

ドイツ民法典編纂過程における無償契約のための責任制限規定の変遷-無償契約における責任制限法理の歴史的展開に関する一考察-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2013-11-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 萩原, 基裕 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/16149">http://hdl.handle.net/10291/16149</a>

# ドイツ民法典編纂過程における無償契約のための 責任制限規定の変遷

——無償契約における責任制限法理の歴史的展開に関する一考察——

## Die Wandlungen der Haftungsbeschränkungsvorschriften für den unentgeltlichen Vertrag in der Kodifikation des BGB

博士後期課程 民事法学専攻 2010年度入学

萩原基裕

HAGIWARA Motohiro

### 【論文要旨】

本稿は、ドイツ民法典無償契約法における債務者の責任制限規定のBGB編纂過程における議論に関する検討を試みる。歴史上、ローマ法において、すでに無償契約の債務者は、契約から利益を得ない者として、責任を判断する際に帰責のための基準が緩やかに判断されるなど、優遇されていた。このような法理は、一般に利益原理と呼ばれている。すなわち、契約から利益を得ない者は、責任について優遇されるべきものとされていた。この法理に基づいた規定は、ドイツ普通法時代における学説、地方特別法、そして各種の法典草案においても見受けられる。本稿では、このような無償契約における債務者の責任を制限するという法理が、ローマ法、ドイツ普通法、そして現行ドイツ民法典（BGB）へとどのように受け継がれていったのか、どのような変遷を辿ったのかを検討する課題を締めくくるものとして、現行のBGBが制定される過程における各種の草案、理由書、そして各種委員会における提案・議論を中心に検討するものである。

【キーワード】 無償契約 責任制限 帰責基準 利益原理 BGB編纂過程

### 目次

#### I はじめに

#### II ドレスデン草案と部分草案

#### III 第一委員会と第一草案

#### Ⅳ 帝国司法省準備委員会、第二委員会と第二草案

#### Ⅴ 総括と検討

#### Ⅵ 結びにかえて

### I はじめに

#### 一 問題の所在

たとえば、債務者が契約において負担した債務を履行しない場合、債務者は、不履行について帰責事由が存在しない場合でなければ責任を負うことになる。しかし、民法典においては、債務者が本来責任を負うべき場合に、一定の要件のもとその責任を免除ないし軽減する旨の規定が見受けられる。たとえば、過失相殺（418条）や弁済の提供（492条）などを指摘することができる。また、条文にはなくとも、債務者の責任制限を導くような法理・法原則なども存在する。こうした債務者の責任を軽減する規定・概念に関する包括的検討の一端として、本研究では、無償契約における債務者の責任を制限する趣旨の規定につき、検討を加えるものである。

民法典中、いわゆる無償契約と呼ばれる契約の規定を見てみると、債務者の責任を制限する趣旨の規定があることが分かる。たとえば、贈与においては担保責任が制限されており（551条1項）、これは使用貸借の貸主においても同様である（596条）。また、無償寄託では、有償寄託の場合に比して注意義務の基準が「自己の財産に対するのと同一の注意」に軽減されている（659条）。しかし、なぜ無償契約では債務者の責任に配慮するような趣旨の規定が存在するのだろうか。どのような法理に支えられて上記のような諸規定が設けられたのだろうか。そこに統一的なルールは存在するのだろうか。

この点に関しては、学説では契約の無償性がその根拠として指摘されることがある<sup>(1)</sup>。しかし、無償契約であれば、債務者の責任についてすべからく何らかの配慮が設けられているというわけではない。たとえば、委任契約規定においては、委任が無償であっても受任者の責任や義務を有償委任の場合と比べて制限するような趣旨の規定は見受けられない。このことから、無償契約であること、すなわち契約の無償性をもって、直ちに債務者の責任を制限すべきことにはならないということになる。現に民法起草者は、贈与契約における責任制限規定の起草趣旨説明において、諸外国のように贈与を軽いものと捉えず、責任を一般に重大な過失がある場合に限定するという措置は取らないと明言していた<sup>(2)</sup>。また、無償寄託では注意義務の軽減が規定されている一方で、委任契約

<sup>(1)</sup> たとえば、於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ（契約総論）』（有斐閣、1962）85-86頁、岡本詔司「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 契約の一般的課題』（日本評論社、1990）31頁以下、50頁など。ここでいう無償性は、債務者の意図としての好意よりも、対価が存在しないことを意図しているように思われる。

<sup>(2)</sup> 法典調査会『民法議事速記録9』（法務図書館、1981）297-298頁。

では、有償と無償の場合とで注意義務の程度に差異を設けるような規定を置いていないことも指摘できる。このことから、対価がないという点では共通している各無償契約類型においても、債務者の責任や注意といった点では異なる規定を置いていることになる。

また、無償契約類型において、債務者の責任について、これを有償契約の場合と比べて何らかの意味で軽減し免除する趣旨の規定を置く立法例は、ドイツ法やフランス法においても見受けられる。しかし、この2つの法を見てみると、それぞれが日本法と異なる態様で無償契約類型における責任制限を規定していることがわかる。ドイツ法においては、贈与・使用貸借・無償寄託において、債務者の担保責任や注意義務を制限する趣旨の規定を設けていること（BGB523・524条、600条、690条）、委任においては、特に注意義務を軽減するといった規定を設けていないことは日本法と共通している。ところが、贈与法・使用貸借法では、担保責任の原則的制限のみならず、贈与者・使用貸借の貸主が責任を負う基準を、一般に故意または重大な過失がある場合に制限する趣旨の規定を設けており（BGB521条、599条）、日本法よりも債務者に有利な規定態様となっている。一方、フランス法では、使用貸借および消費貸借において、貸主は、目的物の瑕疵から生じた損害について原則責任を負わないとする規定がある（CC1891条、1898条）。寄託契約においては、原則が無償であり、有償の場合など一定の要件のもとで、注意義務が高められるという構造となっている（CC1927・1928条）。委任契約では、契約が有償であるか無償であるかに応じてフォートの判断基準に差異を設けている（CC1992条2項）。贈与契約に関しては、フランス民法典中に贈与者の責任に関する規定はないが、その他の無償契約の場合と同様に贈与者の責任も制限されるという指摘もある<sup>(3)</sup>。このように、無償契約類型のうち、債務者の責任や注意義務についてこれを制限する趣旨の規定が置かれているという点では各国法に共通点がみられるものの、どの無償契約類型にどのような責任制限規定を置いているかという点では差異がみられることに注目できる。

以上から、契約の無償性が直ちに債務者の責任制限に結び付けられてはいないこと、そして、どの無償契約類型にどの程度の責任・注意義務の制限を認めるかについて、各国法に差異がみられるということがわかる。この点について、なぜ一定の無償契約類型において、責任制限が定められている類型が存在するのかという問題を解決することが、無償契約における責任制限法理の検討という課題の目的である。このことは、つまるところ、債務者は何を基準として責任を負うのかという問題に行き着くであろう。これは、契約責任の本質論、担保責任の本質論にもかかわる問題である。

以上のような問題提起に基づいて行われたのが、無償契約における責任制限規定に関わる一連の検討である。なぜ無償契約において債務者の責任が制限される場合があるのか、とりわけその根拠はどこに求められるのかという点については、現行法に関する解釈論や現行ドイツ法との比較法的検討では十分に明らかにしえなかった<sup>(4)</sup>。そこで、歴史に目を転じてみると、すでにローマ契約法において、無償契約の債務者に関して、有償契約の債務者に比して責任について優遇するという考

<sup>(3)</sup> 比較法学会編『贈与の研究』（有斐閣、1958）141頁以下、160-162頁（鈴木ハツヨ執筆）。

え方が存在していたことがわかる。これは、契約から当事者が利益を得ているか否かによって、帰責基準に差異を設けるという考え方である。すなわち、契約から利益を得ない当事者は、悪意または重大な過失のためにのみ責任を負うという法理であり、ドイツの法史家らによれば利益原理 (Utilitätsprinzip) と呼ばれる<sup>(5)</sup>。ローマ法においては、現代にも伝わる無償契約類型である使用貸借、寄託、委任、贈与といった契約類型について、債務者を契約から利益を得ない者として扱い、帰責のための基準を制限していた。このように、契約から利益を得るか否かという基準によって、債務者が責任を負うための基準に差異を設け、または担保責任の有無を判断するという考え方は、ローマ法がいわゆる普通法として適用されていた時代である、ドイツ普通法時代における学説や各種立法例・法典草案においても見受けられる。前稿では、こうしたドイツ普通法時代における立法例や法典草案を中心として、若干の普通法学説も取り上げ、そこに現れている利益原理に基づいていると考えられる規定・理論について検討した。そのことから、ローマ法時代に存在していた利益原理に基づく考え方が、より具体化・一般化されていたことが推測される。普通法時代の法典では、個々の契約類型についてのみならず、債務者の責任一般に関しても、利益原理に従い帰責基準を画定し、担保責任や債務者の負う注意義務の内容を決定していたようである<sup>(6)</sup>。

## 二 本稿の射程

そこで、本稿では、無償契約における責任制限法理の歴史の変遷過程を検討する中でのドイツ法史における検討の一里塚として、現行ドイツ民法典 (BGB) の編纂制定過程における議論を中心に検討を加えたい。ドイツ普通法時代の立法例を見ると、利益原理に忠実な形での規定態様となっていたが、現行 BGB の規定態様ではこれと大きく異なる部分もある (特に債務者の責任について定める276条は、故意または過失のためにのみ責任を負うことを明言するに過ぎない)。一方で、BGB の起草に当たっては、普通法学説や普通法時代における各種立法例が多く参照されている。これに関して、BGB の起草過程におけるさまざまな議論や条文案の変遷を整理し、検討することで、現行 BGB が有する無償契約における責任制限規定が、どのような考えに基づいて、どのような根拠によって条文化されたのか、ということをも明らかにしたい。以下、まず、BGB 債務法編起

<sup>(4)</sup> ただし、551条1項 (596条) による担保責任制限の射程・要件などについて、一定の解釈方向性を示すことはできたと考えられる。これについては、拙稿「民法における責任制限法理の一考察—ドイツ法における無償行為者の責任制限法理の検討を中心に— (上)・(下)」法学研究論集33号・34号 (2010・2011) 205頁以下、335頁以下を参照されたい。

<sup>(5)</sup> 利益原理については、さしあたり、石本雅男『無過失損害賠償責任原因論 [第一巻]』(法律文化社、1983) 339頁以下、拙稿「無償契約における責任制限法理の歴史的展開に関する一考察—ローマ契約法における責任制限法理としての利益原理を中心に—」法学研究論集35号 (2011) 263頁以下を参照されたい。

<sup>(6)</sup> 詳しくは、拙稿「無償契約における責任制限法理の歴史的展開に関する一考察—ドイツ普通法時代における立法例および学説を中心に—」法学研究論集36号 (2012) 169頁以下を参照されたい。なお、この検討では、普通法時代の地方特別法を中心に扱ったため、普通法学説は十分に扱うことができなかった。ドイツ民法理論にとって、同普通法学説の検討は欠かせないものと思われるが、これについては今後の課題としたい。

草のための基礎として大きな役割を果たしたとされるドレスデン草案を若干敷衍し、第一草案の基礎となった部分草案について整理する(Ⅱ)。次いで、第一委員会における部分草案に関する議論、第一草案に関する理由書を概観したのち(Ⅲ)、帝国司法省準備委員会における議論、第二委員会における議論を逐次参照する(Ⅳ)。最後に以上の整理を総括したうえで、検討を加えたい(Ⅴ)。

## Ⅱ ドレスデン草案と部分草案

### 一 ドレスデン草案

ドレスデン草案は、債務法に関する条文草案であり、1866年に公表された<sup>(7)</sup>。BGB 起草の出発点でもある部分草案は、*Franz Philipp von Kübel* が債務法編の起草を担当した。しかし、*Kübel* の個人的事情から、債務法編全部の部分草案起草はかなわなかったようであり、未起草の部分については、ドレスデン草案と *Kübel* の助手らにより作成された資料を基に議論されたという<sup>(8)</sup>。このことから、部分草案を参照する前に、ドレスデン草案における条文構造・草案作成過程における議論を概観しておくことが必要と思われる<sup>(9)</sup>。

