

ドイツ新債務法における瑕疵担保法と 契約締結上の過失の交錯

古 谷 貴 之

- I 序
- II BGB旧法下における議論の概観
- III BGB現行法下における議論
 - 1 責任規範の構造
 - (i) 瑕疵担保法
 - (ii) 契約締結上の過失
- 2 両責任の適用関係
 - (i) 競合説の論拠
 - (ii) 非競合説の論拠
 - (iii) 学説

ドイツ新債務法における瑕疵担保法と契約締結上の過失の交錯

同志社法学 六〇巻五号

七九 (一八二三)

(iv) 小括

3 瑕疵担保責任の優先の範囲

(i) 現行法の状況

(ii) 下級審裁判例と近時の有力説

4 悪意の場合および権利瑕疵との関係

IV 総括

1 瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との関係

2 詐欺取消しと契約締結上の過失責任との関係

I 序

ドイツ債務法の現代化によって二〇〇一年に明文化された契約締結上の過失制度は、情報提供責任の領域においてこれまで議論されてきた二つの制度間競合問題に影響を及ぼしている。

一つは、BGB一二三条に基づく詐欺取消しと契約締結上の過失との競合問題である。すなわち、ドイツ民法旧法下では、契約締結過程において一方当事者の「過失による詐欺」が行われた場合、相手方の損害賠償請求権に基づいて、無意味に締結させられた契約の解消を請求できるという判例法理が確立されていたが¹⁾ いわゆる「契約締結上の過失に基づく契約解消請求権」²⁾、このことが詐欺取消しについて「故意」を要件とするBGB一二三条の趣旨と抵触しないかが問題とされた。この競合問題は、旧法下の判例・学説上、大きな論争を巻き起こしたものの、ドイツ新債務法において、新たに契約締結上の過失を規律するBGB三一一条二項が規定されたことから、現在では、それまでの判例を追認する形で立法的解決が図られている。³⁾

もう一つは、瑕疵担保法と契約締結上の過失との競合問題である。たとえば、売買契約の一方当事者の過失による説明義務・情報提供義務違反が認められる場合、先述したとおり、相手方は、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権を行使できるが、当該義務違反と同時に、売買目的物について売主の瑕疵担保責任が認められる場合、買主はいずれの救済手段を行使できるのかが問題となる。二つの救済手段を重疊的に行使できるか、それとも一方が他方の適用を排除する排他的関係に立つのか。これら両責任制度の関係をいかに理解し、規律すべきかが議論されている^④。

詐欺取消しと契約締結上の過失をめぐる競合問題は、すでに前稿で検討した。そこで、本稿では、後者、すなわち瑕疵担保法と契約締結上の過失が交錯する場面に焦点をあてて考察していきたい。本稿での検討を通じて、説明義務・情報提供義務違反に対する法的救済手段（詐欺取消し、契約締結上の過失および瑕疵担保責任）相互の適用関係を明らかにし、今後、引き続き検討すべき課題を示したい。

なお、検討の範囲として、ドイツ民法旧規定下における議論についてはすでにわが国でも詳細な分析がされている^⑤ので、本稿では、旧法下での議論は最低限の確認にとどめ、とくに新債務法の下における議論を中心に検討していくこととする。

II BGB旧法下における議論の概観^⑥

新債務法の下での議論に入る前にまず、BGB旧法下における議論状況を簡単に振り返っておこう。

リーディング・ケースである一九七三年三月十六日の「海岸土地判決（Seegrundstück-Urteil）」^⑦以降、連邦通常裁判所（以下、BGHという。）は、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合問題について、前者に優先的な適用を

認めてきた。すなわち、B G Hによれば、目的物の性状 (Beschaffenheit) または性質 (Eigenschaft) に関して、売主の過失による説明懈怠または誤った説明が行われた場合、危険移転後はB G B旧四五九条以下が優先適用され、契約締結上の過失に基づく責任は排除される⁽⁸⁾。その理由として、B G B旧四五九条以下は、購入物の性状に瑕疵がある場合において、完結的な準則を規定しているからであるとされていた (瑕疵担保法の特別規定性)。これに対して、売主の説明懈怠ないし誤った説明が故意行為による場合および性質保証がされている場合には、損害賠償請求権の行使が認められており (B G B旧四六三条)、この場合には、瑕疵担保責任は優先せず、契約締結上の過失責任が重疊的に適用された⁽⁹⁾。また判例は、権利の瑕疵に対する責任 (B G B旧四三四条) が問題となる場合にも、瑕疵担保責任の優先適用を認めなかった⁽¹⁰⁾。なぜなら、この場合には、一般給付障害法の規定が適用され (B G B旧四四〇条一項)、B G B旧四五九条以下の規定は適用されなかったからである。したがって、瑕疵担保責任と競合して契約締結上の過失責任が適用されるのは、以上に述べたような例外的場合に限られるのであり、売主の単なる過失行為に対して契約締結上の過失責任が認められるのは例外とされた。とくにB G B旧四七七条一項によれば、瑕疵担保請求権は短期の消滅時効に服するが (動産については引渡し時から六ヶ月、不動産については明渡し時から一年)、これと同時に契約締結上の過失に基づく請求権を認めると、より長期の時効期間が与えられることとなり (三〇年の通常の消滅時効 (B G B旧一九五条)、瑕疵担保制度の趣旨を潜脱するおそれがあった)。

こうして、B G B旧法下においては、瑕疵担保法の優先適用原則が判例上確立されていたが、この原則の妥当範囲も、最終的には瑕疵担保法の射程 (適用範囲) をどの程度広く認めるかに左右される。前述したとおり、判例によれば、目的物の性状または性質に関する売主の説明義務・情報提供義務違反は瑕疵担保責任を基礎づけるが、具体的にどのような事情が目的物の性状ないし性質に含まれるのかという点は必ずしも明確でなかった。

