

Title	民法四一三条と買主の引取遅滞制度との関係(一)：買主の引取遅滞に関する二〇世紀のフランス法およびドイツ法の比較から
Sub Title	Zum Verhältnis zwischen Abnahmeverzug des Käufers und §413 JBGB (1) : Eine rechtsvergleichende Untersuchung des französischen und deutschen Rechts im 20. Jahrhundert
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.7 (1997. 7) ,p.31- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19970728-0031

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.

民法四一三条と買主の引取遅滞制度との関係 (一)

——買主の引取遅滞に関する二〇世紀のフランス法およびドイツ法の比較から——

北 居 功

- 一 序
- 二 買主の引取義務
 - 1 フランス法における「引取」概念
 - 2 ドイツ法における「引取」概念
 - 3 「引取」概念の比較……………(以上本号)
- 三 民法四一三条の意義
 - 1 引取遅滞制度としての民法四一三条
 - 2 四一三条による危険の移転効果
- 四 結 び……………(七十卷八号)

一 序

民法四一三条のいわゆる「受領遅滞」の法的性質をめぐる論争は、四一三条が債権者の「受領義務」を定めた規定と理解するのか否かの議論を中心に据える。ドイツ民法では債権者が正当に権利として受領を行わないこと

に対する制裁として「債権者の遅滞」制度が二九三条以下に定められ、この制度を我が国の民法四一三条に投影する解釈が主流と目される。いわゆる法定責任説である。他方、フランス民法には債権者遅滞と題する制度は存在しないが、弁済の提供に一定の効果が認められることにより、弁済の提供制度が債権者遅滞制度として機能している。この制度はボアソナードの起草になる旧民法を介して我が国の民法四九二条に受け継がれている。そうであれば、法定責任説のように民法四一三条を受領遅滞制度と解釈すると、我が国の民法典は四一三条と四九二条の両規定に受領遅滞制度を重複した形で採用したこととなり、四一三条もしくは四九二条がその制度の機能を没却した形で解釈されることになる余地がある。

受領遅滞制度は、債務者の有効な提供に応じない債権者に一定の不利益を課すことによって債務者の責任を軽減することを目的とする制度である。従って、債権者が受領遅滞に陥ったからといって債務者がその給付義務から解放されるわけではなく、目的物の保管義務をなお負担することには変わりはない。そこで、債務者がそうした負担から最終的に解放されるためには、受領遅滞とは別に債務者を債務から解放する制度が必要となる。供託制度がその役割を担うべき制度であるが、供託によって債務者は自己の債務からは解放されるものの、従前の契約関係は維持されたままであるため、場合によっては契約関係自体から債務者が解放されることを望む場合には十分な救済とはなり得ない可能性がある。そうした債務者の解放の利益を図るために、ドイツ法およびフランス法は債権者の義務違反に基づいて債務者の契約からの解放を認めようとするのである。これが、売買における買主の引取義務制度なのである。

こうして、債務者の責任軽減制度としての受領遅滞制度と債務者の債務解放制度としての引取遅滞制度を機能的に区別して従来の我が国における四一三条の解釈論を振り返ると、法定責任説は四一三条を受領遅滞制度として把握するため我が国の民法典には供託のほか債務者を解放する制度が認められないこととなる。これに対して

債務不履行責任説は四一三条自体に受領遅滞としての機能と引取遅滞制度としての機能を担わせるが、要件として一般的に債権者の帰責事由を要求するため、受領遅滞制度としてはその機能が限定されくる。こうした両説の難点を克服・止揚するのが折衷説であり、受領遅滞制度としての四一三条の理解に加えて信義則に基づく引取遅滞制度を認めるため、従来の議論の問題点は一応克服されたように見えるのである。

しかし、折衷説にもなお問題があるように思われる。一つは、その主張が前提とする「受領」概念と「引取」概念の峻別が必ずしも十分には果たされていないことである。とりわけ、「受領」概念が我が国の民法においていかなる意義を有するのかが論者によつて必ずしも一致を見ていない。¹⁾他方、民法の起草者は四一三条から引取遅滞の意義を排斥して受領遅滞制度の機能のみを担うべき規定として四一三条を定めたとも看取されない。四一三条は当初売買における引取遅滞制度として定められたが、その機能を拡張すべく今日の形に定められたのであるから、法定責任説のように引取義務を全く省みない見解はもろんのこと、折衷説のように四一三条から引取遅滞制度を排斥することもまた起草趣旨とは一致しないのである。そうすると、債務不履行責任説ではこの引取遅滞制度の趣旨が四一三条に反映されることから起草趣旨に合致することにはなるが、起草者は四一三条によつて債権者の帰責事由なくとも危険移転効果が発生する趣旨を説くことから、従来の債務不履行責任説の枠内にはこの起草趣旨が納まらないとの問題点が生じることになり、寧ろ法定責任説や折衷説の方がその趣旨を的確に反映させることができるのである。

上述の起草趣旨が四一三条をめぐる解釈論にいかん反映されるのかは四一三条自体だけではなく、民法の体系の中で四一三条がどのように位置づけられるべきなのかという視点から再度検討する必要がある。その観点からすれば、債権者が債務者の有効な提供に応じない場合には、比較法的観点より債務者の責任を軽減する受領遅滞制度と債務者を債務から解放する引取遅滞制度が必要となるはずである。先に述べたように、弁済の提供の効果

制度が元來受領遲滞制度として發展してきたフランス法の沿革から見れば、四九二条は受領遲滞制度として把握される一方で、四一三条が元々売買における引取遲滞制度として考案された趣旨から見れば、依然として四一三条は引取遲滞制度として把握されうるのであり、こうして、四九二条と四一三条の機能分担の可能性が示唆されることになる。筆者は、今までに、四九二条が本來受領遲滞制度であることを制度の沿革から考察し、四一三条が引取遲滞制度であることを示唆してきたが、四一三条を引取遲滞制度として把握する場合には、そこで想定されるべき引取遲滞制度とはどのような制度であるべきかが検討される必要がある。その際には、さしあたり起草者が四一三条の起草に当たって参照したと推測されるフランスの引取遲滞制度とドイツの制度が当面の検討素材として選択されることも許されよう。一九世紀のフランスおよびドイツの制度に関してはすでに一応の検討を終えており、本稿では二〇世紀の制度の運用を検討することを通して、四一三条の基礎となった引取遲滞制度の運用のあり方を想定し、その危険移転効果のあり方をも視野に入れつつ、四一三条の解釈論の可能性を模索する。

(1) この点については、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)二四三頁注(5)を参照。

(2) 拙稿「債権者遲滞論の再構成序説——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)一六五頁以下。

(3) 拙稿・前出注(2)一六五頁以下。

(4) 拙稿「売買における買主の引取遲滞制度の意義と機能——一九世紀のフランス法及びドイツ法を中心に——」法学政治学論究四号(平成二年)一四九頁以下では、一九世紀のフランス法およびドイツ法を参照しつつ、我が国の民法典の制定時期に起草者が参照した可能性のある引取遲滞制度を推論して四一三条の引取義務規定としての理解のあり方を論じた。つまり、売主の引取請求権を目的とするドイツ法のような引取遲滞制度ではなく、売主に契約の解除を認めようとするフランス法の制度が参照されていたのではないかという仮説である。本稿では、その視点を基本的に維持しつつ、二〇世紀の議論を踏まえて四一三条の解釈のあり方を探求する。

二 買主の引取義務

1 フランス法における「引取」概念

フランス民法典一六五七条は次のように定めている。

作物及び動産物件の売買については、売買（契約）の解除は、引取のために合意された期限の満了の後に、売主のために、法律上当然且つ催告なしに生じる。

一九世紀のフランス民法学は、この規定に定められた動産売主の当然解除権について、主にその制度の適用範囲をめぐって議論を戦わせたものの、その制度の中心概念である「引取」概念については立ち入った検討を行ってはいなかった。この制度は、合意された期限内に債権者たる買主が売買目的物を引き取らない場合に、債務者である売主に認められた各種救済の一環として位置づけられる。すなわち、債権者が目的物の引取を拒絶する場合には、債務者は一二五七条以下の弁済の提供制度によって目的物を提供し、なお買主が引き取らない場合には目的物を供託することによって債務から解放されることが認められていた。尤も、こうした方策は債務者には煩瑣で費用もかかる手続きであったためそれほど有効な救済方法とは考えられない。他方、債務者は一一八四条に従って裁判所に契約の解除を訴求することもできた。しかし、これとても債務者は債権者を遅滞に付すことを前提にして解除を訴求することとなるため、費用と時間を要することは疑う余地はない。

こうした一般的な債務者の救済方法は、確かに債務者とその債権者から解放する点では債務者に有効な救済方法ではあったが、それに加えてフランス民法典は動産売買において売主に催告を要しない当然解除を認める画期的な制度を定めたのである。この制度が売主にとって大変便利な救済方法であることは、手続き上の簡略さや費用

の面からみれば一目瞭然であろう。とりわけ、価格の下落による損害を回避しうる点できわめて売主に有益な制度である¹⁾。反対に、買主からすれば、その帰責性がなくとも期限の徒過によって直ちに契約が解除されるため、その制度によって被る影響ないし不利益は計り知れない場合も想定されうる²⁾。

こうした効果の甚大な制度がどのように運用されるのかは、こうして売買両当事者の利益に大きく関わるため重大な問題であると同時に、この問題はもっぱらフランス民法典一六五七条の「引取 (retraitement)」概念がどのように解釈されるのかに依存するのである。一九世紀のフランスにおいては、時として、一六五七条の「引取」概念の内容についての検討が試みられたこともあったが、この問題がことさら論議されることとなったのは、一九二〇年代から一九四〇年代にかけてであった。そこでは、もっぱら立木伐採取引の事例が論じられたのである。それ以前には、立木伐採取引において少なくとも引取に応じない買主に対して売主が契約の解除を主張するようなことはなかったとされる。従来の立木伐採売買においては、通常買主の引取期限が合意されていたが、それは買主への契約履行の心理的圧迫をもたらす趣旨であって、違反の場合でもせいぜい違約罰が請求されるに過ぎなかった。しかし、おそらく大戦間期から第二次世界大戦の始まる前後における通貨価値の下落とそれに対応する形での木材価格の高騰が起因して、売主がフランス民法典一六五七条の当然解除を主張する事例が極端に増大した³⁾。こうした状況の下で、売主が一般的な債務者の救済方法と比べて異例な特権である一六五七条の当然解除権を行使し享受できる要件が問題とされたのである。

尤も、フランス民法典一六五七条は、「作物及び動産物件」の売買で合意された引取期限が定められている場合に当然解除を認めているため、立木の売買もその適用対象となるのが問題とはなる。この点について、フランス・ジェニーは、立木売買においても合意された引取期限での売主の目的物保管からの解放の利益と目的物の価格の下落の危険からの回避利益が他の動産売買と異ならないことを理由に、一六五七条の適用を否定する

われないことを説明しており、こうした理解は共通の前提とされていたものと考えられる⁽⁴⁾。また、一六五七条の制定過程においてカンバセレスが、この規定は商事売買には適用がないことをコンセイユ・デタの審議に際して説明していたため一九世紀には重大な争点としてその問題も論議されたが、今世紀にはいと本条が商事売買に適用が認められることについては異論のない状況となっていたのである⁽⁵⁾。

では、買主がどのような事柄を合意された期限内に行わない場合に一六五七条の適用が認められるのか。立木伐採売買においては、目的物確定のための木への刻印 (marelage)、枝打ち (branchage)、伐採 (abatage)、製材 (façonnage)、搬出 (vidange) といった一連の行程がある。この行程の中のどの行程が「引取」に該当し、それが期限内に行われなければ当然解除が認められるのか、こうした形で「引取」概念の内容が確定されることとなるのである。

この問題について、次のような判決が現れた。

破棄院審理部判決一九二二年七月二二日 S.1923.1.61.

