

論 説

無償契約債務者の責任法理 —民法典における責任制限法理の検討— (二)

萩原基裕

目 次

序 章 はじめに

第一章 ドイツ普通法時代にみる無償契約債務者の責任制限法理の歴史的展開

第二章 BGB 立法過程における無償契約債務者の責任制限規定の変遷

第三章 ドイツ法における無償契約債務者の責任制限法理 (以上、23巻2号)

I はじめに

II BGB521条

一 BGB521条と保護義務違反および不法行為責任

二 BGB521条と給付の原始的主観的不能

III BGB599条

一 判 例

二 学 説

IV BGB523条・524条・600条

一 自己の財産から給付が行われる場合 (BGB523条1項・524条1項・600条)

二 契約後他人の財産から目的物を取得して給付する場合 (BGB523条2項・524条2項)

V 委任契約および寄託契約における債務者の注意義務について

一 委任契約における受任者の注意義務

二 寄託契約における受寄者の注意義務 (BGB690条)

VI 小 括

一 責任制限規定の根拠について

二 BGB521条および BGB599条

三 BGB523条、524条、600条

四 受任者および無償受寄者の負う注意義務について (以上、本号)

第四章 フランス法における無償契約債務者の責任制限法理

第五章 日本法における無償契約債務者の責任制限法理

第六章 検 討

終 章 結 び に

第三章 ドイツ法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

本章では、ドイツ法について検討する。第一章および第二章でみたように、BGB では無償契約債務者の責任を制限する趣旨の規定として、BGB521条、523条、524条、599条、600条、そして690条が設けられることとなった。それぞれ贈与契約 (521条、523条、524条)、使用貸借契約 (599条、600条)、そして無償寄託契約 (690条) に関する規定となっている。贈与契約や使用貸借契約では、BGB521条および599条によって債務者たる贈与者および使用貸借貸主は、責任を負うための要件を276条1項1文とは異なって故意または重大な過失がある場合に限定されている。これに関して現在のドイツ法では、この規定がいわゆる付随義務違反や保護義務違反、契約締結上の過失といった、遅滞・不能以外の不履行態様にも適用されるのか否か、そして贈与者や使用貸借貸主の不履行につき、BGB823条による不法行為責任も競合して問題となる場合、不法行為責任の帰責要件についても BGB521条および

599条によってその帰責要件が制限されるのか否かといった点につき主として議論がみられる。また、無償寄託に関する690条では、対価なく他人の財産を預かることを引受けた無償受寄者は、保管に際して取引上必要な注意 *im Verkehr erforderliche Sorgfalt* ではなく、自己の事柄に用いる注意 *Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten* を果たせば足りるとされている。これについても同様に、無償の受寄者に給付義務違反以外の義務違反や不法行為があった際にも、後者の注意義務を基準として義務違反が判断されるべきかについて議論がみられる。

委任契約に関しては、BGB では上記の無償契約類型とは異なって受任者の責任や注意義務を制限する趣旨の規定は置かれていないことから、BGB276条に従って有償契約の場合と同様に義務違反につき帰責が判断される。ただし学説では、場合によっては受任者の責任が制限されてよい場面もあるとして、一定の場合に受任者についても責任制限を認めるべきとの見解もいくつか見受けられる。

以下では、贈与契約、使用貸借契約、委任契約、無償寄託契約について、BGBにおける責任制限規定を中心に、ドイツ法において無償契約債務者の帰責法理に関してどのような議論が展開されているのかを整理検討したい。

II BGB521条

BGB 贈与法の規定である BGB521条、523条、そして524条は、それぞれ贈与者の責任が制限される旨を定めている。BGB521条は贈与者が契約違反に際してその責任を負うための基準を、276条による基準である故意・過失に比して「故意および重大な過失」に制限している³⁾。BGB276条1項1文に対する例外規定となる BGB521条については、判例や学説では主に BGB521条が規定する帰責基準が適用される射程について議論となっている。すなわち、不能や遅滞以外の義務違反類型（特に契約締結上の過失や保護義務違反など BGB 立法後に発見され展開された概念に対する適用可能性）、競合す

る不法行為責任、いわゆる瑕疵結果損害の発生などが問題となる場合、贈与者はBGB521条に従って軽減された基準でのみ帰責を判断されるべきなのである。また、贈与者が約束した給付が原始的主観的に不能である場合、どのような責任を負うのかについて判断が下されたBGH判決が存在する。

一 BGB521条と保護義務違反および不法行為責任

(一) 判例

保護義務とは、契約の相手方の持つ身体や健康、財産といった諸法益に損害が生じないように配慮する義務を指し、債務法改正に際してBGB241条2項として法典に規定されるに至った義務である⁴⁾。相手方の法益を保護するという同義務の性質上、債務関係にある当事者双方に要求される義務であるため、対価の有無を問わず贈与者や使用貸借貸主にも同様に課される義務である。そこで、たとえば目的物の瑕疵や瑕疵に関する説明義務の違反を原因として、債権者（受贈者、借主）の身体やその他財産に損害が生じた場合、贈与者など無償契約の債務者も、BGB241条2項および280条1項などを根拠として損害賠償責任を負う。しかしこのとき、贈与契約の場合にはBGB521条、そして使用貸借契約の場合にはBGB599条という特別規定が存在する。つまり、保護義務違反による帰責を判断する際に、BGB276条1項の基準によるのか否かが問題となる。BGB521条による帰責基準の制限が、契約履行に関わる義務違反の帰責に適用されることに争いはないが、この基準は保護義務といった相手方の完全性利益保護のための義務に違反があった場合にも適用されるのか。

この問題に関してBGHは、1984年にある判決を下している。これは無償で給付されたある目的物が原因となって受領者の財産に損害が生じた事例である。厳密に言えば、判決では目的物の瑕疵のために損害が生じたのではなく、目的物の使用に関する説明義務を給付者が怠ったために損害が生じたという事例であるとされた。いずれにせよ、無償の給付者による義務違反のた

め、受領者の完全性利益が損なわれたのである。

【BGH1984年11月29日判決⁶⁾】

〔事案の概要〕

被告であるポテトチップス製造業者 Y は、製品製造の際に発生する酵素処理済のジャガイモ繊維かすを、家畜の飼料として近隣の農家に譲渡することがあった。農家である原告 X も Y からこの繊維かすの贈与を受けたため、これを飼料としてその牛に与えたところ、牛の一部が発病または斃死し、さらにそうした被害のなかった牛も体重の増加割合が減少するなど損害が生じてしまった。そこで X は、この損害の原因を酵素処理済の繊維かすにあるとして、Y に対して損害賠償を求める訴えを提起した。X は、酵素処理された繊維かすは豚の飼料としてのみ適しているのであって、牛の飼料としては適切でなかったこと、さらに未加工の繊維かすであれば大量に与えても牛の飼料として問題はなかったが、Y が酵素処理につき説明をしなかったことが原因で損害が生じたために、Y に責任があることなどを主張した。

〔判 旨〕

請求棄却。BGH はまず、本件繊維かすはそれ自体瑕疵ある物ではなく BGB524 条は問題とならないとしたうえで⁷⁾、以下のように述べた。すなわち本件では「契約締結上の過失あるいは積極的債権侵害による Y の契約責任が問題となる。原審はこのことを適切に認定した。もっとも原審は、Y がそもそも繊維かすの酵素処理、牛に対する危険性、そして飼料を与える際の正確な分量配分の必要性について説明する義務を負っていないか、あるいはいずれにせよこの種の義務違反について責めがないとはしていない。…これらの諸事情のもと、Y が BGB521 条に従って故意および重大な過失のためにのみ責任を負うとする原審の解釈が正しいかが問題となる。…いずれにせよ BGB521 条の範囲内で、一方当事者の寛大さは給付受領者の契約における期待にのみ関連する。それゆえ贈与者の寛大さは、契約目的物と関連しない

保護義務違反が問題となる場面では責任制限の適用は正当化されない。そして、本件ではそのような関連が存在し、『契約によって前提とされた』繊維かすの消費を通じて発生した損害が問題となっている。ここにおいて本民事部の解釈によれば BGB521条が適用されなければならない」とした。そして結局、Y に義務違反について故意または重大な過失はなかったとして X の請求を退けた⁸⁾。また、本件において X から Y に対する不法行為責任に基づく損害賠償も請求されているが、これについては「贈与者に契約前・契約上の保護義務違反がある場合、BGB521条は、贈与者にとって有益である場合およびその限りで不法行為に基づく X の請求も適用される」とするのみである。

本判決では、贈与契約において贈与者が保護義務（本件では繊維かすを牛に対して飼料として与える際に、分量に配慮することに関する説明義務としての保護義務）に違反したために受贈者の完全性利益を侵害する場合、その保護義務が「契約と関連している」ならば、責任追及の要件について BGB521条が適用されるとされた。さらにこの場合、贈与者による契約前および契約上の保護義務違反に BGB521条が適用される場合およびその限りで、不法行為責任に対しても BGB521条の責任制限が適用されるとした。

ただし前提として、本件において問題となった繊維かすに瑕疵はないとされているが、本件契約において繊維かす譲渡契約の目的として牛用飼料としての利用が前提とされており、そして飼料として与える際に適切な量的配分をしなければこの飼料が牛にとって有害となるのであれば、この繊維かすは瑕疵あるものであったとも考えられよう。事実、この点を指摘する見解もある⁹⁾。瑕疵ある目的物が問題となっているのであれば、BGH の見解に従えばこの限りで BGB524条 1 項が問題とされるべきであったとも考えられる。

また、BGB521条が保護義務違反にもまた適用されるか否かについて学説において争いがあるが、この点につき本判決では以下のように判断された。

BGHはまず、この問題に関する従来の学説を整理する。そこではカナーリスやコルホッサーがBGB521条の一般適用を支持する一方¹⁰⁾、ティーレ、ゲルハルト、そしてシュレヒトリームは適用に条件を設けると主張しているという¹¹⁾。本判決では後者の見解に倣い、判旨にあるとおり贈与者に保護義務違反がある場合には、保護義務が契約と関連するという条件のもとでBGB521条の適用を認めている。その根拠については以下のように言う。「シュレヒトリームのいうように、保護義務違反が生じたとき贈与者に完全に責任を負わせるというような解釈はたしかにBGB成立史からは支持されるかもしれないが、事実BGB521条の前身である民法典第一草案442条は、贈与約束に関連して約束された給付の不発生により生じた損害を想定していた」と指摘する。そしてこの趣旨は、最終草案においてもおそらく変更されなかつただろうという。さらにBGB起草過程において第二委員会の提案には、使用貸借の目的物となった動物が感染性の病気に罹っており、使用貸借借主の家畜に病気が感染したという場合において、このような場合にも使用貸借借主の責任制限規定である第一草案551条（現行BGB600条）が適用されるとすることは、責任制限を不当に広範囲に広げてしまうためにこれを削除するというものがあつた。「この場面については、不法行為のための損害賠償に関する諸規定によって対応されると回答された」が、BGHはこの理由づけには説得力はないとする。すなわち広く解釈できるBGB521条の文言はむしろ逆方向へ向かうという。さらに、シュレヒトリームによって支持された解決の場合（瑕疵結果損害にはBGB521条は適用されない¹²⁾）、BGB524条1項に対する評価矛盾が回避できないとする。すなわちBGHは、贈与物の「瑕疵」から受贈者に生じた損害に対する贈与者の責任は、BGB524条1項により贈与者が悪意でありかつこれを黙秘していた場合のみ問題となるが、その一方で瑕疵はないが「危険な」物の贈与者は、危険性に関する説明義務に軽過失による違反した場合にも、受贈者が損害を受けるならば責任を負うであろうとする評価は矛盾であるという¹³⁾。これとは反対に、財産を手放しそしてこれを寛大

にも受贈者に無償譲渡する贈与者が、受贈者の契約期待に関連する損害に関して、一般に軽減された基準によってのみ責任を負うとする民事部の解釈は、立法者の評価にまったく一致しうるとする。なお本件では BGB521条による責任の制限が不法行為責任にも適用されるのか否かについても検討されているが、ここでは単に先例を挙げ、不法行為責任へも制限された責任の基準が適用されなければならないと述べるにとどまっている¹⁴⁾。

結局のところ BGH は、BGB521条の文言それ自体に適用範囲を限定すべきような事由がないため、基本的に贈与者の責任が問題となる場面一般（ただし目的物に瑕疵がある場合は別）に適用されるが、しかし贈与者の有する寛大さは、契約に関連するものであるため、義務違反が当該契約に関連して生じたものであるという限りで BGB521条の適用が可能であるとする。また、不法行為責任も競合して生ずる場合には、BGB521条が同じく同責任にも適用されるとするが、理由は先例を挙げるに止めるのみで詳しくは述べられていない。

(二) 学 説

学説における BGB521条の射程をめぐる議論では、とくにこの規定が贈与者の保護義務違反に基づく責任が問題となる場合にも適用されるのかどうか、そして不法行為責任にも適用されるのかどうかにつき争いがある。ここでは、大きく分けて3つの見解が存在する。それぞれ、BGB521条による責任制限は不能および遅滞による損害賠償の場合にのみ適用されるという見解（276条優先説）、契約締結前あるいは契約上の保護義務違反、瑕疵結果損害、不法行為などに基づく損害に対して521条の適用があるとする見解（521条優先説）、そして BGH と同様に、保護義務違反による責任が問題となる場合、その保護義務が契約目的に関係していれば521条の責任制限が適用されるとする見解（折衷説）である。

1 276条優先説

この見解は、贈与契約において契約締結上の過失や保護義務違反といった、不能や遅滞以外の義務違反類型が認められる場合、この帰責を判断する際に BGB521条の制限された基準は適用されず、276条による通常の基準（故意・過失）によるべきとするものである。また、競合する不法行為責任に対しても BGB521条は適用されず、823条1項などの基準のみが問題となるとする。そこでは、立法者の意思への合致や完全性利益という要保護性の高い利益の侵害が問題となる場合には、責任制限の適用に問題があるとする理由が主に用いられている。

(1) シュレヒトリーム (*Peter Schlechtriem*) の見解

シュレヒトリームは、BGB521条の射程範囲につき立法者意思を考慮する。すなわち立法過程では、BGB521条の適用領域につき、契約によれば受贈者にとって典型的に期待可能であった事柄の不発生のみが問題とされていたことが明らかであるとする。BGB521条の立法趣旨に関して、第一草案442条（現行521条）は第一草案440条（現行518条）で定められる贈与約束に関係し、そのために贈与することを約束された物が給付されないことが適用領域として想定されていた¹⁵⁾という。しかし第一草案442条を BGB521条に改める際¹⁷⁾に、適用範囲の拡大が予想されず、そのために同条の適用範囲を限定することなしに規定されてしまったと指摘する。そして、受贈者の契約利益が不法行為法における保護利益に一致することはないが、積極的契約侵害論の展開で契約における保護利益に身体、生命、所有権等の法益が取り込まれたことで、ここで契約責任と不法行為責任との競合問題が生じたという。しかしシュレヒトリームは、そうであるからといって積極的契約侵害に基づく責任（あるいは契約締結上の過失による責任）に対して BGB521条が適用されるかどうかはもちろん疑わしいという。それは、立法者によって想定された通常の契約利益を超える利益の侵害に対する責任に対して、責任制限規定を拡張適用

するには根拠づけが必要であること、その根拠づけは契約による保護に取り込まれるその他利益のすべてに適合する必要があること、そしてそのような利益の保護を責任の制限によって弱めるためには説得力ある理由が必要であるからとする。¹⁸⁾そして、責任制限が一般的に要求される行為義務に適用されるべき理由、その義務違反のための責任が制限されるべき説得力ある理由は存在しないため、贈与者の寛大さは受贈者の契約期待に関連するにすぎないことから、一般的財産保護に関連するものではないとする。¹⁹⁾

なお、シュレヒトリームは贈与目的物の瑕疵から生じた瑕疵結果損害に関する責任の制限について以下のように述べる。立法者は瑕疵結果損害をBGB524条1項において扱うことを想定しており、その限りでのみ責任制限が不法行為責任へ適用されるべきかどうかを検討されなければならないとしていたという。²⁰⁾しかし、そのような責任制限を認めることは学説ではほとんど主張されず²¹⁾、正当化も困難であるとする。²²⁾そして判例を引用し、瑕疵結果損害については現在のところBGB521条によって処理されるという意見のみ見受けられるという。²³⁾

(2) ラーレンツ (Karl Larenz) の見解

ラーレンツは被侵害利益に着目する。²⁴⁾BGB521条は約束された贈与目的の実現に基づく受贈者の利益に問題が生ずる場合、すなわち給付不能および遅滞の場合にのみ適用され、贈与者の保護義務違反や受贈者のその他法益の保持利益が問題となる場合には適用されないとする。²⁵⁾なぜならば、贈与者の利他性 *Uneigennützigkeit* は、他人の法益保護への無配慮までも正当化するものではないからだという。

次いでラーレンツは、前掲BGH判決が不法行為責任にもBGB521条の適用を認めた点について次のように批判する。すなわち、「…BGHは『契約目的と関連する』保護義務違反が問題となる場合、不法行為責任もまた責任制限規定の適用を受けるといふ。しかし、問題となっている社会生活上の安全

義務 Verkehrssicherungspflicht 違反およびそれにより根拠づけられる不法行為責任に521条は適用されるべきでないだろう。贈与者の『利他性』は、本件事例のように、贈与者にとって不要である廃棄物を最も容易な方法で廃棄したことで問題が生ずる場合であっても、社会生活上の安全義務の軽減を正当化するものであってはならない²⁶⁾という。

(3) シュトル (Hans Stoll) の見解

シュトルも立法過程に着目する。シュトルは前掲 BGH 判決の評釈において²⁷⁾、BGB521条の立法過程から同条では贈与約束 (BGB518条) の不履行に基づく責任のみが適用範囲として想定されていたとする。現在の BGB521条に適用範囲を限定するような文言が用いられていないことに特別な意味はなく、それは立法当時の判例・学説の立場上、贈与者の契約責任は、贈与約束によってのみ根拠づけられる給付義務の不履行のみを意味していたことは明らかであり、その限りでは立法者は文言を限定していたからだという。そして完全性利益侵害は立法者によれば不法行為法規範の問題であったという。

しかしシュトルは、完全性利益保護の扱いについては立法者に批判的である。立法者は完全性利益保護について、不法行為法の問題であるとするが、BGB524条1項における「そのことから生ずる損害」(＝瑕疵を悪意で黙秘していたことから生ずる損害) という文言と評価矛盾に陥っているように思えるという。その限りではシュトルはBGHと評価を同じくする。しかしシュトルは、BGHが契約目的と「関連する」保護義務および社会生活上の義務にBGB521条が適用する理由として、そうしないのであればBGB524条1項との評価矛盾に陥る恐れがあるとした点につき反論する²⁸⁾。すなわち、①BGHの解釈によればBGB524条1項は特別法としてBG521条に優先するが、なぜ贈与者が(目的物の)欠陥について、その欠陥を故意に黙秘した場合だけでなく、重大な過失により黙秘してしまった場合にも責任を負うこととなつてよいのかが不明であること²⁹⁾、②BGB524条1項は目的物に瑕疵がない

ことに対する受贈者の信頼（＝信頼利益）を保護するため、立法者は BGB524条を完全性利益の侵害場面に適用することを意図していないと指摘する。このことから BGB521条および524条は完全性利益保護に関連しないと³⁰⁾する。

ただし贈与契約における贈与者の無償の行為＝寛大さを全く評価しないというわけではなく、取引慣行として他方当事者に純粋な好意を示す者に対して、どのような程度の注意を要求するのかが問題となるという。そのため、結論としては無償行為者について保護義務違反や社会生活上の安全義務違反の認定について、その寛大さが考慮されてよいという。³¹⁾

(4) シューベルト (Werner Schubert) の見解

シューベルトは、結論としては完全性利益に BGB521条は当然には適用されないとするが、その理論構成は特徴的である³²⁾。まずシューベルトも立法者の見解を検討する。そして契約責任と不法行為責任との競合問題は、立法者にとって認識されていなかった積極的債権侵害という義務違反類型を媒介として不法行為法の欠缺を補充する試みであり、BGB521条を贈与目的物に関連するあらゆる義務に適用しようとするならばこの意図に背くことになるという。一方、契約責任と同じく不法行為責任も立法時からその範囲について³³⁾相当に変更が生じたため、問題を解決するに当たって立法者意思への単純な回帰は不可能であるという。しかし、支配的見解（シューベルトによれば折衷説）による BGB521条の拡大解釈は、立法者の意思に明確に反しかつ受贈者の権利保護を正当化しえないほどに制限することになるともいう。

そこで BGB521条の射程について再定式化を試みる。シューベルトによれば、贈与契約における完全性利益侵害の場面において、贈与者が受贈者に「特別な信頼」を与えた場合には BGB521条は適用されないと³⁴⁾する。さらに不法行為責任に対して BGB521条の適用を認める BGH の見解は若干抽象的であるという。³⁵⁾ 贈与目的物と関連し、受贈者の身体損害を導く保護義務違反が問

題となる場合には不法行為責任を追及するに当たっても BGB521条による責任の基準が適用されるのかという問いに十分に答えるものでない以上、BGHの見解は否定されるとする。そこで、贈与契約において不法行為責任が追及される場合にも、贈与者の行為義務の射程は受贈者の契約の期待から導かれるべきであるとする³⁶⁾。

(5) グルントマン (Stefan Grundmann) の見解

グルントマンは、無償契約債務者の責任制限規定に関し、とくに瑕疵結果損害に対する責任制限規定の適用可能性について以下のようにいう³⁷⁾。まず、無償契約における瑕疵結果損害は、不履行に基づく損害ではなく不完全履行に基づく損害であり、この損害はその大部分が積極的契約侵害を根拠に帰責されるとする。しかし、この原則は BGB 立法者に知られていなかったため、法律に欠缺があるとし、法規の文言や立法者意思を根拠とすることができないという。そこで体系的解釈を試みる³⁸⁾。BGB における無償契約債務者の責任制限規定のなかでも、債権者の完全性利益に係る BGB690条 (無償受寄者の注意義務の軽減) が重要であるとする。寄託契約において、無償契約債務者 (受寄者) による目的物の滅失や損傷というかたちでの義務違反は、まさに債権者 (寄託者) の完全性利益を侵害するものであるが、この場合に無償で物を預かる受寄者の注意が自己の物に対するのと同一の注意に軽減されている理由は無償性によるというよりも、他人の物と自己の物とを同時に管理するというに由来するという。そのため、BGB690条という完全性利益に適用される唯一の責任制限規定の趣旨は、その他の責任制限規定には当てはまらないとする。したがってこれ以外の無償契約における責任制限規定は、無償契約債権者の完全性利益侵害について、無償契約債務者の責任を重大な過失や悪意による義務違反がある場合にのみ生ずるとしていただけないことになるという。

