九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

売買目的物の品質の契約内容への取込みについて：ドイツ売買法の合意説からの展開を手がかりに

田畑, 嘉洋

https://hdl.handle.net/2324/7182250

出版情報：Kyushu University, 2023, 博士（法学）, 論文博士
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

売買目的物の品質の契約内容への取込みについて

―ドイツ売買法の合意説からの展開を手がかりに―

田畑 嘉洋

目次

第１章 はじめに 1
　第１節 問題の所在 1
　第２節 「民法（債権関係）部会」における議論 3
　第３節 物の瑕疵（旧 570 条）の判断手法 12
　　第１項 判例 13
　　第２項 学説 22
　　第３項 問題の整理 34
　第４節 検討の素材と順序 35
第２章 欠点概念の主観化と物の通常性の所在（1900 年 BGB） 39
　第１節 物の瑕疵責任の概要 40
　第２節 欠点概念論 42
　　第１項 判例の概観 44
　　第２項 旧客観説 47
　　第３項 合意説 50
　　第４項 客観説と合意説のヴァリエーション 58
　　第５項 新客観説 63
　　第６項 小括 72
　第３節 合意説が物の瑕疵責任の本質論に与えた影響 73
　　第１項 担保説 74
　　第２項 不履行説 75
　　第３項 小括 83
　第４節 性質概念の射程 84
　　第１項 判例による区別 85
　　第２項 区別の意味と学説の批判 89
　第５節 まとめ 92
第３章 性質合意と等価性（2002 年 BGB） 94
　第１節 物の瑕疵責任の概要 95
　　第１項 物の瑕疵の諸類型 95
　　第２項 合意による責任制御 101
　　第３項 瑕疵物引渡しの効果 103
　第２節 性質概念の射程 107
　　第１項 性質の射程に関する判例 108
　　第２項 制限説 111

第３項 無制限説 115
第４項 小括 124
第３節 物の通常性の位置付け 125
第１項 合意との関連性を強調する見解 126
第２項 客観性を強調する見解 128
第３項 契約の本質論から説明する見解 130
第４項 小括 131
第４節 2022 年改正 132
第５節 まとめ 133
第４章 ［補論］等価性の法律効果への作用（BGB における追完の目的と機能） 136
第１節 本来の給付請求権と追完請求権 136
第１項 追完請求権の法的性質 137
第２項 特定物売買と代物引渡し 140
第２節 売主の追完拒絶権 144
第１項 追完請求権の一般的な排除事由 144
第２項 275 条 2 項に基づく追完拒絶 146
第３項 439 条 4 項に基づく追完拒絶 150
第４項 二種類の拒絶権の関係 154
第３節 売主による積極的な追完 155
第１項 買主の義務 156
第２項 売主の二度目の提供権 157
第３項 追完請求権と二度目の提供権の関係 162
第４節 まとめ 167
第５章 おわりに 170
第１節 まとめ 170
第１項 欠点概念の主観化とその影響 170
第２項 性質合意と等価性 173
第３項 瑕疵の追完と等価性 175
第２節 おわりに 178
第１項 現行法の解釈の可能性 178
第２項 残された問題 180
付録 A ドイツ民法典条文 183
付録 B 引用文献一覧 199

第 1 章 はじめに

第 1 節 問題の所在

現行民法の 562 条 1 項は「引き渡された目的物が種類，品質又は数量に関して契約の内容に適合しない〔以下では単に「契約に適合しない」又は「契約不適合」と述べることもある〕ものであるときは，買主は，売主に対し，目的物の修補，代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。……」と定めている。契約に適合しない目的物を引き渡された買主には本条の定める追完請求権及び代金減額請求権（563 条 1 項）の他に，一般規定に基づく損害賠償請求権及び解除権も認められる（564 条）。本稿で扱われるのは，目的物の品質が契約の内容に適合しないとされた場合の「契約の内容」とはどのようなもので，どのように決まるのか，また，契約の内容としてとり込まれることのできる「品質」とは何かという問題である。

例えば，売買された中古自動車のエアコンや自動ブレーキ（AEB）システムが作動しなかった場合，あるいは売買された宅地の地中に産業廃棄物が埋設されていた場合に，感覚的には，品質の契約不適合を認めることに問題はなさそうである。では，これらの事情はどのような理由から品質の契約不適合と判断されるのか。契約に適合しない目的物を引き渡された買主には追完請求権が与えられているが，前記の例で，もし，「エアコン，自動ブレーキシステムの作動する状態にすること」や「地中に産業廃棄物のない状態にすること」までが売主の給付義務ないし債務の内容[1]として契約の内容となっていることまでが求められるのであれば，では当事者はそのような合意をしているといえるのか。もちろん，当事者が明示的にそのような内容を契約において合意していた場合には何も問題はないが，日常的な物品の売買契約においては契約の締結に際して何らの交渉すら行われないことも多く，そのような内容の合意を求めることは現実的ではない。では，明示的な合意のない場合には，売主は目的物をあるがままに買主に引き渡せば常に自らの債務を完全に履行したことになるのであろうか。おそらくそうではないであろう。例えば売買された自動車の「エアコンが作動すること」については，両当事者ともにそれを当然の前提としていたと考えることもできる。では，この場合に，「エアコンが作動する」という状態での給付義務が売主に発生するとすれば，それは何故か。あるいは，当事者が目的物のある品質の存在について何も知らなかった場合はどうであろうか。今日では，技術の高度な発達に伴って複雑な機能を備えた物が数多く存在し，売主も買主も売買目的物が具体的にどのような機能の幅を備えているかを知らないことも多くなっている。例えば，購入した商品に添付されていた説明書を読んではじめてその商品の備える諸々の機能のすべてを知ることもまれではない。そもそも知らないことについては考えようがないが，この場合にはどのような品質がどのような形式において「契約の内容」に取り込まれるのであろうか（当然，品質は何も取り込まれていない，

[1] 古くから度々指摘されているように，例えば「作動しないエアコン，自動ブレーキシステムが作動すること」「地中に存在する産業廃棄物が存在しないこと」それ自体は給付義務の内容としては不適格であろう。

売主はあるがままに物を引き渡せばよいと考えることはできない)。以上のような問題は法制審議会の民法（債権関係）部会での議論に際しても繰り返し取り上げられており，その議論は後に確認するとして，要するに，「引き渡された目的物が品質に関して契約の内容に適合しない」という規定ぶりは十分に「分かりやすいもの」[2]とはなっていないと思われるのである。ある品質が契約の内容になっているのはどのような場合かを判断するためのより簡明な基準が提示されなければならない。

そもそも物の「品質」とは何かも問題となる。次節でも確認するように，瑕疵担保責任の契約不適合責任への置き換えにあたっては，「民法第 570 条の『瑕疵』という文言に代えて，『瑕疵』に関する解釈の蓄積及び裁判実務における取扱いを踏まえ，『売主が買主に引き渡すべき目的物は，種類，品質及び数量に関して，当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならない』として，売主の責任の成否は，目的物の品質等につき契約の趣旨に適合しているか否かによって決せられることを直截に表現する」[3]とされ，また，改正前における環境瑕疵（例えば暴力団事務所の存在）や心理的瑕疵（例えば建物での自殺）が品質の契約不適合に含まれることも前提とされている[4]。債権法改正前とは異なり現行法では契約の内容とされた物の品質に対して売主の履行責任が認められることになるが，これらの環境瑕疵や心理的瑕疵を構成する事情も品質概念に含めて 562 条以下の適用対象とすることに問題はないか。これは，簡潔に述べれば，物に関する事情はすべて品質として契約の内容に取り込まれ得ることを認めてよいか，あるいは，契約不適合責任以外の形式において売主に責任を問うことが正当であるような物の事情が存在するかという問題である。

本稿[5]では，以上のような問題を生じさせる「目的物の『品質』が『契約の内容』になっている」ことの意味とその判断基準を明らかにするために，同様の議論が古くから続けられているドイツにおける議論の分析を行う。その理由と概要については第 4 節で改めて述べるが，その前に，問題の所在をより明確にするために，法制審の民法（債権関係）部会で行われた議論（第 2 節），及び，債権法改正前の瑕疵担保責任における物の瑕疵に関する判例と学説（第 3 節）を改めて確認して整理しておきたい。後者をいま改めて確認するのは，次節での叙述からも明らかになるように，改正前において積み重ねられた判例や学説が現行法の基礎とされているからである[6]。現行法の注釈書にも，「『瑕疵』という用語が用いられ

---

[2] 後述のように，民法を分かりやすいものとすることが債権法改正の一つの目的であった。

[3] 中間試案の補足説明・399-400 頁。

[4] 第 84 回議事録・5 頁(山野目幹事発言), 18 頁(潮見幹事発言)。

[5] 本稿は，筆者が既に公表した田畑[2011]，田畑[2013]，田畑[2014]，田畑[2017]，田畑[2019]の各論稿を基礎として再構成し，大幅に加筆修正した上で博士論文としてまとめたものである。

[6] 野澤[2017], 12 頁は，新法（現行法）が原始的一部不能論と特定物のドグマを前提とする法定責任説を明確に否定し，瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化したことは明らかであり，売主の責任について現在の取引に適合する規律を設けるものとして高く評価されるとするが，「改正前民法下での議論が無意味であった，と位置づけるものでは決して」

ないからといって，これまで改正前 570 条の『瑕疵』概念について，積み重ねられてきた判例・学説が無意味になることを意味しない」[7]と述べるものがある[8]。とはいえ，そのように判断できる実質的根拠が明らかにされなければならないことは当然である。もし品質の契約不適合責任と瑕疵担保責任とがまったく性質を異にする責任であるとすれば，改めて後者を振り返る必要はない。両者の関係についていえば，第 3 節で検討するように，債権法改正前においても，瑕疵のない特定物を引き渡すことが契約の内容であり，さらには特定物売主も瑕疵のない物を引き渡す義務を負っていると解する余地があり，売主に生じる責任の根拠は債権法改正の前後で異ならないといえることを指摘できる。逆にいえば，そうでなければ，改正前において積み重ねられてきた裁判例や解釈論が現行法においても意味を持ち続けることにはならない。いずれにせよ，それらを活かすことができるのであれば，現行法の解釈論をゼロから構築することと比べて思考経済にも資するということができよう。

第 2 節 「民法（債権関係）部会」における議論

債権法の改正に向けた議論が本格的に始められたのは，民法典が施行されて 100 年あまりが経過した 20 世紀末であった[9]。その後，2009 年 4 月に至り，民法(債権法)改正検討委員会による詳細な試案（『債権法改正の基本方針』[10]）が公表された[11]。同年 10 月 28 日には法務大臣から法制審議会に対して諮問[12]がなされ，それに基づき設置された「民法（債権

ないことを強調する。

[7] 渡邊[2020], 121 頁

[8] 北居[2019], 211 頁以下では，旧 570 条の「瑕疵」に関する判断の集積が 562 条でも参考になると思われるとして，改正前の多くの裁判例が整理されている。

[9] 私法学会の 1999 年度大会においては「民法 100 年と債権法改正の課題と方向」というシンポジウムが開催されている。

[10] 民法(債権法)改正検討委員会（編）『債権法改正の基本方針（別冊 NBL126 号)』（商事法務, 2009）

[11] 試案には，「物の給付を目的とする契約において，物の瑕疵とは，その物が備えるべき性能，品質，数量を備えていない等，当事者の合意，契約の趣旨および性質（有償，無償等）に照らして，給付された物が契約に適合しないことをいう。」という瑕疵の定義規定（3.1.1.05）が設けられていた（「『物の瑕疵』の文言を『物の契約不適合』とする考え方もある。」という＊案も併記されていた)。また，瑕疵の内容をより具体的に提示することについては次のように否定的に述べられている。すなわち，「近時の立法動向や立法提案においては，より具体的に瑕疵概念を定義しようとするものもみられる。とくに，たとえばメーカーが商品の性能・品質等をカタログや広告等を通じて公表し，販売ルートを通じて市場に供給する場合に，最終消費者と売主の間での売買契約においても，公表された性能・品質等が最終消費者と売主の間での売買契約においても瑕疵の存否の判断基準となることを規定する例がある。しかし，これらの事例の少なくとも相当部分は，本提案の定義によってもカバーされうるものであるとともに，個々の売買契約の解釈問題として考えることが可能であり，瑕疵についてのみ，きわめて詳細な定義規定を置くことは必ずしも必要ではなく，また，民法典の他の規定との整合性にも欠ける結果となる」（詳解基本方針 II[2009], 21 頁)。

[12] 諮問第 88 号は「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について，同法制定以

関係）部会」において債権法改正についての調査審議が 2015 年まで続けられた（『債権法改正の基本方針』も部会の第１回会議に参考資料として提出されている）[13]。

債権法改正の目的の一つは民法を「分かりやすいものとする」ことであった。品質の契約不適合の前身といえる物の瑕疵については，「民法第５７０条の『瑕疵』という文言については，定義規定がないため，その具体的な意味を理解しづらいという指摘がされている。そこで，『瑕疵』の意味について主観的瑕疵（当該契約において予定された性質を欠いていること）と客観的瑕疵（その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いていること）の双方を含むという見解が有力であることを踏まえて，その定義を条文上明らかにすべきであるという考え方があるが，どのように考えるか」[14]が検討事項とされた。中間試案においても「瑕疵」という文言の問題性が指摘されている。すなわち，「『瑕疵』という言葉は，法律専門家でない者にとってなじみの薄い言葉である上，裁判実務においては，物理的な欠陥のみならず，いわゆる環境的・心理的瑕疵も『瑕疵』に含める解釈がされるなど，現行の実務における『瑕疵』の用語法は，国民一般から見て分かりにくいことは否定し難い」[15]というものである。それ故に，「法律用語としては定着していると言われる『瑕疵』という用語を条文上維持するか否かにかかわらず，これまでの『瑕疵』についての解釈の蓄積等を踏まえ，その意味内容を可能な限り条文上明らかにする方途を講じることが望ましい」[16]として，瑕疵概念の明確化の必要性が述べられている。

瑕疵の有無の判断については，「目的物が本来備えるべき品質等を確定した上で，その『備えるべき品質等』との対比において，実際の目的物が当該『備えるべき品質等』を有しているかどうかの評価」であるとされた上で次のように整理されている。「この『備えるべき品質等』をどのように画するかにつき，学説上，いわゆる主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念との対立が言われることがある。……もっとも，両者を対立的に捉える必要はないように思われる。すなわち，主観的瑕疵概念を採る立場においても，あるべき品質等の確定につき，明示ないし黙示の合意内容を探求することのみに終始することなく，契約をめぐる諸事情から認められる契約の趣旨に照らして（そこでは，取引通念も考慮要素に含まれ得る……），目的物が有しているべき品質等を確定するのであって，そこでは客観的・規範的考慮が排除

来の社会・経済の変化への対応を図り，国民一般に分かりやすいものとする等の観点から，国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので，その要綱を示されたい。」というものであった。

[13] その後，部会による「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」の決定（2015 年 2 月 10 日），法制審による「民法（債権関係）の改正に関する要綱」の決定と法務大臣への答申（同年 2 月 24 日）を経て，第 189 回国会に「民法の一部を改正する法律案」（第 189 回国会閣法第 63 号）が提出され，2017 年 5 月 26 日に「民法の一部を改正する法律」が最終的に成立し，（一部を除いて）2020 年 4 月 1 日から施行されている。

[14] 部会資料 15-1・3 頁。

[15] 中間試案の補足説明・400 頁。

[16] 中間試案の補足説明・400 頁。部会資料 75A・9-10 頁でも同様に瑕疵の判断基準の明確化の必要性について言及されている。

されているわけではない。また，客観的瑕疵概念に依拠するとしても，『通常有するべき品質等』を画定する際に，契約をした目的等を一切捨象しているわけではないし，目的物の品質等につき当事者間に合意がある場合にはそれが優先的に考慮されると考えられる。そうすると，瑕疵の存否は，結局，契約の趣旨を踏まえて目的物が有するべき品質，性状等を確定した上で，引き渡された目的物が当該あるべき品質等に適合しているか否かについての客観的・規範的判断に帰着すると考えられ，裁判実務においても……基本的にこのような手法で判断していると考えられる」[17]。以上のうちの客観的瑕疵概念に関する説明の妥当性については，以下ですぐに引用する山本の評価が的確である。なお，瑕疵という文言の修正については，法務省の立案担当者により，「新法では，『契約の内容に適合しない』との用語を用いて，端的に『瑕疵』の具体的な意味内容を表すこととしている」[18]と解説されている。

さて，既に述べたように，債権法改正においては民法を分かりやすいものとすることが目的の一つとされていたが，部会での議論を辿ると，学者委員／幹事とそれ以外の者の間にはこの「民法の分かりやすさ」（及び「契約解釈」についてもそうであろう）についての大きな認識の違いが存在していたように思われる。そのことを明らかにする一つの例が，物の「通常有するべき品質」の位置付けであり，最後まで両者の議論はかみ合わず，堂々巡りする。つまり，通常有するべき品質の欠如は当事者の意思との関係において瑕疵と判断されることを前者が主張するのに対して，後者は，それが当事者の意思を離れて社会／取引通念により瑕疵と判断されるものであり，契約の趣旨ないし内容という文言ではこの部分の瑕疵が抜け落ちてしまう可能性があるとすること（従って，社会／取引通念が顧慮されることを条文に明記することが必要であること）を主張し続ける。少し長くなるが，関係する発言を確認しておこう。まず，第 1 ステージ（論点整理）において，山本（敬）幹事が極めて重要な指摘を行っている：

【第 14 回会議】

「……いわゆる契約責任説に当たるものに基づいて，瑕疵担保責任を債務不履行の一般原則に一元化する方向で改正を行うべきであるという立場を支持したいと思います。

……ここでの核心的な問題は，特定物が持つべき性質について，契約で合意することができるとすべきかどうかです。この問いに対して，特定物が持つべき性質についても，契約で合意できるとすべきであると考える理由はどこにあるかといいますと，まず，特定物が持つべき性質について契約の当事者が実際に合意をしているときには，その合意をそのまま尊重することが私的自治や契約自由の要請ではないかという理由が考えられます。

しかし，これは，必ずしも決定的な理由ではないかもしれません。問題はむしろ，なぜ，そのような事柄について，私的自治や契約自由を認めるべきかというところにあります。

ここでポイントになるのは，……現代の取引社会では，買主が自らの経済活動や生活を合理的に設計できるようにするためには，購入した目的物が意図したとおりの性質を備えている

[17] 中間試案の補足説明・400 頁。
[18] 一問一答[2018], 275 頁。

ことが不可欠ではないのかということにあります。購入する目的物の性質について合意することができなければ，自らの経済活動や生活を合理的に設計することはできないと思います。……そして，国際的に契約責任説が前提にされるようになっているのは，正にこのような現代の取引社会の要請に応えるためではないのか。だからこそ，今回の改正に当たっても，契約責任説に当たる考え方を前提とした改正を行うべきだという意見が強く出てきているのだということを，最初に強調しておきたいと思います。」(7-8 頁)

「……〔部会資料 15-2 第 2,2 (2)[19]では瑕疵について〕『主観的瑕疵と客観的瑕疵の双方を含むという見解』が有力だとされています。これは，確かにそのような読み方ができなくはないものもあるのですが，先ほどの契約責任説を前提にしますと，契約を離れて，客観的にその種類のものとして通常有すべき性質を欠くことを『瑕疵』というのは，説明が付かないのではないかと思います。やはり契約責任説で言う『瑕疵』とは，あくまでも，その契約において予定された性質を欠いていることになるはずだと思います。

ただ，問題は，その契約において予定された性質とは，一体何なのかです。それが明示的に示されていない場合は，……その契約の解釈によって，契約で予定された性質を確定する必要があります。もちろん，契約に全く手掛かりに当たるものがない場合……には，その種の契約において目的物がどのような性質を有するものと見るかという解釈準則ないしは任意法規に当たるものによって，契約の内容を確定ないし補充することになります。しかし，そのようにして確定された性質は，あくまでも『その契約において予定された性質』であって，それを欠いていることが『瑕疵』に当たると説明されることになると思います。つまり，客観的瑕疵という考え方を採っているわけではなくて，……『その契約において予定された性質を欠いていること』が『瑕疵』であると定義するのが誤解を招かないのではないかと思います。」(13 頁)

【第 23 回会議】

「……〔部会資料 23 第 36,1 (2)[20]では瑕疵の意義について〕『当該契約において予定された

---

19 【第 2,2 (2)「瑕疵」の意義（定義規定の要否)】「民法第 570 条の「瑕疵」という文言については，定義規定がないため，その具体的な意味を理解しづらいという指摘がされている。

そこで，「瑕疵」の意味について主観的瑕疵（当該契約において予定された性質を欠いていること）と客観的瑕疵（その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いていること）の双方を含むという見解が有力であることを踏まえて，その定義を条文上明らかにすべきであるという考え方があるが，どのように考えるか。」（部会資料 15-2・17 頁）

20 【第 36,1 (2)「瑕疵」の意義（定義規定の要否)】「①「瑕疵」の意義については，当該契約において予定されていた性質を欠いているという要素と，その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いているという要素の双方を考慮できるものとする方向で，更に検討してはどうか。その上で，二つの要素の関係に関しては，当該契約において予定された性質を欠いていることが「瑕疵」であり，その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いているという要素は，契約内容の解釈・確定において考慮されるとする考え方について，瑕疵担保責任の法的性質に関する考え方（前記(1)）との適合性や契約実務に与える影響等に留意しつつ，更に検討してはどうか。〔以下省略〕」（部会資料 23・19 頁）

性質を欠いているという要素』と，『その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いているという要素』の『双方を考慮できるものとする方向』で，更に検討してはどうかとまとめられています。これは，どのような立場でも，この二つの『要素』を考慮できるようにするという点では意見は一致しているという理解を前提にしていると考えられますが，それはやはりそう簡単ではないということを指摘しておきたいと思います。

……契約責任説によりますと，『瑕疵』の意義は，飽くまでも，その契約において予定された性質を欠いていることであって，契約を離れて，客観的にその種類の物として通常有すべき性質を欠いていることを『瑕疵』ということはできません。もちろん，部会資料の①の２文目にありますように，その上で，その種類の物として通常有すべき性質も，契約内容の解釈・確定において考慮されるというのはそのとおりなのですが，その場合も，そのようにして確定された性質は，飽くまでも『その契約において予定された性質』であるという説明をするのが契約責任説の考え方です。……この点は，やはり契約責任説の理解の根幹に関わる部分ですので，そのことがはっきり分かるようにできないものかと思います。少なくとも，この現在のように，この二つの『要素の双方を考慮できるものとする方向』とされますと，契約責任説とは異なる立場が前提にされているかのように，取ろうと思えば取れなくはありませんので，やはり問題が残っているということを指摘しておきたいと思います。」(45-46 頁)

第２ステージ（中間試案に向けての審議）の第 52 回会議では，次のように議論されている：

中井委員「……契約適合性という言葉について，かつて弁護士会は余り賛成しない意見でした。内容的には弁護士会でもほぼ異論はないというか，中身については理解が得られているとは思いますけれども，なお，契約適合性という言葉を正面から出すことについては慎重です。その理由については，瑕疵概念の中身についての認識といいますか，……契約の趣旨若しくは合意の内容を強調することに対する危惧があるわけです。……

つまり，契約，合意を尊重していくことによって，不適切な合意なりがある場合もある，若しくは合意のないときにどう考えるかといったときに，弁護士会としては行き過ぎたものを制約する，若しくはないものについて適正な効果を与えるためには，社会通念なり取引通念，そういうものによる制約が常にあるのではないかと思うものですから，契約の趣旨のみ，若しくは契約の適合性のみ，つまり，裸の合意の内容にこだわるような表現よりは，もう少し客観的，規範的なもので縛りが掛かるようなものであるべきではないかと，考えております。……そういう制約を含めた考え方を瑕疵概念にも持ち込むべきだと考えている次第です。」(10 頁)

道垣内幹事「……中井委員が，契約で定められていないとおっしゃったのか，分からないとおっしゃったか，私は記憶がありませんが，そのような場合には，通常有すべき品質ということになるだろうというお話ですが，論理的にそうなのだろうかということです。つまり，契約で定められたところが分からない，特段の合意がないという場合には，通常有すべき性質の物を引き渡すというのが当事者の意思であると推定されることによって，瑕疵とは，その物が通

常有すべき性質を欠いていることになるのか，それとも，そのような当事者の意思の推定ということを通さないで，その物が通常有すべき性質を欠いているという瑕疵概念が出てくるのか。この両者は，理論的にはかなり違うことではないかという気がいたします。

……論理的には当事者が例えば何かを売るというときには，それこそ社会通念上・取引通念上，通常，こういう物はこういう性質を有しているよね，そういう性質の物を引き渡すのだよね，という合意がなされていると見ることによって，契約適合性の判断がされるのではないか。合意の解釈が尽きている，合意がないというわけではないのではないかと思います。……瑕疵というものの捉え方の最後の段階では，二つの違いが問題になってくると思います。」(11頁)

鹿野幹事「……通常有すべき性質ということについてですけれども，確かに，契約で特に明確に定めていないときにおいては，契約の趣旨として，通常の性質を有するべきことが契約で予定されていたと解釈されることも多いでしょうし，通常の性質が契約の解釈過程において大きな意味を持ってくることがあるのだろうと思います。……契約締結時の取引観念も，同じく契約の解釈において，契約でどういうものが予定されていたのかということを明らかにする際の重要な考慮要素となるのだろうと思います。

ですから，結局，契約の趣旨内容を基準にした瑕疵概念を採った場合，中井委員がおっしゃったこととそれほど大きな違いは生じないのではないかと思うのです。……そうはいっても，契約の趣旨とか，契約上予定された品質，数量等とだけ条文に書いた場合には，あたかも契約で書かれたことだけが考慮されるかのような誤解を招くことがあるのかもしれません。そして，契約に明確に書いていない場合にどうなるのかにつき疑問が持たれることがあるのかもしれません。そこで，……場合によっては，契約の趣旨を導くための解釈指針を，条文に少し書き込むというようなことも，考えてよいのではないかと思います。……」(11 頁)

中井委員「……従前の議論の中での言い方をするならば，契約の趣旨及び社会通念若しくは取引慣行に基づいてというような表現，二つの並列型を御提案したことがあったかと思います。……それについては多くの批判を受けまして，……最終的，究極のよりどころは契約の趣旨である，この点については相当の理解をしているつもりです。その契約の趣旨の中に，今，鹿野幹事がおっしゃられた判断過程というのでしょうか，解釈の過程で取引の実情であるとか，取引の慣行が考慮されるのだということが，どのような形にしたら表現できるのか分かりませんけれども，それに配慮したような表現ぶりというのを考えていただきたいと思っている次第です。」(11-12 頁)

道垣内幹事「その部分だけ考えると，そのとおりだと思うのですが，一般の契約の解釈において，取引慣行その他が考慮されることは以前から言われてきた事柄であって，そのことを契約の解釈のところに書くのか，それとも，特に取り上げて，ここに書くのかというのは，若干，考える余地があるのではないかと思います。……」(12 頁)

鹿野幹事「……瑕疵の有無については，今までも実は契約の趣旨に照らした判断がなされていたと私は思うのですが，しかし，一部では，瑕疵概念につき通常有すべき性質を欠くこと

という説明がなされ，あるいは強調されすぎるところがありました。そこで，そうではなく契約の解釈からこれが導かれるのだということを，確認的にここで明らかにするということには意味があるのではないかと思います。」(12 頁)

岡委員「……弁護士会の中では，契約の趣旨が尽きたところで社会通念，あるいは，通常有すべき性状，を持ち出そうというのが大方の意見ではあったんですが，……消費者委員会のほうからはフランス消費法典なんかを見ると，……原則，通常有すべき性状だと，ただし，当事者間で特約があったら別だと，こういう順番を書き換えている法制もありました。また消費者の場合には余り契約の中身を詰めないことも多いので，実態がどの程度変わるのか，よく分かりませんけれども，通常有すべき性状を前に持ってくる案，それを推す意見がございました。」(12 頁)

山本（敬）幹事「〔直前の岡委員発言に対して〕……通常有すべき性質を持つ物を引き渡す義務を負うということが，当事者の合意に関わりのないデフォルトルールとして，あるいは客観法として存在していると理解した上で，当事者の合意がそれと違うときは，それによるという趣旨なのか。それとも，当事者の意思は特別な事情がなければ，想定されているその物が有すべき性質を持ったものとして売る，買うという意思を持っているものと，あるいは，そのような合意をしたものと推定するという言い方がいいかどうか分かりませんが，それが通常である。しかし，特別な事情があって，それと異なる合意が行われていると解釈できるときは，それによるという方向でお考えなのか。どちらなのかによってかなり意味合いが変わるのではないか……」(12-13 頁)

山本（敬）幹事「後者であれば，問題はまだ少ないかもしれません。そして，その場合は，書き方として，おっしゃるような原則・例外の書き方にはならないのではないかと思います。」(13 頁)

最後に第 3 ステージ（改正要綱案の取りまとめに向けての審議）の第 93 回会議における議論からの抜粋である：

岡委員「……『契約の趣旨』というのが採用できないという理由はわかりましたが，この『契約の内容』という言葉に変わりますと，契約だけで決まってしまうという心配を弁護士会の多くの者がしております。

従前，契約の一切の事情に基づき，かつ取引上の社会通念を考慮して定まるという合意がこの部会でできていたと思います。この『契約の内容』という表現になってしまうと，取引上の社会通念を考慮する，あるいは照らすという部分が抜け落ちてしまうという心配でございます。ここについて何とかならないかという議論を昨日も随分いたしました。

……帰責事由とか履行不能のところで採用されている『契約及び取引上の社会通念に照らして定まる』をここでも採用し，『契約及び取引上の社会通念に照らして定まる契約の内容に適合した』うんぬんという表現ができないのでしょうかという意見がありました。

それだと少しどぎつすぎるということであれば，……『契約の内容を判断するに当たっては

契約の趣旨，目的，及び取引上の社会通念を考慮する』，こういう形で入れられないかという意見も強うございました。

補足説明[21]を見ると，従来の『契約の趣旨』とこの『契約の内容』は変わるものではないと書かれているのですが，やはり条文になると違うと思います。この『取引上の社会通念』をどこかに入れることについては事務当局としてどんなふうに考えていらっしゃるのでしょうか。」(45-46 頁)

筒井幹事「……『契約の内容』という言葉を使うとしたときに，これについて何々を考慮するという修飾語をつけるかどうかということですけれども，ここでの『契約の内容』が何によって定まるかは，正に契約の解釈そのものです。その契約の解釈についての一般的なルールを設けることは，前回の議論でもなかなか困難であるという一定の結論に至ったところです。そういたしますと，そのうちの一つの要素である『取引上の社会通念に照らして』等ということを書き込むのが適当なのかどうかという点が当然に問題になるだろうと思います。

……もちろんこれまでの議論に表れていたとおり，ここでの『契約の内容』はもちろん契約書の記載によって決まるなどと考えているわけではなく，契約の締結に至る経緯等を考慮して取引通念も参酌して定まるという理解に立っていますけれども，条文表現としては『契約の内容』とさせていただき，そしてそのような考慮が働くことは，例えば債務不履行による損害賠償の免責事由のところなどを参酌しながら解釈していただく，そのことを手がかりに解釈していただくという整理で御理解いただけないかと考えた……。」(46 頁)

中井委員「……契約の内容について懸念点として２点あります。１点はやはり『内容』とだけ書くことによって，ある意味でかねてから言っているギラギラの合意，極論すれば書面による合意のみが考慮されるという懸念です。……実質ここでの理解としては取引の経緯のみならず取引通念が考慮されて決まるのである，ということが理解されているとはいえ，この『契約の内容』という言葉だけになってしまうと，やはりその懸念が拭えない。これが岡委員から申し上げたかったことです。

もう１点は，ここで契約の内容といえば，これは当たり前のことを書いていて，内容に従ったものを供給しなさいよとなり，常に売買においてその内容を探究しないと適合しているか適合していないかが判断できないということになろうかと思います。そうすると実際の大量の取引を見たときに個別に品質・性能，ここで言うと種類・品質ですか，について合意していない場面も多々ある。従来の理解としては，特段の合意がなければ目的，対象物が通常有する品質・性能を備えたものを引き渡せば足りるという形で，それ以外に当事者間で合意をすれば，当然その合意に従ったものを引き渡さなければならない，こういうルールだろうと思います。そうしたときに，特段当事者間で合意がない場面で一体どうなるのかというルールがこれ

21 「……従前の案……では『契約の趣旨』という文言を用いていたが、これに対しては多義的で意味内容が必ずしも明確でないなどの問題があり、今後、条文で用いることのできる見通しが立ちにくいことから、素案(1)及び(2)では『契約の内容』という文言を用いることとしている。規律の内容を変更するものではない。……」（部会資料 81-3・8 頁）。

では見えなくなるのではないか。……」(47 頁)

岡委員「……契約の趣旨の定義のところで合意したように，契約の目的，経緯等に基づいた上で，第二次的に控えめに取引上の社会通念も考慮して定まる契約の趣旨ということを申しあげているのです。あくまで契約が第一義的だけれども，補充的な要素として取引上の社会通念を入れるというのが部会の合意だったわけで，取引上の社会通念だけで決めろとは誰も言っていないと思います。」(48 頁)

山本（敬）幹事「現行法でも，品質に関しては中等の品質とするという規定がありますが，この中等の品質をどう理解するかは，実のところよくわからないし，この規定が実際に使われるケースはほとんどなかったという経緯があります。

そして，売買の目的物一般について，デフォルトルールとして『物が通常有すべき性質』と書くことはできないだろう思います。それは，対象とされる契約に応じて予定される性質は違ってくるわけであって，『通常有すべき性質』が一体何かは一般的には決まらないと考えられるからです。特に土地のように，汎用性のあるような物では，何が通常有すべき性質か。例えば土地の中に何か埋まっていることはどうなのかということまで考えますと，デフォルトルールを立てきれないだろうと思います。その意味で，言おうとしておられることは理解しますが，それを明文化することは難しいのではないかと思います。」(49 頁)

「物が通常有すべき性質」をめぐっては以上のような議論が行われていたが，その扱いについては債権法改正後の民法の解釈論においても考え方が分かれている。一方では次のような見解が主張されている。すなわち，契約適合的なものとしてあるべき性質が何であるかの確定にあたって，具体的な契約において当事者が下した評価を基礎として判断を加えるべきである。このことからの帰結として，契約目的物の種類・品質・数量に関するリスクを当事者のいずれが引き受けるべきかを確定するにあたって，契約を離れた社会通念や取引通念のみによって判断してはならず，当該具体的な契約に基づくリスク分配という観点を基礎に据えるべきである。客観的に存在する一個の物についても，その内容・属性としてどのような意味を与えるのかということは，その物を両当事者が契約対象としてとりあげたコンテクストごとに多様であるが故に，売買目的物の種類・品質・数量に関するリスクを当事者のいずれが引き受けるべきかを判断するにあたっては，このリスクを両当事者が当該契約のもとでどのように分配していたのかが決定的である，という見解である[22]。これに対しては，債権法改正前における瑕疵の判断手法を念頭に，「契約締結にあたり，そのような明確なリスク配分がされていない場合は，どう解するのであろうか。……契約で特に品質を定めていない場合には，契約の『規範的・補充的解釈』により，『通常の品質を有することは契約の内容となっている』と解釈するならば，結局は，従来の客観的瑕疵概念を認めることと差異はないようにも思える。しかし，『規範的・補充的解釈』がなされることを指摘するだけでは，『通常の品質を有することは契約の内容となっている』という解釈が常になさ

[22] 潮見[2022], 91 頁。

れるとは限らない。この意味で，従来の客観的瑕疵概念は，当該契約の具体的内容をあれこれ解釈しなくとも，目的物が客観的に通常の品質を有しない場合に瑕疵を認めるのであるから，解釈基準としては恣意性を排除できて合理的な基準であった」と説く見解も存在する[23]。前者の見解に従えば，通常の品質についても当然に契約に基づくリスク分配の問題として処理されることになるのに対して，後者は，契約解釈の結果として通常の品質を有することが契約の内容となっていなかった場合であっても，つまり契約の内容とは無関係に，通常の品質の欠如に対して売主に責任を負わせるべきという主張のように見える。

では，後者の主張の前提となっている客観的瑕疵に対する理解は適切であろうか。すなわち，（たとえ「『規範的・補充的解釈』がなされることを指摘するだけでは，『通常の品質を有することは契約の内容となっている』という解釈が常になされるとは限らない」のであるとしても）債権法改正前において，そもそも，「通常の品質を有することは契約の内容となっている」という解釈がなされなかった場合にも通常の品質の欠如を瑕疵として売主に責任を問うことが認められていたのかという疑問が生じる。換言すれば，通常の品質を有することが契約の内容となっていないのであれば，その欠如を瑕疵として売主に責任を負わせることはできないのではないか（この疑問は，契約の趣旨が尽きたところで社会通念が持ち出されるとする一部の部会委員の理解に対しても当てはまる）。債権法改正前の瑕疵担保責任における物の瑕疵の判断基準，とりわけ物の通常性がどのような根拠から物の瑕疵として捉えられていたかを次に確認したい。

第 3 節 物の瑕疵（旧 570 条）の判断手法

債権法改正前における売主の「瑕疵担保責任」は，現行法の「品質に関する契約不適合責任」に対応する責任である[24]。瑕疵担保責任に関する旧 570 条は「売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは，第 566 条の規定を準用する。……」と定めていた。従って，買主が瑕疵を知らず，そのために契約をした目的を達することができないときは，契約の解除をすることができ，契約の解除をすることができないときは，損害賠償の請求のみをすることができたが（旧 566 条 1 項），買主の追完請求を認める規定は存在しなかった。我妻によると，売主の財産権移転義務（555 条）が法律行為的効果であるのに対して，瑕疵担保責任（旧 570 条）は売買が有償契約であることに基づいて法律が定めた非法律行為的効果であり[25]，また，判例通説ともに売主は無過失で瑕疵担保責任を負うとしていた[26]。

---

[23] 松本[2017], 456-457 頁。

[24] 中間試案補足説明・398 頁では，「売主が買主に引き渡すべき目的物は，種類，品質及び数量に関して，当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならないものとする」（第 35,3 (2)）という規定が「第 570 条（隠れた瑕疵）の適用場面をカバーする」と述べられている。

[25] 我妻[1957], 266, 270 頁。

[26] 例えば，大判大正 10 年 6 月 9 日民録 27 輯 1122 頁，我妻[1957], 270 頁。なお，我妻は「売主の担保責任は，売買の目的物に瑕疵があって売買が少くとも一部無効となり得るような場合の責任なのだから，信頼利益（消極的契約利益）の賠償に限ることが，理論的

本節では，判例（第１項）と学説（第２項）が売主の瑕疵担保責任における物の瑕疵をどのように理解していたかを改めて確認して整理しておきたい[27]。確かに，もし品質の契約不適合責任と瑕疵担保責任とがまったく性質を異にする責任であるとすれば，瑕疵担保責任をここで改めてあえて振り返る必要はないといえよう。とはいえ，既に述べたように，改正前に積み重ねられた判例や学説が現行法においても意味を失わないという見解が主張されている。しかも，以下で確認されるように，債権法改正前において，学会では債務不履行責任説がほぼ通説化していたことは別として，瑕疵担保責任の債務不履行責任への統合の兆しを裁判例にも認めることができる。

第１項 判例

まず，債権法改正前の旧 570 条における瑕疵の判断基準，瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容に関する裁判例を見ていく。その後，(裁)判例を整理しつつ，物の一定の状態が瑕疵と判断される根拠と瑕疵担保責任が発生する根拠という二つの関連する問題について，いくつかの点を指摘しておきたい。

(1) 瑕疵の判断に関して

まず，判例上どのような場合に 570 条の瑕疵が認められているかについて，見本があった場合，目的物の品質が保証されていた場合，いずれも存在しない場合に関する三つの判例を見ていく。前二者の類型から，当事者が瑕疵の判断基準を自由に定めることができること，第三の類型から，当事者がその基準を契約において明示的に定めていない場合であっても，瑕疵が契約を媒介して判断されていたことが確認できる。

①見本売買と瑕疵（大判大正 15 年 5 月 24 日民集 5 巻 433 頁）

ＸはＹに自己所有の樅板（特定物）を総額 986 円で売却した。本件は，ＸがＹに対して代金の残額 486 円の支払いを求めたものである。本件売買は，売買された樅板のすべてを点検することが困難という事情があったために，見本品を定めてなされたものであり，その見本品は無節のものであった。ところが，ＸがＹに給付した物は節穴や裂目が多く，尺幅の足りないものもあり，見本品に適合しなかった。そこで，Ｙはその受領を拒絶し，Ｘのためにそれを保管しているにすぎず，未だ引渡しを受けていないとして，代金支払い義務はないと主張している。原審は，ＸがＹに送付した樅板は見本品に適合しないため，未だ債務の本旨に従った履行がないとして，Ｘの請求を棄却したので，Ｘが上告した。上告理由は，原判決の理由の前段では，本件売買が特定物売買と認定されているにもかかわらず，その後段では，

に正しい。のみならず，売主の無過失責任であることからみて，実際的にも公平に適する。然し，売主に過失がある場合には―契約締結上の過失の責任に一歩を進め―履行利益の賠償責任を負うものと解すべきではあるまいか」（我妻[1957], 271-272 頁）と述べる。

[27] 債権法改正前の瑕疵担保責任に関する諸々の論点と学説は，山本[2005]に極めて詳細に整理されている。

見本と相違する樅板の送付は債務の本旨に従った履行でなく，Yに受領義務はないため，本件請求は失当と判断しており，本件売買を不特定物売買と認定するようであり，判決理由は前後矛盾し理由不備の違法があるというものである。

大審院は次のように判示して原判決を破棄差戻しした。「特定物ノ売買ニ於テ見本品ヲ定メタルトキハ売主ハ売買ノ目的物カ見本品ニ適合スル性質ヲ具有スルコトヲ確保スルモノニシテ従テ其ノ給付シタル物カ見本品ト異リタルトキハ瑕疵担保ノ責ニ任スヘキモノナルト同時ニ買主ハ民法第五百七十条第五百六十六条ノ規定ニ基キ或ハ契約ヲ解除シ又ハ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモ債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ニアラストシテ之カ受領ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス」。

②性能保証と瑕疵（大判昭和 8 年 1 月 14 日民集 12 巻 71 頁）

Yは「自己製作ニ係ル特許三益三年式籾摺土臼ノ販売ノ為メ同機ノ特色ノ一トシテ米五百俵ヲ摺上ケ得ル性能ヲ有スルモノニシテ万一不完全ノ場合ハ無料修繕スヘキ旨広告宣伝ヲ為シ」ていた。XとYは，昭和 5 年 3 月 29 日に，神奈川県のある区域における「特許三益三年式籾摺土臼」の一手販売契約を結んだ。この契約では，Xが当該区域内において 2 年間で 300 台（10 円／台）を販売することとされ，その責任台数に対する保証金としてXはYに 300 円を納めている。XがYから送付された土臼 21 台を販売のために実験したところ結果は不良であり，いずれの土臼も従来の臼と比べて何ら優れた点を有さず，購入者は一人もいなかった。（Xの主張によると）「〔昭和 5 年 4 月 22 日にYに対して〕約旨ノ如キ能率ヲ上ケ得ルモノノ送付ヲ求メタル上更ニ同年五月七日同月十三日迄ニ右ノ如キ性能ヲ有スルモノノ送付ヲ求メタルモ控訴人〔Y〕ハ之ニ応セサリシ為メ」，Xは債務不履行を理由として一手販売契約を解除し，保証金 300 円の返還を求めて本訴を提起した。原審は，上記一手販売契約における売買の目的物は特許三益三年式籾摺土臼そのものに外ならず，この土臼が送付された以上は債務の本旨に従った履行がなされており，たとえ土臼がX主張の性能を具有しなかったとしてもそれは三益三年式籾摺土臼そのものが有する欠陥にすぎず，債務の不履行を論ずる余地のないことは明白であるとして，Xの請求を棄却したため，Xが上告した。上告理由は，契約書に明示的に記載された事項のみが契約条項の全部であるのではなく，契約書には記載されていないが，成立に争いのない証拠物に記載された本件土臼の性能に関する事項は契約の内容をなすと認められるのに，原審がこの点を深く顧慮しなかったのは審理不尽理由不備の違法であるというものである。

大審院は次のように述べて原判決を破棄差戻しした。「売買ノ目的物ニ或種ノ缺陥アリ之カ為其ノ価額ヲ減スルコト少カラス又ハ其ノ物ノ通常ノ用途若ハ契約上特定シタル用途ニ適セサルコト少カラサルトキハコレ所謂目的物ニ瑕疵ノ存スル場合ナリ……瑕疵ナルモノハ以上ノ場合ニ止マラス他無シ夫ノ売買ノ目的物カ或性能ヲ具備スルコトヲ売主ニ於テ特ニ保証（請合フノ意）シタルニ拘ラス之ヲ具備セサル場合則チ是ナリ蓋斯カル物ハ縦令一般ノ標準ヨリスレハ完璧ナルニモセヨ偶々此ノ具体的取引ヨリ之ヲ観ルトキハ是亦一ノ缺陥

ヲ帯有スルモノニ外ナラサレハナリ」。「今或種類物ノ売買ニ於テ其ノ種類ニ属スル物ハ斯ク斯クノ性能ヲ有ストノコトカ特ニ売主ニ依リテ保証セラレタルニ拘ラス其ノ現実給付セラレタル特定物カ偶々右ノ性能ヲ具備セサル場合ニ買主ハ売主ニ対シ約旨ニ適合スル物ノ給付ヲ請求スルト将タ瑕疵担保ノ責任ヲ問フト一ニ其ノ選択ニ従ヒテ可ナルハ前述ノ如シト雖若シ当該種類物ハ其ノ本質上到底保証セラレタル性能ヲ具備スルニ由無キ一般的缺陥ヲ帯有スル場合ニ於テハ右ノ如キ選択ハ最早問題ニ非ス何者目的タル給付ハ始メヨリ不能ナルモノトシテ売買契約ソノモノハ当然無効ニ外ナラサレハナリ」。「此ノ広告宣伝ナルモノ偏ニ所謂羊頭狗肉ノ策ナラハ則チ已ム爾ラサル限リ（或ハ爾カ云フヲ得サル限リ）此ノ物品ニ付他ト一手販売契約ヲ締結スルニ当リ当事者間ノ了解ニ依レハ当該物品カ曩ニ広告宣伝セラレタル如キ性能ヲ有スルヤ否ハ売主ノ知ルトコロニ非ス売主トシテハ唯特許三益三年式籾摺土臼ト名ケラルル種類物ヲ給付スレハ則チ足ルテフ趣旨ナリシト観ルコトノ果シテ事物ノ常態ト取引ノ信義ニ合ヘリヤ否ヤ特別ノ事情ノ認ムヘキモノ無キ以上斯カルハ固ヨリ肯定スヘキ限リニアラス而モ本件ニ於テ何等カ此種特別ノ事情ノ存セシコトハ当該事実認定ヲ為スニ当リ毫モ原審ノ判示セサルトコロナリ」。

③物の通常性と瑕疵（最判平成 22 年 6 月 1 日 民集第 64 巻 4 号 953 頁）

X は，平成 3 年 3 月 15 日，Y から本件土地を買い受けた。本件土地には，売買契約締結当時からふっ素が含まれていたが，当時，土壌に含まれるふっ素については法令による規制はなく，取引観念上も，土壌に含まれたふっ素に起因して人の健康に係る被害が生ずるおそれは認識されておらず，Y の担当者も認識していなかった。平成 13 年 3 月 28 日，環境基本法 16 条 1 項[28]に基づき，環境庁告示第 46 号の改正により土壌に含まれるふっ素についての環境基準が新たに告示された。平成 15 年 2 月 15 日に施行された土壌汚染対策法の 2 条 1 項，及び，同法施行令の 1 条 21 号によれば，ふっ素は特定有害物質であり，溶出量と含有量の基準値が定められている。そして，同法の施行に伴い，都民の健康と安全を確保する環境に関する条例に基づき，ふっ素に関して土壌汚染対策法・同法施行規則と同じ基準値が定められた。条例に基づく調査の結果，平成 17 年 11 月 2 日頃に，土地に上記両基準を超えるふっ素が含まれていることが判明した。X は，土地にふっ素が基準値を超えて含まれていたことが 570 条の瑕疵にあたるとして，瑕疵担保による損害賠償を求めた。原審は，次のように述べて X の請求を一部認容した。すなわち，土地の通常の利用を目的として締結される売買契約の目的物である土地の土壌に，人の健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていないことは，上記土地が通常備えるべき品質，性能に当たる。売買契約の目的物である土地の土壌に含まれていた物質が，売買契約締結当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが，その後，有害である

[28] 環境基本法 16 条 1 項「政府は，大気の汚染，水質の汚濁，土壌の汚染及び騒音に係る環境上の条件について，それぞれ，人の健康を保護し，及び生活環境を保全する上で維持されることが望ましい基準を定めるものとする。」

と社会的に認識されたため，新たに法令に基づく規制の対象となった場合であっても，当該物質が上記の限度を超えて上記土地の土壌に含まれていたことは，570 条[29]にいう瑕疵に当たると解するのが相当である。

最高裁は次のように判示して，原判決を破棄してXの請求を棄却した。「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたかについては，売買契約締結当時の取引観念をしんしゃくして判断すべきところ，前記事実関係によれば，本件売買契約締結当時，取引観念上，ふっ素が土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されておらず，Xの担当者もそのような認識を有していなかったのであり，ふっ素が，それが土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるなどの有害物質として，法令に基づく規制の対象となったのは，本件売買契約締結後であったというのである。そして，本件売買契約の当事者間において，本件土地が備えるべき属性として，その土壌に，ふっ素が含まれていないことや，本件売買契約締結当時に有害性が認識されていたか否かにかかわらず，人の健康に係る被害を生ずるおそれのある一切の物質が含まれていないことが，特に予定されていたとみるべき事情もうかがわれない。そうすると，本件売買契約締結当時の取引観念上，それが土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されていなかったふっ素について，本件売買契約の当事者間において，それが人の健康を損なう限度を超えて本件土地の土壌に含まれていないことが予定されていたものとみることはできず，本件土地の土壌に溶出量基準値及び含有量基準値のいずれをも超えるふっ素が含まれていたとしても，そのことは，民法 570 条にいう瑕疵には当たらないというべきである」。

(2) 修補費用賠償及び代金減額に関する下級審裁判例

三つの下級審裁判例を紹介する。最初の二つのものは瑕疵修補費用の賠償を認めた事例，最後のものは代金減額を認めた事例である。いずれも，債権法改正前において，特定物売主も瑕疵のない物を引き渡す義務を負っていたと理解する余地のあったことを明らかにするための手がかりとなるものである。債権法改正前において特定物売主が目的物の品質に対して履行義務を負っていたと考えることができるのであれば，そこで売主に履行義務を発生させていた要因（具体的には，ある品質が「予定」されていたこと）は，現行法において品質が契約の内容に取り込まれるための要件を検討する際の一つの手掛かりになるであろう。

---

[29] 原審は「民法 570 条に基づく売主の瑕疵担保責任は，売買契約の当事者間の公平と取引の信用を保護するために特に法定されたものであり，買主が売主に過失その他の帰責事由があることを理由として発生するものではなく，売買契約の当事者双方が予期しなかったような売買の目的物の性能，品質に欠ける点があるという事態が生じたときに，その負担を売主に負わせることとする制度である」と述べており，いわゆる法定責任説に立っている。

①東京地判平成 24 年 6 月 8 日判時 2169 号 26 頁

本件は，土地と建物を購入した買主 X らが，本件建物が傾斜しているのは本件土地が不同沈下したことによるもので，本件建物のべた基礎には杭基礎にしなかったという瑕疵があり，本件土地の地盤そのものが宅地として通常有すべき品質・性能を有していないとして，本件土地建物には隠れた瑕疵があり，契約の目的を達成することができないから契約を解除したと主張して，売主 Y らに損害賠償を請求したという事例である。X は，予備的に，解除が認められない場合には修補費用相当額の損害を被ることになる旨の主張もしている。

裁判所は，本件土地については，買主の受忍限度を超える建物の傾斜は，土地の地盤にある腐植土層の二次圧密による不同沈下によって発生したことが認められるから，本件土地には，このような腐植土層を含む軟弱な地盤があることについて，宅地として利用する上での瑕疵があるとした。本件建物についても，建物の傾斜が体調不良になるほどのものであり，また，建物の基礎は，（建物の沈下が現在も進行中であるので）沈下に対応できない基礎であるから構造耐力上安全なものと認めることができないとして瑕疵の存在を認めた。もっとも，建物の傾斜はジャッキアップすることによって補修可能であり，本件建物の傾斜を補修することによって，本件建物は居住用建物として利用可能となるから，本件売買契約の目的は達成できるとして，本件売買契約の解除は認められなかった。その上で，補修費用相当額を損害と認めている。

②東京地判平成 18 年 1 月 20 日判時 1957 号 67 頁

本件では，土地及び建物（建築後約 20 年が経過している）が居住用として売買されたところ，本件建物には，白ありの浸食及び建ぺい率違反が存在しており，これらが瑕疵を構成するかが争われた。買主 X は，白あり被害による欠陥が原因で建物の効用が喪失していると主張して，瑕疵担保責任に基づき補修費用や引越費用等の損害賠償を請求したのに対し，売主 Y は，建築後約 20 年を経た建物にはそれなりの経年変化等がみられ，このような経年変化等は建築後 20 年を経た建物の通常の品質であり，当然予見の範囲内にあると主張した。

裁判所は，次の根拠で瑕疵の存在を認めている。すなわち，本件建物は売買契約締結当時既に白ありにより土台を浸食され，建物の構造耐力上，危険性を有しており，本件売買契約は居住用建物をその目的物の一部とする土地付き建物売買契約であり，取引通念上，目的物たる土地上の建物は安全に居住することが可能であることが要求されるから，本件建物が本件売買契約当時既に建築後約 21 年を経過していた中古建物であり，現況有姿売買とされていたことを考慮しても，瑕疵があったといわざるを得ない。そして，損害賠償については，概ね以下のように述べて補修費用の請求も認めた。すなわち，契約における本件建物の価格は約 500 万円であったと評価することができ，契約締結当時の建物の客観的価値は，建物を構造耐力上安全な建物にするための補修費用を考慮するとほとんどなく，また，その補修費用は 500 万円程度である。そうすると，X は，瑕疵を知らなかったために，客観的価値がほとんどないのに 500 万円と評価される建物に同額程度の代金を支払っており，建物には

同額程度の補修費用を要することを考慮すると，同額程度の損害を被っている[30]。

③福岡高判平成 23 年 3 月 8 日判時 2126 号 70 頁

本件では，売買されたマンション居室において性風俗特殊営業が行われていた事実が瑕疵にあたるかが争われている。買主 X は，売主 Y に対して，当該事実は瑕疵にあたるとして，瑕疵担保責任に基づく損害賠償として減価分を請求している。本件居室は，Y からこれを賃借した Z により性風俗業が営まれていた。その後，Z は，マンションの管理組合による明け渡し請求訴訟及びその後の和解によりこれから退去しており，Y は Z の退去後に本件居室の内部改装工事を行っている。

裁判所は，次のように述べて瑕疵の存在を肯定した。すなわち，「売買の目的物に民法 570 条にいう瑕疵があるというのは，その目的物が通常有すべき性質を欠いていることをいうのであり，その目的物が建物である場合には，……建物を買った者がこれを使用することにより通常人として耐え難い程度の心理的負担を負うべき事情があり，これがその建物の財産的価値（取引価格）を減少させるときも，当該建物の価値と代金額とが対価的均衡を欠いていることから，……瑕疵があるものと解するのが相当である」。そして，マンションの管理組合は，Y と Z に対して，本件居室において風俗営業又はこれに類似する営業が本件マンションの住民に対して不安や不快感等を与えるほか，本件居室における上記営業が外部に知られると本件マンションの財産的価値が下落するなどとして本件居室の明渡し等を請求する訴訟を提起し，同訴訟の第一審裁判所は管理組合の請求を全部認容し，Z が同訴訟の控訴審における和解に基づいて本件居室を明け渡したという経緯からすれば，本件マンションの住民は本件居室で性風俗営業が行われていたことを認識していたものと推認され，将来においても，本件マンションの目的外使用に関して本件居室の事例が引き合いに出されることは容易に予測されるから，「本件居室が前入居者によって相当長期間にわたり性風俗特殊営業に使用されていたことは，本件居室を買った者がこれを使用することにより通常人として耐え難い程度の心理的負担を負うというべき事情に当たる」。その上で，この瑕疵により「対価的不均衡（減価）」が生じているとして，X が費やした費用や，内装工事により営業の痕跡が外見上ほとんど残っていないこと等の点から，100 万円（売買代金は 2600 万円であった）の減価による損害が X に発生していることが認められた。

(3) (裁)判例の分析

①瑕疵の判断基準について

瑕疵の判断基準に関して，大正 15 年判決は当事者が見本品を用いて瑕疵の基準を定めることを認めている。また，昭和 8 年判決は，事案としては種類売買に関するものであり，

[30] 本判決が修補費用の賠償を認めるに際して建物部分の代金と修補費用の関係にも着目していることは，修補が可能であっても，無制限に修補費用の請求が認められるわけではないことを示唆するものであるといえる。

（瑕疵と性能保証の関係についての判例として取り上げられることが多いとはいえ）瑕疵についての言及は傍論にとどまるが，客観的瑕疵を瑕疵の原則に据えつつも，その範囲を主観的瑕疵にまで拡大している。では，瑕疵に関する契約上の定めがない場合に瑕疵はどのようにして判断されるのか。このことを明らかにするのが，物の通常性に関して挙げた平成 22 年判決である。それによれば，目的物がどのような品質を有することが予定されていたかについては，売買契約締結時の取引観念を斟酌して判断される[31]。その結果，本判決では，ふっ素の危険性は契約当時認識されておらず，法令の規制の対象にもなっていなかったから，ふっ素が地中に存在しないことは契約上予定されていないとして瑕疵の存在が否定されている[32]。本判決の意義は一般的には，瑕疵の内容が「売買契約締結当時」の取引観念を斟酌して判断される旨判示した点に認められるが，本稿のテーマとの関係では，むしろ，「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたか」と述べていることに意味がある。すなわち，当事者間で予定されていた品質の欠如が瑕疵であるとの理解が根底にあり，瑕疵が主観説の立場から理解されている。問題は，ある品質はどのような場合に「予定」されていると言い得るかであり，また，当事者間で予定されていた品質の決定に際して「取引観念」が斟酌されるとして，斟酌の結果がどのようにしてその都度の個別的な契約に還元され得るかである。前者の問題は，例えば債務不履行責任説に立った場合に，ある品質が予定されていたと言い得るためには，その品質を給付義務の対象にまで高めるという内容の合意までが必要とされるのか，あるいは，そこまでは必要とされないのかという問題である。瑕疵物の引渡しが債務の（不完全）不履行であると考えるならば，厳密には，そのような合意が必要であると考えることもできそうではあるが，多くの場合にはそのような合意は存在しないといえ，現実的ではない。ここでの「予定」の意味を明らかにするための一つの手がかりとなり得るのが，裁判例[33]を含む法定責任説の強調した対価的

---

[31] 潮見[2011], 40 頁は，本判決が，契約適合的なものとしてあるべき性質が何であるかの確定にあたって，具体的な契約において当事者が下した評価を基礎として判断を加えるべきであるということ，主観的瑕疵概念を採用すべきことを明らかにし，客観的瑕疵概念を否定したとする。

[32] 吉政[2011], 483-484 頁は，ふっ素の有害性が認識されていなかったという契約締結時の取引観念をしんしゃくしたとしても，当事者間においてふっ素が土壌に含まれていないことが予定されていたとはいえないという結論が当然に導き出されるわけではないことを指摘しつつ，有害性の認識の有無が基準になることを次のように立論する。すなわち，すでに有害性が認識されていた物質が土壌に含まれているリスクについては，売主は存否や濃度の調査をすることができるが，買主には調査が困難であることが多く，買主が引渡し後に不測の不利益を被る可能性が高いから，売主に負担させるのが合理的であることが多い。これに対して，有害性が後に認識された場合，問題となっているのは将来の科学的知見であり，売主の方がより容易にそのような知見を得ることができるとはいえず，将来の科学的知見・法規制の変化によって生じる不利益は，買主側の事情に依存するところが大きいから，買主側でリスクを負担するのが合理的であることが多い，というものである。

[33] 前記の裁判例（福岡高判平成 23 年 3 月 8 日）の他に，例えば東京地判平成 15 年 5 月 16 日判時 1849 号 59 頁も「担保責任の規定は，特定物売買における対価的不均衡によって生じる不公平を是正するために，当事者の意思を問うことなく，法律が特別に定めた法

均衡性という観念である。つまり，瑕疵が存在する場合には当事者間に対価的不均衡が生じるとされた。瑕疵とは契約上予定された品質の欠如であるとされることと，瑕疵により対価的不均衡が発生するとされることを併せて考えれば，ある品質が予定されているのは，その品質が対価の一部を構成している場合ということができる。確かに，後に確認するように，法定責任説は，特定物売買においては目的物の予定された品質が給付義務の内容に含まれないと説いたのであるが，この前提と相容れない修補費用の損賠賠償という矛盾した結論を導く裁判例も存在している（前項で挙げた下級審裁判例がそうである）。そこで，少し視点を変えて，次に，瑕疵が存在した場合の効果についての裁判例を手がかりに，瑕疵担保責任の発生根拠について改めて考えてみたい。そこから，改正前においても，瑕疵担保責任が実質的には売主の給付義務違反を根拠として発生していることが明らかになる。すなわち，先に述べたように，ある品質が対価の一部を構成していればその品質の存在が契約上予定されており，予定されたその品質の欠如は瑕疵とされるが，この場合に，特定物売主がその品質に対して履行責任を負わされていることが確認できる。従って，債権法改正の前後で物の品質に対して売主に責任が生じる根拠は異ならないと理解する余地が存在する。

②予定された品質と売主の義務の関係について

さて，古い判例は，売主の負担する義務の内容を特定物売買と種類売買とで区別している。見本売買に関する上記大正 15 年判決では，特定物の買主は，給付された目的物に瑕疵があった場合に，債務の本旨に従った履行がないとしてその受領を拒むことはできないとされている。この判決のいう（見本品に適合する性質を具有することを）「確保する」という言葉の意味も必ずしも明確ではないけれども，ここでは，瑕疵ある特定物の引渡しは債務の本旨に従った履行でないとは考えられていない，つまり，特定物の売主が瑕疵のない物を引き渡す義務を負うとは考えられていないと解することが可能である。あるいは，大判大正 14 年 3 月 13 日（民集 4 巻 217 頁）では，不特定物売買においては，瑕疵ある物の給付は売主の義務の完全な履行でないとされているのに対して，（不特定物売買に関する）大判昭和 3 年 12 月 12 日（民集 7 巻 1071 頁）では，特定物売買において引き渡された物に瑕疵があったとしても債務の履行は完了しており，瑕疵担保責任は債務の履行があったことを前提として初めて生じる問題であるとされている。また，瑕疵担保責任を法定責任説の立場から理解している裁判例も少なからず存在する[34]。

では，債権法改正前において瑕疵のない物を引き渡す義務が特定物売主にも存在していたと考える余地はないのか。既に確認したように，瑕疵とは契約の当事者間において予定されていた品質が売買物に欠けていることと理解されていた。買主は，そのような品質にある

定責任」と述べる。

[34] 例えば，大阪地判平成 20 年 6 月 10 日判タ 1290 号 176 頁，東京地判平成 16 年 10 月 28 日判時 1897 号 22 頁等は明示的にその旨を述べる。瑕疵担保責任の法的性質について述べている最高裁の判例は存在しない。

物の取得と引き換えに，売買代金を支払うことを合意している。つまり，予定された品質にある物の引渡しと売買代金の支払いが対価関係を形成している。このことは，種類売買にも特定物売買にも等しく当てはまる。そして，売買目的物が予定された状態になかった場合に，裁判例では，瑕疵―その判断に際しては「宅地として」の利用目的や，「居住用」建物が目的物であったことが考慮されていた―を修補する費用の賠償請求が認められている。この修補費用賠償の性質理解が，品質が契約上予定されていたことと売主の義務の関係を明らかにするために極めて重要である。

請負契約においても，売買契約と同様に，仕事の目的物にあるべき状態が欠けている場合に瑕疵の存在が認められる。しかも，請負人が仕事を完成させる義務を負っていることは明らかであり（632 条），注文者は瑕疵の修補を請求することができた（旧 634 条 1 項）。そして，旧 634 条 2 項によれば，注文者は，瑕疵の修補に代えて損害の賠償を請求することができるが，注文者は，修補を請求することなく直ちに損害の賠償を請求することもできるとされていた[35]。この修補に代わる損害賠償の内容は，まさに，契約上のあるべき状態になかった仕事の目的物をあるべき状態にするための費用である。それ故，目的物を契約上定められた状態にするという観点から，注文者が修補自体を請求することと，そのために必要な費用を損害賠償として請求することは本質において異ならない。いずれの場合にも，目的物が契約で定められた状態を回復することができるからである。それ故，判例[36]も認めるように，請負人の修補義務も修補費用の賠償義務も契約の履行責任に属しているということができるのである。

売買の場合にも同じように考えることができる。つまり，売買物の修補費用も目的物を契約で予定された状態にするための費用である。修補費用の賠償請求が認められることで，理論的に，（その賠償金を用いて）売買目的物が契約で予定された状態を回復することが可能になる。このことは，物の現実の状態を基礎とした両当事者の等価関係の回復，つまり，売主が保持することを期待できない過剰な代金部分の返還ではなく，あくまで，契約上予定されていた品質を備えた物と売買代金の（等価的とされた）交換関係の事後的な実現と理解することができる[37]。これに対して，瑕疵の修補が不可能である場合には，売主が当初合意された代金全額を保持することは認められず，瑕疵により目的物の価値が減少した割合に応じた代金減額が認められる[38]。それ故，特定物の売主も，物の予定されていた品質に対して

---

35 最判昭和 54 年 3 月 20 日判時 927 号 184 頁。

36 最判平成 14 年 9 月 24 日判時 1801 号 77 頁。

37 髙橋[2010], 97 頁は，給付と対価の等価的均衡の確保方法として，１つには瑕疵ある給付を基準として対価を給付に合わせる代金減額という方法，もう１つには対価を基準として給付の状態を対価に合わせる修補費用の賠償という方法が考えられること，修補費用の賠償は，債務不履行の一般論と考えても，当事者の設定した等価的均衡の実現であるがゆえに，その賠償の要件として「過失」は必要がないことを指摘する。

38 加藤[1993]の次のような見解が重要である。すなわち，契約で当初予定されていた性状を確保することが，売主の修補行為等を顧慮してもなお不可能な場合，売主に帰責事由があれば債務不履行責任が生じるが，売主に帰責事由がない場合には，目的物の性状に関す

契約の履行責任を負っていることを認めることができる。つまり，特定物売買においても，予定された品質を備えた（瑕疵のない）目的物の引渡しが契約の内容となっており，特定物の売主も予定された品質を備えた目的物を引き渡す義務を負っていたと理解することが不可能ではない。

特定物売買における契約の内容と瑕疵担保責任の関係についていえば，法律が，一定の理由（例えば次項で述べる柚木の見解を参照）から，現物での給付義務に代えて瑕疵担保責任のみを発生させていたと理解することができたのではないか（第２章第３節で確認するように，債務法改正前のドイツではこのような理解が有力であった)。このように理解すれば，改正前の瑕疵担保責任と現行法の契約不適合責任は，効果の点では違いがあるとはいえ，物の品質についての契約違反という責任の根拠自体には違いはないということができ，両者の連続性を認めることができる。それ故に，「これまで改正前 570 条の『瑕疵』概念について，積み重ねられてきた判例・学説が無意味になることを意味しない」[39]と述べることができる。もっとも，これだけでは，先に述べたような「取引観念」や「物の通常性」の契約内容への取込みという問題は未だ解決しない。次に，学説を見てみよう。

第２項 学説

ここでは，わが国において物の瑕疵の概念がどのように理解されていたか，とりわけ物の通常性がどのように位置付けられていたかについて主要な学説を古いものから順に確認しておこう。その際には，本稿に関係する限りで，瑕疵担保責任の法的性質という問題にも言及する。なお，岡松・横田は初期の債務不履行責任説[40]，鳩山・末川・我妻・柚木は長く通説とされた法定責任説，北川・潮見は現代的な債務不履行責任説に立っており，三宅は瑕疵の種類に応じた類型化という特有の構成をしている。

(1) 岡松参太郎

当初の岡松は，「売主ハ売買ニ因リテ適当ノ性質ヲ具フル物件ヲ給付スヘキ義務ヲ負フ而シテ物件ニ瑕疵アルトキハ売主カ此義務ヲ完全ニ履行セサルモノナリ即チ瑕疵担保ハ売主ノ義務不履行ノ結果ニ過キス然ラハ其義務ハ別個ノ義務ニアラス売買ヨリ直接ニ生スルモノナリ」として，債務不履行責任説に立っていた[41]。その上で，瑕疵とは「売買ノ目的タル

る債務は不能によって消滅する（399 頁)。そして，瑕疵がそれほど重大でない場合，買主は一定程度は契約目的を達しているから，危険負担のように代金債権の全面的な消滅あるいは存続を考えることはできないが，まったく影響がないと考えることも不公平であり，売買契約の対価的均衡が破られる（400-401 頁)。ここから，加藤は，瑕疵担保に基づく損害賠償請求を代金減額請求権と理解し，瑕疵担保責任は，対価的牽連性の確保という意味で危険負担制度と思想的基礎を同じくしていると結論付けた（401 頁)。

[39] 注(7)を参照。

[40] 初期の債務不履行責任説は「素朴」なものとも評される（柚木[1963], 195, 239 頁)。

[41] 岡松[1899], 次 52 頁。もっとも，後に法定責任説へ転向している（岡松[1922], 178-179, 810-811 頁)。

物カ通常ニ有スヘキ性質ノ欠缺ニシテ之ニ因リ其物ノ価値ヲ害スヘキモノナリ故ニ何カ売買ノ目的ナルカヲ定ムルヲ要シ之ヲ定ムルニハ当事者ノ意思ヲ解釈スルコトヲ要シ其意思ヲ解釈スルニハ法律行為ノ性質，当事者，時期，場所，代金等ニ注意スヘシ」[42]としている。とはいえ，瑕疵については「物カ通常ニ有スヘキ性質ノ欠缺ナルコトヲ要ス物カ通常ニ有スヘキ性質ヲ有スル以上ハ買主カ売主ニ指示シタル性質ヲ有セサルモ瑕疵ニアラス此場合ニハ錯誤アルノミ」[43]として，当事者により定められた性質が目的物に欠如していた場合でも，その性質が通常の性質には含まれないものであった場合には，瑕疵担保規定による処理を認めない。

(2) 横田秀雄

横田も「売買当事者カ一定ノ性質ヲ具有スルモノトシテ物ノ売買ヲ為シタルトキハ売主ハ其性質ヲ具有スル物ノ所有権ヲ買主ニ移転シ買主ヲシテ其物ノ使用収益ヲ為スコトヲ得セシムルノ義務アルヤ明ナリ故ニ売買ノ目的タル物カ当事者間ニ於テ其物ニ存セルモノト認メラレタル性質ヲ欠クトキ即チ売買ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ売主ハ其義務ヲ完全ニ履行セサルモノナレハ之ヨリ生スル結果ニ付キ買主ニ対シテ責任ヲ負ワサルヘカラス是レ所謂瑕疵担保ノ責任ナリ」[44]として債務不履行責任説に立脚する。

瑕疵については次のように述べる。すなわち，「瑕疵ハ其名称ノ示ス如ク物ニ存スル欠点ニシテ取引上ノ普通ノ観念又ハ当事者ノ意思ニ依リ物ニ存スルモノト認メラルル所ノ性質カ其物ニ存セサルカ為メ其物ノ価格ヲ減シ又ハ当事者ノ希図シタル物ノ効用ヲ不完全ナラシムルモノヲ謂フ蓋売買ノ目的タル物カ如何ナル性質ヲ具有スルコトヲ要スルヤハ一般ノ取引上ニ於テ行ワルル普通ノ観念ニ依ルヘキモノニシテ当事者カ法律行為ノ目的タル物ノ有スヘキ性質ニ付キ別段ノ意思ヲ表示セサルトキハ当事者ハ普通ノ観念ニ従ヒ其物ハ通常其物ニ存スルモノト認メラルル所ノ性質ヲ有スルモノトシテ之ヲ授受スルノ意思ナリト認メサルヘカラス……目的物ノ具有スヘキ性質ニ付キテ当事者カ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ従ヒ目的物カ果シテ其性質ヲ具有スル完全無欠ノモノナルヤ若ハ此性質ヲ欠ク所ノ瑕疵アルモノナルヤヲ決定セザルヘカラス而シテ当事者ハ任意ニ目的物ノ具有スヘキ性質ヲ協定スルコトヲ得」[45]。このように，横田は，岡松とは異なり，当事者の定めた性質の欠如を（その性質が物の通常の性質であるかとは無関係に）瑕疵担保規定で処理することを認める。