売主は、その所有の数区画の雑木林の立木を買主に売却したか、その内の一部の開発期限が徒過したため、一六五七条による解除を主張した。そこで、買主は、動産売買に適用される一六五七条は立木の開発を目的とする本件取引には適用がないとして上告した。

破棄院は、以下の理由で上告を棄却した。すなわち、当事者が想定していたのは、期限内に伐採される立木の売買であり、動産に関する一六五七条の権利を売主が主張できることには異論はない。買主は期限内に伐採を行わなかったため、「伐採の欠缺は引取の欠缺に相当する」ため、解除は有効である。

ブルーージュ控訴院判決一九四三年七月二三日 J.C.P. 1944. II. 2543.

雜木林の所有者である売主は、買主に伐採等の開発期限が一九四一年六月二十四日、搬出期限が一九四二年四月一日で立木を売却したが、買主が一向に履行しないため、期限の延長が合意され、伐採は一九四二年六月二十四日まで、搬出は一九四三年四月一日までと定められた。しかし、買主は一九四二年になっても伐採を開始しなかったため、売主は一九四二年八月に売買契約の一六五七条による解除を通告した。ところが買主は、八月に伐採を開始して売主の抗議にもかかわらず伐採を継続した。そこで売買の解除が裁判で争われたが、原審は民法一六五七条の「引取」は「立木の伐採」であるとして期限を一九四二年の六月と確認し、一六五七条による売買の解除を有効と認めて買主の退去を命じたため、買主は一六五七条の「引取」が「伐木の搬出」を意味し、契約の引取期限が一九四三年四月一日であるとして控訴した。

しかし、ブルージュの控訴院は以下の理由で控訴を棄却した。「動産の引取は……売主を物から免れさせるためのその物の持ち去り (enlèvement) ではなく、寧ろ、物の占有を取得する買主についての所為である。重要なのは、この占有の取得 (prise de la possession) が常に同じように行われるのではなく、売却目的物の性質に応じて多様であることに注意することである。とりわけ、立木伐採が問題となる場合には、占有取得、すなわち引取は、買主が売却された立木に彼のマークを刻印するとき、あるいは、彼が伐採の開発を開始したとき、すなわち伐採時、あるいは、一括売買においては立木が売主によって引き渡され、実際に買主によって受け取られたことを確認する作業時なのである」とし、先の一九二二年七月二日の破棄院判決の「伐採の欠缺は引取の欠缺に相当する」との判示を引用した。

この判決と同様の学説も存在する。その主張は、一六五七条による当然解除によって買主はきわめて不利な立場を強いられるため、その適用範囲を限定しようとするのである。つまり、買主が一連の立木売買の行程のいずれかを期限内に行えば、それによって「引取」は行われたとみて一六五七条の適用を否定するのである。⁽¹⁾これは要するに、買主が期限内に最初の行程である刻印をすれば買主は「引取」を行ったこととなるのであり、先の控訴院判決が言うように、買主の占有取得を引取と解することに行き着くこととなる。

しかし、こうした解釈に対しては、とりわけフランソワ・ジュニーによって次のような異論が提示された。先の判決や学説が主張するように引取を占有取得と理解すると、いつまでも伐採が行われない場合には売主にとつて一六五七条による解除が一定の利益をもたらすであろう。事実、ブールージュ判決の事例はまさにそうした事実関係であった。しかし、一六五七条の適用を回避しようとする買主側から見れば、とりあえず伐採さえ開始していれば十分なのであって、伐採を続行して搬出を行うことにまで気を配る必要がないこととなるし、たいていの事案はそうした事実関係を前提とすることとなる⁽⁸⁾。そこで、先の判決での控訴理由に見られるように、一六五七条の「引取」は立木伐採売買における最後の行程である搬出と理解されるべきこととなる。そもそも一六五七条の立法趣旨は、売主を物の保管の負担から解放し、物に生じうる物理的・経済的な価値の下落の不利益から売主を保護しようとしたことに求められる。事実、立木伐採売買において、売主が買主に期限を付して立木を売却して開発を促すのは、その期限内に買主による立木の開発を促すためであり、これは買主の搬出がなければその目的を最終的に達することができないのである。従って、買主が期限内に搬出、すなわち目的物の持ち去りを行わなければ、一六五七条の当然解除が適用されてもやむを得ないし、またそう解することが一六五七条の立法趣旨にも適うことになる。結局、「引取」とは目的物の現実の持ち去りと理解されるのである⁽⁹⁾。

以後、この学説と同様の判断を示す判決が続くこととなる。

ウジ工民事裁判所判決一九四六年七月一〇日 J.C.P. 1946, II 3303.

売主はその所有する立木の伐採の開発権を買主に売却した。その契約によれば、伐採は一九四〇年五月一日には終了し、伐木の最終的な搬出は一九四〇年の終わりに完了していることとされていた。ところが、買主が実際に伐採期日までに一部しか開発せず、伐採が続行されたのも一九四三年に入ってからであつて、終了予定は一九四五年一〇月となつてしまった。そこで、一九四五年六月二二日に売主（売主自身は死亡してしまつたため実際にはその配偶者）は、売

買を解除する意思を買主に伝えた。しかし、その後も買主は売主の解除の意思を尊重せずに行動したため、両者の紛争はまとまらず、最終的には買主が占有の取得によって引取を行ったことの確認を、売主は合意された期限での引取がないことに基づいて解除の確認をそれぞれ訴えた。これらの主張が本件審理に併合されたのである。

ウジェの民事裁判所は、主として以下の理由で、売主の請求を認容した。「この（引取の）表現は、売却物の引渡に対応し、純粹に象徴的であり得る買主の占有に置かれることを示すものではなくないのであり、実際には、伐採製品の排除と理解されるべきであつて、換言すれば、搬出と理解されるべきなのである。この定義は、まず、立法者が求めた目的に対応する、というのも、立法者は過酷な制裁によって売主に彼の場所、本件では伐採区域を解放することを認めようとしたためであり、その目的は、一方で植物肥料を節約し、他方で木の将来の価値を確保しようとすることであり、苗の成長を可能にして株に雑木林を提供することにある」。従つて、本件契約は、一九四五年六月二日に一六五七条によつて解除されたことが認められるのである。

ナンシー控訴院判決一九四七年三月一日 J.C.P., 1947, II, 3869.

本件は、先のウジェ判決で敗訴した買主が控訴した、その控訴審判決である。ナンシー控訴院は次の理由で控訴を棄却した。「民法一六五七条の意味での引取は買主による商品の持ち去りと理解されなければならず、純粹に象徴的に実現されうる占有の取得とは相容れない物理的な取り除きを示すのであつて、その条文の制裁がいかに厳格であつても、法律は売主に彼の所有権の障害物の除去を望んだのであり、このことは、伐木の売買に関しては固有の意味での搬出によつてしか達成されない」。従つて、期限内に買主が伐木を搬出してない以上は、本件契約は一六五七条によつて解除されたものと認められるのである。

破棄院商事部判決一九四九年三月九日 J.C.P., 1949, II, 5075.

売主は一九三九年にその所有する森林の九〇ヘクタールの伐採を買主に認めたが、その際に合意されたのは、伐採が

一九四五年一〇月一日には終了し、一九四六年四月一日には搬出が完了されなければならず、また、毎年一五ヘクタールずつ伐採されなければならないことであった。しかし、一九四四年になつても五ヘクタールしか伐採されていなかったため、原審は、合意された期限内に引取がなかつたことに基つて契約の解除を認めた。そこで、買主が上告した。破棄院は、以下の理由に基つて上告を棄却した。すなわち、「合意された期日にそれが行われないことが民法一六七条による契約の解除をもたらず引取は、——立木伐採売買に適用されることが認められる——伐採の開始によつて表明される単なる占有の取得ではなく、契約によつて定められた期日での伐木製品の搬出からしか帰結されない」。

こうした一連の判決が採用した「引取」概念をフランソワ・ジュニーが歓迎したのは勿論であるが、⁽¹⁰⁾ 学説にも一般的に受け入れられることとなる。⁽¹¹⁾ そこでは、立木伐採売買という特殊事例における「引取」概念から離れて、売買一般にその概念が定着してゆくのである。ジヴェルドンは、売主が買主に物の自由な処分を委ねることによつて引渡義務を果たし、買主はその持ち去りを求めて物自体から解放される必要があることから、「引取義務が履行されるためには物の現実の物理的移動が存在しなければならぬ」として、引取を買主による物の持ち去りと理解する。⁽¹²⁾ また、マゾーロドゥ・ジュグラールは、「(売主の) 引渡義務が所有権あるいは占有を移転することではなく所持(detention)を移転することであるのと同様に、(買主の) 引取義務は所有権や占有を取得することではなく所持を取得することにある」と説明する。つまり、所有権は契約締結時に移転され、占有もその時に売主の仲介によつて買主に移転される。従つて、引取の内容としては、所持の移転のみが対象となるのであり、「買主の債務は、彼自身物を所持し、または、彼の計算で第三者にそれを所持させるために売主の所持から物を引き取ることである」と結論されることになる。⁽¹³⁾ こうして、一般的に、フランスでは「引取」概念が売買目的物の有体的な持ち去り(enlèvement)として理解されることになつた。⁽¹⁴⁾

