

瑕疵担保責任規定の適用範囲

高
森
八
四
郎

一 序

二 判例の展開

(一) 概観

(二) 大審院判例

(三) 最高裁判例

三 判例理論の批判的検討

四 結 び

一 序

通説によれば民法五七〇条の瑕疵担保責任規定は特定物売買に限られるべきであると解されている。法定責任説を貫くならば、当然の結論である。その論拠をまとめるならば次のようになる。①不特定物の売買においては、売主は、瑕疵なき完全な物を給付すべき債務を負い、給付した物に瑕疵があれば、買主は、売主の不完全履行の責任を追及することができる。したがって、それとは別に担保の責任を認める必要はない。②売主の担保責任の内容は解除と損害賠償の請求だけである。瑕疵なき完全なものを求める権利、すなわち、代物給付請求権を認めていないのは、通常は代替性のない特定物の売買を考慮したからである。不特定物の売買について瑕疵担保責任の規定を適用し、瑕疵なき代物給付請求権を認めないことは、当事者の意思にも公平にも反して妥当でない。③もつとも不完全履行の場合に、代物給付請求権、または解除か損害賠償請求権は、一般の原則に従い、消滅時効は一〇年だとすると、瑕疵担保が一年の除斥期間にかかることと比較して均衡を失し公平に反することもあろう。しかしそれは、信義則に従い具体的に制限すればよい。④さらに条文の根拠としても「売買ノ目的物ニ隠レタル瑕疵アリタルトキ」が問題となるのは、特定物に限るのではないか、というのである（勝本正晃「不完全履行序説」『民法研究一卷』一三七頁、同「瑕疵担保責任の対価的制限」『民法研究五巻』一四九頁以下、末弘敏太郎「種類売買に於ける瑕疵担保に付て」『民法雑考』二四五頁以下、我妻・債各中(一)三〇五頁、等¹⁾）。

これに対して有力説は、売主の瑕疵担保責任は特定物に限る必要はなく、不特定物にも適用されるべきであるとして次のように論ずる。①不特定物の売買において売主の給付したものに瑕疵があるときは、さらに完全履行（または

追完履行)を請求しうるのはもちろんであるが、しかしそれは債務の本旨に従ったものとして買主が一応物を受け取った場合に、その物の瑕疵について売主の担保責任を問うことを妨げる理由とはならない。担保責任は普通には原始的不能があるときに認められるのだが、必ずそうでなければならぬと解するのは独断である。ただ、目的物に瑕疵があるというためには、その物が特定していなければならないが、その特定は、売主が提供する物を受領した時に生ずるとみるべきで、四〇一条二項をそのまま適用すべきではない。⑤以上のように、買主が売主の提供した物を受領した以上は売主の担保責任を認めてよく、このことは実際の結果からも妥当である。たとえば、売主の責任について、特定物・不特定物を問わず、短期の除斥期間を認めて(民五六六Ⅲ)取引を早期に安定せしめる必要があること、また商法五二六条(商旧二八八)の規定が不特定物について適用されるのは疑いなく、それからみても本条を特定物に限る理由はないこと、そして瑕疵の存否を決する時期は、危険負担が売主から買主に移る時期であるとされるべきこと、判例もこの解釈を認めていることなどである。◎結論的にいえば、本条は、その適用を特定物の売買にのみ限定する旨の文字がない。それゆえに、不特定物の売買においても、目的物が特定したときは、それから以後はその物だけが給付の対象となり、かつ、危険も買主に移転するのだから、この時期を標準として特定物売買と同視してよく、瑕疵担保責任の規定を適用してさしつかえない、という。(末川・債各八一頁以下、同「売主の瑕疵担保責任」『民法上の諸問題』二二六頁以下、小町谷操三・判民昭和二年度四三事件、我妻・債各中(一)三〇六頁、等)。

以上、両説の議論はたしかに理論構成上は鋭い対立を示しているが、具体的な結論においてはかなりの接近を示している。通説の問題点としては、従来、不特定物たる辞典を購入した買主が受領後かなり使用して汚してしまったりした後で落丁の発見によって新しい辞典との取替えを請求したという、前述のケースにおいて、通説の理論は買主の

右請求を肯定しなければならず、これが妥当でないとは判断されるという点、すなわち、代物給付請求権に短期除斥期間の適用がないということにある。そして学説は、これをもっともであると肯定し、信義則を適用したり（末弘、勝本、我妻等）、民法五六六条三項を類推適用すべしと説いたり（加藤一郎「担保責任」民法演習IV九七頁、広中・債各上七五頁）、また五四八条を類推適用すべしと説いたり（柚木・債各一四〇頁、柚木・高木・注民⁽⁴⁾二六頁）、さらに買主の検査、通知義務に関する商法五二六条の精神を類推すべきであると主張したり（鈴木竹雄・判民昭和三年度一〇一事件）することによって、代物給付請求権の行使を短期に制限するようになった。他方、瑕疵担保責任規定を不特定物売買にも適用すべしとの有力説も、代物給付請求権が否定されるという欠陥をもっている。そしてこの点について学説は、不特定物の売買についても五七〇条が適用されると解しても、なお債務不履行責任がなくなるわけではなく、別個の存在理由を有し、したがって双方の責任が併存することもありうる」と主張して代物給付請求権を肯定し、かつ、特定物売買においても当事者の合意ないし取引上の慣習を考慮して、買主の完全履行または追完請求権を肯定するようになった（末川・債各八一頁）。いずれにせよ、本条の瑕疵担保責任は原則として特定物の売買に適用されるべきものであることは両説ともに認めているところである。すなわち、法定責任としての瑕疵担保責任は債務不履行責任とは異なり、この両者の峻別を前提としたうえで、一定の標準時を定めて担保責任規定を不特定物売買にも適用しようとするものであった（それゆえ、戦後、強力に主張された瑕疵担保＝債務不履行責任説とは趣を異にしている）。そしてこの有力説の背景には、一定の判例理論の流れがあったと解されている。

以下において判例の流れを概観し、しかるのち、判例の展開と学説のかかわりを検討した上で、私見の立場から各判例を批判的に分析してみたいと思う。

二 判例の展開

(一) 概観

民法五七〇条の瑕疵担保規定を不特定物売買にも適用すべきであるとの考え方は、一群の判例において肯定されている。すなわち、製造会社からのタービンポンプ一台の売買（大判大正一四年三月三日民集四卷二七頁、判例評釈として、舟橋諱一・判民大正一四年度三五事件がある。）において「不特定物の売買においても、売主は目的物の危険移転時を標準として瑕疵担保の責任に任ずべきもの」との趣旨を判示したのをはじめ、ブリキ板五三〇箱の売買（大判昭和二年四月一五日日民集六卷二四九頁、判例評釈として、小町谷操三・判民昭和二年度四三事件がある）、桜板一一五坪の売買（大判昭和三年二月二日日民集七卷一〇七一頁、判例評釈として、鈴木竹雄・判民昭和三年度一〇一事件がある）、鼠軸輪用紙巻取一万五〇〇ポンドの売買（大判昭和六年四月二日新聞三二六五号九頁）、山羊毛三万六〇〇ポンドの売買（大判昭和六年五月一日評論二〇卷民法六六〇頁、判例評釈として、末弘巖太郎・判民昭和六年度二八事件がある。）などにおいて、いずれも瑕疵担保責任規定を適用しうる旨を判示している。ただし、判例は、結論として売主に担保責任を肯定したものは少ないということのほか、売主による瑕疵ある物の給付がなされた場合、さらに債務の本旨に適った履行、すなわち瑕疵なき別の物の引渡しを請求することも、また瑕疵ある当該物の引渡しを「履行として受領して」瑕疵担保の責任を売主に問うとのいずれも買主の任意になすことができ、いったん右「受領によって後者を選択した以上は他方の請求をなさない」（大判昭和三年）という立場であったことに注意しなければならない。そして右「受領」は、単なる受領から「履行としての受領」、瑕疵を「知りて履行と

して認容して受領した」を経て、最高裁に至り、「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瑕疵担保責任を問う」（最判昭和三六年二月一日民集一五卷一―号二八五二頁、有線放送用スピーカー、出力五〇ワットの売買のケース）というように変遷ないし発展してきたことにも注意を払う必要がある。すなわち、判例は不特定物売買にも五七〇条の瑕疵担保規定の適用を肯定していると一般的に説明されるが、それは、実質的には、瑕疵担保責任は本来特定物の売買に適用されるべきものであるが、不特定物の売買においても、一定の要件ないし標準を介して、瑕疵担保規定を類推適用することができ、その要件ないし標準は不特定物の「特定」を経た後の「受領」に求められると解されるのである。そしてこの「受領」は前述のような変遷ないし発展をしてきていると理解すべきである、ということである。

事案に即した詳細な検討は次節において行う。

(二) 大審院判例

(1) 瑕疵担保責任の規定を特定物売買に限って適用すべきか。不特定物売買についても適用すべきかをめぐる学説の概要はすでに述べた。ここでは判例の流れを中心にみていくことにしたい。起草者（梅・要義⁽⁴⁾四八六頁）によれば、瑕疵担保の責任も他の担保責任と同じく「権利移転ノ義務中ニ包含セル」もの、すなわち、売主の履行義務の一還として捉えていたせいか、その後の初期の学説も特定物の売主は物が瑕疵のないものとして売買する意思だから、瑕疵なき物を給付しない限り債務の本旨に従った履行がなかつたことになるとの不履行責任説が主流であった（横田・債各三三九頁）。そしてかかる学説の影響によるのであろう、明治と大正初期の判例は、明確な問題意識なしに、不特定物売買につき、あるいは瑕疵担保が適用され、あるいは不完全履行の問題とされていたようである（詳しくは、

下森 定(不特定物売買と瑕疵担保責任) 志林六六卷四号一〇四頁以下、五十嵐清「売主の瑕疵担保責任と不完全履行」ジュリ増刊・民法の判例(二版) 一三九頁)。たとえば、焼酒製造用酒粕の商事売買(大判明治四四年九月二五日民録一七輯四九五頁)、玩具船の商事売買(大判大正三年三月五日民録二〇輯一四〇頁) などには瑕疵担保の規定の適用が肯定されているし、他方、契約の目的物として不適當な腕木売買(大判明治三六年一月九日民録九輯一三六三頁)、材質粗悪亀裂虫害骨節ある材木売買(大判大正五年一〇月七日民録二二輯一八五三頁) においては、「不完全履行」ないし「不完全給付」という用語法が用いられ、少なくとも瑕疵担保の問題とはみていないようである。

その後、末弘巖太郎(債各四一七頁)^⑤、鳩山秀夫(債各上三五〇頁)^⑥ などが瑕疵担保の規定は特定物についてのみ適用されるべきで、不特定物において瑕疵なき完全な物を給付しないときは、債務不履行の原則に従って処理されるべきことを主張したことの影響であろうか、第三者の倉庫に保管中の特定物たるチリ硝石の売買において(大判大正九年一月六日民録二六輯二〇一二頁)、「不特定物ノ売買ニ在リテハ買主カ瑕疵アルモノヲ給付シタルトキハ契約ノ本旨ニ從ヒタル履行ニアラサルヲ以テ買主ハ其受領ヲ拒絶シ既ニ受領シタル後ハ之ヲ返還シ更ニ契約ノ本旨ニ適スル瑕疵ナキ物ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ特定物ノ売買ニ在リテハ物ニ瑕疵アルト否トヲ問ハス其特定シタル物カ当初ヨリ売買ノ目的トナレルモノトナレハ売主ハ其物ヲ給付スルヲ以テ足り更ニ他物ヲ給付スルヲ要セス然レトモ其物ニ隠レタル瑕疵アルコトハ買主ノ予期セサル所ニシテ且ツ契約ノ本旨トスル所ニアラサルヲ以テ民法第五百七十条第五百六十六条ニ於テ善意ノ買主ハ瑕疵アルカ為メニ契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ契約解除ヲ為スコトヲ得ヘク」と判示して、瑕疵担保規定は特定物に限って適用されるべきことを論じている(ただし本件の結論は、目的物に瑕疵があつて契約の目的を達することができない場合でも、解除しない限り売主の履行請求に対し

