

ヤーコプスの債務不履行論 (三)

采 女 博 文

- 一 はじめに
- 二 一般給付障害法(以上、二四卷一号)
- 三 売買における瑕疵担保責任
 - (1) 一般給付障害法の改正理由としての法律上の規制の欠陥
 - (2) 瑕疵概念
 - (3) 瑕疵担保責任の不履行責任への位置づけ
 - (4) 売買物の瑕疵にもとづく売主の損害賠償責任(以上、二四卷二号)
 - (5) 売買物の瑕疵にもとづく買主の権利の消滅時効(以上、本号)
- 四 ヤーコプスの法学方法論

(5) 売買物の瑕疵にもとづく買主の権利の消滅時効 (Jakobs, S. 170~S. 205)

かりに消滅時効規制の不完全性ははっきりしているとしても、それを学問と実務をとおして克服することはできない。このことは、法律 (Gesetz) による消滅時効規制の性質にもとづく。権利行使のための期間の決定は、問題の性質を考慮しなければおこなえないにしても、やはりその決定には恣意がある。それゆえ慣習または法律によってのみ期間の長さを決定することができるし、同じ方法によってのみ変更することができる。だからといって、学問と実務はここでも使命

と力をもっていないわけではない。学問と実務をとおして既存のものを取り除くことはできないが、しかし既存のもの不適当性を、つまり当該の法の特別な性質に適合しているものとの矛盾を明らかにすることはできる。そうであるとすれば、そこから法律を一部改廃する慣習が成立するかもしれない。しかし、消滅時効のようなとりわけ法的安定性に向けた素材における慣習法の成立とつねに結びついている不安定性に照らして、そのような慣習が産み出されることを立法者は期待していないことは確かである。

〔1〕 BGB 四七七条の規制の批判と欠陥の除去のための提案

四七七条⁽⁵⁹⁾の規制の不適当性は実務においても承認されているし、ここでも今や法律から離れている実務を法律のなかに移すことのみが問題であると主張するのはあまりにも言いすぎである。また、四七七条の規制を批判する学説の中でさえこの規制の何が不適当なのかについて一致していない。この規制の改正のための二つの提案は、現下の不安定性を明らかに証明している。現行の期間が短すぎるという見解においてだけ一致しているが、何を適切なものとして定めるかの見解において原理的に異なっている。

時効法全体に関するペーターズとツインマーマンの鑑定意見においては、四七七条の規定の除去が提案されている（提案一九六条、一九九条、二〇八条⁽⁶⁰⁾）。この提案にしたがえば、買主の権利に関し請求権一般に関するものと同じものがあてはまることになる。この包括的な解決は、瑕疵担保法に関して BGB がおこなっている規制の特殊性と関係を断つている。これに対しフォーバーは、通知期間（モデル四七七条、四七七 a 条⁽⁶¹⁾）と時効期間（モデル四七七 b 条⁽⁶²⁾）とに細分化したうえで期間を延長しているにすぎない。フォーバー提案の原理は、瑕疵の認識可能性は重要でないという BGB 四七七条の原理と同じである（例外として、モデル四七七 c 条⁽⁶³⁾）。

四七七条に定められた期間が短すぎるかどうかという問題の議論と解答は、このことに「もつともな疑問の余地は何らありえない」という主張でもってかたづけられることはできない。期間がどんな目的のために定められているのか、それゆえ

期間が誰にとって適切でなければならぬのかについて明確になり一致した後にはのみ、期間の長さの妥当性についても論じることができる。

(2) B G B 四七七条による短期消滅時効の目的

買主の気づいている瑕疵にもとづいて瑕疵担保を売主に訴求するかどうかの判断のために、期間を設定することが問題であるとすれば、二年の期間は何といつても長すぎるし、六か月でさえも十分すぎる。瑕疵に気づいており、必要な通知をしている買主が、六か月、一年または二年間一体何を熟慮しなければならないのか。売主と交渉し、必要とあれば弁護士を間に入れるべきであろう。裁判所の判決なしにはかたづけられないかどうかをはやく明らかにすることは買主の利益でもあるし、間近に訴えが迫っている場合、売主はそれだけ速やかに態度を表明することは確かであろう。問題になつていないの売買は、家庭用品・家具・テレビ・自動車の売買、短期間にいたむ生活用品の売買といった物が役に立たない場合に六か月または一年も躊躇してはいない物を対象にしている。

さらに、売主の責任にとって基準となる時点において物に瑕疵があったことの証明の困難性は時間とともに増大するがゆえに、売買物の瑕疵にもとづく権利の主張の時間的限界を定めることは適切である。長期間の経過後に質の瑕疵を確かめ確認することはほとんどできないし、長期間経過後にそのような瑕疵を問題にすることを許容することは売主にとって非常な負担である。この観点は、周知のように B G B の起草者にとって四七七条の規制のさいに決定的なものであった。⁽⁶⁴⁾より長期間の経過後は、売主の責任にとって規準となる時点における瑕疵の存在を確認するのが難しいということが問題である。これは疑いもなく「証明の問題」であり、証拠法上の手段でもって解決されるべきである。消滅時効期間はまさにこの証拠法上の手段という目的を持ちうることにについて争う余地はない。それゆえ、瑕疵の事実が争われていない、すなわち売主の責任に関し基準となる時点における瑕疵の存在が争われていないか明らかである場合にもこのように根拠づけられた消滅時効が妥当するのかわかのみを問題にすることができる。