ドレスデン草案においては、まず、担保責任の有無と契約当事者が責任を負う基準とについて、それぞれをいわば総則的に一般的に規定する。第一に、担保責任に関しては、契約が有償である場合と無償である場合とに分けて規定し、契約が無償である場合、債務者は原則として権利・物の瑕疵について責任を負わないとする(同草案171条, 191条)。そして、①債務者が瑕疵について知りながら黙秘していた場合、②担保義務を契約上負う場合をそれぞれ例外とする。第二に、契約当事者が責任を負うための基準として悪意と軽過失または重過失とを用いている。そして、契約において、その契約が一方当事者の利益のみを目的としている場合、他方当事者は悪意または重大な過失のためにのみ責任を負うとし、この場合にその当事者が用いるべき注意の基準を、通常人の注意とし、この注意を用いない者は重大な過失があると規定する(228条)。一方で、契約の本質と内容により利益を受ける当事者については、悪意または軽過失を基準として定めている(229条1項)。そして、この場合においてはその当事者に注意深い家父長の注意を要求し、その注意を怠る者は軽

<sup>(7)</sup> ドレスデン草案所収の条文案については、*Bernhard Francke* (hrsg.), *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, in: *Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts*, Bd.2, 1973を参照。

<sup>(8)</sup> *Werner Schubert*, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB —Einführung, Biographien, Materialien* 一, 1987, S.43ff.. これに関しては、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会, 1999) 23-24頁も参照。また、BGB 立法過程について、鈴木禄弥訳『近世私法史』(創文社, 1961) 565頁以下を参照。平田公夫訳「準備委員会答申『ドイツ民法典起草計画・方法について』」岡山大学法学会雑誌35巻2号(1985) 201頁, 同「ドイツ民法典編纂過程の諸特徴」岡山大学法学会雑誌45巻3号(1996) 1頁, 同「ドイツ民法典編纂史の諸相—とくに法典編纂の諸前提について—」岡山大学法学会雑誌47巻1号(1997) 13頁も参照。

<sup>(9)</sup> ドレスデン草案に関しては、拙稿・前掲注(6) 185頁以下において既に扱っているため、ここでは簡潔に整理する。

過失があるものとする（229条2項）。また、他人の代理人として事務を遂行する者は、そのことから利益を得ない場合でも軽過失のためにも責任を負うと定める（230条）。ここには、228条からの例外が規定されており、同時に無償委任契約において受任者が契約から報酬（利益）を得ない場合でも重い責任を負う根拠が示されている<sup>(10)</sup>。

各契約類型では、贈与、使用貸借、寄託についてそれぞれ債務者の責任に関する規定が見受けられる。ただし、贈与契約では、特に贈与者の責任について規定する条文はなく、無償契約における担保責任に関する規定である171条および191条など無償契約に関する特別規定を参照させるに過ぎない（504条）。使用貸借では、他人物の貸借において、貸主が借主にそのことを悪意で黙秘し、借主が契約に基づく使用を妨害されるならば、損害賠償の義務を負うという規定がある（601条）。寄託契約において、受寄者の注意義務について定める条文は、単に「受寄者は、寄託物を、自己に義務づけられた注意をもって保管する義務を負う」とするにとどまる（735条）。ただし、同草案起草過程における議事録を見ると、受寄者は故意と重大な過失の場合に責任を負うとされている<sup>(11)</sup>。

## 二 部分草案

*Kübel*の起草した部分草案債務法編において、無償契約における債務者の責任に関わる条文案は、担保責任に関するもの、債務関係の効果に関するもの、債権譲渡の場合の担保責任に関わるもの、そして、各無償契約類型におけるものである。このうち、贈与や使用貸借などの各則中の規定については、*Kübel*による起草が間に合わず、ドレスデン草案を基に審議が進められたようである。

### 1 担保責任について<sup>(12)</sup>

まず、部分草案債務法編第二部第一章第三款「契約に基づく権利義務」21条および38条が、無償譲渡契約における権利の瑕疵・物の瑕疵のための債務者の責任に関する条文案となっている<sup>(13)</sup>。権利の瑕疵に関する条文案である21条では、無償譲渡契約の場合、債務者は、原則として

---

<sup>(10)</sup>（無償）委任契約における受任者の責任・注意義務の程度に関しては、初期のローマ法においては、同法における責任原理である利益原理に従って、悪意または重大な過失のある場合のみ責任が認められていたようである。しかし、ローマ法の発展過程において、すでに委任契約における受任者は、報酬を得なくとも重い責任（軽過失のための責任）を負うとされた（ローマ法における利益原理に関しては、拙稿・前掲注(5)参照）。この措置は、ドイツ普通法時代の地方立法例にもみられるところである（ただし、ALR第1部第13章55条以下）。一方、フランス民法典のように、委任について、有償の場合と無償の場合とを区別し、過失の判断に差異を設けるという例もある。無償委任契約における債務者の責任について、これら2つの異なる傾向があることは、興味深いところである。

<sup>(11)</sup> *Werner Schubert* (eingl. u. hrsg.), *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, Bd.4, 1984, S.2639 f..

<sup>(12)</sup> なお、ここでいう担保責任は、*Gewährleistung*の訳語である。BGB編纂過程の議論では、目的物の権利・物の瑕疵のための責任について、贈与・使用貸借契約における責任制限が問題とされているが、その内容には給付義務を意図していると思われる規定もある。本稿では、瑕疵のために債務者が負う責任について一応便宜上担保責任（または瑕疵のための責任）と呼ぶこととする。

担保責任を負わないとし、ただし、権利の瑕疵・第三者の権利の存在を知りながら黙秘していた場合は、それによって生ずる損害を賠償する義務を負うとする<sup>(14)</sup>。物の瑕疵のための担保責任に関する38条においても、無償譲渡契約の場合、債務者は原則として物の瑕疵のために責任を負わず、ただし、22条に規定されている瑕疵を知りながら黙秘していた場合、損害賠償の義務を負うと定める<sup>(15)</sup>。条文構造自体は、ドレスデン草案のそれと近似している。*Kübel*は、無償契約における担保責任の原則的制限について、これを、「現行法と一致」とすると述べるにとどまり、詳細については、債権譲渡の場合の譲渡人の責任に関する規定を参照せよと指示するにとどまる<sup>(16)</sup>。そこで、当該の部分草案債務法編第四部第一章「債権の譲渡」10条およびその理由を見ることとする。同10条では、旧債権者が既存の債務なしに、あるいは無償法律行為に基づいて債権を譲渡する場合、新たな債権者に対して債権の法的状態について責任を負わないとし、ただし債権が根拠づけられていないこと、あるいは債務者に支払能力がないことを知りながら黙秘していた場合、そのことから生ずる損害を賠償する義務を負うとする<sup>(17)</sup>。これに関して、*Kübel*は、「譲渡人は、譲渡したために責任義務を負うのではなく、責任義務は、譲渡の原因がそのような義務を内包している場合にのみ生じるので、契約による義務づけあるいは悪意 (*dolus*) を別として、以下の場合、譲渡人の責任義務は存在しない。すなわち、…贈与するという意図において、譲渡された場合である」とする<sup>(18)</sup>。そしてこの場合、譲渡人はまさに、債権を自らが有していたままに譲渡するという意図のみを有しており、これは物の無償譲渡と同様であるとする<sup>(19)</sup>。そして、例外的に担保責

<sup>(13)</sup> Vgl., *Werner Schubert* (hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, T.1, AT., 1980, S.374, 377.*

<sup>(14)</sup> 21条:「無償譲渡の場合、譲渡人は担保責任を負わない。譲渡人が取得者に、自らの知る権利の瑕疵あるいは第三者の権利を、悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う。譲渡人が、担保責任を特に義務づけられている場合、譲渡目的物の通常の価値以上に、取得者に対して賠償する義務を負わない。」

<sup>(15)</sup> 38条:「物の無償譲渡の場合において、譲渡人は、その物の瑕疵のために責任を負わない。しかしながら、譲渡人が、22条において挙げられている物の瑕疵を取得者に悪意で黙秘していた場合、譲渡人は、取得者に、それによって生じる損害を賠償する義務を負う。譲渡人が、瑕疵のために責任を負う義務を負った場合、取得者に、瑕疵なき物の通常の価値と、瑕疵のある物の契約締結時点での価値との差額を賠償する義務を負う」。なお、22条において問題とされている瑕疵は、「保証した性質についての瑕疵、そして、物の危険が取得者に移転した時点で、物が通常の使用のため、あるいは、契約に従い前提とされたその物の価値あるいは有用性を無にするか相当に減少させるような瑕疵」となっている。22条では、有償譲渡契約の債務者は、これらの瑕疵が存在しないことについて責任を負うと規定される。

<sup>(16)</sup> *Schubert*, *Vorlagen*, a. a. O. (Fn.13), S.411, 422.

<sup>(17)</sup> 10条:「債権の譲渡が、旧債権者における既存の義務なしに、あるいは、それによって旧債権者が債権を譲渡する義務を負うことになる無償法律行為に基づいて行われる場合、旧債権者は新たな債権者に対して、別段の定めのない限り、債権の法的状態について責任を負わない。旧債権者が、新たな債権者に、債権が根拠づけられていないこと、あるいは、債務者に支払い能力がないということを悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。

<sup>(18)</sup> *Schubert*, *Vorlagen*, a. a. O. (Fn.13), S.962f..

<sup>(19)</sup> *Schubert*, *Vorlagen*, a. a. O. (Fn.13), S.963.

任が問題となる場面については、以下のように述べる。すなわち、譲渡債権者が、債権の不存在・債務者の支払無能力を悪意で黙秘していた場合、それによって生じた不利益を賠償する義務を負う。譲渡人（旧債権者）は、債権の正しい性質について欺かれないという譲受人（新債権者）の有する利益を賠償しなければならず、したがっていわゆる消極的契約利益を賠償しなければならないとする。

ここでは、無償契約における債務者の意図が重視され、原則として担保責任を免除すること、しかし、瑕疵等について債務者が悪意で黙秘していた場合は、一定の責任を負わせることを明言している。損害賠償の範囲については、条文案ではそのことから生ずる損害とされているが、10条に関する理由を見るに、この損害賠償の範囲は消極的な契約利益に限定されるという意図であったということがわかる。

## 2 帰責基準について<sup>(20)</sup>

部分草案債務法編第三部第一章「債務関係の効果・総則」196条以下が、債務関係において当事者が負う義務、その義務の履行の際に用いるべき注意義務、そして義務違反に対して責任を負う基準を提案している<sup>(21)</sup>。責任を負う基準については、197条が原則を定めている。同条によれば、債務関係にある者らは、互いに故意のためのみならず、軽過失のためにも責任を負い、注意深い家父長の注意を用いない者は軽過失があるとする<sup>(22)</sup>。そして、198条はこれに対する例外を形成し、契約に基づく債務関係が、当事者の一方の利益のみを目的としている場合、他方当事者は、故意および重大な過失のためのみ責任を負うとする<sup>(23)</sup>。199条は、198条に対するさらなる例外を形成し、「法律によってそのために強制されることなく、他人の事務あるいは取引の実行を引受けた者は、仮にその者が事務処理から利益を得ず、あるいは、報酬を得ずとも、その他人に対して、軽過失のためには責任を負う」とする。そして、このような規定の理由として、*Kübel* は以下のように述べる。すなわち、「故意および重大な過失のための責任は、同様に、あらゆる債務関係において、それに基づいて義務を負う者すべてについて根拠づけられる。その限りで、故意および重大な過失は、いずれにせよ同等である（197条、198条）。…しかしそれに加えて、ある債務関係から義務を負う者は、通常、軽過失のためにもまた責任を負う。すでに普通法上、あらゆる帰責性（*omnis culpa*）のためのこの責任は、実際に原則を形成している」とする<sup>(24)</sup>。ここで、*Kübel* は、債務関

<sup>(20)</sup> BGB276条の成立史については、*Susanne Würthwein, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, 1990, S.254ff.*も参照。

<sup>(21)</sup> *Schubert, Vorlagen, a. a. O. (Fn.13), S.735.* なお、196条は以下のとおりである。196条：「債務関係にある者は、債務関係に基づいてその者に課される義務を、誠実かつ信義に基づいて、その者が約束し、あるいは法律がその者に課す程度の注意を用いて履行することに、互いに義務づけられる」。

<sup>(22)</sup> 197条：「債務関係にある者らは、互いに、故意のみならず、軽過失のためにも責任を負う。注意深い家父長が用いるのが常である注意を用いない者は、軽過失の責がある」。

<sup>(23)</sup> 198条：「契約に基づく債務関係が、その本質あるいはその内容により、当事者の一方の利益のみを目的としている場合、他方当事者は、その当事者に、故意および重大な過失のためにも責任を負う。通常人が用いるのが常である注意を用いない者は、重過失の責がある」。

係において、債務者は最低限故意または重大な過失のために責任を負うこと、そして、通常はあらゆる過失、つまり軽過失のためにも責任を負うという原則を立て、その根拠を普通法に求めている。

