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

Title	売主瑕疵担保責任と危険負担との関係 (四) : 種類債務の合意による特定を契機として
Sub Title	Das Verhältnis der Gewährleistungspflicht des Verkäufers zur Gefahrtragung (4) : Konkretisierung der Gattungsschuld durch Vereinbarung
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.9 (1996. 9) ,p.31- 110
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960928-0031

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.

売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(四)

――種類債務の合意による特定を契機として――

北居　功

一　二つの「危険」概念
二　ドイツ民法典における売主危険負担主義の制定
(1)　「売買における危険の負担」提案
(2)　第一委員会の決議
(3)　ドイツ民法典における危険負担制度の成立
(4)　小　括（六十九巻五号）
三　種類債務の特定と危険負担の関係
(1)　ドイツ民法典における特定制度の成立
(2)　特定の時期と拘束力
(3)　ドイツ民法典二七九条
(4)　特定と弁済提供の関係
(5)　変更権
(6)　小　括（六十九巻六号）
四　給付危険と対価危険の関係
(1)　給付危険と対価危険の関係
(2)　民法四八三条の意義
(3)　小　括（六十九巻八号）
五　瑕疵ある目的物による特定
(1)　ドイツ法の瑕疵担保責任の構造
(2)　ドイツ法における特定と瑕疵担保責任の関係
(3)　種類売買への瑕疵担保責任の適用問題
(4)　私　見
六　特定の合意（以上本号）

五　瑕疵ある目的物による特定

瑕疵ある目的物の給付により種類債務は特定するのか。この問題は従来、種類債務にも瑕疵担保責任が適用されるのか、として論じられてきた。しかし、この問題は我が国で論じられるだけでなく、ドイツにおいても普通法時代に大きな論争を巻き起こしていたのであり、この論争に基づいてドイツの瑕疵担保法は形成されたとも評しうる。従って、ドイツの瑕疵担保制度とそれを巡る論議を考察することによって、我が国の法とドイツ法との構造上の差異を明らかにしつつ、この問題を再検討してみる。

(1)　ドイツ法の瑕疵担保責任の構造

現行ドイツ民法典四五九条以下は物の瑕疵に基づく売主の瑕疵担保責任を定め、四八〇条は種類売主の瑕疵担保責任を定めている。これらの規定はフォン・キューベルの起草した部分草案「契約に基づく権利及び義務」草案の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」草案[1]を基礎に形作られた。

部分草案二二条

有償契約によって物を譲渡する者は、取得者に対して、確約された性状だけでなく、物の危険が取得者に移転する時点で物が通常又は契約によって前提とされた用法に関する物の価値又は有用性を消失させ又は著しく減少させる瑕疵を有しないことについても、責任を負う。[2]

フォン・キューベルは、二二条ないし二四条の理由書において瑕疵担保責任規定の概要を以下のように提示する。有償契約の譲渡人の担保責任[3]はローマ市民法と按察官告示の規定に由来する。市民法によれば、譲渡人は瑕疵を故意に秘匿したか又は瑕疵の不存在を約束した場合に責任を負う。按察官告示によれば、譲渡人は物の用法に重大な影響

を与え、且つ通常の注意を払った取得者にも知られなかった全ての瑕疵、さらに譲渡人が確約した性状について責任を負わなければならない。そこで前提とされるのは売買目的物の性状に関する錯誤であるが、その錯誤は本質的な錯誤ではなく動機の錯誤に過ぎないといえども「取引における bona fides」に基づいて考慮されるべきものである。その際に、市民法によれば、譲渡人は買主に対して自身の約束と dolus に基づいて履行利益について責任を負い、按察官告示によれば、取得者には隠れた瑕疵について、解除訴権（actio redhibetoria）または減額訴権（actio quanti minoris）が認められた。(4)

草案は本質的にローマ法の基本原理に従う。しかし、「譲渡人の責任は、契約締結時に存在する瑕疵に制限されるのではなく、法律または合意により契約目的物の危険が取得者に移転する時点まで引き延ばされる、との修正を伴う。(5) 責任とこの時点との関連は、危険移転時に関して適用される（危険負担）規定の必然的帰結ではないとしても、明らかに瑕疵担保責任はそれと密接な関係に立つのである。というのも、それらの規定によれば譲渡人は取得者に対して、上述の時点までに生じた譲渡物の偶然の悪化および滅失について責任を負わなければならないためであり、少なくとも、瑕疵が既に契約締結時に存在したか否かの検討が回避される以上、草案の提案は、法の単純化および悪意の訴訟の遮断に役立つのである」と説明されている。(6)

争われてきたのは、瑕疵担保責任の種類売買への適用の可否であるが、草案はこれを肯定する。というのも、「種類債務が履行のための引渡によって、給付目的物が特定物である債務に転化する場合、(7) 按察官訴権上の法的救済の適用可能性と適法性は自ずと理解される」ためである。(8) 勿論、異種物給付の場合にはそうした論理は妥当しないし、買主が瑕疵ある物の受取を拒絶して同時履行の抗弁を主張することは妨げられない。しかし、引渡時に分離され受領された目的物への債務の確定がある以上、「譲渡人は按察官訴権上の法的救済を、瑕疵なき物の追引渡によっては奪えないことが帰結される」のである。(9)

さらに、取得者が瑕疵や確約された性状の不存在を契約締結時には知らなくとも引渡時には知るに至ったが、その物を留保・責問なしに受領する場合には、大抵はそこに物の承認が見出されうる。従って、取得者が瑕疵に基づく権利を主張することは認められないことになるが、このことは特に法律に定める必要はないものと判断された。[10]

次に、部分草案は二五条に瑕疵担保権の内容を定めている。

譲渡人の責任が二二条ないし二四条の基準に従って基礎付けられる場合、取得者は、彼の選択に従って、契約の解除（Wandelung）又は反対給付の減額（Minderung）を請求しうる。

譲渡人は、取得者の意思に反して、瑕疵のない物又は確約された性状を有する物の追引渡（Nachlieferung）によってそれらの請求権から解放されない。

フォン・キューベルは、まず一項に関して、瑕疵担保解除権が重大な瑕疵について認められるのに対して減額権が重要ではない瑕疵について認められるという見解は誤りであり、二五条を基礎付けえないことを強調する。[11] 次に、二項に関して、プロイセン法（Teil I. Titel 5. 三二五・三三一条）およびオーストリア法（九三二条）では譲渡人が瑕疵を除去すること、あるいは欠けた性状を後に付与することができないことを基礎としていることを指摘する一方で、ザクセン法（九五二条）およびドレスデン草案（一八一条）がそれとは反対のことを指向していることを参照させる。そして、草案が依って立つのは前者であり、この原理は「種類債務の履行のための引渡についても適用される」ことを説くのである。[12]

この部分草案を基礎にして第一委員会は審議を行うのであるが、そこではまず、個々の部分草案の条文を検討する前に瑕疵担保法を基礎付ける基本原理を決議することが提案された。しかし、委員会は個々の部分草案規定の審議を行いつつ、個別の修正・変更を加えることで基本原則を決定してゆく方針を採用した。[13] そこで、まず瑕疵担保法の最初の規定である部分草案二二条に関して、瑕疵の基準時を契約締結時にするのか危険移転時にするのかが審議された。

先に見たように、部分草案はローマ法以来の瑕疵担保責任の伝統に反して、瑕疵の基準時を契約締結時から危険移転時である引渡時に変更した。契約締結時を基準に契約目的物の一定の性状の欠缺について譲渡人の責任が認められることは当然としても、[14] 部分草案は、さらに危険が譲渡人に止まることから負担すべき責任も瑕疵担保規定の枠内で考慮されるべきとするのである。つまり、そこでは契約締結後引渡までの間に目的物が偶然の毀損によって被る瑕疵が問題となる。この瑕疵については、危険負担に関する一八七六年九月二五日の決議[15]によれば、買主（取得者）は契約から離脱するか代金の減額を求めうることとなる。このことは「本質的」に取得者に契約解除または代金減額の権利が認められることを意味するから、こうした実質的な結果を瑕疵担保法によって確保しようとする部分草案の規定は、「法律の単純化とその適用の明確化の利益」から正当化されるのである。[16] このように瑕疵の基準時は危険移転時とされることにより、部分草案の立場が確認されたのである。

次に、部分草案二五条の審議段階において、第一委員会は、まず草案二五条の一項に定められた解除権および減額権については承認した。しかし、二項については瑕疵が除去可能であるのに譲渡人から瑕疵を除去する権限を奪うのは適切ではないとして、その規定を一旦は拒絶したのである。[17] そのうえで、草案二五条が定める解除権および減額権が種類債務にも適用されるのか、適用されるとすればどの範囲で適用されるのかという問題について以下のような四つの提案が提起された。[18]

提案1　以下の規定を置く。

瑕疵担保解除権および減額権に関する規定は、種類のみで定められた物に関する契約には適用されない。この種の契約の履行目的で給付された物が、二二条に定められた種類の瑕疵を有するか又は明示で確約された性状を欠いている場合、取得者は代物引渡を請求する権利を有するが、代物引渡を受領する義務も負う。さらに、取得者は損害賠償請求権も有する。

提案2　提案1の最後の文を削除して以下に代える。

契約の履行目的で為された給付が履行として受領された場合、取得者には、給付物が二二条に定められた瑕疵を有すること又は確約された性状を欠くことの証明が義務づけられる。

提案3　以下の規定を置く。

債務者が存在する瑕疵に基づいて彼の責任に対応しない物を選択する場合、債権者は物の受領後に、その物を債務者の処分に任せて契約に適った履行を請求するか、又は事情によっては履行利益を請求することを妨げられない。

債権者は、彼が物の受領の際に瑕疵を知り、又は彼が瑕疵の後の発見の際に遅滞なく債務者に彼が他の物の引渡を求める通知をしなければ、代物引渡をもはや請求できない。

提案4　提案1が拒否される場合には以下の規定を採用する。

債務が種類によってのみ定められた物の譲渡に向けられている場合、債権者は、彼にその債務の履行目的で提供された物を、それが二二条に定められた瑕疵を有するか又は確約された性状を欠く限り、受領する義務を負わない。

債権者が履行目的で提供された物を履行として受領する場合、彼はそれに代えて他の瑕疵のない物又は確約された性状を有する物を請求する権利を失う。これに対してその場合には、彼には二五条に定められた権利が、物の提供及び受領によって従前の債務が引渡された物の譲渡に関する債務に転化されたのと同一の基準で認められる。

こうした提案に対して第一委員会の多数派は次のような決議を行った。(19)

決議1　先の決議による瑕疵担保解除および減額の権利は、種類のみによって定められた物が譲渡の内容である場合にも適用される。

決議2　その場合に、取得者はさらに、合意された種類に属するが瑕疵を有する物を拒絶し、瑕疵なき性状の物を請求する権利を有する。

決議3　取得者は、決議2で定められた権利を物の受領後にも有する。

尚、決議2および3では、取得者が瑕疵ある物を受領したか否かにかかわらず代物引渡請求権を有することを認めようとするのであるが、取得者が瑕疵の存在を知りつつ履行として受領した場合には、「その権利が放棄されること

は自明であるとみなされた」ことには注意を要する。[20]

この決議の理由付けは以下の通りである。すなわち、提案1および2が主張するのは種類債務には瑕疵担保責任が適用されないとの原理であり、普通法学説において有力な主張であることは看過されえない。しかし、その主張は判例には殆ど採用されてきておらず、また近代の法典にも見出されないのも事実である。[21] さらに、より重要なのはその原理が取引に適合しないことである。つまり、「その原理によれば、受取人が解除権を有するのは契約の維持が彼にとってもはや何の利益も有しないことを彼が証明しえた場合であり、また減額権を有するのは、物の拒絶の場合に譲渡人が賠償しなければならない損害が、尚より大きいはずであることを証明しうる場合に限られる」ためである。[22] この証明は受取人にとっては困難であるため、とりわけ特定物の譲渡契約の場合と対比して著しく取得者にとって不利益となる。この不都合を回避しうるためには、特定物の譲渡契約の際と同じように取得者に解除権および減額権が認められなければならないのである。[23]

さらに、取得者にはその契約上の地位や実際の不都合を考慮して代物引渡請求権が認められなければならない。この権利が認められることにより取得者の地位は特に優遇されることになるが、さらに譲渡人が代物引渡権を有することにより取得者の解除権を排斥できないとすれば、一層取得者の地位は優遇されることになる。しかし、譲渡人は一旦契約に反して瑕疵ある物を給付した以上は、自身の行為による不利益を全面的に負担すべきであるから、譲渡人の代物引渡権は拒否されるのである。[24] この取得者の代物引渡請求権が認められるのは取得者が瑕疵ある物を未だ受領していない場合に限られるとするのは、正当な根拠が述べられない限り「首尾一貫しないように見える」。尚、代物引渡請求権が商事取引に適合するのか否かの問題は商法典の改訂に委ねられるとされた。[25]

第一委員会は、このように種類物の譲渡契約の際に取得者に認められる三つの権利を確定した後に、取得者が瑕疵を知りつつ留保なく受領した場合にはそれらの権利が失われることを決議したのである――この考慮が後に明文化さ

れて現行ドイツ民法典四六四条となる。[26]

以上の決議を踏まえて、瑕疵担保に関する原則規定および種類物譲渡契約における瑕疵担保責任に関して第一草案は次のように定めている。

三八一条　契約により物の譲渡義務を負う者は、取得者に対して、危険が取得者に移転する時点に物が確約された性状を有することについて責任を負う。

譲渡人は、物がその時点で、通常又は契約によって前提とされた用法についてのその価値又は有用性を消滅させ又は減少させる瑕疵を有しないことについても責任を負う。

三九八条　種類のみによって定められた物の譲渡に関しては、取得者には、瑕疵担保解除権（Wandelung）および減額権に加えて、瑕疵ある物に代わる瑕疵なき物の引渡を請求する権利が認められる。

……（以下、省略）……[27]

瑕疵担保責任の原則規定である三八一条は、その後の立法過程において本質的な変更を受けずに現行民法典四五九条として結実する。[28] 他方、三九八条については、瑕疵担保責任が種類債務にも適用されるのか否かを巡って、賛否両論が提起され、[29] こうした種類債務への瑕疵担保責任の適用を巡る議論が第二委員会でも再び取り上げられたのである。そこでは、提案者が次のような主張を行った。すなわち、種類物の買主は原則として、減額権を選択するか瑕疵ある物の給付を拒絶して債務不履行に基づく権利を主張できるが、提供された給付を履行として受領する場合には、瑕疵担保解除または減額の権利が認められるに過ぎない。なぜなら、種類債務の特定の原則からすれば、種類物の買主が一旦提供された瑕疵ある物を履行として受領した場合には種類債務の特定が生じるため、以後は特定物債務と同様の権利が買主に求められるに過ぎないということになるはずである。しかも、売買された種類物の価格が高騰する場合には、買主が代物引渡請求権を行使することによってそうした価値の高い物を取得できることになり、売主に一定の不利益を転嫁することで投機が可能となるためである。「売主が知らずに瑕疵ある物を引き渡す場合に、売主は、知

らずに瑕疵ある物を受領する買主よりも不利に扱われてはならない」というのである。[30]

この提案に対して、委員会は以下の理由で反対した。すなわち、理論的には種類債務の特定による特定物論理への移行は認められるとしても、「この提案は従来の法から逸脱する」。しかも、買主に代物引渡請求権を認めることが衡平に適うし、買主の不当な投機の可能性については、商事取引において商法上の検査・通知義務によって回避されうる。買主が転売する場合に、売主に対して代物引渡請求権が認められなければ第三者から物を調達しなければならないこととなり、買主がそうした負担を甘受しなければならない謂われはないはずである。「その提案は、買主が物を履行として受領したという事情に正当ではない意義を与えているのである」。引渡によって買主は通常は初めて物を検査する機会を与えられるのであり、買主が履行として受領したか否かの確定は困難なことが多いのも事実である。しかも、異種物の引渡の場合には一般債務不履行として買主に代物引渡請求権が認められるのに、瑕疵ある物の引渡の場合にはそれが認められないという結果は、そもそもそうした異種物引渡か否かの確定自体が困難である以上、望ましくないというのである。[31][32]

以上のような経緯を経て、現行ドイツ民法典は瑕疵担保責任の原則規定と種類売買へのその適用について、四五九条および四八〇条に以下のような規定を置いた。

四五九条　物の売主は、買主に対して、危険が買主に移転する時点に、その物が通常又は契約で前提とされた用法についての価値又は有用性を消滅させ又は減少させる瑕疵を有しないことについて、責任を負う。価値又は有用性の重大でない減少は考慮されない。

売主は、物が危険の移転時点に確約された性状を有することについても責任を負う。

四八〇条　種類のみによって定められた物の買主は、瑕疵担保解除又は減額に代えて、彼に対して、瑕疵ある物に代えて瑕疵なき物が引き渡されることを請求しうる。……（以下、省略）……

以上のドイツ民法典上の瑕疵担保責任に関する立法経緯からは、種類売買への瑕疵担保責任の適用問題を巡って以

下のことが見て取れるように思われる。ドイツ法上の瑕疵担保責任規定はローマ法の伝統を基礎に、瑕疵の基準時を対価危険の移転時に合わせて修正されたことを起点としている。部分草案の起草者であるフォン・キューベルは、恐らくドレスデン草案の影響を受けて、[33] 危険負担制度における引渡危険移転時の原理に沿って瑕疵の基準時も引渡時へと移行させた。これに対しては、第一委員会でローマ法ないし普通法の原理に則した伝統的立場から契約締結時を基準時とすべきことが異論として提起されたものの、極めて技術的な視点から危険移転時である引渡時を瑕疵の基準時とすべきことが決議された。つまり、引渡時までは売主が危険を負担すべきとの原則からすれば、契約締結後引渡までの間に物が滅失・毀損する場合に売主の引渡債務は消滅・縮減し、買主の代金支払債務も消滅・縮減することになるが、この結果自体は買主が瑕疵担保権として解除・減額を請求するのと異ならない。従って、原始的・後発的（一部）不能を一律に瑕疵担保規定で処理しようとする立法政策の現れであって、瑕疵の基準時と危険移転時との必然的な関連性が必ずしも擁護されたわけではないのである。[34]

しかし、この瑕疵基準時の修正は、「隠れた瑕疵」についての売主の特別の責任である瑕疵担保制度の体系に重大な変更を迫ることとなった。四五九条は買主の瑕疵に関する認識を要件とせずに瑕疵ある物の引渡について売主の責任を一般的な形で定めている。さらに、四六〇条は契約締結時における買主の瑕疵についての認識が売主の瑕疵担保責任を排除することを定めており、この規定によって伝統的な「隠れた瑕疵」要件が維持されている。ここで、瑕疵の基準時が引渡時に修正されると、後発的な物の毀損について四六〇条は関与しえないため、後発的な瑕疵を有する物の引渡の際には買主の瑕疵についての認識が問われることなく売主の瑕疵担保責任が問われうる可能性が生じるのである。ところが、四六四条は買主が引き渡された物の瑕疵を認識しつつ留保なく受領する場合には瑕疵担保責任を主張できないことを定めており、「履行としての受領（Annahme als Erfüllung）」が為される限り、買主はその時点で気が付かなかった瑕疵についてのみ売主に責任追及ができることになる。要するに、留保のない受領が介在する限り、

瑕疵担保責任はその受領時に買主に知られていない「隠れた瑕疵」についての責任を意味することになるのであり、四六四条はその限度でドイツ法上の瑕疵担保責任において伝統を維持する機能を果たしていると評価できるのである。[35]

問題は、こうした瑕疵担保責任が種類売買にも適用されるかであるが、部分草案以降、適用を肯定する立場が立法過程で大勢を占めた。この問題を巡る論争は、理論面、実際面そして技術面の三面から纏めることが可能と思われる。まず、理論面については種類債務の特定との関連が問題の核心である。部分草案においてフォン・キューベルは、種類債務の引渡による特定原則に沿って種類債務が特定される限り種類債務は特定物債務に転化し、それを契機に瑕疵担保責任の適用が認められるべきことを草案の基礎に置いたのである。しかし、第一委員会では種類売買に瑕疵担保責任の適用は認められないとの理論的反論が存在し、第二委員会では反対に、種類債務が特定されて特定物債務に転化する以上は、それ以降特定物債務の論理のみが妥当するため代物引渡請求権は認められないとの異論も提起された。こうした意見の対立の背景には、この問題を巡る普通法上の学説対立が存在する。大別して、種類売買への瑕疵担保責任の適用を否定する見解と肯定する見解が対立し、それぞれの見解の内部においても様々な学説の存在が指摘されている。すなわち、原則として種類債務への瑕疵担保責任の適用を否定する立場においても、買主訴権（actio empti）に基づく減額訴権を認める説、減額訴権を完全に否定する説、買主が目的物を受領して特定物として扱う場合に瑕疵担保責任の適用を肯定する説等が存在する。他方、種類債務への瑕疵担保責任の適用を肯定する立場においても、この責任を唯一の救済方法として認める説と売買訴権の並立を認める説が存在するとされる。[36] ゴールドシュミットによれば、こうした見解の対立において、とりわけヴィントシャイトに代表される適用否定説[37]が立脚する論拠は以下の三点に集約される。すなわち、ローマ法源の瑕疵担保責任が特定物売買に限られていること、種類売買において瑕疵ある物の給付は異種物給付であり履行が存在しないため瑕疵担保責任の適用余地がないこと、瑕疵担保責任の適用には売買契約締結時に目的物が存在・提示されなければならないことである。[38] ゴールドシュミット自身は、こう

した論拠に詳細な反論を加えて、種類売買における売買の完成（perfection）時を基準に危険移転および瑕疵担保責任の適用可能性を見出し、その時点を買主が種類債務の履行のために提供された目的物を検査しうる機会を現実に有する時点に求めた。つまり、種類売買において売主によって提供された個別物にその引渡時点で存在した瑕疵について、買主が現実に検査し、契約不適合が明らかになれば買主訴権によって買主は権利主張ができるが、買主によって受領される限り種類売買は特定物売買へと転化し、この時点で買主に認識されなかった瑕疵について原則として瑕疵担保責任のみが適用され、代物引渡請求権は排斥される。この受領時点で瑕疵が明らかであれば、買主はその個別物に同意を与えたことにより、代金減額訴権は別としてその他の法的救済は排斥される、との帰結を導いている。[39] このように、受領による種類売買の特定物売買への転化とは、まさしく特定による種類債務の特定物債務への転化を意味するのであり、従って、ここでの受領とは種類債務の特定に符合するはずである。こうした普通法での否定説と肯定説の対立が立法過程にも反映されたのは事実であり、[40] 種類債務の特定による特定物債務の論理の適用可能性という基本原則が、検査を前提にした「履行としての受領」を契機にした特定論理によって、種類売買への瑕疵担保責任の適用を認める立法への理論的素地を提供したものと評することができるように思われる。

しかし、実際面および技術面から、以上の理論的論拠には修正が加えられたことに注意しなければならないであろう。ゴールドシュミットの説くように、「受領」後には種類売買は特定物売買に転化するため、瑕疵担保責任のみが適用され代物引渡請求権は認められないとの提案が立法過程には存在した。しかし、第一委員会では受領時に代物引渡請求権が遮断されることは「首尾一貫しない」として拒否され、第二委員会でも衡平の要請や目的物を転売する買主の立場への実際的配慮から同様に拒否された。こうして、買主の代物引渡請求権が受領後にも遮断されないことにより、受領による種類債務の特定物債務への転化論理には修正が加えられたことになる。[41]

さらに、引渡により買主が目的物を現実に検査し受領することによって始めて瑕疵担保責任の適用余地を認めよう

とするのがゴールドシュミット並びに「履行としての受領」要素を含む立法過程の諸提案の基本的な理論であった。従って、検査の際に発見された瑕疵に基づく買主の権利主張は、瑕疵担保責任に基づく権利主張ではありえず、買主訴権、すなわち一般債務不履行に基づく権利主張なのである。これに対して、部分草案は引渡時に特定を介入させることによって一律に引渡時から瑕疵担保責任の適用を認めたが、第一委員会は一般債務不履行に基づく権利主張の際に求められる要件についての買主の証明負担の緩和という技術的配慮から、引渡時から一律の瑕疵担保責任の適用を認めた。つまり、特定物買主は瑕疵の基準時が危険移転時としての引渡時から瑕疵についての権利を瑕疵担保責任に基づいて主張しうるのに対して、種類買主にも同じ要件で権利主張を認めなければならないと判断されたのである。この点も受領による種類債務の特定物債務への転化論理に対する重大な修正を意味するものであり、この技術的な観点から、ドイツ法においては特定物売買・種類売買を問わず、引渡時から瑕疵担保責任が一律に適用される「独特の」瑕疵担保責任制度が確立されたのである。(42)

