

スイス債務法における性質保証責任論の系譜(一)

| | |
|-------|---|
| メタデータ | 言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 渡邊, 拓 メールアドレス: 所属: |
| URL | https://doi.org/10.14945/00008840 |

スイス債務法における性質保証責任論の系譜（一）

渡 邊 拓

第一章 序論

第二章 スイス債務法の起草過程

（以上本号）

第三章 性質保証責任論の展開

第四章 結びにかえて

第一章 序論

一 問題の所在

性質保証 (Cauticherung) という概念は、その起源をローマ法に有し、ヨーロッパの数多くの国の民法典に明文で規定されている⁽¹⁾。しかし、その位置づけはさまざまである。この点に関しては大きく分けて二つの類型がある。第一の類型は、

スイス債務法における性質保証責任論の系譜（一）

売主が等価関係の調整を超えて、瑕疵のないことについて責任を負うことを引き受けている場合には、売主の過失を全く問題にせず、損害賠償責任を認める、というものである(ドイツ民法、ギリシア民法、デンマーク売買契約法、スウェーデン、フィンランドの一般売買契約法)⁽²⁾。第二の類型は、性質保証はもっぱら物的瑕疵概念を補充するものであり、損害賠償請求権の責任の基準を変えるものとしては働かない、というものである(オーストリア一般民法典、スイス債務法、イタリア民法、ポルトガル売買契約法など)⁽³⁾。従来から日本においても、性質保証の損害賠償を基礎づける側面を重視し、第一類型、特にドイツ法における性質保証責任についての研究が重点的になされてきた⁽⁴⁾。しかし、日本法において、性質保証責任をどのように位置づけるのかを検討する前提として、第二類型における性質保証についても検討する必要がある。そこで本稿では、第二類型の中から、特にスイス債務法を比較の対象として取り上げる。スイス債務法を取り上げる理由としては、性質保証に関して、ドイツ法と同じくローマ法に基礎を有しながら、立法の際には、異なった位置づけが与えられている点、さらに、立法後の学説の展開において、ドイツ法から多大な影響を受けながらも、独自の発展を遂げている点を挙げることができる。

以下ではまずスイス債務法における瑕疵担保責任規定を概観する。次いで第二章ではスイス債務法の性質保証に関する規定の起草過程を辿る。さらに第三章では性質保証責任をめぐる判例・学説の議論の展開を検討する。第四章では以上の検討を踏まえて日本法における性質保証責任論の議論の方向性に対して示唆を得る。

二 スイス債務法(OR)の瑕疵担保規定——ドイツ民法典(BGB)⁽⁵⁾との比較——

まず初めに、スイス債務法の物の瑕疵担保責任の構造を概観してみよう⁽⁶⁾。その際、前述の性質保証責任に関する第一類型の代表格であるBGBとの比較を通して、第二類型に属するスイス債務法の瑕疵担保責任の特質を明らかにする。

BGBとの共通点としては次のものが挙げられる。

(1) 特定物に、保証された性質が欠けている、あるいは目的物の価値や、前提とされた使用に対する適合性を著しく減じるあるいは失わせる瑕疵⁽⁷⁾が存する場合には、買主に、瑕疵担保解除若しくは代金減額請求権が与えられる(OR一九七条、二〇五条、BGB四五九条、四六二条)。

(2) 種類物の場合にはさらに代物給付も認められる(OR二〇六条、BGB四八〇条)。

(3) 原則として瑕疵担保責任を排除する合意は有効であるが、売主が瑕疵の存在について知っていたにもかかわらずそれを買主に告げなかった場合には無効となる(OR一九九条、BGB四七六条)。

(4) 買主がすでに認識していた瑕疵については、売主は免責され、認識可能であった瑕疵については、その不存在を売主が保証していない限り責任を負わない(OR二〇〇条、BGB四六〇条)。

これに対して、BGBと大きく異なる点は次の二点である。

(5) 商人ではない通常の買主にも目的物の検査および瑕疵の通知義務が課せられている(OR二〇一条)。

(6) 売買契約が解除される場合には、原状回復の一環として、性質保証、単なる瑕疵の区別なく、訴訟費用、維持費、修補費用、直接損害の賠償請求が認められる(OR二〇八条二項)。さらに売主に帰責性があればこれ以外の損害(間接損害)の賠償も請求できる(OR二〇八条三項、九七条)。

以上のように、スイス債務法ではBGBと同様に性質保証責任が規定されており、直接損害に限定されてはいるが、性質保証に基づいて損害賠償を請求することもできる。しかし、その位置づけはBGBとは全く異なっており、単なる瑕疵

の場合も性質保証の場合も効果は基本的に同じであり、性質保証には純粹に瑕疵概念を拡大する役割しか与えられていない。⁽⁸⁾

次章では、まず、起草過程を辿ることによって、スイス債務法の性質保証責任の条文上の系譜を明らかにしよう。

- (1) Andreas Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Kauf, 2000, S. 85 ff., S. 261 ff. ただしフランス民法⁹ ヌルギー民法¹⁰、スイス民法などは性質保証に関する明文の規定を持たない (Schwartze, a. a. O., S. 262 f.)⁹。
- (2) Schwartze, a. a. O., S. 261 f.
- (3) Schwartze, a. a. O., S. 263 f.
- (4) ドイツ法における性質保証責任についての最近の研究としては、藤田寿夫『表示責任と契約法理』(日本評論社、一九九四)一三一頁以下、笠井修『保証責任と契約法理論』(弘文堂、一九九九)三二六頁以下、拙稿「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸法学四七巻二号二七一頁以下がある。また、瑕疵担保責任の効果についてはさしあたり、高橋眞「ドイツ瑕疵責任法における積極的契約利益・消極的契約利益・完全性利益の区別」奥田昌道ほか編『現代私法学の課題と展望下』林良平先生還暦記念(有斐閣、一九八一)一六五頁以下、半田吉信「ドイツ民法における瑕疵担保責任の効果——狭義の損害の賠償を中心に——」千葉大学法学論集一〇巻三号一頁以下を参照。
- (5) BGBにおける売買目的物の瑕疵担保責任についてはさしあたり右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五)三五頁以下を参照。
- (6) スイス債務法の瑕疵担保責任の全体像については、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣、一九六三)一三五頁以下、北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、一九六三)二二四頁以下、半田吉信『担保責任の再構成』(三嶺書房、一九八六)一〇一頁以下に詳細な分析が存在する。また、柚木馨編『注釈民法』(一四)債権(五)『(有斐閣、一九六六)一八五頁、柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法』(二四)債権(五)』(有斐閣、一九九三)二七九頁は、スイス債務法における瑕疵担保責任について

