



Title	瑕疵担保責任における損害賠償請求権の範囲
Author(s)	八田, 公人
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 5, 67-97
Issue Date	1998-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22294
Type	departmental bulletin paper
File Information	5_P67-97.pdf



瑕疵担保責任における損害賠償請求権の範囲

はつ た ひろ と
八 田 公 人

目次

第1章 問題の所在と視点	68
第2章 瑕疵担保責任の法的性質・適用範囲と損害賠償の範囲	68
一 従来の学説	68
1. 法定の無過失責任と解する立場	68
2. 債務不履行責任の特則と解する立場	70
二 新たな視点に基づく学説	71
1. 二分説	72
2. 当事者の意思・契約内容を重視する立場	73
三 判例	75
四 検討	78
1. 法的性質と適用範囲	78
2. 法的性質・適用範囲と損害賠償の範囲	81
第3章 具体的な損害賠償の範囲と画定基準	82
一 判例	82
二 検討	87
第4章 結論	88

第1章 問題の所在と視点

瑕疵担保責任(570条)における損害賠償の範囲について、判例は信頼利益に限られ履行利益の損害賠償は認められないとするものが圧倒的であり、従来の学説上も通説とされてきた。これに対し、履行利益の損害賠償と解する見解、対価的に制限された実質的代金減額にとどまるとする見解等が有力に主張されていた。

従来、これらの議論は、瑕疵担保責任の法的性質につき法定責任説を採れば信頼利益、債務不履行説を採れば履行利益の損害賠償、と解するのが一般であった。しかし、今日でもこの図式が通用するか、そもそも法的性質から損害賠償の範囲が論理的に決まるのか疑問がある。むしろ、当事者がどんな内容の契約をしたのか、当事者の意思・契約内容から決定すべきではないだろうか。

さらに、具体的な事案においてどのような損害の賠償が認められるのか、という点も再検討する必要がある。例えば、判例・通説に従い信頼利益の賠償に限るとしても、具体的にどのような損害が信頼利益として賠償されるのかは、判例を検討しても必ずしも明らかにならない。そもそも信頼利益とは何か、何を信頼したことにより被った損害なのかとの疑問に直面せざるをえない。この点、一般論として信頼利益に限定しつつ、実質的に履行利益の賠償を認める判例がある一方で、逆に信頼利益といえそうなものを履行利益であるとして否定した判例もある⁽¹⁾。同一損害につき、信頼利益として賠償請求を肯定した判例と、履行利益であるとして否定した判例が存在する例もある⁽²⁾。また、いわゆる対価的制限説に立つ下級裁判例もある⁽³⁾。さらに、特に理由を述べずに逸失利益(履行利益とするのが一般)の賠償を認める判例もある。これらの状況を踏まえると、信頼利益と履行利益とを明確に区別できるのか、そもそも区別に意味があるのか、もっと別の基準で当該事案における具体的な損害の賠償範囲を画定すべきではないのか、という疑問を否定しえない。

そこで、本稿は、法的性質にも配慮しつつ、当

事者の意思・契約内容の観点から、瑕疵担保責任の損害賠償請求権をいかに解すべきか⁽⁴⁾、その具体的範囲をいかなる基準で画定すべきか、を検討する。あくまでも目的は損害賠償の範囲の画定であり、法的性質論の検討ではない。しかし、従来、瑕疵担保責任の損害賠償範囲論は法的性質論と密接なものとして論じられてきた以上⁽⁵⁾、法的性質に触れることが不可欠とならざるをえない⁽⁶⁾。

第2章 瑕疵担保責任の法的性質・適用範囲と損害賠償の範囲

従来、瑕疵担保責任の損害賠償範囲一般論は、法的性質論と結び付けて論じられた。以下では、まず、このような発想の問題点を指摘し、当事者の合理的意思・契約内容の解釈の視点から、570条の役割・機能ないし適用範囲と、その効果としての損害賠償の範囲をいかに解すべきかを考察する。

一 従来の学説

1. 法定の無過失責任と解する立場

(1) 「法定責任→信頼利益」説

特定物売主の債務はその目的物の所有権を買主に移転することに尽き、たとえ瑕疵があっても売主には瑕疵なき物を給付すべき義務はない(特定物ドグマ)。よって、瑕疵担保責任は特定物売主の債務不履行の効果ではなく、法律が買主の信頼保護の見地・有償契約における善意保護の要請から特に売主に課した法定責任であるとする(柚木・研究167頁,173頁,423~4頁)。ただ、その理論構成は原始的一部不能論の採否で分かれる。

この点、通説は、鳩山秀夫の提唱した法定責任説(鳩山・原則306頁,鳩山・各論337頁等参照)を一步進め、原始的一部不能論を採る。瑕疵ある特定物の売買において、瑕疵なき給付は始めから不可能であり、よって契約の原始的一部不能、一部無効が存在する。瑕疵担保はまさにこれに対処する制度である。一部不能であるから、売主はその可能な範囲内においてのみ債務を負担し、瑕疵ある特定物を給付する債務のみを負担するものと

解すべきであって、瑕疵担保は不履行の効果ではない(我妻 270 頁以下, 柚木・研究 178 頁, 200~1 頁等)。この立場は、損害賠償の範囲につき「原始的瑕疵→原始的の一部不能→契約の一部無効→契約締結上の過失責任(原始的全部不能)とパラレルに信頼利益(無効な契約を有効であると信じたために被った損害)」と理論構成する。したがって、瑕疵担保責任においては、瑕疵の存在のために無効である契約の一部分について、これが有効に成立したと信じたことにより被った損害の賠償、ということになる。

しかし、この理論に対しては批判も多い⁽⁷⁾。例えば、原始的の一部不能により契約の一部が原始的に無効ということは、瑕疵なき物の給付義務の存在を前提とするはずである。にもかかわらず、契約意思・内容が瑕疵とは無関係に「この物」にのみ関係する(当該特定物を給付しさえすれば債務の本旨に従った履行となる)と考える特定物ドグマは、矛盾といわざるをえない(北川・研究 334~5 頁, 山下 164 頁, 潮見・総論 53 頁)。柚木馨もこれを否定し、特定物ドグマを前提に「瑕疵あるがままの給付の履行性→当事者間の利益の不均衡→瑕疵担保責任」と構成する(柚木・研究 200~1 頁)。損害賠償の範囲については、「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」(柚木説の信頼利益⁽⁸⁾)の補償を骨子とするもの、とされる(新注民 283 頁(柚木), 柚木・研究 201~2 頁, 423 頁以下等)。信頼利益とは「買主の瑕疵の不知から相当因果関係の範囲内に生じた損害」(416 条類推)であり、失った利益や拡大損害も含まれる⁽⁹⁾。具体例としては、建物建築のため買い入れた土地に造成上重大な隠れた瑕疵があったので、売買契約を解除した場合に被った損害として、後日のために作成した公正証書の手数料・印紙代、土地の測量費、建築設計費、材料購入費、請負人等に支払った違約金、担保責任を訴求した訴訟費用等が挙げられる。また、失った利益としては、瑕疵を知っていれば他の土地を買って得べかりし利益、その間の紛争の代わりに他の事業に努力して得べかりし利益、費用その他支出した金

銭に対する利息等が含まれる。これに対し、瑕疵がなかったならばその土地が示したであろう値上がり額、その土地につき転売する契約があった場合の転売利益等は、履行利益にのみ含まれる損害であり(柚木・研究 392 頁)、瑕疵担保責任としては賠償請求することはできない。

以上のように、原始的の一部不能論の採否により信頼利益概念に若干の差異はあるが、いずれも特定物ドグマを骨子として売主の瑕疵なき特定物の給付義務を否定し、よって債務不履行責任ではありえず、損害賠償も履行利益ではないとする点で異ならない。いずれも、買主の瑕疵の不知によって引き起こされた給付・反対給付間の不均衡を補正するため、無過失にもかかわらず売主に課された法定の担保責任、すなわち、売主の容態と無関係に買主の信頼を保護する制度であって、その効果としての損害賠償の範囲は、信頼利益の賠償であるとする(柚木・研究 424 頁, 磯村(2) 38 頁等)。

ただ、我妻栄は、売主に帰責事由があるときは、契約締結上の過失責任に一步を進め、信義則を根拠に履行利益の賠償責任を負うと解すべきだとする(我妻 271 頁以下)⁽¹⁰⁾。また、広中俊雄は、信頼利益を原則としつつ、履行利益の賠償を売主の品質保証ないし担保約束の違反に基礎づけ、売主の保証違反を認定しうる場合は履行利益の損害賠償とする(広中・講義 76 頁)⁽¹¹⁾。これらは、法定責任説を前提としつつ、一定の場合に履行利益の賠償責任を認める点で、折衷説ともいえる。さらに、信頼利益の損害賠償としつつ、履行利益を上限とするとの有力説もある(大阪高判昭 35・8・9 高民集 13-5-513, 鈴木 162 頁, 石田 475 頁等)⁽¹²⁾。

特定物ドグマは、当事者が目的物の性質に着目せず、単に当該目的物の所有権の移転のみを内容とする場合は、まさに論理的帰結といえる。しかし、当事者の意思や契約内容に着目した場合、特定物売買だからといって、必ずしも目的物の性質に着目していないとは限らない。当事者が性質に着目している場合にまで特定物ドグマが妥当するかは疑問である⁽¹³⁾。また、たとえ特定物ドグマが妥当する場合でも、履行利益の賠償ではないこと

から直ちに信頼利益といえるか、具体的にどのような損害が信頼利益か等を検討する必要がある。

(2) 対価的制限説

瑕疵担保責任を法定の無過失責任とする点、適用範囲を特定物に限定する点は信頼利益説と基本的に同じだが(勝本 158～9 頁)、有償契約としての対価的均衡を強調する点で、信頼利益説の前提とする法定責任とは若干異なる(高橋・林還暦 169 頁参照)。この点、勝本は、以下のような構成を採る(勝本 151 頁以下, 173 頁以下)⁽¹⁴⁾。

民法は、特に売買のような有償行為においては、原始的瑕疵ある目的物に対し瑕疵の存しない物として相当な対価が定められている場合には、その対価が存するが故に、特に買主を保護し、その物は少なくとも対価だけの価値が存することを売主の負担において担保させることが、取引通念に照らし公平なものとの趣旨から、瑕疵担保責任を設けている(勝本 157 頁, 169～171 頁)。すなわち、瑕疵担保責任は、売主の主観的帰責要件とは関係なく、単に契約の有償性に基いて認められる衡平責任であり、一種の無過失責任である(勝本 161 頁)。目的物の原始的瑕疵については、そもそも契約が原始的に一部不能であるから、債務不履行や危険負担の問題とすることはできない(勝本 155～6 頁)。つまり、売主の給付義務としてはその特定物給付義務を履行すればもはや不履行はないのに対し、買主は対価たる代金支払義務を履行しなければならないことが、売買契約の有償契約性に鑑みて当事者間に実質的不均衡を来すから、その不均衡を是正するための法的手段が瑕疵担保責任とされるのである。

以上の趣旨から、瑕疵担保責任は目的物が完全であること(瑕疵なき目的物の価格)を標準とする絶対的なものではなく、常に対価と相対的に考察されるものであり、売主の取得すべき対価の範囲を限度とすべきである。すなわち、目的物が取引通念における絶対的な標準から見れば不完全であるが、対価として約定された価値に比較すると相当である場合には瑕疵担保責任は発生せず、対価が瑕疵ある物に対するものとして不相当に高額

である場合に発生する。よって、損害賠償の範囲は、代金減額的な損害賠償(瑕疵の存する物としての実際の価格と買主が支払うべき代金との差額)の範囲にとどまり、瑕疵なき完全物を標準としそれを取得しえなかったことに基因する全ての損害の賠償を意味しない、とする(勝本 151～2 頁, 173 頁以下)。この立場では、解除の場合は、代金が返還されるため損害賠償請求は認められないことになる(勝本 176 頁)⁽¹⁵⁾。つまり、売主の担保責任は売主・買主間の実質的不均衡を是正するための手段であるから、その責任内容はこの目的の範囲に限定されるべきであって、売主の賠償の範囲は買主の負担する対価以上に及ぶことはないとし、実質上代金減額と同一の結果を承認するのが、対価的制限説である。後述東京高判昭 23・7・19 等、この説に立脚すると解される判例も存在する。

原始の一部不能論を採用する点、特定物ドグマを全面的に肯定している点では、「法定責任→信頼利益」説と同じ批判が妥当する。さらに、瑕疵担保責任の効果としての損害賠償の範囲を代金減額的なものに限定する点については、たとえ瑕疵担保責任を法定の無過失責任と解することからその効果も限定的に捉えるべきとしても、不十分と思われる。解除の他に損害賠償請求を規定したことがほとんど無意味になるし、565 条が数量不足、一部滅失の場合に 563 条を準用して代金減額請求または解除と並んで損害賠償を認めているのと権衡を失するからである(我妻 270 頁, 神田 381 頁, 高橋・林還暦 170 頁, 半田・再構成 231 頁等)。

2. 債務不履行責任の特則と解する立場

(1) 「債務不履行特則→履行利益」説

瑕疵担保責任の法的性質を債務不履行責任の特則と捉える(五十嵐 80 頁以下, 北川・研究 364 頁以下等, 星野・概論 134 頁以下, 星野・研究 171 頁以下, 同 235 頁以下⁽¹⁶⁾, 山下 133 頁等)⁽¹⁷⁾。この立場は、法定責任説(とくに、特定物ドグマ)に対する批判(例えば、特定物の売主に瑕疵なき目的物の給付債務(買主の完全履行請求権)を否定する点、契約の原始の一部不能と構成する点、特定

物と不特定物の処理を異にする点など)から出発する⁽¹⁸⁾。

債務不履行説の一般的説明は、次のようになる⁽¹⁹⁾。売主は、代金に見合う程度の、合意された目的物を給付する債務を負う(給付の対象についての合意の中には、物の価値・品質に関する合意も当然に入っており、これに従った瑕疵のない目的物を引き渡す旨の合意の存在を認める。そこから、瑕疵のない完全な物を給付する義務があるとの結論を導き出す。北川・研究 180 頁以下, 364 頁以下)。このことは、目的物が特定物・不特定物であると、代替物・不代替物であるとを問わない。常識に合致し、妥当な法律効果を導く(あるいは正当化する)ことができ、法律構成上もすっきりするからである。この説からは、給付された目的物に瑕疵(物質的な不完全さ)が存する場合には、目的物の種類を問わず、売主は債務不履行上の責任(不完全履行)と瑕疵担保責任とを負うことになる。この瑕疵担保に関する規定は売買契約についての特則であって、両者が抵触する場合には瑕疵担保規定が適用され、そこに規定のない事項に関して債務不履行に関する規定や考え方が適用される。例えば、買主は、売主にとって可能である限り完全履行請求権を有し、特定物でも代替物なら追完または修補を請求でき、不代替物についても可能な限りで修補請求権を有する(星野・研究 235～6 頁)。損害賠償・解除については、570 条が適用される。

瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則と捉えようと、損害賠償の範囲は 570 条に規定されていない以上、債務不履行責任の一般原則に従い、瑕疵なき目的物の給付があれば得たであろう利益、すなわち履行利益の損害賠償ということになる(範囲の画定には、416 条が適用される)。

目的物の性質が契約内容とならないとする法定責任説の問題点を指摘した点は妥当だが、そこから直ちに、常に目的物の性質が契約内容になるとして特定物ドグマを全面的に否定し、瑕疵なき物の給付義務を認めた点に問題がある。契約自由の原則及び 570 条が任意規定であることを考慮すれ

ば、この説も法定責任説も両極端であり、当事者の意思をどちらか一方に統一することはできない。後に検討するように、まず当事者の意思・契約内容がいずれであったのかのを解釈が必要である。

(2) 星野説

星野も瑕疵担保責任の法的性質については債務不履行責任の特則であるとするが、損害賠償の範囲は履行利益説と異なる。星野は、そもそも信頼利益と履行利益との区別が明瞭でないことを問題とする(星野・研究 226 頁以下)。この視点から、「損害賠償の性質が履行利益の賠償か信頼利益の賠償かを問うことも、対価的制限をすることも、その実益、必要性共に存在しない」とした上で(星野・研究 236～7 頁)、売主は端的に「瑕疵ある目的物を給付したために買主が被った損害」の賠償責任を負い、その範囲は 416 条(類推)によって定まる(すなわち「瑕疵ある物の給付と相当因果関係に立つ損害」)⁽²⁰⁾と解すべきだとし、この場合、判例・通説により目的物の種類、両当事者の職業等が考慮されることに異論がないのだから、むしろ柔軟で妥当な解決をなしうとする。結局、相当因果関係論だけで極めて巧みな解決ができたとするのである(星野・研究 228 頁)。

債務不履行責任の特則とする点に対しては前説と同じ批判が妥当するが、履行利益と信頼利益の区別、基準としての妥当性に対する疑問を提起し、端的に当該事案に対する具体的な損害賠償範囲の画定を目指した点は評価すべきである。

二 新たな視点に基づく学説

従来の学説が法的性質論と損害賠償の範囲とを直結させて論じるのに対し、性質の異なるものを一括して瑕疵担保責任の効果として統一的に把握しようとしたことに問題があったとの視点から、無過失責任としての代金減額の損害賠償(固有の担保責任)と、それを超える損害の賠償責任(不完全履行責任)とに二分する立場が現れた(半田・私法 156 頁)。さらに、近時、当事者の合理的意思・契約内容の視点から再構成し、一定範囲で特定物

ドグマを否定することで、同様の結論を導こうとする立場が有力に主張されている。法定責任説→信頼利益、債務不履行特則説→履行利益という単純な図式は妥当しないことが確認されたといえるであろう⁽²¹⁾。

1. 二分説

(1) 好美説

好美清光は、次のように従来学説の問題点を指摘し、統一的に考えられてきた瑕疵担保責任の効果を二分して考えるべきことを主張した（好美48～9頁）。すなわち、①有償契約の対価的均衡の回復を図るための、売主の過失を問わない代金減額請求的なもの（及び全部解除による原状回復）と、②これを超える損害についての、一般に売主の有過失を要件とする損害賠償法一般を確信的に規定したにすぎないもの、とを思いきって分化し、類型的に検討すべきである。さらに、③知っていた買主のため、その他必要な諸場合のために、どこまでどのような保証ないし特約によってどのような損害賠償を認めるべきかの精緻な作業も要求される。このような視点から見直すと、従来学説は、いずれも相異なる前述の諸場合ないし諸機能のものを一括して570条の固有の担保責任の効果として統一的に把握しようとするため、どこかで擬制や無理を強いられており、説得力を欠いている、と指摘する（好美49頁）。

そこで、債務不履行説が瑕疵担保責任の効果として履行利益の賠償まで認めることに對し、好美は、特定物に質的瑕疵がある場合に原始的一部不能を根拠に特定物ドグマを肯定する立場から、担保責任と保証約束を分離して観念すべきことを通して、次の疑問を提示する。すなわち、原始的一部不能の場合に、それにもかかわらず履行義務を承認し、その違反に対して履行利益の賠償を請求することを可能ならしめる方途は、まさにそのような場合に対して損害賠償の責めを負うという保証約束（この「保証」は、法定の担保責任の枠内に位置づける⁽²²⁾）のは妥当でなく、担保責任と保証約束とは分離・区別される）があつて、その契約上の損害賠償填補義務の履行を求めることによる

と解すべきである。債務不履行説のいう「瑕疵なき特定物の給付義務」も、売買契約と通常は同時になされるが観念的には区別される、無瑕疵の（明示または黙示の）保証約束の効果と位置づけられるべきとする（好美51頁）⁽²³⁾。この保証約束についても、契約自由の原則の下では種々のレベルがありうる。保証違反について絶対的な、過失の有無を問わず全損害を賠償すべきものすら皆無とは言いつれないが、通常は無過失責任まで負うという趣旨ではない（通常は保証約束の不履行として過失責任となるものと解するのであろう）。効果についても、信頼利益どまりと解すべき場合もあれば、履行利益の賠償、それも単なる値上がり益からその物の利用による逸失利益等まで幅があり、さらには積極的契約侵害の賠償と、損害担保の範囲は種々でありうるとする（好美51頁）。結局、法定無過失責任たる担保責任としては代金減額的な損害賠償（①）にとどまり、信頼利益・履行利益等の賠償責任（②、③）。その範囲は当事者の契約次第となろう）は、これとは別個の保証約束の不履行責任と解するものと思われる。

好美の提示した従来学説への疑問は、後述の当事者の意思・契約内容からのアプローチへの先駆けとなるものとして、注目すべきである。

(2) 半田説

瑕疵または保証違反のため物が売買代価に見合った価値を有さず、等価交換が実現されていない場合は、売主の帰責事由を問わないで瑕疵または保証違反による減価額の賠償（代金減額的な損害賠償）が認められ、その窮極的な場合が解除の請求となる。しかし、それ以外の損害（狭義の損害。信頼利益・履行利益を含む）はこれとは趣を異にし、一般的には通常債務不履行による損害賠償請求と問題を共通にする。売主の瑕疵ある給付を不完全履行と捉え、性質の許す限り一般の債務不履行責任と同様に処理しようとする立場であり（半田・再構成235頁、236頁以下）、よって損害賠償請求には売主の帰責事由が必要となる（半田・再構成241頁、森田・私法134頁参照）。明示・黙示の損害担保約束がある場合には、売主の帰責

事由を問うことなく約旨の範囲で賠償が認められる。さらに、瑕疵惹起損害(いわゆる拡大損害)についても、売主の故意・過失を要件に賠償請求が認められるべきとする。

履行利益の損害賠償、さらに拡大損害の賠償請求について帰責事由を要求する結論は妥当である。しかし、これらがすべて570条の損害賠償として認められるとの趣旨なら、570条がかかる損害まで予定するものか、疑問を否定しえない。履行利益の賠償は明示・黙示の保証契約の不履行責任の問題、拡大損害については不法行為・製造物責任あるいは信義則上の付随義務(安全配慮義務等)違反の問題として、あくまでも570条とは別個のものと捉えるべきである。また、信頼利益の賠償責任についても一般の債務不履行責任として処理するという点は、従来の履行利益・信頼利益の関係や損害賠償範囲に関する論争からすれば、違和感がある。

2. 当事者の意思・契約内容を重視する立場

二分説によって主張された従来の議論の問題点は、契約自由の原則及び瑕疵担保責任が任意規定であることに注目して、当事者の合理的意思・契約内容の解釈によって解決すべきことが、近時有力に唱えられている(高橋・法教59頁参照)。このような視点から出発すべきとして、瑕疵担保責任の適用範囲ないし損害賠償範囲を再構成しようとする立場に注目すべきである。

(1) 法定責任説からのアプローチ～下森説

従来の債務不履行説が特定物ドクマを全面的に否定したのに対し、下森は、法定責任説をベースに一定の場合にのみこれを否定して、瑕疵なき特定物の給付義務を肯定する(下森・民法学105頁、下森・大系475頁以下、同482頁以下)⁽²⁴⁾。すなわち、特定物ドグマにも一定の合理性を認め、特定物売買一般に瑕疵なき物の給付義務を肯定する必要はないことを原則とする一方で、特定物ドグマに対する債務不履行説からの問題提起は当事者の意思の合理的解釈を通して受け止められると指摘する。具体的には、明示の約款・特約や商慣習等がある場合はもちろん、これらが認められない場

合であっても、一定の売買契約類型(例えば、不動産業者による新築の分譲住宅やマンションの売買等)においては、当事者のなした契約内容や意思の合理的解釈により本来の給付義務の内容として「瑕疵なき特定物の給付義務」が認められる場合があるとする(黙示の保証契約等があったと見る、あるいは信義則を媒介とする)。この場合、不代替的特定物売買であっても不完全履行責任を認める余地があり、瑕疵ある物を給付した場合には、売主に故意・過失がなくとも本来の給付義務の履行として瑕疵修補請求等の完全履行請求が認められるとする(この場合、特定物ドクマを否定するものといえる。下森・大系483～5頁、下森・研究141頁)。さらに、売主に帰責事由がある場合には、それによって生じた損害(結果損害、典型的には積極的債権侵害の救済)の賠償責任(過失責任たる債務不履行責任)が認められるべきと主張する(下森・大系481頁注(29)、下森・民法学105頁)。

なお、下森は、上記の場合には不完全履行責任一本で処理することを理想としつつ、過渡期の理論としては、まず例外的に瑕疵修補請求権を、本来の瑕疵担保責任(法定責任説が前提)と併存して選択的に認めるのが妥当とする(下森・大系484～5頁。当事者の合理的意思による不完全履行責任と法定の瑕疵担保責任との二元的構成)。そこで、損害賠償についても、瑕疵自体に対する救済(代金減額の損害賠償)とそれによって生じた損害(前述)の救済を区別し、後者を瑕疵担保責任から外し、前者を瑕疵担保責任として無過失責任、後者は不完全履行責任として過失責任規範に拠らしめるものと解するようである。

柚木も明示の約款・特約や商慣習等がある場合には「瑕疵なき特定物の給付義務」を肯定する趣旨と思われる(瑕疵担保責任は善意・無保証の売主の責任であるとし、かかる売主には瑕疵なき物を給付すべき義務はないとする。柚木・研究184～5頁、206頁、424頁等)。勝本説も同様である(売主の無過失的な瑕疵担保責任の範囲を、売主が予め契約をもって目的物の完全性を保証し、または契約締結上の過失があるような場合の責任

の範囲と同一ならしめようとすることは、瑕疵担保責任の根拠たる衡平の観念に反するとする)。570条が任意規定であることからすれば、この結論はむしろ当然といえる。さらに下森は、契約類型次第では、当事者の意思・契約内容の合理的解釈により、黙示の保証契約等があったと見て、あるいは信義則を媒介に「瑕疵なき特定物の給付義務」を肯定すべき場合を認めるものである(下森・研究141頁等)。特定物ドグマの妥当する場合であることを肯定しつつ、正面から当事者の意思・契約内容に着目して従来の学説の問題点の解決を図った点で評価すべきであろう。ただ、本来の瑕疵担保責任自体の効果としての損害賠償を代金減額的なものにとどめる点は、狭きに失すると思われる。

(2) 対価的制限説の再評価～加藤雅信説

加藤は、まず、従来の法定責任説が当事者の合意のうち給付義務だけを契約債務とし、目的物の属性に関する合意を契約債務の範疇から除外していた点を批判する。しかし、これを否定すべく、債務不履行説が、契約債務の範疇に含めるとどまらず、安易に瑕疵担保責任を債務不履行責任と性格づけた点も問題視する(他の債務不履行責任と区別して、無過失責任とする合理的根拠がないとする⁽²⁵⁾)。特定物ドグマは契約自由の原則に合致しないが、その否定が直ちに債務不履行責任と構成すべきことにもならない。それは目的物の性状・機能に関する合意も契約債務の内容となることを意味し⁽²⁶⁾、かかる合意に反し瑕疵があった場合は、特別な理由なき限り、通常の契約債務の不履行に基づく損害賠償債務(債務者の帰責事由を要件に、履行利益の賠償)が生じるのであって、それ以上のものでも以下のものでもない。しかし、売主に帰責事由がないにもかかわらず、目的物に瑕疵があり、その性状・機能を確保する債務が不能によって消滅した場合に、反対債権たる代金債権に全く影響しないというのも、当事者が一定の性状・機能を前提とした上で対価を定めている以上、不公平である。そこで、危険負担類似の問題として解決すべきとの観点から、かかる売買契約

の対価的均衡を確保するために、反対債権たる代金債権を不能となった契約内容の一部に対応して縮減することが必要であり、このような代金減額的な損害賠償請求権が瑕疵担保責任であるととする。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度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とする。そこで、過失責任としての債務不履行制度と無過失責任としての瑕疵担保制度とのバランス、及び有償契約における対価的率連性の確保の必要性から、瑕疵担保責任を代金減額的なものと考えていく必要があり、このような意味で、分析のアプローチは異なるも、対価的制限説は再評価されるべきであるとする(加藤182～7頁)。

加藤は、対価的制限説を再評価して代金減額的に考えるが、当事者の意思・契約内容に着目し、目的物の性状に関する合意が契約内容になりうること(ただし、注26参照)を認め、かかる合意に反した場合に、瑕疵担保責任ではなく、債務者の帰責事由を要件に通常の債務不履行責任を認める点では、下森説と同様に評価できる。ただ、瑕疵担保責任自体の効果も代金減額的なものにとどめる点は、やはり狭すぎるであろう。

(3) 債務不履行説からのアプローチ～潮見説

潮見佳男は、「債務内容は対象の物理的存在から確定されるものではなく、両当事者が契約において当該対象に与えた意味が何であるかが重要である」という観点から出発する。特定物売買における給付対象も、その物理的存在から判断されるのではなく、当該売買契約において当該特定物に対し当事者がいかなる意味を与えたのかという点を考慮して、給付対象である特定物の属する範疇を確定していく必要がある。よって、債務発生原因、特に当該契約の解釈が重要になる。このように見ると、「特定物ドグマ」は否定されるべきであり、特定物の性質も契約内容となりうるとの理解が正当であるが、逆にこのことから特定物債務を生み出す契約の全ての場合に「あらゆる性質が契約内容となっている」ことを一般的・抽象的に帰結す