198条については、「とりわけ、ある債務関係が、一方当事者（債権者）にとってのみ利益となり、債務関係の本質に従ってであれ、当事者らによって受け入れられた形成方法によってであれ、債権者の利益にのみ奉仕すべきであるということが考慮された」とする。この例外は、契約関係においては、以下のような根拠をもって正当化されるという。「契約からなにかある反対給付に対する請求権、報酬、あるいは対価を有することなく、他方当事者にある給付をなさなければならないような者の側における一種の寛大さ *Liberalität* が、つねに問題となる。他方当事者の返還のための義務は、取引から寛大さの性質を取り去ることはないと理解される。寛大さは、ここでは、広義の意味で理解されなければならない。その結果、たとえば、ある物の使用あるいは用益のための契約に従った引渡し、好意から生じている場合もこれに属する。したがって、とりわけ、贈与者、（使用貸借の場合の）使用貸主、（寄託契約の場合の）受寄者の義務が、貸借が借主の利益において、そしてその利益のためにのみ対価なしに行われ、受寄者が報酬を受取らない場合、これに属する。…寛大さという観点は、義務履行に関する責任が問題となっている場合には、実際には、ある者が直接にその者の財産から、他人に何かを与える、もしくは、財産上の利益を与えることを義務づけられるという関係に対してのみ適合する」という<sup>(25)</sup>。このことから、部分草案は、「他方当事者にとってのみ利益となり、債務者がこれに関して、契約上、反対給付あるいは対価を受けないような契約に適した義務の引受けが問題となっている場合にのみ、悪意という帰責性および重大な過失への責任の制限が生ずるということ、しかし、これに関しては、具体的な契約の本質あるいは内容が決定的に重要であるということ」を出発点とすると述べる<sup>(26)</sup>。*Kübel* は、契約から利益を得ない当事者に対しては帰責の基準を制限するが、契約の内容も考慮されるべきであるとしている<sup>(27)</sup>。

利益を得ない債務者でも重い責任を負うというさらなる例外規定（199条）の理由については以下のように述べる。すなわち、「契約に従って、他方当事者の利益のためにのみ義務を負う者の帰

---

<sup>(24)</sup> *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn.13), S.754.

<sup>(25)</sup> *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn.13), S.754.

<sup>(26)</sup> *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn.13), S.754f..

<sup>(27)</sup> なお、取引の強要や任意の申し出の場合には重い責任を負うという規定は草案にとって不要であるとする。それは、「見たところこの規定は、そのような方法において自ら強要し申し出るような者に対する、あたかもその者が利己的動機によって支配されているかのような不信に起因する。しかし、このことは決して正当化されない。好意あるいは奉仕を示すという動機は存在しうるし、それどころか通常の意図でさえある。そして、この好意を拒否しあるいは断るということは、そのような好意を申し出られた者の意のままでもまたある。そのほかの問題は、個々の場合において、そのような申し出あるいは強要におけるより厳格な責任の引受けが、ひょっとしたら結果（偶然事）のための責任の引受けとして見いだされないかどうかということである。いずれにせよ、奉仕を申し出られた者はより厳格な責任を要求しうる」からであるとする。Vgl., *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn.13), S.755.

責性を緩やかに判断することは、寛大さの観点から、ある者が任意に、すなわち、法律によって強制されることなく、あるいは、市民としての一般的義務 *Bürgerpflicht* に属さずに、他人の事務あるいは取引の処理を引受けた場合は常に、この事務処理に関する義務が問題となっている限りで、後退せざるを得ない<sup>(28)</sup>。そして、この場合の債務者の責任に関する見解は2つあり、一方の見解は、当事者間に代理・代表関係が成立し、そのために債務者は、代理人自らが実行しなければならなかったかのように、すなわち、善良なる家父長の注意をもって実行しなければならなかったかのように、取引を実行しなければならないとする。そして、もう一方は、他人の事務・取引を実行し、代表することを引受ける者は、これとともに、他人の利益においてもまた、実際にできうるかぎりのことをするという義務を黙示に引受けた、言い換えれば、取引のために、その取引の本質に従って必要となる注意を用いるという約束を与えたとする。ここで、*Kübel* は、前者の見解ではなく、後者の見解によることを明らかにする。すなわち、「他人の事務の処理を全体的に、あるいは取引の大部分・比較的わずかな部分で、そしてまた、個々の場面においてのみ引受ける者は、これとともに、実際には、他方当事者の利益をきわめて良く、すなわち、誠実に、そして、当該取引が必要とする注意をもって遵守することを義務づけられる。…事務を遂行する者は、問題となっている事務を彼自身の意図ならびに他方当事者の意図に従い、善良なる家父長のように注意深く遂行しなければならないということがおよそ受け入れられる。そのことから、責任は、軽過失のためにもまた生じる。他方で、代理・代表という観点は、少なくとも、概念および法律の用いる文言に従えば、およそ適切であるということはない<sup>(29)</sup>」。

このように、*Kübel* によれば、部分草案において、債務者の責任を判断する枠組みとして、普通法に倣うとされていることがわかる。

### 3 各契約類型における債務者の責任に関する規定（贈与、使用貸借、委任、寄託）

これら各契約類型については、*Kübel* による起草が間に合わず、結局、ドレスデン草案の条文を基にして、第一委員会における議論が進められたようである。したがって、ここでは重複を避けるため、これらの規定は取り上げない<sup>(30)</sup>。

## III 第一委員会と第一草案

立法委員会の起草担当者により作成された部分草案に基づいて、1881年より、第一委員会がドイツ民法典第一草案の作成を目指し審議を開始した。以下、無償契約における債務者の責任に関する諸規定について、*Kübel* 作成の部分草案における条文案あるいはドレスデン草案における条文案について、どのような審議がなされ、第一草案へと結実していったのかを整理する。

<sup>(28)</sup> *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn.13), S.756.

<sup>(29)</sup> *Schubert*, Vorlagen, a. a. O. (Fn.13), S.756f..

<sup>(30)</sup> 各規定に関する詳細は、*Werner Schubert* (hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, T.2, BT., 1980, S.183ff., S.479ff., S.826ff., 1013ff.* を参照。

## 一 第一委員会における審議

### 1 帰責基準について<sup>(31)</sup>

まず、契約から利益を得ない当事者の責任を軽減している部分草案198条については、*Windscheid* および *Kurlbaum* から、条文の形式を改める提案がなされた<sup>(32)</sup>。*Windscheid* による提案は、「債務者が、法律あるいは法律行為により、重大な過失の回避のみを義務づけられている場合、通常人の注意を用いなかったならば、責任を負う」であり、*Kurlbaum* による提案は、「債務者が、法律あるいは法律行為により、善良な家父長注意の不適用のために責任を負うべきでない場合でも、その債務者は、あらゆる注意の不適用（重大な過失）のために責任を負う」であった。さらに、審議の中で、重大な過失をより詳しく規定するか、注意が特に重大に無視された場合に、重大な過失が存在するというように、規定を限定するという提案もなされた。

結局、以下の理由から、最後の提案が多数の支持を得たとされる。すなわち、商法典に倣い、比較的に高度の過失をそもそも区別せず規定するというものを選択しなければならないのではなく、過失のための責任が排除される場合、悪意ある行為（*bösliches Handeln*）の場合にはじめて責任を認めることを選択しなければならないのかどうかの問題となりうるとする<sup>(33)</sup>。しかしながら、悪意ある行為と過失との間には、許されざる軽薄さ、無思慮さ、途方もない無知という場面がその中央に位置するであろうということ、そして、法律が、これらの場合に関してもまた責任を生じさせる動機を有しているということが、比較考量されたという<sup>(34)</sup>。ただし、これらの場合に当てはまるより具体的な文言を実現することは困難である。それゆえに、特に重大な場合にのみ責任が生じるという規定で十分であり、それは、具体的場面における検討を裁判官に指示するからであるという。また、法典において、いつ重大な過失が生ずるかを規定することは全く困難であり、それというのも、際立った欠缺がそこには見出されうるであろうからだとする。

また、この規定を削除し、それに代わり、「法律あるいは法律行為によって、債務者は、重大な過失のためにのみ責任を負うと定められている場合、…」と規定することが決議されたという。これに関しては、重大な過失のためにのみ責任を負うという場合に関して、草案に含まれている原則は契約に基づく債務関係にのみ関連するというもの、そしてこのとき、広範な例外に服するというもの、そしてその結果、この原則は、適用のためにふさわしい法規範というよりむしろ、立法者の動機を表しているということ、そして、制限された責任の発生に関する判断は、個々の契約に関する

<sup>(31)</sup> ドレスデン草案および部分草案における条文の順序は、担保責任、責任の基準、贈与、使用貸借、委任、寄託であり、前章における整理もこの順序に準じたが、Ⅲ章以降は、現行BGBの条文の順序に従って整理する。

<sup>(32)</sup> *Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert* (hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I*, 1978, S.240.

<sup>(33)</sup> *Jakobs = Schubert*, *Beratung*, a. a. O. (Fn.32), S.240f..

<sup>(34)</sup> *Jakobs = Schubert*, *Beratung*, a. a. O. (Fn.32), S.241.

る法規範に委ねられるのがより良いという考量が決定的であったという<sup>(35)</sup>。

そして、部分草案199条も198条の例外に過ぎないという理由で削除が決議された。また、部分草案200条については、*Windscheid*により、内容を全く変更する提案がなされ決議された<sup>(36)</sup>。これについては、198条の場合と同じ理由であるという<sup>(37)</sup>。

第一委員会における編集委員会決議の集成である、編集委員会決議暫定集成債務法編（ZustOR）では、重大な過失に関する規定が置かれているものの<sup>(38)</sup>、編集委員会草案（KE）においてはこれらのような重大な過失に関する規定はなくなり、その代わりにKE222条として、債務者は、故意のためのみならず、過失のためにも責任を負うという趣旨の規定が提案されている<sup>(39)</sup>。222条については、若干の文言の修正とともに、第一草案224条となった<sup>(40)</sup>。

## 2 担保責任について

部分草案では、権利・物の瑕疵の場合の担保責任に関する総則的規定が存在した。しかし、これらの条文案は、贈与の場合における権利・物の瑕疵のための担保責任の規定として再構成されることになる。

まず、権利の瑕疵に関して規定していた部分草案21条については、以下の議論が重要である<sup>(41)</sup>。すなわち、まず、①無償譲渡に代えて、贈与という文言を置くこと、②種類物贈与の場

<sup>(35)</sup> なお、取引上生ずるあらゆる契約が、法典中のカテゴリーに服するわけではないということは、類推によって対応でき、それ以外では、当事者の特別な合意に委ねられるので、重要でないと考えたようである。Vgl., *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.241.*

<sup>(36)</sup> *Windscheid* の提案は、以下のとおりである。「債務者が、法律あるいは法律行為により、自己の事柄において用いるのが常であるのと同じの注意を義務づけられる場合、債務者は、この注意を用いることで、重大な過失のための責任を免れる」なお、部分草案200条は、以下のようである。200条：「債務関係が、当事者らの法共同体に基づいている場合、あるいは、彼らに共通する利益を目的とする場合、当事者らが自らの事柄について用いるのが常であるのと同じの注意を用いたならば、当事者らは、軽過失のための責任を免れるが、重大な過失のための責任を免れない」。

<sup>(37)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.242.*

<sup>(38)</sup> ZustOR168条：「法律あるいは法律行為によって、債務者が重大な過失のためにのみ責任を負うと定められている場合、債務者は、注意を特に重大に無視したときのみ、過失のために責任を負う」。同169条：「法律あるいは法律行為によって、債務者が、自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意のみを用いなければならないと規定される場合、この注意を用いる場合、過失のための責任を免れるが、重大な過失のための責任は免れない」。なお、これらについては、文言の若干の変更のほか、特に本質的な審議はされなかったようである。*Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.245ff.*

<sup>(39)</sup> Vgl., *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.247.* なお、KE222条は、以下のとおりである。222条1項：「債務者は、債務関係に従い義務づけられた給付を完全に実現する義務を負う。債務者は、その義務の故意による不履行のためのみならず、過失による不履行のためにも責任を負う」。また、KE145条および146条において、過失と重大な過失の定義がなされており、それによれば、通常の家父長の注意違反が過失であり、通常の家父長の注意に重大に違反することが重大な過失であるという。

<sup>(40)</sup> 第一草案224条1項：「債務者は、債務関係に従い自らに義務づけられた給付を、弁済期に実現する義務を負う。債務者は、故意による義務の不履行のみならず、過失による義務の不履行のためにも責任を負う。708条および709条の規定が準用される」。2項：「債務者は、履行に鑑みてその法定代理人ならびに債務者が給付の実現のために用いる者の帰責性のため、責任を負う」。

