

『鯨肉・鮫肉事件 (Haakjöringsköd-Fall)』

(RGZ 99, 147) の再評価

——「誤表は害さず」の法理と売主の責任——

渡邊 拓

一 問題の所在

民法の分野における、ドイツのライヒ裁判所のもっとも著名な判例の一つとして「鯨肉・鮫肉事件 (Haakjöringsköd-Fall)」がある。本判決は、契約の解釈において「誤表は害さず (falsa demonstratio non nocet)」の法理を用いたリーディングケースとして、さらに、瑕疵担保責任における客観的瑕疵概念から主観的瑕疵概念へのターニングポイントとしてつとに有名である¹⁾。本件は、「Haakjöringsköd」という「鮫肉」を意味するノルウェー語を、契約当事者双方が「鯨肉」であると誤解したことに起因しているのであるが、「鯨肉を注文して、届いた包みを開けてみたら鮫肉だった」というような単純な事件ではなかったことに注意を要する。本件が起こった背景には、後述するように、第一次世界大戦の戦時統制経済が関わっているのであるが²⁾、このような背景事情を含めて本判決を改めて評価し直してみると、本判決は、従来から言われてきたような、契約の解釈や瑕疵概念だけでなく、契約における合意と履行義務や契約不適合と売主の責任についても重要な示唆を含むように思われる。

そこで、本稿では、「鯨肉・鮫肉事件 (Haakjöringsköd-Fall)」についての、

コルデス教授³⁾とマルティネック教授⁴⁾の文献を参考にして、本判決について、その背景事情を含めて改めて検討し、さらに、近時、インターネットオークションなどでも問題となっている、合意と履行責任の問題や、日本の民法改正における契約不適合と履行不能の関係についても示唆を得るを試みる。

二 鯨肉・鮫肉事件（Haakjöringsköd-Fall）

ライヒ裁判所⁵⁾ 1920年6月8日判決（民事第二部）（RGZ 99, 147）

一審 ハンブルク地方裁判所商事部⁶⁾

原審 ハンブルク高等裁判所⁷⁾

【事実関係】

1916年11月18日に、被告は原告に、約214樽の「Haakjöringsköd」⁸⁾を、汽船「Jessica号」によって、1キロ当たりの単価430マルクで、ハンブルクまでの運賃・保険料込みの条件（cif）で船荷証券と保険証券と引き換えに現金で売却した⁹⁾。原告は、11月末に、被告に対して、証書の交付と引き換えに、仮のインボイスにおいて請求されている売買代金を支払った。ハンブルクに到着したときに、本件商品は、ベルリンの中央貿易統制公社（Zentral-Einkaufsgesellschaft mbH）¹⁰⁾によって没収され、直ちに買い上げられた。原告は次のように主張した。「本件商品は実際は鮫肉であるにもかかわらず、鯨肉として売却された。本件商品がもし鯨肉であったなら没収を受けることは無かったはずである。契約に違反した商品を給付した被告は、売買代金と中央貿易統制公社によって支払われたかなり低額の買上価格との差額を原告に償還しなければならない」。原告は4万7515マルク90ペニヒの支払いを請求した。一審のLGハンブルクは、次の理由により、訴えを認容した。LGハンブルクは、契約締結の際に両当事者は、「Haakjöringsköd」は鯨肉であると認識していたということを認定し、そのことから、原告は、被告が鮫肉を給付したことを理

由として、支払われた売買代金から中央貿易統制公社から受け取った買上代金を控除した額を請求できると結論付けた。原審の OLG ハンブルクは、被告の控訴を棄却したが、訴えは、ドイツ民法典¹¹⁾ 459 条、467 条においてではなく、434、440、325、327 条において正当化されない、と説示した。上告は棄却された。

【理由】

…原審が認定した事実によると、両当事者は 1916 年 11 月 18 日の契約締結時に誤って契約の目的物を構成し、「汽船 Jessica 号に積まれている 214 樽の Haakjöringsköd」と定められた商品は鯨肉 (Walfischfleisch) であるということをもとにしていた。しかし、当該商品は実際には鯨肉 (Haifischfleisch) であり、(当事者はその意味を知らなかったが) ノルウェー語で「Haakjöringsköd」とは正しくは鯨肉を意味していた。しかし、以上のような事実認定は、次のような解釈を正当化するものではない。売却されたものすなわち「Haakjöringsköd」はすでに給付もなされており、それゆえ船荷証券の交付によって原告に引き渡された後に、原告は本件契約を BGB119 条 2 項の取引上本質的な性質についての錯誤を理由に取消し得たであろうとの見解である。本件事実認定からはむしろ以下のことが帰結される。すなわち、両当事者は鯨肉について契約を締結するつもりであったが、実際には彼らはその契約意思の表示の際に誤ってその真意と対応しない「Haakjöringsköd」という表示を用いたのである。両当事者間に存在する法律関係は、その場合、両当事者がその真意と一致する表示すなわち鯨肉を用いていた場合と同様に判断されなければならない (RGZ 61, 265)。それによると、契約の本旨に従った鯨肉が給付されなければならない、彼に鯨肉が給付された後には、彼は BGB459 条以下において定められている法的救済を必要とする原告となる (RGZ 61, 171)。なぜなら、給付された商品は鯨肉という性質を欠いていたからであり、そして、この性質もおそらく BGB459 条 2 項の趣旨において保証されたとはみなされない場合であっても、少なくともそれは本質的なものではあるので、その欠如は BGB459 条 1 項の趣旨の物的瑕疵で

