

ヤーコプスの債務不履行論 (二)

采女博文

一 はじめに

二 一般給付障害法（以上、二四卷一号）

三 売買における瑕疵担保責任

(1) 一般給付障害法の改正理由としての法律上の規制の欠陥

(2) 瑕疵概念

(3) 瑕疵担保責任の不履行責任への位置づけ―修補権・代物給付権導入の根拠として

(4) 売買物の瑕疵のさいの売主の損害賠償責任（以上、本号）

(5) 売買物の瑕疵にもとづく買主の権利の消滅時効

四 ヤーコプスの法学方法論

三 売買における瑕疵担保責任

(1) 一般給付障害法の改正理由としての売買における瑕疵担保法の法律上の規制の欠陥 (Jakobs, S. 79～S. 84)

一般給付障害法におけるBGBの改正は法律の完全性のためにのみ必要である。この法律の完全性は、立法と法学との間の使命の正しい配分をどのように考えるかによって必要であったり余計であったりする。結論として、BGBの起草者が学問と実務においていた信頼が今日もはや正しいと認められない場合にのみ、一般給付障害法における立法者の関与が

問題になりうる。そのさい、われわれにない資格 (Befähigung) がどうして立法者にありうるのかという問題は残ったままである。一般給付障害法において実務が正しい道にあること、それゆえ全体が学問と実務にゆだねられうるということは、フーパーにとつても実際のところ疑問ではない。ただフーパーは、改革をしないと立法の大権 (Prerogative)、法律の權威が損われるということを推測しているにすぎない。

それゆえフーパーは、一般給付障害法の改正の必要性のためのよりいっそう説得力のある理由を必要としたし、それを売買における物の瑕疵担保に関するわれわれの法状態に見いだした。この欠陥を除去するためには、立法の関与は避けられないのみならず、この関与は一般 (給付障害法) を含めて提案された方法で改革されなければ意味がない。この点におけるフーパーの名宛人は誰であろう。「一般」において提案された変更が「よりいっそう強い法倫理的な性格」を持つがゆえに、この変更をみずからの問題と考えるかもしれない法学なのか、それとも売買法の改革をよりわずかなものにとどめようとする立法者なのか。「一般」を含めなければ、「各則」において先に進めないという主張は、ともかく特別に注目値する。

「一般」の改革の必要性についての私の判断を締めくくるために、まず、売買物の瑕疵担保についてのわれわれの法状態についてフーパーが異議を唱えているすべてのことが法律上の規制の欠陥にもとづくものであり、立法者よつてのみ取り除かれうるものかどうかを検討し、つぎに、「一般」を含めることなしには「各則」において先に進めないかどうかを検討することにする。

フーパーは、売買における物の瑕疵担保の法律上の規制のなかにひとつの主要な欠陥と六つの後続欠陥を見いだしている。主要な欠陥は、規制が特定物売買に向けられており、物の瑕疵担保責任が不履行による責任の下位事例として把握されていないことである。それゆえ、①代替物についての種類売買と工作物供給契約は不十分にしか把握されていない。②物の瑕疵にもとづく買主の法的救済が余計なやり方で特別に規制されている。③瑕疵の概念は不十分にしか規定されてい

ないのび、同一性の瑕疵 (Identitätsmangel) は理解されず、「不完全な給付 (Schlechtleistung)」と「誤った給付 (Falschlieferung)」との悪名高い区別をもたらしている。④買主の修補請求権と売主の修補ないし代物給付権 (Nachbesserungs- oder Nachlieferungsrecht) を欠いている。⑤売主の損害賠償の規制は、悪意と保証された性質に照点をあてているから狭すぎる。⑥消滅時効期間はあまりに短く定められている。六つの後続欠陥における適切な秩序づけは立法者の関与なしには達成されない。この秩序づけのためには、瑕疵担保責任を不履行による責任の下位事例として位置づけることを必要とする。物の瑕疵担保責任は不履行による一般的な責任に対して何か特別なものであるという見解は捨てるべきである。「各則」の改革のために「一般」を改革するフーバーにとつての必然性はつぎのことにある。「一般」が不履行による法律効果の規制として理解されず、個別の要件に分かれたままである場合には、「各則」が位置づけられるような一般概念は存在しないままであるから、個別問題の規制のために必要な位置づけがうまくいかない。

「各則」から「一般」へと駆りたてるフーバーの解釈学的エネルギー (dogmatische Energie) にはまったく敬意を表す。しかしわれわれと立法者とに必要なものは、やはり一般の正当な理解、正当な理論だけである。それゆえ、われわれ自身と立法者が一般的規制を正しく理解しなくなる恐れがあるとすれば、もちろんフーバーに従わねばならないし、売買における物の瑕疵担保責任を改革するために、一般的規制の改革という手間のかかる道に立法者を送り出さなければならぬ。

あらゆる個別問題の秩序づけのさいに、フーバーにとつて決定的な観点は、瑕疵担保責任は不履行責任のひとつの場合であるということである。問題説明のさいのフーバーのやり方は、結論の妥当性をそのつど請負ってはいるけれども、概念から結論を引き出す概念法学のやり方である。売買目的物の瑕疵は不履行として把握されるかもしれない。しかし実際この場合は、債務者が義務をそもそもまたは適時に履行していないという「一般」において把握されている場合とは異なる種類のものである。この後者の不履行について債権者は常に知っているし、前者の場合ふつう知らない。それゆえ、不

履行が債権者に与える影響もまったく異なってくる。それゆえ問題は、この事実上存在する差異が法律効果の秩序づけのときに無視されるのか、それとも特別な規制を必要とするのかということではなければならない。この問題は、まず先の六つの個別問題において、それぞれ合目的な規制 (zweckmäßige Regelung) が見いだされるべきである。つぎに、売買における物の瑕疵担保が不履行による一般的な責任の低位事例、つまり瑕疵ある物の供給が他の種のものと同様な給付障害であるのかどうか、どの程度そうなのか判断される。というのは、瑕疵担保が不履行による一般的な責任の低位事例であるかどうかは、個々の問題において何が法であるかということと全く関係ない。そもそも体系上の利益 (systematisches Interesse) しかない。

(2) 瑕疵概念 (S. 85~S. 89)

売買における物の瑕疵担保責任の根本問題はこの責任の根拠の問題—根拠が責任の限界づけを明らかにする—とその要件の定式化の問題、とりわけ瑕疵の概念をどのように把握するべきかという問題である。フォーバーにとってこのことはもはやなんら問題ではない。物の瑕疵による売主の責任は不履行による責任としてのみ根拠づけられる。目的物の性質が「契約に適合していない」、「契約違反である」ときに、この売主の責任は根拠づけられる。物の性質は売買契約上の合意の内容でありうるというこの見解は、BGB四五九条においておこなわれている規制ではなくて、おこなわれるべき規制が問題である場合には、もちろん、もはや問題とされえない。それにもかかわらず、この見解は、売買における物の瑕疵担保責任の歴史的発展が示しているように、まったく自明なことではない。この見解に到達するためには、BGBに定められている売買における一般的な物の瑕疵担保責任の根拠への問いかけを必要とした。すなわち、ローマ法源を手がかりにして得られたフルーメ (Flume) の理解を必要とした。目的物が買主の希望していたようなものでない場合に、買主の希望に一致するものとして売主が目的物を売ったときにのみ買主は売主を頼ることができる。それゆえ、売主と買主との

間でおこなわれた合意の基準に従つてのみ売主を頼ることが出来る。物の瑕疵担保の根拠についてのこの理解は、いったい契約意思が物の性質 (Beschaffenheit, Eigenschaft) をそもそも含みうるかどうかという問題に帰着する。この心理学の領域に属する問題を肯定することによつてこの責任の根拠と限界が与えられる。すなわち売主は、目的物が契約に従つた性質をもっていない場合には、つねにそしてその場合にのみ責任を負う。

この見解を法律の文言「瑕疵 (Fehler) 」を考慮して主観的瑕疵概念の理論と名づける。BGB四五九条一項・二項でおこなわれている、つねに責を負う瑕疵 (Fehler) と外観上、保証 (Zusicherung) されている場合にのみ責任を負う性質の欠缺 (Fehlen von Eigenschaften) との区別とこの理論とは衝突する。主観的瑕疵概念によれば片付くこの区別をフーバーもまた取り除こうとしている。フーバーは、「事実上……主観的理論に」従おうとして、瑕疵概念は主観的にあるいは客観的に理解されるべきかどうかという係争問題を取り除くために立法者を呼ぶ。フーバーの意見によれば誤つた理論を克服するために、立法者の援助を仰ぐことになることがここでは他のどこよりも明らかになる。

客観的瑕疵概念の理論を誤っている、すなわち古くさくなつたと私も思う。瑕疵概念を主観的に理解する必要性をフーバーは適切に説明している。「当事者間において、目的物がなんらかの一般的な水準を満たしているかどうかは全くどうでもよいことである。契約が価格決定にとつての基礎であるように、契約は買主が売主から何を得ることが出来るのかについての決定にとつての基礎でもある。」⁽³⁾「極端な」主観的理論は法に反し (contra legem) ているという見解や、さらには通説としておっているいわゆる「主観・客観」の瑕疵理論をも考慮して、これになお次のことを付け加えねばならない。この世の中で、およそ、それ自体瑕疵であるような物はひとつとして存在しない。「虫が食つた果実、倒壊寸前の建築物、欠陥のある工業製品には瑕疵があるというのは、⁽⁴⁾それらが通常の性質から離れているからである」つまり、「契約目的」を考慮しないで瑕疵あるものとみなされる⁽⁵⁾ということは事実ではない。工業製品は欠陥があるものとしても、建築物は倒壊寸前のものとしても購入される。つまり、それを修理後に再利用するために、再利用のための分解のために、く

ず鉄として、解体のために購入される。リングからコンボット(砂糖煮果物)を作ろうとする者にとって虫食いがつねに障害になるわけではない。「通常」もまた「通常」にとつてのみ基準となる。それゆえ、いわゆる「通常」の性質もまた、そのようなもののみ通常の価値が置かれているがゆえに、主観的な基準である。ともかく、この理解にもとづいているのが「極端な」主観的瑕疵概念であるがゆえに、また *contra legem* でもありえない。というのは、法律は何が基準となるかを規定することはできないし、基準はまったく存在していない。

BGBの成立前後に、のちにフルーメによって獲得された理解の妨げとなり、「瑕疵」と性質の欠缺との区別のなかに後々まで影響し、客観的理論を繰り返し主張させているのは、根本的には、売買における物の瑕疵担保責任の根拠についての歴史的に根拠づけられた別の見解にすぎない。つまり、BGB成立前には、この責任の根拠はローマ法源に基礎づけられている按察官告示(*Edikt der Ädilen*)に見いだされた。ともかく、ローマ市場における奴隷と役畜の売買に関して、一般民事法における瑕疵にもとづく売主の担保責任の欠缺に對置される命令(*Verordnung*)のなかに見いだされた。この責任は、按察官の警察権にもとづく規定に根拠づけられているから、その警察的性格に従って契約に外部からのみ付け加えるし、それゆえまた契約の外においてのみ客観的に根拠づけられる。というのは、まさに契約に関し、一般的民事法に従えば、買主はみずから用心するべきであり、売主は瑕疵に対して責任を負わないという規範が妥当しているからである。警察上のつまり国家上の配慮からの物の瑕疵担保責任の根拠づけは、BGB成立のさいにもなお売買における担保責任の秩序づけにとつての手段でありつづけた。しかし、ローマ法源そのものに基礎づけられていた理解によつてこの根拠づけはいらなくなる。売主と買主の間で何が法(*Recht*)であるかという問題の解決のためにわれわれは契約を持つているから、もはやこのために警察規定を必要としない。

それゆえ、私はフーバーとともに、契約当事者間においてまったく警察上のやり方で相変わらず客観的な通常性(*objektives Normale*)を基準として説明する客観的理論は克服されるべきであるという意見である。しかし、どうして

この議論を立法者に決定させうるのか、— 実際のところあれこれの理論と結びついた含蓄はほとんど見過ごされるがゆえに、判断すべき問題をまったく理解しない決定機関 (eine Instanz) にどうして決定させうるのかわからない。法 (das Recht) にとつても、法の歴史の痕跡をしるし、そのことによつて疑う切つ掛け、見解 (Ansichten) の発展のための切つ掛けを与える法律をよりよいものとする。法律の欠陥の除去と克服のさいに、よりよい論議 (Argument) 以上にわれわれを助けてくれるものは何も無い。法を法典に編纂する方法に関して、確かに決定的なものではないけれども、しかし法典にそくして法曹の育成がおこなわれるということは無視されてはならない。思うに、法典が法の成立の痕跡をばやけさせればさせるほど法典はこの目的にとつて役に立たない。法典がみずからの規範を理解させようとすればするほど、法典が完全にみえればみえるほど、法典は法的な結び付きを訓練する機会を与えないし、何が法でなければならぬかについて熟考 (Nachdenken) することをわれわれに強いしない。ユースティニアヌスの法典に属するのは、とりわけ学説彙纂の「暗く見通しのできかない混合物」、「計り知れない細部」である。「提要」は初心者教科書である。あらゆる時代においてそうであるように、今日においても民法 (bürgerliches Recht) が必要とするのは良い法曹であつて、完全な法律ではない。客観的瑕疵概念の理論によつて法的安定性が危険にさらされるとはフリーパーも思わないだろう。

(3) 物の瑕疵担保責任の不履行責任への位置づけ (S. 89—S. 110)

売買における物の瑕疵担保責任の根拠の解明によつて、どのような場合を法律上の規制は前提とすべきかという問題についての予断なしに、特定物売買と種類売買とを区別することがまず必要であることが明らかになる。歴史的にはローマ法源において種類売買が未発達であるということによつて根拠づけられている区別が、まさに物の瑕疵担保責任の観点において、契約締結の時点における状況が異なるということによつて実質的に根拠づけられる。種類売買の場合には、契約締結の時点で売買目的物はおも契約当事者の観念のなかだけに存在している。売買目的物は抽象的に、すなわちその性質

において、契約によって決定されている。この契約から契約上の合意になつた物を調達する売主の義務が生じる。その結果、種類売買の場合には、そしてこの場合にのみ、目的物に瑕疵があるのかそれとも異種物 (aliud) なのかは問題にならない。供給された物が契約上の合意に一致していなければ、どちらでも同じことである。いずれにせよ、解除 (wandel) または減額請求をしようし、代物給付 (Nachlieferung) も要求することができる。したがって種類売買の場合、最初の提供が契約上の合意から離れているときに、契約に一致する物を代物給付する義務、第二の提供の義務は契約からただちに根拠づけられる。

特定物売買の場合、これがその概念なのだが、あるべき性質と物とが契約によって指定される。それゆえ、供給された物が指定された物とは別の物である場合、異種物が供給されている。その場合、買主は指定された物の供給を要求しよう。しかし、指定された物が供給されたけれども、指定された性質を欠いているとすれば、契約と現実とが独特に一致していない。売主の給付義務はこの指定された物に関して根拠づけられているけれども、実際には有していない性質を有する物としてのみ根拠づけられている。それゆえ、ローマ法曹のように、売買契約に一致する物を欠いている売買契約を無効とすることができる。しかし、この見解は必然的なものではない。買主の利益が問題なのであるから、契約を有効にしようとする意思があるかどうか、合意された売買価格より低い価格でのみ有効としかどうかの判断を買主にまかせることもより合理的である。この合目的的衡量 (Zweckmäßigkeitserwägung) が BGB の規制を根拠づけている。契約は有効であり、買主は契約を解除するか売買代金を減額するかを選択権をもつ。それゆえ、契約を有効とするとしても、契約からただちには合意された性質のものを提供する義務はでてこない。むしろ、そのような義務を認めるかどうかは、今一度、買主と売主との利益を顧慮しての合目的性的の問題である。契約は、指定された物を指定された性質において提供する義務のみをただちに根拠づける。指定された物にこの性質が欠けているとすれば、買主の利益を満足させる売主の義務は合意されたものとは異なつたやり方にもとづいてのみ考慮される。つまり、指定された性質を有する代物を給付するという極

めてまねな場合を別とすれば、指定された物が契約に従ってもつべき性質を売主がなおり出す、それゆえ修補することによって考慮される。しかし修補することは、修補する資力と能力のない売主および新品をえられない買主の利益に反する場合があります。ともかくそのような義務は特定物売買からただちには生じない。そのような義務は、結ばれた合意を補完する解釈 (ergänzende Auslegung) — 売主と買主の利益をそのつど顧慮しうるし顧慮しなければならない — をとおしてのみ特定物売買から根拠づけられる。

