慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「受領」概念の機能的考察：商法五二六条の機能分析を契機に
Sub Title	Die funktionale Betrachtung des Begriffs "Annahme als Erfüllung" : Analyse des §526 JHGB
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.1 (1996. 1) ,p.239- 293
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	向井健教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960128-0239

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.

「受領」概念の機能的考察

——商法五二六条の機能分析を契機に——

北居功

一　序　説
二　一般ドイツ商法典三四七条
三　ドイツ法の体系
　(1)　ドイツ民法典四六四条
　(2)　ドイツ商法典三七七条
　(3)　履行としての受領と商品の承認
四　「受領」概念の機能
　(1)　商法典五二六条の制定過程
　(2)　「受領」概念の機能
五　展　望

一　序　説

民法四一三条のいわゆる受領遅滞を巡る従来の法定責任説と債務不履行責任説との対立が効果面での損害賠償・解除の存否を争う実益論を反映していたのに対して、近時の折衷説の登場はそうした効果面での対立を止揚することになったため、論争の関心は理論構成の側面に集中することになったとも評しうる。勿論、要件面での「過失」の要非を巡る対立は、とりわけ危険移転に関して五二六条二項の民法体系内での位置づけにも関わる問題であって、尚検討を要するであろうし、注意義務の軽減に関しても必ずしも実益がない議論というわけではないであろうが、従来、受領遅滞に基づく債権者の債務不履行責任の肯定に慎重であった判例の態度の変化を昭和四六年の最高裁判所判決[1]に見出すことが可能であれば、残される問題点はそうした債権者の債務不履行責任をどのように理論的に構成するのかという点に集約されることも当然であろう[2]。

ところで、その折衷説の起点は「受領」が権利か義務かという以前の論争に対して、権利たる「受領」概念と義務たる「引取」概念の峻別にあった[3]。折衷説の論者においては、「引取」を物の有体的持ち去りとして「受領」概念から抽出・区画する点でほぼ争いはないが[4]、「受領」概念自体については必ずしも明確な概念定義がなされていないのが実情である[5]。既に筆者は四一三条が債権者の引取義務を定めた規定であることを示唆したが[6]、そうした場合に四一三条が定める債権者の義務が「受領」義務ではなくて「引取」義務であるというためには、その前提に「受領」概念と「引取」概念との明確な峻別がなければならない。つまり、「引取」概念が一応物の有体的持ち去りを意味するとしても、他方で「受領」がどのような概念であるのか、その内容を確定し民法体系上に位置づけなければならないのである。

こうした問題関心から「受領」概念を眺めるとき、我が国の民法典にはドイツ民法典三六三条のような「受領」に

関する一般規定[7]が存在しないため、果して「受領」概念を論じる余地があるのかという疑念が沸き上がる。従って、およそ「受領」概念一般を論じることは避けて、ここでは瑕疵ある物の引取後の買主の行動がどのような法的意義を有するのか、という問題に関心を限定する。ところで、そうした場面に対応する規定は買主の検査・通知義務を定める商法典五二六条であり、民法典上には存在しない。しかし、買主の検査・通知義務の懈怠が何故にその後の買主の権利主張を遮断するのか、その意義を沿革論および比較法論から探究するとき、ここから得られる帰結は民事売買にも投影されるように思われる。従って、以下では商法典五二六条を検討素材にして、民法上の「受領」概念の機能を解明し、「引取」概念との機能的な概念峻別を試みる。

(1) 最高裁判所第一小法廷判決昭和四六年一二月一六日民集二五巻九号一四七二頁。Xが採掘する硫黄鉱石をYに売り渡す売買契約が締結され、Xが契約に基づいて硫黄鉱石を採掘・出荷しようとしたがYが市況の変化を理由にその引取を拒絶したため採掘の中止のやむなきに至った。そこで、XがYの引取拒絶によって被った損害について賠償を求めた事件である。最高裁判所は、「右事実関係によれば、前記鉱石売買契約においては、Xが右契約期間を通じて採掘する鉱石の全量が売買されるべきものと定められており、XはYに対し右鉱石を継続的に供給すべきものなのであるから、信義則に照らして考察するときは、Xは、右約旨に基づいて、その採掘した鉱石全部を順次Yに出荷すべく、Yはこれを引き取り、かつ、その代金を支払うべき法律関係が存在していたものと解するのが相当である。したがって、Yには、Xが採掘し、提供した鉱石を引き取るべき義務があったものというべきであり、Yの前示引取の拒絶は、債務不履行の効果を生ずるものといわなければならない」として、XのYに対する損害賠償請求を認めた原審の判断を正当とした。大審院は受領遅滞に基づく債権者の債務不履行責任には消極的な態度を示していたが（大判大正四年五月二九日民録二一輯八五八頁、同大正一一年一一月一日新聞二七〇一号一七頁）、最高裁判所は昭和四〇年一二月三日判決（民集一九巻九号二〇九〇頁）において、ゴルフクラブハウスに備えつける膨張タンク等の製作を内容とする請負契約において、特段の事情が認められない場合には請負人は注文者の受領遅滞を理由として契約を解除できないとして請負人の解除請求を退けたため、結論の上では最高裁判所も受領遅滞に基づく債務不履行責任に慎重な態度を示していた。しかし、「特段の事情」があれば受領遅滞に基づく債務不履行責任が認められる余地を残したとも評価でき、そうした評価を前提にその「特段の事情」を四六年判決が示したものと一般的には理解されている（遠田新一・民商法雑

誌六七巻四号（昭和四七年）七六頁、同・民法判例百選Ⅱ債権（第三版）（平成元年）二七頁、四宮和夫・法学協会雑誌九一巻一号（昭和四七年）二〇四頁、杉田洋一・法曹時報二四巻一〇号（昭和四七年）二五三頁）。従って、四六年判決は受領遅滞ないし引取遅滞に基づく債権者の債務不履行責任を肯定した点で「画期的」な判決ではあるが、その萌芽を四〇年判決に見出すことも可能であり、そうであれば受領遅滞に基づく債権者の債務不履行責任に関する判例の態度の「変化」は、寧ろ四〇年判決に求められることになろう。

(2) 四六年判決の理論構成上の問題点は、四六年判決が四一三条に基づく債権者の債務不履行責任を肯定したのか、それとも信義則上の引取義務違反に基づく責任を肯定したのかという点の理解にある。折衷説の遠田教授は、まさに「信義則上の引取義務」違反に基づく責任が肯定されたものであり、最高裁判所が折衷説を受け入れたと評されている（遠田・民商六七巻四号・前出注（1）七六頁、同旨、安田実「受領遅滞――受領ないし引取義務を中心として――」山口和男編・現代民事裁判の課題⑦（損害賠償）（新日本法規出版・平成元年）六五頁）。しかし、「本判決が、近時の下級審判決に見られるように債務不履行説に傾斜したのか、あるいは、『受領』と『引取』を区別する中間的学説の考え方を採用したのか、それとも法定責任説の立場をとりつつ『特段の事由』にあたるとしたに過ぎないのか、受け止め方は異なる」可能性があるのも事実である（吉岡幹夫「受領遅滞」森泉章教授還暦記念・現代判例民法学の課題（法学書院・昭和六三年）五一八頁）。尤も、吉岡教授は債務不履行責任説を承認した判決とは位置づけ難いと評されており（同・五一九頁）、三和教授も「最高裁が有力説（債務不履行責任説）の立場を採用しないことだけは明らかである」と評されている（三和一博「債権者の受領遅滞」法学セミナー二四三号（昭和五〇年）五五頁）。

(3) かつて、買主の引取義務をドイツ法に基づいて論じた論文も存在したが（乾政彦「債権者の引取義務」法政大学創立三十周年記念論文集（明治四二年）四〇三頁以下）、受領義務の存否を巡る従来の論争に対して、ドイツ民法典における「受領（Annahme）」と「引取（Abnahme）」概念の区別に基づいて権利不行使に対応する制度としての受領遅滞制度と債務不履行責任をもたらす引取遅滞制度との峻別を提唱されたのが遠田教授であった（遠田「買主の受領遅滞と解除」私法二九号（昭和四二年）二七一頁以下、「債権者の受領遅滞による債務者の解除権――買主の引取遅滞について――」契約法大系Ⅰ契約総論（有斐閣・昭和三七年）二八六頁以下）。この提言を契機に、法定責任説では特約がない限り認められなかった債権者の債務不履行責任が信義則上の引取義務を介して認められる途が開かれたのである。このように、四一三条は権利としての受領を前提にそうした権利としての受領が行われないことに対する法定のサンクションであり、こうした責任とは別に買主や注文者に信義則上の引取義務を認める学説を本稿では折衷説と呼んでいる。この折衷説を近時主張するものとしては、奥田昌道・注釈民

法⑽（有斐閣・昭和六三年）二四六頁、同・債権総論〔増補版〕（悠々社・平成四年）二二六頁、水本浩・債権総論（有斐閣・平成元年）七二頁。

（4）遠田教授は、「引取り（受取り）とは、債権者の現実の行為であり、目的物が動産の場合は、目的物を有体的に取り去ることによって、占有権が現実に債権者に移転することを意味」し、「不動産の場合登記を完了し、登記済証の還付をうけ完全な物権変動を生じたことによってはじめて引き取ったこと」を意味するものであると説明される（「受領遅滞――その一」遠藤浩＝川井健＝西原道雄編・演習民法（債権）（青林書院新社・昭和四七年）六五頁）。奥田教授は、引取とは「物の有体的引取行為（現実の占有取得）」であると説かれており（注釈民法⑽・前出注（3）二四六頁）、水本教授も「物理的な引取行為」と理解されている（前出注（3）七一頁）。

（5）遠田教授は、「受領とは、債権者の意思に関するものであり、債権者が自己の意思により目的物の所有権を観念的に自己に移転させることを意味する……受領の場合、占有の移転を伴う場合もあるが必ずしも占有の移転を伴う必要はない。しかし受領によってはじめて、債務者の給付は債務の本旨に従ったものとして承認され、債権者に観念的所有権が移転する」のであり、「物権的効果としての引取りと債権的効果としての受領とは、……物権変動の意思主義の領域でも、引渡し主義の領域でも――同時にまたは時間的な差をおいて――ともに存在するが、債務の本旨に反する場合は、いずれも受領としては拒否され、所有権は移転しないこととなる」として、「引取」と「受領」の区別を主張された（前出注（4）六四・六五頁）。これに対して、奥田教授はそうした遠田説の物権変動と引取および受領の結合を批判したうえで、受領とは「広く債権者が債務者の債務履行のために要請される協力行為」であって、「『引取』は受領の一現象としての意味をもつ」ものと説明されている（注釈民法⑽・前出注（3）二四六頁）。債務不履行責任説の中にも「引取」と「受領」を峻別する学説がある。星野教授は、「『受領』とは、給付が債務の本旨に適うことを認めて受け容れるとの意味に用いるのが売買などにおける取引慣行上適当である。売買においては、買主が検査をして初めて『受領』のされることが多い」のに対して、引取義務ないし受取義務の問題とは「売主のした提供が債務の本旨に適っていないとはいえない場合にこれを拒絶しない義務」であって、こうした両者を区別するのが「厳密」であると指摘されている（星野英一・民法概論Ⅲ（良書普及会・昭和五八年）一三四・一三五頁）。この「厳密な区別」を行うのが谷川助教授であり、四一三条を受取義務違反規定と理解したうえで、さらに「買主が、目的物の引渡を受けた後に検査をし、契約条件に適合していると認めた場合に、なお、それを売買契約の目的物として自己のものとする意味で受領することを拒否できるであろうか」という問題提起に対して、「買主は、原則として検査の結果、契約に適合すると認めた目的物を受領する義務があると解すべきである」として、受取から区別される「受領」概念の法律上の機能を説かれている（谷

川久・商品の売買（有斐閣・昭和三九年）八五・一一〇頁）。このように、そもそも「受領」概念が論じられること自体が稀であるうえ、その内容についても必ずしも見解の一致が存在しないのである。このことは、弁済の法的性質に関する通説が給付による債務内容の充足という客観的要素にのみ着目して債権者の「受領」という弁済構成要素の法的意義を省みてこなかったことに起因するものと思われる。

(6) 拙稿「債権者遅滞論の再構成序説――民法四一三条と四九二条の基本構造とその関係――」法学政治学論究二号（平成元年）一八五頁。

(7) ドイツ民法典三六三条は債権者が給付を「履行として受領（Annahme als Erfüllung）」した場合にはそれ以後の権利主張に関しては証明責任が債権者に転換されることを定めている。ドイツ民法典施行直後は、ドイツ民法典二九三条以下の受領遅滞制度と四三三条の買主の引取義務との関係に関して、前者が権利たる「受領」を前提とする制度であるのに対して、後者が義務たる「引取」を定めるため、両概念の峻別が論じられた。こうした議論の中から履行としての受領概念と有体的持ち去りとしての引取概念の峻別が確定されたのである。これが我が国の折衷説に基礎を与えたのであるが、従来の我が国の議論は専ら引取概念について着目してきたのであり、「履行としての受領」概念がいかなる内容を有し機能を担うのか、については省みられていない。従って、本来はドイツ民法典三六三条の受領概念の分析が必要なのであるがこの検討は別稿に譲ることとし、本稿ではドイツ民法典四六四条の受領概念の機能を検討対象とする。尚、ドイツの引取概念を巡る問題については、乾・前出注（3）四〇三頁以下、遠田「買主の受領遅滞と売主の解除権」広島大学政経論叢一二巻（昭和三七年）一号三九頁以下、二号一頁以下、田中教雄「債権者の受領義務について」九大法学五八号（平成元年）一頁以下を参照。また、ドイツ民法典三六三条の制定過程については、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）四八二頁注（18）参照。

二　一般ドイツ商法典三四七条

現行商法典五二六条の沿革を辿ると、その規定は旧商法典を経由して一般ドイツ商法典三四七条に由来することが明らかになる。買主の検査・通知（責問）義務の本来の制度理解のためにまず、ここではその起点たる一般ドイツ商

法典三四七条の成立を検討する。[1][2] その三四七条の買主の検査・通知義務に関する規定は、プロイセン草案二五七条および二六四条を基礎として形作られた。[3]

プロイセン草案二五七条

試用または見本売買において（二五五・二五六条）、売主は試用または見本において認められなかった商品の隠れた瑕疵について責任を負う。

この規定に関して、プロイセン草案理由書は、試用または見本において行われた検査の後に買主が商品を承認した限りでその承認が尊重されるが、その際に隠れていた瑕疵については尚売主は責任を負わなければならない、と説明している。[4]

第一読会では、この規定の趣旨の理解を巡って二つの見解が対立した。まず、本条が定めるのは試用または見本売買において売主が隠れた瑕疵について責任を負うべきことであるとの理解に立つ委員は、取引の安定性から一旦買主が商品を受領するなら売主の責任を排斥すべきで、結局この規定を削除すべきことを提案した。この提案に賛同した他の委員は、外国から委託者のために商品を買い入れる取次業者が不当な損失を被る恐れがあり、また試用売買においては瑕疵にもかかわらず買主が合意された商品を保持しようとすることを主張した。しかし、これに対して他の委員は、商品の瑕疵が使用して始めて明らかになる場合もあれば、受領前に検査が行われない商品もあることからすればこの規定は必要であり、仮にこうした売主の責任が認められても、それは契約締結前ないし引渡前に存在する瑕疵に対する責任であり、その証明責任は買主にあるため危惧には及ばない、と主張して先の提案に反対した。

他方で、本条は他の条文で定められた隠れた瑕疵についての売主の責任が買主の承認によって排斥されないことを定めるとの理解に立つ委員は、売買における隠れた瑕疵についての売主の責任に関する一般規定が試用または見本売買でも適用されることを定めるのがこの規定なのであり、買主の承認の意思表示は買主に検査に応じて求められた問

いに対する肯定の返事に過ぎず、それ以外の問題には係わりえないと主張したのである。

結局、本条の削除提案は拒否され、本条を二六四条の下に移したほうが良くはないかという提案については、編纂委員会に委ねられることになった。(5)

