

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—

田畑嘉洋

- I. はじめに
- II. 日本民法
- III. ドイツ民法
- IV. まとめに代えて

I. はじめに

2020 年 4 月 1 日から施行される改正民法では、いわゆる特定物ドグマが否定され、特定物の買主であっても、目的物の品質に関して売主の履行が不完全であった場合には、売主に追完を請求できることとなった（改民 562 条 1 項）。現行民法 570 条に基づく売主の瑕疵担保責任の法的性質ないし特定物売主の負担する義務の範囲を巡っては周知の通りの議論が存在しており、確かに、近時の学説ではいわゆる債務不履行責任説が通説としての地位を占め、改正法の依拠する立場ともなった。とはいえ、後に確認するように、判例の立場は必ずしも明確にされてはおらず、しかも、少なくとも下級審裁判例が債務不履行責任説に立脚しているとはいえない。もし、現行法の（裁）判例において、瑕疵担保責任がいわゆる法定責任説の立場から理解されている、つまり、特定物の売主は瑕疵のない物を引き渡す義務を負わないという理解が根底に存在しているとすれば、改正法では、現行法と比べて、特定物売主の負う義務は拡大することになる。では、改正法における目的物の「品質の契約不適合」と現行法における「物の瑕疵」を同じものと理解して問題はないのだろうか。換言すれば、およそ現行法において物の瑕疵が認められる場合には、改正法においても品質の契約不適合を認めることができるのだろうか。もし、そのように解されるとき、では、そのような理解に問題はないのだろうか。以上のような問題について検討するためには、法改正前後での法律効果の違いという側面に着目することが必要になると思われるが、この小論では、まず、そもそも瑕疵とはどのように判断されているのか、とりわけ、物の通常性—伝統的にその欠如は「客観的瑕疵」と呼ばれてきた—と売買契約の関係という点について、ドイツ法を参照しつつ、整理と検討を行う。

以下では、まず、わが国の現行法の判例や学説における瑕疵の判断手法を整理する（II）。その後、わが国と同様の議論の経過を辿り（厳密には、わが国の議論がドイツの議論の大きな影響の下で展開されたものである）、わが国の改正と同様の立場から改正された制度が既に 2002 年より

用いられているドイツ民法典（以下、BGB）における瑕疵の判断手法に関する学説に検討を加える（III）。

II. 日本民法

最初に、瑕疵の判断手法に関するわが国の判例（1）と学説（2）、さらには今般の債権法改正における瑕疵の帰趨（3）を簡単に確認し、それらの整理と分析を行う（4）。

1. 判例

(1) 大判大正 15 年 5 月 24 日民集 5 卷 433 頁（見本売買）

本件は、次のような事案である。XはYに自己所有の樅板（特定物）を総額 986 円で売却した。本件訴訟は、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、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た。「特定物の売買に於て見本品を定めるときは売主は売買の目的物が見本品に適合する性質を具有することを確保するものにして従て其の給付したる物が見本品と異りたるときは瑕疵担保の責に任ずべきものなりと同時に買主は民法第五百七十条第五百六十六条の規定に基き或は契約を解除し又は損害の賠償を請求し得べきも債務の本旨に従いたる履行にあらずとして之が受領を拒むことを得ざるものとす」¹。

(2) 大判昭和 8 年 1 月 14 日民集 12 卷 71 頁（性能保証）

本件は次のような事案である。Yは「自己製作に係る特許三益三年式糶摺土臼の販売の爲め同機の特徴の一として米五百俵を摺上げ得る性能を有するものにして万一不完全の場合は無料修繕すべき旨広告宣伝を為し」ていた。X（買主）とY（売主）は、昭和 5 年 3 月 29 日に、神奈川県のある区域における「特許三益三年式糶摺土臼」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] 約旨の如き能

¹ 本稿において、引用部分は新字体・平仮名に改めて句点を追加しており、また、引用文中の下線も（特記のない限り）筆者が追加したものである。

率を上げ得るものの送付を求めたる上更に同年五月七日同月十三日迄に右の如き性能を有するものの送付を求めたるもYは之に応ぜざりし為め、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糲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糲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た。「売買の目的物に或種の欠陥あり之が為其の価額を減ずること少からず又は其の物の通常の用途若は契約上特定したる用途に適せざること少からざるときはこれ所謂目的物に瑕疵の存する場合なり。……瑕疵なるものは以上の場合に止まらず。他無し。夫の売買の目的物が或性能を具備することを売主に於て特に保証（請合ふの意）したるに拘らず之を具備せざる場合則ち是なり。蓋斯かる物は縦令一般の標準よりすれば完璧なるにもせよ偶々此の具体的取引より之を観るときは是亦一の欠陥を帶有するものに外ならざればなり」。「今或種類物の売買に於て其の種類に属する物は斯く斯くの性能を有すとのことが特に売主に依りて保証せられたるに拘らず其の現実給付せられたる特定物が偶々右の性能を具備せざる場合に買主は売主に対し約旨に適合する物の給付を請求すると將た瑕疵担保の責任を問ふと一に其の選択に従ひて可なるは前述の如しと雖若し当該種類物は其の本質上到底保証せられたる性能を具備するに由無き一般的欠陥を帶有する場合に於ては右の如き選択は最早問題に非ず。何者目的たる給付は始めより不能なるものとして売買契約そのものは当然無効に外ならざればなり」。「此の広告宣伝なるもの偏に所謂羊頭狗肉の策ならば則ち已む。爾らざる限り（或は爾か云ふを得ざる限り）此の物品に付他と一手販売契約を締結するに当り当事者間の了解に依れば当該物品が曩に広告宣伝せられたる如き性能を有するや否は売主の知るところに非ず売主としては唯特許三益三年式糲摺土臼と名けらるる種類物を給付すれば則ち足るてふ趣旨なりしと観ることの果して事物の常態と取引の信義に合へりや否や特別の事情の認むべきもの無き以上斯かるは固より肯定すべき限りにあらず。而も本件に於て何等か此種特別の事情の存せしことは当該事実認定を為すに当り毫も原審の判示せざるところなり」。

