

商法教授方法に関する研究手帖 (14)

浅 木 慎 一

第1帖「商」の概念

- 第1章 商法の意義
- 第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1 号)
- 第3章 商人の概念
- 第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2 号)
- 第5章 株式の概念

第2帖「商」への参入

- 第1章 企業形態の選択
- 第2章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 巻 1 号)
- 第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2 号)
- 第4章 持分会社の設立
- 第5章 企業施設の整備
- 第6章 企業情報の公示

第3帖「商」の管理・運営

- 第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 巻 1~4 号)
- 第2章 株式会社による株式・株主の管理 (以上、名城法学 61 巻 1 号)
- 第3章 会社の機関 総説
- 第4章 株主総会および株主による会社運営の監視
(以上、名城法学 61 巻 2~4 号)
- 第5章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の業務執行およびその自浄化の体制
(以上、名城法学 62 巻 1 号)
- 第6章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の社内監査の体制
- 第7章 株式会社の計算数値の正確性を期する体制 (以上、名城法学 62 巻 2 号)
- 第8章 委員会設置会社の体制

研究ノート

第9章 株式会社の計算

第10章 持分会社・外国会社の管理・運営（以上、名城法学62巻3号）

第4帖「商」の取引・上の巻～商行為編

第1章 商行為法総論

1. 緒言

2. 商行為の営利性を支える諸規定

2 - 1. 報酬請求権

2 - 2. 利息請求権

2 - 2 - 1. 消費貸借の利息請求権

2 - 2 - 2. 立替金利息請求権

2 - 2 - 3. 商事法定利率

3. 商行為の代理と委任

3 - 1. 代理の方式

3 - 1 - 1. 商法504条の趣旨および適用範囲

3 - 1 - 2. 商法504条ただし書の解釈問題

3 - 2. 本人の死亡と代理権

3 - 3. 受任者の権限

4. 商事契約の成立に関する規定

4 - 1. 申込みの拘束力

4 - 2. 申込みの承諾適格

4 - 2 - 1. 民法規定の観察

4 - 2 - 2. 商法規定の観察

4 - 2 - 2 - 1. 対話者間における申込みの承諾適格

4 - 2 - 2 - 2. 隔地者間における申込みの承諾適格

4 - 3. 申込みに対する諾否通知義務

4 - 4. 送付物品保管義務

5. 商事債権の履行を確保する規定

5 - 1. 緒言

5 - 2. 多数債務者の連帯

5 - 3. 保証人の連帯

5 - 4. 流質契約の許容

5 - 5. 商人間の留置権

5 - 5 - 1. 緒言

- 5 - 5 - 2. 被担保債権
 - 5 - 5 - 3. 目的物
 - 5 - 5 - 4. 特約による留置権の排除
 - 5 - 5 - 5. 商事留置権の効力
 - 5 - 5 - 5 - 1. 一般的効力
 - 5 - 5 - 5 - 2. 債務者に対する破産手続開始の決定と商事留置権
 - 5 - 5 - 5 - 3. 代金取立手形を目的物とする商事留置権と債務者に対する民事再生手続開始の決定
 - 6. 商事債権の消滅に関する規定
 - 6 - 1. 債務履行の場所
 - 6 - 2. 債務履行の時間
 - 6 - 3. 商事債権の消滅時効
- 第2章 商事売買の規整
- 1. 緒言 商事売買総説
 - 2. 売主の供託権および自助売却権
 - 2 - 1. 序論
 - 2 - 2. 要件
 - 2 - 3. 売主の救済方法
 - 2 - 3 - 1. 供託権・自助売却権の発生
 - 2 - 3 - 2. 供託権
 - 2 - 3 - 3. 自助売却権
 - 3. 買主の検査・通知義務
 - 3 - 1. 序論
 - 3 - 2. 要件
 - 3 - 3. 義務の内容
 - 3 - 3 - 1. 検査
 - 3 - 3 - 2. 通知
 - 3 - 3 - 3. 検査と通知との関係
 - 3 - 4. 義務違反の効果
 - 3 - 5. 6ヵ月経過後の瑕疵の発見
 - 4. 買主の保管・供託・競売義務
 - 4 - 1. 序論
 - 4 - 2. 要件

研究ノート

- 4 - 3 . 義務の内容
- 4 - 4 . 義務違反の効果
- 5 . 確定期売買
 - 5 - 1 . 序論
 - 5 - 2 . 要件
 - 5 - 3 . 確定期売買の当然解除

第3章 交互計算という決済制度

- 1 . 総説
- 2 . 交互計算の意義
 - 2 - 1 . 定義
 - 2 - 2 . 契約当事者
 - 2 - 3 . 契約の客体
 - 2 - 4 . 決済方法
 - 2 - 5 . 性質
- 3 . 交互計算の効力
 - 3 - 1 . 消極的効力
 - 3 - 2 . 積極的効力
- 4 . 交互計算の終了
- 5 . 補論 相殺の担保的機能の限界に関する商行為法的視座（差押えと相殺との優劣に関して）

第4章 物の流れ・人の流れ

- 1 . 緒言
- 2 . 物の流れ・人の流れを規整する商法典の条文配置
- 3 . 運送営業
 - 3 - 1 . 運送の意義と種類
 - 3 - 2 . 運送人の意義
 - 3 - 3 . 運送契約
 - 3 - 3 - 1 . 契約の性質
 - 3 - 3 - 2 . 契約の当事者
 - 3 - 4 . 物品運送
 - 3 - 4 - 1 . 荷受人と運送人との関係
 - 3 - 4 - 1 - 1 . 運送人の権利
 - 3 - 4 - 1 - 2 . 運送人の義務

- 3 - 4 - 2. 荷受人と運送人との関係
- 3 - 4 - 3. 相次運送
 - 3 - 4 - 3 - 1. 広義の相次運送
 - 3 - 4 - 3 - 2. 狭義の相次運送
- 3 - 5. 旅客運送
 - 3 - 5 - 1. 旅客運送契約
 - 3 - 5 - 2. 乗車券の性質
 - 3 - 5 - 3. 旅客運送人の責任
 - 3 - 5 - 3 - 1. 旅客の損害に対する責任
 - 3 - 5 - 3 - 2. 託送手荷物に関する責任
 - 3 - 5 - 3 - 3. 携束手荷物に関する責任
- 4. 運送取扱営業
 - 4 - 1. 運送取扱営業の意義
 - 4 - 2. 運送取扱人の意義
 - 4 - 3. 運送取扱契約の性質
 - 4 - 4. 運送取扱人の権利義務
 - 4 - 4 - 1. 運送取扱人の義務
 - 4 - 4 - 1 - 1. 義務の内容
 - 4 - 4 - 1 - 2. 損害賠償責任
 - 4 - 4 - 2. 運送取扱人の権利
 - 4 - 4 - 2 - 1. 報酬請求権
 - 4 - 4 - 2 - 2. 費用償還請求権
 - 4 - 4 - 2 - 3. 留置権
 - 4 - 4 - 2 - 4. 介入権
 - 4 - 4 - 2 - 5. 受取人に対する権利
 - 4 - 4 - 2 - 6. 短期消滅時効
 - 4 - 5. 相次運送取扱い
 - 4 - 5 - 1. 相次運送取扱いの意義
 - 4 - 5 - 1 - 1. 下請（下受）運送取扱い
 - 4 - 5 - 1 - 2. 中間運送取扱い（中継運送取扱い）
 - 4 - 5 - 2. 相次運送取扱いに関する特則
- 5. 倉庫営業
 - 5 - 1. 緒言

研究ノート

5 - 2 . 倉庫営業者の意義

5 - 3 . 倉庫寄託契約

5 - 3 - 1 . 契約の性質

5 - 3 - 2 . 契約の効力

5 - 3 - 2 - 1 . 倉庫営業者の権利

5 - 3 - 2 - 2 . 倉庫営業者の義務

第5章 場屋営業者の責任

1 . 緒言

2 . 一般商人の受寄者としての責任

3 . 場屋営業者の責任

3 - 1 . 寄託を受けた物品に関する責任

3 - 2 . 寄託を受けない物品に関する責任

3 - 3 . 高価品に対する特則

3 - 4 . 責任の消滅時効

第4帖 「商」の取引・上の巻～商行為編

第1章 商行為法総論

1. 緒言

実質的意義における商法（第1帖第1章2）、わけでもその行為法が、一般法たる民法の規定に対し、どのような特質を有するかについては、すでに述べた（第1帖第1章5-2）。

改めて言及するまでもなく、会社を含む商人の取引活動は、営利を目的として集団的かつ反覆継続して計画的に行われるものである。商行為法は、企業取引の円滑かつ確実な遂行に資することを主たる目的とし、営利主義を基本に、自由主義、合理主義、技術性および進歩性を規整理念とする¹。

現行商法典において、商行為法の総則規定は、同501条ないし同523条まで（実質的には、同522条まで）設けられている。このうち、同501条ないし同503条については、商人概念と相俟って、商法の適用範囲を画する条文として、すでに考究を終えている（第1帖第3章2-1、2-2、4）。それゆえ、以下では、これらの規定を除く諸規定について、概観することとしたい。ただし、有価証券関連規定は必要な範囲で述べるにとどめ、その考究は、本帖・下の巻に譲ることとする。

2. 商行為の営利性を支える諸規定

2-1. 報酬請求権

会社を含む商人（以下、企業と記す）の経済目的は営利の追及にあり、企業の活動である商行為は当然に営利性を有する²。換言すれば、企業の

1 森本滋編『商行為法講義（第3版）』（成文堂・2009年）5頁 [森本滋]。

2 田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社・2006年）164頁。

行為は、通常は、営利の目的のためになされたものと考えられる³。

企業活動においては、民法上の典型契約が大いに活用される。わけでも、委任・準委任・寄託・事務管理などが、相手方のためにする行為として大量になされる。しかし、民法は、権利主体が他人のためにある行為をしても、これが無償であることを原則としている。民法 648 条 1 項は、「受任者は、特約がなければ、委任者に対して報酬を請求することができない。」と規定し、この規定は、準委任・寄託・事務管理にそれぞれ準用されている（民 656、665、701）。民法が、委任を原則無償としたのは、これが雇用や請負とは異なり、特別の尊敬ないし信頼関係という精神的要素の強い関係であって、受任者は労務の対価として報酬を得るのを不名誉に思い、せいぜい謝礼として慰労されるべきものとされたがためであろう⁴。しかし、企業が、かかる好意的労務に甘んじることは、まさに「武家の商法」と評されるものであろう。そこで商法 512 条は、「商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる。」として、民法に対する特則を設けたのである。これにより、企業は、その営業の範囲内において他人のためにある行為をしたときは、費用等の償還請求（これは、民法 650 条により当然に認められる）の他、特約がなくても、相当の報酬を請求することができる。

本条にいう「他人」は、これが商人である必要もなく、また行為の相手方が商人である必要もない⁵。本条にいう「その営業の範囲内」とは、企業の目的とする当該営業・事業上の行為のみならず、その営業・事業のため、すなわちその営業・事業の利益または便宜を図るためにする一切の行為を包含し、加えて企業のある行為がその営業・事業のためにするものであるか否かは、反証のない限り、その営業・事業のためにするものと推

3 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）91頁。

4 幾代通：広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣・1989年）248頁〔明石三郎〕参照。

5 平出・注（3）前掲91頁。

定される⁶ (大判大正 10 年 (1921 年) 1 月 29 日民録 27 輯 154 頁)。本条にいう「行為」は、事実行為たと法律行為たとを問わない。それゆえ、他人のために手形を振り出すような法律行為 (他人に金融の便宜を与えるための融通手形の振出行為であっても差し支えない) はもちろん、商品の保管や運送のような事実行為をも含む⁷。

「他人のために」とは、他人の利益のために、との謂であり、自己の利益のためと同時に他人の利益のために行う場合には報酬請求権が認められるが、自己の利益のためにのみ行う場合には認められない⁸。したがって、債権者が債務者のために担保物を処分する場合のように、自己のためであると同時に他人のためであるときもなお他人のためと解される⁹。その行為が、結果的に本人の利益とならなかった場合であっても、相当の報酬を請求できる¹⁰。

商法 512 条は、他人の明示または黙示の委託がある場合には、委託契約に報酬についての定めがなくとも、商人の側が委託者に対して相当の報酬を請求できる旨を規定したものと狭く解すべきではない¹¹。その行為は、債権契約 (商事債権) の履行としてなされる場合が通常であろうが、事務管理としてなされる場合であっても差し支えない¹² (大判昭和 8 年 (1933 年) 9 月 29 日民集 12 巻 2379 頁)。ただし、西原寛一は、委託がない場合には、事務管理一般を含め、相手方がその行為を法律上承認しなければならないことは必要であると説いている¹³。他方、平出慶道は、委託がない場合には、他人のためになす意思をもって行うことを要し、しかも客観的

6 田邊・注 (2) 前掲 164 頁。

7 同前参照。

8 平出・注 (3) 前掲 91 頁。

9 同前 92 頁参照、田邊・注 (2) 前掲 165 頁。

10 近藤光男『商法総則・商行為法 (第 5 版補訂版)』(有斐閣・2008 年) 140 頁。

11 平出・注 (3) 前掲 92 頁。

12 服部栄三『商法総則・商行為法講義』(文真堂・1978 年) 170 頁。

13 西原寛一『商行為法 (第 3 版増補)』(有斐閣・1973 年) 117 頁。商法 524 条、527 条および 528 条を例示している。

に観て他人のためになす意思をもって行ったものと認められることを要件とすべきであると説いている¹⁴。今日、平出と同様の主張をしていると思われるのが近藤光男である。すなわち、義務なく他人のために事務管理を行う場合に報酬請求権が発生するかどうかにつき、他人のために事務管理を始めたか否かということが決め手になるのであれば、相手方に不測の損害が生じる事態も考えられるので、相手方のために行うことが客観的に認められることを要件とすべきであると説かれている¹⁵。

平出・近藤のように考えると、たとえば売買の一方の当事者から売買の仲介行為の委託を受けたような場合に、単に委託者のためになす仲介行為の反射的利益が委託をしない他方の当事者に及ぶにとどまるときは、委託をしない当事者に対する報酬請求権は認められないことになる。なお、宅地建物取引業者たるXが、兵庫県からYの土地の買収を委託され、Yの代理人たるA（Yの父）と折衝を重ね、Aを説得して買収に応じさせた場合に、Xは民事仲立人ではあるが、商法502条11号所定の「仲立ちに関する行為」を営業とする者であるから、同4条1項の定めるところによる商人であると認定したうえで、「しかしながら、Xは、……Yの委託により、または同人のためにする意思をもって、本件売買の媒介をしたものではないのであるから、Yに対し同法512条の規定により右媒介行為につき報酬請求権を取得できるものではない」とした判例がある（最判昭和44年（1969年）6月26日民集23巻7号1264頁）。さらに、最高裁昭和50年（1975年）12月26日判決民集29巻11号1890頁は、より明確に「おもうに、宅地建物取引業者は、商法上の商人であるから、その営業の範囲内において他人のためにある行為をしたときは、同法512条の規定によりこの他人に対し相当の報酬を請求しうるが、宅地建物取引業者が売主又は買主の一方から、不動産の売却又は買受けの仲介の委託を受けたにすぎない場合においては、たとえその仲介行為によって売主又は買主とその相手方と

14 平出・注(3)前掲92頁。

15 近藤・注(10)前掲140-141頁参照。

の間に売買契約が成立しても、宅地建物取引業者が委託を受けない相手方当事者に対し同法 512 条に基づく報酬請求権を取得するためには、客観的にみて、当該業者が相手方当事者のためにする意思をもって仲介行為をしたものと認められることを要し、単に委託者のためにする意思をもってした仲介行為によって契約が成立し、その仲介行為の反射的利益が相手方にも及ぶというだけでは足りないものと解するのが相当である」と判示している。

行為の対価が、すでに売買代金・運賃・手数料などの中に含まれている場合には、別途、報酬を請求することはできず¹⁶、または、見積書の作成のように、慣行上もしくは社会通念上無償でなされることが普通の行為の場合には、その行為のみについては報酬請求権は認められない¹⁷。

商法 512 条は、他に特別規定があるときは、その適用を排除される。たとえば、他人間の商行為の仲介をする商事仲立人には、他人間の商行為が成立しない限り報酬請求権が発生せず（商 550）、商行為が成立しなかった場合に、同 512 条に基づく報酬請求はできない。また、商人たる運送人が他人のために運送をしたときでも、運送品の全部または一部が不可抗力により滅失したときは運送賃を請求できず（商 576 ）、この場合も同 512 条の適用は排除される¹⁸。

2 - 2. 利息請求権

2 - 2 - 1. 消費貸借の利息請求権

民法においては、特約のない限り、消費貸借は利息を生じない（民 587）。これに対し、商法 513 条 1 項は、商人間において金銭の消費貸借をしたときは、貸主は、法定利息を請求することができるものとしている。明治 32 年（1899 年）商法 275 条 1 項そのままの内容の規定である。

16 田邊・注 (2) 前掲 166 頁、西原・注 (13) 前掲 117 頁。

17 平出・注 (3) 前掲 93 頁。

18 以上、田邊・注 (2) 前掲 166 頁。

立法理由書によれば、「民法ノ規定ニ依レハ金錢ノ消費貸借ニ付キ利息ヲ授受スルハ特約アルトキニ限ル若シ特約ナキトキハ借主ハ利息ヲ支払フヲ要セスト雖モ商人間ニ於テ為シタル金錢ノ消費貸借ニ付テハ多数ノ場合ニ於ケル当事者ノ意思解釈上ヨリスルモ又便宜上ヨリスルモ之ト反対ノ主義ヲ採ルコト極メテ必要ナリ¹⁹⁾」とあるが、この説明で十分であろう。小町谷操三もまた、「商人は金錢を切実に必要とするが故に、商人相互が金錢の貸借をなすに当り、報酬を予想しないやうなことは、異常の事例に属するからである²⁰⁾」と説いている。

この規定については、古くから、「営業の範囲内」の金錢消費貸借に限定すべきであるとの立法上の批判が加えられてきた²¹⁾。文理上、この規定の表現を商法 512 条に歩調を合わせるべきであるとの主張である。これにつき、小町谷は、商人は、営業外において借りた金錢も、必要があれば直ちに営業に流用しうるとともに、当事者は特約によって任意に条件を定めうるのであるから、あえてそのようにする必要はないと論じている²²⁾。現行条文の文言のままでも、会社が借入れをなす際には、とくに問題はない。会社を除く商人も、西原寛一が説くように、企業人格者であり、その活動には営業に関するものが多く、その活動には、企業人格の発現とする推定規定があるから（商 503 ）。「営業の範囲内」という字句がなくても、差し支えない²³⁾。

次いで、商法 513 条 1 項が、商人が非商人から金錢を借り入れた場合を除外しているのは、狭きに失すとの批判がある²⁴⁾。この批判には、賛同

19 東京博文館蔵版『商法修正案理由書』（1898 年）241 頁。

20 小町谷操三：田中耕太郎『商法（商行為法・取引所法）』（日本評論社・1938 年）49 頁（合本のうち、小町谷『商行為法（1）』のページを表示。以下、小町谷として、引用）

21 古くは、岡野敬次郎『商行為及保険法』（有斐閣・1928 年）24 頁。第 2 次大戦後にあっても、大隅健一郎『商行為法』（青林書院・1960 年）46 頁など。

22 小町谷・注（20）前掲 49 頁脚注（1）。

23 西原・注（13）前掲 119 頁脚注（1）参照。

24 西原・同前、小町谷・注（20）前掲 49 頁脚注（1）。

する見解が多い。平出慶道も、商法 512 条の報酬請求権は商人が非商人のためにある行為をなしたときにも認められており、また、商人が営業の範囲内において非商人に金銭の立替えをすれば、商法 513 条 2 項により法定利息を請求しうるのに反し、貸付けをすれば法定利息を請求しえないことになるから、この規定は、明らかに商法 512 条および同 513 条 2 項との権衡を失っていると述べている²⁵。

2 - 2 - 2. 立替金利息請求権

商法 513 条 2 項によれば、商人がその営業の範囲内において他人のために金銭の立替えをしたときは、その立替日以降の法定利息を請求することができる。「金銭の立替え」とは、金銭の消費貸借以外で、広く他人のために金銭の出捐をなすことであって、委任・寄託・請負・雇用等の契約関係に基づいてなされる場合に限らず、事務管理その他相手方が法律上その立替えを承認しなければならない行為に基づいてなされる場合も含まれる²⁶ (大判昭和 4 年 (1929 年) 12 月 4 日民集 8 卷 895 頁)。

立替えが、委任または寄託に基づく場合には、民法 650 条 1 項による受任者の費用償還請求権、同 665 条による受寄者の費用償還請求権によればよいから、商法 513 条 2 項の規定は必ずしも必要ないが、事務管理その他の場合に実益がある²⁷。

立法の趣旨は、商法 512 条と同様である。ただし、512 条は報酬に関するものであり、本条本項は利息に関するものであるから、両者は、相反発する規定ではない²⁸。したがって、商人がその営業の範囲内においてある行為を行い、かつ立替えをしたときは、立替えについての法定利息とともに、その行為の報酬を請求しても差し支えない²⁹。

25 平出・注 (3) 前掲 98 頁参照。

26 同前 95 頁、西原・注 (13) 前掲 118 頁。

27 西原・同前。

28 小町谷・注 (20) 前掲 50 頁。

29 田邊・注 (2) 前掲 167 頁、西原・注 (13) 前掲 119 頁。

2 - 2 - 3. 商事法定利率

民法における法定利率は、同 404 条により年 5 分であるが、商法 514 条は、商行為によって生じた債務については、法定利率を年 6 分としている。企業取引においては資金の需要が多く、投下資本による高収益の可能性を実現する趣旨である³⁰。民法の年 5 分に対し、年 6 分としたことにつき、立法理由書では「之ヲ定ムルニ当リテ民法上ノ法定利率ト如何ナル比例ヲ保ツヘキヤハ頗ル問題ナレトモ本案ハ多数ノ立法例ニ倣ヒ年一分ヲ高ムルヲ以テ適当ト認め法典調査会ノ諮問ニ対スル各地商業会議所ノ答申モ亦之ニ符合セリ³¹」と説明されている。

本条の適用範囲について、通説・判例は、本条が単に「商行為によって生じた債務」とのみ規定し、その主体に限定を課していないことから、当事者の双方または一方が商人であることを要せず、双方向的商行為に限らず一方的商行為をも含み、債務者または債権者のいずれか一方にとって絶対的商行為にすぎない場合にも、これによって生じた債務には本条が適用されると解している³²（大判明治 44 年（1911 年）3 月 24 日民録 17 輯 159 頁、最判昭和 30 年（1955 年）9 月 8 日民集 9 卷 1222 頁）。

商法 514 条は商行為によって生じた「債務」と表現しているが、これを根拠に債務者にとって商行為である行為によって生じた債務に限って同条が適用されるとはいえない。債権・債務の関係は表裏一体をなしているものであって、同条の法文中の文言は、同一の法律関係について債務者の側から表現したものにすぎないと観られるからである³³。確かに、債務者が商人であるときに限って同条を適用すると解釈すれば、商人が非商人たる消費者と取引をする場合に消費者保護の理念が実現するかも知れないが、

30 西原・同前 120 頁。

31 東京博文館蔵版・注（19）前掲 242 頁。

32 石井照久『商法（改訂版）』（勤草書房・1959 年）19 頁、大森忠夫『商法総則・商行為法（改訂版）』（三和書房・1975 年）171 頁、平出・注（3）前掲 99 頁、近藤・注（10）前掲 142 頁、西原・注（13）前掲 120 頁。

33 青竹正一『改正商法総則・商行為法（第 3 版）』（成文堂・2012 年）115 頁。

他方、企業の維持も商法の理念であり、企業における資金の重要性を考えると、企業と取引する消費者も、これを無視することはできず、消費者の側も商事法定利率によることが有利な場合もあるのだから、通説・判例の立場はやむをえないものといえよう³⁴。

なお、本条にいう「商行為によって生じた債務」には、商行為によって生じた債務の不履行による損害賠償債務、または商行為によって生じた債務の不履行による契約解除の場

合の原状回復義務のごとき、商行為によって生じた債務が変型したもので、これと実質的に同一性を有すると認められるものを含む³⁵。

判例は、会社と従業員との間の労働契約も附屬的商行為として、従業員の退職金債権その他雇用契約上の債権にも商事法定利率の適用を認める(最判昭和 29 年 (1954 年) 9 月 10 日民集 8 巻 1581 頁、最判昭和 30 年 (1955 年) 9 月 29 日民集 9 巻 1484 頁)。これが解釈論としては正当であるが、必ずしも適切でない場合を生じているとの石井照久の指摘がある³⁶。

すでに述べたように (第 2 帖第 3 章 4 - 4 - 4 - 2)、判例は、株式払込金保管証明書を発行した払込取扱金融機関の保管証明責任に基づく債務を、払込金返還債務と同様に、商行為によって生じた債務であるとしている(最判昭和 39 年 (1964 年) 5 月 26 日民集 18 巻 4 号 635 頁)。平出慶道は、この責任は商行為によって生じた債務ないしその変型物ではないから本条の適用はなく、法定利率は年 5 分と解すべきであると主張している³⁷。

判例が商行為によって生じた債務に当たらないと判示したのものとして、以下のようなものがある。自動車損害賠償保障法 (昭和 30 年 (1955 年) 法律第 97 号) 16 条 1 項に基づく被害者の保険会社に対する直接請求権は、被害者の保険会社に対する損害賠償請求権であって、自動車保有者の保険

34 同前 117 頁、西原・注 (13) 前掲 120 - 121 頁脚注 (2) 参照。

35 西原・同前 120 頁、平出・注 (3) 前掲 100 頁、石井・注 (32) 前掲 19 頁、大森・注 (32) 前掲 171 頁。

36 石井・同前。

37 平出・注 (3) 前掲 101 頁。

金請求権の変型物ないしはそれに準ずる権利とはいえず、保険会社の被害者に対する損害賠償債務は、商法 514 条所定の商行為によって生じた債務に当たらない（最判昭和 57 年（1982 年）1 月 19 日民集 36 巻 1 号 1 頁）。平成 17 年（2005 年）改正前商法 266 条ノ 3 第 1 項（現在の会 429 ）に基づく取締役の損害賠償債務は、商行為によって生じた債務とはいえず、その損害賠償金の利率も民法所定の年 5 分となる（最判平成元年（1989 年）9 月 21 日判時 1334 号 223 頁）。

なお、商行為たる貸付けに係る債務の弁済金のうち、利息制限法（昭和 29 年（1954 年）法律第 100 号）1 条 1 項所定の制限額を超えて利息として支払われた部分を元本に充当すると過払金が発生するときに、これを不当利得として返還する場合に、悪意の受益者たる貸金業者が付すべき民法 704 条前段所定の利息の利率について、判例は、商法 514 条の適用を否定し、民法所定の年 5 分としている（最判平成 19 年（2007 年）2 月 23 日民集 61 巻 1 号 182 頁）。これは、この場合の不当利得返還請求権が、高利を制限して借主を保護する目的で設けられた利息制限法の規定によって発生する債権であって、営利性を考慮すべき債権ではないので、商行為によって生じたものまたはこれに準ずるものと解することができないためである³⁸。

3. 商行為の代理と委任

3 - 1. 代理の方式

3 - 1 - 1. 商法 504 条の趣旨および適用範囲

民法は、代理の方式についていわゆる顕名主義を採り、代理人の意思表示が本人に対して直接にその効力を生ずるためには、代理人が与えられた代理権の範囲内において、代理意思（本人のためにする意思）を相手方に示して意思表示をしなければならない旨を規定している（民 99 ）。代理

38 近藤・注（10）前掲 143 頁。

人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、相手方が本人のためにすることを知りまたは知ることができたときに限り、本人に対して効力を生ずる（民 100 ただし書）。

これに対し、商法 504 条本文は、商行為の代理人が本人（営業主）のためにすることを示さないで代理意思を有して意思表示をした場合であっても、その行為は、本人に対してその効力を生じるものとした。いわゆる「非顕名主義」と称される法政策である。ただ、相手方が本人のためにすることを知らなかったときは（相手方が代理行為であることを知らなかったときは）、相手方が不測の損害を受けるであろうことを考慮して、相手方は、代理人に対して履行の請求をすることを妨げないものとされている（商 504 ただし書）。この規定が有権代理を前提とする代理の方式に関する規定であることは、いうまでもない。

立法理由書には、以下のごとく記されている。すなわち「若シ商行為ノ代理ニモ〔民法の〕規定ヲ適用スルトキハ極メテ不便ナルヲ免カレス故ニ本案ハ…特ニ新民法ト反対ノ主義ヲ採リ商行為ノ代理人力^{たとい}本人ノ為メニスルコトヲ示ササルトキト雖モ其行為ハ当然本人ニ対シテ其効力ヲ生スヘク相手方ノ知不知ヲ問ハサルコトヲ規定シタリ其他本条但書ノ規定ハ……其本人ノ為メニスルモノナルコトヲ知ラサリシ相手方ヲシテ必ス本人ニ対シテノミ請求ヲ為スヘキモノトセハ之カ為メ非常ノ損失ヲ受ケ結局商行為ノ実行ヲ障害スヘキヲ以テ……本人ノ為メニスルモノナルコトヲ知ラサリシ相手方ハ代理人ニ対シテモ亦履行ノ請求ヲ為スコトヲ得ルモノト為シタリ然レトモ相手方ニシテ其本人ノ為メニスルモノナルコトヲ知りタル場合ニ於テハ此ノ如キ権利ヲ与フルノ必要ナキコト勿論ナリトス³⁹」。

かつての体系書では、民法の顕名主義では、何故に「極メテ不便」であるのか、以下のように説明されてきた。大森忠夫の次の記述が最も標準的なものである。すなわち、「簡易迅速主義を重んずる商取引においては、

39 東京博文館蔵版・注 (19) 前掲 232 頁。

代理行為に際して一々本人のためにすることを示すのは煩雑でもあり、また一々これを示さなくとも實際上相手方はその事情を知っていることが多い。しかも商取引においては取引の内容に重点が置かれてその当事者が誰であるかは必ずしも重要視されないことが多い。このような理由から、商行為の代理については、代理人が代理権を有する限り、行為に際して本人のためにするものであるということを示さなくとも、従って相手方がそれを知らなくても、その行為は代理行為として本人に対してその効力を生ずるものとしたのである⁴⁰。」判例は、同条の趣旨につき以下のような説明をしている。大法廷判決たる最高裁昭和 43 年（1968 年）4 月 24 日判決民集 22 巻 4 号 1043 頁は、同条につき、「営業主が商業使用人を使用して大量的、継続的取引をするのを通常とする商取引において、いちいち、本人の名を示すことは煩雑であり、取引の敏活を害する虞れがある一方、相手方においても、その取引が営業主のためになされたものであることを知っている場合が多い等の事由により、簡易、迅速を期する便宜のために、とくに商行為の代理について認められた例外であると解される」と述べている。

上の最高裁の説明は、大森忠夫の説明からさらに踏み込み、企業取引すなわち営業と直結した代理人（商業使用人）の場合以外に、広く商行為の代理につき、このような取扱いを認める必要はないとする考え方⁴¹により親和的である。わが商法が、絶対的商行為概念を認める以上、商法 504 条は絶対的商行為の代理にも適用があると解さざるをえないとの見解があるが⁴²、同条の趣旨からすれば、解釈論としても、商法 504 条は、本人の営業と無関係になされる絶対的商行為の代理を含まないと解すべきであろう⁴³。商法 504 条は、本人にとって商行為となる行為を代理する場合の規定であり、相手方のみにとって商行為となる行為に適用がない⁴⁴。この点

40 大森・注 (32) 前掲 164 - 165 頁。

41 石井・注 (32) 前掲 15 頁。

42 平出・注 (3) 前掲 103 頁。

43 青竹・注 (33) 前掲 97 頁参照。

44 平出・注 (3) 前掲 103 頁、西原・注 (13) 前掲 124 頁脚注 (3) (4)、小町谷・注 (29) 前掲 39 頁。

には異論をみない。そうであるとすれば、「本人にとって商行為となる行為を代理する」という点から、さらに踏み込んで、「本人の営業を前提とする商行為を代理する」と解し、同条の適用範囲を、営業と直結した代理行為に限るべきであると考ええる。大森忠夫は、商法 504 条が、代理行為が「営業として」または「営業のために」行われる場合の必要に応ずるのを主眼とする特則であることは、その内容を観察すれば、自ら明らかであると明言している⁴⁵。こう明言しながら、わが商法が絶対的商行為概念を認めているという一事のみをもって、上のような解釈に踏み切ることが躊躇しているにすぎない。商法 504 条に、本人の営業とは無関係の、絶対的商行為の代理を含まないと解することが、果たして、解釈論の域を大きく逸脱することになるのであろうか。解釈によって、同条の適用範囲に、この程度の制限を加えることは許されてもよいのではなかろうか。

なお、手形行為・小切手行為については、その書面行為たる性質上、商法 504 条は適用されず、その代理には代理人が必ず本人のためにすることを示して署名または記名捺印（記名押印）することを要する⁴⁶。

3 - 1 - 2. 商法 504 条ただし書の解釈問題

商行為の代理人 B が、本人 A のために C と契約を締結した場合、B に代理意思さえあれば、C において、B が A のためにすることを知らなくても、商法 504 条本文により、A C 間に法律効果を生じる（A C 間で契約が成立する）。C において、A B 間の代理関係を知らなければ、たとえ過失があろうとも⁴⁷、商法 504 条ただし書により、C は B に対しても履行の請求をなしうる。このとき、B の履行責任は、A の債務と不真正連帯債務の関係に立つ⁴⁸。上の解釈は、代理人については履行責任のみをいっている商法

45 大森・注 (32) 前掲 164 頁。

46 同前 165 頁、平出・注 (3) 前掲 103 頁参照、小町谷・注 (20) 前掲 39 頁参照、青竹・注 (33) 前掲 97 頁参照。

47 古い時代の通説として、言及されている（石井・注 (32) 前掲 14 頁）。

48 同前。

504 条の条文に忠実な解釈ではある⁴⁹。しかし、C が B を本人であると誤解して B に代金を弁済したときには、これを抗弁として A に対抗できないことになるから、この解釈を採ると、C は十分に保護されない⁵⁰。同様に、C が A から請求を受けた場合に、C が B との間で有する抗弁（更改、免除、相殺、支払猶予など）を援用することができないから、B を本人と信じた C は不測の損害を被ることになる⁵¹。

そこで、商法 504 条ただし書の規定は、C が A または B に対して請求をなしうるのみであって、A から C に請求をなしうることを定めたものではないとする主張がある。いわば一方通行の請求権を定めたにすぎないと解するわけである。古く小町谷操三によって首唱された。A は、本来代理権を与えた者であるから、こう解しても何ら不測の損害を被らないからであると述べている⁵²。しかし、この説は、商法 504 条本文の「本人に対してその効力を生ずる」の規定から無理があると批判される⁵³。C だけの過保護になるのも妥当でない⁵⁴。

次いで、商法 504 条本文の規定は、商行為の代理は、とくに本人のためにすることを明示しなくても、事実上そのことを見得れば足るとする当然の規定であって、民法 100 条ただし書と同趣旨のものにすぎず、実質において差異はないけれども、立証責任の問題に影響を生じるとする説がある。西原寛一の主張に係るものである。これによれば、非顕名主義を採る商法の下では、代理の効果を否認する C において、B が A のために行為したことを過失なくして知らなかった旨を立証しなければならないと説かれる⁵⁵。つまり、C において、過失なく、B が A のためにすることを知らなかったときは、A C 間に法律効果を生じることなく、B C 間にのみ法律効果を生

49 田邊・注 (2) 前掲 171 頁、近藤・注 (10) 前掲 138 頁。

50 近藤・同前。

51 田邊・注 (2) 前掲 171 頁。

52 小町谷・注 (20) 前掲 40 頁本文、脚注 (2) 参照。

53 青竹・注 (33) 前掲 99 頁。

54 田邊・注 (2) 前掲 172 頁。

55 西原・注 (13) 前掲 123 頁。

じることになるわけである。しかし、商法 504 条ただし書は、「履行の請求をすることを妨げない」と規定しているのであるから、この説は、この表現に調和しない⁵⁶。

以上に対し、大隅健一郎は、以下のように主張した。すなわち、この場合には、C と A との間の他、C と B との間にも契約関係が成立することになり、C はそのいずれかを選択して請求することができるのである。この請求をなすには、C において、B が A のためにすることを知らなかった事実を立証しなければならないが、なおその不知につき過失がなかったことを要するものと解すべきであって、B は C に対し、A のためにすることを知りうべかりし旨を立証して、その請求を拒否することができるものといわなければならない⁵⁷。

先に掲げた昭和 43 年 (1968 年) の大法廷判決は、この大隅説に沿ったのであろうが、以下のような見解を示した。商法 504 条ただし書の趣旨は、A C 間には、すでに同条本文の規定によって、代理に基づく法律関係が生じているのであるが、C において、B が A のためにすることを知らなかったとき (過失により知らなかったときを除く) は、C の保護のため、C と B との間にも A C 間と同一の法律関係が生じるものとし、C は、その選択に従い、A との法律関係を否定し、B との法律関係を主張することを許容したものと解するのが相当である。そして、C が B との法律関係を主張したときは、A は、もはや C に対し、A C 間の法律関係の存在を主張することはできないと解すべきであると判示したのである。加えて、C が B にこの請求をするには、C において、B が A のためにすることを知らなかったことにつき立証責任を負い、また、B において、B の行為が A のためになされたことを C が過失により知らなかったことを主張立証することができれば、B はその責任を免れるとしている。大法廷、全員一致の判決であり、大隅健一郎、松田二郎が名を連ねている。

56 田邊・注 (2) 前掲 171 頁、青竹・注 (33) 前掲 99 頁。

57 大隅・注 (21) 前掲 33 - 34 頁。

後に大隅健一郎は、この判決につき、以下のように述懐している。「商法 504 条の規定は、民法 99 条の例外として、商行為の代理につきとくに非顕名主義を採用としたものと解しても、これまで二つの点で解釈上の疑問があった。一は、同条但書が適用されるためには、相手方において代理人が本人のためにすることを知らなかったことにつき無過失であることを要するかという点であり、他は、「相手方が……代理人ニ対シテ履行ノ請求ヲ為スコトヲ妨グズ」という規定の意味である。第一の点は、従来相手方の無過失を要求しないのが通説であったが……、私は無過失を要するものと解してきた……。また、第二の点については、代理行為の効果は直接本人について生じ、本人が相手方に対して直接権利を有し義務を負うが、ただ代理人は相手方の不測の損害を填補するためこれについての履行の責任を負うとするのが通説であるが、私は、この場合には、相手方と本人との間のほか、相手方と代理人との間にも契約関係が成立することとなり、相手方はそのいずれかを選択して請求することができる、と解してきた……。本判決は、右の二つの点につき、従来の通説と異なる卑見とほぼ同じ立場を採るに至ったことが注目される。ただ、本人と相手方との間および代理人と相手方との間の法律関係が相互にいかなる関係に立つかについては、必ずしも本判決においては明らかにされていない。本判決後、相手方が債権者として本人または代理人を選択しうる場合に、本人の請求が代理人の債権について消滅時効中断の効力を有するかという問題を取り扱った判例（昭和 44 年（オ）第 1135 号同 48 年 10 月 30 日第三小法廷判決・民集 27 巻 9 号 1258 頁）があり、参考に値いする⁵⁸。」なお、付言すれば、上で言及された最高裁昭和 48 年（1973 年）判決は、「相手方がその選択により本人または代理人のいずれかに対して債務を負担することを主張することができる場合において、本人が相手方に対し右債務の履行を求める訴を提起し、その訴訟の係属中に相手方が債権者として代理人を選択したときは、

58 大隅健一郎『私と商事判例』（商事法務研究会・1976 年）256 頁。

本人の請求は、右訴訟が係属している間代理人の債権につき催告に準じた時効中断の効力を及ぼすものと解するのが相当である」と判示したものである。

上記判例の立場は、一応目下の多数説であるとは評価しえようが⁵⁹、本人のためにする代理意思をもって代理人が法律行為をする場合に、何故に特定の相手方との間で2つの法律関係が発生しうるのが、知らなかった相手方に何故選択権が発生するのか、この説はあまりにも便宜論であるとの批判がある⁶⁰。さらには、相手方に選択権を与えるのは、いわば過保護であるし、相手方が長期にわたって選択権の行使を延ばすことができるのか、相手方は本人と代理人の資力を観て決定してよいのかという問題があると批判されている⁶¹。第三債務者の強制執行との関係も不明確なままである。この他にも、(Cが、Bとの取引だとの認識の下で契約した場合のその後) Aが出現した後において、CにAとBのいずれを選択すべきかの選択権を与えるべきかが問題になるとの指摘がある。Cが、契約当初の予期に反して、当該取引が代理取引であったと認識した後においても、AまたはBのいずれかを任意的に契約当事者に選択することを認めることは、AまたはBがCに負担した債務のいずれを相殺の対象とするか等、Cには当初予定していなかった選択の幅ないし便益が認められ、他方、Bの代理行為による効果が帰属することを了解している本人は、商法504条本文の文言に反して、この効果を楽しむことができないと指摘されている⁶² (これまた、Cの過保護と評価できよう)。このように、判例の立場では、法律問題があまりに錯綜する。

最近、Bが代理関係を知らない間は商法504条ただし書を広く類推して、Bが取引当事者であるというCの信頼を保護する必要はあるが、Cの利益

59 平出・注(3)前掲108頁。

60 田邊・注(2)前掲172頁。

61 近藤・注(10)前掲139頁。

62 森本編・注(1)前掲50-51頁[森本滋]。

が不当に害されない限り、同条本文の趣旨を基礎にAを当事者として扱うべきであり、Cに法律関係の選択権を認める必要はないとする見解が主張されている。この立場によれば、Cが代理関係を知るまでにBとの間に生じた法的関係はすべてAに対抗できることとする必要はあるが、Cが代理関係を知った後は、Aを当事者とするこゝでよいということになる⁶³。森本滋の主張に係るものである。江頭憲治郎もまた、判例のようにCの選択によってAの請求権が消滅すると解すると、それにとまなう困難な解釈問題を生じるとして、CがBとの法律関係を主張した場合にも、AのCに対する請求権は消滅せず、ただCはAの請求に対しBに対して対抗できたはずの抗弁を提出できると解すべきであろうと述べている⁶⁴。青竹正一もまた、森本・江頭に歩調を合わせ、結局、商法504条ただし書の「履行の請求をすることを妨げない」の文言を拡大解釈し、CにおいてBがAのためにすることを知らなかったときは、CとAおよびCとBとの間に法律関係が発生し、法律関係の併存は、弁済その他によってどちらかの法律関係が消滅するまで継続すると解すべきで、Cの選択によって他方が消滅すると解すべきではなく、ただ、Cが当該取引は代理行為であると認識した後は、Bに対する法律関係を認める必要はないから、Aとの法律関係だけになると解すべきであるとしている⁶⁵。このとき、青竹によれば、Cにおいて、BがAの代理人であると認識する前に、たとえばBC間でなされた相殺は、これを抗弁としてAに主張できると解されている⁶⁶。近時は、最後の立場が有力になりつつあるといえよう。

なお、商法504条ただし書が適用されるためには、商法14条（商号使用許諾者の責任の規定）、商法24条（表見支配人）などを適用する場合と同様、相手方に悪意または重過失があってはならないと解すべきであろう。

63 同前51頁 [森本滋]。

64 江頭憲治郎『商取引法（第6版）』（弘文堂・2010年）273頁。

65 青竹・注（33）前掲100頁。

66 同前。

BがAのためにすることを示さない場合、Cには、代理であるか否かの調査義務はないからである⁶⁷。善意の立証責任はCが、重過失の立証責任はBが負うことになる。

もっとも、商法 504 条の適用範囲を、本人の営業と直結した代理行為に限ると解すれば（本章 3 - 1 - 1）、非顕名主義の下であっても、Cにおいて、Bの行為が、営業主たるAの代理行為であると容易に認識しうるといのが常態であるということになる。

3 - 2. 本人の死亡と代理権

本人が死亡すれば、代理権は消滅するというのが、民法の原則である（民 111 ）。しかし、商法 506 条によれば、商行為の委任による代理権は、本人の死亡によっては消滅しないとされている。したがって、同条の下では、代理人は、本人の死亡により、相続人による新たな代理権授与行為を要さず、当然に相続人の代理人となる。