プロイセン草案二六四条

商品が他から送付される場合、買主は引渡後遅滞なく商品を検査し、商品が契約に適っていないことが明らかになったときは、売主に即座にその旨を通知しなければならない。

彼がそれを懈怠する場合、即座の検査に際して通常の取引経過によっては判明しない隠れた瑕疵が問題とならない限り、その商品は受領され且つ承認されたものとみなされる。

後にそうした隠れた瑕疵が明らかとなった場合、その発見後遅滞なく通知が為されなければならない。

……（第四項・第五項省略）……

この規定の趣旨に関して、プロイセン草案理由書は次のように説明している。商慣習では、商品が他の場所から送付される場合、買主は引渡後遅滞なく商品を検査し、その際に明らかになった瑕疵を即座に売主に通知しなければならない義務を負い、そうしたことを買主が怠れば商品は承認されたものとみなされる。普通法では、こうした買主の検査義務の存在は否定されているが、そのような義務は十分な根拠を有する。商品が一旦買主に引き渡されると、買主はその商品を自由に処分できる一方、商品の契約適合性の証明が長期間の経過や変質しやすい商品の場合には困難であるから、売主にとっては買主がその商品を保持しようとするか否かを決断することが期待される。また、買主が時効の完成まで自由に瑕疵を主張できるとすると価格の高騰によって利益を引き出す余地がある。堅実な商人であれば検査・通知を怠ることはないであろうから、そうした義務を定めることは不当ではないのである。尚、この規定における隠れた瑕疵とは、通常の取引経過に際して行われる即座の検査において発見されないすべての瑕疵を指す。(6)

二六四条に関してニュールンベルク会議の第一読会では次のような審議がなされた。まず第一項に関して、引渡後

遅滞なき検査が全く不可能な商品の場合にはそうした検査義務を課すことができないのであるから、買主の即座の検査義務を排斥する旨の提案が提起されたのに対して、商品を任意に抽出して検査すれば検査義務を果たしたことになるし、とりわけ商人の委員が、そうした即座の検査義務が商取引では「商法典で思い止まることができないほど一般的に存在し、且つ欠くことができないものとして承認されている」として、検査義務を定めないことに強く反対したため、その提案は撤回された。[8] こうした検査義務がそのように一般化しているとしても、小規模な取引とりわけ消費者と商人の取引では事情が異なり、買主が商人である場合に適用を制限すべきであることが提案された。こうした制限は、草案がそのような場合を商人の側でのみ商行為として扱う趣旨にも適合するし、こうして一方的に商人にのみ適用されるとしてもそれによって商人が被る負担は、「今日の買主は明日の売主となることによって帳消しになる」ため不当ではないと主張されたのである。[9] この検査義務の範囲・程度について明確化するのが望ましいとして、「それが通常の取引経過に従って行われる限り」の文言の挿入が提案され、最終的に承認された。[10] 最後に、この規定を同地取引（Platzgeschäfte）にも拡張すべきことから、「他から（auswärts）」の文言の削除が提案され、他方からも、その文言が商法典の適用領域外を想起させうることからその文言の削除が支持された。勿論、そうした理解は誤りであり、それは買主の活動領域外を意味することから文言の再考が編纂委員会に委ねられたが、同地取引への適用の可否については後の審議に留保されることになったのである。[11]

第二項に関して、商品の承認後も隠れた瑕疵について尚売主に責任が認められることについて異論が提起された。すなわち、一旦受領され承認された商品については隠れた瑕疵といえどもはや異議が提起されないというのがハンブルクを始めとする幾つかの地域の慣習であり、英米法とも一致する。仮に隠れた瑕疵について尚責任追及が可能であるとすれば、「隠れた瑕疵」の理解を巡って見解の対立を誘うし、検査の程度についても問題となって取引を不安定にしかねない。その瑕疵の発生原因・発生時期を巡る困難な証明問題も生じ、こうした紛争を回避するために短期

消滅時効制度が考案されたのである（草案二六六条、引渡後六ヵ月）。さらに商品が次々と転売される場合には瑕疵に基づいて責任追及された売主が前の売主に責任追及することは短期消滅時効からしても事実上不可能であり、こうした不都合をもたらすのである。勿論、売主が悪意である場合や異種物給付の場合には提案される原則は排除され売主への責任追及が認められてよいし、決して検査が行われないような商品についてもその適用は排除されるのである。(12)

これに対しては以下のような反論が提起された。提案された原則は一部の地域での原則でありその原則が通用していない地域ではその採用にあたって考慮を要し、事実リューベックではそうした原則は裁判所で認められていないし、ハンブルクでもその原則は商慣習として一般的に通用しているわけではなく、寧ろ古ドイツ法の原理として認められるに過ぎない。また、こうした一地域に通用する原則の採用はその地域の者と取引をする者に不利益に働く恐れがあり、推奨されない。しかも、そうした原則を認める慣習が多くの商品について例外を設けており、悪意の売主を利する場合も想定できないわけではない、と言うのである。尤も、隠れた瑕疵についての責任追及は自然の産物については認められないとして、その規定の適用を手工業製品および工業製品に限定することが提案された。これに対して報告者は、隠れた瑕疵とは通常の取引経過に沿って行われる検査の際に認められなかった全ての瑕疵を意味することを解説したのである。(13)

最後に、先に留保された二六四条が同地取引に適用される主張に対して、次のことが反論された。すなわち、同地取引では、商品の検査は受領前に行われなければならないのに対して、他から送付される場合には商品の検査は商品受取後に行われるため、区別されることが指摘された。しかし、同地取引においても必ずしも予め商品の検査が行われるわけではないことが反論されたが、更にこれに対しては、異なるラント間の取引にとっては同地売買のケースは関与しないのであり、この法典で扱うより各ラントの法典に委ねるべきことが支持された。(14)

この第一読会の決議に基づいて第一草案が作成され、そこではプロイセン草案二五七条と二六四条は一つに纏めら

れて二九〇条として規定され、[15] この第一草案について第二読会が審議を行った。そこでは、まず、検査義務について法定期間を設定すべきことが提案されたが、取引関係の多様性からそうした法定期間の設定が非現実的として排斥され、送付売買にこの規定を限定する「他の場所から」の文言の削除提案も否決された。さらに、試用売買においては試用段階で十分な検査を行う機会が与えられているため更に隠れた瑕疵を問題にする必要がない旨主張されたが、この場合にも試用段階で明らかにならない瑕疵を留保するのが商慣習であるとして否決された。[16]

続いて、「商品は受領され且つ承認されたものとみなされる」という規定の中の「受領され（empfangen）」の文言の削除が承認された。というのも、商人の「受領（Empfang）」は「承認（Genehmigung）」と同じ内容を意味するためである。[17]

最後に、この規定および六ヵ月の消滅時効制度を定める二九二条の規定において、売主が悪意（dolo）で行動する場合には、売主は買主の懈怠を援用できないことを明示すべきことが主張され、これが支持されて編纂委員会にその原理の明示の採用が委ねられたのである。[18]

以上の決議に基づいて第一草案二九〇条は第二草案三二四条となり、また、第二読会の最後に決議された悪意の売主に関する規定が三二七条として新たに設けられた。この第二草案を審議した第三読会では、専ら試用売買および見本売買における隠れた瑕疵を扱う第四項が問題にされた。つまり、プロイセン草案二五七条の段階では必ずしも商品送付の場合に限定されていなかったその規定が送付の場合にのみ関係するプロイセン草案二六四条と一つに纏められた結果、その調整が必ずしも明らかにされていなかったのである。[19] そこで、第四項も商品送付の場合にのみ関係することを明らかにするために「送付された商品」の文言の挿入が決議されたのである。[20]

こうして、最終的に第二草案三二四条および三二七条は一般ドイツ商法典の三四七条および三五〇条として結実した。

三四七条

商品が他の場所から送付される場合、買主は通常の取引経過に従って実行できる限り、引渡後遅滞なく商品を検査し、それが契約または法律（三三五条）[21]に適合するものとしては明らかにならないときには、売主に即座にその旨を通知する義務を負う。

彼がそれを懈怠する場合、通常の取引経過に従った即座の検査の際に認められなかった瑕疵が問題とならない限り、その商品は承認されたものとみなされる。

後にそうした瑕疵が明らかとなる場合、発見後遅滞なく通知が為なれなければならない、そうでなければ商品はこの瑕疵に関しても承認されたものとみなされる。

前項の規定は、通常の検分（Besicht）又は通常の検査（Prüfung）によって認められなかった送付された商品の瑕疵が問題とならない限り、試用または見本売却（Verkauf auf Besicht oder Probe oder nach Probe）にも適用される。

三五〇条

三四七条および三四九条[22]の規定は、詐欺（Betrug）の場合には売主によって主張され得ない。

このような一般ドイツ商法典上の買主の検査・通知義務は、本来、契約締結時に検査が行われるような試用売買または見本売買との関連から、その意義が明らかになるように思われる。つまり、契約締結時に検査が行われる場合に――これは勿論、一般的には特定物売買が想定されるが――、買主にとって瑕疵が明らかであればその瑕疵を承知のうえで売買が成立する以上、買主がその瑕疵に基づいて売主の責任を問う余地がないのは明らかである。そうであれば、そのような場合に尚買主が売主の責任を問うことが問題となるのは、その検査によって買主に認識されなかった「隠れた瑕疵」についてである。このことを表明するのがプロイセン草案二五七条であったし、それが一般ドイツ商法典三四七条の四項となっても、瑕疵について適用されるのが同条の三項のみであることから基本的に維持されているものと考えられる。これに対して、契約締結時に検査の機会が想定されない送付売買においては――典型的に想定されるのは種類売買であろう――、そうした検査は商品引取後しか可能ではない。引渡後即座の検査によって発見さ

れた瑕疵については、言わば買主にとっては契約締結時の明らかな瑕疵に対応し、その検査の際に買主によって発見されなかった瑕疵が「隠れた瑕疵」として、特別の考慮が払われる構造となっているのである。

勿論、契約締結時に買主にとって明白な瑕疵――「明らかな瑕疵」――は契約規範の創設そのものに影響を与えそれについて売主の責任問題は生じないが、引取後の即座の検査の際に現れる「明らかな瑕疵」は売主の責任に直結する問題であり、「明らかな瑕疵」によって招来される問題は質的に異なる。しかし、「隠れた瑕疵」については、それが契約締結時の問題であろうが引取後の問題であろうが、売主の責任という法律効果をもたらす点で同質の問題であり、しかも検査という契機を基準に判断されることからすれば、「隠れた瑕疵」自体もそれぞれ異なる異質の概念としては立ち現れないはずである。

では、こうした「明らかな瑕疵」や「隠れた瑕疵」が売主の責任契機としてどのように機能するのか、それが民事売買ではどのように現出するのか、という問題を、この一般ドイツ商法典を引き継いだドイツの民法・商法の体系の中で検討してみよう。

(1) 一八六一年に制定され、その後ドイツ連邦の各ラントで導入された「一般ドイツ商法典（Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch〔ADHGB〕）」の制定は、一八五六年一二月一八日にドイツ連邦議会が「ドイツ連邦諸国のための一般商法典草案作成のために設置される委員会」を一八五七年一月一五日にニュールンベルクで開催することを決議した時に本格的に開始されたといえよう。委員会ではオーストリア代表のフランツ・フォン・ラウレが議長を務め、主に一八五七年のプロイセン草案を基礎として審議が行われた。また、その審議における報告者の役割はプロイセン草案の起草者であったビショッフが務め、彼が第一草案の成立後に死亡するとハイムゾートが引き継いだ。審議は、一八五七年一月から七月までの第一読会を経て第一草案が作成され、一八五七年九月から翌年三月までの第二読会に引き継がれ、第二草案が成立した。他方、海商法についてはハンブルクで、一八五八年四月から一八五九年一〇月まで第一読会、一八六〇年一月から八月まで第二読会で審議が行われ、第二草案が作成された。その後、これらの第二草案は一八六〇年一一月から一二月の第三読会で審議され、一八六一年三月に委員会は連邦議会に確定された草案を提出し、これが一般ドイツ商法典として採用されたのである。以上については、

Werner SCHUBERT, Quellen und Entstehung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches,in Eingeleitet u. neu herausgegeben von Werner SCHUBERT, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bd. 1, Frankfurt/Main, 1984, S. XVIIIff., Christoph BERGFELD, Handelsrecht Deutschland, in (Hrsg.) Helmut COING, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd.3, Das 19 Jahrhundert, Teil-Band 3, Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, München, 1986, S. 2951ff., H・シュロッサー・大木雅夫訳・近世司法史要論（有信堂・平成五年）一四八・一四九頁。ドイツ連邦議会にはそのような法典の立法権限がなかったために、各ラントで個別に採用されることになった。この点につき、F・ヴィーアッカー・鈴木禄弥訳・近世私法史（創文社・昭和三六年）五五八頁。

(2) 一般ドイツ商法典の制定の背景には、経済的・政治的覇権を争うプロイセンとオーストリアの対立およびその中にあって独自のイニシアティブを目指すその他のドイツ諸国との間の複雑な駆け引きが交錯していた。事実上、一般ドイツ商法典の制定作業が具体化するのは一八五六年にバイエルンが連邦議会に商法典制定のための委員会の設置を提案したことに始まる。ドイツ連邦議会の主導の下で独自のイニシアティブを目論むバイエルンの提案にオーストリアが賛同すると、プロイセンはビスマルクの実質的な指導の下でそのイニシアティブの回復に努めることになる。つまり、連邦議会の主導権を形骸化し各国の主権の尊重の下でプロイセンは主導権を勝ち取ろうとし、委員会の開催地をバイエルンとオーストリアが提案した連邦議会の所在地であるフランクフルトからニュールンベルクに変更させ、更にプロイセンが準備していた商法典草案の完成までその開催を延期させることに成功したのである。結局、プロイセンの思惑に従って法典準備作業は進展することになったといえよう。こうした経緯については、SCHUBERT, a. a.O. (Note 1), S. XIIff., BERGFELD, a.a.O.(Note 1), S. 2948.

(3) 一八五七年のプロイセン草案の成立過程に関して、ベルクフェルトは二つの視点を挙げて分析している。すなわち、一方で対内的誘因として、ティルジットの講和会議により一八一四年までフランス領となったラインラント・ヴェストファーレンには、その間にフランス法が適用されたため、その地域に一般ラント法の適用をどのように回復して国内の法統一を図るかという問題が浮上した。そこで一般ラント法を改訂してそれをラインラントに導入する方策が試みられることになり、一八一七年に改訂作業が開始された。その改訂作業の一環として商法関連規定の改訂作業が行われ、ビショッフがその一員として作業に従事することになったが、一八二九年、さらに一八三九年に草案が完成した。しかし、この草案に対してはラインラントおよびその他のプロイセン領の商人階層が反対し、最終的に政府も草案採用を留保する態度に出たため、その改訂作業は挫折するかに見えた。他方で、対外的誘因としてプロイセンの関税同盟における立場が挙げられている。ヴュルテンベルク等が経済

圏での商法統一の要請を再三提案し、他方でオーストリアの関税同盟への加盟が避けられない状況によってプロイセンの主導権の低下が懸念されるなか、プロイセン自身が商法典を持つ必要に迫られ、この状況はバイエルンの連邦議会での商法典委員会設置の提案によって加速された。そこで、プロイセンは一八五七年に商法典草案を完成させ、それを一般ドイツ商法典の審議に間に合わせることに成功したのである。この商法典草案は、「本質的にビショッフの業績」と評価されている。以上について、BERGFELD, a.a.O. (Note 1), S. 2880ff.

(4) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußische Staaten. Nebst Motiven, Berlin, 1857, Teil 2 Motiven, S. 137.

(5) SCHUBERT, a.a.O.(Note 1), Bd. 2, S. 618ff.