売買物の瑕疵が不履行事例として把握されうるかどうか、それゆえ売買における物の瑕疵担保責任の法律上の規制が不履行一般に妥当している規制に一致するのか、まったくこの規制のなかに解消しうるのか、またどの程度に解消しうるのかという問題に関し、まず特定物売買に関してつぎのことが明らかになる。特定物売買の場合には、その契約違反の性質に関しては、契約に従って受け取るべきものを買主は手に入れていないという結果関連の意味においてのみただちに不履行について語りうる。特定物の給付義務はその保持義務でもあるがゆえに、契約から修補義務が生じる場合を別として、契約締結後にはじめて生じた瑕疵に関してのみただちに売主の義務の不履行がある。それゆえ特定物売買の場合、売主がみずからの義務を履行していないという場合でなくとも、物が契約違反である場合も存在する。

不履行による責任の一般的規制は、債務者の義務の全部ないし一部の不履行の場合に關している。それゆえ契約から修補義務がでてくる場合は別として、一般的規制は、この売買物が契約締結のときに既に瑕疵がある場合を対象とはしていない。この場合に関して、契約の有効性の問題を買主の判断にまかせる特別規制が必要である。

つぎに、売主の修補義務を契約が根拠づけている場合に関しては、ともかく一般的規制に、おそらく一部不履行の場合として位置づけることができる。しかしこのことを明確にするために、この義務の不履行のときの買主の権利について特別な規制を薦めるかどうかの問題である。かりに特定物売買に関して売主の修補義務が法律に宣言されるべきであるとするれば、修補義務を履行義務の残余としながら瑕疵担保の規制に含めている請負契約の場合と同様な規定の仕方をしうるか

もしれない。ともかくフォーバーの提案は認められない(モデル四六一a条・四六二条)⁽⁵⁾。かりに、BGBの規制は修補請求権の欠缺と損害賠償請求権の要件に関して不完全なものであり、補完されねばならないとしても、瑕疵ある物の給付は不履行であることを理由に規制を引き裂くことは、われわれの法をより簡単により見通しのきくものにするという全体の目的に役立たない。

最後に先述のように、契約締結後にはじめて物に瑕疵が生じている場合も不履行による責任の一般的規制に位置づけることができる。それゆえ、売買物の契約違反の性質による売主の責任に関する特別な規制はこの場合そのものには必要ないだろう。購入された物の後発的な毀損は給付の一部不能の事例であり、買主の権利は毀損の責が誰にあるかということにかかると。他方、物の契約違反の性質による売主の責任に関するBGBの特別規定において、危険移転の時点における瑕疵の存在はBGB四五九条に従って処理されるから、契約締結後の売買物の毀損の場合も含まれている。かくてBGBにもとづいてこの場合に関して競合問題が生じる。この二つの規制のどちらが優先するのかについては、原則的には二つの規制がともに適用される。しかしこの原則は二重の点で修正されるべきである。物の毀損が買主の責に帰すべき場合(三二四条)や、毀損の責を負うべき者が売主である場合(三二五条)には一般的規制が適用されなければならない。これに対し、物の毀損が両当事者に帰責されない場合には、買主の権利はBGB三二三条からではなくて、四五九条以下の特別規制から取り出される。それゆえ契約を減額された価格で有効とするか、それともまったく無効とするかを買主に選択させる。というのは、瑕疵が契約締結のときに既に物に付着していたのか、後になってはじめて生じたのかは、買主に契約の有効性を選択させることが合目的(zweckmäßig)であるかどうかという問題にとつて、なら區別しなくてもよい。最後に、そのような後発的瑕疵にとつても、HGB三七七条による通知義務(Rügeflicht)が存在しなければならぬし、BGB三二五条によって根拠づけられた損害賠償請求権を含む買主のすべての権利はBGB四七七条に従って短期消滅時効にかかる。このことは、とりわけ後述されるこの規定の目的から明らかになるけれども、瑕疵の発生の特長について買

主はほとんど確かめることができないという単純な事実からすでに明らかなる。

契約締結の後に危険移転前に生じた瑕疵の場合におけるBGBに従った法状態はまったく込み入ったものとして表される。ともかく、契約締結のときに存在する原始的な瑕疵を顧慮して、売買物の瑕疵のさいの買主の権利についての特別な規制が、瑕疵のない提供をする売主の義務が欠けているがゆえに必要なものである場合に、法律上の規制がどのように単純化されるのか私にはわからない。しかしフーバーは、瑕疵のない提供をする義務を一般的に、それゆえ契約締結のときにすでに物に瑕疵がある場合に関しても定めているし(モデル四五九条一項)⁶⁾、売主の責に帰すべき原始的な瑕疵の場合にも不履行による損害賠償義務が売主にあるがゆえに、後発的瑕疵の場合も特別に顧慮する必要はない。後で論じるように、フーバーには従えない。それゆえ、四五九条以下の特別規制が存続しなければならないとすれば、後発的な瑕疵の場合における競合問題も残る。この問題の正しい位置づけでもっとうまく処理できると思わない場合にのみ、この問題を解決するために立法者を必要とするだろう。

(一) 特定物売買における修補権の導入

買主の修補権とそれに対応する売主の義務について沈黙しているBGBに対し、フーバーは、BGB六三三条二項一文の類推にもとづく修補請求権が買主に拒絶されるのか原理的にそもそもいかなる根拠も明らかでない」と批判している。それゆえ、フーバーはモデル四五九条一項で、一般的に、それゆえ特定物売買に関しても瑕疵のない物を供給する売主の義務を宣言することを提案し、加えて、「特定物売買の場合も契約に不適合な物の提供は不履行として理解されるべき」であり、「いわゆる本来の(論理的意味においては必然的ではないにしても)帰結は、……特定物売買の場合でも原則的に買主に修補請求権を与えること」であると述べている。モデル四六一a条の解説において、フーバーはさらにはつきりと表現している。今や修補請求権は、「工業製品が販売されているすべての場合において」自然な法的救済(natürlicher Rechtsbehelf)であり、「法律は修補義務を原則事例として前提にすべきである」。「修補義務を認めることが意味がない、

あるいは売主または買主の利益に反する場合は「原則としてではなく、例外とみなされるべき」⁽¹⁰⁾である。

この批判についてここで論じる。契約違反の物の提供は不履行であるという原理から「論理的帰結」として修補義務が出てこない場合、すなわち売買契約上の合意をとおしてすぐには根拠づけることはできないとすれば、修補義務は、契約の基準性 (Maßgeblichkeit) のゆえに補完的解釈 (ergänzende Auslegung) の方法によつてのみ根拠づけられる。それゆえ、修補義務を法律のなかに、売買契約の「ふつうの」内容、任意法として述べるのが正しいと認められうるほど「自然に」、すなわち原則的にこの解釈が根拠づけられうるかどうかが問われなければならない。フーバーは修補請求権を工業製品の売買のさいの自然な法的救済と考えているけれども、工業製品は原則的にはないにしても、やはり多くの場合において追完義務 (Nachlieferungspflicht) が契約からすぐに出てくるし、法律にも述べられている種類売買の対象である。特定物売買において何が原則事例かを確定する場合には、ともかくこれらの場合は除いておくべきである。工業製品が特定物売買の対象であるとすれば、原則ではないにしても、たいてい売主は修補する能力のない、買主が修補を期待しない私人 (Privatmann) であろう。それゆえ、このような場合において修補義務を根拠づけることはできないし、フーバーによつてもそのかぎりでは修補義務は排除されている (モデル四六一 a 条二項二文)。では、営業上の売主による工業製品の特定物売買は原則事例であろうか。少なくともこの場合において売主の修補義務は、修補の効果がなかつた後の買主の解除・減額権は、たいてい利益にかなつていであろうか。自動車修理工場を営んでいる商人から中古自動車を購入される場合、修補が利益にかなつていのかどうかという問題はともかく売主の利益に關しては肯定されうる。売主が商人にすぎない場合は、問題は否定されるべきである。中古自動車の営業上の売主はふつう修理工場を持っているだろうか。家屋の営業上の売主はふつう建築業についての用意があるだろうか。古美術品業者はふつう修復業者であるだろうか。最後に、とりわけ、売主がおこなうあるいは売主におこなわせる修理はふつう買主に期待可能であろうか。この期待可能性の問題にさらに立ち入る必要はないだろう。特定物売買のさいに売主の修補義務が買主と売主の利益にかなつてい

うかという問題はそもそも答えられない。別の言葉で言えば、この問題は当該事例の諸事情に従つてのみ判断されうるし、原則(=規範)形成(Regelbildung)のあらゆる試みは不可避的なカズイステイクの紛飾にすぎない。特定物売買の場合には、請負契約の場合とは状態は事実上まったく異なっている。

B G B成立のさいに、修補権について法律のなかで沈黙することが決定された根拠は、工業製品の販売について考えずに、原則事例としての原料生産物と修繕不可能な物の販売に方向づけたということにあるのではない。事実上フーパー提案と同様の、修補をとおして売主の解除と減額要求を回避する売主の権利の採用が第二委員会では提案されている。ともかく委員会は「信義誠実の顧慮と売主に対する衡平とが事情によっては、瑕疵をすぐに除去することによって解除請求を回避する権利を特定物売買の場合に…売主に与えるかも知れない」という意見でもあった。それにもかかわらず、第二委員会の多数はそのような追完権(Nachlieferungrecht)を「通常の取引の必要性と法律の実際的な取り扱いとを顧慮」して承認しなかった。それゆえ、特定物売買の場合に修補権について沈黙するB G B草案のより簡単な規制は特に商取引の利益においても優先に値する。「実体法」つまり個別事例の衡平な判断を犠牲にした裁判所による判断の予測と法発見の確実性が、特定物売買の場合に修補についてB G Bが沈黙している理由である。この確実性がB G B改正のさいの目的であるとすれば、まさにモデル四六一a条のような規定—修補請求権の要件はむしろよりいっそう漠然と表現されている—による売主の追完義務の採用は禁じられる。しかし、個別事例の衡平な判断は、通常の取引行為の必要性と法律の実際的な取り扱いの必要性との顧慮の犠牲にされてはならないと今日われわれが確信しているとすれば、このわれわれの確信は、反対の確信にもとづいてかく簡明である法律の規制からの背反を正当化する。このわれわれの確信はわれわれの法を不確定にするし、この不確定なものを法律に書き入れることによってわれわれの法をより確実なものにすることはできないだろう。ここではそうでない場合と同様に、法律上の一般条項によるカズイステイクを克服することはできない。ほかならぬモデル四六一a条が規定されている法律のなかで、個別事例の諸事情ごとに修補が要求されうるということによって、

法律は一種の完全性のみを獲得する。しかしこの完全性はやはり外觀のみにすぎない。というのは、個別事例において修補が売主または買主から要求されるかどうかは、その漠然性 (Unbestimmtheit) のゆえに法律は判断しない。ただ裁判官のみが事例の諸事情にもとづいて判断しうる。実務によっておこなわれるべき補完的解釈にとつて、実務がここでは特別な指導 (Anleitung) を必要とする場合にのみ、裁判官が衡平に従つておこなう判断のさいに B G B 二四二条以外の条文をなお引用させることがわれわれの法文化にふさわしい場合にのみ、フーバーの提案にこの点においても従わねばならないであらう。

しかし私は、今日においてもより良い理由が B G B のより簡単な規制を支持すると考える。つねに売主の修補義務とそれに対応する買主の権利についてのみ議論しているフーバーの提案は、あたかも買主の権利の改善 (消費者保護) が問題であるかのような外觀を生じさせている。これに対し、第二委員会の審議においては、買主による解除要求ないし代価減額要求を回避しうるための売主の修補権のみがつねに議論になつていく。フーバーの提案においても、実際の効果においてはまさにこのことが問題である。売主の修補義務が定められることによって、修補を要求して効果がなかった場合にはじめて買主は解除または代価減額を要求しうるというように、買主は修補請求権に制限される。買主がただちに解除または代価減額を要求したければ、修補が期待されないか、自分の利益にかなっていないことを買主は証明しなければならぬ。これに対し B G B のより簡単な規制に従えば、売主は修補権を約定しておかなければならぬし、売買目的物の瑕疵のさいに一度獲得した顧客をすぐに失う危険をおかしたくなくては、痕跡の残らないように瑕疵を除去することが可能であるがゆえに修補を買主が拒否することが信義に反していることを売主が証明しなければならぬ。まさに一度獲得した顧客を失わないという営業上の売主の明白な利益が、普通取引約款によって買主の法律上の権利を駆逐している。法律のなかで、それゆえ一般的に買主の解除権・代価減額権を補助的な法的救済に格下げするとすれば、立法者はこの売主の利益に奉仕することになるし、実務の前に降伏することになるだろう。今日、即座の解除と代価減額という法律上の権利

がもはや買主に十分に知られていないとすれば、知られるようにするための配慮が必要である。

(二) 種類売買における代物給付権の導入

種類売買の場合には、瑕疵ある物の供給はただちに、契約上の合意に一致する物、すなわちBGB二四三条一項の解釈¹²⁾に從つて、合意された種類に属する中等の種類・品質の物を供給する売主の義務の不履行である。一般（給付障害）規範において把握されている事例に対するこの場合の特殊性は、債務者がみずからの義務に積極的に違反したふるまいをしている。つまり契約に違反した物を提供したという点にのみある。この特殊性は、売主が一度不完全な給付をしたにもかかわらず、買主はより一層の、いわゆる第二の提供に甘んじなければならぬか、言い換えれば、一般給付障害に妥當しているものが、すなわち履行請求権への制限、つまり猶予期間指定または不能等の場合の不履行による損害賠償・解除権がここでもなお妥當するかどうか、契約違反の給付がすでに第二の提供を待つことを買主に期待不能にしないかどうかという問題を投げかける。

この問題もその性質上あれかこれかの意味で無条件に解答することはできない。期待不能かどうかは個々の事例にもとづいてのみ判断されうる。カズイステイクな判断のみが可能であるからといって、立法者は原則（Regel）の定立をそもそも放棄すべきではないから、何が法律のなかに原則として定められるべきであるかのみが問題である。そして原則として定められたものであつても、例外なく妥當することを主張しえない。原則は個別事例の諸事情が別の判断を要求しないという留保でもつてのみ理解される。

フーパーは、売主の第二の提供をする権利を原則として法律に定めようとしている（モデル四五九条一項）。それゆえ買主がただちに要求しうるのは追完のみである。契約違反の供給のさいに契約に適合する提供を待つことが通常期待される、ただ例外的にのみ期待されえない。フーパーはその根拠として、多くの事例において瑕疵ある提供を理由として売主をあまり非難しえないことと、ちょうどBGB四五九条一項二文の程度を越える比較的些細な瑕疵が問題になっている

ことを挙げている。フーパーには、BGB四八〇条の規定している買主の解除・減額権は「体系的根本的な破壊」¹³⁾ fundamental Systembruch¹⁴⁾にみえる。それについてフーパーは何ら正当性を見いだせず、種類売買についての規制は特定物売買の規制を伝統的にまねて作られているという歴史的な説明のみを見いだしている。

しかし、BGB四八〇条の立法資料は、猶予期間の指定という一般原理との断絶を盲目的におこなっているのではないことを明らかにする。契約違反の供給にもとづいて解除ないし減額を要求している買主に対していわゆる第二の提供をする権利が売主に与えられるべきかどうかの問題は、第二委員会において論議されている。フーパーがこの第二委員会の論拠 (Beweisgründe) について沈黙しているのは、四八〇条の規制を「無残な無意味さ」¹⁵⁾ brutale Sinnlosigkeit¹⁶⁾と批判しているグロスマン・デェルスによつて既に解決されていると考えているからであろう。しかしこのBGBの規定が事実上もとづいている諸理由が、今や何か別のものを規定しようとする立法者に明らかにされていない場合、BGBの規定はひとつとして変更すべきものと理解することはできない。

第二委員会は、まず買主の減額要求を瑕疵のない物の供給をとおして避けることが売主に許されるべきかどうかという問題を取り扱っている。問題は否定された。というのは、買主はしばしば瑕疵があるにもかかわらず、受け取った物を処分しなければならぬ。それゆえ、受領した物をもはや返還することができない。このことを別にしても、原理的に買主は債務の目的物の引渡でもつてこの物を保持する権利を取得している。それゆえ、売主の代物給付を拒否するために自分が代物給付にもはやなんらの利益を持っていないことをまず最初に買主が証明しなければならぬとすれば、買主の権利の不当な侵害である。¹⁶⁾

