

Title	瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(2・完)： 売主と買主の瑕疵担保責任における利益調整のあり方
Sub Title	Le vice caché, le delai de la denonciation et le bref delai dans le contrat de la vente (2)
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2006
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.6 (2006. 8) ,p.395- 442
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	民事実務フォーラム
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20060815-0395

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.

瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(2・完)

——売主と買主の瑕疵担保責任における利益調整のあり方——

平野 裕之

第1章 はじめに

- (1) 本稿の視点
- (2) 「隠れた」瑕疵でないと売主の責任がなくなるのは何故か
- (3) 隠れた瑕疵 = 買主の善意無過失か

第2章 民法の起草過程と比較法

1 旧民法について

- (1) ボアソナード草案
- (2) 旧民法
- (3) 旧民法についての学説

2 現行民法の起草過程及び起草者の見解

- (1) 現行民法の起草過程
- (2) 起草者の見解

3 若干の比較法

第3章 「隠れた」瑕疵をめぐる学説・判例

1 学説の状況

- (1) 戦前の学説
 - (2) 戦後の学説
- ### 2 判例の状況
- (1) 最上級審判決
 - (2) その他の裁判例 ((c)まで5号)

3 判例・学説の分析

- (1) 隠れた瑕疵を買主の善意無過失とする意義
- (2) 隠れた瑕疵を買主の善意無過失とすることについて

第4章 買主の検査通知義務及び権利行使期間

1 瑕疵の検査通知義務について

- (1) 商法526条の沿革・問題点

(2) 商法526条の趣旨及び解釈上の問題点

2 権利行使期間と重ね合わせての考察

(1) 立法例の整理

(2) 立法論としての提案

第5章 終章——本稿の解釈論的結論の提示

(1) 種類物売買——受領後のみが問題になる

(2) 特定物売買——「隠れた」瑕疵要件は契約適合性と買主の善意に解消可能

(3) 冒頭の疑問への解答（以上、本号完結）

第3章 「隠れた」瑕疵をめぐる学説・判例

1 学説の状況

2 判例の状況

(1) 最上級審判決

(2) その他の裁判例（(c)まで前号）

(b) 隠れた瑕疵否定例2——法律的瑕疵

2d-1 東京高判昭27・7・11下民集3巻7号955頁 建物の売買契約において他人の所有名義になっていることが「瑕疵」と主張され、隠れた瑕疵かが次のように議論されている。「およそ売主以外の第三者の所有名義に登録せられている建物を買受ける者が一般普通人に要求せられる程度の注意を以てすれば或は買主への登記が不能になるかも知れぬ虞のあることは当然予期すべきものと認められる。控訴人が本件建物を買受けたとき登記簿上は隈本の所有名義となつていて被控訴人の所有名義でないことは知っていたのであるから控訴人としては移転登記を受けられないことになる虞もあることは当然予期すべきことである。仮令控訴人において取得登記が容易にできるものと信じたとしてもそれは一般人に要求せられる程度の注意を欠いて取得登記が不能になるかも知れぬ瑕疵を軽率にも見落したものと判断せざるを得ないのでこれを以て建物に隠れた瑕疵があつたと認めることができない。」

2d-2 東京地判昭40・10・21判タ185号142頁 「原告は本件土地に建坪13坪ほどの建物を建築しそれを住居兼工場……として使用する目的で本件売買契約を結んだことが認められるから、……本件土地のうち高圧架空電線の直下およびその両側各3メートル以内の部分には建物を適法に建築することができず、その適法な建築が可能なのは東南の隅におよそ2坪5合たらずであるということは本件売買契約の目的物たる

借地権に瑕疵（以下本件瑕疵という）があるものといわなければならない。そこで、本件瑕疵がはたして隠れたものといえるかどうかについて考えるに、高圧（電気工作規程にいう特別高圧を含む。以下同じ）架空電線と低圧のそれとは使用されている電線の直径の太さなどから通常比較的容易にこれを識別することができ、また高圧架空電線の下方に建物（とくに工場としての）を建築しようとする者は通常その高圧架空電線の存在に危険を覚え、はたして建物を適法に建築できるかどうかにつき不安を抱くであろうことは経験則上認められるところである……。」「もつとも、工場建築の目的で土地の借地権を買受けようとする通常人に電気工作物規程の内容を知っていることを要求することは苛酷にすぎ、また高圧架空電線に流れている電流かはたして何ボルトであるかは一見して明らかであるとはいえないから、建物の建築が禁止されるのが具体的にどの範囲であるかを一見して知ることは困難であるといわなければならない。」「しかしながら、……工場建築の目的で土地の借地権を買受けようとする通常人がその土地の上空を通過している高圧架空電線の存在に危険を覚え、はたして右電線の下方に建物を適法に建築できるかどうかにつき、不安を抱く以上、たとえば地方公共団体の建築行政を担当する係員に質問するなどして調査をするなどある程度の注意を用いたならば、建物の建築が禁止される具体的な範囲を知ることが比較的容易であるといえるから、このような場合には高圧架空電線のために建物の建築が禁止されるという瑕疵はそもそも隠れたものとはいえないと解するのが相当である。」

2d-3 東京地判昭43・11・4判タ230号276頁 「売買の目的物に瑕疵があつても、買主がその瑕疵の存在を知っているか、または知らないことにつき過失がある場合には旧民法第570条にいう隠れた瑕疵があるということはできない。本件においては、私道部分が売買前から私道として使用されていたものであり、売買当時原告もそのことを知っていたことは当事者間に争いが無い。一般に、私道として利用されている土地を宅地として利用するには、住宅地においては建築基準法等の法的規制を受けることが当然予想されるのであるから、表見上私道として利用されているのを知つてその土地を宅地として買受ける買主は、右の土地利用の変更がかかる規制により許されないかどうかを調査検討する注意義務がある。そのような調査をすれば、私道を宅地として利用できないことを知りえたはずであるから、原告が本件私道部分が宅地として利用できないことを知らなかつたとすれば、それはかかる注意義務を果さなかつたことによるものと推認しなければならない。そうすると原告には、本件私道部分を宅地として利用できないものであることを知らなかつたことにつき、過失があるから、本件瑕疵は隠れた瑕疵ではない。」

2d-4 福岡高判昭45・9・22下民集21巻9・10号1321頁 海難品である米国製脱脂粉乳について、買主である控訴組合においても海難品であることは了知していたおり、品質自体にも控訴人主張のような瑕疵が存在したものと認められないとしつつ、法律上の瑕疵を次のように問題とする。

「厚生省公衆衛生局環境衛生部食品衛生課長の指示およびこれにもとづく後藤技官の被控訴会社に対する示達の内容にてらせば、右後藤技官の示達は、行政機関の規制的行政指導であつて、それ自体法的強制力をもたず、またなんらの法的効果をも伴わない事實的処分である……が、右示達の内容にてらせば、これに違反して本件粉乳を食用に使用した場合、食品衛生法第22条により営業の全部もしくは一部の禁止または停止という行政上の不利益処分を課せられる危険性があることは全く否定できないところであり、かつ権限ある行政機関が明らかに指示したところに従つて行動する者の信頼利益はこれを保護すべき必要があり、あわせて買主の正当な期待を保護するために瑕疵担保責任における瑕疵の範囲はできるだけ広く解すべきであるとの立場に立つて考察すれば、右示達をもつて法律上の瑕疵と認めるのが相当である。」「そこで右法律上の瑕疵がいわゆる隠れた瑕疵にあたるか否かについて検討するに、第二回目の取引が行なわれた昭和36年2月18日当時、控訴組合は右示達の内容を被控訴会社から説明をうけたのに拘らず、敢えて本件粉乳を買い上げたことは前認定のとおりであるから、少なくとも右第二回目の売買についてはいわゆる隠れた瑕疵が存在していたものといふことはできないといふべきである。」（第1回目についても、1年の除斥期間経過を理由に責任を否定し、原告の請求を一切棄却している）。

2d-5 東京地判昭47・12・11判時708号57頁 「本件建物に建ぺい率違反の事実があることおよび東京都北多摩西部事務所から敷地面積是正の指示を受けており、手続上指示どおり是正したものと届けてあるが、是正前の敷地面積額売却することの説明をし、債権者の了承を求め……債権者〔注——買主〕もこの説明を了承して売買契約書に調印したこと、その後その席上で、債権者の要望により、『万一建ぺい率の違反により行政処分を受け、取りこわされた場合その損害は売主が負担するものとする』旨の特約条項を設けることに債務者らが同意し、右文言を契約書に書き加え、契約の締結を完了した。」「右事実によれば、債権者は、本件建物にその主張の如き建ぺい率違反のあることおよび本件土地の敷地面積の是正は特定行政庁の形式上の届出に止まることを知りながら本件契約を締結したものと認められる。……そして本件建物の建ぺい率違反の程度が比較的軽微であること、債務者らが前記の特約を付していることを考慮すると、右建ぺい率違反の点をもって、ただちに債務者らに売主の義務につい

瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(2・完)

ての違反があるとはいえない。従って、債務者らの債務不履行を理由とする債権者の契約解除の意思表示はその理由がない。「そこで進んで瑕疵担保責任を理由とする契約解除について検討する。前記認定のとおり、債権者は、本件契約締結の際、本件建物に建べい率違反のあることを知っていたことが認められるので、右違反の事実が民法570条にいう『隠れたる瑕疵』に当たらないことは明らかである。従って債権者の同条項に基く契約解除の主張も理由がない。」

2d-6 東京地判昭53・2・27判時904号77頁、金判561号44頁（【判例評釈】三浦潤・判タ390号114頁） 土地の売買契約において登記簿上齊藤の仮登記があるため、直ちに所有権移転の本登記を経由することができず、金60万円を支払ってその承諾書を取得し、所有権移転登記を経由した事例において、瑕疵担保を理由に損害賠償を請求した事例。「齊藤の右仮登記の順位は被告の右仮登記の順位に劣後し、究極的には被告の本登記を承諾すべき義務があるものではあるが、同人が任意に承諾する意思はなく、承諾に代わる確定判決を取得せざるをえない状況にあったのであるから、少なくとも承諾請求訴訟を提起し、その費用を出捐することを免れないから、齊藤の仮登記の存在は、本件土地の「瑕疵」というべきであるが、その登記簿を一旦見すれば、容易にこれを知ることができるのであるから、「かくれた」瑕疵ということとはできない」

2d-7 広島地判昭54・3・23判タ392号163頁 原告（買主）がマンションの7階部分を購入する契約締結後、バルコニー部分はその利用上大きな物置、テーブルを常置するなど右避難通路としての使用を妨げるような利用は認められないことを、契約当初被告から説明を受けず、パンフレット等に記載もなく、入居説明会でもその説明がなく、入居後に本件マンションで避難訓練を受けた際、はじめて避難通路であつて同通路を塞ぐような利用はできないものであることを知り、買主により瑕疵担保責任が主張された事例。

「民法570条所定の「瑕疵」とは売買の目的物が通常有すべき構造、性状等を有しない場合をいうものと解されるところ、本件バルコニーがマンション7階居室に附属するバルコニーとして通常の構造を有するものであることはもとより、その利用制限という点も、火災等緊急時の避難通路としての使用を妨げるような利用ができないというだけで、その制限の程度は大きくなく、バルコニーの利用として通常考えられる植木鉢を置いたり、余り大きくない椅子、テーブル、その他ロツカーを置くなども可能であり、そしてまた、元来本件のごときマンションでバルコニーが火災等緊急時の避難通路として利用されることは必ずしも特異なことではなく、〈証拠〉によつてうかがわれるとおり本件のごとき特に避難階段等の設置もない構造のマンションにおいて

は7階居室に附属するバルコニーが避難通路として利用される可能性も推測に難くないところで、本件バルコニーは前記のとおりマンションの建築確認においても他の消火設備等との総合的関連で右マンションの避難設備の一つとされているのであり、したがってこのような構造を前提に売り出しも行なわれるのであつて、これらからすると、本件バルコニーは、特に売主が避難通路としての利用制限がない旨明示したような格別の場合のほか（本件ではそのような事実は認められない）、売買の目的物として通常有すべき構造、性状を有しないものとも認められず、つまり「瑕疵」あるものとはいえない。のみならず、……被告が本件売買において右避難通路の説明を十分しなかつた点は取引信義上責められるが、原告も本件のごときマンションの一部を買受けるにあたり買主として取引上通常の慎重さをもつてすれば右説明を求めるなどして右避難通路としての利用制限のあることも知り得たものとみられ、取引上この程度の齟齬は受容すべき範囲内のことともみられるのであつて、結局、右は「隠れた」瑕疵ともいえない。」