(3) 最判平成22年6月1日民集64巻4号953頁（売買土地の土壤汚染）

本件は、売買された土地の土壤に売買契約当時から有害物質（ふっ素）が含まれていたことが瑕疵に当たるとして、X（買主）がY（売主）に民法570条に基づき損害賠償請求をしたという事案である。原審²はXの請求の一部を認容したため、Yが上告した。

² 原判決では「上記売買契約の目的に照らし、売買契約の目的物である土地が通常備えるべき品質、性能」との表現が用いられており、「居住その他の土地の通常の利用」という本件売買契約の目的から、通常の品質等が導かれている。また、「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

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、ふっ素が土壤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ものであり、ふっ素が、それが土壤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、その土壤に、ふっ素が含まれていないことや、本件売買契約締結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、それが土壤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壤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、本件土地の土壤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. 学説

次に、わが国における物の瑕疵の概念理解について、代表的な見解と特徴的な見解のいくつかを確認しておく。

(1) 岡松参太郎

岡松は、当初、「売主は売買に因りて適當の性質を備うる物件を給付すべき義務を負ふ。而して物件に瑕疵あるときは売主が此義務を完全に履行せざるものなり。即ち瑕疵担保は売主の義務不履行の結果に過ぎず。然らば其義務は別個の義務にあらず売買より直接に生ずるものなり」として、債務不履行責任説³に立っている⁴。その上で、瑕疵については、「瑕疵とは売買の目的たる物が通常に有すべき性質の欠缺にして之に因り其物の価値を害すべきものなり」⁵としている。他方で、「物が通常に有すべき性質を有する以上は買主が売主に指示したる性質を有せざるも瑕疵にあらず。此場合には錯誤あるのみ」⁶として、当事者により定められた（通常の性質とは異なる）

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」と解されている。

³ 初期の債務不履行責任説は「素朴」なものとも評される（柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、1963）195、239頁参照）。

⁴ 岡松参太郎『註釈民法理由債権編』（有斐閣、第7版、1899）次50頁。もっとも、後に法定責任説へ転向している（同『無過失損害賠償責任論』（京都法学会、1922）178-179、810-811頁）。

⁵ 岡松・前掲注（4）次135頁。

⁶ 岡松・前掲注（4）次136頁。性質とは「凡て買主に取り重要なる（一）物の物理上の性質……（二）物の法律上の性質（但物の上に他人の権利存する場合は……追奪担保の規定に依らしむ……）……（三）物の思想上の性質（例之出所、時代、沿革、新寄等）」（同頁）であるとする。

性質が目的物に欠如していた場合を瑕疵担保規定で処理することを認めない。

(2) 横田秀雄

横田も、岡松と同様に、債務不履行責任説に立脚するが⁷、瑕疵については次のように述べる。すなわち、「瑕疵は其名称の示す如く物に存する欠点にして取引上の普通の観念又は当事者の意思に依り物に存するものと認めらるる所の性質が其物に存せざるが為め其物の価格を減じ又は当事者の希図したる物の効用を不完全ならしむるものを謂ふ。蓋売買の目的たる物が如何なる性質を具有することを要するやは一般の取引上に於て行はるる普通の観念に依るべきものにして当事者が法律行為の目的たる物の有すべき性質に付き別段の意思を表示せざるときは当事者は普通の観念に従ひ其物は通常其物に存するものと認めらるる所の性質を有するものとして之を授受するの意思なりと認めざるべからず。……目的物の具有すべき性質に付きて当事者が別段の意思を表示したるときは其意思に従ひ目的物が果して其性質を具有する完全無欠のものなるや若は此性質を欠く所の瑕疵あるものなるやを決定せざるべからず。而して当事者は任意に目的物の具有すべき性質を協定することを得」⁸。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瑕疵担保規定で処理することを認める。

(3) 鳩山秀夫

瑕疵担保責任は法律上の責任であって、債務不履行や担保約束等に基づく責任が売主に発生しない場合にもなお売主の責任を認めることで有償契約である売買の信用を保護して取引の需要に応じるための制度である旨を説いた⁹鳩山は、わが国における法定責任説の通説化への転換点と目されているが、瑕疵については「当該の物が通常有する性質又は当事者の特に保有すべきものと定めた性質を欠如し為めに物の使用価値又は交換価値を減少せしむるを言ふ〔注 34：従って特別な性質の欠如せることは唯当事者が其存在すべきことを定めた場合に於てのみ瑕疵となる。又物の価値に何等の影響なき微細なる欠点は瑕疵にあらず〕」¹⁰と述べており、ドイツ法の強い影響を認めることができる¹¹。

(4) 末川博

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、その根拠についても詳しく論じている。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