そして、目的論的解釈も同様の傾向を示すという³⁹⁾。支配的見解 (折衷説) は、

無償契約債務者に対して目的物をできるだけ正確に検査することを要求できない理由として債務者の負いうる高額な損害賠償の請求を回避するという目的を挙げるが、無償契約の債権者は、債務者がこのような措置を最大限に果たすことではじめて危険を免れる。そのため、支配的見解による限りでは、場合によっては重大な過失がある場合や、それどころか故意ではあるが悪意ではないという場合にも無償契約債務者を免責しなければならないと適切でない⁴⁰⁾と指摘する。このとき無償給付に対し、債権者はいわば危険の引受けというかたちで対価を払っているのであり、経済上の意味ではもはや無償でないという。そして、目的論的解釈によれば、瑕疵結果損害のための責任は不法行為責任になじみやすく、贈与者および使用貸借貸主はその債権者よりも物の特性についてよく知ることができ、それゆえに危険をより少ない費用で抑制できるという⁴⁰⁾。そして、相手方の財産が侵害される場合、以上から無償契約債務者が危険を相対的によく支配できるため、無償行為は質的に転換し、軽過失によりすでに責任が肯定されうるとい⁴¹⁾う。

グルントマンは以下のように結論づける。「すべての無償法律行為につき、無償契約債務者は、他方当事者の完全性利益侵害のため、軽過失がある場合に責任を負う。ただし、以下の場合を別とする。すなわち、(寄託契約において)債務者がBGB690条によって要求される注意を遵守している場合、そして常にBGB254条を通じて寛大さもまた考慮されうるとい⁴²⁾う留保を伴う場合である。履行利益に関しては、無償契約債務者は、少なくとも重大な過失のある場合に責任を負い、権利あるいは物の瑕疵に関しては、債務者の財産に存在した物を譲渡する場合においては、悪意の場合にはじめて責任を負う」とい⁴²⁾う。ここでは無償契約債務者の完全性利益保護のための責任について、贈与法などが規定する制限された帰責の適用可否ではなく、無償契約債務者が無償給付によって示す好意や寛大さといった要素をBGB254条という共働過失を通じた損害賠償額減額要素として考慮することで、いわば責任の量的制限という意味での責任制限が志向されており、注目できる。

(6) コルホッサー (*Helmut Kollhosser*) の見解

コルホッサーも、立法者の想定していた BGB521条の適用範囲は不能および遅滞という不履行類型のみであり、その他の不履行類型には適用されないとする⁴³⁾。BGB521条という責任制限が不法行為責任の制限をも導き、さらに契約上・契約前の注意義務も制限することは、受贈者にとって贈与者の影響圏内に入ることを危険なものにするという⁴⁴⁾。つまりほんの些細な贈り物でもって、贈与者は受贈者の持つ最高法益の侵害についてさえ、重大な過失がなければ責任を負わなくてよいという特許状が与えられることになるが、これは適切ではない。贈与者の寛大さは、贈与物を超えて一般的に他人の法益保護を目的とする一般的注意義務を BGB521条の定めるように強力に免除するための根拠としては十分でない⁴⁵⁾。そのため、この場合は BGB276条の基準が適用され、贈与という契約の特別性はせいぜい注意義務を算定する際に考慮されうるにすぎないという⁴⁶⁾。

ただし、不法行為責任に対する BGB521条の責任基準の適用可能性については、上記の他の見解とは異なる見解を示す。すなわち、契約法上の責任制限は BGB823条以下による不法行為責任に対しても適用されなければならないならず、それは、適用がないとすればこの責任制限が一般に無意味なものになりうるからであるとする⁴⁷⁾。しかし、あらゆる不法行為責任に対して責任制限規定が適用されるとはせず、前掲 BGH 判決に従い、責任制限規定は、保護義務違反に対し責任制限規定が適用される場合、そしてその限りでのみこのとき競合する不法行為責任に対しても適用されるとする。

しかし結論としては、先に述べたように BGB521条は保護義務違反には適用されないため、結果として責任制限を受ける保護義務と不法行為責任との競合は生じえず、不法行為責任に521条が適用されることはないとする。また、物の瑕疵より生じる瑕疵結果損害のための帰責基準も BGB276条によるとす⁴⁸⁾。贈与という契約の特別性は、注意義務の範囲決定の場合に考慮されるにすぎないとしている⁴⁹⁾。

2 521条優先説

この見解は、贈与者による保護義務違反や、贈与目的物の瑕疵から生じた瑕疵結果損害に対する責任を判断するに際して、BGB521条の基準を適用することを支持する。ただし、この見解を現在主張する学説はごく少数であり、ここではヴィンマー⁵⁰⁾―レオンハルトの見解のみをあげる。なおヴィンマー―レオンハルトは、保護義務違反について BGB521条の基準による責任制限を認めつつも、不法行為責任に対する521条の適用を認めないという点で特徴がある。

ヴィンマー―レオンハルトは BGB521条の射程に関し、上記 BGH の態度は瑕疵結果損害を BGB524条の問題とし、一方で不適切な説明による損害を521条の問題とする点で適切でないとする。しかし、契約目的と関連しない受贈者のその他法益に対して生じた損害に対する責任が問題となる場合にも、その原因が何であるか（物の瑕疵、誤った指示、あるいは不注意）に関わらず責任の基準を統一する必要がある、一般に贈与者は BGB280条1項に基づいて521条の基準をもって責任を負うとする⁵¹⁾。さらに、立法者意思をもってこのことに反論することはできないとし、その理由をドイツ民法学説における BGB 立法後の契約義務構造論の展開に求める。すなわち、契約締結上の過失や積極的債権侵害という概念はたしかに立法後はじめて発見されたこと、一方で BGB521条は文言上不能ないし遅滞に限定されることなく包括的に規律されていることからすれば、仮に立法者が立法当時既知であった一定の給付障害類型（不能、遅滞）を同条の適用の対象としていたとしても、契約上問題となる責任すべてについてこの規定が適用されるわけではない、ということにはならないという⁵²⁾。

その一方で、不法行為責任（とくに本来的な不法行為責任）に関しては、BGB521条の基準は適用されないという。すなわち、不法行為責任を補充するために積極的債権侵害論が展開されたが、これは贈与者にとって、その責任制限を契約上の結びつきのない第三者に対しても拡張することになったと

する。しかしこの場合、不法行為責任に BGB521条が適用されないとしても、他の学説が論ずるように契約法上の責任制限規定が空転することはなく、むしろ責任制限規定は、積極的債権侵害および契約締結上の過失によって補充される贈与者の責任のみを対象とする。したがって、受贈者の完全性利益は、軽過失のために追及される不法行為責任と、重過失がある場合には追加的に問題となる契約責任とにより十分に保護されるという。⁵³⁾

3 折衷説

この見解は、贈与契約において契約締結上の過失や保護義務違反といった、本来的な給付義務違反以外の義務違反類型に基づく損害に対する責任が問題となる場合、BGHと同様に同義務が契約目的と関連する場合に限って BGB521条による責任制限の適用を認めるものである。また、この場合に不法行為責任が競合して生ずるときも、同じく契約目的と関連する保護義務が問題となる限りで不法行為責任に対しても BGB521条の基準を適用して帰責が判断されるべきとする見解が多い。

(1) ゲルハルト (Walter Gerhardt) の見解

ゲルハルトは、カナーリスやティーレの見解を参考⁵⁴⁾に、BGB521条等の責任制限が積極的債権侵害あるいは契約締結上の過失へも適用可能であるかについて検討する⁵⁵⁾。ゲルハルトによれば、カナーリスは、法律による責任の修正を契約前の段階における義務違反が問題となる場合にも拡張することを支持しており、カナーリスによる統一的保護関係においては、贈与者あるいは無償受寄者が一方当事者であるならば、法定保護関係の下でもそれぞれの契約法規定が定めている責任制限規定が適用されるであろうことが推論されるという⁵⁶⁾。さらにティーレを引用し、責任制限は、責任制限規定によって保護を受けることにより利益を受ける者が、契約において贈与者（または使用貸借貸主、無償受寄者）という立場に対して要求される行為をする場合におい

てのみ適用されるという。そのため保護義務の枠内で、給付目的物と関連する損害と目的物それ自体と関連しない損害とを区別し、前者の損害であれば債権者のその他法益への結果損害に関しても、BGB521条などの基準が適用されて故意または重大な過失の場合にのみ責任を負うという⁵⁷⁾。

しかし、ゲルハルトによれば、ティーレの見解に賛成しうるものの瑕疵結果損害に関しては BGB524条が適用される必要があるという。すなわち、ティーレの見解によれば、責任制限の問題においては基本的に「所有者が危険を負担する *dominus sentit casum*」という原則の作用が問題となり、物の危険が贈与者に転嫁されないということは、贈与目的物へ向けられる責任制限と贈与者の利他主義的行為への配慮とから導かれる。そしてまた、受贈者は贈与を受けることを強制されず、物とともに瑕疵などによる損害発生の可能性をも自己の支配領域に取り込むか、あるいはそれを放棄するかを決定できるからだという⁵⁸⁾。

(2) メディクス (*Dieter Medicus*) の見解

メディクスは、BGB521条の射程に関して、276条優先説の多くが根拠として挙げる BGB 立法者の意思や債権者の保護の必要性は、保護義務違反等に対して責任制限規定の適用を認めない理由にはならないという⁵⁹⁾。メディクスによれば、276条優先説は債権者の保護にのみ一方的に注意を払い、他方で責任制限を受ける債務者の利益は考慮しない。しかし、責任制限を受けるという債務者の利益にも十分に配慮すべきであり、その理由も存在する。すなわち、贈与者は贈与によって財産上の出捐を進んで行すが、その出捐は贈与される目的物の価値に限られる。しかし債権者の保持利益は給付利益とは異なってこれをさらに上回りうるのであり、場合によっては全く算出不能なほどに高額になりうる⁶⁰⁾。そのような極端な損害が生じた場合、債務者自身に軽過失しかないのであれば、債務者側としてこれを補償するつもりがないということはもっともであるし、債権者側でもほぼそのように期待すべきであ

る。そして、責任制限規定の適用を保持利益侵害場面へと拡張することは、生命および身体という法益が高度の要保護性を有しているとしても避けられないという。⁶¹⁾

次に、保護義務違反等に BGB521条の適用がないとすることにつき、立法者意思を理由とできないとする。まず BGB521条の文言は全く限定なく規定されており、適用が契約の「履行」に限定されるような規定ではない。そのため、この規定を限定的に解釈することが実際に可能であるか、そしてそうすべきであるかは疑わしいという。⁶²⁾ さらに BGB 成立後に展開されてきた保持利益保護論によっても説得力を失うという。つまり保護義務論の展開により契約責任領域が拡大された一方で、不法行為領域についてもいわゆる社会生活上の安全義務による領域拡大が認められることから、相対的に贈与者の責任領域も拡大されていることとなるため、BGB521条の適用範囲も広げるべきであるという。

そこでメディクスは、BGB521条の射程について次のように言う。まず、責任制限規定はその文言上は債務者の帰責性（故意・過失）に関連するものであるが、その帰責性が問題となる前提は債務者の負っている義務であり、そのために責任制限はまず義務違反そのものに関連するという。⁶³⁾ ここでは贈与者が損害賠償請求からのみならず、履行請求権からも解放されうることが重要であるという。⁶⁴⁾ また、給付義務と保護義務とがしばしば区別できないことから、責任制限の適用を給付義務違反の場合に限定することも意味のないものとなるという。⁶⁵⁾ さらに、贈与者の契約上の義務は制限されるが、競合する不法行為上の諸義務は制限されないとすることも問題があるとする。なぜなら、これを認めるならば、契約法が責任制限規定を通じて贈与者に与えようとしている免責効を不法行為法により失わせることになるためだという。⁶⁶⁾

そして、責任制限による帰責性の制限が、義務の制限と同様に保持利益侵害のための責任および競合する不法行為責任のためにもまた適用されるかと

いう問題について以下のようにいう。まず、帰責性レベルでの個別的事情が義務レベルでの一般的事情と異なる取り扱いをされる理由は定かでない。そして、給付利益と保持利益との区別困難性や、保持利益に関する債務者の莫大かつ重大な負担の可能性のため、保持利益侵害のための責任や不法行為責任に対しても責任制限が適用されるという。⁶⁷⁾

次いで瑕疵結果損害に関して、シュレヒトリームやシューベルトの見解によれば契約責任と不法行為責任との差はなくなるが、とくにシューベルトがその論拠としている瑕疵損害と瑕疵結果損害の区別自体が問題のあるものであるとする⁶⁸⁾。そして瑕疵損害の賠償が、なぜ因果関係上隔たりのある瑕疵結果損害の賠償よりも強く制限されるべきか理解できないという。結局、これらの見解によれば悪意のための責任とあらゆる過失のための責任の間の「責任の断絶 Haftungssprung」が不当に広がるとし、瑕疵結果損害が「契約目的物と関連する」保護義務違反に由来する場合にのみ⁷⁰⁾、BGB521条による責任制限の適用を認めるBGHの見解が好ましいとする⁷¹⁾。

(3) ミュール＝タイヒマン (Otto Mühl / Arndt Teichmann) の見解

ミュール＝タイヒマンも、基本的にメディクスと同様の見解である⁷²⁾。すなわち、まず目的物自体の物および権利の瑕疵に関してはBGB523条および524条が優先するが、いわゆる瑕疵結果損害に関しては争いがあるとする。ここで、立法者の意思によれば、BGB521条以下の諸規定は、贈与契約の履行が問題となる場合にのみ贈与者の責任を制限すべきというものであったが、このことは贈与目的物自体が問題となるには、帰責のためにより高度な帰責性を要求するというものだったという。それによれば、BGHの見解は原則として支持でき、贈与者が一般的保護義務（受贈者のその他法益を侵害しないという義務）に違反する場合や贈与目的物と関連する義務違反の場合には、少なくとも重大な過失が必要であるという。不法行為責任に関して、契約目的に関連する保護義務が問題となる限りで、制限は適用されるという。

(4) コッホ (Jens Koch) の見解

コッホは、保護義務違反に対する BGB521条の適用可能性をめぐる争いに関し、贈与契約において常に276条を責任の基準として用いるという見解は立法者意思に由来しえないという⁷³⁾。BGB521条は、立法者によれば、贈与により給付を約束された目的物の履行不能あるいは履行遅滞のための給付不実現による損害にのみ関連するという事は正しいが、521条が規定されるに際しては、立法後に構築された概念である契約締結上の過失・積極的債権侵害が考慮されていなかったこと、法文自体にこのような限定解釈の余地は見受けられないこと、よってBGB521条の限定解釈はBGB524条に対する矛盾が生じることという理由から⁷⁴⁾、立法者意思を根拠にBGB521条の適用範囲を制限することに反対する。一方、BGB521条を法文のままにあらゆる形態の契約責任の基準として適用を拡張するのであれば、かえって受贈者側の負担が過度になるとし、贈与者自身の寛大さという要素のみでは、相手方のその他法益に対する配慮を要請する一般的義務を免除するための十分な理由にならないという。そのため、受贈者の契約に対する正当な期待に鑑みて、BGHの見解が適切であるという。

競合する不法行為責任との関係については、損害が贈与目的物と関連し、保護義務違反に基づく契約責任に対して責任制限規定が適用される限りで、不法行為責任にもBGB521条の基準が適用されるという⁷⁵⁾。もしそうでなければ、責任制限規定が無意味なものとなってしまおうとする。これに反対する見解(276条優先説)に対しても、BGB521条を不法行為責任へ適用することは立法資料と対立せず、それは立法者がBGB600条の射程に関して、目的物の瑕疵によって債権者(借主)の完全性利益に損害が生ずる場合には、不法行為責任を限定することなく適用することで債権者を保護することを想定していたとしても変わらないという。このことはむしろ、今日認められている不法行為責任の範囲拡大を立法者が明確に理解していなかったことに示されるとい⁷⁶⁾う。

二 BGB521条と給付の原始的・主観的不能

改正前の BGB において給付（履行）不能という不履行類型は、主観的・客観的、原始的・後発的という区分に従ってその効果が区別されていた。⁷⁷⁾ すなわち、原始的客観的に不能な給付を内容とする契約は無効であったが、原始的ではあるものの債務者にとって主観的に不能であるに過ぎない給付を目的とする契約は依然有効であった。さらにこのとき、債務者は契約によってその給付能力に関して保証を行っているとして、帰責性に関わらないいわゆる保証責任が債務者に生ずるという理解が一般的であったとされる。そこで本稿との関係では、BGB521条や BGB523条 1 項といった規定が、贈与契約の目的が原始的かつ主観的に不能であった場合にも適用されるのか、が問題となろう。

これにつき、ドイツ債務法現代化法施行の 2 年前である 2000 年に BGH において、贈与契約に基づいて生じた給付義務が原始的・主観的に不能である場合、贈与者はどのような責任を負うかについて判断がなされた例が見受けられる。さらに同判決に対して学説からも反応が示されている。

(一) 判例

【BGH2000年 3 月 23 日判決】⁷⁸⁾

〔事案の概要〕

被告 Y は、1994 年にその甥の息子である原告 X およびその兄弟と、F 市において建設された不動産において Y の有する共有持分につき、公証人によって証明された不動産譲渡契約を締結した。それによれば、引渡しは終身の無償用益権を留保して相続の方法で行われることとされており、X およびその兄弟はそれぞれ共有持分を取得するものとされた。しかし実際には、当該不動産は共有の状態にはなかった。不動産は、Y を含む相続共同体において合有の状態にあった。それゆえ Y は、契約を履行することができなかった。X はその後も Y の合有持分の譲渡に関する新たな契約を締結しようと努め

たが、それには至らなかった。

XはYに対して、主位的に当該不動産のうち4分の1の持分につきアウトフラッシングおよび登記簿への登記の同意を請求し、そして補助的に、持分に応じた不動産の取引的価額である109,500DMに相当する損害賠償を、利息を含めて請求した。Xによる訴えの提起の後、Yは贈与契約を重大な忘恩のために撤回した。地方裁判所は主たる主張について、Yは共有者ではないとし、補助的主張については、Yがその給付能力を約束せず、またXがそれについて信頼していたということもなかったとして訴えを退けた。Xは損害賠償請求を100,532DMまで軽減して補助的主張のみを理由として控訴を試みたが、これも退けられた。X 上告。

[判 旨]

破棄差戻し。BGHは、この事案を給付の原始的主観的不能とした原審の判断を是とし、次のようにいう。すなわち「原審は、原始的主観的不能の場合、債務者は自らの給付約束によって黙示にその給付能力のための保証を受けただがために、債務者に原則として帰責性に関わらず積極的利益のために責任が生ずべきとした。他方で原審は、本件のような無償給付の場合に関しては、BGB521条ないし523条という特別な法律規定から事情が異なってくることは明らかであるともいう。BGB521条は贈与者の責任を明示的に故意および重大な過失へと制限し、権利の瑕疵に関してもまた、BGB523条はその責任を悪意ないしは重大な過失に制限する。これら規定は、贈与者の責任を無償性および贈与関係のもつ特別性のために限定するという立法者による一般的な評価づけのあらわれであるとする。それゆえに、BGB521条は原始的主観的不能に対する贈与者の責任が問題となる場合に対しても適用されなければならないとし、そしてこのとき債務者一般に課される保証責任 *Garantiehftung* は、贈与法の領域においては否定されなければならないと結論づけた⁷⁹⁾」。

しかし、「それに対して上告理由は、原始的主観的不能のための責任は判

例によって展開された一般準則によれば保証責任であり、贈与の場合においてもまたその限りで同様であるとする」とし、BGHはこの上告理由に賛同するとする。そしてその理由については以下のように述べる。すなわち、①給付の原始的主観的不能の場合、積極的利益に対する債務者の保証責任が生ずるとというのが確定判例である。②契約に基づく贈与の約束について特例を認めるための十分な根拠は存在しないからという⁸⁰⁾。BGHはとくに②の理由として、「たしかに、BGB521条、523条、そして524条は契約による贈与の約束に対して、債務者は原則として故意および過失のために責任を負うとするBGB276条に基づく一般的な責任基準の修正を規定する。しかしながら、そのような帰責基準の修正という場面は債務契約法の領域では例外的なものではない（そのほかのものとしてBGB277条、690条、708条を参照）。くわえて、BGB276条1項1文および2項から明らかになるように、法律上規定されている責任基準は、一定の限度において当事者意思に服する。しかしながら、帰責基準に関わるこれら諸規定の適用領域は、帰責性の有無による帰責判断が問題となる事実関係に限定される。このため、原始的主観的不能に対する保証責任というように、帰責性に基づいて責任を負うか否かが問題となっているのではなく、保証という方法で帰責性に関わらず責任を負うという場合、原則として法律による責任制限規定は適用されえない」とする⁸¹⁾。

そして、「帰責性に関わらない保証責任は、責任の根拠となる契約の解釈によって、両当事者がそのような保証責任を債務者に課すという意図を有していなかったということを明らかにするならば効力を生じない。本件でもそうであったかどうかにつき、原審は検討していない。本民事部は、その限りで十分な事実確認が欠けている以上、これにつき検討し、そしてこれに基づいて自判することができない」として破棄差戻しを命じた。

この判決では、被告Yが原告Xに対して、その不動産の共有持分を譲渡可能であると考えてそれにつき贈与契約を締結したが、Yは実のところ不動

産の共有持分を有しておらず、不動産はYを含む共同相続人らによる共有状態にあったので、結局譲渡を実行しえなかったという事例が問題となっている。このような事実関係のもと、Xが損害賠償を求めたことに対してBGHは、給付が原始的主観的不能である場合には、債務者はその給付能力に関して契約を締結したことで保証義務を負うのであり、給付ができないことに関して責任を問うためには過失を要件としないとしていた。そしてこれは贈与契約であっても同様とした⁸²⁾。そしてこのとき、BGB521条といった責任制限規定は、本質的に帰責性の有無、すなわち過失責任を前提とするものであるため、過失を問わない保証責任が問題となる原始的主観的不能という給付障害に対しては、贈与契約の場合であっても責任制限規定は適用されないものとしている。

すなわちBGHは、原始的主観的不能に対する贈与者の責任は、その他の有償契約の債務者の場合と変わらず、BGB521条などの責任制限規定の適用なしに、それぞれか帰責性の有無に関わらず厳格に積極的利益に対して生ずべきであると示したこととなる。

(二) 学説

このBGH判決に対して、学説の多くは贈与契約における贈与者の責任制限規定にかんがみて、贈与者にも過失を問わない保証責任を課すことに問題があるとする。一方で、BGHの見解に賛同するものもみられる。

