

ドイツ改正新債務法の紹介

河 原 格

一 はじめに

周知のように、二〇〇二年一月一日より、ドイツ民法新債務法が施行された。その目的は債務法の現代化とされているが、民法の中心となる重要な部分をできるだけ変更することにあるとされると同時に、内実としては新たな改正法に、EUの三つの指令（つまり消費者売買に関する指令^①、支払遅滞防止に関する指令^②、電子取引に関する指令^③）を導入することを目的とし、中心目的はここにあると考えられる^④。

そこで、本資料は簡単ではあるが、できる範囲で、前記改正法の内容を以下に述べるように、時効、履行障害、売買、請負、双務契約の解除を中心に紹介する^⑤。

注

- (1) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Abl. EG Nr. L 171 S. 12)
- (2) Richtlinie 1999/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zu Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Abl. EG Nr. L 200 S. 35)
- (3) Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmten Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr - e-commerce Richtlinie) (Abl. EG Nr. L 178 S. 1)
- (4) 岡孝編『契約法における現代化の課題』(二〇〇二) 一五頁(渡辺達徳)。新債務法の訳文については上掲書一八一頁以下の訳文に負うところが大きい。
- (5) なお本稿は Schwab, JS 2002, 1 によるものが大きい。

二 時効規定について

(1) 消滅時効の期間

通常の消滅時効の期間は、従来の三〇年ではなく、三年とする(新一九五条)。三年を超える長い期間については、特別の例外的場合にのみ認める。すなわち、新一九六条によれば、土地に対する所有権移転請求権および権利の設定、移転もしくは消滅を求める請求権、またはその権利の内容の変更を求める請求権は、一〇年の消滅時効

にかかる。たとえば、売主に対する不動産の買主の請求権、ローン完済後の担保のための土地債務の戻し譲渡を求める請求権、債権者である銀行に対する譲渡担保設定者の請求権は、この中に入るため、それらの権利は、一〇年で時効消滅することになる。新一九六条は発生しうる反対給付請求権にも適用され、これも一〇年で時効消滅する。従来通りの三〇年の消滅時効期間は、新一九七条Ⅰで権限のある請求権に適用され（たとえば、既判力をもって確定した請求権 詳細は新一九七条Ⅰ③―⑤）、親族法、相続法上の請求権（新一九七条Ⅰ②）、所有権やその他の物権に対する返還請求権（新一九七条Ⅰ①）に適用される。

（２）消滅時効の開始

前記のように、消滅時効の期間を短くしたことに對する措置として、消滅時効の起算点を従来のような請求権の発生時から、起算するのではなく（旧一九八条 これは普通、弁済期を考えていたが）、更に債権者が請求権の根拠となる事情および債務者を知ったこと、あるいは重過失がなければ知ったに違いないことを要件としている（新一九九条Ⅰ）。つまり、新一九五条、新一九九条により、従来の時効に關する立法の觀念は大幅に変更された。要するに、従来の立場と考えられる、長期の時効期間を前提とした、客觀的な消滅時効制度（つまり起算点が発生のみに關係する）を廢止して、新たに、短期の時効期間を前提とし、しかも主觀的な消滅時効（債権者が請求権の根拠となる事情および債務者を知ることあるいは、債権者が重過失なく知るべきであったこと）^{（６）}へと変更させた点である。後者でいう、新法の採用する主觀的な時効制度は、旧法では、不法行為に基づく損害賠償請求権につ

いて、消滅時効が採用していた内容である(旧八五二条)。立法者は、この制度を不法行為に基づく損害賠償請求権だけでなく、(それ以外の範囲に及ぶ可能性のある)一般的な原則へと高めたのである。言い換えれば、消滅時効は、発生時から直ちに起算するのではなく、しかも債権者が知っていることから開始するのではなく、初めてこの二つの要件が具備した、しかもその年の終了時から起算するのである。

消滅時効は、債権者に責めのない不知により無限に延期されないことはいうまでもないことである。それどころか、新法は最大限の期間を定めている。身体、健康、自由に対する侵害に基づく損害賠償請求は、侵害行為時から遅くとも三〇年で時効消滅する。この場合、債権者がこの請求権を知っている必要もなく、重過失で誤解していたか、または損害が発生したことを誤解したということも必要ない。その他の損害賠償請求権は段階づけをされて、最大限の期間三〇年、あるいは一〇年の時効期間に服する(新一九九条III)。つまり、損害賠償請求権は、発生後少くとも一〇年で消滅時効にかかり、損害がない限り、遅くとも実行の着手後三〇年で時効消滅することになる。それ以外の損害賠償請求権は、発生時から一〇年で時効消滅する(新一九九条IV)。新一九九条IIIおよびIVでも債権者の知および重過失による不知は、問題とならずに、生命、身体、健康、自由に対する損害賠償請求権以外の損害賠償請求権およびその他の損害賠償請求権は、時効消滅する。

