

# 特定物概念・不特定物（種類物）概念と 「特定物ドグマ」の理論について

——債権法改正を視野に入れて——

高 森 八四郎  
米 村 和 康

## 目 次

はじめに

第一章 特定物・不特定物（種類物）概念の区別と「特定物ドグマ」

一 特定物と不特定物（債権の目的からみた給付内容による分類）

1 特 定 物

(1) 意 義

(2) 平成29年改正前民法下の特定物のルール

2 不特定物（種類物）

(1) 意 義

(2) 改正前民法下の不特定物のルール

(3) 改正前民法下の確定（特定または集中）の効果

(4) 変 更 権

3 限定種類物（制限種類物）

(1) 意 義

(2) 改正前民法下の限定（制限）種類物のルール

(3) 効 果

二 特定物と特定物ドグマ——瑕疵担保責任の本質と関連して——

三 参 考 判 例

第二章 特定物・不特定物（種類物）概念の区別と旧瑕疵担保責任法の本質

四 序

五 諸学説の検討

1 法定責任説

2 債務不履行説

3 法定責任説による再批判

4 危険負担的対価的制限説の検討

5 法定責任説の新展開

- 六 私見の展開
    - 1 私見
    - 2 私見のまとめ
  - 第三章 三宅正男博士の理論と平成29年改正法の内容
    - 七 三宅正男博士の不完全履行理論及び瑕疵担保責任論
      - 1 不完全履行理論
      - 2 瑕疵担保責任論
    - 八 平成29年改正法
      - 1 特定物・種類物関連規定（400・483条等）
        - (1) 400条
        - (2) 483条
        - (3) 種類物
      - 2 契約不適合責任（562～564・566条）規定の新設
        - (1) 改正理由
        - (2) 562条
        - (3) 563条
        - (4) 564条
        - (5) 566条
- おわりに

## はじめに

平成29年法律44号による債権法を中心とする改正（以後「今回の改正」という。）によっても特定物概念と種類物（不特定物）概念との区別は一応維持されたようであるけれども、従来からこの両者の概念的区別と法律効果とは、学説においても判例においても必ずしも正確ではなく、従って、特に債務不履行責任や瑕疵担保責任等の法制度との関連において、種々の学説の対立を生じさせてきたように思う。特に「特定物のドグマ」の理論については、今なお誤解がなされたままであり、その誤解の上に各学説が展開されているように思われる。本稿では、改めて各概念を明らかにした上で、いわゆるツイートルマンの「特定物のドグマ」の理論の正確な理解を得るように努めたいと思う。そうすることによって、「今回の改正」の問題点も明らかにし得るのではないかと考えている。

## 第一章<sup>1)</sup> 特定物・不特定物（種類物）概念の区別と「特定物ドグマ」

### 一 特定物と不特定物<sup>2)</sup>（債権の目的からみた給付内容による分類）

#### 1 特定物

##### (1) 意義

特定物とは、当事者の意思に基づき時間と空間によってのみ個別化された目的物をいう。一般的には、その物の個性を重視して取引したその物をいうとしているが、それは不正確である。例えば、Aが所有する家屋をBに売り渡すというときに、私のこの家を売買する（時間と空間〔ここにあるこの家〕によって個別化されている）と言ったときにはその家が特定物となる。目的物の性質についての当事者の表象ないし観念は、特定物については、本質的効果意思の内容にはなり得ない<sup>3)</sup>（最判昭和33年6月14日民集12巻9号149頁、参考判例①参照）。但し、付随的効果意思の内容にはなり得る——保証か前提ないし条

---

1) 本章は、末川民事法研究会（2008年3月23日開催）において高森が報告した内容に若干の加筆訂正を行った内容となっている。

2) 特定物・不特定物の意義については、ドイツの法学者ツィートルマンによる。ツィートルマン（Zitelmann, Ernst (1852~1923)）は「特定物のドグマ」を理論化した。「特定物のドグマ」とは、意図（本質的効果意思）の個別化において「時間と空間（場所）」のみによって目的物を個別化し、それを取引の対象として、現状のまま引渡す義務を売主に課すという議論である。Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 435ff. なお、高森八四郎「売主の瑕疵担保責任の本質」甲南法務研究No. 2 1頁（2006年3月）。

3) 「ここにある、この馬・この指輪・この絵」を現状のまま引渡すことが売主の給付義務内容となる。もし「受胎している良馬としてのこの馬・この純金の指輪・モローの真筆たるこの絵」として、一定の性質・性能の具備が契約当事者によってあるべきものとして合意されていると解釈できる場合であっても、それは、いわゆる「性質保証合意」ないし「前提・条件」となるだけである。性質保証合意のときは、上述の性質が具有されていなかった場合にも、その性質を具備した他の物を代物給付する義務を売主は負わないのであって、付随的な合意としての「保証合意」違反として、買主による契約の解除と損害賠償請求とがなされるに過ぎないのである。ここに特定物売買と不特定物（種類物）売買の決定的な違いがあるのである（前提・条件の場合は、前提の欠かないし条件の成就または不成就として契約は無効となる。）。

件。

(2) 平成29年改正前民法下の特定物のルール

平成29年改正前民法（以下「改正前民法」という。）下の特定物のルールとしては、① 善管注意義務による保存義務（改正前400条）、② 現状引渡義務（改正前483条）、③ 危険負担における債権者主義（改正前534条1項）（正確に言えば、当初から特定物は確定しているので、直ちに危険は移転する）、④ 一定の性質の具備が合意されていると解釈できる場合には性質（品質）保証（または前提ないし条件）、それが無い場合には、瑕疵担保責任（改正前570条）<sup>4)</sup>を負うこと、⑤ 特定物売買が有効な場合、契約締結時に所有権は直ちに移転する（通説・判例）ことが挙げられる。

①・③等は契約締結時に所有権が移転している結果でもある。そして、給付義務は①・②によって尽くされる。

なお判例によれば（参考判例①）、一定の品質ないし性質の具有を両当事者が一致して前提している場合には、要素の錯誤となり得る（改正前95条の適用）とされている。

## 2 不特定物（種類物）

### (1) 意 義

不特定物とは、目的物の種類（401条1項）（と数量）のみによって個別化された目的物をいう。例えば、Aが一定の銘柄のビール1ダースをBに売ったときは、その種のビールは世の中に多数存在しており、どのビールでなければならないということはないので、不特定物となる<sup>5)</sup>。もっとも代替物であっても、当事者の意思によって、これを特定物と扱うこともできる。不特定物では、目的物の性質（特に種類）に関する表象ないし観念が本質的効果意思の内容になる（即ち、債務者は一定の性質を具有した物を給付する義務を負う。）。①法

4) 瑕疵の無過失責任である（法定責任）。私見によれば「法定保証責任」である。

5) 川井健『民法概論3（債権総論）〔第2版補訂版〕』18頁（有斐閣、2009）。不特定物は、対象物が世の中に存在する限り給付が可能だが、戦争、災害、その他の事情により給付が不能になることもある（澤井裕『テキストブック債権総論（補訂版）』20頁（有斐閣、1985））。

## 特定物概念・不特定物（種類物）概念と「特定物ドグマ」の理論について

律行為の性質、② 当事者の意思によって定まる一定の性質を具有する物を給付する義務を負う。①・②でも定まらない場合は「中等の品質」を有する物を債務者は給付しなければならない（401条1項）。

### (2) 改正前民法下の不特定物のルール

改正前民法下の不特定物のルールとしては以下のものが挙げられる。

第一に、確定（特定または集中ということが多いが、それは不正確である。以下同じ。）が必要であることである。債権の目的物を指示するのに種類のみをもってした場合に、債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し、または債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したときは、以後その物をもって債権の目的物と定められる（401条2項）。これを不特定（種類）物債権の確定（特定または集中）という<sup>6)</sup>。民法（改正前534条2項）は、「確定」と呼んでいた。

ここでいう必要な行為の完了とは、債務者が債務を履行する際にしなければならない準備を全て行ったことを意味する。具体的に必要な行為は、債務者の弁済場所がどこであるか（債務者が債権者の許に持参すべきか（持参債務<sup>7)</sup>）、債権者が債務者の許に取り立てに行く必要がある場合か（取立債務<sup>8)</sup>）、債権者・債務者の住所地以外の場所に送付すべき場合か（送付債務<sup>9)</sup>）により異なる<sup>10)</sup>。

第二に、確定（特定または集中）の効果と瑕疵担保責任（改正前570条）に

---

6) 川井・前掲注(5) 18頁

7) 債権者の住所地（履行地）に持参して提供したときに確定する。

8) 債務者は自分の住所地で「目的物を分離し引渡の準備を整えてこれを債権者に通知することによって特定（正しくは確定——筆者）する」（我妻栄『新訂 債権総論』32頁（岩波書店、1964））。後掲判例（最判昭和30年10月18日民集9巻11号1642頁漁業用タール事件）参照。

9) 通常は、履行地に目的物を送付し、そこで履行の提供をなしたときに確定が生ずる。但し、送付が債務者の好意で行われる場合には、発送とともに確定するとされている（それによって債務者として「給付をするのに必要な行為を完了」したと認められるため。）。

10) 高橋智也『特定物・種類物』法セ605号31頁（2005）（但し、不正確な記述が多い。）

ついてである。なお、瑕疵ある物の提供によって確定の効果が生じるか否かという点については、生じないというべきである。その上で、引き渡された物に隠れた瑕疵があった場合、瑕疵担保責任（改正前570条）の規定が適用されるかどうかという問題がある。

従来からの通説は、瑕疵担保責任が特定物に特有の法定責任であり、原則として不特定物には適用されないとする。但し例外として、判例においても不特定物の給付がなされた場合でそれに隠れた瑕疵のあるときに、「債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し（て受領し）債務者に対していわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が」ある場合には、改正前570条の適用があるが、そうでない限り、債務不履行責任を問うことができるとした（最判昭和36年12月15日民集15巻11号2852頁（塩釜声の新聞社事件）、参考判例②参照）。

(3) 改正前民法下の確定（特定または集中）の効果<sup>11)</sup>

確定の効果としては以下のものが挙げられよう。

① 債務者が、確定後、目的物の引渡しをするまで、その物につき善良なる管理者の注意をもってする保管義務を負う（通説・判例・改正前400条参照）こと、② 確定により、債権者は危険を負担する（改正前534条2項）こと、③ 確定により、物の所有権は当然債権者に移転する（通説・判例）ことである。但し②については、不特定物売買契約を締結した後、当事者が特定の物を指定し、給付物が確定されたとしても、不特定物売買であることにはかわりなく、それが危険負担の基準時（改正前534条2項）となるだけである<sup>12)</sup>が、我妻説は、確定により特定（物）債権に転換するという。そして、それにもかかわらず、後記(4)のように変更権を認めている。矛盾というべきである。

(4) 変更権<sup>13)</sup>

確定の効果の問題であるが、確定により債務者は、最早他の物で給付をする

---

11) 川井・前掲注 (5) 22頁

12) 不特定物はどこまでいっても不特定物であり、危険負担が債権者主義となる（改正前534条）といったルールが適用されるだけである。

13) 川井・前掲注 (5) 22・23頁

ことができなくなるのであろうか。今日の学説では、債権者を害さない限り、変更権があるという（我妻、於保ほか）。即ち、不特定物について一応確定はあったのであるが、債務者の都合により同じ種類の物であれば別の物を給付しても給付の目的は達成されるのであるから、変更権はあるとされる。

### 3 限定種類物（制限種類物）

#### (1) 意義

不特定物と似た概念として、限定（制限）種類物がある。限定種類物とは、当事者の意思により、一定の基準（時間と空間）によって限定された上で、しかも種類（401条1項）と数量のみによって個別化された目的物をいう。例えば、「この倉庫に入っている特定銘柄のビール1ダース」というときには、そのビール自体は倉庫に入っている物以外にも同種類の物が多数あるはずだが、この倉庫に入っているという限定があれば限定（制限）種類物となる<sup>14)</sup>。限定種類物であるかどうかは、契約の解釈で決まる。判例において、漁業用コールタールの売買について、通常の種類物債権か限定種類物債権かが争われた最判昭和30年10月18日民集9巻11号1642頁を次に挙げることにする。

