

判 例 研 究

売買目的物の「性状の合意」と 「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

—— 2024 年 4 月 10 日ドイツ連邦通常裁判所
民事第 8 部判決の検討 ——

古 谷 貴 之

I はじめに

売買の契約当事者が目的物の性状（品質等）について合意し、かつ、これと同時に、売主の瑕疵担保責任を排除する旨の特約を結んだ場合において、実際に引き渡された目的物の性状に瑕疵があるときに、売主は、この特約の効力を主張し、自己の責任を免れることができるだろうか。本稿は、このような「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係が問題となった近時のドイツ連邦通常裁判所（以下「BGH」と表記する。）2024 年 4 月 10 日判決⁽¹⁾（以下「本判決」ともいう。）を素材に検討を試みるものである。

本稿は、主に次の 2 点について検討する。第 1 に、本稿は、本判決を素材に、ドイツ瑕疵担保責任制度とわが国の契約不適合責任制度の比較検討を行い、物の瑕疵（契約不適合）に対する売主の責任及び買主の権利に対する両国の制度の共通点と相違点を明らかにすることを試みる。本件は、

（1） BGH, Urteil vom 10. 4. 2024 – VIII ZR 161/23. = NJW 2024, 2246; 本判決の評釈として、Wolf Müller, NJW 2024, 2246, 2250.; Michael Jaensch, NZV 2024, 440, 441.; Ivo Bach, LMK 2024, 814903; Sebastian Omlor, JuS 2024, 884, 885 がある。

売主の瑕疵担保責任（契約不適合責任）が問題となる典型的な事案である。そこで本判決を素材に、両制度間の比較を試み、その上で、わが国の契約不適合責任制度の特徴を明らかにしたい。第2に、本稿は、「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係をめぐる問題についてドイツの議論を分析し、現在の確立したドイツ判例の考え方を明らかにする。その上で、ドイツの議論がわが国の契約不適合責任論にとってどのような意義を有するかを検討することとしたい。

以下では、まず、本判決の事案の概要と争点を整理した上で、本判決の判旨を紹介する（Ⅱ）。次に、理論的な観点から本判決の分析を行い、本判決の意義を明らかにする（Ⅲ）。その上で、本稿の検討から得られる比較法的知見に基づいて、日本法への示唆を述べる（Ⅳ）。最後に、本稿の検討から得られた結論を整理することとしたい（Ⅴ）。

Ⅱ ドイツ連邦通常裁判所 2024 年 4 月 10 日判決

1 事案の概要

事案の概要は、次のとおりである。

2021 年初頭、Y（被告・被控訴人・被上告人）は、オンライン・プラットフォームにおいて、個人出品者として、約 40 年落ち・走行距離約 15 万 km の自動車（以下「本件自動車」という。）の販売広告を掲載した。この広告には、本件自動車の説明として、次の記載があった。

「……エアコンは適切に機能する。この自動車は、物の瑕疵担保責任を免除した上で販売される」。

その後、X（原告・控訴人・上告人）が Y と連絡をとり、XY は、2021 年 3 月 1 日に本件自動車を共同で試乗した後、同月 5 日に、売買代金 25,000 ユーロで本件自動車の売買契約を締結した。売買契約書には、次のような記載があった。

「本件自動車は、物の瑕疵担保責任を排除した上で販売する。この免責特約は、売主もしくはその履行補助者による重大な過失もしくは故意の義

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について
務違反に基づく物の瑕疵責任、又は、生命、身体及び健康に対する侵害から
生じる損害賠償請求権には適用しないものとする」。

本件自動車の引渡し後、X は、2021 年 5 月に、エアコンが動作しない
ことに気がついた。X は、このことを同月 31 日付けの電子メールで Y に
訴えた。Y は、同年 6 月 3 日付けの書簡で X の訴えを拒絶した。その後、
X は、エアコンの修理（エアコン・コンプレッサーの交換）を第三者に
依頼し、同年 8 月 26 日付けの弁護士書簡で、Y に対し、合計 3,506.35
ユーロの修理費用の償還を求めた。X は、本件自動車引き渡された時
点ですでにエアコン・コンプレッサーに欠陥があったと主張している。

原々審（ヴェッツラー区裁判所⁽²⁾）及び原審（リンブルク地方裁判所⁽³⁾）は、
X の請求 —— 修理費用の半額（1,753.17 ユーロ）⁽⁴⁾ 及び訴訟前の弁護士費
用の償還並びに各利息の支払を求める訴え —— を棄却した。そこで、X
が上告した。

2 争点整理

判旨を紹介する前に、本件における争点を整理することとしたい。ここ
では、本稿の検討に必要な限りで、関連するドイツ民法（以下「BGB」
とも表記する。）の規定とともに、ドイツ売買法における瑕疵担保責任制
度の概要を説明する。なお、本件には、2022 年 1 月 1 日施行の改正売買
法ではなく、それ以前の BGB 旧規定の適用がある。本稿の末尾に本件に
関連する BGB の条文を載せているので、適宜参照されたい。

(1) 「瑕疵ある物」の引渡し —— 瑕疵の判断基準

ドイツ民法上、売主は、BGB 第 433 条第 1 項第 2 文に従い、買主に対
し、「瑕疵のない物」を引き渡す義務を負う。売主が瑕疵のある物を引き

(2) AG Wetzlar, Urteil vom 4. 10. 2022 – 30 C 269/22.; BeckRS 2022, 55495.

(3) LG Limburg, Urteil vom 30. 6. 2023 – 3 S 124/22.; BeckRS 2023, 46167.

(4) X は、本件自動車が製造後約 40 年経過しており、古い車両であることから、修理費用
の半額のみを Y に対して請求した。

渡した場合には、買主は、追完請求権、代金減額権、契約解除権又は損害賠償請求権を行使することができる（BGB 第 437 条）。

物の瑕疵の有無を判断する基準は、BGB 第 434 条第 1 項に置かれている。この規定によれば、まず、①目的物の性状に関する当事者の合意に基づいて瑕疵の有無を判断し（第 1 文）、②性状の合意が存しないときは、契約上前提とした使用方法への適合性に基づいて瑕疵の有無を判断する（第 2 文第 1 号）。上記①②の基準は、「主観的瑕疵」の判断基準を示すものである。さらに、この「主観的瑕疵」の判断基準に基づいて瑕疵が認められない場合には、客観的瑕疵の有無が判断される。すなわち、③物が通常の使用方法に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有しているかどうかに基づいて瑕疵の有無が判断される（第 2 文第 2 号）。④この第 2 文第 2 号の性状が備わっているかどうかを判断する際には、売主又は製造者の「公の表示」も考慮される（第 3 文）。

