

Title	笠井修著 『保証責任と契約法理論』
Sub Title	KASAI, Osamu "Die Garantiehaftung im Vertragsrecht"
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.6 (2000. 6) ,p.127- 143
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000628-0127">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000628-0127</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 紹介と批評

笠井 修著

### 『保証責任と契約法理論』

#### 一 本書の意義

本書は、保証責任とりわけ性質保証をめぐる議論を、主としてドイツ法の議論を詳細に分析したうえで、我が国の議論に示唆を与えようとする「注目すべき研究書」である。我が国ではかつて、過失責任の原則に則した債務不履行責任がいわば無批判に論じられてきた感があつたように思われる。例えば、本書が取り上げる性質保証責任にかかわる議論としては、売買における瑕疵担保責任の議論にその傾向が顕著に見て取れるであろう。すなわち、民法五七〇条の売主瑕疵担保責任は無過失責任であるとされ、その故に過失責任とされる債務不履行に基づく損害賠償責任を五七〇条に基づいて認めることが理論的に困難とされた。瑕疵担保責任の法的性質をめぐる議論の草創期に、瑕疵担保責任に基づく信頼利益の賠償理論が通説化し、いわゆる債務

不履行責任説が無過失で履行利益を認めることは債務不履行責任説の理論的な弱点とも指摘されてきた所以はそこにある。<sup>(1)</sup>

昭和六〇年代に入ると、過失責任の原則と五七〇条の瑕疵担保責任との整合性が華々しく論じられるようになり、売主の過失に基づく履行利益賠償と売主が無過失の場合の代金減額の損害賠償との区分論が提起されるに至る。いわゆる「第三の波」と呼ばれる論争期である。<sup>(2)</sup>ここに損害賠償の範囲という効果の側面から瑕疵担保責任の理論は深化したといえるが、実はそこにおいて債務不履行に基づく損害賠償が過失責任であることは、一般に当然の前提とされていたともいえるように思われる。

もっとも、その当時でも一部には売主の履行利益についての賠償責任を五七〇条とは別に保証責任によつて基礎づけようとする見解も主張されていた。そして、この保証に基づく売主の無過失責任は四一五条の「帰責事由」に包摂されることにより、一般的な債務者の無過失責任が認められるとの主張へと展開されてゆく。<sup>(3)</sup>他方、瑕疵担保責任論も近時にいたつて、「履行としての受領」を基準として債務不履行責任と瑕疵担保責任を時的に区分する見解により新たなディメンションへと方向を転回しつつある。<sup>(4)</sup>その転

回と前後して、フランス法の結果債務と手段債務の区分論に基づいて、結果債務においては債務者の無過失責任が認められるとの見解が提起された。<sup>(5)</sup> ここにおいて、売主の瑕疵担保責任はそもそも無過失責任と位置づけられ、あるいはより一般的に、債務不履行責任の帰責原理として過失以外要素が見直されつつあるということができよう。

このように瑕疵担保責任をめぐる議論状況を俯瞰すると、売主ひいては債務者の無過失責任とはどのようなものであるのが現在問題となりつつあるといえよう。一方で、フランス法の結果債務・手段債務論がその境界をいかに画すことができるのかという問題が意識されつつあると同時に、他方でドイツ法という保証責任がいかなる性質と内容を有する責任であるのか、その解明が急務とされているといえよう。本書はまさにこの後者の問題に答えようとする試みであり、本書によって性質保証責任の根拠、内容、外延が究明されているのである。評者が本書を「注目すべき研究書」と呼ぶ所以はここにある。

以下で、まず本書の内容を概観し、その後その論評を試みる。

## 二 本書の内容

著者は、はしがきにおいて、「本書において著者は、保証責任論の意義、その明確性の必要性、由来と現状、そして近時注目されつつある新しい発展の可能性の分析を試みた。」として、本書における著者自身の問題設定を明らかにし、テーマを契約目的物の性質保証に絞ることを宣明する。そして、第一章でまず保証概念を次のように分類する。すなわち、「履行次元の保証」として、①一つの給付類型としての一定の結果ないし状態を生ぜしめる場合の保証と②取引目的物のいわゆる性質保証がある。また、「救済次元の保証」として、③損害賠償を含む救済特約と④法定の危険割り当てとしての保証があるという。①はいわゆる「担保する給付」であり、ローマ法以来の *praestare* の概念に由来する。②は従来の瑕疵担保責任に際して議論されてきた保証であり、給付概念や瑕疵概念と関係する。③はいわゆる「損害担保」であり、これが損害賠償と関係するときは過失を排除する機能を有するとともに、その保証の引き受け自体が帰責根拠となる。④は法律による危険割当てとして機能する保証である。従って、保証責任が救済次元で論じられるとき、まさに保証責任は債務者の帰責事由に包摂され、契約による危険の引受けあるいは法律によ

る危険の割当てを帰責根拠と解することとなる。これらの点について、我が国と同様に過失責任の原則に依拠しつつそれと並行して保証責任を認めるドイツ法を参照して、議論が展開されることとなる。

第二章は売主の性質保証責任を扱う。売主の瑕疵担保責任をめぐる議論にかかわる形で我が国でも保証責任論が展開されてきたが、従来は論者の問題意識の多様性と性質保証という用語の多義性とが議論を錯綜したものとしているという。そこで、著者は議論の整理をつけるために性質保証の概念を明確にしつつ、その法的根拠と責任内容、さらにその機能の解明を試みる。

