

ドイツにおける不動産売買と瑕疵担保責任

鈴木 美弥子

はじめに

1 物的瑕疵

1.1 アスベスト事件判決

1.2 契約上予定された使用の適性と通常の使用の適性

1.3 物的瑕疵の判断時期

2. 瑕疵担保責任排除特約と買主の悪意の黙秘

2.1 開示義務の対象となる瑕疵

2.2 開示義務の内容

2.3 売主の悪意の黙秘と買主の決定との因果関係

2.4 主張責任と証明責任

おわりに

はじめに

2002年の債権法を中心とするドイツ民法改正から、すでに、10年余りが経過した。この間、重要な論点について、改正された民法が適用される事件の判決が徐々に集積されてきた。本稿では、このうち、瑕疵担保責任の論点について、アスベスト事件をはじめとする、物的瑕疵を黙秘してなされたことが争われる不動産売買の判決を軸に検討をしていきたい。

中古住宅の売買で、アスベスト建材が使用されていることを売主が黙秘していたアスベスト事件判決では、改正法の下ではじめて、瑕疵担保責任と契約締結上の過失の競合の問題について、判断がなされた。また、具体的な瑕疵の態様の多様性から、そもそも、一般的に適用可能な準則を定立することは困難であるといえるが、アスベスト事件では、建築当時、アスベストの危険性が問題視されておらず、その使用が一般的な

のであったことから、このような住宅が、年月を経て売買される場合の瑕疵の認定についても、判断が示された。

さらに、瑕疵担保責任排除の特約がつけられている場合、民法 444 条により、売主が買主に瑕疵を悪意で告げなかったのであれば、特約の効力を主張することができない。この売主の瑕疵の悪意の黙秘を認めるにあたっては、その前提として、売主に、いかなる場合に、買主に対し、瑕疵について開示(説明)する義務があるか問題となる。また、この売主の悪意の黙秘が、買主の契約締結と因果関係があることが必要なのかについて、連邦通常裁判所は、改正後、新たな判断を示した。この他、連邦通常裁判所判決が着々と集積されている、売主の瑕疵の悪意の黙秘に関する第二次的主張責任による立証軽減についてもみていく。

これらの論点のうち、アスベスト事件判決の瑕疵担保責任と契約締結上の過失の競合については、先行する論文が存在するため¹⁾、本稿では、それ以外の論点について、近時のドイツにおける不動産売買の諸判決を中心に検討していきたい。

1 物的瑕疵

1.1 アスベスト事件判決

まず、物的瑕疵について、詳細な検討が加えられたアスベスト事件判決の該当部をみていく。本件は、建物が建築された当時、アスベスト建材を使用することは、一般的であったが、現在では、アスベストの危険性は認識されており、このような状況での売買において、まず物的瑕疵が存在するかについて争われた。

[事件の概要]

原告は、家屋と建物を、2006 年 10 月 4 日の公正証書契約により、被告から、瑕疵担保責任排除の特約の下、85000 ユーロで購入した。家屋は、1980 年に、プレハブ構造で建築されたものである。被告は、契約前に、ファサードの内部が、アスベスト板で作られていることを知っており、以前、購入希望者が、アスベストの負荷により、購入の意思を失ったことがあったにもかかわらず、被告は、このことを、原告に伝えなかった。家屋の引渡し後、原告は、被告に対し、追完として、ファサードの

改修を求めたが、行われなかった。これにより、原告は、被告に対し、38455,34ユーロと算定される改修費用の損害賠償と、目下のところ算定できないさらなる賠償義務があることの確認を求めた。

ラント裁判所は、プレハブ住宅の外部ファサードのアスベスト板の使用は、被告が、尋ねられなくとも、原告に開示しなければならなかった瑕疵を呈しないと述べた。1980年に建築されたプレハブ住宅が問題であり、当時、まさに家屋の外部に、アスベストを使用することは、なお一般に通常のことであった。その点で、取得した家屋が、健康に有害でない素材の使用に関する今日の水準に合致しないことから、原告は出発することはできないとする²⁾。

上級ラント裁判所は、瑕疵について、以下のように、ラント裁判所と同様の判断を示している。建物の外壁は、アスベスト板に覆われているが、民法434条の意味での物的瑕疵を呈さず、民法437条3号、280条、281条による、アスベストの改修に必要な費用の損害賠償請求権は認められないとする。

民法434条1項によれば、危険移転時に、物が、合意された性状を有する場合は、物的瑕疵はなく(民法434条1項1文)、性状が合意されていないのであれば、契約により予定された使用に適しているか、さもなくば、通常の使用に適し、同種の物について通常であり、買主が物のその種類により期待しうる性状を呈する場合に、物に瑕疵がないとされる(民法434条1項2文)。

本件の公正証書契約には、家屋にアスベストがないことに関する当事者の合意は含まれていない。

家屋は、アスベスト板が使用されていることにより、契約に予定された使用に適していないとして、瑕疵があるとされるわけではない。家屋は、居住目的で購入されたが、アスベスト板は、家屋の外部被覆であって、内壁ではなく、それゆえ、当時の性状によれば、家屋が、居住目的に適していないことは、明らかではない。原告は、例えば、外灯のための穴開けや、庇の設置のため、外部ファサードが開放された場合に、アスベスト塵による負荷が問題になると、もっぱら主張したが、このことは、居住目的での家屋の適性を損なうものではない。

さらに、結果として、本件家屋は、外部被覆でのアスベスト板の使用

にもかかわらず、住居としての通常の使用に適している。また、それは、同種の物について通常であり、買主が、物の種類に従い、期待可能な性状も呈する。なぜなら、本件家屋は、1980年に建てられており、健康に有害でない建築資材の使用に対する今日の要求に合致する家屋を取得することから、原告は出発することはできないからである³⁾。

[連邦通常裁判所 2009年3月27日判決]

物的瑕疵が存在するかについて、販売された家屋の建築年(1980年)は、問題にならない。むしろ、決定的なのは、本件のように、契約の相手方が、民法434条1項1文の性状の合意を行っていなかった場合に、法律上の取引が、契約締結の時点で(2006年)、アスベスト板でできたファサードからなる古い住居が、通常の、あるいは、契約により予定された使用にとって(民法434条1項2文)、無条件に、適性があるといえるかである。

建物の建築の際に、通常の、あるいは、問題がないとみなされる一定の技術または素材が、技術の進歩、または、売買目的物の評価についての適切な科学的認識に基づき、瑕疵あるものとなるかは、あらゆる事例について、図式的に同じように答えることはできない。そのうえ、ありうる事情の組合せにより、その作用の形態は様々である。それゆえ、例えば、湿気被害を伴う建物について、個々の事情が重要となる。というのは、物の使用可能性は、湿気の発生の態様と範囲に応じて、異なって損なわれ、法律上の取引は、古い建物について、最初から、今日効力を有する技術水準を期待しないからである。それに対し、いわゆるアルトラステンについては、被害を及ぼす可能性は、当初はないか、あるいは、ごく僅かなものとされていたが、いまや、重大であると認識されており、そのようなアルトラステンによる土地の汚染について、開示義務のある瑕疵の存在が、少なくとも、通常は認められるべきである。なるほど、その点で、健康に有害な重大な可能性を呈する建築資材の使用との共通性が存在する。このことは、それが、ごく僅かな量で発癌作用が認められる物質を含む場合に、一層当てはまる。他方、危険な含有物を伴う建築材料でさえ、その内容物が侵害されない限り、その使用の態様と効用により、具体的な危険を呈さず、その機能を問題無く果たするという事情を考慮することは重要である。その例として、被覆が維持されてい