(6) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, a.a.O. (Note 4), S. 141f. 更に理由書は、とりわけヴュルテンベルク草案とは異なって、検査・通知義務に関する期間制限を状況の多様性を考慮して排斥し、個別ケースでの判断に委ねること、および隠れた瑕疵の判定の際に梱包・包装がなされているケースも個別に判断されることを明記している。既にプロイセン草案理由書が指摘するように、買主の検査・通知義務については立法例が存在した。一つは一八二九年のスペイン商法典であり、一つは一八三九年のヴュルテンベルク草案である。この後者は近代ドイツにおける最初の包括的な商法典立法の試みであり、関税同盟におけるヴュルテンベルクのイニシアティブの目論見が背景に存在した。この点について、BERGFELD, a.a.O. (Note 1), S. 2864 ff. その草案の三四七条以下に買主の検査・通知義務が定められていた。すなわち、三四七条では買主が商品を受け取って後二度目の郵便（zweite Post）まで商品の検査期間が認められるが、三四八条は商品が梱包されている場合には買主の検査期間を引渡・受取後八日間まで延長し、三四九条では隠れた瑕疵についてその発見後四八時間以内の通知を定めている。さらに三五一条には商品の引渡・受取後六ヵ月による買主の権利の時効消滅も定められており、検査・通知に関する法定期間と商品の梱包ケースへの言及を除けば、プロイセン草案と内容的にはほとんど異ならない制度である。この草案については、Eingeleitet u. herausgegeben von Werner SCHUBERT, Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Konigreich Württemberg mit Motiven (1839/40), Frankfurt/Main, 1986, S. 106f u. 318ff.

(7) この提案は二六四条一項を以下の規定に置き換える旨の提案であった(SCHUBERT, a.a.O. (Note 1), Bd.2, S. 643.)。

買主は彼に引き渡された商品が受領に適しないことを発見した場合には、彼はその旨を売主に即座に通知しなければならない。

彼がそれを懈怠する場合、売主は証明責任から解放され、買主は不受領性を証明しなければならない。

これは、商品の承認が二六四条のように擬制されるのではなく、商品の契約適合性が推定され、いわば商品の瑕疵についての証明責任が売主から買主に転換されることを意味するのであり、これは現行ドイツ民法典三六三条と同趣旨の内容を有するものと言えよう。指摘したいのは、既にこの段階から買主の検査・通知義務とその懈怠のサンクションが「受領」概念と緊密な関連性を有することが当然のこととして理解されていたことである。

(8) SCHUBERT, a.a.O.(Note 1), Bd. 2, S. 643ff.

(9) SCHUBERT, a.a.O.(Note 1), Bd. 2, S. 646. この提案は最終的に否決された（a.a.O. (Note 1), Bd. 2, S. 653.）。また、通知に関してこれを文書で行わせる旨が提案され、大規模取引はもとより小規模取引にも適合するとして承認された（a.a.O. (Note 1),S. 647f.）。

(10) SCHUBERT, a.a.O. (Note 1), Bd. 2, S. 646 u. 653.

(11) SCHUBERT, a.a.O. (Note 1), Bd. 2, S. 648.

(12) SCHUBERT, a.a.O. (Note 1), Bd. 2, S. 649ff.

(13) SCHUBERT, a.a.O. (Note 1), Bd. 2, S. 651ff.

(14) SCHUBERT, a.a.O. (Note 1), Bd. 2, S. 656f.

(15) 試用および見本売買に関するプロイセン草案二五七条は第一草案二九〇条の第四項として規定された。プロイセン草案二六四条の第四項・第五項は、それぞれ買主が商品を鑑定人に鑑定させることができること並びに、商品が毀損するおそれ等がある場合に自助売却できることを定めていたが、これらの規定は買主が商品に異議を唱える場合にその保管を義務づける第一草案二九一条に纏められた。

(16) SCHUBERT, a.a.O.(Note 1), Bd. 3, S. 1383 f. 尚、第一読会において通知が文書によってなされなければならないことが決議されたが、第二読会ではそれが「厄介で非実際的」であることから満場一致でその削除が支持された。

(17) SCHUBERT, a.a.O.(Note 1), Bd. 3, S. 1384. この他にも、家畜売買において隠れた瑕疵についての売主の責任は必ずしもこの規定とは実情が適合しないことも指摘されたが、それについては各ラントの家畜売買に関する瑕疵担保法（Währschafts-gesetze）が優先することによって不都合はないものと理解された。

(18) SCHUBERT, a.a.O.(Note 1), Bd. 3, S. 1384.

(19) この点について、前出注（15）参照。

(20) SCHUBERT, a.a.O.(Note 1), Bd. 9, S. 4584 u. 5079.

(21) 一般ドイツ商法典三三五条
契約において商品の性状および品質に関して詳細が何ら定められていない場合、債務者は、中等の商品（Handelsgut mittlerer Art und Güte）を確保しなければならない。

(22) 一般ドイツ商法典三四九条
商品の契約又は法律に適った性状の欠缺は、それが買主への引渡から六ヵ月の経過後に始めて発見された場合には、買主によって主張され得ない。
瑕疵に基づく売主に対する訴えは、買主への引渡後六ヵ月で時効消滅する。
三四七条によって定められた瑕疵の通知の即座の発送が買主への引渡後六ヵ月以内に行われない場合には、その抗弁は消滅する。通知がそうした仕方で行われる場合には、抗弁は存続する。……（第四項・第五項省略）……

三　ドイツ法の体系

ドイツ民法典の制定とそれに合わせて行われた一般ドイツ商法典の改正において、買主の検査・通知義務は民事売買と商事売買において異なった扱いを受けることになった。この点を以下で検討する。

(1) ドイツ民法典四六四条

ドイツ民法典の瑕疵担保規定の制定の基礎となったのは、フォン・キューベルによって起草された部分草案中の「契約に基づく権利及び義務」草案二二条以下に定められた「物の瑕疵に基づく担保責任・総則」であった。[1] その理由書によれば、瑕疵に基づく売主の責任に関する制度は古ドイツ法には存在しなかったが、「古ドイツ法の基本原理と関連するのは、少なくとも商取引の分野において、瑕疵が物の受取後即座に又は短期間に売主に知らされなければ

瑕疵の存在の主張を排除する試みである」として、一般ドイツ商法典の三四七条が参照されている。[2] 従って、部分草案上、瑕疵担保制度の基本とされたのはローマ法上の按察官訴権であったが、伝統的な瑕疵担保制度と異なって瑕疵の基準時が契約締結時からドイツ法原理に基づく危険移転時である引渡時に修正され、[3] また普通法上争われていた種類売買への適用問題も適用を肯定することで解決された。[4] 勿論、瑕疵の基準時が引渡時に移行されても、契約締結時に既に買主が認識していた瑕疵または通常人が取引において通常払う注意を払っていたなら知りえたはずの瑕疵については売主の責任問題は生じない。従って、部分草案はその二四条においてその旨を定めた。[5] ところで、瑕疵の基準時が契約締結時から引渡時に移行されると、その瑕疵が買主にとって「隠れた瑕疵」であるのか「明らかな瑕疵」であるのかの基準はローマ法原則のように契約締結時に判定するだけでは十分ではない。つまり、契約締結時には買主が知りえなかった瑕疵が引渡時には明らかになったような場合が想定されるのであり、このような場合に買主が瑕疵を知っているにもかかわらず「物を留保または責問なしに受領するとき、そこには大抵の場合に物の承認（Billigung oder Genehmigung）が見出される」ことになろう。そうであれば、買主はもはや瑕疵に基づいて売主に責任追及できないのであり、「このことは、法律の規定なしに、個別ケースの裁判官の判断に委ねられて良いであろう」し、また、「草案は、民事取引については、取得者の即座の検査および通知義務に関する一般規定を必要とはみなさなかった」のである。[6][7]

第一委員会では、草案二四条に関して、譲渡人が詐欺的に行為したために取得者が瑕疵に注意を払えなかった場合についてもそのような譲渡人は責任を免れ得ないことを規定することが承認された。それに続いて、取得者が瑕疵を知りつつ物を受領した場合にはもはや瑕疵に基づく権利を主張できないことを規定すべきとの提案がなされたが、その審議は先に延ばされた。[8]

続いて瑕疵に基づく買主の解除権および代金減額請求権を定める部分草案二五条の審議において、そうした権利が

種類買主にどのように認められるべきかが議論され、最終的に種類買主には解除権、代金減額権および代物請求権が認められ、それらの権利が買主の受領後にも認められることが決議された。しかも、その際には履行として提供された物が契約に反する性状を有している場合に買主が履行として受領した場合にはそれらの権利を放棄したことが自明のこととされていたのである。[9] では、そうした留保なき受領の際にそうした権利のうち何の権利が失われるに至るのか、この点に関して以下の二つの提案がなされた。

ヨーホフの提案

「物の引渡後に、取得者は、彼が瑕疵の認識に際して又は後のその発見に際して遅滞なく譲渡人に瑕疵の申立の下で解除を通知しない場合には、解除権を喪失する。」

クールバウムの提案

「取得者が瑕疵を知って又は通常の注意を払えば知りえたはずであるのに物を受領した場合、彼は瑕疵を主張できない。但し、受領が一定の瑕疵に基づく権利の留保の下でのみ行われた場合は除く。」

委員会は、次の理由でヨーホフの提案を拒否し、クールバウムの提案を原則として支持した。すなわち、「受取人が彼に履行目的で提供された瑕疵ある性状を有する物を、彼がその瑕疵を知らされていたにもかかわらず留保なく履行として受領する場合、そうした行動には、解除、代金減額、および場合によっては代物調達の権利の放棄が認められる。つまり、これらの権利を後に主張することは信義則に反するのである。そして、取引の利益に適うのは、積極的な規定によってそうした権利の後の追及を排斥することである」。更に進んで、買主に検査・通知義務を課すことは「内部的理由からも正当化されず、また商事取引に対比して民事取引には実際的観点からも望ましくない」のであり、商事取引については、商法の改正に委ねられたのである。[10] この決議は、第一草案三八六として次のように纏められた。[11]

取得者が瑕疵を備えた物を、彼がその瑕疵を知っていたにもかかわらず受領した場合、彼には三八三条、三八五条に定められた権利が、彼が受領の際に瑕疵に基づいてそれらの権利を留保したときにのみ認められる。

第一草案理由書では、先の第一委員会の承認理由が述べられており、更に、クールバウム提案にあった取得者が瑕疵を知らねばならない場合が、契約締結の際との「事実状況の差異」に基づいてここでは排斥されることが説明されている。また、検査・通知義務が課されないことに関しても、それによって個別ケースの諸事情により検査・通知の懈怠が権利放棄を推定させることがありうることにも注意が喚起されている。(12)

帝国司法省の準備委員会は、この第一草案三八六条の内容自体は正当としながらも、買主が受領後に始めて瑕疵を知った場合には遅滞なく売主に通知させる必要性を説いた。そうでなければ買主は瑕疵の主張を遅延することで容易に売主の費用で投機でき、また売主にとって瑕疵についての反証が困難になるためである。(13)

この考慮は、第二委員会でも以下の理由に基づいて主張された。確かに、一般ドイツ商法典が買主に即座の検査義務を課しているのは商取引が通常の取引経過を前提とする限りであって、そうしたことが考慮されない民事取引にはそうした検査義務は課されないであろうが、発見された瑕疵の遅滞なき通知義務は事情が異なる。そうした通知義務が商慣習法上、商法典とは離れて同地取引にも認められてきたように、もしそうした通知義務を課さなければ買主の投機、売主の反証の困難という不都合が危惧される、というのである。しかし、委員会はその提案を以下の理由で却下した。すなわち、商法上の検査・通知義務は一体の制度であり、その一方だけの導入に際しては訴訟の増大が懸念される。商事取引においては瑕疵の性質からそれが適宜に発見されたものかどうかが判断できるが、瑕疵発見後の遅滞なき通知義務を推奨する提案によれば、その瑕疵の発見時期が確定されることが前提となる。しかし、瑕疵の発見ということ自体そう単純な事実ではなくその客観的な確定は困難である。しかも、売主の費用での買主の投機可能性は民事取引においては懸念されない。従って、検査・通知義務は従来通り、商取引に限られるべきなのである。(14)

この審議を経て第一草案三八六条は第二草案四〇一条となったが、この規定について、更に連邦参議院の司法委員会で異論が出された。すなわち、物が受取後急激な変更をうけるような場合には短期消滅時効では十分には対応できないし、履行としての受領による買主への証明責任の転換規定でも売主が買主の受領を証明できない場合には売主に十分な保護を提供しないため、買主に検査・通知義務を課す必要がある。これに基づいて、一般ドイツ商法典三四七条の規定を同地売買にも拡張して民法典に採用し、もしそれが否決されるとしても、少なくとも発見された瑕疵についての遅滞なき通知義務を採用することが提案された。この提案は支持も見出したが、取引に不慣れな者にとっては危険であること、また一般人は権利主張までに時間がかかるのが常であること、更には、買主の権利主張の前提には、買主の証明責任があることに基づいて、最終的に拒否された。[15]

こうして、現行ドイツ民法典四六四条が形作られた。

> 買主が、彼が瑕疵を知っていたにもかかわらず瑕疵ある物を受領する場合、彼には四六二条・四六三条[16]に定められた請求権が、彼が瑕疵に基づく彼の権利を受領の際に留保するときにのみ認められる。

以上の四六四条制定史からは、次のことが見て取れるように思われる。買主が瑕疵ある物を「受領（Annahme）」する場合、仮に瑕疵を知りつつ受領するのであれば、既にそこに瑕疵に基づく権利の放棄が存在する。このことは部分草案以来当然のこととされてきたのである。この原則が、種類売買における瑕疵担保制度の形成過程で明文化され、しかもその受領によって解除、代金減額および代物請求権の「放棄」が制度として確立された。この制度は、こうした経緯から種類売買における制度として成立したが、既に第一委員会の決議が第一草案成立前に一旦整理された段階で種類売買における瑕疵担保規定より前に位置づけられ、法律の体裁としては特定物売買におけるこの制度が、種類売買にも準用される形態となったのである[17]（現行ドイツ民法典四八〇条一項二文）。

この制度の基本にあるのは第一委員会の審議や第一草案の理由書から明らかになるように、買主が既にある瑕疵を

知りつつこれを「受領」し、なおかつ後に瑕疵に基づく権利を主張することが「信義則違反」を意味することであった。買主が物を「受領」しながら尚瑕疵に基づく権利を主張できるのは、四六四条からすれば、買主が「受領」の時点で瑕疵を知らなかった場合、もしくは瑕疵を知ってはいたがその権利を留保しつつ「受領」する場合ということになる。そうであれば、「受領」という契機が介在する限り、買主が権利主張できるのは、買主にとって「隠れた瑕疵」である場合か「明らかな瑕疵」の際には権利を留保するという積極的な行為を行った場合に限られるのである。そうすると、この四六四条は、特定物売買・種類売買を問わず引渡時を基準とした瑕疵について一定限度で「隠れた瑕疵」についての瑕疵担保責任という制度の伝統を維持する機能を果しているものと評価できるように思われる。(18)

この四六四条に関して帝国司法省の審議以降、再三繰り返された検査ないしは通知義務の採用との関連はどのように理解されるべきか。帝国司法省および第二委員会で主張されたのは「受領後に発見された瑕疵」について遅滞なき通知義務を買主に課すことであった。つまり、受領時で一旦瑕疵主張は排除されることを前提に、その後、すなわち受領時の「隠れた瑕疵」について売主を保護するために買主にそうした通知義務が必要との理解であった。これに対して、第二委員会の多数派は検査義務と通知義務が一体の制度であり、通知義務だけを民事取引に採用しても瑕疵の発見時の客観的な確定が困難である以上無意味であるとの見解であった。つまり、商法規定によれば、通常期待される即時の検査義務により「明らかな瑕疵」と「隠れた瑕疵」が客観的に区別され、「明らかな瑕疵」については遅滞なき通知がない限りその商品は「承認された」ものと法律上擬制される（一般ドイツ商法典三四七条二項）。従って、「隠れた瑕疵」についてのみその後の権利主張の途が開かれるが、それにも発見後遅滞なき検査義務が課されている（三四七条三項）。

この図式は民事取引上の四六四条による「明らかな瑕疵」についての権利留保と「隠れた瑕疵」についての権利主張の可能性と対応する。そうであれば、「明らかな瑕疵」についての通知義務と権利留保が対応するが、「隠れた瑕

疵」については民事売買においては何ら通知に対応する制度が存在しないため一見不均衡に見えるのである。しかし、「受領」の際の「明らかな瑕疵」が即時の検査義務によって客観的に確定されない以上「隠れた瑕疵」についても必ずしもその発見時期の蓋然性は確定されえないのである。しかも、民事取引において期待される買主の行動がそうした「検査・通知」という合理的な制度に馴染まない以上、その制度の民法典への採用が断念されたのである。[19]

