

特別寄稿

マンフレッド・レービッシュ  
ドイツにおける新債務法

出口 雅久 (共訳)  
本 間 学

目 次

序

時効法の改正

- 1 時効期間の短縮化と統一化
- 2 時効起算の基準
- 3 中断及び停止の新たな規律
- 4 経過規定

給付障害法の現代化

- 1 義務違反 (Pflichtverletzung)
- 2 損害賠償の不要支出 (vergeblich Aufwand) への拡張
- 3 統一的な証明責任規定
- 4 解除効果法 (Rücktrittfolgenrecht) の新たな規定
- 5 解除にも関わらず生じる双務契約の場合の損害賠償
- 6 契約締結上の過失の明文の規律
- 7 行為の基礎の喪失についての明文の規定
- 8 債務関係においても認められる非財産的損害の金銭賠償

売買契約における担保責任の新たな規律

- 1 瑕疵概念の再定義
- 2 瑕疵の場合の買主の権利
- 3 買主の瑕疵担保請求権の時効期間の延長
- 4 給付者に対する最終売却人 (Letztverkäufer) の消費者動産売買と求償権

請負契約における変更点

BGB への消費者保護法の編入

- 1 普通取引約款法
- 2 訪問販売取引
- 3 通信販売取引
- 4 一時的住居権契約 (Teilzeit-Wohnrechtvertrag)
- 5 消費者信用

## 序

2002年1月1日より、ドイツでは新債務法が施行された。時効法、給付障害法、売買契約法及び請負契約法が改正された。消費者保護に関する法律及び命令(Verordnung)がBGBの中に編入され、消費者の集団的利益を保護する差止訴訟法(Unterlassungsklagegesetz)が創出された。全体として300を超える条項が変更、補充、または新たに挿入された。連邦政府の草案は、48頁にわたる法文案と240頁にわたる立法理由書で構成された。

現代化の外的な誘因は、1999年に出された消費者動産売買に関するヨーロッパ共同体指令の国内法化であり、これは2001年の年末が期限であった。かかる国内法化義務の履行は、それ自体、それほど手を加えずとも実現できるものであった。実際、消費者動産売買に限定する「小さな解決」の提案がなされた。しかし、立法者はこれにはよらなかった。

ドイツ債務法をこの時点でこれほど根本から改正したことが正当であるか否かについては、学界及び実務で非常に争いのあるものであったし、また現在もおおきな争いがある。一方では、BGBの現代化を行い、長年にわたり放置されてきた欠陥を解消する機会が、当分はやってこないようにもみえた。他方では、遅かれ早かれヨーロッパにおける私法の統一化が実現されることが期待されるはずである。私法の統一化にかかわる準備作業は、すでにヨーロッパ連合において進行している。かかる作業が目標に到達すれば、新たに広範な改正することが必要となるであろう。

私の個人的な評価では、立法者は債務法改正につき、経済界の要請をあまりに軽視していたように思える。その限りで、方法の性急さ、国内法化に与えられた時間の短さに疑念が生じるのはいたしかたない。つまり、法は、2001年11月26日に公布されたが、2002年1月1日には施行されたのである。従って、経済界には2001年12月の一月のみが新法の準備に残される

に過ぎなかった。このことが摩擦をもたらすに違いなかったこと、また現にもたらしたことは、明白である。

経済界にとっては、回避不能な移行費用の方がさらに重要である。これは、百万とはいわないまでも十万の契約や普通取引約款の切替、余分な危険責任、そして変容した消費者行動に対応するための必要経費、そして発効後の最初の一年に予想される、これに伴う訴訟の洪水を含めた法的不安定によるものである。ドイツ中小企業コンサルティング協会（Deutsche Gesellschaft für Mittelstandsberatung）、少なくともドイツ銀行グループの企業は、かかる費用を鑑定書で数十億ユーロと見積もっている。景気の後退と格闘する経済界には、かかる余分な費用負担は耐えられない。

立法者は、ベルンのオイゲン・プッヒャー教授の意見に耳を傾けた方がよかったのであろう。彼は、2001年3月のベルリンでのドイツ民法担当者会議特別大会で、スイスが自国の債務法改正したときの負の経験を指摘した。この改正は、移行費用を事前に予測し得ない額にしたとする。

もっとも改正はすでに行われ、社会はその方向へと動いている。これは、経済界にもあてはまるのであり、彼らはこのような立法者の、かつてないほど広範な BGB への介入の克服に貢献しなければならないのである。

入門文献：Heß, Das neue Schuldrecht—In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 253ff

## 時効法の改正

### 1. 時効期間の短縮化と統一化

時効法について、立法者は、旧来的で、見通しの利かない、様々な時効期間が相反するシステムを完全な検討課題とし、とりわけ一般的な時効期間を明確に作り出すことを決断した。時効期間はもはや30年ではなく、わずか3年である（BGB 195条）。

かかる3年の一般時効期間は、原則として契約上の請求権だけでなく、

契約以外の請求権についても妥当する。従って、不法行為に基づく損害賠償請求権や不当利得返還請求権についても妥当する。

もっとも、3年の新たな通常の時効期間は、あらゆる場合に時効期間を短縮することを導くわけではない。すなわち、とりわけ、売買代金請求権及びその他の対価的請求権(Entgeltanspruch)についての基準であった旧BGB 196条の短期消滅時効も削除された。被用者の賃金債権の時効期間もこのような形で延長された。労働関係終結後に双務的請求権を迅速に解消する実務上の必要性には、このことは適合しない。それ故、これまで以上に時効期間進行前の対価的請求権の失効が問題となるであろう。特に、これまで以上に、時効の発生を問題としない短期の除斥期間の合意がなされることになるであろう。

10年の特別期間が、不動産物権(Grundstückrecht)の設定、移転、放棄(Aufhebung)の請求権について規定されている(BGB 196条)。動産の引渡請求権、相続法上及び家族法上の請求権、執行力を有する和解、及び裁判上の証書(Urkunde)に基づく請求権については、30年の特別の時効期間が妥当する(BGB 197条1項)。もっとも、回帰的給付(wiederkehrende Leistung)請求権または扶養給付請求権についてはかかる場合も時効期間は3年である(BGB 197条2項)。

売買契約法及び請負契約法についての瑕疵担保請求権の時効についても依然として個別に規律がなされている。売買法上の瑕疵担保請求権の時効期間は、もはや6ヶ月のみではなく、原則として2年である(BGB 438条1項3号)。請負契約については、将来的には、物の製作、保存、変更の完成、またはこれについての計画及び監督業務の実現を内容とする仕事の瑕疵担保請求権(Mangelanspruch)については時効は2年である。建築請負の場合、時効期間は5年である(BGB 634条a 1項及び2項)。このような個別規定が存在するために、時効期間の統一化の目的はかなり損なわれている。瑕疵担保法の2年の時効期間に妥当する請求権と、3年の一般の時効期間に妥当する請求権の間の限界を巡る争いがすでに始まってい