以上のように、ドイツ民法典四八〇条の瑕疵担保責任制度は、「履行としての受領」――すなわち種類債務の特定――による種類債務の特定物債務への転化という理論的基礎に実際的および技術的な観点から一定の修正を施した「独特の制度」である言うことができるものと思われる。瑕疵ある物が引渡される場合には四八〇条の瑕疵担保制度が適用され、引渡後に明らかになった瑕疵については、それを拒絶して代物請求その他の権利主張を行うか、「留保付きの受領」を表明して権利主張を行わなければならず、「留保なく受領」した場合には受領時に買主が気付かなかった瑕疵についてのみその後の権利主張が認められることとなるのである。では、「受領」が介在する場合には原則として種類債務が特定物債務に転化するとの論理は、以後の学説においてどのように評価されているのであろうか。この点を次節で検討しよう。

(2) ドイツ法における特定と瑕疵担保責任の関係

ドイツ民法典施行後に瑕疵担保責任の法的性質に関して、それが一般債務不履行とは戯然と区別される特別な責任であることを主張したのはショルマイヤーであった。[43] その主張によれば、履行義務とは債務者が義務づけられた給付を債権者に対して債務消滅意図をもって実現する義務であるのに対して、担保責任は物の瑕疵の不存在又は確約された性状の存在を保証する責任であり、債務者の履行義務に付加される独自の責任である。[44] 特定物売買において売主は、目的物を契約締結時に存在した状態で引き渡せば履行義務を尽くしたこととなり、契約締結時に目的物に瑕疵があればその瑕疵ある状態のまま引き渡せば足りる。[45] 種類売買においては瑕疵のない給付の実現が黙示に合意されていると説くヴィントシャイトの見解[46]とドイツ民法典四八〇条の代物給付請求権との一定の近似が見出されるが、同時に種類債務の特定を前提とする瑕疵担保責任が規定されていることから、種類債務の特定が考慮されなければならない。そこで、種類売買の売主は瑕疵があっても中等の品質を有する物を給付すれば彼の履行義務は果たされ、買主はその受領を拒絶できない。その場合には、売主は彼の側では給付に必要な行為を完了している以上、二四三条二項によって種類債務はその物に特定する。その時点から売主は「特定物売買を締結したのと同様の権利を有する」のである。このように解すると代物給付請求権が認められないように見えるが、履行請求権は中等の品質の物の給付に向けられるのであり、瑕疵のない物の引渡を求める権利は担保責任なのである。このように解釈することで、担保責任規定は「統一的な観点」で説明しうることとなる。[47]

このショルマイヤーに始まる特別な担保責任としての瑕疵担保責任の構成を突き詰めたシュッスによれば、特定物債務においては「この物」が売買される以上は「この物」の給付義務のみが発生するのが「論理的帰結」なのであり、瑕疵があっても「この物」がそのままの状態で引渡される限り給付義務は尽くされることとなる。その場合、買主が瑕疵あることを知っていればその物を買わなかった、あるいは少なくともその価格では買わなかったであろうとの

「仮定的留保（virtueller Vorbehalt）」が成立しうる。この留保を法律が特別に手当てするのが瑕疵担保責任であり、瑕疵によって破壊された等価性が回復されることとなる。[48] しかし、種類売買における売主については「瑕疵なき給付義務」が前提となり、ドイツ民法典四八〇条もそうした給付義務を定めることから普通法上のヴィントシャイトの見解に親しむ。従って、そこでの担保責任については特定物売買の論理は妥当しない。買主は売主によって提供され特定された瑕疵ある物を最初から給付されるべき特定物と扱って担保責任を追及しても、瑕疵なき物の給付を請求しても良い。売主が当初から瑕疵なき物の給付義務を負う以上は、買主の瑕疵なき物の給付請求権は本来の履行請求権であって、担保請求権ではないのである。ショルマイヤーの言うように、一般的には物に瑕疵あることと物が中等の品質を有することは区別されるが、このことから中等の品質を有する物が給付されるべきであるが瑕疵なきことは給付義務の対象とならないとの帰結は導かれえない。買主は、物が中等の品質を有することだけでなく物に瑕疵がないことを期待して良いのであり、売主が瑕疵ある物を給付すれば債務不履行となるのである。[49]

このように、特定による種類債務の特定物債務への転化理論を前提とした種類売買への瑕疵担保責任の適用論理は、普通法から民法典の制定を経て後、学説が給付義務から区別される担保責任を純化する過程においても維持されていることがわかる。ショルマイヤーとシュッスの違いは、四八〇条の代物給付請求権をも担保責任とするのか履行義務として把握するのかの差異に存するのであるが、この代物引渡請求権の法的性質は何か、種類債務に瑕疵担保責任が適用される契機としての「特定」とは何か、こうした問題点を巡る学説の対応が検討されなければならないであろう。

ドイツ民法典四八〇条に定められた買主の代物給付請求権の法的性質については、シュッスの見解以降、本来の給付請求権として把握するのが通説である。[50] この根拠としては、種類売買における売主が瑕疵ある物を給付してもその物が「中等の品質」（ドイツ民法典二四三条一項）を有しないため、そうした物の給付によっては種類債務は特定されず、依然として本来の履行請求権が存続することが説かれる。[51][52] これに対して、中等の品質が最初から問題とはなりえない

種類売買では二四三条一項の基準は役に立たないとの反論も提起されるが、いずれにせよ瑕疵ある給付によっては種類債務は特定しないとの結論には差異はないのである。[53]

この履行請求権構成に対して代物請求権を本来の履行請求権とは異なった性格と理解する少数説も尚存在する。ショルマイヤーは四八〇条の各請求権を「統一的な観点」から解釈すべく代物引渡請求権をも固有の担保請求権として理解しようとした。この解釈の実際的意義は、四八〇条に基づいて買主が代物引渡請求するにもかかわらず売主が適時に給付しない場合に買主は債務者の給付遅滞責任を定める三二六条の責任を売主に追及すべきか否かに現れる。四八〇条の代物引渡請求権が本来の履行請求権であれば、売主が代物給付を行わない事態は彼本来の履行義務違反を意味するのであるから、一般債務不履行責任である三二六条の責任を負うことになる。[54] しかし、担保責任構成では三二六条の適用が必然的に肯定されるわけではない。ショルマイヤー自身は、売主の履行義務から区別される瑕疵担保責任は買主の代金支払債務と双務的な牽連関係に立たないことから、代物引渡請求権について三二六条の適用を否定した。[55] こうした理論的な観点から演繹するのではなく、より機能的な観点からキルヒホフは通説を批判する。すなわち、通説によれば、種類売買において瑕疵ある物が引渡された場合に、買主には四八〇条の法的救済に加えて、その引渡によって特定が生じない限り一般債務不履行責任も追及できることとなるが、「法政策的には、彼をそのように特定物買主に対して遙に優遇する根拠は何も存在しない」はずである。従って、四八〇条の代物引渡請求権は「担保請求権と同様に扱われる」のが正当であり、この代物引渡請求権自体が債務不履行の制裁である以上、重ねて債務不履行の制裁である三二六条が適用されることはないと説くのである。[56]

また、近時エッサー＝ヴァイヤースも担保責任としての代物引渡請求権について次のように説いている。買主の四八〇条に基づく代物引渡請求権は、担保責任の諸規定の準用によって本来の履行請求権とは異なった要件の下で主張されうる権利であるから、四八〇条に定められた買主の諸権利は「種類買主の担保請求権」として一括して把握され

る。そうであれば、本来の履行請求権が担保責任たる代物引渡請求権に転化する「時的限界」が問題となり、「買主は全ての場合に本来の履行請求権を、彼がその引渡を『受領』するまで保持する」のである。買主が瑕疵ある物の引渡を拒絶するか、引渡は受けても一貫して履行と認めない場合には本来の履行請求権が存続するが、「彼がそれを受領する場合には、彼の代物引渡請求権は四八〇条によって修正される」のである。そして、この「受領」とは「本質的に有用な履行給付としての商品の受取」であり、民法典三六三・四六四条と同じように「履行としての受領」としての内容を意味することになる。[57]

このような担保責任としての代物引渡請求権の性格付けは、再びその理論的根拠が問われるに至る。ショルマイヤーは、品質と瑕疵の明確な責任対象からの区別に基づいて、瑕疵ある中等の品質の物の給付による種類債務の特定を説いた。しかし、キルヒホフは、瑕疵ある物の引渡は中等の品質を欠くが故に特定が生じないことを一応の前提としつつ、瑕疵ある物の給付による売主側の履行の試みによって契約関係が修正されたと見ている。[58] この「契約関係の修正」とは何を意味するのか。ここにケーラーは、キルヒホフの主張に相反して、瑕疵ある商品の受領によって「その限りでとりあえず履行された」ため、種類債務は既に特定されるとの論理を読み取っている。[59]

このように、代物引渡請求権の担保責任構成を主張する少数説では、受領あるいは特定という要件により本来の履行請求権と担保責任との「時的限界」を画すことにより担保責任の独自の適用領域を確保しようとしていることが明らかになる。これに対して、代物引渡請求権を本来の履行請求権と構成する通説は、担保責任の独自の領域をどのように画すのであろうか。通説は、瑕疵ある目的物の引渡によっては種類債務は特定されないため本来の履行請求権が存続することを前提にしていた。従って、買主がその履行請求権である四八〇条の代物引渡請求権を主張する限り売主の債務不履行の状態が継続しているものと理解することとなる。しかし、「通説は、買主が瑕疵ある商品を受領し、解除または減額を決断した場合には二四三条二項の意味での特定を生じさせる。このことは、買主がその表示で彼の

引渡請求権を放棄したことによって根拠づけられる」とするのである。[60] こうして買主が一旦引渡された瑕疵ある目的物を売買目的物として承認（受領）して固有の担保請求権の行使を決断することで特定が生じると以後は特定物売買の論理が妥当し、そこに本来の瑕疵担保責任の適用余地が見出されることになるのである。[61]

学説には、特定の時期を引渡時に遡及させる見解も存在する。ヴェスターマンによれば、ドイツ民法典四七七条は担保請求権の消滅時効が引渡から進行を開始することを定め、四八〇条がその規定を準用していることに基づいて、買主が解除または減額を請求すると特定が引渡時に遡って生じるものと主張する。[62] 他方、エッサー＝ヴァイヤースは危険負担の論理から遡及的特定を主張する。すなわち、瑕疵ある物が引き渡されても特定が生じない以上、給付危険は売主が負担するのが原則であるが、買主が解除または減額を表示すると特定が生じて給付危険は買主に移転する。受領時に特定は認められえない。なぜなら、代物引渡請求権が買主に行使されうる限り給付危険は尚売主が負担することを意味するためである。[63] 他方、対価危険の移転は給付危険を債権者である買主が負担する場合に初めて問題となるため、[64] 少なくともそれ以前の段階では対価危険は尚買主には移転しえず、この論理を前提とする限り物の引渡後に生じた買主の下での瑕疵についても売主に責任を負わせることとなって不都合である。従って、「異論のない商品の引渡の際には危険が移転したはずの時点」である引渡時に特定が生じたものとみなければならないこととなる。[65]

このように、受領時ないし担保請求権の行使時に種類債務が特定し、以後は特定物売買の論理が適用されるとの主張は、瑕疵担保責任を特別な担保責任と構成する学説にのみ見受けられる主張ではなく、瑕疵担保責任を給付義務の不履行と構成する学説にも見出される。不履行説の理論によれば、特定物・不特定物売買を問わず、瑕疵ある物の給付は合意された給付義務の不履行を意味し、瑕疵担保責任がその給付義務の不履行責任であることを前提とする以上、四八〇条の代物引渡請求権が本来の履行請求権であることは疑いを容れない。[66] 従って、問題は一般債務不履行ではなく四八〇条の担保責任が介入する理論的契機なのである。この点を詳細に説くのがヘルベルガーである。[67] 四八〇条の

代物引渡請求権は為されるべき物に対応する物が給付されないことにより介入する給付請求権であるのに対して、瑕疵担保請求権は特定物・不特定物売買を問わず、為されるべき物が具体的に給付されたが合意された性状が欠けていることに基づいて介入する。従って、種類売買における担保請求権は「特定の物への債務の特定を前提とする」。その特定は、当事者が物について合意することによって生じるのであり、通常は、売主が物を提供し買主がその物を承認することによって行われる。この特定により、契約内容はこの具体的な物が為されるべきことに転化することになる。要するに、「具体的な物だけが瑕疵を有しうる」のであり、「特定は、代物給付請求権を瑕疵担保請求権から区画する行為」を意味するのである。[68] こうした特定は「論理的」には瑕疵担保請求権に先行するが、実際にはその請求権の行使時に生じることを認めて差し支えない。しかし、四五九条一項の文言からも明らかなように、瑕疵担保請求権は危険移転を前提とする。[69] ところが、引渡された瑕疵ある物が買主の下で偶然事により滅失しても四八〇に基づく買主の権利には影響はなく、このことは特定が存在しないことから明らかとなる。しかし、物の滅失に買主の帰責性がある場合や三五一条が適用される場合には、「法律による特定」が生じる。この場合、売主は給付義務から解放されると共に代金の支払請求権を保持することになる。危険は買主に移転するのであり、このことは四四六条の適用関係上、特定が引渡時に遡及することを意味する。[70] この結果、特定は瑕疵担保請求権の論理的前提となるのである。[71]

このように履行説において、瑕疵担保責任の適用の前提として種類債務の特定による特定物売買への移行が論じられる際にも、通常、特定は解除または減額請求権の主張時に求められている点は、担保責任説におけるのと異ならないのである。[72]

しかし、買主が引渡された瑕疵ある物への債務の特定を認めつつ瑕疵担保解除を請求するというのは矛盾した買主の行動であり、この行動は売主に対して信義則に反するものと言わざるをえない。買主の解除権は、このような「迂遠な道筋」を経なくとも、買主が契約に従って獲得すべき物を獲得しなかったことから直截に説明すればこと足りる

はずである。[73] あるいは、種類売買において瑕疵ある物の引渡に際して、買主が解除または減額権を有しつつその物を「為されるべき物」として保持しようとすることは売主の意思ではないし、買主が瑕疵を知らずに受領することで履行請求権を放棄することも買主の意思ではない。そうした「受領」概念による特定ないし履行請求権の消滅論理は「当事者意思の粗雑な歪曲」以外の何物でもない、との批判が向けられる。[74] さらに受領による特定の構成は、買主が解除を決心しそれを請求した時点で特定を認めて代物引渡請求権の喪失をもたらすが、このことは売主が買主の担保請求権に同意するまでは買主に「変更権」を認める四六五条（それを準用する四八〇条）に矛盾するのであって、そのような構成は無益であるのみならず無駄でさえある、とも批判されている。[75]

以上のように、ドイツ民法を巡る学説の状況は有力な批判の存在にもかかわらず、「履行としての受領による種類債務の特定」を架橋にして特定物売買に固有の瑕疵担保責任を種類売買に適用する論理を基礎に据えているのである。先のヘルベルガーの理論に端的に現われるように、通説が担保請求権の行使による特定を主張する際にも、その主張が買主による目的物の受領を理論的前提として見出していることに注意しなければならない。連邦通常裁判所も、「買主が手元の商品を契約の履行として扱い、彼が瑕疵担保権を主張する場合、それによって債務関係は引渡された商品に制限される」として、学説の趨勢に倣っている。[76] この論理自体は、普通法学説におけるゴールドシュミットの主張と、それを基本的に採用したドイツ民法典の立法経緯に還元されうるものと評されており、[77] その限りではドイツ民法典の立法過程で施された修正[78]にもかかわらず、普通法以来一貫した理論的基礎がこの問題の底流には横たわっていることが見て取れよう。要するに、瑕疵ある物の引渡の場合にも買主がその給付を履行として受領することで合意による特定が生じ、種類債務は特定物債務に転化するのである。[79]

最後に、整理されるべき問題として危険負担と瑕疵担保責任との関係が残されている。先述したように、瑕疵ある物の引渡では特定は生じないのであり、売主は依然として給付義務を負っている。瑕疵ある物が買主の手元で偶然事

により滅失しても買主の代物引渡請求権は影響を受けないため（四八〇条・四六七条・三五〇条）、売主が給付危険を負担することには疑いはない。また、買主が解除・減額を請求する場合にも同様に瑕疵ある目的物の滅失によってそれらの権利の主張は妨げられない。[80] これは、物の滅失の場合に買主は物の返還義務を免れるとともに代金の支払義務をも免れ、あるいは代物給付と引換えに代金支払義務を負うことを意味するのであるから、売主が対価危険を負担することを意味するのである。[81]

ここで、学説には担保責任の消滅時効の起算点が引渡時であることから、あるいは四八〇条の文言に危険移転時としての引渡時とあることから、特定を引渡時に遡及させる見解が存在する。また、引渡後の目的物の瑕疵について買主に対価危険を負担させる意味で特定の遡及が主張されるのである。しかし、瑕疵ある物が引渡されても特定が生じない以上四八〇条の「危険移転時」とは瑕疵のない物が引渡された場合には危険が移転したはずの時点と読み換えれば足りるであろう。[82] また、引渡後の瑕疵について給付危険が移転していない以上は売主がそれを負担することは、滅失よりも「より矮小（Minus）」な毀損・悪化の場合にも三五〇条の価値判断が作用するとすれば当然であり、[83] この根拠からも特定の遡及を殊更認める必要はないであろう。

この点について近時の学説には、瑕疵ある物の引渡の際には引渡によって危険が買主に移転するのではなく、寧ろ危険負担の帰趨は「浮動状態に（in der Schwebe）」あると説くものがある。つまり、結果的には、買主が解除または代物給付を請求する場合には売主が危険を負担するが、買主が減額請求する場合あるいは消滅時効期間を徒過する場合には種類債務の特定が生じて危険は引渡時から買主が負担することとなるのであり、そうした事態になるまでは危険の所在は確定されないというのである。[84][85] 要するに、瑕疵担保責任と買主への危険移転との画一的な関連性を否定する見解なのであり、買主が危険を負担することが確定する場合にはこの見解によっても特定の遡及効は否定されていないものと思われるし、特定の遡及効を認めるとすれば、不履行説の枠内ではこうした論理の検討余地もあろうか。

こうしたドイツの議論は、我が国における種類債務への瑕疵担保責任の適用を巡る議論とは無関係ではない。寧ろ、いわゆる判例法理にはその多大の影響が窺われるのである。そこで、以下では我が国の議論を検討して、瑕疵ある物による特定の問題について解決を試みよう。

(3) 種類売買への瑕疵担保責任の適用問題

種類売買への瑕疵担保責任の適用を認める判例法理の起点は大正一四年判決（①判決）[86]に求められよう。[87] それ以降、大審院は昭和二年判決（②判決）[88]、昭和三年判決（③判決）[89]、昭和六年二月判決（④判決）[90]、昭和六年四月判決（⑤判決）[91]、昭和六年五月判決（⑥判決）[92]、昭和八年判決（⑦判決）[93]で適用を肯定し、最高裁判所も昭和三六年判決（⑧判決）[94]で適用を肯定する態度を示した。

上述の②判決から⑥判決に共通する点は、買主が売主の債務不履行責任を主張するのに対して、いずれも原審はその主張を退けて売主の瑕疵担保責任のみを取り上げたため、買主が売主の債務不履行責任を理由として上告したが、大審院も原審の判断を是認していることである。その際に、大審院は売主の債務不履行責任と瑕疵担保責任の適用関係を「受領」（①判決）あるいは「履行としての受領ないし認容」（③判決）を契機に区画する論理を用いている。買主敗訴の実質的な価値判断は、商法二八八条（現行五二六条）の適用（②判決）、五六六条三項の適用（③判決・⑥判決）、商品を費消または他に処分しながら売主の不履行を援用する買主の主張の排斥（④判決・⑥判決）[95]、という点にあり、「種類売買に瑕疵担保の規定を適用するということは、……買主の権利の制限のための理論」[96]として機能しているのである。これに対して、①判決は買主の五七〇条に基づく解除を肯定するために原審・大審院共に種類売買への瑕疵担保責任の適用を認めたものであり、買主の解除が五四一条に基づく場合であっても結論に差異はないため、種類売買への瑕疵担保責任の適用論理自体は決定的ではない。[97] また、⑧判決は買主の解除を肯定する原審の判断に対して売

主が担保責任を理由に上告したが、それを棄却するために種類売買への瑕疵担保責任の適用を認めた事案である。原審の判決理由に援用された責任とは別個の責任を売主自ら援用するものであり、こうした「恣意的な」責任主張を排斥するために種類売買への瑕疵担保責任の適用論理が一般化されているのである。そうであれば、①判決と⑧判決は「抽象論としては、まさに対照的であるが、実質的には、解除の効力を認め、買主を勝訴せしめているのであり、類似する事実関係での買主の保護としては、同じ考え方に立っていると評価し得る」ことになる。[98][99]このように見てくると、瑕疵ある物の給付の場合に買主による売主の債務不履行責任の追及を時的にあるいは買主の行動に基づいて制限する論理が必要となるであろうし、また、そうした場合に瑕疵担保責任の適用を認めるとすれば、債務不履行責任と瑕疵担保責任の「恣意的な」主張を排除するためにはそれらの適用関係を理論的に整序する必要もあるように思われる。[100]

そのための論理として判例は大審院時代に、①②⑤判決で「受領」概念を基軸に債務不履行と瑕疵担保の適用領域を時的に区画する論理を展開し、③④⑦判決で「履行としての受領ないし認容」による区画を論じている。この両概念の差異がまず問題となるが、一方で両概念共に履行時点を指すものとの理解があり、[101]これに対して他方で、「受領」時は履行時であるが「履行としての受領ないし認容」時は買主の主観的意図をも含む別個の時点として理解する見解もある。[102]この理解の差異は、履行時以後は買主は専ら瑕疵担保責任のみを追及できるに止まるのか、それとも履行時以後も尚債務不履行責任を追及できるが「履行として受領ないし認容」すれば瑕疵担保責任に制限されるのか、こうした買主による責任追及のあり方の差異に反映することとなる。[103]①判決では、買主が作動しないポンプを履行として受領した事実がない以上は債務不履行責任のみが問題となるとして上告し、⑤判決では、引渡された商品が注文品とは異なるため債務不履行のみが問題となるとして上告したのに対して、大審院は「受領」があれば不完全ながらも履行があったとして瑕疵担保責任を適用することを判示しており、そこでの「受領」時点は引渡時点と見てよいであろ

う。これに対して、③判決は債務不履行を原則とするが「履行として認容」して瑕疵担保責任も追及できることを説いており、この判決を引用する④判決は、その「履行としての受領」を買主による目的物の他者への処分に求めているのであるから、少なくとも「履行としての受領」時を引渡時には求めていない。従って、一般論として、両概念は異なることを意味しているものと評することができるように思われる。

では、③④⑦判決の「履行としての認容ないし受領」概念と⑧判決の「履行としての認容」概念の関係はどのように理解されるべきであろうか。両概念の断絶を説く主張もあるが[104]、学説の大勢は両概念に一定の近親性を見出しており、従って、⑧判決を③判決の延長と位置づけている[105]。いずれにせよ、大審院判例以来の「受領」・「履行としての認容ないし受領」・「履行としての認容」の歩みは、種類売買への瑕疵担保責任の適用契機概念の柔軟化と明確化を意味し、⑧判決において引渡を受け取る「受領」時点よりも遅い時点で買主が瑕疵を知りつつ「履行として認容」した場合には瑕疵担保責任の追及余地が認められることが明らかにされたことに意義が見出されよう[106]。

翻って、この問題に対する学説の対応はどうであろうか。通説は、瑕疵担保責任が特定物売買に固有の制度であるとの理解に基づいて、種類売買へのその適用を否定し、以下のような根拠を挙げる。すなわち、瑕疵担保責任を原始的一部不能に対して法律が特に認めた法定責任と解する論者によれば、そうした原始的不能は特定物売買に固有の問題であるから、原始的不能を原則として観念しえない種類売買には瑕疵担保責任を適用する余地がないことになる[107]。あるいは、合意には物の性状が含まれないとする意思表示理論に基づいて特定物売買では「この物」の給付義務しか観念できないことを瑕疵担保責任の根拠とする論者によれば、「目的物の瑕疵」とは特定物売買に固有の観念であって、瑕疵なき物が一般的に観念できる種類売買では「目的物の瑕疵」が観念されえないため、瑕疵担保責任も適用されえないことになる[108]。しかし、そもそも種類売買においては特定物売買と異なって、売主は瑕疵のない物の給付義務を負うのであるから、瑕疵ある物の給付では給付義務を尽くしたことにはならない。従って、売主の瑕疵ある物の給

付は不完全履行であるから、不完全履行の救済を与えるべきことになる。[109] さらに、瑕疵担保責任の適用を認めると買主に代物給付請求権が認められないこととなり不合理であるというのである。[110]