この四六四条と一般ドイツ商法典三四七条の対応関係は、商法典の改正を経て尚維持されているのであろうか。これを次に検討してみよう。

(2) ドイツ商法典三七七条

一般ドイツ商法典は、北ドイツ連邦創設にあわせて一八六九年六月五日の連邦法律によって連邦法とされ、ドイツ帝国の成立にあわせて一八七一年四月一六日のドイツ帝国憲法に関する法律二条によって帝国法とされた。この改正作業は一八九三年に債務法の第一草案の改訂が第二委員会で終了した後に帝国司法省で開始され、ライヒ裁判所の鑑定を参考にエドゥアルト・ホフマンが「ドイツ帝国のための商法典草案」を一九九五年春までに作成した。[20][21] この草案の三一七条が一般ドイツ商法典の三四七条一項乃至三項および三五〇条に対応して買主の検査・通知義務を定めている。

帝国司法省第一草案三一七条

売買が両当事者にとって商行為である場合、買主は、それが通常の取引経過に従って行われる限り、商品を売主による引渡後遅滞なく検査し、瑕疵が明らかになったときには売主に遅滞なく通知しなければならない。

買主がその通知を懈怠する場合、検査の際に明らかにならない瑕疵が問題とならない限り、商品は承認されたものとみなされる。

後にそのような瑕疵が明らかとなる場合、通知は発見後遅滞なく行われなければならない。そうでなければ、商品はその瑕疵についても承認されたものとみなされる。

買主の権利の保存には通知の適宜の発送で足りる。

売主が瑕疵を故意に秘匿する場合、彼はこれらの規定を援用できない。

この規定には注が付されており、「民法典において買主が民事取引でも発見された瑕疵の即座の通知義務を負う旨の規定が採用されるのか、が考慮される」として、民法典四六四条の制定過程で争われていた通知義務との調整が配慮されている。(22)

この規定の根拠について、覚書には以下の説明が見出される。従来、一般ドイツ商法典の三四七条は買主に検査・通知義務を課していたが、民事取引ではそうした義務が存在しない。民法典によれば、可能であったはずの検査・責問の懈怠の事実からはせいぜい受取人がその権利を放棄しようとしたとの推定が働くに過ぎず、買主が瑕疵を知りつつ瑕疵ある物を受領した場合に担保請求権が排斥されるに過ぎない（第二草案四〇一条、これは現行ドイツ民法典四六四条である）。これに対して、商取引では従来通り買主に検査・通知義務を維持するのが適切である。しかし、旧法と草案は二つの本質的な点で異なっている。一つは、そうした買主の検査・通知義務が隔地取引から同地取引にも拡張されることであり、今一つはその義務が双方的商行為に限定されることである。隔地取引においても同地取引においても商人は取引が正当に行われているのかを迅速に知ることについて同様の利益を有しているし、旧法が検査・通知義務を隔地取引に限定したのはその法典がラント間の法統一をもたらす目的で制定されたため、同地取引は各ラント法に委ねられるべきことに由来していた。この根拠は草案にはもはや妥当しないのであり、事実、各施行法あるいは慣習法によって検査・通知義務は同地取引に拡張されてきているのである。この拡張は、検査・通知義務が双法的商行為に限定されることで調整される。民法典が買主に必要な専門知識と経験の欠如に基づいてそうした義務を認めない

ことからすれば、商法典でも商人ではない買主にそうした義務を課すことは不当なのである。

民法典では意思表示の送付の危険はその表意者が負担するが（現行一三〇条参照）、瑕疵通知については売主によって負担されることが四項に定められる。旧法の四項は試用または見本売買への検査・通知義務の準用を定めていたが、そのことは自明の理であるため削除された。

旧法典三五〇条は売主の詐欺の場合に三四七条および三四九条の規定を適用しないと定めている。旧法典三四九条は商品の受取後六ヵ月で買主の訴えを遮断する期間制限およびその期間内の通知による抗弁の存続を定めているが、それらは民法典の規定によって置き換えられたのであり、しかも、その民法規定は売主が故意に瑕疵を秘匿した場合には適用されないことも定めているため（現行四七七条・四七八条）、結局旧法典三五〇条が維持される必要があるのは買主の検査・通知義務に関係する限度においてである。従って、そのことが「詐欺」を「故意の秘匿」として民法規定と整合させたうえで五項に規定されたのである。[23]

商法典草案の鑑定のための委員会では三一七条の審議の最初に、議長から、民法典では買主の検査・通知義務が採用されず、そのことが前提とされなければならないことが指摘された。委員会では同地売買への検査・通知義務の拡張は支持を得たが、その双方的商行為への制限に対して異論が提起された。委員会の多数派は、その義務を一方的商事売買にも拡張すべきことを主張した。というのも、商人から購入する非商人が即座に検査・通知せずとも後に瑕疵の主張を許されるなら、もはや売主たる商人はその仕入れ先に責任追及をする機会を失ってしまうことになるし、反対に非商人たる売主が商人買主に売却する場合にはその買主に即座の検査・通知を期待するであろう。この義務を買主が商人である場合に拡張すべきことも主張されたが、これに対しては、上述の理由から商人としての売主の保護に欠けることになるとして多数派は反対した。

他方、草案は商人階層の代表委員によって擁護された。特に、非商人に売却する商人売主が彼の仕入れ先に責任追

及できなくなるとの批判に対しては、一般的にそうした売主は自己の在庫から販売するのが通例であるからそもそもそうした責任追及の余地はないし、そうした必要性があれば特別の合意がなされれば良いのであり、またそうした非商人買主にとっても商人から購入したことに基づいてそうした義務を課せられる謂われはないはずである、と主張されたのである。[24] この問題は農業専門家委員会の審議にも現れた。つまり、商人から肥料を購入する農民にはその検査に必要な化学的知識が欠けるのではないか、と言うのである。これに対して帝国司法省の代表者は、この規定が双方的商行為に限定されるため危惧はないと答えた。[25]

この買主の検査・通知義務を草案の定めるように双方的商行為に限定するのか、それとも一方的ないし少なくとも商人買主の場合に拡張するのか、この議論がその後の各種審議における論争点となった。ドイツ商事大会では一方的商行為への拡張が提案され、[26] メクレンブルク政府も一方的商行為への拡張を提案し、また、エルザス・ロートリンゲン政府も双方的商行為への適用制限に憂慮を表明していた。[27] メクレンブルク政府は再び連邦参議院への提出草案に対しても同様の提案を行ったが、[28] 連邦参議院の委員会はそうした拡張が一般的取引において買主にそうした義務を課していない民法典の原則を広範囲に浸食することになるとして排斥したのである。[29] 更に、帝国議会の第一八委員会でも買主にとって商行為である場合に拡張すべきとの提案が提示されたが、[30] 最終的に採択はされなかった。

こうした経緯を経て最終的に現行商法典三七七条が確定されたのであり、それは帝国司法省の第一草案三一七条と異なるところはないのである。

(3) 履行としての受領と商品の承認

以上の検討から、一般ドイツ商法典上の買主の検査・通知義務と現行商法典上のその義務とは内容的に異なるところは見出されず、その適用範囲に差異があるに過ぎないことがわかる。[31] 旧法典三四七条と新法典三七七条は内容の上

で完全に連続しているのである。そうであれば、ドイツ民法典四六四条とドイツ商法典三七七条との関係は以前の一般ドイツ商法典三四七条との関係と異なるところはないはずである。

従って、商法典三七七条と民法典四六四条が共に「明らかな瑕疵」に基づく買主の権利主張の遮断機能を営む点から両条の関係を考察すると、一般商法典におけるのと同様の対応関係が明らかになる。つまり、商法典三七七条は買主の検査義務を前提に、既に明らかな瑕疵、または検査によって明らかになるべき瑕疵に基づく権利主張を通知を条件に認める構造を有する。そうした検査・通知を買主が懈怠する限り商品は「承認」されたものと擬制され、明らかな瑕疵に基づく権利主張が遮断される。こうした検査によっても明らかとはならない「隠れた瑕疵」に基づく権利主張が残されるに過ぎないのである。[32] これに対して、民法典四六四条によれば、買主が認識している「明らかな瑕疵」に基づく権利主張を留保することなく「受領」すればそうした権利主張は遮断されるため、「受領」を契機に残るのは「隠れた瑕疵」に基づく権利主張ということになる。[33] しかも、この「受領」による「隠れた瑕疵」要件は、特定物・不特定物を問わず一律に引渡時を瑕疵の基準時として構成したドイツ民法の体系において、尚伝統的な瑕疵担保責任の責任要件の保持の機能をも併せ持つ。すなわち、「四六〇条は契約締結時の物の瑕疵の認識の帰結を規定する。この規定は、契約締結と受領が乖離し買主が契約締結後受領前に認識した場合について四六四条によって補完される」のである。[34]

こうした機能的な視点からの商法典三七七条と民法典四六四条の対応関係は、理論的にはどのように整合させる余地があるのか。この点につきフーバーが明快な説明を与えている。すなわち、「双方的商事売買においては商法典三七七条、三七八条によって『履行としての受領』とみなされることが法律上規範化されている。つまり、引渡後の遅滞なき瑕疵責問の懈怠である」。[35] 要するに、「双方的商事売買においては、買主が物を引渡後遅滞なく責問しなければ、商法典三七七条、三七八条によって受領とみなされる」のであり、[36] この「受領」が、商法上では商品を買主が承

認したものとしての法律上の擬制を意味するのである。[37]

では、この「履行としての受領」とはどの時点を意味するのであろうか。商法における「承認擬制」はその前提に「通常の取引経過に従った」検査義務を前提としているのであり、これは商品の引渡時そのものを意味するものとは考えられない。事実、「隠れた瑕疵」とみなされるのは適切な検査（sachgemässe Prüfung）のもとで発見されなかった瑕疵であり、例えば、商品が梱包されその梱包を解くと商品価値が下がるような物が想定されている。[38]上述の対応関係からすれば、民法上は検査義務がないため商法上と同様の客観的な「明らかな瑕疵」と「隠れた瑕疵」との区別は論じる余地がないにせよ、承認擬制に対応する「受領」もやはり単なる引渡に付随する物の移転行為を意味するものではないはずである。一般に、四六四条の「受領（Annahme）」とは、「三六三条又は三四一条三項における『履行としての受領（Annahme als Erfüllung）』あるいは六四〇条二項における『引取（Abnahme）』と同じことを意味する」と解されており、[39]それは物の有体的な受け取りである「引取（Abnahme）」では足りず、「買主が物の受取（Entgegennahme）の際にまたはそれと直接関連して明示または黙示で彼がそれを実質的に（in der Hauptsache）契約に適合する履行として認めることを表明することが加わらなければならない」とされている。[40]例えば、梱包されている商品であれば、買主がそれを物理的に引き取ることではなく、その梱包を解いて商品の中身を一応検分して始めて契約に適合しているか否かを実質的に判断できるのであり、その契約適合性の肯定が受領を意味するのである。[41]

そうした場合に、明らかな瑕疵を知りつつ受領することで何故に瑕疵担保請求権を買主が失うことが正当化されるのであろうか。既に部分草案から第一委員会において、そうした買主の行動には「権利の放棄」が認められることが基礎とされ、一旦放棄した権利を買主が後に主張することは信義則違反であるとの説明が見出された。この観点は今日の学説にも受け継がれており、[42]とりわけそうした行動が買主にとってはvenire contra factum proprium（矛盾行為）に該当するとの説明[43]は信義則の内容を具体化しており、示唆に富む説明であると思われる。

以上のドイツにおける民法典四六四条と商法典三七七条との関係は、我が国の民法上の売主の瑕疵担保責任と商法典五二六条の関係を検討する際に一定の視点を提供するものと思われる。というのも、ドイツ商法典三七七条も我が国の商法典五二六条も共に一般ドイツ商法典に倣った規定であるため、その制度を契機に、民法上の「受領」概念をドイツ法との比較から導く余地があるように思われるからである。

(1) ドイツ民法典の制定過程に関しては既に多くの文献において言及されている。差し当たっては、以下の文献に詳しい。平田公夫「ドイツ民法典を創った人々(1)(2)(3)」岡山大学教育学部研究集録五六号（昭和五六年）六三頁以下、五八号（昭和五七年）二三頁以下、六〇号（昭和五七年）二八一頁以下。七戸克彦「登記の推定力(二)——比較法的考察——」法学研究六三巻一号（平成二年）六五頁注（102）。

(2) Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B.G.B., Recht der Schuldverhältnisse,Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Phillip von Kubel, 1980, Berlin/New York, S. 412

(3) von Kubel, a.a.O. (Note 2), S. 412. 瑕疵担保制度と危険負担制度の関係については続稿において詳しく検討する予定なので、ここでは立ち入らない。

(4) von Kubel, a.a.O. (Note 2), S. 414. この問題も種類債務の特定問題と関連して検討を要する問題であり、詳しくは続稿において検討する。

(5) von Kubel, a.a.O. (Note 2), S. 415.

部分草案二四条

取得者が契約締結時に知っていた瑕疵について譲渡人は責任を負わない。取得者が知らなかったが通常の注意を払っていれば知りえたはずの瑕疵については、譲渡人は彼がその不存在を確約していた場合にのみ責任を負う。

(6) von Kubel, a.a.O. (Note 2), S. 416.

(7) 買主の瑕疵担保権の消滅時効については、部分草案三七条で、「解除および代金減額請求権は、物が取得者に引渡された時から、動産については六ヵ月、不動産については一年で時効消滅する」と定められた。この規定に関してフォン・キューベルは、「消滅時効期間の開始は、一般的に取得者（またはその代理人）に引渡された時に確定される、というのも、取得者は

通常はその時から始めて物を検査できるようになるためである」と説明している。また、彼は一般ドイツ商法典の三四九条三項に定められている抗弁権の留保に関して、それは三四七条の通知義務と関係するものであるが、部分草案がその通知義務を採用しなかった以上、抗弁権の留保も採用されず、結局「消滅時効期間の経過により、請求権全体が消滅するとの規則から離れる理由は存在しない」と説明している。von Kubel, a.a.O.(Note 2), S. 422. 一般ドイツ商法典三四九条については、第二章注（22）参照。

（8）（Hrsg.）Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des B.G.B., Recht der Schuldverhältnisse II, Berlin/New York, 1980, S. 129. この二四条は、第一委員会の決議に基づいて債務法に関する第一委員会決議八二条として一旦整理されたが、その後の第一委員会の審議に際して「通常の注意を払う」という注意義務の程度が問題とされ、結局「取得者が重大な過失に基づいて知らなかった瑕疵」に改められた（S. 130）。

（9）Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 8), S. 135.

（10）Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 8), S. 136f.

（11）Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 8), S. 166.

（12）Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. für das Deutsche Reich, Berlin, 1899, Motive, S. 126f.

（13）Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 8), S. 167.

（14）Mugdan, a.a.O. (Note 12), Protokolle, S. 671.

（15）Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 8), S. 168f.

（16）ドイツ民法典四六二条は買主の瑕疵担保解除権と代金減額請求権を定め、四六三条は売主が確約した性状の欠缺の場合および売主が瑕疵を故意に秘匿した場合の買主の損害賠償請求権を定めている。

（17）Jakobs/Schubert, a.a.O.(Note 8), S. 166.

