

性質保証の証明責任

渡 邊 拓

一 問題の所在

現在、日本の債権法の改正の議論が徐々に進んでいる。その中でも、債務不履行責任の帰責事由についてどのような定めを置くのかという点については、従来からの判例の「債務者の故意・過失および信義則上それと同視しうる事由」という定式と、それに対する近時の結果債務・手段債務二分論を用いた新たな見解¹⁾をめぐる議論とも相まって、重要な論点として議論されている。その方向性としては、「積極的に帰責事由が規定されるという方向よりも、どのような場合は、損害賠償責任を負わないのか、というかたち（免責事由の規定）で条文化が考えられるべきである」²⁾とされており、具体的には、「不可抗力または偶発的な事故を免責事由として位置づけ、しかも、その存在を債務者側に主張・立証させる」という方向で議論がすすんでいる³⁾。さらに「『債務には、結果の実現保証がされている場合（いわゆる結果債務）と、債務者の合理的な努力が債務内容となっている場合（いわゆる手段債務）とがある』ということも、なんらかの形で規定しておくことに意味がある」との提案もなされている⁴⁾。

このような、近時の有力な流れに対しては、ドイツ法における「性質保証（Zusicherung）」ないし「損害担保（Garantie）」という概念を手がかりとして、

日本法においても、保証を債務不履行責任における帰責事由の一つとして位置づけようとする立場がある。

円谷教授は、売主が売買目的物の性質について保証をしたならば、明示、黙示の損害担保契約が成立していると認定することができる場合以外でも、「保証された性質を有する売買目的物を履行することができないことをもって、415条所定の「債務の本旨」によらないものと理解し、保証をしたことをもって、同条所定の「責めに帰すべき事由」と理解することができる」とされる⁵⁾。渡辺達徳教授もウィーン動産売買条約との比較検討から、「従来、過失責任原理の支配領域として一括りにされてきた問題群の中に、契約締結時の保証・損害担保の約束を帰責根拠として再構成されるべきものが含まれているのではないかと述べる⁶⁾。笠井教授はさらに、「従来の帰責事由イコール故意・過失という図式を脱して、保証の要素を帰責事由の中に盛り込むのであれば、改めて、帰責事由が過失責任と保証責任とに尽きるものか、契約責任はさらに多様な帰責要素を持ちうるものかについても、不法行為法における議論と同様に、自覚的な検討が求められる」と述べて、債務不履行責任の帰責事由は故意・過失、保証だけでなくさらに多様なものがあり得ることを示唆する⁷⁾。

しかし、このように、いわゆる性質保証ないし損害担保を帰責事由の一つとして位置づけ得るとするならば、その証明責任の所在の検討が必要となると思われる。すなわち、従来の債務不履行責任の帰責事由と平行に位置づけ債務者の側に主張立証責任を負わせるのか、それとも性質保証ないし損害担保の場合には別途証明責任の分配を検討すべきなのか、議論する必要がある⁸⁾。

そこで、本稿では、性質保証ないし損害担保を債務不履行責任の帰責事由の一つとして位置づけることが可能であることを前提とした上で⁹⁾、その証明責任の問題を明らかにするために、性質保証の母法であるドイツ法ならびに旧ドイツ民法典と同様に性質保証についての明文の規定を有しているスイス債務法において、その証明責任について、どのような議論があったのかを参考にして、日本法におけるこの問題の検討の手がかりを得たい。

二 ドイツ法

1. 旧BGBにおける性質保証責任

ドイツにおける性質保証責任は、一般給付障碍法からは独立した特別な瑕疵担保責任の一つとして規定されており、特定物売買については、ドイツ旧民法典（以下旧BGBと略記）の459条2項、463条1文に定められていた。459条2項では、売主によって保証された性質が危険移転時に存在してしていない場合には、買主に解除あるいは代金減額請求権が与えられていた。さらに463条1文では、危険移転時だけでなく、売買契約締結時にも保証された性質が欠けている場合には、買主は解除あるいは代金減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができると定められていた¹⁰⁾。

2. 性質保証の証明責任について

(1) 要件事実

旧BGBにおける瑕疵担保責任の要件事実は次のように考えられていた¹¹⁾。

- ① 売買契約の締結
- ② 必要ならば性質の保証
- ③ 危険移転時に目的物に瑕疵（もしくは保証された性質）が存していたこと
- ④ 必要ならば売主の側の悪意の黙秘

以上の要件事実のうち、性質保証に関するものは②と③である。それゆえ、性質保証の証明責任については②と③の二つの要件事実を区別してその証明責任を検討する必要がある¹²⁾。

Ⓐ 性質保証自体が「真偽不明」である。すなわち、契約締結の際に特定の性質が保証されたかどうかの問題となる場合。

Ⓑ 保証された（こと自体については争いがない）性質の存在の事実が「真偽不明」である。すなわち、売主によって給付された目的物が保証された性質を有しているかどうかという事実が争われている場合。

以下では、これら二つ要件事実の区別に留意しつつ、旧BGBの直接の淵源である後期普通法にまで遡り、性質保証の証明責任を巡る判例・学説の議論を辿ることからこの問題を探ることにしたい。

3. 後期普通法

(1) 学説

ヴィントシャイトの見解

ヴィントシャイトはパンデクテンの教科書において一般論として、「被告に対してなされた給付の性質について被告が提起する抗弁が、原告の義務の履行の否認というよりも、むしろ、そこから新たな請求権が生じる事実の主張、を含む場合には、常に被告が証明責任を負う」と述べ¹³⁾、注の7で、その具体例として、「特定物の買主が、彼に対して約束された性質を売買目的物が欠いていることについて抗弁を申し立てる場合」を挙げる。そして、その場合、売主は「その個体が本当は有していない性質を有している」ということを約束しており、その場合には、「この約束は不能な事柄に向けられており、この約束は、売買目的物が示された性質を有していなかった場合についての損害賠償の約束と解される」として、⑤の問題については、買主側に証明責任を課す¹⁴⁾。

ブルックの見解

⑤の問題についてブルックは、「手続法において売買目的物の性質の証明は誰に課されるのか」という命題を立て、①履行が問題となる場合には、a)「買主が売買目的物の受領を拒絶した場合には、（契約もしくは法律の本旨に従った性質）の証明は、買主が原告であれ被告であれ、常に売主に課せられる」とし、b)「買主が売買目的物を適法に受領した場合には、買主が被告であれ原告であれ、常に買主が（瑕疵を帯びていること）を証明しなければならない」とする。これに対して、②不履行の結果のみが問題となる場合には、「常に買主が証明しなければならない（売買目的物が既に受領されているかどうかは問