る。

## 2. 時効起算の基準

これまでの30年の通常の時効期間が請求権の発生で進行するのに対し、新たな3年の時効期間の進行は、これより広い二つの要件に左右される。すなわち、BGB 199条1項2号によれば、債権者は、請求権を基礎付ける事情及び債務者本人を知り、または重大な過失なく知ることができなければならない。新たな主観的要件は論争の種となるであろう。労働法からひとつ例をあげてみよう。例えば、被用者が幾年も後に、労働契約による報酬グループよりも高額な報酬が自己に帰属することを知らなかったことを主張した場合、この被用者に重過失を負わせるべきかが重要となる。この問題は、重過失が有する主観的な事情を鑑みても、判断の難しいものとなる可能性があり、裁判手続において広範な証拠調べが必要となるであろう。

知っているか、または重大な過失により知らないかにかかわらず、請求権の発生後10年で初めて最終的な時効は成立する（BGB 199条4項）。

立法者は、損害賠償請求権について特別の規定を設けた。BGB 199条2項によれば、身体、健康又は自由に侵害を与えたことによる損害賠償請求権は、請求権の発生およびそれを知っているか、重大な過失により知らないかにかかわらず、行為のとき、義務侵害のなされたとき、又は損害を惹起するその他の事情の生じたときから30年で時効にかかる。その他の損害賠償請求権は、それを知っているか、重大な過失により知らないかにかかわらず請求権の発生から10年、また請求権の発生、それを知っているか、重大な過失により知らないかにかかわらず、行為のとき、義務侵害のなされたとき、又は損害を惹起するその他の事情の生じたときから30年で時効にかかる（BGB 199条3項）。

加えて、BGB 199条1項の冒頭のきまり文句によると、通常の時効は、請求権が発生し、上述した主観的要件が充足した年の終了時に初めて起算する。立法手続の遅い段階で挿入されたかかる規定は、かつての2年及び

4年の短期消滅時効に妥当した規定を引き継いでいる。この規定は、これまでの経験からすると、時効に関する問題の簡易化に大きく寄与するであろう。

売買法及び請負契約法における瑕疵担保請求権の時効期間は、主観的要件の存在、物の引渡・受領が暦上の年末になされたかにかかわらず進行する(BGB 438条2項, 634条a 2項)。

### 3. 中断及び停止の新たな規律

時効期間が再び最初から進行する従前の時効の中断は、新法では「再開( Neubeginn )」という呼称が付けられた。時効の中断は、BGB 212条1項によれば、次のような場合のみを対象とする。すなわち、債務者が債権者に一部弁済、利息の支払い、担保の供与又はその他の方法により請求権を承認した場合、又は裁判上の執行又は行政機関による執行が行われたか、又は申し立てられた場合である。

そのほかには、BGB 209条によって時効が停止している間は、時効期間に算入されないこととなる時効の停止制度のみを取りあげる。この規定によれば、今後は、訴えの提起、督促通知、訴訟告知並びに差押、仮差止のような権利追求の処置も、〔時効の〕停止する場合にあたる(BGB 204条1項)。加えて、例えば、給付拒絶権の存在、不可抗力、家族的、およびこれに類似した原因のような、これまで規定されていた停止事由もそのまま存続する(BGB 205条ないし207条)。しかし、BGB 203条の規定は新たなものである。この規定によれば、債務者と債権者の間で請求権もしくは請求権を基礎付ける事情に関する交渉が継続中である限りで、時効は停止する。従って、立法者はこれまでの、例えば不法行為に関する請求権についての BGB 852条2項のような、特別の規定においてのみ認められてきた規律を一般化した。

#### 4. 経過規定

新しい時効法も、2002年1月1日より発効する。この後に発生した請求権は、問題なく新しい時効規定が妥当する。他方で、2002年1月1日に既に時効となった請求権については、時効であることに変わりない。

2002年1月1日に既に存在するが、旧法によればまだ時効となっていない請求権については、EGBGB 229条6項の経過規定が妥当する。これによれば、かかる請求権については、原則として新しい時効法が適用される。しかし、時効期間が、旧法の規定より、2002年1月1日以降に適用される新法のほうが長い場合には、旧法を基準とした時点で時効となる。逆に、時効期間が、旧法より新法の方が短い場合には、2002年1月1日より算出される短い方の期間が妥当する。これまで30年の通常時効期間が妥当し、今後は3年の通常時効期間が妥当する請求権は、従って、このような請求権が2002年1月1日より前に発生した場合も、2005年12月31日で時効となる。

入門文献：Mansell, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 89ff.

## 給付障害法の現代化

### 1. 義務違反（Pflichtverletzung）という統一概念

BGB 275条以下の一般的給付障害法においては、異なる要件及び法的効果を有するかつての給付障害の様々な形態（履行不能、履行遅滞、積極的債権侵害）を積極的債権侵害のモデルにより統一し、義務違反（Pflichtverletzung）という中心概念にまとめた。新たな中心的な規定である280条1項1号によれば、（契約上又は法律上の）債務関係の債権者は、債務者が債務関係に基づく義務に違反した場合には、損害賠償を請求できる。その際、過失責任原則（Verschuldensprinzip）は維持される。すなわち、債務者が義務違反につき責任を負う必要がない場合、つまり故意も

過失もなく行った行為である場合、BGB 280条1項2文に基づいて、損害賠償義務は生じない。もっとも、債務関係の内容、とりわけ損害担保の約定を理由に、より厳格な責任が生じる可能性がある。このことは、BGB 276条1項の新しい規定が明文で示している。

履行遅滞 (Verzug) については、BGB 280条1項は同条2項で補充される。この規定によると、履行遅滞を理由とする損害賠償は、より広範な、BGB 286条 (旧 BGB 284条, 285条) で規定された要件のもとでのみ請求することができる。積極的債権侵害については、追加的に新 BGB 241条2項が妥当する。同条項はいまや明文で、債務関係は、その内容に応じて、相手方の権利、法益又は利益を考慮することを、各当事者に義務付けうることを規定する。

BGB 280条1項によれば、義務違反の結果として生じた損害の賠償を請求することができる。給付請求権は、このような賠償請求権自体によって、影響を受けない。給付とともに損害賠償を請求しうる。給付に代わる損害賠償請求権については、追加的要件を満たさねばならない。BGB 281条によれば、通常、以下のような事情が必要である。すなわち、債務者に給付又は追完 (Nacherfüllung) のために設定された期間が不首尾に〔給付又は追完なく〕経過したか、または期間の設定が不要であると考えられる特別の事情を提示することである。BGB 241条2項の基づく、配慮義務 (Rücksichtnahmepflicht) の侵害の場合、給付に代わる損害賠償は、債務者による給付がもはや債権者に期待し得ない場合にも、請求することができる (BGB 282条)。給付に代わる、最初からの損害賠償を、債務者が給付が〔客観的に〕不可能であること、又は給付を期待し得ないことを理由に275条1項ないし3項によって給付をする必要のない場合に、債権者は請求できる (BGB 283条)。