2d-8 東京地判昭56・11・10判タ467号122頁 施設を建築する目的で山林を購入し、他人の山林を自動車で行き通れると思っていたがそうではなかった事例。「民法570条にいわゆる売買目的物の隠れたる瑕疵とは、その物が通常保有する性質を欠いていることをいうのであるが、右目的物が土地である場合、当該土地から公路にいたるまで、自動車で進入できないときには、その土地の利用を、事実上、制限し、その取引価格を引き下げるのであるから、土地の有体的欠陥の一種としての瑕疵と解することができるので、本件通路を本件土地の所有者が、自動車を以つて通行できないのは瑕疵に該るといふべきである。しかしながら、……本件通路には、甲州街道の入口に『この道は私道』と表示のある立札が掲げてあるほかに、その舗装は途中で跡切れるのであるが、その跡切れたところに、本件土地の方からの自動車の進入を拒むように、コンクリート・ブロックが置かれ、『ここから車両』とある立札が立つていること、その状況を見て、原告の代表者も、原告に本件土地を仲介した小田静男も、本件通路の通行権について不安を感じているにもかかわらず、この点について、付近の地主、或いは公的機関に疑問を質すようなことをしていないこと、原告は、自らも不動産の分譲等を行なつている業者であるが、ただ漫然と右小田に委せるだけで、それ以上、自ら調査に担ふようなことはしていない。」「原告が本件通路を自動車では進行できないことが、はつきりしてから、被告を訪れ通行権について質したところ、被告は事情を淡々と説明し、殊更に自分の方に手落ちがあると考えているようにはみえなかつたこと、却つて、被告の仲介人である玉野三男は、本件土地には東側に公路に至

る通路があるから、本件通路について触れる必要がないと判断していたことを認めることができ、これらの事実からは、被告が故意にこれを隠していたような事情は窺えない。他に、被告が本件通路を利用できる旨請負っていたことを推認させるような証拠はない。」

「以上の事実によれば、原告側の仲介人である小田には本件通路の通行権について調査不十分の謗りを免れず、原告の営業目的に鑑みると、原告の代表者が安易に右小田の言うことを信じ、また被告が本件通路の通行を請負つたものと信じたことについて、原告には普通になすべき注意を著しく欠いていたということが出来る。結局本件通路を自動車では通行できないことは、本件土地の瑕疵であるが右瑕疵は民法570条にいう『隠れたる』瑕疵に当るものということとはできない。」

3 判例・学説の分析

(1) 隠れた瑕疵を買主の善意無過失とする意義　まず、買主の善意無過失を隠れた瑕疵の要件とすることの意義を確認し、批判も合わせて述べておこう。

(a) 瑕疵は隠れていても悪意の買主を排除しうること　まず、客観的な瑕疵の性質からは隠れた瑕疵とされるような場合にも、たまたまその隠れた瑕疵を買主が知っていた場合に、売主の責任を否定できるという利点があるかのようである。確かに、「隠れた」瑕疵しか要件がなければそう解釈する必要があるだろう。しかし、570条の準用されている566条1項では買主の善意が要件とされており、敢えて、「隠れた」瑕疵という要件に、悪意の売主の排除をゆだねる必要はない。

(b) 瑕疵は表見のものでも過失のない買主を保護できること　判例[1a-1]は、点検すれば容易に分かるが、300マイル離れた税関内で収容処分に付せられていたので買主が点検できなかったという事例で、買主に過失がないので隠れた瑕疵とした。この判決の影響で、隠れた瑕疵が不表見の瑕疵という理解から、買主の無過失へと学説の理解が少しずつ変更されていったのである。

確かにこのような場合に買主を保護する必要はあり、買主保護の結論には賛成である。しかし、これを「隠れた」瑕疵のレベルで解決するのが適切なのか疑問であり、立法論としては、買主の善意という要件だけを残し「隠れた」瑕

疵という要件は削除すべきである。また、解釈論としても、「瑕疵」の解釈運用とこれまで等閑に付されてきた566条1項の買主の善意という要件だけで十分である。そして、「隠れた」瑕疵の下で議論されてきた内容は、繰り返すが、①「瑕疵」の解釈、即ち瑕疵あるものとしての売買がされているか否かという契約解釈によって処理されるべきであり、契約不適合（＝瑕疵）なしとするか、②それがクリアされ瑕疵が認められる場合につき、566条1項の善意（無重過失）の判断に解消すべきである。

(2) 「隠れた」瑕疵を買主の善意無過失とすることについて

(a) 一般的には支持されている 「隠れた」瑕疵を、注意をすれば容易に発見できた瑕疵と理解することについては、フランスにおいても同様であり、旧民法から現行民法になっても、起草者を含めてその説明がとりたてて変わったということはない。しかし、当初は、不表見の瑕疵と考えられ、そこでの過失とは、知らないことが許されない重過失と等しいものが考えられていたのである。

ところが、この要件が判例[1a-1]以後は買主の善意無過失と読み変えられることにより、取引安全保護における同じような過失が問題にされる余地がでてきてしまい、少なくとも定義の上では、重過失に限定されず取引通念上要求される注意を尽くさないことと、あたかも外観法理におけるかのような過失になっていく。

大正13年の大審院判決の評釈として、藤田東三「判批」『判例民事法大正13年度』309頁は、次のように述べて判決を支持しており、隠れた瑕疵の判断ですべてを解決することの限界、また、違和感があることを認めているのである。

「売買の目的物が直ちに点検し得る状態に在る場合とそれが遠隔の地に存在して居て買主が点検し得ない場合とは民法の精神から考えて『隠レタル瑕疵』の意味も分けて考えなければならない。民法は主として前の場合を想定して規定されたものであって所謂『隠レタル瑕疵』というのは表見的に非ざる瑕疵の意味であったことは推測できる。然し後の場合は物の瑕疵の性質その者は表見的なりとするも買主の善意無過失は保護されねばならない。この場合は瑕疵が

たとえ表見的であっても民法謂う処の『隠レタル』瑕疵に当るのである」。ここでは、無過失とすることは、(1)(b)の意義を認めるために主張されていることは注意を要する。

しかし、このような定義にもかかわらず、不合理さが判例において露呈していないのは、買主と売主との過失判断における基準の差から、不合理な結論が回避されるように運用されているからである。目的物は、購入の交渉段階では売主の支配下にあり、専門業者である売主と同様の注意を買主に要求できないのみならず、未だ受領していないので、商法526条の受領後の検査義務とも同様の注意を要求できないからである。結局、その定義にもかかわらず、結局は簡単に見ただけで分かるような瑕疵が想定されており、重過失といえるような場合しか排除されていないのである ((c)の判例の状況のまとめ参照)。

(b) 批判的な近時の学説がある

(ア) 無過失ということが買主保護のためになっている側面 このように買主が実物を見られない場合には、隠れた瑕疵であることを必要としないという処理をすべきであり、隠れた瑕疵という要件を空洞化すべきではないという批判がされている¹⁾。また、次のような高森教授による詳細な批判もされている。

「当事者が一定の使用を予定ないし前提したり、また、一定の形質・品質の具備を前提したりした場合には、その前提された使用や性質に不適合や欠けるところがあったなら、それに相応した売主の責任は当然発生するのであって(……)、特に『隠レタ瑕疵』でなければならないものではない」。大正13年について表見していないという物の客観的性質ではなく、表見し、露呈していても、買主が過失なくして知りえなかったならなお隠れた瑕疵であるとするが、「これは買主の主観的な注意義務を要求するものであって、隠れたという物の客観的性質、したがって目的物の性質に応じた一般的な普通の注意義務というのとはか

1) 三宅・前掲書322頁以下。

なり離れているもので、あまりに拡大されてはならないように思われる。」「点検することができない（……）場合には、買主が点検しえずつ点検していないことを売主も知っているわけであるから、取引上一般に一定の性質が具備されているものたることということは、暗黙のうちに保証されていたり条件ないし前提となっていることが多いであろう。そして保証、条件、前提となっているなら、隠れていることは必要ではない。」²⁾ (1337頁)

本稿もこれに賛成であり、①先ず、買主が知り得た場合には、契約解釈として瑕疵ある物としての売買がされたものとして、「瑕疵」を否定すればよく、また、②逆に、物自体としては表見の瑕疵であっても、現物を検査しえないなどの事情があれば、買主に悪意も過失もなければ、瑕疵担保責任による保護を認めてもよい（以上は「瑕疵」の解釈による）。③他方で、客観的には「隠れた」瑕疵といえても、買主が偶然瑕疵を知っていれば、悪意の買主であり瑕疵担保責任の保護を否定してもよいであろう。しかし、これは「瑕疵」の問題ではなく、それが肯定されても例外的に、買主が悪意ならば保護が否定されるという問題であり、570条の準用する566条1項の買主の善意という要件の適用である³⁾。

(イ) 過失ある買主の保護を否定する側面 無過失という要件の設定は、表見の瑕疵であっても買主の保護が図れるという買主保護に寄与するのみならず、無過失を要求することで、逆に過失のある買主の保護まで否定しうる可能性がある。

しかし、判例 1a-1 は、買主の保護を拡大することを意図していたものであり、買主の保護を制限することまでどこまで考えていたかは疑問である。というよ

2) 高森八四郎『民法コンメンタール(12)民法2』(昭62) 1313頁。

3) 潮見教授は、隠れた瑕疵については、「起草者が考えていたのと同様に、瑕疵の明白性という観点から吟味し、『外形的に明白な瑕疵について売主に帰責するのを排除するための特別の政策的要件』と捉えるのが適切である」、そして、買主の善意無過失は、「契約解釈に際して物危険（給付危険）を売主・買主間で割り当てるにつき斟酌すべき買主側の事情として位置づけるのが一貫しているように思われる」という（潮見佳男『契約各論Ⅰ』（平14）230頁）。

りも、買主の無過失を要件とすることについて、わが国でこれまで掘り下げた議論はされていない。悪意の買主の排除さえあれば、重過失は悪意と同視されるのでそれで十分であり、悪意の買主と重過失ある買主だけが排除されればよいと思われる⁴⁾。

(c) 判例の状況 　　まず、大審院及び最高裁の判決を見る限り、判例[1a-4]は、詳細は不明であるが、数量指示売買の事例(565条)の事例であり、善意無過失を問題としているので、それを除けば隠れた瑕疵という判断を是認したもののばかりである。下級審判例においても不合理が露呈していないか、まとめてみよう。結論としては、買主の保護が否定されたのは、重過失といえるような事例ばかりであり、高度な注意義務を買主に要求して過失を認めるといった不合理な解決をした判決はないといってよい。

なお、受領後の検査についての容易に発見しうる瑕疵かどうかというのはまた別に考える必要があり、発電機について試運転により容易に発見できたとされている(判例[2c-3])。

(ア) 物質的な瑕疵について

i) 隠れた瑕疵肯定判決 　①まず、確認のためにはそのための検査機械などが必要な場合に隠れた瑕疵が肯定されている。光学機関による検査が必要なプリズムの凹凸ア完全(判例[2a-1])、化学的操作が必要な清酒へのホルマリンの混入(判例[2a-2])、科学的測定によって始めて知りうるマンションのホルムアルデヒド(判例[2a-22])の事例がそれである。②また、精緻な検査をして発見されるような機械的な欠陥についても隠れた瑕疵が肯定されている。中古オートバイのプラグキャップが劣化により規律が生じていたか、緩みが生じていた事例(判例[2a-20])、中古自動車のガソリタンク漏れ(判例[2a-21])、がそ

4) 代金減額には認めるべきではないが、それ以外の損害賠償について、過失相殺をするだけで十分である。なお、土壤汚染の事例について、そのリスクをどう分配すべきかを検討した論文として、松尾弘「土地取引における土壤汚染リスクの『分配』と民法解釈」横浜国際経済法学12巻3号91頁以下(平16)、同「民間土地取引および公共用地取得における土壤汚染リスクの分配」同前14巻3号71頁以下(平18)がある。

の事例である。③中身が包装、梱包されている場合も隠れた瑕疵とされており、紙袋に入っておりかつ箱詰めのスガーが見本より劣る場合（判例〔2a-3〕）がこれにあたる。

④さらには、特定物売買であるが、目的物が大量であり1つ1つだけの取引であればすぐに分かる瑕疵でも、全体として取引された場合には隠れた瑕疵と認められている。コアツナギ10万本の中に1つ1つをとれば直ちに発見できる瑕疵があった場合（判例〔2a-5〕）、立木をまとめて売買したがその3分の1に腐食木が入っていた事例（判例〔2a-6〕）、がそれであり、後者にいたってはかなり緩やかということができよう。

⑤不動産についても、先ず建物については、目に付かないところの瑕疵について隠れた瑕疵と肯定されている。飲食店用の店舗の浄化槽の防虫、防臭構造が不完全な事例（判例〔2a-7〕）、建物の防水工事の不完全（判例〔2a-12〕）、建物の屋根裏にムカデやゴキブリが巣食っていた事例（判例〔2a-17〕）がそれである。また、土地については、土地の擁壁の構造上の欠陥（判例〔2a-8〕、〔2a-9〕）、土地の軟弱地盤（判例〔2a-11〕、〔2a-18〕）、土地の地中の異物理蔵（判例〔2a-13〕、〔2a-15〕、〔2a-16〕）、土地の地中がオイル類により汚染されていた事例（判例〔2a-19〕）など、地中であつたり構造上のものであつたり専門知識のない素人にとって責任追及を否定するのは余にも酷な事例である。

⑥また、その危険性についての知識がないのが普通であるため、その物質的な存在は知っていたが、隠れた瑕疵と認められた事例として、中古自動車にターボチャージャーが取り付けられていた事例で、その事実は知っていたが、それが故障を誘発する原因となる（＝瑕疵になる）ことを知らなかった事例（判例〔2a-10〕）がある。

ii) 隠れた瑕疵否定判決 ①板ガラスの破損について、容易に発見しうるとし、また、箱入りガラスとして売買されたのでたとえ隠れた瑕疵と解するとしても既に566条3項の1年が経過しているとした事例（判例〔2c-2〕）があるが、いずれにせよ1年が経過しており、先に買主救済否定が決まっていた事例であり、その評価はかなり差し引いて行わなければならない。また、中古自動車の