「全体としてドイツ民法の態度に類似し、またローマ古典法における信頼利益の賠償とその軌を一にする」と評する。

- (7) ドイツと同様にスイスにおいても瑕疵概念について争いがあった。従来の通説は、「売買目的物の通常の性質とくらべてよい性質がわずかしか存在していないか、あるいはよくない性質がより多く存在している」ということを瑕疵と理解して「いた(H. Oser, Das Obligationenrecht, Art. 1-529, 1915, S. 485 ff.; H. Becker, Obligationenrecht, 1934, S. 59; Hans-Peter Katz, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, 1973, S. 29 ff.)」。この近く近時は「瑕疵とは、売買目的物の客観的に定まった通常の性質との相違だけでなく、契約上合意された性質との全ての相違も瑕疵である」とする説も有力である(Rolf Furrer, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss Zürich 1973, S. 37; Giger, Berner-Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Aufl., 1980, Art. 197, S. 362; Max Keller/Thomas Lörtscher, Kaufrecht, 1980, S. 61; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Bf., 5. Aufl., 1999, S. 73 f.)。客観的瑕疵概念を採るか主観的瑕疵概念を採るかは、保証された性質との区別の問題とも絡むためドイツでは盛んに議論された。しかし、スイスでは、前述したように、単なる瑕疵の場合でも性質保証の場合でも法律効果は異ならない。それゆえ、単なる瑕疵か性質保証かの区別はスイス法の下では意味を持たないとされている(Giger, a. a. O., S. 371)。

- (8) ただし、前述したように、買主に認識可能であった瑕疵については、単に瑕疵ある物を給付したにとどまる売主は免責されるが、性質保証をした売主は免責されないという違いは存する(OR II 〇〇条)。

第二章 スイス債務法の起草過程

第一節 総論

一 一八八一年旧債務法(aOR)の起草⁽⁹⁾

スイス債務法における性質保証責任論の系譜(一)

全スイスの私法典の統一の最初の試みは、ヘルヴェティア共和国時代に始まり、その後も法統一の努力は続けられたがなかなか成功しなかった。一八六二年にヴァルター・ムンチンガー⁽¹⁰⁾は、連邦内閣(Bundesrat)から統一的な商法典を起草することを委託された。彼は翌一八六三年に草案を提出した。しかし、その審議の過程で、より一般的な共通債務法を起草した方がよいという意見が次第に広がってきた。

一八六八年の「一般的なスイス債務法の起草を連邦内閣に求める」カントン協議会の決議に基づいて、一八六九年に連邦内閣は、ムンチンガーに債務法草案の起草を委託し、さらに、専門委員会⁽¹¹⁾を設置し、同委員会に草案の審議を依頼した。一八六九年に、ムンチンガーは債務法の総則と売買契約法のみを暫定草案を起草した。しかしこの草案は極少数部しか印刷されなかった。一八六九年一〇月の委員会での草案が審議され、委員会の決議に基づいて、ムンチンガーが完全な草案を仕上げた。この草案は一八七一年に印刷され、各委員に配布された(第一草案(ムンチンガー草案))。ムンチンガーは、この草案の商法および手形法の部分については、彼自身の手になる商法典草案を、その他の部分については一八六六年のドレスデン草案、フランス民法典、チューリッヒ私法典をベースにしていた。

しかし、この作業は、再び強くなってきたより広範囲の法統一を求める声によって妨げられた。すでに一八六八年の法曹家大会(ゾロトゥルン)では、盟約の方法では実現できなかった民法と民事訴訟法の統一を求めていた。そのためには憲法の改正が必要であり、再び手間のかかる憲法改正作業を開始した。その間、ムンチンガーの草案の審議は停止したままであった。しかし、一八七二年五月二日に両院において新しい憲法改正の提案が否決されたため、同年一〇月⁽¹²⁾から再び委員会の審議が開始された。一八七三年四月二三日にムンチンガーが急逝した後は、ハインリッヒ・フィック⁽¹³⁾がそのあとを引き継いだ。しかしながら、再び憲法改正の動きが始まったため、さしあたり改正作業は中断した。そして一八七四年四月一九日に憲法が改正され、連邦に「商法、手形法を含む債務法」の立法権限が与えられた⁽¹³⁾。

一八七五年七月に、一八七一年草案および委員会の審議に基づいて、フィックはドイツ語による草案を起草した(第二草案(フィック草案))。草案は直ちに出版された。その翌年、ジュネーブのグスタフ・フィックの翻訳によるフランス語版が出された。

一八七五年草案の審議のために拡大専門委員会⁽¹⁴⁾が設置された。一八七六年の五月と秋に開かれた委員会の審議に基づいてあらたな草案が起草され、一八七七年二月の終わりに公表された(第三草案)。この草案は、連邦司法省長官によって、各カントン政府と高等裁判所、スイスの法学部、国内外の法律家に意見照会と共に送付された。