## 2. 損害賠償の不要支出 (vergeblich Aufwand) への拡張

ドイツ損害賠償法は、それ自体、「差額仮定 (Differenzhypothese)」に

よって支配されている。損害が存在するか、存在するとしてどれほどの額につき存在するのか、については、事実上の財産状態と、損害によって生じた事情が仮になかった場合に存在する財産状態を比較することによって算定される。不要支出（vergeblich Aufwand）は、この原則によれば、期待されていたが、生じることのなかった財産の増殖の中に現れた場合にのみ、損害賠償請求権を基礎付ける。確かに、これは通常の場合に当てはまることであり、その結果、判例は証拠法上、収益性を推定すること（Rentabilitätsvermutung）を前提としている。しかし、そうではない場合もありうる。そのような場合につき、連邦通常裁判所は、ある市より催事場を借りたが、市から催事場の明渡しを受けなかった政治団体は、当該催しの広告費用についての損害を請求し得ない、と判示した（BGHZ 99, 182, 196 ff.）。なぜなら、催しは収益を期待し得なかったからであるとする。

BGB 284条は、債権者は、給付に代わる損害賠償の代わりに、その目的が債務者の義務違反（Pflichtverletzung）がなければ実現されなかった場合を除いて、債権者が給付保持の信頼の下に、適正に行なった支出（Aufwendung）の賠償を請求しうることを定める。従って、今日では、連邦通常裁判所によって判断された事例は、支出の賠償がなされうるであろう。なぜなら、会館を使用させなかった市の義務違反がなければ、支出の目的、すなわち催しの開催は実現したであろうからである。

BGB 284条の新規定の実務上の意義は、〔同条に〕記載されている場合をはるかに超えるものである。例えば、事業に障害をもたらす労働義務の違反は、その違反がなければ企業が操業活動について費やす支出の賠償を導くことが前提とされなければならない。企業が事業から利益を得たか否かは、問題ではない。

この規定が、債務関係に基づく義務違反の場合にのみ妥当し、不法行為については妥当しない点も注目に値する。このことは、矛盾する帰結を導く。違法なストライキの場合に、ストライキをした被用者は、BGB 284条

に基づき、確かに不要支出を、自己の労働契約に違反したことから賠償しなければならない。しかし、不法行為に基づき会社に責任を負う、ストライキを行った労働組合には妥当しない。むしろ、その限りで、相変わらず賠償請求権は損失救済の証明に左右される。

### 3. 統一的な証明責任規定

給付障害の場合の債務者の過失に関する証明責任については、これまで様々な規律が妥当した。BGB 282条及び285条に基づき、履行不能及び履行遅滞の場合は、証明責任は債務者の側に存在した。これに対し積極的債権侵害については、債権侵害が債務者又は債権者の危険領域および責任領域に属するか否かによって、異なっていた。現行法では、統一的な要件で義務違反が認められることから、統一的な証明責任規定が導かれる。BGB 280条1項2文から導かれるように、証明責任は、義務違反につき過失が存在しない点につき、常に債務者に存在する。

このような統一化が、適切な帰結をもたらすか否かについては疑念が生じうる。このように統一化することは、患者に対する医者責任についての特異な問題をほとんど考慮していない。さらに、使用者に対する被用者の責任の場合については、立法者は最後の段階で、例外を作り出した。BGB 619条aによれば、BGB 280条1項と異なり、被用者は使用者に、義務違反につき帰責事由がある場合に限り、労働関係に基づく義務違反より生じた損害の賠償をしなければならない。すなわち、使用者は義務違反だけでなく、被用者の過失も証明しなければならない。

### 4. 解除効果法 (Rücktrittsfolgenrecht) の新たな規定

BGB 346条以下は、約定解除権と、法定解除権を統一的に規定することになった。解除の場合、既に履行された給付は返還されるべきである、という原則は、新法では BGB 346条1項で維持され、この規定は、約定解除権及び法定解除権に等しく妥当する。BGB 346条2項1号によると、請

負給付のような、取得された物（Erlangten）の性質によれば返還が排除されるような場合は、価値賠償の責任を負う。

果実の引渡及び費用の賠償の請求権は、新法では BGB 346条 1 項及び 347条に独立して規定されている。所有権者 占有者関係についての規定（BGB 987条以下）の参照は、問題とならない。旧法に基づく損害賠償請求権の代わりに、BGB 346条 2 項 2 号、3 号、3 項に基づく価値賠償請求権、及び BGB 346条 4 項、280条以下に基づく損害賠償請求権が規定された。

解除権者に責任を負わされる物の毀損又は滅失は、これまでは解除を排除したが、この場合については将来は BGB 346条 2 項 1 文 2 号及び 3 号に基づき、価値賠償に関する債務者の義務が妥当する。このような義務は、解除権者が自らにつき通常の注意を果たした場合には、法定解除権の場合にも妥当する。

返還されるべき物が加工や変造された場合も、これまでとは異なり、解除権が排除されることはなく、BGB 346条 2 項 1 文 2 号に基づき、価値賠償に代わる返還が導かれる。同様のことは、返還されるべき物の譲渡又はこれへ負担を課すことについても妥当する（BGB 346条 2 項 2 号）。

#### 5. 解除にも関わらず生じる双務契約の場合の損害賠償

これまでは、BGB 326条によれば、双務契約の債権者は、債務者の履行遅滞の場合に、法的救済を二度選択しなければならなかった。すなわち、債権者が不履行を理由に損害賠償を求めるか、又は契約の解除をしようとする場合、債権者は債務者に遅滞後適切な期間で、期間の経過後の給付の受領拒絶の表示を選定しなければならなかった。期間の経過後は、履行請求権は排除された。その後は、債権者は不履行に基づく損害賠償か解除かを選択しなければならなかった。解除の選択後は、判例によれば債権者もはや損害賠償を請求し得なかった。というのも、解除によって契約〔関係〕が変更されたからである。

以後基準となる BGB 323条によれば、もはや拒絶をすることは必要ではない。むしろ、債権者は債務者に、給付についての適切な期間を設定し、その期間が徒過するだけでよい。これが争われた場合、債権者は契約を解除することができるが、そうしなければならないわけではなく、依然として解除の代わりに履行請求することができる。債権者が解除をしてはじめて、履行請求権は排除される。

損害賠償請求権は、債権者によって取られた行動に、一般的には左右されることはない。むしろ、新法で BGB 325条に置かれた規律により、双務契約の場合に損害賠償を要求する権利は、解除によって排除されることはない。

#### 6. 契約締結上の過失の明文の規律

取引上の接触の開始により、債務関係に重大な義務が生じ、このような義務が侵害されることで損害賠償が生じうることは、ドイツにおいては古くから判例及び学説上承認されており、その結果、まさに慣習法とされてきた。このような契約締結上の過失、ラテン語でいうところの "culpa in contrahendo" の制度は、新債務法では明文で規定された。BGB 311条 2項によれば、債務関係は、以下のことによっても、BGB 241条 2項により債務 (Pflicht) を生じる。

##### 1 契約交渉の開始

2 当事者の一方が、将来生じる可能性のある法律行為上の関係を考慮して、相手方に、その権利、法益、利益への作用する可能性を与え、または、相手方にこれを委ねる契約交渉の準備

##### 3 その他類似の取引上の接触

内容的には、この規定によって何らの変更もなされていない。この規定は、単に、判例学説によって展開されてきた原則、すなわち、BGB 311条 2項において契約締結上の過失についての責任に関する原則一般を、BGB 311条 3項において履行補助者の固有の責任 (Eigenhaftung) についての