エンジンの調子が悪いと主張されたが、改造工事が原因と疑われるような事例(判例[2c-4])もあり、これは瑕疵自体が疑われる事例である。

特殊な事例として、絵画が画商間で売買されたが贋作であった事例で、真筆の保証がない限り真贋は買主自身の鑑識によって買うものであるとした事例(判例[2c-5])があるが、美術品についてのまた買主・売主ともプロの画商という特殊事例であり、一般化できる理屈ではない。

他方で、不動産についての現地検分主義からいえば、当然現地に行けば分かったはずの瑕疵については、12の崖地が含まれている事例(判例[2c-6])、旅館を旅館経営の目的で購入したが浴室、脱衣室が老朽甚だしい事例(判例[2c-9])、建物1と2とが壁面が共用状態になっている事例(判例[2c-11])があり、結論として不合理ではないであろう。また、違法な船体延長工事がされ堪航能力を欠く船舶につき、改造工事の詳細について調査をせず、格安で購入した事例(判例[2c-8])は、具体的にはどのような瑕疵があるかは認識していなくても、何らかの瑕疵を覚悟で格安に購入した事例であり、買主の救済を否定した結論は不合理ではない。なお、判例[2c-10]は悪意と認定された事例である。

こうして、物理的な瑕疵については、肯定・否定とも判決はいずれも合理性のあるものであることが分かる。売主の過失を問題にすれば、肯定判決もほぼすべてが売主に過失ありとされるような事例であるが、購入前の買主についての過失を問題にする限り、悪意と同視されるような重過失のみが排除されているにすぎない。

(イ) 法律的瑕疵について

i) 隠れた瑕疵肯定判決 ①目的物が密輸入品である事例で隠れた瑕疵が肯定されている(判例[2b-1])。

②不動産の事例が多く、土地が土地区画道路敷地に指定されている場合(判例[2b-2])、土地が首都圏整備計画地域に指定されている場合(判例[2b-4])、山林が保安林に指定されている場合(判例[2b-6])、土地について道路指定がある場合(判例[2b-8])、土地が利計画区域内にあり予定した建物の60パーセント以下の建物しか建てられない場合(判例[2b-9])、土地が都市計画街路の境域となっ

ていた場合（判例[2b-10]）、土地が利計画の計画区域内にある場合（判例[2b-11]）、土地がすみ切りの存在により二階建ての建物建築の目的が達成できない場合（判例[2b-14]）、指導部分を借地人に利用させざるをえない事例（判例[2b-15]）、土地が道路位置指定を受けている場合（判例[2b-16]）、がけ条例により建物の建築ができなかった場合（判例[2b-17]）などで、隠れた瑕疵が肯定されている。

③また、山林を病院建築のために購入したが通行可能な道路がない場合（判例[2b-7]）、厚生施設建設のために山林を購入したが道路がない場合（判例[2b-12]）、同様に道路がない場合（判例[2b-13]）も隠れた瑕疵とされている。④建物が3割の建蔽率なのに7割に達している違法建築物である場合（判例[2b-5]）、建物が1戸1棟式の建物なのに、隣家と2戸1棟の長屋として建築確認申請をして建築確認を受けている違法なものである場合（判例[2b-18]）、なども隠れた瑕疵と認められており、いずれも通常買主が知っていて当然とはいえない事情であり妥当な判決である。

ii) 隠れた瑕疵否定判決　　隠れた瑕疵ということが否定された判決については、①土地が他人名義になっていること（判例[2d-1]）、仮登記がされていること（判例[2d-6]）のように、登記を調べればすぐに分かる場合がある。また、②高圧電線下の土地を工場建設のために購入した事例では、不安に思って地方公共団体の建築行政を担当する係員に質問するなどして調査をするのが普通とされている（判例[2d-2]）。③私道を建物建築の目的で購入した事例（判例[2d-3]）なども、当然知っている常識の範囲内といえようか。

判例[2d-4]は、海難品であり行政指導などを受けていることを売主から知らされながら購入した悪意の事例であり、判例[2d-5]も買主が悪意と認定された事例である。また、判例[2d-7]は、マンションのバルコニーの使用が制限されることをそもそも瑕疵とはいえないとされた事例であり、傍論として、瑕疵だとしても説明を求めるなどして知り得たとして隠れた瑕疵とはいえないとしたものであり先例としての価値はないであろう。

これらに対して、山林について建物建設のために購入したという事例で、隠れた瑕疵肯定例が多数ある事例であるが、買主が自分の仲介業者の説明を信じ

瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(2・完)

たことを普通になすべき注意を怠ったとして隠れた瑕疵が否定された判例 [2d-8](#) は微妙な事例である。しかし、この微妙な事例を除いては（これも仲介業者に損害賠償請求できる）、法律的瑕疵についても、隠れた瑕疵が否定された事例に一見して不合理と思われるような事例はないといわざるをえない。

第4章 買主の検査通知義務及び権利行使期間

瑕疵担保責任をめぐることは、瑕疵なき物を履行したものと信じている善意の売主の保護も考える必要があり、売主が善意である場合には、買主に無過失を要求する選択肢もありえよう。しかし、既に何度も述べたように、筆者としては、買主の過失は損害賠償において過失相殺事由として考慮すればよいと考えており、悪意と同視される重過失のある買主の保護だけを否定すればよいと考えており、このような解決を妥当とは考えない。そこで、買主の過失を容認（過失相殺はするが）する反面、善意の売主の利益保護との調整は、権利行使についての何らかの制限を設けることで図るしかない。それが、①瑕疵の検査通知義務、及び、②権利行使についての短期の期間制限の2点である。

1 瑕疵の検査通知義務について

(1) 商法526条の沿革⁵⁾・問題点

(a) 商法526条の確認 商法526条は、「商人間の売買において、買主は、その目的物を受領したときは、遅滞なく、その物を検査しなければならない」（1項）、「前項に規定する場合において、買主は、同項の規定により売買の目的物に瑕疵があること又はその数量に不足があることを発見したときは、直ちに売主に対してその旨の通知を発しなければ、その瑕疵又は数量の不足を理由として契約の解除又は代金減額若しくは損害賠償の請求をすることができない。

5) 商法526条の沿革を一般ドイツ商法典にまで遡って詳細に研究した論文として、北居功「『受領』概念の機能的考察」法学研究69巻1号（平8）239頁がある。

売買の目的物に直ちに発見することのできない瑕疵がある場合において、買主が6箇月以内にその瑕疵を発見したときも、同様とする」（2項）、「前項の規定は売主がその瑕疵又は数量の不足につき悪意であった場合には、適用しない」（3項）と規定している（2005年の商法改正により現代語化される前は、現行1項と2項が1項にまとまっており、現行3項は2項であった）⁶⁾。売主が悪意の場合には認められないことから、この買主の検査通知義務は善意の売主保護のための規定であることが分かる。

しかし、この規定はきわめて出来が悪いと評されている⁷⁾。いろいろ明確ではない点が多く、①種類物売買にも適用があるのか、②容易に発見しえない瑕疵の場合に、6ヶ月すぎたら一切買主は保護を受けられないのか（6ヶ月以内でも、発見から遅滞なくしないと制限を受けることは異論がない）、③6ヶ月に延長されるのは瑕疵の事例だけで数量不足の事例は含まれないのか、④この規定によって制限されるのは、契約解除、代金減額または損害賠償請求だけであり、修補請求などの履行請求は妨げられないのか、等々である。

(b) ドイツ商法に由来する規定　商法526条は、「買主注意せよ」というゲルマン法の下での商取引慣習法から生まれた規定であり、ドイツ商法に由来するものと評されている⁸⁾。

6) 商法526条は、「売買の当事者双方が商人である、いわゆる商事売買の場合でも、売買の目的物の瑕疵又は数量の不足を理由として、契約を解除し、又は損害賠償若しくは代金の減額を請求するのは、民法の売買の規定に依拠すべきものである。しかして、民法の規定によれば、買主が売買の目的物に瑕疵あることを理由とするときは、契約を解除し、又は損害賠償の請求をすることはできるけれども、これを理由として代金の減額を請求することはできない。商法526条は以上民法で認められた売買の担保責任に基く請求権を保存するための要件に関する規定であつて、民法の規定するところ以外に新たな請求権をみとめたものではないのである」（最判昭29・1・22民集8巻1号198頁）とされており、単なる権利保全のための要件にすぎない。

7) 中東正文「商人間の売買における買主の検査通知義務」『現代企業取引法』（平10）77頁は、後段について、「6ヶ月で一切の権利を社団するのであれば、通知義務とは別個の慈雨分で、一種の除斥期間として規定を設ければ明快であった」と評している。

8) ドイツ商法をめぐる議論については、北居・前掲論文参照。

瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(2・完)

ドイツ商法377条(改正前の規定)は次のような規定である⁹⁾。

「売買が当事者双方の為に商行為たるときは、買主は通常の営業活動上為し得べき限り、売主より引渡を受けたる後遅滞なく其商品を検査することを要し且瑕疵を認めたる時は遅滞なく売主に対し之が通知を為すことを要す。

買主が前項の通知を怠りたるときは、其の商品を承認したるものと看做す、但し検査に際し知ることを能はざりし瑕疵に関しては此の限に在らず。

検査より後に瑕疵を発見したるときは、発見後遅滞なく之が通知を為すことを要す。通知を怠りたる場合には、此の瑕疵に関しても亦其の商品を承認したるものと看做す。

買主之権利の保持の為には、適当なる時期に於ける通知の発信を以て足る。

売主が悪意に瑕疵を黙秘したるときは、売主は本条の規定を援用することを得ず。」

ドイツ民法では売主が悪意の場合がその救済を否定されるだけであり、買主が瑕疵を知り得べかりし場合については買主の保護が当然に否定されることにはなっていない。しかし、ドイツ法では中世に慣習法として買主の通知義務が発展し、旧商法374条として採用され、この商法377条に引き継がれている。後述の日本商法と比べると、発見から遅滞なく通知をすればよく、6ヶ月すぎたら発見し得ない瑕疵でも買主の保護が否定されるということはなく、日本商法の6ヶ月すぎたら一切の保護が否定されるという制度は全く異例である。

ちなみに、アメリカ統一商事法典 2-602(1)は、商品の拒絶は、商品の引渡後の合理的期間内にしなければならないと規定し、また、同 2-607(3)条は、瑕疵発見または発見すべきときから合理的な期間内に、売主に対して違反を通知しなければならないものとし、これに違反すると買主は一切の救済を受けなくなると規定しているが、ドイツ商法377条をも参考にしたものといわれている¹⁰⁾。

(c) 旧商法544条 旧商法は、『商法草案』ないし『ロエスレル起稿 商

9) 翻訳及び解説は、八木弘『独逸商法(1)商行為法』56頁による。

10) 中東正文「商人間の売買における買主の検査通知義務」『現代企業取引法』(平10) 75頁。

法草案上巻』905頁の「買主ハ売主ニ於テ別段ノ保証ヲ為シタル場合ヲ除ク外
領収ノ後直ニ商品ノ品質数量ノ正否ヲ検査シ若シ欠漏瑕瑾アリタルトキハ直チ
ニ之ヲ売主ニ通知スルノ義務アル者トス其後ニ至リテ欠漏若クハ瑕瑾ノ為メ訴
訟又ハ故障申立ヲ為スコトヲ得ルハ売主ニ於テ詐偽ヲ為シタル 又ハ商品ノ種
類ニ依リ直チニ精密ノ検査ヲ為ス能ハサル場合ニ於テ其欠漏若クハ瑕瑾ノ発見
後直ニ之ヲ通知シタルトキニ限ル。」という、ロessler草案の当初の翻訳に若
干の語句の表現の修正を経て成立したものであり¹¹⁾、次のように規定している。

「買主商品ヲ受取りタルトキハ即時ニ其分量及ビ品質ヲ検査シ欠缺又ハ瑕疵ア
ラハ之ヲ売主ニ通知スル義務アリ

後ニ至リ発見シタル欠缺又ハ瑕疵ニ付テハ売主カ担保ヲ引受ケ若クハ詐偽ヲ行
ヒ又ハ買主カ商品ノ性質ニ因リ即時検査ヲ為ス能ハサリシ場合ニ於テ其発見後直
チニ通知シタルニ非サレハ買主ハ訴エ又ハ抗弁ヲ以テ其権利ヲ主張スルコトヲ得ス」

ロesslerによると、この規定（ロesslerの解説は草案についてであるが、そ
のまま旧商法になっている）は、ドイツ商法347条（その後377条）と「殆ど同一」
の規定と説明されている¹²⁾。これが「商業上の実際に適するのみならず亦道理
に背かず権宜の道を得たるものなり」ともいわれている¹³⁾。

旧商法の教科書について見ると、磯部四郎『商法積義第1編第8章～第10章』
（信山社復刻版）は、いつでも買主が瑕疵担保責任を主張できるとすると、「買
主の過失に因り物の欠缺又は瑕疵を生ぜしめたる時も尚且つ……其責を売主
に帰せしむるの弊を生ずるは必然なるを以てなり」と説明している（2368頁）。
井上操『日本商法講義』（信山社復刻版）185頁以下は、条文の内容の説明（しか
もロesslerの説明に則った）がされているにすぎず、趣旨については述べられ
ていない。岸本辰雄『商法講義卷之三』418頁以下（『明治大学創立百周年記念学