ドイツ民法上の瑕疵担保責任は、瑕疵ある給付に際して買主は売主に対して代金減額または解除を請求できにすぎないが(四五九条)、売主が悪意で瑕疵を秘匿したか性質を保証した場合には損害賠償請求権を認める(四六三条)。従って、いかなる性質保証が買主の損害賠償請求権を基礎づけるのが問題となる。この点、ドイツ法における判例と通説は売主の担保する意思に着目し、そうした意思を売主が有する場合にのみ損害賠償請求権を認める。このような性質保証は一般に「従属的担保(保証)」と呼ばれ、契約における当事者の担保引受の意思が保証責任の帰

責根拠とされる。もともと、買主の信頼保護に帰責を求める見解も有力であり、さらにこうした保証はそれに基づく給付義務を発生させるとする見解もある。このような異論があるにせよ、一般に担保する意思のない性質保証は主観的瑕疵概念に包含されるが、その性質保証の内容に沿った履行請求権はもちろん四六三条に基づく損害賠償請求権も基礎づけるものではないとされる。他方、この従属的保証責任の範囲は、判例・通説が担保する意思にその帰責根拠を求める以上、性質保証によつて引き受けられた保護目的によつて画され、場合によつては拡大損害まで及びうると解される。また、保証期間が定められる場合には、一般に危険移転時に瑕疵が存在しないという意味を有するものであり、瑕疵のないことの推定をもたらす。従って、瑕疵の証明責任を買主から売主に転換する機能を果たす。さらに、瑕疵担保の短期消滅時効規定との関係が問題となるが、保証期間が消滅時効期間より短期の場合には保証期間は消滅時効期間に影響を与えない。これに対して、保証期間が消滅時効期間よりも長期の場合には原則として消滅時効の起算点が保証期間中の瑕疵発現時に移動すると解されている。もともと、学説には保証期間の長短にかかわらず、瑕疵発現時まで消滅時効の起算点が移動すると解すべきとの見解

も有力とされる。ドイツ法上こうした単なる性質保証や従属的担保とは別に、売買契約とは別途性質の欠缺について損害を引き受ける独立的損害担保契約が認められている。

もつとも、従属的担保との区画は困難であり議論も分かれるが、一般に契約適合性をこえる保証の意味を有する場合より正確には保証された性質の範囲が売主の支配可能な性質を超える場合には独立的保証と解される。典型的には、保証期間の意味が危険移転時をこえてなお性質の存続が保証されている場合には独立的保証と解される。この独立的保証は一定の保証された性質の欠缺に基づく買主の損害を填補するものであるから、損害を賠償する売主の義務は保証契約に基づく給付義務となり、その責任内容はやはり当事者の意思解釈に帰する。このタイプの保証責任の消滅時効期間は一般の消滅時効期間(三〇年・一九五条)であり、商人の検査・通知義務(商法三七七・三七八条)は排除される。

著者は以上のようにドイツ法を検証した後、様々な性質表示の中でいかなるものが保証責任をもたらず資格を有するのかという問題を検討する素材として、その点で詳細な議論を提示するアメリカ法、とりわけ UCC の検討へと向かう。UCC では明示の保証と黙示の保証が区別されてお

り、明示の保証が成立するための要素は、売主の担保意思ではなく買主の期待であり、その保証が取引の対価的評価に組み込まれる点が重要とされ、その要件が具体的に詳細であることに特質が見出されている。これに対して、大陸法の瑕疵担保責任に相当する黙示の保証では売主の商人性と商品性が要件となる。とりわけ、商品性の基準としては一般にいゆる客観的瑕疵概念に相当する基準が定立されているが、売主が売買目的物に求められている特定目的あるいは売主の技能・判断への買主の信頼を知りうべきときにも、この特定目的への適合性について黙示の保証が認められる。つまり、主観的瑕疵概念に相当する要件である。

以上から著者が纏めるのは、ドイツ法では履行次元の保証としての単なる性質合意と、救済次元の保証としての性質保証責任が区別され、前者は瑕疵概念の範囲の拡大をもたらずのに対して、後者は保証自体に基づく無過失の損害賠償義務を売主に基礎づけることである。もつとも、これにも二種類があり、従属的担保は売主の瑕疵担保責任を損害賠償責任まで拡大するが、独立的保証は売買契約とは別個の損害担保を給付義務とする性質保証と位置づけられる。いずれも性質保証の責任内容はその合意の解釈に帰着するが、目的物の性質に関する危険引受けとしての意味を持つ

点で共通の性質を有する。さらに、保証期間付きの性質保証では、瑕疵の推定や消滅時効の起算点移動の効果が認められる。他方、UCCの検討成果からは、明示の保証が売主の担保引受意思を要件とせず買主の信頼からも離れた取引の対価の評価に保証を位置づける点、黙示の保証では買主の信頼保護が基礎となる点、いずれもその要件が具体的に詳細である点が注目されている。