このように、BGB 第 434 条第 1 項では、主観的・客観的瑕疵概念——まず当事者の主観的事実を基礎に瑕疵の有無を判断し（第 1 文及び第 2 文第 1 号）、補充的に客観的基準に基づいて瑕疵の有無を判断する（第 2 文第 2 号及び第 3 文）⁽⁵⁾——が採用されている。

本件では、まず、BGB 第 434 条第 1 項（目的物に関する性状の合意）に基づいて、本件自動車に「物の瑕疵」があるといえるかが問題となる。

（2）インターネット上の広告記載と物の瑕疵

次に問題となるのは、本件のようにインターネット上での広告記載——「エアコンは適切に機能する」という記載——がある場合に、このような事実を物の瑕疵の判断にあたってどのように考慮するかである。売主又は製造者が行う「公の表示」（BGB 第 434 条第 1 項第 3 文）には「広

（5） 拙著『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社、2020 年）67 頁も参照。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について
「公の表示」も含まれるため、この広告上の記載と異なる事実は原則として物の瑕疵を基礎づけることとなる（BGB 第 434 条第 1 項第 2 文の客観的瑕疵）。ただし、ここで留意が必要であるのは、この「公の表示」を基礎に当事者間で物の特定の性状（品質等）が契約上合意された場合には、BGB 第 434 条第 1 項第 1 文の主観的瑕疵に関する規定が適用される点である⁽⁶⁾。したがって、BGB 第 434 条第 1 項第 3 文の規定（物の「客観的瑕疵」を定める規定）が適用されるのは、買主が売主又は製造者の「公の表示」（広告や販売説明書）を信頼して目的物の購入を決定したけれども、実際の契約交渉の中では売主も買主もその内容を合意したり、特定の使用目的を契約上前提としていない場合である⁽⁷⁾。

従来の BGH 判例⁽⁸⁾によれば、引き渡された物が「公の表示」と異なることを理由に当該物の「客観的瑕疵」が認められる場合において、当事者間で物の瑕疵に対する売主の免責特約が結ばれているときは、この特約の効力が優先し、売主は瑕疵担保責任を免れる。これに対し、引き渡された物が「公の表示」と異なることを理由に当該物の「主観的瑕疵」が認められる場合には、売主は、当該免責特約の効力を援用することができないとされている。

本件では、Y による広告表示（「エアコンは適切に機能する」）と異なり、X が購入した本件自動車のエアコンは適切に機能しなかった。この場合に、本件自動車に「客観的瑕疵」があるといえるのか、それとも「主観的瑕疵」があるといえるのかどうか売主の責任の判断にあたって重要な問題となる。

(6) 拙著・前掲注(5) 123 頁も参照。

(7) 拙著・前掲注(5) 123 頁も参照。

(8) BGH, Urteil vom 22. 4. 2016 - V ZR 23/15.=NJW 2017, 150 f (Rn. 12).; BGH, Urteil vom 27. 9. 2017 - VIII ZR 271/16.=NJW 2018, 146 を参照。また、拙著・前掲注(5) 128 頁も参照。

(3) 買主の権利 —— 修理費用の賠償請求

① 前提要件としての「追完のための期間設定」

仮に、本件において、売主の免責が認められず、買主が売主に対して瑕疵担保法上の責任を追及することができる場合、買主は、BGB 第 437 条に基づいて、追完請求権、代金減額権、損害賠償請求権又は契約解除権を行使することができる。ドイツ民法上、買主の権利相互の関係について、「追完の優先」の原則が採用されているため、買主は、原則として、まず、追完のための期間を設定しなければならない。この期間を徒過した場合に限り、買主は、売主に対して、代金減額権、損害賠償請求権又は契約解除権という二次的権利を行使することができる。本件において、X は、本件自動車の修理に要した費用の 2 分の 1 の額を損害賠償として Y に請求したが、X のかかる請求が認められるためには、原則として X が Y に対し追完のための期間を設定し、その期間が適法に徒過していなければならない⁽⁹⁾ (BGB 第 281 条第 1 項)。

② 追完期間の設定が不要になる場合

もっとも、BGB 第 281 条第 2 項は、債務者が給付をすることを「真剣にかつ終局的に」拒絶したとき、又は、両当事者の利益を顧慮した上で即時の損害賠償請求権の行使を正当化する特段の事情があるときは、追完のための期間設定を要しないと規定する⁽¹⁰⁾。

本件では、X による本件自動車の瑕疵のクレームに対し、Y がこれを拒絶した。そこで、本件において、BGB 第 281 条第 2 項に基づいて X による追完期間の設定が不要になると評価できるどうか問題となる。

(9) 相当な期間設定の要件について、拙著・前掲注(5) 177-180 頁も参照。

(10) 期間設定が不要となる場合について、拙著・前掲注(5) 180-183 頁も参照。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

3 判旨（上告認容・破棄差戻し）

(1) 「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係

①「性状の合意」（BGB 第 434 条第 1 項第 1 文）

原々審と原審はいずれも、本件自動車のエアコンの機能（「適切に機能する」）につき、契約当事者間で性状の合意があったことを認めた。それゆえ、引き渡された本件自動車には「主観的瑕疵」があるという（BGB 第 434 条第 1 項第 1 文）。本判決もこの判断を是認している。BGH は、次のとおり判示する。

「〔原審が——筆者注〕エアコンの機能に関して当事者が性状の合意を行ったことを前提とした点に法的な誤りはない。むしろ、この判断は、最上級審の判例に沿ったものである。

民事部の確定判例によれば、BGB 旧第 434 条第 1 項第 1 文の意味での性状の合意は、売主が契約上の拘束力をもって購入物の性質の存在を保証し、これによって、この性質の欠缺に対する一切の結果について責任を負う意思を表示することを要件とする（Senatsurteile vom 12. März 2008 – VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517 Rn. 13; vom 29. Juni 2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 35; vom 26. April 2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 13; vom 18. Oktober 2017 – VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150 Rn. 16; vom 20. März 2019 – VIII ZR 213/18, NJW 2019, 1937 Rn. 22 を参照）。BGB 旧第 434 条第 1 項第 1 文に基づいて性状の合意が認められるためには、厳格な要件が立てられる。このような合意は、それが明確な場合にのみ認められる（確定判例。例えば、他の参考文献も含めて、Senatsurteile vom 10. November 2021 – VIII ZR 187/20, BGHZ 232, 1 Rn. 35; vom 21. Juli 2021 – VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 Rn. 61; vom 20. März 2019 – VIII ZR 213/18, aaO を参照）。

個別の事案において性状の合意が肯定されるか否かは、主として事実審裁判官に課された契約解釈の問題である（Senatsurteile vom 10. November 2021 – VIII ZR 187/20, aaO; vom 29. Juni 2016 – VIII ZR 191/15, aaO