ところが、このように不完全履行理論による解決を図るとすれば、特定物売買では五六六条三項の期間制限が適用されるのに対して種類売買では債権一般の消滅時効期間が適用されることとなり不均衡が生じることになる。そこで、この不均衡の是正手段が様々に提言されているのである。一つは、信義則による権利主張の制限を図る見解である。[111] あるいは、五六六条三項を種類売買に類推適用する見解がある。[112] また、商法五二六条を類推適用すべきとする見解もある。[113] さらに、商法五二六条の類推適用を認めたうえで民法五四八条を代物給付請求権にも類推適用して、種類売買における法律関係を早期に解決すべきと主張する学説もある。[114] こうして一見すると非常に多彩な学説状況に見えるが、我妻博士が言われるように、信義則による制限については「判例学説によってその標準を明らかにすることに努めるのが正しい途であ」って、[115] その標準の例示として例えば商法五二六条類推適用説を位置づけることも可能であるように思われる。そうであれば、ことの本質は信義則の具体化を探究することにより買主の態度を総合考慮するのか、それとも端的に五六六条三項を類推適用する等して不完全履行責任に期間制限を付すのか、方向性はこの選択肢に絞られるように見える。[116]

これに対して、瑕疵担保責任の本質を債務不履行責任と把握する見解によれば、一般的な不完全履行理論ではなく寧ろ瑕疵担保責任が優先的に種類売買にも適用されることとなる。すなわち、「特定物売買において瑕疵ある物の給付は瑕疵なき履行である」という特定物ドグマ[117]を前提とする先の法定責任説に対して、そのドグマは「一定の歴史的な法理論につらなって形成されたものでありまた論理的要請でなく合目的性の領域で扱われるべきもの」である限り、債務不履行責任としての瑕疵担保責任の本質的理解が可能であり、「このように不履行責任の角度から特定物の瑕疵担保責任を考えるとき、これまでしばしば問題となっている種類売買との相違はこの点については生ずることはな

い」のである。[118] つまり、特定物ドグマが批判され瑕疵担保責任が債務不履行責任として構成されれば、瑕疵ある物の引渡は特定物売買・種類売買を問わず債務不履行を意味し、売主は「債務不履行上の責任と瑕疵担保による責任とを負う」[119]ことになり、後者が前者の特則と位置づけられることになる。[120]

この債務不履行責任説によれば、瑕疵担保責任に基づく権利が完全履行請求権と併存して買主に認められることが特色であり、[121] 瑕疵担保責任は売買当事者の合意に基づく売主の「あるべき給付義務」違反に対する制裁であるから、その給付義務違反は引渡時を基軸に判断されるのが原則であろう。[122] そこで、五七〇条に基づく解除・損害賠償について短期の期間制限が働くため、この点で債務不履行責任説の利点が現れるとされるのである。[123] しかし、これで問題が全て解決されるわけではなく、瑕疵担保責任と併存して認められる代物給付請求についてはその権利が一般債務不履行の原理から導かれる以上、瑕疵担保責任の期間制限には当然には服さないのであって、その調整が必要となるであろう。[124] その点で先の法定責任説の不完全履行理論の修正努力と軌を一にする理論修正が必要となるように思われる。事実、債務不履行責任説には、代物請求権に五六六条三項の準用を主張する見解もあり、[125] また、商法五二六条の類推適用に好意的な傾向も見られるのであって、[126] 通説と同様の試みが見出されるのである。

このように、種類売買については不完全履行理論によって解決すべきとの主張と種類売買・特定物売買を問わず一律に瑕疵担保責任を適用すべしとする主張が存在するが、その中間に、それら両責任の調整を図ろうとする主張が位置づけられよう。「受領」ないし「履行としての受領」を契機に両責任の適用領域を区画しようとする判例法理はまさにその試みの一例であり、この理論を支持する学説もある。[127][128] しかし、判例法理が主張するような瑕疵を知りつつ「履行として受領」し五七〇条に基づく解除を主張するというのは買主の矛盾した行動であり、[129] この点で判例法理には欠陥があるとして、瑕疵を知りつつ「履行として認容」した買主は解除権を放棄したものであって代金減額権のみが許されると説く見解が存在する。[130] 独特の見解は勝本博士によって主張されている。すなわち、「売主の提供したる

目的物を買主が受領し長期間放置し又は之を消費し、為めに第三者より見て恰も給付したる目的物が債務の履行として有効なりしものと認め得る状態に達したるときは、売主は給付の特定を主張し得べく、之に反する買主の主張は信義則に反し、権利の濫用として否定せらるべきである。かかる主張を特定の抗弁と言ふ。而して此特定の抗弁によって給付は特定し、其結果此時を標準として瑕疵担保の規定を適用し得べく、又更に進んで買主の放任状態を以て、買主が受領したる目的物により全く満足せるものと認め得べきに至りたるときは、不完全を黙示的に容認せるものとし、所謂認容の抗弁により売主は瑕疵担保の責任を免がれるものと云ふべきである」というのである。[131] さらに近時、瑕疵ある物の給付は不完全履行であるが、買主が瑕疵を知らないで瑕疵ある物を契約に適合するものとして「受領」ないし「履行として認容」した場合には、「隠れた瑕疵」に基づく瑕疵担保責任が適用されると主張する見解も存在する。[132] この見解は、勝本説の特定の抗弁論を敷衍する結論となる点で興味深い。

このように不完全履行と瑕疵担保責任を種類売買において調整しようとの試みは多様であるが、その際に不完全履行責任から瑕疵担保責任への移行をもたらす「受領」ないし「履行としての認容」概念とは、理論的には何を意味する買主の行為なのであろうか。判例法理に関して、まず、①判決の以下の判示を見てみよう。

「不特定物ノ売買契約締結後売主及買主カ契約ニ因リ給付スヘキ物ヲ定ムルハ有効ナルノミナラス此ノ契約ハ其ノ物ニ瑕疵ノ存スルノ故ヲ以テ当然無効ニ帰スヘキモノニ非サレハ此ノ時ヨリ以後ハ特定物ノ売買契約アリタル場合ト類似シ買主ニ瑕疵担保ニ因ル権利ヲ与フヘキヤ否ヤノ問題ニ関シ彼ト是トヲ区別スヘキ理由ナク又給付スヘキ物ノ選定ニ関シ斯ル契約ナカリシ場合ト雖モ苟モ買主カ売主ノ提供セシ物ヲ受領セル限リ契約ハ不完全ナカラモ履行セラレタルモノト謂フヘク従テ此ノ場合ニ於テハ給付スヘキ物ハ売主カ買主ノ同意ヲ得テ之ヲ指定シ又ハ其ノ給付ヲ為スニ必要ナ行為ヲ完了シタルトキ特定シタルモノト謂ヒ得ヘキカ故ニ此ノ時期ヲ標準トシテ考フルトキハ瑕疵担保ノ問題ニ関シ特定物ノ売買契約ト其ノ取扱ヲ異ニスヘキ理由ナケレハナリ」

ここで説かれているのは、売主が提供した目的物を買主が「受領」すれば四〇一条二項によって種類債務の特定が生じ、それによって特定物売買に適用される瑕疵担保規定が種類売買にも適用されるとの論理である。その後の判例法理の展開においては、こうした特定を介した種類売買への瑕疵担保責任の適用論理は明示されていないが、この論理を背後に読み取ることは可能であろう。つまり、種類債務は瑕疵ある物によっては特定しないのであり、不完全履行として売主は債務不履行責任を問われることとなる。この点は、判例法理はもとより全ての学説に共通する理論的基礎なのである。しかし、判例はこの種類債務の不完全履行状態が継続することを直截に問題とするのではなく、買主の「受領」によって四〇一条二項の種類債務の「特定」が生じたものと見ることで種類売買が特定物売買に転化することを基礎に、その時点から特定物売買に固有の瑕疵担保責任を適用することを認めようとしたのである。但し、買主の「受領」時点が引渡時であるとすれば、一旦買主が瑕疵ある引渡を受取った以上は売主に代物給付を求めることができなくなる。そこで、以後の判例は買主が「履行として認容」する時点まで特定時点を遅らせることで、担保責任と代物給付請求権とを調整しようとしたと考えられるのである。

瑕疵担保責任と不完全履行責任との調整を図ろうとする学説は、瑕疵担保責任の適用契機を理論的にどのように説明するのであろうか。判例法理と同様に、種類売買から特定物売買への転化をもたらす「特定」を説く見解が存在する。先の勝本説がそうであるし、判例法理を支持する学説も「特定」を援用する。但し、ここでいう「特定」を四〇一条二項の「特定」から区別して考えるべきとの見解も存在することに注意しなければならない。内池教授によれば、瑕疵担保責任の適用契機となる「特定」は四〇一条二項に言う「特定」ではなく「売買の目的物が事実上買主の支配に移される状態を意味する」のであり、この時点を基準にして瑕疵の存否が判断されることを説かれている。[133] あるいは、瑕疵ある物の引渡は売主の債務不履行であるが、買主が瑕疵を知らずに「履行として受領」すれば特定し、あるいは弁済が完了して債務は消滅し、給付の不適合状態を調整するために瑕疵担保責任が適用されるとして、種類債務

の「特定」ないしは「弁済」に根拠を見出す見解も存在する。[134]

以上のように、種類売買において瑕疵ある物の引渡の場合に買主にどのような救済が与えられるのかは、大別すると、不完全履行責任のみの追及を認める見解、瑕疵担保責任の救済を原則とする見解、不完全履行と瑕疵担保責任の双方の救済を調整しようとする見解の三つに分けられよう。一見するとその理論的な側面での対立が鮮明であるために見解の相違に横たわる溝は深いようにも思われるが、不完全履行責任のみの追及を認める見解も期間制限あるいは信義則による責任追及の制限の必要性を認めているし、瑕疵担保責任を原則とする見解もその責任と代物給付請求権との調整を図らなければならず、理論の修正が迫られるのであり、この点で、両責任を調整しようとの試みはそうした二つの見解が必要性を認めている「修正」の試みの一つと評価することも可能であろうか。いずれにせよ、こうした「修正」を経た理論から導かれる結論自体には大差ないのである。[135]そうであれば、どのような理論的枠組みでこの問題に対処すべきかが問われなければならない。

判例に現れたのは買主の債務不履行の主張をどのように排除すべきかの問題が大半を占めたのであり、そこでは買主の権利主張の期間制限と一定の買主の態様による権利主張の制限のための論理が必要とされていた。前者の意味での制限論理としては、学説では不完全履行責任に五六六条三項を類推適用するのか、それとも瑕疵担保責任の適用を直截に認めるのか、あるいは買主の態様によって瑕疵担保責任を適用することを通して期間制限を認めるのか、この方法が主張されてきたが、判例は②③判決に見られるように最後の解決策を用いた。[136]これに対して、④⑥判決に見られるように、買主が瑕疵ある目的物を第三者に処分したり自身で費消したりした場合には期間制限の問題ではなく、寧ろ買主が目的物を債務の履行として一旦承認した後にその不承認に基づく主張を行う事例であって、学説によれば買主の権利主張が信義則に反するものと評価されうるものであろうし、判例は「履行としての受領」を介在させることで買主の債務不履行の主張を排斥したうえで瑕疵担保の主張をも期間制限に基づいて排斥したのである。[137]こうして

みると、買主の債務不履行の主張を制限するには買主の一定の行動に買主の権利主張を遮断するような法的評価を与える方策が必要であって、単に期間制限を働かせるだけでは十分な手当てとはならないように思われる。[138] その意味で買主の「受領」ないし「履行としての認容」という態様に債務不履行責任の制限機能を担わせてきた判例法理には一定の評価が与えられて良いように思われるのである。[139]

それでは、判例法理やそれを支持する学説が主張する論理の問題点とは何であろうか。その問題点を①判決の以下の判決理由を基礎に考えてみよう。

「……寧ロ買主ニ於テ之ヲ受領シタル場合ニ於テハ不完全ナカラモ契約ノ履行アリタルモノト解スルヲ正当トス而テ買主カ売主ノ提供シタル物ニ瑕疵ノ存スルコトヲ知リツツ之ヲ受領シタルトキハ特別ノ事情ナキ限リ買主ハ其ノ給付ニテ満足シ瑕疵ヲ原因トスル権利ヲ主張セサル意思ニテ之ヲ受領セシモノト解シ得ルカ故ニ其ノ後ニ至リ瑕疵担保ニ因ル権利ヲ行フコトヲ得サルモ若シ買主ニシテ其ノ当時善意ナリシモノトセハ物ニ関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準トシテ斯ル権利ヲ行ヒ得ルモノト謂ハサルヘカラス」

①判決の理論骨子は、瑕疵ある目的物の引渡であっても買主がこれを瑕疵を知らずに「受領」すればこの「受領」時点に種類債務は特定されて瑕疵担保責任が適用されるというものである。先に見たように、この「受領」とは引渡を買主が受け取ることであり、引渡時を意味するものと解されるのであるから、要するに瑕疵担保責任が種類売買に適用されるのは引渡時であって、しかも瑕疵担保責任が「隠れた瑕疵」についての責任であることから、買主は引渡時において瑕疵について善意でなければならないのである。その後、瑕疵担保責任の適用契機となる特定時点は③判決において「履行としての認容」時点に遅らされた。さらに、最高裁判所は⑧判決において「瑕疵を知りつつ履行として認容」した時点を瑕疵担保責任の適用契機としたのである。この③⑧判決の理論の理解としては二通りの見方が成り立つであろう。一方で、①判決の言うように、引渡時に既に瑕疵担保責任の適用要件が充足され、買主としては

債務不履行責任を問うか、それとも「履行としての認容」を表明して瑕疵担保責任を問うのかを選択するという両責任の「併存」構成がありうる。他方で、原則として瑕疵ある物の引渡は債務不履行責任の問題となるが、買主が「履行として認容」すると瑕疵担保責任の適用要件が充足されてその責任のみを買主は追及できることとなるという両責任の適用領域に関する「区分」構成である。仮に、「併存」構成を読み込むのであれば、引渡時において何故に瑕疵担保責任の適用が認められるのかが問われなければならない。この点、先の内池教授は四〇一条二項と区別される「特定」を引渡時に見出されるのであるが、そうした特殊な「特定」の法的根拠は見出されないし、理論的に瑕疵ある物の引渡が不完全履行である以上は、債務不履行責任のみが問題となるに過ぎないはずである。あるいは、引渡時における「隠れた瑕疵」とはどのような瑕疵であろうか。買主が目的物の検査をする一定期間を前提としないで瑕疵についての買主の善意・悪意を問うことは無意味ではなかろうか。また、「区分」構成が採られているとすると、なるほど買主が「履行として認容」することにより「特定」論理を導きやすいが、反面において、買主が瑕疵を知りつつ「履行として認容」した場合には瑕疵担保責任の「隠れた瑕疵」要件はどのような事実をもって充足されるのかが理解されえないのである。

実は、この判例法理はドイツ法の論理と酷似しているのである。つまり、「併存」構成であれば、引渡時から瑕疵担保責任の適用が認められることになり、ドイツ法が四五九条・四八〇条において特定物売買でも種類売買でも引渡時から瑕疵担保責任の適用余地を認めていることと気脈を通じている。しかも、ドイツ民法典四八〇条は尚買主に本来の履行請求権である代物給付請求権をも認めており、この四八〇条の構成は表面的には債務不履行責任と瑕疵担保責任とを併存させているように見えるのである。しかし、買主にとって「隠れた瑕疵」要件はわが国のように瑕疵担保責任の成立要件ではなく、一旦引渡時に発生しうる瑕疵担保請求権の行使要件として四六四条によって引渡時よりも一般には後の時点となる「履行としての受領」時で判断されるため、両責任の併存構成が可能となるのである。こ

の点は、すぐれてドイツ法に独特の構成と見るべきものである。普通法では「隠れた瑕疵」が瑕疵担保責任の成立要件とされていたため、瑕疵ある目的物の引渡は債務不履行であり、解除や減額のためには買主に一定の証明負担が課せられていた。この証明負担を軽減して、引渡時から直ちに瑕疵担保責任を追及できるとした特定物売買の買主と同等の地位に種類売買の買主を置くという立法政策上の解決法が採られた。この配慮がドイツ民法典四八〇条における代物給付請求権と瑕疵担保請求権との表面上の併存構成をもたらしたのである。従って、引渡時から直ちに瑕疵担保責任の適用を認める構成は、ドイツ法とは構造の異なる我が国の五七〇条では認められえない構成と言わざるをえない。仮にそうした構成を採るとすれば、引渡時に買主の善意の要件の判断をも持ち込まざるをえないが、そうであれば、例えばたまたま目的物が梱包されているか否かによって買主の権利が左右されるとの不均衡を認めなくてはならなくなるであろう。(140)

ところがドイツ法においてもそうした条文上一見して認められる併存構成は通説の採るところではなく、四八〇条に定められた代物給付請求権と瑕疵担保請求権の関係について「履行としての受領」概念を契機とした債務不履行から瑕疵担保への移行を説くのが通説の論理であった。これは、要するに、買主が「履行として受領」すれば種類売買が特定物売買に転化することを前提に、そこから特定物売買に固有の瑕疵担保責任の適用を認めてゆく普通法以来の論理構成を維持して、両責任の適用領域を「区分」する構成なのである。従って、買主が引き渡された目的物の瑕疵を知りつつ瑕疵担保権を行使しようとすればその権利を留保して「履行として受領」する必要があり、「履行としての受領」時点で買主が知りえなかった「隠れた瑕疵」に基づく権利主張は尚存続することになる。そして、担保請求権の行使自体がそうした「履行としての受領」による種類債務の特定をもたらすと解するのが通説であった。瑕疵を知りつつ目的物を「履行として受領」する論理は、このように「隠れた瑕疵」が瑕疵担保請求権の成立要件とはなっていないドイツ法に固有の「特定」論理と見るべきものである。つまり、我が国の五七〇条の適用に際して「隠れた

瑕疵」要件に注目すると、瑕疵を知りつつ「履行として認容」した場合には、確かに「特定」は生じうるけれども「隠れた瑕疵」ではない以上、瑕疵担保責任は適用されえないはずである。[141][142]

このように、瑕疵担保責任の適用を考慮する場合には、「隠れた瑕疵」要件を除外できないはずであるにもかかわらず、①判決で明確に論じられて以降、判例法理はその要件を軽視して構造の異なるドイツ法の「特定」論理に相乗りしてきたかの印象を与えるのである。これは何も判例法理あるいはそれを支持する学説にのみ見られる問題ではなく、瑕疵担保責任を債務不履行責任と解釈する学説においても、やはり瑕疵担保責任の適用契機となる「隠れた瑕疵」要件の取り扱いが不明確である点では、共通する問題点である。そこには、三宅教授が正当に指摘されるように、「隠れた瑕疵」要件の「空洞化」が見られるのである。[143] この点で、不完全履行理論による一律の解釈を提唱する通説には一日の長があると見えるが、先に示したように、買主の権利主張の制限を図るうえで判例法理のような買主の態様を考慮する「修正」が必要であるとすれば、不完全履行を主張するのみでは尚充分ではないであろう。[144] 寧ろ、判例法理がまさに買主の不完全履行の主張を制限しようとしてきた事実は看過できないのである。

ここで、買主の一定の態様によって買主による売主の債務不履行責任の追及を遮断することで債務不履行責任と瑕疵担保責任の適用領域を時的に区分しようとする見解が注目される。瑕疵ある物の給付は不完全履行であり、買主はその給付を拒絶して売主に対して債務不履行責任を問うことができるのは勿論であるが、一旦買主が「履行として認容」するとそれは弁済ないし特定によって売主の履行は完了する。従って、原則としてもはや買主は売主に債務不履行責任を問うことができなくなるのである。しかし、買主が瑕疵を知らずに「履行として認容」した場合には、その買主の履行認容の意思表示には瑕疵があったのであり、債務不履行責任を問うことができない買主には相応の法的救済が認められなければならない。この法的救済が瑕疵担保制度と理解されるのである。[145] この主張によれば、先の「隠れた瑕疵」要件の空洞化は生じえず、寧ろ買主が給付の契約適合性を承認した時点で「隠れていた瑕疵」があったた

めに債務不履行責任では塡補されえない不利益を救済する点にこそ瑕疵担保責任の機能が見出されているのである。それでも尚この主張には疑問がないわけではない。仮に森田助教授が言われるように、こうした両責任の「時的区分」が種類売買だけでなく特定物売買にも認められるとするなら、前章で指摘したように、後発的な瑕疵で且つ「履行としての認容」時に買主にとって「隠れた瑕疵」が生じた場合には、瑕疵担保責任と危険負担制度との適用関係はどのように調整されるのか、尚判然としない。さらに、種類売買であっても、履行前に当事者が給付目的物を合意によって特定したところその目的物に瑕疵が存在した場合にも、やはり、「履行認容」時点を基準とした瑕疵担保責任の適用問題となるのであろうか。

(4) 私　見

種類売買への瑕疵担保責任の適用問題は、種類売買における瑕疵ある物の引渡が不完全履行である以上、その理論で一律に解決を図るべきか、それとも買主の一定の態様が種類売買の「特定」をもたらし、それによる特定物売買への転化を介して瑕疵担保責任を適用するのか、この見解の対立に集約されると言えよう。前者の見解においては、瑕疵担保責任の法的性質の理解の対立が種類売買への瑕疵担保責任の適用を左右するのであるが、一般債務不履行責任の適用のみを主張するとしてもその一定の「修正」が必要となる。また、瑕疵担保責任を債務不履行責任と解して瑕疵担保による一律の解決を図るとしても代物給付請求権の期間制限が必要となり、さらに、瑕疵担保責任の適用要件たる「隠れた瑕疵」の判断方法が曖昧なままであるとの批判は避けられないであろう。

これに対して、両責任の調整を図ろうとする見解でもドイツ法の論理とパラレルな構成は両法の構造上の差異に由来する障害が存在するため、やはり「隠れた瑕疵」の要件を「特定」要件との関係で整合する必要に迫られる。この点で、近時の「時的区分」説は両者を整合する点で極めて魅力的な主張でもあり、さらに瑕疵担保責任に関する債務

不履行責任説の曖昧さを克服する点でも示唆に富む内容を含むものであろう。[146]

こうしてみると、従来の議論の中心には瑕疵担保責任の法的性質の理解は勿論として、さらに「種類売買における瑕疵ある物の給付は常に不完全履行である」との前提問題への対処を巡る考え方の差異が存在するように思われる。一体、種類売買では瑕疵ある物による特定が認められないのか否か、認められるとすればその時点から法状況はどのように変化し、それへの対応は如何にあるべきなのであろうか。

既に第三章で見たように、我が国の民法典四〇一条二項は、種類債務の特定の方法として債務者の一方的な給付必要行為の完了による特定と当事者による合意による特定の二つを定めているものと解される。これら二つの特定方法は効果として給付危険の移転をもたらす点で共通するが、拘束力の点で必ずしも同じものではない。給付必要行為の完了による特定は、債務者の責任の時的限界を定める弁済の提供と相俟って種類債務者を給付危険および調達危険から解放することを法が認めた「特典」なのであり、こうした恩恵に浴することを望む債務者は、債務の本旨に従った給付準備を為さなければならない。また、一旦この恩恵に浴しても自らその利益を放棄して給付危険・調達危険を再び負担することもまた自由である。ここに、債務者が一方的に種類債務の特定をもたらすことができる特質が現れるのである。従って、債務者が瑕疵ある目的物をもって一方的に種類債務を特定できないというのは正当であり、瑕疵ある物を引渡しても、尚債務者は瑕疵なき物の給付義務を負い続けるのである。

他方、当事者の合意による特定は債務者が一方的に特定の恩恵に浴する趣旨で給付危険・調達危険を債権者に移転させる趣旨の特定ではなく、まさに「合意は拘束する（pacta sunt servanda）」の原理に由来する特定であるため、債務者がそれによって恩恵を享受できるとしても債務者が一方的にその利益を放棄できるものではない。当事者は合意によって特定された目的物の給付に拘束されるのである。従って、当事者が合意によって特定した目的物に瑕疵が存在した場合であっても、その目的物の給付は合意に従った給付行為なのであるから、それが直ちに不完全履行である

と言うことはできないはずである。この点で、通説が瑕疵ある物の給付は債務不履行であると言うのは正当ではないのである。[147]