原則を確認しただけである。この履行補助者は、特別の補佐人的地位を有し、それ故、行為の履行もしくは信頼性を補充的に保証するものである。

#### 7. 行為基礎の喪失（事情変更）についての明文の規定

行為基礎の喪失の制度についても、新債務法では明文の規定が置かれた。BGB 313条 1項によれば、契約を基礎付ける事情について契約締結後に著しい変更が生じ、個別の場合、とりわけ契約上、又は法律上の危険の分配についてのあらゆる事情を考慮すると、契約の一方当事者を変更の生じた前の契約に拘束することが期待し得ない場合に、契約への適合を要求しうる（客観的行為基礎）。BGB 313条 2項によれば、契約を基礎付ける重要な観念が、誤りであることが明らかになった場合に、同様のことが認められる（主観的行為基礎）。適合（Anpassung）が、不可能な場合、又は当事者の一方に期待し得ない場合は、BGB 313条 3項によって、不利益を被る当事者は解除しうる（zurücktreten）。

この規律は、変更された関係の適合（Anpassung）が自動的に生じるのではなく、むしろこれが、契約当事者の一方によって求められた場合に場合にのみ生じる限りでこれまでの法状況を変更する。

確実に問題となるのは、本規定と BGB 275条における期待不可能性の新たな規律との関係である。すなわち、同条では、給付請求権は、その履行（Erbirngen）が不可能である限りで、給付を排除するのではないことを明文で規定する。むしろ、BGB 275条 2項によれば、債務関係の内容及び信義誠実の原則を考慮すると、債権者の給付利益と比して著しく不均衡である費用が必要である限りで、債務者は給付を拒絶できる。この場合、債務者に期待されるべき努力（Anstrengung）を確定する際には、債務者が給付障害につき責を負わなければならないか否かも考慮される。さらに、BGB 275条 3項によれば、債務者は債務者が自ら給付をなす義務を負い、かつ自己の給付の障害となっている事情と債権者の給付利益とを衡量すると、かかる給付を債務者に期待し得ない場合には、給付を拒絶でき

る。債務法改正の連邦政府討議草案の理由書における明示的な指摘どおりに、将来、優先的に、障害の生じた契約の適合 (Anpassung) が試みられ、これにより法的に明確にされている契約上の義務の代わりに、裁判所によって、自らの説明によって契約を事後的に創出する権限 (Befugnis) が行使される危険を完全には否定できない。

#### 8. 債務関係においても金銭による非財産的損害の賠償

この間、債務法改正は、損害賠償法の改正に関する法律で補充された。この改正法は、子の責任 (10歳ではじめて生じる) を制限し、製造物責任、とりわけ医薬品についての製造物責任を拡大した。しかし、改正法はBGB 253条の新規定も有しており、同条は、従前、金銭賠償はこれが明文で規定されていない場合は非財産損害のみに妥当することを規定していた。新法では、身体損害、健康侵害及び身体の拘束の場合にも、非財産損害の賠償を金銭で求めることが一般的に妥当する。従って、将来的にはその限りで、もはや不法行為責任を引き合いに出す必要はない。このことは、補助者の行為についても妥当する。履行補助者の義務侵害も、これが253条に掲げる法益に該当するならば、非財産損害の金銭賠償を導きうる。履行補助者の過失については、BGB 278条に基づき厳格に責任が負わされ、従って、BGB 831条に基づく不法行為責任の場合と異なり、免責の証明は導かれえないために、これは実務上重要である。

ところで、労働法について興味深いのは、事故保険の権利について変更がない点である。この場合、依然として、被用者が労災の際に、企業に対しても、同僚に対しても民事上の賠償請求権を有することはなく、むしろ、慰謝料請求権を含まない法定の事故保険に基づく請求権が参照される。

入門文献：Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 1ff.

## 売買契約における担保責任の新たな規律

### 1. 瑕疵概念の再定義（Neufassung）

何が、物の瑕疵（Sachmangel）であるかは、依然として一次的には、売却された物の契約で合意された性質との相違が重要である。合意が存在しない場合、契約で前提とされた〔物の〕使用、補助的に通常の〔当該物の〕使用によって判断される（BGB 434条 1項 1文および2文）。

BGB 434条 2項によれば、合意された組み立てが、売主又はその履行補助者によって適切になされなかった場合、又は組み立てを予定した物につき、組み立て説明書に瑕疵がある場合に、物の瑕疵が認められる。後者の規律は「イケア条項（Ikea-Klausel）」と呼ばれており、ヨーロッパ全域で営業を行っているスウェーデン家具企業であるイケアが引き合いに出される。イケアは広範囲わたって組み立てられるべき既製の家具を売る企業である。この場合、買主は組み立て説明書を理解できず、それ故組み立てが適切になされなかったために、しばしば家具の毀損が問題となる。

BGB 434条 3項によれば、売主が〔契約内容とは〕別の物、又は過少の数量〔の物〕を給付した場合、同様に物の瑕疵が認められる。このような異種物給付（ラテン語で、“aliud”）は、旧法でも既に、瑕疵として理解されてきた。もっとも、HGB 378条との関係で制限がある。給付された物が注文と著しく異なり、その結果売主が、買主の追認は不可能であると考えられる場合、物の瑕疵について瑕疵担保法は妥当しない。このような制限の放棄が、実際に堅守されるか否か、については疑念がある。例えば、車の代わりに芝刈り機が給付された場合、買主に瑕疵に関する権利を指定することは適切でないように思える。

本法は、新たに権利の瑕疵をも定義づけた。BGB 435条によれば、第三者が物に関して買主に対して権利を行使し得ないか、又は売買契約で引き受けられた権利のみを行使しうる場合、物は権利の瑕疵がない。存在しな

い権利が登記簿に記載された場合、これは権利の瑕疵と同様とされる。事実上の変更は、このことから生じていない。

確約された属性の欠缺に関する特別の規律（これまでの BGB 463条）は、もはや存在しない。属性の欠缺は、原則として瑕疵として扱われ、瑕疵担保法が問題となる。しかし、売主が損害担保（Garantie）を引き受けた場合には、特別規定が妥当する。

新 BGB 276条 1項と関連する280条 1項によれば、この場合、売主に過失がない場合は、瑕疵に基づく損害賠償請求義務も生じうる。

BGB 443条によれば、損害担保のある場合、法定の瑕疵担保請求権とともに損害担保に基づく権利も有する。この場合、損害担保の表示及び関連広告で掲げられた条件を基準とする。

BGB 444条によれば、性状についての損害担保を引き受けた場合には、責任の排除は不可能である。このことは、企業買収に頻繁に見られるように、確かに例えば売上について、両当事者は損害担保を合意しているが、金額上、例えば、売買代金額に制限しようとする場合、問題が生じる。このような制限の許容性は、BGB 444条の文言の観点からすると、疑念が生じる。判例が、この規定を限定的に解することをあてにするには、勇気を必要とする（erfordert Mut）〔あてにすることはできない〕。

## 2. 瑕疵の場合の買主の権利

BGB 437条によれば、買主は物の瑕疵及び権利の瑕疵の場合に、基本的に三つの権利を有する。〔まず〕追完（Nacherfüllung）を請求しうる。〔次に〕契約を解除（zurücktreten）するか、又は売買代金を減額することができる。〔また〕損害賠償を請求するか、無駄となった費用（vergeblicher Aufwendung）の賠償を請求することができる。