ることも疑問である⁽²⁷⁾ (あくまで「性質が契約内容となりうる」にすぎない)。むしろ、「個々の契約において、問題となった当該性質が契約内容となっている」ということを、個別具体的に探求し、確定していくべきである。その結果、「当該契約において、問題となった当該性質が契約内容となっている」ことが認められた事例では、「当該性質を備えた特定物を引き渡す義務」が肯定され、当該性質を備えない特定物を引き渡せば債務不履行責任の問題となる(この限りで、債務不履行説と同旨)。すなわち、この場合、570条は債務不履行(不完全履行)責任の特則を定めたものと理解され、売主の過失を問うことなく代金減額的な損害賠償に加えて、売買目的物の価値そのものを填補する損害賠償請求が可能となり、さらに売主の過失を要件に履行利益の賠償が認められるべきである(潮見・総論 203頁, 潮見・規範 194頁)⁽²⁸⁾。しかし、ごく例外的に、問題となった性質を備えた特定物まで引き渡す義務がないとされる場合も存在し⁽²⁹⁾、この場合は「当該性質を備えた特定物を引き渡す義務」を契約から導き出すことができないため、その違反としての債務不履行を観念できず、売主の責任の発生原因は570条の規定自体に求めなければならない(570条から直接に売主の責任が帰結されることになる。その限りで、売主の責任は法定責任説的に捉えられることになる)。損害賠償については代金減額的なものに限られ、たとえ売主に過失があっても履行利益賠償は認められない(潮見・総論 64頁以下, 203頁以下。とくに、潮見・総論 204頁参照)⁽³⁰⁾。

潮見説は約定の性質を備えた給付義務があることを原則とし(その意味で債務不履行説がベース)、下森説の原則と例外を入れ替えたものと見ることができる。ただ、損害賠償請求権の根拠は、いずれの場合も570条に求めるものと思われる。しかし、570条を原則として債務不履行責任の特則であるとしつつ、例外的にとはいえ同じ570条につき法定責任をも認めるという解釈が、570条の解釈論として成り立つのか、半田説と同様に疑問である。

三 判 例

1. 対価的制限説に立つ判例

対価的制限説に立ち代金減額的な損害賠償を認めるにとどめた判例が、若干であるが存在する。例えば、東京高判昭23・7・19高民集1-2-106は、勝本説に立脚するものと評価されている。その他、東京地判昭37・6・25下民集13-6-1266、新潟地判昭38・9・30下民集14-9-1909、大阪地判昭47・3・21判タ278-324、札幌地判昭53・11・15判タ398-143など、勝本説そのままではないが、対価的制限説的な判示をするものがあり(半田・再構成 230頁。少なくとも信頼利益説を採用のものではないと思われる)、近時もこのような判例が出ている(判例(1))。

(1) 東京地判平7・8・29判時1560-107

不動産業として事務所兼賃貸マンションを建設するため、やはり不動産業者である売主から宅地を買い受けたところ、近隣に暴力団事務所があったことから、売買契約の詐欺取消、錯誤無効、あるいは瑕疵担保責任等に基づく損害賠償等を請求。判決は、詐欺取消、錯誤無効の主張は認めなかったが、近隣の暴力団事務所の存在は本件土地の隠れた瑕疵にあたり、売買代金の20%を本件瑕疵によって生じた損害と認め、請求を一部認容した。本判決が対価的制限説に立つことを明言するわけではないが、本件瑕疵(暴力団事務所の存在)によって生じる本件土地の減価割合を20%と算定して損害賠償を認める判断の構造は、対価的制限説と同様である。

以上の対価的制限説ないしこれに類似する判例も、瑕疵担保責任が法定無過失責任であることを前提とする点で、信頼利益説に立つ判例と異ならない。また、代金減額的な損害賠償は、信頼利益説からも「信頼利益」として認められるものである⁽³¹⁾。しかし、瑕疵担保責任の効果としての損害賠償が代金減額的なものに限定されるとすれば、具体的な事案によっては売主と買主の均衡・衡平という目的を達することができない、妥当といい難い結論となることもありうる。

2. 信託利益説に立つ判例

判例の大多数は、瑕疵担保責任を法定無過失責任と捉え、損害賠償の範囲を信託利益に限られるとしている（大阪高判昭32・7・3下民集8-7-1238, 札幌高判昭39・11・28高民集17-7-537, 東京地判昭49・12・20判時785-82, 横浜地判昭50・7・30判タ332-296, 判例(2), (3), 東京高判昭62・6・30判タ658-129, 千葉地判昭62・7・17判時1268-126, 大阪地判平3・6・28判時1400-95等）。特に、大阪高判昭35・8・9高民集13-5-513⁽³²⁾を始めとして、柚木説に従い416条を類推適用するものが多い（東京地判昭39・3・30下民集15-3-662, 名古屋高判昭40・9・30高民集18-6-457, 東京地判昭45・12・26判時627-49, 大阪高判昭55・7・15判時989-57, 最判昭56・9・8金商633-3, 東京地判昭58・2・14判時1091-106等）。その中には、売主に瑕疵なき物の給付義務を認めながら、近時の判例（後掲）のように債務不履行の問題とはせず、あくまでも瑕疵担保責任の問題として扱い履行利益の損害賠償を否定するものがある（東京地判昭48・4・16下民集24-1～4-202, 東京地判昭48・9・25判時740-75, 東京地判昭59・9・12金商725-19（不特定物売買の事例）など）。

(2) 横浜地判昭50・12・23判タ336-294

現状のまま建築確認がおりるとの保証の下に山林を転売目的で買受け、これを同様の保証をして転売したところ、その後建築確認がおりない土地であることが判明し、転売契約は合意解除された。そこで、売主に対し不法行為を理由に損害賠償を請求した。判決は、詐欺にあたるとして不法行為の成立を認めたが、損害賠償の範囲については、たとえ売主が瑕疵ある物件と知りつつ、ないと虚偽の事実を告げて誤信させ契約を締結させた場合でも、買主は信託利益の賠償を求めうるにとどまり履行利益の賠償請求はできないとし、当該土地の現実の売買代金と瑕疵の存在を前提とした価格との差額の賠償（代金減額の損害賠償）を認めたが、転売利益の損害賠償は否定した。

瑕疵担保責任を法定無過失責任と解すれば、損

害賠償の範囲を限定的に解し、信託利益に限定する立場も成り立ちうる。しかし、本件は不法行為を根拠に損害賠償請求しているにもかかわらず、瑕疵担保責任の論理を持ち込んで信託利益の損害賠償に限定しており⁽³³⁾、売主の帰責事由を要件とする点で瑕疵担保責任とは異なるのに理論的根拠が不明であるし、実質論としても妥当とは考え難い。

(3) 最判昭57・1・21民集36-1-71

面積を表示して購入した土地が不足していることが判明したため、数量不足がなければ買主が得たであろう履行利益の賠償として、値上がりした後の時価により損害額を計算して損害賠償を請求。一審、二審とも、信託利益説に立って数量不足分の代金相当額（代金減額の損害賠償）のみを認容。最高裁もこれを受け、「土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するものでないときは、売主は、当該土地が表示どおりの面積を有したとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責めを負わないものと解するのが相当である」と判示した。本判決は、一審、二審を受けて信託利益説に立ったものとも読めるが、「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するもの」である場合には履行利益の賠償を認める趣旨とも読める。この点、好美は、いわゆる「特定目的への適性の担保」と捉えるが、保証契約の不履行責任なのか、法定の担保責任の一内容として位置づけているのか、今一つ明らかでない、とする（好美47頁）。これに対し、潮見は、上記の場合には履行利益賠償へと道を開く判決であり、数量指示売買で特別の損害担保約束（保証約束）が付加されている場合のことを念頭においた説示と読める、とする（潮見・総論201頁。潮見説が前提であろう）。

3. 売主に帰責事由がある場合等に限り例外的に履行利益の損害賠償を認める判例

法定責任説に立ち信託利益の賠償に限ることを

原則としつつ、売主に帰責事由がある場合等一定の場合に、結論の妥当性を図るべく例外的に履行利益の損害賠償を認める判例もある。例えば、東京高判昭37・8・20下民集13-8-1697は、我妻説と同旨と考えられる。近時では、次掲判例(4)がある。

(4) 横浜地判平1・9・7判時1352-126

購入したマンションの1室で過去に縊首自殺があった事実が契約締結後に判明し、買主らは、瑕疵担保を理由に売買契約を解除し、支払済代金の返還と契約中の違約金条項に基づく損害賠償を請求。判決は、隠れた瑕疵にあたるとして解除を認め、損害賠償義務に関して次のように判示した。違約金条項の文言からみると、契約当事者の債務不履行による履行利益の賠償が、その損害額の立証が困難であったり、それによって紛争が拡大し、複雑化することを防止するため、予め損害賠償額を予定したものということができ、瑕疵担保責任においては、通常、信頼利益の賠償で足りるとされるが、本件では売主が当該瑕疵を知らずながら買主に告げていないのであるから、この場合の賠償範囲は、告知すべき事実を告げていないので、債務不履行の場合と同様に履行利益の賠償であるとし、本件違約金条項の目的から、本件のように履行利益を賠償すべき場合にも適用があると解して、その支払義務をも認めた。本判決も、我妻説を参考に信頼利益説を基本としつつ、一定の場合に履行利益の賠償を認めたものと見られている(潮見・構造(2)58頁、潮見・総論204頁参照)。その結論が妥当としても、「法定責任→信頼利益」説を前提とする以上、履行利益の賠償を認める理論的説明は困難である。むしろ、売主に信義則を媒介に付随義務として説明義務を認め、その違反(債務不履行)と構成すべきであろう。

4. 法的性質を明らかにしない判例

以上のように、判例は「法定責任→信頼利益」説(とくに柚木説)に立つものが中心で、債務不履行責任の特則であると明言する判例は見当たらないが、法的性質を明らかにしない判例もある(東京地判昭39・10・19下民集15-10-2494、大阪高判

昭46・10・21下民集22-9・10-1058、広島地判昭50・7・18判タ332-319、東京地判昭56・8・19判時1035-123、東京地判昭57・1・21判時1061-55、千葉地判昭62・7・17判時1268-126、東京地判平4・10・28判時1467-124等)。中でも、端的に履行利益にあたる損害の賠償を認めた判例があることに注意を要する(福岡地判昭45・3・16判時612-76、東京地判昭47・11・30判タ286-267等)。

5. 瑕疵担保ではなく、債務不履行(あるいは不法行為)とした判例

判例の傾向は、少なくとも瑕疵担保責任を法定の無過失責任とし、債務不履行責任とは異なる限定的な損害賠償を想定するものが中心といえる。しかし、具体的事例により、それでは当事者の均衡・衡平の観点から不十分であり、妥当な解決が図れない場合もある。信頼利益説を原則としつつ、一定の場合に例外として履行利益の損害賠償を認めたり、法的性質論に触れずに履行利益の賠償を端的に認める判例があるのも、結論の妥当性を意識してのことであろう。しかし、これらの理論的説明は困難である(前述)。これに対し、最近の学説と同様、当事者の合理的意思・契約内容の解釈の観点から、売主に瑕疵なき物の給付義務を認めうる事案もかなり存在する。この場合、むしろかかる義務の不履行責任(あるいは不法行為責任)として、帰責事由を要件に履行利益の損害賠償を認めることで、結論の妥当性も、理論的説明の点もクリアできる。この点、他人物売買の事例では、すでに売主の債務不履行責任を認めた判例が存在していた(大判昭6・2・2新聞3230-7以来通説の支持するところで、広島高岡山支判昭33・3・17高民集11-2-35、東京高判昭59・9・28判時1132-123等同旨の下級裁判例があるほか、最判昭41・9・8民集20-7-1325、最判昭50・12・25民集116-863などが同旨である)が、これらも上記の観点から説明可能である⁽³⁴⁾。さらに、近時、当事者の意思・契約内容に着目して売主に瑕疵なき物の給付義務を認め、代金減額的・信頼利益にとどまらない損害の賠償を認める判例が出ているこ

とに注目すべきである(判例(5), (6), (7)(不法行為責任), 東京地判平5・12・16判タ849-210, 東京高判平6・2・24判タ859-203等)⁽³⁵⁾。

(5) 神戸地判昭61・9・3判時1238-118

敷地とともに購入した新築建売住宅に地盤及び基礎工事の欠陥に基因する不等沈下が生じ, 各部に歪みや亀裂, 陥没等の損傷が生じる等の被害が出たとして, 不法行為, 債務不履行及び瑕疵担保に基づき建物取壊し費用等の損害賠償を請求。判決は, 本件を不代替的特定物売買と認定した上で, 当事者の合理的意思及び信義則を介して, 「業者が一般に消費者に対し新築住宅として建物を売却する場合, 明示の特約がなくとも, 瑕疵なき(すなわち, 通常有すべき品質, 性能を備えた)建物を給付すべき債務」を負うとした。その上で, ①この義務の本来的履行(売主の帰責事由の存否に関わりない)として修補義務を課し, さらに, ②代替住居の調達費用, 登記申請費用, 慰謝料等を本件給付義務の不完全履行による損害とし, 宅建業者として建設業者の工事の調査点検を怠った点に過失を認め, その賠償を認めた。本判決は, 不代替的特定物の売買につき瑕疵担保責任として瑕疵なき物の給付義務を承認したのではなく, あくまでも当該契約内容からかかる義務を導き出したものであり, 下森説と同旨と思われる(潮見・規範181~2頁, 潮見・構造(3・完)61頁)。この点, 代替住居の調達費用, 登記申請費用については信頼利益とすることも可能だが, 慰謝料は信頼利益とはいえ, 瑕疵担保責任としては賠償は認められないため, 結論としても妥当である。瑕疵なき特定物の給付義務と合意内容及び当事者の合理的意思との関係, あるいはそれらと担保責任規定の関係を検討するにあたり好個の素材を提供するものとして注目すべきである(潮見・規範172~3頁)。

(6) 福岡地判平3・12・26判時1411-101

サンプルルームによる新築マンションの見本売買につき説示の防音性能の点で欠陥があったとして, 瑕疵担保または債務不履行を理由にマンションの現在価格ないし転売価格の下落額相当額の損

害賠償を請求。判決は損害賠償請求自体は否定したが, 当事者の意思・契約内容を確定して一定の防音性能を有するマンションを提供する債務を認めた点で, 前判例同様, 注目すべきものといえる⁽³⁶⁾。

(7) 東京地判平5・3・24判時1489-127

売買目的物たる建物の地下室が防水処理の欠缺で使用不能となり, また擁壁が強度不十分で崩壊し新築物を再建築せざるをえなくなり, 買主が不法行為に基づき擁壁工事費用, 建物取壊・新築物建築費用, 慰謝料等の損害賠償を請求。一部を除き認容された。信頼利益説からは, 瑕疵担保責任として擁壁工事費用, 建物取壊・新築物建築費用の賠償は認めうるが, 慰謝料の賠償は困難である。本判決は, 不法行為責任として慰謝料請求まで認めるもので, 結論として妥当である。