1 責任制限適用説

多くの学説は、給付が原始的主観的に不能である贈与契約が締結された場合において、贈与者は保証責任を原則として負わないとする。その理由については、BGBにおける贈与契約の規定趣旨から、贈与者は原則として保証責任を負わないとする点で共通する。しかし厳密には、BGB521条が適用されるのか、あるいは権利の瑕疵に関して規定する523条が適用されるのかに

ついて意見が分かれているようである。

(1) コルホッサーの見解

コルホッサーは、まずBGHが上記判例において、贈与者も給付の原始的
主観的不能のために保証責任を負うとした判断を批判し、次のようにいう⁸³⁾。
すなわち、BGB157条によれば、契約は取引慣行を考慮して信義誠実が要求
するように解釈されなければならない。贈与契約における取引慣行は「貰っ
た物の品定めをするな」である。つまり受贈者は、貰った目的物がどのよう
なものであれ(それどころか権利の瑕疵のために取得できなかったとしても)
それに満足する必要があるとする。そして贈与者は、対価の存在する有償契
約の場合とは異なって保証責任を引受けるための利益を有しておらず、また
そのための合理的な動機も存在しないため、黙示的な保証責任の引受けは否
定される⁸⁴⁾という。

そしてBGHは、交換型契約において展開された原始的な主観的不能のため
の保証責任は贈与契約にも適用されるとするが、これについては① BGB523
条1項および524条1項によれば、贈与者は権利の瑕疵・物の瑕疵について
は悪意による黙秘の場合にのみ責任を負うのであるが、その一方で原始的給
付瑕疵(原始的な主観的不能)については(制限なく)責任を負うとすれば重
大な矛盾が生ずること、そして②贈与契約を信義誠実に従って解釈する場合、
受贈者は贈与者の給付能力について、贈与者が保証責任を負うと期待するこ
とは正当でないとする⁸⁵⁾。

(2) エーマン＝スーチェ (Horst Ehmann / Holger Sutschet) の見解

エーマン＝スーチェは、BGB521条および523条の立法過程から、521条が
旧307条に対しても適用可能であること、贈与者は原始的な主観的不能のため
に無条件に責任を負うべきとすることは立法者の想定するところではないこ
となどを指摘し、次のようにいう⁸⁶⁾。すなわち、「(誤って) 自己の財産に属す

と考えていた目的物を贈与する者は、この目的物を、その目的物が贈与者の財産において存在していたままにのみ贈与するという意図であるということ、そして責任は、とりわけまた原始的主観的不能のための不履行の場合には、故意あるいは重大な過失がある場合にのみ生ずべきという構想が法律の基礎となっている⁸⁷⁾とする。

(3) タイヒマン＝キースリング (*Arndt Teichmann / Erik Kießling*) の見解

タイヒマン＝キースリングも BGH を批判し、贈与契約において贈与者は保証責任を負わないとする⁸⁸⁾。「債務者」は給付の原始的主観的不能に対して積極的利益に対する保証責任を一般的に負うとする BGH の見解そのものには賛同するものの、この責任が「贈与者」にも当てはまるとすることは、「BGB516条以下の歴史解釈にも、立法者の意図にも一致しえない」という。立法者の構想によれば、贈与者は具体的な目的物をその通常の性質において譲渡することを意図しているが、一方で受贈者の財産を贈与目的物の価値でもって増加させることまでも意図してはいない。そのため贈与者は、目的物をまず他人の財産から調達するのではなく、「自己の財産から」引渡さなければならぬ場合に原始的主観的不能が問題となるのであれば、BGB523条1項および524条1項に従って、不履行のための損害賠償（積極的利益）ではなく「そのことによって生じた損害」＝信託利益のため、さらに悪意という基準で責任を負うことになる⁸⁹⁾とする。

(4) フーバー (*Ulrich Huber*) の見解

フーバーもまた、贈与者は原始的主観的不能という給付障害の場合にも責任制限を受けるとする⁹⁰⁾。原始的主観的不能、とりわけ権利調達に関する主観的不能に対して債務者が保証責任を負うという原則は、贈与契約の場合には BGB523条1項の適用によって排除される⁹¹⁾という。さらに、BGB523条は(524条も同様とするが)、あくまで現実贈与の履行時や贈与契約の締結時に、贈

与者が瑕疵を悪意で黙秘していたかどうかのみを基準とする帰責性を問題としない責任であるとして、276条に対する例外規定を成しているのではないとする。したがって、BGB523条は原始的主観的不能の場合の保証責任という構成に対する例外であり、この限りで贈与者は、原始的主観的不能という権利の瑕疵に対して523条による責任の制限を享受するという。フーバーは、BGHの理論構成（帰責性の有無を基準とする責任規範は、帰責性の有無を基準としない責任規範に適用されない）を踏まえつつ、BGB523条1項は帰責性にかかわらず責任基準であって、同じく帰責性にかかわらず責任規範である原始的主観的不能のための保証責任に対して適用可能であると構成する点で特徴的である。

(5) レーヴィッシュ (*Manfred Löwisch*) の見解

レーヴィッシュも、贈与契約における給付の原始的主観的不能の場合の贈与者の責任について、贈与者に保証責任を負わせる見解を批判し、贈与者の責任制限がBGB523条に従って認められるべきとする⁹²⁾。すなわち贈与者は、原始的主観的不能に対しては保証責任を負うのではなく、BGB523条1項に従って権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ、信託損害に対して責任を負うべきとする⁹³⁾。

このようにレーヴィッシュも、他説と同様に責任制限の適用を認めるのであるが、贈与者がBGB523条などの責任制限を享受することであらゆる義務から全く解放されるわけではない点に注意を促す。すなわち、目的物に権利の瑕疵がある場合に贈与者に悪意がないとすれば贈与者は責任を負わないのであるが、このとき贈与者がどのような義務をもおおよそ負わないという事態は回避されるべきというBGHの意見に賛同する。しかしこれについては保証責任を課すことで対応する必要はなく、それというのも贈与者はBGB523条によって責任制限を受ける場合でも、あらゆる義務から免れるというわけではないからであるとする。そして贈与者は、信義誠実の原則に従って、契

約を貫徹するために可能かつ期待されうる事柄を果たすという義務を基本的に負っているという。⁹⁴⁾

(6) ヒュッテマン (Rainer Hüttemann) の見解

ヒュッテマンも BGH の見解に異を唱え、贈与契約における原始的な権利の瑕疵については、原始的主観的不能のための保証責任を贈与者に課すのではなく、BGB523条を適用して贈与者の責任を制限すべきとする。⁹⁵⁾ まず、原始的主観的不能の場合の保証責任と BGB521条との関係については、521条は保証責任に対して適用不能であるとする BGH の見解を適切だとする。⁹⁶⁾ すなわち、BGB521条は276条に対する例外に過ぎないので、帰責性を前提としない保証責任にはそもそも適用できないという。そして「したがって、原始的主観的不能のための責任の制限は BGB523条1項に基づいてのみ生じた。この規定は、特定物の贈与約束に関しては、原始的な権利瑕疵のための贈与者の責任を二重に制限している。すなわち、贈与者はまず第一に悪意のためにのみ責任を負い、そして第二に責任は消極的利益に制限される」とする。⁹⁷⁾

2 責任制限否定説 (エメリッヒ (Volker Emmerich) の見解)

そんな中、エメリッヒは BGH に賛同する。⁹⁸⁾ すなわち、今までなお支配的であった見解によれば、原始的主観的不能のための債務者の責任は帰責性を要件としない (いわゆる保証責任)。この背景には、債務者は契約締結の際、その給付能力について無条件の保証義務を負うというすでに立法者によって示されていた思考がある。これと同じ結論が、しばしば旧 BGB 275条2項の反対解釈から導き出されている。これに従う場合、贈与において原始的主観的不能に対する BGB521条の準用あるいは直接適用の余地は全く存在しない。なぜならこのとき問題となっているのは過失責任ではなく、帰責性を問わない保証責任であり、当然に責任制限の適用が排除されるからであると

⁹⁹⁾
する。

しかし、このことをもって贈与者はいかなる場合にも絶対的に責任を負わされるというわけではなく、保証責任を放棄するという当事者意思の存在や、贈与者側による忘恩に基づく贈与の撤回によって、贈与者の保護は可能であると¹⁰⁰⁾する。

Ⅲ BGB599条¹⁰¹⁾

BGB599条は、使用貸借貸主が責任を負う基準を故意または重大な過失がある場合に限定しており、内容的に521条に一致する。BGB599条の適用が問題となった裁判例では、上記繊維かす事例のように目的物の瑕疵から借主に拡大損害・瑕疵結果損害が生じたという事例が多く、BGB521条の場合と同様にこのような損害が599条という責任制限規定の適用対象とされるのか否かが論点となっている。

一 判例

BGB599条が問題とされた事例は521条が問題となった事例よりも多いが、その多くが521条に関するBGH判決¹⁰²⁾を引用している。使用貸借法における責任制限においては、BGB599条と833条（動物所有者の危険責任）との関係が取り扱われた事例が存在する。

①【BGH1973年11月13日判決¹⁰³⁾】

〔事案の概要〕

ある乗馬クラブでいわゆるペンションを営んでいる被告Yは、自分の馬を乗馬クラブの厩舎につないでいた。1969年3月17日、Yはこの馬と初めてギャロップの練習をした。このとき、馬が嫌がるそぶりを見せ、練習が困難になった。経験を積んだ競技騎手であり、かつて3か月間被告の馬に騎乗したことのある原告Xは、Yに自分に乗馬させるよう声をかけた。その後、Y

は馬を X に委ねた。X が鞍にまたがったとき、あるいはその直後、馬は不意に頭部を後方へ振り上げて X の頭部にぶつけ、後ろ足を高く上げてバランスを失い転倒し、X の左大腿部を押しつぶした。馬の頭部がぶつかったことですでに意識を失いかけていた X は、転倒時は全く意識不明となり、大腿骨の骨折を患った。X は動物保有者である Y に対して、損害および逸失利益、適切な慰謝料の賠償を求めた。

地方裁判所は Y に対する請求のうち、その半額を正当として認めた。上級地方裁判所は、このうちさらに 4 分の 3 を正当と認め、請求額を引き下げた。Y 上告。

〔判 旨〕

破棄差戻し。BGH は本件における乗馬事故に基づく責任、すなわち Y の危険責任は、BGB833条 1 文の保護目的に含まれないために審理を差戻す必要があるという。BGB833条による責任と599条（あるいは600条）との関係については、傍論ではあるが以下のように¹⁰⁴⁾いう。すなわち、「X が馬を Y から貸借したであろうならば、動物保有者責任は BGB599条および600条という制限内でのみ問題となるであろう。すなわち、使用貸主の責任は故意および重大な過失へと制限されるであろう。たしかに、契約責任と不法行為責任とは競合する。しかしながら、BGB599条および600条のように契約責任を重大な性質の帰責性に制限している BGB は、通常は行為の違法性をも制限しているのであり、そしてしたがって軽過失の場合に不法行為責任を排除するということにもならなければならない。この結論のみが貸主・借主の関係を公平なものとするということは、動物の借主が貸主に対して常に BGB833条に基づいて責任を問いうるであろうとするならば、法律によって定められている借主へのリスク転嫁が、動物貸借の領域においては一般に無意味なものとなるであろうという考慮が示している¹⁰⁵⁾」。

②【ケルン上級地方裁判所1986年6月4日判決¹⁰⁶⁾】

〔事案の概要〕

原告Xの夫が、第1被告であるその友人Yからバイクを借りて原告と同乗して運転していたところ、前タイヤが破裂したため転倒し、X夫は致命的な傷害を負い、Xも身体に重大な傷害を負った。XとYは、前タイヤの破裂の原因が泥除けを固定していたねじにあったかどうかにつき争った。ねじは、泥除けの内側に取り付けられたナットを越え、約5～6mmほどタイヤの接地面に向かって飛び出していた。地方裁判所は、損害賠償と慰謝料を請求する訴えを退けた。

〔判旨〕

まず地方裁判所の判断について、BGB599条において規定されている貸主の責任制限を基礎として、Yはその義務違反について重大な過失がなかったとしてYの責任を否定したが、これは適切であるとする¹⁰⁷⁾。この判決の出発点は適切であり、Yの責任を故意および重大な過失へ制限することは、使用貸借契約に基づくXの請求権に関してのみならず、不法行為に基づく請求権に対しても適用されるという。さらに、BGB599条において規定されている責任制限を、823条以下に基づくXの請求権に対してもまた適用することはBGHの確定判例に一致し、本件でもここから逸脱する理由はないとする。そして判例①を引用し、不法行為責任に対しても契約法上の責任制限規定による帰責のための基準を適用させることを支持する。

また、本件では原告と被告との間に契約関係はないものの、第三者のための保護効を伴う契約論によりXもその夫とYとの契約関係に取り込まれていたものであり、YがX夫に対して契約上負っていた保護義務はXにも及ぶものとされた。しかし、その契約関係が使用貸借契約であったため、Xに及ぶ保護義務の違反に関してもBGB599条に基づく責任の軽減が適用されるとされた。

③【グレフェンプロイヒ区裁判所1990年1月10日判決¹⁰⁸⁾】

〔事案の概要〕

射撃祭のために設置された鉄パイプ製テントにおいて、被告 Y の制作した電球で装飾された射撃祭優勝者に贈る王冠を点灯させるためにテントへと敷設された電気ケーブルが、部分的にテント内の鉄製の足場に巻きついていた。そのため、近くでかくれんぼをして遊んでいた原告である子ども X が、テント内で友人を探していた際に、鉄製の足場をつかんで感電し、火傷、入院、さらにその後数週間の修学不能という損害を被った。X は、BGB823条 1 項および824条により慰謝料を求める訴えを提起した。

〔判 旨〕

証拠調べによれば、Y は、通電上安全でない王冠について、事故以前にその安全性を検査することなく、あるいは検査させることなく、または少なくとも検査していないことを伝えることなく使用のため第三者に与えた。そのため過失が該当し、BGB823条 1 項および824条に基づき慰謝料を支払う義務がある。

この判決では、王冠を制作した Y と、その王冠を射撃祭用に用いる射撃会との間に使用賃貸借が成立していたのか否かが争われた。本件では結局、裁判でこの問題が決定される必要はないとされた。理由は以下のとおりである。すなわち、「使用賃貸借の場合においてもまた、BGB599条による貸主の責任制限は、まず第一に使用賃貸借における履行利益に対する借主の損害のためにのみ適用されるということが意図されており、その一方で貸主の保護義務違反・社会生活上の安全義務違反から借主に対して損害が生ずる場合には、276条という通常の帰責基準が適用されるべきである」。さらに、X は契約に基づく貸借関係に参加してはならず、その結果 BGB599条は X と Y との間では直接適用の余地はないとする。もっとも、ケルン上級地方裁判所（上記判例②）に言及し、同判決と本判決とは矛盾するものではないとして、履行利益以外の損害に対する責任や不法行為責任に対して契約上の責任制限が全

く適用されないとする立場にはないことを明確にしている。その理由としては、上記判例②のように第三者のための保護効を伴う契約の原則による第三者（本件ではX）の契約関係（Yと射撃協会）への取込みは、王冠の設置されていたテントが不特定多数の者に対して開放されていたことから、Xについて給付との近接性を認めることができるなど一見して可能である。しかしXにおいて、Yと射撃協会との間に契約関係があったこと、そしてその関係に基づいて生ずる効果に対する認識が欠けていたために、本件ではXはYおよび射撃協会間の契約関係には取込まれず、そのため判例②のようにBGB599条を適用することで被告の責任を制限する余地はないためであるとす。

④【デュッセルドルフ上級地方裁判所1990年10月18日判決¹⁰⁹⁾】

〔事案の概要〕

原告Xは趣味で乗馬を好み、経験を積んでいる者であり、被告Yは乗用馬を保有している。当事者らは、1983年10月24日、当事者らが以前からその乗馬を預けており、そして乗馬を楽しんでいたT市にある乗馬施設Mにおいて落ち合う約束をした。Xのポニーがけがをしていたために、Xはこの日乗馬することができなかったが、Yはその馬をXに貸し与えた。Xは、次の乗馬教室の時間に馬術教師の指導の下でこの馬に乗馬することとなった。Xはこの時間に、その他5人の参加者ととも最終グループとして乗馬をしていた。馬は全くやる気のない様子であった。馬術教師はXに対し、乗馬用の鞭をいれ、馬にやる気を出させるように指示した。Xによって鞭がいれられると、馬は背中を丸め、そしてXを振り落とした。Xは木製の柵にぶつけられ、相当の負傷をしてしまった。

Xは、動物保有者であるYに対し損害賠償を請求した。Xは、乗馬はもっぱらYの利益となっていたのであり、そして両当事者は、馬の貸与の際に法律上拘束される意思を有していたと主張した。

〔判 旨〕

上級地裁は、本件の事情の下で X に生じた損害はそもそも BGB833条 1 文の危険責任の保護目的に属しないとして X の請求を退ける。

なお、BGB833条に対する BGB599条の適用については、前掲①判決を引用しながらこれを肯定する。すなわち、使用貸借契約の締結が仮定されるならば、被告は BGB599条に従って故意および重大な過失のためにのみ責任を負うであろうし、そして、この責任の基準は危険責任にも影響する。つまりこのとき、BGB599条という責任の特権は、不法行為、とりわけ833条 1 文に基づく競合する請求権にも適用されるであろう。なぜならば、「動物の借主が、貸主に対して常に BGB833条に基づいて責任を問うるとすれば、法律上予定されている借主へのリスク転嫁が、動物使用貸借の領域では一般に無意味になってしまうであろう」ためである。しかしながら被告には故意も重大な過失も認められず、加えて X は、自らの申立ての結果として、そして証拠調べの結果によれば、自らの馬とともに厩舎につながっていた Y の馬の気性を¹¹⁰⁾知っていたという。

⑤【シュトゥットガルト上級地方裁判所1991年 5月29日判決¹¹¹⁾】

〔事案の概要〕

原告 X は、被告 Y から借用したバイクを運転中、突然ライトが停止したために対向車と衝突・転倒した。X は、Y および Y の責任保険者に対し、損害賠償および慰謝料の支払いを求める訴えを提起した。地方裁判所は X の請求を一部認容した。

〔判 旨〕

証拠調べの結果、事故について証明可能な Y の帰責性が存在しないため、1984年 9月11日の交通事故のための損害賠償に対し、X は、Y に対する賠償請求権を有しない。そして、Y に帰責性が該当するとしてもこの帰責性は軽過失としてのみ評価され、BGB599条の適用の下、賠償責任を負わないとす

¹¹²⁾
る。

このとき上級地裁は、BGB521条に関する前掲BGH判決を引用し、以下のように述べる。すなわち、「BGB599条によれば、貸主は故意および重大な過失に対してのみ責任を負わなければならない。この規定はまず第一に、借主の履行利益に関連する。したがって、合意された貸借から生ずべき利益が満たされない場合、それによって生ずる損害に対して適用される。さらにBGB599条は、一定の範囲において契約前および契約上の保護義務違反の場合にもまた適用される」。そして「このとき、次のような区別づけが必要である。すなわち、BGB599条は、使用貸借の目的物と関連する保護義務が問題となっている限りで適用される。このことは、たとえば借主に対して使用貸借目的物によって生ずる危険に関する情報提供義務の違反に当てはまる。BGHはこの法解釈を、従来はBGB521条の場合にのみ主張していた。しかしながら利益状況は贈与と使用貸借とで同様であり、法律問題はどちらの場合でも同様に判決されなければならない¹¹³⁾」。このようにして本判決では、BGHの判決を引き合いに出すことで、BGB599条に関しても契約目的と関連する保護義務の違反の場合には、貸主の責任に対してBGB599条の適用があるとしている。

⑥【BGH1992年6月9日判決¹¹⁴⁾】

〔事案の概要〕

本判決は前掲④判決の上告審である。そのため、事案の概要については④判決を参照。

〔判 旨〕

原審であるデュッセルドルフ上級地方裁判所が、本件のように無償での馬の貸与による乗馬事故においてはBGB833条に規定されている動物保有者の危険責任の適用がないとした一方で、BGHは乗馬事故の場合にも、動物保有者の危険責任は「人間による操作に対する動物の反応、そしてそのことか

ら結果として生ずる危険もまた、動物の行為が予測不能であることに原因があるからであり、そのために動物保有者は被害者に対して責がなくともBGB833条に従って責任を負うべき」としてこれを認める。そしてBGB833条に対する599条の適用については、本件ではそもそも当事者間に契約関係が成立していないため、請求権競合の余地なしとし、準用はできないとした。なお、このように契約外での無償行為が問題となっている事実的關係において、BGBに規定されている無償契約における責任制限規定が類推・準用されるかどうかの問題については、「契約形成の枠内で、契約に基づく責任の基準を制限することは、使用のための貸与が無償であることと対価関係にある。責任制限は、この対価思想がなじまない不法行為関係に対して、それ単独では適用されえない。それによれば、BGB598条以下による契約関係が欠けている場合においては、BGB833条を含め、不法行為法が規定している責任が発生するといわなければならない」として適用を否定する。

ただし、BGHは本件において、Xの危険責任を認めたものの、損害賠償の範囲についてはY側の共働過失(BGB254条)が考慮されるべきとして、この点を特に指摘し原審に審理を差戻した。¹¹⁵⁾

⑦【ツェレ上級地方裁判所1994年1月12日判決¹¹⁶⁾】

〔事案の概要〕

原告Xは被告Yに、1988年8月12日、Xの兄弟の建築作業現場で発生した事故のための慰謝料の支払いを求めた。事故の当日、Xは建築現場で屋根覆いの作業を手伝っていた。この作業のため、Xとその家族らはY所有のコンベヤーベルトを使用した。Yは、Xの兄弟に対し、兄弟による電話での依頼に応じてコンベヤーベルトの使用を許可した。Xとその兄弟がベルトを運搬しようとした際、当然ベルトが折れたため、Xを下敷きにした。そのためXは、就労不能を伴う相当な損害を被った。XはYに損害賠償を請求したが地方裁判所は訴えを退けた。

〔判 旨〕

Y に対する BGB823条および847条による損害賠償請求権・慰謝料請求権は認められない。Y に説明義務違反について軽過失があったかは不確定であるが、いずれにせよ Y に重大な過失はない¹¹⁷⁾。

そして上級地裁は、BGB599条と保護義務違反ないし不法行為責任との関係について、以下のように述べる。すなわち、BGB599条によれば、貸主は故意および重大な過失のためのみ責任を負わなければならない。使用貸借貸主の責任制限規定に関しては、BGH が BGB521条における贈与者の責任制限規定に対して述べたことと同様のことが妥当する。BGH の判例によれば¹¹⁸⁾、責任制限は贈与の目的と関連しない保護義務の違反が問題となる場合には適用されない。しかしながら、この種の関連が存在する場合には責任が制限される。そして本件では、その関連の存在と義務侵害が X によって主張され、そして実際に使用貸借と関連する保護義務が存在する。