漁業用タール事件（最判昭和30年10月18日民集9巻11号1642頁）手附金返還請求事件

#### 【事実の概要】

昭和21年2月に、X（A県漁業協同組合一原告・被控訴人・被上告人）はY（被告・控訴人・上告人）から、コールタール2000トンを見積価格49万5000円で買い、必要の都度Xが申し出てYの指定する場所で受領し、昭和22年1月末日までに全部を引き取ることにし、Xは契約とともに手付金20万円をYに交付した。Yは、上記タールを訴外B製鉄株式会社から買い受け、B社の製鉄所構内の溜池（全部で3500トン入る）に貯蔵し、Xに通知して、昭和21年8月までに代金10万7500円に相当するタールの引渡しをした。その後Xは、タールの品

---

14) 川井・前掲注(5)24頁。なお「この倉庫に入っているビール全部」といえば、特定物になる。我妻説によれば、「この秋、私の畑で採れるジャガイモ全部」といっても特定物になるという。

質が悪いとして暫くの間引き取りに行かず、その間Yは、タールの引渡し作業に必要な人夫を配置する等引渡しの準備をしていたが、同年10月頃これを引き揚げて監視人を置かなかつたため、同年冬頃、B会社労働組合員がこれを他に処分した。そこでXは、昭和24年11月15日に、Yに対し、内容証明郵便をもってYのタール引渡しの不履行を理由に残余部分につき契約を解除する意思表示をし、支払済手付金から引渡しを受けたタールの代価を差し引いた残金9万2500円の返還を求めた。1・2審ともXの請求が認容された。これに対してYは、履行の提供をしていたから債務不履行はない、Xが受領遅滞を解消せず解除するのは信義則に反するとして上告した。

【判旨】破棄差戻

「原審は、先ず本件売買契約が当初から特定物を目的としたものかどうか明らかでないと判示したが、売買の目的物の性質、数量等から見れば、特段の事情の認められない本件では、不特定物の売買が行われたものと認めるのが相当である。そして右売買契約から生じた買主たるXの債権が、通常の種類債権であるのか、制限種類債権であるのかも、本件においては確定を要する事柄であつて、例えば通常の種類債権であるとすれば、特別の事情のない限り、原審の認定した如き履行不能ということは起らない筈であり、これに反して、制限種類債権であるとするならば、履行不能となりうる代りには、目的物の良否は普通問題とはならないのであつて、Xが『品質が悪いといつて引取りに行かなかつた』とすれば、Xは受領遅滞の責を免れないこととなるかもしれないのである。すなわち本件においては、当初の契約の内容のいかんを更に探究するを要するといわなければならない。つぎに原審は、本件目的物はいずれにしても特定した旨判示したが、如何なる事実を以て『債務者が物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シ』たものとするのか、原判文からはこれを窺うことができない。論旨も指摘する如く、本件目的物中未引渡の部分につき、Yが言語上の提供をしたからと云つて、物の給付を為すに必要な行為を完了したことにならないことは明らかであろう。従つて本件の目的物が叙上いずれの種類債権に属するとしても、原判示事実によってはいまだ特定（正確には確定——筆者）した



とは言えない筋合であって、Yが目的物につき善良なる管理者の注意義務を負うに至ったとした原審の判断もまた誤りであるといわなければならない。』<sup>15)</sup>

この判例で最高裁は、買主の債権が限定（制限）種類債権の可能性があるとした。そして、買主が必要の都度引渡しを申し出て、売主が引渡場所を指定し、買主がこの場所に容器を持ち込んでこれを受領するという約束であった場合に、売主が言語上の提供をしたからと言って物の給付をするのに必要な行為を完了したとはいえない<sup>16)</sup>とした事案である。

## (2) 改正前民法下の限定（制限）種類物のルール

改正前民法下における限定種類物のルールとしては、以下のようなものが挙げられる。① 限定（制限）種類物かどうかは、当事者の意思の内容、即ち契約の解釈によること、② 危険移転時期は、その物が確定した時であり、種類物の確定（401条2項）と同様である（改正前534条2項参照）こと、③ 限定（制限）種類物の場合、（例えば、倉庫の焼失等があれば）履行不能となり得るが、目的物の良否は普通問題とならない（従って、品質の悪さを理由に買主が引き取りを拒否すれば、受領遅滞となる。）こと、④ 通常の種類物の場合、特

---

15) 本判決後の差戻審判決（札幌高函館支判昭和37年5月29日高民集15巻4号282頁）は、本件タールの引渡しを目的とする債権は限定（制限）種類債権であるという点につき詳細に論じた後、「YはXが残余タールの引渡しを申し出て容器を持参すれば直に引渡しをなすよう履行の準備をなし、言語上の提供をただけであって、Xに引き渡すべき残余タールを前記溜池から取り出して分離する等物の給付をなすに必要な行為を完了したことは認められないから、残余のタールの引渡未了部分は未だ特定（正しくは確定というべきである。——筆者）したと言い得ない」とした。本件においては目的物が全部他に売却されて滅失したものであるところ、売主は債務者として危険を負担している以上（改正前534条2項）、残代金を買主に請求することはできないということになる。但し本件は、買主（原告・被控訴人）が残余タールの引渡しをせよと催告したのに売主がそれに応じないため、債務不履行を理由に契約を解除し、手附金残額を請求している。その点について札幌高裁は、物は特定していないので、売主は善良なる管理者の注意義務を負わないが、自己の財産における同一の注意義務は負担し、この点本件では売主は十分にその注意義務を尽くしていると認められるので、履行不能につき責めに帰すべき事由はなく、買主の請求は認められないと判示して、原判決を取消し、自判したものである。

16) 川井・前掲注(5) 20頁

別の事情のない限り、履行不能とはなり得ない（但し、目的物が（一般の市場においてすら）全部滅失すれば、債務者に帰責事由のある限り、履行不能となる。）ことである。なお、③は上記漁業用コールタール事件による。

(3) 効 果

限定（制限）種類物が全て滅失した場合は履行不能となり、履行不能につき売主に帰責事由があるかどうかで、債務不履行責任が生じるか危険負担の問題となるかが判断される<sup>17)</sup>。

私見によれば、「この倉庫の中にあるフィリピン産パラフィン（蠟燭の原料）1000 kgのうち500 kg」を売買するという場合、品質（品等）を示す「フィリピン産」という表象（観念）は本質的効果意思の内容にはならない。もし中国産であった（品質が劣る）としても、今ここにある1000 kgのパラフィンのうち500 kgという表示と矛盾するからである。もちろん契約の解釈によって、保証または前提・条件合意の対象にはなり得るであろう。これに対して、「パラフィン」という当該物の種類は本質的効果意思の内容となり、その物がパラフィンではない別の種類の物であったなら、原始的不能で無効となるであろう。

限定種類物と特定物の違いを敢えて例示すれば、以下のようになる。つまり特定物ならば、「今この倉庫にあるフィリピン産パラフィン1000 kgを全部買主に売却します」といった場合、「フィリピン産であること」は勿論、「パラフィン」という物であることすら、本質的効果意思の内容にならない。それがパラフィンではない別の物であったとしても、特定物（今ここにあるこの物）の売買は依然有効であり、原始的不能にはならないのである。「この物」を現状のまま引渡せば売主の給付義務は尽くされたことになる。但し、「パラフィン」という、物の本質的性質は勿論、「フィリピン産」という言い方も、相手方への表示があれば、常に保証されていると推定すべきだというのが筆者の見解である。それ故パラフィンでなければ、売主の性質保証違反として契約を解除することができるであろう（但し、反証があれば別である）。限定種類物ならば原始的不能となり、特定物ならば契約は有効であるという点が、両者の決

17) 内田貴『民法Ⅲ第3版 債権総論・担保物権』21・22頁（東京大学出版会、2005）

定的な相違となるのである。

因みに種類物取引ならば、「フィリピン産のパラフィン500kg」と言ったなら、中国産パラフィンであってもパラフィンでない別の種類の物であっても、売主の単純な債務不履行になる（不完全履行）。「パラフィン500kg」という物の種類と数量は本質的効果意思の内容となり、「フィリピン産」という表示は、即ち401条1項による契約内容・契約条項（履行条件）となる。

## 二 特定物と特定物ドグマ——瑕疵担保責任の本質と関連して——

既に本稿注2及び注3において、簡単に特定物ドグマについて論じたが、ここで改めて少し詳しく論じておきたい。

「特定物のドグマ」とは、ドイツのツィーテルマンによって理論化されたもので、意図（効果意思といってよい。）の個別化において「時間と空間（場所）」のみによって目的物を確定し、それを取引の対象として、現状のまま引渡す義務を売主に課すという議論である。これは、物の性質・性状に関する表象ないし観念は本質的効果意思の内容とはなり得ず、「ここにある、この馬・この指輪・この絵」を現状のまま引渡すことが売主の給付義務内容となり、もし「受胎している良馬としてのこの馬・この純金の指輪・モローの真筆たるこの絵」として、一定の性質・性能の具備が契約当事者によってあるべきものとして合意されると解釈できる場合であっても、それはいわゆる「性質保証合意」となるだけで、上述の性質が具有されていなかった場合にもその性質を具備した他の物を代物給付する義務を売主は負わないのであって、付随的な合意としての「保証合意」違反として、買主による契約の解除と損害賠償請求とがなされるに過ぎないのである。ここに特定物売買と種類物売買の決定的な相違があるのである。

「特定物のドグマ」を批判する論者は、このツィーテルマンの原著にも当たらず、他の人の一般的説明である「特定物の性質に関する観念は、合意の内容にならない」をそのまま鵜呑みにして、そうではなく、一定の性質を具えた、例えば「受胎している良馬としての雌馬」・「純金製のものとしての指輪」との

あるべき性質を具えたものとして合意内容になることがあると主張するものである。しかし、これは明らかにツイーテルマンの「特定物のドグマ」を誤って理解しているものである。ツイーテルマンは、契約当事者が時間と空間のみによって物を個別化し、特定物として取引対象に定めた以上は、「純金製のものとしてのこの金の指輪」として取引されても、その性質の表示は物の個別化を図る効果意思の内容には決してならず、物は既に個別化され特定されている以上、それは付随的な合意内容、即ち品質保証合意か担保約束か条件・前提合意内容かになるだけであると理解しているのである。あるべき状態で取引すると合意を否定しているのではなく、特定物の性質に関する表象・観念は意図の個別化の要素ではない。即ち、それは本質的效果意思内容にはならないということを主張しているに過ぎない。ここでいう「本質的效果意思」とは、「ここにあるこの特定の物を私はあなたからこの代金で買いたい」、同じく売主の「ここにあるこの特定の物を私はあなたにこの代金で売りたい」という意思であり、サヴィニーによって①法律行為の性質ないし種類（売買か贈与か交換か賃貸借か等）、②相手方の同一性、③目的物の同一性、④対価の有無ないし額の四要素から構成されると分析された。これは「行為の本質的部分」と呼ばれ、この四点のいずれであれ、意思と表示の不一致、即ち錯誤があれば、意思欠缺錯誤（サヴィニーのいう、いわゆる不真正錯誤）が生じるとされた。これが若干の変容を経て、「法律行為の本質的部分」という言い方から「法律行為の要素」と日本的に表現され、改正前民法95条の「法律行為の要素に錯誤があったとき」として結実していたことを忘れてはならない。

但し、その後の通説・判例における「要素」判断は、サヴィニーの本質的錯誤保護よりも、一面ではより限定的（意思欠缺たる本質的錯誤であっても、重要なものでなければ、要素の錯誤とは認めない。）であるが、他面では、より拡大的（サヴィニーによれば法的無顧慮たる動機の錯誤でも、それが表示されて内容となり、重要なものであれば要素の錯誤と認める。）であることを注意すべきである。なお念のためにいえば、我が国の通説・判例における重要性とは、「もしそこに錯誤がなかったならば、表意者本人のみならず、他の一般人