以上の検証成果が日本法にもたらずものは、売買目的物の性質に関する保証を契機とした無過失責任の帰責原理である。つまり、従来の議論における保証概念を整理しつつ、履行次元の保証を瑕疵担保責任の瑕疵概念に包摂させる一方で、性質保証の独自の意義を認め保証債務者の無過失責任を認める方向が示唆される。もちろんそこには従属的保証と独立的保証の双方があり得るが、従属的保証は瑕疵担保責任の枠内に位置づけられつつも、それとは別に独立的保証が認められるべきであるという。いずれも売主の危険引受けを契機とする責任の拡張論理が妥当する。性質保証責任の内容は当事者の意思解釈に帰着することとなるが、保証期間の定めがある場合には原則として保証期間中に明らかとなった瑕疵に関する時効期間の起算点修正の意味が認められるとする余地がある。こうして、過失とは別の帰

責根拠たる保証責任の特質として、「自己の危険領域の一方的拡大」が強調されている。

第三章では、商品の製造者が消費者に対して直接的に性質保証責任を負担する場合が取り上げられる。すなわちドイツ法では、宣伝・広告中の保証表示について異論はあるものの、一般に製造者の保証責任は否定されるが、保証書が交付されることによって製造者と消費者との間に損害担保契約が締結されるものと解されている。この保証責任の内容は保証書の内容によって決定されるが、通常は瑕疵修補または代物給付請求権が認められる。また、保証責任の消滅時効については、保証期間中の瑕疵について保証請求権が発生し、その請求権にはその瑕疵が発現した時点から瑕疵担保請求権の消滅時効に関する規定が準用されると解されている。他方、判例は製造者が宣伝中に保証表示を行った場合には、製造者とその第一取得者との間で最終取得者を第三者とする第三者のためにする契約が成立し、それに基づいて消費者は製造者に直接保証責任を追及できるとを認める。この構成は学説にも基本的には受け入れられたが、典型的な第三者のためにする契約において存在する対価関係や補償関係等がこの場合には欠けることや、製造者と第一取得者との間には第三者のためにする明確な意思

が欠けることなどからすれば、あくまで第三者のためにする契約の構成はこの制度の適用範囲の拡大を意味することとなる点が指摘されているという。こうして買主に一方で売主に対する瑕疵担保請求権、他方で製造者に対する保証請求権が認められることとなる場合、これら両請求権は買主の選択によって択一的に選択されるべきものと解され、このことを基礎にして保証責任と瑕疵担保責任が競合する範囲で、両請求権の影響関係についての調整が図られるとする。以上のドイツ法の成果は、我が国で従来必ずしも十分に検討されてこなかった製造者の保証書を媒介とした責任について一定の示唆を与えるものとされている。

第四章ではドイツ法特有の賃貸人の法定性質保証責任が取り上げられることにより、法律上の危険割当てのあり方が示唆されている。我が国では一般に賃貸人の修繕義務の問題として議論されてきた経緯があるが、ドイツ法は原始的瑕疵と後発的瑕疵とを区別したうえで、とりわけ原始的瑕疵については法定の保証責任を定めている(五三八条一項)点でドイツ法に固有の事情がある。ドイツ民法典制定時に、賃借人保護の社会政策的な観点から、賃貸人は賃借人の契約上の使用に関する有用性を黙示に保証しているとの判断に基づいて、瑕疵が除去できる場合には賃貸人の瑕

疵除去責任が存在するが、瑕疵が除去できない場合にはこの規定に基づいて賃貸人は無過失の損害賠償責任を負うものとされたという。ドイツ法上問題とされるのはこの損害賠償の範囲であり、判例は瑕疵と因果関係に立つすべての損害について賃貸人の賠償責任を認めているのに対して、学説には異論も存在する。この異論に對峙すべく、判例を支持する多数説は、当該危険をよりよく支配できる者による危険の負担基準や予見可能性基準により賃貸人の広範な責任を基礎づけようとする。これに対する批判説は、拡大損害について過失責任原則への回帰を示唆し、あるいは保証責任の射程を確定することにより責任範囲を画定すべきとする。このように、ドイツ法における賃貸人の原始的瑕疵についての責任をみると、ここから賃貸人が負担すべき危険の領域をいかに画すのかという問題意識が現れるという。そして、我が国でも賃貸借における社会政策的な観点からすれば、売買の瑕疵担保責任を賃貸借に準用すべきとする。それにより、個別の事情による賃貸人の責任範囲の拡張可能性を考慮しつつ、瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任がより広い賃借人の保護を達成しようという。

第五章では、請負人の瑕疵担保責任をめぐる問題が検討される。請負における保証概念は、合意された性質の欠缺

が瑕疵ないしは不履行として給付義務の不完全性という履行次元に立ち現れると共に、瑕疵ないしは不履行に基づく請負人の損害賠償責任の問題として救済次元でも登場しうる。ここに、瑕疵担保規定に基づく修補請求権もかわることとなり、請負における瑕疵担保責任の再検討が保証責任の観点から必要とされることとなる。ドイツ法では、民法典制定に際して売買における保証との調整が意識されつつも、請負において保証とは第一義には請負人が引き受ける給付義務の内容を意味するものとされ、この義務違反があっても直ちに請負人の保証責任に基づく損害賠償責任は基礎づけられないものとされた。従って、請負において瑕疵ある仕事に基づく請負人の損害賠償責任は、原則として過失責任とされたのである（六三五条）。民法典制定後、