合、有償契約と同様の責任を生じさせることである<sup>(42)</sup>。こうした議論を受けて、ZustOR80条では、「贈与の場合において、譲渡人は、権利の瑕疵のため、種類物の贈与を約束した場合にのみ責任を負う。贈与者が、種類物以外の物を贈与する際に、第三者の権利を知り、そして取得者に黙秘していた場合、贈与者は、取得者に、そのことから生ずる損害を賠償する義務を負う」とされた<sup>(43)</sup>。後の会議において、ZustOR80条は、「ZustOR69条から79条、および215条に従って」責任を負うという文言が挿入され、KE440条においては、「贈与者は、受贈者に、権利の瑕疵のため、贈与者が種類物を贈与することを約束した場合にのみ、296条、367条、そして377条の基準に従って責任を負う。贈与者が、種類物以外の物を贈与する際に、第三者の権利を知り、そして取得者に黙秘していた場合、贈与者は、受贈者に、これによって生ずる損害を賠償する義務を負う」となり、再び若干の文言の修正を受けて、第一草案443条として構成される<sup>(44)</sup>。

無償譲渡の場合の物の瑕疵に関する担保責任を規定する部分草案38条の審議では、贈与者の給付義務に関する興味深い議論が展開されている<sup>(45)</sup>。まず、贈与者の負う給付義務の内容について、目的物が特定している場合と特定していない場合とに分けて議論されている。まず、目的物が特定している場合、贈与者は、①保証された性質の瑕疵のために代物給付の責任を負わない。②(契約上)前提とされた性質の瑕疵のために代物給付の責任を負わない。③保証された性質あるいは前提とされた性質の瑕疵を知っており、黙秘していた場合、取得者に黙秘のために生じた損害について責任を負うとされた<sup>(46)</sup>。次に、種類物が目的である場合、贈与者は、①保証された性質の瑕疵のために代物給付の責任を負う。②前提とされた性質の瑕疵のために代物給付の責任を負わない。③保証された性質の瑕疵あるいは前提とされた性質を知っており、黙秘していた場合、責任を負うとされた<sup>(47)</sup>。このような議論を受けて、部分草案38条は、ZustOR116条、KE441条を通じ、第一草案444条として形成されることになる<sup>(48)</sup>。権利の瑕疵の場合、①種類物が目的である場合、有償契約(売買)の場合と同様の責任が生ずること、②種類物以外の物(特定物)が目的である場

<sup>(41)</sup> Vgl., *Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert* (hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse II*, 1980, S.379ff.

<sup>(42)</sup> その理由は、当事者の通常の意図に一致しており、法感情に反することが最も少なくなるからであるという。また、担保給付義務の合意に関する箇所の削除も決議された。それは、場合自体が稀であり、不要であるからだという。Vgl., *Jakobs = Schubert*, *Beratung, a. a. O. (Fn.41)*, S.380.

<sup>(43)</sup> *Jakobs = Schubert*, *Beratung, a. a. O. (Fn.41)*, S.381.

<sup>(44)</sup> なお、第一草案443条は、以下のとおりである。443条:「贈与者は、受贈者に、権利の瑕疵のため、種類物を贈与することを約束した場合にのみ、298条および370条から380条に従って責任を負う。贈与者が、他人の物を贈与する場合、第三者の権利を知り、取得者にこのことを黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する責任を負う」。Vgl., *Jakobs = Schubert*, *Beratung, a. a. O. (Fn.41)*, S.381f..

<sup>(45)</sup> *Jakobs = Schubert*, *Beratung, a. a. O. (Fn.41)*, S.385ff.

<sup>(46)</sup> ①～③についての理由はそれぞれ以下のとおりである。①不公平を導き、贈与契約の本質にほとんど一致しないため。②先の決議に同じ。③これを認めることは、不誠実な行為に関する責任に対して適用される一般原則から正当化される、とする。Vgl., *Jakobs = Schubert*, *Beratung, a. a. O. (Fn.41)*, S.386.

合、瑕疵について悪意で黙秘していた場合にのみ責任が生ずるということになる。そして、物の瑕疵の場合、①目的物が種類物でも特定物でも、瑕疵の悪意による黙秘から賠償義務が生ずること、②目的物が種類物で、保証された性質が欠けている場合、代物給付義務を負うと構成されたことが特徴的である<sup>(49)</sup>。

### 3 贈与について

贈与については、ドレスデン草案504条がたたき台となっている。瑕疵のための担保責任に関する規定は、贈与者の担保責任に関する規定として再構成されたため、504条は、贈与者の帰責基準および利息支払い義務に関する規定に分解・再構築されることになった。

贈与者の責任については、*Johow, Kurlbaum*、そして*Planck*らによって提案がなされたが、おおむね、贈与者は故意および重大な過失のためにのみ責任を負うと規定するといった内容である<sup>(50)</sup>。こうした提案に関しては、異議は唱えられなかったようであるが、ZustOR80条および116条によれば、贈与者は、悪意の場合においてのみ担保給付を義務づけられるということについて議論となったという<sup>(51)</sup>。しかしながら、担保責任という特質を考慮すると、贈与者の責任を一般に悪意の場合にのみ制限することに理由はないこと、そして、そのような悪意への責任の一般的な制限は、贈与契約の本質のため、そして、このことから生ずる現行法からの逸脱のためにも正当でも公平でもないと考えられた。結局、贈与者の責任に関する条文案は、編集委員会宛て編集原案

<sup>(47)</sup> その理由は以下のとおりである。①取得者は、その他の物を要求するという権利を、そしてこの権利のみを有しているため肯定される。この判断は一般原則に一致している。②この問題は、その他の物の調達に対する権利もまた、存在しているというわけではないとして否定される。③特定物におけるのと同一の理由による。前掲注(46)参照。Vgl., *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.386f..

<sup>(48)</sup> 各条文案の内容は、以下のとおりである。ZustOR116条1項：「贈与の場合において、譲渡人は、物の瑕疵のために責任を負わない。しかしながら、譲渡人が瑕疵(81条)を知り、取得者に黙秘していた場合、譲渡人は、取得者に、それによって生じた損害の賠償義務を負う」。2項：「上述の規定は、譲渡人によって、種類物を贈与することが約束された場合においてもまた適用される。そのような場合において、物が保障された性質を欠いている場合、取得者は、瑕疵ある物に代えて瑕疵なき物を要求する権利を有する。この請求権は、101条に従って消滅時効に服する」。KE441条・第一草案444条1項：「贈与者は、受贈者に、贈与物の瑕疵のため責任を負わない。しかしながら、贈与者が瑕疵を知り、受贈者に黙秘していた場合、贈与者は、受贈者に、それによって生ずる損害の賠償義務を負う」。2項：「第1項の規定は、贈与者によって種類物が贈与されることが約束される場合にもまた適用される。そのような場合において、物が保障された性質を欠いている場合、取得者は、瑕疵ある物に代えて瑕疵なき物を要求する権利を有する。この請求権は、394条(第一草案397条)の基準により消滅時効に服する」。 *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.387.

<sup>(49)</sup> 担保責任に関する規定の審議においては、種類物に関する権利の瑕疵に関しては、給付義務としての権利調達義務が問題とされているようであり、物の瑕疵に関しても、種類物の物的瑕疵に関しては、瑕疵なき物の給付義務が問題とされている。すなわち、ここでいう担保責任には、特定物ドグマを前提として種類物の場合には瑕疵なき物に給付義務を認め、特定物の場合には瑕疵なき物の給付義務を認めず、ただし、瑕疵を知りながら黙秘していたという場合にのみ、損害賠償の責任を負わせるという2つの義務が混在して規定されていることになる。

<sup>(50)</sup> *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.372f..

<sup>(51)</sup> *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.373.

(RedVorl) 309条を通じて、若干の文言の修正を受け、ZustOR309条、KE439条、そして第一草案442条となる<sup>(52)</sup>。

#### 4 使用貸借について

使用貸借についても、ドレスデン草案をもとに議論が進められている。同草案598条では、使用貸主の義務についてのみ規定されていたが、義務の不履行に関して、故意あるいは重大な過失という基準を規定する提案がいくつかなされている (*v. Weber, Windscheid, Plank*)<sup>(53)</sup>。ここでは、*Planck* による提案が採用されたようである<sup>(54)</sup>。その理由については、使用貸借契約の本質に一致すること、そして、贈与者の責任に関する ZustOR309条との関連から適切であるとされた<sup>(55)</sup>。使用貸主の責任に関する規定は、RedVorl2条、ZustOR405条、KE543条を通じて、第一草案550条となる<sup>(56)</sup>。

貸借目的物の瑕疵に関する規定については、いくつかの提案がなされたが、*Planck* の提案が採用されている<sup>(57)</sup>。この理由については、贈与と同様の規範を置くことが正当であること、そして、もし規定を置かないのであれば、使用貸主の責任に関する規定 (ZustOR405条) が適用されることになるがこれは適切でない。なぜなら、同規定は契約締結後の事情に関連するものであるからだという<sup>(58)</sup>。*Planck* の提案は、文言などの修正を受けつつ、RedVorl3条、ZustOR406条、

---

<sup>(52)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.377.* なお、条文案はそれぞれ以下のとおりである。RedVorl309条:「贈与者は、受贈者に、その義務の不履行のため、故意あるいは重大な過失のある場合にのみ責任を負う」。第一草案442条:「贈与者は、その義務の不履行のため、受贈者に、故意あるいは重大な過失のある場合にのみ責任を負う」(ZustOR309条、KE439条はこれに同じ)。

<sup>(53)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.691ff.*

<sup>(54)</sup> *Plank* の提案は、「使用貸主、ならびに物の貸借を約束した者は、使用借主に、故意あるいは重大な過失のためにのみ責任を負う」というものである。*Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.693.*

<sup>(55)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.693.* なお、*Windscheid* の提案には、使用貸借が、貸主の利益のためにのみ貸し出された場合、借主は、故意または重大な過失のためにのみ責任を負うというものがあったが、これは採用されなかった。それは、一般原則によれば、借主はあらゆる過失のために責任を負うべきであり、また、借主が他人の財産を持つことになるという点では、受任者に比較しうるからであるとされた。*Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.691, 693.*

<sup>(56)</sup> RedVorl2条:「使用貸主 (ならびに物の貸借を約束した [承諾した] 者) は、(その義務の不履行のため、) 借主に、故意あるいは重大な過失がある場合にのみ責任を負う」。ZustOR405条:「使用貸主ならびに、ある物の貸借を約束した者は、その義務の不履行のため、故意あるいは重大な過失のある場合にのみ、使用借主に対して責任を負う」(KE543条はこれに同じ)。第一草案550条:「使用貸主ならびに、ある物を貸しだすことを約束した者は、その義務の不履行のため、使用借主に、故意あるいは重大な過失のある場合にのみ責任を負う」。

<sup>(57)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.697.* *Planck* は、権利の瑕疵および物の瑕疵に対する原則的な責任の免除と、それについて悪意で黙秘していた場合の賠償責任を規定することを提案した。なお、この議論のたき台であるドレスデン草案601条は、権利の瑕疵 (他人物の貸借) についてのみ規定するに過ぎない。

<sup>(58)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.698.* このことから、第一委員会では、使用貸主の責任に関する制限規定は、後発的事情に適用され、貸借物の瑕疵など原始的・契約締結前の事情には適用されず、そのための特別な規定を置く必要があるということが念頭に置かれていたということになる。

KE544条、そして第一草案551条へと受け継がれていった<sup>(59)</sup>。

## 5 委任について

委任における受任者の責任に関しては、役務提供が無償で引受けられた場合が、贈与との関係で論じられている<sup>(60)</sup>。そこでは、契約によって役務の無償提供が約束されると、贈与が存在しうるとする<sup>(61)</sup>。贈与が存在すると、役務提供者は、ZustOR309条により重大な過失のために責任を負いさえすればよいことになる。しかし、無償の役務提供の場合にまでこれを拡張するような法理論には無理がある。委任の場合も同様に、役務提供者の責任を重大な過失に制限しないことが適切であり、役務が無償で提供されなければならない場合には、委任契約の引受けのための重要な動機が存在するという<sup>(62)</sup>。

## 6 寄託について

ドレスデン草案735条は、受寄者の保管義務と、自己の物と寄託物が同時に危険に晒された場合に関する規定を置くのみであった。受寄者の責任と注意義務については、3つの提案が提出されている<sup>(63)</sup>。しかし、委員会では、まず受寄者が責任を負うべき過失の程度について決定し、次いで