(3) 時効の停止 *Henntung*、新たな時効の進行、消滅時効の効果

新法でも、時効の停止あるいは、時効が新たに開始する場合を定めている(新たに開始する場合を旧法は、中

断 Unterbrechungと表現していたが、今は新たな開始 Neubeginnと表示している）。法的追及のあらゆる手段は、将来に向けて消滅時効を停止させる。その法的追及のリストが、新二〇四条に挙げられている。つまり、給付を求める訴訟あるいは請求権の確認（二〇四条Ⅰ①）、仮差押または仮処分を発するよう求める申し立ての送達（新二〇四条Ⅰ⑨）、訴訟費用の扶助の付与を求める初めての申し立ての通知である（新二〇四条Ⅰ⑭）。更に債権者および債権者が請求権又はそれを根拠づける事情について交渉する限りで、停止する（新二〇三条）。最後に、債権者と債権者との間の合意により一時的に給付を拒絶する権利がある間（新二〇五条）、不可抗力の場合（新二〇六条）、性的な自己決定を侵害された場合の損害賠償請求権（新二〇八条 債権者が二十一歳になるまで停止する）、家族上の原因又はそれに類似の原因に基づく場合（新二〇七条）は、消滅時効は停止する。新たな時効の進行は、債権者が請求権を承認した場合、あるいは執行行為がなされ、あるいはそれが申し立てられた場合についても進行すると定める（新二二一条Ⅰ 従来は旧二〇八条）。

消滅時効の完成は、以前と同じく（旧二二一条）債権者が履行を拒絶する権利を根拠あるものとする（新二二一条）。だが、相殺適状または留置権が既に消滅時効発生前に成立した場合に限り、消滅した請求権により相殺でき、あるいはそのために留置権を行使することができる（新二二五条）。債権者は、抵当権、船舶抵当権、質権によって担保された請求権が消滅時効にかかったとしても、担保目的物（抵当権、船舶抵当権、質権の対象となっている目的物）から満足される（新二一六条、旧二三三条）。この点は以前と同じ内容である。

(6) 前掲・岡孝編一八四頁に訳出されている訳文参照。

(7) Schwab, JS 2002, 2.

三 給付障害についての新法

(1) 給付障害と第一次的給付義務

給付障害⁽⁸⁾についての法の内容は、かなり改正された(新二七五条以下、新三三三条以下)。

給付が原始的、客観的に不能であれば、旧三〇六条と異なり、将来に向かって契約自体、有効とされている(新三二一条a I)。従来の通説に従って、第一次的給付がすべての人に(客観的に)あるいは債務者(主観的に)に不能であるならば、その第一次的給付請求権は排除される(新二七五条)。

すると、この新三二一条a Iと新二七五条の関係をいかに理解するかが問題となる。

この点については、給付が不能場合には、契約は第一次的給付請求権を発生させないことを意味するだけであると、理解されているように⁽⁹⁾である。⁽¹⁰⁾

新二七五条に定める効果は、債務者がその不能に責めがあるか否かに関係なく、生ずる。この効果は給付が不能である限り、妥当する。新二七五条IIによれば、給付が債権者の利益と極めて不均衡な費用を要するのであれば、債務者自身、その給付がそれ自体可能であっても、その給付を拒絶できる(抗弁)。同様のことは、債務者が

極めて一身専属性の高い給付行為をせねばならない場合で、しかもその給付が債務者に期待できない場合（個人的不能）⁽¹⁾にも、適用される（新二七五条Ⅲ）。

主観的不能も、それが債務者の責めに帰すべきか否かを問わずに、債務者を債務から免れさせることになるため、この意味で主観的不能は厳格に解されねばならない。第三者の側で、債務者に履行できるようにする見込みがない場合にのみ、その給付は、主観的不能である。旧法での判例は、そう考えていた。つまり、そのように理解した主観的不能に、給付の確定判決は直ちに許されないという法律効果を発生させていた。給付の目的物が債務者にとり現在自由にならない時には、既に給付が主観的に債務者にとり不能であるとする、旧二七五条Ⅱについての反対論は、新二七五条の枠内ではもはや維持することはできない。その理由は、債務者が給付できる以上、直ちに給付義務から債務者を免れさせる理由はないからである。反対論の支持者は、旧二七五条Ⅱの文言に忠実に、債務者が不能に対し責めに帰すべきでなければ、主観的不能は履行請求を常に排除すると考えていた。

（2） 損害賠償請求権

（a） 損害請求権の根拠 旧法は債務者が義務を果たさなかった時に、債務者の損害賠償義務を若干の規定で定めていた（旧二八〇条Ⅰ、旧二八六条Ⅰ、Ⅱ、旧三二五条Ⅰ①、旧三二六条Ⅰ②）。それと共に、BGB以外のところで、積極的債権侵害、契約締結上の過失理論が発展していた。