特定物概念・不特定物（種類物）概念と「特定物ドグマ」の理論について

もやはり当該意思表示をしなかったであろう程重要なものであった場合」と説明される。これは表意者本人の立場に立てば、錯誤と意思表示との事実的因果関係、一般人の立場に立てば、錯誤と意思表示との相当因果関係を客観的には意味しているであろう。Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 435ff. (高森・前掲注(2) 11頁——若干の加筆・修正をしている。)

### 三 参考判例

参考判例として、以下では、2件の判例を整理する。

#### 参考判例① 特選金菊印苺ジャム事件

(最判昭和33年6月14日民集12巻9号149頁) 商品代金請求上告事件

##### 【事実の概要】

原告X(被控訴人・被上告人)は、被告Y(控訴人・上告人)に対し、XがYに売り渡した水飴の代金債権等の62万9777円50銭の支払いを求めて本訴を提起したが、昭和29年11月26日第一審の口頭弁論期日において、(1) YはXに本件債務のあることを認め、内金40万円の支払いに代えて、Xが仮差押えていたY所有の苺ジャム(特選金菊印)150箱を同日限り譲渡すること、(2) XはYにこの物件引渡しと引換えに5万円を支払うこと、(3) 上記苺ジャムの引渡しを完了したときは、Xは残代金22万9777円50銭の支払いを免除することという裁判上の和解が成立した。しかし翌日Xが引き取りに行ったところ、代物弁済の目的たる仮差押物件は特選金菊印苺ジャムとは相違する下等な品質の物(大部分が林檎や杏子を材料としたもので、苺は僅か1・2割に過ぎない粗悪品)であったから、Xは上記和解は錯誤により無効に帰したと第一審裁判所に期日指定の申立てをし、事後の訴訟が続行された。

第一審は、原告Xの本訴請求を認容し、控訴審も次のように判示して控訴を棄却した。「右裁判の和解においては、前記仮差押物件が市場で一般に通用している特選金菊印苺ジャムであることを前提とし」、XY間でこの仮差押ジャムの見積価格につき折衝を重ね、結局これを「総額450,000円と評価すること

に落ち着くとともに、一方Xは右債権を400,000円に減額し、右減額した債権の代物弁済として上叙苺ジャムの引受けを受けると引換に差額の50,000円をYに支払うことで合意が成立したものである。その仮差押物件が粗悪品で和解の時に予想されたものではなかったのであるから、「右裁判の和解に参与したXの意思表示にはその重要な部分に錯誤があったものと解するのが相当」であるとして、第一審の判決を支持した。これに対しYは上告した。

Yの上告理由は、(1)本件においては、和解契約から派生した代物弁済契約に錯誤があって、和解契約に錯誤があったのではないのに、和解契約を錯誤により無効にしたのは、契約の解釈を誤り、改正前民法95条を不法に適用したものである。(2)代物弁済契約は有償契約であるから、改正前民法570条の瑕疵担保責任の規定の準用があり、改正前民法95条は適用されるべきではない等である。

【判旨】 上告棄却

最高裁は判決理由として、上告理由(1)につき、「原判決の適法に確定したところによれば、本件和解は本件請求金額629,777円50銭の支払義務があるか否かが争の目的であって、当事者であるX Yが原審の如く互に譲歩して右争を止めるために、仮差押に係る本件ジャムを市場で一般に通用している特選金菊印のジャムであることを前提とし、YからXに代物弁済として引渡すことを約したものであるところ、本件ジャムは原判示の如き粗悪品であったから、本件和解に参与したXの訴訟代理人の意思表示にはその重要な部分に錯誤があったというのであるから、原判決には所論の如き法令の解釈に誤りがあるとは認められない」(下線は筆者)。上告理由(2)について、「原判決は本件代物弁済の目的物である金菊印苺ジャムに所論の如き瑕疵があったが故に契約の要素に錯誤を来しているとの趣旨を判示しているのであり、このような場合には民法瑕疵担保の規定は排除されるのであるから(大正10年12月15日大審院判決民録2160頁以下)、所論は取るを得ない」等として、Yの上告を棄却した。

本件判例は、明示的ではないが、「仮差押にかかる特選金菊印苺ジャム150箱(全部)」を「特定物」であることを前提として議論していると解すべきである。

特定物概念・不特定物（種類物）概念と「特定物ドグマ」の理論について

但し私見によれば、本件は附款としての「前提」合意のあった場合であり、前提と事実との不一致即ち前提の「欠如」を根拠として無効とすべきであり、改正前95条の要素の錯誤で無効とすべきではないと考える。「前提」の概念及び理論については、高森八四郎「錯誤と「前提」について」植木哲編『法律行為論の諸相と展開』1頁（法律文化社、2013）参照。

参考判例②【不特定物と瑕疵担保】塩釜声の新聞社事件

（最判昭和36年12月15日民集15巻11号2852頁）約束手形金請求上告事件

#### 【事実の概要】

有線放送業を営むY会社がX社から放送機械を不特定物として購入し、昭和27年4月頃から同年7月頃まで、これを街頭宣伝放送事業に使用していたが、その間雑音及び音質不良を来す故障が生じ、X社側の技師が数回修理したが完全には修復できなかった。Y会社は昭和27年6月初め、X社に対し機械を持ち帰って完全な修理をなすように求めたが、X社はこれを放置して修理しなかったため、Y会社はやむなく街頭放送のため別の機械を第三者から借り受け使用するに至った。X社はY会社が上記放送機器の残代金支払いのために振り出した約束手形金の請求をしたのに対し、Y会社は瑕疵担保規定に基づく解除及び債務不履行を原因とする解除を抗弁として主張した。

#### 【判旨】上告棄却

「不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに隠れた瑕疵があつた場合には、債権者が一旦これを受領したからといつて、それ以後債権者が右の瑕疵を発見し、既になされた給付が債務の本旨に従わぬ不完全なものであると主張して改めて債務の本旨に従う完全な給付を請求することができなくなるわけのものではない。債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権利を有し、従つてまた、その不完全な給付が債務者の責に帰すべき事由に基づくときは、債務不履行の一場合として、損害賠償請求

権および契約解除権をも有するものと解すべきである」とし、Y会社は一旦本件放送機械を受領はしたが、隠れた瑕疵があることが判明して後は給付を完全ならしめるようX社に請求し続けたものであって、瑕疵の存在を知りつつ本件機械の引渡しを履行として認容したことはなかったものであるから、不完全履行による契約の解除権を取得したものであるということができると判示した。

## 第二章<sup>18)</sup> 特定物・不特定物（種類物）概念の区別と 旧瑕疵担保責任法の本質

### 四 序

改正前民法570条は次のように規定されていた。

「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。ただし、強制競売の場合は、この限りでない」。

この売主の瑕疵担保責任の法的性質は、通説によれば、売主・買主双方の合意による契約上の責任ではなく、売主無過失でも負わなければならない法定責任である、とされていた。この法定責任説に対して、昭和40年代あたりから、新しく合意に基づく契約責任としての、債務不履行責任の一種であるとする債務不履行責任説（契約責任説）が強く主張されるようになった。その後も両者の論争は続いており、完全な決着をみていないが、通説が代替性のない特定物売買を念頭に置いているのに対し、新説はどちらかといえば、不特定物売買における性状の欠陥を想定して議論をしていたように思われる。

本章は、上記学説の他、いくつかの説が唱えられ、議論は新展開を見せていたので、学説の論争点を明確にして各学説を内在的に検討し、最後に私見を提示したいと思う。

---

18) 本章は、高森・前掲注(2)論文に加筆修正を行った内容となっている。第一章と重複する内容もあるが、本稿と関連性が高いため再録させていただくものである。



## 五 諸学説の検討

### 1 法定責任説

この説は、以下のように説く。不特定物の売主は、その指定された種類に相当する物を給付することによってのみ、その債務を履行できる。指定された種類に相当していない瑕疵ある物を給付しても、別に他の物をもって給付すればよいのであるから、売主の債務は依然履行されておらず、債務の本旨に従った給付がなされていない以上は債務不履行の責任を免れ得ない。これに対して特定物の売買においては、目的たる物は初めから確定しており、たとえその物に瑕疵があっても瑕疵あるままとして売買されたのである。もちろん当事者は、瑕疵のあることを知らず、一応瑕疵なき物として売買し、従って、それに依じて代金額を定めているから、その瑕疵ある物の給付がなされたなら、買主に不利となることはある。しかし売買の目的物は、あくまでもその瑕疵ある、その特定物であるから、売主としては、ともあれ、瑕疵ある当該のその物を給付すべき債務を負い、買主としてもその物を給付せよと請求する権利を有するに過ぎない。瑕疵ある物を売主が給付しても債務の本旨に反しているわけではなく、何らの債務不履行は存在しうるはずがない。

それならば、何故、売主は瑕疵につき、瑕疵担保責任を負うのか。法定責任説はそれを更に次のように説く。即ち、なるほど売主には、何らの債務不履行がなくとも、当事者は一応瑕疵なきものと思って、それを標準に代金額を定めているのであるから、後に瑕疵を発見した場合に、買主に何らの救済も与えないで放置しておくことは、売買契約の有償性に鑑みて不公平である。本来なら瑕疵の存在を発見しえなかった買主の損失に帰すべき事柄ではあるが（買主、注意せよ *Caveat emptor*）、有償契約当事者相互間の公平を期する観点から、限定された責任でも売主に負わせ、買主に多少の救済を与えるべきであり、ここにこそ売主の瑕疵担保責任の根拠がある。従って瑕疵担保責任の内容が債務不履行責任に比べて軽減されているのは当然であり、債務不履行がないのに、特に公平の見地から売主に課した法定責任が瑕疵担保責任である。

上記のように考えてくると、不特定物売買について瑕疵担保責任を認めるこ

とは理論上有り得ないこととなる。種類物を売った者は、目的物が種類によって指示されたのであるから、その種類に通常存する性質に適合している物を給付すべき義務を負っており、その性質を欠き、種類に適合していない物を給付した以上、そこに債務不履行のあることは言うまでもない。

種類物売買の履行として給付せられた物が瑕疵を有するときは、債務不履行一般の原則によって買主を救済すべきであり、その結果買主は、完全なる代替物給付請求権、それを履行されなかった場合の解除権、損害があれば完全な履行利益の賠償請求権を有する。それらの権利は、特殊な別規定がない限り、一般の債権としての10年の消滅時効にしかかからない。これは、瑕疵担保責任が改正前570条によって一年の短期の期間制限にかかり、しかも信頼利益の賠償しか認められないと解されていることと均衡を失するかに見える。しかし、だからといって売主に特に酷なわけではなく、具体的なケースにおける不都合（辞典を受領し、かなり使用して汚してしまった後、落丁の発見によって新しい辞典との取替え請求をしたような場合）は、債務不履行の一般理論の「醇化」に求められるべきである。即ち、信義則の活用による買主の権利行使に対する制限を考えるべき事柄に過ぎない。

なお種類物売買契約を締結した後、当事者がある物を指定し、給付物が確定（ないし集中）されたとしても、不特定物売買であることに変わりはなく、それが危険負担の基準時（改正前534条2項）となることはあっても、瑕疵担保の規定の適用はない。買主が給付物を受領しても事態は同じであり、なぜならばこの受領は、指定し確定された種類物が無瑕疵の物として授受する意味のみを有するのであって、瑕疵あるにかかわらず、代替物請求や追完請求をも買主が放棄したと見るべきではないからである。

瑕疵担保における瑕疵存在の標準時は契約締結時であり、従って目的物に瑕疵あるときは、その契約は原始的一部不能となり、債務不履行が後発的履行障害を取り扱うのとは明確に区別される（柚木説は原始的一部不能を否定する。原始的一部不能——契約の一部無効——瑕疵担保ではなく、瑕疵あるがままの給付の履行性——当事者の利益の不均衡——瑕疵担保と規定する——柚木＝高