⁷ 横田秀雄『債権法各論』（巖松堂書店、第4版、1924）154頁。

⁸ 横田・前掲注（7）152-153頁。

⁹ 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』（岩波書店、1924）311、338-339頁。

¹⁰ 鳩山・前掲注（9）341-342頁。

¹¹ 独民旧 459 条 1 項：„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. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.“〔私訳：物の売主は買主に対して、物が、買主に危険が移転する時に、価値又は通常の若しくは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ところの欠点を有さないことについて責任を負う。価値又は適性の僅かな減少は問題とならない。〕

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」¹²。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する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」¹³。

(5) 我妻榮

我妻は、法定責任説に立ちつつ¹⁴、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」^{15 16}。

(6) 柚木馨

法定責任説の代表的な論者である柚木は、特定物の売主は瑕疵のない物を給付する義務を負わ

¹² 末川博「売主の瑕疵担保責任」『債権』(岩波書店、1970 [初出 1935]) 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いして独自に考えられるものではない」(同頁)とされる。

¹³ 末川・前掲注 (12) 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)。

¹⁴ 我妻榮『債権各論 中巻一(民法講義 V₂)』(岩波書店、1957) 272 頁。

¹⁵ 我妻・前掲注 (14) 288 頁。

¹⁶ 星野英一は、債務不履行責任説に立ちつつ(同「瑕疵担保の研究——日本」『民法論集第三巻』(有斐閣、1972 [初出: 1963]) 235 頁)、ほぼ同旨を述べる(同『民法概論Ⅳ(契約)』(有斐閣、1986) 131 頁)。また、広中俊雄は、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」(同『債権各論講義 第六版』(有斐閣、1994) 68 頁)としている。

ないとするが¹⁷、次のように、契約における当事者合意と瑕疵の関連性を特に強調する。すなわち、「物がいかなるものとしてまたはいかなる特別目的のために売買されたのであるかということが、問題なのであって、買主が物の種類または特別目的についてなされた一致に基づいて期待することのできた性質が物に存せず、かつこれによって物の価値または適性が消滅または少なからず減少した場合に、物に欠点があるといわれるのである。……買主のみが希望した使用は問題とならないのであって、常に両者の合意あることを必要とする」¹⁸。

(7) 三宅正男

三宅は、瑕疵担保責任は「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」¹⁹に発生すると独特に理解する。そして、瑕疵については、フランス法を引き合いに出しつつ、いわゆる客観説を主張している。すなわち、「「瑕疵」は、言葉自体としては欠点と同じく広い意味に、即ち「畢竟或る標準に達せざる謂う」に理解される。民法が他の立法例と異なり、瑕疵の意味を限定しなかったのは無造作に過ぎる。隠れた瑕疵の概念は、フランス民法の瑕疵担保の核心であり、フランス民法は、物の通常の使用に適しないか、または通常の使用を少なくとも相当に減殺する欠点を「瑕疵」と規定すること、特定物の買主が内心で物の性質に関して抱いた期待を顧慮するためには、このような「瑕疵」が隠れていたことを要件とすべきであること、以上の二つの理由により、五七〇条の「瑕疵」はフランス民法におけると同じく、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である」²⁰。

(8) 北川善太郎

北川は、特定物ドグマを批判²¹して「代金と等価である性質をもつ特定物を引き渡す債務を負うことは法的に可能」²²とした上で、物の瑕疵については、その具体的な基準も含めて、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、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・

¹⁷ 柚木・前掲注（3）173 頁。なお、柚木は、特定物の前提として客観的な不代替性を求める（同 172-173 頁）。

¹⁸ 柚木・前掲注（3）317-318 頁。

¹⁹ 三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院，1983）349 頁。

²⁰ 三宅・前掲注（19）318 頁。なお、「重要な動機（契約の基礎・前提）として表示された使用適性ないし品質を欠くときは（主観的・具体的欠点）五七〇条の適用はなく、その欠点が本条の瑕疵に当たらず、客観的に隠れたものでなくても、買主が知らなかった以上、本条とは別に売買の効力につき顧慮すべき」とする。

²¹ 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣，1963）173-177 頁。

²² 北川善太郎『債権総論（民法講要 III）〔第 3 版〕』（有斐閣，2004）124 頁。

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」²³。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」²⁴としている。

(9) 潮見佳男

潮見も債務不履行責任説に立脚しつつ²⁵、「瑕疵」は、本来的には、売買目的物が物質面で契約に適合しているかどうかの判断に関するものである」²⁶として、「契約適合的なものとしてのあるべき性質」が何であるかという点の確定に当たっては、まず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が、これが明らかでない場合には、当該目的物が契約を離れて客観的に結び付けられるところの「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はない」²⁷と述べている。そこでは、瑕疵の有無が「目的物と代金の等価有償交換の枠内で、「性質欠如についての危険をどちらの当事者が負担すべきか」という「物危険（給付危険）」の確定に属する問題」と捉えられており、危険の割当てに当たっての考慮要素として、目的物の客観的価値、各当事者の調査能力（とりわけ、買主側の瑕疵検査能力）、取引生活における地位・経験、契約締結交渉において提示された諸事情が挙げられている。

3. 債権法改正

2009年より法制審議会民法（債権関係）部会で債権法の改正についての審議が続けられていたが、中間試案の段階では、本稿のテーマである「瑕疵」の判断については次のように整理され、その明確化の必要性が述べられている。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。そうすると、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」。「民法第570条にいう「瑕疵」の有無の判断は、より具体的には、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

²³ 北川・前掲注（22）133頁。

²⁴ 北川・前掲注（22）。内田貴『民法Ⅱ債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会，2011）135頁も「主観説が妥当」とする。

