

瑕疵担保責任の再構成

——不特定物売買との関係を中心に——

藤 田 寿 夫

はじめに

第一章 ツァンとクレマーの見解

一 瑕疵担保責任の再構成

- (一) 瑕疵担保責任の本質
 - (二) 瑕疵担保責任と給付義務
 - (三) 不特定物売買と瑕疵担保
 - (四) 売主の給付義務の内容
 - (五) 性質保証の性格
 - (六) 瑕疵を黙秘した場合の責任の性格
 - (七) 給付合意の効果
 - (八) 瑕疵担保法と一般債務不履行法
- 二 履行認容
- (一) 履行認容の意義
 - (二) 履行認容表明
 - (三) 履行認容の要件

- (1) 明白な瑕疵発見のための相当な検査可能性
 - (2) 拒絶の不存在
 - (3) 矛盾する行態による履行認容
 - (4) 原始的不能に基づく履行認容
- 四 受領の際の留保
- 三 拒絶
- (一) 拒絶と認容撤回との関係
 - (二) 拒絶の要件
 - (1) 瑕疵ある物の給付
 - (2) 拒絶の効果
- 四 履行認容撤回
- (一) 矛盾する行態による撤回権の排除
 - (二) 代物請求権の性格
- 五 小括
- 第二章 日本法における不特定物売買と瑕疵担保
- 一 「受領」と拒絶——大正一四年判決
 - 二 履行認容の撤回——昭和三年判決
 - 三 大正一四年・昭和三年判決の影響
 - 四 昭和三六年判決の批判的検討

むすび

はじめに

不特定物売買と瑕疵担保責任との関係につき、最二小判昭和三六・一二・一五民集一五卷一五号二八五二頁は、売主の瑕疵ある給付を単に受領しただけでは、買主は一般債務不履行法上の請求権を失わないと判示するのに対し、判決例の中には、不特定物売買において瑕疵担保責任が認められるためには、売主の瑕疵ある給付を買主が履行として認容して受領することが必要であり、そのことにより給付物は特定され、危険移転が生じる、つまり、買主の履行認容により、一応売主は契約の履行をしたものとされるが、なお完全でなく、附加的に担保責任が認められると解するものもある。⁽¹⁾

学説の中には原始的不能論、特定物ドグマを批判する見解が出てきた。⁽²⁾ その見解によると、特定物の場合でさえ、売主にとっても、常に完全履行のほうがかんどうというわけではなく、解除や損害賠償よりも、修理や取替のほう⁽³⁾が望ましい場合もあること、及び、代価とのかねあいにおいて通常その価格の物が有する程度の性能・品質を具えていることを買主も予想し、売主もそれを給付する義務を負っていると考へてもよい、逆に、契約当事者である売主に一定の責任が課せられているのに、これに対応する債務がないと構成するのは不自然であるとの見地から、瑕疵なき物を給付する義務を認め、目的物に瑕疵あるときは給付義務の不完全履行であるとし、瑕疵担保責任は要件・効果の特殊性（無過失責任・期間制限）から特別不完全履行責任と位置づけられる。⁽⁴⁾ さらに、不特定物売買の場合において、売主が瑕疵ある給付をした場合、買主は拒絶できるが、履行として認容して受領すると、給付されるべき物はその物に特定され、外形的には一応履行義務はつくされたが、実質的には売主の給付義務は完了していないので、責任追及期間等特殊な制限をうけた特別不完全履行責任としての瑕疵担保責任が発生し、一般債務不履行

責任は排除されるとの考えが主張される。⁽⁵⁾

この新説によるときは、特定物、不特定物を問わず、履行利益賠償の認められる性質保証も瑕疵担保責任の一場合として位置づけられ、売主の特別不履行責任として捉えられる。⁽⁶⁾特に不特定物売買の場合に売主が保証された性質を欠く目的物を給付し、買主がそれを履行として認容し受領した場合でも、買主は瑕疵担保責任に基づき履行利益賠償を求めることができる。実は以下に述べるように判決例はすでにこの場合に瑕疵担保責任に基づき履行利益賠償を認めているのである。性質保証を特別不履行責任に位置づけられない場合には、担保約束を擬制する恐れが指摘され、⁽⁷⁾また、特定物ドグラを肯定し、瑕疵担保責任の外で損害担保約束を認めることは、瑕疵担保責任の期間制限を無意味とするという難点を有するのである。⁽⁸⁾

不特定物売買の場合において、売主が瑕疵ある物を引渡した場合には、売主はなお、瑕疵なき物を給付する義務を果していないのであるから、買主は瑕疵担保責任の効果として、短期時効期間に服する代物請求権を有する。⁽⁹⁾不特定物売買における代物請求権を常に一般債務不履行の効果と位置づける説によれば、信義則を援用したり、民法五四八条を類推することにより期間を制限するが、法的に不安定である。⁽¹⁰⁾

瑕疵担保責任を特別不完全履行責任ととらえる説に対し、本来の履行請求権と瑕疵担保責任との関係が不明確であると批判される。たとえば、本来の履行請求権はいつから短期追及期間に服する代物・追完請求権に転化するのか、瑕疵ある物の給付によって特定が生ずるのか、生ずるとしてそのことにより買主に対価危険も移転するのか、この場合、瑕疵担保による解除がなされたらどうなるのか、また、本来の履行請求権と瑕疵担保による解除・代金減額との選択、転化の時的関係はどうなるかなどの問題である。⁽¹¹⁾

本稿は、発見できる瑕疵の場合、引渡・受領に際して、買主は拒絶するか履行として認容し受領するか決定しな

ければならず、検査しても発見できない瑕疵の場合には、その瑕疵を発見した時点において、当初の履行認容を撤回するか維持するか決定しなければならないことにより、適用規範を明確にしようとするものである。そのために、アメリカ法における拒絶 (Rejection・UCC 二一六〇一条、二一六一二条)、受領 (Acceptance・UCC 二一六〇六条、二一六〇七条)、受領撤回 (revocation of acceptance・UCC 二一六〇八条) といった概念をドイツ法に導入しようとするクレマーの見解、及び、そのクレマーの見解にふさわしい瑕疵担保責任の再構成を試みるツァンの見解を第一章で紹介し検討する。第二章では、不特定物売買と瑕疵担保責任の關係に関する日本法の展開を判決例を中心に検討する。⁽¹²⁾

- (1) 大判大正一四・三・一三民集三・三三九、大判昭和二・四・一五民集六・二四九、大判昭和三・一二・一二民集七・一〇七一など。学説では末川・私法一九号(一九五八年)一二頁、二三頁、同「売主の瑕疵担保責任」『民法上の諸問題』(昭和一)二三三―二三六頁、池田「種類売買における瑕疵担保責任の有効性」法学新報六三卷八号五五頁以下、内池「瑕疵担保責任の前提」慶応創立百年記念論文集(昭三三)四七〇頁以下など。
- (2) 北川・契約責任の研究三三四頁以下。
- (3) たとえば星野・民法論集第三卷二二三頁以下。
- (4) 北川・契約責任の研究一八〇頁以下、五十嵐「瑕疵担保と比較法(一)」民商四一卷四六頁以下、同(二)・民商四一卷二四頁以下、星野英一「瑕疵担保の研究(日本)」民法論集第三卷二三五頁以下、山下末人「瑕疵担保と債務不履行」契約法大系Ⅱ一四四頁以下、田上富信「不特定物と瑕疵担保」演習(債権)二九六頁(青林書院新社一九七二年)。
- (5) 山下末人・法律時報三五卷二号九五頁、同「担保責任と債務不履行」『契約法大系Ⅱ』一三三頁、北川・民商四六卷六号一〇六二頁、五十嵐「瑕疵担保と比較法(二)」民商四一卷八八六頁以下。
- (6) 拙稿「性質保証と表示(一)・(二)・(三)」民商九三卷五号六号(一九八六年)、半田吉信「担保責任の再構成」(三嶺書房

一九八六年) 六四頁、二一八頁以下、森田宏樹・民法判例百選Ⅱ第三版(一九八九年) 一一三頁。

(7) 拙稿・民商九三巻五号七三〇頁、民商九三巻六号八六九頁。

(8) 森田・民法判例百選Ⅱ第三版一一三頁。

(9) 北川・契約責任の研究三三六頁、星野「瑕疵担保の研究(日本)」『民法論集第三巻』二三六頁以下、五十嵐「瑕疵担保と比較法」民商四一巻六号八八六頁以下、山下「担保責任と債務不履行」『契約法大系Ⅱ』一三七頁以下、同「瑕疵担保」『於保還暦・民法学の基礎的課題(上)』一八一頁以下。末川・私法一九号一五頁は慣習上の代物請求権を認め、広中「売主の担保責任」民法論集一〇八頁も末川説に好意的である。

(10) 星野・民法論集第三巻二一八頁。

(11) 下森「債権法論点ノート」(日評一九九〇年)三〇頁、奥田・債権総論(上)一六二頁注(1)。

(12) 下森「不特定物売買と瑕疵担保責任(一)」法学志林六六巻四号七七頁以下、高木多喜男「不完全履行と瑕疵担保責任」民法総合判例研究23、円谷峻「瑕疵担保責任」民法講座5の他、本稿で引用する文献も参照した。

第一章 ツアンとクレマーの見解

クレマーは主に第二節以下で紹介するように、アメリカ法における拒絶・受領(UCC二一六〇一条、二一六〇六条、二一六一二条)、受領撤回(UCC二一六〇八条)という概念をドイツ瑕疵担保法に導入しようとする。まず、そのクレマーの構成に適合的な瑕疵担保責任の構成を展開しているツアンの見解を第一節で紹介する。

一 瑕疵担保責任の再構成

(一) 瑕疵担保責任の本質

ツァンは、フルーメに賛成して、観念（したがって売買合意）は性質に及びうるとし、さらに、性質は売買対象と結合しているときのみ意味があるから、性質に関する観念（したがって意思表示）はつねに売買対象と結びついて生じなければならないとする。また、観念（したがって意思表示）は対象自体にも一定の性質をもった対象にも向けられうるとするが、観念が対象自体に向けられた場合でも、性質のない対象は存在しないので、売買対象それ自体を形造る性質をもった対象として観念に（その結果、法律行為にも）受け入れられうるとする。⁽¹⁵⁾

ツァンは合意された、あるべき性質と売買対象自体を形造る性質とを区別する。たとえば、売買当事者が売買対象として「この金のリング」と合意するとき、「金のリング」としてそのリングは売買契約の対象となったが、「金のリング」としてのそのリングを形成するすべての個々の性質は性質として観念されえず、したがってその個々の性質は売買契約上の対象合意に含まれず、「金のリング」として全体としての「この金のリング」のみが売買契約に受容されるとする。つまり、合意されたあるべき性質とは反対に、契約上の給付対象を形造る性質は、瑕疵担保法上、性質として考慮されないとする。そして、このことは特定物の場合だけでなく、原則として、給付されるべき対象、たとえば「金のリング」が種類的特徴によってのみ定められた種類物売買の場合も妥当するとする。特定物の場合も種類物の場合も、性質は物の使用可能性と関連して性質として観念されたときはじめて法律行為上の合意に受容されうるとする。さらに、性質が目的物合意に関連して法律行為意思に含まれるとき、性質合意があるとする。⁽¹⁶⁾

以上のように、種類物売買の場合も特定物売買の場合も、物の性質は、売買契約上の対象合意に含まれるので、法秩序は、売買対象についての買主の目的設定を保護しようとする瑕疵担保責任を、給付対象に関する分離しえない部分合意の意味での法律行為上の性質合意の結果とみなしうる。したがって物の瑕疵担保責任は、売買契約によ

って、つまり、売買契約上の給付合意によって根拠づけられるとする⁽¹⁷⁾。

売買目的物は買主に何がしかの利益をもたらすので、売買契約の当事者は売買目的物を売り買いしたというのが売買の本性である。したがって、法秩序は、任意規定の枠内で、物の一定の性質が売買当事者によって合意されたものとみなす。この場合において、法秩序は平均的買主に向けられた推定された当事者意思を顧慮する。したがって、瑕疵担保責任の責任根拠は、取引慣行に表明された具体的当事者意思に一致する、制定法により擬制された当事者意思である。瑕疵担保責任は、契約責任であるので、売買当事者は制定法により擬制された性質合意を越えて自発的に性質合意することもできる⁽¹⁸⁾。

ツァンは、制定法は（制定法によって擬制されたものを含めて）性質合意を売買目的物に関する給付合意の一部とみる。つまり、性質は売買目的物から離れて存しえないので、性質合意は、売買目的物に関する当事者の売買合意の一部としてのみ解される。したがって、性質合意は、本来の目的物合意と並存する、独立のものと解しえない。売買契約は、合意された給付の対象としての、一定の性質をもった売買目的物に関するもので、売買契約に基づき、第一次的には、売主は売買目的物とともに性質についても給付する義務を負担するとする⁽¹⁹⁾。

(二) 瑕疵担保責任と給付義務

フルーメは、特定物売買の場合の物の性質の点について給付義務を認めることは、物の性質に関する履行請求権でしたがって瑕疵修補請求権を買主に与えることを認めることとなるが、制定法は買主に瑕疵修補請求権を認めていないとして、特定物売買の場合に、物の性質の点についての給付義務を否定する⁽²⁰⁾。

ツァンは、売買契約債務は行為ではなく、むしろ目的物の給付にのみ向けられているので、一定の性質を有する

物を給付する義務から瑕疵修補義務は導き出しえないとする。また、ドイツ民法典の立法者が瑕疵を修補しえないこととかかわりなく、買主に解除・減額権を与えたように、履行請求権を認めれば必ず瑕疵修補請求権を認めるということにならないとする。ただし、買主が瑕疵修補を求めるとき、売主が瑕疵修補によって買主の瑕疵担保請求権を排除しうる場合があるとする。そして、ドイツ民法四六二条（買主の解除・減額権）、四六三条（買主の損害賠償請求権）、四八〇条（種類物売買）は買主のための特別の調整権を規定し、これは、元々の一次的給付義務不履行の変形した二次的調整権であるとする。⁽²¹⁾

(三) 不特定物売買と瑕疵担保

特定物売買の場合、給付対象ははじめから一定の特定物について合意されるが、種類物売買の場合の給付対象は種類的特徴によってのみ定められる。債権総論中のドイツ民法二四三条一項によれば、種類物債務者は、中等の種類及び品質を有する物を給付しなければならない。そのようにしてのみ種類物債務者は種類適合的に給付義務を履行できる。つまり、ドイツ民法二四三条では種類債務の特定が問題であり、売買目的物の種類適合的性質についての売主の給付義務のみを根拠づけるとする。引渡された物が種類適合性を越えて合意された性質に一致するかどうか、この意味において瑕疵がないかどうかについてはドイツ民法二四三条一項は基準でなく、ドイツ民法四五九条一項が基準であり、このことは二四三条一項と四五九条一項とが異なる機能をもつことと関連しているとされる。また、ドイツ民法二四三条一項の品質概念は、中等の種類・品質が売買当事者の目的設定にかかわりなく確定される限りでより客観的であるが、ドイツ民法四五九条の品質概念はつねに売買当事者の目的設定に向けられているのでより主観的であるとする。種類物債務者によって選択された物に瑕疵があるとされる場合、多くは、必要な平均的