て買主は受領を拒絶しえない旨を判示している。ところが、大正一〇年二月一日（民録二七輯二五五頁）の大審院判決は、「日本テ一般ニ製造セル」カタン糸の売買というから、おそらく不特定物であろう売買において、それにカビが生じていたことを理由に五七〇条を適用して、買主が引渡済みの分について損害賠償、未履行の分について契約の解除を訴求したのを認めている。すなわち、この判決は、「不特定物売買に瑕疵担保責任の規定を適用して買主を保護したはじめての大審院判例といえる」（下森・前掲二二頁）のである。かと思えば、税関に収容中の一四インチ丸鉄の売買において、判例は（大判大正一三年六月二三日民集三卷三三九頁）、本件が特定物の売買であることを認めたらうで、「特定物ノ売買ニ於テ売主ヲシテ民法第五百七十条第五百六十六条ニ依ル担保責任ヲ負ハシムル為ニハ契約締結ノ当時ヨリ其目的物ニ隠レタル瑕疵ノ存スルコトヲ必要トス」と判示していて、右末弘・鳩山説の影響をうかがわせるものもあった。このような流動的な判例の流れの中で右のごとき有力な学説に明確に反対して、不特定物売買にも瑕疵担保の規定が適用されるべきことを積極的に主張した、大審院大正一四年三月一三日判決（民集四卷二二七頁——後掲判例①）が登場したのである。

(2) 大審院大正一四年判決は、上告人（売主）が当時の有力説である前記末弘・鳩山説を引用して、不特定物売買には瑕疵担保規定の適用はないのであって、むしろ、五四一条によって解決すべきであり、原審は積明権の行使を怠ったと上告理由を展開したのに、これを明確に排斥しているため、きわめて重要な判例となった。この判例は橋梁工事の下請負人が工事に使用する目的で一二馬力タービンポンプ一台を買い受け、引渡しも受けたが、エンジンの発火装置に隠れた瑕疵があって回転しなかったという事案であった。買主は売主に修繕するよう求め、売主もそれに応じたが完全にはならず、ついで買主は新しい別のポンプを請求したが売主はこれにも応じなかったので、買主は瑕疵担

保の規定に基づき(債務不履行による五四一条に基づいたのではない)、契約をなしたる目的を達することができないとして契約を解除し支払済みの代金全額の回復を求めたところ、原審はこれを認容したので、売主が上告したものであった。これに対して大審院は、売主の上告を棄却して次のように述べた。「不特定物の売買契約においては売主が瑕疵ある目的物を給付した場合、買主においてこれの受領を拒絶しうるのはもちろんであるが、いったん受領した場合には不完全ながらも契約の履行があったものと解し、買主が瑕疵あることを知って受領したのなら、買主はこの給付に満足して瑕疵に基づく権利を放棄したものとみうるし、買主が善意ならば物に関する危険の移転する時期を標準として瑕疵担保による権利を行うことができる」旨判示した。そして次のように理由を展開した。第一に、民法五七〇条には、その適用を特定物の売買にのみ制限していると解される文字がない。第二に、不特定物の売買においても売主買主の契約によって給付すべき物を定めることは有効であり、そのときからは特定物の売買があった場合と類似する。第三に、給付すべき物の選定に関し特約のないときでも買主が売主の給付物を受領した限り、契約は不完全ながら履行されたものといふことができる。したがって、この時期を標準として考えると瑕疵担保の問題に関し特定物の売買と取扱いを異にすべき理由がない。第四に、不特定物の売買について瑕疵ある物が給付しても瑕疵担保の問題を生じないとすると、買主は瑕疵なき代わりの物の請求や売主の給付物返還請求について短期除斥期間の定めがない結果、債権の消滅時効や所有権の取得時効の完成まで当事者は不安の状態が続ぎ、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。以上の四点は、不特定物売買に瑕疵担保責任を肯定する立場から「それぞれ説得力があり、その後の判例をリードすることとなる」と評されている(五十嵐・前掲一四二頁。なお、当時の支持者として小町谷操三・判民昭和二年度四三事件、末川・債各八二頁がある)。他方、不特定物売買の不完全履行に瑕疵担保規

定の適用を否定する立場からは、売主が本件は瑕疵担保の問題ではなく、五四一条により解決すべきことを求め、原判決は釈明権の行使を怠ったと主張したことは「疑いもなく正論である」のに、これを排斥した判旨は、本件の事案が、「買主の完全履行催告↓その不履行による解除という客観的事実に適合せず、解決を誤った」（三宅・契各上三七六頁⁷）と評価している。もちろん、本件において、瑕疵ある給付物を返還し、契約を解除して代金の返還を求めた買主の請求を認容した結論そのものは正当に帰するであろう。

大審院大正一四年判決の判旨は、大審院昭和二年四月一五日判決（民集六卷二四九頁——後掲判例②）においてただちに踏襲された。事案は、買主は、売主Yから缶詰用ブリキ板を買って受け、引渡しを受けたが、契約条件に適合しない重量しかなかったものが含まれていたため、買主Xは一週間以内に適合する物を履行する旨を催告したが、売主Yが応じないゆえ解除して、支払済みの代金の返還と損害賠償の請求をなした、というものであった（YはXが検査義務（旧商二八八——現行商五二六）を怠ったとして抗弁し、原審はこれをいれてXの請求を棄却した。そこで、Xは不特定物売買には、右規定の適用はないとして上告した）。右大審院は、大正一四年判決を引用して、買主がいったん受領した以上は契約所定の条件に欠ける瑕疵のあった不完全な物であっても「只瑕疵アル物ノ履行」の場合に該当し、買主がこれを目して「契約ノ不履行ナリ」というのは正当でない、と判示した。ただしこの事件の本当の争点は、不特定物の不完全履行がなされ、これを受領した買主が完全な代替給付を請求したうえでその不履行を理由に契約を解除する場合にも、商法五二六条の適用があるかということであった。昭和二年判決はこれを肯定し、右の検査・通知義務を怠ったという理由の原審判断を是として買主の上告理由を排斥したものであった（それゆえ、右判旨は無用不当の判示ともいわれる——三宅・契各上三七四頁）。

大正一四年（昭和二年も同様）判決の判旨は、若干の支持者を除き、当時、学説によって反論された。それは、不特定物の売買についてもいったん受領されたなら瑕疵担保の問題となるとすると、完全な物の給付請求（代物請求）が認められなくなり、不当だということである。特に、大正一四年判決の事案では、債務不履行による解除も可能だったのではないかと評された（舟橋諱一・判民大正一四年度三五事件）。大審院は、この学説の批判を考慮したのであろうか、大審院昭和三年一月二日判決（民集七卷一〇七一頁——後掲判例③）において、買主は「瑕疵ナキ物ノ引渡ヲ請求」する可能性を傍論ながら認めた。事案は、縦板の売買において、他に保管してあった材木を売主によって送付された見本品と同じであるとして買い受けた買主が実際に調べてみると（見本品は無節であるのに）節穴裂目が多くかつ尺幅不足が多数あったので、見本品に適合していませんとして受領を拒絶した。売主の代金の請求に対して、買主は右の事情を主張し不払いの抗弁を出し原審では認められた。売主上告。上告の結果、大審院は、特定物の売買であるから見本に適合しない物でも給付したならば瑕疵担保の問題になるから、債務の履行にあらざとして、受領を拒絶することを得ないとして破棄差し戻した（大判大正一五年五月二四日民集五卷四三三頁）。差戻審では、売主の代金の強制執行に対して買主は売主の給付には瑕疵があり、そのために被った損害の賠償請求権と対当額において相殺する旨の意思表示をなし（瑕疵発見後数年経過）、執行異議の訴えを起こした。原審はこれを瑕疵担保による損害賠償の請求とみて、すでに除斥期間が経過しているから認められなかった。買主は、これは債務不履行による損害賠償請求なのだから、除斥期間の適用がないとして上告した。大審院は「此ノ場合ニ在リテハ買主ニ瑕疵アル物ノ引渡ヲ斥ケルト共ニ売主ニ対シ更ニ債務ノ本旨ニ従フ履行即瑕疵無キ物ノ引渡ヲ請求スト将タ該物ノ引渡ハ履行トシテ之ヲ受領スト共ニ別ニ売主ニ対シ瑕疵担保ノ責任ヲ問フト其ノ孰レヲ選フヤハ固ヨリ買主ノ任意ナリト

雖已ニ一旦後者ノ方法ヲ採リタル以上翻ツテ其ノ瑕疵アルコトヲ捉ヘテ之ヲ債務ノ不履行ト唱ヘ以テ其ノ損害賠償ノ請求ヲ為スカ如キハ其ノ当否ハ則チ多ク論セスシテ可ナリ。すなわち、債務不履行を理由とする損害賠償は、買主がいったん瑕疵担保を選択した以上認められない、というのである。大正一四年、昭和二年の判決は、瑕疵ある物を「買主ニ於テ之ヲ受領シタル場合」といつていたが、本件では、「履行トシテ之ヲ受領」、「履行トシテ認容」するとともに「瑕疵担保ノ責任ヲ問フ」場合に瑕疵担保の問題となるといつている点が判示上異なっているほか、事案上は、前二者が売主に対して完全履行の請求をしてその不履行により解除したものであったのに、昭和三年判決は（別訴において敗訴したこともあって）、買主は受領のうえ、完全履行を断念し、不完全な材木ながらこれを引き取り瑕疵による損害の賠償（実質的に代金減額）を請求したものであるという違いがある。当初買主は瑕疵の付いた材木だから引き取れないといったが、特定物だから受領を拒絶できないといわれ、仕方なく、特定物なら瑕疵に基づく損害を賠償してもらいたいと代金の減額を求めたら、今度は、不特定物の売買だから、引取りを拒み債務の本旨に従った履行を求めることができるのに、あえて瑕疵担保を選んだ以上は、もはや瑕疵担保一本で処理され、損害賠償は除斥期間にかかっているためだといわれたのであるから、買主はいかにも割り切れない思いをしたことであろう。買主は、不特定物で債務不履行に基づくことが、特定物で瑕疵担保で請求しようが、いずれでもよく、ただ、瑕疵のある材木で見本に適合しないから、その瑕疵に応じて損害の賠償、すなわち代金の減額を求めたにすぎない。瑕疵に基づくというおうが、不履行に基づくというおうが「用語ノ拘ル可カラサルハ論無」とすべきではなかったであろうか。

(3) 右のような判例の傾向は、その後においても継承されている。まず、不特定物たる粗竹三間物の売買において、買主は運送店に荷受けさせ同時に占有保管させたうえ、その半分以上を転送処分したのに、売主の代金請求に対して、

引渡しのある物は瑕疵のある二間物であるとして代物を請求し、同時履行の抗弁権を主張し代金の支払を拒絶したという事案において、昭和三年判決を引用しつつ、大審院昭和六年二月一〇日判決（新聞三三三六号一三頁——後掲判例④）は、「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」と判示した。買主がいったん瑕疵ある物を「履行として認容し受領した」以上は、担保責任を問ひうるにとどまるというのであるから、大審院は買主の受領による完全履行請求権の喪失という立場にたつて、同時履行の抗弁権（いわば不完全履行の抗弁権）を否定している訳である。そしてこの立場は大審院昭和六年四月二日判決（新聞三二六五号九頁——後掲判例⑤）もまったく同じで、不特定物たる鼠軸輪用紙巻取一万五〇〇〇ポンドの売買につき、売主の送付した製品は軸輪用紙としては到底使用にたえない粗悪品で、注文の製品とは目的物を異にし、まだ履行はなされていないとして、買主が売主による代金請求を拒絶した事案において、大正一四年判決を引用して、「当事者間ニ授受セラレタル物カ契約ノ目的物ト種類ヲ同フスル場合ニ於テハ」たとえ品質が債務の本旨に副わなくとも不完全ながら履行があつたものと解して瑕疵担保の規定を適用すべきで、買主は解除してないから代金支払いを拒むことはできないと判示した。さらに、山羊毛三万六〇〇〇ポンドの見本売買において売主が残代金を請求したのに対して、買主が、引渡しを受けた山羊毛は見本と異なって悪硬毛が多く到底織物の原料とはならないものが過半数を占めており、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場合に、大審院昭和六年五月一三日判決（民集一〇卷二五二頁——後掲判例⑥）は、買主が目的物の引渡しを受け、「瑕疵アルコトヲ知リツツ費消シ尽シタル場合ニハ」もはや買主としては「自ラ満足シタルモノト云フベク」、債務不履行による損害賠償の請求は