²⁵ 潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社，2002）191頁：「当該契約において、問題となった性質が契約内容となっている」ということが認められた事例では、「当該性質を備えた特定物を引き渡す債務」が肯定され、「売買では、今日における通常取引の場合には、主観的瑕疵概念の採用とあいまって、このような「当該性質を備えた特定物を引き渡す債務」が肯定されるであろう」。その例外については、同192頁を参照。

²⁶ 潮見・前掲注（25）215頁。

²⁷ 潮見・前掲注（25）217頁。

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」。主観的瑕疵概念では、「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……、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・規範的考慮が排除されているわけではない」。客観的瑕疵概念でも、「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」。結局、瑕疵の存否は「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」²⁸。

2017年5月26日に成立し、2020年4月1日から施行される改正民法の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」と規定している。本条については、売主の「物の種類・品質・数量に関して契約の内容に適合した物を引き渡すべき義務」を当然の前提とするものであり、「これにより、物が契約の内容に適合していなかった場合の売主の債務不履行責任であることが明らかとなった」とされている²⁹。

4. 判例学説の整理と分析

わが国の判例についていえば、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、しかも、(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。そして、平成22年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等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。もっとも、問題は、「予定」という言葉の意味する内容である。ある品質が予定されていたと言い得るためには、その品質について債務を負担するという合意が必要とされるのか、あるいは、そのような合意までは必要とされないのであろうか。もし、債務不履行責任説に立脚して、特定物の売主も瑕疵のない物を引き渡す義務を負うと考える場合には、前者の債務負担の合意が必要となりそうである。とはいえ、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明確ではな

²⁸ 『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』400頁。瑕疵の判断基準の明確化の必要性については、『民法(債権関係)部会資料75A』9-10頁でも述べられている。これらの資料は、<http://www.moj.go.jp/content/001227898.pdf> (2019.9.20 確認) から取得可能である。

²⁹ 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(きんざい、2017) 258頁。

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、言い換えれば、特定物の売主が瑕疵のない物を引き渡す義務を負担するとは捉えられていないと解することも不可能ではない。また、平成 22 年判決の原審もそうであるように、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している³⁰。このような立場に立てば、目的物のある性質について、債務を負担する合意までは存在しなかったが、当事者間においてその存在が予定ないし前提されてはいたという場合を観念して、物の瑕疵としてはそれで十分とすることも可能である。すなわち、現行法の「物の瑕疵」（債務負担の合意までは不要）と改正法の「品質の契約不適合」（債務負担の合意が必要）は一致しないと考える余地が出てくる。

わが国の学説に関して、初期の債務不履行責任説の論者のうち、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、その論旨は一貫していない。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、一貫した主観説を主張している。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—その理由については末川が詳述している。これに対して、柚木は合意の必要性を強調するとはいえ、合意に対応する義務の発生を特定物の場合には認めない。また、三宅は瑕疵に関して客観説を主張するが、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。

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の帰結である。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改正民法（このことは改民 562 条 1 項以外に、改民 564 条からも明らかである）においても、同様に、目的物の備えるべき品質は当事者が契約で定めることになる。とはいえ、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。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るとしても、その一定の指針を指し示すことは必要であるといえる。この意味では、改正法が「「瑕疵」……の意味内容を可能な限り条文上明らか」にすることができているかには疑問もあり、後に確認するように BGB では異なったアプローチがとられている。とりわけ、「契約を離れて客観的に結び付けられるところの「通常の利用目的ないし性質」」をどのように扱うかについては、改正により特定物売主の責任が拡大するとすればなおさら、より慎重な考慮が必要であろう。

III. ドイツ民法

以下では、まず、物の瑕疵の内容を定める現行 BGB 434 条 1 項の規定を見た上で（１）、物の通常性に関して、同条の成立に至るまでの議論（２）及び現在の学説の状況（３）を確認する。

³⁰ 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 頁等も明示的にその旨を述べる。

1. BGB 434 条 1 項

BGB 433 条 1 項 2 文によると、売主は、権利の瑕疵及び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。引き渡された物に物の瑕疵が存在した場合には、買主には法的救済として、BGB 437 条に基づき、追完請求権（1 項）、解除権・減額権（2 項）、損害賠償請求権・無駄になった費用の賠償請求権（3 項）がそれぞれの要件に従って与えられる。

物の瑕疵について定める BGB 434 条 1 項³¹は、次のような規定である：

¹物は、合意された性質を危険移転時に有しているとき、物の瑕疵をもたない。²性質が合意されていない限りで、次のいずれかに該当するときは、物は物の瑕疵を持たない。

1. 物が契約により前提とされた使用に適する場合。そうでない場合には、
2. 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有する場合。

³第 2 文第 2 号に基づく性質には、売主、製造者（製造物責任法第 4 条第 1 項および第 2 項）又はその補助者による公然の表明、とりわけ、広告又は物の特定の性質に関する表示により、買主が期待できるところの性状も含まれる。ただし、売主が表明を知らず、かつ、知り得べきでもなかったとき、契約締結の時点で表明が同様の方法で訂正されていたとき、又は表明が購買決定に影響し得なかったときは、この限りではない。

この規定によると、以下の場合には物の瑕疵が存在することが認められる。すなわち、①合意された性質³²の欠如、②契約により前提とされた使用への適性の欠如、③通常の使用への適性の欠如、④同種の物の下で普通の性質の欠如、⑤買主がその物の種類に基づき期待できる性質の欠如、である³³。ここでの問題は、瑕疵の諸類型の相互関係、とりわけ、契約当事者の主観的な事情に関わる①②と、物の通常性という客観的な事情に関わる③④⑤の関係がどのようなものと理解されているかである。つまり、条文を素直に読めば（soweit, sonst）、例えば、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、それが契約で前提とされた使用に適しているが通常の使用に適さない場合にも、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はいない）。

³¹ [原文] ¹Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. ²Soweit 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.