売買において判例・学説は売主の無過失の損害賠償責任を基礎づける保証には、保証を引き受ける売主の意思を必要としたのと平行に、請負にも保証に区別を設けるに至る。すなわち、請負人の給付義務の内容を画する性質合意、従属的保証および独立的保証である。そのうえで判例は、売買において比較的容易に従属的保証を認定するのに対して、請負では性質合意しか認めない傾向にあるという。つまり、請負においては一般に第一次的給付義務の実現に保

証が向けられることとなっている。従って、請負人の第一次給付義務である仕事完成義務と瑕疵担保責任規定にある修補義務との関係が、請負契約における保証責任のあり方を論じるうえでポイントとなる。

ドイツ法において請負人に対する注文者の履行請求権は、「引取」時から瑕疵担保責任規定に基づく瑕疵除去請求権に限定されることとなる（「引取の集中効」）。これら両請求権の差異がもつとも鮮明に現れるのは、引取後に注文者の再履行請求権が認められ得るか否かであるという。かつての判例・学説は瑕疵除去請求権を履行請求権と同質であるとしつつも、引取により限定された履行請求権として理解していた。従って、引取前では注文者が請負人に対して履行請求として再履行を求めるとも瑕疵除去を求めるとも可能であるが、引取後にはもはや再履行は求め得ないと解されることとなる。しかし、請負人は仕事の完成について広範な裁量を有しており、合意された契約目的の達成のために、請負人がいかなる方法によってそれを実現するかはその裁量範囲である。このことからすれば、引取により請負人が瑕疵除去に限定されるいわれはないとの見解が支配的となる。再履行と瑕疵除去は相対的であり、手段の相違にすぎず、あるいは再履行の妥当性をめぐる検討の要

請といった様々な根拠が提唱されている。いずれにせよ、引取を機軸とした履行請求権の質的な限定ドグマは廃棄されるべきものとされ、判例も「再履行とは必要な範囲において最大の修補のことである」として、注文者に引取後の再履行請求権を認めるに至った。債務法改正委員会草案においても、注文者からの追履行請求に際して請負人が再履行と修補を選択できるとされているのは、こうした趨勢を反映するものと評しうるといふ。

以上のドイツ法の検証成果は、従来「完成」という客観的な基準により不完全履行と瑕疵担保責任を区画してきた我が国の判例・学説に対する批判へと反映される。すなわち、判例が種類売買で培った「履行としての認容」という主観的な要素を請負に導入し、不完全履行と瑕疵担保を区画すべきことが提唱される。そして、不完全ないし瑕疵を判断する基準となる合意内容にまず性質合意が位置づけられることにより、請負における履行次元での性質保証概念の位置づけが明らかとされる。さらに、個別の契約において請負人に損害担保の意思が含まれる場合には、救済次元の問題として無過失の保証責任が基礎づけられる。なお、瑕疵担保責任に基づく注文者の修補請求権の内容に再履行請求が含まれるのか否かも、それを肯定すべきであり、こ

うした請求が認められるのは解除と実質的に同様であることから、解除を制限する六三五条但書の射程外のケースと位置づけるべきものとする。

最後に第六章では、近時の保証責任をめぐる議論が検討される。ドイツの債務法改正委員会草案は、既にフーバーの鑑定意見が不履行に基づく損害賠償責任の帰責原理として保証責任を原則としたのに対して、保証をなお過失と並ぶ帰責原理の一つに位置づけるにとどまる。しかし、ここにおいて保証責任が過失と並ぶ帰責原理として確認され位置づけられたことに意義が見出されるといふ。瑕疵担保責任との関係では、債務法改正委員会草案において瑕疵担保責任制度が廃棄され義務違反概念へと統一されながらも、従来からの性質合意、従属的担保、独立的担保の概念がなお維持されている。さらに、期間つき保証については独立した規定が設けられ、保証期間内に瑕疵が生じた場合には売主および請負人が瑕疵のない目的物の引渡があったことを証明しなければならぬこととされている。こうした帰責原理としての保証責任とは、つまるところ、「債務者による一種の『危険引受け』または法定の『危険割当て』のモメントによるものであり、この点こそが保証責任の核心をなすもの」と結論されている。

### 三 論評

債務不履行責任における「過失責任の原則」が何時から我が国で唱えられるようになったのか定かではないが、債務不履行責任のいわば唯一の帰責原理として墨守されてきたように見受けられるのは些か奇妙ではある。かつては、この過失責任原則に基づいて、債務者自身の過失に帰され得ない履行補助者の故意過失についての債務者の責任も否定されていた<sup>(6)</sup>。我が国の民法四一五条は、履行遅滞・履行不能という債務不履行類型に必ずしも対応しないより開かれた構成要件を備えていることは夙に指摘のあるところであるが、それと同時に「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」もまた開かれた構成要件と評しうる。判例・通説は、これを「債務者の故意・過失または信義則上これと同視しうる事由」としつつ、事実上後者の例としては履行補助者の故意過失およびせいぜい履行遅滞後の不能のみを認めてきたにすぎない<sup>(8)</sup>。先述のように、既に債務者の帰責事由に保証の要素も含まれるべきとの見解もあつたが、著者はこれを支持しつつ、まさに帰責原理として過失と保証とを併置すべきことを主張するに至るものと思われる。本書の最大の眼目は、債務不履行における帰責原理としての保証責任の内容と位置づけにあるということができ、その結論はこうし