この議論に立ち入る前に、なお売買物の瑕疵に関する証明問題は、そのために特別に短い時効期間を定めることが適切であるほど特別なものかどうかは、いずれにせよなお問題であろうし、明確にされるべきである。フーバーは、この根本的な問題を瑕疵ある物の供給は売買契約の不履行であるという確認でもってかたづけている。フーバーによれば、BGBの創出のさいに、契約に適合しない商品の給付が不履行として認識されなかったという事情がまた時効問題の誤った規制へと導いた。しかし、履行または不履行の証明に関して、証明のテーマが何であるか、つまり全く給付されていないのか、それとも瑕疵ある給付がなされているのかによって問題は別であるという事実は何ら変わらない。

四七七条の規制に関してはつきりしていることは、瑕疵ある給付を内容とする不履行に関する証明問題は特別なものであり、不履行一般に関する証明問題と同一に扱えないという事実である。買主が瑕疵に、証拠としての物の意義に気づかないという問題となる場合において、買主の手にある証拠が毀損するという危険が、瑕疵の存在を短期間に証明することを担保する規制の必要性を根拠づける。

BGBによって規制される売買において、瑕疵の存在を速やかに解明することは、取引が最終的に済んだという速やかな確実性についての瑕疵を知らない売主の利益であると同様に、少なからず供給の時点における瑕疵の存在を証明しなければならぬ買主の利益でもある。それゆえBGBによって規制される売買に関して、HGB三七七条のような検査義務が定められていないということは、瑕疵の存在の問題の解明はここではもつと時間がかかってもよいことを意味しない。BGBによって規制される売買は典型的には消費者による売買である。消費者は、物を使用または消費するという瑕疵を確認する最良の手段をもっているが、しかしまさにそのことによって瑕疵の確認の可能性も危険にさらされる。それゆえ自己と売主の利益のために瑕疵の存否について買主がただちに気にかけるといふ瑕疵の主張のための期間の機能を正しく評価する場合、その期間は短くなければならない。この観点の下では、動産の場合に六か月、より摩耗しにくい性質の土地の場合、一年でも十分な期間である。

買主が瑕疵を知る前にまたは知りうる前にこの短い期間が経過してしまふ場合について、商法は、物の検査をとおして知ることのできない瑕疵を通知義務から除くことによって配慮している。四七七条の機能がHGB三七七条の機能に対応するとすれば、民法上の売買の場合にも、商法の場合に準じて、このことが配慮されないかどうか、つまり一定の期間内の物の使用または消費をとおして気づかないし気づくことのできない瑕疵は消滅時効から除外されるべきかどうか問題になる。

問題は、四七七条の立法資料において、第一草案のための理由書のなかだけで取り扱われている。ここでは、問題は明らかに否定されている。しかしその審議の議事録によれば、キューベル (v. Kugel) も第一委員会も問題をそもそも論じていない。⁽⁶⁶⁾

確かに一般的に、履行されていないことについての債権者の認識は消滅時効にとつて重要ではない。一般的に債権者は履行されていないことを知っているし、この事実の不知は少なくともみずからの問題に関する怠慢にもとづく。しかし、瑕疵ある給付を内容とする不履行の特殊性は、まさに、買主は必ずしも瑕疵を知らないし、瑕疵の性質しだいでは定められた期間内においても事情によっては知ることができないことにある。それゆえ、まさにこの特殊性が、例えば相続財産に属する相続人の請求権 (BGB二〇七条)⁽⁶⁶⁾ に関して顧慮されていることが、なぜ売買物の瑕疵を理由とする買主の権利に関しては顧慮に値しないのかという問題をも成立させる。

(3) 普通ローマ法からのBGBの乖離

BGBの起草者は四七七条の短期消滅時効に関し、各邦の法典と草案の先例に従つて減額権に関する一年の期間と解除 (Wandlung) に関する六か月間の期間を調整し、またプロイセン一般ラント法の手本に従つて動産と不動産とを区別して、普通法を継受した。⁽⁶⁷⁾ それゆえ、瑕疵の認識可能性についての無顧慮は普通法上の遺産であるかのごとく、つまりBGBの起草者は古い「残留物」に盲目的に従っており、四七七条はそもそも独自の理由 (ratio) を有しないかのごとくみえる。

しかしながら、歴史的事実は逆である。前述の変更を越えてさらにBGBは、二つの別の本質的關係において普通法上の法状態から離れた。四七七条の *Ratio* の理解と評価のためにこの離反を次に確認する。

この短期消滅時効は、ユースティニアヌスの法と一九世紀のローマ普通法とに従えば、売買一般における解除と減額という本来の按察官上の法的救済に關してのみ妥当した。つまり短期消滅時効は、*circa rem* と *extra rem* との利益を包括する完全な利益賠償の責任に關しては、この責任が売主の *dolus* に根拠づけられているのであれ、売主の *dignum* または *promissum* によつてのみ根拠づけられているのであれ、通用していなかつた。解除権と減額権のみが短期消滅時効にかかるが、損害賠償請求権は短期消滅時効にかからないという普通法上の法状態は、BGBの創出にさいして、この區別がどれほど正当化されるのかという問題を投げ掛けることになつた。

