

ドイツにおける瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題

— 連邦通常裁判所二〇〇九年三月二七日判決を契機に —

古 谷 貴 之

- I 問題の所在
- II 下級審裁判例
- III 連邦通常裁判所二〇〇九年三月二七日判決
- IV まとめに代えて

I 問題の所在

本稿は、ドイツ売買法における瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合問題を検討するものである。目的物の瑕疵の存在について誤った情報を提供された買主は、瑕疵担保法上の法的救済と並んで契約締結上の過失に基づく責任

ドイツにおける瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題

同志社法学 六一巻五号 一一七（一四六三）

(損害賠償法に基づく原状回復的な契約の解消または代金減額(BGB二四九条一項))を売主に対して追求できるかが中心的な問題となる。この競合問題について以前に論じたことがあるが、二〇〇九年三月二七日に連邦通常裁判所の判決が出された。本稿では、この判決を紹介し、分析を試みたい。

1 債務法改正前の議論²⁾ 売買目的物の瑕疵について売主の過失により誤った説明が行われた場合(あるいは、説明

義務があるにもかかわらず説明されなかった場合)、売主の当該義務違反と並んで瑕疵担保責任が認められうる。たとえば、美術品の売買契約において、売主が、実際にはAの作品であるにもかかわらず、この作品はBのものであると述べ、これを前提に当事者間で売買契約が締結された場合、売主が過失により誤った説明をした点において契約締結前の義務違反(契約締結上の過失責任)が認められ、他方で契約に適合しない目的物を引き渡した売主の瑕疵担保責任も問題となる。

債務法の改正前において、ドイツにおける支配的見解は、瑕疵担保責任が契約締結上の過失責任に優先して適用されることを認めていた(以下では、この趣旨で瑕疵担保責任の優先適用原則ないし排他的効力という表現を用いることがある)。支配的見解の論拠は、とりわけBGB旧四五九条以下の瑕疵担保規定の特別規定性に求められる。すなわち、BGB旧四六三条は性質保証があること、または売主の義務違反が故意(または悪意)によるものであることを損害賠償請求権の要件として規定していたことから、瑕疵担保責任と並んで契約締結上の過失に基づく損害賠償が認められるのもこれらの場合に限られ、売主の単なる「過失」行為に対して契約締結上の過失責任を認めるのは許されないとわれていた。さらに、BGB旧四七七条によれば、上述のような美術品売買(通常の動産売買)の場合、瑕疵担保法上の権利は原則として六か月の短期消滅時効に服するが、契約締結上の過失によると三〇年の通常の消滅時効が適用される

ため（BGB旧一九五条）、契約締結上の過失の重畳適用を認めると、短期時効を設けたBGB旧四七七条の趣旨が回避されてしまうと指摘されていた。

2 新債務法における議論⁴⁾

(1) 債務法現代化法の施行（二〇〇二年一月一日）に伴い、旧法下における支配的見解の論拠は少なからず変容を迫られている。とりわけ、新債務法において、瑕疵担保法が一般給付障害法へ統合されたこと、他方で、契約締結上の過失に明文上の根拠が与えられたこと（BGB二四一条二項、三二一条二項）は解釈上重要な意味を持つ。

(2) もっとも、新債務法の下でも、学説における多数の見解は、瑕疵担保法の優先原則を支持する。この見解の主要な論拠は、第一に、契約締結上の過失の適用を認めると、瑕疵担保法上の追完請求権の優先が回避されてしまうという点にある。すなわち、買主が解除または損害賠償等の瑕疵担保法上の権利を行使するには、原則として、一定期間を定めた上で売主に対して追完のための機会を与えなければならないが（BGB四三七条二号、三三三条、四四一条）、契約締結上の過失の場合にはこのような期間設定を要しない。そのため、契約締結上の過失の適用を無条件に認めてしまうと、追完請求権の優先の原則が骨抜きにされてしまうという。第二に、時効期間の相違も新法によって随分と緩和されたが、現行法でもなお、瑕疵担保法と契約締結上の過失との間には看過しえない期間の相違があることも指摘されている（瑕疵担保請求権は原則として二年の時効期間に服するのに対し（BGB四三八条一項三号）、契約締結上の過失は三年の時効期間に服する（BGB一九五条））。ここでも同じく、契約締結上の過失の適用を無条件に認めてしまうと、瑕疵担保法上定められた特別な時効期間が無意味なものとなってしまうという。もっとも、時効期間については、有力な見解に従い、契約締結上の過失に瑕疵担保法上の時効期間を類推適用するという考え方もあることから、⁵⁾多数説のもの