そこでまず、種類売買において、契約締結後履行前に当事者の合意によって給付目的物が特定されるケースを想定してみる。この時点から民法四八三条が適用され、給付危険・調達危険は売主から買主に移転するため、その後目的物が毀損・滅失しても売主は新たな目的物を用意する必要はなく、瑕疵を修補する必要もない。仮に、特定された目的物に瑕疵が存在し、そのことを買主が知っているような場合には、買主はそうした瑕疵ある物の給付によって債務が履行されることを了解しているものと考えられるため、その合意された瑕疵ある目的物を給付すれば売主は責任から解放されることになろう。問題は、合意によって特定された目的物に瑕疵が存在するにもかかわらずその事実を買主が知らなかった場合である。ここでも、特定された瑕疵ある目的物の給付が合意されている以上、原則として四八三条が以後適用され、売主は給付危険・調達危険から解放されることとなろう。しかし、買主が瑕疵を知っている場合とは異なって、買主はその目的物の給付が当初設定された契約に適合することを前提として合意したのであるから、当初の債務設定合意とこの特定の合意との間に齟齬が生じることとなる。つまり、売主の瑕疵ある目的物の給付は特定の合意によって具体化された給付義務の履行としては履行義務を果たしたこととなり、売主の債務不履行は問題とはなりえないが、種類売買として設定された当初の契約を履行したことにはならないのであり、当初の契約に従った代金支払債務をそのままの形で買主に履行させるのは不合理となる。ここに、有償契約としての売買契約における双方の給付の対価的均衡を図るための調整が必要となる。そして、売主側に債務不履行を観念できない以上、その調整機能は瑕疵担保制度に担われるべきものと理解されるのである。

尤も、こうした特定の合意には買主側の錯誤が問題となるとの指摘もある。[148] そうであれば、買主は種類債務の特定の合意に関して、目的物の瑕疵を理由に性状錯誤を主張することでその特定の合意を無効とすることが認められうる

こととなる。そこで、特定の合意は当初より無効であるから、その無効な合意に基づいて瑕疵ある目的物を給付しても当初の種類債務を履行したことにはならず、買主は売主に対して不完全履行責任を追及できるとの論理も成り立ちうるであろう。しかし、今日学説はこうした論理を正面から認めるものではないはずである。つまり、特定物の売買において目的物に瑕疵がある場合に、買主には錯誤主張の可能性があるとしても、尚瑕疵担保責任の適用が認められるとされ、寧ろ瑕疵担保責任が優先して適用されるとの見解も多数存在する。[149] こうした学説によれば、買主が瑕疵ある特定物についてその瑕疵がないものと誤解して売買契約を締結する場合にその意思表示が性状錯誤に基づいて無効とされるとしても、尚買主に瑕疵担保責任の追及が認められるとするなら、売買契約が錯誤要件の充足によって確定的に無効とされるのではなく、買主は売買契約の有効を前提に瑕疵担保責任を追及できることとなる。このことは種類債務を特定させる合意についても同様に妥当するはずである。種類売買において買主が目的物に瑕疵があるにもかかわらず瑕疵なきものと誤解してその目的物を給付対象とすることに合意して種類債務を特定させる場合、買主が錯誤無効を主張すれば特定の合意は無効とされて当初の種類債務が存続することとなり、売主は瑕疵なき物を給付する義務を負うこととなる。しかし、買主が瑕疵担保責任の追及を選択する場合には特定の合意は有効とされるため、売主は特定の合意によって給付対象とされた瑕疵ある目的物の給付によって自らの給付義務を履行したこととなるのである。

種類売買において契約締結後履行までに当事者が合意によって種類債務を特定させる場合（四〇一条二項後段）、その時点から四八三条が適用されて給付危険・調達危険は買主に移転し目的物が売主の責に帰すべき事情によらず滅失・毀損するなら売主の引渡債務は消滅・縮減し、売主の責に帰すべき事情によって目的物が毀損・滅失するなら売主は債務不履行責任を負わなければならない。これに対して、特定の合意時に既に目的物に瑕疵があるにもかかわらず買主がそれを知らずに同意を与えた場合には売主はその瑕疵ある目的物の給付義務を負い、その瑕疵ある目的物の

給付によって給付義務から解放される。しかし、それによってもたらされる両当事者の給付の対価性の不均衡は売買契約の有償性の観点から是正される必要があり、その是正のために債務不履行責任の枠外に位置づけられるべき特別の瑕疵担保責任が存在するものと理解されうることとなる。[150]

それでは、種類売買において契約締結後履行までに給付目的物が当事者の合意によって特定されなかった場合はどうであろうか。先述した通り、この場合には売主が種類債務を特定させて給付危険・調達危険を買主に移転させるためには債務の本旨に適った瑕疵なき物を給付しなければならない。従って、瑕疵ある目的物を提供・引渡しても四〇一条二項前段による種類債務の特定は生じえず、瑕疵ある物を給付した売主は尚不完全履行責任を負わなければならない。しかし、瑕疵ある物を受取った買主がその瑕疵に気付かずに債務の履行としてその目的物の契約適合性を承認した場合[151]――これが「履行としての認容」が意味することであり、引渡の物理的な受取ないし引取とは区別される買主の行為である――、売主の種類債務の特定とそれによる債務の弁済の申込に対して買主が同意を与えたと評価できるであろう。つまり、給付の契約適合性の承認時に種類債務の特定をもたらす合意が成立したものとみることができるのである。この合意によって種類債務は給付された瑕疵ある目的物によって特定され、売主の給付義務はその目的物の給付に限定されるのであるから、売主がその目的物を給付している以上は給付義務は履行されており売主の引渡債務は消滅することとなる。[152] この時点で売主の債務不履行は問題となりえなくなるが、売買契約の有償性の観点から双方の給付の対価性の均衡を図る必要が存在するのであり、そのために特別な瑕疵担保責任が適用されるものと理解されるのである。[153] このように解すると、この「履行としての認容」時点から買主には代物給付請求権が認められなくなるが、特定の合意に関して錯誤無効の主張を認めれば、本来の種類債務が存続することとなるため、この債務の履行請求が買主の代物給付請求を意味することとなるであろう。[154][155]

このように、種類売買において瑕疵ある物が給付される場合にはそれが原則として不完全履行を意味するとしても、

当事者の合意による特定論理を介在させれば、不完全履行から瑕疵担保責任への売主の責任原理の移行が説明可能となるのである。判例法理をはじめとして、種類売買に瑕疵担保責任の適用を認めようとしてきた学説の論理にはこうした合意による特定の論理が内在していたが、「隠れた瑕疵」要件の「空洞化」によって瑕疵担保責任の適用契機としての特定論理の理解が不十分なままであった。そうした従来の判例・学説の問題点はドイツ法学説の導入に起因するものと推測されるが、ドイツ法が我が国の瑕疵担保制度とは異なる制度を定める以上は、ドイツ法とのその差異に注意を払う必要があったのである。

こうした合意による特定論理は、買主にとって明白な瑕疵について、買主の不完全履行責任の制限論理として機能する。つまり、買主が明白な瑕疵にもかかわらず漫然と不完全履行責任を追及しない態度を採ることは、その給付で満足することを推定させるであろう。そうした態度を後に翻して売主の責任追及をすることは信義則に反する行為と評価されうるのである。この論理は、勝本博士の言われる特定の抗弁と同様であり、また、通説の言う債務不履行責任の信義則による制限論理の理論的具体化である。但し、買主が明白な瑕疵を知りつつそれで一応の給付と認めて代金の減額を請求することはありえよう。このような場合には、瑕疵担保責任が介入しえない以上は、不完全履行責任に固有の代金減額請求権を認めねばならない。[156] 瑕疵ある給付が履行として無価値な側面と有価値な側面を併せ持つ特殊性から、こうした例外則は考慮せざるをえないであろうし、また、こうした点をもって従来の判例法理が有していた論理の肯定的側面と評することができるであろう。[157]

目的物に瑕疵があっても合意によって種類債務が特定される以上は、種類債務の特定に共通の効果が発生しなければならない。従って、その時点から給付危険は原則として債権者に移転する。ここで問題となるのが対価危険の移転時期である。第四章で見たように、給付危険が対価危険よりも先に買主に移転することは理論的にはありえないと解されている。そうであれば、給付危険が買主に移転するまでは対価危険も売主が負担するのが原則であり、契約締結

後履行までの間に合意による特定が為された場合には特定時に給付危険が移転し、対価危険は売主の給付義務が履行される引渡時に移転することとなろう。これに対して、瑕疵ある物が給付された場合には、給付危険は買主が「履行として受領」した時点に買主に移転することになる。しかし、一旦特定時に対価危険も買主に移転するとすれば、目的物の不可抗力による滅失・毀損の場合にはその滅失・毀損の不利益を買主が甘受しなければならないはずである。しかし、この場合には目的物の滅失・毀損の場合の解除権に関する五四八条二項により、買主は解除権を行使してその滅失・毀損の不利益を売主に転嫁できる。そして、この理は引渡前の特定ケースについても同様である。[158]

このように見てくると、瑕疵担保責任と対価危険との関係づけは困難であり、その必然的な関連性の究明は尚課題となる。しかし、ドイツ法の制定過程からもわかるように、瑕疵担保責任の基準時が危険移転時と連動されたのは技術的な観点からであって、当初から必ずしも当然の帰結とはされなかった。寧ろ、瑕疵担保責任が特定を介して種類売買にも適用されるとの理論からすれば、瑕疵担保責任が関係するのは給付危険の移転時なのである。[159] このことは、従来からの理解によれば、特定物売買に本来固有の瑕疵担保責任は、種類売買が特定によって特定物売買へ転化することを介して適用されるとの説明に繋がることとなろう。[160] しかし、私見の解釈では、合意による特定によって具体化された給付義務に基づく給付と反対給付との対価的均衡の維持のための制度として瑕疵担保責任が理解されるのである。

(1) Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B.G.B., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Verfasser: Franz Phillip von Kübel, 1980, Berlin/New York, S. 374ff.「物の瑕疵に基づく担保責任」草案は、二二条から三九条までの多くの条文から成るが、本稿では種類売買への適用問題を中心に、それに関連する範囲で草案を検討する。

(2) 部分草案は、二三条で二二条に定められた以外の瑕疵についても譲渡人が性状を確約した場合に責任を負うこと、二四条で取得者が契約締結時に知っていた瑕疵について譲渡人が責任を負わないことを定めている。

（3）瑕疵担保責任について、部分草案はドレスデン草案を踏襲して債務法総則の中に有償契約に基づく譲渡人の責任として一般的な規定の体裁を置いた。しかし、帝国司法省の準備委員会で、瑕疵担保責任に関する規定を売買の箇所に移すことが決議されたのである。従って、フォン・キューベルも第一委員会も売主ではなく譲渡人の担保責任と呼んでいるのはそのためである。（Hrsg.) Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des B.G.B., Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, Berlin/New York, S.126.

（4）von Kübel, a.a.O.(Note 1), S.411f.

（5）ここでフォン・キューベルは一八七六年九月二二日および二五日の第一委員会決議を参照させる。これは、売買の危険負担に関して引渡時まで売主が危険を負担することを決定した決議である。この決議に関しては、第二章第二節参照。

（6）von Kübel, a.a.O. (Note 1), S.412. フォン・キューベルは、危険移転時を瑕疵の基準時として定める立法として、オーストリア民法典九二二・九二四条、プロイセン一般ラント法 Teil 1. Titel 5. 三二二条、Teil 1. Titel 11. 一九二条以下、ヘッセン草案一六四条、バイエルン草案三一七条、ドレスデン草案一七二条、フランス民法典一六四一条、ザクセン民法典九〇〇条を挙げる。更に、家畜取引に関する担保責任法について契約締結時を瑕疵の基準時とする立法を挙げた後に、「近時の様々な（家畜取引に関する）担保責任法は、瑕疵についての売主の責任に関して引渡時を決定的と表明する」として、各種の立法を挙げている（von Kübel, a.a.O. (Note 1), S.412.）。尚、家畜取引に関する立法原理およびドイツ民法典四八一条以下の特別規定の制定経緯に関しては、第二章注（116）参照。

（7）フォン・キューベルは、ここで種類債務の特定に関する一八八二年三月一三日の第一委員会の決議を参照させる。これは、種類債務の特定に関する第一委員会の審議とその結論を指している。これに関しては、第三章第一節注（7）（8）および該当本文を参照。

（8）von Kübel, a.a.O. (Note 1), S.414.

（9）von Kübel, a.a.O. (Note 1), S.414.

（10）von Kübel, a.a.O. (Note 1), S.416. これは、瑕疵の基準時が契約締結時から引渡時にずらされたために考慮される問題であり、留保なき受領による瑕疵担保請求権の遮断原理は、現行ドイツ民法典四六四条に結実する。これについては、拙稿「『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――」法学研究六九巻一号（平成八年）二五六頁参照。

（11）von Kübel, a.a.O. (Note 1), S.412f.

（12）von Kübel, a.a.O. (Note 1), S.417.

(13) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.122f.

(14) このこと自体は部分草案の二四条以降、民法制定過程を通して認められて、現行ドイツ民法典四六〇条に結実している。

(15) 売買の危険負担に関する第一委員会の決議を指しており、それについては第二章第二節参照。

(16) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.123f. このことは、第一草案の理由書でも詳しく説かれている。すなわち、「責任と危険移転時の関連は、危険移転時に関して適用される規定の帰結とはみなされえないとしても、それは法の単純化ならびに、シカーネおよび複雑な訴訟の遮断に役立つのである。それは、当事者の意図および取引通念とも適合するのであり、そうした観点から家畜の瑕疵に基づく担保責任に関する一連のドイツの各ラント法は、引渡の時点を売主の責任にとって決定的であると表明してきたのである」(Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B.für das Deutsche Reich, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, Berlin, Motive, S.124.)。

(17) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.134.

(18) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.134f. これらの提案は、普通法学上の議論を反映していて興味深い。この点については、後述注（40）参照。

(19) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.135.

(20) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.135.

(21) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.135.

(22) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.135f. 第一草案の理由書でもこのことは繰り返されている。Mugdan, a.a.O. (Note 16), Motive, S.133.

(23) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.136. Mugdan, a.a.O. (Note 16), Motive, S.133.

(24) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.136. Mugdan, a.a.O. (Note 16), Motive, S.133f.

(25) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.136. Mugdan, a.a.O. (Note 16), Motive, S.134.

(26) Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.136. この点について詳しくは、拙稿・前出注（10）二五七頁参照。

(27) 尚、本稿の関心はドイツ法における瑕疵担保責任の全般を網羅的に検証することではなく、瑕疵担保法の基本構造を把握した上で種類売買へのその適用問題を検証することに限られているため、売主の損害賠償責任や解除規定の代物給付請求権への準用問題は考慮外としている。こうした問題については、将来改めて検討したい。

(28) 第一草案三八一条に関する反応で本稿の関心に関連するのは、シモンが、瑕疵担保責任と危険移転時との関連付けを、草

案がローマ法と同様に維持していることに賛同していることである。つまり、ローマ法では契約締結時が危険移転時であるのに対して、危険移転時を引渡時に変更した草案からすれば、瑕疵担保責任の基準時も引渡時とされなければならないというのである。他方、ラーバントは、取得者が重大な過失で瑕疵を知らなかった場合にも譲渡人が責任を負うというのは、譲渡人が取得者もその瑕疵を当然知っているものとして行動するため酷であるとして草案を批判し、「隠れた瑕疵」の文言を提案した。これに対して、ベルンヘフトは、「隠れた瑕疵」という概念が不明瞭であるとしてラーバントの提案に反対した（Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd.2, Als Manuskript gedruckt, 1890, Neudruck 1967, S.136ff.)。第二委員会でも、「隠れた瑕疵」との文言を挿入すべきことが提案されたが、その提案が草案の実質的な変更を目指すものではないことが確認された後に撤回されたことが注目される(Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.128. Mugdan, a.a.O. (Note 16), Protokolle, S.657f.)。つまり、第一草案三八一条にも現行四五九条にも「隠れた瑕疵」についての責任が明示で規定されているわけではないが、現行四六〇条および四六四条によって瑕疵担保責任が「隠れた瑕疵」についての責任であることが確定されるのである（このことに関しては、拙稿・前出注（10）二六五頁参照）。事実、四六〇条はラーバントの提案と同様に、既に第一委員会の審議において重大な過失要件を付加されていたのである(Jakobs/Schubert, a.a.O. (Note 3), S.130.)。しかし、こうしたドイツ民法典の瑕疵担保規定と我が国の瑕疵担保規定の構造の差異が重大な理論的問題を提起するように思われる。この点は後述する。

(29) 第一草案に対する反応の一環として瑕疵担保責任の種類債務への適用を支持したのはゾイフェルトであり、第一草案三九八条によって普通法上の議論が解決されるとともに、取引の需要にも応えることとなるとした。これに反対して、ベルンヘフトは、適法な追引渡が可能であればそれがまず行われるべきであるから、瑕疵担保責任は種類債務に適用されないと主張した。この点について、Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd.2, a.a.O.(Note 28), S.148.

(30) Mugdan, a.a.O. (Note 16), Protokolle, S.682f.

(31) Mugdan, a.a.O. (Note 16), Protokolle, S.683.

(32) 第一草案三八九条を巡って立法過程で最も議論されたのは、譲渡人の代物引渡権についてであった。三九八条に対して、ラーバント、ベルンヘフト、ギールケは、譲渡人の代物引渡権を認めるべきとして、草案に反対した。とりわけ、ラーバントは、瑕疵ある物を給付した売主が単なる遅滞の場合よりも不利に扱われるいわれはないし、買主に消滅時効にかかるまでの選択権が認められるだけに買主が優遇されると説いている。また、ベルンヘフトも、売主が過失なく瑕疵ある物を給付する場合

も頻繁に起こるとすれば、そうした売主が全く給付を行っていない売主よりも不利に扱われる謂われはないと主張した（Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd.2, a.a.O.（Note 28), S.148f.)。その後、帝国司法省の準備委員会においても、買主が解除を選択する際には売主に代物引渡権を認めることが提案されたが、委員会は以下の理由によってその提案を拒絶した。すなわち、売主のそうした代物引渡権は買主が減額権を主張する場合にも認められてしかるべきであるが、買主が減額を選択する際には目的物の処分権限は買主にあるため売主の代物引渡権が入り込む余地がない。また、売主のそうした権利は、買主の地位が即座に明確化される要請の強い商事取引の要請とも適合しないというのである（Jakobs/Schubert, a.a.O.（Note 3), S.203f.)。

第二委員会でも、売主の代物引渡権の問題が再び取り上げられた。売主にこの権利を認めるべきことを主張する提案者は、特定物売買においてはその債務の性質から代物引渡は認められず、また既に委員会は売主の瑕疵除去権が紛争と法的不安定をもたらしうることからその権利を否定したこと（Mugdan, a.a.O.（Note 16), Protokolle, S.675f.)を想起させたうえで、それでも種類売買では事情が異なることを主張する。つまり、買主に代物引渡請求権を認める反面で売主に代物引渡権を認めることが衡平の要請に適うのであり、売主が瑕疵なき物を給付し合わせて遅れた引渡について賠償も行えば買主の権利は充足される。反対に、売主にそうした権利が認められなければ、異種物給付の際には追完権が認められることと対比して瑕疵ある物を引き渡した売主が不当に冷遇される、というのである。しかし、委員会の多数派は、一旦引渡が為されればその物の処分権限が買主に帰属する以上その処分権限が優先されるべきであり、売主の代物引渡権を拒絶するために代物にもはや利益を有しないことを買主に証明させるのは不当であるとして売主のその権利を拒否したのである（Mugdan, a.a.O.（Note 16), Protokolle, S.684f.)。第二委員会では、さらに、詳細な要件を付して売主の代物引渡権を認めようとする附随提案が提出され、それらの提案についてもその詳細な要件について個別に審議された。つまり、原則として売主が代物引渡と遅延損害の賠償を行うことで買主の権利が充足されるとして、この原則が適用されない個別ケースが検討されるのである。まず、定期行為にその原則が妥当しないのは明らかである。また、確定期限が付されている場合にも遅れた追完が買主にとって利益のないケースも想定されうる。反面、売主は代物引渡を即座に行うべきであるし、売主が瑕疵を故意に秘匿した場合にはそうした「詐欺師」と買主がかかわり合う必要がない以上は、売主の権利は否定されるべきである。さらに、代物引渡は売主の危険と費用で行われなければならない。そして委員会は、こうした複雑な要件を付してまで現実に売主の代物引渡権が認められなければならない要請は存在しないと結論づけるのである。それに加えて、以下の理由も持ち出されている。代物引渡で買主の利益が充足されうるか否かの判断は買主に委ねられるべき事柄であり、売主の代物引渡権を拒絶するために買主に利益不存在の証明を負わせ

ることは買主にとって過大な負担となりうるし、瑕疵ある物の引取を拒絶して一般債務不履行に基づく解除を請求する場合との均衡を失することになる。また、瑕疵ある物を給付した売主への買主の不信の念も無視しえない。瑕疵ある物の引渡の場合には、売主が一旦履行を試みて買主にその給付を履行とみなすことを期待している以上、異種物引渡も含めて何らの履行行為もない場合とは事実状況が異なり、そうした事実状況を作出した売主がその結果を甘受すべきである、というのである。こうして、売主の代物引渡権は認められなかった（Mugdan, a.a.O. (Note 16), Protokolle, S.685f.）。

(33) ドレスデン草案が既に瑕疵の基準時と危険移転時の関連性に基づいて、どちらも引渡時を基準時としたことに関しては、第二章第一節注（38）参照。

(34) この点は北川教授が既に強調されている点である。すなわち、瑕疵の基準時と危険移転時の結合は「論理的なものでなしに合目的的理由による」のである（北川善太郎・契約責任の研究（有斐閣・昭和三八年）一三六頁）。従って、我が国において、この引渡時危険移転論理と瑕疵担保責任との調整には、「瑕疵責任の基準時をも危険移転時に一致する構成をとるか、やはり契約締結時に限り、後発的瑕疵は危険負担か一般不完全給付にゆだねるかに問題がのこる」とされる（北川・三七一頁）のは、瑕疵担保責任と対価危険負担制度との関係を分析するうえで、一つの起点となる見解と思われる。

(35) 拙稿・前出注（10）二六五頁参照。

(36) こうした学説の分類については、Levin Goldschmidt, Über die Statthaftigkeit der aedilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf, ZHR., Bd.19, 1874, S.99ff., Wilhelm Berndorff, Die Gattungsschuld, 1900, Berlin, S.84f. 普通法上の議論については、池田清利「種類売買における瑕疵担保責任の有効性」法学新報六三巻八号（昭和三一年）四四頁以下、山下末人「種類債務の履行と特定――ドイツ普通法理論に関して――」商大論集（神戸商大）二八号（昭和三四年）一四二頁以下、北川・前出注（34）一〇五頁以下を参照。

(37) ヴィントシャイトは、「代金減額および解除請求権は、種類で定められた物の売買には適用余地がない。そうした売買においては、給付されるべき物が瑕疵なく引き渡されるべきことが黙示で合意されている。瑕疵ある物が引き渡された場合には、買主の受領が瑕疵の認識なく為されたことを前提に、そうした受領にもかかわらず、契約は履行されず、買主は彼の利益（賠償）と並んで代物の引渡を請求できる」と説いている（Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, 7 Aufl., 1891, Frankfurt a.M., § 394, 5, S.443f.）。

(38) Goldschmidt, a.a.O. (Note 36), S.105ff., ベルンドルフもこの三つの論拠を見解対立の基本争点として挙げている。Berndorff, a.a.O. (Note 36), S.85ff.

(39) GOLDSCHMIDT, a.a.O. (Note 36), S.112ff.

(40) 第一委員会で種類債務への瑕疵担保責任の適用を否定する旨の提案1を提出したのは、普通法学説において種類売買への瑕疵担保責任の適用否定説を主張していたヴィントシャイトであった（JAKOBS/SCHUBERT, a.a.O. (Note 3), S.134. ヴィントシャイトの見解については、前出注（37）参照）。また、種類売買への瑕疵担保責任を巡る立法過程の論争において「履行としての受領」概念が繰り返し登場する事実にも、このゴールドシュミットの主張の影響を見て取ることは可能であるように思われる。

(41) 尤も、買主が瑕疵を知りつつ留保なく受領した場合には、瑕疵担保請求権は勿論、代物給付請求権も認められなくなる（四八〇条一項、四六四条）。従って、買主が受領する限りは、買主が瑕疵を知らなかった場合にのみそうした権利主張が認められるに過ぎない点には留意が必要であろう。

(42) このように、ドイツ民法典四八〇条を、ゴールドシュミットの見解の修正として理解する方向もあるが、北川教授は、四八〇条が定める代物給付請求権が本来の履行請求権であることからすれば、寧ろヴィントシャイトが主張した種類売買への瑕疵担保責任の適用否定説を受け継ぐものであるとの理解を示されている（北川・前出注（34）一三六・一三七頁）。

(43) Friedrich SCHOLLMEYER, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehle beim Kauf, JJ., Bd.49, 1905, S.93ff. ショルマイヤーの所説については、北川・前出注（34）一四〇・一四一頁、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）二〇二頁注（33）参照。

(44) SCHOLLMEYER, a.a.O. (Note 43), S.93f.