これは「実際のな合目的性と内在的な首尾一貫性」の問題であり、BGBの起草者は、これに照らして現行法を吟味するという任務を現行法の法典化のさいに持つていた。損害賠償義務——普通法上の法状態を回復して全体としてであれ、人身・物損害を内容とする惹起損害に關してのみであれ——のみを短期消滅時効から除外することだけを立法論上 (*de lege ferenda*) 考慮する場合、今日においてもこの問題は重要であるし、瑕疵惹起損害の賠償を求める請求権に關しては、損害もしくは瑕疵の認識または認識可能性でもつてはじめて期間は進行しはじめるという修正を伴つてのみ短期消滅時効は通用してもよいという見解をとる場合にはすでに現行法上 (*de lege lata*) この問題は重要である。

BGBの起草者にとつてこの問題の判断は明らかであつた。キューベルは、短期消滅時効をなお按察官法上の法的救済に限定してのみ規定して⁽⁶⁸⁾いた。しかしデアアシャイト (*Derscheld*) とウェバー (*v. Weber*) の提案にもとづいて第一委員会は、保証にもとづく損害賠償責任を短期消滅時効に含めることを「短期消滅時効の実際的な目的は同時に損害賠償請求権に拡張されない場合には不完全にしか達成されないだろう」という寡黙な理由づけでもつて決定した。⁽⁶⁹⁾これはたぶんADHG B (ドイツ一般商法典)⁽⁷⁰⁾が手本になつてゐる。この普通法の伝統との断絶には合目的性と論理の一貫性が確かに認め

られないわけではない。短期消滅時効の証拠法上の目的がそもそも理由があるとすれば、短期消滅時効は損害賠償請求権をも同様に含まなければならないし、売主の有責責任の承認後はこれも四七七条の規定に含めることが首尾一貫し合目的でもあった。

しかし短期消滅時効を証明問題に根拠づける場合のこの帰結は、権利者が権利の存在をそもそも知りうる前に権利が時効にかかつてはならないという観点を決定的なものと考える場合には、四七七条の規制全体を問題にすることになる。Motiveの起草者は、消滅時効の起算点は物が取得者に引き渡された時点で固定されるから、消滅時効に関して、「瑕疵が時効期間内に発見されるかまたは発見されえたかどうかは重要ではない」と結論している。この消滅時効の起算点は「現代の立法と調和」しているが、普通ローマ法とは調和していない。

普通法学説においては、買主が権利の追訴を客観的に妨げられている日は、期間経過の計算のさいに無視されるべきであるということについて一致していた。売買物の瑕疵ある性質についての錯誤つまり買主の不知もまた期間の進行を妨げる原因でありうることにしても一致していた。普通法上の短期消滅時効は全体として、四七七条が今やその規定を全く投げ捨てる提案を呼び起しているような不興を買っていなかった。損害賠償責任はもともと短期消滅時効から除外されていたし、そこに存在する首尾一貫性のなさは、とにかく我慢することができた。というのは、解除訴訟と減額訴訟においても、期間は有効に (utiliter) 計算されたことによって、隠れた瑕疵の場合には時効の発生は個々の場合において回避されたからである。これに関しても、BGBは打破した。この点においても一般ドイツ商法典が先行していた。 *tempus utile* (実用期間) か *tempus continuum* (継続通算期間) かの選択に直面していたことが四七七条の立法資料からは明らかにならないとしても、やはり普通法上の論争と一般ドイツ商法典の審議のさいの立ち入った論議を背景にすれば *tempus continuum* が妥当している、つまり不知はそもそも考慮されていないこととこの理由とに疑問の余地はない。

ニュルンベルクの委員会において、隠れた瑕疵を理由とする訴えの消滅時効は瑕疵の発見の瞬間から始めて計算され

るべきであるという期間進行の起算点としての引渡に対する異論が出されたとき、多数意見は反対した。個々の取引行為の最終的な解決 (Erlösung) の確実性を得るためには、事情によっては過酷になるかもしれないが、期限の設定は欠くことのできないものである。消滅時効の起算点を瑕疵の存在についての買主の認識 (Kenntnis) にかからしめると、そのような確実性は得られない。隠れた瑕疵を買主がはじめて発見したのはいつかについての確かな基準はまったく欠けている。新しいドイツの商人精神が支配していたニュルンベルクの委員会では、「個々の商取引の最終的な解決についての確実性」が重要であった (Prof. der Kom. zur Beratung eines ADHGB, S. 660f.)。B G B 四七七条形成のさいの目的は、瑕疵を理由とする訴訟の根拠づけにとつて基本的な証明をかなり確実におこなえるということであった。この目的は短い消滅時効期間を要求するし、サヴィニーが述べているように、⁽¹²⁾ 訴権者の認識可能性や不知の免責可能性を考慮しないで、外在的な事象 (引渡) から期間を進行させることのみが「訴権消滅時効 Klagerjährung」の性質に適切である。ペータースとツインマーマンの提案は、訴権消滅時効の一般的性格と四七七条の特別な目的とを無視し、普通法学説の被っている不安定性を再び生じさせる。またフーバー提案のように六か月から二年へ単に期間延長しても、問題はかたづけかない。四七七条の特別な目的の犠牲において、過酷な事例数は少なくはなるが、なお残ったままである。瑕疵が隠れている場合、消滅時効の過酷さを数の上でのみ減らすことが問題なのではない。