11) 『日本近代立法資料叢書17 法律取調委員会 商法第一讀会會議筆記』108頁以下、『日本
近代立法資料叢書18 法律取調委員会 商法草案議事速記』596頁以下。

12) 『ロessler起稿 商法草案上巻』905頁（新青出版による復刻版もある）。

13) 『ロessler起稿 商法草案上巻』907頁。

瑕疵担保責任における「隠れた」瑕疵、買主の善意、瑕疵通知義務及び権利行使期間(2・完)

術叢書第2巻』による復刻版では206頁以下)も同様である。また、民法の期間制限との関係については、なんら言及がされていない。

他方で、ボアソナードの起草した旧民法財産取得編第99条では、瑕疵担保責任についての期間制限について次のような規定が設けられていた。

「売買廃却、代価減少及び損害賠償ノ訴ハ左ノ期間ニ於テ之ヲ起スコトヲ要ス

第1 不動産ニ付テハ六个月

第2 動産ニ付テハ三个月

第3 動物ニ付テハ一个月

右期間ハ引渡ノ時ヨリ之ヲ起算ス

然レトモ此期間ハ買主カ瑕疵ヲ知レル証拠アリタル日ヨリ其半ニ短縮ス但其残期カ此半ヲ超ユルトキニ限ル

買主カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ右期間ニ隠レタル瑕疵ヲ覚知スル能ハサリシコトヲ証ストキハ其期間ノ満了後ニ於テモ訴ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ意外ノ事又ハ不可抗力ノ止ミタル時ヨリ通常期間ノ三分一ヲ以テ新时期ト為ス」

おそらく、ボアソナードは商法に特別規定を置かないフランス流の立法を考えて、商事売買も含んで規律する趣旨でこのような規定を置いたものと思われ、商法とのすりあわせが全くされていないといわざるを得ない。民法と商法とが相互無関係に起草された弊害であり、これが民法典また商法典論争を巻き起こした原因であったことは周知のところである。

(b) 現行商法の起草過程 法典調査会に出された原案は、「商人間ノ売買ニ於テ買主カ其目的物ヲ受取りタルトキハ遅滞ナク之ヲ検査シ若シ之ニ瑕疵アルコト又ハ其数量ニ不足アルコトヲ発見シタルトキハ直チニ売主ニ通知ヲ発スルニ非サレハ其瑕疵又ハ不足ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ得ス売買ノ目的物ニ直チニ発見スルコト能ハサル瑕疵アリタル場合ニ於テ買主カ後日之ヲ発見シタルトキ亦同シ」というものであった。

原案の趣旨については、「田部君の説明に曰く本条は旧商法第544条の精神と全く同一にして唯文章を改めたるに過ぎず蓋し商事に於ては直ちに売買の成立

することを至当なりと考えたればなり」と説明がされている（『日本近代立法資料叢書19 法典調査会 商会議筆記 商法委員会議事要録』340頁）。しかし、悪意の売主については適用がされないことは規定がなく、後日第2項が追加されて明記される。一番注目されるのは、原案には後段に未だ6ヶ月という制限がなかったということである。

この規定が、現代語化前の「商人間ノ売買ニ於テ買主カ其目的物ヲ受取りタルトキハ遅滞ナク之ヲ検査シ若シ之ニ瑕疵アルコト又ハ其数量ニ不足アルコトヲ発見シタルトキハ直チニ売主ニ対シテ其通知ヲ発スルニ非サレハ其瑕疵又ハ不足ニ因リテ契約ノ解除又ハ代金減額若クハ損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得ス 売買ノ目的物ニ直チニ発見スルコト能ハサル瑕疵アリタル場合ニ於テ買主カ六个月内ニ之ヲ発見シタルトキ亦同シ」（1項）、「前項ノ規定ハ売主ニ悪意アリタル場合ニハ之ヲ適用セス」（2項）となったのである。

（2）商法526条の趣旨及び解釈上の問題点

（a）商法526条の趣旨

（ア）長く浮動の状態が続くのは取引の安全を害する 『商法修正案理由書』250頁によれば、287条（現行526条）は、旧商法544条に該当する、民法では1年間の権利行使ができるが、「若し之を商人間の売買に適用せんとすれば売買の効力をして永く浮動の状態に在らしめ取引の安全を妨ぐるの恐あり」これが本条の制限の理由である、といったことが説明されている。

施行当初の教科書類の説明もこれと同様である。堀田正忠ほか『商法講義下巻』（信山社復刻版 明治32年版）は、民法の1年という制限を「商人間の売買に適用せんとすれば売買の効力をして永く浮動の状態に在らしめ取引の安全を妨ぐるの恐あり」と、全く『商法修正案理由書』そのままの説明がされている。その他、柳川勝二『改正商法論綱』（信山社復刻版 明治45年版）385頁も、「商法に於ては速やかに売買の効力を確定し取引の安全を期する趣旨」と説明し、松本丞治『商行為法』（大3）116頁も、「売買の効力を長く確定せしめざるときは取引上の安全を図る所以に非ざれば」とし、柳川勝二『改正商法正解』（信山

社復刻版 大正5年版) 397頁は、「商人間の売買に於て速かに売買の効力を確定し取引の安全を帰する趣旨」と説明し、青山衆司『商行為法』(大8) 84頁「迅速を旨とする商取引に適合するものと云うべからず」という。椎津盛一『商行為法』(大14) 116頁は、「畢竟商人間に於ける売買につき其の権利関係を早く確定せしめんとする趣旨」、大橋光雄『商行為法講義』(昭7) 96頁、1年という「売主は長い間不安な地位に置かれ、取引の安全をもたらず所以ではないから」、と。戦後も、このように売主を永く不安定にするといっただけの説明もされるが¹⁴⁾、次のような新しい説明に取って代わられていく。

(イ) 買主の投機的解除・損害賠償からの売主の保護 竹田省『商行為法』(昭6) 56頁は上記の説明をより進めて次のように述べ、なぜ迅速に法律関係を確定させる必要があるのかが具体的に説明され、また、買主が投機的な選択ができることの不都合性も指摘されるようになる。

「比較的長き間不定の状態に置かれることになり、これは「売主にとっては頗る不都合」、と述べるのに続けて、売主は適時に目的物を処分し、仕入先との間の交渉を都合よく運びたい、引渡当時の瑕疵の状態をいっそう明らかにすることが容易であって、また、買主が自己に有利な時期を選んで解除、あるいは損害賠償の請求をするといったように、買主の投機性の犠牲に供される危険性もないとはいえない」、と。

その後は、この2つを説明する教科書が多くなり¹⁵⁾、判例にも2つの説明が採用されていく。即ち、大判大11・4・1 民集1巻155頁が、商法526条(旧288

14) 大隈健一郎『商行為法』(昭33) 67頁。

15) 小町谷操三『商行為法論』(昭18) 131頁、田中誠二ほか『コンメンタール商行為法』(昭48) 180頁、大森忠夫『新版商法総則・商行為法』(昭56) 198頁、高島正夫『商法総則商行為法(改訂版)』(昭57) 211頁、蓮井良憲編『商法総則・商行為(新商法講義1)』(平10) 211頁(上村啓次郎)、坂口光男『商法総則・商行為法』(平12) 213頁、西原寛一『商行為法』(昭35) 151頁。平出慶道『商法Ⅲ(商行為法)』(昭63) 130頁、同『商行為法(第2版)』(平1) 225頁、近藤光男『商法総則・商行為(第三版)』(平11) 161頁。詳しくは、神崎克郎『商行為法I』(昭48) 269頁、同「商事売買における買主の責問義務」民商51巻2号180頁。

条)の趣旨について詳しく説明をしており、次のようにいう。

「商人間の売買に在ては其の効力を永く不確定ならしむるは敏活を尊ぶ商取引の必要に背馳するものにして、売主の蒙るべき不利益尠からざるを以て売主をして早く瑕疵の存在に関する買主の意見を徴し、之を瑕疵なき物と引換ふべきか、或は契約を解除すべきか、或は引換へたる物を処分すべきか、或は瑕疵なきことを主張して場合によりては現状の証拠保全を申請すべきか、或は其の他の臨機の処置を取るべきかを考慮することを得せしめ、以て売買の効力を速に確定せしめんと為したるが為なりとす。蓋民法に定めたる瑕疵担保に関する規定は、未だ商人間の売買に於ける売主を保護するに十分ならざればなり」、と。

(b) 商法526条は不特定物売買にも適用されるか

(ア) 学説の状況 数量指示売買の担保責任が特定物に限られるのは当然であり、また、瑕疵担保責任については特定物売買に適用されるのか争いがあるが、商法526条については、不特定物売買における引き渡された物の瑕疵や数量不足にも適用されると考えられている¹⁶⁾。従って、不特定物売買での単なる数量的一部不履行にも適用されることになる¹⁷⁾。この場合には、担保責任

16) 小町谷操三『商行為法論』(昭18) 136頁、大隈健一郎『商行為法』(昭33) 67頁、西原寛一『商行為法』(昭35) 152頁、蓮井良憲「判批」民商44巻6号1033頁、古瀬村邦夫「判批」『商事判例研究(6)』385頁、菅原菊志「判批」『動産売買判例百選』125頁、田中誠二『新版商行為法(再全訂版)』(昭45) 138頁、田中誠二ほか『コンメンタール商行為法』(昭48) 183頁、服部栄三「商行為法講義」(昭51) 59頁、高島正夫『商法総則商行為法(改訂版)』(昭57) 211頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論(改訂版)』(昭63) 178頁、平出・前掲書131頁、蓮井良憲編『商法総則・商行為(新商法講義1)』(平10) 213頁(上村啓次郎)、坂口光男『商法総則・商行為法』(平12) 213頁、込山芳之「商人間の不特定物売買と商法526条の瑕疵通知義務」『論点整理商法総則・商行為』(平17) 133頁。神崎・前掲書269頁は類推適用という(神崎説につき詳しくは、同・前掲論文184頁以下)、長谷川雄一『基本商法講義 商行為法』(昭62) 83頁、近藤・前掲書163頁。民法学者としても、シンポジウム「種類売買と瑕疵担保」私法19号(昭33) 9~10頁(柚木馨)。なお、製作物供給契約にも適用されるかは問題になるが、肯定する学説があり(田中誠二・前掲書136頁)、判例としても、。

17) なお、異種物や数量超過については、商法526条の適用の是非については理解が分かれている。異種物については否定説として、竹田省『商行為法』(昭6) 6頁、大橋光雄『商行

ではなく、債務不履行の一般規定が適用されるが、その一般規定による損害賠償や解除も商法526条によって制限されることになる。また、不特定物売買にも商法526条を適用する結果、代物請求や修補請求などの完全履行請求についてもその適用が及ぶことになる(後述)。

但し、商法学説には、商法526条を不特定物売買にのみ適用し、特定物売買では、既に売買契約時に検査をして契約をしているのであるから、もう一度検査をしろという必要はないとして、特定物売買への商法526条の適用を否定する少数説があるが¹⁸⁾、シンポジウムでの思いつきの発言のようであり支持を見ていない¹⁹⁾。

(イ) 判例の状況 当初、不特定物売買への商法526条の適用を否定する判決が出されたが(大判大11・11・24民集1巻732頁)、その後、受領すれば不特定物でも瑕疵担保責任の適用があるという判決が出されたので(大判大14・

為法講義』(昭7)98頁、大森忠夫『新版商法総則・商行為法』(昭56)198頁、平出・前掲書132頁、蓮井良憲編『商法総則・商行為(新商法講義1)』(平10)211頁(上村啓次郎)、坂口光男『商法総則・商行為法』(平12)215頁、肯定説として、小町谷操三『商行為法論』(昭18)137頁、神埼・前掲論文269頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論(改訂版)』(昭63)179頁、同・前掲論文194頁以下がある。数量超過について否定説として、平出・前掲書132頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論(改訂版)』(昭63)179頁、同・前掲論文203頁以下、蓮井良憲編『商法総則・商行為(新商法講義1)』(平10)211頁(上村啓次郎)、江頭憲治郎『商取引法(第3版)』(平14)27頁。肯定説として小町谷操三『商行為法論』(昭18)137頁(通知義務を怠ると、超過分の買取りを拒絶できないという)。判例は、異物給付については、商法526条の適用を否定する判決があるが(東京地判平2・4・25金判860号28頁)、数量超過については判例が未だ出ていない。

18) シンポジウム「種類物売買と瑕疵担保」私法19号17頁(鈴木竹雄発言)。但し、鈴木竹雄『新版商行為・保険法・海商法全訂第2版』22頁(平5)では、「特定物売買のみならず」と特定物売買にも商法526条の適用を当然視するものの、「本条の立法趣旨はむしろ不特定物売買に妥当するものといえよう」と、述べてはいる。

19) シンポジウムにおいて、この鈴木発言に対して、すぐに柚木教授は、問題になるのは隠れた瑕疵であり、契約後に発見されるものであるから、商法526条を適用すべきであると反論をする。この反論のほうがはるかに説得的であり、鈴木説の思いつきの発言を支持する学説はその後登場していない。特定物売買について検査通知義務を排除する理由はない。

3・13民集4巻217頁、大判昭6・4・2新聞3265号11頁）、受領後は不特定物売買でも瑕疵担保規定が適用になり、従って、商法526条も適用になることになった。