³Zu 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 berichtet war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

³² 物の瑕疵にまつわる諸問題のうち、「性質」とは何かという議論の一端については、拙稿「物の瑕疵と契約不適合—物の性質を巡って—」深谷他編『大改正時代の民法学』（成文堂、2017）431 頁以下を参照。

³³ さらに、BGB 434 条 2 項は、不適切な組立て及び組立て説明書の瑕疵を、同 3 項は異種物給付及び過少給付を物の瑕疵として扱っている。

なお、②の使用についても、通説によれば、特定の使用が契約上合意されていることが求められる³⁴。そして、性質（①）と使用目的（②）の双方についての合意が存在している場合に、目的物が合意された性質を備えていれば、合意された使用への適性を欠いていても瑕疵は存在しないと判断されるわけではなく、両方が存在することが求められる。また、合意された性質と合意された使用目的が相互に相容れない場合にどちらを優先すべきかは、契約解釈の問題として処理される³⁵。

2. 債務法改正までの議論

本節では、本稿のテーマに関して、2002年債務法改正前における議論、及び、債務法現代化法草案の政府理由書の内容をごく簡単に確認しておく。

(1) 改正前における議論

債務法改正前のBGBにおいて、売主に責任を生じさせる物の欠点³⁶とは、物の実際の性質とあるべき性質の買主に不都合な相違³⁷と理解されていたが、この「あるべき性質」がどのように導かれるかについて、主観説と客観説³⁸の争いが存在した。通説である主観説は、売買物の性質に関する両当事者の合意を用いてあるべき性質を具体化する。もっとも、主観説では、当事者が契約において物のあるべき性質に関して合意していなかった場合に問題が生ずる。この場合に、いわゆる「主観 - 客観説」は、客観的な取引観念に基づき期待される普通の性質が義務づけられていると解した。これは、BGB旧459条1項が、契約で前提とされた使用と並んで通常の使用にも着目することを一つの手がかりとする。これに対して、支配的な「厳格（ないし純粋）な主観説」は、この場合にも両当事者が物の普通の性質を推断的に合意していると解した。

主観説の枠内でのこの争いについて、U. Huberはおおよそ次のように述べている。すなわち、主観説の変種である主観 - 客観説³⁹は、判例⁴⁰及び通説（厳格な主観説）と異なることはなく、この変種は判例及び通説が使用するところの欠点概念を、純粋に「主観的な」表現よりも精密に説明することを意図するにすぎない。もっとも、欠点概念への客観的な要素の追加は改善ではなく、余計な複雑化であり、それは主観的欠点概念の誤解に基づいている。主観的欠点概念が述べるの

³⁴ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, 4. Auflage 2019, §434 Rn.51; Staudinger/Matusche-Beckmann, Neubearbeitung 2014, §434 Rn.76. これに対して判例は「確かに合意されてはいないが、両当事者により一致して想定された売買物の使用」とする（BGH NJW 2017, S.2817：豚の精子の売買）。

³⁵ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, a.a.O. (Fn.34), §434 Rn.49.

³⁶ 前掲注（11）を参照。

³⁷ Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, §459 Rn.20.

³⁸ Knöpfle, „Der Fehler beim Kauf“, 1989. 当初の判例（帝国最高裁）も客観説だったとされるが、後に主観説を採用する（Larenz, „Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/1 Besonderer Teil“, 13. Aufl. 1986, S.38等を参照）。

³⁹ Münchener/Westermann, 1980, §459 Rn.9; Staudinger/Honsell, 13. Aufl. 1995, §459 Rn.20. Honsellは、主観説と主観 - 客観説の間に違いは存在せず、両者の結果は同一とも述べる。

⁴⁰ BGH NJW 1984, S.2287（タワークレーンの売買）は「BGB 459条1項の意味での欠点が存在するのは、買われた物の実際の状態が、売買契約で合意されたことと相違し、この相違が、物の価値又は通常若しくは契約で前提とされた使用に対するその適性を消滅させ又は減少させる場合である」とする。

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」と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を求めるものではない。契約が沈黙すれば、その内容が、任意的な制定法により、特別な合意が欠如していれば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、実際の性質と合意された性質の相違に存在し、合意の内容が任意的な制定法により補われるにすぎない。加えて、

(BGB 旧 459 条 1 項と異なり) 法律が単に「売主は「物の契約適合的な性質」に対して責任を負う」と規定していたとしても、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する物品が「契約適合的」であるという帰結に到達できる⁴¹。なお、U. Huber は、瑕疵担保責任の法的根拠に関して、主観的瑕疵概念からは不履行説が不可欠の帰結であるとも述べる⁴²。

以上の論争は、現行 BGB 434 条の構造において今日なお生じるとされる⁴³。というのも、(次に述べるように) 立法者は、消費財売買指令 (RL 1999/44/EG) 2 条 1 項⁴⁴を模して、原則として、1 項 1 文及び 2 文 1 号において主観的な糸口に従う一方で、この主観的な糸口を、主観 - 客観説を模して、2 文 2 号及び 3 文において客観的要素で補充するからである。

