

瑕疵概念の変容と商法五二八条の命運

——ドイツ商法典三七八条の制定・解釈・削除の経緯から——

北 居 功

- 一 はじめに
- 二 種類売買における瑕疵物と異種物の区別
 - 1 一九世紀ドイツ商法学説
 - 2 ドイツ普通法学説
 - 3 ゴルトシュミット理論
 - 4 ゴルトシュミット理論以降
- 三 ドイツ商法典三七八条の成立
- 四 ドイツ法における瑕疵概念の変容
 - 1 普通ドイツ商法典三四七条をめぐる判例
 - 2 ドイツ商法典三七八条の制定
 - 3 瑕疵担保責任と商法典三七八条の不調和
 - 4 客観的瑕疵概念から主観的瑕疵概念への移行
 - 5 ドイツ商法典三七八条の削除
- 五 商法五二八条の命運

一 はじめに

わが国の商法五二八条は、買主の目的物保管・供託義務を定めるが、「注文した物品と異なる場合」(以下、本稿ではこれを「異種物給付」と呼ぶ)を規定する点で、注目に値する。すなわち、商法五二六条は、商人間売買に

おける瑕疵物および数量不足の引渡しの場合における買主の検査・通知義務を定めるとともに、商法五二七条は、買主が瑕疵もしくは数量不足を理由に契約を解除する場合であっても、目的物を保管・供託する義務を負う旨を定めている。この買主の保管・供託義務を、注文とは異なる物品の引渡しと数量超過の引渡しの場合に準用するのが、商法五二八条である。したがって、論理解釈上、商法五二六条および五二七条は「瑕疵物」および「数量不足」の引渡しに係る規定であるのに対して、商法五二八条は「異種物」および「数量超過」の引渡しの場合に係る規定であるから、異種物および数量超過の引渡しの場合に、買主の検査・通知義務は関係しないこととなる。では、異種物および数量超過の引渡しの場合、買主は売主に対していかなる権利追及が可能なのであるか。また、異種物と瑕疵物を区別する基準とは何に求められようか。

以前に検討したとおり、わが国の商法五二六条は普通ドイツ商法典三四七条に由来し、ロエスレル起草の旧商法典五四四条を経由して成立した規定である。⁽¹⁾ 商法五二七条もまた、旧商法典五四九条及び五五〇条に由来し、少なくともその五五〇条はその出所を普通ドイツ商法典三四八条にまで遡ることができる。⁽²⁾ ところが、商法五二八条は、旧商法典に由来せず、法典調査会資料は「ドイツ商法草案三五〇条」、すなわち、一八九六年六月の帝国司法省第二草案三五〇条を参照させる。⁽³⁾ 法典調査会では、異種物や数量超過の引渡しの場合にも検査・通知義務を課すべきではないかとの意見が提示されたが、とりわけ梅謙次郎は、一見して明らかな異種物や数量超過の引渡しの場合に買主にとって重い負担となる検査・通知義務を課し、買主がその義務を懈怠するとはや権利行使できなくなることこそ不適切であると反論したため、原案が採択された。⁽⁴⁾ この審議経緯からも、そして条文構造からも明らかにするとおり、わが国の商法はもちろん、法体系の一貫性から見て民法でも、本来、瑕疵物給付と異種物給付は、厳然と区別されるのが本則なのである。

そこで、本稿では、瑕疵概念の変容を基本に据えて、瑕疵担保責任の将来像を探求する一環として、瑕疵概念

の変容と趨勢から見た商法五二八条の今後の命運を見定めることとしよう。

二 種類売買における瑕疵物と異種物の区別

1 一九世紀ドイツ商法学説

ドイツ法において特定物売買と種類売買の区別を理論的に展開した先駆者はハインリッヒ・テールといわれるが、テール自身は種類売買では契約に基づいて買主は売主に対して瑕疵のない目的物の引渡しを請求する権利のみを有するとして、瑕疵担保責任の適用を否定した。すなわち、「種類物の売却の際に、契約に反した商品は、想定され、合意され、売買されたのとは異なる目的物であり、したがって、後の契約に適合する引渡しがなお考慮されうる」。そこで、買主は、代物給付および損害賠償を請求し、あるいは、代物給付を拒絶して代金の支払を拒絶し、ないし返還を請求することで契約を解除し、さらに、契約不適合物を保持しつつ契約不適合に基づく損害賠償を請求することで事実上の代金減額 (Decorat am Kaufpreis) を求めることができたとされた。⁽⁵⁾ こうして、種類売買における契約不適合物の引渡しの際の買主の救済に関する本格的な近代理論は、このテール理論を起点として以後展開するものと考えられるであろう。

テール理論は、早速、その支持者を見出すこととなった。シュリーマンは、「種類債務の際に、債務者は合意された性状を有しない目的物の給付によって解放され得ないというのが事物の本性である」とし、追奪担保責任も瑕疵担保責任も特定物給付義務を前提とする以上、種類売買ではそれらの責任は問題となり得ないとする。⁽⁷⁾ プリンクマンも原則としてテール理論を踏襲し、按察官訴権が特定物固有の制度であり種類売買においてはその適用余地はなく、買主は代物給付請求および損害賠償請求を主張できるに過ぎず、減額請求も商慣習がない限り認

められないとする。しかし、買主が瑕疵ある目的物を受領した場合には、種類物も特定物となり、隠れた瑕疵について買主に按察官訴権が認められるとし、種類売買への瑕疵担保責任の適用を肯定する。⁽⁸⁾⁽⁹⁾ ハイゼもまた、普通法では瑕疵ある目的物の引渡しには買主に按察官訴権が認められるが、「その適用を排除する理由は何ら存在しない」とする。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

種類売買への瑕疵担保責任の適用問題が活発に論じられるようになった背景として、普通ドイツ商法典が一八六〇年に制定された事情は無視できない。この商法典が規制するとりわけ隔地売買が主として種類売買となるという事情はもとより、⁽¹²⁾ 商法典の編纂の際に商法典草案の報告者が、「草案が意図するのは、いわゆる按察官訴権も契約に基づく訴権も含めて、購入された商品の瑕疵に基づいて買主に対して認められるすべての法的救済を消滅時効によって停止することである」と説明した事情がある。⁽¹³⁾ さらに、その三四七条が定める買主の検査・通知義務に関して、商法典には「適時に為された通知の効果に関する規定が欠けている」⁽¹⁴⁾ ことから、契約に適合しない商品が引き渡された場合に買主にどのような権利が認められるかが、法典の解釈ではなく、一般法理の上で議論されなければならなかった。

一八六〇年以降、種類売買への瑕疵担保責任の適用を肯定する商法学説が主張されていた。その際、買主が売主によって引き渡された契約に適合しない目的物を拒絶して、その目的物を売主の任意の処分に任せなければならぬのか、それとも、そうした不適合物を保持しつつ、代金減額を請求する途が認められるのが議論された。モッコは、売主が適法な給付を行う限り買主の同意は必要なく履行は完成するとし、ラント法によって認められる限り、買主には瑕疵担保責任に基づく代金減額請求権が認められ得るとする。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾ ポストは、売主が瑕疵ある給付を行った場合に、その受領を拒絶して完全な履行を求めることができるが、目的物を拒絶しないときには完全履行の訴えは認められるものの、代金全額の拒絶は認められないとする。さらに、引渡時に存在したが通常の検査

では発見されない隠れた瑕疵については、適時の通知を前提に、損害賠償、代金減額、解除の権利が買主に認められるという。⁽¹⁷⁾ このポストの理論は、ブリンクマンと同様に、検査・通知を前提とした商法論理での「商品の承認」によって、瑕疵担保責任の種類債務への適用を認める論理と評することができよう。

一八六〇年以降、テール理論に由来する種類債務への瑕疵担保責任の適用否定理論も主張されている。ホフマンは、契約に適合していない商品の引渡しは「未だ全く引渡しが行われていない場合と同様」であり、買主は給付を拒絶して売買代金の支払を拒絶し、代物給付を請求できるとする。買主の代金減額請求についても、約束された給付と現実には為された給付との差額を請求することによって、実質的に認められるとする。⁽¹⁸⁾ この買主の権利は法の厳格な解釈からは認められないが、商取引における売主の利益の配慮から認められるという。ヴェヘターもホフマン同様、買主に代物給付請求、損害賠償請求と並んで、契約不適合物を受領しつつ損害賠償を請求することによる事実上の代金減額を認める。⁽¹⁹⁾ ガライスも、基本的にテール理論に依りつつ、代金減額については、売主がむしろ損害賠償や代物給付を望む場合に「取引の安全を重大に危殆化することは疑いない」としつつ、次に見るヴィントシャイトと同様に、買主が商品を持することについての売主の利益を証明する場合にのみ、売買契約に基づく訴権による代金減額を認めようとする。⁽²⁰⁾

2 ドイツ普通法学説

一八六〇年以前、普通法学説では種類売買における瑕疵担保責任の適用問題は、管見の及ぶ限り見出せない。事実、フォン・ファンゲロウの一八五六年版の体系書には、その論点は見出されないのであり、次の版でようやく論じられているのである。少なくとも、一八六〇年以前に、普通法学説は、種類売買におけるその問題を意識していなかったようである。

この問題を普通法上明確に論じた嚆矢と目されるのは、ベッカーである。ベッカーは、テール理論が契約不適合と瑕疵の問題を混同していると批判し、契約に従って取り出されるべき種類から取り出された商品であれば、その商品は契約に適合しているという。仮に契約不適合であれば、全く履行がないこととなるため、テールと同様に代物給付および損害賠償請求が認められる。これに対して、契約適合物であっても瑕疵がある場合には、買主に代物給付は認められないが、按察官訴権が認められるとする。その根拠として、契約に適合した目的物が給付された以上、種類売買は特定物売買に移行し、その瞬間から特定物売買に認められる規則が適用されるというのである。²¹⁾ このベッカー理論を踏襲するのがフォン・レーマーである。フォン・レーマーによれば、契約の内容によって物が有してはならない瑕疵を有する場合には、その物の給付は契約不適合であり、買主に不履行に基づく権利が認められる。これに対して、物が約束された性状を有するものの、たとえばアラビア産の栗毛の馬が売買されたところ、引き渡されたアラビア産の栗毛の馬に病気があった場合のように、隠れた瑕疵があった場合には、約束された給付は実現されているため債権は消滅するものの、買主には按察官訴権が認められるという。²²⁾ ここに、契約不適合すなわち債務不履行と瑕疵物給付の問題が区別されることとなる。

これに対して、テール理論を受け継ぐ見解も存在する。ゾイフェルトは、按察官訴権が特定物売買にしか関与せず、種類売買における契約不適合物ないし瑕疵ある目的物が給付された場合に、買主には代物給付請求権が認められるとする。²³⁾ 同様に、トライチュケも瑕疵担保責任の短期消滅時効は、瑕疵のないことを当然に契約内容とする種類売買には適用がないとする。²⁴⁾ とりわけ、テール理論の発展にとつて意味があったのは、ヴィントシャイトの支持であろう。ヴィントシャイトによれば、種類売買で瑕疵のない給付が黙示で合意されている以上、瑕疵ある給付は買主の受領にもかかわらず契約の履行をもたらさない。したがって、買主には代物給付請求および損害賠償請求が認められることとなり、種類売買に瑕疵担保責任は適用余地がないという。この代物給付は、買主

が全額の損害賠償を求める場合は別として、売主の義務であると同時に権利でもある。そこで、買主が瑕疵ある目的物を保持しつつ代金の減額を求めるには、その保持が売主の利益にもなることを買主が証明できなければなら⁽²⁵⁾ない。

このように、一八六〇年代から七〇年代にかけて、種類売買への瑕疵担保責任の適用をめぐる問題は、普通法学および商法学を巻き込む重大な争点となっていた。この問題に一つの重大な転機をもたらしたのが、次のゴルトシュミットの理論であったといえよう。

3 ゴルトシュミット理論

一八七四年に公表されたゴルトシュミットの理論は、種類売買への瑕疵担保責任の適用問題を最も詳細に検討するものであり、その適用肯定理論の理論的基礎を明確にした点で極めて重要な位置づけが与えられてしかるべきものであ⁽²⁶⁾ろう。

種類売買への瑕疵担保責任の適用を否定する普通法上の根拠に対して、ゴルトシュミットは以下の三つを反駁する。まず、按察官訴権が特定物売買にのみ関係するとの論拠に関して、ローマ法源に按察官訴権を種類売買に適用することを認める根拠は見出しがたいとの議論を扱う。このことは、ローマ法が制限種類売買しか規定しておらず、一般の種類売買が近代になってようやく認められた法律構成にすぎないことに求められている。しかし、種類売買は履行時に特定物を売買目的物として確定し、その時点で売買が完成されるものであるから、完成された売買に適用される法理がおしなべて適用されるべきであるとする。もちろん、種類売買がローマ法では二つの問答契約の形式で認められたことからすれば、それに売買法理が適用され得ないのは事実である。しかし、普通法は種類売買を売買法理で扱うのであるから、その形式的な反論は意味を有しないこととなる。⁽²⁷⁾