四 検 討

1. 法的性質と適用範囲

瑕疵担保責任の法的性質については, 立法者は債務不履行責任の特則と考えていたと見るのが趨勢(五十嵐82頁(84頁注(2)), 森田・私法134頁, 森田・考察(1)178頁以下, 星野・研究180頁以下等)だが⁽³⁷⁾, 必ずしも立法者の意図した通りに解さなければならないものではない。むしろ, 現在における役割・機能から遡って考えていく必要がある。

特定物ドグマに対する, 特定物売買においても物の性質も合意内容となりうるとの債務不履行説の批判は正当であった。しかし, そこから直ちに「瑕疵なき物を給付する義務」を一般的に導き出した点が問題であった(潮見・規範186頁以下(特に189~90頁), 下森・大系475頁以下等)。特定物ドグマの否定が, 論理必然に瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則と捉えることにはならない(加藤183頁)。性質が合意内容となりうるとしても, 直ちにすべての場合に性質が合意内容となるわけではない(潮見・規範189頁)⁽³⁸⁾。特定目的物が合意した性質を具備していることを履行義務の内容と解すること(当該性質を欠けば債務不履行)

も、履行義務との構成を採らないことも可能であり、当事者の合意内容の問題と瑕疵担保責任の規範内容の問題は区別して論じるべきである（奥田41頁）。また、瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則と解することは、他の債務不履行責任と区別して特に無過失責任を負う債務を認めることになる点で過失責任主義との関係が問題となるし、なぜ目的物に瑕疵ある場合のみこのような保護を受けるのか合理的根拠に疑問を抱かざるをえない（加藤182頁以下、好美49頁参照）⁽³⁹⁾。

しかし、債務不履行説が指摘した問題を否定しえない以上、従来の法定責任説が正当化されるものでもない（好美49頁等）。確かに、特定物ドグマにも一定の合理性が認められる場合はあるが、特定物売買の目的物に原始的瑕疵が存した場合一般に、そのまま広く通用するかは疑問である。

従来の学説・判例の問題点は、契約自由の原則、及び瑕疵担保責任規定が任意規定であることに注意すべきであるにもかかわらず、当事者の意思・契約内容の解釈を十分に行わなかったことに起因すると思われる⁽⁴⁰⁾。これに対し、近時の学説・判例が、当事者の契約内容・合理的意思に着目し、瑕疵なき物の給付義務を肯定する点を重視すべきである。まず、本来特定物売買・種類物売買とはどんな契約か（特に売主の給付義務の内容）、当事者はどんな内容の契約をしたのか（やはり売主の給付義務の内容が問題）、瑕疵なき物の給付が契約内容に含まれるのか、という点から遡って契約内容を確定していくことが、法的性質・適用範囲を検討する以前に必要である⁽⁴¹⁾。その上で、瑕疵担保責任の予定する売買契約はどのような契約か、当該契約に瑕疵担保責任が適用されるのか否かを検討すべきである。瑕疵担保責任の本質論（特定物ドグマ論争）の実際の争点は「債務及び債務不履行とは何か」という根本的問題であったとの指摘（高橋・争点32頁）も同じ趣旨であろう。従来の議論も、給付義務及び給付結果をどのように把握し関連づけるかという点に関するものであった。すなわち、債務不履行説は、特定物の性状を合意内容に取り込むことでこれを給付結果に内包

せしめ、もって瑕疵なき特定物の給付義務を一般的に肯定した。これに対し、法定責任説は、瑕疵ある特定物の給付は瑕疵のない完全な給付であるとのドグマから、「この特定物の給付義務」のみを認めるものである（潮見・規範183頁）。しかし、当事者のなした個別的な契約内容の具体的検討をすることなく、瑕疵なき特定物の給付義務の有無をどちらか一方に一般化することはできないというべきである。その意味で、近時の学説・判例のアプローチ（当事者の合理的意思・契約内容の吟味＋一定範囲での特定物ドグマの否定）は妥当である。本来的に瑕疵なき物の給付義務を契約内容に含むのか否か、どちらを原則とみるか（任意規定たる瑕疵担保責任規定はどちらを予定しているのか）の問題となっているといっても過言でない⁽⁴²⁾（下森等は法定責任説を、潮見は債務不履行説をベースにするものといえる⁽⁴³⁾）。

そもそも本来の特定物売買とは、芸術品（例えばピカソの絵）などのように、不代替的な場合を予定していたのではないか（柚木・研究167頁、172頁、423頁、新注民260頁以下（柚木）、高橋・林還暦176頁（183頁注52参照）、広中・論集106頁等）⁽⁴⁴⁾。この場合、修補可能な場合は考えうるが、不代替的である以上、瑕疵なき代替物の給付は考えられない（森田・私法134頁参照）。とすれば、明示・黙示の保証契約等が認められない限り、瑕疵なき物の給付は契約内容に含まれないと解すべきである⁽⁴⁵⁾。この場合は、特定物ドグマにも一定の合理性が認められ、むしろ妥当と思われる（下森・大系483頁）⁽⁴⁶⁾。瑕疵担保責任もこのような場合を予定していたのではないか（柚木・研究171～3頁）⁽⁴⁷⁾。すなわち、瑕疵担保責任は、売主に瑕疵なき物の給付義務がない場合であっても、あえて無過失でも認めた責任であるといえる（よって、570条そのものの法的性質は、法定の無過失責任と解すべきことになる。下森・大系482頁等）。これに対し、種類物売買においては当事者が性質・品質等に着眼しているのが通常であるから（磯村(1)28頁参照⁽⁴⁸⁾）、目的物が約定の品質を有することがそもそも契約内容となっているといえ

る⁽⁴⁹⁾。よって、これに反すれば、完全履行請求や債務不履行に基づく損害賠償の問題となることが予定されているとよい(加藤 187 頁)⁽⁵⁰⁾。さらに請負と比較すると、請負は仕事の完成を目的とする契約であるから、瑕疵のないことがもとより契約内容になっている(柚木・研究 168 頁, 185 頁, 下森・大系 460 頁)。売買の瑕疵担保責任規定を準用せずに請負独自の規定⁽⁵¹⁾を置き、瑕疵修補責任を明文で認める(634 条 1 項)のはそのためであろう。とすると、契約内容として“瑕疵なき物の給付”が予定されている、あるいは明示的・黙示的に特約されている等の場合には、当該契約上の債務の不履行(不完全履行)責任の問題と解するのが妥当である(下森・研究 147~8 頁参照)。これとは別個に、“瑕疵なき物の給付”が契約内容となっていない場合であっても、当事者間の公平の観点から認められる法定の無過失責任が、瑕疵担保責任と考える(とすれば、契約内容となっている場合は債務不履行の問題としてだけ扱えば十分とも思える。しかし、要件の立証⁽⁵²⁾に失敗し、かえって不公平な結果となる場合も考えられることから、瑕疵担保責任を問うことも可能と解すべきである)。

したがって、特定物を目的とする売買でも、明示・黙示の保証契約(下森・大系 482 頁以下等)や信義則上の保証義務(契約締結上の過失責任の理論の応用や、付随義務ないし保護義務等)⁽⁵³⁾によって“瑕疵なき特定物の給付義務”が契約内容とされていたのか、という当事者の意思・契約内容の解釈をすることが必要である。その際、いかなる売主か、目的物は何か、どのような状況で契約が締結されたのか、買主は当該契約にどのような期待を抱いていたのか等、種々の要素を検討することが必要となろう(円谷・Law76 頁)。

不代替的な場合も含め、特定物売買につき保証契約等があったと認められる場合⁽⁵⁴⁾は、瑕疵なき特定物の給付義務が契約内容となっているといえる。これに反し瑕疵ある特定物が給付された場合、保証契約等の本旨に従った履行の請求として、完全履行請求(代物請求・瑕疵修補請求)ができる

のは当然といえよう(下森・研究 147 頁等)⁽⁵⁵⁾。それが履行されなければ債務不履行責任の問題となる。いわゆる見本売買も、見本通りの品質を保証する特約があったとみるべきであり、給付された目的物が見本通りの品質を有しないときは、債務不履行(品質保証義務違反)となるはずである(五十嵐 96 頁)⁽⁵⁶⁾。これに対し、不特定物売買においては、約定の品質を有する目的物の給付(つまり、瑕疵なき物の給付)が、初より契約内容となっている以上、原則として瑕疵担保責任を適用する必要はない⁽⁵⁷⁾。すなわち、瑕疵があれば完全履行請求や債務不履行責任の問題となるだけであり、本来は瑕疵担保責任を認める必要がない。

これに対して、保証契約等が認められない場合は、瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっていない以上、完全履行請求は認められない(そもそも債務が存在しない以上、その完全な履行も観念できない)。むしろ請負人と異なり、必ずしも目的物の生産者とはいえない売主は、修補に適任でもそれに強い責任感を抱くべき地位にあるのでないのであって、信義則等の介入する場合を除き、売主に完全履行請求を求めることは実質的にも妥当といい難い(柚木・研究 185 頁)。この点、売主が大手スーパーのような場合には完全履行責任を認めて良いのではないかと疑問も生じうる。しかし、その場合は、まさに明示・黙示の保証契約、あるいは信義則上の品質保証義務を認めることができるであろう。むしろ、このような関係が認められない場合に、なお買主を保護して当事者間の公平を図ろうというのが瑕疵担保責任の問題であろう。よって、瑕疵なき物の給付が契約内容に含まれない場合に、目的物に原始的な瑕疵があれば、瑕疵担保責任の適用の問題となるのである。

つまり、瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっていない本来的な特定物売買において、目的物の原始的な瑕疵について、売主が無過失でも負う限定的な責任が、瑕疵担保責任である⁽⁵⁸⁾(その意味では法定の契約責任といって良い⁽⁵⁹⁾)。瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっており、これに反する瑕疵があった場合は、当該保証契約の不

履行、すなわち完全履行請求権、債務不履行責任の問題（後者には売主の帰責事由が必要。柚木・研究 258 頁以下参照）とすべきであろう（ただ、前述のように、瑕疵担保責任追及の途も残すべきである）。目的物に瑕疵があった場合の損害賠償制度にはこのような役割分担があり、当事者の意思・契約内容によって適用範囲が決まってくるものとする。

2. 法的性質・適用範囲と損害賠償の範囲

目的物の性質を常に合意内容から排斥する法定責任説（特定物ドグマ）も、常に合意内容に取り込む債務不履行説も、いずれも一方的である。当事者の意思・契約内容の解釈から瑕疵担保責任の適用範囲を確定すべきとの私見からは、損害賠償の範囲についても、当事者の意思・契約内容に応じて以下のように分けて考えることになる（瑕疵担保責任の適用範囲と損害賠償制度の役割分担）。

(1) 瑕疵なき物の給付義務が認められる場合

明示・黙示の保証契約等により、瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっている場合、給付された物に瑕疵があれば、債務の本旨に従った履行とはいえない（前述）。したがって、ここで問題となる損害賠償責任は保証契約等の不履行責任（415 条）であって、本来瑕疵担保責任の問題ではない（ただ、前述のように、瑕疵担保責任を求めることも許容すべきである）。とすれば、その請求には債務者の帰責事由が必要であり（売主側に立証責任）、かつ損害賠償の範囲も債務不履行責任一般と同様、履行利益の賠償ということになる（加藤 183～184 頁参照）⁽⁶⁰⁾。前述神戸地判昭 61・9・3 も、当事者の合理的意思及び信義則を根拠に「瑕疵のない建物を給付すべき義務」を認め、その不履行責任として売主の帰責事由を条件に損害賠償を認めており、私見と同様の考慮に基づくといえる。

この点、従来の債務不履行説によれば、無過失で一般の債務不履行責任と同様の損害賠償責任を追及できる（給付義務以上の保護を受ける）ことになる。しかし、目的物の瑕疵と関連する損害だけを他の債務不履行以上に保護する理論的根拠が

明らかでないし、その必要性も疑問である（加藤 183 頁と同旨）。また、売主が瑕疵なき性状について買主に保証を与えた場合、瑕疵の存在あるいは瑕疵なき性状の不存在によって生ずべき一切の損害を担保する旨の合意があったものと解すべきとし、このような担保約束に基づいて過失がなくとも全責任を負う（履行利益の賠償）とする見解もある（神田 382 頁）。しかし、担保約束をしたからといって、必ずしも売主が全損害を担保すべき旨の合意であるとは考え難い（むしろ、そのような場合は少ないのではないか）。また、債務不履行説と同様、担保約束の場合を通常の債務不履行と区別して無過失責任とすべきことは不均衡であるし、理論的根拠もないのではないか。担保約束の不履行として、過失責任（債務不履行責任）を負うものと解すべきであろう。二分説（半田説）は、帰責事由を要求するも、あくまで 570 条の問題と捉えている（半田・再構成 243 頁以下（特に 245 頁）参照）が、すでに述べたように、570 条の損害賠償としてそこまで読み込めるか疑問である⁽⁶¹⁾。明示・黙示の保証契約（特約）ないし、信義則上の品質保証義務といったものの不履行として、570 条とは別個の問題（債務不履行（415 条）の問題）と捉えるべきであろう⁽⁶²⁾。ただし、瑕疵担保責任を問うことも許容すべきことは、すでに述べた通りであり、その場合は次の(2)と同様に解すべきことになる。

(2) 瑕疵なき物の給付義務が認められない場合

保証契約等が認められず、瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっていない場合は、いわゆる特定物ドグマが妥当することになる。したがって、原始的瑕疵ある目的物を給付しても、そもそも債務がない以上、売主にその不履行もありえず、瑕疵担保責任（570 条）の問題となる。この場合、損害賠償の範囲は、理論的にも、少なくとも債務不履行責任と同一（履行利益の賠償）にはならないはずである。その意味では、一見、理論的には信託利益説が正しいようにも思える。確かに、“契約が有効であること”を前提に“目的物に瑕疵が存在しなかったならば買主が得たであろう利益”で

ある「履行利益」と、「契約の（一部）無効」ないし「瑕疵の存在を知らなかった」ことを前提とする信頼利益とは、論理的に矛盾する関係にあり、理論的には別個のものとして区別が可能であろう。しかし、実際にどのような損害の賠償が履行利益にあたって認められず、あるいは信頼利益として認められるのか、両者の区別が現実問題として明確になしうるかは疑問である（星野・研究 226 頁以下、加藤 180 頁等参照）。そこで、具体的な事件において瑕疵担保責任として認められる損害はいかなるものか、それをいかなる基準で確定すべきかという点について、次章で検討する。