これに対し、新法は、給付障害のすべての場合のために、唯一の損害賠償請求権の根拠を定めている。つまり損

害賠償請求は、常に新二八〇条Iに統一されている（場合によってはそれ以外の規定と結びつく場合もあるが）。同条は、債務者側の義務違反があらゆる損害賠償の請求権の要件であると定めている。その唯一の例外は、原始不能の場合の損害賠償請求権を定める新三二一条a IIである。この責任の根拠は、前記の義務違反に基づくのではなく（たとえば、この場合、給付の可能性について確かめねばならない）、債務者が給付の約束 *Leistungsversprechen* に縛られるという点に基づく。従って、新三二一条a IIの位置付けは、新二八〇条との関連で考えると、独立した性格の請求権の根拠であると解されている。

(b) 帰責事由 債務者に義務違反があつて、その義務違反に対し債務者の責めに帰すべき事由がある時のみ、損害賠償請求権が生ずる。新二七六条では、契約上の合意の重要な意味が視野に入ってくる。結果的に、責めに帰すべきことの形式として、保証あるいは取得の危険の引受も入る。旧二七九条は廃止されたが、種類の債務の債務者自身は無責の給付不能の責任を将来に対しても負わねばならない。債務者はその原始不能に対し、有責性に関係なく責任を負うとする従来の通説を、立法者は批判した。つまり新三二一条a IIによれば、この場合、給付に代わる損害賠償請求権は、債務者が給付障害を知っていたか、あるいは少なくとも不知につき責めに帰すべきであることを要件とする。

(c) 給付に代わる損害賠償請求権 「不履行による」以前の「損害賠償請求」を新たに表示したのが、給付に代わる損害賠償請求権である。

(d) 小さな損害及び大きな損害 履行が一部にのみ止まる限りで、債権者は原則的に履行されない残部の

代わりに、損害賠償を請求でき(小さな損害賠償)、それに対し債権者がその一部の給付に利益を有さないのであれば(二八一条I第二文)、全部の給付の代わりに損害賠償を請求できる(大きな損害賠償)¹²。この場合、債権者が、大きな損害賠償を請求するのであれば、既に受領した一部の給付を新二八一条V、新三四六条以下により、再び返還せねばならない。

(e) 履行と損害賠償との関係 旧三二六条I第二文によれば、債権者が受領予告付期間を設定し、その期間経過後、不履行による損害賠償請求を求めるか、契約を解除することができた。履行請求は、期間経過により排除された。新法によれば、履行請求は、期間経過後もなお存続する。債権者は、履行を請求するか、損害賠償を請求するか、選択することができる。特に債権者が、後者の損害賠償を請求する場合には、履行請求は排除される(新二八一条IV)。また債権者が履行を請求するか、新三二三条Iにより解除するかを選択権を持つ。この場合、履行請求権は、解除を表示することにより消滅する(新三四九条)。

(f) 費用償還請求権 履行に代わる損害賠償請求は、積極的利益の賠償である。つまり債権者は、適切に履行されたならば、債権者があるであろう状態にされるという内容である。それによれば、契約の締結あるいは履行の点で、費用は原則的に賠償範囲に入らない。その理由は、費用は適切に履行されても、生じたからである。にも拘らず、BGHは、債権者の費用は契約が履行されれば、契約から生ずる利益により調整されるであろうと推測することにより、従来その賠償を認めてきた(いわゆる収益性の推測 *Rentabilitätsvermutung*)¹³。新二八四条はこの推測を採用するが、それを超えている。つまりたとえば、旧法についてのBGHの見解と異なり、債権者

が初めから単に取引から生ずる観念的利益を得ようとした時でも、債権者は費用償還請求を行使できる。新二八四条から生ずる請求権は、いずれにせよ、損害賠償の代わりに存在するのであって、新二八一―二八三条から生ずる請求権と並んで存在するのではない。

(g) 履行遅滞による損害賠償請求

債権者は新二八〇条IIにより、遅滞を要件としてのみ、履行遅滞による損害賠償を請求できる。この内容は新二八六条に定められている。同条によれば、従来のように、遅滞には弁済期到来と催告とが必要である(同条I)。履行期を暦日により定めた場合以外の場合には、履行期が特定の事象から暦日により計算される場合、債務者が履行を決定的に拒絶する場合(二八六条II③)、催告の放棄が特別の事情に基づき正当化される場合も(新二八六条II④)、催告は不要である(新二八六条II②)。更に、債務者が遅くとも弁済期が到来し、請求書又はこれと同等の支払請求の期限が到来し、到達して三〇日以内に履行しない時は、催告がなくとも遅滞となる。「遅くとも」という表現を用いて、立法者が明確にしたことは、新二八六条IまたはIIによる遅滞が除外されるというのではなく、債権者に遅滞を惹起する可能性が認められるということである。新二八六条IIIは有償債権についてのみ適用される。従って債務者の履行は、債権者の履行に対する報酬として役立っていないなければならない。新二八六条IIIが「請求書又は支払請求」を定めているので、新二八四条IIIのように金銭債権に対してのみ適用される。