た四一五条の帰責事由解釈へと至ることとなるものと思われる。

著者自身も指摘しているように、近時フランス法の結果債務・手段債務論から、結果債務においては結果の不達成にこそ債務不履行が存在し、当事者の意思を根拠とした無過失責任が基礎づけられるとする見解が有力に主張されている。この理論の導入に対して、あらゆる債務には手段性と結果実現性が備わっていて、必ずしもそのモメントにより債務の類型化を図ることはできない、あるいは結果債務と手段債務の具体的な区画が困難であるとの批判が向けられているのは事実である<sup>(9)</sup>。しかし、過失責任原則を見直す契機として重要な主張であることもまた紛れもない事実であろう。このように、いわば個々の債務の性質から債務を大きく類型化して結果債務における債務不履行責任の帰責原理を過失以外の要素に求める試みは、売買や請負における売主や請負人の債務を結果債務の典型と位置づけ、そこに無過失責任の原理を持ち込む基礎を与えている。

他方で、ドイツ法における保証責任論は個別の保証モメントに着目し、その保証モメントの多様性を前提にしつつ債務者の無過失責任を基礎づけようとする理論であり、フランス法の結果債務・手段債務論とは方法的に大きく隔た

ることとなる。例えば、既に指摘のあるところでは、履行補助者についての債務者の責任は履行補助者を利用する際の債務者の保証がその債務者の責任の拡張を基礎づけるのである。<sup>(10)</sup>あるいは、市場等からの債務者の調達義務や他人物売買等における権利供与義務では、そこに調達保証のモメントが見出されることにより調達ないし権利供与債務者の無過失責任が認められうる。<sup>(11)</sup>このように、およそ債務者の性質によって大きく二分類するのではなく、個別の債務に持ち込まれる保証モメントを類型化することにより、それに基礎づけられる保証責任としての無過失責任を過失責任から区画する手法である。

フランス法流の結果債務・手段債務論とドイツ法流の保証責任論の概括的な比較優劣を論じることが、もはや生産的な成果をもたらすものではないように思われる。むしろ、それぞれのアプローチから、それらに基礎づけられる無過失責任の内容と限界が具体性をもって検証・比較されたいうえて、その共通する領域と異なる領域の明確化が図られるべきであろう。そして、結果債務の典型と指摘される売上の引渡債務や請負人の仕事完成債務に給付の契約適合性も包含されると解した場合、本書が示したドイツ法の性質保証論がこの契約適合性の領域においてフランス法の成果と

符合する結論を示すことに注目すべきであろう。<sup>(12)</sup>売買や請負契約における瑕疵担保責任の無過失責任原理は、結果債務論からも性質保証論からも基礎づけられることとなる。

もちろん、この成果が示すのは五七〇条や六三〇条自体を無過失の損害賠償責任を定めた規定と理解すべきことを直ちに意味するものではない。無過失の損害賠償責任を瑕疵担保責任論においてどのように構成すべきかという点は別問題である。その意味では、本書がその点について明確な解釈の方向性を示唆していないのも当然である。しかし、性質保証責任をいかに瑕疵担保責任論の枠に位置づけ構成するのは、このテーマを扱う際に避けることができない解釈論上の問題ではないであろうか。あるいは、この点は評者がこの問題に関心を特に示してきたことからする独りよがりな注文であることも危惧しいではない。いずれにせよ、この点に関する著者の今後の議論展開に注目したい。

本書が示唆する最も重要なテーマは、性質保証責任の具体的な範囲やその効果というよりも、むしろ保証責任を基礎づけるモメントの摘示にあるものと思われる。すなわち、過失責任原則を前提に、そこに設定された危険分配の原理を修正する「危険の引受け」ないし「危険の割当て」のモメントである。ドイツ法がこの点について売主や請負人の

損害担保の意思に「危険の引受け」モメントを求めるところが示されており、相手方の信頼要素を注視すべきであるとの有力な異論も紹介されつつ、基本的にはこの意思原理に保証責任の本質を求める方向性が示唆されているものといえよう。評者もリスク分配法理として様々な制度の見直しを図る方向性の示唆に共鳴を覚えるが、なおいくばくかの疑問も払拭し得ない。

そもそも、過失責任で予定されているリスク分配のあり方が議論の起点として提示される必要があるのではなからうか。夙に指摘されているのは、過失責任の帰責原理を意思原理へと還元することへの疑義であり、とりわけ行為者の内面的な非難可能性から客観的な行為義務違反へと過失内容が転換されたとき、過失そのものをいかに意思原理によって基礎づけうるのかという問題がある。こうした帰責原理自体の説明には既に信頼原理が提唱されてきており、意思原理と信頼原理の相克の図式は保証責任に限らず、広く帰責論さらには法律行為論の根幹にかかわってきたといつて良いであろう。その反面、保証責任論の特殊性はその点に明確に示されるものではないともいえそうである。さらに、過失責任におけるリスク配分と保証責任でのリスク配分の具体的な差異が少なくとも契約適合性の領域でいか