買主が代物給付に利益を有している場合には、買主は代物給付を要求するだろう。それゆえ、買主が減額を要求する場合には、買主は代物給付になんの利益も有していないし、代物給付が買主にとって期待可能でないか、それとも買主は売主を立腹させようとしているかどちらかである。この後者の場合は典型的ではないとみなさうと思つし、それゆえ原則

(Ⅱ規範) 形成のさいには取り除いておかねばならない。代物給付もしくは減額を請求することができて、減額を要求している買主はみずからの利益に従ってふるまっているし、それゆえ代物給付になんらの利益も有していないということを推定させる。それゆえ、売主に第二の提供をする権利を与えることは、この推定の働く代物給付についての買主の利益の欠缺に関する証明を売主が買主に強いることができることになる。契約違反の商品を供給するという誤ちを一度おこなっており、かつこの商品に関して妥当な対価を得ている売主のいかなる利益がこのことを正当化するというのか理解できない。思うに、ともかく買主の減額要求に対置される第二の提供をする権利を原則とする実質的な根拠はない。BGB四八〇条にある原則は例外なく適用されうるものでないこと、つまり単なる立腹・恚意にもとづく減額権の行使は許されないということは、法律のなかに明言されていなくても自明なことである。この制限を見誤らなければ、法律を改正する必要はないし、せいぜい減額権の恣意的な行使は顧慮されないということのみを付け加えうるだけだろう。

第二の提供を申し出ている売主に対する即時解除権が正しい原則かどうかは確かにより困難な問題である。第二委員会でも、瑕疵ある物の返還と引き換えに、瑕疵のない物を提供し損害を賠償することによって減額権と同様に解除権をも回避する権限を売主に与える提案があった。¹⁷⁾ 第二委員会の多数意見は、解除に関しては一定の正当性を認めないわけではないにもかかわらずこの提案を退けた。すなわち、第二の提供をする権利を一部は理由があると、一部は理由がないと考えたので、提案は異常に複雑な規定の採用を通してのみ考慮されうるし、第二の提供をする権利を制限付きでのみ与えるような規定の採用は「実質的な必要性」がないがゆえに、その採用を思いとどまった。¹⁸⁾ グロスマン・デュルスと今またフーバーは、第二委員会の議事録(Protokolle)のこの内容について沈黙している。

私は、原則として宣言されていることが無条件には根拠づけられないということを、その理由づけにおいて承認している規定を制限に開かれた規定(eine der Einschränkung offene Vorschrift)と考えるし、それゆえやがて大審院によっておこなわれる四八〇条の制限をまったく法律に一致するものと考ええる。思うに、第二の提供をする権利の問題における立

法者の関与は、四八〇条において原則として説明されていることは例外事例においてのみ根拠があることが証明される場合にのみ、やはり依然として不可欠ではないけれども、望まれうるかもしれない。フーパーはまさにこのことを考えているし、私のみるところ、フーパーはこれについての証明もグロスマン・デュルスによっておこなわれていると考えている。

グロスマン・デュルスの見解によれば、契約違反の第一の提供が第二の提供についての期待可能性の脱落を生じさせるのは原則的ではなくて、ともかくごく稀れにしか生じない例外的な場合においてのみであり、第一の提供が特に重大な契約違反の場合にのみ期待可能性の脱落を生じさせる。しかし、おのずと確かなのは、売主が第一の提供のさいに信義に (bona fide) 反してふるまっている場合のみである。すなわち詐欺師であることが明らかなる場合には、この者とさらに掛り合いになることは確かに期待されえない¹⁹⁾。この場合のみが問題であるとすれば、確かに「一般的に：期待可能性の脱落は極めて稀な例外現象であるといわれても」よいであろう。その場合フーパーがはっきりと定式化しているように「多数の事例において瑕疵ある給付を理由として売主をまったく非難しえないか、わずかしが非難しえない」²⁰⁾ことは確かである。ともかく、消費者によって購入された物はしばしばすぐに使用しないし消費される。債務の目的たる性質の物が買主の手元にないとすれば、第二の提供を待つことは、契約にかなった商品が市場で、つまり別の所ですぐに手に入る場合には買主には常に期待不能である。それゆえ多くの場合において契約違反の第一の提供の場合には、この売主による第二の提供についての買主の利益は失くなる。つまり第二の提供は買主には期待されえないと言わなければならない。しかしこのようにフーパーとはまったく相反する法的事実を確認したとしても、法律において何を原則として定めるべきであるかという問題は、なお何も判断されていない。

この原則形成の問題においてこのいわゆる法的事実でもって先に進むことはできない。そのためにはもつと別の法的観点があきらかに必要である。第二委員会の議事録において、第二の提供をする権利を与えることについて実的な必要性を欠いていることが次のように理由づけられている。「通常、種類売買の場合には、瑕疵ある物の代わりに同じ種類の瑕

疵のない物を提供する権限を与えることは、買主自身の利益にかなっている。しかし個々の場合に、買主の利益が追完に反しないかどうかは、買主の判断に任せられなければならない。²¹「それゆえ、契約違反の第一の提供が第二の提供についての利益の期待可能性の脱落を「通常、…生じさせない」ということが、実際にそうであるとすれば、その場合いずれにせよ第二委員会が認めているように、通常、買主は第二の提供を受け取るのみならず、まさしく要求するだろう。それゆえ売主の給付についての利益が存続する場合は、通常おのずから解決される。このような場合に關して、法律において配慮することは、事実上なら「実質的な必要性」は存在しない。むしろ配慮されるべきは紛争事例である。つまり売主が第二の提供をし、買主がこれを拒絶し解除を要求する場合である。法律に採用されるべき原則に關して判断されるべき問題は、紛争事例において買主が通常なお追完に利益を持っているかどうか、つまり買主はみずからの利益に反して、それゆえ恣意的に第二の提供を拒否していることを原則として前提にしなければならないかどうかである。

この問題について、グロスマン・デュエルスの世界、それゆえ²²局またフーバーの世界はBGBの起草者の世界とは異なっている。グロスマン・デュエルスの世界は「経済の自生的な法、²³selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft」であり、第二の提供をする権利を原料取引における普通取引約款のなかに見いだしている。この世界では常に価格変動のある商品が問題であり、「変動する商況」の世界である。そこでは第一の契約違反の提供だけでもとづく解除権(Lösungsrecht)が買主によって不利な取引から抜け出すための手段として利用されるということを配慮するべきである。そこでは買主は悪党であり、第二の提供をする権利も原則として理由があるという推定がはたらくかもしれない。それに対し、価格が変動しない市場においては、事実上、解除問題はなんら現実的意味を持っていない。ここでは買主は追完がなお自分の利益にかなっている場合、また追完を要求するだろう。解除(Wandernug)を要求する買主は追完にもはやなんの利益も持っていないという推定がはたらくからである。グロスマン・デュエルスによってあざ笑われたBGBの起草者の「世間知らず、Weltfremdheit」の本質は、起草者の世界は揺れ動く市場の世界と同化しなかったことにある。起草者たちは民法に

において、すなわち一般的に、買主が悪党であるという推定を理由があると考えなかったがゆえに、個々の場合に買主の利益が追完に反しないかどうかの判断を買主にまかせた。

しかし、このことは議事録 (Protokolle) にはない。先に引用した二つの命題の正当化は、そこでは別のものであり、部分的に問題があると反論されるとすれば、口頭の審議の議事録、すなわち語られた言葉の再現 (Wiedergabe des gesprochenen Worts) が問題であることを指摘したい。とりわけ、BGB 四八〇条の規範が実際に (tatsächlich) 正しくないかどうかの考慮を促したい。立法者がこの原則を逆にすべきかどうかがいま問題である場合、立法者が考えなければならぬことは、私が――正当にであれ、不当にであれ――議事録の行間に読み取っているものが、今日もはや一般に通用 (gelten) しないかどうかである。解除要求の信義違反を売主が証明する場合には、四八〇条にもかわらず、第二の提供をする権利がBGBにもとづいて売主にあるということを誰が疑うだろうか、それゆえ法律を改正する必要があると考えるだろうか。

(4) 売買物の瑕疵のさいの売主の損害賠償責任 (S. 110~S. 170)

BGB 四六三条・四八〇条²²⁾二項の規制に従えば、売買物の瑕疵の場合に、悪意の黙秘と性質の保証の場合に売主は買主に対して損害賠償の責任を負う。法律はこの損害賠償責任を不履行による責任とし、瑕疵のみにもとづく責任と選択的に位置づけている。つまり、買主は解除または減額に代えてのみ不履行による損害賠償を要求しうる。立法資料が明らかにしているように、もし売主が保証しているのでなければ、または悪意で黙秘しているのでなければ、買主は「たんなる瑕疵の場合に…、普通法に従ってのように、按察官上の法的救済(解除または減額)に制限される」²³⁾。

〔二〕法律上の規制と現行法との相違

この法律上の規制は、判例と学説がこの責任の限定について認めているものともはや一致しないし、それどころかまっ

たく調和できない。

相違は、まず、悪意または保証の場合に買主に与えられる損害賠償請求権と解除・減額権との関係に關している。賠償されるべき損害は、買主が瑕疵のない物の供給について有するすべての利益を包括する。つまり、物でもって利得をえる利益および現有の財産を失わない利益、それゆえ瑕疵損害 (Mangelschaden) および瑕疵惹起損害 (Mangelholgeschaden) を包括する。瑕疵ある物が買主の財産に惹起した損失の賠償を求めめる請求権に關して、この請求権は解除ないし減額の代わりにのみ買主に与えられるということは妥当しえないし認められない。買主は解除し減額しうるし、さらにもかくもこの惹起損害の賠償をも要求しうる。いずれにせよ、そのかぎりでは BGB 四六三条・四八〇条二項の規定は現行法ではないし、また決して現行法ではなかつた。BGB の起草者は売主の損害賠償責任をその当時通用しているローマ普通法におけるがごとく規定しようとしていた。ローマ普通法において、悪意 (dolus) と保証 (dictum, promissum) の場合の売主の賠償責任のなかに惹起損害が含まれていることは疑問の余地がなかつた。ローマ法源のなかで被侵害利益が具体的に示されているところで、ほとんど例外なく惹起損害が見いだされるし、しばしばこの惹起損害しか挙げられていない⁽²⁾。今日と同様にローマ法においても本来の瑕疵損害よりもこの惹起損害の賠償が實際上重要であることに照して、四六三条・四八〇条二項の立法資料において、不履行によつて賠償されるべきものとしてのこの賠償についてまったく議論されていないという事実はもちろん注目をひくし、説明の必要がある。惹起損害についての立法資料の沈黙はつきのようにしか説明しえない。この損害は、売主によつて賠償されるべき「不履行による損害」つまり「履行利益」に属することは自明なことであったので、このことに特に言及する必要性はまったく感じられていなかった。この説明は歴史的にのみ根拠づけられうる。損害賠償の理論が一九世紀に辿つた展開のなかにこの説明のより確かな証拠がある。

中世においては、賠償されるべき利益に關して *circa rem* の利益と *extra rem* の利益との區別が、今日の瑕疵損害と瑕疵惹起損害との區別と文言上ほとんど一致するやり方でおこなわれていた。この區別において、惹起損害つまり *extra*

rem の利益に対する賠償義務は malefactum (不法行為と売主の不完全履行) に対する責任という特殊なものであった。しかしその後なかならず十九世紀において、とりわけモムゼン²⁶⁾は circa rem と extra rem の利益の区別に賛成しなかった。利益賠償の義務は、つねに利益全体の賠償義務である、つまり賠償を義務づける事情によって賠償権者の財産に生じたあらゆる不利益を含むことであれば、この区別は意味がない。それゆえこの理論にとって、惹起損害が売主の賠償責任に含まれることはまったく当然のことであった。⁽²⁶⁾

BGB 成立の時期に、BGB の起草者にとつて、この完全な利益賠償の理論はもはや問題にされていない。悪意と保証のさいに、惹起損害が、売買物の瑕疵にもとづく売主の責任に含まれることには疑問の余地がなかったし、通説となった利益賠償の理論をとおしてこの責任のあらゆる特殊性は取り去られた。したがって、惹起損害に関する立法資料の沈黙もまた、惹起損害も不履行による損害賠償のなかに明らかに含まれているという見解のみを正当化する。しかし同時に、惹起損害は物の瑕疵を理由とする売主の損害賠償責任に関しては何か特別なものでありえないかどうかについて特別に考慮しなかつたという見解をも根拠づける。惹起損害は、買主の得べかりし利益についての責任との関係で、いずれにせよ解除と減額が extra rem の利益、瑕疵惹起損害の主張を排除しえないというかぎり、何か特別なものである。解除と不履行による損害賠償との結合が許されるという場合にも、この特殊性は残っているし、瑕疵損害と瑕疵惹起損害の区別の必要性も存在している。それゆえ、解除と減額という按察官上の法的救済に対する不履行による損害賠償請求権の位置づけに関して、BGB 四六三条・四八〇条二項の規制は正しくなかつた。

売買物の瑕疵のさいの売主の損害賠償責任に関する法律上の規制と実務・学説との、実際にはより重要なもうひとつの相違は、売主の悪意と保証の場合にのみ責任があるのか、あるいは瑕疵に関する有責の場合にも、それゆえ過失 (Fahrlässigkeit) のみがある場合にも責任を負うのかという問題に関する。判例は、BGB 発効とほとんど同時に、「履行のやぶさか (, bei ") なし」⁽²⁷⁾「履行における (, in der Erfüllung ")」⁽²⁸⁾売主の有責に関しても売主は責任を負うこ

とを認め、シユタウプ²⁷はまさにこの責任のなかに積極的債権侵害の理論のための主要な証拠を見つけた。シユタウプによるこの名称の下で、売買物の瑕疵のさいの売主の有責任は一般的に承認されているので、この責任を法律から導き出すためのあらゆる努力は今日ほとんど重視されていない。積極的債権侵害による責任を法律と調和させようとするB G Hの試みである「結局B G B二四二条に」基礎づけられたB G B二八〇条・二八六条・三二五条・三二六条からの全体類推(Gesamtanalogie)もまた、しばしば援用されるこの責任の慣習法上の承認と同様、この責任を法律上根拠づけることに関する関心のなさを示すものである。あらゆる努力はまとはずれの試みにすぎなかったことをB G B四六三条・四八〇条二項の成立史は教えている。ともかく判決された多くの事例において、売主は有責にもとづいて瑕疵惹起損害に対して責任を負うということが問題であるし、通説に従えばこの有責任はこの惹起損害に限定される。しかしすでに述べたように、惹起損害は法律の起草者によく知られていたし、賠償されるべき履行利益、不履行による損害賠償の構成部分であることは自明なことであった。しかし売主は悪意と保証の場合にのみ履行利益、かくして惹起損害に対して責任を負い、そうでない場合には按察官上の法的救済に制限されるとすれば、過失のみにもとづく惹起損害による責任も売主にはないということが確定されることになる。

起草者は有責任に意識的に反対したかのように理解されてはならない。普通法上の法状態が法律に移されたのである。つまり、利益賠償責任の要件としてローマ法源のどこにもculpaは挙げられていない。B G B成立の時期までの普通法理論において売主の利益賠償責任をculpaの観点に還元することに誰も賛成していなかった。レオンハルトが一八九六年に、惹起損害に関する責任の根拠も契約締結のさいの売主の有責に求めたとき、²⁸法源と明らかに矛盾する学説として驚きをもって迎えられたし、²⁹ともかくB G Bは完成していた。それゆえ、法律は有責任を退けているのではなく、たんに知らなかったと言わねばならない。