---

[42] 岡松[1899]，次 135-136 頁。

[43] 岡松[1899]，次 136 頁。性質とは「凡テ買主ニ取リ重要ナル（一）物ノ物理上ノ性質……（二）物ノ法律上ノ性質（但物ノ上ニ他人ノ権利存スル場合ハ……追奪担保ノ規定ニ依ラシム……）……（三）物ノ思想上ノ性質（例之出所，時代，沿革，新寄等）」（同頁）であるとする。

[44] 横田[1924], 154 頁。この義務は財産権移転義務から導かれている（同 153 頁）。

[45] 横田[1924], 152-153 頁。

(3) 鳩山秀夫

鳩山の見解はわが国における法定責任の通説化への転換点といえるが，次のように論じる。すなわち，担保責任は特定物の売買において初めから目的物に瑕疵がある場合にのみ生じるものであり，また，初めから瑕疵ある物を瑕疵がない物として売買しても理論上瑕疵のない物を給付するという債務も生じない。というのも，瑕疵のない物を給付することは初めから不能であり，原始的不能な給付については，債務は発生することができないからである[46]。それ故，売主は，原始的一部不能に基づき，可能な範囲内においてのみ債務を負担し，瑕疵ある特定物を給付する債務を負担し，その給付によって売主の債務は履行されたことになる。そして，契約締結以前に当事者間には何らの法律関係も存在しないから，売主が瑕疵を告知すべき法律上の義務を負うと理解することはできないから，瑕疵担保は売買から生じる法律上の責任である。つまり，法律が特にこの規定を設けたのは，一般の原則によっては売主の責任を認めることができない場合においても，なお売主の責任を認めることが売買の有償契約という性質に適合し，売買の信用を保護することは取引の需要に応じるものと認めたからであり，瑕疵担保責任は原始的一部不能に対して法律が認めた特殊の責任である，とする[47]。

鳩山は瑕疵を次のように理解しており，後に確認するドイツ法の強い影響を認めることができる。すなわち，瑕疵があるとは「当該ノ物ガ通常有スル性質又ハ当事者ノ特ニ保有スベキモノト定メタル性質ヲ欠如シ為メニ物ノ使用価値又ハ交換価値ヲ減少セシムルヲ言フ。従ツテ特別ナル性質ノ欠如セルコトハ唯当事者ガ其存在スベキコトヲ定メタル場合ニ於テノミ瑕疵トナル。又物ノ価値ニ何等ノ影響ナキ微細ナル欠点ハ瑕疵ニアラズ」とされている。これは，債務法改正前の BGB（ドイツ民法典）459 条 1 項の内容をほぼそのまま反復したものである[48]。

(4) 末川博

末川は瑕疵担保責任を次のように理解する。すなわち，売買において買主は売主から財産権の移転を受けるが，これの対価として代金を支払う。つまり，買主は，契約上期待する通りの財産権を取得するために代金を支払うのであり，買主が期待通りの財産権を取得できなければ，売主に責任を負わせて買主を保護する必要がある。このことは，一般に売買による取引の信用を維持して誰でも安心して売買できるようにするためにも必要である。そこで，民法は担保責任規定を設けている[49]。この担保責任は，当事者の意思表示によって生じるのではなく，売買契約の有償性に鑑みて，一般取引の動的安全を保障するために特に法規によって認められているのであり，売主が債務不履行によって負う責任とも本質的に異な

46 鳩山[1924], 337 頁。
47 鳩山[1924], 338-339 頁。
48 鳩山[1924], 341-342 頁。
49 末川[1939], 64 頁。

る。つまり，普通であれば原始的不能に基づきその不能については債務が成立しないような場合であっても，一応契約全体の効力を認めて，そこに生じる実質的な不均衡を当事者（買主）が除去し得ることが取引の信用を維持できるとして担保責任が認められている。もっとも，瑕疵担保責任と債務不履行はそれぞれの要件の下で認められるから，必ずしも互いに排斥するものでもなく，時には併存し得る[50]。

末川も通常の性質との相異を物の瑕疵の中心に据えるのであるが，その根拠について詳しく論じている。まず，「瑕疵とはその物が通常有すべきはずの性状を欠きまたは当事者が特に予定しておいた性状を欠いていること」と一般的に述べつつ，次のように述べる。すなわち，「瑕疵があるというには，当該の物について期待されていた非現実の性状が一応想像されしかもかかる性状は普通にその物が一般に有すべきはずであると考えられるものをさすのだから，結局，そこでは，いわゆる取引通念に従ってその種の物について認められる交換価値ないしは使用価値が標準となると共に，おのずから当事者が当該の売買契約をするに至った目的が考慮されているのであって，一方では物の有すべき客観的な価値が，他方では当事者の契約をする目的が，瑕疵の存否を決定するための標準となる」[51]。そして，当事者が存すべきことを特にあらかじめ定めておいた一定の性状が欠けていることも瑕疵であるが，「これは物が通常有すべきであると期待される性状を欠く場合の瑕疵と本質的には明確に区別されることのできるものではない。けだし，上述のように瑕疵の存在の決定にあたっては必然に契約をした目的が考慮されねばならぬのであって，その目的に適う性状を有することは常に契約において予定されていると観なければならぬからである。ただ契約をするにあたってその目的を定めることは，多くの場合にきわめておおざっぱであって，むしろ物の用方に従いおのずから定まるというのが普通なのであるから，当事者が特に物の有すべき特殊の性状―すなわちその物について取引上一般に期待されている以上の性状―について約束をしておいたならば，そこには格段の期待された性状が観念され，したがってそれとの齟齬として特殊の瑕疵が認められることになるのにすぎない」[52]。

(5) 我妻榮

様々な分野において長く通説とされた我妻理論であるが，我妻によれば，売主の担保責任は特定物の売買に限る制度であるとされる。つまり，不特定物の売買では，売主は契約で定められた品質・数量のものを給付する義務を負っており，給付が不十分な場合には，債務不履行責任を負うから特別な定めをする必要がない。これに対して，特定物売買では，売主は，契約で定められたその特定物を給付する債務を負い，それを給付すれば債務の履行は完了

---

50 末川[1939], 66 頁。

51 末川[1970], 312 頁。この契約目的は，「物の性質上の用方によっておのずから決定され，本質的には物の交換価値ないし使用価値ときりはなして独自に考えられるものではない」（同頁）とされる。

52 末川[1970], 313 頁。この場合は「売主の担保責任は普通よりも加重される都合」とされる。なお，末川も法定責任説に立つ（同 311 頁）。

するから，買主の錯誤・売主の詐欺の問題のみを生じ，債務不履行の問題を生じる余地はないが，当事者間の公平をはかり取引の信用を維持できないから，民法が特に担保責任を認めたと理解する[53]。その上で，担保責任は，当事者の予定した物について売買が成立することを前提とし，その全部又は一部の解除を認めるものとする。また，我妻は，担保責任の生じる場合の一部は原始的一部不能の場合であり，この場合には，担保責任を，不能な部分については契約は成立しないという原則[54]に対する特則と理解するが，担保責任の適用を原始的不能に限定しておらず，一定の原始的な瑕疵について生ずる責任としている[55]。

我妻は瑕疵を以下のように定義する。すなわち，「瑕疵があるとは，売買の目的物に物質的な欠点がある場合である。欠点と認めるべきかどうかは，（ｉ）一般には，その種類のものとして通常有すべき品質・性能を標準として判断すべきである。然し，（ⅱ）売主が見本により，または広告をして，目的物が特殊の品質・性能を有することを示したときは，その特殊の標準によってこれを定むべきである。……かような場合には，売主において，自分の示した標準を保証する趣旨と解すべき場合が多いであろうが，とくに保証したとまでいい得ないときでも，担保責任を生ずる」[56] [57]。なお，我妻は別の個所では売主の担保責任を生じさせる物質的な瑕疵を一般的に「目的物が契約当事者間に予定された品質をもたないこと」[58]と釈義しているから，（ｉ）の類型が契約当事者の意思とは無関係なものとして捉えられていると直ちに断じることはできない。

(6) 柚木馨

法定責任説の代表的な主張者である柚木は，特定物売買[59]における売主の義務は，その目的物の所有権を買主に移転することにつき，目的物に瑕疵があっても売主には瑕疵のない物を給付する義務はなく，特定物売買における売主瑕疵担保責任は，売主の義務不履行の効果ではなく，法律が買主の信頼保護の見地から特に売主に課した法定責任であるとする[60]。柚木によれば，原始的に不能な給付を目的とする契約はその効力を生じないことは債権法

---

[53] 我妻[1957], 272 頁。売主は無過失で責任を負うとする（我妻[1957], 270 頁）。
[54] 我妻は，原則的に，原始的に不能なことについての債権の成立を認めていない（我妻[1954], 80 頁）。
[55] 我妻[1957], 273 頁。
[56] 我妻[1957], 288 頁。
[57] 星野は債務不履行責任説に立ちつつ（星野[1972], 235 頁），ほぼ同旨を述べる（星野[1986], 131 頁）。また，広中は，我妻のいう「その種類のものとして通常有すべき品質・性能」に代えて「その目的物が具有すべきことを取引上一般的に期待される品質・性能」（広中[1994], 68 頁）としている。
[58] 我妻[1957], 270。
[59] 柚木のいうところの特定物売買とは，一般的・客観的に他の物と代え得ない物について当事者が具体的・主観的にその個性に着目して行った売買，つまり，代物の給付が問題とならない売買であり，代替物はすべて不特定物であるとしている（柚木[1963], 172, 173 頁）。
[60] 柚木[1963], 173 頁。

上の大原則であり，瑕疵担保責任は契約の有効なことを前提としているから，例えば，妊娠中として売買された乳牛が妊娠していなかったという例において，売主は妊娠中の乳牛を給付する義務はなかったと構成せざるを得ず，この場合には買主の正当な期待が裏切られるから，一定の法の保護を受けると理解することはきわめて自然な筋道であるとされる[61]。もっとも，柚木は，原始的に不能な給付の契約を無効とするのも合目的性の見地から出ているのであるとして，この例外を認めることが可能であることも認めるとはいえ，担保責任の履行利益賠償的性格を導くために，瑕疵担保責任に対してこのような合目的性が存在すると主張することは論理があべこべであるとする。また，瑕疵の修補が可能な場合についても，信義誠実の介入を別として[62]，一般的に売主の完全履行義務が存在することも否定している。請負の場合におけるような修補請求権に関する規定（634 条）が売買にはないからであり，また，完全履行請求権を当事者合意の解釈から演繹することについても，売主は目的物の生産者ではないから物の修補に適任でないし，修補に対する責任感を抱く地位にもないから，買主は損害賠償を得て第三者に修補させれば足りる，としてこれを否定する[63]。

柚木は，特定物売買における瑕疵担保責任を，動機の錯誤（性質の錯誤）が存在する場合に発生する責任と解している。つまり，種類債務における物の性質は目的物を他の種類から区別する役割を果たすから，売主の義務内容を個別化する意思表示の内容となるが，特定物売買における物の性質は，売主の給付義務が特定（特定は「この」という指示代名詞により生じる）された後の目的物に関する陳述にすぎないから，ある性質の存在を買主が信じて目的物を選択して，その存在を売主が表白したとしても，売買は「この」目的物についてなされているのであって，その性質は買主に目的物を選択させた動機にすぎないという[64]。ここから，原始的一部不能と瑕疵担保を結合させているわけではないことを強調しつつ，目的物に瑕疵が存在しても債務は履行されるが，買主が瑕疵を知らないことにより当事者間の利益に不均衡が生じ，この不均衡は売買の有償性とそぐわないから瑕疵担保責任が生じるとする[65]。なお，柚木は，不特定物売買に対しては債務不履行原則のみを適用することを主張している[66]。

---

61 柚木[1963], 183, 184 頁。

62 例えば，売主が獣医である場合，売主に治療を要求することが許されるべきであり，売主が損害賠償や解除に代えて，自ら治療することを申し出ることは許されるとする（柚木[1963], 184, 185 頁）。

63 柚木[1963], 185, 186 頁。

64 柚木[1963], 186, 187 頁。例えば，メッキされたリングが金と観念されて，「この金のリングの給付」が合意される場合，合意のうち，「このリングの給付」は意思表示の内容を形成するのに対して，「金の」という点は，特定された目的物についての陳述にすぎず，動機の錯誤にすぎないということになる。

65 柚木[1963], 201 頁。

66 柚木[1963], 271 頁。債務の本旨に従った物として受領しておきながら，瑕疵担保責任により契約を解除することができるとすれば矛盾であり，たとえ，瑕疵ある給付をもって債務の目的物とみなして種類債務の特定が生じたとしても，それは初めからの特定物売買とは異なっており，この場合には代物給付の可能性は失われず，買主が代物給付請求権を

さて，柚木は，瑕疵[67]に関しては，570 条が買主の正当な期待を保護することにその存在意義を有する以上，瑕疵概念はできる限り広く解すべきであり，主観的欠点概念（瑕疵概念）を採用すべきとする[68]。というのも，特定物は様々な種類に属しており，売主がその物を何として売ったのかが売主の責任にとって無関係ではあり得ないからである。つまり，買主は，通常，自己の希望する性質や用途を売主に告げて，売主がそれに適すると言うことを答えれば，その特定の物を選ぶのであり，この場合，その物が告げられた性質・用途に適しない場合に瑕疵の存在が認められる。買主が種類や目的についてなされた売主との一致に基づいて期待することができた性質が存在せず，これにより物の価値又は適性が消滅・減少した場合に瑕疵が存在するのであるが，買主のみの希望ではなく，あくまで，両者の合意が要求される[69]。これに対して，客観的欠点概念は，買主が単純に一定の物を指し示して，その種類を名指しすることなしにこれを買うというような例外的なまれな場合についてのみ正当性を有するとされている[70]。また，欠点の対象については，自然的・物理的ないしは有体的なものに限られず，物とその環境との関係も，それが長期にわたりかつ使用性に影響を与える可能性ある限り欠点の標準となり，物の経済的収益もまた欠点の標準となるとされている[71]。

(7) 北川善太郎

北川善太郎は「特定物において瑕疵ある物の給付は瑕疵なき履行」[72]であるとするいわゆ

失うとしても，売主から代物給付権を奪い得ないからである（同 266, 267 頁）。

67 柚木は，瑕疵を広く解すべきか狭く解すべきかは，ひとえに本条の立法趣旨をいかに解し，従ってまた当事者間の利益衡量をどう見るかによって決められるべきであり，外国におけるほどの細かな解釈論争は必要ないとする（柚木[1963], 313 頁）。

68 柚木[1963], 315, 316 頁。なお，客観的瑕疵概念は，買主が単純に一定の物を指し示して，その種類を名指しすることなく，これを買うというような例外的な場合にのみ正当性を有するとする（柚木[1963], 316 頁）。例えば，買主が特定の箱を指し示してそのまま黙って買った場合，箱としての一般的な性質・用途に欠けていなければ瑕疵はないという（同 317 頁）。

69 柚木[1963], 316-317 頁。もっとも，合意が黙示でなされることが多いとしている（柚木[1963], 318 頁）。

70 柚木[1963], 316 頁。「買主が特定の箱を指し示してそのままだまって買って帰ったのであれば，箱としての一般的な性質・用途に欠けていなければ，かしありとはいわれない」とされるが，なぜこの場合に「箱」が基準となるのかは述べられていない。

71 柚木[1963], 318 頁。

72 北川[1963], 168 頁。性状の錯誤は動機の錯誤であるという命題の形成には，Zitelmann の次の理論が大きな影響を残しているとされる。すなわち，「一定の効果の構成事実についての観念…のすべてが，当事者の目的とする法律効果の個別化にとり重要なものでない。そのうち，ある効果をこの効果に個別化するものが，いわゆる意図……の要素として意味をもつが，すでに個別化され特定された効果に何かを付加することを内容とする観念は意図に属しない。……既存の事実を意図することは矛盾であるから，意図される事実は当然にある生起……でなければならない。ところであらゆる生起－発生・変更・消滅－はそれにつき生起が実現される目的……を要求する……。このように意図は特定の生起の観

る特定物ドグマを批判し，瑕疵担保責任の債務不履行責任化に著しい役割を果たした。北川は，特定物ドグマの一つの根拠が不能論（原始的不能論と論理的不能論）にあることを指摘する[73]。北川は，原始的不能を治癒不能な瑕疵に限定して瑕疵担保を原始的不能の例外則と理解するのであるが[74]，まず，原始的不能論（不能な契約は無効である）の援用は，契約が無効になるから給付義務はないということを意味するのであるから，給付義務の存否という要件の問題に，効果を規制する不能論を論理的に結合する結果となっていると批判する。また，特定物売買において特定のあるがままの物しか給付し得ないという論理的不能論[75]については，後発的瑕疵の場合には瑕疵なき物の給付義務を肯定するという見解[76]も可能であること，権利の瑕疵については給付義務が認められることから，その論理性が疑わしいという。そして，給付がまったく対象的に理解されるとすれば，特定物売買で純粋に外面的なものをこえた給付・履行概念をもちこむことは不可能であるが，給付が対象的・即物的に思惟されるのではなく，当事者が目的とした結果から把握され得るとすれば，自から結論は異なるという。つまり，あるべき状態で義務を負うという構成も可能であり，これが可能である限り，論理的不能説も絶対的な論理ではなく，合目的・法政策的な考慮からの構成の問題であるとする[77]。また，特定物の性質と錯誤の関係についても，物と性質は意図の個別化においてそもそも分離されるべきカテゴリーではなく，観念された性質をもった目的物がつねに考えられているとみるのが適切ではないかとして[78]，ドイツにおける性質錯誤論に検討を加えているのであるが，性質の錯誤は動機の錯誤というテーゼが既に崩れている[79]として，その限りで瑕疵担保責任における特定物ドグマの絶対性にも疑問が生じるとする[80]。以上の

念とそれについて発生・変更・消滅がなされる目的の観念（物ないし人）にわけられる。そして効果が意図により個別化されるといっても，生起の観念自体によっては一応抽象的に個別化されるにとどまり，生起の行われるべき特定の実体的な目的の観念により具体的に個別化される。この両者で意思は十分な内容をえたのでありそれ以上は意思以外の動機でしかない」（同 169-171 頁）。なお，柚木[1963], 187 頁も参照。

73 北川[1963], 169 頁。
・原始的不能論：特定物売買において瑕疵のない給付義務を肯定すれば（BGB 旧 306 条に基づき）契約の一部ないし全部無効を生じる。
・論理的不能論：特定物売買では，あるがままの特定物の給付が給付義務の対象となっている。

74 なお，瑕疵担保が法定の特別責任であるとする説は，原始的に治癒不能な瑕疵と原始的不能との直接の関係を否定することになる。というのも，特定物ドグマは給付義務が物の瑕疵の不存在に及ばないことを内容としており，他方で，原始的不能では給付の対象として瑕疵の不存在が含まれるからである（北川[1963], 142, 156 頁）。

75 北川[1963], 142, 143 頁。

76 北川[1963], 141 頁。

77 北川[1963], 169, 173, 174 頁。

78 例えば，「メッキのリング」を誤って金と観念して，「この金のリングの給付」を合意することは何ら背理ではないという。

79 この点については，次章で Flume の見解を詳しく取り上げる。

80 北川[1963], 175-177 頁。

ことから，「特定物のドグマの前提に対して別個の判断・法理論が可能であるとすれば，理論的に考えて，別個の判断・法理論に基づいた瑕疵担保の構成が導かれうる余地がある。したがって，問題は，支配説のドグマ論による構成が，反対の立場からの構成にくらべてなお理論面・実際面で優位をもちうるかに帰着しよう。そのさい特定物のドグマ論の背景たる法理論が通用性を失うかないしは批判的な眼がそれに向けられているという現在の事実は，……この問題について悲観的な解答を用意」[81]すると結論付ける。

北川は物の瑕疵について，その具体的な基準と共に次のように述べている。すなわち，「性質・品質について現実の状態とあるべき状態との不一致を物の瑕疵という。このあるべき状態は，動産についていえば，法定の品質規格（たとえばJIS規格），業界規格，事業者の社内規格，それに契約による規格が基準となって決まり，現実の状態の確定もそうした諸基準と照合してなされる。物の性質・品質は，用途によって有用な自然的性質のほかに，外観・形態・色彩・包装などの市場の要請に対応する要素を含むと解されている。……〔不動産のうち〕規格化された建物については，同様の説明がほぼ妥当しよう。土地については，地形・地質などの自然的性質のほかに，自然環境，眺望や住環境の良悪等もその性質を決める要素である」[82]。また，瑕疵判断に関する主観説と客観説に関しては，「〔目的物の〕用途は契約で約定されるので，広く汎用性のある製品では客観的基準で目的物の性質をとらえることができるが，通常の場合，契約で特定される使用目的を考慮しないと瑕疵の判断が困難となる。この意味では主観説が妥当」[83]としている。

(8) 三宅正男

三宅は瑕疵担保責任を非常に独特に構成している。すなわち，売買の目的である特定物が契約の当時から外部に現れないが，その物の通常の使用に適する性質を欠く場合，目的物は隠れた瑕疵を有しており，買主が瑕疵を知らず，瑕疵がないと思って買ったときは，瑕疵がないものとして売買する旨の特別の合意（表示）がなくても，買主内心の期待を顧慮する理由がある。というのも，一般的にいえば，特定物を一定の性質のものと思って買ったがそうでなかった場合，買主の一方的期待は顧慮されないが，瑕疵が隠れている場合には，売買に際し買主が特に念を押さなくても，買主はそのような瑕疵はないものと思って買うということを売主側でも当然知るべきであるからであり，ここに買主内心の期待を顧慮する根拠がある。これに反して，買主が内心で，特殊な使用目的に適する性質のものないし一定の品質のものと期待したが，そうでなかったという場合は，単なる動機の錯誤として顧慮されないとする。すなわち，瑕疵担保は，特定物の性質につき契約の基礎ないし前提としての表示がないにもかかわらず，法律上当然基礎ないし前提とみなされる性質を欠く場合であると

81 北川[1963], 177頁。
82 北川[2004], 133頁。
83 北川[2004], 134頁。内田[2011], 135頁も主観説が妥当とする。

される[84]。三宅によると，570 条の瑕疵は「物の通常の使用に適する性質を，全くまたは相当程度に欠くという，客観的・抽象的意味に解すべき」[85]とされる[86]。もっとも，三宅は，重要な動機として表示された使用適正ないし品質の欠如（主観的・具体的欠点）に 570 条の適用を認めないとはいえ，本条とは別に売買の効力につき顧慮すべきともしている。三宅は，瑕疵担保責任の内容を，買主の動機の顧慮に基づく売買の効力の否定に認める。動機を顧慮することとは，解除又は代金減額により売買の効力を否定し代金支払い義務から解放されることを買主に許すことであるという。つまり，買主は，売買の効力を否定することにより救済されるのであり，欠点が客観的に隠れた瑕疵であることを立証すれば，売買に条件や約定解除権を留保しなくても，解除することができる[87]。これに対して，種類売買における不完全履行の場合には，買主は契約の効力に基づいて完全履行（取替）を催告し，その不履行による解除に加えて損害賠償を請求することができるとして，瑕疵担保による解除と不履行による解除はまったく性質を異にするとしている[88]。

さて，三宅の分析によれば，判例は矛盾する二つの流れに分かれるという。第一の流れは，特に一定の品質を具有することを以て重要なるものとし意思を表示した場合，特定の使用目的を表示した場合，一定の品質を前提とした場合に錯誤による無効を認め，一定の品質を具有することを重要なるものとして意思を表示せず，しかも売買の目的物に品質上の瑕疵ある場合は瑕疵担保の問題とするものであり，隠れた瑕疵の独自性を重視する考え方である。第二の流れは，例えば見本による特定物の売買において渡された物が見本より劣る場合に 570 条の瑕疵ありとする判例のように，契約で前提された性質の欠缺を瑕疵担保に統合する考え方である。そして，通説は，瑕疵担保規定は錯誤規定を排除すると解して判例の第一の流れに反対するにもかかわらず，瑕疵が客観的に隠れた性質のものであることを要件としており，矛盾していること，他方で，特定物売買における前提された性質の欠缺を瑕疵担保に統合する解釈は客観的概念としての瑕疵と矛盾し，主観的欠点を含む瑕疵概念に拡散させる要因となり，瑕疵が客観的に隠れているという要件を空洞化させることを指摘する[89]。

---

84 三宅[1983], 312, 349 頁。
85 三宅[1983], 318 頁。
86 高森は，目的物の性質を本質的性質・属性とそれ以外とに分け，前者については，常に保証が存在することを認め，その欠如は特定物売買においても債務の本旨に従った履行ではないとし，後者については，非本質的性質を買主が取引通念上，通常期待して妨げない性質と理解し，これが欠如していれば，合意の内容になっていなくても売主の担保責任をもたらすとしている（高森[1984], 158-160 頁）。そして，瑕疵担保責任に基づく損害賠償は，物が客観的性質を具有するものと信頼した範囲の損害，つまり，対価に制限されるとしている。また，高森は，特定物の性質が保証されていた場合，売主に過失があれば，履行利益の賠償を求めることができるとしている（同 164 頁）。
87 三宅[1983], 326-327 頁。
88 三宅[1983], 327 頁。
89 三宅[1983], 319-320, 349 頁。

三宅は，隠れた瑕疵による責任の他に，前提された性質の欠缺による責任と，売主の悪意又は保証に基づく責任[90]を認めている。前者については，特定物が一定の使用目的に適すること，一定の性質であることが契約の基礎ないし前提として表示されて売買された場合に物がその性質（主観的欠点）を欠けば，当事者に，解除又は代金額の補正を認めなければならないとしており，この場合，前提とされた性質の欠如が隠れていることは必要ないとしている[91]。

(9) 潮見佳男

潮見は，給付対象が外界に実在する有体物の存在に結びつけられる必然性はなく，契約における当事者の効果意思が性質に及ばないとする必然性もなく，物質論から見ても，あらゆる性質から切り離された「物それ自体」を観念することもできないとする。そして，売買における特定物債務の対象は，その物理的存在から判断されるのではなく，当該売買契約において当該特定物に対して当事者がいかなる意味を与えたのかという点を考慮して確定されるとして，特定物ドグマを認めない。もっとも，特定物ドグマを否定しても，特定物債務を発生させる契約のすべての場合に常に「あらゆる性質が契約となっている」ことを一般的・抽象的に帰結することにもまた疑問があるとしている。つまり，個々の契約において問題となっている性質が契約内容となっていることを，個別具体的に探究，確定していくべきとする[92]。そして，当該性質が契約内容となっている場合に，当該性質を備えた特定物を引き渡す債務を肯定している。そこから，引き渡された特定物が当該性質を備えていなかった場合には，債務不履行と評価されるとして，追完請求権を肯定する。他方で，ある性質が契約内容となっていない場合には，当該性質を備えた特定物を引き渡す債務を契約から導き出すことはできず，債務不履行を観念できないとする。もっとも，この場合にも，両当事者間に対価的不均衡が存在していることを理由に利益調整を図る必要があれば，その根拠は民法570条そのものに求められなければならないとされている[93] [94]。

---

[90] 売主が欠点を知って買主に告げなかった場合，及び，欠点がないと保証した場合（担保特約），買主が代金債務を免れるほかに，売主の詐欺的悪意及び損害担保の効果意思に基づいて，売主は損害賠償の責任を負わなければならないとする（三宅[1983], 364頁）。

[91] 三宅[1983], 347頁。

[92] 潮見[2002], 190-191頁。具体的には，①社会的に実在する特定物を契約規範の評価対象として法規範の世界に取り込むべく，当該契約において当該特定物が両当事者によりどのような対象として把握されていたかということを確定し，②その際，そのような対象として有すべき性質が何であったかを，両当事者の合意ないし契約中で対象に付与したものと評価されるべき意味を考慮しつつ，ときには信義則の助力をも受けながら，確定するとされている。

[93] 潮見[2002], 192頁。この限りで，売主の責任は，法定責任説的に捉えられることになると述べられている。具体的な例として「不用品バザーでの廉価な取引」が挙げられている。

[94] 北居は「潮見教授も，当事者の合理的意思解釈によってもあるべき性状合意が認められない場合に五七〇常の適用余地が見出されると説かれる……。ただし，こうした場合に瑕

潮見は，瑕疵については，客観的瑕疵か主観的瑕疵かという議論の立て方に固執することの問題性を指摘する。そして，瑕疵の判断で重要なのは，①当該売買契約において何をどのような売買「対象」として把握したかを確定する段階，及び，②確定された規準に照らして，実際に引き渡された物が契約適合的なものとしてあるべき性質を備えているかを吟味する段階があることを認識することであるが，契約適合的なあるべき性質の確定に当たっては，具体的な契約において当事者が下した評価が明らかでない場合には，当該売買物が契約を離れて客観的に結びつけられるところの「通常の利用目的ないし性質」が二次的に考慮に入れられることを否定すべきでないとしている[95]。他方で，瑕疵担保責任の枠内での問題の処理の際に，瑕疵の射程を（物質的瑕疵に限定せずに）無制限に拡大すること，とりわけ環境瑕疵の一般的な取り込みは躊躇されるとも述べられている[96]。

(10) 学説の整理

わが国の学説に関して，初期に主張された債務不履行責任説の論者のうち，（改説前の）岡松は，当事者が定めた性質のうち通常の性質として把握できないものの欠如については瑕疵担保規定での処理を認めておらず，その論旨には矛盾がある。これに対して，横田は，目的物の備えるべき性質を当事者が定め得ることを認めるだけではなく，物の通常性についても当事者意思から捉えており，一貫した理論を唱えている。

その後の法定責任説の論者の下での瑕疵の理解は特徴的である。すなわち，我妻が特に明確に述べるように，客観的な瑕疵が原則的なものとされ，主観的な瑕疵はあくまで例外的なものとして捉えられているにすぎないのである[97]。その理由については末川が詳しく述べているが，とりわけ「当事者が存すべきことを特にあらかじめ定めておいた一定の性状が欠けていること」と「物が通常有すべきであると期待される性状を欠く場合」が本質的には区別され得ないとされていることが重要である。これに対して，柚木は，合意に対応する義務の発生を特定物の場合には認めなかったとはいえ，瑕疵の基準としての合意の必要性を強調した。三宅は，当然に顧慮される買主の期待という観点から瑕疵に関して客観説を主張するが，買主の内心の期待が表示されていないのに顧慮される理由として，買主がそのような瑕疵のない物を買うつもりだったことを売主は当然知るべきだったことを挙げており，また，前提とされた性質の欠如についても，瑕疵担保責任の枠外で解除や代金減額（一部解除）を認めるべきとしており，当事者の主観的な要素をおよそ考慮しないわけではない（とはいえ，

疵担保責任が適用されるとすれば，当事者には通常の代金に見合う程度の何らかの性状観念が合意に含まれていると見ることが尚可能ではなかろうか」と指摘する（北居[2013], 247 頁(注 181)）。

[95] 潮見[2002], 217 頁。

[96] 潮見[2000], 383 頁（潮見[2000], 347 頁以下では環境瑕疵に関する裁判例が分析されている）。なお，潮見の現行法における理解については潮見[2021], 12 頁を参照。

[97] とはいえ，上述のように，我妻が物質的な瑕疵を一般的に「目的物が契約当事者間に予定された品質をもたないこと」とも釈義していることには注意が必要である。

その論旨は極めて独特である)。

さて，契約に基づき発生する債務の内容を決めるのは契約当事者であるから，債務不履行責任説の立場からは，目的物の備えるべき性質が当該契約において当事者の定めた内容から導かれることは当然である。契約適合的な品質を備えた物を引き渡す義務が売主に課されている現行規定（562 条 1 項）においても，同様に，目的物の備えるべき品質を契約の内容として当事者が決定することになる。もっとも，目的物の備えるべき性質が個々に明示的に定められることが必ずしも多くないことは，多くの論者の指摘するところである。当事者がそのような取決めを行っていることが理論上の前提であるにもかかわらず，実際にはそのような取決めが明示的に行われることは例外に留まることが問題を複雑にする。目的物の備えるべき性質を定めるのが契約であるからには，結局，その内容は契約の解釈により解明されるべき事柄であり，「個々の契約において問題となっている性質が契約内容となっていることを，個別具体的に探究，確定していく」ことがまさに必要であるとしても，そのための一定の指針を指し示すことが民法の「分かりやすさ」に資することになる。その意味では，単に「取引観念」に言及するだけでは十分ではなく，また，「恣意性を排除」するに足りる基準が求められる。そもそも，通常の利用目的ないし性質が「契約を離れて客観的に結び付けられる」ものであるかについても検討が必要である（つまり，契約の内容が契約外的な要素により定まるのであれば，そもそも（例えば瑕疵の基準として）契約性を強調する意味が失われてしまうと考えられる)。また，物のある品質が契約の内容になっていないにもかかわらず対価的不均衡が認められる場合[98]が果たして存在するかについても一考を要する。

第 3 項 問題の整理

わが国における特徴として，客観的な瑕疵が原則であり，主観的な瑕疵はあくまで例外と解する論者が少なくなかったことを挙げることができる。法定責任説を主張した我妻が典型的であるが，債務不履行責任説の論者にも同様の理解をする者がある（なお，上述のように我妻説の理解には注意も必要である)。先に述べたように，部会の審議においても「瑕疵概念につき通常有すべき性質を欠くことという説明がなされ，あるいは強調されすぎる」（第 52 回・鹿野委員発言）ということが指摘されていた。法律が客観的，主観的に決定される瑕疵に対して特別に責任を定めているという法定責任説の立場からはそのような理解に問題はないとしても，債務不履行責任説の立場からは問題がある。というのも，その立場を貫けば，物の瑕疵は一貫して契約を基準として判断されなければならないからであり，このことは現行法でも同様である。とはいえ，日常的な売買の大多数では目的物の性質に関する協議も取決めも行われないこともまた事実であり，そうであればこそ客観的な瑕疵が原則的なものと理解されてきたともいえる。また，明示的な定めがなくても物の通常の性質の欠如（いわゆる客観的瑕疵）に対しては売主に責任を負わせなければならないとすることに

98 注(93)及びその本文部分を参照。

おいては論者間に一致が存在したことは，その論拠はそれぞれに異なっていたとしても，重要である。

いずれにせよ，瑕疵の基準としてのあるべき性質を当事者が定め得ることは古くから認められていた。問題は，判例のいう「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたか」という文言の理解である。つまり，ある品質・性能が「予定」されていたということができるのはどのような場合か。当事者が明示的にそのことを定めていた場合が含まれることはいうまでもない。当事者による明示的な決定がなかった場合でも，判例は，契約締結当時の取引観念を用いて当事者間で予定された品質の内容を判断していた。その手法自体が否定される必要はないとして，取引観念を斟酌した結果が契約上予定されていた内容に還元される根拠が明らかにされなければならない。あるいは，直截に，反対のことが定められていない限りでは「その物としての通常[99]の品質を有すること」が常に契約上予定されていると理解する余地はないだろうか。例えば，法定責任説は瑕疵担保責任の根拠を，瑕疵―その原則は客観的瑕疵である―の存在によって当事者間に対価的不均衡が生じることに認めた。そうであれば，そのような客観的瑕疵のないこと，通常の性質を欠かないことは対価の一部を構成していると考えられているのであり，そこから，通常の性質を欠かないことは常に契約上予定されていると考える可能性がある。この意味では「客観的」という言葉に問題があったことになる。裁判例において認められていた瑕疵修補費用の賠償という効果は，そのような契約上予定された品質にある物を引き渡す義務を特定物売主が負っていると解する余地のあることさえも示唆していた。

さらには，改正前の判例のいう「予定」と現行法における「契約の内容」を同じ意味で理解できるかも検討されなければならない。この問題については次のように指摘されている。すなわち，「そもそも〔筆者注：改正前における〕主観的瑕疵概念をめぐっても，その理解に争いがある。すなわち，契約の内容に適合しない瑕疵を意味するのか，それとも，契約内容となっていなくてもその契約の前提とされた品質・性能に欠けることを瑕疵と理解するのかについて理解に相違が生じる。判例がいう『予定された』との表現の意味は，どちらを含意するものなのかは，必ずしも明らかとは言えないであろう。というのも，『予定された品質・性能』が合意で予定されている品質・性能を意味するのであれば契約の内容と解釈できるが，合意の前提として予定された品質・性能，あるいは，契約目的に照らした使用目的に適合する品質・性能を意味するのであれば，契約の内容自体には含まれないとも解釈できるからである」[100]。

第４節 検討の素材と順序

売買目的物は極めて多様であり，動産でも不動産でもあり得る。これらの目的物はそれまでの経過によって様々な状態にあるから，売買目的物が買主の想定とは異なった状態にあ

---

[99] 通常性それ自体が何らかの比較基準の存在を前提とすることに注意が必要である。
[100] 北居[2020], 731 頁。

ったということが往々にして起こる。売買された中古車のある特定の機能，例えば近時普及の進むアダプティブ・クルーズ・コントロール機能が故障していたとして，買主は当該機能の修補を望むかもしれないし，（修補しても安全な作動に心配が残るという理由で）この機能に故障のない別の車の引渡しを望むかもしれないし，あるいは（そもそもこの機能を使用するつもりがないという理由で）売買代金の減額を望むかもしれない。他方で，売主は問題の箇所を修補することを望むかもしれないし，あるいは修補に多額の費用が必要となるが故にそれ以外の解決策を望むかもしれない。もちろん，これらの選択肢について両当事者の思惑が一致すれば何も問題は生じないが[101]，必ずしもそうはならないだろう。では，目的物の品質の契約不適合に基づく権利が買主に発生するための要件として，引き渡された自動車のこの機能が作動しないことが契約の内容に適合しないというのはどのような意味であるのか。つまり，ここでの契約の内容とは「その機能は作動する」ことであるのか，「その機能が作動しない場合には作動する状態にする」ことまで含むのか，あるいは，それ以外のことであるのか。また，それがどのようにして契約の内容に取り込まれるのか（このことは，当事者がその機能の存在をそもそも知らなかった場合には特に問題になる）。筆者は以上の問題について，売買契約の両当事者に対向する義務を生じさせる「合意」に着目して検討することを試みている。その重要性はドイツ法の検討を進めることにより明らかになるが，そのような検討を通して，①売買合意により基礎付けられる物と代金の対価的な交換関係を当事者達が「等価的」と考えたことこそが物を一定の状態において引き渡すという義務の基礎付けに重要な役割を果たすこと，さらには，②そのような「等価性」は当事者の給付義務の限界を画するためにも重要な意味を持ち得ることが明らかになる（なお，本稿は①の検討を中心的に行うものであり，②については，対価関係の主観的等価性という観念を法律効果にも敷衍した補論としての基礎的検討に留まっている）。

本稿はなお端緒的な研究であり，わが国における個々の様々な学説に応接することは今後の課題とするとして，以下の叙述では，「『品質』の『契約の内容』への取込み」についての示唆を得るために，1900 年に施行され，2002 年に大きく改正されたドイツ民法典（BGB）の物の瑕疵責任[102]に関する同様の議論の展開が辿られる。わが国における債権法改正前の瑕疵担保責任の解釈論がドイツ法の多大なる影響を受けていることは周知のことであるが，ドイツ法を参照することには次のような実質的な理由もある。ドイツでは，2002 年の債務法改正の前後を通して，物に通常性が欠けることをどのようにして物の瑕疵として捉えるかが正面から議論され続けているからである。すなわち，債務法改正前においては，合意を唯一の基準として欠点（瑕疵の一つの類型）の有無を判断する合意説が通説化した後で，目

101 例えば特定物売買において両当事者が代物引渡しによる追完で一致した場合に何の問題も生じないことは当然である。これに対して，売主が代物引渡しを拒む場合に買主はこれを請求できるのか，あるいは反対に買主が代物引渡しを拒む場合に売主はこれを行うことができるのかは問題となり得る。

102 本稿では，BGB において„Sachmangel“［物の瑕疵］に対して生じる責任を「物の瑕疵責任」としている。

的物が通常の性質を備えるという一般的性質合意の存在を常に認めることができるかという形式において。また，物の通常性の欠如が瑕疵であることが法律上明文化された後においては，改正前における合意説に対する批判を基礎として，瑕疵の原則形態としての合意された性質の欠如と通常性の欠如がどのような関係にあるのかという形式において。この他に，性質合意の対象となり，瑕疵を基礎付けることのできる性質とは何かという問題も一貫して議論され続けている。2002 年から施行されている現行 BGB では，改正前に積み重ねられた議論を基盤として，わが国でいう債務不履行責任説に近い立場に立った制度が採用されており，その後 20 年間の判例と学説の蓄積もあるから，ドイツにおいて積み重ねられた以上のような議論の分析は，同様の制度を採用したわが国の現行法の理解のためにも有益であるといえよう。

結論を先に述べれば，筆者は，次章以下におけるドイツ法の分析を通して，現行法を次のように解釈できるのではないかと考える。すなわち，①特定物売買の場合を含めて，売主は売買合意により基礎付けられる両当事者により等価的[103]と考えられた交換関係を根拠として，契約の内容に適合する品質を備えた目的物を引き渡す義務を負う。ここで，ある品質が「契約の内容になっている」とは，その品質が存在する／しないことが両当事者の一致の下で代金の決定に影響を与えたことを意味する[104]。また，「品質」とは，代金との等価関係（の一部）を形成する余地のある，物に関わる事情のすべてを含む。そして，目的物がその物としての通常の品質を備えるべきことは原則的なものとして当然に契約の内容に取り込まれており，その他の品質も容易に契約の内容に取り込まれて売主の履行義務を形成する。なお，通常性の基準も対価との関係で明らかにされることとなる。というのも，どのような場合でも売買代金の決定にあたっては一定の品質の存在が前提とされているといい得るからであり，多くの物が通常備えている品質は前契約的に確定している。他方で，②品質に関する売主の履行義務が容易に認められることに対する調整として，両当事者の給付義務間の等価性は，売主の（第一次的な）履行義務を限界付けるための根拠にもなる可能性がある。契約適合的でない品質における目的物の引渡しにはやむを得ず生じるものも多く，売主は必ずしも非難され得ないと考える余地のあることが，このような（効果の側面での）理解の前提となっている[105]。

---

103 両当事者の給付が客観的に等価的なものであるかは問題とならず，当事者が相互の給付の内容を主観的に等価なものと考えて売買合意を行ったことが重要である。

104 後に述べるように，ある品質が契約の内容とされるために，一定の具体的な法律効果（例えばある品質の確保についての給付義務）の発生に向けられた厳密な意味での合意は必要とされない。「ある物を売る／買う」という主たる義務に向けられた合意に付随した，その物の品質に関する両当事者の表象の合致及びそれによる代金決定への影響が十分である。

105 ある品質が買主にとって重要なものである程，保証（Garantie）を得る等の事前の対処が買主には可能であったわけである。あるいは，追完請求が認められなかった場合でも，（売主の帰責事由の存在が否定されない限りで認められる）415 条に基づく損害賠償の問題として処理すれば足りると考えられるが，いずれの問題についても本稿ではこれ以上

以下の各章では具体的には次のような検討を行っている。第２章では，2001 年末まで適用されていた BGB における欠点概念論の展開を分析した。当初，ドイツでも客観的欠点概念が通説であったが，適性の異種物（目的物が合意された種類に帰属していなかった場合）という特異な事例を欠点[106]として処理するために，合意は物の性質にも及ぶとして欠点を合意違反と解する合意説が登場し，そのことのいわば不可欠の結論として，それまで客観的欠点とされていたものも合意の範疇で理解されることとなった。もっとも，このように欠点を合意違反に一元化する純粋な合意説に対しては，性質に関する合意の内容の不明確性，及び，物が通常の性質を備えるという一般的性質合意の原則的な承認に対する批判が最後まで付きまとい，その影響は債務法改正後にまで及んでいる。他方で，合意説の登場は物の瑕疵責任を契約責任とする今日的な理解への転換点にもなっていた。つまり，合意説を出発点として欠点のない特定物の給付義務を肯定する見解が主張され，特定物買主の追完請求権を一般的に肯定する見解も根本的には合意説に還元される。合意説とそこから派生した諸理論は債務法改正後における物の瑕疵責任法とその解釈論を根底で支えるものとなっている。

第３章では，2002 年から 2021 年まで適用されていた BGB 434 条における物の瑕疵をめぐる二つの議論，すなわち合意可能な「性質」の射程をめぐる議論と物の通常性の位置付けをめぐる議論を分析した。いずれも債務法改正前から持ち越された問題であるが，前者は，売主に「物の瑕疵」を根拠とする履行責任を問うことを正当化できるのはどこまでかという問題，後者は，明示的な合意がなされなかった場合に目的物のあるべき性質をどのように決定するかという問題である。二つの問題は相互に関わり合っており，例えば，物の通常の性質を契約の標準的内容と理解し，しかも，物の性質については通常よりも容易に売主の履行責任が生じることを認める代わりに，性質の範囲を狭く理解する見解や，反対に，性質の範囲を限定しないが，性質合意を必ずしも容易には認めない見解が存在する。いずれにせよ，両者には，売主の責任を拡大しすぎることには問題があるという共通の認識がある。以上の問題については等価性という視点，つまり，当事者による物の価値評価に影響する要素とは何か，どのような物に対して代金の支払いが合意されているのかという視点が重要であることが主張されている。なお，債務法改正後においても物の瑕疵責任を客観的瑕疵に対する法定の客観的責任とする見解が主張されており，その主張者が改正前における合意説の代表的論者であったことは注目に値する。

第４章では，第２章と第３章で得られた結果を基礎として，等価的とされた給付の交換関係を事後的に実現させるという追完の目的と機能に着目して，ドイツにおける買主の追完請求権の限界付けと売主の追完権についての議論の分析を行った。そこから，等価性という

立ち入らない。

106 債務法改正前 BGB において「瑕疵［Mangel］」は「欠点［Fehler］」（旧 BGB 459 条 1 項）と「確約された性状［zugesicherte Eigenschaft］の欠如」（同 2 項）に分けられており，不履行に基づく損害賠償（旧 BGB 463 条）の要件等に違いがあった（その詳細については第２章で述べる）。

観点は，売主の義務の基礎付けだけではなく，その限界付けにも大きな影響を持ち得ることが明らかになる。買主は単に，合意された性質の目的物を得る権利を有するわけではなく，それを目的として，それに見合うと両者が考えた代金額を支払う義務を負担している。これを売主から見れば，代金を得ることが瑕疵のない物を引き渡すことの目的となっている。つまり，シナラグマは契約の内容であるともいわれるように，両者の給付は密接不可分の関係にある。ここから，一方では，自己の給付を行うことで相手方からの反対給付を得られることが双務契約の各々の債権者の利益であると理解して，等価的と考えられた相互の給付が実際にはそうではなかったことによる対価的不均衡性に基づき追完請求権が限界付けられること，他方では，売主には買主の給付（代金）を得るために積極的な追完が認められると解する余地のあることが主張されている。

第 2 章 欠点概念の主観化と物の通常性の所在（1900 年 BGB）

ドイツでは，2002 年の債務法改正の前後で物の瑕疵に対する売主の責任の内容が大きく異なっている。詳細は次章で検討するが，債務法改正後の BGB では種類売主だけではなく特定物売主も売買契約により権利の瑕疵と物の瑕疵の存在しない物を買主に供与する義務を負っている（現 433 条 1 項 2 文）。これに対して，1900 年に施行され 2001 年末まで適用されていた BGB においては，特定物売主が物の瑕疵のない物を引き渡す義務を負うことを定める規定は存在せず，そのような義務の存否について，わが国と同様に学説上の激しい論争が存在した。確かに，ドイツにおける債務法改正の背景の一つには，消費財の売買に関する EU 指令（以下では消費財売買指令という）[107]の国内法化が義務付けられていたという事情があった。とはいえ，特定物売買において瑕疵のない物を引き渡すという売主の義務及び買主の追完請求権を認める理論が主張される契機となったのは，改正前における欠点をめぐる議論の過程での合意説の登場である。すなわち，売買合意は表象された性質からなる物の引渡しに向けられており，欠点の内容が物の性質に関する当事者の合意（性質合意）を基準として定まるという見解が主張されたことを切っ掛けとして，性質合意に対応する給付義務の発生を特定物売買の際にも認めるべきとする見解が登場して有力化し，さらには，そのような給付義務を根拠として買主の一般的な追完請求権が発生するという見解にまで展開した。売買物の瑕疵を合意違反とする現行 BGB の体系は合意説及びこれに由来する理論により支えられている。また，性質合意をめぐっては，債務法改正の前後を通して，物が通常の性質を備えるという内容の一般的な性質合意が常に存在することを認めることができるのかという議論が続けられている。債務法改正前についていえば，合意を欠点の唯一の判断基準とした場合には，合意が存在しない場合には欠点の存否を判断することができな

[107] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter. なお，この指令は物品売買指令（Richtlinie (EU) 2019/771）により 2022 年 1 月 1 日から廃止されている（物品売買指令 23 条）。

くなってしまうため，通説は一般的な性質合意が常に存在すると考えたのであるが，そのような合意を認めることは困難であるという批判も存在した。あるいは，合意可能な性質に限界はあるのかという問題も債務法改正の前後を通して議論されている。債務法改正後の議論は債務法改正前の議論が持ち越されて行われているものであるから，まず本章において，前者を理解するための準備作業として，後者における議論を辿る。

以下では，まず，物の瑕疵に対する売主の責任に関する改正前の規定を概観した後で（第１節），欠点概念をめぐる議論の展開を辿り，欠点概念の主観化の背景とそれに対する批判を確認する（第２節）。次に，特定物売主が瑕疵のない物を引き渡す義務を負うかという問題に対して欠点概念についての通説である合意説が与えた影響を確認する（第３節）。また，現行法においては，合意された性質あるいは通常の性質の欠如が物の瑕疵として売主に責任を生じさせるが（現行 BGB 434 条１項），この性質とは何かという論争があり，この議論の端緒も改正前の BGB に存在している。そこで，この議論の一つの原因となった物の欠点の対象となる性質［Beschaffenheit］・確約可能な性状［Eigenschaft］・物の瑕疵責任の対象とならないその他の事情の区別に関する判例とそれに対する学説からの批判も最後に確認しよう（第４節）。

最初にごく簡潔に要点を述べれば，様々な議論は合意を基準として欠点を判断する合意説を軸として展開されており，以下の点が重要である。すなわち，①客観説では欠点として処理できない「適性の異種物」（合意された種類への不帰属）を欠点として処理すべきと考えられたことが合意説をはじめとする主観説の登場の背景として存在した。合意説の下では物の通常性も合意の範疇で捉えられるが，通常の性質に関する合意の存在を常に認めることができるかが問題とされた。②合意説を基礎として，特定物売買においても欠点のない物，つまり合意された性質にある物を引き渡す義務を肯定して，この義務違反の効果として物の瑕疵責任が発生するという見解が登場し，そこからさらに，この義務を根拠に，特定物買主にも一般的に修補請求権を認める見解も主張されたが，後者の見解により想定された目的物（大量生産品）は合意説の基礎付けに際して想定されていたものとはまったく異なっていた。③判例は欠点の対象となる性質の範囲を限定したが，合意を基準として欠点が判断されるならば，何が欠点であるかを決定するのは契約当事者であり，欠点の対象となる性質を前契約的に限定することはもはやできなくなるはずである。

第１節 物の瑕疵責任の概要

最初に債務法改正前の BGB の物の瑕疵責任規定を概観する。売買契約における当事者の義務は，433 条[108]に規定されている。すなわち，売主は，買主に物を引き渡し，所有権を供与する義務を負う（同１項）。また，売主は，売買された客体を，第三者から買主に対して行使できる権利なしに買主に与えることも義務付けられていた（434 条）。売主がこれらの義務を履行しなかった場合には，買主は，320 条から 327 条の一般規定に基づく権利を行

[108] 本章における条数は 2002 年改正前の BGB のものである。

使することができた（440 条 1 項）。これらの規定のうち，本稿との関係で重要なものを挙げると，320 条は同時履行の抗弁権を規定し，325 条は義務付けられた給付が債務者に帰責される事情に基づいて不能になった場合に不履行に基づく損害賠償あるいは解除について定めていた。

これに対して，条文上，売主は物の瑕疵のない物を引き渡す義務を負わされていなかった。もっとも，当然のことながら，売主が物の瑕疵に対して何らの責任を負わなかったわけではなく，売主は 459 条以下に基づく責任を負った。これらの規定は原則的に特定物売買と種類売買に対して同様に適用される[109]。物の瑕疵に対する責任の要件は 459 条に定められている。本条は，①買主への物の危険移転時に，物の価値又は通常の若しくは契約上前提とされた使用に対する適正を消滅又は減少させる「欠点［Fehler］」を物が備える場合（1 項），及び，②「確約された性状［zugesicherte Eigenschaft］」[110]を物が危険移転時に備えない場合（2 項）に売主の責任が生じることを規定している。なお，危険が買主に移転するのは，原則として，物の引渡しのときである（446 条 1 項）。欠点が存在するか，あるいは確約された性状が存在しない場合には瑕疵［Mangel］が認められ，買主は解除又は減額を求めることができた（462 条）。確約された性状が売買時に存在しなかった場合，及び，売主が欠点を悪意で沈黙した場合には，買主は解除・減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することもできた（463 条）。種類売買に対する特則として 480 条が存在する。本条によれば，買主は解除・減額に代えて，瑕疵ある物の代わりに瑕疵のない物の引渡しを請求することができ（1 項），確約された性状が危険移転時に存在しなければ，解除・減額・瑕疵のない物の引渡しに代えて，不履行に基づく損害賠償を請求できた（2 項）。

権利の瑕疵の場合と異なり，物の瑕疵が存在した場合に 320 条から 327 条の一般規定の適用を認める規定は存在しない。このことは，主に次の点において一般的な債務不履行の場合との違いを生じる。第一に，物の瑕疵の際の法的救済である解除・減額・（確約された性状の欠如の際の）不履行に基づく損害賠償に対しては，276 条の意味での売主の故意・過失が必要とされない。第二に，買主は物の瑕疵に基づく権利を（催告なしに）直ちに行使することができる。第三に，物の瑕疵に基づく請求権に対しては特別な消滅時効が定められており（477 条），不履行に基づく一般的な請求権に対して適用される通常の消滅時効規定（195 条：30 年）は適用されない。477 条によれば，（売主が瑕疵を悪意で沈黙した場合を除いて）動産の場合には引渡しから 6 ヶ月，不動産の場合には引渡しから 1 年で請求権が時効消滅した。

以上の概観から明らかになるように，権利の瑕疵の場合と物の瑕疵の場合の大きな違いとして 320 条から 327 条の一般規定の適用の有無が存在し，後者についてはこれらの規定の適用に関する規定が存在しない。また，条文上，売主が物の瑕疵のない物を引き渡す義務

---

109 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.1.

110 本稿では取り扱わないが，債務法改正前の性状の確約［Zusicherung］ついては渡邉拓 [2015], 17 頁以下が詳しい。

を負うかも明らかではない。後に検討するように，この売主の負担する義務の内容と関連して，ドイツにおいても物の瑕疵に対する責任の本質がわが国と同様に激しく争われていた。もっとも，この議論が意味を持つのは特定物売買の場合に限られるとされる[111]。というのも，種類売買の場合には買主の代物引渡し請求権が認められているからである。他方で，特定物の買主も一定の場合に「不履行」に基づく損害賠償を請求できた。すなわち，確約された性状が欠如していた場合，及び，売主が欠点を悪意で沈黙した場合である。そうであるならば，瑕疵のない「特定物」の引渡し義務を必ずしも否定できないだろう。また，不履行に基づく損害賠償請求権の有無という点から，欠点の対象となる性質と確約の対象となる性状の関係についても議論されている。これらの議論は，次に見る「欠点」概念をめぐる議論と深く結び付いている。

第２節 欠点概念論

459 条 1 項によれば，①欠点が存在し，②その欠点が，価値，通常の使用に対する適性，契約で前提とされた使用に対する適性を消滅又は減少させる場合に売主の責任が生じる。それ故，要件①の存在が要件②の判断の前提となっているように解釈できそうであるが，そのような解釈は妥当であるのか。あるいは，そもそも欠点とは何かも条文からは明らかにならない。つまり，欠点（Fehlen＝欠けていること）が何らかの尺度からの相違に存在することは自明であるが，その尺度とはどのようなものなのか。この後者の問題については，これが客観的に理解されるべきであるのか，あるいは主観的に理解されるべきであるのかという形で争われていた[112]。ある時点を境に判例・通説は主観的欠点概念を採用するに至っている[113]。とはいえ，多くの事例においては（欠点という言葉の日常生活での言語慣用に従っているとされる）普通の性質からの相違という客観的な欠点概念を用いて適切な結果が達成されていたという指摘も存在する[114]。それにも関わらず欠点概念が争われることとなった背景には，古代ローマの按察官告示に基づく瑕疵担保責任において適用されていたとされる客観的欠点概念[115]を用いると物の瑕疵責任規定の適用が困難になる事例が現れたという事情があった。すなわち，詳細は後述するが，客観説では，引き渡された目的物が，契約上

---

111 Staudinger/Honsell [1995], Vor §§459 Rn.7.

112 客観説と主観説の双方に様々なヴァリエーションが存在している。Knöpfle は，主観説に様々な型が存在すること，各々の説の間に相違点が存在することに対する認識が主観説の論者には欠如していたことを指摘している（Knöpfle[1989], S.11 ff.）。

113 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.22, 31. この他にも，合意や前提とされた性質が存在しない限りでは通常の性質が判断基準となるから欠点概念は「主観的 - 客観的」なそれであるという折衷的な見解（Münchener/Westermann [1995], §459 Rn.9; Staudinger/Honsell [1995], §459 Rn.18）も主張されていた。Honsell は，客観的要素を主観的要素と同列に置くか（主観 - 客観説），あるいは後者の枠内で前者を用いるか（主観説）で結果は異ならないとした（Staudinger/Honsell [1995], §459 Rn.20）。

114 Reinicke/Tiedtke [1997], Rn.263.

115 後述の Haymann の所説を参照。主観説の論者もこのことを認めている（例えば，Flume[1948], S.124）。

帰属するとされていた種類に属していなかった場合（適性の異種物［Qualifikationsaliud］[116]）を欠点として処理することができない。もっとも，そのような場合を物の欠点として処理するべきかは一つの問題である。欠点概念が争われた別の理由として，不履行に基づく（無過失での）損害賠償責任を定めている 463 条の存在もあった。すなわち，客観説を採用すると，459 条 1 項の範疇にない事柄を物の瑕疵責任の枠内で処理するためには 459 条 2 項の性状の確約を認めることが必要になるが，性状確約を安易に認めると，売主が 463 条の定める非常に重い責任を負わされることになる。これに対して，主観説を採用すると 459 条 1 項の対象と同 2 項の対象が一致することになり（第 4 節を参照），ある性状の（不）存在が単に合意（又は前提）されていれば 462 条が適用され，確約までされていれば 463 条もが適用されるという結果になる。では，物の「欠点」とはどのような根拠でどのように理解されるべきとされたのか。

U. Huber は『債務法改正のための鑑定意見と提言』所収の給付障害に関する鑑定意見書において，物に欠点があることではなく，物が契約適合的ではないことが物の瑕疵責任の法政策的根拠であると述べている[117]（氏の見解は次節において確認する）。Jakobs は，そのような見方に関して，本節で詳細に検討する Flume の研究の意義を次のように評している。すなわち，物の瑕疵に基づく売主の責任は不履行に基づく責任として基礎付けられ得るにすぎず，売買物が，その状態では契約が履行され得ないような状態にある場合にはその責任が基礎付けられているとされることは，鑑定人〔筆者注：U. Huber〕にとっては既に問題ではなかった。鑑定人は，物の性状が売買契約上の合意の内容であり得ることを当然のことのように承認する。しかし，この承認は，売買の際の物の瑕疵責任の歴史的展開が明らかにするように，当然のことではまったくない。この承認に到達するためには，BGB に定められた売買の際の一般的な物の瑕疵責任の根拠についての問いが必要であり，ローマ法の法源を手がかりに獲得された Flume の次のような認識，すなわち，物が買主の望んだようなものではない場合に，買主がそのことを理由として売主にすがることができるのは，売主がその物を買主の望みにかなうものとして買主に売却した場合のみであり，つまり，一方的なままであった買主の期待は売主にとって何の関わりもあり得ず，買主は，彼らの間でなされた合意だけに基づいて売主にすがることができるという認識が必要であった，と[118]。

物の瑕疵に基づく責任を不履行に基づく責任とする U. Huber の見解は次節で取り上げるとして，以下では，まず，第 1 項において欠点概念に関する論争の発端となったものを含

---

[116] 異種物引渡しは，適性の異種物の引渡しと同一性の異種物［Identitätsaliud］の引渡しに分けられる。後者は，売買された物とは異なる物の引渡しである。後述の合意説に立つと，厳密には，同一性の異種物の引渡しの場合にも物の瑕疵責任が生じるはずであるが，このことは否定されている（Staudinger/Honsell [1995], §459 Rn.25）。

[117] U. Huber [1981], S.765. また，U. Huber によれば，その草案は主観説に従っており，物の実際の性質が契約で前提とされた性質から買主の不利益に相違する場合，つまり物が「契約適合的」でない場合には常に物の瑕疵が存在するとされている（U. Huber [1981], S.868）。

[118] Jakobs [1985], S.85.

む重要な判例を確認する。その後，主観的欠点概念を採用した判例を厳しく批判して客観説を主張した Haymann の見解（第２項），合意説を主張し，同時に物の瑕疵責任の契約責任化にも大きな影響を与えた Flume の見解（第３項），両者のヴァリエーションとなる見解（第４項），最後に，債務法改正前 BGB の後期において主観説を分類してそのそれぞれを様々な観点から厳しく批判し，客観説を強固に主張した Knöpfle の見解（第５項）に検討を加える。Knöpfle による主観説批判の内容は債務法改正後の BGB においても（そしてわが国においても）改めての検討を必要とする重要なものであるため予め指摘しておくが，Knöpfle は合意説それ自体が正当なものであることは否定しない[119]。氏が指摘しているのは，主観説により説かれる性質合意の内容の不明確性，及び，性質合意が常に存在するという合意説の主張の問題性である。また，学説が適性の異種物という「奇妙な事例」を欠点として処理することに注力しすぎていたことが主観説の発達の原因の一つであるという Knöpfle の指摘にもここで予め言及しておく。

第１項 判例の概観

本項では，ドイツにおける欠点概念論の展開を理解するために必要な限りで，ライヒ最高裁判所（RG）及び連邦通常裁判所（BGH）の重要な判例を紹介する。すぐに確認されるように，RG の古い判例は客観説を採用していたとされるが（判例(1)），その後，主観説に移行する（判例(2)・(3)）。この立場は BGH にも受け継がれ，中でも判例(4)は欠点判断の基準についてもっとも正確に述べていると評されるものである[120]。それによれば，欠点の存否が一元的に合意を基準として判断されており，合意説（第３項参照）と同様の立場が採られている。

以下の RG の判例で問題となっているのは，目的物が合意された種類に帰属していなかったという適性の異種物は欠点に含まれるのかである。例えば，ソロバイオリンとして売買されたバイオリンが実際にはオーケストラバイオリンだった場合に「オーケストラバイオリンは欠点あるソロバイオリンである」のか，あるいは，鯨肉として売買されていた船荷が鮫肉のそれだった場合に「鮫肉は欠点ある鯨肉である」のか。このことは，客観説に立つ判例(1)の立場では否定され，主観説に立つ判例(2)や(3)の立場では肯定されることになる。つまり，鯨肉として売買されて引き渡された特定の鮫肉が，この物が帰属する種類である鮫肉としての通常の性質を備えていた場合に，客観説に立てば，その物がその種類の物としての通常の性質を備えているから欠点の存在は否定されるといういわば常識的な結論に通じる。これに対して，同じ場合に，主観説に立てば，目的物が鯨肉ではないという理由で，（鮫肉としては申し分のない）鮫肉が欠点ある鯨肉であるという一見すると直感に反する結論に通じることになる。

---

119 Knöpfle [1987], S.802.
120 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.22.

(1) RGZ 97, 351 (1920 年 1 月 13 日)[121]

【事案】原告は被告から 1913 年初頭に二挺のバイオリンを 8,500 M で購入した。原告は次のように主張する。すなわち，それらのバイオリンは素晴らしい音色の美しさで，特に良い品質を持っているとされること，及び，それらは高い芸術的価値を持っており，代金は適切なだけでなく安価ですらあるということが原告に対して被告により請け負われていたにもかかわらず，それらのバイオリンは実際には芸術的品質を備えず，良い音色を持たず，高価な個体ではなく，精々800 M の価値であった。そこで，原告は解除権を行使し（あるいは，契約を錯誤及び詐欺に基づき取り消し），支払った 8,500 M の返還を請求した。

【判旨】たしかに，売主が提示して買主が承認した代金から明らかになるのは，契約当事者達が，この楽器の一般的な性質，とりわけ音色の美しさと強さにより決まるバイオリンの価値を高く評価しすぎたことである。459 条の意味での欠点は普通の性質との相違と理解されるべきであり，価値の低下は，その低下が重大であるとしても，未だ普通の性質との相違を生じさせない。その楽器が，一般的な性質という点から，より良いものに劣ることは楽器の欠点ではない。オーケストラバイオリンとソロバイオリンの間の区別において専門家に従う場合には，ここで一方の品質が重要であるのか，あるいは他方の品質が重要であるのかは一つの問題である。これに対して，バイオリンが欠点及び瑕疵を示すか否かはまったく別の問題である。オーケストラバイオリンを欠点あるソロバイオリンと称することは誤りであろう。バイオリンが要求された代金に値すること，それが本物であることに対する担保を原告が売主に求めたが拒絶され，それにも関わらず彼がそれを購入した場合，彼は高すぎる代金を承諾したが，未だその理由で欠点あるバイオリンを購入したわけではない。〔筆者注：RG は以上の理由で欠点の存在を否定し，原告の請求を認めなかった。〕

(2) RGZ 99, 147 (1920 年 6 月 8 日)

【事案】いわゆる鮫肉事件（Haakjöringsköd-Fall）である。被告は Jessica という船に積まれ，Haakjöringsköd と記載された船荷を原告に売却した。両当事者は鯨肉を売買しているという認識であったが，それは実際には（Haakjöringsköd とノルウェー語で記載された通りの）鮫肉の船荷であった。この船荷はハンブルクに到着した際に当局により没収されたが，もしそれが鯨肉であれば没収されることはなかった。原告は，当局から支払われた額を控除した売買代金額の返還を求めている。

【判旨】契約客体であるそれ自体特定された物品が鯨肉であることを両当事者は前提とした，このことから明らかになるのは，両当事者が鯨肉に関して契約する意図であったこと，しかし彼らは，彼らの契約意思の表示の際に，間違ってこの意思に合致しない Haakjöringsköd という名称を用いたことである。それ故，彼らの間に存在する法律関係は，彼らが彼らの意思に一致する鯨肉という名称を用いていた場合と同じように評価されるべ

121 判旨部分は判決文から本稿のテーマに関係した部分のみを筆者が抜粋したものである。

きである。従って，契約によれば鯨肉が引き渡されるべきであり，原告は，彼に対して鮫肉が引き渡されたからには，BGB 459 条以下において定められた法的救済を頼らざるを得なかった。なぜなら，引き渡された物品には鯨肉であるという性状が欠けており，たとえこの性状が場合によってはBGB 459 条 2 項の意味で「確約された」とみなされない場合であっても，いずれにせよこの性状は，その欠如が 459 条 1 項の意味で物の瑕疵を意味するように本質的であったからである。つまり，原告には解除の権利がある。

(3) RGZ 135, 340 (1932 年 3 月 11 日)

【事案】原告は被告から Eichen am Wasser という油絵を購入した。この油絵は Jakob J. (Jsaakssohn) van Ruisdael による原画であると原告に対して示されており，この作品がこの画家に由来することを承認した美術館長 B の鑑定も付されていた。絵画は直ちに引き渡され，15,000 RM の売買代金が支払われた。原告は，この作品が「有名な巨匠」である Jakob J. van Ruisdael ではなく，彼の「遙かに有名でない親類で模造者」である Jakob S. (Salomonssohn) van Ruysdael に由来すると主張する。彼はその理由で売買契約を錯誤に基づき取り消し，利子を含めた売買代金の返還を訴求している。

【判旨】「契約に基づき前提とされた」使用を「通常の」使用と同等に扱い，物に関する今日の専門的取引の要求を正しく評価することを偏に可能とする見解は，近時の RG の判例に引き続いて，賛同され得る。「契約に基づき前提とされた」使用は，ある特定の大家の絵画の取得の場合には，まさにこの大家の作品の所有を享受し，この芸術家の画風とその他の特色に没頭し，それを常に目の前に保っておくという機会が買主に得させられることに存在する。優れた評判の芸術家又は作品が問題である場合には，他のメリット，とりわけ金銭的な種類のそれが，そのことに随伴することができるが，それは重要ではない。その作品が，相互の見解によればその者の作品として買われているところの芸術家に由来していなければ，常に，売買物の欠点が存在する。その際には，その巨匠に由来する絵画の複製・贋作であるのか，あるいは他の画家の価値ある作品であるのかは関係ない。〔筆者注：本件では，459 条以下の瑕疵担保責任が 119 条 2 項に基づく錯誤取消しを排除し，また，担保責任も時効消滅（477 条）しているとして，原告の請求は認められなかった。〕

(4) BGH NJW 1984, 2287 (1984 年 2 月 22 日)

【事案】被告に対して旋回タワークレーンを売却した原告が未払い代金の支払いを求めた事件である。被告は，1979 年 7 月 5 日に引き渡された本件クレーンに対して不足している従物，滑車の構造上の欠陥，並びに，型式認証の欠如に基づく契約を解除したとして支払いを拒絶している。本件クレーンの型式ついては 1977 年 8 月 2 日に型式検査の承認が与えられていたが，その後，組立て過程の改善及び足場の旋回半径の縮小を目的とした構造上の変更が行われたために，クレーンが引き渡された時点では必要な型式認証が欠如した状態にあった。1980 年 1 月 22 日に至り，以前の型式検査の承認が検査登録番号の保持の下で

変更後のモデルに拡大されている。

【判旨】買われた物の実際の状態が売買契約において合意されたことと相違し，この相違が，物の価値又は通常の使用若しくは契約に基づき前提とされた使用に対する物の適性を消滅又は減少させる場合には，BGB 459 条 1 項の意味での欠点が存在する。本件で契約上前提とされていたのは，製造者により型式検査に委ねられ，それ故に即座に使用できるところのクレーンの引渡しである[122]。

第 2 項 旧客観説

前項で確認したように，古くは客観的欠点概念を採用していた判例は，その後，主観的欠点概念を採用するに至っている。これに対しては，客観説を基礎付けた[123]とされる Haymann が厳しい批判を行っており，欠点概念をめぐる論争はこの批判に端を発する。もっとも，Haymann の見解はそれ自体，客観説の問題点を露呈させるものでもあった。

Haymann は当時の通説に従い，特定物売買の際の売買物は空間と時間におけるその物の唯一の位置によって明確に確定されること，売られた物がその物の属する種類の普通の性質又は確約された性状を欠くという事情が，売買物の同一性，売主に義務付けられた給付の同一性を妨げないことを前提としている。つまり，特定物売買の際の一定の性状の申告は，売買の対象を個別化するのではなく，既に確定している対象について特定のメルクマールを強調するにすぎないとし，物の瑕疵に対する責任は目的物の性質に関して錯誤した買主の保護として理解される[124]。また，物の性質が，当事者の意思に基づいて，特定物売買の際の同一性のメルクマールになり，客体の識別のために使用されているこのメルクマールが存在していなかった場合に，当事者達によって意図された対象の同一性が明らかにならなければ，この性質の申告は，買主の担保請求権ではなく，売買の無効に通じるとしている[125]。

Haymann は，459 条 1 項の要件を，①売買物に欠点が存在するか，②この欠点が，売買物の価値又は契約に従った使用，場合によっては通常の使用を妨げるか，の二つに分けて検討しなければならないとする。つまり，売買された物が属する種類の通常の性質との存在がまったく存在しなければ，通常の使用がどれだけ妨げられていても，売主の責任は生じない[126]。Haymann は，このことの根拠をローマ法及び普通法に見出している。すなわち，第一に，Sabinus が欠点を「自然に反するそれぞれの身体の状態であって，自然が我々にその身

---

122 もっとも，引き渡されたクレーンの型式に対して有効な型式承認が取り戻され，クレーンの使用継続にもはや障害がない場合には，発生した解除権への固執は 242 条（信義則に基づく給付）に基づき許されない権利行使であるとされた。

123 Larenz [1986], S.38.

124 Haymann [1929], S.345 f. 例えば，4 歳として売られた特定の犬が 2 歳だったとしても，この犬だけが義務付けられている犬である。

125 Haymann [1929], S.346.

126 Haymann [1929]. S.318 f. 例えば，売買されたバラのトゲが買主の契約上の使用目的を妨げても，売主は責任を負わず（②のみがある），また，欠点ある家屋が売買されても，撤去のために売買されていれば，売主の責任は生じないという（①のみがある）。

体の健康を与えた目的に対するその有用性を悪くするもの」[127]と定義していることを挙げている。第二に，次の Ulpianus の法文は 459 条 1 項 1 文，2 文を逐語的に要約している：「従って，もし，奴隷の使用又は奉仕を妨げるような瑕疵及び病気が存在したならば，そのことは，解除に余地を与えるだろう。ただし，何でも可能な限り軽微なことは，〔奴隷が〕病気又は瑕疵を持つことを引き起こさないことを我々が心に留める限りで［以下省略］」[128]。以上のことから，契約上前提とされた使用に対する売買物の不適格性から，売買物自体が欠点を持つことを推論することは許されないとする。というのも，当事者達は売買物に任意の使用目的を定めることができるとはいえ，この売買物がその売買物の種類にとっての通常の性状を備えている（つまり，客観説の立場では欠点がない）場合に，当事者の前提とした使用に適さないという理由でのみ欠点を有することになることをこの使用目的が引き起こすことはできないからである。459 条における欠点の基準は，按察官の *vitium* と同じく，物の本質（*natura rei*）という客観的な要素であり，これに対して，使用に対する基準は，当事者達の目的，売主により承認された買主の目的である[129]。では，客観的な欠点は具体的にはどのように判断されるのか。Haymann は売られた物が属する種類の通常の性質との相違を欠点とするのであるが，その際に，自然物と人間の労働生産物を区別する。そして，自然物の欠点の基準は，自然の経験により伝承された規則性であるとする。異常に形成された自然物は，当事者の使用目的に対してこの異常がまったく無関係であっても，欠点を有する。他方で，労働生産物の欠点の基準は，技術の当為規定，つまり，当該労働生産物がその種類に従って用いられるべき使用目的に左右される技術の規範であり，定評のある無条件に適切な技術の規則に反して製造された生産物には欠点が認められるとしている。例えば，熱湯を入れると割れる湯たんぽや，印刷が読みにくい本には欠点が認められる。ある物は，たとえ当事者達（あるいは買主）が契約の際に規範に反していることを知っていたとしても欠点を有したままであり，この場合には買主が保護に値しないにすぎず，他方で，当事者達（あるいは買主）が売買に際してその種類の物の規則的な本質に照らして期待することが許されなかった性状をその物に想定していても，その物は欠点を有しない[130]。

従って，技術的に適切に製造されたバイオリンは，ソロバイオリンではないという理由では欠点を持たないことになる。では，オーケストラバイオリンをソロバイオリンとして購入した買主は保護を得られないのか。この点において，Haymann の所説の問題が露呈するのであるが，Haymann は，このことを 459 条 2 項に基づく確約で処理することを試みる。Haymann によると，物の瑕疵責任の目的は，特定物を，その使用を妨げる異常な性質，あ

---

[127] D. 21,1,1,7: „Sed sciendum est morbum apud Sabinum sic definitum esse habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriorem, cuius causa natura nobis eius corporis sanitatem dedit: [以下省略]“

[128] D. 21,1,1,8: „Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. [以下省略]“

[129] Haymann [1929], S.320.