る限り危険物質を拡散しない、壁で包み込まれ、外側から到達することができない断熱層が考えられる。

これを背景に、民事部の見解として、もっぱら、抽象的な危険に焦点を当てることはできない。他方、説明義務のある物的瑕疵を、切迫した改修の必要性が存在する場合に、はじめて認めることは、単純すぎる。むしろ、すでに、売買目的物の通常の使用の枠内で、健康を著しく損なう可能性をもつ物質が流出する重大な危険が生ずる場合に、開示義務のある物的瑕疵を前提とすべきである。その際、住居の利用可能性の重大な制限は、通常の改造、改修、改築の措置を、重大な健康被害を伴わずには行うことができない場合にも存在する。いずれにせよ、このことは、通常は、素人によっても、そして、危険な建築素材に精通している専門企業だけにより行われるわけではない作業に対しても該当する。そのような領域では、専門的な売主は、日曜大工をする者が、建築に使用した材料が危険な物質を含むことを知らず、健康への危険を防除するのに必要な措置をとらずに、健康に危険な物質に接触することを考慮しなければならない。

原告により意図された外灯と庇の取り付けのためのファサードへの穴開けの際に、発癌性のあるアスベスト塵が流出するという原告の申立てに基づき判断すると、開示義務のある物的瑕疵が存在する。住居のファサード外側への穴開けが、素人によりなされることも、常に考慮しなければならないことは、明白である。控訴裁判所の見解と異なり、このことは、居住目的での建物の利用可能性を著しく制限する。なぜなら、住居の利用可能性は、単なる居住を超え、少なくとも、通常範囲で、改造、改修、改築を、重大な健康への危険を伴うことなく行う可能性を含むからである⁴⁾。

1.2 契約上予定された使用の適性と通常の使用の適性

民法434条1項によれば、まず、危険移転時に、物が、合意された性状を有するかにより、物的瑕疵を判断するが(民法434条1項1文)、本件では、アスベスト板の使用に関して、合意に含まれないとされたことから、つぎに、契約により予定された使用に適するか、そして、使用が契約で合意されていない場合には、通常の使用に適し、同種の物につ

いて通常であり、買主が物のその種類により期待しうる性状を呈するかにより、物に瑕疵がないか検討することになる(民法434条1項2文)⁵⁾。

物の通常の使用のみが契約で定まっている場合には、物の通常の使用について判断するとされるが⁶⁾、本件の目的物は、建物としてはもともと住宅であり、居住目的での使用が予定されていることから、これに該当するといえる。これに関し、本件の「契約上予定された使用」、「通常の使用」を判断するにあたり、上級ラント裁判所の判決では、まさに居住することのみを想定している。これに対し、連邦通常裁判所の判決では、少なくとも、通常の範囲の改造、改築、改修まで含むとしている。本件では、アスベスト板は、居住に直接係わる内壁ではなく、家の外部のファサードの内部で使用されており、上級ラント裁判所のように、純然たる居住に限るとすると、たとえファサードへの工事によりアスベスト塵が発散する可能性があるとしても、それは、契約上予定された適性、または、通常の使用の適性を欠くかという物的瑕疵の判断に入らないことになる。これに対し、連邦通常裁判所の見解によれば、改修等も含むとすることから、外壁への改修の際にはアスベストが流出する重大な危険性が生ずるとして、居住目的での利用可能性の制限と、それによる瑕疵が認められる。

1.3 物的瑕疵の判断時期

本件の特徴としては、アスベスト板について、当該建物が建築された当時では、科学技術水準に照らし問題はなく、建物に一般に使用されており、それを使用した建物について、瑕疵はないといえたが、しかし、時が経過し、現在の科学技術基準に照らせば、その危険が認識され、それを使用した建物について、瑕疵が問題となりうることである。

まず、瑕疵の判断基準として、本件のような、中古住宅の売買については、上記3判決とも、現在の科学技術水準を直ちに用いて、瑕疵を判断することはできないと述べている。

そして、注目すべきは、瑕疵が判断される時期である。連邦通常裁判所の判決では、本件の売買において、建築時ではないことはいうまでもないが、民法434条1項1文の性状の合意を行っておらず、民法434条1項2文により、契約により予定された使用、あるいは、通常の使用に

よる適性の観点から判断される本件について、契約締結の時点をあげている。

たしかに、民法434条1項1文については、危険移転の際に、合意された性状の具備により瑕疵を判断すると規定されている。危険移転は、通常は、物の引渡しであり(民法446条1文)、買主の受領遅滞がある場合には、引渡しがあったのと同じくみなされる(民法446条3文)。また、送付売買の場合は、運送人に引き渡した時である(民法447条1項)⁷⁾。

これに対し、性状の合意がない場合に適用される民法434条1項2文には、瑕疵の判断時期についての文言はたしかに存在しない⁸⁾。しかし、これについて、本判決は、契約締結の時点としているが、民法434条1項1文と同じく、危険移転の時点としない場合には、不合理な結論に至る。

すなわち、民法446条1文により、買主に、ようやく危険移転の時点から、物的な危険が割当てられるが、そのことと、物的瑕疵の判断時期を契約締結の時として、契約締結と引渡しの間にかつて売買目的物が悪化した場合に、売主に責任がないとすることは、調和しない。また、物が引渡しの時点で損なわれている場合に、契約締結の時点で瑕疵がないことは、買主にとって無意味である⁹⁾。さらに、売主には、物を、契約締結と危険移転の間に、履行に適した状態にし、代金を得る機会が与えられるべきである¹⁰⁾。

しかし、これらの指摘は、売主は、売買目的物の保有と結びついた危険を負うという民法446条1文の法思想に基づくものであり、物が、契約締結と危険移転の間で、実際に悪化する場合には適合するが、本件のように、契約締結時から法的にその評価が低下しているケースに、妥当するとは言い難い。もっとも、危険移転が遅延し、その間に、製造の際に用いられた物質の危険が認識された場合には、意味があるといえるが、本件はこのようなケースに該当しない¹¹⁾。

2 瑕疵担保責任排除特約と買主の悪意の黙秘

私的自治の原則から、瑕疵担保責任を排除、または制限することは、原則として可能である。しかし、その限界として、民法 444 条は、買主が、瑕疵を悪意で黙秘した場合、または、物の性状に対する担保責任を引き受けた場合には、売主の瑕疵担保責任 (買主の瑕疵に基づく権利) を排除または制限する特約を主張することができないと規定する。本稿は、このうち、買主が瑕疵を悪意で黙秘した場合を、検討の対象とする。民法 444 条の悪意は、詐欺の故意だけではなく、「可能性の認識と認容」の意味における条件付故意 (未必の故意) を含む。売主が、買主からの問合わせに対し、でたらめに回答したり、重要な事実について、過小評価した説明をした場合には、売主には、未必の故意がありうる。しかし、善意で誤った回答をした場合は、これが過失、または、軽率さによるものでも、悪意の非難をうけない。また、黙秘が要件とされるが、上記のケースのように、作為による場合も含みうる¹²⁾。

2.1 開示義務の対象となる瑕疵

作為によっても、民法 444 条の買主の悪意の黙秘が認められるケースが存在するが、判例では、悪意の黙秘を認めるにあたっては、売主に、買主に対し、瑕疵を開示 (説明) する義務が成立することを前提とする¹³⁾。

まず、いかなる瑕疵を対象に開示義務が成立するか見ていきたい。

不動産売買における開示義務の対象に関し、連邦通常裁判所の判例によれば、本質的な瑕疵については、買主から尋ねられなくとも、開示されねばならないとされ、このような瑕疵を開示しないのであれば、売主は、瑕疵が、その契約相手の購入の決定にとって重要なのか知ることはできないと説明されている¹⁴⁾。