起草者が意図したわけではないけれども、B G Bはその効果において過去との断絶、ローマ法からの解放、ともかくロー

マ法源から正当化する必要性からの解放をもたらした。惹起損害に対する売主の責任はローマ法源に存在していたし、そこではもちろん *dolus, dictum, promissum* に結びつけられていたので、売主の有責責任に対する欲求は權威のある法源に押えられていた。この売主の有責責任に対する欲求は、売買物の瑕疵による売主の損害賠償責任に関して惹起損害についてもはや明示的に (*expressis verbis*) 述べていない法律の施行のもとではじめて可能になった。この法律はその法命題 (*Rechtssätze*) の抽象的性格のゆえに、ローマ法源における具体的な裁定から成り立っているということを無視するかぎりでは、法律の欠缺 (*Gesetzeslücke*) という構成を許した。シユタウプが積極的債権侵害と名付けたもの、それゆえ不完全給付の *malefactum*、ともかく惹起損害つまり *extra rem* の利益に関する規制はこの法律に欠けているから、惹起損害に関して、法律に矛盾しないものとして有責責任は主張されるという見解を許容した。さて、この法律の欠缺が再び否認されて、不完全給付の *malefactum* による *extra rem* の利益の侵害は B G B の起草者によく知られており、これに関しても売主の責任は四六三条・四八〇条二項に規制されているということが指摘され、つぎに、このことが有責責任に反対する論拠として使われるとすれば、私はこの論拠に、このような問題において約百年前の歴史上の立法者のとった見解が今日拘束力があると説明する法律実証主義の驚くべき一形態を見いださうだけである。歴史上の立法者は、帝国議会・連邦参議院そしてヴィルヘルム (Wilhelm) II 世であった。後者はさておき、前者の審議機関において理由のある判断 (*Begründeter Urteil*) をなすべきものとしてできた多数 (*Mehrheit*) を確認することはできないだろう。しかし第一、第二の委員会の構成員、プランク (Planck)、ヴィントシャイト (Windscheid)、シトルクマン (Struckmann) と、なおジャクベツキー (Jacubezky) とに関すること、確かに法的に思慮深い人々の見解は今日つぎの問題を投げかける。わずか数年後に、法律から導き出すことに関してのみわずかに疑問とされたものをどうして彼らは完全に見落したのか。しかしこの問題については、法律の成立史のなかにつぎのを見いださう。ローマ法源を基礎としていた法が法律に移されることになっていた。ローマ法には売買物の瑕疵の場合の売主の有責責任は存在していなかった。瑕疵惹起損害は不

完全な履行のさいの責任の特殊なものとはもはや感じられていなかった。それゆえ、そのような損害のさいの有責責任の必要性も明らかにされなかった。このことを確認すれば、BGB四六三条・四八〇条二項の成立史は、有責責任を認めるべきかどうかという問題を投げかけない。ただなお有責責任の正しい限界づけの問題、つまりこの責任は惹起損害に限定されるべきか、それとも瑕疵損害に關しても認められるべきであるかという問題のみを投げかける。責任を根拠づける有責は、大審院が認めたように、履行のときに (Bei oder in der Erfüllung) 有責がなければならぬのか、それとも、なお普通法においてレオンハルトが考えたように、契約締結のさいの過失による瑕疵の不知が必要にして十分であるのか。この責任は種類売買におけると同様に特定物売買に關しても認められうるのか、そして最後に、悪意と保証にもとづくものに対してこの責任の關係はどのように位置づけられうるのか。

現行の法状態を編纂する法律の改正をおこなう前に、これらの問題は現行法上 (de lege lata) それゆえ解釈学的に解明されるべきである。フーバーもまた今回の立法モデルの提案の前にこの問題を研究している⁽⁹⁾。

フーバーの提案の内容はつぎのとおりである。瑕疵損害と瑕疵惹起損害との区別なしに、また特定物売買と種類売買との区別なしに売主の責に帰すべき売買物の瑕疵に対する売主の損害賠償責任を定める。そして、法律における悪意と保証による売主の責任についてそもそも沈黙する。かくして、今日の慣用であり、必要な細分化はすべて一撃で除去されてしまふことになる。

われわれがフーバーの提案を実現するとすれば、物の瑕疵の場合の売主の損害賠償責任に關して、歴史つまり現実が生み出さないほど簡単に平板なひとつの法律上の秩序をわれわれはもつことになるだろう。それはモデルにおいてのみ成立しうるような規制である。

〔二〕 特定物売買における損害賠償責任

① 瑕疵損害 (circa rem) の利益

フーバーにとって問題のある場合、特定物売買において目的物が契約締結のときに瑕疵がある場合からフーバー提案の評価を着手する。この場合はフーバーにとって問題なのであって、とにかくフーバーの主張する「より狭い」本来の「意味における履行利益、それゆえ瑕疵損害の賠償についての有責責任は今日まで認められていない。BGH (NJW 1965, 532) によってまったく棄てられている。瑕疵損害の賠償に対する有責責任は、この責任の発展の帰結であるかもしれないし、ここでも権威の引用でもって先へ進めないわけではない。フーバーはBGHの見解に対して、ヘック (Heck)、『ブロマイヤー (Blomeyer)』、エメリヒ (Emmerich)、『フルーメ、シュレヒトリム (Schlechtriem)』、クラマー (Kramer) の見解を対置している。このなかで特定物売買における物の瑕疵担保責任の権威とみなされうるのはフルーメだけであるけれども、フルーメは現行法上、悪意と保証を欠いている売主は履行利益に責任を負わないという見解である。誰が権威であるかという困難な問題をまったく別にしても、権威の引用による論証はむずかしいものであり、非常に慎重かつ厳密に使用されるべきである。

それゆえ、有責のゆえに、知りうるがゆえに、あるいは *unusquisque peritus esse debet artis suae* (各々の技術に堪能でなければならぬ) がゆえに、特定物売買のさいに最初から物に欠けている価値の賠償を求める責任が根拠づけられるかどうか、またその程度はどうかを衡量する場合、見解形成に関してわれわれに残っているのはなお具体的な事例の判断のみである。具体的事例において、BGHが責任を否定し、フーバーが責任を肯定している事例は、規範を示す試金石⁽¹⁾としては不幸にも適していない。この判決は、この問題が外見上BGHの判断にかかった唯一の場合であるように見えるけれども、問題は事実上BGHによってそもそもなお判断されていないから、ここで何が正しいかに関してはこれまでもなお実際上の試験を欠いている。それゆえ、すでにわれわれが法律においてもっているものを立法者は何も変更するべきではない。変更の必要性は判例のなかに、つまり現実のなかに、とにかくこれまで現われていない。それゆえ、議論はモデルにおいてのみ、構成された事例でもってのみ、暫定的方法でのみ可能である。

BGHによつて判断された事例をつぎのように再構成しよう。AがBから土地を購入したが、その土地にはすでに閉鎖されているけれども、かつてBによつて敷設された排水溝（＝暗渠）があり、建築を妨げており、排水溝はX（金額）の費用でもつて除去されなければならないか、または特別な費用のかからない特別な方法での建築の施行を強いる。Bは契約締結のさい閉鎖された排水溝の存在を告げるのを忘れていた。Aが排水溝の存在を知らないで土地の上に建物を建てると、この建物に排水溝を原因とする損害が発生する。この損害はとにかく惹起損害であり、ここではまず除外しておく。土地に瑕疵があつても排水溝が、特別な、しかし費用に関しては取るに足りない建築の施工を要求するにすぎない場合にはAの瑕疵損害はない。その場合土地はAの目的にとつてまったく適合しており、価値の減少はない。したがつて排水溝が費用を伴つて除去されなければならない場合のみがここで詳論されるべき問題である。そのかぎりでのみ、土地のこの性質はAにとつて不利益であり、瑕疵損害が問題になりうる。

瑕疵ある性質のゆえに物に付着する減価の調整のために、買主はいずれにせよ売買代金を減額する権利を持つてゐるし、この権利は売主の有責とは無関係である。それゆえ、売主の有責を要件とする履行利益に関する責任は――惹起損害をわきへ置けば――減額が瑕疵の除去費用と一致する場合にはそもそも必要がない。しかしこのことは確かにつねに、そうというわけではない。事情によつてはBGB四七二条³²に従つて算出されうる代価減額（Y）と瑕疵の除去にかかる額（X）との間に買主に不利な差が生じうる。それゆえそもそもこの事情の下でのみ有責を要件とする売主の賠償責任の必要性があるし、是認されうるにすぎない。

X額とY額との買主にとつて不利益な差は、とりわけ事実上の性質における物の価値が売買価格から除去費用X額を差し引いた額よりも高い場合に生じる。それゆえ、物がその事実上の状態においてその価格で販売されていると、瑕疵の除去を顧慮するとその費用のゆえに不経済であろう場合に生じる。Aの購入した土地の上にAが計画したような四階建ての家は、排水溝を除去しなければ建てられないとしても、しかし平屋は建てられるとすれば、その土地はその事実上の性質

において買主の目的にとつてのみ適性を欠いている。この場合、まず買主の目的に対する土地の適性がそもそも合意されていたかどうか、それゆえ排水溝の存在がそもそも売主の責に帰すべき瑕疵であるかどうかが重要である。

Bが契約締結のさいに排水溝に言及することを実際に忘れていたとすれば、それゆえ排水溝のことをまったく考えなかったとすれば、その原因はつねに、Aの目的に関して排水溝の重要性は明らかでなかったということにある。売主は、買主が売買物で何をしようとしているのかについて関心はないし、かかる関心を売主に要求することもすぐにはできない。物の使用、それゆえ買主の目的にとつての物の適性の検査は買主の問題である。それゆえ *caveat emptor* (買主注意せよ) は、物がどのような性質を有するべきかの問題に関して今日もなお出発点でなければならぬ。この原則があてはまらない、それゆえ物の性質について合意されているということは特別な理由を必要とする。この理由の最も重要で最も明瞭なものは、買主が自分の目的にとつての適性に関して売主を信頼することができることである。このことが、疑わしきときは、当該種類の物における通常の使用の適性に関して認められるべきである。買主に特有な適性―設例ではこれが問題であるが―に関しては、*caveat emptor* がまさに原則でありつづけなければならないし、買主は売主を原則として信頼してはならない。売主が買主に特有な目的を知っているのみならず、買主が物を検査しまたは検査させる代わりに、売主をつまり売主の物についての知識と専門知識を信頼してもよい特別な理由もある場合に、そのかぎりではじめて事情は異なる。設例においては、特別なことが何も付け加わらない場合にはこのことは認められない。それゆえ、排水溝の存在はB GB四五九条に従つてBが責任を負わなければならないような物の瑕疵ではない。それゆえ、有責の問題は生じないし、とにかく否定されるべきである。しかしつぎの場合には事情は異なる。買主にとつて重要な物の性質の判定に関して、たとえば買主が素人で売主が専門家である場合のように諸事情により買主が売主を信頼していることが明らかであるとすれば、この性質の欠缺がそもそもはじめて売買物の瑕疵であるのみならず、履行利益についての売主の責任にとつて売主の有責がそもそもなお要件でありうるのかどうかという問題もある。

問題はどの程度、有責を顧慮しないで、つまり物が特定の性質を有することについての売主の約束にもとづいて、売主は履行利益についての責任を負わなければならないかということである。BGBに従えば、悪意の場合のほかに、売主が性質の存在を保証している場合がそうである。それゆえ、現行法上すぐに立てることができる適切な問題は、買主の目的にとつての適性は、買主が物の性質に関して売主を信頼してもかまわないし信頼してもいる場合にはつねに保証されているとみなされえないかどうかである。原則としての *caveat emptor* を前提とする場合にすぐに到達する問題は、たんなる性質の合意に対する保証の関係をどう規定するかということである。フーバーは、保証は実際には売主がとにかく与えている約束の復唱にすぎないと考えている。フーバーは物の瑕疵 (*Fehler*) と保証された性質の欠缺 (*Fehlen*) との区別を現行法の主要な悪弊のひとつとみている。そのかぎりではフーバーの見解が正しいとしても、一般規定のなかに紛れ込ますようにして保証責任を再び導入するためにBGB四五九条以下の保証責任をそもそも除去するという帰結にはならない。そうであれば、むしろ物の瑕疵と保証された性質の欠缺との区別を放棄し、売主の利益賠償責任を売主の約束にもとづいて認めることのみが問題になりうる。

caveat emptor は売買における物の瑕疵責任に関するわれわれの法の歴史上の出発点であった。古代ローマ法において、認容できないがゆえ警察を活動させる名うての家畜・奴隷商人に対する有責を要件としない、賠償されるべき利益に関して制限された責任をとおして、そして一般的に売主の言明ないし約束 (*dictum oder promissum*) にもとづく有責を要件としない、完全な履行利益に向けられた責任をとおしてこの原則は制限されていた。この制限は、売買物の性質に関しては買主が注意すべきであるという原則のなかにすでに含まれている。というのは、この原則の正当性は、売主による言明ないし約束の場合には失われる、つまり「売主は保証でもって買主の検査義務を取り除く。取得者は保証を信頼してもよい」⁽³³⁾ からである。保証のさいの履行利益についての責任に関するこの法命題 (*Rechtssatz*) はわれわれの法に二千年來存続しているし、フーバーの提案に従ってこの法命題が法律のなかにもはや明言されない場合でも存続するであろう。それ

ゆえ、瑕疵担保責任の規制から保証に対する責任を削除するというフーパーの提案は、この法命題が一般的な有責責任の厳格化という回り道をしてはじめて再び現されねばならないので、われわれの法を曖昧にするだけである。この法命題が実質的に除去されないとすれば、四五九条二項は形式的にも存続したままでなければならぬ。

古代ローマ法以来生じてきている変化には法的事実上のもとの解釈学上のもとのとがある。今日はあるかに複雑な工業製品が販売されているし、買主はしばしばその性質、通常の使用に関する適性すら検査し確認することができない。別の言葉で言えば、買主が売買物の瑕疵に関して売主を信頼せざるをえないし、信頼してもいる領域が事実上より大きくなっていく。しかしこの事實は売主の有責責任——売主が自分の販売している製品の技術を理解しているかどうかが重要である——を強いるものではない。むしろこの事實は、保証責任の根拠に従ってその拡大を強いる。しかしフーパーは、単純な性質の合意からほとんどの区別しないで保証を承認している判例を非難しているかのごとくである。とすればこの非難は、保証責任の根拠と変化した現実とを無視するという点において非歴史的なものであろう。

解釈学上の観点においてわれわれが到達している理解は、売買契約上の合意の対象は「時空上特定された物 („raum-zeitlich bestimmtes Etwas“)]ではなくて、特定の性質を備えている物であり、それゆえ売主は特定の性質を備えている物を約束しているということである。それゆえフーパーのように、売買物の瑕疵を不履行事例のひとつとみなすことができるし、売主が瑕疵の責を負わなければならない場合、つまり契約締結のときに瑕疵を知るべきであるときは履行責任を負うと考えることができる。しかし、先の理解は、有責責任について考える前に、物に瑕疵があるということさえ確認されれば、有責とは無関係に履行利益に対する責任を根拠づける保証の要件も満たされえないのかどうかという解釈学上の問題、言い換えれば物の性質に関する約束は保証から何によってなお区別されるのかという問題を投げかける。二つのことを相互に区別することはできない。同じことが問題である。

おそらく問題は、とにかく解釈学上の次元においてはワイン樽か油槽かの漏る容器の販売の事例についての学説集纂の

判定と、この判定についてのフルーメの位置づけにそくして最も明瞭になる。³⁶⁾

フルーメの見解によれば、ユースティーニアヌス法においてすでに売買の合意は一般的に売買物の性質に関連している。それゆえ合意された性質を備えている売買物の価格での賠償請求権が買主に認められうる。それゆえユースティーニアヌス法において、履行利益についての売主の責任は、容器の完全性についての売主の約束のなかに根拠づけられているのであって、契約と別個になされた保証のなかに根拠づけられているのではない。そうだとすれば、なぜ今日そうでないのか。どうしてユースティーニアヌス法に従った「売主の責任」が今日「緩和」されうるのか。BGBの起草者は普通法上の法状態から後退しようとはしていない。それゆえBGBにもとづいても容器たとえば油槽の売買において、売主は容器の完全性に対してただちに履行利益の責任を負わなければならない。フルーメが示したように、まさしく今日においても売買の合意は一般に売買物の性質に関連しているとすれば、なぜ今日この責任が売主の売買契約上の約束のなかに根拠づけられないのか理解できない。そこで履行利益についての責任を売買契約の外で根拠づける特別な行為(Akt)としての保証について考察する。性質の合意と保証との区別は実際には黙示的保証をとおして既に問題にされている。性質の合意と黙示の保証に関して売主の意思と意識はまったく区別されえない。ともに事実上、売主の同一の意思のみが確定されうる。そのつど特別な意思を仮定することは現実に反した構成である。明示的な保証もまた黙示的保証となら変わることはない。いずれにせよ問題となつている性質が当然に備わっていることが前提にされている。フルーメの主観的瑕疵概念の理論の理由づけに従って、自明なこととして前提とされていた性質は合意された性質であることを認めねばならないとすれば、また黙示的な保証は性質の合意と同一のものであることを認めなければならない。