なお、「売主に帰責事由があれば履行利益」とする説（我妻 271～2 頁、鈴木 155 頁等）も、結論としては妥当とも思える。過失のない場合とある場合とで損害賠償の範囲が同じというのは、いかにも不均衡と思えるからである（星野・研究 225～6 頁参照）。しかし、570 条において売主の帰責事由の有無で損害賠償の範囲を区別する理論的根拠が不明である（半田・再構成 234 頁、柚木・研究 212 頁、217 頁参照）⁽⁶³⁾。むしろ、不法行為として⁽⁶⁴⁾、あるいは信義則（契約締結上の過失理論の応用、信義則上の保証義務違反等）を根拠に、履行利益の賠償を認めるべきである（すなわち、709 条ないし 415 条の問題であって、570 条とは別個というべきである）⁽⁶⁵⁾。過失責任主義の下（加藤 183 頁、186 頁、好美 49 頁）、570 条が無過失の売主にも損害賠償責任を認めた法定の契約責任であるとすれば、むしろこのように解すべきであろう。すなわち、瑕疵担保責任制度の趣旨⁽⁶⁶⁾からすれば、売主の過失に基づく責任は、570 条とは別個のものと考えべきである。570 条が売主の帰責事由の有無で損害賠償の範囲を区別しているものと見ることは困難であるし、帰責事由ある売主の履行利益の損害賠償まで含む制度と見るのも疑問である。570 条のみで解決しようとする事自体に無理があるのであって、売主に過失がある場合には過失責任を問うこととすれば、結論の妥当性も図れる。この点、星野は、信頼利益説の批判として、いわゆる積極的債権侵害にあたる損害の賠償も認めな

くてよいのかとの疑問があるとするが（星野・研究 226 頁）、無過失の売主にかかる損害の賠償責任を認めることの方が不均衡であると思われるし⁽⁶⁷⁾、570 条が積極的債権侵害まで予定した制度と見ることはできないのではないだろうか。

第 3 章 具体的な損害賠償の範囲と画定基準

当事者の意思・契約内容から瑕疵なき物の給付義務が契約内容と認められる場合には、その不履行責任（あるいは不法行為責任）として売主の帰責事由を要件に履行利益の損害賠償を認めるべきであり、本来瑕疵担保責任の問題ではないと解するのが、結論だけでなく、理論的な説明の点でも妥当である。とすれば、瑕疵なき物の給付義務が認められない、固有の意味での瑕疵担保責任の効果としての損害賠償は、あくまで履行利益の賠償ではない。従来 of 学説・判例の一般的傾向に従っていえば、信頼利益の賠償ということになる。しかし、損害賠償の範囲を信頼利益と抽象的に定義しても、いかなる損害が信頼利益か、当該事案でどこまでの損害の賠償を認めるべきか、それをいかなる基準で画定すべきか、という点までは定まらない。そこで、具体的にどのような損害の賠償が瑕疵担保責任として認められるのか、いかなる基準によってその範囲を画定するのか、という点を検討する必要がある。この点、学説では、柚木が信頼利益説から「買主の瑕疵の不知から相当因果関係の範囲内に生じた損害」（416 条類推適用）とし、星野が債務不履行説から信頼利益概念を否定し端的に「瑕疵ある物の給付と相当因果関係に立つ損害」（やはり 416 条）とするのみである。そこで、判例の具体的な事例を中心に検討を加える。

一 判 例

(1) 東京地判昭 39・10・19 下民集 15-10-2494

造成宅地の売買で、瑕疵あるコンクリート擁壁が台風の際に崩壊し、盛り土が流出して建物に損傷を生じた事案。瑕疵担保責任として災害復旧のために要した費用（土砂流出現場整理・後片付の費用、土止工事代、原状回復のための修理費）の

損害賠償請求が認められた。これらがいずれも履行利益にはあたらないと説明することは可能であろう。しかし、前述の定義からこれらが信頼利益にあたるかといえるかは、明らかでない。むしろ端的に「当該瑕疵の存在から相当因果関係の範囲内に生じた損害」とし、その具体的な範囲を416条の類推により画定するとすれば、問題はない。これらの損害の賠償を認めた本判決の結論は妥当といえる。

(2) 名古屋高判昭40・9・30 高民集18-6-457

柚木説に立ち、通常生ずべき損害と考えられるものは買主が負担した代金額から売買契約当時における瑕疵ある目的物の客観的取引価格を控除した残額であるが、それ以外の損害でも、買主が瑕疵を知らなかったことによる損害は信頼利益に属するから、特別事情から生じた損害として416条2項を準用し、売主が予見または予見しえた場合にその賠償を認めるべきとする。しかし、本件では、①履行利益にあたるものは否定、②通常損害については何ら損害なしとして否定、③その他の損害（宅地用に買った山林が保安林予定林であったため、宅地造成が遅滞したことによる損害）は、特別事情による損害と解すべきだが、売主に予見可能性がなかったとして否定した（結局、買主の損害賠償請求は全部失当として棄却された）。

(3) 東京地判昭45・12・26 判時627-49

売買目的土地の一部が道路指定を受けており、建物建築が禁止されていた場合に、買主が、①建築申請費用、②設計費用、③倉庫新築請負契約解除により請負人に支払った損害賠償金、④瑕疵あることにより低下すべき総代金額中、総面積に対する瑕疵部分に応じた金額に相当する金員、を賠償請求。判決は、柚木説に立ち、売買契約を解除しない場合に通常生ずる損害（416条1項）は買主が支払うべき代金額から売買契約当時の目的物の客観的取引価格を控除した残額（代金減額の損害賠償）であるが、その余の信頼利益についても同条2項を類推するとして、①、②（ただし数額の証明なしとした）、④（通常損害であろう）を肯定し、③は因果関係を否定。結局、①と④の損害賠償請

求を認めた。信頼利益概念を用いることには疑問があるが、416条の類推により具体的な損害賠償範囲を画定した点、その内容ともに妥当であろう。

(4) 大阪高判昭46・10・21 下民集22-9・10-1058

具体的な賠償範囲の画定基準につき、416条とのつり合い上、当該瑕疵によって通常生ずべき損害は無条件で賠償請求できるが、特別事情によって生じた損害については、売主が契約成立当時にその損害を予見可能であったものに限り賠償請求が認められる、とする。ただ、416条を類推適用ないし準用するとは明言していない。建物賃借権の譲渡において、建物に設定されていた抵当権が実行された場合の賃借権譲受人が建物に施した改造、改装工事費用の賠償を、特別事情による損害だが予見可能であったとして認めた（ただし、減価償却費用を控除）。

(5) 東京地判昭48・4・16 下民集24-1～4-202

信頼利益の具体的な範囲につき、①積極的損害として、買主が地主の承諾を得られないことを知っていたら出捐しなかったであろう金員（調査費用、移転費用、契約費用）、その他の財産上の積極的損失のほか、②消極的損害として、承諾が得られるものと信じて売買契約をしたため、その結果として買主が他の得べかりし利益を失ったことによる損害（416条2項の特別損害）と判示している（柚木説と同旨）。ただ、①の調査費用・契約費用については、契約関係が存続する以上、本来買主が当然に負担するものであって、瑕疵から生じた損害といえるか疑問である。②は、柚木説では信頼利益となりうるが、履行利益とするのが一般であり、両者の区別が問題となる。やはり、信頼利益概念の妥当性に疑問を感じる。

(6) 東京地判昭48・9・25 判時740-75

飲食店営業目的で賃借した建物に、公法上の制限により営業不可能という瑕疵があり、賃借人が店内設備その他の開店準備費用及び既払賃料相当額を損害賠償として請求。判決は、まず、契約費用のような通常の出費をはるかに超える損害まで無過失責任が問われるとすれば、その責任は際限のないものとなり著しく妥当性を失うから、何

らかの理由・範囲で制限すべきとし、それでは妥当な解決を得られないとしてより以上の損害賠償を認めるときは、相手方の主観的態様(故意過失)も問題とせざるをえないとした(我妻説と同旨か)。本件では、開店準備費用の賠償は、被告が飲食店営業許可が間違いなく得られると保証した場合や、許可の得られる見込みが皆無であることを知りながら告げなかった場合に限るべきとし、損害賠償請求を否定した。履行利益であるとして保証契約等がない限り否定したのか、信頼利益だが因果関係なし(416条2項)として賠償請求を否定したのかは明らかでない(故意過失を問題とする点からすれば、前者か)。いずれにせよ、無過失責任であることから損害賠償範囲を限定しようとする方向は妥当である。ただ、契約費用は本来買主が負担するものであって、解除せずに契約関係を存続させる以上は、これを引合いに制限の必要性を説くことは疑問である。

(7) 東京地判昭49・12・20判時785-82

買い受けた土地の一部が他人所有であり、その一部の所有者から買い受ける旨の和解が成立した事案で、担保責任として、一部所有者からの買受代金、登録税、測量費用、弁護士費用等の損害賠償を請求。判決は、法定責任説に立つと明言した上で、損害賠償の範囲も、416条をそのまま適用することなく、売主の担保責任が認められるに至った立法趣旨から合理的に判断して、買主が売主から所有権の移転を受けることができなかつたことによって通常生ずべき損害、すなわち履行不能時における時価相当額に限定すべきであるとし、買受代金と登録税に限って認容した。法定無過失責任として賠償範囲を限定した方向性は妥当である。本判決は、他の判例が柚木説に従って416条を類推適用するのに対し、その適用を否定する点で特殊である(ただ、「そのまま適用することなく」とするのみで、416条の適用を全く否定したわけでもないとも読める)。

(8) 東京地判昭56・8・19判時1035-123

コンクリートを打つときに堰板として使用する型枠用パワーコート合板(種類物)の売買契約で、

売主等からの代金請求に対し、商品の瑕疵により転売先に支払った損害賠償相当額(300枚分の合板売渡価格に相当する金額)の損害を被ったとして、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権との相殺を主張し、認められた。瑕疵の存在により生じた損害といえ、具体的範囲を416条で画定し、妥当な範囲内といえれば問題はない。

(9) 最判昭56・9・8金商633-3

宅地造成を目的として購入した山林の約半分が森林法による保安林指定区域内に存したため、買主が瑕疵担保を理由にその部分の売買契約を解除し、損害賠償を請求。原審(名古屋高判昭54・12・11)が、柚木説を前提に、解除土地の支払済売買代金相当額、宅地造成関係費、保安林は正工事費の賠償請求を肯定し、違約金、井戸掘工事費、道路敷設のための支出差額損害については相当因果関係を否定したのを受け、最高裁も売主の上告を棄却した。潮見は、信頼利益に限るとの理論でも説明可能であるとしつつ、どこまでの損害を賠償されるべきかという規範的判断が必要であるとす(潮見・構造(3・完)46頁)。当該事案における具体的な損害賠償範囲の画定を問題とする私見も同旨である。本判決は、かかる視点からの判断として、是認して良い。

(10) 東京地判昭58・2・14判時1091-106

私道(何ら公的規制はないとの説明を受けた)があり、かつ借地人所有建物の存在する土地を、更地にしてビルを建築するため、借地権者との交渉を購入後買主自らが行うとの合意の下、更地なみの代金を支払って購入。しかし、後日私道部分に建築基準法42条2項の道路指定があると判明し、ビル建築が不可能になったとして、私道部分と建築物建築禁止部分の売買代金相当額6,920万余円の損害を瑕疵担保責任により賠償請求。判決は、信頼利益説に立ち、本件土地売買契約締結の際に本件私道部分の対価として支払った更地価格から私道としての価格を差引いた額の損害を被ったものと解するのが相当であるとし、4,222万余円の賠償を認めるとどまった(代金減額の損害賠償)。潮見は、単なる信頼利益賠償のドグマとは

異なる法理（代金減額の賠償の法理）が妥当しているように思われ、同ドグマの限界を感じ取ることができるとしている（潮見・構造（3・完）46頁）が、信頼利益概念でも説明不可能ではない（例えば柚木説）。しかし、端的に瑕疵の存在から生じた損害（瑕疵の存在により払いすぎってしまった代金相当額の損害）として、416条の類推により具体的範囲を画定すれば十分である。

(11) 東京地判昭59・9・12 金商 725-19

将来ドイツで設計製作される機械（不特定物）を、操業可能な状態で引き渡すことを契約内容として、輸入機器類の国内販売業者から購入したが、約定の性能が欠けていた事案。買主は、売主の残代金請求に対し、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権（作業員人件費、取替部品代、機械修理費用、製品納入先からのクレーム処理のために生じた損害、機械稼働率低下により発生した逸失利益2年分）との対当額での相殺を主張。判決は、信頼利益説に立ち、使用に耐えず人手による作業に切り替えた部分については本件機械の代金総額中の当該箇所に相当する額、使用に耐えるが最大製造能力を下回る生産効率しか得られない部分については本件機械の代金総額中稼働率低下部分に相当する額、本件機械に組み込まれた機器や部品のうち不具合のため買主において取り替えたものについては買主が補修のために出捐した費用を損害の対象とし、その余は瑕疵担保責任の対象外とした。瑕疵担保責任としての損害賠償の範囲は妥当といえるが、本件は操業可能な状態で引き渡すことが契約内容となっている以上、債務不履行責任と構成することもできる（とすれば、損害賠償額も変わってくる）。

(12) 横浜地判昭60・2・27 判タ 554-238

新築建売住宅を購入したところ、土地の地盤沈下と建物の傾斜が見られるようになり、ドアの開閉ができず、タイルや壁のひび割れが生じたため、売主らに対して、①補修工事に要する費用、②補修工事期間中の代替家屋への移転・賃借費用、③理髪店経営にかかる休業補償及び店舗の取壊し・新規工事費用を損害賠償請求した。判決は法定責

任説に立った上で、「賠償すべき損害の範囲は、本件各土地・建物の売買契約の目的に照らしてこれを判断するのが相当とする」とし、「原告らによる本件各土地・建物の購入目的が少なくとも居住用であったことは明らかである」として、①の賠償を認めたものの、②は移転の事実なしとして否定し、③も営業には支障がなかったとして否定した。信頼利益説に立つのか明らかでない⁽⁶⁸⁾。当事者の事情や売買の目的等を導入し、いかなる損害の賠償を認めるべきかを画定する点は妥当である。しかし、購入目的が居住用であったと認定されたのなら、むしろ居住に適するだけの性質を有すべきことが少なくとも黙示的に合意されていたと見て、その不履行責任として売主の帰責事由を要件に（不動産業者であることからすれば、その認定（売主側に立証責任）は困難ではないと思われる）損害賠償を認めるべきであったと考える（本判決の事実認定に従えば、結論は同じくなるであろう）。

