばれるような責任を定める規定は置かれていない。

委任契約においては、受任者は「委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって」事務を処理する義務を負う（民644条）。問題となるのは、このような義務が尽くされたかどうかだけである。これまで一般には、こう考えて疑うところがなかった。しかし、しばらく前から、サービスの「欠陥」が語られるようになってきている。たとえば、EUでは、製造物責任に関する指令に続いて、サービスに関する指令案が準備されたことがある<sup>5)</sup>。外国の話は別にしても、このように考えることに、妥当性がないわけではない。

たとえば、永久脱毛に関する裁判例がそのことを示唆している<sup>6)</sup>。この問題に関しては、いくつかの下級審裁判例があるが、そのなかには永久脱毛機の瑕疵に関するものと脱毛治療の不成功によるものがある。法律構成は、前者は瑕疵担保責任、後者は債務不履行責任ということになるが、実質はほぼ同じな

5) EUのサービス指令案については、たとえば、浦川道太郎「役務提供に関する責任——ECにおける法制化の試み」高島平蔵教授古稀・民法学の新たな展開（成文堂、1993）を参照。

6) この事件につき、簡単には、『基本民法I』巻末の「民法学習で大切なこと①」を参照。

のに（機械の所有権の所在と施術の主体が違う）、法的な帰結・構成が異なる（たとえば、責任の存続期間を対比せよ）のはおかしいとも言えるだろう。そうであるとすれば、物の有無にかかわらず同様の取扱いをすべきだということになる（あるべきサービス内容が給付されない場合には、瑕疵担保責任を問題にすることも考えられる）。ここでも問題の提起に留めて、先に進もう。

## 2 他の担保責任との対比

(1) 数量指示売買 目的物の実際の数量が表示されていた数量よりも不足しているという場合、一定の要件（『基本民法II』52頁に引用した最判昭和43・8・20民集22巻8号1692頁によって明らかにされた）を満たしている場合には、損害賠償ないし解除が認められる。そこでいう一定の要件とは「目的物の実際に有する数量を確保する」という目的のために、「その一定の面積、容積、重量、員数または尺度あること」を、売主が「契約において表示し、かつ、この数量を基礎として代金額が定められた」というものであった（最判昭和57・1・21民集36巻1号71頁<sup>7)</sup>）は、損害賠償の範囲に関するもの。最判平成13・11・27民集55巻6号1380頁は数量超過に関するもの。

このことからわかるのは、数量が不足していても担保責任が発生しない場合があるということである。たとえば、数量は目的物を特定するために、あるいは、その性質を示すために表示されていたという場合が、これに当たる。このように、担保責任が発生するか否かは、数量が契約において重要な要素として取り込まれたか否かにかかっている。

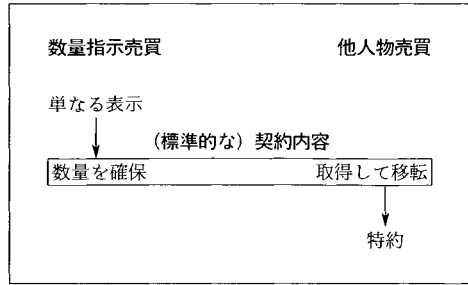
(2) 他人物売買 同様の事情は、他人物売買にも見出すことができる。ここでも、他人の物の所有権を取得し買主に移転することが約束されたかどうか（契約内容に取り込まれたかどうか）が問題となる。具体的なルールとして、民法は、悪意の買主は損害賠償請求権を持たないとしている（民561条）。しかし、判例（最判昭和41・9・8民集20巻7号1325頁）は、悪意の買主にも債務不履行を理由とする損害賠償請求権を認めた。

この判決については様々な見方がありうるが、ここでは、売主の債務不履行責任は、損害担保を保証する特約から導かれるという見方を紹介しておこう<sup>8)</sup>。

7) この判決に対する評釈として、森田宏樹・民法判例百選II（5版）51事件。

8) 潮見佳男・契約各論I（信山社、2002）136頁以下などを参照。

一般には悪意の買主に対しては責任を負わないとしても、特約がなされていれば別であるというわけである。ここでも問題は、どのような契約がなされたかという点にあると言える(図表7-2)。



図表 7-2 契約内容の確定と担保責任

#### IV おわりに——(瑕疵)担保責任はなお必要か？

「(瑕疵)担保責任はなお必要か」。この問いに答えるに際して、これまでに見てきたところから導かれるポイントは、二つある。

一つは、担保責任の問題は、契約の目的物ないし内容につき、いかなる約束がなされいかなる義務が発生したかという問題に帰着すると考えるのが、最近の傾向であるということ。こう考えるならば、担保責任に関する個別規定はならず、契約内容の決定に関する一般規定があるかどうかの問題になるというのが、議論の筋であろう。しかし、歴史的ないきさつを尊重しつつ、売買なら売買につき、あるいは、数量指示売買・他人物売買などにつき、この考え方を具体化したルールを置くということはある程度よいことであろう。

もう一つは、担保責任と結びつけられてきた期間制限の意味をどう解するかである。売買や請負の場合には受領により、一般の契約責任は遮断されるのだとすれば、むしろ受領の効果として(あるいは、より端的に検査義務の効果として)、期間制限を位置づけることになるだろう。こう考えた場合には、売買だから請負だから、というのではなく、契約類型の中で、あるいは、類型を超えて、どのような受領義務を課し、それにどのような効果を結びつけるかが議論されるべきだということになるだろう。サービス型の契約であっても、受領義務が課されることは考えられないわけではない。

なお、すでに述べたように、担保責任と一般の契約責任とでは、期間制限において大きな差があるわけだが、このような状態でよいのかどうか(一般の債権の時効期間が長すぎないか)についても、別途、検討の余地があるだろう。

**文献案内**

UNIT 6 で紹介済みのもののほかに、

- ① 瑕疵担保責任の法的性質につき：柚木馨・売主瑕疵担保責任の研究（有斐閣，1963）／北川善太郎・契約責任の研究（有斐閣，1963）／森田宏樹・契約責任の帰責構造（有斐閣，2002）
- ② 数量指示売買につき：松岡久和「数量不足の担保責任に関する立法者意思」龍谷法学 19 卷 4 号（1987）／同「数量不足の担保責任」龍谷法学 24 卷 3 = 4 号（1992）

**読者への一言**

◆瑕疵担保責任は必要に迫られ登場し、その位置づけが盛んに論じられ、そしていま消えゆくかとしています。法概念を生成・変転の相において観察することによって、その意味をより理解していただきたいと思います。