[130] Haymann [1929], S.325, 338.

るいは売主の約束と相いれない性質に関して知らずに購入した買主を保護することにあるとされる[131]。つまり，欠点ではなく，売主から欠点を解明されなかった，あるいは隠れた欠点の担保を売主に拒まれた買主の不知が責任の根拠である。そして，462 条は，買主が瑕疵を認識していればそもそも売買物を購入しなかったこと，あるいはより安価で購入したにすぎないことを前提としている。それによれば，買主は，使用目的にとって重要な普通の性質の欠如に対する信頼が欺かれている場合にのみ，解除又は減額を主張し得るのではなく，さらには，方式上の担保問答契約であれ無方式の言明（*dictum*）であれ，売主が契約成立の際に与えた一定の約束の正しさに対する買主の信頼が欺かれている場合にも，これを主張し得る。もっとも，459 条 2 項による性状確約の存在を承認した場合には，その性状の欠如は，463 条 1 項に基づき不履行に基づく損害賠償責任をも売主に発生させるように思われる。しかし，Haymann はさらに 459 条 2 項の性状確約と 463 条の性状確約を区別し，459 条 2 項の性状確約は，売主による給付約束を決して含まず，売主の主張の正しさについての利益の給付にも向けられていないとする[132]。459 条 2 項において重要であるのは，買主が売主による性質に関する通知を受け入れることではなく，買主がそれを信頼して売買契約を締結したことにある。売主が間違った申告を行わなかった場合，買主はその物を買わなかったか，あるいはより安く買ったにすぎない。売買物の存在しない性状について述べる売主が，既にその理由から，約束が正しかった場合に買主が有したであろうことのすべてを買主に対して得させなければならないという仕方で，述べたことの正しさに対する責任を負わなければならないとすることは不当である[133]。つまり，買主は，欠点の存在に基づいてであれ（459 条 1 項），性質に関する売主の申告に基づいてであれ（459 条 2 項），自己の正当な信頼を裏切られた場合には，462 条に基づく救済を受けることができる。解除・減額という 462 条の法律効果は買主が一定の性質を期待することが許されたことに基づいているからであり，保証引受けの意味での確約（463 条）が存在しないことは 459 条 2 項の適用の妨げとはならない。このように理解した場合，オーケストラバイオリンは欠点を有しなかったとしても，芸術的価値のあるソロバイオリンであるという売主の申告が間違っていたという理由で，売主に 462 条の責任が生じることになる。これに対して，463 条の意味での性状確約とは，Haymann によれば，担保約束（*promissum*），つまり契約上の保証（Garantie）の引受けであるとされている[134]。それ故，459 条 2 項とは反対に確約が給付の約束や，売主の主張の正しさついての利益の給付に向けられていなければならないことになる。Haymann は，459 条 2 項の性状確約と 463 条の性状確約の区別に関して，463 条では「保証された性状［garantierte Eigenschaft］」という文言が用いられた方が良かったが，（「確

131 Haymann [1929], S.328.
132 Haymann は，459 条 2 項に基づく性状確約は，463 条に基づくそれとは異なり，法律行為ではなく表象の通知[Vorstellungsmitteilung]であるとする（Haymann [1929], S.339）。
133 Haymann [1929], S.329 ff., 335 ff.
134 Haymann [1929], S.340, 343.

約された性状」という）同一の表現の使用が，異なった意味を示すことは妨げられないとしている[135]。

Haymann の見解は次のようにまとめられる。①459 条 1 項の欠点，②459 条 2 項の性状確約，③463 条の性状確約が区別される。②と③が区別されるのは，単なる *dictum* の誤りの場合にも買主を保護する必要性が存在するが，その場合に売主が 463 条に基づく厳しい責任を負わされることは問題であると考えるからである。この見解によれば，例えば鮫肉事件においては，459 条 1 項の欠点ではなく，459 条 2 項の確約された性状の欠如に基づいて売主に責任が発生し，買主は 462 条に基づき契約を解除又は代金を減額することができるが，463 条に基づく損害賠償を請求することはできないという結論になる。Haymann 説の抱える問題の一つは，近接する二つの「確約された性状」という概念を別様に（一方を *dictum*，他方を *promissum* として）理解することにある。むしろ，459 条 2 項の確約の効果が 463 条に規定されているとする解釈の方が自然であろう。欠点概念をめぐる論争の出発点となった Haymann の見解は多くの批判にさらされることになる。

第 3 項 合意説

前述の客観説に対して，主観説は，物の欠点を判断するに際して契約当事者達の何らかの主観的要素を考慮する。この主観的欠点概念を基礎付けたとされるのが Flume であり，彼は，それだけではなく，物の瑕疵責任の契約責任化に対しても極めて大きな役割を果たしたということができる。

Flume は性状錯誤に関する検討を通して主観的欠点概念を導くのであるが，Flume 以前の通説は，特定された売買物に瑕疵の存在しないことはそもそも売買契約の対象ではなく，売買契約の基礎となっている買主の動機であるにすぎないと理解した。普通法時代におけるこの見解の代表者は Savigny とされる[136]。Savigny によれば，（錯誤が影響を有しないという命題に対して）法律行為が単に錯誤した縁由の故に無効であるとして特別な訴権により取り消され得るという二つの重要な例外が存在するとされる[137]。すなわち，非債弁済の不当利得返還請求（*condictio indebiti*）と按察官訴権である[138]。（告示において）特に定められた種類の隠れた欠点を持った物を買う者は，自らの選択に基づき，売買を破棄するか，あるいは売買代金の引下げを要求することができ，しかも，単にこの錯誤に基づいて，つまり売主が欠点を知っていようがいまいが，そうであるとされる。この法理は，錯誤理論において，錯誤は契約の有効性に対する影響を持たないという規則の実定的な例外として現れ，そ

135 Haymann [1929], S.339.
136 Huber [2009], S.147.
137 Savigny [1840], S.354 f, 358.
138 Savigny [1840], S.291.

の実定性はすべての側面において明白であるとされる[139] [140]。その後の支配説は以下のような Zitelmann の心理学的テーゼに従い，性状錯誤は動機錯誤であるが，それは単にその他の動機錯誤とは異なり，119 条 2 項に基づき顧慮されると理解していた。すなわち，Zitelmann は，意思（Zitelmann の語法によれば効果に関連付けられた意思としての「意図［Absicht］」）は決して特定の給付客体の性状に関係し得ないとすることを前提とし，単なる「表象」としての性状に関する表象を意思と厳格に区別し，性状に関する表象を単に意思の動機とみなし，そこから，給付客体の性状に関する表象の誤りの際には動機錯誤が存在し得るにすぎないとすることを推論した[141]。

Flume は『性状錯誤と売買［Eigenschaftsirrtum und Kauf］』において，通説を批判しつつ，性状錯誤が 119 条 2 項に基づき顧慮されるのは何故かという問題にアプローチし，物の性状に関する表象と法律行為における意思の関係について詳細な検討を行い，その結果として，欠点とは「合意された性質との相違」[142]であるという結論に達する[143]。以下では，Flume がこの欠点概念へ到達する過程を順に辿ることにしたい。

(1) 物の性質と意思の関係

Flume は，まず，給付客体の性状に関する表象と給付合意の関係に検討を加えている。客体（特定物が考慮されている）の給付合意の際に，合意が給付客体の特定に制限されているとする場合，客体の性状に関する表象は，常に，法律行為上の動機にすぎないことになる。その結果，給付客体の性状については，合意の際にその存在が条件にまで高められること，あるいは保証契約の内容にされることにより，給付合意とは区別された意思表示が可能であるにすぎないことになる。

これに対して，Flume は，給付合意の際に特定の給付客体の性状に関する当事者達の表象は法律行為上の意思の構成要素であることができ，通常もまたそうであり，そして，性状に関する表象は法律行為上の意思に前置された意思形成の動機であるわけではないという立場に立つ。性質が客体から切り離され得ないのと同様に，性質に関する表象は客体に関する表象から切り離され得ないと解すからであり，従って，特定の客体に関する生起に向けら

---

[139] Savigny [1840], S.291, 359. 契約訴権が許されないことにおいて，その代わりに導入された，特別な短期消滅時効を伴った固有の訴権において，原告の選択権において，非常に特殊的で恣意的に定められた訴権の事実的な規定（*vitius* と *morbus*）において，そうであるとされる。

[140] なお，この法理のより詳細な分析はここでは相応しくないと述べられ（Savigny [1840], S.359），それ以上の検討は行われていない。Savigny は，既に計画されていた「債務法（Das Obligationenrecht）」における売買の論述の際にはじめてこれに取組むつもりであったとされる（Huber [2009], S.148 (Fn.24)）。

[141] Zitelmann [1879], S.433 ff. Flume [1948], S.13, 17. 北川[1963]170-171 頁も参照。

[142] Flume [1948], S.128.

[143] このような合意説が支配的学説であるとされる（Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.29）。

れた意思は，客体とその性質に関する一体的な表象に応じて，表象された性質を伴う客体に関係することになる。この立場では，意思は，空間的 - 時間的に定められた存在に関して成立するのではなく，意思の対象であるのは，法律行為上の行為の際にも，その他のすべての行為の際にも，「客体」ではなく，常に一定の表象された性質からなる客体であることになる[144]。そして，当事者達の眼前にはない特定物の売買も，当事者達がその実在を前提とした場合には，目的物の実在と関係なく心理学的に可能である[145]から，性状 A の特定物が性状 B と表象されて性状 B のこの物の給付が合意されることも可能であり，性状 B の存在が不能とはいえ，性状 B の存在が合意されているのではなく，また，意思と表示の不一致も存在していない。合意の意思は，特定の対象自体の存在ではなく，表象された存在に結びつけられているにすぎないと理解されている。例えば，当事者達が，彼らの前で伏している，実際には既に死んでいる馬の売買を合意する場合，彼らの積極的な表象（後述）によって，馬の生存自体が合意されることなく，「特定の生きている馬」の給付が合意されている。もし，性質に関する表象を無視して，単に空間 - 時間的に定められた「存在」の給付が合意されていると考えると，合意されているのは馬の死骸の給付であり，馬の生存は動機の錯誤にすぎなくなる[146]。客体に関する表象とその性質に関する表象が不可分であると考えると，後者も法律行為の動機ではなく，法律行為の意思及び意思表示の要素になり得ることになる。つまり，合意されるのは，客体とその性質に関する不可分の表象に応じて，表象された性質における客体の給付である。そして，合意が性状に関する表象の誤りの際に不能な給付に向けられているかどうかは，どのような法律効果がその合意から生じるかという問題にとって重要であるにすぎず，合意の存在という問題にとっては重要でないとされている[147]。

以上のような理解は特定物売買と種類売買を混同することにつながるわけでもないとされる。すなわち，売買合意が売買客体の性質に関係することができ，通常もそうであるという認識に基づき，（特定物）買主にも売買物の性質に関する履行請求権を認める場合には特定物売買と種類売買の混同が生じるが，履行請求権は否定される（後述）[148]。

(2) 物の性質と担保責任の関係

客体の給付合意が客体の性質にも関係し得ることを前提とすれば，売買契約が売買客体の性質に関係することも説明され得る。実際，BGB も，売買契約に基づき売主に物の性質（権利的な性質と物的な性質）に対する責任を負わせていた（433 条以下，459 条以下）[149]。

---

144 Flume [1948], S.17 f. このようにして「客体」ではなく，特定の「馬」「本」「金の指輪」等が売られるとされる。

145 この場合にも，その物の存在することが合意されているわけではない。むしろ，その物の存在は保証約束又は条件の客体であり得るにすぎない。

146 Flume [1948], S.19 ff.

147 Flume [1948], S.21.

148 Flume [1948], S.21.

149 なお，物の瑕疵が存在して 459 条以下が適用される場合には 119 条 2 項（性状錯誤）に基づく錯誤取消しは禁止される（Larenz [1986], S.75）。また，Flume によると，119

この責任の根拠は，物又は権利の瑕疵ある客体の給付が，売買合意と一致しないことから説明されている[150]。もっとも，Flume は，給付客体の物的な性質が合意と一致していなかったことと，合意と一致する客体を給付する義務を売主が負うことを区別して，BGB の中にそのような給付に対する請求権は存在せず，また，この義務を担保義務の存在自体から認めることはできないとして，この義務の存在を認めない。そして，彼は，この義務を認める見解を，459 条以下で瑕疵のない物の給付義務が認められていないことに鑑みて，法的な制裁が一致しない給付義務の承認は無意味な構成であると批判する[151]。また，Flume は，売主のこの義務が存在するならば（権利の瑕疵の場合の 440 条と同様に）320 条から 327 条の定める権利が買主に帰属しなければならないが，これは認められておらず（例えば，買主が不履行に基づく損害賠償を請求できないことは，確約又は売主の悪意の場合にのみこれを認めた 463 条から明らかになり，通常の解除権についても同様である），あるいは，この義務を肯定した場合に瑕疵担保規定と両立し得る法律効果は同時履行の抗弁権（320 条）のみであるが，この義務を否定しても，（もし同時履行の抗弁権を是認することに価値があるとすれば）担保義務が既に売買成立時に生じていると解することで同一の効果に到達可能とする[152]。結局，（特定物）売主の履行義務は，目的物を契約締結時のあるがままの状態で買主に引き渡すことを義務付けられている限りで存在するにすぎない[153]。このように，Flume は，売買契約が物的に瑕疵のない物の給付に向けられているという理由から欠点ある物の給付を契約の不履行（breach of contract）とするが，契約義務の不履行ではないとしている。義務が法秩序により定められていることを契約義務の不履行の基準とするからである[154]。

Flume は，欠点に対する責任と確約された性状に対する責任を区別するが，前者はまさに売買契約に基づく責任であるという。つまり，売主は，売買合意が欠点のない状態での物の給付に向けられている理由で 459 条 1 項に基づき売買物の欠点に対して責任を負う。このような理解に対して，特定物売主が目的物を欠点なく引き渡すことを義務付けられていない，あるいは，修補請求権が存在しないといった異議が述べられるべきではないとされる。Flume によれば，売主が売買契約に基づき売買物の欠点に対して責任を負う必要があると

条 2 項による錯誤は契約内容になっている性状に関してのみ顧慮され，他方で，459 条以下に基づく瑕疵責任は売買契約に合致する「合意された」性質からの売買物の相違の際に生じるから，性状錯誤の要件だけが満たされ，物の瑕疵責任の要件は満たされていないことは起こり得ない（Flume [1992], S.485）。

150 Flume [1948], S.33.

151 Flume [1948], S.35 f.

152 Flume [1948], S.38 (Anm.13).

153 Flume [1948], S.39. 物の瑕疵の不存在に関する履行請求権の不存在はアプリオリに不可欠であるわけではなく，法秩序が（権利の瑕疵と同様に）物の瑕疵の不存在に関しても履行請求権を認めることは当然に可能であるが，現行法はこのことを正当にも行わなかったと述べられている。

154 Flume [1948], S.41. この点に対する批判については，第 3 節で詳しく検討する。

いう事実は，欠点のない物の給付が合意されていないのではなく，むしろ，それに対する義務付けが合意されるが，法秩序が合意された法律効果の代りに，売主に有利な別の法律効果，すなわち担保義務を生じさせていると理解されるのである。法秩序は様々な仕方で法律行為上の合意に干渉できるから，従って，売主は，合意の存在にもかかわらず，法律上，欠点のない物の給付義務を負わない[155]。しかし，合意は，あくまで，欠点のない状態での物の給付に向けられている。では，なぜ売買合意が欠点のない物の給付に向けられているのかが問題になる。Flume は，この問題を，物に対する当事者達の表象から説明する。すなわち，売買合意は具体的・否定的に，まさにその売買物に実際に備わっているところのその欠点のない売買物の給付に向けられているのではない。むしろ，欠点の存在について何も知らない当事者達の表象は一般的・肯定的であり，それに応じて，売買合意も，売買物の性質に関して一般的・肯定的である。例えば，当事者達の眼前にはない四本脚と想定された特定の机の売買において，実際にはこの机には脚の一本が欠けていて立っていることができないとしても，彼らは具体的・否定的に四本目の脚が欠けているのではないことを表象するのではなく，その机を肯定的に四本脚の机として表象する。四本脚に関する表象がその机についての彼らの表象の不可欠な要素であるから，売買合意も肯定的に「この四本脚の机」の給付に向けられている。このような方法で，売買合意が欠点のない状態での売買物の給付に向けられているという命題に一般的・肯定的な意味が与えられれば，もはや，契約締結者が売買物の欠点の存在を知らないという理由から売買合意がその特定の欠点のない売買物の給付に向けられていることができないという疑念が存在することはできない[156]。

Flume によれば，給付された物に欠点があれば，合意に基づく効果ではなく，売主の担保義務が生じる。この場合の買主の解除権や減額権は等価性から説明されている。つまり，売買物に欠点が存在した場合，売主は合意されたような欠点のない状態での売買物の給付を義務付けられていないから，買主も合意され実際に存在する支払い義務から完全にあるいは部分的に解放されるという機会を有する。他方で，売主が欠点を悪意で沈黙した場合に買主が不履行に基づく損害賠償を請求できることを規定する 463 条 2 文も *bona fides*，すなわち買主と売主の利益の公平な調整に適っているとされる。すなわち，特定物の売買契約も欠点のない物の給付に向けられているから，買主は，欠点のない状態で物を得るという保護に値する利益を持っているが，契約締結時に売主が欠点に関して善意であり，保証も引き受けていなかった場合に，売主に売買物の性質に対するすべてのリスクを負わせること，積極的利益に対する責任を負わせることは，売主はこのリスクを引き受けていないから不当である。しかし，売主が欠点について悪意であった場合には，考慮に値する売主の利益が買主の利益に対立しないから，履行利益に対する請求権が買主に与えられるとされている[157]。

---

[155] Flume [1948], S.47 f. これに対して，確約された性状に対する責任の根拠は確約であり，確約は保証（Garantie）の引受けと理解されるべきとする（S.47）。
[156] Flume [1948], S.50.
[157] Flume [1948], S.51, 54.

Flume によれば，このような理解はローマ法とも矛盾しないという。ローマ古典期の法学者も，売買合意が特定物の性質に関係することを認めていた。たしかに，売買合意に関係することができたのは物の本質を成す性質のみであり（それが合意と不一致であれば契約は無効とされた），売買物の性質への売買合意の一般的な関係付けの承認には突き進まなかったが，それは，当時の物の瑕疵責任が売買契約ではなく按察官の特別な定めに基づいていたことによる。すなわち，物の瑕疵責任は物的に瑕疵のある状態で売買物が給付されたことに責任の根拠を持っていたわけではないから，古典期の法学者は，物の一定の性質を合意に関係付けることを認めても，売買物が異種物であった場合に物の瑕疵責任の規律に頼ることができず，この場合には売買契約の無効を承認するという打開策しかなかった。これに対して，古典期後の展開の中で物の瑕疵責任が直接に売買契約で基礎付けられ，現行法において物の瑕疵責任が，物的瑕疵のある売買物の給付が売買合意に合致しないことにその根拠を持った後では，特定物売買における異種物の事例も物の瑕疵責任の規律に属すると説かれている[158]。

(3) 合意違反としての欠点

これまでに確認したように，売買契約は売買客体の性質に関係があり，そして，売買物の欠点に対する売主の責任はその根拠を，売買合意が物的な欠点のない状態における売買物の給付に向けられており，それ故に，物的な欠点のある売買物の給付が売買合意に合致しないことに持っている。このような理解は必然的に，主観的欠点概念の承認，すなわち，売買合意に合致する物的性質からの売買物の相違という欠点の定義に通じるとされる[159]。Flume は，まず，Haymann の唱えた客観説の難点を指摘する。すなわち，客観的欠点概念は，すべての場合において売買客体の性質のための規範が性質だけに基づいて客観的に確定している場合にのみ幾らか用いられることができるが，ある客体はその性質によって様々なカテゴリーに属することができ，その結果，普通の性質との相違が欠点とみなされるとしても，予め，普通の性質の確定のためのカテゴリーが様々なカテゴリーから選ばれなければならないから，既にこの点で欠点概念は純粋に客観的には把握され得ないというものである[160]。Flume はこのことをゴム農場の売買の例で説明する。もし，ある土地が，そこにゴム農場があることを無視して，地表の一部とみなされる場合には，地表の通常の性質のみが欠点の基準として用いられ得る。この場合，地表についての基準は存在しないから，一般に欠点は問題となり得ない。しかし，その土地がゴム農場とみなされる場合には，欠点の存在は，ゴム農場の普通の性質に合致するかにより判断される。そうすると，その土地は，基礎カテゴリーである「土地」とサブカテゴリーである「ゴム農園」という二つに属するから，欠点の基準の選択が必要となる。すなわち，少なくともカテゴリーの選択という点で，

158 Flume [1948], S.67 f.
159 Flume [1948], S.109.
160 Flume [1948], S.110.

欠点概念は必然的に主観的性格を得ることになるのである[161]。また，客体が人間の労働生産物の場合には自然物の場合以上に客観的欠点概念が役に立たないことが明らかになる。というのも，ここではサブカテゴリーが自然物の場合以上に細分化しており，欠点の基準としてのカテゴリーの決定がより一層不可欠となるからである[162]。あるいは，時間的・空間的に特定された存在が売られているという客観説の論理一貫した遵守の下では，基礎カテゴリーだけが認められ，サブカテゴリーは否定されなければならないから，欠点の可能性がおよそ否定される，あるいは，少なくとも耐えられない仕方で限定されるという結果になる。基礎カテゴリーの下では普通の性質がおよそ問題とならないか，そうでなくても，基礎カテゴリーは買主にとって役に立たないような僅かな要素から成り立っているにすぎないからである[163]。客観説に依拠しつつ，かつ，基礎カテゴリーに限られずに欠点を認めるには，売買合意によるカテゴリーの選択という点で欠点概念に主観的要素が生じることは不可欠になる。もっとも，カテゴリーの選択を認める客観説も，売買物が選択されたカテゴリーに属し，このカテゴリーの「普通の性質」が欠ける場合にのみ欠点の存在が認められるという意味においてはなお客観的であり，それは言語慣用にも合致したものでもある[164]。つまり，言語慣用に従えば，鯨肉として売られた鮫肉は，それが鯨肉でないという理由では欠点を持たず，ソロバイオリンとして売られたオーケストラバイオリンは，それが通常のオーケストラバイオリンであるという理由では欠点を持たないのである。

しかし，Flume は，このような客観的欠点概念は克服されるべきとする。売買合意が特定物売買の際にも売買客体の性質に関係し，欠点に対する責任は，欠点ある物の給付が欠点のない状態での売買物の給付に向けられた売買合意に合致しないことに基づいているという認識がその根拠であり，この認識は同時にその前提でもある[165]。売買物が属するとされたカテゴリーに属さなかった場合（鯨肉として鮫肉が売買される場合）と，属するとされたカテゴリーには属したが，そのカテゴリーの通常の性質を備えなかった場合（鯨肉として売買された鯨肉が腐っていた場合）は異ならない。合意されたカテゴリーの通常の性質を物が備えていなかったという点で両者はまったく等しいからである。それまでの通説は，売買合意は売買客体の性質に関係せず，459 条 1 項に基づく売主の責任が欠点の存在という単なる客観的事実に基づいて生じることを前提としたために，欠点が存在する場合と異種物の場合の共通性を認識することができなかったが，この共通性は必然的なものである。それ故，物が合意されたカテゴリーに属していなかった場合も，合意されたカテゴリーの通常の性質との相違として 459 条 1 項の欠点概念に包含されることになる（つまり，鮫肉は鯨肉の通常の性質を備えないから，これを欠点ある鯨肉と理解することができる）[166]。Flume は，

161 Flume [1948], S.110 f.
162 Flume [1948], S.111.
163 Flume [1948], S.112.
164 Flume [1948], S.113.
165 Flume [1948], S.114.
166 Flume [1948], S.115.

個性あるものとして売られた物にその個性が欠けていた場合[167]も異種物の場合と同様であるという。これらの場合はその同質性の故に同様に処理されるべきであり，その売買物は，売買合意に合致する個性の欠如に基づき欠点を持つとみなされることができるとする[168]。

売買物があるカテゴリーに属するとして売られたが実際にはそうではなかった，あるいは，売買物が個性あるものとして売られたが実際にはそうではなかったではなかったという上述の事例のような強調された意味においてではなくとも，ある物的な性状が売買合意に反して売買物に欠けていた場合には，売買物が合意された性質と比べて異なっていることが常に示されている。Flume は，これらの事例を明確に区別することはできないから，法律上の処理において区別することも許されないとしている。459 条 1 項に基づく売主の責任は，物の給付が売買合意と一致しないという根拠で生じると理解するからである[169]。

合意された性質と物の実際の性質の相違を欠点とする Flume の理解でも，欠点の存否という問題のために普通の性質が決定的な重要性を持つとされる。上述のように，契約締結に際して当事者達は，まさに実際に存在する欠点を欠いた売買物を思い浮かべないことにより，彼らの表象は具体的・否定的ではなく一般的・肯定的であり，また，合意は物の具体的性質に関係することができる。しかし，しばしば売買物は，特定の性状が特に着目されることなく，ある特定のカテゴリーの客体として売られるにすぎない。この場合，この物が属するとして売られているカテゴリーの普通の性質からなる物が売買合意の客体であり，その物の性質がこのカテゴリーの普通の性質と相違する場合に欠点が存在することになる。すなわち，Flume によれば普通の性質からの相違は欠点の存在の基本的法律要件であるが，それは客観的な事実としてではなく，しばしば，普通の性質からの相違は合意された性質からの相違でもあるという理由によってである[170]。従って，普通の性質から相違するものとして売買客体が売られている場合には，普通の性質からの相違は 459 条 1 項の意味における欠点とはならない。

Flume は BGB における欠点概念の決定の際に古典期ローマ法に遡ることはできないという。按察官告示において用いられた客観的欠点概念は，按察官告示に基づく瑕疵担保責任の特別な規律により基礎付けられており，その規律は現行法に基づく物の瑕疵に対する担保の法とまったく異なるからである。按察官告示の客観的欠点概念は，按察官告示に基づく欠点に対する責任が非常に限定されていたという理由で，かつて可能であったにすぎない。告示における病気（*morbus*）と瑕疵（*vitium*）という概念は，売買契約が売買客体の性質に関係しなかったから，当然，売買合意で方向付けられ得なかった。しかし，現行法においては，欠点ある売買物の給付が売買合意に合致しないことを理由に欠点に対する売主の責任が売買契約に基づき発生することから，主観的欠点概念が不可欠に生じる。主観欠点概念

---

167 例えば，ビスマルクがフランクフルト講和条約に署名したペンとしてあるペンが売られたが，実際には，署名に用いられたペンではなかったという例が挙げられている。
168 Flume [1948], S.117 f.
169 Flume [1948], S.118 f.
170 Flume [1948], S.128 f.

は明白性と確実性の点で按察官告示の客観的欠点概念に劣らないとされる[171]。Flume によれば，売買合意という概念が明白で確実であるという理由で，合意に着目する欠点概念は必然的に明白で確実になるとされる[172]。Flume は，確かに，ある性状の欠如する場合には買主に担保請求権が付与されるという旨の合意が存在するかという解釈問題は容易には解決され得ないという理由で，欠点の判断が困難であり得ることを認めている。しかし，この困難さは意思表示の解釈の場合と同様の困難さであるとしている[173]。

(4) 小括

Flume は，物と物の性質に対する表象が不可分であり，意思には物の性質も含まれるとして，それまでの通説とは反対に物の性質を単に法律行為の動機とするのではなく，これを売買合意の対象に取り込むことに成功し，そこから，欠点概念を主観的に理解することを可能にした。つまり，欠点とは合意された性質の欠如であると理解される（なお，Flume によれば顧慮される性状錯誤(119 条 2 項)は契約内容となったもののみであり，契約内容となった性状の欠如は欠点であるから 459 条以下が優先適用される)。このような合意を基準とした欠点の判断により，Haymann の説とは異なり，売買に際して鯨肉として合意されて引き渡された鮫肉を欠点ある鯨肉として処理することが理論的にも可能となった。また，そのような欠点理解の不可欠な結論として，物の通常性の欠如も合意された性質の欠如として理解されることとなる。とはいえ，Flume は，契約違反と契約義務違反を区別するという特異な構成を採るため，結果として，両者で責任の内容は実際には異ならない。Flume のこのような構成に対しては様々な批判も存在するが，いずれにせよ，当事者合意を基準として欠点を主観的に捉えるという Flume の理論を契機として，物の瑕疵に対する責任を契約責任と理解するだけではなく，特定物の性質についても売主の給付義務を認めるという方向に舵が切られることになるが，この点については次節で改めて論じる。

第 4 項 客観説と合意説のヴァリエーション

(1) 類推説

459 条 1 項の欠点については客観説に依拠しつつ，上記のオーケストラバイオリンや鮫肉のような事案（適性の異種物）については 459 条以下を類推適用することにより解決すべきであるという立場が Fabricius により主張されている。Fabricius は，判例及び学会に

171 個々の事例に関して売買物が欠点を持つとみなされ得るかどうかについての見解の相違が存在したことから，按察官告示の客観的欠点概念は明確ではなかったことが明らかになるとされる（Flume [1948], S.126)。病気と欠点についての法学者間での見解の相違については，Gellius, Noctes Atticae IV, 2, 9-12 でも取り上げられている。

172 これに対して，当事者達により前提とされた性質からの相違という欠点の定義は，前提［Voraussetzung］という概念が不確実で不明確であるから不確実で不明確であるとされる（Flume [1948], S.126)。後述の前提説に対する批判である。

173 Flume [1948], S.124, 126. 我々は裁判官がその困難さを克服することを信用することができるとも述べられている。

おける客観的欠点概念から主観的欠点概念への展開という傾向を，*aliud*（異種物）と *peius*（瑕疵物）という法的にも区別されるべき異なった社会的事情を一体的に把握しようとする試みとして批判する。

既に述べたように，客観説に対しては，最も抽象化された種類である「基礎カテゴリー」のみが問題になることから，欠点の存在が一般的に否定される，あるいは限定的にしか肯定できないという問題が主観説から指摘されている。これは，例えば，特定の箱が本を輸送するという買主により示された目的のために売買され，この箱がこの目的のために充分な強度を備えないことが判明した場合でも，客観説の立場からは，「箱」という基礎カテゴリーの通常の性質をこの箱が示せば欠点は存在しないことになってしまうという指摘である。しかし，Fabricius によれば，そのような理解は適切でなく，この例における箱の欠点は「箱」ではなく「本箱」という種に基づいて定められる。「本箱」という概念は，抽象化から生じる類と種の概念ピラミッドの内部でより個別的なものであるが，その典型的なメルクマールは「箱」のそれと同様に取引見解により形作られている[174]。そして，BGB は客観的欠点概念を採用しており，多くの客体の普通の性状は取引において取引観念に基づき客観的に確定している。また，買主は目的物をその物の典型的な目的とは異なった自己の主観的目的のために使用することを意図できるが，欠点の存在は買主の主観的目的に必然的に左右されることはなく，目的物はその属している種類の取引観念に適った性状を持っている限りで欠点を持たない。正しく理解された客観説によれば，引き渡された物が欠点を持つのは，その物が契約により定められた種に属するが，取引見解によればこの種の物に典型的な規則通りの性質から相違する場合であるとされている[175]。

Fabricius によれば，氏が「病的な事例［die pathologischen Fälle］」と称するところの次の三つの事例群を欠点として理解することは困難であり，BGB にはこれらの事例について法の欠缺が存在するとしている。すなわち，①具体的な種類の相違，②具体的な個体の相違，③具体的な事情の相違という三つの事例群である[176]。①の具体的な種類の相違とは，ある特定の種類に属する特定物に，その物が属していない種類の性状が契約上付与されているという場合である。具体的には，上記鮫肉事件がこれに該当する（売買された特定物である鮫肉に鯨肉という性質が欠けていた）。②の具体的な個体の相違とは，売買客体が（種類に属さない）唯一の個別的な物であり，個別化価値を形成する性状がその物に付されていたが，その性状が現実には存在しなかったという場合である。具体的には，画家 A によるもの（＝個別化価値を形成する性状）として売買された有名な絵画（＝唯一の個別的な物）が実際には画家 B による贋作であった場合である。③の具体的な事情の相違とは，特定の物がその物自体の外側に存在するが，その物の価値を同時に決定する事情の顧慮の下で売られ，その事情が実際には存在しないという場合である。これに属するものとしては，眺望を

174 Fabricius [1964], S.1 f.
175 Fabricius [1962], S.2.
176 Fabricius [1962], S.3 ff.

妨げる建物が今後も建てられないという合意とともにある土地が売られた場合が挙げられている。前述の Haymann は客観説に立った上で，これらの事例を 463 条とは区別された 459 条 2 項の確約として処理したのであるが，Fabricius はこの見解を，立法者が二つの結び付いた規範において同じ概念を別の意味では用いなかったであろうこと，立法者が欠点についても確約についても物質的欠点のみを考慮していたこと，477 条の短期消滅時効の根底には時の経過による物のこの物質的性状の変化（例えば品質の劣化）があり，異種物であることは変化しないこと，という点から批判している[177]。

さて，Fabricius は，合意が客体自体ではなく，特定の性質からなる客体に関してなされているという Flume の見解は根本的には正しいとしている。しかし，主観的欠点概念は法律に合致せず，範囲も広すぎであり，主観的欠点概念が「不可欠」[178]に生じるという Flume の推論は論点先取（*petitio principii*）に基づいており，結局，立法論に関して考慮されるにすぎないと結論付ける。また，Flume のテーゼに従うとしても，BGB において客観的欠点概念が放棄される必要はないとも述べる。そして，取引観念により形成された通常の性状が契約上合意されたとみなされ，それにも関わらず，異なる種類に属する物の引渡しは間違った引渡しと判断されて，法律上，欠点ある物の引渡しとは異なって評価されること，さらに，（物質的な）普通の品質からの相違のみが 459 条以下の意味での欠点として理解されるべきことは両立するとしている[179]。

Fabricius は，客観的欠点概念に立脚した上で，法の欠缺という問題の解決策を探っている。氏は，契約を基準として欠点ある物と異種物を区別し，目的物が契約により定められた種類に帰属するが，この種類の普通の性質と相違する場合に欠点を承認する[180]。しかし，鮫肉事件では種類が間違っていたため，欠点を認めることができない。また，鮫肉事件は種類売買ではなく，客観的に見れば，特定の鮫肉が売買されて引き渡されている（Ruisdael 事件も同じである）[181]。Haymann はここで 459 条 2 項に基づく確約と 463 条に基づく確約を区別して前者を承認したが，立法者は結び付いている二つの規範において同じ概念を異なった意味では使用しなかったであろう。以上のような前提の下で，Fabricius は，①306 条（原始的不能無効），②119 条 2 項（性状錯誤），③459 条以下（瑕疵担保）の類推のそれぞれによる問題解決の妥当性を検討する。まず，買主は自己が入手することを意図した特定の物を取得しており，契約上明確に合意されたが売主が給付し得ない一定の性状を欠いているにすぎないから，306 条の適用には疑念が生じるとしている。次に，119 条 2 項の性状錯誤に関する規定を適用すると，錯誤取消権者である買主が売主から損害賠償請求を受けることがあり得る（122 条）。しかし，例えば，売主が本物でないということを知らずに本

177 Fabricius [1948], S.7, 9 f
178 Flume [1948], S.119.
179 Fabricius [1948], S.4 f.
180 Fabricius [1948], S.6.
181 Fabricius は，主観説に立脚すると同一性の異種物給付の場合に買主から履行請求権が奪われざるを得なくなることが問題であるとする（Fabricius [1948], S.10）。

物として売った絵画が本物ではなかった場合に，この絵画が本物でないという事実は，絵画の真正に対する近接性を考慮すれば，売主の危険領域にあるから，むしろ，買主の消極的利益を売主に負担させるべきことが考えられるとする。また，以上の二つの方法では，引き渡された物を保持して，売買代金の適切な減額を得るという買主の利益は考慮されないことになる。Fabricius は，これらの類推と比べて 459 条以下の類推が買主の利益から見て状況を正しく評価していることになるとしている。買主は減額権あるいは解除権を得るからである。そして，物と代金の等価関係を考慮すれば，売主は過分な代金を保持することを期待できないから，459 条以下の類推は売主の利益にも対立しないとしている[182]。

Fabricius の見解では，客観的欠点概念が維持されたまま，鮫肉事件は 459 条以下の類推適用により処理されることになる（なお，Fabricius が類推を認めるのは適性の異種物の場合だけであり，同一性の異種物についてはこれを認めない）。もっとも，この見解は欠点の基準となる種類の選択を当事者に認めることになる。このことについては，欠点概念がこの点で純粋に客観的であり得ないという批判がされていることを既に述べた。

(2) 前提説

Larenz は，欠点が存在するのは，物が契約締結時に両当事者により前提とされた性質を備えない場合であるとしており[183]，主観説に分類できる。前提とされた性質に関しては，どのようなものとして，どのような特別の目的のために物が売買されているかが本質的に重要であるとされる。本説は，いわゆる行為基礎論に立脚している点で合意説と異なる[184]。例えば，買主が売買契約の成立前に，特定の指輪が純金か，あるいは金メッキされているかを売主に問い合わせ，売主の回答に従って，その指輪を金製として購入したが，それが実際には金メッキされた指輪だった場合，この指輪は，売買合意の基礎とされた性質を備えず，それにより（前提とされた性質の物と比べて）適性又は価値が著しく減少しているという理由で欠点を持つことになる。常に，買主が，売主から与えられ又は売主に承認された売買客体の表示や説明に基づき，更には，申告された目的に対する物の適性，何も述べられなかった場合には同種の物の通常の目的に対する物の適性に基づいて期待することの許される性質が重要であり，物の「あるべき性質」と「実際の性質」の買主に不利益な相違のすべてが欠点であるとされる[185]。従って，前提説に依拠しても，目的物はそれが属するとして販売されている種類に属していたが，この種類の通常の性質を備えていなかった場合と，目的物がそもそも別の種類に属していた場合で結論は異ならない。

Larenz は，459 条 1 項に基づく欠点を構成することのできる性質を，物に関連付けられた関係であって，物の使用，その経済的な価値あるいは合意に基づき予定された目的に対す

182 Fabricius [1948], S.8 f.
183 Larenz [1986], S.38.
184 Flume は前提概念の不明確性を批判する（Flume [1948], S.126）。
185 Larenz [1986], S.38 f.

るその適性にとって重要なもののすべてと解する。この性質メルクマールは 459 条 2 項における性状メルクマールと異ならず，つまり，確約された性状の欠如は同時に物の欠点でもあるが，確約された性状の欠如の場合には物の価値又は適性が著しく低下している必要はないが，性状の確約に対しては真正な確約，すなわち，売主がこの性状の存在に対して責任を負う，この性状が欠けていることの結果のすべてに対して責任を負うという内容の拘束的な意思表示が不可欠であるとしている。そして，売主による単なる申告や通知は確約のために十分ではなく，このような申告や通知により定められるあるべき性質との相違が物の欠点になるという仕方で契約の内容に加えられるとしても，この契約の内容が給付義務の内容の定めとみなされることは避けられなければならず，言い換えれば，主観的欠点概念が，459 条 1 項の意味における「欠点」に対する法律上の責任と，売主の追加的な義務付け行為に基づく 459 条 2 項の意味における「確約」に対する責任の間の法律に定められた区別を不明確にすることに通じることは許されないとされる[186]。

(3) 契約目的説

主観的説は合意説・前提説の他に，契約目的と関連付けられた形式でも主張されている。Brox は，459 条 1 項の「契約に基づき前提とされた使用」[187]という文言を根拠に，契約当事者の目的決定が欠点判断のために決定的であり，売買物が一致して前提とされた契約目的に対して不適格である場合に欠点が存在するとしている[188]。例えば，ある交換部品の売買において，当該部品が品質の瑕疵を示すという理由で使用できないのか，あるいは，この部品に異常はないが，これが買主の機械に適合しないという理由で使用できないかは，買主の視点からは重要でないからである。従って，欠点の存在にとって重要であるのは，物が当事者達により一致して前提[189]とされた契約目的に合致するかどうかであるが，その際には，明示的あるいは黙示的に合意された契約目的が契約の解釈により確認されるべきとする。例えばソーセージが食べられることが明示的な合意がなくても黙示的に前提とされるように，通常の使用に対する適性は，たいていは黙示的な合意に属するとされる[190]。なお，Brox は，物の物質的性質だけでなく，物の環境に対する関係も欠点を構成しうるが，その関係が物自体の現実的性質の中にその根拠を持ち，かつ，物の価値評価に影響することが必要とする。これに対して，物の価値評価に影響を持っている法的，事実的な事情のすべてが 459 条 2 項における性状であり，確約に対しては，その性状の存在に対して責任を負うという売主の

186 Larenz [1986], S.42 ff.
187 Westermann は，「契約上前提とされた使用」という概念を，動機とも行為基礎とも異なる，現実の法律効果の取り決めを欠いた純粋な目的合意と理解する（Münchener/Westermann [1995], §459 Rn.12）。
188 Brox [1999], Rn.61.
189 「前提」という言葉の他に「合意」という言葉も用いられており，その意味するところは必ずしも明確ではない。
190 Brox [1999], Rn.62, Brox/Elsing [1976], S.2.

意思表示が契約の内容になっていることを要求している[191]。

第５項 新客観説

欠点概念を巡っては，（論者毎にその具体的な内容が様々ではあるとはいえ）主観説が支配的であった。これに対して，Knöpfle は，それまでの議論が特殊な事例に対応することに向けられすぎており，日常においてしばしば生じる事例を正しく理解することには向けられていない[192]として主観説を様々な点から批判し，欠点が客観的に理解されるべきことを強く主張していた。もっとも，Knöpfle の説いた（新）客観説は，前述の（旧）客観説や類推説とも異なっている。以下では，Knöpfle の主張した客観説を，主観説の問題点，物の欠点とその基準，性状確約概念の点からやや詳しく検討する。

(1) 主観説の問題点

Knöpfle は，主観説が成立した背景について以下のように考察している。すなわち，（彼の理解では）立法者は，確約に広い概念が妥当するとして，確約を売買物の性質に関する売主の申告のすべてと理解し，確約が欠けている場合には客観的基準に基づいて欠点が存在するかが確認されるべきことを前提とした。BGB 初期における判例（上記 RGZ 97, 351 まで）と通説もおおむねこの概念を支持した。しかし，後の通説は，主観的欠点概念が基礎とされた場合にのみ種類の相違・個性の相違・事情の相違（上記 Fabricius の分類）が瑕疵責任により把握され得ることを承認した。これに関しては，黙示的又は推断的な確約が原則として起こらないとすることが前提とされていた。もし，そのような確約が容易に可能であるという今日支配的な理解が当時既に前提とされていれば，それらの事例は，おそらく，単純に確約の引受けにより解決され，その結果，主観的欠点概念は決して発達することはなかったであろう。確約と客観的欠点概念の意味での欠点の間に，主観的欠点概念によって埋められるべき間隙は存在しない[193]。結局，主観的欠点概念の成立は主に次のことに起因する。すなわち，この成立時期においては黙示的又は推断的な確約の承認が例外的にのみ許されると考えられていたことであり，また，欠点の内容に関する一般的な規則が通常の事例ではなく例外事例を基礎として立てられたことである。そのような事例に基づいて，熟慮された法律の体系が押し破られたが，このことは不必要で誤りである[194]。そもそも，種類の相違・個性の相違・事情の相違という「奇妙な事例［exotische Fälle］」[195]を把握することは客観的欠点概念の役割ではなく[196]，例えば売主が種類の帰属に関する拘束力ある申告を行った場合にはじめて，瑕疵責任に通じる種類の相違が承認される。この場合においては売主が「信

191 Brox [1999], Rn.64, 67.
192 Knöpfle [1980], S.463.
193 Knöpfle [1989], S.1.
194 Knöpfle [1989], S.208.
195 Knöpfle [1987], S.806.
196 Knöpfle [1989], S.336. 後述のように，これらは「確約」により処理される。

頼の法律要件」をもたらしているから 463 条に基づく損害賠償請求権が正当化されるが，この場合の利益状況は欠点が承認される場合とは異なっているのである（この点については後述）とされる[197]。

主観説を上述の合意説・前提説・契約目的説に分類したことは Knöpfle の功績ということができる。これらの説の間には根本的な違いが存在するにもかかわらず，主観説の論者はその違いを認識せず，客観的欠点概念を否定することで満足していることを彼は批判し，「主観的欠点概念」という術語は統一を装うが，その統一が実際には存在しないことを指摘する[198]。例えば，前提説は合意説よりもはるかに広い欠点の範囲に通じる。というのも，両当事者がある性質を一致して前提としたことは，未だ相応の性質合意が結ばれていることを意味しないからである[199]。

さて，Knöpfle は，主観説の三類型（合意説，前提説，契約目的説）のそれぞれに批判を加える。第一に，合意説に対しては，法的意味での合意や法律行為の目的は，法的関係を一定の方法で形成する法律効果を引き起すことであるが，物が特定の性質を持つという単なる確認にそのような合意は存在しないという点が指摘される[200]。売買物の性質に関してなされた当事者の合意は，一定の法律効果（条件，給付義務，保証義務等）を引き起すことに向けられている場合にはじめて存在するが，例えば，明確に識別されて売買された自動車の色が「ルビーレッド」と表示されていたとしても，これは意思表示ではなく，認識の表示［Wissenserklärung］にすぎないとしている[201]。そして，Knöpfle は，当事者達が物の性質あるいは物の目的適性に関して特定の表象を持つことが可能であったとしても，物が現実に持っている性質と異なる性質の合意は無意味であり，この表象自体は契約の内容となり得ないとする[202]。そもそも，売買契約に基づく義務の内容という点から，所有権移転の対象となる現実の性質におけるあるがままの物を対象とする売却（合意）と性質に関する付随合意は区別されなければならない。物がその実際の性質から切り離されないという Flume の指摘は適切であるが，物と性状の非分離性から，両者に関する表象の非分離性は引き出されないというのである[203]。例えば，（実際には金製ではない）「この金の指輪」の売買において，「この指輪」と「金の」という言葉は同じレベルにはなく，前者は売買物を特定し，後

197 Knöpfle [1989], S.343.
198 Knöpfle [1989], S.16 f; Knöpfle [1989], S.32 ff..
199 誰も行為基礎と契約の内容を同じものとは考えないのに，主観的欠点概念ではこのことが行われていると批判している（Knöpfle [1980], S.15）。
200 Knöpfle [1980], S.464 f.
201 後に述べるように，Knöpfle は，そのような表示の場合に買主の信頼の惹起を根拠として広く確約を認めるのである。
202 Knöpfle [1978], S.121. なお，このような表象に対して給付義務や条件が定められる場合は当然に異なるという。
203 Knöpfle [1989], S.56, 58 f. 物それ自体が買われ，その物に関する性状に関する表象は意思形成の動機であり得るにすぎないという Savigny，Zitelmann 以来の見解はこの指摘によって否定されないという。

者はその売買物に関する申告であるにすぎない[204]から，それらの言葉に矛盾は存在しない（原始的不能が存在するわけではない）。また，瑕疵担保規定は任意規定であるから，欠点のない物の給付合意が存在すれば，その合意が法律の規定に優先するのが当然としている[205]。つまり，合意が存在すれば，合意が把握する範囲では客観的欠点概念は適用されず，合意が存在しなければ，主観的欠点概念は最初から適用されない[206]。主観説も認めるように，保証義務の根拠は合意の内容であるから，もし 459 条 1 項の欠点も同様に合意に関係することが承認されれば，（後述の Knöpfle の広い確約概念を前提とすれば）459 条 2 項は余計かつ無意味になる。それ故，Knöpfle は，459 条 1 項の欠点は客観的欠点概念であると理解するのである[207]。

Knöpfle は，そもそも欠点判断の一般的な基準となる性質合意[208]が存在するかについても疑問を投じる。すなわち，性質合意が存在するとしても，それはある一つの点に関係にするにすぎず，欠点が問題となり得るその他のすべての点についての合意が欠けている。純粋な合意説は，この場合にも物が「正常である（普通の性質を備える）」という一般的な性質合意が黙示的に結ばれることを承認することになるのであるが，そうであれば，結局，物が欠点を持っているかが普通の性質という基準，つまり客観的な基準に基づき定められ，客観的欠点概念が適用される。しかし，主観説が客観説に対置されるならば，厳密には，合意が欠点の判断のための基準を実際に形成する場合，つまり，それが予め与えられた別の欠点概念に単に関連付けられるのではない場合にのみ主観説ということができる。とはいえ，一般的な性質合意はそのような関連付けを含んでいる。どのような欠点概念が実際に妥当するかは，どのような基準が実際に適用されるかに基づいて定まるのであって，その基準が「据え付けられる」構成に基づいて定まるわけではないのに，通常は重点がこの「据え付け」に置かれている。欠点判断の際に，一般的な性質合意が存在しないことを認めて直接的に客観的欠点概念を適用するか，あるいは，一般的性質合意の存在を前提として，この仕方でその合意を介して同じ基準に至るかは違いを生じない。一般的な性質合意の承認により，欠点概念が外見上主観化されているにすぎず，実際には主観化されていない。というのも，客観的欠点概念の「据え付け」が変えられているにすぎないからである[209]。また，性質合意とは，

---

204 「金の」という申告の際には通常は確約が承認され得るが，通説によれば，そのような確約が金としての給付に関する義務を基礎付けることはない。従って，「この指輪」の給付に対する義務との矛盾も生じない。本来の売買契約はこの指輪を引き渡さなければならないという内容を持っていることができるにすぎず，金としての性状は条件や確約等の客体であり得るにすぎないとされる。

205 Knöpfle [1978], S.122.

206 Knöpfle [1989], S.350.

207 Knöpfle [1980], S.467.

208 Knöpfle は，合意説の論者は性質合意の内容を明らかにしないとはいえ，後述のように合意された性質に対する給付義務や給付請求権を認めないから，もし性質合意が存在するとすれば，（法律効果意思という観点からは）合意された性質が欠ける場合には瑕疵責任が生じるという合意と理解しなければならない旨を述べる（Knöpfle [1989], S.34 f.）。

209 Knöpfle [1989], S.91 ff.

もしそれが存在するとすれば，当該の性質又は目的適性が欠ける場合には瑕疵責任が生じるという取決めであることが承認されなければならない[210]。すべての売買の際に一般的な性質合意が結ばれるというテーゼは，Knöpfle によれば，この合意の精確な内容がどのようなものであるかが十分に明らかにされないことに起因する[211]。このような合意の承認は，当事者意思の恣意的な仮定に基づくものである[212]。普通の事例を出発点にして例外事例に近づき，普通の事例に対して適合する法則が例外事例において修正を必要とするかが解明されることの代わりに，例外事例に基づいて一般的な法則が作られたことがここでは崇っているとされる。普通の性質という客観的な基準が直接に注目される場合には単純で明白であったことが，この基準が合意に据え付けられることで，様々な矛盾と不合理という結果と共に不必要に複雑化されているのである[213]。客観的欠点概念の意味での欠点が存在しないにもかかわらず瑕疵が承認されなければならないという事例を把握するためには確約された性状に対する責任が十分であるとされる[214]。

第二に，Knöpfle は，前提説の根底には行為基礎論が存在しているが，行為基礎の喪失の場合に瑕疵担保責任が生じることは以下の理由で問題であるとする。すなわち，市場経済において通常の場合には，豊富に提供される商品から自己が取得したい製品を見つけ出すことは買主側の事情であるから，原則として，その製品が自己の表象に合致しないというリスクは買主が負担しなければならない。そして，この危険は売主の確約[215]によりはじめて売主に移転するから，両当事者が間違った前提に立っている場合に，なぜ，売主が物の瑕疵責任を負わされるのかは明らかでない。結局，そもそも行為基礎論が当事者間の危険の適切な分配を目指しているにもかかわらず，それに依拠する前提説は，この適切な危険分配を欠くことになる[216]。また，製品に関する表象が間違っていても，119 条 2 項に基づく取消権の承認や，場合によっては付随的な助言義務の違反による損害賠償請求により，買主は充分に保護されること，当事者が前提としたことの内容の決定が非常に不確実であることも前提説の欠点であることも指摘されている[217]。

第三に，契約目的説も，次の三つの点で問題であるとされる。第一に，物が，買主の目的に相応しいかは買主の危険領域に属し，この危険は売主の確約により逆転する。第二に，契約の目的決定についての要件も明確でなく，専門家でない売主は，個々の物が買主の目的を

---

210 Knöpfle [1989], S.34. 通説は確約の場合でさえ確約に合致する性質において目的物を給付する義務を認めない。また，次節で確認するように，学説の多数は合意された性質での給付義務を認めていなかった。

211 Knöpfle [1989], S.111. 合意説中の「主観 - 客観説」の論者はこのテーゼを正当にも暗黙の裡に否定しているとされる。

212 Knöpfle [1989], S.114.

213 Knöpfle [1989], S.117 f.

214 Knöpfle [1989], S.205.

215 売主の非拘束的な申告はこのリスク分配の逆転のためには未だ十分でないとする（Knöpfle [1978], S.123, Knöpfle [1980], 474）。

216 Knöpfle [1980], S.474.

217 Knöpfle [1980], S.475.

達成できるかを判断できない。最後に，契約目的説の根拠である「契約に基づき前提とされた使用」という基準は，欠点が存在するかの判断に対して転用され得ない[218]。

さらに，Knöpfle によると，種類売買との関係でも主観説は問題であるとされる。具体的に定められた種類が，（当事者達が表象の誤りにより）この種類が実際には備えていない性質を備えているとして売買された場合，主観説によれば，引き渡された物があるべき性質を備えていなかった以上，たとえその物がこの種類の物として問題のない個体であったとしても，欠点が承認されることになる。つまり，引き渡された物が合意された種類に属し，かつ，中等の品質（243 条 1 項）であった場合にも欠点の存在することが結論として生じる。この場合に，あるべき性質を備える種類の物が契約で定められた種類よりも相当に高価であれば，買主は，より低い代金でより高価な種類を入手できることになるが（480 条 1 項：代物引渡し），これは物の瑕疵責任の目的ではないとしている[219]。

(2) 物の欠点とその基準

Knöpfle は，欠点を客観的に理解する前提として，物の瑕疵責任の根拠を次のように理解する。通常は，物の瑕疵責任の正当化のために欠点ある物が引き渡されたことが引き合いに出されるが，そのような物の給付はそれ自体何ら不法なことではないとされる。つまり，欠点ある物は欠点のない物と同様に取引の対象であり，随意に売られることができるとされる。そうであれば，なぜ物の瑕疵責任が生じるのか。Knöpfle は欠点の存在に加えて，第二の要素，つまり欠点についての買主の重過失に基づかない不知が加わる場合にはじめて売主に責任が生じることを強調する[220]。つまり，特定物売買の際の欠点に対する責任の根拠は，物の欠点の存在，及び，欠点についての重過失に基づかない買主の不知である。欠点ある物が売られたことを非難すること，その非難を理由として売主に瑕疵責任が生じることが正当であると考えることは誤りであるとされる。たいていの物品の場合には経済的に耐えられる条件で欠点の生じる割合をゼロにして製造することが可能ではない限りで，欠点ある物の売却はいくらか避けられないことであり，何百万ものその種の物が日常的に売られているからである。同じ理由から，その物は欠点を持たないという「準保証（Quasi-Garantie）」が読み取られることもできないとされる。瑕疵責任に対する本質的根拠は売主の義務違反ではない。このように見れば，欠点が存在する場合を契約が定めなければならないとすることは遥かに納得がいかないとする[221]。これに対して，確約された性状に対する責任は，（同じく物の瑕疵責任を構成する）欠点に対する責任とは本質的に異なる根拠に基づいているとされる。その根拠は，確約が行われたこと，及び，物がその確約に合致せず，買主がそのことを知らなかったことにあるとされる。つまり，確約された性状の欠如に対する

---

218 Knöpfle [1980], S.480 f.
219 Knöpfle [1978], S.125.
220 Knöpfle [1989], S.5 ff. 通常，当事者達は物が正常であることを前提とするから，両方の要件が満たされていれば責任は正当であると述べる。
221 Knöpfle [1989], S.9 f.

責任は，単純な欠点に対する責任とは異なり，売主の特別な行為により正当化される[222]。

客観的欠点概念と「欠点」という文言の言語慣用の関係について，Knöpfle は次のように論じる。すなわち，（上述のように）客観説は，鮫肉は瑕疵ある鯨肉であるという結論にならず，反対に主観説はそのような結論になるとされるが，この考察は間違っている。具体的に売られた鮫肉に鯨肉であるという「合意された」性状が欠けているという理由でそれに瑕疵のあることが主観的欠点概念に基づいて承認される場合であっても，その鮫肉は鮫肉のままである。その鮫肉が，合意に反して鯨肉ではないという理由で「瑕疵ある鯨肉」になるわけではない。物が「合意された」種類に属さないという事情は，今やその物がこの種類の一つの個体になっているが，瑕疵を持っているということには通じない。客観的欠点概念が前提とされる場合，その適用のために重要であるのは，当事者達が売買物のどのような種類への帰属を売買の締結の際に承認したかではなく（確約が存在しない場合にはこのことは瑕疵責任にとって重要でない），どのような種類にそれが実際に属するかである（後述）。つまり，例えば売られた肉が鮫肉である場合，欠点の存在のために決定的であるのは，それが鮫肉の普通の性質を示すかである。そうであるならば，このことが欠点を否定するための根拠である。つまり，欠点否定の根拠は，鮫肉は瑕疵ある鯨肉ではないとすることにあるわけではない。従って，客観的欠点概念を主張する者は，一般的な言語慣用を引き合いに出すわけではない。人々が純粋な客観的欠点概念を前提とする場合，種類の相違はむしろ，拘束的な申告が存在すれば確約された性状の欠如が承認されるという仕方で把握される[223]。

Knöpfle は，目的物の性質が，その物が属する具体的な種類の物の普通の性質と比べて買主に不利益な方向に相違する場合，あるいは，その種類自体に欠点がある場合に欠点が存在するとしている。客観説では，通常の性質を定める種類の選択が問題になるが，Knöpfle は，特定物売買の場合には購入された物が，種類売買の場合には給付された物が帰属する個別的な種類［die spezielle Gattung］に注目することが必要であり，この種類が，問題の欠点を要素として含むほど狭く解されることは許されないとしている[224]。このように構成すると，種類売買の場合には，合意された種類と欠点の基準となる種類が異なり得ることになるが，前者は異種物給付の判断基準となる[225]。Knöpfle は，売買契約で示された種類を基準にすることは種類売買では適切であるが，特定物売買では，種類の表示ではなく購入された物の識別のみが契約の不可欠な内容の一部であり，しかも，売買契約における表示はしばしば偶然に基づいており，表示次第で欠点の基準となる種類が変わることは問題であるとして，Fabricius の見解を批判する。また，比較の基準として基礎カテゴリーを使用することも不

---

222 Knöpfle [1989], S.10.
223 Knöpfle [1989], S.345.
224 Knöpfle [1980], S.486 f. 具体的には，型式やカタログ番号がそのような種類の基準とされる。
225 Knöpfle [1980], S.487 f. 例として，買主が子供用自転車を電話で注文し，売主がある型式の自転車を選択して給付した場合が挙げられており，この場合には給付された自転車の型式が欠点判断の基準となる。

可能であるとしている。基礎カテゴリーの通常の性質の確定は困難であり，また，目的物が属する具体的型式の特徴が欠如する場合に欠点を認めることが不可能になるからである[226]。

目的物の性質が，同じ種類の物の通常の性質と合致する場合，通常，欠点は存在しないが，Knöpfle は，基準となる種類自体が欠点を持っていることもあり得るとしている[227]。物の瑕疵責任の根拠は，一説では，欠点の存在により等価性障害が発生することに見出されている[228]。しかし，Knöpfle は，基準となる種類自体が欠点を持っている場合，市場価格は市場価値を反映して定められるから等価性障害の承認は困難になるが，種類自体の欠点の場合にも物の瑕疵責任を認めることが正当な場合があり得るとしている。そして，種類の欠点の判断に，一般的な種類の通常の性質を用いることは，一般的な種類の通常の性質の確認がほぼ不可能であるから問題であるとする[229]。例えば，電気掃除機という種類では，電力で集塵すること以外に，特定の仕様（安全性，操作性，性能，修理の頻度，駆動音等）をどのように境界付けるかが問題になる。また，一般的な種類の通常の性質の確認が可能であったとしても，その欠如を容易に欠点と承認することはできないとしている。なぜなら，一定の仕様の欠如も，価格等のその他のメリットにより埋め合わせられ得るからである。そこで，Knöpfle は，物を保持することが買主に期待され得ない場合に売買を取り消す機会を買主に与えることが担保権の主たる目的であるとして，買主に物の保持が期待され得るかという基準を採用する[230]。そして，物の保持が期待されない場合とは，①物がその使用目的のために実際上使用できない（掃除機がゴミを吸えない場合），②強行的な規定により，物の使用，消費，転売人による売却ができない，③物の使用は許されるが，物に深刻な安全性の欠陥が存在する[231]，④消費動産が消費者の健康を危険にさらす[232]場合であるとしている。Knöpfle は，これら以外に，買主の個人的な事情を考慮することを原則として否定する。既に述べたように，このリスクは原則として買主が負担すべきと解されるからである。

(3) 性状確約

客観的欠点概念を適用すべきとする Knöpfle も，その適用から生じる物の瑕疵責任の範囲が当事者合意により縮小され，あるいは拡大されることを認める。その縮小の合意は，担保責任の排除である。これに対して，その拡大の合意（それは物の性質・目的適性・種類に関わり得る）には常に 459 条 2 項の確約が認められるとする[233]。

---

226 Knöpfle [1980], S.485 ff.
227 Knöpfle [1980], S.488.
228 Larenz [1986], S.68
229 Knöpfle [1980], S.491 ff.
230 Knöpfle [1980], S.493 ff.
231 当該種類物の使用の本質に危険が存在する場合は含まれないとしている（Knöpfle [1980], S.497）。
232 アルコールやタバコのように，健康に対する危険が元々存在する場合は含まれないとしている（Knöpfle [1980], S.498）。
233 Knöpfle [1987], S.803, 806.

Knöpfle は，459 条 2 項の確約に対しては売買物に関する拘束的な申告が不可欠であるとしており，そのような申告を非拘束的な宣伝・推奨・説明・表示と区別している。後者は，売主の知っていることを述べるものであるにすぎない。そして，目的物に欠点が存在せず，売主の拘束的な申告も存在しない場合に物の瑕疵責任は正当ではないとされ，このように解しても，この場合の買主の正当な利益は，119 条 2 項に基づく取消しや，契約締結上の過失により保護されるとする。この場合にも売主の担保義務が認められると，売主は，買主の減額権の行使により，そもそも彼が売却しなかったであろう減額後の代金に甘んじなければならないことにもなり得ることが問題視されている[234]。

もっとも，Knöpfle は，以下の理由で，性状確約の要件として，無過失での損害賠償義務を負うという売主の意思（損害担保意思）は必要ないとしている[235]。物に関する拘束的な申告が行われた場合，その申告が契約締結時に適切であった場合と同じ状態におかれることに対する買主の正当な利益が存在しており，他方で，その申告に対する買主の信頼及び自らの責任を売主は認識していたから，当事者間に不公平も生じない。売主は，その申告の内容が正しいことについて確認した場合にだけそれを行えばよかった。売主が過失なくその申告の正しさを信じたとしても，損害賠償責任は正当である。なぜなら，その申告が間違っているというリスクを（解除・減額に関してだけではなく）損害に関しても負担しなければならないのは，買主ではなく売主であるからである。誰も売主に拘束的な申告を行うことを強制せず，かつ，ある申告を行おうとする売主はそれが正しいかを確認することもできるから，過失責任の考え方はここでは適切ではない。物に欠点が存在する事例と，物の性状が確約に合致しない事例は，売主による「信頼の法律要件」の作出という点で本質的に異なっている。後者では拘束的な申告により売主は信頼の法律要件をもたらしており，損害賠償義務はそれに向けられた「保証［Garantie］」によりはじめて基礎付けられるわけではない。買主は，自己の損害を回避するためにこのような申告を行わせている。そもそも，任意規定が認める請求権のすべてが，その基礎付けに向けられた当事者意思にその根拠を見出すわけではない。例えば 463 条のように合意を引き合いに出す任意規定は，通常，当事者達がその法律効果を意図したことを前提としない。あるいは，実務上，損害賠償義務を基礎付けるという意思を確認することも困難である。確約の意思表示すらも明示的には行われず，むしろ，確約するという意思が諸事情から推論されることが通常である[236]。売主の拘束的な申告からは，売主の有する意思が，担保義務を負うことなのか，あるいは損害賠償義務まで含まれるのかは厳密には確認されない。それ故，拘束的な申告は売主の損害賠償義務に対して充分であり，性状確約のために損害担保意思は不要であるとしている[237]。

---

234 Knöpfle [1987], S.803.

235 例えば BGH NJW 1991, S.912 はこのような意思を要求する。

236 一般的に主張される見解によれば，個々の事例の具体的な諸事情から，信義則，取引慣行，商慣習の顧慮の下で買主が売主の行為をどのように理解することが許されたが重要であるとされる（Knöpfle [1987], S.805）。

237 Knöpfle [1987], S.806; Knöpfle [1989], S.343.

(4) 小括

Knöpfle は，私的自治という観点から性質合意が当然に可能でありそれが優先することを認めているが，同時にその問題点を厳しく指摘する。その一つは，もし性質合意が存在するのであれば，合意された性質についても給付義務が認められるはずであること，また，通常はそのような合意が存在しないことである。多くの見解は，合意された性質に対する給付義務を認めず，欠点に対して担保責任が生じると考えるにすぎないから，あり得る性質合意の内容は，精々，欠点の存在する場合には担保責任が生じるという合意であるということにならざるを得ないとされる。他方で，物は「正常である」「通常の性質を備える」という内容の一般的な性質合意が原則的に（黙示的に合意されたとして）承認されることの問題も指摘している。そのような合意の承認は当事者の実際の意思に合致しない恣意的なものであり，しかも，ここでは合意の名の下で実質的には客観的欠点概念が用いられているから，欠点概念が実際には主観化されていないのである。そこから，Knöpfle は，一般的な性質合意を介在させることなく，客観的に決定される欠点に対して法律の定める担保責任が売主に生じることを端的に認めればよいという結論を導く。そして，Knöpfle は，目的物の性質が，その物が属する具体的な種類の物の普通の性質と比べて買主に不利益な方向に相違する場合，あるいは，その種類自体に欠点がある場合に，買主が重過失によらずにそれを知らなかったことを根拠として売主に瑕疵責任を負わせる。瑕疵責任の根拠に関しては，物の製造時に欠点の生じる割合をゼロにすることは困難であり，それ故に欠点ある物の売却も避けられないことであるから，欠点ある物の引渡しについて売主を非難することはできないことも同時に指摘されている。

Knöpfle の特徴は広い確約概念に認められる。すなわち，適性の異種物を処理することはそもそも 459 条 1 項の役割ではないとされ，客観的欠点の範囲外で合意説が性質合意を用いて処理する範囲はすべて性状確約として処理される。例えば，このような理解によると，鮫肉事件においては，鯨肉として売られた鮫肉に欠点の存在は認められないとはいえ，種類の帰属に関する売主の拘束力のある申告に基づいて 459 条 2 項の確約が認められる。しかも，その際には，売主が拘束的な申告を行うことで買主の信頼を作出したことが確約のために十分であるとされ，損害賠償義務を負うという意思の存在は必要とされていない。従って，買主は，解除・減額（462 条）だけではなく，不履行に基づく損害賠償（463 条）さえも請求することが可能になる。それ故，他の見解に比べて売主の責任が厳格化することになるが，このことは公平な利益調整に適っていると理解されている。過失の有無を問わずに不履行に基づく損害賠償責任が容易に認められることの問題は別としても，売主の申告と生じる責任の関係についての Knöpfle の理解は，次章で確認するような，物の性質に対する（損害賠償責任を除いた）履行責任は容易に発生するという債務法改正後の有力説とそれ程遠いものではない。

第 6 項 小括

ここまで欠点概念論の展開をたどったが，その大筋は次のようなものである。欠点概念をめぐる論争は，判例が，適性の異種物を欠点として処理するために客観的欠点概念から主観的欠点概念へと移行したことに由来する。欠点概念論争の先鞭をつけた Haymann は，ローマ法を根拠として客観説に立ったうえで，適性の異種物を，463 条の確約とは区別された 459 条 2 項の確約として処理すべきことを主張した（同様に客観説に立脚する Fabricius は，適性の異種物についての法の欠缺が存在するとした)。この Haymann の見解は，特定物の性質が合意の対象になり得ないという当時の通説を前提としているのであるが，性質の錯誤が動機の錯誤にすぎないという命題は Flume によって崩され，同時に，物の性質も契約に取り込まれ得ることが明らかにされた。また，Flume は，客観説に立ったとしても，少なくとも欠点判断の基準となる種類を選択するという点で契約当事者の主観的要素を考慮することは不可欠になるから，もはや客観説を維持することはできないとする（なお，後期に主張された客観説では，基準となる種類の契約による選択は行われない)。合意は表象された性質からなる物の引渡しに向けられており，欠点とはこの合意された性質の欠如であると説かれて，適性の異種物も物の欠点であるという結論が導かれる。また，物はしばしば，特定の性質が特に着目されることなく，ある特定の種類に属する物として売られるにすぎないから，その種類の普通の性質からなる物が売買合意の客体であり，物の性質がこの普通の性質と相違する場合に欠点が存在するとされる。つまり，合意説によれば，普通の性質からの相違も合意された性質からの相違であることを理由として欠点として処理される。もっとも，Flume は，契約違反と契約義務違反という区別を持ち込むことで，欠点ある物が引き渡された場合に生じる効果としては，Haymann と同じ結論を導いている。つまり，欠点ある物の給付は契約違反とされるが，欠点のない特定物の給付義務は認められていない。また，適性の異種物の場合にも売主の責任が認められるべきであるが，無過失での損害賠償責任を負わせることは問題であるという点は（Knöpfle を除いて）論者間で一致している。しかし，Flume にあっては，欠点が性質合意違反と理解されているのであり，しかも，（その性状錯誤理論の不可欠の帰結として）客観説の基準である通常の性質との相違すらもそのように理解される。ここから，次節で確認するように，少なくとも物の瑕疵責任を純粋な契約責任として理解する可能性が出てくるのであり，また，合意説の登場により，欠点のない特定物の引渡し義務を肯定するための理論的端緒も開かれることになる。

主観説に対しては Knöpfle による批判も存在し，その批判は主観説を採用した現行法においてもなお検討を必要とするものである。Knöpfle によると，引き渡された目的物がその帰属する具体的な種類の物の普通の性質を備えない場合に欠点が認められるが，欠点に対する売主の責任の根拠は買主がその欠点を重過失によらずに知らなかったことであり，欠点ある物の売買や引渡しそれ自体は避けられないものであるから売主を非難することは誤りであるとされる。このような客観説を主張した Knöpfle は合意説を特に厳しく批判したが，その要点は，はたして性質合意が存在するのかというものである。一つには，性質合意

の内容が十分に明確にされていないということが批判されている。また，多くの場合においては性質の明示的な合意は存在しないから，純粋な合意説は「物が通常の性質を備える」という一般的な性質合意の存在を常に認めるのであるが，そうであれば，欠点は客観的に把握されていることになるとされる。しかも，（次節でも述べるように）多数説は性質合意の効果として合意された性質に対する給付義務の発生ではなく担保義務の発生しか認めないのであるから，そもそも一般的な性質合意を介在させる必要性がない。つまり，客観的に判断される欠点に対して売主の担保責任が発生することを定めている法律の規定（459 条以下）を直接に適用すればよく，一般的性質合意を介在させることは余計な複雑化であると説いた。また，性質合意が実際に存在する場合には，これを 459 条 2 項の確約として処理することができ，その場合に不履行に基づく損害賠償請求権を肯定することにも何も問題は生じないから，459 条 1 項の（客観的）欠点と 459 条 2 項の性状確約の間に，さらに主観的欠点概念によって埋められるべき間隙は存在しないということが繰り返し述べられている。欠点概念については客観説を採用するとはいえ，売主が買主に対して拘束的な申告を行えば「不履行」に基づく損害賠償責任がそれだけで正当化されるという理解は，物の性質に対する売主の履行責任は容易に認められるとする債務法改正後の有力説との関係において重要である。主観説を分類した Knöpfle は，前提説に対しては，市場において自ら選び出した製品が自らの表象に合致しないというリスクは買主自身が負担しなければならず，この危険は確約によりはじめて売主に移転するから，両当事者が間違った前提に立っている場合に売主に責任を負わせる根拠は明らかでなく，適切なリスク分配を欠くものであると批判し，契約目的説に対しても同様の批判を行っている。

第 3 節 合意説が物の瑕疵責任の本質論に与えた影響

本節では，物の瑕疵責任の本質論に対して合意説が与えた影響を見る。物の瑕疵責任の本質に関する学説として担保説と不履行説[238]が主張されている。担保説は，瑕疵のない物を引き渡すという義務が特定物売主に存在することを否定するのに対して，不履行説はそのような義務の存在を肯定する。とはいえ，不履行説の論者の導く結論は一様ではない。いずれにせよ，以下で見るように，この義務を肯定するための重要な契機となったのが，Flume の主張した，物の欠点は当事者合意により定められるとする合意説の登場である。担保責任の法的性質をめぐる議論は強い学術的な性格を有しているにすぎず，判例はそれに関わり合っていないという指摘[239]も存在するとはいえ，以下で確認されるように，それは実務的にも大きな意味を持ち得るものであった。目的物の備えるべき性質が売買契約の内容として契約当事者により定められ，その契約の内容として定められたことがそのまま売主の給付義

---

238 不履行説（Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.151）は，履行説（Staudinger/Honsell [1995], Vor §§459 Rn.8）と呼ばれることもある。売主は瑕疵のない物による「履行」義務を負い，瑕疵物の給付が当該義務の「不履行」であるという点で，両者は軌を一にする。

239 Staudinger/Honsell [1995], Vor §§459 Rn.7.

務及び買主の給付請求権として発生するという 2002 年施行の現行 BGB の体系は，合意説及びそこから派生した理論によって支えられている（このことは次章で改めて確認しよう）。なお，種類売買の場合に買主が瑕疵のない履行に対する請求権を有していることに争いはなく，物の瑕疵責任の本質をめぐる論争は特定物売買のみを対象とするものである。

第 1 項 担保説

担保説は古い時代に通説的に主張された見解である。例えば，欠点とは「あるべき性質［Sollbeschaffenheit］」と「実際の性質［Istbeschaffenheit］」の相違であると言い換えられることが多いが，Medicus は，売主がこの性質をもたらすことを義務付けられているかのように理解することは許されないとしている[240]。ここでは，後期におけるその代表的な主張者である Larenz の理解を確認しておこう。Larenz は，瑕疵担保責任の本質を以下のように理解している。例えば，ある買主がある特定の指輪を，金製のものとして購入する場合，確かに，指輪が金でできていなければ，買主は彼に帰すべきものを得なかったということができる。しかし，この売買は種類売買ではないから，この買主は金の指輪そのものを購入したわけではなく，その指輪が金であることが売主により承認されていたとしても，自ら選び出したこの個別的に特定された指輪を購入していることが考慮されなければならない（なお，前提説に立つ Larenz は，物が，売買合意の基礎にされた性質，前提とされた性質を備えず，それにより，物の有用性又は価値が著しく減じられる場合に欠点を認める[241]）。従って，この買主は，金という性状を有する指輪ではなく，まさにこの指輪を要求できるにすぎない。また，この指輪が金製でなければ，この金の指輪を給付することは不可能であり，もしそれが給付義務の内容であれば，契約が 306 条に基づき無効にならなければならない。また，権利の瑕疵に関する 434 条に対応する規定は物の瑕疵については存在しない。法律は，瑕疵の修補が可能である場合にも，請負の場合（633 条 2 項）と異なり，瑕疵の除去についての請求権を買主に与えておらず，売主に対して瑕疵を除去することも明示的には義務付けていない。それ故，契約においてそのような請求権が買主に与えられることは可能であるとはいえ，法律によれば買主は常に，まさにあるがままの物の引渡しと所有権移転を訴えることができるにすぎない。その物が備えるべき性質を備えない場合には，買主は，あるべき性質での物の引渡しを（義務付けられた履行として）訴えることはできず，担保に基づく特別な権利を行使できるにすぎない。このように考えると，瑕疵ある物の引渡しは，特定物売買の場合には常に，給付義務の一部不履行ではない。売主が実際に義務づけられているのは，あるべき性質に対して，法律の定める責任を負うことである[242] [243]。

---

[240] Medicus [1999], Rn.43. まさにこのことは 459 条以下により，それが不能の結果であるのと同様に排除されているとされる。

[241] Larenz [1986], S.38.