「商行為の委任による代理権」とは、委任契約の目的たる行為が商行為である場合、すなわち商行為の代理をなす権限ではなく、代理権授与行為たる委任自体が委任者にとって商行為である場合、すなわち商行為である代理権授与行為により生じた代理権と解される⁶⁸（大判昭和 13 年（1938 年）8 月 1 日民集 17 卷 17 号 1597 頁）。典型的には、商人が商業使用人に授与した代理権を意味する⁶⁹。あるいは、商人が締約代理商に授与する代理権がこれである。条文には、「委任による」とあるが、代理権授与行為の基礎となる法律関係は、必ずしも委任に限られず、雇用、組合などの場合もある⁷⁰。代理権を授与する者は、その授与行為が附屬的商行為としてなされるから、商人であるが、代理権を授与される者は、必ずしも商人で

67 同前 101 頁。

68 平出・注 (3) 前掲 111 頁、西原・注 (13) 前掲 125 頁参照。

69 森本編・注 (1) 前掲 46 頁。

70 平出・注 (3) 前掲 111 頁、西原・注 (13) 前掲 123 頁。

なくとも差し支えない。

商人が代理人を選任して営業行為をなさしめているときには、営業主たる本人が死亡しても企業の営業活動を中断させるべきではなく、むしろそのまま営業を継続させるのが適切であり、かつ、そうすることが取引の安全にも資する⁷¹。商法 506 条は、このような趣旨で設けられたものである。つまり、同条は、営業主よりは営業自体に重きを置いて設けられたものであるから、たとえ相続人が営業を承継し継続する意思がなく、かつ現実に営業を承継していなくても、代理権の消長には影響がない（東京高判平成 10 年（1998 年）8 月 27 日高民集 51 巻 2 号 102 頁）。

3 - 3. 受任者の権限

商法 505 条は、商行為の受任者が、委任の本旨に反しない範囲内において、委任を受けていない行為をすることができる旨を規定している。

この規定の存在意義については、古くから疑義が呈されていた。竹田省は、「商行為の受任者は委任の本旨に反せざる範囲内に於て委任を受けざる行為をも為すことが出来る、と云って委任の本旨に反してもよいといふのではないから、此法則は何をいつてあるのか明らかでない⁷²」と述べていた。ただ、彼によれば、この法則は委任に関する規定か代理に関する規定かにも疑いがあるとして、同条の前後の規定がともに代理の規定である点から観て、同時に代理権の範囲を定めたものと解するのが正当ではないかと示唆していた⁷³。大森忠夫は、この見解をさらに明確化して、商法 505 条を、「ある商行為について代理権を与えられた者は、その代理権授与契約の本旨に反しない範囲内において、その他の行為についても代理権を有する⁷⁴」と解した。大森によれば、民法の規定に従えば代理人の代理権限外の行為は本人に対して効力を生じないのを原則とするが（民 99、110）、

71 近藤・注 (10) 前掲 137 頁。

72 竹田省『商行為法』（弘文堂書房・1931 年）13 頁。

73 同前。

74 大森・注 (32) 前掲 165-166 頁。

商取引の代理に際しては随時臨機応変の処置を必要とすることが多いといった理由から、商法 505 条は、商行為の代理権の範囲に弾力性を持たせたものと解されるとされている⁷⁵。

この規定を文理どおり受任者の権限を拡張するものであり、民法 644 条の例外規定と解したのが田中耕太郎である。「民法に於ては仮令委任の本旨には従ふも委任を受けざる行為は之れを為すことを得ない。然れども商取引に於ては委任を受けざる行為にても委任の本旨に反せざる限りは臨機の処置として之れを為し得ることを認むるが委任者にとりて利益あり受任者にとりて便宜なりと云はなければならぬ⁷⁶」と説いている。したがって、こう解すれば、「例へば物品買入の委託を受けた場合に民法の規定のみにては其の買入れたる物品の価格暴落せんとするも之れを買却する権限を有せぬが、商取引に於ては物品の買入は之を更に高価に販売して利益を得んことを目的とするから暴落の虞れある場合に於ては之れを転売して委託者の損失を少からしむることは委任の本旨に反しない故に之れを為すことを認めて差支えない⁷⁷」と解しようと述べるのである。

以上に対し、小町谷操三は、「『委任の本旨に反せざる範囲内』に於て、委任を受けざる行為をなすことは、結局、民法の要求する『善良なる管理者の注意』を以て、委任事務を処理することに帰着するから、この説は妥当でない⁷⁸」と田中説に反駁を加えている。そして、商法 505 条の規定は、受任者が事情変更の場合にも臨機の処置を採ることができないとの立法者の誤解の産物であり、強いて存在意義を認めるならば、漠然とした民法の規定の意義を明確ならしめ、取引の迅速を図ったものといえようと続けている⁷⁹。

75 同前 166 頁。

76 田中耕太郎『商行為法講義要領』（田中耕太郎発行者：松井方利印刷人・1935年）22 頁。

77 同前 22-23 頁。

78 小町谷・注 (20) 前掲 42 頁。

79 同前。

代理権の弾力化を図るものと解した大森説については、西原寛一が以下のように述べている。すなわち、商法 505 条は、実質的には、ただ事情変更の場合の臨機措置を明示した当然の規定であって、とくに民法の例外規定と解する必要はないがゆえに、ここにいわゆる商行為の受任者とは、商法 506 条の「商行為の委任による代理権」のように限定的に解する必要はなく、文字どおり商行為をなすべき委任を受けた者と解すればよい⁸⁰。加えて、委任と代理権とは必ずしも相ともなわず、相手方保護のためには、すでに越権代理の規定（民 110）があり、ことに商法 505 条を単なる注意規定と解する以上、代理権の拡張といった積極的效果を認めることは困難であると説いている⁸¹。

今日にあっては、商法 505 条は、単に委任者と受任者との内部関係において受任者の権限の範囲を規定するものにすぎず、単なる注意規定と解するのが趨勢である⁸²。民法 644 条における「委任の本旨」については、これを広く解するのが多数説であることや、同条の善管注意義務の趣旨からも、商法 505 条は民法 644 条が狙っているのと同じことを規定したにすぎないと考えれば⁸³、今日の趨勢に与するのが妥当であろう。

4. 商事契約の成立に関する規定

契約は、一般に、申込みと承諾とが合致することによって成立するが、商取引は敏活を期す必要があり、そのためには、契約が成立したか否か、迅速かつ明確にこれを確定する必要がある。商法は、この点に配慮をした規定を設けている。

80 西原・注 (13) 前掲 125 頁。

81 同前 126 頁。

82 近藤・注 (10) 前掲 139 - 140 頁。

83 同前 140 頁。

4 - 1. 申込みの拘束力

取引は、契約を締結しようとする当事者間の時空間的な距離を基準に、「隔地者間取引」と「対話者間取引」とに分けることができる。

ところで、契約一般について観察すると、申込みの意思表示をなすということは、申込者において、申込みの内容どおりの契約が締結されることを欲しているのであると客観的に評価しえよう。相手方においても、そのような申込者の意を汲んで、承諾の前に契約締結に向けた準備を開始することがありうる。したがって、申込者において、任意に申込みの撤回を許されるという法政策を採ることは、不都合であるといえる。それゆえ民法は、以下に述べるように、申込みが相手方に到達した後は、申込者において任意にこれを撤回しえないという法政策を採用している。申込みについて生じるこのような法定効果を、「申込みの拘束力」と称することは、ここに改めてこれ以上の説明を要するものではあるまい。

申込みの意思表示は、相手方の承諾期間を定めてなす場合、とくにそのような期間を定めないでなす場合、とに分かれる。申込みの態様に従って、申込みの拘束力に係る民法の規定を観察すれば、以下のように整理できる。

上記の申込みの拘束力は、隔地者間取引たると対話者間取引たるとを問わず、民法 521 条 1 項に規整される。すなわち、承諾期間を定めてなした申込みは、隔地者に対するものであろうと、対話者に対するものであろうと、その期間中は拘束力があり自由に撤回できない。この期間を経過すれば、申込みは効力を失う。

の申込みの拘束力は、隔地者間取引において、民法 524 条によって規整される。すなわち、承諾期間を定めないで隔地者に対してなした申込みは、承諾の通知を受けるに相当な期間、拘束力があり、自由に撤回できない。この期間を経過すれば撤回が可能となり、撤回されれば申込みはその効力を失う。

対話者間においてなされたの申込みの拘束力については、民法に規定がない。しかし、申込みの拘束力は、民法がとくに定めた法定効果である

から、対話者間における の申込みについては、申込みの拘束力はないものと解されよう⁸⁴。

申込みの拘束力に係る以上の民法規定を表で示せば、以下のごとくである。

申込みの拘束力	承諾期間の定めあり	承諾期間の定めなし
対話者間	民 521	拘束力なし
隔地者間	民 521	民 524

上の表から明らかなように、申込みの拘束力に関し、民法の法条には欠缺を認めえない。したがって、商事契約の申込みの拘束力に関して、商法に特段の規定がないからには、この点に関する限り、商法は民法に容喙しない姿勢で臨んでいる。

4 - 2. 申込みの承諾適格

4 - 2 - 1. 民法規定の観察

申込みは、これに対する承諾があれば契約を成立せしめるということを、その本体的な効力とする。承諾があれば、それと合わせて契約を成立させることができるという申込みの効力を「承諾適格」と称する。承諾は、申込みに承諾適格が存する間になさなければ、契約を成立させることができない。これまた、ここに改めてこれ以上の説明を要するものではあるまい。

承諾適格に関しても、申込みを、相手方の承諾期間を定めてなす場合、とくにそのような期間を定めないでなす場合、とに分けて、民法の規定を観察することとする。

の申込みの承諾適格は、民法 521 条 2 項が規整する。すなわち、承諾期間の定めのある申込みの承諾適格は、その期間内は存続する。したがっ

84 谷口知平 = 五十嵐清編『新版注釈民法 (13)』(有斐閣・1996 年) 386 頁所掲の説。この場合に、民法 524 条を類推する説もある (386 - 387 頁) [遠田新一]。不佞は、承諾適格の存続期間との関連上、この場合には申込みの拘束力がないものと解する。

て、相手方はこの期間内は承諾することができるが、承諾の意思表示は、期間内に申込者に到達しなければならない。所定の承諾期間後に承諾の通知が到達しても、すでに申込みが効力を失うがため、契約は成立しない⁸⁵。民法 521 条 2 項は、対話者間取引・隔地者間取引の双方に適用される。

の申込みの承諾適格につき、民法は明文の規定を設けていない。これについては、解釈に委ねられる。

申込みの承諾適格（申込みの実質的効力の存続期間）に係る民法の規定を表で示せば、以下のごとくである。

申込みの承諾適格	承諾期間の定めあり	承諾期間の定めなし
対話者間	民 521	規定なし
隔地者間	民 521	規定なし

上の表から明らかなように、申込みの承諾適格に関し、民法の法条には欠缺が認められる。民法上の契約に関しては、この部分はおそらく解釈に委ねられる。他方、民法 521 条 2 項の法則は、商取引についても当然の原則である⁸⁶。

4 - 2 - 2. 商法規定の観察

4 - 2 - 2 - 1. 対話者間における申込みの承諾適格

商法 507 条は、商人である対話者間において、契約の申込みを受けた者が直ちに承諾をしなかったときは、その申込みが当然に失効する旨を規定している。本条は、承諾期間の定めのない対話者間における申込みに関する規定たること、瞭然である。

平成 17 年（2005 年）改正前の同条は、「商人である」との文言を欠いていたが、同年の商法現代語化の際に、同条の冒頭にこの文言が加えられた。現代語化の前には、同条は、商行為たる契約の申込みについて

85 同前 369 頁 [遠田新一]。

86 西原・注 (13) 前掲 127 頁。

適用される規定であり、申込者または相手方のいずれのために商行為であるかはこれを問わないと解するのが通説であった⁸⁷。したがって、非商人間で行う絶対的商行為たる契約の申込みについても、商法 507 条が適用されると解されていた⁸⁸。しかし、現在では、商人間における対話者間取引に適用される規定となっている。企業取引における迅速性の要請によって本条が設けられたという趣旨を勘案して、「商人である」との文言を付加したものと観るべきであろうか。

民法上、承諾期間の定めなくして対話者間でなされた申込みの承諾適格がどう考えられているかといえ、我妻栄がつとに述べているように「対話者間においては、—— 後日改めて諾否の返事をするというような特別の事情のない限り —— その対話者関係の終了によつて申込は承諾適格を失う —— いいかえれば、その対話者関係の継続する間にだけ承諾することができる⁸⁹」と解するのが、民法研究者の趨勢であろう⁹⁰。

してみれば、商法 507 条は、当然の事理を定めた規定と評価することができ⁹¹、本条は、もはや民法の原則に対する特則を規定したものではなく、本条の原則が、民法の商化により、すでに民法の原則となっているものと解することができる⁹²。かく観察すれば、商法現代語化にあたり、殊更に「商人である」との文言を付加する必要はなかったのではないかといえよう。

4 - 2 - 2 - 2. 隔地者間における申込みの承諾適格

商法 508 条 1 項は、商人である隔地者間において、承諾期間の定めなくして契約の申込みを受けた者が、相当の期間内に承諾の通知を発しなかったときは、申込みはその効力を失う旨を規定している。

87 大森・注 (32) 前掲 168 頁、竹田・注 (72) 前掲 14 頁、田中・注 (76) 前掲 36 頁。

88 平出・注 (3) 前掲 116 頁。

89 我妻栄 『債権各論上巻 (民法講義 -)』(岩波書店・1954 年) 60 頁。

90 谷口：五十嵐編・注 (84) 前掲 387 - 388 頁 [遠田新一] 参照。

91 大隅・注 (21) 前掲 36 頁。

92 平出・注 (3) 前掲 116 頁。

この規定もまた、平成 17 年 (2005 年) の商法現代語化にあたり、冒頭に「商人である」との文言が付加されている。

隔地者間において承諾期間を定めずに契約の申込みをした場合には、上に述べたように (本章 4 - 1)、民法 524 条により、その効力発生の後、相当の期間を経過すれば、申込みはその拘束力を失い、申込者はこれを撤回しうる地位を獲得する。しかし、申込者が申込みを撤回しないで放置した場合、承諾者はいつまでもこれに承諾をすることができるのか、という問題が残される。換言すれば、承諾期間の定めのない限り、申込みの承諾適格は何年でも続くのであろうかという困難な問題に直面する。民法研究者は、解釈によって、この問題に解を与えなければならない。

商機を逸することなく迅速に事を結着する必要に迫られる商取引においては、悠長に解を待つわけには行かない。それゆえ、商法 508 条 1 項は、申込者の撤回の意思表示がなくても、相当の期間の経過によって、申込みは当然に失効する (すなわち、承諾適格を失う) との法政策を採用したのである。すなわち、承諾者が相当の期間内に承諾の通知を発しなれば、申込みは当然に失効するのである。

「相当の期間」か否かは、各場合の具体的状況に応じて判断すべく、一律に定めることはできない⁹³。目的物の価格変動の激しさ、当事者間の過去の取引態様、当該取引における申込者の態度などにより個別的に判断すべきであり、場合によっては、当該申込みの条件が相手方にとってとくに有利なものか否かも、判断の 1 要素となりうるとされている⁹⁴。

なお、民事契約における隔地者間取引の承諾期間の定めのない申込みの承諾適格に関しては、撤回しない限り存続せざるをえないと解するものや、承諾適格は 10 年の消滅時効にかかるなどの諸説があるが⁹⁵、おそらく、無制限に承諾適格が持続すると解するのは、もとより不当であるから、取引

93 西原・注 (13) 前掲 127 頁脚注 (1)。

94 江頭・注 (64) 前掲 12 頁脚注 (1)。

95 谷口：五十嵐編・注 (84) 前掲 384 - 385 頁 [谷川久] 所掲。

慣行と信義の原則に従って、相当の期間を経過した後に、承諾適格が失われる⁹⁶とする我妻栄の見解に沿った解釈が穏当であり、多数説であると思われる。ただ、我妻によれば、「この相当の期間は、申込の撤回を許さない相当の期間（524条）とは、必ずしも一致しないであろう⁹⁷」とされているから、この場合、承諾適格は、申込みの拘束力が解けた後なお相当の期間存続すると解するものと思われる。

結局、商人間における契約の申込みの承諾適格に係る民商法の規定を表で示せば、以下のごとくである。

申込みの承諾適格	承諾期間の定めあり	承諾期間の定めなし
対話者間	民 521	商 507
隔地者間	民 521	商 508

商人である隔地者間取引において、時期に遅れて承諾の通知が発信されたときは、商法 508 条 1 項に従い、承諾適格すなわち申込みの実質的効力はすでに消滅しているから、契約は成立しない。しかし、申込者が、これを新たな申込みとみなして承諾すれば、契約は成立する（商 508 民 523）。これは、当然の理であって、商法 508 条 2 項は注意的規定にすぎない。

4 - 3. 申込みに対する諾否通知義務

民法上、申込みに対して何らの積極的な行為をしないこと（沈黙）が、承諾の意思表示と認むべき事実となるかといえば、特段の事情のない限り、申込者において、「お返事がなければお承諾なされたものとみなす」といっても、何ら効力を生じるものではない⁹⁸。すなわち、民法上、申込みは、承諾適格以上の実質的効力を有しない。

96 我妻・注（89）前掲 62 頁。

97 同前。

98 同前 71 頁参照。

これに対し、商法 509 条 1 項は、「商人が平常取引をする者からその営業の部類に属する契約の申込みを受けたときは、遅滞なく、契約の申込みに対する諾否の通知を発しなければならない。」と規定し、さらに、同条 2 項は、「商人が前項の通知を発することを怠ったときは、その商人は、同項の契約の申込みを承諾したものとみなす。」と規定している。

以上は、企業の専門的地位職責を考え、取引の敏活を図るための特則である⁹⁹と評価できる。企業取引活動の迅速性の要求に基づき、平常取引関係があるため契約の成立が当然予想されうるような場合における相手方（申込者）の信頼を保護する趣旨がある¹⁰⁰。

承諾期間の定めのある申込みの場合には、その期間内であれば、申込後遅滞なく諾否の通知をするということは当然に問題とならず、また、承諾期間の定めのない商人である対話者間における申込みの場合には、直ちに承諾をなさないときは申込みはその効力を失うから（商 507）、商法 509 条は、承諾期間の定めのない隔地者間における商行為たる契約の申込みの場合についての規定であって、民法の原則に対する特則であるとともに、商法 508 条に対する特則でもある¹⁰¹。

商人が平常取引をなす相手方からその営業の部類に属する取引の申込みを受けたような場合には、通常は容易にその諾否を決することができるはずであるし、相手方も迅速な回答を期待するものと考えられ¹⁰²、商人は、営業の部類に属する商行為について取引先に対しとくに忠実でなければならないといった¹⁰³立法理由が示されている。

商法 509 条が適用されるのは、商人が、自己の営業の部類に属する取引について、平常取引をする相手方から、契約の申込みを受けた場合である。

99 西原・注 (13) 前掲 128 頁参照。

100 平出・注 (3) 前掲 120 頁参照。

101 同前。

102 大森・注 (32) 前掲 175 頁。

103 田中・注 (76) 前掲 27 頁。

申込みを受けた者は商人でなければならないが、申込者が商人であるか否か、またその契約が申込者にとって商行為であると否とを問わない¹⁰⁴。ただし、申込者は、その商人と平常取引関係がある者でなければならない。「平常取引をする者」とは、従来ある程度継続的な取引関係を有し、今後とも取引の反覆が予想される者であって、以前1・2回の売買取引があったのみでは足りないが（この点は、大判昭和6年（1931年）9月22日法学1巻上233頁参照）、従来取引関係があれば当該申込みのなされた事項について取引関係があったことまでをも要するものではない（この点は、札幌高判昭和33年（1958年）4月15日判時150号30頁参照）と解される¹⁰⁵。

「その営業の部類に属する契約」とは、その商人が営業とする基本的商行為、換言すれば、商人が営業として行う基本的な取引に關係する契約に限られるとするのが多数説であろう¹⁰⁶。小町谷操三は、基本的商行為に關して成立した契約に結末をつけるためにする契約の申込み、たとえば代物弁済の申込み等も本条の適用範囲に含めるが¹⁰⁷、西原寛一は、商人の沈黙による承諾の擬制は、正常的営業取引の成立に限定するのが適当で、特約または商慣習のない限り、特殊の個性のある申込みにまで適用することは行き過ぎの感があると説いている¹⁰⁸。後者に説得力があると考えるが、他方、平出慶道の説くように、営業の部類に属する契約とは、商人が営業上集团的・反覆的に行う契約のことであって、必ずしも営業として行う基本的商行為に限らず、取次ぎの委託を受けた問屋がその実行行為として行う売買のように、営業のために行う附屬的商行為でもよいが、日常の業務として行わないものは除かれる¹⁰⁹との見解が妥当であると思われる。商行為

104 大森・注(32)前掲175頁。

105 平出・注(3)前掲121頁。

106 近藤・注(10)前掲126頁、西原・注(13)前掲128頁。

107 小町谷・注(20)前掲46頁。

108 西原・注(13)前掲129頁脚注(3)。

109 平出・注(3)前掲121頁。

編の規定が会社にも適用されることを勧案すれば、多数説の理論を形式的に会社に当て嵌めると、定款所定の事業目的行為に関する契約に限られるということになろうから、これはやはり窮屈に過ぎるものと思われる。たとえば、会社がリースを受けている複写機・印刷機など業務用の物品に係るリース条件の見直しの申込みなどには、本条が適用されてもよいのではなかろうか。

なお、本条の通用を否定した判例として、代物弁済の申込み（大判昭和2年（1927年）4月4日民集6巻3号125頁）、営業所の敷地について借地権の放棄を求める申込み（最判昭和28年（1953年）10月9日民集7巻10号1072頁）がある。

本条の適用がある場合には、申込みを受けた商人は、遅滞なく諾否の通知を発する義務を負う。義務を負うとはいいい条、これに反したときは、損害賠償責任の問題を生じることなく、契約成立の効果を受け入れなければならないにとどまる。契約が成立したものとみなされるから、当事者は、その内容に拘束されることとなる。よって、申込者の側も、もはや申込みを撤回することを許されない。

申込みを受けた商人は、諾否の通知を発しさえすればよいのであり、通知の延着・不到達の危険は負担しない¹¹⁰（この危険は、申込者が負担する）。また、1度拒絶の通知を発した以上は、申込者が繰り返し（同一事項について）申込みをしても、これにその都度諾否の通知を繰り返す必要はない¹¹¹。

通知義務を怠ったことによる不利益を申込みを受けた商人に帰せしめるには、この者に過失があることを要する¹¹²。したがって、正当の理由により申込みがあったことを知らなかったようなときは、本条は適用されない¹¹³。

110 竹田・注（72）前掲22頁。

111 同前。

112 同前21頁、西原・注（13）前掲128頁。

113 西原・同前。

4 - 4. 送付物品保管義務

いわゆる見本取引については、民法に規定はない。日常生活関係において、非商人間に見本取引が行われることがほとんど無いからであろう。

民法上、契約の申込みを受けた者が当該申込みとともに物品（動産または有価証券）を受領した場合には、たとえ申込みを拒絶しても、受領者において、物品を返送したり保管する義務はないと解せられる¹¹⁴。両者の間に何ら契約が成立していないからである。申込みを受けた者は、単に申込者の返還請求に応じれば足り、受領物品につき、事務管理（民 697 ）をなすうにすぎない。

以上に対し、企業取引にあつては、契約の申込みと同時に見本としてまたは承諾を予期して、契約の目的物の全部または一部を送付することが實際上しばしば行われる。上のような場合、企業取引の迅速と取引界の信用を保護する必要がある。そこで商法 510 条本文は、商人がその営業の部類に属する契約の申込みとともに物品を受けとったときは、申込みを拒絶したときであっても、申込者の費用をもって、その物品を保管することを要する旨を規定したのである。

本条の適用については、竹田省が、いわゆる隔地取引すなわち申込者が相手方たる商人の営業所所在地に在住しない場合でなければならないと主張している¹¹⁵。商人に保管義務を負わせるのは、契約拒絶の場合に、申込者自身が適当に送付品を処置することができないということが理由となっているからであると説いている¹¹⁶。西原寛一や大隅健一郎もこの立場を支持する¹¹⁷。しかし、条文上、そのような制限はないし、隔地取引においても隔地者間取引がありえるとともに（自治体の広域合併により同市町村の区域は拡大している）、この場合には、一般に契約成否未定の相当な期間が存する（商 508 ）。本条の申込者は、商人と平常取引をなす者に限ら

114 大隅・注 (21) 前掲 43 - 44 頁参照。

115 竹田・注 (72) 前掲 24 頁。

116 同前。

117 西原・注 (13) 前掲 129 頁、大隅・注 (21) 前掲 44 頁。

れない(必ずしも商 508 の適用がない)。しかも、申込者としては、承諾適格が存続する限り、承諾を期待することを否定し難い¹¹⁸。これらの理由から、対話者間における申込みを除き、同地取引にも本条は適用されると解さなければならない。

本条が適用されるためには、申込みを受ける者は商人でなければならないが、申込者は商人であることを要しない。申込者にとって商行為であることも要しない¹¹⁹。またその商人と平常的に取引をする者でなくともよい。両当事者間に売買その他何らかの法律関係の存在をも前提としない¹²⁰。商人がどのような意思でその物品を受け取ったかも問うところではない¹²¹(つまり、意思に反しようが、その物品の保管義務を生じる)。

申込者と商人との間に何らかの法律関係はもとより平常取引関係のあることも必要としない(商 509 対照)という点に対しては、立法論として、批判が多い。竹田省は、「何等既存の法律関係なき第三者に対し、単に事務管理としてではなく、法律義務として送付品保管義務を認めてゐることは、……甚だしき異例と認むべき立法であって当否の程も疑はしい¹²²」と述べているし、大隅健一郎も、「何ら特別の関係もない商人に対して、単なる事務管理としてではなく、法律上の義務として上述のごとき送付品保管の義務をみとめることは、立法論としては行きすぎというほかない¹²³」と説いている。石井照久もまた、「このような保管義務を法律上の義務として(事務管理としてでなく)広く認めることの当否は疑問である。当該商人との間になんらかの契約(例えば売買)が存するとき、或は平常取引関係がある場合に限るべきではないかと考える¹²⁴」と述べている。

本条が適用されるのは、商人が、その営業の部類に属する契約の申込み

118 以上、平出・注(3)前掲124-125頁。

119 西原・注(13)前掲129頁。

120 同前。

121 大森・注(32)前掲176頁。

122 竹田・注(72)前掲23-24頁。

123 大隅・注(21)前掲44頁。

124 石井・注(32)前掲24頁。

とともに物品を受け取った場合である。申込みは、必ずしも売買の申込みに限らず、問屋に対する販売の委託とか、請負業者に対する請負申込み（一部材料送付の場合）とか、運送業者に対する運送の申込み（運送品送付の場合）などでもよい¹²⁵。「物品」とは、動産または有価証券であるが、契約の目的物たる物品のことである。したがって、目的物の一部を見本として送付する場合には当然本条の適用を受けるが、契約が成立した場合に契約の目的物として給付すべき物品とは異なり、申込みに応じる際の参考資料として送付される型録、試用品、その他単なる商品見本はこれに含まれない¹²⁶。

上の要件が備われば、申込みを受けた商人は、申込みを拒絶したときでも、送付された物品を申込者の費用で保管する義務を負う。この義務は、真正の義務であり、これを怠れば損害賠償義務を負うことになる¹²⁷。商人が送付物品を保管するには、善良な管理者の注意をもってしなければならないが、必ずしも自ら保管する必要はなく、倉庫業者に寄託するなど場合に応じ適宜の方法を採ってよい¹²⁸。

保管は申込者の費用でなすべきものであるが、保管物品の価額がその費用を償うに足らないとき、または商人がその保管によって損害を受けるときは、この保管義務を免れる（商 510 ただし書）。この立証責任は、申込みを受けた商人の側にある。

商人がこの義務を履行したときは、保管費用債権につき保管物品の上に民法上の留置権（民 295）または商人間の留置権（商 521）を行使しうる¹²⁹。しかし、その保管の費用についてその物品を換価処分し、その代価から特別に有利に弁済を受ける権利が認められているわけではない¹³⁰。

125 西原・注 (13) 前掲 129 頁。

126 平出・注 (3) 前掲 125 頁。

127 大森・注 (32) 前掲 176 頁。

128 西原・注 (13) 前掲 129 頁。

129 平出・注 (3) 前掲 126 頁。

130 大森・注 (32) 前掲 177 頁。

5. 商事債権の履行を確保する規定

5 - 1. 緒言

商人が営業活動・事業活動を通じて取得した債権が、いわゆる不良債権化することは、当該商人の活動にとって、少なからぬ桎梏となるであろう。商人の財務状態に深刻な影響を及ぼすことにもなる。それゆえ、商法は、商事債権の履行を確保すべく、その人的担保・物的担保を強化して、企業金融の円滑化をも図ろうとしている。

5 - 2. 多数債務者の連帯

民法は、数人の債務者がある場合に、別段の意思表示がないときは、各債務者がそれぞれ等しい割合で義務を負うとして（民 427）、原則として、分割債務主義を採用している。これに対し、商法は、数人がその1人または全員のために商行為となる行為によって債務を負担したときは、その債務は、各自が連帯して負担すべきものとした（商 511）。特約をもって排除しない限り、そのような債務は、当然に連帯債務となるわけである（任意法規）。債権者の保護を強化し、取引の安全の敏活を図る趣旨である¹³¹。

本条の原則が適用されるためには、債務の発生原因が債務者の1人または全員にとって商行為であること、債務が数人の債務者の共同の行為（直接に共同する場合の他、債務者の1人が自ら行為するとともに、他の者を代理して行為する場合を含む）によって生じたこと、の双方の要件を満たさなければならない¹³²。

に関し、債務の発生原因が債務者にとって商行為である限り、それが債権者にとって商行為であるか否かを問わない。債権の発生原因が債権者にとってのみ商行為であるときは、この特則の適用はない。この点は、古

131 平出・注(3)前掲127頁。

132 同前128頁、西原・注(13)前掲130 - 131頁。

くから判例が明言しており、確定している（大判明治45年（1912年）2月29日民録18輯148頁、大判大正4年（1915年）2月8日民録21輯75頁、大判大正10年（1921年）12月7日民録27輯2095頁）。また、債権者はもとより債務者も商人であることを必要としない¹³³。さらに、債務の発生原因が商行為によるものである限り、現存の債務は、必ずしも商行為によって生じたことを要せず、たとえば契約の解除または不履行による損害賠償債務・原状回復債務など、当初の債務と同一性を有すれば足りる¹³⁴。

に関しては、債務者の間に組合関係その他特殊の共同関係が存在する必要はない¹³⁵。

との関連において付言すれば、古い判例は、共同手形行為（1個の振出または1個の裏書等を数人が共同して行った場合）に、商法511条1項の適用を肯定している（大判大正5年（1916年）12月6日民録22輯2374頁、大判昭和44年（1929年）7月5日新報190号11頁）。竹田省は、共同手形行為に「此法則を適用せざるべき何等の理由も存せぬ¹³⁶」と説いたが、学説は、共同手形行為に同条同項が適用されないと解するのが多数説である。共同手形行為の場合、各行為者は、同一内容の手形債務を独立して負担するものと解されるから、その性質上、同条同項は共同手形行為に適用がないものと解されている¹³⁷。

債務者A・Bの2名のうち、債務の発生原因がA1人にとって商行為である場合に、両者の債務が連帯債務となるということは、Bにとってその行為を商行為とすることを意味するものではない¹³⁸。したがって、Bの負担する債務に、商事法定利率（商514）や商事消滅時効（商522）の適用

133 大隅・注(21)前掲37頁。

134 同前、平出・注(3)前掲128頁、西原・注(13)前掲131頁。

135 大隅・同前132頁、平出・同前、西原・同前、小町谷・注(20)前掲53頁、大隅・注(21)前掲38頁。

136 竹田・注(72)前掲17頁。

137 平出・注(3)前掲128-129頁、西原・注(13)前掲131頁、小町谷・注(20)前掲53頁、石井・注(32)前掲17頁。

138 服部・注(12)前掲171頁。

があるか否かは、商法 511 条 1 項のみでは決定しえない。しかし、商法 3 条 2 項により、B にも商法が適用されるので、結果的に、A・B 双方にとって商行為によって生じた債務と同一の取扱いがなされるということになる¹³⁹。

連帯債務となることが認められた判例として、古くは共同運送業者が負担した傭船料の立替支払いを他人に委任した場合における償還義務がある(大判明治 42 年 (1909 年) 2 月 5 日民録 15 輯 46 頁)。平成の判例として、建築工事の請負を目的とする会社が共同企業体を結成して、その企業体が事業を行うため第三者に対し債務を負担した場合における共同企業体の構成員たる会社の債務がある(最判平成 10 年 (1998 年) 4 月 14 日民集 52 巻 3 号 813 頁)。

なお付言すれば、民事上の債務に数人の債務者がある場合も、連帯の特約を付すのが常態となっており、分割債務主義という民法の原則そのものが意義を失いつつあるのが実態である。

5 - 3. 保証人の連帯

民法は、別段の意思表示がない限り、保証は単純保証であって、保証人は催告の抗弁(民 452) および検索の抗弁(民 453) を有するとしている。また、数人の保証人がある場合には、分別の利益(民 456) をも有するとしている。これら保証人に与えられた利益は、企業取引上、債権者の権利行使の確実性・利便性にとって 1 種の障壁となる。それゆえ商法は、保証人がある場合に、債務が主たる債務者の商行為によって生じたものであるとき、または、保証が商行為であるときは、主たる債務者および保証人が各別の行為によって債務を負担したときであっても、その債務は各自連帯してこれを負担すべきものと規定した(商 511)。ただし、この規定は

139 平出・注 (3) 前掲 129 頁、小町谷・注 (20) 前掲 53 頁。大隅・注 (21) 前掲 38 頁。

任意規定であり、反対の特約を妨げない¹⁴⁰。

この規定が適用される第1の場合、債務が主たる債務者の商行為によって生じたときである。主たる債務者が商人である必要はない¹⁴¹。しかし、債権者のためにのみ商行為である一方的商行為によって生じた債務には適用されない¹⁴²。その債務が主たる債務者の商行為によって生じた債務と同一性を有する限り、それ自体直接商行為によって生じたことは必要でない¹⁴³。

手形上の債務は、商行為によって生じた債務であるが(商501)、これを手形外において保証しても商法511条2項の適用がないというのが、有力説である。手形外の保証によって手形関係に影響を及ぼすことは手形の性質に反すると説かれたり¹⁴⁴、手形上の法律関係はまず手形法の定めるところによってこれを決することを要し、もし両者間に連帯関係を認めれば、手形取引の安全を害する(たとえば民434参照)と説かれる¹⁴⁵。手形保証(手30)は、手形に関する行為として、商法511条2項の埒外にある¹⁴⁶。

この規定が適用される第2の場合、保証が商行為であるときである。たとえば、納税義務者Aが相続税の延納を申し出る場合、国に対する債務は、もとより商行為によって生じた債務ではない。この場合には、确实な者の保証を条件に延納が認められるため、Aの依頼に基づき、B銀行がこの債務を保証することがある。これは「支払承諾取引」という銀行の固有業務であるから、B銀行にとって営業的商行為となる。この例は、商人がその営業のために保証をなす場合に該当し、商法511条2項が適用される典型例である。

140 平出・同前131頁。

141 西原・注(13)前掲133頁、小町谷・注(20)前掲55頁。

142 各同前。

143 大隅・注(21)前掲38頁。

144 西原・注(13)前掲133頁。

145 小町谷・注(20)前掲54頁。

146 田中・注(76)前掲32頁参照。

上の例は、「保証をする行為が商行為である場合」であり、これに商法 511 条 2 項が適用されることについては異論を見ない。

それでは、「保証をさせる行為が商行為である場合」に、同条同項の適用はあるか。換言すれば、保証をさせることが債権者のために商行為である場合を同条同項の適用範囲に含めるか、ということである。これを具体例に転換すれば、A が、自己の住宅の買入資金を B 銀行から借り入れる場合、B 銀行の貸付行為は、銀行の固有業務であって、商人の営業的商行為に当たる。当該 A の債務を非商人である C が保証するとき（B 銀行が C に保証させるとき）、B C 間の保証契約は、債権者 B にとって附属的商行為となる。この C の保証債務に、同条同項の適用はあるかという問題である。

古くは、「保証が商行為であるとき」とは、「保証が保証人または債権者のいずれかにとって商行為であれば足りる」というのが通説であった¹⁴⁷。判例もまたこの立場であった（大判昭和 14 年（1939 年）12 月 27 日民集 18 卷 1681 頁）。したがって、この立場によれば、上述の C の保証債務にも、商法 511 条 2 項は適用されることになる。

しかし、上のような見解に対し、非商人がたまたま商人の債務についてなした保証にまで連帯性を認めることは、商人の営業債務に関する責任を厳化してその信用を重視するという立法趣旨を超えるのみならず、債務者側の商行為性のみを問題とする商法 511 条 1 項や同条 2 項前半部の規定とも調和しないとの批判が加えられ¹⁴⁸、現在にあっては、商法 511 条 2 項にいう「保証が商行為であるとき」には、「保証が債権者にとって商行為であるとき」を含まないと解する立場が通説となっている¹⁴⁹。

保証人が数人ある場合に、主たる債務者と各保証人との間に連帯関係が生じることは、商法 511 条 2 項の文言から明らかであるが、保証人相互の

147 小町谷・注 (20) 前掲 55 頁、大隅・注 (21) 前掲 38 - 39 頁、石井・注 (32) 前掲 18 頁、竹田・注 (72) 前掲 18 頁。

148 西原・注 (13) 前掲 133 頁。

149 平出・注 (3) 前掲 132 頁。

間に連帯関係が生じるか否かは、必ずしも明らかではない。しかし、保証人相互の間にも連帯関係を生じると解するのが通説である¹⁵⁰。判例も早い時期からこの見解を採る（大判明治44年（1911年）5月23日民録17輯320頁、大判昭和15年（1940年）9月21日民集19巻20号1701頁）。

なお、商法511条2項中に、「主たる債務者及び保証人が各別の行為によって債務を負担したときであっても」との文言があるが、主たる債務者が負担する債務と保証人が負担する債務とは元来が別個の行為によって生じるものであるから、この文言は無意味であるとの指摘がある¹⁵¹。

5 - 4. 流質契約の許容

民法349条は、いわゆる流質契約を禁じている。しかし、庶民金融の法であって債務者保護が最も必要とされるはずの質屋営業法（昭和25年（1950年）法律第158号）ですら、その19条において流質契約を認めており、今日、民法の原則は実効性の乏しいものとなっている¹⁵²。さらには、譲渡担保の利用により、もはや民法349条は、有名無実化しているといえる。

商法515条は、商行為によって生じた債権を担保するために設定した質権について、流質契約を許容している。商人は経済人として合理的に判断し、かつ自衛能力を有する者であるから、民法349条のごとき法の後見的作用を必要とせず、むしろ流質契約を認めることが商人に金融の便を与えることになるため、商法は、この点における契約の自由に対する制限を排除し、流質契約によって、債権担保を強化することを認めたのである¹⁵³。

ここに「商行為によって生じた債権」とは、債権者または債務者のいずれか一方のためにのみ商行為たる行為によって生じた債権であると解する

150 同前、西原・注(13)前掲133頁、小町谷・注(20)前掲55頁、大森・注(32)前掲170頁、田中・注(76)前掲32頁、

151 大森・同前、田中・同前。

152 田邊・注(2)前掲185頁参照。

153 平出・注(3)前掲150頁参照。

のがかつての通説であった¹⁵⁴。これに対し、商法 515 条の立法趣旨に鑑みれば、この規定は、債務者が商人であるために債務者にとって商行為となる行為によって生じた債権についての規定であって、質権設定契約も債務者にとって商行為であることを要するものと解すべきであるとの主張も有力に展開されている¹⁵⁵。後説が、今日にあっては、むしろ多数説といえよう。

後説に従えば、以下のようなになる。いま、非商人 A がその子の大学進学費用を B 金融会社から借り入れた場合、B にとって、当該融資は商行為になるから、この債権は、B (債権者) にとって商行為から生じた債権といえる。これを被担保債権として A B 間に質権設定契約が交わされたとき、被担保債権は A (債務者) にとっては、商行為から生じた債権ではないのであるから、流質契約は禁じられる。

上の結論は妥当であろうか。A は商人 B の資金から金融の便を受ける方法を選択したのであるから、そうであるからには、多少の不利を忍ぶのもやむをえないのではないか。むしろ金融取引に無用の拘束を加えることの方が国民経済的見地からいっても望ましくないといえるのではないか。田邊光政が説くように、今日の多数説の考え方は、金融取引をゆがめる原因となりかねない¹⁵⁶。かつての通説を正当と考える。

5 - 5. 商人間の留置権

5 - 5 - 1. 緒言

商法が規定する留置権に関しては、すでに代理商の留置権 (第 2 帖第 5 章 4 - 1 - 2 - 4) および問屋の留置権 (第 2 帖第 5 章 4 - 4 - 4 - 2) について述べた。この他、商法は、その業態に応じて、運送取扱人 (商 562) ・

154 西原・注 (13) 前掲 134 - 135 頁、小町谷・注 (20) 前掲 59 頁、石井・注 (32) 前掲 19 頁。

155 平出・注 (3) 前掲 150 - 151 頁、近藤・注 (10) 前掲 130 頁、大隅・注 (21) 前掲 40 - 41 頁。

156 田邊・注 (2) 前掲 186 頁参照。なお、青竹・注 (33) 前掲 122 頁。

陸上物品運送人（商 589 562）・海上物品運送人（商 753 ）のそれぞれについて、留置権を認めている。これらの留置権は、業態と関係のない商人間に認められる商人間の留置権（商 521）とともに、広義で「商事留置権」と称される。最後に挙げた商人間の一般的留置権を「狭義の商事留置権」と称することがある。

ここでは、いわゆる狭義の商事留置権について考究する。

民法上の留置権は、その淵源をローマ法上の悪意の抗弁（*exceptio doli*）まで遡ることができるが、民法研究者の柚木馨（1902～1965）・高木多喜男（1930～ ）によれば、わが民法の留置権は、おそらくフランスの判例・学説を倣ったものであると推測されている¹⁵⁷。これに対し、商人間の留置権の起源については、竹田省が以下のように述べている。すなわち、「商人相互間に於ては信用にて取引する必要が頻繁に存在する。然るに一々必要な担保の設定を求めることは事実上不能且不適當たるを免れない。故に既に中世のイタリアに於ては、債権者たる一方は相互間の取引関係に於て相手方のために占有するに至りたる相手方の物品の上に一種の担保権を有するものとせられることになった¹⁵⁸。」つまり、中世イタリアの商業都市における商慣習から発達した制度が商人間の留置権である。よって、商人間の留置権は、民法上の留置権とはまったく起源が異なるものである。平出慶道によれば、わが商法の商人間留置権は、ドイツ商法を継受したものとされている¹⁵⁹。

5 - 5 - 2. 被担保債権

商法 521 条本文は、「商人間においてその双方のために商行為となる行為によって生じた債権が弁済期にあるときは、債権者は、その債権の弁済を受けるまで、その債務者との間における商行為によって自己の占有に属

157 柚木馨：高木多喜男『担保物権法（新版）』（有斐閣・1973年）12頁参照。

158 竹田・注（72）前掲 27頁。

159 平出・注（3）前掲 139頁。

した債務者の所有する物又は有価証券を留置することができる。」と規定している。

商人間の留置権が成立しうるためには、被担保債権について、その当事者双方が商人であること、当事者双方のために商行為たる行為（双務的商行為）によって生じたこと、弁済期が到来したものであること、のすべてが要件となる。

債権者・債務者双方が必ず商人たることを要するとともに、これをもって足りる。商人たる資格は、債権発生の際に存することを要するものの、留置物の取得の時までその資格が存続することを要しないとする説があるが¹⁶⁰、商法 521 条の文脈上、債権者に留置物の占有を取得せしめる原因となった行為がなされる時に商人資格を必要とすると解するのが¹⁶¹、素直な解釈であると思われる。

非商人に対する債権・債務や、また商人間の債権・債務であってもその双方または一方にとって商行為でない行為によって生じた債権・債務にはこの留置権は認められないので、商人が他人から譲り受けた債権や引き受けた債務のために、この留置権は認められない¹⁶²。これらの債権・債務は、債権者と債務者との間の取引によって生じたものではないからである¹⁶³。また、第三者から譲り受けた債権を除外しないと、債務者の所有物を占有する者が、その債務者に対して第三者が有する債権を譲り受け、これによって人為的に物の占有と債権とを結合して、留置権を創出することが可能になってしまうからである¹⁶⁴。

商法 521 条本文は、双務的商行為による債権にして、初めて、純粹にその当事者間の商取引によって生じるものというべく、この種の債権を特別の担保権によって保護しようとする趣旨に出たものと観察できる¹⁶⁵。した