今日においても、訴権消滅時効の性質と四七七条の特別な目的から目を離さないとすれば、四七七条の規制を法律をとおして変更することはそもそも問題になりえない。民法によって規制される売買はたいいていの場合、物の使用または消費のさいに明らかになる瑕疵が問題である。ふつう購入された物はすぐに使用される。購入した物を長期にわたって使用しないままであり、それゆえ瑕疵に気づかないとすれば、それは正当にも買主の危険である。これは法的事実上の種類の主張である。この主張に何の証拠もない。しかし、フーバーによれば「明らかに成立している」瑕疵担保請求権が消滅時効の抗弁に屈している最高裁の判決の多くの諸事例をおしてこの主張が反駁されているとも考えない。判決例は法の現実

全体の小さな断片にすぎない。

これらの事例は、全体としてみれば、短期の消滅時効期間は過酷な事例をもたらさざるをえないという事実を示しているとともに、われわれの時代は十九世紀の「現代の立法」よりも過酷な事例を了承するつもりはないし、それゆえまたいわゆる過酷な事例の数も増えざるをえないことを示している。この現象をわれわれの今日の法意識として真剣に受け止めるがゆえに、過酷な事例には四七七条を適用するべきでない。それゆえ、われわれの今日の法に関して、瑕疵の不知の無顧慮は例外を許容しうる規範でなければならぬというサヴィニーの權威に従う。規範の目的に従って例外的な判断を實際にするとすれば、実際に事実にもとづいて (*in factum*) つまり個々の事例に特別な諸事情にもとづいて判断するとすれば、規範からの例外的離反でもって法的確実性が損なわれることはない。しかし立法者は、このような例外的な判断をすることはできない。規範として把握されがたいものを、いったい立法者は規範として把握しうるであろうか。この理由から、この問題についての使命は立法者には認められない。それゆえ、瑕疵の不知はまったく顧慮されないというかつての判断は、今日もはや拘束力を要求することはできない。

それゆえ、学問もまた規範形成にのみ関わらねばならないということを理由に、その使命と資格を奪われてはいないし、すべてを個別事例と裁判官による判定とにゆだねたままにしておくことはできない。ローマの法務官は、市民法を改廃するために (*iuris civilis corrigendi gratia*) 介入する場合に、かれの顧問会 (*consilium*) の助言と議論ともとづかないで青天の霹靂のごとく判断してはいない。個々の事例の判定自体も、適切な関連に位置づけるのために、つまり諸根拠とあわせて説得するために学問上努力することでありうる。この諸根拠について実務と学説との間で論じることができるし、以下でも論じることとする。

[4] 証法上の目的にしたがったBGB四七七条の規制の限界

パピニアヌス D. 21. 1. 65⁽⁷³⁾ の判定は、逃亡癖のある奴隷の売買に関する。仮に奴隷が六か月買主のところをいた

後に逃亡する場合に、買主が逃亡奴隷としての奴隷の性質を知らなかったとき、解除訴訟は、有効な六月間進行しうるがゆえに、消滅時効にはかからない。パピニアースはこの奴隷の性質を隠れた瑕疵 (*vitium latens*) と呼んでいる。ここでは実際、「奴隷のこの瑕疵は特別に隠れて」いる、もつと適切に言えば、発見の可能性に関して特別な性質の瑕疵が問題である。六か月後に初めて奴隷が逃亡を試みる場合には、買主のところでの境遇に対する反発が問題なのか、性格特徴の実現が問題なのかという問題が生じる。パピニアースの判定は、後者の場合のみに、奴隷が逃亡奴隷である場合のみに關している。したがって判定は、物が買主の所にあり、買主の目的のために使用されているということによって生じることのない瑕疵に關している。ここに、短期消滅時効の目的を考慮して例外をもうけることを正当化する二つの要素が与えられている。通常の期間経過後において今存在している瑕疵は、物の所持と使用によって顕在化するのでないし、また所持と使用によって生じることのない種類のものでなければならぬ。

四七七条の規範におけるこの種の制約は、厳密な意味での例外の許容とみなす必要はない。ここで例外と呼んでいるものは、サヴィニーとともに論じると、不完全な規範表現、あらゆる規範形成の不可避的な不完全性と危険性の承認にすぎない。規範は、定められた期間経過後は引渡の時点における瑕疵の存在の証明をもちや許さないということである。瑕疵の性質上、引渡の時点で顕在しえなかつた、それゆえその証明がおよそ問題にならない瑕疵の場合にのみ期間経過が無視されるときにはこの規範に違反してはいない。しかしそのような瑕疵が一般的に四七七条から除外されうるわけではない。というのは、規範の意味は、買主は物の性質を気にかけて、知りえた瑕疵をすぐに主張すべきであるということでもあるからである。この点では、瑕疵の不知と潜伏、つまり瑕疵が「特別に隠れて」いることが重要である。それゆえ、この規範の制限は、その規範自体のなかに根拠づけられており、消滅時効期間の設定に関する立法者の大権には全く触れていない。つまり、法律の政治的・恣意的要素ではなくて、技術的・法的要素が問題である、とも言うことができる。