題とならない)」とする¹⁵⁾。

テールの見解

テールは商法の教科書において、受領可能性が争われている場合における⑥の問題の証明責任について、「種類物売買の場合には、訴えを提起した売主は、約束した性質が存在しているということを証明しなければならない。なぜなら、売主はその約束を果たさなかったので、買主はまだ反対給付を請求できるという抗弁を出し、売主はまだ同種の物を履行していないということではなく、反対給付は消滅していないという約束のみを証明すればよい」とする。これに対して「特定物売買の場合には、売主は、物が約束に適合してないあるいは物が瑕疵を帯びている、すなわち履行が適切になされたのではなく、まだなされなければならないという抗弁に対して、次のことを援用しうる」として、「売主は売買された特定物を給付し、契約のその他の履行は不能である、つまり買主は履行を請求する可能性を有せず（その場合、買主は相手方の義務を証明する必要がある）、代金減額か解除か損害賠償を求め、そしてこの請求権は、物が瑕疵を帯びているという事情、あるいは売主の責任拘束力の明示あるいは黙示の条件を備えていない、すなわち、目的物がその性質を有していない場合に、生じる。買主の請求権を根拠づける、それらの事情は買主が証明しなければならない」とする¹⁶⁾。

ハナウゼクの見解

ハナウゼクは「特定物の買主が、その不存在を売主が保証した瑕疵をその物が帯びていることを買主が主張する場合には、買主の責任で、次のことを証明しなければならない」として、「1. 買主が主張する内容の、義務を負担させる約束をしていた、例えば、サンプルに基づいて契約が締結された、2. しかし、その物が売主の約束に反して買主の主張する瑕疵を帯びており、契約に反している（サンプルに反している）、dictum promissumが正しくないこと」を挙げ、

①② いずれの問題についても買主側に証明責任を課す¹⁷⁾。

（2）判例

ROHG 1876年5月29日判決民事第3部（ROHG 20, 352 Nr. 90）

事案の詳細は明らかではないが、ROHGは先のヴィントシャイトの見解に依拠した上で、結論として「約束された性質の欠如あるいは隠れた瑕疵の存在を理由に売主に対して損害賠償あるいは代金減額を請求する買主は、契約締結時における性質の欠如、場合によっては瑕疵の存在を証明しなければならないということは、何ら特別の説明を要しない」と判示し、③の問題については買主に証明責任を負わせる。

RG 1891年3月13日判決民事第1部（RGZ 28, 29）

【事実関係】

原告はスウェーデンとノルウェーに鉄道を建設する目的で、この鉄道の収益性についてのデータを載せた目論見書を用いて、原告によって個別的に持参人払いの形式で発行された15000000£の優先債権を公開の予約注文のために売り出し、被告は1000£を引き受けた。被告が支払に対して債権を受け取る際に、債権の基礎にある鉄道会社の収益性について、目論見書における本質的記載事項が正しくないということを理由に、被告はその受領を拒否した。

【理由】

RGは次のように述べて、③の問題について、買主に約束された性質の欠如の証明責任を課した。「もっとも、それが重要であり、かつその正しさが被告によって争われている限りで、その債券の引き取り請求権を貫徹できるようにするために、原告はその目論見書の言明の正しさについての証明責任を負わなければならない、という原審によって理由の冒頭に置かれた見解は正しくない。売買目的物の性質に関して売主の約束のもとになされた特定物売買の場合も状況は異ならない。そして、その提供によって売主の履行が完了する特定物が契

約によって特定された。その特定物の履行以外の何物も存しない。それ故、買主の履行の拒絶は、履行として提供された目的物を締結された契約の履行に適合しているということの否認とはみなされない。その場合、さしあたり、——適時ではない履行の効果あるいは売主の側での履行のためのまさにその目的物の選択の結果が度外視される場合には——他の特定物による履行の可能性もまだ残っている。むしろそのような場合における履行の拒絶は契約からの離脱の請求とみなされる。なぜなら売主は、もっぱら、売買の対象物として、そしてその履行として定められた売買目的物の約束された性質を与えることができなかったからである (§ 326 ALR I 5)。そのような場合には、買主は、その請求権を基礎づけるために、彼がその目的物を受領していたかどうかに関わりなく、約束された性質の欠如を証明しなければならない」。

RG1899 年 1 月 24 日判決民事第 3 部 (JW1899, 149 Nr. 32)

【事実関係】

訴訟当事者は、魚の目除去用の膏薬のラベルの給付についての売買契約を締結した。このラベルの契約の本旨に従った性質に関する契約内容について、争いがある。なぜなら、原告（売主）は、このラベルは彼によって提示された見本に従って売却されたと主張するのに対して、被告（買主）はこの売買が原告の見本に従ったものであることは認めるが、明示的に次のことが合意されたと主張した。「このラベルは、膏薬のペーストによってラッカーが腐食しないという性質を有していなければならず、ラベルの紙はラベルのリングの除去の際に引き裂かれないほどの強靱さを有していなければならぬ」。

【理由】

「原審は、契約の内容について原告に証明義務を課した。この判断は同意されうる。なぜなら、明らかに、買主が売主の給付を履行として認容していない種類物売買が問題となっているからである。それゆえ、原告は、訴えの請求原因、すなわち彼によって主張されている契約の内容（商品の特定の性質なく見

本のみによる売買）を証明しなければならない。なぜなら、被告は、商品の特定の性質の合意についてのその主張によって、原告の主張するところの契約の内容を否認したからである」とRGは判示し、④の問題について、契約内容の証明、すなわち性質を保証していたいかどうかについて売主側に証明責任を課した。

（3）小括

後期普通法では、④の問題については、ほぼ一致して、買主側に性質保証自体の証明責任を課す。これに対して、⑤の問題については、ヴィントシャイトの「性質保証は履行義務の一部を構成するのではなく、損害賠償の約束である」ため、その証明責任は買主側にあるとする見解が支配的であったと評価できる。

4. 旧BGBの起草過程

（1）証明責任についての一般規定

第一草案は、193条¹⁸⁾から198条において、証明責任についての一般規定をおいていた。ところが、第2読会の委員会は「証明責任の規定については、論理的理由、妥当性および合目的性の考慮が重要であり、それゆえ、一般規定をおくことによって得るものはなにもない。法文のより適切な文言および解釈のもとでは、証明主題だけでなく証明責任もおのずから明らかになる」¹⁹⁾という理由からそれらの規定を削除した²⁰⁾。

（2）瑕疵担保責任の証明責任

債権法の部分草案を起草したキューベルは瑕疵担保責任の証明について次のように述べている。「証明責任については、草案は明確にする必要はない。なぜなら、履行された契約に対して、その特別の解除あるいは減額権を行使する譲受人は、要件、すなわち決定的な時点における瑕疵および性質の欠如を証明