（18）このことは部分草案二四条に関する第一委員会の審議において瑕疵を知りつつ受領した取得者の権利の遮断規定が提案されたことと無関係ではないように思われる。契約締結時の「隠れた瑕疵」を確保するのが部分草案二四条およびそれが一連の審議を経て民法典に採用された現行四六〇条なのであり、受領時の「隠れた瑕疵」を確保するのが四六四条である、と理解できるように思われる。

四六〇条

売主は、買主が契約締結の際に瑕疵を知っている場合には売却された物の瑕疵について責任を負わない。買主に四五九条

一項に定められた種類の瑕疵が重大な過失の結果知られないままであった場合、売主は、彼が瑕疵の不存在を確約していなかった限り、彼がその瑕疵を故意に秘匿したときにのみ責任を負う。

(19) 結局、瑕疵発見後の遅滞なき通知義務は民法典には採用されなかったが、消滅時効との関係で瑕疵について買主が売主に通知することにも意義が認められた。部分草案三七条は解除権と代金減額権の消滅時効を定めていたが、それに関する第一委員会の審議では様々な議論が噴出した。まず権利の期間制限が除斥期間であるのか消滅時効期間であるのかに関して、時効の中断・停止に関する規定の適用上消滅時効として規定されることが決定され、次に瑕疵担保の抗弁についても、短期間での紛争処理の要請や取得者が既に給付していた場合にはその請求権は消滅時効に服するが給付していなかった場合に抗弁が認められることの不均衡、さらに取得者が既に給付していた場合の彼の権利は返還請求権であり給付していなかった場合に時効に服するのは解放請求権であって、この「真正の請求権」は消滅時効の完成により喪失されること、といった理由から時効完成後の抗弁の主張可能性も否定された（JAKOBS/SCHUBERT, a. a.O. (Note 8), S. 142ff.)。この審議の結果は、第一草案の三九七条一項として纏められた。

解除および減額請求権は、動産に関しては六ヵ月の消滅時効、不動産に関しては一年の消滅時効にかかり、消滅時効の完成後に取得者の権利はもはや抗弁でも主張されえない。

この抗弁の主張可能性の否定について帝国司法省の準備委員会で異論が提起された。つまり、通常売主が代金の支払いを訴えない限り買主が積極的に訴えを提起することは期待されない。そうであれば消滅時効期間内に売主に瑕疵の通知をすることで抗弁が保存される規定を置くべきであり、それは一般ドイツ商法典の三四九条三項にも対応するのである(JAKOBS/SCHUBERT, a.a.O. (Note 8), S. 197f. 尚、一般ドイツ商法典三四九条については、第二章注（22）参照)。

この抗弁の主張可能性は第二委員会でも支持された。そこでは、瑕疵に基づく買主の権利が請求権であることが確認され、それが除斥期間ではなく消滅時効に服することにより中断・停止が認められることが利点とされた。しかも買主の権利を形成権とすればそれが行使された後の返還請求権は一般の消滅時効に服することになり紛争の早期処理の目的に適わないため、短期の期間内に裁判上の決定に委ねられるようにするのが双方の利益に適う点も指摘された。また損害賠償請求権や代物請求権との均衡にも注意が喚起された。しかし、こうした請求権構成により時効完成後の抗弁の切断を引き出すのは買主に不利益をもたらすことになる。売主の訴えまで買主は訴えを起こす誘因がなく、抗弁を認めることが他の立法にも対応するのである。勿論、こうした抗弁を認めることは短期消滅時効の制度趣旨に反することにはなるが、取引の利益からそうした制限も許容されうる、として最終的に現行ドイツ民法典四七八条が形作られた（MUGDAN, a.a.O. (Note 12), Protokolle, S. 662ff.)。

四七八条一項一文

買主が、解除又は代金減額請求権が時効消滅する前に売主に瑕疵を通知したか又は通知を発送した場合、彼は時効完成後も、彼が解除又は代金減額に基づいて権利を有する限度で、売買代金の支払いを拒絶できる。

(20) 一八七三年にラスカー法（Lex Rasker）が帝国の立法権限を民法全般に拡大することによってドイツ民法典の制定の基礎が形作られると、その制定の方針を決定するために連邦参議院は一八七四年に準備委員会を設置した。その準備委員会は民法典の制定方針と併せて商法典の改正についても基本方針を打ち出した（ラスカー法および準備委員会については、平田公夫・前出注（1）五六号・六三頁以下参照、また、ドイツ民法典の成立に到るまでの一九世紀ドイツの状況について、同「ラスカー法の成立と準備委員会の設置――ドイツ民法典成立史に向けて――」岡山大学法学会雑誌三〇巻二号（昭和五五年）二三頁以下、三四巻四号（昭和六〇年）九三頁以下を参照）。その準備委員会の鑑定によれば、民法典と平行して固有の商法典が維持されるのが諸外国の趨勢からも商取引に特有の制度と法原則の存在からも推奨される。その際には取引全般に適用される諸原則は民法典に吸収され、商法典には商取引に固有の例外が採用されることになる。その商法典の改正作業の方法についても、民法典の第一読会終了後に商法典の改正委員会が設置され、現行商法典に含まれていないためそれまでに起草が終えられているべき保険法、内陸水運法および問屋法の部分草案並びに改訂されているべき現行商法典の改正草案がそこで審議され、さらに民法典の第二読会終了後に商法典の第一草案の第二読会が行われ、最終的に連邦参議院に提出されることが予定されたのである。この準備委員会の鑑定については、Werner SCHUBERT, Materialien zur Entstehungsgeschichte des B.G.B., Berlin/New York, 1978, S. 170ff. ところが、実際には民法典の制定作業が非常に手間取る一方で、泡沫会社乱立の弊害を除去するためには早急に株式会社法の改正が必要であって民法典の制定を待つことができなかった。そこで、準備委員会の鑑定内容とは異なって、まず一八八四年に新株式法が制定され、それが一般ドイツ商法典に組み込まれた。漸く一八八八年に民法典の第一草案が完成したがそれに対して多くの批判が寄せられ、第二読会で多くの修正が加えられることが予想されたため改正商法典が民法典と同時に施行される必要がある以上は、「人々は民法典の長期にわたる予想もされなかった困難な作業の後に再び包括的な法律の起草に着手することに怯んだ」（ベルクフェルト）のであった。そこで結局、商法典の改正作業は民法典の確定後に帝国司法省によって引き受けられることに決したのであった。以上については、Werner SCHUBERT, Die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuchs vom 10 Mai 1897, in (Hrsg.) Werner SCHUBERT/ Burkhard SCHMIEDEL/Christoph KRAMPE, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. 1, Frankfurt am Main,1986, S. 1 ff, Cristoph BERGFERD, Handelsrecht Deutschland, in (Hrsg.) Helmut COING, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen

Privatrechtsgeschichte, Bd. 3 Das 19 Jahrhundert, Teilband 3, Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, München, 1986, 1959ff.

(21) ライヒ裁判所で鑑定を行ったのは、一般ドイツ商法典の第一巻と第四巻がボルツェ、第二巻がベーレントであった。この鑑定内容は不明である。この草案（帝国司法省第一草案）は一八九五年に覚書（Denkschrift）とともに連邦政府に提出され、一八九五年一一月から一二月にかけて、「商法典草案の鑑定のための委員会」で審議された。この委員会には法律家だけでなく商人ないし商業界の代表者も参画した。更に、一八九六年三月一六日と一七日には「農業専門家会議」が草案を鑑定した。これらを踏まえて、ホフマンは草案を修正し、この修正草案が、一八九六年五月一二日と一三日に帝国司法省内で、帝国内務省、帝国鉄道省およびプロイセンの四つの省の法律家によって審議され、そこでの決議が草案に盛り込まれ（帝国司法省第二草案）て、一八九六年六月に連邦諸政府に送付された。この草案は覚書とともに公にされ、一般からの批判も可能となった。その中でも重要な意義を有したのは一八九六年一〇月のドイツ商事大会であった。帝国司法省は、一八九六年一〇月中旬までに各連邦諸政府から届けられた批判を考慮して草案を修正し、同年一〇月二三日と二四日に審議を行い、他方でプロイセン国家省も一〇月二四日に審議を行い、更に一〇月二九日に帝国司法省の審議参加者との間で審議を行い、これらの成果が纏められて一八九六年一一月一三日に覚書と共に連邦参議院に提出された（連邦参議院への提出草案）。連邦参議院はその司法、通商および海運委員会において一八九六年一二月と翌年一月一一日に第一読会、一月一一日には同時に第二読会を行い、一月二一日総会で決議が採択された。引き続いて、草案は一八九七年一月二二日に帝国議会に覚書と共に提出され（帝国議会への提出草案）、総会において二月に第一読会が行われ、その後第一八委員会に送付されて、そこで二月一七日から四月一日まで審議された。草案は再び、四月五日および六日の総会による第二読会に回付され、四月七日に満場一致で承認されたのである。以上に関して、SCHUBERT, a.a.O.(Note 20), Bd. 1, S. 11 ff. BERGFELD, a.a.O. (Note 20), S. 1962.

(22) Entwurf eines H.G.B. für das Deutsche Reich von 1895, SCHUBERT /SCHMIEDEL/KRAMPE , a.a.O. (Note 20), Bd. 1, S. 316 f.

(23) Begründung zu dem Entwurf eines H.G.B. für das Deutsche Reich von 1895, (Denkschrift zum RJA-EI), SCHUBERT /SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), Bd. 2, 1987, S. 205ff.

(24) Protokolle über die Berathungen der Kommission zur Begutachtungen des Entwurfs eines H.G.B., Sitzungen vom 21 November bis zum 18 Dezember 1895, („Kommission Handel"), SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 476ff.

(25) Konferenz mit landwirtschaftlichen Sachverständigen zur Begutachtung des Entwurfs eines H.G.B., 1.2.Sitzung vom 16 und 17 März 1896, („Kommission Landwirtschaft"), SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20). S. 548f.

(26) Verhandelungen des Dreiundzwanzigsten Deutschen Handelstages, SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 626,

(27) メクレンブルクの法律では、従来から買主の検査・通知義務が同地売買に拡張されていたが、その一方的商行為への適用は何らの不都合ももたらさなかったとの経験にその提案は裏打ちされていた。Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurfs eines H.G.B. und eines Einführungsgesetzes, Als Manuskript gedruckt. Berlin, 1896, (zu RJA-EII), SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 817 u. 815.

(28) Anträge der Bundesregierungen zum Entwurf eines H.G.B. nebst Einführungsgesetz, (zur BRVorl.), 1. 12. 1896, SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 844f.

(29) Bericht von Heller über die Sitzungen der vereinigten Ausschüße des Bundesrat für Justizwesen, für Hnadel und Verkehr und für Seewesen im Dezember1896 und Januar 1897, SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 894, Notizen von Otto Cohen aus den Verhandlungen der vereinigten Bundesratsausschüße (für Seewesen, für Handel und Verkehr und für Justizwesen) über den Entwurf eines H.G.B. und eines Einführungsgesetzes im Dezember 1896 und Januar 1897, SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 926.

(30) Abänderungsanträge von Mitgliedern der XVIII Kommission, SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 1236. 尚、帝国議会に草案が提出された折に同時に提出された覚書の内容は本条に関しては、帝国司法省第一草案の覚書と殆ど相違しない。但し、その後の審議で問題となった一方的商行為への拡張の異論を考慮して、仲買人が通例は自己の在庫から売却するため非商人買主に検査・通知義務が課せられなくとも元々仲買人がその仕入れ先に責任を遡及する可能性がないため、特段の不都合がないことが付加されている。Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. und eines Einführungsgesetzes (RTVorl.) mit einem Anhang: Abweichungen gegenüber der Bundesrat Denkschrift zur Bundesratsvorlage, Carl HAHN/Benno MUGDAN, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 6, Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin, 1897, S. 376, SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a.a.O. (Note 20), S. 1136.

(31) 一般ドイツ商法典三四七条とドイツ商法典三七七条は後者が同地売買に適用を拡大する一方で双方的商行為に適用を限定する点で適用範囲が異なるのであるが、両法典はその商行為について依って立つ基本原理が異なるため、適用範囲の検討につ

いてはこうした商行為概念そのものからの検討が起点とならなければならない。こうした検討を踏まえた上で更に買主の検査・通知義務が一方的商行為にも適用が可能か否かが検討される余地がある。この点に関しては、KRAMPE, Zur Entstehung des Dritten Buches: Handelsgeschäfte, in SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, a. a.O. (Note 20), S. 77ff. しかし、本稿では商行為についての検討を将来に留保する。

(32) Hermann STAUB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6/7 Aufl., Bd. 2, Berlin, 1900, § 377, Einleitung u. Anm. 29. S. 1346 u. 1355. Hermann STAUB/Dieter BRUGGEMANN, HGB Großkommentar, 4 Aufl.,1983, Berlin, § 377, RdNr.61 ff. S. 31ff. Hermann HÄMMERLE/Horst WUNSCH, Handelsrecht, Bd. 3, 3 Aufl., Graz/Wien/Köln, 1979, S. 178. Karl Hermann CAPELLE/Claus-Wilhelm CANARIS, Handelsrecht, 21 Aufl., München, 1989, S. 326.

(33) ところで、民法典四六四条の留保なき受領が買主の瑕疵の認識を前提とすることは、民法典の制定直後には異論も存在した。Paul LABAND, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II. Abschnitt. Teil 1. Allgemeine Vorschriften., Acp., Bd. 74, 1889, S. 34f. しかし、当時からこの立場は異説であり、「買主に受領後に始めて知られた瑕疵には四六四条は関係しない」ことは今日全く争われていない。Hans Theodor SOERGEL /Wolfgang SIEBERT/Kurt BALLERSTEDT, B.G.B., 9Aufl., 1962, Stuttgart, § 464, RdNr.6, S. 95. Paul OERTMANN, Kommentar zum B.G.B.und seinen Nebengesetzen, 2 Buch, 3/4 Aufl., 1910, Berlin, § 464, Anm.4, S. 437, Julius von STAUDINGER/Karl KOBER, Kommentar zum B.G.B., 7/8 Aufl., 1912, München/Berlin, § 464, Anm.9, S. 687f.

(34) Walter ERMAN/Aloys BOHLE = STAMSCHRADER, Handkommentar zum B.G.B.,Münster, 1952, § 464, RdNr.1, S. 626. 同様に、STAUDINGER/KOBER, a.a.O. (Note 33), § 464, Anm .1, S. 685. OERTMANN, a.a.O. (Note 33), § 464, Anm .1, S. 435.

(35) Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT/Ulrich HUBER, B.G.B., 12 Aufl., 1990, Stuttgart/Berlin/Köln, § 464, RdNr.13, S. 1153.

(36) SOERGEL/SIEBERT /HUBER, a.a.O.(Note 35), § 459, RdNr.102, S. 935.

(37) Hermann STAUB /Dieter BRUGGEMANN, HGB Großkommentar, 4 Aufl., 1983, Berlin, § 377, RdNr. 161, S. 71. それによれば、こうした法律上の擬制は法定の効果であり買主の意思から切り離して理解することが一般的な見解である。同旨、Adelbert DURINGER /Marx HACHENBURG/Viktor HOENIGER, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 5, 3 Aufl., 1932, Mannheim/Berlin/Leipzig, § 377, Anm.58, S. 347. Victor EHRENBERG/Paul OERTMANN, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, Leipzig, 1918, § 75. S. 511. また、承認擬制を法定効果としつつ、「契約適合性」についての承認であると明示するのは、

Franz SCHLEGELBERGER/Wolfgang HEFERMEHL, Handelsgesetzbuch, Bd. 5, 5 Aufl., München, 1982, §377, Anm.82, S. 173. 同様に、CAPELLE/CANARIS, a.a.O.(Note 32), S. 327. シュミットは、瑕疵Aが責問されたが瑕疵Bが責問されなかった場合には、瑕疵Bについてのみ遮断効が生じることから、「承認」というより「瑕疵が治癒された」とみるべきと説く。Karsten SCHMIDT, Handelsrecht, 4 Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, S. 829.

(38) STAUB, a.a.O.(Note 32), §377, Anm. 29, S. 1355.

(39) SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT, a.a.O.(Note 33), §464, RdNr.4, S. 95. 請負契約における注文者の引取に関して（ドイツ民法典六四〇条二項）、それが一般の「受領」概念と同じ意味であることについては、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（平成元年）四七九頁以下、および田中教雄「債権者の受領義務について」九大法学五八号（平成元年）一三頁および一四頁参照。

(40) SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O.(Note 35), §464, RdNr.9, S. 1151. 同様のことは今日一般的に承認されている。Julius von STAUDINGER/Heinrich HONSELL, Kommentar zum B.G.B., 12 Aufl., 1978, Berlin, §464, RdNr.4, S. 373. Harm Peter WESTERMANN, Münchener Kommentar zum B.G.B., 2 Aufl., 1988, München, §464, RdNr.5, S. 272. Otto PALANDT/Hans PUTZO, B.G.B. 51 Aufl., München, 1992, §464, RdNr.6, S. 509.