ある。すなわち、原告には、瑕疵担保解除権（Wandelung）が与えられ、原告はその結果として——まだ金額を確定中である——原告から被告に支払われた代金額から中央貿易統制公社から支払われた買上価格を控除した金額の支払いを被告に請求しうる（BGB467条、346条以下参照）。鯨肉は契約の本旨に従ったものではなく、鯨肉が給付されるべきであったので、船荷証券の交付によって被告はその原告に対する契約上の義務を完全に満たした（HGB647条、BGB433条、242条）という上告理由は、当然に意味をなさない。しかし、当事者が実際に鯨肉について契約を締結していたとしても、ドイツへの輸送途中にある、輸入目的の商品についての契約締結と処分が、ドイツ国内への入荷後に行われた場合と同様に、完全に、1916年1月17日、4月4日、9月30日の連邦参議院政令および1916年4月5日、6月18日、8月23日の施行規則に抵触するので、同じである。もっとも、そこで、原審の見解によって、BGB467条、459条と同じ結論になるBGB434条、440条、325条、327条が適用可能であるとみなされうるかどうかが、あるいは、むしろ、上告理由がRG1918年10月15日判決の指摘のもとに主張するように、1916年11月18日の契約はBGB306条により無効であり、それゆえ、原告は不当利得返還請求権に限定されるのではないかが新たな問題となる。いずれにせよ、原審の見解とは異なり、中央貿易統制公社は、連邦参議院が公共の利益において「重要な国策上の課題、とりわけ、軍需用品の調達に関して、そして、国民の生活保障の領域での権限を委譲した」数多くの「戦時経済組織」に属しており（RGZ 69, 107）、前述の政令において示されていた権利は公共の利益においてのみ付与されるという考慮も存在していた。しかし、この新たに提起された問題については、本件では結論を出す必要はない。なぜなら、当該政令は鯨肉には関係ないからである。

三 背景事情¹²⁾ ——戦時統制経済

本件契約は、第一次世界大戦がはじまって三度目の冬が目前に迫っている、

1916年11月に締結された。供給事情が年々悪化していく戦時下の日常生活は管理されなければならなかった。目前に迫っている最悪の食糧不足——1917年から18年にかけての冬——がまだ来ていないにもかかわらず、1916年の帝国官報にはすでに多数の欠乏品およびそれらを公平に配給するための試みが記載されていた。1914年時点の法規と比較して3倍に膨らんでいるということは、戦時経済一色であった事を意味していた。当然、軍需産業の利益にかかわるものすべて、とりわけ、軍事に関係する原材料および製品の輸入の促進と輸出の抑制は厳格な監督下に置かれた。特に、市民への衣料品および食料品の配給は、無数の政令および施行規則において細部に至るまで規制されていた。

宣戦布告の直後の1914年8月4日にはすでに、帝国議会は連邦参議院に、「経済の破綻に対する対策」のために必要な全ての措置について権限を委譲し、それとともに経済政策におけるフリーハンドを与えた。この法律に基づいて、連邦参議院は、1916年1月17日の政令によって、輸入された塩漬けニシンはベルリンの中央貿易統制公社に納入することを義務付けた¹³⁾。同年4月4日には、連邦参議院は、授權による方法で、帝国宰相に、この規定を拡大する権限を委譲した¹⁴⁾。これによって、規定を定める権限を行政権の手に委ねた。翌日には、帝国宰相は早速これを用いた。すなわち、中央貿易統制公社はその買上命令の到達でもって所有権を自動的に取得し、さらに一方的に買上価格を定めることができるとする施行規則¹⁵⁾を発令すると同時に、納入義務をすべての干鰯ならびに魚卵に適用した¹⁶⁾。9月の終わりにはこの規定は鮮魚を除くすべての魚に拡大された¹⁷⁾。最終的に、「Haakjöringsköd」についての本件契約が締結される5日前の11月13日には、鮮魚もこの措置に服することになった¹⁸⁾。