寄せられた意見をもとに検討した結果、草案を基本的の作り直すことになった。⁽¹⁵⁾

委員会は、フランス語版とドイツ語版の草案を確定した。この草案は一八七九年一月二七日に連邦内閣の報告書(Botschaft)⁽¹⁶⁾と共に連邦合同議会(Bundesversammlung)に提出され、「スイス債務法典および商法典」のタイトルで公表された(最終草案)。

この草案の審議については全州議会(Ständerat)が優先権を有していた。このために全州議会は委員会を設置した。委員会は一八八〇年初頭に作業を開始し、議員から出された修正提案を集め、検討を行った。そして、一八八〇年五月三一日に議会に報告し、議会は同年六月九日に審議を開始し、同月一八日まで審議を完了した。

国民議会(Nationalrat)の方も委員会を設置した。委員会の運営は全州議会と同じ方法で行われ、委員会の報告は一八八〇年一月に議会に提出された。議会での審議は同年一月一日から一八日まで続いた。

しかしながら、これらの委員会の調査および議会における議論では、さまざまな点で草案の再度の検討と修正が望ましいことが指摘された。そして主として、時効法、動産物権法、株式会社法、用益賃貸借法、使用賃貸借法についての章が連邦内閣に差し戻された。

連邦内閣はハインリッヒ・フィックと、アルプレヒト・シュナイダーの協力のもと、新しい草案を作り直した。この草

案は、フランス語とイタリア語に翻訳された。

草案は、再度の文言の修正を経た後、「債務法についての連邦法」というタイトルで、一八八一年五月二八日に、連邦内閣の報告書と共に議院に提出された。債務法草案は両院の審議を経た後、一八八一年六月一四日に連邦合同議会において可決成立した。同法は、レファレンダムの期間を経た後、一八八三年一月一日に連邦内閣によって施行された。

二 旧債務法の改正による一九一一年債務法(OR)の成立¹⁷⁾

一八九三年にすでにオイゲン・フーバーは、債務法を特別法としてこのまま存続させるのか、それともスイス民法典(ZGB)の中に組み込むのか、あるいはZGBに適合させるために改正するかの問題を提起していた。その後も各界から債務法をZGBに統合すべきであるという意見が相次ぎ、ついに、一九〇一年に連邦司法・警察省は債務法の適合と改正の問題を検討するための専門委員会を設置した。この委員会は一九〇四年に開催された。すでに一九〇三年に債務法改正のための草案を起草していたフーバーはここでは報告者として働いた。この委員会によって作成された「債務法および施行法の添付によるスイス民法典草案の補充に関する法案」が連邦内閣によって一九〇五年三月三日付の報告書と共に連邦議会に提出された。この草案は、完全に改正された債務法をZGBの中に組み込むことを提案していた。しかし、それに続く全州議会と国民議会の審議では、ZGBの立法が終わるまで債務法の改正作業は延期すべしとの意見が通った。一九〇八年三月一九日に連邦司法・警察省によって拡大専門委員会が設置された。委員会の草案は一九〇九年六月一日に連邦内閣によって報告書と共に連邦議会に提出された。委員会による予備審議を経た後、一九〇九年から一九一〇年にかけて、全州議会と国民議会が草案を審議した。

債務法の第一節から第二三節の部分はZGBに編入し、第二四節から第三三節の部分は特別法として存続させるという

専門委員会の提案に反して、連邦議会は、全債務法をZGBの第五編として編入することにした(ただし条文は第一条から始まる)。草案は一九一一年三月三〇日の連邦議会において、全会一致で可決され、レファレンダムの期間を経た後、一九一二年一月一日に「民法典の補充に関する連邦法(第五編、債務法)」として施行された。

第二節 各論

続いて、性質保証並びに物の瑕疵に基づく損害賠償請求権について定めた条文を中心に、その起草過程について詳しくみてみよう。⁽¹⁸⁾

一 諸外国の瑕疵担保責任規定の立法例

まず初めに、ムンチンガーが暫定草案を起草する際に主に参照したとされている⁽¹⁹⁾、フランス民法典、チューリッヒ私法典、ドレスデン草案の物の瑕疵担保責任規定をみることにしよう。

一八〇四年フランス民法典

一六四一条⁽²⁰⁾

売買の目的物に隠れたる瑕疵あるに因り其の物の用方に適せざるとき、又は買主が瑕疵を知りたるときは買受けず又は代金を減額して支払うべかりし程に用方を減少せしむるときは、売主は其の瑕疵に付て担保の責に任ず。

一六四五条⁽²¹⁾

スイス債務法における性質保証責任論の系譜(一)

売主が目的物の瑕疵を知りたる時は、買主に対し受取りたる代金の外総ての損害を賠償する責に任ず。

一六四六条⁽²²⁾

売主が目的物の瑕疵を知らざりしときは買主に対し代金の返還及売買に困り生じたる費用のみを返還するを要す。

一八五五年チューリッヒ私法典

一四一四条⁽²³⁾

売買目的物の約束されたあるいは前提とされた性質の欠如を理由にしてだけでなく、黙秘された性質の欠如も理由として、売主は買主に担保を与えなければならぬ。⁽²⁴⁾

一四一六条⁽²⁵⁾

軽微な瑕疵は、別段の合意がある場合を除き、買主に対して何らの瑕疵担保上の請求権を与えない。取引において通常の売主による商品の宣伝は必ずしも当然に、特定の優れた性質についての真摯な約束と見なされるものでもない。

一四一七条⁽²⁶⁾

瑕疵が明白な場合もしくは取引の際に容易に発見できるものであった場合には、瑕疵が売主の不誠実な態度に起因する場合にはのみ売主は責任を負う。

一四二一条⁽²⁷⁾

解除訴権は次のような効果を有する。売主は目的物の返還を受け、売買代金を返還し、さらに売主の不履行のために買主が被った損害を賠償しなければならない。

一八六六年ドレスデン草案

一七二条⁽²⁸⁾

有償契約によって物を譲渡する者は、保証された性質についてだけでなく、当該目的物が危険移転時に、ラント法が他の時点を決めている場合にはその時点において、目的物の価値あるいは通常のもしくは契約によって前提とされた使用に対する適合性を失わせるあるいは著しく減じるような瑕疵を有していないことについても、取得者に対して責任を負う。譲渡人は、瑕疵の存在を認識していたかどうかに関わりなく責任を負う。