また、改正前の民法 459 条 1 項は、1 文で物の価値、または物の通常の使用もしくは契約上予定された適性を損なうことをもって欠陥と定義し、2 文で、価値または適性の重大でない (unerheblich) 減少は考慮しないと規定していた。この旧民法 459 条 1 項 2 文との関係で導かれる、重大でない欠陥に関しても開示義務が成立するかという問題が¹⁵⁾、改正後も引き継がれるのかについて、Gröschler は、改正後の民法 281 条 1 項 3

文による完全な給付に代わる損害賠償、および、民法323条5項2文による契約全体の解除における重大性と、旧民法459条1項2文の価値または適性の減少の軽微性の閾値を関連づけて検討すべきとする。その結果、重大でない瑕疵には、軽微な瑕疵しか含まれず、売主は、軽微な瑕疵について、これが購入の決定にあたり重要であることを引き受ける必要はなく、開示義務も成立しないとす¹⁶⁾。これに対しては、Matusche-Beckmannは、改正後は、重大でない瑕疵についても、瑕疵として、それに基づく追完請求権が成立することから(民法281条1項3文、323条5項2文)、重大でない瑕疵について開示義務があるかということは、もはや問題にならないとし¹⁷⁾、売主が認識している瑕疵は、常に開示されなければならないとの主張がなされている¹⁸⁾。

また、アスベスト事件判決は、上記とは異なる観点から、開示義務の対象となる瑕疵を検討する。

1.1で扱ったアスベスト事件判決では、開示義務のある物的瑕疵という概念が用いられている。これは、瑕疵の定義の問題と、民法444条の、売主が瑕疵を知っていたにもかかわらず黙秘したことにつき、不作為の詐欺を出発点としてよいほど瑕疵が重大なのはいかなる場合かという問題を組合せた概念といえる¹⁹⁾。

開示義務のある物的瑕疵に該当するかについては、アスベスト板の危険性のレベルをもとに判断している²⁰⁾。

危険な含有物を伴う建築材料であっても、例えば、完全に被覆されていて、外部から到達できないのであれば、具体的な危険を生ずることなく、物として機能することが可能である。したがって、アスベストが存在していても、それが外部に流出しないのであれば、抽象的危険しかなく、開示義務のある瑕疵と認めることはできないとする。とはいえ、切迫した危険があることまでは必要ではなく、売買目的物の通常の使用の枠内で、健康を損なう重大な可能性をもつ物質が流れ出す「重大な危険」が生ずることをもって足りるとする。そして、この住居の使用可能性については、連邦通常裁判所は、上級ラント裁判所とは異なり、居住だけではなく、住居の改修等も含めて考え、さらに、改修等が、専門業者ではなく、日曜大工でも行われる可能性があることも考慮に入れたうえ、開示義務のある物的瑕疵が認められるとする。

また、アスベスト汚染について、開示義務のある物的瑕疵と開示義務のない物的瑕疵の区別が存在するのか、また、それを肯定する場合、その差異はどこにあるのか問題となるが、ごく微量でも発癌性が認められるアスベストであっても、上記のような抽象的危険しかない場合には、むしろ、開示義務のある物的瑕疵も、単純な物的瑕疵もないとすべきである²¹⁾。

2.2 開示義務の内容

建物と土地の売買について、連邦通常裁判所は、買主から具体的に尋ねられなくとも、隠れた瑕疵、あるいは、経験により、一定の瑕疵の成立と展開を推論させる事情について、それが、買主の購入の決定にとり重要であり、意図された効用を減じる性質を有するものであれば、開示(説明)しなければならないとする。ただし、不動産の検分の際に、直ちに認識可能な瑕疵、または、買主が認識していた瑕疵については、売主に開示義務はない²²⁾。

この判断にあたり、実際には、不動産の検分の際に、買主が瑕疵を窺わせる形跡を認めていた、また、売主が明確に瑕疵について認識していたとはいえないといったケースが存在する。このような場合に、売主の開示義務が成立するのか、さらに、それが認められる場合、いかなる内容で開示がなされなければならないか問題となる。

かつて金属加工業が営まれていた土地のアルトラステンの事件で、母屋1階のコンクリート床に、黒い着色が見られ、買主も契約締結前の検分の際に、これを認めることができたはずであった。これについて、連邦通常裁判所の判決は、売主が、アルトラステンを知っていたならば、買主に対して、単なるアルトラステンの疑いを知らせることによっては、開示義務を充足せず、むしろ、買主は、具体的に存在する汚染に関する説明を得ることを期待しうるはずであり、したがって、買主が、アルトラステンの疑いが判明した事情を知った、あるいは、検分により知り得た場合でも、売主の開示義務が存続することを認める。そして、買主がアルトラステンの疑いしかもっていないことがありうると、売主が考えていた場合には、買主が、そのような状況で、アルトラステンに関して具体的に知っていることを売主に告げないのであれば、売主は悪意

で行為をなしたとする。また、母屋1階のコンクリート床の黒い着色を、買主は、契約締結前の検分の際に認め得たが、それにより、なぜ、素人について(原告が特別な専門知識を有していた、あるいは、敷地の上で以前何が生産されていたかは確認されていない)、具体的なアルトラステンという結論が判明するのかは明らかでなく、着色についても、何重もの原因がありえ、オイルの不適切な取扱いによるものと結論づけてはならないとしている²³⁾。

また、湿気により地下室の壁が損傷した事件で、検分の際に、なるほど瑕疵の形跡(しみ)を認識することはできたが、その態様と範囲について、確実な逆推論をすることが不可能である瑕疵(湿気の存在)は、直ちに認識可能なものとはいえない。この場合、売主は、認識している状態に応じて説明しなければならず、具体的な知識を差し控えてはならないとする。売主が、自己の専門知識や入手した鑑定意見に基づき、瑕疵とその原因に関する結論を得ることができ、それが、買主が形跡を一見しただけでは思い浮かばないようなものであるならば、買主は、誠実な売主が、それにより得られた結論を知らせてくれることを期待することができる、すなわち、これを買主に開示する義務が売主に認められる。

しかし、売主が、買主に、損害の原因が明らかでなく、より詳しい調査はなされていないことを説明する義務まではないとする²⁴⁾。

これらの判決によれば、買主が、瑕疵を窺わせる形跡を認識したとしても、その形跡が、事件の具体的事情から、瑕疵とされるものに確実に起因し、瑕疵の態様と範囲も明らかにするようなものでない限り、買主はあくまでも瑕疵の疑いを認識したにすぎない。その場合、売主の開示は必要であり、売主は、目的物に関し、認識している限りのことを買主に説明しなければならない。

2.3 売主の悪意の黙秘と買主の決定との因果関係

連邦通常裁判所は、瑕疵担保責任排除の特約が、売主の瑕疵の悪意の黙秘によって、主張できなくなることに関し(民法444条)、売主の瑕疵の悪意の黙秘と買主の購入の決定との間に因果関係を要するかという問題について、改正法の下、新たに判断を示した。本件では、買主は、瑕疵とされた建築負担を知っていたとしても、売買契約を締結したこと

が確定しており、上記の因果関係は存在しなかった²⁵⁾。

原告は、2007年11月23日の公正証書契約により、瑕疵担保責任排除の特約のもと、被告から住宅を取得した。住居は、かつての蒸留酒製造所の建物にあり、それは、以前は、居住目的で利用されてはならず、いままなお改築されていない。被告自らが引き受けた建築負担は、人工の自然景観を形成する意義がある建物の外観の価値に関して公法上の変更制限を確保するものである(建築法35条4項4号)。不動産業者である、契約締結の際の被告の代理人は、これについて知っていた。他の4つの建築負担とは異なり、この建築負担は、売買契約では言及されなかった。これに対し、原告は、詐欺にあったとし、契約の解消を求めた。住宅の返還と引換えでの代金の返還、付随費用の支払い、裁判前の弁護士費用、受領遅滞の確認を求める訴えは、事実審では勝訴しなかった。