Rn. 18; vom 26. April 2017 – VIII ZR 80/16, aaO; vom 27. September 2017 – VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rn. 18)。このことは、当事者がインターネット広告で表示する購入物に関する情報——この情報は、BGB 旧第 434 条第 1 項第 3 文の意味での購入物の性質に関する公の表示とみなされ、民法は、BGB 旧第 434 条第 1 項第 2 文第 2 号により、これを通常の性状として扱っている（Senatsurteil vom 27. September 2017 – VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rn. 24 ff. を参照）——を（黙示的に）契約に含め、これを性状の合意の内容にしたかどうかが問題となる場合にも妥当する（Senatsurteile vom 10. November 2021 – VIII ZR 187/20, aaO; vom 27. September 2017 – VIII ZR 271/16, aaO Rn. 18 f. を参照）。上告審は、個別の表示——本件ではエアコンの機能に関する表示——に対する事実審裁判官の解釈（BGB 第 133 条、第 157 条）が、法律上若しくは一般に承認された解釈準則、推論法則、一般的な経験則に違反していないかどうか、解釈上重要となる資料が看過されていないか、又はその解釈が上告審で批判された手続上の瑕疵に基づくものであるといえるか否かに関して、限定的な範囲でのみ、審査することができる（確定判例。例えば、他の参考文献も含めて、BGH, Urteile vom 17. Januar 2023 – II ZR 76/21, NJW 2023, 1513 Rn. 18; vom 16. November 2022 – VIII ZR 383/20, VersR 2023, 651 Rn. 32; vom 28. September 2022 – VIII ZR 300/21, NJW-RR 2022, 1666 Rn. 14 を参照）。

この原則に基づき、当事者がインターネット広告に記載された『エアコンは適切に機能する』という表示内容を（黙示的に）契約に盛り込み、このようにして、本件自動車が適切に機能するエアコンを搭載しているという趣旨の性状の合意を行ったと原審が判断したことに法的誤りはない。加えて、原審もその判断を是認する区裁判所の判断では、——すでに述べたように——X がエアコンの機能に特に関心を寄せていたこと、Y もそのことを認識していたことをその判断の基礎に置いている。この点にも法的誤りはない⁽¹¹⁾」。

(11) BGH, (Fn. 1), Rn. 29-32 を参照。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

②「瑕疵担保責任排除特約」

そのうえで、原々審及び原審はいずれも、本件自動車のエアコンの機能に関する性状の合意があるからといって、免責特約の効力が否定されるものではないとした。

原審によれば、「書面による売買契約書の明確な文言と、これと同じく明確なインターネット広告上の文言の両方で、この販売は『瑕疵責任を排除した上で』ないし『一切の瑕疵責任を排除して』行われると明記されていた。部品の経年劣化が避けられないこと、また、一部の劣化は使用とは無関係なものであることを考慮すると、この年代の高品質で、かつメンテナンスの行き届いた自動車であっても、修理やオーバーホールの必要性が生ずることは当然に予想されるべきである。このような車両の買主は、通常、エアコン・コンプレッサー等の摩耗や経年劣化が避けられない部品が長期にわたり機能し続けることを期待することはできない。インターネット広告の説明では、エアコンは『適切に機能する』と記載されているため、買主は現状でそれが機能することを期待することはできるが、車両が比較的古い年式であることに鑑みると、その機能が継続することやYがそれを保証することを期待することはできない。Yがインターネット上の説明で『修理とメンテナンス……過去4年間』として詳細に説明する一方で、エアコンの動作については何ら言及していなかったという事実を考慮する必要がある。また、それだけでなく、何よりも重要なのは、Yが売買契約上のみならず、インターネット広告を掲載する際にも、『一切の担保責任を排除して』——すなわち明らかにその効力を全体に及ぼす形で——⁽¹²⁾販売することを明確かつ目立つように強調していたことである」という。

しかし、本判決は、原審によるこのような判断は是認できないとした。BGHは、次のとおり判示する。

「しかしながら、Xが訴えたエアコンの欠陥を理由とする請求は、——

(12) LG Limburg, BeckRS 2023, 46167, Rn. 19.

これに関する性状の合意が存在するにもかかわらず—— 契約上合意された担保責任の排除によって妨げられるとする原審の判断には、根本的な法的誤りがある。

このことは前述した性状の合意のみならず、本件で担保責任の排除——すでに述べたとおり、これを原審の事実認定から明確に推論することはできない——が個別に合意（BGB 第 133 条、第 157 条）された場合にも当てはまる。原審によるこの解釈は——上述したとおり——上告審においては限定的な審査にのみ服する（確定判例。例えば、他の参考文献も含めて、BGH, Urteile vom 17. Januar 2023 – II ZR 76/21, NJW 2023, 1513 Rn. 18; vom 16. November 2022 – VIII ZR 383/20, VersR 2023, 651 Rn. 32; vom 28. September 2022 – VIII ZR 300/21, NJW-RR 2022, 1666 Rn. 14; vom 29. November 2006 – VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Rn. 29 [特に、契約上の担保責任排除の解釈に関する事案]）。そして、Y の見解と異なり、本件では、原審における事実審裁判官の解釈は、この限定的な審査にも耐えられるものでない。すなわち、BGB 旧第 434 条第 1 項第 1 文の意味で性状が合意され、これと同時に物の瑕疵に対する一般的な責任排除が合意されたときは、この一般的な責任排除は、合意された性状の欠缺がみられる場合には適用されず、上記の〔原審における事実審裁判官の〕解釈は、BGB 旧第 434 条第 1 項第 2 文に基づく瑕疵のみに適用されるとする上述した一般的に承認された解釈準則に違反するものである。

原審の見解と異なり、この解釈準則から逸脱した担保責任排除の解釈を認めることはできない。

このことを踏まえると、Y が売買契約書で表示しただけでなく、すでにインターネット広告において直接に『エアコンは適切に機能する』ことを表示した上で『物の瑕疵責任を一切排除して』販売することを表示していたという事情があるとしても、インターネット広告に記載され、黙示的に契約に盛り込まれたエアコンの（適切な）機能に関する表示の部分にまで担保責任の排除の合意の効力が及ぶとする趣旨で理解することは許されない。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