不法行為責任に関しては、確定判例によれば責任制限規定は不法行為責任にも適用されるとし、そうでなければ契約法規定が無意味なものとなってしまおうとする。また、判例②や③と同様に、本件でも X と Y との間に契約関係はないが、X も X の兄弟と Y との間の契約の保護範囲に取込まれていた¹¹⁹⁾のであり、X の Y に対する不法行為上の請求権には、BGB599条の適用があるとされた。

⑧ 【バンベルグ上級地方裁判所1998年6月29日判決¹²⁰⁾】

〔事案の概要〕

1990年5月24日14時30分頃、当時7歳の子どもであった原告は、その両親の住む家の前で子供用自転車で事故に遭遇した。この自転車は、もとは被告がその息子のために購入したものであり、原告に使わせていたものである。事故を通じて当の負傷をしてしまった原告はとりわけ被告に対して臓器損傷について責任があるものと主張。

[判 旨]

請求棄却。上級地裁は当事者間に使用貸借契約の存在を認めた上で、本件ではBGB599条の適用があるという。そしてこの責任制限規定は、契約責任についてのみならず社会生活上の安全義務の違反に基づいて生ずる不法行為責任にも適用されるとし、そのように解釈しないのであれば、「自己の財産に対するのと同一の注意」への注意義務制限を伴う責任の特権は、請求権競合によって空洞化されてしまい、そしてこのために一般に無意味なものになってしまうから¹²¹⁾という。

⑨【ツェレ上級地方裁判所2005年7月14日判決¹²²⁾】

[事案の概要]

子どもである原告Xは、被告Yが社会生活上の安全義務に違反したとして、Xが2003年11月2日に被った事故による損害の賠償と、慰謝料の支払いを請求した。本件事故は、Y所有のC市H高校を会場とした、子どもの誕生会の当日、誕生会の行われていた体育館の外で発生した。Xは、レンガ塀に1.2mの高さで取り付けられた6～10cmの金属製アンカーにより、右目に重傷を負った。この傷害は、Xがイチイの生い茂る花壇に落ちた自転車用ヘルメットを拾おうとした際に負ったものであった。Yは、金属製アンカー自体が一般社会生活上使用されることが認知できる範囲になかったとし、社会生活上の安全義務違反を否定した。地裁は2割の共働過失をもって、2万ユーロの支払いを認めた。

[判 旨]

イチイによって覆われた金属製のアンカーは子どもにとって危険の原因であり、Yにとって認識可能で、その除去を期待することもできた。本件では、純粋な好意関係のみが問題となるため、BGB599条による責任制限は適用されないとされた。

しかし、BGB599条と保護義務違反、そして不法行為責任との関連につい

ては、以下のように述べる。「しかしたとえ本件で法的意味における使用貸借関係が認められるという意図があったとしても、原則として不法行為責任に対しても拡張しうる BGB599条の責任制限は本件では適用されない。BGHが BGB521条という同種の規定に関して述べたように、責任制限は、契約目的と関連する保護義務の違反が問題となっている場合に適用される」。このように、BGB599条の責任制限は、BGB521条に関する先の BGH 判決に従って条件付きで保護義務違反や不法行為責任に対しても適用されるとする。しかし、本件では（あると仮定した場合であるが）使用貸借関係の目的は、体育館およびその設備一式の利用にすぎず、その一方で、Y がその設備を適切に管理していなかったために X が負傷した H 学校の屋外設備は目的となっていないとして、本件ではいずれにせよ、BGB599条の適用の余地なしとしている。

以上、それぞれ①から⑨の判決を挙げた。まず、判例①・④では BGB599条と不法行為責任（特に動物保有者の危険責任に関する BGB833条）との関係が、そして②・③および⑤から⑨の判例では、BGB599条と保護義務違反ないし不法行為責任（BGB823条以下）との関係が問題になっている。

判例①、④、そして⑥は、いずれも原告が被告から一時的に乗馬を借りたものの、その馬が急に暴れるなどして原告が損害を負ったという事例である。BGH やその他下級審の判例は、このような事例において、使用貸借契約が両当事者間に認められる限りは BGB599条による責任の制限を不法行為責任にも適用させようとする。その理由としては、契約法上は責任制限によって貸主から借主へのリスク転嫁が定められているにも関わらず、不法行為を通じてそのようなリスク転嫁が無意味になってしまうからとされている¹²³⁾。そのことから、BGH などは当事者間に契約関係がないと認められる場合には、不法行為責任に対する契約法上の責任制限規定の適用の余地はないとする。

判例⑥では、当事者間に契約関係が認められなかったが、純粋な好意関係

において生じた損害の賠償範囲について、BGB254条が考慮されるべきとされている。ただし、その考慮要素として同判例では無償性や好意といった点はあげられていない。この点、学説では、BGB254条を用いることで契約関係ではない事実的な好意関係下にある無償行為者とそれを受ける者との責任負担を調整すべきとする意見もある。たとえばヴェスターホフは、判例⑥に対する評釈の中で、「好意給付を受け取ることによって、XはYに対して、請求をしないという信頼を呼び起こさせた。他人の法領域に接触するこの行為は、全く容易に帰責性と同視され」うるものであり、また「好意によって、信頼に基づく拘束が生じうる。それに反することは、自身の行為に反して振舞うこと *venire contra factum proprium* である」¹²⁴⁾という。

次に判例②、③そして⑦では、原告と被告との間に契約（使用貸借）関係が認められない事例が問題となっている。しかし裁判所は、第三者のための保護効を伴う契約の理論により、第三者が契約による保護領域へと組入れられている場合には、債務者が債権者に対して負う保護義務が第三者にもおよび、これにBGB599条も適用されるとする。これらの判決においては、BGB521条に関する上記BGH判決が採用した区別である、「契約目的と関連する保護義務の違反に対してのみBGB521条の責任制限が適用される」という命題について明確に言及するものもある。

最後に判例⑤・⑧・⑨も、BGB599条による責任制限が保護義務や不法行為責任に対しても適用されることを示しているが、特に保護義務に対して責任制限を適用するための条件として、BGB521条に関するBGH判決を引用し、BGB521条とBGB599条との利益状況は等しいとしてこの解決に賛同することを明確にしている。

二 学 説¹²⁵⁾

BGB599条の射程をめぐる議論状況は、基本的にはBGB521条のそれと同一の状況にある。ここでも大別して、BGB599条の適用場面は本来的な給付

不発生の場面である給付不能や遅滞という義務違反類型であるとする見解と、BGB599条は保護義務違反などそれ以外の義務違反類型にも適用されるとする見解とに分かれる。

(一) 276条優先説¹²⁶⁾

1 シュレヒトリームの見解

シュレヒトリームは、使用貸借貸主は、借主が貸借目的物を利用することで得られるはずであった利益を喪失させる限りで故意または重大な過失によってのみ責任を負うとする¹²⁷⁾。そして、不法行為責任との競合問題に関しては、使用貸借借主の契約利益を保護するための保護法規が不法行為法上存在しないため競合は問題にならず、BGB823条1項により保護される利益が問題となる場合も、やはり契約上の給付利益は問題とならず競合問題は生じないという。BGB600条についても、権利および物の瑕疵に基づく使用に対する期待が失われる場合の責任は、瑕疵について悪意である貸主についてのみ生ずるのであって、このとき不法行為責任との競合は問題とならないとい¹²⁸⁾う。また、BGB600条の立法過程およびその資料から推察されるように、瑕疵結果損害についてはこの規定によって処理されるかのような意見も見られたが、現在では600条を適用することで、不法行為責任は貸主に悪意のある場合にのみ問うという制限を認める主張はほぼないとい¹³⁰⁾う。

2 ラーレンツの見解

ラーレンツは、使用貸借法は贈与法と同じく貸借の無償性を考慮して、使用貸借貸主の責任を貸借人の責任よりも制限しているとい¹³¹⁾う。そして、BGB599条および600条の規定は、贈与者の責任制限規定の場合と同じく目的論的制限を必要とし、これらの規定は使用貸借借主の給付利益（目的物使用に基づく利益）の侵害にのみ関連し、借主のその他法益の保持利益には関連しないとする。それゆえ、これら規定は使用貸借貸主の遅滞および不能と

いう不履行のみを対象とし、保護義務違反ないし社会生活上の義務違反に対しては適用されない¹³²⁾という。

3 クンマー (Wolfgang Kummer) の見解

クンマーはBGB599条の適用範囲につき、契約締結上の過失や積極的債権侵害による責任が問題となる場合に条件なく同条が適用されるという解釈を、配慮義務、説明義務、そして社会生活上の安全義務の意義を正当に評価しないものとし、同条の適用を遅滞および不能という義務違反類型に限定する¹³³⁾。BGB521条の適用範囲について判断したBGH判決に対しては以下の¹³³⁾ように述べる。すなわち、責任制限規定の適用範囲を考えるに当たっては、使用貸借契約における保護義務がその契約目的に含まれるかどうかは重要ではなく、保護義務の遵守が使用貸借借主にとって履行利益となっている場合には、同義務の違反につきBGB599条を適用することで、軽過失のある貸主を免責することが適切であるという。

不法行為責任との関係については、BGB823条以下により保護される借主のその他法益に侵害が生ずる場合、使用貸借と関連する保護関係と結びつけることで、不法行為責任も故意または重大な過失という基準で帰責されるという制限を認めることは許されず、結局BGB599条は適用されない¹³⁴⁾という。その一方で、動物保有者の危険責任(BGB833条)との関係につき、厳格に制限されるBGB599条および600条の適用範囲の下、ここでもBGB833条に対して599条や600条といった責任制限は適用されないが、動物保有者のための危険責任が社会において果たしている保護機能に鑑みると、この命題は当事者間に契約関係が存在する場合にあっては根本的に変更されなければならないという。すなわち、使用貸借において、一時的にであっても動物が借主の生活および経済領域に組み込まれ、かつ借主が、特に乗馬に関して動物に対する自己の行為に基づく危険を自ら負担するという必要がある場合にのみBGB599条および600条が適用される¹³⁵⁾という。

(二) 折衷説

1 コーリング (*Jens Colling*) の見解

コーリングは、BGB599条を使用貸借貸主のあらゆる義務違反の場合に適用することは、責任制限をあまりに広げることとなると批判し、責任制限の根拠である貸主の寛大さを借主の契約上の期待にのみ関連づけることが適切であるという。¹³⁶⁾ 貸主の利他性は、使用貸借と結びつく義務について軽過失による違反がある場合ならば責任を負う必要はないということにより十分に考慮される。そのため、たとえば瑕疵結果損害が発生する場合でも、このような結果に対して責任の制限が適用されなければならないという。

一方で、貸主による保護義務違反が、使用貸借契約を契機として発生したにすぎない場合、契約当事者は一般に契約が有償である無償であるかに関わらず自己の法益が侵害されないということを期待できるべきであることから、BGB599条は適用されないとする。ただし、BGB599条の適用を借主の履行利益の侵害場面にものみ限定する見解は、極端に限定的であるとし、利他的に履行される契約上の義務に近接する貸主のあらゆる行為は、「貸主」としての行為であり、BGB599条による責任制限を適用することが評価にかなうとする。¹³⁷⁾

不法行為責任との関係については、不法行為責任に対してBGB599条を適用する見解が使用貸借貸主の責任制限の意義を正当に評価しているという。¹³⁸⁾ この場合、BGB599条を適用させなければ、同規定により使用貸借貸主に認められる利益が不法行為責任によって無意味となるという。動物保有者の危険責任 (BGB833条) に関しても、当事者間に契約関係が存在する限り契約法規範が優先されるべきであり、使用貸借契約が認められる限りで、競合する動物保有者の危険責任に対しても、BGB599条という貸主の責任制限規定を適用するべきという。¹³⁹⁾

2 ロイター (Dieter Reuter) の見解

ロイターは、276条優先説は給付誠実義務違反、不完全給付、そして使用に伴う危険に関する説明が十分になされないとした場合をも責任制限規定の適用範囲から除外しているため限定が過度であり、帰責基準の制限は不完全な給付の結果として責任が追及される場合に対しても適用される必要があるという¹⁴⁰⁾。そのため、責任制限規定が契約締結上の過失に影響するかどうかは、その種の義務違反が給付に関連すれば肯定され、反対に給付に関連しない付随義務の領域に止まれば否定されるという。

不法行為責任との関係については、同責任に対しても責任制限規定の適用を肯定するが、その根拠については裁判例を挙げるにとどまる¹⁴¹⁾。また、瑕疵結果損害に関してBGB600条は適用されず、それは、同条を瑕疵結果損害にも拡張することは、BGB600条の規定意義、すなわち悪意という要件の下、目的物使用から生ずる価値の存在およびその質に対する貸主の責任を制限し、そして貸借物より生じる借主のその他の財産への危険に対する貸主の責は制限しないという意義と矛盾するためであるという¹⁴²⁾。

3 ヘルミーク (Philip Haellmigk) の見解

ヘルミークも折衷説に与する¹⁴³⁾。ヘルミークは使用貸借契約に関する仏英独の比較研究において、貸主の責任にも触れる。ヘルミークによれば、BGB599条（そして600条）の射程を正しく理解するためには、責任特権の理由は貸主の行為が利他主義的であることに由来すること、そして他人に対してある物を対価なしに好意に基づいてのみ給付する者に対し、給付を受領する者は、給付者が物の貸与を対価と引換えに行う場合と同一の注意をもって、その利益を保護してくれるものと期待することはできないことを考慮する必要があるという¹⁴⁴⁾。ここで無償性は、貸主の給付に関してある程度の不注意を正当化する。貸主はこの慣例において軽過失を原因とする義務違反について責任を負う必要はないとすることにあらわれている。そのため、責任特

権の原因が貸与の無償性にあるとするならば、その適用の限界を直ちに引くことができる。給付、すなわち無償貸与行為と内的に関連しない義務違反については、BGB599条は適用されえない。この点では無償契約と有償契約とに差異は確認できないので、この種の義務違反は一般責任体系（BGB276）によって扱われるという。そして評価として、利他的に履行された契約義務と直接に近接している状態にある貸主のあらゆる行為は、BGB599条による保護¹⁴⁵⁾を受ける。その限りで、借主に対して物の使用から生ずる危険に関する情報提供がなされないというような保護義務の違反をBGB599条の適用領域から除外することは適切でないとする。

また、不法行為責任に対しても、責任制限規定の適用を肯定するようである。ヘルミークは、責任の軽減を不法行為責任の枠内で否定しようとする場合、貸主に対してBGB599条および600条によって認められている利益は、不法行為責任という請求原因を用いることで、直ちに失われてしまうとい¹⁴⁶⁾う。

4 ホイブライン (Martin Häublein) の見解

ホイブラインはこの問題につき次のように述べる¹⁴⁷⁾。使用貸借契約において使用貸借貸主に契約前の保護義務違反あるいは契約上の保護義務違反があった場合、責任の基準としてBGB276条のみを適用することは、使用貸借契約に関して責任制限を定めている民法規範の文言にも目的にも一致しないとする。ただし、このような保護義務違反に対して責任制限規定を用いるためには、無償性のみを十分な論拠となしえないことから、折衷説に従うべきとしている。

また、不法行為責任との関係については段階づけが必要であるとする¹⁴⁸⁾。すなわち、契約責任は競合しうる不法行為責任よりも厳格に使用貸借貸主を扱うために、責任制限規定を無意味なものにしないようにBGB599条を不法行為責任にも適用させるという主張は適切でないという。たとえば、貸借人が

賃貸目的物について、引渡し以前にその安全性を検査する義務を負うために、使用貸借貸主の場合にそのような義務が存在するか否かを考慮することは不要である。このとき、不法行為責任に対して BGB599条の責任制限を適用しようとする見解は次のように述べるであろう。反対給付（＝対価）の存在のために、賃貸人には検査義務が課され、一方で無償である使用貸借の貸主には、反対給付の不存在のためにそのような義務は存在しない。それゆえ、このような対価の不存在を理由とする責任制限が、対価の存否を問題とせず一般的な行為義務違反の有無によって帰責を判断する不法行為責任によって無意味なものとしてはならないと。しかし、このような主張はむしろ反対の結論、すなわち契約の無償性およびそれと結びついた責任制限は不法行為法において考慮される必要は全くないという結論を裏づけるであろう。したがって BGB599条は、競合する不法行為責任には適用されないということが出発点となるという。

瑕疵結果損害については、いわゆる信頼利益に関して規定する BGB600条の問題ではないとする。そして瑕疵結果損害は常に契約目的と関連しているため、BGB599条が適用される。さらに完全性利益は、瑕疵ある物の使用貸借が同時に社会生活上の義務違反とも評価しうる場合、823条により保護されるという。¹⁴⁹⁾しかしこのとき、使用貸主によるいかなる保護措置が具体的状況下で期待されてよいかという問題、ないしは悪意により無視された説明義務が、完全性利益の保護にもまた資するか否かという問題については、貸主の利他性を考慮する必要があるとする。¹⁵⁰⁾

IV BGB523条・524条・600条

BGBにおける目的物の瑕疵に対する責任制限は、贈与契約（BGB523条¹⁵¹⁾・524条¹⁵²⁾と使用貸借契約（600条¹⁵³⁾においてそれぞれ規定されている。日本民法551条1項やC.C.1891条などに相当するこれらの規定については、瑕疵結果損害がこの規定の適用対象であるか否かを巡る若干の議論のほか、あまり

議論の対象とはなっていない。BGBにおける権利・物の瑕疵に対する責任制限規定の特徴として、目的物が自己の財産に由来するか、あるいは契約後他人の財産から取得して給付するかにより、責任制限の適用要件や効果を区別していることを指摘できる。

さらに、すでにふれたように、給付の原始的主観的不能と権利の瑕疵に関する責任制限規定である BGB523条との関係が問題となった BGH 判決が存在したが、ここでは債務法改正後、原始的給付障害のために新たに導入された規定である BGB311a 条と BGB523条（あるいは524条）との関係についても扱いたい。

一 自己の財産から給付が行われる場合 (BGB523条 1項・524条 1項・600条)

BGB523条 1項、524条 1項、そして600条は、贈与者および使用貸借貸主が目的物の瑕疵を悪意で黙秘する場合、そのことから生ずる損害を賠償しなければならないと規定する。条文上、自己の財産に由来するという限定は含まれていないが、BGB523条、524条各 2項においては他人の財産から取得する目的物が問題となることが条文上明確であるために、各 1項は自己の財産に由来する目的物の瑕疵に関わるものであると考えられている¹⁵⁴⁾。

まず、自己の財産から給付が行われる場合、目的物に瑕疵があっても贈与者、使用貸借貸主の責任を制限する根拠は以下のようなものである。すなわち、贈与者および使用貸借貸主は、目的物を彼が有している状態のままに給付するという意思のみを有し、またそのようにのみを義務付けられるのであって、さらにこのとき、その目的物が特定物かあるいは種類物かを問わないという第二委員会の提案に由来するとされる¹⁵⁵⁾。これにより、贈与者および使用貸借貸主は、目的物をそのままの状態に給付するという義務のみを負い、目的物の瑕疵があったとしても原則として責任はないこととなる。またこの理由から、自己の財産から目的物を給付する場合には、贈与者や使用貸借貸主にはそもそも瑕疵なき目的物の給付義務がないとされている。ただし、贈与者自

身の財産から贈与をする場合で、目的物が種類物でありかつその種類物について、贈与者が瑕疵ある種類物と瑕疵なき種類物とを同時に保有しているとき、BGB524条2項1文を類推適用して、その限りで瑕疵なき目的物の給付義務を肯定すべきという見解もある¹⁵⁶⁾。

しかし、瑕疵について贈与者および使用貸借貸主が「悪意で黙秘していた」場合は、「そのことから生ずる損害」を賠償しなければならないこととなる。まず、日本民法551条1項ただし書においても用いられている悪意による黙秘という帰責の基準であるが、この基準に関してエックシュタイン・プールによれば、売買契約における瑕疵担保責任（BGB438条3項、442条1項、444条）の枠内での悪意による黙秘と同義であるという¹⁵⁷⁾。

次に、原則として制限され悪意による黙秘という基準をもって帰責される「このことから生ずる損害」であるが、これはいわゆる信頼利益に対する損害（信頼損害、消極的損害）を意味し、履行利益には及ばないということではほぼ一致しているようである¹⁵⁸⁾。これら利益の具体例として、ハインツマンは、BGB600について、作動しないプロジェクターの借主の支出した費用を例に、上映のために賃借したスクリーンの費用を信頼利益として、そして代償として賃借したプロジェクターの費用を履行利益として挙げている¹⁵⁹⁾。

なお、ラーレンツは、BGB523条1項によって権利の瑕疵を悪意で黙秘していた場合に問題となるのは、契約締結上の過失責任であり、そのために信頼損害の賠償が対象となるとする¹⁶⁰⁾。

二 契約後他人の財産から目的物を取得して給付する場合（BGB523条2項・524条2項）

BGB523条2項および524条2項では、他人の財産から取得して目的物を給付する場合が問題となるが、その場合に用いられている帰責基準はむしろBGB521条・599条の基準に近い。すなわち、他人の財産から目的物を取得して給付する贈与者は、目的物の瑕疵について取得の際に知っていたか、重

大な過失によって知らなかった場合に責任（BGB523条2項では損害賠償責任、524条2項では追完義務）を負う。つまりこの限りでは、贈与者或使用貸借主は瑕疵なき目的物を給付する義務を負うのである。なお、BGB600条では他人の財産から目的物を取得して使用貸借を行うという場面は規定されていないが、これはBGB立法者がこのような場面を重要でないものと考えたためであり、この欠缺は場合によりBGB523条2項、524条2項の類推等により補充されるべきとされる。¹⁶¹⁾BGB524条2項では、贈与者が瑕疵を悪意により黙秘していた場合、さらに給付に代わる損害賠償義務を負うとされている。

このように、悪意による黙秘ではなく、瑕疵に関する悪意または重大な過失による不知という基準が第一次的に用いられた理由であるが、これは贈与者が他人の財産からの取得を約束すると、その取得は受贈者にとって利益となり、したがって贈与者は必ずしも注意せずに行為してはならないこととなるためとされる。¹⁶²⁾それは、瑕疵のため契約の目的が全く（あるいは一部）達成されない場合、不履行のために責任を負うべきというBGB立法者の意思が根拠であるとされる。この場合、贈与者には（責任を問うための基準は制限されているが）瑕疵なき物を調達するための義務があることになり、そのため履行請求権が問題とされている。そしてBGB523条2項2文ではBGB433条1項への参照規定が存在することから、贈与者は権利の瑕疵なき目的物を調達するという義務を負い、受贈者は目的物の特定不特定に関わらず、権利の瑕疵なき目的物の給付に対する履行請求権を有するとされる。¹⁶³⁾さらにこのことから、他人の財産から目的物を取得して給付する贈与者には、瑕疵の除去義務があり、また信義誠実によって要求される限りで権利の瑕疵なき目的物を取得することと関連する義務が課せられうとする。¹⁶⁴⁾