しかし、こうした持ち去り概念を中核に据えながらも、「引取」概念には一定の内容の広がり認められてい

る。すなわち、売主が引渡債務を履行するために必要な物質的手段を買主が講じなければならぬこともしばしば存在するが、そうした場合には、そのような物質的手段を買主が講じることが「引取」概念に含まれると理解されることになった。たとえば、目的物の梱包ないし包装用の容器等を準備したり、また、FOB取引では買主は用船を手配しなければならぬ。こうした義務も引取義務として把握される。こうして、売主の引渡義務に対応しそれを実現するための買主の協力行為も引取義務の一環として理解されるのである。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

このように、動産の売買における買主の「引取」の内容は明らかにされたが、不動産売買における引取とは何かも問題となる。先にも述べたように、フランスでは一般的に、買主が引取義務を負うことについては争われていない。こうした義務を前提に、売主によって一般的に契約の解除が一一八四条に従って訴求されるのである。例えば、破棄院は、四〇〇トンの麦藁が四ヶ月間に分けて毎月引き渡されるべき売買において、売主が最初の二ヶ月で一部しか引き取らない買主に残余の引取を求めたが買主がそれに応じなかったケースで、買主が遅滞に付されていたことを確認して一一八四条による解除を認めている。⁽¹⁷⁾ こうした事情は、一六五七条のような特別規定が用意されていない不動産売買においても事情は異ならないのである。フランス民法においては、原則として契約締結時に目的物の所有権は売主から買主に移転される(一一三八条)。従って、売主に残される引渡義務の内容としては、所有権の移転が含まれないこととなる。そこで、こうした売主の引渡義務に対応する買主の「引取」の内容としては直接占有の取得しか想定されえない。⁽¹⁸⁾ そこで、学説は、不動産買主の「引取」義務の内容を直接占有または所持の取得と理解するのである。

以上のようなフランス法の「引取」概念は、ドイツ法の議論とどのような対比となって映るのか、この点を次に検討してみよう。

2 ドイツ法における「引取」概念

ドイツ法については既に多くの研究が存在するため、本稿ではその概略を検討するにとどめる。⁽¹⁹⁾

ドイツ民法典は、普通法学説に基づいて二九三条以下に受領遅滞の制度を定めたが、その制度は債権者の過失を要件としない制度である。コーラーは普通法学説としての彼の主張、「債権者の協力は権利にして義務にあら⁽²⁰⁾ず」が、ドイツ民法典に採用されたものとして、ドイツ民法典の受領遅滞制度を「立法の勝利 (Legistativer Sieg)」と呼んで歓迎したのである。⁽²¹⁾

他方、売買に関する四三三条二項には買主の引取義務が定められた。⁽²²⁾

買主は、売主に約定した売買代金を支払い、且つ買い受けた物を引き取る義務を負う。

これら両制度からすれば、一方で債権者たる買主は物を受領する権利者であると同時に物を引き取る債務者となる。しかし、コーラーが言うように、債権者は権利を有するのみで義務を負うことがないとすれば、民法典の両制度は明らかに齟齬をきたすこととなり、とりわけ四三三条の引取義務は理解に苦しむ規定とならざるをえない。民法典制定後直ちに、二九三条以下の受領遅滞制度における「受領 (Annahme)」概念と四三三条二項の「引取 (Abnahme)」概念との関係が問題とされたのは、こうした事情が背景にあったのである。⁽²³⁾

コーラーは、債権者が義務を負うことはないとして、引取義務を否定する。引取についての規定は、履行代用 (Erfüllungssurrogat) を定めているに過ぎず、売主が目的物を持参する限りで彼の債務から解放されていることの確認の訴えを認めることを企図するものであり、その際の確認の利益の証明を売主に免れさせることに特徴があると説く。⁽²⁴⁾ ローマイックも、引取が債務者としての買主の給付行為ではなくその違反は給付義務違反とはなら

ず、受領遅滞の効果を発生させるに過ぎないと説くことで、給付義務としての引取義務の存在を否定する⁽²⁵⁾。こうした引取の義務性を否定する見解は、「債権者は権利を有するのみで義務を負わない」とするコーラーのテーゼとしては首尾一貫するものの、明らかに、四三三条の規定には矛盾する。そこでヤコビは、引取とは「売却された物の占有を課せられる売主がその負担から解放されること」への買主の協力を意味するが、売主がそれを独自に訴えることができるような完全な買主の義務ではなく、その不履行の際に売主に損害賠償請求権が認められるに過ぎない、そうした義務にとどまるとするのである⁽²⁶⁾。

これに対して、ローゼンベルクは債権者の権利としての受領と給付義務としての買主の引取義務を、「受領」と「引取」の明確な概念峻別から認めようとする⁽²⁷⁾。ローゼンベルクによれば、「受領」とは「債権者が明示または黙示で彼に提供された給付を彼に弁済されるべき物とみなし、契約の履行のために受け取ることを表示する」行為であり、「履行としての受領 (Annahme als Erfüllung)」(三六三条)を意味する⁽²⁸⁾。他方、売買における「引取」は、それがもつばら売主を物の保管とそれに払うべき注意義務から解放することを目指すものであるため「純粹に有体的な物の持ち去り (Hingewegnahme)」と解される⁽²⁹⁾。このように両概念が峻別して理解されることにより、権利行使の不当性に対する制裁としての受領遅滞制度と債務者の義務違反制度としての引取遅滞制度もまた明確に峻別して理解されうることとなるのである⁽³⁰⁾。

こうした両概念の峻別を前提とする主張に対して、両概念を「履行としての受領」概念として統一的に把握しようとする学説もある⁽³¹⁾。この主張の淵源は一般ドイツ商法典三四六条一項の解釈に求められる。

買主は、商品が契約に適って調達されるか、あるいは特別の合意のない場合に法律上の要請に従って、それを受け取る (empfangen) 義務を負う。

ここに定められた「受取 (Empfangnahme)」の内容について、それが商品を持ち去ることを意味するのか、それとも商品の契約適合性を承認することを意味するのかが問題となりえたが、商法上は、一般に商品の契約適合性の承認として、すなわち、ローゼンベルクの言う「受領」と理解されていた。⁽³²⁾従って、こうした沿革からすれば、民法上の「引取」も一般ドイツ商法典三四六条の解釈を汲んで「受領」と同義に解釈される余地があったのである。この点に関してレーマンは、一般ドイツ商法典三四六条が定める「受取」を「商品の持ち去り行為」と理解したうえで、その概念が民法典の四三三条に引き継がれたとみるべきことを主張し、商人に特有の商品の承認についての売主の権利は民法典には適合しないと言うのである。さらに、買主が一旦商品を持ち去った後はそれを検査するのも手元に留め置くのも自由であるとして、引取と受領を同視する見解を批判している。⁽³³⁾

こうした学説の対立の中で「受領」と「引取」の明確な概念峻別を行うローゼンベルクの主張が通説としての地位を確立することとなったが、⁽³⁴⁾その見解が行う両概念の峻別は、さらに買主の直接占有の有無を介して明確化される。たとえば、買主が予め知っている物を購入してそのまま第三者に転売する場合には、買主の持ち去り行為は介入しないが「受領」は存在する。反対に、売買目的物が梱包されて買主に現実に引き渡される場合には、その時点では「引取」は存在するが「受領」は未だ行われていないのである。⁽³⁵⁾

こうした両概念の峻別が認められるなら、それを基礎に受領遅滞制度と引取遅滞制度もまた明確に区別されることとなるはずである。事実、両制度の関係についてもローゼンベルクは以下のような事例を提示した。買主が送付された売買目的物を引き取ったがそれを履行として承認しない場合には、引取遅滞は存在しないが受領遅滞は存在する。反対に、買主が商品を契約に適った物と表示して債務関係が終了することを認めると同時に、商品を放棄してその引取を拒絶する場合には、受領遅滞は存在しないが引取遅滞は存在することになる。⁽³⁶⁾あるいは、

マコーヴァーは、買主が所有権を留保して売主の要請で暫定的に商品運び去って、彼自身または第三者の元で保管する場合に受領なき引取が存在するのに対して、占有及び所有権の譲渡があったにもかかわらず商品が売主の手元で保管される場合には引取なき受領があると説く。⁽³⁷⁾尤も、こうした両制度の乖離を認める必要には多くの疑問が呈されており、少なくとも実際には両者の乖離はみられないのが普通であろう。⁽³⁸⁾近時では、両制度の乖離は論じられてもいない。パーラーシュテットによれば、最も重要な売買について受領遅滞を補完するために引取義務が定められたことからすれば、「引取義務は、受領遅滞の要件が認められるときにその限りでのみ存在する」ため、両制度の乖離は意味をなさないこととなるのである。⁽³⁹⁾

以上のような議論から認められることとなったドイツ法上の引取遅滞制度の効果とは何か。買主が引取義務を負うことからその不履行に基づいて損害賠償請求権が売主に認められること（二八六条）には問題はないが、むしろ、その義務はそれに対応する形で売主の引取請求権を主眼とし、その強制執行によって売主が引渡債務から解放されることにその本質的な意義が存在すると理解されているのである。⁽⁴⁰⁾こうした、買主の引取義務について債務者である買主の義務として売主がその履行を請求できることは、民法施行直後にライヒ裁判所の判決によって認められている。

ライヒ裁判所判決一九〇二年十一月九日 RGZ. 53, 161.