できない、しかも瑕疵担保上の請求権も一年以上経過しているのではや消滅していると判示した（なお、本件引渡しを受けた買主が残代金と引渡しにより支払期が到来したのちの遅延損害金（商事債権として年六分）とを請求されたケースで、買主が五七五条二項によって負担する利息は、法定利息であって遅延利息ではないから、支払猶予令の適用はないとした判例でもある）。大審院の著名判例の最後としては、昭和八年一月一四日判決（民集一二巻七一頁——後掲判例⑦）がある。売主が自己の製作にかかる特許三益三年式粉摺土臼は、米五〇〇俵を摺上げうる性能を有すると広告宣伝していたので、これを信頼した買主は一手販売契約を締結して保証金を予納して二か年間に三〇〇台の購売予約の下で数台の引渡しを受けたが、その土臼は全然その性能を有しなかった。そこで買主は右性能を修繕によって確保しようとするよう、または右性能あるものの送付を求めたが、売主が一向に応じないため、不履行を理由として予約を解除し、予納した保証金の返還を請求した。原審は広告宣伝どおりの性能に欠けているのは、この土臼「其ノモノノ有スル欠陥」であり、特許の土臼には違いないから、債務不履行となる余地はない、要素の錯誤となる余地はあるが、買主はそれを主張せず、債務不履行のみを主張しそれを積明したので、請求を棄却すると判決した。大審院は、積明にこだわるべきでないとし、瑕疵担保における瑕疵とは、欠陥のためその物の価額を減ずるものまたは物の通常の用途もしくは契約上特定したる用途に適さないことであるが、さらに売主が一定の性能を具備することを特に「保証（請合フノ意）」したのにそれを具備しない場合をも含みうる、これらは特定物の売買において生じうるもので、これに対し、不特定物の売買において、売主が瑕疵ある物を給付したときは、買主は完全な給付（「過不足無キ履行」）を請求するか瑕疵担保の責任を問うかを選択することができるが、当該種類物が本質上保証した性能を具備しえない一般的欠陥を帯有する場合は、もはや右の選択は問題でなく、原始的不能により売買は当然無効で解除は無

用となるとして破棄差戻した（有泉 享・判民昭和八年度八事件）。買主は売主の保証責任を求めたのではなく、解除のうえ、予納した保証金の返還を請求したものである（それゆえ、この事件を契約で前提された一定の性質を欠く場合とみて、瑕疵担保への統合を否定する見解もある——（三宅・契各上三四八頁））。この判例の事案は製造された種類物の一般的欠陥が問題となっており、大審院は種類物売買における買主の瑕疵ある目的物の「受領」による瑕疵担保責任の選択を肯定しつつも、本件を原始的不能で無効と処理している点が他の諸判例とかなり異なっており、一連の判例の流れの中にいかに位置づけるかむずかしい一面をもっている判例である。

(三) 最高裁判例

(1) 以上の判例をまとめるならば、破棄事件たる後掲判例⑦のほか判例①を除き、いずれも買主の請求を認めていない。また判例①と②だけが完全履行を請求した事案であって、他はみな、消極的、一時的に不完全履行の抗弁をして売主の代金支払請求に対し、損害賠償（実質的には代金減額）を主張して相殺の意思表示をしたり（後掲判例③大判昭和三年二月一二日、後掲判例⑥大判昭和六年五月一三日）、代物請求をして代金支払との同時履行を抗弁したり（後掲判例④大判昭和六年二月一〇日）したものであった。それゆえ、代物請求についての期間制限がなく不当ではないかとの大審院大正三年二月一二日判決（後掲判例③）に対する学説の批判を免れているとの評価（五十嵐・前掲一四一頁）は正当であるが、「受領」を基準に瑕疵担保に移行するとの判例の態度は「買主の不当な請求をチェックするための手段としての役割を果たした」（五十嵐・前掲）との評価については、事案が抗弁的のものが多く（抗弁ならば、少々時期に遅れても保護されてよいのではないか）し、結論的に疑問のある判例もないわけではないので慎重に構える必要がありはしないかと思われる。また「受領」については、判例の展開の中で次第にその内容が単な

る「受領」から「履行として認容し受領した」（後掲判例④大判昭和六年二月一〇日）というように具体化されていたが、なお抽象的であり、次の最高裁昭和三六年判決において一層明確に「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し、瑕疵担保責任を問うなどの事情が存する」ことと具体化されるに至った（ただし先行的には大審院昭和三年一月二日判決（後掲判例⑨）があった）。かような大審院判例のあとをうけて、この問題について詳論したのが次の判例である。

(2) 最高裁昭和三六年二月一五日判決（民集一五卷一―号二八五二頁——後掲判例⑧）は、有線放送用スピーカーを購入して引渡しを受けた買主が、故障が多くて使用にたえないので完全に修理するよう売主に催告したが、売主はこれを放置したままで代金支払のための買主が振り出した手形金の請求をしてきたので、買主は引渡し後五か月後に解除の意思表示をしたという事案において、前述の判旨につづいて「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」と判決し、買主の解除を有効としてこれを認めた。

大審院大正一四年三月一三日判決（後掲判例①）は、タービンポンプの売買で性能に欠けるところがあり、使用にたえないとして、買主が完全履行を請求し、売主がこれに応じない（完全履行の不履行）ために買主は瑕疵担保に基づく解除を主張して代金返還を求め、これが認容されたものであった。最高裁昭和三六年一月一五日判決（後掲判例③）は、放送用スピーカーの売買でその性能に欠けるところがあり、使用にたえないから、買主が再三修理を求め、完全履行を請求したが、売主がこれに応ぜず、代金の支払を請求してきたので、買主が契約を解除し、原審は瑕疵担

保ではなく不完全履行を理由としてこれを認め、最高裁は「この原审の判断を是としている」。大審院大正一四年判決は債務不履行責任を排して瑕疵担保を適用し、最高裁昭和三六年判決は、瑕疵担保を排除して、不完全履行を採用した。両者の基本的立場はかなり異なっているとみてよい。そして大審院大正一四年判決はもっぱら瑕疵担保を適用することによって、代物請求を認めず、この点学説によって批判されたが、大審院昭和三年二月二日判決（後掲判例③）はこれを是正して、買主は完全履行の請求か瑕疵担保かを選択できると判示し、この点は、最高裁昭和三六年判決は、不特定物の売買において、「給付せられたものに隠れた瑕疵があった場合には、債権者がいったんこれを受領したからといっ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」と判示して、大審院昭和三年判決を継承しつつ、「受領」の点については前述のように、単なる受領によっては完全履行請求権を失うものでないことを明確ならしめた。

(3) この最高裁判決に対して学説の対応はさまざまである。通説の法定責任説の立場からは、本件判旨がいぜんとして不特定物に瑕疵担保の適用を認める可能性を残している点に不満をおぼえつつ、一応瑕疵担保を排し、不完全履行の請求権を認めたことを評価している（柚木||高木・注民(4)二〇八頁、我妻・債総一五六頁）。これに対して債務不履行責任説の立場からは、不特定物についての不完全履行は瑕疵担保に一元化しようとする立場であるから、本件判旨が債務不履行責任を肯定し瑕疵担保を排除した点を強く批判する。本件はまさに瑕疵担保による解除が認められる典型的ケースであって、それゆえ「本件判旨の不当な一般化は危険である」（五十嵐・前掲一四三頁。なお、星野英一・法協八〇巻五号七〇八頁）と評されている。しかも本件は、商人間の売買で商法五二六条が適用さるべきケースであったのに、原審は、買主が商法五二六条の検査および通知義務を尽くしていないと売主が抗弁したのに対し、

民法五七〇、五六六条のほか商法五二六条の適用もないと答えている点も右学説によって批判されている（ただし、事案としては、商法五二六条が適用されても買主の解除は肯定されるものであった）。

さらに三宅教授は、法定責任説の立場に立って、しかし独自の不完全履行理論によって、最高裁昭和三六年を「全体としての理論構成の全く一貫しない不透明」なものとして批判している。すなわち、三宅教授によれば、不特定物の売買において瑕疵ある給付がなされ、買主がこれを受領しても、改めて債務の本旨に従う完全な給付を請求できるのは当然であって、問題はその後の展開にあり、買主が現実完全履行の請求をしたか否かが重要であり、この点、大審院大正一四年判決と最高裁昭和三六年判決はどちらも買主は完全履行を選択しているのであるから、その選択をとり上げて、その不履行による買主の解除が五四一条の要件を充足しているか否かを判示すべきであったという。そしてこの解釈は、「最も基本的で単純平明な解釈論」（三宅・契各上三三七頁）であり、フランス法、ドイツ法でも承認された考え方であるという。最高裁昭和三六年判決は、事案上の買主の完全履行の選択＝完全履行請求権の行使をまったく念頭におかず、受領があっても、売主には不完全履行義務があり、したがって不完全履行に売主の責に帰すべき事由があれば、不完全履行による解除権が生ずると考えたものと評されている。そしてこれは「学説の不完全履行の理論にとらわれたものと推測」（三宅・契各上三三七頁）されるが、学説の不完全履行の理論は瑕疵担保をまったく排除してもっぱら債務不履行の観点に立つもので、この点、最高裁昭和三六年判決は、瑕疵担保適用の余地を認めているので、学説の理論とも異なり、したがって全体として「不透明」といわれるわけである（三宅・契各上三三七頁）。

- (4) それでは三宅教授の不完全履行理論はどうか。教授によれば、不特定物の不完全給付は次のように分かれる。

すなわち、第一は、買主による完全履行の選択をしたうえでその不履行を理由に債務不履行の一般理論によって解除する場合、この場合は五四一条の要件がなければならぬ。第二は、判例のいう「履行として認容する」という場合で、完全履行請求権を放棄したうえで、いいかえれば、不完全履行自体に基づく、解除ないし代金減額を求める場合である。これは瑕疵担保とは異なり、買主が瑕疵ある物を受領後も完全給付請求権を有し、売主の方もまた完全履行と引換えに代金請求権を有するが、当事者双方が現実にはその権利を放棄し瑕疵ある物を受領した買主が完全履行を求めや望まず、催告なしで解除するか、それともかく瑕疵ある物の給付で満足して、あとは代金減額で結着づけようとするものかである。この意味で、穀用かますの売買で品質上の欠陥があり、買主が減価採用で精算させていたが旨を売主に申し入れた事案を取り扱った最高裁昭和五〇年二月二十五日判決（民集二九卷二号一六八頁——後掲判例⑨）は、本来は不完全履行自体に基づく代金減額をあえて瑕疵担保の問題として扱い、買主の右申入れは、受領物の瑕疵に基づく損害賠償の請求をするともに該請求権を自働債権として代金債権と相殺する旨の意思表示をしたものと解すべきであると判示しているが、「これは不完全履行を全く瑕疵担保と同旨する誤り」（三宅・契各上三八八頁）をおかしているといわれる。そして右の第二の場合には、「本来の瑕疵担保とは別の債務不履行の特殊型として種類売買の不完全履行に媒介された、瑕疵担保への現実的接近なのである」（三宅・契各上三七八頁）し、実際的には種類売買に瑕疵担保を適用した多数の大審院判例の事案がそうであって、「その例が極めて多い」といわれる。