しかし、普通法学説とBGBの起草者にとつて、売買契約は売買物の性質に関連してはいないから、黙示的な保証を仮定することはなお解釈学上問題のないものでありえた。ヴィントシャイトのように、³⁷⁾保証にもとづく責任を、売買契約とは別個になされた約束にもとづく責任とみなすことができた。というのは、売買契約は特定の性質を有する物の約束では

ないからである。しかしわれわれが売買契約を物の性質に関連づける、それゆえ物の性質は売主の約束の内容であるとするれば、保証もまたこの約束のなかに、つまり性質の合意に含まれるし、事実上することのできない区別は解釈学上も破棄される。その場合、物が売主の責に帰すべき瑕疵を有するときの履行利益に対する売主の責任は売買契約をおしてただちに根拠づけられている。つまり、その場合、売主に責任がないということは特別な根拠を必要とする。つまり、売主は按察官上の責任しか負わないということは特別に根拠づけられるべき例外であり、それゆえ按察官上の物の瑕疵担保責任の例外的性格が復元される。

われわれの出発点は *caveat emptor* であつて、その帰結として、物の検査すなわち買主の目的にとつての物の適性についての検査はそれ自体買主の問題である。したがつて、買主の目的にとつての物の適性に関する性質の合意を承認することは、買主は売主を信頼することができるし、実際にも信頼していることを既に前提にしている。このように根拠づけられた性質の合意でもつて、同時にまた履行利益についての売主の責任の根拠も与えられている。というのは、伝統的なすなわち売買契約とは別個のものとしてであれ、保証が履行利益についての責任を根拠づけるのは、保証のさいに買主は売主を信頼しうるし、売主が買主に物の検査を免除しているからである。そうであれば、売主と買主との関係において瑕疵の確認が売主の問題である場合、つまり買主が売主を信頼しうるし、信頼しているという場合には常に売主のこの責任は根拠づけられているとみなされるべきである。黙示的な保証の承認のなかに、事実上も既にこの保証責任の要件上の拡大があり、性質の合意と保証との統合がある。この統合は十分には意識されていないがゆえに、十分でないだけである。相変わらず特別な保証引き受けの意思を求め、そのような特別な意思を重要視するがゆえに、保証責任を何か特別のものとして、疑わしきときは根拠づけられない原則からの例外とすることによって、まさに物の瑕疵のさいの売主の損害賠償の要件は厳格なものになる。この売主の損害賠償責任の厳格さは、確かにわれわれの現行法の主要な弊害のひとつである。そしてこの弊害は「瑕疵」と「保証された性質の欠缺」との区別ともかかわっている。「瑕疵」に対する按察官上のみの

責任が原則であり、保証に対する履行利益をも包括する責任が例外であるという考えを変えない場合にはとくにそうである。とにかく真の原則は、われわれの法の歴史からわかるように、そしてなおその歴史と結びついた現行のイギリス法が教えるように、物の瑕疵に関して売主は一般に責任を負わないということである。売買物の性質に関する売主のあらゆる責任は特別な根拠を必要とする。われわれの法において、買主の目的に適する性質、疑わしきときは、その物の通常の使用に適する性質が物に備わっているという売主の約束に売主の責任の根拠づけを求めている。さて、そのような約束の承認は、とにかく普通、同時に保証責任を是認する事実認定、つまり買主が物の性質に関して売主を信頼していたし、なんらかの事情にもとづいてそうする原因も売主の側にあつたということを前提とする場合、瑕疵と性質の欠缺との間も通常もはや区別されえない。われわれの場合も、買主の特殊な目的および通常の使用にとつての物の適性に関して、一般的にはではないが、少なくとも通常、売主は履行利益にも責任を負わなければならないということになる。ただわれわれの法には按察官上の責任があるから、諸事情の下で解除と減額に制限されたこの責任のみが認められうるということを考察の対象とし、顧慮することにする。つまり、買主にとつて重要な売買物の性質の存在に関して、買主は自分同様に売主を信頼することはできないけれども、しかし両者が当該の性質の存在を前提とし、この存在を考えに入れて契約も締結されている場合がありうる。両者が、この性質を確認するための専門知識を持たず、どちらも相手方が第三者の専門知識を利用することを相手方に期待することができない³⁹、あるいは売主と買主が十分な判断力を欠いているので第三者の専門知識を利用する場合がそうである。

それゆえ、性質の合意が履行利益についての責任を是認しない特別な根拠は、買主が売主に前提にしてもよいし前提にしているような売主の認識可能性の外に合意された性質の欠缺がある場合に存在している。フルーメが考察しているように、製造業者または商人は技術に堪能である (*artis suae peritus est*) ことを買主は前提にしようし、またふつう前提にするだろう。これに対し、売主が瑕疵を知りうるにすぎないことは、知るべきである場合と同様、瑕疵の不存在が合意さ

れていると同時に履行利益についての責任が根拠づけられているとみなす十分な理由ではない。買主が売主を信頼しうるし、信頼したのでなければならぬ。それゆえ、諸事情によっては、売主の側で瑕疵を知りうる事が買主の側で物を検査しない、それゆえ瑕疵の不存在について売主を信頼することについての買主にとつての根拠でなければならぬし、根拠でありうる。通常の使用を妨げまたは減少させるような瑕疵に関してこのことはふつう認められうる。物を使用していたような個人売主は、そのような瑕疵を知りうるし、そのかぎりで優越した専門知識を持っているから、現状での物の売買でないとき、買主は通常検査によって確認する必要はない。それゆえ、そのような瑕疵の不存在は合意をとおして常に同時に保証されているか、または現状での物の販売の場合に、そもそも売主の責任はまったく排除されている。

この見解に従えば実際的な結果において、フーパーが特定物売買における原始的瑕疵に関して有責責任を導入することによって達成しようとしているものとの差異はほとんど生じないであろう。この見解に従えば、性質の合意が売主の損害賠償責任を例外なく根拠づけるのではないし、それゆえ瑕疵と性質の欠缺との区別は完全には失くなりえない。確かに、この見解は個々の事例の判断において、現在われわれが有するより以上の確実性 (Sicherheit) をもたらさないだろう。

しかし、有責問題が個別事例において解明される確実性も証明を必要とするし、とりわけ実務はこれに関しこれまで方向づけの可能性をまったく欠いている。しかしとりわけ私が考えるのは、われわれの有する法の形成はその既存の構造と一致しておこなわれなければならないし、その場合にのみ法発見の確実性が最も保証されるということである。それゆえ保証責任が実際に拡大され、売買契約上の約束にもとづく責任に解釈学上位置づけられる場合、問題になりうるのは現行法 (lex lata) の変更ではなくて、その理解、つまり性質合意と保証との関係の定義の変更のみである。その場合、特定物売買における原始的瑕疵における履行利益についての有責責任、つまり既存の法のそのような打破の余地のないことははや明らかである。

② 瑕疵惹起損害 (extra rem の利益)

特定物売買における瑕疵惹起損害に対する売主の責任根拠の確定にさいして、瑕疵損害と瑕疵惹起損害との間にとにかく事実上存在する差異が前提とされるべきである。この差異の内容は、瑕疵損害は契約締結と同時に存在しているのに対し、瑕疵惹起損害はなおより一層の行為 (Akt) つまり瑕疵ある物の給付を前提とすることにある。というのは、瑕疵ある物の給付がなければ、物に瑕疵があるがゆえの買主の無益な出費も生じえないし、さらに不法行為上保護されている財貨の喪失を買主は瑕疵によって被ることもない。これに対し、瑕疵損害は契約締結と同時に生じている。つまり附着している瑕疵のゆえに物の価値は減少している。そして契約にもとづく売主の責任は、特定物売買において瑕疵を除去する義務が契約から生じないとすれば、契約以上のものを前提としない。しかしこの差異の確定でもって、惹起損害に対する売主の責任の要件は瑕疵損害におけるものと同様であるかどうか、つまり惹起損害に関して、とにかくより一層の責任根拠として履行における有責、有責な不完全給付を内容とする積極的債権侵害を承認しえないかどうかという問題は判断されてはいない。このことが今日においてもなお問題であることは、積極的債権侵害の理論の提唱者が、特定物売買に関して有責な不完全給付による責任をなお明確に退けているし、確立した判例によっても種類売買に関してのみそのような責任を承認しているということによっても示されている。

既述のことから、保証を含んでいすぎない性質の合意にもとづく責任もまた保証による責任となら変わらないことが明らかになる。つまり売主の約束にもとづく責任は買主の全利益に及ばなければならない。それゆえこの責任根拠に関して惹起損害も瑕疵ある物の給付なしには生じえないとすれば、この瑕疵損害と惹起損害との区別も重要ではない。惹起損害の特殊性は、瑕疵のゆえに買主が無用な出費をする、つまり物と買主の財貨との接触によって、瑕疵がこの財貨に不利な影響を及ぼすということにある。しかし物に瑕疵がないことについて買主が売主を信頼しうるし信頼していることに売主の責任がもとづくこととすれば、もはや売主を信頼しないで自分の財貨を毀損する性質について物を検査すべき理由が契約締結後に買主に生じていないかぎり、この惹起損害の特殊性もまた問題にするには及ばない。それゆえ瑕疵ある物が

給付されているとすれば、売主は保証にもとづいて、つまり約束にもとづいて瑕疵惹起損害に關しても責任を負う。

特定物売買における惹起損害に關する責任に關して、現行法の繼續(Fortführung)としてここに主張されている見解はやはりフーバーの提案より優れていることが明らかになる。保証責任はただちに惹起損害にも及びうる。しかし、有責にもとづく責任は有責な義務違反を前提とする。有責とは、契約締結のさいに瑕疵を知るべきこと(Könnemissen)であるし、この時点で存在する瑕疵損害に關してのみ責任を根拠づける。しかし契約がはじめて買主に対する売主の義務を根拠づけるから、惹起損害の賠償に必要な売主の義務違反は契約締結後はじめて生じうる。つまり売主は瑕疵ある物の供給をとおしてはじめて義務違反をおこなうことになる。この責任要件の奇妙さ、有責と義務違反の行為とのずれを避けるためには少なくとも物の供給のときに、すなわち義務違反のときに有責はなお持続しているとしなければならなくなる。しかしそうすると惹起損害に対する責任を根拠づける有責だけは供給の時点における有責であるがゆえに、契約締結の時点における有責は、そのかぎりでも重要ではなく、瑕疵損害の賠償に關してのみ重要であることになる。かくして瑕疵損害と瑕疵惹起損害とに対する責任を根拠づける要件とは同じものではなくなる。少なくとも有責が一度だけ、契約締結の時点においてのみ、または供給の時点においてのみ確定されうる場合かどうか、瑕疵損害と瑕疵惹起損害との區別——「實際區別することが難しい」論理的におこなえないし、法政策的に誤つて⁽⁴⁾「いる」は、やはり必要になってしまうのではないか。

特定物売買における惹起損害に対する責任のフーバーによる根拠づけのもうひとつの困難性、すなわち特定物売買において瑕疵ある物の供給がそもそも義務違反(Pflichtverletzung)でありうるのかという問題についてフーバーは特別に考察している。BGB八二三条一項⁽⁴⁾に従つて不法行為法上保護されている買主の財貨への瑕疵の影響に關しては、侵害された義務は一般的な社会生活上の義務(allgemeine Verkehrssicherungspflicht)であり、それゆえ責任それ自体も契約からではなくて不法行為法上根拠づけられている⁽⁵⁾。しかし買主の無用な出費に關しては、責任は契約からのみ生じうる。そ

のかぎりでは、瑕疵なき物を給付する売主の主たる義務が侵害されている。⁽⁴³⁾ 惹起損害と瑕疵損害に関する責任は契約締結時の有責にもとづくとする場合、フーパーはこの見解をとらざるをえないことになる。その場合、主たる義務と並んで存在するいわゆる保護義務ないし保持義務の侵害に責任を根拠づけることはできない。というのは、そこからは完全性の利益の侵害(惹起損害)による責任しか生じないからである。それゆえ、さらに不法行為法上保護されている買主の財貨を侵害する惹起損害も契約責任から追いつきなければならぬし、そのかぎりでは責任は一般的な社会生活上の義務の侵害に根拠づけられる。というのは、責任が契約当事者間の関係において特別に根拠づけられている付随義務から生じるということをもそのままにしておくとするれば、この義務はとにかく買主の完全性の利益(Integritätsinteresse)を保護する義務というようになるし、さらに買主の財貨一般の保護のためでもないそのような義務がなぜ契約当事者間で根拠づけられるのかもはや理解されえないだろう。それゆえ不法行為法上保護されている買主の財貨に生じている惹起損害に關してのみであるにしても、責任を売主と買主との特別関係から根拠づけるとすれば、少なくとも瑕疵損害と惹起損害とを包括する契約締結時における有責という統一的责任根拠を危うくしたのである。

この有責の前提として義務違反が必要とされる。瑕疵ある物の供給のなかにのみこの義務違反はありうるし、瑕疵ある物の供給によって侵害された義務は主たる義務である必要があるとするれば、特定物に關しても瑕疵なき物を供給する売主の義務が承認されなければならない。この義務の承認こそが、売買物の瑕疵における売主の損害賠償責任に關してフーパーが展開している構想の基礎となるものである。なぜ売主の義務の原則的な内容として修補義務の存在にかくも重きが置かれているのが、今はじめて完全に理解される。

現行法上(Re lege lata)疑問の余地がないように、特定物売買の場合に瑕疵を除去する売主の義務は原則としてないとするれば、瑕疵なき物を供給する売主の義務についても問題にならぬ。売主は物を現状のまま給付することのみを義務づけられている。とにかく、このことについては現行法上も今日ほとんど一致している。もちろんフーパー提案のこの

ような難点は立法論上 (de lege ferenda) 容易に処理しうるし、現行法上もあまりこだわらなければこの難点をうまく処理しうるかもしれない。無用の出費の形態における惹起損害の場合における損害賠償義務の根拠は、売主が契約に適合する物を給付する契約上の義務を履行していないことにあり、このことは特定物売買において購入された物が契約締結時にすでに瑕疵がある場合にもあてはまる。⁴⁴⁾このような主張の根拠として、ラーベルのほかに、フルーメが援用される。フルーメによれば、「特定物売買の場合でも…売買契約は瑕疵のない物の給付に向けられており…売買契約の内容は物が契約上指定された、または特に明示されていなくても取引上通常の性質を備えているということである」それゆえ、つぎのように結論しうる。この性質が欠けている場合、「売主は契約に適合した物を引き渡していないことによって売買契約にもとづくみずからの義務」を侵害している。

しかしフルーメは、特定物売買に関して瑕疵なき物を給付する売主の義務の承認を明確に退けている。確かにフルーメは、「瑕疵ある物の給付は…売買契約の履行ではなく、契約違反 (breach of contract) である」と述べてはいるが、しかし同時に「契約の不履行と契約義務の不履行とは区別しなければならない」と述べている。⁴⁵⁾では、フーパーはフルーメの見解をどうみているのか。権威 (フルーメ) との相違は「純然たる用語上の問題である」、つまり特定物売買の場合でも、瑕疵なき物の引き渡しに向けられた「給付義務」ないし「履行義務」について語ることは、ともかく「給付義務が履行義務と一致していなくて、それぞれの義務の不履行がまったく別のサンクション—損害賠償請求権、解除・減額権—を規定している場合でも、法的意味における給付義務について語る用意があり、語る意味があると考えていること」⁴⁶⁾を前提としている。そう考えねばならないとすれば、確かに特定物売買の場合にも瑕疵なき物の給付義務について語ることも「用語上より明確でより簡単でさえ」ある。

しかし解除ないし減額権に関する根拠づけに関して、そのような義務の承認は意味のない構成である。この義務の承認は、合意されているようにには売主が履行することのできない契約に買主は拘束される必要がないことを説明しない。これ

に対し、瑕疵なき物の給付義務の承認は、この義務の不履行に損害賠償請求権のサンクションが与えられているか、与えようとする場合には意味があるし、そのような用語も用意しなければならない。現行法に従えば、売主の損害賠償責任は（悪意の場合の）性質の合意と保証にもとづく。保証は、ここで主張されている私の見解に従えば、性質の合意つまり合意された性質の存在についての保証である。瑕疵損害と惹起損害を包括する有責を要件としないこの責任根拠にとって、なんら義務違反を必要としないし、それゆえ瑕疵—現状において附着している—のない物の給付義務を必要としない。