売主の説明が物の性状ないし性質に関するものでない場合には、瑕疵担保責任の要件は満たされず、この場合には、そもそも競合問題は生じない。たとえば、前掲の「旋盤事件」¹¹⁾において、B G Hは、瑕疵担保責任ではなく、契約締結上の過失責任を肯定した。本件は、売主により引き渡された旋盤が契約当事者間で予定した設置場所に収まらず、買主が当該旋盤を使用することができなかつたという事案であるが、判例は、設置場所の広狭に関する事情は購入物自体の瑕疵でも性質でもないから瑕疵担保責任を基礎づけることはできないとした。同様に、B G Hによれば、企業売買の際の企業の収益または売上げに関する誤った説明、¹²⁾あるいは、不動産売買における不動産の収益または税制上の利益に関する誤った説明¹³⁾についても、瑕疵担保責任は問題とならない。B G Hの採用する瑕疵概念に従えば、物の性状は、原則として、有形的な特徴によつて判断されていたし、また、有形性以外の特徴——物に外在的な諸事情（＝性質）——も考慮に入れられてはいたが、この特徴は「物自体の性質に瑕疵の原因があり、物自体に由来し、物自体に一定期間付着して」¹⁴⁾いることが要件であるとされていたため、購入物に「付着」していない外的な諸事情が問題となる上記の事例は、このような要件を満たさなかつたからである。このように、「性質」（B G B旧四五九条二項）の概念は、性状の概念よりは——多少なりとも——広く解されていたが、依然として「付着」の要件による制約を伴うものであつた。¹⁵⁾

判例は、厳格な性状ないし性質概念を意識的に採用することで、契約締結上の過失の適用領域を拡大させることに努めた。こうした傾向は、とくに企業売買の領域において顕著であつた。¹⁶⁾たとえば、弁護士事務所の売買の事例において、B G Hは、企業の貸借対照表上の記載に関する説明は、譲渡時点における企業の性状に関するものではなく、B G B旧四五九条一項の意味での瑕疵には該当しないと見た。¹⁷⁾しかし、判例の採用する厳格な瑕疵概念は、しばしば学説で批判にさらされていた。¹⁸⁾

III BGB現行法下における議論

冒頭に述べたとおり、二〇〇一年公布の債務法現代化法によって、契約締結上の過失が明文化され、それと同時に、瑕疵担保責任が一般給付障害法の中へ統合されることとなった。立法者は、従来から議論のあった瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合問題を未解決のままとしていたため、¹⁹⁾ こうした制度体系上の修正が従来判例や学説上の議論に及ぼしているのかを明らかにする必要がある。

具体的な検討に入る前にまず、ドイツ新債務法の下における瑕疵担保法と契約締結上の過失の規定の構造について、必要な範囲で確認しておきたい。

1 責任規範の構造

(i) 瑕疵担保法

(a) 瑕疵担保法の一般給付障害法への統合

新たな売買法の規定によって、瑕疵担保法が一般給付障害法へと統合された。一般給付障害法では、義務違反の概念が採用されており、その違反の効果については、BGB二八〇条が中心的な責任規範となる。同条によれば、給付義務がないし保護義務を含むあらゆる義務違反は債務者の損害賠償責任を生じさせる。また、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合には、同条は適用されない。現行法では、このような一般給付障害法の体系の中に瑕疵担保法も取り込まれている。BGB四三三一条二文によれば、物および権利の瑕疵のない物の給付が売主の給付義務の内容であり、売主が瑕疵ある物を給付した場合には、原則として、買主に対して、一般給付障害法に対応した法的救済が与えられる。

ただし、給付と反対給付の等価性を確保するという観点から、瑕疵担保法では、B G B 四三七条に従って、以下に述べるとような補充的な修正が加えられている。⁽²⁰⁾

(b) 瑕疵担保法上の諸権利

ア 追完請求権

瑕疵ある物が引き渡された場合、買主は、B G B 四三七条一号に基づいて追完を請求することができる。同条号が参照するB G B 四三九条によれば、買主は、追完として、自らの選択に従い、引き渡された給付を保持した上で瑕疵の除去を請求するか、または、瑕疵のない新たな物の引き渡しを請求することができる。この二つの追完請求権は、買主の第一次的権利であり、⁽²¹⁾ 売主の過失を問うことなく行使することができる。追完が実現されない場合には、これ以外の瑕疵担保法上の権利を行使することができる。

イ 契約解除権

追完が実現されない場合、買主は、B G B 四三七条二号に基づいて契約を解除することができる。ただし、給付の一部しか履行されない場合、買主は、給付の一部では利益がない場合にのみ契約の全部を解除することができる（B G B 三三三条五項一文）。また、義務違反が重大でない場合、買主は、契約を解除することができる⁽²²⁾（B G B 四三七条二号、三三三条五項二文）。解除権は形成権であり、買主は、売主の過失を問うことなくそれを行使することができる。

ウ 代金減額権

買主が契約を維持する場合、二つ目の手段として、代金減額権を行使することができる（B G B 四三七条二号）。この権利は、解除に代えて、選択的に買主に与えられるものである（B G B 四四一条一文）。それゆえ、解除の場合と同

様に、追完が実現されないことを要件とする。ただし、解除の場合と異なり、義務違反が重大でない場合であっても代金減額をすることは可能である（BGB四四一条二文）。代金減額権も形成権であり、売主の過失を問うことなく買主に認められる。

エ 瑕疵損害の賠償（小さな損害賠償）

BGB四四〇条で挙げられた理由から追完が挫折した場合、債権者は、BGB二八〇条の要件の下で損害賠償を請求することができる。BGB二八〇条に基づく損害賠償は、瑕疵損害の賠償を対象とし、つぎに述べる給付に代わる損害賠償とは異なり、契約不履行に基づく損害を含まない。そのため、一般的に「小さな損害賠償」とも言われる。損害が発生したときは、義務違反が重大でない場合であっても、BGB二八〇条に基づく損害賠償を請求することは可能である。

オ 給付に代わる損害賠償（大きな損害賠償）

BGB四三七条三号は、BGB二八一条、二八三条および三一一条に基づいて、給付に代わる損害賠償を請求することができるのと定める。このとき、損害は、契約が履行されたならばあつたであろう状態に基づいて算定される。それゆえ、一般的に、解除と同様の効果を有する「大きな損害賠償」とも言われる。給付に代わる損害賠償は、BGB二八〇条と同様に、売主の過失または損害担保の引受けを要件とする。しかし、その法律効果は二八〇条で認められる法律効果を超えるものであるため、同条とは異なる付加的要件が定められている（BGB二八〇条三項）。すなわち、BGB二八一条は、債権者による相当期間の設定（一項）、あるいは、その期間設定が不要である場合（二項）を定めており、解除と同様に、義務違反が重大でない場合には、給付に代わる損害賠償を請求することができる（二項三文）、一部給付の場合には、債権者が給付の一部について利益を有しない場合にのみ全部の給付に代わる損害賠償を請求することが

できる（一項二文）と定める。BGB二八三条および三一一条二項は、後発的不能または原始的不能の場合に大きな損害賠償を認める。

カ 費用賠償

BGB四三七条三号が参照する二八四条は、無駄になった費用の賠償を請求することができる規定である。費用賠償は、給付に代わる損害賠償に代えて認められるものである。したがって、大きな損害賠償と同様の要件の下で請求することができる。ただし、損害は、契約が履行された状態に基づいて算定されるのではなく、契約の成立および契約の実現を期待して支出した費用をもとに算定される。