具体的損害に関係なく、遅延利息請求権が債権者に帰属する。つまり事業家の取引では八パーセント、消費者との取引および消費者間での取引では、基準利率に五パーセントを上乗せした額が遅延利息として算定される(新

二八八条Ⅰ、Ⅱ）。債務者は債権者からの遅延利息の請求に対し、債権者には全くまたは僅かな損害しか発生しないと、抗弁できない。

(h) その他の義務違反

旧法では、法定外の請求権の根拠としての積極的債権侵害および契約上の過失責任を認めることで、多くの履行障害を解決できると考えた。この二つの制度は、法的に今や固定したものとなっている。契約を締結すれば、履行に関係する義務および履行に関係のない義務が生ずる。義務が遅滞したり、または履行を全くしないということになれば（新二八〇条Ⅱ、Ⅲ）、新二八〇条Ⅰ前文から損害賠償請求権が生じ、同規定は積極的債権侵害の場合を含む。契約が新たに開始すれば、新三一一条Ⅱにより、履行に関係のない義務を伴う債務関係が成立する。同義務に違反したための損害賠償請求は、その時には新二八〇条Ⅰ第一文から生ずる。こうして従来の契約締結上の過失も、この中に入る。第三者が債務関係に関わる場合は（訴訟代理人の責任、第三者に対する保護効を伴う契約）、要件および効果が明確化されていなくとも、新三一一条Ⅲが定めている。

(3) 契約の解除

双務契約の債務者は、弁済期の到来した給付を弁済すべき義務を負い、債権者の定めた期間が無為に経過した場合には、債権者は契約を解除することができる（新三三三条Ⅰ）。債権者のする期間設定は、新三三三条Ⅱによれば、債務者の側の決定的な履行拒絶の場合（新三三三条Ⅱ①）、定期行為の場合（同② 旧三六一一条に一致する）、特別の事情に基づく期間放棄が正当な場合（同③）には不要である。弁済期到来時に解除権の要件が発生したことが

既に予め確定しているのであれば、弁済期到来自体、不要である(新三三三條IV)⁽¹⁾。債務者が一部の履行のみをした場合には、債権者はその履行になんら利益がなければ、契約を解除できる(新三三三條IV第一文)。債務者が契約通り履行しない場合には、義務違反が重大でないのであれば、債権者は解除することができない(新三三三條V第二文)。さらに債権者が解除原因に対し専らあるいは主として責任を負うべきである場合、あるいは受領遅滞中に解除原因が生じた場合には、債権者は解除することができない(新三三三條VI)。だが、解除は新三三四條によれば、債務者がその他の(つまり履行に関係のない)義務に違反し、従って債権者にとって債務者が履行することが期待できない場合でも、可能である。さらに行為基礎が脱落し、あるいはなくなれば、または契約の適応性がなくなれば、解除できる(新三三三條III)。

新三三三條には、従来旧三二六條から生ずるのと同じ契約解除権が規定されている。だが、ここでも、債権者が債務者に対してできる解除権の要件が決定的に変更されている。つまり債務者は遅滞にある必要はない。つまり債務者は履行をしないことに対し帰責事由がなくともよい。つまり受領予告付期間は必要ではない。されなかつた履行は、債権者の負うべき反対給付と相互関係にある必要はない。更に新三三三條Iは、新二八一条Iと対をなし、新三三四條は新二八二條と対をなす。履行に関連する義務に違反した場合には、損害賠償請求権が新二八二條から発生し、履行に関連のない義務に違反した場合には、損害賠償請求権が新二八二條から発生し、解除権が新三三四條から発生する。従来と異なり、債権者は新三三五條によれば、同時に契約を解除することができ、損害賠償を請求することもできる。

債権者は新二七五条Ⅰ、Ⅱにより履行を請求できない場合には、直ちに反対給付をすべき義務がなくなる（新二七五条Ⅲ、二三六条Ⅰ第一文）。それに關係なく、債権者は期間を設定することなく、解除することができる（新二三六条Ⅴ）。解除権は、履行が問題とならない位不完全ならば、債権者に生ずる（新二三六条Ⅰ第二文、同Ⅴ）。この場合、義務違反が問題とならないのであれば、解除権は発生しない（新三三三条Ⅴ第二文）。一部不能の場合には、債権者が残余の履行になんら利益を有さない場合にのみ、債権者は契約全体を解除することができる（新三三六条Ⅴ、三三三条Ⅴ第一文）。債権者が不能に対し、専らあるいは、主に責任を負う場合、あるいは偶然受領遅滞中に不能が発生した場合には、債権者の反対給付義務は残る（新三三六条Ⅱ、旧三三四条）。この場合、解除権も存続しない。