大判昭2・4・15民集6巻249頁は、「種類売買に於て、売主が契約の目的物と全然種類の異なりたる物を給付したる場合は格別、前記の如く同種類の物の給付を為し買主に於て之を受領したる場合にありては、仮令給付の物体が契約所定の条件に欠くる所あるも、不完全ながらも尚契約の履行ありたるものと解するを正当とし只瑕疵ある物の履行せられたる場合に該当するに過ぎざるか故に……上告人が前記主張の事実関係を目して契約の不履行なりとする法律上の見解は正当にあらず。然れば原審が上告人の主張の具体的事実を観察して法律上不履行の場合にあらず瑕疵ある物の履行せられたる場合なりと判定し所論摘録の如く説示したるは固より相当なりと云はざるべからず」（原文カタカナ）と判示している。受領の前後で瑕疵担保規定の適用を区別しようとしていた判決であり、その後、瑕疵担保規定の適用のためには買主が履行として認容することが必要とされることは周知のようである。

最判昭29・1・22民集8巻1号198頁は、「いわゆる商事売買の場合でも、売買の目的物の瑕疵又は数量の不足を理由として、契約を解除し、又は損害賠償若しくは代金の減額を請求するのは、民法の売買の規定に依拠すべきものである。しかして、民法の規定によれば、買主が売買の目的物に瑕疵あることを理由とするときは、契約を解除し、又は損害賠償の請求をすることはできけれども、これを理由として代金の減額を請求することはできない。商法526条は以上民法で認められた売買の担保責任に基く請求権を保存するための要件に関する規定であつて、民法の規定するところ以外に新たな請求権をみとめたものではない」と述べているが、担保責任に限定しているので、判例は不特定物売買における債務不履行（判例は法定責任説）には商法526条を適用しないものとも評されているが²⁰⁾、傍論でありどれだけこの問題について意味があるかは疑問である。

20) 神埼・前掲論文190頁。

最判昭35・12・2 民集14巻13号2893頁は、「商法526条の規定は、不特定物の売買の場合にも、適用があると解するのを相当とする」としており、この判決文だけ見る限り、不特定物売買で債務不履行による場合でも商法526条が適用になるかのようである。しかし、受領により特定し瑕疵担保規定が適用あるという判例がまだ通用していた時代の判決であり、受領だけでは足りず買主による履行としての認容が必要なことに、放送機械事件判決（民集15巻11号2864頁）により変更されるのである。そして、その放送機械事件の控訴審判決である仙台高判昭32・8・28民集15巻11号2864頁は、「右解除の意思表示は同条に定める6ヶ月の期間経過後のものであるから、右解除の効力は発生しない旨争うけれども、右規定は解除権行使の期間を定めたものではなく、また右解除の意思表示は商法第526条、民法第570条、第566条によるものではなく、被控訴会社の債務不履行を原因とするものであるから、右主張は採用の限りではない。」として、債務不履行による場合には商法526条の適用がないことを認めたものである。この上告審判決は、履行として認容がない限り瑕疵担保規定の適用はないとして、売主の上告を退けている。そのため、判例の立場は、商法526条は不特定物の瑕疵についての債務不履行には適用がないと評されている。

判例は不特定物売買にも商法526条を適用するというのが一般的な理解であるが、放送機械事件判決の評価は微妙である。商法526条は債務不履行には適用がないというのが判例だという評価も間違いとは言いきれないであろう。しかし、学説を見る限り、不特定物売買について民法上の瑕疵担保責任となるか否かの議論をさておいて、商法526条が適用されることについてはほぼ異論がなく、妥当な結論であろう。

(c) 商法上の瑕疵担保責任を別個に認める規定か 商法526条は、民法の瑕疵担保責任とは別に商法上の瑕疵担保責任を規定したのではなく、民法上の瑕疵担保また数量指示売買の担保責任に基づく権利を保全するための要件を規定したものに過ぎない。

但し、学説には商法526条を根拠に若干特殊な扱いを認めてよいという理解もされており、例えば水口博士は、「但瑕疵に付いては民法は目的物の隠れた

る瑕疵に付いてのみ売主をして責任を負担せしむるも商事売買に在りては其隠れたたと否とを問はざるものと解す可し」と述べている²¹⁾。このように解することにより、隔地者間の売買において、瑕疵が表見であってもよいこと、また、本条が瑕疵担保責任だけについての規定ではなく瑕疵を理由とした（不特定物売買の）損害賠償請求も含むことが説明されている。しかし、民法では隠れた瑕疵でなければいけないのに、商事売買ではどうして隠れた瑕疵でなくてもよいのであろうか。

先ず、不特定物にも商法526条の適用を肯定すると、不特定物の場合には契約当時の隠れた瑕疵を問題にできず、受領時の瑕疵であればよくまた隠れていない表見の瑕疵でも買主が検査通知義務を怠れば、買主は解除や損害賠償請求などができなくなると扱う必要がある。またおそらくは、このような趣旨のみならず、特定物売買においても民法では隠れた瑕疵ではないとして買主の保護が否定される場合でも、商事売買では瑕疵担保責任を認めてもよいという趣旨もここで主張されているものと考えられる。「買主が一々目的物を点検して取引をするが如きは、通常目的物の数量が多く、しかも敏活に行われる商取引のしっさいにおいて望み得ないことであるから、表われたる瑕疵はこれを承認したるものと看做すとは云い得ないからである」²²⁾と説明されていることから、こう理解してよいであろう。

(d) 直ちに発見できない瑕疵かどうかの基準　直ちに発見できるか否か基準については、その業種の商人の通常用うべき注意をもって定めるべきであるといわれている²³⁾。当該目的物を取り扱うことを業とする商人としての通常の注意をもってしても、容易に発見することのできない瑕疵ともいわれており²⁴⁾、同旨であると思われる。検査についての注意義務は、専門の商人か否

21) 水口吉蔵『商行為法論』263頁、柳川勝二・昌勝『改訂商行為法』(昭25) 86頁。

22) 柳川勝二・昌勝『改訂商行為法』(昭25) 86頁。

23) 西原・前掲書153頁。

24) 田中誠二・前掲書139頁。

かで程度に差が生じるといわれている²⁵⁾。検査は、目的物の種類、数量ならびに買主の地位、その営業の性質、態様に応じて、通常取引過程で要求される合理的な程度、方法において行われるべきであるとされ、何が合理的かは、一般的取引慣行、当事者間の過去の取引状況、その他の諸般の事情から判断されるといわれ、例えば多量な場合には、抜き取り検査でもよいとされている²⁶⁾。この検査は、特別高度の注意を尽くして徹底的にされることを要しないともいわれている²⁷⁾。なお、直ちに発見できる瑕疵や数量不足とは、当該目的物を取り扱うことを業とする商人としての通常の注意をもってすれば、容易に発見することのできる瑕疵または数量不足といわれる²⁸⁾。いずれにしても、民法の隠れた瑕疵において、買主の善意無過失が要求されるという場合の過失の判断については異なり、買主の支配領域に入った後であるためより高い注意義務が要求されていることは明らかである。

通知が猶予されるのは、条文上は瑕疵のみに限定されているが(現行商法526条2項)、直ちに発見しえない数量不足についても同様に解されている²⁹⁾。しかし、「受取時に検査しても発見できない数量不足については、後段の適用はなく、前段の類推適用のみが問題となる」(後段とは現行では2項)という主張もある³⁰⁾。

判例としては、東京控判大 9・10・22 (大豆油に多量の水分が含まれていた場合)、東京控判昭 2・9・29 (箱入りガラスの破損)、大阪区判大 8・4・5 (板紙の髪質が薄い)、大判昭16・6・15 (木材の数量不足)、大阪地判昭26・1・30 (試運転

25) 平出・前掲書132頁。

26) 神埼・前掲書271頁。大阪控判大 6・12・7 新聞1349号19頁は、抜き取り検査でよいことを認める。

27) 神埼・前掲書272頁。

28) 田中誠二・前掲書139頁。

29) 小町谷134頁、田中誠二139頁、服部、基本法コンメンタール99頁(実方)、平出・前掲書133頁。

30) 中東・前掲書78頁。

で発見しうる船舶に取り付けるための発動機の瑕疵。瑕疵発見まで売買から約40日、瑕疵発見から通知まで約20日かかっている）は、直ちに発見しうる瑕疵とされ、東京地判大12・5・14（袴地の品質）、東京控判大 2・10・30（製氷機の製氷能力の不足）、東京地判昭14・6・30（酒類にホルマリンが含有されていた）、東京地判昭12・3・10（巨大精巧な機械でないとなれば発見できない瑕疵）などは、直ちに発見しえない瑕疵とされている。比較的新しい判決を3つ紹介しよう。

① 大判昭10・4・2 大審院裁判例(9)民88頁 目的物（内容不明）が製鉄所の仕様通りであり、製鉄所の検査に合格し得べきものであることを要する特約が認定されたが、「其の目的物が引渡の当時約定の如く製鉄所の仕様通りにして同所の検査に合格し得べきものたり引渡義務は完全に履行せられたるに拘らず、後日同所の検査に合格せざることあり得べく又其の目的物の瑕疵ありて後日に於ける製鉄所の検査に合格せざりしも、其の瑕疵たるや製鉄所の検査を俟たずして引渡の当時直に発見し得べきものたりし場合もあり得ることは当然の事理に属し、右契約の目的物に存する瑕疵は総て製鉄所の検査を経るにあらざれば引渡の当時直に発見すること能はざる者なりと即断することは之を得ざる筋合いなり」。

このように判示して、引渡しから35日後に製鉄所の検査に合格しなかったため直ちに通知をしたからといって、商法288条（現526条）の直ちに発見すること能ざる瑕疵に該当するものと即断できず、漫然遅滞なく通知をしたと認定したのは、審理不尽理由不備の違法ありとして、破毀差戻しをして審理のやり直しを命じている。

② 大阪地判昭49・10・31判時775号155頁、判タ320号290頁、金法754号32頁、金判443号13頁 X Yはいずれも商人であるが、YはXから昭和48年4月6日に25ミリスベリ止メゴム紐色混10反を水泳パンツ（メリヤス製品）に使用する目的を明示して買い受け、このゴム紐を使用して水泳パンツを縫製し、A会社へ販売した。同年8月4日午後A会社からYに電話によって、水泳パンツが色落ちし、白線部分を汚染する不良品が続出している旨のクレームがあったため、A代表取締役B A会社へ出張し色落ちがあった現品を見分したところ、紺一色のパンツは色汚染が目立たないので何

とか我慢して貰うこととしたが、白線入りの分は紅色汚染が際立つので新製品と交換することとし、急拠縫製に着手し同月25日に白ライン入スクールパンツ8号1,064枚…同月27日に同パンツ12号1,164枚……をAへ無料で交換のため送付した。そのため、Xの代金支払請求に対して、Yが無料交換したパンツ代金2,131,880円と交通費等138,132円の合計2,270,012円の損害賠償求権を反対債権として相殺の意思表示をした。

「本件ゴム紐の売買はいわゆる見本売買であり、しかも市価の半額以下である特価品であったことが確認できるが、特価品として一切の瑕疵につきXが責任を負担しない旨の特約がX Y間になされたとのX主張……を認めるに足る証拠はないし、特価品であることが自動的に売主の瑕疵担保の免責に連なるものとはいえないのであって、この免責を認める旨の商慣習が存在するとの主張、立証もない。」次に、見本売買は売主が見本によって売買の目的物の性質、性能を確保し、売主はその給付した目的物が見本に適合しないときには瑕疵担保責任を負うものであるが（大判大15・5・24民集5巻7号433頁、大判昭3・12・12民集7巻1071頁参照）。特段の事情がない限り、目的物が見本に適合するとの一事をもって売主の瑕疵担保責任を免責する趣旨をも帶有するものとはいえないと考える。けだし、見本自体にどのような瑕疵があってもすべて売主の免責を認めるというのは、当事者間にその旨の特約が存するなどの特段の事情がない限り、著しく公平を失し徒らに買主に苛酷を強いることになるからである。」

「(一)従来から水泳パンツ用のゴム紐は主として白色を用い色落ちを避けていたこと、(二)本件の色落ちの瑕疵はA会社から被告に通知されて初めて気付いたものであるが、事の性質上ゴム紐を水洗する等して容易に発見できるものであった。(三)本件ゴム紐は前認定のとおり特価品でしかも色混みの見本売買であり、白色と異なると色落ちの危険性が予測できるのであるから、従来の白色ゴム紐とは異なり色落ち検査を不要とする性能保証の商慣習があったとはいえないことが認められ、他にこの認定を覆すに足る証拠はない。」「右認定の事実を照らすと、本件ゴム紐の色落ち瑕疵はYにおいて直ちに発見し得る瑕疵であるというべきであって、直ちに発見できないものであるとのY主張の再々抗弁事実が認められないことが明らかであり、他にこれを認めるに足る証拠はない。すなわち、商法526条1項後段の「直ちに発見スルコト能ハサル」瑕疵とは、専門的知識を有する買主たる商人の通常の注意をもって、取引の態様、過程に照らし合理的な方法及び程度の検査をなしても発見できない瑕疵をいうのであるが、本件ゴム紐の売買では前認定のとおり市価の半額以下の数量に限りのある特価品で、従来の白色のゴム紐と異った色混みのゴム紐であるから少しでも注意を払えば当然色