一七三條⁽²⁹⁾

一七二条に掲げられたもの以外の瑕疵については、契約締結時に譲渡人がその不存在を保証していた場合に限り責任を負う。

目的物の推賞の為の単なる宣伝は性質保証とはみなされない。全ての瑕疵について責任を負うつもりであるとの一般的な約束は、疑わしい場合には、一七二条に掲げられた瑕疵に限定される。

一七四條⁽³⁰⁾

(一) 契約締結時に譲受人が認識していた瑕疵について譲渡人は責任を負わない。譲受人は認識していなかったが、通常の注意を尽くせば認識していたはずの瑕疵については、其の瑕疵が何人によっても認識されたに違いなかったか、あるいは譲受人が専門家である場合に限り認識されたに違いなかったかどうかに関わりなく、譲渡人はその不存在を保証していた場合に限り責任を負う。

(二) 譲渡された個別の目的物の検査が不可能であるか、取引界においては通常ではない程の量の目的物が譲渡された場合には、売上の責任は瑕疵の明白性によってではなく、譲受人が瑕疵を認識していたということによってのみ排除される。

一八七條⁽³¹⁾

解除もしくは減額請求権とならんで、譲受人が目的物の瑕疵を悪意で黙秘していた場合には、詐欺に基づく完全な損害賠償請求権を、保証された性質が存在していない場合には、契約の不履行に基づく完全な損害賠償請求権を取得者は有する。

では次に、これらの既存の立法例を参考にして、ムンチンガーがどのように債務法を起草したのかをみていこう。

二 旧債務法の瑕疵担保責任規定の起草

1 ムンチンガーによる暫定草案の起草

前述したように、ムンチンガーは、債務法の草案の起草に先立って、商法典草案を起草していた。彼が一八六三年に起草した暫定商法典草案においては、二一八条以下に売買目的物の瑕疵担保責任に関する規定が置かれていた。

一八六三年暫定商法典草案

二一八条⁽³²⁾

売主は、売買目的物の約束されたもしくは前提とされた性質の欠如並びに黙秘された瑕疵を理由として、買主に対して担保を与えなければならない。

二二〇条⁽³³⁾

軽微な瑕疵は、別段の合意がある場合を除き、買主に対して何らの瑕疵担保上の請求権を与えない。取引において通常行われる売主による商品の宣伝は必ずしも当然に、特定の優れた性質についての真摯な約束と見なされるものでもない。

二二一条⁽³⁴⁾

瑕疵が明白な場合もしくは取引の際に容易に見見できるものであった場合には、瑕疵が売主の不誠実な態度に起因する場合にはのみ売主は責任を負う。

二二四条⁽³⁵⁾

解除訴権は次のような効果を有する。売主は目的物の返還を受け、売買代金を返還し、さらに売主の不履行のために買主が被った損害を賠償しなければならない。

条文の構造および文言から明らかなように、一八六三年の暫定商法典草案は、チューリッヒ私法典の一四一四条以下の規定をそのまま受け継いで起草されている。⁽³⁶⁾

これに対し、一八六九年の暫定草案の段階では、内容的にかなりの修正が加えられている。

一八六九年暫定草案

二三三條⁽³⁷⁾

(一) 売主は、保証された性質についてだけでなく、目的物が価値あるいは前提とされた使用に対する適合性を失わせるもしくは著しく減じるような瑕疵を有していないことについても、買主に対して責任を負う。売主は瑕疵を認識していなかった場合であっても責任を負う。

二三六條⁽³⁸⁾

(一) 取引において通常行われる売主による商品の宣伝は必ずしも当然に拘束力ある性質保証と判断されるわけではない。売買契約の時点で買主が認識していた、あるいは通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵について、売主は、その不存在を保証していた場合にのみ責任を負う。

二四五條⁽³⁹⁾

売買契約が瑕疵を理由に解除された場合、買主は収益、果実およびその他の利得と共に目的物を返還しなければならない。他方、売主は、支払われた売買代金に利息を付して返還し、さらに追奪によって買主に生じた全ての損害を賠償する義務を負う。

二三〇条の損害賠償に関する規定はこの場合に準用される。

一八六三年の暫定商法典草案から一八六九年の暫定草案にかけて行われた重要な修正点としては次の各点が挙げられる。

スイス債務法における性質保証責任論の系譜(一)

(1) 性質保証に關しては、一八六三年暫定商法典草案二二八条では「約束された性質 (vergesprochenen Eigenschaften)」という文言であつたものが、暫定草案二二三条では、「保証された性質 (zugesicherten Eigenschaften)」となつてゐる。これはドレスデン草案一七二条の文言に倣つたものである。さらに瑕疵概念については、暫定商法典草案二一八条では単に「前提とされた性質」となつてゐたものが、暫定草案二二三条では「価値あるいは前提とされた使用に對する適合性を失わせるもしくは著しく減じるような瑕疵」というようにより詳細に規定されてゐる。これも、フランス民法典一六四一条、ならびにドレスデン草案一七二条の影響を見て取ることができよう。⁽⁴⁰⁾