特定物売買において売買契約は、物を現状のまま給付する義務を売主に根拠づける。とにかく物の瑕疵のゆえに契約が履行されえないときに契約をそもそも無効とするか、減額された価格でのみ有効とするかを決めるのは買主の問題である。それゆえ瑕疵ある物の供給でもって売主は確かに契約を履行することはできないが、だからといって売主は物の給付義務に違反してはいない。それゆえシユタウプも特定物売買の場合の不完全給付は積極的債権侵害ではないという見解であつたろう。特定物売買の場合の独特な状況は無視されてはならず、その特性において把握されなければならない。売主は瑕疵ある物を給付せざるをえないが、しかし瑕疵ある物の給付をとおして、買主に無用の出費をさせ、不法行為上保護されている財貨の喪失をもたらすかもしれない。買主が瑕疵を知らないで、物を瑕疵がないかのように扱う場合にはとくにそうである。それゆえ瑕疵ある物を供給しているときに売主が非難されるのは、この供給そのものではなくて、瑕疵を買主に指摘しないまま供給するからである。それゆえ契約つまり性質の合意、保証にもとづくもの以外の売主の責任は、買主と買主の財産を危険にさらす物の現状の性質を有責に指摘しなかつたことからのみ、主たる義務と並んで買主の完全性の利益の保護のために認められるべき指摘・説明義務の有責な侵害にもとづいてのみ根拠づけられる。

種類売買の場合は、状況はこの点に関して別のより簡単なものである。売主は瑕疵のない物の給付を義務づけられている。それゆえ、瑕疵ある物の選択と供給によって売主はこの義務に違反しているし、履行における有責を、つまりこの主たる義務を積極的に侵害している。それに対し特定物売買の場合には、契約締結後ただちに売主が責任を負うのは物の保

持と供給のみである。それゆえこの主たる義務と並んでなお買主の完全性の利益を保護する、物の現状の性質について説明する義務が承認されるかどうか、そしてこの義務の侵害による責任が承認されるかどうかという問題が生じる。

問題は一般的には否定されえない。物にならぬ瑕疵がない場合でも、買主にとって危険な性質のものでありうる。その場合には売主の説明義務を承認する根拠と必要性がある。どのような事情の下で説明義務が根拠づけられるか、ひとつの原則というかたちでは把握されないし、ここでも取り扱わない。そのような付随義務を根拠づけうる事情は例外なく契約に、つまり性質の合意のなかにある保証にもとづいてすでに売主の損害賠償責任を根拠づける諸事情と同じものにすぎないだろう。それゆえ有責な不完全給付をとおしてのいわゆる積極的債権侵害による売主の責任は特定物売買に関してそれ自体否定されえない。しかしそのための実際的必要性は、保証責任がそれにふさわしく拡大され基礎づけられる場合にはほとんど存在していない。

かくして、特定物売買についての結論はつぎのとおりである。フーバーによって現行法上 (de lege lata) 発展させられ、今や法律への採用が提案されている有責ないし積極的債権侵害による売主の損害賠償責任は、とにかく瑕疵損害に関しては否定されるべきであるし、瑕疵惹起損害に関してはとりたてて実質的な意味はない。瑕疵損害と瑕疵惹起損害に関する責任根拠は、物が合意された性質を有するという売主の保証であるし、今後もそうである。そして特別な根拠が保証の承認を排除していない場合、この保証はこの合意のなかにつまり売買契約そのもののなかに見いだされさえすればよい。それゆえ、BGB四六八条の規制は変更する必要がない。

〔3〕 種類売買における損害賠償責任

① 瑕疵損害

種類売買の場合には、瑕疵のない物の給付を義務づけられているがゆえに、瑕疵ある物の給付は契約の不履行であるの

みならず、この契約上の主たる義務の不履行と侵害でもある。瑕疵損害つまり瑕疵のゆえに供給された物に付着している価値減少に関して、特定物売買との本質的な違いが明らかになる。売主の瑕疵ある物の供給はみずからの給付義務を履行したことはない。それゆえ買主はいわゆる瑕疵のない物の代物給付を要求しうる。それゆえここではもちろん、売主が給付義務をみずからの責に帰すべきやり方で履行していないということが責任根拠でありうるし、この責任根拠のほかにより一層の責任根拠を、まずは惹起損害を別として、認める必要はない。とくに売主の悪意のなかに、保証のなかに、履行における有責つまり瑕疵ある物の供給による積極的債権侵害のなかにも求める必要はない。確かにBGB四八〇条二項に従って、悪意と保証の場合に不履行による損害賠償請求権が買主に与えられるし、買主はこの請求権でもって直接、狭義の履行利益つまり損害の賠償を要求することができる。さらに判例においても種類売買に関して、売主による積極的債権侵害の場合にこの狭義の不履行による損害賠償を買主は要求しうるものが認められている。しかしながらその点において積極的債権侵害は瑕疵惹起損害による責任を根拠づけるものとは別のものであるし、悪意のみならず保証も、四八〇条二項において責任根拠としての機能とは別の機能を有している。

瑕疵ある物の供給の場合に、買主は瑕疵のない物の供給つまり *forma specifica* における履行を請求しうるときは、買主はまずはこのみしか要求できないのかどうか、そしてどのような根拠があるときに履行に代えて不履行による損害賠償を要求しうるのかという問題が判断される必要がある。これがBGB二八〇条、二八三条、二八六条二項、三二五条、三二六条で一般的に規制されている本来の履行と金銭賠償との関係の問題である。瑕疵ある物を供給されている買主が代物給付請求権から不履行による損害賠償請求権へ移行（つまり売主への拘束からの解放）しうるかどうか、いつ移行しうるかが問題である。ここでもこの規制があてはまる。買主が瑕疵ある物を供給された後に、買主はなお履行請求権に制約されるかどうか問題であり、このことは不能と利益喪失および猶予期間の徒過を伴う遅滞がないとしても、悪意と保証の場合には問題にならない。つまり売主が悪意でまたはきちんとした給付を保証して瑕疵ある物を供給している場合、売

主の適切な給付を待つことは買主に期待されない。それゆえこの加重的な諸事情の下での瑕疵ある給付は—積極的債権侵害と名づけるかもしれないが—履行請求権への制約から買主を解放する根拠である。

積極的債権侵害の理論においてもこの法律に挙げられている諸根拠の拡大が問題になっていることは知られているし、大審院は当初そして数十年にわたって、法律に定められた諸根拠を越える履行請求権からの債権者の解放が問題であった場合にのみ、つまり履行拒絶、継続的供給ないし反復的取引関係におけるまともな給付が将来においても期待されえないほどの何度もの不完全な供給、契約違反者への拘束が反対当事者に期待されえないようなその他の契約違反が問題である場合にのみそもそも積極的債権侵害について論じていた。種類売買の場合に、瑕疵ある物を供給された買主が代物給付に代えて不履行による損害賠償を要求しうるかどうかは、この問題に関し一般的に妥当し、四八〇条二項において補完されている規制に従うとすれば、この一般的な規制は、もちろんここでも法律がその点において積極的債権侵害の理論によって受けている補完を伴って妥当しなければならない。この補完に関して、積極的債権侵害という名称に固執するとすれば、この積極的な債権侵害とりわけ履行拒絶は、瑕疵惹起損害の賠償請求権を根拠づけているもの、それゆえ大審院がまず最初に、そして長い期間この名称を避け、履行におけるまたは履行のさいの有責による責任としてのみ述べていたものとはやはり全く別のものである。そのような積極的債権侵害のさい、それゆえとくに履行拒絶の場合に、狭義における履行利益つまり得べかりし利益の形態における積極的利益が要求されうるということは、積極的債権侵害または有責にもとづいて惹起損害に対する賠償も要求されうるということの論拠ではそもそもない。フーバーが特定物売買に関して導入することを提案している積極的債権侵害ないし有責責任への道はこの積極的債権侵害からはまったく通じてさえない。いずれにせよ種類売買において積極的債権侵害ないし有責にもとづく惹起損害および狭義の履行利益の賠償が要求されうることに承認されているというフーバーの主張は、積極的債権侵害という名称をみさかひなく使用する場合にのみ成り立つにすぎない。債務者が履行を拒絶している場合と、債権者にとって危険な瑕疵ある性質の物を債務者が給付している場合とは

何か違うところがあることに気がつかない場合にのみ、積極的債権侵害の名称の下で瑕疵損害・瑕疵惹起損害に関する有責責任の承認へ向けてすでにはるかに進んでおり、今また最後の一步を踏みだすことによつて、瑕疵損害と瑕疵惹起損害との区別なしに、種類債務と特定物債務との区別なしに有責責任が認められうるかのごとく思考することができる。あれこれの場合を、つまり履行拒絶または履行のさいの有責を積極的債権侵害と呼ぶかどうかは私にとつてどうでもよい。両方ともそう呼ぶとすれば、その場合同一の概念で――主張されているところの、または現実の――相異なる法律上の規制の不完全性を表している。フーバーは、積極的債権侵害の理論を相異なる種類の法律の欠陥 (Mangel) の理論としての私の性格づけを明らかに賛成して引用している。⁽⁴⁹⁾しかし私はフーバー提案になんの共鳴もしない。

種類売買において悪意またはまともな給付の保証の下での瑕疵ある物の給付を不能・利益喪失ないし猶予期間の徒過後の遅滞・履行拒絶などと等置される事例として位置づけること、つまり履行請求権への制約を解消する買主にとつての解放原因として位置づけることは、たんに有責な瑕疵ある給付もまた狭義での履行利益の賠償を求める請求権を根拠づけるかどうかという問題を考察すれば、はつきりとする。

このことを認めただかにみえる大審院判決⁽⁵⁰⁾に関する議論においてフーバーは、種類売買の場合の有責な不完全給付を内容とする積極的債権侵害は狭義の履行利益の賠償を求める請求権を根拠づけるには十分でないことをみずから証明している。

二〇トンのライムギが販売されたが、供給されたライムギは湿っていたので製粉できなかつた。買主は供給されたライムギを処分し、賠償を要求した、①無用に出費した製粉所までのライムギの輸送費用②填補購入によつて生じた追加費用という狭義の履行利益の賠償を求めた。

フーバーは種類売買が問題である場合、損害賠償は根拠づけられえないことを正当にも認めている。「買主は、填補購入をし、そのさい生じる追加費用を売主に負担させる前に、まず猶予期間を指定しなければならなかつた。B G B 三二二六

条に従って猶予期間の指定を必要としない例外事例であることは、本件の事実から取りだせない。⁽⁵¹⁾ 実際、本件において三二六条二項、悪意または製粉可能な保証、定期行為ないし履行拒絶の場合であることに関する手がかりは明らかでない。売主は有責にふるまっている、つまり湿っていることを知るべきであったライムギを供給している、それゆえ「そう言いなければ」積極的な行為によって瑕疵のない供給をする売主の義務を有責に侵害している場合であることのみが考慮されるし、大審院もこのことを考慮している。フーパーも言うように、履行請求権への制約から買主を解放するのはこれでは足りなすぎる。このための一般的な規範は、債務者がここでは売主が製粉可能なライムギを供給しないだろう（BGB三二五条、三二六条二項）ということが確定されねばならないことである。債務者にとって結果が重大である場合にのみ、有責で十分である。遅滞の結果、契約の履行についての債権者の利益が失われる（三二六条、三六一一条）⁽⁵²⁾。

これに加えて、四八〇条二項の補完はただちに悪意に関するものを明らかにする。つまり詐欺者と深入りすることは買主に期待されえない。しかし保証は、買主がなお可能な本来の給付に代えて金銭賠償を要求しうる根拠としては疑問のある場合である。保証は瑕疵の不存在についての検査を免除する。それゆえ買主が物を検査しないで使用した結果生じる瑕疵惹起損害に関する売主の責任を根拠づける。しかしなぜ保証が、瑕疵のない供給が買主に期待されえないし、買主はただちに金銭賠償を要求しうるほど重大な行為（*akt*）なのかはあまり理解されえない。代物給付と未履行給付の価値での金銭賠償との諸関係のなかに保証を含めることは、明らかに軽率であり、瑕疵のない物の給付の権利と義務を欠く特定物売買の場合とは、状況が違うということを考慮しないで、種類売買に関しておこなわれるべき規制を特定物売買に関する四六三条の規制に合わせることもとづいている。

それゆえ保証は四八〇条において、買主が瑕疵なき物の代物給付に代えて金銭によるその価値を要求しうるかどうかの問題に関してすでに現行法上（*de lege lata*）問題にならない。過失のみにもとづく瑕疵ある物の供給の場合に買主にこの権利を与えることはまったく理由がない。

かくして、種類売買における有責な不完全供給による積極的債権侵害は狭義での履行利益を求める請求権を根拠づけることはできないから、種類売買においてもこの利益を完全性の利益の侵害から区別すること、つまり瑕疵損害を惹起損害から区別することが必要である。売主の責に帰すべきやり方で（瑕疵のない）給付をしないし、加えて本来の履行請求権から未履行の給付の価値での金銭賠償を求める請求権への移行を一般的に、そしてここでは特別に、正当化する諸根拠があるがゆえに、そしてある場合に売主は狭義の履行利益の賠償に責任を負う。この諸根拠のなかに履行における有責は入っていないし、BGB四八〇条二項に反して、保証もまたこの諸根拠のなかに入れるべきではない。しかし惹起損害についての責任に関しては、そのような損害が発生しているということ以上の要件を必要としない。確立した判例によって認められているように、履行における有責ないし履行のさいの有責にもとづいて、つまり有責な不完全給付を内容とする積極的債権侵害にもとづいて責任が根拠づけられているとすれば、この責任はまさにそのような損害そのものとして把握される。

② 瑕疵惹起損害

かくして種類売買の場合、狭義の履行利益と惹起損害とでは責任要件が異なることが明らかになる。履行における有責、つまり不完全給付の *materialum* で必要かつ十分であるのは惹起損害に関してのみである。この責任要件は八〇年来の確立した判例に照してももはや問題にされえない。種類売買の場合、売主は契約によってすでに特定された物を供給しなければならぬのではなくて、売主が履行する物をなお特定しなければならぬ。それゆえ、特定物売買では、売主は契約締結後に物の保管を義務づけられているように、種類売買では、売主は主たる義務の構成部分として、履行しようとする物が合意された種類に属するかどうか、中程度の品質のものであるかどうかをまずなお確認しなければならない。

それゆえ売主が、ほかから供給された物を簡単ににつきに引き渡すとすれば、この確認をしなかったことにみずからの有責がある。売主が物を自分の倉庫から取り出す場合、物を倉庫に受け入れる前にまたは受け入れるときに既に検査してい

るがゆえに売買締結と供給との間において物の検査がおこなわれないということがありうる。この検査に取引上必要な注意が払われていないとすれば、有責は、契約締結以前に、それゆえ種類に属する中程度の品質の物についての給付義務が成立する前に存在している。しかしこの事情に意味はない。売主が義務づけられている検査をあらかじめ実施することは売主の問題である。契約締結前の検査は、売主が契約締結前にすでに締結を期待して検査をおこなうからといって、契約締結にもとづいて負う履行の構成部分ではありえない。

種類売買の場合、供給されるべき物の特定、契約に適合する性質の確認は売主の義務であるから、供給されるべき物の特定を納入業者にゆだねている売主は納入業者の有責に対してBGB二七八条に従って責任を負う。納入業者は履行補助者とみなされうるということは、種類売買における売主の義務の内容が明らかにする。すなわち、種類売買の場合、売主は特定の物を引き渡して、買主に所有権を与えるのみではなくて、売主はまた合意された性質に合致する中程度の品質のものを与えなければならぬ、つまり、選択し特定しなければならぬ。このことを売主が納入業者にゆだねているとすれば、納入業者は売主の履行補助者である。売主が納入業者に直接買主のところに納入させている場合には、売主の責任である供給すべき物の特定のさいに納入業者を使用していることが特に明らかであるにすぎない。