しなければならないことは、争いがないからである。これは、譲受人が、受領の際に直ちに瑕疵による留保を行なっていた場合にも、妥当する。そのような事情のもとでは、契約違反による給付の拒絶、あるいは履行の請求権あるいは不履行による履行利益が問題なのではなく、履行行為に対する独立の請求権が問題なのである（Windscheid § 321 Anm. 7; SeuffA 26, 232; 27, 77）」²¹⁾。このように、キューベルは少なくとも⑥の問題については、ヴィントシャイトの見解に依拠し当然に買主側に証明責任があると考え、あえて明文で規定する必要はないと考えていたようである。

5. 旧BGBにおける判例・学説

(1) 立法直後の学説判例

シュタウプの見解

シュタウプは、④の問題については、HGB377条の性質保証に関する記述において、特定物売買の場合に、買主が特に性質保証（*dicta et promissa*）を主張する場合には、特定の性質が合意されていたということの証明責任を買主が負うとする²²⁾。これに対して、⑥の問題については、そのような約束が証明された場合には、前述の判例（ROHG 20, 352; RG 28, 30）の立場とは異なり、義務を負う者（すなわち売主）が契約を履行したということを証明しなければならないとする²³⁾。

(2) リーディングケース

RG1907年7月2日判決（民事第2部）RGZ 66, 279

【事実関係】

原告は1900年11月に被告に、デッサウ製で1893年か1894年に作られた中古のガスモーターを2600マルクで売却した。原告はガスの燃費について、ドイツの工場が1893年から94年にかけて同種の製品について与えていた損害担保（*Garantie*）を与えた。売買代金は受領の際に半額が支払われ、残りの半額は

運転の開始後支払われることになっていた。代金の半額を既に支払った被告は、当該モーターは保証されたものよりも多くのガスを消費することを理由に、残代金の支払を拒み、残代金支払の訴えの棄却を求めた。被告は反訴によって、保証された性質の欠如を理由にBGB463条に基づいて不履行による損害賠償を請求した。この損害の一部として既に支払われた半額の代金の返還が求められた。原告はとりわけ次の点を主張した。「被告自身が訴え及び反訴について、モーターが保証された性質を有していない、ということについて証明責任を負う。被告はモーターを履行として受領したのであるから（BGB363条²⁴⁾、いずれにせよ被告は証明責任を負担する」。

【理由】

RGは性質保証の証明責任について二つの法的観点が区別されなければならないとする。「特定物売買の場合に、契約締結時に性質が保証されており、売買目的物が保証された性質を有していないため買主は履行をする必要がないという抗弁を買主が出す場合には、——言い換えれば、買主が本旨不履行の抗弁を保証された性質の欠如から導く場合には——、売買代金の支払いによる契約の履行を求める売主は、当該契約は性質保証を伴って締結されていなかったとか、それとも、さもないと、売買目的物が保証された性質を有しているを立証しなければならないのか、あるいはその二つの観点について買主に証明責任を課すかどうかについて検討されなければならない」という先述の④と⑤の問題である。さらに「続いて、買主が引き渡された目的物をBGB363条の意味における履行として受領していたことを理由として、当該事案において買主に証明責任を負わせるかどうかを検討されなければならない」という⑥の問題についてBGB363条を適用するかどうかという問題についても検討を加える。

RGは、「買主によって主張されている性質保証が合意されていたということについての証明責任を買主に課すかどうか」という④の問題については、「原審はここで問題となっているガスの燃費についての性質保証の内容について既

に確定している」ので判断する必要がないとした。

さらに、「契約が性質保証を伴って締結されたということが確定された場合、買主は売買目的物が保証された性質を有していないことを証明しなければならないか、それとも売却された目的物が保証された性質を有していることについての証明を売主に課すかどうかという」⑤の問題については、「ある見解によれば、特定物売買の際には、性質が保証された場合であっても、売主が保証された性質を有していない特定物を給付したとしても、売主はその履行義務を満たしている。この見解によれば、性質保証には、性質を与えるつもりであるという約束は存せず、単に危険移転時に性質が存在していることについての損害担保（Garantie）の引受が存しているに過ぎない。それゆえ、買主は契約不履行の抗弁を有せず、売買代金の支払いの請求に対しては、売買目的物が保証された性質を有していないことについての証明責任を負う」という見解と、「他の見解によれば、売主が保証された性質を伴った特定物を給付することは履行義務の一部である。この見解によれば、売買目的物が保証された性質を有しない場合には、買主は売買代金の支払いの請求に対して契約不履行の抗弁を有するのに対し、売主はたとえ売買目的物を既に引き渡していたとしても、買主がBGB363条の趣旨において、売買目的物を履行として受領したのでない限り（この証明責任もBGB363条により売主に課せられる）、この抗弁に対して、売主によって引き渡された売買目的物は保証された性質を有していることについての証明責任を負う」という見解を紹介し、RGは後者の立場に立ち、本件においては「売買代金の支払い請求については、買主が当該モーターをBGB363条の趣旨において履行として受領したのでない限り、売主によって引き渡されたモーターが保証された性質——本件の場合はガスの燃費——を有しているということについて売主が証明責任を負う」と結論づけた²⁵⁾。

ところが、「被告は反訴によって、BGB463条に基づいてモーターを拒絶しつつ、保証された性質を欠いたことから生じた契約の完全な不履行から生じた損害賠償を請求し、不履行に基づく損害賠償の一部として、第一審の裁判官に

よっても認定されていた、既に支払われた売買代金の返還を求めた」点については、十分な理由付けもなく、「そのような請求を理由づけるためには、訴えを提起した買主の側に、売買目的物が保証された性質を有していないことの証明責任が課される」とする²⁶⁾。

（2）その後の学説

ハイマンの見解

ハイマンは、性質保証について、代金減額・解除のみを基礎づける459条2項の単なる宣言的なdictumとしての性質保証と、損害賠償をも基礎づける463条のpromissumとしての性質保証を区別する立場に基づいて証明責任の問題についても詳細に論じている²⁷⁾。