コークスの売買において、買主が売買契約が完成されていないことを主張して引取を拒絶したため、売主は三二六条に従って、不履行に基づく損害賠償を請求した。一番・二番ともに原告の主張を認めため、買主が上告した。

ライヒ裁判所は、以下の理由で上告を棄却した。四三三条二項の買主の引取義務は、「事実上の処分権限を保持し、売主を売買物から解放するための売買物の純粋な持ち去りであり」、「引取義務の当然の法的帰結は、その履行が訴えら

れること、およびその履行を遅延する買主が債務者遅滞に陥り、とりわけ、他方当事者に生じた損害の完全な賠償——二八六条——をもたらずことである」。しかし、三二六条が定める契約の解除または不履行に基づく損害賠償の「法律効果は、主たる給付または未だ履行されていない主たる給付の一部についての遅滞が前提とされている」のであり、売買における買主の主たる給付は売買代金の支払義務である以上、買主の引取義務は主たる給付でもその一部でもなく、「売主が引取義務の履行の遅滞に基づいて三二六条に基づく権利を主張できるのは、引取が個別ケースの特殊事情から未だ履行されていない主たる給付の一部であるときだけなのである」。従って、本件では、買主の引取義務違反に基づく売主の三二六条による損害賠償は認められない。しかし、本件では買主が支払義務の不履行にあるため、その義務違反に基づいて売主は三二六条による権利を主張できるとした。

この判決では三二六条の法律効果が問題とされているため、売主の引取請求権は傍論として一般的に判示されているに過ぎない。しかし、まもなくライヒ裁判所は、引取請求権について、その訴訟価額が売主の倉庫が商品から解放されることについて売主が有する利益を基準に判定すべきことを判示し、引取請求権を正面から認めることとなった⁽¹⁾。このように、学説と同様に、判例も「有体的持ち去り」としての引取概念を前提に、引取義務違反の一般的な法律効果を認めるのである⁽²⁾。

しかし、先のライヒ裁判所判決が否定したように、双務契約に関してドイツ民法三二六条が定める契約解除または不履行に基づく損害賠償の救済についてはどうか。学説では、民法典制定直後に、引取義務違反に基づく契約解除を広く認める見解も多数存在した。買主による引取がなされない場合に、商品の価格下落の際には損害賠償、価格高騰の場合には契約解除によって売主の利益が保護されることに三二六条の適用を認める利益が存在するのは事実である⁽³⁾。しかし、買主が売買契約において双務的に負担する主たる債務は代金支払債務であ

り、原則として引取義務は従たる給付義務に過ぎないため、契約の解除(ないし契約解除を實質的にもたらしうる損害差額額の運用による不履行に基づく損害賠償請求)(三二六条)は認められないとの先のライヒ裁判所の指摘は学説にも広く受け入れられることとなり、この解釈が定着することとなった。⁽⁴⁴⁾従って、売主が買主の引取義務違反に基づいて三二六条により契約から解放されるためには、引取が主たる給付と認められる特別な事情がなければならぬのである。⁽⁴⁵⁾

以上の議論は動産売買の引取義務に関するものであるが、売買目的物が不動産の場合にはどうかであろうか。不動産の直接占有の移転は売主にとって何らの急迫の要請もたらさない。債権者の受領遅滞の場合には、債務者は不動産の占有を放棄することによってその負担から解放されるためである(三〇三条)。しかし、それはあくまでも占有の放棄であるから、その制度によって債務者は不動産所有権に関する不利益を免れることはできないのである。そこで、この不利益から売主を保護するために買主の引取義務が利用されることになる。すなわち、不動産の買主は、所有権移転に合意し登記簿への記載に協力する義務を引取義務として負うのである。⁽⁴⁶⁾この場合であっても、買主の引取義務が従たる給付義務であるとの原則論は維持される。従って、買主が所有権移転に同意しない場合には、それが特別な事情によって主たる給付義務と認められない限り、売主は三二六条に基づいて契約の解除を請求できないのである。⁽⁴⁷⁾

このように、ドイツ法では「受領」と「引取」の概念がそれぞれ明確に区別され定義されたが、フランス法におけるような「引取」義務の拡張傾向はみられない。しかし、債権者である買主に引渡の実現に対する一定の協力が要請される事情はフランスにおけるのと異ならないはずである。「受領」でも「引取」でもない債権者の協力行為はどのように扱われるのであろうか。この問題は、当初次のライヒ裁判所判決で「引取」には含まれ得ない債権者の協力行為が受領遅滞との関連で取り扱われるべきことが示された。

ライヒ裁判所判決一九〇三年二月二二日 RGZ. 56.173.

売主は買主に生け垣用木材を順次引き渡す条件で売却したが、買主が一部しか引き取らなかつたため、残りの木材の引取を訴えた。一審・二審ともに原告の訴えを認めたが、ライヒ裁判所は売主に木材のストックがないため引渡準備が足りないとして引取請求を退け、なお契約が存続しているのかを審理させるために原審に差し戻した。その際の以下の理由が注目される。

種類売買において引取の給付の訴えが認められるためには、商品が売主によって準備・調達され、その意味でストックされて引き渡しが可能であることが必要である。「引取、すなわち有体的持ち去りの義務の履行は、概念上、商品が有体的持ち去りのために準備されていることを前提とするからである」。学説には、引取の内容として売主の引渡義務の履行を可能にする全ての買主側の協力行為を含めるものもある。その見解によれば、買主の商品請求 (Abhuf) の懈怠が直ちに買主の引取遅滞を基礎付けることとなる。しかし、この見解は、「民法における債務関係法の一般的な基本原則（二九三条以下の債権者遅滞）によるのと同じ範囲で債権者が彼に為されるべき給付の履行の際に協力しなければならず、この協力の懈怠が債権者遅滞を基礎付けることとなり、また、売買では協力についての買主の義務が債権者遅滞として基礎付けられることとなるため、売買について四三三条二項に定められた引取義務は他の債務関係における債権者の受領遅滞に対応することとなるのであって、この見解は、四三三条二項に定められた売買目的物の有体的持ち去りに制限される引取義務に過大な射程範囲を与えることとなる」。

この判決が意味する引取義務の内容制限は、翌年のライヒ裁判所の判決でも確認されており、買主側の各種協力行為は「引取」と「受領」の峻別の結果、「引取」には含まれ得ず、寧ろ「受領」概念に取り込まれることである。受領遅滞を基礎づける要素として理解されたのである。つまり、この判決の論理は、コーラーの提唱する「債権者の協力は権利であつて義務ではない」というテーゼへの固執を示すものである。そうであればこそ、債権

者が原則として権利のみを有することからすれば、例外的に義務とされる内容を制限的に解釈することも理解されるのである。しかし、債権者が必要な協力行為を行わないことで債務者に受領遅滞の救済を与えるのみでは十分ではないことが意識され、後にはそうした債権者の各種協力行為は、寧ろ債権者の協力義務として把握されてゆくこととなったのである。

ライヒ裁判所判決一九〇七年一月二日 Recht, 1907, Nr. 434.

「売買された商品の引渡請求 (Abruf) は、とりわけ継続的な供給契約においては、引取義務の一部ではなく、それと並んで存在する特別な義務であり、通常は、引渡請求は引取義務と同様に、民法三二六条の意味での買主の主たる給付とはみなされない。しかし、特別な事情があれば、——例えば、大量生産品の供給の際の大量取引におけるように——取引の性質と対象から、あるいは、——船渡しでの売却のように——契約の特別な規定から、個別のケースにおいては、商品の引取義務と同様に、商品の引渡請求義務も主たる給付の一部として摘示される。」

このような解釈は、連邦通常裁判所にも引き継がれることとなった。

連邦通常裁判所判決一九七一年九月三日 NJW, 1972, 99.

注文者は、自身が計画中の自動車修理工場のために、暖房施設の引渡と設置を請負人に委託した。契約では、一九六五年二月以降に注文者の引渡請求 (Abruf) に応じて履行すべきことが定められていた。ところが、注文者の修理工場の完成が遅れたため、請負人は最終的に一九六七年五月末日までに引渡請求を表明し、そうしなければ不履行に基づく損害賠償によって契約を精算する旨を通知した。しかし、修理工場は完成せず、ようやく一〇月になってから注文者は引渡請求をしたが請負人はそれに応じないで、寧ろ、注文者に対して損害賠償の訴えを提起した。一番は原告の請求を認容したが二審では原告の請求が棄却されたため、原告は上告に及んだ。しかし、その上告は以下の理由で棄却された。

請負人が求める三二六条による損害賠償請求が認められるためには、注文者の引渡請求義務が主たる義務でなければならぬが、その義務は原則として従たる義務である。一般に、買主の引取義務は従たる義務であり、売主が目的物の引取に特別な利益を有する場合に例外的に主たる義務となるのであり、売買の際の買主の引渡請求義務についても同様であつて、その義務は原則として引取義務とは別個独立に存在する従たる義務と解されている。この事情は請負における注文者の引渡請求義務でも異なる。注文者の引取義務は主たる義務と解されるが、それは売買の際のように単なる物の有体的持ち去りだけでなく契約適合性の承認も内容とし、また、その引取義務は完成された仕事にのみ関与する。完成された仕事について初めて引取義務は意味を持つのであつて、仕事完成前にはその義務は何ら関係しない。これに対して、引渡請求義務は仕事の完成前に関係する義務であり、引取義務とは区別される従たる義務と解される。また、引渡請求義務が履行されない場合には、請負人にはその義務を独自に訴えることも可能であるし、二八六条によつて損害賠償を求めること等も認められており、請負人の法的救済は確保されているのである。

このように、債権者の引取義務はそれ自体法定の独立した義務と把握される一方で、債権者の商品請求行為や、商品指定行為（商法三七五条）、あるいは各種許可申請行為等、債務者が引渡を実現するのに不可欠の債権者側の協力行為は、引取義務からは区別される別個・独立の協力義務として判例および学説上広く認められている¹⁹。その議論の起点は「引取」と「受領」の概念峻別であつたが、当初「受領」概念に取り込まれていた協力行為が「受領」概念から分離・独立することで権利から義務へと転化したのであり、これによつて独自の訴求可能性や義務違反の制裁可能性に途が開かれた。しかし、さらに進んで「引取」義務に取り込まれるには至っていない。この点で、フランス法と理論構成の上で顕著な対比が現れるのである。

最後に、ドイツ法におけるこうした通説・判例における引取義務の理解については、近時、再検討を試みる見解が主張されていることを指摘しておこう。一方で、フランク・ペーターズは、引取義務が独自には全く不要で