判旨は以下の通りである。

建築負担の内容は、その時々所有者が、建物を建築提案にしたがって改築し、形状の価値を当時のまま今後維持し、あらゆるその他の建築措置を、形状の価値が自然景観に対して損なわれないように、建築局と調整して計画する義務を負うというものである。そのような建築制限は、民法434条1項2文の物的瑕疵を表す。それゆえ、被告は、民法433条1項2文の瑕疵のない物を給付する義務に違反したことになる。被告、または、その代理人(民法166条1項)が瑕疵を悪意で黙秘したことから、被告が、民法444条による瑕疵担保責任排除の特約を主張することが認められないのかが問題となる。

連邦通常裁判所の確定判例によれば、当事者が対立する利益を追求する契約交渉の際も、いずれの契約当事者についても、相手方の契約の目的を無に帰せしめ、それゆえ、理性的な買主の決定にとって、本質的に重要な事情について、取引慣行により、それを知らせることが期待される場合には、開示する義務が認められる。

控訴裁判所の見解に反して、そのような本質的な瑕疵は、買主が、本件のように、瑕疵を知っていたとしても同様に契約を締結し、したがって、瑕疵と購入の決定の間に因果関係がなかった場合にも、存在する。瑕疵が、尋ねられなくとも、買主に開示されなければならないほど本質的であるかは、その時々買主の観点から定められない。売主が、客観

的に本質的な物的瑕疵を説明しないのであれば、売主は、瑕疵が、その契約相手の購入の決定にとって重要なか知ることにはできない。重要なのは、もっぱら、理性的な売主であれば、黙秘された瑕疵が、買主の決定に影響を及ぼしたことを考慮しなければならないかということである。その場合、瑕疵は、購入の決定への実際の影響とは無関係に、本質的であり、売主は、開示の義務を負う。本件は、これに該当する。取引慣行によれば、建築負担により確保される建築制限が、未改修で、利用変更後に改築しなければならない、住宅に分割された建物について、本質的な瑕疵を呈することに対して、疑いは生じえない。

契約交渉中に、建築負担により排除される建物の外部の形状を具体的にテーマとしたかは、重要ではない。その場合、質問に対しては、瑕疵の重大性とは無関係に、常に、完全に事実どおりに答えられねばならないことから、なおさら、説明が行われなければならない。被告が知らない因果関係の欠如により、悪意の主観的要件がないと控訴裁判所が認めたことは、同様に法的に誤りがある²⁶⁾。

瑕疵と買主の決定の間に因果関係がないことは、主張された請求権を排除しない。2002年1月1日から効力が生じた民法444条の下、悪意で黙秘された瑕疵が、契約相手の意思決定に影響がない場合に、売主は合意した責任排除を主張できるかという問題について、連邦通常裁判所は、いまだ判断していなかった。

悪意と契約締結との因果関係が、重要でないことは、正しい。「詐欺により意思表示をなすに至る」と規定する民法123条1項とは異なり、「売主が瑕疵を悪意で黙秘する限り、売主は主張することはできない」という民法444条の文言には、因果関係の言及はない。因果関係の必要性は、物的瑕疵担保法において、システムに反する。詐欺の場合の取消可能性は、決定の自由を保護するのに対して、物的瑕疵担保責任による請求権は、民法433条1項2文で規定されている、瑕疵のない物を給付する義務の違反と結びついている。それは、瑕疵が、購入の決定に影響したことを、原則として、要件としない。売主の悪意の行為が、旧民法463条2文により、損害賠償請求権の要件であったのに対して、債権法改正以来の、瑕疵のない物の給付義務は、民法433条1項2文の履行請求権の一部である。損害賠償請求権は、民法437条3号、280条1項2文、276

条1項1文により、過失による瑕疵ある給付の際にも存在する。売主の悪意の行為は、この関係で、民法444条枠内で、なお意味がある。この規定は、買主を、もっぱら、売主の不誠実な免責から保護する。そのような不誠実な免責は、売主が、悪意で行為したときに存在する。民法444条は、さらなる要件を含まない²⁷⁾。

以下、判旨を検討する。

まず、売主は、いかなる瑕疵について、買主に尋ねられなくとも開示しなければならないかが問題にされている。相手方の契約の目的を無に帰することがありえ、それゆえ、理性的な買主の決定にとって、本質的に重要な事情が開示されねばならないが、瑕疵が、開示されなければならないほど本質的であるかは、具体的なケースの、その具体的な買主と結びつけて主観的に判断するのではなく、理性的な売主であれば、黙秘した瑕疵が買主の決定にとって影響することを考慮しなければならないかということが、もっぱら問われるとする。したがって、開示義務の対象となる瑕疵は客観的に判断され、また、その瑕疵と実際の買主の購入との因果関係は問題にならない。

そもそも、瑕疵担保責任の基礎となる瑕疵の概念については、まず、合意された性状(主観的瑕疵概念)に基づき(民法434条1項1文)、性状の合意を欠く場合には、契約上予定された使用の適性により(民法434条1項2文1号)、さらに、使用についての合意がない場合は、通常の使用の(客観的な)適性から(民法434条1項2文2号)判断するという段階的なシステムをとっている²⁸⁾。

判決が、開示対象となる瑕疵について、客観的に判断していることは、売買法で、主観的瑕疵概念の優位が認められていることと対立するものといえる。それゆえ、この問題を考えるにあたっては、主観的概念の優位を考慮すべきであり、その場合、売主との契約交渉のなかで認識可能な買主の事情を取り込んだ、売主の具体的な状況に基づいて、理性的な売主からの判断がなされるというように考えるべきである。

つぎに、本判決は、悪意で黙秘された瑕疵と契約相手の契約締結との意思決定に因果関係がない場合に、民法444条により、売主は合意した責任排除を主張できるか検討している。

ライヒ裁判所は、瑕疵担保法では、一般に、売主の瑕疵の悪意の黙

秘と契約締結との因果関係を要求しなかった²⁹⁾。また、民法444条と類似する商法377条では、当初から一貫して、因果関係を不要としている³⁰⁾。しかし、連邦通常裁判所は、売主が悪意の場合に売主の責任を厳格化する規定であった、改正前に不履行による損害賠償を定めていた旧民法463条2文において、売主により証明されるべき因果関係の欠如によって、請求権が排除されることを認め、それに従い、本件で控訴裁判所が援用した判決は、悪意の欺罔の主張責任と証明責任は、買主にあり、欺罔と意思決定との因果関係がないことについては、売主が立証しなければならないとしていた³¹⁾。学説では、争いがあり、売主が上記の因果関係がないことを立証することで、請求権から免れるとする見解も³²⁾、因果関係がなくとも請求権は認められるとする見解も存在した³³⁾。後者の見解については、その理由として、現行の民法444条に該当する旧民法476条について、本件の判決と同様、民法123条との文言の相違や、買主が、黙秘された欠陥を知った際に、同じ条件で契約を締結することは非常に稀なことであり、法は、これについて特に考慮する必要はないこと、さらに、法は、物に欠陥がないことを当然とすることが挙げられている³⁴⁾。そして、改正後については、悪意と契約締結との間の因果関係を不要とする見解が有力とってよい状況であった³⁵⁾。