この時以来、自由な魚の輸入は、もはや全く不可能になった。それだけに一層、このように目の細かい法規の網にかからない商品の取り扱いには有望かつ利益の見込めるものであった。他方で、肉類にはさらに厳格な規制が存在していた。肉の消費については、1916年10月から肉の配給券によって制限されてい

た¹⁹⁾。しかし、鯨（魚ではなく、哺乳類である）は、決定されたカタログには記載されていなかった²⁰⁾。それゆえ当事者は、いまだ自由市場が存在している数少ない食品の一つとして、エキゾチックな雰囲気を持つ生産物である鯨肉に注目した。仕入れ価格は1キロあたり4.30マルクというかなりの金額に上り、そのとき中央貿易統制公社が支払った買上価格が売買価格よりもかなり低かったということは、以上の背景からすると驚くことではない。このように、戦時経済の状況下では、鯨と鯨の間の生物学上の違いも、法的に重要な基準となった。

四 本判決の判断枠組み

以上のような背景事情のもとで本判決が出されたことを前提として、次に、本判決の判断枠組みを検討する。本件は、一審、原審、上告審ともすべて原告勝訴の結論は同じである。しかし、その理由づけについては、一審のLGハンブルクの判決理由は上告審のそれとほぼ同じであったと言われているが²¹⁾、原審のOLGハンブルクの理由づけは、上告審とは異なっていることが本判決の理由中にも言及されている。それゆえ、以下では、原審のOLGハンブルクとRGの判断枠組みを比較しつつ、その内容を検討していく。

1 OLGハンブルクの判決理由²²⁾

OLGハンブルクは、本件の当事者は「ジェシカ号に積まれた214樽の『Haakjöringsköd』、すなわち一義的に定まった商品について」の売買契約を締結したとして、「たとえ『Haakjöringsköd』がドイツ語で鯨肉を意味していたとしても、その通りの商品が給付された以上、原告の瑕疵担保解除請求権は否定される」とした。確かに、売主と買主は、「購入された特定物の取引上本質的な性質についての錯誤」に基づいて、BGB119条2項により取消権を有するが、両当事者はこの権利を行使しなかったので、OLGハンブルクは、BGB433,

434, 440, 325, 327 条に基づいて、請求を認容した。すなわち、売主は、第三者の権利の負担のない商品を調達する義務を負っていた。売主はこの権利移転義務を果たすことができなかった。なぜなら、買主は、その商品を没収されたことにより、売買目的物についての自由な処分権限を奪われた。売主にとっては、その契約上の義務を追完することは、主観的後発的に不能となった。従って、買主は債務不履行に基づいて契約を解除するかもしくは損害賠償を請求することができる。後発的客観的不能（法的効果は同じである）は存在していない。なぜなら、中央貿易統制公社の方から商品を返還するとか、あるいは、没収を解除するということはできるからである。たとえ、原始的客観的不能があったと仮定しても、OLG ハンブルクはその結論は変わらない、と結論付ける。

2 論点の抽出

以上の RG の判決理由と OLG ハンブルクの判決理由を比較することにより、次のような論点を抽出することができる。

（1）本件契約の合意内容——当事者は何を契約の目的物としていたのか？

売買契約書において「Haakjöringsköd」が目的物であったことについては疑いはない。問題は、「Haakjöringsköd」が何を指すのかである。

一審の LG ハンブルクは、契約締結時に、当事者は「Haakjöringsköd」を「鯨肉」のことだと認識していたことから、契約の目的物を「鯨肉」とであると認定した。

これに対して原審の OLG ハンブルクは、当事者は「Jessica 号に積まれた 214 樽の『Haakjöringsköd』、すなわち一義的に定まった商品について」の売買契約を締結した。そして、「たとえ『Haakjöringsköd』がドイツ語で鯨肉を意味していたとしても、その通りの商品が給付された」、として、売買契約は鯨肉について成立していたとする²³⁾。

RG は、理由にある通り、「両当事者は鯨肉について契約を締結するつもりであったが、実際には彼らはその契約意思の表示の際に誤ってその真意と対応

しない「Haakjöringsköd」という表示を用いたのである。両当事者間に存在する法律関係は、その場合、両当事者がその真意と一致する表示すなわち鯨肉を用いていた場合と同様に判断されなければならない」と判示して、売買契約の目的物は鯨肉であったと認定している。

（2）錯誤取消の可否——意思表示に瑕疵はあったのか？

1) BGB119条1項（内容錯誤）²⁴⁾

BGB119条1項の表示内容の錯誤については、LG ハンブルクやRGのように、当事者が意図した通り鯨肉について契約が成立した場合には、表示内容について何ら錯誤はないといえるため、問題にはならない。