木・注民（14）189頁）。

最後に、瑕疵担保における買主の保護手段は、改正前民法570条によれば、解除と損害賠償のみである。代替性ある特定物売買と非代替的特定物売買とが考えられるが、通説的見解（末弘・柚木）は、改正前570条の適用を考えると、非代替的特定物売買のみを念頭に置き、その上で代物請求を明確に否定する。そして「目的達成不能」と損害賠償付き解除権、「目的達成可能」と解除権抜き損害賠償請求権を買主に与え、且つ、損害賠償の中味を債務不履行における「履行利益」ではなく、「信頼利益」と規定している。即ち、売主の瑕疵担保責任が無過失の法定責任であって、決してその債務不履行に基づく責任であるのではないとするならば、その責任の内容が買主の信頼保護にあることは、自ずから明らかである。この責任は、「買主が瑕疵を知ったならば被ることがなかったであろう損害」の補償を骨子とするものであって、「目的物に瑕疵が存しなかったならば、買主が得たであろう利益」の賠償責任では有り得ない。「目的物に瑕疵が存しなかったならば」という規定、即ち、「無瑕疵性状」確保義務は最初から売主に存しないからである。従って、買主が公平の見地から売主に主張できるならば、「買主が瑕疵ある目的物の客観的な取引価格に相当する代金しか約束しなかったであろう」ということになるのであり、これは、実質的には「代金減額」と同一に帰することになる（柚木＝高木・注民（14）187～188頁）。

以上が法定責任説の説くところである。

## 2 債務不履行責任説

この説は、特定物の売主が現状のままに物を給付すれば、その履行義務が尽くされたという論理（特定物においては、物の性質に関する表象は意思の内容となりえないとの考え——特定物のドグマ）を否定し、瑕疵担保責任を債務不履行の特則と解する説である。

この説は、フランス民法・旧民法の影響下にあった初期の素朴な不履行責任説から、法定責任説への批判を通じて、近時有力に新しく主張されてきたものである。ここでは、この新しい学説によって要約すべきであろう（於保、北川、

五十嵐、星野、山下、谷川の諸氏)。

新しい契約責任説の法定責任説に対する批判は、おおよそ次の二点である。即ち一つは、「特定物のドグマ」批判であり、もう一つは、信託利益説批判である。「特定物のドグマ」批判は、「近代法にあっては、ローマ法と異なり、財産権を移転することが売主の給付義務とされている」から、「瑕疵担保責任についても沿革的拘束から解放されるならば、履行責任として再構成することも可能である」(於保・債権総論103頁以下)との立論から出発する。「給付をまったく对象的に理解する立場を前提とすれば、特定物売買で純粋に外面的なものをこえた給付・履行概念をもちこむことは不可能であろう。まさに……この特定物の供給に給付義務はつきるのである。しかし給付が对象的・即物的にのみ思惟されるのでなしに、当事者が目的とした結果から把握されうるとすれば、自ら結論は異なる。つまり特定物の給付義務で、『あるがままの状態で義務を負う』ことが唯一の可能な構成でなしに、『あるべき状態で義務を負う』との構成にも立ちうるのである」。それゆえ「物と性質とは意図の個別化においてそもそも分離されるべきカテゴリーでなく、観念された性質をもった目的物がつねに考えられている、とみるのが適切ではないか。例えばメッキのリングでも誤って金という観念のもとに、『この金のリングの給付』を合意することは何ら背理ではない。「瑕疵ある物の給付は債務不履行とならない」との命題は「特定物のドグマ」であり、今日これは廃棄されるべきである、というわけである(北川善太郎『契約責任の研究』174・175頁)。

法定責任説の信託利益賠償論に対しては、『信託利益』と『履行利益』との区別がしかく明瞭ではない。……通常、『信託利益』とは、『無効な契約を有効であると信じたためにこうむった損害』と定義されている。……『有効であると信じたために』その契約を締結したのであるから、そのためにこうむった損害は、その契約を締結して、他の有効な契約を締結しなかったためにこうむった損害ということになろう。……しかしそれは何だろうか。『第三者と契約していれば得られたであろう利益を得られなかったことによる損害』になりはしないか。これは……実質的には『その契約が完全に履行された場合に債権者が

受けるであろう利益』と定義される『履行利益』と同じことになる場合が多いのではないか。純理上は、しばしば、『履行利益』は契約の有効を前提とするものであり、契約の無効を前提とするものではないから、信頼利益とは論理的に矛盾する、と説かれ、瑕疵担保においては、履行利益とは、『目的物に瑕疵が存しなかったならば買主が得たであろう利益』であるが、『目的物に瑕疵が存しなかったならば』という仮定は始めから不可能であるとされる。……しかし、『買主が瑕疵を知ったならば』他の同種の瑕疵なき物を買ったであろうから、そのとき買主が得たであろう利益は、その目的物自体に『瑕疵が存しなかったならば』得たであろう利益と通常は等しいはずである。通説は、契約有効＝履行利益、契約（一部）無効＝信頼利益ときわめて明快な構成をするが、『契約を有効だと信じたことによってこうむる損害』も多くの場合履行利益と実質的に変わらないものとなってしまう」（星野英一・民法論集3巻226頁）。

この説は、要するに、特定物・不特定物を問わずに瑕疵担保を不完全履行の一種として構成しようとするものである。瑕疵担保制度を不完全履行制度の特則として捉え、無過失責任と考える。瑕疵担保規定が不特定物売買に適用されるのは言うまでもない。買主の損害賠償請求権は短期の除斥期間に服し、代物請求や追完請求もできる。損害賠償の範囲も当然瑕疵なき物を給付されていたならば生じなかったであろう全ての損害（履行利益）に及ぶ、ということになる。

### 3 法定責任説による再批判

以上の法定責任説批判の二論点については、法定責任説による再批判が明らかにされている（柚木＝高木・注民（14）188・191頁）。まず信頼利益説批判については、信頼利益説も改正前416条の相当因果関係によってその賠償の範囲が定まる、と言う。即ち履行利益の賠償は、瑕疵の「存在」ということを起点として因果関係を進行せしめるのに対して、信頼利益のそれは、瑕疵の「不知」という前提から因果関係が出発するのである。だから、目的物に瑕疵があるために現実に70の価値しかない場合に、もし瑕疵がなければ100の価値があり、現実の約定代金90であったとすると、履行利益は100と70の差額30であるのに対し、信頼利益は90と70の差額20となるであろう。また第三者からの有利

な申し込みを拒絶したことによる損害は、履行利益説では瑕疵の存在により通常生ずべき損害として、当然に改正前416条1項の適用を生ずることとなるけれども、信頼利益説の立場では、「たとい瑕疵を知ったとしても特定物売買において当然に代物の取引を決意することとはならないがゆえに、その損害はいわゆる特別損害として416条2項の類推適用によってのみ賠償の範囲に含まれることとなろう」。然るに「売主善意の場合には、この特別事情の予見性と買主によるその証明の可能性とはまったくまれであろうから、現実には賠償の範囲に含まれることは皆無に近い」。従って売主善意の場合には、現実には損害賠償については代金減額に他ならないものであり、解除については損害賠償を伴わない原状回復と同一のものとなる。他方、売主悪意の場合は、やはり信頼利益の賠償であるが、代物購入の特別事情の予見性と買主によるその証明の可能性があるから、賠償の範囲が履行利益のそれと一致し、またはそれを超過することになるが、不当ではないという。

「特定物のドグマ」批判に対する再批判としては、ある特定の乳牛が妊娠中であるとして売買されたのに実は妊娠していなかった場合を考え、この場合売主が妊娠中だと言ったために仔牛の出産と搾乳量の豊富を期待したとはいえ、買主は自ら牛の個性に着目してその牛を選びとっているから、その牛の給付が契約の内容であり、この牛を給付するほかに売主としては給付すべき物がないのである。ところが、不妊娠の乳牛が給付され、しかも売主の給付義務が「妊娠中の乳牛」の給付にあるというならば、この売主の給付は当初より客観的に不能だったということになり、原始的に不能な給付を目的とする契約は——存在の意味がないから——その効力を生じないというのが債権法上の大原則である。然るに瑕疵担保責任は契約の有効なことを前提として規定されているのである以上、売主には「妊娠中の乳牛」の給付義務は有り得ないと構成せざるを得ない。売主は請負人と異なって無瑕疵物履行義務＝瑕疵修補義務＝完全履行義務を負わないとされることは物の生産者ではなく、従って物の修補に適任でもなくそれに強い責任感を抱くべき地位にあるのではないことから是認さるべきである（柚木＝高木・注民（14）178頁以下）。

この再批判は、あくまでも特定物の売買が性状の確保に関して「無特約」「無保証」の場合に限定して論じていることに注意しなければならない。それゆえ明示的になされていなくても、解釈によって保証等が付加されていると解され得る例をもって柚木説批判をしては当を得たものとはいえない。とはいえ説例自体において、「ある特定の乳牛が妊娠中であるとして」売買されたとしており、しかも、もしそれに相応する代金の約定がなされているならば、私見によれば（後に詳述する）、通常の契約解釈の一般的ルールに従う限り、「妊娠中である」ことという乳牛の性質は合意されているとみるべきであって、これは「保証」合意されたというべきであり、このように性質保証合意の認められ得る事例をもって自説を展開されているところが、柚木説の問題点だと思う。

#### 4 危険負担的対価的制限説の検討

この新対価的制限説は、契約責任説を次のように批判する。契約責任説が目的物に瑕疵がある場合に債務不履行責任を認める傍ら、瑕疵担保責任がその特別であることをも主張した結果、一般法である債務不履行が過失責任、特別法たる瑕疵担保責任が無過失責任とされ、目的物性状確保義務のみを無過失責任として、目的物給付義務以上の保護を与えようとするが、これにはいささかも合理的根拠がない。それでは、瑕疵担保責任をどのように考えるか。先ず特定物売買においては、目的物に瑕疵がないこと——目的物の性状機能——に関する合意も契約債務の内容をなすと考え、特定物売買の給付義務が目的物の滅失によって履行不能となれば、売主に帰責事由がない限り、売主の債務は不能によって消滅し、反対債権たる代金債権が消滅するか否かという危険負担の問題が生じるように、目的物に瑕疵があることによって売主の性状確保義務が不能によって消滅したら、対価的牽連性を貫徹させるため、反対債権たる代金債権を瑕疵による一部不能に応じて減縮すること（代金減額）が必要となる。これが売主の無過失の（危険負担と思想的基盤を同じくする）瑕疵担保責任なのであるという（加藤雅信「売主の瑕疵担保責任——対価的制限説再評価の視点から」『判例と学説民法Ⅱ』185～186頁）。

この新対価的制限説の立場から、末弘・柚木の法定責任説は、次のように批

判されている。いうまでもなく法定責任説は、目的物に瑕疵があっても当該の取引対象たるその物を引き渡せば、一応債務を履行したことになる。中古自動車が売買されて、その自動車に瑕疵があり動かなくなった場合を考える。これは、「自動車」という言葉が契約中に用いられたということは、「単に物理的存在としての自動車が指示されたのではなく、走行可能であるという自動車の属性・機能もが両当事者間の合意に含まれていたというべきではなからうか」。法定責任説は、「両当事者の合意のうち、物理的存在に関する所有権の移転のみを契約内容ととらえ、属性・機能に関する合意部分を契約外に追いやってしまったことになる」。そしてこのような契約債務のうち特定物の引渡しに関する部分のみを肥大させて考えるのが「特定物のドグマ」であり、今日これは廃棄されるべきである、という（加藤・前掲179頁）。

他方で新対価的制限説は、「特定物のドグマ」を否定して目的物の性状確保義務を売主に肯定しながらも、契約責任説の説くように瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則と考えることは、「目的物の性状確保義務のみを無過失責任として、目的物の給付義務以上の保護を与える根拠は何もない」、それは「体系的バランスを顧慮していない」とこれを非難し、法定責任説でも契約責任説でもない、危険負担的瑕疵担保責任論を展開しているのである。即ち「特定物売買においては、目的物に瑕疵がないこと——目的物の性状・機能——に関する合意も契約債務の内容をなす」、しかし「契約で当初予定されていた性状を確保することが、売主の修補行為等を顧慮してもなお不可能な場合があり、このとき、売主に帰責事由があれば、債務不履行責任が生ずる。しかし、売主に帰責事由がない場合には、目的物の性状に関する債務は不能によって消滅する」。さて「特定物売買において、売主の給付義務自体が履行不能となり、しかも売主に帰責事由がない場合、この場合に売主の債務は不能によって消滅し両当事者間の利害の調整は、反対債権である代金債権が消滅するか否かという危険負担の問題として処理されることになる。二つの債権の有する対価的牽連性を貫徹させるため、このような反対債権の消滅あるいは存続を考えることが必要になったのである」。