(ii) 契約締結上の過失

冒頭に述べたとおり、契約締結の前段階において説明義務・情報提供義務違反があった場合、BGB旧法下では、買主に対して、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権を認める判例準則が確立されていた²³⁾。債務法の現代化に伴い、この判例法理は明文上の根拠を有するに至った。現行法の下では、契約締結上の過失に基づく契約解消は、次のように処理されることになる²⁴⁾。

すなわち、契約交渉の開始（BGB三二一条二項一号）によって生ずる債務関係に基づく義務（BGB二四一条二項）に違反する者は、BGB二八〇条一項によって損害賠償を義務づけられる。それゆえ、売主が説明義務ないし情報提供義務に違反した場合、その者は損害賠償の責任を負わなければならない。この損害賠償請求権の法律効果は、原状回復である（BGB二四九条一項）。したがって、相手方は、契約が締結されなかったのと同様の状態に置かれなければならない。さらに、判例によれば、当該損害賠償請求権の行使期間に関して、BGB一九五条の通常の時効期間（三年）

が適用される。⁽²⁵⁾

2 両責任の適用関係

以上概観したとおり、新債務法の下では、旧法下とは大きく異なる制度体系が採用された。それゆえ、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の適用関係をめぐる従来の議論にも少なからず変化が見られる。以下では、両責任の適用関係をめぐる議論の枠組みを提示し、さらに詳細な学説の議論を整理していくこととする。

(i) 競合説の論拠

まず、瑕疵担保責任と並んで契約締結上の過失責任の重畳適用を肯定する見解がある。競合説の主たる論拠は、現行の瑕疵担保法の体系上の位置づけ、および、損害賠償における過失責任主義の採用にある。前述したとおり、新債務法の下では、瑕疵担保法に基づく解除および損害賠償請求権は、一般給付障害法で統一されており（BGB四三七条で準用するBGB二八〇条以下、三二三条、三二六条五項を参照）、さらに、瑕疵担保法に基づく損害賠償は、契約締結上の過失に基づく損害賠償と同じく過失で十分であるとされている。つまり、旧法下におけるのと異なり、故意はもはや損害賠償請求権の要件とされていない（BGB旧四六三条二文の削除）。このように、売主が故意に振舞った場合にのみ損害賠償請求権を認めていた旧瑕疵担保法の特別規定性が失われたことからすれば、旧法下において瑕疵担保責任の優先を認めてきた従来の判例理論は修正されなければならないという。⁽²⁶⁾

(ii) 非競合説の論拠

これに対して、非競合説は、以下に述べる体系上の論拠から、新債務法の下においてもなお、瑕疵担保法が契約締結上の過失に優先すると主張する。

第一に、時効準則に関する論拠が挙げられる。すなわち、非競合説によれば、旧法下と比べると、瑕疵担保請求権（B G B 四三八条）および契約締結上の過失に基づく請求権（B G B 一九五条）の時効期間の相違は確かに緩和されている。しかし、瑕疵担保請求権は、通常、目的物の引渡し、または、譲渡の後、二年を経過した時点で時効にかかるのに対して（B G B 四三八条一項三号）、契約締結上の過失に基づく請求権の場合には、三年の時効期間が適用される（B G B 一九五条）。このような時効期間の相違から、売主は、契約締結上の過失によれば、瑕疵担保責任よりも一年以上長期にわたって責任を負うこととなる。さらに、契約締結上の過失に基づく請求権の場合、瑕疵担保請求権と異なり、時効期間は、債権者が請求の基礎となる事情を認識してから、または、重過失なく当該事情を知らなければならなかったであろうときから、はじめて進行を開始するという点も重要である。これに対して、瑕疵担保請求権の場合、瑕疵の認識とは無関係に物の引渡しによって進行を開始する（B G B 四三八条二項）。したがって、過失による説明義務・情報提供義務違反がある場合に、瑕疵担保法上の時効期間を超えて契約締結上の過失責任を認めることは立法者の決定に反する⁽²⁷⁾という。

第二に、非競合説は、もつとも重要な論拠として、新たに追完請求権の優先が規律されたことを挙げている。すなわち、買主は、解除または損害賠償を請求する前に、原則として、一定期間を定めた上で売主に追完のための機会を与えなければならないが、契約締結上の過失責任は、このような要件を定めていない。したがって、契約締結上の過失に基づく請求権を瑕疵担保請求権と重畳的に認めるならば、瑕疵担保法上の追完請求権（B G B 四三七条一号、四三九条）

に特別な意義を認めた立法者の評価を無視することになるという。⁽²⁸⁾

(iii) 学説

学説では、現行法の下でも瑕疵担保法が優先適用されるとの見解(非競合説)⁽²⁹⁾が多数を占めている。たとえば、ヴァイラー (Frank Weller) は、——上述した非競合説の論拠のほかに——両責任の責任基礎の観点からも、瑕疵担保責任の優先適用を支持する。ヴァイラーによると、瑕疵担保と契約締結上の過失は、基本的には、その責任基礎を異にしており(前者は履行責任、後者は信頼供与責任)、それに応じて、その保護目的を異にする。つまり、瑕疵担保は等価性利益の保護を目的としているのに対して、契約締結上の過失は決定自由の保護を目的とする。そして、このような両者の保護目的の相違は、一見すると、両責任の競合を導く根拠になるとも考えられる。しかしながら、購入物が価格相当であるかについての買主の適切な判断は、決定自由が保障されてこそ可能となる。その意味では、決定自由の保護は等価性利益の保護にも資するのであり、契約締結上の過失もまた、等価性利益の保護を目的としている。さらに、買主の決定自由は契約上の合意によって保護され、物の瑕疵が存する場合には、瑕疵担保法によって買主の決定自由に対する利益も充足される。したがって、両責任の保護目的の相違を理由として、重量的に契約締結上の過失責任を認める根拠は存しない。⁽³⁰⁾

これに対して、一部の学説は、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合を肯定する。⁽³¹⁾たとえば、ホイブライン (Martin Hüblein) は、その主たる論拠を瑕疵担保法上の短期時効に求め、単に売買契約において加害行為を行ったというだけで、有責に振舞った売主にこのような短期時効による「特権」を与えることはできないとする。⁽³²⁾また、ヴァイラーの見解に対して、契約締結上の過失も等価性利益を保護するとの論拠によって、このような売主の「特権」を正当