これに対して、OLG ハンブルクのように、本件契約が鯨肉について成立したとすると、表意者は、「Haakjöringsköd」という表示の意味内容について本来は鯨肉であるのに鯨肉であるという誤解をしているため、BGB119条1項の錯誤が問題となりうる。しかし、結局、OLG ハンブルクは、BGB119条1項の内容錯誤の成否について検討しないままであった²⁵⁾。

2) BGB119条2項（性質錯誤）²⁶⁾

LG ハンブルクがBGB119条2項の性質錯誤について検討したかどうかは明らかではないが、OLG ハンブルクは、本件の売主と買主は、「購入された特定物の取引上本質的な性質についての錯誤」に基づいて、BGB119条2項により取消権を有するが、両当事者はこの権利を行使しなかった」として、BGB119条2項の内容錯誤の成立は認める。

RGのように、本件契約は鯨肉について成立したとしても、実際に給付された目的物は鯨肉であった以上、BGB119条2項の性質錯誤は問題となりうる。しかし、RGは、BGB119条2項の性質錯誤ではなく、BGB459条の物的瑕疵の問題ととらえた。その理由としては、瑕疵担保解除と錯誤取消の関係については、危険移転前については、錯誤規定に対して瑕疵担保規定は特別規定とし

で優先するという判例法理が存在していたことが挙げられる²⁷⁾。さらに、本件においては、BGB121 条 1 文²⁸⁾により、積み荷が鯨肉であると気づいた時点で、錯誤に基づく取消権を、遅滞なく行使しなければならなかったにもかかわらず、行使していなかったこと、そして、BGB122 条²⁹⁾により、錯誤取消は、表意者に信頼利益の賠償責任を惹起する可能性があることなどからも、錯誤構成ではなく、瑕疵担保構成を採ったのではないかと推測される。

(3) 瑕疵担保責任の成否——鯨肉は瑕疵ある鯨肉なのか？

前述の通り、RG は、本件契約は鯨肉について成立していることを前提として、本件は BGB119 条 2 項の性質錯誤の問題ではなく、BGB459 条 1 項³⁰⁾の物的瑕疵担保責任の問題であるととらえた。そうすると、次は、「鯨肉は瑕疵ある鯨肉である」と言えるのが問題となる。

瑕疵概念については、つとに指摘されているように、主として、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念の 2 つの考え方がある。

客観的瑕疵概念によれば、瑕疵とは、その種類の物として通常有すべき性質を欠いていることであり、取引において一般的に要求される水準が基準となる。

これに対して、主観的瑕疵概念によれば、瑕疵とは、当該契約において予定された性質を欠いていることとする³¹⁾。

瑕疵概念についてのドイツの判例の立場の変遷については、現在もその評価は定まっていない。RG では、BGB 立法当初から主観説と客観説の両方の立場からの判決が混在していた³²⁾。

本判決のわずか半年前に、RG の同じ民事第二部が、客観的瑕疵概念についてのリーディングケースとして著名な事件について、次のように判断している。

原告が、非常に良い音色で、美術的価値も高い、いわゆるソロバイオリンであるとして 8500 マルクで買ったバイオリンが、実際は、音色も良くなく、美術的価値も高くなく、価格もせいぜい 700 ～ 800 マルク程度であるオーケ

ストラバイオリンであったとして、契約の解除、予備的に錯誤および詐欺による取消を主張したが、RG は、「通常の使用との相違が BGB459 条の意味での瑕疵と理解されねばならない」とし、「楽器がその一般的性質よりも良い性質をもっていないということは、楽器の瑕疵ではな」く、本件では、「オーケストラバイオリンは、瑕疵あるソロバイオリンではない」と述べ、原告の主張を認めなかった³³⁾。

このように、客観的瑕疵概念によれば、通常その種の物が有する性質と給付された物との買主にとって不利な相違、すなわち、客観的基準（鯨肉）との相違のみが瑕疵を基礎づける。これに対して、給付された目的物が完全に違う種類に属する場合には、その目的物は瑕疵は帯びていないとされる。客観的瑕疵概念にとっては、給付された目的物の性質が、同じ種類のサンプルの通常の性質と相違していなければならない。すなわち、客観理論にとっては、質的な相違のみが瑕疵であり、個別的な相違（例えば、絵画は本物ではない）や状況の相違（例えば、土地が建築可能である）と同様に、種類の相違（異種）は何ら瑕疵ではないことになる。そうすると、仮に、本件が、客観的瑕疵概念に従って判断された場合にはどのような結論になるであろうか。本件の場合も、鯨肉と鯨肉という種類の相違であり、非の打ちどころのない鯨肉は、決して瑕疵ある鯨肉ではない。その場合には、物の瑕疵ではなく、単に不履行があるだけという結論になる³⁴⁾。