〔この三つのうち〕追完（Nacherfüllung）の請求権が優先する。BGB 439条によれば、買主はこれにつき、選択によって、瑕疵の除去又は瑕疵

のない物の引渡を請求することができる。追完は、売主が過度の費用を負う場合には、売主によってのみ拒絶することができる。

買主は通常、債務者に、追完に適切な期間を設定できなかった場合にのみ、売買契約の解除又は売買代金の減額をすることができる。このことは、BGB 323条 1項と関連する、437条 1項 2号から導かれる。しかし、売主が追完を拒絶した場合、又は売主が買主に要求することができない場合には、BGB 440条に基づき幾分別様に取り扱われる。期待不可能性は、例えば、物の予定された利用、例えば、催し物の場合の転売が、後の時点でもはや不可能になった場合に、考慮される。

損害賠償は、追加的に、売主が瑕疵につき責任を負わねばならないことを要件とする。このことは、BGB 437条 3号から導かれる。この規定は、損害賠償につき、過失要件を規定している BGB 280条を引き合いに出す。契約の締結の際に既に、瑕疵を除去し得ないことが確定している場合には、BGB 311条 aに基づき、売主がこのことを契約締結の際に知っていたか、または知らねばならなかったかに、損害賠償請求権は左右される。

買主が、契約締結の際に瑕疵を知っていた場合、BGB 442条に基づき、瑕疵担保権は排除される。買主が重大な過失によって瑕疵を知らなかった場合、買主は、売主が悪意でもって瑕疵について言及をしなかった、又は物の性状についての損害担保を引き受けた場合にのみ、買主は、瑕疵担保権を有する。

### 3. 買主の瑕疵担保請求権の時効期間の延長

旧法によれば、買主の瑕疵担保請求権は原則として、物の引渡しから6ヶ月で、土地の場合は譲渡から1年で時効となった（旧BGB 477条 1項）。新法では、既に1.1で述べたように、原則として2年の〔これまでよりも〕長期の時効（BGB 438条 1項 2号）と建築請負の場合に5年の時効が妥当する（BGB 438条 1項 2号）。このような新たな〔これまでよりも〕長期の時効期間は、全ての瑕疵担保請求権を包摂し、従って、後続損

害の賠償請求権についても妥当する。この損害賠償請求権については、旧法では判例によって導かれた BGB 477条の短期消滅時効の類推の結果として基礎づけられるに過ぎなかった。

しかし、依然として後続損害と、売買契約上の付随義務違反による損害とは区別されねばならない。付随義務違反による損害については、3年の一般消滅時効が妥当する。もっとも、問題となる事例の数は少なくなる。なぜなら、1で述べたように、瑕疵の概念が拡張され、従って、例えば組み立て説明書についてのよう、かなりの数の付随義務の侵害は、物の瑕疵による瑕疵担保と理解されるからである。

売主が悪意をもって瑕疵を通知しなかった場合、BGB 438条3項に基づき、BGB 195条、199条による原則3年の通常の時効期間が妥当する。

#### 4. 給付者に対する最終売却人 (Letztverkäufer) の消費者動産売買と求償権

序で述べたように、消費者動産売買に関するヨーロッパ連合指令の国内法化は、債務法改正の外的な誘因であった。指令の要請は消費者動産売買に関する BGB 474条以下の規定によって考慮されている。この規定は、消費者が事業者から動産を購入した場合に適用しうる (BGB 474条1項1文)。消費者は、数年前に BGB に挿入された13条の規定によれば、営業上の行為にも、独立した職業上の行為にも該当しないこと、従って私的な法領域に属することを目的として法律行為を締結した自然人を意味する。

消費者動産売買は主として三つの性質を有する。

第一に、BGB 475条1項は、事業者は、買主の瑕疵担保権について消費者を不利に区別する合意を援用することはできないことを規定している。例えば、買主に、追完請求権に制限することもしくは逆にこれを拒絶すること、減額請求権のみを認めるといったことはできない。もっとも、買主は自己に契約上認められた権利で満足する可能性もある。例えば、買主は減額請求権のみが認められる場合、これを、まず

もって追完についての期間を設定することなしに即座に主張できる。BGB 475条は、契約による時効期間の短縮の可能性をも制限している。しかし、BGB 475条3項によれば、瑕疵に基づく損害賠償請求権について合意をすることが可能であることには変わりはない。

第二に、BGB 476条は証明責任の転換を規定している。すなわち、危険の移転後、従って、動産については売却された物の引渡し後、6ヵ月以内に、物の瑕疵が現われた場合、この物は危険の移転の際に瑕疵を有していたことが推定される。売主が瑕疵担保責任を回避しようとするならば、譲渡の際に瑕疵は未だ存在しなかったことを証明しなければならない。

第三に、消費者動産売買の場合の、〔物を〕販売する事業者の厳格な責任の帰結として、自らの供給者に対してその地位が強化される。すなわち、事業者は売却した新たに製造した物を、瑕疵の結果として消費者より回収しなければならない場合、又は消費者が売買代金を減額した場合には、BGB 478条1項に基づいて、即座にその供給者に対する瑕疵担保請求権を主張しうる。期間の設定の必要はない。ところで、とりわけ、478条4項によれば、供給者は、事業者に不利にその瑕疵担保請求権を排除する合意を援用することはできない。損害賠償請求権のみが排除されるか、又は制限されうる。法は、事業者に、瑕疵担保権の代わりに、例えば全体の損害額の中に存在しうる同価値の補償を行う余地も認めている。

入門文献：Westermann, Das neue Kaufrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 241ff.

## 請負契約における変更点

債務法改正は、請負契約についても変更を加えた。変更点は主として、売買契約における瑕疵担保法との調整にある。一方で、売買契約の瑕疵担保法は、請負契約法から追完の優先を受け入れた。同様に、判例によって

展開されたいくつかの原則が、新法では明文で法の中で認められた。

売買契約の場合の売主のように、請負契約における請負人は、注文者に物の瑕疵及び権利の瑕疵なく仕事を調達する義務を負う (BGB 633条 1 項)。この場合、請負契約についても注文された仕事と異なる仕事がなされたこと又は製作された仕事が過小であることは、物の瑕疵にあたる (BGB 633条 2 項 3 文)。

買主のように、注文者は一次的には追完を求める権利を有する。売買法 (BGB 439条 1 項) との相違は、瑕疵の除去か、新たな仕事を行うか、の選択権は、BGB 635条 1 項によれば注文者ではなく、請負人に存在する点である。追完について設定された期間を徒過した場合、注文者は瑕疵を自己で修復し、これにつき請負人に立替金を要求するか (BGB 637条)、売買契約の場合のように、契約を解除するか、報酬を減額することができる (BGB 634条 3 号)。請負人が瑕疵につき責任を負う場合、請負契約についても損害賠償請求権が存在する (BGB 634条 4 号)。

瑕疵担保請求権は、BGB 634条 a によると、物の製作、保存、変更については 2 年、建築物の場合は 5 年で時効となる。このような 5 年の時効期間は、新法では計画作業 (Planungsarbeit) 及び監督作業 (Überwachungsarbeit) の瑕疵についても妥当する。請負人が悪意でもって瑕疵について情報を提供しなかった場合、通常の時効期間より BGB 634条 a 2 号の特別の時効期間が長くない場合 (BGB 634条 3 項) は、請求権は 3 年の通常の時効期間で時効にかかる。

新法は、見積もりについて特別の規律を有する。すなわち、BGB 632条は、見積もりは報酬が支払われないことを規定する。しかし、この点については何ら新たな点は存在しない。なぜなら、判例はこれまで既にこれに相応する法状況を前提としてきたからである。

入門文献: Schudnagies, Das Werkvertrag srecht nach der Schuldrechtsreform, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 96ff.