160 小町谷・注 (20) 前掲 61 頁。

161 平出・注 (3) 前掲 140 頁。

162 大森・注 (32) 前掲 179 - 180 頁。

163 青竹・注 (33) 前掲 126 - 127 頁。

164 同前 127 頁、小町谷・注 (20) 前掲 62 頁。

165 小町谷・同前参照。

がって、商人間における行為とは、商人が営業・事業としてなす行為および営業・事業のためになす行為をいう¹⁶⁶。被担保債権は、したがって、上のような取引行為から生じるわけである。

ただし、相続・合併など、債権者の地位を包括的に承継する場合は、この限りではない。すなわち、被担保債権が「商人間の取引行為から生じた」との例外をなす。そうでなければ、たとえば債権者は債務者の相続人に対し、また債権者の相続人は債務者に対し、いずれも留置権を行使できないという不合理な結果となるからである¹⁶⁷。営業・事業の譲渡の場合も同様である。また、債権が物の占有とともに移転される場合も、留置権の消滅は生じないと解される¹⁶⁸。

さらに、商人の作成に係る指図証券および無記名証券上の債権については、その債務者において、常にその証券の所持人に対して直接に債務を負担する意思を有するものと解すべきであるから、何人からこれを取得したかを問わず、商人が他者から証券を譲り受けたのであれば、債務者たる商人との商行為により債権を取得したものと解して、留置権の成立を認めるのが多数説である¹⁶⁹。

債権が弁済期にあることを要するのは、当然のことである。留置物の占有取得の時に弁済期が到来していることを要しないのもまた当然のことである。

なお、被担保債権は必ずしも金銭債権に限られない。所有権に基づく物の返還請求権のごとき物権的請求権も含まれる¹⁷⁰。

上述の ないし の要件が備わる限り、被担保債権は、留置しようとするその目的物に関して発生した債権であること（すなわち、留置物と被担

166 平出・注(3)前掲140-141頁。

167 西原・注(13)前掲136頁。

168 同前、竹田・注(72)前掲30頁。

169 西原・同前、竹田・同前、小町谷・注(20)前掲62頁、石井・注(32)前掲27頁。

170 竹田・同前、平出・注(3)前掲143頁。

保債権との直接の牽連関係)を必要としない。この点が、民法上の留置権と決定的に異なる。

5 - 5 - 3. 目的物

目的物に係る商人間の留置権成立の要件は、目的物はその債務者所有の物または有価証券であること、その債務者との間における商行為によって当該目的物が債権者の占有に帰したこと、の双方を満たさなければならない。

「物」につき、石井照久や田中耕太郎は、これを「動産」の意に解しているが¹⁷¹、実際の適用は少ないにしても、条文の文言上、不動産を除外する理由はない¹⁷²。

商法 521 条は、目的物に「債務者の所有する」という要件を付している。民法においては、このような要件を必要としないのに、商人間の留置権にのみ、何故にかかる要件を認めたのか、その理由は定かでない。小町谷操三は、債権と留置物との牽連関係を必要としないことに対する緩和の意味であろうか、とその趣旨を推測している¹⁷³。竹田省は、たとえば買主がいったん買い取った物品（したがって所有権を取得した物品）につき、後に適法にその契約を解除したがためにその物品を再び売主に返還すべき場合、または債権者が第三者から自己の名をもって物品を取得し、さらにこれを債務者に引き渡すべき義務を負うがごとき場合には、債権者は留置権を行使しえなくなるが¹⁷⁴、これは不都合であるとして、立法の不備を攻撃している。

竹田の挙げた第 1 の例に関しては、大隅健一郎が、「買主が一旦買取つて所有権を取得した物の所有権が後にその契約が解除されたため売主に復帰したような場合（契約の解除により所有権が当然に売主に復帰するか否

171 石井・注 (32) 前掲 27 頁、田中・注 (76) 前掲 42 頁。

172 西原・注 (13) 前掲 138 頁脚注 (5)。

173 小町谷・注 (20) 前掲 63 頁。

174 竹田・注 (72) 前掲 31 頁。

かには問題があるが)には、債権者たる買主はその物につき留置権を行うことをうるであろう¹⁷⁵と反駁を加えている。平出慶道はこれを補強して、このような場合は、債権者がその所有物を債務者に譲渡する場合と異なり、債務者から所有権とともに占有を取得した後に所有権が債務者に復帰すれば、これにより成立要件を充たしうるものであって、債権者たる買主はその物について留置権を行使しうるものと解しえよう¹⁷⁶と述べている。当然の反駁であろう。

竹田の挙げた第2の例に関しても、平出慶道が、わが国においては、取次ぎの場合には物品の所有権は債権者(受託者)の移転行為を要せずに債権者と債務者(委託者)との内部関係においては債務者に帰属するものと解すべきであるから、債権者は、問屋(商557 31)でなくても、債務者との間の商行為たる取次委託契約によって占有を取得した物品について、債務者に対して留置権を行使しうるものと解しえよう¹⁷⁷と反論している。これもまた正当な反論であろう。

竹田の論拠が崩されることと、商法521条の立法の当否の問題とは、もちろん別異である。債権者が善意の場合であっても、第三者の所有物品である限り留置権を認めないと立法は、民法上の留置権(民295)に、「債務者の所有する」との要件がないのと比べても窮屈に過ぎる嫌がある¹⁷⁸。

なお、目的物が債務者の所有に属することは留置権の成立要件であって存続要件ではないから、いったん成立した留置権は成立後の目的物の所有権の移転によって消滅しないものと解すべきである¹⁷⁹。

目的物が債務者との間の商行為によって債権者の占有に帰したというのは、債権者による占有取得の「原因」が当事者間の商行為にある(当事者

175 大隅・注(21)前掲48頁。

176 平出・注(3)前掲144頁。

177 同前144-145頁。

178 西原・注(13)前掲137頁。

179 平出・注(3)前掲145頁。

間の商行為が原因となって、債権者が占有を取得した) という意味であって、取得行為自体が商行為であることを要する趣旨ではない¹⁸⁰。したがって、占有自体は第三者から取得した場合であっても差し支えない。たとえば、寄託契約に基づき債権者に物が引き渡された場合には、当該寄託契約が債務者との間の商行為であれば足り、その物の引渡し自体は第三者からなされたものであってもよい¹⁸¹。

「債務者との間における商行為」とは、その商行為が当事者のいずれにとって商行為たるかは問うところではないとする¹⁸²のが古くは有力説であったが、本来商事留置権は、商人間の取引を一体的に考えて、その取引上の債権のために債権者の占有に帰した物または有価証券の上に認められるものであるから、債権者のために商行為たることを要するとともに、それで足りると解すべきであるとするのが現在の趨勢であろう¹⁸³。しかし、商人間における継続的な信用取引においては、互いに、他の一方に対する債権は、その者が占有する相手方の所有物によって担保されている、すなわち、当事者双方の「営業上の取引から得られた債権」は、双方の「営業上の取引から得られた物」によって担保されている（このような意味で、債権と物には、いわばゆるやかな牽連性が要求される）と観る限り、債権者に目的物を占有させる原因となった行為も、商人間の双方向的商行為でなければならぬと解すべきであろう¹⁸⁴。

民法 180 条によれば、占有は、自己のためにする意思をもって物を「所持」すれば足りるが、「所持」とは、人が物について事実上の支配をしていることが社会通念上認められるような人対物の客観的関係をいうとされ

180 同前、小町谷・注 (20) 前掲 63 頁、西原・注 (13) 前掲 137 頁、大隅・注 (21) 前掲 48 頁、石井・注 (32) 前掲 27 頁。

181 大隅・同前。

182 小町谷・注 (20) 前掲 63 頁。

183 田邊・注 (2) 前掲 192 頁、西原・注 (13) 前掲 137 頁、大隅・注 (21) 前掲 48 頁、竹田・注 (72) 前掲 32 頁。

184 青竹・注 (33) 前掲 127 頁参照。

る（大判昭和15年（1940年）10月24日新聞4637号10頁）。債権者が取得すべき商法521条の「占有」もこの解釈でよい。占有は、債務者が直接占有を有する場合を除いて、間接占有で足りる¹⁸⁵。

5-5-4. 特約による留置権の排除

当事者は、「別段の意思表示」によって、留置権を排除することができる（商521ただし書）。商法研究者は、特約による排除の定めのない民法上の留置権についても、同様に解するから¹⁸⁶、この点は単なる注意規定にすぎないとされている。

5-5-5. 商事留置権の効力

5-5-5-1. 一般的効力

商人間の留置権を含め、商事留置権の効力については、商法上別段の定めがないから、民法の一般規定に従うことになる。すなわち、留置権者は、債権の弁済を受けるまで目的物を留置し（民295）、留置物から生じる果実（天然果実・法定果実）を収取し、そこから優先的に債権を回収することができる（民297）。しかし、留置権者には、一般的な優先弁済権は認められない。

留置権者には、民事執行法195条に依拠して、「形式競売」と称される競売権が認められる。商事留置権者が形式競売手続を執り、目的物を換価したとき、目的物は債務者所有の物または有価証券であるわけであるから、債務者に対し、形式競売による換価代り金返還債務を負うことになる。当該換価代り金は、実質上、留置目的物の価値変形物ではあるが、民法上、留置権に物上代位性を認めうる根拠がないからには、上のような返還債務の発生を肯定せざるをえない。しかし、債権者は、この返還債務と被担保

185 平出・注(3)前掲145頁。

186 西原・注(13)前掲137頁、小町谷・注(20)前掲63頁、大隅・注(21)前掲49頁。

債権とを相殺することによって、事実上優先弁済を受けることができよう¹⁸⁷。

形式競売を行う留置権者の上のような相殺期待権は、合理性があるものとして、保護に値する。目的物を留置する権利は、何人に対しても主張しうるから、たとえ他の債権者が留置目的物たる動産を競売に付すことを試みても、留置権者は、目的物の引渡しを拒みうるので、競売手続自体を止めることのできる地位を有する（民執 124）。競売目的物の引渡しを受けるためには、留置権者に弁済しなければならない。目的物が不動産であれば、他の債権者による差押え・競売の手続は進行するものの、競売によって留置権は消滅せず、競落後、買受人は被担保債権の弁済をしなければ不動産の引渡しを受けられない（民執 59、188）¹⁸⁸。このような留置権者の地位に鑑みれば、形式競売にあっても、留置権者の有する相殺期待権は、他の債権者の配当加入権に優先すると解しうるであろう。

留置目的物が有価証券、ことに手形である場合、留置権者は、自ら手形を取り立てることができるか。これは、民法 298 条 2 項ただし書の趣旨から、その「保存に必要な」権利行使として、留置権者が、留置権に基づいて、支払呈示・手形金の受領・償還請求などを行うことは可能であると解する。留置権者が手形代り金を取得した場合、本来、留置権には物上代位性が認められないのが原則であるが、この代り金は、法がとくに「保存に必要な」権利行使を留置権者に認め、留置権者が、客観的に観て適正に権利を行使した結果、留置権者の手に帰したものであるから、例外的に留置的効力の存続を認め（特定可能である限り例外的に物上代位性を許容し）、留置権者において、当該取立代り金を留置しうるものと解したい。

5-5-5-2. 債務者に対する破産手続開始の決定と商事留置権

債務者に破産手続開始の決定があった場合、破産手続開始の決定の時点において破産財団につき存する民法上の留置権は、破産財団に対してはそ

187 内田貴『民法（第3版）』（東京大学出版会・2011年）503頁。

188 同前。

の効力を失う（破 66 ）。したがって、民法に基づく留置権の目的物は、破産管財人からの引渡請求に応じなければならなくなる。他方、商事留置権は、特別の先取特権とみなされ（破 66 ）、それは別除権（破 65 ）となる。別除権は、破産手続によらないで行使できる（破 65 ）。

破産手続開始の決定によって特別の先取特権とみなされた商事留置権の留置的効力が決定後も存続するか否かに関し、かつて、旧破産法（大正 11 年（1922 年）法律第 71 号）の下で争いがあった。この点に関し、銀行が、破産宣告を受ける前の会社から、手形割引を実行するかどうかの判断を留保のうえ預っていた手形につき、破産宣告後に破産会社の破産管財人からその返還を求められた事件において、最高裁平成 10 年（1998 年）7 月 14 日判決民集 52 巻 5 号 1261 頁は、以下のように判示して、手形に対する商事留置権の留置的効力は、債務者が破産宣告を受けたことによって消滅しないと判断を示した。すなわち、「破産財団に属する手形の上に存在する商事留置権を有する者は、破産宣告後においても、右手形を留置する権能を有し、破産管財人からの手形の返還を拒むことができるものと解するのが相当である。けだし、破産法 93 条 1 項前段〔現在の破 66 〕は、「破産財団ニ属スル財産ノ上ニ存スル留置権ニシテ商法ニ依ルモノハ破産財団ニ対シテハ之ヲ特別ノ先取特権ト看做ス」と定めるが、「之ヲ特別ノ先取特権ト看做ス」という文言は、当然には商事留置権者の有していた留置権を消滅させる意味であるとは解されず、他に破産宣告によって右留置権能を消滅させる旨の明文の規定は存在せず、破産法 93 条 1 項前段〔現在の破 66 〕が商事留置権を特別の先取特権とみなして優先弁済権を付与した趣旨に照らせば…破産管財人に対する関係においては、商事留置権者が適法に有していた手形に対する留置権能を破産宣告によって消滅させ、これにより特別の先取特権の実行が困難となる事態に陥ることを法が予定しているものとは考えられないからである。」

現行破産法は、その 186 条において、破産管財人に商事留置権を含む担保権消滅の許可の申立手続を規定するとともに、とくにその 192 条において、商事留置権の消滅に係る規定を整備している。これらの規定は、債務

者に破産手続開始の決定があった後も、商事留置権の留置的効力が存続することを前提とした規定である。おそらく現行破産法は、上の最高裁判決の立場を容れて立法されたのであろう。

なお、銀行が、債務者から手形の取立委任を受け、それによって手形を占有し、商事留置権を取得後に、債務者が破産手続開始の決定を受けた場合であっても、銀行は、旧銀行取引約定書（全国銀行協会連合会の作定に係る「同ひな型」は、平成12年（2000年）4月に廃止されているが、銀行は、実質的に同ひな型を承継した約定書を大筋で維持している）4条4項¹⁸⁹に基づく任意処分権限を、あらかじめ債務者との間で約定している。銀行が、別除権の実行方法として、この約定書に依拠できるかに関し、上の平成10年（1998年）最高裁判決は、以下のように述べてこれを肯定した。すなわち、「[銀行取引約定書4条4項]の定めは、抽象的、包括的であって、その文言に照らしても、取引先が破産宣告を受けて銀行の有する商事留置権が特別の先取特権とみなされた場合についてどのような効果をもたらす合意であるのか必ずしも明確ではない上、右特別の先取特権は、破産法93条1項後段[現在の破66]に定めた他の特別の先取特権に劣後するものであることにもかんがみれば、銀行が動産又は有価証券に対して特別の先取特権を有する場合において、一律に右条項を根拠として、直ちに法律に定めた方法によらずに右目的物を処分することができるということとはできない」と解しつつ、「支払期日未到来の手形についてみた場合、その換価方法は、民事執行法によれば原則として執行官が支払期日に銀行を通じた手形交換によって取り立てるものであるところ（民事執行法192

189 旧銀行取引約定書ひな型4条4項は、以下の内容である。「貴行に対する債務を履行しなかった場合には、貴行の占有している私の動産、手形その他の有価証券は、貴行において取立または処分することができるものとし、この場合もすべて前項に準じて取り扱うことに同意します。」なお、同条3項は、以下のとおりである。「担保は、かならずしも法定の手続によらず一般に適当と認められる方法、時期、価格等により貴行において取立または処分のうえ、その取得金から諸費用を差し引いた残額を法定の順序にかかわらず債務の弁済に充当できるものとし、なお残債務がある場合には直ちに弁済します。」

条、136条参照)、銀行による取立ても手形交換によってされることが予定され、いずれも手形交換制度という取立てをする者の裁量等の介在する余地のない適正妥当な方法によるものである点で変わりがないといえる。そうであれば、銀行が右のような手形について、適法な占有権限を有し、かつ特別の先取特権に基づく優先弁済権を有する場合には、銀行が自ら取り立てて弁済に充当し得るとの趣旨の約定をすることには合理性がある。この判旨は、代金取立手形ないし手形割引実行前の預り手形に関し、旧銀行取引約定書4条4項に基づく処分権を、破産法185条1項所定の任意処分権限と認める趣旨を含意するものと読み取ることができる(別除権の実行方法として、「適正妥当な方法」という縛りがある点は留意されるべきであろう)。

5-5-5-3. 代金取立手形を目的物とする商事留置権と債務者に対する民事再生手続開始の決定

銀行が、債務者から取立委任を受けた手形(代金取立手形)について商事留置権を取得した後に、債務者に民事再生手続が開始された場合、当該商事留置権者たる銀行は、どのような行動を許されるのか。

民事再生法(平成11年(1999年)法律第225号)53条1項によれば、商事留置権は別除権とされるが、商事留置権自体の内容は民事再生手続によって変容を来すことはない。また、民事再生法には、破産法66条1項に相当する規定がないので、留置権が特別の先取特権とみなされることもない。よって、銀行は、当該手形の上に留置的効力を主張しうるにとどまる。ここまでは問題がない。

問題は、銀行が当該代金取立手形を取り立てのうえ、銀行取引約定書に依拠して、取立代り金を自己の有する債権に弁済充当しうるか否かである。上述の平成10年(1998年)最高裁判決は、破産法に基づき優先弁済権の付与された別除権につき銀行が任意処分権限を有すると構成したものであるから、この問題とは別個の問題である。

この問題を正面から扱った判例がある。最高裁平成23年(2011年)12月15日判決金商1387号25頁がこれである。X社から取立委任を受けた

代金取立手形につき商事留置権を有するY銀行が、X社の民事再生手続開始後に当該手形を取り立て、銀行取引約定書に依拠して、Y銀行の再生債権に充当したことにつき、X社が、Y銀行に対し、不当利得返還請求権に基づく取立代り金の返還を請求した事件である。主たる争点は以下の2点である。第1は、取立委任を受けた代金取立手形についての商事留置権を根拠に、手形取立代り金の上に留置的効力が及ぶのかという点である。第2は、取立代り金を法定の手続によらず銀行取引約定書に依拠して被担保債権に充当することが、民事再生法上も許されるのかという点である。

最高裁は、以下のように判示した。まず、第1の点であるが、「留置権は、他人の物の占有が被担保債権の弁済を受けるまで目的物を留置することを本質的な効力とするものであり（民法295条1項）、留置権による競売（民事執行法195条）は、被担保債権の弁済を受けないままに目的物の留置をいつまでも継続しなければならない負担から留置権者を解放するために認められた手続であって、上記の留置権の本質的な効力を否定する趣旨に出たものでないことは明らかであるから、留置権者は、留置権による競売が行われた場合には、その換価金を留置することができるものと解される。この理は、商事留置権の目的物が取立委任に係る約束手形であり、当該約束手形が取立てにより取立金に変じた場合であっても、取立金が銀行の計算上明らかになっているものである以上、異なることはないというべきである。したがって、取立委任を受けた約束手形につき商事留置権を有する者は、当該約束手形の取立てに係る取立金を留置することができるものと解するのが相当である」と判示している。

第2の点については、取立金の留置を前提に、「会社から取立委任を受けた約束手形につき商事留置権を有する銀行は、同会社の再生手続開始後に、これを取り立てた場合であっても、民事再生法53条2項の定める別除権の行使として、その取立金を留置することができることになるから、これについては、その額が被担保債権の額を上回るものでない限り、通常、再生計画の弁済原資や再生債務者の事業原資に充てることを予定し得ないところであるといわなければならない」とし、「上記取立金を法定の手続

によらず債務の弁済に充当できる旨定める銀行取引約定は、別除権の行使に付随する合意として、民事再生上も有効であると解するのが相当である」と判示したのである。

判例の判旨の流れは、手形取立代り金を銀行が留意しうるからには、当該代り金がそもそも再生債務者の再生計画実行のための原資となることが予定されておらず、したがって、銀行が取立代り金の範囲内において別除権者として任意弁済を受けることは、(他の再生債権者の利益を勘案しても)民事再生手続を阻害するものではない、と読み取れよう。

不侵は、商事留置権の目的物が代金取立手形である場合、結論的には、留置権者による手形取立代り金の上に留置的効力を認めるのであるが、先に述べたように(本章5-5-5-1)、あくまでも本則は留置権には物上代位性が認められないのであって、手形取立代り金の上に例外的に留置的効力を認める根拠を民法298条2項ただし書の趣旨に求めるものである。よって、留置権一般について付言すれば、形式競売(民執195)の趣旨は判例のいう通りであるが、競売後の換価金の上に留置的効力は及ばないというべきである。ただし、繰り返し述べるように、手形取立代り金の上に留置的効力が及ぶとの前提に立つ限り、判例の判旨の第2の点には賛成である。銀行と再生債務者間の特約は、民事再生法上も有効である。

6. 商事債権の消滅に関する規定

6-1. 債務履行の場所

民法484条によれば、弁済をすべき場所について別段の意思表示がなければ、特定物の引渡しは債権発生時にその物が存在した場所において、その他の弁済は債権者の現在の住所において、それぞれなすことが要求されている。他方、商法516条1項によれば、商行為によって生じた債務の履行の場所が、その行為の性質または当事者の意思表示によって定まらないときは、特定物の引渡しは、その行為の時にその物が存在した場所において、その他の債務の履行は、債権者の現在の営業所(営業所がない場合にあっては、その住所)において、それぞれなすことが要求されている。

商法 516 条 1 項は、広く「商行為によって生じた債務」と規定し、特段の制限を設けていないから、当事者の双方または一方が商人であることを要しないし、双方向的商行為・一方的商行為を含むとともに、債権者または債務者のいずれか一方にとって絶対的商行為となる行為にも適用されよう¹⁹⁰。

特定物の引渡しに関する上記民商法の規定を比較すると、民法は、「債権発生の時」その物の存在した場所となっているのに対し、商法は、「行為の時」にその物の存在した場所とされている。多くの場合、債権は行為とともに発生するのが原則であるから、結果的には、両者に実質上の差異はない。ただ、停止条件付または始期付法律行為の場合には、例外的に差異を生じることになる¹⁹¹。ここに差異を生じる点については、特別の合理性が認められないとの批判がある¹⁹²。商法研究者の多くは、立法論としては、行為の当時に予見しうべき場所で引き渡すのが合理的であるとして、両法を統一し、商法の主義を採るべきであるとしている¹⁹³。

特定物の引渡し以外の履行場所につき、別段の意思表示がなければ、民法では、原則として債権者の現在の「住所」とされているのに対し、商法では、債権者の現在の「営業所」として、企業本位の立場から、債権者の現在の営業所を住所に優先させている¹⁹⁴。営業所が存在しない場合にはじめて、債権者の現在の住所が履行場所となる。とはいえ、民法・商法ともに、持参債務を原則とする点では共通の法政策を採っている。

平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 516 条は、その 3 項において、「支店ニ於テ為シタル取引ニ付テハ其支店ヲ以テ営業所ト看做ス」との規定を設けていたが、同年改正後商法 516 条は、同 3 項を削除している。商法旧 516 条 3 項の下で、この「支店」という文言は、「従たる営業所」の意に

190 平出・注 (3) 前掲 152 頁参照。

191 同前 153 頁、西原・注 (13) 前掲 140 頁、小町谷・注 (20) 前掲 57 頁。

192 各同前。

193 各同前。

194 西原・注 (13) 前掲 141 頁。

解されていた¹⁹⁵。この解釈を前提とすれば、商法旧 516 条 3 項は、その支店が履行の場所であるということの意味していたにすぎないと思われる。3 項が削除されたとはいえ、債権者が複数の営業所（商法総則上の営業所の実質を備えた営業所、第 2 帖第 5 章 2 - 2、2 - 3）を有する場合に、その 1 営業所で取引がなされたときは、当該営業所が債務の履行場所となろう。当該営業所が廃止され、その業務を承継する営業所が存しない場合には、主たる営業所すなわち本店が履行の場所となるものと解される。この場合、これによって増加した弁済の費用は、債権者が負担する（民 485 ただし書）。

債権者が会社である場合、その本店・支店は、登記によって公示される（会 911、912、913、914、914、930）。これら本店または支店が、商法上の営業所の実質を備えておらなくても、会社は、これら本店・支店が営業所でないことを善意の第三者に対抗できない（会 908）。したがって、善意の債務者は、登記された会社の組織上の営業所において債務を履行しうる¹⁹⁶（第 2 帖第 5 章 2 - 5 - 1）。

商法 516 条 1 項は、履行と同一の効果を生ずる行為にも適用される。たとえば、相殺の意思表示も営業所に到達すれば足りる¹⁹⁷。

商法 516 条 1 項は、もとより任意規定である。したがって、履行の場所について、当事者の特約または商慣習があれば、これが商法 516 条 1 項に優先する（商 1）。

商法 516 条 2 項は、指図債権および無記名債権の弁済は、債務者の現在の営業所（営業所がない場合にあっては、その住所）においてこれをなすべき旨を規定している。「指図債権」および「無記名債権」という文言は、民法の講学上いわゆる証券的債権を指す表現であって、有価証券たる債権証券を、債権に着目して表現したものである。この種の債権では証券が流

195 大隅・注 (21) 前掲 37 頁参照。

196 平出・注 (3) 前掲 154 頁。

197 同前、西原・注 (13) 前掲 141 頁。

通するため、債務者はその履行をなすにつき何人が債権者が知りえないから、同条同項は、これを取立債務とする当然の規定である。

6 - 2. 債務履行の時間

商法 520 条は、法令または慣習により商人の取引時間の定めがあるときは、その時間内に限り、債務の履行またはその履行の請求ができるものとしている。

法令による取引時間の定めとして例示される代表的なものは、銀行法（昭和 56 年（1981 年）法律第 59 号）15 条である。同条 1 項は、「銀行の休日は、日曜日その他政令で定める日に限る。」と規定し、同条 2 項が、「銀行の営業時間は、金融取引の状況等を勘案して内閣府令で定める。」としている。同条 2 項の授權により、銀行法施行規則（昭和 57 年（1982 年）大蔵省令第 10 号）16 条が、その 1 項において「銀行の営業時間は、午前九時から午後三時までとする。」との原則を示している。同 2 項は、営業の都合により営業時間を延長することができる旨を規定し、同 3 項および 4 項が、営業時間の変更の特則を、同 5 項が外国に所在する営業所の営業時間を、それぞれ定めている。

もっとも、商法 520 条自体の定めは、一般の民事取引においても通常同一の結果を認めるべきものであり、単なる注意規定以上の意義を有さない。

商法 520 条もまた任意規定である。したがって、当事者が特約をなすことを妨げない。なお、取引時間外になされた弁済の提供であっても、債権者が任意にこれを受領し、それが弁済期日内であれば、債務者は、履行遅滞の責任を負わない（最判昭和 35 年（1960 年）5 月 6 日民集 14 巻 7 号 1136 頁）。また、取引時間外の請求に対し、債務者が任意にこれを履行することも差し支えない（大判昭和 6 年（1931 年）11 月 18 日法学 1 巻上 523 頁）。

6 - 3. 商事債権の消滅時効

民法 167 条 1 項は、債権の消滅時効期間を原則 10 年としている。これ

に対し、商法 522 条は、商行為によって生じた債権の消滅時効期間について、商法中に別段の定めがある場合を除いて、原則 5 年とし、他の法令に 5 年間より短い時効期間の定めがあるときは、その定めに従うものと規定している。ちなみに、明治 23 年 (1890 年) 旧商法 349 条は、「商事ニ於ケル債権ハ満期日ヨリ若シ此期日ノ定ナキトキハ其債権ノ生シタル日ヨリ六^か年ノ満了ニ因リテ時効^かニ罹ル但法律上此ヨリ短キ時効期間ヲ規定シタルトキハ此限ニ在ラス」と規定し、時効の起算点についても商法中に独自の定めを設けていた¹⁹⁸。明治 32 年 (1899 年) 商法 285 条 (昭和 13 年 (1938 年) 改正時に同 522 条に移動) は、これを 5 年間に短縮するとともに、時効の起算点は民法に委ねることとしたのである。

商事債権の消滅時効が短縮されているのは、企業取引の迅速結了主義の顕現であること、いうを待たない。しかし、民法においても、工事の設計・施工・監理を業とする者の工事に関する債権につき、3 年間の消滅時効 (民 170) が、生産者・卸売商・小売商人が売却した産物・商品の代価に係る債権、および、自己の技能を使い、注文を受けて、物を製作しまたは自己の仕事場で他人のために仕事をすることを業とする者の仕事に関する債権、につき、2 年間の消滅時効 (民 173) が、さらに、運送賃に係る債権、および、旅館・料理店・飲食店・貸席・娯楽場の宿泊料・飲食料・席料・入場料・消費物の代価・立替金に係る債権、につき、1 年間の消滅時効 (民 174) が定められており、加えて商法においても短期消滅時効が定められている (たとえば、商 566、567、615、626 など) ので、抽象的な 5 年の商事時効の適用範囲は比較的狭く、商行為たる消費貸借による債権のごときものを挙げうるにすぎない¹⁹⁹。

商法 522 条にいう「商行為によって生じた債権」には、文言上、特段の

198 なお、旧民法 (明治 23 年 (1890 年) 法律第 28 号) 証拠編 150 条は、「義務ノ免責時効ハ債権者カ其権利ヲ行フコトヲ得ヘキ時ヨリ三十个年間之ヲ行ハサルニ因リテ成就ス但法律上別段短キ期間ヲ定メ又ハ債権ヲ時効ニ罹ラサルモノト定メタルトキハ此限ニ在ラス」と規定していた。

199 西原・注 (13) 前掲 144 頁。

制限がないことから、債権がおよそ商行為によって生じれば足り、当事者の双方または一方が商人であることを要せず、双方向的商行為に限らず、一方的商行為をも含み、債権者にとって商行為であると、債務者にとって商行為であることを問わない²⁰⁰。いずれか一方にとって絶対的商行為となるにすぎない場合も含む²⁰¹。

「商行為によって生じた債権」には、特定の商行為の直接の効果として生じる債権だけでなく、立法趣旨から観て、当該債権の実質的な効力範囲と認むべき債権をも含む²⁰²。したがって、商行為によって生じた債務の不履行による損害賠償請求権にも商法 522 条の適用があり（大判明治 41 年（1908 年）1 月 21 日民録 14 輯 13 頁）、商行為たる契約の解除の原状回復請求権およびその履行不能による損害賠償請求権なども本条の適用が肯定される²⁰³。これらについての時効の起算点は、本来の債権についてと同一であるとされている（最判昭和 35 年（1960 年）11 月 1 日民集 14 巻 13 号 2781 頁）。商行為たる契約の解除権は、形成権であるが、その発生原因たる法律関係に結末をつける手段であるから、本条の適用を認めるのが趨勢である²⁰⁴。再売買予約の完結権も同様である²⁰⁵。

保証債務については、主たる債務が民事債務であって 10 年の消滅時効に服するときであっても、これが商行為たる保証によって生じたものであるときは、5 年の時効によって消滅する（大判昭和 13 年（1938 年）4 月 8 日民集 17 巻 668 頁）。なお、商人が営業のため銀行から融資を受ける際に、非商人に保証人になることを委託し、この者と銀行との間で保証契約が締結され、保証人が主債務者に代わって弁済をした結果、保証人が主債務者

200 平出・注 (3) 前掲 161 頁、小町谷・注 (20) 前掲 58 頁、大隅・注 (21) 前掲 42 頁。

201 平出・同前。

202 平出・同前、西原・注 (13) 前掲 144 頁、小町谷・注 (20) 前掲 58 頁。

203 平出・同前 161 - 162 頁、西原・同前。

204 平出・同前 162 頁、小町谷・注 (20) 前掲 58 頁、大隅・注 (21) 前掲 42 頁、石井・注 (32) 前掲 20 頁。

205 平出・同前。

に対して有することになった求償権に商法 522 条の適用を認めた判例がある（最判昭和 42 年（1967 年）10 月 6 日民集 21 卷 8 号 2051 頁）。

他方、商事債務を準消費貸借に改めたり、その他商事債務を更改したときは、当該新旧債務の間に因果関係はあるが、旧債務の当然の効力発現とは観られないから、更改自体が附属的商行為となる場合は格別、新債務が当然に商事債務たる性質を帯びるものではないので、5 年の消滅時効には服さない²⁰⁶。

不当利得返還請求権については、商法 522 条の適用がないとするのが判例であるが（大判昭和 10 年（1935 年）10 月 29 日新聞 3909 号 12 頁）、企業取引活動に関連して生じた場合には、当事者の意思表示によって生じたものでなくとも、これに商行為性を認め、通常の商行為債権の場合と同様に、企業取引活動の要請たる迅速性に応ずべく、本条の適用を肯定する説が有力である²⁰⁷。

商法 522 条の立法的当否については、批判がある。石井照久によれば、この短期消滅時効は当事者が商人であるか否かに係わらず適用され、その適用範囲が明瞭でなく、しかも、当事者の利害に影響するところが大であるから、このように広く、また一律に短期消滅時効を定めることは適当でなく、必要に応じ、具体的に規定する方針を採るべきであるとされている²⁰⁸。

最後に、商行為によって生じた債務であれば、これが他に譲渡されても商法 522 条が適用されるが、商行為に基づいて発生したのではない債務は、たとえ商行為によって譲渡されたとしても、同条は適用されない²⁰⁹。債権譲渡は、対象債権の性格に何ら変容を来たすものではないから、これは当然の理である。

206 西原・注 (13) 前掲 144 - 145 頁、大隅・注 (21) 前掲 42 頁。

207 西原・同前 145 頁、平出・注 (3) 前掲 162 - 163 頁。

208 石井・注 (32) 前掲 21 頁参照。

209 近藤・注 (10) 前掲 134 頁。

第2章 商事売買の規整

1. 緒言 —— 商事売買総説

人類史に貨幣経済が登場して以来、財貨の転換を媒介する取引の基本的な形態は、「交換」から「売買」へと移行した。今日にあってもなお、企業取引における主役は売買であって、これを除く取引は、売買の直接または間接の補助手段であることが多い。

西原寛一は、売買は沿革的には企業取引の最初に現われた活動であり、各種の商行為の基本であるが、「商人」の語も、この売買行為に由来すると述べている¹。ただ、これが、わが国のことを指してこう述べているのか、わが国が継受した母法の国のことを指してこう述べているのか、判然としない。西原の指摘が最も妥当するのは、ドイツ語の Kaufmann である。動詞の kaufen に由来するわけであるから、「商人」とは、まさに「売買人」である。

わが国における「商^{あきな}フ」の語源を探究するに、新井白石 (1657~1725) が享保4年 (1719年) に著した語学書『東雅^{とうが}』において、「アキナフ」の「アキ」は、「秋」に由来するとの見解を示している。秋は収穫期である。農耕民族たる日本人は、収穫物とその他必要な物品との交換取引を主として秋に行ってきた。この季節が最も取引が活発に行われた時期だったのである。新井白石に従えば、この「アキ」に接尾語の「ナフ」を付して、「アキナフ」という言葉が生まれた。^{とよあしはらのみずほのくに}豊葦原瑞穂国ならではの単語である。そして、貨幣経済が発祥するや、「アキナフ」という言葉は、「売買」の意に転化したのである。「アキナフ」の連用形が「アキナヒ」であり、これが名詞化する。その連用形は、すでに養老4年 (720年) の『日本書紀』の中で「商^{あきなひ}価て」と記され、これが「売買して」の意味で用いられている。わが国における「商人 (あきんど)」の語源もまた、「売買」に由来すると

1 西原寛一『商行為法 (第3版増補)』(有斐閣・1973年) 146頁。

いえるのである。

このように、洋の東西を問わず、売買は企業取引の中で最も古く主要なものである。ところが、わが商法の規定を觀るに、商法は、僅々5カ条の規定を設けるにすぎない。商行為編に置かれた商事典型契約中、最も条文数が少い。立法理由書には、以下のように記されている。すなわち、「本章八商行為タル売買ヲ規定セルモノニシテ……新民法第三編第二章第三節[売買の規定]ニ対シテ例外ヲ為ス……売買契約ノ規定中民法ト重複スルモノヲ省キ實際上商法ニ於テ特別ノ規定ヲ設クルヲ要スルモノヲ本章ニ規定シタリ²⁾」。つまり、売買についてはすでに民法中に比較的詳細な規定(民555以下)が設けられているだけでなく、売買は最も強く当事者の私的自治を要求する領域であって、これにつき過度に詳細な規定をなすことは、その必要がないし、却って取引の自由な発展を阻害するおそれがあるためであると説明される³⁾。

他方、平出慶道が指摘するように、企業取引としての売買を商法の5カ条の規定のみで規整しても問題の解決を得られるわけではなく、さりとて、一般私法たる民法の売買に関する規定に依ったとしても、十分な解決は得られない。したがって、商事売買に関する規定を体系的に整備する必要があり、売買に関する民商2法を統一的に再編しなければならない⁴⁾。これが喫緊の課題であることを見逃してはならない。

ともあれ、現行法は商事売買法としてはきわめて不備であるから、個々の契約によって補充・変更することが必要とされることが多い。

わが商法の商事売買に関する規定については、以下の2点に注意しなければならない。

第1に、商事売買の規定は、すべて「商人間の」「商行為たる」売買に関するものであるという点である。商法524条ないし同527条の条文を觀

2 東京博文館蔵版『商法修正案理由書』(1898年)248頁。

3 大隅健一郎『商行為法』(青林書院・1960年)62頁参照。

4 平出慶道『商行為法(第2版)』(青林書院・1989年)216頁。

察すれば、これらの規定が商人間の売買に関するものであること、明白である。平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 525 条のみは、条文上、商人間売買に関する規定であることが明示的に示されていなかったため、疑義を生じていたが、同年改正の際に、同条の冒頭に「商人間の売買において、」との文言が付加され、疑義が払拭された。当事者の双方が商人である以上は、その商人の営業・事業の種類を問わず、商品売買を目的とする商人間の売買に限らず、たとえば運送業者と倉庫業者との間の売買であっても、商事売買となる⁵。

石井照久によれば、商事売買の規定は商人間売買に関する規定であるが、これらの規定は、その性質上、少なくとも当事者の一方のために商行為であることを要するものと解すべきであると説かれている⁶。この著書を、共著の形で承継した鴻常夫もまた「商法第 3 編 [現在は第 2 編] 商行為第 2 章「売買」の規定は、その性質上、商人間の商行為、少なくとも当事者の一方のために商行為であることを要するものと解すべきである」との文章をそのまま記している⁷。これに対し、大隅健一郎は、これらの規定が「当事者双方のために」商行為たる売買のみに関することは、それが商行為編中の規定であること、たとえ当事者が商人であってもその営業と無関係に非商人としてなす売買にまでもこれらの特別規定を適用する必要のないことから観て、明らかであるといえると説いている⁸。田中耕太郎もまた、当事者のいずれに対してもその営業に関係のない売買たる以上は、たとえその当事者が商人であっても、商事売買に関する規定の適用がないとしている⁹。どうやら古くは、少なくとも当事者の一方にとって商行為たることを要すると解するのが通説であったようであるが¹⁰、これは、大隅・

5 竹田省『商法総則・商行為法』(弘文堂書房・1931年) 50 - 51 頁参照。

6 石井照久『商法 (改訂版)』(勤草書房・1959年) 29 頁。

7 石井照久：鴻常夫『商行為法 (商法)』(勤草書房・1978年) 76 - 77 頁。

8 大隅・注 (3) 前掲 63 頁。

9 田中耕太郎『商行為法講義要領』(田中耕太郎発行者：松井方利印刷人・1935年) 62 頁。

10 小町谷操三『商行為法 (1)』(日本評論社・1938年) 82 頁参照 (この文献の引

田中説が正当であって、当事者双方のために商行為たる売買であると解さなければならぬ。以下の例を挙げれば瞭然である。すなわち、個人営業主A（商人）が、その従業員Cの歡心を引くためにCの誕生日の私的な贈り物とする目的で花屋B（商人）から花を購入する場合である。これは、Bにとっては商行為であるが、Aにとっては、商人資格を離れた日常行為としての売買にすぎない。このような取引に商法の規定を適用する必要がないこと、明らかであろう。しかし、双方のために商行為である売買ならば、業種の何如を問わず、いかなる商人の附屬的商行為であっても差し支えないこと、当然である。

注意すべき第2点は、商事売買の規定は、主として「売主の保護を主眼とする」規定であるという点である。売買の性質上、買主の協力を要することが多いので、取引を迅速に解決しようとするれば、いきおい売主保護の規定を必要とするからである¹¹。自由取引の行われる一般商品については、買主の側も、契約の忠実な履行と迅速な解決に協力することを通じて、売主たる企業の維持に努めることが、結果的には、自己の経済的需要を満足させるに資することになる¹²。しかも、商人間の取引であれば、相互に売主となったり買主となったりする可能性があるわけであり、いわば立場の互換性がある¹³。したがって、商法の売買規定は、結局は、商人全体の保護に資するものであって、商事売買のいっそうの発展を促すものであるとすることができるのである。

商事売買に関する商法の規定は、いずれも任意規定であるから、特約または商慣習がある場合には、その適用に修正が加えられ、または適用が排除される。

なお、企業がわけても売主となり、消費者が買主となる売買については、商法に何ら規定が設けられていない。経済的弱者たる消費者の保護に関し

用については、第1章脚注(20)を参照のこと。

11 同前 81 頁参照。

12 西原・注(1) 前掲 146 頁。

13 近藤光男『商法総則・商行為法(第5版補訂版)』(有斐閣・2008年) 145 頁。

ては、今日、割賦販売法（昭和 36 年（1961 年）法律第 159 号）、特定商取引に関する法律（昭和 51 年（1976 年）法律第 57 号）、消費者契約法（平成 12 年（2000 年）法律第 61 号）などの、いわゆる消費者保護法の規整に委ねられる。

2. 売主の供託権および自助売却権

2 - 1. 序論

商人間の売買において、買主がその目的物の受領を拒み、またはこれを受領することができないときは、売主は、その物を供託し、または相当の期間を定めて催告した後にこれを競売に付することができる（商 524 前段）。かかる競売を「自助売却」と称する。

民法にも、弁済供託に関する規定が、一応は設けられている（民 494 以下）。民法 494 条を、売主の視点で観察すれば、売主が目的物の引渡義務を履行しようとしても、買主がその受領を拒み、もしくは受領することができないとき、または、売主が過失なく買主を確知することができないときには、売主は目的物を供託してその義務を免れることができる。しかし、売主は、目的物を任意に競売に付すことを制限される。すなわち、民法 497 条によれば、売主が競売をなしうるのは、目的物が供託に適さないとき、もしくは、その物について滅失・損傷のおそれがあるとき、または、その物の保存について過分の費用を要するときに限られるとともに、裁判所の許可を得なければならず、加えて競売代金を供託することを要し、競売代金の売買代金への充当は認められない。つまり、民法では供託が原則であって、例外的に競売が認められる場合にも、それは供託の準備行為にすぎないものである¹⁴。例外的に許される民法上の供託は、売主をして速やかにその負担を免れしむる所以のものではないわけである¹⁵。これでは、大量の商品を反覆継続して売買する商取引には不便であるとともに、売主

14 平出・注 (4) 前掲 218 頁。

15 小町谷・注 (10) 前掲 83 頁。

に商機を逸せしめるおそれもある。それゆえ商法は、商取引における簡易迅速性という要請に応えるため、商人間売買について特則を設け、売主に供託権のみならず自助売却権（競売権）を認めるとともに、売買代金の支払いをも容易に受けうるようにして、売主の保護を強化したのである。

2 - 2. 要件

売主が供託権および自助売却権を認められる要件は以下のとおりである。

まず第1、両当事者がともに商人であり、しかも双方の当事者にとって商行為である売買でなければならない¹⁶。繰り返し述べるように、当事者の双方にとって商行為である売買であれば、基本的商行為だと附属的商行為だとを問わない。ただし、立法論としては、当事者の一方が商人として行う売買であればよいとすべきであるとの意見が根強い¹⁷。なお、本人および相手方が商人であれば、商人が代理人によって契約する場合に、当該代理人の商人性が問題にならないこと、当然である。この理は、無権代理にあっても同様であり、相手方が民法117条によって無権代理人に対して履行請求する場合には、無権代理人が非商人であっても、商法524条が適用される。この場合には、相手方（商人）と本人（商人）との間に成立すべかりし契約の効力として生ずべかりし一切の法律関係が無権代理人との間のもものとして取り扱われるからである¹⁸。判例もそのように解している（大判昭和8年（1933年）1月28日民集12巻10頁）。