というのは、一方では性状の合意が、他方では物の瑕疵に対する責任の排除が、—— 合理的な買主の視点からみれば —— まさに同時に存在しているわけであるが、担保責任の排除は、BGB 旧第 434 条第 1 項第 2 文に基づく物の瑕疵に限定して解釈される必要があるからである。そのような理解をすることこそ、両当事者の利益に即した解釈の原則を満たすのである。なぜなら、—— すでに述べたように —— そのように解さなければ、性状の合意は —— 売主に故意がある場合を除き（BGB 第 444 条前半部分）—— 買主にとって何の意味も価値もないものになってしまうからである（Senatsurteile vom 29. November 2006 – VIII ZR 92/06, aaO; vom 26. April 2017 – VIII ZR 233/15, aaO; vom 27. September 2017 – VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rn. 23 を参照）。

特に —— 本件のように —— 特定の自動車部品の機能が性状の合意の対象となっている場合には、自動車や当該部品が（かなり）古いことや当該部品が一般的には消耗品であるという事実があっても、それは、同時に合意された一般的な担保責任の排除が性状の合意にも及ぶべきであるとの理解を正当化するものではない。

これと異なる原審の見方は、本来であれば別個の検討が必要となる異なる法的側面を混同したものである。原審が考慮に入れた前述の事情（自動車が古いこと、部品が消耗しやすいこと）は、確かに、一定の事情の下では、中古車のあるべき性状の判断、つまり物の瑕疵の有無を判断する上で重要となる可能性がある。しかし、そのような事情は、一般的な担保責任の排除はどの範囲で認められるか —— とりわけ合意された性状が欠ける場合にもこの責任排除が認められるべきかどうか —— という、それ〔物の瑕疵の有無〕とは区別され、また、本件において予め回答する必要がある問題に対しては何らの影響も及ぼさない。

むしろ、一般的な担保責任の排除が合意されても、それは合意された性状の欠缺がある場合の売主の物の瑕疵責任に影響を与えないという上記の原則は、購入物の種類や特性、さらに性状の合意の内容にかかわらず、適用されるものである。したがって、この原則は、売主が中古車の消耗部品

の機能を約束した場合にも制限なく適用されるものである。なぜなら、そのように解さなければ、—— 売主に故意がある場合を除き（BGB 第 444 条前半部分）—— 性状に関する情報が買主にとって何の意味も価値もなくなってしまうからである。

このことから、本件の場合には、本件自動車の年式と技術的観点からみた場合のその予想耐用年数（原審の見解によれば、この耐用年数はすでに経過している）にかかわらず、また、原審の事実認定に従うと、Y のインターネット広告の表示からエアコンが過去 4 年間にオーバーホールされていなかったことが明らかであるにもかかわらず、エアコンの故障を理由とする X の請求権行使に対して、Y は、担保責任排除の合意を援用することができない⁽¹³⁾というべきである」。

(2) 「危機移転時」における物の瑕疵の存在

BGH は、上記のとおり判示し、瑕疵担保責任排除特約の効力を否定した。そこで、次に、目的物の瑕疵を理由とする X の損害賠償請求権の行使が認められるかどうかが問題となる。

本判決は、まず、本件自動車に「物の瑕疵」があることを確認した⁽¹⁴⁾。しかし、本件では、「危機移転時」に当該瑕疵があったかどうかは原審の事実認定からは明らかにならなかった。原審の立場からすれば、本件は免責特約の有効性が認められる事案であるため、「危険移転時」にエアコンの瑕疵があったかどうかについて判断する必要はなかったのである。しかし、BGH によって原審のこの前提が否定されたため、目的物の瑕疵が「危険

(13) BGH, (Fn. 1), Rn. 33-41 を参照。

(14) BGH, (Fn. 1), Rn. 43（「エアコンが危険移転時にすでにその適切な機能を損なう状態にあった場合には、合意された性状との相違（BGB 旧第 434 条第 1 項第 1 文）があり、物の瑕疵が存在したということになる」）を参照。また、その理由付けについて、Rn. 44-47 も参照（中古車売買の場合には、通常損耗 —— 年式・走行距離・品質等に照らして通常であり、交通の安全を損なわない程度の損耗 —— は、通常は、客観的瑕疵と評価されない。ただし、売買契約の当事者はあるべき性状を自由に合意することができるので、本件のように中古車のエアコンのあるべき機能について当事者が合意した場合においてその機能が損なわれているときは、物の瑕疵があるという）。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について
移転時」に存在していたかどうかは XY 間の法律関係を検討する上で重要な問題となる。本判決は、この点に関する審理を求めて、本件を原審に差し戻した。

(3) 追完期間の設定とそれが不要になる場合

さらに、本判決は、X の損害賠償請求権が認められるか否かにつき、関連する問題を検討する。本判決によれば、本件では、X が Y に対して損害賠償請求権を行使する前提として、X による追完のための期間設定が行われていなかったとされる。しかし他方で、本判決によれば、本件では、このような期間設定が BGB 第 281 条第 2 項の規定（「真剣かつ終局的な履行拒絶」）に基づいて不要であった可能性があるという。この点について、BGH は、次のとおり判示している。

「ここまでの原審の事実認定によれば、本件で争いのある X の損害賠償請求にかかる他の要件が充足されること（も）否定することができない。

確かに、X は、そのクレームをつけた瑕疵を修理工場で除去してもらう前に、—— BGB 第 437 条第 3 項、第 280 条、第 281 条第 1 項に基づき原則として必要となる —— 追完のための期間を Y に対して設定しなかった。というのも、原審の事実認定によると、X は、2021 年 5 月 31 日付けの電子メールで、Y に対し、エアコンに瑕疵があることを伝え、『問題解決のための納得のいく提案』を求めたとされている。しかし、このことは、追完のための適切な期間を設定するための要件を満たすものではないからである（この点について、他の参考文献も含めて、Senatsurteile vom 18. März 2015 – VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 Rn. 11; vom 26. August 2020 – VIII ZR 351/19, BGHZ 227, 15 Rn. 46 を参照）。

しかし、このような期間設定は、Y による真剣かつ終局的な履行拒絶があったことを理由に（BGB 第 281 条第 2 項）、本件では不要であった可能性がある。というのも、原審が言及する 2021 年 6 月 3 日付けの Y からの電子メールにおいて、Y は、X による請求を一切拒絶し、2021 年 5 月

31 日付けの X からの前述の電子メールに対して『要するにそれは強要だ』と返答し、その上で『本件は完全に終了したと考えている』と伝えて⁽¹⁵⁾いるからである』。

仮に、本判決が述べるように、本件において、本件自動車の瑕疵が肯定され、かつ、X の追完期間の設定が不要であるとする、Y による追完拒絶は違法となり、Y が損害賠償責任を負う可能性が生じる。BGH は、最後に、この点について述べている。