つとも重要な論拠は瑕疵担保法における「追完の優位性」にあるといえるだろう。

(3) これに対して、少数説は、契約締結上の過失の適用を制限しない。すなわち、売主の単なる過失による義務違反の場合であっても瑕疵担保責任と並んで契約締結上の過失責任を認める。この見解によれば、前述したとおり、新債務法の下では瑕疵担保法上の請求権が一般給付障害法の中で统一的に扱われており、とくに旧法と異なり、買主は解除や代金減額のみならず、一般的な「過失責任」に基づいて損害賠償を請求することができるとされる(BGB四三七条)。すなわち、ここではもはや売主の故意(または悪意)は損害賠償請求の要件とされていない(BGB旧四六三二条の削除)。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は、契約締結上の過失責任を瑕疵担保法と並んで適用することの論拠になるといえる。さらに、この見解は、両責任の責任基礎の相違を論拠とし(契約締結上の過失は契約締結「前」の責任であり、瑕疵担保責任は契約上の責任である)、あるいは、双方の法的救済制度の保護目的の相違を強調して(契約締結上の過失は相手方の信頼保護のための制度であり、瑕疵担保法は等価性の利益を保護したものである)、瑕疵担保法と契約締結上の過失の重畳適用を肯定する。

(4) 現在のところ、目的物の瑕疵について売主が悪意の場合には、旧法下における判例と同様、悪意で行動した者は「保護に値しない」との理由から、瑕疵担保責任の優先適用の例外を承認するのが多数の見解である。もつとも、一部では、売主が悪意の場合であっても瑕疵担保責任が優先的に適用されるとの見解も有力に主張されており、この見解によれば、新債務法の下では、売主が悪意であっても、買主はまず瑕疵担保法上の追完請求権を行使しなければならず、契約締結上の過失責任を認めることで追完の優先が空洞化されてはならないという。

II 下級審裁判例

新債務法の下で登場した下級審裁判例として、馬の売買の事案に関するデュッセルドルフ上級地方裁判所判決が瑕疵担保責任と契約締結上の過失との関係について判示している。本件の争点は多岐にわたるが、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の関係について、同裁判所は、「契約締結上の過失に基づく契約解消請求権（BGB三一一条二項、二八〇条一項）は、瑕疵担保規定が優先するため適用されない。」とした。そのほか、ある自動車が入車であるという事情は自動車の瑕疵にあたらなないとし、当該事情に関する説明義務違反を理由に契約締結上の過失に基づく契約の解消を認めたハム上級地方裁判所の判決⁹⁾、あるいは、買主が購入して数か月後にソファーにあてがわれた布の色落ちが原因で黒ずんだシミが現れたという事案でソファーの瑕疵を否定しつつ、助言義務違反を理由として契約締結上の過失に基づく契約解消を認めたケルン上級地方裁判所判決¹⁰⁾なども、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の関係について、前者の優先適用を前提としている（両判決はいずれも目的物の瑕疵を否定しているので責任の競合は生じていないが、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との関係についての一般論として瑕疵担保責任の優先原則を述べている）。

なお、二〇〇八年一月一七日には、連邦通常裁判所第三民事部が契約締結前の責任事例を扱ったが、瑕疵担保責任との競合問題については明示していなかった。こうした中、最近になって、第五民事部の注目すべき判決が出された。