(13) 東京高判昭62・6・30 判タ 658-129

不動産業者から分譲宅地の一区画を購入したが、隣接する道路が建築基準法に基づく道路位置指定を受けていない私道だったため、土地上に建築した建物について建築確認を得られなかった。そこで、主位的に不法行為に基づき損害賠償請求、予備的に570条、566条により売買契約を解除した上で、代金返還と損害賠償（土地値上がり益490万円、建物建築費200万円、29月分の家賃87万円、営業用資材の損害13万余円、販売経費117万円、営業上の損失1,434万円、慰謝料700万円等）を請求。判決は、主位的請求を排斥し、瑕疵担保責任につき信頼利益説に立って、建物建築費、登記費用、不動産取得税の合計202万余円の範囲のみで損害賠償請求を認めた。土地値上がり益や営業用の損失、慰謝料等は履行利益として否定されることに問題はない。その他の損害は、当該事案でどこまで認めるべきかの判断となる。本件では契約を解除しており、登記費用の賠償が認められた点も問題ない。

(14) 大阪地判平3・6・28判時1400-95

宅建業者から敷地とともに中古木造住宅(築後5年)を「現状有姿のまま」で購入したところ、建物が傾斜し、敷地擁壁の水抜きパイプから生活污水が流出するに至ったことから、補修費用、補修期間中のレンタル賃料相当額、宿替え費用、調査鑑定費用、慰謝料の賠償を請求。判決は、信賴利益説に立つことを明言した上で、上記損害はいずれも履行利益であるとして、賠償請求を否定した。「現状有姿のまま」である以上、瑕疵なき給付が契約内容となっているとは認められず、瑕疵担保責任の問題となる。慰謝料はともかく、その他の損害を履行利益とした点には疑問がある(とくに補修費用や調査鑑定費用は信賴利益とも考えられる。後掲千葉地松戸支判平6・8・25参照)。この点、潮見・構造(2)45頁は、「信賴利益」をもって何が想定されているのか疑問の余地なしとしないとするが、全く同感である。瑕疵から生じた損害であるとした上で、416条の類推適用等によりその具体的範囲を画定すべきであったと思われる。

(15) 東京地判平4・10・28判時1467-124

買い受けた宅地・建物を転売したところ、当該宅地中に産業廃棄物が大量に埋められていたほか、旧建物の基礎等が存在したことが判明し、これらを除かなければ建物建築の基礎工事ができない状況であったため、転売先からこれらの埋設物の撤去工事費用(①杭打工事、②地中障害物撤去工事、③諸経費)の支払請求を受けた。そこで、売主に対し、瑕疵担保責任に基づき同額の損害を賠償請求。判決は、①は埋設物除去のために直接必要とした費用でなく、本件土地の瑕疵を修補するために通常必要と認められる費用ではないから、その相当額は瑕疵担保責任上の損害といえない、②産業廃棄物については商法526条により請求できないから、その撤去費用も損害とならない、③は、そのうち産業廃棄物以外の地中障害物の撤去工事に要した分が含まれているかどうか、含まれているとしてもどの程度であるか証拠上明らかでないから、瑕疵修補費用として認めることはで

きない、として、②産業廃棄物以外の地中障害物の撤去工事費用207万1,400円のみ賠償請求を認めた。

(16) 千葉地松戸支判平6・8・25判時1543-149

宅地造成した土地上に建築された建物を敷地とともに買い受けたところ、当該建物には土地の不等沈下により約70分の1の勾配の傾斜があったため、沈下対策工事費、建物補修工事費相当額の損害賠償を請求。判決は、売主の損害賠償義務は肯定したが、賠償すべき損害については、信賴利益(当該瑕疵がないと信じたことによって被った損害または当該瑕疵を知ったならば被ることがなかった損害)に限られるとした。その上で、瑕疵修補費用相当額が信賴利益か履行利益かの区別は困難であり、これが信賴利益にあたらないとすると、信賴利益を想定することができず、したがって、転売利益等は履行利益として賠償の対象から排除されるが、瑕疵修補費用を排除する必要はないとし、沈下対策工事費、建物補修工事費が売主の賠償すべき損害にあたると判断した。また、公平の見地から、賠償額が当該物件の売買代金の価格を超えることは許されないとした。この点、学説では、瑕疵修補請求そのものはできないが、瑕疵修補費用を損害賠償の一部として請求できる(すなわち信賴利益である)とするのが一般であろう(我妻290頁等。神戸地明石支判昭54・10・29判時961-107等、同旨の判例もある)。しかし、判例の信賴利益概念から信賴利益にあたるかといえるかは疑問である(現に前掲大阪地判平3・6・28は履行利益とする)。本判決は、瑕疵修補費用が信賴利益か履行利益かの区別が困難であることを指摘している点で注目すべきである。履行利益ではないことをもって、信賴利益概念で説明することは、やはり困難である。また、無過失責任である瑕疵担保責任の損害賠償の範囲を限定的に解する立場からは、本判決が損害賠償額を限定した点については是認しうる。ただ、その基準を明らかにすべきであった。

二 検 討

瑕疵担保責任として具体的に認められる損害につき、柚木は、失った利益の損害賠償も信託利益として認める（注(9)参照）が、履行利益ではないのかとの疑問がある⁽⁶⁹⁾。信託利益にあたるとしても、履行利益との区別が不明瞭と言わざるをえない。例えば、目的物に瑕疵があったため他の物を買うのが遅くなったことによって値上りをして損失を受けることがあり、これを賠償する必要なしとは言い切れまい、との星野の指摘に対し、柚木は、特別損害として416条2項の類推により売主の賠償範囲に入る可能性があるとして反論する（柚木・研究198～9頁。無過失の売主にまでかかる責任を認めるよりも、売主が善意の場合には認められない結論になる点で利益衡量としても妥当とする）。また、柚木は、損害賠償の範囲が共通であることもまれならずありうるとしながら（柚木・研究393頁）、瑕疵の「存在」を起点として因果関係を進行させる履行利益と、瑕疵の「不知」という前提から因果関係が出發する信託利益とでは、理論的にも現実的にも根本的に差異があるとし（柚木・研究202～3頁）、むしろその区別に意義がないとして放任すべきではないと反論する（柚木・研究202頁以下、393頁）。確かに、理論的には区別可能であろうが、判例等の具体例にあてはめた場合、現実的には両者の明確な区別は困難と言わざるをえない⁽⁷⁰⁾。

そもそも信託利益とは何か、具体的にいかなる損害が信託利益にあたるかという点すら、必ずしも明らかでない。判例の具体的な損害の検討からも、この点は明確とならない⁽⁷¹⁾。また、例えば信託利益の典型例とされる契約締結前の調査費用等⁽⁷²⁾は、契約が有効であれば当然買主が負担するはずのものである。解除しない以上、当該売買契約自体は有効なものとして存続するのであるから（北川・法論6号69巻6号128頁、星野・研究228頁等参照）、これらを請求できるとするのは論理矛盾である⁽⁷³⁾。原始的全部不能により契約そのものが無効である「契約締結上の過失」の場合とは同視しえない。たとえ契約を原始的の一部無効と解し

たととしても、無効な一部に関する損害の賠償のみができるはずであり、全体としての契約は有効である以上、契約全体に関わる費用（目的物の事前調査費用等）を、契約を存続させたまま請求できるというのは、やはり論理矛盾である。これらは契約を解除する場合にのみ認められるべきである⁽⁷⁴⁾。逆に、瑕疵があったため拠出した、代替家屋の賃料や補修費用等は、信託利益といえるかは疑問だが（前掲千葉地松戸支判平6・8・25参照）、まさに瑕疵があったため被った損害であり、570条の予定する損害というべきである。結局、当該瑕疵の存在によってどんな損害が生じたのかという点を、個別の契約ごとに検討する必要がある。しかも、瑕疵担保責任が契約外の瑕疵につき売主が無過失でもあえて法が課した責任であることからすれば、その賠償範囲は限定的なものと解すべきである⁽⁷⁵⁾。

この視点からすれば、いわゆる拡大損害（契約目的物以外の債権者の生命・身体や財産等に生じた損害）⁽⁷⁶⁾まで、「瑕疵の存在から生じた損害」に含めることは妥当でない（下森・大系479頁、神田382頁、高橋・林還暦177頁参照）。不法行為ないし信義則上の付随義務（安全配慮義務）違反⁽⁷⁷⁾として、売主の帰責事由を要求すべきである。あるいは、製造物責任法により損害賠償を認めるべきである。この点、半田は570条の問題とするものと思われるが、570条の損害賠償としてそこまで読み込めるか疑問である（半田・再構成242頁⁽⁷⁸⁾）。

なお、解除しながら代金減額的な損害賠償を請求することも、論理矛盾であろう（勝本179頁参照）。解除しない場合は、差額＝瑕疵がないと信託したため余計に払ってしまった分であるから、「瑕疵の存在から生じた損害」と認めてよい⁽⁷⁹⁾。しかし、瑕疵担保責任の効果としての損害賠償を、代金減額的なものに尽きるとするのは、買主保護として不十分である（この批判は、対価的制限説に対してだけでなく、下森説や加藤説に対しても妥当する）。解除の他に損害賠償を規定したことがほとんど無意味になるし、565条が数量不足、一部

滅失の場合に 563 条を準用して代金減額請求または解除と並んで損害賠償を認めているのと権衡を失することにもなる（半田・再構成 231 頁参照）。

「瑕疵の存在から生じた損害」のうち、具体的事案で賠償を認めるべき範囲の画定基準としては、星野や柚木と同様、現行法上は、416 条の類推適用によるのが妥当であろう（星野・研究 226 頁以下、柚木・研究 200 頁以下等）。判例もこのような傾向にある⁽⁸⁰⁾。債務不履行責任ではない以上、履行利益ではありえないが、そこから信頼利益の賠償と結論づけるとしても、具体的な損害賠償の範囲は画定されない。むしろ端的に瑕疵の存在から生じた損害とした上で、その具体的な範囲画定を問題とすべきであり、信頼利益概念のみですべて説明しようとしたこと自体に問題があったのである⁽⁸¹⁾。

第 4 章 結 論

確かに、特定物売主が瑕疵の有無にかかわらず「この物」を給付すべき債務しか負わない場合のあることは否定できない。不代替的特定物では、この場合の方が本来的であろう。その意味で、特定物ドグマの妥当する場合がないわけではない。しかし、当事者の意思が必ずしも「この物」の給付義務にとどまるとは限らない。不代替的特定物でも瑕疵の修補は可能である以上、瑕疵なき目的物の給付が契約の目的・内容とされることは十分ありうる（よって、まず当事者の締結した契約の内容を確定することが先決である）。むしろ、今日では、瑕疵なき物の給付を予定する場合の方が多いいっても過言でない。瑕疵なき物の給付が契約内容に含まれるにもかかわらず特定物ドグマを妥当させることは疑問であり、この場合特定物ドグマは否定されるべきであって、特定物売買一般に特定物ドグマを認める従来の法定責任説は妥当性を欠く。しかし、そのことが直ちに債務不履行説に結びつくものでもない。当事者が常に瑕疵なき物の給付を予定するとも考えられず、これを契約内容としないこともありうるからである。従来の議論は、契約自由の原則や 570 条が任意規定であ

るにもかかわらず、瑕疵なき物の給付義務を当事者が契約内容としたのかという当事者の意思・契約内容を十分に検討せずに、一刀両断的に議論してきた点に問題があったと思われる。

かかる視点から見た場合、潮見説のように、特定物ドグマの否定を原則とし、本来的に瑕疵なき物の給付義務が売主の債務に含まれると考えること、570 条はかかる場合を予定したものと解すること（その意味で、債務不履行説がベース）も可能である（瑕疵なき物の給付義務を契約内容としない特約を認めることになる）。ただ、瑕疵なき物の給付義務が契約内容でない場合の処理はどうするのか。この点、潮見説は、570 条を債務不履行責任の特則と見るとを原則としつつ、瑕疵なき物の給付義務が契約内容でない場合に、同じ 570 条を法定責任であるとするが、解釈論として無理がある。そもそも瑕疵なき物の給付義務が契約内容に含まれれば、その本旨に従った履行の請求として完全履行請求ができるのは当然（帰責事由も不要）である。しかし、損害賠償責任まで無過失で認めることは疑問である。債務不履行説をベースとする場合、570 条により無過失でも通常の債務不履行と同じ範囲で損害賠償請求できることになるとと思われる⁽⁸²⁾が、この結論は妥当だろうか。他の債務不履行と区別して特に買主の保護を強化すべき合理的根拠も疑問であるし、無過失責任である 570 条が果たしてそこまで予定するものかも疑問である⁽⁸³⁾。無過失責任である 570 条を過失責任である債務不履行責任に結び付けてしまった点は、理論上も利益衡量上も問題であったと言わざるをえない。とすれば、どちらをベースとすべきかをあえて問題とするなら、あくまでも法定責任説と解すべきである。ただ、今日では本来的な瑕疵担保責任適用事例（瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっていない特定物売買）はあまり考えられない。例えば骨董品や芸術作品等、瑕疵があろうとなかろうと目的物はそれしかなく、瑕疵なきことを給付目的にできない場合（代替性のない特定物で、かつ保証特約等の認められない場合）に限られる。瑕疵なき物の給付義務は、明示・黙

示の保証契約等の不履行責任(415条)として、570条とは別個に考えるべきである。瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっている場合、完全履行請求権は、債務の本旨に従った履行として当然に認められる。しかし、その不履行による損害賠償責任(415条。履行利益の賠償)は、原則として帰責事由を要件とすべきである(過失責任主義。ただし無過失で責任を負うべき特約も認められる)。これに対し、570条は、瑕疵なき物の給付義務のない場合に、無過失でも(しかも1年間に限って)損害賠償・解除を認めた法定の契約責任と解する方が素直である。この場合に、瑕疵の存在による危険を買主に全部負担させることは、不公平・不均衡である。そこで、有償契約として対価的關係を有する売買契約の売主と買主の均衡を図るべく、あえて無過失の売主にも損害賠償・解除という法定の契約責任を負わせたのが、570条と考える。570条の性質自体を問題とすれば法定責任ということになるが、従来の法定責任説とは出発点から根本的に異なる。結局、特定物ドグマは、瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっていない場合のみ妥当するものであり、当該契約がその義務を含むか否かを確定することが重要となり、これが否定される場合のみ瑕疵担保責任の問題となるのが原則である。

このように考えた場合、瑕疵担保責任の損害賠償の範囲も、その機能・適用範囲からすれば、自ずから債務不履行責任とは異なることになる。少なくとも履行利益の賠償を認めることはできない。ただ、「信頼利益」というあいまい・不明確な概念では、当該事案で認められるべき具体的な損害賠償の範囲を画定することはできない。むしろ、端的に目的物に瑕疵が存在したことによって買主が現実には被った損害を対象とし、そのうち相当因果関係の範囲内と認められるもの(416条類推)と解すれば十分であり、かつ妥当な範囲画定が可能である。特に瑕疵担保責任が無過失の売主にも認められる公平上の責任であることからすれば、その効果としての損害賠償の範囲も、瑕疵が存在したため生じた損害のうち一定範囲のものに限定さ