- (8) 前掲・岡孝編七一頁 注(2) (渡辺達徳) 参照。Leistungを給付と訳すか、あるいは履行と訳すか迷うところだが、普通、Erfüllungが履行と訳され、Leistungが給付と訳されているところから、給付に統一している。
- (9) Fikentscher, Schuldrecht 9, A (1997) Rdnr. 337.
- (10) 前掲・岡孝編六一頁 (渡辺達徳)。
- (11) その例としてシュヴァーブは子が重篤な疾病なので、母親である女性歌手が劇場に出演したくない場合を挙げる。Schwab, a.O. なお前掲・岡孝編六〇頁 (渡辺達徳) 参照。
- (12) 下森定・岡孝編「ドイツ債務法 改正委員会草案の研究」(一九九六) (平野裕之) 一三七頁。
- (13) BGHZ 99, 182 (1997) ; 114, 193 (1997) .
- (14) 前掲・下森定・岡孝編 (益井公司) 一三七頁以下。

三 新しい売買法

(1) 瑕疵概念

新法によれば、売主は買主に物の瑕疵および権利の瑕疵のない売買の目的物を引渡し、所有権を移転させる義務を負う(新四三三条I第二文)。立法者はこれにより旧法で争われていた問題、つまり特定物の売主は、瑕疵のある売買の目的物を提供することで既に義務を履行したのか(保証説)、瑕疵のない物の引渡しをすべき義務を負うか(履行説)の問題について、最終的に履行説を採用することに決定したのである。⁽¹⁵⁾物の瑕疵が存在するか否かは、第一に売買の目的物が危険移転の際に当事者の観念によれば、いかなる性質を有すべきかにより判断される(主観的欠陥概念 新四三四条I①、②)。第三者が買主に対し全く権利を主張することができないか、あるいは売買契約で譲受けた権利のみを主張することができれば(新四三五条第二文)、権利の瑕疵がないとされる。

新四三四条I第三文によれば、売主または製造者またはその補助者が公に表明したところにより特に宣伝する際に、買主が期待できる性質を物が有さない時は、物の瑕疵がある。但し売主がその表示を知らず、知ることを要しなかった場合を除く。更に新四三四条IIによれば、売主またはその補助者による合意した組立が不適切になされた場合、あるいは組立の説明書に瑕疵があり、そのため、買主によって物が誤って組立てられた場合には、物の瑕疵がある。更に売主が別の物あるいは引渡した物の量が過小の場合も、物の瑕疵と同様とする。⁽¹⁶⁾つまりこうすることで、物の瑕疵とそれ以外のものを個々の場合に区別することがないようにするためである。

(2) 瑕疵の法的効果

(a) 新法の概略 新法は、新四三七条以下において権利および物の瑕疵についての法律効果を体系的統一に定めている。第一に、買主は追完 *Nachertüfung* を請求することができる(新四三七条①、新四三九条)。売主が追完をしない場合には、買主は代金減額を請求することができる(新四三七条②、四四一条)、売買契約を解除することができるし、(あるいは)損害賠償を請求することができる(新四三七条③、新四四〇条、新二八〇条、新二八一条、新二八三条、新三一一条)。こうした法的救済のためには、原則的に売主の追完が不可能か、あるいは売主が期間設定にも拘らず、追完をすることが必要である。このことは、新四四一条I第一文によれば、解除の代わりに認められ、従って、その要件に左右される代金減額にも当てはまる(新三三三条I)。以前の目的物に瑕疵がある際の瑕疵担保による解除 *Wandlung* および代金減額請求は、売買契約の取消あるいは変更を求める買主の請求権として形成されてきたが(旧四六二条、四六五条)、新法では代金減額および解除は形成権である(新三四九条、新四四一条I第一文)。

新四三八条Iによれば、追完および損害賠償請求権は、原則的に二年の短期消滅時効にかかる。五年の期間は、建築物に瑕疵を発生させた瑕疵ある建築材料に適用される。三〇年の時効期間は、第三者が売買の目的物の返還を請求できる物権的権利を有する場合に、適用される。その理由は第三者の所有権その他の物権に基づく返還請求権は三〇年で時効消滅するからである(新一九七条I①)。