(45) SCHOLLMEYER, a.a.O. (Note 43), S.97.

(46) ヴィントシャイトの見解については、前出注（37）参照。

(47) SCHOLLMEYER, a.a.O. (Note 43), S.99ff. このショルマイヤーの見解によって履行義務から区別された特別な売主の責任としての担保責任の構成が以後体系化されてゆくが、種類売買における担保責任については既にそれ以前から売主の履行義務から区別される担保責任が意識されていた。例えば、シェラーは、「買主が瑕疵ある引渡を履行とみなしそれに基づいて担保請求権を主張しようとするのか、あるいは彼がそれを不履行とみなし瑕疵ある物の返還の下で瑕疵なき物の引渡を要求しようとするのか、買主に選択させる」のが四八〇条の趣旨であると説いている（W. SCHÖLLER, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miethe, und Dienstvertrag nach dem B.G.B., Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd.46, 1902, S.23.）。この説明によれば、買主の選択に

より売主の瑕疵ある物の給付は履行となりあるいは不履行となるのであり、代物給付請求権は履行義務としての性質を有することとなる。

(48) Theodor Süss, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Leipzig, 1931, S.48ff. 129ff. シュッスの見解については、於保不二雄「瑕疵担保責任の本質に就いて」法学論叢二九巻三号（昭和八年）一二二頁以下、北川・前出注（34）一四二頁以下参照。

(49) Süss, a.a.O.(Note 48), S.90ff.

(50) Otto Palandt/ Hans Putzo, B.G.B., 51 Aufl., 1992, München, § 480, RdNr.4, S.519.

(51) Harm Peter Westermann, Münchener Kommentar zum B.G.B., 3 Aufl., 1995, München, § 480, RdNr.1, S.384.

(52) 種類売買における「瑕疵」について、エディェは中等の品質を欠くことと主張する。特定物売買においては売買物の特定の利用が想定され、その基準を基に四五九条一項が「瑕疵」概念を定めるが、種類売買では不特定の全ての買主の需要に対応することが想定されなければならない以上、保護に値するのは中等の品質の物に対する給付請求であるというのである（Herbert Eye, Gattungskauf und Spezieskauf, MDR., 1961, S.908.）。これに対してメッガーは以下のように反論する。すなわち、種類のみで定められた物は瑕疵を有しえないため瑕疵については特定物の関連で論じられるものではあるが、種類売買においても特定の目的物が買主に引渡されていることが瑕疵担保責任の前提となるため、種類売買の瑕疵担保規定も特定の目的物と関連する。しかも、種類売買においても売買物の個別の利用目的が合意されうる限り、引渡された目的物がこの利用目的に適合しなければ中等の品質を有していても瑕疵ある物であるというのである（Hans-Robert Mezger, Gewährleistung beim Gattungskauf, MDR., 1962, S.253ff.）。

(53) シュッスは、最良品質のワインが売買されたがコルク臭がする物が引渡された場合には瑕疵がある給付ではあるが中等の品質とは無関係であることを指摘していた（Süss, a.a.O.（Note 48), S.92.）。また、フーバーは、自然産品にみられるように品質にばらつきがある場合に二四三条一項は関係するのであって、工業製品のように品質に高低の差がない場合には関係しえないが、瑕疵なき給付義務は依然として存在することを指摘している（Hans Theodor Soergel/Wolfgang Siebert/ Ulrich Huber, B.G.B., 12 aufl., 1991, Stuttgart/Berlin/Köln, Vor § 459, RdNr.157, S.832f.）。

(54) 事実、履行請求権構成を採る通説は三二六条の適用を認めている。例えば、Palandt/Putzo, a.a.O.（Note 50), RdNr.6, S.519, Walter Erman/Barbara Grunewald, Handkommentar zum B.G.B., 9 Aufl., 1993, Münster, § 480, RdNr.9, S.1042.

(55) Schollmeyer, a.a.O.（Note 43), S.102f.

(56) Roland Kirchhof, Der Übergang vom Nachlieferungs-und Nachbesserungsanspruch zu Rücktritt bzw. Wandlung beim Kauf, NJW., 1970, S.2052f.

(57) Josef Esser/Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Bd.2, 1 Lehrbuch, 7 Aufl., 1991, Heidelberg, § IV2ab.S.55f. エッサー自身は、既に以前から、瑕疵ある物の給付によって種類債務は特定せず本来の履行請求権は存続するが、買主が受領した場合にはその瑕疵ある物によって「ひとまず履行された」ものとして四八〇条が適用されることを主張していた(Esser, Schuldrecht, Bd.2, 3 Aufl., 1969, Karlsruhe, § 64Ⅲ4a, S.48ff.)。この基本的な考え方は改訂者のヴァイヤースにも受け継がれているものと言えよう。犬も、エッサー＝ヴァイアースは受領による特定を否定しており、特定を担保請求権の行使時に求めている（a.a.O.,S.63f.)。

(58) Kirchhof, a.a.O. (Note 56), S.2052. このことは、第二委員会の審議でも、一般債務不履行であれば売主に追完権が認められることとの対比において売主の代物給付権を否定する際の根拠として述べられていた（前出注（32）参照)。この点を引いて売主の代物引渡権が本来の履行権ではなく、それが専ら買主の担保請求権を回避するための特別の措置であると把握することにより、代物引渡権の要件を確定しようとしたのがバーラーシュテットである。彼は、単純種類売買と市場関連種類売買との利益状況の差異を検討して、後者の場合にのみ売主に追完権を認めようとするのである（Kurt Ballerstedt, Zur Lehre vom Gattungskauf, Festschrift für H. C. Nipperdey, 1995, München/Berlin, S.278ff.)。

(59) Helmut Köhler, Grundfälle zum Gewährleistungsrecht bei Kauf, Miete, und Werkvertrag, JuS., 1979, S.499. ケーラー自身もこの少数説に与している。ホンゼルも引渡後には四八〇条の権利のみが認められるとするが、瑕疵ある物が引渡されている限り二四三条二項の特定は生じえないとする。しかし、それでは担保責任規定の適用を受けない本来の履行請求権の存続が認められることとなるため四八〇条の規定に矛盾する結果となる。そこで、四八〇条は特別規定として二四三条に優先して適用されると説明することにより、その矛盾を回避しようとしている（Julius von Staudinger/Heinrich Honsell, Kommentar zum B.G.B., 12 Aufl., 1978, Berlin, § 480, RdNr.1 u.8, S.442 u.444.)。こうした説明は、瑕疵ある引渡の際には四八〇条による特定が認められることまで意味するものであろうか、尚、考慮を要しよう。

(60) Köhler, a.a.O. (Note 59), S.499. ヴァルターも、「買主が四八〇条一項の選択権を行使して代物引渡請求を決心する限り」履行請求権が存続することを説くのが通説であると言う。そうであれば、買主が「特定物買主と同様に解除又は減額」する限りは履行請求権が消滅するとの論理を窺い見ることは可能であろう。Gerhard Walter, Kaufrecht (Handbuch des Schuldrecht, Bd.6), 1987, Tübingen, § 5IV1, S.255f.

(61) 本来の履行請求権と担保責任との境界を担保請求権の主張による「特定」論理を介して定めようとするのは、Süss, a.a.O. (Note 48), S.93, Phillip Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, Tübingen, §87 cα12, S.275, Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, 9 Aufl., 1968, München, §37Ⅲ, S.60, Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 8 Aufl., 1991, Berlin/New York, §69Ⅶ, RdNr.727, S.441, Staudinger/Honsell, a.a.O. (Note 59), §480, RdNr.7, S.443f, Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 13 Aufl., 1950, Tübingen, S.441. ヘンネクケルス＝レーマンは、さらに種類債務の特定に関連して、「瑕疵ある給付の際に債権者は、彼がそれを給付として瑕疵担保請求権を提起しようとするか、または、それを彼は給付とはみなさずに不履行契約の抗弁で拒絶するかの選択権を有する」と説いている（a.a.O. S.30）。

(62) Westermann, a.a.O. (Note 51), §480, RdNr.1, S.385. 同旨、Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 5 Aufl., 1992, Neuwied/Kriftel/Berlin, S.180f.

(63) ここで重要なのは、四六七条・四八〇条によって準用される三五〇条によれば、引渡された瑕疵ある目的物が偶然事により滅失しても解除および代物引渡請求は妨げられないことである。

(64) こうした給付危険と対価危険の関係については、第四章第一節参照。

(65) Esser/Weyers, a.a.O. (Note 57), §5Ⅳ6f, S.63ff. エッサー＝ヴァイヤースは続けて次のように言う。買主が代物給付請求権を行使することで売主に給付危険を負担させるか、解除または代金減額請求権を行使して反対給付請求権の修正を迫ることで売主に対価危険を負担させるかは専ら買主の選択に依存する問題である。このことは危険負担の体系において飽くまで「変則」的な規則である。

(66) 担保責任説（Gewährleistungstheorie）と履行説（Erfüllungstheorie）との論争については、差し当たり、Staudinger/Honsell, a.a.O. (Note 59), Vorα459, RdNr.7ff, S.270ff., Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Note 62), S.100f., Walter, a.a.O. (Note 60), §5Ⅰ, S.133ff. 北川・前出注（34）一三九頁以下。

(67) Klaus Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem B.G.B., 1974, Berlin, S. 95ff.

(68) Herberger, a.a.O. (Note 67), S.97ff.

(69) Herberger, a.a.O. (Note 67), S.108f.

(70) Herberger, a.a.O. (Note 67), S.103ff.

(71) Herberger, a.a.O. (Note 67), S.109.

(72) Walter Erman/Hermann Weitnauer, Handkommentar zum B.G.B., 7 Aufl., 1981, Münster, § 480,RdNr.9, S.1090, Franz-Peter Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, 1984, Tübingen, S.205, 245. これに対して、グラウェは、履行請求権と瑕疵担保請求権の「時的境界」を買主が瑕疵ある物の給付を拒絶できる権限を喪失する時点に求めようとし、その時点を「履行としての受領」時と説いている（Eugen Dietrich Graue, Die Mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, 1964, Heidelberg, S.290.）。

(73) Ballerstedt, a.a.O. (Note 58), S.277f. プッツオは、特定が生じるケースとして減額請求権の行使を挙げてはいるが、解除権の行使については沈黙している点は注目されて良いであろう(Palandt/Putzo, a.a.O. (Note 50), § 480, RdNr.2, S. 519.)。

(74) Hans Grossmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragwidriger Andienung, 1934, Marburg, S.133f. グロスマン―デルスによれば、特定物売買では特定されたその個性物によってのみ買主の契約利益が充足されうる以上、物に瑕疵があることで買主のそうした契約利益の確保は瑕疵担保責任によって確保されうることになるが、種類売買では契約に適った目的物の引渡によって買主の契約利益は充足されるため、適切な救済となるのは飽くまでも履行請求権であるとして、種類売買への瑕疵担保責任の適用に疑問が投げかけられている(Grossmann-Doerth, S.136ff.)。

(75) Soergel/Siebert/Huber, a.a.O. (Note 53), Vor § 459, RdNr.165, S.836.

(76) BGH. NJW. 1967, 33. 機械の売主が、買主の異議に応じて代わりの機械の提供を申し出て代金の支払いを請求したが、裁判所は、売主の代物給付の申し出によって買主の瑕疵担保請求権の主張は制限されないとして、買主の代物給付の拒絶を認めた。その際に、買主の受領による特定論理が前提とされているのである。その点について、この判決はエンネクケルス＝レーマンの主張を援用している。この学説については、前出注（61）参照。

(77) Soergel/Siebert/Huber, a.a.O. (Note 53), Vor § 459, RdNr.161, S.834. Grossmann-Doerth, a.a.O. (Note 74), S.179.

(78) こうした特定論理を前提とした四八〇条の解釈を批判するグロスマン―デルスは、ドイツ民法典の制定過程における第二委員会での議論が、外見的には伝統に固執するように見えて、実は「買主の正当な利益が解除権を求めるのか否か」という実質的な論議に基づいて、「委員会は特定物売買法上の担保請求権から契約違反に基づく種類売買法上の請求権を創りだした」ことを評価する。こうした種類売買法の買主の請求権を尚普通法上の議論と同様に、種類債務の特定を介して特定物売買の衣を纏わせる通説の論理を強く批判するのである。Grossmann-Doerth, a.a.O. (Note 74), S.178ff.

(79) 既に古くヴォルフの主張にこの論理が見られる。Max Wolff, Sachmängel beim Kauf, JJ., Bd.56, 1910, S.71ff.

(80) Harm Peter Westermann, a.a.O. (Note 51), § 446, RdNr.3, S.115f. フィリオスも、種類売買において瑕疵ある物の給付の場合には、買主が受領しない限り種類債務の特定が排除されるため、危険は移転しえないと説く（Paul Filios, Die Gefahrtragung beim Kauf（§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, 1964, Berlin, S.31f.)。

(81) Günter Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1982, Frankfurt am Main, S.164f. 尚、物の滅失にもかかわらず買主が解除権を行使することによって危険を売主に転嫁できることの法政策的妥当性についてドイツでは激しく議論されている。この点については、Hager, a.a.O., S.165ff.

(82) Esser/Weyers, a.a.O. (Note 57), § 5IV7. S.65. Johannes Hager, Rechtsfragen des Finanzierungsleasing von Hard- und Software, AcP., Bd.190, 1990, S.331, Anm.50, Erman/Weitnauer, a.a.O. (Note 72), § 480,RdNr.9, S.1090,Soergel/Siebert/Huber, a.a.O. (Note 53), § 459, RdNr.82, S.927.

(83) Filios, a.a.O. (Note 80), S.33f, Westermann, a.a.O. (Note 51), § 446, RdNr.9, S.118, Enneccerus/Lehmann, a.a.O. (Note 61), S.441.

(84) Soergel/Siebert/Huber, a.a.O. (Note 53), § 446, RdNr.60, S.637, § 480, RdNr.12, S.1367f.

(85) 尚、フーバーは以上のような論理を種類債務に固有の論理として提示するのではなく、特定物売買であっても売主が瑕疵なき物の給付義務を負う以上は、瑕疵ある物の引渡では危険は買主に移転しないため、危険負担の帰趨は「浮動状態」にあると主張する(Soergel/Siebert/Huber, a.a.O. (Note 53), § 459, RdNr.81f, S.926f.)。しかし、通説は特定物売買においては瑕疵ある物の引渡により危険は買主に移転すると説いている。従って、瑕疵ある物が引渡された後にさらに滅失・悪化する場合には、四四六条によって買主がその危険を負担しなければならないが、三五〇条によって解除は妨げられないこととなる。一旦四四六条によって買主に移転した危険が、三五〇条によって売主に回帰することとなるのである。この点について、Westermann, a.a.O. (Note 51), § 446, RdNr.9, S.118, Filios, a.a.O. (Note 80), S.31ff., Julius von Staudinger/Helmut Köhler, Kommentar zum B.G.B., 12 Aufl., 1978, Berlin, § 446, RdNr.10, S.177. この論理は一般的に履行説の論者にも疑われていないようである。Erman/Weitnauer, a.a.O. (Note 72), Vor § 459, RdNr.15, S.1035. Herberger, a.a.O. (Note 67), S.108f.

(86) 大判大正一四年三月一三日民集四巻二一七頁。一二馬力のエンジンの付いたポンプの売買において、一〇月末に買主に引き渡されたエンジンが作動せず一一月初めに売主が修理を試みたが無駄であることが判明したため、一二月に買主は修理または代物給付を求め、売主が二月まで修理を試みたが結局作動しなかった。そこで、買主は五七〇条に基づいて契約を解除し代金の返還を求めた。原審は、引渡が終わって危険が移転すると五七〇条が種類売買にも適用されるとして買主の主張を認容し

たため、売主は種類売買には五七〇条の適用はないこと、および、買主は本件ポンプを債務の本旨に適う物として受領した事実はないのに原審が引渡の完了を認めたのは違法であることを理由に上告した。大審院は、五七〇条の文言が特定物売買にその適用を制限していないこと、当事者が契約で特定すれば瑕疵ある物でも種類債務は特定すること、さらに種類売買において債務不履行責任のみが問題となるとすれば五六六条三項の期間制限が作用しないことを根拠に、「瑕疵アル物……ヲ契約ノ目的物ト全然種類ヲ異ニセル物ノ給付ト同一視シ全ク契約ノ履行ト為リ得サルモノト速断スルハ失当ニシテ寧ロ買主ニ於テ之ヲ受領シタル場合ニ於テハ不完全ナカラモ契約ノ履行アリタルモノト解スルヲ正当トス而テ買主カ売主ノ提供シタル物ニ瑕疵ノ存スルコトヲ知リツツ之ヲ受領シタルトキハ特別ノ事情ナキ限リ買主ハ其ノ給付ニテ満足シ瑕疵ヲ原因トスル権利ヲ主張セザル意思ニテ之ヲ受領セシモノト解シ得ルカ故ニ後ニ至リ瑕疵担保ニ因ル権利ヲ行フコトヲ得サルモ若シ買主ニシテ其ノ当時善意ナリシモノトセハ物ニ関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準トシテ斯ル権利ヲ行ヒ得ルモノト謂ハサルヘカラス」として、上告を棄却した。

(87) 本稿では判例法理の検討として差し当たり大正一四年判決以降の最上級審判決のみを検討素材とする。判例の詳細な研究としては、柚木馨・売主瑕疵担保責任の研究（有斐閣・昭和三八年）一二二六頁以下、下森定「不特定物売買と瑕疵担保責任(一)」法学志林六六巻四号（昭和四四年）七七頁以下、星野英一「瑕疵担保の研究――日本」民法論集（有斐閣・昭和四七年）一九一頁以下、高木多喜男・叢書民法総合判例研究㉓不完全履行と瑕疵担保責任（一粒社・昭和六〇年）六七頁以下、円谷・前出注（43）二二六頁以下。高森八四郎「瑕疵担保責任規定の適用範囲」法学論集（関西大学）三七巻二＝三号（昭和六二年）二六一頁以下、藤田寿夫「性質保証に関する一考察」谷口知平先生追悼論文集2契約法（信山社・平成五年）一五八頁以下。

(88) 大判昭和二年四月一五日民集六巻二四九頁。罐詰用ブリキ板五三〇箱の売買で一箱の重量が百封度以上が条件であったが、一〇月二二日に引き渡され一一月五日に買主が検査したところ一七一箱が条件を満たしていなかったことが判明したため、買主が契約の解除を求めた。原審（東京控訴院判大正一五年九月一三日新聞二六二二号一三頁）は、商人間の売買において目的物が引き渡された以上は特定物売買であると不特定物売買であるとを問わず商法二八八条（現行五二六条）の検査・通知義務が適用され、直ちに発見できる瑕疵にもかかわらず買主が遅滞なく検査・通知しなかったとして買主の請求を棄却した。そこで、買主は本件解除請求が債務不履行に基づく解除であり、重量不足の商品の引渡には瑕疵担保責任の適用がない、として上告した。大審院は、「同種類ノ物ノ給付ヲ為シ買主ニ於テ之ヲ受領シタル場合ニアリテハ假令給付ノ物体カ契約所定ノ条件ニ欠クル所アルモ不完全ナカラモ尚契約ノ履行アリタルモノト解スルヲ正当ト」するとして大正一四年判決を援用し、原審の判

断を支持した。

(89) 大判昭和三年一二月一二日民集七巻一〇七一頁。縦板一一五坪の見本売買に基づいて大正一〇年一一月初めに買主に引渡された縦板のうち一〇三坪が節穴裂目等の不良品であったため、買主は受領および代金支払の拒絶を主張したが、大正一五年五月二四日判決（民集五巻四三三頁）において大審院は、「特定物ノ売買ニ於テ見本品ヲ定メタルトキハ売主ハ売買ノ目的物カ見本品ニ適合スル性質ヲ具有スルコトヲ確保スルモノニシテ従テ其ノ給付シタル物カ見本品ト異ナリタルトキハ瑕疵担保ノ責ニ任スヘキモノナルト同時ニ買主ハ民法第五七〇条第五六六条ノ規定ニ基キ或ハ契約ヲ解除シ又ハ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモ債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ニアラストシテ之カ受領ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス」として原審に差戻した。原審では買主が損害賠償債権と代金支払債務との相殺を主張し、その損害賠償請求は悪意の売主である本件では商法二八八条二項に基づいて排斥されないことを主張した。しかし、原審は、五六六条三項の除斥期間を適用して瑕疵発見後数年を経過した後の買主の損害賠償請求は失当としたため、買主は、①本件の瑕疵は「一見明瞭ナル瑕疵」であり五七〇条の適用がないこと、②見本売買では債務不履行責任が問題となるため五六六条三項の除斥期間は適用ないこと、を理由に上告した。大審院は、「瑕疵其ノモノカ個々ノ物体ノ外部ニ露呈セラレ何等ノ機構ヲ籍ラスシテ容易ニ之ヲ認識スルヲ得ヘキ場合必シモ所謂隠レタル瑕疵ナラスト云フ可カラス多数ノ物件ニ就キ一々之ヲ点検シテ始メテ之ヲ発見スルヲ得ル場合是レ亦所謂隠レタルモノニ外ナラス」として上告理由①に反駁し、さらに上告理由②については、「不特定物ノ売買ニ在リテハ……現実ニ引渡サレタル其ノ物ニシテ瑕疵ノ伏在スル以上此ノ引渡ハ之ヲ目スルニ債務ノ本旨ニ従フ履行ヲ以テスルヲ得サルハ言フヲ俟タス……故ニ此ノ場合ハ唯債務不履行ノ問題ヲ生スルニ止マリ瑕疵担保ノ責任ノ如キハ又之ヲ云々スルノ余地無キコト之ヲ本来ノ注意ナリトス然レトモ此ノ場合買主ニ於テ瑕疵アル物ノ引渡モ亦之ヲ履行トシテ認容スルト共ニ一面売主ニ問フニ瑕疵担保ノ責任ヲ以テスルコト猶夫ノ特定物売買ノ場合ト同一轍ニ出ムトスル以上強チニ之ヲ排斥スル可キ何等ノ道理無キヲ以テ茲ニ瑕疵担保ナル法規ハ漸次其ノ適用ヲ拡張シ不特定物売買ノ場合ヲ亦之ヲ包含スルニ至」ったとし、見本売買においても見本より劣る品質は瑕疵に該当するため、原審での主張に照らして買主の損害賠償請求は瑕疵担保責任に基づくものであるとした。

(90) 大判昭和六年二月一〇日新聞三二三六号一三頁。粗竹三間物の売買において引渡された粗竹は二間物であったが、買主はその物の半分以上を共同購入者に引渡していた。売主の代金支払請求に対して、買主は瑕疵ある物の引渡であるとして同時履行の抗弁権を主張した。原審は、共同購入者への処分・引渡は履行として受領したことになるとして同時履行の抗弁権を否定して売主の主張を認めたため、買主は受領の如何にかかわらず完全履行があるまで代金支払いを拒絶できる旨上告した。大審

院は、昭和三年判決を引用して買主が一旦履行として受領した以上は瑕疵担保責任を追及することは別としても代物請求はできないとした。

(91) 大判昭和六年四月二日新聞三二六五号九頁。鼠軸輪用紙の注文売買において引き渡された用紙が粗悪品であったため、売主の代金支払請求に対して買主は「注文ノ製品トハ其ノ目的物ヲ異ニ」するため履行は為されていないと主張したが、原審は、品質不良の一事を以て引渡がなかったとは言えず、買主が解除しない限り代金支払義務を免れないとした。そこで、買主は軸輪用紙として使用に耐えられない粗悪品の場合には引渡は認められないとして上告した。大審院は、引渡された物が売買目的物と種類が同じであり品質が債務の本旨に適わないときには不完全ながらも履行があったときには瑕疵担保責任の適用余地があるとして、大正一四年判決を引用しつつ原審の判断を正当とした。

(92) 大判昭和六年五月一三日民集一〇巻二五二頁。羊毛の見本売買において大正一三年四月に引渡がなされたが、代金が一部しか支払われなかったため、売主が残額の支払いを請求した。これに対して、買主は引渡された羊毛の品質が粗悪で見本品の価値の半分にも満たない物であったため、損害賠償債権との相殺を主張した。原審は、そうした粗悪品の引渡でも買主がそれを知りつつ費消した場合には債務不履行ではなく瑕疵担保責任の追及のみが認められるところ、買主の損害賠償請求は除斥期間によって認められないとした。そこで、買主は、債務不履行責任の要件が満たされるときにはその適用のみを認めるべきこと、および瑕疵担保責任は特定物売買に固有の制度であるとして上告したが、大審院は、「瑕疵アルコトヲ知リツツ費消シ盡シタル場合ニハ買主ニハ買主トシテ自ラ満足シタルモノト云フヘク最早債務不履行を原因トシテ損害賠償ノ請求ヲ為シ得ヘカラサルコト」を説く原審の論理を是認し、さらに、「売主ハ買主ニ対シ適当ノ性質ヲ有スルモノ換言スレハ瑕疵ナキモノヲ取得セシムル義務アルコト勿論ニシテ此ノ担保義務ハ特定物売買ノ場合ト不特定物売買ノ場合トニヨリ異ニスヘキ理由ナシ不特定物売買ノ場合ト雖モ瑕疵アルモノヲ引渡スハ全ク履行ナキニハ非スシテ単ニ瑕疵アル履行ニ外ナラサレハ買主ニ担保責任ヲ負ハシメサルヘカラス」とした。