【判例】

- ① 不特定物の売買と瑕疵担保の責任（大判大正一四年三月一三日民集四卷二一七頁〔原状回復請求事件〕〔タービンポンプ売買事件〕

〔判決要旨〕 不特定物の売買においても、売主は目的物の危険移転の時を標準として瑕疵担保の責に任ずべきものである。

〔事実〕 X〔原告〕は洪水のために破壊した橋梁復旧工事の下請人で、その工事に使用する目的のために、大正八年九月二二日、Y〔被告〕より二馬力ガソリンエンジン直径六吋低圧タービンポンプ附属品一台を代金一八〇〇円で買い受ける契約を締結した。Xは即日内金五〇〇円を支払い、その後該物件の引渡しを受けたので残代金を全部支払った。ところが該物件はエンジンの発火装置に隠れた瑕疵があつて回転せず、Yが修繕しても効果がなかつた。そのためXは契約をなした目的を達成することができなかつたとして、翌大正九年七月二二日、Yに対して契約解除の意思表示をなして、先に交付した支払済の代金一八〇〇円の返還を求めた。Yは抗弁して、本件のエンジンは瑕疵がない、仮に瑕疵あるとするも隠れた瑕疵というべきものではない。なお本件の売買は不特定物の売買であるから、瑕疵担保に関する民法の規定は適用することができないと主張した。原審はXの請求を認めたとうえで、瑕疵担保に関する民法の規定は不特定物売買にも適用があると判示した。そこでYが上告。

〔判旨〕 (上告棄却) 「不特定物ノ売買契約ニ於ケル売主カ瑕疵アル物ヲ買主ニ給付スルモ未タ完全ニ其ノ義務ヲ履行シタルモノト謂フヲ得サルカ故ニ縦令売主ニ於テ斯ル物ヲ提供スルモ買主ニ於テ其ノ受領ヲ拒絶シ得ルハ洵ニ所論ノ如シ然レトモ之ヲ契約ノ目的物ト全然種類ヲ異ニセル物ノ給付ト同一視シ全ク契約ノ履行ト為リ得サルモノト速断スルハ失当ニシテ寧ロ買主ニ於テ之ヲ受領シタル場合ニ於テハ不完全ナカラモ契約ノ履行アリタルモノト解スルヲ正当トス而テ買主カ売主ノ提供シタル物ニ瑕疵ノ存スルコトヲ知リツツ之ヲ受領シタルトキハ特別ノ事情ナキ限り買主ハ其ノ給付ニテ満足シ瑕疵ノ原因トスル権利ヲ主張セサル意思ニテ之ヲ受領セシモノト解シ得ルカ故ニ其ノ後ニ至リ瑕疵担保ニ因ル権利ヲ行フコトヲ得サルモ若シ買主ニシテ其ノ當時善意ナリシトセハ物ニ関スル危険ノ移転スル時期ヲ標準トシテ斯ル権利ヲ行ヒ得ルモノト謂ハサルヘカラス蓋民法第五百七十条ニハ其ノ適用ヲ特定物ノ売買契約ニノミ制限セルモノト論スヘキ文字ナキノミナラス不特定物ノ売買契約締結後売主及買主カ契約ニ因リ給付スヘキ物ヲ定ムルハ有効ナルノミナラス此ノ契約ハ其ノ物ニ瑕疵ノ存スルノ故ヲ以テ当然無効ニ帰スヘキモノニ非サレハ此ノ時ヨリ以後ハ特定物ノ売買契約アリタル場合ト類似シ買主ニ瑕疵担保ニ因ル権利ヲ與フヘキヤ否ヤノ問題ニ関シ彼

ト是トヲ區別スヘキ理由ナク又給付スヘキ物ノ選定ニ関シスル契約ナカリシ場合ト雖モ苟モ買主カ売主ノ提供セシ物ヲ受領セル限り契約ハ不完全ナカラモ履行セラレタルモノト謂フヘク從テ此ノ場合ニ於テハ給付スヘキ物ハ売主カ買主ノ同意ヲ得テ之ヲ指定シ又ハ其ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シタルトキ特定シタルモノト謂ヒ得ヘキカ故ニ此ノ時期ヲ標準トシテ考フルトキハ瑕疵担保ノ問題ニ関シ特定物ノ売買契約ト其ノ取扱ヲ異ニスヘキ理由ナケレハナリ若夫レ不特定物ノ売買契約ニ於テ売主カ買主ニ對シ瑕疵アル物ヲ給付スルモ全然契約ノ履行ナク從テ瑕疵担保ノ問題ヲ生スルコトナシトセハ買主ハ更ニ瑕疵ナキ物ノ給付ヲ請求シ得ヘク売主モ亦既ニ給付セシ物ノ返還ヲ請求シ得ルコトナルヘシ而モ此等ノ權利ニ付テハ民法第五百六十六条第三項ニ規定セル如キ除斥期間ノ定ナキカ故ニ当事者ハ債權ニ関スル消滅時効若ハ所有權ノ取得ニ関スル時効ノ完成スルニ至ル迄不安ノ状態ニ在ル場合モ生シ得ヘシ如斯ハ民法カ瑕疵担保ニ因ル權利ニ関シ同条ヲ準用シ極メテ短キ除斥期間ヲ定メタル精神ニ反スルモノニシテ到底是認スルコトヲ得ス原判決ヲ閱スルニ原審ハ右ト同一ノ見解ニ基キ被告人ノ請求ヲ是認シタルモノト解シ得ヘシカ或ニ原判決ニハ所論ノ違法ナク論旨ハ理由ナシ

〔評釈等〕 舟橋諄一・法協四四卷七号一五九頁

② 不特定物の売買における目的物の瑕疵と商法二八八条（現行商五二六）（大判昭和二年四月一五日民集六卷二四九頁〔売買代金返還並利息金支払請求事件〕〔缶詰用ブリキ板売買事件〕

〔判決要旨〕 商人間における不特定物の売買において、買主がいったん売主より売買の目的物として受領したる物が約旨に適しないときは、その売買は商法二八八条にいわゆる目的物に瑕疵ある場合に該当するものであって、買主は遅滞なくこれを検査し瑕疵あることを発見したるときはただちに売主に通知しなければ、瑕疵を原因として契約を解除することはできないと判示し原審判決は正当である。

〔事実〕 X（原告）はカン詰業者であつて、大正七年一〇月一九日、Y（被告）よりカン詰用ブリキ板幅一四吋長二〇吋一箱

の旨を表示し、一箱の重量正味一〇〇封度以上あることを条件としておいた。しかるに大正七年一〇月二日、Yから引渡しを受けた本件ブリキ板五三〇箱は同年一月五日検査してみたら、引渡しを受けたうち一七一箱は契約の条件になし一箱の重量一〇〇封度以下のものであったので即日Yに通知し、さらに大正八年三月三〇日、右一七一箱の内一五七箱について契約条件に適合する重量の物品を一週間以内に履行すべき旨を催告したがYが応じないのでこの部分について契約を解除し、Yに代金の返還と損害の賠償を請求した。原審は、本件当事者が各商人であること、商人間の売買において特定物たると不特定物たるを問わず商法二八八条に則り買主は遅滞なく目的物を検査し瑕疵あることを発見したらただちに売主に通知するのなければ瑕疵を理由として契約を解除することはできず、買主はこれを怠ったとしてXの請求を排斥した。X上告。原判決は、商人間の売買において物件の引渡しある以上は瑕疵担保をもって論ずるに限るとの意見を示しているが、これは民法五四〇、五四一条を不当に適用せず、商法二八八条を違法に適用したものであると主張した。

〔判旨〕（上告棄却） 「種類売買ニ於テ売主カ契約ノ目的物ト全然種類ノ異ナリタル物ヲ給付シタル場合ハ格別前記ノ如ク同種類ノ物ノ給付ヲ為シ買主ニ於テ之ヲ受領シタル場合ニアリテハ仮令給付ノ物体カ契約所定ノ条件ニ欠クル所アルモ不完全ナカラモ尚契約ノ履行アリタルモノト解スルヲ正当トシ只瑕疵アル物ノ履行セラレタル場合ニ該当スルニ過キサルカ故ニ（大正十三年（オ）第八百六十六号同十四年三月十三日当院第二民事部判決参照）穴上告人カ前記主張ノ事実關係ヲ目シテ契約ノ不履行ナリトスル法律上ノ見解ハ正当ニアラス然レハ原審カ上告人ノ主張ノ具体的事実ヲ觀察シテ法律上不履行ノ場合ニアラス瑕疵アル物ノ履行セラレタル場合ナリト判定シ所論摘録ノ如ク説示シタルハ固ヨリ相当ナリト云ハサルヘカラス」

③ 瑕疵担保と履行請求権——隠れたる瑕疵——見本売買と瑕疵（大判昭和三年一月二日民集七卷一〇七一頁〔強制執行異議事件〕）〔縦板売買事件〕

〔判決要旨〕 一 不特定物の売買においては買主は瑕疵担保に基づく権利と瑕疵なき物の引渡請求権とどちらか一つを選択し

瑕疵担保責任規定の適用範囲

一二五枚入五三〇箱を一箱金四〇円五〇銭の割合をもって買い受けた。Xはブリキ板を絞りカン製造用として買い受けたのでそこでこれを主張することができる。

二 多数の物件について、いちいちこれを点検して始めて発見することのできる瑕疵は、たとえ瑕疵自体は個々の物体の外部に表われていても、なお隠れた疵瑕と云って妨げない。

三 見本売買の場合においては、引き渡された物が見本より劣っているときは、当然目的物に瑕疵あるものと解すべきである。

〔事實〕 X (原告) は Y (被告) より樅板を買い受けた。ところが見本品は無節であったのに実際に引渡しを受けたのは節穴裂目が多くかつ尺幅不足のものであった。Yは別訴 (大判大正一五年五月二四日民集五卷四三三頁) で代金の支払を請求したところ、Xは目的物に瑕疵あることを理由にして不完全履行であるとして、代金の支払を拒絶した。原審は買主の主張を認めめたが、大審院は目的物を特定物 (他人の倉庫に保管されてあった) と認定し、担保責任の問題であるとして破棄差し戻した。差戻審では、Yの代金請求を認め、Xにその支払を命じた。そこでYは強制執行を行ったが、XはYの交付した樅板には瑕疵があり、そのために被った損害の賠償請求権と相殺する旨の意思表示をなし (瑕疵発見後数年経過していた)、執行異議の訴えを起した。これが本件である。原審は、一年の除斥期間の経過により、損害賠償請求権は消滅しているから相殺の意思表示は無効であるとした。これに対してXは、こんどはYの不完全履行を主張し、一年の除斥期間にはかからないと主張して上告した。

〔判旨〕 (上告棄却) 「夫ノ不特定物 (民法第四百一条) ノ売買ニ在リテハ此ノ物ト指示セラレタル特定ノ目的ハ契約當時ニハ存在セス唯斯クノ種類ニ属スルモノト云フ定メアリシニ止マルカ故ニ後ニ至リ現実ニ引渡サレタル其ノ物ニシテ瑕疵ノ伏在スル以上此ノ引渡ハ之ヲ目スルニ債務ノ本旨ニ從フ履行ヲ以テスルヲ得サルハ言ヲ俟タス蓋瑕疵アルモノモ亦可ナリトノ約旨ナリシト云フカ如キハ反証無キ限り之ヲ肯定スルニ由無ケレルナリ故ニ此ノ場合ハ唯債務不履行ノ問題ヲ生スルニ止マリ瑕疵担保ノ責任ノ如キハ又之ヲ云々スルノ余地無キコトヲ本来ノ法意ナリトス然レトモ此ノ場合買主ニ於テ瑕疵アル物ノ引渡モ亦之ヲ履

ルニ开ハ履行遅滞ノ結果得可カリシ利益ヲ得ス被ル可カラリシ損失ヲ被リタリト云フニモ非ス又固ヨリ履行ニ代ヘル損害賠償ト云フニモ非ス其ノ所謂損害ナルモノハ之ヲ訴状ノ記載ニ徴スレハ約定ニ係ル買値段ヨリ現ニ引渡サレタル劣等品ト称スルモノノ実価ヲ控除シテ之ヲ計上セルモノニシテ換言スレハ低価格ヲ高価ニ買受ケタルコトヲ指シテ損害ト云フ趣旨ニ外ナラス而カモ斯クノ如キハ右ニ所謂劣等品ヲ買主ニ於テ引取リタルコトヲ前提トシテノミ始メテ了解スルヲ得ヘキ採算方法ニハ非サルカ上告人主張ノ意味那邊ニ在リヤ知ル可キノミ原裁判所カ之ヲ解シテ瑕疵担保ニ因ル損害賠償ノ請求ト為シタルハ相当ナリ所論ハ採用スルニ由無し