III 連邦通常裁判所二〇〇九年三月二七日判決

1 【事案の概要】

二〇〇六年一月四日の公正証書契約において、原告らは、被告らから、「瑕疵担保」の排除特約付きで建物と土地（八五、〇〇〇ユーロ）を購入した。建物は一九八〇年にプレハブで建築されたものであった。契約の締結前において、被告らは、建物のファサード（建物の正面の外観）にアスベストのセメントタイルが使用されていることを知っていた。被告らは、以前にアスベストの使用が原因で他の顧客との売買契約が成立しなかったことがあったにもかかわらず、このことを原告らに対して告げていなかった。建物の明け渡し後、原告らは、被告らに対して、追完によりファサードを修繕するよう求めたが、被告らはこれに応じなかった。

本件において、原告らは、約三八、四五五ユーロの損害賠償ないしその他の修繕費について被告らが賠償義務を負うことの確認を求めている。地方裁判所の口頭弁論期日において、原告らは、次のことを主張した。すなわち、「契約交渉の際に原告らはアスベストのセメントタイルの件で被告らに問い合わせたが、被告らはファサードにいかなる種類の材料が使用されているか知らないと述べた。しかし、この被告らの回答は事実に反する」。被告らは、原告らの主張を争っている。

控訴審であるツェレ上級地方裁判所は、以下の理由から原告らの請求を棄却した。まず、原告らが主張するアスベスト除去費用の損害賠償請求（BGB四三七条三号、二八〇条、二八一条）について建物に瑕疵があるか否かが問題となるが、建物の外壁にアスベストのセメントタイルが張られていること自体は開示義務の対象たりうる物の瑕疵ではない。次に、契約締結上の過失に基づく損害賠償（BGB三一一条二項一号、二八〇条）についても、性状の合意の対象とな

りうる物的性質が問題となる事案では、危険移転後はB G B四三四条の規定が特別規定となるため、契約締結上の過失責任は問題とならない⁽¹²⁾。

民事部による許可上告において、原告らは引き続き自らの請求を求めている。被告らは、上告棄却を求めている。

2 【判旨】破棄・差戻し

(1) 建物の瑕疵について⁽¹³⁾

原審が建物の瑕疵を否定したのに対し、B G Hは概ね以下のように述べて原告らの主張を認めた。

住宅の建築に必要であったが、その後健康を害するものであることが明らかとなった建築資材は、開示義務の対象となる購入物の瑕疵を基礎づけうる。物の瑕疵が存するか否かに関して、売却された家屋の築年数（本件では一九八〇年）は重要でない。本件のように契約当事者がB G B四三四条一項一文の意味での性状の合意——すなわち、建物にアスベストは用いられていないとの当事者間の合意——を行っていない場合、アスベストのセメントタイルが張られた比較的古い住宅が、通常の使用または契約上前提とした使用（B G B四三四条一項二文）に適すると評価されるかどうかが決定的である。アスベストの使用は、居住目的での建物の使用をかなり制限する。原告らの主張には理由がある。

(2) 瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題について⁽¹⁴⁾

契約締結上の過失を理由とする原告らの請求権（B G B二八〇条、三二二条二項一号）がB G B四三四条以下の規定により排除されるとの原審の判断も正当でない。

「B G B四三四条以下が適用される場合、契約締結上の過失の原則（B G B二八〇条、三二二条二項一号）の適用が

認められるかどうか、認められるとしていかなる要件の下で認められるのかについては争いがあり、これまで最上級審では明確にされていない。

一部では、売買法上の瑕疵担保に基づく請求権と契約締結上の過失に基づく請求権とが重疊的に適用されると主張されている。この見解によれば、両者は、それぞれ別の目的を追及し、異なる要件をもった、異なる責任制度であるという。

二つ目の見解は、売主の行為義務が購入物の性状との関連で問題となっている場合、危険移転後は常に契約締結上の過失の準則の適用を否定する。買主は、B G B 四三四条以下の瑕疵担保法によって十分に保護されるといふ。また、このことは売主が悪意で行動した場合でも異ならないという。

おそらく支配的と目される見解は、原則として危険移転後における瑕疵担保法の優先を承認するが、これについて例外を認める。

一部の学説は、売主が悪意の場合、この者は保護に値せず、追完の可能性に対する正当な利益を有していないとの理由から、契約締結上の過失に基づく責任も負うものと考ええる。