次に、按察官訴権は売買目的物の完全な給付を前提とするのに対して、種類売買では合意された性状が欠ける給付や瑕疵のある給付は不履行となるため、按察官訴権は種類売買に適用され得ないとの論拠を検討する。確かに、特定物売買では瑕疵があっても、売買目的物の引渡しによって給付は完了する。これに対して、種類売買では合意された種類に属さない物または合意された性状を欠く物の給付は、合意された物の給付ではなく、買主に代物給付請求権が認められる。しかし、単なる瑕疵については、このように解されない。特定物売買では、瑕疵のないことは黙示の契約内容とはならず、この場合にこそ按察官訴権が買主に認められるが、このことは種類売買でも何ら異ならない。『三歳の茶色の軍馬』を給付する義務を負う者は、この性状を有する馬の給付によって契約を履行するのであり、その馬が強情または生意気であっても構わない。『ラファエロが描いたシステイナ礼拝堂の聖母を刷ったミューラーの銅版画』の刷りは、常に約束された銅版画である。錆びた『ゾーリンゲンの鉄製品』は、常に約束された商品である」。

あるいはまた、合意された性状を欠く給付あるいは瑕疵のある物の給付を異種物給付としたり、あるいは、代物弁済ないし新たな売買契約の申し込みとするのは誤りである。それはあくまで種類債務の履行であり、種類の中から売主によって分離・提供され、買主によって受領された特定物が売買目的物となる。すべての種類売買は、為されるべき給付、または、為されるべき給付として買主によって受領されることによって、特定物売買へと転化する。その時点で売買契約が完成されることとなり、危険移転が売買の完成によってもたらされるのと同様に、按察官訴権も適用されることとなる。⁽²⁸⁾

三つ目の根拠として、按察官訴権は、商品が売買契約締結時に買主に提示されまたは存在したことに立脚するため、種類売買には適用されないことが挙げられることをいう。しかし、按察官訴権が適用されるのは売買の完成時であり、種類売買ではこの完成時が契約締結時に一致しないというにすぎない。⁽²⁹⁾ 以上の論拠から、種類売買

にも按察官訴権は、以下の要件で適用されるとする。

まず、危険移転時を基準に、その時に存在した瑕疵または契約違反について、売主の責任が問題になる。買主が知っていたか、あるいは知らねばならなかった契約違反または明らかな瑕疵について、責任は問われない。その際に、買主の瑕疵または契約違反の認識基準時は、買主が種類売買の履行として給付された特定物を検査できる立場に置かれた時である。この時点で、買主が商品を契約不適合として拒否するなら、代物給付と損害賠償を請求できる⁽³⁰⁾。これに対して、明らかな瑕疵にもかかわらず買主が受領するなら、代物給付、損害賠償および解除権は否定される。しかし、代金減額請求権は排斥されない。この代金減額の権利は、契約訴権であり得るし、また按察官訴権であり得る⁽³¹⁾。この場合、ヴィントシャイトがいうように、物の保持に売主が利益を有することの証明は必要ない。売主側への利益の配慮は、買主の利益保護の前に後退するといふ⁽³²⁾。

他方で、受領後にはじめて契約不適合が明らかとなる場合、買主には損害賠償請求権が認められる。代物給付請求権については買主の錯誤が問題となる。受領された特定物が売買目的物であるとの錯誤は、その性状が本質的なものとみなされる場合に、原則として無効をもたらすため、この原則に則れば、代物給付請求は可能である。しかし、錯誤が履行に関する場合、契約締結の場合とは異なって扱われるとすれば、代物給付請求は否定されることとなる。この場合さらに、買主に按察官訴権が認められるが、買主が代金減額を主張することを免れるために、売主が目的物の返還を請求することが想定される。売主が契約違反の目的物を取り戻そうとすることは、売主が契約不適合を知らなかった場合は問題ないが、売主がそれを知っていた場合には、買主の目的物取得意思が優先し、売主の取り戻しは認められない。受領後に瑕疵が明らかとなる場合、瑕疵担保責任が問題となり、錯誤は排斥される⁽³³⁾。

以上の普通法理論は、商法典によって修正される。まず、隔地売買では、買主の通知義務と期間制限により買

主の権利は制限される。通知の懈怠が商品の承認をもたらず限り、代金減額請求権も排斥されると考えられる。また、商人の品質が種類売買における売主の責任基準とされるが、法律が商人の品質について黙示の合意を認めるとすれば、そうした黙示の合意が履行されない場合にも、按察官訴権が認められることとなるため、単なる瑕疵だけではなく一定の契約違反にも拡張されうる⁽³⁴⁾。

以上のゴルトシュミット理論は、ベッカーが主張して以降有力に主張されるようになっていた、契約不適合と瑕疵概念の峻別を基礎にして、さらに受領による代物給付請求権の排斥も示唆した。もとより、契約不適合の場合に買主に損害賠償請求が認められる点からすれば、受領による全面的な債務不履行の解消を謳うものではない。むしろ、契約不適合と瑕疵という基準に加えて受領という二重の基準によって、債務不履行と瑕疵担保の適用領域を区画しているのである。

4 ゴルトシュミット理論以降

ゴルトシュミットの理論以降、それに追隨する学説が多く見られる。フォン・ファンゲロウは、瑕疵ある種類物の給付は特定物の場合と異なって不履行であり、買主は代物給付を請求できるが、瑕疵ある種類物を契約の履行として買主が受領する場合、その時から契約は当初からの特定物売買と同様の売買として扱われ、按察官訴権が適用されることとなるとする。ただ注意が必要なのは、「給付の受領には商品の承認は含まれない、⁽³⁵⁾ というのも、承認の場合には、当然、按察官訴権は放棄によって排除されるはずだからである」とする。ハナウゼクは、ゴルトシュミット理論を基本的に踏襲し、契約不適合物給付の場合に、買主が知らずに受領をすれば、原則として代物給付および損害賠償の請求を認める。しかし、買主がそれを履行として扱う場合には、按察官訴権に加えて確約違反に基づく損害賠償の契約訴権を認める。これに対して、明らかな不適合の場合、買主が受領しない限

り代物請求や損害賠償が可能であるが、代金減額請求は認められない。瑕疵ある給付については、按察官訴権の(36)みを認める。バロンは、「瑕疵ある種類物の引渡しには、不履行ではなく、瑕疵ある特定物の引渡しの際と同じような瑕疵ある履行が存在する」として、瑕疵担保責任の適用を肯定する。(37)デルンブルクも「按察官の法規範は、種類売買であっても、約束された種類の商品が給付されたが瑕疵が明らかとなった場合に適用される」と述べる。(38)フォン・ファンゲロウのようになお異論はあるとはいえ、ベッカーやゴルトシュミットが導入した契約不適合と瑕疵の概念峻別が、広く定着している様子が窺える。

三 ドイツ商法典三七八条の成立

1 普通ドイツ商法典三四七条をめぐる判例

以上のとおり、一九世紀の終盤、とりわけ一八七〇年代以降、異種物給付と瑕疵物給付との区別、さらに種類売買における瑕疵物給付への瑕疵担保責任の適用といった理論的な枠組みが定着しつつあったといえよう。ところが、実務においては、まさに瑕疵物と異種物との区別そのものが、大きな問題を提起するようになっていた。すなわち、普通ドイツ商法典自体は、検査・通知義務を定める三四七条も含めて、異種物給付についてとくに規定していたわけではない。(40)しかし、実務は、おそらくベッカーの主張以来、当時の理論に定着を見つつあった瑕疵物給付と異種物給付の区別に倣って、以下に見るように、瑕疵物給付の場合にのみ普通ドイツ商法典に定められた買主の検査・通知義務と短期消滅時効を適用したため、異種物給付の場合に買主は検査・通知義務を負うことはなく、短期消滅時効の適用もないとされた。(42)ところが、実務がそのような立場に立つことは、とりわけ種類売買において、瑕疵物給付と異種物給付を区別するという困難な問題に向き合うことを意味したのである。

そのリーディング・ケースと目される判決は、夏のアブラナの種が売買されたにもかかわらず売主が給付したのが冬の種であったため、売主の給付が異種物である以上、瑕疵物給付に関係する規定の適用はないとして、異種物と瑕疵物の区別を判断した⁽⁴³⁾。これ以降、農産物に関して、売主が主張する検査・通知義務の懈怠や短期消滅時効の抗弁を排斥するうえで、異種物給付を認定する判決が相次いだ。たとえば、芝草の売買にもかかわらず混杂草が引き渡された事案で異種物とする判決⁽⁴⁴⁾、売主が引き受けた冬エンドウ豆の給付への保証を認定したうえで、取引通念を基準として異種物と瑕疵物を区別すべきとしつつも、「事物の本性」から見て、夏エンドウ豆と冬エンドウ豆とは異種物であるとする判決⁽⁴⁵⁾、テンサイの種と飼料用ビートの種との混同の結果、売買されたのとは何かまったく違ったものが引き渡されていることが認められるべきとする判決⁽⁴⁶⁾、穀物砂糖の売買で加工されたシロップが三〇%含まれていたときに異種物とする判決⁽⁴⁷⁾、早めのシロツメグサは二度刈り取りで、干し草、飼料および種を得る目的であるのに対して、年一回刈りの遅いシロツメグサはシロツメグサの干し草と飼料を得るためのものであるため、両者は異種物とする判決⁽⁴⁸⁾、「商事取引に通例の商品分類」にしたがって、引き渡された挽き割り麦の飼料が、売買された粗挽き大麦とは異なる種類の商品であるとした原判決の判断を是認する判決⁽⁴⁹⁾、種子が契約の対象とされる限りで種子ではない商品は異種物とする判決⁽⁵⁰⁾などが見られる。

これに対して、異種物給付が争われたにもかかわらず、瑕疵物給付と扱う次のような判決も見出される。たとえば、問責された内容が種蒔用ホップではないという内容である場合には、見本と異なるという問責とはならないとして、瑕疵物給付での問責義務違反を認める判決⁽⁵¹⁾、引き渡された三〇〇ツェントナーのテンサイの種のうち、六ツェントナーは五一一〇%の飼料用ビートの種を含んでいた場合に瑕疵物給付に該当するとした判決⁽⁵²⁾、注文された純粋なライ麦粉の代わりに、二四%の小麦粉の混じったライ麦粉が納入された場合に瑕疵物給付と扱う判決⁽⁵³⁾がある。

これらの判決に見られるとおり、瑕疵物給付と異種物給付の区別は、取引通念から見た商品分類に属するかどうかを基本的な基準としようとする姿勢が見られよう。しかし、売買された糸が取引通念に適合した長さを備えていなかった事案で、買主が瑕疵担保請求権を主張するのではなく、不履行契約の抗弁を主張する限り、異種物給付として扱うのが適切とする判決もある。⁽⁵⁴⁾ここでは、異種物と瑕疵物の区別が維持されつつも、買主が求める救済によってその区別が判断されることとなるため、区別の基準はすでに曖昧なものとならざるを得ない。

さらに、判決で頻繁に登場するのは有価証券の取引である。たとえば、増資に合わせて発行が予定された株式が売買されたが、実はそれがすでに横領されていた株式であることが判明した事案で、異種物給付を認めて、問責義務違反の抗弁を排斥した判決、⁽⁵⁵⁾ 売買された公債の一部がすでに償還済みの公債であった場合に、償還済みではない公債の売買が約定されていることから異種物給付を認定する判決、⁽⁵⁶⁾ 引き渡された株式に欠損があるためフルトフルト取引所の慣習による取引ができない場合に、異種物給付を認めた判決、⁽⁵⁷⁾ 売買された公債がフランクフルト取引所では取引が拒否されたが、外国での取引が認められる場合に、瑕疵物給付として問責義務違反を認めた判決⁽⁵⁸⁾が見出される。これらの事案で明確なのは、買主が取引できない有価証券の取替を売主に対して求めている場合に、こうした請求自体、異種物給付を認定しなければ認められないことにある。このような観点から眺めれば、取引できない有価証券の引渡ししが異種物給付として扱われるのが原則であり、ただ、一定の取引所では取引され得なくとも他の取引所で取引が可能な場合には瑕疵物給付として扱われている結論自体、相応な解決が模索されているように映る。

売買された目的物が約定された由来や血統を有しないことが問題とされる事案も見られる。たとえば、特定銘柄のついた煙草を注文したところ、引き渡された煙草には特定の銘柄がついてはいたが真正な銘柄ではなかった場合に、「真正なものを模倣され、真正なものと呼ばれた商品は、真正な商品とは別の目的物」であるとすると判