これに対して、その半年後に出された本判決において RG は、本件契約は鯨肉について成立したことを前提として、「給付された商品は鯨肉という性質を欠いて」おり、そして、「この性質は、少なくとも本質的なものではあるので、その欠如は BGB459 条 1 項の趣旨の物的瑕疵である」と判断している。

このように本判決は、鯨肉としては質の低下はなくとも、合意された鯨肉という性質を欠く以上は、物的瑕疵があるとしている。このような結論は、半年前のバイオリンの事件の判決からは導きえないものである³⁵⁾。

本判決は、RG の判例が、客観的瑕疵概念から主観的瑕疵概念へと転回するターニングポイントであったと後に評価されている³⁶⁾。

そして、ドイツの瑕疵概念についての現在の判例・通説は、本判決の立場を引き継いで、「目的物の現状が売買契約によって合意されたそれと相違し、かつその相違が目的物の価値又はその通常の使用若しくは契約上前提とされた使用に対する適性を失わせるか又は減じる場合には、BGB459 条 1 項の瑕疵が存在する」と解している³⁷⁾。

(4) 本判決の傍論——権利の瑕疵か原始的不能か？

本判決において、RG は興味深いことに、判決理由の最後の部分において、仮に鯨肉が本件契約の目的物であった場合にはどうなるか、という点について考察している。

仮に、本件契約は鯨肉について成立していたとすると、契約通りに鯨肉が引き渡されており、また、その鯨肉は特に腐ったり品質の劣ったものではなく、通常の塩漬けの鯨肉であったため、物的瑕疵も、債務不履行もないことになる。

しかし、背景事情で見た通り、当時のドイツでは、鯨肉は国内では許可なく流通できない統制品であり、それゆえに、中央貿易統制公社に没収されてしまった。

このように引き渡された商品が没収されうる物であるという点をどのように評価するのかについて、RG は、次の二通りの方法を検討する。

- ①中央貿易統制公社によって没収されうる、つまり所有権が強制的に移転させられるという、いわば第三者の権利の負担が当該目的物には付着していることになり、これは物的瑕疵ではなく権利の瑕疵に該当する。
- ②本件契約の目的物である鯨肉は、本件契約締結以前から、統制品として、国内での流通が禁じられていた以上、本件契約は流通できない商品についての契約ということになり、BGB306 条³⁸⁾の原始的不能に該当し、無効と

なる³⁹⁾。よって、原告は不当利得返還請求権しか有しない。

原審は①の立場をとったが、RGは②の原始的不能の可能性を示唆する。その理由は、公共の福祉を理由とする公法上の制限は権利の瑕疵とはみなされず、中央貿易統制公社は、半官半民の公社であるが、生活用品の強制的な買い上げでもって、国家的に重要な任務を遂行しなければならず、生活用品についての可能な限り最善の「国民による備蓄」は公共の福祉の利益に服するということは、1916-1918年の第一次世界大戦および食料欠乏時においては当然のことであったことからすると、没収されうという性質は権利の瑕疵ではないというものである。

しかし、RGは、そこまでいって置いて、最後には、これらの問題は鯨肉については関係がないという理由で、結局、この問題に結論を出すことを放棄している。

五 結びに代えて

以上検討してきたとおり、鯨肉・鮫肉事件の背景には、第一次世界大戦の戦時統制経済による食料品の流通の統制という問題が存在しており、実際に給付された商品である鮫肉は統制品であったという点が重要である。そして、RGは、契約が鯨肉について成立したときに鮫肉が引き渡された場合には、その目的物には瑕疵があるとする。

本判決以後、「誤表は害さず」の原則の下、「契約の解釈においては当事者の共通の意思が優先する」という考え方が通説となったことは疑いがない。また、主観的瑕疵概念に基づいて、合意されたものと種類が異なる場合にも物的瑕疵として扱うという点についても、その後は異論が無い。しかし、その余の問題、例えば、本件のように、品質が悪いというのではなく、統制品で、没収されうるものであったという点をどのように評価するのか、履行不能といってよいの

か、損害賠償を求める場合には履行利益まで認められるのか等については今日でも議論のあるところである⁴⁰⁾。

日本においても、現在、民法改正法案が国会に提出されており、法制審議会における民法（債権関係）改正審議においても、「契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする」という規定を設けることが検討されたが⁴¹⁾、第85回会議において、「契約の解釈につき明文を置くべきとの意見も強く主張されたが、他方で、これに反対する意見や懸念を示す指摘があり、コンセンサスの形成可能な成案を得る見込みが立たないことから、取り上げないこと」になった⁴²⁾。

しかし、瑕疵担保責任について定める570条については改正が予定されており、「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し」追完請求や代金減額請求が可能となり、さらには、一般原則に基づいて、損害賠償や解除も可能となる⁴³⁾。