一部では、契約締結の際の売主の過失に関連する事情が性状の合意の対象となりうるものであったが、この合意が行われなかったという場合について、また別の例外が支持されている。すなわち、売主に欺罔されたことにより、性状の合意を行う機会を有していなかった買主から、契約締結上の過失に基づく請求権を奪うことはできないという。

本民事部は、この法的问题について、以下のように判断する。すなわち、危険移転後は原則としてB G B 四三四条以下の優先を前提とすべきであるが、少なくとも当該行為が故意に行われた場合には例外を認めなければならない。

民法は、競合問題に関する明示的な規定を置いていない。立法者はその問題を知っていたが、明らかに判例および学

説の解決に委ねている。さらに、少なくとも企業売買の場合には、売買法上の準則が適用される結果、契約締結上の過失に関する原則が考慮されないことを立法資料から容易に読み取ることができる。このことは、むしろBGB四三四条以下による完結的な特別規定へ向かうことの論拠となる。

体系的および目的論的考察は、より積極的に排他的効力を認める根拠となる。

確定判例によれば、二〇〇一年一月三日まで効力を認められる債務法は、BGB旧四五九条の規定を原則的に優先させ、故意の場合にのみ例外を認めていた。たしかに、こうした解決をするにあたって当時用いられていた論拠——BGB旧四六三条における故意の限定が契約締結上の過失の原則を認めることで回避されてはならない——は、現在ではもはや通用しなくなった。それというのも、現行法では、瑕疵担保法上の損害賠償請求権がたとえ過失の場合であっても認められるからである（BGB四三七条三号、一八〇条一項二文、二七六条一項一文）。また、BGB一九五条、一九九条に基づく通常の時効とは異なる時効期間（BGB四三八条）が排他的効力を認める根拠となりうるのか、少なくとも異論があるようにも思われる。なぜなら、この場合には、BGB四三八条が契約締結上の過失に基づく請求権に類推適用されることが明らかであるように思われるからである。しかしながら、これらの点を捨象しても、排他的効力を認める売買法上の特別性は存する。たとえば、売主には原則として追完権が認められている（BGB四三九条）、買主に重過失による不知があれば、それだけで瑕疵を理由とする請求権は原則として認められないとされている（BGB四四二条一項二文）。契約締結上の過失の規定を常に重疊的に適用できるといっているのであれば、こうした特別規定が骨抜きにされてしまうであろう。立法者が矛盾したやり方で今後も不必要となるものを規範化したというのであろうか。そのように考えることはできない。

排他的効力を認めることは、契約締結上の過失に基づく請求権とBGB四三七条に基づく請求権とが異なる責任基礎

に關連付けられていることと矛盾するものではない。というのは、決定的に重要なのは形式的關連性——すなわち、契約締結前の（法律上の）義務はBGB三一一条二項一号に關連し、物の瑕疵はBGB四三七条に關連すること——ではなく、立法者が購入物の性状に關する契約締結前の義務違反をのちに成立する契約との關連で捉えているということだからである。こう考えるのが目的論的に望ましい。すなわち、原始的に瑕疵のある目的物の引渡しを理由とする損害賠償請求権は契約締結前の事情に關連するものであるが（BGB三一一条二項）、当該請求権がBGB四三八条の時効にかかることに異論はない。原始的な給付障害を基礎づける除去可能な瑕疵についても、これと何ら異ならない。それゆえ、物の性状に關する説明義務は、いずれの事例でも原則として契約上の制度に服する。

もつとも、売買法上の規定の優先に例外がないわけではない。新債務法の適用下においても、少なくとも、売主の行為が悪意（故意）によるものである場合には例外的扱いが正当化される。すなわち、この場合には、売買法上の特別規定は適用されず、回避されることになろう。悪意の場合、時効に關しては通常の時効期間が適用される（BGB四三八条三項一文）。売主は責任排除を主張することができない（BGB四四四条）。売主は、買主の重過失による不知に対しても責任を負い（BGB四四二条二項）、通常の場合、追完の機会も失う。新債務法においても、悪意で行動した売主は保護に値しない。