(93) 大判昭和八年一月一四日民集一二巻七一頁。受託者は委託者との間で特許三益三年式籾摺土臼の一手販売契約を締結してその商品の引渡を受けたが、委託者が広告宣伝した性能を有しなかったため、債務不履行に基づいて契約を解除し保証金の返還を求めた。原審は、商品の性能が契約内容となっていない以上商品が引き渡された限り委託者は債務を履行したとしたため、受託者は商品の性能が契約内容となるとして上告した。大審院は次のように判示した。瑕疵ある物の引渡の場合には買主はそれを拒絶して債務不履行を追及してもよいし、また「給付ヲ受領シテ」瑕疵担保責任を追及してもよいから、種類売買において引渡された商品に保証された性能を有しなければどちらの責任追及も可能であり、さらに種類物がすべてそうした性能を有

しない場合には原始的不能に基づいて売買は無効ともなりうる。こうした一般論に反して性能が契約内容とならないとすれば特別な事情の存在が必要であり、この点の審理を求めて原審に差戻した。

(94) 最判昭和三六年一二月一五日民集一五巻一一号二八五二頁。放送用機械の売買において買主は試験的に使用して良好に見えた機械の引渡を受けてこれを使用していたが実際には不調で、売主が数回修理しても完全には直らなかった。そこで、買主は売主に完全な修復を求めたが売主がそれに応じなかったため契約を解除したが、売主は買主に対して代金支払いのために振り出された手形の支払いを求めた。原審は、瑕疵担保責任としての買主の解除請求は契約の目的を達することができなかったわけではないので認められないが、債務不履行に基づく解除は認められるとした。そこで、売主は買主が機械を受領した後には瑕疵担保責任しか認められないとして上告した。最高裁判所は、「不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに瑕疵があった場合には、債権者が一旦これを受領したからといって、それ以後債権者が右の瑕疵を発見し、既になされた給付が債務の本旨に従わぬ不完全なものであると主張して改めて債務の本旨に従う完全な給付を請求できなくなるわけのものではない。債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権利を有し、従ってまた、その不完全な給付が債務者の責に帰すべき事由に基づくときは、債務不履行の一場合として、損害賠償請求権および契約解除権をも有するものと解すべきであ」って、本件事実関係においては買主は本件機械を受領したが「隠れた瑕疵あることが判明して後は」完全履行を請求し続けていたのであるから履行として認容したことはなかったのであり、買主は債務不履行に基づく解除権を取得したものである、と判示した。

(95) ⑤判決における買主敗訴の実質的な判断材料がどこにあるのかは判例集からは明らかにならない。原審が、一応売主の履行があったとして、買主が代金支払いを拒否するためには商法二八八条・民法五六六条三項に沿って契約を解除すべく説示することからすれば、買主の主張がそうした規定の要件を満たさなかったとも推察しうるであろう。

(96) 星野・前出注（87）一九九頁。

(97) この点は既に多くの論者が指摘するところである。舟橋諄一・判例民事法大正一四年・一六三・一六四頁、星野・前出注（87）一九八頁、柚木・前出注（87）二二九・二三〇頁、高木・前出注（87）七七頁。

(98) 高木・前出注（87）八六頁。

(99) 尚、⑦判決であるが、この事案では目的物の性能が契約内容に含まれるか否かが問題であって、種類売買への瑕疵担保責任の適用問題は解決にとっては何ら決定的な要素とはならない傍論に過ぎない。この点について、有泉亨・判例民事法昭和八

年・三〇頁、星野・前出注（87）一九六頁、柚木・前出注（87）二三五・二三六頁、高木・前出注（87）八四頁。

(100) ②判決のように商法の検査・通知義務の適用の前提として不特定物売買への瑕疵担保責任規定の適用問題も論じる余地があるが、実際的な要請に基づいて商法五二六条を不特定物売買に適用することに異論はない。従って、問題となるのは検査・通知義務の懈怠によって遮断される買主の権利とは何か、なのである。この点については、拙稿・前出注（10）号二八七頁注（15）参照。

(101) 星野・前出注（87）一九九および二〇二頁注（5）、我妻榮・債権各論・中巻一（岩波書店・昭和三二年）三〇七頁。

(102) 鈴木竹雄・判例民事法昭和三年・五〇五頁、柚木・前出注（87）二三二・二三三頁、高木・前出注（87）八〇頁。

(103) ②判決の評釈において小町谷博士は、瑕疵担保責任が種類売買に適用されなければ期間制限の点で特定物売買との均衡を失するとして判例法理を評価しつつも、「受領（履行）」時点以後に買主の権利が担保責任に基づく権利に限定されるとすれば完全履行請求が排斥されるため適当ではないとして債務不履行との選択的主張を認めるべきとされた（小町谷操三・判例民事法昭和二年・二一二頁以下）。鈴木博士は、③判決がこの小町谷博士の見解に近づいた論理であることを指摘しておられる（鈴木・前出注（102）五〇五頁）。

(104) 倉田判事は、③判決の論理が①判決と同一であり、③判決は一旦「受領」によって瑕疵担保責任の適用が確定する以上は債務不履行を主張できないことを判示しているとの理解を前提に、⑧判決を受領後にも債務不履行責任の追及を認めた点で「大審院判例を変更したもの」と評されている（倉田・判例評釈・最高裁判所判例解説民事篇昭和三六年度・四六〇・四六二頁）。また、右田教授も、「大審院判決の見解は『受領』を契機とする瑕疵担保説であったといい得る」として⑧判決と大審院判例との一定の距離を認められている（右田堯雄「不特定物と瑕疵担保」民法判例百選Ⅱ債権（平成元年）一一七頁）。

(105) 柚木・前出注（87）二三七頁、高木・前出注（87）八七・八八頁、谷口知平・判例評釈・判例評論四六号（昭和三七年）一二頁、星野・判例評釈・法学協会雑誌八〇巻五号（昭和三八年）一五四頁、北川・判例評釈・民商法雑誌四六巻六号（昭和三七年）一三九頁、山下末人・判例評釈・法律時報三五巻二号（昭和三八年）九七頁、打田畯一・判例評釈・専修大学論集三〇号（昭和三七年）一一六頁。

(106) 倉田・前出注（104）四六二頁、谷口・前出注（105）一二頁、星野・前出注（105）一五四頁、北川・前出注（105）一三九頁、山下・前出注（105）九七頁、打田・前出注（105）一一六頁。

(107) 蒔俊美「商人間の不特定物の売買と瑕疵担保責任」法律学研究（日本大学）二五巻九号（昭和三年）六九頁、鈴木・前出注（103）一〇四頁、鳩山秀夫・日本債権法各論上（岩波書店・大正一三年）三三七・三三八・三四〇頁、末弘厳太郎「種類売

買に於ける瑕疵担保について」民法雑考（日本評論社・昭和七年）二五四・二五六頁。

(108) 柚木・前出注（87）二四〇頁

(109) 鈴木・前出注（102）五〇四頁、末弘・前出注（107）二五六頁、我妻・前出注（101）三〇五・三〇六頁、柚木・前出注（87）二三九頁、下森定「請負の瑕疵担保責任の法的性質」法学セミナー二七巻一一号（昭和五八年）一三三頁。この点は早くから主張されていた論拠である。例えば、伴房次郎「売主ノ不履行」内外論叢四巻一号（明治三八年）一〇五頁、石田文次郎「消極的利益の賠償を論ず㈡」法学論叢八巻六号（昭和一一年）三〇頁。従って、「瑕疵ある物によって種類債務は特定されない」ことが種類売買への瑕疵担保責任の適用を巡る論争の起点となっている。その他、三潴信三・契約各論（現代法律学全集・一〇巻）（日本評論社・昭和四年）二九七頁、小池隆一・債権各論（慶應通信・昭和三六年）七九頁、石田喜久男編〔中井美雄〕債権各論（青林書院・平成六年）一一二頁。

(110) 蕚・前出注（107）六九頁、舟橋・前出注（97）一六一頁、戒能通孝・債権各論（厳堂書店・昭和一八年）一四八頁、我妻・前出注（101）三〇六頁、柚木・前出注（87）二四〇頁、鍛冶良堅・判例評釈・法律論叢三六巻二号（昭和三七年）六七・六八頁、水本浩＝遠藤浩編〔柳澤秀吉〕債権各論（青林書院・平成五年）一〇三頁。

(111) 末弘・前出注（107）二六二頁、我妻・前出注（101）三〇九頁、松坂佐一・民法提要・債権各論（有斐閣・昭和六〇年）一〇三頁、水本浩「商品の欠陥と債務不履行・瑕疵担保」加藤一郎＝竹内昭夫編・消費者法講座2商品の欠陥（日本評論社・昭和六〇年）七八頁。

(112) 加藤一郎「担保責任」谷口知平＝加藤一郎編・民法演習Ⅳ（債権各論）（有斐閣・昭和三四年）九七頁、広中俊雄・債権各論講義（有斐閣・平成六年）七一・七三頁、新田孝二「種類債務の特定」法学新報一〇〇巻二号（平成六年）五一頁。

(113) 鈴木・前出注（102）五〇七頁。

(114) 柚木・前出注（87）四三一・四三二頁、柚木馨＝高木多喜男・新版注釈民法（有斐閣・平成五年）三一三頁。

(115) 我妻・前出注（101）三〇九頁。

(116) 下森教授は、種類売買における瑕疵ある目的物の引渡問題に関して、この問題は「不完全履行論の進展によって対処するのが妥当であり、これを瑕疵担保としてとらえたり、瑕疵担保と併存してとらえるのは、問題を複雑化させるのみである。また、フーバーのごとく、そうかといって、不完全履行の履行的側面を無視して、『不履行』としてこれを一括してとらえることも、かつて種類売買に瑕疵担保の規定を適用したドイツ普通法学の有力説や末弘旧説がかかえていた欠点をかかえこむことになるものと私は考える」とされ、例として追完給付請求権に短期の期間制限を設けることの必要性を説かれている（下森定

「契約責任（債務不履行責任）の再構成」内山尚三・黒木三郎・石川利夫還暦記念・現代民法学の基本問題・中（第一法規出版・昭和五八年）一七七・一七八頁）。こうした提言も、種類売買への瑕疵担保責任の適用を否定したうえで、不完全履行論の修正方向を示すものと理解できよう。

(117) 北川・前出注（34）一六八頁。

(118) 北川・前出注（34）一八一頁。

(119) 星野・前出注（87）二三五・二三六頁。

(120) 同旨、五十嵐清「瑕疵担保と比較法(一)」民商法雑誌四一巻三号（昭和三四年）五五頁（比較民法学の諸問題（一粒社・昭和五一年）九一頁）、山下末人「瑕疵担保」於保不二雄還暦記念・民法学の基礎的課題上（有斐閣・昭和四六年）一八二頁、田上富信「不特定物と瑕疵担保責任」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）三〇五頁、半田吉信・担保責任の再構成（三嶺書房・昭和六一年）一二九頁、藤塚晴生「瑕疵担保論の再検討下」愛知論叢三四号（昭和五八年）一七・一八頁、川端敏朗「瑕疵担保責任の法律的性質について」私法学研究（駒澤大学）（昭和六二年）三六頁、佐藤隆夫・債権法各論要論（勁草書房・昭和六一年）一〇三頁、内田勝一・債権各論講義ノート（成文堂・平成六年）四五頁。

(121) 磯村教授は、瑕疵担保責任の債務不履行責任に対する「特則性」について、次のように注意を促されている。すなわち、「その重点は、買主が無過失でも民法五七〇条の責任を追及することができるという点にあり、債務不履行の一般原則を排除する趣旨ではない。したがって、民法五七〇条の適用可能性を認めても、完全履行請求（修補請求・代物請求）は否定されないのである。その意味では、『特則』という表現はむしろ誤解を生ずるものであるかもしれない」（磯村保「目的物の瑕疵をめぐる法律関係(1)」法学教室一六九号（平成六年）三三頁）。

(122) 星野・前出注（87）二三五頁、半田・前出注（120）一四九頁。北川教授は、種類売買に瑕疵担保責任の適用を認める学説の瑕疵基準時を履行時点とする可能性を示唆されていた（北川・前出注（34）三三五頁）。尤も、北川教授自身は近時、瑕疵担保責任を原始的瑕疵についての責任規定と理解することで不完全履行との適用領域の区画を企図されており、種類売買では種類全体に瑕疵があるか特定時に瑕疵がある場合にのみ瑕疵担保責任を適用すべきとされ、不完全履行の要件も満たせば「重畳」適用されると説かれている（北川・債権総論・民法講要Ⅲ（有斐閣・平成五年）一三二・一三三頁）。

(123) 星野・前出注（87）二一八頁、五十嵐・前出注（120）四二・四三頁。

(124) 磯村保「目的物の瑕疵をめぐる法律関係(2)」法学教室一七〇号（平成六年）四〇頁、岡孝「不完全履行と瑕疵担保」法学セミナー四〇三号（昭和六三年）一一三頁、水本浩・契約法（有斐閣・平成七年）一六六頁。

(125) 五十嵐教授は、「瑕疵担保責任を債務不履行責任と解するならば、代物請求権と他の請求権とは性質を同じくすることになり、したがって、代物請求権の時効につき民法五七〇条を準用することは容易である」と説かれている（五十嵐・前出注(120)四三頁注(2)）。同旨、山本進一・債権各論（日本評論社・昭和五四年）一一四頁、田山輝明・契約法（成文堂・昭和六〇年）一二八・一二九頁、前田達明・口述債権総論（成文堂・昭和六二年）一一〇頁。

(126) 商法五二六条の類推適用の主張に関しては、拙稿・前出注(10)二八〇頁参照。

(127) 大正一四年判決と同様に履行時を基準に瑕疵担保責任の適用を認めるべきと主張するのは、その判決以前に横田博士によって主張されていた（横田秀雄・債権各論（清水書店・明治四五年）三四四頁）。その後、その判決が提示する論理を支持するものとして、水口吉蔵・判例評釈・法律論叢書七巻九号（昭和三年）七〇・七一頁、岡村玄治・債権法各論（巌松堂書店・昭和四年）二五六頁、沼義雄・債権各論上（巌松堂書店・昭和一七年）二六八頁、池田・前出注(36)五六頁以下。これに対して、昭和三年判決と同様に「履行としての受領」を契機に瑕疵担保責任の選択的主張を認めようとするのは、中島弘道・債権各論（巌翠堂書店・昭和九年）八七頁、岩田新・債権法新論（有斐閣・昭和一〇年）二九九頁注(1)、末川博「売主の瑕疵担保責任」債権（岩波書店・昭和四五年）三二四頁、同「種類売買と瑕疵担保――報告の二」私法一九号（昭和三三年）一一・一二頁、内池慶四郎「瑕疵担保責任の前提――種類売買に対する適用可能性に関連して――」慶應義塾創立百年記念論文集（法学部）（慶應通信・昭和三三年）四七〇頁以下。また、昭和三六年判決の論理を支持するのは、宗宮信次・債権各論（有斐閣・昭和四六年）一一九頁、木村常信「請負・売買と瑕疵担保」産大法学九巻一号（昭和五〇年）八・九頁、高島平蔵・債権各論（成文堂・昭和六三年）一一四頁。林教授が、「特定にちかい状態」が生じれば瑕疵担保責任が適用されると説かれるのも、こうした一連の論理の中に位置づけられる主張であろう（林良平編（林）債権各論（青林書院・昭和六一年）九四頁）。

(128) 小町谷博士は、②判決に対する批評として、履行時から瑕疵担保責任が適用されるだけではなく、代物給付請求権も併存することを主張される（小町谷・前出注(103)二一二頁以下、同旨、木村・前出注(127)八・九頁）。この見解は、「受領」時から「履行としての認容」時まで瑕疵担保責任の適用時点を遅らせてきた判例法理とは厳密には異なる内容であるが、判例法理においては買主が「履行として受領」することにより瑕疵担保請求権を行使するか「履行として認容」せずに代物給付を求めるか自由なのであって、両責任が選択的に競合しているとも言える。この点で、「履行としての受領」が介在するまでは両責任が併存しているとも評価できるわけである（倉田・前出注(104)四六二頁、北川・前出注(105)一三九頁）。

(129) 鍛冶・前出注(110)六七頁。

(130) 高森・前出注（87）三〇九頁。三宅教授は、種類売買には瑕疵担保責任が認められないことを前提としつつ、買主が代物請求権を行使することは当然自由であるが、一旦「受領」してその権利を放棄し、不完全履行に特有の解除権または代金減額権を行使することも認められる、と説かれる（三宅正男・契約法（各論）上巻（青林書院新社・昭和五八年）三六七頁以下）。

(131) 勝本正晃・契約各論一（有斐閣・昭和二二年）七〇頁。詳細は、同「不完全履行序論」民法研究第一巻（巌松堂書店・昭和七年）二三一頁以下。この勝本説について、我妻博士は、信義則の標準確立の示唆的試みとして評価されており、さらに自ら、「目的物の種類・用途、瑕疵の程度などによって、買主が普通にその瑕疵を発見し得る時期を経過した後は、完全なものの給付を請求できない」との標準を提示されており（我妻・前出注（101）三〇九頁）、この試みは商法五二六条の類推適用と基本的には同じ考え方を意味するように思われる。

(132) 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、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、同「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）一六〇頁以下所収）。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（同・表示責任と契約法理（日本評論社・平成六年）六七頁以下所収）、同・前出注（87）一八一頁以下。これらの主張に通じる見解は、既に谷川教授によって主張されている。谷川久・商品の売買（有斐閣・昭和三七年）一四六頁。

(133) 内池・前出注（127）四七一頁。山下教授も、種類債務の「特定」とは種類債務が「完成」されて特定物債務に転化することを意味するのではなく、「一応の履行」という履行過程の一段階を示すものである、として「特定」概念を抽象化しようとされる（山下・前出注（36）一四三頁以下）。こうした試みは、種類債務の変更権をめぐる有力な趨勢に沿うものであって、内池説もこの趨勢から見れば特異な主張ではない。尚、水本教授は、従来の「特定」概念を介する瑕疵担保責任の種類売買への適用論を批判され、「特定」概念の抽象化を前提に種類売買への瑕疵担保責任の適用を否定される（水本・前出注（124）一六四・一六五頁）。しかし、こうした「特定」概念の抽象化には疑問が残ることについては、第三章第五節参照。

(134) 森田「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号・前出注（132）一三五頁、同「不特定物と瑕疵担保」法学教室一四二号・前出注（132）三五頁。これに対して藤田助教授は、買主が瑕疵を知らずに瑕疵ある物を「履行として認容」することによって「特定」が生じ、給付の契約不適合を調整する二次的調整権としての瑕疵担保責任の適用を認めようとされている（藤田・前出注（87）一八一頁および前出注（132）一二〇頁）。同じ論理を主張しながらも、瑕疵担保規定の適用契機を理論的に明示していないのは、谷川・前出注（132）一四六頁以下。

(135) 五十嵐教授は、種類売買への瑕疵担保責任の適用問題は、「最近においても昭和三十二年度秋季私法学会のシンポジウムでとりあげられることによって、一つのピークに達した。わが国での見解の対立は、判例が瑕疵担保責任を種類売買にも認めるのに対し、通説はこれを否定する点に主として存する。しかし、この論争も、学会を契機として両説が歩みより、少なくとも結果に関しては、両説ともほぼ同一の内容に到達し、論争は一応終了したように思われる」と評されている（五十嵐・前出注(120)三七八頁）。

(136) ②判決では商法上の検査・通知義務の懈怠が問題となっており、③判決では「履行としての認容」を介した瑕疵担保責任の適用を認めたうえで五六六条三項の期間制限によって買主の権利主張を遮断した。

(137) ④判決では大審院が「履行としての受領」を介して瑕疵担保責任の主張のみを認めたうえで、さらに五六六条三項の期間制限を援用して買主の主張を退けたのであるが、⑥判決においては原審が同様の論理を用いたのを受けて、大審院は明示で「受領」ないし「履行としての認容」といった論理を介在させてはいないが、瑕疵担保責任の種類売買への適用を認めたうえで原審の判断を是認したのであって、最終的には期間制限の問題に帰着している点は看過できない。

(138) 瑕疵担保責任を債務不履行責任と把握したうえで特定物売買にも不特定物売買にも瑕疵担保責任を優先して適用すべきことを主張される星野教授は、判例法理について、「特殊な事例につき妥当な結果を与えるためのテクニックであったものといって大過ないのではなかろうか」として否定的な評価を与えられているように見えるが（星野・前出注(87)二〇〇頁）、アメリカ統一商法典を参照して引渡時よりも後の時点に評価される「受領」に一定の法的意義が見出される構成について一定の理解を示しつつも、「明文のないわが国においては、かなり困難もあ」るとして瑕疵担保責任の期間制限の適用を主張される（星野・前出注(87)二一一頁）。しかし反対に、期間制限のみでは対処しえない「特殊な事例」から不完全履行の特殊性を理解すれば、そこにこそ一旦引渡が行われて目的物が買主の支配下に入る不完全履行に独特の権利主張のあり方が導かれるとも言えるのではなかろうか。この点に関連して、こうした債務不履行説の期間制限のあり方、あるいは、種類売買を一般債務不履行責任で処理しつつ五六六条三項の類推適用を主張する学説に対して、そうした期間制限が瑕疵発見から一年の制限であるため、瑕疵発見に必要以上の長期間を経過した場合には信義則による調整が尚必要との提言もある（平井一雄「種類売買と不完全履行・瑕疵担保」内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫還暦・現代民法学の基本問題・中（第一法規出版・昭和五八年）一五八頁、高森・前出注(87)二九八頁）。

(139) 買主の「履行としての認容」行為が信義則違反の判定基準の具体化と評価できるものと思われるし、商法五二六条と「履行としての認容」概念との関係づけを考察すれば五二六条類推適用説と判例法理の近親性も自ずと理解されうるものと思われ

る。つまり、瑕疵ある物の給付という不完全履行においては、一応の履行行為があるため、その不履行の否定的側面と履行行為という肯定的側面が存在することに特徴がある。これらの両側面を調整する理論が必要とされるのであり、その先駆として末弘説やその意欲的な試みとして勝本説が評価されるのである（下森定「種類売買と瑕疵担保責任」法学セミナー二七巻一号（昭和五八年）一二七頁）。判例法理もまた、そうした両側面の調整理論として評価されるべき内容を有する（下村正明「不完全履行理論には、どういう基本的論点が残されているか」椿寿夫編・講座・現代契約と現代債権の展望・第二巻（日本評論社・平成三年）八四・八五頁）。

(140) 買主の検査機会を前提として瑕疵について買主の善意・悪意を問題とすべきことについては、拙稿・前出注（10）二七九頁以下参照。さらに、①判決の翌年に下された一判決は、下級審判決ながら「隠れた瑕疵」要件を明確に論じていて興味深い（東京地判大正一五年九月二三日評論一六巻商七〇）。商人間の箱入り板硝子八〇〇箱の売買において、売主が五二〇箱を引き渡し買主がそれについて代金を支払ったが、残りの二八〇箱について引取および代金支払を拒絶したため、売主が催告・解除を請求し、目的物を競売してその売上金と売買代金との差額を損害として賠償を求めた。これに対して、買主は先に引き渡された八〇〇箱の板硝子の大半が破損していたためその旨を通知したこと、および引き渡された板硝子の四〇〇箱を転売できたに過ぎないため売主に対して損害賠償請求権を有するから、その額と先の損害賠償額との相殺を抗弁した。ここで、こうした買主の主張する損害賠償請求権の基礎となる五七〇条の瑕疵担保責任が種類売買にも適用されうるのかが問題とされ、裁判所は次のように判示した。すなわち、「商人間ノ売買ニテモ目的物ノ瑕疵ニ因ル損害賠償請求ノ要件ニ付テハ前示ノ如ク商法第二八八条（現行五二六条）第一項及民法ノ規定ニ準拠スヘキモノナルトコロ民法五七〇条ノ瑕疵担保ノ規定ハ本件ノ如キ不特定物ノ売買ニハ適用ナキモノト謂フヘク仮リニ本件ノ如ク既ニ買主ニ於テ目的物ヲ引取リ他ニ之ヲ転売シタル如キ場合ニハ準用スルヲ可トスヘキモノトスルモ板硝子ニ於ケル破損ハ隠レタル瑕疵ナリト称スルヲ得ス尚仮リニ本件ハ箱入硝子トシテ売買ノ目的物ト為シタルモノナルカ故ニ隠レタル瑕疵ナリト謂ヒ得ヘキモノトスルモ之ニ因ル損害賠償請求権ハ民法第五七〇条第五六六条第三項ニ依リ買主カ事実ヲ知リタル時ヨリ一年内ニ行使スルコトヲ要スルモノナルニ」買主の損害賠償請求権と相殺の意思表示はその期間を経過したために認められないとして、買主の抗弁を退けた。