そうすると、日本の改正民法法案のもとでは、本件のように引き渡された商品が統制品であった場合には、契約不適合として処理されることとなろう。しかし、その場合、追完給付が不能であるとしても填補賠償はどこまでの範囲で認められるのかなど今後検討すべき課題は多い。

このように、鯨肉・鮫肉事件のRG判決は、今から約100年前に出されたものであるが、その意義は、100年近く経った今でも色褪せていないといえる。

今後は、本判決からさらに進んで、合意と履行責任の問題についても検討を進めていきたい。

【追記】

本稿は、公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団の2014年度研究助成の研究成果の一部である。

1) 磯村哲『錯誤論考』（有斐閣、1997）82頁、小林一俊『錯誤法の研究＜増補版＞』（酒井書店、

1997) 564 頁、円谷峻『比較財産法講義』(学陽書房、1992) 50 頁以下。

- 2) 本件の背景事情については、拙稿「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸 47 巻 2 号 412 頁注 (89) においても、簡単に触れている。
- 3) Albrecht Cordes, Der Haakjöringsköd-Fall (RGZ 99, 147-149), JURA 1991, 352. (論文執筆当時はフライブルク大学助手)
- 4) Michael Martinek, Haakjöringsköd im Examinatorium, JuS 1997, 136.
- 5) Reichsgericht. 以下「RG」と略記。
- 6) Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen. 以下「LG ハンブルク」と略記。
- 7) Oberlandesgericht Hamburg. 以下「OLG ハンブルク」と略記。
- 8) 取引の際に、当事者が意味もよく知らない外国語を目的商品の品名として用いることは通常はあまりない。しかし、そもそもこの取引自体が、戦時統制経済の規制の網の目をかいくぐるためのものであったので、取引の対象物を官憲の目からカモフラージュするために、あえて、このような聞きなれない外国語を用いたものと推測される (Cordes, a. a. O., JURA 1991, 352, 353)。
- 9) 本判決の未公表の判決原本によれば、本件契約は第三者 (Siegfried Pincus という名のある商人) の仲介によって成立したようである (Martinek, a. a. O., JuS 1997, 142)。
- 10) 中央貿易統制公社は、第一次世界大戦中にドイツに存在した半官半民の貿易公社であり、外国貿易の統制や、国家の食糧経済の管理の役割を担っていた。
- 11) 1900 年 1 月 1 日施行の旧民法典 (以下「BGB」と略記)。2002 年 1 月 1 日施行の新民法典については「新 BGB」と略記。
- 12) 以下の記述は、前述のコルデス教授の論文による。
- 13) 連邦参議院は、1914 年 8 月 4 日付の経済措置についての連邦参議院の授權法第 3 条に基づいて、以下の政令を公布する：
 - 第 1 条 外国から輸入された塩漬けニシンは、ベルリンの中央貿易統制公社に納入しなければならない。
 - 第 2 条 帝国宰相は納入についての細則を定めることができ、かつ、必要な施行規則を定めることができる。帝国宰相は、違反行為については 6 月以下の禁固または 1500 マルク以下の罰金を科すことができ、かつ、違反行為にかかる塩漬けニシンを、違反者が所有しているか否かにかかわらず、没収することができる。
 - 第 3 条 帝国宰相は例外を認めることができる。帝国宰相は、塩漬けニシンの通関についての規定を定めることができる。

(以下略)

ベルリン、1916 年 1 月 17 日 (RGBl. 1916, 45)

- 14) 連邦参議院は、1914 年 8 月 4 日付の経済措置についての連邦参議院の授權法第 3 条に基づいて、以下の政令を公布する：

第 1 条 1916 年 1 月 17 日付の塩漬けニシンの輸入についての政令 (RGBl. S. 45) を次のように改正する：

第 1 項 第 2 条第 1 文を次のように改める：

帝国宰相は、納入についての細則を定めるとともに、輸入された塩漬けニシンの流通について規制することができる；そして帝国宰相は必要な施行規則を定める。

第 2 項 第 3 条に以下の第 2 項を付け加える：

帝国宰相は、この政令の規定を他の魚類、すなわち、すべての種類の魚の加工品及び魚卵に拡大する権限を与えられる。

(以下略)

ベルリン、1916 年 4 月 4 日 (RGBl. 1916, 234)

- 15) 1916 年 4 月 4 日付の政令 (RGBl. 1916, 234) によって改正された、1916 年 1 月 17 日付の塩漬けニシンの輸入についての連邦参議院の政令 (RGBl. 1916, 45) の第 2 条および 1916 年 4 月 5 日付の塩漬けされた魚、干鰯、魚卵の輸入についての布告に基づいて、次のように定める：