「ひるがえって、売買契約の目的物に瑕疵があり、目的物の性状・機能を確保する債務が不能によって消滅した場合、この場合に、その瑕疵によって『契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合』（566条）には、解除が可能となり」、それほどでない場合には「買主は目的物を受領して一定程度は契約の目的を達成しているのだから」、危険負担のように反対債権の全面的な消滅あるいは存続を考えるとできないとしても、「反対債権としての代金債権に全く影響がないと考えることも」、当事者が一定の性状・機能を前提とした上で目的物の対価を定めている以上、「不公平」である。「危険負担の基礎にある対価的牽連の考え方をこの場合にも貫くとすれば、反対債権である代金債権を、不能となった契約内容の一部——瑕疵による価値の低落——に対応して減縮すること（代金減額）を認めることが必要になる。このように考えれば、対価的均衡の確保自体は、売主の帰責という主観的態様にかかわりはないから、瑕疵担保責任が無過失責任とされることにも納得がいくのである」。このように展開している（加藤・前掲184・185頁）。

## 5 法定責任説の新展開

三宅博士と好美博士の瑕疵担保責任論がこれである。法定責任説の立場からの新しい展開である。それは、「瑕疵担保責任規定の損害賠償機能を代金減額のなものとして一般の損害賠償を有するものに分離する」（円谷 峻「瑕疵担保責任」民法講座（5）185頁以下）ものである。

上記両学説の検討の前に下森説を簡単にみてみよう。下森教授も法定責任説であって、「不代替物の特定物売買における瑕疵担保責任は、法定無過失責任とみるのが妥当である」（「瑕疵担保責任と損害賠償の範囲」法セ337号127頁）という立場である。そして種類物売買や新築分譲マンションの業者による売買における「瑕疵ある物の給付は、契約責任＝過失責任としての不完全履行一本で処理するのが妥当だ」という見解である。そしてその理由を以下のように説く。

「まず、不代替物の特定物売買においては、前述のように、元来瑕疵担保制度が、特定物売買における目的商品の原始的瑕疵による法的な等価的不均衡に対する救済措置であったことからみて、契約解除による代金返還（あるいはそ

れに代わる代金相当額の損害賠償)か、代金減額の損害賠償にとどまるとみるのが妥当であろう。売主に過失がなくとも、右の範囲内では損害賠償に必ずべきだという点が重要である」。

下森説によれば、買主の保護が契約解除による代金返還か代金減額の損害賠償に限定される売主の無過失責任とされ、その根拠を「特定物売買における目的物の原始的瑕疵による法的な等価的不均衡に対する買主救済制度」であることに求めている。そして損害賠償については、「契約締結過程や履行に際して売主に故意・過失があったために買主にその他の損害(契約締結の費用、転売利益、拡大損害等)が生じた場合には、付随義務・保護義務違反として債務不履行の一般原則により賠償範囲が決定されるべきである(416条による)」と述べている。売主の故意・過失に基づく買主の損害を付随義務・保護義務違反として債務不履行に基づく賠償範囲に包摂し、更に「民法570条、566条にいう損害賠償の中には、この両者が含まれているとみるのがすなおである」として、無過失責任と過失責任の双方が同一条文中に合わせ規定されたものとみる見解を示している。下森説は、上記「包摂論」の問題性のほか、契約費用と転売利益、拡大損害等がともに付随義務・保護義務違反とされていて、いわゆる「契約締結上の過失」論との関係が明確でない点、代金減額と損害賠償とを同一視する点なども問題があろう。

次に好美博士の学説をみてみよう。博士は債務不履行説を、『特定物ドグマ』批判など聴くべきものもあるが(但し、これは担保責任とは別の保証契約として位置づけるべき(後述)——筆者)、とくに物の性状の瑕疵など原始の一部不能の場合にかえて売主無過失でも履行利益の賠償を認むるべしとするなど、その他の事由による正常な——過失を要する——債務不履行の諸場合との間で実質的にも体系的にもアンバランスで、民法典の責任原理を混乱させるもののように思われる」と批判して、法定責任説を採用することを明らかにしている。そして担保責任の目的は信頼利益の賠償にあるという説は「いわれなきドグマ」であり、売主が無過失で認められる損害賠償は代金減額を別にすれば、「増加契約費用」ぐらいだとする。更に、「代金減額」は「一部解除に基づく原

状回復」乃至「給付不当利得の返還」の性格を持つと規定する。その上で「担保責任から保証責任へ」の展開を示唆し、担保責任とは別個に保証責任による損害賠償の可能性を展望して、「保証約束の要件と効果の射程範囲」の画定を提供するものである（最判昭和57年1月21日民集36巻1号71頁に対する評釈、金判650号45頁）。

好美説は「代金減額」を「一部解除」とみる点、信頼利益の賠償を否定する点、担保責任とは別の「保証」責任の考察を重要視する点など、次の三宅説と共通する点が多く、注目に値する。

さて、次いで三宅博士の学説をみてみよう。三宅博士によれば、瑕疵担保責任における買主の保護は、買主の目的物の性質に関する一方的な動機の顧慮に基づく売買の効力の否定なのである。売買の目的物たる特定物にその物の通常の使用に適せず、しかも、それが隠れているという瑕疵がある場合、売主が瑕疵の存在を知っていると否とを問わず、買主が上記のような瑕疵がないとの期待を重要な動機（契約の基礎・前提）として買うことは、売主も当然予期すべきだから買主の動機を顧慮するのが相当である。買主が目的物の性質を誤った場合、通常、これは単なる動機の錯誤で顧慮されない。錯誤を不慮の意思欠缺と理解する限り、その錯誤が重要であっても、物を取り違えたという物の同一性の錯誤と異なり、買主はともあれその特定物を買う意思はあった訳で、錯誤無効を惹起することはない。しかし単なる動機の錯誤とは異なり、物の通常の使用に適合しない客観的な隠れた瑕疵がないと思って買うときは、それが買主の重要な動機、即ち、その特定物の前提であることは、ことさら念を押さなくても売主にも明らかであり、ここに買主の動機を顧慮し、解除または代金減額により売買の効力を否定して買主を代金支払義務から免れさせる理由が見出されるのである。従って、かような事態は、もし瑕疵があるならば、契約の効力は否定されるべきだとの意思の表示、即ち既成条件や約定解除権の留保と近似するが、「その一步手前に位置する」（三宅（正）・契各上327頁）から、買主の解除または代金減額を認め得るのみで、売主に対して損害賠償を請求する権利までは買主に与えることができないのである。ただ、契約当事者によって売買

目的物に一定の性質が具備されていることを契約上前提した場合は、その性質が一定の使用目的ないし用途に対する適性でなくともよいし、その性質の欠如が隠れているものである必要はないから、改正前570条の要件を顧慮せずに、前提ないし基礎の欠落として、契約の効力を全部（解除）または一部（代金減額）解消することを認めてもよい。それゆえ瑕疵担保責任は、物の性質に関し如何なる前提も表示せずに特定物を買った場合の買主の保護のためであって、換言すれば、買主の性質錯誤を推定的前提の欠缺の範囲で顧慮するもの（三宅（正）・契各上358頁）なのである。推定的前提の欠缺を保護するものであるから、買った特定物が通常の使用に対する適性を欠き且つそれが客観的に隠れている場合に限って、買主を保護する理由もよく理解し得るものとなるのである。

ここに現時における最も精緻な瑕疵担保責任論が展開されているとあってよい。三宅博士の瑕疵担保責任論の特色は、第一に、追奪担保責任論と瑕疵担保責任論の峻別である。従来の学説の全ては、上記の両者を区別していなかった（広中博士だけが例外）。第二に、錯誤論における「前提ないし行為基礎論の導入」と瑕疵担保論が密接に関連している点である。即ち瑕疵担保は、買主の動機錯誤たる性質錯誤を「推定的前提」の欠缺範囲で顧慮する理論となっていることである。第三に、瑕疵担保の実質的根拠を、売買の客観的な目的物たる特定物にその物の通常の使用に適しない隠れた瑕疵がないとの買主の期待は、重要な動機即ち前提であり、これは売主も当然予期すべきこと、知るべきことだから、買主を解除または代金減額の範囲で保護するものであると明解に指摘していることである。第四に、瑕疵担保においては、信頼利益の賠償に限っても一切の損害賠償義務を売主に認めないことである。売主は代金減額と契約費用の出費を負うだけである。代金減額は好美説と同じく一部解除と解する。第五に、不特定物売買における不完全履行理論の独自性である。判例理論（最判昭和36年12月15日）の「履行として認容して受領し、瑕疵担保責任を問うなど」の場合は改正前570条を適用するとの考え方を、不完全履行の瑕疵担保への現実的接近と評し、その誤りを明確に指摘していることである。

## 六 私見の展開

### 1 私 見

本章の最後に、私見を少し詳しく付加しておきたい。

合意の内容に即していえば、売主が物を売るときに瑕疵あることを知っているならば、誠実な当事者たることを前提とする限り、瑕疵あることを告げた上、瑕疵あってもなお買主が買う価値があり、即ち売買の目的を達することができると思うならば、瑕疵なき完全な物の存在を他に想定することが可能な場合に比し、瑕疵によって惹起されていると思われる減価に相当する減額をすることであろう。また別に、買主の方が目的物を点検したところ、瑕疵が発見されたならば、売主に対し当然減額請求をするであろうし、売主もこれに応ずるに違いない。即ち売主・買主ともに瑕疵の存在を知らない限り、それについて合意する必要はないわけで、ただ売主・買主が瑕疵なき物と思って（思惟ないし思念）対価を定めたのであるから、瑕疵がもし事後的に発見されたのならば、それに相応する責任を売主が負う。即ち、瑕疵があっても契約の目的を達成することが可能であれば減額を、不達成ならば解除と損害賠償という形の責任を売主が負うことになるのである。そうして不達成解除という後者の場合の損害賠償も「瑕疵あることを知っていたならば、被らなかつたであろう損害」の賠償ということになり、これは結局、買主の意思に即していえば、「瑕疵あることを知っていたならば、契約を締結しなかつたであろう乃至その条件ではしなかつたであろう」ということになるから、瑕疵が付着のまま契約を締結してしまつたが故に被つた損害の賠償になるのである。従つて瑕疵なき物の給付が合意されているのでない限り、「瑕疵なき物が買主に給付されたならば被らなかつたであろう損害」たる債務不履行損害賠償なのではない。それゆえ、「瑕疵がなかつたならば得たであろう利益乃至失わなかつたであろう利益」の全てを損害として賠償させることは、担保の責任としては売主に負わせ得ないのである。

特定の中古自動車の売買において、売主が「格安の価格で」売る代わりに「現状有姿のまま」、買主による「点検」と「試用」を経た上で、納得したら10

万円で購入してもらいたいと言明し、買主がこれに応じて売買を成立させた場合を想定しよう。この場合、素人が外見上点検したぐらいでは発見し難い瑕疵があったとしたら（例えば、エンジンがもともと不良品でエンジンオイル漏れを起こしており、ときには危険さえある等）、次の諸場合において、売主の責任は以下になると考えるべきであろう。

第一の場合——売主は新車当時からエンジンの不良性を認識しており、中古となって転売するときに、なお、この事情を知りつつ、買主にその事情を告げずに売却した場合。

第二の場合——売主はエンジンの不良性を認識しておらず、従って、エンジンは不良でないとの観念下で売却した場合。

第一の場合には、両当事者において瑕疵なき物の売買との合意がなくとも、売主はエンジンの不良性から生ずる全ての損害を賠償しなければならないであろう。それが売買における信義則の要求するところである。誠実な売主ならば、エンジンの不良という瑕疵を買主に告知すべきであり、それを敢えてしなかったならば、買主において瑕疵から生じた損害があれば、その全てを賠償するのが衡平の要求するところである。