このようにBGB523条、524条、そして600条は、いずれも目的物に瑕疵がある場合の贈与者および使用貸借主の責任を原則として制限する規定となっている。しかし、目的物がすでに債務者の財産にあるのか、あるいは約

束後他人から目的物を取得して給付を行うのか、さらには目的物が特定物であるのか種類物であるのかに応じて、責任を負うための要件や債務者に課せられる義務、そしてその義務違反に基づいて生ずる法律効果が細かく区別されていることがわかる。

三 BGB311a 条 2 項と BGB523 条および¹⁶⁵⁾524 条

原始的主観的に不能である給付に対して債務者が保証責任を負うという法原則を、贈与契約においても適用しうるか否かという問題についてⅡにおいてその議論状況を整理したが、この問題は BGB の現代化、すなわち BGB311a 条 (とくに 2 項) の立法によって一応の決着をみたとされる。

しかし、旧 BGB においても判例と学説とで争いのあった原始的な給付障害のための責任に対する贈与者の責任制限の有無の問題、すなわち BGB523 条あるいは 524 条 (場合によっては 600 条) の適用可能性という問題は、現代化後もなお BGB311a 条を通じて問題となりうるとされる。そこで、ここでは債務法改正後の法状況において原始的給付障害に対して贈与者 (あるいは使用貸借貸主) がいかなる責任を負うのかについてどのような問題が生じるのかを整理する。

(一) BGB311a 条 2 項について

この規定によって、債務者は、契約締結の際に存在する給付障害のために BGB275 条 1 項から 3 項に従って給付をする必要がない場合 (給付義務が排除される場合)、債権者は「その選択により給付に代わる損害賠償かあるいは BGB284 条において規定されている範囲での費用賠償を請求」することができる。この責任は、BGB311a 条 2 項 2 文に従えば、「債務者が給付障害について契約締結の際に知らず、そしてその不知について責任を負う必要もない」場合に生じない。BGB311a 条 2 項の規定は、原始的不能の場合を超えて原始的客観的不能の場合、ならびに原始的「質的」不能、すなわち除去不

能の原始的な権利・物の瑕疵の場合にも適用されるといわれている。¹⁶⁶⁾

BGB311a 条 2 項の責任要件は、債務法においても最も評価の定まっていない新規定に属するとされる。すでに改正論議において指摘されていた法政策上の批判は、まず第一に、履行利益に対する責任を給付障害の認識に関連する帰責性に結び付けていることに対して向けられている。実際、原始的主観的不能のための責任を契約締結の際の過失の特別事例として理解する場合、履行利益のための責任を当てはめることはできない。近時の学説では、それゆえに別の理解が広まりつつある。それによれば、原始的主観的不能のための責任は、「条件付きの保証責任」として理解されなければならない、そしてこの責任は契約前の帰責性ではなく給付義務の不履行に優先的に結びつけられ、それゆえに、BGB280条 1 項および 3 項、283条による責任と同様に給付に代わる損害賠償にも向けられている。しかしこの保証責任は、旧 BGB とは異なって、債務者が義務の発生時点において給付障害を知らず、相当の注意を用いたとしても知りえなかったであろうということを立証できる場合にその責任が消滅するという限りで、「条件づけられ」ているといわれる。¹⁶⁷⁾

(二) BGB311a 条 2 項と贈与者、使用貸借貸主の責任との関係

BGB311a 条の導入によって、原始的主観的な給付不能のために贈与者（あるいは使用貸借貸主）が一般にどのような基準に従って責任を負うのか、とりわけ帰責性に関わらない保証責任を負うのか否かという争いは解決されたものといわれている。すなわち、311a 条 2 項は、契約の締結以前にすでに原始的に給付障害が存在し、そのために275条 1 項から 3 項に従って債務者が給付義務から解放され、その障害に関して債務者に責に帰すべき事由がある場合（障害を認識していたかあるいは認識しないことに過失がある場合）、債権者に給付に代わる損害賠償かあるいは BGB284条に従った費用賠償を認めている。

給付の原始的主観的不能に関しても、原始的給付障害という点でこの規定に取り込まれることとなり、贈与者が原始的主観的給付不能のために保証責任を負うか否かという問題自体は、原始的給付障害という限りですでに解決されたことになる。つまり贈与者や使用貸借貸主は、その給付目的物に関して契約締結以前にすでに原始的に給付障害が存在していたという場合、311a条2項2文の基準に従って責任を負うこととなり、さらにBGB521条および599条（原始的瑕疵の場合にはBGB523、524条、600条）の射程に関する議論に委ねられることとなる。

このように、債務法の現代化後では、原始的給付障害をめぐる贈与者・使用貸借貸主の責任という問題は、帰責性を要件とする原始的給付障害のための責任に関わる規定、すなわちBGB311a条が新設されたことにより、帰責性を問わない保証責任が贈与者や使用貸借貸主（引いては債務者一般）に生ずるかどうかという点ではすでに解決された。そこで、311a条による原始的給付障害に基づく過失責任が贈与者あるいは使用貸借貸主に課される場合、帰責判断については、BGB276条の問題とするかあるいは521条、599条の問題とするか、さらには523条、524条、そして600条の問題とするかという問題となる。これについてはBGB521条や599条をめぐる議論にもみられたように、債権者の被侵害利益や給付障害の態様（不能あるいは権利・物の瑕疵）によって区別するものと思われる。ただしヒュッテマンは、贈与契約（そして使用貸借契約）原始的給付障害に対し、贈与者（そして使用貸借貸主）は、BGB523条や524条、600条の適用を受けるべきとしている¹⁶⁵⁾。

V 委任契約および寄託契約における債務者の注意義務について

贈与契約や使用貸借契約に関する責任制限規定は、債務者が責任を負うための一般的基準が緩和され、そして担保責任を原則として免除するという内容となっている。寄託法では、無償寄託に関するBGB690条によって、無償受寄者の注意義務を自己の事柄に対するのと同一の注意へと制限している。

債務者は通常、取引上要求される注意を果たすことを義務づけられるが、BGB690条の定める注意義務を要求していない。これについてドイツ法では、BGB277条によれば自己の事柄（物）に対するのと同一の注意義務を負えばよいとされる者であっても、同義務違反について重大な過失があると評価される場合には、責任を免れえないとしている。¹⁶⁹⁾

他方で委任法では、契約の本質が無償であるにも関わらず、これまですでにみてきたように受任者の責任や注意義務についてこれを制限するような趣旨の規定は設けられなかった。しかし学説では、委任契約の無償性に鑑みて、場合によっては受任者の責任が制限されてよいとする考え方も存在するようである。以下では、委任と寄託における債務者の責任制限法理について整理する。

一 委任契約における受任者の注意義務

BGB 委任法では、委任を原則として無償であるとしながらも、他の典型無償契約類型とは異なって、その注意義務や責任を制限する趣旨の規定を設けていない。¹⁷⁰⁾ このことについては、BGBの立法過程を概観することでその理由が明らかになった。すなわち、受任者は無償で行為するといえども他人（委任者）の利益のために行うのであり、その利益を保護するために最大限の注意を要求されるということである。¹⁷¹⁾ このような理論はすでに普通法時代の学説や立法例において見られたのであるが、これらに倣い、BGBの立法に際しては委任法において受任者の注意義務や責任に配慮する規定を設けないという措置が取られていた。

しかし現在の議論をみるに、いついかなる場合でも受任者に最大限の注意とそれに応じた厳格な責任を要求するのではなく、委任の無償性などに鑑みて一定の場合においてはその注意義務が軽減されてよいとする見解も散見される。

(一) 判例

しかし一般に、BGB が委任法において受任者の責任や義務を制限する趣旨の規定を設けていない以上は、受任者の責任が軽減されるということは例外に過ぎず、多くの判例もそのように判断する。たとえばBGHは、「原則としてBGB276条に従い、債務者は、別段の合意がない限り故意および過失のため、したがって軽過失のために責任を負う必要がある…。『無償契約関係』のもとでは債務者は自己の事柄において用いる注意のみを用いればよいという内容の一般原則は存在しない。重大な過失、あるいは自己の事柄において用いる注意への責任の軽減は、むしろ個別的に法律上とくに定められている場合においてのみ予定されている（たとえば無償受寄者の責任（BGB690条）や組合員の責任（BGB708条））。いずれにせよ、受任者は軽過失のためにも責任を負う」とする¹⁷²⁾。ただし、いかなる場合にも責任の制限を認めないというわけではなく、当事者間に責任制限に関する合意などがある場合には別とするというものも多い¹⁷³⁾。

(二) 学説

そして学説の多くも、BGB が受任者の責任制限を定めていないこと、そして受任者が委任者の利益のために委任事務を行うということから、契約が無償であるからして責任制限が認められ、あるいは他の無償契約における責任制限規定が類推適用されるべきという安易な図式に従わない。しかしながら、そのように高度の注意義務が要求される受任者といえども、あらゆる場合に厳格な責任を負うとすべきでないとする見解もある。

1 エッサー (Josef Esser) の見解

エッサーは、受任者は委託された事務をBGB276条に定められる注意を用いて実行する義務を負い、その責任は契約の無償性に関わらずあらゆる過失に及ぶとまず確認する¹⁷⁴⁾。そしてその注意義務の基準を自己の事柄に対するの

と同一の注意に一般に限定することや、緊急事務管理に関する BGB680条を準用することで責任を制限することも認められないとする。しかし、委任者の危険を回避するために早急な行為が必要となる場合には、受任者にも同様の危険が生じるためにこの結論は正当でなく、680条の類推適用が認められなければならないとする。¹⁷⁵⁾

2 メディクスの見解

メディクスは、エッサーの見解を引用しつつ以下のように指摘する。¹⁷⁶⁾ すなわち、「BGB では、委任契約はたしかに雇用契約および請負契約に対応する無償契約類型であると考えられている。しかし、その他の法領域による委任法への参照指示（27条3項、48条2項、713条、1978条1項1文、2218条1項）に鑑みるに、そこではつねに経済的な意義および一定の独立性を伴う活動が問題となっているということを示している。このことは、支配的見解が675条1項の下で採用する厳格な取引概念に一致するとされる。この『委任における忠実な行為という要素』のみがあらゆる軽過失のための責任をも正当化するという。非独立的かつ経済上ほとんど重要でない活動に関しては、無制限の責任を認めることは適切でない¹⁷⁷⁾」。

このように経済的意義の有無によって受任者が厳格に責任を負うか否かが区別されるとした上で、受任者がどのような基準で責任を負うかについては以下のようにいう。委任法の定める無制限の責任は、信託的性質のない無償行為、とりわけ日常生活における好意には適合しない。したがってその限りで、BGB521条、599条、そして690条を類推することで補充されなければならない法の欠缺が存在する。すなわち、無償で行為をする者は、通常、重大な過失のためにのみ責任を負う。例外として、その者は、（通常は BGB690条の場合のように）自己の利益においてもまた同じ活動を実行している場合には、自己の事柄における注意のために責任を負う。¹⁷⁸⁾

3 ザイラー (Hermann Seiler) の見解

また、ザイラーも委任において受任者が常に厳格な責任を負うとする見解に反対する。¹⁷⁹⁾ ザイラーは、受任者もまた通常の債務者と同様の責任に服するかは疑わしく、それはBGBが他の個所(BGB521条、599条、690条など)においては無償というメルクマールのために責任制限を認めているからであり、無償を要素とする委任においてこのような規定がないことは、法の欠缺であること指摘する。¹⁸⁰⁾ ただし、委任法において責任の制限を認めないという立法者の評価には賛同しうとする。しかし、個別的な場面においては受任者の責任が厳格であるということが望ましくない場合があるとする一方で、責任制限を認めるに当たって、公平さという要素のみをもって責任の制限を理論的に根拠づけることは困難であるともいう。¹⁸¹⁾ そのため、これを解決するためには、たとえばBGB157条を通じた契約解釈によることや、他者の緊急の申し出に依じてする委任の場合にはBGB680条を準用することで対応しうるとする。¹⁸²⁾

4 シュヴァープ (Martin Schwab) の見解

シュヴァープは、グルントマンを引用しつつ、履行利益と完全性利益との区別づけに注目する。¹⁸³⁾ すなわち、学説においてさまざまかたちではあるものの受任者の責任を制限することが支持されているとし、委任契約において委任者の完全性利益に侵害が生ずる場合、受任者の責任は修正を受けることなく生じるが、一方で履行利益の侵害に対しては受任者の責任は制限されるべきであるとする。なぜならば、履行利益というものは委任の無償性に鑑みると比較的わずかな保護しか受けないからであるとする。ここでは、契約の無償性が契約規範によって保護の対象となる利益に対して与える影響の差異に着目する。

二 寄託契約における受寄者の注意義務 (BGB690条)

BGB 寄託法では、委任法とは異なって無償寄託の受寄者に関して、その注意義務を「自己の事柄に対して用いるのが常であるのと同じの注意」義務に制限している¹⁸⁴⁾。この規定を巡っては、この注意義務の基準が保護義務違反 (BGB241条2項、280条1項) や契約締結上の過失 (BGB311a条) に基づく責任、そして不法行為責任にも適用されるのか否かについて議論となっており、その限りでは BGB521条や599条の射程をめぐると同様である¹⁸⁵⁾。

(一) 判例

BGB690条と保護義務違反や不法行為責任との関係が問題とされた判例は少なく、わずかに以下の下級審判例をあげることができる。

【ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所2002年4月11日判決¹⁸⁶⁾】

〔事案の概要〕

当事者らは、菓子類の寄託に基づく原告 X の損害賠償請求権を巡って争っている。当事者らは年の市において菓子類を販売する出品者である。被告 Y は、その販売用車両をとある車庫にとめておいた。販売用車両を修理に出していた X に対して、Y は次のような許可を与えた。すなわち、菓子類およびその他商品を Y の車両においておくということである。2000年9月12日、Y の販売用車両は火災によって焼失してしまい、それによって同車両および車内に置かれていた X の商品も完全に焼失してしまった。これによって X には15146,55DM の損害が生じた。X はその訴えをもってこの額について賠償請求を主張した。Y は、訴えを退けることを申し立て、好意関係が問題となっていたと主張した。そのほかについても Y は自らに帰責性がないという。

〔判旨〕

上級地裁は、BGB690条と不法行為責任に関して以下のように述べる。すなわち、「もっとも、X の所有権侵害に基づく BGB823条1項による損害賠

償請求権も存在しない。契約上の請求権のために法律によって軽減された責任基準は、同時に不法行為責任をも制限する。それゆえにその限りで、Yが自己にとって通常の注意を遵守し、そして重大な過失なく行為していたということに対して、Xは反証を必要とする¹⁸⁷⁾」。

以上のように、不法行為責任に対しても BGB690条が適用されることを示す。なおこの理由として、BGB521条に関する前掲 BGH 判決などを挙げている。

(二) 学 説

学説では、BGB521条や599条における議論と同様に、BGB690条によって軽減された責任の基準が保護義務違反や不法行為責任の場合にも適用されるのか否かについて議論がみられる。しかしその状況は、BGB521条などに関する議論よりも若干込み入っている。

1 責任制限不適用説 (ラーレンツの見解)

この見解は、BGB690条による責任の制限はあくまで寄託契約における本来的な給付義務の履行における注意にのみ関わるのであり、給付義務以外の義務違反や不法行為責任に対して690条は適用されないとする見解である。ただし、この見解を主張する学説はごく少数にとどまるようである。

ラーレンツは、BGB690条の規定趣旨を、受寄者が好意に基づいて行為しているということ、そして自らの物を他人に対して保管のために委ねる者は、その他人の平常の注意について十分考慮しているという考量にあるとする¹⁸⁸⁾。しかし他方でこの考え方は、贈与者の責任および使用貸借貸主の責任と同様に、契約に基づく給付義務のためにのみ、すなわちここでは委ねられた物に対する受寄者の扱いに関してのみ責任の制限を根拠づける。これによれば、寄託者のその他法益の保護に資する保護義務の侵害が問題となる場合、受寄

者の責任についてBGB690条は適用されない。たとえば、整頓のなされていない部屋で寄託者が寄託物を受け取る際、受寄者が寄託者にそのことについて指摘していなかったために、寄託者の身体に損害が生じたような場合がそうであるとする。

2 不法行為に対してのみ適用ありとする見解

(1) シュレヒトリームの見解

シュレヒトリームは、BGB690条は寄託物そのものへの損害発生に関わる責任にのみ関連するのであり、契約の相手方のその他法益にも関連するということはないという。たとえば、寄託目的物に菌が付着したことによって寄託者を病気に感染させた受寄者という例を考えると、このような損害は寄託契約に基づく責任秩序の適用範囲外にあり、そしてBGB690条に基づいては、受寄者の一般的な社会生活上の義務は修正されないものとみななければならないことが適切であるとする。しかしながら、以下のように述べてBGB690条を不法行為責任に対して適用することを肯定する。¹⁸⁹⁾すなわち、「自己にとって通常である注意は、寄託者に対しては、取引上必要な注意を果たさなかったという場合にも免責事由として適用される。…加害者（受寄者）は自己にとって通常である注意を用いていたことを証明する責任を負う。この解決に賛同する理由は、私にとっては、不法行為責任が制限なしに認められるような場合においてしばしば強調される、BGB690条の目的の危殆化にある。物の損傷あるいは滅失は、寄託契約規律の中心領域に位置づけられる場面である。そのほかなお考慮可能である返還の遅滞という契約障害は、それに比べるとあまりに乏しい意義しか認められないので、BGB690条の適用領域が結果として返還遅滞という場面に限定されるであろうということは、BGB690条を実務上時代遅れのものにするであろう¹⁹⁰⁾。「不法行為責任はむしろ、寄託契約の典型的リスク秩序に対して及ぶのであり、そしてそれゆえに影響を受けないままであるということはありません」。このように、シュレ

ヒトリームは BGB690条、ひいては寄託契約において中心となる不履行類型（目的物の損傷、滅失＝寄託物という完全性利益の侵害）と不法行為責任が規律対象とする法益侵害とが類似・近接するために、BGB690条の目的を無意味にしないためにも不法行為責任が問題となる場合に690条の基準を用いるべきとする。

(2) ヘンスラー (*Martin Henssler*) の見解

ヘンスラーは、不法行為責任に対しては BGB690条の適用があり、そうでなければ公平さを理由とする契約法上の責任制限規定が、実務によって挫折してしまうとする¹⁹¹⁾。ヘンスラーはシュレヒトリームとは異なり、BGB690条の適用場面が完全性利益であって、不法行為責任と競合するという点よりも、単に契約法上認められている責任制限を、不法行為責任の追及によって無意味にしてはならないとしているようである。

ただし、BGB690条が受寄者の負う保護義務に対しても適用されるか否かは疑わしいとする¹⁹²⁾。たとえば物に損傷はないが、物を受け取ろうとした寄託者が、普段から整理されていない倉庫において転倒し負傷するという例では BGB690条の適用はないという。受寄者の行為が他人の利益を目的としているということは、債務者がまさに受寄者にとって特有の行動領域において行為する限りでのみ、責任の特権化を正当化するからであるとする。それに対して、直接の損害と結果損害とで責任の特権化を区別づけること、そして後者を例外とすることは適切でないともいう。というのも、損害を引き起こしている行為から遠い位置にある損害に関して、より近い損害よりも厳格に責任を負わせるということはできないからである。近い損害と遠い損害とを分離することは、給付障害法および物の瑕疵担保法にとって、債務法改正以降はなじみのないものとなっているとする。

(3) ユーリッヒ (*Christian Jülich*) の見解

ユーリッヒは、BGB690条による注意義務の軽減につき、無償受寄者がもつばら他人の利益のために行為していることをもって根拠づけられるとする¹⁹³⁾。そして不法行為責任に対する適用については、BGB690条による無償受寄者に対する保護を無意味にしないためにも責任制限の適用が肯定されなければならないとする¹⁹⁴⁾。

他方で、BGB690条が寄託者に対する保護義務にも関連するかどうかは争いがあり、例としてヘンスラーが挙げる整理されていない倉庫における寄託者の転倒事例を指摘し、このような場合にはBGB690条は適用されず、なぜなら受寄者の非利己性は、受寄者がまさに特定の行為領域において活動する限りでのみ責任制限を正当化するからであるという¹⁹⁵⁾。

(4) シュール (*Wolfgang Schur*) の見解

シュールもまた、契約法の規範目的を無意味にしないためにもBGB690条は不法行為責任に適用されなければならないとするが、BGB241条2項の意味における保護義務に対しては適用がないとする¹⁹⁶⁾。それというのも、BGB241条2項においては一般的に適用される債務関係における行為義務が問題となっているのであり、その限りでは一般的な責任の基準が問題となるからであるとする¹⁹⁷⁾。

(5) フェーレンバッヒャー (*Oliver Fehrenbacher*) の見解

フェーレンバッヒャーは、BGB690条による責任制限は、受寄者が単に他人の利益のために行為していることを根拠とすると指摘する¹⁹⁸⁾。そして制限の適用対象は給付義務に限定されるのであり、付随義務には及ばないとする。しかしその限りでは不法行為責任に対しては適用ありとする。

これらの見解では、寄託契約において完全性利益侵害が生じた場合、競合

する不法行為責任にも BGB690条の注意基準が適用されるとしている。つまり無償の受寄者は、自己の事柄に対して用いるのと同じの注意を果たしていれば、不法行為責任を免れることになるとする。そしていわゆる保護義務に対しては、BGB690条の適用がないとする。しかしそこで想定されている保護義務は、現在では BGB241条 2項において規定されているところの義務であるとされ、BGB521条や599条において問題となった「契約目的物」と関連する保護義務という区別は用いられていないようである。保護義務や付随義務には責任制限規定の適用はないという点で一致するが、「契約目的と関連する」保護義務にも適用が及ばないかどうかについてはここでは論じられていないようである。

3 責任制限適用説 (クリンゲルヘーファー (Thomas Klingelhöfer) の見解)

クリンゲルヘーファーは、まず BGB690条について、反対給付を受領することなしに給付を実現する者に責任を追及する場合には、債務者に特に重大な帰責性がある場合にのみこれを認めることがその目的であるとする。そしてその趣旨を、自ら受寄者を選択した寄託者は、受寄者に対して受寄者が自己の事柄に対して用いるのが常である以上の注意を期待しえないということに求めている¹⁹⁹⁾。さらに BGB690条による責任の制限はそのほか帰責事由に基づくあらゆる責任、とりわけ823条以下に基づく不法行為責任に対して拡大される²⁰⁰⁾とする。