以上から、原判決は破棄を免れない（ZPO五六二条一項）。確定判決に必要な認定を引き続き行わせる必要があるため、本件を原審へ差し戻すこととする（ZPO五六三条一項一文）。……（以下、省略）。

3 本判決の分析 本判決は、新債務法の下で瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題をはじめて正面から扱ったものであり、先例的意義がある¹⁵⁾。また、競合問題のみならず、物の瑕疵概念や売主の説明義務（開示義務）につ

いて詳細に判示している点にも重要な意義が認められる。以下では、とくに瑕疵概念および競合問題を中心に本判決の理論構成を分析していきたい。

- (1) まず、本判決は、アスベストのセメントタイルが使用された住宅に瑕疵が認められるか否かを検討する。この点、従来の判例によると、目的物の瑕疵は基本的にBGB四三四条一項に從つて以下のように判断される。¹⁶⁾すなわち、まず目的物が危険移転の際に合意された性状を有している場合には瑕疵がないとされ(BGB四三四条一項一文)、性状の合意が認められない場合には、目的物が契約上前提とした使用に適合する場合に瑕疵がないものとされる(BGB四三四条一項二文一号)。さらに、性状の合意も契約上前提とした使用も認められない場合には客観的瑕疵の有無が判断され、目的物が通常の使用に適し、かつ同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する場合に瑕疵がないとされる(BGB四三四条一項二文二号)。本判決によれば、住宅の居住目的には、「単に家に居住することのみならず、少なくとも通常の範囲で再築したり、建物に変更を加えたり、あるいは修繕したりと、健康への重大な危険を伴うことなくこれらのことを行う可能性も含まれ¹⁷⁾るところ、建物にアスベストが使用されていると、これらの目的が達成できないことから、本件住宅は通常の使用または契約上前提とした使用に適さないとされたものである(BGB四三四条一項二文一号および二号参照)。さらに、本判決によると、建物の瑕疵を基礎づけるアスベストの使用は、開示義務の対象にもなる。
- (2) 上述のとおり、本件の売主は瑕疵ある建物を引き渡したことに加え、開示義務の対象たるアスベストの使用についても(故意に)秘匿したことから、外形的には瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任とが競合しうる。ただ従来の理解からすれば、両責任が競合する場合には瑕疵担保責任の排他効により契約締結上の過失責任が排除されると解されるため、この二つの責任規範の関係をいかに解するかが問題となる。

(3) この競合問題について、本判決は、「危険移転後は原則としてB G B四三四条以下の優先を前提とすべきである」と述べており、学説における支配的見解の立場に立つことを明らかにしている。本判決が根拠として挙げるのは、①立法者意思、②売主の追完権の優越性（B G B四三九条）、③買主が瑕疵を重過失により知らなかった場合における瑕疵担保請求権の排除の特別規定（B G B四四二条一項二文）である。とりわけ、②③について、契約締結上の過失の適用を認めると、「こうした特別規定が骨抜きにされてしまう」ことが強調されている。また、責任基礎の相違を根拠に両責任の競合を認めてきた見解に対して、本判決は、そうした形式論は重要でなく、契約締結前の行為義務違反を契約規範に取り込んで解決しようとした立法者の決定こそ重視されるべきであるという。ここで本判決は、原始的に瑕疵のある目的物の引渡し的事例で瑕疵担保法上の時効期間が異論なく適用されているように、契約締結前の説明義務違反に対して契約上の制度を適用することに何ら矛盾は存しないという。なお、本判決の理解によれば、時効期間の相違点は瑕疵担保責任の優先を認める決定的理由にならない。なんといっても、契約締結上の過失に対してB G B四三八条が類推適用される可能性があるからである。

(4) 売主が悪意の場合、本判決は瑕疵担保責任の優先の例外を認める。これも従来の支配的学説と同様であり、本判決はその理由について「悪意で行動した売主は保護に値しない」からと述べている。さらに本判決は、このような判断を基礎づける実質的根拠を以下の諸点で示している。