第2に、買主が目的物の受領を拒み、または、これを受領することができないことを要する。すなわち、買主に受領拒絶または受領不能があることが要件となる。売主が過失なく買主を確知することができないときも、これに準じて考えるべきである¹⁹（民494後段参照）。

ところで、「買主がその目的物の受領を拒」んだ場合とは、買主の受領

16 西原・注(1)前掲147頁、平出・注(4)前掲219頁。

17 西原・同前147 - 148頁、平出・同前219頁、石井：鴻・注(7)前掲77頁。

18 平出・同前、石井：鴻・同前77 - 78頁、大隅・注(3)前掲63 - 64頁。

19 大森忠夫『商法総則・商行為法（改訂版）』（三和書房・1975年）197頁。

遅滞を必要とするであろうか。仮に受領遅滞を必要と解すれば、売主は、まず口頭の提供をして債務者たる買主を遅滞に陥らせておかなければならない(民 493 参照)ということになる。

この点に関しては、民法 494 条の弁済供託につき、同条にいう「債権者が弁済の受領を拒」んだ場合に、債権者の受領遅滞を必要とするか否か、民法研究者の間でも説が分かれている。判例は、この場合に受領遅滞を要件とすると解している(大判大正 11 年(1922 年)10 月 25 日民集 1 巻 616 頁)。これに対し、民法研究者の通説は、供託は受領遅滞の効果ではなく、債務者はあらかじめ受領拒絶があった場合に、口頭の提供をするか供託をするかの選択ができると解している²⁰。他方で、口頭の提供という簡便な手段さえ執らずに、債務消滅という効果をもたらすのは疑問であるとして、債権者の受領遅滞を要件とすべきであるとの説も有力である²¹。

ひるがえって、商法 524 条 1 項にいう受領拒絶に買主の受領遅滞を要するかという点に関する商法研究者の諸主張を概観する。松本丞治は、民法の規定に従い、あらかじめ履行の提供をなす必要があると解説している²²。田中耕太郎もまた「売主が弁済の提供又は之れに代るべき弁済の準備の通知を為したる後に[受領遅滞が]生ずることを必要とする。故に買主が予め目的物の受取を拒むも直ちに其の目的物の供託又は競売を為すことを得ない²³」と明確に述べている。これに対し、商法研究者の多数は、受領拒絶の事実さえあれば、買主を遅滞に付すための口頭の提供をなすことを要しないと解している²⁴。商人間の売買は迅速な結了が要請され、売主をして速やかに目的物の引渡義務を免れしむるという立法精神を主たる理由としている。買主が目的物の受領を拒むのは、多くが商品の価格が下落局面

20 内田眞『民法 (第 3 版)』(東京大学出版会・2005 年)104 頁。

21 同前 105 頁。

22 松本丞治『商法大意』(岩波書店・1922 年)260 頁。

23 田中・注(9)前掲 63 頁。

24 西原・注(1)前掲 148 頁、大隅・注(3)前掲 64 頁、平出・注(4)前掲 220 頁、竹田・注(5)前掲 53 頁、石井・注(7)前掲 78 頁、小町谷・注(10)前掲 84 頁。

にある場合であろう（高価で買い受けた買主がこれを受領しないという局面が多かる）。そうであるとすれば、売主を可及的速やかに次の段階に進ませる必要がある。よって、多数説の立場が妥当である。

売買の目的物には制限がなく、動産でも不動産でもよく、特定物でも不特定物でもよい²⁵。不特定物売買にあつては、売主の履行の準備により目的物が特定すれば、売主は供託権および自助売却権を有しうる²⁶。

買主において、代金が支払済みであるか否かは問題でない²⁷。この特則は、売主をして速やかに給付義務を免れさせるのが主目的であるから、たとえ代金が支払済みであっても適用を妨げられない。

最後に、適用要件を整理すれば、以下のとおりである。商人間の売買であること（当事者の双方にとって商行為たる売買であること）、買主において受領拒絶または受領不能の事実があること（受領遅滞は要件とならない）、売買の目的物には制限がない、代金の支払いにつき、買主が遅滞にあると否とを問わない。

2 - 3. 売主の救済方法

2 - 3 - 1. 供託権・自助売却権の発生

上述の要件を満たせば、売主に供託権および自助売却権（競売権）を生じる。売主は、供託権と自助売却権のいずれでも自由に選択して行使するものであり、いったん供託をした後にこれを取り消して競売し、または、民法の規定に従い、口頭の提供をした後に、供託権を行使しても差し支えない²⁸。

売主の供託権および自助売却権は、売主の保護のためにとくに認められた権利であるから、売主がこの権利を行使すると否と、それは自由である。

25 西原・同前。

26 平出・注(4) 前掲 220 頁。

27 伊澤孝平『商法要論』（有信堂・1961年）170 頁、西原・注(1) 前掲 148 頁、石井：鴻・注(7) 前掲 78 頁。

28 平出・注(4) 前掲 218 頁。

この権利を行使することなく、民法の一般原則に従い、契約を解除して損害賠償の請求をなすことも妨げない²⁹。

供託権または自助売却権を行使した後に、民法の原則に従って契約解除権を行使しうるかに関し、伊澤孝平はこれを肯定する³⁰。契約を解除すれば、供託を取り消して、目的物を自己に復帰せしめることになる。

なお、売主が競売の予告を付して受領の催告をなした場合には、これを信頼した買主を保護するため、売主は供託の方法を採りえないと解されている³¹。

2 - 3 - 2. 供託権

売主が本章 2 - 2 で述べた要件を満たす場合には、売主は、民法および供託法（明治 32 年（1899 年）法律第 15 号）に定める手続に従い、目的物を供託し、これによって引渡義務を免れうる（商 524 ）。

供託をした場合、売主は、遅滞なく、買主に対してその旨の通知をしなければならない（民 495 、商 524 後段）。ただし、民法の原則によれば、この通知については到達主義が採られる（民 97 ）に対し、商人間売買における売主の供託の通知については発信主義が採られている（商 524 後段）ので、通知の不到達の危険は買主が負担する。商法に規定はないが、供託の費用は買主の負担と解すべきである³²。

供託の通知は、一般に供託の有効要件ではないと解されているので、通知をしなくても供託の効力に影響はないが、これを怠ったために買主に損害を生ぜしめたときは、売主は損害賠償の責めに任じなければならない³³。

29 同前。

30 伊澤・注 (27) 前掲 170 頁。

31 平出・注 (4) 前掲 218 頁。

32 大隅・注 (3) 前掲 64 頁。

33 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・1972 年）408 - 409 頁参照。

2 - 3 - 3. 自助売却権

売主が本章 2 - 2 で述べた要件を満たす場合には、売主は、供託に代えて目的物を競売することもできる（商 524 前段）。これを「売主の自助売却権」という。

売主が自助売却権を行使するためには、相当の期間を定めて買主に対する受領の催告をすることを要する。「相当の期間」とは、買主が目的物を受け取るべきか否かを考えるにつき相当と認められる期間をいう³⁴。必ずしも競売すべき旨の警告を付さなくても差し支えない³⁵。催告の方法には制限がない。口頭、電話、文書、電磁的方法などを含め、任意の方法を採りうる。しかし、催告は、買主に到達することを要する³⁶。また、当事者間の特約によって、あらかじめ催告の通知を不要としておくことは、もとより差し支えない³⁷。

目的物につき、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがあるときは、催告を要しないでこれを競売に付すことができる（商 524 ）。平成 17 年（2005 年）改正前商法 524 条 2 項は、「損敗シ易キ物ハ前項ノ催告ヲ為サスシテ之ヲ競売スルコトヲ得」とのみ規定し、物の経済的価値が急激に毀損されるおそれがある場合を明定していなかった。もっとも、改正前であっても「損敗シ易キ物」には、物理的・客観的な品質低下・毀損のみならず、価格の下落のおそれが明瞭である物を含むと解釈されていたので³⁸、同年の改正は、この解釈が正当であることを追認したものにすぎない。

競売の手続は、民事執行法に定めるところに従う。

売主が競売をなした場合には、供託の場合と同様に、遅滞なく、買主に

34 大隅・注 (3) 前掲 65 頁、平出・注 (4) 前掲 223 頁。

35 大隅・同前。

36 平出・注 (4) 前掲 223 頁、石井：鴻・注 (7) 前掲 78 頁。

37 近藤・注 (13) 前掲 146 頁。

38 西原・注 (1) 前掲 150 頁脚注 (7)、平出・注 (4) 前掲 223 頁、小町谷・注 (10) 前掲 85 頁。

競売の通知を発しなければならない (商 524 後段)。通知は、発すれば足ること、競売の有効要件ではないこと、これを怠ったため買主に損害を生ぜしめたときに売主が損害賠償の責めに任ずべきことは、供託後の通知と同様である。

競売および通知の費用は買主が負担する³⁹。

競売は、供託に代わる方法であるから、売主は、その代価を供託しなければならないが (商 524 本文)、代金の弁済期が到来しておれば、その全部または一部を代金に充当することができる (商 524 ただし書)。この代金充当権は、民法には置かれていない商法の特則である。これによって、売主は、目的物の引渡義務を免れるのみならず、代金の少なくとも一部について簡易迅速に回収をすることができるわけである。売主が競売代価を代金に充当してもなお満足を得られないときは、不足額を買主に対し請求することができる (大判昭和 12 年 (1937 年) 9 月 2 日新聞 4181 号 13 頁)。なお、代金債権を他人に譲渡した売主も、競売権自体は失わないが、代金に充当する権利は、譲受人に属する⁴⁰。

3. 買主の検査・通知義務

3-1. 序論

商人間の売買において、売主が善意である限り、買主が売買の目的物を受領したときは、遅滞なく、これを検査し、検査によって目的物に瑕疵があることまたは数量不足であることを発見したときは、直ちに売主にその旨の通知を発するのでなければ、買主は、当該瑕疵または数量不足を理由として、契約解除または代金減額もしくは損害賠償の請求をすることができない。売買の目的物に直ちに発見することのできない瑕疵ある場合において、買主が 6 ヶ月以内にこれを発見したときも同様である (以上、商 526)。

39 平出・同前 224 頁、竹田・注 (5) 前掲 54 - 55 頁。

40 平出・同前、竹田・同前 54 頁、西原・注 (1) 前掲 149 頁。

民法 570 条（きわめて読み取り難い条文であるが）本文によれば、売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、同 566 条の準用により、買主が当該瑕疵を知った時から 1 年以内であれば（民 566 ）、瑕疵のために売買契約をした目的を達することができないときは、契約の解除をすることができ（民 566 前段）、または損害賠償の請求をすることができる（民 566 後段）。無論、買主は善意でなければならない（民 566 前段）。すなわち、民法上、売主は上のような瑕疵担保責任を負うこととされているわけである。民法 571 条により、同 565 条が準用されるため、売買の目的物に数量不足がある場合にも、上と同様の規整が及ぶことになる。この場合には、同 571 条が準用する同 563 条 1 項により、数量不足の割合に応じて減額請求権をも取得する。このような民法の原則に従うならば、たとえ買主が目的物を受領して相当の期間が経過しておろうとも、買主が瑕疵を知らない限り、買主は契約解除権その他の権利を掌中に留保しており、しかも、当該瑕疵を知った時から 1 年以内はその権利を行使できることになる。目的物の引渡しを終えたにもかかわらず、この原則によれば、売主は長期にわたって不安定な状態に置かれることになるわけである。これは、法律関係の迅速な確定が要求される商事売買にあって、きわめて不都合な法則であるといえよう。わけても売主が善意の場合には、もし早期に目的物の瑕疵または数量不足を知りえたならば、売主は、瑕疵のない物と取り替え、瑕疵のある物を他に処分し、仕入先との交渉を行い、または不足分の引渡しを行い、さらには、引渡当時に目的物に買主が主張するような瑕疵または数量不足がなかった旨の反証を用意するなど、適宜に善後策を講じえたはずであったにもかかわらず、その機会を失わしめることになるから、売主にそのような機会を与えてその利益を保護することが必要である⁴¹。他面、買主は、瑕疵を知った後 1 年以内であれば上述の諸権利を行使しうるので、目的物の価格の変動に応じて、自己に有利な時期を選んで、契約の

41 平出・同前 225 頁参照。

解除・減額請求・損害賠償請求を使い分け、売主の危険において、不当に投機を行う可能性があり、かかる結果をも防止しなければならない⁴²。そこで、商法は、買主が商品売買の専門家であるとの想定を加味して（商品に関して専門的知識を有する商人である買主ならば、目的物を受領すれば、その瑕疵・数量不足を容易に発見しうるはずである）、買主をして遅滞なく瑕疵・数量不足を検査せしめ、これを発見したときは直ちに通知すべき義務を課し、この義務を怠れば、契約解除、減額請求または損害賠償請求をなさないものとしたのである。

なお、商法 526 条の規定は、純形式的には、民法の瑕疵担保責任に関する諸規定（民 563～570）の特別規定であるが、両者は、その沿革をまったく異にしている。すなわち、後者は、ローマ法に起源があるのに対し、前者は、ゲルマン固有法である「買主は注意せよ」（*caveat emptor*）に由来し、ドイツ旧商法を通して（*Rügepflicht*）、日本商法に継受されたものである⁴³。ゲルマン固有法とドイツ法との間隙を補完すれば、すでにヨーロッパ中世の商人間において、売主の利益のため（*privilegium favorabile*）、買主の負担において（*privilegium odiosum*）、瑕疵通知義務が認められていたとされている⁴⁴。

商法 526 条に定められた義務を、通常、「買主の目的物検査義務および瑕疵通知義務」という。

3 - 2. 要件

買主に商法上の目的物検査義務および瑕疵通知義務を生じる要件は、以下のとおりである。

第 1 に、商人間の売買であること。やはり双方の当事者にとって商行為であることを要する⁴⁵。基本的商行為だと附属的商行為だとを問わな

42 同前 225 - 226 頁参照。

43 石井：鴻・注 (7) 前掲 79 - 80 頁。

44 竹田・注 (5) 前掲 57 頁参照。

45 大隅・注 (3) 前掲 67 頁。

いこともまた、商法 524 条と同様である。

第 2 に、買主が目的物を受け取ったことを要する。いわゆる目的物を受け取るとは、売買契約の履行として、目的物が事実上買主によって検査しうべき状態に置かれた場合をいうのであって、たとえば貨物引換証の引渡しにより所有権が買主に移転しても、目的物がまだ買主の手に渡っていないような場合には、上にいわゆる受け取ったということにならない⁴⁶。すなわち、通常ならば、買主が目的物の直接占有を取得しない場合は、受け取ったということができない⁴⁷。ただし、売主が占有改定（民 183）によって商品を引き渡したときであっても、買主がいつでも商品の返還請求をして検査できるのであれば、占有改定の中から商品を受け取ったと解しうるとする下級審裁判例がある（東京地判平成 3 年（1991 年）3 月 22 日判時 1402 号 113 頁）。けだし、当然の理であろう。

受領した物について、受け取った物がまったくその契約の目的物ということのできないようなものである場合には、むしろ（直截に）債務不履行の問題となる⁴⁸（商法 526 条を経由しない）。目的物が売買契約の履行として買主に受領されたと評価しうる場合には、売買の目的物は特定物でも不特定物でもよいと解するのが商法研究者の趨勢であり、とくに異論を見ない⁴⁹。民法研究者の間では、売主の瑕疵担保責任・数量不足の場合の担保責任に関する民法の規定（民 570・565）につき、「売買の目的物」に不特定物を含むか否かが激しい議論があり、特定物に限定すべきであるとの有力な見解がある⁵⁰。仮に、これを特定物に限定した場合には、商法の規定は、

46 同前。

47 大森・注 (19) 前掲 201 頁。

48 同前 200 - 201 頁。ただし、伊澤孝平は、履行として給付があった以上、ほとんどその内容がなかった場合にも検査通知義務があると解している（伊澤・注 (27) 前掲 171 頁）。

49 西原・注 (1) 前掲 152 頁、大隅・注 (3) 前掲 67 頁、平出・注 (4) 前掲 226 頁、石井：鴻・注 (7) 前掲 80 頁、近藤・注 (13) 前掲 150 頁、

50 柚木馨：高木多喜男編『新版注釈民法 (14)』（有斐閣・1993 年）341 - 342 頁 [柚木馨・高木多喜夫]。

民法の瑕疵担保責任の規定の特則であるがゆえに、不特定物には適用がないと解される余地がないわけではない。しかし、商事売買はほとんど常に不特定物に関するから、商法 526 条の規定が特定物にのみ関すると解することは、不当といわなければならない⁵¹として、従来はさほど民法の議論を顧みないのが、商法研究者の姿勢であった。

最高裁昭和 35 年 (1960 年) 12 月 2 日判決民集 14 卷 13 号 2893 頁は、「商法 526 条の規定は、不特定物の売買の場合にも、適用があると解するのを相当とする」と判示しているが、その理由について、何ら明らかにしていない。黒沼悦郎 (1960 ~) は、商法 526 条が不特定物の売買に適用されると解する法律構成は 2 通り考えられるとして、以下の構成を提示している。最初のもは、大審院昭和 2 年 (1927 年) 4 月 15 日判決民集 6 卷 249 頁を基調とする構成である。この判例は、買主が目的物を受領した後は、目的物の特定があったものと解して不特定物にも瑕疵担保責任の規定の適用を認めたとうえで、その責任追及の前提条件として、商法 526 条の充足要件を要求するものであったが、この構成に依拠する考え方である。次いで、瑕疵担保責任の追及であれ債務不履行責任の追及であれ、売買の目的物が契約に適合しないことを理由とする請求には、商法 526 条の要件を満たすことが必要であると解釈することである⁵²。そして、黒沼は、最高裁昭和 35 年 (1960 年) 判決が、買主が履行として不特定物を受領したか否かに言及していないことから、上記の解釈を採ったものと思われる⁵³。いずれにせよ、不特定物売買にも商法 526 条の適用を認めることは、今日揺ぎのない結論として受容されている。

売買目的物が不特定物であれば、これに瑕疵または数量不足があれば、買主には、債務不履行 (不完全履行) を理由とする完全履行請求権を生じることになる。石井照久・鴻常夫は、(おそらく純粋に民法上の問題とし

51 大隅・注 (3) 前掲 67 頁。

52 以上、黒沼悦郎「判批」江頭憲治郎；山下友信編『商法 (総則商行為) 判例百選 (第 5 版)』(有斐閣・2008 年) 105 頁。

53 同前。

て) 完全履行請求権と瑕疵担保責任との競合を肯定している⁵⁴。田中耕太郎も、民法の問題として、両者の競合を肯定するようである⁵⁵。判例もまた、買主が瑕疵の存在を認識したうえでこれを履行として認容していない限り、買主は、目的物の受領後も完全履行請求権をも有すると判示している(最判昭和36年(1961年)12月15日民集15巻11号2852頁)。そうであるとすれば、買主が、債務不履行(不完全履行)を理由に完全履行請求権(代物請求、補修請求、追加請求など)を行使する際にも、商法526条の規整が及ぶのであろうか。商法研究者の多くは、完全履行請求権を行使する際にも、商法526条の規整が及ぶことを肯定する⁵⁶。判例もまた、傍論ではあるが、買主が商法526条所定の通知をしなかったときは、完全履行請求権をも喪失するとして、完全履行請求権行使の前提要件として商法526条の適用があることを認めている(最判昭和47年(1972年)1月25日判時662号85頁)。商法526条の趣旨からすると、契約の解除や損害賠償を請求する場合と完全履行請求権を行使する場合とで適用を区別すべきではないといえよう⁵⁷(両者を区別して扱うだけの合理的根拠を見出し難い)。

要件の第3は、目的物に瑕疵または数量不足があることである。ここに「瑕疵」とは、物の瑕疵をいい、権利の瑕疵を含まない⁵⁸。竹田省は古くからこの瑕疵は、「隠れた瑕疵」に限られると主張し⁵⁹、西原寛一・石井照久・鴻常夫もこれに同調するけれども⁶⁰、必ずしも隠れた瑕疵に限られるものではなからう⁶¹。

54 石井：鴻・注(7)前掲80頁。

55 田中・注(9)前掲68頁。

56 田中・同前、西原・注(1)前掲153頁、平出・注(4)前掲227頁、石井：鴻・注(7)前掲80頁。

57 青竹正一『改正商法総則・商行為法(第3版)』(成文堂・2012年)141頁。

58 平出・注(4)前掲228頁。

59 竹田・注(5)前掲59頁。

60 西原・注(1)前掲152頁、石井：鴻・注(7)前掲80頁。

61 平出・注(4)前掲228頁。

目的物の瑕疵とは、一般的にいえば、その性質・形状・効用などが約定された通常の性質を有しないことをいう⁶²。

数量超過の場合には、これが平常取引をなす売主から受領した物であり、かつ当該売買が買主の営業の部類に属するものであれば、商法 509 条に依拠して、売主に遅滞なく諾否の通知を発しなければ、申込みを承諾したとみなされることはありえよう⁶³、超過部分の受取りを拒絶するために、商法 526 条を準用する必要はないものと解される。

要件の第 4 は、売主に悪意がないことである。ここに「悪意」とは、売主が目的物の引渡しの際に物の瑕疵または数量の不足を知っていることである⁶⁴。瑕疵または数量の不足を隠蔽して目的物を買主に受領させようとするような、詐害の意思の有無は問題ではない⁶⁵。悪意の売主を保護する必要はないから、通知義務の履行は、買主の権利行使の前提とはならない(商 526)。

売主が悪意であるときは、民法の一般原則に従い、契約解除または代金減額もしくは損害賠償請求をすることができ、完全履行請求権をも行使しうる。

3 - 3. 義務の内容

3 - 3 - 1. 検査

上の要件を充足するとき、買主は、「遅滞なく」その物を検査しなければならない(商 526)。

遅滞の存否を定める標準は、目的物の所在場所、性質等によって様でない⁶⁶。取引慣行があれば、それに従う。

検査の程度・方法もまた、目的物の種類・運送方法などにより様では

62 同前、西原・注(1)前掲 152 頁。

63 平出・同前 228 頁。

64 同前 229 頁、西原・注(1)前掲 152 頁、石井：鴻・注(7)前掲 80 頁。

65 平出・同前。

66 伊澤・注(27)前掲 171 頁。

ないが、正常な取引慣行によるべく、買主の病気・旅行などの主観的事情を考慮すべきでない⁶⁷。抽象的に述べれば、正常な取引慣行を基準とし、当該目的物を取引する商人として、一般的に通常要求される客観的な注意義務をもって、目的物の種類・性質に応じて、その瑕疵または数量不足を発見するために相当と認められる方法をもって検査しなければならず、通常相当と認められる期間内に上の検査を行えば、遅滞なく検査をしたものと認めうる⁶⁸。買主が、当該目的物の売買をその営業の部に属する取引として、専門的に行っておれば、その注意義務は過重されよう。

なお、検査の費用は、買主がこれを負担する⁶⁹。

判例上、遅滞がある検査とされたものとして、酒類の小売店が日本酒を受領後1週間目に検査をして、腐敗を発見した場合という例がある（大判昭和12年（1937年）6月30日判決全集4輯13号637頁）。

3-3-2. 通知

買主が上述の検査によって目的物の瑕疵または数量不足を発見したときは、「直ちに」売主に対し、その旨の通知を発しなければならない（商526前段参照）。

「直ちに」とは可及的速やかにとの意であって、正常な取引慣行から観て、遅滞なく通知すればよい⁷⁰。

通知の方法に制限はない。口頭・文書・電話・電磁的方法など、適宜の方法でなせばよい。通知は、具体的瑕疵の内容でなければならず、単に「瑕疵あり」「使用に堪えず」「数量不足」というだけでは、適法な通知とはいえない⁷¹（大判大正11年（1921年）4月1日民集1巻155頁）。すなわち、通知を要求する立法趣旨に鑑み、通知には、瑕疵の種類・範囲ま

67 西原・注（1）前掲152頁。

68 平出・注（4）前掲231頁。

69 西原・注（1）前掲152頁。

70 平出・注（4）前掲235頁。

71 竹田・注（5）前掲63頁。

たは数量不足の程度といった、売主にとってどういう瑕疵か了知しうる程度の指示を含まなければならない⁷²。数個の瑕疵があるときは、その全部について通知しなければならない⁷³。しかし、買主が何を求めるのであるか、たとえば、契約を解除するつもりなのか、あるいは損害の賠償を求めようつもりなのかという点までをも決定し、これを通知する必要はない⁷⁴。

通知は、これを発すれば足り、買主は着否の危険を負担しない。

売買の目的物に直ちに発見することのできない瑕疵がある場合には、買主が目的物の受領後 6 ヶ月以内にこれを発見したときは、買主は直ちに売主に対してその通知を発しなければならない (商 524 後段)。「直ちに発見することのできない瑕疵」を、直ちに発見することのできない数量不足にも類推適用すべしとする見解⁷⁵あるいは、かかる瑕疵には、直ちに発見することのできない数量不足をも含むとする見解⁷⁶がある。しかし、測定技術が格段に発達した今日、数量不足をここに含ませる必要性はきわめて乏しく、文理どおり、ここにいる瑕疵には、数量不足を含まないと解すべきかと思われる。6 ヶ月以内に瑕疵が発見されたならば、買主はその後遅滞なく通知を発すれば足りる。竹田省は、通知の発信もまた 6 ヶ月以内になさなければならないと解している⁷⁷が、通知の発信は、必ずしもこの期間内になさなければならないものではない⁷⁸。

3-3-3. 検査と通知との関係

商法 526 条は、検査した結果を通知する立場で立法されているが、立法の趣旨は、通知によって売主に善後策を講ぜしむるにあるから、いやしくも通知があり、かつ通知に合致する瑕疵または数量不足がある限り、規定

72 石井：鴻・注 (7) 前掲 81 頁。

73 大隅・注 (3) 前掲 68 頁。

74 竹田・注 (5) 前掲 63 頁。

75 小町谷・注 (10) 前掲 89 頁。

76 平出・注 (4) 前掲 236 頁。

77 竹田・注 (5) 前掲 62 頁。

78 平出・注 (4) 前掲 236 頁、小町谷・注 (10) 前掲 89 頁。

の目的は達せられる。ゆえに、検査の懈怠それ自体は、必ずしも商法 526 条の違反とはならない⁷⁹。ただし、この場合も、通知は、遅滞なき検査の後に直ちに発せられたと同じ時期に発せられたことを要するのは当然である。逆に、検査をしても、通知がなければ、同条違反となること、当然である。

3 - 4. 義務違反の効果

買主が、上述の検査・通知義務を怠るときは、買主は、目的物の瑕疵または数量不足を理由に、契約の解除または代金減額もしくは損害賠償の請求をすることができない（商 526 前段参照）。

すなわち、通知義務は、その違反につき損害賠償責任を生ぜしめるような「真正の義務」ではなく、これを怠ると、法律上当然に、ある不利益を受けるという「前提要件」にすぎない⁸⁰。したがって、通知をすれば、そのような不利益を受けないというだけのことであって、いかなる場合に契約の解除または代金減額請求もしくは損害賠償請求をなしうるかは、もっぱら民法の一般原則による（最判平成 4 年（1992 年）10 月 20 日民集 46 巻 7 号 1129 頁）。よって、目的物に瑕疵があるため契約をした目的を達することができない場合には契約の解除または損害賠償の請求ができ（民 570、566）、目的物に数量不足があれば、代金減額請求または残存部分についての契約解除もしくは損害賠償の請求ができる（民 571、565、563、564）。これらの権利を行使できるのは、瑕疵を知った時から 1 年以内である（民 570、566、565、564）。

このように、商法 526 条は、民法に基づいて売主の責任を追及するための前提要件を課したものであって、民法の特則として売主の責任を定めたものではないのである（最判昭和 29 年（1954 年）1 月 22 日民集 8 巻 1 号 198 頁）。

79 小町谷・同前。

80 石井：鴻・注（7）前掲 81 頁、大森・注（19）前掲 201 頁。

なお、商法 526 条はもとより任意規定であるから、当事者が任意に特約をすれば、当該特約に拘束されること、当然である。

3 - 5. 6 ヶ月経過後の瑕疵の発見

買主が、目的物を受け取って 6 ヶ月以内に瑕疵を発見したときは、商法 526 条 2 項後段によって対処が可能である。それでは、6 ヶ月以内に瑕疵を発見できなかったときは、どうなるのか。

これに関しては、平出慶道の以下の記述が従来の商法研究者の趨勢を理解するうえで、最も標準的なものである。すなわち、「直ちに発見しえない瑕疵・数量不足の場合には一定の猶予期間を設ける必要があるが、商取引においては取引関係を迅速に結了せしめて売主の保護を強化する必要もあるため、商法は瑕疵・数量不足の発見についてこの期間 [商法 526 条 2 項後段の「六箇月」] を定めた。したがって、過失の有無を問わず、買主は、この期間内に瑕疵・数量不足を発見しえなかったときは、売主に対して権利を行使しえなくなる。商人間の売買においては、買主はかかる危険を負担しなければならない⁸¹。」最高裁昭和 47 年 (1972 年) 1 月 25 日判決判時 662 号 85 頁もまた、「瑕疵が直ちに発見しえないものであるときでも、受領後 6 か月内にその瑕疵を発見して直ちにその通知を発しなければ、右と同様の結果 [契約の解除または損害賠償請求をなしえなくなるとの結果] を招くのである」と述べている。

以上の考え方は、畢竟、6 ヶ月の経過により、買主は売主に対して一様に失権するというものである。これすなわち、売主の地位の早期安定と商取引の迅速結了主義の徹底という立法趣旨から導かれた考え方であると評価しうる。

これに対し、中東正文 (1965 ~) は、商法 526 条の検査通知義務を、時代に即応した視座をもって、再検証しようと試みている。その視座とは、

81 平出・注 (4) 前掲 236 頁。なお、同 237 頁脚注 (12) の諸文献参照。

「商法が制定されて今日にいたるまで、商取引は量および質の両面において格段に現代化された。もはや、法がその迅速な結了を後押しすることが期待されているのではなく、法がその妨げとなっていないかすらが問われる時代になったともいえる⁸²⁾」というものである。確かに近年、商品の品質は、商法が制定された当初とは比較にならないほど優れたものとなっており、電子器機をはじめ、その内部構造は精緻をきわめている。買主の検査能力が商品の発達に追い付けなくなっているという現状がある。中東の脳裡には、商取引の内容が現代化するとともに、検査通知義務の内容もまた現代化する必要があるのではないかとの問題意識があるものと思われる。

商法 526 条 2 項の日本語は、これを素直に読めば、6 ヶ月を経過した場合について、何も述べていないのである。その日本語上の文言からは、買主が 6 ヶ月以内に隠れた瑕疵を発見しえなければ失権することが当然に導かれるものではない⁸³⁾。にもかかわらず、これまで商法研究者の多くが、また判例が、6 ヶ月をもって一様に買主の失権を認めていたのは、「迅速結了という看板に対する過剰な信頼にあった⁸⁴⁾」と中東は指摘している。そして、「商取引の迅速結了の要請」の内容は、その時々⁸⁵⁾の社会経済状況によって異なったものにならなければならないと説くのである⁸⁵⁾。

中東によれば、商法 526 条 2 項後段をデフォルト・ルール (default rule) として今日的視座から観る場合に重要なのは、(今日、同条同項が) 当事者の通常の意思にどれほどの割合で一致しているか、当事者の意思が異なっていた場合に、特約を結ぶことを怠ったことによる(買主に帰せしめることを許容される) 不利益がどの程度か、という 2 点であるとされている⁸⁶⁾。 については、売主が商法 526 条 2 項後段の従来⁸⁶⁾の解釈に

82) 中東正文「商人間の売買における買主の検査通知義務」浜田道代：原秀六：小林量：坂上真美：中東正文編『現代企業取引法』(税務経理協会・1998年) 72 頁。

83) 同前 71 頁。

84) 同前。

85) 同前参照。

86) 同前 73 頁参照。

依拠して買主の権利を封じうる場合であっても、もはや買主の要求を容れるのが、今日においては、実際の処理の姿であって、むしろ受け取った目的物には瑕疵がないとの本則で実務が動いていると解してよいとしている⁸⁷。 についても、商品流通の回転速度が増し、買主の管理が追い付かないといった状況や商品構造の複雑化などにより、今日にあっては、6 ヶ月内に瑕疵を発見しなければ買主に一切の権利を失わしめるという重い結論を負担せしめる根拠が薄れている旨を指摘している⁸⁸。

これらをふまえて、彼は、今日にあってはもはや、6 ヶ月を過ぎれば買主が失権するとの解釈は、買主の側におけるその帰責性とそれに基づき課される不利益が釣り合わないと主張する⁸⁹。そして、6 ヶ月を過ぎても買主は当然に失権するのではなく、商法 526 条 2 項前段を類推適用して、合理的な期間内であれば、買主に通知義務を負わせたうえで、同条の適用場面を拡大することを提唱している⁹⁰。傾聴に値する主張であろう。

4. 買主の保管・供託・競売義務

4-1. 序論

商人間の売買において、買主が、本章 3 に述べた検査・通知義務を果たし（したがって、本章 3-2 で述べた商法 526 条の適用要件をすべて満たしていることが前提となる）、目的物の瑕疵または数量不足を理由に、契約を解除したときであっても、買主は、売主の費用をもって、売買の目的物を保管し、または、供託しなければならず、目的物につき滅失・損傷のおそれがあるときは、裁判所の許可を得てこれを競売に付し、その代価を保管または供託しなければならない（商 527 ）。売主から買主に引き渡された物品が、買主の注文品と異なる場合、または引渡しに係る物品の数量が注文量を超過する場合にも、買主は、検査・通知義務を負うことはな

87 同前参照。

88 同前 73 - 74 頁参照。

89 同前 76 頁参照。

90 同前 76 - 77 頁参照。

いけれども、当該注文と異なる物品または注分量を超過する分について、上と同様に、保管・供託し、または競売してその代価を保管・供託しなければならない（商 528）。

売買の目的物の瑕疵または数量不足のゆえに買主が契約の解除をしたときは、民法によれば、各当事者は原状回復義務を負うにとどまる（民 545）から、買主は、受け取っていた目的物を売主に返還すべきことになる。また、買主が注文品と異なる物品の給付を受け、あるいは、注文した数量を超える給付を受けた場合にも、民法上は、買主においてこれを受け取る義務がないのみならず、たまたま受領してもこれを保管する義務がない⁹¹。しかし、これは、商取引において、売主にきわめて苛酷な結果を生じるおそれがある。

目的物の瑕疵または数量不足を理由に買主が契約を解除すれば、買主に送付した目的物は、売主の計算において⁹²（売主の瑕疵担保責任に基づく損害として処理することになる）、返送されることになるが、これでは、運送途中の危険を売主が負担しなければならず、かつ、この間の商機を逸することになりかねない⁹³。上に述べたように、買主には、注文品と異なる物品や注文数量超過部分の物品を受領する義務、ましてや保管義務がないのであるから、売主としては、当該物品が放置される危険がある⁹⁴。転売可能な物品がこのような扱いを受ければ、売主の不利益はいっそう大きくなる。それゆえ商法は、上のような場合に、買主に、いわば特殊な誠実義務⁹⁵を認め、商取引における売主の保護と取引の円滑を図るべく、売主から受け取った目的物の保管・供託・競売義務を課したのである。

91 石井：鴻・注（7）前掲 82 頁。

92 小町谷・注（10）前掲 92 頁。

93 平出・注（4）前掲 241 頁。

94 同前参照。

95 石井：鴻・注（7）前掲 82 頁。

4 - 2. 要件

買主に商法 527 条 1 項所定の義務を生じるには、第 1 に、商人間の売買であることが要件となる。商法 527 条 1 項は、「前条第 1 項に規定する場合においては、」と規定し、同 526 条 2 項が「前項に規定する場合において、」と規定しており、また、商法 528 条は、前条の規定を準用すると規定していることから、明らかである。双方の当事者にとって商行為たることを要すること⁹⁶、商法 526 条と同様である。

第 2 に、買主が売買の履行として受け取った目的物に瑕疵または数量不足があるため、買主が契約の解除をしたこと、買主が売主から引渡しを受けた物品が注文した物品と異なっていること、買主が売主から引渡しを受けた物品の数量が注文数量を超過していること、のいずれかに該当していることである。この要件は、商法 527 条 1 項および同 528 条の文言から明らかである。しかし、立法理由から考えて、契約解除の場合については、目的物の瑕疵または数量不足を理由とする解除のみならず、たとえば、約定解除権の行使、確定期売買における遅れた履行による解除、権利の瑕疵による解除など、その他の理由による解除にも、これを類推適用すべきものと解される⁹⁷。

第 3 に、いわゆる隔地売買（異地売買）でなければならない。すなわち、売主および買主の営業所（営業所がない場合にあっては、その住所）が同一の市町村の区域内にある場合には、買主の義務は生じない（商 527 ）。同地売買すなわち当事者の営業所または住所が同一市町村内にあるならば、売主は直ちに適宜の処置を採ることができるのが常態であろうからである⁹⁸。この趣旨に鑑みれば、売主の代理人の営業所または住所が買主の営業所または住所の所在地と同一市町村内にある場合にも、買主に商法 527

96 西原・注 (1) 前掲 157 頁、大隅・注 (3) 前掲 70 頁、平出・注 (4) 前掲 241 - 242 頁、竹田・注 (5) 前掲 64 頁。

97 西原・同前 158 頁、平出・同前 242 頁、小町谷・注 (10) 前掲 93 頁。

98 各同前。

条1項所定の義務は生じないというべきである⁹⁹。また、両当事者の営業所または住所が同一市町村内にあるとも、売主が買主の指定した他地に目的物を送付した場合には、買主の保管義務等の適用があるべく、逆に、両当事者の営業所所在地または住所が他地にあっても、売主の営業所において目的物の引渡しが行なわれ、他地への送付が必要でない場合には、買主の保管義務等の適用がないと解すべきである¹⁰⁰。このような義務を認めるにあたり、重要なことは、必ずしも当事者の営業所の所在地の同異性そのものではなく、売主が買主の同意した他地に目的物を「送付」したことにあるからである¹⁰¹。

第4に、売主に悪意がなかったことが要件となる。商法527条1項は、「前条第1項に規定する場合においては、買主は、契約の解除をしたときであっても、」と規定し、同526条2項が「前項に規定する場合において、」と規定し、同条3項が「前項の規定は、売主がその瑕疵又は数量の不足について悪意であった場合には、適用しない。」と規定しているところから、明らかである。売主から買主に引き渡された物品が注文品と異なる場合または注文数量を超過する場合にも同様と解される¹⁰²。注文品と異なることもしくは注文数量を超過することまたは売買契約が解除されていることについて売主に悪意がある場合にも、新たな売買契約もしくは追加的な売買契約の申込みと同時に物品の送付が行なわれたものとして、商法510条が適用される場合には、買主は、同条による保管義務を負うことになる¹⁰³。

4-3. 義務の内容

買主は、原則として、売主の費用をもって、売買の目的物を保管し、または、供託しなければならない(商527 前段、528)。商法510条の場合

99 小町谷・注(10) 前掲93頁。

100 西原・注(1) 前掲158頁。

101 同前。

102 平出・注(4) 前掲243頁。

103 同前。

と異なり、当該物品の価額がその費用を償うに足りないとき、または買主がその保管によって損害を受けるときであっても、買主はこの義務を免れえない¹⁰⁴。もっとも、保管と供託と、いずれの方法を採るかは、買主の自由であるし、また保管をなした場合にも、買主は、売主が適宜の処置を採りうるに相当な期間、保管義務を負わなければならないにとどまり、無限にこの義務を負うわけではない¹⁰⁵。売主保護という立法趣旨からして、こう解するのが当然であり、売主が善後措置を執るに相当な期間この義務を負えば足りると解すべきである。相当の期間を経過すれば、買主は、売主の費用をもって、目的物を返送するという民法の原状回復措置の原則を履践すればよいことになる¹⁰⁶。なお、買主は商人であるから、売主のために保管をなしたからには、費用の他、相当の報酬を請求できる（商 512）。

目的物につき、滅失または損傷のおそれがあるときは、裁判所の許可を得て、その物を競売に付し、かつ、その代価を保管し、または供託しなければならない（商 527 後段、528）。当該許可に係る事件（非訴事件）は、目的物の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する（商 527 ）。この競売を「緊急売却」という。買主が緊急売却をしたときは、遅滞なく、売主に対してその通知を発しなければならない（商 527 ）。通知の到達の危険は、売主が負担する。

4 - 4. 義務違反の効果

上述の買主の保管・供託・競売義務は真正の義務である。したがって、買主が上の義務に違反したときは、売主に対する損害賠償義務を免れえない。この点で、商法 526 条の検査・通知義務と決定的に異なる。

104 同前 244 頁。

105 小町谷・注 (10) 前掲 93 頁。

106 石井：鴻・注 (7) 前掲 82 頁参照。

5. 確定期売買

5-1. 序論

契約の性質または当事者の意思表示により、特定の日時または一定の期間内に債務者による履行がなければ、債権者の契約目的が達成されない行為を「定期行為」と称する（民 542 参照）。一般に、定期行為には、「絶対的定期行為」と「相対的定期行為」が存在するといわれる。前者は、履行期に履行するのでなければ債権者の契約をした目的を達しえない、ということが、契約の性質あるいは債権の目的たる給付の客観的性質による場合であると説かれる¹⁰⁷。他方、後者は、当事者間の意思表示によって、一定の時期に履行されるのでなければ、契約の目的の達成されえない場合である¹⁰⁸。そのような形式的区別は認めうるとしても、実際には、両者を区別する実益はない。当該行為が定期行為であると主張する者は、自ら定期行為であることを立証しなければならない¹⁰⁹。

定期行為の 1 種として、「確定期売買」がある。すなわち、売買の性質または当事者の意思表示により、特定の日時または一定の期間内に履行をしなければ、契約をした目的を達することができないような売買のことである（商 525 参照）。商人間の売買にあっては、かかる売買の場合に、当事者の一方が履行をすることなくその時期を経過したときは、相手方は、直ちにその履行の請求をした場合を除き、契約の解除をしたものとみなされる（商 525）。

定期行為に係る民法の一般原則によれば、当事者の一方が履行をすることなくその時期を経過したときは、相手方は、履行遅滞を理由とする契約解除の前提要件たる相当の期間を定めた履行の催告（民 541）をしないで、直ちに契約の解除をなすことができる（民 542）。したがって、契約の解

107 谷口知平：五十嵐清編『新版注釈民法（13）』（有斐閣・1996年）692頁〔植林弘・五十嵐清〕。

108 同前 693頁〔植林弘・五十嵐清〕。

109 同前 696頁〔植林弘・五十嵐清〕。

除をなすには、履行の催告こそ不要であるが、少なくとも解除の意思表示はしなければならないことになる。

このような民法の法構造は、商事売買にあっては、その迅速結了の要請から観て不十分であるのみならず、わけても売主をきわめて不利な地位に立たせる結果となる¹¹⁰。商人間の確定期売買における目的物は、市場においてその価格の騰落の激しいものが多かろう。そうであるとすれば、買主は、価格上昇局面では、契約の解除をすることなく、あくまでも当初の履行を請求し、価格下落局面では、契約解除権を行使して損害賠償請求に切り替えることにより、売主の危険において、自らは何ら損失を被ることなく、投機を試みることができることになる。結果、売主は、履行の請求を受けるか契約を解除されるか不明という不安定な状態におかれ、履行の請求に備えて、在庫を抱えておかなければならない。売主がこのような状態を免れるには、民法 547 条に依拠して、買主に対し、相当の期間を定めて解除権を行使するか否か、確答すべき旨を催告しなければならないのである。

それゆえ商法は、商取引の迅速な処理と売主の保護という観点から、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、直ちにその履行の請求をしなければ、契約を当然に解除したものとみなしたのである。

5 - 2. 要件

履行期徒過の場合において、当然解除の効果を生じるための要件の第 1 は、商人間の双務的商行為たる売買でなければならないということである。本章の冒頭で述べたように（本章 1）、平成 17 年（2005 年）改正前商法 525 条の文言には、「商人間の売買において、」という字句が現われていなかった。それゆえ、同条が適用される売買は、少なくとも当事者の一方に