化することはできないと批判する。その理由として、瑕疵担保法は、等価性利益の賠償請求に限定していないこと、さらに、物の買主は、給付と反対給付との等価性に関してだけでなく、自己の財産への損失を回避するためにも正確な説明を受ける利益を有していることを挙げる。³³⁾

もつとも、競合説においても、無条件に両責任の並存を認めるわけではなく、規範調整の観点から、一定の修正が施されていることに注意を要する。これについて、二つの方向からのアプローチが示されている。まず、時効期間の観点から修正を図る見解として、ライシュル (Klaus Reischl) は、競合説に立ちつつも、契約締結上の過失に基づく請求権について、BGB四三八条の類推適用を検討している。³⁴⁾ その結果、契約締結上の過失に基づく契約解消は、瑕疵担保法上の短期の時効期間に服することとなる。他方で、ホイブラインは、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権を行使する前提として、買主の「追完請求権」を要求する。³⁵⁾ この見解は、売買法上の買主の権利である追完請求権を明文の規定なく契約締結段階の規律に導入する点で独特であるが、瑕疵担保法の短期時効の壁から被害者(買主)を救済しつつも、売買法における第一次的な追完請求権に配慮した解釈論と言える。

(iv) 小括

以上のように、学説では、基本的に、上述した競合説・非競合説の枠組みで責任競合論が展開されている。そして、新債務法の下でも、旧法下と同様、非競合説を支持する見解が多数であり、競合説は少数にとどまっている。

判例、とりわけ最上級審レベルでは、これまでのところ、新債務法の下で責任競合論を明示的に判断する事案が現れていない。³⁶⁾ 下級審レベルでは、旧法下におけるのと特に異なる理由づけをすることなく、瑕疵担保法優先原則が依然として維持されている。³⁷⁾ このことから、責任競合論に関するドイツの議論状況を全体として通覧してみたとき、旧法下と

同様、新債務法の下でも瑕疵担保優先原則は維持されていると理解できる。このような見方は、単なる学説の数の上で比較だけでなく、競合説に立つ見解が非競合説に一定程度の歩み寄りを見せていることなどからも根拠づけることができる。

3 瑕疵担保責任の優先の範囲

支配の見解（非競合説）を前提とした場合、つぎに問題となるのが、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の適用「範囲」である。言い換えれば、瑕疵担保法は、いかなる範囲で契約締結上の過失に対して優先するかが問題となる。瑕疵担保法の優先の範囲は、基本的に物の瑕疵をどの程度広く認めるかに左右される。

BGB旧法下においては、前述したとおり、物の瑕疵概念が非常に狭く解されていたため、契約締結上の過失の果たす役割が大きかった。とりわけ、企業売買の諸事例において、判例は、継続性の基準——外的な諸事情が購入物に「一定期間」付着していなければならないとの基準——を好んで用いることよって、契約締結上の過失の適用領域を拡大させることに努めた³⁸⁾。いうまでもなく、判例の採用する厳格な瑕疵概念には、瑕疵担保法上の短期時効を回避できるという大きな利点があったからである。

(i) 現行法の状況

新債務法の下では、BGB旧四五九条における「欠点 (Fehler)」（一項）と「保証された性質 (die zugesicherten Eigenschaften)」（二項）との区別がなくなった。これに代えて、現行のBGB四三四条では、両者を統一する性状概念が採用されている。それゆえ、こうした明文上の修正が旧法下の瑕疵概念にいかなる影響を及ぼしたのかを考えてお

く必要がある。³⁹⁾もつとも、現行法の下での性状概念（あるいは物の瑕疵概念）それ自体を詳細に検討することは、本稿の目的を超える。したがって、ここでは、問題を把握する上で参考になる下級審裁判例と近時の有力学説の考え方のみを取り上げて検討する。

(ii) 下級審裁判例と近時の有力説

瑕疵担保法と契約締結上の過失の適用範囲を確定する物の瑕疵概念について、旧法下における判例と同様、厳格な瑕疵概念を維持する下級審裁判例がある。売却されたトラックが輸入車であるという事情が物の瑕疵に該当するか否かが問題となった事案で、ハム上級地方裁判所は、従来のBGB旧四五九条一項による瑕疵概念に依拠して、物の瑕疵の存在を否定した。すなわち、同判決によれば、購入物とそれに関連して「一定期間付着」する環境のみが、BGB四三四条の性状に含まれる。⁴⁰⁾

学説の一部には、この判決と同様に性状概念を厳格に解するものもある。⁴¹⁾しかし、近時の有力な見解によれば、新債務法の下での瑕疵概念について、継続性ないし付着の要件はもはや問題にならないという。⁴²⁾この見解は、広範な性状概念の論拠をEU指令——消費用動産売買指令⁴³⁾に求めた上で、当該指令は売主の責任の基準として購入物の契約適合性を問題としていること、そこでは（消費の目的といったような）購入物に対して外在的に存在する諸事情も物の瑕疵を判断するにあたって考慮されていることを指摘する。さらに、BGB四三四条一項三文で広告表示についての保証義務が規定されていること、BGB四三四条二項には瑕疵ある組立説明書の規定が置かれていること、BGB四五三条では物の売買と権利の売買とが同様に扱われていること、原始的な一部無効の際に瑕疵担保責任が認められていること、さらにBGB四三四条三項で異種物給付の規定があることなど、従来よりも瑕疵担保法の射程を拡大する個別準則が規定

されていることなども継続性や付着といった限定的要件を撤廃する根拠になるという。この限りにおいて、BGB四三四条の性状概念は、従来よりも広く解されなければならないという。⁴⁴⁾

近時の有力説のように、瑕疵担保責任の優先適用原則を承認し、かつBGB四三四条の性状概念を広範に解する場合、契約締結上の過失責任にはきわめて限定的な適用領域しか与えられないことになる。このような理解から生ずる問題点については、本稿の総括で改めて言及したい。

4 悪意の場合および権利瑕疵との関係

旧法下において、判例は、売主が悪意で行動した場合および権利瑕疵が問題となる諸事例について、契約締結上の過失に対する瑕疵担保法の優先を否定していた。⁴⁵⁾ これらの事例について、新債務法の下では、どのような議論が行われているかについても確認しておこう。