(2) 政府草案理由書

債務法改正により、BGB 433 条 1 項 2 文が改正され、売主が物の瑕疵のない物を引き渡す義務を負うことが明記され、これにより、瑕疵担保責任が一般給付障害法に統合された。もっとも、このことは、売主の義務の不相応な厳格化には通じないとされる⁴⁵。その理由としては、瑕疵物の給付により直ちに売主に損害賠償義務が発生するわけではなく、義務違反に加えて帰責性 [Vertretenmüssen] が存在しなければならないことが挙げられている。

さて、現行 BGB 434 条について、理由書は、義務の内容が可能な限り明確に法律から読み取れることが合目的的であると述べるとともに⁴⁶、主観的瑕疵概念の採用を明言し、なされた合意の内容が何よりもまず重要であるとする⁴⁷。これに関して、契約締結に際して売主が売られた物の性状をある一定の仕方で説明し、買主がこのような背景の下で自己の購買決定をなす場合には、売主の表示が直ちに契約の内容になり、同時に、1 項 1 文における性質合意の内容になるとされ

⁴¹ Soergel/Huber, a.a.O. (Fn.37), Vor §459 Rn.31. 任意的な制定法は、しばしばでそうあるように、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いるにすぎないとも述べられている。

⁴² Soergel/Huber, a.a.O. (Fn.37), Vor §459 Rn.170. なお、不履行説とは、瑕疵ある特定物の給付は履行義務の「不履行」であるとする見解であり、売主は瑕疵のない特定物を引き渡すという「履行」義務を負うとする履行説と同じものである。そして、(不) 履行説の論者の多くも、特定物買主の追完請求権を認めなかった (Staudinger/Honsell, a.a.O. (Fn.39), Vor §459 Rn.11)。なお、かつては、瑕疵のない特定物の引渡し義務の存在を認めず、買主の正当な期待が裏切られたことに責任の根拠を認める担保説 (Larenz, a.a.O. (Fn.38), S.68) が通説であった。

⁴³ Oechsler, „Vertragliche Schuldverhältnisse“, 2. Auflage 2017, Rn.95.

⁴⁴ 指令 2 条 1 項 : „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäß Güter zu liefern.“ [私訳 : 売主は売買契約に適合する動産を消費者に引き渡す義務を負う。]

⁴⁵ BT-Drs. 14/6040, S.209.

⁴⁶ BT-Drs. 14/6040, S.210.

⁴⁷ BT-Drs. 14/6040, S.212.

ている⁴⁸。また、1項2文1号が「契約に基づき前提とされた使用」を瑕疵判断の基準とすることについて、契約実務では決して売買契約のすべてにおいて性質が合意されるわけではなく、ある取引が日常的なものであればあるほど、個々に物の性質に関する合意も一層欠けていること、そして、しばしば両当事者の表象は、性質の個々のメルクマールではなく、物がある特定の使用目的に適すべきことに向けられていることが指摘されている⁴⁹。なお、使用に関する契約上の合意が必要とされるのかは明確にはされていないが、両当事者の推断的な合致は十分とされている。理由書は、1項2文2号において物の通常の使用や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、多くを述べていない⁵⁰。

3. 物の通常性に関する学説

本節では、BGB 434 条 1 項 2 文 2 号の定める物の通常性が瑕疵判断に際してどのように位置づ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、通常の使用への適性或普通の性質の欠如が物の瑕疵となる根拠について何も述べてい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視点からは、BGB 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、なぜ通常性の欠如を以て物の瑕疵としなければならないかについての検討はなお必要である。

(1) 客観性を強調する見解

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はそれ程多いとはいえない。例えば、Walker は、1項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している⁵¹。また、Emmerich によると、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場合に、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されている⁵²。

Büdenbender は、1項2文2号の位置づけについて、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⁵³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⁵⁴。そして、1項1文及び2文1号⁵⁵の要件が欠けていれば、1項2文2号により、取引慣習に応じた客観的な

⁴⁸ BT-Drs. 14/6040, S.212.

⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, S.213.

⁵⁰ これにより指令の2条2項c・dが国内法化される旨が述べられるのみである (BT-Drs. 14/6040, S.213)。

⁵¹ Brox/Walker, „Besonderes Schuldrecht“, 42.Auflage 2018, §4 Rn.13.

⁵² Emmerich, „BGB-Schuldrecht Besonderer Teil“, 15. Auflage 2018, §4 Rn.21.

⁵³ BGH NJW 2008, S.1517 は、中古車売買における「前所有者によると事故による損傷はない」という売主の表示について性質合意を認めなかった。「前所有者によると」という留保から車両の無事故性について売主に責任を負う意図がないことが認識可能とされており、かつ、性質合意は「疑わしい場合には」認められないとして、その存在には明白性が求められている (Rn.13 を参照)。Emmerich は、売主の責任を過度に広げないために、推断的な性質合意の存在の認定を抑制することの必要性を指摘する (Emmerich, a.a.O. (Fn.52), §4 Rn.13 f)。

⁵⁴ NK-BGB/Büdenbender, 3.Auflage 2016, §434 Rn.13.