④の問題について、特定物売買の場合については、「買主が性質保証に基づいて独立した訴えを提起するのではなく、約束に基づいて売買代金請求に対する抗弁のみを理由づける場合には」、「それが売主によって争われたとしても、買主は性質保証自体を証明しなければならないのかどうかというさらなる問題があり」、「瑕疵担保解除か代金減額の抗弁が出された場合には」買主側に性質保証自体の証明責任が課せられるとする。その理由は、「この場合、その事実レベルでの理由付けは買主が証明しなければならない抗弁によってのみ主張されたとしても、被告である買主は自らの契約義務自体を争っているのではなく、売買の解消もしくは修正を求める独立した請求を争っているからである」とする。これに対して、「原告としての買主が約束に基づいて463条の損害賠償請求権を理由付け、その訴えが争われた場合に」については、「性質保証を法律行為上の損害担保（Garantie）の引き受けとみなし、売主によって売買契約によって引き受けられた義務の構成要素であると解しなければならないのかにかかっている」として、性質保証の法的性質ををどのように解するかによるとする。性質保証を損害担保の引受と解した場合には、「性質保証の不真実性に基づく被告としての抗弁は、実際には、契約不履行の抗弁、まさに売買契

約に包摂される損害担保合意の抗弁として現れる。しかし、このような場合には、売主がその売買代金の訴えを売買契約に基づかせるのであれば、売主は瑕疵が確定されるやいなや、抗弁を破るために、売買契約は売主によって主張された内容を有していた、すなわち、損害担保合意無しに締結されていたということを売主は証明しなければならない」とする。それに対して、「性質保証は意思表示ではなく、そこから法定の損害賠償請求権が生じる、純粹な事実についての観念の通知でしかないのであれば、買主はその抗弁の純粹に事実上の基礎を証明しなければならないということは明らかである。なぜなら、彼はその場合、契約義務の不履行を売主に対して非難できないからである」と述べる²⁸⁾。

⑤の問題については、「買主が保証された性質の欠如を理由に463条にしたがい損害賠償を請求するか、あるいは同じ理由で瑕疵担保解除をもしくは代金減額を求める場合にも、買主が証明責任を負う」と述べているところから、買主側に証明責任があると解しているようである。ただし、買主が損害賠償を請求する場合に同様の結論を採る先のRGZ 66, 279判決に対しては、「保証された性質を伴った売買目的物の給付に売主の履行義務の一部を見いだすのであれば、このような見解が首尾一貫しているかどうかはきわめて疑問である」として、その理論構成を批判する。

種類物売買の場合については、「買主は売買代金の支払いの請求に対して彼に対して提供された給付の瑕疵を援用する場合については、被告としての買主は抗弁として瑕疵のない物の請求のみを主張するつもりなのか、あるいは瑕疵担保解除、代金減額、損害賠償を主張するつもりなのかどうかについては、区別されなければならない」として、「訴えを提起した買主が瑕疵に基づいて契約不履行の抗弁を理由づけるのではなく、解除、代金減額、損害賠償請求権を主張する場合には、危険移転時の瑕疵、すなわち *promissa* 的 *dictum* や宣言的 *dictum* についての証明責任も買主に課せられる。確かにこの場合もこの瑕疵がすべての種類物に存在しているわけではないのであれば、瑕疵の援用において、買主、すなわち物に関しては債権者に証明責任が残っているにもかかわらず

ず、原告に対して契約義務の不履行が非難される。なぜなら、種類物売買の場合の瑕疵担保責任は既にみたようにそれ自体の不履行ではなく、瑕疵を帯びた物の提供あるいは引渡に含まれる積極的契約侵害に基づくからである。積極的契約侵害についてはそこから権利を導こうとする者に証明責任が課せられる」とする。これに対して、「買主が特定の性質を有する物の給付を請求し、これに対して売主が、自分がそのような品質を有する給付を保証していたことを争う場合には、当然、原告は *promissa* 的 *dictum* を証明しなければならない。なぜなら、原告は、そこから権利を導こうとする売買契約の内容について証明義務を負っているからである。被告である売主が、法律および契約の本旨に従った物の給付によって彼の契約義務を履行していたことを主張する場合には、363条が売主に有利に働かない限り、当然その証明責任は売主に課される」と解している²⁹⁾。

マイエンの見解

マイエンは、⑤の問題について、「保証された性質の欠如を理由に瑕疵担保解除あるいは代金減額を求める特定物の買主は、危険移転時の保証された性質の欠如について証明義務を負い、買主が不履行を理由に損害賠償を請求する場合には、さらに契約締結時の保証された性質の欠如について証明義務を負う。このような証明の規律は、買主が保証された性質の欠如を代金の支払いの請求に対する抗弁として主張する場合にも当てはまる。なぜなら、両事例において、保証された性質が欠けているという主張は、売主に証明義務が課せられる売主の給付義務の不履行を意味するのではなく、新たな権利の主張を意味するからである。それゆえ、事実から権利を導く者がその事実を証明しなければならないという証明責任の基本原則が働く。これに対して、種類物の売主が代金の支払い請求を主張し、買主がその物には保証された性質が欠けているということを主張する場合には、売主が証明義務を負う。なぜなら、瑕疵のないことは売主の履行義務に属するからである。買主は契約不履行の抗弁を有する」とする³⁰⁾。

レオンハルトの見解

レオンハルトは⑥の問題について、先のRGと同様に「特定の性質の保証の際に、履行義務の一部が問題とされているかどうか——その場合には証明責任は売主に課せられる。なぜなら、その場合、被告の主張は単に不履行の主張に過ぎないからである。それとも、それと同時に、瑕疵についての損害担保（Garantie）のみを売主が引き受けたかどうか——この場合、被告は、損害賠償に基づく抗弁を主張し、その証明責任を負わなければならない——の二通りの問題がある」として、RGの見解に反し、「性質保証の際には、瑕疵担保責任が問題となっているに過ぎないからである」という理由から、後者の立場を支持し、買主側に証明責任を課す³¹⁾。

ブリュッゲマンの見解

ブリュッゲマンは、④の問題について、買主が原告として瑕疵担保請求権を主張するのか、被告として担保責任をもって抗弁として対抗するのかに関わりなく、性質保証を請求原因とする請求を買主は提起するがゆえに、契約上性質保証が与えられたということについての証明責任は買主が負うとする³²⁾。

⑥の問題については、「履行、不履行が問題となるのではなく、一部の不履行も問題とならない。むしろ証明責任は買主に課せられる。買主は訴訟において、買主が瑕疵担保解除、代金減額の請求をそこから導く場合には、売買目的物が瑕疵を帯びているということ（まさしく、危険移転時に存在していた）、保証された性質がいずれの時点においても欠如していたということを証明しなければならない。不履行に基づく損害賠償についても同じである。買主が原告として振る舞うか、あるいはしかし瑕疵担保請求権を抗弁もしくは（不履行に基づく損害賠償請求の場合も同様に）相殺の方法で、代金の支払いの請求に対する対抗手段として用いるかどうかには違いはない。さらに、特定物売買の瑕疵担保請求権か種類物売買のそれかどうかに関係ない」と述べ、買主に証明責任を課す。