れるべきである。例えば、瑕疵が原因となって生じた拡大損害までは含まれず、帰責事由を要件に不法行為責任や債務不履行責任(信義則上の保護義務違反等)の問題とすべきである。あるいは、製造物責任法でカバーされる問題というべきであろう。また、瑕疵があったために払すぎた代金(差額)相当額は、解除しない場合には「瑕疵から生じた損害」に含まれる(解除しながら差額相当額の賠償が請求できるのはおかし)。逆に、解除しない限り、契約関係自体は有効なものとして存続する以上、契約締結にあたっての調査費用等(一般に信頼利益と考えられている)を賠償請求することはできないというべきである。契約が存続する以上、買主が当然に負担すべきものであり、「瑕疵から生じた損害」ということはできない。これに対して、目的物の不具合から瑕疵の存在を調査するために投じた費用は、まさに瑕疵があったことにより被った損害であるといえる。

[注]

- (1) 瑕疵部分の調査鑑定費用につき、後掲大阪地判平3・6・28参照。
- (2) 瑕疵修補費用につき、後掲大阪地判平3・6・28、千葉地松戸支判平6・8・25等を参照。
- (3) 東京高判昭23・7・19高民集1-2-106等。
- (4) 後掲神戸地判昭61・9・3は、瑕疵なき特定物を給付する義務と合意内容及び当事者の合理的意思との関係、あるいはそれらと担保責任規定の関係を検討するにあたって好個の素材を提供するものであり、従来の学説・判例との関係で注目すべきである(潮見・構造(2)45頁、潮見・規範172～3頁参照)。
- (5) 円谷・Law70頁、加藤175頁。
- (6) この点、高橋・法教54頁は、「現在、目的物に瑕疵ある場合の具体的な法的処理を論ずるについて、担保責任の性質論を明らかにすることは、必ずしも不可欠の事柄ではない」と指摘する。また、加藤186頁は、「瑕疵担保責任が法定責任であるか契約責任であるかということは、もはや用語法の問題にすぎないと思われる」と

している。

- (7) 後述の債務不履行説(北川・法論4号69頁以下,北川・法論6号69巻6号128頁,北川・研究173頁以下,星野・研究228頁等)からだけでなく,法定責任説内部でも批判がある。柚木以外では,岡松125頁,140頁,587~8頁,末川・各論65~6頁,83頁,末川・諸問題233頁以下等が,原始的の一部不能論を否定している。
- (8) 「信賴」という主観的な表現は誤解を招きやすいとして,むしろ「消極利益」というべきとの主張もある(上田133頁以下(142頁注(20)),高橋・林還暦165頁以下(178頁)参照)。
- (9) 柚木は,通常損害(416条1項)は対価的制限の範囲にとどまり,それ以上の信賴利益も特別の事情による損害(2項)として請求可能とする。失った利益(例えば,第三者からの有利な申込を拒絶したことによる損害,瑕疵を知っていれば他の土地を買って得べかりし利益など)も,特別事情による損害として信賴利益に含まれるとする(柚木・研究392頁)。拡大損害につき,柚木・研究392頁。
- (10) この結論がまさに契約締結上の過失責任との権衡を失する,との批判がある(柚木・研究216~7頁)。
- (11) 広中は「保証」を法定の担保責任の枠内に位置づけるものと見られる(好美50頁)が,「黙示保証の活用による特定物売買での不履行責任の進出」(北川・研究323頁)と捉えれば,後述する下森説と同旨と解する余地もある。
- (12) しかし,抽象的に「履行利益を超えない範囲」といえるのか疑問である。具体的にいかなる履行利益があるのか,信賴利益として認められる損害はいくらか等が確定しなければ判断できないはずである。「少なくとも信賴利益は賠償させようとの理論だから」というだけでは,理由がないに等しい。理論的にも,債務不履行責任ではない以上,そもそも履行利益は観念できず,それを「超えない範囲」も考えられないはずである。この点,林・大系168頁も,履行利益と信賴利益の差は,契約の有効・無効のどちらを

前提とした損害かという性格の差にすぎず,範囲の広狭では説明できないとし,信賴利益が履行利益を超えないとの論理が問題とされうるとする。

- (13) この点では,債務不履行説の批判が当たっている。下森,加藤も同様の指摘をしている。
- (14) ただ,勝本は,売主に(契約締結上の)過失があれば信賴利益の損害賠償が認められるとする。しかし,これは,瑕疵担保責任が過失とは無関係に対価的制限を受けるものであり,同一事態について別に過失責任によって瑕疵担保責任以外の賠償責任を生じることもある,という趣旨であろう(勝本167~8頁は,信賴利益の損害賠償は瑕疵告知義務違反を前提にするものであって,一般の債務不履行理論によって解決できるとする。また,同174頁は,かかる責任は一種の過失責任理論に基づくものであり,瑕疵担保責任と競合するものであって,本来の瑕疵担保責任の場合ではないとする。同177頁)。林・大系163頁(後掲東京高判昭23・7・19に関し同様の説明をしている),柚木・研究211~2頁,383頁以下(同判決が過失の有無によって損害賠償範囲に差異を認めたものと捉えて批判する)等を参照)。
- (15) 末川もほぼ同旨である(末川・各論68頁)。ただ,勝本が実質的代金減額の点を重視するため,解除の場合は代金返還可能である以上損害賠償請求権はないとするのに対し,末川は,常に損害賠償請求が可能であり,ただその額が対価的制限をきたすとする点で異なる(末川・各論65頁以下)。
- (16) ただし,履行利益説は採らない(後述)。
- (17) 最近でも森田宏樹等が支持する(森田・私法134頁,135頁等)。ただ,森田は,瑕疵ある目的物の履行は原則的には売主の過失を包含するものとして,瑕疵担保責任も過失責任と捉えるようである。
- (18) 北川・法論3号121頁以下,北川・研究168頁以下(特に173頁以下),同365頁以下,星野・研究206頁以下,五十嵐98頁注(4),山下144頁

以下等を参照。

- (19) 以下は、星野の説明をベースにしている。星野は、損害賠償の範囲について履行利益説を採るわけではないが(後述)、瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則とする点では同じである。
- (20) 柚木・研究 205 頁は、星野のかかる表現は明瞭に履行利益をさすものとするが、疑問である。必ずしも従来履行利益とされてきたものと一致するとはいえないであろう。
- (21) 両者の相違は相対的になってきている(磯村(1)32頁)。また、高橋・法教 54 頁は、「現在、目的物に瑕疵ある場合の具体的な法的処理を論ずるについて、担保責任の性質論を明らかにすることは、必ずしも不可欠の事柄ではない」と指摘する。加藤 186 頁は、「瑕疵担保責任が法定責任であるか契約責任であるかということは、もはや用語法の問題にすぎないと思われる」としている(前掲注(6)参照)。売主の担保責任は、法定責任とも契約責任(債務不履行責任)とも、いったればどちらともいえるが、そのどちらであるか自体が重要なのではなく、担保責任の内容自体が重要であるとの指摘もある(米栖・87頁、なお 117 頁以下参照)。
- (22) 前述の広中俊雄の立場(広中・講義 76 頁、前掲注(11)参照)等を指している(好美 50 頁)。
- (23) 後述の下森説が「瑕疵なき特定物の給付義務」を売買契約中に取り込むのに対し、好美はあくまで売買契約とは別個のものと区別する点で異なる。
- (24) 後掲神戸地判昭 61・9・3 も同旨であろう。
- (25) これに対する反論は、森田・法教 38～9 頁を参照。
- (26) 一定の場合にのみ特定物ドグマを否定する下森説とは異なり、従来債務不履行責任説と同様、特定物売買においても目的物に瑕疵がないことに関する合意が契約内容となっている(特定物ドグマの否定)と見るようである(加藤 184 頁)。
- (27) 潮見のこの指摘(潮見・総論 65 頁)を捉えて、磯村(1)33頁は、契約責任説(債務不履行説)は

- 「特定物売買について一定の性質が備わっていることが必ず給付義務の内容になっていると考える、というわけではないことに注意が必要である」と指摘する。しかし、解釈論の出発点が異なる以上、潮見説を従来債務不履行説と同列に解することは疑問である。
- (28) 570 条の損害賠償責任を無過失責任と過失責任に二分する点では、半田説と同様である(ただし、賠償範囲は異なる)。
- (29) 不要日用品即売バザーで購入したテレビの画質が不良である場合が例として挙げられている(潮見・総論 204 頁)。後掲大阪地判平 3・6・28 もこの場合に該当するであろう。これに対し、電器店店頭での現品限りの赤札商品の売買や中古マンションの売買の場合には、むしろ瑕疵のないことが契約内容となっているものと見るべきとする。
- (30) 詳細は、潮見・規範 172 頁以下、潮見・構造(1)～(3・完)を参照。
- (31) 例えば柚木説等(前掲注(9)参照)。この点、最判昭 50・2・25 民集 29-2-168 も代金減額的な損害賠償を認めたものと考えられるが、対価的制限説に立つのか、信頼利益説に立つのかは不明である。
- (32) 柚木自身も「私の信頼利益説を更に洗練した判決」とする(柚木・研究 196 頁)。ただ、判例は一般に柚木と異なり原始の一部不能論を採用している。
- (33) この点、札幌地判昭 53・11・15 は、不法行為の場合にも瑕疵担保責任により認められる金額が損害額算定の基礎とされるべきと明言している。
- (34) 当該他人の権利を取得して買主に移転する義務を負う旨の規定(560 条)がある点で、そもそも契約内容に「他人の権利を取得して買主に移転する義務」が含まれていると解することができる(実際、東京地判昭 39・3・30 下民集 15-3-662 がその旨判示している)、その不履行責任を認めることが可能である。なお、権利の一部が他人に属する場合(563 条)についても同様に処理し

- た判例がある（大阪地堺支判昭42・3・1下民集18-3・4-199）。
- (35) 反対に、当事者の意思・契約内容から“瑕疵のない目的物の給付義務”がないと見るべき判例（大阪地判平3・6・28）もある。
- (36) 潮見・構造(2)57頁は、契約締結上の過失（契約交渉に際しての信義則上の説明義務違反）責任を肯定した裁判例と説明するが、疑問である。
- (37) 民法施行直後の学説においてはこれが通説であったが、危険負担類似の法定責任であると考えていたとの見解もある（比較的近時のものとしては、円谷・講座187頁以下等）。なお、林・大系157頁も、「ただちに債務不履行責任と解したと理解することには疑義がある」としている。
- (38) この点、下森・研究141頁は、普通の市民間の中古住宅売買等においてまで、売主に瑕疵なき物の給付義務を認めその修補等の義務を負わせることは酷ではないか、との利益衡量から、特定物売買一般に瑕疵なき物の給付義務を当然に認めることは問題であるとする。
- (39) ただし、森田は、債務不履行説から、瑕疵ある目的物の履行は原則的には売主の過失を包含するものであり、瑕疵担保責任も過失責任であると反論する（森田・私法134頁、森田・法教37～9頁）。
- (40) 潮見・規範184頁は、従来の特定物ドグマ論争では、570条が任意規定であるにもかかわらずあたかも強行規定のごとく扱われ、しかも契約内容の確定の問題が同条の規定内容及びその法的性質の確定の問題の中に引きずり込まれて論じられるという二重の誤りが犯されていた、と指摘する。
- (41) 潮見・構造（3・完）36頁以下、潮見・規範182頁、同189頁以下や、高橋・争点32頁、高橋・法教54頁以下など、最近の学説が指摘するところである。
- (42) この点、潮見は次のように説明する。売主の債務についても、給付結果実現に向けられた「第一次的な給付義務」のほかに、その履行が挫折した場合の「担保（給付）義務」（第二次的給付

義務）を觀念することができ（債務の二元的構造。奥田40頁以下）、前者は契約当事者の合意を基礎として、当該契約の解釈を経て確定されるものであり、契約解釈に関する問題である。これに対して後者は、損害賠償義務と同一平面に属するものであって、その内容は契約から導き出されるものではなく、法律規定から導き出されるものである。特定物ドグマ論争は、「瑕疵なき特定物の給付義務」を前者・後者のいずれに位置づけるかの理解をめぐる論争であったと評価できる（潮見・規範185頁。従来の論争の理解について、同185～6頁参照）。

- (43) 磯村(1)32頁も、両者の相違は相対化されているともいえる、と指摘する。また、加藤雅信は、「瑕疵担保責任が法定責任であるか契約責任であるかということは、もはや用語法の問題にすぎないと思われる」としている（加藤186頁）。
- (44) この点については、磯村(1)28頁（「中古車の売買や新築マンションの売買等は、～(中略)～、契約両当事者の意図が何であったかによって左右されることになる」の部分）が参考になる。
- (45) その根拠については、高橋・法教59頁参照。下森・大系471頁も、特定物売買一般に「瑕疵なき特定物の給付義務」を拡大する必要はないとする。ただ、むしろ今日では、明示・黙示の保証契約等により“瑕疵のない完全な給付”が契約内容に取り込まれている方が通常であろう。例えば新築マンションの売買等では、明示の特約がかなりある（下森・大系462頁参照）。
- (46) 「特定物ドグマ」の今日での意義について、高橋・法教58～9頁参照。
- (47) 下森・大系461～2頁、481頁注(29)、483頁も、瑕疵担保責任規定は非代替的特定物売買に即して形成された制度であるとする。
- (48) 種類物売買の場合の問題点についても、同28～9頁に指摘されている。
- (49) 品質を定められないときであっても、中等の品質を有する物の給付が契約内容となっているといて良い（401条1項）。
- (50) この点、570条を債務不履行責任の特則とす

る説では、不特定物売買について代物請求が認められないことになり、かえって買主の不利益となる、とする批判がある(我妻 308 頁)。しかし、代物請求は債務の本旨に従った履行の請求であって、債務不履行責任(損害賠償・解除)ではない以上、妥当な批判とはいえない(下森・大系 484～5 頁も同旨であろう)。

- (51) この点、通説は、売買の担保責任の特則であるだけでなく、債務不履行(不完全履行)責任の特則でもあるとする(広中・講義 269 頁、水本 317 頁等参照)。
- (52) この点、帰責事由については、それが無いことを売主側が立証することになるが、それ以外の要件は買主側が立証責任を負う。
- (53) 柚木も、明示的に保証契約がなされている場合、信義則上保証義務が認められる場合については同趣旨であろう(柚木・研究 184～5 頁, 424 頁)。末川や広中もほぼ同旨と思われる(ただし、どの説も、特定物・不特定物を問わず「代替性のあるものであるかぎり」完全履行請求権があるということ認めている、と指摘される。星野・研究 211 頁, 216 頁注(10)参照)。
- (54) 前掲神戸地判昭 61・9・3 等もこのような場合である(潮見・規範 181 頁参照)。それ以前の判例にも、このような契約を認定できる場合がかなりある。
- (55) この点、加藤 179 頁は、中古自動車売買を例に挙げ、自動車である以上走行可能であるという自動車の属性・機能についても当事者の合意内容に含まれていたというべきだとして、所有権の移転のみが契約内容だとする柚木説を批判している。しかし、今日の法定責任説(下森説等)では、黙示の保証契約等により瑕疵なき物の給付義務が契約内容に取り込まれていると捉え、この場合には瑕疵担保責任とは別個に当該契約上の義務の不履行と考えるのであって、必ずしも批判はあたっていない。また、特定物ドグマ自体を是認する前提との整合性を問題とする批判もある(磯村(1) 32 頁等)が、契約内容に反すれば完全履行請求や債務不履行責任の追及