解除および代金減額は、形成権として消滅時効にかからない。¹⁷⁾ その理由は、消滅時効は一九四条によれば、作

為または不作為を請求する請求権にのみ及ぶからである。だが、解除および代金減額は、追完請求権に関連するから、追完請求権が時効消滅するや否や、新四三八条IV第一文、V、二一八条により、解除および代金減額は排除される。だが、時効消滅後、買主には、代金債権に対し瑕疵の抗弁権があり、もちろん旧四七八条と異なり、予め瑕疵を知らせなくとも、同抗弁権の主張は、認められる(新四三八条IV第二文)。買主が代金支払を全く拒絶すれば(その理由は買主は消滅時効発生前に解除できるから)、売主は自分で解除することができ、売買の目的物の返還を請求することができる(新四三八条IV第三文)。

(b) 追完

追完については、新四三九条Iが二つの変形を定める。つまり後日の修補 *Nachbesserung* および後日の引渡 *Nachlieferung* である。¹⁹⁾ 買主は、この二つの中から一つを選択することができる。だが、売主は、新四三九条IIIにより、買主の選んだ前記二つのうちの追完請求の内容が、不釣合いな価格であれば、その方法を拒絶することができる。つまり、もう一つ別の追完の方法がそれよりも有利なことがわかれば、買主の選んだ追完の価格は不釣合いである。その結果、売主は買主に対し、自己にとりより有利な方法を取るよう指摘することができる。二つの方法が不釣合いな価格である場合には、売主はその二つの方法を拒絶することができる。その場合、買主は期間を定めなくとも解除することができる。更に期間の定めのない解除は、後日の修補が失敗した場合に、できる。原則的に二つの方法がうまくいかなかった場合が、それである(新四四〇条)。特定物売買の場合、初めから後日の修補のみが考えられる。その理由は別の物で履行できないからである。そのため、特定物の場合の後日の引渡請求は、新二七五条Iによりできないと考えられる。¹⁹⁾

(c) 保証 新法は、保証された品質に対する責任を定めていない(旧四五九条II、四六三条第一文)。だが、

売主が性質の存在あるいは瑕疵のないことを保証しようという意思を表明した場合には、この点で性質の瑕疵担保が存在しうる。そのため、新二七六条I第一文によれば、売主は性質のないことあるいは瑕疵に対しても有責性なく責任を負わねばなくなる。更にこの場合、買主が瑕疵を知っていても(買主の悪意)、瑕疵担保請求権が維持され(新四四二条I)²⁰、売主が契約上の瑕疵担保請求権の排除または制限を援用することを認めていない(新四四四条)。

(3) 消費者動産売買についての特別規定²¹

(a) 強行法 新四三三条以下は、従来のように任意法を定めている。しかし、動産を買い、買主が消費者でしかも、売主が事業者(二三条、一四条)の場合には(新四七五条I第一文)、事業者は、瑕疵のない物を引渡す義務およびそれに関連する買主の法的救済を無効にすることはできない(個人契約の場合でも中古品の場合でも)²²。損害賠償請求権は、個人契約では排除あるいは制限され(新四七五条III)、新たな物の売買の場合には二年、中古であれば一年(新四七五条II)、損害賠償請求権については更に短縮することができる(新四七五条III)。つまりこうした規定により、新三〇九条八号bの約款についての禁止規定(従来はA G B G 11条¹⁰)は、本来の適用領域で更に無効となっている。その理由は約款の禁止規定は、新三一〇条Iによれば、事業者の取引では適用されないからである。だが、立法者はそれを意図的に維持せねばならなかった。付帯条項の禁止は、事業者の取引自体につい

ては適用されないが、瑕疵担保責任の免責を制御する一種のガイドラインとして働かねばならないからである。

(b) 危険負担 四四七条と異なり、消費者動産の送付売買の場合、売主は偶然的滅失および偶然的毀損

Verschlechterungの危険を買主への引渡まで負う(新四四四条II、四四六条)。瑕疵は危険移転後六ヶ月内にわかれ、瑕疵が既に危険移転時に存在したと推定される。この推定は、当該物の種類あるいは当該瑕疵の種類と合致しなければ(新四七六条 いわゆる準瑕疵担保)、当該物の種類として、中古品が挙げられ、瑕疵の種類の例として、動物の病気が挙げられている⁽²³⁾。

- (15) わが国での瑕疵担保の五七〇条をめぐる争いに関連して、ドイツでの議論をわが国での議論になぞらえると、法定責任説を最終的に放棄し、契約責任説に落ち着いたと解してよいと考えられる。
- (16) この部分の翻訳は前掲・岡孝編二二三頁以下の訳文に負うところが大きい。
- (17) 前掲・下森定・岡孝編(松尾弘)一二六頁以下。
- (18) 前掲・下森定・岡孝編(石崎泰雄)一一八頁以下。
- (19) 前掲・下森定・岡孝編(石崎泰雄)一一九頁以下。特定物と種類物との区別は条文上ないが(新四三九条)、理論的にはなお維持されているように思われる。
- (20) 単純悪意では担保責任は排除される(四四二条I)。だが重過失で知らない時でも、一定の要件の下に、瑕疵担保責任を追及できるとされている。
- (21) Schwab, JS 2002, 6.
- (22) この部分の翻訳は前掲・岡孝編二二二頁以下の訳文に負うところが大きい。
- (23) 前掲・岡孝編一一九頁(岡孝)。