に現れるのであろうか。個別の意思に基づく「危険の引受け」が個別具体的には基準となるとしても、類型的に示される「危険引受け」のあり方が必ずしも明確ではないと感じられる。実は評者がこう感じるのには、先に指摘した瑕疵担保責任論の具体的な解釈論の提示が本書に必ずしも明確にされていないことに起因するのではないかと考える。例えば、五七〇条自体に保証責任を見出すとすれば、これは法律による「危険割当て」となり、当事者の具体的な意思から離れた法定のリスク配分根拠が示されなければならぬこととなるやもしれない。あるいは瑕疵担保責任が問題となる場合で、債務者の免責が認められるか否か、認められるとすればいかなる範囲で認められるのか、この点についてもやはり具体的な摘示が待たれるのである。

本書は、請負契約における瑕疵担保責任論について、その基本構造につき注目すべき提言を行っていると評しうる。すなわち、従来我が国の通説・判例が行ってきた「完成」概念を基軸とする瑕疵担保責任と不完全履行との領域区分論を批判し、注文者の主観的な要素を両者の適用領域区分に持ち込むべきとの主張である。<sup>(13)</sup> ドイツ法では、両者の適用領域を区分する要素として「引取」概念が存在する。我が国でも既に指摘があるように、この「引取」(Abnah-

me)「概念は、売買における「引取」が物理的な目的物の持ち去りであるのとは異なり、注文者の主観的な要素、すなわち給付目的である仕事を債務におおよそ適合したものであるとして承認するものである。これは売買における「履行」としての受領 (Annahme als Erfüllung)」に対応する。ドイツ民法草案の審議段階ではこのことが確認されたにもかかわらず、最終的な編纂段階で文言の修正がなされなかったにすぎないのである。<sup>15)</sup>従って、本書が提唱するように、これに対応する構成を我が国でも採用するとすれば、請負における不完全履行と瑕疵担保責任は「履行としての受領」概念を契機に時的に区分されることとなる。この時的区分論は、売買において「履行としての受領」概念を契機にして不完全履行と瑕疵担保責任の適用領域を時的に区分する近時の有力な見解と対比可能な構成となる。

もっとも、仮に我が国の解釈論として請負における時的区分論を肯定するとしても、売買と請負における「履行としての受領」概念に差異があることに注意が必要であろう。すなわち、売買においては「隠れた瑕疵」が瑕疵担保責任の成立要件として必要とされるのに対して、請負ではこの要件が欠落するため、売買における「履行としての受領」とは給付を債務に完全に適合するものとして買主が受領す

ることであるのに対して、請負では給付を債務におおよそ適合するものとして注文者が受領すれば足りることとなる。前者は「性状承認」、後者は「客体(性)承認」として概念的に区別されるのである。<sup>16)</sup>この差異の由来、差異に由来する瑕疵担保責任の効果の差異等、なお検討すべき事項は多く残されているが、必ずしも我が国で従来定着を見なかつた請負契約における時的区分論が本書によって提唱されていることは、保証責任論の観点からも時的区分論に基礎が与えられる点で注目されて良いであろう。もっとも、請負における保証責任論に立脚する時的区分論が売買における時的区分論にもそのまま敷衍されるのか否かは定かではない。しかし、履行次元での保証責任として「あるべき給付義務」が性質保証によって確保されるとすれば、売買契約においても請負契約と同様の時的区分が妥当する余地は十分あるものと思われる。<sup>17)</sup>

本書は、履行次元の保証として性質合意により請負契約の給付義務の内容自体が画定され、それに沿った履行請求権が成立すると説く。問題となるのは、これが「履行としての受領」を契機に瑕疵担保責任に基づく「修補」請求権に縮減・限定されるか否かである(ドイツ法にいう「引取の集中効」)。本書は、ドイツ法の詳細な検討を踏まえて、

履行としての受領以降にもなお再履行請求権が認められるべきことを示唆する<sup>18)</sup>。もつとも、著者も指摘するように、我が国の解釈論として「瑕疵修補」という概念が再履行という概念と矛盾する可能性、あるいは解除制限を定める六三五条但書との関係等がなお検討課題となるであろう。この点も本書は検討課題として解決を具体的には与えていないため、将来より詳細な解釈論が展開されるものと思われる。ところで、ドイツ法では近時引取後の再履行が問題とされることにより「引取の集中効」が否定される趨勢があり、これを踏まえたうえで債務法改正委員会草案は注文者の追履行請求権に対して請負人に修補と再履行との選択権を認めるべきとの規定を提案していることが紹介されている。仮に、こうした方策が我が国でも有用であるとすれば、我が国の民法が注文者に瑕疵修補請求権しか認めていないとしても、請負人に修補と再履行の選択権が認められるとの解釈により、なお時的区分論は維持可能であると思われる。

問題は、この請負人の選択権の理論的根拠であるが、評者はこれを「給付危険」概念によって説明が可能であると考<sup>19)</sup>えている。すなわち、注文者が仕事を検査し一応完成した給付として承認する場合、つまり「履行として受領」する