品質が欠けるからであるが、必ずそうとは限らないとする。つまり、ツァンは、ドイツ民法二四三条は、種類に適合する物の履行という、種類物債務者としての売主の給付義務のみを根拠づけるが、ドイツ民法四五九条は瑕疵なき物の履行という売主の給付義務を根拠づけ、この点では、種類物売買も特定物売買も変わらないとする。そして、ドイツ民法四八〇条一項の種類物買主の代物請求権は、売主の元々の給付義務の変形した二次的調整権であるとする。⁽²²⁾

四 売主の給付義務の内容

給付義務の内容は、必要とあれば補充的制定法規範を活用して、当該債権関係の内容から生ずる。ドイツ民法四三三条によれば、売主は目的物引渡義務と目的物の所有権移転義務を負うが、物のあるべき性質については何も規定していない。物の性質についての売主の給付義務に関してはドイツ民法四三三条はドイツ民法四五九条と四六〇条によって補充されるとする。⁽²³⁾

特定物売買の場合の契約に適合する給付対象は、売買当事者が売買対象として「この金のリング」と合意すると、「金のリング」の通常の性質を有する金のリングである（ドイツ民法四五九条一項一文「通常の使用を消滅又は減少させる瑕疵」）。売主が売買交渉中に買主は中国ひすいを付けるためにこのリングを買うと知っているときには、契約に適合する給付対象は、中国ひすいを付けるのにリングが適合することである（ドイツ民法四五九条一項一文「契約により前提された使用に対する適性を消滅又は減少させる瑕疵」）。売買当事者が十八カラットの金の純度について合意すると、給付対象の契約適合性に属するのは、合意された純度である（ドイツ民法四五九条二項「保証された性質」）。これらの三事例すべてにおいて、合意された対象はこのリングであるが、法律行為上の合意ごとに

給付対象の規範的契約適合性は変化するとする。⁽²⁴⁾

以上のように、合意された性質は合意されることによって瑕疵担保法上特別の意味を獲得し、売主の給付義務の内容を補充する。合意された性質が欠けるか、合意された性質の一つが欠けるとき、そのリングは、性質について売買契約上の給付合意に一致しないという意味において契約不適合である。そのリングが合意された金の純度を有しないか、ひすいを付けるのに適しないか、金のリングが通常有すべき性質を持たないとき、性質の点について売買契約合意に一致せず、それゆえ契約不適合である。なるほど、そのリングは、履行のため合意された物の「同一性」の問題に関しては、すべての合意がなされたリングと同一である。売主がこの瑕疵あるリングを給付するとき、売主は「このリング」を給付した限りにおいて履行した。しかし、給付は不完全であり、給付義務は瑕疵あるまま履行された。その限りで、性質欠缺の点で瑕疵ある履行であるとする。⁽²⁵⁾

このことは原則として種類物売買の場合も異ならないとする。種類物売買の場合、瑕疵担保法上、契約に適合する給付対象は、合意された性質を有する、中等の種類・品質の物である。したがって、種類合意と性質合意は区別され、この両合意のどちらがあるかは解釈問題であるとする。瑕疵担保法の規制目的を考慮した性質概念から、性質合意の承認のためには、買主の目的設定が売主に知りうるが必要である。それゆえ、性質告知は疑わしきとき、種類合意としてのみ解されるべきであり、このように解しても、種類合意に基づき、ドイツ民法四五九条一項による、買主の目的設定への法的保護が与えられるので、結果的に買主の不利とはあまりならないとする。⁽²⁶⁾

それゆえ、売買当事者が「金のリング」と合意すると、契約に適合する給付対象は金のリングであり、リングも金であることも種類指定と解されるべきである。合意された性質は、性質合意もしくは行為基礎とされた性質要求が認定されない限り、ドイツ民法四五九条一項から客観的に定められるとする。売買当事者がひすいを付けることへ

のリングの適合性を合意したり、一八カラットの金の純度が合意された場合、これらが種類合意か性質合意かは解釈問題である。売主が瑕疵ある種類物を引渡すと、売主は種類適合的に給付したが、引渡された物の性質が売買契約上の性質合意に一致せず、契約不適合に給付し、給付対象の契約適合性の点で給付義務を不完全に履行したとする。売買目的物の具体化につき、買主の認容があつてはじめて瑕疵担保責任の問題となるので、瑕疵あることが同時に種類不適合や異種物に基づくかどうかは、瑕疵担保責任にとつて問題でないとする。⁽²⁷⁾

(五) 性質保証の性格

ドイツ民法四六三条第一文によれば、売買目的物が売買時に保証された性質を欠くとき、買主は、解除・減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。ここでは、通常の過失原則ではない帰責事由が問題とされている。⁽²⁸⁾ ツァンは、ここで売主は通常、買主よりも売買目的物の品質を検査でき、この検査可能性のため、買主は通常、特に売主の拘束的性質告知を頼りにしているから、すでに売買時に、保証された性質が欠けているにもかかわらず、売買目的物を検査せず売主が契約上物の性質について約束するとき、その性質欠缺のため買主に生じた損害は売主に帰責される、また、売主は性質保証という性質合意をすることによって、より高額の代金を獲得するのであるから、右損害の売主への帰責は正当化され、したがつてこの責任は、契約上の給付合意に基づく契約責任であるとする。⁽²⁹⁾ 性質保証した売主に帰責事由がある場合に履行利益賠償が認められるのである。

不特定物売買の場合の瑕疵担保責任は、売買目的物の特定を前提し、危険移転時に売買目的物が保証された性質を欠くだけで、買主は不履行に基づく損害賠償を請求できる。⁽³⁰⁾

(六) 瑕疵を黙秘した場合の責任の性格

ツァンは、瑕疵を悪意で黙秘した場合のドイツ民法四六三条第二文の責任も、性質合意の不履行についての責任であるとする。性質保証の場合には、契約当事者が自発的に性質合意をしたが、この責任の場合には、一定の性質はドイツ民法四五九条第一項により、両当事者によって合意されたものとみなされる。したがって、「合意された」性質についての売主の帰責要件も、性質保証の場合よりも厳格である。つまり、ドイツ民法四六三条第二文は、瑕疵がすでに売買時に存することのほか、売主の悪意を要求する。売主は瑕疵を知りながら沈黙し、高額の代金を獲得したのである。種類の売主は、通常前提される性質を欠く物を意識的に引渡すだけで、買主の不履行損害につき帰責される。⁽³¹⁾

(七) 給付合意の効果

売主は、契約上合意された性質を有する目的物を給付する義務を負うが、この給付義務を瑕疵ある物でもって履行しようとする、提供された給付は瑕疵ある給付である。売主が契約上の性質合意に一致する物でもって履行を開始するまで、買主は瑕疵ある物の受領を拒絶し、履行請求しうる。受領遅滞は現実の提供を前提するので、買主は受領遅滞になく、売買目的物の契約不適合のため買主が受領しないとき、危険移転は生じえない。買主は全給付義務の不履行を主張でき、売主を履行遅滞におき、売主の代金請求に対し、契約不履行の抗弁を提出し、場合によってはそれによって、瑕疵が修補できるとき、修補させることができる⁽³²⁾。ヘルベルガーと同様にツァンは、瑕疵なき物を給付する義務を認めないドイツ通説⁽³³⁾が、買主が瑕疵ある物の受領を拒絶するとき、ドイツ民法三二〇条以下の規定の準用を認めるのは、首尾一貫しないと批判する。なぜなら、ドイツ通説によれば、瑕疵ある物を給

付しても売主は義務を負っている物を給付したことになる、買主の受領拒絶や売主の履行遅滞は全く考慮されないはずだからとする。⁽³⁶⁾

買主が給付された物を履行として受領すると、受領された物に瑕疵があり、履行として通用させようとしなくても、買主はもはやドイツ民法三二〇条以下の適用を主張してはならず、もっぱら瑕疵担保法が通用するとする。買主は売主の履行の試みに対しつねに受領又は受領拒絶して、法律状態を決定しなければならないので、ドイツ民法三二〇条以下の規定と瑕疵担保規定の競合は問題にならないとする。⁽³⁶⁾

ドイツ民法三二三条以下の一部不履行に関する規定は、合意された性質を欠く物の引渡の場合を処理するのに適しない。ただし、この意味における瑕疵ある履行は、合意された性質の背後に通常、目的物についての買主の目的設定があり、通常の一部不履行よりも買主にとって重要であるからであり、また、売買目的物の性質をめぐって売主・買主間に情報格差があり、契約上の性質合意を特に保護する必要性があるのであるが、ドイツ民法三二三条以下の規定はこれらの点の配慮をしていないからである。さらに、不履行自体がはじめから明らかに確定される通常の一部不履行の場合と異なり、瑕疵ある履行の場合、最初は履行が契約に適合すると考えられることがまれではないので、スムーズな取引関係の清算及び証明が困難にならないという売主の正当な利益も考慮し、瑕疵担保をめぐる紛争は早期に処理されるべきであるとするとする。⁽³⁷⁾

したがって、瑕疵担保責任規定は、一般債務法と異なり、給付障害の特別事例である瑕疵ある履行の場合を規定するものであり、売買契約上の性質合意に基づく、元々の一次的給付請求権の変形した二次的調整権であるとするとする。⁽³⁸⁾

(八) 瑕疵担保法と一般債務不履行法

ツァンは物の瑕疵担保責任を、「瑕疵ある履行形態での一部不履行」の特別責任と位置づけるので、原則として「瑕疵ある履行」が確定してから瑕疵担保責任が適用され、一般債務不履行法は排除されることになるのであって、それまでは一般債務不履行法が適用されるとする。⁽³⁹⁾

ツァンの言う「瑕疵ある履行の確定」は、クレマーの「履行認容」に対応する。この「履行認容」とは、「売主の給付は一見したところ本質的に契約に適合する」との買主の意思表示であり、この「履行認容」が認められるときはじめて、対価危険は買主に移転する。⁽⁴⁰⁾

危険移転前の時点において、履行遅滞に関するドイツ民法三二六条一項が適用される。⁽⁴¹⁾ 売主の履行のための相当期間がむだに経過するとともに、買主は売主に不履行に基づく損害賠償を請求するか、契約を解除できる。⁽⁴²⁾ その相当期間内に売主は瑕疵の除去を任意にすることができるので、売主は修補しうる瑕疵の場合、修補義務ではなく、修補権を有する。⁽⁴³⁾

危険移転前に、種類物売主がドイツ民法三二六条一項の、不履行に基づく損害賠償責任を負うのは、ドイツ民法二八五条により、売主に帰責事由がある場合のほか、ドイツ民法二七九条により、売主やその履行補助者に過失がなくとも、売主が瑕疵なき種類物の調達リスクを負担する場合である。⁽⁴⁴⁾

瑕疵ある物の給付を、担保権を留保して履行として認容するか、契約不適合として拒絶するかは買主の決定次第であるので、ツァンやクレマーは、種類物売買の場合だけでなく、特定物売買の場合も、瑕疵がすでに契約締結時に修補しえないとき、および、売主が瑕疵なき物での履行を明確かつ確定的に拒絶するとき、危険移転前であっても、瑕疵担保責任の事前行使を認める。⁽⁴⁵⁾ さらにツァンは、契約締結後、合意された種類物の履行が不能となった場合、及び、合意された特定物自体の履行が不能となった場合、瑕疵担保責任はドイツ民法三二五条の不能規定の適

用を排除したことがない。⁽⁴⁾

- (13) Rosa-Maria Krämer, Der "kleine" und der "große Schadensersatz" beim Kauf mangelhafter Waren im amerikanischen und deutschen Recht (Peter Lang, 1989)
- (14) Chang Chih-Ming, Die Eigenschaftszusicherung beim Kauf (München 1989)
- (15) Chang, a. a. O., S. 48ff..
- (16) Chang, a. a. O., S. 90ff..
- (17) Chang, a. a. O., S. 90ff..
- (18) Chang, a. a. O., S. 90ff..
- (19) Chang, a. a. O., S. 100ff..
- (20) Flume, Eigenschaftsirrthum und Kauf, S. 35f..
- (21) Chang, a. a. O., S. 105ff..
- (22) Chang, a. a. O., S. 105ff..
- (23) Chang, a. a. O., S. 105ff..
- (24) Chang, a. a. O., S. 105ff..
- (25) Chang, a. a. O., S. 105ff..
- (26) Chang, a. a. O., S. 105ff..
- (27) Chang, a. a. O., S. 105ff..
- (28) 拙稿「性質保証と表示(一・完)」民商九三巻六号(一九八六年)八六九頁。
- (29) Chang, a. a. O., S. 131ff..
- (30) Chang, a. a. O., S. 136.

- (31) Chang, a. a. O., S. 134ff..
- (32) Chang, a. a. O., S. 114ff..
- (33) Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung, 1974, S. 155ff..
- (34) Esser, SchrR, BT§ 64; Larenz, Schr BT, §411le; Staudinger-Honssell, Vorbem. 18zu §459.
- (35) Chang, a. a. O., S. 114ff..
- (36) Chang, a. a. O., S. 114ff..
- (37) Chang, a. a. O., S. 114ff..
- (38) Chang, a. a. O., S. 118ff..
- (39) Chang, a. a. O., S. 124ff., S. 138ff..
- (40) Krämer, a. a. O., S. 114ff..
- (41) ドイツ民法三二六条一項「双務契約において当事者の一方が自己の負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をして、給付の履行のために相当の期間を指定できる。給付を適時に行わないときは、期間経過後において、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除する権利を有する。この場合においては、履行を請求することができない。期間を経過するまでに給付の一部を行わないときは、第三二五条第一項第二文の規定を準用する。」
- (42) Chang, a. a. O., S. 138ff, Krämer, a. a. O., S. 46ff..
- (43) Krämer, a. a. O., S. 46ff.. クレマーによれば、ドイツ民法典上、不特定物の買主は履行認容後、修補権を認められていない。ただし、不特定物の売主は、瑕疵なき不特定物の譲渡のみ義務づけられ、瑕疵なき不特定物を造り出すことを義務づけられていないからであるとする。
- (44) Krämer, a. a. O., S. 46ff..

(45) Chang, a. a. O., S. 138ff., Krämer, a. a. O., S. 46ff. 北川『注釈民法②』(昭四五)一六六頁参照。

(46) Chang, a. a. O., S. 124ff.