「上記の原則に従って物の瑕疵が肯定され、かつ、上述した理由により期間設定が不要となる場合には、BGB 第 280 条第 1 項第 2 文、第 276 条の意味での Y の帰責性も存在するといえる。Y が物の瑕疵のない本件自動車を X に引き渡さなかったという点に義務違反が認められる可能性があるが (BGB 第 433 条第 1 項第 2 文)、ここでは、それが Y の責めに帰すべき事由によるものであったかどうかは判断する必要がある。というのも、そのこととは別に、いずれにせよ、Y は、追完拒絶に起因する義務違反について責任を負うべきであるからである (Senatsurteile vom 29. April 2015 – VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 12; vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 11 f. ⁽¹⁶⁾を参照)」。

本判決は、上記のとおり判示し、結論として原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。⁽¹⁷⁾

(15) BGH, (Fn. 1), Rn. 50-52 を参照。

(16) BGH, (Fn. 1), Rn. 53 を参照。

(17) BGH, (Fn. 1), Rn. 54 を参照。

Ⅲ 検討

1 問題の所在

本件では、まず、売買目的物の「物の瑕疵」—— 本件自動車のエアコンの機能に関する瑕疵 —— の有無が争われている。また、本件では、特に、インターネット広告における記載に基づいて当事者がエアコンの機能に関する「性状の合意」を行ったと評価できるかどうかが問題となっている。本判決は、従来の判例が示す基準に基づいて、当事者間における「性状の合意」の成立を認めた。BGH の確定判例によれば、「性状の合意」(BGB 旧第 434 条第 1 項第 1 文) は、売主が契約上拘束力のある方法で購入物の性質の存在を保証し、これによって、この性質の欠缺がもたらす一切の結果について責任を負う意思を表示した場合に認められる⁽¹⁸⁾。そして、BGH によれば、性状の合意 (BGB 第 434 条第 1 項第 1 文) には「厳格な要件」が立てられる。すなわち、当該合意はそれが「明確な場合」にのみ認められる⁽¹⁹⁾。個別の事案において性状の合意が認められるか否かは、主として事実審裁判官が判断する契約解釈の問題となる。上告審では、法律上

(18) リーディング・ケースとして、2008 年 3 月 12 日 BGH 民事第 8 部判決 (BGH, Urteil vom 12. 3. 2008 - VIII ZR 253/05.=NJW 2008, 1517, Rn. 13 を参照 (中古車売買において、売主 (自動車会社) が買主に対して「自動車の前所有者によると、事故による損傷は存しない」と説明した場合に、それだけでは「性状の合意」は認められないとされた事例である。本判決について、拙著・前掲注(5) 95-96 頁も参照)。その他、本判決が引用する関連判例として、BGH, Urteil vom 29. 6. 2016 - VIII ZR 191/15.=NJW 2016, 3015, Rn. 35 [同書 115 頁]; BGH, Urteil vom 26. 4. 2017 - VIII ZR 80/16.=NJW 2017, 2817, Rn. 13 [同書 104 頁]; BGH, Urteil vom 18. 10. 2017 - VIII ZR 32/16.=NJW 2018, 150, Rn. 16 [同書 116-117 頁]; BGH, Urteil vom 20. 3. 2019 - VIII ZR 213/18.=NJW 2019, 1937, Rn. 22 [同書 105 頁] も参照。

(19) BGB 第 434 条第 1 項第 1 文の「性状の合意」は、新債務法の下では、「疑わしい場合」にはもはや認められず、それが「明確な場合」にのみ認められるとした判例 (BGH, Urteil vom 10. 11. 2021 - VIII ZR 187/20.=BGHZ 232, 1, Rn. 35) を参照。その他、BGH, Urteil vom 21. 7. 2021 - VIII ZR 254/20.=BGHZ 230, 296, Rn. 61 (本判決について、拙稿「フォルクスワーゲン排ガス不正事件とドイツ売買法(1) —— 2021 年 7 月 21 日 BGH 民事第 8 部判決の検討 ——」産大法学 56 巻 1 号 (2022 年) 121 頁以下を参照) 及び BGH, Urteil vom 20. 3. 2019 - VIII ZR 213/18.=NJW 2019, 1937, Rn. 22 (拙著・前掲注(5) 105 頁) も参照。

(20) BGHZ 232, 1, Rn. 35; BGH, NJW 2016, 3015, Rn. 18; BGH, NJW 2017, 2817, Rn. 13; BGH, 〃

若しくは一般に承認された解釈準則、推論法則、一般的な経験則に違反していないかどうか、解釈上重要となる資料が看過されていないか、又はその解釈が手続上の瑕疵に基づくものであるといえるか否かに関して、限定的な範囲でのみ、事実審裁判官による解釈（BGB 第 133 条、第 157 条）の妥当性を審査することができる。⁽²¹⁾ この一連の判例準則に従って、本判決は、本件自動車の瑕疵（エアコンの機能不全）を認定した原審の判断を是認している。

そこで、次に問題となるのが、性状の合意がある場合における「瑕疵担保責任排除特約」の効力である。売主が引き渡した目的物に「客観的瑕疵」（BGB 旧第 434 条第 1 項第 2 文第 2 号又は同条項第 3 文）がある場合には、当事者が事前に免責特約を結んでいれば、売主は、同特約に基づいてその責任を免れる。これに対し、「性状の合意」（BGB 旧第 434 条第 1 項第 1 文）がある場合に免責特約の効力を認めてよいかが問題となる。従来の判例は、性状の合意がある場合については免責特約の効力を否定していた。すなわち、BGH の確定判例によると、BGB 旧第 434 条第 1 項第 1 文の意味での性状が（明示的又は黙示的に）合意された場合には、これと同時に合意された一般的な物の瑕疵責任の排除に関する合意は、その効力を有しないものと解されていた。⁽²²⁾ その理由について、BGH は、「このように解さなければ、担保責任の排除と並んでこれと同じくらい重要性をもつ性状の合意が、買主にとって——売主に故意がある場合を除き——何の意味も価値もなくなってしまう」ことを挙げていた。本判決も従来の判例と同様の判断を示している。⁽²⁴⁾

↘ Urteil vom 27. 9. 2017 - VIII ZR 271/16.=NJW 2018, 146, Rn. 18 を参照。

(21) BGH, Urteil vom 17. 1. 2023 - II ZR 76/21.=NJW 2023, 1513, Rn. 18 などを参照。

(22) BGH, (Fn. 1), Rn. 23; リーディング・ケースとして、BGH, Urteil vom 29. 11. 2006 - VIII ZR 92/06.=BGHZ 170, 86.=NJW 2007, 1346, Rn. 31（本判決について、拙著・前掲注（5）93-95 頁）を参照。

(23) BGHZ 170, 86.=NJW 2007, 1346, Rn. 31.; BGH, Urteil vom 26. 4. 2017 - VIII ZR 233/15.=NJW 2017, 3292, Rn. 22.; BGH, NJW 2018, 146, Rn. 23 を参照。