[242] Larenz [1986], S.66 ff.

[243] Larenz によれば，性状確約に基づく責任の根拠は，性状の存在に対して責任を負うという拘束的な意思表示に求められる（Larenz [1986], S.42）。

この法律で定められた担保義務を Larenz は次のように正当化する。すなわち，買主は，契約締結に付随している状況によれば抱くことが正当であった想定や期待を裏切られており，物の瑕疵に対する責任の法律効果は少なくとも部分的には売買契約に内在的な主観的等価性の原則から生じる。つまり，物が，買主が期待することが許された性質よりも劣った性質を有していた場合，物と合意された売買代金の間の当事者達により想定された等価関係が，買主の不利に存在していなかったことになる。そのため，そのような場合には，契約正義の観念が，実際に存在する価値関係への売買代金の調整を求めること，あるいは，瑕疵を知っていれば締結されなかっただろう場合に契約を解除することを要求する。この売主の責任の根拠は，売買締結の際の状況に基づき基礎付けられた買主の期待の失望（Enttäuschung）にある。つまり，給付義務の不履行と物の瑕疵に対する担保は二元的であり，両者は法律要件を異にし，そもそも競合もしないとされる[244]。このことは危険移転の前後を通じて同じだとされる。つまり，瑕疵担保請求権は，潜在的な請求権として，既に前もって生じている。また，瑕疵物の給付は売主の義務の一部不履行ではない以上，320 条の同時履行の抗弁の主張や，325 条に基づく不履行の故の損害賠償を請求することもできない[245]。

Larenz は，Flume も，物は契約適合的な性質であるとする買主の正当な期待の失望に瑕疵責任の根拠を認めるといってよいとする[246]。上述のように Flume は，売買契約が物的に瑕疵のない物の給付に向けられているという理由から，欠点ある物の給付は契約の不履行（breach of contract）であるが，契約義務の不履行ではないと理解した。この点について Larenz は，法言語における「履行」が義務付けられた給付の実現（362 条！）を意味するならば「契約の不履行」は給付義務の不履行という意味であり得るにすぎないことを指摘する。そこから，物を「瑕疵のない状態」で給付することを売主が義務付けられていることを認めない Flume も，瑕疵責任の根拠を買主の正当な期待の失望に認めていると解するのである。また，Larenz は，Flume が純粋な心理的過程（つまり，上述の表象の非分離性）を正しく見ていたことを認めるが，それでも，売買目的物が意思表示におけるどのようなメルクマールにより法秩序にとって十分に特定されるかという問題は区別されるべきという。すなわち，法的な特定にとっては，「この」で表される感覚的な「ここ及び今（hier und jetzt）」が十分であり，それ以上に特定の性質（例えば「金の」）が示されても，それは法的な特定にとっては何の意味もないとしている[247]。

第２項 不履行説

不履行説の多くは，特定物売買の際にも売主が契約に基づき欠点のない物を引き渡す義務を負うことを前提とし，459 条以下の特別規定がこの契約上の義務を制限ないし排除して

---

244 Larenz [1986], S.68 f.
245 Larenz [1986], S.44, 69.
246 Larenz [1986], S.68 (Anm.109).
247 Larenz [1963], S.20 (Fn.1).

いると理解する。例えば，Brox は，物の瑕疵の存在しないことが履行義務に属する場合にのみ，買主が同時履行の抗弁（320 条）により瑕疵ある売買物の受領及び代金の支払いを拒絶することができるとして，担保説と不履行説の議論の意義が理論レベルに留まらないことを指摘し[248]，特定物売買の際に代物引渡し義務が存在しないことから，瑕疵の不存在が給付義務に属さないことは推論され得ないと主張した[249]。このような立場からは，物の引渡し前であれば（欠点ある物の受領と代金の支払いを拒めることで）事実上の修補請求権が存在していたと解することもできる。もっとも，不履行説においても，特定物買主の修補請求権を否定する見解が圧倒的であった[250]。

以下では，物の性質に関する特定物売主の給付義務を否定した Flume を批判して，合意説の立場から合意に対応する給付義務を導き，その違反の効果として担保責任が発生することを主張した Herberger の見解，給付義務と履行請求権の関係という点から同様の結論を導いた U. Huber の見解，及び，少数説ではあったとはいえ，給付義務違反の効果としての担保責任という見解をさらに発展させて，特定物買主にも一般的な瑕疵修補請求権を認めることを試みた Peters の見解を順に見ていく。なお，U. Huber の見解は債務法改正の前後で一貫しているとはいえないが，その違いについては次章で検討する。

(1) 給付義務違反の効果としての物の瑕疵責任（Herberger）

先に確認したように，売主の瑕疵担保責任が生じる事例において，常に性質に関する合意が存在することを認めることができる。瑕疵担保責任は，まさに，合意された性質を備えない物が給付されることにより生じる。このことから，Herberger は，給付義務が完全には満足させられていないという理由に基づいて瑕疵担保責任が生じるという考え方も可能であると主張した[251]。Herberger は，まず，459 条以下に修補請求権が存在していないからそのような義務は存在しないという見解を批判的に検討している。先に確認したように，担保説の論者は，物の性質についても給付請求権の存在が肯定されるには，法律にそのような定めがあることが必要とした。契約は特定された物に関係するにすぎないから，その特定された物でしか履行し得ないというのである。それ故，給付義務が瑕疵の不存在をも含むことが承認されるには，売主がその除去を義務付けられている必要があるという。確かに，BGB の中にそのような規定は存在していなかった。しかし，そのような規定の不存在から，物の性質に関する給付義務が存在しないということが結論として生じることはないと Herberger は主張する[252]。まず，売買契約による債務は行為ではなく，客体の給付に向けられている[253]。また，立法者が瑕疵の除去請求権を規定することは当然に可能であるが，除去請求権は

248 Brox [1999], Rn.58.
249 Brox/Elsing [1976], S.2.
250 Staudinger/Honsell [1995], Vor §§459 Rn.11.
251 Herberger [1974], S.75.
252 Herberger [1974], S.76.
253 Herberger [1974], S.76. 瑕疵のない物を給付する義務から製作義務は生じないことが

給付請求権の不可欠の効果ではないから，除去請求権が存在していないことから，反対の推論（つまり，給付請求権の不存在）は許されない。しかも，売買の場合にそのような請求権が存在しないことは適切な根拠を持っているという。（少なくとも立法当時）売主には必要な手段が欠けていたために，売主に修補の負担を負わせることは立法者には有意義と思われなかったというものである[254]。つまり，給付義務の存在は，瑕疵除去請求権が存在しなければならないという効果を不可欠には有しないのであり，法律が別の効果を定めることは可能である。換言すれば，給付義務の不適切な履行に対して法律により指示された効果が物の瑕疵責任である。また，売主が瑕疵の除去に対する義務を引き受けることができることを担保説も否定しないが，このような合意は，瑕疵のない給付の義務付けが可能であることを前提とする。というのも，瑕疵の除去についての取決めは，合意された義務の不適当な履行の際に介入する特別な法律効果の合意であるにすぎないからである[255]。それ故，瑕疵の修補に関する請求権が法律に存在しないことは，性状に関する給付義務の否定の役には立たないとされている。

売主が物を瑕疵なく給付することを義務付ける規定が BGB の中に存在しないことも担保説の論拠の一つであった。Herberger はこの論拠の誤りも指摘する。確かに，性状に関する合意が可能でないとすれば，そのような考え方も可能であるという。つまり，合意が欠如していれば瑕疵のない給付という義務を契約によって基礎付けることはできず，そうであれば，そのような義務は法律によってのみ生じ得るからである[256]。しかし，合意が性状に及ぶことは既に認められている。合意が存在する以上，その合意から義務が生じる。このように考えると，欠点のない物の給付が合意されていることを前提とするのに，合意に対応する義務の存在を否定する Flume の見解には矛盾があるとされる。また，売主の負担を軽減さえるために法秩序が合意に介入して，合意された法律効果の代わりに担保が生じるという上述の Flume の見解も Herberger は説得的ではないという。というのも，契約法においては，まず第一に合意が基準となるからである。契約法においては，給付義務の承認のために特別な法律上の規定は必要なく，給付義務は直接に合意から生じるのであり，433 条において，瑕疵のない給付義務について述べられていないことは重要ではない。確かに，請負契約に関する 633 条 1 項によれば，瑕疵のない給付が請負人に義務付けられているのに対して，売買契約の場合にはこのような定めは存在していない。しかし，633 条 1 項は，433 条ではなく 459 条 1 項に対応している。そして，459 条では（633 条 1 項におけるような義務付けではなく）「責任を負う（haften）」ことについて定められているが，この責任も相応の義務の存在を前提としている。そして，請負と売買におけるこのような違いは，法律効果が売買の場合よりも複雑であることに基づいている（請負の場合には瑕疵除去請求も認められ

指摘されている。

254 Herberger [1974], S.76.

255 Herberger [1974], S.76 f.

256 Herberger [1974], S.77.

る)。633 条 1 項は，既に合意から生じている義務を反復し，合意への関連付けの下で，いつ物の瑕疵責任が生じるかを定めているにすぎず，このことは，例えば 634 条のような法律効果に関する規定がこの規定を参照していることからも明らかである[257]。従って，瑕疵のない給付に関する義務付けを明示的に定める規定の欠如はそのような給付義務の承認と矛盾せず，何が給付義務の客体であるかは合意から明らかになるとされる[258]。

性状に関する合意が認められるとすれば，売主の義務は物が売買締結時に有する性状に留まらないことになる。それ故，合意後に欠点を生じた物が給付される場合，売主は自己の給付義務を履行していない。しかし，もし，Flume のように，(性状に関する合意を認めつつ) 特定物は契約締結時のあるがままの状態で給付されるべきと理解する場合，物が契約時に欠点を有していたならば，買主は，欠点を有する物の給付を請求できることになる。つまり，売主は，引渡し前に物の欠点を除去することができない。しかし，物の引渡し前の売主による欠点の除去は，通説によれば認められているから，買主は，欠点ある物の給付に対する請求権を有しないことになる。それ故，Herberger は，Flume の見解はこの点にも矛盾があるとする[259]。

以上のことから Herberger は次のように結論付ける。すなわち，当事者達は，物の備えるべき性状を義務付けの意思と共に合意するから，合意に対応する給付義務が発生し，法律は，合意された義務の瑕疵ある履行が有すべき法律効果として担保を規定している[260]。

Herberger は，306 条と 459 条以下の関係についても検討を加えている。担保説によれば，売買締結時に存在しない除去不能な瑕疵が物に存在した場合，306 条に基づき不能な給付義務は無効であるから，特定物売買において性状に関する給付義務が存在することはできず，また，(459 条以下から明らかになるように) 除去不能な瑕疵の存在は不能に通じないから，給付義務は性状には及ばないと理解された。しかし，Herberger は，この場合に，契約の無効を承認する必然性は存在せず，459 条は 306 条に対する特別規定であり，306 条は適用されないとする。つまり，法律は，瑕疵の除去の能否，及び，瑕疵が売買契約締結の前後のいずれで生じたかに意図的に注目していないのであり，それ故，459 条以下は，法律効果規定として，契約締結時に存在した除去不能な欠点に対しても適用されると主張し，以下のように論証している。すなわち，担保説は，当然，306 条が 459 条よりも前に適用されることを前提とする[261]。そして，担保説によれば，306 条では，当事者達が合意を行っても契約は成立せず (307 条以外に)，効果も生じないことになるのに対して，459 条以下では，当事者達が合意を行えば契約が成立し，欠点に対して担保責任が生じる。しかし，先に述べたように，契約の効果は合意の効果であり，306 条は (仮定的であるにすぎないとしても) 契約が成立した場合にはじめて適用される。306 条は合意の成立を妨げるのではなく，成立

257 Herberger [1974], S.79 f.
258 Herberger [1974], S.81.
259 Herberger [1974], S.81 ff.
260 Herberger [1974], S.83.
261 Larenz [1963], S.20 (Fn.1).

した合意から合意を奪っているのである。つまり，306 条も 459 条もまず仮定的に有効な契約を前提として，その合意に対する法律効果を示している。客観的な不能の場合には 306 条が無効を定めるが，物の性状に関する不能という特別な事例においては 459 条が責任を定めて，306 条の法律効果を排除している[262]。このことは，債権等の売主がそれらの存在に対して責任を負うことを定める 437 条 1 項からも明らかになる。というのも，306 条の優先を前提とすれば，この場合にも同様に契約は成立せず，売主の責任は発生し得ないはずだからである。それ故，合意された性状を伴う物を給付することが客観的な不能な場合においても（459 条以下の規定により）306 条の適用は排除される。また，306 条が，不能という理由で無意味な義務を消滅させるという目的を有するにすぎないことに注目すれば，459 条以下は，義務が無意味であるかの判断を買主に委ねていると理解することもできる。つまり，そのように判断した買主は契約を解除することができる。以上のことから，459 条以下は 306 条の特別規定であることが明らかになり，また，306 条を根拠に給付義務が物の性状に及ばないと推論することは許されない[263]。結果として，既に述べたように，売主は瑕疵のない物を引き渡すという義務を負っており，彼がこの義務を履行しない場合には調整のために物の瑕疵責任が発生するが，担保規定の定める請求権は元々の売買契約に基づく義務から生じる二次的なものであると理解されている[264]。もっとも，Herberger は，物の瑕疵の規定が無意味になるという理由で，特定物売買の際に買主は欠点のある物の受領を拒むことができないとして，320 条以下の一般規定の適用を認めていない[265]。

(2) 給付義務と履行請求権の不一致（U. Huber）

不履行説を主張した U. Huber[266]は，Herberger と異なった構成を取りつつも同様の結論に到達する。U. Huber によれば，売買物がどのような性質を危険移転時に持っていなければならないかを契約自体で定めることを認める以上，不履行説の採用は不可欠の帰結であるとされる。物の瑕疵責任の根拠は実際の性質と契約により定められたあるべき性質の不一致であり，そうであるならば，契約に合致しない物品の給付が契約の履行とみなすことは矛盾であるとされる[267]。売買契約のシナラグマ的契約としての構造も不履行説の根拠として挙げられている[268]。すなわち，買主は単に支払うという義務を負うのではなく，反対給付

---

262 Herberger [1974], S.86.
263 Herberger [1974], S.86 f.
264 Herberger [1974], S.154.
265 Herberger [1974], S.157. ①立法者は意図的に除去可能な瑕疵と除去不能な瑕疵を区別していないこと，及び，②受領拒絶を認める意味は債務者を遅滞に陥らせることにあるが，それを理由として 326 条に従った不履行に基づく損害賠償請求を認めることは，過失を根拠とした不履行に基づく損害賠償請求を認めていない 463 条と矛盾することになることも根拠とされている。
266 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.169.
267 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.170.
268 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.171.

を得るために支払うという義務を負う。そして，今や物の性質がこの交換関係の中に同時に取り入れられているならば，買主は，契約適合的な性質からなる物品を得るためだけに支払いの義務を負う。買主の給付義務の内容のこの限定は契約の内容であり，物品の品質が不可欠に売主の反対給付義務の構成要素と理解される。

もっとも，U. Huber は，特定物買主の（品質に関する）履行請求権は余計であり[269]，同時履行の抗弁の余地も最初から存在しない[270]という見解を以下の根拠から主張する。確かに，種類売買の場合とは異なり特定物売買の場合には履行請求権が存在しないが，債務法上のすべての義務と現実履行請求権が対応しなければならないことはなく，普通はそうであることは常に不可欠にそうでなければならないことを意味しない[271]。特別な合意が存在しない場合には任意規定により，通常の使用に対する物の適性が合意されたという意味で合意の内容が補われ[272]，契約適合的な状態での物の引渡しに対する給付義務が特定物売主にも帰せられるが，この給付義務の不履行は，現実履行に対する請求権を引き起こすのではなく，462 条，463 条に基づく請求権を引き起こすにすぎず[273]，売主が契約上の修補義務を負わない限り，特定物売買の場合には同時履行の抗弁（320 条）の余地も最初から存在しないとされている[274]。というのも，その要件が満たされていないからである。すなわち，BGB は，瑕疵の除去が可能な場合であっても修補請求権を特定物買主に（危険移転の前後を通して）与えていないから買主の反対請求権が存在せず，それ故に，同時履行の抗弁は対象を持たず無意味であるとされる。

(3) 一般的な修補請求権の特定物買主への付与（Peters）

Herberger や U. Huber もそうであったように，不履行説の論者の多くは，特定物売買の際の売主に欠点のない物の給付義務の存在を認めつつも，その義務に対応した買主の法律上の履行請求権（及び修補請求権）の存在は最初から否定されていた[275]。確かに，担保説に立った場合には，欠点の不存在についての履行請求権はそもそも否定される。しかし，不履行説に立った場合，これを肯定することも可能であると考えられ，（その余地が存在しないならばともかく）肯定する可能性が存在する限りでは，法的性質に関する議論も単に学理的

---

269 売主が修補に応じないのであれば契約を解除又は減額の権利を行使するという形で，買主は（可能な）修補を望む場合には十分に達成できるとしている。

270 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.236.

271 給付義務と現実履行請求権は原因と結果の関係にあり，ドイツ法においては通常，給付義務の不履行に履行請求権という法的救済が法律効果として割り当てられているが，必然的にそうでなければならないことはないとされる。

272 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.31. 欠点概念への客観的な要素の追加は改良ではなく余計な複雑化であり，すべての場合において物の瑕疵責任の根拠は実際の性質の「合意された性質」からの相違であるという。

273 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.174.

274 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.236 f, 242.

275 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.173; Staudinger/Honsell [1995], Vor §§459 Rn.11; Brox [1999], Rn.58.

なものには留まらない意味を持つといってよい。最後に，瑕疵修補が瑕疵物給付の場合の問題解決のための最も適切な手段であるとして[276]，特定物買主にも法律上の瑕疵修補請求権が存在し得ることを論じた Peters の見解を確認する。結局，このような考え方が改正法の立場へと繋がることとなる。

瑕疵修補請求権の肯定には，当然，買主が売買物の瑕疵のない引渡しに対する請求権が存在していることが前提となる。また，瑕疵の除去が不能であれば，そもそも修補請求権は否定される。他方で，Peters によれば，瑕疵の除去が可能な場合に買主の請求権が物自体の引渡しにのみ向けられていること解することは，一般的な生活上の考え方［Lebensauffassung］に反するという。というのも，第一に，修補可能な瑕疵を持つ物の売買[277]は種類売買に近づくが，種類売買では瑕疵の不存在が義務の内容であり，第二に，売買代金を未だ支払っていない買主には，瑕疵の除去まで（代金を）留置する権利の主張が認められなければならないからである（この権利は 320 条から演繹され得るとしている）。結局，当事者達に，一方では，物の一定の性状を合意する自由を与え[278]，他方では，相応の権利と義務を認めないことは矛盾であるとされる[279]。つまり，Peters は除去可能な瑕疵の除去に対する買主の請求権が原則として存在すると主張する。そして，実際的な問題は，この請求権の限界をどのように定めることができるかにあるとして，危険移転の前後を区別して検討が行われる。

危険移転前に関しては，まず，契約上の義務が場合によっては特殊な他の制裁がその貫徹を確実にすることが指摘される。すなわち，実務上，物の瑕疵の不存在は，買主が物の受領を拒絶し，売主の売買代金請求に対して瑕疵を指摘することによってしばしば間接的に強制されるという。BGB 320 条がそのような行動を正当と認めるとはいえ，買主は瑕疵の除去を積極的に強制することができないというデメリットもあるという。これに対して，瑕疵の除去に対する独立して訴求可能な請求権が買主の一般的な履行請求権から切り離されて積極的に貫徹されることもできるとされる。そして，その要件として，一方では，売主に原則において給付（修補）の用意があること，他方では，売主は，所与の状態で売買客体が契約適合的であるという理由で，あるいは彼に瑕疵の除去が期待され得ないという理由で一定の瑕疵の除去を拒絶できることが必要とされる，確かに，売買が本来的には物と代金の一度きりの交換であると考えれば，瑕疵の除去に対する請求権の付与は売買の本質と一致しそうにない。しかし，そのような見方は経済生活上の所与事実を正しく評価しておらず，いずれにせよ，売られた物が売主により製造され，その者が瑕疵の除去に必要な装置も所持している場合には相応しくない。この場合にはその装置を瑕疵の除去に用いることが売主に容易に期待され得る。それ以外にも，売主が製造者と密接な関係にある場合や，売主が製造

---

[276] Peters [1978], S.93.
[277] Peters [1978], S.92. Peters の論述は大量生産品の売買を前提としている（つまり，売買された「この金の指輪」が金製のものではなかったような場合ではない）。
[278] このことについては，上述の Flume と Herberger の見解を再度確認されたい。
[279] Peters [1978], S.94.

者との関係を持っていなくても，自ら修補部門を有しているのが通常であるような場合にも同様である。これらの事例においては瑕疵除去義務の存否ではなくその範囲が問題であり，633 条 2 項 3 文の類推適用が適切であるという[280]。つまり，修補に過剰な費用が必要であれば，売主には瑕疵の除去を拒絶することが認められる[281]。これにより，両当事者の利益が考慮されることになる[282]。

危険移転後に関していえば，売主は瑕疵のない給付を義務付けられているから，瑕疵物の引渡しにより未だ完全には履行しておらず，買主の瑕疵除去請求権は構造的には彼の本来の履行請求権のそれ自体存続する一部である。担保権の体系が破壊されないために，この請求権は担保法の消滅時効に適合させられるべきであるとはいえ，危険移転前と異なることは当てはまらない[283]。では，買主の修補請求権は 459 条以下とどのような関係にあるのか。Peters によれば，459 条以下は，買主の第二次的な権利を規定しているとされる。つまり，459 条は「責任を負う（haften）」と定めており，460 条から 462 条は「帰責される（zu vertreten haben）」という表現を用いている。これらの特徴により，担保権が損害賠償請求権と同等に扱われる。そして，瑕疵物を給付した売主は未だ完全に履行していない以上，本来の請求権の存続した一部である修補請求権は，買主の第一次的請求権であるから，459 条以下は修補が失敗した場合に適用される（一般規定である 280 条等は適用されない）。というのも，BGB は可能な限りで第一次的な履行請求権を保護しているからである（例えば履行のための期間設定を要求する 283 条 1 項がその一例である）。履行段階が危険移転によって確定的に排除されているとすることが推論されることは許されず，むしろ，480 条 1 項 1 文の考え方はその拡大をそそのかす。瑕疵のない物を得るという機会を買主に可能な限り開いておくことは合目的的でもある。特定物売買と種類売買の境界は，買主の権利の形成に影響を与えることがほぼ許されない状況に依存しているからである。大量生産された物品は特定の一個が選ばれている場合には特定物売買であり，さもなければ種類売買であるが，両者に違いはほとんど存在しない。そして，種類売買の場合に修補請求権は代物引渡し請求権から容易に引き出され得る[284]。つまり，480 条 1 項 1 文は，買主の代物引渡し請求を認めるが，修補は代物引渡しと本質的には同じものであるとされる。修補では給付全体の代わりに瑕疵の部分のみが交換されるのである[285]。そうであれば，表現型的に等しい特定物売買の場合にも修補請求権が認められてよいとされる。

---

280 売買の領域における瑕疵除去の期待可能性には，当然，請負契約よりも厳しい要件が課されるべきとされる（Peters [1978], S.95）。

281 Peters [1978], S.95 f. この場合には 320 条の留置権が認める間接的な履行強制の下に留まらなければならない。

282 つまり，瑕疵の除去は他の担保権と比べて買主の利益に適い（（現在はより高価かもしれない）新しい物を探す必要がない，減額の場合には瑕疵を甘受しなければならない等），他方で，売主の修補義務も制限されるからである（Peters [1978], S.92）。

283 Peters [1978], S.96.

284 Peters [1978], S.96 f.

285 Peters [1978], S.98.

最後に，売主の修補権についての Peters の立場も確認しておこう。Peters は，売買と請負を比較しつつ，以下のように述べている。請負契約の場合には，仕事の完成（物の製作）は請負人の契約上の義務の構成要素である（633 条 1 項）。この義務が請負契約の中心的な意味をもつから，法律は請負人に，瑕疵のない仕事の完成の機会を仕事の目的物の給付の後にも認めている（633 条 2 項）。このことについては，瑕疵のない仕事の完成が，請負人の必ずしも見通すことのできない理由によって失敗することもあり得るという考え方が重要である。物の受領後に瑕疵が明らかになっても，（仕事の完成という）履行段階が請負人のために再開されるのである。これに対して，売買は，金銭と物品の一度きりの交換として構想されている。物の生産は，売主が製造者であるとしても，売買の前段階に留まっており，売主に契約上義務付けられてはいない（さもなければ製作物供給契約である）。この点で売買と請負契約は異なっており，請負契約は，必然的に将来の物に関係しており，それにより，仕事完成の失敗というリスクが契約の本質の中に基礎付けられているのに対して，売買の場合には（将来の物の売買は可能であるとはいえ）典型的とはいえない。というのも，（BGB の想定する）売買の通例においては，物は契約締結時に既に完成しているからであり，売主は瑕疵の存在，及び，存在する瑕疵が物の売却の妨げになるかを確認できる。これから生産される物の売却の場合にも，そのリスクは売主だけが負担しなければならない。このように考えると，瑕疵を修補する売主の権利は認められない。このことは，480 条 1 項 1 文によっても承認される。つまり，種類売買においては，480 条 1 項 1 文が代物引渡しを定めているが，これは買主の利益のためにのみ認められている。というのも，買主の代物引渡し請求権は，他の担保権の行使を妨げないからである。それ故，この場合の代物引渡しは買主の権利であるにすぎず，売主は代物引渡し（及び修補）の権利を有しないとされている[286]。

第 3 項 小括

物の瑕疵責任の本質に関する学説は担保説と不履行説に分かれる。担保説は，特定物売主があるべき性質を備えた物を引き渡す義務を負うことを否定し，物にあるべき性質が欠如する場合には法定責任としての物の瑕疵責任が発生すると理解する。これに対して，不履行説はそのような義務の存在を肯定するが，その後の処理は論者により異なる。

前節で述べたように，Flume によれば，欠点ある特定物の引渡しは契約違反ではあるが，売主保護のために法秩序が合意に干渉する結果として，契約義務違反ではないとされた。特定物売主には合意された性質での履行義務が存在しないとする Flume の構成は担保説に位置付けることができる。それでも，特定物の性質を契約内容に取り込む Flume の合意説の登場により不履行説へと舵が切られたことは明らかである。Herberger は，契約違反と契約義務違反という区別を批判し，欠点が合意に基づいて判断される以上，合意された性質に対

[286] Peters [1978], S.93. もっとも，合意により売主の修補権を認めることも可能であり，あるいは，売主による修補の提案を買主が拒絶して担保権を行使することは 242 条（信義則）に基づき濫用とされ得るとされる。

する履行義務が生じなければならず，その義務違反の効果として担保責任が発生するという見解を主張した。それによれば，立法者は特定物買主に瑕疵修補請求権を意図的に与えなかったとされている。あるいは，U. Huber も同じ結論を主張したが，給付義務と履行請求権が不可欠に一致する必要はないことを論拠とした。これらの見解の結論は担保説と異ならない。他方で，特定物売主にそのような履行義務が存在しているのであれば，この義務の存在が特定物買主に一般的に修補請求権を認める根拠として十分であるという見解（Peters）も主張された。適性の異種物という「奇妙な事例」を欠点として処理するために主観説が主張されたという Knöpfle の指摘が重要である。つまり，Peters が想定する売買目的物は修補の余地のある大量生産品であるのに対して，当初の合意説が想定した目的物は適性の異種物であり，両者の性質はまったく異なっている。合意を基準として欠点の判断が行われることが，特定物売買における瑕疵のない物の引渡し請求権及び修補請求権を肯定するための決定的な契機となっているが，合意説が生み出される切っ掛けとなった適性の異種物においては，目的物の修補はそもそも不可能であり（「鮫肉」を修補により「鯨肉」にすることはできない），問題にもならなかった。

目的物のあるべき性質が売買契約の内容として当事者の合意により定められ，契約の内容として定められたことがそのまま売主の給付義務及び買主の給付請求権として発生し，それ故に，引き渡された物があるべき性質を備えていなかった場合には買主は売主に追完を請求することができるという 2002 年から施行されている BGB の体系が次章において確認されるが，その体系は，本節で確認したような，合意説及びそこから派生した理論によって支えられている。

第 4 節 性質概念の射程

債務法改正後の BGB においては，性質合意の対象となる性質は物の物質的性質と関わりのある事情に限られるかという問題が争われている。性質概念の射程に関するこの議論も債務法改正前の判例による責任の対象の区別とそれに対する学説の批判に端を発するものである。そこで，最後に，債務法改正前において何が問題とされていたかを確認しておく。

さて，欠点が存在した場合（459 条 1 項）には 462 条の定める効果（解除・減額）のみが生じ，確約された性状が欠けていた場合（459 条 1 項）にはそれに加えて 463 条の定める効果（不履行に基づく損害賠償）も生じる可能性がある。では，合意説に従い 459 条 1 項の欠点が当事者合意を基準として判断されたとして，それでも，性質合意（459 条 1 項）の対象となる性質と性状確約（459 条 2 項）の対象となる性状は異なるのか，あるいは，合意の対象となる性質と確約の対象となる性状は一致し，ただ生じる効果（損害賠償責任の可能性の有無）のみが異なることになるのだろうか[287]。判例は 459 条 1 項の性質と 459 条 2 項

[287] Haymann のように，459 条 1 項の欠点，459 条 2 項の性状確約，463 条の性状確約をそれぞれ別のものとして理解したとしても，459 条 2 項の確約された性状の欠如が 459 条 1 項の欠点の存在の場合と同様に 462 条の効果のみを発生させるという点では，459 条 1

の性状を区別し，さらには，そもそも物の瑕疵責任の対象とならない事情の存在も認めており，複雑な区別を行っていた。これに対して，（判例も依拠している）主観説の立場に立てば，少なくとも 459 条 1 項の対象と 2 項の対象は一致するから，これらを区別することはできないという批判がなされていた[288]。以下では判例による区別（第 1 項）とそれに対する学説の批判（第 2 項）を簡単に見ておこう。

第 1 項 判例による区別

ここでは，欠点を構成し得る性質と確約可能な性状のそれぞれの判断基準，そもそも物の瑕疵責任の対象とならない事情に関する判例を確認する。判例は，欠点の対象について，売買客体とその環境の事実的，経済的，社会的及び法的関係は「売買客体自体の性質の中にその関係の根拠を持ち，客体自体に直接内在し，客体に由来しなければならない」として限定的に理解している（(1)②）。これに対して，確約可能な性状については，直接内在性という限定が付されていない。つまり，欠点の対象となる性質は確約可能な性状よりも狭く理解されている。さらに，物の瑕疵責任の対象については，売買物の法的環境関係は「物自体の中にその関係の根拠」を持っていなければならないとされており（(3)②。本件で問題となった事情は物の性状ではないとされた），そもそも物の瑕疵責任の対象とはならない事情も存在した。

(1) 欠点の対象について

①BGH NJW 1970, S.653

【事案】宝石店（事業）が売買された事案であり，原告（売主）は被告（買主）に対して未払い代金等の支払いを請求している。被告は売買交渉において 1960/61 年の売上高及びその工房の収益に関する情報を求めていた。事業が引き継がれた後で，被告は，譲受前の事業の売上高が 1960 年に 92,000 DM，1961 年に 85,000 DM，1962 年 1 月から 4 月までに 14,000 DM であったことを知った。彼は，年間売上高が 200,000 DM であると告げられていたとして，売買契約の詐欺に基づく取消しを主張している。

【判旨】確かに，企業又は不動産の収益力が BGB 459 条 2 項に基づく確約の客体であり得ることは BGH 及び RG の判例において以前から認められている。しかし，取得された事業において譲渡前に達成された利益はその企業に直ちに付着する性状とはみなされ得ない。それ故，契約締結時に単に前提とされた収益力の欠如は原則として BGB 459 条 1 項の意味での欠点でもない。むしろ，今までの収益額は，BGB 459 条 2 項の意味での契約上の確約

項と 459 条 2 項の区別だけを認める見解と結論は異ならない。つまり，Haymann も，その説くところの客観的欠点概念では捉えられないが，462 条の効果のみを発生させることの必要な場合が存在することを認めており，それが適性の異種物である。しかも，その場合においては，当然，当事者の主観的要素が考慮されることになる。

[288] 例えば Soergel/Huber [1991], §459 Rn.143; Staudinger/Honsell [1995], §459 Rn.37; Reinicke/Tiedtke [1997], Rn.286;

の場合においてのみ物の重要な性状と「法的に同様に扱われる」。しかし，このことはより長期間にわたる情報を要件とする。というのも，ある程度の期間にわたり確認されたことだけが，事業の性質についての幾らか確かな判断のための基準を提供することができるからである。

②BGH NJW 1978, S.370

【事案】被告はある土地の地上権の保有者であった。その土地には地上権に基づき，テニスホール複合施設が建てられている。1975 年 8 月 15 日の公証された契約により，被告は地上権をこの権利に基づいて建てられた建物及び設備と共に原告に売却した。原告は，（錯誤・詐欺に基づく契約の取消しに加えて）次の理由による売買客体の物の瑕疵を根拠に契約を解除したとして代金の支払いを拒否している。すなわち，原告に売却された地上権は，被告の唯一の重要な資産であり，それ故に，BGB 419[289]条に基づき原告が財産の譲受人として被告の債権者から請求を受けるという危険が存在するという理由である。

【判旨】BGB 459 条の意味での欠点が売買客体に備わっていないから解除権は帰属しない。地上権とこの権利に基づき建てられた建物及び設備は，価値又は通常の若しくは契約に基づき前提とされた使用に対する適性を消滅又は減少させ得る欠点に取り付かれていない。この設備のテニス実施のための適性は問題となっていない。買主の負担となる BGB 419 条の適用のための要件の存在は，BGB 459 条の枠内では意味を持たない。確かに，売買客体の物質的な性状の他に，売買客体のその環境との事実的，経済的，社会的及び法的関係も，使用性及び価値にとって重要な性状であり得る。しかし，これらの関係は，売買客体自体の性質の中にその関係の根拠を持ち，客体自体に直接内在し，客体に由来しなければならない。それらの関係が，売買客体の外側にある関係又は状況の援用によってはじめて生じることは許されない。これらの要件は本件では満たされていない。地上権とこの権利に基づいて建てられた施設が本質的に売主の唯一の資産であるかは，売主のその他の資産状況に依存し，地上権自体の性質には依存しない。BGB 419 条の適用のために決定的であるのは売買客体自体の外側にある状況である。この状況が BGB 459 条以下に基づく担保請求権を引き起こすことはできない。

[289] 419 条 1 項「ある者が契約によって他人の財産を譲り受ける場合，後者の債権者は，従前の債務者の責任の存続を害することなく，契約締結時からその時点で存在する債権を譲受人に対しても主張することができる。[Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen.]」（1999 年 1 月 1 日削除）。

(2) 性状確約の対象について

①BGH NJW-RR 1988, S.10

【事案】原告は 1982 年 8 月 12 日に被告から本件土地を 30 万 DM で購入し，1983 年 1 月 1 日に引き渡しが行われた。契約の第 11 条 I において「土地の面積及び瑕疵並びに建築用地の品質に基づく」売主の担保は排除されていた。その土地は，下水処理場から約 800 メートルの距離に位置しており，1968 年の計画によればこの下水処理場は 4 段階で拡張される予定であった。1982 年 2 月，市議会は二次浄化槽 8 基を備えた第二次拡張段階を承認したが，既に 1981 年 12 月に 4 基の建設が始まっていた。1982 年 12 月 6 日，汚泥処理場を拡張することが決定された。原告は，売買交渉中に下水処理場の存在を知っており，そこでさらに拡張工事が行われていることも知っていた。さらに，被告は，技術的な作業によって臭害が生じることを原告に伝えていた。原告は，拡張工事，臭害，下水処理場のトラック往来の程度について騙されたと考えており，被告に減額又は損害賠償を請求している。

【判旨】そのような悪臭の侵入は，平穏な居住，及び，土地の価値並びに―BGB 459 条 1 項の枠内では客観的観点に基づき決定される―通常の使用に対するその適性を単に僅かではなく害する。しかし，外部からその土地に影響を与えるにすぎないところのこの種の侵害が BGB 459 条 1 項の意味での欠点であるかは別問題である。確かに，BGH の確定判例によれば，欠点は，売買物の物質的性質にのみ存在するのではなく，物の使用性又は価値に影響を及ぼすところの物の環境との事実的，経済的，社会的及び法的関係にも存在する。しかし，環境関係は，売買客体の外側にある関係又は事情の顧慮によりはじめて生じるのではなく，物自体の性質にその根拠を持っていなければならない。売買客体が臭害に通じるところの下水処理場の近くにあるという理由で最後に挙げられた要件も満たされているかが明確であるとは思われない。土地が臭害を免れていることがいずれにせよ 459 条 2 項の意味において確約可能な性状であることも疑わしいとは思われない[290]。

②BGH NJW 1992, S.2564

【事案】被告はある土地でレストハウスを経営していたところ，1987 年 6 月 5 日にその土地の一部をレストハウスの建物及び在庫品と共に原告に売却した。契約交渉の際に被告は，そのレストハウスで営まれている事業がおおむね常連としての組立工及び外交員への部屋の賃貸に基づいているとすることを申告した。物の瑕疵と権利の瑕疵に対する担保は

[290] 本件では，悪意の場合を除いて，物の瑕疵責任が契約締結上の過失責任を排除することについても述べられている。すなわち，「確かに，売買客体の性質―BGB 459 条 1 項の意味での欠点に関しても，BGB 459 条 2 項の意味での確約可能な性状に関しても―に関する開示義務の単に過失での違反の際に，契約締結上の過失に基づく請求権は排除されている。なぜなら，BGB 459 条以下は確定的な特別規律であるからである。」しかし，「契約締結上の過失という法的観点下での責任は，瑕疵責任の観点下で BGB 459 条 1 項の意味での欠点の承認の場合において 476 条に関してそうであるのと同様に，売主の悪意での行為の際にのみ，しかしその場合には実際に，考慮される。」

排除されていた。原告は様々な改築及び改装の作業を行い，1987 年 9 月 19 日から経営を別の名称で引き継いだ。原告は，事業の重要な部分がレストハウスのラブホテルとしての営業に基づいていたとすることを被告が悪意で沈黙したとすることを主張した。被告により申告された毎月 8,000 DM の最低売上が達成され得なかったことは，そのことから生じている悪評のせいであったとされる。原告は，不履行に基づく損害賠償又は契約締結上の過失に基づく損害賠償を求めた。

【判旨】以前の事業の評判は，BGB 459 条 2 項に基づく確約の対象であり得るところの売買土地の環境との現実的，社会的及び法的関係に属する。それ故，以前の事業の評判に対する積極的な申告，例えば，それが普通に経営され，ラブホテルとしては経営されていなかったという申告は，確約の内容であり得たであろう。それに関して，申告がその根拠を，売買物に直接内在した，あるいは売買物に由来としたという意味において売買物の中に持っていたことは必要ではないであろう。

(3) 459 条の対象とならないものについて

①BGH NJW 1962, S.1196[291]

【事案】原告（売主）の代理人が設置できると述べたために被告（買主）が購入した製材機が予定されていた場所に設置され得なかったという事案であるが，原告の請求の内容や事案の内容は記載されていない。

【判旨】原告の代理人 M が（設置予定場所の）寸法を前もって測定した後に，新しい機械を元の場所に設置できると述べたことで，売買物の性状を確約したという見解に従うことはできない。M はその機械の特定の寸法を申告してすらいない。むしろ交渉当事者は，その機械が提示されたモデルに合致する寸法を備えるべきであったことをはっきりと認識していた。当事者は，原告により提示された機械の寸法以外の寸法が合意されたかを少しも争っていない。被告による非難はむしろ，被告が正確には知らなかったところの新しい機械の寸法が，元の場所に設置できるようなものであると M が軽率にも述べたというものである。その機械を被告の事業所のある特定の場所に設置することの可能性に関する被告と M の交渉は，このような状況では，本来の売買契約と一体となった代理人 M による助言の提供に他ならない。本件のように，買主がそのような助言によって売買契約を締結するよう説得される場合，その助言の提供は売買契約に基づく独立した付随義務の引受けと認められ，その違反は売主の損害賠償義務を生じさせることができる。

②BGH NJW 1991, S.2556

【事案】原告は 1987 年 4 月 8 日に被告からベルリンにある住居を 134,830 DM で購入

[291] 本判決は性状性の否定例として言及されることが多いが（例えば BeckOK BGB/Faust [2021], § 434 Rn.16），ある場所に設置できるという表示に「性状の確約はない」と述べているにすぎず，「性状ではない」と述べてはいない。

し，被告の息子 F に 4,170 DM の手数料を支払うことを売買契約の中で約束した。原告は「投資・経済アドバイザー」と名乗る F からこの不動産を知らされた。F は，ベルリンにある賃貸された住居の購入を勧め，資金調達の問題について助言し，被告の委任により公正証書による売買契約の内容を原告と交渉した。F はとりわけ，ベルリンの住居は最初の 2 年間は取得費用の 10%が税額控除されることを原告に説明した。所轄税務署が原告の所得税カードに対応する税額控除を記載することを拒否したため，原告は F による詐欺に基づき売買契約を取り消した。原告は被告に対して，売買代金等を請求した。

【判旨】控訴裁判所は法律上の誤りなしに被告の敗訴判決を契約締結上の過失で支える。事が BGB 459 条 2 項に基づく売買物の確約可能な性状に関わっており，その性状が個々の場合において確約されていない限りでは，BGB 459 条以下の規定が売主の責任に対する優先的な特別規定であることが，ここで契約締結上の過失の妨げになることはない。売られた住居に対する控除可能性についての説明は売買物の確約可能ではない性状を対象としており，ここで違反された開示義務がその性状に関係したことを控訴裁判所は適切に前提とした。売買物の環境との経済的及び法的関係も，その関係がその物の使用性又は価値に影響する限りで，BGB 459 条 2 項の意味での売買物の確約可能な性状である。しかし，法的環境関係は物自体の中にその関係の根拠を持っていなければならず，とりわけ，取得者の人物[Person]における事情に結び付くことは許されない。係争事件において原告にとっての不利益はまさに，1987/1/1 から厳格化された，不動産に関連付けられていない税優遇要件の存在にあり，この要件は物の性状ではない。

第 2 項 区別の意味と学説の批判

前項で見たように，判例は，459 条 1 項の欠点の対象と，2 項の確約の対象を区別していた。すなわち，459 条 1 項の性質については制限的に理解されており，環境関係は「売買客体自体の性質の中にその関係の根拠を持ち，客体自体に直接内在し，客体に由来しなければならない。それらの関係が，売買客体の外側にある関係又は状況の援用によってはじめて生じることは許されない」とされている（BGH NJW 1978, S.370）。他方で，459 条 2 項に対しては，そのような限定が設けられておらず，「[事業の評判に関する] 申告がその根拠を，売買物に直接内在した，あるいは売買物に由来としたという意味において売買物の中に持っていたことは必要ではない」とされた（BGH NJW 1992, S.2564）。このように，判例は，性質の物への直接内在性という要件の点で 459 条 1 項の対象と 459 条 2 項の対象を区別し，前者を後者よりも狭く理解していた。さらには，不動産取得の際の税控除が取得者自らによる使用を要件としていたという事情は，性状確約（459 条 2 項）の対象としても認められていない（BGH NJW 1991, S.2556）。

判例による以上のような区別は，例えば Larenz により次のように批判される。すなわち，性質というメルクマールが主観的欠点概念の意味において，物に関連付けられた関係であって，その物の使用，経済的な価値，あるいは合意に基づき予定された目的に対する適性に

とって重要であるもののすべて[292]と理解されるならば，459 条 1 項の意味における性質メルクマールと 2 項の意味における性状の間に違いは存在しない。確約された性状の欠如は，「あるべき性質」から相違するという理由で同時に物の欠点である[293]。あるいは，Immenga は 459 条 1 項の性質概念の限定を客観説との関係から次のように批判する。客観説では，本来，当事者合意と無関係に責任が生じたから，売買物の普通の性質からの相違により基礎付けられる欠点に対してのみ売主が実際に責任を負うことが担保されていなければならなかった。性質概念の限定がこのことを保障する機能を果たしていたのであるが，物の瑕疵責任の範囲が契約当事者の私的自治的な行為に委ねられたならば，この保障機能は意味を失うのである[294]。

Singer は性質と性状が区別できないことだけではなく，売主の説明義務が同時に物の瑕疵責任の客体とはならない事情に関係する場合が存在しないこと，さらには物の瑕疵責任と契約締結上の過失責任は競合することも主張し，以下のように論じている。判例によれば，売主の過失での（不）申告が物の性状に関わっている場合，売主の責任は 459 条以下の特別規定のみに従い，契約締結上の過失責任は適用されない。従って，物の性状とその他の事情の間の概念上の境界付けが重要な意味を持つが，BGH の判例がこれに関して作り出した豊富なカズイスティークは繰り返し論争を誘発しており，この構想の有用性に対する疑いを生じさせている。物の瑕疵の範囲を狭く理解することの買主にとってのメリットは，それにより，売主の契約締結上の過失責任を問うことができることにある[295]。もっとも，例えば，（上記判例のように）税控除に関する買主の期待が裏切られた場合に，それが物に関連していれば買主は売主に物の瑕疵責任（477 条の短期消滅時効）を追及でき，これに対して，物に関連していなければ契約締結上の過失責任（通常の消滅時効期間（195 条：30 年））を追及できるということを評価的に正しく理解することはできない。つまり，両方の事例において売買物の経済的効用及び契約目的に関して売主の約束により引き起こされた買主の期待が裏切られているから，いずれにおいても契約適合的な履行は前提とされ得ず，主観的欠点概念との計り知れない矛盾が存在する。確かに，判例が 459 条 2 項において直接内在性という要件を放棄したことは前進である。しかし，それにより，欠点を基礎付ける性状と確約可能な性状が区別されなければならないという新たな不合理が生じる。主観的欠点概念の理論を前提とすれば，客観的欠点概念への明らかな追憶（上述の Immenga を参照）は正当化され得ない。このような区別は，欠点の対象ではないが確約可能な事情に関する売主に

---

[292] Flume も性質概念を広く理解しており，物の価値又は使用性に影響するところの関係のすべてを性質合意の対象としている（Flume [1948], S.119）。
[293] Larenz [1986], S.41.
[294] Immenga [1971], S.15 f.
[295] Singer [2000], S.386 f. そもそも，BGH は，一定の場合には自ら主張する物の瑕疵責任の優先にも関わらず，競合する法的救済である契約締結上の過失責任を選択し，この方法で，現行法における主たる不幸の一つである 477 条に基づく不当な消滅時効を回避しているとされる。

よる（何らリスクのない）間違った申告さえも可能にする（というのも，その事情について確約が存在しなければ，売主は有過失であっても責任を負うことはないからである)。そもそも，約束された税の優遇措置がたとえ買主自身（上記判例では買主自らの使用）に結び付くとしても，売買物それ自体は完全に，責任を基礎付ける事情（つまり，税の優遇措置）の不可欠な関係客体[296]でもある。というのも，税控除はまさにこの物の購入によって可能となるからである。税控除は，買主自身における事情に結び付くが，まさに物自体にも結び付くから，判例による境界付けは，論理的にも実際的にも実行され得ない。自然的メルクマールだけではなく，物の環境関係も物の性状に帰属するという主観的欠点概念の必然的帰結が受け入れられると同時に，もはや売主の担保責任は物の物質的メルクマールに限定されない。その結果，物の瑕疵の境界線が物自体の自然的性質メルクマールで止まることもできない。459 条以下の欠点の追及のための基準であり得るのは当事者合意だけであり，その結果は，契約上の給付プログラム自体からの不都合な相違のすべてが 459 条以下に服することであるとされる[297]。

以上のような Singer の理解によれば，主観的欠点概念は，売主の給付が事実的，法的又は経済的結果に関して契約上義務付けられたことに合致しないことよりも多くを必要としないから，結局，買主に約束された税の優遇措置が実現しない場合には，それが買主の人物上の理由に基づいていようが，あるいは物に関連付けられた理由に基づいていようが売主は同じ程度で 459 条以下に基づき責任を負うべきということになる[298]。もっとも，そうすると，広い欠点概念に鑑みて，売主の説明義務又は助言義務が，同時に売買法上の担保の客体ではないという事情に関係する場合は存在しないことになる。このことには，一貫した責任体系が確立されるというメリットがある一方で，売主に過失がある場合にも，相対的に控えめな売買法の制裁（例えば損害賠償請求権が認められる場合は非常に限定されている）だけが売主に対して認められるというデメリットがあり，特に 477 条の短期消滅時効が問題であるとされる。そこから，Singer は，以下のような根拠で，物の瑕疵責任が契約締結上の過失責任を排斥するわけではないことを主張する。そもそも，両者には，前者では売主の過失が問題とならず，それに応じて売主に過失のある場合は規律されていないのに対して，後者ではそれが要件となるという大きな違いが存在する[299]。また，買主に対する説明（助言）義務が売主に一般的に課されるわけではない。さらに，売主に過失が存在する場合には

---

296 BGH は，売買物自体が「459 条以下に基づく売主の責任のために重要であるところの事情の不可欠な関係客体［Bezugsgegenstand]］であることを求める（上記 BGH NJW 1994, S.2564)。悪評の事件では売買物が関係客体となっていることが肯定され，税控除の事件ではそれが否定されたということになる。

297 Singer [2000], S.387 ff.

298 Singer [2000], S.396 f. 環境関係を物の性状と認めつつ，依然として欠点が物自体との一定の関係を持たなければならないことに固執することは，主観的欠点概念への中途半端な傾倒を意味するとされる。

299 給付の契約適合性に関わる説明義務違反は常に物の瑕疵責任の法律要件を満たすが，逆のことが常に当てはまるわけではない。

477 条の短期消滅時効による売主の保護も不要である。つまり，477 条は，相互に知らず，知ることもできなかった瑕疵が発生した際の適切なリスク分配として説明されるから，売主に過失がある場合にそのような特典を売主に与える説得的な根拠は存在しないのである[300]。

第 5 節 まとめ

本章では，債務法改正前の BGB における欠点概念の主観化の背景とその影響について分析した。物の通常性の位置付けをめぐる議論，特定物売主の給付義務の内容をめぐる議論，性質の射程をめぐる議論は，いずれも欠点に関する合意説の登場を契機として展開したものである。

当初は判例，学説ともに 459 条 1 項の欠点を通常の性質からの相違と客観的に理解していた。それにより多くの事例を適切に処理することができていたとされている。もっとも，客観説では，ソロバイオリンとして売買された特定のバイオリンがオーケストラバイオリンだった場合や鯨肉として売買された特定の船荷が鮫肉だった場合のように，売買されて引き渡された特定物が合意された種類のものではなかったという適性の異種物を欠点として処理することができない。欠点概念をめぐる論争は，RG が主観的欠点概念に移行することで適性の異種物を欠点として処理したことに端を発する。売主が適性の異種物に対しても物の瑕疵責任に基づき責任を負うべきことを客観説の論者も肯定するが，売主による種類の帰属に関する申告を性状確約（459 条 2 項）として処理することには問題もあった。というのも，性状確約により，売主には履行利益に対する無過失での損害賠償という厳しい責任（463 条）が生じることになるからである。ローマ法を一つの根拠に判例を批判して客観説を主張した Haymann は，損害賠償責任を発生させない確約（*dictum*）とこれを発生させる確約（*promissum*）を区別することで，損害賠償の問題を回避しつつ，適性の異種物を前者の確約として処理することを主張した。

これに対して，Flume により基礎付けられ後に通説となる合意説は，（それまでの通説とは反対に）性状錯誤が顧慮されるにはそれが契約の内容になっていることが必要であるとして契約合意が物の性質にも及ぶことを認め，合意は表象された性質からなる物の引渡しに向けられており，欠点とは物の実際の性質と合意された性質の相違であると理解することで，適性の異種物を欠点に取り込んだ。つまり，売買されて引き渡された特定の鮫肉は，鯨肉という合意された性質を備えていないという理由で欠点を持つことになる。しかし，日常的な売買契約の多数においては物の性質に関して明示的な合意が行われることはない。そこで，純粋な合意説は，欠点を一元的に合意違反とすることの不可欠な帰結として，明示的な合意が認められない場合に対応するために，売買物は「正常である」あるいは「通常の性質を備える」という一般的な性質合意が常に存在することを前提して，通常の性質の欠如も合意違反としての欠点と理解した。他方で，合意説中の主観 - 客観説は，合意が存在しな

300 Singer [2000], S.398 ff.

い場合があることを認めて，その場合には客観的欠点概念が適用されるとするが，性状錯誤に関する Flume の立場からは，このような理解はできないことになろう。欠点概念に関する学説間の対立は激しいものであったが，客観説と当初の合意説（及びその他の主観説の多数）とで売主に生じるとされる責任の内容は実際には異ならなかった。また，合意説も，物の通常性（客観的欠点）については明示的な合意がなくても原則として売主の責任を問えなければならないと考えていたことは重要である。物の通常性の欠如に対する責任をどのように根拠付けるかについては債務法改正後も議論されており，次章で更に検討する。

合意説をはじめとする主観説に対する Knöpfle の批判は厳しい。Knöpfle はもし合意が存在すればその合意が優先するのは私的自治の観点から当然とするが，合意説の論者が性質合意の具体的な内容を明らかにしないことを問題視する。その上で，法律行為上の合意や意思は法律効果の発生に向けられていることが必要であるが，合意説の論者の多くは，特定物売買の場合には合意された性質に対応する給付義務を認めない（あるいは，給付義務を認める論者の多くも買主による欠点ある物の受領拒絶を認めない）から，性質合意は，あり得るとすれば，合意された性質が欠けていれば担保義務が発生することを内容とする合意としか理解できないことを指摘する。そして，純粋な合意説では一般的な性質合意の存在することが前提されるのであるが，そうであれば，（実際には存在することの疑わしい）一般的な性質合意を介在させることなく，端的に，客観的に理解される欠点に対して法律が担保責任を発生させていると考えれば十分であるとする。また，確約のために損害賠償意思は不要であり，物の一定の性質に関する売主の拘束的な申告が存在すれば，それにより買主の信頼が惹起されているという点で，売主の不履行に基づく損害賠償責任（463 条）は十分に根拠付けられているとも説かれている。つまり，Knöpfle によれば，適性の異種物は目的物の種類の帰属に関する拘束的な申告に基づく性状の確約として処理され，459 条 2 項の確約と 463 条の確約も区別されない。欠点については客観説を主張した Knöpfle の見解では結果として，その他の学説と比べて売主に生じる責任が厳格化し，463 条に基づく損害賠償責任が容易に認められることになるが，この結論は何ら不当なものではないとされる。Knöpfle は，主観説が発達した背景として，初期の通説が確約概念の理解を間違っていたことを強調する。

特定物売主の義務の内容についていえば，Flume は合意された性質での履行義務の存在を否定した。Flume の理解では，このことは買主と売主の公平な利益調整に適っているとされている。もっとも，契約違反と契約義務違反を区別することでこのような結論を導く Flume の構成は批判され，欠点が合意に基づいて判断される以上，合意された性質に向けられた履行義務が生じなければならず，その義務違反の効果として担保責任が発生するという見解（Herberger）が主張されて有力化する。その説くところによれば，売買契約による債務は行為には向けられておらず，立法者は意図的に特定物買主に瑕疵修補請求権を与えなかったとされている。あるいは，給付義務と履行請求権が不可欠に一致する必要はないという点から同じ結論を導く見解（U. Huber）もある。これらの見解の結論は，引き渡さ

れた物に瑕疵が存在した場合には物の瑕疵責任しか発生しないという点で担保説と異ならない。他方で，特定物売主にもそのような履行義務が存在しているのであれば，それを根拠として特定物買主に一般的に追完請求権が存在することも認められるという見解（Peters）も少数説ではあったが主張されていた。ただ，この見解が想定している売買目的物は大量生産品であり，その特性は当初の合意説が想定していた適性の異種物とまったく異なっている。適性の異種物という「奇妙な事例」を欠点として処理するために主観説が主張されて展開したという Knöpfle の指摘はここでも重要といえる。合意を基準にした欠点の判断が，特定物売買における瑕疵のない物の引渡し請求権及び追完請求権を肯定するための決定的な契機となっているが，合意説を生み出した適性の異種物においては，そもそも修補が不可能であり問題にすらならない。とはいえ，次章で確認する現行法の体系は明らかに合意説を出発点としている。つまり，①目的物の備えるべき性質が合意により定められ，②（特定物）売主は合意された性質を備えた物を引き渡す義務を負い，③引き渡された物に合意された性質が欠けていれば，売主は追完義務を負うことになる。

欠点の対象となる性質・確約可能な性状・両者に含まれないその他の事情の判例による区別という問題も存在した。判例は確約可能な性状を，欠点の対象となる性質よりも広く理解し，さらには，物の瑕疵責任ではなく契約締結上の過失責任の対象となる事情が存在することも認めていた。このような判例の立場は，欠点の判断基準として当事者の合意に着目するともはや欠点の対象となる性質と確約可能な性状を区別できず（通説は，損害賠償意思の有無で単なる性質合意と性状確約を区別する），さらには，物に関係のある事情はすべて物の瑕疵責任の対象となるから物の瑕疵責任の対象と契約締結上の過失責任の対象の区別もできなくなるとして批判されていた。もっとも，判例が確約の対象となる事情を限定した目的は，売主を免責するためではなく，売主責任の追及を可能にするためだったという指摘もあった（とりわけ 477 条の定める 6 ヶ月の短期消滅時効が問題であった）。いずれにせよ，法的安定性や裁判結果の予測可能性といった点から，学説は判例によるこれらの区別を厳しく批判していたが，それ以外にも物の瑕疵と権利の瑕疵，特定物売買と種類売買，売買契約と請負契約といった諸々の区別が疑問視され，債務法改正後の制度へと繋がることとなる（このことは次章で改めて取り上げる）。

性質概念の射程や物の通常性の位置付けといった問題は債務法改正後に持ち越されて議論が続けられているから，次章において，改正後におけるこれらの問題に関する議論を確認しよう。

第 3 章 性質合意と等価性（2002 年 BGB）

前章で確認した BGB における物の瑕疵責任の規定は 2002 年 1 月 1 日に施行された改正法により大きく変更されている。政府草案の理由書によれば，売買法の新規定は買主の請求権を一般給付障害法にはめ込むことを目指しているとされる。このことは，物の瑕疵のない売買物の引渡しが特定物の際にも売主の義務とされることにより達成される。これにより，

物の瑕疵と権利の瑕疵，特定物売買と種類売買，売買契約と請負契約の間の改正前 BGB に存在した相違を取り除くこと，あるいは相当に縮小させることが可能になるとされている[301]。このような目的のために，売買契約当事者の義務を定める 433 条[302]において，売主が権利の瑕疵だけではなく物の瑕疵も存在しない物を買主に供与する義務を負うことが明示的に規定された（1 項 2 文)。従って，改正前に存在した瑕疵担保責任の本質論に関して，担保説ではなく不履行説が採用されたことになる[303]。不履行説の前提となっていたのが，前章で詳細に確認したように，当事者合意を基準として物の欠点の有無を判断する合意説であった。

次節以下で確認するように，債務法改正後の物の瑕疵責任の体系は全体として合意説及びその帰結とされる不履行説から説明することの可能なものとなっている。そして，債務法改正前から残された問題として，性質概念の射程が引き続き議論されている。問題となっている事情が物の性質に含まれるものであれば売主は物の瑕疵責任に関する規定（437 条）に基づき責任を負い，そうでなければ一般給付障害法に基づき責任（とりわけ契約締結上の過失責任）を負うことになるが，性質を広く理解して物に関わりのある事情に対する売主の責任を 437 条に一元化すべきかがここでの議論の的となっている。また，物の通常性に対する責任をどのように位置付けるかも引き続き問題とされている。この問題は，まさに，一般的な性質合意が果たして存在するのかという Knöpfle の指摘を反映するものといえる。以下では，2002 年施行の改正法の規律を簡単に確認（第１節）してから，物の性質の射程をめぐる議論（第２節)，物の通常性の位置付けに関する議論（第３節）の分析を行う。

第 1 節 物の瑕疵責任の概要

債務法改正後の瑕疵をめぐる議論の分析に移る前に，物の瑕疵の概要（第１項)，現行法の体系における性質合意の機能（第２項)，瑕疵物引渡しの効果（第３項）を簡単に確認しておこう。

第 1 項 物の瑕疵の諸類型

物の瑕疵を定めているのは 434 条[304]である。政府草案の理由書によれば「義務の内容が可能な限り明確に法律から読み取られることが合目的的である」[305]とされ，それに応じて，物の瑕疵が詳細に定義されている[306]。物の瑕疵が存在するのは，①物が合意された性質を備

---

301 BT-Drucks. 14/6040, S.94.
302 本章での条数は 2002 年改正後 BGB のものである。
303 Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.12/4; Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.207.
304 本章で主に検討を加えるのは 2002 年から 2021 年まで適用されていた 434 条の規定である。2022 年施行の改正法では物の瑕疵を定めるこの規定が大きく改正されているが，その内容については本章の最後に若干の検討を行う。
305 BT-Drucks. 14/6040, S.210.
306 厳密にいえば，434 条 1 項はどのような場合に物の瑕疵が存在しないかを定めている。

えない場合（1 項 1 文），②物が契約上前提とされた使用に適さない場合（1 項 2 文 1 号），③物が通常の使用に適さない場合，④物が同種の物の下で普通の性質を備えない場合，⑤買主が物の種類に基づき期待できる性質を物が備えない場合（③④⑤：1 項 2 文 2 号），⑥合意された売主又はその履行補助者による組立てが不適切に行われる場合（2 項 1 文），⑦組立て説明書に瑕疵がある場合（2 項 2 文），⑧他の物が引き渡される場合，⑨引き渡される量が少ない場合（⑧⑨：3 項）である。本章の論述で扱われるのは①から⑤の瑕疵である。理由書によれば，物の瑕疵に対する法律効果についてはいくつかの特別規定が必要であるから「瑕疵ある物の引渡しと契約上の義務のその他の違反の境界付けは重要である」[307]と述べられている。

(1) 合意された性質

434 条 1 項 1 文の規定は物の瑕疵の第一の基準として，改正前の合意説と同じく，物の性質に関する当事者の合意に着目している。この合意が明示的に行われる必要はなく，例えば，契約締結時に売主が売買物の性状を明確な仕方で説明して，買主がこのことを背景に購買決定を為した場合には，売主の表示が直ちに契約の内容になり，それにより 1 文の意味での性質合意の内容になるとされ，あるいは，売主が契約締結前又はその時に，宣伝目的だけではなく，売買物の性状の説明及び確定のためにひな形・見本を提示した場合には，そのひな形・見本の性質が売買物の性質として合意されているとされる[308]。なお，消費財売買指令の内容は，消費財売買契約に関してのみ国内法化されれば十分であったにもかかわらず[309]，BGB の改正に際してそのような限定はされなかった。限定が設けられなかったことの根拠として，政府草案の理由書は，ある取引が消費財売買[310]であるか否か次第で分裂した瑕疵概念[311]に通じるべきではないことを挙げている[312]。

合意された性質の欠如が瑕疵であるとしても，法律は，性質とは何かを定義していない。また，理由書は，性質概念が売買物に直接物質的に付着する性状だけを含むのか，あるいは，物自体の外側にある諸事情も顧慮され得るのかは決定されないと明示的に述べている[313]。ここから性質概念の射程をめぐって制限説と無制限説の論争が生じるのであるが，その詳細は次節で検討する。

---

307 BT-Drucks. 14/6040, S.210.
308 BT-Drucks. 14/6040, S.212.
309 指令 1 条 1 項。
310 消費財売買［Verbrauchsgüterkauf］とは，消費者（13 条）が企業（14 条）から動産を購入する契約である（474 条 1 項）。
311 消費財売買指令は，売買契約に適合的な物の引渡しを売主に義務付けていた（指令 2 条 1 項）。指令は改正前 BGB のような欠点と確約された性状の区別を行わないから，旧 459 条は少なくとも消費財売買の枠内において改正されることが必要であった。
312 BT-Drucks. 14/6040, S.211.
313 BT-Drucks. 14/6040, S.213.

(2) 契約上前提とされた使用

434 条 1 項 2 文によれば，性質が合意されていない場合には，契約上前提とされた使用に基づき瑕疵が判断される。これに関して，理由書は次のように述べている。すなわち，契約実務では決してすべての売買契約において性質が合意されるわけではない。ある取引が日常的なものであればあるほど，個々における物の性質に関する（完全な）合意はより一層見当たらない。両当事者の表象は，しばしば，個々の性質メルクマールではなく，その物がある特定の使用目的に適するということに向けられている。以上のことが，434 条 1 項 2 文 1 号の「契約に基づき前提とされた使用」という表現で釈義されているとされている[314]。

この規定については，一つには，性質と使用の関係が争われている。性質と使用は異なるという見解[315]が主張されている一方で，使用に必要な性質に対する（推断的な）性質合意が成立するという見解[316]も主張されている。後者の立場として，例えば，物の使用は買主の一方的な目的であって契約の内容ではなく，履行義務の適格な客体でもないことを指摘するものがある[317]。これに対して，前者の立場では，目的物が合意された使用に不適格であることそれ自体が物の瑕疵を基礎付け，そのことが物の性質に基づいていることは必要とされない。

また，この規定のいう契約に基づき前提とされた使用とは契約上の合意の問題であるのか，あるいは契約の前段階での両当事者の表象の問題であるのかという論点もある[318]。法律行為理論の一般原則[319]や，方式を要する契約の際の性質合意とのバランス[320]を根拠として，使用についても合意が必要であるとする見解が主張される一方で，合意は必要とないとする見解も主張される。後者の一つの見解は，使用の合意は 1 項 1 文として処理され，1 項 2 文 1 号は，ある使用が合意されなかったが契約上前提とされていて売主に認識可能だったという状況のための受け皿であるとする[321]。いずれにせよ，買主の一方的な期待は十分ではないとする点では両説に違いはない。なお，前章で述べたように，契約上の前提と合意はまったく違うものであり，当時の通説は合意に基づいて売主に責任を発生させていたことがここで再度確認されなければならない。

(3) 通常の使用と性質

最後に，性質が合意されておらず，使用が契約上前提とされてもいなかった場合に，434 条 1 項 2 文 2 号によれば瑕疵は次のように判断される。すなわち，①売買物が通常の使用に相応しく，②同種の物の下で普通であり，買主が物の種類に基づき期待できるところの性

314 BT-Drucks. 14/6040, S.213.
315 BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.29 f.
316 Grigoleit/Herresthal [2003b], S.235.
317 Canaris [2003], S.57.
318 理由書によれば草案はそれを決めないとされる（BT-Drucks. 14/6040, S.213）。
319 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.64.
320 BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.51.
321 NK-BGB/Büdenbender [2021], §434 Rn.21.