---

<sup>(59)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.698f.*. なお、各条文案は以下のとおりである。RedVor13条1項:「使用貸主ならびに物の貸借を約束した者は、使用借主に、契約の締結時点で既に存在していた権利の瑕疵のためにも、物の瑕疵(とりわけ保証された性質の瑕疵のためにも)責任を負わない」。2項:「しかしながら、貸主が権利の瑕疵あるいは物の瑕疵を、契約締結の時点で知っており、借主にこれを黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。ZustOR406条1項:「使用貸主ならびに物の貸借を約束した者は、使用借主に、契約の締結時点ですでに存在した権利の瑕疵あるいは物の瑕疵のため、とりわけ、保証された性質の瑕疵のため、責任を負わない」。2項:「しかしながら、貸主が権利の瑕疵あるいは物の瑕疵を、契約の締結時点で知っており、借主に黙秘していた場合、それによって生ずる損害の賠償を義務づけられる」(KE544条はこれに同じ)。第一草案551条1項:「使用貸主、ならびに物の貸借を約束した者は、借主に、契約締結時点において既に存在していた権利の瑕疵および物の瑕疵、とりわけ、保証された性質の瑕疵のため、責任を負わない」。2項:「しかしながら、貸主が、権利あるいは物の瑕疵を契約締結の際に知っており、借主に黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。

<sup>(60)</sup> *Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S.33f.*. なお、贈与契約の本質的要件(一方当事者の財産増加と他方当事者の財産減少)が欠ける場合は異なるとする。

<sup>(61)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.60), S.33.* ここでは、委任契約の実行について、雇用契約の規定に従って実行するという規定を設ける提案(*Johow*)を議論しているため、雇用契約との関係が中心に論じられている。

<sup>(62)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.60), S.34.* なお、委任の場合、その代理関係が外的に明らかにされる必要はないものの、受任者は委任者の代理人としてのみ行為するのであり、受任者は、その手段を考える際、もっぱら委任者の利益を意図しなければならず、その指示に継続的に拘束されるものとみなされると述べられている。Vgl., *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.60), S. 32.*

<sup>(63)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.60), S.173.* これらの提案は、原則と例外、文言などの規定態様は異なるものの、報酬の有無により、注意義務や受寄者が責任を負うべき過失の程度に差異を設けるというものであった。

自己の物と寄託物とに共通して危険が迫る場合の規定を置くか否か、またその内容をどうするかにつき判断すべきとされた。これらに関しては、①受寄者は、報酬請求権のない場合でもあらゆる過失のために責任を負うべきであり、②自己の物と寄託物とに共通して危険が迫る場合の規定を置く必要はないとされた。受寄者の責任を故意または重大な過失のある場合に制限し、あるいは、自己の物に対するのと同じの注意を要求することについては、以下のように判断された。すなわち、「現在では、他人に自らの財産を寄託のために委ねる者は、その他人が主として受動的にのみふるまうのではなく、保管の際にもまたある一定の注意を用い、それもその違反が重大な過失という非難を根拠づけるような注意ではないということに期待する。受寄者は、財産を寄託のために引受けることで、寄託者のこの期待に応じる義務を負う」とする<sup>(64)</sup>。受寄者が報酬を得ないこと、あるいは好意も影響せず、使用貸借の借主のように他人の財産を持つということが重要であるという。これらのことから、受寄者は契約の有償無償に関わらずあらゆる過失のために責任を負うということ、受寄者の負うべき義務という点から、自己の物に対するのと同じの注意義務を負うと規定しないことが決定された<sup>(65)</sup>。

RedVorl・ZustOR485条、KE698条、そして第一草案615条は、寄託者が報酬を支払い得ること、黙示による報酬の合意も可能であることを規定するに過ぎないものとなった<sup>(66)</sup>。

## 二 第一草案理由書

以上のような第一委員会における審議を通じて、第一草案が作成された。第一草案には理由書(Motive)が付されており、条文の規定趣旨等が表されている。以下、それぞれの条文案について、先の整理との重複を避けつつ、理由書を参照していく。

### 1 帰責基準について(第一草案224条)

これについて、理由書では、「過失に関する責任(224条2文)について、草案は、もっぱらあらゆる過失、いわゆる軽過失(culpa levis)として理解している。債務者は、通常の家父長の注意を用いなければならない(144条1項)。普通法および多数の現代における法律においてもまた、債務者は、義務の履行のため、そしてその際に、故意およびあらゆる過失に関して責任を負うという原則が妥当している」とする<sup>(67)</sup>。また、近時の立法例では、普通法学説に倣い、債務関係が、その具体的形式によれば、両当事者の利益を目的としているのか、一方当事者の利益のみを目的としているのか、あるいは他人の事柄を処理することを内容としているのか、またあるいは債務者が

---

<sup>(64)</sup> *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O.(Fn.60), S.173f..

<sup>(65)</sup> *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O.(Fn.60), S.174f..ここでは、ローマ法や普通法時代にみられた考え方からの転回が見られ、無償行為者の責任の範囲を考えるにあたって注目できる。

<sup>(66)</sup> *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O.(Fn.60), S.176.

<sup>(67)</sup> *Benno Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979, S.15.

債務関係を強要したのかに従い分類しているが、草案はこれに従わず、例外については各論および当事者意思に委ねるとする<sup>(68)</sup>。

## 2 贈与について

まず、帰責の基準についてについては、「442条は、履行を顧慮した過失（224条）のための贈与者の責任の一般的な法に一致した制限に関わ」と述べる<sup>(69)</sup>。権利・物の瑕疵のための責任については、第一委員会における議論とおおよそ一致する説明がなされている<sup>(70)</sup>。

## 3 使用貸借について

帰責の基準、瑕疵のための責任について、どちらについても、使用貸借契約の本質と贈与契約との関連から、同様の制限規定を置くとされている<sup>(71)</sup>。物の瑕疵の場合に、保証された性質について責任を負わないとも規定されているが、贈与の場合のように、目的物の特定不特定に応じた義務内容の差異を認めるのかどうかは明らかでない。

## 4 委任について

受任者の責任については、「受任者は、委任を正確に実行する義務を負い、そしてこのときあらゆる過失のために責任を負う。この点、草案は実際のところ、ALRを除く現行法と一致している。一方では、委任者によって受任者に対して表明された信頼の観点から、そして受任者の側における、受任者が他人の行為を実行することを引受けたという観点が重要である」とする<sup>(72)</sup>。

## 5 寄託について

受寄者の責任に関しては、第一委員会における議論のとおり、その責任を制限しないとされている。すなわち、「現代において他人に対して自らの財産を保管のために委ねる者は、その他人が一般に受動的にのみ行為するというのではなく（614条）、その他人が保管の際確実な注意を用い

---

<sup>(68)</sup> なお、故意および重大な過失のためにのみ責任を負わされるという方向性においては、贈与者（442条）、使用貸借の貸主（550条）、そして事務管理者（750条）のためにのみ、原則からの例外が形成されるとする。自己の事柄において用いるのが常である注意への制限による責任の修正（145条）を、組合関係（633条）および、夫婦関係において一定範囲内で規定しているに過ぎない（1279条、1317条）。そのほか、どのような場合にも、債務者の責任はすべての過失のために根拠づけられる（224条1項）という。

<sup>(69)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.164.

<sup>(70)</sup> すなわち、目的物が種類物であるか特定物であるかを区別し、権利の瑕疵の場合、①種類物の瑕疵は担保給付義務を生じさせ、②特定物の瑕疵の場合は責任を負わないとする。②の場合でも、悪意による黙秘がある場合は、損害賠償責任が生ずる。物の瑕疵の場合、さらに、目的物の性質が契約上保証されている場合と、前提とされている場合とを区別する。すなわち、特定物については、贈与者は、①保証された性質の瑕疵について責任を負わず、②契約上前提とされた性質の瑕疵についても責任を負わないとされる。そして③いずれにせよ、これらの瑕疵に関して、悪意による黙秘がある場合、損害賠償義務を負うとされる。種類物については、②、③について同様であるが、贈与者は①の保証された性質の瑕疵について責任を負い、その内容は代物給付であるという。*Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.164f.

<sup>(71)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.249.

<sup>(72)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.297. したがって、ここでは委任者の受任者に対する信頼を根拠に、受任者に重い責任をわせることが意図されている。

ること、それも、単に次のような注意、すなわちその違反が、価値ある財産、たとえば相当量の金銭が保管のために委ねられる場合において、当事者双方の意思に関してとくに生じるような、重大な過失を根拠づけるであろうような注意を用いないということである。…したがって、原則(224条)を維持することによって、BGBは望ましい簡潔さを獲得するだけでなく、相当程度の法的安定性をも獲得す」という<sup>(73)</sup>。

## IV 帝国司法庁準備委員会、第二委員会と第二草案

第一委員会における審議を経て、理由書とともに公表された第一草案は、さまざまな批判にさらされることとなる<sup>(74)</sup>。その後、第二委員会が設置され、帝国司法庁準備委員会による第一草案の審議、第二委員会による同草案の審議というように、二段階の議論を経、その結果が第二草案、そしてBGBへと結実していくこととなった<sup>(75)</sup>。そこで、本章では、準備委員会による審議を参照したのち、第二委員会による審議を見ていくこととしたい<sup>(76)</sup>。

### 一 帝国司法庁準備委員会における審議<sup>(77)</sup>

#### 1 帰責基準に関して

まず、債務者が責任を負う基準を定める第一草案224条に関しては、*Struckmann, Jacubezky, Planck*による提案がなされた<sup>(78)</sup>。そして、取引慣行を考慮した信義誠実に基づく給付実現、過失

---

<sup>(73)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.319f..

<sup>(74)</sup> 詳しくは、石部・前掲注(8) 33頁以下参照。

<sup>(75)</sup> 石部・前掲注(8) 40頁以下。

<sup>(76)</sup> なお、第一草案に対する批判は、『意見集成』(Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs=Justizamt, 6.Bde., 1890), 『連邦書政府意見集成』(Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs=Justizamt, 2.Bde., 1891)として公刊されている。これらのうち、本稿で扱うテーマにとって重要であると思われる第一草案443条に対する批判は以下のとおりである。「贈与者は、第一文(種類物贈与)の場合、悪意がないとしても責任を負うということに反対である。433条によれば、370条以下の責任が常に生じることになる。しかし、442条により、贈与者は故意あるいは重大な過失がある場合のみ責任を負うので、370条以下による責任はほとんど理由がない」(意見集成第二巻219頁)。

<sup>(77)</sup> 帝国司法庁準備委員会に関しては、石部・前掲注(8) 42頁以下、平田公夫「帝国司法庁 (Reichsjustizamt) とドイツ民法典(一—三・完) —Hans Schulte-Nölke, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1995)の紹介—」岡山大学法学会雑誌47巻2号・51巻2号・51巻4号(1997-2002) 33頁・113頁・141頁、および *Hans Schulte-Nölke, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1995を参照。

<sup>(78)</sup> *Jakobs=Schubert, Beratung*, a. a. O. (Fn.32), S.252f.. それぞれの提案は、以下のとおりである。*Struckmann*: 224条1項1文を削除し、224条のその他を以下のようにすること。すなわち、同条1項:「債務者は、その義務の行為による不履行ならびに過失による不履行のため責任を負う。708条および709条の規定は準用される」。2項:「債務者は、法定代理人あるいは給付の実現のために用いた者の帰責性に基づく不履行のためにもまた責任を負う」。 *Jacubezky*: 224条1項1文を以下のようにすること。すなわち、「債務

の概念、さらに文言の修正が決議された<sup>(79)</sup>。これに従い、224条は、準備委員会決議草案(EI-RJA)224条として再構成された<sup>(80)</sup>。なお、第一草案144条以下は、債務者が用いるべき注意を規定していたが、準備委員会では、違反された注意の程度と過失との関係に関する規定を削除し、債務者が最低限用いるべき注意を規定する145条を、224a条として構成することを決議している<sup>(81)</sup>。

## 2 贈与に関して

贈与者の帰責基準に関しては、第一草案345条、347条の場合も442条が適用されることを示すように再構成するという提案以外、議論は見られない<sup>(82)</sup>。

目的物の瑕疵のための責任に関しては、権利の瑕疵・物の瑕疵に関する規定が同時に審議されている<sup>(83)</sup>。両規定に対する提案は4つ提出されているが、そのうち2つが規定をまとめること、残り2つが文言の修正に関わる<sup>(84)</sup>。準備委員会における審議では、贈与者の瑕疵に対する責任について、重要な議論がなされている。意見が一致したこととして、以下の諸点があげられている。まず、①贈与者は、権利・物の瑕疵のため、瑕疵を悪意で黙秘していた場合には常に受贈者に責任を負わなければならないということ。②取引の利益・信義誠実を考慮して、そのような場合における

---

者は、給付を信義誠実の要求するように実現する義務を負う」。Plank: 224条を2つの条文に分離し、それぞれ以下のようにすること。すなわち、224条1項:「債務者は、その義務の故意による不履行ならびに過失による不履行のため責任を負う」。2項:「義務に違反する債務者の行為は、責めに帰すことのできない錯誤の結果、その義務をなしえなかった場合、過失あるものとみなされえない」。3項:「理性を失っている債務者、こどもである債務者、あるいは、満18歳に満たない債務者の責任に関して、708条および709条に規定が準用される」。224a条:「債務者は、履行に鑑みてその法定代理人ならびに債務者が給付の実現のために用いる者の帰責性のため、責任を負う」(第一草案224条2項に同じ)。

<sup>(79)</sup> Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.253.