(24) BGH, (Fn. 1), Rn. 40 を参照。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

このようにみると、本件において、BGH は、「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係をめぐる問題について、先例に従った判断を行っており、特に新たな判断を示しているわけではない。もっとも、従来の BGH 判例の考え方をその判断の基礎に置く原判決が、本件自動車が約 40 年程度経過した自動車であり、自動車部品の経年劣化は避けられないものであることから、X が修理やオーバーホールの必要性を常に予見しなければならなかったことを理由に、また、「何よりも重要」なこととして、売買契約書のみならずインターネット広告においても「瑕疵担保責任排除特約」が明確かつ目立つように強調して表示されていたことを理由に、その特約の効力を認めたのに対し、本判決は、たとえそのような事情があったとしても、特約の効力が認められるものではないとした。中古車売買において部品等の経年劣化が避けられず、かつ、当事者間で明確に「瑕疵担保責任排除特約」が合意された本件においても、当事者が目的物の品質について性状の合意をしている以上は免責特約の効力は認められないことを明らかにした点に本判決の特徴がある。

2 「危険移転時」における物の瑕疵の存在

本判決は、「瑕疵担保責任排除特約」の効力を否定した上で、目的物の瑕疵を理由とする X の損害賠償請求権について検討している。本判決はまず、本件自動車に「物の瑕疵」があることを確認する。⁽²⁵⁾ そのうえで、X の権利行使が認められるためには、その物の瑕疵が「危険移転時」に存在しなければならないとする（BGB 旧第 434 条第 1 項）。しかし、本件では、「危険移転時」に当該瑕疵があったかどうかは原審の事実認定からは明らかにならなかった。そこで、本判決は、この点に関する審理を求めて、本件を原審に差し戻した。

(25) BGH, (Fn. 1), Rn. 43 を参照。

3 追完期間の設定とそれが不要になる場合

本件の主たる争点は、「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」の關係性に関わるものである。したがって、それ以外の点は、基本的には、判決上重要な理由づけが示されているとはいえない傍論部分である。しかし、本判決には、この傍論部分にも興味深い判断が示されている。すなわち、本判決は、「追完期間の設定」と「それが不要になる場合」の要件について詳細に判示する。

一般に、買主が売主に対して物の瑕疵を理由に「代金減額権」や「損害賠償請求権」、「契約解除権」という二次的権利を行使する場合には、その前提として、売主に対し、追完のための期間を設定し、その期間を徒過することが要件となる（「追完の優先」の原則）。したがって、本件でも、XがYに対して修理費用の賠償を求める場合には、原則として、事前の追完期間の設定が必要となる。ここで、本件において、Xが事前の追完期間を設定したといえるかどうかが問題となる。本判決は、2021年5月31日にXがYに対して電子メールでエアコンの瑕疵を伝えたとともに、「問題解決のための納得のいく提案」を示してほしい旨を述べたことは追完のための期間を設定する要件を充足するものではないと判断した。従来、追完のための「期間設定」に関しては、それが短すぎたり、あるいは、それが曖昧である場合でも、直ちにその有効性を否定することはせず、柔軟な解釈を行うのが判例の立場であった（買主が瑕疵を「即座に」除去するように求めた場合に追完期間の設定があるとした事例⁽²⁶⁾）。これに対し、本判決は、本件の具体的事情の下で、買主による追完期間の設定を否定した。「問題解決のための納得のいく提案」を示してほしい旨を述べることは追完請求の意思を表示するものとはいえるが、それだけではいまだ追完のための「期間設定」がされたとはいえないと判断されたものと解される。

(26) BGH, NJW 2009, 3153（本判決について、拙著・前掲注(5) 178頁も参照）。; 本判決を確認するものとして、BGH, Urteil vom 13. 7. 2016 – VIII ZR 49/15. = NJW 2016, 3654 f. (Rn. 25) がある。2016年7月13日BGH判決を中心とする判例の分析として、田中宏治「ドイツ新債務法における催告の期間設定」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、2019年）227頁以下（同『ドイツ売買論集』（信山社、2021年）309頁以下）も参照。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

このことを前提に、本判決は、次に、追完期間の設定が不要となる「真剣かつ終局的な履行拒絶」の要件について判断を行う。上記のとおり、本判決は、X による追完期間の設定を否定した。しかし他方で、本判決によれば、本件ではこのような追完期間の設定が BGB 第 281 条第 2 項の規定（「真剣かつ終局的な履行拒絶」）に基づいて不要であった可能性があるという。⁽²⁷⁾ 本判決は、その理由について、2021 年 6 月 3 日付けの電子メールにおいて、Y が、X による請求を一切拒絶したこと、また、2021 年 5 月 31 日付けの X からの電子メールに対して Y が「それは強要だ」などと返答し、「本件は完全に終了したと考えている」と伝えている事実を挙げている。従来の判例は、「真剣かつ終局的な履行拒絶」の要件について、これを厳格に解していた。すなわち、判例は、「終局的な履行拒絶は、債務者がみずからの契約上の義務を履行しないことを明示している場合に限り認められる」とし、これに対し「瑕疵を争っただけでは、終局的な追完拒絶があったと認めることはできない」との立場をとっていた。⁽²⁸⁾ 判例がこのような厳格な考え方をとるのは、「債務者の訴訟手続上の権利」を保障するためである。本件では、X の権利行使に対し、Y は、X による請求を一切拒絶し、また、X の請求に対してそれは「強要」であるなどとして非難する態度を示し、さらに X に対して「本件は完全に終了した」と述べたとされている。いかなる場合に「真剣かつ終局的な履行拒絶」の要件が充足されるかについて 1 つの具体例を示した点に本判決の意義がある。

IV 日本法への示唆

以上の検討を踏まえて、本稿の最後に、本判決が日本法との関係でどのような意義を有するかについて検討したい。

(27) BGH, (Fn. 1), Rn. 52 を参照。

(28) BGH, Urteil vom 21. 12. 2005 – VIII ZR 49/05, = NJW 2006, 1195 を参照。本判決について、拙著・前掲注(5) 181 頁も参照。