質を備えているという要件を満たさなければ，その物は瑕疵を有する。どのような使用が通常の使用であるかは，標準的買主の期待範囲に基づき判断されるが，この期待範囲は，売買された目的物（と同じ型式の製品）だけではなく，競合製品によっても形成される[322]。従って，その型式の製品のすべてが構造上の欠陥や製造上の欠陥を持っているからといって瑕疵が否定されるわけではない[323]。比較される競合製品は，その製品の種類だけではなく，その価格帯（製造者の指定小売価格や市場価格）によっても定まる[324]。また，何が通常の使用・普通の性質であるかは取引見解によって判断されるが[325]，同種の物の普通の性質は，通常，関連する公法上の保護規定や DIN（ドイツ工業規格）の遵守及び最低限の安全性（基本的安全性）を必要とするとされる[326] [327]。では，普通の性質と買主が期待できる性質はどのように区別されるのか。通常，両者は一致するとされているが，買主が，具体的事例における特別な状況に基づき平均的買主の期待以上のことを期待できる場合には違いが生じるとされている[328]。もっとも，この場合にも，買主が何を実際に期待したかではなく，何を期待してよかったかが基準であり，その期待は規範的に判断される[329]。

判例は，例えば DPF[330]を備えたディーゼル車の瑕疵の存否が問題となった事件においては，ディーゼル車一般ではなく，（故障の原因となっている）DPF を備えたディーゼル車を基準として通常性を判断し，実際のあるいは平均的な買主の期待に技術水準が達しないという理由では瑕疵は認められないと説き[331]，あるいは，動物の売買において，当該動物が生物学的・生理学的に理想的な状態にあることは普通の性質には含まれないとした[332]。また，近年のいわゆるディーゼルゲート事件に関する判例の一つは，「装置の追加装備が（未だ）行われていない場合に―少なくとも潜在的に―存在する許可当局による運行禁止あるいは

---

322 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.327. 通常の使用は―普通の性質の場合と異なり―目的物が新品か中古かで異ならないとされる。例えば，自動車が走行可能なことは中古車売買の際にも期待され得る。

323 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §434 Rn.90.

324 BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.62.

325 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.328; Looschelders [2019], §3 Rn.16.

326 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.68.

327 2022 年施行の BGB 434 条 3 項 1 号に関してではあるが，政府草案の理由書では判断基準として（物品売買指令 7 条 1 項に列挙されている）EU 法，国内法，技術規格，（技術規格が存在しない場合には）分野毎に特化した行動規範が挙げられている（BT-Drucks. 19/27424, S.24）。

328 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.329.

329 Looschelders [2019], §3 Rn.17.

330 DPF (Diesel Particulate Filter)とは，排気ガス中の粒子状物質を捕集して除去するための装置である。

331 BGH NJW 2009, S.2056 (Rn.11 f). 短距離の走行では到達し得ない高温の排気ガスでフィルターを燃焼して浄化することが必要なことは現在の技術水準の結果であり，DPF を備えた全車両の下で発生するとされ，短距離走行のみへの使用適性が制限されることの瑕疵性が否定された。

332 BGH NJW 2007, S.1351. その根拠は，動物は常に成長し，個々の素因を有し，そこから生じる様々なリスクを背負う生物であるという点に求められている。

運行制限というリスクは，売買法上の観点から，当該車両に 434 条 1 項 2 文 2 号の意味での通常の使用に対する適性が欠如するという結果になる」としている[333]。

普通の性質の範囲は，434 条 1 項 3 文により拡大されている。その定めるところにより，買主が，売主・製造者[334]・その補助者[335]の公然の表明［öffentliche Äußerung］（とりわけ宣伝）に基づき期待できる性状も普通の性質に属する。この表明は，個別的に限定された人々ではなく，不特定多数に向けられている必要があるとされており[336]，また，物の特定の性状に関係している，つまり，十分に具体的に性質に関する言明を含まなければならないとされている[337]。この規定はとりわけ製造者による宣伝に対して意味を持つとされている[338]（売主自身の公然の表明は，通常，推断的な性質合意の内容になる[339]）。つまり，製造者等の第三者による宣伝から売主は利益を得ており，その真実性を買主よりも確認し易いから，そのような宣伝を売主に帰責することができる[340]。また，販売の連鎖において，純粋な商人から物品を購入した買主は製造者に対する契約上の請求権を（製造者保証を別として）通常は持たないから，製造者の表明が売主の義務範囲を定めることにより，そのような買主の不利益を埋め合わせているとされている[341]。なお，売主が表明を知らず，知る必要もなかった場合，表明が契約締結時に同等の仕方で修正されていた場合，表明が購買決定に影響し得なかった場合，その表明に基づく性状は通常の性質に含まれない（434 条 1 項 3 文但書）。

434 条 1 項 2 文 2 号は，一見すると，性質や使用に関する合意が欠けている場合に客観的瑕疵概念を用いて瑕疵を判断しているようにも見える[342]。ここで先に確認しておくが，通説はこのような理解を否定する。つまり，この場合にも（補充的契約解釈の方法での）当事者の仮定的な意思に基づき瑕疵が判断されると理解するのである[343]。このようにして，（その妥当性は後に検討するとして）434 条 1 項における合意された性質，契約上前提とされた使用，通常の使用・性質という要素のすべてが，契約合意という観点から一元的に理解されることになる。また，消費財売買指令 2 条 2 項は物が契約上の使用と通常の使用の双方を備えることを要求しているから[344]，指令適合的解釈という点から，434 条 1 項 2 文も同様

---

333 BGH NJW 2019, S.1133. 通常の使用について買主を妨げる性質は，当局により命じられた運行禁止にはじめて存在するのではなく，不当なディフィートデバイスにより惹起された当局による当該干渉の可能性に既に存在するとされている。

334 製造物責任法 4 条

335 補助者は，売主及び製造者の代理人（164 条）又は履行補助者（278 条）である必要はない（Looschelders [2019], §3 Rn.19）。

336 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.332.

337 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.333.

338 Hk-BGB/Saenger [2019], §434 Rn.15.

339 BT-Drucks. 14/6040, S.214.

340 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.74.

341 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.75.

342 Brox/Walker [2018], §4 Rn.13 はこのように理解する。

343 Canaris [2003], S.58; Medicus/Lorenz [2018], Rn. §6 Rn.18; Looschelders [2019], §3 Rn.16.

344 指令の考慮事由 8 によれば，本項(a)から(d)の要件は重畳的に満たされなければならな

に 1 号（契約上前提とされた使用）と 2 号（通常の使用）が重畳的に満たされることが必要となる[345]。つまり，1 号が 2 号に優先すると理解して，もし通常の使用に満たない使用が合意されていた場合に，目的物が通常の使用には相応しくないが，契約上の使用を満たしているという理由で直ちに瑕疵の存在が否定されることになれば，BGB が消費財売買指令と矛盾することになる[346]。これに対して，契約上の性質・使用と通常の性質・使用を一元的に「合意」の枠内で理解すれば，契約解釈の方法で，通常の使用には相応しくない目的物であることまでが合意されていたのかを確認することが可能となる[347]。この問題は後に改めて検討しよう。

(4) 異種物の引渡し

434 条 3 項に基づき，他の物が引き渡された場合（及び，引き渡された量が少ない場合）も物の瑕疵と同様に処理される。他の物の引渡し（以下，異種物引渡しという）は，特定物売買の場合と種類売買の場合で内容を異にする[348]。すなわち，特定物売買の場合の異種物引渡しとは，売買された物とは異なる物が給付される場合である（いわゆる同一性の異種物［Identitätsaliud］）。これに対して，種類売買の場合の異種物引渡しとは，引き渡された物が，その物を義務付けられた種類に帰属させる性状を示さない場合である。種類売買の場合，その物が瑕疵物（*peius*）なのか，あるいは別の種類の物（*aliud*）なのかという判断は困難であり，2002 年改正前には両者の境界付けという問題が存在していた[349]。というのも，当時，前者に対しては瑕疵担保規定，後者に対しては一般給付障害法が適用され，法律効果が大きく異なっていたからである[350]。例えば，アウスレーゼとして売られたワインがジエチレングリコールの添加によりその等級を満たしていた場合に，このワインは瑕疵物と異種物のどちらであるのかが問題になり得る[351]。しかし，現行法における両者の同一扱いにより，両者の境界付けは無用のものとなっている。つまり，現行法上，引き渡された目的物が合意された種類とは異なる種類に属していたとしても，瑕疵担保規定が適用されるから，瑕疵の場合（434 条 1 項）と異種物の場合（434 条 3 項）とで生じる法律効果は異ならない。

特定物売買に対しても 434 条 3 項が適用されるかは争われている。すなわち，特定物売買の際に，売買された物とは異なる物が給付された場合，434 条 3 項は適用されるのであろ

いからである。

345 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.325.

346 Pfeifer [2002], S.95 は BGB と消費財売買指令の矛盾が存在していることを指摘する。

347 消費財売買指令も，契約自由に基づきそのような合意を否定しない（考慮事由 8）。

348 BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.107.

349 Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.106 ff. とりわけ両者は消滅時効期間が大きく異なっており，瑕疵担保規定によれば 6 ヶ月（旧 477 条），通常の消滅時効期間は 30 年であった（旧 195 条）。

350 Medicus/Lorenz [2018], §6 Rn.29.

351 BGH NJW 1989, S.218. BGH は，当該ワインは別の種類に属しているとして，瑕疵担保規定を適用しなかった。

うか。この場合には種類売買におけるような境界付けの問題は生じない。特定物売買における別の物の引渡しに瑕疵担保規定を適用できるかという問題については，適用否定説[352]と適用肯定説[353]の双方が主張されている。否定説は，売主に有利な 438 条の短期消滅時効をこの場合に認める必要はないから，一般給付障害法が直接適用されるべきことを主張する。肯定説の根拠としては，立法者が特定物売買と種類売買の区別を不必要にしようとしていたこと[354]，特定物売買の場合には，引き渡された目的物が売買された物か否かが種類売買の場合と比べて容易に確認可能であることが挙げられている。

特定物売買においては，適性の異種物［Qualifikationsaliud］の処理の問題も生じ得る。つまり，売買された特定物が引き渡されたが，それが合意されていた種類とは別の種類に属していた場合（前章におけるバイオリン事件や鮫肉事件）をどのように処理するかという問題である。もっとも，特定物売買の場合には適性の異種物は存在しないとされている。というのも，特定物売買では，売主が義務付けられている物はその同一性のみに基づいて定められるからである。異種物引渡しが存在するのはその特定の物が引き渡されない場合だけであり，その物が別の種類に属していることは 434 条 1 項 1 文の意味での物の瑕疵（性質合意違反）として処理され[355]，これは前章で述べた改正前における処理と同一である。

第２項 合意による責任制御

現行法では義務違反が給付障害の際の債権者の権利発生のための中心的な要件であり，瑕疵物引渡しも義務違反となる。そして，債務者の義務の内容は契約上の合意から明らかになり，売買契約では当事者による性質合意が義務の内容を具体化する。他方で，売主の責任を軽減ないし免除する合意には一定の制限（444 条，476 条）があるから，売買契約では合意された性質が当事者のリスク分配のために決定的に重要であるとされている[356]。つまり，この性質合意は，買主に有利な性質が存在するという意味においてだけではなく，買主に有利な性質が存在しない，あるいは，買主に不利な性質が存在するという意味において行われることもできる[357]。前者は積極的性質合意，後者は消極的性質合意と呼ばれる。例えば，当事者達が，売買目的物である中古自動車のクーラーが作動しないという旨の合意をした場合，（通常は作動するはずの）クーラーの故障がその自動車の瑕疵を意味しないことになる。このことから明らかなように，性質合意は売主の責任の範囲を制御することに役立ち[358]，消極的性質合意は，とりわけ，合意内容が物の通常性を下回る場合の意義を獲得する。消極的

---

352 Canaris [2003], S.67 ff; Oechsler [2017], Rn.140; Hk-BGB/Saenger [2019], §434 Rn.20.
353 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §434 Rn.147; Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.165; BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.110.
354 BT-Drucks. 14/6040 S.94.
355 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.357; BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.107.
356 Schulte-Nölke [2002], S.73 f.
357 Brox/Walker [2018], §4 Rn.11.
358 Adolphsen [2010], S.9.

性質合意により，合意に応じた特定の性質の（不）存在がもはや目的物の瑕疵ではなくなるから，その範囲においては売主の責任が発生しないことになるのである（反対に，積極的性質合意の場合には，売主が責任を負う範囲が物の通常性よりも拡大されることになる）。それ故，売主は，担保責任自体の排除（444 条）ではなく，性質合意を用いることで，自己の責任の範囲を制御することができる。しかし，消費財売買の場合に，瑕疵に基づく売主の責任自体の排除に制限（476 条）があるにもかかわらず，消極的性質合意が無制限に許されるとするならば，後者を用いることによって実質的に売主の責任を排除することが可能になる。例えば，考え得る限りの買主に不利益な性質のすべてを合意することが認められるとすれば，合意された不利な性質が存在していたとしても，その存在はもはや瑕疵を意味しないから，結局，売主には責任が生じない。それ故，消極的性質合意と保責任の排除を境界付けることが必要になる。

Shulte-Nölke は，この境界付けのためには，BGB の消費財売買法（475 条以下）の目的に着目することが重要であるとしている[359]。Shulte-Nölke によれば，性質合意が可能なことも認める強行法的な消費財売買法の体系は，とりわけ，売買契約の際の情報に関する消費者の状況を改善するという目的を有しているとされる[360]。他方で，瑕疵担保規定を改正する（及び消費財売買に関する特別規定を設ける）切っ掛けとなった消費財売買指令においては，契約適合性の基準が用いられていることから明らかなように，契約が瑕疵判断の基準とされている。指令 2 条 2 項は，瑕疵の不存在が推定される場合を定めているのであるが，考慮事由 8 に基づき，本項の(a)から(d)は重畳的に適用される。それによれば，物が，(a)売主により示された説明に一致し，(b)売主に承認された消費者の目的，及び，(c)通常の目的に相応しく，(d)消費者が合理的に期待でき，同種の物の下である普通の性質を有していれば，物の契約適合性が推定される。他方で，指令においても，性質合意が存在する場合の契約適合性の判断に際して性質合意が指令 2 条 2 項の定める基準に追加して顧慮されるのか，あるいは，その基準に代えて性質合意のみが顧慮されるのかは解釈の問題であるとされているとはいえ[361]，通常性の基準の適用を契約上排除すること自体は認められている。そうすると，指令適合的な解釈を前提として，上述のように，434 条 1 項 1 文，2 文 1 号，同 2 号の各要素も重畳的に適用されることが必要になるのであるが，このことは合意を基準として瑕疵を一元的に理解することで達成される。結局，ある性質が普通の品質標準に劣っていることが合意されたかが契約解釈により判断されるのであるが，指令を前提とすればなおさら，目的物が通常性を備えるべきことが原則とされなければならない。それ故，物の通常性は性質合意の標準的内容となる。そして，買主（消費者）の情報力の改善という観点から，売主は，目的物が通常性に劣る点について具体的に買主に解明し，それを性質合意の内容としなければならない。つまり，消極的性質合意は，（例えば売買物の検査に基づいた）事実

359 Schulte-Nölke [2003], S.185.
360 Schulte-Nölke [2002], S.77.
361 NK-BGB/Pfeifer [2021], KaufRiLi §2 Rn.14.

を基礎とした売買物に関する具体的な情報を含んでいる必要があるのであり，考えられ得る瑕疵を列挙してでたらめになされた包括的な消極的性質合意は認められないと理解される[362]。このように考えると，消極的性質合意には，ある通常性を下回っている性質が，確認された事実に基づいて合意されていることが要求されることになる。それ故，事実に基づかない消極的性質合意は性質合意とは認められず，このような合意は担保責任の排除として理解されることになる[363]。担保責任の排除は，ある性質の存否の不確定性のリスクを買主が負担する合意と理解されているのである。

第 3 項 瑕疵物引渡しの効果

債務法改正による瑕疵責任規定の一般給付障害法への統合に基づき，物の瑕疵が存在した場合の買主の請求権の体系も改正前に比べて大きく変わっている。売主は，瑕疵のない物の引渡しを義務付けられており，瑕疵物の引渡しは義務違反を構成するから，買主は一般給付障害法の法的救済手段（280 条以下，320 条以下）を用いることができるはずである。もっとも，このことは，瑕疵物の引渡しの場合には 437 条を介して行われる。437 条は，瑕疵物を引き渡された買主の有する請求権を規定しているのであるが，改正前との最大の違いは，（減額を除いて）買主の法的救済の諸要件が 437 条による参照により，直接，一般給付障害法から明らかになることにある。そして，この要件が，438 条から 441 条に基づき，売買の特性に応じた一定の修正を受けている。買主の法的救済手段としては，追完（437 条 1 号），解除又は減額（同 2 号），損害賠償又は無駄になった費用の賠償（同 3 号）が規定されている。買主は，これらのいずれかを自由に選択できるわけではなく，原則的に，追完請求権を優先的に行使する必要がある[364]。

(1) 追完請求

瑕疵物を引き渡された買主には追完請求権が与えられる（439 条 1 項）。追完の方法としては，修補と代物引渡しが定められており，買主が追完方法の選択権を有している（439 条 1 項）[365]。また，追完請求権の付与は種類売買の場合に限定されていない。追完の費用は売主が負担しなければならず（同 2 項），買主が瑕疵ある物をその種類及び使用目的に従って

362 Schulte-Nölke [2003], S.187.

363 Adolphsen [2010], S.10 ff は，瑕疵の存在のリスクに基づいて，責任排除と性質合意を区別する。これによると，責任排除は，性質の存在に関する不確定性のリスクを買主に移すものであるとされ，考えられ得る瑕疵の列挙も買主へのリスクの転嫁と同視されている。また，Schinkels [2003], S.312 は，消費財売買において（消極的）性質合意が担保排除と機能的に同等であれば当該性質合意は効力を有しないとする。

364 というのも，給付に代わる損害賠償を請求する，あるいは契約を解除（減額）するためには，原則として，追完のための相当な期間を予め設定しなければならないからである（381 条 1 項，323 条 1 項）。

365 これに対して，債務法改正委員会の最終報告書では，追完方法の選択権は買主ではなく売主に与えられていた（委員会草案 438 条 1 項 2 文）。

他の物に組み込んだ／取り付けた場合には，売主は追完の枠内で，瑕疵ある物を取り外し，修補された物又は引き渡された瑕疵のない物を組み込む／取り付けるための費用を買主に賠償しなければならない（同 3 項）[366]。買主は原則として追完のための期間を事前に定めなければならない（281 条 1 項，323 条 1 項）から，売主には予め追完する機会が与えられる[367]。請負契約の場合（637 条）とは異なり，条文上，追完のための期間経過後に買主が自ら瑕疵を修補してその費用を売主に請求することは認められておらず，判例・通説もそのような請求は認められないと理解する[368]。これを認めると，期間設定の要件によっても保護されている追完に対する売主の利益が妨げられるということがその根拠であり，買主は瑕疵除去費用を給付に代わる損害賠償によってのみ請求できる[369]。なお，追完が買主にとって期待不能である場合には，事前の期間設定なしに第二次的権利（437 条 2 号，3 号）を行使できる（440 条）。瑕疵の追完が不能である場合には追完請求権は排除され（275 条 1 項），一定の場合には売主に追完拒絶権も与えられているが（275 条 2 項，439 条 4 項），これらについては後に検討を加える。

政府草案の理由書は，追完方法の選択権の買主への付与には妥当な根拠があるとしている。すなわち，瑕疵ある物の引渡しによって売買契約に基づく自らの給付義務に違反したのが売主であるということである。確かに，瑕疵のない物を得ることが買主の利益にかない，その際に，売主によりこのことがどのように達成されるかは無関係であるが，売主の義務違反がなければ，買主は瑕疵のない物を既に引き渡されて保持していたであろうことも考慮されるべきとされている。そして，売主の義務違反の結果，契約が予定されていたように処理され得ないことに至ったのであるから，どのような方法で瑕疵のない物の引渡しという契約の目的が到達されるかを第一に買主に決定させることが正当であるとされている[370]。しかし，買主への選択権の付与は法政策的に疑わしいという指摘もある[371]。というのも，ある追完方法（修補又は代物引渡し）は，その方法により瑕疵が除去される，つまり，それにより買主の利益が満足させられる場合にのみ，選択可能な追完方法として考慮されるからである。それ故，追完方法の選択の結果は，（いずれにせよ瑕疵のない物を得ることになる）買主の利益と比べて，売主の利益に対して大きな影響を与える。また，請負契約の場合には

---

366 取外しと取付けに関する 439 条 3 項は，2018 年施行の改正法で設けられた規定である。EU 法（EuGH の判例）の影響による本改正の経緯と内容については，古谷[2020], 269 頁以下，田中(宏)[2021], 197 頁以下に詳細な紹介がある。

367 政府草案の理由書によれば，売主は契約の解消と結び付けられた経済的な不利益を回避する最後の機会を獲得し，これは買主の利益にとっても適切であるとされる（BT-Drucks. 14/6040, S.221）。売主の追完により，結果として，買主は自己が契約上請求しなければならなかったこと（瑕疵のない物を得ること）を達成することになるからである。

368 BGH NJW 2005, S.1348; Looschelders [2022], §4 Rn.26.

369 買主自らによる修補により，売主の追完義務は買主（債権者）に帰責される不能になるとされる。この場合に買主が 326 条 2 項を類推して売主に免れた費用の賠償を求めることができるかには激しい争いがある（BeckOK BGB/Faust [2023], §437 Rn.45）。

370 BT-Drucks. 14/6040, S.231.

371 BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.16.1.

選択権は請負人に帰属している（635 条 1 項）ことから，売買と請負とで選択権者が異なっていることは不合理であるという批判もある[372]。もっとも，消費財売買指令 3 条 2 項が追完方法の選択権を買主に与えており，EU 加盟国がその国内法化を義務付けられていた以上，買主への選択権の付与はやむを得ないものである。

(2) 解除・減額，損害賠償，時効

買主には解除権（323 条）が認められるが，原則として，追完のために予め設定された相当な期間が経過したことが要求される（323 条 1 項）。また，解除は，重大な瑕疵が存在する場合にのみ可能である（323 条 5 項 2 文）。瑕疵の重大性については，当該瑕疵を除去できるかが重要な基準であるとされている[373]。もっとも，瑕疵（つまり，ある性質の欠如）が些細なものであった場合でも，売主がこの性質について保証を引き受けていれば，この瑕疵に基づく解除が可能であるとされている[374]。なお，売買法上の解除の特別な要件を 440 条が定めており，猶予期間の設定の要件が 323 条 2 項の場合よりも緩和されている。これは，売主が追完の両方の方法を 439 条 4 項に基づき拒絶した場合，買主に帰属する（買主が有効に選択した）方法での追完が失敗した，あるいはそれが買主に期待不能である場合である。なお，一方の追完方法のみが期待不能の場合に，買主がこれを選択して即座に期待不能を援用し，期間設定の要件を不要にすることは認められないとされる[375]。

売買法上の特別な法的救済として，買主の減額権が認められている（441 条 1 項 1 文）。減額は，解除の場合とは異なり，瑕疵が重大でない場合にも可能である（同 2 文）。減額される額は，契約締結時における瑕疵のない状態での物の価値と物の実際の価値の割合に基づき算出される（441 条 3 項）。減額権は解除権と選択的に存在している。解除権も減額権も改正前とは異なり形成権であるとされている[376]。

買主の損害賠償請求権（又は無駄になった費用の賠償請求権）も，一般規定（280 条，281 条，282 条，311a 条，284 条）の定める要件に服するが，この場合にも 440 条が適用される。売主の損害賠償責任は，改正前のような確約と悪意の場合に限定されておらず，およそ瑕疵物が引き渡された場合（義務違反が存在する場合）には認められる可能性がある。もっとも，買主は，給付に代わる損害賠償を請求するためには，原則として，追完のための期間を予め定め，これが成果なく経過していることが必要である（281 条 1 項）。また。売主が義務違反を帰責されない場合には，売主は損害賠償責任を免れる（280 条 1 項 2 文）。売主

372 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.8.
373 BeckOK BGB/Faust [2023], §437 Rn.30 f. 除去することのできない瑕疵は，たいてい，重大な瑕疵であり，これに対して，瑕疵を除去できる場合には，除去に要する費用が重要な意味を有しているとされる。
374 BT-Drucks. 14/6040, S.223.
375 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §440 Rn.12; BeckOK BGB/Faust [2023], §440 Rn.15.
376 Hk-BGB/Saenger [2019], §437 Rn.5.

は原則として故意又は過失[377]を帰責されるが，例えば売主が保証を引き受けていた場合には，売主は無過失でも損害賠償責任を負う（276 条 1 項）。帰責性の存在は原則的に推定されるから，売主が帰責性の存在しないことを立証しなければならない。現行法上，売主は，瑕疵のない物の引渡しが原始的に不能であった場合にも，履行利益に対する賠償責任を負う（311a 条）[378]。買主は，280 条 1 項に基づき，給付と並存する損害賠償を請求することもできる。この損害賠償と給付に代わる損害賠償は，損害賠償請求が第一次的な給付請求権の代わりに行使されているかに基づいて区別される[379]。瑕疵結果損害（売買物の瑕疵に基づき，買主が自己のその他の法益に受けた損害）の賠償は前者に属する。また，買主は，280 条 1 項，2 項，286 条に基づき遅延損害の賠償も請求し得る。買主は，給付に代わる損害賠償の代わりに，無駄になった費用の賠償を請求することもできる（284 条）。

437 条が定める瑕疵に基づく買主の請求権の時効消滅に対しては，438 が特別の定めをしている。もっとも，債務法改正により，通常の消滅時効の期間が改正前の 30 年（旧 195 条）から 3 年（195 条）に短縮されているから，（違いは期間の長さに限られないとはいえ）438 条に基づく消滅時効（原則として引渡しから 2 年で時効消滅する，438 条 1 項 3 号）との違いがそれほど大きくなくなっている。

(3) 物の瑕疵に基づく権利行使の制限

目的物の瑕疵によって生じる買主の権利は，442 条と 444 条に基づいて排除又は制限されることがある。第一に，442 条によれば，買主が瑕疵を知っていた場合，及び，買主が瑕疵を重過失で知らず，売主が瑕疵について悪意でなく保証も引き受けていなかった場合には買主の権利は排除される。この規定は，瑕疵を知っていた又は容易に知り得た買主は瑕疵に基づく権利の保護に値しないことを根拠としているとされる[380]。もっとも，瑕疵が除去可能な場合に，買主が，瑕疵を知りつつ物を購入し，売主による瑕疵の除去を期待することは矛盾ではないとする見解もある[381]。この見解によれば，本規定は売主の保護ではなく，不必要な争いの回避による取引費用の最小化についての一般的な利益に資すると理解される。

第二に，私的自治を根拠として，瑕疵に起因する買主の権利は，原則として，自由に排除され，制限されることができる（444 条）。しかし，売主の責任が契約上排除又は制限されていても，売主が瑕疵を悪意で沈黙していた場合，及び，物の性質に対して保証を引き受けていた場合には，その限りで，売主は責任排除の合意を援用できない。もっとも，重大な例

---

377 過失は，取引において必要な注意を怠る場合に認められる（276 条 2 項）。

378 この損害賠償の根拠は，理論的には，自己の給付能力について解明するという契約締結前の義務の違反ではなく，契約締結時に知っていた，あるいは知ることのできた自己の給付能力についての債務者による制限的な保証引受けに認めなければならない。というのも，前者の考え方では，消極的利益（信頼利益）の賠償義務にしか通じないはずだからである（Looschelders [2021], §28 Rn.9 f.）。

379 Looschelders [2019], §3 Rn.15.

380 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §442 Rn.1.

381 BeckOK BGB/Faust [2023], §442 Rn.2.

外が消費財売買（474 条 1 項）の場合に存在する。すなわち，企業である売主は，売主に対する瑕疵の通知前になされた，消費者の不利に 433 条～435 条，437 条，439 条～443 条等の規定と相違する内容の合意を援用することはできない（476 条 1 項 1 文。なお，同条 3 項により，損害賠償請求権については除外されている）。

第 2 節 性質概念の射程

434 条 1 項の性質に関して政府草案の理由書は，「『性質』概念は定義されない。とりわけ，それが売買物に直接物質的に付着する性状だけを含むのか，あるいは，物自体の外側にある事情も顧慮され得るのかは決定されない」と述べている[382]。理由書におけるこのような記述を背景に，学説では性質の範囲が争われている[383]。とはいえ，瑕疵担保責任の適用範囲は決して旧法よりも狭められるべきではないとされている[384]。というのも，前章で確認したように，旧法の下で物の瑕疵責任の適用範囲の限定が必要とされた背景には，物の瑕疵責任の枠内での消滅時効期間（旧 477 条）の短さや不履行に基づく損害賠償請求（旧 463 条）の要件の厳格さが存在したが，改正により物の瑕疵責任が一般給付障害法に統合され，消滅時効期間も延長[385]されたことにより，その必要性が大きく失われたからである。そのため，少なくとも旧 459 条 2 項の意味での確約可能な性状が改正後における性質に含まれることに争いはない[386]。争われているのは，性質の範囲は改正前の確約可能な性状に限定されるのか，あるいはそれよりも広く理解されるのか，つまり，物自体の性質に根拠を持たず，物の外側にある事情の顧慮によってのみ現れる環境関係も性質合意に関わり得るのか[387]である。

ある事情が性質に含まれるか次第で法律効果に次のような違いが生じる。売主が言明したある一定の事情が性質に含まれる場合には，売主は，この事情に対して売買契約上の履行責任を負担する（履行利益に対する責任も含まれる）。これに対して，その事情が性質に含まれない場合には，その事情が他の方法（とりわけ独立した保証合意）によって給付義務の対象にまで高められたときにのみ履行利益に対する売主の責任が生じ，独立した保証が存在しなければ，売主の言明は契約締結上の過失責任の要件（311 条 2 項，241 条 2 項）の下で信頼利益に対する責任を生じさせるにすぎないという結果になる[388]。

以下では，この問題についての判例の立場（第 1 項）を確認した後に，制限説（第 2 項）と無制限説（第 3 項）のそれぞれの主張の内容を分析する。

---

382 BT-Drucks. 14/6040, S.213.
383 改正後の性質概念をめぐる論争については古谷[2020], 73 頁以下も参照（本稿では取り上げていない見解の紹介がある）。
384 BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.20.
385 原則として瑕疵物の引渡しから 2 年である（438 条）。また，一般的な消滅時効期間も 3 年に短縮されている（195 条）。
386 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §434 Rn.42, 51; Münchener/Westermann [2019], §434 Rn.9.
387 Looschelders [2003], S.399.
388 Grigoleit/Herresthal [2003a], S.123.

第 1 項 性質の射程に関する判例

以下に見る判例によれば，BGH は，環境関係も物の使用性又は価値に影響するものであれば性質に含まれるとしており，現行法における性質概念を少なくとも旧 459 条 2 項の性状よりも狭く理解してはいないが，これをどこまで広くするべきかについては未だ態度を明らかにしていない。

(1) BGH NJW 2011, S.1217

【事案】競売に基づき，2004 年 12 月 9 日の公証された契約により，原告は被告から B に所在する工場跡地を 200 万ユーロで購入した。オークション会社のカタログ抄本が売買契約に取り入れられ，契約の内容として定められた。このカタログには，競売対象物に関して，年間の総賃料，2003 年に所有者が支払うべき運営費等が記載されていた。売買契約には，オークション会社の売却条件も含まれており，これは，土地建物の物の瑕疵に基づく買受人のすべての請求権と権利についての担保排除，並びに，売却人がオークションハウス又は競売人に対して物件及び事実的・経済的関係に関する申告又は確約を与えた限りにおいて，それらが将来の買受人のために有効であるという規定を含んでいた。カタログ抄本に記載されている 2003 年に所有者の支払った運営費の金額には，暖房費用及び管理人，清掃サービス，煙突掃除のための費用が含まれていなかった。原告は，実際の運営費が記載されていた 57,288 ユーロではなく 91,432 ユーロであったことを理由に，売買代金の減額の意思表示をした。原告は被告に対し，減額として（予備的に損害賠償として）399,028 ユーロと利息の支払いを求めている。

【判旨】建物の建てられた賃貸土地の経営により達成された賃料収益及び支出されるべき経営費用は，BGB 434 条 1 項 1 文に基づく売買契約当事者に合意された土地の性質の客体であることのできる性状であり，売主がその存在を保証することができるところの性状に属する。このことは旧 BGB 459 条 2 項に対する今までの第 5 部の判例に合致し，債務法現代化後もその判例は堅持されるべきである。債務法現代化における担保法の新規定により旧法における欠点（旧 BGB 459 条 1 項）と確約可能な性状（旧 BGB 459 条 2 項）の違いが均され，売主が BGB 433 条，434 条に基づき契約の履行の際に義務を負っていることについての私的自治的な合意の機会が拡大されることになったから，いずれにせよ，旧法によれば旧 BGB 459 条 2 項の意味において確約可能な物の性状のすべてが今や BGB 434 条 1 項 1 文の意味における性質であることができる。

カタログ抄本における賃料及び経営費用に関する申告は，明示的に売買契約の内容として合意された。従って売買物には瑕疵があった。その売買物には契約上定められた性質が欠けている。なぜなら，売買の前年（2003 年）における経営費用は，所有者により負担されるべき経営費用に関するカタログ抄本における被告による額の申告に従って購入希望者が前提としなければならなかったところの額を 34,144 ユーロだけ上回るからである。

(2) BGH NJW 2013, S.1671

【事案】原告は，2005 年 11 月 22 日の契約により，被告から B の集合住宅の中の住居を 136,970 ユーロの価格で購入した。隣接する土地は，1953 年までガス工場が操業されていた地域の一部である。この地域は B 州の汚染土地台帳に汚染地として登録されており，当局は，2003 年に書面で被告にその旨を通知していた。土壌検査を実施した結果，当局は，2005 年 8 月 10 日付の文書で，すべての影響経路について有害な土壌変化の疑いから解放することを被告に通知した。しかし，その土地にはシアンを含む地下水が流れていたため，地下水に達する工事の場合には，行政との合意により，工事中にくみ上げた地下水の浄化が必要とされた。公証された契約では，売買客体の物の瑕疵に対する売主の責任は排除されている。（原告による）申込みの表示には，この地域が汚染地として汚染土地台帳に登録されているが，都市開発局が 2005 年 8 月 10 日の書簡で，売られた土地区画はすべての影響経路に関して有害な土壌変化の疑いがないことを確認していること，及び買主がこの書簡の内容を認識していたとの注記があった。2008 年 7 月，原告は，被告の表示が土壌と地下水における汚染に関する真の状況を断片的かつ婉曲的にしか伝えていないとして，売買契約の解除の意思表示をした。彼らは，証書で引用された当局による書簡を知らなかったとしている。原告は本件訴訟で売買代金の返還等を請求している。

【判旨】2002 年 1 月 1 日から適用され，ここで適用される売買法によれば，隣接する土地に由来し，空気又は地下水を介して広がる環境作用は，BGB 434 条 1 項の意味での（不利な）性質とみなされ得る。物の性状とみなされ得るのは，物の物質的性質の他には，物の環境との関係に関わり，その関係の種類と持続性の故に物の使用性又は価値に影響するところの事実的，法的関係のすべてである。このことを背景に，売買物の環境との関係は，いずれにせよ，その関係が何らかの仕方で売買物の物質的性状と結び付いている場合には，BGB 434 条 1 項の意味での売買物の性質に属する。売られた土地（の一部）に属する土壌を流れる地下水の場合には，そのような結び付きが存在する。たとえ―本件のように―売られた土地自体は汚染されていない場合であっても，その土地が汚染物質の排出される別の汚染地域の近くにあるという理由で，地下水がシアン化物を含んでいるときは，物の瑕疵が存在し得る。

それ故に，売られた住居は物の瑕疵に取り付かれている。このことは，ここでは，BGB 434 条 1 項 2 文 2 号に基づき判断されるべきである。なぜなら，契約当事者達は，いわゆる消極的性質合意を合意せず（BGB 434 条 1 項 1 文），特別な使用を契約に基づき前提ともしなかった（BGB 434 条 1 項 2 文 1 号）からである。確かに，この売買物は通常の使用（居住）に適するかもしれない。というのも，汚染された地下水から放出されるシアン化水素による有害な影響は，居住者にも植栽にも予想され得ないからである。しかし，この売買物は居住目的に使用される土地の普通の性質を示さない。単に僅かではない地下水の汚染が存在しないことがこの普通の性質に属する。すなわち，通常，買主が容易には引き受ける

心構えのない特別な危険とリスクが有害物質（シアン化物）と結び付いている。それらの危険とリスクは，地下水の水位が不変ではなく，特別な状況（洪水）では地下水が地表に現れ，地階に侵入し得ることから直ちに明らかになる。

(3) BGH NJW 2016, S.2874

【事案】原告は Audi TT RS Coupé の売買契約の解除を求める。自動車ディーラーである被告は，インターネットプラットフォーム「m.de」において「2014 年 11 月までのアウディ保証を含む」という説明と共に，本件車両を売りに出していた。原告は 2013 年 7 月 6 日に走行距離 45,170km の本件車両を 42,200 ユーロで購入した。原告は，まず，トランスミッションの不具合により，2013 年 8 月に訴訟保佐人のアウディセンターでアウディ保証によるギアの交換を受け，2013 年 9 月に燃料ポンプの新しい制御装置の交換を受けた。その後もエンジントラブルが続いたため，訴訟保佐人は Audi AG による分析を手配した。Audi AG は，デジタルメーターとエンジン制御装置の走行距離に相違があることを突き止め，その後，エンジンの分析により，原告への車両の引渡し前に走行距離計が改竄された兆候が確認されたという理由でそれ以上の保証給付の提供を拒絶した。その後，訴訟保佐人は原告に対して，行われた修理および最後の修理の際に提供された代車に対する総額 1,121.65 ユーロの支払いを要求した。

【判旨】製造者保証の存在は，通常，BGB 434 条 1 項 1 文（性質合意）及び 434 条 1 項 2 文（契約に基づき前提とされた又は通常の使用に対する適性）に基づく売買物の性質メルクマールをなし，その結果，その欠如は―この規定のその他の要件の存在の下で―物の瑕疵を基礎付ける。売買法上の性質に関する法状況が，債務法現代化法の発効により 2002 年 1 月 1 日に根本的に変化したことを控訴裁判所は誤認する。というのも，旧 BGB 459 条の代わりに現れた BGB 434 条は根本的に広い物の瑕疵概念を前提とし，その結果，旧 BGB 459 条 1 項の狭い性質定義はもはやこの規定に対しては適用され得ないからである。債務法現代化法における担保法の新規律により，旧法に存在した欠点（旧 BGB 459 条 1 項）と確約可能な性状（旧 BGB 459 条 2 項）の違いは破棄されており，狭い欠点概念を超えていずれにせよ旧法によれば確約可能な性状のすべてが今や BGB 434 条 1 項の意味での性質である。それにより，物自体に付着するところの要素のすべても，取引見解によれば物の価値評価に対する影響を有するところの物の環境との関係も，BGB 434 条 1 項の意味での物の性質とみなされ得る。性質概念がさらに広く理解されるべきか，例えば，その原因を売買客体の中に有するところの物の環境との関係が含まれるだけではなく，売買客体とのあらゆる事実上の関係すら十分であるという程度にまで理解されるべきかは，本件においては判決を必要としない。というのも，既に BGH の上述の近時の判例〔筆者注：上記 BGH NJW 2013, S.1671 等が挙げられている〕に基づいて，製造者保証の存在は BGB 434 条 1 項に基づく売買物の性質メルクマールをなし，その欠如は―この規定のその他の要件の存在の下で―物の瑕疵を基礎付けるからである。自動車の場合の製造者保証の存在は車両保有者と

車両製造者の間の車両に関連付けられた法的関係をなし，その関係の枠内で，通常，保証条件に従い特定の修理の費用に対する補償が与えられる。それにより，取引見解によれば物の価値評価に対する影響を持っているところの物の環境との関係が問題となっている。とりわけ，製造者保証の（不）存在は個々の事例においては経済的に非常に重要であることができ，それに応じて自動車の価値にとって重大な影響を持っている。それに関して，いずれにせよ BGB 434 条 1 項 2 文 2 号，3 文の要件が示されている。それ故，当事者達が製造者保証に関して性質合意を行ったかは不確かでよいが，それに対しては厳しい要件[389]が課される。

第 2 項 制限説

制限説によれば，環境関係は，何らかの仕方で売買物の物質的性状と結び付くものであれば合意可能な性質に含まれると理解される[390]。例えば，（後に述べる Canaris の見解は異なるけれども）目的物が大きさ等の物質的性質という点から特定の場所に適合することは物の性質に含まれるのに対して，土地の賃借人の支払能力のように，売買物の物質的性質といかなる仕方でも結び付いていない事情は物の性質から除外されることになる。

(1) 等価性／物の管理／契約の単純化（Grigoleit/Herresthal）

Grigoleit/Herresthal は制限説を主張するに当たり，434 条 1 項の存在意義の検討から出発し，概ね以下のように述べる[391]。両当事者は，特別の法律上の定めがなくても，売買物の特定の性質メルクマールに関して売主の給付義務を具体化し，それにより，性質が合意と相違する場合には給付障害法を適用することができることは当然である。確かに物の瑕疵責任の一般給付障害法への組入れに基づき，売買法における瑕疵に関する術語上の媒介手段は不要であるが，性質合意と物の瑕疵という概念の使用は，品質の相違と売主の責任の関係を精確に，今までの解釈論との断絶なく表現するというメリットを持つ。434 条 1 項は，任意規定の一般的機能に応じて，とりわけ，明確な合意のない場合に両当事者の典型的な意思を再構成することに用いられる。この規定の根底にあるのは，物の物質的実在に結び付けられている性質が物の売買に対して持っている現実類型的な意味であり，それは以下の三つの観点から説明される。

第一は，「等価性」である。つまり，物の性質は典型的に売買契約の締結と価格形成のための中心的な判断基準である。両当事者により述べられた物の性質に関する表象，あるいは物の性質に関する彼らの典型的な期待は，法律行為の経済的目的，両給付の主観的等価性を形成し，代金を具体化する。買主は，経済的考慮の下で，その物によって具現化されるとこ

389 BGH NJW 2016, S.2874. 新債務法では性質合意はもはや疑わしい場合には問題とならず，明白な場合にのみ考慮に値するとされる（Rn.16）。
390 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.58; BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.22.
391 Grigoleit/Herresthal [2003a], S.121, 123 f; Grigoleit [2014], S.67.

ろの性状の束を期待し，それを獲得し，それに対価を支払う。物における性状のこのような具現化は，客観的に契約本質的な期待を単に主観的な動機から区切るという重要な機能を持っている。

もっとも，物の性質が根本的に重要であることは未だ物の性質に対する売主の特有の有責性を明らかにしないから，第二の観点として物の「管理」が加わる。類型的考察の下では，売主は自己の製造支配・調達支配・物的支配に基づき，売買客体の性質の管理と情報について著しい優位性を持っている。これらの優位性も，物の有体性［Körperlichkeit］と特有の関係にある。というのも，物の物理的な支配又は支配可能性は，物の管理とその情報取得についての確実な可能性を成立させるからである。

第三の観点は「単純化」である。物の瑕疵の規定が主に対象としている物品（動産）売買の特徴は，個別的な契約上の取決めが行われることの少なさにある。確かに，433 条以下の適用は動産売買に限定されるわけではないが，実務上，物品売買が数の上で完全に優勢な現実類型である。そこから，法律上，当事者の典型的な期待を契約の中に定着させ，それにより契約締結を単純化することに対する特別の必要性が生じる。そして，物品売買の際には比較的確かな基礎の上で当事者の期待を典型化することが可能である。というのも，（有体的な）売買物が取引の期待及びその現実に近い再現のための明確な基準点を形成するからである。

433 条 1 項 2 文，434 条 1 項は，以上の三点を顧慮して，相応の明示的な合意が存在しない場合でも，売主の給付義務を一定の性質に結び付けて標準的な契約内容にまで高めており[392]，しかも，一定の事情を売主の給付義務に組み入れるための要件が通常よりも緩和されている。つまり，性質に関する両当事者の契約締結前の表明は，容易に（認識の表示ではなく）意思表示のように扱われ，法律行為の合意の要素となる。しかし，この要件緩和は，あくまで，物（の有体性，物質的性質）との特有の関係に関わる上述の三つの観点に依拠しているのであり，売買契約に関わる売主の言明又は買主の期待のすべてに対して妥当するわけではない。物との特有の関係を持たない契約前の言明のすべてについて売主に履行利益に対する責任を保証的に負わせる根拠は認められず，むしろ，そのような言明に対して一般的な履行責任を負わせることは，とりわけ（独立した）保証約束に課される厳格な要件と相容れない。物との特有の関係（つまり物質的性質との結び付き）という基準が，申告と典型的な期待に対する売主の 434 条 1 項 1 文に規定された保証的な履行責任[393]を評価的に説得力のある方法で正当化することができる。結局，物の環境関係が問題になる場合には，売

---

392 その限りで買主の履行利益が保護されており，法律効果の側面では，売主に保証的な責任が生じるとされる。つまり，買主による追完請求・解除・減額に売主の過責は必要とされない（これに対して，損害賠償請求には売主の過責が要求される）。

393 直前の注 392 でも述べたように，ここで保証的と述べられているのは，第一次的な給付義務，追完義務，解除・減額については売主の帰責性が問題とならないからである。そして，保証的な履行責任は，性質合意が売買契約の通常の内容に高められていることの結論であるとされている。

主による環境関係の説明又は買主の（黙示的な）期待がまさに物の一定の物質的なメルクマールを前提とする，つまり，環境関係が一定の物質的なメルクマールに結び付くときにのみ性質合意が認められ得る。例えば，自動車税の優遇が一定の排ガス規制値に依存する場合のように，税の優遇措置に関する指摘が性質合意の対象となるのは，それが物の物質的なメルクマールに結び付く場合のみであるとされる。

(2) 使用リスクの負担者（Canaris）

Canaris によれば，極端に主観的な瑕疵概念（無制限説）は，物の使用に関するリスクは原則として買主に帰せられるという売買法の根本的かつ明白な原則と極めて厄介な緊張関係に必然的に陥ることになるから，性質メルクマールを制限することが必要であるとされる[394]。というのも，さもなければ，売買契約上のリスク配分のために売買物の性状に与えられた特別な位置付けが曖昧化するからである。この性状についてのみ，434 条 1 項の基準に基づき，物が買主の目的のために使用可能であるというリスクを売主に負担させることが妥当する。売主が責任を負うのは売買客体自体に対してのみであり，他方で，それと結び付いていない目的は，たとえその目的が契約締結にとって本質的に重要であったとしても，原則として買主のリスク領域に留まっている。

売主の過責を顧慮せずに買主に解除と減額の手段を与えること，つまり，その限りで売主に危険を割り当てることは，買主の正当な期待が裏切られるすべての場合に妥当する解決策であるとはいえず，契約締結上の過失責任が妥当な場合もあり得る。BGH は，売買物自体が売主の担保責任を引き起こす事情に対する関係客体であることを要求し，そのような事情と売買物の外側にある事情を区別した。ある事情が売買物の外側にあるとは，（買主の目的にとっての）妨害要素が買主自身の領域に由来することである。例えば，ある者がピアノを自己の住居で演奏するという目的を表示してその目的のために購入したが，このピアノがこの住居にドアからも窓からも運び入れられない場合，原則として，ピアノを自己の住居での演奏に使用するという買主の意図を売主が知って受け入れた場合であっても，ピアノは「大きすぎる」のではなく，従って，434 条の意味での瑕疵を持たない。というのも，意図された使用目的が達成できないことの原因は，ピアノの性状ではなく住居の性状にあるからである。また，製材機事件判決（上述）は改正後も妥当し，売主は契約締結上の過失に基づく責任を負うにすぎない。ここでも，製材機が大きすぎるのではなく，予定された場所が小さすぎるのであり，その製材機は契約適合的な「あるべき性質」を示している，とするのが Canaris の理解である。

(3) 売買担保法の体系（Ostendorf）

Ostendorf は，法律の体系という観点から，434 条 1 項の意味での売買物の物の瑕疵は，契約客体の物質的メルクマールと少なくとも間接的に関係する事情が関わっている場合に

394 Canaris [2003], S.61 ff.

のみ存在することができると説く[395]。瑕疵の概念形成のための体系的解釈から明らかになるのは，法律上の瑕疵責任体系が，例外事例においてだけでなく少なくとも通例において，瑕疵責任の請求権全体についての第一の法律要件である瑕疵という概念形成と調和しなければならないことである。その際には，法律上定められた追完の優先も不履行損害の賠償に対する請求権も，物質的メルクマールという給付客体の核から切り離された瑕疵の定義（つまり無制限説）には適合しないことが明らかになるとされている[396]。

債務法改正は，瑕疵の場合における全体として概ね履行利益に関係する二次的請求権（減額，給付に代わる損害賠償，解除）の始まりを，先立って行われた（追完のための）猶予期間の設定とその成果のない経過，及び，それと結び付けられた売主の「第二の提供に対する権利」に原則として依存させた。立法者は，差し当たり提供された給付が本来義務付けられた給付の範囲に達しない場合には瑕疵が売主による追完という方法で規則的に除去されることができるという観念をこの責任体系と明確に結び付ける。完全に売買物の物質的性質の外側にある状況は，通常，代物引渡しによっても修補によっても影響を及ぼされ得ないから，無制限な主観的瑕疵概念が採用されるとこの原則 - 例外関係が逆転する[397]。このことが無制限な主観的瑕疵概念に反対する。というのも，法律上定められた瑕疵責任の体系が，この種の広く理解された瑕疵概念の重要な部分（環境関係）に対しては既にアプリオリに無意味になるであろうからである（つまり，法律は原則的に瑕疵の追完が可能であり，それが優先することを前提としているが，無制限説の主眼である環境関係についてはそもそも追完が無意味である）[398]。

契約客体の物質的性質と関係を持たない事情も瑕疵責任に通じ得る場合，この個々の点に関する考慮は，不履行に基づく損害賠償の顧慮の際に矛盾に通じる。なぜなら，そのような事情により引き起こされた損害は，通常，因果的にほとんど理由付けられないからである。例えば，危険移転時に企業の約束された経済的な指数（売上高等）が現実と合致しない場合，少なくとも将来起こらない利益は，因果的に，相応の指数が危険移転時に存在しなかったという事情に基づいてはいない。反対に，それ故に，危険移転の際のその指数の遵守も，それだけでは，後におけるより少ない売上げと利益に基づく将来の損害がなくなることには通じないだろう。むしろ，売買物の物的基礎の包含がはじめて，危険移転後に生じた売上と利益の毀損に対する不可欠な因果性を成立させることができる。例えば，クリーニング事業が売買された場合においては，申告された収益予測に対して実際に達成された売上げが劣ることによる物の瑕疵は，一緒に譲渡されたクリーニング機械の個々の瑕疵のためにその収

395 Ostendorf [2011], S.826.
396 Ostendorf [2011], S.824.
397 Erman/Grunewald [2017], §434 Rn.2 f も物質的性状との結び付きが必要であるとしており，それに関して，売主が売買物の外側にある事情をたいていは変化させることができないことを指摘する。
398 Ostendorf [2011], S.824 f.

益予測が達成されなかったという理由で承認される[399]。

第３項 無制限説

以上のような制限説に対して，無制限説は，売買物の物質的性質の外側にある事情も，物との関係を示す限りで，性質合意の対象になり得ることを認める[400]。無制限説の論者の多くは一つの論拠として私的自治を挙げている。例えば，Büdenbender は，特別な合意がなければ性質とは物の物質的性状（大きさ，重さ等）のみであるが，私的自治に基づき，外的事柄（賃借人の支払能力等）も 434 条 1 項 1 文の主観的性質に含まれ得るとする[401]。このような理解の下では，例えば，売買された建物に存在する賃借人の支払能力，一年間の賃料収益額，存在する賃貸借関係の長さや，売買された自動車の前所有者の数，製造者保証の存在といった事情も性質合意の対象に含まれることになる。

(1) 合意のリスク分配機能（Berger）

Berger は制限的に理解された性質概念は必然的に境界付けの問題を生じさせると批判し，無制限説ではその問題を回避できる[402]として，次のように説く。改正前においては，欠点を基礎付ける性質と確約可能な性状の間の境界付けの他に，確約可能な性状と物の外側にあるその他の事情の境界付けという問題が解決されなければならなかった。判例は後者の区別について，性状は「物自体の中にその関係の根拠を持っている」必要があるとしたが説得的ではない。そもそも，この区別の目的は，売主を旧 459 条 2 項，463 条に基づく責任から免除することではなく，売主の過失での説明義務違反を旧 477 条の短期消滅時効に服さない契約締結上の過失として責任の基礎付けのために用いることであったが，債務法改正により消滅時効の問題は大きく解消されている。438 条 2 項は消滅時効の開始を引渡しに結び付けており，その背後には，買主は引渡しの時から物を検査できる機会を持つという考え方があるが，検査可能な性状は物の物質的なそれに限られない[403]。また，制限説は性質合意の外側にある履行義務違反を一般給付障害法に基づき処理しなければならないことになるが，434 条 3 項によれば，不履行と並んで最も根本的な義務違反である別の物の引渡しさえ 437 条に基づき処理されるから，その他の義務違反についても 437 条で処理されるべきである[404]。広い性質概念により，一般給付障害法に定められなかった売買法特有の規定が包括的に適用されることになり，買主の利益と売主の利益がこのことに賛成するとされる。例えば，追完は，第二次的な請求権又は契約の解消への移行前に給付の契約適合性を生じさせる手段であり，しばしば，売買契約の両当事者の利益に適うものであり，また，減額も等価

399 Ostendorf [2011], S.825.
400 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §434 Rn.54; Looschelders [2019], §3 Rn.6.
401 NK-BGB/Büdenbender [2021], §434 Rn.11, 13 f.
402 Berger [2004], S.281.
403 Berger [2004], S.278, 281.
404 Berger [2004], S.281.

関係の回復による利益調整のための素晴らしい手段である[405]。

制限説の論拠の一つとして, Canaris は売買物で追求された使用目的に関するリスク分配（原則として買主がこれを負担する）を挙げていたが，Berger は次のようにリスク負担という基準は性質概念と無関係であると反論する[406]。確かに, 使用リスクは前契約的には買主に帰せられている。しかし，契約は，リスクを見出された状況とは異なって割当てるという機能をも持っており，それにより，前契約的なリスク割当てが修正される。例えば，製材機事件におけるような合意では，まさにこのことが行われている[407]。つまり，売主は，その機械が買主の下で予定されていたように稼働し得るという意思表示によって使用リスクを部分的に引き受けており，買主はこのことのためにも売買代金を約束している。契約上合意された使用が実現されない場合に，買主に代金支払いという約束を守らせるための根拠は明らかでない。もしこの場合を契約締結上の過失で処理するとすれば, 売主は免責される可能性がある。売買の標準類型とは異なってリスクが分配されている場合に対しても, 売主の過責に依存せずに契約上の等価的利益を回復するという手段が買主に残されているべきである。ただし，（使用リスクを負担するのは原則的には買主であるという）前契約的な使用リスクの分配も無意味なわけではない。つまり，これは，契約解釈の枠内において，売主によるリスクの引受けを推断的に認めることに対する抑制を促し，このリスクを売主に負担させるためには契約，利益状況，交渉経過の慎重な分析が求められる。もっとも，明示的であれ推断的であれ売主が使用リスクを引き受けたことが認められれば，買主は 437 条の瑕疵に基づく権利を行使できる。

旧 459 条以下について展開された担保法の優先という解釈論が維持されるならば，広い性質概念に立脚すると，売買物のメルクマールに関する過失での間違った申告に基づく売主の責任, 及び, 瑕疵に関連付けられた契約前の説明義務の違反に基づく売主の責任のための余地は残っていないと Berger は述べる。437 条 3 項に基づく売主の一般的な過失責任の導入，及び，通常の消滅時効と 438 条に基づく消滅時効の接近は担保法の優先を維持するための論拠となる。売主が売買物の性状を明示的又は推断的に過失により間違って申告する限りで，このことが性質合意の内容になる。また，買主が売買交渉の際に売買物に対する特別な期待を述べる場合，このことは, 売主が反論しなければ一般的な解釈ルールに基づき, 通常，法律行為上の性質合意の内容になる。これに対して，買主が自らの表象を性質合意の内容にまで高めることができなかった場合には，契約締結上の過失に基づく責任は排除さ

---

405 Berger [2004], S.281.

406 Berger [2004], S.280.

407 Looschelders [2003], S.399 も，一般に売主は物自体に基礎を持つメルクマールだけを認識し，評価すことができるという考察は物の瑕疵の客観的決定の下で妥当するにすぎず，当事者達が性質合意を行い，あるいはある特定の使用目的に関して一致した場合には，合意に含め入れられたすべての事情が欠点の存在の決定の際に顧慮されなければならないとする。

れる[408]。

(2) 物の瑕疵と私的自治（Tiedtke）

Tiedtke は，物の物質的メルクマールに結びつかない環境関係も合意可能な性質に含まれるべきことを，売買された家屋の賃借人の支払能力を例に論じる[409]。すなわち，賃借人の支払能力は，その根拠を家屋の大きさや位置といった物の性質の中に持っておらず，むしろ，それは物の外側に存在している事情に基づいている。それでも，物の価値及び売買決定に決定的に影響する事実的，経済的及び法的な関係が存在する。家屋の売主が賃借人の支払能力に対して影響力を持たないこと，つまり，原則的にその支払能力は売主のリスク領域に属さないことは問題にならない。両当事者が賃借人の支払能力に関して合意した場合には，この事情が基準となる。両当事者は，主観的瑕疵概念に基づき，物の外側に存在するところの諸事情も性質のメルクマールに加えることができる。

また，制限説では，例えば「土地の建築許可を得られること」は，許可される／されないことの原因が物の物質的性質にあるとみなされるか次第で，ある場合には性質性が肯定され，別の場合には性質性が否定されることになる。例えば，土地の位置やその土壌汚染の故に土地に建築され得ないという理由で，建築許可が与えられないかもしれない。この場合には，制限説でも，許可を得られることは合意可能な性質であろう。なぜなら，その原因が土地の物質的メルクマールにあるからである。しかし，許可が与えられなかった理由が，許可権限を有する者が自己の裁量の範囲内で政治的理由に基づき許可しなかったことにある場合には，許可を得られることは合意可能な性質でないことになる。この区別は実用的でないだけでなく，正当化されてもおらず，買主は両方の場合において保護に値する。買主の関心は土地に建物を建てることができることにあり，そのために建築許可を取得できることが合意され，それに相応する売買代金が支払われる。買主にとって，どのような理由で許可を得られないかはどうでもよい。両方の場合に性質性を肯定することのみが，両契約当事者の等価性利益を保障する売買担保法の意味と目的に適う。自己の金銭と引き換えに適当な反対給付を得るという買主の利益は，売買物の物質的性質が関わっている場合にのみ保護されるわけではない。また，合意可能な事情を限定することは，主観的欠点概念の成文化により強化された私的自治と矛盾しており，両当事者は，売買物がどのようにあるべきかを自由に定めることができる[410]。物の外側にある事情，すなわち物とのいかなる関係も持っていない事情だけが依然として性質合意の内容であり得ない[411]。

---

408 Berger [2004], S.282 f.
409 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.307 f.
410 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.309 f.
411 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.311. その例の一つとして，前章で紹介した税の優遇措置に関する判例（BGH NJW 1991, S.2556）が挙げられている。

(3) 瑕疵担保法の歴史と目的（Redeker）

Redeker は，担保法のローマ以来の歴史と目的という観点から，無制限説を主張する。按察官告示以来のローマにおける担保法は Redeker によれば以下のように理解される。すなわち，按察官は担保法を全体として情報提供の問題として整理した。買主が間違った想定を購買決定の基礎とし，その間違った想定が売主に帰責可能であるという理由により売主は責任を負った。按察官はその告示を用いて，買主が自らの購買決定を正しい情報に基づいて行うことを保障することを意図した。従って，按察官は，客観的標準の枠内では，買主が期待してよかったところのこの標準に売買物が合致しなかった場合にはその解明を売主に義務付けた。これに対して，そのような標準が存在しないところでは，按察官は売主に沈黙を許し，単に間違った申告を売主に禁じた。いずれの場合も同じ法律効果（解除・減額）を引き起こした。もっとも，按察官の物の瑕疵責任は，解除訴権（*actio redhibitoria*）及び減額訴権（*actio quanti minoris*）という特別な訴権による契約外の責任体系であり，そこには次の三つの責任要件が併存していた。①標準的性質に対する責任としての *morbus* と *vitium* に関する不解明，②間違った *dicta* と *promissa* による間違った情報提供，③悪意である。そして，これらの責任の契約への転移が古典期における決定的な革新であった。今や，過責に依存しない瑕疵責任がもはや他の訴権ではなく買主訴権（*actio empti*）に基づいて認められ，その責任は売買契約上の売主義務の構成要素になる。信義誠実に基づき売主が義務付けられ，それにより買主が訴求し得たことは第一に契約から生じることとなった。つまり，責任の根拠は，契約前の行為ではなく，その物が売買契約に合致しなかったという事実であった。標準的性質からの相違に関する不解明，間違った *dicta* と *promissa*，悪意の沈黙は今や売買契約上の債権債務関係の内容を決定した。このようなローマ法の展開は，（客観的標準にせよ売主の申告にせよ）買主の期待が裏切られたという問題が契約外の情報提供責任によって解決されなければならないわけではないことを明らかにする。まったく反対に，契約責任としての一般売買法における物の瑕疵責任が，按察官訴権の責任要件を受け継いで，買主訴権の信義誠実（*bona fides*）の枠内で展開した[412]。古典期のローマ法学者達はこの問題を（内容的に告示から離れることなく）買主訴権の枠内で解決することは妨げられていないと判断した。客観的な標準と特別な約束（*dicta et promissa*）はもはや特別な責任の要件であるのではなく，売主義務の内容を決定した。売主は，信義誠実に基づき，客観的標準に合致すること，あるいはそれを超えて彼が特に申告したことを給付しなければならなかった。すなわち，この問題を等価性の問題として整理するか，あるいは情報提供の問題として整理するかは単に観点の問題であり，その問題の「本質」によりあらかじめ決まっているわけではない[413]。今やまさに契約責任として形作られた BGB における担保法も，とりわけ，買主が自らの買うという決定を正しい情報に基づいて行うことができるようにするという目的を追求している。そして，433 条 1 項が，売買物に関する買主の間違った情報とい

412 Redeker [2012], S.30 f, 209.
413 Redeker [2012], S.210.

う問題を等価性障害として処理することで，改正売買法は解釈論的に古典的ローマ法と同じ観点を持っており，それにより 1900 年の売買法と比べて古典期ローマ法により近い，とされる[414]。

瑕疵という法律要件の主観的拡大を巡る論争は BGB の発効後にはじめて現実の意味を獲得したが，Redeker はその背景を次のように整理する。すなわち，旧 459 条以下における確約という概念は本来，法律起草者の意思によれば，契約前の申告のすべてを含むとされたのに対して，RG がこの概念を，旧 463 条 1 文に基づく過責に依存しない損害賠償責任の故に，既に早くから（損害賠償）責任を負うという意思を伴った意思表示（つまり *promissum*）として解釈した。しかし，（旧 462 条が解除と減額を結び付けたところの）旧 459 条 2 項が同様に確約という概念を用いたから，単なる *dictum* の領域において責任の欠缺が生じた。確かに，この *dictum* は普通法によれば損害賠償責任には通じなかったが，それでも按察官法上の法的救済である解除と減額に通じた。RG はこの欠缺を，標準の性質からの相違の場合だけではなく契約前の間違った申告の場合にも旧 459 条 1 項に基づく欠点を承認することによって塞いだ。まさにこの関係において何度も登場する贋作絵画の事例は，標準的性質が存在しないという点において際立っている。主観的欠点概念を基礎付けたのは，法律要件における客観的欠点と売主の個別的な申告の混合である。成立史という視点から，今日 434 条で規範化された主観的欠点概念は，歴史的な諸要件（*vitium, morbus, dictum, promissum*）をただ一つの要件に一体化しており，担保法の根底にある歴史的構想は，その適用範囲の物の内的事情への客観的な限定に反対する。法律効果の体系としての担保法は，まさに美術品売買のような個別化された客体の非常に重要な事例（その際に売買代金はたいてい売主の契約前の約束により算定される）においても，発生する問題を処理するために必要である[415]。

以上のように，Redeker によれば，主観的欠点概念の成立史は物の内的事情と外的事情を区別することに反対する。そして，とりわけ担保法の一般的な目的もそのような境界付けの維持に反対するということが以下のように論証されている[416]。そもそも，（1900 年の）BGB 創設の際には，可能な限り明白な法的に安定した法律効果体系を作り出すことが努められた。例えば，短期消滅時効が（普通法とは異なり）損害賠償責任に拡張され，法律起草者は旧 463 条 1 文の損害賠償において保証的な *promissum* と単なる申告（*dictum*）の区別を除去することを意図した。債務法改正の立法者はこの目的を引き続き追求しており，困難でほとんど理解できない境界付けという問題の除去が改正プロジェクト全体を貫いている[417]。広い性質概念の批判者は，潜在的に瑕疵を基礎付ける事情が物の内的事情に限定されない場合には売主の責任が不適切に拡大しすぎることを恐れる[418]が，それには根拠がない。売主が個々の場合において，売買物の前史に由来する事情に関する申告が適切であるかを認識

414 Redeker [2012], S.210.
415 Redeker [2012], S.210 ff.
416 Redeker [2012], S.212. 前節における理由書に関する論述も参照。
417 Redeker [2012], S.213.
418 例えば前述の Canaris [2003], S.61 f.

できない場合でさえ，その申告に対する過責に依存しない責任は物質的性状の場合と同様に適切であるからである。追完，解除，減額という法的救済に関していえば，契約前の申告に対する売主の担保法上の責任は，売買物の物質的性質を彼が検査できることから生じる抽象的な有責性に基づいているわけではない。単一化した主観的欠点概念に組み入れられた普通法上の *dictum* に相当する部分は次のような法律の価値判断に基づいている。すなわち，自由意思での申告により買主に売買契約を締結させる，あるいは少なくともより高い代金を承諾させる売主は，その申告が間違いであることが明らかになるというリスクを負担しなければならないという価値判断である[419]。

Redeker によれば，437 条，438 条の目的も広い性質概念に対する障害ではないとされている。売主は損害賠償請求を追完により防ぐことができるが，確かに，追完が不能な場合にはこの機会を持たない。瑕疵が売買物の前史に由来する場合には一般に追完は不能であろう。しかし，この問題は性質概念の利用（つまり，性質概念を制限的に解釈すること）によっては説得的に解決されない。そもそも，履行責任の適切性は，瑕疵を基礎付ける状態の物質性とは無関係である。上述のように，売買客体に関連付けられた申告の正しさに対する売主の責任の根拠は，売買客体に関して述べることにより買主をそもそも買う気にさせる，あるいは少なくとも特定の代金で買う気にさせるという売主の自由な決定にある。また，債務法改正前においては，瑕疵の物質性の欠如（及びそこから生じる，買主が検査の際に瑕疵を確認できないという事情）は，どちらかといえば履行責任のための論拠であった。すなわち，売主は権利の瑕疵の際には過責と無関係に履行責任を負ったが，物の瑕疵の場合と比べて厳格な履行責任の根拠は，権利の瑕疵がまさに具現化しておらず，その結果，そもそも売主だけが確実にそれに関する情報を得ることができたのに対して，買主は具現化された物の瑕疵を売主と同様に（場合によっては売主に劣るかもしれないとはいえ）認識することができたことに見出された。今や権利の瑕疵と物の瑕疵が同じ法律効果を発生させるから，瑕疵を基礎付ける事情の具現化の欠如によって履行責任の不適切性を理由付けることはできない[420]。また，確かに，旧法における 477 条の短期消滅時効は狭い性質概念を基礎付けるための法律上の連結点であった。BGB の起草者は，買主が物を検査し，それによりあり得る瑕疵を発見できるという引渡しの時点に消滅時効の開始をあてがった。買主は検査に際して物の物質的性質と関係する瑕疵を発見できるにすぎない。しかし，債務法改正後においてこの論拠は既に出発点において説得的ではない。438 条に基づく消滅時効は物の瑕疵と権利の瑕疵に対して適用される。それにより，物質的性質と結び付いている瑕疵の類型的な認識可能性は，もはや短期の客観的消滅時効の根拠ではあり得ない。その認識可能性が権利の瑕疵の場合には存在していないからである。特別な消滅時効規定の規範的正当化として考慮されるのは，一度きりの交換関係としての売買契約の際に高められている法的安定性への要求だけである。つまり，売主は，原則的に，その出来事（売買契約）を 2 年後には処理済

419 Redeker [2012], S.215.
420 Redeker [2012], S.219 ff, 267

みとすることができ，それにより，売買代金を再投資し，万一の担保請求権に対する手段を確保しておくことをもはや強いられない[421]。それ以外には，物の外的事情の結果として売買物の使用性又は価値に関する買主の正当な期待が裏切られる場合に解除及び減額が適切であることに争いの余地はない[422]。

Redeker は以上のような考察から，物質的状態の他に，買主の観点から物の価値評価にとって重要であるところの物の環境関係のすべても売買物の性状を形成すると結論付ける。売られた物が特定の前史を有したこと，及び，それが特定の場所での使用に適することも瑕疵を基礎付けるように合意されることができ，このことは企業売買の際にも準用され（453 条 1 項），それにより収益の申告も瑕疵を基礎付けることができるとしている[423]。

(4) 倫理的消費と等価性（Lütteringhaus）

Lütteringhaus は，「倫理的消費」という極めて今日的な視点から無制限説の妥当性を主張しているから，その説くところをやや詳しく確認する。現在，道徳的考慮は多くの日常的取引の確かな構成要素であり，生態学的及び社会的動機が「倫理的消費」という新たな世界を生み出している。その範囲は，「イルカに優しく」漁獲された魚や「持続可能な」方法で管理された木材から，「エコ」な製品，「公正に」取引されたコーヒー，児童労働なしに生産された繊維まで多岐にわたる。これらは製品パッケージにある「オーガニック［Bio-］」，「エコ［Öko-］」，「フェアトレード［Fairtrade］」ラベルやその他の多くの証明書によって保証される。しかし，これらの取引では認証基準だけではなく製造者独自の基準さえも遵守されないことが繰り返される。買主の視点からは，この場合に最終的な売主に対する過責に依存しない売買法上の担保請求権が自らに帰属することは疑いの余地なく好都合であるとされる[424]。

しかし，「倫理的」製品基準の違反がどのような要件の下で 434 条の意味での物の瑕疵をなすのかは問題である。まず，「倫理的」な商品の際にも，物的本質それ自体が関係していることがあり得る。例えば EU-Öko 規則（Verordnung (EG) Nr. 834/2007）に基づき禁止されている農薬を使用してオーガニック製品が生産された場合はそうである。この場合，在来的に生産された製品は化学的にオーガニック製品とは明らかに異なり，売買物に物質的に付着するこの事情は性質に属する。これに対して，売買物がフェアトレードラベルの条件を満たしていない場合には異なる。例えば，カカオ農家や綿花農家が売買物の製造者から原材料の対価としてどれだけを得ているかは，製品の物質性には何の影響も及ぼさず，これらの事情は「売買客体」それ自体「の中にその原因を」持つわけでもない。あるいは，伐採後に再植林されるという「持続可能な」方法で生産された木材も同様である。そのような「倫理的に」生産された物品は物質的には在来の製品と区別され得ない。この問題は，オーガニ

421 Redeker [2012], S.222 f.
422 Redeker [2012], S.225.
423 Redeker [2012], S.227.
424 Lütteringhaus [2019], S.30 f.

ック製品の際にも現れる。EU-Öko 規則によれば「エコ」や「オーガニック」という表示は特定の原材料の不使用だけを前提としているわけではない。例えば畜産物の場合には，残酷な扱いのない種に適した方法での飼育が規定[425]されているが，最終製品において動物を正しく扱わない飼育方法は（化学的に）証明されない。従って，そのような「エコ」「持続可能」「公正」な生産条件は，性質という概念が物の物質的性状から切り離されている場合にのみ，売買物の性質に加えられることができる[426]。

Lütteringhaus は，既に裁判例では物の物質的な性状から切り離された統一的性質概念が基礎とされていることを主張する。例えば，中古車の前所有者の数が売買物の性質とされ[427]，あるいは，BGH は製造者保証の存在を中古車の性質に加えている。後者の製造者保証は，売買物の物的実質に（物質的に）結び付いているのではなく，買主に対する製造者の表示に基づいている。BGH は，保証はその原因を売買物自体の中に持っているとする（上記判例参照）が，保証がそれ故に売買物に物質的に付着する事情であるとすることは説得的な印象をほとんど与えず，保証は取引見解によれば物の価値評価にとって重要であるという理由付けのほうがより自然であるという。このことは，ある絵画がある有名人の個人コレクションに由来するという美術品の由来[428]の場合により明確になるとされる。ここでも，その由来が価値形成要素であるという理由で 434 条の性質に属することが容易に前提とされるが，市場における価値評価だけが決定的な基準となっている。というのも，有名人がその客体を以前に所有していたという事情も中古車売買の際の前所有者の数も売買物に付着する物質的な違いを基礎付けないからであるとされる[429]。

Lütteringhaus の理解では，判例が物の外側にある要素を性質に含めるところでは，このことは常に，取引見解によればその要素が物の価値評価に影響を及ぼすことにより根拠付けられている。この根拠付けは 434 条と契約上の等価関係の関連に鑑みて賛成に値するとされる。売買法において性質は，売買物の価値形成的な性状を表すための記号として用いられていることがその理由である。つまり，担保法は，契約上予定された等価関係を保障し，危険移転時にその価値形成要素が欠けている場合には常に矯正手段を提供するとされるのである。ある物は，第一に，その物質的性状に基づき高く評価される。売買物は，第二に，例えばそれがある特定の前歴を有する，あるいはある特定の仕方で製造されたという理由に基づいて市場で高く評価される。それ故，434 条が等価関係の維持に用いられることが承認されるならば，後者の取引上重要な諸要素のすべてを性質概念から除外することは矛盾である。これらも等価関係に入り込んでいるからである。売買物の物質的品質と結び付いた

---

425 EU-Öko-Verordnung Art.14 Abs.1 lit.b Ziff.vi.
426 Lütteringhaus [2019], S.32 ff.
427 OLG Naumburg NJW-RR 2013, S.544. 当該判決では「中古車取引において，その車両の前所有者が一人であったか，あるいは三人であったかは，買主の購買決定にとって相当な違いを生じる」と述べられている。
428 OLG Köln NJW 2012, S.2665.
429 Lütteringhaus [2019], S.41 f.