一 履行認容

(一) 履行認容の意義

ドイツ民法四五九条によれば、対価危険の買主への移転をもつてはじめて瑕疵担保規定が適用される。

売主が瑕疵ある売買目的物を引渡すとき、いつ対価危険が買主に移転するかという問題につき、特定物売買の場合も種類物売買の場合も、売主が瑕疵ある物を引渡しても、売られた一定の性質を有する物を引渡していないので、ドイツ民法四四六条一項、四四七条一項の定めるように、売られた物の買主への引渡や売られた物の運送人への引渡をもって買主に対価危険は移転しない。売主は、ドイツ民法四三三条一項に基づき、瑕疵なき物を譲渡する義務を負うので、瑕疵ある物の譲渡は、ドイツ民法四三三条一項に基づく給付義務の履行とならない。したがって、ドイツ民法三二〇、二九三、二九四、二九八条によれば、売主が瑕疵ある物を給付しても、売主は本旨に従って給付を提供していないので、買主は代金支払を拒むだけでなく、売主の契約不適合の給付の受領を拒絶してよく、そのことよって受領遅滞とならない。瑕疵ある物での給付は契約により課された給付ではないので、一般的なドイツ民法三二三条第一項による危険移転も生じない。それゆえ、瑕疵ある物による不完全履行の場合、対価危険の買主への移転を生ぜしめる別のメカニズム、つまり買主の協力的行為を必要とする。⁽⁴⁷⁾

不特定物売買の場合、対価危険の移転は、買主が給付を履行として認容することに依存する。けだし、不完全な物を引渡すとき、中等の種類・品質の物を給付すべきと定めるドイツ民法二四三条一項によれば、売買関係は給付

された物に特定されないからである。したがって、対価危険は通常のように物の買主への引渡（ドイツ民法四四六条一項）、又は、輸送人への物の引渡（四四七条一項）でもって買主に移転しない。むしろ、特定させるかどうかは買主の決定に依存する。買主が瑕疵ある物を拒絶すれば特定しない。これに対し、買主が瑕疵ある物を履行として認容すれば、特定される。ただし、この場合において買主は暫定的にだけであるとしても、引渡された物を本質的に契約適合の履行として考えると表明するからである。買主は瑕疵担保権の選択でもってはじめ、売主の給付を、ドイツ民法四三三条一項に基づく給付義務の、本質的契約適合の履行として認容すると気づかせるのではなく、瑕疵担保権の選択は、買主の履行認容表明の表現形態の一つにすぎない。給付の履行としての認容が種類債務を特定させ、対価危険を買主に移転させる。⁽⁴⁸⁾

特定物売買の場合も、瑕疵ある物を引渡す売主は、ドイツ民法四四六条一項、四四七条一項が定めるように、「売られた」物を引渡さないの、危険移転は、売主の協力的行為、つまり、給付の履行としての認容によってはじめて生じる。⁽⁴⁹⁾ 特定がなければ、対価危険の移転はないのである。この協力的行為は、請負契約において危険移転機能を有する履行としての引取（Abnahme）（ドイツ民法六四〇、六四四条）と同様に、売主の給付の履行としての認容であるとする。履行認容によって、対価危険は移転し、買主は瑕疵に基づく権利を主張できるが、ドイツ民法四三三条一項に基づく履行請求権及びドイツ民法三二五、三二六条の一般給付障害法上の救済手段を失う。履行認容により、それと択一的関係にある拒絶権を買主は失う。⁽⁵⁰⁾

瑕疵ある目的物をその引渡後拒絶しない買主は、契約は本質的に履行されたとひとまず表明する。ドイツ民法四三三条一項に基づく給付義務は、買主の見解によれば本質的に履行されたので消滅し、一般給付障害法の救済手段も消滅するが、契約は完全に履行されず、契約は本質的に履行されたと認容されたにすぎないので、二次的調整権

としての瑕疵担保責任を買主は追及できる。⁽⁵¹⁾

また、買主は受領に際し、暫定的にひとまず履行認容表明をしただけであるので、買主はなお瑕疵ある物を返還して救済を求めることができる。買主は、契約は本質的に履行されたと表明していたが、たとえば隠れた瑕疵のため錯誤に陥っていた場合、買主は履行認容表明を訂正・撤回し、瑕疵ある物を返還して、代物請求、解除もしくは広い損害賠償を求めることができる。これに対し買主を妨げない瑕疵のみあり、給付は本質的に契約に適合すると買主の表明が正しいとき、履行認容表明を維持し、瑕疵ある物を保持して、代金減額もしくは狭い損害賠償を求める。履行認容までドイツ民法四三三条一項に基づく履行請求権があり、履行認容でもってその履行請求権及び一般給付障害法による二次的請求権は消滅するので、履行認容後は、もっぱら瑕疵担保法が適用される。⁽⁵²⁾

提供された給付を履行として受領すると、受領された物が債務に適合しないことの立証責任は受領者に移転すると定めるドイツ民法三六三条を類推して、履行認容は履行として認容された給付は契約に適合すると推定させるので、履行認容後の立証責任につき、買主が、売主の給付の契約不適合を立証しなければならないとする。⁽⁵³⁾

(二) 履行認容表明

履行認容により、買主は最終的決定と暫定的決定をする。最終的決定というのは、履行認容により、種類債務を引渡された瑕疵ある物に特定して、四三三条一項の履行請求権及び一般給付障害規定による清算を放棄することである。したがって、買主は瑕疵担保に基づく法的救済のみ求めることができる。この最終的決定と並存して、履行認容により、買主は、のちに訂正できる暫定的決定もする。つまり、買主は、履行認容でもって、契約は本質的に履行されたと表明する場合、買主はこの表明を、瑕疵担保法に基づく清算の枠内であとで訂正・撤回できるのであ

る。ただし、瑕疵担保法に基づく清算の場合に、立法者は非本質的不履行による法的救済（減額、狭い損害賠償）だけでなく、瑕疵ある物を売主に返還する本質的不履行による法的救済（代物請求、解除、広い損害賠償）も買主に認め、買主はこれらのすべての救済手段を選択できるからである。⁽⁶⁴⁾

履行認容の場合、ドイツ民法三六三条、四六四条の意味での売主の表明が問題であり、買主はその表明をもって、売主の給付を、本質的契約適合の履行として通用させる意思で受領すると気づかせる。履行としての認容は、ドイツ民法三六四条（代物弁済）の意味での本来の給付に代わる給付の受領でなく、引渡された物が債務適合のものとして承諾されるということではない。ただし、契約は履行認容によって弁済されず、瑕疵担保法に基づく清算関係に変わるだけだからである。したがって、履行としての認容でもって、事実上、買主は、売主の給付を一見したところ本質的契約適合と考えると気づかせる。履行認容は、意思表示ではなく、買主の法律行為類似の意思表示である。履行認容があるか否かについては、法律行為類似の意思表示が問題であるので、意思表示の解釈に関するドイツ民法一三三条、一五七条が類推適用される。⁽⁵⁵⁾

(三) 履行認容の要件

履行認容表明は瑕疵ある商品の引渡の際の買主の行態から、意思表示の解釈に関するドイツ民法一三三条、一五七条を類推して認定される。⁽⁵⁶⁾

(1) 明白な瑕疵発見のための相当な検査可能性

買主が目的物を受領し代金を支払うことは、売主の給付を履行として認容するとの有力な間接事実である。ただし、売買目的物は本質的に契約に適合しているとまず考える買主だけが、売買目的物を受領し支払おうとするから

である。同様に、履行認容が推論されるのは、ドイツ民法四六四条の定める、引渡に際し瑕疵を発見し、この瑕疵に基づく権利を留保して目的物を受領する買主である。買主が目的物を拒絶しようとする場合には、受領しないか、売主に対し、ただ保管のため受領するが目的物を拒絶すると明確に表明しなければならぬ。⁽⁵⁷⁾

買主が物の引渡に際し瑕疵を発見していない場合、その受領からも支払いからもなお明確に履行認容表明は推論されず、買主の行態を履行認容と評価するために、明白な瑕疵発見のための相当な機会・期間が買主に許容されねばならない。買主がこの機会・期間を利用するかどうかは重要でなく、明確でなかった買主の行態も、この検査の機会・期間が許容されれば、あとは最終的に解釈される。買主が売主の給付を本質的履行として認容しようとする場合には、買主は検査期間の経過後、明示的に誤解されないよう明確に拒絶しなければならない。そうしない場合には、買主の行態は履行認容と解されるべきである。⁽⁵⁸⁾

包装された物の受領の場合、瑕疵を発見する可能性を有しないので、買主の行態から、物は本質的に契約に適合するとの表明が推論されるためには、物を包装からとり出し、検査する機会がまず買主に許容されねばならない。同様に、買主が試運転するために据え付けられ、技術的にすぐ使える状態にされねばならない複雑な機械の売買の場合、試運転前に、履行認容と評価されぬ。⁽⁵⁹⁾

これに対し、目的物の比較的長期の使用の場合、又は、目的物の転売の場合、及び、目的物を受領したまま、買主が比較的長く沈黙する場合も、買主は目的物を履行として認容したと推論される。ただし、これらの場合において、買主は検査する相当な機会・期間を有したからである。⁽⁶⁰⁾

買主がいつ瑕疵発見の相当な可能性を有したかは、個別事案の具体的な事情に依存し、特に誠実な買主が明白な瑕疵発見のため要する期間に左右される。その限りで、買主に許容される相当な、明白な瑕疵発見の可能性につき、

ドイツ商法三七七条一項が参照される。ドイツ商法三七七条一項によれば、売買が双方にとつての商行為である場合、買主は引渡後遅滞なく物を検査する義務を負う。明白な瑕疵発見のためのこの検査期間の長短は、引渡された物を履行として認容するか拒絶するか決定できるように必要な期間についての解釈基準となり、この期間の経過後、買主が売主に対し、引渡された物を拒絶するつもりだと告げないとき、買主は引渡された物を履行として認容すると評価される。⁽⁶¹⁾ドイツ商法三七七条一項の適用されない非商人買主の行態は、この検査期間の経過後、拒絶しないとき、ただ履行認容と評価され、なお瑕疵に基づくすべての権利を有する。⁽⁶²⁾

相当な検査期間の長短は、個々の事案の具体的事情に左右され、特に瑕疵を発見する困難性の程度、買主の検査可能性、商品の種類及び取引慣行に左右される。たとえば、相当な検査期間は、腐ったトマトの場合、二日よりも短く、複雑な機械の場合、据え付けられ、試運転され、うまく動いてはじめてである。⁽⁶³⁾

売主が引渡後遅滞なく検査しても発見できない隠れた瑕疵ある物を引渡すとき、事実上拒絶は問題とならず、通常、買主は履行として認容する。この場合、買主はなお瑕疵に基づく権利を有する。これに対し、引渡後、検査すれば発見しうる明白な瑕疵の場合、引渡された物の受領もしくは支払いは、買主が相当な検査可能性を有するときのみ、履行認容と評価される。⁽⁶⁴⁾

(2) 拒絶の不存在

拒絶と履行認容は択一的関係にあるので、買主が瑕疵ある物を拒絶しないときのみ、履行認容と評価される。⁽⁶⁵⁾

明白な瑕疵ある物を受領する場合、買主は、売主の給付を本質的履行として認容しようとしないうちは、相当な検査期間の経過後遅滞なく、拒絶を明示的かつ誤解のおそれなく告知しなければならない。買主がこのような拒絶告知を怠ると、買主の行態の規範的解釈の結果、履行認容と評価される。⁽⁶⁶⁾

拒絶の法律効果は、瑕疵ある履行の場合の通常の責任である瑕疵担保責任をなお発生させず、なおドイツ民法四三三条一項に基づき履行請求権を存続させ、一般給付障害法に基づき清算されることであるので、拒絶表明のためには瑕疵の告知では足りず、引渡された物は履行として拒否され、なお売主のものであるとの指摘を含まねばならない。この一般給付障害法に基づき清算では、第一にドイツ民法三二六条に基づき清算が考えられ、そこでは、売主は、買主によって指定された相当な期間内に、本旨に従わない給付を治癒することができるのであるから、拒絶表明は、瑕疵ある給付の提供を相当期間内に契約適合の給付と取り替えることを売主に要求することを含むべきである。ただし、瑕疵担保責任は瑕疵ある履行の場合の通常の責任であるので、買主が、物の引渡後、瑕疵だけ告知するか、もしくは、瑕疵に基づき権利を行使するとだけ告げる場合、売主はドイツ民法一三三条、一五七条の類推適用により、買主が給付を履行として認容すると解してよいからである。⁽⁶⁷⁾

(3) 矛盾する行態による履行認容

信義則により、買主の矛盾する行態のため拒絶権の行使が許されないうとき、買主は引渡された物を履行として認容したように扱われ、売買関係はもっぱら瑕疵担保法により清算される。⁽⁶⁸⁾

矛盾する行態が問題となる場合は、明白な瑕疵発見のための検査期間がなお終了せず、買主は一方では引渡された物を明示的に拒絶したか、又は、なお拒絶できるのであるが、その買主は他方で引渡された物を使用し、加工し、もしくは、転売し、その結果、もはやその物を返還できないか、著しく毀損された状態のみ返還できる場合である。この場合、買主は一方で売主の給付を本質的契約履行として拒否すると明示的に表明し、他方で推断的行態によって、売主の給付を履行として認容すると表明しており、買主の行態は矛盾しているので、通常の意味表示の解釈に関するドイツ民法一三三条、一五七条の類推適用により処理できない。⁽⁶⁹⁾

矛盾する行態を禁止しようとする。ドイツ民法三五一条ないし三五三条の規定から、矛盾する行態によって生ぜしめられた瑕疵ある物の返還不能もしくは著しい毀損は、信義則により拒絶権を排除すると帰結される。ドイツ民法三五一条ないし三五三条の規定から、買主が受取った給付の著しい毀損、滅失、もしくはその他の返還不能につき帰責されるとき、契約は売主の引渡した給付でもって実行されるべきであるとの一般法原理がとり出される。この買主の有責とは、法的権限の事後的主張が信義則と調和できないとき、自己の以前の行態と矛盾して権利を行使してはならないという程度の事由で足りる。⁽⁷⁰⁾

買主の矛盾する行態は、拒絶権の排除にのみ、つまり、履行認容を生じるので、このような買主の矛盾する行態は一般給付障害法による清算と調和できないときあると言える。⁽⁷¹⁾

矛盾する行態の有無は、買主が瑕疵を知っているか否かにより区別される。買主が瑕疵を知っている場合、買主は瑕疵に基づく権利を留保して受領するか、又は、拒絶する。拒絶する場合、買主はドイツ民法四三三条もしくはドイツ民法三二六条、三二五条に基づく清算を求め、このとき、矛盾する行態は履行請求、解除、差額説に基づく損害計算という救済と、信義則によれば調和できない買主の行態である。つまり、買主が瑕疵ある物をもはや返還できないか、著しく毀損された状態でのみ返還できるということになる行態が調和できない。この評価は解除につきドイツ民法三五一条から生じる。また、履行請求、差額説に基づく清算についても、同じ評価が通用する。ただし、買主が売買契約の履行を求めると、ドイツ民法三二六条一項から、売主は相当期間内に瑕疵ある給付の提供を契約適合の給付と取り替えることができるが、この第二の売主の履行決定は、瑕疵ある物が第一の履行提供時の状態と本質的に一致する状態で返還されることを前提するからである。⁽⁷²⁾

買主が瑕疵を知りながら、引渡された物を使用し毀損する、転売、加工することは、一応、矛盾する行態とみな

さるべきであり、履行認容と評価される。この場合の拒絶表明は、ただドイツ民法四六四条の意味における瑕疵に基づく権利の留保と解される。ただし、売買目的物の使用・加工・転売が法規範により許される場合には履行認容と評価されない。法規範により許される場合とは、たとえば、買主の損害軽減義務に基づく、高額の結果損害を回避するための転売や、営業中止その他の高額の結果損害を避けるため、代品調達まで機械をひき続き通常使用する場合である。⁽⁷³⁾

買主が引渡された物を拒絶する前に、買主が瑕疵を知らずにその物を使用、転売、又は、加工するとき、ドイツ民法三五一一条に基づく買主の矛盾する行態があるか問題である。ドイツ商法三七七条一項準用により、明白な瑕疵発見のための物の検査のため、引渡後、買主に許容される期間の目的は、拒絶と履行認容との間の選択権を適切に行使できるように、買主に物の検査の機会を与えることのみである。したがって、検査以外の目的での物の使用は矛盾し、拒絶前の、瑕疵を知らないが物の検査にとって不可欠でない物の使用は矛盾する。同様に、転売も加工も通常矛盾する。この矛盾する行態に基づく拒絶権の排除は履行認容、つまり、瑕疵担保法に基づく契約清算を生ぜしめる。⁽⁷⁴⁾

ドイツ民法三五〇条準用に基づき、拒絶前に不可抗力によって目的物の滅失・毀損が生じた場合には、矛盾する行態という買主の帰責事由を根拠づけず、履行認容と評価されない。買主やその履行補助者の行為に基づかない事象のみが不可抗力である。ただし、明白な瑕疵発見のために不可欠である行為が問題である場合を除く。⁽⁷⁵⁾

(4) 原始的不能に基づく履行認容

瑕疵がすでに契約締結時に修補・追完されないうとき、それゆえ、原始的不能があるとき、買主は瑕疵担保権を事前行使できる。その限りで履行認容と評価される。⁽⁷⁶⁾

(四) 受領の際の留保

ドイツ民法四六四条によれば、買主がすでに売買目的物の受領に際し、瑕疵があると知っているとき、瑕疵に基づく権利を留保しなければならない。

そうではなく、受領に際し瑕疵に基づく権利を留保することなく、買主が瑕疵ある物をその瑕疵を知らずながら受領するという場合は、瑕疵に基づく権利の放棄もしくは瑕疵担保責任の免除と評価される⁽⁷⁷⁾。ドイツ民法四六四条は瑕疵担保責任免除のための解釈規定である。法的安定性のため、この放棄・免除は、買主に重過失しかない場合認められない⁽⁷⁸⁾。

- (47) Krämer, a. a. O., S. 114ff..
- (48) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (49) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (50) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (51) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (52) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (53) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (54) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (55) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (56) Krämer, a. a. O., S. 148ff..
- (57) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (58) Krämer, a. a. O., S. 175ff..