あつて、主として受領遅滞の制度や供託・自助売却制度によって債務者が十分に保護されることを指摘する。買主の引取遅滞の場合には買主は常に受領遅滞となり、また引取遅滞の場合には売買代金の支払いも拒絶するのが通例であるため、引取遅滞が独自に意義を有するのはそれらの方策では売主が保護されない場合に限られる。そこで、売主が引取遅滞を援用する利益が個別に検討される。危険な目的物の売買では、保管費用は受領遅滞の増加費用の賠償によって解決されるため引取遅滞は問題にならないし(三〇四条)、自助売却はその買主が見あたらない場合には利用できないのは事実であるが、引取請求権を認めることによって買主がどのように目的物を扱うべきかは法律に定められていない以上、実際には解決されない。買主の引取遅滞によって売主が損害を被ることが想定されるが、「目的物に關係する一般的な危険が現実化する限りで、その危険は四三三条二項に定められた引取義務の保護領域に入つてはならない。異なることが認められ得るのは売主がその危険を支配できないことを恐れて目的物をまさにその危険に基づいて売却する場合である。要するに、ここで決定的なのは当事者の合意の解釈なのである」。売主がまさに買主の許に目的物が届くことに利益を有することも想定されるが、引取請求権は売主の解放を認めるに過ぎず、買主自身の利用までは確保されない。家を廃材価格で売買する場合が引取義務の基本事例であるが、これは純粹な売買ではなく請負との混合契約であり、請負の規定によって解決されれば足りる。さらに、危険移転原因は引取が重要なのではなく受領遅滞によって解決され(三二四条二項)、売買代金の獲得のためにも提供で足りる。不履行に基づく損害賠償は代金支払義務違反に關係し、買主が支払いはするが引取らない場合は例外事例であり、廃材価格事例のような特殊な性格を有する売買となる。「結局、確認されるのは、買主による売買目的物の引取について売主の請求権が何ら實際的な価値を有しないことである」⁽³⁰⁾。

他方、ウールリッヒ・フーバーは、三二六条による売主の救済の見直しを提言する。すなわち、確かに、買主の支払義務が売主の引渡や商品の検査を始めて始めて可能となる売買契約では売主は代金支払請求権を確保する

ために引取を訴えることが認められるが、この場合には現実の買主による引取が必要ではなく提供があれば足りると解されるため、受領遅滞の制度で売主の利益は保護される⁽³¹⁾。しかし、「帰責性があつて引取義務を追期間にもかかわらず履行しない買主を三二六条の結果から保護する根拠は明確ではない」。従来判例法理は、引取義務を原則として従たる義務として理解し例外的に個別事例の特殊事情から主たる義務と認める扱いをしてきたが、売主にとっては裁判所がどのように判断するかは明らかではなく不安定な状況に置かれる事実は看過しがたい。確かに、供託・自助売却は理論上可能であるが、実際には売主にとって有用な解決策とは評価できない。また、近時の国際動産売買に関する統一法が買主の引取義務を主たる義務と構成していることをも指摘する。結局、「引取義務を主たる義務とみなすのがより正当と思われる」と主張するのである⁽³²⁾。

これらの主張に共通にみられるのは、ドイツ法の伝統的な引取義務に対応する売主の引取請求権の構成の廃棄可能性である。基本的には受領遅滞制度によって売主の利益は確保されうるとの認識は、とりわけ、売主の代金支払請求の現実化が商品の引取を条件とする場合に必ずしも売主が引取請求権を行使する必要性がないことから実際のな引取請求権の意義が否定されているのである。ただし、供託・自助売却の有用性への認識の差異が両見解の差異へと帰着する。つまり、自助売却によって売主の利益が十分に確保されうるとすれば、ペータースの主張のごとく買主の引取義務は無用と帰結されることになる。しかし、フーバーは、自助売却による売主の利益保護が不十分であるとの認識から引取義務違反に基づく売主の解除ないし不履行に基づく損害賠償請求を従来よりも広範に認めようとするのである。

3 「引取」概念の比較

以上のように、売買における買主の引取義務は、フランス法とドイツ法では、そもそもその問題意識が全く異なる

るにもかかわらず、売主の引渡債務からの解放制度として機能する視点から見れば十分比較可能であり、引取義務に共通する要素の抽出もできるものと思われる。

フランス法では、ドイツ法におけるような「受領は権利であつて義務ではない」というコーラーのテーゼが問題とされることはない。⁽³³⁾ 債権者としての買主が協力義務を負うことに何らの理論的支障も提唱されてはいないのである。しかし、一般的に買主が各種の協力義務を負いうるとしても、「引取」義務として理解される買主の協力義務の内容は、売主の利益を優遇する特殊な解除権の要件として確定される必要があつたのである。そこで培われた「物の有体的持ち去り」としての引取義務は、当然売主を引渡義務から解放して、買主が引取を行わない場合に被りうる不利益を回避する有効な手だてとして理解されることになる。

他方、ドイツ法においては、先のコーラーのテーゼを前提とした受領遅滞制度の存在を前にして、債権者としての買主に義務が課せられるのかという問題意識が議論の起点となつていた。その問題解決の方策として「受領」と「引取」の概念が明確に峻別され、「物の有体的な持ち去り」としての引取義務が認められることとなつたのである。しかし、この義務違反は、直ちに売主に契約解除を認めるものではない。引取義務は、一般的には従たる給付義務と位置づけられ、例外的に引取が重要なものとして扱われうる場合にのみ、主たる給付義務として契約解除権が認められる構成が維持されている。

このように両法においては、買主の「引取」の内容がともに「物の有体的持ち去り」と定義されているのは、そもそも引取義務が売主を物の占有状態から解放することに意義が見出されてきた経緯からすれば容易に理解されうるのである。しかし、こうした引取遅滞の趣旨がどのように制度として反映されるのか。売主の解放のあり方は債務者の解放制度の全般から考察するとき、当然差異が生じることになる。ドイツ法では、供託制度が目的物を限定しており、多くの動産は自動売却するしか供託に道が開かれていない(三七二条以下)。従つて、自動売

却を望まないもしくは自助売却が不可能な目的物が売買目的物である場合には、売主には他に債務解放の方策が必要となる。ここに引取遅滞制度の第一義的な意味がある。売主は買主に対する引取請求権を行使・提訴してその強制執行により引渡債務から解放されるのである。従って、形態は異なるものの、ドイツ法においても買主による「引取」が行われない場合には、売主にその債務からの解放が認められなければならないとの認識はフランス法と共通しており、その債務解放の契機となる「引取」が買主による目的物の有体的持ち去りと理解されていることもまたフランス法と共通するのである。

このように、債務者としての売主をその引渡義務から解放する制度の一環として買主の引取遅滞制度を理解すべきことは、売買目的物が不動産の場合に如実に示される。フランス法では、所有権は契約締結時に移転するが原則であるから、売主が引渡義務から解放されるために買主の協力を求めなければならないのは直接占有ないし所持の移転のみであり、引取の内容もそのように理解されている。⁵⁴これに対して、ドイツ法では、買主が引渡に協力しない場合には売主に占有放棄が認められるため、売主がその債務から解放されるために必要なことは買主が所有権の移転に協力することである。そこで、ドイツ法では不動産売買の引取の内容としては買主の所有権移転への協力が理解されているのである。

尤も、こうしてフランス法とドイツ法に共通の「引取」概念が抽出可能であるとしても、そこには差異も存在するのは事実である。つまり、ドイツ法では、買主の「引取」とはもっぱら物の有体的持ち去りと解釈されるのに対して、フランス法では、有体的持ち去りを中核に据えながらも、引渡への協力的行為をも含む一定の広がりをも有する概念として把握されている。この差異は、ドイツ法における「引取」が第一義的には売主の引取請求権に向けられていることから理解されうる。独自に提訴可能な引取請求権は買主の協力的義務一般にまでは拡張され得ないのである。⁵⁵しかし、ドイツでは買主の各種協力的義務が引取義務と並んで認められているのであり、その協力的

義務の訴求可能性およびその義務違反として損害賠償請求等の各種法律効果が認められ得ることからすれば、解除にはなお消極的ではあるとはいえ、さほど差異は認められないものと考えられよう。⁽⁵⁶⁾

また、ドイツ法では、引取義務の制度趣旨はもっぱら売主の現実の占有状態からの解放と理解されてきた。しかし、引取義務をその趣旨でのみ理解するにとどまらずに、それより広い観点から把握しようとするのが解除の効果の差異となつて現れるように思われる。つまり、フランス法では物の価値の下落の不利から売主を保護し、また物の価値の高騰によつて得られる利益を保護することに引取義務の趣旨が見出されるのである。⁽⁵⁷⁾ ドイツでは、こうした制度趣旨の理解が民法施行直後には見られたが、そうした主張は双務契約における給付の対価性の形式的・理論的構成の背後に退かざるを得なかった。勿論、この形式論理は個別ケースにおける主たる給付義務としての買主の引取義務の許容によつて緩和されてはいるが、それにも限界があるし、こうした制限には批判も存在することは先述した。⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾

以上のような比較の帰結は、我が国の解釈論にどのように反映されるのかを検討してみよう。

- (1) とりわけこの点を強調するのは、Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 6^{ème} éd., Paris, 1992, numero 512, p.266. カルボニエは「この点が」とりわけ非有体動産の売買の際に一六五七条の適用を正当化する最も重要な理由付けとなるとして、株式売買において資金事情の悪化から取引の展開を拒否した買主に対して、売主の一六五七条による売買解除を認めた破棄院判決の意義を指摘する (Cass. com., 21 avri 1950, S.1951,1,47, obs. Jean CARBONNIER, R.T.D.civ.,1951,p.262.)。そもそも、ポルタリスによれば一六五七条は売主を価格の下落の不利から保護することにその主眼がおかれて立法されたのである。
- (2) こうした点については、拙稿「売買における買主の引取遅滞制度の意義と機能——一九世紀のフランス法及びドイツ法を中心に——」法学政治学論究四号(平成二年)一五八頁以下を参照。