まず売主が悪意の場合、学説では、従来の判例と同様、悪意で行動した者は「保護に値しない」との理由から、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合を認める見解が一般的である。⁴⁶⁾ しかしながら、新債務法の下では、瑕疵担保責任が優先適用されるとの見解が有力に主張されている。⁴⁷⁾ この見解は、新債務法の下では、売主が悪意の場合であっても瑕疵担保法上の追完請求権が優先し、買主は、原則として、追完がされないまま猶予期間が徒過した後にはじめて代金減額、解除または給付に代わる損害賠償という第二次的権利を行使できることを強調する。こうした立法者の決定が、契約締結上の過失を重畳的に適用することで空洞化されてはならないという。⁴⁸⁾ また、瑕疵担保請求権の時効期間に関しても、BGB四三八条三項一文は、売主が悪意の場合には通常の時効期間(BGB一九五条)が適用されると規定しており、この場合に契約締結上の過失責任を認める必要はないという。^{49) 50)}

つぎに権利瑕疵について、新債務法の下では、旧法下と異なり、物の瑕疵と同様に権利瑕疵も瑕疵担保法に服することとなった（BGB四三三条一項二文）。BGB四三七条は、物の瑕疵と権利瑕疵を区別しておらず、買主には、権利瑕疵についても物の瑕疵と同様の権利が与えられる。したがって、現在の一般的な理解によれば、新債務法の下では、権利瑕疵の場合にも瑕疵担保法が適用され、BGB三一一条二項に基づく契約締結上の過失責任は排除される⁽⁵⁾。

IV 総括

1 瑕疵担保法と契約締結上の過失との関係

(1) 下級審裁判例および学説の支配的見解によれば、新債務法の下でも、契約締結上の過失に対する瑕疵担保法の優先が認められる。しかしながら、瑕疵担保法の優先の範囲については、旧法下とは異なり、BGB四三四条の性状概念の理解に関連して若干の変化が見られる。とくに学説における有力な見解によれば、BGB四三四条の性状概念は——消費用動産売買指令に適合するように——広く解されなければならない、瑕疵担保法の射程は旧法に比べてかなり広がっている。それに伴い、契約締結上の過失の適用領域は、従来よりも限定される。

(2) しかしながら、有力説のような広範な性状概念の理解を前提とする場合、つぎのような疑問が生ずる。すなわち、物の瑕疵にあたらぬ——つまり、法的に重要でない——と評価された外的な諸事情に関して、そもそも契約当事者の説明義務・情報提供義務が発生するのか、との疑問である。仮に両制度の適用領域がほとんど一致するならば、瑕疵担保法の優先適用原則を維持する以上、契約締結上の過失は法的救済手段としてもはや有効に機能しない。そうすると、新債務法の下では、少なくとも情報提供責任の領域において、契約締結上の過失は果たすべき役割を終えたとの評価が

できそうである。しかし、こうした広範な性状概念を基礎に置く制度間競合問題の処理準則が妥当であるか、議論の余地がある。とりわけ、広範な性状概念の解釈によって契約締結上の過失責任の適用領域を極端に狭めてしまう場合、時効との関係で実務に与える影響が大きい⁵²⁾。過失による詐欺の被害者救済という実際の観点からは、有力説のような広範な性状概念を採用することには異論もあり得よう。以上のことを考えると、今後は、BGB四三四条における性状概念をさらに明確化する作業が必要になると思われる。本稿では詳細な検討を加えることはできなかったが、すでにBGHレベルでこの点に関するいくつかの重要判決が出されていることを付言しておく⁵³⁾。

(3) 売主が悪意の場合、一般的には、瑕疵担保法と契約締結上の過失の競合が生ずると理解されている。しかし、近時の有力説によれば、旧法下の判例と異なり、売主が悪意の場合にも瑕疵担保法が優先適用される。権利瑕疵の場合、新債務法の下では、瑕疵担保法の優先を認める見解が多数である。瑕疵担保法の優先適用が認められる限りにおいて、契約締結上の過失は排除される。

2 詐欺取消しと契約締結上の過失との関係

瑕疵担保法の射程が及ばない領域——BGB四三四条の性状に関連しない説明義務・情報提供義務の違反——については、契約締結上の過失が適用される。契約締結上の過失に基づく損害賠償の法律効果として契約の解消を請求する場合、詐欺取消規定との規範摩擦が生じうる。新債務法の下では、BGB二四一条二項、三一条二項において、契約締結前の当事者の行為義務として、相手方の「利益」、すなわち自己決定権への配慮義務が規定された。これにより、契約締結上の過失に基づく契約解消の要件として、「財産損害」の発生を要するかという、旧法下において議論のあった問題は立法的に解決された⁵⁴⁾。したがって、新債務法の下では、「財産損害」の発生を要件とすることなく、契約締結上

の過失に基づく契約解消請求権を行使することができる。

- (1) いわゆる「旋盤事件」として有名な判決 (BGH, NJW 1962, 1196.) で確立した判例法理である。
- (2) 判例法理に対する批判については Dieter Medicus, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, Jus 1965, S. 211 ff. を参照。判例・学説の議論状況について、詳しくは、今西康人「ドイツにおける契約締結上の過失責任論の展開 (一)」六甲台論集二八巻三号 (一九八一年) 四五頁以下、潮見佳男「契約法理の現代化」有斐閣、二〇〇四年) 一四二頁以下〔初出「ドイツにおける情報提供義務論の展開 (一)」(三・元) 法学論叢一四五巻二号、三号、四号 (一九九九年) を参照。そのほか、拙稿「ドイツ情報提供責任論の展開——制度間競合論の視点から——」同法五九巻三号 (二〇〇七年) 八九頁の注 (12) で挙げた諸文献も参照されたい。〕
- (3) 現行法の状況について、詳しくは、川角由和「ドイツ債務法の現代化と『契約締結上の過失』(culpa in contrahendo)」『ヨーロッパ私法の動向と課題』日本評論社、二〇〇三年) 二二一頁以下、半田吉信「ドイツ債務法現代化法概説」(信山社、二〇〇三年) 一九四頁以下、田谷峻「新・契約の成立と責任」(成文堂、二〇〇四年) 二七六頁以下、拙稿・前掲注 (2) 一一七頁以下を参照。
- (4) 典型例として、たとえば不動産売買契約における不動産の環境瑕疵や心理的瑕疵などに対して、瑕疵担保責任とともに、売主の説明義務・情報提供義務違反に対する損害賠償責任が問題となる場合などが考えられる。なお、新債務法の下では、瑕疵担保法上の解除が請求権としての *Wandelung* から形成権としての *Rücktritt* に変更されたので、今後は、二つの「請求権」の競合問題というより、請求権競合類似の問題と捉えられることになる。
- (5) 北川善太郎「契約責任の研究」(有斐閣、昭和三八年) 一三六頁以下、とくに二五七頁、一八九頁、今西康人「ドイツにおける契約締結上の過失責任理論の展開 (一)」六甲台論集二八巻二号 (一九八一年) 一三頁以下、右近健男編「注釈ドイツ契約法」(三省堂、一九九五年) 三五頁以下、とくに六二頁以下 (今西康人)、半田吉信「ドイツ民法における瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任」山崎正男『五十嵐清』載重夫古稀記念『民法学と比較法学の諸相 I』(信山社、一九九六年) 二四三頁以下、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見——」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』法政大学現代法研究所叢書九 (日本評論社、一九八八年) 一一二頁以下、とくに一五〇頁、一五一頁。
- (6) BGB旧法下における瑕疵担保法と契約締結上の過失の競合問題をめぐる議論状況については、さしあたり、Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 219 ff.; Reinhard Singer, Fehler beim Kauf——Zum Verhältnis von Mangelgewährleistung,