- (59) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (60) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (61) 同様に、買主の瑕疵通知義務の再構成につき、五十嵐清「瑕疵担保と比較法」民商四一卷八九三頁以下参照。
- (62) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (63) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (64) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (65) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (66) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (67) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (68) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (69) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (70) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (71) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (72) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (73) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (74) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (75) Krämer, a. a. O., S. 175ff..
- (76) Krämer, a. a. O., S. 53ff..
- (77) Krämer, a. a. O., S. 177, Fn. 173, S. 193; Chang, a. a. O., S. 128 参照。
- (78) Chang, a. a. O., S. 128.

三 拒絶

売主の給付を履行として認容するかわりに、売主の契約不適合の給付を拒絶する買主の権利は、ドイツ民法三二〇条以下に示された双務性から生じ、契約不履行の抗弁の現われ、つまり、給付拒絶権であるとする。この拒絶権の行使により、買主は、本質的契約違反の給付に対し、代金を支払うつもりがないと示し、瑕疵ある目的物をもつてしての契約実行を拒絶する。また、受領に際し瑕疵に基づく権利を留保することなく、買主が瑕疵ある物をその瑕疵を知りながら受領するとき、瑕疵担保請求権を失うことを定めるドイツ民法四六四条からは、履行認容と拒絶とが互いに排斥しあう関係にあることが明らかになり、したがって、売主による瑕疵ある履行の場合に、買主は、履行として認容するか拒絶するか選択権を有するとする。⁽⁷⁹⁾

買主は瑕疵ある売買目的物を履行として認容する必要はなく、拒絶してもよい。履行認容と拒絶とは相反する表示内容を有するので、履行認容と拒絶とは択一的関係にある。買主は、履行認容により、売主の給付は本質的に契約に適合していると表明するので、ドイツ民法四三三条一項に基づく売主の給付義務は消滅し、売買関係は、瑕疵担保法に基づく清算関係に変化する。これに対し、拒絶により、買主が、売主の給付は本質的契約違反であり、その受領を拒絶すると表明すると、ドイツ民法四三三条一項に基づく売主の給付義務は存続し、売買関係は一般給付障害法に基づく清算関係に変化する。したがって、履行認容と拒絶は共通の一時点に関係し、その時点において、買主は履行認容するか、拒絶するか選択しなければならぬ。⁽⁸⁰⁾

(一) 拒絶と認容撤回との関係

契約全体の履行についての買主の履行利益の賠償は「広い損害賠償」（保証の場合）もしくは差額説に基づく清算（ドイツ民法三二〇条以下の双務契約の給付障害の場合）と呼ばれる。この損害計算は、買主が売買目的物の受領又は保持を拒絶することを前提する⁽⁸¹⁾。

履行としての売買目的物の拒否は、異なる二時点で問題となり、明白な瑕疵の場合、引渡に際してであり、隠れた瑕疵の場合にはより後の時点である。第一の拒否は拒絶と呼ばれ、第二の拒否はドイツ法にはない概念であるが、クレマーは、認容撤回と呼ぶ⁽⁸²⁾。

明白な瑕疵の場合、たとえばうわぐすりに瑕疵あることが知りうる炔器が、商業を営む買主に引渡される時、拒絶するかどうか決定しなければならない。炔器は相応の代金値引きをすれば売れると考えれば、買主は瑕疵担保に基づく権利を留保して受領するだろう。それにより、買主は、売主の給付を本質的に契約適合の履行と認容すると表明する。これに対し、うわぐすりには転売できないほどの瑕疵があると買主が考えると、売主にその商品を取るように要求する。それにより、買主は瑕疵ある商品を本質的に契約適合の履行として認容せず、履行として拒否すると表明する⁽⁸³⁾。

これに対し、隠れた瑕疵の場合、買主が売買目的物の引渡後、その物を検査しても瑕疵を知りえない。買主はその目的物を突き返さず、それにより、売主の給付は本質的に契約に適合する履行として認容すると表明する。二・三週間後、隠れた瑕疵が現われると、買主はその目的物を保持する、つまり、履行認容を維持するつもりかどうか決定しなければならない。瑕疵にもかかわらず物を使用できるとき、買主は売主に瑕疵を告知し、代金減額もしくは狭い損害賠償を求める。そのことにより買主は以前になされた履行認容表明を維持する。これに対し、買主が発見された瑕疵のため物を使用できないとき、買主は売主に瑕疵を告知し、売主に物を引取することを要求し、代物請

求、解除もしくは広い損害賠償を求める。この代物請求、解除もしくは広い損害賠償の請求により、売主の給付はまずはじめに認容されたように、本質的に契約適合の履行ではないと表明し、本質的履行であることを拒否するの⁽⁸⁴⁾で、買主は、最初の履行認容表明を撤回する。

拒絶と履行認容撤回の場合、買主は、ともに、売主の給付は本質的に契約違反であると表明する点で、共通であるが、表明がなされる時点が異なる点で区別され、異なる二つの表示構成要件が問題とされる。拒絶権は、引渡時点に関係し、遅くとも明白な瑕疵が検査により発見しうる時点で終了する。これに対し、履行認容撤回権は、隠れた瑕疵が発見しうる時点に関連し、遅くとも、ドイツ民法四七七条に基づく瑕疵担保権の消滅時効期間の経過により終了する。拒絶の場合、買主は売主の給付をすでに一見して本質的契約違反と考えると表明する。これに対し、履行認容の撤回の場合、買主はその後、より検査してはじめて本質的契約違反を発見する。まず受領された売買目的物を返還しようとし、買主は売主の給付を本質的契約違反とその後考えるに至り、その限りで履行認容表明を訂正すると表明するのである。⁽⁸⁵⁾

(二) 拒絶の要件

拒絶のための要件としては買主が売主の給付物を履行として認容していないことや、すでに履行認容のところで述べたように、買主の矛盾する行態のため拒絶権が排除されることのないこと⁽⁸⁶⁾の他、以下の要件が必要である。

(1) 瑕疵ある物の給付

ドイツ民法三二〇、二九三、二九四、二九八条によれば、売主が瑕疵ある目的物を給付するとき、売主は本旨に従って給付を提供していないので、買主は代金支払を拒むだけでなく、売主の契約不適合の給付の受領を拒絶して

よく、そのことによって受領遅滞とならない。⁽⁸⁷⁾

(2) 拒絶表明

履行認容の場合と同様、拒絶の場合も法律行為類似の事実上の買主の意思表示であるが、その表明の内容は、履行認容表明の反対である。つまり、買主は拒絶により、提供された給付をすでに一見して本質的契約違反と考え、したがって履行として拒絶すると表明する。⁽⁸⁸⁾

(三) 拒絶の効果

売主が瑕疵ある目的物を給付するとき、対価危険の移転は、給付の履行としての承認に依るので、買主が瑕疵ある目的物を拒絶すると、買主は対価危険の移転を阻止する。ドイツ民法四五九条によれば、対価危険の移転前に、瑕疵担保規定は適用されないのが原則であるが、次のように瑕疵担保権の事前行使の例外があるとする。⁽⁸⁹⁾

(1) 契約適合の給付が可能である場合

売主の契約適合の給付がなお可能である種類物売買の場合、および、特定物売買であっても修補しうる瑕疵の場合、買主が瑕疵ある目的物を履行として認容すると、瑕疵担保責任という二次的調整権が適用される。これに対し、買主が瑕疵ある目的物を拒絶すると、ドイツ民法四三三条一項に基づく売主の給付義務は存続し、売買関係は、ドイツ民法三二六条（履行遅滞）の枠内における清算関係に変化しうる。種類物売買の場合には、売主は通常の帰責事由だけでなく、ドイツ民法二七九条に基づき、調達リスクも負担する。ただし、売主が瑕疵修補を明確かつ確定的に拒絶するとき、瑕疵担保責任を事前行使することもできる。⁽⁹⁰⁾

(2) 原始的不能の場合

種類物売買の場合だけでなく、特定物売買の場合も、瑕疵がすでに契約締結時に修補できないとき、危険移転前であつても、瑕疵担保責任の事前行使が認められる。⁽⁹⁾

- (9) Krämer, a. a. O., S. 175ff.
- (8) Krämer, a. a. O., S. 175ff.
- (18) Krämer, a. a. O., S. 249ff.
- (28) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (38) Krämer, a. a. O., S. 249ff.
- (48) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (58) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (68) Krämer, a. a. O., S. 249ff.
- (78) Krämer, a. a. O., S. 249ff.
- (88) Krämer, a. a. O., S. 151ff.
- (96) Krämer, a. a. O., S. 259ff.
- (91) Krämer, a. a. O., S. 259ff.

四 履行認容撤回

売買目的物に瑕疵があるのであるが、それが隠れた瑕疵であるとき、買主は最初は売主の給付を履行として認容する。また、売主の保証によって発見しうる瑕疵を発見しないで履行として認容した場合、及び、瑕疵を知りなが

ら瑕疵に基づく権利を留保して瑕疵ある物を受領した場合、買主はこの履行認容により、対価危険の移転を生ぜしめる。買主は履行認容により、契約は完全ではなく、本質的に履行されたと表示するので、ドイツ民法四三三条一項（売主の財産権移転義務）に基づく売主の一次的給付義務は消滅し、一般給付障害法に基づく救済を求めることはできなくなるが、買主はなお瑕疵担保責任を追及できる。買主が瑕疵担保責任のうち、代金減額又は狭い損害賠償を選択するとき、買主は瑕疵ある物を保持し、非本質的契約違反に対する補償のみを求めるので、履行認容表明を維持する。これに対し、履行認容撤回の場合、買主は売買目的物の受領に際し、本質的履行ととりあえず認容しただけであるので、買主は解除、代物請求、もしくは、広い損害賠償を選択することにより、瑕疵ある物を返還しようとし、履行認容表明を撤回する。⁽⁹²⁾

履行認容の撤回権は、契約不履行の抗弁の存続をあらわし、履行認容の撤回は、形成効を有する買主の法律行為（類似の意思表示である。履行認容の撤回により、買主は、とりあえず履行として認容された売買目的物を、もはや本質的履行と認めないと表明する。買主は、遅くとも解除、代物請求、もしくは、広い損害賠償を選択するとき、この撤回表明をする。これらの救済手段の選択により、買主は、とりあえず本質的履行として認容した給付をもちや保持したくないと知らせる。その限りで、買主は認容表明の内容を訂正する。そして、買主は、履行認容により、とりあえず暫定的に、瑕疵ある物に特定し、瑕疵担保法に基づく処理のみをすることができたが、さらに、撤回することにより、瑕疵ある物を保持しないと表明し、その瑕疵ある物でもってしては契約は実行されないものとし、買主は瑕疵担保法に基づく契約のまきもどし清算関係に変化させる。⁽⁹³⁾

(一) 矛盾する行態による撤回権の排除

拒絶の枠内において、明白な瑕疵発見のための目的物の検査にとって不可欠でない、買主もしくはその履行補助者による目的物の使用はドイツ民法三五一条（解除権者に帰責される目的物滅失の場合の解除権消滅）の意味における「有責」と考えられ、その物の使用は、その物の返還を不能とするかその物を著しく毀損するとき、履行認容と評価される。同様に、撤回権の行使が買主の矛盾する行態に基づく信義則違反のため排除されるのは、買主が履行として認容した目的物を、買主に帰責される事情に基づき、もはや返還できないか、著しく毀損された状態のみ返還できる場合である。この評価は、ドイツ民法三五一条いし三五三条、四六七条第一文、四八〇条一項第二文から判明する。ドイツ民法三五一条いし三五三条によれば、買主が自己の以前の行為に矛盾する行態につき非難されるべきとき、買主は契約不適合の売買目的物を返還する方向での契約巻き戻しの契約清算を選択できず、買主は代金減額もしくは狭い損害賠償しか選択できない。買主の矛盾する行態は、撤回権を排除、つまり、解除、代物請求もしくは広い損害賠償による契約清算を排除する。ただし、矛盾する行態の場合、信義則によれば、買主が以前の行態と一致しえない、解除、代物請求もしくは広い損害賠償という救済手段を選択するので、撤回権の権利行使が排除されるからであり、また、売主はドイツ民法四五九条及び四六〇条に基づき、物の瑕疵に関するリスクを引受けたにすぎないにもかかわらず、買主は、解除、代物請求もしくは広い損害賠償の選択により、買主に帰責されるべき物の滅失もしくは著しい毀損というリスクを売主に負わせることになり、これは信義則に反するからである。⁽⁹⁴⁾

履行認容後の買主のどのような矛盾する行態が撤回権を排除するかという問題につき、買主が瑕疵を知っているか否かが区別されるべきである。買主が瑕疵を知っている場合、売買目的物のすべての使用・加工・転売は履行認容の撤回権を排除する。ただし、売買目的物の使用・加工・転売が法規範により許される場合を除く。⁽⁹⁵⁾