第 1 条 この規定の施行後、外国から輸入された塩漬けニシン、塩漬けされた魚、干鰯、魚卵は、ベルリンの中央貿易統制公社によって、あるいはその許可が無くても、流通させることはできない。本規定の施行後、第 1 文に掲げる種類の商品を外国から輸入する者は、当該商品を中央貿易統制公社に売却し、かつ、納入しなければならない。

当該商品が輸入された後、当該商品について自己もしくは他人の計算で国内において自由に販売する権限を有する者は、この規定の定める輸入業者とみなされる。

第 2 条 外国から第 1 条に掲げる商品を輸入する者は、当該商品が外国において積み込まれた後、遅滞なく、数量、種類、仕入価格、仕向け先について中央貿易統制公社に申告し、さらに、その他のすべての商慣習上必要な報告も中央貿易統制公社に回付する義務を負う。同者は、当該商品の入荷およびその保管場所を中央貿易統制公社に遅滞なく届け出なければならない。当該届出および報告は、書留で行わなければならない。その際、中央貿易統制公社によって指定された書式用紙を用いるのが望ましい。

第 3 条 外国から第 1 条に掲げる商品を輸入する者は、中央貿易統制公社によって買い上げられるまでは、当該商品を通常の商人の用いる注意を持って取り扱い、

商慣習上必要な保険を掛け、中央貿易統制公社の指示による引渡し請求に基づいて積み込まなければならない。同者は、当該商品を公社の請求に基づいて、検分のために、公社の指定する場所に提供しなければならない。

第4条 中央貿易統制公社は、輸入業者からの届出を受けたのち、遅滞なく、検分が行われた場合には、速やかに、当該商品を買上げるかどうかを表明しなければならない。

第5条 中央貿易統制公社は、同社によって買い上げられた商品についての買上価格を最終的に確定しなければならない。

買い上げが任意でなされたのでない場合には、当該商品の所有権は、中央貿易統制公社の申請に基づいて、管轄官庁の命令によって公社か、または、申請書において指定された個人に帰属する。当該命令は買い上げの負担を負う者宛に発せられなければならない。当該命令が同者に到達すると直ちに所有権は移転する。

(以下略)

ベルリン、1916年4月5日(RGBL 1916, 238-240)

- 16) 1916年4月4日付の政令(RGBL 1916, 234)によって改正された、1916年1月17日付の塩漬けニシンの輸入についての連邦参議院の政令(RGBL 1916, 45)の第3条第2項に基づいて、以下のように定める:

第1条 1916年4月4日付の政令(RGBL 1916, 234)によって改正された、1916年1月17日付の塩漬けニシンの輸入についての連邦参議院の政令(RGBL 1916, 45)の規定は、塩漬けされた魚、干鰯、魚卵に拡大される。

(以下略)

ベルリン、1916年4月5日(RGBL 1916, 237)

- 17) 1916年4月4日付の政令(RGBL 1916, 234)によって改正された、1916年1月17日付の塩漬けニシンの輸入についての連邦参議院の政令(RGBL 1916, 45)の第3条第2項に基づいて、以下のように定める:

1916年4月4日付の政令(RGBL 1916, 234)によって改正された、1916年1月17日付の塩漬けニシンの輸入についての連邦参議院の政令(RGBL 1916, 45)の規定およびそれについて出された1916年4月5日、6月18日、8月23日付の施行規則(RGBL 1916, 238, 530, 949)は、すべての魚、すなわち、鮮魚(生きているもの及び死んでいるもの)を除くすべての加工魚に拡大される。

ベルリン、1916年9月30日(RGBL 1916, 1135)

- 18) RGBL 1916, 1265-1267. それゆえ、おそらく、ライヒ裁判所は事実関係の記述の際に、契約の正確な日付を重視したものと思われる。もっとも、本件契約では、鮮魚ではなく、樽に詰められた魚、すなわち全部塩漬けの魚が問題となっていた。