第二の場合は、売主は「現状有姿のまま」、時価よりも「格安で」、しかも「買主の試用」を経た上で売却したものであるが、後にエンジンが原始的に不良で危険性が伴うことの発見があれば、買主が主張する限り契約の解除には応じなければならないであろうし、現実には費やした契約費用の賠償もしなければならない。買主が修理をした上で使用するというのであれば、修理相当代ないし価格10万円に対するエンジン不良分の減額割合によって算出された減額かのみずれかを選択によって負担しなければならないであろう。そしてそれは対価を限度とするであろう。さもなければ、売主にとって売却した意味が全くなくなるからである。

改正前民法570条の瑕疵担保責任は、上記の例における第二の場合に相当するものである。従来の法定責任説における「信頼利益」の賠償は、その意味内容に不明確性をもっていたとはいっても、上記のように理解ないし規定するな

らば、十分に納得し得るものである。

債務不履行責任説はもちろん、危険負担的対価的制限説も、「特定物のドグマ」を批判して次のようにいう。いうまでもなく法定責任説は、目的物に瑕疵があっても、当該取引対象たるその物を引き渡せば一応債務を履行したことになる。中古自動車が売買され、その自動車に瑕疵があり動かなくなった場合を考える。「自動車」という言葉が契約中に用いられたということは、「単に物理的存在として自動車が指示されたのではなく、走行可能であるという自動車の属性・機能もが両当事者間の合意に含まれていたというべきではなかろうか」。法定責任説は、「両当事者の合意のうち、物理的存在に関する所有権の移転のみ契約内容にとらえ、属性・機能に関する合意部分を契約外に追いやってしまったことになる」。そしてこのような契約債務のうち特定物の引渡しに関する部分のみを肥大させて考えるのが「特定物のドグマ」であり、今日これは廃棄されるべきである、という（加藤・前掲179頁）。

これに対し、「特定物のドグマ」を肯定する視点から、私見は次のように考える。

中古自動車の売買における契約当事者の通常の合意内容は、確かに「走行可能な自動車」という属性・機能も合意内容になっていることは疑いないであろう。しかし中古自動車の売買といっても、論者も例にあげているように、クズ鉄売買としての自動車売買、あるいは子供の遊具用としての自動車の売買ということも有り得るのであるから、全ての中古自動車の売買において「走行可能性」という属性が常に必ず合意されているとは限らない。とはいえ、通常取引では上記の属性は合意されていたというべきであるが、この属性はその種の取引としては「自動車」という表現から推察される、「自動車」を自動車たらしめている性質・機能、即ち、物の「本質的性質ないし属性」なのである。従って車輪が全然可動しない構造になっている自動車を給付しても、売主は債務の本旨に従った履行を行ったとはいえない。ところが、ブレーキに故障があって制動能力が劣り若干の危険性があるとか、車体が不完全なため雨天走行中に泥水を撥ねるとかいう、いわば当該の物をその物たらしめている本質的部

分ではなく、上記の本質的属性以外の（通常買主が期待してもよいとされている性状につき）欠陥があれば、これは合意の内容に必ずしもなっていない場合でも売主の担保責任をもたらすのであるというのが、伝統的意味における法定責任としての瑕疵担保責任なのである。上記のような付随的な性状・機能についても、多くは売主の品質保証合意ないし担保特約がある場合が多かろう。それでも買主は、保証や過失を立証する必要なく、売主の法定の担保責任を追及し得るのである。

特定物の売買においては、本質的性質を具有している物を給付すれば、それで債務の本旨に従った給付義務の履行は行われたといえるのであるが、それは特定物にあっては、通常「現状有姿のまま」引き渡すことが合意内容になっているからである。「現状有姿のまま」引き渡すことが合意である以上、買主がそれ以上の性質・機能を期待しても売主の債務の内容となり得ないことは、蓋し当然なのである。法定責任説をもって「常識に反する」というのは、批判として当たらないというべきである（改正前民法483条参照）。

種類物売買と特定物売買は本質的な相違があり、これを無視することはできない。種類物売買における性状確保義務は取引の対象として個別化するために存在するのに対し、特定物売買の場合は、もし合意があつて性状確保義務が認められるといっても、取引の対象として個別化された当該その物について更に追加的に性状について合意されているのに過ぎないのである。即ち、品質保証か担保の特約がついているに過ぎない。そして論者自身もこれを認め、特定物に一定の性状を具有すべき旨の意思は、「保証」であるといっている（加藤雅信・LS16号31頁等）。保証であるならば合意されており、合意された性質が当該の目的物に欠けているならば、この保証違反たる債務不履行責任ということになるのであり、買主は売主に保証債務の履行を求めればよいのである。「特定物のドグマ」を否定する必要はいささかも存在しないといわなければならない。

特定物の売買において、その「壺」、その「馬」、その「牛」、その「自動車」、その「土地」という言語的表現がなされている場合には、その物をその物たらしめている本質的性能ないし属性は両当事者によって取引上具有すべきものと



## 特定物概念・不特定物（種類物）概念と「特定物ドグマ」の理論について

表象されるといってよい。しかし、種類物売買におけるように当然には、表象された乃至予定された性質の具有している物が直ちに給付されなければならないという義務を売主に負わせるわけではないのである。

ともあれ時間と空間によって目的物が当該の物に個別化され、特定されたのであるから、両当事者が一致して表象していた物の本質的性質・属性は合意されており、従ってその性質が欠ける以上は売主は責任を負わなければならないとしても、それはいわゆる性質「保証」（合意）という形をとらざるを得ないのである。ここに特定物売買と不特定物売買との決定的相違が存在しているのである。物の「本質的性質」は常に当事者によって性質「保証」合意されているからといって、それが欠けるならば、売主は買主に対して、上記の性質を具有する他の物をもって代給付する義務を負うのではない。種類物売買とは異なり、物の引渡し義務としては、とにかく当該の特定物に固定化され、「保証」義務違反という形の債務不履行責任を負うことになるのである。そして非本質的性質で、しかも買主が取引通念上、通常期待して妨げない性質については、売主は法定の瑕疵担保責任を負うのである。この責任の本質は、私見によれば、「法定保証」にあると解すべきである。「法定保証」は、効果意思に基づく「保証合意」の責任ではなく、一定の法定の要件のあるとき（特定物における隠れた瑕疵＝不表見の、且つ、目的物の一般的使用適性を欠く欠陥、買主の善意等）に、売主による性質の保証があったと「看做す」ものである。

それゆえ法律効果も法定されており、「目的不達成」の場合には契約の解除権と損害賠償請求権を買主に与えるし、瑕疵があっても「目的を達成し得る」なら、代金減額という損害賠償請求権のみを買主に与えるのである。これはローマ法にいう、*naturalia negotii* であろう。合意されてはいないが、契約の内容になっていると「擬制」されているのである。

目的物の性質に関する買主の「推定的前提」（三宅博士）は、そのままの形で法的保護を受けるのではなくて、「法定保証」という形態をとって法的に顧慮されるのである。この見解は起草者（梅博士）の見解にも適合するものと解する（詳細は別稿）。

梅謙次郎『民法要義、巻の三、債権総論』525頁は、担保の責任は「売主によって保証されたものと『みなす』」（鉤括弧は筆者）ものであると述べている。

## 2 私見のまとめ

以上、私見は「特定物ドグマ」を正しい理論として肯定する立場から、法律行為解釈の一般ルールに従い、契約締結時に先行ないし随伴する諸事情と当事者の交渉時の言明ないし契約書中に用いられた文言ならびに代金額等を総合的に考察し、保証合意・担保約束やその他の特約がなされていないかを配慮しつつ、瑕疵担保責任の本質としては売主無過失の法定保証責任と解する立場であり、前記加藤（雅）説・好美説・三宅説との親近性が明らかであろう（高森八四郎「瑕疵担保責任と製造物責任」現代契約法大系2巻256頁以下参照）。

## 第三章 三宅正男博士の理論と平成29年改正法の内容

### 七 三宅正男博士の不完全履行理論及び瑕疵担保責任論

本章では、先ず、本稿と密接な関連性があると思われる不完全履行理論及び瑕疵担保責任論の中でも、三宅正男博士が提唱した理論の客観的整理を試みる。既に第二章で三宅説の検討は行っているが、ここでは客観的に纏めることに努める。先ず、三宅博士の不完全履行理論について考える。

#### 1 不完全履行理論

通常備わっている中等の品質を有しない、即ち契約内容に不適合な履行をした種類物売買の売主には、「量的不足・質的欠点の有無を問わず」債務不履行責任を問うことができる。基本的には債務不履行の問題である。しかし、質的欠点のある物を買主が一旦受領した場合は、債務不履行でありながら不完全履行としての特殊性（履行遅滞・履行不能との相違）がある。これは三宅博士によると二つに分解される。買主には売買の効力として完全履行（契約に適合した完全な物）請求権（代物請求・修補請求）が存在するが、一つはこれを行行使うことである。売主がこれに応じなければ、改正前民法541条における相当期間の催告後解除して損害賠償請求を行う。もう一つは、この買主の完全履行

請求権の放棄（売主の完全履行権の放棄）の代わりに不完全履行自体を理由とした契約解除又は代金減額請求である。売主は不完全履行しただけで自己の履行を追完し全代金を請求する権利を失わないから買主の解除ないし代金減額は直ちには認められないが、売主が遅滞なく履行の不完全を認め追完の意思を表示しなかった場合を当事者双方による完全履行請求権の放棄と看做し、その後買主が受領した物の契約不適合性を立証すれば解除又は代金減額を認めるのが妥当である<sup>19)</sup> という。

三宅博士は、種類物売買の不完全履行に関し、「瑕疵担保を排除し専ら債務不履行の観点に立つ」<sup>20)</sup> 不完全履行理論として、我妻説を挙げている。我妻説は、不完全履行を受領した買主に完全履行請求権のほか解除と損害賠償請求を認め、第二の解除と損害賠償請求でも「賣主の責に歸すべき事由の存することを必要とするが、不特定物の賣買で給付されたものに瑕疵がある場合に、賣主の責に歸すべき事由がないということは、ほとんどあり得ない」<sup>21)</sup> から損害賠償請求も認めるべきだという。しかし三宅博士は、種類物売買の不完全履行に関する救済は、契約に適合する物の引渡しがないという不履行の側面での追履行+遅延賠償又は解除+差額賠償と、不履行の側面を除く不完全な物の引渡しの側面での解除又は代金減額に分解されるから、我妻説（単一の不完全履行による解除や損害賠償）はあり得ないとし、更に種類物売買の不完全履行（完全履行請求権を放棄しているから売主の不完全な物の引渡し自体は債務不履行でなく、直接買主の積極的損害を生ずることもない。物に特別の隠れた欠陥がある結果として積極的損害が生じ、その賠償責任は売主の悪意又は保証を要件とする。）と他の不完全履行（直接に債権者の法益の積極的侵害を生じ、債務者の過失を要件とする損害賠償責任を生ずる。）は異なるのに、その独自性を無視するものである<sup>22)</sup> と指摘している。

19) 三宅正男「債務不履行責任と瑕疵担保責任との関係」加藤一郎・米倉明編『ジュリスト増刊 民法の争点Ⅱ』113・114頁（有斐閣、1985）参照

20) 三宅・前掲注（19）115頁

21) 我妻栄『債権各論 中巻一（民法講義V2）』308頁（岩波書店、1957）

22) 三宅・前掲注（19）115頁参照

## 2 瑕疵担保責任論

次に、三宅博士の瑕疵担保責任論を整理する。

「売主は外的な物の引渡義務を負い、買主は代金支払義務を負う。この明確で疑う余地のない二つの義務が、売買法理論の原点であり、債務不履行や同時履行は専らこの義務に関わる。民法は」（傍点は三宅博士）、「物の売主の引渡義務を規定せず財産権移転義務といい、観念先行に傾いているので、この考え方は一般に承認されていないが、法定責任説は多少不鮮明ながらこの考え方に立つ」として、「特定物の売買では、初めから瑕疵があってもその物を引き渡せば売主の履行はあり、担保責任は不履行責任ではないという、法定責任説を支持する」<sup>23)</sup> としている。