これに対し、買主が瑕疵を知らない場合、法定解除でのドイツ民法三五一条の意味における「有責」が何かは、

売主が契約締結に際し、どのリスクを引受けたかを顧慮してのみ定められる。ドイツ民法四五九条によれば、売主は契約締結に際し危険移転後につき物の瑕疵に関するリスクのみ引受けるが、買主による物の使用に基づく物の滅失・毀損というリスクを引受けない。したがって、買主が危険移転後、原則として物の使用によって生じた物の滅失及び著しい毀損につき責任を負う。ただし、その滅失・毀損が物の瑕疵によって生じた場合を除く。物の滅失・毀損が物の瑕疵によって生じた場合に含まれるのは、ドイツ民法四六七条第一文の定める、物の変形に際し初めて瑕疵が現われる場合、さらに、隠れた瑕疵が物の使用に際してはじめて現われる場合である。⁽⁹⁶⁾

ドイツ民法三五〇条に基づき、買主のもとで不可抗力によって目的物の滅失・毀損が生じた場合には、履行認容の撤回権は排除されない。⁽⁹⁷⁾

(二) 代物請求権の性格

ドイツ民法四八〇条一項の定める種類物買主の代物請求権は、ドイツ民法四三三条一項に基づく履行請求権の存続したものではなく、原状回復の形態の瑕疵担保責任である。ただし、瑕疵ある不特定物の特定は、解除もしくは代金減額を選択でもってはじめてではなく、すでに買主による履行としての認容とともに生じるからである。ドイツ民法四八〇条一項第二文、四六七条第一文、三四八条に基づき、代物給付は瑕疵ある物の返還と引換えになされねばならず、ドイツ民法三四八条の準用に基づき、ドイツ民法三二六条の一般給付障害法の規定は適用できないこととなる。確かに、具体的な瑕疵担保権の選択は履行認容表明の一つの形態でありうるが、目的物の特定及び対価危険の移転は買主による解除・減額を選択でもってはじめて生ずるとすると、目的物の受領後で、かつ、危険移転前に生じた不可抗力に因る目的物の滅失・毀損のリスクを売主が負担し、代金を請求できなくなり、不合理である

とする。履行認容前には、長期消滅時効期間に服するドイツ民法四三三条一項に基づく履行請求権を買主は有し、履行認容後は、買主は、ドイツ民法四七七条の短期消滅時効期間に服するドイツ民法四八〇条一項の代物請求権のみを有する。代物請求権はドイツ民法四三三条一項に基づく履行請求権の存続したものとみる説も、目的物の引渡後、ドイツ民法四八〇条一項の適用及びドイツ民法四七七条の短期時効期間の適用を認めるが、ドイツ民法四七七条によれば短期消滅時効期間は、売られた物が引渡されること、つまり、不特定物の特定を前提するので、不合理である。さらに、代物請求権を履行請求権の存続したものとみる説によれば、瑕疵ある不特定物の引渡に際し、買主が代物を求めると、特定が生じないので、対価危険が買主に移転せず、ドイツ民法四八〇条一項の、「解除又は減額に代えて」代物請求できるとの文言と矛盾することとなる。ただし、解除・減額請求は危険移転を前提するのであるから、代物請求も危険移転を前提することになるはずであるし、買主が履行請求権の存続したものである代物請求をすることにより、買主は引渡された物を履行として拒否すると気づかせ、特定は生じず、買主の任意に危険移転を遅らせることができることとなってしまう、いつ特定が生じるのか明らかでないからである。また、代物請求する買主だけでなく、解除又は広い損害賠償を求めた買主も、瑕疵ある物を返還し、引渡された物を契約履行として通用させようとしないと感じかせ、受領に際しなされた履行認容表明を訂正する。他方、瑕疵ある目的物を拒絶せず、まず受領し、二・三週間後はじめて代物請求する買主も、減額、狭い損害賠償、解除もしくは広い損害賠償を求めた買主と同様、引渡された物を本質的に契約適合の履行として通用させる意思で受領するとまず表明しており、種類債務の特定をまず生ぜしめている。代物請求権は瑕疵担保法上の救済手段であり、他の瑕疵担保請求権同様、ドイツ民法四七七条の短期消滅時効期間に服する。⁽⁹⁸⁾

(98) Krämer, a. a. O., S. 209ff.

- (93) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (94) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (95) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (96) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (97) Krämer, a. a. O., S. 209ff.
- (98) Krämer, a. a. O., S. 24ff.

五 小括

フルーメは、特定物売買の給付合意の場合、一定の給付対象の性質についての観念は、法律行為上の意思の構成部分でありえ、このことは通常であるとして、一定の対象の給付合意は、目的物自体だけでなく、物の性質にも向けられていると述べる。つまり、権利の瑕疵担保責任が売買合意に基づくように、売買合意は瑕疵なき状態での売買目的物の給付に向けられているので、ドイツ民法四五九条第一項により売買目的物の瑕疵につき売主は責を負うのであり、瑕疵担保責任の責任根拠は、瑕疵ある特定物の給付が売買合意に対応しないこと、言い換えれば契約の不履行にあるとする。⁽⁹⁹⁾ ツァンによれば、瑕疵は瑕疵担保規定によって契約上合意されたものとみなされる性質にするとされるが、フルーメの言うように、瑕疵の場合も、売買契約が目的物の性質に及ぶ場合であると構成でき、そのとき、瑕疵担保規定の意義は、性質保証と瑕疵の場合を特別不履行として処理しようとする点にあると考えることもできる。当事者が契約上、性質合意した場合が性質保証であり、瑕疵は、なるほど契約当事者によって性質合意されなかったが、売買契約が目的物の性質に関連する場合に関する。性質保証も瑕疵も対象の性質に及ぶ給付

合意の形態である。

対象の性質に及ぶ給付合意と瑕疵担保規定に基づき、売主は合意された性質を有する物を給付する義務を負う。売主が履行として提供した瑕疵ある物を買主が履行として認容すると、履行請求権の変形したものであり、質的一部不履行の特別責任としての瑕疵担保責任が生ずる。

クレマーは、日本民法における隠れた瑕疵を「明白な瑕疵」と「隠れた瑕疵」に区別し、履行としての給付物の拒否は二時点で問題となり、「明白な瑕疵」の場合、引渡に際してであり、「隠れた瑕疵」の場合には、瑕疵を発見した時点であるとする。第一の拒否を拒絶とよび、第二の拒否を履行認容の撤回と呼ぶ。

クレマーは、さらに、明白な瑕疵の場合には、瑕疵発見のための相当な検査期間経過後、買主が遅滞なく明確に拒絶を明示しない場合には、買主の行態は履行認容と評価されるとし、また、買主が瑕疵を知りながら引渡された物を使用・加工・転売し、その物を返還できないか、著しく毀損したときや、瑕疵を知らずに買主が瑕疵発見のための物の検査にとって不可欠でない使用・加工・転売をし、その物の返還を不能とするか著しく毀損するときには、買主の矛盾する行態のため信義則により拒絶権の行使が許されず、履行認容として扱われるとする。

クレマーのいう「明白な瑕疵」は、引渡に際し検査をすれば発見できる瑕疵のことであり、クレマーのいう「隠れた瑕疵」は、引渡に際し検査をしても発見できない瑕疵のことである。日本法の分析にあたっては、クレマーの「明白な瑕疵」と「隠れた瑕疵」という概念は使用しないが、概念区分は有用である。以上の成果を、以下の日本法の分析において活用する。

(5) Flume, *Eigenschaftsirrthum und Kauf*, S. 17ff.

第二章 日本法における不特定物売買と瑕疵担保

一 「受領」と拒絶―大正一四年判決

以下では、不特定物売買と瑕疵担保に関する日本法の展開を判決例を中心に検討していく。

売買の目的物に関する危険移転の時期前に生じた瑕疵はすべて五七〇条の適用を受けるので、不特定物売買にも五七〇条は適用されるという横田博士及び村上氏の学説に従い、不特定物売買においても、瑕疵のため不完全性を有しつつ特定するとし、特定以降、不特定物売買にも瑕疵担保責任規定を適用することを明言する大判大正一四・三・一三民集四巻六号二一七頁があらわれた。

原告である買主は、鉄橋復旧工事の下請負をし、その工事に使用する目的で、大正八年九月二日に十二馬力ガソリンエンジン低圧タービンポンプ一台を代金一八〇〇円で買い受け、即日、内金五〇〇円を支払い、大正八年一月一日ポンプを受取り、残代金を支払った。同月二五日頃買主が工事現場でその運転を試みたが、エンジンの発火装置が不完全でほとんど回転せず、排水の目的を達することができなかった。そこで、買主は、同年一月二日頃、このことを売主に通知し、かつ、「完全ナル物件ヲ引渡スベキ旨請求シタル」ところ、売主は職工を派遣し修繕したが、間もなくまた回転不能の状態に陥ったので、買主は同年一二月に再度他の完全なポンプと取り替えるか、完全な修理をするかと請求し、売主は翌年二月二〇日過ぎまで修理したが効なく、同年三月二日買主は瑕疵あるポンプを売主に返送し、同年七月二二日、契約を解除し、代金の返還を請求した。これに対し、売主は、エンジンに瑕疵あることを否認し、仮に瑕疵あるとしても隠れた瑕疵でないし、不特定物売買には瑕疵担保に関する民法の規定を適用できないと抗弁した。原審では、瑕疵担保に関する民法の規定は不特定物売買にも適用されると判示

され、原告の請求が認められ、売主はさらに上告したが、大審院は次のように述べて、売主の上告を棄却した。

不特定物売買において売主が瑕疵ある物を給付するとき、まだ完全に売主の給付義務を履行していないので、買主はその受領を拒絶できるが、全く契約の履行となりえないものではなく、買主においてこれを受領した場合は、不完全ながらも契約の履行があったものと解すべきである。そして、

(一) 買主が売主の提供した物に瑕疵の存することを知りつつ受領したときは、特別の事情のない限り買主はその給付でもって満足し、瑕疵に基づく権利を主張しない意思で受領したと解することができるので、その後で瑕疵担保による権利を行使できないが、

(二) 買主が受領の当時善意のときは、目的物の危険移転の時を標準として瑕疵担保による権利を行使できる。ただし、

(1) 民法五七〇条には、その適用を特定物売買にのみ制限すると解される文字がない。

(2) 不特定物の売買契約の締結後、売主買主の契約により給付すべき物を定めることは有効であり、このときからは特定物の売買があった場合と類似する。

(3) 給付すべき物の選定について右の契約のない場合でも、買主が売主の提供した物を受領した限り、契約は不完全ながらも履行されたものといえるべく、従って、この時期を標準として考えると、瑕疵担保の問題に關し特定物売買と取扱いを異にするべき理由がない。

(4) 不特定物の売買契約において売主が瑕疵ある物を給付しても、全く契約の履行がなく、したがって瑕疵担保の問題を生じないとすると、買主は代物請求でき、売主も瑕疵ある物の返還を請求でき、この権利については民法五六条三項に定められた除斥期間の定めがないので、一〇年の消滅時効完成まで不安の状態におかれ、このこと

は、民法が瑕疵担保について短期除斥期間を定めた精神に反する。

本判決は、売主の瑕疵ある給付を買主は拒絶できるが、買主が受領すれば、不完全ながらも契約の履行があったものと解すべきであり、危険移転時から瑕疵担保による権利を行使できるとする。

勝本博士も構成は異なるが、特定の抗弁、履行認容の抗弁により、一般債務不履行法の適用を制限し、不特定物売買に瑕疵担保法を適用する。すなわち、売主において、特定の抗弁を出させて特定を発生せしめ、その結果として瑕疵担保責任を適用すべしと主張され、買主の完全履行請求に対するこの特定の抗弁とは、(イ)買主が瑕疵ある物を何らの留保をなさず受領し(たとえば不完全を発見したがこれを相手方に通知して不完全を主張する権利を留保せず、又は完全なるべきことを特に条件とすることなく受領し、その後久しく目的物の検査をしない場合である)、(ロ)受領後相当の日時を経過し、為に債務者が、履行の完全なるべきことを確信するに至ったことが、取引通念に照し、相当と認めうるに至り、(ハ)その結果、今さら買主が不完全を主張して新たな完全履行を請求することが著しく信義に反する場合であり、売主の主張により、新たな完全履行を拒絶し、追完又は損害賠償をする抗弁権、つまり、給付を既に買主が受領した物に特定せしむる抗弁権であるとする^(四)。さらに、(イ)買主が不完全履行につき不完全と知りつつ何ら留保せず受領し、ために自己の救済権を行使する意思なきことを推定しうる場合、(ロ)買主が不完全な履行であることを知らず受領した後、不完全を発見したが、不相当な期間何ら自己の救済方法を行使しない場合、(ハ)その他、受領後の買主の行為により、買主が表見履行の目的物の不完全を積極的に主張する意思なしと推定できる場合、今さら買主が不完全を主張し、損害賠償、追完請求、契約解除などの権利を行使することが、たとえ瑕疵担保の範囲においても(特定の抗弁の提出を予想する)信義則に反するとき、売主は履行認容の抗弁により不完全履行に基づく買主の一切の請求権の行使を不能ならしめるとする^(四)。

本判決は、買主が瑕疵の存在を知りつつ受領したときは、特別の事情のない限り買主はその給付でもって満足し、瑕疵に基づく権利を主張しない意思で受領したと解することができるので、その後で瑕疵担保による権利を行使できないとし、現在の判例理論である、買主が瑕疵を知りつつ履行として認容し受領した場合は瑕疵担保責任との命題と矛盾する。

本件ポンプの瑕疵は試運転すれば発見できる瑕疵であるので、引渡に際し検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵とは言えず、引渡に際し検査すれば発見できる明白な瑕疵である。したがって、試運転等の検査の機会・期間を経過してはじめて履行として認容したと評価されるのであり、鉄橋復旧工事に使用するため本件ポンプを購入し、約一カ月後、工事現場で運転を試みたところ瑕疵が発見されたのであるから、本件買主はなお有効に受領を拒絶できると解しうる。

舟橋判批が述べるように本件は本来の債務不履行事例であり、本件原告である買主が債務不履行を理由として本訴請求していればそれが認められた事案である。ただ原告側としては、民法五四一条の要求する「相当の期間を定めたる催告」の点に不安を感じたためか瑕疵担保を理由として請求したのであるが、一月に「完全ナル物件ヲ引渡スベキ旨請求シ」、また二月に「再ビ他ノ完全ナルポンプト取替フルカ若ハ完全ナル修理ヲ加フベキ旨請求シタ」がその効果はなかつたのであるから、債務不履行による解除の前提たる相当の期間を定めた催告は認められる。⁽¹⁰⁵⁾ 本件事案では、不完全履行による解除が認められてしかるべきであったと考えられる。⁽¹⁰⁶⁾

大正一四年の大審院判決に対し、一方で、不特定物売買においては不完全な給付がなされても依然単なる債務不履行であり、買主がこれを受領しても特定を生じないとの立場から、もし不特定物売買についても、買主が受領した以上、常に瑕疵担保の規定によるとすると、その物に隠れた瑕疵あるため全然役に立たない場合にも、買主は代