(141) 学説における併存構成とドイツ法との類似性を指摘されるのは、柚木博士である。併存構成の末川博士が、買主が瑕疵ある物の給付を債務不履行として扱っても良いし、あるいは給付されたものを債務の目的物として扱って瑕疵担保責任を追及しても良いと説かれる点を指して、「それはあたかもドイツ民法四八〇条の解釈についての有力な学説（Enneccerus-Lehmann）とそのまま符合することとなる」とされる。柚木馨編〔柚木〕注釈民法(14)（有斐閣・昭和四一年）二二四頁。尚、

柚木・高木・前出注（114）三二九頁参照。エンネクケルス＝レーマンの見解については、前出注（61）参照。

(142) ドイツ法では買主の「履行としての受領」を瑕疵担保請求権の主張に見出すことができるとするのが通説であったが、我が国でも同様に、五七〇条に基づく解除または損害賠償の請求に特定に必要な買主の同意を見出す見解が主張されている（木村常信「種類債務と瑕疵担保」司法協会雑誌一九巻九号（昭和一五年）七七八頁）。ここにも、この問題についての我が国の論争へのドイツ法の影響を見て取ることが可能と思われる。

(143) 三宅・前出注（130）三二四・三八七頁。

(144) 下森教授は、不完全履行に独特の債務不履行要件を設定すべきことを以前から主張されてきた（下森定「種類売買と瑕疵担保」奥田昌道編・民法学5（有斐閣・昭和五一年）九八頁以下、同・前出注（116）一七七・一七八頁）。そこには、ドイツ法における種類売買への瑕疵担保責任の適用は不完全履行理論を知らなかった一九世紀ドイツ法学における瑕疵担保責任の借用に由来する経緯が存在し、本来は不完全履行理論として構築されるべき法領域に瑕疵担保責任という「迂路」を経たことに基づく理論構成の問題点とそれに追随する我が国の理論構成への批判が基本的な視点となっている。詳細は別稿に譲るが、先に見たように、ドイツ法は伝統的な瑕疵担保制度を「隠れた瑕疵」要件から一旦解放し引渡時からの適用可能性に途を開くことで不完全履行理論を体現する制度への変貌を遂げる道筋を用意した。そこでの「履行としての受領」概念の機能は、一面で従来の「隠れた瑕疵」要件を維持するとともに、多面では不完全履行が他の債務不履行類型から区別して扱われるべき特殊な売主保護ないし買主への制裁要素の勘案契機をも作出したとも評しうる。そこで、問題は不完全履行の特殊性の内容であり、外見的に履行行為がある以上、その一旦行われた履行行為の法的評価をどのように図るかという点で、不完全履行説の「不完全さ」を補う要因が瑕疵担保制度の運用に求められることも直ちに否定されるべきではないように思われる。

(145) 森田「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号・前出注（132）一三五頁、同「不特定物と瑕疵担保」法学教室一四二号・前出注（132）三五頁。藤田・前出注（87）一八一頁、同・前出注（132）一二〇頁。同旨、谷川・前出注（132）一四六頁以下。この主張は勝本説に通じる論理である。勝本説については、前出注（131）参照。

(146) 谷川教授は、瑕疵担保責任を債務不履行責任と解しつつ、その適用を「受領（履行としての受領）」時を基軸として認めてゆくべきことを説かれている（谷川・前出注（132）一四六頁以下）。このことは、「時的区分」説が債務不履行責任説の亜種であることを示すとは言えないであろうか。この点について、拙稿・前出注（10）二九〇頁注（24）参照。

(147) 瑕疵ある物の給付は債務不履行であるとして①判決の論理を批判された舟橋博士が、合意によって当事者が特定をもたらす場合は別であって、「債務不履行の問題は生じえないのであるから、契約当時特定せる場合に準じ同一に取扱って然るべき

である」と説かれるのは、正当である（舟橋・前出注（97）一六一・一六二頁）。また、曄道博士は、瑕疵ある物による四〇一条二項前段の特定はありえないが、四〇一条二項後段の合意による特定は認められ、この特定に基づいて種類売買にも瑕疵担保責任が適用されることを説かれるのは興味深い（曄道文藝「売買ノ瑕疵担保ヲ論ス」京都法学会雑誌五巻六号（明治四三年）九三・九四頁）。木村教授も、合意による種類債務の特定を契機に種類売買への瑕疵担保責任の適用を認めようとされる（木村・前出注（127）八・九頁）。

(148) 奥田昌道・債権総論（悠々社・平成四年）四五頁。

(149) 瑕疵担保責任と錯誤無効との競合問題は一つの重要な争点であり、学説の主張も多岐に分かれるが、一般には判例が錯誤を優先的に適用し、あるいは少なくとも錯誤と瑕疵担保責任の選択主張を買主に認めものと理解されるのに対して、学説は瑕疵担保の優先適用を認める見解、錯誤との選択的主張を認める見解および錯誤と瑕疵担保責任との適用領域を区画する見解に大別されうると理解されている。この点については、さし当たり、柚木・前出注（87）二七三頁以下、山下末人「瑕疵担保責任と錯誤」民法の争点Ⅱ（昭和六〇年）一一六・一一七頁、半田・前出注（120）一五六頁以下を参照。

(150) 勿論、こうしたケースは種類売買の典型例ではないであろう。しかし、理論的には十分考察の対象となろうし、事実昭和三六年の最高裁判決の事例も、買主が引渡前にスピーカーを試用していたのであり、その試用されたスピーカーが引き渡されていたとすれば、まさにこのケースに当てはまるのである。

(151) ドイツ法における「履行としての受領（Annahme als Erfüllung）」とは、給付目的物の契約適合性の承認を意味する。この点については、拙稿・前出注（10）二六六頁参照。判例法理による「履行としての認容」とはこの契約適合性の承認を意味するものと理解できよう。尤も、「履行としての認容」概念に関連して「客体性承認」と「性状承認」を分けて考慮し、前者にとどまる場合には給付対象が特定されたことをそこに見出すことで請負の瑕疵担保責任ないし売買の瑕疵担保責任を適用すべきとの主張も存在する（下村正明「履行認容の要件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）五〇〇頁以下、潮見佳男・契約規範の構造と展開（有斐閣・平成三年）一九六・一九七頁）。そうであれば、代物給付請求権と修補請求権とは性質が異なる請求権としてさらに構成されることとなろうか。

(152) 森田助教授は、この論理を、特定物・不特定物を問わず「買主が給付を履行（弁済）として認容するという意味での『受領』は売主の債務の消滅原因である」として弁済を合意と構成するかのニュアンスを込めて説明されている（森田「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号・前出注（132）一三五頁、同「不特定物と瑕疵担保」前出注（132）三五頁）。しかし、今日の我が国では、弁済は準法律行為として債務内容の実現という客観的要素のみで成立すると解するのが圧倒的通説である

（鳩山秀夫・日本債権法総論（岩波書店・大正一四年）三九四頁、我妻榮・債権総論（岩波書店・昭和三九年）二一六頁）。この説によれば、弁済には債務者の弁済意思も債権者の弁済受領意思も必要ないため、一般的に債権者の弁済受領行為を債権の消滅原因の要件として考慮することはできなくなる。ところが、私見のように債権者の受領行為を特定に関する意思表示と解釈すれば、特定による給付目的物への給付義務の集中とその債務内容の客観的充足という構成によって債権者の受領意思を債務の消滅原因として理解する必要性はなくなるのである。さらに、こうしたうえで弁済が合意であるのか否かを論じることは尚可能であるが、この点は本稿では扱わない。

(153) 種類売買のこの類型における解決については、買主の「履行としての認容ないし受領」時を基軸に債務不履行責任と瑕疵担保責任の適用領域を区分しようとする学説と同一の結論となる。この時的区分説は、前出注（132）の文献で主張されている。

(154) 森田助教授も、「受領」時を基軸としてその時点で隠れていた瑕疵について瑕疵担保責任の適用を認められているが、買主が弁済の錯誤無効を主張することによって本来の履行請求権の再生を主張できる途を認めることができると説かれている（森田「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号・前出注（132）一三五頁）。また近時、森田助教授は、損害賠償の一環として現実賠償の形式での瑕疵修補請求権のあり方も提唱されている（森田「売買契約における瑕疵修補請求権に関する一考察（一）（二）（三）」法学五三巻六号（平成二年）一八五頁以下、五四巻二号一〇三頁以下、五五巻二号（平成三年）八五頁以下。

(155) 売主が特定して後に代物給付を行えるのかは問題であるが、近時、石田教授は種類債務における変更権の考え方から売主の代物給付権を基礎づけようとされる（石田喜久男「断簡売主瑕疵担保責任」神戸法学年報五号（平成元年）一九一頁）。種類債務の変更権の理解については既に考察したが（第三章注（164））、そこで考える余地があるものと思われた履行代用権の行使として、代物給付権を構成する余地もあるように思われる。

(156) 最高裁判所は、穀用かますの売買において瑕疵あるかますを受け取った買主が「減価採用で精算」する旨を売主に書面で通知した事件で、この「書面は代金減額を請求する趣旨が明確に表示されているわけではないし、また、目的物に瑕疵があることを理由としては当然には代金減額の請求をすることができるものでもないのであるから、右書面による表示を代金減額の請求とみることが表示者の意図した目的に合致するものとはいいがたい。……右書面の内容を解釈すれば、受領物には瑕疵があったから、買主は約定代金債務額から瑕疵相当の損害額を差引清算した残額についてのみ支払義務を負うべき趣旨のものと解するのが、相当である。そして、このようにみることができる以上、右の表示によって自動債権と受動債権の特定がされており、かつ、その相対立する債権を対等額で消滅させたいという効果意思をうかがうことができるから、特別の事情がないか

ぎり、買主は右の表示により受領物の瑕疵に基づく損害賠償の請求をするとともに該請求権による相殺をしたものというべきものである」と判示した（最判昭和五〇年二月二五日民集二九巻二号一六八頁）。この判決については、五七〇条に基づいて代金減額請求権が認められるか否かが争点として取り上げられているが（例えば、川口冨男・本件評釈・法曹時報二八巻六号（昭和五一年）一一一頁以下、中井美雄・本件評釈・民商法雑誌七三巻五号（昭和五一年）九八頁以下）、かますの瑕疵が明白な瑕疵であれば、不完全履行による代金減額請求を直截に認めるべきとの解釈論の余地もあろう。既に、不完全履行に基づく代金減額請求権を認めるべきとの見解も存在する（三宅・前出注（130）三七八頁以下、潮見佳男「売買目的物における物的瑕疵の帰責構造（三）――最近の裁判例での経験と、理論へのフィードバック――」民商法雑誌一〇八巻三号（平成五年）四一二頁、新田・前出注（112）四九・五〇頁）。こうした発想は、既に来栖博士の見解に見出される（来栖三郎・契約法（有斐閣・昭和四九年）一一七頁）。

(157) 下村・前出注（139）八五頁、高森、前出注（87）三〇四頁以下。

(158) こうした解除権の行使による売主への危険の転嫁を立法政策的に不当として、五四八条二項の価値判断のそのままの適用を回避しようとする見解も有力に主張されている。この点については、第四章注（10）の文献を参照。注目されるのは、藤田助教授が「履行として認容」することにより対価危険が買主に移転することを主張されている点である（藤田・前出注（87）一八一頁、同・前出注（132）一一〇頁）。こうした考え方はハーガーが提唱する対価危険法理でもある（Hager, a.a.O. (Note 81), S.174ff.）。但し、我が国の五四八条二項が瑕疵担保解除権に適用される限り、こうした危険移転法理を直ちに認めるのは困難ではなかろうか。

(159) 下森教授は、理論的な観点から種類売買への瑕疵担保規定の適用を否定されるが、その一つが瑕疵担保責任と給付危険との関連性の問題であると指摘されている（下森定「特定物売買と瑕疵担保」法学セミナー二七巻二号（昭和五八年）一一一頁）。寧ろ、そこにこそ瑕疵担保責任と後発的給付障害との適用区分が見出されるものと思われる。

(160) 例えば田上教授は、種類売買への瑕疵担保責任を認める学説の一つの論拠として、「不特定物売買においても、目的物が特定した後は、特定物売買と同視してよいし、また、事前に特定しなくても買主が目的物を受領すれば、それで特定したものとして、それから後は、瑕疵担保責任を適用してさしつかえない」と説かれる（田上・前出注（120）二九八頁）。この考え方は、要するに「瑕疵担保責任は特定物売買に固有の制度」との理解の端的な現れであり、そこでは、「種類債務の特定による特定物債務への転化」論理を介して、特定物に固有の制度を種類債務に適用することを可能にする論理が前提とされているように思われる。

六　特定の合意

ドイツにおいて、瑕疵担保責任を履行義務から峻別して対価的均衡を維持する特別の責任と把握するショルマイヤーに始まる主張に対して、「あるべき給付義務」を特定物売買にも認めうるとして、その「あるべき給付義務」に対する不履行責任としての瑕疵担保責任の把握に途を開いたのはフルーメであった。[1] その主張は、特定物売買でも目的物の性状が当事者の合意内容とされることを起点とする。[2]

> 法律行為上の意思の要素は、特定物の給付の合意の際には通常、物理的に定められた物としてだけでなく、物理的に定められた一定の性質を有する物としての目的物の観念である。……特定物の給付合意の際に、目的物の性質の観念が目的物の観念の不可欠の構成要素として法律行為上の意思の要素となりうるなら、それが表示の対象とされる限り、それは法律行為の要素ともなる。一定の性質を有する物としての特定物の給付が合意される場合、性質の観念は法律行為の締結にとって単なる動機ではなく、寧ろ法律行為上の合意は一定の性質を有する物としての目的物に関係する。

このように、目的物の性状にも当事者の合意が及ぶとすれば、「この物」に瑕疵があるとしても当事者が合意した性状を有する「この物」が給付対象であるため、瑕疵ある物の引渡は当事者の合意には対応しない。従って、瑕疵ある物の引渡は売買契約の不履行を意味するのである。しかし、フルーメは、それが直ちに給付義務の不履行を意味するというのではなく、給付義務は当事者の契約とは別途に法秩序が定めるものであって、売買の給付義務は瑕疵があっても「この物」の引渡で尽くされるため、瑕疵ある物の引渡は売買契約の不履行とはなっても給付義務の不履行を意味するわけではない。この間の不均衡を是正するのが担保責任であると言うのである。[3]

勿論、当事者の合意から何故直ちにそれに対応した売主の給付義務が認められないのかと言う点でフルーメの見解は批判に晒されるのであり、[4] そうした合意に対応する売主の給付義務を認めることから担保責任を債務不履行責任と

して構成する主張が現れうることとなる。[5] そうであれば、我が国でも債務不履行責任説が起点とする「あるべき給付義務」とは、指示され特定された「この物」から一旦離れて、抽象的に当事者に観念された「あるべき物」の給付についての合意がまず措定されているということができるように思われる。[6]

他方、我が国の法定責任説は、ドイツとは異なって、性状＝動機の構成から性状が当事者の合意に含まれないことを前提とした「特定物ドグマ」[7] というよりも、寧ろ鳩山博士の主張以来、原始的瑕疵＝原始的一部不能の論理が有力であるとされている。[8] 確かに、この原始的一部不能論理により売主の給付義務は「この物」の給付義務に限定される点で、「あるべき物」の給付義務を認める債務不履行責任説との差異は明らかではある。しかし、こうした原始的一部不能論理においても、北川教授は、「理論構成上、少なくとも瑕疵担保の対象となる性質は法律行為の内容となっているとの立場をとることになろう」と指摘されており、[9] そうであれば、債務不履行責任説でも法定責任説でも、おおよそ、「この物」から一旦切り離された抽象的な「あるべき物」の観念に基づく合意の存在が前提とされていると言えるように思われる。[10][11]

そうであれば、問題は、そうした当事者の抽象的な観念に基づく合意から直截に売主の給付義務を導くのか、それとも何らかの構成に基づいて「この物」の給付義務に限定するのか、に存する。この問題を考える際に、代替物・不代替物の区別の導入が主張されていることに注意を要するであろう。[12] つまり、契約締結時に目的物が特定されても、それは直ちに特定物売買と解釈されるべきではなく、代替物が目的物である場合には、寧ろ種類売買が契約締結時に特定されたものとみて、瑕疵ある場合には買主に完全履行請求権を認めるべきとの主張である。[13] 契約締結時に目的物が特定されているのが本来特定物債務の意味のはずであるが、買主に代物給付請求権を認めることにより買主の適切な救済を図ることを睨んだうえでの契約の解釈方法である。ところで、こうした解釈では、代替的特定物の売買契約においては、契約締結時に二つの合意の存在が認められていることになる。すなわち、まず当事者が代替物を対象に

種類債務を設定する合意があり、これによって種類売買が締結される。それと同時に、この種類債務の履行のために目的物を特定する合意も為されているのである。つまり、種類売買の設定合意とその履行のために目的物を特定する合意である。

ただ、目的物が代替物であることから、直ちに売主にいわば無制限の調達義務を課す恐れのある種類債務を義務づけるような種類売買の存在を解釈できるのか。売主の給付義務・調達義務が売主にとってかなり重い負担となるとすれば、安易にそうした危険を売主に課すことには躊躇を感じる。しかし、その危険の範囲を当事者がどのような形で設定したのか、それを合理的に解釈しつつそうした種類売買の存在を認めることは可能であろう。[14]

では、そうした二つの合意が何故に代替物を対象にしてのみ認められるのか。不代替物については代物給付が不能であることが前提であろうが、仮に修補請求の余地を認めうるとすれば、それはやはり売主が「あるべき物」の給付義務を負担するのであり、給付義務の負担のあり方が代替物の場合と異なるにすぎない。[15]事実、原則として法定責任説を主張される下森教授も、マンションの分譲契約や建売住宅の売買契約においては、不特定物売買であっても黙示の特約・商慣習ないしは当事者の合理的意思解釈に基づいて売主の修補義務を認めるべきとされている。[16]こうした主張に対しては、合理的意思解釈による修補義務の肯定という構成がその前提としての「特定物ドグマ」と矛盾するとも批判されてきた。[17]そうした批判が仮に回避されうるとしても、[18]尚少なくとも、「このかぎりでは、契約責任説の立場との相違はかなり相対化されているともいえるが、それだけに特定物ドグマ自体を是認する前提との整合性が問われることになる」[19]のも事実であろう。

以上のような近時の趨勢を見ると、不代替的特定物売買であっても当事者の合意が瑕疵なき物の給付に及ぶことについては、必ずしも一概に否定されるものではなく、寧ろそうした合意の存在が法定責任説の論者においても前提とされていることが明らかとなるように思われる。寧ろ、争点は全ての不代替的特定物売買においても原則として売主

のあるべき給付義務に対応する買主の完全履行請求権を認めることを理論の起点とするのか、それとも原則としてそうした請求権を否定することに立脚するのかの差異であり、そうであれば、争点の中身はどのような範囲で買主の完全履行請求権を認めるのが妥当であるのか、という効果論に存するものと言うことが可能であろう。従って、不代替的特定物売買の際にも代替的特定物売買の際と同様に、まず、あるべき給付義務に対応する当事者の合意を措定することには何らの支障もないはずである。[20] そこで、不代替的特定物の売買においても、一般的に、契約締結時において、一方で売主がそうしたあるべき物の給付義務を負担する抽象的な債務の発生を認める合意の存在を想定し、他方で同時に、その債務を履行すべく目的物を特定する合意の存在をそこに見出すことは、先の代替物給付の場合と同様の合理的解釈によって可能ではなかろうか。

先述したように、今日、当事者の合意が必ずしも「この物」の性状に及ばないのではなく、寧ろそうした当事者の観念にある抽象的な性状をも取り込む合意のありかたが広く認められうるとすれば、第一義にはそうした抽象的性状観念に基づく債務設定合意の存在が認められよう。それは、勿論、売主の給付義務のあり方をも決定するのであって、必ずしも代替物であるから無制約の調達義務が売主に課される種類売買が直ちに合意されるというものではない。反対に、不代替物であってもその実際には欠けた性状を債務者が補充する必要がないというものではなく、寧ろ代物を調達する義務は負わないけれども、修補という形式での給付義務を売主は負担しうるのである。その第一義的な合意に基づいて、売主にはそうした観念された性状を備えた目的物の給付義務が発生する。しかし、特定物売買においては、売主がそうしたあるべき給付義務を負うことから直截にその義務の対象である給付目的物が確定されるわけではない。代替的特定物売買において種類売買がまず想定されえたように、不代替的特定物売買においても例え目的物が代替不能で且つ修補不能な目的物であっても、その目的物が備えるべき性状は当事者で自由に観念可能であり、そうした抽象的な観念に則した給付内容が合意によって定められるに過ぎない。種類債務において履行のための目的物が

具体的に定められるのと同じように、この観念的な内容を有する給付義務を履行すべく具体的な目的物が定められることが履行過程においては必要となる。つまり、あるべき給付義務を設定する第一義的合意と同時に、その給付義務を履行するための目的物を特定する「特定の合意」が認められるのである。債務者はその「特定の合意」に基づいて、具体化・個別化された特定の目的物の給付を義務づけられる。まさに、当初設定された観念的性状を備えた目的物の給付義務が「特定の合意」に基づいて特定された目的物の給付義務に「集中」するのである。この特定時が給付危険の移転時を意味し、特定物売買の際には、契約締結時に直ちに給付危険が売主から買主に移転し、それを四八三条が定めていると解することとなるのである。[21]

ここで、仮に特定された目的物に瑕疵があった場合でも、その特定が合意に基づく故に売主の給付義務はその瑕疵ある目的物の給付義務に集中する。そこで、その瑕疵ある給付と反対給付との対価的均衡を維持するための有償性の観点から、瑕疵担保責任が介入することとなるとの論理は、前章で見たように、種類売買と何ら異なるところはない。結局、特定物売買であると種類売買であるとを問わず、合意による特定時に買主にとって隠れた瑕疵について、対価的均衡を維持するための制度が、まさに瑕疵担保責任であると理解されるのである。

近代社会の経済発展が売買法に与えた影響の理解の仕方は必ずしも容易に確定できるものではないであろうが、種類売買の発展・展開にその顕著な一特徴を見出すことは可能であろう。この事態は、種類売買における「特定」要件を特定物売買の「完成」という特定物売買中心の体系観念から切断し、種類売買の独自の売買形態の特質を導き出す努力に窺われる。[22] 他方で、こうした種類債務の進展は特定物売買にも影響を与えてきたことは明らかであり、商品としての住宅・マンションの売買の特質は種類売買との一定の類似性の現れと評価できよう。[23] さらに、国際売買における近時の統一立法に採用されつつある理論も、国際取引に特徴的な種類売買を対象とする以上、そこでの理論に反映される種類売買論理が支配的な影響をもたらすことも今後容易に想定できるであろう。[24] つまり、「種類売買法理が、

特定物売買法へ浸透したことの現われ[25]」なのである。

こうした、「特定物売買法への種類売買法理の浸透」現象は、法定責任説が瑕疵担保の固有の適用領域を不代替的特定物売買に限定することにも現れる。そうであれば、従来の法定責任説と債務不履行責任説の対立は、瑕疵担保制度の適用領域を不代替的特定物売買に特殊な法的責任として限定して、その他の売買契約を一律に不完全履行責任で規律することを目指すのか、瑕疵担保責任を不完全履行責任と理解して全ての売買契約を一律に瑕疵担保責任を中心に規律するのかの対立なのである。これは、要するに、瑕疵担保責任が全ての売買類型に適合する制度であるのか否かの理解の差異に帰着することになる。[26] その際に、法定責任説も債務不履行責任説も、「特定（物）」概念を「抽象化・相対化」[27]することで、特定物・種類物債務の債務区分をも「抽象化・相対化」し、両債務の区分を実質的には代替物・不代替物債務の区分に置き換えて不完全履行責任の適用領域を拡大してきたと評しうる。