(41) 以上のことは既に一般ドイツ商法典三四七条の制定史からも窺い知ることができる。ニュールンベルク会議の第二読会において、「受領され承認されたものとみなされる」と定められていた第一草案規定の「受領され」の文言が削除されたが、その理由こそまさに、「受領」と「承認」が同じ意味を有することであった。いわばその商人の「受領」という概念が民法典の四六四条に制度化されたとも評しうる両概念の関係と言えるのではなかろうか。

(42) STAUDINGER/HONSELL, a.a.O.(Note 40), §464, RdNr.1, S. 372, WESTERMANN, a.a.O.(Note 40), §464, RdNr.2, S. 271, しかし、ラーレンツは買主の権利放棄ではなく、売主の信頼を基礎に権利主張の遮断を根拠づけ、それと関連して商法上の検査・通知義務の懈怠による権利主張の遮断根拠も法律上の効果とする。Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrecht, II, München, 9 Aufl., 1968., §37Id 3 f. S. 41 f.

(43) SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O.(Note 35), §464, RdNr.1, S. 1148.

四　「受領」概念の機能

(1)　商法典五二六条の制定過程

ヘルマン・ロェスレルによって起草され明治二三年に公布されたいわゆる旧商法典[1]は、その五四四条に買主の検査・通知義務を定めていた。この規定の基礎を与えたのはロェスレル草案の六〇四条であり、それは次のような規定であった。

買主は、売主の特別の保証は別として、受取後即座に正当な量と品質に関する商品の検査および売主への欠缺および瑕疵のありうべき通知義務を負い、後に発見された欠缺および瑕疵を、売主が詐欺を行うか又は即座の検査が商品の性質上妨げられる場合、そうした瑕疵の通知がその発見後即座に行われる限り、訴え又は抗弁によって主張しうる。[2]

この規定について、ロェスレルは理由書で次のように説明している。買主は引渡された商品の瑕疵および欠缺に基づく権利を主張できるが、特に「商取引の迅速な展開と事案の公正な検討の可能性」を確保するためには買主に対してその権利の行使について限界を画す必要がある。「このことは殆ど同様の仕方でドイツ商法典三四七条およびスペイン商法典三七〇条・三七一条でも定められている」のであり、草案も次の要領を示している。

「(1)買主は商品の受取後即座にそれを検査し、発見された何らかの欠缺および瑕疵を売主に通知しなければならない。
(2)後の主張を買主は排斥される。
(3)例外的に、後の主張が認められるが、以下の三要件が必要である。
(a)瑕疵および欠缺が後になって始めて発見されたこと。
(b)通知が発見後直ぐに為されること。
(c)後の発見が売主の詐欺又は入念な検査の不能によってもたらされたこと。[3]」

この(c)の要件についてロェスレルは次のような例を挙げる。樽入りの砂糖が一樽売却され中身は一見して砂糖が詰

まっていたが実は底には砂または悪質な砂糖が詰められていた場合、あるいは瓶詰めワイン一〇〇本が売却され一本が提供されて検査したところ契約に適合していたが漸次の消費の後に悪質なワイン入りの瓶が混じっていることが判明した場合である。ここで商品に単に粗悪な商品が混入していた事実のみでは足りず、そのことを売主が隠蔽するという詐欺の要素の存在が必要とされる。こうした要件が存在しない限り、瑕疵の主張は受取後すぐになされる必要がある、「というのも、そうした権利主張をせずに商品を受領する者は、彼がそれを保持しようとしているものと認められる」ためである。入念な検査は無駄な遅延のない検査のことであり、一般的にはその期間は二、三日と理解されるとしても、最終的には商慣習に基づいて判断される。スペイン商法典はその期間を八日と定めているが、状況によって一概にそうした固定された期間は目的に似合わないのである。(4)

買主が即座に検査を行わない場合には売主の詐欺がない限り権利主張は遮断されるが、商品が検査されずに転売されることは頻繁に見受けられる。しかし、これは買主が売主への信頼に基づいて買主自身の危険で行うことである。この関連で意味があるのが売主の保証であり、そうした保証は買主を検査の義務から解放するのである。尚、この規定は試用または見本売買（草案五九四条）にも適用される。(5)

以上から明らかになるのは、買主の受取後即座の検査・通知義務とその懈怠による「商品を保持するもの」との擬制による権利主張の遮断である。商慣習上求められる検査によって明らかになるべき瑕疵および欠缺についてはその保全の為の積極的な行為が買主に求められ、それが懈怠されることは買主が商品の契約適合性を承認しているものと理解される構造であって、これは一般ドイツ商法典三四七条およびドイツ商法典三七七条の構造と完全に符号するものと理解されよう。そうした検査で明らかにならない「隠れた瑕疵」については、売主の詐欺か検査を妨げる事情の存在が要件とされて後の権利主張が認められるが、この点はドイツの両法典とは些か要件に広狭がある。つまり、一方で、一般ドイツ商法典三五〇条およびドイツ商法典三七七条四項は売主の詐欺の場合に買主の検査・通知義務を完

全に排斥して買主の自由な権利主張を認めていたことからすれば、草案の規定はそうした場合にも買主に通知義務を課している点で異なっている。他方で、ドイツ法では通常の検査で明らかとならなかった「隠れた瑕疵」についてその後の権利主張の途を開いているのに対して、草案では検査自体が不可能な場合にその対応関係で言えば「隠れた瑕疵」を意味するに過ぎないため、結局、草案上の「隠れた瑕疵」は非常に狭い範囲に限られているのである。従って、草案の六〇四条は一般ドイツ商法典を基本構造として踏襲しながらも、後の権利主張を狭い範囲に限定した規定であると結論付けることが可能であると思われる。

この草案六〇四条は法律取調委員会の審議を経て[6]、旧商法典五四四条となった。

買主商品ヲ受取リタルトキハ即時ニ其分量及ヒ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欺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ヲ為シタルニ非サレハ買主ハ訴又ハ抗弁ヲ以テ其権利ヲ主張スルコトヲ得ス

この規定は、法典論争による旧商法典の頓挫を経て法典調査会による「修正」を受けることになり、明治三二年二月一二日に二三六条として審議にかけられた。

商人間ノ売買ニ於テ買主カ其目的物ヲ受取リタルトキハ遅滞ナク之ヲ検査シ若シ其瑕疵アルコト又ハ数量ニ不足アルコトヲ発見シタルトキハ直チニ其旨ヲ売主ニ通知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

この規定に関して起草委員の田部委員は、「本条ハ旧商法第五百四十四条ノ精神ト全ク同一ニシテ唯文章ヲ改メタルニ過キズ」として、旧法との連続性を説明されている[7]。この規定は明治三〇年一〇月九日付の「商法決議案」二三七条においても文言に変更は見られないが[8]、明治三一年四月二九日付の「商整理案」二八七条では解除、減額、損害賠償の請求権、六ヵ月の期間制限、売主の悪意について現行商法典五二六条と同じ文言が付加されている[9]。この規定

が最終的に帝国議会の承認を得て明治三二年商法典の二八八条となったのであるが、この変更についての説明は見出されないものの、従前の規定におけるような旧法規定との連続性を切断する内容を有するものとは考えられない。というのも、商法修正案理由書では「本条ハ既成商法第五百四十四条ニ該当ス」としてその対応関係を示唆し、民法規定では担保責任の期間制限が契約時または瑕疵発見時から一年と長く、「売買ノ効力ヲシテ永ク浮動ノ状態ニ在ラシメ取引ノ安全ヲ妨クルノ恐レア」るためこの制度が設置されたことが説明されているためである。[10] こうした理由付けは既に旧法の制度を基礎付けた根拠でもあり、決して制度の内容が変質したものではないのであり、この連続性が認められるとすれば、現行商法典五二六条の制度も一般ドイツ商法典の三四七条に由来する制度であって、構造も受取後即座の検査・通知の懈怠による「明らかな瑕疵」に基づく権利主張の遮断と「隠れた瑕疵」に基づく権利主張の温存という同一の基礎を有することは明らかとなるはずである。

ところで、一般ドイツ商法典でも現行ドイツ商法典でも明らかな瑕疵に基づく権利主張の遮断根拠は承認擬制であったが、このことは旧商法典でも現行商法典でも明示されてはいない。しかし、その沿革の検討からそれら四つの法典上の制度の基本構造が同一であることが明らかとなったことから、承認擬制を契機とする権利主張の遮断としての制度理解は我が国の制度理解の基礎をも提供するものと考える。少なくとも、悪意の売主にはそうした権利主張の遮断が適用されないことからすれば、買主が一旦給付の契約適合性を承認した以上、善意の売主がそうした買主の態度を以後信頼して行動できることを確保することがこの制度の主要な根拠として理解されうるものと思われる。[11] そうであれば次に、我が国で遮断される「明らかな瑕疵」に基づく買主の権利とは何を意味し、そしてまた、ドイツ法における承認擬制の民事取引への投影であった「履行としての受領」概念が我が国の民法でも介在する余地があるのか、この問題が検討されなければならない。

(2) 「受領」概念の機能

従来から民法五七〇条の瑕疵担保責任の法的性質については、「この物」が売買された以上この物の引渡以外に売主の引渡義務は発生せず、売買契約締結時に「隠れていた」瑕疵について売買契約の双務・有償性に基づいて法律が特に売主に課した法定責任であると解する立場と、「この物」の売買であっても当事者にはその「あるべき性状」が観念されうる限り売主は「あるべき性状を有する物」の引渡義務を負担し、瑕疵ある物の引渡はその引渡義務の不履行を意味するため瑕疵担保責任も一種の債務不履行責任であると解する立場の対立がある。[12] 前者のいわゆる法定責任説によれば、特定物売買においては契約締結時に買主が知らなかった「隠れた」瑕疵については売主が瑕疵担保責任を負担し、後発的な瑕疵は債務不履行ないし危険負担制度が対応することになる。また、不特定物売買においては「この物」の売買が観念されない以上、瑕疵ある物の引渡は売主の引渡義務違反を意味するため、原則として債務不履行責任のみが問題となる。従って、商事売買において商法五二六条によって遮断される「明らかな瑕疵」に基づく買主の権利とは、受取後即座の検査によって発見されうる瑕疵に基づく権利であるから、特定物売買では瑕疵担保および債務不履行に基づく権利の両者が含まれうるし、不特定物売買においては債務不履行に基づく権利ということになろう。[13][14] これに対して、後者の債務不履行責任説によれば、特定物・不特定物売買を問わず引渡時を瑕疵の基準時として一般債務不履行責任に優先して瑕疵担保責任が適用されるため、商法五二六条によって遮断されるべき受取後即座の検査によって発見される「明らかな瑕疵」に基づく買主の権利とは、一般的には瑕疵担保に基づく権利と理解される余地がある。[15]

しかし、もう少し立ち入って考察すると、民事取引では、法定責任説によれば瑕疵担保責任が一年の期間制限に服するのに対して後発的な瑕疵に基づく債務不履行責任説は一〇年の期間制限に服するのであって、何故に原始的瑕疵と後発的瑕疵とでこのように大きく取り扱いが異なるのかは必ずしも明確な解答は得られない。確かに、不特定物売

買における不完全履行に基づく買主の権利と瑕疵担保責任との調整のための工夫はなされてきたが、こうした努力は特定物売買における債務不履行責任には必要ないのであろうか。他方、債務不履行責任説によれば、瑕疵担保責任の成立要件である「隠れた瑕疵」とは一体何を意味するのかが不明確である。通常、引渡時を瑕疵の基準時としてその責任の適用が論じられるものの、隠れていない明らかな瑕疵については瑕疵担保の適用の余地はなく、不完全履行として処理されざるを得ない。[16] そうであれば、「明らかな瑕疵」に基づく買主の権利主張は一〇年の期間制限に服するのに対して「隠れた瑕疵」に基づく権利主張は一年の期間制限に服することとなり、不均衡である。

ここで注目されるのが、商法五二六条の民事売買への類推適用説である。既に鈴木博士は不特定物売買への瑕疵担保規定の適用を認めた昭和三年判決の評釈において、特定物売買と不特定物売買とでの売主の責任のあり方の差異を認めたうえで、不特定物売買における売主の債務不履行責任の調整手段としては判例のようにこれを瑕疵担保規定に求めるのではなく、「民事取引に関しては民法中何等かかる規定（商法五二六条の規定）は存しないけれども、商法の技術的規定を更に抽象化して一般の買主にもかかる義務を認むることが至極妥当と思はれる」として商法上の検査・通知義務の類推を示唆されている。[17] こうした発想は、一方で法定責任説の論者である柚木博士によって支持され、[18] 他方で債務不履行責任説の論者にも支持が見出される。[19] 法定責任説においては、特定物売買と不特定物売買での処理が大きく異なるため、その緩和策の一つとして五二六条の類推適用が主張されうるのであるが、特定物売買に限ってみても、先に指摘した通り、原始的瑕疵と後発的瑕疵の取扱が異なりうるため、類推適用の主張はそこでも意義を持つはずである。これに対して、債務不履行責任説を前提とした五二六条の類推適用の主張が目指すものは、そもそも商事売買において五二六条が適用される場面でもそれによって遮断されあるいは保全される権利が一体何であるのか、この点が不明確である以上必ずしも判然とはしないのである。

通常の売買当事者が期待するのは瑕疵ある物の引渡ではなく「あるべき性状を有する物」の引渡であることを前提

とする債務不履行責任説によれば、特定物・不特定物を問わず一律に引渡時に瑕疵ある物の引渡は不完全履行となろう。[20] その引き渡された物の瑕疵を買主が知ることができるのか否かが買主に課せられた検査を通して判断され、知ることができるはずである「明らかな瑕疵」について通知がなされなければその瑕疵に基づく権利主張が遮断されるのが五二六条の制度の趣旨である。ところで、ドイツ法においてはそうした瑕疵に基づく権利主張の遮断根拠が「商品の契約適合性の承認擬制」であり、それが民法典四六四条の「受領」と対応して、引渡時を基準とする瑕疵担保制度の伝統的な「隠れた瑕疵」要件を維持する契機として機能しているのである。我が国の五二六条の制度も、沿革論からすればこのドイツ法と一定の対応関係を維持しており、そうであれば引渡時を基軸とする債務不履行責任説による瑕疵担保責任においては、「隠れた瑕疵」の要件はまさに五二六条の即座の検査を通して発見されない瑕疵と理解されるべきであり、そうした検査を通じて明らかになる瑕疵については瑕疵担保責任の成立契機が存在しないのであって、一般債務不履行責任の発生を認めざるをえないはずである。そうであれば、民事売買において引渡時に買主が直ぐに気がつく明らかな瑕疵については債務不履行に基づく権利が一〇年の期間制限の下で認められるのに対して、買主が即座に気がつくことが期待されない隠れた瑕疵に基づく担保責任は一年の期間制限に服することとなり、法定責任説に劣らず不合理な不均衡が生じることになるのである。そうであれば、債務不履行責任説の論者が商法五二六条の民事売買への類推適用を主張することも、こうした不均衡の是正を目指すものとして十分に理解できるのである。

しかし、そもそも商法五二六条の民事売買への類推適用に対しては有力な反論も存在するし、[21] 仮に類推適用を認めるとしても売主が悪意の場合には検査・通知義務の制限が働かないため、先の法定責任説および債務不履行責任説の双方が有する不合理性は克服されない。寧ろ、原則である民事売買において「履行としての受領」を契機とした買主の権利主張の制限が考慮されるべきではなかろうか。繰り返すが、ドイツ法では、「隠れた瑕疵」とは、特定物売買では契約締結時に買主にとって「隠れていた瑕疵」であるだけでなく、引渡時以後は瑕疵担保請求権が発生するがそ

の行使要件として「明らかな瑕疵」についてはその契約不適合性を留保して受領しなければならないことの反面、契約適合性を承認してもその時点で「隠れていた瑕疵」については権利主張が妨げられない。この契約適合性の承認が「受領」であって、商法の「承認擬制」と対応する。しかし、民法上の「受領」は買主が「明らかな瑕疵」について瑕疵を知りつつそれに基づく権利を主張しない態度をとることであるから、後に翻意してそうした権利を主張することが信義則上認められないのであり、売主の保護を支柱とする商法上の検査・通知義務とは根拠を異にするため売主の善意・悪意は問題とはならないのである。こうした考え方は、我が国では禁反言の原則の考え方に符合するものであり、それによって「明らかな瑕疵」を「受領後」に主張することを遮断できるものと考える。(22)

こうした考え方が可能であれば、以下のような総括が可能であろう。法定責任説では、特定物売買においては原始的瑕疵について瑕疵担保責任、後発的瑕疵について債務不履行責任が問題となるのであるから、買主の受領によって後の主張が遮断される「明らかな瑕疵」に基づく責任はその双方を対象としよう。また、不特定物売買においては債務不履行責任のみが問題となるのであるから、買主の受領によって遮断される「明らかな瑕疵」に基づく責任についても、また受領によって保全される「隠れた瑕疵」に基づく責任についても専ら債務不履行に基づく権利が対象となる。こうしたことは、商事売買では即座の検査・通知義務を基軸として「明らかな瑕疵」と「隠れた瑕疵」が同じように対応することになろう。従って、法定責任説では、「受領」という要因と瑕疵担保責任とは内的な関連性が全く見出されないことになる。しかし、不特定物売買において受領後の「隠れた瑕疵」について債務不履行責任ではなく瑕疵担保責任のみを問題とすることも理論構成上可能と思われるし、こうした視角から従来の判例理論の分析も可能であろう。(23) 他方、債務不履行責任説では、受領時に既に「明らかな瑕疵」については瑕疵担保責任を論じる余地はなく専ら債務不履行責任のみが問題となるのに対して、受領時に「隠れていた瑕疵」についてはそこで漸く瑕疵担保責任の成立要件が満たされて、以後瑕疵担保責任が一般債務不履行責任に優先して適用されてゆくことになろう。そし

て、商事売買においては、即座の検査義務によって発見された「明らかな瑕疵」については債務不履行責任が追及され、そこで発見されえない「隠れた瑕疵」について瑕疵担保責任が以後問題となるという対応関係が見出されることになろう。[24]

(1) 旧商法典に関しては、志田鉀太郎「日本商法典の編纂と其改正」明治大学創立満五十年記念論文集・商学篇（明治大学商学論叢一〇巻五・六号）（昭和六年）三九三頁以下、同・日本商法典の編纂と其改正（明治大学出版部・昭和八年）（新青出版・平成七年復刻）二五頁以下。伊東すみ子「ロェスレル商法草案の立法史的意義について」滋賀秀三＝平松義郎編・石井良助先生還暦祝賀・法制史論集（創文社・昭和五一年）二〇四頁以下。

(2) Hermann Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd. 2, Tokio, 1884, S. 55.