〔評釈等〕 五十嵐清・ジュリ二〇〇号六四頁、鈴木竹雄・法協四七卷一二号一七四頁

④ 不特定物売買の目的物の瑕疵と買主の権利（大判昭和六年二月一〇日新聞三二三六号一三頁（売掛代金請求事件））〔粗竹三間物売買事件〕

〔判決要旨〕 種類物売買の目的物に瑕疵ある場合に、買主がこれを履行として受領せずに売主に対してさらに瑕疵なき物の給付を請求するもの、また右の瑕疵あるものを履行として認容して受領し、売主に対して瑕疵担保の責任を問うのもいづれか一つを選んで主張することができる。

〔事実〕 買主Y（被告・控訴人・上告人）は売主（X（原告・被控訴人・被上告人）より粗竹三間物を買受、A運送店に荷受けさせるとともにYのために占有保管させ、その半分以上を他に転送し処分していた。Xが代金の支払を請求したが、引渡しにあった物は瑕疵ある二間物であるとして、同時履行の抗弁権を主張し、代金の支払を拒絶した。原審は、すでに半分以上他に処分した以上履行として認容して受領したものであるとして、同時履行の抗弁権を否定しかつ契約の目的を達する能はざる場合にあたらず、契約解除の事実もないとして、Xの請求を認容した。Yは不特定物売買には、瑕疵担保の規定の適用はないと主張して上告した。

〔判旨〕（上告棄却）「然レトモ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對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對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當院ノ判例トスル所ナリ（昭和三和（オ）第六四四号同年十二月十二日判決參照）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對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權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權ヲ有スルモノニ非ス原判決カ上告人ニ於テ被上告人ノ給付シタル瑕疵アル物ヲ履行トシテ認容シ受領シタル事実ヲ認定シ此ノ事實ニ基キ上告人ノ同時履行ノ抗弁ヲ排斥シタルハ違法ニ非ス」

⑤ 不特定物の売買と履行（大判昭和六年四月二日新聞三二六五号九頁〔売掛金代金請求事件〕〔鼠軸輪用紙巻取売買事件〕

〔判決要旨〕 不特定物の売買契約における売主が買主に對して債務の本旨に副わない物を給付しても、売主はいまだ完全にその義務を履行したものとはいえないから、買主はさらに新たな給付を請求することができるのはいうまでもないが、当事者間に授受された物が契約の目的物と種類を同じくする場合においては、たとえその品質において債務の本旨に副わない点があったとしても、債務は不完全ながらも履行がなされたものと解し、瑕疵担保に関する規定を適用することができるものと解すべきである。

〔事実〕 YはXより鼠軸輪用紙を買ったが代金を払わなかったので、Xは代金の支払を訴求した。YはXより送付してきた製品は軸輪用紙としては到底使用にたえない粗悪のものであり、注文した製品とは目的物を異にし、いまだ履行がないものであるから代金を支払う必要はないと抗弁した。原審は、XはYに製品を送付したことを認めることができ、品質不良なりとの一事をもって右用紙が本件売買契約の目的物ではなく、したがって、引渡しもなされていないとはいえずとし商法二八八条（現行商五二六）、民法五七〇条、五六六条の規定により解除しない限り代金支払義務を免れえないと判示して、Xの請求を認容した。Y

は、注文した目的とは異なり使用することもできず、目的物の引渡しがないのと同じであるとし、契約上の義務不履行として上告した。

〔判旨〕(上告棄却) 「案スルニ不特定物ノ売買契約ニ於ケル売主カ買主ニ対シ債務ノ本旨ニ副ハサル物ヲ給付スルモ売主ハ未タ完全ニ其ノ義務ヲ履行シタルモノニアラサルヲ以テ買主ハ之ヲ給付ト認メスシテ更ニ新ナル給付ヲ請求シ得ヘキハ素ヨリ其ノトコロナリト雖當事者間ニ授受セラレタル物カ契約ノ目的物ト種類ヲ同フスル場合ニ於テハ縱令其ノ品質ニ於テ債務ノ本旨ニ副ハサル点アリトスルモ債務ハ茲ニ不完全ナカラモ履行セラレタルモノト解シ之ニ瑕疵担保ニ関スル規定ヲ適用シ得ヘキモノナルコトハ既ニ当院ノ判例トスルトコロニシテ(大正十四年三月十三日言渡大正十三年(オ)第八六六号判決参照)未タ之ヲ改廃スルノ必要ヲ見サルモノトス而シテ原判決ハ特ニ上告人カ注文シタル物件ト被告人カ上告人ニ製造供給シタル物件ト同種類ナル物ナルコトヲ明言セスト雖原判決ノ説明ニ依レハ原審ハ右ノ両者ハ仮ニ其ノ品質ニ於テ異レルトコロアリトスルモ其ノ種類ヲ同フスルモノナルコトヲ認メタルコト明白ニシテ且原判決カ其ノ認定ニ供シタルA Bノ証言に依レハ右ノ事実ハ之ヲ認メ得サルニアラサルカ故ニ原判決カ此ノ点ニ付瑕疵担保ノ規定ヲ適用シタルヲ審理不尽ノ致ストコロナリト為ス論旨ハ其ノ理由ナシ」

⑥ 不特定物売買と買主の担保責任(大判昭和六年五月一日民集一〇卷二五二頁「売買代金残額請求事件」)〔山羊毛三万六〇〇〇ポンド売買事件〕

〔判決要旨〕 買主が売主より売買目的物の山羊毛の引渡しを受け、しかもこれに瑕疵があることを知りながら費消し尽くした場合には、買主は自ら満足したものであるべく、もはや債務不履行を原因として損害賠償の請求をなしえないものと解すべきである。

〔事実〕 Y(被告)はX(原告)より大正二年六月一三日、山羊毛三万六〇〇〇ポンドを買ひ受けた。Yは引渡しを受けた山羊毛は見本と相違し悪硬毛多くとうてい織物の原料となしがたきものが過半数を占めており、見本品の半額の価値しかないも

のであるから、Xの不完全履行により損害を被ったので、その損害賠償金と未払代金とを相当額において相殺すると抗弁した。原審は、本件目的物に隠れたる瑕疵があったことは認められるが、Yは、Xより本件山羊毛の引渡しを受け、しかもこれに瑕疵あることを知りつつ費消してしまったものであるから、瑕疵担保による損害賠償の請求をなすことはできるが、債務不履行を理由とする損害賠償の請求をなすことは許されない。しかも一年の除斥期間にかかっているから瑕疵担保上の請求もなしえない、と判示して、Xの勝訴せしめた。Yは、(一)「然レトモ瑕疵担保ノ規定ノ適用アルハ特定物ニ関スル売買契約ノミニ適用アルモノニシテ不特定物ノ場合ニハ通常ノ債務不履行ノ問題ヲ生スルニ止リ瑕疵担保ノ問題ヲ生スルモノニアラサルコトハ民法学者間ノ通説トスル所ナリ(鳩山博士日本債権各論三四〇頁末弘博士債権各論四一八頁) 御院従来ノ判例ニ於テハ之ニ反対ノ見解ヲ採ラルルカ如シ(大正十五年(オ)第一一三九号昭和二月四月十五日判決) ト雖不特定物ノ売買ニ於テハ売主ハ瑕疵ナキ完全ノモノヲ給付スルニアラサレハ債務ノ本旨ニ從ヒタル完全ナル履行ノ提供ト云フヘカラス特定物ノ売買ハ之ト異ナリ債務ノ目的物カ初メヨリ特定シ完全ナルモノヲ給付スルノ余地ナキカ故ニ瑕疵担保ノ責任ヲ生スルモノナレハナリ御院従来ノ判例ノ如ク不特定物ノ場合ニ於テモ瑕疵担保ノ適用アリト解釈セラルルトキハ買主ハ更ニ完全ナル給付ヲ求メントスルコト能ハス契約ノ解除カ又ハ損害賠償ヲ求メルヨリ外其ノ救済方法ナントスルハ当事者ノ意思ニ合致セサルモノニシテ吾人ノ承服シ能ハサル所ナリ要之原判決ハ法則ヲ不当ニ適用シ又ハ之ヲ誤解シタル違法ノ判決ニシテ破毀ヲ免レサルモノナリ」、(二)「民法カ一般の特則タル債務不履行ノ外ニ特ニ瑕疵担保ノ規定ヲ設ケタルハ売主ニ対シ一般の債務不履行ノ責任ヲ認ムルコトヲ得サル場合ニ於テモ尚且売主ノ責任ヲ認ムルコトカ売買ノ有償契約タル性質ニ適合スルカ為ニシテ法律カ認メタル特殊ノ責任ナリトス從テ売主ノ責任カ一般の債務不履行ノ要件ヲ具備セル場合ニ於テハ素ヨリ買主ハ之ヲ原因トシテ損害賠償ノ請求ヲ為シ得ヘキコトハ言フ俟タサル所ニシテ原判決ノ如ク之ヲ瑕疵担保ノ規定アルカ故ニ一般の債務不履行ノ原因アル場合ニ於テモ瑕疵担保ニヨル權利トシテ損害賠償ノ請求ヲ為シ得ヘキモ債務不履行ノ原因トシテ損害賠償ノ請求ハ之ヲ為スコトハ許サスト解スルハ法則ヲ誤解シタル違法アル判決ニシテ破毀ヲ免レスト云フニ在リ」として上告。なお、本件は支払猶子についても判示している(判示事項(三)参照)。

〔判旨〕 (上告棄却) (一)「然レトモ賣主ハ買主ニ對シ適當ノ性質ヲ有スルモノ換言スレハ瑕疵ナキモノヲ取得セシムル義務アルコト勿論ニシテ此ノ担保義務ハ特定物売買ノ場合ト不特定物売買ノ場合トニヨリ異ニスヘキ理由ナシ不特定物売買ノ場合ト雖瑕疵アルモノヲ引渡スハ全ク履行ナキニハ非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論旨ハ之ト反對ノ見解ニ立チ原判決ヲ非難スルモノナレハ採ルニ足ラス」

(二)「然レトモ原判決ハ上告人ニ於テ既ニ被告人ヨリ売買ノ目的物タル山羊毛ノ引渡ヲ受ケ而カモ之ニ瑕疵アルコトヲ知リツツ費消シ尽シタル場合ニハ買主トシテ自ラ満足シタルモノト云フヘク最早債務不履行ヲ原因トシテ損害賠償ノ請求ヲ為シ得ヘカラサルコトヲ説示セルモノニシテ斯ノ如ク解スルコトハ違法ニ非サレハ之ヲ非難スル本論旨モ亦理由ナシ」

(三)「然レトモ買主ハ目的物ノ引渡ヲ受ケタル以上当然其ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ払フヘキ義務ヲ民法第五百七十五條ノ規定ニヨリ負擔スルモノニシテ本件ニ於テ原審カ上告人ニ對シ年六分ノ割合ニ依ル金額ノ支払ヲ命シタルハ上告人カ自認スル目的物ノ引渡ヲ受ケタル日時即大正十三年四月十日以降代金完済ノ日迄ノ商事法定利率ニ依ル法定利息ノ支払ヲ命シタル趣旨ニ外ナラスンテ遅延利息ヲ支払ハシムル趣旨ニ非サルコト判文ヲ通読シテ自カラ了解シ得ヘシ而シテ昭和二年勅令第九十六號支払猶予令ノ規定ハ斯ル法律上ノ利息ノ發生ヲ停止スルモノニ非サルカ故ニ原判決カ該勅令ノ規定ヲ適用セサリシコトハ違法ニ非ス論旨理由ナシ」

〔參考条文〕 支払猶予令 (昭和二年勅令九六號) 一条 昭和二年四月二十二日以前ニ發生シ同日ヨリ同年五月十二日迄ノ間ニ於テ支払ヲ為スヘキ私法上ノ金錢債務ニシテ勅令ヲ以テ指定スル地区内ニ住所又ハ營業所ヲ有スル債務者ノ負擔スルモノニ付テハ二十一日間其ノ支払ヲ延期ス但シ債務者カ其ノ地区外ニ他ノ營業所ヲ有スル場合ニ於テ該營業所ノ取引ニ關スル債務ニ付テハ此ノ限ニ在ラス

⑦ 性能保証と瑕疵担保 (大判昭和八年一月一日民集一二卷七一頁〔予納金請求事件〕〔特許三益三年式糶摺土白売買事件〕)