「売買されるべき物または売買の意思の不存在」たる「原始的不能・不慮の意思欠缺＝錯誤による売買の無効」を「先行する基本問題」・「土台の問題」として位置付け、「物もそれを買う意思も有った以上は、物が買主の内心期待した性質を持たなくても、動機の錯誤は顧慮されない」（傍点は三宅博士）とした上で、この基盤の上に、「売買の目的物にその物の通常の使用に適しない欠点があり、客観的概念としての隠れた瑕疵がある場合に限り」、それは物の性質（動機の錯誤）の問題であるにもかかわらず、「善意の買主は代金減額または解除により売買の効力から解放されるという、沿革的な瑕疵担保が成立する。けだし隠れた瑕疵を売主が知ると否とを問わず、買主が隠れた瑕疵がないとの期待を重要な動機として買うであろうことは売主も知るべきであり、ここに買主の内心の期待を顧慮する根拠がある」<sup>24)</sup> という。よって、「特定物の性質が内心の期待に反し、瑕疵があったというだけで、すなわち専ら自己の動機錯誤を理由として、損害賠償を請求する根拠はない」<sup>25)</sup> が、「隠れた瑕疵のみに基づく救済」では、解除と一部解除としての代金減額を認めるべきであり、売買当時における瑕疵のない場合の価値と瑕疵のあるものとしての価値との比率に

23) 三宅・前掲注 (19) 112頁

24) 三宅・前掲注 (19) 112頁

25) 三宅・前掲注 (19) 113頁

特定物概念・不特定物（種類物）概念と「特定物ドグマ」の理論について  
応じて代金を減額する根拠はある<sup>26)</sup>と述べる。

## 八 平成29年改正法

次に、平成29年改正法の内容について客観的整理を試みる。

### 1 特定物・種類物関連規定（400・483条等）

特定物に関する規定は、今回の改正により変更が加えられているが、規定自体は存置されている。変更内容について、以下で検討する。

#### (1) 400条

先ず400条（特定物の引渡しの場合の注意義務）については、「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない」（下線は筆者）として、下線部が今回の改正により付加されている。善管注意義務の概念は存置されているが、立案担当者によると、改正前400条の文言は、「引渡債権の」<sup>27)</sup>「発生原因にかかわらず、客観的かつ一律に内容や程度が定まるようにも見えるが、実務においては、その義務の内容や程度は、個々の取引関係における個別の事情と無関係に客観的かつ一律に定まるのではなく、契約の性質、契約の目的、契約の締結に至る経緯等の債権の発生原因となった契約に関する諸事情を考慮し、併せて、取引に関して形成された社会通念をも勘案して判断されている。そこで、新法においては、このような判断の枠組みを明らかにする趣旨で、善管注意義務について規定する旧法400条に『契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる』との文言を加えている」<sup>28)</sup>という。この変更については、善管注意義務の「判断の基準として最も重視されるべきは、当該契約

---

26) 三宅・前掲注(19)112頁参照

27) 筒井健夫=村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』66頁（商事法務、2018）

28) 筒井健夫ほか「立案担当者解説第3回民法（債権法）改正の概要」NBL1110号34頁（2017）。筒井=村松・前掲注(27)66頁、村松秀樹=脇村真治『民法（債権法）改正の解説』46頁（テイハン、2019）も同旨。

における合意の内容であり、新たな規定には、「善管注意義務の内容および程度を判断する基準として機能することが期待される」<sup>29)</sup> という。また、「債権発生原因とは関係のない『過失』を意味するものではないこと」を明記したもので、「たとえば、特定物の売買契約において引き渡された目的物が契約の内容に適合していなかった場合において、買主が売主に対して契約不適合（不完全履行）を理由に損害賠償請求をしたとき、売主が保存義務を尽くしたとの抗弁を出したとしても、主張自体が失当である」<sup>30)</sup> とする見解がある。そして、「目的物の引渡しまでその滅失・損傷の危険は売主に留まるとする改正567条1項の規律と併せ、売買契約においては厳格な保管責任を売主に負担させる趣旨に基づくものとして理解されよう」<sup>31)</sup> との説明も存する。

なお、受領遅滞に関する413条1項は、「債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、その債務の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、履行の提供をした時からその引渡しをするまで、自己の財産に対するのと同一の注意をもって、その物を保存すれば足りる」と規定された。これは、「改正前民法下での解釈論を基礎に据えたうえで、受領遅滞を理由とする目的物保存義務の軽減（自己の財産に対するのと同一の注意）を明記したもの」<sup>32)</sup> と説明されている。

(2) 483条

483条（特定物の現状による引渡し）は、「債権の目的が特定物の引渡しである場合において、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない」（下

29) 潮見佳男ほか編著『Before/After 民法改正』93頁〔渡辺達徳〕（弘文堂、2017）

30) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』54・55頁（金融財政事情研究会、2017）

31) 大村敦志＝道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』397頁〔石川博康〕（有斐閣、2017）

32) 潮見・前掲注（30）63頁。山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』71頁（岩波書店、2017）も、「注意義務の軽減は、旧413条の解釈として判例・学説上認められてきたもの」で、これを「明文化して、具体的に定めることとし」たと述べている。

線は筆者）として、下線部の内容が付加されている。改正前483条の「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない」との規定と比較すると、債権の目的が特定物の引渡しである場合における現状引渡義務に、限定をかけているように読むことができる。立案担当者は、「契約その他の債権の発生原因および社会通念に照らして引渡しをすべき時の品質を定めることができない場合についての補充的な規定」<sup>33)</sup>に改められたものであると説明している。今回の改正については、本規定が任意規定で、「合意内容および契約から典型的に導かれるものとして契約の内容に適合した物を引き渡す義務が生じ得ることを明らかにするもの」であり、主として想定されているのは、「法定債権としての特定物引渡債権であり」、「売買の場合には、種類・品質・数量が契約の内容に適合していることが典型的な債務内容となることを前提として規律が設けられていることから、この規定が適用される余地はない」。そして、「特定物債権において性質が合意内容とならないとのドグマ（特定物ドグマ）を本条によって基礎付けることはできなくなった」<sup>34)</sup>との見解がみられる。

改正前483条については、「債権の発生後に特定物の状態に変化があった場合に、履行期（引渡しをすべき時）の現状で引き渡すべきことを定める趣旨の規定であるとされていたが、債権発生後に目的物の滅失や損傷が生じた場合には、債務不履行（善管注意義務違反）または危険負担の問題として処理されることになるため、同条が適用される場面はほとんどなく、同条が問題となった判例もほとんどないことが指摘され」、改正前400・483条は、「特定物の質的な瑕疵があり、債務者が保存義務を尽くさなかった場合での債務者が免責される根拠

---

33) 筒井健夫ほか「立案担当者解説第5回民法（債権法）改正の概要」NBL 1114号 52頁（2018）。筒井＝村松・前掲注（27）187頁、村松＝脇村・前掲注（28）105頁も同旨。

34) 潮見・前掲注（30）182頁。潮見佳男ほか編著『Before/After 民法改正』297頁〔下村信江〕（弘文堂、2017）も、「特定物債権において性質が合意内容とならないという特定物ドグマを新483条によって基礎づけることはできなくなっている」としている。

とされることもあ」った。そしてこれらは、「特定物の売買を念頭に置くものであり、これ以外の場合については、十分な検討や分析がされていたとはいえない状況にあった」<sup>35)</sup>との分析がなされている。

### (3) 種類物

401条（種類債権）については、改正はなされていないが、「新法は、種類物売買における買主への危険の移転につき、特定があれば危険が債権者（買主）に移転するという考え方を採用していない。むしろ、債権者（買主）への危険の移転にとって、特定は必要であるが、それだけでは十分でないとの考え方を採用して」おり、567条は、「特定された目的物を、売主が買主に引き渡した時（正確には、買主が引渡しを受領した時）、または」「売主からの債務の本旨に従った履行の提供に対し、買主が受領を拒絶し、または受領することができなかった時に、危険（対価危険・給付危険）が買主に移転するものとされている」<sup>36)</sup>との説明がみられる。

今回の改正により、売買目的物に契約不適合がある場合には、特定物・種類物売買を問わず、562条以下の担保責任（契約不適合責任）規定が適用され（後述）、危険負担は、債権者（買主）に代金債権の履行拒絶権を認める規律となったが、567条は、「売主から買主への売買目的物の引渡しの事実を基準として、引渡し以後にその目的物が債務者、つまり売主の帰責事由なくして滅失、損傷したときは（条文上は、『当事者双方』の帰責事由のないときと表記されるが、債権者である買主に帰責事由があれば危険は当然、買主が負担することになり、この場合にも買主は売主に対し契約不適合責任を追及することや代金支払いを拒むことはできないから、ここでは『債務者』、つまり売主に帰責事由のないときと理解すべきことになる）、買主は契約不適合責任を売主に対し請求できないことおよび売主からの代金の請求を拒絶することができないことを定めて」おり、なお、「引渡しの前提として種類売買の場合においては目的物が特定していることを要求するから、瑕疵あるものを引き渡しても新567条

35) 下村・前掲注 (34) 296頁

36) 潮見佳男ほか編著『Before/After 民法改正』95頁〔潮見佳男〕（弘文堂、2017）



1項の適用はない」<sup>37)</sup>とされている。なお、「どのような内容・程度の契約不適合がある場合に本条における『特定』が妨げられ得るのかについては、今後の解釈に委ねられている」<sup>38)</sup>とされている。

この567条が存するのは、「実質的な支配の移転があった時点以降における危険について買主への移転が認められるかどうかといった危険の移転をめぐる問題については、危険負担に関する一般規定においては取り扱われて」おらず、「何らかの事由による危険の移転をもって、危険負担の債務者主義を定める改正536条に基づく反対債権の履行拒絶権やその他の救済手段（解除権など）が遮断されることになるのか、という問題」<sup>39)</sup>が存するためであるとされている。

1項について、立案担当者は、「売主と買主の公平の観点からは、目的物の支配が売主から買主の下に移転したとき、すなわち、目的物が売主から買主に引き渡されたとき以降に生じた目的物の滅失又は損傷については、買主は担保責任を追及することができないとする見解が有力であり、不動産売買の実務においても、これと同じ趣旨の特約を締結する運用が定着していると言われている」<sup>40)</sup>ことを改正理由として挙げている。

「引渡しによる危険の移転の効果に関し、反対債務の履行拒絶権の排除という対価危険の移転にかかる効果だけでなく、追完請求権等の排除という給付危険の移転にかかる効果も含まれている」<sup>41)</sup>とされる本条については、以下のよう  
に細分化して説明するもの<sup>42)</sup>がある。①目的物の滅失・損傷の危険は、目的物の引渡しにより売主から買主に移転する結果、引渡し後の滅失・損傷の場合、買主は売主に契約不適合責任の権利を行使できない。この引渡しは、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

37) 潮見佳男ほか編著『Before/After 民法改正』375頁〔高須順一〕（弘文堂、2017）

38) 石川・前掲注（31）415頁

39) 石川・前掲注（31）414頁

40) 筒井＝村松・前掲注（27）287頁

41) 石川・前掲注（31）414・415頁

42) 潮見・前掲注（30）269～271頁参照

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。②ただし、引渡し後の滅失・損傷が「売主の責めに帰すべき事由」による場合は、買主は契約不適合責任の権利を行使することができる。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引渡し時に売買目的物に契約不適合があった場合や、引渡しが遅延した場合に、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がない。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401条2項にいう「特定」の効果が生じないから、この場合は、1項のルール適用外である（この場合は、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」は生じないものの、本条1項の意味での「特定」があった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30年10月18日民集9巻11号1642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。

そして、目的物たる種類物が特定した後、引渡し前に目的物が滅失・損傷した場合における危険の移転（特に、給付危険の移転）についてはどのように考えるかという点については、567条1項の反対解釈により、「引渡しになされない限りは特定が生じていても買主に危険は移転しない」という帰結が導かれ得るが、そのような解釈以外の可能性——例えば、引渡しによる危険の移転について規定する改正567条1項は、引渡し以外の事由による危険移転の可能性を否定するものではなく、給付危険については401条2項における『特定』の効果としても移転する、といった解釈——が文言上当然に排除されているわけでは