バウムゲルテルの見解

④の問題についてバウムゲルテルは、「買主によって主張されている性質の保証が売主によって表示されたかどうかについて争われる場合、契約の履行は重要ではなく、契約内容が重要であるので、それを援用する買主は性質保証を証明しなければならない」とする³³⁾。

⑤の問題については、目的物の受領を基準に区別する。「保証された性質の欠如に関しては、証明責任の分配については、買主による受領の拒絶と履行としての受領の場合が区別されなければならない」として、「履行としての受領」を基準に証明責任を分配する。具体的には、「売主が売買代金の支払いを請求し、保証された性質の欠如を理由に買主が物の受領を拒絶する場合には、売主が性質の存在を証明しなければならない」とする。「それに対して、買主が物を履行として受領した場合には、その損害賠償請求の要件についての証明責任は買主が負う。すなわち、保証された性質が売買契約締結時だけでなく危険移転時にも欠如していたことを買主は証明しなければならない」とし、さらに「463条に基づく請求の場合には転化した履行請求権が問題となっているのではなく、瑕疵担保請求が問題となっているのであるから、買主はいずれの場合においても性質の欠如についての証明責任を負担する」というレオンハルトやブリュッゲマンらの説に対して、「363条の適用を否定するこのような見解は」採り得ないと批判する³⁴⁾。

フーバーの見解

④の問題についてフーバーは、「性質保証についての証明責任は買主が負う」とする³⁵⁾。

⑤の問題については、「原則として、履行として受領がなされるまでは性質の存在についての証明責任は売主に課され、受領後は性質の欠如についての証明責任が買主に課される（363条）」という先述のRGの立場を支持する。しかし、「買主が保証された性質の欠如を理由に損害賠償を請求する場合について」

は、「常に、契約締結時に性質が欠如していたことについての証明責任が買主には課されんとする」RGの立場を批判し、「損害賠償請求についても、他の瑕疵担保請求と同様に、売買という点に鑑みて独自に立てられた、買主が給付を履行として受領していない限りで、訴えを提起した売主に保証された性質の存在についての証明責任が課されるという法律上の原則を維持すべきである」とする³⁶⁾。

ホンゼルの見解

ホンゼルも④⑤のいずれの問題についても、「性質が保証されたかどうか、そして保証された性質が欠如していることについての証明責任は原則として買主が負う」とする。特に、⑤の問題については、フーバーと同様に「買主が目的物を未だ履行として受領せず、売主が代金請求の訴えを提起する場合には、買主が保証された性質の欠如を抗弁として主張するときには、売主は保証された性質の存在について証明責任を負」い、「履行としての受領前の買主の損害賠償請求についてもこのことは当てはまる」とし、結論として、「瑕疵を帯びていることについての証明責任の分配については、買主が目的物を履行として受領したかどうかという事情が決定的である」とする³⁷⁾。

さらにホンゼルは、保証と購買の決定との間の因果関係の問題についても、「買主は、性質保証若しくは悪意の欺罔が買主の購入の決断の原因となったことを主張する必要はな」く、「影響を与えたことの可能性の証明で足りる」とする³⁸⁾。

6. 小括

以上見てきたように、④の問題については、判例・学説ともほぼ一致して、買主側が売主が性質保証をしたことの証明責任を負担すると解している。これに対して、⑤の問題については、リーディングケースとなった、RGZ 66, 279が性質保証の法的性質をRGの判例法理にしたがい契約の構成要素と解するこ

とにより、保証された性質を伴った目的物を給付する義務を履行義務と構成し、履行に関する証明責任を定める旧BGB363条の適用を肯定した。この解釈を巡ってその後かなり学説上の争いがある。旧363条を適用する点については判例にしたがう立場が多数であるが、買主が損害賠償を請求する場合には無条件に買主側に証明責任を課す点については判例の立場に対する批判が多い。

三 ドイツ新債権法における損害担保の主張・立証責任について

ドイツでは、2002年の債権法改正により、ローマ法以来の伝統を受け継いだ「性質保証責任（Zusicherung）」により損害賠償を基礎づけていた旧463条を改正し、義務違反の際の損害賠償責任の帰責事由として、故意・過失と並んで、「損害担保の引き受け（Garantie übernahme）」を新276条に導入するに至った³⁹⁾。

新BGB276条の帰責事由の証明責任に関してハースは、280条1項1文により売主が証明責任を負担するとする。しかし、損害担保に関しては、「買主が276条1項1文に従い引き受けられた損害担保を買主が援用する場合には、買主が損害担保の引き受けを立証しなければならない。なぜなら、売主が消極的証明を行うことはできないからである」と述べる⁴⁰⁾。また、ダウナー・リーブも、「新BGB280条1項2文によれば、帰責事由に関しては債務者が負担する。しかし、このことは、必ずしも、ありうべき損害担保の引受も同様に債務者によって証明されなければならないということを意味しない。このような276条の法律要件の例外は——従来の性質保証の場合と同様に——債権者が主張し、場合によっては証明しなければならない」とする⁴¹⁾。エーマン／ズチェットも、「債権者がその賠償請求権を主張された債務者の損害担保責任に基づかせる場合には、損害担保の表示が債務者の給付約束に内在していない限りで、債権者が損害担保の表示を証明しなければならない」とする⁴²⁾。

これに対して、デデクは、「無過失責任の約束が与えられたかどうかは、新

しいBGB276条1項のコンセプトによれば「帰責事由」の問題である」とした上で、「従って、280条1項2文に基づき債務者は常に損害担保約束の不存在を主張立証しなければならないのかどうか」という問題を設定する。そして、「債務者は、とりわけ、既に生じた履行障害は自己の契約上の危険領域には属さないということを主張立証しなければならない」ということを定めるCISG79条を敷衍し、「債務者はさしあたり、債権者の抗弁によってはじめて証明義務が生じる概括的な申立てが許されよう」と言う。そして売買契約の場合について、「買主によって法律行為上の損害担保引受が取り上げられる場合には、たいていの場合には、買主は、434条1項1文の目的物の瑕疵を主張するために、性質についての合意が存在することを主張しているであろう」という。そして結局のところ、そのような性質合意に含まれている言明が損害担保約束の資格を満たしているかどうかは、「多くの場合解釈問題であり、従って法律問題である」と述べる⁴³⁾。

このように、債権法改正後においても、損害担保が帰責事由として独立の要件事実と位置づけられており、さらにその証明責任の問題は、性質保証についての④の問題と同様に、債権者（買主）に証明責任が課されると支配的見解は解している。これに対し、⑤の問題については、損害担保が帰責事由の一つとして位置づけられたため、独立して論じる必要はなくなったといえる。

四 スイス債務法

1. スイス債務法における性質保証責任

スイス債務法では旧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、その位置づけは旧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⁴⁴⁾。