落ちの危惧を抱くに至る筈のものであり、しかもYは見本を受取っているのであるから、その時ないし現品受領以後速かに色落ちの有無を検査する義務があり、その検査も水浸しや水洗などの簡単な方法により発見できる性質のものである。」「そうすると、本件売買の経過、本件ゴム紐の使用目的に照らし、本件色落ち瑕疵は専門的知識を有する商人として買主たる被告会社が直ちに発見できる瑕疵であるといわねばならない。」「したがって、Yは見本ないしゴム紐の現品受領後直ちに瑕疵をXに通知せず、受領後3ヶ月余を経た昭和48年8月4日に瑕疵の通知をしたに過ぎないから、商法526条1項により右瑕疵による損害賠償を請求することができない。」

③ 大阪地判昭60・3・18判時1161号188頁 X（買主）は、「ふりかけ」等の食品を製造加工する会社であり、Y（売主）は、水産物等の売買等を業とする会社である。Xは、えびを原料とするふりかけを新たに発売することを計画し、Xはこの計画をYに説明をして、Yに対して昭和56年4月末より5月中旬までの間3回にわけて「小えび」の発注をし、Xは、Yから3回にわけて「小えび」の納入を受けた。原告は、「小えび」の売買代金全額を支払った。Xは、昭和56年10月中頃、新たに完成した異物選別機の稼働を開始し、エビの選別にとりかかったが、砂の混入がはなはだしく、全く商品化できない事態が明らかとなり、この旨をYに通知し、さらに、昭和56年12月に、広島大学生物生産学部と広島県食品工業試験場とにそれぞれ依頼して異物試験を行つたところ、いずれの結果も、食品に用いるのが困難なほど小石が多く含まれていることが明らかになった。そのため、Xは、エビのエキスを採取して原料にするなら別として、エビそのものを原料にするには全く不完全な材料をYが売りつけたものと判断し、これでは商品にならないので昭和56年12月28日付内容証明郵便にてY広島営業所に、同57年1月13日付にてY本社に、それぞれ通知をし、商品の返品とXの支払った売買代金の返還とを求めたが、さらに、Yの不完全履行を理由に……売買契約を解除する旨意思表示をした。

「えびに異物の砂が付着する形態には二種類があつて、一はえびと砂が別々にあつて混り合つた状態であるが、これは選別機によつて砂がとれるところ、本件のようにえびの腹の奥の方に小砂を抱きこむような形態である場合には選別機によつて砂をとることは不可能であること、昭和56年5月1日入荷分のえびについてはX側で到着日に食べてみたが、砂が入っていることは感じられなかつたこと、5月23日頃えび11ケースをとり出し、商品検査用の試作品をつくるため手作業で選別をし、横佩らが試作品を食べたところ砂が何かがあるような感じがしたこと、しかし、本格的検査は10月の選別機の完成をまつて行うことにしたこと、えびに含まれている小さい砂は、敏感

な人が4、5匹食べると分ること、昭和56年10月頃選別機でえびを選別し、ふりかけの試作品をつくり、原告社長が試食したところ、社長が一寸じやりじやりする、選別をしたのかと言い出し、原告工場ではじめてえびを磨潰して水に浮べ、沈下しているものを顕微鏡で見て砂があることを確認したことがそれぞれ認められている。」「右事実によれば、本件えびに付着している砂は選別、すなわち、取りのぞくことが不可能なものであるけれども、これをもつてただちに発見することができない瑕疵があつたものということとはできない。すなわち、X側は、5月23日頃試作品を食べることによつてすでに砂がえびの中に含まれていることを知っており、また、10月に選別機によつて選別したふりかけの試作品のえびに砂があることをX社長が試食によつて指摘しており、敏感な人であればえびの中に砂があることがわかるのであるから、Xのような職種の企業内にそれに相応する検査担当の人物が配置されているのが当然であり、本件えびの砂がXにとつてただちに発見することができない瑕疵であるとは到底いうことはできない。」

「以上の次第で、原告は、本件えび受領後遅滞なく検査することを怠り、ただちに被告に対して瑕疵ある旨の通知をしていないのであるから、本件売買契約を解除し、代金の返還その他損害賠償を求めることは許されないものであることは、商法526条によつて明らかである。」

(e) 6ヶ月以内に発見しえない瑕疵について 6ヶ月以内に発見できない瑕疵については、もはや買主の一切の保護が否定されるのであろうか。

(ア) 制限肯定説 目的物を受け取ってから6ヶ月以内に、瑕疵が発見できなかったとしても、条文を素直に読めば、買主は商法526条の失権の効果を受けることになる³¹⁾。既に述べたように、原案にはなかった半年という制限がどういう理由で加えられたのか明確ではないが、通説もこのような理解を支持している³²⁾。

次に述べる制限否定判決として東京地判昭30・11・15が出された後にも、東

31) 田中誠二・前掲書139頁。

32) 水口吉蔵『商行為法論』262頁、古瀬村邦夫「判批」『商事判例研究(6)』389頁、石原全「買主の責問義務に関する一考察」判タ635号19頁。

京地判昭42・3・4 下民集18巻3-4号209頁が制限肯定説を採用している³³⁾。最判昭47・1・25判時622号85頁、判タ276号146頁は、次のように判示している（念押し判断であり、傍論に近い）。

「被上告人は暖房機器製造販売業者であり、上告人は種苗卸業者であるというのであるから、両者はともに商人であって、本件売買契約が商行為であることは明らかである。それゆえ、買主たる上告人は、目的物を受け取った後遅滞なくこれを検査し、もし、これに瑕疵があることを発見したならば、直ちに被上告人にその旨の通知を發しなければ、その瑕疵によって契約の解除または損害の賠償を請求することはできないのであり、その瑕疵が直ちに発見しえないものであるときでも、受領後6か月内にその瑕疵を発見して直ちにその旨の通知を發しなければ、右と同様な結果を招くのである（商法526条1項）。そして、この規定の趣旨に照らせば、右により契約を解除しえず、また、損害の賠償をも請求しえなくなった後においては、かりになお完全な給付が可能であるとしても、買主は、売主に対して、もはや完全な給付を請求しえないものと解するのが相当である。ところで、原審の確定するところによれば、上告人が、本件バーナーの受領後一年余の間に、被上告人に対し、完全な給付を求めたとか、さらに進んで契約を解除したり、損害の発生を通告したとかいう事実の存したことは認められないというのであるから、上告人は、結局、本件売買代金の支払請求に対し、これを拒むことができないものというほかはない。」

（イ） 制限否定説

① 制限を否定する判例　しかし、瑕疵が発見しえなかったのに、6ヶ月の経過で権利が消滅するのは適切ではないとも考えられ、東京地判昭30・11・

33) 「本件オキシドールの売買は商人間の売買であるから商法第526条の適用があるものと解すべきところ、買主である原告の検査義務の点は暫くおき、原告が売主である被告に対して本件オキシドールの容器に瑕疵があることを通知したのは、右引渡の日より6ヶ月を経過した後……であることは当事者間に争いがなく、しかも被告に悪意があつたことの証拠もないから原告は本件容器の瑕疵を理由に損害賠償を請求することはできないものというべく（原告が瑕疵を知つたのがその主張のとおり既に右引渡の日から6ヶ月を経過した後であつたとしてもその理は異ならない。）と述べている。理由についてはなら述べられていない。

15下民集 6 卷11号2386頁は、次のように判示してこのような立場による。

④ 東京地判昭30・11・15下民集 6 卷11号2386頁、判時71号22頁 「本件は重量91屯枚数1万1500余枚に昇る取引であるから其の重量を全部量の必要はない。而して本件に於ける重量不足は前記認定の如く8.079屯であるから如何に経験ある者と雖重量を衡る事なくして容易に之を発見しようと考える事は出来ない。従つて本件の右の重量不足は所謂隠れた瑕疵に属する故に原告に於て右瑕疵を告げなかつた事は原告の右瑕疵に基く損害賠償の請求を妨げるものではない。而して原告が右瑕疵を知つて直に被告に通告した……。本件瑕疵は、原告が通産省の通達……を得て始めて正確に知つたと為すべきである。従つて此の時は引渡を受けた時より6ヶ月を経過した後であるが、前記商法第526条第1項後段の6ヶ月とあるのは右期間内に買主が隠れた瑕疵のあつた事を知つた時は遅滞なく之を売主に通知しなければ買主は右瑕疵に基く権利を行使し得ない趣旨を定めたものであり、反対に右期間後に発見した場合は一切の権利を失う趣旨を規定したものと解すべきではない。蓋し買主が瑕疵の存在を知らないのに拘らず一定の期間の経過によつて之に基く権利を失うが如きは甚しい背理であるのみならず数次転売の場合に於て著しい不公平を招来するからである。」

② 制限を否定する学説 学説にも、わずかに制限を否定する主張がある。商法526条1項後段(現行2項)が、瑕疵発見からの権利行使期間ではなく、瑕疵発見期間に制限を加えているのであれば、比較法的に珍しい立法例といわれている。UCC第2編607条には批判があり、草案708条(c)項(2)号は、通知が怠られても一切の権利を失わせるのではなく、通知の懈怠により売主に損害が生じたことを証明した限度で、買主の救済は制限されるものとするだけである。中東教授は、「6ヶ月の期間経過とともになんらの通知義務を負わなくなるものではなく、同条項前段の類推適用により、瑕疵を発見してから合理的期間内に通知をすることを要し、それを怠った場合には懈怠によって生じた損害の範囲内で権利を失うことになる」と述べている³⁴⁾。

34) 中東・前掲論文78頁。

6ヶ月という期間がなぜ規定されたのか、起草過程からは明らかではなく、検査期間としてこのような半年という短期の期間を設けることが合理的ではないということは誰もが認めるところである。しかし、それは、商法526条に更に民法566条3項（570条による準用）を適用し、瑕疵担保責任の前提条件にすぎないと理解するためである。むしろ、文言は多少無理してこう考えるべきではないだろうか。即ち、民事10年、商事5年という消滅時効期間の比率に対応して、瑕疵担保責任の権利行使期間が、民事1年なら商事6ヶ月（半年）といった程度で規定が設けられた可能性がある。たとえそうでないとしても、合理的な差といえないだろうか。商事売買については、6ヶ月に権利行使のための期間を短縮し、かつ、瑕疵発見から「直ちに」瑕疵通知を権利行使前に行っておくべきことを要求することは、不合理とは思われない。

(f) 義務違反により制限される権利 商法526条では、契約解除、代金減額または損害賠償請求が列挙されており、これは制限列挙でそれ以外の権利は制限を受けないのであろうか。通説・判例はこれらは例示列挙であり、修補請求権、代物請求権や不足した数量の追履行請求権なども制限されると考えている³⁵⁾。最判昭47・1・25判時662号85頁は、「そして、この規定〔商法526条〕の趣旨に照らせば、右により契約を解除しえず、また、損害の賠償をも請求しえなくなった後においては、かりになお完全な給付が可能であるとしても、買主は、売主に対して、もはや完全な給付を請求しえないものと解するのが相当である」、と、完全履行請求権についても商法526条が適用されることを肯定する。

35) 平出・前掲書136頁。神崎・前掲書269頁、西原・前掲書153頁は代物請求権の制限を認める。田中誠二・前掲書140頁も、不特定物売買の場合の完全履行請求権や損害賠償請求権の制限を認める。平出・前掲書131頁も完全履行請求権につき同旨。高島正夫『商法総則商行為法（改訂版）』（昭57）212頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論（改訂版）』（昭63）178頁、田村諄之輔「判批」『商法（総則・商行為）判例百選（第3版）』109頁、込山芳之「商人間の不特定物売買と商法526条の瑕疵通知義務」『論点整理商法総則・商行為』（平17）135頁も適用ないし類推適用を肯定。山手正史「判批」『商法（総則・商行為）判例百選（第4版）』115頁も判例支持。

学説には、商法526条によって制限されるのは、売主の瑕疵担保責任だけであり、修補や代物の給付など、本来契約の趣旨に添った給付をなすべき義務を免がしめるものではなく、債務不履行上の責任は消滅しないという反対説もあるが³⁶⁾、異説である。

(g) 商人間以外への拡大 商法526条については、商人間取引を巡る法律関係の迅速な確定という特殊性に基づく規定という理解がされており、商事売買にその適用が限定されるのは、当然視されてきた³⁷⁾。民法の起草者(梅)も、法典調査会における議論において、商法上の検査通知義務について、「民事の売買では斯う云う重い責任を買主に持たせると云うことは到底出来まいと思えますから此処に採用致しませぬ」と説明している³⁸⁾。

しかし、戦後には、商法526条について、契約当事者の一方または双方が商人でない場合にも類推適用すべきであるという少数説が登場してきている³⁹⁾。非商人間、または買主が非商人の場合には商法526条の類推適用は否定すべきであるが、商人ではないが商人的経営態様を有する場合には、類推適用を肯定してよいという主張もある⁴⁰⁾。しかし、現在も一般的な理解は、民事売買への商法526条の適用には慎重である⁴¹⁾。

36) 長谷川・前掲書84頁。

37) 竹田省『商行為法』(昭6)58頁、田中誠二ほか『コンメンタール商行為法』(昭48)180頁のように、商人であるのみならず、両者にとり商行為であることを要すると述べる学説があり、これが一般的な理解である。

38) 『法典調査会民法議事速記録四(日本近代立法資料叢書)』80頁。

39) 神埼・前掲書270頁。但し、契約当事者が商人か否かも考慮して、要求される検査の程度、通知に要求される時期などを考えるべきであるといわれている。柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』400頁、鈴木竹雄「判批」『判例民事法昭和3年度』507頁、五十嵐清『比較民法学の諸問題』116頁など。