四 請負契約についての新しい規定

(1) あらまし

瑕疵ある製造物に対する責任についての新しい規定は、内容および構造からして大幅に売買法について適用される新四三七条以下に対応している。²⁴ このことは消滅時効の期間（新六三四条a）、注文者に認められる以下に述べる法的救済についても妥当する。法的救済としては、注文者は、追完を請求でき（新六三四条①、新六三五条）、請負人が追完をしないのであれば、解除することができ（新六三四条③、新六三六条、新六三三条）、請負人の報酬を減額させ、（新六三四条③、新六三八条）、損害賠償を請求することができる（新六三四条④、新六三六条、新二八〇条、新二八一条、新二八三条、新三一一条a）。

新六三五条Iは、追完の方法の一つとして、修繕及び新たな製造 *Neuerstellung* を定めている。二つのうちの、どれを選ぶかの選択権は、請負人に帰属する。更に売買契約と異なり、注文者は自ら行なう（瑕疵の除去、必要費の償還請求）権利を有する（新六三四条②、新六三七条）。注文者は、請負人に対し追完のために、相当な猶予期間を設定することができ、この期間が徒過した場合には、自ら瑕疵を除去し、請負人に対しそのための費用を支払わせることができる。新六三三条IIIによる場合と異なり、新法は請負人の瑕疵の除去が遅れることを前提としない。

(2) 売買契約および請負契約での瑕疵および瑕疵による後続損害

瑕疵による後続損害(Folgeschaden)の法的な形が、いかなる価値を将来有するかは極めて興味深い。保証された性質も売主の悪意も証明されない場合、売買契約にとり、この法的な形はそれ自体確定的な旧四六三条、旧四八〇条IIを超えて、積極的契約侵害から生ずる買主の損害賠償請求権を根拠づけることに役立つ。この場合、買主が瑕疵のある売買の目的物により他の法益(体、生命、その他の所有権)を侵害されたことにより損害を受けた場合、こうした後続損害は、積極的契約侵害を招くのに適切であった。旧四六三条、旧四八〇条IIは、売買の目的物から利益を引き出そうとする(Aquivalenzinteresse等価性の利益)買主の利害のみを定めているので、こうした不可侵性の利益に対する損害について定めるのには適切ではない。これに対し、請負契約では、旧六三五条が注文者の損害賠償の要求に対する包括的な損害賠償の根拠を定めている。だが、前記請求権の短期消滅時効(旧六三八条)は、不適切とされ、部分的に積極的契約侵害後の「離れた」瑕疵に基づく後続損害は、三〇年の消滅時効期間(旧一九五条)により賠償されねばならないとして、修正された。これに対し、瑕疵および「近い」瑕疵に基づく後続損害については、旧六三六条、旧六三八条が使われていた。

法的な形式に対する元々の必要性は、新法でなくなっている。つまり、売買契約法でも、買主の損害賠償の要求についての包括的な請求権の根拠は存在している(新四三七条③、新二八〇条以下、新三一一条a)。消滅時効の期間は、売買契約および請負契約については、それぞれ適切な期間に延長された(新四三八条、新六三四条a)。にも拘らず、以前の形式は、全く時代遅れであるというのではない。その理由は義務違反と損害賠償との関係を明確

化する点に重点が置かれているからである。従来、この観点から論じられてきたケースでは、給付に代わる損害賠償は重要ではない。売買の目的物が契約締結時に、既に除去できない瑕疵を有していて、買主がその目的物を利用し、利用した際にその欠陥により侵害された場合を明らかにしている。義務違反は、ここでは瑕疵ある引渡さない製造にはない。その理由は、除去できない瑕疵の場合には、新二七五条Ⅰにより、瑕疵のないものの引渡請求権はないからである。立法者は、このことを自ら知っていた。立法者は、新四三七条③、新六三四条③で新三二一条aを参照するように、指示していた。原始的に除去できない瑕疵がある場合の、給付に代わる損害賠償請求権は、売主による義務違反により根拠づけられるのではなく、従ってそれに従属していない。売主ないし請負人が、瑕疵が除去できないことを知っていたか、あるいは契約締結時に知らないことに責めがあるか否かのみが重要である。義務違反があれば、完全性に対する損害賠償請求権が買主に発生するのであるが、義務違反は、結局瑕疵を除去できる場合も、除去できない場合も別に特徴づけられねばならない。義務違反は、売主または請負人が売買の目的物ないし製作物を引渡し、同時に買主または注文者に、契約後に買主または注文者に何も損害が生じないと信頼して、使用するように仕向ける点にある。買主のその他の法益のために、保護義務違反が重要である。従って、給付と関連のない義務が重要である(新二四一条Ⅱ)。結局、瑕疵に基づく後続損害の損害賠償請求は、追完の期間が売主に定められることと無関係である。この期間設定は、新四三七条③、新二八〇条Ⅰ、Ⅲ、新二八一条Ⅰ第一文によれば、履行に代わる損害賠償請求に必要であるのと同じである。従って、依然として瑕疵および瑕疵に基づく後続損害をそれぞれ区別することは必要である。