今日最も重要な主観的瑕疵に即してこの制限を例示しよう。種類物として購入された秋まき小麦の種の代わりに春まき

小麦の種が供給された (BGH NJW1968, 640)。室外塗料用の染料を製造する原料の代わりに、外観上は区別することのできない、物理学上結晶の形の相違によつてしか区別することのできない室内塗料用の染料を製造する原料が供給された (BGH BB1967, 433)。この二つの事例において⁽⁷⁴⁾判例は、不完全な供給・瑕疵と間違つた物・異種物の供給とを区別することによつて四七七条を適用しなかつた。しかしこの区別は種類売買に関してはまったく誤つてゐる。つまり、種類売買において、供給された物が中程度の品質の物でない場合、合意と供給とは一致していないから、供給された物は常に同時に異種物であり瑕疵ある物であるとみなされる。これらの場合における四七七条の不適用の根拠は、この瑕疵の性質上、現在瑕疵があるとすれば、供給の時点においても瑕疵が存在しているという事実であり、さらに、この瑕疵の特別な潜伏という事実である。短期消滅時効の意味にしたがつて、この判例は現行法上根拠がある。ただ判例の理由づけに照らして次のことのみを問題にしうる。そのような場合に時効抗弁をする売主を事実にもとづいて (in facitum) 納得させなければならぬものを、なぜ実務が無理に範疇に押し込むのか。法律上の規制がその意味にしたがつてのみ除外または縮小されるにすぎない場合には、法律への忠実 (Treue zum Gesetz) はそもそも危険にさらされてゐない。

特定物売買における物の「純然たる」主観的瑕疵に関しては、一九九条二項⁽⁷⁵⁾にもとづく錯誤による取消の許容を別にして、種類売買の場合に準じた制限はこれまで承認されていない。しかし、準じた制限は少なからず理由がある。指輪が金製品でない、絵画がレンブラント作でないということは、物の使用を妨げないし、物の使用によつて気づかない。偶然がなければ、専門家の知人または訪問客の指摘によらなければ買主はいつまでも気づかないままであろう。購入された物が異なつた物である場合には、瑕疵が偶然に発見されたとき、数年後でさえも、証明問題——この問題を解決するために短い期間が設定されている——は生じない。按察官告示の疾病か欠陥か (morbus vitiumve) が手本である。瑕疵概念が客観的なものであつたかぎり、このような場合は按察官上の瑕疵ではないから、按察官上の短期消滅時効はそもそも生じえなかつた。何が瑕疵であるかは主観的にのみ確認されうることが明らかになつた後にそもそもはじめて、そのよう

な瑕疵を考えに入れて四七七条を制限する必要性が生じた。BGBの起草者の瑕疵概念は、なお客観的なものであったから、この純然たる主観的瑕疵については四七七条との関係でもまったく考えられていなかった。したがって瑕疵が純然たる主観的なものである場合には、前述の修正をして適用する付加的な根拠がここにある。純然たる主観的な瑕疵を理由とする権利に関しても、四七七条が適用される。四七七条においても、何が瑕疵であるかは主観的にのみ決定しうる。この理解でもってのみ、この規定はその意味に従った制限を必要とするし、制限を帯びていることが明らかになる。

かくて同時に、売買における物の瑕疵担保法において、瑕疵概念は客観的なものでなければならぬという最後の最も顧慮すべき論議は解決される。純然たる主観的瑕疵の場合において、短期消滅時効を回避し、期間経過後になお取消の可能性を残しておくために、四五九条以下の瑕疵概念は客観的に定義しなければならぬと考えられていた。しかし短期消滅時効がその意味にしたがったやり方で制限される場合、四五九条以下の瑕疵概念を客観的に定義することを支持する実質的な理由は何も残っていない。客観的な瑕疵概念の理論は、四七七条を客観的な瑕疵の場合には常に適用し、主観的な瑕疵にすぎない場合にはまったく適用しない。

しかし、主観的な瑕疵が何ら隠れていないときに、主観的な瑕疵の場合に、なぜ短期消滅時効が生じるべきでないのか理解できない。また瑕疵がいわゆる客観的なものである場合においても、瑕疵が数年後初めて出現したとしても、引渡の時点における瑕疵の存在が何ら証明を必要としない種類の隠れた瑕疵が問題になりうる。緊急遺言書作成用の手引きとして自治体の購入した本の記載の誤りが一年後に明らかになった事例がある(BGH NJW1973, 843)。消滅時効問題において決定的なことであるが、本の瑕疵の性質上、引渡の時点における瑕疵の存在は一年後においても疑問の余地のないものである。しかも緊急遺言書の作成に関わってはじめて瑕疵を発見するから、本の瑕疵はやっぱり「特別に隠れて」いる。この事例は、いわゆる客観的な瑕疵の場合に関する四七七条の必要な、この規制にも沿った制限を特に明瞭に示している。さらに、もし瑕疵を理由とする権利の主張に関して二年または一〇年の期間を定めるとしてもあまり得るものがないこと

をも明らかにしている。

またこの緊急遺言書作成ファイル事件において B H G は、瑕疵を認識してから六か月経過するまでは消滅時効は生じないという見解を確約 (Zusicherung) にもとづく瑕疵惹起損害の賠償請求権に制限している。しかし、惹起損害の賠償が要求される場合に四七七条の規範の修正を正当化する根拠は、買主が解除または減額を主張する場合にもまったく同様に適切である。四七七条は、厳格にであれ修正されてであれ、瑕疵を理由とする買主のすべての権利に適用されていい。