さらに、スイス法では、証明責任に関する一般規定（ZGB8条⁴⁵⁾）が存在し

ている点がドイツ法と異なる。

2. 旧債務法における性質保証の証明責任

シュナイダー／フィックの見解

シュナイダー／フィックによれば、旧債務法の性質保証についても、「買主は売買目的物の、実際には存在していない特定の性質についての性質保証を証明しなければならず、売主は性質保証をしなかったことを証明する必要はない」として、④の問題について、買主側に証明責任を課していた⁴⁷⁾。

3. 債務法における性質保証の証明責任

オーザーの見解

オーザーは、「証明責任はZGB8条に規定されている原則および通常は推定がなされるというさらなる規定に基づいて次のように分配される」として、④の問題について、「合意に関して、買主は申し立てられた特別の性質保証を証明しなければならず、売主は場合によっては法の定めに比して彼にとって有利なことを証明しなければならない」として、原則は買主側に証明責任を課し、⑤の問題については、「履行に関しては、商品を受領した買主は、少なくとも、その商品が受領時に性質保証あるいはOR197条に基づいて法定の要件に適合していなかったことの証明義務を負う」とする。しかし、さらに、「目的物の必要な性質は危険移転時に既に欠けていた、という証明も訴えの基礎に属する。それに対して、多くの場合において（事実の推定に従い）、商品の受領時の性質からその危険移転時での状態（その時点で既に瑕疵の兆しが存していた）を推定することが許される」と解する⁴⁷⁾。

シュタウファーの見解

シュタウファーは、④の問題について、「性質保証から権利を導き出そうとする者は原則として当然、性質保証が実際にも与えられていたということを立

証することが求められている」として、原則として買主側に性質保証の存在についての証明責任を課す⁴⁸⁾。これに対して、「売主には、買主が性質保証になんら価値を見いだしていないということを買主自ら表示していた、あるいは具体的な事情により買主が性質保証になんら重要な意味を与えていないということが推定されるということの立証が認められねばならない」としている⁴⁹⁾。

シェンカーの見解

シェンカーは、④⑤の問題を明確に区別することなく、「買主が売主に対して、売主は買主に実際には欠如している特定の性質を保証したという理由によって訴えを提起する場合、証明責任の分配の問題は簡単に答えられ得る。すなわち、証明義務は買主にある」とする。これに対して、「最初に売主が代金支払い請求の訴えを提起し、それに対して買主が抗弁として保証された性質の不存在を援用する場合には、証明責任に関して性質保証の法的性質が問題となる」とし、「ドイツの支配的見解に従い性質保証を契約の構成要素と解するならば、性質保証は売主の履行義務の一部を形成し、買主の抗弁は契約の不履行の抗弁とな」り、「この場合には、売主に証明責任が課される、すなわち、売主は契約を正しく履行した、場合によっては性質保証を与えていなかった、ということを証明しなければならない」とする。他方、「性質保証を *dictum*、すなわち、片面的で、法定の責任を惹起する観念の通知とみなす新しいスイスの判例によれば、結論は異なる。つまり、その場合、買主が性質保証についての証明責任を負う」ことになるとする⁵⁰⁾。

メンジーニの見解

メンジーニは、④の問題について、「一般的に、ある事実から権利を導き出そうとする者に、証明義務が課される」と定める ZGB8 条にしたがい、「買主が性質保証を援用する場合には、特に買主は性質保証の事実を証明しなければならない。OR197 条の性質保証が存在しているということを、買主は証明しな

なければならない。とりわけ、買主は売主の表示もしくはその振る舞いを証明しなければならない」とする。さらに⑤の問題について、「買主は更に保証された性質の欠如を証明しなければならない」とし、「その際、受領時に存在していた瑕疵については危険移転時に既に存在していたという推定が働く。それに対する売主による反証の余地はある」とする。さらに因果関係の問題について「買主は、売主の表示と契約の締結との間に因果関係があることについても証明しなければならない。その際、取引慣行によれば因果関係が肯定されうる性質が問題となる場合には、性質保証が買主にとって影響を与えたということを買主が主張すれば、買主は因果関係の証明は既に充足している。もっとも、売主には、実際には事実関係は全く異なるという反証の余地がある⁵¹⁾」とする⁵²⁾。

カッツの見解

カッツは⑤の問題について、「買主が給付された目的物を履行として受領した場合——この点については売主が証明責任を負う——買主が主張された瑕疵および性質保証について証明義務を負う。さらに買主には、既に危険移転時に前提あるいは保証された性質が欠けていたことを証明する義務も課せられる」とする。さらに因果関係の問題についても「買主が性質保証を援用する場合には、その因果関係も証明しなければならない。日常生活の経験に照らせば、買主の意思決定に決定的な影響を与えることに一般的に適しているような性質保証の場合には——真正さを担保した場合には問題なくこれに当たる——、因果関係は推定される。もっとも、このような当然の推定に対して反証によって論駁することは売主に許されている」と述べる⁵³⁾。

4. 小括

スイス債務法においては、証明責任についてZGB8条という一般規定があるため、④の問題について、それに従い、当然のごとく買主側に証明責任を課している。また、⑤の問題については、ドイツの旧BGBにおける議論に影響

を受けて、多くの説は受領を基準に証明責任を分配する。さらに特徴的な点は、スイス債務法においては、売主の性質保証の表示と買主の契約締結の決断との間に因果関係が存することについても、買主に証明責任を課していることが挙げられる。

五 日本法への示唆

1. 日本法においても性質保証をスイス債務法のように単に瑕疵概念の一つとしてしか位置づけない場合には、売主が性質保証をしたこと自体の証明責任は、ドイツ旧法、スイス債務法と同様に、買主にあると考えられる。さらに、目的物が保証された性質を欠いていたことについては、日本法における、瑕疵の存在についての証明責任の規律に従い、買主に証明責任が課されるものと考えられる⁵⁴⁾。
2. これに対して、性質保証ないし損害担保を債務不履行責任の帰責事由の一つとして位置づける場合には、どのように考えるべきであろうか。冒頭で述べたように、従来の債務不履行責任の帰責事由とパラレルに位置づけ債務者の側に主張立証責任を負わせるのか、それとも性質保証ないし損害担保の場合には別途証明責任の分配を検討するのかという二つの方向性があり得る。私見は、ドイツ新債権法における学説の多数説と同様に、性質保証ないし損害担保を帰責事由として独立の要件事実と位置づけた場合には、債務者が性質保証ないし損害担保を与えていたことについては、債権者の側に証明責任が課せられると考える。その理由は、やはり、ハースの説くように、債務者に性質保証ないし損害担保をしなかったことの証明責任を負わせることはまさに消極的証明を課することになると考えるからである。
3. では、このように性質保証ないし損害担保を帰責事由として独立の要件事実と位置づけ、債権者に主張立証責任を課す私見のモデルは、従来の通説および結果債務・手段債務二分論を用いた有力説と比較していかなる意義を有する