種類売買における瑕疵惹起損害に対する売主の積極的債権侵害による責任、すなわち有責責任の承認へ導くのは、確立した判例ないし慣習法へのたんなる降伏ではない。この確立した判例は売主の義務の内容に根拠づけられている。種類売買においては、契約に適合する物の選択を欠いてもなお履行利益は本来の形で (naturaliter) 満足されうる。この選択のさいの有責にもとづいてただちに要求されうるのは *extra rem* の利益つまり瑕疵惹起損害のみである。それゆえ種類売買の場合の惹起損害に関して、この有責責任のほかに、この有責責任とどのような関係において、性質の存在の保証による責任が認められうるのかのみが問題でありうる。

そのような責任の存否に関する問題がBGB四八〇条によって判断されているかどうか疑うかもしれない。この規定の

表現に従えば、買主が瑕疵ある供給をされている場合に瑕疵のない供給に代えて四八〇条一項に従ってその価値での金銭賠償を要求しうるかどうか問題になっている。それゆえ本来の履行と金銭賠償との関係は問題にならない瑕疵惹起損害の賠償とこの規定とはまったく関係がないと言いうるかもしれない。にもかかわらず、BGB形成のさい、保証による *extra rem* の利益についての売主の責任は、種類売買に關しても自明なことであり、四八〇条二項の「不履行による損害賠償」でもって、瑕疵のない給付に關する買主の完全な利益は把握されている。*circa rem* と *extra rem* の利益の区別の放棄はここでもはつきりとしている。完全な利益、「完全な」損害が賠償されるべきである。しかし、買主がなお本来の履行を要求しなければならぬか、それともすぐに金銭賠償を要求しうるかという問題は、完全な利益に關してではなくて、*circa rem* の利益に關してのみ生じる。それゆえ四八〇条二項による保証責任はとにかく惹起損害にもかかわらず、買主は惹起損害に關して、代物給付に代えてのみではなくて、代物給付とともに要求することができなければならない。BGB第一草案二九八条⁽⁵³⁾においてもこのことは疑問の余地がなかった。買主は「三八五条⁽⁵⁴⁾（＝BGB四六三条）に従って」損害賠償請求権をもつ。この規定に従えば、不履行による損害賠償請求権が解除・減額権とともに買主に与えられていた。これにより種類売買に關して買主は代物給付とともに損害賠償も要求しえたということが明らかになった。なされるべき「不履行による損害賠償」は「完全なもの」つまり *extra rem* の利益を含む損害賠償であるから、第一草案の規制はその点でも明確であり適切である。しかしこの規制は、確かに種類売買に關してではあるが、「不履行による損害賠償」ないし「完全な賠償」は明らかに *circa rem* の利益をも含んでおり、その賠償請求権は代物給付請求権と「ともに」*neben*「は与えることはできないというかぎりで不適切であった。この点についての「明確化」は第二委員会によっておこなわれた。第二委員会は「ともに」の言葉を「代えて（*statt*）」に置きかえた⁽⁵⁵⁾。かくして第一委員会はやりすぎであった。不履行による損害賠償は、*circa rem* の利益のみならず、代物給付請求権と「ともに」損害賠償請求権を与えることがまったく適切であった *extra rem* の利益を含む「完全な」損害賠償であることを考慮しなかった。

やがて BGB 四八〇条二項において法律となる草案の展開を概観することによって、この規制のなかに惹起損害が含まれているということのみならず、買主は代物給付とともに惹起損害の賠償も要求するという見解も根拠づけられる。つぎに、この草案史 (Textgeschichte) から、保証は、代物給付に代えて瑕疵のない給付の価値における金銭賠償を要求する買主の権利のための十分な根拠ではないということの正しさも明らかになる。第一委員会は、代物給付と損害賠償との関係の問題をそもそも配慮しないで売主の損害賠償義務を規制している。というのは、賠償義務を実際に代物給付義務と「ともに」定めるつもりだった。単純な不注意として説明しないとすれば、むしろ第一委員会は賠償されるべき損害に関して惹起損害の場合のみを念頭においていた——この惹起損害に関しては代物給付請求権とともに損害賠償請求権を与えることもまったく適切であった——と仮定することができる。しかし實際上この並存は、*circa rem* の利益に関する賠償請求権と代物給付請求権との関係においておこなわれていたから、このことがやがて帝国司法省の準備委員会 (RJA) と第二委員会において考慮されたとき、このことは本来考えられていないということの「明確化」のみがなお問題であった。それゆえ供給された物に備わっていない性質の保証が買主の代物給付請求権への制約を解消するのに実際十分でありうるかどうかという問題はまったく考えられていなかった。

以上のことが確認されうる規制は、われわれが正しいと確信する規制と偶然に一致する場合を除いて拘束力を要求しない。偶然の一致は悪意に関しては認められるけれども、保証に関しては認められないから、私は四八〇条二項の規制をつぎのように修正する。つまり、悪意の場合にのみ、買主は狭義の履行利益とともに——悪意はつねに帰責されるべきであるから——惹起損害の賠償も、それゆえ完全な利益を要求することができる。しかしこの場合も二つの損害の種類、*circa rem* と *extra rem* の利益の区別は重要である。というのは、売主の悪意の場合も、買主は代物給付を要求しうるし、その場合それとともに *extra rem* の利益を、この利益のみを主張しうる。それに対し、保証の場合、買主は代物給付請求権に制約されたままであり、一般的な規範 (三二六条、三六一條、履行拒絶など) に従ってのみ代物給付請求権から金銭賠償

請求権へ移ることができる。しかし買主は代物給付とともにただちに買主に生じている惹起損害の賠償を要求することができる。それゆえ四八〇条二項において保証はそもそも瑕疵惹起損害に関してのみ責任を根拠づける。またこの惹起損害にかぎって有責任も根拠づけられ、承認されているから、そのかぎりにおいてわれわれは二つの責任要件とかかわらねばならない。有責任は、種類によつてのみ定められた物を債務として負う売主の義務の内容でもつておのずと与えられているし、特定物売買において保証が放棄しがたい責任根拠であるとすれば、種類売買において照応する責任根拠はなくすむというわけにはいかない。種類売買における保証責任の根拠につきに考察する。

種類売買の場合には契約締結の時点では買主に不利益をもたらす性質のものはお存在していない。この時点において物はなお抽象的にのみ、あるべき性質をとおしてだけ定められている。それゆえ買主にとつて契約上の合意からの不利益な乖離としての瑕疵という現実 (Wirklichkeit) をなお欠いている。この時点において判断されるのは、その種に属する中程度の品質の物が実際に買主の目的に適するかどうかという問題だけである。この判断そのものは、売主がそのさいに助言していないかぎり買主の問題である。つまり、買主のみが使用目的を知っている。買主がこの目的を売主に告げ、売主が買主にこの目的のためにどれがいいかを言い、この目的に適する物を販売する。その場合にはこの適性もあるべき性質として合意されている。しかしまたこの点において種類のみが特定されている。しかしながら現実には、種類売買の場合には不可避免的に契約締結と大なり小なり時間的にずれて生じる、すなわち供給によつて契約の履行の客体として具体的な物があらわれる。それゆえこの物が瑕疵により買主の財貨にもたらしている不利益な結果に対する売主の責任は—この物の選択にかかわる有責のほかに—、供給された物に瑕疵がない、つまり契約上の合意に適合しているという保証 (Garantie) のなかにのみ根拠づけられる。

ここで問題になっている保証は、供給された物が債務の目的物であるというこの内容をおして、種類によつてのみ定められた物の売主がそのような給付の約束でもつてとにかく引き受けている保証、すなわち契約上の合意と一致する物を

調達しうる、そのために必要な資力を持っているという保証から区別される。売主は後者の保証を売買契約をとおしてだけから引き受けているし、必要な資力を欠いているために中程度の品質の種類物を調達できない売主は売買契約にもとづいて責任を負う。それに対し、供給された物が債務の目的物であるという保証は、種類売買における売主の給付約束のなかだけにおいてはなお見いだされえない。この保証の引き受けには供給が必要である。この供給のなかに、はじめて―供給された物が契約の履行の目的物としてまったく買主に理解できないほどの性質の物でない場合―、この物が債務の目的物である、つまり種類に属する中程度の品質の物であるという売主の表示 (Erklärung) が存在する。しかし売主の責任が根拠づけられるためには、この表示に二重のことが、つまりこの表示を信頼してもよいという買主にとつての根拠とあるべき性質の (solibeschaffenheit) の欠缺に責任を負うという売主の側の意思とが付け加わらねばならない。買主が物の瑕疵を知らないで自分の財貨を接触させたり、みずからの目的のために使用することによって被ったような損害に対する責任が問題である。とにかく瑕疵の確認つまり供給された物と合意された物との相違の確認が売主の問題であり、供給された物が債務の目的物であることを買主が信頼してもかまわないし信頼している場合にのみ有責を要件としない売主の責任が根拠づけられうる。

あるべき性質の欠缺に対して責任を負うという売主の意思に関して、この意思はもちろん供給のさいに存在しうるし、供給された物に瑕疵がないことを信頼してもよいということがなんらかの態様で表明されている場合に確認されうる。しかしあらゆる場合にそうというわけではない。買主は売買契約上の合意にもとづいてあるべき性質の存在をただちに前提とし、売主は供給のさいにみずからの義務を履行する以上のことをしようとはしていない。つまり、売主は責任を解消しようとしているのであって成立させようとしているのではない。売主はふつう一度だけ、つまり合意された性質の物を供給するといふ約束のときに、あるべき性質の存在に責任を負うという意思を有している。それゆえ種類売買の場合にも、特別な行為 (Akt) による保証引き受けの可能性を別として、われわれが保証責任と呼んでいるものは、種類に属する中

程度の品質の物を供給するという契約上の約束のなかに根拠づけられていることが認められなければならない。ただ種類売買は物の供給でもって(56)はじめて完全な売買(perfekter Kauf)である。物の供給でもって(56)はじめて特定物売買に照応する状態が生じるし、それゆえ、保証が現実に特別な行為によって引き受けられていない場合、この供給もまた種類売買の場合の保証責任の要件の一部である。

したがって、物に付着している瑕疵を確認することが買主の問題ではなくて売主の問題であるがゆえに、買主が供給された物に瑕疵がないことを信頼してもかまわないし信頼している場合、この保証責任は売買契約と契約上の合意に適合しない物の供給によって根拠づけられている。(57)

あるべき性質の存在を確認することは売主の問題であるという規範は、売買が双方の商行為であるがゆえにHGB三七七条に従って検査・通知義務が買主にある場合も疑問の余地はないだろう。この規定の意味はBGB四七七条の短期消滅時効の規定とまったく異ならない。それゆえ消滅時効期間の懈怠と同様に、買主に課されている検査の懈怠も保証の承認を妨げることはできない。厳密に言えば、もともと買主はHGB三七七条に従っても検査を義務づけられてはいない。たんに検査のさいに知ることのできる瑕疵の通知のみを義務づけられている。つまりBGB四六四(58)条において売買に関して一般に規定されているものの拡大のみが問題である。

種類売買の場合の物の供給においてあるべき性質の存在についての保証を認めない傾向にありうる實際上重要なひとつの場合として、瑕疵が売主にも隠れている、つまり売主に期待される検査をとおして瑕疵が確認されないような場合がとくに考えられる。とりわけそれ弾(Austreiber)の供給の場合がそうである。というのは種類のなかからそれ弾を見つげだすことは実際上できない。この点において、保証責任は、有責とは無関係な責任としてのその本質上、有責責任の枠にとどまりえず、むしろこの枠を越えねばならないということが考慮されるべきである。種類売買において保証責任は、有責と無関係な調達義務(Beschaffungspflicht)と同様に広く及ぶ場合にのみ、論理必然的に有責と無関係である。

売主自身によってであれ、売主の納入業者ないし物の製造業者によってのみであれ、期待されうる検査をとおしても瑕疵が確認されえない物を売主が供給している場合、この調達義務の存在に疑問の余地はない。種類のなかに、この種の物の平均的な質の物からの偏差を取引上必要な注意をもってしても見分けられない物がある危険は売主の危険である。そのよくな物つまりいわゆるそれ、弾の供給の場合に売主は平均的な質の物の供給をやはり義務づけられていることについて疑問の余地はない。商人と製造業者の利益への配慮から保証責任を有責任へ変質させるべきではあるまい。個々の種類物を製造するさいに紛れ込む瑕疵を売主が確認しうるかどうかは、種類に属する中程度の品質の物を供給することを約束している売主の危険であり、この意味において売主の問題であつて、買主の問題ではない。

また中間商人 (Zwischenhändler) の売主と製造業者の売主との間で保証責任に関して区別することはできない。というのは、中間商人と製造業者の供給約束は、合意された種類に属する中程度の品質の物を供給するという同一の内容であるからである。それ、弾の供給に中間商人も責任を負うということについて特別な理由づけは必要ない。むしろ中間商人に責任がないということが特別に正当化されるべきである。今日の工業製品の販売方法において、売主はしばしば製造業者のたんなる引き渡し場所ではないかもしれないけれども、法的には、顧客と製造業者との間の商人はみずから義務を負う者であるし、他人の製造する製品を販売する者をこの製品の質に関して信頼してはならないと主張することは不当である。もちろん、商品の質に関して買主が中間商人を信頼していることに議論の余地はない。それゆえ消費者は売主を信頼しているし、売主は製造業者を信頼している。われわれの法においても、ローマ法の告示責任 (dictum-Haftung) 、 B G B の保証責任のおかげでこの道を進むことができる。賠償責任の危険 (Haftungsrisiko) からの売主の免責は、製造業者と売主との関係において規制されるだろう。というのは、売主が顧客に対するように、製造業者も契約相手としての売主に保証にもとづいて責任を負うからである。それゆえ製造業者は売主の責任を引き受けなければならない。

最後に、供給された物は合意された目的に適しているが、たとえば痛みを治すために購入された薬が痛み止めには効く

けれども、その使用に有害な副作用がある場合について言及する。この点においても物の無害性が合意されているかどうかのみが重要でありうる。無害性が合意されている場合にのみ副作用をもたらす物の性質は売主の責に帰すべき瑕疵でありうるし、物の無害性の合意でもって、供給された物が無害でない場合における損害賠償責任の根拠も与えられている。そのような合意は特別に確認されねばならない。無害性の合意は、薬剤師である売主が売薬の副作用を判断することができる、それゆえ買主もそのかぎりで売主を信頼してもよいし信頼しているということによってのみ根拠づけられることができる。有害な副作用の指摘はそのような合意の承認を排除するし、有害な副作用が開発製品に不可避免的な欠陥 (Entwicklungsfehler) である場合も、そのような合意は排除されていると考えねばならない。

種類売買における保証責任の範囲の画定によって、この保証責任は、有責任と広範に重なり合っていると、有責任をどの程度まで越えているかも十分に明らかであろう。有責任はそもそもこのように画定された保証責任に解消されることが明らかに認められるが、しかし解消されるかどうかの検討は無意味である。というのは、そのような検討の目的は、法律において保証責任にもとづく責任のみが問題になっているがゆえに、有責任を放棄するために有責任の承認の必要性を否定することではかありえないからである。法律に表現されているもののみを法として認める (gelten) のではなくて、学問と実務が法律を越えて承認しているものをも法として認めるといふ法理解の場合には、そのような検討の目的は失われる。とにかく、ここでは内在的な根拠、つまり種類売買をとおして根拠づけられている売主の給付義務の構造から承認される。売主の責任が広範に二重に根拠づけられている場合に、実務が、瑕疵惹起損害にもとづく売主の責任を、あるときは有責任ないし積極的債権侵害から、あるときは保証から導き出すことは、このような法理解からすればなんらかまわらないことである。また、法律に保証による責任のみが挙げられていることに法律の欠陥を見いだすこともできない。種類にもとづく給付義務の履行のために中程度の品質の物を選択し、債権者に供給しなければならぬ債務者は、そのさいみずからの責に帰すべき有責に責任を負わなければならないことは自明なこととしてなんら問題にならない