そこで、販売された物に瑕疵が付着していたことの確認・証明をその成立に必要とする売買物の瑕疵にもとづく契約上の買主の権利と不法行為上の損害賠償請求権とが競合する場合に、消滅時効はどちらの規定にしたがつて決定されるべきかという問題が出てくる。たとえば、購入したセキセイインコの病気への感染によって買主は病氣治療を必要とし、一時的に労働能力を喪失した事件 (OLG, NWT1975, 453) や、トラックのモーターへの使用に適性を有するものとして購入した不凍液に適性がなく、その結果買主のトラックのモーターに損害が生じた事件 (BGHZ66, 315) や、購入した装置のフロートスイッチの欠陥によって起きた火災によって買主の器材と装置そのものを毀損した事例 (BGH67, 359) などが問題である。

四七七条は不法行為責任には適用されないという見解を B G H は堅持している。四七七条の消滅時効期間経過後も、八二三条一項による保護法益を侵害された買主は、それゆえ身体損害または物損害を被った買主は、瑕疵の存在についての売主の有責を主張することによって、損害と相手を認識してから三年間、この侵害と損害が売買物の供給の時点における瑕疵の結果であることを主張しうる (B G B 八五二条⁷⁶)。したがって瑕疵を理由とする契約上の権利を主張する場合には、四七七条の消滅時効の抗弁によって妨げられる供給の時点における瑕疵の存在についての証拠調べに入ることができることになる。しかしまた瑕疵の存在が証拠調べにおいて確認されても、買主に生じている身体・物損害の賠償請求権のみを除いて瑕疵を理由とする買主の権利は拒絶されることになる。セキセイインコの事例では、四七七条の期間経過後は、売

買物の瑕疵が証明された場合でも、買主はインコの弊死を理由として契約を解除したり、鳥の治療費の賠償を要求することはできないが、買主自身の治療費用は要求しうることになる。セキセイインコ事例のB G Hは、請求権競合の場合には、「各々の請求権は固有の法律上の時効規制にしたがう」という原則のゆえに、ともに売買物の証明された瑕疵の結果であるにもかかわらずこのような区別をしなければならないと考えている。

B G Hのこの原則に問題のあることはこの原則の帰結としてのそのような区別にもっとも明瞭に示される。不法行為上の請求権に関しては八五二条の期間内の瑕疵の証明を許容されている買主に対し、瑕疵が証明された場合も売主が消滅時効の抗弁を主張しているがゆえにより一層の権利を買主は主張しえないと同時に説明することをこの原則はわれわれに強いる。この種の矛盾は現行法にはありえない。二つの法律上の消滅時効の規制の調整が問題なのであり、この矛盾を取り除くために法律を必要としない。

瑕疵あるフロートスイッチの事例において、スイッチの瑕疵の結果発生した売買物の毀損を買主の所有権侵害として取り扱うことよってB G Hはこの矛盾を回避した。売主の有責を要件として成立しているこの不法行為上の責任に関して消滅時効期間は八五二条によることになる。

同じ瑕疵についての証拠調べを同時に許可し、拒否するという矛盾を回避する努力においてこのB G Hの判決は同意に値する。B G Hに対する非難は、売買物自体の瑕疵は八二三条一項の意味における買主の所有権の侵害であるという見解に向けられている。しかし四七七条の規定は不法行為責任には及ばないのであるから、四七七条は売買物についての損害に関するも排除されなければならなかった。ただ、B G Hの判決については、四七七条の排除の方法だけを非難することができる。B G Hは、四七七条の規定を公然と制限する代わりに、ただかいくぐったにすぎない。売買物に付着していた瑕疵による売買物自体の毀損は所有権侵害であるかもしれない。それだけにますます、不法行為上の責任がなお消滅時効にかからないのになぜ同一の内容と同一の要件をもつ契約上の責任が消滅時効にかかるのか納得できない。

四七七条の「改正」後においても、有責に引き起こされた身体・物損害に関する売主の契約上の責任は、四七七条の規定から除外される（フーバーのモデル四七七c条）という見解は、実効的な効果をなにも変えない。この見解の場合には、セキセイインコの例で言えば、鳥が病気で死んだがゆえに買主が解除を要求したり、獣医による鳥の治療費用を請求するとき、引渡の時点における鳥の病気の存在についての証拠調べはやはり切断されたままである。鳥の治療費用は「無駄な出費」、純然たる財産損害であり、不法行為上の責任を根拠づけることはできないし、たぶんBGHも、鳥の死は買主の所有権侵害であるという見解はとらないであろう。

とにかく売買物の瑕疵にもとづく買主のすべての権利に関して統一的な消滅時効期間が適用されなければならない。ペーターズとツインマーマンの提案の具体化によってこのことは確かに達成される。しかしそれに伴って、この二つの規定が競合する場合にそのいずれかを選択することだけが問題であるにもかかわらず、それ自体理由のある四七七条と八五二条の規定は完全に除去されてしまう。

ペーターズとツインマーマンの提案を具体化するためには法律を必要とする。しかし、二つの相互に競合する規定を調和させることは、純粹に学問の課題、つまり問題になっていく諸規定の目的から解決すべき課題である。