本判決では、詐欺による意思表示を規定する民法123条と民法444条の文言のほか、物的担保法のシステムの観点からも比較を行う。すなわち、詐欺による取消しは、法律行為の決定の自由を保護するのに対し、物的瑕疵担保の請求権は、民法433条1項2文で規定された、瑕疵のない物の給付義務と結びつき、瑕疵が購入の決定に影響したことを要件としない。このような評価について、判決は、民法437条3号、280条1項2文、276条1項1文により、過失によって瑕疵あるものが給付された場合にも、損害賠償が認められることから肯定する。これは、過失の場合には、買主の決定の自由に、売主が介入したとはいえないからである。したがって、民法444条は、もっぱら、売主の不誠実な免責を防ぐものであり³⁶⁾、売主が悪意で行為するならば、そのような不誠実な免責が存在することとなり、民法444条は、因果関係を不要としたのである。

さらに、因果関係が必要であるとすると、後から、黙秘が問題になった場合、悪意と購入決定との因果関係がないことを証明し、免責を受け

る機会ができる。このことは、売主の不誠実な行為の刺激となりうるが、このようなことを立法者は望んでいない。それゆえ、瑕疵担保法には、もともと制裁思想はないとしても、悪意の行為者は契約上免責されるべきではなく、民法 444 条について、因果関係を不要とすることにより、制裁機能を認めることは正当化できるといえる³⁷⁾。

また、本判決は、因果関係を不要とし、商法 377 条の場合と同様の判断をなした。両規定の類似性は、同様の適用と解釈を肯定することにつながるが、その一方で、商事売買は客観的判断を、改正後の民法下の売買は主観的判断を志向することは、これを否定する方向に働くといえる³⁸⁾。

このほか、売主が、開示義務があるとされた瑕疵の黙秘について、それを悪意で行ったかであるが、これについては、買主が瑕疵を知らず、きちんとした説明がなされていたら、契約を締結しなかった、あるいは、他の内容で締結したであろうことを、売主が、少なくとも、その可能性がある、実際に考えていたことが要件となる。買主の契約締結に関する因果関係が含まれているが、これは、売主の見地から、ありうると考えられるものであり³⁹⁾、実際の因果関係が必要ではないという、上記の問題とは抵触しない。

2.4 主張責任と証明責任

瑕疵担保責任排除の特約がなされても、民法 444 条により、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合には、特約を主張することはできない。売主の瑕疵の悪意の黙秘は、客観面では、瑕疵に関する開示がないことを、そして、主観面では、買主が瑕疵を知らず、開示がなされれば、契約を締結しなかった、または、合意した内容では締結しなかったことを知っていた、もしくは、少なくとも、その可能性があると考えていたことを必要とする⁴⁰⁾。連邦通常裁判所は、悪意の要件全体については、原則として、買主が、主張責任と証明責任を負うとし、1.1 で検討したアスベスト事件の連邦通常裁判所 2009 年 3 月 27 日判決で破棄差し戻された判決の上告審である連邦通常裁判所 2010 年 12 月 11 日判決において、開示されていないという消極的事実が問題となることから、いわゆる第二次的主張責任により、立証の軽減を図ることを示した⁴¹⁾。

本件で、買主は、契約締結の際に、住居のファサードにアスベスト板

を使用していたことを、売主は悪意で黙秘していたと主張した。売主は、ファサードがアスベストを含有することを、買主は融資の目的で交付した書類から知ることができ、また、買主は、不動産業者から、あるいは、いまだ家に居住する義母から、ファサードがアスベストを含有することを知らされていたと主張した。

判決では、たしかに、開示義務は、検分を受けやすく、それにより直ちに認識可能な瑕疵については、問題にならないが、これと、瑕疵が明らかになる書類を交付したことを等置しうるのは、例えば、売主が、あり得る瑕疵に関する専門家の鑑定書を買主に手渡した場合のように、買主が、書類を、購入の決定の基礎として、目を通すであろうという正当な期待を売主がなしうる場合のみであり、本件はこれに該当しないとされた⁴²⁾。したがって、売主の瑕疵の悪意の黙秘が検討されることになる。

以下、これに関し、判旨をみていく。

なるほど、買主は、民法444条による黙秘による欺罔について、開示がなかったことを含め、悪意の構成要件を充たす全事情の存在について、原則として、主張責任と証明責任を負う。しかしながら、上級ラント裁判所は、開示がなかったことについて、消極的事実が問題であり、このような状況では、買主が、第二次的主張責任の原則による責任軽減をうけることを考慮しなかった。

故意の主観的構成要件について、原則として、買主が主張責任と証明責任を負う。一方当事者が、内部的な事実を証明しなければならず、この証明の遂行が困難を生ずることから、直ちに、立証の軽減に至るわけではない。しかしながら、このような状況で、開示がなかったことに關し、第二次的主張責任の原則による立証軽減が介入し、開示義務の充足を、いつ、いかなる場所で、いかなる内容でといった観点から詳細に陳述することが、売主に課されるという特殊性が加わる。売主が、開示義務を果たしたことを主張せず、それにもかかわらず、買主が開示を受けていたことから出発することを主張するならば、主張責任に關し、同じことが当てはまる。売主が、買主が瑕疵を知らないということが、少なくともありうると考えねばならないことは、もっぱら、悪意の構成要件に必要な、開示の客観的不作為についての主観面を形成し、その結果、主張責任の異なる分配は、適切でないように思われる。それゆえ、売主

が、開示をなさなかったにもかかわらず、買主が瑕疵の認識を有していたことから出発することの根拠となる事情について、いつ、いかなる場所で、いかなる内容でといった観点から具体的に陳述するのは、同様に、売主の問題である⁴³⁾。

裁判所が、証拠調べを行っても、裁判上重要な事実の真相について確信を得ることができない場合に (いわゆる、ノン・リケット)、これを理由に、裁判を拒絶することはできない。このような場合に、事実の真偽や存否を擬制する必要がある、それは、証明責任規範によって行われ、ノンリケットの場合に、いずれの当事者の不利益において、判決が下されるのかという問題に答えるものが客観的証明責任である。主観的証明責任 (立証責任) は、判決にとり重要な事実を申し立てることは、当事者の任務であることから、自己の行為を通じて、訴訟による不利益を回避するため、争われている事実を証明する純粋な責任である⁴⁴⁾。それは、さらに、客観的証明責任と同様、抽象的一般的に定められ、規範的に確定し、客観的証明責任と並行して認められる抽象的立証責任と、裁判所が、立証が必要な事実について、さしあたりの確信を得た訴訟状況で、いずれの当事者が立証しなければならないかという問題に答える具体的立証責任に分かれる⁴⁵⁾。

通説によれば、証明責任を負わない当事者には、事実の解明に寄与し、それに応じた申立てを訴訟においてなす、一般的な訴訟上の義務はない。しかし、この原則を、第二次的主張責任は、相対化する⁴⁶⁾。

第二次的主張責任は、具体的立証責任の特に重要な発現形態であり、抽象的立証責任を第一次的主張責任とすることに対応した名称である。証明責任を負う当事者が、その請求権にとって重要な事件の経過の外部に立ち、それゆえ、重要な事実の詳細を知らず、その一方で、相手方は、これを知っている場合に、証明責任を負わない当事者は、上昇した事実陳述責任を負う。もっとも、相手方に、具体的な事実の陳述を期待できなければならない。相手方が、具体的な事実の陳述により、第二次的主張責任を果たさないのであれば、主張された事実について、民事訴訟法138条3項により自由したとみされる。しかしながら、証明責任の原則的転換は、そこにはなく、証明責任を負う当事者は、引き続き、抽象的に主張しなければならならず、それゆえ、相手側の寄与にもかかわらず、