しかし、こうした「特定（物）」概念の「抽象化・相対化」という操作は、必ずしも種類債務に固有の領域においても必然的な帰結とは思われないし、[28] 給付危険の分配という重大な特定の機能を没却する恐れがある。しかも、特定物売買を中心とする民法典体系自体を危うくしさえもする解釈方向であって、現行民法典の解釈の枠内では「特定（物）」概念は尚維持される必要があるのではなかろうか。本稿は、「特定（物）」概念を維持しつつ、特定物売買にも二つの合意を見出すことにより、種類売買と同様の債務設合意と特定の合意という共通要素を抽出し、「特定物売買法への種類売買法理の浸透現象」を説明することを試みたのである。本稿の試みは、専ら種類債務の特定概念を瑕疵担保責任に応用することに終始し、この論理が立法者の意思とどのように調和するのか、[29] さらに「特定（物）」概念の「抽象化・相対化」という従前の学説の傾向と整合させうる余地があるのか[30]という問題は未解決のままである。また、近時議論されている、性質保証[31]との関連や瑕疵担保責任の効果論についても問題は残されている。こうした検討を今後の課題として、ひとまず本稿を結びたい。

（1）この点について、北川善太郎・契約責任の研究（有斐閣・昭和三七年）一三九頁以下。

（2）Werner Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948, Berlin, S.31f. フルーメの法律行為論については、北川・前出注（1）一四五頁以下、高橋三知雄「Flume の法律行為論」法学論集（関西大学）一六巻四・五・六号（昭和四二年）四三三頁以下、中松纓子「ドイツにおける錯誤論の基本問題」法学研究五二巻七号（昭和五四年）六八頁以下、山下末人「現代私的自治論と法律行為・契約観（その一）――現代法律行為論の一視点㈢」法と政治三四巻一号（昭和五八年）一頁以下、同「フルーメの法律行為論――その意思主義について――」法と政治四四巻二号（平成五年）一頁以下、吉岡祥充「W・フルーメの法律行為論に関する一考察――ラーレンツ行為基礎論との比較を通して――㈠㈡」法学雑誌（大阪市立大学）三一巻三・四号（昭和六〇年）一七七頁以下、三二巻二号八一頁以下等を参照。

（3）Flume, a.a.O. (Note 2), S.51. 我が国でも、フルーメの主張と同様に、契約の不履行（不適合）と債務不履行（給付義務の不履行）を明確に峻別すべきとの見解が存在する。中松纓子「契約法の再構成についての覚書」判例タイムズ三四一号（昭和五二年）二二頁以下。

（4）例えば、Klaus Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem BGB, 1974, Berlin, S. 77ff., Dietrich Reinicke /Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 5 Aufl., 1992, Berlin, S.100. ラーレンツによるフルーメ批判については、北川・前出注（1）一四八頁。

（5）北川・前出注（1）一七七頁。

（6）加藤教授は、「『自動車』なり『時計』なりの語が契約に用いられた場合には、通常その言葉は単に一定の物理的存在を指称するのみならず、その物が有する一般的属性・機能もまた合意の内容をなしているのではなかろか」として、目的物の性状を合意内容から排除する構成を批判される（加藤雅信「売主の瑕疵担保責任――対価的制限説再評価の視点から――」森島昭夫編民法Ⅱ（債権）判例と学説3（日本評論社・昭和五二年）①一七九頁、同「売主の瑕疵担保責任――危険負担的代金減額請求権説提唱のために――」現代民法学の展開（有斐閣・平成五年）②三九四頁）。半田教授も、「思うに売買当事者は種類物を目的とする場合だけでなく、特定物を目的物とする場合でも、通常瑕疵のない物を給付する意思と考えられ」るとされる（半田吉信・担保責任の再構成（三嶺書房・昭和六一年）一〇七・一〇八頁）。とりわけ、こうした合意が性状を含むとする構成が顕著と思われるのが星野教授の見解である。星野教授は「常識」とそれに基づく完全履行請求権に対応する債務の存在から売主の「あるべき給付義務」を導かれる（星野英一「瑕疵担保の研究――日本」民法論集第三巻（有斐閣・昭和四七年）二一三頁以下）。その発想を基に債務不履行責任説に立脚したうえで、近時、「骨董品の売買でこの物として買った場合でも、当

事者のイメージとしては瑕疵なき物の給付の合意が認められる」との見解を説かれている（私法五五号（平成五年）一五八頁）。尚、ドイツにおける「性質錯誤論＝動機錯誤論」テーゼに対する批判と、それに基づく「特定物の性質と意思表示との関係についての反省」については、北川・前出注（1）一七七頁。

（7）この構成を我が国で強く主張されたのが柚木博士であった。柚木博士によれば、「およそ意思表示なるものはある法律効果の惹起を欲する意思の表示なのであるから、この効果を個別化する意思のみが意思表示の内容たりうるものであって、この個別化の後にそれに何らかを附加する旨の観念は、たとえそれが意思表示中に述べられていても、それは意思表示の内容となるものではない。……たとえばメッキのリングでも誤って金という観念のもとに、『この金のリングの給付』を合意することは……何ら背理でないであろう。ただこのいわゆる『合意』のうち、『このリングの給付』という部分は意思表示の内容をなすものであるが、『金のリング』という部分は『このリング』がかくかくの性質を有することの観念の合致に過ぎないものであり、それは目的物を個別化するものではなくして、個別化された目的物についての陳述に過ぎないものであるから、それについての錯誤は動機の錯誤に過ぎず、金という性質を惹起すべき義務なるものも設定されるわけのものではない」と説かれる（柚木馨・売主瑕疵担保責任の研究（有斐閣・昭和三八年）一八六・一八七頁）。この主張はドイツのツィーテルマン理論に立脚したものであるが、こうした意思表示理論に対する批判については、北川・前出注（1）一七七頁。とりわけ、ヘルベルガーが種類売買では性状が合意されることとの不均衡に基づいてツィーテルマンの理論を批判する点は興味深い（Herberger, a.a.O.（Note 4）, S.46ff. u. 56ff.）。また、潮見教授は、我が国の判例研究を通して、「これらの裁判例の理論からは、ツィーテルマン（Zietelmann）のテーゼに依拠して特定物の性質が効果意思を構成することを論理的に否定する『特定物ドグマ』を盲目的に適用するのには、もはや問題のあることが露見している」と結論されている（潮見佳男「売買目的物における物的瑕疵の帰責構造（三）」民商法雑誌一〇八巻三号（平成五年）三九八頁）。

（8）北川・前出注（1）三一九頁以下、半田・前出注（6）一〇五頁。円谷教授は、「法定責任説の形成は、瑕疵担保責任の法定責任論と、瑕疵の原始的一部不能（客観的不能）論の結合によって完了した」とされる（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）二〇七頁）。その理論構成の嚆矢と目される鳩山博士は、「担保責任ハ特定物ノ売買ニ於テ初ヨリ目的物ニ瑕疵アリタル場合ニノミ之ヲ生ズルモノニシテ、且初ヨリ瑕疵アル物ヲ瑕疵ナキ物トシテ売買スルモ理論上瑕疵ナキ物ノ給付ヲ為スベキ債務ヲ生ズルモノト解スルコトヲ得ズ。蓋瑕疵ナキ物ヲ給付スルコトハ初ヨリ不能ニシテ原始的不能ノ給付ニ付テハ債務ハ発生スルコトヲ得ザレバナリ。故ニ売主ハ原始的一部不能ノ理由ニ因リ其可能ナル範囲内ニ於テノミ債務ヲ負担シ従ツテ瑕疵アル其特定物ヲ給付スル債務ノミヲ負担スルモノト解スベク、之ヲ給付シタルトキハ其債

務ヲ履行シタルモノト言ハザルベカラズ」と主張された（鳩山秀夫・日本債権法各論（上）（岩波書店・大正一三年）三三七・三三八頁）。さらに近時、そうした意味での法定責任説を支持するのは、円谷峻・契約の成立と責任（一粒社・平成三年）一七一頁以下。

(9) 北川・前出注（1）三三五頁。

(10) 山下教授も、「本来担保責任と原始的不能との結合は論理的必然ではない。原始的不能は、特定の給付義務を前提しており、瑕疵を原始的一部不能としてとらえることは、給付義務の基礎である契約意思・内容が瑕疵にも及ぶことを認めるものである。しかし、担保責任＝法定責任論の最重要な支えである特定物ドグマは、契約意思・内容は瑕疵と無関係に『この物』にのみ関係することを前提する」として、原始的不能論と特定物ドグマの矛盾を指摘される（山下末人「担保責任と債務不履行」契約法大系Ⅱ（有斐閣・昭和三七年）一四六頁）。他に、特定物ドグマの前提論としての原始的不能論が「あるべき性状」についての合意を認めることとなる点についての指摘は、藤塚晴生「瑕疵担保論の再検討（下）」愛知論叢三四号（昭和五八年）一二頁、長坂純「瑕疵担保責任と売主の義務」明治大学大学院紀要二五集（昭和六三年）一七一頁。

(11) 神田教授は、瑕疵なき物の給付の合意があっても、原始的な瑕疵があれば原始的一部不能をきたす以上、本来は契約の一部無効となるが、五七〇条が解除を認めているため、瑕疵担保の領域で法律は契約を例外的に有効と扱っていると説かれる（神田博司「瑕疵担保による損害賠償の範囲」中川善之助＝兼子一監修・不動産法大系第一巻（青林書院新社・昭和五〇年）三七九頁）。また、木村教授も、原始的不能論と特定物ドグマの結合自体を矛盾とし、瑕疵担保規定が原始的不能論の「特別法」であると説かれている（木村常信「請負・売買と瑕疵担保」産大法学九巻一号（昭和五〇年）一九頁）。ドイツでも、原始的不能＝無効の原則（ドイツ民法典三〇六条）に対して、瑕疵担保責任は契約の有効性を前提とする点で例外規定と一般に理解されている。従って、契約有効を前提とする瑕疵担保責任の領域に原始的不能論理を持ち込むのは我が国独特の論理である点は興味深い反面、そうした特定物ドグマの内部的な論理矛盾がそこに存在することも看過できないように思われる。こうした点に関して、北川・前出注（1）一七三頁参照。

(12) そもそもは、末弘厳太郎「種類売買に於ける瑕疵担保について」民法雑考（日本評論社・昭和七年）二五七頁。以後、柚木・前出注（7）一七二頁、星野、前出注（6）二一一・二一二頁、鈴木禄弥・債権法講義（創文社・平成七年）二六五頁以下。

(13) 柚木・前出注（7）一七二頁、石田喜久男「断簡売主瑕疵担保責任」神戸法学年報五号（平成元年）一九二・一九三頁。

(14) 第三章第三節参照。債務者がどのような危険を引き受けたのかは、一般的な種類債務においてはその種類債務を発生させ

た合意を基に解釈されるべきとの主張がドイツでは有力であった。この考え方に基づけば、例え種類債務の特定が契約締結時であっても、事態は変わらないはずである。つまり、特定前に観念される種類売買において売主が引き受けた危険がどのようなものであったのかが合理的に解釈されるべきであり、そこから、売主の給付義務の内容――給付危険・調達危険の範囲――が確定される。従って、売買目的物が代替物か否かは、そうした売主の危険を測る一つの目安に過ぎないのである。

(15) この点から「特定物ドグマ」を批判されるのが加藤教授である。加藤教授は、不代替的特定物売買であっても修補が可能である限り、原始的一部不能論理が妥当しないことを指摘される（加藤・前出注（6）①一七九頁、②三九四頁）。

(16) 下森定「マンション売買と瑕疵担保責任」ジュリスト六二七号（昭和五一年）六〇頁、同「特定物売買と不完全履行――新築マンション売買における瑕疵修補請求権――」法学セミナー二七巻二号（昭和五八年）一二七頁、同・建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について（日本住宅総合センター・昭和五九年）三八頁、同「建物（マンション）の欠陥（瑕疵）と修繕」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修・現代契約法大系第四巻（有斐閣・昭和六〇年）四八三頁、同「瑕疵担保責任と不完全履行――売買・請負・賃貸借における瑕疵修補請求権を中心に――」安達三季生監修・債権法重要論点研究（酒井書店・昭和六三年）一四一頁、同・債権法論点ノート（日本評論社・平成二年）三二頁。また、法定責任説を主張される円谷教授も、不代替的特定物売買における瑕疵修補（費用相当額の支払い）請求権を本来の履行請求権として認めることを支持されている（円谷峻・判例評釈・判例タイムズ五八一号（昭和六一年）八七・八八頁）。

(17) 加藤教授は、債務不履行責任説も下森説も「実体的にはともに契約責任ということで、実質的差異は存在していない……このように考えると、自らを法定責任説と規定する（下森）教授の立場が、この点では表示と内容の乖離をもたらしてるように思われる」と評されている（加藤雅信・書評・法律時報五七巻一号（昭和六〇年）八〇頁、同「建売住宅・マンションの売主の瑕疵修補義務」前出注（6）②四一三頁）。この点に関して、福永教授は、「当事者の合意に瑕疵修補請求権の根拠を求める見解などは、加藤教授が指摘されるように、結果的に性状・属性に関する合意部分を契約内容に含めることになり、『特定物ドグマ』を否定する見解と変わらなくなるのではないかと考える」とされる（福永礼治「売主の瑕疵担保責任と瑕疵修補義務」文経論叢（弘前大学）二四巻二号経済学篇（平成元年）一一八頁）。また、森田助教授は、法定責任説が前提とする特定物ドグマが瑕疵なき物の給付を原始的ないし論理的に不能とすることから、そのドグマと瑕疵なき給付義務は理論上両立しえず、「（不代替的）特定物についても瑕疵なき物の給付義務を認めるのが妥当だと考えるならば、特定物ドグマを否定するか、あるいは、これを限定すべき」であるとされる（森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権に関する一考察（三）法学五五巻二号（平成三年）三〇九・三一〇頁）。

(18) 潮見教授は、瑕疵なき物の給付を契約解釈の問題として扱うのが債務不履行責任説であるのに対して、法定責任説は五七〇条自体の解釈問題であるとして、両者の対立する平面が異なることを指摘したうえで、下森説もそうした視点からすれば「背理ではない」とされる（潮見佳男「不代替的特定物の瑕疵と『特定物ドグマ』論」阪大法学一四五・一四六号（昭和六三年）四〇一・四〇二頁、同・契約規範の構造と展開（有斐閣・平成三年）一八五・一八六頁）。この視点を受け継ぐ形で、下森教授は、加藤批判に対して、原則として特定物ドグマを維持しつつも特定類型の不特定物売買に限って当事者の合理的意思解釈による修補請求権の肯定は、両者が「次元」を異にする以上は矛盾しないと反論されている。また、森田批判に対しては、特定物ドグマは飽くまで履行請求権を制限する論理であり、不代替的特定物売買では、契約自由の原則により当事者が修補ないしそれが不可能な場合の損害賠償について合意することは「理論上も実際上も可能である」と反論される（下森定「不完全履行と瑕疵担保責任――不代替的特定物売買における瑕疵修補請求権を中心に――」加藤一郎古稀記念・現代社会と民法学の動向・下（有斐閣・平成四年）三五二頁・三五三頁）。

(19) 磯村保「目的物の瑕疵をめぐる法律関係(1)」法学教室一六九号（平成六年）三二頁。

(20) 法定責任説の今日の主要な提唱者である円谷教授が立脚される原始的一部不能論は既に見たようにあるべき性状に合意が及ぶことを前提とするものである。また下森教授の特定物ドグマの根拠は必ずしも明らかではないものの、あるべき給付義務は「明文の規定がない以上、当然には存しない」とされ（下森・前出注（18）三四四頁）、あるべき給付義務は否定されるものの、あるべき性状に合意が及ぶことまでを否定されているのではない。いわば、合意によるあるべき給付義務が法秩序によって否定されるとの論理と理解すべきであろうか。そうであればこそ、下森教授は当事者の意思によるあるべき給付義務の措定も特定物ドグマと矛盾するものではないと説かれるのであろう。

(21) 当事者の合意内容を確定しつつ、売主のあるべき給付義務が否定される場面で瑕疵担保責任の適用を認めようとされるのが、高森教授および潮見教授である。高森教授は、現状有姿の物の給付義務しか認められないがその物に通常の備わるべき性質が欠ける場合に瑕疵担保責任が適用されると説かれる（高森八四郎「瑕疵担保責任と製造物責任」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修・現代契約法大系第二巻（有斐閣・昭和五九年）一五六頁）。また、潮見教授も、当事者の合理的意思解釈によってもあるべき性状合意が認められない場合に五七〇条の適用余地が見出されると説かれる（潮見・前出注（18）四〇五頁）。ただし、こうした場合に瑕疵担保責任が適用されるとすれば、当事者には通常の代金に見合う程度の何らかの性状観念が合意に含まれていると見ることが尚可能ではなかろうか。

(22) 山下教授の一連の論稿がそうした努力の成果であろう。山下末人「種類債務の履行と特定――ドイツ普通法理論に関して

――」商大論集（神戸商大）二八号（昭和三四年）一三二頁以下、同「受領遅滞・特定・危険負担（1）」法と政治一九巻一号（昭和四三年）一二五頁以下。この点の詳細は、第三章注（147）を参照。種類売買の展開により「特定」概念は種類債務の特定物債務への転化概念ではなく種類債務の「一応の履行」としての独自の履行過程要件と位置づけられ、この要件を契機として瑕疵担保責任の適用余地が現れてくる。こうした趨勢は、山下教授によれば、種類売買の浸透によって原始的不能論が排斥され、特定概念の意義が喪失され、その延長において特定物ドグマの否定されるところに、債務不履行責任としての瑕疵担保責任の基礎が形作られるとされる。前出注（10）一四七頁。

(23) 下森教授の一連の論稿（前出注（16）参照）が、そうした不代替的特定物売買においても瑕疵修補請求権を認めることで不完全履行理論を導入されようと試みられているのは、下森教授が種類売買への瑕疵担保責任を排除して不完全履行理論で解決しようとされることと軌を一にする。ここに、特定物売買への種類売買の影響を見て取ることは可能であろう。この傾向を山下教授は一般的な形で次のように説明されている。すなわち、「種類売買の展開にみられるような近代的大量生産・代替物取引の発展によって、特定物売買における特定物観念の意義が抽象化・相対化し、特定物給付という行為が一応の契約履行をあらわすものとみられてくるとき、瑕疵担保を種類売買にも肯定することに対する障碍は存在しなくなる」（山下末人「瑕疵担保」磯村哲編・於保不二雄還暦記念・民法学の基礎的課題上（有斐閣・昭和四六年）一八八頁）。山下教授によれば、特定物売買でも種類売買でも「特定」要素が「抽象化・相対化」することにより、両種売買の差異も「抽象化・相対化」され、瑕疵担保責任が不完全履行責任として一律の規律を与える基礎が形作られたと理解されるべきこととなろう。

(24) 国連統一動産売買法の研究に基づいて瑕疵担保を債務不履行として把握すべきことが提唱されている。半田・前出注（6）一〇七頁、藤塚晴生「瑕疵担保に関する比較法的一考察――効果論を中心に――」愛知論叢三一号（昭和五六年）二九頁以下、石崎泰雄「瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論――ウィーン国連売買条約・ドイツ債務法改正最終草案における理論構成」早稲田法学七〇巻三号（平成七年）二七三頁以下。

(25) 北川前出注（1）三六八頁。

(26) 下森教授は、次のように特定物ドグマの維持を正当化される。「問題は、不代替物の特定物売買における売主の瑕疵修補義務を認めることの可否にあります。いわゆる特定物ドグマの妥当性の問題です。（ドイツの）改正提案は、特定物ドグマを否定し、追完義務を認めますが、疑問です。民法典の規制対象たる取引は、商人間、あるいは商人対市民間の取引にとどまらず、一般市民間の取引もかなり行われていること、更に改正提案の視野の外にある、無償の贈与、遺贈、無利息の消費貸借などをも視野に入れて考察するとき、特定物ドグマは、なお合理性があると私は考えます」（下森定「不完全履行論の新たな展

開――契約責任再構成の視点から――」司法研修所論集九〇号（平成五年）二七頁）。また、円谷教授も次のように説かれる。「瑕疵担保責任とは、現代契約法の諸要請に応じるものとはいい難い。また民法典制定後の債務不履行の発展（とくに、不完全履行論の発達）を無視することもできない。そこで、解釈的な操作で、瑕疵担保責任の適用範囲を制限することや、同責任に代わる責任法の発展を探る必要がある」（円谷峻「瑕疵担保責任」法学教室八四号（昭和六二年）四一頁、さらに、円谷教授は、客観的瑕疵概念の導入を契機に瑕疵担保責任の適用領域を狭めることを試みられているのである）。これに対して、債務不履行責任説を主張される田上教授は、次のように主張される。「瑕疵担保を法定責任とみる学説は、ローマ法に由来し大陸法において発展した理論である。それは特定物売買が中心であったローマ法の下では十分存在意義があった。しかし、種類売買が支配的となった今日の商品交換社会では、担保責任を特定物＝不代替物の売買に限定しようとする法定責任説は瑕疵担保の規定の適用領域をみずから、不当にせばめてしまう結果になっている」（田上富信「不特定物と瑕疵担保責任」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）三〇四・三〇五頁）。こうした見解に端的に現れるように、瑕疵担保責任の適用領域を狭めようとするのか広げようとするのかが両説の対立の背景なのであり、これは要するに、瑕疵担保責任が今日の売買法理としてどの程度有用であるのかという認識の差異に帰着する対立なのである。

(27) 山下・前出注（23）一八八頁。

(28) 第三章第五節参照。

(29) 民法制定過程の研究は瑕疵担保責任の領域では既に数多くの試みがあり、理解の対立もある。星野・前出注（6）一八〇頁以下、林良平「売主の瑕疵担保責任の効果」契約法大系Ⅱ（有斐閣・昭和三七年）一五五頁以下、円谷峻「民法制定過程における瑕疵担保責任論――ボアソナード草案および法典調査会質疑応答を中心にして――」判例タイムズ五五八号（昭和六〇年）四頁以下、戸田知行「売主の債務不履行責任と担保責任――現行民法典の立場について――（一）（二）（三）」法研論集（早稲田大学大学院）四九号（平成元年）七九頁以下、五一号一三三頁、五四号（平成二年）一八七頁以下。下森教授は、売買のみならず、遺贈・消費貸借における瑕疵担保規定の立法過程の研究に基づいて、起草者が既に「特定物ドグマ」を瑕疵担保責任の前提として想定していたことを主張されている点は、私見が特定の合意に基づいて「特定物ドグマ」を認めようとするこからも興味深い。下森定「債務不履行の効果」法学教室一三九号（平成四年）六三頁、同「瑕疵担保責任に関する一つの覚書――いわゆる『特定物ドグマ』と民法起草者の見解――」内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫古稀記念・続現代民法学の基本問題（第一法規出版・平成五年）一九五頁以下。

(30) 私見の特定の合意を起点とした瑕疵担保責任論では、その特定の合意を構成する売主・買主の意思表示の内容が次に問題

となろう。とりわけ、買主側の意思表示は、買主が瑕疵を知らずに当該目的物の給付が債務に適合する旨を表示するものと解することとなろう。これが、すなわち、「履行としての受領」を意味するのであり、「履行としての受領」概念は、特定物売買においてはまず契約締結時に認められ、履行後にもそうした概念が登場する余地がある（この点に関しては、拙稿「『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――」法学研究六九巻一号（平成八年）二三九頁以下参照）。このように、「受領」概念が分化する意味こそが「特定（物）」概念の「抽象化・相対化」に求められるように思われる。この点の解明が課題となろう。

(31) 性質ないし品質保証に関しては、円谷峻「性質保証（品質保証）からみた瑕疵担保責任――性質保証の意義を中心にして――」The Law School三二号（昭和五六年）五五頁以下、笠井修「性質保証責任の法的性質について――ドイツ民法における独立的損害担保契約の成立可能性――」一橋研究八巻三号（昭和五八年）一頁以下、藤田寿夫「性質保証と表示(一)(二)」民商法雑誌九三巻五号（昭和六一年）六九四頁以下、六号八四二頁以下（同・表示責任と契約法理（日本評論社・平成六年）一三一頁以下所収）、同「性質保証に関する一考察」谷口知平先生追悼論文集2契約法（信山社・平成五年）一五八頁以下。

[付記] 本稿の作成にあたって多くの方々の御意見を拝聴する機会に恵まれた。特に、長期にわたって筆者の議論にお付き合いいただき多大の助言を頂いた慶應義塾大学の片山直也助教授、横浜市立大学の武川幸嗣氏、ドイツ民法の成立過程の資料についてご教示頂いた慶應義塾大学の七戸克彦助教授、さらに本稿の草稿段階で研究発表の機会を与えて頂いた比較財産法研究会（横浜国立大学大学院円谷峻教授主催）の皆様に深く感謝の意を記す。尚、本稿は平成六年度慶應義塾大学学事振興資金の研究成果の一部である。