物請求できず、単に契約を解除し代金を返してもらっただけであり、売主も代金を返さず他の完全な物を給付しようとしても許されず不当であるとの批判⁽¹⁰⁷⁾がなされ、他方では、瑕疵担保の制度は売買の当事者双方にとって給付の目的物に意外な瑕疵があり、その意外な瑕疵を発見して後、長年月を経過して契約の解除もしくは損害賠償の請求により法律関係を複雑化しないことを目的としているのであるから、この目的の枠内で、買主に代物請求権を認め、売主に新たな給付を提供できるものと解すべきと主張され⁽¹⁰⁸⁾、昭和三年の大審院判決が出現する。

(100) 横田「債権各論一四版」三四四頁、村上「債権各論」(大正六年)四三〇頁。

(101) 勝本「不完全履行論序論」法協四七巻八号一三〇四頁以下、法時三二九号六九頁。

(102) 勝本・法協四七巻八号一三一六頁以下。

(103) 谷口・判評四六号一三頁、星野・民法論集第三卷二二二頁参照。後者は、「受領」は事実上の受取と異なり、法律的に特殊の効果を生むものとして、その時点をもう少し後の妥当な時期にすらすべきと主張する。すでに勝本・法時三二九号六九頁は、買主が受取った物に瑕疵があることを発見したにも拘わらず、または、発見すべかりしに拘わらず、長くこれを放置し、相当なる期間の経過により、外部から見て、買主が受取った物で満足していると思われる状態が継続し、今さら買主が完全な物の給付を請求することが著しく信義に反するときは、売主の主張により、目的物に関し、買主が受取った物に特定すると主張した。また、履行認容と瑕疵の検査・通知義務が密接に関係することを指摘する。すなわち、買主が不完全な給付を受領し、買主は不完全を発見したが通知せず、ために売主に履行は完全だとの信念を抱かせ、かつ、このような信念を抱くのが取引の通念に照して妥当と認められる結果、その後の不完全の主張が信義則に反するとき、売主は履行認容の抗弁権を有するとし、不完全の通知は売主が右抗弁権を提出できる以前にしなければ有効でないと主張する(法協四七巻六号九九一頁以下)。

(104) 舟橋諄一・判例民事法大正一四年度一五六頁以下。

(105) 星野・法協八〇巻五号七一三頁参照。この場合、売主が代替物を履行しない場合には、瑕疵担保権の事前行使も問題となる。

(106) 勝本「不完全履行」法協四七巻六号一三五頁。

(107) 舟橋・判例民事法大正一四年度一六一頁。

(108) 小町谷・判例民事法昭和二年度二二二頁。

一一 履行認容の撤回―昭和三年判決

不特定物の買主にも代物請求をする余地を認める判決があらわれた。それは大判昭和三・一二・一二民集七巻一〇七一頁である。この昭和三年判決は大判大正一五・五・二四民集五巻四三三頁と同じ事案である。大判大正一五・五・二四においては、買主は大正一〇年一〇月頃縦板一・一六坪を買受け、大正一〇年一月送付を受け、売主は未払代金を訴求した。買主は、見本品は無節のものであるのに、給付された物は節穴裂目多くかつ尺幅不足のものもあり、見本に適合しないので、その受領を拒絶し、ただ保管していたに過ぎないから、代金支払義務なしと抗弁した。大審院は、本件契約は特定物の見本売買であるに過ぎないので、見本に適合しないとして瑕疵担保による責任を追及できるが、債務不履行として受領を拒絶できないと判示して、原審に破棄差戻した。勝訴した売主は、未払代金債権を強制執行し、それに対し、買主は、送付された縦板にある、見本と異なる節目裂目等の瑕疵に基づく損害賠償請求権をもって売主の未払代金債権と相殺し、債務名義の効力は消滅したとして執行異議の訴を提起した。これが本件である。原審は、買主が瑕疵を発見した大正一〇年から数年を過ぎていたので、瑕疵担保による損害賠償請求権はすでに一年の除斥期間を経過し消滅しているとして、相殺は無効と判示した。買主は、品質保証債務の

不履行という一般債務不履行の問題だから一年の除斥期間の適用なしと上告。

大審院は、次の理由により上告を棄却。(一) 板の節穴又は裂目という一見明瞭な瑕疵のように、瑕疵そのものが個々の物件の外部に露出している場合でも、多数の物件につき一々点検して始めて発見できるような場合には、隠れた瑕疵である。

(二)(1) 瑕疵担保の規定は履行のあったことを前提とし、不特定物売買のように瑕疵ある給付をしても債務の本旨に従う履行となりえない場合には適用の余地のないのが本来の法意であるが、買主が瑕疵ある物の引渡でもこれを履行として認容し、売主に対し瑕疵担保責任を問おうとする以上、これを排斥すべき道理がないから、瑕疵担保責任は漸次適用範囲を拡張し、不特定物売買の場合にも認められるに至り、わが国は判例でこの趣旨を宣明している。故に買主としては「瑕疵アル物ノ引渡ヲ斥クルト共ニ、」売主に対し更に債務の本旨に従う履行すなわち瑕疵なき物の引渡を請求してもよいし、その物を履行として受領すると共に、別に売主に対し瑕疵担保責任を問うこともでき、いずれを選ぶのも任意であるが、すでに一旦後者の方法を採用した以上、もはや瑕疵のあることを捉えて債務不履行だとしてその損害賠償を請求することはできない。

(二)(2) 見本売買とは、他日引渡される物が見本と同一の品質等級を有することを売主において請合うものであるところ、瑕疵とは現に引渡された物が一般の標準より劣る場合に限られず、当事者が特に有すべきと定めた性質を欠如する場合も含むので、見本という特別の標準より劣ることも瑕疵であり、瑕疵担保の規定が適用される。

本判決は単なる受領の他に、はじめて「履行として認容」との買主の主観的態様を考慮する。そして、買主が瑕疵担保責任を追及しうる時点を「履行トシテ物ヲ受領スルト共ニ」とする。

瑕疵担保責任を追及するためには当然にその物が特定していることを前提するが、元来、不特定物売買において

は瑕疵ある物の提供は債務の本旨に従ったものでなく、買主はこれを受領する必要がないのだから、売主の一方的な行為によって特定を生ぜず、債権者たる買主が協力した時すなわち売主の提供した物を履行として受領した時に特定するとされる。⁽¹⁰⁾

(二) (1)の判決理由は、売買目的物に隠れた瑕疵がある場合、不完全な給付であるが、なお債務不履行に止り、直ちに特定を生ずるものではないから、本来の給付請求権を失うことはなく、また、逆に、買主がこれを履行として認容してその物に特定し、売主に対し瑕疵担保責任を追及することもできるとして、代物請求権（完全履行請求権）と担保責任を問う権利とを併存的に認めるものである。⁽¹¹⁾そして、この判決理由の述べる「瑕疵アル物ノ引渡ヲ斥クルト共ニ」とは、⁽¹²⁾事案が検査しても発見できない瑕疵について述べたものとすれば、受領を撤回して、返還するとの意味である。このとき、売主の瑕疵ある不特定物を買主が履行として受領した場合、給付は完全でないから、買主は瑕疵担保としての完全履行請求権を有するが、不完全な目的物の返還と完全履行とが同時履行関係にあるのである。したがって、買主が不完全な目的物を返送しない限り、売主は完全な物を提供しなくてよく、また、買主は、損害賠償請求権を有する限り相殺はできるが、代金支払義務を負う。買主も完全履行と引換に瑕疵ある物を返還すると抗弁できる。⁽¹³⁾

しかし、本件瑕疵は板の節穴又は裂目という明瞭な瑕疵であったのであり、検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵ではなく、引渡に際し検査すれば発見できる瑕疵であった。したがって、瑕疵を検査する機会・期間の経過後、履行認容と評価されるか、拒絶するかが問題であったのであるが、大判大正一四年判決と同じく誤まって検査しても発見できない瑕疵と判断され、当初の履行認容と、狭義の隠れた瑕疵発見後の履行認容撤回が混同されたまま、理論上、履行認容撤回の場合を含めて代物請求権を認める理論が提示された。

本件（大判大正一五・五・二四）のような、給付された物は見本に適合しないので、その受領を拒絶し、ただ保管していたに過ぎないとの買主の表明は、不特定物売買の場合であっても拒絶と評価されるためには明確に表明されねばならない。

(109) 末川「売主の瑕疵担保責任」民商一卷二四九頁。

(110) 鈴木竹雄・判例民法昭和三年度四九九頁以下。

(111) 谷口知平・判例評論二八九号一頁以下。

(112) 星野・法協八〇巻五号七一二頁、同「瑕疵担保の研究—日本」『民法論集第三巻』一九九頁、二一〇頁、勝本・法協四七巻八号一三三二頁以下参照。

三 大正一四年・昭和三年判決の影響

大正一四年判決、昭和三年判決の立場を踏襲し、買主のどのような行態が履行認容と解されるかを明らかにする以下のような判決例がある。

大判昭和六・二・一〇新聞三三三三六号一三頁では、買主は、養蚕棚竹用粗竹三間物を訴外Aと共同で購入したが、売主は養蚕棚竹用粗竹二間ないし二間四、五尺のものを送付し、代金請求。これに対し、買主は、売主の送付した粗竹は、三間物の契約品と異なり二間物だから、完全品の引渡があるまで代金の支払を拒むと同時に履行の抗弁権を主張した。

原審は、売主の給付は契約の目的物と全然種類を異にする給付ではなく、瑕疵ある契約品の給付であるが、売主の送付した瑕疵ある給付を買主は、運送店に荷受けせしむると同時に買主のため占有保管せしめてこれを受取り、

内二東四〇本は売主の求めにより返還したが内一〇四束は訴外Aに転送し、Aはこの一〇四束をすでに売却等して処分済である。買主がこのように受取り「其ノ半以上ヲ内部関係ニ於テ共同購入者タル者ニ転送シテ其ノ自由処分ニ委シタル以上買主ハ売主ノ瑕疵アルモノノ引渡モ之ヲ履行トシテ認容シテ受領シタルモノト認メサルヲ得ス」として、買主は同時履行の抗弁権を喪失し、支払を拒絶できないと判示した。

買主は、これに対し、原審は買主において契約の履行として認容し受領した事実を認定したが、これは当事者の主張しない事実を認定したものであり、また、売主の送付した粗竹が契約品と異なる以上、買主が受領するや否やにかかわらず、完全品の引渡あるまで代金の支払を拒むことができる上告した。

大審院は、次の理由で上告を棄却。(一)売主が原審において売買の目的物を買主へ送付し引渡済なる旨を主張したことより、原審が売主送付の物件には瑕疵があったが買主において売買の履行として認容し受領した事実を認定しても、当事者の主張しない事実を認定したとなしえない。

(二)種類売買の売主の給付した物に瑕疵あり、売主が悪意であったとしても、「買主ニ於テ之ヲ知りテ履行トシテ認容シ受領シタル場合ニハ」売主は有効に給付義務を履行したというべきであり、更に瑕疵なき物を給付すべき義務を負担しない。

(三)「種類売買ノ売主ノ給付シタル物ニ瑕疵アル場合ニ買主ハ之ヲ履行トシテ受領セス売主ニ対シ更ニ瑕疵ナキ物ノ給付ヲ請求スルト將タ右ノ瑕疵アル物ヲ履行トシテ認容シテ受領シ売主ニ対シ瑕疵担保ノ責任ヲ問フト孰レカ其ノ一ヲ択ヒテ之ヲ主張シ得ルモノナルコトハ当院ノ判例トスル所ナリ(昭和三年(オ)第六四四号同年一月二日判決参照)故ニ買主ニ於テ一旦瑕疵アル物ヲ履行トシテ認容シ受領シタル以上ハ爾後売主ニ対シ瑕疵担保ノ責任ヲ問フハ格別更ニ瑕疵ナキ物ノ給付ヲ請求スル権利ヲ有セス從テ其ノ給付アル迄代金支払ヲ拒絶シ得ヘキ同時履行ノ

抗弁権ヲ有スルモノニ非ス」

本件は種類売買である粗竹三間物に対し二間物が給付され、検査しても発見できない瑕疵ではなく、引渡に際し検査すれば発見できる瑕疵ある給付がなされた場合であり、この場合に、買主はこれを履行として受領せず売主に對し更に瑕疵なき物の給付を請求しても、これを履行として認容し受領して売主に対し瑕疵担保の責任を問うてもよいが、一旦後者の方法を採用した以上、債務不履行として履行請求権、代金支払拒絶権、損害賠償請求権を有せず、瑕疵担保のみの問題となることは正しい。また、買主は元来、不完全な履行は受領しなくてよいのであるから、一旦買主が売主の瑕疵ある給付を履行として受領した場合、履行として認容された給付は契約に適合すると推定されるので一旦履行として認容し受領した後は、買主が受領した履行の不完全を立証しなければならぬ。^(註)

本件買主は瑕疵を発見しながら目的物を受領しているが、このことも履行認容を推論させる。また本件のように、買主が瑕疵を知りながら、目的物を受領し、共同購入者に転送し、その共同購入者が受領した半分以上を売却して処分してしまったことも履行認容と評価されるだけなのである。

本件では、売主の給付の到着後すぐに買主は検査して瑕疵を発見しながら、運送店に荷受けせしむると同時に買主のため占有保管せしめてこれを受取り、内二束四〇本は売主の求めにより返還したが内一〇四束は共同購入者に転送し、その共同購入者はその一〇四束をすでに売却等して処分済であったことから、買主の右行態は売主の瑕疵ある給付を「履行トシテ認容シテ受領シタ」と評価された。本件買主は「粗竹ハ送付ヲ受ケタルニ非スシテ売主ヨリ送付セルヲ以テ之ヲ保管セルナリ即給付ヲ受領センコトヲ認ムル趣旨ニ非ス」と抗弁しているが、買主が目的物を拒絶しようとする場合には、受領しないか、売主に対し、ただ保管のために受領するが目的物を拒絶すると明確に表明しなければならない。

本判決は、買主が瑕疵を「知りテ履行トシテ認容シ受領シタル場合」について初めて言及した。しかし、本判決から、買主が瑕疵を知りつつ履行として認容し受領した以外は、債務不履行責任を問うると一般化しえない。

大判昭和六・五・一三民集一〇・二五二では、売主は買主に対し大正一二年六月一三日ベルシア国キルマン茶褐色山羊毛三六、〇〇〇ポンドを現品引渡支払で売り渡し、買主は大正一三年四月七日および九日に第一回の履行として一三、三三三ポンドの山羊毛の引渡を受けたとして、売主は残代金を請求。本件売買契約は、売主の提出した山羊毛の見本と同一の品質を有する不特定物を売渡すべき旨確約したものであったが、買主は本件山羊毛を受取ると直ちに見本と対比して検査し見本の品質と大いに相違する旨、売主に通知し、また、四月八日、買主の工場において英国人技師及び売主立会の上さらに見本と対比して検査したところ見本と相違することが判明し、四月一日売主に対し瑕疵の通知をし、買主は、引渡された山羊毛は見本と大いに相違し悪硬毛多く到底織物の原料となし難きものが過半数を占め見本の半額の価値もないとして、売主の不完全給付による債務不履行に基づく損害賠償請求権と対当額で相殺すると抗弁した。