- 19) 1916 年 8 月 21 日の政令および施行規則（RGBl 1916, 941-948）。
- 20) 牛肉、羊肉、豚肉、鶏肉、野生動物の肉のみが含まれていた（RGBl 1916, 941）。「鯨肉粉末」も飼料および肥料に挙げられていた（RGBl 1916, 70）。しかし、鯨肉自体は挙げられていなかった。
- 21) Martinek, a. a. O., JuS 1997, 136 f.
- 22) 以下の記述は、Martinek, a. a. O., JuS 1997, 136 f. による。それによれば、OLG ハンブルクの判決理由の詳細については、BGH のアーカイブスに保管されていた本判決の未公表の判決原本から明らかになったとのことである。
- 23) Martinek, a. a. O., JuS 1997, 136.
- 24) BGBI19 条 1 項「意思表示の際に、その内容について錯誤に陥っていた者、又はそのような内容の表示を全くする意図のなかった者は、その者が事情を知っていた、又は、事実を合理的に評価していたのであれば、意思表示をしていなかったであろう場合には、その意思表示を取り消すことが出来る」。
- 25) Martinek, a. a. O., JuS 1997, 136 Fn. 5.
- 26) BGBI19 条 2 項「取引において本質的な又は物の性質に関する錯誤も、表示の内容に関する錯誤とみなされる」。
- 27) 磯村哲・前掲 80 頁以下および 118 頁以下。
- 28) BGBI21 条 1 文「BGBI19 条、120 条の場合における取消は、取消権者が取消原因を認識した後、遅滞なく行われなければならない」。
- 29) BGBI22 条 1 項「意思表示が BGBI18 条により無効となる又は 119 条、120 条に基づいて取消される場合には、当該意思表示が相手方に表示されていたときには、その相手方に、そうではない場合には第三者に、その相手方又は第三者が、当該意思表示の有効性を信頼することによって被った損害を賠償しなければならない。ただし、相手方又は第三者が当該意思表示が有効であることについて有している利益の額を超えない」。
同条 2 項「被害者が無効又は取消しの理由を知らなかった、又は過失の結果知らなかった場合には、賠償義務は生じない」。
- 30) BGB459 条 1 項「物の売主は、買主に対して、買主に危険が移転したときに、物がその価値又は通常の使用若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、又は減じるような瑕疵を帯びていないことについて責任を負う。価値又は適合性の軽微な減少は考慮されない」。
- 31) 山本敬三『民法講義Ⅳ－1 契約』（有斐閣、2005）281 頁。
- 32) 拙稿・前掲神戸 47 卷 2 号 406 頁以下。

- 33) ライヒ裁判所 1920 年 1 月 13 日判決民事第二部 (RGZ 97, 351)。本判決は、RG の客観的瑕疵概念の証左としてよく引用されるが、これに対しフーバーは、本件は、買主は売主と何ら特定の性質について合意しておらず、主観的瑕疵概念にしたがっても物の瑕疵は存在していない事案であったとする (Soergel/Huber, vor § 459 Rz. 21 Fn. 7)。フルーメもこの点について指摘する (Werner Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948, S. 113 Fn. 10)。
- 34) Martinek, a. a. O., JuS 1997, 140。瑕疵担保責任と債務不履行責任ではその効果も異なる。BGB459 条 1 項の物的瑕疵担保責任の場合には、買主は、代金減額請求権ならびに瑕疵担保解除請求権を行使できるが、BGB477 条により、その行使期間は 6 カ月に限定されている。また、損害賠償は 463 条により、性質保証か悪意の黙秘がある場合にのみ請求できる。これに対して、異種物給付の場合には、買主は、BGB195 条により、30 年間履行を請求できる。
- 35) Cordes, a. a. O., JURA 1991, 355.
- 36) Martinek, a. a. O., JuS 1997, 141.
- 37) BGHZ 90, 198, 202。新 BGB のもとでも基本的立場は維持されている。
- 38) BGB306 条「不能な給付を目的とする契約は無効である」。
- 39) メディクスは、「唯一履行の趣旨に適合する鯨肉は、この船からはもはや給付され得ない」という表現で、BGB306 条による解決を支持する (Medicus, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. (1996), Rdnr. 333/4)。この解決は、一方では、非常に悪評高い BGB477 条の短期消滅時効を回避することができ、他方で、BGB306 条の効果は無効であるために、買主はそもそも契約を取消す必要はなく、BGB122 条の買主の損害賠償義務を避けることができる。マルティネック教授は、このような解決を「前門の虎、後門の狼 (zwischen Skylla und Charybdis)」の中をかいくぐるような解決と表現する (Martinek, a. a. O., JuS 1997, 142)。
- 40) この点について、近時、ドイツの連邦通常裁判所 (以下「BGH」と略記) において、インターネットオークションにおける合意と履行責任が問題となった事件において興味深い判決が出されている。詳細については、拙稿「インターネットオークションにおける暴利行為と契約責任」横浜国際経済法学 21 巻 3 号 81 頁以下を参照。もっとも、鯨肉・鯨肉事件に適用された改正前の瑕疵担保責任法は、売主の履行利益賠償責任を性質保証か悪意の黙秘がある場合に限定していたため、本件で履行利益の賠償の可否が争点となることは無かった。
- 41) 商事法務編『民法 (債権関係) の改正に関する中間試案 (概要付き)』別冊 NBL143 号 127 頁以下。

『鯨肉・鮫肉事件 (Haakjöringsköd-Fall)』(RGZ 99, 147) の再評価

- 42) 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その2）補充説明」(部会資料 80 - 3) 31 頁以下 (<http://www.moj.go.jp/content/000124580.pdf>)。
- 43) 商事法務編『民法（債権関係）改正法案新旧対照条文』152 頁以下。