要素だけが買主の等価性利益を決定するという前提は，売買客体の非物質化の増大に鑑みてもはや維持できない。物質性と結び付いた要素への性質概念の収縮は，当事者の典型的な期待が 434 条 1 項 2 文 2 号によって契約中に固定される場合にも不可能であるとされる。というのも，具体的な売買物の下で既に取引見解に従い特定の環境関係がまさにその価値形成的な特質に基づいて「普通」「期待可能」である限りでは，その環境関係は買主の等価性利益を同様に決定するからである。物質的性状への結び付きを基礎とした区別は正当ではないし，実用的でもない[430]。判例による「物の価値評価に対する影響を有する」環境への性質の定義上の限定も放棄できる。その根拠は，当事者がある環境要素を私的自治的に合意した限りでは，その要素は当事者達の観点から価値形成的であることが結論され，あるいは，434 条 1 項 2 文 2 号の枠内においても，同種の物の下で普通であり，買主に物の種類に基づき期待可能な環境要素は価値形成的なものに限られることである（言い換えれば，価値形成的ではない要素が性質の対象となることはない）とされる[431]。また，売買担保法に基づく過責に依存しない責任は，まさに売主が買主と比べて管理と情報の著しい優位性を持っていることに基づいているが，この優位性は決して売買物の物質的性状及びそれと結び付いた事情に限定されていないことも指摘されている[432]。

以上のような物に関する事情の価値評価への影響可能性という根拠から Lütteringhaus は，物質的な物の性状に加えて，売買物と関係のある環境要素であって危険移転時に確定しているもののすべてが性質に含まれるとする。そのようにして，製品の「倫理的」品質も，物に関連付けられた危険移転時に確定している環境要素であり，売買物の性質に属するとされる。例えば，オーガニック製品の農薬への暴露は物質的に明らかな要素であり，あるいは，倫理的な製造過程も売買物と不変に結び付いて売買物の倫理的製品としての特質を形成している[433] [434]。

---

[430] Lütteringhaus [2019], S.44 f.

[431] Lütteringhaus [2019], S.49. なお，普通・期待可能という規範的基準が，その買主の個人的な価値評価が基準となることを阻止することにより，売主の責任の妥当な限定を可能にするとされる。

[432] Lütteringhaus [2019], S.45.

[433] Lütteringhaus [2019], S.48, 61 f.

[434] Lütteringhaus [2019], S.58 ff は，倫理的品質が欠如する場合の追完について以下のように述べている：製造過程は逆戻りできないという理由で，通常，追完は不能である。売買物の物質性からの瑕疵の切り離しに応じて，「物の外側での」修補も考慮に値しないのかが検討され得る。例えば，カカオ製品が「公正に」，あるいは木製品が「持続的に」生産されていない場合の修補は，カカオ農家が遡及してより良い支払いを受けること，あるいは，木製品のために伐採された木が再び植林されることに存在し得る。これに対して，有機認証に必要な種に適した動物飼育条件の遵守については，この方法は最初から失敗する。とりわけ，動物を死後に野外で種に適した方法で飼育することはできず，将来における同種の動物の正しい取扱いが具体的に買われた製品の瑕疵を除去することはできない。また，「物の外側での」修補は，通常，製品の製造者には可能であるが，追完請求権の債務者としての売主には不可能である。例えば，スーパーマーケットの経営者は，チョコレート製造者のすべての製造場所と原料供給者を詳細には知らず，その結果，売主が「フェ

第 4 項 小括

本節では物の性質の射程に関する議論を確認した。434 条 1 項の性質が少なくとも改正前の確約可能な性状よりも狭いことはないという点で判例と学説は一致している。問題は，これをどこまで拡大できるかである。判例の立場は明らかにされてはおらず，学説は制限説と無制限説に分けられる。

制限説に立つ Grigoleit/Herresthal によれば，433 条 1 項，434 条は物の有体性（及びそれに基づく等価性・物の管理・契約の単純化という評価基準）を根拠として物の性質に対する売主の履行責任を一般的な法律行為の場合よりも緩和された要件で認めているとして，そのような容易化された履行責任が妥当するのは物の物質的メルクマール及びそれと関わる事情に関してだけであると考える。Canaris は，物の使用リスクは買主が負担しなければならないという売買法の大原則から制限説を主張する。つまり，売主は売買物自体に基づく物の使用リスクに関してのみ買主に対する責任を負うとされる。Ostendorf も，瑕疵の除去が通常は可能であることを前提に買主はまず追完を請求しなければならないことを原則としている 433 条以下の法律の体系を論拠として制限説を主張する。それによると，無制限説が重視する環境関係は追完が不能であるから，追完が可能で優先することを原則とする売買法の体系がそのような重要な部分に対してアプリオリに無意味になるとされる。

これに対して，無制限説は契約自由を主な論拠として制限説を批判する。Berger は，契約は前契約的なリスク配分を修正する機能を持っているから，原則的に買主が負わなければならない物の使用リスクを契約により売主が引き受けることは当然に可能であるという。Tiedtke は，合意された使用方法を妨げる要因が物の物質的性質にある場合にもそれ以外の事情にある場合にも買主は同様に保護に値し，合意可能な性質を限定することは私的自治と矛盾することを指摘する。Redeker によれば，瑕疵担保法の目的は買主が自らの購買決定を正しい情報に基づいて行えるようにすることであり，客観的欠点（*vitium, morbus*）に対する責任と売主の申告（*dictum, promissum*）に対する責任が漸次混合したという歴史は性質概念の限定に反対し，また，売買客体に関する申告の正しさに対する売主の履行責任の根拠は，その申告を行うことにより買主に購入を決定させるという売主の自由な決定であって，瑕疵を基礎付ける事情の物質性と関係はないとされる。そもそも，債務法改正前において瑕疵の物質性の欠如は権利の瑕疵に対する履行責任を認めるための論拠であったとも述べられている。「倫理的消費」という視点から無制限説を主張した Lütteringhaus によれば，瑕疵担保法は契約上予定された等価関係を保障することを目的としており，性質という概念は物の価値形成要素を表すためのものであるが，買主の等価性利益を決定するのは物

アトレード」基準の遵守を（例えばココア農園への追加払いにより）確保することはできない。いずれにせよ，そのために必要な費用は 439 条 4 項の意味での不均衡な費用を引き起こすだろう（つまり，売主は追完を拒絶できる）。従って，買主の担保権は，売買物の「倫理的」性質の欠如に基づく瑕疵の場合にはたいてい解除又は減額に限定される。

の物質的品質と結び付いた要素だけではなく，例えば「フェアトレード」製品において原料の製造者が正当な対価を受け取っていたこともそうであると説く。

これを要するに，制限説の論者が指摘した等価性・物の管理・契約の単純化という視点には問題がないとしても，無制限説の批判からも明らかにされたように，それは物の物質的性質と結び付いていない事情に対しても同様にも当てはまるといえるであろう。

第 3 節 物の通常性の位置付け

最後に，物の通常性の欠如がどのようにして物の瑕疵と判断されるのかという問題についての議論に検討を加える。434 条 1 項を文法的に素直に解釈すれば（2 文冒頭の „soweit“ 及び 2 文 1 号末尾の „sonst“ ），契約上前提とされた使用に基づき瑕疵の存否が判断されるのは性質が合意されていない場合であり（1 項 2 文 1 号），通常の使用・性質に基づいて瑕疵の存否が判断されるのは使用が契約上前提とされてもいなかった場合である（同 2 号）ことになる。つまり，目的物が合意された性質を備えているが普通の性質を備えていない場合にも，あるいは，それが契約上前提とされた使用に適しているが通常の使用には適さない場合にも，物の瑕疵は存在しないことになりそうである。もちろん，そのように単純に理解されているわけではない。

債務法改正前において U. Huber は性質合意と物の通常性に関して次のように述べていた。すなわち，主観的欠点概念が述べているのは，物の瑕疵に対する責任の根拠が，すべての場合において実際の性質と「合意された性質」の相違であることにすぎず，すべての場合において物のあるべき性質に関する明示的あるいは推断的な取決めがなされなければならないことが求められるわけではない。契約が沈黙すれば，その内容が任意的制定法により，特別な合意の欠如の場合には通常の使用に対する物の適性が合意されたとみなされるという意味で補われる。この場合においても，欠点は，実際の性質の合意された性質からの相違に存在し，合意の内容が任意的制定法により補われるにすぎない。もし法律が単純に，売主は「物の契約適合的な性質」に対して責任を負うとすることを述べていたならば，補充的契約解釈により容易に，特別な合意の欠如の際には普通の使用に適している物品が「契約適合的」であるという帰結に到達される，というものである[435]。このような理解に対しては，「物が通常の性質を備える」という一般的な性質合意を承認することは不要であり，問題でもあるという Knöpfle による批判が存在した。つまり，結局，（そもそも実際に存在するかが明らかですらない）そのような合意を媒介させることで客観的欠点概念が用いられており，また，（多くの見解は合意に応じた性質での給付請求権や瑕疵物の受領拒絶を特定物買主には認めなかったから）性質合意の内容は，合意された性質の欠如する場合には担保責任が発生するというものであり得るにすぎないから，客観的に定められる欠点に対する売主の担保責任を法律から直接に生じさせれば十分であるという批判である。

---

[435] Soergel/Huber [1991], Vor §459 Rn.31. 任意的制定法は解釈により確認されなければならないことを先取りして行っているにすぎないとされている。

政府草案の理由書を改めて確認しておくと，義務の内容が可能な限り明確に法律から読み取られることが合目的的であること[436]，契約実務では決してすべての売買契約において性質が合意されるわけではないこと[437]が述べられている。本節のテーマである 434 条 1 項 2 文 2 号に関しては，性質が合意されておらず両当事者がある特定の使用も前提としなかった場合にのみ，その物が通常の使用に相応しいかどうかが重要であると述べられているが，物の通常の使用／性質が瑕疵判断の基準とされていることの根拠については明らかにされていない[438]。

以下では 434 条 1 項 2 文 2 号の定める物の通常の通常性が瑕疵判断に際してどのように位置付けられるかについての主要な見解を確認する。なお，政府草案の理由書もそうであるように，物の通常性の欠如が物の瑕疵となる根拠について多くを述べない文献も少なくない。確かに，EU 指令の国内法化の必要性という点からは，434 条 1 項の規定の仕方の妥当性を議論しても無意味であるということもできようが，そうであるとしても，なぜ物の通常性の欠如をもって物の瑕疵として売主に責任を負わせなければならないかについての検討はなお必要である。

第 1 項 合意との関連性を強調する見解

通説的な見解は物の通常性を合意に引き付けて論じるが，そのニュアンスは論者により様々である。例えば，Canaris によれば，1 項 2 文 2 号は解釈論的にはおよそ客観的欠点概念の成文化ではなく，2 文 1 号の使用目的と同様に 133 条，157 条の意味での契約解釈の基準であり，たとえ法律に明示的に規定されていない場合であっても原則として引き合いに出されるとしている[439]。Looschelders も同様に，法律は決して客観的欠点概念には従っておらず，むしろ，物が通常の使用に相応しく普通の性質を示すべきことは，反対の手がかりの欠ける場合には仮定的当事者意思に合致すると述べる[440]。Lorenz も，両者を引きつつ，2 文 2 号の基準を以下のように契約解釈の観点から説明する。すなわち，この種の欠点概念は広く「客観的欠点概念」と呼ばれるが，それは仮定的当事者意思にも還元され得る。ともかく，契約上前提とされた使用との境界は流動的である。そして，解釈論的に疑いなくより適切であるのは 434 条を一体とみなすことであり，そこでは，最終的に基準となる契約適合的なあるべき性質が三つの段階での契約解釈により，すなわち，第一に性質合意に基づき，第二に契約上前提とされた使用に基づき，補助的に買主の普通の期待に基づき追及されるべきである。もっとも，「通常の使用」についても「普通の性質」についても重要なのは，その都度の買主の期待範囲［Erwartungshorizont］ではなく，合理的な平均的買主のそれ，

436 BT-Drucks. 14/6040, S.210.
437 BT-Drucks. 14/6040, S.213.
438 BT-Drucks. 14/6040, S.213. これにより消費財売買指令 2 条 2 項 c 及び d が国内法化される旨が述べられるのみである。
439 Canaris [2003], S.58.
440 Looschelders [2019], §3 Rn.16.

いわゆる「客観的な取引期待」であるから，この欠点概念を「客観的」と呼ぶことはできるとしている[441]。

Tiedtke は，契約上前提とされた使用と通常の使用の関係を以下のように両当事者の意思から説明している。434 条 1 項 2 文 1 号の契約に基づき前提とされた使用とは，使用が契約の内容になっていることである。双務的な給付義務は契約自体から生じなければならないから，434 条 1 項 1 文の意味での性質合意が契約の内容になっていなければならないのであれば，このことは契約に基づき前提とされた使用に対しても異なり得ない。ある特定の使用が契約の内容になっているとされるには，相応の法律行為上の合意が必要である[442]。また，指令適合的解釈が必要であるから 434 条 1 項 2 文の 1 号と 2 号で挙げられた要件は重畳的に満たされなければならないが，決定的であるのは，両当事者の意思によれば売買物は契約上前提とされた使用のみを可能とすべきであり，それ以外の使用の可能性とその性質は問題とならないのか，あるいは，売買物はいずれにせよ通常の要求に適うべきであり，それに加えて契約上前提とされた使用も可能とすべきなのかである。通常は後者と判断されるべきであり，これに対して，契約上前提とされた使用が通常の使用への適性又は普通の性質と矛盾する場合には，契約上前提とされた使用が優先するという[443]。

Grigoleit/Herresthal は，物の性質については一般的な法律行為の場合と比べて売主の給付義務が容易に発生すると理解しつつ，かつ，1 項 2 文 2 号を法律上典型化された性質合意として扱うべきことを論じるが，その要点は以下のようなものである。まず，434 条 1 項 1 文は，売買契約の締結に際しての合意のすべてではなく，性質，つまり物の物質的メルクマールと結び付いた事情に関する合意に対してのみ適用される。というのも，そのような事情に関してのみ，433 条以下に基づく「容易化された履行責任」の根底にある評価基準[444]が介入するからである。そして，性質合意は，両当事者が契約交渉に際して一致してかつ明示的に売買客体の個別的な性質に言及した限りで容易に認められる[445]。433 条 1 項 2 文，434 条 1 項の規定によれば，その種の一致は原則として，その性質が明示的に売主の給付義務の対象に高められてはいない場合であっても，性質合意の意味において法律行為的な特質を有し，売主に給付義務を発生させる。性質についての明示的な申告が欠けていれば，場合によっては，法律行為理論の一般法則並びにこれまでの実務[446]に従い，当事者の行為から（推断的な）性質合意が推論され得る。適切であるのは，434 条 1 項 2 文及び 3 文で取り上げられた諸基準を，推断的な性質合意が法律上典型化された場合として処理することである。434 条 1 項の 2 文及び 3 文は，意思表示の基層において異なる手がかりを欠く場合に（推

441 Medicus/Lorenz [2018], §6 Rn.18.
442 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.323.
443 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.325.
444 「等価性」「物の管理」「契約の単純化」という三つの評価基準については前節で述べた。
445 既に紹介したように，政府草案の理由書もそのように述べている。
446 例えば，新車の燃費に関する BGH NJW 1997, S.2590。

断的な）性質合意の承認を正当化する（意思表示の解釈に際しての）客観的な受領者の地平［Empfängerhorizont］の決定のための法律上の基準である。BGB 434 条 1 項 2 文及び 3 文の規律は典型化された当事者期待を表すから，そこで挙げられた諸基準が性質合意の解釈の重要な出発点として用いられるべきである。133 条，157 条という解釈の一般規定を越えて客観的な受領者の地平を法律上具体化することは立法者の自由に委ねられており，それにより法適用がより明瞭に，より単純になる。このような理解の下で，1 項 2 文の冒頭部分は「性質が異なって合意されていない限り……」[447]と読み換えられることになり，これにより，物の通常の使用及び性質が契約に原則的な内容として取り込まれるとされる[448] [449]。

Schlechtriem は，英米法や CISG による影響も視野に入れつつ，次のように論じる。売買契約の両当事者が，売買客体の備えるべき性状のすべてを明示的又は推断的に，そしてはっきりと合意することは決してない。人々は多くのことを当然と考え，それ故に言及するに値しないと判断し，その他のことを想起しない。従って，売買法は，両当事者により明確かつ詳細に合意されなかったことを合意されたとするところの補助規定ないし受皿規定を必要とし，BGB 434 条 1 項 2 文，3 文はこの補助規定である。この黙示的性質合意は推定され，この推定は異なった内容の取決めの証明により否定されることができる[450]。1 項 2 文 2 号において，通常の使用及び同種の物の下での普通の性質は，ここでは性状が「客観的に」定められるという誤解の原因を与えるが，黙示の合意の内容が客観化され得るメルクマールに結び付けられているにすぎないとされている[451]。

第 2 項 客観性を強調する見解

判例によれば，434 条 1 項 1 文に基づく性質合意の存在には厳しい要件が課され，そのような合意の存在はもはや疑わしい場合には考慮されず，明確な場合にのみ考慮に値するとされている[452]。このことに対応して，目的物が普通の性質を示さなければならないとすることを当事者達が推断的に合意したことを容易に認めることはできないとする見解も主張されている[453]。とはいえ，434 条 1 項 2 文 2 号に基づく瑕疵の決定について，当事者の合意から離れた客観性を強調する論者はそれ程多くはない。例えば，Walker によれば，1 項

---

447 „nicht vereinbart“が„nicht anders vereinbart“と読み換えられることになる。

448 Grigoleit/Herresthal [2003b], S.233 f.

449 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.69 は，当事者合意の欠ける場合には，契約上の合意を「補充する」ために客観的な判断基準が介入し，この点に推断的な性質合意の典型化された場合が認められ得るが，同時に，個別化された合意と法律上典型化された合意の間に残るところの違いを意識することが必要としている（もっとも，その違いの具体的な内容についてまでは述べられていない）。

450 Schlechtriem [2003], Rn.39. 英米法におけるいわゆる黙示の保証（implied warranty）と同視されている。

451 Schlechtriem [2003], Rn.41.

452 BGH NJW 2008, S.1517 [Rn.13]. 近時のものとしては BGH NJW 2018, S.146 [Rn.18]; BGH NJW 2019, S.1937 [Rn.22].

453 BeckOK BGB/Faust [2021], §434 Rn.41.

2 文 2 号は，契約当事者の表象ではなく，平均的買主のそれが重要であるところの客観的欠点概念に関わるとされている[454]。また，Emmerich は，両当事者の取決めを最も広く解釈した場合にさえ（主観的欠点概念の意味での）瑕疵の基準としての物の性質又は使用目的に関する合意がもはや証明されないときに，法律がここで補助的に物の瑕疵の存在について客観的基準を用いると述べている[455]。

Büdenbender は 1 項 2 文 2 号の位置付けを次のように理解する。すなわち，1 項 1 文の意味での性質合意が存在する場合には，解釈によりその内容が具体的に確かめられるべきであるが，このことは単純に普通の性質が合意されたと容易に仮定することを許さない[456]。1 項 1 文及び 2 文 1 号[457]の要件が満たされていなければ，1 項 2 文 2 号により，取引慣習に応じた客観的な品質標準が基準となり，その限りで売買客体に対する平均的な要求が妥当するが，この基準は 1 項 1 文及び 2 文 1 号との関係では補助的である。私的自治の結果として，性質が取り決められている場合にはこれだけが重要であり，客観的な物の品質は問題とはならないとする[458]。

注目に値するのは債務法改正後における U. Huber の見解であり，（企業売買に対する物の瑕疵責任規定の類推適用には問題があるとする文脈で）通常の性質と絡めつつ物の瑕疵責任の法的性質について次のように述べている。旧 459 条 1 項並びに新 434 条の意味での物の瑕疵責任は，物が通常は標準的性質を有することに基づいている。この標準的性質は，物が消費財であること，そして，それ故にほぼ常に物にとっての通常の又は少なくとも典型的な使用が存在することから明らかになる。標準的性質は，その物を通常の又は契約において前提とされた典型的な使用のために有用にする性質である。格別に何も合意されていない場合には，売主はこの標準的性質に対して責任を負う。この責任は客観的責任である。この責任は，売主が買主に契約締結という純粋な事実を超える情報を少しも与えなかった場合，そして，彼が物の実際の性質に関して少しの知識も持ち得なかった場合にも介入する。そのように見れば，法律の欠点概念は，それがなおも主観的に理解されようとも，それでも，まさに厳格な客観的な核を持っており，そして単にそれ故に，法律上の物の瑕疵責任の基礎としての欠点概念は，特別な合意が欠けている場合にも有用である。旧 459 条 1 項あるいは新 434 条に基づく責任はまさに，特別な約束（*dicta* と *promissa*）に対する責任である

---

454 Brox/Walker [2018], §4 Rn.13.
455 Emmerich [2018], §4 Rn.21.
456 NK-BGB/Büdenbender [2021], §434 Rn.13.
457 既に述べたように，Büdenbender は，1 項 2 文 1 号の「前提とされた使用」についても，合意を要求する通説とは異なる立場をとり，使用の合意はなされなかったが買主の前提とした使用目的が諸事情から売主に認識可能だった場合と理解する（NK-BGB/Büdenbender [2021], §434 Rn.21）。
458 NK-BGB/Büdenbender [2021], §434 Rn.27. なお，両当事者が平均的な品質標準を下回る性質合意を行ったかが解釈により解明されるべきであるが，そのような合意の認定は厳格になされるべきとしている。

のではなく，契約上修正することの可能な法律上の責任であるとされる[459]。

第３項 契約の本質論から説明する見解

他の論者とは大きく異なり，ドイツ法学の伝統的な意思理論ではなく契約の本質という視点からの説明を試みる Oechsler の見解も見ておく。Oechsler はまず，イギリス法理論にも言及しつつ，債務者の意思表示（給付約束）は信頼の法律要件［Vertrauenstatbestand］であり，債権者の保護に値する期待がそれに基づいているということから出発する。給付障害が発生した場合，債務者は，自らの約束の履行の妨げとなっていることを除去しなければならない。債権者はそれについて信頼することが許され，保護に値するからである。そのように理解すれば，437 条 1 号，439 条 1 項に基づく追完請求権の内容が容易に解明される。つまり，権利と義務はローマ法[460]以来の契約の本質（*naturalia contractus*）という観念から生じることができる。合意により主たる給付義務（*essentialia negotii*［契約の要素］）が確定している場合には，それが契約の本質をなし，契約の類型論的な分類が行われる。物の売買契約では，売主の所有権移転義務と買主の代金支払い義務が主たる給付義務である。そこから，その他の義務（*naturalia negotii*［契約の常素］）が，当事者達の明示的な合意が必要とされることなしに加わり，売買契約では 433 条以下がいわば *naturalia negotii* として自動的に加わる。これらの義務は類型的に，債務者の意思が問題となることなしに給付障害法全体を包含しており，給付障害の場合において存在する義務は，債権者が債務者の主たる給付義務の遵守を保護に値する仕方で信頼することに基づいており，この点における明示的な合意は必要とされない。契約の本質という法思想は，BGB の編纂過程で 242 条が（von Kübler による最初のテキストにおけるような契約だけではなく）すべての債務関係を対象とすることとなったために不鮮明になったが，ローマ法の継受の歴史を貫いている。当事者達が明示的に合意したことだけが契約の客体であるのではなく，彼らがその都度相手方の給付約束を信頼する場合に，お互いに保護に値する仕方で期待することの許されることもまたそうであるという非常に単純な法思想が 242 条や 433 条以下の根底にある。つまり，契約締結に通じる意思表示は二通りの機能を持っている。意思表示は，主たる給付義務の客体（及び，明示的に予定された限りでの付随的義務）を定めると同時に，その都度の契約相手方の保護に値する信頼のための法律要件でもあると説かれている[461]。

さて，Oechsler によれば，434 条 1 項 2 文 2 号が主観的瑕疵概念に客観的要素を補充するという点において，契約に基づく諸義務は両当事者が明示的に意思表示で表明したことだけに基づくのではないという契約法の中心原理が明確になるとされる。むしろ，意思表示としての売主の給付約束は，買主の保護に値する期待が向けられ得る信頼の法律要件でもある。合意が欠けている場合には，買主は，すべての誠実な取引参加者と同様に，243 条 1

459 U. Huber [2002], S.212.
460 D.2,14,7,5 (Ulpianus).
461 Oechsler [2017], Rn.2, 4, 57.

項に従い，物の平均的な性質を当てにすることが許される[462]。そして，普通の性質は，まさに消費財に関する日常生活での取引の際に重要である。ここでは両当事者が明示的な性質合意を行うことはまれであり，また，売主は買主の使用目的を知らない。それ故，157 条を準用して，客観的観察者がその買主の状況において物の性質に関して何を期待することが許されるかが重要となる。その際には，製造物責任と同傾向の規範的基準が妥当する。製造物責任において取引参加者の安全性に対する正当な期待（製造物責任法 3 条 1 項 b）が問題となるならば，売買法では性質に対する買主の正当な期待が重要である。その範囲は，第一に，その製品の価格により定まる[463]。さらに，製造物責任法においては，製品買主が価格とは無関係にいわゆる基本的安全性を常に期待してよいことが認められている[464]。製品は，製品価格とは無関係に期待されてよい基礎的要求を満たさなければならず，このことは売買法においても妥当するというのが Oechsler の見立てである[465]。

第 4 項 小括

債務法改正後においても通説は，債務法改正前の純粋な合意説と同様に，通常性の欠如をも合意違反としての物の瑕疵として理解する。給付義務の対象となる事柄のすべてが明示的に合意されなければならないとは考えられておらず，当事者が当然に期待してよいとされることついては，明示的な合意がなくても契約の内容に取り込まれることが認められている。具体的には，434 条 1 項 2 文 2 号は法律に明記されていなかったとしても契約解釈に際して原則として引き合いに出されるという見解（Canaris），物が通常の性質を示すことは仮定的当事者意思に合致するという見解（Looschelders）等が主張されている。434 条 1 項 2 文 2 号を，法適用の明瞭化と単純化のために法律上典型化された性質合意と理解する Grigoleit/Herresthal は，物の性質については通常の法律行為と比べて売主の履行責任が容易に発生すると理解して，典型的に期待され得る物の通常性については明示的な合意がなくても契約の標準的な内容にまで高められているとした。債務法改正前において Knöpfle は，合意は法律効果の発生にも向けられていなければならないとして，通説による欠点の基準としての性質合意及び一般的性質合意の承認という構成を批判したが，ここでも，性質合意は法律効果の発生にも向けられていなければならないとは考えられていない（前節で紹介した性質概念の射程に関する Grigoleit/Herresthal の所説からも明らかになるように，重要なのは等価性という視点である）。この他に，英米法の黙示的保証を手がかりに，物の通

462 Oechsler [2017], Rn.117. Oechsler は，契約に基づき前提とされた使用を定める 434 条 1 項 2 文 1 号も信頼保護（矛盾行為禁止原則）に還元する。つまり，売主が契約締結時に買主の使用目的を認め，後からその使用に対する責任を拒絶する場合には自己矛盾に陥るから，この場合のあるべき性質は必然的に合意により具体化されるわけではなく，信頼責任に基づいても具体化され得るという（Oechsler [2017], Rn.115）。

463 その例として，小型車の買主はその価格で，高級セダンの備える機能（シートヒーター，側面衝撃吸収システム等）を期待することはできないことが挙げられている。

464 BT-Drucks. 11/2447, S.18.

465 Oechsler [2017], Rn.118.

常性については当然のことと考えられており反対の証明のない限り黙示的な性質合意が推定されるという見解（Schlechtriem）も説かれている。

他方で，U. Huber は，債務法改正後においては，物の瑕疵責任は物が標準的性質を有することに基づく客観的責任であり，契約上修正することの可能な法律上の責任であるという驚くべき主張をする。改正前における合意説の強力な主張者のこの後退は注目に値する。その内容は，債務法改正前において，一般的性質合意を介在させることの問題性を指摘し，客観的な欠点に対して法定の物の瑕疵責任が発生すると理解すべきという Knöpfle の主張に非常に近いものとなっている。

あるいは，契約の本質という観点からの説明を試みる Oechsler によれば，主たる義務の給付約束それ自体が法的に保護に値する買主の信頼を基礎付け，物の通常性の欠如に対する売主の責任は契約の常素としてその旨の合意なしに生じるとされる。その際には，買主の期待が正当かという判断のために代金が非常に重要な役割を果たすとされている。通説がドイツの伝統的な意思理論に従って物の通常性に対する責任を当事者の（仮定的）意思に還元するのに対して，この見解はそれを（保護に値する債権者の）信頼に還元するという構成の違いはあるが，物の通常性に対する買主の期待は正当なものであり原則として保護されるという結論において両説は異ならない。

第 4 節 2022 年改正

前節までにおいて検討した 434 条の規定は，2022 年 1 月 1 日から大きく改正されている[466]。この改正は，物品売買指令[467]の国内法化を目的としたものである。新 434 条 1 項は，物が「危険移転時に主観的要件，客観的要件及び組立て要件に合致する」場合には物の瑕疵を持たないことを規定する。新規定においては，旧規定と異なり，三つの要素の同格性が定められている[468]。すなわち，これまでは，性質が合意されておらず，使用も契約上前提とされていなかった場合にはじめて物の通常性が着目されることが定められていたのに対して，新規定は主観的要件と客観的要件が同時に満たされなければならないことを定めている。もっとも，このことは（消費財売買契約以外の）通常の売買においては影響がなく[469]，根本的には改正前の判例が引き続き利用され得る[470]とされている。というのも，改正前においては，客観的要件（物の通常性）がどの程度適用されるかが合意の解釈の枠内で判断されており，改正後においても，客観的要件は「有効に別のことが合意されなかった限りで」（434 条 3 項）適用されるにすぎないからである。従って，一般売買法においては消極的性質合意を

---

466 本改正の内容については古谷[2022]が参考になる。

467 „Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG“. 本指令についてはカライスコス他[2019]の翻訳がある。

468 BT-Drucks. 19/27424, S.23.

469 Lorenz [2021], S.2065; BeckOK BGB/Faust [2023], §434 Rn.2.

470 Brox/Walker[2022], §4 Rn.8.

自由に行うことがこれまでと同様に認められる。これに対して，消費財売買契約においては，消費者への情報提供と消費者保護の必要性という点から，消極的性質合意に対する厳しい要件が課されている。476 条 1 項 2 文によれば，客観的要件からの契約上の逸脱には，物品の特定のメルクマールが客観的要件から逸脱することを消費者が契約締結の意思表示の前に知らされ（1 号），かつ，その逸脱が契約において明示的かつ別個に合意された（2 号）ことが必要となる。

改正後の体系書においては，先に確認したような性質合意と物の通常性の関係（第 3 節を参照）についての叙述が削除されている。2022 年改正前の通説もそれ以外の学説も様々な方法で目的物が原則として通常性を備えていなければならないと理解していたから，理由書も述べているように，434 条の改正は消費財売買契約の枠外では影響を持たないであろう。他方で，物の通常性をどのように位置付けるかという問題，つまり，契約合意に一元的に還元できるのか，あるいは，（物の性質に対する）契約上修正可能な法定責任なのかという問題はなお残されたままであるといえよう。一つの見解は，改正後も主観的瑕疵概念が基礎とされており，（改正後）434 条 3 項は依然として契約の理解のために契約の外側から持ち込まれる基準ではなく，補充的な客観化された契約解釈の意味において当事者合意を具体化し，補充するための意味を持っているとしている[471]。

第 5 節 まとめ

2002 年の債務法改正後の BGB においては，売主は物の瑕疵の存在しない物を引き渡す義務を負い（433 条 1 項 2 文），引き渡された物に瑕疵があれば，買主は売主に追完を請求することができる（437 条 1 号, 439 条 1 項）。物の瑕疵は 434 条に詳細に定義されている。本章で主に検討を加えた 2022 年改正前の 434 条 1 項によれば，物の瑕疵の有無は性質合意，契約上前提とされた使用，通常の性質／使用を基準として判断される。通説はこの 3 要素を一元的に契約解釈の問題として処理する。つまり，債務法改正前の通説である合意説が引き続き瑕疵判断のための基礎とされている。売主は，性質に関する合意を用いることで自らに生じる責任の範囲を制御でき，特に消極的性質合意は目的物の性質が通常の性質を下回る場合に大きな意味を持つことになる。本章では瑕疵の内容を定める性質合意における「性質」と「合意」という二つの問題について検討した。前者は，売主に 437 条の責任を負わせることが正当化される性質とは何かという問題であり，後者は通常の性質／使用は合意されているといえるか（これを契約にどのように位置付けるか）という問題である。いずれも債務法改正前から引き継がれた問題である。

第 2 節では性質概念の射程に関する議論を分析した。債務法改正前においては，判例による欠点の対象となる性質（旧 459 条 1 項）・確約可能な性状（同 2 項）・その他の事情の区別が批判されていた。改正後においては，434 条 1 項の性質の射程は少なくとも確約可能な性状よりも狭いことはないという点で判例と学説は一致している。これをどこまで拡大で

[471] Rachlitz et al. [2022], S.707.

きるかが争われている。判例の立場は未だ明確にされていない。学説は，物の物質的性状との関係の存在を必要とする制限説と，そのような限定を行わない無制限説に分かれている。制限説の一つの見解によれば，433 条 1 項，434 条は，等価性・物の管理・契約の単純化という三つの観点から明らかにされる売買契約における物の有体性の意義を根拠として，物の性質に対する売主の履行責任を一般的な法律行為よりも緩和された要件で認めているとして，物の瑕疵に対する責任がある種の特殊な責任のようにも捉えられており，そのような容易化された履行責任は物の物質的メルクマール及びそれと関わる事情についてのみ妥当するとされる（Grigoleit/Herresthal）。別の見解は，物の使用リスクは買主が負担しなければならないという売買法における原則から無制限説の問題を指摘する（Canaris）。物の瑕疵責任の体系という根拠から制限説を主張する見解もある（Ostendorf）。すなわち，この責任体系においては追完が可能であり認められることが原則とされており，性質概念もこのことと整合しなければならないとする。その上で，無制限説の主眼は物質的性質と結び付かない環境関係を物の瑕疵責任に取り込むことにあるが，そのような関係は追完が不可能であるから，追完が可能で認められるという原則が無制限説ではアプリオリに無意味になるというものである。

これに対して，無制限説は，私的自治や合意のリスク分配機能といった観点から，性質を物の物質的性状との結び付きから解放する。つまり，物の使用リスクは原則的に買主が負わなければならないものであるとしても，契約により当該リスクを売主が引き受けることは当然に可能である（Berger）。あるいは，土地売買の際の合意に反して「建築許可を得られなかったこと」の理由がその物質的性質にある場合にもそれ以外の事情にある場合にも買主は同様に保護に値し，合意可能な性質を限定することは私的自治と矛盾する（Tiedtke）。瑕疵担保法の歴史と目的という観点から無制限説を支持する見解もある（Redeker）。それによれば，瑕疵担保法は，買主が正しい情報に基づいて購買決定を行うことができるようにするという目的を持っており，当初区別されていた客観的欠点（*vitium, morbus*）に対する責任と売主の申告（*dictum, promissum*）に対する責任が漸次混合されたというローマ法以来の歴史は性質概念を限定的に理解することに反対する。また，債務法改正前において瑕疵の物質性の欠如は権利の瑕疵に対する履行責任を認めるための論拠であり，現行法では権利の瑕疵と物の瑕疵が同じ法律効果を発生させるから，瑕疵を基礎付ける事情（環境関係）の物質性の欠如により履行責任の不適切性を説明することはできないとされる。今日的な「倫理的消費」という視点から無制限説を主張する見解もある（Lütteringhaus）。すなわち，瑕疵担保法は契約上予定された等価関係を保障することを目的としており，そこでは性質が売買物の価値形成的要素を表すための記号として用いられているが，買主の等価性利益を決定するのは物の物質的品質と結び付いた要素だけではなく，例えば特定の仕方で製造されたこと（例えば「フェアトレード」製品において原料の製造者が正当な対価を受け取っていたこと）もそうであるとされている。また，物の瑕疵に対する売主の責任の根拠は売主が目的物の管理及び情報に関して有する優位性にあるが，この優位性は物の物質的性状

と結び付かない事情に対しても当てはまる。

第3節では，物の通常性の欠如が物の瑕疵とされる根拠について検討した。債務法改正前の純粋な合意説は，性質が明示的に合意されていなかった場合でも「売買物は通常の性質を備える」という一般的な性質合意が常に存在することを認めて，通常性の欠如をも合意違反としての物の欠点と捉えていた。債務法改正後においても通説はそのように理解する。具体的には，434 条 1 項 2 文 2 号は解釈論的にはおよそ客観的欠点概念の成文化ではなく，たとえ法律に明記されていなかったとしても契約解釈に際して原則として引き合いに出されるという見解（Canaris）や，物が通常の使用に相応しく普通の性質を示すべきことは，反対の手がかりの欠ける場合には仮定的当事者意思に合致するという見解（Looschelders）が主張されている。等価性・物の管理・契約の単純化という観点から，物が（物質的な）通常の性質を備えるべきことを契約の標準的な内容とする見解（Grigoleit/Herresthal）は，性質に関する合意を法律行為における一般的な合意とはいささか異なったものとして理解し，物の性質については通常の法律行為と比べて売主の履行責任が容易に発生すると理解した。そのようにして，物の通常性については典型化された性質合意として明示的な合意なしに契約の標準的な内容にまで高められている。

他方で，434 条 1 項 2 文 2 号に基づく瑕疵の決定について合意から離れた客観性を強調する論者も存在するが，その多くは十分に論拠を明らかにしてはいない。債務法改正前に純粋な合意説（及びその帰結とされる不履行説）の代表的論者であった U. Huber は改正後においては次のように主張する。すなわち，物の瑕疵責任は物が標準的性質を有することに基づく客観的責任であり，契約上修正することの可能な法律上の責任であるとする。驚くべきことに，物の瑕疵責任規定の一般給付障害法への統合により解決したはずの法的性質という問題がここで再び現れている。この見解は，法律が客観的欠点に対して売主に担保責任を負わせているという改正前の Knöpfle の見解そのものといえ，改正後における U. Huber のこの後退は注目に値する。

ドイツの伝統的な意思理論を離れて，契約の本質という観念を用いて物の通常性に対する責任の説明を試みる見解もある（Oechsler）。それによれば，主たる義務である売主の所有権移転と買主の代金支払いに関する給付約束により契約が類型的に分類され，その給付約束それ自体が法的に保護に値する買主の信頼を基礎付け，通常の性質の欠如の際にはそれに対する売主の責任がいわば契約の常素として，この責任に関する合意なしに生じるとされる。物の通常性に対する買主の期待は原則として保護されなければならないという結論においてはこの見解も通説とは異ならず，その構成（信頼を根拠とするか，あるいは（仮定的）意思を根拠とするか）が異なるにすぎない。

なお，2022 年から大きく改正された 434 条が適用されており，現行規定では，目的物が物の瑕疵を免れるためには主観的要件，客観的要件，組立て要件を重畳的に満たさなければならない。消費財売買の枠外では客観的要件を合意で排除することができるため，改正法は大きな影響を持たないとされているが，主観的要件と客観的要件の関係をどのように理解

するべきかについては今後の議論を待つ必要があるだろう。

第４章 ［補論］等価性の法律効果への作用（BGB における追完の目的と機能）

前章までにおいて検討したように，売主は，合意された性質を備えた瑕疵のない目的物を引き渡す義務を負う。そして，合意された性質の確定にあたっては，どのような性質の物と代金が等価的かと考えられたかが重要とされ，物の性質は容易に履行義務の内容に取り込まれる。引き渡された物が合意された品質を欠いていた場合は問題である。この場合には，当事者間で等価的なものと考えられた給付間の関係が実際にはそうではなかったことが明らかになる。買主はそのままでは代金に対して等価的と考えていたものを得られず，売主は合意された性質の確保のためには当初予定していなかった費用の負担を強いられる。確かに，一方では，売主が上記の義務を負担していることが認められるならば，そのような義務に応じた買主の利益が保障されなければならない。それ故に，現行法では瑕疵ある目的物が引き渡された場合には追完請求権が買主に与えられている（437 条 1 号[472]）。他方で売主に視点を移せば，瑕疵ある物の売却や引渡しが必ずしも直ちに非難されるべきものではないとすれば，売主が瑕疵のない物を引き渡すという義務を果たすために過度の負担を強いられることにも問題はあると考えることができる。また，反対に売主は，合意された代金を得るためには目的物の瑕疵のない状態を事後的にでも確立させなければならない。以上のことから，両当事者の利益を適切に調整して保護することが必要となろう。

物を「売る・買う」という合意には，前章までに検討した瑕疵のない物の供与に関する義務（433 条 1 項）だけではなく，この義務と対向する代金支払いに関する義務（433 条 2 項）も含まれている。この二つの給付義務は「目的関連［Finalnexus］」であり，シナラグマ的契約とは „*do ut des*［汝が与えんがために予が与える］“ という法的表現に他ならず，シナラグマは契約内容の一部であると述べられることもあるが[473]，この相互に結び付いた二つの給付義務を当事者が等価的と考えたことの意味に着目して，ドイツにおける追完をめぐる両当事者の関係ついての議論を分析することが本章の目的である。つまり，先に確認した性質に関する売主の履行義務が容易に認められることに対する調整として，売主の履行義務の範囲が妥当なものに抑えられる必要があり，等価性という観点がそのためにも意味を持ち得ると考えられ，ドイツではそのような観点からの議論も行われている。

以下では，買主の本来の給付請求権と追完請求権の関係（第１節），追完請求権の限界付け（第２節），等価的関係の貫徹という視点からの契約の効力（拘束力）として，売主から積極的に追完を求めることの可能性（第３節）の順に検討する。

第１節 本来の給付請求権と追完請求権

買主は，売買契約に基づき，瑕疵のない目的物の引渡しに対する請求権を有している。そ

---

472 本章での条数は現行 BGB のものである。

473 Gernhuber [1989], S.312 f.

して，引き渡された目的物に瑕疵が存在していた場合，買主には追完請求権が与えられている。追完請求権の限界について検討する前に，まず，買主が本来有していた 433 条 1 項に基づく給付請求権と 439 条 1 項に基づく追完請求権の関係という視点から，追完請求権の法的性質（第 1 項）及び特定物売買における追完の方法（第 2 項）に関する議論を分析する。

第 1 項 追完請求権の法的性質

売主が瑕疵ある目的物を引き渡した場合には，買主に追完請求権が発生する（437 条 1 号）。もっとも，そもそも売主は瑕疵のない目的物を引き渡す義務（433 条 1 項 2 文）を負っているから，買主は，この本来の義務に対応する請求権に基づいて瑕疵の修補を請求できると考えることも可能であろう。そこで，まず，追完請求権をどのように位置付けることができるのかという問題の検討を行う。このことは，後に検討する二種類の給付拒絶権の相互関係の理解のための重要な要素となる。

(1) 本来の給付請求権の修正

売買契約の締結により，買主は売主に対する給付請求権を得るのであるが，売主は，買主に目的物を引き渡して所有権を移転する義務（433 条 1 項 1 文）だけではなく，目的物を物の瑕疵及び権利の瑕疵なく与えるという義務も負っている（同 2 文）。従って，売主がこれらの義務を完全には履行しなかった場合，つまり瑕疵物を引き渡した場合にも，280 条以下及び 320 条以下の一般規定の適用は可能であろう。というのも，売主の義務のうち，「瑕疵のない」という部分の違反についても，例えば 280 条 1 項における義務違反を構成するからである。また，売主が，自己の義務を履行することなく，売買代金の支払いを請求する場合，売主が自己の義務から解放されていない限り，買主は 320 条に基づき同時履行の抗弁権を主張することができる[474]。もっとも，BGB は，ある時点を境に，特定物売買にも種類売買にも適用される 437 条において，一般規定を参照しつつも，目的物に瑕疵が存在した場合の買主の特別な法的救済手段について規定しており，本来の給付請求権に代えて追完請求権（1 号）を発生させているのである。この追完請求権には，特に以下の三点において，一般規定が直接適用される本来の給付請求権との違いが存在している。第一に，買主は売主に対して，選択的に，修補あるいは代物引渡しを請求することができる（439 条 1 項）。第二に，（後に述べるように異論もあるが）売主は 275 条に基づく給付拒絶の場合よりも緩和された要件の下で，買主の追完請求を拒絶することができる（439 条 4 項）。第三に，買主は解除する代わりに代金を減額することができる（441 条）。また，438 条から 441 条は，一般規定を修正ないしこれに追加しているが，特に 438 条が重要である。本条によると，追完請求権は，通常の 3 年（195 条）ではなく，原則として 2 年で時効消滅する（438 条 1 項 3 号）。しかも，一般的な消滅時効期間が 199 条 1 項に基づき主観的に，債権者が請求権を基礎付ける事情等を知った年の終了により開始するのに対して，438 条の消滅時効期間は

474 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.214.

同 2 項に基づき客観的に，物の引渡しにより開始するから，この点も買主に不利である。

以上のような追完請求権は，理論的には，本来の請求権が修正されて継続しているものであるとされている[475]。追完請求権も契約の履行に向けられており，売主が瑕疵を帰責されるかと無関係に生じるからである[476]。つまり，433 条 1 項に基づく請求権と，437 条 1 号に基づく請求権は同一の請求権である[477]。

433 条 1 項に基づく本来の請求権の追完請求権への修正は解釈論的には次のように理解されるとされている。すなわち，債務関係の内容が，相応の要件の発生の下で法律に基づいて，買主がこれ以降は 438 条から 441 条の適用を伴う 437 条に基づく請求権と権利を行使し得るにすぎないという程度に変化している[478]。そして，請求権のこのような変化の結果，買主はもはや 280 条以下及び 323 条以下の一般規定の直接の適用を伴う 433 条 1 項に基づく請求権を行使することはできなくなる。もっとも，債務関係の内容のこのような変更は，433 条 1 項に基づく瑕疵のない物の供与に対する請求権が瑕疵ある物の引渡しにより履行（362 条）されたということに繋がるわけではない。そうではなく，むしろ，請求権が本来の形態では失われるが，法律がそれに代えて 437 条の請求権と権利を認めているにすぎないとされている[479]。そして，追完請求権は，瑕疵のない物を引き渡すという本来の（第一次的な）給付請求権が継続したものであるから，追完請求権も，本来の給付請求権と同様に，売主の代金債権と牽連関係にある。それ故，例えば，売主により追完が履行されない間，買主は 320 条に基づく同時履行の抗弁により売買代金の支払いを全額において拒絶できる[480]。

本来の給付請求権の 437 条以下に基づく修正は，以下のような考え方に基づくものであるとされている。第一に，買主は，契約適合的ではなかったとしても，売主が提供した給付を受け入れている。第二に，買主は，引き渡された物を保持して，瑕疵の除去（修補）の要求，減額又は損害賠償で満足することに対する利益を有する。というのも，例えば，買主は，物を既に自己の工場に取り付けた場合のように，瑕疵を甘受した方が，代物引渡しにより被る不利益（待ち時間等）と比べて負担が小さい場合や，他にも，瑕疵により物の使用性ではなく価値のみが妨げられている場合もあり得るからである。他方で，瑕疵のあるこの物を引き渡したのは売主であること，瑕疵は売主の領域に由来すること，売主にも原則として追完のための機会が与えられており，それにより完全な等価性利益の確保の機会が残っていることから，この解決策は売主にとっても不当ではない。第三に，短期消滅時効についても，給付の提供が重要な役割を果たしている。つまり，買主はその物を拒絶せずに履行として承認し，それにより瑕疵を発見する機会を（抽象的にすぎないとしても）獲得しており，また，

---

475 P. Huber [2002], S.1005; Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.408; Medicus/Lorenz [2018], §7 Rn.3; BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.7.
476 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.1.
477 Oechsler [2017], Rn.80.
478 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.147.
479 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.147.
480 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.408.

物の引渡し後に時間が経過することにより，瑕疵が買主側に起因して発生したという蓋然性が高まる[481]。

(2) 437 条の適用開始時期

本来の給付請求権と追完請求権が同じものであるとしても，前者が後者になるのはいつか，つまり，どの時点から一般給付障害法が直接適用されるのではなく，437 条の特別規定が適用されるかが問題になる。このことは，とりわけ，消滅時効との関係で一考の余地がある。学説は二つに分かれる。一方の見解は，433 条 1 項が瑕疵の存在に関して危険移転時を基準とすることから，本来の請求権が追完請求権に変化するのも危険移転の時であるとする[482]。他方の見解は，買主が物の引渡しを（部分的な）履行として承認（363 条）した時が基準であるとする[483]。

確かに，434 条 1 項 1 文によれば，物は，危険移転の際に合意された性質を有していれば，瑕疵を有しない。そして，危険が買主へ移転する時期は 446 条及び 447 条に規定されている。両条文によれば，物が買主に引き渡される時又は買主が受領遅滞になる時，もしくは，送付売買の場合には売主が物を運送人に引き渡す時に危険が移転する。買主への危険移転後には，買主が売買物の偶然の滅失又は悪化のリスクを負担する。そして，（受領遅滞の場合を除き）これらの時期に，物は売主の影響範囲を離れるから，このときよりも後に，売主にこれらのリスクを負担させることはできない[484]。しかし，危険移転の時期と，履行請求権が追完請求権に移転する時期の問題は区別され得る。というのも，危険移転は，売買物の偶然の滅失等のリスクを誰が負担するかという問題であるのに対して，437 条の適用の問題は，売買担保法上の制限を契約当事者の請求権に課すことがどのような場合に正当化されるかという問題であるからである。

そうすると，履行の承認に着目する後者の見解がより説得的であると思われるが，この見解は次のように考える。すなわち，まず，437 条 1 号は追完（Nacherfüllung）を買主の第一次的な法的救済として定めているのであるが，Nach-erfüllung（直訳的には「追加履行」）と述べられている以上，概念的に少なくとも，瑕疵が存在していたとしても何らかの履行ないし給付が行われたことが要件とされるべきである[485]。また，消費財売買指令 3 条 1 項も，売主の責任発生の基準時として消費財の引渡しの時に着目している。従って，引渡しの有無を基準として，引渡し前には一般規定，引渡し後には売買法上の瑕疵担保規定が適用されることになる。では，ここでいう引渡しがどのような場合に認められるかが問題になる。この

481 Canaris [2003], S.71 f.
482 Canaris [2003], S.72 f; Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.13/45; Oechsler [2017], Rn.80.
483 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.399; Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.147; BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.8.
484 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.399.
485 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.151.

問題についても，再び，どの時点から買主に売買担保法から生じる制限を負わせるべきかという点が決定的である[486]。これについては，第一に，438 条から 441 条の特別規定は既に何らかの給付移転［Leistungstransfer］が行われたという状況を考慮している点が重要であるとされる。すなわち，この状況においては，行われた取引の法的安定性に対する当事者の利益が高められている。このことは，特に，438 条 1 項 3 号に基づき買主の請求権が通常よりも短縮されていることや，439 条 1 項に基づき買主が追完方法を選択できる（買主は修補を選択できる）こと，441 条 1 項に基づく買主の減額権が存在すること等に現われている[487]。そのように理解すると，法的安定性に対する利益を高める行為，つまり，437 条適用開始の要件としての引渡しは，売主が，買主の承認の下で，433 条 1 項に基づく自己の給付義務を少なくとも部分的に履行した場合に存在するということができるとされる。このことは，売主が買主に物を引き渡し（又は所有権を移転し），さらに，買主がその給付を売主の義務の（部分的な）履行として承認すること（363 条）を要件とする。もっとも，履行としての承認は，通常，当該給付の受領により推断的に行われる。というのも，この承認は，給付された客体に瑕疵が存在しないということではなく，単に，売主の主たる給付義務の少なくとも部分的な履行があったということに関係するにすぎないからである[488]。それ故，買主は，売主から提供された瑕疵ある給付を拒絶することで 437 条の適用を阻止することができる。この場合には，買主は引き続き（439 条ではなく）434 条 1 項 2 文に基づき瑕疵の除去を求めることができ，一般規定が直接適用され続けることになる[489]。自己の義務を履行していないことが明らかな売主は，例えば，買主の請求権又は自己の義務が短期で時効消滅することを期待することはできない。

第 2 項 特定物売買と代物引渡し

追完請求権の限界の問題とも関係するが，特定物売買の際に代物引渡しが認められるかという問題が存在し，学説上，肯定説と否定説の双方が主張されている[490]。この問題の処理に当たっては重要なのは，当事者が特定物の売買を合意したという事実（当事者合意への着目は本稿の一貫したテーマである），及び，前項で確認した買主の本来の請求権と追完請求権の同一性である。なお，特定物売買において，売買された特定の物が引き渡されなかった（つまり，別の物が引き渡された）場合には代物引渡しにより追完される[491]。

政府草案の理由書は，特定物売買における代物引渡について次のように述べている。すなわち，「追完はあらゆる特定物売買の際に可能であるわけではない。無事故車として売られ

---

486 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.400.
487 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.152.
488 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.153.
489 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.154.
490 Canaris の肯定説（目的物を他の物で代物給付可能であれば，代物請求は認められる）を軸とした分析を行う田中(宏)[2021], 59 頁以下（引渡し前の代物請求に関する同 67 頁以下）も参照。これに対して，以下では，否定説の論拠を中心とした検討が行われる。
491 BT-Drucks. 14/6040, S.216; Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.13/20.

た事故車は，いかなる努力によっても無事故にされ得ない。また，不代替的な売買物の場合，代物引渡しも排除される。本物として売られている贋作された絵画は，修補され得ず，本物の絵画による交換もされ得ない。しかし，この事情は，特定物売買の際に物の瑕疵の不存在を例外なく売主の給付義務に加えることを排除しない」[492]。「同時に，それ〔筆者注：439条1項〕は，物の瑕疵に対する責任体系を一般給付障害法に組み入れ，権利の瑕疵責任と物の瑕疵責任を相互に同化させ，特定物売買と種類売買の区別を放棄可能にした」[493]。「この場合〔筆者注：特定の中古物の売買の場合〕，代物引渡しは，たいてい，最初から排除されている」[494]。これらの言及に鑑みると，立法者は，特定物売買の目的物が例外的に他の物により交換され得る場合には代物引渡しに対する請求権を認めることを意図していたと理解することも可能である[495]。他方で，理由書では特定物債務の場合に代物引渡し請求権が存在するべきかは問題とされていないことを指摘するものもある[496]。

BGHの判例によれば，特定物売買の際に代物引渡しが可能であるかは，解釈によって確認されるべき契約締結時の契約当事者の意思に基づいて判断されるとされている。そして，売買物が，それに瑕疵が存在した場合に，同種かつ等価の物で交換され得るのであれば，当事者の表象によれば，代物引渡しは可能であるとされている[497]。逆に言えば，特定物売買の際に代物引渡しが認められないことはあり得るのであって，いずれにせよ，その判断基準は契約当事者の意思である。

否定説には，例えば，特定物債務において本来の給付請求権にそのような義務は存在しないから，追完請求権にもそのような義務は存在しないという見解[498]や，特定物債務の際には代物引渡しは常に不能（275条1項）であるという見解[499]が存在する。これに対して，肯定説は，特定物売買の際にも原則的に代物引渡しが可能であると主張する。肯定説のある見解は，433条1項2文，434条に対する売主の違反の際には，売主を制裁するために，追完の局面において，具体的に合意された物を義務付けるという特定物債務の特質が種類債務に向かって修正され，買主は代物引渡しを求めることもできるという仕方で修正を受けると

---

492 BT-Drucks. 14/6040, S.209.
493 BT-Drucks. 14/6040, S.230.
494 BT-Drucks. 14/6040, S.232.
495 Canaris [2003], S.80.
496 Faust [2004], S.253.
497 BGH NJW 2006, S.2839 (Rn.23). 当該事案においては，売主による代物引渡しの方法での追完が認められなかった（買主が代物引渡しを請求したわけではない）。
498 Ackermann [2002], S.379.
499 Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.13/20; BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.56. ここで「不能」を持ち出す見解に対しては，「具体的な物とは異なる物に関しては，契約上の合意が欠けているから，履行が不能であり得るところの義務は存在しない。……Aを買った者はBを要求できない。というのもBは売買契約の客体ではないからである―Bの引渡しが不能であるからではない」（Ackermann [2002], S.379 (Fn.6)）という指摘が当を得ている。

する[500]。肯定説の別の見解は，目的物が代替物であることを要求する[501] [502]。それによれば，代替物の（特定物）売買の場合，給付客体の特定は，通常，その物の引渡しに関して契約が発生して消滅すべきことを意味するのではなく，多くの生活場面において実用的ではない 434 条 1 項 1 文に基づく性質合意の代わりを意味しているとされる。つまり，買主は，希望する性質メルクマールに関して売主と個々に交渉する代わりに，ある特定の，信頼を抱かせる種類の個体を単純に選び出し，この仕方で，彼が売主に期待することを表現しているのである。肯定説のさらに別の見解は，特定物売買が機能的に種類売買と同等であることを要求する[503]。つまり，特定物の売買において，同じ種類かつ価値の等しい他の物が存在すれば，この特定物売買は種類売買と機能的に等しいとする。そして，機能的同等性の判断に際しては，当事者の利益状況に着目する。例えば，当事者にとって，まさにこの物を売却することが決定的に重要である場合には当該売買は種類売買に機能的に同等ではなく，代物引渡しは給付客体の「厳格な」特定の故に 275 条 1 項に基づき不能であり，これに対して，売主の下にある多くの個物からの売買物の特定がどちらかといえば偶然であった場合，機能的には種類売買が存在し，買主は代物引渡しを請求できるとしている。契約当事者の意思によれば売買物のメルクマールに機能的・経済的に匹敵する物が引き渡され得る限りで，代物引渡しは不能でないとするという見解もある[504]。

特に立法者の見解を前提とするならば，特定物売買の際にも代物引渡し請求権の存在が認められるべきことになるが，これが認められるのは，少なくとも目的物が他の物によって代替可能である場合である。目的物が代替可能であるかは，目的物の客観的代替性に着目するか，あるいは，133 条，157 条に基づく解釈により明らかにされる（仮定的）当事者意思[505]によって定まることになる。しかし，物が客観的に代替可能かにのみ着目することは，特定物債務を合意した当事者の意思に反する結果になり得る。同様に，契約解釈に基づいた代替可能性の判断についても，これが認められないことになろう。というのも，当事者の意思によれば，特定物債務の合意から，その物は代替可能でないという解釈の結果が生じると考えられるからである[506]。

特定物売買における代物引渡しについての見解の相違は，結局，特定物売買（又は特定物債務）の概念が統一的に用いられていないことに起因しているとして，Tiedtke は次のよう

---

[500] NK-BGB/Büdenbender [2021], §439 Rn.27.
[501] Oechsler [2017], Rn.171.
[502] Ackermann は，消費財売買指令 3 条 3 項は（特定物売買と種類売買を区別せずに）代物引渡し請求を認めることから，客観的に交換可能な動産を客体とする消費財売買は種類売買に分類されるべきであり，それ故に，原則として消費者の代物引渡し請求権も存在するとしている（Ackermann [2002], S.381）。
[503] Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.227 f.
[504] Jauernig/Berger [2021], §439 Rn.24.
[505] Canaris [2003], S.80.
[506] BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.57.

に論じている[507]。すなわち，特定物売買の範囲が，論者によって広狭様々に用いられている。しかし，特定物売買と種類売買は厳密に区別されなければならない。特定物債務の場合，給付客体は個別的に定められている。売主は，合意された性質を伴う別の物が存在する場合であっても，単に，他の物ではなくある特定の物を引き渡すことを約束している。それ故，特定物売買は，排他的に，具体的に個別化された物だけに関係する。もっとも，単なる性質メルクマールの確定は，この個別化のために十分ではない。これに対して，種類債務の場合には給付客体が個別的に定められてはおらず，売主は，合意された性質メルクマールを満たす任意の客体を引き渡すことができる。この場合に，物が一つしか存在せず，しかもそれが瑕疵を有するという理由で売主が瑕疵のない他の物を引き渡すことができないとき（いわゆる不真正特定物売買）でも，特定物売買は存在していない。というのも，もともと，給付客体が最初からある具体的な客体に限定されてはいなかったからである。特定物売買が存在するか，あるいは，種類売買が存在するかを決定することができるのは当事者だけである。そして，特定物売買（又は種類売買）が行われているのかが契約上明確に定められていなかった場合であっても，このことは契約の解釈によって明らかにされ得る[508]。これらのことから，上述の肯定説が述べるような特定物売買に際して代物引渡しが認められる事例は，実際には種類売買であることが明らかになる[509]。例えば，代替物の売買は，（特定の一個が重要であるのでない限り）種類売買に分類することができる。それ故，瑕疵のない他の物が存在している限りでは代物引渡しが可能であり，それが存在していなければ 275 条 1 項の意味での不能の問題となる。他方で，（純粋な）特定物売買が存在していれば，代物引渡し請求権は決して存在しない。追完請求権は，433 条 1 項に基づく本来の給付請求権と同様に，契約上の債務関係の内容に関係付けられている。それ故，もともと契約の内容でなかったことは，履行請求権の客体ではあり得ないし，追完請求権の客体にもなり得ない[510]。というのも，合意された特定の（瑕疵のない）物以外の物の引渡しは契約の内容になっていないからである。追完請求権は本来の請求権の修正であるにすぎないから，追完請求権が買主に，売買契約によればこの者に帰属していなかった権利を与えることはできない[511]。特定物売買の場合，売主は具体的な特定の一個のみを義務付けられているにすぎず，また，この物のみが履行に適格である[512]。それ故，売主は，この特定物とは異なる別の物を引き渡すことによって，買主の第二次的請求権（損害賠償請求権等）を回避することはできないし[513]，他方で，買主も（代わりの物が存在していたとしても）代物引渡しを請求することはできない。

---

507 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.423.
508 Münchener/Emmerich [2022], §434 Rn.9.
509 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.424.
510 Ackermann [2002], S.379.
511 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.422.
512 Faust [2004], S.253.
513 Faust [2004], S.257.

第 2 節 売主の追完拒絶権

既に何度も述べているように，売主は合意された性質を備えた目的物を引き渡す義務を負っている。一方では，確かに，売主はそのような義務を負っているのであるから，当該義務の履行を得るという買主の利益は保護されなければならない（「契約は守られるべし」の原則）。それ故，買主には，瑕疵のない目的物の引渡し請求権が与えられ，瑕疵物が引き渡された後には，追完請求権が与えられる。しかし，他方では，売主に瑕疵の除去のための費用負担を無制限に強いることにも問題はあろう。それ故，両当事者の利益を適切に調整して保護することが必要であると考えられる。BGB においては，売主は，性質合意により具体化される瑕疵のない物を引き渡す義務を負うのであるが（433 条 1 項 2 文，434 条 1 項），他方で，275 条 2 項[514]及び 439 条 4 項という売主に当該義務の履行を拒むことを認める二つの規定が存在している。売主が追完の段階においても 275 条 2 項（及び 3 項[515]）に基づく拒絶権を行使し得ることは，439 条 4 項の文言から明らかになる（「275 条 2 項及び 3 項にかかわらず」と規定されている）。両方の規定は相互に関係するものであるが，以下では，まず，それぞれの拒絶権の内容について（275 条 2 項についても売買目的物の追完という観点からのみ検討する），その後，両者の関係について検討する。その際には，既に述べたように，買主の本来の給付請求権と追完請求権が本質的には同一の第一次的な請求権であるということに留意することが肝要である。

第 1 項 追完請求権の一般的な排除事由

売主の追完拒絶権に関する立論に際して追完請求権が当然に排除される場合との比較を行いつつ検討する見解があるから，追完拒絶権についての検討に入る前に，まず，追完請求権が当然に排除される場合を確認しておく。275 条 1 項は，第一次的な給付義務が当然に消滅する場合，すなわち，純粋な不能［echte Unmöglichkeit］について規定している。275 条 1 項は，原始的不能と後発的不能を区別していないから[516]，不能が契約締結の前と後のいずれに生じたかはもはや問題にならず（不能の効果に関して適用される条文には違いがある），改正前（旧 306 条）と異なり，不能な給付に向けられた契約も有効である（311a 条 1 項）。さて，純粋な不能とは，実際に克服できない給付障害であるとされる[517]。債務者が，考えられるあらゆる努力の下でも給付を提供し得ない場合，給付義務を維持することは無意味である。それ故，275 条 1 項に基づき，給付義務は，債務者が給付障害を援用しなくても，消滅する[518]。追完請求権も，追完が不能な場合には，275 条 1 項に基づき不能な範囲におい

---

514 275 条 2 項の沿革と本条をめぐる議論については，大原[2010]が詳しい。本稿では追完請求権の限界という視点からのみ 275 条 2 項を扱う。

515 売主が自ら追完しなければならないことはないから，売買においては 275 条 3 項が問題になることはないとされている（Brox/Walker [2018], §4 Rn.48）。

516 BT-Drucks. 14/6040, S.128.

517 Looschelders [2021], §21 Rn.2.

518 給付義務が後発的不能に基づき排除されている場合，債権者は，283 条に基づき給付

て当然に排除される。例えば，贋作された絵画が本物の絵画として売買される場合，当該絵画の修補は不能である。また，種類債務の際に別の種類の物が引き渡された場合に，引き渡された物を修補によって合意された種類の物に変えることも通常は不能である[519]。もっとも，売主の義務は不能な限りで排除されるにすぎない[520]。例えば，修補が不能であっても代物引渡しがなお可能である場合には後者を請求することが可能であり，当然には排除されない。もちろん，当然に排除されない部分については，次節で検討する追完拒絶の問題が生じ得る。また，給付請求権は不能な限りで（soweit）排除されるにすぎないから，修補が部分的に不能な場合であっても，買主はなお可能な部分の修補を請求できる[521]。

買主の追完請求は，瑕疵について買主が有責であった場合，及び買主が受領遅滞に陥っていた場合にも排除され得る。両者についての法律上の規定は存在しない。しかし，解除に関する 323 条 6 項は，債権者に解除権を与えるところの状況に対して，債権者だけが，又は圧倒的に債権者が有責である場合，及び，債権者が受領遅滞に陥った後に債務者が帰責されない状況が生じる場合に，債権者による解除を排除する。326 条 2 項も同様に，275 条に基づき債務者の給付義務が排除される場合に，債務者が自己の債権を失わない場合について規定している。なお，買主の「有責性」の基準については争いがある。これらの規定の根底には，債権者は自己の責任領域にある状況から権利を引き出すことができるべきでないという考え方が存在しているとされている。通説は，債権者の有責性に対して 276 条，278 条を類推適用する（自分自身に対する過責［Verschulden gegen sich selbst］）[522]。これについては，276 条の場合と同様に，契約上の合意，すなわち，債権者による契約上のリスク引受けも考慮される。以上のような 323 条 6 項の規定は，追完請求権に対しても類推適用され得るとされている。それ故，瑕疵の発生が売主による給付の時までの買主の不注意に起因している場合，買主は追完請求権を失う[523]。また，売主と買主の双方に帰責性が認められる場合には，共同過失に関する 254 条の法思想に基づき，買主が追完の費用を部分的に負担しなければならないとされる。

に代わる損害賠償を請求し得る。この場合の義務違反の内容について争いがある。立法者は，義務付けられた給付が不能に基づき（期限通りに）提供されないことに義務違反を認め，債務者が不能を発生させたことは帰責性の問題として処理される（BT-Drucks. 14/6040, S.135 f）。これに対して，給付義務が排除されている以上，給付を提供しないことは義務違反ではなく，債務者が不能の発生について注意義務に違反したことに義務違反を認める見解もあり得る（Münchener/Ernst [2022], §283 Rn.5）。この見解に対しては，280 条 1 項 2 文が帰責性の（不存在の）証明責任を債務者に負わせていることを考慮すべきという批判が存在する。つまり，給付障害を発生させたことを給付義務違反と理解すると，これを債権者が証明する必要があることになるから，280 条 1 項 2 文が帰責性の証明責任を債務者に転換していることの価値が相当に失われることになる（Looschelders [2021], §23 Rn.23）。

519 BT-Drucks. 14/6040, S.216.

520 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.97, 99.

521 Münchener/Westermann [2019], §439 Rn.19.

522 Medicus/Lorenz [2015], Rn.437.

523 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.245; BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.82.

受領遅滞の間に発生した瑕疵については状況が異なっているとされる。というのも，買主が受領遅滞に陥ることは引渡しと同視されるため，受領遅滞が生じることにより危険が買主に移転するからである（446 条 3 文）。それ故，受領遅滞が生じた後に，売主が帰責されない事情に基づいて，売買物の状態が合意されていたよりも買主に不利益な方向に変化した場合，変化後の状態はもはや 434 条の意味での物の瑕疵を意味しない[524]。この場合には，当該状態を変化前の状態に回復させることに関して，履行請求権又は追完請求権がそもそも発生しない。

最後に，買主が 437 条 2 号又は 3 号に基づく権利をそれぞれの要件に従って行使した場合には，もはや追完を請求することはできない。

第 2 項 275 条 2 項に基づく追完拒絶

275 条 2 項は，事実的不能（praktische Unmöglichkeit）について規定しているとされる[525]。追完義務に関して事実的不能の存在が認められる場合にも，売主は追完を拒むことができる。事実的不能とは，給付障害がまったくの不均衡な費用によってのみ克服され得る場合，具体的には，売買された指輪が，引渡しの際に海底に沈んでしまったような場合である[526]。この指輪を海底から引き上げることは理論的には可能であろうが，そのために必要な費用が指輪の価値をはるかに超えており，このような場合には事実的不能が認められるとされる。また，特に高価ではない装置の修補のために，事前に特別な機械を設計して製造する必要がある場合にも同様であるとされる[527]。事実的不能が存在する場合，債務者の給付義務が法律上当然になくなるのではなく，むしろ，債務者は，事実的不能の抗弁を主張してはじめて自己の給付義務の履行を免れる（条文上，「債務者は給付を拒絶できる」と規定されている）。それ故，債務者は，275 条 2 項の要件が満たされている場合にも，自己に義務づけられている給付をなおも行うことができ，双務契約においては，給付することによって自己の有する債権を保持できる（326 条 1 項参照）。他方で，この抗弁が存在すれば，債務者は抗弁を用いなくても，遅滞に陥らないとされている[528]。事実的不能に基づき債務者が給付義務の履行を免れた場合にも，債務者が給付に代わる損害賠償責任を負うことはあり得る（275 条 4 項，283 条 1 項）。

275 条 2 項は，給付に必要な費用が，債務関係の内容と信義則の顧慮の下で，債権者の給付利益と重大な不均衡関係（grobes Mißverhältnis）にあることを債務者の給付拒絶の要件としている。問題は，どのような場合に重大な不均衡性が認められるかである。条文から明

524 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.246. 他方で，権利の瑕疵の判断時期は権利移転の時であるから，買主の受領遅滞の間に権利の瑕疵が発生し，売主がこれを 300 条 1 項の基準に基づき帰責されない場合には追完請求権が排除されるとされる（Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.247）。
525 BeckOK BGB/Lorenz [2023], §275 Rn.58.
526 BT-Drucks. 14/6040, S.129 f; Jauernig/Stadler [2021], §275 Rn.24.
527 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.234.
528 Palandt/Grüneberg [2021], §275 Rn.32.