4 責任制限の適用に条件を必要とする説

(1) ゲルハルトの見解

そんな中ゲルハルトは、BGB690条による注意義務の軽減について以下のように²⁰¹⁾いう。すなわち、責任制限規定が契約目的物に結びつくということは、同時にこれら責任制限が一般的に契約目的物と関連しない保護義務には影響しないことも明らかにするという。すなわち、他人の生命や健康を危殆化さ

せないという一般的な法律上の義務は、贈与者、使用貸借主そして無償受寄者のためにも当てはまり、たとえば、旅客運送契約における監護義務 Obhutspflicht のような純粹な付随義務に関しては、無償行為者の責任制限の内的正当化根拠である無償性は帰責性に基づく責任制限を導くものでないという。このことからすると、ゲルハルトは、契約上の責任制限と不法行為法との競合に関して言及していないため詳細は不明であるが、やはり契約目的と関連する義務違反が問題となる限りで不法行為法上の請求権にも責任制限が影響するという立場であるように思われる。

(2) ロイターの見解

またロイターは、BGB521条や599条で述べられたように、690条が保護義務や不法行為責任に対しても及ぶか否かについては条件づけを行う必要があるとしている²⁰²⁾。すなわち、BGB690条の拡大適用を全く認めない見解では、たとえば受寄者のもとで病気に罹った動物を返還したのち、寄託者のその他の動物に感染してしまうという場合に評価づけの矛盾が生ずるといふ。そして、BGB690条をあらゆる損害に拡大しうるとすれば、受寄者が家の前に落ちているバナナの皮を片付けなかったため、寄託者がそれによって転倒し負傷するという場合をも把握することとなり、適切でない。結局、受寄者が受寄者として契約上要求されている行為によって生じた損害かどうかに応じて、保護義務や不法行為責任への拡大可能性が決定されるという。

VI 小 括

以上、現在ドイツ民法において無償契約債務者の責任制限をめぐる論点となっている問題について概観した。そこでは、無償契約の債務者が一定の責任を制限されるという法典上の恩恵を受ける理由という根拠の面での議論よりも、BGB 制定後深化してきた義務論や責任論（特に契約締結上の過失や積極的契約侵害論）と無償契約債務者の責任制限の射程との関係が議論の

中心となっている。そこでは、責任制限規定の射程を考察するに当たり、立法者意思への言及も見られるが、521条などの文言が、遅滞や不能といった本来的な給付義務の不履行類型のみを問題としているのか否かが論点となっているようである。

一 責任制限規定の根拠について

まず、BGB521条などをはじめとして、贈与、使用貸借、そして無償寄託という契約類型についてBGB上債務者の責任(義務)の制限が規定されている根拠について、現在ではそれほど議論は見られず、ほとんどの学説が、契約の無償性=債務者の「好意」、「利他性」をその理由とすると指摘するにとどまっている。無償寄託に関しては、無償で他人に物の保管を依頼する者は、他人が普段その財産に対して用いる注意を知ってこれを依頼するのであるから、それ以上の注意を期待しえないという債権者側の事情を責任制限の理由とする見解も見られた。

無償契約債務者の責任基準をどのように考えるのかという問題を巡っては、ローマ契約法に端を発する利益原理が、ドイツ普通法、ドイツ民法典編纂作業を通じて解体されてきたことが明らかとなったが(第1章・第2章参照)、解体の対象はあくまで法典構成上の位置づけのみであって、無償契約債務者について、好意や利他性といった無償性に関わる要素を理由に、不履行に基づく責任追及を緩和すべきという法感情的基礎に変化はないということが推察される。また、ドイツ法においてはBGB成立直後からいわゆる積極的債権侵害論を発端とする義務構造論論議が隆盛を極め、その関連で無償契約における責任制限規定が、債務者の負う主たる給付義務以外の義務違反の場合にも適用されるべきか否かが論じられることとなったのであろうと推測することができる。

いずれにせよ、ドイツ法において、無償契約債務者はその好意や利他性といった主観的要素を理由として、責任追及が緩和されてしかるべきという法

感情が存在することが確認できる。

二 BGB521条および BGB599条

(一) 制限の対象となる責任・義務

BGB521条および599条は贈与者および使用貸借貸主の責任を故意および重大な過失のある場合にのみ発生するというように限定しているが、この軽減された責任の基準が、贈与者・貸主による履行不能・履行遅滞の場合の責任に適用されることについては争いがない。この基準がさらに、保護義務違反や瑕疵結果損害に基づく完全性利益侵害のための責任や不法行為責任に対しても及ぶかどうかが主として議論されている。

この点について、債権者の有する重大な利益侵害＝完全性利益を保護法益とする保護義務や不法行為責任に対してまで BGB521条、599条による責任制限を適用してはならないとする見解がある。この見解は、立法者の意思によれば BGB521条や599条は債権者の履行利益、すなわち給付遅滞や給付不能に基づいて生ずる損害に対する責任にのみ適用することが想定されていたこと、さらに、無償契約債務者の好意や寛大さといった主観的要素をもってしては、保護義務や不法行為法によって保護の対象となる利益の保護を弱める理由とできないということが BGB521条や599条の適用範囲を限定する理由となるとする。

一方で BGH の判決をはじめとする見解は、BGB521条および599条による責任制限は、侵害された保護義務が契約目的と関連する限りで同義務違反に基づく責任に対しても適用されるとする。また、競合して生ずる不法行為責任に対しても、契約法規定を不法行為法規定によって無意味なものとしないうちに BGB521条、599条の基準が適用されるとする。BGB521条、599条の適用範囲を制限すべきとする見解に対しては、立法当時から法状況が変化していること（積極的債権侵害論や契約締結上の過失論）、BGB521条（および599条）の条文自体に適用範囲を限定するような文言が用いられていない

ことなどが理由として挙げられている。

また、債務法現代化以前において、給付が原始的主観的に不能である場合に債務者（とりわけ売主）に課される帰責性を問題としない「保証責任」を、贈与者も負うのかという問題が論じられていた。BGHが、BGB521条などの規定はあくまで「過失責任」を前提とするもので、帰責性＝過失の有無を問わない保証責任が問題となる原始的主観的不能という給付障害には、先の責任制限規定が適用される余地はないとする一方で、学説からはこれに反対する反応が多くみられた。

これらの議論を見るに、一方では無償契約債務者が持つ好意や寛大さという無償契約の特質では、完全性利益という保護の要請の強い利益に対する法律上の保護を弱める理由にできないということと、法律上無償契約において規定されている責任制限規定を、保護義務や不法行為法に対しても適用しなければ、契約法の目的が達成できないという体系的な理由とが主たる対立軸となっているようである。

とりわけBGB523条1項、524条1項、そして600条における瑕疵結果損害の扱いについては問題がある。学説ではこれら規定よって原則として免責され、例外的に帰責の対象となる損害は信頼利益 *Vertrauensinteresse* である点に争いはない。しかし、この信頼損害の内容に、瑕疵の結果として債権者の一般法益に生じた損害も含まれるかについて、争いがあるようである。たしかに、「瑕疵がないことを信頼したために被った損害」という定義からすれば、瑕疵の結果として生じた損害も信頼利益に対する損害であると考えられることもできそうである。完全性利益という要保護性の高い利益に対して損害が生じた場合には、少なくともBGB523条1項や524条1項、そして600条の定めるように、瑕疵を「悪意で黙秘していたのでない限り」贈与者或使用貸借主の免責を是とすることは問題があるようにも思われる。この点、日本民法では、贈与および使用貸借においてドイツとは異なって贈与者或使用貸借主の責任一般を軽減するような規定を置いていない。目的物における権

利の不存在および物の瑕疵のために原則として責任を負わず、ただし瑕疵を
知りながら告げないという場合は別であるとする条文が設けられているに過
ぎない²⁰³⁾。しかし、「瑕疵のために責任を負わない」という文言からは、贈与
や使用貸借の目的物の瑕疵から拡大的に生じた損害についても原則として悪
意でない限りは責任を免れることとなるのかということが問題となる。

また、無償契約債務者の責任制限を巡る議論の中で、無償契約債務者の責
任制限法理を、義務内容の制限や責任要件の問題として捉えるのではなく、
BGB254条を通じた損害額調整における減額法理として構成する見解が見ら
れることに注目できる²⁰⁴⁾。

(二) BGB521条および599条による責任制限の根拠

それでは、そもそもなぜ贈与契約および使用貸借契約という無償契約類型
では、BGB276条の故意または過失という基準よりも軽減された基準である、
故意または重大な過失という基準が用いられているのであろうか。

学説や判例では、制限の根拠に関する主立った議論は見受けられないもの
の、債務者の寛大さ、好意、利他性といった点を指摘して責任制限の根拠と
することで一致しているようである²⁰⁵⁾。単に契約上対価を受け取らないとい
う意味での客観的な無償性ではなく、むしろ債務者が自らの財産を手放すとい
う主観的態様としての寛大さを重視して、贈与や使用貸借といった契約類型
では債務者が責任を負うための基準を一般に緩和してよいと考えられている
ようである。

三 BGB523条、524条、600条

(一) 制限の対象となる責任

BGBにおける権利の瑕疵や物の瑕疵のための責任制限規定には、日本法
にはない特徴がみられる。すなわち、目的物が債務者自身の財産から給付さ
れるのか、あるいは約束後第三者から取得することによって給付がなされる

のかを区別して、それぞれこととなった責任の基準と法律効果を定めているということである (BGB523条および524条²⁰⁶⁾)。日本民法ではそのような規定とはなっておらず、日本法を解釈するに当たっては参考となる。しかし、「無償で給付を行う」という点を同じくしながら、目的物が自己の財産に由来するのか他人の財産からの取得によるのかに応じて責任の基準を区別づけ、代物給付義務の有無を左右させることが正当化できるかどうかはなお検討が必要であるように思われる。

また、原始的な給付障害について、贈与者がどのような基準に従って責任を負うかについても、BGH 判決を中心として議論がみられた²⁰⁷⁾。BGH の見解によれば、贈与者も債務者である以上、契約を通じてその給付能力を保証していることから、給付の原始的主観的不能のために帰責性に関わらず保証責任を負うとされたが、これに対して学説から多くの異議が認められる。すなわち、贈与者は、対価の不存在や自己の有する財産をそのままの状態でのみ贈与するという意図から、原始的主観的不能や原始的な給付障害に対しては、BGB521条や523条を基準としてその責任を制限されるべきとしている。このような原始的給付障害のための贈与者 (あるいは使用貸借貸主) の責任という問題は、債務法現代化後は、原始的給付障害に対して過失責任を定めている311a条2項の立法によって、現在ではBGB521条の適用範囲をめぐる議論に取り込まれている。

(二) 制限の根拠

BGB523条および524条、600条が権利の瑕疵・物の瑕疵のための責任である担保責任を制限している理由は何か。この点、担保責任が有償契約、とりわけ売買契約における有償対価性維持のための責任であるとすれば、対価のない無償契約では担保責任が生じないことは、体系的・客観的に明らかである。しかし権利の瑕疵・物の瑕疵という欠陥のある目的物を取得した債権者側の請求権を制限するような理由づけも見られる。たとえば教科書レベルで

は、「貰った物の品定めをするな」という表現が用いられ、権利の瑕疵・物の瑕疵のための責任制限の根拠とされている²⁰⁸⁾。ここでは、無償で譲り受けた物が欠陥を有していたとしても、そのことに基づいて債権者が債務者の責任を追及すべきではないという債権者側の態様にも注目されているといえる。

四 受任者および無償受寄者の負う注意義務について

(一) 受任者の注意義務の軽減

1 受任者の責任や注意義務が軽減されない根拠

BGB 委任法では、立法当初から受任者の注意義務を軽減する措置は取らないことが明言され、実際に BGB において受任者の注意義務や責任を軽減する規定は存在しない。これについては、他の無償契約との対比から、委任法における法の欠缺状態＝本来あるべき責任制限規定の不存在が想起されるとしながらも、そのような欠缺は実は存在しないという学説が多い。その理由は、受任者は無償で行為することを原則とするが、他人の利益のために行為するのであり、最大限の注意を要求されるというものであった²⁰⁹⁾。無償で役務を提供する受任者といえども、他人の事務を実行する以上は注意深くある必要があり、そうでなければ他人の事務を引受けるという義務を負う自らの意思に反しうるからである。

2 受任者の責任や義務が軽減されてよいとされる場面

しかし、学説を中心にして受任者の責任が軽減されてよい場面が検討されている。そこでは、たとえば信託的要素のない委任契約においては、BGB521条や599条、そして690条を類推するなどして受任者の注意義務が軽減されるべきであることや、委任者に差し迫る危険を回避するための委任においては、受任者側にも同様の危険が生じうるために BGB 事務管理法680条における責任制限が準用されるべきなどとする見解がある。

(二) BGB690条による注意義務の軽減

1 BGB690条によって軽減される注意義務が問題となる責任・義務

BGB690条では、無償寄託に即して受寄者の注意義務が取引上要求される注意(276条2項)ではなく、自己の事柄に対して用いるのが常であるのと同じの注意義務とされている。この点、自己の事柄に対して用いるのと同じの注意とは、単純に取引上要求される注意よりも劣る注意というわけではなく、それぞれの受寄者が持つ注意が基準とされるという相対的具体的基準であることに注意が必要である。そのため、非常に注意深い受寄者であれば、無償で契約を引き受けるとしても場合によっては高度の注意義務を要求されることとなる。

BGB690条をめぐるのは、この規定が目的物の保管に際しての注意義務、すなわち目的物の損傷や滅失に適用されることに争いはない。これに加え、受寄者がこのとき用いるべきとされる注意の基準を保護義務や不法行為責任に対しても用いるべきか否かという点で議論がみられ、不法行為責任に対してのみBGB690条の基準が適用されるとの見解が若干優勢であるように思えるが、さまざまな見解が林立しているという状況である。しかしここでも、BGB立法過程に見られた無償寄託契約における注意義務軽減の根拠(当事者意思、公正さや生活観念)を根拠として、BGB690条による責任制限がどのような義務にまで適用するかといった視点で議論が展開されているわけではないようである。BGB521条や599条の射程をめぐる議論と同様に、BGB690条の基準が保護義務違反という不能や遅滞以外の義務違反類型、そして不法行為責任という契約責任以外の責任体系にも適用されるかいなか大別すると、①BGB690条の基準を保護義務や不法行為責任に対して拡大することを否定する見解、②不法行為責任に対してのみ拡大する見解、③BGB690条の保護義務・付随義務や不法行為責任への拡張を支持する見解、さらに④拡張適用に条件を設ける見解がある。区別の基準は、BGB690条による注意義務の基準は寄託契約における給付義務のみに影響するの否かと

いう点が主である。これについて、①の見解と③の見解とが両極にあることとなる。これらの見解は、BGB690条による責任制限を受ける受寄者の保護をどの程度重視するののかにかかっているように思える。

2 BGB690条による注意義務軽減の根拠

BGB690条によって、無償受寄者の注意義務が軽減されている根拠としては、やはり債務者の好意や寛大さ、非利己性といった要素が持ち出されるのが一般的である。²¹⁰⁾ここでも、客観的に契約上対価が存在しないためというのみならず、債務者が対価を受け取らないということ＝相手方に対して寛大さや非利己性を示しているがゆえに、公平さという観点からその注意義務を軽減するべきと説明されている。

(未完)

- 1) これら責任制限規定に関する前史的検討については、拙稿「無償契約債務者の責任法理(一)」大東法学23巻2号(2014)113頁以下を参照。また、ドイツ法における贈与および使用貸借契約規定に関する歴史的検討については、*Hkk/Guido Pfeifer*, Bd.3, Tb.1, 2013, § §516-534 Rn.17; *Hkk/Steffen Schlinker*, Bd.3, Tb.1, 2013, § §589-606 Rn.9, 14, 21, 24を参照。委任および(無償)寄託に関しては、*Hkk/Siebert Lammell*, Bd.3, Tb.2, 2013, § §662-675b Rn.1ff. (ただし、受任者の責任に関してはほぼ扱われていない); *Hkk/Ralf Frassek*, Bd.3, Tb.2, 2013, § §688-700 Rn.24ff. 参照。*Jan Dirk Harke*, *Freibiebigkeit und Haftung*, 2006; *Dietmar Schubert*, *Die Mandatarhaftung im Römischen Recht*, 2014も参照。
- 2) なお、ドイツ法では無利息消費貸借に関して(とりわけ債務者の責任制限などに関しては)特に規定を設けていないようである。
- 3) BGB521条:「贈与者は、故意及び重大な過失についてのみ責めを負う」。BGB 贈与法の責任制限規定について、それぞれ右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995)139頁以下(贈与法、右近健男執筆)参照。なお、BGB522条は贈与者による履行遅滞の場合、贈与者は遅延利息の支払義務を負わない旨を規定する。その限りでは同条も贈与者の責任(利息支払義務)を制限する規定であるが、ドイツ法では他の責任制限規定に比してそれ程議論の対象となっていないようである。
- 4) ドイツ民法における保護義務論の展開に関しては、長坂純『契約責任の構造と射程』(勁草書房、2010)13頁以下を参照。また、*Dirk Looshelders*, *Schuldrecht Allgemeiner Tiel*, 9.Aufl., 2011 Rn.19ff.; *Dieter Medicus/Jens Petersen*, *Bürgerliches Recht*, 24.Aufl.,

2013, Rn.208f. を参照。

- 5) 現在の学説の状況については後述する。立法理由に関しては、*Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsch Reich, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979, S.164*参照。
- 6) BGHZ 93, 23ff. = NJW 1985, 794ff. なお、本判決および本判決で問題となった BGB521条と保護義務、そして不法行為責任に関するドイツ学説の整理に関しては、辻伸行「ドイツにおける無償行為者の損害賠償責任とその責任軽減—贈与者・使用貸主・無償受寄者の積極的債権侵害に基づく責任および不法行為責任を中心として—」獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設25周年記念論文集』（第一法規出版、1992）168頁以下を先行研究として挙げるができる。また、草野類「契約関係における義務構造の再構成に関する一視座—ドイツにおける「契約上の責任制限」問題を手がかりとして—」法学新報113巻7・8号（2007）4頁以下は、本件 BGH 判決について整理する。
- 7) これについて BGH は、飼料法の規定および同規定に関する先例（BGHZ 57, 392）を根拠として挙げる。すなわち、同法6条によれば、飼料に関して譲渡人が引渡しの際に何らの説明を行わなかった場合、同飼料は『商慣習に照らして混ざり物がなく、傷んでない』という点について旧 BGB459条2項の意味にいう性質保証の対象となることがされたようである。本件で問題となった繊維かすも、飼料法にいう飼料に該当することに疑いはないが、「商慣習上、飼料としてのジャガイモの繊維かすは酵素処理されることなく引渡すこと」に関して原告 X から何らの主張もなされていないため、結局この繊維かすが瑕疵あるものであるかどうかは判断できないとする。
- 8) BGHZ 93, 27f.
- 9) *Schlechtriem, BB 1985, 1356*（本判決の評釈）がそうである。シュレヒトリームによれば、判決当時主流である主観的瑕疵概念によれば、この繊維かすは、契約で前提とされた牛用飼料としての使用に照らすと瑕疵を備えており、そのため、BGB524条1項が問題となるべきであったと指摘する。一方で、BGB524条1項が適用されることで贈与者（被告 Y）は悪意の場合にのみ責任を負うことになってしまうことから、本判決の結論自体は正当であるという。
- 10) *Claus-Wilhelm Canaris, Ansprüche wegen „positive Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475ff., 481* ; *Münchener Kommentar/Helmut Kollhosser, BGB, Bd.3, Halbbd.1, 1980, § 521 Rn.6f.* なおコルホッサーはこの時点では、BGB521条は一般的な責任制限を含んでおりそのために贈与者について契約締結上の過失や保護義務違反（積極的契約侵害）に基づく責任が生ずる場合にも、BGB521条の適用が認められるとしていた。しかしその後、改説するに至っている。Vgl., *Münchener Kommentar/Helmut Kollhosser, BGB, Bd. 3, Halbbd.1.2. Aufl., 1988, § 521 Rn. 5 ff.* 改説後のコルホッサーの見解については後述。
- 11) *Wolfgang Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.* ; *Walter Gerhardt, Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597 ff.* ; *Peter Schlechtriem, Abgrenzungsfragen bei der positiven Vertragsverletzung, VersR 1973, 581 ff.*
- 12) これに関しては後述。
- 13) 「瑕疵」はないが「危険な」物から、その危険性に基づく損害が生じた場合に帰責基準の制限規定の適用（BGB521条、599条）の適用があることを指摘するものとして、*Leo Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP 147(1941), 217ff., 245ff., 250.* 参照。
- 14) BGHZ, 93, 29. すなわち、「BGB521条の責任軽減は、同軽減が被告にとってその契約

- 上および契約前の保護義務違反の場合に役に立つ場合、そしてその限りで不法行為に基づく現行の請求権に対してもまた影響しなければならない」とする。先例としてはBGH1953年10月20日判決 (BGHZ 46, 140 ff.) を挙げるにとどめている。同判例は、運送人の不法行為責任にHGB上の責任制限規定が適用されるかについて争われた判例であるが、判旨においては「不法行為責任に対して契約責任に関する規定が適用されないとすると、契約責任の制限が実質的に無意味となってしまう」という理由でこれが肯定されている。なお、この判決については *Steffen Schlinker, Sachmängelhaftung bei gemischter Schenkung, AcP 206 (2006), 28ff., 51, 51 Fn.89* も参照。
- 15) *Peter Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S.332ff., S.333.*
- 16) *Slechtriem, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.333.*
- 17) なお、原文ではBGB599条となっているがこれはBGB521条の誤りと思われる。
- 18) *Slechtriem, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.334.*
- 19) そして一般的行為義務の軽減は、贈与者の属する社会生活領域 *Verkehrskreis* の基準から明らかになるにすぎず、たとえば古びたアイロンや自転車を贈与する者は、贈与の際につねに詳細な調査義務を負うわけではないとする。ただしこの場合、その基準は贈与者が専門家であるか素人であるかに応じて異なるとする。Vgl., *Slechtriem, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.335.*
- 20) *Slechtriem, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.334.*
- 21) シュレヒトリームによれば、*Gerhardt, a.a.O. (Fn.11), 597ff.* がその見解であるという。
- 22) シュレヒトリームは、受贈者が「所有者 *dominus*」として無償で取得した物から結果として生じた損害をも負担しなければならないとすることを基準とする限りで、結局 (責任制限規定を適用するというよりも)、自己の危険に基づく行為 *Handeln auf eigene Gefahr* という制度を用いることがより適切であり、そして同制度が当てはめられる評価あることは明らかであるという。
- 23) *Slechtriem, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.334.* なお、シュレヒトリームは *Schuldrecht BT., 6.Aufl., 2003, S.82, Rn.191* においても前掲BGH判決に言及し、BGHは贈与者の契約を超える責任をも主たる給付義務の侵害による競合責任となる限りで軽減するが、保護義務違反に関してその理解は適切でない^①と指摘し、自己の見解と一致しないとする。
- 24) *Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II /1, 13.Aufl., 1986, S.201ff.*
- 25) *Larenz, a.a.O. (Fn.24), S.202.* ラーレンツは、贈与者が、贈与の目的物である布地が特に引火しやすいことを知りながらこれを受贈者に告知せず、その結果火災により受贈者が損害を被る場合、不法行為責任が生じ、また過失による保護義務違反のため、契約締結上の過失などに基づき責任を負うとする。
- 26) *Larenz, a.a.O. (Fn.24), S.202, Fn.18.*
- 27) *Hans Stoll, JZ 1985, 384ff.*
- 28) *Stoll, a.a.O. (Fn.27), 385.*
- 29) *Stoll, a.a.O. (Fn.27), 385f.* シュトルの反論^①について若干補足すると以下のとおりである。すなわち、先のBGH判決によれば、目的物の瑕疵から受贈者の完全性利益に損害が生じた場合、それは目的物の瑕疵から生じたものである以上はBGB524条1項が適用される (悪意が基準となる)。一方でそうでない場合、たとえば瑕疵はないが危険性のある目的物によって損害が生じた場合には、当該贈与契約における完全性利益保護のための義務が「契約目的と関連する」限りで521条が適用される (故意または重過失が基準となる)。そこで、贈与者が瑕疵について善意であったが、重大な過失のためにこれを知らなかった場合はどうか。BGB524条1項では悪意による黙秘の