決、⁽⁵⁹⁾「専門家の鑑定に基づいて、一定の血統が約束されている場合、引き渡された異なる血統の家畜は、異なる目的物である」とする判決、⁽⁶⁰⁾引き渡されたのがカイロではなくハンブルクで製造された煙草である場合に、買主が商品の由来を知っていたときには、瑕疵物給付として問責義務違反を認める判決がある。⁽⁶¹⁾この最後の判決に明らかなのは、救済に値する買主かどうかの判断が、すでに瑕疵物給付の認定を左右しているように映る点にある。さらに、事案の詳細は定かではないが、たとえ異種物給付と見られるべき事案であっても、引渡しから相当な期間が経過するまで買主が問責をしない場合には、買主が商品を承認したものと扱う余地を認めている点で、異種物給付と瑕疵物給付の境界を曖昧にする判決もある。⁽⁶²⁾ここにまで至るとき、すでに瑕疵物と異種物の区別は、相当程度まで相対化されているということができであろう。

2 ドイツ商法典三七八条の制定

以上に見たとおり、普通ドイツ商法典三四七条の間責義務および三四九条の短期消滅時効の適用をめぐる、当時の実務がいかに大きな混乱に陥っていたのが、明らかとなる。異種物と瑕疵物の境界をいかにして画すべきなのかという問題は、ドイツ商法典の編纂過程にも、大きな問題を投げ掛けることとなった。⁽⁶³⁾まさにそのことを考慮して、帝国司法省において一八九五年春までにエドゥアルト・ホフマンが作成した「ドイツ帝国のための商法典草案(帝国司法省第一草案)」⁽⁶⁴⁾「三一九条は、普通ドイツ商法典には存在しない新たな規定を定めるに至ったのである」。

帝国司法省第一草案三一九条

三一七条、三一八条の規定は、定められたのとは異なる商品又は定められたのとは異なる商品量が引き渡された場合

にも、引き渡された商品が明らかに注文から、売主が買主の承認を排除されたものとみなさざるを得ないほど、著しく逸脱していない限り、適用される。

この規定の根拠について、覚書は次のように説明する。すなわち、遅滞なき検査・通知義務の懈怠が商品の承認とみなされるという規則（現行ドイツ商法典三七七条、草案三二七条）は、商品の性状の瑕疵にのみ関係し、合意されたとは異なる種類の商品または商品量の引渡しの場合には関係しないものとされてきた。しかし、瑕疵物の場合と異種物の場合とで境界線を引くことは非常に困難なことが多く、引き渡された商品が専門家の判断に基づく取引通念からは異種物とされても、買主の利用目的からすれば瑕疵がある場合よりも利用にとって価値があることもあり得る。そうはいっても、瑕疵物の引渡しの場合と異種物の引渡しの場合とを常に同視するわけにはいかず、引き渡された商品が合意されたのとは全く共通性を有さず、明らかに買主の利用目的にとって意味を持たない場合には、なお瑕疵ある商品の引渡しの場合とは区別され、遅滞なき検査・通知義務は適用されないのである。なお、三一八条（現行ドイツ商法典三七九条）の買主の商品保存義務が異種物または合意されたのとは異なる商品量の引渡しの場合にも適用されるのかは旧法上（普通ドイツ商法典三四八条）争われているが、草案はこの問題も同様に、売主が買主の承認を排除されたものとみなさなければならぬほど注文とは明らかに著しく逸脱しない場合を基準に判断することとしたという。⁽⁶⁵⁾

この草案三一九条に関して、「商法典草案の鑑定のための委員会」では、無用な紛争を回避するために、異種物給付において買主の承認が期待できないとする要件を削除することが提案された。しかし、不当な商品または商品量の引渡しに際して、買主の沈黙が常に承認を意味するわけではないとして草案が支持された。しかも、この理は、検査・通知義務だけではなく、買主の保存義務にも妥当するものとされたのである。検査・通知義務を

一方的商行為に拡張しようとする提案者の間では、本条も検査・通知義務に関する草案三一七条と同様に拡張されるべきか否かで見解が分かれた。検査によって始めて異種物か否かが判明することからすれば、この規定を双方的商行為に限定する立場が主張され、さらに、一方的商行為には通知義務ではなく、三一八条の保存義務を課せば足りるとする立場も表明された。⁽⁶⁶⁾

この草案三一九条については、農業専門家会議でも異論が提起された。一方で、この規定が異種物を送りつけられる買主を不当に害し、合意された以上の商品量を送りつける仲買人の「悪癖」を助長することが指摘され、他方で、買主の沈黙が承認を意味するのは注文からの逸脱が「非本質的」な場合であり、この規定の適用範囲が広すぎると指摘された。しかし、帝国司法省側は、このような規定の必要性を説き、異種物の送付の際には常に「本質的」な逸脱が存在するため、提案者側のような基準は推奨されないと反論した。⁽⁶⁷⁾

このような異論が提起されたものの、結局、この草案内容は、一八九六年六月に作成された帝国司法省第二草案三五〇条に修正なく引き継がれた。⁽⁶⁸⁾

帝国司法省第二草案三五〇条

三四八条、三四九条の規定は、合意されたのとは異なる商品または合意されたのとは異なる商品量が引き渡された場合でも、引き渡された商品が明らかに注文から、売主が買主の承認を排除されたものとみなさざるを得ないほど、著しく逸脱していない限り、適用される。

この規定はさらにその後、批判と審議を踏まえたうえで一八九七年一月に作成され、翌年帝国議會へ提出された草案三七一条に引き継がれた。しかし、その第一八委員会の審議において、この三七一条を三六九 a 条とし

て検査・通知義務に関する草案三六九条の直後に移動させて、買主の保存義務に関する草案三七〇条には適用しないことが決議された。その根拠であるが、買主の検査・通知義務に関する規定も異種物の取り扱いに関する当該規定も、共に双方的商行為にのみ妥当するのに対して、買主の商品保存義務は瑕疵ある物の引渡しの場合にのみ限られず、より広く、遅延引渡し、異種物引渡し、超過引渡し、包装に瑕疵のある引渡しの場合等にも妥当することが挙げられている。⁽⁶⁹⁾ こうして、草案三七一条は、最終的に一八九七年に公布されたドイツ商法典三七八条となったのである。

ドイツ商法典三七八条

三七七条の規定は、約束されたのとは異なる商品または約束されたのとは異なる商品量が引き渡された場合でも、引き渡された商品が明らかに注文から、売主が買主の承認を排除されたものとみなさざるを得ないほど、著しく逸脱していない限り、適用される。

このようにして、ドイツ商法典のシステムでは、買主の検査・通知義務（ドイツ商法典三七七条）は、瑕疵ある物の引渡しはもとより、異種物引渡しでも、買主の承認が得られない程度に逸脱が著しくない場合にも適用されることとなった。そうすると、買主に引渡しが行われた場合に、その引渡しに瑕疵物の引渡しに異種物の引渡しを区別する必要はなくなるとはいえ、今度は異種物であっても買主の承認が期待されるか否かが判断されなければならなくなる。瑕疵物 (peius) と異種物 (aliud) の区別は、普通法上瑕疵担保責任を種類売買に適用することを肯定する論理として確立されたが、その区別がドイツ商法典にも買主の承認可能性を介して、やや形を変えながら依然引き継がれることとなった。

四 ドイツ法における瑕疵概念の変容

1 瑕疵担保責任と商法典三七八条の不調和

ドイツ商法典三七八条は、以上に見たとおり、実務が普通ドイツ商法典三四七条を買主の検査・通知義務を異種物に適用しなかったことから、瑕疵物給付と異種物給付を区別するという解決困難な問題を回避するべく工夫された規定であった。しかし、もともと瑕疵物給付と異種物給付の区別は極めて困難なため、注文から大きく逸脱して買主の承認が期待できないとの新たな基準に入れ替えられても、両者の境界線引きの問題が、本質的に改善されるわけではない。しかも、単に商法上の検査・通知義務の適用があるかないかというだけではなく、実体的な権利関係においても、瑕疵物には瑕疵担保責任の適用があるとしつつ、他方で、異種物給付は債務不履行であるから一般給付障害法が適用されると評価すると、瑕疵物と異種物では法律効果自体が大きく異なることにも問題を残すこととなる。まさに、こうした問題に対して、実務はさらに解決工夫を模索して、迷走を示すこととなった。

たとえば、夏小麦の種が売買されたところ冬小麦の種が引き渡された事案で、たとえ異種物給付としても、すでに商法三七八条がこの区別を排除しているため、承認され得る異種物給付にも瑕疵担保責任の消滅時効規定の適用があるとする判決が見出される。⁽⁷⁰⁾ また、アブラナが注文されたが、納入された種が売買された種が生み出すはずの収穫よりもはるかに少ない収穫しか生み出さなかった場合に、確約違反に基づく損害賠償請求権に、瑕疵担保責任の消滅時効規定の適用を認める判決もある。⁽⁷¹⁾ これに対して、夏ライ麦に代えて冬ライ麦が引き渡された事案で、「問題となるのは、二つの異なる性質を持つ種の種類」なのであるから、瑕疵担保責任規定の適用を排

除して、損害賠償請求権に三〇年の一般消滅時効規定の適用を認める判決がある⁽⁷²⁾。また、点滴重量の過少な引渡しについて買主の問責が遅れた事案で、引き渡された量が注文量から大きく逸脱するため、買主の承認が期待できないとして、買主の請求を認める判決もある⁽⁷³⁾。さらに、納入されたタマネギが特定種のタマネギではなかったことを買主が問責しなかったため、買主の損害賠償請求権が瑕疵担保責任規定によって時効消滅したかどうかが争われた事案で、商法典三七八条が採用されたのは、異種物給付でも買主の承認が期待され得る限り瑕疵担保責任規定の適用を認める趣旨であるとしつつ、本事案には、その消滅時効期間の起算点が、契約されたタマネギが引き渡されていないことが明らかとなる時点まで遅らせる合意が見出されたとした判決もある⁽⁷⁴⁾。

このように、ドイツ民法典およびドイツ商法典が施行されて間もなく、異種物給付に適用される法律効果をめぐって下級審判決が動揺する状況の中で、ライヒ裁判所が、實務に一定の方向を示す判断を下すこととなった⁽⁷⁵⁾。すなわち、買主が売主から一五〇反の川又絹を買い受けたところ一五〇反の仙台絹が届けられたため、買主は売主に対してその受領を拒否して川又絹の送付を申し込み、再度売主から川又絹が届けられたにもかかわらず、再びその受領を拒絶したところ、売主が買主に対して代金の支払を求めた。原審は、仙台絹の給付は異種物給付であり、商法典三七八条の適用があっても、買主が売主に対して主張する権利は瑕疵担保に基づくものではなく債務不履行に基づく権利であるため、買主が再度の提供を拒絶できるのは買主が有効に契約を解除している場合であると、それが認められない以上、むしろ買主が受領遅滞に陥るため、買主は売買代金を支払わなければならないとした。これに対して、ライヒ裁判所は、そもそも商法典三七八条が制定されたのは、瑕疵物給付と異種物給付とを区別するのが困難なため、それらを許容され得る範囲で同一に取り扱う趣旨であるから、異種物給付と瑕疵物給付を、単に検査・通知義務に関して同一に取り扱うだけでなく、法律効果についても同一に取り扱うのがその趣旨に適う結果、商法典三七八条が適用される限りで、異種物給付にも瑕疵担保責任の規定が適用され

るべきであるとする。したがって、債務不履行に基づく解除権を規定する民法典三二六条を適用した原判決は誤りであり、瑕疵担保規定の適用による解決が図られるべきであるとした。こうして、異種物給付であつても、買主の承認が期待できる給付である限り、買主が売主に対して主張できる権利は、債務不履行ではなく、瑕疵担保責任に基づく権利であるというのであり、商法典三七八条の適用される範囲で、異種物給付と瑕疵物給付をまったく同一に扱う方向性を示唆したのである。⁽⁷⁶⁾

2 客観的瑕疵概念から主観的瑕疵概念への移行

(1) 客観的瑕疵概念と主観的瑕疵概念

このように、法律効果の点でも大きく異なり得る瑕疵物給付と異種物給付の区画は、それだけになおさら、大きな困難と議論をもたらすこととなった。上記一九一四年のライヒ裁判所判決自体が述べるところでは、「商取引の数多くのケースで、瑕疵ある商品の納入か、それとも、約束されたのは異なる商品の納入が問題となるのか」という問いの判断は、全く困難な判断であり……両ケースの区別は、いかなる内面的な正当性ももっていないのである。果たして、この問題の解決は、両者の境界を画すことではなく、むしろ両者の境界画定を放棄する方向で解決されることとなる。すでに、上記ライヒ裁判所判決は商法典三七八条の立法趣旨を敷衍することから、すでにこの解決方向を示唆していた。さらに、ドイツ民法典の瑕疵担保責任制度の解釈における瑕疵概念について、伝統的な客観的瑕疵概念から主観的な瑕疵概念へと展開・移行する趨勢が、瑕疵物と異種物の区画問題の解決に決定的な影響を与えることとなった。⁽⁷⁷⁾