110 西原・注 (1) 前掲 160 頁。

とって商行為たる売買で足りるとの見解が成り立つ余地があった。たとえば、西原寛一は、「商人間の行為である場合には、商法はこれを明言するのが常であるのみならず、少なくとも一方の当事者、特に売主が商人である場合、本条の立法趣旨はその意味があるから、[本条も商人間の売買のみに関する規定であると]限定的に解する必要はない¹¹¹」と述べていた。小町谷操三・石井照久・鴻常失もまた、確定期売買の性質および立法趣旨ならびに規定形式を理由に、少なくとも当事者の一方にとって商行為たる売買であれば足りると解した¹¹²。他方、竹田省・大森忠夫・大隅健一郎は、本条を商人間売買に関する規定であると解した¹¹³。後説に、特段の積極的理由があったわけではない。前後の規定がいずれも商人間売買に関するものである点から観て、こう解すべきであると述べていたにすぎない¹¹⁴。あえて後説の理由を挙げれば、鈴木竹雄が、「民法の規定自体を [民法の商化として本条のように] 改めることも考えられないではないが、それが民法に対する特則として存する以上、両当事者の利益をあわせ考慮して、商人間の売買の規定と解するのが妥当ではなからうか¹¹⁵」と説いていたのが目立つ程度であった。さらに、平出慶道は、条文形式の自然さから、また立法趣旨から、前説の長所を認めつつも、前説のように解すれば、「相手方（債権者、通常は買主）にとって絶対的商行為であるにすぎない場合にも本条が適用されることになるが、本条は民法 542 条の特則であって民事売買には適用がないものである以上は、民事売買と絶対的商行為たる売買とを区別して後者に本条の適用を認めるのは妥当でなく、また、本条は売主の保護を強化するものであるが、売主が本条の保護に値するのは商人の場合であり、その半面、買主が本条による不利益を避けえないのも商人の

111 同前。

112 石井：鴻・注 (7) 前掲 83 頁、小町谷・注 (10) 前掲 95 頁。

113 大隅・注 (3) 前掲 66 頁、竹田・注 (5) 前掲 55 頁、大森・注 (19) 前掲 199 頁。

114 大隅・同前、大森・同前。

115 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』(弘文堂・1965年) 21頁脚注(1)。

場合であり、結局両当事者とも商人の場合にのみ民法 542 条の特別たる本条の適用があるものと解すべきであろう¹¹⁶と説いた。平出の説くところは、上の鈴木の主張を咀嚼^{そしゃく}して平易に表現したものと観ることができる。いずれにせよ、平成 17 年 (2005 年) 改正後商法 524 条は、繰り返し述べるように、その冒頭に「商人間の売買において、」という字句を挿入することによって、本条の解釈問題を結着に導いたのである。

要件の第 2 は、売買の性質または当事者の意思表示により、一定の日時または一定の期間内に履行をしなければ、契約をした目的を達することができないことである。絶対的定期行為であれ、相対的定期行為であれ、当該売買が定期行為に属する売買、すなわち確定期売買であるということである。商人間の売買が直ちに確定期売買であるとはいえず、また目的物の引渡時期を何月何日と定めたからといって、直ちに確定期売買であるといえないこと、当然である¹¹⁷。結局、確定期売買であるか否かは、各場合について具体的に判断する他ないが、その際、取引分野における商慣習を顧慮する必要がある¹¹⁸。ただ単に、当事者が契約の履行について期限厳守とただだけでは、確定期売買にならないこと、当然である。判例において、確定期売買と認められたものをいくつか挙げれば、商人が中元進物用として得意先に配布する目的で 6 月中に送付すべき旨を約してした大量の団扇^{うちわ}の買入れ (大判大正 9 年 (1920 年) 11 月 15 日民録 26 輯 1779 頁)、クリスマス (Christmas) 用品として輸出目的で行う商品の買入れ (大判昭和 17 年 (1942 年) 4 月 4 日法学 11 巻 12 号 1289 頁) がある。また、特飲街をつくるという特殊な事情を了解のうえで、相場より相当安価に土地を売却した土地分譲業者たる売主が、「何時までも安価な土地の提供にしばらくは本意不合理であるとの立場から」代金の支払時期を重視していたとして確定期売買に該当するとしたものがある (最判昭和 44 年

116 平出・注 (4) 前掲 247 頁。

117 西原・注 (1) 前掲 160 頁、石井・鴻・注 (7) 前掲 84 頁。

118 西原・同前。

(1969年) 8月29日判時570号49頁)。

要件の第3は、当事者の一方が履行をしないで、その時期を経過したことである。この要件は、不履行が債務者の責めに帰すべき事由に基づくことと否とを問わず、すなわち債務者の履行遅滞の有無に係わりなく、所定期間の経過という客観的事実によって判定されるものである¹¹⁹。相手方が反対給付の履行の提供をしたか否か、あるいは、同時履行の抗弁が問題となる余地はない¹²⁰。それは、集団的な商取引の画一的処理の必要と債務者保護のためである¹²¹。不履行の債務者は、通常は、売買目的物の引渡しをしない売主であるが、当事者の意思表示により、代金支払期日がとくに重視されて確定期売買と認められる場合もありえるから、必ずしも売主のみに限られるものではない¹²²。

要件の第4は、相手方が、直ちにその履行の請求をしなかったことである。「直ちに」とは、履行期の到来と同時に、またはその後直ちにとの意味であって、履行請求の意思表示が履行期到来前に発せられても、履行期到来後、相当の期間内に到達したときも含まれる¹²³。したがって、履行の請求は、意思表示の効力発生原則(民97)に従い、債務者に到達することを要する¹²⁴。すなわち、到達についての危険は債権者が負担し、不到達の場合には、売買契約は解除されたものとみなされる。なお、この履行請求には、反対給付の履行の提供までする必要はない¹²⁵。

5-3. 確定期売買の当然解除

上述の要件をすべて満たすときは、売買契約は当然に解除されたものとみなされる。いわば、解約の意思表示を待たず、強制解約されたと同然の

119 同前、平出・注(4)前掲249頁、石井：鴻・注(7)前掲84頁。

120 平出・同前。

121 同前、西原・注(1)前掲160-161頁。

122 各同前。

123 石井：鴻・注(7)前掲84頁。

124 西原・注(1)前掲161頁。

125 平出・注(4)前掲249頁、石井：鴻・注(7)前掲84頁。

効果を生じる。

履行期に目的物の一部を引き渡しても、一部の履行では売買契約の目的を達しない場合には、契約全部について当然解除の効力を生じるが、しからざる場合には、残部について契約の一部解除の効力を生じ、さらに履行期到来後直ちに債務者が目的物の一部を引き渡し、債権者がこれを受領した場合には、その残部についてのみ契約の一部解除の効果が生じることになる¹²⁶。

確定期売買の当然解除があった場合の法律関係は、もとより民法の一般原則による¹²⁷ (民 545、546)。

126 平出・同前 251 - 252 頁。

127 同前 252 頁、西原・注 (1) 前掲 161 頁、石井：鴻・注 (7) 前掲 84 頁。

第3章 交互計算という決済制度

1. 総説

企業は、その取引先との継続的な営業活動・事業活動を通じて、当該取引先との間において、一方では債権を取得し、他方では債務を負担するという関係に立つことが多い。すなわち、あるいは債権者となり、あるいは債務者となるという相互的な関係を生じる。このような場合、個々の債権・債務ごとに弁済をなすというのは繁雑であるばかりか、弁済の手續・費用・危険といった不利益がその都度生じることとなる¹。そこで、このような債権債務につき、各履行期毎にその都度これを決済する代わりに、一定の期間内に生じる債権債務を一括して差引計算によりこれを決済するならば、上述の危険も減少し、また随時の支払いのために現金を常時手許に死蔵する必要もなくなって（資金の無用な固定化の回避）便宜である²。もっとも、これによって、自己の債権の取立てをその期間だけ猶予することになるが、逆に、自己の債務の履行もまたその期間だけ延期され、両者は、互いに担保的作用を営むことになる³。交互計算は、かかる目的のために生まれた貸借決済の技術的的制度である⁴。さらには、当事者間の契約によって創設された信用制度の1種と位置づけられる⁵。また、相互に生じる一定期間中の債権の総額について差引計算をなし、相互に定期的にその差額の承認を行うので、相互の貸借関係を明確にすることにも資するものである⁶。

交互計算は、13世紀初頭にイタリア諸都市の銀行取引における慣習と

-
- 1 石井照久：鴻常夫『商行為法（商法）』（勁草書房・1978年）85頁参照。
 - 2 大森忠夫『商法総則・商行為法（改定版）』（三和書房・1975年）204頁。
 - 3 同前。
 - 4 西原寛一『商行為法（第3版増補）』（有斐閣・1973年）164頁。
 - 5 石井：鴻・注（1）前掲85頁参照。
 - 6 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）296頁。

して発達した制度であるが、当初は簿記計算の技術と観られ、法律的側面が認識されるようになったのは、かなり後のことである⁷。

交互計算それ自体は、営利を目的とする絶対的または営業的商行為ではなく、商人の営業上の便宜のために利用される契約として附属的商行為となるにすぎない⁸。明治 23 年 (1890 年) の旧商法は、交互計算を商事契約中に独立の節を設けて規定した (同 353 条ないし 366 条) が、現行商法は、これを商行為編中に独立の章を設けて規定した。立法理由書によれば、「交互計算ハ商法上ノ債務関係ヲ整理シ其実際ニ重要アルコト他ノ種類ノ商行為例ヘハ売買、匿名組合等ニ対比スヘキモノアルヲ以テ之ヲ独立ノ一章ト為シ総則及ヒ売買ノ次ニ第三章トシテ之ヲ規定シタリ⁹」とされている。

ただ、わが国における実際上は、かかる交互計算は、運送業者間や保険会社と代理店間で見られる程度であって、取引社会ではそれほど利用されていないのが実情のようである¹⁰。

なお、商法上の交互計算とは別に、「段階交互計算」または「残額交互計算」と呼ばれる決済方法がある。銀行の当座勘定取引がその典型例である。これは、銀行と当座取引先との間の勘定の出入りを、期末に一括相殺せず、預入れ、払出し、当座貸越の都度、その段階で差引計算をして残高を算出し、残額債権債務を発生させるというものである。残額算出の手続として、累積形式を採らず、段階形式を採るのでこう呼ばれる¹¹。段階交互計算は、債権債務が発生するとその段階で自動的に相殺されることから、通常の交互計算のように担保的機能を持たない。すなわち、後述の交互計算不可分の原則 (本章 3 - 1) が適用されない¹²。

7 石井：鴻・注 (1) 前掲 85 頁、西原・注 (4) 前掲 164 頁。

8 大森・注 (2) 前掲 204 - 205 頁。

9 東京博文館蔵版『商法修正案理由書』(1898 年) 266 頁。

10 田邊光政『商法総則・商行為法 (第 3 版)』(新世社・2006 年) 235 頁。

11 石井：鴻・注 (1) 前掲 86 頁参照。

12 近藤光男『商法総則・商行為法 (第 5 版補訂版)』(有斐閣・2008 年) 164 頁。

さらに、3当事者以上の相互間において、相互に成立する債権債務を一定の時期に一括決済する制度を「交換決済」または「集合差引計算」といい、手形交換所における手形交換は、この制度によって行われている¹³。これは、もとより交互計算ではない。手形交換は、民法または商法の既存の法概念や制度によって説明しうるものではなく、自治法規としての手形交換所規則に基づく独特の支払方法である¹⁴。

以下では、もっぱら商法上の交互計算について述べる。

2. 交互計算の意義

2-1. 定義

交互計算とは、商人間または商人と非商人との間で平常取引をする場合において、一定の期間内の取引から生ずる債権および債務の総額について相殺をし、その残額の支払いをすることを約する契約である（商 529）。

2-2. 契約当事者

交互計算契約の当事者は2人格者であって、少なくともその一方は商人でなければならない。非商人間に交互計算と同一の内容の契約が結ばれても、商法上の交互計算契約とはいえず（民事上の交互計算）、商法の交互計算に関する規定が当然に適用されるわけではない¹⁵。

当事者の間には、平常継続して取引をする関係がなければならないが、交互計算は、債権債務の総額につき一括相殺してその残額の支払いを約する契約であるから、当事者相互間に債権債務が発生する関係が存在するか、または発生することを予定する関係が存しなければならない¹⁶。この関係は常態として予定されておればよく、實際上たまたま一方の側にのみ債権

13 平出・注 (6) 前掲 296 頁。

14 西尾信一編『金融取引法（第2版）』（法律文化社・2004年）78頁 [浅木慎一]。

15 石井：鴻・注 (1) 前掲 87 頁、田邊・注 (10) 前掲 235 頁。

16 石井：鴻・同前、西原・注 (4) 前掲 165 頁、平出・注 (6) 前掲 306 頁。

を生じる結果となるのは差し支えない¹⁷。しかし、本来的に一方の債務しか発生しないような関係（たとえば卸売商と小売商との関係）は、商法上の交互計算ではなく、これを「一方的交互計算」または「単純交互計算」という¹⁸。

2-3. 契約の客体

交互計算の客体となるのは、一定の期間内の取引自体から生じる債権債務である。この期間を「交互計算期間」と称する。交互計算期間は、当事者間の契約により自由に定めることができるが、その期間を定めなかったときは、6ヵ月である（商 531）。交互計算期間は、交互計算契約の存続期間と必ずしも一致するものではない。交互計算期間の満了は、その期間の残額債権が成立するにとどまるものであり、特約がなければ、交互計算契約は終了せず、成立した残額債権が次の交互計算期間の最初の1項目となるにとどまる¹⁹。

交互計算は、その債権債務の総額につき一括決済するものであるから、その性質上、金銭債権でないものは、すべて除外されるというのは定説としてよい²⁰。交互計算に含める債権債務の範囲は、たとえば取扱営業所または取引の種類などにより、これを限定することはもとより差し支えないが²¹、特約がなければ、性質上不適当なものを除いて、取引上通常生ずべき一切の金銭債権に及ぶ²²。

性質上不適当なものとして除外されるものは、以下のような債権である。

事務管理・不当利得・不法行為による債権や第三者から譲り受けた債権²³。これらは、取引自体によって生じるものではないからである。

17 西原・同前。

18 石井：鴻・注 (1) 前掲 87 頁。

19 平出・注 (6) 前掲 307 頁。

20 竹田省『商法総則・商行為法』（弘文堂書房・1931年）70頁。

21 同前。

22 西原・注 (4) 前掲 165 頁。

23 平出・注 (6) 前掲 307 頁、田邊・注 (10) 前掲 236 頁。

(取引によって生じた債権であっても) 即時のあるいは現実に履行を要する債権²⁴。たとえば、消費貸借の予約による債権がこれに当たる²⁵。手形その他の有価証券上の債権²⁶。これは、証券による特殊な権利行使の方法が必要であるからである。しかし、手形その他の有価証券授受の対価(有価証券を目的とする取引から生じる債権債務)、たとえば手形買取代金のようなものは、交互計算に含めることができる²⁷(商 530 参照)。

担保付債権が交互計算に組み入れられれば、その結果この債権は消滅してこれとは別個の残額債権が成立することになるため、これに付された担保権は債権の消滅とともに消滅し、特約がない限り残額債権には移らない²⁸。したがって、商人間の留置権(商 521)のような一般的担保の場合と異なり、当事者が個別的に担保権を付した債権は、当事者の意思に反して計算に組み入れることはできず、かかる債権の組入れは、特約または慣習がある場合に限られる²⁹。要するに、担保付債権を相殺の対象とすることは、債権者の期待に反することになるわけである³⁰。

2 - 4. 決済方法

交互計算期間中に生じた債権債務の決済は、通常期末において一括して相殺し、残額の支払いをなすことによって行われる³¹。

2 - 5. 性質

交互計算契約の法的性質に関しては、かつては、相互的消費貸借説・双

24 各同前。

25 竹田・注(20)前掲70-71頁。

26 平出・注(6)前掲307頁、田邊・注(10)前掲236頁。

27 平出・同前、竹田・注(20)前掲71頁。

28 平出・同前。

29 大隅健一郎『商行為法』(青林書院・1960年)73頁、平出・同前。

30 近藤・注(12)前掲165頁。ただし、鴻常夫・石井照久は、かかる債権者の不利益を勸案しても、そのことから当然に担保付債権が交互計算から除外されると解することは妥当でないとしている(鴻・石井・注(1)前掲88頁)。

31 西原・注(4)前掲165頁。

方的信用開始契約説・相殺の予約説など種々の学説があったが、いずれもこの契約の一面を見ているのみで正当とはいえず³²、現在では、商法上の特殊な契約であると解するをもって足りるとされている³³。なお、西原寛一が、交互計算学説が多岐にわたる原因は、当初、商人の簿記・計算上の慣行として発生したこの制度の法律的側面の認識が遅れたことにもよるが、主としてはその作用が複雑なため、部分にとらわれ全体の認識に至らないことによるといえようと述べており³⁴、留意されるべきである。

3. 交互計算の効力

3-1. 消極的効力

これは、交互計算期間中の効力である。

交互計算は、一括決済の制度であるから、計算期間中に当事者の取引から生じた債権債務は、交互計算にその1項目として組み入れられることにより停止状態に入り³⁵（すなわち、各債権債務は期間中は猶予されることとなり³⁶、その独立性を失って、不可分な全体に融合することとなる。したがって、当事者は、各別にこれを処分することをえなくなる。その消滅時効の進行は停止するとともに履行遅滞の問題を生じることもない³⁷。また、各別に相殺の用に供し、各別に譲渡・質入れをすることもできない³⁸。このような効力を一般に「交互計算不可分の原則」という。よって、いったん交互計算に組み入れた債権を任意に計算から除去することも許されない。しかし、個々の債権は、交互計算に組み入れられることにより直ちに消滅するものではなく（各別の処分ができなくなるだけであり）、その同

32 大隅・注(29)前掲73頁。

33 鴻；石井・注(1)前掲88頁、西原・注(4)前掲166頁、大隅・注(29)前掲74頁。

34 西原・同前168頁脚注(7)。

35 平出・注(6)前掲309頁。

36 大隅・注(29)前掲75頁。

37 大森・注(2)前掲208頁、平出・注(6)前掲309頁。

38 各同前、西原・注(4)前掲169頁、大隅・注(29)前掲75頁。

一性を維持して存続するものであるから、交互計算期間中においても、各債権につき確認の訴えを提起し、または原契約上の権利を行使すること（解除権の行使や売買における目的物の給付の請求など）は、妨げられない³⁹。

かつては、交互計算に組み入れられた債権は、その性質上、譲渡性を有せず（民 466 ただし書）、よって質入れもなしえず、これに反して譲渡・質入れをしても無効であり、その差押えもまた第三者の善意悪意を問わずなしえないと解されていた⁴⁰。すなわち、交互計算不可分の原則の効力は、交互計算の当事者間にとどまるものではなく、第三者にもその効力が及ぶとされていたのである。これに対し、この原則の適用は当事者間に限られるから、当事者の一方がこの原則に違反して各個の債権につき譲渡・質入れなどの処分をしても、損害賠償の問題を生じるにとどまり、善意の第三者には対抗できないものと解すべきであるとの主張もまた有力であった⁴¹。後説に従えば、意思表示によって自由に差押禁止財産を作ることには許されないから、交互計算に組み入れられた債権の差押えは、第三者の善意悪意を問わずなしえることになる⁴²。ただ、第三債務者たる一方の当事者が、交互計算契約を理由に異議を述べうるだけである⁴³（計算期末まで差押債権者の取立てを阻止しうる）。

前説は、交互計算の「制度的」に重きを置く考え方である。石井照久・鴻常夫は、以下のように主張する。「交互計算は、企業取引そのものではなく、債権債務を決済するために商法が生んだ1つの「制度的」なものである（この点では単なる特約による債権の譲渡制限とは異なる）。したがっ

39 西原・同前、平出・注（6）前掲 305 頁。

40 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』（弘文堂・1965年）24頁脚注（2）、石井：鴻・注（1）前掲 89 頁。

41 小町谷操三『商行為法（1）』（日本評論社・1938年）103頁脚注（1）（この文献の引用については、第1章脚注（20）を参照のこと）、西原・注（4）前掲 169 頁。

42 平出・注（6）前掲 310 頁。

43 小町谷・注（41）前掲 103 頁脚注（1）。

て、交互計算契約をするかどうかは当事者の自由であるが、これを採用した以上、各個の債権は法の予定する枠にはめられて、その個別性を喪失するにいたるものと解すべきだからである⁴⁴。」交互計算当事者の債権者は、場合によっては民法 423 条（債権者代位権）によって交互計算契約そのものを解除しうるので不都合はないとも説いている⁴⁵。さらに、「このような議論は、一見形式的のようであるが、第三者に対しても交互計算不可分の原則を主張できるかという問題の実質は、当事者において相互に有すべき債権債務が交互計算の存在によって当然に自己の債権を担保すること、すなわち、交互計算の担保的効力を認めるべきかどうかという点にある。…交互計算理論が交互計算不可分の原則をもち出してきたのは、正にそのような考慮からである⁴⁶」と述べるのである。判例もこの立場であり、交互計算に組み入れられた個々の債権を差し押さえることはできず、転付命令も無効であるとしている（大判昭和 11 年（1936 年）3 月 11 日民集 15 巻 320 頁）。

他方、後説は、「契約関係」に重きを置く考え方であって、交互計算に組み入れられた債権の譲渡および質入れが禁止されるのは、当事者間の契約に基づく特約によるものであって、民法 466 条 2 項ただし書が定めるように善意の第三者に対抗することができず、交互計算組入債権の差押禁止は、債務者の一般財産のなかに債務者の意思による差押禁止財産を作るものであって許されないと解する⁴⁷。

前説のように解すれば、交互計算当事者の債権者は、債権者代位権によって交互計算契約を解約しえない場合には不利益を被るし、債権の期限到来期前は、裁判上の代位によらなければ解約しえない（民 423 ）という不便を強いられることになる⁴⁸。交互計算の担保的効力は認めなければなら

44 石井：鴻・注 (1) 前掲 89 - 90 頁。

45 同前 90 頁。

46 同前。

47 神崎克郎『商法総則・商行為法通論（新訂版）』（同文館・1999 年）197 頁。

48 平出・注 (6) 前掲 311 頁。

ないが、これを「制度」と解するなら、この制度は、第三者から観れば、「公示なき担保」を認める結果となるのではなからうか。交互計算を事実上の担保として扱うのであれば、第三者に対して、何らかの形で公示がなければ、第三者の保護に不十分であろう。したがって、交互計算はあくまで当事者の契約関係にすぎないと解し、後説を支持すべきものと考え。

しかしながら、後説を採ったとしても、神崎克郎が説くように、交互計算当事者たる債務者は、譲受人・質権者・差押債権者に対して、譲渡・質入れ・差押前に相手方に対して有する債権をもって相殺をなしうるものと解される⁴⁹（民 468、511 参照）ので、さほど実益はない。ただし、前説に立てば、譲渡・質入れ・差押自体が無効なのであるから、交互計算当事者たる債務者は、譲渡・質入れ・差押後に相手方から計算期中に取得した債権の担保として、当該譲渡・質入れ・差押対象債権を利用できることになる。

交互計算に組み入れられた債権債務は、交互計算不可分の原則により、相手方の同意なくして、任意に計算から除去することをえない。しかし、手形その他の商業証券が授受された場合であって、その証券授受の対価（割引対価）たる債権債務が交互計算に組み入れられた場合において、証券上の債務者が弁済をしなかったときは、当事者は、その債務に関する項目を交互計算から除外することができるものとされている（商 530）。当事者がこのような証券に関連する債権債務を交互計算に組み入れるのは、証券上の債務が履行されることを予想するがためであって、その予想が実現されないにもかかわらず、交互計算の項目から除外することを許されないというのは、債務を負担した当事者に酷だからである⁵⁰。つまり、証券上の債権自体は、証券の提示による行使が必要であるため交互計算に組み入れられないから、証券上の債務者（たとえば約束手形の振出人）が弁済しない場合には、交互計算契約の相手方に対する証券授受の対価たる債務

49 神崎・注（47）前掲 197 頁。

50 小町谷・注（41）前掲 103 頁。

(たとえば手形割引代金債務)は、その全額について交互計算により決済されるにもかかわらず、相手方に対する証券上の債権(たとえば手形上の遡求権)は交互計算外で行使せざるをえなくなる⁵¹。そうであるとすれば、相手方に破産手続開始の決定がなされると、交互計算に組み入れられた対価は、その債権額で相殺されるのに対し、証券上の債権は破産債権として他の債権者と平等の割合弁済を受けうるにすぎないという(破 194 参照)不利益を甘受しなければならない⁵²。商法 530 条は、このような不利益を避ける趣旨である。この規定により、当事者は、相手方の同意なく単独で証券の対価たる項目を交互計算から除去し、相手方に対する証券上の債権と相殺し、対価の全額を回復したのと同じの結果を収めることができる⁵³。このように、この規定は、相手方に破産手続開始の決定があった場合に実益がある。

3 - 2. 積極的効力

これは、交互計算期間満了後の効力である。

交互計算期間が満了すると、当事者は、期末に債権債務について一括相殺を行い、支払うべき残高を確定することとなる。「相殺」とはいいい条、これは集団的な差引計算のことであって、民法上の厳密な意味での相殺とは異なる⁵⁴。これにより、当該差額について、交互計算に組み入れられた個々の債権とは別個の、当事者の一方が他方に対して支払うべき残額債権が成立する⁵⁵。

通説によれば、残額の確定は、当事者の一方が債権債務の各項目と差引残額とを記載した計算書を提出し、相手方がこれを承認することによって行われるから、これ自体がひとつの契約であると解せられ⁵⁶、よって、残

51 平出・注 (6) 前掲 312 頁。

52 石井：鴻・注 (1) 前掲 91 頁。

53 平出・注 (6) 前掲 312 頁。

54 西原・注 (4) 前掲 170 頁。

55 平出・注 (6) 前掲 313 頁。

56 西原・注 (4) 前掲 172 頁脚注 (5)。

額の通知はその承認を求める申込みであり、承認はこれに対する承諾であって、これにより残額確定契約（双方向的な債権債務の承認を目的とする契約であり、交互計算契約に基づく義務の履行としてなされるものである）が成立する⁵⁷。承認は黙示でもよい。計算書の提出につき、電磁的方法が認められてもよいと考えられる。商法施行規則中に、この方法による計算書の提出に係る定めを設けるのが望ましい。残額確定契約は、交互計算に組み入れられた個々の債権債務を消滅せしめ、それらとは別個独立の新たな残額債務を成立せしめる更改的効力を有する⁵⁸。相手方が計算書の承認を遅滞し、または拒絶した場合には、残額確定契約が不成立となって、残額債権が成立しえないこととなる。この場合には、一般原則により、債務不履行を理由として、交互計算契約自体を解約するほかない⁵⁹。

以上の通説に対し、平出慶道は、交互計算期間の満了により、交互計算に組み入れられた期末における各個の債権債務について単に集团的差引計算がなされるにとどまらず、交互計算契約自体の積極的效果として、期末に各個の債権債務が消滅し、これらとは別個の残額債権がその差額について「当然に」成立すると構成する⁶⁰。平出のように構成すれば、計算書の承認は、残額債権の成立要件ではなく、すでに自動的に成立した残額債権について、これをもはや争いえないものとして確定する効力を有するにとどまるものとなる。彼によれば、期末において総額について差引計算がなされ、残額債権が自動的に成立するものと解することは、わが商法の規定に反するものではなく、むしろ、残額について債権者は計算閉鎖の日以後の法定利息を請求しようとする規定（商 533、514）に調和するものであると説かれる⁶¹。

通説のように解すれば、交互計算契約の当事者の債権者が、残額債権の

57 小町谷・注(41)前掲105頁。

58 平出・注(6)前掲314頁。

59 石井：鴻・注(1)前掲91頁。

60 平出・注(6)前掲314-315頁。

61 同前315頁。

差押えをしようとすれば、債務者たる交互計算契約の当事者が計算書類の承認・承認請求をしなければ、残額債権が未成立であるから、債権者代位権（民 423）により、計算書類の承認・承認請求または交互計算契約の解約をしなければならないことになる。他方、平出説に従えば、残額債権は期末に成立しているから、上の差押えは理論上可能であるということになる。しかし、当事者が、計算書の承認をせず、その残額を争っている場合に、残額が判然としない債権の差押えを許しても、取立額が確定しないのであるから、かえって取立ての実現が遅延してしまうおそれがあるのではなかろうか。

通説に従えば、計算書類の承認によって、更改的効力を生じるがゆえに、第 1 に、当事者は、もはや債権債務の各項目につき、異議を述べる事ができなくなる（商 532 本文）。これは、交互計算の便法を認めた趣旨を生かすためである。したがって、ある債務が実質上無効であっても、交互計算関係としては、一応その債務が存在するものとして始末をつけ、別途、交互計算外において不当利得として争うこととなる⁶²。ただし、「当該計算書類の記載に錯誤又は脱漏があったとき」は、例外的に異議を述べる事ができる（商 532 ただし書）。しかし、商法 532 条ただし書は、欧州の商人間の慣行を反映したものであって、さほどの強い意味を持つ規定と解すべきではないとするのが古くからの商法研究者の見解である。すなわち、欧州にあっては、計算書の承認に際し、しばしば「錯誤脱漏留保」の意味をもって、*Salvis erroribus et omissionibus* の各頭文字を記入する（SEeO あるいは s.e.& o.）慣行があったが、商法はこのような場合を予定し、同 532 条ただし書を設けたとされている⁶³。したがって、その趣旨は、規定の文字解釈とは異なるが、計算書に錯誤または脱漏があった場合に、残額の確定を争いうる意ではなく、交互計算外において、不当利得返

62 石井：鴻・注 (1) 前掲 92 頁、西原・注 (4) 前掲 170 頁。

63 竹田・注 (20) 前掲 77 頁、小町谷・注 (41) 前掲 107 頁参照。

還請求権を留保する趣旨にすぎないものと解される⁶⁴。かく解すれば、上述のように、交互計算外で不当利得を理由に争うことは、かかる条文がなくてもできると考えられるから、商法 532 条ただし書は、注意的規定にすぎないことになる⁶⁵。もっとも、計算書類の承認行為自体に錯誤・詐欺・強迫などの実質上の瑕疵があれば、一般原則によりその効力を争いうること、当然である⁶⁶。

第 2 に、残額承認の更改的効力の結果として、特約がない限り、交互計算に組み入れられた従前の個別の債権に付された担保および保証は、残額債権に承継されない⁶⁷。残額債権が、従前の個別の債権と別個独立のものだからである。したがって、消滅時効についてもまた、新たに進行することとなる⁶⁸。

残額債権について、債権者は、計算閉鎖の日以後の法定利息を請求することができる（商 533 、514）。交互計算に組み入れられた債権が法定または約定の利息付債権であった場合、計算期間内の利息は当然に残額債権の一部に組み入れられることとなるが、これをも含めた残額に上の法定利息を付すことが許される（商 533 ）。すなわち、この場合には、民法 405 条の例外として、即時に重利が法認されることとなる⁶⁹。

残額債権は、計算期間の満了と同時に交互計算契約自体が終了する場合を除き、直ちに履行すべきものとなるわけではなく、次の計算期間の最初の項目として計上されることとなる⁷⁰。

64 各同前。

65 近藤・注 (12) 前掲 168 頁。

66 西原・注 (4) 前掲 170 頁。

67 同前、石井：鴻・注 (1) 前掲 92 頁、大森・注 (2) 前掲 210 頁、近藤・注 (12) 前掲 168 頁、神崎・注 (47) 前掲 199 頁。

68 各同前。

69 大森・注 (2) 前掲 211 頁。

70 同前。

4. 交互計算の終了

交互計算契約は、約定の存続期間の満了その他契約の一般終了原因によって (民 541、543) 終了すること、もちろんである。

各当事者は、いつでも交互計算の解除 (解約) をすることができる (商 534 前段)。契約の存続期間を定めていると否とを問わず、交互計算期間の途中であっても差し支えない。相互の信用を基調とする交互計算契約の当然の帰結であって、当事者の信用状態の変更に対処し、交互計算を必要とする事情の消滅に備える趣旨である⁷¹。契約を解除した場合には、直ちに計算を閉鎖して、残額の支払いを請求することができる (商 534 後段)。

当事者の一方について破産手続が開始されたときは、交互計算は当然に終了する (破 59 前段)。この場合にも、各当事者は計算を閉鎖して残額債権の支払いを請求することができる (破 59 後段) が、破産者が残額債権を有するときは、当該債権は破産財団に属し、相手方がこれを有するときは、当該債権は破産債権となる (破 59)

当事者の一方について会社更生手続が開始されたときも、交互計算は当然に終了する (会更 63 破 59 前段)。各当事者は計算を閉鎖して残額債権の支払いを請求することができる (会更 63 破 59 後段)。相手方が残額債権を有するときは、当該債権は更生債権となる (会更 63 破 59)。

契約解除・一方当事者の破産手続開始・一方当事者の会社更生手続の開始による計算閉鎖の場合には、計算書の承認を経ることなく、当然に残額債権が成立することとなる。

5. 補論 - 相殺の担保的機能の限界に関する商行為法的視座 (差押えと相殺との優劣に関して)

交互計算は、当事者間に存する多数の債権債務を計算期間満了時に一括

71 平出・注 (6) 前掲 319 頁。

して相殺する決済制度であるから、当事者は、互いに過去に取得した債権および将来取得するであろう債権を担保にし合って取引しているも同然であるということになる。それゆえ、交互計算は、相殺の担保的機能を進化させ、これを制度的に保障したものと評価することができる。

ところで、民法の講学上いわゆる「相殺の担保的効力」については、一般に以下のように説明される。於保不二雄の以下の記述が明快である。すなわち、「相殺制度は、同種の債権債務を相互に現実に履行する無用の手続を省くばかりでなく、一方の当事者の資力が悪化した場合、ことに破産[手続の開始があった]場合に、別々に履行することから生ずる不公平を除去することを目的とするものである。つまり、当事者双方が相互に同種の債権を有するときは、当事者の資力とは関係なく、数額の等しい債権は等しい効力があるとすることが、当事者間の信頼を維持することになり、これが公平であるとするものである。したがって、この制度は、同一当事者間における同種の債権には、留置権または質権があるのと同じように、相互に担保作用を営ましめることになる。この担保作用において相殺の経済的機能は大きい⁷²⁾。」

上のような相殺に内在する機能は、もとより一般生活関係においても重要であるが、わけても継続的・長期的取引関係に立つ企業生活関係においていっそう重要な役割を果たすこととなる。自己の他方に対する債権が、他方の自己に対する債権によって担保されていることが、相互の信用取引を拡大することにつながるからである。しかし、相殺が有する担保作用は、当事者間においては十分な妥当性を有するが、公示性を欠くがゆえに、第三者に不測の損害を及ぼすおそれがある。当事者以外の第三者に大きな利害を及ぼすのが、端的に、いわゆる差押えと相殺の優劣の問題である。

周知のように、この問題は、主として後掲の最高裁の2つの大法廷判決をめぐって、民法研究者の間で相当な考究の蓄積がある。これをほとんど

72 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・1972年）413頁。

顧みることなく、民法の門外漢である不佞が口を差し挟むことは、本来は無謀な試みであり、民法研究者の反発を招くこと必至であるが、商行為法的視座から、多少の言及をなすことを許されたいと願うものである。

上で言及した最高裁判例は、ともに銀行の預金債権を差し押さえた差押債権者が、銀行がなす預金債権と貸付金債権との相殺の効力を不服として争うものであった。貸付金債権については、銀行取引約定書をもって、いわゆる期限の利益喪失約款と称される約定が、銀行と顧客との間に交されている。この条項中には、顧客に一定の信用不安が生じた場合に、その事由により、銀行の請求があった時に貸付金債権の期限の利益の喪失を生ぜしめるいわゆる請求喪失事由と、ある事由が発生すれば当然に貸付金債権の期限利益の喪失を生ぜしめるいわゆる当然喪失事由とが定められている。預金債権の仮差押え・保全差押え・差押えについては、その命令が発せられた時点をもって、期限の利益の当然喪失が生じる旨が約定されている。すなわち、差押命令の送達時（差押えの効力発生時）の直前に貸付金債権の期限の利益が喪失せられるとの約定内容となっている。他方、預金債権については、銀行は、いつでも期限の利益を放棄しうる（民 136 本文）ので、定期性預金についても、期限までの約定利息を付して（民 136 ただし書）、これを放棄すれば、差押命令の送達にもかかわらず、銀行は、貸付金債権と預金債権との相殺適状を作り出すことが可能となっているのである。加えて、相殺適状が生じれば、自動的に当然相殺がなされるという特約や、相殺の効果を生ぜしめる予約完結権を銀行に与えておくといった特約が付加されているのが通常である。つまり、銀行は、銀行取引約定書により、貸付金債権は常に預金債権によって担保されるとの認識を有している。ただし、この約定は、あくまでも当事者間の特約にすぎない。第三者がこの特約を対抗される謂れはないとして、預金債権の差押債権者が第三債務者たる銀行がなす相殺の効力を争うというのが、この問題の基本構造である。

差押えと相殺との関係については、民法 511 条に規定がある。同条は、「支払の差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺

をもって差押債権者に対抗することができない。」と規定している。同条によれば、預金債権に対する差押命令の送達を受けた第三債務者たる銀行は、差押後に顧客に対して取得した債権を自働債権とする相殺をもって、差押債権者に対抗しえないこととなる。それでは、預金債権に対する差押命令が送達される以前にすでに貸付金債権が発生しておれば、銀行は常に相殺をもって差押債権者に対抗しうるか。

当初、大法院判決たる最高裁昭和39年(1964年)12月23日判決民集18巻10号2217頁は、差押えと相殺との優劣の一般論に関し、自働債権・受働債権双方の弁済期が未到来である場合に、双方の債権の弁済期の先後を比較して、自働債権の弁済期が受働債権のそれより先に到来する場合には、相殺をもって差押債権者に対抗できると判示した。そう判示した理由は、およそ以下のようなものである。すなわち、被差押債権の弁済期が到来して差押債権者が当該債権を取立可能になった時点で、すでにこれ以前に自働債権の弁済期が到来しているわけであるから、第三債務者は自働債権をもって被差押債権と相殺できる関係にあることになり、このような第三債務者の将来の相殺期待権は正当に保護されるべきであるというのである。しかし逆に、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より後に到来する場合には、相殺をもって差押債権者に対抗できないと判示した。すなわち、被差押債権の弁済期が到来して、差押債権者が当該債権の取立てが可能になった時点で、第三債務者の有する自働債権の弁済期が未到来なのであるから、相殺を主張できず、したがって、この場合には正当な相殺期待権がないというのである。

さらに、銀行取引約定書における期限の利益喪失条項の効力(この判決は直接的には相殺予約の特約に関するものであるが、期限の利益喪失条項も同様に解しうるであろう)についても、以下のように述べている。すなわち、「民法511条の反対解釈を以つてしても相殺の対抗が許されない場合に該当する相殺予約は、差押債権者に対抗し得ないものといわなければならない。ただし、後者の場合〔自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より後に到来する場合〕にも右相殺予約の効力を認めることは、私人間の特

約のみによつて、差押の効力を排除するものであつて、契約自由の原則を以つてしても許されないといわねばならない。従つて、自働債権の弁済期が受働債権のそれと同じであるか、またはその以前に到来する関係にある債権相互についての右相殺予約は差押債権者に対抗し得るものであるが、然らざる債権相互についての右相殺予約に基づく相殺は差押債権者に対抗し得ないものといわなければならない。」

この判決は、多数意見・補足意見と反対意見との対立が7対6という、きわめてきわどいものであつた。反対意見には、銀行の相殺期待権を無制限に認めるべきとの見解もあつた。ともあれ、この判例の考え方は、一般に「制限説」の名をもって紹介されている。

その後、やはり大法廷判決たる最高裁昭和45年(1970年)6月24日判決民集24巻6号587頁は、上の昭和39年(1964年)判決を変更するに至つた。すなわち、差押えと相殺との優劣の一般論に関して、自働債権・受働債権双方の弁済期が未到来であつて、しかも自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より後に到来する場合にも、相殺権行使者の相殺期待利益を認めて、差押えに対する相殺の優先権を肯定した。以下の理由による。すなわち、「[相殺制度は、]相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確實かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである。相殺制度のこの目的および機能は、現在の経済社会において取引の助長にも役立つものであるから、この制度によつて保護される当事者の地位は、できるだけ尊重すべきものであつて、当事者の一方の債権について差押が行われた場合においても、明文の根拠なくして、たやすくこれを否定すべきものでない」と述べたうえで、「民法511条は、一方において、債権を差し押さえた債権者の利益をも考慮し、第三債務者が差押後に取得した債権による相殺は差押債権者に対抗しえない旨を規定している。しかしながら、同条の文言および前示相殺制度の本質に鑑みれば、同条は、第三債務者が債務者に対して有する債権をもって差押債権者に対し

相殺をなしうることを当然の前提としたうえ、差押後に発生した債権または差押後に他から取得した債権を自働債権とする相殺のみを例外的に禁止することによつて、その限度において、差押債権者と第三債務者の間の利益の調整を図つたものと解するのが相当である」と判示したのであった。この判決は、銀行取引約定書の期限の利益喪失条項についても、「かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたない」と述べて、その効力を是認した。この判決の立場、すなわち両債務の弁済期を問題とすることなく相殺の効力を認める立場は、「無制限説」の名をもって紹介される。

差押えと相殺の優劣の問題は、一方で相殺の担保的機能に期待する第三債務者が受働債権を差し押さえられた後に相殺適状を得たとき、他方当該債権を取り立てようと欲する差押債権者に対し、どこまで相殺による対抗を許すのかという利益調整の問題であるといえよう。民法 511 条は、差押後に取得した債権による相殺は差押債権者に対抗しえないとして、その限界点を規定しているが、差押時に相殺適状を得ていない自働債権についてはとくに規定していない。昭和 39 年（1964 年）判決は、相殺を欲する第三債務者の期待権ないしは利益の正当性を勸案して、相殺の担保的機能に依拠しうる境界点を民法 511 条のいわば手前に設定し、差押債権者の保護を図つたものと評価できる。これに対し、昭和 45 年（1970 年）判決は、民法 511 条の文言の許す限りで、相殺の担保的機能の尊重すなわち第三債務者の相殺期待利益を全面的に認めたものと評価できるであろう。

内田貴によれば、制限説の根拠は、（法定相殺一般に関しては、）先に弁済期が到来した債務の弁済を拒んで相殺適状を待とうというのは、誠実な債務者とはいえないという点にあると指摘されている⁷³。それゆえ、たとえ相殺予約の特約があろうとも、制限説を前提とすれば、そのような特約は、本来有効なはずの差押えの効力を私人間の合意で排除することになる

73 内田貴『民法（第3版）』（東京大学出版会・2005年）259頁。

から認められないと説明できるとされている⁷⁴。この論旨は、民法が規整する一般生活関係にあっては、まことに説得性に富むと思われる。

他方、法定相殺の可否の問題として、無制限説を正当化する根拠としては、民法 511 条の文言の反対解釈を挙げることができるが、内田貴は、昭和 39 年 (1964 年) 判決が実質的な理由を挙げてそれを退けている以上、これだけでは説得的な理由にならないと述べる⁷⁵。これまた、民法の解釈としては、当然であろうと思われるのである。

法定相殺と差押えの優劣の問題を考えるにあたり、不佞が着目したいのは、相殺権を行使することを期待する第三債務者にとって、自働債権・受働債権がともに、当該第三債務者の「営業を前提とする商行為によって」生じたものであるという点である。昭和 45 年 (1970 年) 判決が述べる、相殺の担保的機能は可能な限り尊重されるべきであるとの評価 (内田がいうところの「取引界の実情 (相殺が「現在の経済社会」において果たしている「目的および権能⁷⁶)」) は、もっぱら企業取引の側面で妥当すべきものである。継続的な取引関係に立つ企業取引にあっては、刻々と変化する当事者の信用状態に対処するために、相互の債権が互いにその担保になっているとの信頼が尊重されるべきなのである。この側面においては、自働債権・受働債権の弁済期の先後という要素は、相対的に低く評価されることとなろう。相殺の担保的機能に対する強い期待が助長され保護されるべきは、企業取引という側面に限ってのことである。昭和 45 年 (1970 年) 判決を正当化するとすれば、上に述べたように、相殺権を行使すべき者の自働債権・受働債権が、ともにこの者の営業を前提とする商行為によって得られたものである (よって、相殺期待権を有するのは、常に商人である) との 1 点に尽きるといってもよいのではなからうか。

無論、一般生活関係においても、相殺の担保的機能は肯定されるべきで

74 同前。

75 同前 260 頁。

76 同前。

研究ノート

ある。しかし、そこにおける機能は、制限説によって差押えとの優劣が調整されるべきである。他方、企業生活関係においては、上に述べたところにより、相殺権を行使すべき者の自働債権・受働債権がともに、この者の営業を前提とする商行為によって得られたものである限り、無制限説によって差押えとの優劣を処理すべきものとする。

企業生活関係における相殺予約の効力（とくに銀行取引約定書の期限の利益喪失条項を含む特約の効力）については、その取引界における取引慣行により（銀行取引の場面に限っていえば、銀行取引約定書の内容は、銀行取引をする者にとって、公知の事実である。かかる「公知性」は、「公示性」に匹敵すると評価できよう）、これが公示性を充足して商慣習化していると評価しうる場合には、商法1条2項に依拠して、一般法理論を排除しうるものと解せばよいと考える。