原審は、本件は見本による売買であり、本件山羊毛には多少見本より多量の硬毛が混っており、隠れた瑕疵がある、そして、売主が提供した目的物に瑕疵がある場合、買主において受領を拒絶し、さらに完全な履行を要求し、その履行のない場合に債務不履行として損害賠償の請求をなしうるのは勿論であるが、本件のように買主がすでに「山羊毛ノ引渡ヲ受ケ、而カモ之ニ瑕疵アルコトヲ知りツツ之ヲ費消シタル」以上、瑕疵担保による権利として損害賠償を請求できるが、債務不履行を原因として損害賠償を請求できないとし、しかも瑕疵担保による損害賠償の請求は買主が瑕疵を知った時から一年内になすことを要するが既にその期間を徒過したとする。

これに対し、買主は次のように上告。(一)瑕疵担保と一般債務不履行責任とは法律上の根拠が異なり、売主の責任

が一般債務不履行の要件を具備する場合には買主は当然一般債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができる。(二)瑕疵担保の規定は特定物売買にのみ適用され、不特定物売買には瑕疵担保の規定は適用されず、通常の債務不履行の問題を生ずるだけである。けだし、不特定物売買にも瑕疵担保の適用があるとすると、買主は更に完全な給付を求めることができず、解除か損害賠償を求めるとしかできず、不合理であるからである。

大審院は次の理由で上告を棄却。上告理由(一)につき、本件のように買主が目的物の引渡を受け、しかも瑕疵あることを知りつつ費消し尽くした場合には、買主は「自ら満足シタルモノト云フヘク、」もはや債務不履行を原因として損害賠償を請求できないことは妥当である。上告理由(二)につき、売主は買主に対して「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瑕疵アルモノヲ引渡スハ全ク履行ナキニ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」

本件原審判決は「隠れた瑕疵」というが、検査により発見しうる瑕疵であり、本件のように買主が目的物の引渡を受け、しかも瑕疵あることを知りつつ費消し尽くしたことは、履行認容と評価される。そのほか、買主が瑕疵を知りながら、引渡された物を使用し毀損する、転売、加工することも履行認容と評価される。⁽¹¹⁾これらの買主の行態は民法五四八条の述べる権利者の矛盾する行態であり、買主は受領を拒絶できなくなるからである。⁽¹²⁾

大判昭和八・一・一四民集一二・七一では、売主は、その製造する特許三益三年式糶摺土臼の販売のため同機は米五百俵を摺上げ得る性能を有し、万一不完全の場合は無料修繕すべき旨広告宣伝していたところ、昭和五年三月二九日、買主は右売主との間で右土臼の一手販売契約を締結し、同年四月二日までに売主より二一台を買受けその代金を支払い、一手販売区域内の農家に売却しようとし、右土臼の組立を完了して実地試験をしたところ、結果不

良で従来の白に比し何ら優れた点がなく、購入者一人もなかった。買主は広告宣伝上の特約に基づき売主に対し技術者の出張を請求したが、売主が応じないので、同年四月二二日、買主は売主に対し特約のような能率を上げうる土白の送付を求め、さらに同年五月七日、同月一三日までに右のような性質を有するものの送付を求めたが売主が応じないので、不履行を理由として同月一五日、一手販売契約を解除し、始めに納付した保証金の返還を求める。

原審は買主の請求を棄却。その理由として、売主と買主とは一手販売契約を締結したが、特に土白が買主の主張するような性能を有すべきことは右契約の内容としなかったことを認めることができ、したがって、売主は右契約の目的物である特許三益三年式粗摺土白を送付した以上、債務の本旨に従った履行をなし、債務不履行と論ずる余地がないと述べる。

これに対し、買主は、売主の広告宣伝を本件一手販売契約締結と同時に又はそれ以前に有し、本件土白は広告宣伝に記載された性能を有すると信じて本件契約を締結する決意をしたと認められ、土白が右性能を有することを契約の内容、主たる目的としたことは「窺知シ得ヘシ」と上告。

大審院は次の理由により、買主の請求を棄却した原判決を破棄し差戻。

(一)「売買ノ目的物カ或性能ヲ具備スルコトヲ売主ニ於テ特ニ保証(請合フノ意)シタルニ拘ラス之ヲ具備セサル場合」も瑕疵ある場合である。

(二) 瑕疵の存否の判断される時期については、「危険負担カ売主ヨリ買主ニ移ル時期ニ就キテ之ヲ観ル可キハ危険負担ト云フ觀念上殆ント自明」である。

(三)「所謂不特定物ノ売買(即チ一ノ種類債務)ニアリテハ瑕疵ナキ物ヲ給付スルコトカ取リモ直サス債務ノ内容ナルカ故ニ若シ売主ニ於テ瑕疵アル物ヲ給付シタルトキハ買主トシテハ之ヲ斥ケ唯其ノ債務ノ過不及無キ履行ヲコ

レ請求スレハ則チ足レリ但右ノ場合買主ニ於テ兎モアレ当該物ノ給付ヲ受領スルト共ニ翻ツテ此ノ特定物ニ就キ売主ニ対シ其ノ瑕疵担保ノ責ヲ問フコトハ是亦法規ノ禁スルトコロニ非ス這ハ已ニ当院ノ判例トスルトコロナリ是ノ故ニ今或種類物ノ売買ニ於テ其ノ種類ニ属スル物ハ斯ク斯クノ性能ヲ有ストノコトカ特ニ売主ニ依リテ保証セラレタルニ拘ラス其ノ現実給付セラレタル特定物カ偶々右ノ性能ヲ具備セサル場合ニ買主ハ売主ニ対シ約旨ニ適合スル物ノ給付ヲ請求スルト將タ瑕疵担保ノ責任ヲ問フト一ニ其ノ選択ニ從ヒテ可ナルハ前述ノ如シト雖若シ当該種類物ハ其ノ本質上到底保証セラレタル性質ヲ具備スルニ由無キ一般欠陥ヲ帶有スル場合ニ於テハ右ノ如キ選択ハ最早問題ニ非ス何者目的タル給付ハ始メヨリ不能ナルモノトシテ売買契約ソノモノハ当然無効ニ外ナラサレハナリ」

(四) 買主が売主と本件契約締結に至ったことにつき、売主の「広告宣伝カ其因ヲ成セシコトハ察シ難キノ事情ニ非ス」。したがって特別の事情なき限り、性能保証の下に本件契約は締結された。

(五) 性質保証の下に本件契約が締結されたとすると、もし給付された土臼が偶々この性能を欠如する場合には、売主は債務不履行あるいは瑕疵担保の責任を負い、もし売主製作の土臼が到底保証された性能を具えることができないうような本質的欠陥を有する場合には、一手販売契約は始めから無効であり、これらの各場合が本件においてはありうる。

本件瑕疵は試運転すれば判明する瑕疵であり、検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵と言えず、引渡に際し検査すれば発見できる瑕疵である。したがって、瑕疵を検査する機会・期間の経過するまでは、買主の行態は履行認容と評価されず、有効に拒絶しうるのである。

本判決は性能の広告宣伝に基づき買主が売買契約締結に至った場合に性質保証を認め、その保証された性質が欠缺する場合も瑕疵ある場合であるとした。

(112) 同旨、勝本・法協四七巻八号一三五五頁、四七巻五号八二六頁。

(113) すでに勝本・法協四七巻八号一三一六頁は、買主が受領した不完全な給付を有効に消費し、又は有効に他に移転する等により履行が完全であるとの確信を売主が抱くことが取引通念上妥当と認められるに至る場合に売主に履行認容の抗弁を認め、買主は不完全履行に基く請求権を行使できないとする。

(114) 星野・法協八〇巻五号七二二頁。

四 昭和三六年判決の批判的検討

戦後の昭和三六年判決と、その理論を踏襲するその後の判決例を、履行認容、拒絶、履行認容撤回を区別する立場から、批判的に検討する。

最二小判昭和三六・一二・一五民集一五巻一一号二八五二頁⁽¹¹⁵⁾では、買主は有線放送による宣伝等を営む会社であり、昭和二七年四月一八日に有線放送用スピーカー一台を二四万余円で買い受け、残代金一六万余円支払のため同日附で本件手形を振り出し、同月二五日頃、本件スピーカーを試験的に使用したところ、「その結果がいちおう良好に見えた」ので、五月三日に売主より引渡を受け、街頭宣伝放送事業に使用したが、故障が多く、雑音・音質不良を来したり、感電事故があったので、買主の通知により数回売主の技師が修理した。しかし、完全には直らなかつたので、買主は六月始めに、これを持ち帰って完全な修理をするように催告したが、売主は放置したので、買主は八月他の会社からスピーカーを借り事業を継続した。他方、売主は六月一七日の手形の満期に至り、買主に対し手形を呈示し支払を求めたが拒絶され、七月二三日に本件スピーカーの仮差押をし、ついで買主に対し手形金の支払を請求したのが本件である。買主は受領後約五ヶ月を経過した同年一〇月二三日の第一審口頭弁論日に契約解

除の意思表示をした。

一番は売主の請求を認容したが、二審では、右瑕疵は隠れた瑕疵であるが、スピーカーは売主の修理により完全とはいえぬまでも仮差押まで一応使用していたので、瑕疵のため買主が売買契約をした目的を達することができなかったとは言えないから瑕疵担保上の権利としては解除できないとする。しかし、スピーカーの雑音・音質不良のため附近の者より苦情が出るほどであり、売主の数回の修理によりどうやら放送事業を続けたが、すぐまた同じような故障が発生する始末で完全に修理することができなかったこと、また有線放送による街頭宣伝は路行く人に快感を与えるような音響・音質をもたなければその宣伝の目的を達し得ないから、売主は不完全なスピーカーを引渡し債務の本旨に従った履行をしなかったから、買主は六月の完全修理の催告により解除権を取得し、一〇月二三日のその行使により本件売買契約は失効し、この債務不履行による解除には商法五二六条の期間制限は適用されないとした。

これに対し、売主は「判例が認める不特定物の売買に関する売主の瑕疵担保責任と、不完全履行の責任とはその責任の所在に一定の時的限界を設けているもので、両者が競合することはなくその時点を異にしてその責任も異なるものである。すなわち買主が瑕疵あるものを受領する前と後とで之を区別しているのであり、前には不完全履行の責任を、後には瑕疵担保の責任を負わせるのである（大判昭和六年四月二日新聞三二六五号九頁）。」したがって買主が売買目的物を受領した以上、買主はもはや不完全履行の責任を追及できないと上告した。

最高裁第二小法廷は次の理由で上告を棄却。「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隠れた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

することが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る。

本件においては、……買主は、一旦本件放送機械を受領はしたが、隠れた瑕疵あることが判明して後は給付を完全ならしめるよう売主に請求し続けていたものであって瑕疵の存在を知りつつ本件機械の引渡を履行として認容したことはなかつたものであるから、不完全履行による契約の解除権を取得したものといえることができる。」

本件における瑕疵は検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵であり、四月二五日に買主がスピーカーを試験的に使用し、「結果がいちおう良好に見えた」ので、五月三日に売主からスピーカーを受け取ったことから、買主は右スピーカーを一応本質的契約履行として認容したと評価される。しかし、その後、瑕疵が現われたので売主に対し直ちに修理を求め、解除は受領後約五ヵ月たつて行なわれた。

本件の売買は不特定物売買であり、買主が本件スピーカーを街頭宣伝放送事業に使用していたところ、雑音・音質不良を来す故障が生じ売主側の技師が数回修理したが完全には修復できず、買主は昭和二七年六月始め売主に対しスピーカーを持ち帰って完全な修理をなすことを求めたが売主はこれを放置し修理せず、買主は街頭放送のため別のスピーカーを第三者から借り受け使用するの止むなきに至つた。当該事情のもとでの買主の右催告により、買主は瑕疵ある本件スピーカーをやはり本質的契約履行と考えず、さきの本質的履行としての一応の認容を撤回すると表明する。本件事例におけるように、検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵が物の使用に際してはじめて現

われる場合にはなお履行としての認容を撤回できる。そして、スピーカーの瑕疵による雑音・音質不良のため附近の者より苦情が出るほどであり、また、有線放送による街頭宣伝は路行く人に快感を与えるような音響・音質もたなければその宣伝の目的を達し得ないのであるから、瑕疵のため「契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合」であり、瑕疵担保による解除が認められてしかるべき事案であった。⁽¹¹⁸⁾

本判決は、「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」のない限り、債務不履行責任を追及できるとする。本判決は、受領後においてもなお買主が瑕疵を知りつつ履行として認容して受領していかない限り不完全履行責任を認めたものであるが、履行認容撤回にあたる。⁽¹¹⁹⁾

瑕疵に基づく権利を留保して瑕疵を知りつつ履行として認容して受領すれば、買主は瑕疵担保責任をなお追及でき、単に買主が瑕疵を知りつつ履行として認容して受領する場合、買主は何ら売主の責任を追及しない趣旨とも解されうる。⁽¹²⁰⁾したがって、判例理論の前提する、瑕疵を知りつつ履行として認容し受領した場合には瑕疵担保責任となるとの命題は貫徹できない。

また、判例理論のように、買主が瑕疵を知りつつ履行として認容して受領した以外は不完全履行の問題となるとすると、買主は瑕疵発見後一年ではなく通常の時効期間中は代物請求、損害賠償請求及び解除できることとなり、不当である。⁽¹²¹⁾買主が狭義の隠れた瑕疵を知ってから、なお不完全な給付であっても契約の本質的履行として認容し受領する場合には、代物請求を認める必要はなく、狭義の隠れた瑕疵を発見する前の一応の履行認容を買主は維持するのである。

岡山地判昭和五七・六・二九判夕四八九・一二〇では、製麺業者である買主は昭和五一年一月七日、機械製造販売業を営む売主から手打ちうどん製造用延し機、切り機に加え、これに接続する茹釜及び水洗機を購入し、同年

一二月二五日に右機械の据付がなされたが、据付直後より茹釜、水洗機につき、スイッチ内に水気が入り、機械が度々停止したほか、反転駆動装置の歯車が割れる事故が増発し、すぐさま買主は売主に修理を依頼し、売主も修理したが、構造上の欠陥のため、再三同一故障を繰返した。そこで買主は売主に対し直らないなら右両器機を引取るよう求め、売主の修理・取換えがないので、昭和五二年九月二日に引取り通告した。売主は残代金を請求し、それに対し買主は売主の不完全履行による売買契約一部解除を主張した。

岡山地裁は、次の理由で買主の抗弁を認め、売主の請求を棄却した。

(一) 本件売買は、当事者が物の個性に着眼して取引したのではなく、代替性のある一般の商品売買の範疇に入るものだから、不特定物の売買である。

(二) 本件茹釜、水洗機の故障の繰返しは、構造上の欠陥によるものであり、債務の本旨に従った履行と言えず、また右給付につき買主が右瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容した事情は認め得ないから、売主は本件機械のうち茹釜、水洗機につきなお不完全履行の責を負う。

(三) 売主、買主とも商人であり、本件売買は商行為に当たるから、商法五二六条により買主は目的物の瑕疵通知義務を負うが、本件目的物の故障はいずれも引渡後六カ月以内に発生し（その後の故障はすべて右繰返し）、買主は右隠れた瑕疵を発見次第、売主に対し修理を要求して、右通知義務を履行済みである。

(四) 給付の内容が可分の場合、不完全履行の部分につき一部解除をなし得ると解すべきであり、本件茹釜、水洗機は本件機械の他の部分と分離独立したものであるから一部解除でき、買主において既に完全な履行を求めて再三売主に対し催告をなしているから、昭和五二年九月二日の買主より売主に対する引取り通告により、一部解除がなされたと認めるのが相当である。