<sup>(80)</sup> EI-RJA224条1項:「給付は、取引慣行を考慮して、信義誠実の要求するように実現されなければならない」。2項:「債務者は、その義務の不履行のため、履行が故意に行われなかった場合のみならず、履行が必要な注意の無視(過失)の結果として行われなかった場合にも責任を負う。708条および709条の規定が準用される」。3項:「債務者は、不履行のため、その不履行が、法定代理人あるいは債務者が給付の実現のために用いた者の帰責性に基づく場合にも責任を負う」。

<sup>(81)</sup> Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.253. その理由は次のとおりである。すなわち、注意の基準と過失との関係に関する144条(通常の家父長の注意に反することを過失、通常の家父長の注意に著しく反することを入内な過失とする)については、過失の概念規定を与えることは、法律の事柄ではない。故意の概念についても定義されず、刑法典、フランス民法典も、過失 culpa の定義なしで済ませている。そして、用いるべき注意の算定に関して、純粋に客観的な基準を企図しなければならないのか、あるいは、過失は、場面の状況と行為者の個性に従って決定されなければならないとするかは、法発展の成り行きに任せる必要があると考えられたという。また、145条(ある者が自己の事柄に用いるのが常であるのと同じの注意を用いなければならない場合、重大な過失のための責任からは免責されないとする)については、債務関係を越え、あらゆる種類の債権・請求権に(少なくとも類推によって)適用されうると評価されている。EI-RJA224a条:「自己の事柄において用いるのが常であるのと同じの注意のみを用いる者は、重大な過失のための責任から免れ得ない」。

<sup>(82)</sup> Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.377. なお、第一草案345条および347条は、それぞれ契約締結の際の不能および法律上禁止されている給付を内容とする契約の場合に関する規定である。

<sup>(83)</sup> Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.382f..

<sup>(84)</sup> Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.382.

贈与者の責任を、有償契約に適用される規定（385条）に従って不履行のための損害賠償とすること<sup>(85)</sup>。③贈与者は、権利の瑕疵に関して、贈与契約の内容によれば自らまず取得すべき物を給付しなければならない場合のすべてにおいて、重大な過失のためにもまた責任を負うべきであること。④443条1項においてなされている特定物に関する約束と種類物に関する約束との区別は、目的に適合しないこと<sup>(86)</sup>。⑤贈与者が、占有している種類物、あるいは、贈与者がまず取得すべき特定物を約束した場合、責任は、物の瑕疵を悪意で黙秘した場合に限定されなければならないこと。⑥贈与者がまず取得すべき種類物が問題となる限りで、受贈者に、権利の瑕疵あるいは贈与物の瑕疵のため、瑕疵なき物の引渡しを要求するという権利を認めることが衡平であることである<sup>(87)</sup>。これらの審議を受け、第一草案443条および444条は、それぞれE I-RJA443, 444条としてまとめられた<sup>(88)</sup>。

### 3 使用貸借について

まず、貸主の帰責基準については、*Struckmann* より、贈与の場合と同様に、第一草案345条および347条の場合に関しても、550条が適用されることを明確にする構成を提案されたが受け入れられず、結局550条における文言の一部削除のみが採用されたようである<sup>(89)</sup>。瑕疵のための責任に

<sup>(85)</sup> 第一草案385条は、契約時に存在しなかった性質の保証、あるいは、存在している瑕疵についての故意による黙秘の場合の譲渡人の責任を規定する。その効果は、瑕疵に基づく解除 *Wandelung*、代金減額、不履行のための損害賠償となっている。

<sup>(86)</sup> これに関しては、「なぜなら、贈与者は、あらかじめ、目的物をまさに彼自身が有しているのと同様の状態でのみ受贈者に譲渡するという意図であるという理由書によって強調される適切な観点は、贈与者が、占有している種類物を一つあるいはそれ以上贈与することを約束した場合（たとえば、羊の群れから3頭）もまた当てはまるが、その他方で、この観点は、特定物の約束の場合に贈与者がその目的物を受贈者のためにまず調達するという意図である場合には、およそ当てはまらないからである」という。Vgl., *Jakobs = Schubert*, *Beratung*, a. a. O. (Fn.41), S.382f.

<sup>(87)</sup> ⑤・⑥については、その理由を以下のように述べている。すなわち、「種類物の約束の場合、草案が贈与者に、権利の不調達のために帰責性を考慮することなく有償契約の場合と同じく不履行のために責任を負わせている点で行き過ぎている。ここでの責任は、442条の基準に従って、贈与者に権利の不調達に関して故意あるいは重大な過失がある場合に限定される。保証約束の推定に基づく有償契約における広範な責任は有償性に起因する。贈与物の瑕疵のための責任に関してまた、信義誠実を考慮することによって、贈与者が受贈者のため、他人の種類物の調達を引き受けた場合において、贈与者に重大な過失に基づく責任を負わせること、すなわち、贈与者が物を取得する際に、重大な過失によって瑕疵を知らなかったために責任を課すことが望ましい。一方で、贈与者が、占有している種類物、あるいは贈与者がまず取得すべき特定物を約束した場合、責任は物の瑕疵を悪意で黙秘した場合に限定されなければならない。贈与者がまず取得すべき種類物が問題となる限りで、受贈者に不履行のための損害賠償に代わり、瑕疵ある物に代えてその他の瑕疵なき物の引渡しを要求するという権利を認めることが衡平と思われる」。なお、性質保証にどのような意義が認められるのかという問題は、個々の場合における判断に委ねられようとする。*Jakobs = Schubert*, *Beratung*, a. a. O. (Fn.41), S.382f.

<sup>(88)</sup> 同条は、以下のとおりである。「贈与者は、受贈者に、権利の瑕疵あるいは物の瑕疵のため、瑕疵を悪意で黙秘していた場合のみ責任を負う。贈与者が、自らまず取得すべき目的物を給付しなければならない場合、贈与者は、権利の瑕疵あるいは物の瑕疵のため、442条に従い責任を負う。取得すべき目的物が種類物である場合、受贈者は、不履行のための損害賠償に代えて、瑕疵なき目的物の給付を要求できる」。

<sup>(89)</sup> *Jakobs = Schubert*, *Beratung*, a. a. O. (Fn.41), S.696.

課しても、帰責基準に関する条文に対する扱いと同様の扱いをなすこと（一部文言の削除）が採用されたようである<sup>(90)</sup>。

#### 4 委任について

受任者の責任・義務に関する議論は特に見られない<sup>(91)</sup>。

#### 5 寄託について

受寄者の責任・注意義務に関する条文案については、準備委員会における審議はなされなかったようである<sup>(92)</sup>。

## 二 第二委員会

### 1 帰責基準について

債務者の帰責の基準に関する第一草案224条に対しては、いくつか提案がなされたようであるが、債務者の帰責のための基準に関する本質的な提案や議論はなされなかったようである<sup>(93)</sup>。ただし、審議において、「債務者は信義誠実と取引慣行を考慮した給付の実現を義務づけられる」という文言を採用することが提案され、この是非について議論がみられる<sup>(94)</sup>。注意義務に関する規定は、準備委員会の決議に沿う形式での規定が採用されたようである<sup>(95)</sup>。

### 2 贈与について

第一草案442条については、第二委員会でも、規定の適用範囲を契約締結前の事情（第一草案

---

<sup>(90)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.696, 699.*なお、ここでも *Struckmann* による提案がなされており、それによれば、契約締結時の権利の瑕疵、物の瑕疵、保証した性質の欠如について、悪意による黙秘の場合責任を負うという構成にするとのものである。

<sup>(91)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.60), 43f.*

<sup>(92)</sup> *Vgl., Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.60), S.176.*

<sup>(93)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.254ff., Mugdan, a. a. O. (Fn.67), S.521ff.*

<sup>(94)</sup> しかし、信義誠実・取引慣行に関する規定は、第二草案では独立した条文として再構成されることになった（第二草案206条）。その理由は、債務者の責任に関する規定とともに、信義誠実に関する規定を置くことで、この原則が制限的に適用されるように解釈されるような誤解を与えるべきでないというものであった。*Mugdan, a. a. O. (Fn.67), S.522.* 第二委員会決議暫定集成（E I-VorlZust）224条、編集会議決議暫定委集成（E I-ZustRedKom）224条では、それぞれ第1項として、信義誠実・取引慣行に関する規定が存在する。*Vgl., Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.256.* なお、債務者の責任・注意義務に関する規定は、以下のようである。E I-VorlZust224条2項：「債務者は、その義務の不履行のため、履行が故意に行われなかったか、あるいは、取引上必要な注意を怠った（過失）のために行われなかった場合、責任を負う」。E I-ZustRedKom224b条1項：「債務者は、別段の定めのない限り、故意および取引上必要な注意の無視（過失）のために責任を負う。…」。2項：「自己の事柄において用いるのが常であるの同一の注意を用いることのみを義務づけられる者は、重大な過失のための責任を免れ得ない」。第二草案233条1項：「債務者は、別段の定めのない限り、故意および取引上必要な注意の無視（過失）のために責任を負う。…」。2項：E I-ZustRedKom224b条2項に同じ。これらの規定は、若干の文言の修正を受けつつ、修正第二草案270条、271条を通じて、BGB276条、277条となったようである。*Vgl., Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.257f.*

<sup>(95)</sup> *Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.32), S.257.* なお、E I-RJA224a条に関しては、前掲注(73)参照。

345条、347条の場合)にも及ぶことを示す規定が提案され、承認されている<sup>(96)</sup>。ただし、この構成については、第二委員会決議暫定集成では維持されているものの、編集会議決議暫定委集成では見られない<sup>(97)</sup>。また、瑕疵に関する責任についても、この規定にまとめて規定することが提案されたが、これは結局退けられたようである。

権利の瑕疵に関する第一草案443条に関しては、重要な議論が展開されている。まず、草案が、問題を判断する際、種類物とその他の物とを区別しているが、これは正当化されえないという点について一致したという<sup>(98)</sup>。そして、出発点とされるべきは、贈与が贈与者自身の財産の中からなされるべき場合と、贈与者がまず自身で取得すべき目的物が(贈与されることを)約束されるといふ場合とをたがいに分離すること、そして異なる判断に服せしめることが必要であるとされた。贈与者の財産からの贈与の場合、贈与者は瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ、責任ありとする<sup>(99)</sup>。瑕疵の悪意による黙秘の場合の損害賠償の範囲については、結局、消極的契約利益の賠償に止まるとされた<sup>(100)</sup>。他方、贈与者が受贈者に与えなければならない目的物をまず取得すべき場合、事情はまったく異なるとする<sup>(101)</sup>。すなわち、ここでは、取得は受贈者の利益において行われ、贈与者は全く注意せずに事を進めてはならないことになるであろうとする。そのため、故意にあるいは重大な過失により、権利が全く調達されず、あるいは完全には調達されなかった場合、贈

<sup>(96)</sup> *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.378, *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.747.

<sup>(97)</sup> E I-VorlZust442条:「贈与者は、故意および重大な過失のためにのみ責任を負う。このことは、344条、347条(第一草案345条、347条に相当)も場合においても適用される」。E I-ZustRedKom442条:「贈与者は、故意および重大な過失のためにのみ責任を負う」。なお、この形式が、第二草案468条、修正第二草案515条、第三草案516条を通じて、BGB521条になったようである。Vgl., *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.378f.

<sup>(98)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.750.

<sup>(99)</sup> その理由は、「悪意(dolus)の場合を除いて、贈与者の責任義務は存在しない。贈与者は、物を彼自身が有しているままに与えるという義務を負うつもりであるにすぎない。贈与者自身が有しているわけではない権利に関しては、贈与者は責任を負いえず、そのために権利の調達に対する義務に関する重大な過失についてもまた責任と為し得ない。このことは、特定物の贈与約束に関してのみならず、贈与者自身の財産から取り出されるべき種類物の約束にもまた妥当する。この場合においてもまた、贈与者は目的物を自分の財産に存在するままにのみ(引渡すことを)約束したのであり、そしてしたがって、贈与者自身に帰属している目的物の権利のみを保障しなければならない」という。なお、契約締結前の事情に関しては、442条に関する解釈に委ねるとする。Vgl., *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.750.