(2) 明白な瑕疵に關する暫定商法典草案二二一条は、チューリッヒ私法典一四一七条を手本にして、瑕疵が明白であるか取引において容易に発見可能である場合には、売主の態度が不誠実ではない限り免責されるという構造であつた。これに對し、暫定草案二二六条では、買主が認識してゐたか、あるいは認識可能であつた瑕疵については、売主がその不在を保証していなければ免責されるという構造となつてゐる。兩条を比較してみると、暫定商法典草案では、売主の免責の対象となる瑕疵の基準が、客観的な明白性あるいは発見可能性であつたのに對し、暫定草案では、買主の主観的な認識あるいは認識可能性となつてゐる。また、売主が責任を負わされる場合として、暫定商法典草案は「売主の不誠実な態度」を挙げるのに對して、暫定草案では「性質保証」を挙げてゐる。このように、文言的に比較してみると、明らかにチューリッヒ私法典を手本に起草された暫定商法典草案とは異なり、暫定草案はドレスデン草案に近い形となつてゐる。しかし、免責の構造をみると、ドレスデン草案では、買主にすでに認識されてゐた瑕疵については絶対的な免責事由となつてゐるのに對し、暫定草案では、買主が瑕疵をすでに認識してゐた場合であつても、その不在を売主が保証していれば免責されないという構造となつてゐる。このように買主に既知の瑕疵についても売主の絶対的な免責事由としないという構造は、チューリッヒ私法典、およびそれに基づく暫定商法典草案のそれと軌を一にする。以上のことから、暫定草案は、文言的にはドレスデン草案に倣いつつ、構造的には依然としてチューリッヒ私法典の影響が残つて

いるといえよう。

(3) 宣伝に関する暫定草案二二三条二項は、その文言からも明らかのように、チューリッヒ私法典一四一六条に基づいて起草されている。⁽⁴¹⁾ この部分のちに当然のこととして削除されることになるのであるが、宣伝と性質保証の区別の問題は学説・判例においてその後も尾を引くことになる。

(4) さらに、暫定草案二四五条では、解除の場合の売主の義務として、全ての損害の賠償責任を定めている。本条と対応するドレスデン草案一八七条では明文で性質保証並びに悪意の黙秘の場合にのみ完全な損害賠償請求権を認めるといふ構造を採っているのに対し、チューリッヒ私法典一四二一条では解除の効果の一つとして不履行に基づく損害賠償を定めている。このことから本条はチューリッヒ私法典の影響のもとに起草されたといえるであろう。

このように、一八六三年の暫定商法典草案の段階では、一八五五年のチューリッヒ私法典の引き写しであった瑕疵担保規定が、一八六九年の暫定草案では、その基本部分については、一八六六年のドレスデン草案の影響を強く受けている。しかし、その他の部分については、チューリッヒ私法典の影響も色濃く残っている点を指摘することができる。

2 暫定草案以降の修正

暫定草案以降の重要な修正点としては次の各点を挙げることができる。

(1) 性質保証に関する暫定草案二二三条は、その後、一八七一年第一草案二二六〇条、一八七五年第二草案二四五条、一八七七年第三草案二四五条⁽⁴⁴⁾、一八七九年最終草案二五九条を経て、一八八一年に旧債務法二四三条として可決成立した。⁽⁴⁵⁾ この間の重要な文言の修正としては、第二草案二四五条二項の「取引において通常行われる売主による商品の宣伝は

必ずしも当然に拘束力ある性質保証と判断されうるわけではない」という文言が、一八七七年の第三草案二四五条の段階では削除されたことが挙げられる。これについて、起草に加わっていたシュナイダーとフィックは、その注釈書において、この部分は、当然のこととして削除されたと述べている。⁽⁴⁶⁾

(2) 買主に認識可能であった瑕疵について定める暫定草案二三六条は、一八七一年第一草案二六二条、一八七五年第二草案二四七条、一八七七年第三草案二四七条、一八七九年最終草案二六一条を経て、一八八一年に旧債務法二四五条として可決成立した。

この間の大きな修正点としては、一八七七年の第三草案の段階で、買主がすでに認識していた瑕疵の場合と、通常の注意を尽くせば認識できた瑕疵の場合を分けたことである。すなわち、一八七五年の第二草案までは、チューリッヒ私法典に倣い、買主が瑕疵を認識していた場合でも、認識可能であった場合でも、売主が性質保証をしていれば責任を負わされた。しかし、第三草案の段階では、買主がすでに認識していた瑕疵については絶対的な免責事由となり、通常の注意を尽くせば認識できた瑕疵についてのみ、性質保証があれば責任を負わされるとい構造となった。これは前述したように、暫定草案の段階で、文言上はドレスデン草案に従いつつ、構造的にはチューリッヒ私法典の影響が残っていたものが、構造的にもドレスデン草案と一致するものとなったとみることができる。

(3) 物の瑕疵を理由とする損害賠償請求権に関する暫定草案二四五条は、その後の一八七一年第一草案二七一条、一八七五年第二草案二五五条、一八七七年第三草案二五五条、一八七九年最終草案二六九条を経て、一八八一年に旧債務法二五三条として可決成立した。

この間の大きな修正としては次の点が挙げられる。① 一八七一年の第一草案二七一条の段階では「追奪によって買主に生じた」となっていたものが、一八七五年の第二草案二五五条では「瑕疵ある物の給付によって買主に生じた」と修正されている。② 一八七五年の第二草案二五五条の段階では、「全ての損害を賠償する」となっていた

ものが、一八七七年の第三草案の段階では「全て」の部分が削除されて、単に「…損害を賠償する…」となった。③
一八七七年の第三草案二五五条の段階では単に「…買主に生じた損害…」となっていたものが、一八七九年の最終草案二六九条では、「直接」の文言が挿入され、「…買主に直接生じた損害…」と修正されている。

このように、当初は、物の瑕疵から生じた損害を全て売主に賠償させるという構造であったものが、最終的に直接損害にまで限定されている。

一八八一年旧債務法

二四二条⁽⁴⁷⁾

売主は、保証された性質についてだけでなく、目的物がその価値あるいは前提とされた使用に対するその適合性を失わせるもしくは著しく減じるような瑕疵を有していないことについても、買主に対して責任を負う。売主は瑕疵を認識していなかった場合であっても責任を負う。