い。

- (1) BGB四五九条一項「物の売主は、危険が買主に移転する時に、通常の使用もしくは契約で予定されている使用のための適性ないし価値をなくしたり少くしたりする瑕疵 (Fehler) が物に附着していないことについて買主に責任を負う。価値ないし適性のわずかな減少は顧慮されない。」二項「売主は、危険の移転の時に物が保証された性質を有することに對しても責任を負う。」
- (2) Huber, Gutachten, S. 765.
- (3) Staudinger-Honseil, §459 Rz. 15.
- (4) Plume, *Eigenschaftsritum und Kauf* (1975), S. 64ff. この著書を検討している邦語文献として、大久保憲章「ドイツ民法典成立以降の性状錯誤論」九法四二号(一九八一年)二三頁以下、とくに六三頁以下。
- (5) モデル四六一 a 条一項「物に瑕疵があるときは、物ないし物の数量の欠けている部分を、または物が種類によってのみ定められているときは、契約に合致する別の物を売主が供給することによって(代物給付 *Nachlieferung*)、またはこのことが可能であるかぎり、売主が物を瑕疵のない状態にすることによって(修補 *Nachbesserung*)、物の瑕疵を除去することを買主は要求することができる。修補が過度の出費を必要とする、またはみずからの資力でもって実現できないときは売主は修補を拒絶することができる。買主に修補の受領が期待されえないときは、買主は修補の受領を拒絶することができる。」二項「瑕疵が代物供給によっても修補によっても除去されうるときは、選択権は売主に属する。」三項「売主は、代物給付・修補のために必要な出費、とくに輸送・通行・労務・資材の費用を負担しなければならない。販売された物が、供給の後に受領者の住居または営業上ないし職業上の居住地以外の場所において使用されているがゆえに費用がよりかさむ場合には、このことはあてはまらない。ただし、移動が指定されたとおりの物の使用に合致している場合を除く。」四項「代物請求権に関しては三四六条ないし三五六条が、修補請求権に関しては三四九条・三五五条と三五六条が準用される。」
- (6) モデル四六二条(解除・減額・損害賠償権) 一項「そのほか、売主が瑕疵のない物を調達する義務を履行しないときは、買主の権利は二七五条と、三二〇条ないし三二七条にしたがって決定される。」二項「買主は解除していかぎり、三二六条ないし三二六 b 条の諸要件の下で、四六一 a 条にしたがって修補による除去が売主に義務づけられている瑕疵をみずから除去し、必要な費用の賠償を要求することができる。」三項「三二六条ないし三二六 b 条の諸要件の下で、買主が解除したり、瑕疵の除去費用を二項にしたがって売主に請求したりしていないかぎり、売買代金を減額することができる。」三九九条、三五五条、三五六条が準用される。」四項「瑕疵が本質的な契約侵害を意味しないときは、買主の解除権は排除される。」
- (7) HGB 三七七条一項「売買が両当事者にとって商行為である場合において、買主は売主による交付後に、このことが通常の取

- 引経過に従っておこなわれているかぎり、商品を遅滞なく検査し、瑕疵ある場合には遅滞なく売主に通知しなければならない。
- 二項「買主が通知を怠っている場合においては、商品は承認されているものとみなされる。ただし、検査のさいに知りえない瑕疵の場合は除く。」三項「そのような瑕疵が後に明らかになる場合において、発見後遅滞なく通知されなければならない。そうでなければ、商品はこの瑕疵を顧慮しても承認されているものとみなされる。」四項「買主の権利を保持するためには通知を適時に送付することでもって足りる。」五項「売主が瑕疵を悪意で黙秘している場合には、売主はこの規定を援用することができない。」
- (8) モデル四五九条一項「物の売主は、危険が買主に移転する時点において、瑕疵のない物を買主に供給する義務を負う。」二項「危険移転の後に発生している瑕疵に対しては、瑕疵が売主の責に帰すべき事由にもとづいているときにのみ売主は責任を負う。」三項「つぎの場合に物の瑕疵が存在する。1. 契約において明示的ないし黙示的に予定されている性質ないし特性を物が有していないとき。2. 物が試品ないし見本によって販売されていて、物が試品ないし見本と合致しないとき。3. 契約によって明示的ないし黙示的に予定されている使用に物が役立たないとき。しかしその点において売主の判断と専門知識を買主が信頼する理由がないときを除く。4. 特別な指定のないかぎり、販売された種類の物が通常されるような使用に役立たないとき。5. 販売された物とは違う物ないし他の種類の物が供給されているとき。6. 販売された物の数量の一部のみが供給されているとき。」
7. 特定物の販売の場合に、売主が契約締結のさいに瑕疵を知っていたか、諸事情に照して知りえたことを前提として、契約において予定されている価値を減少させる瑕疵が物に付着しているとき。」四項「危険移転の時に物に瑕疵がないということに関する証明責任は売主にある。買主が物を履行として受領したときは、証明責任は買主へ移る。しかし、買主が受領のさいに、または受領後遅滞なく通知しているときを除く。売主が三項七号の意味における認識 (Kenntnis) を有していたことに対する証明責任は買主にある。」
- (9) BGB 六三三条一項「請負人は、保証された性質を有し、通常の使用ないし契約で予定された使用にとつての適性、ないし価値をなくしたり少なくなったりする瑕疵の付着していない工作物を製作する義務を負う。」二項「工作物がこの性質を有しない場合において、注文者は瑕疵の除去を要求することができる。四七六 a 条は準用される。請負人は、瑕疵の除去がふつりあいな (unverhältnismäßig) 出費を要するときは瑕疵の除去を拒絶することができる。」
- (10) Huber, Gutachten, S. 874f.
- (11) Protokolle, Bd. 2, S. 698.
- (12) BGB 二四三条一項「種類のみで指定された物を負担する者は中程度の種類・品質の物を給付しなければならない。」二項「債務者がそのような物の給付に必要な行為を完了したときは、債務関係はこの物に定まる。」
- (13) BGB 四八〇条一項「種類によつてのみ指定された物の買主は、解除ないし減額に代えて、瑕疵ある物の代わりに瑕疵のない

物を供給するように要求することができる。この請求権に關しては解除に關する四六四条以下四六六条、四六七条一項、四六九条四七〇条、四七四条以下四七九条の規定が準用される。」二項「危険が買主に移轉する時点において、保証された性質が物に欠けたり、売主が瑕疵を悪意で黙秘している場合には、買主は解除ないし減額、瑕疵なき物の供給に代えて不履行による損害賠償を要求することができる。」

- (14) Großmann-Doerth, Die Rechtsfolgen vertragswridiger Andienung (1934), S. 190.
 - (15) Huber, Gutachten, S. 751.
 - (16) Protokolle, Bd. 1, S. 716.
 - (17) v. Cunny の提案。Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 204f.
 - (18) Protokolle, Bd. 1, S. 716f.
 - (19) Großmann-Doerth, a. a. O., S. 173.
 - (20) Huber, Gutachten, S. 767.
 - (21) Protokolle, Bd. 1, S. 717.
 - (22) B G B 四六三条「売買目的物が保証された性質を売買の時点において欠いている場合、解除 (Wandelung) または減額に代えて不履行による損害賠償を買主は要求することができる。売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合も同様である。」
 - (23) Motive, Bd. 2, S. 229.
 - (24) ヤーコブスはここで二つの三つの法文における瑕疵ある木材・病氣の家畜・漏れる樽・窃盜する奴隸の販売の事例を示している。
- Ulp. D. 19. 1. 13pr. 「エリアースはその第一五編において、何らかを知つて売つた者と知らずして売つた者との間に、買主訴権に基づく言渡しにつき區別をしている。そのいうところによれば、病畜またはかしある材木を売つた者は、もし知らずしてこれをなしたものであるときは、買主訴権によって、買主がこの状態を知つたならばより安価に買入れたであらうだけの額を、給付しなければならぬ。しかし、彼がもし知つて沈黙し、これによって買主を欺もうしたときは、その売買によって買主のうけたすべての損害を彼に給付しなければならぬ。すなわち、材木のかしによって建物が崩壊したときは、建物の評価額を給付すべく、家畜が病畜の伝染によつて死んだときは、適當なものが売られたらばえたるべき利益が給付せられなければならない。」(柚木『売主瑕疵担保責任の研究』七一頁)

Pomp. D. 19. 1. 6. 4. 「君が私に容器を売りこれには一定容積がありまたは一定重量があると告げたときは、君が私に少なく給付した場合には、私は君に対し買主訴権を提起しうらるだろう。しかし、君が完全であるとの確保の下に容器を売つたときは、

それが完全でない場合には私がそのため失ったところのものをも君は賠償しなければならぬ。しかし、完全なものを給付することの約定がなかったときは、ただ悪意についてののみ責めを負うて足りる。これに反してラヌオは、このことは必ずしも反対の約定がなければ容器の完全なことにつき常に責めを負われなければならないことにかかっている、と考えている。しかし彼は正しい。これが質貸したたるについても該当することについては、ミニキウスはサピヌスの判定を引用している。(柚木・前掲書五四頁)

Ulp. D. 19. 1. 13. 1「同様に窃盜者または逃亡者を買った者は、もしこれを知ったときは、欺かれないことにつき買主の有する利益を給付しなければならぬ。しかし、もし知らずして売ったときは、逃亡者に関しては、もし逃亡者なることを知ったならばより少なく買ったであろうことにつき責めを問われるべきであるが、窃盜者に関しては責めを問われぬ。この区別の理由は、逃亡者はこれを保有しえないから、いわば追奪に基づいて売主は責めを問われるものであるけれども、窃盜者はこれを保有しうる、とらう点にある。」(同、六九頁)

- (25) Friedrich Mommsen, Lehre von dem Interesse (1855), S. 266 ff.
- (26) Windscheid, Pandekten (8. Aufl.), §258 N. 12, Dernburg, Pandekten, Bd. 2 (7. Aufl.), §45 N. 6.
- (27) Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. (1904)
- (28) Franz Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluss, Diss. Göttingen 1896, S. 31 ff.
- (29) U. Huber, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177 (1977), 281 ff.
- (30) BGH, Urt. v. 3. 12. 1964 = NJW 1965, 532.
- (31) BGB 474 II 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100
- (32) BGB 474 II 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100
- (33) v. Kübel, Motive zum Teil Nr. 20, §§22-24, S. 37 (Ed. Schubert, S. 415)
- (34) Huber, Gutachten, S. 670, 766 f., 770, 868 f.
- (35) Pomp. D. 19. 1. 6. 4. 1の法文をヤーコプスはつぎのように理解している。「容器の完全性に対する売主の責任は完全な履行利益の責任である。この責任の存在は保証 *adfirmatio* を前提とするし、保証は明示される必要はないにしても、契約とは別個の行為 *Akt* である。」「しかし、ラヌオは売主の利益賠償を売買契約だけでもとらうて根拠づけようと考えている。つまり、完全性について責任を負う意思がなければ、売主はこのことを明確にしなければならぬ。このラベオの見解にポンピウスは

- 同意している。」おそらくラベオーの判定の部分はインテルポラーティオーであるけれども、少なくともユースティニアヌスの判定であったし、BGBに至るまでわれわれの現行法であった (Jakobs, Gesetzgebung, S. 131)。
- (36) Flume, *Eigenschaftsritrum*, S. 64.
- (37) Windscheid, *Pandekten* (8. Aufl.) §393.
- (38) 告示された都市計画による建築計画に従えば四階建の建築に適している土地が売却されたけれども、契約締結後にその建築計画が無効であることが明らかになるという設例が挙げられている。(Jakobs, a. a. O., S. 137)
- (39) 設例として、買主と売主との合意による美術専門家の鑑定にもとづいて絵画が本物として販売されたけれども、契約締結後の鑑定が誤りであることがわかる。
- (40) Huber, *Gutachten*, S. 768.
- (41) BGB八二三条一項「故意または過失により他人の生命・身体・健康・自由・所有権その他の権利を違法に侵害する者はそれにより生じている損害を相手方に対し賠償する義務を負う。」
- (42) Huber, *AcP* 177, 317 f. 「責任の基礎は一般的な社会生活上の義務の侵害であり、…積極的債権侵害という法制度は、ここでは、既に存在している不法行為にもとづく請求権の基礎を強めるために…機能しているにすぎない。」
- (43) Huber, *AcP* 177, 296.
- (44) Huber, *AcP* 177, 293 f.
- (45) Flume, *Eigenschaftsritrum*, S. 41.
- (46) Huber, *AcP* 177, 293 N. 50.
- (47) BGB四六八条「土地の売主が買主に土地の一定の面積を保証している場合において、売主は保証された性質に対してのよう
に面積に対して責任を負う。しかし契約の履行に買主がならん利益を有しないほど瑕疵が重大であるときのみ、買主は保証された面積が欠けていることを理由にして解除を要求することができる。」
- (48) Huber, *AcP* 177, 339.
- (49) Huber, *Gutachten*, S. 701.
- (50) RGZ 52, 18=Urt. v. 13. Juni 1902.
- (51) Huber, *AcP* 177, 338.
- (52) BGB三六一条「双務契約において当事者の一方が指定された期日ないし期間内に正確に給付をなすべき旨を合意している場合において、指定された期日ないし期間内に給付がないときは、疑わしいときは、相手方は契約を解除することができるものと

- する。」
- (53) B G B 第一草案三九八条一項「種類のみによって定められた物の売買に関して、買主には解除・減額権のほかに、瑕疵ある物に代えて瑕疵のない物の供給を要求する権利がある。」三項「そのような場合において、買主への危険移転の時点で保証された性質が欠けていたり、瑕疵を悪意で黙秘しているときは、売主は三八五条に従って損害賠償義務を負う。」
- (54) B G B 第一草案三八五条「契約締結の時点において、保証された性質が存在していなかったり、その当時存在していた三八一条二項で示された種類の瑕疵を売主が買主に故意に黙秘している場合には、買主は、解除・減額権とともに、(„neben“)不履行にもとづく損害賠償請求権を売主に対して有する。」
- B G B 三八一条二項「危険が買主へ移転する時点において、通常の使用ないし契約に予定された使用にとつての価値ないし適性を失わせたり減少させるような瑕疵を物が有していることに對しても売主は責任を負う。価値ないし適性のささいな(„un erheblich“)減少は顧慮されない。」
- (55) B G B 第二草案四一五条一項「種類によつてのみ指定された物の買主は、解除ないし減額に代えて、(„statt“)瑕疵ある物に代えて瑕疵のない物を供給することを要求することができる。……」二項「危険が買主へ移転する時に、保証された性質が物に欠けていたり、売主が悪意で黙秘している場合において、買主は解除・減額ないし瑕疵のない物の供給に代えて、(„statt“)不履行による損害賠償を要求することができる。」
- B G B 第二草案四〇〇条(＝第一草案三八五条)「売買物が売買の時点で保証された性質を欠いている場合において、買主は、解除ないし減額に代えて、(„statt“)不履行にもとづく損害賠償を要求することができる。売主が瑕疵を悪意で黙秘している場合も同様である。」
- (56) 眞の売買は特定物売買だけであり、種類売買はまずは、つまり物(Stück)の供給までは何か別のものである。種類売買によつて成立している法律関係は、特定物売買によつて成立しているものよりも請負契約によつて成立しているものと類似している。それゆえ、売買契約上の規制が特定物売買に向けられており、法律がこれをその出発点としていることはけつして歴史的にのみ根拠づけられているのではない。(Jakobs, Gesetzgebung, S. 161 N. 336.)
- なおヤーコプスの請負契約論に(„zu“)は、Jakobs, Nichterfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, in: Fest. für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag (1979), S. 67 ff., ders., Die Abnahme beim Werkvertrag, AcP 183(1983), 145 ff. ヤーコプスの請負契約論については、下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪法一四五・一四六号(一九八八年)四七七頁以下を参照されたい。
- (57) 種類売買はその概念上イギリス法における銘柄表示(description)による売買を意味する。買主がまだ見ていない物の売買で

ある。買主はその性質をたしかめることができないがゆえに、売主を信頼する以外にない。この売買に関しては、そもそも caveat emptor は妥当しえない。それゆえイギリスの裁判所は黙示の条件 (implied condition) を認めている (Jakobs, Gesetzgebung, S. 162)。

(58) BGB 四六四条「買主が瑕疵を知っているにもかかわらず、瑕疵ある物を受領する場合において、受領のさいに瑕疵にもとづく権利を留保するときのみ四六二条・四六三条に定められた請求権が与えられる。」

正誤表

本誌二四巻一号のなかの誤記と不正確な表現をつぎのように訂正する。

	(正)	(誤)
四一頁二行目他	Jakobs	Jacobs
四二頁一七行目他	代物給付	追完給付
五四頁一二行目	とすれば	とすれば
五九頁六行目	法的安定性	法的安全性
六〇頁八行目	Anspruchsgrundlage	Anspruchsgrundlage
六〇頁一三行目	要求されうる	要求されうる。
六八頁一六行目	要求しうる	要求しうる。
七〇頁一行目	S. 78	S. 84
七三頁一行目	カズイステック	カズイステック
七四頁二行目	vollständig	Vollständig
七八頁七行目	削除	Das