- Irftumsaufrechnung und culpa in contrahendo, in: Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, S. 381 ff; Münch-Komm/Emmerich, §311, 4. Aufl., Rn. 124 ff. を参考。企業売買の問題については、やはり Ulrich Huber, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 (2002), S. 197 ff. のように、瑕疵担保法の歴史的背景ならびに国際物品売買条約 (UN-Kaufrecht) との比較を論じているところについて、Hans Peter Maruschke, Probleme der Konkurrenz von Sachangelgewährleistung und culpa in contrahendo beim Kauf, Jus 1999, S. 729 ff. を参考。
- (7) BGHZ 60, 319. = NJW 1973, 1234.
 - (8) Vgl. BGHZ 114, 263.; BGH NJW 1992, 1615 f.; BGH NJW 1992, 2564.; BGH NJW 1995, 2550.; BGH NJW 1995, 45 f.
 - (9) Vgl. BGH, NJW 2002, 208, 210.; BGH, NJW 1999, 1404 f.; BGH, NJW-RR 1990, 970 f.
 - (10) Vgl. BGH NJW-RR 1992, 91 f.; BGH NJW 2000, 803 f.; BGH NJW 2001, 2875.; Jus 2001, 1022 (m. Ann. Volker Emmerich).
 - (11) 前掲注 (一) を参照。
 - (12) Vgl. BGH NJW 1997, 1536.
 - (13) Vgl. BGH NJW 1998, 302.
 - (14) Vgl. BGH, NJW 1985, 2472 f.
 - (15) Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht II, 13. Aufl. 1986, S. 42. また、判例によれば、買主の購入した不動産に悪質なうわさが存する場合(従前、当該不動産がラフホテルとして使用されていたとの事情)、このよきうわさは購入物の性状には該当しないが、場合によっては「たとえは、そのうわさに関係する積極的な説明がある場合など」(BGB 旧四五九条二項の保証の対象となる(BGH, NJW 1992, 2564.))。
 - (16) Vgl. U. Huber, AcP 202 (2002), S. 184 ff.; Münch-Komm/Emmerich, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 134 ff.
 - (17) Vgl. BGH, NJW 1999, 1404.
 - (18) Florian Faust, in: Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), BGB Kommentar, 2003, § 434, Rn. 16; は、判例の採用する瑕疵概念を「全く見出しのきかないカズイステイク」と述べている。なお、BGB 旧法下における学説は、今西・前掲注(5)六甲台論集二八巻二号(一九八一年)一三頁以下に詳しい。たとえば、判例批判説の代表的論者であるデーレリクセンによれば、BGB 四五九条以下は契約上の領域を規律し、契約締結上の過失は契約締結前の領域を規律するものであり、而規範は適用領域を異にしているとの理由から、売主および請負人が過失により誤った説明を行った場合には両責任が競合するという。ただし、時効期間について制限を加え、契約締結上の過失に基づく請求権に瑕疵担保責任の短期時効期間を適用する(BGB 四七七条、六三三条)。(Uwe Dieterichsen, Das Zusammenreffen von Ansprüchen aus

Verschulden beim Vertragsschluss und Sachmangelgewährleistung, BB 1965, S. 401 ff.を参照。そのほか、今西教授の研究以降にドイツで主張された判例批判説については、Jurgen Prüss, Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Unternehmensmängel, ZIP 1981, S. 346がある。プロエルスは、ディーデリクセンの見解に依拠して、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合を承認するが、時効期間に関しては、ディーデリクセンと異なり、売主が過失により誤った説明を行った場合に、BGB四七七条の責任制限を認める必要はないという。基本的に、Singer, a. a. O. (Fn. 6), S. 398 f.もプロエルスと同様の見解である。なお、判例と同様に、瑕疵担保責任の優先適用を肯定するものとして、Medicus, JSt 1965, S. 216.を参照。さらに、最近の立場として、Grieger, Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, in: Reiner Schulze/Hans Schulze-Nolke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 290 ff.を参照。

(19) vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 161 f.

(20) 以下の叙述に「25」は、Manfred Wolf/Jochen Kaiser, Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, DB 2002, S. 412; Claus-Wilhelm Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 29 ff., 32 ff., 49 ff., (以下「Karlsruher Forum 2002」として引用する)を参照。わが国の文献として、岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」契約法における現代化の課題(法政大学出版局、二〇〇二年)一〇三頁、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利と売主の地位」判タ一一六号(二〇〇三年)一一二頁、石崎泰雄「ドイツ親民法における瑕疵担保責任の統合理論」駿河台法学一七巻一号(二〇〇三年)四七頁。田中志津子「売買契約において瑕疵ある物が交付された場合の救済手段——ドイツ民法における追完請求権と解除権の関係を中心に——」現代私法学の課題(伊藤進教授古稀記念論文集)(第一法規、二〇〇六年)二六五頁、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」法時八〇巻八号(二〇〇八年)三〇頁を参照。

(21) 追完の優先は、BGB二八一条一項一文、三三三条一項における期間設定の要件から明らかである(代金減額についても同様である)。追完のための期間の定めが例外的に必要な場合については、BGB四〇四条、二八一条二項、三三三条二項、三三六条五項で規定されている。これについては、Stephan Lorenz/Thomas Rehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 576.を参照。さらに、判例によれば、売主が物の瑕疵を悪意で黙秘した場合には、解除、代金減額または給付に代わる損害賠償を請求する前に追完のための期間を定める必要はない(vgl. BGH, NJW 2007, 835.; BGH NJW 2007, 1534.; BGH, Urteil vom 9. 1. 2008 - III ZR 210/06.)。

(22) たゞ、これは「新車のエンジンの燃費量がメーカーの説明と食い違う場合」その相違が一〇%に満たないとせば解除権は認められなく(BGH, NJW 2007, 2111.; m. Anm. Kurt Reinking.)。ただし、売買契約において、売主が瑕疵の存在について悪意で欺罔した場合には、重大でない義