<sup>(100)</sup> 理由は次のとおりである。①約束が先行しない現実贈与の場合、不履行のための損害賠償請求権は、概念上排除される。②消極的契約利益へと贈与者の責任を制限することは、草案の一般原則にも一致する。③贈与者は、目的物を自ら有しているままに受贈者に引き渡すこと義務づけられるにすぎない。④贈与者が権利の瑕疵を黙秘しながら、受贈者を、贈与を受け入れるように誘導した場合、受贈者が贈与を間違いなく取得できることを信頼したことから生じた損害を賠償しなければならない。⑤これをさらに拡大し、贈与者に権利の調達を強いるのであれば、これによって贈与者にはいわば財産刑 *Vermögensstrafe* が科されなければならないであろう。そしてこれは、草案における私刑の排除におそらく一致しえないとする。  
*Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.750.

<sup>(101)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.750f.

与者は442条に従い不履行のための責任を負わなければならないとする<sup>(102)</sup>。物の瑕疵のための責任については、基本的には権利の瑕疵に関する規定と同様の扱いがなされるべきとされた<sup>(103)</sup>。物の瑕疵に関しては、さらに第二読会において、第二草案に対して、同草案471条2項1文・2文をまとめるという提案がなされ、承認されている。このとき、種類物の贈与における物の瑕疵の場合で、贈与者が瑕疵について悪意または重大な過失により不知であった場合には代物給付義務を、瑕疵を悪意で黙秘していたならば不履行のための損害賠償を認めると構成された<sup>(104)</sup>。

<sup>(102)</sup> もっとも、このときに目的物が種類物であれば、代物給付義務が課されるべきであるが、これは一般原則からの例外であるという。Mugdan, a. a. O. (Fn.67), S.751.

<sup>(103)</sup> Mugdan, a. a. O. (Fn.67), S.751. なお、権利・物の瑕疵のための贈与者の責任に関する規定の変遷は、以下のとおりである。まず権利の瑕疵に関して、E I-VorlZust443条1項：「贈与者は、権利の瑕疵を受贈者に悪意で黙秘していた場合、それによって生じた損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者が、自らまず取得すべき目的物を給付することを約束する場合、受贈者に調達された権利の瑕疵について、故意あるいは重大な過失のある場合、受贈者に、不履行のための損害賠償を義務づけられる。…」E I-ZustRed-Kom443条1項：「贈与者は、権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、受贈者に、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者が、自らまず取得すべき目的物を給付することを約束する場合、受贈者は、権利の瑕疵のため、贈与者が物の取得の際瑕疵を知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償請求権を有する。…」第二草案470条1項：「贈与者は、権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、受贈者に、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者が、自らまず取得すべき目的物を給付することを約束した場合、受贈者は、権利の瑕疵のため、贈与者が瑕疵を物の取得の際知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償請求権を有する。…」物の瑕疵については、E I-VorlZust444条1項：「贈与者は、(贈与の際)贈与物の瑕疵を受贈者に悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者が、まず自ら取得すべき種類物を給付することを約束する場合、給付された物の瑕疵のため、取得の際瑕疵を知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、受贈者に不履行のための損害を賠償する義務を負う。受贈者は、損害賠償に代えて、瑕疵なき物の引渡しを要求することができる」。E I-ZustRedKom444条1項：「贈与者は、(贈与の際)贈与物の瑕疵を受贈者に悪意で黙秘していた場合、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者が、まず自ら取得すべき種類物を給付することを約束する場合、受贈者は、給付された物の瑕疵のため、贈与者が瑕疵を物の取得の際知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償を要求できる。受贈者は、損害賠償に代えて、瑕疵なき物の引渡しを要求できる。…」第二草案471条1項：「贈与者は、贈与物の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、受贈者にそのことによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者が、まず自ら取得すべき種類物を給付することを約束する場合、受贈者は、給付された物の瑕疵のため、贈与者が瑕疵を物の取得の際知っており、あるいは重大な過失のために知らないままであったならば、不履行のための損害賠償を要求できる。受贈者は、損害賠償に代えて、瑕疵なき物の引渡しを要求できる。…」それぞれ、若干の修正を受け、修正第二草案517条、518条(第三草案518条、519条)を通じてBGB523条、524条として規定されるに至る。Vgl., Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.384f., 388f..

<sup>(104)</sup> 同条2項について、1文は、この場合の責任を売主のそれと一致させ、2文は、悪意による黙秘というという行為態様に不履行のための損害賠償を認めるという意義があるとする。そして、これに対して、1項(特定物贈与、自己の財産からの種類物贈与)の場合には、消極的利益についてのみ関連するという。また、過失ある贈与者の責任は、過失ある売主のそれと同じように、広範なものであってはならないという。Mugdan, a. a. O. (Fn.67), S.751f., Vgl., Jakobs = Schubert, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.389.

### 3 使用貸借について

使用貸主の責任基準については、文言の修正に関する提案が承認されたほか、特に本質にかかわるような議論などはなかったようである<sup>(105)</sup>。

瑕疵のための責任に関しては、まず、*Struckmann* より、第一草案551条1項・2項を一文にまとめる提案がなされ、承認されている<sup>(106)</sup>。また、使用貸主の瑕疵に関する条文案を削除する提案もなされたようであるが、これは却下されている。これについて、削除には次のような理由があった。すなわち、貸主が、その馬が病気に罹っているということを知りながら、病気について借主に伝えることなくある馬を貸与し、それによって借主のその他の馬が病気に罹るきっかけを作ったことに重大な過失がある場合、責任を負わなければならない。草案は（そしてその考え方によれば先の提案もまた）、そのような場合において、物の瑕疵のための損害賠償責任を原則として排除し、悪意の場合においてのみ認めるに過ぎない」というものである<sup>(107)</sup>。しかし、これに対しては、以下のように反論されたようである。すなわち、「異議を唱えられた規範は、贈与のもとでの相当する諸規定に一致すること、物それ自体の瑕疵のための損害賠償に関する一般的な責任は、売買の場合でも定められていないということ、そして、強調された実際上の必要性は、不法行為のための損害賠償に関する諸規定によって満たされる」とする。

### 4 委任について

委任については、受任者の責任・義務に関わる議論は見られない<sup>(108)</sup>。

### 5 寄託について

受寄者の注意義務に関する規定については、*Struckmann* と *Jacubezky* により、無償受寄者に自己の物に対するのと同じ注意義務を課すという同様の提案がなされ、承認されている<sup>(109)</sup>。その理由は以下のとおりである。すなわち、草案は、有償寄託契約と無償寄託契約とを区別せず、どちらの場合においても、第一草案224条に従いあらゆる過失のために責任を負わせている。無償寄託

<sup>(105)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.894f., *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.696. 帰責基準に関する条文案は、「使用貸主は、故意あるいは重大な過失のためにのみ責任を負う」という表現をほぼ維持したまま、E I-VorlZust550条、E I-ZustRedKom550条、第二草案539条、修正第二草案591条、第三草案592条、そして、BGB599条へと受け継がれていったようである。

<sup>(106)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.895., *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.41), S.699. なお、*Struckmann* の提案による条文案形式は、「使用貸主が、権利あるいは物の瑕疵を悪意で黙秘していた場合、借主に、それによって生ずる損害を賠償する義務を負う」。この形式が、ほぼそのまま、E I-VorlZust551条、E I-ZustRedKom551条、第二草案540条、修正第二草案592条、第三草案593条、そしてBGB600条に受け継がれていったようである。

<sup>(107)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.895. ここで、第二委員会では、債権者の既存の利益（いわゆる完全性利益）の侵害場面には、不法行為責任で対応すべきとされていたことがわかる。この点は、*Schlechtriem* も指摘する。Vgl., *Peter Schlechtriem*, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, 1972, S. 348.

<sup>(108)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.942f., *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.60), S.44f..

<sup>(109)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.968, *Jakobs = Schubert*, Beratung, a. a. O. (Fn.60), S.176.

の場合、受寄者に、自己の物に対して用いるのが常であるのと同じの注意に関してのみ責任を負わせることが、生活観念と公正さとに一致するという<sup>(110)</sup>。そして、委任と寄託との類似性については、以下のように述べられている。すなわち、「委任の場合、受任者はあらゆる過失のために責任を負わなければならないということ、そして実社会において、委任と寄託契約とはしばしば近似するということは、正しい考えである。しかし、委任の場合、受任者は直接に委任者の利益においてある行為を義務づけられる一方で、寄託の場合、受寄者は物をその保護のもとへ受け入れるに過ぎず、そのことから、責任を区別する内的理由が生ずべきであるということに留意する必要がある」とする。

## V 総括と検討

### 一 総括

以上、BGBにおける無償契約の債務者の責任について、同法典の立法過程を通覧してきた。ここでは、部分草案(あるいはドレスデン草案)を基にして、第一委員会や、帝国司法庁準備委員会、そして第二委員会において、さまざまな議論がなされていたことがわかった。まず、これについて簡単に整理していくことにする。

#### 1 部分草案

無償契約における債務者の責任に関わる規定について、部分草案(およびドレスデン草案)では、おおそ普通法の学説および立法に倣った規定が置かれていた。まず、担保責任に関しては、譲渡が有償であるか無償であるかを区別し、無償譲渡の場合には、一般に担保責任が生じないものとする規定が置かれていた。そこでは、譲渡人はまさに、債権を自らが有していたままに譲渡するという意図があるがゆえに、責任を負わないとされた。債務者が責任を負う基準として、当事者が利益を得るか否かによって区別するという基準を設け、当事者が利益を得ない場合(他方当事者のみが利益を受ける場合)、その当事者の責任は軽く判断された(故意・重過失)。贈与やそのほかの無償契約類型については、*Kübel*の起草が間に合わず、ドレスデン草案の規定に基づいて、第一草案起草のための審議がなされることとなった。贈与、使用貸借、そして寄託では、債務者の責任や義務が軽減される旨の規定が置かれており、委任に関しては、他人の代理人として行為する受任者は、他人の利益を保護するため、契約から利益を得ていなくとも重い責任を負うものとされた。

#### 2 第一草案まで

第一草案起草までの議論では、まず、部分草案において採用されていた、当事者が利益を得るか否かによって帰責の基準を区別するという考え方が否定されている。当事者が重大な過失のために責任を負う場合は、当事者意思あるいは各論規定に委ねるという態度が決定された。

<sup>(110)</sup> *Mugdan*, a. a. O. (Fn.67), S.968f. なお、受寄者の責任については、ディゲスタの法文(Ulp. D. 16, 3, 1, 1)への参照指示がある。同法文では、受寄者(あるいはその相続人)は、悪意の場合にのみ責任を負うべき旨が示されている。江南義之訳『学説彙纂』の日本語への翻訳(1)(信山社, 1992) 348頁。

贈与契約では、贈与者は、故意および重大な過失のためにのみ責任を負うという規定が提案された。しかし、この規定の具体的理由は明らかでない。担保責任に関しては、権利の瑕疵の場合と物の瑕疵とを区別したうえで、それぞれについて目的物が特定物であるか種類物であるかを区別し、さらに保証された性質の瑕疵あるいは契約上前提とされた性質の瑕疵を問題としている。興味深いのは、種類物の贈与の場合、贈与者は、権利の瑕疵のため、売買におけるのと同様の責任を負うべきとされていることである<sup>(111)</sup>。また、物の瑕疵においても、特定物の瑕疵と比べ、種類物の瑕疵の場合には、保証された性質の瑕疵のためにも責任を負うべきとされている。

使用貸借では、同契約の本質および贈与契約との関連から、贈与の場合と同様の責任制限規定が置かれるべきとされている。また、瑕疵のための責任について、これを置かない場合、帰責基準の規定が瑕疵のための責任にも規定されるが、前者は契約締結後の事情、後者は契約締結前の事情に関連するため、そのような措置は適切でないとされていることに注目できる。

委任については、受任者は委任者の利益を保護するものとされ、重い責任を負うとされている。

寄託では、部分草案ではその義務・責任が軽減されている一方で、第一草案起草過程の議論では、無償性（＝好意）よりも、他人の財産を有するという点、寄託者の有する期待に基づいて、使用貸借における借主や受任者のように、重い責任を負うべきとされていることが特徴的である。