## BGB への消費者保護法の編入

### 1. 普通取引約款法

債務法改正は、これまで普通取引約款法に有していた、普通取引約款に関する法を BGB の中に編入した。新法では、〔普通取引約款に関する〕規律は、BGB 305条以下に存在する。

新しい規定は、主要な部分についてはこれまでの普通取引約款法の規定と一致する。特に、契約に普通取引約款を組み込む要件についてのこれまでの規律は新法でも妥当する（BGB 305条ないし306条）。同様に、普通取引約款は依然として三つの方向性で内容コントロールを免れない。すなわち、信義誠実原則に反する一般的な不利益取扱（BGB 307条）、不当と評価される条項による不利益取扱（BGB 308条）、一般的に禁止される条項（BGB 309条）である。しかし、二つの新しい点が強調されるべきである。

BGB 307条3項2文は、規定が明確でなく、理解できないために不当な不利益取扱がもたらされた限りで、普通取引約款とは異なる規定についても、内容コントロールを認めている。とりわけ、これは給付の価格の合意について意義を有する。いくつかの入れ子式の合意又は付随的合意によってはじめて価格が決まるために、価格が不明確である場合、裁判所はその相当性を審査する。

その他の、非常に重要な変更点は、普通取引約款法の労働契約への部分的な拡張にある。普通取引約款法23条1項と異なり、この23条に代わる BGB 310条4項は、労働法の領域上の契約をもはや普通取引約款に関する法の適用領域外に除外することはない。従って、一般労働条件は、BGB 307条の一般条項及び BGB 308条、309条の禁止条項〔の適用〕を免れない。

もっとも、これらの条項の適用は、BGB 310条4項2文によって、労働法に妥当する特殊性が適切に考慮されることにより修正を受ける。例えば、

終了した労働関係の迅速な解消の実務上の大きな必要性の観点から、仮に労働関係が長期の時効期間を排除するとしても、通例の短期の除斥期間を堅守しうるだろう。

しかし、多くの点はそのまま妥当することになる。その中には、法的な規定とは異なる一般的な労働条件は、将来的にはもはや規定することができなくなる点が挙げられる。一例として次のようなもののみを挙げる。BGB 309条12号に基づいて、使用者が証明責任を契約の相手方に対して不利に変更する規定が、無効である場合、被用者の責任(BGB 619条a)に関する自己に課せられた完全な証明責任を、使用者は被用者に転嫁することはできず、また、少なくともこれを制限することはできないことをこれは意味する。

ともかく、BGB 310条4項に基づく、集団的労働法上の規律については、二つの特殊性が妥当する。すなわち、1文によれば、普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成に関する規定は、労働協約、就業規則、服務規則(Dienstvereinbarung)には適用されない。3文によれば、労働協約、就業規則、服務規則(Dienstvereinbarung)は、BGB 307条3項におけるのと同様の意味を有し、その結果、法におけるのと同様のコントロールの相違(Abweichung)と補充のもとにおかれる。

BGB 310条4項1文によって、普通取引約款についての法の規定は労働関係の内容、締結、終了に関する団体協約(Kollektivverträgen)を、その適用領域から排除する。BGB 308条、309条の禁止条項も適用されず、BGB 307条の内容コントロールにも服さない。後者については、協約上の任意法規(tarifdispositivem Gesetzrecht)についても妥当する。例えば、BGB 622条4項1文を根拠に、労働関係に関する労働協約によって、これが、BGB 307条2項1号の意味での不当な不利益取扱とみなされえないとして、解雇告知期間を一日のみに規定することができる。

団体協約が、BGB 310条4項3文に基づいてBGB 307条3項の意味での法規と等置されることは、これが、法規範として拘束力を有するものとみ

なされることを意味するに過ぎない。このことは、労働協約についても妥当する。法規範としては、労働協約は、協約に拘束される使用者と被用者の労働関係においてのみ考慮することを要求する。つまり、通常は、双方向的な構成員たる資格（Mitgliedschaft）が存在する場合（TVG 3条1項）だけであり、例外的には労働協約の適用領域における全ての労働関係に関する、TVG 5条による一般拘束宣言（Allgemeinverbindlichklärung）のある場合である。

以上のような拘束力を有する適用領域においては、BGB 307条は、団体協約との区別が問題となる限りで、重要性を有しない。すなわち、職務規則及び服務規則はほとんど例外なく強行法であり、その結果、このような区別は最初から認められない。同様のことは、労働協約に拘束される被用間で、通常、協約の規定についても妥当する。しかし、一般的な労働契約条件について合意が成立し、団体協約上の規律が〔これを〕補充する場合は、この規定は意味を失うことになる。例えば、労働協約において、被用者が疾病の場合に、使用者に疾病である就業日に労働をなしえないことを報告することを義務付けることが規定され、一般的な労働契約条件が、被用者がこのような日に労働が不可能であることの医師による証明書を提出しなければならないことを定めている場合、労働協約に拘束される労働者の不適当な取扱いが存在するといえる。労働協約上の規律の基本的な考えは、報酬の継続支払いに関する法律（Entgeltfortzahlungsgesetz）5条1項3号によって守られた労働契約条件自体を、この場合、禁じている。

普通取引約款に関する法を BGB に取り込むことと、消費者法違反、その他の法に反する場合の差止め訴訟に関する法律〔の成立〕とは関連している。消費者団体は、消費者の保護のために一定の普通取引約款の無効の確認を求める訴えを提起することができる。もっとも、労働法にはこのような法律の適用はない。

## 2. 訪問販売取引

訪問販売取引及びこれに類する取引の撤回に関する法律にこれまで規定されていた消費者の撤回権は、今後は BGB 312条に基づいて生じる。同条によると、消費者は、対価的給付を目的とし、かつ消費者の職場や自宅での口頭による交渉によって、余暇時間の催しに際して、又は交通機関の中もしくは公共の自由に出入り可能な通路 (Verkehrflächen) での不意の要求によって、その締結を決意させた契約を、撤回することができる。