二四五条⁽⁴⁸⁾

売主は、売買契約時に買主が認識していなかった瑕疵について責任を負わない。買主が通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵については、売主は、その不存在を保証していた場合に限り責任を負う。

二五三条⁽⁴⁹⁾

売買契約が解除された場合、買主は収益および果実と共に目的物を売主に返還しなければならない。他方、売主は、支払われた売買代金に利息を付して返還し、さらに瑕疵ある物の給付によって買主に直接生じた損害を賠償する義務を負う。その他の点については二四一条の規定が準用される。

三 旧債務法の瑕疵担保責任規定の改正

旧債務法の改正の際に行われた瑕疵担保責任規定の修正の経緯は次のようなものである。

瑕疵担保責任に関する条文については、性質保証について定めていた旧債務法二四三条が、一九〇五年草案二二三二条、⁽⁵⁰⁾一九〇九年草案二二三二条を経て、現行債務法一九七条となった。買主に認識可能な瑕疵に関する旧債務法二四五条は、一九〇五年草案二二三四條、一九〇九年草案二二三四條を経て、現行債務法二〇〇条となった。また、損害賠償請求権について定めた旧債務法二五三条は、一九〇五年草案二二四五條、一九〇九年草案二二四五條を経て、現行債務法二〇八条となった。

修正点としては、一九〇九年草案の段階で、瑕疵の種類について「実体的瑕疵 (Körperliche Mängel)」だけでなく「法律上の瑕疵 (rechtliche Mängel)」も物の瑕疵となるということを明記したことが挙げられる。この点について、一九〇九年の連邦内閣の報告書は、「二二三二条において、売買目的物の瑕疵担保責任は、実体的瑕疵のためだけでなく、法律上の瑕疵のためにも起草されていることは明白である。例えば、特許権の瑕疵や使用権限の法律上の制限などがこれにあたる」と述べている。⁽⁵²⁾

さらに、損害賠償請求権に関する重要な修正点として、一九〇九年草案二二四五条第三項において、直接損害以外の損害についても、売主に帰責性があれば賠償する義務があることを明記した点を挙げることができる。

一九一一年現行債務法

一九七条⁽⁵³⁾

(一) 売主は、保証された性質についてだけでなく、目的物がその価値あるいは契約上前提とされた使用に対する適合性を失わせるもしくは著しく減じる、実体的瑕疵もしくは法律的瑕疵を有していないことについても、買主に対して責任を負う。

(二) 売主は瑕疵を認識していなかった場合にも責任を負う。

二〇〇条

(一) 売主は、売買契約時に買主が認識していなかった瑕疵について責任を負わない。

(二) 買主が通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵については、売主は、その不存在を保証していた場合に限り責任を負う。

二〇八条

(一) 売買契約が解除された場合、買主はその間に得た利得と共に目的物を売主に返還しなければならない。

(二) 売主は支払われた代金に利息を付して返還し、さらに全部の追奪担保の規定に従い、訴訟費用、その他の費用、瑕疵ある物の給付によって買主に直接生じた損害を賠償する義務を負う。

(三) 売主は、自己に帰責性のないことを立証しない限り、前項以外の損害を賠償する義務を負う。

(9) 旧債務法の起草過程については次に掲げる文献を参考にした。Schneider/Flick, Das schweizerische Obligationenrecht, 1893, S. 5 ff.; Hans Merz, Das schweizerische Obligationenrecht von 1881, in: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, 1982, S. 3 ff.; Coing/Dölmeyer, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 3. Bd. Das 19. Jahrhundert, 2. Teilband, 1982, S. 1961 ff.; 松倉耕作「スイス民法典の統一とその特色」名城法学二三巻二号一一五頁以下、H・シュロツァー／大木雅夫(訳)『近世私法史要論』(有信堂、一九九三)一七四頁以下。松倉「スイス民法典に関する研究資料」名城法学二四巻四号一七九頁以下に旧債務法、現債務法の起草過程についての詳

細な文献リストがある。

- (10) ヴァルター・ムンチンガー(一八三〇—一八七三)。ベルン、パリ、ベルリンにて法学を修める。一八五四年弁護士。一八五五年法学博士。一八五七年ベルン大学講座外教授。一八六三年正教授(商法、私法、連邦法)。スイスにおける古カトリック派の改革運動の指導者。スイスにおける法統一の先駆者。一八七二—七三年ベルン州議員。一八七二、七三年国民議會議員(Coling/Dölmeyer, a. a. O., S. 1977)。
- (11) この委員会は、フィック(大学教授)とフリードリヒ(枢密顧問官)、そしてベルンのロイエンベルガー(大学教授)、ザンクト・ガレンのザイラー(行政長官)、ローザンヌのカラール(裁判所長官。後に教授)、バーゼルのブルクハルト・フルステンペルガー(法学博士)によって構成されていた。
- (12) ハインリッヒ・フィック(一八二二—一八九五)。マールブルクにて法学を修める。一八四七年法学博士。マールブルク大学私講師。マールブルク市長に選出されたが、自由主義的思想のためヘッセン州政府より忌避される。一八五一年チューリッヒ大学講座外教授。州検察官。弁護士。一八六四年正教授。一八八四—一八八六年チューリッヒ大学学長。連邦における商法、手形法、鉄道運送法、保険法、債務法の立法に携わる(Coling/Dölmeyer, a. a. O., S. 1977)。
- (13) 新しい連邦憲法六四条は次のように謳っている。「連邦には、次の事項についての立法権限が与えられる。個人の行為能力について、商取引および動産取引に関する全ての法律関係(商法、手形法を含む債務法)について、文学および芸術作品の著作権、徵集手続および破産法について。連邦裁判所に認められた権限の留保と共に、裁判権自体はカントンにとどまる」(Schneider/Fick, a. a. O., S. 13)。
- (14) この委員会は、連邦司法省長官アンダーベルトを議長として、チューリッヒのフィック(大学教授)とトライヒラー(大学教授)、連邦裁判所判事のニッゲラーとヴェーバー、ローザンヌのルシヨヌ(国民議會議員)とカラール(大学教授)、ベルンのヒルト(大学教授)とブルーナー(国民議會議員)、ルツェルンのコップ(全州議會議員)、バーゼルのブルクハルト(法学博士)とホイスラー(大学教授)、ザンクト・ガレンのエプリ(国民議會議員)、ルンガウのバタグリーニ(国民議會議員)、ニューシャテルのランブル(国民議會議員)、ジュネーブのフリードリヒ(弁護士)とプロヒャー(大学教授)から構成されていた。