### 3 第二草案から BGB へ

帰責基準に関しては、準備委員会・第二委員会のどちらについても、本質的な議論は行われていなかったようであり、第一草案の規定趣旨を継承したものと考えられる。

贈与については、帰責基準に関する制限規定については、特に本質的議論はなされていないようである。担保責任については、権利の瑕疵と物の瑕疵について、ともに第一草案と扱いを異にしている。すなわち、目的物が種類物か特定物かではなく、贈与が、贈与者自身の財産からなされるか、贈与者が約束ののちまず自ら取得して贈与するかという点が基準となるとされた。すなわち、贈与者自身の財産からの給付の場合、瑕疵の悪意による黙秘の場合にのみ責任が生じ、他人の財産からの取得に基づく給付の場合、取得については、受贈者の利益にも配慮すべきであり、悪意ではなく、故意または重大な過失が基準となるとされた。なお、前者の場合は信頼利益の賠償が、後者の場合には、不履行のための損害賠償あるいは代物給付義務が問題となるとされる<sup>(112)</sup>。

使用貸借では、贈与規定との調整のほか、被侵害利益への対応について、注目すべき議論が展開されている。すなわち、病気の馬の貸借において、借主自身の馬にも感染したという場合、不法行為責任によって対応されるべきというものである<sup>(113)</sup>。

<sup>(111)</sup> 第一草案においては、同370条以下における権利調達のための担保責任の規定を参照しており、この意味では、売主の権利調達義務と同様である。

<sup>(112)</sup> このことから、第一草案までは、特定物ドグマを基本として、給付義務としての瑕疵なき物の引渡し義務の有無が問題とされているようであり、第二草案からは、特定物ドグマにとらわれず、贈与者の通常の意図と受贈者の利益の保護に重点が置かれているように思われる。

委任に関しては特段の議論はなく、受任者の責任・義務については、第一草案の規定趣旨を継受するようである。

寄託では、第一草案と違い、再び契約が無償である場合について、配慮する規定が提案されることとなる。すなわち、無償寄託の場合、受寄者の義務を自己の物に対するのと同じの注意に設定することが、生活観念と公正さに一致し、委任との異同については、受任者は他人の利益のために行動しなければならないのに対し、受寄者は物を自らの保護のもとにおくにすぎず、責任に差異を生ずべきというものであった。

## 二 検討

以上の整理から、無償契約の債務者の責任に関する制限規定の検討に当たって、注目すべき点をいくつか指摘したい。

### 1 帰責基準としての利益原理の放棄

部分草案では、債務者の帰責基準を決定する要素として、当事者の得る利益の有無が採用されていた<sup>(114)</sup>。このような規定は、第一委員会においても提案されていたものの、結局第一草案には結びつかず、第二草案、そしてBGBにも反映されていない。すなわち、債務者の責任を決定する基準としての「利益」という基準は、一般原則・一般規定としては破棄されたことになる。ただし、このことをもって、債務者の責任をあらゆる場合に一定の基準のもとで判断するということはなく、各則規定や当事者意思に委ねるという意図であった。このことから、贈与や使用貸借では、「契約の本質」といった理由から債務者の責任に配慮する規定が置かれている<sup>(115)</sup>。

### 2 担保責任について

贈与や使用貸借において、目的物に権利・物の瑕疵があった場合、債務者の責任に配慮するという点では日本民法にもこれに相当する規定が存在する。しかし、BGB成立過程の議論を見ると、まず担保責任の本質そのものを問題としなければならないことがわかる。すなわち、第一委員会では、種類物の瑕疵の場合、権利の瑕疵の場合には売主と同様の権利調達義務が課され、また、物の瑕疵の場合、代物給付義務があるとされるように、担保責任というよりも給付義務違反が問題となっているかのようなのである。第二委員会では、目的物の特定・不特定ではなく、給付の由来が自己の財産か他人の財産からの取得によるかが基準とされるに至ったが、ここでも、他人の財産からの取得による給付の場合、瑕疵の不知に関する重大な過失という基準、代物給付義務、不履行のための損害賠償が問題とされているように、給付義務とその不履行に関わるような規定となってい

<sup>(113)</sup> 現在のドイツにおける議論では、少なくとも瑕疵のための責任制限規定は、完全性利益の侵害場面を把握しないものと考えられている。詳しくは、拙稿・前掲注(4)を参照されたい。

<sup>(114)</sup> この点は、普通法時代における学説や立法でも同様である。拙稿・前掲注(6)参照。

<sup>(115)</sup> ただし、贈与契約や使用貸借契約の本質＝無償性であり、責任制限の理由は、債務者の得る利益が無いこととも考えられる。

る<sup>(116)</sup>。したがって、起草過程において贈与者の担保責任については、目的物が特定しているか否かによって代物給付義務などの有無を決定するよりも、贈与者がすでに有している自己の財産から給付を行うのかあるいはまず他人の財産から目的物を取得して給付するのにより区別づけるといふ考え方の変遷がみられる。これはまさに、贈与者がどのような意思を有しているのかに着目した結果であるといえる<sup>(117)</sup>。

### 3 給付障害との関係—とりわけ完全性利益侵害場面について

現在のドイツ法における議論では、給付障害という概念を用いて不履行を類型化することが一般的である。たとえば、遅滞や不能、積極的債権侵害、契約締結上の過失責任などが給付障害の一場面として挙げられる。翻って、BGB 編纂過程における無償契約のための責任制限規定では、どのような不履行類型が念頭に置かれていたのかが問題となる。現行 BGB における無償契約の債務者の責任制限規定の適用範囲をめぐるも、同規定が立法にあたって何を対象にした制限規定であったかが議論されている。まず、無償契約の場合も不能や遅滞は起こり得るため、これらについては制限の対象に含まれることは疑いない。契約締結上の過失責任については、とくに贈与における責任制限規定についての第二草案に関わる議論において、契約無効の場合の信頼利益賠償場面についても同規定の適用があるとされている<sup>(118)</sup>。このことから、おそらくはこの給付障害類型についても制限の適用があると考えられていたと推測できる。

問題は、いわゆる積極的契約侵害である。贈与や使用貸借では、自己の財産からの給付の場合、悪意による黙秘でなければ責任を負わないとされたが、第二委員会では、使用貸借におけるこの規定と完全性利益侵害の場合との関係について議論があった。すなわち、第二委員会によれば、この場合は不法行為責任によってカバーされるというが、これについて、①完全性利益侵害の場合に担保責任と不法行為責任が競合的に生じ、ただ担保責任の基準である悪意による黙秘が不法行為責任の基準として転用されないという意図なのか、②完全性利益侵害場面では、もっぱら不法行為責任のみが問題となるといういとなのか明らかでない。また、故意または重大な過失を問題とする給付義務としての瑕疵のための責任もあるが、この責任と不法行為責任との完全性利益侵害場面における競合如何も問題となる。これらについても担保責任の本質論が問題となるだろう。

### 4 委任と寄託との相違

委任に関しては、古くはローマ法の発展過程において、すでに利益原理からの例外とされてい

<sup>(116)</sup> 帝国司法庁準備委員会の審議においても、目的物の特定・不特定に応じた区別付けに理由がないことが指摘されている。そこでは、贈与者が自らの有する財産をそのままの状態でも引渡すという意思と、他人のために目的物を調達するという場合の相手方の保護とが重視されている。前掲注(86)・(87)参照。

<sup>(117)</sup> ただし、担保責任による損害賠償の内容や給付義務との関係については、担保責任の本質論に踏み込まざるを得ないだろう。これについては、有償の場合と無償の場合とを対比しつつ、少なくとも普通法学説から跡付けていく必要があると思われる。今後の課題として留意しておきたい。なお、売主担保責任の歴史的検討を試みるものとして、川村洋子「比較法制度史と日本民法典の売主の担保責任制度（一一一三）—歴史認識と法解釈の接点を求めて—」法学志林99巻1号-107巻3号（2001-2010）がある。

<sup>(118)</sup> ただし、この参照規定は最終的には削除されている。現行 BGB521条参照。

た。すなわち、受任者は利益を得なくとも重い責任を負うものとされた。普通法や部分草案、そしてBGB立法過程でも、受任者は委任者を代理し、その利益を保護すべきことから、一貫して重い責任を負うものとされてきた<sup>(119)</sup>。他方、寄託では、第一委員会の議論では、あたかも他人の物を預かる使用貸借の貸主や他人のために事務を実行する受任者のように、他人の物を預かることで寄託者から期待を受けることから、委任に準じて重い責任を負うものと判断された。しかし、この考え方については、第二委員会において批判を受け、生活観念や公正さといった要素、そして、他人の物を自己の管理のもとに置くに過ぎないという委任契約との相違が重視され、自己の物に対するのと同じの注意義務さえ負えばよいと規定されるに至る<sup>(120)</sup>。

ここでは、受寄者について、①他人の物を保管し、寄託者から相応の注意を用いることを期待されること、そして②委任者の利益のために行為しなければならない受任者と異なって、他人の物を自己の管理下に置くに過ぎないという2つの考え方が対立し、後者が優先されたことになる<sup>(121)</sup>。

## VI 結びに代えて

以上、本稿では、無償契約の債務者のための責任制限規定に関する歴史的検討として、前稿、前々稿に続き、BGB編纂過程における議論を整理・検討した。BGBの編纂に当たっては、おおむね普通法學説・立法が基礎とされているものの、第一委員会、そして第二委員会において修正を受けている法理もある。とくに、当事者が契約から利益を得るか否かを基準とする利益原理に関しては、BGB276条1項1文が故意・過失ある債務者に責任を負わせると定めるように、少なくとも総則規定としては破棄されている<sup>(122)</sup>。一方で、贈与者や使用貸借の貸主は原則として担保責任を負わな

<sup>(119)</sup> ただし、受任者の責任に関する現在の議論では、委任の性質や目的に応じて場合によっては受任者の責任の制限を認めるべきとする見解も見られる。*Medicus* は、委任の性質に「信託的要素 (Treuhandelemt)」のある場合のみ、受任者のあらゆる過失のための責任が正当化されるという *Esser/Weyers* の見解に賛同する。そして、そのような信託的要素のない行為や日常生活における好意に対しては、責任を制限しないことは妥当でないとする。*Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rn.366ff., insb.368f.* また、委任の目的が、委任者に迫る危険を防止することである場合、事務管理に関する BGB690条 (同条は、危険防止のための事務管理において、事務管理者の責任を故意または重大な過失のある場合に制限する) を準用して受任者の帰責基準を制限すべきとする見解がある。

<sup>(120)</sup> なお、BGB277条では、「自己の事柄に対するのと同じの注意義務を負う者は、重大な過失からは解放されない」とする規定があり、このことから受寄者も目的物の滅失等について故意または重大な過失のある場合のみ責任を負うことになる。Vgl., *Jauernig/Mansel, 13. Aufl., 2009, §622 Rn.14, Palandt/Sprau, 68. Aufl., 2009, §622 Rn.11.*

<sup>(121)</sup> 受寄者の責任義務に関する立法過程での議論からは、相手方の期待あるいは信頼といった要素を重視するか、あるいは無償受寄者は必ずしも他人の利益のために行為するのではない (=受寄者が対価・利益を得ないため?) という価値判断を採用するかという差異が見て取れる。他人の事務の処理と他人の物の保管について、このような規定の差異を設けることを直ちに正当であるとするに疑問がないではない。それらの行為態様の間にどのような本質的差異があるのかを検討しなければならないだろう。日本民法においては、注意義務と415条における帰責事由との関係に関する規定は置かれていないため、659条における注意義務の軽減と無償受寄者が責任を負う基準との関係について考察する必要がある。

いという点や、受任者が重い責任を負う点、そして受寄者については、委任者と異なって、自己の物に対するのと同一の注意を義務づけられるに過ぎないという点は、過去からのつながりがみられるところである。しかし、これらの点についても、一応の歴史的継受を推測できるものの、BGB起草過程では、契約の本質といった各契約類型における本質的債務・義務が基礎とされている。このことから、無償契約における責任制限法理を明らかにするためには、各契約類型の本質を明らかにしていく必要があるように思われる。

また、一連の小稿における歴史的検討においては、とくに普通法時代における裁判例については未整理であり、また、現在の議論の検討においても、受任者・受寄者の責任に関する学説・判例の検討ははまだ実現していない。これらの点についても、いずれ検討していく必要があるだろう。また、日独法と同様に、無償契約における債務者の責任制限規定を擁するフランス民法典の検討も今後の課題として残されている。

以上、今後の課題を確認したうえで、ひとまず小稿を閉じることとする。

---

<sup>(122)</sup> この点で、スイス債務法では、同99条2項において、債務者の責任の程度につき取引の性質、特に取引が債務者の利益を目的としない場合は特にこれを斟酌するとある。すなわち同債務法では、法律上、債務者の得る利益の有無に従って責任の範囲が決められるべきとされているのであり、この点でスイス債務法における無償契約の債務者の責任に関する研究も課題といえる。