本件茹釜、水洗機につき、据付直後より故障が続出しており、機械の検査中に瑕疵が発見されたものであり、判決は「隠れた瑕疵」とするが、なお引渡に際し検査すれば発見できる瑕疵というべきである。

本件買主は、本件茹釜、水洗機の連続反転駆動方式が訴外Aの特許に触れるおそれが指摘され、右機械が同方式の本件売主製造大型機の一号機であり、実績のないことを懸念して売主に確かめたところ、売主より特許にも触れず、絶対迷惑をかけない旨の言辞を得たので右機械を購入したのであり、性質保証があったため瑕疵を発見できなかった。さらに売主の言明から、売主による修補を買主が期待したのは相当であった。本件買主はなお拒絶権を有するのであるが、本件瑕疵が狭義の隠れた瑕疵であり、売主の責任が瑕疵担保に基づく場合であったとしても、履行認容撤回が認められることにより同様の結果に至りうる。

東京地判昭和五九・九・一二判タ五四四・一六七では、売主は輸入機器類の国内販売を業とする会社であり、昭和四八年八月、高圧バルブの製造・販売を業とする買主との間で、西ドイツヘアコマ社設計製作のプロパンガス用バルブ自動組立機を納入する契約を締結し、納入に当たり、売主は買主の工場に据え付けたいえ、操業が可能な状態として引渡すことが合意された。売主は昭和四九年八月から同五〇年三月まで買主の工場に搬入して据付けを完了し、試運転したが、機械の各所に不具合な点が発見され、売主の社員は引き続き機械の調整・改良に取り組み、昭和五一年三月末には、買主の社員も機械の取扱い及び調整方法に慣れたうえ不具合も減少し、本件機械による工場生産が平常化したため、買主の工場から引き揚げた。売主は未払残代金の支払いを求め、これに対し買主は、本件機械には多くの瑕疵があって合意された稼働能力を有せず、稼働率低下による損害、部品取替費用、機械の部分が使用できず人手による作業に切り替えたことによる損害等の損害賠償権を自働債権とする相殺を主張した。

判決は、次の理由で買主の相殺の抗弁を一部認めた。(一)本件契約は、将来製作されるべき不代替物で不特定物で

ある機械一式を目的とする売買契約であり、売主から給付された目的物に瑕疵がある場合、買主は瑕疵のない代物の給付を請求する権利を有し、また、完全な給付を求める一態様として、瑕疵の修補請求をすることもできる。

(二) 売買契約における目的物の「引渡し」は、買主による積極的な受領行為ないし給付として受領することを認容する意思の表示を必要とするものではないから、買主が検収をしないことは「引渡し」の効果を否定する理由とならず、昭和五一年三月末日に売主の社員が買主の工場から引き揚げ、その後買主はときに売主の社員による本件機械の調整・修理・改造を受けながら、本件機械を使用しての操業を続けていることが認められるから、売主は右昭和五一年三月末日に「引渡し」を終え、買主は受領したものといえる。

(三) 買主は昭和五一年三月二五日付の書面で、各機械の問題点を挙げて、合意された生産量の半分程度しか生産があらがないので、本件機械の現時点での価値は六〇パーセントと判定すること及び買主は引き続き本件機械を使用するので能力が発揮できるよう早急な調整を望み、買主が検収合格と判定した時点で六〇パーセントを超える残額を支払う旨の書面を売主に交付して同意を求めているから、買主はこれにより本件機械が不完全な給付であることを明らかにしてその修補を求めたといえる。

(四) 不特定物を目的とする売買契約において、給付された目的物に瑕疵がある場合、買主はこれを売主の所有権移転義務及び引渡義務の履行として認容し、売主に対し瑕疵担保責任を追及できる。そして、買主が相殺の自働債権として主張する不完全履行に基づく損害賠償債権の主張は、弁論の全趣旨上、瑕疵担保責任としての損害賠償債権を自働債権とする相殺の主張をも含むものと解される（この場合、相殺の主張の提出が履行の認容にほかならない）。

(五) 不特定物を目的とする売買契約において引渡し後の履行の認容により売主の担保責任となる場合には、

売買契約成立時の買主の悪意はそもそも問題とならないし、売買契約成立時には買主は瑕疵の存在を予想しないで代金額を定めているから、引渡し時に存する瑕疵を買主が知っていたとしても担保責任を否定する理由とはならない。

本件事案において、機械の稼働能力が合意されており、性質保証の認められる場合であり、部品取替費用などの履行利益とも言える損害の賠償を信賴利益説に従い認め⁽²⁰⁾た。また、履行認容を認定するにあたって、買主が買目的物の検収を實際にしたかどうかは関係がないことを明言する。

福岡地判昭和四五・三・一六(判時六一二七六頁)は、毒物であるクロムなめし皮粉の混入した魚粉ミール(養鶏飼料)を売主である飼料業者から購入し、そのような飼料と知らずに買主が飼育中の鶏に与えたところ、廃鶏が多くなり、産卵量が減少した事案である。有害成分たるなめし皮粉の混入という隠れた瑕疵があり、買主は飼料を鶏に与えてはじめて瑕疵を発見したのであり、買主は当初履行認容しており、その撤回ができるかどうかの問題であった。隠れた瑕疵が物の使用に際して現われる場合には、撤回権は排除されないというべきである。また拡大損害についての売主の積極的債権侵害に基づく損害賠償責任は瑕疵担保責任と競合する。

(115) 谷口知平・判評四六号一一頁、北川善太郎・民商四六卷六号一〇五七頁、倉田卓次・法曹時報一四卷三号七二頁、鍛冶良堅・法律論叢三六卷二号六一頁、山下末人・法律時報三五卷二号九五頁、星野英一・法協八〇卷五号七〇八頁、打田峻一年)一五七頁等の多くの判批がある。

・専大論集三〇号一一六頁、右田堯雄・民法判例百選Ⅱ(一九七五年)一二二頁、五十嵐清・民法の判例第三版(一九七九年)一五七頁等の多くの判批がある。

(116) 星野・法協八〇卷五号七二三頁、北川・民商四六卷六号一三五頁、五十嵐・民法の判例第三版(一九七九年)一六一頁。

(117) 谷口・判評四六号一一頁、右田堯雄・民法判例百選Ⅱ(一九七五年)一二二頁参照。

(118) 星野・法協八〇巻五号七一五頁。

(119) 星野・法協八〇巻五号七一五頁。

(120) 保証された性質が欠ける場合の損害賠償の範囲につき、拙稿「性質保証と表示」民商九三巻六号八五七頁以下、八六九頁以下参照。

むすび

一 給付対象の性質も売買契約上の給付合意に含まれえ、性質保証は当事者により契約上、性質合意された場合であり、瑕疵は、給付合意が目的物の性質に及ぶ場合である。目的物の性質に及ぶ給付合意と瑕疵担保規定に基づき、売主は合意された性質を有する物を給付する義務を負う。売主は、質的一部不履行の特別責任としての瑕疵担保責任の法律効果を生ぜしめるだけの給付義務を負うのである。売主が提供した瑕疵ある目的物を買主が履行として認容すると、履行請求権の変形した、質的一部不履行の特別責任としての瑕疵担保責任が生じる。

性質保証の場合、合意された性質は売主の給付義務の内容を定め、この場合の履行利益の賠償責任は、契約上約束された給付の不履行に対する責任である。契約上、性質合意した売主に、過失原理とは異なる帰責事由がある場合に、履行利益賠償が認められる。

日本の判決例も保証された性質が欠缺する場合も瑕疵と位置づけ、不特定物売買の場合に売主が保証された性質を欠缺する目的物を給付した場合に、買主に瑕疵担保責任に基づき履行利益賠償を認めている。

二、売主が契約上の給付合意に一致する物を提供するまで、買主は瑕疵ある物の受領を拒絶し、履行請求しうる。受領遅滞は本旨に従った給付の現実の提供を前提するので、買主は受領遅滞とならず、目的物の契約不適合ゆえに

買主が受領しないとき、危険移転は生じえない。

売主による瑕疵ある物の給付の場合に、対価危険の買主への移転を生ぜしめるために、買主の協力行為、つまり、履行として認容することが必要である。買主が瑕疵ある物を拒絶すれば特定しないが、瑕疵ある物を履行として認容すれば、特定される。けだし、履行認容の場合、買主は引渡された物を本質的契約履行と思うと表明するからである。

買主が売主の瑕疵ある給付を履行として認容して受領すると、買主は一般債務不履行責任を追及できず、もっぱら瑕疵担保法上の救済を求めうる。けだし、給付物に瑕疵ある履行の場合、最初は履行が契約に適合すると考えられることがまれでなく、スムーズな取引処理が必要であり、この点を瑕疵担保法は一般債務不履行法と異なり顧慮しているからである。また、買主が瑕疵ある物を履行として認容しても、契約は完全に履行されていないので、二次的調整権としての瑕疵担保責任を買主は追及できる。特に不特定物売買の場合には、履行認容、つまり危険移転時を分岐点として、瑕疵損害につき、一般債務不履行法と瑕疵担保法の適用領域が分けられる。しかし、拡大損害については別である。

三、履行認容とは、売主の給付を一応本質的契約履行として認容するとの買主の意思表示である。履行認容により対価危険は買主に移転する。履行認容は履行として認容された給付は契約に適合すると推定させるので、一旦履行として認容し受領した後は、買主が受領した売主の給付の契約不適合を立証しなければならない。

受領に際し瑕疵に基づく権利を留保することなく、買主がその瑕疵を知りながら受領するとき、瑕疵に基づく権利の放棄もしくは瑕疵担保責任の免除と評価される。

拒絶と択一的関係にある履行認容表明は瑕疵ある物の引渡の際の買主の行態から認定される。買主が目的物を受

領し代金を支払うことは、履行認容のための有力な間接事実である。ただし、売買目的物は本質的に契約に適合しているとまず考える買主だけが、目的物を受領し支払おうとするからである。同様に、買主が、引渡に際し瑕疵を発見し、この瑕疵に基づく権利を留保して目的物を受領するとき、履行認容が認められる。買主が目的物を拒絶しようとする場合には、受領しないか、売主に対し、ただ保管のために受領するが目的物を拒絶すると遅滞なく明確に表明しなければならぬ。

買主が物の引渡に際し検査をすれば発見できる瑕疵を発見していない場合、受領からも支払いからもなお履行認容表明は推論されず、買主の行態を履行認容と評価するために、瑕疵発見のための相当な機会・期間が買主に許容されねばならない。この相当な機会・期間の経過後も買主が拒絶するつもりだと明確に告げないとき、買主の行態は履行認容と解される。

これに対し、目的物を比較的長期にわたって使用する場合、目的物の転売の場合、及び、買主が目的物を受領したまま比較的長く何も言わない場合には、買主は目的物を履行として認容したと推定される。ただし、これらの場合において、買主は検査する相当な機会・期間を有したからである。

買主が一方で瑕疵を知りながら引渡された物を使用し、加工し、もしくは転売し、その結果、もはやその物を返還できないか、著しく毀損された状態でのみ返還できる状態に至りながら、他方で拒絶すると表明するというように、買主の矛盾する行態のため信義則により拒絶権の行使が許されないと、買主は引渡された物を行態として認容したように扱われ、売買関係はもっぱら瑕疵担保法により清算される。

通常の検査をすれば発見できる瑕疵を知らずに、買主が瑕疵発見のための物の検査にとって不可欠でない使用・加工・転売をするとき、その使用は、民法五四八条のいう「過失」⁽¹⁾と考えられ、その目的物の使用は、その物の返

還を不能とするか著しく毀損するとき、履行認容と評価される。

四、売主の給付を履行として認容せず、売主の契約不適合の給付を拒絶する買主の権利は、双務契約性から生じ、契約不履行の抗弁、給付拒絶権である。この拒絶権を行使することにより、買主は、売主の本質的契約違反の給付に対し、代金を支払うつもりのないことを示し、瑕疵ある目的物の契約実行を拒絶する。拒絶表明のためには、瑕疵の告知では足りず、引渡された物は履行として拒否され、なお売主のものであるとの指摘を含まねばならない。拒絶により、買主が、売主の給付は本質的契約違反であり、その受領を拒絶すると表明すると、売主の給付義務は存続し、売買関係は一般債務不履行法に基づき清算関係のままである。

五、履行としての売主の給付の拒否は二時点で問題となり、検査すれば発見できる瑕疵の場合、引渡に際してであり、検査しても発見できない瑕疵の場合には、瑕疵を発見した時点である。第一の拒否を拒絶とよび、第二の拒否を履行認容撤回と呼ぶ。拒絶すれば一般債務不履行法が存続し（瑕疵担保責任の事前行使の可能性はある）、履行認容を撤回すれば、瑕疵担保法が適用される。買主は売主の給付を一応履行として認容していたが、たとえば検査しても発見できない瑕疵のため誤解していた場合、買主は当初の履行認容表明を訂正・撤回し、代物請求・解除（損害賠償を含む）を求めることができる。物の瑕疵が軽微であり、当初の一応の履行認容が適切であれば、買主は履行認容表明を維持し、瑕疵ある物を保持して、損害賠償のみを求める。

拒絶の場合と同様に、買主が履行として認容した目的物を、買主の行為又は過失に基づき、もはや返還できないか、著しく毀損された状態でのみ返還できる場合、民法五四八条に基づき、買主の矛盾する行態のため、履行認容の撤回権の行使は排除される。ここでも、買主が瑕疵を知っているか否かにより区別され、①買主が瑕疵を知りながら売買目的物を使用・加工・転売すると、撤回権は排除される。②買主が瑕疵を知らない場合、原則として買主

が物の使用によって生じた物の滅失及び著しい毀損につき責を負う。ただし、売主によって売買契約上引受けられたリスクである、物の瑕疵による滅失・毀損については売主が責任を負う。したがって、物の変形に際して初めて瑕疵が現われる場合や、検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵が物の使用に際して初めて現われる場合には撤回権の行使は排除されない。

瑕疵担保に基づく代物請求権は短期救済期間に服し、また、代物給付は瑕疵ある物の返還と引換えになされねばならない。代物請求を通説のように一般債務不履行法上のものとする、買主が代物請求すると、買主は引渡された物を履行として拒否すると気づかせ、特定は生じず、買主の任意に危険移転時を遅らせることができることとなり、不合理である。

六 以上の履行認容を分岐点とする瑕疵担保責任の再構成は、請負における一般債務不履行と瑕疵担保との関係とパラレルに統一的に説明することを可能とする。⁽¹²²⁾

(121) 民法五四八条につき、本田純一「給付利得と解除規定」(二)(三)成城法学一・四・六号、好美清光・現代契約法大系二巻一七五頁参照。

(122) ドイツ法における請負の担保責任での「引取」概念の変遷につき、下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法字一四五―一四六号(一九八八年)五〇〇頁以下参照。

(付記) 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」(一)(二)(三)法協一〇七巻二号六号、一〇八巻五号以下の完結が期待される。本稿校正段階では(三)までしか参照しえなかった。本稿は、構成は異なるが、森田論文の結論部分ともなりうるものと考えている。