らかなように，ここで比較されるのは，追完費用と合意された売買代金ではなく，追完費用と瑕疵のない物の給付に対する買主の利益である。政府草案の理由付けも，275 条 2 項（政府草案 275 条 2 項 1 文）は経済的不能を含まないとしている[529]。債務者の費用と債務者の利益（債務者が有する反対債権）の関係から判断される経済的不能（等価性障害[530]）は，行為基礎に関する 313 条で処理されるとされている[531]。

もっとも，このような考え方に対しては次のような批判[532]が存在する。例えば，売買された中古車（特定物）が契約締結後に全損してもはや修補できず，売主が，給付障害について無過失であった場合，売主は 275 条 1 項に基づき当該自動車を給付する義務から解放されるが，他方で 326 条 1 項 1 文に基づき自己の代金債権も失う。これに対して，当該自動車が事故に遭遇して，しかも，修補可能な瑕疵を被ったにすぎない場合に，全損した場合（代金債権の喪失）よりも多くの費用を債務者が負担しなければならないとすれば，問題があるのではないか。つまり，除去不能な瑕疵が存在する場合に無過失の売主は，275 条 1 項と 326 条 1 項 1 文に基づき，単に，自己の債権を（あるいは不能の割合に応じて部分的に）失うにすぎないのであるから，瑕疵が除去可能である場合にも，無過失の売主は，瑕疵に対応する売買代金部分の限度で修補を義務づけられているにすぎないと考えるべきである。しかも，瑕疵の除去が可能かは，しばしば偶然に基づいている。例えば，特定物として売買された指輪が溶鉱炉に落ちた場合には追完は不能であり，これが第三者の所有になった場合には追完（所有権の取得）は可能である。それ故，瑕疵除去の能否が給付義務の射程に影響するべきではないとする[533]。つまり，この見解によれば，売主は，減額される場合の額（最大でも代金全額）よりも多くを追完のために支出する必要はないということになる。

この見解に対しては，次のような反論がなされている。すなわち，法律は，債権者の利益と債務者の費用に着目しており，代金額に制限していない。そして，275 条の 1 項と 2 項は，そもそも異なった機能を有している。つまり，確かに，両項共に，債務者が給付義務から解放される場面について規定している。しかし，275 条 1 項については，この規定がなかった場合にも，不能な給付を行うことは実際にまったく不能であり，それ故，275 条 1 項の主たる目的は，給付義務からの債務者（売主）の解放それ自体ではなく，326 条 1 項 1 文を介して，債権者（買主）をその者の給付義務（代金支払い義務）から解放することにある。これに対して，275 条 2 項はまさに義務づけられている給付の費用の問題に関係しているのであり，その限りで，両者で異なった基準を用いることができる[534]。

では，重大な不均衡性の一方の比較要素である債権者の給付利益をどのように判断する

---

529 BT-Drucks. 14/6040, S.130.
530 Münchener/Ernst [2022], §275 Rn.88.
531 Palandt/Grüneberg [2021], §275 Rn.29. その場合の法律効果は給付義務からの債務者の解放ではなく契約の調整［Anpassung］である（313 条 1 項）。
532 Ackermann [2002], S.382 ff.
533 Ackermann [2002], S.383.
534 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.233.

かが問題になるが，政府草案の理由書とは異なり，債権者の給付利益は（債権者による）反対給付に基づいてのみ算定され得るという見解[535]が主張されている。この見解によれば，まず，現実履行が損害賠償の支払いと比べて効率的かあるいは不経済かは重要であり得ないとする。さもなければ，給付に対する債権者の利益をその経済的な意味とは無関係に保護するところの現実履行（Naturalerfüllung）の採用というドイツの立法者の根本的決定が害されることになるからである[536]。また，給付義務が排除された場合に債権者が損害賠償請求権を有するかも重要ではないとする。有過失の債務者（損害賠償義務を負う）が無過失の債務者（損害賠償義務を負わない）よりも容易に給付義務を免れ得るとすれば問題であるからである。最後に，債務者が有責であれば債権者が要求し得るであろう損害賠償の範囲で債権者の給付利益を判断することも，債務者はほぼ給付を拒絶することができなくなるから問題であるという。というのも，通常，給付に必要な費用が増加すれば，それだけ，給付に対する債権者の利益も増加するからである。つまり，損害賠償額は，給付内容の実現のために債権者が自らどれだけの努力（出費）を行う必要があるか，あるいは，どれだけの費用を他の債務者に（対価として）提供する必要があるかで算定されるから，給付費用に合わせて債権者利益も増加し，結局，給付費用と債権者の利益は一致することになる。以上のことから，275 条 2 項における債権者の利益の判断に際しては，双務契約の場合には，債権者の負っている債務（買主の代金債務）の内容に配慮することが必要になるとする。つまり，重大な不均衡性は，交換関係における不均衡性の有無，すなわち，債務者の自己の給付に必要な費用と自己が得る反対給付の不均衡性の有無で判断されることになる。このように理解するならば，275 条 2 項でいうところの債権者の利益とは，少なくとも双務契約の場合には，債権者が，自己の負担する債務を履行することで，債務者に対して有している債権の内容の実現を得ることができる利益ということができるだろう。もっとも，給付と反対給付の関係で事実的不能を判断すると，事実的不能と（行為基礎の問題であるとされる）経済的不能の区別が困難になる[537]。

なお，両当事者の給付の関係から事実的不能を判断する見解に立ったとしても，買主が売主に要求可能な費用の限度を，代金の額や減額の額に制限する必然性はない。つまり，売主に損失が生じるからといって，直ちに事実的不能が認められるわけではない。というのも，例えば売買では，そもそも，売主は瑕疵のない物の給付義務を引き受けたのであるから，義

---

535 Harke [2010], Rn.216. A.A. Jauernig/Stadler [2021], §275 Rn.25. 反対給付は重要ではないが，これは少なくとも債権者利益についての間接証拠であり得るという見解も存在する（PWW/Kramme [2022], §275 Rn.21）。

536 PWW/Kramme [2022], §275 Rn.21 も，275 条 2 項は現物での履行に対する請求権の制限の問題であるから，損害賠償法の意味での債権者の履行利益は関係し得ないとする。

537 一説によれば，275 条 2 項と 313 条は機能を異にしているのであって，債務者は 275 条 2 項に基づき給付を拒絶できるが，その後，両当事者は 313 条に基づく契約の適合を求めることができ，それにより 275 条 2 項の抗弁が通常は排除される（Schlechtriem/Schmidt-Kessel [2005], Rn.48）。ドイツにおける事実的不能と経済的不能の関係を巡る議論については，大原[2011]も参照。

務の履行が可能である限りではそれを行うべきことが出発点であり，例外的に，義務の履行が（275 条 1 項の意味で）不能な場合には，契約の対価・等価関係に基づき，不能の範囲に応じて買主が自己の負担する代金支払い義務から解放されるにすぎないということが原則といえるからである。そして，上述のように，275 条 1 項と 2 項はそもそも異なった機能を有しているのである[538]。

債務者が費やすべき費用の限度については，一方では，抽象的に一定の基準を定めることはできず，個々の事例における利益衡量が必要であるという見解が主張されている[539]。他方では，一定の基準の存在を認める見解も存在する。一つの見解は，債務者の態様に着目して基準を細分化し，債務者の費用が，債権者の利益の次の割合以上になる場合に重大な不均衡を認める。すなわち，債務者が帰責されない場合には 110%，過責なしに帰責性が認められる場合には 120%，通常の過失の場合には 130%，重過失の場合には 140%，故意の場合には 150%であるとしている[540]。この見解は，政府草案の理由書が，①債務者が給付障害を帰責される場合，債務者に対して，給付内容の実現のためのより高度の努力が要求され得ること，②債務者が給付障害を帰責されない場合であっても，少なくとも目的物の市場価値を超える費用，場合によってはそれ以上を費やす必要があることを認めていること[541]を根拠としている。また，両当事者の給付の関係を考慮する見解によれば，反対給付（代金支払い）で具体化される債権者利益が，給付（瑕疵のない物の引渡し）の価値を 50%以下にする場合，つまり，両者が 1：2 の関係にある場合に認められるとされている[542]。この基準は，いわゆる暴利類似行為［wucherähnliches Geschäft］に関する判例により用いられているものである[543]。具体的には，売買代金が，瑕疵のない物を給付するという義務の履行に必要な費用の半分以下であれば，売主は自己の義務の履行を拒むことができることになる。これは，例えば，10 万円で売買された目的物の瑕疵のない状態での給付のために 20 万円を要するような場合である。もっとも，このような大まかな基準を定める見解に対しては，恣意的であるという批判も存在する[544] [545]。

---

538 275 条 1 項と 2 項の関係については後述も参照。
539 Looschelders [2021], §21 Rn.21.
540 Faust, in: Huber/Faust [2002], Rn.2/68.
541 BT-Drucks. 14/6040, S.131.
542 Harke [2010], Rn.217.
543 例えば BGH NJW 2007, S.2841 によれば，不均衡が重大である場合には受益者の非難すべき意向（verwerfliche Gesinnung）の推論が許されるとされており，土地取引の際には，給付の価値が反対給付の価値のほぼ二倍以上である場合に既に重大な不均衡が前提とされ得るとされている。
544 Staudinger/Caspers [2019], §275 Rn.101.
545 なお，275 条 2 項は，重大な不均衡性の判断要素に給付障害に対する債務者の帰責性の有無を含めており，これが存在した場合には，債務者はより多くの費用の支出を要求される（BeckOK BGB/Lorenz [2023], §275 Rn.56.）。もっとも，第一次的な給付義務の射程の判断ともいえる重大な不均衡性の判断の際に帰責性の有無を考慮することは問題であると思われる。その射程は契約締結時に既に確定しているからである。

第 3 項 439 条 4 項に基づく追完拒絶

439 条 4 項 1 文は，275 条 2 項とは別に，追完を拒絶する余地を売主に与えている。本項に基づく追完拒絶権は，買主により選択された追完方法が不均衡な費用［unverhältnismäßige Kosten］によってのみ提供され得る場合に，選択された方法での追完を売主が拒絶できるというものである。本規定によれば，判断に際しては，とりわけ，瑕疵のない状態での物の価値，瑕疵の重大さ（Bedeutung），別の方法での追完が買主に著しい不利益なしに用いられ得るかが考慮される。瑕疵の重大さとは，瑕疵による物の価値又は使用性の低下の程度であるとされる[546]。

政府草案の理由書は，追完が個々の事例において売主に不相応な負担を与え得ることを指摘している。このことは，とりわけ，非営業的売主，あるいは，修補工場を有しない商人に対して当てはまるとされる。そして，275 条 2 項に基づく追完拒絶権は，評価的に，275 条 1 項に基づく不能に近い例外事例において認められるにすぎず，439 条 4 項 1 文は，売買法において，売主の抗弁の要件を 275 条 2 項よりも緩和しているとされている[547]。通説は政府草案の理由書の考え方に従っているとされるが[548]，要件の緩和の妥当性を疑問視する見解も主張されており，後に検討する。439 条 4 項に基づく追完拒絶権は，売主が自己に有利な追完方法を選択できるのではなく，この選択権を買主が有していることから売主に生じる不利益を部分的に埋め合わせているとされている[549]。つまり，後述のように，買主が選択した方法による追完が他方によるよりも多くの費用を要する場合，売主は場合によってはこれを拒絶することができ，それにより，自己に生じる不利益を限定することができる。275 条 2 項と同様に，439 条 4 項に基づく追完拒絶権も抗弁として構成されているから，売主は，拒絶が認められ得る場合にも追完を行うことにより，買主によるあり得る 437 条 2 号，3 号に基づく権利の行使を妨げることができる。

費用の不均衡性には二つの種類が存在する。すなわち，相対的不均衡と絶対的不均衡である。前者は，選択された追完方法に要する費用と他方の追完方法に要する費用を比較するものであるのに対して，後者は，選択された追完方法に要する費用と追完に対する買主の利益を比較するものである[550]。前者の存在は，条文上，選択されなかった追完方法が買主に対する著しい不利益［erhebliche Nachteile］なしに用いられ得るかが判断されることから，後者の存在は，一方の追完方法が排除されている場合にも，売主が追完を拒絶し得ることが認められていることから明らかになる。

---

546 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.236.
547 BT-Drucks. 16/6040, S.232.
548 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.79.
549 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.235.
550 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.68. なお，Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.448 は，絶対的不均衡性判断の際の比較対象を瑕疵のない状態での物の価値とする。

(1) 相対的不均衡

相対的不均衡性判断は両方の追完方法の費用を比較するから，追完方法の一方が例えば 275 条 1 項に基づき既に排除されている場合，相対的不均衡性を判断する余地はない。また，追完の一方の種類が他方よりも高い場合に常に相対的不均衡性が存在することを認めることはできないとされている[551]。というのも，買主に追完方法の選択権が与えられた意味が失われるからである。むしろ，自己の費用を可能な限り低く抑えるという売主の利益と，まさに選択された追完方法によって追完を得るという買主の利益の間の利益衡量が必要であるとされている[552]。

439 条 4 項は，利益衡量の基準として，瑕疵のない状態での物の価値，及び，瑕疵の重大さを挙げている。いずれも，売主の費用と買主の利益の両方に影響し得る。例えば，売買されたネジのネジ山に瑕疵があった場合のように，価値の低い物の売買の場合には瑕疵の修補はしばしば不均衡な費用を必要とするから，代物引渡しが考慮されるにすぎない。他方で，瑕疵ある洗濯機の瑕疵がネジの交換で除去され得る場合，買主により請求された代物引渡しは修補と比べて不均衡な費用を要するから，売主はこれを拒絶できるとされている[553]。前者の例では瑕疵のない状態での物の価値が，後者の例では瑕疵の重大性が考慮されている。もっとも，両者の基準に，これを超える独自の意味はないとされている[554]。これらは，次に述べる費用要素に影響を与えるにすぎない。

不均衡性判断に際しての中心的な要素は，両方の追完方法が売主に発生させる費用であるとされる[555]。指令の考慮事由 11 の 2 文によれば，不均衡性は，客観的に確認される必要があるとされている。それ故，比較は，具体的売主の視点からの個別的な基準ではなく，類型化された基準に基づいて行われる[556]。つまり，当該売主による追完に要する費用が，通常の売主による追完費用に比べて高いことは不均衡性の判断に際して問題にならない。また，売主が単なる商人であることが明らかであるような場合には，売主が修補設備を有していることを買主は期待できないとされ，そのことを前提とした費用計算が行われる。もっとも，修補設備を有しない売主は修補する必要がないということには繋がらない。結局，自由市場において，当該瑕疵の修補と瑕疵のない物の代物引渡しのそれぞれにどれだけの費用が必要であるかという問題として処理される[557]。代物引渡しの費用の枠内では，売主が，取り戻した瑕疵物をどれだけ容易に再度売却できるかも考慮されるべきとされている。つまり，目的物が特別に製作されている場合や，買主が既に瑕疵物を使用した結果として当該物の価値が低下している場合，引き渡された瑕疵物が買主の下で瑕疵に基づかない毀損を受けた

551 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.71.
552 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.444.
553 BT-Drucks. 16/6040, S.232.
554 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.74.
555 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.72.
556 NK-BGB/Büdenbender [2021], §439 Rn.60.
557 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.445.

が，買主が価値賠償を行う必要がない場合（346 条 3 項 1 文 3 号）等には，それだけ追完（代物引渡し）の費用が高く算定される[558]。

相対的不均衡性判断の際には，選択された方法での追完に対する買主の利益も考慮される。これは，それぞれの方法での追完の間に買主が目的物を使用できない期間の長さのような，両方の追完方法と結び付けられている買主の不便性［Unannehmlichkeit］の問題であるとされる[559]。例えば，修補が買主の住居や事務所で行われる必要があり，それ故にその場所で買主のその他の法益の侵害の危険があること等もこの枠内で考慮される[560]。

相対的不均衡性の判断に際して，両方の追完方法の費用がどれだけ異なっていれば，不均衡性の存在を認めることができるかには争いがある。一説は，選択された方法による追完の費用が他方による費用を 10%以上超える場合には相対的不均衡が存在するとしている[561]。この他にも，20%という見解[562]，売主の態様に応じて 5%から 25%の範囲で不均衡性を判断する見解[563]，さらには，30%という見解[564]も主張されているが，これらの割合は高すぎであるという批判もある。というのも，瑕疵のない物を得るという買主の利益は，選択されていない追完の方法によっても満足させられ得るからであり，10%が十分であるとされている[565]。もっとも，一定の割合を設定する見解に対しては，再び，そのような割合の設定が恣意的であり，439 条 4 項 2 文に挙げられている様々な考慮要素と調和しないという批判も存在する[566]。

なお，439 条 4 項は，275 条 2 項と異なり，考慮要素として売主の帰責性の有無を挙げていない。それ故，不均衡性判断の枠内で，売主の帰責性の有無が考慮されるべきかも問題になる。学説上，これを肯定する説と否定する説の両方が存在する[567]。いずれにせよ，売主に過責が認められる場合，売主は損害賠償の義務を負う。

---

558 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.72.
559 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.73.
560 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.119.
561 Bitter/Meidt [2001], S.2122.
562 LG Ellwangen NJW 2003, S.517; Jauernig/Berger [2021], §439 Rn.30.
563 BeckOK/BGB Faust [2023], §439 Rn.76. 両方の追完方法の買主に対する負担が同程度であることを前提として，具体的には，帰責性がない場合には 5%，過責なしに帰責性が認められる場合には 10%，単純過失の場合には 15%，重過失の場合には 20%，故意の場合には 25%とされている。
564 Harke [2011], Rn.67.
565 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.446. 10%という限度は，本来の給付利益を超える，選択権の行使に対する買主の利益を十分に保護しているとされる。
566 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.115.
567 肯定：Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.124; Oetker/Maultzsch, [2018], §2 Rn.236; Münchener/Westermann [2019], §439 Rn.30.
絶対的判断の際にのみ肯定：Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.447; Jauernig/Berger [2021], §439 Rn.30, 35.
否定：Kirsten [2005], S.70 f.

(2) 絶対的不均衡

絶対的不均衡性判断は，多数説によれば，275 条 2 項と同様に，売買代金と追完費用の比較ではなく，給付に対する買主の利益と追完費用の比較により行われる[568]。絶対的不均衡性の判断要素は，275 条 2 項に基づく重大な不均衡性の判断要素と同じであるとされている[569]。また，買主の利益の算定に当たっては，瑕疵のない状態での物の価値が決定的な要素であり[570]，売買代金が上限であるのでもないとされている[571]。裁判例上も，不均衡性は追完費用と合意された売買代金の関係ではなく，追完費用と瑕疵のない物の客観的価値の関係で判断されるとされている[572]。もっとも，買主の給付利益の内容が問題になり得ることは，275 条 2 項の場合と同様である。従って，絶対的不均衡性の判断に際しても，上述のように，売主の給付に必要な費用と売主が得る反対給付（買主が支払う代金）の関係[573]に基づいて判定されることが必要になり得る[574]。事実的不能に基づく追完拒絶と絶対的不均衡に基づく追完拒絶の関係については次項で検討する。

絶対的不均衡性の具体的基準についても，様々な見解が主張されている。ある見解は，過失の有無に応じて瑕疵のない状態での物の価値の 130%又は 100%という基準を設定する[575]。無過失の場合に 100%に制限されるのは，売主は価値的にこれ以上を約束していないからと説明されている。また，有過失の際の 130%という基準は，251 条 2 項に関する判例[576]に基づいている。もっとも，251 条 2 項との関連付けには批判もある。批判の根拠は，249 条以下とは異なり，439 条 4 項は買主の完全性利益ではなく，契約上基礎付けられた履行利益を保護しており，この履行利益が軽々しく害されることは許されないというものである[577]。この他にも，その物に対する買主の利益がもはや存在せず，売主が無過失であれば 110%が限度という見解[578]，瑕疵のない状態での物の価値の 120%という見解[579]，最大でも代金額の 150%という見解[580]等が主張されている。他方で，そのような一定の基準の設定は恣意

---

568 Canaris [2003], S.77; Oetker/Maultzsch, [2018], §2 Rn.237. 判例は，絶対的不均衡性判断の際にも，瑕疵のない状態での物の価値と瑕疵の重大性が基準であるとする（BGH NJW 2009, S.1660）。追完費用と瑕疵のない状態での物の価値の比較という見解もある（Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.448）。

569 Münchener/Westermann [2019], §439 Rn.33.

570 Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.13/40.

571 Palandt/Weidenkaff [2021], §439 Rn.16a.

572 OLG Braunschweig NJW 2003, S.1053.

573 前述のように，275 条 2 項でいう債権者利益とは，双務契約の場合には，債権者が自己の負担する債務を履行することで，債務者に対して有している債権の内容の実現を得ることができる利益であるとする見解がある。

574 Harke [2011], Rn.66.

575 P. Huber [2002], S.1008.

576 BGH NJW 1992, S.302 では，被害者は原状回復の枠内で自動車の修補費用を，再調達費用の 130%（犠牲限度）を上回らなければ請求できるとされた。

577 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.242.

578 Kaeding [2010], S.1034 f.

579 Kirsten [2005], S.71 f.

580 Harke [2011], Rn.67.

的であるという批判[581]も存在する。

第 4 項 二種類の拒絶権の関係

275 条 2 項と 439 条 4 項の関係においては，とりわけ，絶対的不均衡性に基づく拒絶権が，275 条 2 項に基づく拒絶権と比べて認められやすいのかが問題になる。既に述べたように，政府草案の理由書は，439 条 4 項は 275 条 2 項の要件を緩和しているとする。つまり，これに従うならば，439 条 4 項に基づく拒絶は，275 条 2 項に基づく拒絶よりも認められやすいことになる。学説は，理由書に従ってこれを肯定する説[582]と否定する説[583]に分かれている。もし，439 条 4 項が 275 条 2 項の厳格な要件を緩和していることを認めるならば，追完の段階においては 439 条 4 項の絶対的不均衡の存在が売主による拒絶のために十分であるから，275 条 2 項は意味を持たないことになる[584]。

この議論は主に消費財売買指令との適合性をめぐって行われており，2019 年の物品売買指令[585]によりこの観点からの議論は意味を失っているが，次のように議論されていた。まず，否定説は，指令適合的解釈の必要性を論拠とした。すなわち，消費財売買指令 3 条 3 号 1 文[586]は，追完が不能な場合と不均衡な場合に限って売主に追完を拒絶する権利を与えている。そして，指令の不均衡性判断は他方の追完方法との比較に基づいて行うことが可能であるにすぎない（指令 3 条 3 項 2 文[587]）。確かに不能は指令の更なる免責事由であるが，これは，439 条 4 項 3 文後段に規定された絶対的不均衡性とは異なり，275 条に基づき判断されるものであることになる。それ故，439 条 4 項 3 文の後段は，指令適合的に，この規定が不能（275 条）のみを含むように解釈されなければならないとする[588]。

これに対して，肯定説は次のように考える。もちろん，欧州司法裁判所（EuGH）の判決[589]によれば，消費財売買の場合には，ある方法での給付拒絶は不能又は相対的不均衡の際に

---

581 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.115.

582 Harke [2011], Rn.67; Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.242; BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.79.

583 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.108 ff; Münchener/Westermann [2019], §439 Rn.33.

584 Brox/Walker [2018], §4 Rn.47; Jauernig/Berger [2021], §439 Rn.36; Looschelders [2022], §4 Rn.17.

585 物品売買指令 13 条 3 項は，絶対的不均衡性に基づく追完拒絶を認めている。

586 消費財売買指令 3 条 3 項 1 文「第一に，消費者は売主に対して消費財の無償での修補又は無償での代物の引渡しを，これが不能又は不均衡ではない限りで，求めることができる。」

587 消費財売買指令 3 条 3 項 2 文「ある救済手段は，他の救済手段と比較して売主に……期待され得ない費用を引き起こす場合には不均衡とみなされる。」

588 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.108.

589 絶対的不均衡の事例は確かに指令 3 条 3 項の段落 1 には含まれるが，段落 2 は「不均衡」概念を他方の手段との関係においてのみ定義しており，それにより，相対的不均衡に限定され，また，唯一可能な追完方法としての契約違反の消費財の代物引渡しを拒絶する権利を国内法の規定が売主に与えることは認められないとされた（EuGH NJW 2011,

のみ認められる。しかし，275 条 2 項の意味での重大な不均衡性に基づく給付拒絶権は何も影響を受けない。というのも，指令は，加盟国の立法者に，指令 3 条 3 項 1 文の意味での不能の概念決定に際して，これを広く形成する余地を与えているからである[590]。つまり，275 条 2 項の場合と同様に（事実的）不能の故に生じると考えることになる 439 条 4 項に基づく拒絶権の存在が，275 条 2 項に基づく拒絶権よりも緩和された要件で認められることには問題はないとする。

さて，わが国とは直接関係のない EU 指令と BGB の適合性という視点を別とすれば[591]，拒絶要件の緩和については否定することが妥当であろう。この問題の検討に際して特に重要であるのは，既に何度も述べているように，追完請求権がそれ自体，本来の給付請求権と同じのものとされていることである。それ故，買主により最初に選択された追完方法が相対的不均衡性の故に拒絶された結果として残った追完方法，あるいは当初から唯一可能であった追完方法による追完の拒絶が，275 条 2 項よりも緩和された要件の下で認められるとすれば問題がある。もし，物の引渡しの時までに瑕疵の存在が偶然にも明らかになった場合には，買主は受領を拒絶し，瑕疵のない状態でのその物，あるいは（種類売買であれば）瑕疵のない別の物の引渡しを売主に請求し続けることができる。しかも，既に述べたように，この場合には 437 条も 439 条も適用されないから，拒絶については 275 条 2 項に基づく判断のみが行われる。他方で，（構成次第で危険移転あるいは引き渡された瑕疵ある物の履行としての承認による）本来の給付請求権の追完請求権への修正後には 437 条及び 439 条が適用されることになる。この場合に，439 条 4 項の絶対的不均衡性に基づく拒絶の要件を 275 条 2 項の事実的不能に基づく拒絶の要件よりも緩和して，売主の負う義務の範囲を縮減させること，つまり，買主が売主に負担を求めることのできる費用の限度を下げることに対する十分な根拠は存在しないのではないか。本来の請求権の追完請求権への修正については，先に述べたように，（不完全ではあっても）既に一度行われた取引に対する法的安定性という観点から，例えば，買主に追完方法の選択権を付与することや消滅時効期間を短縮することは必ずしも不当であるとはいえない。しかし，売主の義務の範囲それ自体を制限することの妥当性は疑わしいように思われる。

第 3 節 売主による積極的な追完

そもそも履行期に目的物が引き渡されなかった場合や，瑕疵ある目的物が引き渡された場合には，買主は売主に対して履行又は追完を請求することができるが，この他にも契約の解除（437 条 2 号）や給付に代わる損害賠償請求（同 3 号）が可能であり得る。もっとも，

S.2269)。本判決とその後の BGH 判決（BGH NJW 2012, S.1073）については，田中宏治[2021], 224 頁以下を参照。

590 Oetker/Maultzsch, [2013], §2 Rn.216a.

591 消費財売買法の枠外では，売主は，唯一可能な追完方法を絶対的不均衡性の故に拒絶できるとされていた（Jauernig/Berger [2021], §439 Rn.35. BeckOK BGB/Faust [2023], §439 Rn.54 も参照)。

買主が解除権や給付に代わる損害賠償請求権を行使するには，原則として，履行又は追完のための相当な猶予期間を予め設定して，この期間が成果なく経過したことが必要となる（281 条 1 項，323 条 1 項）。それ故，解除権や損害賠償請求権は実質的に追完請求権に劣後することになる。では，なぜ買主は追完のための期間を予め設定しなければならないのか。一説によればこのことにより，買主の追完請求権には，（契約に従った履行のための）最後の機会という意味での二度目の提供［zweite Andienung］[592]を行うための売主の権利，つまり売主の追完権[593]が同時に結び付けられているとされている[594]。もっとも，このような権利の存在を正面から認める条文は BGB の中に存在していない。それ故，この見解に対しては，この場合に売主の「権利」という言葉を用いることは正確ではないという批判も存在している。つまり，売主に追完を行う権利は存在していないこと，換言すれば，売主による履行を認容するという 280 条 1 項の意味での義務は買主には存在していないことが主張されている[595]。この後者の見解によれば，例えば買主の契約解除権は追完に単に劣後しているにすぎず，売主には二度目の履行をするための「機会［Chance］」が与えられているにすぎないことになる[596]。このような論争は，例えば，追完のための期間の経過後，買主が解除権を実際に行使する前に，売主になおも追完を実行することが認められるかという問題に影響を与え得る。追完するという売主の「権利」が存在するかはともかくとしても，法律上，買主は予め追完の期間を定めて売主に追完の機会を与えなければならない。そして，売買契約においては，買主は合意された状態にある物を得る権利，売主は合意された売買代金を得る権利を有しているのであるが，目的物に瑕疵があった場合に売主が売買代金全額を得るためには，売主がこの瑕疵を除去できなければならない。それ故，本節では，買主が追完の猶予期間を定めることを要求される根拠，買主の追完請求権とその他の二次的な請求権の関係について，合意内容の貫徹及び買主の追完請求権と売主の二度目の提供権の相互関連性という視点からの分析を行う。以下では，まず BGB における買主の義務に関する規定を確認し（第 1 項），その後，売主の二度目の提供権の根拠と機能（第 2 項），売主の二度目の提供権の限界（第 3 項）について検討する。

第 1 項 買主の義務

433 条 2 項が買主の義務を定めている。それによれば，買主は，第一に，合意された代金を支払う義務を負っている。さらに，買主には購入した物を引き取る義務［Abnahmepflicht］も課せられている。一般原則によれば，通常，給付の受領［Annahme］は義務ではなく，

---

592 Schroeter [2007], S.29 によれば，この文言は，Hans Großmann-Doerth により 1934 年に公表された „Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung“ において初めて用いたとされている。

593 BeckOK BGB/Faust [2023], § 439 Rn. 2.

594 Brox/Walker [2018], § 4 Rn.40.

595 Oechsler [2017], Rn.216; Oetker/Maultzsch [2018], § 2 Rn.262.

596 Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.13/8.

単なるオブリーゲンハイトとされている[597]。これに対して，売買された物の引取りは買主の真正な義務として形成されている。それ故，買主は，物の引渡しについての債権者であると同時に，物の引取りについての債務者であることになる。売主は，買主による物の引き取りを給付の訴えにより貫徹可能である[598]。引取り義務は，売主の給付義務と牽連関係にはない付随義務であるとされている[599]。それ故，双務関係を前提とする 320 条から 322 条（同時履行の抗弁，不安の抗弁，引換え給付判決に関する規定）は適用されない。もっとも，政府草案の理由書によれば，違反された義務が牽連関係［Synallagma］にあることは解除に際して要求されていないから[600]，引取り義務が給付義務と付随義務のどちらに属するかという問題の重要性は失われている[601]。売主は，買主が引取り義務に違反した場合にも給付に代わる損害賠償を請求できる[602]。なお，当然のことながら，買主は，性質や給付の量が契約適合的である給付客体に対してのみ引取り義務を負うにすぎないから[603]，目的物に瑕疵があれば買主は物の引取りを拒絶することができ，この場合には買主の義務違反は生じない。

第 2 項 売主の二度目の提供権

(1) 二度目の提供権の根拠

437 条は，1 号から 3 号において，それぞれ，追完，解除（減額），損害賠償（費用賠償）を列挙して，それぞれを定める規定を参照しており，最初に 1 号において追完が規定されている。このことから，追完により買主の権利行使を回避するという売主の権利を演繹するということも考えられる。すなわち，一説によれば，437 条における列挙の順序から既に，買主のそれぞれの法的救済手段の順序関係も生じるとされている[604]。この見解は，1 号と 2 号の間はコンマで，2 号と 3 号の間は „und“ で結び付けられていることを指摘する。もっとも，有力説は 437 条自体から順序関係は生じないとしている[605]。また，325 条によれば，損害賠償請求は解除の際にも認められ得るから，437 条自体を根拠にすることは困難であ

---

597 Medicus/Lorenz [2015], Rn.544. 293 条，294 条によれば，正しく提供された給付の受領を債権者が拒めばその者は債権者遅滞（受領遅滞）に陥り，300 条以下，326 条 2 項，446 条 3 文の効果が生じるが，受領の拒絶は義務違反ではないから，義務違反の効果は生じない。

598 Hk-BGB/Saenger, [2019], § 433 Rn.15.

599 Staudinger/R.M.Beckmann [2014], §433 Rn.223; Münchener/Westermann [2019], §433 Rn.65, 69; Jauernig/Berger [2021], §433 Rn.29; Palandt/Weidenkaff [2021], §433 Rn.43. もっとも，買主の引取り義務も場合によっては売主の義務と牽連関係にある給付義務にまで高められ得るとされている。

600 BT-Drucks. 14/6040, S.183.

601 Staudinger/R.M.Beckmann [2014], §433, Rn.223.

602 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.187; Medicus/Lorenz [2018], §3 Rn.16; Looschelders [2022], §2 Rn.5.

603 Staudinger/R.M.Beckmann [2014], §433 Rn.220.

604 Westermann [2002], S.248.

605 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §437 Rn.6; Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.262.

る。追完に関する 439 条も，二度目の提供（追完）を行うという売主の権利について直接規定しておらず，買主の追完請求権について規定しているにすぎない。

買主が追完請求権を解除等の他の二次的な手段よりも前に行使しなければならないことは，間接的に，一般給付障害法の規定から明らかになる。すなわち，買主が，最初の給付の際に瑕疵があった場合に契約を解除し，又は，給付に代わる損害賠償を請求するためには，原則的に，履行又は追完のための相当な猶予期間を設定し，それが徒過したことが必要とされている（281 条 1 項，323 条 1 項）。このことは，無駄になった費用の賠償請求に際しても（284 条は「給付に代わる損害賠償に代えて……」と規定している），減額に際しても（441 条 1 項は「解除する代わりに…」と規定している）妥当する。それ故，一つの見解は，原則的な猶予期間設定の要件の存在を，二度目の提供に対する売主の権利の（間接的な）根拠としている[606]。判例の中にも，追完の優先は売主の視点からは追完権又は二度目の提供のための権利であり，それは追完により買主の解除権等の行使を防ぐ限りで自己の保護に役立つと述べるものがある[607]。もっとも，他方で，買主の 437 条 2 号，3 号に基づく権利のための要件としての追完要求の必要性は買主の義務ではなくオブリーゲンハイトであり，買主がこれらの権利を行使したい場合にはこれを自己の利益において果たさなければならないとする判例もある[608]。

権利性を肯定する見解に対しては次のような反論が存在する。つまり，期間設定の要件から生じる補充性は，二度目の提供に対する売主の「権利」の存在には通じないというものである[609]。つまり，売主の二度目の提供の権利は，売主が瑕疵の除去を実際に実行するという権利を有していることではなく，単に，買主が，売主に二度目の機会を与えることなく，契約を解除すること，減額すること，損害賠償を請求することができないことを意味しているにすぎない。つまり，二度目の提供の権利は，第二次的な救済手段の即座の行使を妨げているにすぎないとされている[610]。また，別の観点からの指摘も存在する。すなわち，売主の追完権の存在には，売主が買主に追完処置の認容を要求し得ることが要件となる。しかし，（買主にこれを認容させるための）決定的な方策は法律の中に用意されておらず，買主は，猶予期間設定を怠った場合に自ら不利益を被る（例えば解除できない）にすぎない[611]。これらの理由から，二度目の提供の権利性を否定する見解は，売主に，単に，二度目の提供の機会が与えられているにすぎないことを主張する[612]。

---

606 P. Huber [2002], S.1005; BeckOK BGB/Faust [2023], § 440 Rn.1.
607 BGH NJW 2005, S.1348.
608 BGH NJW 2010, S.1448 (Rn.12). 買主に認められた追完の機会を用いて，主張された瑕疵が存在するか，それが危険移転時に既に存在したか，それがどのような原因に基づいているのか，それがどのような方法で除去され得るかを確認することが売主に可能にされるべきとされる。
609 Lorenz [2006], S.1176.
610 Jud [2004], S.843 f..
611 Oechsler [2007], Rn.78.
612 Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.13/8; Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.262.

確かに，一般給付障害法の規定によれば買主が売主に猶予期間を与えなければならないことは明確であるとはいえ，437 条 1 号，439 条 1 項は，買主が追完を請求できることを規定するのみで，追完を請求しなければならないとは規定していない。しかしながら，売主の二度目の提供権ないし追完権の根拠を，先に確認した 433 条 2 項に見出すことが可能であることが主張されている[613]。つまり，買主の引取り義務は，最初に引き渡された契約適合的ではなかった物の引取りによって（義務の履行の結果として 362 条 1 項の意味において）消滅しているわけではない。というのも，433 条 2 項によれば，買主は，売買された物，すなわち 433 条 1 項 2 文の意味において（物及び権利の）瑕疵が存在してはならない物を引き取る義務を負担している[614]からである。従って，売主は，危険移転後も，買主に引取り義務の履行を要求できるとされている[615]。

(2) 二度目の提供権の機能

先に確認したように，確かに，通説によれば危険移転（あるいは別の見解によれば履行としての承認）の時を境として，買主の本来の給付請求権は修正を受け，437 条 1 号，439 条に基づく追完請求権に変化する。他方で，追完請求権への変化が生じた後も，買主の引取り義務は引き続き存在し続ける。しかも，買主のこの本来の引取り義務は，本来の給付請求権の追完請求権への変化と一致して，追完請求権が発生すると同時に修正を受け，439 条 1 項に基づき（買主の選択に応じて）修補又は代物引渡しの方法で追完された物を引き取るという義務に修正されて存在し続ける。買主が，追完されて売主から提供された（今や契約適合的な）物を引き取る義務を負っているならば，買主のこの義務に対応して，売主には，二度目の提供を行う，つまり追完するという権利が存在していることを認めることも可能といえる。そして，売主の追完権は，買主により正当に第二次的な権利が行使されるまでは存在し続ける。つまり，売主の追完権は，通常，少なくとも履行（追完）のための相当な猶予期間（281 条 1 項，323 条 1 項）が経過する時までは存在し続けていることになる。このような売主の追完権には，以下のような機能が存在することが指摘されている。

①契約の維持

売主の追完権が有する機能の第一は，契約を維持するという機能である[616]。すなわち，売主は，追完することによって契約関係が解消されることを阻止し，それにより，関係解消の場合に自らに生じ得る経済的な不利益を防ぐことができる[617] [618]。この機能は，買主が解除

---

613 Schroeter [2007], S.33 f..
614 Staudinger/R.M.Beckmann [2014], §433 Rn.220; BeckOK BGB/Faust [2023], §433 Rn.64.
615 Schroeter [2007], S.34.
616 Schroeter [2007], S.36; NK-BGB/Büdenbender [2021], § 437 Rn.14a.
617 BT-Drucks 14/6040, S.221; Lorenz [2003], S.1417 f.
618 改正前の BGB にはこのような機能は存在していなかった。というのも，買主には即座の解除又は減額が認められていたからである。このことは，代物引渡し請求権（旧 480 条

又は損害賠償請求の前に猶予期間を設定する必要があり，その期間が経過するまでは売主は契約に従った履行をすることができ，その間は契約が維持され続けることからも明らかである。このことから現行法は，売主による一度の瑕疵ある引渡しによって，契約で定められた通りの履行をするという売主の能力に対する買主の信頼が，買主に契約の貫徹がもはや期待され得ないほどに揺さぶられるという立場には立っていないとされている[619]。その限りで「契約は守られるべし［pacta sunt servanda］」という原則が補強されている。もっとも，一度の瑕疵物の引渡しによって買主の信頼が失われるという状況が存在することもあり得る。BGB は，猶予期間設定の要件の排除又によって，このような場合の買主の保護を図っている。猶予期間設定が不要な場合は，例えば，281 条 2 項，323 条 2 項，440 条等に規定されている。それ故，（信頼関係の存在を前提として）原則的に指向されている契約関係の維持は，期間設定の不可欠性とその経過に依存する[620]。そして，猶予期間の設定が必要である限りでは，売主はその間に追完することができ，これにより，契約関係が維持されることになる。

契約維持を一つの目的としている二度目の提供に対する売主の権利は，とりわけ海外貿易によって発展させられたとされている。すなわち，買主は，しばしば，目的物に瑕疵があったからではなく，単に市場価格が売買後に低下したという理由で，瑕疵の存在を直接の根拠として契約からの解放を欲する（解除後に，買主は別の場所でより低い価格で買い戻すことになる）が，売主は，二度目の提供権を行使することにより，これを阻止することができる[621]。BGB における売主の追完権も一つにはこれと同じ目的を有しているのであるが，目的はこのことに尽きない。すなわち，契約維持機能は，契約が解消された場合に目的物の引き取りや再利用（再度の売却）に際して生じる様々な費用を回避するという売主の利益にも役立つ[622]。政府草案の理由書も，もし買主が即座に解除又は損害賠償請求でき，売主が修補又は代物引渡しによりこれを回避することができないのであれば，売主の正当な利益に適わず，経済的にも有意義でないとしている[623]。

②契約の貫徹

二度目の提供権は，契約関係が破棄されることを先延ばしするという消極的な機能だけではなく，契約を貫徹させるというより積極的な機能も有している[624]。すなわち，二度目の提供権は，まず，合意された完全な売買代金を得るという再度の機会を売主に与える[625]。売

1 項 1 文）が存在していた種類売買においても同様である。
619 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §440 Rn.3; BeckBGB/Faust [2023], §440 Rn.2.
620 Schroeter [2007], S.37.
621 CISG 48 条は売主の追完権を認めている。
622 Schroeter [2007], S.37.
623 BT-Drucks. 14/6040, S.89.
624 Schroeter [2007], S.38.
625 Herresthal/Riehm [2005], S.1458.

主は，瑕疵ある物を引き渡した場合には買主から代金を得ることができない。というのも，買主は，320 条に基づき，売買代金の支払いを全額において拒むことができるからである（もっとも，代金請求時に瑕疵の存在が明らかになっていなければ，義務違反に陥ることのリスクを考慮するであろう買主は代金を支払うとも考えられる）。この場合に 320 条が適用可能なことは，既に述べたように，瑕疵のない物を引き渡すという売主の義務が，追完請求権の発生後も，給付義務に属していることを根拠としている。このような状況において，二度目の提供権は瑕疵物を提供した売主に，買主から代金全額の支払いを受けるという可能性を与える。なぜなら，売主は，追完の実行により，買主の同時履行の抗弁を排除することができるからである。ここでは，二度目の提供権を行使することによる売主の利益は，追完を行うことそれ自体よりも，売買代金を得ること（つまり，契約を貫徹させること）に存在している[626]。

次に，二度目の提供に対する権利は，契約をどのような方法で貫徹するかを規律するという目的をも追求している。つまり，学説上，給付に代わる損害賠償も，概念的に，契約貫徹の一つの方法として整理されている[627]。給付に代わる損害賠償は，履行請求権に代わるもの，換言すれば，給付の不発生（又は拒絶）により生じた買主の財産状態と給付が行われた場合の買主の財産状態との差額の賠償であるからである。そして，二度目の提供権は，売主に，自己に義務付けられた給付を（損害賠償ではなく）現物で提供するという機会を与える[628]。そして，売主による追完権の実行により，（契約適合的な状態が回復された限りで）買主による減額権の行使も抑制される[629]。減額の額は，売主による追完の費用よりも高いことがあり得るから，売主が二度目の提供（追完）権を行使して買主により減額権が行使されることを回避することは，結果として，売主にとって経済的なメリットを生じる。

確かに，二度目の提供権の有するこの契約貫徹機能により，売主は自らの代金債権の満足を得る機会を得る。しかし，二度目の提供権の存在が，買主の完全性利益や契約上の等価性利益を害することは許されない。それ故，まず，法律は，追完の費用を売主に負担させている。また，買主には，売主に対して，給付の遅滞又は追完に際して生じた損害の賠償を請求することが許され得る。

③物の売却

売主の二度目の提供権が有している三つ目の機能は，物の売却［Absatz］に存在している。売主は，契約が清算される場合，281 条 5 項，346 条 1 項に基づき，引き渡した目的物を取り戻すことができるのであるが，売主は，追完権を行使することにより，損害賠償や契約の解除を回避することができ，かつ，物の取り戻しを免れることもできる。目的物の取り戻しを回避することは，とりわけ，売主が自己の在庫を整理したい場合や，返還される物の

626 Schroeter [2006], S.1762.
627 Schlechtriem/Schmidt-Kessel [2005], Rn.283, 618.
628 Herresthal/Riehm [2005], S.1458.
629 Schroeter [2007], S.39.

価値が低下しているためにこれを再度売却することが困難である場合等に大きな意味を得ることになる[630]。

もっとも，この第三の機能は，通常，売買においては副次的な意義を有するにすぎないとされる。これに対して，二度目の提供権が有するこの売却機能は，請負契約においては大きな意味を持っているとされている。というのも，請負契約においては，注文者のために行われた仕事は特別に注文者の要求に合わせて行われているから，この仕事の目的物が注文者から請負人に返還された場合に，請負人がこれを更に他の第三者に売却することはなおさら困難であると考えられるからである[631]。

第３項 追完請求権と二度目の提供権の関係

売主による二度目の提供権の実行は，一度引き渡された物の修理又は瑕疵のない別の物の引渡しという方法によって行われるが，追完方法の選択権は買主に帰属している（439 条 1 項）。最後に，買主の追完請求権と売主の二度目の提供権の関係に検討を加える。

(1) 追完請求前の売主による追完の可能性

買主の追完請求権の行使に関して，438 条に基づく消滅時効以外に特定の期間は定められておらず[632]，買主は，単に，二次的な権利を行使する前に追完のための相当な期間を定めることを要求されているにすぎない。つまり，買主は，特に給付に代わる損害賠償や解除を望まない限りでは，そもそも期間を定める必要がない。このことから，売主の二度目の提供権は買主による追完請求権の行使によってはじめて生じるのか，あるいは，売主は既にその前からこれを行使できるのかという問題が生じる。前節で確認したように，売主の二度目の提供権は買主の引取り義務（433 条 2 文）を根拠とする。そして，この義務は契約適合的でない瑕疵ある物が引き渡されて（買主が瑕疵を認識しているかとは無関係に）買主に追完請求権が生じた後も存続し続けている。従って，買主による追完請求権の行使の前であっても，売主が追完権（二度目の提供権）を行使し得ることを認めることは可能ではあろう[633]。しかしながら，問題は，売主ではなく，買主による追完方法の選択によってはじめて追完権の内容が具体化することである[634]。つまり，追完方法の選択権は買主に帰属するから，買主が追完方法を選択するまでは，売主は自己の有する追完権を行使することができない[635]。しかし，もし，追完請求権が行使される前であれば，売主に自己の自由な選択に従って追完を行うことが認められるとすれば，（その妥当性はともかくとして）買主に追完方法の選択権が

630 Schroeter[2007], S.40.
631 BeckOK BGB/Voit [2023], §636 Rn.25.
632 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §439 Rn.8.
633 Schroeter [2007], S.41 f..
634 Büdenbender [2005], S.395 f.
635 これに対して，請負契約の場合には，635 条 1 項に基づき追完方法の選択権が請負人に帰属しているから，このような問題は生じない。

与えられた目的が失われることになる。他方で，買主が追完を請求するまで，売主による追完が認められないとすれば，前述の追完権の契約貫徹機能により目指されている，売主による売買代金の（可能な限り早期の）獲得が，当面，実現されないことになる。これについては，買主が選択権を行使しなければ，264 条 2 項に基づき，売主は期間を設定して，その経過後に自分で選択権を行使することができるという見解が主張されている[636]。もっとも，264 条 2 項は選択権を有する債権者が遅滞に陥っていることを要求しており，（追完権又は追完方法の選択権を行使しなければならない期間は定められていないから）売主が選択権の行使に関して買主を遅滞に陥らせることはできないことが指摘されている[637]。なお，追完方法の一方のみが不能である場合，選択権はもはや問題にならないから，売主は，買主による追完請求権の行使前であっても，残っている追完方法による追完を行えることになるだろう（271 条 1 項）。また，一方の方法について追完拒絶権（275 条 2 項，439 条 4 項）が存在する場合についても同様である。買主による（結局拒絶されることになる）追完方法での追完が請求されるまで，売主がこれを拒絶できないと考えることは不合理であろう。この拒絶は，二度目の提供権の行使に推断的に含まれていると考えることができるとされている[638]。

(2) 猶予期間経過後の売主による追完の可能性

次に，買主により定められた追完のための期間が経過した後であっても，売主はなおも追完を行うことができるかが問題になる。281 条 4 項は，債権者が給付に代わる損害賠償を請求すると同時に給付請求権が排除されると規定している。つまり，期間経過によって実際に損害賠償を請求することが可能になるが，第一次的な給付に対する債権者の請求権も差し当たりは存続し続けており，前者の請求によってはじめて後者が消滅する[639]。そうであれば，追完のための期間が経過した後でも，買主が給付に代わる損害賠償を実際に請求するまでは，売主は追完を行えることになると考えることができる[640]。このことは，買主による他の権利の行使の際にも妥当する。つまり，相当な猶予期間の経過後に，買主が解除（323 条 1 項），減額（441 条 1 項），無駄になった費用賠償請求（284 条）を行った場合にも売主の二度目の提供権は消滅する。

期間経過後にも追完権の存在を認める見解に対しては，二度に渡って義務違反（瑕疵物の引渡し，及び，猶予期間の徒過）を行った売主はもはや保護に値しないという批判がある[641]。そして，期間経過後にも売主が追完できることは，買主が期間経過後の売主による追完を拒絶することが許されないことを必然的に意味するわけではないとされている。つまり，履行

636 Jauernig/Berger [2021], §439 Rn.17.
637 Schroeter [2006], S.1763.
638 Schroeter [2007], S.43.
639 Faust, in: Huber/Faust [2002], Rn.3/154.
640 Faust, in: Huber/Faust [2002], Rn.3/155.
641 Bressler [2004], S.3385.

請求権と給付に代わる損害賠償請求権の間の債権者（買主）の選択権が債務者（売主）の「三度目の提供権」によって奪われることは許されないとされている。

この批判に対しては，再び，次のような反論が存在する。すなわち，債権者（買主）は猶予期間の経過後に，給付に代わる損害賠償請求（281 条 4 項），解除（349 条），減額（441 条 1 項 1 文）を即座に行うことができ，それによって，債務者（売主）による追完や自己に生じる費用を防ぐことができることが重要である。債権者は，第二次的な法的救済を行使しない間は，差し当たり履行請求に留まっており，それによって，債務者側に，追完をなおも提供し得るという信頼が生じるとされる。それ故，買主は，期間経過後であっても，給付された瑕疵のない物を引き取ることを義務付けられている。さもなければ，債権者は，債務者が対処する方策を有することなく，契約の帰趨を任意の期間未定のままにすることができるという結果になってしまう[642]。期間経過後にも売主による追完を認めるという見解は，債務者は債務関係に基づき義務付けられている給付を提供することにより不確定的な状態を終わらせることができるというという政府草案の理由書[643]にも一致する。給付が遅れたことによって生じた債権者の損害は，280 条 1 項，2 項，286 条に基づく遅滞損害の賠償請求によって補填されることになるが，286 条が要求する催告は猶予期間設定の中に認められ得るとされている[644]。

(3) 追完請求権と二度目の提供権の表裏性

売主の追完権（二度目の提供権）は，買主の追完請求権の裏側であり帰結であり，両者は互いに対応するといわれることがある[645]。確かに，275 条 1 項の意味において追完が不能である場合，不能な限りで，追完請求権も追完権も消滅する。もっとも，追完権に比べて追完請求権が制限を受ける場合と，反対に，後者に比べて前者が制限を受ける場合が存在している。

まず，買主の追完請求権が制限を受ける場合が存在している。これは，追完権は存在するが追完請求権は存在しない場合ということもできる。439 条 1 項に基づき買主が選択した追完方法が不均衡な費用によってのみ可能である場合，売主は，439 条 4 項又は 275 条 2 項又に基づく給付拒絶権を抗弁として主張することにより，追完を拒むことができる。もっとも，両条文とも，売主（債務者）の保護に用いられるものであるにすぎないから，売主は，不均衡な費用（又は重大な不均衡性）を要するという理由で給付拒絶権を行使することができる場合であっても，この行使を強制されることはなく，自らの給付を行うことができる[646]。給付を行うことにより，売主は，買主によるあり得る第二次的な権利の行使を回避すること

642 Schroeter [2007], S.45.
643 BT-Drucks. 14/6040, S.140.
644 Medicus/Lorenz [2015], Rn.464, 490. 猶予期間設定は，相当な期間内の給付の提供を要求するものであるのに対して，催告は，給付の提供を要求するものである。
645 NK-BGB/Büdenbender [2021], § 439 Rn.7.
646 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.235.

ができる。

第1節で述べたように，特定物売買の場合，売主の義務の内容も買主の請求権の内容も，瑕疵のない特定物の引渡しに尽きるから，代物引渡しによる追完の余地はなく，代物引渡し請求権も存在し得ない。他方で，種類売買において引き渡された目的物に瑕疵があった場合には特定が生じないから，買主は引き続き瑕疵のない別の物を請求でき，売主は瑕疵のない別の物で履行できるだろう（当然，不均衡性の問題は生じ得る）。しかし，種類債務の特定と危険移転が一致しない場合，とりわけ，消費財売買の際に送付債務が合意された場合の処理方法が問題になる。というのも，送付債務における特定は物の発送（運送人への引渡し）により生じるとされており[647]，消費財売買の際の送付債務においては，危険移転が（物の運送人ではなく）買主への物の引渡しにより生じることがある（472条2項参照）から，特定後危険移転前に瑕疵が生じる可能性がある。この場合においては，243条2項が特定後の代物引渡し請求から売主を保護しているから，買主の代物引渡し請求権は存在しない。しかし，この場合にも，売主には，修補ではなく代物引渡しによる追完を行う余地が認められ，売主は代物引渡しによる追完によっても代金債権を保持することができる[648]。

次に，売主の追完権が通常よりも制限を受ける場合も存在している。これは，買主が猶予期間を設定することなく，自己の二次的な権利を行使できる場合である。買主の引取り義務の消滅は，追完のために定められた期間の設定の必要性の故に，当該期間の経過までは先延ばしされるから，その範囲内においては，売主の二度目の提供権が存在する。買主が，この期間の経過後に，損害賠償請求等の第二次的権利を行使することにより，売主による第一次的給付の提供（すなわち，現物での提供）の余地はもはや存在しなくなる[649]。もちろん，買主は二次的な権利を行使しないこともでき，この場合には第一次的な給付請求権が存続し続けるから，その限りで売主の追完権も存在し得る。それ故，買主が期間を設定する必要がない場合，それだけ，売主の追完権も制限を受け得ることになる。期間設定が不要な場合として，まず，相対的定期行為の場合（323条2項2号），及び，両当事者の利益衡量の下で債権者の即座の権利行使を正当化する特別な事情が存在する場合（281条2項，323条2項3号）を挙げることができる[650]。これらの場合には，買主は期間設定なしに二次的な権利を行使することができ，それ故，これが行使されれば，売主による追完の余地はなくなる。もっとも，買主は，期間を定める必要がない場合にも，追完を請求することができる[651]。

---

647 Hk-BGB/Schulze [2019], §243 Rn.7; Jauernig/Berger [2021], §243 Rn.9.
648 Schlechtriem/Schmidt-Kessel [2005], Rn.225.
649 Schroeter [2007], S.52.
650 なお，債務者（売主）が履行を拒絶した場合にも猶予期間設定は不要である（281条2項，323条2項1号）。売主が追完を不当に拒絶する場合，売主に追完権を行使する意思が存在しないことは明確であろう。この場合には，売主の追完権が排除されるのみで，買主は追完を請求できるとされている（BeckOK BGB/Faust [2023], §440 Rn.6.1）。他方で，売主が追完を拒絶しても，行使するつもりがないという意思が存在するにすぎないから，追完権は存在し続けるという見解もある（Schroeter [2007], S.53）。
651 NK-BGB/Büdenbender [2021], §439 Rn.7.

更に 440 条は，281 条 2 項と 323 条 2 項の範囲外において[652]，買主による猶予期間設定が不要な場合を挙げている。第一は，売主が 439 条 4 項に基づき追完の両方の方法を拒絶した場合である。追完の拒絶については既に述べた。第二は，買主に帰属する追完方法による追完が失敗した場合である。440 条 2 文によれば，原則的に，二回目の修補の試みが失敗した場合には追完が失敗したとみなされる。この他にも，追完の最初の試みが失敗した結果，（当初設定された）期間内の追完がもはや予期され得ず，期間の経過を待つことが無意味である場合にも追完の失敗が認められるとされている[653]。一方の追完方法が失敗した場合には，他方の追完方法による追完が可能であっても，期間設定をする必要はないとされている[654]。第三は，買主に帰属する追完の方法がこの者にとって期待不能である場合である。追完の一方の種類のみが期待不能である場合に，直ちに期間設定が不要になるわけではない[655]。つまり，買主は，一方の方法による追完を選択して売主に請求し，同時に，当該追完方法が期待不能であることを主張することはできないとされている[656]。また，一方の方法のみが期待不能である場合，買主は，別の方法による追完のための猶予期間を設定しなければ，二次的な権利の行使に移ることはできない[657]。期待不能の判断については，売買客体の種類や，買主により目的物の調達によって追求された目的が重要であるとされている[658]。例えば，目的物の即座の使用が必要であったような場合に期待不能が認められる。もっとも，買主の目的が契約締結時に，売主に少なくとも認識可能であったことが必要とされている。また，目的物が様々な多数の瑕疵を有していた場合には，更に他の隠れた瑕疵の存在のおそれがあるから，瑕疵の修補は期待不能であるとされている[659]。売主が目的物の（買主にとって）不利な性質に関して買主を欺いた場合のように，売主に対する買主の信頼が特に大きく失われるような場合にも期待不能が認められるとされている[660]。売主が瑕疵について悪意であ

---

652 281 条 2 項によれば，売主が給付を真剣かつ確定的に拒絶する場合，及び，両当事者の利益衡量の下で損害賠償請求権の即座の行使を正当化する特別な事情が存在する場合，そして，323 条 2 項によれば，債務者が給付を真剣かつ確定的に拒絶する場合（1 号），定期行為の場合（2 号），両当事者の利益衡量の下で即座の解除を正当化する特別な事情が存在する場合（3 号）には，債権者は履行のための相当な期間を予め設定する必要がない。

653 Reinicke/Tiedtke [2009], Rn.484.

654 BT-Drucks. 14/6040, S.233; BeckOK BGB/Faust [2023], §440 Rn.15.

655 Staudinger/Matusche-Beckmann [2014], §440 Rn.12; Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.274; BeckOK BGB/Faust [2023], §440 Rn.15.

656 Huber, in: Huber/Faust [2002], Rn.13/72. このことは矛盾行為禁止の原則に基づいているとされている。

657 BT-Drucks. 14/6040, S.234; BeckOK BGB/Faust [2023], §440 Rn.11.

658 Oetker/Maultzsch [2018], §2 Rn.275.

659 BeckOK BGB/Faust [2023], §440 Rn.42.

660 Oechsler [2007], Rn.172; Oechsler [2017], Rn.252 f. 瑕疵ある目的物の引渡しはすべてが買主の売主に対する信頼を失わせるが，法律は原則的に追完のために売主に協力することを買主に求めているから，買主の特に大きな信頼喪失だけが期待不能に通じ得るとされる。

ったという事情は必ずしも売主の追完権の排除には通じず[661]，猶予期間設定の要否に関する当事者の利益衡量の枠内で考慮されるとされている[662]。

第4節 まとめ

本章では，瑕疵のない物の引渡しという売買契約における一方の目的を追完により貫徹することの意義と限界という問題についての検討を行った。その内容は以下のようにまとめることができる。第1節では，買主の本来の給付請求権と追完請求権の関係という観点から，追完請求権の法的性質に検討を加えた。現行 BGB においては，売買契約の有効な成立により，契約で定められた状態にある目的物，すなわち，瑕疵のない目的物を引き渡す義務が売主に生じる（433 条 1 項）。従って，瑕疵物の引渡しは売主の義務違反を構成する。そして，売主のこの義務に対応する買主の本来の給付請求権は，一定の要件の下で，目的物の瑕疵の除去に向けられた追完請求権に修正される。もっとも，後者の請求権は前者の請求権が一定の修正を受けたものにすぎず，両者は本質的には同一のものと理解されている。本来の請求権がこのような修正を受ける要件は，買主が，売主から給付された（瑕疵ある）物を受領して，それを履行として承認することと考えられる。履行としての承認により，既に行われた取引の法的安定性に対する当事者の利益が（未だ何ら履行されていない段階と比べて）高められ，その結果，例えば，買主に追完方法の選択権が与えられ，買主の請求権の消滅時効期間が通常よりも短縮される。通説は買主への危険移転を要件とするが，物の滅失や悪化に関する危険の買主への移転は，本来の請求権にこのような修正を加える根拠として十分とはいえない。

物に瑕疵が存在していることが引渡し時に既に明らかであった場合，買主はその受領を拒むことができる。この場合には引き続き一般給付障害法の規定が直接適用され続ける。買主は，（修補された，あるいは別の）瑕疵のない物の引渡し請求することができ，損害賠償請求や解除の際には一般給付障害法の規定が直接適用される。これに対して，買主の履行承認後には，一般給付障害法の規定は 437 条を介して適用されることになる。なお，履行承認により生じる追完請求権も，本来の請求権の修正であるにすぎないから，買主の第一次的な給付請求権である。従って，買主は，第二次的な権利である解除や給付に代わる損害賠償請求権の行使の前に，追完のための相当な期間を予め設定して，売主に追完の機会を与えなければならない。追完の方法としては修補と代物引渡しが認められており，追完方法の選択権は買主に属している（439 条 1 項）。もっとも，いずれの方法によっても瑕疵の除去が可能である場合には，両方の追完方法について売主の拒絶が認められるのでない限り，買主は最終的には瑕疵のない目的物を得ることができる。しかも，買主の選択した一方の追完方法が他方に比べて多くの費用を売主に生じさせることがあり得る。それ故，追完方法の選択の結果は，買主よりも売主の利益に重大な影響を与えることになる。このことから，追完方法

[661] Palandt/Weidenkaff [2021], §437 Rn.44.
[662] BeckOK BGB/Lorenz [2023], §281 Rn.31; BeckOK BGB/Schmidt [2023], §323 Rn.37.

の選択権が，法律上，買主に与えられていることには批判が存在する。

特定物売買における代物引渡しの許容性も議論されている。これを肯定する見解が一方では主張されており，判例もその余地を認める。これに対して，代物引渡しを否定する見解は次のように考える。特定物売買においては，瑕疵のない状態での特定の物の引渡しが売主の義務であるにすぎない。そして，本来の給付請求権と追完請求権は同一のものである。従って，特定物売買においては，売買された特定の物とは別の物が引き渡された場合を除いて，代物引渡しでの追完は認められないことになるが，このことは不能の問題とは無関係である。追完段階での売主の義務の範囲が当初の義務よりも拡大することはなく，あるいは給付義務の内容が変更されることもない。特定物売買において代物引渡し請求権の存在を肯定する見解が代物引渡しを認めている事例は実際には種類売買として分類されるべきものであるとされる。

第２節では，買主の追完請求に対する売主の追完拒絶権に関する検討を行った。売主は一定の場合には追完を拒絶することができる。その第一は，追完が事実的不能である場合，つまり，債務者（売主）の費用が債権者（買主）の給付利益と重大な不均衡関係にある場合である（275 条 2 項）。この場合の債権者の給付利益の内容が問題になる。（例えば瑕疵のない物を得るという）債権の内容の実現自体が債権者の給付利益であることからすれば，債務者が行わない給付の内容を債権者が自らの側で実現する場合には，債務者と同程度の費用が自己に生じることになるから，結局，債務者の費用と債権者の給付利益は一致することになる。つまり，両者の単純な比較では事実的不能が認められることがほぼ存在しないことになってしまう。他方で，双務契約におけるそれぞれの債権者は，自己の債権の実現を得るためにそれと等価と考えられた反対給付を引き受けている。これらのことから，ここでの債権者の給付利益を，少なくとも双務契約においては，債権者が自己の債務を履行することで自己の債権の実現を得ることができるという利益と解する見解が主張されている。これは，債務者の給付と債務者の得る反対給付，換言すれば対価的な二つの給付の関係から 275 条 2 項に基づく拒絶の可否を判断すべきと考える立場である。そのような立場から，追完費用の限度を減額の額（最大でも代金全額）とする見解がある。他方で，「契約は守られるべし」という原則からすれば，給付が可能であればそれを実現させるべきことが原則とされなければならないから，単に損失が生じるという理由で債務者に追完拒絶を認めることはできず，追完費用の限度を代金額や減額の額に制限することには問題があるとする見解もある。

第二に，439 条 4 項は，275 条 2 項とは別に売主の追完拒絶権を定めている。これについては，買主が選択した追完方法と他方の追完方法のそれぞれの費用を比較する相対的不均衡性判断と，買主が選択した追完方法に要する費用と買主の給付利益を比較する絶対的不均衡性判断が存在する。相対的不均衡性が認められた場合でも，買主は，他方の方法での追完を請求することができ，売主にはさらにこれを拒絶することが認められ得る。絶対的不均衡性の判断要素は事実的不能のそれと同じとされている（そこから，絶対的不均衡性の判断に際しても両当事者の給付の関係に着目することが必要となり得る）。また，絶対的不均衡

に基づく拒絶の要件を BGB 275 条 2 項に基づく拒絶の要件よりも緩和することの妥当性が争われているが，両者で拒絶の基準を区別することには問題もある。つまり，追完請求権と本来の給付請求権が本質的には同一の請求権であることを前提とすれば，たとえ買主が瑕疵ある物の引渡しを履行として承認したとしても，それによって売主の義務の範囲自体が縮減することはないとも考えられるからである。

第 3 節では，瑕疵のない物を引き渡す義務を負っている売主側の観点から，契約適合的な物の給付を事後的にも実現させることの意義，及び，それによって買主の第二次的な請求権が受ける影響について検討した。瑕疵ある物の引渡し受けた買主は，原則として，二次的な権利を行使する前に売主に追完の機会を与えなければならない。このように売主には追完の機会が与えられていることから，学説上，売主の二度目の提供権は売主の権利であるか，つまり，積極的に追完するという売主の追完権が存在するかが争われている。買主は，法律上，代金支払い義務だけではなく，引き渡された物を引き取る義務を負っている。そして，瑕疵物が一度引き渡されて，買主の本来の請求権が追完請求権に変化した後も，引取り義務は存在し続けている。つまり，買主の引取り義務は，本来の給付請求権が追完段階で修正されるのと同様に，（選択された追完方法で）追完された契約適合的な物を引き取るという内容に修正されるとはいえ，買主は依然として瑕疵のない物を引き取る義務を負い続けている。このことを根拠とすれば，売主の追完権の存在を認めることも可能とする見解がある。それ故に，買主は，瑕疵物を引き渡された場合には，原則として，まず瑕疵の追完を売主に求めなければならないとされる。また，理論的には，買主が追完を請求する前であっても，売主は買主に対して，一度引き渡した物の修補を受けることの認容，あるいは瑕疵のない新しい物の引渡しを受けることの認容を求めることが可能とされ，買主がこれを拒めば 280 条 1 項の意味での義務違反となる。とはいえ，439 条 1 項は追完方法の選択権を買主に与えているため，買主が追完方法を選択して売主に追完を請求するまでは，売主の追完権の内容が具体化し得ないという問題も存在する。この問題については，264 条 2 項を（類推）適用して，選択権を行使させるために設定した期間が経過した後には売主が自分で選択して追完できると解すれば解決可能とされる。理論構成上，問題がないわけではないが，結論としては妥当であろう。

売主の追完権の意義として，とりわけ契約の維持機能と貫徹機能が存在していることが指摘されている。前者は，猶予期間内に売主が瑕疵を追完することにより契約関係の解消を防ぐというものであり，どちらかといえば消極的な機能である。これにより，売主は，契約関係が解消されることから生じる不利益を回避することができる。これに対して，後者の機能は，売主が追完を実行することで，合意された売買代金全額を得る機会も同時に獲得するというより積極的な機能である。買主は物に瑕疵が存在している場合，同時履行の抗弁（320 条）により，売買代金支払いを全額において拒むことができるから，この機能は重要である。また，追完権が存在している限りでは，売主は現物での給付（追完）を行うことができる。

買主の追完請求権と売主の追完権の範囲は必ずしも一致しない。確かに，ある追完方法が

客観的に不能（275 条 1 項）である場合には，両者ともに存在し得ないという点では一致する。この場合以外には，個々の事例の形成次第で両者の範囲が異なり得る。売主に追完拒絶権が存在している場合には，それだけ，買主の追完請求権は制限を受ける。この場合にも売主は追完を行うことができ，買主がこれを拒むことはできない。他方で，猶予期間設定が不要である場合には，買主は二次的な権利を即座に行使できるが，この場合にも買主はなお追完を請求することができる。他方で，買主が二次的権利を行使するまでは，売主はいつでも追完権を実行することができる。以上のことから明らかなように，売主の追完権の存在を認めることができるとしても，その存在は買主による二次的権利の行使に全面的に依存している。しかし，追完権が存在する間は，（例えば，買主が瑕疵を通知したのみで，それ以外には何ら対応を取らない場合に）売主は追完権を積極的・能動的に行使することにより，自らの給付の対価として合意されていた売買代金を得ることができる。

第 5 章 おわりに

第 1 節 まとめ

本稿では，わが国における売主の契約不適合責任（民法 562 条 1 項）に関して「目的物の『品質』が『契約の内容』に適合しないこと」の意味を明らかにするための基礎的研究として，ドイツの物の瑕疵責任における同様の問題，すなわち，物の一定の状態がどのような根拠から物の瑕疵と判断されるのか，そして，物の瑕疵を基礎付けることのできる性質とは何かという問題をめぐる議論の展開を辿った。そこでの議論の中心にあったのは当事者の「合意」であり，それにより売主と買主の間に基礎付けられる交換関係の「（主観的）等価性」が重要な役割を果たしていた。その全容は以下のようにまとめることができる。

第 1 項 欠点概念の主観化とその影響

第 2 章では，債務法改正前の BGB における欠点概念論の展開とその影響の分析を行った。売買当事者の合意を基準として物の欠点（債務法改正前 BGB 459 条 1 項）を判断する見解が通説化し，そこでは，物の通常性の欠如も合意違反による欠点と理解されていた。この合意説の登場が，物の瑕疵責任を売主の義務違反に基づいて生じる責任と理解し，ひいては特定物買主の瑕疵修補請求権を肯定するための契機となっていたとはいえ，合意説には最後まで批判も付きまとっていた。

当初，判例と学説は物の欠点を客観的に理解しており，それにより多くの事例を適切に処理することに問題もなかった。欠点概念の転換点は，引き渡された特定物が合意された種類のものではなかったという適性の異種物を欠点として処理するために RG が主観的欠点概念を採用したことにあり，欠点概念論争もこのことに起因する。Haymann はローマ法を根拠に欠点概念としては客観説に立ったうえで，適性の異種物を（不履行に基づく損害賠償責任の生じない類型の）確約として処理するべきことを主張した。これに対して，Flume は，物の性質は動機に留まるとする当時の通説を批判し，物とその性質が不可分であることか

ら物に関する表象とその性質に関する表象も不可分であり，合意は物の性質にも及ぶことができ，合意されているのは表象された性質からなる物の引渡しであることを論じ，また，欠点概念に関してローマ法に遡ることはできないとして，物の実際の性質と合意されたあるべき性質の相違が欠点であると主張した。この合意説がその後の通説となる。もっとも，日常的な売買の多数では性質が明示的に合意されることは少ないから，Flume をはじめとする純粋な合意説の論者は，性質が明示的に合意されていない場合でも，売買目的物が帰属する種類の物の普通の性質があるべき性質として常に合意されている（その物は「正常である」「通常の性質を備える」という一般的性質合意が存在する）と考えて，客観説の意味での欠点である物の通常性の欠如をも合意違反としての物の欠点と理解した。もっとも，欠点概念に関する議論の激しさにも関わらず，多くの論者で売主に生じる責任の具体的内容は実際には異ならなかった。合意説から出発して特定物買主の一般的な瑕疵修補請求権を認める見解や，損害賠償意思を不要として性状確約を容易に認める Knöpfle の見解はその例外である。

債務法改正前の後期において客観説をなお強固に主張して主観説を厳しく批判し続けた Knöpfle は，私的自治に基づき，性質合意が存在すればその合意が優先するのは当然であるとして，その限りでは合意説が正しいことを認めるのであるが，合意説の論者が性質合意の内容を明らかにしないことは問題であると説いた。法律行為上の合意は法律効果の発生に向けられていなければならないが，学説の多くは合意された性質での給付義務を否定する（あるいは，これを肯定する見解の多くも買主による欠点ある物の受領拒絶を認めない）から，性質合意は，合意された性質が欠けていれば売主に担保義務が発生するという内容の合意としか理解できないことが指摘される。また，純粋な合意説は一般的な性質合意が原則として存在することを前提しており，欠点概念が外観的には主観化されているが，実際にはそうではなく客観的欠点概念が用いられている。そうであれば，そのような合意を介在させることなく，客観的に理解された欠点に対して法律が担保責任を発生させていると考えれば十分であり，また，物の一定の性質に関して売主が拘束的な申告を行っていれば，買主の信頼惹起という点から，売主の不履行に基づく損害賠償責任（BGB 旧 463 条）も十分に根拠付けられるとする。つまり，主観説が主張される切っ掛けとなった適性の異種物という事例は目的物の種類の帰属に関する拘束的な申告に基づく性状の確約として問題なく処理でき，適性の異種物を処理することは欠点に対する責任の役割ではないというのが Knöpfle の主張である。そこでは，確約に対する責任の根拠が売主の特別な行為であるのに対して，欠点に対する責任の根拠は買主が（客観的に定まる）欠点の存在を重過失によらずに知らないことにあると考えられている。Knöpfle によれば，初期の通説が確約概念の理解を間違っていたこと，そして，学説が適性の異種物という「奇妙な事例」を欠点として処理することに注力しすぎたことが主観説の展開した原因であるとされる。Knöpfle により指摘された物の通常性と合意の関係をめぐる問題は債務法改正後に持ち越されて議論されている。