場合には、これにより仕事完成に向けられた履行請求権は注文者側から見れば修補請求権に限定されることとなる。

もちろん、性状承認をしたわけではないため、修補の可能性はなお残されるのである。これは請負人からすれば仕事の全面的なやり直しをすることを原則として免れることを意味するわけであり、その限りで全面的な仕事完成義務は修補義務へと縮減される。すなわち、請負人の「給付危険」は縮減されたこととなる。しかし、これはあくまで全面的に請負人が負っていた「給付危険」が一部免責されることを意味するにすぎないのであるから、その利益を享受する請負人がその利益を放棄することは自由であろう。「履行としての受領」により縮減された給付危険を請負人がその利益を放棄することにより当初の全面的な給付危険の負担へと引き戻すことは請負人の自由である。ここに、縮減された給付危険としての修補義務と全面的な給付危険としての再履行義務との選択権が請負人に委ねられる理論的な基礎が見出されるように思われる。こうした解釈論が可能であるのか否か、評者は著者に問うものである。

#### 四 おわりに

本書において、性質保証という瑕疵担保責任がかかわる

複雑で難解なテーマについて、著者が傾けられた非常に丹念で詳細な検証作業への努力と簡明な整理・論述にまず驚嘆せずにはいられない。売買については、おそらくドイツ法の込み入った瑕疵担保責任規定との関係で、必ずしも我が国の解釈論に直結するわけではないであろう議論も数多いものと推測される。それにもかかわらず、丹念にドイツ法さらにはアメリカ法の議論を検証される意義は決して過小評価されるべきではないであろう。それにもまして、我が国で従来あまり議論が展開されてこなかったメーカーの保証書に基づく責任や賃貸借契約における原始的瑕疵の問題については、本書がまさに先駆的業績の一つとなるであろう。それらと比べて、請負契約については比較的我が国の議論との結びつきが前面に立てられているように見え、その点で解釈論としての成果が見えやすいように思われる。いずれにせよ、本書がまず提示する履行次元と救済次元の保証責任の視点、性質保証、従属的保証、独立的保証の区分、「危険引受け」「危険割当て」としての保証責任論の根拠、こうした本書の根幹部分は、今後の我が国の保証責任論の礎と評価されるべきものと思われる。

従来我が国では、帰責原理としての保証責任に関心が集中していたように思われる。もちろん、本書でも救済次元

の保証責任として過失責任と併置されるべき帰責原理としての保証責任論に一定の比重が置かれているのも事実である。しかし、賠償責任の範囲についても保証責任の射程が及ぶことについては必ずしも十分な認識が従来共有されてきてはいなかったと思われる<sup>(21)</sup>。債務構造論が提示してきた保護義務と本書が示す保証責任の関わりが、理論的な関心として今後さらに議論されることを期待するが、この点でも本書の果たす役割は大きいであろう。さらに、保証責任論は救済次元の問題としてだけではなく、履行次元としても議論されるべき素材を多く提示するであろう<sup>(22)</sup>。いったい、保証責任から発生する「給付」とは何であろうか。この点については、於保博士が既に「担保する給付」として独立した給付類型としての保証責任を論じられており<sup>(23)</sup>、近時それも再評価する見解が登場している<sup>(24)</sup>。保証自体が給付内容となる保証と救済特約としての保証の関係、つまり、履行次元の保証と救済次元の保証との関係について、今後の広範で多面的な研究の発展が望まれよう<sup>(25)</sup>。

(1) 我が国の瑕疵担保責任をめぐる議論の詳細については、  
 円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編・民法講座5契約(有斐閣・昭和六〇年)一八五頁以下を参照。

(2) 半田吉信・担保責任の再構成(三領書房・昭和六一

- 年) 九・一〇頁。
- (3) 円谷峻・契約の成立と責任〔第二版〕(一粒社・平成三年) 二〇一頁。なお、性質保証論については、我が国における円谷教授による先駆的な業績として、円谷峻「性質保証(品質保証)からみた瑕疵担保責任——性質保証の意義を中心にして——」The Law School 三三三号(昭和五六年) 五五頁以下がある。
- (4) 下森教授は、「買主の『受領』に焦点をあてた研究は近時続いており、これが第四の波となるかどうか、興味深い。」とされている。下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」五十嵐清先生他古稀記念論集民法学と比較法学の諸相Ⅲ(信山社・平成一〇年) 一九〇頁。
- (5) 吉田邦彦「債務の各種——『帰責事由』論の再検討——」星野英一編・民法講座別巻2(有斐閣・平成二年) 一頁以下、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について——債務不履行における『帰責事由』——」鈴木祿弥先生古稀記念・民法学の新展開(有斐閣・平成五年) 一〇九頁以下。
- (6) 例えば、石坂音四郎・日本民法第三編債権・第一卷(有斐閣書房・明治四四年) 四一二頁以下、鳩山秀夫・日本債権法総論(岩波書店・大正一四年) 一二八頁以下。
- (7) 平井宜雄・債権総論〔第二版〕(弘文堂・平成六年) 四八頁以下。
- (8) 長尾治助・債務不履行の帰責事由(有斐閣・昭和五〇年) 五六頁以下は、債務者の帰責事由の内容として債務者の過失、遅滞後の不能、履行補助者の故意過失の諸項目を挙げ、それぞれについての判例を詳細に検討している。
- (9) 奥田昌道「民法学のあゆみ」法律時報六七卷一一号(平成七年) 七〇頁以下、奥田昌道編(北川善太郎) 注釈民法(10)(有斐閣・昭和六二年) 三九三頁、三九九・四〇〇頁。
- (10) 落合誠一・運送責任の基礎理論(弘文堂・昭和五四年) 七七頁。
- (11) 調達債務と調達保証については、拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(二)——種類債務の合意による特定を契機として——」法学研究六九卷六号(平成八年) 四六頁以下。
- (12) 森田助教授が「売主が一定の瑕疵なき物の給付を確実に合意したのであれば(結果債務の場合)、瑕疵ある物の給付は直ちに売主の過失(帰責事由)を構成する」と指摘される点は、まさに性質保証論と内容的に符合するであろう。森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権に関する一考察(三・完)」法学五五卷三号(平成三年) 一〇二頁。
- (13) さしあたり、拙稿「長尾治助『債務不履行の帰責事由』」加藤雅信代表編・民法学説百年史(三省堂・平成一年) 三四四頁。