40) 石原・前掲論文20頁。非商人である買主に同種の義務を認める条項については、不遵守により一切責任を追及しえないとするほう高価を結びつけるのは認められないという(同論文21頁)。現在では、消費者契約法10条により、無効とされるものと思われる。

41) 江頭憲治郎『商取引法(第3版)』(平14)27頁。平出・前掲書(全集)226頁は、立法論として、「商人たる買主の営業の部類に属する売買に限定してよいのではなからうか」とさえいう。

2 権利行使期間と重ね合わせた考察

(1) 立法例の整理

瑕疵通知義務もあわせて権利行使期間について総合的に整理をしてみると、立法や立法例は次のように分かれている。

(a) 引渡時を権利行使期間の起算点とする立法

(ア) 権利行使期間 2年 消費財の瑕疵担保責任についての1999年EC指令 5条1項は、目的物の引渡しから2年の時効期間を設けており、この指令を民法に導入して、消費財に限らず一般的に規定をしたドイツ新債務法438条も同様である（土地工作物は5年とされているが、それ以外は2年）。起算点を引渡しの時とするために、瑕疵が発見しえないものであっても、引渡しから2年経過してしまえば、買主は保護を受けないことになる。この立法についても、更に買主の瑕疵通知義務を組み合わせるかで次のように分かれる。

① 瑕疵通知義務をプラスする立法 まず、更に買主の瑕疵通知義務を組み合わせる立法がある。消費財の瑕疵担保責任についてのEC指令5条2項でオプションとして、瑕疵発見から2ヶ月の瑕疵通知義務を規定することが加盟国に認められている。ドイツ新債務法自体にはこのオプションは導入されていないが、商法に瑕疵通知義務の規定ある。いずれにせよ、商法の適用にならない消費者・事業者間の売買にはオプションは採用されていないことになる。

また、国連動産売買条約39条1項は、ドイツ商法の影響を受けたものといわれているが、瑕疵発見から合理的期間内に貸しの通知が買主に義務づけられている。また、国連動産売買条約の影響を受けたものと思われるが、中国統一契約法157条、158条2項の規定もこれに近い規定になっている。

② 瑕疵通知義務は規定しない立法 EC指令を導入したフランスの2005年のオルドナンス（消費法典及び民法1648条の改正）は、指令に従い2年の権利行使期間を設けているが、フランスの伝統に従い瑕疵の通知義務は規定していない。

(イ) 4年の権利行使期間のみを規定する立法 アメリカ統一商事法典 2-725条1項は、「訴訟原因が生じたとき」から4年以内に権利行使をすることが必要とされており、更に、同 2-607条3項a号は合理的期間内の通知義務を規

定している。後者の通知義務はドイツ商法及び国連動産売買条約の影響といわれる。

(ウ) 権利行使期間6ヶ月以下+即時の瑕疵通知義務による立法　日本の旧民法財産取得編99条は、引渡しから不動産6ヶ月、動産3ヶ月、動物1ヶ月の権利行使期間としており、起算点・期間共に最も買主に厳格である。更には、旧商法566条で即時の検査・通知義務また即時の検査ができない場合には発見後即時の瑕疵通知義務が、商事売買については規定されていた。民法法を総合すると、すさまじく売主保護、いわば産業保護に傾斜した立法である。

(エ) 5年の瑕疵通知期間のみを規定する立法　幻に終わった2002年フランス瑕疵担保法改正予備草案1648条は、EC指令を導入した消費法典とは異なり、目的物の引渡しから5年の瑕疵通知期間（不動産及び不動産に組み込まれた動産については10年）のみを規定する。瑕疵発見からは直ちに通知をする義務ではなく、この5年以内に瑕疵の通知をしなければ権利行使ができないというわけであるが、期間内に瑕疵の通知がされた場合には、原則としての30年の時効期間によることになろうか。起算点は引渡しであり瑕疵発見ではないので、5年以内に瑕疵が発見できないようなまれな事例については、売主の保護を優先し権利行使が認められないことになる。

(オ) 権利行使期間10年+6ヶ月の瑕疵通知義務　これまた幻に終わったフランスの1990年消費法典草案125条は、目的物引渡しから10年以内に訴訟の提起を必要とすると期間がかなり長いものの、更に、124条では、瑕疵を知ったときないし知りえたときから6ヶ月以内の売主に対する通知義務が規定されている。消費者・事業者間売買についての規定であり、10年に権利行使期間を延長しているところは消費者保護を厚くしているようであるが、商事売買にさえ規定されていない瑕疵通知義務が規定されているところは保護を後退しているかのようである。しかし、民法でも速やかに権利行使をしなければならないのであるから、商事売買よりも保護がこれにより薄くなったというわけではない。10年という権利行使期間が長いので、それとの調整のために入れられたものである。

(b) 瑕疵を知った時を起算点とする立法 現行民法566条3項（570条による準用）は、権利行使期間として瑕疵を知った時から1年、そして、商事売買では、商法526条の①6ヶ月の瑕疵発見期間+②直ちに為すべき瑕疵通知期間が規定されている。2005年の改正によるフランス民法1648条は、「解除可能な瑕疵より生じる訴権は、買主により、瑕疵の発見から2年以内に行使されなければならない」と改正され、起算点が瑕疵発見時、そして、期間は2年間と明記されることになった。しかし、消費者契約では、指令を消費法典に導入して、引渡しから2年の期間制限を設定しており、商事売買のほうが民法により瑕疵発見から2年なので、消費者契約よりも有利になってしまう。但し、指令は消費者が民法を選択することを否定するものではないので、消費者は民法1648条を援用することができ、ただその場合には、そのほかの点も民法によることになる。

(c) 瑕疵を知りまたは知り得べかりし時を権利行使期間の起算点とする立法

① 6ヶ月の瑕疵通知義務として構成する立法 実現されなかったがフランス1987年の製造物責任についてのEC指令を国内法化するに際して、瑕疵担保法を全面的に改正しようとした幻の予備草案1648条は、買主は瑕疵を知りまたは知り得べかりし時から6ヶ月以内に、瑕疵を売主に通知しないと権利を失うものと規定している。規定されているのは通知義務だけであり、通知がされた場合には、30年の原則的な消滅時効期間によることになる。(a)④の2002年フランス瑕疵担保法改正予備草案のように、通知義務についての期間制限だけが規定されていることになるが、ここでは、5年ではなく6ヶ月とかなり短いものである。

② 単純に1年の権利行使期間として構成する立法 韓国民法の改正試案582条は、瑕疵を知った時から6ヶ月という現行規定を、瑕疵を知りまたは知り得べかりし時を起算点とし、期間も1年に延ばしている。商法の瑕疵通知義務規定があるかは分からない。

(b) 起算点を明記しない立法 2005年の改正前のフランス民法1648条は、買主は速やかに解除をしなければならないものと規定されているだけで、その

起算点は明記されていないものの、解釈により買主が瑕疵を知り得た時から起算されるものと考えられており、期間は速やかにというだけである。発見まで長期がけ以下しても、それから速やかに権利行使をすれば権利行使は有効となる。そして、商法に瑕疵通知義務の規定はないが、但し、解釈により、表見の瑕疵については留保なしに受領をした場合には、買主は権利を失うものと考えられている。

(2) 立法論としての提案

日本の民法は既に100年を過ぎ内容的な民法改正を本格的に考えなければならぬ時期にきており、立法論を模索する作業にも力が入られるべきである。そこで、立法論として、隠れた瑕疵の点も含めて次のような提案をしたい。

(a) 瑕疵の否定+悪意の買主排除 特定物売買については、瑕疵を知っているか、または、瑕疵が明らかであり当然その瑕疵が前提として売買契約がされたと考えられるような場合、要するに瑕疵がある物としてその代金で売買契約がされた場合には、一切買主の保護を否定すべきである。客観的には瑕疵があるが、「瑕疵」を契約不適合と構成すれば、契約不適合がないので法的には「瑕疵」の存在を否定することができるのである。また、客観的には瑕疵のある物の売買とは構成できないが、たまたま買主が瑕疵について悪意であったという極例外的な場合も考えられるので、「瑕疵」という要件の他に買主の善意という要件は残しておいてもよいであろう。

不特定物については、瑕疵のある物としての売買契約とはいえないし、また、悪意で契約をしたともいえないので、買主の保護を契約締結段階で否定できず、受領後においては後述の処理が問題になるだけである。

(b) 瑕疵検査通知義務

① 別個に権利行使期間の制限は不要 (a)の点をクリアーした特定物売買、また、すべての不特定物売買については、瑕疵の検査通知義務を次に問題にすることになり、上記のフランスのいくつかの提案のように、瑕疵の通知義務についての期間制限だけを設定することが、適切ではないかと考えられる(しか

も、商人間売買に限定されない）。瑕疵通知期間の設定により、瑕疵の通知後誠実に交渉がされることになる。

② 瑕疵通知義務の起算点　そして、買主の売主への瑕疵の通知義務の起算点は、権利行使をすべき期間ではないので、瑕疵を知らないのに通知を要求できるはずはない。したがって、瑕疵を知った時を瑕疵通知義務の起算点とすべきであるが、重過失なしに知り得た場合についても悪意と同視してよい。そして、この場合に要求される注意義務の程度は、買主に引渡しが行われた後ではあるので、隠れた瑕疵について議論されている買主の過失についてよりは注意義務が高めてもよいが、それでも当然には売主におけるのと同じ注意が要求されるはずはなく、また、消費者か事業者か、また専門事業者か否かでこの運用は柔軟にされるべきである。

③ 瑕疵を通知すべき期間　通知期間については、事業者については速やかに通知がされるべきである。他方で、消費者については、事業活動のために通知が要求されるのとは異なり、日夜忙殺されている状況を考えると、クーリングオフとは趣旨は異なるが1週間程度（1ヶ月でもよいかもしれない）の余裕は必要であろう。

(c) 原則的時効期間の適用　(b)で要求されるのは権利行使ではなく瑕疵通知であり、権利行使自体は原則的消滅時効期間内にされればよい。瑕疵を通知して売主を悪意にすればよいのである。確かに、瑕疵を知りながら販売したり引き渡す売主よりも保護に値するが、瑕疵の通知を受けた以上、原則的消滅時効以上の保護を与える必要があるかは疑わしい。その期間は民法10年（167条1項）、商法5年（商法522条）ということになるが、将来消滅時効期間が短縮される可能性があるため、民商法統一で原則的時効期間が3年程度になる可能性がある（その上で、短期消滅時効は廃止すべき）。166条の時効起算点は引渡しの時と考えるべきであろうが、そうすると、瑕疵の通知期間が経過していないのに瑕疵を知らない買主に対して消滅時効が完成してしまうことになる。しかし、場合によっては、悪意の売主の時効援用を権利濫用として認めないなど、例外的事例については一般規定による保護を考える必要がある。

解釈論についても、なるべくこの立法提案が活かせるような解釈論を展開したいが、この点は次の終章で述べる。

第5章 終章——本稿の解釈論的結論の提示

(1) 種類物売買——受領後のみが問題になる

(a) 「隠れた」瑕疵のある物の売買を問題にできない 法定責任説では、買主による履行認容事由がない限り、種類物ないし不特定物では瑕疵担保責任がそもそも問題にならないが、債務不履行責任説では、種類物売買についても考えておく必要がある。

種類物売買において、設計に問題があり、その種類の製品がすべて瑕疵を有している場合に、見本を見て購入した場合には、契約時の悪意を問題にできようが、そうでない限りは、引渡しを受けなければ、受け取った物に瑕疵があるかどうかの悪意を問題にできない。そして、この場合には、完全な物を引き渡す義務を負う売主が、不完全な物を引き渡しておいて、表見の瑕疵だから責任はないということはいえるはずはない。従って、種類物売買についても570条を適用する場合には、種類物では「隠れた」瑕疵を知りながら買ったということも、また、「隠れた」瑕疵ということも問題にする必要性はない⁴²⁾。

(b) 受領後の検査通知義務及び権利行使期間のみが問題になる 種類物については、瑕疵の検査通知義務についての規制だけで十分である。

42) こう考えると、不特定物売買に瑕疵担保責任の規定は適用できないことになり、要件レベルではその通りであろう。しかし、特定物売買での後発的瑕疵も含めて、受領後には、商法526条や民法570条の準用する566条3項を適用してよいであろう。債務不履行責任説では、債務不履行についての特則がどういう場合にどの限度で当てはまるかを考えればよいのであり、特則がすべて充てはまるもののみを瑕疵担保責任というか、一部でも当てはまれば瑕疵担保責任というか、とりたてて重要な問題とは思われない。不特定物売買にも瑕疵担保責任の規定を適用するのが世界的に一般的な状況であり、不特定物についても、(引渡し後については)瑕疵担保責任の規定が適用されるので、瑕疵担保責任がそのときに成立すると説明してもよいであろう。

① 商事売買 商事売買については商法526条の瑕疵通知義務規定が適用されるが、起算点は瑕疵を重大な過失なく知り得た時、専門事業者の場合には過失なくして瑕疵を知り得た時といってもよいであろう。そして、通知期間は「直ちに」という短期の期間となる。