⁵⁵ 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

品質標準が基準となり、その限りで売買客体への平均的な要求が妥当し、この規準は1項1文及び2文1号との関係では補助的である。さらには、私的自治の結果として、性質が取り決められた場合にはこれのみが重要であり、客観的な物の品質は問題とならないということも強調されている⁵⁶。

(2) 合意との関連性を強調する見解

以上の見解に対して、物の通常性を合意に引き付けて論じる見解は少なくない。例えば、Canarisによれば、教義的に1項2文2号はおおよそ客観的欠点概念の成文化ではなくて、2文1号の使用目的と同様に、BGB 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だろうとされている⁵⁷。Looscheldersも同様に、法律は客観的欠点概念に従ってなどおらず、むしろ、物が通常の使用に相応しく、かつ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⁵⁸。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、一般に「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還元もされ得る。そして、疑いなく教義的により適切であるのはBGB 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の方法で、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究されるべきである。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、すなわちいわゆる「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⁵⁹。

Tiedtkeは、1項2文1号と同2号の関係を両当事者の意思から説明している。すなわち、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かなうべきであり、さらに、契約上前提とされた使用も可能とすべきなのかが決定的である。通常は後者と判断されるべきであり、これに対して、契約で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⁶⁰。

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⁶¹。まず、BGB 434条1項1文は、売買契約

る立場をとり、使用の合意は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解する(NK-BGB/Büdenbender, a.a.O. (Fn.54), §434, Rn.21)。

⁵⁶ NK-BGB/Büdenbender, a.a.O. (Fn.54), §434, Rn.27. とはいえ、平均的な品質標準を下回る性質合意の認定が厳格になされるべきことも付言されている。

⁵⁷ Canaris, „Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechtes“, Karlsruher Forum 2002, 2003, S.5 ff., S.58.

⁵⁸ Looschelders, „Schuldecht Besonderer Teil“, 14. Auflage 2019, §3 Rn.16.

⁵⁹ Medicus/Lorenz, „Schuldrecht II Besonderer Teil“, 18. Auflage, 2018, §6 Rn.18

⁶⁰ Reinicke/Tiedtke, „Kaufrecht“, 8. Auflage 2009, Rn.325.

⁶¹ Grigoleit/Herresthal, „Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierungen in § 434 I BGB“, JZ 2003,

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に関わる合意に対してのみ適用される。というのも、物の性質に関してのみ、BGB 433 条以下に基づく「容易化された履行責任」の根底にある諸評価基準⁶²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⁶³。BGB 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取り立てられていない場合であっても、性質合意の意味での法律行為的な特質を有し、売主に給付義務を生じる。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⁶⁴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、BGB 434 条 1 項 2 文及び 3 文で扱われた諸基準を、推断的な性質合意の法律上典型化された場合として処理することである。BGB 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糸口を欠く場合に推断的な性質合意の承認を正当化するところの（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中心的な連結点として用いられるべきである。このような理解の下で、1 項 2 文の最初の部分は「性質が異な⁶⁵って合意されていない限り……」⁶⁵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⁶⁶。

Schlechtriem は、英米法や CISG による影響も視野に入れつつ、次のように述べる。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、それ故に言及する価値はないと判断し、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すなわち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⁶⁷。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で定められるにすぎない⁶⁸。

最後に、Oechsler は、英米法の理論や、さらには契約の本質論にも言及しながら以下のように論じている⁶⁹。すなわち、BGB 434 条 1 項 2 文 2 号は主観的瑕疵概念を客観的要素で補充する。

S.233 ff., S.233, 234.

⁶² この（三つの）評価基準については拙稿・前掲注（32）440 頁を参照。

⁶³ この点については上述の政府草案理由書も参照。

⁶⁴ 例えば、新車の燃費に関する BGHZ 136, 94.

⁶⁵ „nicht vereinbart“が„nicht anders vereinbart“と読み換えられる。

⁶⁶ なお、Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage 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するとする。そして、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は述べられていない）。

⁶⁷ Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Auflage 2003, Rn.39.

⁶⁸ Schlechtriem, a.a.O. (Fn.67), Rn.41.

⁶⁹ Oechsler, a.a.O. (Fn.43), Rn.2 ff., 117 f.

その点で、契約に基づく諸義務は、両当事者が明示的にその意思表示において示したことのみ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。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ところの信頼の法律要件 [Vertrauenstatbestand] 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、BGB 243 条 1 項⁷⁰に従い、物の平均的な性質を信頼することが許される。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、両当事者は、明示的な性質合意をまれにしかなく、また、売主は買主の使用目的（1 項 2 文 1 号）を知らないから、客観的な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に規範的な基準が妥当する。すなわち、そこで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）が重要であるならば、売買法では、買主の性質に対する正当な期待が重要であり、その範囲は、第一に、製品の価格により定められる⁷¹。さらに、製造物責任法において製品の買主は、その価格と無関係に常にいわゆる基本的安全性 [Basissicherheit] を期待することが許されることが認められている⁷²。製品は、製品価格と無関係に期待されてよいところの基礎的要求⁷³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⁷⁴。これに対して、買主は、明白な危険又は避けられない危険⁷⁵が現実化した場合には瑕疵による請求権を持たない。

IV. まとめに代えて

ドイツでは、債務法改正前から、売買合意との関係で物の通常性をどのように位置づけるかが議論されていた。通説とされた厳格な主観説によると、目的物の備えるべき性質として、少なくとも物の通常の性質は常に（推断的に）合意されていると理解される。しかしながら、当時、目的物の備えるべき性質に関するそのような合意に対応して、合意された性質を備えている瑕疵のない物を引き渡す義務が特定物の売主にも発生するという見解（（不）履行説）によっても、特定物売買の場合には、当該給付合意から本来生じるはずの効果が法律により制限される結果として、特定物買主には追完請求権が与えられないと理解されていた。そのような理解からすれば、債務法改正は性質合意から生じるはずの法律効果を正面から認めたにすぎず、改正の前後で瑕疵の基準としての合意の内容自体が異なることにはならないといえる。