ない。また、具体的な契約解釈の帰結として、特定が生じた場合には危険が移転する旨の個別の合意が認定されるような場面も、少なからず存在し得るものと考えられる。もっとも、特定物債務に関しては、（買主の受領遅滞の場合等を除けば）引渡し前には買主への危険移転の契機は存在せず、契約に適合した目的物を引き渡すことに関する重い責任と危険を売主が負担することに鑑みれば、種類物債務に関する危険の移転についてのデフォルト・ルールとしても、特定が生じていても引渡しがなされるまでは買主に危険（給付危険を含む）は移転しないものと解するのが整合的であろう<sup>43)</sup>との見解が述べられている。

## 2 契約不適合責任（562～564・566条）規定の新設

次に、講学上「契約不適合責任」と呼ばれている562～564・566条についても、本稿の内容と関連するため、整理する。なお、565・566・568・569・572条の条文見出しには「担保責任」との用語は残されており、更に、民法の特別法である「住宅の品質確保の促進等に関する法律」には、民法から排除されたはずの「瑕疵担保責任」との用語が存置されている。これについては、「法改正としては不徹底であるといえるし、それだけ従来の『瑕疵』概念のほうがこの分野では実際には説明として使いやすいものである証左であるとも言えよう<sup>44)</sup>」との見解がみられる。また、民法典に「担保責任」との用語が残されている点については、「民法典は、個々の規定において、契約不適合に対する買主の権利、売主の義務の視点からではなく、契約不適合を理由とする売主の『責任』の視点から規律を立てているときに、『不適合責任』といわずに、『担保責任』という語を用いているように見受けられる<sup>45)</sup>」との見方もある。

### (1) 改正理由

立法担当者は、「特定物売買と不特定物売買とを区別することなく売主は一般に種類、品質および数量に関して売買契約の内容に適合した目的物を引き渡

---

43) 石川・前掲注(31)415・416頁

44) 池田真朗『新標準講義民法債権各論[第2版]』85頁（慶應義塾大学出版会、2019）

45) 潮見・前掲注(30)259頁

す債務を負うことを前提に、引き渡された目的物が契約の内容に適合しない場合には債務は未履行であるとの整理（契約責任説）を基本として、買主が有する救済手段を具体的に明文化するのが合理的である<sup>46)</sup>と考へ、「特定物売買であるか不特定物売買であるかを問わず、売主は種類、品質および数量に関して契約の内容に適合した目的物を引き渡す債務を負うことを前提に、引き渡された目的物が種類、品質または数量に関して契約の内容に適合しない場合」における買主の救済手段を明文化した。そして、「瑕疵」との用語については、「判例は、その実質的な意味を『契約の内容に適合しないこと』であると解釈していたため、新法では、『契約の内容に適合しない』との用語を用いている<sup>47)</sup>と説明している。

伝統的通説であった法定責任説について立案担当者は、「売買の目的物は、大量生産され、不具合があった場合には部品の交換や代替物の給付など履行の追完が可能であるものが多く、実際の取引においてもそのような対応が一般化して」おり、「問題となった具体的取引が特定物売買であるか不特定物売買であるかの判別が實際上必ずしも容易でないケースも少なくない」ため、「特定物売買と不特定物売買を截然と区別してその取扱いを大きく異ならせるのは、取引の実態に合致しておらず、また、いたずらにルールを複雑化するものであって合理的でない<sup>48)</sup>との理由で採用されていないという。

法務省参与であった内田貴教授の説明によれば、「特定物ドグマ」の「ドグマ」とは、「ギリシア語に由来」し、「堅固な信条といった意味で用いられ、その後、宗教上の教義や、独断的な説という意味で使われ」るもので、瑕疵担保における特定物ドグマとは、「特定物を売買の対象とした以上、売主の義務はその物を引き渡すことに尽き、物の性質は契約内容にならない、つまり、ありのままの物を引き渡せば、品質が悪かろうが、債務不履行責任は一切生じない

46) 筒井健夫ほか「立案担当者解説第7回民法（債権法）改正の概要」NBL 1118号 32頁（2018）。村松＝脇村・前掲注（28）140頁も同旨。

47) 筒井ほか・前掲注（46）32頁。村松＝脇村・前掲注（28）140頁も同旨。

48) 筒井ほか・前掲注（46）32頁。村松＝脇村・前掲注（28）139・140頁も同旨。

という「随分片寄った考え方」である。「この考え方によると、契約で決めた価格と現実に引き渡された物の価値との間でずれが生じ」、「それを埋め合わせるために特別に法律で定めた責任が瑕疵担保責任だと考える」。「欠陥があっても債務不履行ではないため、「完全な履行をせよという請求権はないわけで、修補請求権もないということになる」。この発想は、「古代ローマの奴隷や家畜の売買で使われていた考え方」であり、この「特殊な売買特有のルールが特定物のルールとして後世に引き継がれ、それを説明するために、ドイツで特定物ドグマと呼ばれる考え方が有力になり、日本に入ってきた」。「しかし、今日の売買契約で問題となる特定物の多くは工業製品で「典型は建売住宅」だが、「欠陥があっても売主に修補義務がないというのは常識に反」する。このため品確法では住宅について修補請求が認められ、責任の期間は10年となっている。「そのほかの特定物についても、今日では、あえて売主の責任を限定することに合理性はないと考えられている」。「他方で、特殊な骨董品とか美術品の売買のように、売主の責任を現品に引き渡すことに限定すべき場合」（現状有姿の売買）は、「通常はそのことが明確に合意されるし、「合意がなくても当該契約の解釈でそれを導くことができ」<sup>49)</sup> るという。

内田教授は今回の改正に際して、法定責任説を「普遍的に正しい理論だと信じ」、「実務は法定責任説で動いている」との反対論があったことにつき、その前提における誤りを指摘している。即ち、改正前570条が、売買の目的物に瑕疵があったときの売主の責任を一般の債務不履行よりも限定していた（解除権・損害賠償請求権に買主の権利を制限し、1年間の期間制限を課す）ということについて、「あくまで、日本民法に置かれていた、あまり合理性のない特定の条文を説明するための解釈論だった」のが法定責任説であるということである。「不合理なほど責任を限定した規定の適用範囲を、できるだけ狭くしようとした解釈論が法定責任説」であり、「たとえ解釈論として法定責任説が成り立ち得たとしても、抜本改正をする際には、合理的な説明のできない売主の責任限定を残す理由などない」。「最高裁の判例が法定責任説に立っているとい

49) 内田貴『改正民法のはなし』84・85頁（民事法務協会、2020）

われることがあ」ったが、「この理解は最高裁判決の読み方として誤って」おり、「仮にこの理解が正しかったとしても、改正前の民法の解釈をしていた判例を根拠に、不合理な規定の改正に反対するのはおかしいと言わざるを得」<sup>50)</sup>ないという。

買主の救済手段としては、① 562条において、目的物の修補請求・代物請求等の履行の追完請求（完全履行請求）、② 563条において、代金減額請求、③ 564条によって、損害賠償請求（415条）、④ 同じく564条によって、解除（541・542条）が可能であることが明文化された。

## (2) 562条

562条（買主の追完請求権）では、買主が請求した方法とは異なる方法による追完も売主に認めているが、買主に不相当な負担を課するものでないことが必要である（1項但書）。立案担当者は、「例えば、履行の追完として、修補と代替物の引渡しの双方が可能であり、買主は代替物の引渡しを選択したが、修補が容易で費用も低廉である場合において、修補を選択することによって買主に特段の不利益が生じず、修補が買主に不相当な負担を課するものでないときは、売主は、修補の方法により履行の追完をすることができる」<sup>51)</sup>と説明している。そして、追完請求権は、買主の帰責事由の存する不適合では認められない（2項）。

562条については、「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」として、売主の「物の種類・品質・数量に関して契約の内容に適合した物を引き渡すべき義務」を「当然の前提」としており、「これにより、物が契約の内容に適合していなかった場合の売主の責任が債務不履行責任であることが明らかとなった」とされている。『「特定物の売買において、性質は契約の内容にならない』との特定物ドグマを否定したことが重要」であり、そして、瑕疵概念に代わるものとして、「契約適合性という観点から規律を設け」た「結果、契約責任説を採用した」と合わせて考えれば、

50) 内田・前掲注（49）82～84頁

51) 筒井ほか・前掲注（46）33頁。村松＝脇村・前掲注（28）141頁も同旨。

『担保責任』というカテゴリーは、もはや特別の意味を持たないこととなった』として、「債務不履行責任への一元化と『担保責任』の解体」<sup>52)</sup>と表現する見解がある。

(3) 563条

563条（買主の代金減額請求権）では、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をして期間内に売主から履行の追完がない場合に、不適合の程度に応じた代金減額請求を認めるが（1項）、2項の各号の場合には催告は不要とされている。追完請求権と同様、買主の帰責事由の存する不適合では代金減額請求権も認められない（3項）。

(4) 564条

564条（買主の損害賠償請求及び解除権の行使）では、債務不履行の一般規律がそのまま適用されることが明文の規定で明らかにされている。但し改正前は、債務不履行について債務者に帰責事由が存する場合に解除を認めていたが、立案担当者は、「債務不履行があった場合にも債務者に帰責事由がある場合でなければ契約の解除をすることができないとすると、債権者は、債務不履行があっても契約に拘束され続けるため、例えば、その契約に代えて他の取引先と必要な契約をするなどの対応をとることについて躊躇せざるを得ないという事態も生ずる。また、解除制度の意義は、債務の履行を怠った債務者に不利益を負わせるのではなく、債務の履行を得られない債権者を契約の拘束力から解放するところにあると理解すれば、債務者に帰責事由があることは理論的にも解除の必須の要件ではないといえる」。「そこで、新法では、債務者に帰責事由がない場合にも、契約の解除をすることができるとし、例外的に、債権者に帰責事由がある場合にのみ契約の解除をすることができないとしている」<sup>53)</sup>と説明している。

---

52) 潮見・前掲注(30) 257～259頁

53) 筒井健夫ほか「立案担当者解説第6回民法（債権法）改正の概要」NBL 1116号 44頁（2018）。村松＝脇村・前掲注(28) 126頁も同旨。

(5) 566条

566条（目的物の種類又は品質に関する担保責任の期間の制限）について、立法担当者は、「不特定多数の買主に対し、日々、大量の商品を販売する態様の取引が多いため、目的物の引渡しにより履行を終えたと考える売主に、買主からの担保責任の追及に備えて、関係証拠を長期間にわたって保存しておくことを期待するのは、売主に過度の負担を強いることになる。もっとも、このような期間制限は買主の権利を大きく制限することになるため、売主の期待を保護する必要がある類型に限るのが適当である。そして、長期間にわたって担保責任の負担を売主に負わせるのが最も酷なケースは目的物に物質的な欠陥がある場合であるが、これと比較すれば、例えば、数量が不足していたことは外見上明らかであることが多く、また、目的物に担保物権や用益物権が付着していた場合なども登記等が対抗要件とされていてその判別は比較的容易であるといえる」<sup>54)</sup>と説明している。そこで、種類又は品質に関する不適合に限定し、不適合から1年以内に売主に通知することを権利保存の要件として、通知しなかった場合には担保責任に関する請求ができない（失権する）とした。なお、売主が不適合について知り、又は重過失により知らなかった場合は、期間制限の適用はない（但書）。

おわりに

今回の改正の結果、特定物と不特定物（種類物）につき、改正前の理論的整合性が如何に評価され、そしてどのように明確乃至不明確になったかの理論的検討は、今後の民法学の大きな課題であると思料する。本論説はこれに一石を投ずるものであるが、森嶋昭夫先生によると今回の改正は総じて「机上の空論」であると評価されており、この妥当性の検討も今後の課題である。その際に本論説の内容が何がしかの寄与を果たすことができたとすれば、望外の喜びであると考えられる。

54) 筒井=村松・前掲注(27) 284頁