4章 物の流れ・人の流れ

1. 緒言

繰り返し述べるように、商取引は財貨の転換を目的とする行為であり、その主役は売買取引である。

財貨の転換により、商人がより多くの利益を得るがためには、どうすればよいか。これには、第1に、供給過多の地域にある物品を需要過多の地域へと移動させるのが最良の方法である。第2に、供給過多の時間帯にある物品を需要過多の時間帯へと移動させるのが最良の方法である。この一部始終を売主が担うとなれば、そのコスト負担は収益に重くのしかかることになる。それゆえ、物品の場所的移動および時間的移動を司る営業が、売買の補完業として、独立に分化することになったのである。

運送営業は、供給が需要を上回る場所（価格の低い場所）から、需要が供給を上回る場所（価格の高い場所）へと、商品を「空間的に」移動させるという営業である。これによって、商品の需給の調節を行うことができ、運送営業者は、わが国民生活において重大な役割を果たしている。

他方、倉庫営業は、供給が需要を上回る時点（価格の低い時点）から、需要が供給を上回る時点（価格の高い時点）へと、商品を「時間的に」移動させるという営業である。需給調節に加えて、大量取引の円滑化・迅速化を実現し、さらに保管中の商品を担保とする金融取引の可能性をも高めることとなる。倉庫営業は、単なる物流にとどまらず、金融を含む国民経済に重大な役割を果たす。

物流が活発化するにつれ、運送営業と倉庫営業は、密接に関連することになる。両者ともに商品価値を高める役割を担う売買補完業としては共通する営業だからである。運送を終えた商品を倉庫へ入庫し、あるいは、倉庫から出庫した商品を運送に付すという事態は、きわめて多くなる。運送技術・保管技術が発達するとともに、運送の距離は伸張し、空間的・時間的移動のための経路・手続は多様化・複雑化する。ここに至れば、一般企

業が、自ら適当な運送人を選択して、商品の運送を委ねることが困難となる。それゆえ、一般企業と運送人との間に立って、企業にとって最も有利な時空的決定をなし、運送の取次ぎを行う専門家が必要となる。運送取扱営業の誕生である。この者は、取次ぎのみならず、荷造り・保管・引渡し・必要書類の準備など、運送に付随する各事務をも処理する役割を担うことになる。

財貨の転換を目的とする取引において、契約内容を明確にし、紛争の防止を図るとともに、いったん紛争が生じた場合に迅速な解決を図ろうと思えば、しかるべき権限を持った者が対面して交渉することが最良である。さらに、現代的な水準に達した企業にあっては、大量の労働力を迅速・低廉に移動させる手段が必要である。このために、人の場所的移動を円滑に行わなければならない。旅客運送は、このような目的を達成するために必要な手段を提供する。運送営業は、物流のためのみならず、人の流れを円滑にするために、経済界に不可欠の存在である。

2. 物の流れ・人の流れを規整する商法典の条文配置

わが商法典を觀察すると、物流に関する規定は、商法典第2編第7章(商559以下)として「運送取扱営業」が、同第8章(商569以下)に「運送営業」が、同第9章第2節(商597以下)に「倉庫営業」が、それぞれ置かれている。

運送取扱営業は、上で多少言及したように、運送の取次ぎを業とするものであって、あくまでも物流の基本的営業は、運送営業の方である。にもかかわらず、商法典が運送取扱営業を運送営業の前に配置したのは、運送取扱営業を取次業の1種として、同じく取次業である第6章問屋営業の次に配置したがためであろう。

同じ物流に関する基本的営業に属しているにもかかわらず、商法典は、運送営業と倉庫営業とを分断する形で配置している。具体的には、両者の間に「場屋営業」が割り込む形で規定されている(商594~596)。これは、倉庫営業を寄託の1種と解し(第2編第9章の標題から明らかである)、

そのうえでこれを場屋営業者の寄託責任の次に配置したためである。

第8章運送営業は、第1節総則の後に、第2節物品運送と第3節旅客運送とに分けて規定されている。物流という面に限っていえば、旅客運送はこれに該当しないが、運送営業は、「物品または旅客の場所的移動に関する営業」であるから、商法は、旅客運送についても、物品運送に続けて条文を配置したのである。

上のような条文の配置は、今日的観点から、必ずしも適当であるとはいえない。その是正は、商法典の将来のあるべき姿と相俟って、喫緊の課題であるといえよう。

3. 運送営業

3-1. 運送の意義と種類

運送とは、広義においては、物品または人を場所的に移動させることである。そして、運送営業とは、広義においては、報酬を得て運送の引受けを継続的反覆的に行うことをいう¹。運送契約は、そのような仕事の完成を目的とした請負契約の1種である。

運送は、その対象によって物品運送と旅客運送に分けられ、運送が行われる地域によって陸上運送・海上運送・空中運送（航空運送）に分けられる。わが商法は、陸上運送を第2編第8章中に、上で述べたように、物品運送と旅客運送とに分けて規定しており、海上運送を第3編（海商編）第3章に、やはり物品運送と旅客運送とに分けて規定している。したがって、商行為編中における運送営業とは陸上運送に限られることになる。

なお、商法典は、空中運送に関する規定を欠くが、商法典制定の明治32年（1899年）の時点にあっては、人類は、未だ有人動力飛行に成功していなかった。ちなみに、ウィルバー・ライト（Wilbur Wright、1867～1912）、オーヴィル・ライト（Orville Wright、1871～1948）の兄弟によ

1 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）454頁。

る有人動力飛行実験の成功は、1903年（明治36年）のことであった。

以下では、陸上運送について述べることにするが、「陸上運送」とは、陸上、湖川、港湾において物品または人を運送することをいう。商法は、陸上運送と海上運送とを区別するにあたって、必ずしも運送がなされる場所が陸上であるか否かという地理的相違を基準とせず、運送の用具・方法、時間の長短、運送品の数量等の差異を考慮し、わけても危険の程度の著しい差異に着目し、湖川港湾における運送を海上運送に属せしめる必要がないものとして、これを陸上運送に属せしめている²。なお、「湖川、港湾」の範囲を定めるにあたり、商法施行法（明治32年（1899年）法律第49号）122条が、「湖川、港湾及ヒ沿岸小航海ノ範囲八国土交通省令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、同法同条の授權により、商法施行法第二百二十二条ノ規定ニ依ル湖川、港湾及沿岸小航海ノ範囲ニ関スル件（明治32年（1899年）^{ていしん}逓信省令第20号）が、「湖川、港湾ノ範囲ハ平水航路ノ区域ニ依ル」と定めている。さらに、船舶安全法施行規則（昭和38年（1963年）運輸省令第41号）1条6項が平水水域を、本邦海岸線について、具体的に定めている。

また、陸上とは、地上だけを指すのではなく、地中を含む概念である。なお、異論もあるが、空中も陸上を含むというのが通説である³。

3-2. 運送人の意義

商法上、運送人とは、陸上・湖川・港湾において物品または旅客の運送をすることを業とする者をいう（商569）。「陸上・湖川・港湾」の定義は、上に述べたとおりである。

運送人は、物品または旅客の運送をなす者である。「物品」とは、運送

2 同前 455、456 頁参照。

3 竹田省『商法総則・商行為法』（弘文堂書房・1931年）158頁、田中耕太郎『商行為法講義要領』（発行者田中耕太郎：印刷人松井方利・1935年）141頁、石井照久：鴻常夫『商行為法（商法）』（勁草書房・1978年）141頁。

しうる（したがって、保管に適する）一切の物をいい、取引の目的となりうるものに限らない⁴（たとえば、屍体の運送を含む）。かつては、郵便（昭和22年（1947年）法律第165号）に基づき、通信運送は国家の独占となっていた。現行郵便法4条は、日本郵便株式会社が、契約によって郵便業務の一部委託をする場合を除いて、日本郵便以外の者が郵便の業務を業とすることを、原則禁止としている。しかし、民間事業者による信書の送達に関する法律（平成14年（2002年）法律第99号）によって、民間事業者による信書の送達事業の許可制度が実施され、総理大臣の許可を受けた一般信書事業者・特定信書事業者が、通信運送営業に参入を許されている。

「旅客」とは、運送される一切の自然人をいい、必ずしも運送の依頼人自身に限らない⁵（たとえば、親にとりなわかれた児童）。

「運送」とは、上記対象を自己の管理下（保管下）に置いて、その場所的移動をなすことをいい、距離の長短を問わず（たとえば、同一建物内の引越荷物の運搬でもよい）、また、人力・動物の力・機械力による場合や、動物の運搬または自動車の回送のように、運送の目的物自体の力による場合をも含むものであって、動力が何であるかを問わず、さらに運送用具等が何であるかを問わない⁶。対象を自己の管理下に置くのであるから、曳船（挽船）は、被曳船が曳船の保管下（曳船の船長の指揮下）にある場合には、ここにいう運送に含まれるが、そうでなければ、曳船は運送ではなく、曳船契約は単純な請負または雇用契約である⁷。

商法569条は「運送ヲ為スヲ業トスル」と規定しているが、これは、「運送の引受けを業とする」との謂である。運送行為は事実行為であるか

4 石井：鴻・同前142頁。

5 同前。

6 平出・注(1)前掲457-458頁。

7 同前458頁、小町谷操三：田中耕太郎『商法（商行為法・取引所法）』（日本評論社・1938年）214頁（合本のうち、小町谷『商行為法(2)』のページを表示。以下、小町谷として引用）。

ら、運送人は、運送の引受けをなすことを業とすることによって、商人となる（商 502 、 4 ）。すなわち、運送をすることを引き受け、これに対して報酬を受けることを約する契約を締結することを営業とする者が運送人である。

運送人は、運送の引受けを業とする者であるから、特約または慣習のない限り、自ら運送をなすと、下請運送をなさしめるとは、問うところではない⁸。ただし、港湾運送事業法（昭和 26 年（1951 年）法律第 161 号）16 条に、下請の制限規定がある。もっとも、同条に違反しても、港湾運送事業者自身に商法の規整が及ぶものと解されよう。

3 - 3. 運送契約

3 - 3 - 1. 契約の性質

すでに述べたように（本章 3 - 1）、運送人が締結する運送契約は、運送という仕事の完成を目的とするものであるから、請負契約に属する（民 632）。しかし、運送契約に、民法の請負に関する規定が適用される余地はほとんどないといってよい。

運送契約は、諾成・不要式の契約であって、物品運送における運送状（送り状）または貨物引換証の作成交付や、旅客運送における乗車券の発行は、契約成立の要件ではない⁹。

運送契約は、大量的取引として行われ、普通取引約款（第 1 帖第 2 章 2 - 5）による取引の方式を採るのが常態となっている。たとえば、道路運送法（昭和 26 年（1951 年）法律第 83 号）11 条 1 項により、一般旅客自動車運送事業者の運送約款の設定または変更は、国土交通大臣の認可制となっており、同法の授權により定められた道路運送法施行規則（昭和 26 年（1951 年）運輸省令第 75 号）12 条には、運送約款に記載すべき事項が定められている。加えて、同法 13 条は、一般旅客運送事業者に対し、運送

8 小町谷・同前 217 頁。

9 平出・注（1）前掲 459 頁、石井：鴻・注（3）前掲 143 頁。

の引受けの拒絶の原則禁止を課している（締約強制）。このように、運送契約は、その公共性に鑑み、鉄道事業・軌道事業なども含めて、国の厳しい規整下にある。

3 - 3 - 2. 契約の当事者

運送契約の当事者は、物品運送契約にあつては、運送人と荷送人（運送の委託者）である。物品運送の取次ぎがなされた場合には、運送取扱人が運送契約上の荷送人となる。運送関係の当事者としては、これ以外に荷受人が登場するが、荷受人は、運送品の引渡しがなされるべき者であつて、契約当事者ではない。ただし、荷送人と荷受人との資格の兼併は、もとより差し支えない。

旅客運送契約にあつては、契約当事者は、運送人と運送の委託者である。通常は、旅客者自身が委託者であろうが、親が児童の運送を委託するようにな、旅客者とは別人の場合もある。

3 - 4. 物品運送

3 - 4 - 1. 荷送人と運送人との関係

3 - 4 - 1 - 1. 運送人の権利

(ア) 運送品引渡請求権

上に述べたように、運送契約は諾成契約である。したがつてまず、運送人は、荷送人に対し、運送行為を実行するため、運送品の引渡しを求めることができる。したがつて、荷送人が運送品を引き渡さないことは、運送債権の債権者の遅滞たるにとどまらず、債務者の履行遅滞である¹⁰。ただし、荷送人は、いつでも損害を賠償して契約を解除することができる（民641）ので、この権利について云々する実益はさほどないといわなければならない。

10 竹田・注 (3) 前掲 165 頁。

(イ) 運送状交付請求権

荷送人は、運送人の請求により、運送状を交付しなければならない（商 570）。すなわち、運送人は、荷送人に対し、運送状交付請求権を有する。運送状の記載事項は法定されており、以下のとおりである。すなわち、運送品の種類、重量または容積およびその荷造りの種類、個数ならびに記号、到達地、荷受人の氏名または商号、運送状の作成地およびその作成の年月日、であり、荷送人はこれらを記載した運送状に署名しなければならない（商 570）。

運送人は、その記載から運送品・荷受人・到達地等を知ることができるとともに、運送契約の内容を荷受人に知らせることにこれを利用できる¹¹。もっとも、運送状は、運送契約に関する証拠書面にすぎない。その記載された範囲では証拠力を有しうるが唯一の証拠方法ではなく、その他の証拠により運送契約が運送状の記載と異なることを証明しうる¹²。また、法定記載事項を欠いても、それによって運送状の証拠力が全体として生じないというものでもなく、これら以外の事項を何であれ任意に記載しうる。運送状に記載された事項は、何であれ記載の範囲内で一応の証拠力を有すると観察してよいと思われる。

(ウ) 運送賃請求権

運送人は、特約があるときは当然のこと、特約がなくとも、相当の報酬すなわち運送賃を請求することができる（商 512）。ただし、特約がない限り、後払いが原則である（民 633 参照）。すなわち、運送が完了しなければこれを請求しえないのが本則である。運送の完了は、運送品の引渡しをなすべき状態が整った時をいう¹³（現実に引渡しをなすことを要しない）。

運送の不完全が、荷送人の責めに帰すべき事由によって生じた場合には、

11 田邊光政『商法総則商行為法（第3版）』（新世社・2006年）277頁。

12 平出・注（1）前掲498-499頁。

13 小町谷・注（7）前掲267頁。

運送人は、運送賃請求権を失うものではない(民 536)。商法は、双務契約の性質から生じるこの当然の結果を明らかにすべく¹⁴、576 条の規定を設けた¹⁵。任意規定であるから、別段の定めをすることは妨げられない。

同条によれば、運送品の全部または一部が不可抗力によって滅失したときは、運送人はその運送賃を請求することができず、すでにその運送賃の全部または一部を受け取っているときは、それを返還しなければならない(商 576)。ここに「不可抗力」とは、事変すなわち当事者の責めに帰することができない事実をいう¹⁶と解するのが通説である。通説は、この不可抗力を民法 536 条 1 項にいう「当事者の責めに帰することができない事由」と同一に解するものであって、商法 576 条を、民法 536 条を明確にするための規定であると解する限りにおいて、説得性を有する。石井照久・鴻常夫は、ここにいう不可抗力を「特定事業の外部から生じた事故であって、通常必要と認められる予防方法を尽くしてもなお防止することができない危害」と解する¹⁷。この説は、この単語を、場屋営業者の受寄責任に係る商法 594 条 1 項の不可抗力と同義に解するものである。しかし、両者を同義に解する積極的理由は見出し難い(第 5 章 3 - 1 参照)。鈴木竹雄・平出慶道は、この不可抗力を商法 576 条 2 項所定以外の事由と解する¹⁸。この説は、おそらく危険負担の分配に配慮したものであろう。この説によれば、運送品については荷送人が危険を負担し、運送賃については運送人が危険を負担するという点が明快に整理できる。平出慶道は、運送品の滅失が運送人または荷送人のいずれの責めにも帰しえないときであっても、それが運送品の性質・瑕疵によるときは、運送人は運送賃の全額を

14 竹田・注 (3) 前掲 167 頁参照。

15 小町谷・注 (7) 前掲 267 頁。

16 大森忠夫『商法総則・商行為法(改訂版)』(三和書房・1975 年) 263 頁、大隅健一郎『商行為法』(青林書院・1960 年) 133 頁、竹田・注 (3) 前掲 167 頁、田邊・注 (11) 前掲 277 頁。

17 石井・鴻・注 (3) 前掲 158 頁。

18 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』(弘文堂・1965 年) 45 頁、平出・注 (1) 前掲 501 頁。

請求しうるから、この不可抗力をもって、荷送人の責めに帰することのできない事由というのは正確でないと説く¹⁹。これはその通りであろう。しかし、通説の説くところ、鈴木・平出説とは、必ずしも相容れないものであるとは思われない。当事者の責めに帰することができない事由とは、商法 576 条の規定ぶりから観て、同条 2 項所定以外の事由を指すと解せなくもないのではないか。こう解すれば、通説と鈴木・平出説との距離は遠くない。

次いで、同条によれば、運送品の全部または一部が、その性質もしくは瑕疵または荷送人の過失で滅失したときは、運送人は、運送賃の全額を請求することができる（商 576）。荷送人の荷造りが不完全だったような場合である²⁰。これも、と同様、双務契約の性質から生じる当然の結果（民 536 参照）を注意的に規定したものにすぎない²¹。ただ、運送品の性質もしくは瑕疵による運送品の滅失に関する部分のみが、双務契約の原則に対し、補充的意義を有する規定となっている²²。

なお、運送が途中で終了したときであっても、それが運送品処分権に基づく荷送人の指図によるときは、運送人は、すでになした運送の割合に応じて運送賃の請求ができる（商 582）。

（工）費用償還請求権

運送人は、運送品に関して支出した立替金その他の費用の支払いを、当然に荷送人に対して請求できる（商 513）。たとえば、倉敷料・保険料・荷造料・通関費用などの立替えの場合である。このような費用償還請求権は、運送賃と異なり、たとえ運送品が不可抗力によって滅失した場合であっても、運送人はこれを失わない²³。

19 平出・同前。

20 田邊・注 (11) 前掲 278 頁。

21 大隅・注 (16) 前掲 133 頁。

22 小町谷・注 (7) 前掲 267 頁。

23 平出・注 (1) 前掲 501 頁参照。

(オ) 留置権

運送人は、運送品に関し受け取るべき運送賃、荷送人のために立て替えた費用または前貸しについてのみ、その運送品の上に留置権を有する（商 589 562）。この留置権は、留置の目的物と債権との牽連性を要するうえ、目的物もまた債務者の所有物であることを要しないのであるから、実質上、民法の留置権を運送人において具体化したものにすぎない²⁴。しかし、商事留置権として、破産手続開始の決定の場合には、特別の先取特権とみなされ（破 66 ）、別除権（破 65 ）となる他、会社更生手続においても更生担保権とされる（会更 2 ）。

運送人のこの留置権が成立するためには、運送行為を完了して運送賃支払請求権が発生したことを要し、まだ運送を完了していないときは、留置権は生じない（大判昭和 5 年（1930 年）4 月 28 日新聞 3125 号 9 頁）。運送人が留置権を有する場合であっても、立替金または前貸しについて、荷受人に弁済を請求することはできない（大判昭和 2 年（1927 年）2 月 4 日民集 6 卷 203 頁）。

(カ) 先取特権

これは、民法 318 条に規定がある。すなわち、運送人は、運送賃および付随の費用に関し、その占有する運送品の上に運輸の先取特権を有する。

(キ) 運送品の供託・競売権

運送人は、荷受人を確知することができない場合またはこれが知れても運送品の引渡しについて争いがある場合には、運送品を供託してその義務を免れることができる（商 585 ）、586 ）。荷受人の所在不明あるいは、数量不足・品質相違などによる受領拒絶がその例である²⁵。荷受人が無条件に受領を拒んだときは、商法 586 条ではなく、同 585 条による²⁶。運送人が供託をしたときは、荷受人不確知の場合には荷送人に（商 585 ）、

24 西原寛一『商行為法（第 3 版増補）』（有斐閣・1973 年）311 頁。

25 同前参照、大隅・注（16）前掲 134 頁。

26 大隅・同前。

その他の場合には荷送人および荷受人に（商 585 、586 ）、遅滞なくその通知を発しなければならない。

供託に次いで、運送人は、荷受人を確知することができない場合にあっては、荷送人に対し、相当の期間を定めて運送品の処分につき指図を求める催告をしたにもかかわらず、その指図がないときに、運送品の引渡しにつき争いがある場合にあっては、まず荷受人に対し、相当の期間を定めて運送品の受取りを催告し、さらにその期間経過後（つまり、荷受人が運送品を受領しないままである）に、荷送人に対し、運送品の処分につき指図を求める催告をしたにもかかわらず、いずれも徒勞に帰した場合に、運送品を競売することができる（商 585 、586 ）。ただし、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがある運送品は、上の催告手続を経ることなく、運送人においてこれを競売することができる（商 587 524 ）。競売をしたときは、運送人は、荷受人不確知の場合には荷送人に（商 585 ）、その他の場合には荷送人および荷受人に（商 585 、586 ）、遅滞なくその通知を発しなければならない。

競売代金はこれを供託することを要するが、その全部または一部をもって、運送賃・立替金その他の費用に充当しても差し支えない（商 587 524 ）。ただし書）。

上のような規定は、商事売買における売主の供託権および自助売却権（商 524）と同様に（第 2 章 2）、運送人をして速やかに運送品の引渡しを完了し、かつ運送賃請求権を取得することを可能たらしめるために認められた法政策であること²⁷、自明であろう。

（ク）短期消滅時効

運送人の有する運送賃請求権、費用償還請求権および荷送人が運送品引渡義務や運送状交付義務に違反した場合の損害賠償請求権は、1 年の短期消滅時効にかかる（商 589 567）。

27 同前参照。

3-4-1-2. 運送人の義務

(ア) 運送義務

運送契約が成立したときは、運送人は、運送品を「受け取り」、これを「保管し」、相当の時期に運送を「開始かつ終了し」、最後に運送品の「引渡し」をなすべき義務を負う²⁸。これが運送契約の内容たる当然の義務である。

運送人は、運送を相当の時期に開始し、かつ終了しなければならない。相当の時期に関しては、運送契約に別段の定めをしない場合にあっては、発送地における慣習に従い、慣習のないときは、取引の通念によりこれを決定する²⁹。

運送人の運送品保管義務は、運送人が運送品を受け取った時に生じる。運送人は、運送品につき、通常輸送することにとまなう行為、たとえば関税に関する手続をなすこと、または慣習がある場合には荷送人のために荷物を保険に付すことなどをなさねばならない³⁰。

(イ) 貨物引換証^{かぶつ}交付義務

運送契約が成立し、運送人が運送品を受け取ったときは、運送人は、荷送人の請求により、貨物引換証を作成し、これを荷送人に交付しなければならない(商 571)。貨物引換証は、運送人が、運送品の受取りを証明するとともに、到着地において、その所持人に、これと引換えにその運送品の引渡しをなす債務を表章し、かつその所持人と運送人との間における、運送契約の役割を演じる³¹(商 572)。

この証券については、本帖・下の巻に譲ることとする。よって、本章においては、貨物引換証の作成がなされないことを前提に、記述を進める。

(ウ) 荷送人の指図に従う義務(運送人の処分義務)

運送には相当の時間を必要とする特殊性から、市場の景況や買主(荷受

28 西原・注(24)前掲300頁。

29 田中・注(3)前掲160頁。

30 同前161頁。

31 小町谷・注(7)前掲220頁。

人)の信用状態の変化等に対処し、運送品についての売買契約の解除等をなすような場合のために、荷送人は、運送契約上の付随的権利として、運送の中止、運送品の返還その他の処分を指図することができるものとされている(商582前段)。これを「荷送人の運送品処分権」という。運送人はこの指図に従うことを要し、これを「運送人の処分義務」という³²。たとえ貨物引換証が発行された後であっても、荷送人がまだこれを流通に置いておらなければ、これを運送人に返還して、運送品の処分を請求しうる³³。

運送人が従うべき荷送人の指図の範囲は、本来の運送契約上の給付と本質的に同一のものであるべく、新たに重大な負担を課すものであってはならない³⁴。したがって、「運送品の返還」とは、その運送品の現在地において権利者にこれを引き渡すことをいい³⁵、発送地への返送のためには、新たな契約を必要とする。同様に、他の運送品の追加運送や到達地より遠方への運送の請求は、荷送人の処分権に属さない³⁶。また、「その他の処分」とは、当然に運送に関する処分に限られ、運送品の譲渡・質入れ・競売等の処分を含むものではない³⁷。運送経路の変更であっても、運送着手前のように、運送人の負担を加重しない範囲であれば、「その他の処分」に含まれる³⁸。

運送人が、荷送人の指図に従って処分をなしたときは、すでになした運送の割合に応ずる運送賃・立替金およびその処分によって生じた費用の弁済を請求することができる(商582後段)。これを「割合運送賃」と称する。この法政策については、荷送人の都合により任意に行使された処分権に従ったにもかかわらず、単に割合運送賃の支払いにとどめ、運送人に

32 以上、平出・注(1)前掲462頁。

33 小町谷・注(7)前掲243頁。

34 西原・注(24)前掲301頁。

35 同前、大森・注(16)前掲266頁、大隅・注(16)前掲135頁。

36 西原・同前。

37 平出・注(1)前掲464頁。

38 同前。

損害を負担させることは適当ではなく³⁹、運送が荷送人の責めに帰すべき事由によって終了した場合には運送賃の全額を支払うべきものとする商法576条2項と調和しない⁴⁰との批判がある。

荷送人の指図権は、荷送人が運送人に対して運送契約に基づき有する権利であって、運送人は、その指図が荷送人と荷受人との間の法律関係につきいかなる意味があるかを顧慮することなく、常にこれに従わなければならない⁴¹。運送契約上の法律関係と、荷送人・荷受人間の取引上の法律関係とは、別個のものであるから、これは当然のことである。なお、破産法63条1項が規定する運送中の物品の取戻権は、売買契約上の権利であって、荷送人の指図権とは異なる点に注意を要する⁴²。

(工) 損害賠償義務

債務不履行責任

運送人は、自己もしくは運送取扱人またはその使用人その他運送のため使用した者が、運送品の受取り・引渡し・保管および運送につき注意を怠らなかつたことを証明しなければ、運送品の滅失・損傷または延着によって生じた損害の賠償責任を免れることをえない(商577)。わが商法は、その文言上、運送人の責任につき、過失責任主義を採用していること、明らかである。

古く、民法学説においては、債務不履行責任に関して、個人主義的責任理論からは、債務者は自己の故意過失について責任を負うが、他人の故意過失については責任を負うべきでないから、履行補助者の選任・監督については過失責任があるとしても、履行補助者の故意過失については責任がないと解されていた。しかしながら、近代的資本主義経済社会においては、債務の履行についても他人を使用することが一般化してくるにつれて、こ

39 西原・注(24)前掲307頁脚注(3)。

40 竹田・注(3)前掲169頁。

41 同前。

42 同前参照。

のような個人主義的責任観念は破綻を来たさざるをえなくなってきた⁴³。かくして、民事債務の履行一般について、履行補助者の故意過失についても、債務者が責任を負うというのが定説となった⁴⁴。

債務不履行の立証責任に関しても、民法学説においては、債権者が債務者の債務不履行責任を主張するためには、債務者の債務不履行の事実を立証すれば足り、債務者が免責をうるためには、自ら債務不履行が債務者の責めに帰することのできない事由に基づくものであるとの反証を挙げなければならないと解されている⁴⁵。これを指して、於保不二雄は、債務不履行責任は、前近代法における原因責任に対してはあくまで過失責任の原理の上に立つが、不法行為責任に関しては一步無過失責任へ近づくことになる⁴⁶と述べている。

付言すれば、上記のことは、民法の商化を介すれば、理解しやすい筋道である。

以上の民法学説をふまえて商法 577 条を觀察すれば、これすなわち民法 415 条の規定を運送人について具体化した注意規定にすぎないと觀察できよう。同条の存在意義に関する現在の通説もそう解している⁴⁷。

責任原因

商法 577 条により運送人が損害賠償責任を負う要件は、自己またはその履行補助者が、運送品の受取り・引渡し・保管および運送に関し、注意を怠り、そのために運送品の滅失・損傷・延着を来たし損害を生ぜしめたことである。

同条にいう「運送取扱人」とは、運送人が使用した中間運送取扱人、到達地運送取扱人など（本章 4 参照）を包含する広い意味である⁴⁸。「使用人」

43 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・1972年）94頁。

44 同前。

45 同前 95頁参照。

46 同前。

47 田邊・注（11）前掲 280 - 281頁。

48 平出・注（1）前掲 469頁、小町谷・注（7）前掲 250頁、西原・注（24）前掲 302頁。

とは、運送業務に使用する者で、運送人と雇用関係のある者であり、「運送ノ為メ使用シタル者」とは、雇用関係なくして運送に関与した者（下請運送人）などをいう⁴⁹。履行補助者に過失がなかったことを立証しない限り、その選任監督につき注意を怠らなかったことを証明しても、損害賠償責任を免れない（大判昭和5年（1930年）9月13日新聞3182号14頁）。

運送人は、運送品の「滅失・損傷・延着」について賠償の責めに任ずる。「滅失」とは、物理的滅失のほか、盗難、遺失、没収、無権利者への引渡し、善意の第三者による即時取得等により運送品の取戻しが不能になった場合のように、運送人が荷受人に運送品を引き渡すことができなくなった一切の場合をいう⁵⁰。「損傷（条文上は毀損）」とは、物質的損取であって、運送品の価格の減少を来す状態を生ぜしめることをいい、「延着」とは、運送品が約定の日時または通常到着すべき日時に到着しないことをいう⁵¹。

損害賠償請求権者は、運送契約当事者たる荷送人および運送品到着後の荷受人である（商583）。

損害賠償額

民法の一般原則によれば、債務不履行における損害賠償額は、通常損害を原則とし、予見可能性がある場合に、特別損害を賠償に加えるものとしている（民416）。しかし、商法は、運送人（履行補助者を含む）の損害賠償額の算定について、大量の運送品を低廉な料金をもって取り扱う運送企業の性質に鑑み、運送品の滅失・損傷による損害については通常損害を本位とし、期待利益のごとき特別損害（民416）を除外する方針の下に定型化を試み、企業の保護に努めている⁵²。

運送品の全部滅失の場合には、引渡しあるべかりし日における到達地の価格により賠償額を算定する（商580）。「引渡アルヘカリシ日」とは、

49 各同前。

50 平出・同前。

51 同前。

52 西原・注（24）前掲303頁。

運送品が通常到達地に到着すべき日のことである⁵³。到達地の「価格」とは、一般市場価格である⁵⁴。

一部滅失または損傷の場合には、その引渡しをした日における到達地の価格を基準に、完全無傷であったならば有したであろう運送品の価額と一部滅失または損傷状態における運送品の価額との差額となる（商 580 本文）。一部滅失または損傷に延着が重なった場合には、引渡しあるべかりし日における到達地の価格を基準に算定した完全無傷であったならば有したであろう運送品の価額と引渡しがあった日における到達地の価格を基準に算定した一部滅失または損傷状態における運送品の価額との差額となる（商 580 ただし書）。

以上のように、引渡予定日における到達地の価格を基準としたのは、これが被害者の通常損害を定型化するために最も客観的・合理的なものだからである⁵⁵。上のように賠償額が定型化されているから、一般の債務不履行の場合と異なり、この基準を超える賠償をする必要はないが、実損額が法定額を下回るときであっても、法定額を賠償しなければならないとされている⁵⁶（通説）。なお、運送品の滅失または損傷のため、支払うことを要しない運送賃その他の費用は、上の賠償額からこれを控除しなければならない（商 580 ）。到達地の価額中には、通常、運送賃その他の費用が加算されるため、二重利得の防止を図る趣旨である⁵⁷。

また、上の定額賠償主義は、通常の運送企業活動を保護する趣旨であるから、運送人（履行補助者を含む）に悪意または重大な過失（ほとんど故意に近似する注意欠如の状態をいう）があるときは、上の原則は適用されず、運送人の悪意重過失と相当因果関係のある一切の特別損害を含めて（民 416 ）、賠償しなければならない（商 581）。ただし、これは賠償額法

53 近藤光男『商法総則・商行為法（第5版補訂版）』（有斐閣・2008年）199頁。

54 西原・注（24）前掲303頁。

55 同前。

56 同前、石井・鴻・注（3）前掲153頁、田邊・注（11）前掲282頁。

57 小町谷・注（7）前掲252頁。

定制度に対する例外的な場合であるから、悪意または重過失の挙証責任は債権者が負担する⁵⁸。

商法は、運送品に滅失または損傷がなく、単に延着した場合について、規定を欠く。商法 580 条 2 項ただし書は、運送品が一部滅失または損傷した場合についての同条同項本文を受けるものであるから、あくまで、一部滅失または損傷に延着が重なった場合を規定するものである。商法 580 条 2 項ただし書を単なる延着の場合にも適用すべしと主張した代表的な研究者は小町谷操三である。運送人の責任につき過失責任主義を採る立法の下では、同条同項ただし書は、当然、単なる延着にも適用せられるべきものであり、これを認めないならば、運送事業の性質上、延着が生じがちであることに鑑み、その立法趣旨が没却され、運送人をきわめて不利益な地位に置くことになるからであると説いている⁵⁹。しかし、延着による損害賠償額を引渡しあるべかりし日の価額と引渡しがあった日の価額との差額とすれば、両者が同一かまたは後者が前者を超えるときは、延着しても運送人は損害を賠償することを要せず、結果、引渡予定日が守られなくなり、著しく不合理である⁶⁰。確かに、運送品が延着した場合の損害額も何らかの形で定型化することが望ましいとはいえようが、単なる延着の場合は、民法の一般原則（民 415、416）により処理する他ないものと思われる。

高価品の特則

運送品が貨幣・有価証券その他の高価品である場合には、荷送人が運送を委託するにあたり、その種類および価額を申告しない限り、運送人はまったく賠償責任を負わない（商 578）。

「高価品」とは、たとえば、貨幣、紙幣、銀行券、印紙、郵便切手、各種の有価証券、貴金属・稀金属・宝玉石・象牙（合法的に取引されているのは、絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約（昭和

58 以上、石井：鴻・注 (3) 前掲 153 頁。

59 小町谷・注 (7) 前掲 254 頁。

60 平出・注 (1) 前掲 476 頁。

55年(1980年)条約第25号、ワシントン条約(CITES))により1989年前に輸入されたものである)・鼈^{べっこう}甲(同じく、CITESにより1992年前に輸入されたものである)・珊瑚およびその各製品、美術品および骨董品等、容積または重量の割に著しく高価な物品をいう⁶¹。ただし、具体的にはその時代における社会的評価をもって定めるより他なく、したがって、それに対する評価の時代的変遷の影響を免れえない⁶²。容積重量とも相当巨大であって、その高価なことが一見明瞭である研磨機は、商法578条の高価品にあたらぬとする判例がある(最判昭和45年(1970年)4月21日判時593号87頁)。

高価品は盗難その他の滅失が生じやすく、損害も巨額にのぼり、もし高価品であることの申告があったならば、運送人は特別な配慮をすることができ、保険をかけることも考えることができ、また割増運賃を請求できたであろうことが考慮され、このような特別規定が設けられたのである⁶³。

高価品の申告がない限り、運送人は、高価品としての賠償責任を負わないのみならず、普通品としての賠償責任すら負わない。高価品の性質上、その容積や重量などを基準としての価格を決定することもできないことから、結局は完全に損害賠償責任がないものとする他ない⁶⁴と説かれる。また、こう解すれば、申告を促進するということが期待される⁶⁵。

申告の時期は、契約申込みの際に、また遅くとも契約成立の時までになすことを要するものと解すべきである⁶⁶。時期を失した申告の場合には、運送人が高価品として運送する旨の明示または黙示の承諾をなさない限り、申告としての効力を有しない⁶⁷。

商法578条による運送人の免責は、例外であるから、高価品であること

61 石井：鴻・注(3)前掲154頁。

62 平出・注(1)前掲481頁。

63 田邊・注(11)前掲283頁。

64 石井：鴻・注(3)前掲154頁。

65 西原・注(24)前掲303頁参照。

66 平出・注(1)前掲483頁。

67 同前。

およびその明告のなかったことは、運送人が立証しなければならない⁶⁸。

明告がないにもかかわらず、運送人が運送品は高価品であると知った場合については、見解が分かれる。西原寛一は、運送営業のごとき大量取引において偶然の知不知という主観的事情を問題とすること自体が不適当であり、明告を促進する趣旨からも、運送人が偶然知ったことをもって明告に代えるべきではなく、運送人が故意に滅失または損傷を生じさせたのではない限り、商法 578 条による免責を認めてよいと説く⁶⁹。小町谷操三もこの見解を採る⁷⁰。他方、大隅健一郎は、この場合、運送人は、普通の運送品として必要な注意を怠れば、高価品としての損害賠償義務を免れないと解すべきである⁷¹と述べる。この場合、運送人は普通品としての運送を引き受けているのであるから、それに必要な注意をなすのは当然であると同時に、これを怠った場合における損害額も予知していたものといえることを理由に挙げている⁷²。近藤光男もこの見解を採る⁷³。この場合には、運送人は、高価品としての運送賃の支払いを受けられないかも知れないが、偶然にせよ、高価品であると知れば、損害額の予知が可能であるから、専門家として何らかの措置を講じるのが通常であろう。そうであるとすれば、損害賠償責任については、大隅・近藤説に立って商法 580 条で処理するとしつつ、運送人の側には、商法 512 条に依拠して、高価品運送の措置を講じたことによる相当の報酬を、当初の運送賃とは別に、請求する権利を与えるというのが現実的であると思われる。

高価品に関する特則は、運送品の滅失または損傷に係るものであって、運送品の延着には適用がないこと、当然である。

68 西原・注 (24) 前掲 303 - 304 頁。

69 同前 304 頁。

70 小町谷・注 (7) 前掲 257 頁。

71 大隅・注 (16) 前掲 140 頁。

72 同前。

73 近藤・注 (53) 前掲 201 頁。

不法行為責任との関係

上述の運送人の責任は、運送契約上の債務不履行に基づく責任であること、いうを待たないが、運送人が自己または使用人の過失によって運送品を滅失または損傷させたときは、運送品の所有権侵害にあたるから、不法行為の要件をも備えるのが通常である（民709、715）。

ある行為が債務不履行責任を生じると同時に不法行為責任をも発生させるという場合に、両者の関係がどうなるかに関し、民法研究者の間では、請求権競合説と法条競合説との対立がある。民法研究者の間では、請求権競合説が多数説である⁷⁴。判例も請求権競合説に立ち、高価品であることの明告がないときは、運送人は債務不履行責任は免れるものの、不法行為責任を免れるものではないとしている（大判大正15年（1926年）2月23日民集5巻104頁）。また、運送取扱人に関する事案においても請求権競合説に立っている（最判昭和38年（1963年）11月5日民集17巻11号1510頁）。

古く請求権競合説を主張したのは、竹田省である。「運送人は、自己又は其使用人の過失により運送品を滅失又は毀損せしめた場合には、其所有者に対し同時に不法行為による責任をも負はねばならぬことは当然であつて、従て、荷送人等は、運送債権者として不履行による損害賠償請求権、又物権者たる限りに於て、不法行為による損害賠償請求権を併せ有することとなり、そのいづれを行使してもよい訳である。唯だ上述第338条〔現在の商578〕、第340条〔現在の商580〕の高価品に関する免責又は損害賠償額の制限は、議論のある所ではあるが、不法行為による損害賠償についても之を認める方が正当であらう。若し然らずとすれば、荷送人は不法行為債権の行使を選択することによつて、いつでも同条の適用を避けることが出来ることとなり、立法の趣旨は全く立たぬことになるからである⁷⁵」

74 内田貴『民法（第3版）』（東京大学出版会・2011年）333頁所掲の文献。なお、古くは、加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣・1974年）48頁。

75 竹田・注（3）前掲178 - 179頁。

と説いている。

以上に対し、商法研究者の趨勢は法条競合説に傾いている。西原寛一の以下の見解が代表的なものである。「思うに、債務不履行責任は、契約関係という特殊義務の存在する場合の損害賠償責任であり、不法行為責任は、かかる義務のない一般の場合のそれである。したがって、前者の責任は厳重で、被害者たる債権者の保護に厚いのが原則であり、ある点でその責任を緩和するのは、企業の特異性に基づく特別の必要からである。不法行為責任の方に厳格な部分があるからとて、漫然その選択行使を認めては、損害賠償法の体系を崩し、運送企業の適切な運営を妨げるであろう。この意味で [法条競合説] を正当と考える⁷⁶。」大隅健一郎も、「本来債務不履行は不法行為の特殊な態様にすぎないものと解せられるから、その点では契約法の規定と不法行為法の規定とは特別法と一般法の関係に立ち、前者により後者の適用は排除されるものと解するのが正当ではないかと考える。そうであるとすれば、運送品が滅失又は毀損した場合には、運送人は上述の商法の規定 [商 577] によつてのみ損害賠償の責任を負うわけであり、従つて高価品につきその種類及び価額の申告がないため運送人が商法上責任を負わない場合に (商法 578 条)、不法行為上の責任をも負わないことは自明であるといえる⁷⁷」と述べている。法条競合説の論者は、畢竟、とくに商法が運送企業の維持発展と荷主側の保護とを勸案して損害賠償を迅速かつ確実に処理するための調整規定を置いているのに、請求権競合を認めると商法の趣旨が没却されるとの判断が作用しているものと観察できよう。

ただ、請求権競合説に立ったとしても、民法の多数説によれば、不法行為による損害賠償についても、契約責任についての民法 416 条が適用され、通常損害・特別損害の範囲で賠償することになるとされている⁷⁸。そうで

76 西原・注 (24) 前掲 305 - 306 頁。

77 大隅・注 (16) 前掲 142 頁。

78 加藤・注 (74) 前掲 48 頁。

あるとすれば、運送人の不法行為による損害賠償については、民法 416 条の特則である商法 578 条、同 580 条が適用されると解される余地があり、上述の竹田説の見解は、民法多数説の立場によっても、十分に成り立ちうるし、商法の趣旨が没却されるおそれもない。唯一、高価品について明告がない場合に、不法行為責任の成立を認めながら、これを商法 578 条で処理するのは問題があろう。少なくとも、運送人が故意に滅失または損傷を生ぜしめたときは、免責の理由がないから、損害額の算定に際し、商法 578 条による処理を信義則上排除すべきである。

運送人の責任の消滅

荷受人が留保をしないで運送品を受け取り、かつ運送賃その他の費用を支払ったときには、運送人の責任は、原則として、消滅する（商 588 本文）。ここに「留保」とは、運送人に運送品の一部滅失または損傷があることおよびその概要を知らせることである⁷⁹。運送人に対する留保事項の通知方法には制限がない。運送品の全部滅失の場合には、受取りの事実がないから、この規定の適用範囲外である。また、運送賃前払いのときは、運送品の無留保受取りの事実だけで免責を生じる⁸⁰。このような特則を設けたのは、運送品の状態に関する証拠保全の機会を運送人が失うからである⁸¹。

上記の例外として、運送品に直ちに発見することのできない損傷または一部滅失があった場合には、荷受人が、引渡しの日から 2 週間以内に、運送人に対してその通知を発したときは、運送人の責任は消滅しない（商 588 ただし書）。したがって、要するに、荷受人は、運送品を受け取って運送賃その他の費用を支払う際には、運送品を検査し、損傷または一部滅失があれば責任の追及を留保しなければならず、これを怠ると損害賠償請求をなしえないことになる⁸²。商人間売買における買主の検査通知義務

79 田邊・注 (11) 前掲 283 頁参照。
80 西原・注 (24) 前掲 304 - 305 頁。
81 田邊・注 (11) 前掲 283 頁。
82 平出・注 (1) 前掲 488 頁。

(商 526) に類似するが、荷受人は商人であることを要せず、また、運送賃が前払いされていれば、受取りの際に責任の追及を漫然と留保するのは足りないから、運送人は、商人間売買における売主よりも一段とその保護が強化され、他方、荷受人は同買主よりも危険な地位に立たされることになる⁸³。

また、運送人に悪意があったときは、運送人の責任は消滅しない(商 588)。ここでいう「悪意」とは、かつての多数説によれば、運送人が、損傷または一部滅失を知って引渡しをしたという意味ではなく、故意に滅失・損傷を生ぜしめ、またとくに滅失・損傷を隠蔽する意味であると解されていた⁸⁴。しかし、商法 588 条の運送人の責任の特別消滅という制度は、運送人が証拠を保全することが困難なことからこれを救済することに主眼があるのであるから、運送人が一部滅失・損傷を知っておれば、受取人から損害賠償請求がなされることを予想(覚悟)すべきであり、証拠保全の措置を当然に講じおくべきものである。したがって、商法 588 条 2 項にいう「悪意」とは、運送品に一部滅失・損傷あることを知って引き渡すことと解すべきである⁸⁵。