そして、商法526条2項については、文言をかなり無視するので無理を承知で次のように考えたい。6ヶ月というのは、民事売買の瑕疵担保責任が1年の権利行使期間となっているのに対して、瑕疵通知義務にプラスして商事売買についてこれを半分の6ヶ月にしたものである、と。商事時効期間が民事時効期間の半分ということに対応しており合理的な制限である。そして、この6ヶ月以内に権利行使があっても、商事時効の5年（起算点は引渡し）が更に問題となり、二重の期間制限があること非商事売買におけると同様である。なお、売主が悪意の場合にはいずれの制限も適用されず、5年の商事時効が問題になるにすぎない。

② 商事売買以外について 消費者・事業者間の消費者契約、また、消費者間の契約については、商法526条を類推適用できるかが問題とされているが、これは否定すべきである。商法526条を瑕疵通知義務の規定、民法566条3項を権利行使期間の規定とされ、両者が商事売買には適用されると考えられているが、上記のように商事売買・民事売買と適用範囲を分かち規定というべきであるからである。

消費者契約については、566条3項の権利行使期間だけで不都合はないであろう。但し、その権利行使については、解除か代金減額・損害賠償、修補、代物給付のいずれかを行使する意思が1年以内に表示されればよいと考えるべきである（そして、商法526条同様に、売主が悪意の場合には1年の制限はなく、10年の一般の時効のみに服すると解すべき）。また、別個に民法167条1項の10年の消滅時効に服する。そして、その起算点（民法166条）については、引渡し時と考えるべきである。

以上の検査通知義務及び権利行使期間については、特定物売買についても全く同様である。そこで、次に特定物売買については、契約締結時の問題のみにして説明をしていこう。

(2) 特定物売買——「隠れた」瑕疵要件は契約適合性と買主の善意に解消可能「買主注意の原則」を認め、売主の特別の保証がない限り、売主はその物を引き渡す義務しかないとする(特定物のドグマ)、例外的に明示の保証もないのに売主の瑕疵担保責任を認めるのは、法が買主保護のために特に認めた責任(法定責任)であるので、買主が保護されるためにはそれなりの要件が必要とされて当然である。瑕疵が隠れていることが必要であるとして、買主に善意である他に瑕疵についての善意無過失まで要求しても不合理ではない。

しかし、この点は本稿では議論しないが、筆者は特定物のドグマを否定し⁴³⁾、瑕疵担保責任を債務不履行として構成するので、瑕疵がある物を渡したのでは債務不履行になってしまい、債務不履行があるのでどうして責任が認められないのか、冒頭に述べた問題を解決する必要がある。債務不履行があるので、買主に過失があっても過失相殺がされるだけではないか、といった疑問が解消される必要がある。そもそも買主に過失があったら全く保護されなくてよいのかという問いに対して、正当な解答となる説明が追求されなければならない⁴⁴⁾。この点について、以下に述べるように、契約適合性と買主の善意要件に解消可能だと考えられる。

(a) 契約不適合性(=瑕疵)の解釈による解決 以下のように事例を分けて、瑕疵自体を否定することで、問題を解決したい。なお、その前提として、瑕疵を契約不適合と理解することは既に何度も述べた通りである。

(ア) 瑕疵ある物としての売買が認定できる場合——売主の瑕疵についての説明義務違反がない場合

43) 旧民法では、修補不能が瑕疵担保責任の要件とされていたので、修補可能な場合は、債務不履行として修補を請求できるのに対して、瑕疵担保責任についてはその特定物の引渡ししか義務としては考えられないことになっていた。

44) なお、以下の記述における「瑕疵」とは、判例分析からも分かるが、原則的には通常その物の有すべき品質などへの適合性が問題になるだけであるが、売主がその通常の使用を超えた目的で購入する場合でも、買主がそれを表示し売主がそれを了承していた場合には、その買主の特別の目的への不適合も瑕疵というべきである。

① 瑕疵ある物としての売買契約が明示的に締結された場合 瑕疵が容易に発見できるものかどうかを問わず、売主が瑕疵の存在を説明して、瑕疵ある物として買主が納得して代金について交渉がされ売却された場合には、瑕疵担保責任は成立しない。客観的には「瑕疵」＝契約不適合があるが、「隠れた」瑕疵という要件または買主の善意を否定することによって瑕疵担保責任の成立を否定することができるが、また、免責の合意がされているということもいえよう。さらには、当事者間においては主観的には570条の法的な意味における瑕疵＝契約不適合はないとさえいうことも不可能ではない。ここでの瑕疵の買主による「認容」は、判例のいう種類物売買における瑕疵の認容とは異なり、瑕疵についての責任を問題にしないことを認めることである。

② 表見の瑕疵の場合 隠れた瑕疵の場合には売主により瑕疵の存在が開示されなければ、客観的に瑕疵のない物の引渡義務を免れないが、表見の瑕疵の場合には、敢えて売主が開示するまでもないのであり（免責のための説明義務なし）、その瑕疵が前提とされて契約がされているものというべきである。しかし、それは、売主が開示するまでもなく買主が自らの目で分かるからであり、売主に瑕疵についての説明義務違反がない場合といってもよい。そもそも買主は引き渡される前は、売主の支配領域に目的物があるので、売主は瑕疵の説明をするか、または、明らかな瑕疵については買主に十分な点検の機会を与える必要があり、いずれかの要件ないし義務が果たされない限りは、瑕疵のある物として買主が認容した上での売買とはいえないと考えるべきである。

(イ) 瑕疵ある物としての売買と認定できないが、瑕疵があっても債務不履行を問題にできない場合——瑕疵のないことが保証できないことに合意されている場合 例えば、絵画の真作であることを瑕疵で問題にできるとすると、売主が必ずしも真作か保証しえず、買主もそのリスクを引き受けてそのことを代金に反映させて売買契約がなされた場合、射倖契約的な要素が含まれてくる。真作であることが後日判明すれば買主が得するし、贋作であることが判明すれば買主が損をするが、そのようなリスクを引き受けていわばばくち的な取引として行われているのである。

このような場合には、特に免責特約をするまでもなく、瑕疵のないことの保証がされておらず、その物があるがままに引き渡せばよく、まさに特定物のドグマのいうようにその物を引き渡すことしか売主には義務づけられない。骨董品や美術品に典型的に認められる問題であるが、それ以外の特定物売買においても、ある点について瑕疵の有無が確認できず、そのことを売主が開示し(瑕疵の開示ではなく瑕疵がある可能性の開示——瑕疵がないという保証はできないという表示)それを考慮して代金が決められた場合には、やはりその点についての瑕疵のない物の引渡義務は約束されておらず、瑕疵担保責任は成立しないというべきである。美術品については、特に保証がされない限りこのような売買契約と考えるべきであるが、それ以外の売買契約では、原則として明示的にこのような契約であることが合意されることが必要である。

(ウ) 瑕疵のない物としての売買1——売主が瑕疵のないことを明示的に保証した場合 特定物売買で目的物に瑕疵がないことを売主が明示的に保証した場合には、本来(ア)②や(イ)の事例でも、瑕疵のない物の引渡義務を売主は引き受けたものと考えてよく、売主に瑕疵担保責任を免責する必要はない。但し、買主が瑕疵を確信しながら購入した場合には、その保護を否定してよいであろう。その意味で、買主の善意という要件は、瑕疵の確信を有しないこととここでは限定されるべきである。

なお、明らかな瑕疵があった場合について付け加えれば、明らかな瑕疵ならば売主は当然瑕疵を知っているはずなのに、売主が瑕疵のない保証をしたというのは、詐欺にさえ該当する事例である可能性がある。売主が悪意なので、たとえ買主が悪意であっても、いずれの保護を優先すべきかという点、売主に義務違反(債務不履行)があるので、買主がたとえ悪意でも、損害賠償は請求できないとしても解除は認めてもよいであろう(561条後段参照)⁴⁵⁾。当然のこと

45) 数量指示売買や目的物の一部滅失の担保責任について、それが隠れていることが要求されていないのは(565条)、このような保証があるからというべきである。その場合にも、買主が悪意ならば、損害賠償は請求できないというべきである。

ながら、重過失の場合には損害賠償請求も認めてよく、その場合には過失相殺が認められてよい。いずれにせよ、瑕疵のないことを保証した場合でも、瑕疵がないと思っている売主の保護は必要であり、商法526条や民法566条3項の準用による1年の除斥期間（解除についての）の利益を受けるが、悪意の場合にはいずれもその適用を否定すべきである。

(エ) 瑕疵のない物としての売買2——売主が瑕疵のないことを明示的に保証していない場合　一番の問題は、売主が瑕疵を開示したわけでも、特に瑕疵の有無は分からないことを開示したわけでも、反対に特に瑕疵がないことを保証したわけでもない場合である。瑕疵を債務不履行（=契約不適合）と構成する債務不履行責任説の立場からは、売主が瑕疵のない物の引渡義務を引き受けたと契約解釈できるかが、決め手となる。

やはり原則としては、販売する以上は、売主が瑕疵について保証できないことを開示しない限り、通常有すべき性能・品質についてはこれを備えた物であることを了承しそのような物を引き渡す義務を負うというべきである。引渡しを受けた後の検査義務とは異なり、売買契約前は売主の支配下に目的物があるのであり、引渡し後と同様の検査義務や過失を問題にすることはできない。売買契約の債務不履行の状況からその瑕疵が前提として取引がされたと解釈できるような場合以外は、通常有すべき性能・品質を備えた物の売買がされていると考えるべきである。

この結果、表見の瑕疵の場合には、売主がわざわざ説明するまでもない瑕疵であり、買主もその瑕疵を知った上で交渉するものであり、(ア)の類型になるが、検査ができない状況にある場合には、(イ)の明示的合意がない限りは、通常有すべき性能・品質を備えた物としての売買契約が成立したものと考えるべきであろう。

(b) 買主の善意要件　(a)(ア)(イ)の場合には、そもそも契約不適合=瑕疵がないので、買主の悪意を補充的な要件として問題にする必要はない。(ウ)の場合には、買主の悪意が確信にまで制限されるべきであるが、明らかな瑕疵の場合には、契約解除を認めてもよく、損害賠償請求だけを否定すればよいであろう（過失があれば、過失相殺）。問題は、(エ)の事例であり、客観的になされる契約解

積としては、適合物給付義務に違反した契約不適合があると認めざるを得ないが、(ア)のケースでもないのにたまたま買主が瑕疵を知っていた場合には(重過失は悪意と同視される)、一切買主の保護を否定してもいいと思われる。瑕疵を知りながら敢えて売買契約をして、瑕疵があるとして救済を求めるのは、705条や708条または全部免責されるべき過失相殺に匹敵する状況にあり、裁判上の保護を与える必要はないと考えられるからである。過失があるに過ぎない場合には、過失相殺をするだけでよく(代金減額に匹敵する損害賠償部分は過失相殺すべきではない)、瑕疵担保責任を否定する必要はない。

(3) 冒頭の疑問への解答

(a) 瑕疵があり債務不履行があるのにどうして瑕疵担保責任が成立しないのか　まず、隠れた瑕疵という要件も、買主の悪意も、原則として特定物売買について契約時についてのみにあてはまる要件である。そして、特定物でも瑕疵のない物を引き渡す義務を負い、瑕疵担保責任はその義務の不履行であると理解する限り、瑕疵担保責任が否定されるのは、まず、その問題の瑕疵のない物を引き渡す義務が否定される場合でなければならない。

債務不履行があるのに、売主が責任を免れるのは、商法526条及び民法566条3項(570条による準用)の適用によるだけで十分である。売主の責任が否定されるのは、売買契約の解釈として、瑕疵がない物の売買契約が成立したものと認められず、瑕疵のある物の引渡しが契約不適合とは考えられないからである。そのような場合として、売主・買主間で瑕疵が明示・黙示に前提とされている場合、瑕疵の有無について保証ができないことが合意されている場合が考えられる。

(b) 「隠れた」瑕疵とは買主の善意無過失か　(a)の点をクリアーして、目的物に契約不適合=瑕疵が認められる場合にも、買主が瑕疵を知っている場合には、敢えてそのような売買契約をした買主に保護を与える必要はない。しかし、そのようなサンクションが与えられるのは、買主が悪意の場合またはそれに準ずるきわめて重大に過失がある場合に限られるべきであり、それ以外は、買主に過失があっても過失相殺がされるだけで十分である。

(c) 要件についての整理 以上のように考えると、先ず、(a)のような場合には「瑕疵」自体の解釈により「瑕疵」が否定されるので、瑕疵担保責任が否定され、「隠れた」瑕疵という要件は不要である。次に、(b)のような場合には、契約解釈としては「瑕疵」は認められるが、買主が悪意だからその保護が否定されるのであり、566条1項の準用による買主の善意という要件だけでよい（重過失ある善意は悪意と同視する）。「隠れた」瑕疵を買主の善意無過失として、買主の無過失を要求すべきではない。こうして、「隠れた」瑕疵という要件については、買主の善意という要件と重複しこれを確認しただけの文言にすぎないとでもいうべきであろう。

(d) 表見の瑕疵でも買主が無過失なら保護される点 以上のように、要するに「瑕疵」と「買主の善意」に瑕疵担保責任の要件を整理すれば、いわゆる表見の瑕疵なのに買主の保護をはかるべき場合に、「隠れた」瑕疵であると詭弁を用いる必要はなくなる。(a)に述べたように、「隠れた」といった点は「瑕疵」の要件の評価に吸収されることになる。表見の瑕疵の場合にも、売買契約の解釈として瑕疵なき物としての売買契約の成立が認められ、契約不適合が認められるのである。そして、買主に悪意がないのでその権利行使も妨げられないのである。