1 「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

(1) 本判決の考え方

本件の主たる争点は、「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係にかかわる。売買の契約当事者が目的物の性状（品質等）について合意し、かつ、これと同時に、売主の瑕疵担保責任を排除する旨の特約を結んだ場合において、実際に引き渡された目的物の性状に瑕疵があるときに、売主は、この特約の効力を主張し、自己の責任を免れることができるか。この問題について、本判決は、従来の確定判例に従いつつ、免責の効力を否定した。本判決がこうに解する理由は、特約に基づく売主の免責を認めると、性状の合意をしたことが買主にとって「何の意味も価値もなくなってしまう」という点にある。本判決の理由づけには説得力があり、（明示的又は黙示的な）性状の合意がある場合に免責特約の効力を否定することには合理的理由がある。また、本判決が示すところではないが、売主がみずから引き渡すべき目的物の性状（品質等）を買主との間で合意しておきながら、他方でその合意内容に満たない物を引き渡した場合に免責を主張するのは一種の矛盾行為であるとも解される。わが国においてもドイツの判例と同様に、目的物について客観的瑕疵が認められる場合と異なり、主観的瑕疵が認められる場合には、原則として免責特約の効力は生じないと解するのが妥当である。

(2) 本判決と瑕疵（契約不適合）の判断基準に関するわが国の判例

もっとも、上記のように、「性状の合意」（主観的瑕疵）と「瑕疵担保責任排除特約」の関係について後者の効力を認めない考え方を採用すると、わが国において1つの解決困難な問題が生じる可能性がある。

改正前民法（2017年5月に成立した「民法の一部を改正する法律」より前のもの。）の「瑕疵」概念に関する規範的判断の方法を示した最三判平22・6・1（ふっ素土壌汚染事件判決⁽²⁹⁾）は、主観的瑕疵概念と客観的瑕

(29) 民集64巻4号953頁。本判決について、榎本光宏・最高裁判所判例解説民事篇平成22ノ

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について
疵概念が相互補完的なものであることを前提とした上で、「取引通念」などの客観的・規範的要素を斟酌しつつ、最終的に「契約上の合意」や「契約目的」を基準に目的物が有すべき品質等を確定するという「瑕疵」の判断基準を示すものであった。この判決は、改正前民法第 570 条にいう「瑕疵」の意義につき、具体的な契約を離れて抽象的に捉えるのではなく、契約当事者の合意、契約の趣旨に照らし、通常のまたは特別に予定されていた品質・性能を欠く場合をいうものと解することを明らかにした判決と評されている（なお、改正後民法の「契約不適合」の判断にあたっても、最三判平 22・6・1 の考え方が妥当すると解するのが一般的である）。学説において「主観説」⁽³⁰⁾と呼ばれる最高裁の考え方によれば、瑕疵（契約不適合）が認められる場合というのは、契約当事者の合意ないし契約の趣旨に照らして主観的に瑕疵（契約不適合）のある物が引き渡されている場合に該当する。それでは、最高裁の考え方に基づき、目的物の瑕疵（契約不適合）があると判断された場合において、同時に、契約上合意された免責特約があるときは、この特約の効力をどのように解すべきことになるだろうか。主観説の考え方の下で、引き渡された物に主観的瑕疵（主観的契約不適合）があると解するのであれば、ドイツ判例の考え方を前提とする限り、免責特約の効力は——原則としてすべての場合に——否定されるべきことになる。しかし、このような考え方は、いうまでもなく、現在の実務⁽³²⁾

ㄨ 年度（上）346 頁を参照。また、他の参考文献も含めて、田中洋「売買における目的物の契約不適合と契約の解釈」民商法雑誌 160 巻 1 号（2024 年）43 頁以下（改正前民法のもとでの「瑕疵」に関する判例等を手がかりとして、改正民法のもとでの「目的物の契約不適合の判断構造」を明らかにすることを試みるとともに、そうした目的物の契約不適合の判断において、「契約の解釈に関する準則（中間試案 3 準則）」がどのように機能するのかを検討する）も参照。

(30) 榎本・前掲注(29) 346 頁などを参照。

(31) 内田貴『民法Ⅱ〔第 3 版〕』（東京大学出版会、2011 年）135 頁を参照。また、瀬川信久『「瑕疵」の判断基準について——瑕疵担保論争から債権法改正後へ——』高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代』（有斐閣、2015 年）661 頁（「最高裁は、瑕疵判断を契約解釈の問題ととらえる主観説にありうる複数の契約解釈の 1 つを採っている」）も参照。

(32) 売買契約において引き渡された目的物の瑕疵と免責特約との関係が問題となるものとして、いわゆる「現状有姿特約」の問題がある。「現状有姿特約」とは、主に、中古の目的物

と相容れず、また、バランスのとれたものであるとは言い難い。そこで、仮にドイツ判例の考え方がわが国でも参考になると考える場合には、最三判平 22・6・1（ふっ素土壌汚染事件判決）で示された瑕疵（契約不適合）の判断基準——主観説——の下でなぜ免責特約の効力を認めることができるのかという問題が生じることとなる。本稿では問題点の指摘にとどめるが、この問題について、今後より具体的に検討することとしたい。

2 追完制度の比較——ドイツ法と日本法——

(1) 「追完期間の設定」と「履行の追完の催告」

売主が瑕疵ある物（契約に適合しない物）を引き渡した場合、買主は、追完請求権、代金減額（請求）権、損害賠償請求権又は契約解除権を行使することができる（日民第 562 条以下、BGB 第 437 条以下）。買主の権利の相互関係について、基本的には、日本法もドイツ法も、「追完の優先」の原則を採用している。しかし、「損害賠償請求権」については、両国の法制度の間に差異がみられる。

すなわち、一方で、ドイツ法では、買主が売主に対して物の瑕疵を理由に損害賠償請求権を行使する場合には、その前提として、売主に対し、追完のための期間を設定し、この期間を徒過することが要件となる（BGB 第 281 条第 1 項）。本件では、買主が売主に対して瑕疵ある自動車の修理費用の賠償を求めており、買主のこの請求が認められるためには、原則として、事前の追完期間の設定が必要となる。そして、本件では、結論として、買主の追完期間の設定がされていないと判断された。本判決によれば、

ㄨ 物（中古建物や中古自動車等）について、その物を現状のまま引き渡す旨の当事者の取決めをいう。実務上、特に、中古住宅の売買でよく利用される。たとえ中古の物（住宅）であっても、通常の品質を満たさない物（雨漏りなどがある住宅）が引き渡された場合には、売主の契約不適合責任が問題となるところ、現状有姿特約とともに「瑕疵担保責任（契約不適合責任）排除特約」が締結されている場合には売主の免責が認められるとするのが裁判所の判断の傾向であるとされている（熊谷則一「不動産売買における瑕疵担保責任に関する民法改正の影響」土地総合研究 2015 年秋号（2015 年）34-35 頁などを参照）。現状有姿での引渡しとする旨の特約が結ばれている事案の分析も含めて、秋山靖浩「中古建物の『瑕疵』の判断に関する一考察——経年による変化ないし劣化は『瑕疵』に当たるか？——」Law&Practice9 号（2015 年）161 頁以下も参照。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について
買主が売主に対し目的物の瑕疵を伝えるとともに、「問題解決のための納得のいく提案」を示してほしい旨を述べただけでは、追完のための期間を設定する要件は充足されないと判断された。したがって、本件では、買主は、原則として、損害賠償請求権を行使することができない。