- (15) 草案の新たな修正作業のために、ハイデルベルクのブルンチュリ(大学教授。チューリッヒ私法典の起草者)、ブリュッセルのリバー(大学教授)、バーゼルのフォン・ヴァイス(大学教授)、ジュネーブのブランク(商事裁判所秘書官)が新たに委員として加わった。
- (16) この報告書では特に次の三点が強調されていた。① 草案は全てのカントンのための統一の債務法を含み、商人のための職能身的な特別法を含まない、② 草案ではフランス法の見解とドイツ法の見解が一つにまとめられ、調和している、③ 債務法とならんで動産法も含まれる(Botschaft Bundesrat 1879, S. 25 ff.(Urs Fasel, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000, S. 1225 ff.))。
- (17) 起草過程の詳細については、Coing/Dölmeyer, a. a. O., S. 1978 ff.; Willi Fischer, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, 1985, S. 183 ff.; 松倉・前掲「スイス民法典の統一とその特色」一一七頁以下、同「オイゲン・フーバー」名城法学二四卷二・三号二〇八頁以下、同・前掲「スイス民法典に関する研究資料」一六五頁以下、前掲『近世私法史要論』一七七頁以下を参照。以下の叙述については主としてCoing/Dölmeyer, a. a. O., S. 1978 ff.に拠った。
- (18) 各草案の条文は、Urs Fasel, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000に拠った。
- (19) Botschaft Bundesrat 1879, S. 18 (Fasel, a. a. O., S. 1219); Schneider/Fick, a. a. O., S. 11 ff.; Coing/Dölmeyer, a. a. O., S. 1965; Patrick Deller, Der "nach dem Vertrage" vorausgesetzte Gebrauch (§ 459 Absatz 1 Satz 1 BGB), 2000, S. 145.
- (20) 神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(一七)佛蘭西民法[V]財産取得法(三三)』(有斐閣、一九五六)六一頁。フランスの瑕疵担保責任ならびにその起草過程の詳細については、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察(一〜三)」法協一〇七巻二号一七一頁、六号八九五頁、一〇八巻五号七三五頁を参照。
- (21) 前掲『現代外国法典叢書』六六頁。
- (22) 前掲『現代外国法典叢書』六七頁。
- (23) Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich, 1855, S. 389.
- (24) 起草者であるブルンチュリの手になる理由書によれば、草案では、単に「約束された性質」とされていたのみであったという。

その他に、「約束されたあるいは取引の本質に従って前提とされた」、「約束されたあるいは当事者によって前提とされた」、「約束されたあるいは双方で前提とされた」などの提案があった。多数意見によって「約束されたあるいは前提とされた」という形に落ち着いたという。そして、それによって、「裁判官の自由裁量」および売買を支配する信義則の原則に対する裁判官の判断が守られたという (Bluntschli, a. a. O., S. 389)。

(25) 宣伝の拘束力について、起草者であるブルンチュリは、「売主はその商品を推賞し、このような宣伝は完全な真実を含んでいないということに買主はとくに慣れている。魅力的な宣伝と法的に拘束力のある一定の性質の約束の間は、それゆえ区別されなければならぬ」と述べて (Bluntschli, a. a. O., S. 391)。

(26) Bluntschli, a. a. O., S. 391.

(27) ブルンチュリにみれば、損害の算定は一般規定に従うこと (Bluntschli, a. a. O., S. 394)。

(28) Neudruck privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, 1973, Bd. 2, Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, S. 34 f. ヌレスマン草案の起草過程における性質保証責任に関する議論については、拙稿「スイスにおける性質保証概念の展開」神戸法学四七卷二号三八八頁注四六を参照。

(29) Neudruck, a. a. O., S. 35.

(30) Neudruck, a. a. O., S. 35.

(31) Neudruck, a. a. O., S. 38.

(32) Fasel, a. a. O., S. 131.

(33) Fasel, a. a. O., S. 131.

(34) Fasel, a. a. O., S. 131.

(35) Fasel, a. a. O., S. 132.

(36) Fischer, a. a. O., S. 82.

(37) Fasel, a. a. O., S. 545.

(38) Fasel, a. a. O., S. 545.

(39) Fasel, a. a. O., S. 547.

(40) ノービヤーも本条の構造はフランス民法二六四一条を手本としたものだとする (Eugen Bucher, Obligationenrecht BT, 3. Aufl., 1988, S. 90)°

(41) Schneider/Frick, a. a. O., S. 219.