(3) Roesler, a.a.O. (Note 2), S. 374f.

(4) Roesler, a.a.O. (Note 2), S. 375f.

(5) Roesler, a.a.O. (Note 2), S. 376f.

(6) 法律取調委員会では、制度の実質的な内容に踏み込む審議は見られず、委員会は専ら字句の修正に腐心していた。明治一九年五月二六日の第一読会、明治二〇年三月三一日の第二読会を経て、明治二一年三月一六日の商法草案に関する議事で草案六〇四条は次のような規定に決定された。

買主商品ヲ受取リタルトキハ即時ニ其分量及ヒ品質ノ正否ヲ検査シ且其欠缺若クハ瑕疵アラハ之ヲ売主ニ通知スルノ義務アリ

後ニ至リ発見シタル欠缺若クハ瑕疵ニ付キ訴又ハ抗弁ヲ以テ自己ノ権利ヲ主張スルコトヲ得ルハ売主カ特別ナル担保ヲ引受ケ又ハ詭譎ヲ行ヒ又ハ商品ノ品質ニ因リ即時ニ検査ヲ為スコト能ハサリシ場合ニ於テ其発見後即時通知ヲ為シタルトキニ限ル

この規定は、更に明治二一年一〇月二五日に再調査案の議事にかけられ、「詭譎」が「詐欺」に改められた。以上の審議に関して、法律取調委員会商法第一読会会議筆記（商事法務研究会・昭和六〇年）一〇八・一〇九頁、法律取調委員会商法第二読会会議筆記（商事法務研究会・昭和六〇年）七〇頁、法律取調委員会商法草案議事速記（商事法務研究会・昭和六〇年）五九六・五九七頁、法律取調委員会商法再調査案議事速記録（商事法務研究会・昭和六〇年）六二頁。

(7) 法典調査会商法委員会議事要録（商事法務研究会・昭和六〇年）三四〇頁。尚、法典調査会の商法典起草補助委員であった志田鉀太郎博士の法典調査会での議事に関する筆記録が損害保険事業研究所に保管されている。その筆記録における田部委員の趣旨説明は、「本条ハ旧五四四条ト文章ノミ改マリ大体主意同シ民法ノ規定ニテハイツマテモカタツカズ担保権行使マテハ不キマリナリ商法ニテハ愈品物ニ瑕疵ナク数量ニ不足ナケレハ直チニ定マリ売買結了カ早カランコトヲ欲セハナリ」と記録されている。先の議事要録では、本文の説明に続いて「蓋シ商事ニ於テハ直チニ売買ノ成立スルコトヲ至当ナリト考ヘタレバナリ」と記録されており、些か理解に苦しむ内容となっているが、志田筆記に沿ってみると「売買ノ成立」ではなく「売買ノ終結」の意味であろう。いずれにせよ、本条と旧法五四四条との内容上の連続性は確認される。この志田筆記に関しては、損害保険事業研究所「志田鉀太郎博士現行商法草案審議筆記(一)――保険法」損害保険研究二三巻二号（昭和三六年）一九二頁以下参照。また、この資料については既に向井教授による紹介がある。向井健「司法省御傭外人ブスケと商法講義――明治前期商法編纂史研究(一)――」法学研究四四巻一号（昭和四六年）一一二頁注（3）。

(8) 法典調査会商法決議案（商事法務研究会・昭和六〇年）二四頁。

(9) 法典調査会民法商法修正案整理案（商事法務研究会・昭和六三年）七六・七七頁。

(10) 商法修正案理由書（博文堂・明治三一年）二五〇・二五一頁。尚、「隠れた瑕疵」について旧法がドイツ法に比較して狭く解されていた点は、法典調査会の各種草案では何等の示唆も与えていない。従って、現行規定が旧法と同様に狭く解釈されるのか、それともドイツ法と同様に解されるべきかは一つの問題となりうるが、殊更旧法のように解釈する根拠も見出されないように思われる。

(11) 岡野博士は、ドイツにおける承認擬制に対比して「我法ノ解釈トシテハ法律カ完全ナル履行ト看做スト説クヲ妥当ナリト信ス反証を許ササル実際ノ結果ニ於テハ一ナリト雖モ承認トハ説明ヲ買主ノ意思ニ求ムルモノニシテ我法トハ其思想ヲ異ニスルモノト謂フヘキナリ」として法律による「履行擬制」を説かれている（岡野敬治郎・商行為及保険法（有斐閣・昭和三年）七四頁）。勿論、弁済契約説に則れば買主の承認は買主の弁済受領の意思表示に還元しうる余地があるが、契約説が妥当とされない限り買主の承認を意思に還元することは不可能ではないにせよ一定の困難があろう。しかし、買主が瑕疵を通知しないという「態度」が買主の「承認」を擬制させるのであって、買主の意思や態度を要素としない「履行」を擬制するというのは制度の構造からは説明として迂遠ではなかろうか。神崎教授は買主の検査・通知義務の懈怠による買主の権利主張の遮断根拠に関して、「この規定は、買主の適時の責問のない場合においては、売主は自己の給付の契約適合性をたのむことができるという意味の一方的な売主保護の規定であるとともに、商取引における法律関係の早期確定を目的とするもの」との理解を示さ

れている（神崎克郎「商事売買における買主の責問義務」民商法雑誌五一巻二号（昭和三九年）一八一頁）。この見解は、法定の「承認擬制」による権利主張の遮断とは明示しないものの、内容からすれば買主の契約適合性の承認を売主が援用できることを意味するのであって、制度理解としては私見と大きく異なるものではないと思われる。石原教授も、この規定の根拠の一つとして、給付物が買主の支配領域に入った段階では「存在しうるかもしれない瑕疵・数量不足がなく買主が目的物を契約に適合したものと承認したという売主側の信頼を打破しうる者は買主のみである」ため、「最安価な損害回避者は買主である」ことを挙げられている（石原全「買主の責問義務に関する一考察」判例タイムズ六三五号（昭和六二年）一八頁）。ここにも、この制度の根底に買主の契約適合性承認を契機とする売主保護の考え方への理解が見出されるが、反面からこの理解はそうした買主の契約適合性承認による権利主張の遮断をも意味するものと考えることも可能ではなかろうか。竹内教授は、この点に関して「通知義務違反があると、瑕疵または数量不足があっても、それがないものとして取り扱われることとなる」と説明されているが（加藤勝郎＝大澤功編（竹内俊雄）商法総則・商行為法要論（青林書院・平成元年）一五四頁）、まさに何故そのような処理がなされるのかが問題なのである。

(12) こうした見解の対立・論争について俯瞰するものとして、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。

(13) そもそも商法五二六条が不特定物売買に適用されうるのか、ということ自体がこの法定責任説では問題となる。すなわち、商法五二六条がその文言上、検査・通知義務によって保全される権利を数量不足および瑕疵に基づく権利に限定しているからである。従って、法定責任説に基づいて商法五二六条の不特定物売買への適用を否定する立場も主張されたが（小栗栖國道「商人間の売買における通知義務」法学論叢二巻三号（大正八年）一〇〇頁）、商事売買において主流をなすのは寧ろ不特定物売買であり、不特定物売買を五二六条の適用範囲から排除することはこの制度の実質的な意義を失わせることになる。結局、今日では、不特定物売買にも五二六条が適用されることについてはほぼ異論がないのである。西原寛一・商行為法（有斐閣・昭和四八年）一五二頁、神崎克郎・商行為法Ⅰ（有斐閣・昭和四八年）二六九頁、森田邦夫他（福原紀彦）商行為法（現代企業法講座2）（青林書院・平成五年）九五および九六頁注（1）、中村眞澄編（加瀬幸喜）法学基本講座・商法総則・商行為法一〇〇講（学陽書房・昭和五八年）一八〇頁、服部栄三・商法総則・商行為（文眞堂・昭和五三年）二〇一頁、蓮井良憲＝森淳二郎編・商法総則・商行為法（新商法講義1）（法律文化社・平成四年）二一三頁、山本忠平＝坂本延夫＝中村健編（松井雅彦）要説商法総則・商行為法（嵯峨野書院・昭和六一年）二三七頁、大久保喜弘・商法総則・商行為法（八千代出版・昭和五四年）二三六頁、戸田修三＝中村眞澄編・商法総則・商行為法（青林書院新社・昭和五九年）一九四頁、神崎克郎・商法総

則・商行為法通論〔改訂版〕（同文館出版・昭和六三年）一七八頁、近藤龍司・商法総則・商行為法概説（中央経済社・昭和五七年）二二二頁、堀口亘＝石田榮一＝土橋正編〔堀口〕商法総則・商行為法（青林書院、昭和六二年）二〇六頁、菅原菊志・判例商法下・商行為・手形・小切手（商法研究V）（信山社出版・平成六年）六六頁、平出慶道・商行為法〔第二版〕（現代法律学全集17）（青林書院・平成元年）二二七頁、高鳥正夫編〔江村元〕商法I（総則・商行為法）（法学書院・昭和五六年）二〇五頁、戸田修三＝唐松寛編〔田村護〕商取引法の基礎（実用編）（青林書院新社・昭和五三年）一二九頁、長谷川雄一・基本商法講義（商行為法）（成文堂・昭和六二年）八三頁、高鳥正夫・商法総則・商行為法（改訂版）（慶應通信・昭和五七年）二一一頁、崎田直次＝保住昭一編〔三森茂郎〕商行為法（青林書院新社・昭和五五年）八五頁、鈴木竹雄・新版商行為法・保険法・海商法（全訂第二版）（有斐閣・平成五年）二一頁注（2）、田中誠二他編（喜多了祐）コンメンタール商行為法（勁草書房・昭和四八年）一八三頁、大隅健一郎・商行為法（青林書院新社・昭和三七年）六七頁、石井照久・商行為法・海商法・保険法（勁草書房・昭和四六年）三一頁、石井照久＝鴻常夫・商行為法（商法V）（勁草書房・昭和四三年）八〇頁、坂井隆一・商行為法要論（法律文化社・平成六年）一八七頁、加美和照編（加美）商法（商行為）入門（北樹出版・昭和六〇年）一六一頁、松木太郎・註解商行為法（法文社・昭和二五年）七六頁、小町谷操三・商行為法（日本評論社・昭和一三年）九一頁、窪田宏・商法総則・商行為法（商法講義I）（晃洋書房・昭和六〇年）一三五頁、稲田俊信＝根田正樹・商法総則・商行為法（文信社・昭和五三年）二四四頁、酒巻俊雄編〔上田宏〕テキストブック商法総則・商行為法（有斐閣・平成五年）一五五頁、加藤＝大澤編〔竹内〕前出注（11）一五三頁、足立武雄・商行為法論（早稲田大学出版部・昭和四八年）八六頁、我妻榮・債権各論・中巻（岩波書店・昭和三二年）三〇九頁、鈴木録弥＝高木多喜男〔山下末人〕動産売買法（有斐閣・昭和五一年）一一八頁、柚木馨・売主瑕疵担保責任の研究（有斐閣・昭和三八年）四〇六頁。最高裁判所も不特定物売買への五二六条の適用を認めている（最判昭和三五年一二月二日民集一四巻一三号二八九三頁）。石炭の売買において買主が粗悪品を受け取って転売したところ転売先の検査で粗悪品であることが判明したため売主にその旨通知をしたが、原審はその通知が商法五二六条の検査・通知義務に照らして「時機を失した」ものであるとして売主に対する代金支払いを命じた。そこで、買主は瑕疵担保責任が特定物売買にのみ適用される規定であることから不特定物売買にはその制度の適用がないため商法五二六条の適用もない旨を上告した。しかし、最高裁判所は、「商法五二六条の規定は、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から、原審が本石炭の売買につき同条を適用したのは正当である」として上告を棄却した。大審院が大正一四年判決以来、不特定物売買にも「受領」あるいは「履行としての受領」という概念を介して瑕疵担保規定の適用があるとしてきたのは、この三五年判決と同様に商法五二六条が不特定物売買にも適用されることを正当化するための論理であった。そ

うした意味で、この三五年判決はそうした「論理」を介在させないで商法五二六条を不特定物売買にも適用することを正面から認めた画期的な判決である（同旨、黒沼悦郎「不特定物売買と商法五二六条の適用」商法（総則・商行為）判例百選（第三版）（平成六年）一〇七頁）。その反面、この判決を契機に商法五二六条を適用するための論理的前提である不特定物売買への瑕疵担保責任の適用の可否問題は、それまで有していた大半の実際的意義を失うことになる。

(14) 学説および判例が不特定物売買への五二六条の適用を一致して認めているとしても、五二六条によって買主のどのような権利が遮断されあるいは保全されうるのかは別問題である。五二六条の文言からすれば、債務不履行あるいは瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権や契約解除権が遮断されることに問題はないが、完全履行請求権（特に代物請求権）については疑念が残る。この問題について最高裁判所は代物請求権も商法五二六条の適用を受けるとした（最判昭和四七年一月二五日判時六六二号八五頁）。買主であるYが受け取った暖房機ライトバーナーが不適合品であり、約定では引渡後三ヵ月以内の代金支払いが定められているとはいえ、完全な給付がない限り代金の支払期限も到来していないとして売主Xの代金支払請求を拒絶した。しかし、最高裁判所は、買主がそうした主張をするためには代物請求なり契約解除なりの権利主張をしなければならず、それを怠っている以上は代金支払いを免れないとし、さらに、商法五二六条の「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、……Yが本件バーナーの受領後一年余の間に、X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の事実の存したことは認められないというのであるから、Y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」と判示した。学説でも代物請求権に商法五二六条を適用することに今日一部を除いて（長谷川雄一・前出注（13）八三および八四頁）、ほぼ異論はない。西原・前出注（13）一五三頁、神崎・前出注（13）二六九頁、森田他〔福原〕前出注（13）九九および一〇〇頁注（2）、服部・前出注（13）二〇三頁、蓮井＝森編・前出注（13）二一三頁、山本＝坂本＝中村編〔松井〕前出注（13）二三七頁、神崎・前出注（13）一七九頁、菅原・前出注（13）六六頁、平出・前出注（13）二三九および二四〇頁、戸田＝唐松編〔田村〕前出注（13）一三二頁、高鳥・前出注（13）二一二頁、崎田＝保住編〔三森〕前出注（13）八六頁、鈴木・前出注（13）二一頁注（2）、田中他編〔喜多〕前出注（13）一八六頁、大隅・前出注（13）六九頁、石井・前出注（13）三二頁、石井＝鴻・前出注（13）八一頁、酒巻編〔上田〕前出注（13）一五八頁、鈴木＝高木〔山下〕前出注（13）一一八頁、柚木・前出注（13）四〇八頁。