- (3) 「〇点ごころいぢ」 François GÉNY, De l'application de l'article 1657 du code civil aux ventes de bois sur pied entre particuliers, J.C.P., 1944, I, 396.
- (4) GÉNY, J.C.P., 1944, I, 396, op.cit. numero 5. 破棄院は「一九三二年四月一三日の民事部判決で」「一六五七条の規定は一般的である。それは、全ての動産売買に適用される」として、立木伐採取引への一六五七条の適用を認めたと。Cass. civ., 13 avril 1922, S.1923, I, 14.
- (5) 拙稿・前出注(2)一六〇頁参照。
- (6) 「〇の点ごころいぢ」 Jassuda BÉDARRIDE/Benjamin ABRAM, Des achats et ventes, Nouvelle éd., 1909, Paris, numero 402, pp.345 et suiv., Jean PARAMELLE, De l'obligation pour l'acheteur d'effets mobiliers de prendre livraison, Thèse, Paris, 1927, pp.61 et suiv., Charles LYON-CAEN et Laurent RENAULT, Traité de droit commercial, 5^{ème} éd., t.3, Paris, 1923, numero 121, pp.117 et suiv., Jean HENARD, Ventes, transports et autres contrats commerciaux, R.T.D.com., 1969, numero 10, p.791, Michel DE JUGLART et Benjamin IPPOLITO, Droit commercial, vol.4, Paris, 1974, numero 1876, p.519, Alfred JAUFFRET et Jacques MESTRE, Manuel droit commercial, 19^{ème} éd., Paris, 1989, numero 582, p.360.
- (7) André LECLÈRE, Les délais d'exploitation des coupes de bois, Le Bois, 1942, août, 10-25, Les délais d'exploitation de retraitement, Le Bois, 1943, mars, 25.
- (8) GÉNY, obs., J.C.P., 1944, II, 2543. むらむシエニーは「フルーシュ判決が引用する破棄院判決の趣旨はもっぱら立木伐採売買への一六五七条の適用を肯定する点にあるとして、その判決が引取を伐採と解釈したわけではないと主張する。
- (9) GÉNY, J.C.P., 1944, I, 396, op.cit. numero II, [E]dit' O.G.M., Les délais d'exploitation des coupes de bois, l'Action Forestière et Piscicole, 1942, décembre, numero 69, p.1.
- (10) シエニーは「ウジエ判決およびナンシー判決の注釈で、物の持ち去りとしての「引取」概念がそれらの判決で採用されていることを確認し支持しているのである。GÉNY, obs., J.C.P., 1946, II, 3303, obs., J.C.P., 1947, II, 3869.
- (11) 破棄院判決の注釈において、「ヘッケは」「この破棄院の判決は——従来複数の判決で認められてきた——動産売買とみなされる立木伐採売買への民法一六五七条の適用を最終的に疑問の余地のないものとする」とし、「判決が示す

- 「引取」概念を確認する。Emile BECCUÉ, obs., J.C.P., 1949, II, 5075. これに対して、カルボニエは「立木伐採売買が純粹な売買契約ではなく、伐採区域を均すところを為す債務を買主側が請け負っている特殊な契約と見るべき余地のある」を指摘する。Jean CARBONNIER, obs., R.T.D.civ., 1949, p.536.
- (12) Claude GIVERDON, Les obligations fondamentales de l'acheteur, in Joseph HAMEL, La vente commerciale de marchandises, Paris, 1951, numeros 43 et 44, pp.277 et suiv.
- (13) Henri, Léon et Jean MAZEAUD, François CHABAS et Michel DE JUGLART, Leçons de droit civil, t.3, vol. 2, 7^{me} éd., Paris, 1987, numero 1022, p.356.
- (14) Jean et Edouard ESCARRA/Jean RAULT, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux par Jean HÉMAR, Paris, 1953, numero 265, p.142. Marcel PLANIOL, Georges RIPERT et Joseph HAMEL, Traité pratique de droit civil français, t.10, contrats civils, 2^{me} éd., Paris, 1956, numero 142, p.162, Jacques GHESTIN et Bernard DESCHÉ, Traité des contrats, la vente, Paris, 1990, numero 1098, pp.1103 et 1104, François COLLART DUTELLEUL et Philippe DELERBEQUE, Contrats civils et commerciaux, 2^{me} éd., Paris, 1993, numero 342, p.273, Jean-Jacque BARBIERI, Contrats civils Contrats commerciaux, Paris, 1995, p.61., Olivier BARRET, Répertoire de droit civil, t. 9, Paris, 1955, v. Vente, numero 1825, p. 137.
- (15) GIVERDON, op.cit., numero 45, p.279. MAZEAUD, CHABAS et DE JUGLART, op.cit., numero 1022, p.357. ウィーン統一売買法六〇条を参照して、債権者の協力義務を広く認めようとするのは Bernard GROSS et Philippe BHR, Contrats, t.1, Paris, 1993, pp.283 et suiv.
- (16) 近時、フランスでは債務者の各種義務はもろろん、債権者の協力義務も広く認めようとする傾向がみられる。とりわけ、さうした義務の体系化を試みるものとして、Yve PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse, Paris, 1989, numeros 85 et suiv. pp.101 et suiv. フランス法のこうした事情については、後藤卷則「契約の締結・履行と協力義務(一)(二)(三)」民商法雑誌一〇六巻五号(平成四年)五五頁以下、六号三九頁以下、一〇七巻一号二四頁以下を参照。フランスでは、こうした契約両当事者への各種義務づけは、契約当事者に実質的な対等の関係を作出するうえで有効な方策である点に意義が見出されているのである。すなわち、「劣等の地位と想定される側の利益のために、均衡を回復する一方的介入を正当化する契約上の均衡に関する現代的関心に明白に代わ

- りうるのは、当然とされる双方性に由来する豊富な協力の精神である」(Jacques MESTRE, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, R.T.D.civ., 1986, p.102.)。
- (17) Cass. req., 8 novembre 1926, S.1927.1.31. また、マニオク粉の売買において、買主が重量と品質を検査して後に買主が引取を拒絶した事例で、破棄院は売主による一一八四条に基づく契約の解除を認めた。Cass. req., 19 mars 1929, S.1929.1.245.
- (18) Jean-Louis BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, Paris, 1983, numero 535, p.395, PARAMELLE, op. cit., p.18, PLANIOL, RIPERT et HAMEL, op. cit., numero 142, p.162, GHESTIN et DESCHÉ, op. cit., numero 1098, pp.1103 et 1104, COLLART DUTILLEUL et DELERBEQUE, op. cit., numero 342, p.273, BARRET, op. cit., numero 1826, p.137.
- (19) ドイツ法における引取概念については、古く乾氏の研究が存在する。乾政彦「債権者ノ引取義務 (Die Abnahmepflicht des Gläubigers)」法政大学創立三十周年記念論文集(法政大学・明治四二年)四一〇頁以下。しかし、その本格的な研究は、遠田教授の一連の研究に始まるといっても過言ではなからう。遠田新一「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——」契約法体系Ⅰ(有斐閣・昭和三七年)二九四頁以下、「買主の受領遅滞と売主の解除権(一)(二)」政経論叢(広島大)一一卷二号(昭和三七年)三九頁以下、二号二頁以下、「受領遅滞——その一」遠藤浩川井健川西原道雄編・演習民法(債権)(青林書院新社・昭和四七年)六五頁以下。さらに、浜田稔「付随的債務の不履行と解除」契約法大系Ⅰ(有斐閣・昭和三七年)三二〇頁、奥田昌道・注釈民法(10)(有斐閣・昭和六三年)二四六頁以下、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。また、イギリス法とドイツ法との「引取」概念の比較について、渡辺博之「受領遅滞における『受領』と『引取』の区別について——売買契約を中心として——」國學院法政論叢二輯(昭和五六年)九五頁以下。
- (20) Josef KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug*, J.J., Bd.17, 1879, S.268.
- (21) Josef KOHLER, *Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch*, ArchBürgR., Bd.13, 1897, S.149f.
- (22) 引取義務に関する普通法上の議論ならびにドイツ民法典の制定過程については、拙稿・前出注(2)一六四頁以下を参照。

- (23) このテーマはドイツ民法典の制定直後には、格好の学位論文のテーマとして取り上げられ、数多くの論文が発表された。それらの論文に共通するのは、引取の義務性を否定する立場、「受領」と「引取」をともに受領概念に固有の内容として理解する立場、「受領」と「引取」を区別して引取義務を認める立場に区別・整理することである。Konrad SCHÖFFER, Die Abnahmepflicht beim Kauf- und Werkvertrag, Leipzig, 1903, S.52ff., Alfred ROSENTHAL, Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Bonn, 1904, S.14ff., Paul OBERLOSKAMP, Abnahmepflicht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich, Borna-Leipzig, 1905, S.4ff., Friedrich SCHMITZ, Von der Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, Borna-Leipzig, 1906, S.8ff., Wilhelm STRIEBINGER, Der Begriff der Abnahme bei Kauf und Werkvertrag, München, 1906, S.28ff., Konrad ZEEDEN, der Abnahmeverzug beim Kauf und seine Wirkungen, Rosstock, 1907, S.17ff., Fritz GERHARD, Die Abnahmepflicht des Käufers nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Schillingheim, 1910, S.25ff. 本稿でも以下では「かつした学説の整理に就く」こととする。
- (24) KOHLER, Zwölfe Studien, a.a.O., S.240ff.
- (25) ROMEICK, Zur Technik des B.G.B., Heft.1, Stuttgart, 1901, S.56ff.
- (26) Ernst JACOBI, Die Abnahmepflicht des Käufers, J.J., Bd.45, 1903, S.259ff.
- (27) Leo ROSENBERG, Der Verzug des Gläubigers, J.J., Bd.43, 1901, S.245ff.
- (28) ROSENBERG, a.a.O., S.253f. 例えば「ローゼンタールは「履行としての受領」を、「受領者が給付を単に事実上有体的に受領するのではなく、その際にあるいは何らかの仕方では彼が給付を、彼の債権（契約）に主要部分において適合する履行として承認すること」と定義し、それは、「通常、受領者が受領された目的物を自身の利益と所持の目的で自由に処分できる場合に認められる。例えば、買われた商品を加工し、転売し、自身で費消し、継続的に利用し、完成された家を居住用に賃貸する等」と説明する (Heinrich ROSENTHAL, B.G.B., 15 Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1965, §363, RdNr.1051, S.382.)。かつした理解は一般的にドイツで承認されよう。ドイツ民法典三六三条の「履行としての受領」概念の詳細については機会を改めて検討することとするが、さしあたり、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——」法学研究六九卷一号（平成八年）二六四頁以下を参照。