事実が証明されなければ、証明責任のある当事者に不利益な判決がなされる⁴⁷⁾。

さらに、法が請求権の要件として、構成要件の不存在を掲げ、あるいは、具体的な事件の事情により、ある事実の不存在が証明されなければならない場合に、このような消極的証明が、原則として、証明責任の分配を変更することはない。しかし、このような立証は不可能であり、この特別の困難性は、主張責任で考慮される⁴⁸⁾。

本件では、買主は、特約の際に、売主が、瑕疵を知っており、このことを、買主に対して開示しなかったことの証明責任を負う。これについて、開示をしなかったという消極的事実が問題となることから、買主は立証の軽減を受け、売主は、第二次的主張責任を負う。その結果、まず、買主は、開示が無いことを主張し、売主は、自己が主張する開示を、それが行われた時期、場所、内容の点から詳細に具体的に述べる義務を負い、この売主の主張に対し、買主が否定していくことになる。さらに、悪意の主観的構成要件についても、売主の第二次的主張責任が認められ、売主は、いかなる事情に基づき、買主が、売主の開示がなくとも、他の方法で、瑕疵の認識を得たことから、出発したかについて、時期、場所、内容の点から具体的に立証しなければならない。

本判決について、Gsellは、悪意の客観面に関しての売主の第二次的主張責任は、開示がなかったという、消極的事実が問題であることに基づくものとし、買主の認識についての売主の表象という悪意の主観面に関し、売主の第二次的主張責任を認めたのは、悪意の客観面と主観面について、証明責任の異なる分配が、適切ではないことに尽きると評価する。さらに、悪意の客観面に関しての主張責任が、実際、消極的事実が問題であるという事情に負っているのであれば、悪意の客観面と、消極的事実ではない悪意の主観面の区別は、連邦通常裁判所の見解に反し、実際的でないとはいえないとする⁴⁹⁾。これに対し、本判決では、売主が、買主が瑕疵を知らないことが、少なくともありうると考えなければならないという、悪意の主観的構成要件は、開示の客観的不作為についての主観面を形成すると述べられており、また、悪意の主観面に関しても、証明責任を負う当事者が、その請求権にとって重要な事件の経過の外部に立ち、それゆえ、重要な事実の詳細を知らず、その一方で、相手方は、

これを知っているという第二次的主張責任が用いられる状況があるといえ、悪意の主観面についても、買主が第二次的主張責任を負うことは肯定できよう。

おわりに

アスベスト事件判決では、民法 434 条 1 項 1 文の性状の合意を行っておらず、物的瑕疵について、民法 434 条 1 項 2 文により、契約により予定された使用、あるいは、通常の使用による適性をもとに、契約締結の時点で判断するとしている⁵⁰⁾。しかし、この瑕疵の判断時点を、直ちに、民法 434 条 1 項 2 文の一般的な要件の解釈として、本件とは異なり、契約締結時には物的瑕疵がないケースや⁵¹⁾、物が純粹に実際に悪化したことが問題となる場合に、及ぼすことができるかについては、否定的であるといえよう⁵²⁾。これに対し、売主の瑕疵の悪意の黙秘について、第二次的主証責任を用いた判断をなす⁵³⁾、不動産売買の連邦通常裁判所判決は、着々と集積されている⁵⁴⁾。これらに関しては、一般に適用されるものとなるのか、あるいは、事件特有の事情に基づき限定的に適用されるものにすぎないのかも含め、検討する必要があるといえよう。

また、売主の瑕疵の悪意の黙秘に関し、対象となる瑕疵について、連邦通常裁判所は、売主の観点で客観的に判断するとし、主観的瑕疵概念の優位と衝突する。これについては、解釈で調整すべきことを述べた⁵⁵⁾。改正後の売買法が主観的判断を志向することに対しては、明文となったもの以外においても、売買法、その各規定、さらに、各規定の要件のおのおののレベルでの意義と解釈を考えるにあたり、それが、いかなる程度、いかなる形で、反映されるのか、財産法全体の枠組みからの検討がなされる必要があるように思われる。

- 1) 古谷貴之「ドイツにおける瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題—連邦通常裁判所二〇〇九年三月二七日判決を契機に—」同志社法学 61 巻 5 号 117 頁以下 (2009 年)。
- 2) LG Lüneburg, Urt. v. 30.08.2007 - 5 O 104/07.
- 3) OLG Celle, Urt. v. 7. 2. 2008 - 8 U 203/07 Rn.22-26 (juris).
- 4) BGH, Urt. v. 27. 3. 2009 - V ZR 30/08 = NJW 2009, 2120, 2120 f., Rn. 6-11.
- 5) BT-Drucks 14/6040, 211; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480, 2014, § 434 Rn. 38 [Matusche-Beckmann]; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 §§ 433-610 6. Aufl., 2012, § 434 Rn. 16 [Westermann]; Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 §§ 1-610 3. Aufl., 2012, § 434 Rn. 53. [Faust]; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 75. Aufl., 2016, § 434 Rn. 25 [Weidenkaff].
- 6) Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O., § 434 Rn. 81.
- 7) Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O., § 434 Rn. 162; Münch-Komm/Westermann, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 51; Bamberger/Roth/Faust, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 34 f.; Palandt/Weidenkaff, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 8; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonder Teil 17. Aufl., 2014, S. 40 f. ただし、種類債務については、瑕疵のある物の給付・送付では、もともと特定は生じず(民法 243 条 2 項)、瑕疵のない物が給付された時に、危険移転を認めうる。
- 8) この点を指摘するものとして、Bamberger/Roth/Faust, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 34. しかし、民法 434 条 1 項 2 文に物的瑕疵の判断時期の文言がなくとも、同項 1 文と同じである、すなわち、それは危険移転時であるとしている。他の文献では、そもそも、同項 2 文の文言の問題に触れることなく、物的瑕疵一般の判断時期は、同項 1 文により、危険移転時であるとしている。Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O., § 434 Rn. 160 ff.; Münch-Komm/Westermann, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 51; Palandt/Weidenkaff, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 8; Medicus/Lorenz, a. a. O., S. 40 f.
- 9) Fischinger/Lettmaier, Sachmängel bei Asbestverseuchung – Anwendbarkeit der c.i.c. neben den § § 434 ff. BGB, NJW 2009, 2496, 2497.
- 10) Fischinger/Lettmaier, a. a. O., NJW 2009, 2497; Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 164; Münch-Komm/Westermann, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 52 f.; Bamberger/Roth/Faust, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 34.
- 11) Fischinger/Lettmaier, a. a. O., NJW 2009, 2497.
- 12) Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O. (Fn. 5), § 444 Rn. 43 ff.; Münch-Komm/Westermann, a. a. O. (Fn. 5), § 444 Rn. 11. 民法 444 条の悪意の概念は、民法 438 条 3 項のものと同じである。§ 438 Rn. 28 f.; Bamberger/Roth/Faust, a. a. O. (Fn. 5), § 444 Rn. 13, § 438 Rn. 38 ff.; Medicus/Lorenz, a. a. O. (Fn. 5), S. 88; BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079 f. Rn. 24 ff.
- 13) Medicus/Lorenz, a. a. O. (Fn. 7), S. 79. 本稿でとりあげた判決は、いずれも開示義務の問題として判断している。これに対し、学説では、Faust のように、詐欺という行為を規定する民法 123 条と異なり、悪意の黙秘という不作為の構成要件により条文が定められている場合には、開示義務を特別に確定することは不要であると主張する見解も存在する。Bamberger/Roth/Faust, a. a. O. (Fn. 5), §

438 Rn. 37.

しかし、これに関して、**Matusche-Beckmann** は、両規定は、欠如する構成要件を相互に補い合い、そこから、信義則に基づく誠実な行為義務が両規定の指導原理となり、さらに、悪意の黙秘は、作為、不作為問わず問題になり、また、あらゆる事情について、説明する必要はないことから、開示義務を認めるべきであると反論する。**Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O. (Fn. 5), § 438 Rn. 101.**