(15) 不特定物売買への商法五二六条の適用を認める学説でも、瑕疵担保責任が不特定物売買に適用されることを前提にするも

のとそうでないものが存在する。前者に属するものとしては、蓮井＝森編・前出注（13）二一三頁は、「民法五七〇条は特定物・不特定物のいずれにも適用されるとする立場から、商法五二六条は取引の迅速な結了をはかるため買主に検査・通知義務を課した特則と解すべき」とする。また、菅原・前出注（13）六五・六六頁は瑕疵担保責任を債務不履行責任と把握しつつ商法五二六条の適用範囲を不特定物売買にも拡大する。高鳥編〔江村〕前出注（13）は債務不履行責任と瑕疵担保責任の併存を認める判例理論を基礎にする。崎田＝保住編〔三森〕前出注（13）八六・八七頁は、「外見的に瑕疵のないものが給付された場合は、客観的には瑕疵ある種類物給付としてとらえうるとしても、瑕疵が明白でない限り売主は完全な履行を行ったと考え、また買主もそれを履行として認容するのが通常であり、このような場合における当事者の利益状態は特定物売買において瑕疵ある特定物が給付された場合と異ならない」という判例理論を紹介しつつ、債務不履行責任としての瑕疵担保責任を前提に商法五二六条の適用拡大を説く。さらに、不特定物売買において完全履行義務と瑕疵担保責任の併存を認めるものとして、石井・前出注（13）三一頁、石井＝鴻・前出注（13）八〇頁。以上のように、不特定物売買への瑕疵担保責任の適用を判例法理に沿って解決する立場は別として、瑕疵担保責任における債務不履行責任説と買主の検査・通知義務との関係は全く具体化されていない。従って、五二六条によって遮断される「明らかな瑕疵」に基づく買主の権利が、実は債務不履行に基づく権利なのか瑕疵担保に基づく権利なのかは不明確なのである。

(16) 山下教授は債務不履行責任説に立脚しつつ「隠れた瑕疵」については契約締結時を基準として論を進められており（鈴木＝高木〔山下〕前出注（13）一三三頁）、また星野教授も同様である（星野英一・民法概論Ⅳ（良書普及会・昭和五一年）一三二頁）。さらに、半田助教授も「隠れた瑕疵」要件を詳細に検討されているが、そこでも契約締結時に「隠れた瑕疵」がどういったものであるかの検討であって、不特定物売買におけるその要件の取扱については言及されていないように見える（半田吉信・担保責任の再構成（三嶺書房・昭和六一年）一七五・一七六頁）。さらに、北川教授も「隠れた瑕疵」は原始的瑕疵に限定されており、不完全履行と時的な適用区分を主張されている（北川善太郎・債権総論・民法講要Ⅲ（有斐閣・平成五年）一二三頁および一三〇頁以下）。こうした検討が特定物売買であれば妥当する余地があるとしても、不特定物売買では見本売買又は種類物全部に瑕疵ある売買等でない限り契約締結時の「隠れた瑕疵」要件とは何を意味するのか判然としない。特定物売買であっても、契約締結後引渡前に生じた瑕疵について瑕疵担保責任が適用されるとすれば、その瑕疵を買主が契約締結時に知らないのは当然であり、寧ろ引渡時以後の時点で買主が知らないことを基軸に瑕疵担保責任の適用を論じる必要があるのではなかろうか。

(17) 鈴木竹雄・判例民事法昭和三年度・五〇六・五〇七頁。

(18) 柚木・前出注（13）四〇〇頁。すなわち、「商事売買と民事売買とでは今なおその迅速性の要請においても専門的知識の必要性においても差異がない訳ではないのであるから、商法の規定をそのまま民事売買に適用することには危険が存するものの、同条の解釈に当たって両者の差異に応じた緩急の区別をすることに留意する限りは、同条を商人間の売買以外にもこれを類推適用することが、現在においては最も強い要請であることは、争い得ないところであると思う」とされる。そして、こうすることで「かし担保責任と債務不履行責任との、また特定物売買と不特定物売買との、関係が一層合理的で権衡のとれたものとなること」を指摘されるのである。

(19) 五十嵐教授は、「今日の比較法は通知義務の適用範囲を商人間にかぎらず、また本来の瑕疵担保にのみ関する制度であると解していない。この点で、わが立法・判例は時代おくれであるといわなければならない」として、その適用範囲の拡大方向を示唆されている。五十嵐清「瑕疵担保と比較法二」民商法雑誌四一巻六号（昭和三五年）三九・四一頁。また、北川教授は、「瑕疵ある種類物の物理的な受領後一定の期間、売主の履行義務との関係で、買主になんらかの積極的態度を要求するのが衡平に合うのではないかという視角」を前提に、「判例法上、種々のニュアンスをもってきている『受領』概念の機能は、前述した視角からは、理論的に、商法五二六条の瑕疵の検査・通知義務の民事売買への一般化、附随義務ないし間接義務により明確な形をとることになろう」として、商法五二六条による判例法理の理論的整序の可能性を示唆されている。北川善太郎判例批評民商法雑誌四六巻六号（昭和三七年）一四〇・一四一頁。また、北川教授は、不特定物売買において法定責任説が債務不履行責任のみを認めているところで商法五二六条の類推適用の可能性も示唆されている。北川・契約責任の研究（有斐閣・昭和三八年）三七二頁。さらに山下教授は、「商品の大量生産が発展する中で、売買・特に動産売買では商法的規制と民法的規制の接近・融合現象が承認されるべきであり、信義則の支配によって種々の付随的義務が確認されつつあることからも、商法五二六条の民事売買における類推適用は肯定されねばならないであろう」とされている。鈴木＝高木〔山下〕前出注（13）一一九頁。他に、瑕疵担保責任の法的性質に関しては不明確ながらも、法定責任説を前提にしつつ五二六条の民事売買への類推適用を認めるものと見えるのは、神崎・前出注（13）二七〇頁。

(20) 星野教授は危険移転時を瑕疵の基準時とされているが（星野・前出注（16）一三三頁）、瑕疵ある物の危険が買主に移転する時期自体が一つの問題であろう。おそらく、星野教授は現実の提供時を念頭に置かれているのであろう。これに対して、北川教授は瑕疵担保責任と不完全履行との領域区画を意識して、瑕疵の基準時を契約締結時とされている（北川・債権総論・前出注（16）三七一頁）。

(21) 石原教授は立法資料および商取引の特殊性を根拠に、類推適用を否定されている（石原・前出注（11）二〇・二一頁）。

また、半田助教授も、とりわけ類推の結果が消費者保護の理念にもとることになりうることから、類推適用に批判的である（半田・前出注（16）二七五頁）。この点については、ドイツでも議論があるし、ドイツ法の立法時の議論も参照すると、一方的商事売買への拡張可能性や通知義務の民事売買への拡張可能性が商行為論との関連も含めて尚検討される余地が残されているように思われる。

(22) 谷川助教授は、瑕疵担保責任を債務不履行責任と理解しつつ、買主が目的物を受け取って後に契約適合性を承認（受領）したところ、その時点で買主にとって「隠れた瑕疵」があった場合にそうした瑕疵を根拠に売主に無過失で認められる特別の責任と説明されている（谷川久・商品の売買（有斐閣・昭和三九年）一四六頁）。こうした理解は筆者の理解と一致するものと思われる。

(23) 北川教授が指摘されていた、判例理論の理論的整序が商法五二六条の類推適用に到るとの視角（北川・民商法雑誌四六巻四号・前出注（19）一四一頁）は、こうした意味で理解されるべきものであろうか。

(24) 森田助教授のフランス法に依拠した「時的区分説」は、まさにこうした「受領時」を基準とした債務不履行責任と瑕疵担保責任との適用領域の区画を企図するものである（森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察一二三」法学協会雑誌一〇七巻二号（平成二年）一頁以下、六号（平成二年）一頁以下、一〇八巻五号（平成三年）七五頁以下は未完であるため森田助教授の主張内容の詳細は不明ではあるが、同「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号（平成元年）一二九頁以下、および「不特定物と瑕疵担保」法学教室一四二号（平成四年）三一頁以下（星野英一編・判例に学ぶ民法（有斐閣・平成六年）一六〇頁以下に所収）から推察できる結論はそうした「時的区分」を企図するものと考えられよう）。また近時、藤田助教授は、ドイツ民法における「受領（藤田助教授は「履行認容」と呼ばれている）」概念を契機に森田助教授と同様の学説を主張されている（藤田寿夫「瑕疵担保責任の再構成」神戸学院法学二一巻四号（平成四年）五七頁以下（表示責任と契約法理（日本評論社・平成六年）六七頁以下に所収））。このように異なる方向から同一の結論が導かれることは一見奇異に見えるかもしれないが、一方で、フランス法においては、判例法上買主に検査・通知義務が課されることでそうした検査義務を前提に「明らかな瑕疵」と「隠れた瑕疵」が弁済の構成要素たる買主の「受領」を契機に区画されているのであり、他方、ドイツ法の「受領」概念が商法上の検査・通知義務と関連する位置づけがなされるべきことは上述の通りであるから、検査・通知義務の制度を介してそれぞれの法運用をみれば、結果の同一性は殊更怪しむには足りないのである。いずれにせよ、こうした「時的区分説」は受領による債務消滅後の法定責任としての瑕疵担保責任の把握という側面からのアプローチだけではなく、「受領」時を「隠れた瑕疵」要件の基準時とした債務不履行責任の特則としての瑕疵担保責任の把握の側面もありうる。

五　展望

以上の検討から、瑕疵担保責任の領域において「受領」概念が物の有体的持ち去りとしての「引取」を前提に、その物の契約適合性の承認とそれに付随する「明らかな瑕疵」の以後の主張を遮断する契機としての意義を有することが明らかになったものと思われる。つまり、「受領」時において「隠れた瑕疵」を瑕疵担保責任の適用契機概念として理解することで、従来問題とされてきた一般債務不履行責任との期間制限上の不均衡を一定の範囲で緩和することが可能となるのである。

ところで、ここで指摘できるのは、従来の契約責任が債務者の義務を中心に契約締結時を基軸に展開されてきた点の問題性である。こうした視点が重要であることは言うまでもないが、一九世紀初頭に制定されたフランス民法典が「受領」に関する何等の制度的手当てを有しないのに対して、一九世紀の終わりに制定されたドイツ法がそれに一定の意義を法典上認めていることの意義は何に求められようか。そもそも、商品の検査の機会は素朴な特定物売買では契約締結時に当事者が対峙して売買目的物を特定する時点に存在するはずであり、そうであれば一般的には再度買主が引取後に検査する意味は大きくはないであろう。この延長で見本売買や試用売買も考慮されうるのであり、事実、一般ドイツ商法典の制定の際にそうした議論が見出された。[1] しかし、一般的な不特定物売買や特定物売買でも隔地取引においては当事者が契約締結時に相対峙して商品を検査・特定することは一般的には期待されず、そうした時点は買主の商品引取後に求めざるをえない。ここに、買主の検査・通知義務およびそれと関連性を有する「受領」概念の登場余地が見出される。こうした事情は、恐らく一九世紀の経済発展とそれに伴う取引範囲の拡大および取引形態の変遷と無関係ではないのであって、一九世紀末のドイツ法が「受領」に一定の意義を見出していることの背景であると思われる。そうした「受領」概念の意義は今日の取引社会において役割を終えつつあるものであろうか。[2]

本稿では、専ら「受領」概念の果たしうる機能を考察してきたわけであり、そうした「受領」および商法上の検査・通知義務と買主の権利との関係についての結論は留保した。しかし、商法五二六条の制定過程では、当初買主の検査・通知義務の懈怠によって遮断される買主の権利が何であるのかは明示されていなかったにもかかわらず、最後の段階で「契約ノ解除又ハ代金減額若シクハ損害賠償ノ請求」の文言が挿入されたのであり、[3] これは民法典と商法典の制定において立法関与者、とりわけ起草委員が意図していた両法典の調整の意図[4]からすれば看過できない意味を有するものと思われる。つまり、買主の検査・通知義務の懈怠が遮断する買主の民法上の権利は瑕疵または数量不足に基づく解除権・代金減額権および損害賠償請求権と想定されていたのであるから、少なくとも起草者は瑕疵担保責任が不特定物売買にも適用されることを前提としていたものと思われる。[5] さらに、前章の最後に示したように、債務不履行責任説を前提に受領時を「隠れた瑕疵」の基準時として瑕疵担保責任を把握すると、検査・通知義務の懈怠によって遮断されるのは債務不履行責任であって、五二六条との関係では起草者の意図と乖離するように思われる。勿論、検査・通知義務が五二六条に示される権利にのみ関係するものではないことは今日広く承認されているし、[6]「受領時」を介在させる法定責任説のあり方も必ずしも五二六条の文言に適合しないが、少なくとも債務不履行責任説よりも逸脱の度合いが低いことも指摘されて良いように思われる。そしてここに、瑕疵担保責任についての考え方に一定の方向性が示されるように思われる。従って、次稿ではその方向で瑕疵担保責任の法的性質について考察を進めることとし、ひとまずここで筆を擱くこととする。

(1) 第二章参照。

(2) 我が国の民法典がこうした「受領」概念に特別何等の一般的考慮も払っていないことは、一九世紀の諸立法の比較において我が国の民法典（契約責任体系）を位置づける意味で一つの視座を提供するように思われる。つまり、契約締結時を基軸とした特定物取引主体の法典モデルは未だ経済・取引の広がりが限定された社会を想定するものであるのに対して、「受領」時

に配慮した法典モデルは一定の経済・取引の発展過程を示す社会に適合しようとするものであることが仮定されるように思われる。そして、我が国の法典が前者に属するものであれば、不特定物取引の場面で判例が「受領」概念を用いてきた意義もそうしたコンテクストの中で明らかになるであろう。「引取」と「受領」概念の峻別は、その意味で契約責任体系において「現代的」な理論構成の契機ともなりうるものと思われる。

(3) 第四章注(9)および該当本文参照。

(4) 旧商法典から現行商法典への「修正」過程では、民法典と重複・抵触する規定の削除が企図されていた(拙稿「債権者遅滞論の再構成序説——民法四一三条と四九二条の基本構造とその関係——」法学政治学論究二号(平成元年)一七五頁以下)。こうした趣旨からすれば、両法典の齟齬をもたらすような規定が置かれるはずはなく、寧ろ、積極的に両法典の内容上の整合性に多大の配慮が払われていたはずである。

(5) 今日の商法学説が広く認めているように、買主の検査・通知義務が特定物に限定されるのは商事売買については無意味であり、また旧商法上もそのような限定が想定されていたとは考えられない以上、起草者も同様に不特定物売買への五二六条の適用を当然のことと考えていたものと思われる。殊に、商法典の起草委員であった岡野博士は、その体系書において買主の検査・通知義務を特定物に限定する趣旨を説明されておらず、寧ろ、とりわけ検査義務を説明される際に機械、酒、砂糖、石油、糸といった物品を挙げられているのであり、これらの例が特定物を示すとは考え難いのである(岡野敬治郎・商行為及保険法(有斐閣・昭和三年)六八頁)。

(6) 第四章注(14)および該当本文参照。

【後記】向井健先生には筆者が大学院の後期博士課程の在学時に一年間法制史の特殊講義で御指導を仰いで以来、ことあるごとに有益な御示唆を戴いてきた。本稿は、その特殊講義の時に筆者が民法典と商法典の制定過程の関連から報告を行った成果の一部であり、その時の御示唆を基礎に漸く纏めたものである。いまだ雑駁な内容で必ずしも先生の御教示を十分には反映できてはいないが、先生の御退職を機に感謝の意味を込めて発表するものである。