客観的な瑕疵概念とは、ある物の瑕疵をその物が属する種類における通常の性状を欠くことを意味する。⁽⁷⁸⁾ いうまでもなく、ベッカーが提唱して以降、一九世紀を通じて定着していった瑕疵概念とは、上述のような議論と実

務から明らかなとおり、いわゆる客観的な瑕疵概念であったことは明白である。物の瑕疵を測る際に、当該種類に属する物の通常の性状・品質という客観的な基準を用いる考え方である。この瑕疵概念は、ドイツ民法典が制定された後もなお、支配的な見解であった。たとえば、品質のよいソロバイオリンとして売買された特定のバイオリンが、実はそれほど価値がないオーケストラ用のバイオリンであっても、オーケストラ用のバイオリンとして瑕疵があるわけではない。なるほど、当事者はソロバイオリンを前提としていたが、「オーケストラバイオリンは、決して瑕疵あるソロバイオリンではない」⁽⁷⁹⁾。したがって、種類売買においても、瑕疵物とは当該種類に属するものの、瑕疵を有する物であるのに対して、異種物とはそもそも当該物が売買された種類に属さない物を意味することとなる⁽⁸⁰⁾。まさに、客観的瑕疵概念を前提とするとき、瑕疵物と異種物とを区別しなければならないが、実務においてそれがいかに困難であるのかが明らかとなっていたのである。

これに対して、いわゆる主観的瑕疵概念は、瑕疵を当事者の合意された性状を欠くことと定義する⁽⁸¹⁾。ここでは、当事者が合意した性状・品質を基準にして瑕疵が測られる。すでに性状は動機と評価されて意思表示の内容から排除されていたところ、フルーメが提唱したとおり、そもそも当事者がある目的物を売買するに際して、その性状を含めて目的物を評価して売買の対象とするとき、当事者の意思は目的物の性状も含む内容を持ち得る。このように性状も意思表示の内容となつて合意内容とされ得るとき、当事者がある性状を備えた目的物の売買に合意すれば、瑕疵とはまさに「給付合意に対応する性質からの逸脱」と定義されることとなる⁽⁸²⁾。この特定物売買を想定した瑕疵概念を種類売買にも拡張する結果、合意された性状からのあらゆる買主に不利益となる逸脱を瑕疵として理解することができるなら、異種物すなわち他の商品種類に属することもまた、瑕疵に含まれることとなる⁽⁸³⁾。主観的瑕疵概念によれば、合意からの逸脱が瑕疵となるため、異種物が瑕疵物かという区別はもはや問題とはならない。むしろ、異種物給付と瑕疵物給付を区別して扱ふ何ら積極的な根拠こそ見出されないとされる⁽⁸⁴⁾。合意

から逸脱するのであれば、その逸脱の程度に差異があるうとも、それはすべて瑕疵物を意味するからである。たとえば、ある画家の署名が付けられているその画家の自画像が、当事者間で真正な絵画として売買されたが、後に偽造であることが判明した場合に、当事者が合意したあるいは前提とした性質に適合しない性状が瑕疵に該当することとなる。⁽⁸⁵⁾ また、鯨肉として売買された外国語表記の特定の船舶が実は鯨肉であった場合に、鯨肉として瑕疵があるのではなくとも、合意された内容からの逸脱であるために瑕疵担保責任の適用が認められる。⁽⁸⁶⁾

(2) 特定物売買と瑕疵概念

もともと、瑕疵をめぐる議論は、ドイツ民法典旧四九条一項に定められた「瑕疵」と同条二項および旧四六三条に定められた「確約」の概念を確定する解釈論争であり、その際に、単に瑕疵がある場合と売主が性状を確約した場合とが区別されなければならなかった。物に単なる瑕疵があるにすぎない場合、買主は代金減額もしくは解除の権利を持つにすぎないのに対して、売主が瑕疵を秘匿したか、あるいは、一定の性状の存在を確約したにもかかわらず当該性状が欠ける場合に、買主は損害賠償請求権を持つからである。主観的瑕疵概念によれば、そもそも瑕疵とは合意からの逸脱である以上、あらゆる瑕疵がいわば確約からの逸脱を意味する。したがって、買主に損害賠償請求権が認められるのは、単なる瑕疵の場合ではなく、担保が引き受けられた確約が認められる場合となる。⁽⁸⁷⁾

これに対して、客観的瑕疵概念によれば、瑕疵と確約の区画は単純な問題となり、当事者が性状について合意をしていれば確約がある場合となるのに対して、そのような合意がない場合に、まさにその物が属する種類の通常の性状を基準にして、瑕疵の存否を測ることとなるからである。あるいは、合意を援用するときには、客観的な意思解釈を基準にしてこそ、合意された種類に属するもののその種類の通常の品質から逸脱するところに、瑕

疵が見出される⁽⁸⁸⁾。まさに、一定の種類に属する通常の性質を備えない場合に瑕疵が認められるが、当事者が当該種類の通常の性質によって期待できない性質を期待しても、それが欠けることで、直ちにその物に瑕疵が認められることはならない。むしろ、こうした買主が誤って抱いた期待の保護根拠は、物に存在する瑕疵ではなく、売買に際して売主が与えた確約に求められるべきとされるのである⁽⁸⁹⁾。

ところが、客観的瑕疵概念によれば、ソロバイオリンと誤解されたオーケストラバイオリンの売買、贋作絵画の売買や鯨肉と取り違えられた鮫肉の売買といった特定物の売買では、もともと合意された種類に属さない目的物の給付が合意されているため、瑕疵物給付でも異種物給付でもなければ、一定種類に属する目的物の特別な性質が確約されたということもできない⁽⁹⁰⁾。この客観的瑕疵概念による「法の欠缺」をも瑕疵担保責任によって解決するのが適切とされるとき、瑕疵担保責任の類推適用などの見解が主張されたが、むしろ主観的瑕疵概念での解決の方が極めて容易となることは明らかであろう。しかしながら、主観的瑕疵概念は、あらゆる契約不適合給付を瑕疵概念で包括し、極端な異種物給付さえも瑕疵物給付とするため、その場合に、特定物売買について法が認めない履行請求権や売主の履行権を認めざるを得なくなるとするのは、明らかな解釈論上の欠点となる⁽⁹³⁾。しかも、主観的な瑕疵概念は、当事者の合意を前提にした瑕疵概念を觀念するため、当事者の単なる性状合意とは区別されるべき「確約」を確定しなければならない。さらに、主観的瑕疵概念とはいいつつも、その基準は、あるいは当事者の合意それ自体とされることもあれば、当事者が前提とした性質や当事者の契約目的に照らした用法が援用されることもあり、その定義自体が極めて錯綜している⁽⁹⁴⁾。かくして、少なくとも従前のドイツ民法典を前提にした特定物売買については、客観的瑕疵概念が提示する瑕疵概念と確約概念との区別の明確さや事案処理が、一定の説得力を持つようにも映る⁽⁹⁵⁾。

(3) ドイツ商法典三七八条と瑕疵概念

ところが、一転して種類売買を想定する議論となると、客観的瑕疵概念によれば、瑕疵物と異種物を区別しなければならぬこととなるため、極めて困難な状況に陥ることは、すでに一九世紀後半以来の実務が如実に示してきた。⁽⁹⁶⁾ もともと、ドイツ商法典三七八条の制定理由は、異種物と瑕疵物の区別の困難に求められるのではなく、むしろ、異種物と瑕疵物の区別自体は維持しつつも、異種物給付について売主に迅速に知らせる点にこそあると理解する見解もある。⁽⁹⁷⁾ この見解によれば、瑕疵を客観的に理解してもなお、種類売買で異種物と瑕疵物の区別の維持が可能であり、実務がしたように、異種物に瑕疵担保責任規定の適用を認めることもまた、誤りとなることとなる。しかも、先の一九一四年ライヒ裁判所が示したのと同様、主観的瑕疵概念がいうように、商法典三七八条の範囲で買主の承認が期待できる異種物給付を瑕疵物給付と同じように扱うとしても、⁽⁹⁸⁾ なお、買主の承認が期待できる範囲とそうでない範囲の区別自体も決して容易ではない。⁽⁹⁹⁾ つまり、ドイツ商法典三七八条がある限り、主観的瑕疵概念が提唱するような瑕疵物給付と異種物給付の統一的解決は、なお困難を示すのである。

そこで、客観的瑕疵概念の基本に立ち返って、瑕疵物と異種物との相違をなお詳細に探求し、確立する方向があり得よう。そうであつてもなお、上述の通り、実務がまさに、瑕疵物給付と異種物給付の区別それ自体をめぐつていかに苦境に陥るのかを示してきたのは、紛れもない事実である。そこで反対に、瑕疵物給付と異種物給付との区別を放棄する主観的瑕疵概念こそが、この点について、非常に明確で単純な解決方法を提示するように映る。しかし、この解釈を貫徹しようとしても、ドイツ商法典三七八条が邪魔となる。なぜなら、商法典三七八条は、少なくとも買主の承認を期待できない異種物給付を、別途考慮することを求めているからである。⁽¹⁰⁰⁾

かくして、瑕疵物と異種物の区別は、ドイツ商法典三七八条の制定によって何ら解決されたわけではなく、むしろ、客観的瑕疵概念と主観的瑕疵概念の二つの瑕疵概念をめぐる解釈論争に、さらに新たな、しかも紛糾する

議論をもたらす一つの実定根拠を付け足したにすぎなかった。⁽¹⁰¹⁾ 結局、客観的瑕疵概念の衰退と主観的瑕疵概念の隆盛を背景として、異種物給付と瑕疵物給付の区別は、その意義を失ってゆくこととなる。⁽¹⁰²⁾

3 ドイツ商法典三七八条の削除

すでに、ドイツ債務法改正委員会は、伝統的な瑕疵担保責任を排斥して、売主が物の瑕疵のない目的物を取得させる義務を前提にした債務不履行責任へと改訂し、⁽¹⁰³⁾ 主観的瑕疵概念を基本的に採用したうえで、異種物の引渡しと過少量の引渡しも、一定の留保を置きつつ、物の瑕疵に相当するとみなすことを提案していた。⁽¹⁰⁴⁾ とりわけ、異種物が給付された場合に想定される追履行請求権は、瑕疵物が給付される場合に想定される追履行請求権と何ら異なるところはないためである。⁽¹⁰⁵⁾ ただし、異種物給付と瑕疵物給付を同視するには、売主が異種物給付を自身の債務の履行として調達し、買主がそのことを認識できなければならない。したがって、異種物給付と債務履行との関連が客観的に認められないほど極端な逸脱があるため、履行と明らかにみなされない極端な場合が留保されているが、もとよりこれは、ドイツ商法典三七八条が定める買主の承認が期待できない場合の区別を引き継ぐうとするものではない。むしろ、ドイツ債務法改正委員会は、ドイツ商法典三七八条が必ずしも予測できるような形で、承認が期待可能なケースとそうでないケースとの区別を提示していないことを批判する。そこで、瑕疵担保責任と債務不履行責任との大きく異なる消滅時効での処理を調整しさえすれば、そもそも異種物にまつわる区別に重きを置かねばならないわけでもなくなるため、商法典三七八条の削除を提案するのである。⁽¹⁰⁶⁾

ドイツ民法典の現代化に際して、ローマ法以来の伝統的な瑕疵担保責任制度は、売主が負う契約適合性確保義務の違反としての債務不履行責任へと変容を遂げた（ドイツ民法典四三三条参照）。⁽¹⁰⁷⁾ つまり、売主は物が契約に適合することに責任を負うのであるから、売主が契約に適合しない、つまり合意から逸脱する性状を持つ物を引き

渡した場合に、債務不履行の責任を負うこととなる。まさに、主観的な瑕疵概念を基本に据えたうえ(ドイツ民法典四三四条一項参照)、その責任が債務不履行としての性質を持つことも、明らかにされたこととなる。事実、ドイツ民法典は、異種物や数量超過の引渡しも契約不適合と明示するのであり(ドイツ民法典四三四条三項、六三三条二項三号⁽¹⁰⁸⁾)、債務法改正委員会が認めていた留保さえも取り払って、ここに瑕疵物と異種物とを完全に同視するに至った⁽¹⁰⁹⁾。したがって、瑕疵物と異種物の区別を前提にして、買主の承認可能性のない異種物給付を特別扱いとするドイツ商法典三七八条も、その存在意義を失うこととなる⁽¹¹⁰⁾。

ドイツ商法典三七八条は、買主の承認可能性がある異種物給付を瑕疵物給付と同視しているが、いわばその考え方が、すべての異種物給付を瑕疵物給付と同視する考え方へと「一般化」されたといえよう⁽¹¹¹⁾。かくして、ドイツ民法典の現代化によるドイツ民法典四三四条三項が異種物給付をも瑕疵物給付と扱う旨を明記することにより、異種物給付について規定するドイツ商法典三七八条は削除されるに至った⁽¹¹²⁾。