みが帰責要件であるため、BGB524条1項の責任は生じないこととなる。しかしBGHの基準によれば、「瑕疵を重大な過失から知らなかったために受贈者に損害を生じさせた」義務違反が贈与者に認められることから、BGB521条によって帰責が認められることとなる。このとき、BGHのいうところによればBGB524条1項がBGB521条に特別法として優先するにもかかわらず、なぜ瑕疵について善意である＝BGB524条1項による責任を負わない贈与者が責任を負うのか。シュトルはこの点を指摘しているようである。

- 30) シュトルは、BGB521条は立法者の意思どおり給付義務違反（不能および遅滞）に適用され、BGB524条1項は目的物に瑕疵がないことに対する受贈者の信頼に関係するという。後者については、たとえば瑕疵ある物を贈与された受贈者が他人にこれを売却したために旧BGB467条に従い契約費用を賠償しなければならなくなったという場合や、目的物に瑕疵のないことを信頼して保険契約を締結したが、瑕疵のためにこの契約が無駄となった場合などを挙げ、こうした場面がBGB524条1項の適用場面であり、いずれにせよ贈与者の責任制限規定は完全性利益保護には関係ないとする。Stoll, a.a.O. (Fn.27), 386. なおシュトルはシュレヒトリームとラーレンツの見解と同旨であるとする。Vgl., ders., a.a.O. (Fn.27), 386 Fn.11.
- 31) 保護義務や社会生活上の義務の程度を算定する際に無償性・寛大を考慮してよいとする。Stoll, a.a.O. (Fn.27), 386.
- 32) Werner Schubert, JR 1985, 324ff.
- 33) Schubert, a.a.O. (Fn.32), 325.
- 34) そのような場面の例として、贈与者自身が物の製造者でもありあるいは生産に関する特別な知識を有している場合、または物が抽象的一般的に危険である場合を挙げている (ders., a.a.O. [Fn.38], 325)。また、このことからシューベルトはBGB521条の保護義務違反への適用可能性についてこれを完全に否定しているのではなく、条件付きで適用可能としていることがわかる。この意味では折衷説にむしろ近いといえる。
- 35) BGHが前掲判決で単に契約法規定を不法行為責任にも適用すべきとするに止め、被告YにBGB823条1項の要件が備わっているかどうかを検討していない点で抽象的という。
- 36) 以上から、受贈者が契約において自身の完全性利益に対して保護がなされることを信頼し（あるいは贈与者から信頼が与えられ）、その信頼が法的保護に値するものであれば、同利益侵害に際してBGB521条は適用されないものとする。
- 37) Stefan Grundmann, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198 (1998), S.457ff.
- 38) Grundmann, a.a.O. (Fn.37), 466. 立法者意思を直ちに根拠として問題を解決しえないとする限りでは、シューベルトに類する。
- 39) Grundmann, a.a.O. (Fn.37), 467f.
- 40) Grundmann, a.a.O. (Fn.37), 468f.
- 41) Grundmann, a.a.O. (Fn.37), 470.
- 42) Grundmann, a.a.O. (Fn.37), 473. なお無償契約債務者の責任について、発生した損害の原因となっている被侵害利益によってどのような基準で責任を負わせるべきかを区別することに特段の意味はないとし、責任を考慮するに当たってはBGB254条（共働過失）を適用することが望ましいと主張する。すなわち、「寛大さは、たしかに不注意であることを認める特許状であるべきではないが、しかし無償契約債務者に対して注意を遵守することを超えてそれ以上の負担を課すことは許されない。そしてこのことは、説明義務の領域においては、目的論としても経済的な効率思考をもってしても全く根拠づけられうる」。Vgl., ders., a.a.O. (Fn.41), S. 470f.

- 43) 前述のように、コルホッサーはかつて保護義務違反や契約締結上の過失に基づく贈与者の責任について、責任の要件としてはBGB521条が優先して適用されるとする説であったが、現在では説を改めるに至っている（前掲注13）参照。改説後の見解については *Münchener Kommentar/Helmut Kollhosser*, BGB, Bd.3, 4.Aufl., 2004, § 521 Rn.6ff. によった。
- 44) *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.43), § 521 Rn.7.
- 45) *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.43), § 521 Rn.7f.
- 46) *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.43), § 521 Rn.9.
- 47) そして、契約法上の責任制限規定を不法行為上の請求権にも影響させる判例を正しいものと指摘する。 *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.43), § 521 Rn.10.
- 48) すなわちBGB524条は、物の瑕疵に関する贈与者の責任基準を設けているが、悪意という要件に制限される責任によって把握される損害は、瑕疵損害（例：贈与された犬が番犬として適していない）そのものであり、それを超える損害（例：贈与された犬にかみつく癖があり、そのために受贈者が致命的なけがを負う）ではないとする。Vgl., *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4.Aufl.; a.a.O. (Fn.43), § 521 Rn.12.
- 49) この限りでは、シュトルと見解を一にする。276条優先説に属するその他の見解として、*Jauernig/Heinz-Peter Mansel*, BGB, 15.Aufl., 2014, § 521 Rn.1, § 524 Rn.2がある。マンセルは、瑕疵結果損害をBGB524条の問題であるとしている。
- 50) *Staudinger/Susanne Wimmer-Leonhardt*, BGB, 2005, § 521 Rn.1ff., § 523 Rn.1ff., § 524 Rn.1ff. そのほか521条優先説を支持する学説として、たとえば、*BGB-RGRK/Hans-Robert Mezger*, BGB, Bd.2, 12.Aufl., 1978, § 521 Rn.1がある。さらに学説では、*Canaris*, a.a.O. (Fn.10), 475ff. などこの見解に属するものとして挙げられている。メツガーは、BGB521条は積極的債権侵害による損害にも適用されるとというのがBGHのような区別づけなどは行っていない。Vgl., *RGRK/ders.*, a.a.O., § 521 Rn.1. カナーリスは法律による責任の修正・契約上の責任制限は契約の前段階における義務違反にも適用されるとしているが、BGB521条については特に言及していない。 *Ders.*, a.a.O. (Fn.10), 475, 481.
- 51) *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a.a.O. (Fn.50), § 521 Rn.11, 14.
- 52) *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a.a.O. (Fn.50), § 521 Rn.11. 立法者意思を根拠としえないことについては、シューベルトやゲルトマンと同様である。
- 53) *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a.a.O. (Fn.50), § 521 Rn.13.
- 54) *Canaris*, a.a.O. (Fn.10), 475ff.; *Thiele*, a.a.O. (Fn.11), 649ff.
- 55) *Gerhardt*, a.a.O. (Fn.11), 597ff. ゲルハルトの法定保護関係論と責任制限規定の関係については、*Walter Gerhardt*, Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schuldverhältnisses, JZ 1970, 535ff. も参照。
- 56) *Gerhardt*, a.a.O. (Fn.11), 597, 600; *Canaris*, a.a.O. (Fn.10), 475, 480. カナーリスのいう統一的法定保護関係論については、長坂・前掲注4）19頁以下参照。
- 57) *Gerhardt*, a.a.O. (Fn.11), 597, 600; *Thiele*, a.a.O. (Fn.11), 649, 654.
- 58) 他方で、責任制限規定が契約目的（物）に結びつくということは、同時にこれら責任制限が一般的に契約目的物と関連しない保護義務には影響しないことも明らかにするという。すなわち、他人の生命や健康を危殆化させないという一般的な法律上の義務は、贈与者、使用貸主そして無償受寄者のためにも当てはまり、たとえば、旅客運送契約における監護義務 *Obhutspflicht* のような純粋な付随義務に関しては、無償行為者の責任を制限する内的正当化根拠である無償性は、帰責性の軽減を導くものでないという。Vgl., *Gerhardt*, a.a.O. (Fn.11), 600. ゲルハルトは、契約上の責任制限と不法行為法との競合に関して言及していないため、詳細は不明であるが、やはり契約目的と

関連する義務違反が問題となる限りで不法行為法上の請求権にも責任制限が影響するという立場であるように思われる。また、*RGRK/Mezger*, a.a.O. (Fn.50), § 521 Rn.1, § 524 Rn.2は、瑕疵結果損害に関して、BGB524条の（とくに1項による）賠償は信頼利益に限られるとするが、そこで用いられている例は病気の動物の贈与による受贈者の動物への感染といういわゆる相手方の完全性利益侵害場面である。これと同じく瑕疵結果損害を受贈者の信頼利益に対する損害と捉え、BGB524条の適用があるとするものにつき、*Bamberger/Roth/Markus Gehrlein*, BGB, Bd.1, 3.Aufl., 2012, § 521 Rn.5 ; *Erman/Elke Hermann*, Bd.1, 14.Aufl., 2014, § 524 Rn.2 ; *Hk-BGB/Ingo Saenger*, 8.Aufl., 2014, § 521 Rn.1, § 524 Rn.1 ; *Palandt/Walter Weidenkaff*, BGB, 73.Aufl., 2014, § 524 Rn.6も瑕疵結果損害をBGB524条によって把握されるものとする。これらは基本的にBGB521条の射程については折衷説に属する。

- 59) *Dieter Medicus*, Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen, in : FS Odersky, 1996, S.589ff., S.591ff. しかし前述のように、BGB276条優先説の論者全員が立法者意思をBGB521条の適用対象の限定理由として挙げているわけではない。むしろ反対に、BGB施行後の契約責任論の展開から立法者意思への単純回帰不能性を指摘する見解もある。たとえば *Schubert*, a.a.O. (Fn.32), 325 ; *Grundmann*, a.a.O. (Fn.37), 466参照。
- 60) 保持利益 Erhaltungsinteresse はいわゆる完全性利益 Integritätsinteresse と同義として用いられている。
- 61) *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.592f. 債権者側を保護するために責任制限規定が適用されるべきでないというのであれば、債務者側の負担増（贈与者に責任制限が適用されないこと）にも一定の理由づけが要とする。
- 62) *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.593. 無償契約債務者に完全性利益侵害から生ずる高額の賠償責任を負わせるべきではないと評価する点で特徴的である。
- 63) *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.594, S.596f. なお、メディクスは責任制限が義務そのものにも及ぶという主張の根拠として以下のようにいう（ただし、この理解は条文の文言に適用ものではないと注意的に述べている）。たとえば、BGB276条1項1文では注意の懈怠と義務違反とが結びついていることや、債務者が自己の事柄に用いるのが常である注意 *Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten* に違反した場合に帰責が制限される（BGB277条、690条、1359条など）というときには、この要件の下、債務者は引渡さなければならない物を自己の有する財産と同様に扱ってもよいこととされており、したがって特別な安全のための措置を義務づけられていない（＝義務内容そのものが制限を受けている）とする。責任制限の適用下では、制限された帰責性があるとされる限度までは、過失ある行態であったとしてもそもそも注意義務違反として評価されないとしている。
- 64) *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.597.
- 65) メディクスは例として、前掲BGH判決で、飼料を与えられた牛の体重の減少による損害発生（保護義務違反）も体重が増加しなかったことによる損害発生（給付義務違反）も、織維かすの正しい用法に関する情報提供がなかったということに由来すると指摘している。
- 66) また、贈与者に「利己心 *Eigennutz*」がある場合は社会生活上の義務から解放されないという見解（メディクスは *Larenz*, a.a.O. [Fn.24], S.202, Fn.18を挙げる。ラーレンツは前掲BGH判決に対し、贈与行為が贈与者にとって役に立たない廃棄物を処分する最も容易な手段である場合には、「利他性」は社会生活上の義務を制限する根拠とならないという）に対し、利己心の存在に関する評価の困難性や、贈与者の利己心が明らかであればあるほど受贈者は安全を期待するということになるだろうかという疑問から、利己心の存在と責任制限の有効範囲には関係がないとする。ただし、利己心が

- 無償性の妨げとなり、贈与契約自体が認められない場合は別としている。Vgl., *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.597f. 贈与者と受贈者との専門知識の格差についても無償性とは関係ないが、専門知識の格差は情報提供義務を根拠づけるという。そして、この義務は BGB521条によっても完全には排除されないが軽減はされ、贈与者は、受贈者にとって危険となりうるあらゆる事情を説明する義務を負うが、説明すべき事情は、贈与者が知っていたかあるいは予期できる危険に関するものに限られるという。*Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.598.
- 67) *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.602. ただしグルントマンは、給付利益（履行利益）と完全性利益の区別の困難性に関して、これを根拠として説得力のないものだとする。Vgl., *ders.*, a.a.O. (Fn.37), S.463, Fn.18.
- 68) *Schlechtriem*, BB, a.a.O. (Fn.9), 1356, 1358 ; *Schubert*, a.a.O. (Fn.32), 324, 325. シュレヒトリームは瑕疵結果損害は BGB524条 1 項の問題であるが、不法行為責任が優先適用されるとする。シュベルトは瑕疵結果損害を BGB276条 1 項 1 文の問題としてとらえる。
- 69) 例として、メディクスは旧 BGB635条および旧638条における両損害概念の区別の困難さを挙げる。Vgl., *ders.*, a.a.O. (Fn.59), S.603.
- 70) ここで、BGB521条に関する BGH 判決のほか、いわゆる折衷説において、BGB521条ないし599条を保護義務違反に対して適用するための条件である「契約目的（物）と関連する」という要件について補足しておく。まず、BGB521条ないし599条が原則として給付の不能および遅滞の場合を想定して規定されたという点にドイツ判例・学説上争いはない。問題となるのは、いわゆる積極的契約侵害や契約締結上の過失、保護義務違反といった、立法後明らかになった遅滞・不能以外の義務違反類型に、これら責任制限規定が適用されるか否かである。こうした義務違反の場合に侵害されるのは、債権者の身体やその他財産といったいわゆる完全性利益である。そのため、無償契約であることを根拠とする責任制限規定によって、こうした重大な利益の侵害についても債務者の責任を制限してよいのか問題となる。そこで BGH ないし折衷説は、契約目的（物）と関連する保護義務に限定し、同義務違反のための帰責判断に際して責任制限の適用を肯定する。よって、ここに至り「契約目的に関連する」という文言が指す具体的内容が問題となる。BGH 判決（BGHZ 93, 23ff.）では、Y について、当該じゃがいも繊維かすを飼料として牛に与える場合、分量に配慮すべきことを説明する義務に違反したとした。そして、この義務違反から生じた原告の牛に対する損害は、「契約によって前提とされている」繊維かすの消費によって生じた損害であるとする。BGH はこの義務違反を「契約目的に関連する」義務違反であるとして BGB521条を適用し、事実認定の結果、故意および重大な過失はないとされた Y の責任を否定した。すなわち「契約目的に関連する」という文言の具体的内容の一つは、契約目的物の使用等に関する説明義務といった契約目的物そのものの適切な用法などに関連する債務者の義務を指すといえる。さらに、目的物の瑕疵から結果的・後続的に発生するいわゆる瑕疵結果損害について、前掲 BGH 判決や *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), 603f. に従うのであれば、この損害も契約目的物から結果として生じた損害として、契約目的に関連する義務違反により生じた損害と考えられている。このように、契約目的（物）に関連する義務とは、①契約によって前提とされた目的の達成を補助する義務、②契約目的物の瑕疵から結果的・後続的に損害が生じないようにする義務であるといえよう。
- 71) *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.603f.
- 72) *Soergel/Otto Mühl/Arndt Teichmann*, BGB, Bd.4/1, 12.Aufl., 1997, vor § 521 Rn.5ff.
- 73) *Münchener Kommentar/Jens Koch*, BGB, Bd.3, 5.Aufl., 2008, § 521 Rn.4ff., Rn.5.
- 74) コッホはこれについて、瑕疵ある物を給付した場合、贈与者は BGB524条により悪意

- の場合にのみ責任を負うが、瑕疵はないがその他事情から危険のある物を給付した場合、そこから生じる損害について (BGB276条により) 軽過失の場合でも責任を負うという矛盾があるとする。Vgl., *Münchener Kommentar/ders.*, a.a.O. (Fn.73), § 521 Rn.5.
- 75) *Münchener Kommentar/Koch*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.73), § 521 Rn.6.
- 76) なお、コッホは、瑕疵結果損害と責任制限規定の関係につき次のようにいう。支配的見解はBGHと同じく瑕疵結果損害をBGB524条1項の問題とするが、贈与における担保責任の規定は、債務法改正に際して改正の一般的な意図とは異なり給付障害法総則規定に合わせられなかったこと、そしてBGB523条および524条は今となっては異物 Fremdkörper を形成してしまうことから、これら両規定は限定的に解釈されるべきである。その結果、瑕疵結果損害は総則規定の問題となるが、このとき、このような損害は通常贈与目的物と関連するために521条の基準が適用されるべきという。*Münchener Kommentar/ders.*, a.a.O. (Fn.73), § 521 Rn.7. この他折衷説を支持する見解として、*Volker Emmerich*, JuS 1985, 553; *Anwaltkommentar/Renate Dendorfer*, BGB, Bd.2, 2005, § 521 Rn.8ff.; *NK-BGB/Renate Dendorfer*, Bd.2/1, 2.Aufl., 2012, § 521 Rn.8ff.; *Hkk/Pfeifer*, a.a.O. (Fn.1), § 516-534 Rn.29; *jurispraxisKommentar/Benno Seifrin*, BGB, Bd.2.2, 6.Aufl., 2014, § 521 Rn.16ff., Rn.23; *Prütting/Wegen/Weinreich/Rainer Hoppenz*, BGB, 9.Aufl., 2014, § 521 Rn.2などがある。シュリンカーも、BGH1984年判決に言及して、BGB523条および524条は保護義務違反に起因する結果損害についても適用されるという。*Ders.*, a.a.O. (Fn.14), S.51. また、付随義務ないし保護義務に対して条件付きでBGB521条の適用を認めるものの、瑕疵結果損害に関してはこれを524条の問題とするものについては前掲注58) 参照。瑕疵結果損害の扱いについては、この損害がいわゆる信頼利益 Vertrauensinteresse に対する損害であるのか、完全性利益 Integritätsinteresse に対する損害であるのかという理解の差異によるようである。
- 77) *Palandt/Helmut Heinrichs*, BGB, 68.Aufl., 2009, § 275 Rn.3ff. BGB 債務法現代化以前の原始的主観的不能のための責任に関しては、*Gunter Gudian*, Die Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 1971, 1239ff. 参照。
- 78) BGHZ 144, 118ff.
- 79) BGHZ 144, 119f.
- 80) BGHZ 144, 121.
- 81) さらに、「原始的主観的不能のための責任に関して判例および学説において展開されている諸原則に従うと、帰責要件と結びつけて考えること意図されていない。このような結びつけは、一種の保証としての性質を有する保証義務 garantieartige Einstandspflicht に対して体系上矛盾をきたすものともなろう」とする。BGHZ 144, 122.
- 82) ただし保証義務違反によって損害賠償義務が生ずるか否かの判断は、契約解釈による当事者意思の確定が必要であるとして原審に差戻している。
- 83) *Helmut Kollhossler*, ZEV 2000, 320ff. なお、BGHZ 144, 118ff. の判決について、本件ではそもそも原始的主観的不能ではなく原始的客観的不能が問題となっていたのであり、旧BGB306条による契約の無効と旧307条による信頼利益賠償が問題となるとする。そしてこれに関してはBGB521条の適用があるため、贈与者は履行不能について故意および重大な過失がある場合にのみ責任を負うとされるべきであったとする。*Ders.*, a.a.O., 320.
- 84) *Kollhossler*, a.a.O. (Fn.83), 321.
- 85) なお、コルホッサー贈与契約 (特に責任制限規定) の規定趣旨、贈与契約における両当事者意思の解釈から原始的主観的不能のための保証責任の承認を不当としているにとどまっておらず、贈与者が原始的主観的不能という給付障害に対して具体的に保証責