供給の時点における瑕疵の存在を証明することが特別に困難になるとこの証明は許されないという四七七条において行われている規制の目的はそれ自体売主の不法行為責任にもあてはまる。しかし瑕疵の存在に関して売主の有責が証明されている場合にだけは四七七条による売主の保護は認められない。八五二条のより長い期間は、売買物の転売または物との接触によって第三者の法益に危険をもたらす瑕疵の存在に関する売主の有責責任をとって正当化されている。そのような瑕疵に関して有責にふるまっている売主は、瑕疵が第三者の法益の侵害をもたらす場合には、もともと四七七条の保護を受けていない。売主はそのような瑕疵に関するこの有責のゆえに買主に対しても保護に値しない。この理由から、つまり売主の有責を理由として、他人の法益に危険をもたらすような瑕疵に関して、四七七条の証拠法上の目的は後退せねば

ならない。その場合も、この四七七条の目的は全体として後退するはずである。瑕疵に存在する危険が現実化し、瑕疵に關する売主の有責が確定される場合、買主のいかなる権利も、つまり無駄な出費を理由とする損害賠償請求権も解除権もしくは減額権も四七七条による時効を理由として奪われない。この見解はこの規定の証拠法上の目的にもかかつている。証明することが特別に困難になっている場合には瑕疵の証明はもはや許されないという四七七条の目的は、瑕疵を証明することができるし、証明されている場合に、この規定を適用する根拠ではない。瑕疵が証明されている場合に瑕疵にもとづく権利を買主から奪うことは、この規定の目的にまさに反するであろう。

四七七条は、その証拠法上の目的のゆえにそれ自体理由があり、維持されるに値するものであると理解する場合に、この規制の適用領域の二重の限界があらかになる。①八二三条一項によって保護されている買主または第三者の法益の侵害をもたらす売主に帰責される瑕疵の場合と、②「特別に隠れている」瑕疵、つまりその性質上、物が買主のところにあつたということによって生じることのない瑕疵の場合とは売主は消滅時効の抗弁を用いることができない。第二の適用限界は、按察官上の法的救済の短期消滅時効に關しBGB発効までおこなわれていたものの配慮にすぎない。第一の適用限界の場合には、不法行為上の責任を理由として八五二条の期間内における瑕疵の証明が許されるがゆえに買主のすべての権利に關してもこの規定から消滅時効期間が取り出されなければならないということである。これらすべてのことは、法律を通じて四七七条と八五二条に与えられているものからの単なる推論 (*hohe Schlussfolgerung*) によつて、かくて法学 (*Jurisprudenz*) をとおして明らかになる。法学の課題は、法律をとおして与えられているものについて熟考することであつたし、ありつづけるだろう。立法者はわれわれからこの熟考 (*Nachdenken*) を奪うことができると仮定しなければならぬ場合にも、本書で議論されたその他のすべての問題同様にこの消滅時効の問題においても立法が必要となりうるだろう。

(59) 注

BGB 四七七条 (瑕疵担保請求権の消滅時効) (1) 解除または減額を求める請求権および保証された性質の欠缺 (Mangel) にもとづく損害賠償請求権は、売主が瑕疵を悪意で黙秘していないかぎり、動産の場合には引渡 (Ablieferung) のときから六か月で、土地の場合には引渡 (Übergabe) のときから一年で、消滅時効にかかる。契約によって消滅時効期間を延長することができる。(2) 買主が証拠の保全のために裁判上の証拠調べを求めているときには、消滅時効は中断される。中断は手続きの終了までつづく。二一条二項と二二二条の規定を準用する。(3) 一項の請求権の消滅時効の停止または中断によってその他の請求権の停止または中断も生じる。

(60) 提案一九六条 (時効の開始) (1) 時効は、より早い訴提起の可能性にもかかわらず、請求権の弁済期の到来とともに開始する。(2) 一九五三条三項に規定された請求権の時効は、物の返還とともに開始する。(3) 不作為に向けられた請求権の場合は、時効は違反とともに開始する。

提案一九九条 (権利者の不知による停止) 時効は、権利者が重過失なくして債務者、請求権の客体または法的原因を知らないかぎり、停止する。これは、法律上時効の開始のために特別の時期が定められている場合には適用されない。

提案二〇八条 (停止における時効期間の最高の継続) 時効期間は、停止により総計で長くとも一〇年まで延長されうる。これは、二〇五、二〇七条の停止原因については適用されない。

この提案については、半田吉信「消滅時効法改正に関するペータース、ツインマーマンの提案」、『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(一九八八年) 所収、四五頁以下を参照されたい。提案の条文の訳は半田訳によった。

(61) モデル四七七条 (商人の検査・通知義務)

1. 動産の買主が、商人として商業登記簿に登録されているかまたは登録義務のある企業もしくは商業登記法の第三六条に表示された企業であるときは、買主は物を引渡 (Ablieferung) 後に遅滞なく検査しなければならない。履行地以外の他の場所に売主は物を送付しなければならないことが合意されているときは、指定の場所への物の到着後に買主は検査をしなければならない。検査の期待可能な可能性が存在することなしに買主によって物が再送付され、かつ再送付の可能性を契約締結のさいに売主が知っていたかまたは知りえたときには、新しい指定場所に物が到着するまで検査を延期することができる。