〔判決要旨〕 売買の目的物がある性能を具備することを保証したのにかかわらず、この性能を具えていないときは、売主は瑕疵担保の責に任ずるべきものである（ただし、判旨そのものは、保証された性能を具備していない場合は、買主は代替物を請求することもまた瑕疵担保責任を問うことも選択できるが、当該種類物がその本質上保証された性質を具備しえない一般的欠陥を帯有する場合は右選択はもはや問題にならず、売買契約は始めより不能にして、当然無効となると説いている）。

〔事実〕 被告Yは「自己製作ニ係ル特許三益三年式靱摺土臼ノ販売ノ為メ同機特色ノ一トシテ米五百俵ヲ摺上ケ得ル性質ヲ有スルモノニシテ万一不完全ノ場合ハ無料修繕スヘキ旨広告宣伝」していた。原告Xは、昭和五年三月、川崎市、横浜市、他における一手販売契約をYとの間に締結し、Xは満二年間に右区域内において三〇〇台を販売することにして、YよりXに売り渡す値段は一台一〇円と定め、右責任台数に対する保証金として、Yに金三〇〇円を納入した。XはYより右土臼二一台の送付を受け、実験してみたが、結果は不良で他の臼に対して何ら優れている点を見つけることができず、結局一台も農家に売れなかった。そこでXは、昭和五年四月、Yに対して約旨どおりの土臼を送付すべしと請求し、さらに同年五月にも同様の請求をしたがYが応じないので、その不履行を理由に同年同月一五日にYに対して本件一手販売契約を解除する旨の意思表示をなし、前記保証金三〇〇円の返還を求めて本訴を提起した。原審は、本件売買契約の内容は、「特許三益三年式靱摺土臼」を売買目的物とするものであって、右土臼を引き渡している以上、「債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ為シタリ」というべきであって、Xが主張するような性能を具有していないとしてもそれは右土臼そのものの欠陥であって、債務不履行をもって論ずる余地がないと判示し、Xの請求を排斥した。Xが上告。

〔判旨〕（破棄差戻） 「案スルニ売買ノ目的物ニ或種ノ欠陥アリ之カ為其ノ価額ヲ減スルコト少カラス又ハ其ノ物ノ通常ノ用途若ハ契約上特定シタル用途ニ適セサルコト少カラサルトキハコレ所謂目的物ニ瑕疵ノ存スル場合ナリ此ノ瑕疵ノ存否如何ハ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ノナ数ナラスンハアラス然リ而シテ此ノ瑕疵カ常人ノ当然発見スルヲ得ル性質ノモノニ属セス（所謂隠レタル瑕疵）且此ノ瑕疵ノ前記時期ニ存スヘキコトヲ売買

締結ノ際買主ニ於テ知ラサルトキハ(其ノ不知ヲ問ハス前記時期マテハ瑕疵カ除去セラルルトキハ問題無シ) 売主ハ其ノ不知ニ論無ク所謂瑕疵担保ノ責ニ任セサル可カラス而モ瑕疵ナルモノハ以上ノ場合ニ止マラス他無シ夫ノ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則チ是ナリ蓋スカル物ハ縦令一般ノ標準ヨリスレハ完璧ナルニモセヨ偶々此ノ具体的取引ヨリ之ヲ觀ルトキハ是亦一ノ欠陥ヲ帶有スルモノニ外ナラサレハナリ夫レ瑕疵担保ノ義タル上叙ノ如シ故ニ此ノ問題ハ売買ノ目的物カ始メヨリ特定シ從ヒテ此ノ物ヲ給付スル以外又給付テフコトノ有リ得サル又為シ得サル場合ニノミ起リ得ル事柄ニ外ナラス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對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ト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對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能ヲ具備スルニ由無キ一般の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本件ヲ案スルニ……一手販売契約ヲ締結スルニ當リ当事者間ノ了解ニ依レハ當該物品カ曩ニ広告宣伝セラレタル如キ性能ヲ有スルヤ否ハ売主ノ知ルトコロニ非ス売主トシテハ唯特許三益三年式糶摺土臼ト名ケラルル種類物ヲ給付スレハ則チ足ルテフ趣旨ナリシト觀ルコトノ果シテ事物ノ常態ト取引ノ信義ニ合ヘリヤ否ヤ特別ノ事情ノ認ムヘキモノ無キ以上斯カルハ固ヨリ肯定スヘキ限リニアラス而モ本件ニ於テ何等カ此種特別ノ事情ノ存セシコトハ當該事實認定ヲ為スニ當リ毫モ原審ノ判示セサルトコロトナリ此ノ点ニ関シ原判決ハ理由ノ不備ニ非サレハ則チ審理ノ不尺ヲ免ル可カラス然ラハ則チ問題タル性能保証ノ下ニ本件契約カ締結セラレントセハ如何給付セラレタル土臼カ偶々此ノ性能ヲ欠如セル場合売主トシ

テハ或ハ債務ノ不履行ト為ル可ク或ハ瑕疵担保ノ責任ヲ生スヘク若シ又被上告人製作ニ係ル土田ナルモノハ到底保証セラレタル性能ヲ具フルニ由無キ本質的欠陥ヲ帶有ストセムカ一手販売契約ソノモノハ始メヨリ無効ノ取引ニ外ナラス」

〔評釈等〕 有泉亭・判民昭和八年度八事件、中川良延・売買（動産）百選一〇六頁

⑧ 不特定物売買の目的物受領後の瑕疵担保と不完全履行との関係（最判昭和三六年二月一日民集一五卷一一号二八五二頁

〔約束手形金請求事件〕〔放送用スピーカー売買事件〕

〔判決要旨〕 不特定物の売買において、給付されたものに瑕疵のあることが受領後に発見された場合、買主がいわゆる瑕疵担保責任を問うなど、瑕疵の存在を認識したうえで右給付を履行として認容したと認められる事情が存しない限り、買主は、取替えないし追完の方法による完全履行の請求権を有し、また、その不完全な給付が売主の責に帰すべき事由に基づくときは、債務不履行の場合として、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。

〔事実〕 買主新聞社X（被告・控訴人・被上告人）は売主Y（原告・被控訴人・上告人）から有線放送による街頭宣伝業務のために本件放送機械（スピーカー一式）を購入し、残代金金額一六万六〇〇〇円の支払のために約束手形を振り出し、Yに交付した。ところが引渡しを受けた機械は雑音や音質不良をきたす故障があったので、その旨を通知してYの技師より数回にわたり修理してもらったが、完全にはならず、いったんもち帰って完全に修理するよう催告してもYはこれを放置して修理しなかった。Yは満期にいたり前記約束手形を支払場所において呈示したが支払を拒絶されたので、手形金の支払を求めて本訴を提起した。Xは目的物は性能劣悪で使用にたえないので、その旨Yに通知し本件口頭弁論において売買契約を解除したので、残代金を支払う義務がなく、その支払のために振り出した本件手形金支払の責に任じる必要はないと抗弁した。原審はXの抗弁を採用したので、Yが上告。

〔判旨〕（上告棄却） 「しかし、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有するものと解すべきである。

本件において、放送用機械が不特定物として売買せられ、買主たる被告原告人は昭和二十七年四月頃から同年七月頃までこれを街頭宣伝放送事業に使用していたこと、その間雑音および音質不良を来す故障が生じ、原告人会社側の技師が数回修理したが完全には修復できなかったこと、被告原告人会社は昭和二十七年六月初め原告人会社に対し機械を持ち帰って完全な修理をなすことを求めたが原告人会社はこれを放置し修理しなかつたので、被告原告人会社は街頭放送のため別の機械を第三者から借り受け使用するの止むなきに至つたこと、被告原告人会社は昭和二十七年一月二三日日本件売買契約解除の意思表示をしたことが、それぞれ確定されている。右確定事実によれば、被告原告人会社は、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原告人会社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であるということができる。原判決はこの理に従うものであって所論の違法はない。」

⑨ 瑕疵担保に基づく損害賠償請求と相殺の意思表示（最判昭和五〇年二月二十五日民集二九卷二号一六八頁〔売買代金請求、同反訴請求事件〕〔費用かます売買事件〕

〔判決要旨〕 単価を六五円とする費用かますの売買契約において引き渡された一二万八二〇〇枚につき、買主が売主にあてて、右かますに欠陥があることを具体的に指摘したうえ、費用かますとしての商品価値が認められず、一枚当り二〇円、数量一二万

八一〇〇枚、この代金二五六万二〇〇円としての減価採用で精算させていただく等判示のような記載のある書面を送付したときは、特別の事情がないかぎり、買主は、売主に対し、受領物の瑕疵に基づく損害賠償の請求をするともに、該請求権を自動債権とし売買代金債権を受働債権とする相殺の意思表示をしたものと解すべきである。

〔事実〕 農業用資材等の販売業者たるX（原告・被上告人）は、昭和三十九年一月同業のY（被告・上告人）に殺用かます一七万枚（単価六五円）を売渡したとして、その代金一一〇五万円を請求した。これに対し、Yは、引渡を受けたかますの数量は一二万八一〇〇枚にすぎないし、受領したかますには瑕疵があったとして、(イ)受領当時に、一枚当たり二〇円、合計二五六万二〇〇〇円の代金減額をするよう請求した、(ロ)受領当時に、右の瑕疵のため本来の転売価格よりも低額にししか転売できなかったことによる損害五七六万四五〇〇円の賠償を請求し、かつ、右損害賠償請求権を自動債権とし受領ずみかます代金債権八三二万六五〇〇円を受働債権とする相殺をしている、(ハ)右(ロ)の請求、相殺をしたものと認められないとしても、昭和四四年七月七日の原審口頭弁論期日に右(ロ)同旨の請求および相殺をした等と主張した（以上の主張は瑕疵担保責任を根拠としてなされている。）。

原判決は、引渡ずみの数量はYの主張どおり一二万八一〇〇枚にすぎないとしたが、Yの右主張(イ)につき、Yは代金減額を請求できない、同(ロ)につき、Yが受領当時その主張するような請求、相殺をしたとは証拠上認められない（乙五号証もこれを認める証拠とするに足りない。）、同(ハ)につき、昭和四四年七月七日にYのした請求は、Yが瑕疵の存在を知ったものと認められる昭和三十九年二月二七日より法定の除斥期間（一年）経過後にされたものであるからその効力を生じないとして、いずれも排斥し、なお、YのXに対する別途硫酸銅売掛代金債権を自動債権とする相殺の主張を一部容れて、Xの請求を三一三万四〇一四円の限度で認容した。Yが上告。

〔判旨〕（破棄差戻） 「乙第五号証は、「精算通知書並びに差額督促書」と題し、上告会社青森出張所長から被上告人にある昭和三十九年二月二七日付同日差出にかかる内容証明郵便であって、その内容は、要するに、受領したかますには欠陥があることを具体的に指摘したうえ、したがって、費用かますとしての商品価値が認められず、一枚当たり二〇円、数量一二万八一〇〇

枚、この代金二五六万二〇〇〇円としての減価採用で「精算」させていただくというにあることが明らかであり、同号証が真正に成立したものであることは原審が適法に確定しているところであるから、特別の事情がないかぎり上告人は被上告人に対し右書面どおりの表示行為をしたものと認定するのが、相当である。

そこで、右表示の意味内容を検討すると、右書面は代金減額を請求する趣旨が明確に表示されているわけではないし、また、目的物に瑕疵があることを理由としては当然には代金減額の請求をすることが出来るものでもないものであるから、右書面による表示を代金減額の請求とみることが表示者の意図した目的に合致するものとはいえない。もとより、右書面には、上告人が代金減額の請求だけをし損害賠償の請求はしない趣旨が表示されているわけではない。むしろ、右書面においては、「精算」という文言が用いられ、受領物の瑕疵が具体的に指摘され、結論として約定代金額より少額の代金債務額を負うにすぎないことが具体的に主張されているのであって、右の表示が代金額を知悉している売買当事者間でされたものであることと考え合わせて右書面の内容を解釈すれば、受領物には瑕疵があったから、上告人は約定代金債務額から瑕疵相当の損害額を差引清算した残額についてのみ支払義務を負うべき趣旨のものと解するのが、相当である。そして、このようにみることが出来る以上、右の表示によって自働債権の特定がされており、かつ、その相対立する債権を対当額で消滅させたいという効果意思をうかがうことが出来るから、特別の事情がないかぎり、上告人は右の表示により受領物の瑕疵に基く損害賠償の請求をするとともに該請求権による相殺をしたものというべきものである。」