撤回権の詳細な規定は、BGB 355条ないし357条にみることができる。これらの規定は、2000年に BGB に付加された BGB 361条 a 及び361条 b を補充している。これによって、消費者は、その契約の意思表示を2週間以内ならば、事業者に対して撤回することができる。この期間は、消費者が自己の撤回権を、氏名、住所、撤回の意思表示を内容とする文書の形式で明確に通知した時点で初めて起算する。ドイツの立法者意思によれば、撤回権は、遅くとも契約の締結後、6ヶ月で消滅する (BGB 355条3項)。しかし、ヨーロッパ司法裁判所はこれを否定した。ヨーロッパ司法裁判所は、1985年12月20日のヨーロッパ共同体の消費者保護に関する指令は、撤回権について適切に教示がなされなかった場合には、このような排除を禁止する、との立場をとった (EuGH vom 13. 12. 2001, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 281)。それ故、ドイツの立法者は BGB 355条の改正を予定している。

BGB 356条と関連する312条1項2文によれば、撤回権は、制限のない返還権 (Rückgaberecht) によって補充される。

ドイツにおいてこの間、問題となり議論されたのは次のような問題である。すなわち、労働契約又はその労働関係を解消する契約を、その自宅又は職場で締結した被用者にも BGB 312条に基づいて撤回権が存在するか否かである。この問題は次のような点をその起因とする。すなわち、2000年に新たに設けられた BGB 13条は、消費者を、法律行為を、その営業上の行為又は独立した職業上の行為のためにすることを目的としない自然人

と規定している点である。なぜなら、形式的には労働契約及び終了契約は独立した職業上の行為ではなく、むしろ非独立的な行為であるからである。

私見によると、いくつかの理由から、労働契約又は解消契約には、撤回権の適用はない。まず第一に、特に、BGB 312条 1項 1号ないし 3号の「訪問販売取引」に関する特別の要件が充足される場合、このような契約を撤回権の下に置く実際上の意味は既に存在しないと思われる。第二に、このような適用は、動産の給付又は役務の提供を市場で獲得し、これにつき対価を支払わねばならない者を保護するという、消費者保護規定の目的を害することになる。労働法においては、逆に、被用者は事業者に役務を提供し、これについての対価を主張すべき者として保護に値する。これに相応して、消費者保護法と労働法は〔それぞれ〕固有の保護メカニズムを展開してきており、これはそれぞれの別のメカニズムによって相対化され、これにより価値が減ぜしめられることは許されない。第三に、法体系上、BGB 13条の消費者概念は BGB 14条の事業者概念についての反対概念であるが、被用者の反対概念ではない点に疑念が存在する。第四に、解釈基準としての文言をもなおざりにすることは許されない、という点である。被用者を、その使用者の消費者ということは、このことに不満を示すのみである。

### 3. 通信販売取引

2000年7月30日より、ドイツでは通信販売法が妥当した。この法律で、1997年3月20日の通信による契約締結に際する消費者保護に関するヨーロッパ共同体指令は国内法化された。通信販売法の規定は、新 BGB では BGB 312条 b ないし 312条 d に取り込まれた。

通信販売契約は、BGB 312条 b によれば事業者と消費者間で、もっぱら遠隔通信手段を用いて締結された、物の引渡又は役務の提供についての契約である。このような手段は、契約当事者が同時に、〔契約の場に〕物理的に居合わせていることを必要としない点で特徴付けられる。このような

手段は、手紙、カタログ、電話、ファックス、Eメールにはじまり、ラジオ放送、メディアサービスにわたる。日用必需品の給付に関する契約、及び料理、飲料、余暇利用の提供、郵送、給付の範囲でのサービスの提供に関する契約並びに自動販売機の利用による契約は、適用の範囲外である。

これらの規定の中心は、事業者の情報提供義務であり、情報提供義務が履行されなければ、消費者には、撤回権及び返還権が生じる。すなわち、BGB 312条cによれば、事業者は、消費者に契約締結前に、明確にかつ理解しうるように、契約の詳細と、その取引の目的につき情報を提供しなければならない。電話での会話による場合、事業者は自らの氏名とその取引目的を、契約締結前に明確にしなければならない。BGB 312条dによれば、消費者には撤回権が存在する。これは、BGB 355条にならったものであり、BGB 356条に基づく返還権によって補充されうる。撤回権の行使については、この場合も、2週間の期間が存在する。この期間は、BGB 312条dに基づいて、情報提供義務が履行されるまでは起算せず、また、商品が引渡された場合は、商品の届く1日前までは起算しない。撤回権は、この場合も遅くとも契約締結後6ヶ月で消滅する。

ヨーロッパ共同体の新たな指令、すなわち、2000年6月8日のEコマース指令10条及び11条の国内法化に際し、新 BGB 312条eは、電子商取引において締結された契約についての補充的な規定を有している。電子商取引に際し、事業者は顧客に、適切で、有効な、利用しやすい技術上の手段を利用して供しなればならず、これらの手段によって、顧客が注文の送信前に入力ミスに気づき、修正しうるようにしなければならない。加えて、事業者は顧客に一定の情報を与えねばならず、また、顧客に注文の到達を遅滞なく、電子的な手段で確認しなければならない。最後に、事業者は、顧客に契約締結に際して、普通取引約款に関する契約条項をリードバックし、〔ディスプレイ上に〕再現可能な形式で記録する可能性を創出しなければならない。BGB 355条に基づく撤回権行使の期間は、このような義務が履行されるまでは起算しない。

#### 4. 一時的居住権契約（Teilzeit-Wohnrechtverträge）

1994年10月26日より、ヨーロッパ共同体では、不動産についての一時的利用権の譲渡に関する契約の一定の観点での譲受人保護に関する指令が存在する。ドイツでは、この指令は最近、2000年6月29日の住居の一時的利用権の譲渡に関する法律によって国内法化された。これらの規定は現在では BGB 481条ないし487条に引き継がれている。

一時的居住権契約とは、BGB 481条の定義によれば、これにより事業者が消費者に、一括の代金の支払いと引き換えに、少なくとも3年の期間の間、住居を一年のうちの特定の期間について休暇又は居住の目的で利用する権利を創出する契約である。その際、この権利は、住居の一構成部分から住居の利用を選択する点にも生じうる。

一時的居住権契約は、BGB 484条によれば、要式契約である。BGB 482条によれば、消費者には加えて、案内書が交付されねばならない。この案内書とは、住居又は住居の構成部分を一般的に記載したものである。必要な情報（Angabe）は、特別の法規範において定められている。契約は、消費者が住所を有する各構成国の公用語によって作成される。

書式が遵守されなかった場合、又は契約が消費者の住所地の公用語で作成されなかった場合、一時的住居権契約は無効である（BGB 125条1文、BGB 483条3項）。加えて、消費者は一時的住居権契約の場合も BGB 355条に基づく撤回権を有する。契約において、案内書に記載されるべき情報が欠けている場合、消費者がこのような情報を書面で通知を受けて初めて、撤回権行使の期間が進行する。この場合も、撤回権は6ヶ月で消滅する（BGB 355条3項）。

BGB 486条によれば、一時的居住権契約の場合、前払金の禁止が存在する。事業者は、消費者の支払いを取消期間の進行前に促したり、これを受けたりすることは許されない。