短期消滅時効

運送品の滅失・損傷および延着によって生じた損害に係る運送人の責任は、運送人が悪意である場合を除き、全部滅失以外の場合にあっては、荷受人が運送品を受け取った日から、全部滅失の場合にあっては、引渡をなすべきであった日から、1 年の経過により、時効消滅する(商 589 566)。

ここに運送人の「悪意」とは、運送人が故意に運送品の滅失・損傷・延着を生ぜしめ、または、運送品の滅失・損傷・延着をとくに隠蔽することを意味する⁸⁶。短期消滅時効制度は、運送人の責任関係を早期に消滅させることにより運送営業を保護することに主眼があり、したがって、運送人

83 同前。

84 大森・注(16)前掲 270 頁、西原・注(24)前掲 305 頁。

85 平出・注(1)前掲 489 頁、近藤・注(53)前掲 204 頁。

86 平出・同前、石井：鴻・注(3)前掲 156 頁、西原・注(24)前掲 305 頁。

が滅失・損傷といった事実を知っている場合であっても、荷受人等の債権者が権利を行使しないのであれば、債務を消滅させたとしても不当とはいえないからである⁸⁷。悪意の場合の運送人の責任は、5年の商事消滅時効にかかる（商522）。

免責約款

運送人は、法律上は、上述のような責任を負う。しかし、実際は、運送契約は、運送業者の作成に係る約款をその内容とすることが多い。かかる約款において、運送人は種々の特約条項をもって、その責任の減免を図るのが通常である。このような特約条項を「免責約款」という。

免責約款は、あるいは運送人の責任の発生そのものを排除し、あるいはその責任の結果を軽減するものであるから、運送営業が多かれ少なかれ独占的性質を有するだけに、これを無制限に認めるならば、著しく不都合な結果を生じることはいうまでもない⁸⁸。それゆえ、陸上運送における免責約款の効力は、公序良俗（民90）・信義誠実（民1）・権利濫用（民1）などの一般原則を考慮して、判断されなければならない⁸⁹。一般的には、免責約款の効力について争いがあるときは、「作成者不利の原則」が妥当するというべきであろう。

3-4-2. 荷受人と運送人との関係

以下もまた、貨物引換証が発行されていないことを前提に記述する。

荷受人は、運送契約の当事者ではないが、運送の地理的進行にともない、運送人との間で、以下のような法律関係を生じる。

第1段階として、運送品が到達地に到着する前には、荷受人は未だ運送人に対して無権利であり、荷送人のみがもつばら運送契約上の権利義務を有する。すなわち、荷送人は、自由に運送品処分権を行使することができ

87 近藤・注(53)前掲204頁。

88 大隅・注(16)前掲143頁。

89 同前参照。

る (商 582)。

第 2 段階として、運送品が到達地に達した後は、荷受人は運送契約により生じた荷送人の権利を取得する (商 583)。したがって、荷受人は、自己の名において、運送品の引渡しを請求し、その他必要な指図をなし、または運送品の一部滅失・損傷・延着などによる損害賠償の請求をなすこともできる⁹⁰。もっとも、この段階においては、荷送人の処分権もまた競合して存在しており、しかも、荷受人が運送品の引渡請求権を行使する前であれば、荷送人の権利が荷受人の権利に優先する⁹¹。ゆえに、荷送人の指図と荷受人の指図とが相矛盾するときは、運送人は、荷送人の指図に従うことを要する。商法 583 条 1 項が「荷受人ハ運送契約ニ因リテ生シタル荷送人ノ権利ヲ取得ス」としているのは、荷受人が荷送人の権利と同一内容の権利を取得するという意味であって、権利が荷送人から荷受人に移転する趣旨ではないのである⁹²。それゆえ、運送人は、荷送人に対して有する運送契約上のすべての抗弁をもって荷受人に対抗することができる⁹³。

第 3 段階として、運送品が到達地に達した後、荷送人の指図のないうちに、荷受人が運送品の引渡しを請求したときは、荷受人の権利が荷送人の権利に優先するに至る (商 582)。商法 582 条 2 項は、「荷送人ノ権利ハ…消滅ス」と定めるが、荷送人の運送品処分権は、完全に消滅するのではなく、運送品の引渡しに関して争いがある場合 (数量不足、品質相違など) には、運送人は荷送人の指図を求むべきであること (商 586 、585) から考えれば、また荷受人がその権利を放棄した場合の法律関係を考えれば、ただ荷受人の権利が荷送人の権利に優先するにすぎないと考えなければならぬ⁹⁴。

90 平出・注 (1) 前掲 507 頁。

91 同前、竹田・注 (3) 前掲 181 頁、田邊・注 (11) 前掲 285 - 286 頁、大森・注 (16) 前掲 271 頁、大隅・注 (16) 前掲 145 頁。

92 田邊・同前 286 頁。

93 平出・注 (1) 前掲 507 頁。

94 同前 508 頁、竹田・注 (3) 前掲 182 頁、石井：鴻・注 (3) 前掲 148 頁、田邊・注 (11) 前掲 286 頁、大森・注 (16) 前掲 271 - 272 頁。

最終の第4段階として、荷受人が運送品を受け取ったときは、荷受人もまた、運送人に対して荷送人が負担した運送賃その他の費用の支払義務を負担することとなる（商 583）。荷受人が「運送品ヲ受取りタルトキ」とは、荷受人が運送品としてこれを確定的に受け取ったことを要するが（大判大正7年（1918年）5月10日民録24輯902頁）、運送品が運送品として確定的に受け取られた限り、荷受人は現実に運送品の直接占有をなすことを要せず、占有改定（民 183）により、運送人に引き続きその運送品を保管せしめても、運送品の受取りがあったといいうる⁹⁵。これによれば、検査のため仮に受け取った場合、または運送人のために保管するにすぎない場合、運送品の一部分のみを受け取った場合等は、まだ「運送品ヲ受取りタルトキ」ということをえない⁹⁶。

荷送人の支払義務が契約上の義務であるのに対し、荷受人の義務は、運送品を受け取ることにより負担せしめられる法律上の義務である⁹⁷。荷受人が運送賃その他の費用を支払う義務を負うといっても、荷送人の支払義務はこれにより当然に消滅するものではなく、いずれかが履行するまで両者の義務は併存するが、両者の義務は共同の行為によって生じたものではないから連帯債務ではない⁹⁸。両者の義務は、不真正連帯債務の関係にある⁹⁹。

運送人の荷受人に対する債権も、1年の短期消滅時効にかかる（商 589 567）。

荷受人の法律上の地位をどう観るかにに関して、かつては第三者のためにする契約であると解する説が有力であった。大隅健一郎は、荷受人の権利の取得が、単なる法の便宜的規定の結果ではなくして、運送契約上運送品の引渡しがなさるべき者として荷受人を指定した当事者の意思を基礎として認められたものであることから考えて、運送契約が、第三者のためにす

95 小町谷・注(7)前掲272頁。

96 同前。

97 平出・注(1)前掲508-509頁。

98 竹田・注(3)前掲184頁、大森・注(16)前掲272頁。

99 小町谷・注(7)前掲283頁。

る契約たる性質を有することの結果と考えるのが正当であると思うと説いた¹⁰⁰。大隅説は、おそらく竹田省の考え方を敷衍したものであろう。竹田は、第三者のためにする契約という考え方に対する批判は、荷受人が、受益の意思表示をしないで（民 537 参照）当然に権利者となること、荷受人は、運送すべきこと自体を求める権利、換言すれば契約上の権利をそのまま取得するものでないこと、荷受人とともに荷送人も権利を有すること、といった点で第三者のためにする契約と調和しないということにあるとされるが、第三者のためにする契約は、上の全部を充足すべき、あるいは排他的なものでなければならないとする理由がないと思うと論じている¹⁰¹。さらに、竹田は、受益の意思表示は重視すべき要素ではないと述べているが¹⁰²、大隅もまたこれを引き、荷受人が運送品を受け取った場合にその対壁として法が義務をも負担せしめていると解することは、権利の取得を第三者のためにする契約の結果と解することと何ら矛盾するものではないと説いている¹⁰³。大森忠夫も、これらに与し、荷受人が権利を取得するのは、荷送人と運送人とが荷受人のためになすところのいわゆる第三者のためにする契約の効果と解することができ、荷受人が義務を負うのは、法がとくに認めた効果であると解するのである¹⁰⁴。

これに対し、石井照久・鴻常夫は、運送契約が第三者のためにする契約とは種々の相違点があるのみならず、荷受人が義務をも負担するに至る（商 583 ）ことを、とくに分離して構成する（この点は、上記大森説から明らかである）ことは、運送契約における荷受人の地位の実質を看過した形式的な立場と評すべきであると反論した¹⁰⁵。続けて、さればといって、[荷受人の権利義務を] 単に法律の規定によって発生する権利義務である

100 大隅・注 (16) 前掲 146 頁。
 101 竹田・注 (3) 前掲 182 - 183 頁。
 102 同前 182 頁。
 103 大隅・注 (16) 前掲 146 頁。
 104 大森・注 (16) 前掲 271 頁。
 105 石井・鴻・注 (3) 前掲 149 頁。

と説くのみでは充分でないとし、「荷受人の法的地位、いいかえれば荷受人が運送契約上の権利を取得し、義務を負うにいたる法律構成としては、空間的な障害の超克を目的とする運送関係においては、発送地と離れた到達地において運送品の受取等を担当しうる特殊な「資格者」が、いわば荷受人の「身替り」（したがって荷送人と荷受人との資格は同一人で兼併されてもよい）として要求されざるをえないことから、法律によって定められた特殊な地位、したがって、その意味では法律の規定によって権利義務が発生するものと解すべきである¹⁰⁶」と説いている。平出慶道も、この考え方を全面的に支持している¹⁰⁷。加えて、彼は、第三者のためにする契約においては、第三者の権利が発生した後は、当事者はこれを変更・消滅せしめえないが（民 538）、運送契約においては、運送品が到達地に達して荷受人が権利を取得した後であっても、荷受人が運送品の引渡しを請求するまでは荷送人の権利が優先し、荷送人が処分権を行使して荷受人に引き渡さないよう指図すれば、荷受人は運送品の引渡しを請求できなくなるものであり¹⁰⁸（商 582、583）、第三者のためにする契約説は不都合である旨を付言している。

今日では、もはや第三者のためにする契約説は、支持を失っているものといえよう¹⁰⁹。

3-4-3. 相次運送

3-4-3-1. 広義の相次運送

取引が地理的に拡大し、商品の運送距離が長くなるとともに、単独の運送人が全区間を運送することが、困難となるか、あるいは非効率であるといった事態が少なからず生じることになる。そのような事態の下では、複数の運送人が同一の運送品につき、区間を異にして運送することがある。

106 同前。

107 平出・注(1)前掲511頁。

108 同前510頁。

109 田邊・注(11)前掲286頁参照、近藤・注(53)前掲210頁参照。

このような運送を「広義で」「相次運送」と称する¹¹⁰。広義の相次運送の形態としては、以下のようなものがある。

(ア) 部分運送

複数の運送人がそれぞれ独立して特定の区間の運送を引き受ける場合である。これには、荷送人が数人の運送人との間で各区間の運送につき独立の運送契約を締結する場合、荷送人が第1の運送人と運送契約を締結すると同時に、その運送人をして自己の代理人として第2の運送人との間の運送契約を締結させる場合、第1の運送人をして運送取扱人として自己の名をもって荷送人の計算において、第2の運送契約を締結させる場合、などがある¹¹¹。部分運送にあつては、それぞれ別個の区間ごとに独立した運送契約が存在し、各運送人は、自己の引き受けた区間の運送についてのみ責任を負い、各運送人相互には何らの関係もない。

(イ) 下請運送

1人の運送人(元請運送人)が全区間についての運送を引き受けるが、その区間の全部または一部の運送について、他の運送人(下請運送人)に委託する場合である。この場合には、元請運送人と荷送人との間で運送契約が締結され、下請運送人は、元請運送人の履行補助者にとどまる。したがって、荷送人と下請運送人との間には直接の法律関係は存在しない。元請運送人は、下請運送人の故意過失について、運送のために使用した者の故意過失として損害賠償責任を負わなければならないが(商577)、荷送人(荷受人)は、下請運送人に直接その責任を追及することをえない¹¹²。

(ウ) 同一運送

複数の運送人が1人の荷送人との間で共同して全区間の運送を引き受ける契約を締結し、運送人相互の内部関係において、各担当区間を定める場合である。運送契約は1個であり、すべての運送人は、商法511条1項に

110 田邊・同前 295 頁。

111 同前 295 - 296 頁、平出・注 (1) 前掲 512 頁。

112 田邊・同前 296 頁、平出・同前 513 頁。

基づき、すべての区間につき連帯債務者となる。

3-4-3-2. 狭義の相次運送

上に述べた類型と異なり、「狭義の相次運送」と称される類型がある。「連帯運送」とも呼ばれる。

まず最初の運送人が、荷送人に対し、運送の全区間について運送を引き受けて運送契約を締結する。第1の運送人は、一部の区間の運送のみを実行し、これを第2の運送人に引き継ぐ。第2の運送人は、荷送人のためにする意思で運送の全区間について運送を引き受けるものとして運送関係に加入する。後続の運送人も、以下同様の形で順次運送関係に加入するものである。このとき、1通の通し運送状（連帯運送状）によって、各運送人が運送に従事することとなる。荷送人との関係では、運送契約は1個であるが、第1の運送人が荷送人と締結したこの契約に、爾後の運送人が逐次加入するというものである。荷送人が通し運送状を発行し、第2以下の運送人がこの通し運送状によって運送を引き継ぐことにより、荷送人と第2以下の運送人との間に合意が成立するものである¹¹³。中間における運送品の引渡しは、運送人相互間で直接に行われる。この結果、各運送人は、荷送人と直接の法律関係に立つこととなる。

狭義の相次運送にあつては、各運送人は、運送品の滅失、損傷または延着のあった場合に、連帯して損害賠償の責めに任じなければならない（商579）。この規定は、荷送人および荷受人の保護を強化し、損害発生箇所に關する困難な挙証責任を免れしめる趣旨のものであるが、むろん強行規定ではない¹¹⁴。つまり、商法579条は、このような形態で運送が行われるときは、運送品の滅失、損傷または延着が、どの区間あるいはどの運送人の下で生じたのか、荷送人（荷受人）による立証が困難であるため、荷送人（荷受人）は、それが何処でどの運送人の下で生じたのか立証をしなくとも、いずれの運送人に対しても損害賠償の請求をすることができるように

113 平出・同前514頁。

114 西原・注(24)前掲315頁。

する趣旨の規定である¹¹⁵。

商法 579 条が狭義の相次運送に限って適用されるものであるという点には、異論を見ない。すなわち、部分運送の場合には、運送品が同一であるというだけで、各運送契約の間には何の関係もないから、債務不履行責任につき連帯性を推測する根拠に乏しく、かつ中間で必ず託送替えが行われるから、責任関係の所在も比較的わかりやすい。下請運送の場合には、下請運送人は荷送人に対しては直接の関係に立たず、元請運送人が全責任を負うものである。同一運送の場合には、すでに商法 511 条 1 項の連帯推測の規定が存在する。以上の点から、商法 579 条は、狭義の相次運送に係る規定であるということになる¹¹⁶。

商法 579 条は、相次運送人の荷送人（荷受人）に対する責任、すなわち外部関係の規定であって、内部的には各運送人の責任負担部分が存在するから、損害賠償請求に応じた運送人が問題の生じた区間を担当した運送人に求償権を行使することができる¹¹⁷。問題が生じた箇所が不明の場合には、特約または商慣習がない限り、運送賃の割合に応じて責任を分担すると解するのが当事者の意思に適うであろう¹¹⁸。

商法 589 条は、同 563 条を準用している。相次運送にあっては、数人の運送人が相次いで運送を行うから、先の運送人が運送賃・立替金などの請求権および当該請求権に係る留置権・先取特権などの権利を有していても、運送品を次の運送人に引き渡した後は、もはや運送品を占有していないため、留置権・先取特権などの権利を自ら行使することをえない。そこで、このような場合には、後の運送人に、前の運送人に代位してその権利を行使する義務があるものとし、加えて、後の運送人が前の運送人に弁済をしたときは、前の運送人の権利を取得するものとしたのである（商 589

115 田邊・注 (11) 前掲 297 頁参照。

116 以上、西原・注 (24) 前掲 315 - 316 頁参照。

117 近藤・注 (53) 前掲 211 頁。

118 西原・注 (24) 前掲 316 頁。

563)。商法 589 条によって準用される同 563 条の規定は、その事柄の性質上、同 579 条と異なり、複数の運送人が相次いで運送をなすすべての場合に適用があるものと解される¹¹⁹。

3 - 5. 旅客運送

3 - 5 - 1. 旅客運送契約

旅客運送契約とは、自然人たる旅客を運送すべきことを目的とする契約である。運送の対象が自然人であるところから、運送人によるその保管という問題は、もとより生じない。契約の当事者は、運送人と旅客自身であることが通常であるが、運送される旅客以外の第三者たることもありえる(たとえば、親がその子の運送を委託する場合)。

旅客運送契約もまた、物品運送契約と同様、諾成不要式の契約であり、その性質は、請負契約の 1 種である。全国的に観れば、乗車券が発行されるのが一般的であり、運送契約は、通常は乗車券発売の時に成立し、乗車後に乗車券を求める場合には、乗車の時に契約が成立したものと観ることができる¹²⁰。ただ、現在にあっては、大都市近郊の短距離大量輸送において、乗車券は次第に汎用型電子マネーにその地位を取って代わられつつある。電子マネー・カードを改札口に接触させた時に運送契約が成立すると観ることができよう。

3 - 5 - 2. 乗車券の性質

かつては乗車券の性質をめぐり、種々の議論があった。多くの学説は、乗車前に発行された一般の無記名式乗車券を有価証券であると認め、引渡しによってその権利を譲渡することができる¹¹⁹と解し、他方、乗車後に発行された乗車券および入^り切後の乗車券については、運送人が特定の乗客に対

119 同前、平出・注 (1) 前掲 519 頁、竹田・注 (3) 前掲 190 頁、大森・注 (16) 前掲 274 頁、大隅・注 (16) 前掲 150 頁、近藤・注 (53) 前掲 212 頁。

120 西原・注 (24) 前掲 333 頁。

してのみ義務を負うに至ることから、単なる証拠証券と解するか、あるいは有価証券ではあるが譲渡性を失うに至ると解した¹²¹。乗車券が表章する権利は、運送人に対する運送請求権であるというのが通説であったが、これを運送人が一般的に提供する運送施設の利用に関する限り、いわば金銭代用証券としての有価証券と解すべきであるとの主張もあった¹²²。定期乗車券もまた、通用期間・通用区間を指定した包括的運送契約についての権利を表章する有価証券であるが、記名式であって、譲渡性がないものであると解するのが趨勢であった¹²³。これらの考え方は、有価証券概念が流通証券よりも広く、流通を必ずしも主たる目的としなくとも、権利の行使に証券の占有があればよく、集団的關係処理の技術が有価証券の存在理由であるとの評価がその根底にある¹²⁴。

しかし、有価証券の存在意義の本則は、あくまでもこれが権利の譲渡を容易にするための技術的制度であるという点にある¹²⁵。商法がある証券に有価証券としての法的性質を付与するのは、いずれも証券上の権利を容易・確実かつ迅速に処分（譲渡・質権設定）する必要があるためである。乗車券に関しては、それに運送請求権を表章させて、その権利の流通性を促進させようなどという目的はまったく存在せず、またその必要もない。乗車券を有価証券とみななければならない理由は存在しない¹²⁶。乗車券は、集団的・大量的な権利行使を迅速に処理することを容易にするため、単に便宜的に、有価証券制度で培われた技術が応用されているにすぎないものである。すべての乗車券は所定の運送賃を支払済みであることの証拠証券である。

上記の理は、回数券にあっても、同様である。回数券と定期券との違い

121 鴻常夫：河本一郎；北澤正啓；戸田修三編『演習商法（総則商行為）』（青林書院新社・1984年）311頁 [原茂太一]。

122 同前 [原茂太一]。

123 同前 315頁 [原茂太一]、西原・注(24)前掲 333頁。

124 西原・同前 333 - 334頁脚注(2)参照。

125 平出・注(1)前掲 560頁参照。

126 田邊・注(11)前掲 299頁。

は、運送役務の利用者が特定されているか否かという点にあるだけだからである¹²⁷。なお、回数券に係る古い判例であるが、回数券が発売された後に、東京市（当時）の市電の値上げが内務省から承認され、回数券の所持人にその差額を請求することができるか否かが争われた事件において、大審院は、回数券の発行によりその時点で運送契約が成立したのではなく、回数券は運送賃の前払いを証する票券すなわち運送賃に代用せられる票券にすぎず、実際の乗車の際に運送人はその差額を請求できると判示している（大判大正6年（1917年）2月3日民録23輯35頁）。

3-5-3. 旅客運送人の責任

3-5-3-1. 旅客の損害に対する責任

商法590条1項は、旅客運送人は、自己またはその使用人が運送に関し注意を怠らなことを証明しなければ、旅客が運送のために受けた損害を賠償しなければならない旨を規定している。しかし、これは民法415条の一般原則を、旅客運送人に関して具体化したにすぎないものと観ることができる。

同条同項にいう「旅客力運送ノ為メニ受ケタル損害」とは、旅客の生命・身体・被服などにつき生じた損害の他、延着などすべての損害を含む¹²⁸。「運送二関」する注意とは、運送行為そのものに関する注意に限られず、運送設備に関する注意をも含むものである¹²⁹。過失の有無は、旅客運送人の職業的立場から当然守るべき善良な管理者の注意義務を基準とし、各場合につき判断する他ない¹³⁰。運送人の過失が認められた判例を示せば、岩石崩落のおそれのある場所に相当の予防設備を設けなかったために生じた列車事故（大判大正9年（1920年）6月17日民録26輯895頁）、線路の

127 同前 298 頁。

128 平出・注(1)前掲562-563頁、大隅・注(16)前掲165頁、西原・注(24)前掲335頁。

129 平出・同前、竹田・注(3)前掲204-205頁。

130 西原・注(24)前掲335頁。

看守・巡視を怠ったため生じた列車事故（大判大正9年6月17日民録26輯902頁）がある。下級審裁判例として、通過列車の風圧によるプラットフォーム（platform）で列車待ちをしていた旅客の転倒事故（大阪地判昭和56年（1981年）9月29日判時1047号122頁）がある。

旅客運送人の賠償責任の特異性は、その賠償額の算定方法にある。商法590条2項によれば、その損害賠償額は、運送人の予見可能性を問わず、被害者および家族の状況を斟酌すべきものとされている。物品運送人の賠償額が画一化されている（商580）のと対照的であり、個別化方針を採るとともに、民法416条2項の特則として、当事者の特別損害に対する予見可能性の有無を問わない¹³¹。

上のような個別化方針は、明治23年（1890年）の旧商法においてすでに採用されていた。すなわち、旧商法518条は「損害賠償ハ傷害ヲ被フリタル者ニ生セシメタル治療費及ヒ特別ノ給養費ノ賠償ト慰藉金トヲ包括ス其慰藉金ハ災害ノ結果ノ輕重、長短及ヒ罹災者ノ所得ノ關係ヲ斟酌シテ之ヲ定ム」と規定し、同519条は「災害ノ為メ死亡シ又ハ永久ノ廢疾、不具若クハ所得無能力ト為リタルトキハ慰藉金ノ額ハ尚ホ罹災者ノ家族ノ生計ノ需要ヲモ斟酌シテ之ヲ定ム」と規定していた。現行商法590条2項に関し、立法理由書によれば、旧商法の規定が「錯雑ニ失シ無用ノモノアルヲ以テ本条ニ二項ハ此兩条〔旧商法518条・519条〕ヲ合併シ字句ヲ修正シタリ¹³²」とされている。

よって、商法590条2項にいう「被害者及ヒ其家族ノ情況」とは、被害者の収入、職業、年齢、家族数、家族の生活状態等のごとき、きわめて個性的な特別事情を指すことになる¹³³。明治商法がこのような方針を採用したのは、おそらく当時の技術水準下の列車事故を念頭に、ひとたび事故が生じれば旅客の生命・身体に取返しのつかない重大な影響があるとの社会

131 同前。

132 東京博文館蔵版『商法修正案理由書』（1898年）298頁。

133 平出・注（1）前掲563頁。

政策上の判断があったのではないと思われる。列車に乗車しうる客層も限られていたことから、運送人の賠償責任に保険者の性格を与えたのであろう。

しかし、現在にあっては、上のような法政策は時代に合わないばかりでなく、低額の運送賃で集团的大量的非個人的になされる旅客運送の定型的性質から観て妥当ではないと解されよう¹³⁴。今日にあっては、責任保険の活用が望ましい。

なお、商法 590 条 2 項の解釈にあっては、特別事情の斟酌は被害者の生命・身体に関する損害の場合に限られ、延着の場合を含まないというのが通説である¹³⁵。被害者が死亡したときは、死亡と同時にこの者が慰謝料請求権を取得し、その請求権を放棄したと解しうる特別の事情のない限り、相続人は当然にこの請求権を相続するものとされている（最判昭和 42 年（1967 年）11 月 1 日民集 21 卷 9 号 2249 頁）。

3 - 5 - 3 - 2. 託送手荷物に関する責任

運送人が旅客から引渡しを受けてその保管の下に運送する手荷物については、とくに運送賃を請求しないときでも、運送人は、物品運送人と同一の責任を負う（商 591 ）。これは旅客運送賃の中に、その対価が含まれているとするものであって、この場合には、旅客運送と同時に付随的に物品運送契約が成立したものと観ることができる¹³⁶。よって、運送人は自己または履行補助者の無過失を立証できないときは責任を免れえないが（商 577）、運送人の悪意・重過失によらない滅失・損傷の場合における損害賠償責任は定型化され（商 580、581）、高価品の明告がなければ、高価品としての債務不履行による損害賠償責任の免責を受ける（商 578）。もとより、特約をなすことを妨げられない。

タクシーの後部トランク（trunk）に収蔵された旅客の手荷物は託送手

134 同前 564 頁参照。

135 石井：鴻・注（3）前掲 187 頁、大隅・注（16）前掲 165 - 166 頁、西原・注（24）前掲 335 頁。

136 石井：鴻・同前 188 頁。

荷物と解される (東京地判昭和 41 年 (1966 年) 5 月 31 日下民集 17 巻 5・6 号 435 頁)。

託送手荷物が目的地に到着した日から 1 週間以内に旅客がその引渡しを請求しないときは、運送人は、手荷物を供託し、または催告の後に競売することができるが、手荷物が損傷しやすい物であるときは、催告せず競売することができるという、商人間売買における売主の供託権・自助売却権 (商 524) に準じた権利を認められる (商 591 本文)。旅客の住所・居所が不明のときは、催告・通知をする必要がない (商 591 ただし書)。

3-5-3-3. 携帯手荷物に関する責任

運送人は、旅客から引渡しを受けない手荷物 (携帯手荷物、持込手荷物) の滅失・損傷については、自己またはその使用人に過失がある場合を除いて、損害賠償責任を負わない (商 592)。このような手荷物については、運送人が保管するのではないから、別個に運送契約は成立せず、旅客運送契約の一部と解される¹³⁷。損害賠償を請求するためには、手荷物を保管している旅客が運送人の側の過失を証明しなければならない¹³⁸。

この場合の賠償額は、託送手荷物の例によるべく、民法 416 条の原則によるべきではない。そうでなければ、引渡しを受けない手荷物についての責任が、引渡しを受けた手荷物についての責任よりも重くなるという不合理な結果を生じるからである¹³⁹。

4. 運送取扱営業

4-1. 運送取扱営業の意義

運送取扱営業は、荷主の委託によって運送人をして運送をなさしめ、その他当該運送に必要な一切の取扱いをなすことを目的とするものであって、荷主は、運送取扱人を使用することによって、自ら運送市場を尋ねて適当

137 田邊・注 (11) 前掲 301 頁。

138 平出・注 (1) 前掲 567 頁。

139 同前 567 - 568 頁、石井：鴻・注 (3) 前掲 188 頁、大隅・注 (16) 前掲 166 頁、西原・注 (24) 前掲 336 頁。

な運送人を探索し、税関通過に必要な手続をなし、運送品の適宜の包装をなす等の繁雑でかつ不馴れな手数を免れることができる。また、運送が途中において引き継がれる場合、中継地において運送の連絡を図り、運送品の積換えをし、到達地において運送品を受け取り、安全に荷受人に送付することも、運送取扱人の業務に属する¹⁴⁰。

小町谷操三によれば、運送取扱営業は、問屋営業から分化発達したものとされている。すなわち、問屋はかつて、委託に応じて買い入れた物品を委託者に送付するため、運送人を選択して、運送契約を締結したのであったが、問屋営業の発展と運送営業の発達とは、自らこの運送の配慮をなす業務の分化を促し、運送取扱営業を生ぜしめたと説かれている¹⁴¹。かかる沿革の事情から、商法は、準問屋を含めて、問屋営業と運送取扱営業とを「取次業」として纏めている。また、小町谷は、運送取扱営業に関するわが商法の規定ぶりにつき、運送営業と相互に規定の準用をしている点に鑑みれば、わが商法は、旧商法以来、フランス法の影響を多分に受けていると考察している¹⁴²。

上に述べたように、今日、運送取扱人と呼ばれる事業者は、運送人と運送契約を締結するのみならず、物品の保管・引渡し・必要書類の準備など、運送に付随する各種の事務を処理し、また、実際には代理店活動をも担当し、さらにある程度運送営業等をも兼営して、いわゆる「戸口から戸口へ」という運送の理想の実現に奉仕している¹⁴³。それゆえ、運送営業や運送取扱営業とは異なる「通運業」という観念が生まれてきたが、今日まだ必ずしもその内容は定まっていない¹⁴⁴。

以上のように、運送取扱営業は、物品運送の取次ぎに関連する複雑多岐な業態にもかかわらず、わが商法は、「物品運送の取次ぎ」という純粋な

140 以上、竹田・注(3)前掲142頁。

141 小町谷・注(7)前掲145頁。

142 同前176頁。

143 石井：鴻・注(3)前掲131頁。

144 平出・注(1)前掲414頁。

企業取引類型のみを対象として法規整をなしているにすぎないといえる¹⁴⁵。

4 - 2. 運送取扱人の意義

運送取扱人とは、自己の名をもって、物品運送の取次ぎをすることを業とする者である（商 559 ）。

運送取扱人は、自己の名をもって、委託者の計算において、運送人と物品運送契約を締結することの委託を引き受ける法律行為、すなわち運送取扱契約をなすことを営業とする者である¹⁴⁶。取次ぎをなす者であるという点においては、運送契約の代理または媒介をなす代理業者または仲立人と異なり、問屋と同様であるが、取次ぎの目的が、物品運送に限定される点で、問屋とも異なる¹⁴⁷。ここにいう「運送」とは、陸上・海上・空中の運送およびこれら 3 者を通じてなすあらゆる運送を意味する¹⁴⁸。しかし、旅客運送は運送取扱人の営業の目的とはなりえず、旅客運送の取次ぎを業とする者は、運送取扱人ではなく、準問屋（商 558）に属する¹⁴⁹。

繰り返し述べるように、運送取扱人の業務は、ただ運送人と運送契約を締結することに尽きるのではなく、その他運送を容易かつ安全ならしめるために必要な種々の手配をなすものである。たとえば、運送品の包装を検査し、必要書類（通関書類など）を整え、運送人・運送の経路・運送の方法を選定し、運送人に対して指図（商 582）をなし、また到達地においては運送人から運送品を受け取り、荷受人に引き渡すことなども取次契約の内容に属する¹⁵⁰。竹田省は、商法が運送取扱人を定義するにあたり、「自己の名をもって委託者の計算において運送人と運送契約を締結する者」といわず、やや漠然と「自己ノ名ヲ以テ物品運送ノ取次ヲ為ス」と規定して

145 石井：鴻・注 (3) 前掲 131 頁。

146 平出・注 (1) 前掲 416 頁。

147 大隅・注 (16) 前掲 114 頁。

148 小町谷・注 (7) 前掲 179 頁。

149 同前、平出・注 (1) 前掲 416 頁、大隅・注 (16) 前掲 114 頁。

150 大隅・同前、竹田・注 (3) 前掲 143 - 144 頁。

いるのは、上のような意味を含めているからであると述べている¹⁵¹。

運送取扱人は、物品運送の取次ぎを引き受けることを業とする者であるから、この者は、取次ぎに関する行為を営業とする商人である（商 502 、4 ）。

なお、到達地において運送品を受け取ったうえで荷受人にこれを引き渡す者は、「到達地運送取扱人」と呼ばれるが、この者は、運送の取次ぎを行うわけではないので、商法でいう運送取扱人には該当しない¹⁵²。ただし、運送取扱人が到達地運送取扱人に係る業務を司ることは、もとより差し支えなく、商法の運送取扱人に関する規定が類推適用されることはありうる。

4 - 3. 運送取扱契約の性質

運送取扱人が運送の取次ぎを引き受ける契約を「運送取扱契約」という。運送取扱人が、自己の名をもって、委託者の計算において、運送契約を締結することを引き受ける契約であるから、問屋契約と同様に取次契約であって、その性質は、委任契約に属する。それゆえ、運送取扱人には、商法に別段の定めのない限り、問屋に関する規定が準用され（商 559 ）、補充的に民法の委任に関する規定が準用される（商 559 552 ）。

4 - 4. 運送取扱人の権利義務

4 - 4 - 1. 運送取扱人の義務

4 - 4 - 1 - 1. 義務の内容

運送取扱契約は、委任契約に属するから、運送取扱人は、善良な管理者の注意をもって、委託事務である運送の取次ぎをしなければならない（民 644）。繰り返し述べるように、荷主たる委託者のために、自己の名をもって運送契約を締結するととどまらず、上述した運送に関して必要な事実上の配慮をもなさなければならない。

151 竹田・同前 144 頁。

152 近藤・注（53）前掲 227 頁。

4-4-1-2. 損害賠償責任

運送取扱人は、自己またはその使用人が、運送品の受取り、引渡し、保管、運送人または他の運送取扱人の選択その他運送に関する注意を怠らなかったことを証明しない限り、運送品の滅失、損傷または延着につき、損害賠償の責めを免れることができない（商 560）。この規定は、運送人の損害賠償責任に関する商法 577 条と同旨の規定であり、基本的な事項は、同条について述べたところが妥当する（本章 3-4-1-2（工））。すなわち、民法の債務不履行責任（民 415）を運送取扱人について具体化したものであり、過失責任主義を採用するとともに、債務者たる運送取扱人が無過失の立証責任を負い、履行補助者の行為については選任に関する無過失を立証するだけではならず、履行補助者の無過失をも立証しない限り、責任を免れることはできない。

運送品の「受取り」とは、委託者から運送品を受け取ることであり、「引渡し」とは、これを運送人に引き渡すことであり、「保管」とは、運送品受取後に運送人にこれを引き渡すまでの間における保管のことである（大判大正 5 年（1916 年）3 月 17 日民録 22 輯 473 頁、大判大正 8 年（1919 年）12 月 6 日民録 25 輯 2242 頁）。「他の運送取扱人の選択」とは、中間運送取扱人（中継運送取扱人）（本章 4-5（イ））または到達地運送取扱人の選択をいう¹⁵³。運送人または運送取扱人の選択に関しては、選択の適否に関しては責任を負うが、運送取扱人は自ら運送をなす義務を負わないので、運送人の過失による損害については責任を負わない¹⁵⁴。中間運送取扱人または到達地運送取扱人の行為についても同様に責任を負わない¹⁵⁵。

商法 560 条が掲げる注意義務の内容は例示にすぎず、運送取扱人の責任は、運送に関して委託された事務一般に及ぶ¹⁵⁶。その他運送の取次ぎに関

153 石井・鴻・注 (3) 前掲 134 頁、大隅・注 (16) 前掲 117 頁。

154 竹田・注 (3) 前掲 146 頁。

155 石井・鴻・注 (3) 前掲 134 頁。

156 大森・注 (16) 前掲 251 頁。

し注意を怠らなかったか否かは、具体的に判断する他ない。判例によれば、運送品が差し押さえられた場合に、運送取扱人は、遅滞なく委託者に通知する義務を負うが、差押えが自己の過失によるものでない限り、第三者異議の訴え（昭和 54 年（1979 年）改正前民訴 549 [現在の民執 38]）を提起するまでの必要はないとされている（大判大正 12 年（1923 年）6 月 6 日民集 2 巻 381 頁）。

運送取扱人が商法 560 条に基づく責任を負うのは、運送品の滅失、損傷または延着によって生じた損害についてである。その他の損害、たとえば通関手続懈怠により委託者に罰金が科されたような場合の損害については、運送取扱人は、一般の損害賠償責任に関する法則に従って責任を負う¹⁵⁷。

運送取扱人が商法 560 条の責任を負う場合における損害賠償の額については、特別の規定（商 580、581 対照）がないから、民法の一般原則によることになる。もっとも、同条は任意規定であるから、公序良俗・信義誠実の原則に反しない限り、特約をもって、その責任を免除または軽減することができる。特約による場合でも、運送取扱人に故意があれば、当該特約の適用はない¹⁵⁸。

貨幣・有価証券その他の高価品については、委託者が委託をするに際してその種類および価額を明告しておかない限り、運送取扱人はその損害を賠償する責任を負わない（商 568 578）。

運送取扱人の商法 560 条に基づく損害賠償責任は、荷受人が運送品を受け取った日から 1 年を経過したときは、時効によって消滅する（商 566 ）。1 年の消滅時効期間は、運送品の全部滅失の場合にあっては、その引渡しのあるべかりし日からこれを起算する（商 566 ）。商法 566 条にいわゆる「荷受人」は、通常は運送契約における荷受人であるが、委託者が運送品の受取人と定めた者をいう¹⁵⁹。運送取扱人またはその履行補助者が運送

157 同前 250 頁。

158 大隅・注 (16) 前掲 118 頁参照。

159 小町谷・注 (7) 前掲 194 頁。

契約上の荷受人となることもありうるからである。1年の短期時効は、運送品の滅失、損傷または延着による損害賠償義務に限られ、その他の債務たとえば運送賃その他の費用の過払いによる払戻義務、通関手続懈怠による損害賠償債務などには、適用がない¹⁶⁰。これらの債務は5年の商事消滅時効にかかる(商522)。

なお、上述の1年の短期消滅時効は、運送取扱人に悪意があった場合には適用されない(商566)。ここに「悪意」とは、故意に運送品の滅失、損傷または延着を招致した場合はもちろん、損害を隠蔽した場合をも包含し、履行補助者の悪意も、ここに含まれる¹⁶¹。悪意の運送取扱人の責任の消滅時効は、5年である(商522)。

4-4-2. 運送取扱人の権利

4-4-2-1. 報酬請求権

運送取扱人は、特約があれば当然のこと、特約がなくとも、委託者に対し、相当の報酬を請求することができる(商512)。この報酬は、運送取扱人が運送品を運送人に引き渡したときに、直ちに請求することができる(商561)。運送取扱人は、運送の取次ぎを引き受けるものであるから、運送契約が成立し、運送人に対し、運送品の引渡しを終えれば、これによって委任事務を終了することになるからである¹⁶²。しかし、目的地において運送品を運送人から受け取り、これを荷受人に引き渡すことまで引き受けているなら、それが契約に基づく委任事務の内容であるから、その引渡しを終えて初めて報酬の請求ができる(商559 552 民648 本文)と解さなければならない¹⁶³。

160 同前 192 - 193 頁本文および 193 頁脚注 1、竹田・注 (3) 前掲 147 頁。

161 小町谷・同前 193 頁。田邊光政は、そのように特殊に解する必要はなく、運送取扱人が運送品に一部滅失または損傷を知って引き渡すことと解すれば足りるとしている(田邊・注 (11) 前掲 310 頁)。

162 竹田・注 (3) 前掲 148 頁、大隅・注 (16) 前掲 119 頁。

163 各同前。

運送取扱人は、しばしば、運送取扱契約において、運送賃の額を定めることがある。この場合には、特約のない限り、運送取扱人は別途報酬を請求することができない（商 561 ）。この場合には、当事者が、報酬をも含めて運送賃額を確定し、相互に運送賃についての投機をしているものと解するのがその意思に合致するからである¹⁶⁴。このような契約を「確定運送賃運送取扱契約」という。この場合には、当該確定運送賃と運送の実行のために必要な運送賃の差額とが運送取扱人の利得となるから¹⁶⁵、運送取扱人は委託者の計算において運送契約を締結すると観ることはできず（運送賃によって損益するものなら、すなわち運送営業をしているのであって、運送人たる地位に立つものと観るべきである¹⁶⁶）、特別の事情がない限り、運送取扱人による介入（本章 4 - 4 - 2 - 4）の 1 場面と解すべきであるというのが通説である¹⁶⁷。したがって、運送取扱人は、運送人と同一の権利を有し義務を負うことになる（商 565 ）。

4 - 4 - 2 - 2. 費用償還請求権

運送取扱人は、委託者のために支払った運送賃その他の費用の償還を請求することができる（商 559 552 民 649、650）。

運送取扱人が運送賃その他の費用によって利得をすることができるか否かについては説が分かれる。運送取扱人は、受任者として、委託者に最も有利に事務を処理する義務を負担するものであることを理由に、このような利得ができないと解する説がある。この説によれば、運送取扱人が、多数の委託者から委託された物品を一括して混載運送（たとえば貨車借切運送）をなし、これによって運送賃の割引きを受けた場合であっても、普通運送賃との差額を利得することはできず、特約または慣習のない限り、その利益を各委託者に均霑させなければならないことになる¹⁶⁸。他方、むし

164 小町谷・注 (7) 前掲 197 頁。

165 大隅・注 (16) 前掲 119 頁、大森・注 (16) 前掲 252 頁。

166 竹田・注 (3) 前掲 155 頁。

167 同前 156 頁、大隅・注 (16) 前掲 119 頁、大森・注 (16) 前掲 252 頁。

168 石井：鴻・注 (3) 前掲 136 頁、小町谷・注 (7) 前掲 196 頁。

るこの場合には、特別の事情がない限り、その部分は運送取扱人の利得に帰するものと解すべきであるとの主張がある¹⁶⁹。上のごときは、運送取扱人の、独立の商人としての「経営努力」「経営手腕」と評価すべきものであって、介入といった概念を持ち出さずとも、運送取扱人の利得に帰せしめて不都合はないものと思われる。委託者に何ら損失を生ぜしめるものではないからである。

4-4-2-3. 留置権

運送取扱人は、運送品に関して受け取るべき報酬、運送賃その他委託者のためにした立替えまたは前貸しについてのみ、その運送品を留置することができる(商 562)。この留置権は、留置の目的物と被担保債権との間に牽連関係を要する点で、商人間の留置権(商 521)や問屋の留置権(商 557 31)と異なり、民事留置権(民 295)と共通するが、被担保債権の弁済期が到来していなくても認められる点において、これらの留置権のいずれともその要件を異にする¹⁷⁰。

被担保債権と留置物との牽連性を要求したのは、運送品が受取人との関係で個性を持ち、受取人の利益をも考慮しなければならないからである¹⁷¹。運送取扱契約において、委託者と受取人が同一でないことは少なくないから、仮に、運送取扱人が委託者に対して有する債権ではあるが、受取人が受け取る運送品と無関係な債権のために運送品を留置できるということになれば、受取人としては不測の損害を受けるおそれがあるからである¹⁷²。

運送取扱人が留置権を行使するには、運送品を占有していなければならないが、運送取扱人は運送人にその運送品の直接占有を引き渡した後ににおいても、なお荷送人としてその間接占有を失うことなく、運送人に対して運送品処分権(商 582)を通じて、留置権を行使することができる¹⁷³。留

169 竹田・注(3)前掲157頁、大隅・注(16)前掲120頁。

170 大森・注(16)前掲252-253頁。

171 石井：鴻・注(3)前掲136頁。

172 近藤・注(53)前掲232頁。

173 大森・注(16)前掲253頁。

置権の行使が報酬等の請求権の発生を要件とすること、いうを待たない。

4-4-2-4. 介入権

運送取扱人は、介入を禁止する特約がない限り、運送人と運送契約を締結することなく、自ら運送をなすことができる（商 565 前段）。かかる権利を「運送取扱人の介入権」という。問屋の介入権（第 2 帖第 5 章 4-4-4-5）と同様、商法がとくに認めた取次ぎの実行の 1 方法であり、形成権である。介入権排除の特約がない限り、問屋の介入権に係る商法 555 条 1 項のような特段の要件は課せられない。運送の性質上、このような介入権を認めることが便宜であり、また、これを認めても運送賃・運送手段が一般に定型化しているから弊害もないとして、商法は、特段の要件を課さなかったのである¹⁷⁴。