(24) 但しこのような請負契約を売買契約に近づけることを疑問視する向きもある。前掲・下森定・岡孝編（青野博之）一六〇頁参照。

五 付属法規の民法への統合

立法者は、新債権法を作るこの機会に、BGBの付属法規をBGB内に統合することを決定した。BGBの付属法規とは、普通契約約款法AGBG（新三〇五条―三二〇条）、いわゆる訪問取引に関する撤回権についての法HWiG、通信取引契約に関する法FernAbsG（新三二二条b―d）、一時的居住権法TzWG（新四八一条―四八七条）、消費者信用法VerbrKRg（新四九一条―五〇六条）である。それと並んで、新三二二条eは電子取引での使用者の付属的な情報提供義務を規定している。旧三六一条a―cは、本質的に新三五五条―三五七条に吸収されている。つまり、消費者信用法においては、若干、立法が変更されていて、このことを立法者はおそらく意図してはいなかったと思われる。

(25) 前掲・岡孝編二〇五頁訳文参照。

六 契約の遡及的清算 Rückabwicklung⁽²⁶⁾

当事者の一方が解除をした場合には、新三四六条Ⅰによれば、双方の給付および給付から生ずる事実上の利益を返還せねばならない。返還債務者が収益を得られるにも拘らず、収益として得られなかった場合には、新三四七条Ⅰによれば、またその価額をも償還しなければならない。だが、法定解除権の場合の解除権を有する者は、自己に対するのと同じの注意義務を負う(新三四七条Ⅰ第二文)。受領した給付に基づいて使用した者は、新三四七条Ⅱによりその使用を賠償するよう請求できる。必要費は無条件で、返還債務者が有益費により給付物の返還の際に有益費により利得している限りで、有益費を返還せねばならない。

旧三五〇条、旧三五一一条により、受領した物が偶然、だが受取人の責めに帰すべき事由により滅失した場合には、解除権は排除されない。毀損については、受取人は、帰責事由のある場合に限って賠償せねばならない。従って、偶然の危険は返還債権者にある。法定解除の場合、返還債権者は更に悪い立場にあった。その理由は、BGB旧三三七条第二文は解除原因に責めのない者は、解除原因を知る前の時期については、不当利得法によってのみ責任を負い、従って自己の責めにより毀損した場合でさえ、八一八条Ⅲを引き合いに出すことができたのである。

これに対し新法は、受取人が自己の責めにより給付をもはや返還することができない場合でさえ、解除を例外なく認めている。だが、受取人は価額を償還しなければならない(新三四六条Ⅱ)。しかも、給付が偶然滅失したか、毀損した場合ですら残存利益を返還せねばならないとされる(三四六条Ⅲ③)。従って、偶然の危険は、返還すべき債

務者が負うことになる。だが、法定解除権者は、滅失または毀損が、自己に対するのと同様の注意に違反して生じた場合にのみ、価額に対する責任を負う。目的にそった使用によって生じた損傷については、受取人は全く価額賠償をする必要はない(新三四六条II③後段)。だが、この場合、受取人には、解除権でなく、消費者保護の撤回権のみが帰属し(たとえば、新三二二条、新三二二条d)、それを行使した場合には(新三五七条III)、価額賠償の責任を負う。

(26) SchwabJS 2002, 8.

七 ま と め

以上の内容から、ドイツ民法改正のおおまかな内容の紹介を終える。

民法の改正によって意図した内容が的確に規制できるのか、できたと考えられるのか、これが最大の難問である。これに対する回答は即座に回答することはできない。ただ、言えることは、EUの指針にどこまでドイツの国益を無視して従えることができるか、どこまでドイツ国内の事情を反映させるかにある。⁽²⁷⁾この内容の検討については将来に譲ることにして、ひとまず終えることにする。

(27) シュレヒトリム教授はその内容のわかりにくさを挙げている。前掲・岡孝編四一頁(シュレヒトリム)。