## 5. 消費者信用

消費者の関わる信用契約は、1990年12月17日の消費者信用法以来、特別に規定されている。これについては、1986年12月22日のヨーロッパ共同体の消費者信用指令が国内法化されたものである。債務法改正は、これらの規律を BGB の中に編入した。これらの規律は、新 BGB 488条ないし507条となる。その際、この法律は、本来的な消費貸借契約 (BGB 488条ないし498条)、融資援助 (Finanzierungshilfe)、とりわけ分割払取引 (499条ないし504条)、割賦供給契約 (Ratenlieferungvertraege) (BGB 505条) を区別する。消費貸借にあたるものは、各金銭消費貸借についての488条ないし490条までの一般規定と、消費者消費貸借契約についての491条ないし498条の規定を有する。これまでの607条ないし610条までの消費貸借法は、物品消費貸借とのみ関連する。

金銭消費貸借に関する一般規定 (488条ないし490条) は消費貸借の場合の契約上典型的な義務を定式化し、解約告知権を規律する。特にこれらの規定は、消費貸借を受けた者が、一定の期間の間について認められた消費貸借の場合に、固定的な利息が生じないか、又は利息の拘束 (Zinsbindung) が返還期日までに終了しているならば、解約告知権を有することを確認する。他方で、消費貸借提供者は、消費貸借を受けた者の財産関係に重大な悪化が生じた場合、特別の解約告知権を有する。

消費者消費貸借については、BGB 492条が書式を規定し、消費貸借の借主によって署名された表示は、消費貸借元本額、支払われるべき分割支払額、利息、その他全ての消費貸借に関わる費用、実質年利、場合によっては存在する残余債務保険 (Restschuldversicherung) の費用を内容としなければならないことを規定する。このような情報を欠く場合、契約は BGB 494条1項に基づき無効である。もっとも、BGB 494条2項によれば、借主が貸付金を受領した場合、又は請求する場合には、契約は有効となる。しかし、その場合、利息は BGB 247条に基づいて、ヨーロッパ中央銀行が主要リファイナンスオペレーションにつきそのつど確定する利息の影響

を受ける法定利率に引き下げられる。このこととは関係なく、消費貸借の借主は消費者消費貸借の場合に、BGB 355条に基づく撤回権を有する（BGB 495条）。

消費貸借の借主の支払遅滞を理由に、消費貸借の貸主は、分割支払消費貸借（Teilzahlungsdahlen）を、消費貸借の借主が、少なくとも二つの連続した分割払いの全部、又は一部について、契約の有効期間が3年を超える消費者消費貸借契約で、消費貸借又は分割支払価格の額面額の5%であった場合に、少なくともその10%について遅滞した場合、及び消費貸借の借主に設定された2週間の期間が債務者の債務が履行されることなく（erfolglos）徒過した場合（BGB 498条）にのみ、解約告知することができる。

消費者消費貸借について主要な規定は、499条ないし504条に基づいて、割賦販売取引についても妥当する。これに BGB 503条2項の解除権が加わる。これによれば、事業者は、割賦販売行為によって、消費者の支払いの遅滞を理由とする場合、BGB 498条1項で規定された要件のもとでのみ解除することができる。消費者は、事業者に契約により生じた費用も賠償しなければならない、また果実を償還しなければならない。事業者が、割賦販売取引に基づき引渡した物が、その所有権留保の行使で再び戻った場合も、解除権の行使とされる。

撤回権は消費者に、最終的には割賦供給契約（Ratenlieferungsvertrag）の場合にも存在する。この契約の場合、分割払いの代金が支払われるだけでなく、関連する複数の売買目的物が、同時に給付される（BGB 505条）。

これまで、消費者信用法9条及び10条に存在していた、いわゆる結合契約（verbunden Vertrag）の場合の撤回権及び返還権は、新358条及び359条に規定されている。結合契約（verbunden Vertrag）とは、この契約に際し、消費者によって締結された商品の引渡又はその他の給付の履行についての契約が、消費者消費貸借契約により、第三者、とりわけ金融機関と

結ばれるものである。BGB 358条は、消費者にこのような場合につき撤回権を他の契約と同様に認めている。すなわち、商品の引渡についての契約が、例えば訪問販売が問題となることを理由に、有効に撤回されたならば、消費貸借契約も撤回することができる(BGB 358条1項)。消費者が、消費者消費貸借契約を BGB 495条に基づいて撤回したならば、供給契約にもはや拘束されない(BGB 358条2項)。

加えて、消費者には、このような結合契約の場合、消費貸借契約に対しても供給契約を理由に抗弁を提出することができる。例えば、消費者が購入した物の瑕疵を、消費貸借の貸主にも主張することができる。もっとも、このことは、追完がなされなかった場合に初めて認められる(BGB 359条)。予定された法改正によれば、このような結合契約の場合の抗弁権の拡張は、将来的には土地担保権によって担保された消費貸借についても妥当する。その場合、実務上は、建築依頼主が、建築物の瑕疵を土地債務(Grundschuld)又は抵当権に基づく請求権について主張することができことになるであろう。銀行信用をなすことは、場合によってはかなり困難となるであろう。

入門文献：von Westphalen, AGB-Recht ins BGB— eine erste Bestandsaufnahme, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 12ff.; E. Schmidt, Verbraucherschützende Verbandsklagen, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 25ff.; Grigoleir, Besondere Vertriebsformen im BGB, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 1151ff.; Bülow, Verbraucherkreditrecht im BGB, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 1145ff.; Löwisch, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Recht des Arbeitsverhältnisses, in Festschrift für Wiedemann, 2002, 311ff.

[訳者後記] 本稿は、2002年後期に本学法学部・法学研究科において開催された、フライブルク大学法学部マンフレッド・レービッシュ教授(同元学長)による集中講義の資料である。レービッシュ教授には、無理を承知で英語による講義をしていただいた。本学では英語による講義を各学部で開講してきており、法学部においても外国人客員教授による講義を中心として開講してきた経緯がある。英語版及びドイツ語版は Ritsumeikan Law Review (2003年3月)101頁以下参照。訳者責任者(出口雅久)の怠慢により今日までパソ

#### ドイツにおける新債務法（レービッシュ）

コン上に仕舞い込まれていたものであるが、その当時の債務法改正の資料として敢えて公表することにした。翻訳の公表をご快諾いただいたレービッシュ教授には心より感謝申し上げたい。

レービッシュ教授との学术交流は私が1989年にドイツ学术交流会奨学生としてフライブルクに留学した時に遡る。レービッシュ教授は本学の名誉博士号を授与されており、フライブルク大学学長を歴任され、ドイツ労働法学界を代表するいわゆるマイスターの一人である。レービッシュ夫人は、ドイツ連邦議会の議員としてご活躍されたご経歴を持ち、ご夫妻ともどもフライブルク市ではとても気さくなお人柄で有名である。私事で恐縮ではあるが、私も家族ぐるみでお付き合い頂いており、今回の留学でも子供の小学校や幼稚園の関係で大変お世話になった。この場を借りて御礼申し上げたい。門外漢の翻訳であり、誤訳が多々あると思うが、皆様方のご叱責を賜りながら、より良い翻訳にして行きたいと考えている。本年度は、フライブルク大学550周年に当たり、4月からはフンボルト財団等のご援助で前期はフライブルク大学でロルフ・シュトゥルナー教授やディーター・ライポルド教授と国際共同研究について準備する予定である。フライブルク大学アルムニ会の一員として、本学においても何か学術的な企画を立ててみたいと考えている。

[出口雅久記]