のであろうか。この点、私見では、性質保証ないし損害担保を帰責事由として独立の要件事実と解することにより、性質保証ないし損害担保の証明に成功すれば、ドイツ新債権法444条に倣い、債務者側は免責条項ないし責任制限条項の存在をもって抗弁となす事は自己矛盾行為に当たりできないと解され、そのような抗弁を封ずることが可能となる⁵⁵⁾。これに対して、従来の通説は帰責事由との関連で免責条項の問題を論じてはおらず、また、結果債務・手段債務二分論を用いた有力説の場合にも、結果債務・結果保証があるというだけでは免責・責任制限条項を排除することはできないと考えられる。このように、債務者の帰責の度合いに応じて、債権者により強力な責任追及の手段を認めることができる点に私見の意義を見いだすことができよう。

具体例を用いて説明すれば、たとえば、XがYから5kgの耐荷重性のある接着剤を買ったが、実際には2kgしかなく、そのため、接着剤がはがれて損害を被ったという事例の場合、通常、Xの請求原因事実は、①Yとの売買契約の締結、②Yの本旨不履行の事実、③Yの不履行によって損害が発生したこと、であるが、私見では、これに加えて、④帰責事由としての性質保証ないし損害担保の事実、具体的には、「Yは接着剤の耐荷重性について5kgと明示ないし黙示に保証した」という事実もXが主張立証した場合には、Yは抗弁として無過失の事実を主張することは許されず、また、たとえ契約時に免責・責任制限条項を合意していたとしてもそれが性質保証ないし損害担保の内容と矛盾している場合にはそれを抗弁として援用することも許されず、Yは債務不履行責任を負わなければならないと考える。

4. 以上のように、私見によれば、性質保証ないし損害担保を債権者の側から積極的に証明すべき故意・過失と並ぶ新たな帰責事由として位置づけることにより、債権者の側からのより積極的な責任追及の可能性を開くものといえる。

【謝辞】

本稿は平成18年4月の神戸大学民法判例研究会における研究報告に基づくものである。研究会の席上では諸先生方より貴重なご教示を賜った。また、本研究は、(財)全国銀行学術研究振興財団2004年度助成金の研究成果の一部である。ここに記してお礼に代えたい。

(注)

- 1) 吉田邦彦「債権の各種——『帰責事由』論の再検討」『民法講座別巻(2)』(有斐閣, 1990) 1頁以下(『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣, 2003) 2頁以下所収), 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣, 2002) 54頁以下。アプローチは異なるが, 潮見教授の立場も同じ方向性を指向する(潮見佳男『債権総論I〔第2版〕』(信山社, 2003) 267頁以下)。
 - 2) 道垣内弘人「債権法改正の噂」法教306号42頁。
 - 3) 内田貴ほか「債権法改正に向けて(下)」ジュリ1307号136頁以下(潮見発言)。
 - 4) 内田貴ほか前掲・ジュリ1307号137頁(潮見発言)。
 - 5) 円谷峻『契約の成立と責任〔第2版〕』(一粒社, 1991) 201頁, 同『現代契約法の課題—国際取引と民法理論—』(一粒社, 1997) 196頁, 同『新・契約の成立と責任』(成文堂, 2004) 247頁以下。ただし, 円谷教授は瑕疵概念については客観的瑕疵に限定する立場である点に留意する必要がある(円谷『新・契約の成立と責任』252頁以下)。
 - 6) 渡辺達徳「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報104巻6・7号79頁。
 - 7) 笠井修『保証責任と契約法理』(成文堂, 1999) 333頁。
 - 8) さもなくば笠井教授の言うように, 「従来無過失責任としてきたところをたんに保証責任と呼び変えたにすぎない」といわざるを得ないであろう(笠井・前掲書328頁)。
 - 9) 性質保証の帰責事由としての側面については, 拙稿「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸47巻2号371頁以下, 同「帰責事由としての性質保証と損害担保」静法8巻3・4号143頁以下を参照。
 - 10) 旧BGB第459条
 - ①物の売主は, 買主に対して, 買主に危険が移転したときに, 物がその価値あるいは通常の使用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しめる, あるいは減じするような瑕疵を帯びていないことについて責任を負う。価値あるいは適合性の軽微な減少は考慮されない。
 - ②売主は, 物が保証された性質を危険移転時に有していることについても責任を負う。
- 旧BGB第463条
- 売買目的物が売買時に保証された性質を欠くときは, 買主は, 解除あるいは減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が瑕疵を悪意で黙秘していた場合も同様である
- なお, 旧BGBにおける性質保証責任については, 拙稿・前掲神戸47巻2号378頁以下を参照。
- 11) Kloß, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache, Sächsische Archiv für

Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 9, 1899, S. 273, 282 ff.; Arthur Balduin Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe, Diss. Greiswald, 1900, § 16 S. 94 ff.

- 12) Horst Neumann-Duesberg, Die Beweislast im Kaufmängelprozeß, BB 1967, 1457, 1460.
- 13) Bernhard Windscheid, Lehrbuch der Pandektenrechts, 2. Bd., 1. Abt., 1. Aufl., 1865, § 321 S. 202.
- 14) Windscheid, a. a. O., S. 202 Anm. 7.
- 15) Adalbert Bruck, Die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes nach dem Gemeinen und Preussischen Civilrechte, 1874, S. 102 f.
- 16) Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, 1. Bd., 6. Aufl., 1879, § 279 S. 932 ff.
- 17) Gustav Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, 2. Abt., 2. Hälfte, 1887, § 46 S. 201 ff.
- 18) 第一草案193条
何人たりとも請求権を主張する者はその請求権を弁済するために必要な事実を証明することを要す。また何人たりとも請求権の廃棄またはその作用停止を主張する者はその廃棄または作用停止を弁済するために必要な事実を証明することを要す（今村研介『獨逸民法草案第一巻・第二巻（1888年第一草案）』58頁（日本立法資料全集 別巻147）信山社）。
- 19) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Bd., 1897, S. 259.
- 20) Ehrlich, a. a. o., S. 94.
- 21) Franz Philipp Friedrich von Kübel, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1-Allgemeiner Teil, Abschn. I., Tit. 2. I. 3. c., 1882, S. 36, herausgegeben von Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Neudruck 1980, S. 414.
- 22) Hermann Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 6/7 Aufl., 1900, § 377 Anm. 106. クローメも、買主は契約の付款を主張するのであるから、買主の側で性質の保証の存在を証明しなければならないとする（Carl Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse 1, 1902, S. 452）。エンデマンも同旨（F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 1. Bd., S. 992 Fn. 32）。
- 23) Staub, a. a. O., § 377 Anm. 106 Fn. 2. コサックも同旨（Konrad Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Aufl., 1898, S. 436）。
- 24) 旧BGB363条
債権者が弁済として提供された給付を弁済として受領した場合において、給付が債務の目的と異なるものであること、又は不完全であることに基つき、給付を弁済として認めないことを主張しようとするときは、その立証責任は、債権者にある（樗寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988）287頁（寺田正春））。同条は2002年の改正でも修正されていない。
- 25) この立場は、性質保証は契約の構成要素であるとした、RGZ 54, 219以来のRGの判例法理と軌を一にするものである。性質保証の法的性質については拙稿・前掲神戸47巻2号378頁以