- ¹⁴⁾ **BGH NJW 2011, 3640, 3641 Rn. 8b)**; **Medicus/Lorenz, a. a. O. (Fn. 7), S. 79.**「尋ねられなくとも」開示すべきかについて、アスベスト事件の上級ラント裁判所判決は、古いプレハブ住宅の売買では、買主は、アスベストが含まれる資材が使用されている可能性を予想しなければならず、これが、買主の購入を決定づけるものであるならば、買主は、売主に具体的に尋ねるべきであり、アスベストの負荷に関する説明は、買主から尋ねられない場合にもなされることから出発しえないとの判断を示したが (**Fn. 3 Rn. 26**)、連邦通常裁判所は、本文で述べたように、一般に、本質的な瑕疵については、尋ねられなくとも開示すべきとしている。
- ¹⁵⁾ 改正前、これに関し、**Honsell** は、保証された性質の欠如による責任は、瑕疵の重大性とは無関係であり、また、「黙秘」は、原則として、(旧)民法 459 条 1 項 2 文の意味における瑕疵に係わるが、(旧)民法 463 条 2 文が、悪意を性質の保証と等置し、両場合とも買主の要保護性は変わらないことから、悪意の場合、重大性の要件は不要とする。もっとも、黙秘された瑕疵が、買主の意思形成に影響したかということこそが、問題であり、売主は、買主の購入の決定について、おそらく重要なあらゆる事情を伝えなければならないとする。**Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-534, 1995, § 463 Rn. 12, 37, § 459 Rn. 168 [Honsell].** また、買主の購入の決定との因果関係の問題は、本稿の 2.3 で扱う。このほか、**Huber** は、重大でない瑕疵は、旧 459 条 1 項 2 文によりすでに瑕疵担保責任も、旧民法 463 条 2 文の責任も問題にならないとする。そして、重大な欠陥についてのみ、法は、買主の契約締結にとって重要であるとし、それゆえ、売主は黙秘してはならないとする。**Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2 Schuldrecht II (§§ 433-515), 1991, § 463 Rn. 25 [Huber].**
- ¹⁶⁾ **Gröschler, Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht, NJW 2005, 1601, 1603 f.**
- ¹⁷⁾ **Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O. (Fn. 5), § 438 Rn. 104.**
- ¹⁸⁾ **Bamberger/Roth/Faust, a. a. O. (Fn. 5), § 438 Rn. 37.**
- ¹⁹⁾ **Fischinger/Letmaier, a. a. O. (Fn. 9), NJW 2009, 2496 f.**
- ²⁰⁾ アスベスト事件判決では、中古住宅の売買については、現在の科学技術水準を直ちに用いて、瑕疵を判断することはできないと述べられていることから (本稿 1.1, 1.3)、新築住宅の売買のケースであれば、瑕疵について、また別の判断がありうると思われる。
- ²¹⁾ **Fischinger/Letmaier, a. a. O. (Fn. 7), NJW 2009, 2497.**

- ²²⁾ BGH, Urt. v. 16. 3. 2012 – V ZR 18/11 = NJW-RR 2012, 1078, 1079 Rn.21.
- ²³⁾ BGH, Urt. v. 13. 10. 2000 – V ZR 430/99 = NJW 2001, 64, 64 Rn. 2a), 2b)aa). ただし、詐欺による意思表示の取消しを規定する民法 123 条において開示義務が問題となった事件の判決である。
- ²⁴⁾ BGH NJW-RR 2012, 1079 Rn. 22 bb), 23 b).
- ²⁵⁾ BGH, Urt. v. 15. 7. 2011 – V ZR 171/10 = NJW 2011, 3640 ff.
- ²⁶⁾ BGH NJW 2011, 3640 f. Rn. 5-8 b.)
- ²⁷⁾ BGH NJW 2011, 3641 Rn. 10 a), 12 bb), 13 cc).
- ²⁸⁾ BT-Drucks 14/6040, 211; Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 38; Münch-Komm/Westermann, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 16; Bamberger/Roth/Faust, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 53; Palandt/ Weidenkaff, a. a. O. (Fn. 5), § 434 Rn. 25.
- ²⁹⁾ Staudinger/Matusche-Beckmann, a. a. O. (Fn. 5), § 444 Rn. 45.
- ³⁰⁾ 商法 377 条は、商事売買において、買主には、売主からの商品の引渡しを受けた後、遅滞なく商品を検査し、瑕疵を認めた場合は、売主に遅滞なく通知する義務があり、これを怠った場合には、商品を承認したと擬制する(1-4 項)。しかし、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合は、本条を援用することができないとするが(5 項)、売主の悪意の黙秘と、契約締結との間の因果関係も、買主の義務の怠りとの間の因果関係も不要とされている。Röhricht/Westphalen/Haas, Handelsgesetzbuch 4. Aufl., 2014, § 377 Rn. 24 [Wagner].
- ³¹⁾ BGH, Urt. v. 30. 4. 2003 – V ZR 430/99 = BGH NJW 2003, 2380, 2381.
- ³²⁾ Erman, Bürgerliches Gesetzbuch 10. Auflage, 2000, § 463 Rn. 6 [Grunewald]; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 60. Auflage, 2011, § 463 Rn. 29 [Putzo].
- ³³⁾ Staudinger/Honsell, a. a. O. (Fn. 15), § 476 Rn. 24.
- ³⁴⁾ Soergel/Huber, a. a. O. (Fn. 15), § 463 Rn. 6.
- ³⁵⁾ 因果関係を不要とする見解として、Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-487, 2004, § 444 Rn. 42 [Matusche-Beckmann]. 瑕疵担保法一般として、Bamberger/ Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 §§ 1-610 2. Aufl., 2007, § 438 Rn. 37 [Faust]. これに対し、因果関係を必要とし、それがないことについては、売主が立証するという見解も存在した。Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 §§ 433-610 5. Aufl., 2008, Rn. 35 [Westermann].
- ³⁶⁾ Türksoy, BGH v. 15.07.2011 – V ZR 171/10 (Baulast als Sachmangel) (Ruhr-Universität Entscheidungsbesprechung), S. 53 f.
- ³⁷⁾ Türksoy, a. a. O., S. 54 f.
- ³⁸⁾ Türksoy, a. a. O., S. 54.
- ³⁹⁾ Weber, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 15. 7. 2011, NJW 2011 3642, 3642.
- ⁴⁰⁾ BGH NJW 2007 835, 836; BGH NJW-RR 2012 1078, 1079; BGH NJW 2012 2793, 2793.
- ⁴¹⁾ BGH, Urt. v. 12. 11. 2010 – V ZR 181/09 = NJW 2011, 1280 ff.; Ring, Kurzkommentar zum BGH, Urt. v. 12.11.2011 - V ZR 181/09, EwIR 2011 209 f.
- ⁴²⁾ BGH NJW 2011, 1280 Rn. 10 b), 11.
- ⁴³⁾ BGH NJW 2011, 1281 Rn.12 - 15.