務違反は否定される (BGHZ 167, 19 = NJW 2006, 1960, なお、本判決に対して、シユテフマン・ローレンツによる興味深い問題提起がある。)
れにこづけば、後掲注 (25) も参照)。

- (23) Vgl. BGH NJW 1962, 1196; BGH NJW 1988, 302.
- (24) 詳しくは、拙稿・前掲注 (2) 一二七頁、一二八頁。また、最近の研究として、Hannes Rösler, Arglist im Schuldvertragsrecht, AcP 207 (2007), S. 564, 603 ff. を参照。
- (25) Vgl. BGH, NJW 2006, 845; BGH, Urteil vom 17. 1. 2008 – III ZR 224/06.
- (26) Vgl. Münch-Komm/Emmerich, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 135.
- (27) Vgl. Wolf/Kaiser, DB 2002, S. 418 f.; Lorenz/Riehn, a. a. O. (Fn. 21), Rn. 576. けれど、Frank Weiler, Culpa in contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht — alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, S. 254, ね、瑕疵担保法の時効期間に関して、討議草案では三年の時効にかかると通常の時効期間が定められたにもかかわらず、立法者がわずか二年の時効期間を規定したことを重視する。
- (28) Vgl. Peter Huber/ Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 389; Lorenz/Riehn, a. a. O. (Fn. 21), Rn. 576; AnwK/Krebs, Danner-Lieb/Heidel/Ring, Band 2, § 311, Rn. 76.
- (29) Vgl. Lorenz/Riehn, a. a. O. (Fn. 21), Rn. 576 ff.; Weiler ZGS 2002, S. 249; AnwK/Krebs, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 76; Canaris, Karlshofer Forum 2002, a. a. O. (Fn. 20), S. 87 ff.; Hans Christoph Grigoleit/ Carsten Herreschal, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, S. 126; Reiner Schulze/Martin Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, Jus 2004, S. 463; Christian Berger, Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2004, S. 283; Harn Peter Westermann/Peter Bydinski/Ralph Weber, BGB — Schuldrecht Allgemeiner Teil (6. Aufl), 2007, Rn. 11/34; 債務法現代化法の討議草案に対する評価として、Grigoleit, a. a. O. (Fn. 19), S. 290 ff. も基本的な同旨。また、ユリドロフ国際商事契約原則 (PICC) 二七条によれば、契約上の履行責任が契約締結前の情報提供責任 (錯誤に基づく取消し) に対して優先する。これにこづけば、曾野和明・廣瀬久和・内田貴・曾野裕夫『ENDRIT 国際商事契約原則』(商事法務、二〇〇六年) 七五、七六頁および Grigoleit, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (Hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, 2003, S. 207 を参照。
- (30) Vgl. Weiler, ZGS 2002, S. 254.
- (31) Vgl. Klaus Reischl, Grundfälle zum neuen Schuldrecht, Jus 2003, S. 1079 f.; Martin Häublein, Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, S. 391 ff.; Münch-Komm/Emmerich, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 138

f.; ders., BGB-Schuldrecht BT, 11. Aufl., (2006), Rn. 42. また、PECL 四：一一九条のコメントおよびノートでは、ドイツ法とそれ以外の各国法の考え方が紹介されており、ヨーロッパ契約法原則の立場（責任競争の肯定）も明確に示されている。詳しくは、オーレ・ランドー／ヒュー・ビル編（潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』法律文化社、二〇〇六年）二七五、二七六頁および Grigoleit, a. a. O. (Fn. 29), S. 207, を参照。

(32) Vgl. Hanblein, NJW 2003, S. 391.

(33) Vgl. Hanblein, NJW 2003, S. 392.

(34) Vgl. Reusch, Jus 2003, S. 1080, 1085 f.; Canaris, Karlsruher Forum 2002, a. a. O. (Fn. 20), S. 99 f.; Grigoleit/Hersthal, JZ 2003, S. 126, 127 ff.

(35) Vgl. Hanblein, NJW 2003, S. 393.

(36) 最近の BGH 判決として、BGH, NJW 2004, 2301, がある（債務法現代化法以前の事案であるため、旧法が適用されている）。判決によれば、「購入物の性質に関する売主の過失による不正確または不完全な陳述に対する売主の特別な責任は、…… BGB 旧四五九条以下の特別規定に於ては排除されるこの原則が前提とされなければならない。」。

(37) たぶん、OLG Köln NJW 2005, 1666.

(38) 判例によれば、企業売買の際に貸借対照表が誤って作成された場合でも、当該企業の瑕疵は認められない。貸借対照表は、企業に一年度しか——つまり、次年度までしか——付着しないからである（Vgl. BGH NJW 1977, 1536 f.）。

(39) 新債務法の下での性状概念を検討する文献は数多いが、(1)には、やはり、Christian Berger, Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2004, S. 276 ff. を挙げておく。

(40) Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1360. 判決によれば、「物の瑕疵の新準則は、旧法下において妥当していた瑕疵概念を変更することを意図するものではないと思われるし、また、新準則は、主観的・客観的瑕疵概念を採用しているので、今後も、性状概念は、上述の意味で厳格に解されなければならない。」

(41) Vgl. U. Huber, AcP 202, 179, 224 ff.; Gngoleit/Hersthal, JZ 2003, S. 126 f.

(42) Vgl. Lorenz/Riehm, a. a. O. (Fn. 21), Rn 578; Barbara Dauner-Lieb/Jan Thiessen, Garantieschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform, ZIP 2002, S. 110; Weiler, ZGS 2002, S. 255 f.; Bernd Mertens, Culpa in Contrahendo beim zustande gekommenen

Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform, ACP 203 (2003), S. 832 ff.; Häublein, NJW 2003, S. 389 f.; Herbert Roth, Standzeit von Kraftfahrzeugen als Sachmangel, NJW 2004, S. 330 f.; Schulze/Ebers, Jus 2004, S. 463.; Berger, JZ 2004, S. 283.