もっとも、これによってすべての問題が解決されたというわけではない。確かに、ドイツ民法典四三四条三項の制定によって異種物給付と瑕疵物給付の区別は放擲され、ドイツ商法典三七八条の削除によって、買主に承認を期待できる異種物給付かどうかという区別も放擲されたのであるから、瑕疵物給付と異種物給付の区別を論じる意義は本質的に解消された。しかし、売主が異種物を給付した場合に、それがすべて瑕疵物給付とされるときでも、売主が履行する意思を持って給付をした場合でなければならぬ⁽¹¹³⁾。たとえば、売主が通信販売で送るべき荷物を取り違えた場合には、瑕疵物の給付とならないこととなる⁽¹¹⁴⁾。買主はドイツ民法典四三三条に基づく引渡請求権を、なお有しているのである。

また、売買された特定物とは異なる目的物が給付された場合に、果たして、瑕疵物給付として処理すべきかどうか問題とされる。ドイツ民法典四三四条は、そもそも種類売買における瑕疵物給付と異種物給付との境界線

引きが困難であることから、瑕疵物給付と異種物給付とを同視するために設けられた規定であるため、その規定は特定物における同一性の異種物給付には適用がないとする見解も主張される⁽¹¹⁵⁾。したがって、このような異種物給付は契約不適合ではなく引渡義務の不履行となるため、消滅時効について一九五条が適用されることとなる。しかし、むしろ立法者は特定物と種類物の区別を否定し、一九九九年の消費動産売買指令もまた、あらゆる異種物給付を包含する趣旨であるため、同一性の異種物給付であつてもドイツ民法典四三四条が適用されるべきとする見解が、むしろ数多く主張されている⁽¹¹⁷⁾。

五 商法五二八条の命運

わが国では従来、瑕疵をめぐる議論が、それほど大きな問題として取り上げられてこなかった。一般に、通常の性質あるいは合意された性質を欠くことを瑕疵とする定義が、「問題の所在を意識しないまま」繰り返されてきたのである⁽¹¹⁸⁾。もっとも、瑕疵概念がほとんど意識されない中で、瑕疵とは「物の通常の使用に適する性質を、全く又は相当程度に欠くという、客観的・抽象的意味に解すべき」とし、「重要な動機（契約の基礎・前提）」として、表示された使用適正ないし品質を欠くときは（主観的・具体的欠点）、五七〇条の適用はなく、その欠点が本条の瑕疵に当たらず、客観的に隠れたものでなくとも、買主が知らなかった以上、本条とは別に売買の効力に付き顧慮すべきである」とする見解がある⁽¹¹⁹⁾。これは、「目的物が一定の使用目的に適することあるいは一定の品質のものであることを、契約の基礎ないし前提として表示して売買したとき……それを知らなかった当事者に、解除または代金額の補正を認めなければならない」という前提理論を基礎とする見解である⁽¹²⁰⁾。したがって、この前提理論が共有されない限り、瑕疵を客観的に理解することもまた、共有されたいこととなろう。

ところが、こうした民法解釈理論状況に対して、まさに商法五二八条の存在を前にする商法解釈論は、異種物給付と瑕疵物給付の峻別問題に晒されることで、民法解釈論よりも瑕疵概念を意識した議論を展開してきた。そのもつとも中心となる問題は、異種物が給付された場合にも、買主に商法五二六条に定められている検査・通知義務が課されるのかどうかである。すでに本稿冒頭で見たとおり、起草者は異種物給付の場合に検査・通知義務の適用をまさに否定する趣旨であったが、それと同様に、異種物給付に検査・通知義務を類推適用するのを否定する見解が存在する。⁽¹²¹⁾これに対して、異種物と瑕疵物の区別が困難であることはもちろん、買主が通知しなければ売主が契約の適合性を持つこととなるという事情は異種物でも異ならないため、異種物給付にも検査・通知義務を類推適用すべきであるとする見解もある。⁽¹²²⁾そして、まさに主観的瑕疵概念を根拠にして、異種物給付に際しても買主の検査・通知義務を認めるべきとする見解も主張されている。⁽¹²³⁾ところが、極端に種類が異なる給付の場合に、果たして売主は自ら行った給付の契約適合性を持つことができるであろうか。それを否定する限り、給付がどうして買主の承認を得られないほど顕著に約定から相違する場合には、検査・通知義務の類推適用はないとする見解もあり、⁽¹²⁴⁾この見解はドイツ商法典三七八条の規定の趣旨を汲もうとするものといえよう。

このように、商法解釈学においてもいささか一般的、抽象的な議論が展開される中で、異種物給付に関して具体的な素材を提供する判決が現れた。その事案では、売買されたのが科学計算機用のチップであったにもかかわらず、実際に給付されたのがソーラー電卓用程度の精度の低いチップであったため、「用をなさないもの」であって、しかも、「型式を異にすることは商品自体に大きく書かれた型式番号の表示によって一見して明らかなくにされている」ことから、それが異種物給付と評価された。したがって、商法五二六条は商法五二八条との関係から異種物給付を別異に扱っており、しかも売主の利益のために買主の権利を制限するため、その規定の類推には慎重を帰すべきであるとして、商法五二六条の適用が排除されたのである（東京地判平成二年四月二五日判時

一三六八号二三頁）。理論レヴェルでは、異種物給付の客観的な判定基準の探求、あるいは、五二八条の適用の是非というよりはむしろ、異種物給付に五二六条の類推適用を認めるべきかどうかという観点から、当該判決を評価しようとする傾向が強く見られる。とりわけ、瑕疵物給付と異種物給付とを区別する実質的な理由が見出されないことを理由に、五二六条の類推適用を認めるべきとする評釈が多い⁽¹²⁵⁾⁽¹²⁶⁾。

そもそも、混迷と迷走を極めたかに映るドイツ法の異種物給付と瑕疵物給付の区別をめぐる議論の推移は、一九世紀のドイツを眺めるとき、種類売買に瑕疵担保責任の適用を認めたことから始まったといえよう。その意味でいえば、もともと種類売買への瑕疵担保責任の適用を否定し、しかも、瑕疵概念を客観的な瑕疵概念と理解することで、瑕疵担保責任の適用範囲を究極にまで制限しつつ、債務不履行による可能な限り一元的な解決を模索する方向は、もとより合理性を持つ一つの解釈であると評することができるであろう⁽¹²⁷⁾。

しかし、わが国の商法五二八条に明らかなくとあり、商法が制定されたすでに明治三二年以来、わが国の法体系でも、異種物給付と瑕疵物給付とが区別されることが前提とされていた。本来なら、異種物給付と瑕疵物給付の区別をめぐって、ドイツ法と同様の困難な議論が展開されても不思議ではなかったが、理論でことさら取り上げられることもなく、実務で差し迫った問題ともされてこなかったのは、まさに幸運であつたといえようか。いづれにせよ、わが国の法体系を前提にして考える限り、異種物給付と瑕疵物給付を区別して扱うことが、本来、起点とされなければならないはずである。この点で、瑕疵物給付も債務不履行の一種として扱うことで債務不履行の一元化を目指す解釈は、それに内在する論理の単純化の故か、異種物給付と瑕疵物給付との相違を捨象しがちであつた。とはいえ、不履行を意味する異種物給付をも不完全履行となる瑕疵物給付として扱うことを目指す限りで、わが国の法体系に適合的な発展方向を示唆する解釈となつたようには映る。

これに対して、上述の法定責任説の主張は、瑕疵物給付の領域を制限して、むしろ異種物給付に固有の法理を

拡張する方向を意味することとなる。しかし、ドイツ法の発展に明らかとなり、事態はむしろ瑕疵物給付に固有の法理が異種物給付の領域をも取り込む方向へと発展してきた。わが国でも同様に、本来、瑕疵物給付に固有の制度である検査・通知義務を異種物給付に拡張すべきであるという、商法上今日、むしろ有力な見解は、まさに瑕疵物給付の法理を異種物給付へと拡張する方向を示唆しているといえよう。また、代金減額請求といった有償性を考慮する発想こそ、まさに伝統的には瑕疵担保制度が担ってきたのである。瑕疵担保責任が債務不履行制度へと解消されるそのあり方を考えるに際して、従来の法定責任説が示唆する方向は、必ずしもわが国の法体系の発展方向に適合しないように映る⁽¹²⁸⁾。

一般的・抽象的という限り、当事者の合意からの逸脱を瑕疵とする理解が維持・展開され、そして、それが来るべき民法の改正において契約の適合性へと昇華されるなら、もはや客観的な瑕疵概念を論じる余地はないであろう⁽¹³⁰⁾。しかも、商法五二六条の検査・通知義務についても、瑕疵物給付と異種物給付とを実質的に区別する意味を否定して、広くその適用を認めることとなれば、種類売買においても異種物給付と瑕疵物給付との区別を論じる意味はなく、その結果、商法五二八条の命運は尽きることとなる。まさに、異種物給付と瑕疵物給付を区別した時代の一つの産物として登場したドイツ商法典三七八条が消え去ったのと同じく、それと同じ由来を持つわが国の商法五二八条もまた、主観的な瑕疵概念の定着あるいは契約不適合の普及を前に、消え去る運命にあるといえよう。

ただ、ドイツ民法の現代化の中で指摘されてきたとおり、異種物給付が契約との適合性から大きく逸脱するため、とうてい債務者にそもそも当該給付で弁済する意図が見出される余地もないとき、問責がないとの一事をもって、直ちにその給付による弁済承認を認めることができるのであろうか。ことは、弁済が成立するその実質的な要素を、再度検討しなければならないことを示唆するように映る。また、主観的瑕疵概念もしくは契約不適合

といつても、たとえば合意の逸脱と理解するのか、それとも当事者が一致して前提とした目的物利用からの逸脱と理解するのか、はたまた、契約目的の観点から見た機能不全と理解するのか、その内容や理解は多義的である⁽¹³²⁾。こうした相違をいかにして克服すべきなのかについて、なお議論の必要があることは疑いない。かくして、瑕疵概念をめぐる議論は、契約不適合概念へと姿形を変えてもなお、大きな課題を積み残すこととなるのである。

(1) 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——法研六九卷一号（一九九六年）二二九頁以下。

(2) 旧商法典五四九条と五五〇条は、ロエスレルの商法草案では、それぞれ六〇九条と六一〇条に対応するが、とりわけ草案六一〇条理由書は普通ドイツ商法典三四八条を参照させる。Hermann ROESLER, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd.2, Tokio, 1884, S.380. なお、普通ドイツ商法典三四八条は、現行ドイツ商法典三七九条の基礎となった規定である。

(3) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会商法会議事録・商法委員会議事要録』（商事法務研究会・一九八五年）三四〇頁参照。後に見るとおり、ドイツ商法典三七八条は、帝国司法省第一草案三一九条、その内容を承継する帝国司法省第二草案三五〇条の趣旨が、その後の審議を経て検査・通知義務に移行された規定であり、わが国の商法五二八条もまた帝国司法省第二草案三五〇条に由来する規定であるから、帝国司法省第二草案三五〇条を介して、わが国の商法五二八条はドイツ商法典三七八条と同じルーツを持つこととなる。詳細は、後述注（68）を参照。

(4) 梅が述べる理由は、買主に検査・通知義務を課すすれば、異種物給付等の場合であっても、検査・通知の懈怠によって商品の引取と代価の支払いを義務づけることとなるため、それが酷な結果となる点にある。『法典調査会商法会議事録・商法委員会議事要録』三四一頁。さらに、損害保険事業研究所に保管されている『志田鉦太郎・商法調査筆記』第四卷第二三八条の筆記個所で、異種物給付に検査・通知義務を課すと「全ク異ナレルモノヲ送リタルニ默スレハ引受ケタルモノトセラルルハ酷ナリ」とし、さらに異種物や数量超過でも通知義務を課すべきではないかとの意見に対して、その義務は「大ナル責任」であり、民法では一年の期間制限があつて「買主ニ責任ヲ大ニ負ハセ」て

いるためそれで足り、むしろ、異種物や数量超過は「一目二テ分ル前二条ヲ適用スレハ余計ノモノハ黙シテ取ルモ可ナリトナル」との梅の説明が記録されている。『志田鉦太郎・商法調査筆記』については、損害保険事業研究所「志田鉦太郎博士現行商法草案審議筆記(一)——保険法」「損害保険研究」二三巻二号(一九六一年)一九二頁以下を参照。

(5) Levin GOLDSCHMIDT, Ueber die Stathaftigkeit der aeditischen Rechtsmittel beim Gattungskauf, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd.19, 1874, S.99.

(9) Heinrich THÖL, Das Handelsrecht, Bd.1, Göttingen, 2 Aufl., 1847, §83, S.291f. テールの『商法』第一版は一八四一年に刊行されたが、筆者は参照し得なかった。

(7) Adolph SCHULZEMANN, Die Haftung des Cedenten, Ein Beitrag zur Lehre von der Cession, 2 Aufl., Rostock/Schwerin, 1850, S.33f.

(8) Carl Heinrich Ludwig BRINCKMANN, Lehrbuch des Handels = Rechts, Heidelberg, 1853-1860, §74, III, S.303ff.