下参照。

- 26) この点については、後述するように学説からの批判がある。
- 27) ハイマン等の学説については、拙稿・前掲神戸47巻2号403頁を参照。
- 28) Franz Haymann, *Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf*, 1913, S. 40 ff.
- 29) Haymann, a. a. O., S. 46 ff.
- 30) Krafft von Meien, *Der Begriff der Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf*, Diss. Göttingen 1931, S. 33 f.
- 31) Franz Leonhard, *Die Beweislast*, 2. Aufl., 1926, S. 367.
- 32) GRKomm. z. HGB/Brüggemann, 4. Bd., 2. Aufl., 1961 § 377, Anm. 125.
- 33) Gottfried Baumgärtel, *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl., 1991, § 459 Rz. 24.
- 34) Baumgärtel, a. a. O., § 463 Rz. 3.
- 35) Soergel/Huber (1991), § 459, Rz. 189. ヴェスターマンも同旨 (MünchKomm/Westermann (1995), § 463, Rz. 47)。
- 36) Soergel/Huber (1991), § 463, Rz. 20.
- 37) Staudinger/Honsell (1995), § 463, Rz. 76.
- 38) Staudinger/Honsell (1995), § 463, Rz. 76. この因果関係の問題は後出のスイス債務法においてより重要な要件として議論されている。
- 39) 新BGB第276条 (債務者の帰責性)
 - ①責任の加重又は軽減につき別段の定めなく、債務関係の他の内容、特に損害担保又は調達リスクの引受けからも推知されない場合には、債務者は、故意及び過失について責めに任ずる。第827条及び第828条の規定はこれに準用する。
 - ②取引において必要な注意を怠った者は、過失があるものとする。
 - ③債務者の故意に基づく責任は、あらかじめ排除することができない。
- 新BGB第443条 (性質及び耐用性の損害担保)
 - ①売主もしくは第三者が、目的物の性質 (Beschaffenheit) または目的物が一定期間一定の性質を有すること (品質保持の担保) についての損害担保を引き受けた場合には、その担保した事由が発生したときには、法定の請求権を妨げることなく、損害担保を与えた者に対する、損害担保の表示及びこれに関連する広告において与えられた条件で、買主には損害担保に基づく権利が与えられる。
 - ②品質保持の担保が引受けられた限りで、その有効期間内に発生した物的瑕疵は損害担保に基づく権利を惹起するものと推定される。

なお、改正の経緯については、拙稿・前掲静法8巻3・4号143頁以下を参照。
- 40) Lothar Haas/Dieter Medicus/Walter Rolland/Carsten Schäfer/Holger Wendtland, *Das neue Schuldrecht*, 2002, S. 218 Rn. 232 (Haas). Lorenz/Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002, S. 95 Rn. 181; Ulrich Huber, *Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer nach neuem Kaufrecht*, in: FS. Peter Ulmer, S. 1175 f.; MünchKomm/Ernst (2003),

§ 280 Rn. 30 ; Staudinger/Otto (2004) § 280 Rn D 24 も同旨。

41) AnwK-BGB/Dauner-Lieb § 276 Rn. 48.

42) Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 103. さらに, 443条の損害担保についても
プッツォによれば売主が目的物について損害担保の表示を与えていたことを買主が証明しな
ければならないとする (Palandt/Putzo, BGB, Ergänzungsband, 64 Aufl., § 443 Rn. 24)。

43) Helge Dedek, in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 280 Rn.
12. このようなデデクの見解に対してカイルマンは, 「そのような276条1項1文, 280条1
項2文の理解は, たとえ完全に間違っているとは言えないにしても, かなり特異なものであ
ろう」と批判する (Annette Keilmann, Dem Gefälligen zur Last, 2006, S. 181)。

44) OR第197条

①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。

②売主は瑕疵を認識していなかった場合にも責任を負う。

OR第208条

①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。

②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。

③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。

なお, スイス債務法における性質保証責任については, 拙稿「スイス債務法における性質
保証責任論の系譜 (1・2完)」静法6巻1号81頁以下, 6巻2号173頁以下を参照。

45) ZGB8条

法に別段の定めなき限り, そこから自らの権利を導く者がその主張する事実の存在を証明し
なければならない。

46) Schneider/Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, 1893, S. 353.

47) H. Oser, Das Obligationenrecht, Art. 1-529, 1915, S. 488.

48) Willhelm Stauffer, Von der Zusicherung gemäss Art. 197 OR, ZBJV 1944, 145, 152.

49) Stauffer, a. a. O., S. 152.

50) Otto Schenker, Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf, 1949, S. 50.

51) 連邦裁判所も「性質保証の場合には, 実生活の経験に従えば, 全面的にあるいは具体的な条
件で購入するという買主の決断において買主に決定的に影響を与えるような因果関係が想定
されうる。その場合, おそらくこの自然な推定を, 問題となっている事案において性質保証
は買主にとって実際に意味のあるものではなかったということの証明によって崩すことは売
主の義務である」と述べている (BGE 71 II 241)。

52) G. Elvezio Menghini, Die Zusicherung von Eigenschaften, 1949, S. 117.

- 53) Hans-Peter Katz, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, 1973, S. 89.
- 54) 倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法上巻』(西神田編集室, 1993) 390頁以下(國井和郎)。
- 55) 拙稿・前掲静法8巻3・4号194頁以下。もっとも、ドイツにおいても議論されていたように、「当初から保証を一定の範囲に限定していた」という債務者の主張は、責任制限の抗弁ではなく、無限定の性質保証の成立に対する一部否認と解すべきである。性質保証と責任制限の関係については、拙稿・前掲静法8巻3・4号177頁以下、同「ドイツ債権法改正によって惹起された企業買収実務における法的不安定性の除去のための民法典改正について」横国14巻1号53頁以下を参照。