すでに明らかたとおり、瑕疵担保責任の優先が認められるのは、とりわけ上述した②③の特別規定が存するからであった。しかし、本判決においては、目的物の瑕疵について売主が悪意の場合、これら特別規定の意義が失われることが強調されている。すなわち、この場合、買主の不知が重過失によるものであっても売主は責任を免れず（B G B四四二条一項二文）、さらに買主は瑕疵担保法上の権利を行使するにあたり追完期間の設定を要しない（追完の優越性の否定）。

前者については明文規定があるが、後者の追完の優先を否定する考え方は、とりわけ近時の判例法理によって形成されたものであり、⁽¹⁸⁾新たな根拠を示すものとして注目される。

IV まとめに代えて

本判決は、今後の瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合問題に関するリーディング・ケースになると考えられる。これまでも学説では議論が紛糾していただけに、とりわけ反対説からは本判決に対して多くの論評が寄せられることが予想される。また、瑕疵担保責任の優先原則を認める立場からも、本判決が売主の悪意の場合に責任競合を肯定している点については批判があるかもしれない。⁽¹⁹⁾判決後まもないということもあり、現在のところ評釈等は見当たらないが、今後の学説の議論の推移を見守りつつ、ひとまず稿を閉じることとしたい。

- (1) 拙稿「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」同法六〇巻五号（二〇〇八年）七九頁。
- (2) 旧法下での議論状況については、拙稿・注（一）八一―八三頁を参照。
- (3) Vgl. BGHZ, 60, 319, 321 ff.
- (4) 新債務法における議論状況については、拙稿・注（一）八四―九五頁を参照。
- (5) Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.) Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 99 f.
- (6) Vgl. Palandt/Grunenberg, Band 7, (2007) § 311 Rn. 15; Palandt/Wedenkaff, Band 7, (2007) § 437 Rn. 51b.
- (7) OLG Düsseldorf, ZGS 2004, 271; NJOZ 2004, 1935.
- (8) 他の主要な論点は、飼育用の雌馬の売買における消費用動産売買の該当性、第三者が起草し、使用者自身は一度だけしか使用するつもりのない約款の性質、BGB三〇九条八b号の意味での「新たに製造された物」の解釈、損害担保などである。

- (9) *OLG Hamm*, ZGS 2003, 394; NJW-RR 2003, 1360.
- (10) *OLG Köln*, NJW 2005, 1666.
- (11) *BGH*, NJW-RR 2008, 564.
- (12) *Vgl. BGH*, Urteil vom 27. März 2009-V ZR 30/08, Tz. 4
- (13) *Vgl. Fn. 12*, Tz. 5-10.
- (14) *Vgl. Fn. 12*, Tz. 11-25.
- (15) BGHZ 搭載予定。
- (16) *Vgl. BGH*, NJW 2007, 1351; *BGH*, NJW 2008, 53.
- (17) *Vgl. Fn. 12*, Tz. 10.
- (18) *Vgl. BGH*, NJW 2007, 835; *BGH*, NJW 2008, 1371. この近時の判例 (BGH Urt. vom 20. Mai 2009. = VIII ZR 247/06.) を参照。この判決によれば、売主が買主に対して目的物の瑕疵を故意に黙秘した場合には、追完期間を設定する)となく即時の契約解除 (BGB 三三三三条二項二文) ならし損害賠償請求 (BGB 二八一条二項) が認められる。この場合には、瑕疵除去に必要な信頼の基礎が失われるからである (Vgl. Tz. 17)。
- (19) *Vgl. Florian Faust*, in: BaumbergerRoth, (2007) § 437 Rn. 190, m.w.N.
- (20) *Vgl. z.B. Frank Weiler*, *Culpa in contrahendo*, *Anfechtung und Kaufrecht-ale Konkurrenzfragen in neuem Licht*, ZGS 2002, 251, 254; *Bernd Mertens*, *Culpa in Contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform*, AcP 203 (2003), 818, 830; *Palandt/Grunenberg*, Band 7, (2007) § 311 Rn. 15; *Palandt/Wendekoff*, Band 7, (2007) § 437 Rn. 51b.