(14) 既にこうした解釈論を提示する見解が存在する。近時では例えば、下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法学一四五―一四六号(昭和六三年)四九六頁以下、潮見佳男「請負の瑕疵担保責任の法的性質と損害賠償」阪大法学三九卷三―四号(平成元年)四九九・五〇〇頁。

(15) 下村・前出注(14)四八〇・四八一頁。

(16) 下村・前出注(14)四九七頁以下。

(17) 売買における時的区分説にも近時多様性が見られる。

例えば、責任領域区分の基軸とされる「履行としての受領」についても、それを性状承認と理解する見解と客体承認と理解する見解に分かれる。前者の見解には、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号(平成元年)一三五頁、拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(四)——種類債務の合意による特定を契機として——」法学研究六九卷九号(平成八年)六四頁以下があり、後者

には、下村・前出注(14)五〇〇頁以下、潮見佳男・契約規範の構造と展開(有斐閣・平成三年)一九六・一九七頁がある。藤田助教教授の見解は性状承認に加えて、瑕疵担保権を留保した客体承認をも肯定されるため、後者に属するものと解すべきであろう。藤田寿夫・表示責任と契約法理(日本評論社・平成六年)一二六頁以下。

(18) この問題については、近時も引き続きドイツ法に関する

研究が公にされている。例えば、原田剛「注文者の新規製作請求権に関する一考察(一)(一・完)」法学論叢一四〇巻五号(平成九年)五五頁以下、一四三巻三号(平成一〇年)七八頁以下、同「注文者の瑕疵修補請求権の構成」奈良法学会雑誌一一巻四号(平成一年)一頁以下など。

(19) 「履行としての受領」による債務者の給付危険からの解放効果については、とりわけ種類債務の特定と給付危険移転効果を基礎に論じたことがある。売買では、売主の性状承認により給付危険が買主に移転すると共にその際の隠れた瑕疵を契機とした瑕疵担保責任の適用関係を論じたのである。拙稿・前出注(17)六四頁以下参照。請負では原則として客体承認による請負人の給付危険の縮減が問題になるであろう。性状承認と客体承認との差異は、債務者の給付危険からの解放か給付危険の縮減かに現れることとなる。なお、客体承認による給付危険の一部移転ないし縮減を論じるのは、潮見佳男「種類売買と担保責任・債務不履行責任」法学教室三三二号(平成二年)六二頁。

(20) この問題については、浜上則雄「品質保証の法的性質」ジュリスト四九四号(昭和四六年)一四頁以下、北川善太郎・現代契約法Ⅱ(商事法務研究会・昭和五一年)一九九頁以下、円谷峻「欠陥商品に対するメーカーの責任」遠藤浩他編・現代契約法大系・第四巻(有斐閣・昭和六〇年)一九三頁以下等が先行業績として挙げられるであろう。

(21) この点を夙に指摘するのは、円谷峻「ドイツにおける不履行損害論——ドイツ民法四六三条をめぐって——」横濱経営研究二巻一号(昭和五六年)五五頁以下、藤田・前出注(17)一三二頁以下。

(22) 客観的瑕疵概念から主観的瑕疵概念への瑕疵概念の変容との対応関係における従属的保証責任の範囲に着目する研究として、渡邊拓「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸法学雑誌四七巻二号(平成九年)三七二頁以下がある。

(23) 於保不二雄・債権総論(新版)(有斐閣・昭和四七年)二五頁以下。

(24) Naoki KANAYAMA, De l'obligation de <couverture> à la prestation de <garantir> - Donner, faire, ne pa faire... et garantir?, in Mélanges Christian Mouly, 1998, Paris, pp.375 et suiv. 金山直樹「サフリース契約の法的性質(2)」民事研修五一〇号(平成十一年)二二頁以下。

(25) 本書については、既に高橋真教授による優れた書評が存在する(民商法雑誌二二二巻一号(平成十一年)一五九頁以下)。高橋教授の書評は本書の内容を保証責任論の観点から受け止め論評する内容で、書評として止当な形で本書の意義と課題を摘示する。この優れた書評があるため、本稿は敢えて意識的に性質保証概念の解釈論的な位置づけ

の可能性を観点として本書の論評を試みた。書評という枠組みでのこうした論評が許されるものであるか、果たしてそうした目的での論評がどの程度成功したのかは心許ないが、評者の意図がご理解いただければ幸いである。

(弘文堂・一九九九年・A五判・四八〇〇円)

北居 功