介入は委託者に対する明示または黙示の意思表示によって行われ、その時期については格別の制限はない¹⁷⁵。運送取扱人が委託者の請求により貨物引換証を作成交付したときは、介入権を行使するものとみなされる（商 565 ）。

運送取扱人が介入権を行使したときは、運送人と同一の権利義務を有することになる（商 565 後段）。すなわち、介入権の行使により、運送取扱人は運送人たる地位を占めることとなる。したがって、介入した運送取扱人が他の運送人と運送契約を締結して運送をなさしめるときは、当該運送契約は下請運送契約であり、当該下請運送人は運送取扱人の義務の履行補助者たるにすぎない¹⁷⁶。

介入権の行使は、取次ぎの実行の 1 方法にすぎないから、問屋の場合と同様に、運送取扱人は、運送取扱人としての報酬および費用の償還を請求することができ（商 559 555 ）、他方、受任者としての義務を免れるものではない¹⁷⁷。たとえば必要書類の作成等の義務を果たさなければなら

174 石井・鴻・注 (3) 前掲 137 頁、大隅・注 (16) 前掲 120 - 121 頁。

175 大隅・同前 121 頁。

176 同前。

177 石井・鴻・注 (3) 前掲 137 頁。

ない。

介入の意思表示が委託者に到達すれば、委託者はもはや委託の取消しをすることができず、商法 582 条の運送品処分権を行使しうるのみである¹⁷⁸。

4-4-2-5. 受取人に対する権利

運送取扱契約は、運送取扱人と委託者との間の契約である。しかし、運送契約における運送人と荷受人との間の関係と同様に、運送品の地理的移動にともない、運送取扱人と運送品受取人との間にも法律関係を生じるに至る。

運送品が到達地に達した後は、運送品受取人は、運送取扱人に対する委託者の権利と同一の権利（たとえば、運送品の滅失・損傷・延着に対する損害賠償請求権）を取得する（商 568 583）。運送品受取人が留保をなさずに運送品を受け取ったときは、運送品受取人は、運送取扱人に対し、運送取扱いの報酬その他の費用を支払う義務がある（商 568 583）。

4-4-2-6. 短期消滅時効

運送取扱人の委託者または運送品受取人に対する債権は、1年の短期消滅時効にかかる（商 567）。その起算点は、委託者または運送品受取人に対して債権を行使しうべき時からであって、当然に一概に決することをえない。

4-5. 相次運送取扱い

4-5-1. 相次運送取扱いの意義

複数の運送取扱人が、同一の運送品につき、相次いでその取次ぎをなす場合があり、これを広く「相次運送取扱い」と称する。これには、以下の2つの場合が考えられる。

4-5-1-1. 下請（下受）運送取扱い

これは、ある運送取扱人が、自己の引き受けた運送取扱業務の全部また

178 小町谷・注(7) 前掲 202頁。

は一部を他の運送取扱人に託して行わせる場合である。前者を「元請（元受）運送取扱人」と称し、後者を「下請（下受）運送取扱人」と称する。下請運送取扱人は、元請運送取扱人の委託者に対する債務履行のための補助者（使用人）にすぎず、委託者に対して直接法律関係に立つものではない。委託者に対して権利義務を担うのはもっぱら元請運送取扱人である。したがって、下請運送取扱人の行為については、元請運送取扱人が、商法560条所定の「其使用人」の過失に対する責任に関する法則に従って責任を負うことになる¹⁷⁹。

4-5-1-2. 中間運送取扱い（中継運送取扱い）

これは、運送の途中において運送の中継を行う必要がある場合（たとえば、ある鉄道から一度運送品を受け取り、他の鉄道または船舶によって運送を継続せしめる必要がある場合）などに、第1の運送取扱人が、次の運送のために、自己の名をもって委託者の計算において第2の運送取扱人を選択して選任し、第2の運送取扱人に自己の名をもって委託者の計算において次の運送の取次ぎをさせるものである。第1の運送取扱人を「元請（元受）運送取扱人」と称し、第2の運送取扱人を「中間運送取扱人（中継運送取扱人）」と称する。なお、元請運送取扱人が、到達地において運送人から運送品を受け取り、委託者の指定した者に引渡しをさせるべく到達地運送取扱人を選択・選任してこれに必要な取扱いをなさしめる場合も、ここに含まれる。元請運送取扱人は、自己の名をもって委託者の計算において中間運送取扱人を選任するのが常態であって、この選任行為は、委託者から託された委任事務についての複委任と解せられる。したがって、中間運送取扱人と委託者との間には当然には直接の法律関係を生じない。元請運送取扱人は、委託者に対し、商法560条に基づき、中間運送取扱人の選任についてのみ責任を負い、中間運送取扱人の過失について同条に依拠する責任を負うことはない。それゆえ、中間運送取扱人の選任は、元請運

179 以上、大森・注(16)前掲255頁、大隅・注(16)前掲122-123頁参照。

送人において自由になすことはできず、取引の慣行もしくは委託者と運送取扱人との間の特約があるかまたは運送の遂行上やむをえない場合に限られる(民 104)と解されることになる¹⁸⁰。なお、元請運送取扱人による中間運送取扱人の選任行為につき、これを復委任と観ず、元請運送取扱人は、中間運送取扱人との間で運送の取次ぎをすることの委託をも引き受けているのであり、中間運送取扱人との間で取扱契約を締結することは、自己の委任事務の処理そのものであるとの見解によるべきであるとの主張がある¹⁸¹。

委託者が自ら各区分につき各別の運送取扱人に物品運送の取次ぎを委託する場合(部分運送取扱い)は、もとより相次運送取扱いではない¹⁸²。

4 - 5 - 2. 相次運送取扱いに関する特則

数人相次いで運送の取次ぎをなす場合においては、中間運送取扱人は、自己の前者、すなわち自己に対する委託者たる運送取扱人に代わって、その権利を行使する義務を負う(商 563)。この規定は、中間運送取扱いに関する規定である。たとえば、第2の運送取扱人は、第1の運送取扱人のために、手数料・立替料その他の費用を取り立て、その支払いがないときは留置権を行使する等の義務を負う。元請運送取扱人は、委託者の計算においてではあるが、自己の名をもって中間運送取扱人を選任するのであるから、中間運送取扱人と元請運送取扱人との関係は、一般の運送取扱契約における運送取扱人と委託者との間の法律関係と同様のものである。したがって、中間運送取扱人は、その委託者たる元請運送取扱人のために善良な管理者の注意をもって委任事務を処理することを要し、ことにその利益の保護を図らなければならない¹⁸³。この側面をとくに注意的に規定したのが商法 563 条 1 項である。それゆえ、ここにいう「前者」とは、自己に

180 以上、大森・同前 255 - 256 頁、大隅・同前 123 頁。

181 田邊・注 (11) 前掲 312 頁。

182 石井：鴻・注 (3) 前掲 138 頁。

183 大隅・注 (16) 前掲 124 頁。

運送取扱いを委託した直前の前者をいい、数個の相次運送取扱いがある場合でも、そのすべての前者をいうのではない¹⁸⁴。後者が上のような義務を負う以上、後者には、前者に代わってその権利を行使するに必要な代理権（1種の法定代理権）が認められると解される¹⁸⁵。

相次運送取扱いにおける後者が前者に弁済をしたときは、前者の権利を取得する（商 563）。この場合における「前者」は、自己の直接の前者に限らず、すべての前者を包含すると解される¹⁸⁶。「弁済」には、代物弁済や相殺等も含まれる¹⁸⁷。この場合には、民法の弁済者の法定代位に関する規定（民 500）を待つまでもなく、後者は前者の権利を法律上当然に承継取得することになるから¹⁸⁸、抗弁事由もそのまま引き継がれ、債務者は前者に対抗することのできたすべての抗弁をもって後者に対抗することができる¹⁸⁹。

商法 564 条は、「運送取扱人力運送人ニ弁済ヲ為シタルトキハ運送人ノ権利ヲ取得ス」と規定しているが、ここにいう「運送取扱人」とは、中間運送取扱人の謂であり、最初の運送取扱人ではない。

5. 倉庫営業

5-1. 緒言

本章の冒頭で若干言及したように、倉庫営業は、商品の取引における時間的障壁を克服することにより、財貨の転換を目的とする本来の商を補助する重要かつ代表的な営業であるとともに、金融を含む国民生活に重大な役割をも果たしている。したがって、倉庫営業は、大量生産・大量消費が実現した今日の社会にあって、経済活動に不可欠な営業であると同時に、

184 同前、田邊・注 (11) 前掲 312 頁。

185 各同前、石井：鴻・注 (3) 前掲 138 頁。

186 田邊・注 (11) 前掲 312 頁、大隅・注 (16) 前掲 124 頁。

187 石井：鴻・注 (3) 前掲 138 頁。

188 同前。

189 大隅・注 (16) 前掲 124 頁。

その公共的性格も無視しえないものがある。

上のような倉庫営業の公共的性格に鑑み、その適正な運営を図るべく、業法として、倉庫業法（昭和31年（1956年）法律第121号）が定められている。同法3条によれば、倉庫業を営もうとする者は、国土交通大臣の行う登録を受けなければならない。また同法13条1項によれば、倉庫証券を発行できる倉庫業者は、国土交通大臣の許可を得た業者に限られる。その他、同法には、火災保険を付する義務（倉庫業14）をはじめ、寄託約款等に係る詳細な定めが設けられている。もっとも、行政上の保護監督に違反して商法上の倉庫営業を営む者も、商法の規整を受けること、当然である（第2帖第2章2-2-2-1参照）。

倉庫営業は、沿革的には、かなり早くから発達しているが、とくに中世以降における国際取引の進展にともない、保税倉庫として顕著に発達した。その代表的なものはイギリスの海港における倉庫営業であり、これが次第に各国に普及したものである¹⁹⁰。

なお、本章においては、運送営業と同様、倉庫証券に関する記述は行わない。これは本帖・下の巻に譲る。

5-2. 倉庫営業者の意義

倉庫営業者とは、他人のために、物品を倉庫に保管することを業とする者である（商597）。

ここに「物品」とは、動産をいい、不動産を含まない。有価証券・貨幣なども一定量の物体としては倉庫営業者の保管の目的とすることができるが、一定の価値の表象物としてこれを保管することは、通常は銀行業者の業務に属する¹⁹¹。生物については、これを物品に含める説もあり¹⁹²、商法はこれを予定しないと解する説もある¹⁹³。寄託の目的物は、他人の物品た

190 石井：鴻・注（3）前掲194頁。

191 大森：注（16）前掲292頁。

192 平出：注（1）前掲571頁。

193 竹田：注（3）前掲213頁。

ることを要するが、必ずしも寄託者自身の所有に属することは必要でない¹⁹⁴。

「倉庫」とは、倉庫業法 2 条 1 項の定義に従えば、「物品の滅失若しくは損傷を防止するための工作物又は物品の滅失若しくは損傷を防止するための工作を施した土地若しくは水面であつて、物品の保管の用に供するものをいう。」すなわち、必ずしも屋根のある建物であることを要せず、石置場のような空地や、貯木場のような水面であっても、寄託物の種類に応じて、物品を蔵置し、かつ保管するに適した設備があれば、倉庫たりうるものであり、倉庫そのものの所有権が倉庫営業者に属することも必要ではない¹⁹⁵。

「保管」とは、物品の所有権または処分権を取得することなく、単にこれを自己の占有内に蔵置し、その滅失・損傷を防いでその現状の維持に努めることをいう¹⁹⁶。保管の期間の長短を問わない¹⁹⁷。「蔵置・保管」という 2 つの事実が併存することを要し、倉庫営業者は、蔵置保管をなす者であるから、倉庫の全部または一部を賃貸することのみを業とする者は、倉庫営業者ではない¹⁹⁸。ただし、倉庫の全部または一部を貸り切つて（特定し）、特定の寄託者のために保管の引受けをなすことは、倉庫営業となる¹⁹⁹。

蔵置保管する物品は、特定物であることを要しないから、特定物たる受寄物をそのまま返還する単純寄託のみならず、多数の寄託者から寄託された同質の物品を混合して保管し、それらの寄託者がその混合物について共有者となり（民 245 244）、受寄者が後日その各寄託者に対しその受寄量に応じてこれを返還する、いわゆる混合寄託または混蔵寄託の場合にも、倉庫営業は成立する²⁰⁰。しかし、商法は、特定物寄託を念頭に置いて倉庫

194 平出・注 (1) 前掲 571 頁、大森・注 (16) 前掲 292 頁。

195 平出・同前。

196 大森・注 (16) 前掲 292 頁。

197 竹田・注 (3) 前掲 213 頁。

198 小町谷・注 (7) 前掲 295 頁。

199 同前、平出・注 (1) 前掲 572 頁。

200 平出・同前、大森・注 (16) 前掲 292 - 293 頁参照。

営業を規定しており、混合寄託または混蔵寄託については特段の規定を設けていない。混合寄託または混蔵寄託の場合には、商法および民法の規定のみでは、寄託者相互間の関係および寄託者と倉庫営業者との関係を十分に解決することが困難であるから、特別の規定を設けることが望まれる²⁰¹。

受寄者がいったん受寄物の所有権を取得し、後日これと同質同量の物品を返還することを約する消費寄託（民 666）の引受けを業とするのは、上記「保管」の定義の範囲を逸脱するので、倉庫営業には属さない。

「倉庫二保管スルヲ業トスル」とは、倉庫における蔵置保管の引受けを営業とするとの謂である。倉庫営業者は、自己の名をもって寄託の引受けを営業とすることにより、商人となる（商 502、4）。

5 - 3. 倉庫寄託契約

5 - 3 - 1. 契約の性質

倉庫営業者が、物品の保管をなすべきことを引き受ける契約を「倉庫寄託契約」という。かつては、この契約は、民法上の寄託契約（民 657 その文言から明らかなように、要物契約として規定されている）の 1 種に属するから、寄託者が倉庫営業者に目的物を引き渡すことによって成立する要物契約であるという理解が一般的であった²⁰²。しかし、倉庫営業者のなす契約は保管の引受けであり、保管の引受けは性質上目的物の引渡しを成立要件としないものと認められることから、倉庫寄託契約は、運送契約と同様に、諾成契約であると解するのが今日の多数説である²⁰³。ただし、これによって倉庫寄託契約が寄託契約たる性質を失うわけではなく、商法に別段の規定がないときは、補充的に民法の寄託に関する規定が適用される²⁰⁴。

201 平出・同前参照。

202 田中耕太郎『商行為法講義要領』（田中耕太郎発行者：松井方利印刷人・1935年）190 - 191 頁、竹田・注（3）前掲 216 頁、大森・注（16）前掲 294 頁。

203 平出・注（1）前掲 574 頁、石井：鴻・注（3）前掲 196 頁、小町谷・注（7）前掲 298 頁、大隅・注（16）前掲 173 頁、西原・注（24）前掲 354 - 355 頁。

204 大隅・同前。

5-3-2. 契約の効力

以下では、主として商法上の特則のみについて述べることとする。

5-3-2-1. 倉庫営業者の権利

(ア) 寄託物引渡請求権

上に述べたように、倉庫寄託契約は諾成契約であるから、倉庫寄託の引受けによって契約は成立し、したがって、倉庫営業者は寄託者に対して寄託物の引渡しを請求する権利を有し、寄託者が遅滞なくその引渡しをなさないときは債務の履行遅滞となり、倉庫営業者は倉庫寄託契約を解除しうる他、寄託者に対して損害賠償を請求しうる²⁰⁵。

(イ) 保管料請求権

倉庫営業者は、とくに無償寄託の引受けをした場合を除き、特約がない場合でも相当の報酬すなわち保管料（倉敷料）を請求することができる（商 512）。保管料の支払いは出庫の時でなければこれを請求することをえないが、一部出庫の場合には割合に応じて支払いの請求をすることができる（商 618）。しかし、保管期間が経過した後は、出庫前であっても、支払いを請求できるものと解さなければならない²⁰⁶。したがって、ここにいる「出庫」とは、保管期間の満了を含むものであるが、割合保管料を請求しうるにとどまる「一部出庫」とは、保管期間満了前の一部出庫をいうものと解される²⁰⁷。

寄託者が保管期間の経過前に寄託物の全部の返還を求め、またはその他の事由によって保管期間の経過前に寄託契約が終了したときは、倉庫営業者は、その期間に応じて保管料を請求することができる（民 665 648）。契約の終了が寄託者の責めに帰すべき事由によった場合も同一である。同様の場合、運送契約においては、運送人は運送賃の全額を請求することができる（商 576）、倉庫寄託契約においてこれが認められないのは、

205 平出・注 (1) 前掲 589 頁。

206 石井・鴻・注 (3) 前掲 202 頁、大森・注 (16) 前掲 295 頁、大隅・注 (16) 前掲 177 頁。

207 平出・注 (1) 前掲 590 頁。

寄託者は損害賠償することなく何時でも寄託物の返還を求めうること（民 662）に照応するものである²⁰⁸。

保管料を支払うべき債務者は寄託者である。倉庫証券が発行された場合については、後に述べることとする（本帖・下の巻を予定）。

（ウ）費用償還請求権

倉庫営業者は、受寄物に関する保険料・租税その他の費用や立替金を支出したときは、その費用の償還を請求することができる（民 665 650、なお商 513 参照）。その請求をなしうる時期については、保管料について述べたところと同様の扱いとなる（商 618）。

なお、倉庫営業者が、受寄物の性質または瑕疵によって損害を被った場合は、寄託者が過失なくその性質もしくは瑕疵を知らなかったときまたは倉庫営業者がこれを知っていたときを除き、その賠償を請求することができる（民 661）。

（エ）留置権

倉庫営業者の保管料等の債権については、問屋（商 557 31）、運送取扱人（商 562）、物品運送人（商 589 562）などの場合のように、特別の留置権が認められていない。したがって、倉庫営業者は、受寄物につき、民法上の留置権（民 295）を有し、かつ寄託者が商人で受寄物が寄託者の所有に属する場合には、商人間の留置権（商 521）を有するにすぎない²⁰⁹。民法上の留置権については、商事留置権としての扱いを受けることができないものと解されよう。

（オ）先取特権等

倉庫営業者は、保管料等の債権について、受寄物の上に動産保存の先取特権を有する（民 311、320）。

また質入証券の所持人のために受寄物を競売したときは、競売代金について優先弁済受領権限を有する（商 611）。

208 大隅・注 (16) 前掲 177 頁。

209 小町谷・注 (7) 前掲 327 頁。

(カ) 競売権・供託権

倉庫営業者は、保管期間満了のとき、または保管期間中であっても、やむことをえない事由があるときは、受寄物の引取りを請求する権利を有する(民 663 参照)から²¹⁰、寄託者または預証券もしくは倉荷証券の所持人が受寄物を受け取することを拒み、またはこれを受け取ることができないときは、商事売買の売主について商法 524 条 1 項および同 2 項に定められているのと同様の条件および手続に従い、受寄物を供託しまたは競売することができる(商 624 前段 商 524)。しかし、運送人の場合(商 587 524 対照)と異なり、競売代金を供託すべき規定は存在しないから²¹¹、競売代金は、倉庫営業者が寄託者または預証券もしくは倉荷証券の所持人のために保管しなければならない。この場合においては、質入証券の所持人の権利は競売代金の上に存することとなる(商 624 後段)。しかし、倉庫営業者は、競売代金の中から、競売に関する費用・受寄物に課すべき租税・保管料その他保管に関する費用および立替金を控除した残額を質入証券の所持人に支払えば足り、さらに剰余金があれば、これを預証券または倉荷証券の所持人に支払うことを要し、かつ、それをもって足りる(商 624 611、612)。

5-3-2-2. 倉庫営業者の義務

(ア) 受寄物保管義務

倉庫営業者は、寄託契約が有償たると無償たるとを問わず、善良な管理者の注意をもって、受寄物の保管をなさなければならない(商 593)。商法 593 条については、第 5 章 2 において詳述する。倉庫営業者は、特約または慣習がない限り、他の倉庫営業者に保管の下請けをさせることはできない。倉庫営業者の資力・信用や倉庫の所在場所などが倉庫寄託契約の基礎となっているからである²¹²。受寄物について保険を付することは、原則

210 平出・注(1)前掲 594 頁。

211 同前 595 頁。

212 石井・鴻・注(3)前掲 197 頁、大隅・注(16)前掲 173 頁。

として保管義務に属するものではない²¹³。ただし、倉庫業法 14 条によれば、倉庫証券発行の許可を受けた倉庫業者（発券倉庫業者）が倉庫証券を発行するときには、寄託者が反対の意思表示をした場合または国土交通省令で定める場合を除いて、寄託者のために当該受寄物を火災保険に付さなければならないものとされている。

倉庫業者の負う注意義務は、一般的にいえば、受寄物の滅失・損傷を防止するため、盗難・火災・風水害・震災等に対する予防措置をなし、通風・防湿・防虫等の方法を講ずることである²¹⁴。

一般に、受寄者は、受寄物につき権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、または差押え・仮差押えもしくは仮処分をしたときは、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない（民 660）が、ひとたび訴えの提起等のあったことを通知すれば、寄託者は、それに対する措置を執ることができるのであるから、その後の経過を逐一報告する必要はない²¹⁵。判例も、差押えの事実を通知した以上は、その後、第三者による点検があったこと、執行吏（現執行官）による「保管換え」など、その後の経過を逐一報告する必要はないとしている（最判昭和 40 年（1965 年）10 月 19 日民集 19 卷 7 号 1876 頁）。

倉庫寄託契約にあっては、保管期間を約するのが通常である。保管期間の定めがある場合には、倉庫業者は、やむをえない事由がない限り、保管期間内に受寄物の引取りを受託者に対して請求できない（民 663）。契約において保管期間を定めなかったときであっても、やむをえない事由がない限り、倉庫業者は、受寄物入庫の日から 6 ヶ月を経過した後でなければ、受寄物の返還をすることができない（商 619）。民法の原則によれば、保管期間につき特約がないときは、受寄者は何時でも受寄物を返還できる（民 663）のであるから、商法 619 条は、民法の特則を定めたも

213 大隅・同前、田邊・注 (11) 前掲 317 頁。

214 平出・注 (1) 前掲 577 頁。

215 同前 578 頁、石井：鴻・注 (3) 前掲 198 頁。

のである。民法の原則によるならば、倉庫寄託の経済的意義をなくし、一般に商人の利益に反することが大きい²¹⁶、このような特則が設けられたものである。6 ヶ月という期間につき、立法理由書には、「幸ニ我国従来ノ慣習上六ヶ月ヲ以テ倉庫寄託ノ一期ト為スアリ²¹⁷」との言及がある。もちろん、保管期間を定めていたときは、それが6 ヶ月未満であっても、期間経過後は、更新がない限り、倉庫営業者は受寄物の引取りを請求することができる。やむをえない事由とは、受寄物が腐敗して他の在庫品に損害を及ぼす場合、倉庫が被災して補修する必要がある場合などが考えられる²¹⁸。倉庫が滅失したときは、保管期間の定めの有無にかかわらず、倉庫営業者は直ちに受寄物の返還をなしうる（函館控明治 42 年（1909 年）10 月 6 日新聞 600 号 13 頁）。

（イ）倉庫証券交付義務

倉庫営業者は、寄託者の請求により、預証券および質入証券または倉荷証券を作成交付しなければならない（商 598、627）。これらの証券については、繰り返し述べるように、本帖・下の巻に譲ることとする。

（ウ）点検・見本摘出・保存行為に応ずべき義務

倉庫営業者は、寄託者または預証券もしくは倉荷証券の所持人の請求があるときは、営業時間内はいつでも、その寄託物の点検・見本の摘出またはその保存に必要な処分をさせなければならない（商 616、627）、また質入証券の所持人から請求があるときも、営業時間内はいつでも、寄託物の点検をさせなければならない（商 616）。倉庫寄託の目的物は取引の目的物たることが多いから、寄託者または倉庫証券の所持人において、上のような行為をする必要が少なくない²¹⁹。それゆえ、寄託物を目的とする取引に便宜を与え、かつ、保存行為の完全を期するべく²²⁰、倉庫営業者に

216 平出・同前 579 頁。

217 東京博文館蔵版・注（132）前掲 317 頁。

218 田邊・注（11）前掲 317 頁。

219 大隅・注（16）前掲 176 頁。

220 平出・注（1）前掲 583 頁。

このような義務を認めたのである。

倉庫業者のこのような義務は、単純な容認義務ではなく、必要な協力をなすべき義務である²²¹。どの程度まで権利者の要求に応じなければならないかは、各場合について決する他ない²²²。

寄託物の「点検」とは、検査のことである。いかなる程度の検査をなしているかは、倉庫の状況と慣習とを斟酌して、各場合について決する他ない。また検査は、寄託品の売却・質入れなどをなすため、相手方を同伴することもありえるから、必ずしも請求権者（権限ある使用人を含む）のみが入庫しうるものと解すべきではない²²³。

「見本の摘出」は、取引の相手方を同伴することなく、簡単迅速に取引をなすため必要なことであるが、その摘出の程度如何により、寄託品の状態および数量に変化を来たすことがあるから、かかる場合には、倉庫営業者は、自己の責任に備えるため、適宜の措置（証明書の交付請求、相当の担保の提供など）を求めることができよう²²⁴。

寄託者のなす保存行為によって倉庫営業者が受ける倉庫内の支障をどの程度に忍受すべきかも、各場合によって決する他ない。これらの請求は、倉庫内の秩序と密接な関係があり、倉庫営業者の諸種の業務に影響するところがきわめて大きいから、寄託者等の権利の濫用が許されないこと、当然である²²⁵。

(工) 損害賠償義務

倉庫営業者は、自己またはその使用人が、受寄物の保管に関し注意を怠らなかつたことを証明しなければ、受寄物の滅失または損傷につき損害賠償責任を免れることができない（商 617）。この規定の形式は、物品運送

221 同前、石井：鴻・注 (3) 前掲 200 頁、大森・注 (16) 前掲 297 頁、大隅・注 (16) 前掲 176 頁。

222 大隅・同前。

223 以上、小町谷・注 (7) 前掲 321 頁。

224 同前参照。

225 同前 320 頁参照。

人の債務不履行に係る損害賠償責任の規定（商 577）、同じく運送取扱人のそれに関する規定（商 560）とまったく同様である。民法の債務不履行責任に関する規定（民 415）の原則を注意的に規定したものであることも同様である。任意規定であることも共通している。

受寄物の滅失・損傷が設備の不完全および操作の不十分による時も、倉庫営業者は当然にこの責任を免れえない（福岡高判昭和 29 年（1954 年）8 月 2 日下級民集 5 巻 8 号 1234 頁）。「滅失」とは、物理的滅失にとどまらず、受寄物の盗難や倉庫証券との引換えなしに受寄物を引き渡した場合などのように、受寄物を返還しえない場合をも含むものである²²⁶。

損害賠償の請求をなす寄託者は、必ずしも寄託物の所有者であることを要せず、所有者でない寄託者は、所有者その他の者に対して損害を賠償した後に限らず、倉庫営業者に対して寄託物の価格に相当する金額の損害賠償請求をすることができる²²⁷（大判大正 8 年（1919 年）3 月 28 日民録 25 輯 581 頁）。しかし、寄託者が真の所有者でなく、かつ、寄託物が真の所有者の手中に帰したなどの事実がある場合には、倉庫営業者は、寄託物の返還に代わる補賠償をすることを要しない²²⁸（最判昭和 42 年（1967 年）11 月 17 日判時 509 号 63 頁）。

損害賠償額については、物品運送人の場合のような定型化に係る規定は設けられていない（商 580 対照）。したがって、民法の一般原則（民 416）に従って処理されることになる。

倉庫営業者の責任についても、物品運送人の責任についてと同様、特別消滅原因が定められている。寄託者または倉庫証券所持人が、留保をなさずに寄託目的物を受け取り、かつ保管料その他の費用を支払ったときは、倉庫営業者の責任は、原則として、消滅する（商 625 588 本文）。ただし、寄託目的物に直ちに発見することのできない損傷または一部滅失があっ

226 平出・注 (1) 前掲 585 頁。

227 大隅・注 (16) 前掲 175 頁。

228 平出・注 (1) 前掲 585 頁、石井：鴻・注 (3) 前掲 200 頁。

た場合には、寄託者または倉庫証券所持人が、引渡しの日から2週間以内に、倉庫営業者に対してその通知を發したときは、倉庫営業者の責任は消滅しない(商 625 588 ただし書)。また、倉庫営業者に悪意があったときも、その責任は消滅しない(商 625 588)。倉庫営業者の責任の特別消滅については、本章 3-4-1-2 (工) において、物品運送人の責任の特別消滅に関して述べたところと同様である。

寄託物の滅失または損傷によって生じた倉庫営業者の責任は、出庫の日から1年を経過したときは、時効によって消滅する(商 626)。ただし、倉庫営業者に悪意があるときは、短期消滅時効の適用はない(商 626)。ここに倉庫営業者の「悪意」とは、倉庫営業者が受寄物に故意に損害を与えたり、滅失・損傷をとくに隠蔽することを意味する(その趣旨については、物品運送人について、本章 3-4-1-2 (工) について述べたところと同様である)。1年の時効期間は、寄託物が全部滅失した場合にあっては、倉庫営業者が預証券・倉荷証券の所持人に対し、その所持人が不明のときは寄託者に対し、滅失についての通知を發した日から起算するものとされている(商 626 、627)。

倉庫営業者の債務不履行責任と不法行為責任との関係については、物品運送人に関して述べた本章 3-4-1-2 (工) を参照のこと。同じく、免責約款の効力についても、本章 3-4-1-2 (工) を参照のこと。

(オ) 帳簿の備置き・記入義務

この義務は、倉庫営業者が倉庫証券を寄託者に交付した場合に、受寄物に関する事項を明らかにするためのものであり、記載すべき場合およびその事項が法定されている(商 600、605、627 、622)。この帳簿を「倉庫証券控帳」という²²⁹。

229 以上、石井：鴻・注(3)前掲201頁。

第5章 場屋営業者の責任

1. 緒言

場屋営業とは、商法 502 条 7 号にいう客の来集を目的とする場屋における取引を目的として営業をなすことであり、かかる営業を自己の名をもってする者はもとより商人である（商 4 ）。

場屋取引に該当する代表的な行為については、すでに第 1 帖第 3 章 2 - 2 - 8 に掲げた。そこで概観したように、多人数の来集に適する施設を設けて、来集する客の需要に応じるという契約類型は、多岐多様にわたる。あえていえば、場屋営業は、現代においては、いわゆる接客業ないしサービス業と呼ばれるものが多い¹。場屋営業者と客との間に成立する契約は、それぞれの営業の態様に依りて、売買、賃貸借、請負、労務の提供その他これらの混合契約等区々であって²、これをひとつの企業類型として定型的な規整を加えることは困難である。

しかし、場屋営業に一般的な性質として、多数人の来集に適する一定の施設が設けられ、そこに多数の客が出入集散する（しかも、少なくとも若干の時間そこに留まってその施設を利用する）という特徴を見出すことができる³。その結果、場屋営業者の整備した施設に来集する客の携帯品につき、必然的に紛失・盗難などの危険度が増大することになる。それゆえ商法は、来集する客が安心してその施設を利用しうるように、場屋営業者に対し、客の携帯品に関する責任を加重すべく、特別な規定を設けているのである。

この側面からの場屋営業者に対する責任の強化は、利用者のために資するのみならず、場屋営業者の信用を高めるにも資するものである⁴。

1 石井照久：鴻常夫『商行為法』（勁草書房・1978年）189頁参照。

2 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）614頁。

3 大隅健一郎『商行為法』（青林書院・1960年）167頁。

4 平出・注（2）前掲614 - 615頁。

2. 一般商人の受寄者としての責任

商人は、その営業の範囲内において寄託を受けたときは、報酬を受けない場合であっても、善良な管理者の注意をもって受寄物を保管する義務を負う(商 593)。商人のこの責任は、民法 659 条に対する例外であって、商人が「特約をもって」無償で寄託の引受けをした場合に関するものである。商法の規定によるこの責任が、特約による無償寄託の場合にのみ適用があるという理由は、商人がその営業の範囲内においてなす行為は、原則として有償である結果(商 512)、商人は寄託を引き受けた目的物の保管につき、当然に善良な管理者としての注意をなす義務を負うからである⁵(民 400)。

無償寄託における民法の原則によれば、受寄者は、自己の財産におけると同一の注意をもって受寄物を保管すれば足りる(民 659)が、これでは商取引の実情に適せず、商人の信用を害することになるから、その信用を重んじる趣旨で、商法はかかる責任加重の特則を設けたのである⁶。

「営業ノ範囲内」とは、寄託の引受けをその本来の営業とする場合(倉庫営業)は当然のこと、その他商人が、その附属的商行為として寄託の引受けをなす場合(たとえば、百貨店の一時預り)をも含む⁷。

この責任は、債務不履行責任であり、寄託を引き受けた商人は、自己および履行補助者の無過失を証明しない限り、損害賠償責任を免れえない⁸。

商法 593 条はもとより任意規定であるから、特約により、その責任を軽減または免除できる。

5 小町谷操三『商行為法(2)』(日本評論社・1938年)286頁(この文献の引用については、第4章脚注(7)を参照のこと)。

6 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』(弘文堂・1965年)16頁参照。

7 小町谷・注(5)前掲286頁。

8 平出・注(2)前掲615頁。

3. 場屋営業者の責任

3-1. 寄託を受けた物品に関する責任

場屋営業者は、その客からとくに寄託を受けた物品の滅失または損傷については、それが不可抗力によって生じたことを証明するののでなければ、損害賠償の責めを免れることができない（商 594 ）。商法は、場屋営業者の寄託の引受けにつき、一般商人よりもいっそう厳格な責任を認めているのである。この規定にみられる責任は、ローマ法のレセプトゥム（receptum）責任を踏襲したものである⁹。

ローマ法においては、盗賊による被害やことに旅店の主人と盗賊との結託による被害すら少なくなかったことに鑑み、旅店の主人は客の所持品の滅失・損傷についてはそれが不可抗力に基づくことを証明しない限り責任を免れない、とする法則が認められていたのであって、これと趣旨を同じくする法則を継受したのがその沿革であるとされている¹⁰。

明治 23 年（1890 年）旧商法 609 条の第 1 文および第 2 文は、以下のような規定であった。すなわち、「旅店主、飲食店主、浴場営業者其他他人ヲ自家ニ引受クル営業者八客ノ持込ミテ此等ノ者ノ方ニ置キタル物ニ関シテハ其喪失又ハ損害ニ付キ責任ヲ負フ此責任ハ無責任ノ告示ヲ為スモ客ニ自身ノ注意ヲ催カスモ又此等ノ者又ハ其使用人ノ過失アルトキハ契約ヲ以テモ之ヲ免カルルコトヲ得ス」。これはまさにレセプトゥム責任の継受である。

現行商法 594 条もまたレセプトゥム責任を残すものと観察しうるが、ただ、旧商法と異なり、客の持ち込んだ物品につきすべて厳格な無過失責任を負うのではなく、寄託を受けた物品に限りそのような責任を負うとされ、

9 同前 615 頁。

10 大森忠夫『商法総則・商行為法（改訂版）』（三和書房・1975 年）288 頁。より詳しくは、戸川成弘「場屋主人の責任」浜田道代；原秀六；小林量；坂上真美；中東正文編『現代企業取引法』（税務経理協会・1998 年）111 - 112 頁。

しかも不可抗力による免責が認められることとなった¹¹。

商法 594 条 1 項の「不可抗力」の意義に関しては、諸説あるが、その概観に最も適した文献は、戸川成弘 (1960 ~) の「場屋主人の責任」と題する平成 10 年 (1998 年) に公表された論稿である (脚注 (10) 参照)。彼によれば、同条同項の不可抗力の意義に関しては、大別するといわゆる主観説、客観説、折衷説に分けられるとされている。

主観説は、同条同項の不可抗力を、事業の性質に従い最大の注意をしても避けることができない出来事と解するものであるが、この説に対しては、通常の注意と最大の注意との区別、すなわち、軽過失と最軽過失との区別を認める点に難があり、結局無過失と同じになるのではないかとの批判がなされている¹²。

客観説は、同条同項の不可抗力を、無過失とは異なり、特定の事業の外部から発生した出来事で、通常その発生を予期しえないものであると解するものである。この説のかつての代表的支持者は伊澤孝平であった¹³ (後に折衷説へ改説¹⁴)。この説に対しては、事故の発生は予想されるが技術的・経済的に予防できない場合にも事業者に責任を負わせることになり酷であるとの批判がなされている¹⁵。

折衷説は、同条同項の不可抗力を、特定の事業の外部から発生した出来事で、通常必要と認められる予防手段を尽くしてもその発生を防止することができないものと解するものである。多くの研究者がこの見解を採り¹⁶、この説が通説である。戸川の纏めに従えば、この説は、不可抗力を構成するための要件として、特定の事業の外部から発生した出来事であること、

11 戸川・同前 112 頁、その立法経緯も同頁に詳しい。

12 同前 114 頁、平出・注 (2) 前掲 616 頁。

13 伊澤孝平『商法要論』(有信堂・1961 年) 201 頁。

14 戸川・注 (10) 前掲 120 頁脚注 (19) 参照。

15 同前 114 頁、平出・注 (2) 前掲 616 頁。

16 田中耕太郎『商行為法講義要領』(田中耕太郎発行者: 松井方利印刷人・1935 年) 186 - 187 頁、石井・鴻・注 (1) 前掲 191 頁、平出・注 (2) 前掲 616 頁、鈴木・注 (6) 前掲 65 頁脚注 (1)、大森・注 (10) 前掲 289 頁。

通常必要と認められる予防手段を尽くしてもその発生を防止することができないものであること、との2要件を挙げているから、この説は、の点において客観説と同様の立場を採りつつ、の点において客観説に修正を加えたものと評価しうる¹⁷。

今日あっては、場屋営業者にきわめて厳格なレセプトウム責任を負わせる沿革的理由は失われており、場屋営業者の責任を規整するにあたり、事業の経済性・事故防止設備の技術的限界を考慮しない解釈は妥当ではない¹⁸。「不可抗力」という法律用語は、それ自体相対的な概念として用いられており、たとえば商法576条1項の「不可抗力」（第4章3-4-1-1（ウ）参照）は、衡平の観点から義務の軽減または免除を受けることができる指標の意で用いられるものであって¹⁹、無過失責任を前提とし、その免責事由としてこの単語が用いられる商法594条1項の場合と使用局面が決定的に異なるのである²⁰。また、客がその所持品の安全を自ら確保することが困難な場合が少なくないという場屋営業の特徴に鑑みても、場屋営業者の責任を運送人や倉庫営業者の責任よりも加重するという法政策に、まったく合理性がないとはいえない²¹。さらに、商法594条1項を無過失責任の規定として捉えることを前提とすれば、不可抗力を事業組織の外部で発生した出来事であると解して、過失責任との区別を明確にすることも求められよう²²。このように、折衷説が通説たる地位を占めているのは、上のような理由があるからである。

商法594条1項にいう「客」とは、場屋の利用者であるが、必ずしも利用契約が成立していなくとも差し支えない。したがって、客観的に観て施設の利用の意思を持って場屋営業者の施設内に入場したと認められる者、

17 戸川・注(10)前掲115頁。

18 同前116-117頁。

19 同前113頁参照。

20 同前117頁参照。

21 同前参照。

22 同前118頁。

たとえば旅館が満員のためその待合室で待機したものの結局宿泊できなかった者のように、現実には利用をするに至らなかった者も含まれる²³。

商法 594 条 1 項は強行規定ではないから、場屋営業者は、特約によってこの責任を免れることができる。しかし、場屋営業者が、場屋内に、免責に関する告知を一方的になしただけでは、明示的にも黙示的にも免責の特約が成立したとは評価されず²⁴、場屋営業者はこの責任を免れることができない (商 594)。

3 - 2. 寄託を受けない物品に関する責任

客がとくに寄託をしない物品であっても、場屋営業者は、客が場屋内に携帯した物品が、場屋営業者またはその使用人の不注意により滅失・損傷したときは、その損害を賠償する責任を負わなければならない (商 594)。

ここに「不注意」とは、過失のことであって、善良な管理者としての注意を欠くことをいう²⁵。

この規定は、旅客から引渡しを受けない携帯手荷物についての旅客運送人の責任 (商 592) と同趣旨の規定である。客が場屋内に携帯した物品について常に寄託契約があるとはいえないから、この責任は寄託契約上の責任ではなく、しかも場屋営業者と客との関係に基づいて生じる責任であるから、一般不法行為上の責任でもなく、結局、場屋営業の利用関係につき法が認めた特別の責任と解する他ない²⁶。

場屋営業者またはその使用人が必要な注意義務を尽くさなかったことは、客の側で立証しなければならない²⁷。

23 平出・注 (2) 前掲 616 - 617 頁、大隅・注 (3) 前掲 167 - 168 頁、小町谷・注 (5) 前掲 289 頁、大森・注 (10) 前掲 289 頁。

24 小町谷・同前 288 頁。

25 同前 289 頁、石井・鴻・注 (1) 前掲 192 頁、平出・注 (2) 前掲 618 頁、大隅・注 (3) 前掲 168 頁、大森・注 (10) 前掲 289 頁。

26 大隅・同前、竹田省『商法総則・商行為法』(弘文堂書房・1931年) 210 頁。

27 大隅・同前、石井・鴻・注 (1) 前掲 192 頁、平出・注 (2) 前掲 618 頁、小町谷・注 (5) 前掲 289 - 290 頁。

「場屋中二携帯シタル物品」とは、室内に置いたか身に付けていたか、また契約の時に持ち込んだかその後に持ち込んだかを問わない²⁸。

「客」とは、商法 594 条 1 項の「客」と同義に解すべきである。「使用人」とは、場屋において事実上使用する一切の者を含み、場屋営業者との間の雇用関係の有無を問わず、その家族でも差し支えなく、また、とくにその客の担当者のように、場屋営業者の客に対する債務の特定の履行補助者に限られるものでもない²⁹。

商法 594 条 2 項もまた任意規定であるから、場屋営業者と客との特約によって、この責任を減免しうるが、単なる免責の掲示によっては、この責任を免れることをえない（商 594 ）。。

3 - 3. 高価品に対する特則

貨幣・有価証券その他の高価品については、客がその種類および価額を明告して場屋営業者に寄託したのでなければ、場屋営業者は、その物品の滅失・損傷によって生じた損害を賠償する責めに任じない（商 595）。運送人および運送取扱人の高価品に対する責任と同趣旨の規定である（商 578、568 578）。

客が寄託しない高価品については、場屋営業者は、商法 594 条 2 項の責任を負担せず、客が寄託した高価品についても、その明告がなければ、場屋営業者は、同 594 条 1 項の責任を負担しない³⁰。場屋営業にあっては、高価品であることの明告がなくとも、場屋営業者が高価品であることを知った場合には、免責されないものと解すべきであろう³¹。こう解することが、場屋営業の実態に合致するものと思われる。すなわち、高価品と知れば、場屋営業者は、善良な管理者として、客にその寄託を求めるべきであり、これを求めないならば、寄託を受けないまま、監視の責めに任ずる黙約を

28 大隅・同前 168 - 169 頁、平出・同前、竹田・注 (26) 前掲 210 頁。

29 平出・同前、竹田・同前。

30 平出・同前 619 頁、竹田・同前 211 頁、大隅・注 (3) 前掲 169 頁。

31 平出・同前 210 頁。

なしたものと解しうるからである³²。寄託を求めたにもかかわらず、客がこれに応じなければ、免責特約の申込みの意思表示をすることが許されよう。

また、商法 595 条の規定は、場屋営業者に故意がある場合には、適用がないものと解すべきである³³。

3 - 4. 責任の消滅時効

商法所定の場屋営業者の責任は、その寄託物を返還し、または客が携帯品を持ち去った後 1 年を経過したときは、時効によって消滅する (商 596)。1 年の期間は、物品の全部滅失の場合にあっては、客が場屋を去った時からこれを起算する (商 596)。

ただし、上の短期消滅時効は、場屋営業者に悪意があった場合には適用されない (商 596)。ここに「悪意」とは、場屋営業者またはその使用人が、故意に物品の滅失・損傷を生ぜしめること、または故意に滅失・損傷を隠蔽することをいう³⁴。この場合には、本則に従い、商法 522 条の 5 年の商事消滅時効による。

32 小町谷・注 (5) 前掲 291 頁参照。

33 平出・注 (2) 前掲 620 頁。

34 同前 621 頁、石井：鴻・注 (1) 前掲 192 頁、大隅・注 (3) 前掲 169 頁、小町谷・注 (5) 前掲 290 頁。