- (29) ROSENBERG, a. a. O., S. 256.
- (30) ローゼンベルクは両制度の差異について次のように説いている。「債権者の遅滞は、提供された給付の不受領を要件とし、これに対して、引取遅滞は引取の過失ある不作為を要件とする」(ROSENBERG, a. a. O., S. 259.)。
- (31) シュタウプは、「受領義務と引取義務は、当然、その本質においてもその外見においても同様である」と説きつゝ (Hermann STAUB, Kommentar zum H. G. B., 6/7 Aufl., Berlin, 1900, § 373, Anm. 1, S. 1258)、「商品を受領（ないし引き取る）義務は、買主が最終的に商品を引き取る」と解釈される。それは、商品を調査し、検査するための単なる一時的・暫定的なものではなく、むしろ最終的なものである。買主はその商品を留め置かなければならない」とも説くのである (a. a. O., § 373, Anm. 4, S. 1258)。また、コサックが、「買主は受領に関して債権者であるだけでなく、同時に債務者でもある」と説くのも「引取」を「受領」と同義に解しているものと考えられる (Konrad COSACK, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4 Aufl., Jena, 1903, S. 461.)。
- (32) エンデマンによれば、商品の引取 (Abnahme) は占有の移転に関わる概念であるが、「受取」は「買主が彼に引き渡された商品を契約に適合するものとして承認する行為」であるとし、隔地取引では両者は乖離するものとして区別する必要があることを説く。そして、商法典三四六条は、「契約に合った商品が契約の履行として引き取られ保たされなければならない」ことを定めると説くのである (Wilhelm ENDEMANN, Das Deutsche Handelsrecht, 4 Aufl., Leipzig, 1887, § 137f. S. 497ff.)。こうした区別は、テールの主張することでもある。すなわち、引取とは商品の持ち去り (Wegnehmen) であり、即座に買主はその義務を負うか、反面、売主は契約に合った商品を引き渡す義務を負うのであり、商品が契約に適合している場合には、それを拒否してはならず、そのことを三四六条が定めると説く (Heinrich THÜL, Das Handelsrecht, Bd. 1, 6 Aufl., Leipzig, 1879, § 273f., S. 895ff., S. 898, Fn. 4.)。このテールの見解は、ライヒ裁判所の説くところでもある。マンハイムに住む売主がメミンゲンに住む買主に商品を送付したか買主が引き取りを拒んだため、売主は商品の引取と代金の支払いを求めたところ、一審・二審ともにその訴えを認めたため、買主は裁判所の管轄権を争って上告した。ライヒ裁判所は上告を認容したか、その理由の中で、ライヒ裁判所は普通法の原則に基づいて売主に利益のある場合に引取の訴えか認められること、さらに「商法三四六条は、受取の訴権を認めたものではなく、寧ろ、それは三四七条（買主の検査・通知義務）との関連で、買主が契約に適合して引き渡された商品を拒絶してはならないとの意義を有する」と判示した (RG., Urt. von 25 Oktober 1881,

RGZ, 5-392)。また、ハンザの三四六条の「受取」を引渡の売主の申上りなきに於ける買主の承諾と同一理解の
 々の義務違反は受領遅滞をなすものと認むる (Friedrich von HAHN, Commentar zum allgemeinen deut-
 schen Handelsgesetzbuch, Bd.2, Braunschweig, 1875, Art 346, §1f., S.289f.)。このことは「受取」の「受領」
 せし一般的に「三四六条の「受取」は「受領」を意味する」と考へられる。

(33) Karl LEHMANN, Die Bedeutung der Ausdrucke „Abnahme(Empfangnahme)“ nach dem bürgerlichen Ge-
 setzbuche und dem Handelsgesetzbuche, DJZ., 1902, S.493f.

(35) このことは藍谷徳臣や松本浩一が Gottlieb PLANCK, B.G.B., Bd.2, 1/2 Aufl., 1900, Berlin, §433, Anm.7,
 S.228, Carl CROME, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Tübingen/Leipzig, 1902, S.424, Fried-
 rich ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 9 Aufl., Berlin, 1903, S.794, Fn.7, Friedrich SCHOLL-
 MEYER, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B., 2 Aufl., Berlin, 1904, S.38, Bernhard MAT-
 THIAS, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5 Aufl., Berlin, 1910, S.282, Paul OERTMANN, Kommentar zum
 B.G.B., Buch 2, 3/4 Aufl., Berlin, 1910, §433 3 b, S.380, Julius von STAUDINGER/Karl KOBBER, Kommentar
 zum B.G.B., 7/8 Aufl., München/Berlin, 1912, §433 IX 2, S.579f., Adelbert DÜRINGER/Marx HACHENBURG/
 Viktor HOENIGER, Das H.G.B., Bd.5, 3 Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig, 1932, Vor §373, Anm.78f., S.77ff.
 ROSENTHAL, a.a.O., RdNr.1050f., S.381f., Ludwig ENNECCERUS/Heinrich LEHMANN, Lehrbuch des Bürger-
 lichen Rechts, Bd.2, 12 Aufl., 1932, Marburg, S.371, Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang STEBERT/Kurt BALLER-
 STEDT, B.G.B., Bd.2, 9 Aufl., 1962, Stuttgart, §433, RdNr.86, S.25, Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuld-
 rechts, Bd.2, 9 Aufl., 1968, München, S.67, Hans-Robert MEZGER, R.G.R.Kommentar zum B.G.B., 12 Aufl.,
 1975, Berlin/New York, §433, RdNr.65,67, S.72f., Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang STEBERT/Ulrich HU-
 BER, B.G.B./Stuttgart/Berlin/Köln, 1991, §433, RdNr.258, S.247, Otto PALANDT/Hans PUTZO, B.G.B., 51
 Aufl., 1992, München, §433, RdNr.35, S.483, Walter ERMAN/Robert BATTES, Handkommentar zum B.G.
 B., Bd.2, 9 Aufl., 1993, Münster, §433, RdNr.36, S.939, Harm Peter WESTERMANN, Münchener Kommentar
 zum B.G.B., Bd.3, 3 Aufl., 1995, München, §433, RdNr.78, S.70, Julius von STAUDINGER/Helmuth KÖHLER,
 Kommentar zum B.G.B., 13 Aufl., Berlin, 1995, §433, RdNr.188,191, S.119f.

- (35) ROSENBERG, a.a.O., S.258.
- (36) ROSENBERG, a.a.O., S.260.
- (37) Felix MAKOWER, Handlungsbuch mit Kommentar, Bd.2, Buch 3, 13 Aufl., Berlin, 1907, § 373 V a. S. 1140.
- (38) ローゼンベルクの挙げる前者の例については、弁済が債務内容の客観的充足によって成立するなら、買主が履行としての受領を拒否することは法的に意味はなく、こうした引取遅滞のない受領遅滞といった両制度の乖離を論じる意味もまた存在しなくなる。むしろ、マコーヴァーの例に対しても、買主にはそのような事例では売主を占有（但し、ここでは間接占有）から解放する意図がない以上、引取もないとの反論が提起されている（ZEEDEN, a.a.O., S.28 f.）。他方、受領遅滞なき引取遅滞の事例はローマンによれば認められないとされる。売主は目的物の処分権限を買主に調達する義務を負うことからすれば、買主が持ち去らない限りはその義務は履行されない。権利の放棄は「ここ」では受領権の不行使であり、その場合には「買主は受領遅滞に陥ると言うのである（LEHMANN, a.a.O., S.493, 同註 ZEEDEN, a.a.O., S.30）。⁴⁰」エンヂマンは「実際には引取の拒絶は常に受領の拒絶も含む」とを指摘する（ENDEMANN, a.a.O., S.937, Fn.24.）。
- (39) SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT, a.a.O., § 433, RdNr.87, S.25. 同註 Josef ESSER, Schuldrecht, Bd.2, 4 Aufl., Karlsruhe, 1971, S.23.
- (40) ROSENBERG, a.a.O., S.260ff. その他「前出注（34）に挙げた通説の文献を参照。」
- (41) RG., Urt. von 22 März 1904, RGZ., 57,400.
- (42) 売主の引取請求権は民事訴訟法八七条の代替強制制によって強制執行されると解される。SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O., § 433, RdNr.268, S.251f., Eberhard SCHILKEN, Münchener Kommentar zur Z.P.O., Bd.3, 1992, München, § 887, RdNr.7, S.531, Adolf BRAUMBACH/Peter HARTMANN, Z.P.O., Bd.1,54 Aufl., München, 1996, § 887, RdNr.20, S.2001.
- (43) Adelbert DÜRINGER/Marx HACHENBURG, Das H.G.B., Bd.3, 1905, Mannheim, S.109f. の点について von STAUDINGER/KOBER, a.a.O., § 433, IX 2, S.581ff. 引取義務違反に基づく三二六条による契約解除または不履行に基づいて損害賠償を認めるのは ROSENBERG, a.a.O., S.260ff., CROME, a.a.O., S.425f., COSACK, a.a.O., S.

461, ENDEMANN, a.a.O., S.937, Fn.24, SCHOLLMEYER, a.a.O., S.38, DÜRINGER/HACHENBURG/HOENIGER, a.a.O., Vor § 373, Anm.83, S.80.

(4) von STAUDINGER/KOBER, a.a.O., § 433 IX 2, S.581ff. OERTMANN, a.a.O., § 433 3b, S.379, SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT, a.a.O., § 433, RdNr.89, S.25f., ESSER, a.a.O., S.23f., LARENZ, a.a.O., S.67, MEZGER, a.a.O., § 433, RdNr.65, S.73, ERMAN/BATTES, a.a.O., § 433, RdNr.35, 38, S.939f., SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O., § 433, RdNr.274, S.254f., Dietrich REINICKE/Klaus TIEDTKE, Kaufrecht, 5 Aufl., 1992, Neuwied/Kriftel/Berlin, S.59, PALANDT/PUTZO, a.a.O., § 433, RdNr.36, S.483, WESTERMANN, a.a.O., § 433, RdNr.77, S.70, von STAUDINGER/KÖHLER, a.a.O., § 433, RdNr.196, S.121.