これに対し、日本法では —— 解釈上の争いはあるものの —— 買主の「損害賠償請求権」については履行の追完の催告は要件とされないと解するのが一般的な理解⁽³³⁾である。したがって、本件のような事案について、日本法の下では、買主は、原則として、直ちに売主に対して損害賠償（本件では自動車修理代の半額の賠償）を求めることができるものと解される。

(2) 「追完期間の設定」ないし「履行の追完の催告」が不要になる場合

本件では、買主が追完期間を設定することなく、売主に対して損害賠償を請求できるかどうかが問題となった。本件では、買主からの瑕疵の主張に対して、売主が買主の請求を拒絶し、また、買主の要求は「強要」であるなどとして非難する態度を示した上で「本件は完全に終了した」と述べている事実があった。このような場合に、本判決は、売主による「真剣かつ終局的な履行拒絶」（BGB 第 281 条第 2 項）があったものとして、追完期間の設定は不要となると解した。この本判決の判断は、「真剣かつ終局的な履行拒絶」の要件の具体的な解釈を示したものとして、日本法の下でも参考になると思われる。例えば、わが国では、買主の救済手段である「代金減額請求権」（日民第 563 条）について「追完の優先」の原則が認められる一方で、売主が「履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき」は、買主は、履行の追完の催告をすることなく、直ちに代金の減額の請求をすることができるとされている（日民第 563 条第 2 項第 2 号。また、同趣旨の規定として、解除に関する日民 564 条及び同第 542 条第 1 項第 2 号も参照）。売主による「明確な追完拒絶の意思表示」の要件に関して裁

(33) 立案担当者の見解として、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 年）76 頁、280 頁、341 頁を参照。異なる見解も含めて、拙著・前掲注(5) 26-27 頁も参照。

判例の蓄積がないわが国において、ドイツの判例を参照することには比較法の観点から一定の意義があるものと考えられる。

V むすびに代えて

本稿では、売主の瑕疵担保責任にかかわる近時の BGH 判決を素材として、同判決を分析し、その意義を明らかにすることを試みた。ドイツでは、「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」の関係をめぐる問題について、その両方が合意された場合に「瑕疵担保責任排除特約」の効力を認めないとする判例法理が確立している。本稿は、これと同様の問題が日本法の下でも生じる可能性があることを指摘した。また、この問題に関連して、ドイツ判例の考え方を前提とすると、最三判平 22・6・1（ふっ素土壌汚染事件判決）で示された瑕疵（契約不適合）の判断基準——主観説——の下でなぜ免責特約の効力を認めることができるのかという基本的な問題が生じることを指摘した。さらに、本稿では、本判決を素材に、日本とドイツの追完制度について若干の比較検討を試みた。買主の権利の1つである「損害賠償請求権」に関して、両国の法制度にはその行使要件に違いがみられる。そのため、同一の事案を前提に検討した場合でも、両国の関連する規定を適用した結果、結論において相違が生じることが明らかになった。また、本稿では、「履行の追完の催告」が「不要」となることを定めた規定（日民第 563 条第 2 項第 2 号及び第 542 条第 1 項第 2 号）を解釈適用する上で、ドイツの裁判実務の考え方が 1 つの参考となることを示した。本稿が今後の議論の一助となれば幸いである。

【参照条文】

【BGB 第 133 条】（意思表示の解釈）

意思表示を解釈する際には、表現の文字通りの意味ではなく、実際の意思を探究するものとする。

売買目的物の「性状の合意」と「瑕疵担保責任排除特約」との関係について

【BGB 第 157 条】（契約の解釈）

契約は、取引通念を顧慮した信義誠実に従って解釈されるものとする。

【BGB 第 281 条】（未履行又は不完全履行を理由とする履行に代わる損害賠償）

(1) 債務者が弁済期にある給付を履行せず、又は不完全な履行をした場合において、債権者が債務者に対して履行又は追完のための相当期間を設定し、これを徒過したときは、債権者は、第 280 条第 1 項の要件の下で、履行に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が一部の履行をしたときは、債権者が一部の履行では利益を有しない場合に限り、債権者は、全部の履行に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が不完全な履行をした場合において、義務違反が重大でないときは、債権者は、全部の履行に代わる損害賠償を請求することはできない。

(2) 債務者がその履行を真剣にかつ終局的に拒絶したとき、又は両当事者の利益を顧慮した上で即時の損害賠償請求権の行使を正当化する特段の事情があるときは、期間の設定は、不要とする。

(3)–(5)（略）

【BGB 第 433 条】（売買契約における典型的な契約上の義務）

(1) 物の売主は、売買契約によって、買主に物を移転し、物の所有権を取得させる義務を負う。売主は、買主に対し、物及び権利の瑕疵のない物を提供するものとする。

(2)（略）

【BGB 第 434 条】（物の瑕疵）

(1) 物が危険移転時に合意した性状を有するときは、その物には物の瑕疵がないものとする。性状につき合意のない限り、次の各号に掲げる場合には、その物に瑕疵がないものとする。

1. 物が契約上前提とした使用に適するとき。

2. 物が通常の使用に適し、かつ、同種の物につき普通であり、買主がその物の種類から期待できる性状を有するとき。

物の特定の性質に関する、売主、製造者（製造物責任法第4条第1項及び第2項）又はその補助者による公の表示に基づき、特に広告又はラベル表示に基づいて買主が期待できる性質も、前文第2号の性状に含まれる。ただし、売主がその表示を知らず、かつ、知ることを要しなかったとき、その表示が契約締結時に同等の方法により訂正されていたとき、又はその表示が購入決定に影響を及ぼし得なかったときは、この限りでない。

(2)-(3) (略)

【BGB 第 437 条】（瑕疵がある場合の買主の権利）

物に瑕疵がある場合において、別段の定めがないときは、買主は、次の各号に定める規定の要件のもとで権利を行使することができる。

1. 第 439 条に基づく追完請求権
2. 第 440 条、第 323 条及び第 326 条第 5 項に基づく契約の解除権又は第 441 条に基づく売買代金の減額権
3. 第 440 条、第 280 条、第 281 条、第 283 条及び第 311a 条に基づく損害賠償請求権又は第 284 条に基づく無駄になった費用の賠償請求権

【BGB 第 444 条】（責任の排除）

売主は、瑕疵を故意に秘匿したとき、又は物の性状について保証を引き受けたときは、瑕疵を理由とする買主の権利を排除し、又は制限する合意を援用することができない。