2. 一項一文に挙げられている諸場合において、買主が瑕疵を確認したかまたは一項に規定された検査のさいに確認しえに違いない時点の後、相当な期間内に瑕疵を通知しないときは、瑕疵にもとづく買主の権利は排除される。通知は、遅くとも商品の引渡後二年以内に、より長期の保証期間が合意されているときにはこの期間内におこなわれなければならない。期限を守るためには通知を適時に発信すればたりる。

3. 売主が瑕疵を悪意で黙秘しているか、または買主に故意に損害を加えているときは、二項は適用されない。
 4. 購入者が買主の個人的な目的でおこなわれており、このことを売主が知りえたときは、一項および二項を適用しない。
- モデル四七七a条（その他の場合における通知義務）第四七七条に規定されていない諸場合において、物の引渡（Austanding）から計算して二年の期間内に、建築物のときには五年の期間内に、より長い保証期間が合意されているときにはその期間内に、買主が瑕疵を売主に通知していないときは瑕疵にもとづく買主の権利は排除される。売主が瑕疵を悪意で黙秘しているかまたは買主に故意に損害を加えているときは、このかぎりではない。期限を守るためには、通知を適時に発信すれば足りる。
- (62) モデル四七七b条（消滅時効）
1. 瑕疵を理由とする買主の請求権は、瑕疵の通知の発信後一年で消滅時効にかかる。 2. 売主が買主との合意の下で瑕疵の検査または修補による瑕疵の除去をおこなっているときは、売主が買主に検査の通知するか、または買主に対して瑕疵を除去した旨を表示するか、または瑕疵の除去を拒絶するまでは消滅時効は停止する。
- (63) モデル四七七c条（身体・物損害）物の瑕疵ある性質のために身体損害または物損害を買主が被っていることにもとづく損害賠償請求権に関して、第四七七条ないし第四七七b条は適用しない。
- (64) Motive, Bd. 2, S. 238 = Mugdan, Bd. 2, S. 131.
- (65) v. Kribel, zu§37 TE-OR Nr. 20, bei W. Schubert, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Schuldrecht I, S. 421f., Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB §§433-651, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 144.
- (66) BGB 二〇七条 相続財産に属するかまたは相続財産に対する請求権の消滅時効は、相続人が相続を知ってからまたは相続財産に対する破産手続きが開始されてから、または請求権が代理人によってあるいは代理人に対して主張される時点から六か月経過するまでは完了しない。消滅時効期間が六か月より短いときは、消滅時効のために指定されたこの期間が六か月にとって代わる。
- (67) v. Kribel, bei W. Schubert, S. 421f.
- (68) Motive, Bd. 2, S. 238. = Mugdan, Bd. 2, S. 131.
- (69) Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 146. (Prot. I 782)
- (70) ADHGB 三四九条(1)契約上または法律上の性質を商品が欠いていることを買主への引渡の後六か月経過の後初めて発見したときは、買主はこのことを主張することができない。(2)瑕疵にもとづく売主に対する訴えは買主への引渡の後六か月で消滅時効にかかる。(3)四七条に規定されている瑕疵の速やかな通知が買主への引渡の後六か月以内におこなわれていないときは、抗弁権は消滅する。通知がこのようなおこなわれているときは、抗弁権は存続する。(4)対象の個々の種類に関してより短い期間を定めている特別法または商習慣は本条の規定によって妨げられない。(5)売主の責任が契約によってより短期間または長期間に定められている

ときは、本条の規定による。

ADHGB三五〇条 詐欺の場合には、売主は三四七条と三四九条の規定を主張することはできない。

(71) Motive, Bd. 2, S. 239 = Mugdan, Bd. 2, S. 132.

(72) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3 (1840), S. 409.

なほSavignyの消滅時効に関しては、東海林邦彦「サヴィニーの消滅時効論」金沢大学法文学論集法学編二三(一九七五)、一頁以下を参照されたい。

(73) パピニアヌス D. 21. 1. 35. 「訴えを提起することができる有効な六か月間が解除訴訟に与えられているし、逃亡癖という隠

れた瑕疵を知らなかった買主は訴えを提起することができたとみなすことはできない。しかしながら、買主の無関心にもとづく不知は免責されてはならない。」Cum sex menses utiles, quibus experituri potestatem experituri habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tatem dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit.

(74) これら判例については、責任規範の交錯という観点のもとで、下村正明「商品の瑕疵をめぐる責任規範の交錯関係について——西ドイツの理論状況に基づく一考察(一)(二・完) 阪大法学二三九号(一九八六年)八九頁以下、一四〇号(一九八六年)八一頁以下に紹介・検討がなされている。

(75) BGB一一九条(2)取引において本質的なものとみなされる人または物の性質についての錯誤も表示の内容についての錯誤とみなされる。

(76) BGB八五二条(1)不法行為にもとづき成立している損害賠償請求権は、被害者が損害と加害者を知ったときから三年で、知らなくとも行為のときから三〇年で消滅時効にかかる。(2)被害者と加害者が損害賠償について交渉している間は、当事者の一方が交渉の継続を拒絶するまで、消滅時効は停止する。(3)賠償義務者が不法行為により被害者の犠牲において何かを得ているときは、消滅時効完成後も賠償義務者は不当利得の返還についての規定にしたがって返還する義務を負う。