(42) 一八七一年第一章案

二六〇条

(一) 売主は、保証された性質についてだけでなく、目的物が価値あるいは前提とされた使用に対する適合性を失わせるもしくは著しく減じるような瑕疵を有していないことについても、買主に対して責任を負う。売主は瑕疵を認識していなかった場合であっても責任を負う。

(二) 取引において通常行われる売主による商品の宣伝は必ずしも当然に拘束力ある性質保証と判断されるわけではない (Fasel, a. a. O., S. 592)°

二六一條

売買契約の時点で買主が認識していた、あるいは通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵について、売主は、その不存在を保証していた場合にのみ責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 593)°

二七一条

売買契約が瑕疵を理由に解除された場合、買主は収益、果実およびその他の利得と共に目的物を返還しなければならない。他方、売主は、支払われた売買代金に利息を付して返還し、さらに追奪によって買主に生じた全ての損害を賠償する義務を負う。

二五七条の損害賠償に関する規定はこの場合に準用される (Fasel, a. a. O., S. 594)°

(43) 一八七五年第二章案

二四五条

スイス債務法における性質保証責任論の系譜(一)

(一) 売主は、保証された性質についてだけでなく、目的物が価値あるいは前提とされた使用に対する適合性を失わせるもしくは著しく減じるような瑕疵を有していないことについても、買主に対して責任を負う。売主は瑕疵を認識していなかった場合であっても責任を負う。

(二) 取引において通常行われる売主による商品の宣伝は必ずしも当然に拘束力ある性質保証と判断されるわけではない (Fasel, a. a. O., S. 737)°。

二四七条

売買契約の時点で買主が認識していた、あるいは通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵について、売主は、その不存在を保証していた場合にのみ責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 737)°。

二五五条

売買契約が瑕疵を理由に解除された場合、買主は収益、果実およびその他の利得と共に目的物を返還しなければならない。他方、売主は、支払われた売買代金に利息を付して返還し、さらに瑕疵ある物の給付によって買主に生じた全ての損害を賠償する義務を負う。二四一条の損害賠償に関する規定はこの場合に準用される (Fasel, a. a. O., S. 739)°。

(44) 一八七七年第三章案

二四五条

売主は、保証された性質についてだけでなく、目的物が価値あるいは前提とされた使用に対する適合性を失わせるもしくは著しく減じるような瑕疵を有していないことについても、買主に対して責任を負う。売主は瑕疵を認識していなかった場合であっても責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 905)°。

二四七条

売買契約の時点で買主が認識していた瑕疵について売主は責任を負わない。買主が通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵については、売主がその不存在を保証した場合に限り責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 905)°。

二五五条

売買契約が瑕疵を理由に解除された場合、買主は八一条、八二条の定めに従い収益および果実と共に目的物を売主に返還しなければならぬ。他方、売主は、支払われた売買代金に利息を付して返還し、さらに瑕疵ある物の給付によって買主に生じた損害を賠償する義務を負う。その他の点については二四二条の規定が準用される (Fasel, a. a. O., S. 906)。

(45) 一八七九年最終草案

二五九条

売主は、保証された性質についてだけでなく、目的物がその価値あるいは前提とされた使用に対するその適合性を失わせるもしくは著しく減じるような瑕疵を有していないことについても、買主に対して責任を負う。売主は瑕疵を認識していなかった場合であっても責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 1090)。

二六一條

売買契約の時点で買主が認識していた瑕疵について売主は責任を負わない。買主が通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵については、売主がその不存在を保証した場合に限り責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 1090)。

二六九条

売買契約が解除された場合、買主は収益および果実と共に目的物を売主に返還しなければならない。他方、売主は、支払われた売買代金に利息を付して返還し、さらに瑕疵ある物の給付によって買主に直接生じた損害を賠償する義務を負う。その他の点については二五七条の規定が準用される (Fasel, a. a. O., S. 1091 f.)。

(46) Schneider/Frick, a. a. O., S. 219.

(47) Fasel, a. a. O., S. 1313.

(48) Fasel, a. a. O., S. 1313.

(49) Fasel, a. a. O., S. 1314 f.

(50) 一九〇五年草案

一三三二条

(一) 売主は買主に対して、保証された性質についてだけでなく、目的物がその価値あるいは契約上前提とされた使用に対する適合性を失わせるもしくは著しく減じる瑕疵を有していないことについても責任を負う。

(二) 売主は瑕疵を認識していなかった場合にも責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 1529)。

二三四条

(一) 売買契約の時点で買主が認識していた瑕疵について売主は責任を負わない。

(二) 買主が通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵については、売主がその不存在を保証した場合に限り責任を負う (Fasel,

a. a. O., S. 1530)。

二四五条

(一) 売買契約が解除された場合、買主はその間に得た利得と共に目的物を売主に返還しなければならぬ。

(二) 売主は支払われた代金に利息を付して返還し、さらに瑕疵ある物の給付によって買主に直接生じた損害を賠償する義務を負う。

(三) 損害の、その他の点については、追奪担保責任に関する規定 (二二二〇条) が準用される (Fasel, a. a. O., S. 1531 f.)。

(51) 一九〇九年草案

二二三条

(一) 売主は買主に対して、保証された性質についてだけでなく、目的物がその価値あるいは契約上前提とされた使用に対する適合性を失わせるもしくは著しく減じる、実体的瑕疵もしくは法律的瑕疵を有していないことについても責任を負う。

(二) 売主は瑕疵を認識していなかった場合にも責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 1697 f.)。

二三四条

(一) 売買契約の時点で買主が認識していた瑕疵について売主は責任を負わない。

(二) 買主が通常の注意を尽くせば認識したはずの瑕疵については、売主がその不存在を保証した場合に限り責任を負う (Fasel, a. a. O., S. 1698)。

一二四五条

- (一) 売買契約が解除された場合、買主はその間に得た利得と共に目的物を売主に返還しなければならない。
 - (二) 売主は支払われた代金に利息を付して返還し、さらに全部の追奪担保の規定に従い、訴訟費用、その他の費用、瑕疵ある物の給付によって買主に直接生じた損害を賠償する義務を負う。
 - (三) 買主は、自己に帰責性のないことを立証しない限り、前項以外の損害を賠償する義務を負う (Fascl, a. a. O., S. 1700)。
- (52) Botschaft 1909, S. 738(Fascl, a. a. O., S. 1640).
- (53) 条文訳については、司法省調査部『オーゼル、シェーネンベルガー共編 スイス債務法』(司法資料 第二六一号) 八四頁以下を参考にした。