〔評釈等〕 中井美雄・民商七三巻五号六五〇頁、川口富男・曹時二八巻六号一一二頁。

三 判例理論の批判的検討

- (1) タービンポンプ売買事件〔大判大正一四年三月一三日〕〔判例①〕

この事件は、すでに学説によっても指摘されているように、買主が債務不履行に基づいて売主の責任を追及してもそのまま認められていたに違いない。それにもかかわらず、大審院は買主が五七〇条に基づいて瑕疵担保の責任を追及したせいか不特定物にも五七〇条を適用している。売主が五四一条の適用があるべきだと主張していることをなら顧慮していない。そして、五七〇条を適用するための理由四点を挙げていることはすでに述べたが、そのうち第四点の短期除斥期間の適用について検討しておきたい。大審院は不特定物の売買において瑕疵担保の問題でないとする
と買主の代物請求や売主の目的物返還請求について短期の除斥期間の定めがないので、当事者の不安の状態が続き、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と判示していた。思うに、五七〇条の瑕疵担保責任において短期除斥期間が定められたのは、それが特定物の売買において売主の義務の尽されたところで、特に買主を保護するために認められた法定責任だからであろう。本来なら目的物の性質に関する買主の一方的な期待のそご、すなわち、単なる動機錯誤にすぎないものを客観的な隠れた瑕疵であることと買主の善意を要件に特に売主に無過失の責任を課して認めたものであるから、買主の損害賠償も少なくとも履行利益には及ばない限定された信頼利益（ないし対価的に制限されるかまたはたかだか代金減額）しか認められず、かつ売主の責任の存続も短期に制限されているのである。これに反し不特定物に瑕疵があれば、債務の本旨に従った目的物の給付でないことは自明なのであるから、買主の売主に対する責任追及も以上の制限のいずれにも服するいわれはないと思われる。受領後、瑕疵のあることを発見したら、代物請求をすることができ、なお、売主がこれに応じなければ、五四一条の催告の上、これを解除し、支払った代金があれば返還の請求をし、売主の代金請求に対しては不履行を理由に支払拒絶を抗弁することができなければならない。しかもこれにはいかなる意味においても瑕疵担保の如き一年の短期内に権利を行使しなければなら

ないという制限を受ける必要はないと思われる。従来学説が代物請求の期間制限について、信義則等を援用して処理することを提唱してきたが、これは、債務不履行に基づく代物請求権の存続期間が一〇年の長きにわたるということのみによって主張されてきたのではない。受領物の使用によって汚れてしまった落丁本の代物給付請求という事例においては、十分に使用して汚してしまったということのみにもとづいて代物請求が信義則上制限されるにすぎない。それゆえ不特定物売買に瑕疵担保規定を適用しても事態は変わらないのである。すなわち一年の短期除斥期間内においてすら、もし十分な使用による汚れの付着という事情があれば、やはり代物請求は信義則上制限されざるを得ないであろうと思う。それゆえ、大審院が瑕疵ある不特定物の給付において、買主による代物請求や売主の目的物返還請求につき瑕疵担保の如き短期除斥期間がないことを民法の精神に反するととりたてて論ずることに根拠がないといわざるを得ない。

ただし、買主が給付された瑕疵ある目的物をいったん受領し、費消したり、代金減額で清算したいと主張した場合のように、もはや代物請求権を事実上放棄し、事態の解決を給付された物に固定し、それをめぐって法的に処理する意思を両当事者が保有している場合にはまた異なった解決がなされうるであろう。事実上の完全給付請求権の放棄があるのにさらに一転して代物請求したりするのは許されないのである。それゆえ、不特定物につき、民法五七〇・五六六条は不完全履行の特則としてそのまま適用する旨を主張する立場が、瑕疵ある不特定物の給付があった場合には、「通常の不完全履行と異なり、売主は無過失責任を負い、買主は催告なしで解除できる」(五十嵐清・「売主の瑕疵担保責任と不完全履行」ジュリスト増刊民法の判例第二版一三九—一四三(一四二)頁)と主張するのには賛成することができない。瑕疵ある不特定物の給付について①なぜ通常の不完全履行とは異なって、売主は「無過失責任」を

負わなければならないか、②なぜ「買主は催告なしで解除できる」のか明確な根拠がないように思われる。ただし、②については、前述したように三宅教授も無催告解除を認めている。ただし判例のように「履行として認容して受領後、瑕疵担保責任を問う」場合にこれを瑕疵担保とするというのではなく、通常の不完全履行と同じく扱い、ただ不完全履行自体に基づき、解除の場合にのみ無催告で解除することを認めるものであり、この場合は、瑕疵ある物の受領後の解除であること、および売主の完全履行と引換になす代金請求権と買主の完全給付請求権との両当事者による「放棄」があることの結果はじめて無催告解除が認められるとするのであるから、その根拠は明確である。すなわち、両当事者の右「放棄」によって催告の必要性は全くなっているからである。

本件は買主が瑕疵ある不特定物たるタービンポンプを受領しているが、瑕疵あるが故に完全履行たる代物請求を行ない、その請求に応じてもらえないので、解除して代金の返還を求めているのであるから、この解除が五四一条の要件を満しているか否かを検討することは不可欠であったと思われる。ところが買主は解除の根拠を瑕疵担保規定に求めた。大審院はこの主張にのっとって独自の不完全履行の瑕疵担保包摂論を展開した訳である。しかし三宅教授の「最も基本的で単純平明な解釈論」（三宅・契各上三七七頁）がやはりすぐれていると思う。

(2) 縦板売買事件〔大判昭和三年二月二日〕〔判例③〕

この事件は、買主が「瑕疵に基づく損害金」は売主において「賠償スル義務アリ」と主張し、大審院の判示によれば、「約定ニ係ル買値段ヨリ現ニ引渡サレタル劣等品ト称スルモノノ実価ヲ控除シテ計上」したものの、換言すれば「低価格ヲ高価ニ買受ケタル」ことを指して「損害」といって賠償を求めたものであった。すなわち買主は劣等品を受領したから代金減額を請求して執行異議を申立てた事案であった。大審院はこの買主の請求は瑕疵担保に基づいて

なされたものと解し、したがって一年の除斥期間の適用を受けるとして、買主の相殺の抗弁を無効とした原審の判断を是認したわけである。結論的に疑問があるのはすでに述べた(一三頁)ところであるがさらにつぎの点にも注意されるべきである。すなわち、本件は見本品売買であるということである。

見本品に適合していないということは、売主が見本によって「請合」したないし保証した性質に欠けるものがあつたと解してよいとするならば、本件において、もし不特定物ならば、債務不履行(保証合意に違反している)としての売主の責任は免がれがたく、買主は代物給付を請求することはもちろん、売主の代金請求に対して、契約本旨不適合を主張して受領を拒み、代金の支払を拒絶しうるのはいうまでもないと思われるし、もし特定物ならば、瑕疵の存在を主張し(隠れた瑕疵である必要はない)、保証すなわち損害担保の責任を売主に問うことができる。この場合は代物給付請求をすることはできず、売主に対して単に損害賠償の請求をしうるにすぎない。それゆえ本件では、見本売買であつて一定尺幅と無節とが保証されているとみてよいケースであるから、隠れた瑕疵でなくとも保証違反を理由に売主の責任を問うことができる。買主は契約を解除し損害賠償(単なる代金減額ではない)を請求することができるであろう。すなわち、本件は、特定物であれ、不特定物であれ、買主は売主の保証違反の責任を問うことができるはずであり、これは一年の除斥期間にかかるべき筋合のものではない。それゆえ、本件判例は、保証違反を五七〇条の瑕疵担保に包摂している点において瑕疵担保責任を誤解している上に、結論的にも妥当ではないと評すべきである。

判例によれば、「見本ヨリ劣レルコト」は「一ノ瑕疵ト称スルヲ妨ケサ」というのであり、特定物の場合には瑕疵担保の問題となると解している。学説もほとんど保証の場合を瑕疵担保に統合している。しかし保証は効果意思に

基づく売主の責任であつてもともと瑕疵担保に統合さるべき性質をもつておらず、たとえ立法者が包摂を志向していたとしてもそれに拘束される必要はないといふべきである。債務不履行と瑕疵担保の問題、したがつて瑕疵担保規定は不特定物売買にも適用されうるかといふことが問題となつたほとんどの判例は、見本違反、宣伝広告違反、特約違反など保証違反の事案であるから、保証違反の問題として解決されるべきであつた。この場合は、瑕疵は隠れた瑕疵である必要はなく、売主によつて明示・黙示に保証された性質が給付された目的物に欠けているならば、買主は瑕疵ある給付物・不完全給付があつたと主張し、それに見合つた売主の責任を追及できるのでなければならぬ。保証は不特定物売買においては売主の債務内容となり、特定物売買においては、通常、損害担保約束とならう。後者は売主が無過失で負う責任でかつ買主の善意が要件とならう。いずれにしても責任の根拠は保証に向けられた当事者の効果意思に求められる。それゆゑ、瑕疵担保責任とは異質のものである。不特定物売買における見本違反は保証違反にはかならず、それは債務不履行であるから、たとえ買主がいったん受領したとしても瑕疵担保の問題となるはずはなく、したがつて買主による売主に対する責任追求は一年の短期除斥期間に服する必要のないものである。判例が瑕疵担保の問題となつて解する原因は「保証違反」を「瑕疵」とみることによるのではなからうか（受領によつて不特定物が確定化し（四〇一条二項）、確定化によつて危険が移転する（五三四条二項）との民法の立場も影響していることはいうまでもない。「瑕疵」とみることは妨げないが、瑕疵担保の問題となると解すべきではない。

(3) 特許三益三年式靱摺土臼売買事件（大判昭和八年一月一四日）〔判例⑦〕

本件の目的物については、売主たる製造販売会社が自社製のもので一定の性能のあることを「広告宣伝」していたのにその性能を全然備えていなかったといふ事案であつた。大審院は、右「広告宣伝」を売主の「保証」のあつた場

合とみなしている、そして「或種類ノ売買ニ於テ其種類ニ属スル物ハ斯クノ性能ヲ有ストノコトカ特ニ売主ニヨリテ保証セラレタルニ拘ラス」、現実には給付された物に右保証された性能を具備されていない場合には、買主は売主に對して「約旨ニ適合スル物ノ給付ヲ請求」するかまたは「瑕疵担保ノ責任ヲ問フ」かは買主の選択にまかされていると傍論ながらみとめている。なぜ傍論かといえは、大審院は、保証された性能を具備しえない一般的欠陥を帶有する場合は、右の買主による選択は最早問題にならず、給付は不能で契約は無効だと判示しているからである。結局、買主の予納した保証金三〇〇円の返還を認めた訳である。

本件のような一般的欠陥が問題になっている場合をいかに扱うべきであろうか。有泉・本件判批判例民事法昭和8年度8事件は、一般的欠陥が問題となっている場合は、原始不能による無効ではなくて、制限種類物売買における一部原始不能として、瑕疵担保の問題となると説いている。三宅教授（契各上三四八頁）は、限定種類物売買の一般的欠陥の問題であり、その欠陥は、「前提された一定の性能を欠くという主観的欠点」であって、瑕疵担保の問題ではなく、前提の欠如として解除または代金減額を認めてよいとされる。つまり判例は「種類物売買の一般的欠陥が問題であり、保証された性能を欠くことは原始的不能で無効である」とする。有泉説は「限定種類物売買の一般的欠陥が問題であり、一部原始不能で瑕疵担保責任の問題である」とする。三宅説は「限定種類物売買の一般的欠陥の問題であり、その欠陥は前提された性能の欠如として契約の解除または代金減額の問題となる（前提行為基礎の理論）」とする。私見は、「種類物売買の一般的欠陥が問題となっており（この点では判例に同じ）、売主の『広告宣伝』によって一定の性能が債務内容となっている場合であり、不完全履行にすぎないからしたがって瑕疵担保の問題ではない」と考える。一般に製造会社が自社で製造した商品の一部を販売するのは限定種類物ではなくて、普通の種類物だと考