- (43) Directive 1999/44/EC of European Parliament and The Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. 同指令は、NJW 1999, S. 242f.; Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze, Fundamental texts on European Private Law, 2003, p. 107 ff. に掲載されている。消費用動産売買指令に関するわが国の文献としては、シーヴェック大美和子「消費財の売買および関連の保証に関する EU 指令」国際商事法務二八巻一号(二〇〇〇年)二八頁、田中幹夫「EU 消費財売買指令とドイツにおける国内法化の概要」エーロトレントレポート(二〇〇二年)七六頁以下、今西康人「消費者商品の売買及び品質保証に関する EU 指令 (一)(二)」関西大学法学論集五〇巻一・四号、同「ドイツ民法典の一部改正と消費者法」関西大学法学論集五〇巻五号、同「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任—指令の国内法化からの検討—」判タ一二七号(二〇〇三年)三八頁、ニキタス・ハジシハイル「松田岳士」訳「EU 法における私法の変容—EC 消費者売買指令のギリシャ法への国内法化—」阪大法学五四巻二号(二〇〇四年)五五一頁、馬場圭太「EU 指令とフランス民法典—消費動産売買指令の国内法化をめぐる動向—」甲南法学四六巻三号(二〇〇五年)一八九頁(川角由和「中田邦博」潮見佳男「松岡久和編『龍谷大学社会科学研究所叢書第七八巻 ヨーロッパ私法の展開と課題』(日本評論社、二〇〇八年)四〇五頁所収)、ローラン・ルヴスール／平野裕之(訳)「ヨーロッパにおける販売された消費財についての新たな担保責任—統一・多様性または共通の土台—」ジュリー三〇三号(二〇〇五年)一〇三頁以下等を参照。同指令の概要については、Michael Lehmann, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeanzeigen beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, S. 280 ff. を参照。さらに、消費用動産売買指令が制定されるまでの展開と同指令がドイツの債務法現代化に対して与えた影響—とりわけ「ドイツ民法典への消費者保護法の組み込み—」について詳しく論ずるものとして、Reinhard Zimmermann, The New German Law of Obligations, 2005, pp. 171-228, を参照。
- (44) Vgl. AnwK/Krebs, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 78.; Schulze/Ebers, Jus 2004, S. 463.
- (45) 前掲注(9)および(10)を挙げた判例を参照。
- (46) Vgl. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 14/29.; Stephan Lorenz, Angst und Sachmangel — Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V2 BGB, NJW 2006, S. 1925 ff.; ders., Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, S. 4.; Rösler, ACP 207 (2007), S. 603.
- (47) Vgl. Weiler, ZGS 2002, S. 254.; Mertens, ACP 203 (2003), S. 830.; Schulze/Ebers, Jus 2004, S. 463.; AnwK/Krebs, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 76.; Herbert Roth, JZ 2006, S. 1026 f.; Palandt/Grüneberg, Band 7, (2007), § 311 Rn. 15.; Palandt/Weidenkauf, Band 7, (2007), § 437 Rn. 51b.

(48) Vgl. Mertens, AcP 203 (2003), S. 830.

(49) ヴァイラーは、両責任は時効期間の開始時点が異なると理解するのに対して (Vgl. Weiler, ZGS 2002, S. 254) 、メルテンスは、売主が悪意の場合には、瑕疵担保責任の時効期間も、買主が自らの請求権の要件が満たされたことを認識してはじめて時効が進行するという (Vgl. Mertens, AcP 203 (2003), S. 830) 。

(50) 近時、契約解除の要件である「義務違反の重大性」が直接の争点になった事案ではあるが、制度間競合論の観点から見ても興味深いBGH判決が出されてくる (BGHZ 167, 19 = NJW 2006, 1960. — 前掲注 (22) も参照)。本件は、住宅の売買契約において、解除および全部の給付に代わる損害賠償を排斥する重大でない義務違反 (BG B 三二三条五項二文、二八一条一項三文参照) は売主が悪意で振舞った場合であっても肯定されるかどうか争われた事案である。BGHはこれを否定し (したがって、義務違反の重大性は売主の行為態様をも加味して判断される) 、買主の契約解除を肯定した。しかし、これに対して批判的な学説 (ロートおよびローレンツ) によれば、義務違反の重大性は、売主の行為態様とは無関係であり、本件において瑕疵担保法上の解除は認められないとされる。ところで、判例批判説の立場からすると、瑕疵担保法上の契約解除を否定する場合になお、契約締結上の過失に基づく契約解消請求権 (BG B 二八〇条一項、三一一条二項、二四九条一項) を行使することができないかが問題となる。それというのも、仮に判例と異なり、瑕疵担保法上の解除を正当化する義務違反の重大性を否定する場合であっても、契約締結前に悪意で振舞った売主の責任が別個に問題となりうるからである。ここにおいて、瑕疵担保法と契約締結上の過失との競合問題が生じる。ロートによれば、この場合に契約締結上の過失責任を認めると、瑕疵担保法上の規律が回避されてしまうこととなり、妥当でないという。そして、この場合には、詐欺に基づく取消し (BG B 一三三条、一四二条) も認められず、買主としては追完 (BG B 四三七条一号、四三九条) または代金減額 (BG B 四三七条二号、四四一条一項二文) ないし給付に代わる「小さな」損害賠償 (BG B 四三七条三号、二八〇条一項、二八一条一項一文) を請求することができるであろう (Vgl. Roth, JZ 2006, S. 1024 ff.)。これに対して、ローレンツは、売主が悪意の場合における瑕疵担保法の優先を明確に否定し、契約締結上の過失に基づく契約解消および詐欺に基づく取消しを肯定する (Vgl. Lorenz, NJW 2006, S. 1925 ff.; ders., NJW 2007, S. 4) 。なお、本判決は「青野博之」売買目的物の瑕疵と売主の悪意——ドイツ民法における瑕疵 (義務違反) を理由とした解除——「駒澤法曹四号 (二〇〇八年) 三三三頁以下でも紹介されているので参照された」。

(51) Vgl. Weiler, ZGS 2002, S. 256; AnwlK/Krebs, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 76; Mertens, AcP 203 (2003), S. 829 f.; Berger, JZ 2004, S. 282.; Palandt/Grüneberg, a. O. (Fn. 47), Rn. 16.; Palandt/Waldenkatf, a. O. (Fn. 47), Rn. 51a.

(52) 期間の相違のみならず、起算点の相違も重要である。

(53) Vgl. BGH, NJW 2007, 1351; BGH, NJW 2008, 53; BGH, NJW 2008, 1517.

(54) 詳細については、拙稿・前掲注(2) 一一七頁以下を参照。

【追記】

本稿は、二〇〇七年三月一二日に開催された同志社大学・東北大学合同研究会で報告したものである。同研究会の席上、田井義信教授、河上正二教授をはじめとする先生方および院生の方々から多くの御教示をいただいた。また、二〇〇八年四月二六日に開催された京都市民法研究会でも報告の機会に恵まれ、山本豊教授、松岡久和教授、潮見佳男教授、山本敬三教授をはじめ多くの先生方から御教示をいただいた。研究会への参加にあたっては、石上敬子氏(東北大学博士後期課程)、橋口裕介氏(京都大学博士後期課程)に大変お世話になった。ここに記して謝意を表したい。