(9) すでにベンダーは、商品売買への瑕疵担保責任規定の適用を当然のこととして論じている。しかし、その理論的な根拠は必ずしも明確ではな。 Johann Heinrich BENDER, Handbuch des frankfurter Privatrechts, Frankfurt a/M., 1848, §97, S.390ff.

(10) Georg Arnold HEISE, Heise's Handelsrecht, Frankfurt a.M., 1858, §15, S.34

(11) フィックは、隔地売買を商品の個別化を停止条件とする売買として把握し、商品が個別化されることで売買契約が完成されるため、その時点から瑕疵担保責任の適用も認めるべきだと主張する。 Heinrich FICK, Stellung einer nur theilweise fehlerhaften Warensendung zur Disposition des Verkäufers, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Bd.8, 1859, S.86ff. S.93ff. フィックは、あくまで隔地売買を上述のように構成するのみで、同地売買であれば種類売買であっても引渡と別途に個別化が觀念されないため、瑕疵担保責任の適用はないとする。 FICK, a.a.O., S.76ff. この理論を批判するゴルトシュミットは、隔地売買を条件付売買と把握すべきではなく、種類売買と特定物売買の中間的なものと理解すべきとし、種類売買が個別化される時点を契機に瑕疵担保責任を適用す

てめふは論じた。Levin GOLDSCHMIDT, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd.3, 1860, S.303f.

(51) HOFFMANN, Ueber die Stellung des Civilrechts zum Handelsrecht insbesondere nach allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch beim Kaufgeschäft und dessen Arten, Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Neue Folge Bd.3, 1865, S.152.

(13) 実は、この報告者の応答は、委員から消滅時効がかかわるのは特定物に適用される按察官訴権と売買契約に基づく訴権であることが指摘されたことを受けたものである。以上に「ついで」Einleitend und neu herausgegeben von Werner SCHUBERT, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buche, Frankfurt/Main, Bd.2, 1984, S.659f.

(14) Richard KOCH, Untersuchung und Anzeigepflicht des Käufers bei nicht empfangbarer Waare. Zulässigkeit des Decorts am Kaufpreise. Platzgeschäft., Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, Bd.3, 1864, S.302.

(52) MOCOCCO, Minderung des Preises einer als vertragswidrig beanstandeten Waare. Art 338. 346. 347 des H=G=B., Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, Bd.3, 1864, S.299f.

(16) コッホ、ベッシェおよびヴォルフ、種類売買への瑕疵担保責任の適用を肯定して、契約に基づく訴権の行使も買主に認めるが、その論拠は明確ではなく、プリンクペンに見られるような、訴権間の理論的な整合関係について説明が乏しい。Koch, a.a.O., S.303f., Ferdinand Benjamin BUSCH, Dem Käufer steht auch nach dem allgemeinen d. Handels=gesetzbuche das Recht zu, Waaren, deren Beschaffenheit sich nicht als vertrags=oder gesetzmässig ergibt, zu behalten, bezüglich weiter darüber zu verfügen, und gleichwohl wegen Mindererths derselben einen Abzug an dem stipulierten Kaufpreise (Decort) zu beanspruchen., Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, Bd.3, 1864, S.315., WOLFF, Die kaufmännische Dispositionstellung, (Art. 347 des all. d. H=G=B.), Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, Bd.15, 1869, S.331.

(17) Albert Hermann POST, Entwurf eines gemeinen deutschen und hansestadtbremschen Privatrechts, Bre-

- men, 1870, §149, S.98ff.
- (18) HOFFMANN, a.a.O., S.165ff.
- (19) Oscar WÄCHTER, Das Handelsrecht nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Teil 1, Leipzig, 1865, §24, S.216f.
- (20) Carl GAREIS, Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschem Handelsrecht, Würzburg, 1870, §54, S.152.
- (21) Ernst Immanuel BEKKER, Zur Lehre vom Genuskauf, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd.5, 1862, S.401ff.
- (22) Robert von RÖMER, Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, Tübingen, 1866, §7, S.118ff.
- (23) Johann Adam SEUFFERT, Praktisches Pandektenrecht, Bd.1, 4 Aufl., Würzburg, 1860, §266, S.87f.
- (24) Georg Carl TREITSCHKE, Der Kaufcontract, 2 Aufl., Jena, 1865, §99, S.365.
- (25) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2, Düsseldorf, 1865, §394, Nr.5, §104ff.
- (26) ゴルトシュミットの理論の概要と意義について、拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係（四）——種類債務の合意による特定を契機として」法研六九卷九号（一九九六年）四二頁以下も参照。
- (27) GOLDSCHMIDT, a.a.O., Bd.19, S.105ff.
- (28) GOLDSCHMIDT, a.a.O., Bd.19, S.107ff.
- (29) GOLDSCHMIDT, a.a.O., Bd.19, S.113.
- (30) GOLDSCHMIDT, a.a.O., Bd.19, S.113f.
- (31) このゴルトシュミットの説明は明瞭ではないが、受領された商品に「瑕疵」がある場合には按察官訴権上の代金減額請求権が認められるが、受領された商品が「契約不適合」である場合には損害賠償による事実上の代金減額を意味するものと理解される。
- (32) GOLDSCHMIDT, a.a.O., Bd.19, S.114ff.

- (33) GOLDSCHMIDT, a.a.O., Bd.19, S.116ff.
- (34) GOLDSCHMIDT, a.a.O., Bd.19, S.118ff.
- (35) Karl Adolph von VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd.3, 7 Aufl., Marburg/Leipzig, 1876, §609, Anm.1, S.303f.
- (36) Gustav HANAUER, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, 1 Abth., Berlin, 1883, §§16f., SS.113ff. なお、異種物給付の場合には、買主が受領してもそれは無効で、なお債務不履行の責任追及が可能であるが、瑕疵物給付においては瑕疵担保責任の追及のみが認められるとする見解もある。Richard BÖTZOW, Sind nach gemeinem Recht die ädlichen Rechtsmittel auch bei einem Genußkauf zulässig?, Diss., Greiswald, 1891, S.53ff.
- (37) Julius BARON, Pandekten, 8 Aufl., Leipzig, 1893, §289, S.521.
- (38) Heinrich DERNBURG, Pandekten, Bd.2, 4 Aufl., Berlin, 1894, §102, S.279, Anm.22, S.279f.
- (39) エンデマンは瑕疵ある給付の場合に按察官訴権を買主に認めるが、それを代物給付請求権への選択として認める点で按察官訴権の適用理論は不明確である。Wilhelm ENDEMANN, Das Deutsche Handelsrecht, 4 Aufl., Leipzig, 1887, §139, S.514f.
- (40) 普通ドイツ商法典三四七条

商品が異なる場所から送付される場合、買主は、それが通常の取引事象に従う限り、引渡後遅滞なく商品を検査しなければならず、商品が契約又は法律（三三五条）に適合していないことが明らかになる場合には、売主に即座にその旨を通知しなければならない。

買主がそれを怠る場合、商品は承認されたものとみなされる。ただし、通常の取引事象にしたがった即座の検査に際して明らかとなり得ない瑕疵は別である。

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

上述の規定は、通常の検分または試用に際して明らかとならない送付された商品の瑕疵が問題となる限り、検分ま

たは試用での売却にも準用される。

普通ドイツ商法典三四九条

商品の契約または法律上の性質の欠缺は、それが買主への引渡後六ヶ月を経過した後に始めて発見された場合には、買主によって主張され得ない。

瑕疵に基づく売主に対する訴えは、買主への引渡後六ヶ月で時効消滅する。

その抗弁は、三四七条に定められた瑕疵通知の即座の送付が、買主への引渡後六ヶ月以内に行われなければ、消滅する。通知がそのように行われた場合には、抗弁はなお存続する。

個別の目的物についてより短期の期間が定められている特別法または商慣習については、それによって何も変更を被らない。

より短期もしくは長期での売主の責任が契約上定められた場合、それに甘んじる。

- (41) 普通ドイツ商法典三四七条は、買主が契約または法律に適合するかどうかを検査しなければならないと規定しているが、とりたてて瑕疵物給付と異種物給付の区別なく、契約ないし法律適合性を検査通知義務の対象とする見解がある。W. AUERBACH, Das neue Handelsgesetz, Abt. 2, Frankfurt am Main, 1865, S. 121ff.; Heinrich TÖHL, Das Handelsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., Leipzig, 1879, S. 910ff, 924ff. 他方、瑕疵物給付と異種物給付を区別するかに係る法学説は Christian Moritz Adolph GAD, Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsrechts, Th. 1, Berlin, 1863, S. 213ff.; Friedrich von HAHN, Commentar zum allgemeinen deutschen HGB, Bd. 2, 2. Aufl., Braunschweig, 1875, S. 305.

- (27) Hermann STAUB, Kommentar zum HGB, Bd. 2, 6/7. Aufl., Berlin, 1900, §378, S. 1380f; Adelbert DÜRINGER/Marx HACHENBURG, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 3, Mannheim, 1905, §378, Note 1, S. 298f; Samuel GOLDMANN, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 3, Berlin, 1906, §378, Anm. 2, S. 164f; Heinrich KOENIG/Albert PINNER/Felix BONDI, Staub's Kommentar zum HGB, Bd. 2, 11. Aufl., Berlin/Leipzig, 1921, §378, Einleitung, S. 1125; Adelbert DÜRINGER/Marx HACHENBURG/James BREIT/Viktor HOENIGER, Das HGB, Bd. 5, 3. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig, 1932, §378, Anm. 1, S. 356.

- (43) 帝国上級商事裁判所一八七二年一月二日判決' ROHG., Bd.7., S.409.
- (44) 帝国上級商事裁判所一八七四年二月二一日判決' ROHG., Bd.15, S.414.
- (45) 帝国上級商事裁判所一八七九年二月一七日判決' ROHG., Bd.24, S.404.
- (46) ライヒ裁判所一八八六年六月二八日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.3, Nr.708.
- (47) ライヒ裁判所一八八七年二月三一日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.5, Nr.673.
- (48) ライヒ裁判所一八八八年三月二一日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.5, Nr.671c.
- (49) ライヒ裁判所一八九三年四月五日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.18, Nr.463.
- (50) ライヒ裁判所一八九七年一月一五五判決' Jur. Wochenschr., 1897, Nr.33.
- (51) ライヒ裁判所一八八六年一〇月一四日判決' RGZ., Bd.18, S.55.
- (52) ライヒ裁判所一八八九年一月一六日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.9, Nr.393.
- (53) ライヒ裁判所一八九三年一月四日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.18, Nr.434.
- (54) 帝国上級商事裁判所一八七四年二月一九日判決' ROHG., Bd.15, S.412.
- (55) 帝国上級商事裁判所一八七四年六月三〇日判決' ROHG., Bd.14., S.367.
- (56) ライヒ裁判所一八八〇年四月一〇日判決' RGZ., Bd.1, S.286.
- (57) ライヒ裁判所一八八一年六月一日判決' RGZ., Bd.4, S.195.
- (58) ライヒ裁判所一八九〇年一月二六日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.11, Nr.411.
- (59) 帝国上級商事裁判所一八七六年三月二三日判決' ROHG., Bd.19, S.402.
- (60) ライヒ裁判所一八九一年六月二〇日判決' Die Praxis des Reichsgerichts, Bd.12, Nr.465.
- (61) ライヒ裁判所一八九六年一月二八日判決' Jur. Wochenschr., 1896, Nr.23.
- (62) ライヒ裁判所一八九八年一月四日判決' Jur. Wochenschr., 1898, Nr.34.
- (63) 一八九七年に公布され、一九〇〇年に施行された現行ドイツ商法典の編纂過程については Werner SCHUBERT, Die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1997, in (Hrsg.) Werner SCHUBERT/Burkhard SCHMIDEL/Christoph KRAMPE, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd.1, Ge-

setze und Entwürfe, Frankfurt am Main, 1986, S.1ff., Christoph BERGFELD, Handelsrecht Deutschland, in (Hrsg.) Helmut COING, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd.3, Das 19. Jahrhundert, 3 TeilBd., Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, München, 1986, S.2959ff.

(46) Entwurf eines H.G.B. für das Deutsche Reich von 1895, SCHUBERT/SCHMIEDL/KRAMPE, a.a.O., S.317.

(49) Begründung zu dem Entwurf eines H.G.B. für das Deutsche Reich von 1895, (Denschrift zum RJA-E I), SCHUBERT/SCHMIEDL/KRAMPE, a.a.O., Bd.2, S.207f.

(49) Protokolle über die Barathung der Kommission zur Begutachtung des Entwurfs eines H.G.B. ("Kommission Handel"), SCHUBERT/SCHMIEDL/KRAMPE, a.a.O., S.479.

(49) Konferenz mit landwirtschaftlichen Sachverständigen zur Begutachtung des Entwurfs eines H.G.B. ("Kommission Landwirtschaft"), SCHUBERT/SCHMIEDL/KRAMPE, a.a.O., S.549.