えたい。そして本件は土臼の売買なのであるから、土臼としての本質的性質を一般的に欠く場合ならば、判例のように（全部）原始的不能として無効として妨げないと思われる。しかし本件は土臼としての一般の性能は一応認められ、ただ特許を得たと称する優秀な性能（五〇〇俵を摺上げるという性能）をことごとく欠いているという場合であり、したがって、「特許三益三年式」としての性質の具有が内容となっているとみたい。契約は有効で売主は債務不履行であり、一部の給付による不完全履行がなされても買主による契約の解除が認められ、予納した保証金の返還を求めることができるとされるべきである。もちろん損害があれば、損害賠償請求権を有することはいうまでもない。

以上によって本件は、傍論ではあるが、瑕疵担保の適用の可能性を認めている点は問題であり、本稿のテーマに関してはあまり重要視しえない判例だといえるべきである。

(4) 有線放送用スピーカー売買事件〔最判昭和三六年二月一日〕〔判例⑧〕

この事件は買主が不良スピーカーの修理と取替を再三請求したのであるから、完全履行を請求し、その履行がないために解除した事案であった。解除の原因としては瑕疵担保と債務不履行の両方を主張したが、原審は瑕疵担保による解除を認めなかった。理由は目的不達成にはあたらないというのであり、結局、債務不履行による解除を認めた訳である。これを不服とした売主が上告し、最高裁の判旨を導びいたものである。買主が完全履行を請求したという点、その履行がなかったから解除したという点は大判大正一四年のタービンポンプ売買事件と酷似している。買主が瑕疵ある目的物を受領したという点でもっぱら瑕疵担保の問題となるとするタービンポンプ事件は債務不履行説の支持にもかかわらず疑問が多い。最判昭和三六年の放送用スピーカー売買事件では、この点は明確に改められて、「債権者が一旦これを受領したからといって、……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」といつている。にもかかわらず売主が履行に応じないので解除するなら、これは債務不履行を理由とする解除であるから五四一条の要件を満さなければならない。そして買主は完全履行を現に請求したのであるし、売主の上告理由も瑕疵あるものを受領後は瑕疵担保の問題となると主張しただけであるから、右判示だけで十分であったといつてよい。しかるに最高裁は、さらに「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の責任を問うなどの事情が存すれば格別」だとしてかような場合、瑕疵担保の問題に移行することを認めている。しかし問題は右の「格別」の事情のある場合、すなわち、買主が履行として認容して受領し瑕疵担保責任を売主に問うといふことの現実的意味である。大判大正四年タービンポンプ事件は支払った代金の返還請求を基礎づけるために瑕疵担保による解除を求めたものであるから、形式的に瑕疵担保を主張していても内実は受領物を履行として認容した訳ではない。代金が戻ればよいのである。最判の場合は、売主による未払代金の請求に対して買主が瑕疵を理由に支払いを拒絶しているだけであるから、ここでも、買主がたとえ瑕疵担保を主張したとしても、それは解除して代金支払義務を免がれただけである。一年の除斥期間に服するか否か、契約の目的を達成することができるか否か、瑕疵が隠れたものであるか否かなどを主張しかつ立証しなければならぬといふ諸効果をすべて納得して履行として認容して受領する必要はないわけである。むしろ当該目的物を履行として認容して受領しかつ瑕疵担保を主張する買主は本当は受領した目的物を瑕疵あるまま納得して受領し、現実に自己の使用目的に若干不適當でもあえて使用するかないしは当初の使用目的をすてて、他の用途に使用しようとし、あとは代金減額ないし損害賠償で結着づけたいと志向した場合しか考えられないのである。これは契約を解除して原状回復関係といふ複雑な問題に移行することを避けるのである(穀用カマス売買を想起せよ)。この場合の買主の代金減額ないし損害賠償請求

権は売主の代金請求に対して抗弁的に行使するかぎり、一年の除斥期間にかかる必要はないと思われる。これに対して代金支払済の買主が売主に対して代金返還請求権を積極的に行使するときは、五六六条三項を類推適用してよいであろう。なぜならば、売主は完全給付をして代金全額を請求する機会を失ってしまうからであり、この売主の利益を考慮するのが妥当だと思われるからである。

不特定物売買における不完全給付を受領した買主の権利に一年の除斥期間を適用すべきか否かに関する以上の検討の結果によれば、大判昭和三年縦板売買事件は見本売買の不完全給付の事案において当初債務不履行を主張して瑕疵ある物の受領を拒絶したが、特定物売買だから瑕疵があっても受領を拒むことができない（この意見に合理的理由は見出しがたいが）と裁判所によって判決されたから、しかたなく瑕疵担保を主張し代金減額（代金額と損害賠償金額との相殺）を請求したところ、一年の除斥期間にかかっていて買主の請求は認められないとされたのであるから、私見から見ればいかにも不当な判決と評さざるを得ない。

また真実に履行として認容して受領したとみとめられる事案、たとえば大判昭和六年山羊毛三万六〇〇〇ポンド売買事件は「瑕疵あることを知りつつ費消したからみずから満了したと認められる」とされ、もはや債務不履行による損害賠償はできず、瑕疵担保上の請求権も一年の除斥期間にかかっていて消滅しているとされたが、もし買主の主張どおり、見本と異なる品質のものが給付され、瑕疵あるといえるなら、一年の除斥期間は妥当でないと思う。なぜならば売主の代金請求に対して買主は損害賠償請求権と相殺すると抗弁したものである。

四 結 び

(一)判例の理論は事案によって若干の相違はあるが大体つぎのようにまとめることができる。①不特定物売買において瑕疵ある不完全な給付がなされた場合には、買主は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全給付請求権を有する。②瑕疵のある不完全な給付を受領したままで、右不完全給付に債務者の責に帰すべき事由があるときは、買主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をも有する。③買主が単に受領しただけではなく、「履行として認容して受領」し「瑕疵担保責任を問う」場合には瑕疵担保規定たる五七〇条が適用される。この場合、売主の帰責事由を問わず瑕疵のため目的を達することができなければ契約を解除することができ、その他の場合には損害賠償の請求をすることができる。

通説はこれに対して、判例理論③を認めず、もっぱら債務不履行の一場合としての不完全履行の理論で処理しようとするもので、判例理論②がこれと同じ考え方である。すなわち「不完全履行の理論によって、買主は、瑕疵担保責任を問うのとほとんど同一の保護を受け得る。ただし、買主は、売主の善意・悪意を問わず完全なものの給付を請求することができるからである。もっとも、解除をし損害賠償を請求するためには、売主の責に帰すべき事由の存することを必要とするが、不特定物の売買で給付されたものに瑕疵がある場合に、売主の責に帰すべき事由がないということとは、ほとんどあり得ない。」(我妻・債権各論中一三〇頁)

近時の三宅教授は以上に対してつぎのように批判する(三宅正男「債務不履行責任と瑕疵担保責任との関係」ジュリスト増刊民法の争点Ⅱ一〇頁)。「種類売買の不完全履行に関する救済は、契約に適合する物の引渡しがないとい

う不履行の側面での、追履行プラス遅延賠償または解除プラス差額賠償と、不履行の側面を除いた不完全な物の引渡しの側面での、解除または代金減額に分解するのであって、不完全履行理論のいうような、単一の、不完全履行による解除や損害賠償はあり得ない。」この三宅理論によれば、判例理論③は不完全履行理論による単一の解決を採らなかった点において「方向としては正当である。」とされるが、本来債務不履行であるものが性急に瑕疵担保と同視される点是非難される。そして三宅説の立場によれば、判例のいう「履行として認容」というのは完全履行請求を放棄すること、「いわゆる瑕疵担保責任を問う」とは、不完全履行自体に基づく解除ないし代金減額を求めることを意味する（ただしこれは売主も完全履行と引換えになす全代金の請求を放棄することを前提とする）。この説によると判例理論③とどこがちがうかといえ、受領した目的物の瑕疵は買主が知らなければ足り、隠れた瑕疵でなくともよいこと、またおそらく一年の除斥期間の適用もないこと、さらに目的を達成することができない場合に限り解除が認められる点は判例と同じだが、その他の場合には代金減額（値引）のみを認め損害賠償を認めないことなどである。損害賠償を認めない理由は、買主の第一の選択、すなわち、契約に適合した物を給付しなかったという点を把えて遅延賠償または不履行解除による差額賠償を求める場合は売主の損害賠償責任を生ずるが、買主の第二の選択は、すなわち瑕疵ある受領物で満足し、不履行責任の追及を放棄し、債務不履行から切り離された物の引渡しに基づき、「当初の契約の廃止・変更を求める」場合であるから損害賠償責任は生じない（代金減額は一部解除であって損害賠償ではないと解される）、というところにある。それゆえ判例理論は「不完全履行の瑕疵担保への現実的接近」と評され、通説は「単一の、不完全履行による解除や損害賠償を認める理論」と評される訳である。

(二) 私見によれば、「瑕疵の存在を認識した上で」「履行として認容して受領」した買主がなお瑕疵を理由に契約を

解除することがあるかについて疑問を有する。もちろん代金減額は認められるであろう。しかし瑕疵があることを知った上でこれによしとして受領したならば不履行を理由とするものであれ、不完全履行自体を理由とするものであれもはや瑕疵を理由に解除をなしえないと解すべきではなからうか。もちろん受領しただけで瑕疵担保の問題となるとする大判大正一四年タービンポンプ事件や大判昭和二年四月一五日缶詰用ブリキ板売買事件が非難されるべきは当然である。これに対して履行として認容して受領したと認められるケース、たとえば受領した目的物の半分以上を転送処分していたのに売主の代金請求を拒否し代物を請求して同時履行を抗弁した大判昭和六年二月一〇日粗竹三間物売買事件が「瑕疵担保の責任を問うのは格別」としているが、それが解除を認める趣旨ならば問題で、すでに処分している以上代金減額しか認められないであろう。同じく大判昭和六年五月一三日山羊毛三万六〇〇〇ポンド売買事件でも買主が目的物を受領し「瑕疵アルコトヲ知リツツ費消シ尽シタ」場合も解除は認められない。ただしこの判例は買主が解除を求めたのではなく、債務不履行に基づく損害賠償請求権をもって代金請求に対して相殺をもって抗弁した、すなわち、代金減額を請求した事案であるから、これに一年の除斥期間を適用して買主の抗弁を排斥したことは妥当でなかったというべきである。果して最判昭和五〇年二月二五日穀用かます売買事件では「減価採用で清算させていただく」旨の買主の主張を右の相殺と解して除斥期間経過後であるにもかかわらず有効とみとめている。他方この最判の結論は正当であるが、代金減額ではなく損害賠償請求権との相殺という構成は、買主が減価の上採用したいと申出ているのに追完履行をせずに代金全額を請求した売主の態度を考慮するならば、当事者は給付されたかますを履行として認容したものではや不履行を理由とする損害賠償請求は問題とならないという意味において不当なものといわれるべきであらう。

以上、私見は、瑕疵あることを認識し、なお目的物を履行として認容して受領した買主はもはや完全履行請求権を放棄し、当該受領物で満足して、あとは瑕疵の程度に応じた代金減額で結着つけようとするものと解し、売主が完全履行の追完履行を申出ないかぎり、不完全履行自体を理由とするものであれ、解除は不可能であると解したい。その根拠は、結局、当事者の、解除を排した代金減額による結着に向けられた意思にあると考えることにならうか。

- (1) 我妻栄・債権各論中巻一（民法講義V）三〇五頁。以下同様に略記する。
- (2) 末川博・債権各論八一頁。以下同様に略記する。
- (3) 柚木馨・債権各論一四〇頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男・注釈民法(4)巻二二六頁。以下同様に略記する。
- (4) 梅謙次郎・民法要義債権編巻之三 四八六頁。以下同様に略記する。
- (5) 末弘敏太郎・債権各論四一七頁。以下同様に略記する。
- (6) 鳩山秀夫・増訂日本債権法各論（上巻）。以下同様に略記する。
- (7) 三宅正男・契約法（各論）上巻三七六頁。以下同様に略記する。