- ⁴⁴⁾ Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung 3. Aufl., 2008, § 286 Rn. 93 ff. [Prütting]; Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung 30. Aufl., 2014, Vor § 284 Rn. 15 ff. [Greger].
- ⁴⁵⁾ Münch Komm/ Prütting, a. a. O., § 286 Rn. 103.
- ⁴⁶⁾ Gsell, Entscheidungsanmerkung zum BGH, Urt. v. 12.11.2011 - V ZR 181/09, ZJS 2011, 86 f.
- ⁴⁷⁾ Münch Komm/ Prütting, a. a. O. (Fn. 44), § 286 Rn. 103, 131, 136; Zöller / Greger, a. a. O. (Fn. 39), Vor § 284 Rn. 34 ff. 松本博之「ドイツ民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務(一)」大阪市立大学法学雑誌 45 巻 3・4 号 566 頁以下(1999 年)、木川統一郎「第 2 次主張・立証責任について 医療過誤訴訟を中心として」判例タイムズ 1270 号 5 頁以下(2008 年)参照。Prütting が、第二次的主張責任は、その時々証拠評価により、当事者間で移動しうるとすることに対し、判例タイムズ 1270 号 8 頁では、証明責任を負う当事者が、その請求権にとって重要な事件の経過の外部に立ち、それゆえ、重要な事実の詳細を知らず、その一方で、相手方は、これを知っていることから、信義則により、第二次主張責任が課され、当事者間で移動することはないと述べられている。
- ⁴⁸⁾ Zöller / Greger, a. a. O. (Fn. 39), Vor § 284 Rn. 24.
- ⁴⁹⁾ Gsell, a. a. O. (Fn. 44), ZJS 2011, 87.
- ⁵⁰⁾ 本稿 1.1、1.3
- ⁵¹⁾ Schubert, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 27. 3. 2009 - V ZR 30/08, JR 2010, 265, 265.
- ⁵²⁾ Fischinger/Lettermaier, a. a. O. (Fn. 9), NJW 2009, 2497.
- ⁵³⁾ 本稿 2.4
- ⁵⁴⁾ BGH, Urt. v. 15. 7. 2011 - V ZR 171/10 = NJW 2011, 3640; BGH, Urt. v. 5. 12. 2012 - VIII ZR 74/12 = NJW 2013, 1299; BGH, Urt. v. 27. 6. 2014 - V ZR 55/13 = NJW 2014, 3296 (ただし、民法 123 条の詐欺による取消しに関する); BGH, Urt. v. 19. 2. 2016 - V ZR 216/14.
- ⁵⁵⁾ 本稿 2.3

[参考文献]

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 §§ 1-610 2. Aufl., 2007

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 §§ 1-610 3. Aufl., 2012

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch 10. Auflage, 2000

Fischinger, Philipp./Lettmaier, Saskia, Sachmängel bei Asbestverseuchung – Anwendbarkeit der c.i.c. neben den §§ 434 ff. BGB, NJW 2009, 2496 ff.

Gröschler, Peter, Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht, NJW 2005, 1601 ff.

Gsell, Beate, Entscheidungsanmerkung zum BGH, Urt. v. 12.11.2011 - V ZR 181/09, ZJS 2011, 86 f.

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht II Besonder Teil 17. Aufl., 2014

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung 3. Aufl., 2008

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 §§ 433-610 5. Aufl., 2008

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 §§ 433-610 6. Aufl., 2012

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 60. Auflage, 2011

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 75. Auflage, 2016

Ring, Gehard, Kurzkomentar zum BGH, Urt. v. 12.11.2011 - V ZR 181/09, EwIR 2011, 209 f.

Röhrich, Volker/Westphalen, Friedrich Graf von / Haas, Ulrich, Handelsgesetzbuch 4. Aufl., 2014

Schubert, Werner, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 27. 3. 2009 – V ZR 30/08, JR 2010, 265

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2 Schuldrecht II (§§ 433-515), 1991

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-534, 1995

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-487, 2004

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480, 2014

Türksoy, Ömer, BGH v. 15.07.2011 – V ZR 171/10 (Baulast als Sachmangel) (Ruhr-Universität Entscheidungsbesprechung) <http://www.rubrr.de> · Ausgabe 1/2012

Waterstraat, Daniel, Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess – Ist die Auffassung des BGH vom Primat des materiellen Rechts als Grundlage für die Erteilung von Auskünften im Prozess heute noch haltbar ?, ZZZP 2005, 459 ff.

Weber, Christoph Andreas, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 15. 7. 2011, NJW 2011, 3642

Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung 30. Aufl., 2014

BGH, Urt. v. 13. 10. 2000 - V ZR 430/99 = NJW 2001, 64

BGH, Urt. v. 30. 4. 2003 – V ZR 430/99 = BGH NJW 2003, 2380

BGH, Beschl. v. 8. 12. 2006 - V ZR 249/05 = NJW 2007, 835

BGH, Urt. v. 27. 3. 2009 - V ZR 30/08 = NJW 2009, 2120

BGH, Urt. v. 12. 11. 2010 - V ZR 181/09 = NJW 2011, 1280

BGH, Urt. v. 15. 7. 2011 - V ZR 171/10 = NJW 2011, 3640

BGH, Urt. v. 16. 3. 2012 - V ZR 18/11 = NJW-RR 2012, 1078

OLG Celle, Urt. v. 7. 2. 2008 - 8 U 203/07 (juris)

LG Lüneburg, Urt. v. 30.08.2007 - 5 O 104/07

[Abkürzungsverzeichnis]

BGH … Bundesgerichtshof

LG … Landesgericht

OLG … Oberlandesgericht

BT-Drucks … Drucksachen des Deutschen Bundestags

EWiR … Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

JR … Juristische Rundschau (Zeitschrift)

NJW … Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)

NJW-RR … NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)

ZJS … Zeitschrift für das Juristische Studium (zjs-online.com)

ZZP … Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)

松本博之「ドイツ民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的

事実陳述＝証拠提出義務(一)」大阪市立大学法学雑誌45巻3・4号566頁以下(1999年)

木川統一郎「二次的主張・立証責任について 医療過誤訴訟を中心として」判例タイムズ1270号5頁以下(2008年)

古谷貴之「ドイツにおける瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題－連邦通常裁判所二〇〇九年三月二七日判決を契機に－」同志社法学61巻5号117頁以下(2009年)

Immobilienkauf und Gewährleistung im deutschen Recht

SUZUKI Miyako

Seitdem das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. 1. 2002 in Kraft getreten ist, versammeln sich die Entscheidungen unter neuem BGB. Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit Immobilienkauf und Gewährleistung in neuer Rechtsprechung.

Im Asbest-Fall geht es um die Beurteilung, ob Baustoffe, die zur Zeit der Errichtung des Hauses als gebräuchlich galten, nunmehr jedoch als gesundheitsschädlich erkannt worden sind, im später geschlossenen Vertrag Sachmangel darstellen.

Nach § 444 BGB kann sich der Verkäufer auf einen vertraglichen Ausschluss der Gewährleistung nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen hat. Nach der Rechtsprechung setzt arglistiges Verschweigen eines Mangels das Bestehen einer entsprechenden Offenbarungspflicht voraus, deshalb ist die Reichweite der Offenbarungspflicht zu prüfen. Im Übrigen geht es um die Frage, ob die Unwirksamkeit eines vertraglichen Gewährleistungsausschlusses Kausalität des arglistigen Verschweigens für den Kaufentschluss des Käufers voraussetzt. Der Käufer trägt die Darlegungs- und Beweislast für arglistiges Verschweigen, also in objektiver Hinsicht mangelnde Offenbarung über den Mangel und in subjektiver Hinsicht die Vorstellung des Verkäufers, jedoch greifen Beweiserleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast ein.

Die Entscheidungen zum Immobilienkauf beruhen zum Teil auf der spezifischen Umständen der Fälle, deshalb ist zu prüfen, ob die betreffende Entscheidung solche ist. Neues Kaufrecht ist subjektiv orientiert. Im Großen und Ganzen ist es wichtig, dass diese Subjektivierung in Betracht gezogen wird und dass die Auslegungen von Kaufrecht, der Vorschriften, und der Voraussetzungen im totalitären System des Vermögensrechts zu bestimmen sind.