を受けるのは当然であり、契約内容となっていない場合の問題である特定物ドグマとは矛盾しないと考える(下森・大系 484～5 頁, 下森・研究 142 頁, 加藤 184 頁も同旨と思われる)。

- (56) 東京地判昭 42・3・4 下民集 18-3・4-209 も、見本売買においては、売主は見本通りの物を引き渡す債務を負担するとしている。ただ、売主の義務はそれにとどまり、見本に隠れた瑕疵がある場合でも見本通りの物を引き渡せば特別の事情がない限り債務不履行責任を負わないとする(瑕疵担保責任の余地はある)。確かに、見本通りの品質を保証する義務が契約内容となっても、直ちに瑕疵のない完全な給付義務まで契約内容とするものとは限らないであろう。
- (57) この点、債務不履行説では、不特定物についても1年間の短期時効ないし除斥期間(570 条, 566 条 3 項)にかかることになる(五十嵐 119～121 頁)。また、法定責任説からも、特定物売買との均衡から、期間制限については、不特定物売買も信義則等により1年間と解すべきとする見解がある。しかし、これらの結論の妥当性は疑問である(柚木・研究 248 頁以下参照)。瑕疵なき完全な給付義務が契約内容となっているにもかかわらず、その不履行責任を、他の債務不履行責任と区別して1年という短期間で消滅させて良いのか。瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっていない場合に、買主を保護するため売主の過失の有無に関わりなく認められる限定された責任である 570 条の場合(売主に長期間責任を負わせることは利益衡量上不均衡であろう)とでは、利益状況が大きく異なる。
- (58) この点、柚木も、瑕疵担保責任の適用される特定物売買を不代替的な特定物の売買に限定し(柚木・研究 171～3 頁)、債務不履行説からの批判(例えば星野・研究 214 頁以下。この点、前述のように、星野等の批判は、法定責任説が代替的と不代替的とを問わず完全履行請求を否定する趣旨と捉えた上でのものようである)に対して、「特定物であっても代替性ある物の売買において、不特定物売買におけると異なって完

全履行義務を否定することは、権衡を失し非常識ではないか」というものであると述べている(柚木・研究 170 頁)。私見はかかる視点をさらに発展させ、不代替物であっても、瑕疵なき物の給付義務を契約内容とした場合には、その不履行の問題であり、瑕疵担保責任の問題ではないと主張するものである。

- (59) この点、加藤 186 頁、林・大系 169 頁、下森・民法学 98 頁等を参照。
- (60) なお、林・大系 170 頁注(4)は、損害賠償の一方方法として瑕疵修補請求が取り上げられるべきとするが、疑問である。瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっている場合は、その本旨に従った履行の請求として認められるべきであり、あえて損害賠償と解する必要はないし、損害賠償と見るとは不自然である。逆に、瑕疵なき物の給付義務が契約内容となっていない場合には、たとえ損害賠償としてであっても、修補請求をすることはできないはずである。ただ、瑕疵を自ら修補した費用は、瑕疵から生じた損害の賠償として認められる余地がある(後述)。
- (61) 下森・民法学 105 頁も同旨であろう。
- (62) この点も下森・民法学 105～6 頁と同旨と思われる。この点、半田・再構成 245 頁は、(損害担保特約がある場合には約旨の範囲内で損害賠償が認められるのは当然であるとした上で)品質保証ないし無瑕疵保証があっただけでは当然には損害担保の趣旨とは限らないとする。しかし、品質保証義務がありその不履行である以上、債務不履行責任として帰責事由を要件に損害賠償請求できるはずである(415 条)。
- (63) 潮見・総論 204 頁も、詐欺的悪意の場合に履行利益賠償を認めるドイツ民法 463 条のような規定がないにもかかわらず、なぜ売主単純悪意の場合に、瑕疵なき特定物の給付義務を否定するにもかかわらず「履行」利益賠償が可能となるのかについて、積極的論拠の提示がないとする。
- (64) 瑕疵惹起損害についての不法行為責任追及の可否につき、半田・再構成 260 頁以下を参照。

- (65) 勝本も、売主に過失その他の有責原因がある場合は、瑕疵担保責任とは別個に過失責任によって賠償責任が生じることがあるものと主張している点(勝本 167～8 頁, 174 頁, 177 頁)では、私見と同旨である。勝本説を基礎に対価的制限説を採用した前掲東京高判昭 23・7・19 も同旨と見られている(林・大系 163 頁参照。なお、これに反対するのは、柚木・研究 211～2 頁, 383 頁以下)。
- (66) 目的物に原始的瑕疵があったことにより損害を受けた買主を保護する制度であって、売主の容態いかんで差異を認めるべきではない(柚木・研究 213 頁, 384 頁以下)。
- (67) 無過失責任であることから損害賠償範囲を制限すべきと考える点では、勝本説と同旨である(勝本 174 頁)。
- (68) そもそも信頼利益といえるかも問題である。この点、半田・再構成 233 頁は、売主の過失を要件としないで信頼損害として買主の被った瑕疵惹起損害の賠償を命じた判例として取り上げている。
- (69) 加藤 180～1 頁も同様の指摘。
- (70) 前掲千葉地松戸支判平 6・8・25 等。この点、高橋眞は、履行利益・信頼利益概念と契約の有効・無効、過失責任・無過失責任の区別が必ずしも対応しているわけではなく、履行利益賠償の可否の判断においては、合意された内容の実現可能性(期待利益取得の蓋然性)ないし損害の現実性の程度が実質的な判断要素となっている、と指摘している(高橋・争点 32 頁, 高橋・判タ 20 頁参照)。
- (71) 潮見も、判例において信頼利益の積極的な説明はなされておらず、履行利益賠償を原則として認めないという共通の意義を見出すにとどまっていると指摘する(潮見・構造(3・完) 400 頁)。
- (72) その他、作成された公正証書の手数料・印紙代、土地の測量費、建築設計費(ただし、瑕疵があったため設計からやり直さなければならなくなった場合を除く)、材料購入費(瑕疵があっ

たため使用できなくなった分の材料購入費を除く)等(柚木・研究392頁参照)。

- (73) 半田・再構成239頁も同旨と思われる。
- (74) 半田・再構成199頁参照。遡及効の有無はともかく、解除すれば契約関係が全体として消滅するのであるから、請求できるとしても矛盾は生じない。この点、神田382頁も、「契約が解除された場合の」契約締結に要した費用を例に挙げている。
- (75) 下森・民法学105頁も、無過失責任たる瑕疵担保責任については、損害賠償の範囲も制限的に決定する方向性が妥当とする。なお、前掲注(39)参照。
- (76) 拡大損害(完全性利益)は、信賴利益(消極利益)・履行利益(積極利益)とは別の概念であるとされる(高橋・争点31~2頁)。
- (77) 岐阜地大垣支判昭48・12・27判時725号19頁や、神戸地判昭53・8・30判時917号103頁は、安全配慮義務(信義則上認められる)の問題としている。
- (78) ただし、これは製造物責任法立法前(昭和61年)の論文である。
- (79) 柚木説からも、信賴利益(416条1項の通常損害)として賠償が認められる(柚木・研究387頁等)。
- (80) この点、潮見・構造(3・完)65頁は、端的に目的物の瑕疵から生じたものとして賠償に値する損害は何かを捉えようとする裁判例があるとする。
- (81) 星野・研究227頁も、「言葉の問題にすぎないが、用語としては、そもそも「信賴利益」という觀念に問題があった」と指摘している。
- (82) ただし、潮見は、履行利益の賠償には過失が必要とする(前掲注(28)及び該当部分の本文を参照)。
- (83) この点、加藤は、そもそも瑕疵担保責任を理由として無過失の売主に損害賠償義務が課せられることは体系的に均衡を欠くと批判する。

〔参考文献と略記〕

- ・五十嵐 五十嵐清「瑕疵担保と比較法」『比較民法学の諸問題』(一粒社・昭和51年)80頁以下。
- ・石田 石田文次郎「信賴利益の賠償論」『財産法に於ける動的理論』(巖松堂書店・昭和3年)362頁以下。
- ・磯村 磯村保「目的物の瑕疵をめぐる法律関係(1)(2)」法教169号(平成6年)26頁以下、同170号(平成6年)34頁以下。
- ・上田 上田徹一郎「消極利益賠償責任序論」神戸7巻1号(昭和32年)133頁以下。
- ・岡松 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』(有斐閣・大正5年)。
- ・奥田 奥田昌道「自己の意思に基づかない民法上の義務」奥田昌道他(編)『民法学1《総論の重要問題》』(有斐閣・昭和51年)30頁以下。
- ・勝本 勝本正晃「瑕疵担保責任の対価的制限」『民法研究(5)』(巖松堂書店・昭和17年)149頁以下。
- ・加藤 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任——対価的制限説再評価の視点から」森島昭夫(編)『判例と学説3民法II〔債権〕』(日本評論社・昭和52年)175頁以下。
- ・神田 神田博司「瑕疵担保による損害賠償の範囲」遠藤浩(編)『不動産法大系I売買(改訂版)』(青林書院新社・昭和50年)372頁以下。
- ・北川・法論3号 北川善太郎「瑕疵担保責任について(二)」法学論叢68巻3号(昭和36年)121頁以下。
- ・北川・法論4号 北川善太郎「契約締結上の過失論について(三完)」法学論叢69巻4号(昭和36年)69頁以下。
- ・北川・法論6号 北川善太郎「契約責任の構造とわが民法理論(一)」法論69巻6号(昭和36年)128頁以下。
- ・北川・研究 北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣・昭和38年)。
- ・来栖 来栖三郎『契約法』(有斐閣・昭和49年)。
- ・潮見・規範 潮見佳男「特定物売買での質的瑕疵と「特定物ドグマ」論」『契約規範の構造と展

- 開』(有斐閣・平成3年)172頁以下。
- ・潮見・構造 潮見佳男「売買目的物における物的瑕疵の帰責構造(1)(2)(3・完)」民商108巻1号(平成5年)1頁以下,同108巻2号(平成5年)34頁以下,同108巻3号(平成5年)36頁以下。
 - ・潮見・総論 潮見佳男『債権総論』(信山社・平成6年)。
 - ・下森・大系 下森定「建物(マンション)の欠陥(瑕疵)と修繕」遠藤浩=林良平=水本浩(監)『現代契約法大系(4)』(有斐閣・昭和60年)460頁以下。
 - ・下森・民法学 下森定「種類債権と瑕疵担保」奥田昌道他(編)『民法学5《契約の重要問題》』(有斐閣・昭和51年)100頁以下。
 - ・下森・研究 下森定「瑕疵担保責任と不完全履行」安達三季生(監)『債権法重要論点研究』(酒井書店・昭和63年)137頁以下。
 - ・末川・各論 末川博『債権各論(第一部)』(岩波書店・昭和14年)。
 - ・末川・諸問題 末川博「売主の瑕疵担保責任」『民法上の諸問題』(弘文堂・昭和11年)211頁以下。
 - ・鈴木 鈴木禄弥『債権法講義』(創文社・昭和55年)。
 - ・高橋・林選暦 高橋眞「ドイツ瑕疵責任法における積極的契約利益・消極的契約利益・完全性利益の区別」林良平先生選暦記念『現代私法学の課題と展望(下)』(有斐閣・昭和57年)165頁以下。
 - ・高橋・争点 高橋眞「履行利益と信託利益」『民法の争点II』(有斐閣・昭和60年)30頁以下。
 - ・高橋・法教 高橋眞「錯誤・担保責任・債務不履行」法教195号(平成8年)54頁以下。
 - ・高橋・判タ 高橋眞「判例における『信託利益』『履行利益』概念について」判タ493号(昭和58年)20頁。
 - ・円谷・Law 円谷峻「瑕疵担保責任における損害賠償」Law School 40号(昭和57年)70頁以下。
 - ・円谷・講座 円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一他(編)『民法講座・5契約』(有斐閣・昭和60年)185頁以下。
 - ・鳩山・各論 鳩山秀夫『増訂日本債権法(各論上)』(岩波書店・大正13年)。
 - ・鳩山・原則 鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣・昭和30年)。
 - ・林・大系 林良平「売主の瑕疵担保責任の効果」契約法大系刊行委員会(編)『契約法大系II』(有斐閣・昭和37年)153頁以下。
 - ・半田・私法 半田吉信「瑕疵担保責任の法的性質と効果」私法55号(平成5年)156頁以下。
 - ・半田・再構成 半田吉信『担保責任の再構成』(三嶺書房・昭和61年)。
 - ・広中・論集 広中俊雄「売主の担保責任」『民法論集』(東京大学出版会・昭和46年)99頁以下。
 - ・広中・講義 広中俊雄『債権各論講義(第6版)』(有斐閣・平成6年)。
 - ・星野・研究 星野英一「瑕疵担保の研究——日本」『民法論集第3巻』(有斐閣・昭和47年)171頁以下。
 - ・星野・補論 星野英一「『瑕疵担保の研究』補論——その後の研究に触れて——」『民法論集第3巻』(有斐閣・昭和47年)239頁以下。
 - ・星野・概論 星野英一『民法概論IV』(良書普及会・昭和51年)。
 - ・水本 水本浩『契約法』(有斐閣・平成7年)。
 - ・森田・私法 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法51号(平成1年)129頁以下。
 - ・森田・考察 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察(1)(2)(3)」法協107巻2号(平成2年)171頁以下,同107巻6号895頁以下,同108巻5号735頁以下。
 - ・森田・法教 森田宏樹「債務不履行と瑕疵担保」法教193号(平成8年)36頁以下。
 - ・山下 山下未人「担保責任と債務不履行」契約法大系刊行委員会(編)『契約法大系II』(有斐閣・昭和37年)133頁以下。
 - ・柚木・研究 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣・昭和38年)。

- ・新注民 柚木馨＝高木多喜男(編)『新版注釈民法(14債権(5)贈与・売買・交換』(有斐閣・平成5年)。
- ・好美 好美清光「金融商事判例研究——面積を表示して売買された土地が表示された面積を有しない場合と売主の買主に対する履行利益の賠

償義務の有無」金商 650 号(昭和57年)45頁以下。

- ・我妻 我妻栄『債権各論中巻(一)』(岩波書店・昭和32年)。

(はった ひろと 釧路簡易裁判所)