(45) 判例がそうした特殊事情を認めたケースとしては、ジャガイモの売買において、ジャガイモに瑕疵があった場合に備えて予め契約上に特別な措置が定められていたときには、売主がそうした措置で法律関係を明確化するところ特別な利益があったとして引取を主たる給付と認めた事例がある (RGZ. 92, 268)。その他、判例において引取義務が主たる給付義務として扱われた主な事例としては、船渡しでの売買 (RGZ. 57, 112) 大量生産製品の売買 (RGZ. 57, 112) 大量の石炭の継続的な売買で引取がないことよって炭坑の正常な経営が妨げられる場合 (RG., Recht, 1905, Nr.1835, S.470) 煉瓦の継続的な売買契約において煉瓦の引取がなされないと煉瓦製造工場の操業が妨げられる場合 (RG., Recht, 1907, Nr.430, S.247) ヤメントの継続的な引渡を内容とする売買 (BGH, DB, 1975, 1407) 果実とつた傷みやすぐ商品の売買 (OLG. München, BB, 1957, 663) 立木伐採売買 (RG., LZ, 1926, 109) 等が挙げられる。このよう事例では、売主が買主による引取に格別の利益を有するものとされている。この点について後掲の BGH, NJW, 1972, 99 を参照。

(46) SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT, a.a.O., § 433, RdNr.85, S.25, Mezger, a.a.O., § 433, RdNr. 69, S. 74, SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O., § 433, RdNr.266, S.250f., ERMAN/BATTES, a.a.O., § 433, RdNr.36, S.939f., WESTERMANN, a.a.O., § 433, RdNr.78, S.71, von STAUDINGER/KÖHLER, a.a.O., § 433, RdNr.189, S.119, の中で、ヴォルフは、通説が引取を事実上の物の持ち去りと定義することを指して、それが動産にしか妥当でないことを批判する。彼の定義によれば、引取は「所有権の取得と占有の取得を買主の下で生じさせるために買主の側で必要な行為を行うこと」であり (Ernst WOLF, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, Köln/Berlin/Bonn/München, 1978,

S.14f.)、通説の理解よりも引取の内容が広がる可能性がある。

(47) 不動産取引において買主の引取義務が主たる義務とされた事例としては、ライヒ裁判所が、土地の売買において、買主の代金支払債務を担保するために当該土地に抵当権が設定される合意がされたにもかかわらず、買主が所有権移転に協力しなかったケースについて、抵当権設定の前提条件である所有権移転合意への買主の協力義務を主たる給付義務として、売主の三二六条の救済の可能性を認めた事例がある (RGZ. 69, 103)。また、ライヒ裁判所は、通常時には登記移転への買主の協力が従たる義務であるに過ぎないとしつつ、第一世界大戦直後のインフレーションの時勢下では土地に対するとりわけ公法的負担が重いため、主たる義務と認定して売主の三二六条に基づく請求を認めた (JW. 1927, 1026)。学説においては、不動産売買における買主の引取義務は主たる義務と考えられているとの指摘もある (SOERGEL/SIEBERT/HUBER a.a.O.: § 433, RdNr. 274, S. 254)。

(48) RGZ. 57, 105. これらの判決で言及されている「引取」概念に買主の協力義務を含める解釈論を提示するのはデュリンガー・ハッペンブルクである。その見解によれば、買主が売主の引渡義務の履行を可能ならしめるために必要な全ての行為が引取であるところ (DÜRINGER/HACHENBURG, a.a.O.: S. 50f.)。この見解は後にヘニガーによって改訂された版でも維持されている (DÜRINGER/HACHENBURG/HÖENIGER, a.a.O.: Vor § 373, Anm. 78, S. 77f.)。

(49) このことを指摘するのは、Uwe Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge, Habilitation Heidelberg, Berlin, 1976, S. 39, S. 250ff. あるいは「ヒューファー」は、引取義務が債権者に認められた例外的な義務であって、一般にはそれ以外に債権者に協力義務を認める必要はないと説く。要するに、コーラーのテーゼを厳格に維持しようとするのである。しかし、債権者としての買主に引取義務以外にも広範な協力義務を認めることについては一般的には争われていない。たとえば、Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT/Herbert WIEDMANN, B.G.B., 12 Aufl., 1990, Stuttgart/Berlin/Köln, Vor § 293, RdNr. 17ff., S. 111ff. SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O.: § 433 Anhang 1, RdNr. 113ff. S. 336ff., von STAUDINGER/KÖHLER, a.a.O.: § 433, RdNr. 190, 204ff., S. 119f. 123ff. したがって、それらの義務が引取義務とは別立てて観念される点かフランス法との違いなのである。ヒューファーの見解については、田中・前出注 (19) 三七頁以下に詳細な紹介がある。

- (60) Frank PETERS, Der Anspruch auf Abnahme bei Kauf und Werkvertrag, im Festschrift für Max Keller, Zürich, 1989, S.221ff.
- (61) SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O., § 433, RdNr.257, S.246f.
- (62) SOERGEL/SIEBERT/HUBER, a.a.O., § 433, RdNr.275, S.255.
- (63) フランス法では「コーラーのテーゼが紹介されたことはあるが、一般的に受け入れられてはなかった。この点については Dénètte J. BARONCEA, Essai sur la Faute et le Fait du Créancier, Thèse Paris, 1929, numero 50, pp. 138 et suiv. しかし「瑕疵担保責任をめぐる議論において「受領(acceptation)」概念と「受取(réception)」概念との峻別論が有力に展開されている。つまり、売主が瑕疵ある物を給付した場合にはそれを買主が現実を受け取ってもその物の検査をする機会が現実化したに過ぎず買主はその瑕疵に基づいて売主に対して一般債務不履行の責任を追及することができるが、買主が「受領」して以降は弁済による債務の消滅の結果もはや債務不履行責任の追求が認められない。ただし、検査を通して発見されなかった「隠れた瑕疵」については「受領」以降瑕疵担保責任が追及できることになる。こうした債務不履行責任と瑕疵担保責任の適用領域を「受領」時を基準に区画する見解が「時的区分説(Théorie de la répartition chronologique)」と呼ばれつづるのである(Robert ZÉRAH, La garantie des vices cachés, Théorie générale du vice rédhibitoire dans les ventes de marchandises, in Joseph HAMEL, La vente commerciale de marchandises, Paris, 1951, pp.387 et suiv., Michel ALTER, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, Thèse, Paris, 1972, numero 130, pp.220 et 221, Jacques GHESTIN, Conformité et garanties dans la vente, Paris, 1983, numero 218 et suiv., pp.210 et suiv., MALAURIE et AYNÈS, op. cit., numero 321, pp.207 et suiv. こうしたフランス法の詳細は、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察(三)」法学協会雑誌一〇八巻五号(平成三年)七九一頁以下、平野裕之「シャック・ゲスタン教授の瑕疵担保責任論(一)」——ゲスタン、デシエ著『契約概論・売買』より「法律論叢六四巻一号(平成三年)二〇四頁以下を参照)。そこでは物理的な引渡の完了をもたらず債権者側の協力行為としての「受取」と目的物の契約適合性を承認して弁済行為の完了をもたらず債権者の意思表示である「受領」が明確に峻別されているのである。そこで「受取」と「引取」がどのような関係に立つのかがさらに問題となるが、この点は少なくとも瑕疵担保責任の問題意識の中では論じられていない。しかし、フランス法における「引取」概念の広範な内容を考えると、「受取」概念はそれよりも狭く、目的

物の直接占有ないし所持の移転のみを意味するものと考えることが可能ではなからうか。そうであれば、フランス法でも「権利テーゼ」は問題にならないものの、ドイツ法と同様に「受領」と「引取」の概念峻別が行われており、さらにその内容も対比可能な程度には近いものであると結論できるように思われる。この点については、第四章注(6)を参照。

(54) フランス法上、一二五七条以下の提供および供託の制度が不動産取引に適用されるのか否かについてはあまり論じられてきてはいない。しかし、フェは、不動産取引の債務者も債権者の不当な受領拒絶に対して債務から解放される利益を有していることから、一二六四条の手續きに倣ってまず債権者に催告し、それに債権者が応じない場合には裁判所に管理人 (sequestre) を任命するように請求できるとし、こうした解決は裁判所による管理人への紛争目的物の寄託を命じることと認めるフランス民法典一九六一条にも適合すると主張している (Paul BOUET, *Des offres réelles*, Thèse, Paris, 1910, p.159)。不動産取引への一二六四条の適用を認めるべきことは既にトッモロンが主張した¹²³。 (Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, t.5, Paris, numero 172, p.123.)

(55) HÜFFER, a.a.O., S.39, von STAUDINGER/KÖHLER a.a.O., § 433, RdNr.190, S.119f.

(56) Ernst RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd.2, Berlin, 1958, S.89ff., LARENZ a.a.O., S.68, HÜFFER, a.a.O., S.220ff., von STRUDINGER/KÖHLER a.a.O., § 433, RdNr.190, S.119f.

(57) 前出注 (1) 参照。

(58) ドイツ法における売主の保護のあり方については、一般ドイツ商法典以来の歴史的経緯が関係するとの指摘がある。普通法上は、売主の保護は買主の支払遅滞に基づく履行請求権と遅延賠償および自売売却権であった。しかし、迅速な取引展開を求める商事売買ではそうした救済では不十分であったため、契約の解消が要請されたのである。しかし、一般ドイツ商法典では自売売却が売主の主要な救済にとどまり、解除は認められなかった(三五四条)。これに対して買主の救済には、契約の解除または不履行に基づく損害賠償が認められていた(三五五条)。民法典制定の際には、この両者の救済のあり方の差異が批判され、売主にも解除または損害賠償が認められることとなった。従って、とりわけ買主の義務不履行に対する売主の法的救済には「契約履行への固執 (Beharren)」の残滓が色濃く残る。この点をアメリカ法との比較から指摘するのは、Günter HAGER, *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht*, Frankfurt am

Main, 1975, S.119ff., 141ff. 以下) 売主が三二六条により不履行に基づく損害賠償という解放的権利を主張するに際しても、賠償差額説の賠償代償説に対する勝利がなければ完全ではなかった。つまり、賠償代償説によれば売主は損害賠償を請求しても何ら改善された地位には立たないのである。この点については Ulrich HUBER, Die Rechtsbehalte der Parteien, insbesondere der Erfüllungsanspruch, die Vertragsaufhebung und ihre nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu E.K.G. und B.G.B., im (Hrsg.) Peter SCHLECHTRIEM, Einheitsches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung, Baden-Baden, 1987, S.208ff. 以下) 同様な意味でも売主の契約への束縛が根強い背景がドイツ法には伝統的に存在するとも思える。

(59) 連邦通常裁判所の判決では、引取義務が主たる義務と認められる場合とは要するに引取について売主が特別の利益を有する場合であるとされるものがある(前出注(45)参照)。フランス法では、一六五七条の要件としては引取期限が合意されていなければならぬことが挙げられる。従って、引取期限が合意される背景には、一定期限内での引取に売主が特別の利益を有することを推測することは可能であろう。尤も、近時のフランスでは合意された期限の要件が緩和される傾向にあり、たとえば、引取自体の期限についての合意がなくとも、代金支払の期限について合意されていれは引取期限についても黙示に合意されているとした判決もある(Cass.com., 21 avr. 1950, S.1951, 1, 47, BARRET, op. cit. numero 1829, p.137)。また、一六五七条ではなく一八四条による解除に際しては引取についての合意要件は存在しないため、ドイツ法よりも遙かに解除が認められやすいシステムであることは争われ得ないであろう。