欠点を合意違反とする合意説は，特定物売主にも欠点（瑕疵）のない物の給付義務が生じ

るという今日的な理解が登場するための切っ掛けにもなっていた。合意説を基礎付けた Flume 自身は，契約の不履行と契約義務の不履行を区別することにより，欠点のない物を引き渡すという特定物売主の義務の存在を否定した。Flume によると，欠点のない物の給付への義務付けが売買当事者により合意されるが，法秩序が合意に介入して合意された法律効果に代えて売主に有利に担保義務を生じさせており，このことは買主と売主の公平な利益調整に適っているとされている。しかし，契約の不履行と契約義務の不履行を区別する構成には批判も多く，例えば，履行とは義務付けられた給付の実現を意味するから，契約の不履行は契約義務の不履行という意味であり得るにすぎないことが指摘される。そこから，性質合意を認める以上は合意された性質についても履行義務が発生しなければならず，その義務違反の効果として生じるのが物の瑕疵責任であるという見解が主張されて有力化し，あるいは，給付義務と履行請求権が不可欠に一致する必要はないという理由から同様の結論を導く見解が主張された。これらの見解の結論は，特定物買主は欠点ある物の受領を拒めず，引き渡された物に欠点が存在した場合には物の瑕疵責任しか発生しないという点で，欠点のない物を引き渡すという特定物売主の義務の存在を否定する見解と異ならない。他方で，欠点のない物を引き渡すという特定物売主の義務が存在しているのであれば，それを根拠として特定物買主に一般的に修補請求権を与えることが可能であるとする見解も少数説ではあるが主張され，現行法の根底に存在するのはこのような理解である。とはいえ，この見解の想定する売買目的物は大量生産品であり，当初の合意説が想定していた適性の異種物とはその性質がまったく異なっていることには注意が必要である。適性の異種物ではそもそも修補は問題とならない。本来確約に基づいて処理されるべき適性の異種物という「奇妙な事例」を欠点として処理することに主観説が注力しすぎていたという Knöpfle の指摘がここでも重要である。性状確約の場合には無過失での不履行に基づく損害賠償責任が発生し得たとはいえ―多くの学説は，この責任が容易に発生することがまさに適性の異種物を確約により処理することの問題と考えた―，通説は確約された性状での給付義務の発生を認めていなかった。なお，繰り返しになるが，Knöpfle 自身は，買主に対する売主の拘束的な申告の存在がそれだけで「不履行」に基づく損害賠償責任を十分に正当化することを説いていた。

債務法改正前の BGB には，欠点の対象となる性質・確約可能な性状・両者に含まれないその他の事情が判例により区別されているという問題も存在した。すなわち，判例は確約可能な性状を欠点の対象となる性質よりも広く理解し，他方で，物の瑕疵責任ではなく契約締結上の過失責任の対象となる事情が存在することも認めていた。このような区別を行う判例の立場は次のように批判されていた。すなわち，性質概念の限定は（既に放棄された）客観的欠点概念の下で売主の責任の範囲を妥当なものとするために必要とされたにすぎず，当事者合意に着目すると欠点の対象となる性質と確約可能な性状はもはや区別できず，また，物に関係する事情はすべて物の瑕疵責任の対象となるから物の瑕疵責任の対象と契約締結上の過失責任の対象も区別できないというものである。この問題は，性質概念の射程の

問題として債務法改正後も引き続き議論されている。

第２項 性質合意と等価性

第３章では，2002 年から 2021 年まで適用されていた BGB 434 条 1 項の定める物の瑕疵に関する議論を分析した。すなわち，売主に物の瑕疵責任（BGB 437 条）を問うことができる「性質」とは何かという問題，及び，「物の通常性」に関する合意（一般的性質合意）は存在するかという問題をめぐる議論であり，いずれも債務法改正前から継続して行われているものである。

債務法改正前においては判例による欠点の対象となる性質（旧 BGB 459 条 1 項）と確約可能な性状（旧 BGB 459 条 2 項）の区別が批判されていた。BGB 434 条 1 項の性質が少なくとも改正前の確約可能な性状を含むことに争いはない。争われているのは，これをどこまで拡大できるかであり，とりわけ，ある環境関係が物の性質とされるためには，その環境関係が物の物質的性質と関わっていることを必要とするかが議論されている。物の物質的性質との関係を必要とする制限説とそのような関係を必要としない無制限説が主張されている。制限説の一つの見解によれば，BGB 433 条 1 項，434 条は，売買契約において物の有体性が持っている特有の意味を根拠として，物の性質に対する売主の履行責任を通常の法律行為と比べて容易に認めていると理解されており，この特有の意味は，等価性・物の管理・契約の単純化という三つの評価基準において明らかにされる。すなわち，物の性質に関して述べられた表象や典型的な期待は給付間の主観的等価性を形成して代金を具体化し（等価性），物の物理的な支配は売主に物の管理とその情報取得についての確かな機会を成立させ（物の管理），物の瑕疵責任の体系が主に対象としている物品売買の一つの特徴は個別的な取決めの少なさにあるが，その売買物に基づく当事者の期待の典型化が可能である（契約の単純化）というものである。そして，そのように容易に認められる履行責任が妥当するのは，物の物質的メルクマール及びそれと関わりのある事情のみであると説かれる。この他にも，物の使用リスクは買主が負担しなければならないという売買法の原則や，瑕疵の追完が可能で優先することを原則とする売買法の体系といった根拠から制限説を主張する見解もあった。前者は，売主が責任を負うのは売買客体それ自体に対してのみであること，後者は，無制限説の主眼である環境関係は追完が原則的に不能であることを指摘する。

これに対して，無制限説は主に私的自治という根拠から制限説を批判する。すなわち，合意には，原則として買主が負担しなければならないとされる物の使用リスクを売主に移転するというリスク分配機能がある。あるいは，合意可能な性質を物質的なものに限定することは債務法改正により（性質合意を正面から認めることで）強められた私的自治と矛盾するという批判もある。つまり，目的物に関わりのある何らかの事情が合意されていた場合には，その事情が物の物質的性質との関係を有するかどうかとは無関係に買主は保護に値するとされる。古代ローマ以来の瑕疵担保法の目的と展開を手がかりに無制限説を主張する論者もいる。すなわち，目的物が客観的欠点を持つことの買主への解明を売主に義務付け，ある

いは間違った申告を行うことをこの者に禁止することで，買主が自らの購買決定を正しい情報に基づいて行うことができるようにするということが按察官告示以来の瑕疵担保法の目的であり，古典期ローマ法における物の瑕疵責任の契約責任への転化や，客観的欠点に対する責任と売主の申告に対する責任が次第に混合したという歴史的展開は制限説と相容れないとされ，また，物に関する申告を行うことで買主に購入を決心させるという売主の自由な決定が物の瑕疵に対して売主が履行責任を負わされる根拠であるとされる。そもそも，債務法改正前においては，権利の瑕疵に対して履行責任を認めるための根拠が瑕疵の物質性の欠如に求められていたと説かれている。さらには，極めて現代的な「倫理的消費」という視点から無制限説の妥当性を論証する見解もある。それによれば，瑕疵担保法には契約で予定された等価関係を保障するという目的があり，そこにおいて売買物の価値形成的要素を表しているのが性質概念であるとされる。そして，買主にとって価値形成的であるのは売買物の物質的品質と結び付いた要素だけではなく，例えば「オーガニック［Bio-］」「エコ［Öko-］」「フェアトレード［Fairtrade］」といった倫理的な基準（例えば，畜産物の原料となる動物が種に適した方法で飼育されていること，チョコレート製品の原料の生産者が公正な対価の支払いを受けていること等）もそうであるという。結局，制限説が売主の履行責任を正当化するために挙げた等価性や物の管理といった観点は，物の物質的性質と関わりのない要素に対しても同様に妥当するものである。今後，無制限説に立った場合の物の瑕疵責任と契約締結上の過失責任の競合という本稿で扱わなかった問題について検討を行わなければならないであろう。

物の通常性については，通説はこれを契約解釈の枠内で処理する。つまり，一般的な性質合意を原則として認めるという改正前の純粋な合意説の考え方が引き継がれている。このことは，例えば，（2022 年改正前の）BGB 434 条 1 項 2 文 2 号が存在しなくてもそこで挙げられている通常の使用及び普通の性質という要素が契約解釈に際して当然に引き合いに出されること，あるいは，物が普通の性質を示し，通常の使用に相応しいことは異なる手がかりのない場合の仮定的当事者意思に合致することから説明されている。この他にも，合意に言及しつつも，物の性質に対しては一般的な法律行為よりも容易に売主に履行責任が発生し，かつ，とりわけ物が通常性を備えるべきことは当事者の典型的な期待であるから，それが法律上典型化された性質合意として契約の標準的な内容に高められていると説く見解もある。等価性・物の管理・契約の単純化という基準の重要性を指摘した論者により主張されたこの見解によれば，両当事者が一致して明示的に売買客体の個別的な性質に言及した場合には性質合意が認められ，売主の履行責任が容易に発生するとされる。

学説の中には物の通常性の処理を契約解釈や合意に還元しないものもある。そもそも，判例は（BGB 434 条 1 項の意味での）性質合意の存在を容易には認めない。そのような判例の立場に応じて，目的物が普通の性質を示さなければならないとすることを当事者達が推断的に合意したことを容易に認めることはできないという見解が主張されている。もっとも，通常性の欠如が物の瑕疵とされる根拠は十分に述べられてはいない。改正前における純

粋な合意説の代表的論者であった U. Huber の改正後における主張は注目に値するものである。すなわち，物の瑕疵責任は，物が通常は標準的性質を有することに基づく客観的責任であり，この責任は，特別な約束に対する責任ではなく，契約上修正することの可能な法律上の責任であるというものである（物が標準的性質を有するという視点は，（性質に関する制限説の論者が指摘した）契約の単純化という考え方と親和的である)。このような理解は，債務法改正前の純粋な合意説による一般的性質合意という構想を批判した Knöpfle の主張に非常に近いものとなっている。この他にも，ドイツの伝統的な意思表示理論を離れて契約の本質という観念からの説明を試みる見解もある。それによれば，物の売買契約では物の所有権移転と代金支払いという主たる義務，つまり契約の要素に関する給付約束は信頼の法律要件であり，それに基づいて債権者（買主）の保護に値する信頼が基礎付けられ，そこから，通常の性質に対する売主の責任が合意なしに契約の常素として生じるとされる。その際に買主が期待してよい性質を確定するにあたっては，代金の水準が重要であることが指摘されている。

物品売買指令の国内法化のために大きく改正された 434 条が 2022 年から適用されている。現行の BGB 434 条 1 項では，目的物が物の瑕疵を免れるためには主観的要件，客観的要件，組立て要件が重畳的に満たされなければならないと規定されている。消費財売買でなければ客観的要件を合意で排除することができるため，法改正は大きな影響を持たないとされている。もっとも，改正前と比べて客観的要素がより前面に現れていることは明らかであり，物の通常性は契約合意に還元され得るのか，物の通常性に対する責任は法定責任なのかという問題がなお残されたままである。主観的要件と客観的要件の関係如何については今後の議論の進展が待たれなければならない。

第 3 項 瑕疵の追完と等価性

第 4 章では，より視野を広げて，売買合意により基礎付けられる売主と買主の給付義務の等価的関係の貫徹という視点から，買主の追完請求権の内容とその限界付け，売主側からの積極的な追完の可能性（追完権）に関するドイツでの議論を確認した。

現行 BGB においては，売買契約の成立により，契約で定められた状態にある瑕疵のない目的物を引き渡す義務が売主に生じ，瑕疵物の引渡しは売主の義務違反となる。そして，売主のこの義務に対応する買主の本来の給付請求権は，一定の要件の下で，目的物の瑕疵の除去に向けられた追完請求権に修正される。通説によれば，後者の請求権は前者の請求権と本質的には同一のものであり，前者が一定の修正を受けたものが後者であると理解されている。本来の給付請求権がこのような修正を受ける要件は，買主が，売主から給付された（瑕疵ある）物を受領して，履行として承認することであるとする見解が主張されている（危険移転時とする見解もある)。この見解によると，買主の履行としての承認により，取引の法的安定性に対する当事者の利益が未履行時と比べて高められ，その結果として，例えば，買主に追完方法の選択権が与えられ，買主の請求権の消滅時効期間が通常よりも短縮される。

ある段階で生じる買主の追完請求権は本来の給付請求権の修正であるにすぎないから，買主の第一次的な給付請求権である。従って，買主は，第二次的な権利である解除権や給付に代わる損害賠償請求権の行使の前に，追完のための猶予期間を予め設定して，売主に追完の機会を与えなければならない。追完の方法としては修補と代物引渡しが認められており，法律上，その選択権は買主に与えられている。もっとも，両方の追完方法が瑕疵を除去できる場合には買主は最終的には瑕疵のない物を得ることができるのに対して，買主の選択した追完方法が他方の方法と比べて多くの費用を売主に生じさせることがあり得るから，追完方法の選択は買主よりも売主の利益に重大な影響を与えることになる。このことから，買主に追完方法の選択権が与えられていることには批判も存在する。特定物売買における代物引渡しの許容性という議論もある。目的物が他の物で代替可能であれば特定物売買においても代物引渡しによる追完が認められるとする見解が一方では主張される。もっとも，本来の給付請求権と追完請求権が同一のものであるとすれば，追完段階で売主の義務の範囲が当初と比べて拡大し，あるいは給付義務の内容（契約の要素）が変更されることはないとも考えられる。そこから，特定物売買においては代物引渡しによる追完は認められないとする見解も他方では主張される。

瑕疵ある物を引き渡された買主が常に追完を請求できるわけではない。ある方法での追完が不能な場合には，その方法での追完義務は当然に排除される（BGB 275 条 1 項）。また，債務者＝売主の費用が債権者＝買主の給付利益と重大な不均衡関係にある場合（いわゆる事実的不能）には売主は追完を拒絶することができる（BGB 275 条 2 項）。この重大な不均衡性の判断方法については様々な見解が主張されている。一つの見解は，追完が可能か否かは偶然に左右されるから，追完が不能だった場合に減額される代金額（つまり，瑕疵に対応する代金部分）を追完費用の上限と理解する。別の見解は次のように理解する。すなわち，契約で定められた性質を備えた物を得ること（債権内容の実現）自体は買主の給付利益であり，買主がそれを実現させるために必要となる費用は売主が追完を行う場合と同程度である（いずれも第三者に修補させれば足りる）から，相関関係にある売主の費用と買主の給付利益の単純な比較では事実的不能を判断することができない。他方で，双務契約におけるそれぞれの債権者は，自己の債権の実現を得るために反対給付を引き受けている。従って，ここでの債権者の給付利益の内容を，債権者（買主）が自己の債務（代金支払い）を履行することで自己の債権の実現を得ることができることと理解して，両当事者の給付の均衡性から 275 条 2 項に基づく拒絶の可否を判断すべき，というものである。以上の二つの見解は双務契約の対価的な関係性に着目するものである。もっとも，給付が可能であればそれを実現させるべきことが原則とされなければならないから，単に損失が生じるという理由で債務者に追完拒絶を認めることはできず，追完費用の限度を代金額や減額の額に制限することには問題があるという見解もある。給付と反対給付の関係という観点から給付請求権の限界を明らかにするために，今後さらに，例えば暴利類似行為を巡る議論についての検討が必要になるかもしれない。また，事実的不能に基づく給付拒絶に際して両当事者の給付の関

係から判断を行うとすれば，行為基礎（BGB 313 条）の問題とされている経済的不能との区別が困難になるから，両者の関係についての検討も必要となるであろう。

事実的不能に基づく追完拒絶の他に，売主には売買法上の追完拒絶権も与えられている（BGB 439 条 4 項）。具体的には，買主が選択した追完方法と他方の追完方法のそれぞれの費用を比較する相対的不均衡に基づく拒絶と，買主が選択した追完方法に要する費用と買主の給付利益を比較する絶対的不均衡性に基づく拒絶が認められる。絶対的不均衡性の判断要素は事実的不能のそれと同じとされているから，絶対的不均衡性の判断に際しても両当事者の給付の関係に着目することが必要になるであろう。また，絶対的不均衡に基づく拒絶は事実的不能に基づく拒絶よりも容易に認められるとされ（そうであれば，事実的不能による追完拒絶は問題とならない），その妥当性が争われている。ドイツでは特に EU 法との関係をめぐって争われていたが，追完請求権と本来の給付請求権の本質的な同一性という理解からは，たとえ買主が瑕疵ある物の引渡しを履行として承認したとしても，それによって売主の義務の範囲自体が履行前よりも縮減することはないといえよう。あるいは，売買物の性質に対する（第一次的な）履行義務が一般的な法律行為と比べて容易に認められる（上述）代わりに，その限界もそれ程遠くまでは及ばないと解することが可能かもしれないが，更なる研究が必要である。

最後に，売主が瑕疵ある物を引き渡した場合において，合意された性質を自ら積極的に回復させることができるかという売主の追完権に関する議論を確認した。瑕疵ある物の引渡し受けた買主は，原則として，追完のための猶予期間を予め設定しなければ二次的な権利の行使に移ることができない。このことから売主には追完を行う機会が与えられるが，これが売主の追完権であるのかという議論が存在する。買主の負っている目的物の引取り義務（BGB 433 条 2 項）は，買主の本来の給付請求権が追完請求権に変化するのと同様に，瑕疵物の引取り後には（選択された追完方法で）追完された契約適合的な物を引き取るという内容に修正されるとしても同一性を維持して存在し続ける。このことを根拠として売主の追完権を認めることが可能とする見解がある。それ故に，瑕疵物を引き渡された買主は原則として瑕疵の追完を予め売主に求めなければならないとされる。また，理論的には，買主による追完請求の前に，売主が積極的に買主に対して，一度引き渡した物の修補を受けることの認容，あるいは瑕疵のない新しい物の引渡しを受けることの認容を求めることも可能とされる。とはいえ，BGB 439 条 1 項が追完方法の選択権を買主に与えているため，買主が追完方法を選択して売主に追完を請求するまでは，売主の追完権の内容が具体化し得ないという問題も存在する。

売主の追完権には契約の維持機能と貫徹機能が存在しているとされる。前者は，猶予期間内に売主が瑕疵を追完することにより契約関係が解消されることを防ぐという機能であり，後者は，売主は追完を実行することで，合意された売買代金を得る機会も同時に獲得できるという機能である。もっとも，売主の追完権が存在するとしても，それは買主による二次的な権利行使に全面的に依存している。しかし，追完権が存在する間であれば，売主は追完権

を積極的に行使することにより，自らの給付の対価として合意した売買代金を確保することができる。

第２節 おわりに

第１項 現行法の解釈の可能性

以上のようなドイツにおける物の瑕疵と性質合意に関する議論の分析により，物の引渡しと代金支払いという相互に他方を目的とする交換関係が売買合意により基礎付けられ，その際に，一定の性質にある物と代金が等価的であると当事者達が考えていたことが，物の性質についての売主の給付義務の発生のために重要な役割を果たすことが明らかになったといえる。当事者達がどのような性質にある物を前提として代金を決定したかが重要であり，性質合意は容易に認められる。最後に，そこから得られた成果に引き付けて，わが国の現行民法における「引き渡された目的物が品質に関して契約の内容に適合しない」ことに対する筆者の考え方を簡単に整理しておきたい。

まず，品質とは，代金決定に影響を与える余地のある，物に関わりのある事情のすべてであり，追完の可能性があることは必要とされない。それ故，債権法改正前にいう環境瑕疵（例えば同じマンションに暴力団員が居住していること[663]）や心理的瑕疵（例えば建物の一室で自殺があったこと[664]）を基礎付ける事情が品質に含まれることに問題はない。これらはいずれも代金決定に影響を与える余地のある事情である。品質概念の何らかの限定は，ある事情が品質に含まれるかという判断の問題を必然的に引き起こすから，品質概念を限定することなく，契約の内容としてどのような事情を取り込むかは契約当事者に委ねれば十分である。

次に，ある品質が契約の内容になっているとは，両当事者が一致してその品質の（不）存在の想定の下で代金が決定されていることと解される。両当事者が売買物を契約上どのような品質の物と想定して代金を決めたかが決定的であり，当該品質を確保する（欠如の際には追完する）という意思や合意は不要である（そもそも非法律家はそのような発想をしないであろうし，そのような意思の承認はあまりにも擬制的である）。両当事者が目的物の備えるべき品質を明示的に定めていた場合に，その品質が契約の内容になっていることは当然である。あるいは，売主が売買目的物の品質に言及し，それに基づいて買主がその購入を決定した場合，さらには，買主が選び出された目的物に期待する品質を告げ，売主がそのことに特に異論を述べなかった場合にもその品質は契約の内容になっている。これらの場合には当該品質の代金決定への影響は明らかである。さらには，契約に際して両当事者が目的物の品質に何ら言及しなかった場合にも，一定の品質の想定の下で代金が決定されているといえる。その代表例が日常的な物品の売買契約である。そこで取引される消費財や大量生産品が備えている品質は予め決まっており，そもそも，その品質とは異なった品質を合意する

663 例えば，東京地判平成９年７月７日判時1605号71頁。
664 例えば，東京地判平成25年７月３日判時2213号59頁。

余地が通常は存在しない。従って，その物はその物[665]として通常備えているはずの一連の品質[666]を備えているという抽象的な想定の下で代金が決定されて契約が結ばれている。その際に，その物が具体的にどのような個別的品質を通常であれば備えているかを両当事者が知っている必要はないし，また，あらゆる個別的な品質が事前に明示的に定められなければならないとすればあまりにも不経済である。この場合にも，目的物の備えるべき品質が契約を離れて決定されていると述べる必要はない。さて，以上のような物品の売買において，通常の品質とは異なった品質を合意する余地があるとすれば，その目的物が何らかの理由で通常の品質に劣る品質しか備えていない場合（例えばキズあり商品，展示品の売買）であり，いわゆる消極的性質合意[667]により売主はその限りで自らの責任を予め限定することができる（この場合には，目的物の品質が通常よりも劣るという理由で代金額がそれだけ低廉なものとなっている）。さもなければ，その物として通常であれば備えているはずの品質を備えた物を引き渡すことが契約の標準的な内容となっている。買主がそれを上回る品質を目的物に求めるのであれば，その品質が明示的に合意されて契約の内容に取り込まれなければならない（それにより，代金額は増額方向に影響を受けることになる）。確かに，何が通常の品質であるかは場合によっては問題になり得るが，ある事情の存在（不存在）が事前に明らかにされていたならば合意される代金額がより低かったといえる場合には，その事情の不存在（存在）が通常の品質として契約の内容となっていると考えることができる（例えば売買建物での自殺を想定されたい）。

結局，ある品質が契約の内容になっているかという判断は，その品質が代金に影響を与えているかという判断であり，代金に影響を与えている品質の総体を備えた物の引渡し義務が売主に生じ，その義務と不可分に結び付いた代金支払い義務が買主に生じる。このような理解の下では，常に，契約締結にあたり目的物の品質に関して何らかのリスク分配が契約に基づいて行われていることになる。売主は通常性に劣る品質を買主に解明することで代金額の低下と引き換えに自らの責任の範囲を予め限定することができ，他方で，それを超える品質を買主に告げることで自らの責任の範囲の拡大と引き換えに代金額を増加させることができる（可能性がある）。いずれにせよ，売主が売買物に関わる諸々の事情を買主に対し

665 ある物がどのような種類に属する物として売られるかを当事者が決めることができるのはいうまでもない。ある物は自動車としても売られることもスクラップとしても売られることもでき，それに応じてその通常の品質の内容（例えばエアコンの稼働することが含まれるか）も異なる。

666 当事者がそのような品質の内容を具体的に考えたことも不要である。本稿の冒頭でも述べたように，売主も買主も売買目的物の通常の品質の全容が具体的にはどのようなものであるかについて実際には知らないことも少なくないであろう。そもそも知らないことについては考えようがない。

667 消極的性質合意と担保責任を負わない旨の特約（民法 572 条）の関係如何は今後の課題である。ドイツにおいて主張されていたように，前者は確認された事実に基づいていることが必要とされ，ある品質の存否が明らかでない場合にその品質についてのリスクを買主が負担するという合意を後者と理解することができるかもしれない。

て積極的に解明することを促されることにより，両当事者がより均衡した立場で契約交渉を行うことが可能になる。

第２項 残された問題

物の品質は容易に契約の内容に取り込まれ，それに応じて，その品質に対する売主の給付義務も容易に認められることになる。以上の結論が，売主の給付義務が容易に認められることに対する調整としてのその限界付けの必要性に関して，本稿第４章において部分的に検討した次のような研究課題へとつながる。すなわち，引き渡された物の品質が契約の内容に適合しない場合には買主には追完請求権[668] [669]が認められているが，売主と買主の給付間の等価的対価性は，本稿で検討した品質に関する給付義務の基礎付けだけではなく，その限界付けのためにも重要な役割を果たす可能性はないかというものである[670]。買主は，契約上一定の品質を備えているとされた物に価値を認めたからこそ，その物を購入したのであり，つ

---

668 潮見[2017], 328 頁以下において履行請求権と追完請求権の関係について論理的に成り立ち得る立場が整理されている。その上で，潮見は「履行請求権も，追完請求権も，ともに，契約の効果として認められるものではなく，債務不履行の効果として成立を認められる救済手段である」という立場を支持している。

669 田中(洋)[2019]では，①買主の追完請求権が認められるか，認められるとすれば，どのような考え方に基づいて認められるかという問題（追完請求権の基礎づけ）と，②買主の追完請求権が認められるとして，その規律内容はどのようなものであるべきか，また，そうした規律内容はどのような要因・考慮に基づいて確定されるべきかという問題（追完請求権の内容確定）が区別されて検討されており（同 5 頁以下），とりわけ，「売主が売買契約の合意に従って瑕疵のない物（契約適合物）の給付義務を負うとされる場合でもなお，一定の考慮から，買主に『追完請求権』という救済手段は原則として認められない―買主は損害賠償や解除など他の救済手段によるほかない―とされる可能性があるとすれば，買主の追完請求権が認められるかどうかは，売主が瑕疵のない物（契約適合物）の給付義務を負うかどうかのみによって論理必然的に決まるわけではない」（同 7 頁）ことが指摘されている。これに対して，伝統的な立場は，「①瑕疵のない物の給付が売買契約の合意内容となる→②その合意に従って売主は瑕疵のない物の給付義務を負う→③買主は瑕疵のない物の引渡しを求める履行請求権（本来的履行請求権）を有する→④瑕疵ある物が引き渡された場合に買主は追完請求権を有する」（田中(洋)[2019], 6 頁）と考える。

670 森田は既に債権法改正前において，債務不履行の一般原則によれば，履行請求権は債権者の権利であって，債務解放事由である「履行不能」に当たらない限り，債務者は履行義務を免れ得ないから，瑕疵なき物の給付義務を瑕疵なき状態を実現すべき義務と広く捉えて，瑕疵なき物の給付義務が認められる場合，修補が可能であれば，つねに売主は瑕疵修補義務を負うことになるはずであるが，この解釈は売主にとって酷である場合があるのではないだろうか，として，この義務を認めるにつき，何らかの限定を付す契機があるとした（森田[2002], 244, 245 頁）。そして，瑕疵修補請求権は，売主の一定の瑕疵なき物の給付義務の不履行に基づく損害賠償の方法の一つとして，金銭賠償に代えて，一定の行為債務を売主に課すという現実賠償としての法的性格を有すると捉えるべきと結論付けられている（同 247 頁）。このことの意義は，修補義務が，売主にその賠償義務として不相当な負担を課すような場合に，売主の修補義務を否定するという解釈を導くこと，及び，瑕疵修補請求権に関するその他の局面における解釈について，より一貫した理論的な説明が可能になることにあるとされた。

まり，契約適合的な品質にあるその物を得ることは少なくとも買主の給付利益に含まれる。他方で，買主はまさにそのために，契約で定められた額の代金を支払うことを売主に対して約束している。そこから，ドイツでも一部で主張されているように，売買契約における買主の給付利益とは，代金支払いという自らの給付を行うことで，契約適合的な物の引渡しという反対給付を売主から得られることと理解することが試みられる。これを一般化すれば，自らの給付を行うことで相手方から反対給付を得られることが双務契約における各々の債権者の給付利益であるという理解である（まさに，シナラグマは契約の内容である）。そのようにして，追完請求権（義務）の限界を等価性障害[671]の問題として処理することの能否について検討が行われる[672]。契約に適合しない品質を追完することが物理的に可能であるか否かは偶然に決まるものであり，また，目的物が滅失[673]した場合には売主は代金全額を得られないという結果になることからすれば，当該品質の追完が物理的に不能であったと仮定した場合に減額[674]される額をもって売主が負担しなければならない追完費用の上限と理解する余地がある（もしそうでなくとも，その上限は反対給付との関係において画されることになる）。売買契約が本来，請負契約とは異なり，売主の行為債務ではなく引渡債務を発生させる契約類型であることもこのような理解の一つの論拠となり得る。売主の本来の給付義務と追完義務は第一次的なものであり，第二次的な損害賠償義務とは異なるという伝統的な立場に立てば，第一次的な給付義務の内容は契約締結時に既に確定しており，契約に適合しない給付の前後でその内容が変わることはないという結論が導かれるかもしれない（それ故に，売主の帰責事由の有無やあり得る損害賠償の額といった要素が第一次的な給付義務の内容に影響を与えることはないと解されることになる）。とはいえ，そもそも本来の給付請求権と追完請求権の関係には既に多くの議論[675]があるから，さらなる検討が必要であ

---

671 動機錯誤に関してではあるが，大中[1997], 123 頁はドイツ法の分析により，動機錯誤の顧慮の基本的視覚が契約に内在的な等価性の障害にあることを指摘した。また，森田[1991], 26 頁は，動機の契約内容への取込みに関して，反対給付との関係において契約上の給付の主観的な均衡（等価性）の内容にとり込まれた要素が（フランス法における）コオズであり，かかる要素の不存在によって契約上の給付の主観的均衡が破壊されたと認められる場合に錯誤無効が認められるとする。

672 これが不能の問題であるのか，あるいは債務の内容の問題であるのかは今後の検討課題である。（直ぐに述べる物の滅失の場合や減額とも関係するが）売主は合意された代金を得ることと引換えに物の引渡し義務を引き受けているから，代金額を限度として自らの義務を引き受けていると考える可能性があり，そうであれば不能に言及する必要はない。

673 ここでは代償請求権（民法 412 条の 2）は考えない。

674 「減額」は，これを反対から見れば，売主には自らが履行した部分に対応する代金部分を得ることが認められることを意味する。

675 古谷[2020], 14 頁は，追完請求権を本来的履行請求権と同質とみる見解（同質説）は理論的に正当化しづらいとする。これに対して，同質説と異質説のいずれを採るべきかといった二者択一の問題設定はあまり意味がないという指摘もある（森田[2019], 286 頁以下）。森田によれば追完請求権は，一方では，契約に適合した物の引渡しという契約において期待された状態をもたらすという点で履行請求権と共通する側面を有し，他方では，不完全履行に対する賠償方法の１つとして，前記の給付結果を実現するために，当初から

る。

契約に適合しない物を引き渡した場合において売主に帰責事由のあることが否定されないのであれば，415 条に基づく損害賠償請求[676]という別の次元において（第一次的給付義務の限界を超えるとされた場合でも）追完費用を売主に負担させる可能性がある。債権法改正により瑕疵担保責任が債務不履行責任に解消されたことの一つの意義はまさにこの点に認められるが，給付に代わる損害賠償や追完に代わる損害賠償という問題についても機会を改めて検討することとしたい。その際には，給付義務を引き受けることと結果保証の関係（給付義務の引受けに結果実現の保証が存在するか），債務者の帰責事由の内容（契約不適合物を引き渡すことは帰責事由の存在と直結するのか）といった問題についての検討も必要となる。

負っていた履行義務とは別個の行為義務という付加的負担を課すという点で「現実賠償」としての法的性質を有するとされる（森田[2019], 287 頁）。

[676] かつて，来栖[1974], 90-91 頁は，売主の担保責任の内容としての損害賠償責任は過失を要件として履行利益に及ぶことを主張していた。

付録A ドイツ民法典条文[677]

【BGB 1900】

第 276 条

(1) [1]Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. [2]Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. [3]Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.

(2) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

(1) [1]債務者は，別段の定めがある場合を除き，故意と過失を帰責される。[2]取引で必要な注意を怠る者は過失で行為する。[3]827 条，828 条の規定が適用される。

(2)故意に基づく債務者の責任を予め免除することはできない。

第 280 条

(1) Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

(2) [1]Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. [2]Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.

(1) 債務者の責めに帰すべき事由により給付が不能になる限りで，債務者は債権者に対して不履行により生じた損害を賠償しなければならない。

(2) [1]一部不能の場合には，一部履行が債権者にとって利益とならないときは，債権者は給付のなお可能な部分の拒絶により，義務全体の不履行に基づく損害賠償を求めることができる。[2]約定解除権に対して適用される 346 条から 356 条が準用される。

第 283 条

(1) [1]Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. [2]Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.

---

677 条文の訳出に当たっては，神戸大学外国法研究会編『独逸民法〔II〕債務法』（有斐閣, 1955），椿＝右近編『ドイツ債権法総論』（日本評論社, 1988），右近編『注釈ドイツ契約法』（三省堂, 1995），法務省民事局参事官室（参与室）編『民法(債権関係)改正に関する比較法資料（別冊 NBL No.146)』（商事法務, 2014）を参考にした。

[3]Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.
(2) Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu.
(1) [1]債務者の敗訴判決が確定した場合，債権者は債務者に対して，給付の実現のために相当な期間を定めて，その期間経過後には給付の受領を拒絶するという意思表示をすることができる。[2]給付が適時に行われない限り，債権者はその期間の経過後に不履行に基づく損害賠償を求めることができる；履行請求権は排除される。[3]債務者に帰責されない事由に基づき給付が不能になる損害賠償義務は生じない。
(2) 期間の経過までに給付の一部が行われない場合，債権者には 280 条 2 項に定められた権利も帰属する。

第 306 条
Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.
不能な給付に向けられた契約は無効である。

第 320 条
(1) [1]Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist. [2]Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. [3]Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.
(2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.
(1) [1]双務契約に基づき義務を負う者は，その者の義務である給付を反対給付の実行まで拒絶することができる。ただし，その者が先履行を義務付けられているときはこの限りではない。[2]給付が数人に対して行われなければならない場合，各人に帰すべき部分は，反対給付全体の実行までは，各人に対して拒絶されることができる。[3]273 条 3 項の規定は適用されない。
(2) 一方当事者が部分的に給付した場合には，反対給付は，その拒絶が事情に基づき，とりわけ残余部分が相当に僅少であることの故に信義誠実に反する限り，拒絶されることができない。

第 325 条

(1) [1]Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. [2]Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten. [3]Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.
(2) Das gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist.
(1) [1]双務契約に基づき一方当事者の義務である給付が，その者に帰責される事由により不能になる場合，他方当事者は，不履行に基づく損害賠償を求め，あるいは契約を解除することができる。[2]一部不能の際に，契約の一部履行が相手方にとって利益とならない場合，相手方は，280 条 2 項に基づき，義務全体の不履行に基づく損害賠償を求め，あるいは契約全体を解除することができる。[3]損害賠償請求権及び解除権に代えて，相手方は，323 条の場合のために定められた権利を行使することもできる。
(2) 283 条の場合において，期間の経過まで給付が行われない，あるいはこの時までに給付の一部が行われないときも，同様とする。

第 362 条
(1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.
(2) Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung.
(1) 債務として負われた給付が債権者に対して行われるときは，債務関係は消滅する。
(2) 履行のために第三者に対して給付されるときは，185 条の規定が適用される。

第 433 条
(1) [1]Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. [2]Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.
(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.
(1) [1]売買契約により物の売主は，買主に物を引き渡し，物の所有権を供与する義務を負う。

[2]権利の売主は，買主に権利を供与し，その権利が物を占有する権利を付与するときは，その物を引き渡す義務を負う。
(2) 買主は，売主に合意された売買代金を支払い，買われた物を引き取る義務を負う。

第 434
Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können.
売主は売られた客体を，第三者が買主に対して主張できる権利なしに買主に供与する義務を負う。

第 437 条
(1) Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes.
(2) Der Verkäufer eines Wertpapiers haftet auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.
(1) 債権又はその他の権利の売主は，その債権又は権利の法律上の存在に対して責任を負う。
(2) [省略]

第 446 条
(1) [1]Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. [2]Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache.
(2) Wird der Käufer eines Grundstücks oder eines eingetragenen Schiffs oder Schiffsbauwerks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch, das Schiffsregister oder das Schiffsbauregister eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein.
(1) [1]売られた物の引渡しにより偶然の滅失及び偶然の損傷の危険は買主に移転する。[2]引渡しから，収益は買主に帰属し，買主が物の負担を負う。
(2) [省略]

第 447 条
(1) Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.
(2) Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und

weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.
(1) 売主が買主の求めに応じて売られた物を履行地とは異なる場所に送付した場合には，売主がその物を運送取扱人，運送人，又は送付の遂行のために定められたその他の人もしくは事業者に引き渡したときに，危険は買主に移転する。
(2) 買主が送付の方法に関して特別な指示を与え，売主が急迫の事情なしにその指示に違反した場合，売主は買主に対してそこから生じた損害の責任を負う。

第 459 条
(1) [1]Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. [2]Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.
(2) Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.
(1) [1]物の売主は買主に対して，危険が買主に移転したときに，その物にその価値又は通常の若しくは契約に基づき前提とされた使用に対する適性を消滅又は減少させる欠点がないことについて責任を負う。[2]価値又は適性の重大ではない減少は問題とならない。
(2) 売主は，その物が危険移転時に確約された性状を持つことについても責任を負う。

第 462 条
Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.
459 条，460 条の規定に従い売主が帰責される瑕疵に基づき，買主は売買の解除（解除[請求権]）又は売買代金の引下げ（減額）を求めることができる。

第 463 条
[1]Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. [2]Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.
[1]売られた物に売買の時に確約された形状が欠けている場合には，買主は，解除又は減額に代えて，不履行に基づく損害賠償を求めることができる。[2]売主が欠点を悪意で黙っていた場合にも同様である。

第 477 条

(1) [1]Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. [2]Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

(2) [1]Beantragt der Käufer das selbständige Beweisverfahren nach der Zivilprozeßordnung, so wird die Verjährung unterbrochen. [2]Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. [3]Die Vorschriften des § 211 Abs. 2 und des § 212 finden entsprechende Anwendung.

(3) Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Absatz 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche.

(1) [1]解除又は減額請求権並びに確約された性状の欠如による損害賠償請求権は，売主が瑕疵を悪意で黙っていた場合を除いて，動産の際には交付から 6 ヶ月，土地の際には引渡しから 1 年で時効消滅する。[2]消滅時効期間は契約により延長されることができる。

(2) (3) [省略]

第 480 条

(1) [1]Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. [2]Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung.

(2) Fehlt der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

(1) [1]種類のみで定められた物の買主は，解除又は減額に代えて，瑕疵ある物の代わりに瑕疵のない物が自己に引き渡されることを求めることができる。[2]解除に適用される 464 条から 466 条，467 条 1 文，469 条，470 条，474 条から 479 条の規定がこの請求権に準用される。

(2) 危険が買主に移転する時に物に確約された性状が欠けている場合，又は売主が瑕疵を悪意で黙っていた場合には，買主は解除，減額又は瑕疵のない物の引渡しに代えて，不履行に基づく損害賠償を求めることができる。

第 633 条

(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

(2) [1]Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. [2]§ 476 a gilt entsprechend. [3]Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

(3) Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

(1) 請負人は，その仕事が確約された性状を持ち，その価値又は通常の若しくは契約に基づき前提とされた使用を消滅又は減少させない欠点のないようにその仕事を完成する義務を負う。

(2) [1]その仕事がこの性質を持たない場合には，注文者は瑕疵の除去を求めることができる。[2]476a 条が準用される。[3]除去が過度の費用を必要とする場合には，請負人は除去を拒絶することができる。

(3) 請負人が瑕疵の除去について遅滞にある場合，注文者は瑕疵を自ら除去して，必要な費用な賠償を求めることができる。

第 634 条

(1) [1]Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. [2]Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muß so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. [3]Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.

(2) Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

(3) Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit

des Werkes nur unerheblich mindert.
(4) Auf die Wandelung und die Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung.
(1) [1]注文者は請負人に対して，633 条で示された種類の瑕疵の除去のために相当な期間を定めて，その期間の経過後には瑕疵の除去を拒絶するという意思表示することができる。[2]仕事の引渡し前に既に瑕疵が明らかになる場合には，注文者は直ちに期間を指定することができる；その期間は，引渡しのために定められた期間の前に満了しないように定められなければならない。[3]瑕疵が適時に除去されなかった場合には，注文者は期間満了後に契約の解除（解除）又は報酬の引下げ（減額）を求めることができる；瑕疵の除去に対する請求権は排除される。
(2) 瑕疵の除去が不能である場合，それが請負人により拒絶される場合，又は注文者の特別な利益により解除若しくは減額請求権の即座の行使が正当である場合には，期間の設定は不要である。
(3) 瑕疵が仕事の価値又は適性を僅かにのみ減少させる場合には解除は排除される。
(4) 売買に適用される 465 条から 467 条，469 条から 475 条の規定は解除及び減額に準用される。

【BGB 2002】

第 275 条　Ausschluss der Leistungspflicht [給付義務の排除]
(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.
(2) [1]Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. [2]Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.
(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.
(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.
(1) 給付請求権は，これが債務者又はすべての者にとって不能である限りで排除される。
(2) [1]債務者は，債務関係の内容と信義則を顧慮して債権者の給付利益と重大な不均衡にある費用を給付が必要とする限りで，給付を拒絶することができる。[2]債務者に期待され得る努力の決定の際には債務者が給付障害を帰責されるか否かも顧慮されなければならない。
(3) 債務者は，給付を自ら提供しなければならず，かつ，その給付が債権者の給付利益と自

らの給付を妨げる障害を比較衡量して債務者に期待され得ない場合にも給付を拒絶することができる。
(4) 債権者の権利は，280 条，283 条から 285 条，311a 条及び 326 条により定まる。

第 276 条　Verantwortlichkeit des Schuldners [債務者の責任]
(1) [1]Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. [2]Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.
(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.
(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.
(1) [1]より厳格な又は軽減された責任が定められておらず，債務関係のその他の内容，とりわけ保証又は調達リスクの引き受けからも引き出され得ない場合には，債務者は故意及び過失について帰責される。[2]827 条，828 条の規定が準用される。
(2) 取引上必要な注意を怠る者は過失で行為する。
(3) 故意に基づく債務者の責任を予め免除することはできない。

第 433 条　Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag [売買契約の際の契約典型的な義務]
(1) [1]Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. [2]Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.
(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.
(1) [1]売買契約により，物の売主は，買主に物を引き渡し，物の所有権を供与する義務を負う。[2]売主は買主に物の瑕疵及び権利の瑕疵のない物を供与しなければならない。
(2) 買主は売主に対して，合意された売買代金を支払い，買われた物を引き取る義務を負う。

第 434 条(2002-2021)　Sachmangel [物の瑕疵]
(1) [1]Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. [2]Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
2. wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art

der Sache erwarten kann.
[3]Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.
(2) [1]Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. [2]Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.
(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.
(1) [1]物が危険移転時に合意された性質を備えている場合には物の瑕疵を欠いている。[2]性質が合意されていない限りで，次の各号のいずれかに該当する場合には，物は物の瑕疵を欠いている。

1.その物が契約に基づき前提とされた使用に適する場合。さもなければ，
2.その物が通常の使用に適し，かつ，同種の物の下で普通であり，買主がその物の種類に基づき期待できる性質を示す場合。

[3]買主が売主，製造者（製造物責任法 4 条 1 項及び 2 項），その補助者の公然の表明，とりわけ物の特定の性状に関する広告又は表記におけるそれに基づき期待できる性状も，本項 2 文 2 号に基づく性質に属する。ただし，売主がその表明を知らず，知るべきでもなかった場合，その表明が契約締結時に同等の方法で訂正されていた場合，あるいはその表明が購買決定に影響し得なかった場合にはこの限りではない。
(2) [1]合意された組立てが売主又はその履行補助者により不適切に行われた場合にも物の瑕疵が示されている。[2]さらに，組立てを目的とする物の際に，組立て説明書が瑕疵を持つ場合には物の瑕疵が存在する。
(3) 売主が別の物を引き渡し，あるいは少なすぎる量を引き渡す場合も物の瑕疵と同様に扱われる。

第 434 条**(2022-)** Sachmangel [物の瑕疵]
(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht.
(2) [1]Die Sache entspricht den subjektiven Anforderungen, wenn sie

1. die vereinbarte Beschaffenheit hat,
2. sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und
3. mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, übergeben wird.

[2]Zu der Beschaffenheit nach Satz 1 Nummer 1 gehören Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben.

(3) [1]Soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde, entspricht die Sache den objektiven Anforderungen, wenn sie

1. sich für die gewöhnliche Verwendung eignet,
2. eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann unter Berücksichtigung
   a) der Art der Sache und
   b) der öffentlichen Äußerungen, die von dem Verkäufer oder einem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden,
3. der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters entspricht, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat, und
4. mit dem Zubehör einschließlich der Verpackung, der Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann.

[2]Zu der üblichen Beschaffenheit nach Satz 1 Nummer 2 gehören Menge, Qualität und sonstige Merkmale der Sache, einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit. [3]Der Verkäufer ist durch die in Satz 1 Nummer 2 Buchstabe b genannten öffentlichen Äußerungen nicht gebunden, wenn er sie nicht kannte und auch nicht kennen konnte, wenn die Äußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in derselben oder in gleichwertiger Weise berichtigt war oder wenn die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(4) Soweit eine Montage durchzuführen ist, entspricht die Sache den Montageanforderungen, wenn die Montage

1. sachgemäß durchgeführt worden ist oder
2. zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Montage durch den Verkäufer noch auf einem Mangel in der vom Verkäufer übergebenen Anleitung beruht.

(5) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache als die vertraglich geschuldete Sache liefert.

(1) 物が危険移転時にこの規定の主観的要件，客観的要件及び組立て要件に適合する場合には物の瑕疵を欠いている。
(2) [1]物が主観的要件に適合するのは，その物が
1. 合意された性質を備え，
2. 契約に基づき前提とされた使用に適し，かつ，
3. 合意された付属品及び説明書（組立て説明書及びインストール説明書を含む）とともに引き渡される場合である。
[2]種類，数量，品質，機能性，互換性，相互運用性，及び，両当事者が要求を合意したその他の物のメルクマールが 1 文 1 号の性質に属する。
(3) [1]物が客観的要件に適合するのは，別のことが有効に合意されなかった限りで，その物が，
1. 通常の使用に適し，
2. 同じ種類の物の際に普通であり，買主が次のことを顧慮して期待できる性質を示し，
   a) 物の種類，及び，
   b) 売主又は契約連鎖のその他の構成員により，又はこれらの者の委託において，とりわけ広告又はラベル表示で示された公然の表明
3. 売主が契約締結前に買主に使わせた見本又はひな型の性質に適合し，かつ，
4. 買主が受取りを期待できる付属品（包装，組立て説明書又はインストール説明書並びにその他の説明書を含む）とともに引き渡される場合である。
[2]数量，品質及びその他の物のメルクマール（その耐久性，機能性，互換性及び安全性を含む）が 1 文 2 号の普通の性質に属する。[3]売主が公然の表明を知らず，知り得なかった場合，その表明が契約締結時に同じ方法又は同等の方法で訂正されていた場合，又はその表明が購買決定に影響し得なかった場合には，売主は，1 文 2 号 b に挙げられた公然の表明に拘束されない。
(4) (5) [省略]

第 437 条　Rechte des Käufers bei Mängeln [瑕疵の際の買主の権利]
Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,
1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und
3. nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.
物に瑕疵がある場合，買主は，以下の各規定の要件が満たされ，かつ，別段の定めがない限りで，

1.438 条に基づき追完を求める，
2.440 条，323 条，326 条 5 項に基づき契約を解除する，あるいは 441 条に基づき売買代金を減額する，
3.443 条，280 条，281 条，283 条及び 311a 条に基づき損害賠償を，あるいは 284 条に基づき無駄になった費用の賠償を求める，ことができる。

第 438 条　Verjährung der Mängelansprüche [瑕疵請求権の消滅時効]

(1) Die in § 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren
1. in 30 Jahren, wenn der Mangel
a) in einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder
b) in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist,
besteht,
2. in fünf Jahren
a) bei einem Bauwerk und
b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, und
3. im Übrigen in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache.

(3) [1]Abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. [2]Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) [1]Für das in § 437 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. [2]Der Käufer kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. [3]Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 437 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.

(1) 437 条 1 号及び 3 号に示された請求権は次の各号の定める期間で時効消滅する。
1.次の瑕疵が存在売る場合については 30 年
a) 売買物の返還を請求することができる第三者の権利
b) 登記簿に登記されたその他の権利
2.次の瑕疵については 5 年
a) 土地工作物，及び，

b) 普通の使用方法に従って土地工作物のために使用されていた物の下で引き起こされた瑕疵

3.その他の瑕疵については 2 年

(2) 消滅時効は，土地の場合には引渡し，それ以外では物の交付の時から進行を始める。

(3)(4)(5) [省略]

第 439 条　Nacherfüllung [追完]

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, bevor der Mangel offenbar wurde, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

(4) [1]Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. [2]Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. [3]Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(5) Der Käufer hat dem Verkäufer die Sache zum Zweck der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen.

(6) [1]Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen. [2]Der Verkäufer hat die ersetzte Sache auf seine Kosten zurückzunehmen.

(1) 買主は追完として，自らの選択に従い，瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引渡しを求めることができる。

(2) 売主は，追完のために必要な費用，とりわけ輸送，交通，労務，材料の費用を負担しなければならない。

(3) 瑕疵が明らかになる前に，買主が瑕疵ある物をその種類及び使用目的に従い別の物に組み込み，又は別の物に取り付けた場合には，売主は追完の枠内で，瑕疵ある物の取外し及び

修補された物又は引き渡された瑕疵のない物の組込み又は取付けのために必要な費用を買主に賠償する義務を負う。
(4) [1]売主は，買主により選択された追完の方法を，275 条 2 項及び 3 項に関わりなく，それが過度の費用によってのみ可能である場合には拒絶することができる。[2]その際には，とりわけ瑕疵のない状態での物の価値，瑕疵の重大性及び他の方法での追完が買主にとっての著しい不利益なしに利用され得るかという問題が顧慮されなければならない。[3]この場合には，買主の請求権は追完の別の方法に限定される；1 文の要件の下でこれをも拒絶するという売主の権利は影響されない。
(5) 買主は物を売主に追完のために自由に使わせなければならない。
(6) [1]売主が追完のために瑕疵のない物を引き渡す場合には，売主は 346 条から 348 条の定めに従い買主に瑕疵ある物の返還を求めることができる。[2]売主は交換された物を自らの費用で引き取らなければならない。

第 440 条　Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz [解除及び損害賠償に対する特則]
[1]Außer in den Fällen des § 281 Absatz 2 und des § 323 Absatz 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. [2]Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.
[1]281 条 2 項及び 323 条 2 項の場合に加えて，売主が追完の両方の方法を 439 条 4 項に基づき拒絶する場合，買主に帰属する追完の方法が失敗した，あるいは買主に期待不能である場合にも期間の設定は不要である。[2]とりわけ物の種類又は瑕疵の種類その他の事情から別のことが生じるのではない限りで，修補は，成果のない二度目の試みにより失敗したとみなされる。

第 446 条　Gefahr- und Lastenübergang [危険及び負担の移転]
[1]Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. [2]Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. [3]Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.
[1]売られた物の引渡しにより，偶然の滅失及び偶然の損傷の危険は買主に移転する。[2]引渡しから，収益は買主に帰属し，買主が物の負担を負う。[3]買主が受領の遅滞にある場合は引渡しと同様に扱われる。

第 447 条　Gefahrübergang beim Versendungskauf [送付売買の際の危険移転]

(1) Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

(2) Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

(1) 売主が買主の求めに応じて売られた物を履行地とは異なる場所に送付した場合には，売主がその物を運送取扱人，運送人，又は送付の遂行のために定められたその他の人もしくは事業者に引き渡したときに，危険は買主に移転する。

(2) 買主が送付の方法に関して特別な指示を与え，売主が急迫の事情なしにその指示に違反した場合，売主は買主に対してそこから生じた損害の責任を負う。

付録B 引用文献一覧

【日本語文献】

・一問一答[2018]　筒井健夫=村松秀樹（編著）『一問一答　民法(債権関係)改正』（商事法務, 2018）

・内田[2011]　内田貴『民法 II 債権各論［第 3 版］』（東京大学出版会, 2011）

・内田[2020]　内田貴『民法 III 債権総論［第 4 版］』（東京大学出版会, 2020）

・大原[2010]　大原寛史「ドイツにおける事実的不能の位置づけ－ドイツ民法二七五条二項をめぐる議論を中心に－」同志社法學 61 巻 6 号（2010）1821 頁

・大原[2011]　大原寛史「事実的不能と経済的不能の峻別―ドイツにおける批判的見解を素材として」同志社法学 63 巻 2 号（2011）1143 頁

・岡松[1899]　岡松参太郎『註釈民法理由債権編』（有斐閣, 第 7 版, 1899）

・岡松[1922]　岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』（京都法学会, 1922）

・奥田[1992]　奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社, 1992）

・大中[1997]　大中有信「動機錯誤と等価性（二）・完」法学論叢 139 巻 5 号（1997）100 頁

・加藤[1993]　加藤雅信「売主の瑕疵担保責任――危険負担的代金減額請求権説提唱のために――」『現代民法学の展開』（有斐閣, 1993）［初出 1977］

・カライスコス他[2019]　カライスコスアントニオス＝寺川永＝馬場圭太（訳）「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive（EU）2019/771）」ノモス 45 号(2019)161 頁

・北居[2013]　北居功『契約履行の動態理論Ⅱ―弁済受領論』（慶應義塾大学出版会株式会社, 2013）

・北居[2019]　北居功『論点体系　判例民法＜第３版＞６　契約Ｉ』206 頁〔能見善久=加藤新太郎（編）〕（第一法規, 2019）

・北居[2020]　北居功『改正債権法コンメンタール』722 頁〔松岡=松本(恒)=鹿野=中井（編）〕（法律文化社, 2020）

・北川[1963]　北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣, 1963）

・北川[2004]　北川善太郎『債権総論（民法講要 III）〔第 3 版〕』（有斐閣, 2004）

・来栖[1974]　来栖三郎『契約法』（有斐閣, 1974）

・潮見[2000]　潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣, 2000）［初出 1993］

・潮見[2002]　潮見佳男『契約各論 I』（信山社, 2002）

・潮見[2003]　潮見佳男『債権総論〔第 2 版〕I』（信山社, 2003）

・潮見[2010]　潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社, 2010）［初出 2008］

・潮見[2011]　潮見佳男「判批」私法判例リマークス 43 号（2011）40 頁

・潮見[2017]　潮見佳男『新債権総論 I』（信山社, 2017）

・潮見[2021]　潮見佳男『新契約各論 I』（信山社, 2021）
・潮見[2022]　潮見佳男『基本講義 債権各論 I 契約法・事務管理・不法行為［第 4 版］』（新世社, 2022）
・下森[2015]　下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」『履行障害法再構築の研究』（信山社, 2015）［初出 1998］
・末川[1939]　末川博『債權各論第一部』（岩波書店, 1939）
・末川[1970]　末川博「売主の瑕疵担保責任」『債権』（岩波書店, 1970）［初出 1935］
・髙橋[2010]　髙橋眞「契約各則――売買・役務提供」ジュリスト 1392 号（2010）93 頁
・高森[1984]　高森八四郎「瑕疵担保責任と製造物責任」遠藤浩=林良平=水本浩（監）『現代契約法大系 第 2 巻 現代契約の法理（2）』（有斐閣, 1984）
・田中(宏)[2021]　田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社, 2021）
・田中(洋)[2012]　田中洋「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定」私法 74 号（2012）212 頁
・田中(洋)[2019]　田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』（商事法務, 2019）
・田畑[2011]　田畑嘉洋「売主瑕疵担保責任における瑕疵概念と法的性質の関係―ドイツにおける瑕疵概念論の展開を中心として―」九大法学 103 号（2011）184 頁
・田畑[2013]　田畑嘉洋「売主瑕疵担保責任に基づく損害賠償と瑕疵修補の関係―近時の裁判例を手がかりにして―」九大法学 107 号（2013）90 頁
・田畑[2014]　田畑嘉洋「ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について」九大法学 109 号（2014）130 頁
・田畑[2017]　田畑嘉洋「物の瑕疵と契約不適合―物の性質を巡って―」深谷＝西内（編）『大改正時代の民法学』（成文堂, 2017）431 頁
・田畑[2019]　田畑嘉洋「改正民法における売買物の客観的瑕疵の位置づけ―ドイツ法を手がかりに―」アドミニストレーション 26 巻 1 号（2019）49 頁
・野澤[2017]　野澤正充「契約責任法の新たな展開―瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」NBL1107 号（2017）4 頁
・鳩山[1924]　鳩山秀夫『増訂日本債權法各論（上巻）』（岩波書店, 1924）
・平井[1994]　平井宜雄『債権総論〔第 2 版〕』（弘文堂, 1994）
・広中[1994]　広中俊雄『債権各論講義〔第 6 版〕』（有斐閣, 1994）
・古谷[2020]　古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社, 2020）
・古谷[2022]　古谷貴之「ドイツ瑕疵担保法の改革(1)―EU 物品売買指令の国内法化―」産大法学 55 巻 3・4 号（2022）209 頁

・星野[1964]　星野英一「判批」法学協会雑誌 80 巻 5 号（1964）715 頁
・星野[1972]　星野英一「瑕疵担保の研究――日本」『民法論集第三巻』（有斐閣, 1972）180 頁［初出 1963］
・星野[1986]　星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（有斐閣, 1986）
・松本[2017]　松本克実「民法改正と建築瑕疵責任」立命館法学 375・376 号（2017）447 頁
・三宅[1983]　三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院, 1983）
・詳解基本指針 II[2009]　民法(債権法)改正検討委員会（編）『詳解・債権法改正の基本指針 II』（商事法務, 2009）
・森田[1991]　森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造と拡張理論(1)」NBL 482 号（1991）482 頁
・森田[2002]　森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣, 2002）［初出 1990-1991］
・森田[2019]　森田宏樹「売買における契約責任――契約不適合にもとづく担保責任の意義」瀬川信久=能見善久=佐藤岩昭=森田修（編）『民事責任法のフロンティア』（有斐閣, 2019）
・山本[2005]　山本敬三『民法講義 IV-1 契約』（有斐閣, 2005）
・柚木[1963]　柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣, 1963）
・横田[1912]　横田秀雄『債権各論』（清水書店, 1912）
・吉政[2011]　吉政知広「判批」民商法雑誌 143 巻 4=5 号（2011）483 頁
・我妻[1954]　我妻榮『債権各論上巻（民法講義 V_1）』（岩波書店, 1954）
・我妻[1957]　我妻榮『債権各論中巻一（民法講義 V_2）』（岩波書店, 1957）
・我妻[1964]　我妻榮『新訂 債権総論』（岩波書店, 1964）
・渡邉[2015]　渡邉拓『性質保証責任の研究』（成文堂, 2015）［初出 1997］
・渡邉[2020]　渡邉拓『新基本法コンメンタール 債権２ 民法第 521 条～第 696 条』117 頁〔鎌田薫=潮見佳男=渡辺達徳（編）〕（日本評論社, 2020）

【法制審議会民法（債権関係）部会の資料】
・第○○回議事録　『法制審議会民法（債権関係）部会第○○回会議議事録』
・部会資料○○　『民法（債権関係）部会資料○○』
・中間試案の補足説明　『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』
※以上の資料は https://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html [2023/8/8 最終確認] で公開されているものであり，本文引用の議事録のページ番号は PDF 版のものである。

【ドイツ語文献】
―論文
・Adolphsen [2010]　Jens ADOLPHSEN, „Die negative Beschaffenheitsvereinbarung

im Kaufrecht“, in: Gödicke/Hammen/Schur/Walker (Hrsg), „FS Jan Schapp“, Mohr Siebeck 2010, S. 1 ff.

- Berger [2004] Christian BERGER, „Der Beschaffenheitsbegriff des §434 Abs. 1 BGB“, JZ 2004, S.276 ff.
- Bitter/Meidt [2001] Eva BITTER / Georg MEIDT, „Nacherfüllungs-rech und Nacherfüllungs-pflich des Verkäufers im neuen Schuldrecht“, ZIP 2001, S.2114 ff.
- Brox/Elsing [1976] Hans BROX / Siegfried ELSING, „Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkbertrag“, JuS 1976, S.1 ff.
- Bressler [2004] Stefan BRESSLER, „Selbstvornahme im „Schwebezustand” nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist“, NJW 2004, S.3382 ff.
- Büdenbender [2005] Ulrich BÜDENBENDER, „Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers – Wahlschuld oder elektive Konkurrenz?“, AcP 205 (2005), S.386 ff.
- Canaris [2003] Claus-Wilhelm CANARIS, „Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte“, in: E. Lorenz (Hrsg), „Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung“, Karlsruhe 2003, S.5 ff.
- Fabricius [1964] Fritz FABRICIUS, „Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf“, JuS 1964, S.1 ff.
- Faust [2004] Florian FAUST, „Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferungbei der Gattungsschuld“, ZGS 2004, S.252 ff.
- Flume [1948] Werner FLUME, „Eigenschaftsirrtum und Kauf“, Münster 1948 [ND: Darmstadt 1975]
- Grigoleit [2014] Hans Cristoph GRIGOLEIT, „System der Leistungsstörung“, in: Artz/Gsell/Lorenz (Hrsg.), „Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung“, Mohr Siebeck 2014
- Grigoleit/Herresthal [2003a] Hans Cristoph GRIGOLEIT / Carsten HERRESTHAL, „Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht“, JZ 2003, S. 118 ff.
- Grigoleit/Herresthal [2003b] Hans Cristoph GRIGOLEIT / Carsten HERRESTHAL, „Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierungen in § 434 I BGB“, JZ 2003, S. 233 ff.
- Haymann [1929] Franz HAYMANN, „Fehler und Zusicherung beim Kauf“, in: Schreiber (Hrsg.), „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen

Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts III“, 1929, S.317 ff.

· Herberger [1974] Klaus HERBERGER, „Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch“, Duncker & Humblot 1974

· Herresthal/Riehm [2005] Carsten HERRESTHAL / Thomas RIEHM, „Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungsrecht“, NJW 2005, S.1457 ff.

· P. Huber [2002] Peter HUBER, „Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht“, NJW 2002, S.100f ff.

· U. Huber [1981] Ulrich HUBER, „Leistungstörungen“, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I“, Bundesanzeiger Verlag 1981, S.647 ff.

· U. Huber [2002] Ulrich HUBER, „Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts“, AcP 202 (2002), S.179 ff.

· U. Huber [2009] Ulrich HUBER, „Eigenschaftsirrtum und Kauf“, AcP 209 (2009), S.143 ff.

· Immenga [1971] Ulrich IMMENGA, „Fehler oder zugesicherte Eigenschaft ?“, AcP 171 (1971), S.1 ff.

· Jakobs [1985] Horst Heinrich JAKOBS, „Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht“, Ferdinand Schöningh 1985

· Jud [2004] Brigitta JUD, „Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht“, JuS 2004, S.841 ff.

· Kaeding [2010] Nadja KAEDING, „Die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung“, NJW 2010, S.1031 ff.

· Kirsten [2005] Konstantin KIRSTEN, „Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Kaufrecht“, ZGS 2005, S.66 ff.

· Knöpfle [1978] Robert KNÖPFLE, „Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffes im Kaufrecht“, JZ 1978, S.121 ff.

· Knöpfle [1980] Robert KNÖPFLE, „Der Begriff des Fehlers im Sinne des § 459 I BGB bei beweglichen Sachen und seine praktischen Auswirkungen, insbesondere bei Produkten mit schlechtem Testergebnis“, AcP 180 (1980), S.462 ff.

· Knöpfle [1987] Robert KNÖPFLE, „Zum Inhalt des Fehlers und der Zusicherung i.S. des § 459 I, II BGB“, NJW 1987, S.801 ff

· Knöpfle [1989] Robert KNÖPFLE, „Der Fehler beim Kauf“, C.H.Beck 1989
· Larenz [1963] Karl LARENZ, „Geschäftsgrundgale und Vertragserfüllung“, 3. Auflage, C.H.Beck 1963
· Looschelders [2003] Dirk LOOSCHELDERS, „Beschaffenheitsvereinbarung, Zusicherung, Garantie, Gewährleistungsausschluss“, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), „Das neue Schuldrecht in der Praxis“, Carl Heymanns 2003
· Lorenz [2003] Stephan LORENZ, „Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht“, NJW 2003, S.1417 ff.
· Lorenz [2006] Stephan LORENZ, „Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des ‚Rechts zur zweiten Andienung‘“, NJW 2006, S.1175 ff.
· Lorenz [2021] Stephan LORENZ, „Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht“, NJW 2021, S.2065 ff
· Lüttringhaus [2019] Jan LÜTTRINGHAUS, „Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei »ethischen« Produkten und öffentlichen Aussagen zur Corporate Social Responsibility, Zugleich ein Beitrag zur Weite des Beschaffenheitsbegriffs des § 434 BGB“, AcP 219 (2019), S.29 ff.
· Ostendorf [2011] Patrick OSTENDORF, „Die Grenzlinien des Mangelbegriffs vor dem Hintergrund der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des gesetzlichen Mängelhaftungssystems“, JZ 2011, S.822 ff.
· Peters [1978] Frank PETERS, „Kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch des Käufers?“, JZ 1978, S.92 ff.
· Pfeifer [2002] Thomas PFEIFER, „Unkorrektheiten bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht Teil 1“, ZGS 2002, S.94 ff.
· Rachlitz et al. [2022] Richard RACHLITZ / Luca KOCHENDÖRFER / Johannes GANSMEIER, „Mangelbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung“, JZ 2022, S.705 ff.
· Redeker [2012] Philipp REDEKER, „Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf“, C.H.Beck 2012
· Savigny [1840] Friedrich Karl von SAVIGNY, „System des heutigen Römischen Rechts, Dritter Band“, Veit und Comp. 1840
· Schinkels [2003] Boris SCHINKELS, „Zur Abgrenzung von zulässiger

Beschaffenheitsvereinbarung und Umgehung der Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf“, ZGS 2003, S.310 ff.

・Schroeter [2006] Ulrich G. SCHROETER, „Das Wahlrecht des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung“, NJW 2006, S.1761 ff.

・Schroeter [2007] Ulrich G. SCHROETER, „Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts“, AcP 207 (2007), S.28 ff.

・Schulte-Nölke [2002] Hans SCHULTE-NÖLKE, „Vertragsfreiheit und Informationszwang nach der Schuldrechtsreform“, ZGS 2002, S.72 ff.

・Schulte-Nölke [2003] Hans SCHULTE-NÖLKE, „Anforderungen an haftungseinschränkende Beschaffenheitsvereinbarungen beim Verbrauchsgüterkauf“, ZGS 2003, S.184 ff.

・Singer [2000] Reinhard SINGER, „Fehler beim Kauf, Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo“, in: Canaris/Heldrich (Hrsg.), „50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft Bd. 1“, C.H.Beck 2000, S.382 ff.

・Westermann [2002] Harm Peter WESTERMANN, „Das neue Kaufrecht“, NJW 2002, S.241 ff.,

・Zitelmann [1879] Ernst ZITELMANN, „Irrtum und Rechtsgeschäft“, Duncker & Humblot 1879

—体系書

・Brox [1999] Hans BROX, „Besonderes Schuldrecht“, 24.Auflage, C.H.Beck 1999

・Brox/Walker [2018] Hans BROX / Wolf-Dietrich WALKER, „Besonderes Schuldrecht“, 42.Auflage, C.H.Beck 2018

・Brox/Walker [2022] Hans BROX / Wolf-Dietrich WALKER, „Besonderes Schuldrecht“, 46.Auflage, C.H.Beck 2022

・Flume [1992] Werner FLUME, „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft“, 4. Auflage, Springer 1992

・Gernhuber [1989] Joachim GERNHUBER, „Das Schuldverhältnis“, Mohr 1989

・Harke [2010] Jan Dirk HARKE, „Allgemeines Schuldrecht“, Springer 2010

・Harke [2011] Jan Dirk HARKE, „Besonderes Schuldrecht“, Springer 2011

・P. Huber/Faust [2002] Peter HUBER / Florian Faust, „Schuldrechtsmodernisierung:

Einführung in das neue Recht“, C.H.Beck 2002
・ Larenz [1986] Karl LARENZ, „Lehrbuch des Schuldrechts Besonderer Teil Band II/1“, 13. Auflage, C.H.Beck 1986
・ Looschelders [2019] Dirk LOOSCHELDERS, „Schuldrecht Besonderer Teil“, 14.Auflage, Vahlen 2019
・ Looschelders [2021] Dirk LOOSCHELDERS, „Schuldrecht Allgemeiner Teil“, 19.Auflage, Vahlen 2021
・ Looschelders [2022] Dirk LOOSCHELDERS, „Schuldrecht Besonderer Teil“, 17.Auflage, Vahlen 2022
・ Medicus [1999] Dieter MEDICUS, „Schuldrecht II Besonderer Teil“, 9. Auflage, C.H.Beck 1999
・ Medicus/Lorenz [2015] Dieter MEDICUS / Stephan LORENZ, „Schuldrecht I Allgemeiner Teil“, 21.Auflage, C.H.Beck 2015
・ Medicus/Lorenz [2018] Dieter MEDICUS / Stephan LORENZ, „Schuldrecht II Besonderer Teil“, 18.Auflage, C.H.Beck 2018
・ Oechsler [2007] Jürgen OECHSLER, „Vertragliche Schuldverhältnisse“, 2. Auflage, Vahlen 2007
・ Oechsler [2017] Jürgen OECHSLER, „Vertragliche Schuldverhältnisse“, 2. Auflage, Mohr Siebeck 2017
・ Oetker/Maultzsch [2013] Hartmut OETKER / Felix MAULTZSCH, „Vertragliche Schuldverhältnisse“, 4. Auflage, Springer 2013
・ Oetker/Maultzsch [2018] Hartmut OETKER / Felix MAULTZSCH, „Vertragliche Schuldverhältnisse“, 5. Auflage, Springer 2018
・ Reinicke/Tiedtke [1997] Dietrich REINICKE / KlausTIEDTKE, „Kaufrecht“, 6. Auflage, Carl Heymanns 1997
・ Reinicke/Tiedtke [2009] Dietrich REINICKE / Klaus TIEDTKE, „Kaufrecht“, 8. Auflage, Carl Heymanns 2009
・ Schlechtriem [2003] Peter SCHLECHTRIEM, „Schuldrecht Besonderer Teil“, 6. Auflage, Mohr Siebeck 2003
・ Schlechtriem/Schmidt-Kessel [2005] Peter SCHLECHTRIEM / Martin SCHMIDT-KESSEL, „Schuldrecht Allgemeiner Teil“, 6. Auflage, Mohr Siebeck 2005

—コンメンタール

・ BeckOK BGB/*Bearbeiter* [2021]:
Wolfgan HAU / Roman POSECK (Hrsg.), „BeckOK BGB“, 61.Edition.,

C.H.Beck 2021

- BeckOK BGB/*Bearbeiter* [2023]:
  Wolfgan HAU / Roman POSECK (Hrsg.), „BeckOK BGB“ 66. Edition., C.H.Beck 2023
- Erman/*Bearbeiter* [2017]:
  Harm Peter WESTERMANN / Barbara GRUNEWALD / Georg MAIER-REIMER (Hrsg.), „Erman BGB Kommentar“, 15. Auflage, Otto Schmidt 2017
- Jauernig/*Bearbeiter* [2021]:
  Othmar JAUERNIG (Hrsg.), „Bürgerliches Gesetzbuch“, 18. Auflage, C.H.Beck 2021
- Münchener/*Bearbeiter* [1995]:
  Franz Jürgen SÄCKER et al. (Hrsg.), „Münchener Kommentar BGB: Band 3 Schuldrecht Besonderer Teil 1“, 3. Auflage, C.H.Beck 1995
- Münchener/*Bearbeiter* [2019]:
  Franz Jürgen SÄCKER et al. (Hrsg.), „Münchener Kommentar BGB: Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil I“, 8. Auflage, C.H.Beck 2019
- Münchener/*Bearbeiter* [2022]:
  Franz Jürgen SÄCKER et al. (Hrsg.), „Münchener Kommentar BGB: Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil I“, 9. Auflage, C.H.Beck 2022
- NK-BGB/*Bearbeiter* [2021]:
  Barbara DAUNER-LIEB / Werner LANGEN (Hrsg.), „BGB Schuldrecht Band 2/1“, 4. Auflage, Nomos 2021
- Palandt/*Bearbeiter* [2021]:
  Otto PALANDT (Begr.), „Bürgerliches Gesetzbuch“, 80. Auflage, C.H.Beck 2021
- PWW/Bearbeiter [2022]:
  Hanns PRÜTTING / Gerhard WEGEN / Gerd WEINREICH (Hrsg.), „BGB Kommentar“, 17. Auflage, Luchterhand 2022
- Soergel/Bearbeiter [1991]:
  Hans Theodor SOERGEL (Begr.), „Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, Band 3 Schuldrecht II (§§ 433-515)“, 12. Auflage, Kohlhammer 1991
- Staudinger/Bearbeiter [1995]:
  Julius von STAUDINGER (Begr.), „J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-534“, 13. Bearbeitung, Sellier-de Gruyter 1995

· Staudinger/Bearbeiter [2014]:
Julius von STAUDINGER (Begr.), „J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-480“, Neubearbeitung 2014, Sellier-de Gruyter 2014
· Staudinger/Bearbeiter [2019]:
Julius von STAUDINGER (Begr.), „J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304“, Neubearbeitung 2019, Sellier-de Gruyter 2009
· Hk-BGB/Bearbeiter [2019]:
Reiner SCHULZE (Schriftl.), „Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar“, 10. Auflage, Nomos 2019