(48) 冒頭に述べたとおり、わが国の法典調査会が明治三〇年（一八九七年）二月一二日第五六回商法委員会議事要録で提案された商法二三八条（現行商法五二八条）の参照条文として指示するのが「ドイツ商法草案三五〇条」である。問題となるのは、法典調査会が参照したドイツ商法草案がどの草案に該当するものであるが、買主の検査通知義務に関する現行五二六条の審議個所で参照されるドイツ商法草案規定は三四八条であり、現行五二七条の個所では三四九条が参照されたうえで、現行五二八条の個所で草案三五〇条が参照されている（『法典調査会商法會議筆記・商法委員會會議事要録』三四〇頁）。そこで、買主の検査通知義務を三四八条、買主の瑕疵物保存義務を三四九条、そして異種物の保存義務を三五〇条が定めているドイツの商法草案は、まさにこの帝国司法省第二草案（Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts. Aufgestellt im Reichs-Justizamt, 1896）以外になじしたが、わが国の商法五二八条の成立に基礎を与えたのは、ドイツ帝国司法省第二草案三五〇条であったということが出来るため、わが国の商法五二八条と一八九七年のドイツ商法典三七八条は、この「ドイツ商法草案三五〇条」に同じルーツを持つこととなるのである。なお、このドイツ商法草案三五〇条とわが国の商法五二八条とを比較するとき、ドイツ商法草案三五〇条は、異種物給付の場合にもなお買主の承認が期待できるかどうかを問う点もち

ろん、買主の検査・通知義務も異種物給付に準用される点で異なることにも注意が必要である。わが国の商法五二八条は、異種物給付に際して買主の承認可能性を問わない点で、当時のドイツの実務の経験は生かされていないといえようが、買主の検査・通知義務をむしろ積極的に除外する点で、わが国の立法者独自の判断が下されていることが明らかとなる。

- (69) Bericht der XVIII Kommission über den Entwurf eines H.G.B. sowie den Entwurf eines Einführungs-gesetzes zu demselben, SCHUBERT/SCHMIDEL/KRAMPE, a.a.O., S.1357.
- (70) ロシュトック上級ラント裁判所一九〇三年三月一六日判決⁷⁰ OLGZ., Bd.8, S.67. ポーゼン上級ラント裁判所一九〇三年一月二六日判決⁷¹ OLGZ., Bd.8, S.68.
- (71) コルマー上級ラント裁判所一九〇三年二月一八日判決⁷² OLGZ., Bd.8, S.70.
- (72) マリエンヴェルダー上級ラント裁判所一九〇三年三月三日判決⁷³ OLGZ., Bd.8, S.70.
- (73) ハンブルク上級ラント裁判所一九〇四年二月二三日判決⁷⁴ OLGZ., Bd.10, S.341.
- (74) ハンブルク上級ラント裁判所一九〇四年一月一日判決⁷⁵ OLGZ., Bd.10, S.341.
- (75) ライヒ裁判所一九一四年二月一八日判決⁷⁶ RGZ., Bd.86, S.90.
- (76) Karlheinz Boujong/Carsten Thomas EBBROTH/Gerd MÜLLER, HGB., Bd.2, München, 2001, §378, RdNr. 5, S.525によれば、以降の判例はこの判決を踏襲し、商法典三七八条で承認され得る異種物給付と承認され得ない異種物給付の区別に従事してきたという。その判断基準は、商品が買主の目的に適合しない場合を、買主の承認が期待され得ない異種物給付とするところ。Peter SCHLECHTRIEM, Schuldrecht, BT, 1, 2. Aufl., Tübingen, 1991, Rd-Nr.82, S.37. もともと、この承認可能性をめぐる判断は、もっぱらドイツ商法典三七八条をめぐるドイツに固有の解釈問題であるため、本稿では詳細に立ち入らない。
- (77) 上記ライヒ裁判所が示す解決姿勢は、異種物給付と瑕疵物給付の区画を放棄して、一律に瑕疵担保責任によって解決する方向であり、これは主観的瑕疵概念と一致する方向である。これに対して、異種物給付と瑕疵物給付とを区画する方向は客観的瑕疵概念を理由とするほか、三七八条の規定の趣旨あるいは売主の保護を理由とする指摘され⁷⁸。Karl Hermann CAPELLE/Claus-Wilhelm CANARIS, Handelsrecht, 21. Aufl., München, 1989, S.330;

Karsten SCHMIDT, Handelsrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, S.838ff.

(78) Robert KNÖPFLE, Der Fehler beim Kauf, München, 1989, S.265.

(79) 一九二〇年一月一三日のライヒ裁判所判決 (RGZ., Bd.97, S.351ff.) を参照。このように、特定物において品質に誤解があった場合の解決として、そのまま契約を存続させるといふ当該判決の解決の他、性状錯誤に基づく取消、原始的不能に基づく無効を認める見解が主張されたが、価値の低い目的物に対して高い代価を支払わせるのは適切ではなく、また、錯誤取消を認めるとしても、信頼利益の賠償義務が生じる不都合があり、原始的不能の主張は期間制限に服さないという不都合が指摘され得る。こうして、実務がこの判決まで基本的に依拠してきた客観的瑕疵概念は主観的瑕疵概念に取って代わられることになった。Dietrich REINICKE/Klaus TIEDTKE, Kaufrecht, 6. Aufl., Berlin, 1997, Nr.264f., S.112.

(80) KNÖPFLE, a.a.O., S.299.

(81) これは、合意を基準とする主観的瑕疵概念の定義に基づきながら。詳細は、KNÖPFLE, a.a.O., S.11ff.

(82) Werner FLUME, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Berlin, 1948, S.47ff.

(83) Ernst von CAEMMERER, Falschlieferung, in Festschrift für Martin Wolff, Tübingen, 1952, S.17.

(84) von CAEMMERER, a.a.O., S.17.

(85) 一九二六年六月六日のライヒ裁判所判決 (RGZ., Bd.114, S.239ff.) を参照。

(86) 一九二〇年六月八日のライヒ裁判所判決 (RGZ., Bd.99, S.147ff.) を参照。

(87) von CAEMMERER, a.a.O., S.18.

(88) Fritz FABRICIUS, Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, Jus., 1964, S.5f.

(89) Franz HAYMANN, Fehler und Zusage beim Kauf, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50. jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd.3, Berlin/Leipzig, 1929, S.338.

(90) FABRICIUS, a.a.O., S.6ff.

(91) FABRICIUS, a.a.O., S.11. この場合、金貨として売買されたにもかかわらず、その貨幣が実は銅貨であったとい

- ように、特定物が売買された種類とは異なる物であるときには、瑕疵担保責任ではなく、性状錯誤に基づく取消による救済を図るべきとする見解も有力であることは、先に見たとおりである（前出注（79）参照）。しかし、金製の指輪として売買されたのが実は金メッキの指輪であった場合、それが一部だけ金製の指輪であるため瑕疵があるというのか、それとも、全く金製の指輪ではないというのかは、「解決できない区画問題」であり、このような問題は、すでに今日放擲された客観的瑕疵概念の残滓にすぎないと批判される。Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 2, Halbbd. 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München, 1986, S. 40.
- (92) ファブリキウスは、瑕疵担保規定の類推適用による解決を図るが、ハイマンは、これを四六三条の担保確約とは区別されるべき四五九条二項の一般的な確約概念によって処理しようとした。FABRICIUS, a.a.O., S. 11; HAYMANN, a.a.O., S. 317ff., とりわけ S. 341ff.
- (93) FABRICIUS, a.a.O., S. 10f.
- (94) KNÖPFLE, a.a.O., S. 11ff.
- (95) Hans Theodor SOEGEL/Wolfgang SIEBERT/Ulrich HUBER, BGB., 12. Aufl., Bd. 3, Stuttgart/Berlin/Köln, 1991, Vor § 459, RdNr. 35, S. 780. によれば、客観的瑕疵概念が確約の場合の損害賠償責任と瑕疵の場合の減額責任とを明確に区別しているのは、「法律の文言に基づく解釈論議以上に何も賛同するものはない」という。もちろん、この区別が合理的な根拠を有すれば別であるが、「当事者が一定の性質について合意する場合、これで売主の責任にとつて十分でなければならぬ」のであり、実際にも、主観的瑕疵概念は、「実務にとつて、売買法を、あり得る売買目的物の多様さと売買目的に適合させることができ」、こうして、「物の瑕疵担保法の実際的な機能性を確保する」という利点を示すという。
- (96) まさに、種類を広く解すも狭く解すも恣意的なため、異種物と瑕疵物とを区別することは「可能ではない」と言われる。Julius von STAUDINGER/Heinrich HONSELL, *Kommentar zum BGB.*, 13. Aufl., Berlin, 1995, § 459, RdNr. 27, S. 389.
- (97) FABRICIUS, a.a.O., S. 47ff.
- (98) 川俣絹と仙台絹事案に関する先のライヒ裁判所判決を参照。

(69) FABRICIUS, a.a.O., S.49ff. において、数多くの裁判例がある。最上級審判決だけを眺めてみると、たとえば、夏小麦と冬小麦の取り違え (RGZ., Bd.103, S.77)、仔牛の皮と山羊の皮の取り違え (JW., 1917, S.710)、胡椒を引き渡すべきところ胡椒とコロナツツ皮の混合物との取り違え (Betrieb, 1960, S.1387)、金紅石と鋭錐鉱との取り違え (MDR., 1967, S.759)、国内産の挽き割り麦と外国産の挽き割り麦との取り違え (NJW., 1969, S.787)、脱脂粉乳粉を引き渡すべきところ多くのミルク原料からなる混合粉で EC 基準に適合しないため補助金を得られない製品との取り違え (NJW., 1986, S.659)、無税での輸入要件とされる EC 産木綿でのシャツ張りが合意されたにもかかわらず、その木綿が要件を満たしていなかった (NJW., 1994, S.2230) などの例が見られる。Schlegelberger HGB., Bd.5, 5. Aufl., München, 1982, §378, RdNr.7, S.195 によれば、部品の瑕疵から全く冷えないかあるいは冷えすぎる冷蔵庫は利用目的にとっては役に立たなくとも、取引通念によればなお冷蔵庫と見なされるべきとされるが (NJW., 1978, S.2394)、冷蔵庫が通常の部品ではなく特別に冷凍する部品を備え付けられる場合には、その性能が売主によって確約されるときには、その性能の欠缺が瑕疵に該当する。こうして、判例は担保責任を適用するために異種物給付において確約を認定してきたというのである。

(100) ドイツ商法典三七八条の買主の承認が期待できる履行と期待できない引渡しとの区別について、客観的瑕疵概念による解決と主観的瑕疵概念による解決を対比するとき、主観的瑕疵概念によれば、特定物売買であろうと種類売買であろうと、承認が期待できる引渡しであろうと期待できない引渡しであろうと、一律に担保責任法による解決が図られるのに対して、客観的瑕疵概念によれば、種類売買で認容できる引渡の場合には担保責任法で解決され、特定物売買では容認される引渡でも認容されない引渡でも、それが瑕疵物給付(真作として購入した絵画が贋作である場合・資格づけ異種物とも呼ばれる)か異種物給付(売買されたのは異なる物が引き渡された場合・同一性の異種物とも呼ばれる)かによって処理が異なり、種類売買での容認されない引渡の場合には、客観的瑕疵概念によればもっぱら異種物給付として債務不履行法で解決されることとなる。したがって、主観的瑕疵概念によれば、異種物給付で認められるべき履行請求権や売主の追完権が担保責任法では認められていないため、履行請求権を認める根拠が問題となり、さらに、明らかに履行となり得ない異種物が給付された場合に、担保責任法で処理するとしても、検査・通知義務を制限する必要があることとなると指摘される。Richard FLESSA, Die Alindlieferung, MDR., 1955,

S.140. 事実、主観的瑕疵概念によっても、買主が売主に対して真摯に問責を無駄と見なしでも構わない場合には、買主は問責をしなくても構わないと指摘されている。 von CAEMMERER, a.a.O., S.11.