さて、現行 BGB では、義務の内容を明確にすることを目的に、物の瑕疵についても詳細な定義規定が設けられている。そして、債務法改正の立法者は、当事者の合意した内容が瑕疵判断の基

⁷⁰ 独民 243 条 1 項： „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.“ [私訳：種類のみで定められた物を義務づけられている者は、中等の種類と品質の物を給付しなければならない。]

⁷¹ 例えば、小型車の買主が、その価格で、高級セダンの備える機能の幅（シートヒーター等）を期待することはできない。

⁷² BT-Drs. 11/2447, S.18.

⁷³ 例えば、階段は歩いて通れなければならないこと、あるいは、自動車はブレーキをかけることができなければならないこと。

⁷⁴ Oetker/Maultsch, a.a.O. (Fn.66), §2 Rn.68 も同様に解している。

⁷⁵ 例えば、包丁はその鋭利な刃で怪我をするかもしれないという理由では瑕疵を持たず、あるいは、タバコは既知の有害性を内包するという理由では瑕疵を持たない。

準となることを明確にするが、さらに、目的物が備えるべき性質についての合意は簡単に認められると考えていたようである。ある論者は、売買物の性質については通常法律行為と比べて容易に売主の履行義務が発生するとさえ述べている。確かに、多くの論者も指摘するとおり、日常的な取引では売買目的物の備えるべき性質が明示的に定められることが多くないことに鑑みれば、債務法改正前後での通説のように、物の通常性については推断的に合意されていると理解して、物の通常の使用ないし性質を売買契約の標準的な内容にまで高めることは合目的である。このことは、ある物を取得することそれ自体を目的としてではなく、その取得した物によって何らかの他の目的を達成するために売買契約が締結されて、その物への対価が支払われるのが常であればなおさら妥当する。また、ある一定の性質のみが明示的に合意されていた場合でも、目的物は、当該の性質に加えて、通常性質をも備えなければならないと解するのであれば、そして、合意された性質の欠如を以て瑕疵とするからには、論理的に、物の通常性についての（推断的）合意を契約に読み込まざるを得ない。ただ、そうであるとしても、通常とは何かが問題となることは別の機会にも述べた通りである⁷⁶。（物の通常性についての推断的なものに限られずに）性質合意が容易に認められることを述べる論者は、合意が容易に認められるというまさにそのことの故に、合意の対象となる性質を限定することが必要であることを主張する⁷⁷。他方で、そうではなく、安易な（推断的）性質合意を認定すること自体に留保が必要であるとする論者も存在する。いずれにせよ、両者に共通するのは、売主の履行責任を拡大しすぎることに問題があるという認識であろう。

最後に、わが国についていえば、確かに、債務不履行責任説の立場からの民法改正が行われ、特定物の売主も契約適合的な物を引き渡す義務を負うことが法律上も承認された。とはいえ、債務不履行責任説は、論者によりその細部は異なるものの、特定物売買においても契約の内容に応じた責任が売主に生じるべきことを主張するにとどまるのであって、決して、物のあらゆる事情について売主に履行責任を無条件に押しつけるべきことを主張するわけではない。ある品質の欠如に対して売主に履行責任（これは履行利益の賠償責任にも通じ得る）を負わせるに際しては、現行法における物の瑕疵の認定の場合と比べてより一層の慎重さが必要であろう。すなわち、買主はより多くの責任を売主に追及したいと考えるのに対して、売主は反対に責任を負う範囲をより制限したいと考えることは当然であるから、明示的になされていればともかく、ある品質について債務を負担するという意味での合意が（推断的にでも）なされていたとすることは簡単には認め得ないはずである—もっとも、もし、上述のような、物の品質についての合意は容易に認められるという立場をとるのであれば結論は異なり得る。BGB におけるのと同じく、買主の正当な期待ないし信頼という視点から、目的物の備えるべき品質の内容が物の通常性から導かれるとして、物の通常性を判断するための基準をより具体化していく作業が必要となる。例えば、ある物を買った買主は、それについて製造者の宣伝していたことを売買契約において期待することが許されるだろうか。あるいは、買った物に「欠陥」（製造物 2 条 2 項）がないことへの期待についてはど

⁷⁶ 拙稿・前掲注（32）451-452 頁を参照。例えば、BGH NJW 2009, S.2056 は、DPF を備えたディーゼル車の瑕疵を否定したが、果たして、専門知識を有しない一般的な消費者が、そのような自動車を短距離の走行のみに使用すると車両に問題が生じると考えるだろうか。

⁷⁷ 拙稿・前掲注（32）440-441 頁を参照。

うか（なお、BGB 445a 条を参照）。これらの問題を検討するに際しては、売主の責任を過度に拡大することにも問題があり得るという上記の認識が重要なものとなる。通常性の欠如は、別段の合意のない限り、品質の契約不適合として売主に履行責任を生じることになるから、ある事情が通常性の範疇に含まれるかの判断に際しては、一つには、それに対して履行責任を負わせることの妥当性—責任の選択肢としては他の形態（例えば、契約締結上の過失）もあり得る—という観点からの考慮も不可欠となろう。