(101) ドイツの議論を的確に纏める SOEGEL/SIEBERT/HUBER, BGB, a.a.O., Vor §459, RdNr.118ff, S.817ff. によれば、異種物給付をいかに処理するのかをめぐって、①民事商事を問わず、種類売買における異種物給付にも担保責任法を一律に適用し、商法典三七八条の認容されない引渡の場合であっても瑕疵担保法で解決するという見解、②民事商事を問わず、種類売買における異種物給付にも担保責任法を適用するが、商法典三七八条の認容されない引渡の場合を狭く限定的に解釈するとともに、その場合は債務不履行法によって解決するという見解、③②と同様に原則として瑕疵担保法による解決を図るが、商法典三七八条の認容されない引渡の場合は買主にとって有用ではないケースと理解し、その場合を債務不履行責任法によって解決するという見解、④異種物給付は民事においては瑕疵担保責任法で解決し、商事では商法典三七八条で認容される引渡の場合を瑕疵担保法で解決すべきとする見解、⑤異種物給付は一律に債務不履行法によって解決され、商法典三七八条はもっぱら商法三七七条の問責義務の適用の有無に関係づける見解が主張されているという。フーバー自身は契約に適合しない給付を一律に瑕疵担保責任法で解決すべきと、ごく例外的に全く履行と評価できない給付の場合は、むしろ債務不履行法による解決が妥当であるという。要するにフーバーの立場はフォン・ケメラールの立場(前出注(100)参照)と同じと評価できよう。なお、KNÖPFLER, a.a.O., S.120ff. も参照。

(102) なお、比較法的観点から見ても、より近時の法秩序は、瑕疵物給付と異種物給付の区別をせずに、一律、担保責任ないしは給付障害法へと割り当ててのに対して、比較的古い法秩序は、おしなべて、瑕疵物と異種物の区別に腐心していると指摘される。とりわけ、ドイツ法のカズイステイックに形成された規準によれば、引き渡された目的物が当事者の合意から逸脱する程度が大きくなればなるほど、異種物給付と認められやすいという傾向が示されるという。Andreas SCHWARTZ, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs, Tübingen, 2000, 114ff.

(103) 債務法改正委員会草案第四三四条

売主は、買主に物の瑕疵及び権利の瑕疵のない目的物を取得させなければならない。

改正委員会草案の条文訳は、下森定＝岡孝編『ドイツ債務法改正員改装案の研究』（法政大学出版局・一九九六年）二五二頁に依った。

(104) 債務法改正委員会草案第四三五条

(1) 物が合意された性質を有するときは、物の瑕疵はない。性質が合意されていない場合において、物が契約により前提とされた使用に適するとき、又はそのような前提がなければ通常の使用に適するときは、物の瑕疵はない。

(2) 売主が異種物または過少量を引き渡す場合も、物の瑕疵に相当する、ただし、それが履行として明らかに考慮されない場合は別である。

(105) Bundesminister der Justiz (Ursrg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1992, S.202.

(106) Bundesminister der Justiz (Ursrg.), a.a.O., S.203. 下森定＝岡孝編〔鎌野邦樹〕『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学出版局・一九九六年）一一一・一一三頁参照。

(107) ドイツ民法典第四三三条第一項

売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、物の所有権を移転する義務を負う。売主は買主に、物を物の瑕疵及び権利の瑕疵がなく移転しなければならない。

(108) ドイツ民法典第四三四条第一項及び第三項

(1) 物は、危険移転時に、合意された性質を有している場合に、物の瑕疵を免れる。性質が合意されていない限り、物が瑕疵を免れるのは、次の場合である。

一、物が契約によって前提とされた使用に適合する場合。そうでなければ、

二、物が通常の使用に適合し、同種の物に通常であり、買主が物の種類によって期待し得る性質を示す場合。

第二文第二二号の性質には、買主が、売主、製造者（製造物責任法第四条第一項及び第二項）又はその補助者の明示の説明によって、とりわけ物の一定の性質に関する広告又はラベルにおいて期待できる性質も含まれる。ただし、売主がその説明を知らなかった又は知るはずがなかった場合、あるいは、その説明が契約締結時点で同種の仕方での訂正されたか、又は売買の決定に影響を及ぼし得なかった場合は、この限りでない。

- (3) 売主が異種物または過少量を引き渡す場合も、物の瑕疵に相当する。
ドイツ民法典第六二三条第二項三文
請負人が注文されたのとは異なる仕事または過少量での仕事を完成する場合も、物の瑕疵に相当する。
- (101) Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in
zusammengestellt und eingeleitet von Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München,
2002, S.819.
- (110) 政府草案の理由付けについては、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）二五二頁以下
に詳し。
- (111) Claus-Wilhelm Canaris, Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes, in ders, Schuldrechtsmodernisierung
2002, a.a.O., S. XXII.
- (112) Barbara Grunewald, Münchener Kommentar zum HGB., Bd.6, München, 2004, §378, S.78.
- (113) Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in
Canaris, a.a.O., S.819.
- (114) Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Florian Faust, Kommentar zum BGB., München, 2003, §434,
RdNr. 109, S.1587; Ulrich Bubenbender, Anwaltkommentar BGB., Bd.2, Bonn, 2005, RdNr. 71, S.1316;
Julius von Staudinger/Annemarie Matzsch-Beckmann, Kommentar zum BGB., Berlin, 2004, §434, RdNr.
114, S.172; Harm Peter Westermann, Münchener Kommentar zum BGB., Bd.3, 5. Aufl., München, 2008,
§434, RdNr. 39, S. 104f; Walter Erman/Barbara Grunewald, BGB., 12. Aufl., Köln, 2008, §434, RdNr. 60,
S.1861.
- (115) Canaris, a.a.O., S. XXIII; Tobias Lettl, Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechts-
reform, Jus., 2002, S.871; Götz Schulze, Falschlieferung beim Spezieskauf-Unzulänglichkeiten des Ge-
setzes?, NJW., 2003, S.1023.
- (116) 「物に瑕疵のなごつとを規定するドイツ民法典四三四条は、国連売買法で基準とされ（CISG三五条）、消費動

産売買指令二条一項で採用されている契約適合性の概念に立ち返る」と指摘される。Hans-Werner ECKERT/Jan MAIFELD/Michael MATTHIESSEN, *Handbuch des Kaufrechts*, München, 2007, RdNr. 291, S.112. 消費動産売買指令の意義については、拙稿「EU契約法」庄司克宏編『EU法・実務篇』（岩波書店・二〇〇八年）一二七頁以下、同指令の内容については、田谷峻「債務法の現代化と瑕疵責任」『取引法の変容と新たな展開・川井建先生傘寿記念論文集』（日本評論社・二〇〇七年）六〇頁以下を参照。

(117) BAMBERGER/ROTH/FAUST, a.a.O., §434, RdNr. 107, S.1587; von STAUDINGER/MATSCHE-BECKMANN, a.a.O., §434, RdNr. 115, S.172f; WESTERMANN, a.a.O., §434, RdNr. 39, S. 105; ERMAN/GRUNEWALD, a.a.O., §434, RdNr. 61, S.1861.

(118) 枚挙に暇はないが、たとえば、我妻榮『債権各論中巻一』（岩波書店・一九五七年）二八八頁、内田貴『民法Ⅱ（第2版）』（東京大学出版会・二〇〇七年）一三二頁など。もっとも、両瑕疵概念を意識的に区別する見解もあるたとえば、半田吉信『担保責任の再構成』（三嶺書房・一九八六年）一三四・一三五頁。山本敬三『民法講義Ⅳ・1契約』（有斐閣・二〇〇五年）二八一頁注（33）は、従来の客観的瑕疵概念定義も見本等との相違も瑕疵に含めることで、「そのかぎりで主観的瑕疵概念と重なるが、多くは、問題の所在を意識しないまま、両者を並列するにとどまる」と指摘する。平野裕之『民法総合5契約法』（信山社・二〇〇七年）三四六頁も、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念を明確に区別する。潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社・二〇〇二年）二二七頁は、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念を意識的に併用するように映る。

(119) 三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院新社・一九八三年）三一八頁。

(120) 三宅・前出注（119）三四七頁。

(121) すでに、竹田省『商行為法』（弘文堂書房・一九三一年）五九頁は、異種物給付と瑕疵物給付の区別が実際に難しいであろうことを指摘している。その他、異種物給付に検査・通知義務を否定する見解は多いが、その根拠は明らかではない。大隅健一郎『商行為法』（青林書院新社・一九六二年）六八頁、石井照久・鴻常夫『商行為法（商法Ⅴ）』（勁草書房・一九七八年）八〇頁。平出慶道『商行為法（第二版）』（青林書院・一九八九年）二二八頁は、買主の営業の部類に属する取引に適用される商法五〇九条との対比で、必ずしも通常の営業に属するとは限らない取引の

場合にも適用される五二六条の拡張を否定する。

(122) 小町谷操三「判批」『判例民事法昭和二年度』二二六頁、神崎克郎『商行為法Ⅰ』（有斐閣・一九七三年）二六九頁。

(123) 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣・一九六三年）四一一頁。なお、同三二一頁は、瑕疵担保責任を種類売買にも適用しようとするれば瑕疵物と異種物を峻別しなければならないとする。確かに、ドイツ法の検討からも明らかとなり、歴史的な経緯からすればその指摘は正しいが、種類売買への瑕疵担保規定の適用に際して債務不履行領域との峻別を瑕疵概念に求めなければ、その問題と瑕疵概念とは、必然的に関連する問題ではない。主観的瑕疵概念に立脚しつつ、瑕疵担保責任を種類売買に適用することは、十分可能である。

(124) 西原寛一『商行為法』（有斐閣・一九七三年）一五二頁。

(125) 当該判決の結論を支持するのは、野口恵三「判批」NBL四七三号（一九九一年）三三頁、江頭憲治郎『商取引法（第二版）』（弘文堂・一九九六年）二四頁注（3）。これに対して、異種物給付に五二六条の類推適用を認めてよいとして、当該判決を批判的に眺めるのは、吉本憲一「判批」法セミ四三九号（一九九一年）一一七頁、岩城謙二「判批」法令ニュース二六巻四号（一九九一年）三三頁、新谷勝「判批」判評三八九号（一九九一年）二〇八・二〇九頁、保住昭一「判批」リマックス四号（一九九二年）一〇一頁、柏木昇「判批」ジュリー一〇六二号（一九九五年）二二八頁。

(126) しかし、本事案では、売買されたチップの性質と対照して、給付されたチップによる履行を売主が期待することは、一見してとうてい認められない逸脱があると認定されているように映る。つまり、「商品自体に大きく書かれた型式番号の表示によって一見して明らかな」商品の逸脱がある以上、たとえ五二六条の類推適用を認めるとしても、売主に少なくとも重過失が認められるため、五二六条三項により買主の検査・通知義務は、やはり排除される事案とはいえないか。したがって、本事案での異種物の認定は、事案解決としてそれほど決定的な意味を持つようには思われない。むしろ、商法五二六条三項を経由し得ないで買主の検査・通知義務を排斥すべき事案に対して、異種物給付の認定ルートが有効な救済を買主に提供し得るのかどうか、こうした考慮が必ずしも十分に検討されていない点に、なお問題を残しているように思われる。

(127) いわゆる法定責任説は、不代替的特定物に瑕疵担保責任の適用範囲を限定するが、さらに、瑕疵概念さえも客観的瑕疵概念と理解して、瑕疵担保責任の適用範囲に絞りをかける見解もある。円谷峻『新・契約の成立と責任』(成文堂・二〇〇四年)二三六頁、二五二頁以下。

(128) ここで、ドイツ民法における瑕疵担保制度の特殊事情に注意しなければならない。ドイツ民法の瑕疵担保制度は、危険移転時、すなわち、引渡時点を基準時として、瑕疵がある場合に適用される制度であった(ドイツ民法典旧四五九条参照)。したがって、たとえば真筆の絵画として売買したところ贋作であることが判明したような、いわゆる品質上の異種物給付においてはもとより、売買されたのとは異なる目的物が給付されるいわゆる同一性の異種物給付についても、引渡時点以後は瑕疵担保責任の適用が問題となる。これに対して、わが国の瑕疵担保責任制度は、少なくとも特定物ドグマを肯定する法定責任説を正当とする限り、品質上の異種物給付は瑕疵担保責任の問題となるが、同一性の異種物給付の場合には、むしろ債務不履行一般の問題として扱われることとなろう。まさに、異種物給付が問題となるのである。したがって、ドイツ法では瑕疵概念を主観的瑕疵概念に統一することで、瑕疵担保責任を契約不適合一般に拡張することが可能となるのに対して、わが国の法体系では、瑕疵担保規定だけではなく、いわゆる不完全履行として処理される問題も契約不適合として統一する方向が提起されよう。つまり、瑕疵概念を主観的瑕疵概念と理解するだけでは、なお、契約不適合問題の処理のすべてをそこに包摂することができないのである。

(129) 大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論』(有斐閣・二〇〇三年)四八頁は、「広く契約によって約束された性質を目的物が欠いていること(契約適合性の欠如)」として、瑕疵に合意からの逸脱という一元的定義を与えている。

(130) しかし、単に主観的瑕疵概念とすることで問題がすべて解決されるわけではなく、とりわけ実務では、通常の利用目的ないし性質と特別の利用目的ないし性質が規準とされることで、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念とが必ずしも二律背反的に対比されるものではないとも指摘される。潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣・二〇〇〇年)三八一・三八二頁。このような二重の瑕疵概念は、学説一般でも併用される瑕疵概念であるため、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念とが曖昧にされてきたともいえる。しかし、そこでもまた、目的物の性質について特別に合意されていないときには、当事者は通常の目的物の性質に合意していると見るべきであって、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念は、本来的にも、二律背反するのである。

- (131) この点については、前出注(68)を参照。
- (132) この詳細な検討は、KNÖPPE, a.a.O., S.11ff.