- 任以外にどのような責任をどのような基準で負うのかについてはまでは明らかにしていない。本件では権利の瑕疵が問題となっていることから、コルホッサーによればおそらくはBGB523条の基準に従って帰責が判断されることとなるうか。Ders., a.a.O. (Fn.83), 321f.
- 86) *Horst Ehmman/Holger Sutschet*, WuB 2000, 1135ff.
- 87) *Ehmman/Sutschet*, a.a.O. (Fn.86), 1138. 贈与者がその給付能力を無条件に保証するという意思を有している場合には保証責任を負わせることが正当となりうるとするが、BGB521条の解釈、そして受贈者がただ利益を受けるにすぎないために保証責任への期待が正当でないことから、贈与者は原始的主観的不能を知っていたか、あるいは知らないことに重大な過失がある場合にのみ責任を負うという。BGB521条を適用して帰責を判断しようとするようである。Vgl., *Ehmman/Sutschet*, a.a.O. (Fn.86), 1139.
- 88) *Arndt Teichmann/Erik Kießling*, LM § 276 (A) BGB, Nr.19 Bl.3f.
- 89) *Teichmann/Kießling*, a.a.O. (Fn.88), Bl.5.
- 90) *Ulrich Huber*, ZIP 2000, 1372ff. *Erman/Hermann*, a.a.O. (Fn.58), § 521 Rn.2は、この問題についてフーバーの見解を適切であるとする。
- 91) *Huber*, a.a.O. (Fn.90), 1374. なお、フーバーも他の責任制限肯定説と同様に、贈与者の意思（贈与物があるがままに引渡すこと）を責任制限適用の根拠とする。*Huber*, a.a.O. (Fn.90), 1373.
- 92) *Manfred Löwisch*, JZ 2001, 355f.
- 93) *Löwisch*, a.a.O. (Fn.92), 355. なお、売買契約に関して権利の不調達を権利の瑕疵とみなさない（＝単なる不履行とみる）という見解もあるが、権利の不存在や不調達という場合もまた権利の瑕疵のひとつであるとしてもでき、そもそも権利の不存在と権利の瑕疵とを贈与の場合に区別することは適切でないとする。いずれにせよどちらの場合でも、贈与者は同様に保護に値するという。
- 94) *Löwisch*, a.a.O. (Fn.92), 355. そのような義務として、必要となる行政官庁の認可を得る義務をあげる。そして先のBGH判決について、「被告がこの義務に違反したならば、被告はこれに関して積極的債権侵害に基づいて責任を負わなければならない。その限りで、BGB523条2項の場合と何ら異なるところはない。すなわち、まず第一に目的物が取得されるべきことが約束される場合、権利の瑕疵に基づく不履行のための損害賠償は、贈与者が瑕疵を物の取得に際して知っていたか、あるいは重大な過失のために知らないままであったという場合にのみ請求できるということは、取得すべき目的物を実際に取得し、そしてこの目的を達成するために信義誠実に基づいて期待可能な措置を講ずるという義務から贈与者を解放するものではない」という。このようにBGB523条1項が問題となる場合でも贈与者は単に悪意であるか否かを基準としてあらゆる責任や義務についてその帰責を判断されるのではなく、贈与契約という無償契約であっても、契約の履行にとって必要な事柄を果たす義務を信義則上負い、そのうえで瑕疵に関する認識が問題となるとする。立法者の意思や贈与契約の解釈に基づいて贈与者の責任制限を強調する他の論者と一線を画し、責任制限という利益を享受する贈与者といえども信義則上負うべき義務があることを指摘する点で注目できる。
- 95) *Rainer Hüttemann, Haftung des Schenkers für anfängliche Leistungshindernisse?*, in : FS Eduard Picker, 2011, S.377ff., 378.
- 96) *Hüttemann*, a.a.O. (Fn.95), S.379.
- 97) なお、上記BGH判決に対しては以下のようにいう。被告は原告の請求に対してBGB523条1項を主張することができ、そして悪意がないために損害賠償のために義務づけられえなかったとすることもできたという。BGHは、その見解を次のことをもって根拠づけている。すなわち、BGB523条もまた「BGB276条に基づく一般的な

責任基準の修正」を含み、そしてそれゆえに（521条と同様に）原始的・主観的不能に対する保証責任には適用されえないとする。この評価は、BGB521条と523条とが適用されるべき領域を異にしているという理由づけにすでに誤っている。BGB521条が贈与者の義務違反の場合に適用されるべき責任基準を規定する一方で、523条はまさに、旧BGBに従った原始的・主観的不能の場合における債務者の保証責任に対する法律規定による例外である。このことはいずれにせよ、BGB523条1項は、「法律行為に由来する義務を負う者は債権者に対して主観的（原始的）不能のため、有責な後発的不能に関するのと同様に責任を負うという一般原則からの例外」を定めるということが第一委員会の解釈であったことを根拠となしうとする。そのほか、贈与契約における給付の原始的・主観的不能に対してBGB521条を適用するものとして、*jurisPK/Sefrin*, 6.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 521 Rn.20がある。BGB523条を適用すべきとするものとして、*Münchener Kommentar/Koch*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.73), § 523 Rn.3がある。

- 98) *Volker Emmerich*, JuS 2000, 1022f.
- 99) *Emmelich*, a.a.O. (Fn.98), 1023. BGHと同様に、BGB521条は帰責性を前提として責任を制限するために、帰責性を問わない保証責任が問題となる原始的・主観的不能に関しては、贈与者といえどもBGB521条の適用によってその責任を制限されはしないとする。なお、*Bamberger/Roth/Gehrlein*, a.a.O. (Fn.58), § 521 Rn.3も、旧法では贈与者も過失によらない保証責任を負ったとする。
- 100) 上記BGH判決の評釈について、ここで挙げた各文献の外にも、たとえば *Stephan Lorenz*, EWiR 2000, 715f.; *Bernd Wegmann*, DNotZ 2000, 846f. がある。ロレンツは、自身の見解を述べずにBGHの意見を客観的に注釈することどめている。ヴェーグマンは明確には自身の意見を述べていないものの、BGHの見解には賛同していないようではある。
- 101) BGB599条：「貸主は、故意及び重大な過失についてのみ責任を負う」。同条は債務法改正によって修正されておらず、邦訳については右近編・前掲注3）349頁以下（使用貸借法、貝田守執筆）に準じる。600条についても同様。
- 102) BGHZ 93, 23ff. = NJW 1985, 794ff. 上記本文Ⅱ章一節（一）参照。
- 103) NJW 1974, 234ff.
- 104) NJW 1974, 235.
- 105) しかしながら本件では、「当事者間において使用貸借契約が成立していたであろうことを認めることは不自然であろう。むしろ馬を委ねたことで（控訴審裁判所が適切に確認しているように）、スポーツ仲間としてのやり取りから明らかとなり、そして法律行為に拘束される意思の認められない純粋に事実的な日常生活での出来事のみが存在する」として、使用貸借契約の成立を否定し、責任制限規定の適用も問題とならないとする。
- 106) NJW-RR 1988, 157f. = MDR 1987, 1023 = VersR 1988, 381f.
- 107) NJW-RR 1988, 157. この判決につき、メディクスは保護義務に対して責任制限規定を無条件に適用することを認めるものと評価している。*ders.*, a.a.O. (Fn.59), S.589ff., insb. S.590.
- 108) NJW-RR 1990, 795f. = VersR 1992, 211f. = MDR 1990, 548f.
- 109) VersR 1992, 251.
- 110) ただし、本件では当事者間に契約関係がないとし、純粋に事実的な好意関係のみが存在するとする。その限りでは、本稿の問題意識とは直接には関わらないものの、契約ではない事実的な好意関係、特に一方当事者による契約に基づかない無償行為において損害が生じた場合、無償契約における責任制限規定が適用されるかどうか、あるいはその他の理論を用いることで無償行為者の責任が制限されるかも問

題となる。判例④では、そもそもこの事件がBGB833条の保護目的に含まれないとしているにすぎず、この点は明確にされてはいない。

- 111) VersR 1992, 192f.
- 112) VersR 1992, 192.
- 113) VersR 1992, 193.
- 114) NJW 1992, 2474ff.
- 115) ただしBGB254条によって考慮されるべきは、被害者であるYが借りた馬の気性に気付かなかった点や鞭を用いた点に非難可能性があるか否かであると指摘し、馬の貸与が無償で行われたことや事実上の好意関係が問題となっていることは考慮要素としては挙げられていない。
- 116) VersR 1995, 547f.
- 117) VersR 1995, 547.
- 118) ここではBGH1984年11月29日判決 (BGHZ 93, 23 ff.) を指摘する。
- 119) VersR 1995, 547f.
- 120) Juris-Das Rechtspotential より引用。
- 121) BGB599条はあくまで帰責基準の制限であり、(条文上は) 債務者が果たすべき注意義務の基準を決定するものではない点に留意する必要がある。
- 122) VersR 2006, 1085f.
- 123) なお、BGB599条とBGB833条との関係が問題となったその他の判例として、たとえばLG Braunschweig MDR 1997, 94f.; OLG Düsseldorf MDR 1998, 409f. がある。どちらの判決も、BGB833条に基づく請求権に対してBGB599条が適用(準用)されることを指摘する。
- 124) *Rudolf Westerhoff*, Ist die Entscheidung gerecht?—Methodische Wertung am Beispiel eines Reitunfalls-, JR 1993, 497ff., 502. この視点は、無償契約における債務者の責任を考える際にグルントマンによっても主張されていた。Vgl., *ders.*, a.a.O. (Fn.37), S.473. 損害賠償範囲の調整によって、無償性や好意関係という要素を考慮するとの方向性は、本稿の問題意識にとっても重要である。なお、*Werner Flume*, Anmerkung des BGH, Urt. v. 14.3.1961—IVZR189/59, JZ 1961, 606; *Herbert Schlieff*, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach § 254 BGB, NJW 1965, 677; *Hans-Joachim Hoffmann*, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, AcP 167 (1967), 394ff., 407も参照。いずれもBGB254条による損害額調整(減額)のための要素として無償性や好意を考慮すべきとしている。
- 125) BGB599条および600条の適用範囲をめぐる学説史の整理については、*Hkk/Schlinker*, a.a.O. (Fn.1), § 589—606 Rn.30ff. も参照。
- 126) なお、BGB599条優先説は、BGB521条優先説と同様に現在ではほとんど主張されていない。
- 127) *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.346ff., S.347.
- 128) *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.347f.
- 129) *Schlechtriem*, Vertragsordnung, a.a.O. (Fn.15), S.348. シュレヒトリームは、以下の例を挙げて説明する。すなわち、一定の日に車を貸与することを約束する者は、その者が軽過失により目的物である車を事故で破損する場合、レンタカー代金の補償のための請求権に対してはBGB599条を用いることができる。一方で欠陥のある車を、この危険を告知することなしに貸与して借主の身体損害を伴う事故を導くという場合、不法行為責任に対し、BGB599条および600条を用いることはできないという。シュレヒトリームによれば、このとき、好意同乗と同様の評価問題が生ずるといふ。つまり身体損害や死亡の場合、加害者の善き行いは、加害者の怠慢と比較しうらうよう

なものではなく、外見上は好意的である貸主の免責を要求する感情の正当さは、あまりに一方的かつ抽象的に評価されてしまっているという。Vgl., *ders.*, *Vertragsordnung*, a.a.O.(Fn.19), S.348f. このことからシュレヒトリームとしては、債務者(加害者)が好意に基づいて相手方のために給付しないしは一定の行動をしたために損害が生じた場合でも、このような好意といった主観的要素を考慮して責任の制限を認めることについては、慎重であるべきという立場のようである。

- 130) Vgl., *Schlechtriem*, *Abgrenzungsfragen*, a.a.O.(Fn.11), 581, 585 insb. II 2; *ders.*, *Schuldrecht BT*, a.a.O.(Fn.23), Rn.330.
- 131) *Larenz*, a.a.O.(Fn.24), S.294.
- 132) *Larenz*, a.a.O.(Fn.24), S.294f. なお、安全でない自動車の使用貸借の例を挙げる。すなわち、貸主が、車に瑕疵がありそのためにもはや交通上安全でないことを知りながら借主に貸与する際、瑕疵に関して注意を促すことを怠りその結果借主が健康上の損害を被るのであれば、貸主はBGB600も599条も引き合いに出せないという。軽過失のみが該当する場合でも、貸主はこの瑕疵結果損害のため、積極的契約侵害と同じく不法行為によっても責任を負うという。
- 133) *Soergel/Wolfgang Kummer*, 12.Aufl., a.a.O.(Fn.72), § 599 Rn.5.
- 134) *Soergel/Kummer*, 12.Aufl., a.a.O.(Fn.72), § 599 Rn.7.
- 135) *Soergel/Kummer*, 12.Aufl., a.a.O.(Fn.72), § 599 Rn.8. クンマーの見解はいささか複雑であるように思えるが、まとめると次のようである。すなわち、BGB521条や599条による帰責基準の制限で問題とされているのは、制限された帰責基準(故意・重過失)が①保護義務違反や契約締結上の過失という場面にも適用されるのか、②不法行為責任も競合して問題となる場合、同責任にもこの基準が適用されるのかである。*Kummer*は、①についてはこれを原則として否定する。BGB599条の制限された基準が適用されるのは、保護義務が「契約目的と関連する」場合ではなく、保護義務が契約において履行利益(＝給付義務)の目的となっている場合であるとする。②に関しては、原則として不法行為責任が問題となる場合にもBGB599条(など)による責任制限が適用されることはないとする。しかし動物の使用貸借が問題となる場合、すなわち貸主に対するBGB833条による責任が問題となる場合には、危険責任という規範が社会において果たす機能を理由として、当事者間に動物の使用貸借契約が存在している限りで599条(ないしは600条)の基準でもって833条の責任も追及されるべきとしている。保護義務違反や不法行為責任に対する責任制限規定の適用を厳格に否定するシュレヒトリームやラーレンツとは少し見解を異にしている。そのほかBGB276条優先説として、*AnwaltKommentar/Christiane Brors*, a.a.O.(Fn.81), § 599 Rn.2ff., § 600 Rn.2; *Jauernig/Mansel*, 15.Aufl., a.a.O.(Fn.49), § 599 Rn.2, § 600 Rn.1; *Palandt/Weidenkaff*, 73Aufl., a.a.O.(Fn.58), § 599 Rn.2, § 600 Rn.4などを指摘できる。なお、ヴァイデンカフはBGB521条に関しては折衷説を採る(Vgl., *Palandt/ders.*, 73.Aufl., a.a.O.[Fn.58], § 521 Rn.4)。
- 136) *jurisPK/Jens Colling*, 6.Aufl., a.a.O.(Fn.76), § 599 Rn.8.
- 137) なお、ユリス実務注釈書の以前の版でBGB599条の執筆を担当していたエックシュタイン＝プー(L. Eckstein-Puhl)によれば、債務法改正によりBGB立法者の意思はBGB599条の適用範囲を決定する上で重要なものではなくなったという。すなわち、債務法の改正をもって、契約締結上の過失責任および積極的債権侵害も法律に規定のある給付障害に属することとなったため、立法者が責任制限の対象として、遅滞および不能責任のみを考慮していたという点は、使用貸借における責任制限規定の解釈を左右するものではないという。Vgl., *jurisPK/ders.*, BGB, Bd.2.2, 2.Aufl., 2004, § 599 Rn.7. この点についてはコーリングも同様に言及しているが、主旨は若干異な

- る(コーリングは、契約締結上の過失や積極的債権侵害が法定されたことのみをもってしては、BGB599条の射程を判断することはできないという)。
- 138) *jurisPK/Colling*, 6.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 599 Rn.13ff., insb. Rn.15.
- 139) *jurisPK/Colling*, 6.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 599 Rn.16.
- 140) *Staudinger/Dieter Reuter*, 2005, § 599 Rn.2.
- 141) *Staudinger/Reuter*, a.a.O. (Fn.140), § 599 Rn.3.
- 142) *Staudinger/Reuter*, a.a.O. (Fn.140), § 600 Rn.2f. ただし瑕疵結果損害に関しては、BGB599条と関連してBGB280条1項および311条2項が適用されるとし、貸主はその責任を制限されるとする。
- 143) *Philip Haellmigk*, *Die Leihe in der französischen, englischen und deutschen Rechtsordnung*, 2009, S.219ff.
- 144) *Haellmigk*, a.a.O. (Fn.143), S.266.
- 145) *Haellmigk*, a.a.O. (Fn.143), S.267.
- 146) *Haellmigk*, a.a.O. (Fn.143), S.268.
- 147) *Münchener Kommentar/Martin Häublein*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.78), § 599 Rn.3.
- 148) *Münchener Kommentar/Häublein*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.78), § 599 Rn.4.
- 149) *Münchener Kommentar/Häublein*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.78), § 599 Rn.5, § 600 Rn.3.
- 150) ホイブラインの見解も、一応折衷説であると評価しうるものの複雑である。ホイブラインは、使用貸借契約において貸主による保護義務違反や瑕疵結果損害が生じた場合には、それら義務違反が契約目的と関連するならばBGB599条による責任制限規定の適用範囲となるとしている。その一方で、これら義務違反の場合、BGB823条以下の不法行為責任も競合的に生ずる場合、同責任に対してはBGB599条の基準は適用されえないとしている。そのため、契約上の義務違反としての保護義務違反や瑕疵結果損害が、不法行為法上の義務違反(社会生活上の安全義務違反)としても評価される場合、責任制限の適用はなく、BGB823条以下の基準に従ってのみ貸主の責任が問われるとする。ホイブラインは対価の有無による責任制限の理由づけを挙げ、対価がないためにBGB599条が責任制限を規定しているために、この趣旨が不法行為責任によって無意味にされてはならないということに必然性はなく、むしろ不法行為責任は対価の有無にかかわらない一般的行為義務違反について問題となるのであるから、対価の有無を基準とする責任制限規定が適用される余地はないとする。BGB276条優先説におけるクンマーの見解もそうであったが、各説の中でも相違がみられることについては、やはり契約義務構造の各論者による理解、さらに不法行為責任構造の理解や契約責任と不法行為責任の競合領域についての理解などの差異に由来しているのではないかと思われる。ここに挙げた見解のほか、折衷説として *RGRK/Wolfgang Gelhaar*, a.a.O. (Fn.50), § 599 Rn.1, § 600 Rn.1 ; *Wolfgang Gitter*, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, in : *Joachim Gernhuber* (Hrsg.), *Handbuch des Schuldrechts*, Bd.7, 1988, 168f. ; *Bamberger/Roth/Mathias Rohe*, 3.Aufl., a.a.O. (Fn.62), § 599 Rn.2f. ; *Erman/Friedrich Graf von Westphalen*, 14.Aufl., a.a.O. (Fn.58), § 599 Rn.1f. ; *Hk-BGB/Ina Ebert*, a.a.O. (Fn.58), § 599 Rn.2, § 600 Rn.2 ; *Prütting/Hoppenz*, 9.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 599 Rn.1, § 600 Rn.2などがある。 *Rolf Knütel*, *Anmerkung des OLG Zweibrücken*, *Urt. v. 12.10.1970-2 U 33/70*, *NJW* 1972, 163f. は、BGB833条に対するBGB599条の適用を、600条の立法主旨から肯定し、次のように言う。すなわち、「法律に規定されている借主へのリスク転嫁は、借主が貸主に対して、BGB833条に基づいて責任を問うことができるとするのであれば、動物貸借の領域では一般に無意味になってしまうであろう」という。
- 151) BGB523条1項:「贈与者は、権利の瑕疵を知りながら告げなかったときは、それによ

て生じた損害を賠償する義務を負う」。2項：「贈与者がまず取得すべき目的の給付を約束していた場合において、物の取得当時瑕疵を知っており、又は重大な過失によって知らなかったときは、受贈者は、権利の瑕疵のため不履行による損害賠償を請求することができる。売主の担保責任に関する433条1項及び435条、436条、444条、452条、453条の規定を準用する」。

- 152) BGB524条1項：「贈与者は、物の瑕疵を知らながら告げなかったときは、それによって生じた損害を受贈者に賠償する義務を負う」。2項：「贈与者がまず取得すべき種類でのみ定まる物の給付を約束した場合において、給付物に瑕疵があり、かつ、その瑕疵を物の取得当時知っており、又は重大な過失により知らなかったときは、受贈者は、瑕疵なき物に代え瑕疵なき物を給付するよう請求することができる。贈与者が瑕疵を知らながら告げなかったときは、受贈者は、瑕疵なき物に代えて不履行による損害賠償を請求することができる。これらの請求には売買目的物の瑕疵に関する規定を準用する」。
- 153) BGB600条：「貸主が権利の瑕疵又は貸した物の欠点を知らながら告げなかったときは、貸主は、借主にこれによって生じた損害を賠償する義務を負う」。
- 154) これについては、拙稿・前掲注1) 192頁も参照。また、*Jauernig/Mansel*, 15.Aufl., a.a.O. (Fn.49), § 523 Rn.1, § 524 Rn.1ff. ただし、BGB524条に関しては、同条2項が目的物を特に種類物に限定しているため、他人の財産から取得したのちに特定物が贈与される場合もBGB524条1項の適用範囲に含まれるとされている。
- 155) Vgl., *Larenz*, *Schuldrecht*, a.a.O. (Fn.24), S.203 ; *RGRK/Mezger*, a.a.O. (Fn.50), § 523 Rn.3, § 524 Rn.1 ; *Soergel/Mühl/Teichmann*, 12.Aufl., a.a.O. (Fn.72), § 523 Rn.4 ; *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.4), § 523 Rn.2, § 524 Rn.2, § 600 Rn.1 ; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a.a.O. (Fn.50), § 523 Rn.4 ; *Jauernig/Mansel*, BGB, 15. Aufl., a.a.O. (Fn.49), § 523 Rn.1 ; *Erman/Herrmann*, 14.Aufl., a.a.O. (Fn.58), § 523 Rn.2.
- 156) *Münchener Kommentar/Kollhosser*, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.4), § 523 Rn.3 ; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, a.a.O. (Fn.50), § 523 Rn.8.
- 157) *jurisPK/Colling*, 6.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 600 Rn.6. 具体的には、黙秘が問題となるのは無償契約債務者が告知のための義務を負う場合であるが、その債権者にとって重要であり、取引の解釈から期待されるような状況の指摘のための一般的義務は存在しない。ただ、無償契約債務者の専門知識、債権者の瑕疵の認識可能性の不足、瑕疵による契約の危殆化、当事者間の特別な信頼関係の存在の下、そのような義務が生じうることもあるというにすぎないとする。また、瑕疵を予想しうる者、瑕疵を知っていたか、あるいは瑕疵があると考えていた者、契約の相手方が瑕疵を知らず、瑕疵を告げる場合には契約を締結しなかったであろうということを知りながら取引を行う者は、瑕疵の悪意による黙秘が認められるという。
- 158) 負担付贈与の事例であるが、BGH (JZ 1982, 110f.) は、BGB523条による損害賠償の範囲を信頼利益に対する損害であるとする。ここで信頼利益の内容について、完全性利益の侵害場面もこの利益に含めて考えている見解もある (これについては前掲注58) 参照)。さらに、瑕疵結果損害 (完全性利益侵害) について、これをBGB524条、600条の問題とするか、276条の問題とするか、さらに後者の場合に521条あるいは599条を適用すべきかにつき上述のように見解が分かれている。*Bamberger/Roth/Gehrlein*, a.a.O. (Fn.58), § 524 Rn.2f. ; *Erman/Herrmann*, a.a.O. (Fn.58), 14.Aufl., § 524 Rn.2 ; *Hk-BGB/Saenger*, a.a.O. (Fn.58), 8.Aufl., § 524 Rn.1 ; *Palandt/Weidenkaff*, 73.Aufl., a.a.O. (Fn.58), § 524 Rn.6, § 599 Rn.2などはBGB524条・600条を瑕疵結果損害に適用されるとしている。これについては反対意見もみられる。たと

えば本文中の折衷説の見解などを参照。なかでもヘルミークは、BGB600条において「瑕疵なきことに対する信頼のみが保護され、その結果として貸主は、厳格な意味における瑕疵損害についてのみ責任を負うのか、あるいはその他法益に対する損害、瑕疵結果損害にも適用されるのかについては争いがある。…瑕疵結果損害の賠償という問題にまでこの条文の適用を拡張することは、同規定の意義に矛盾する…。BGBは借主について、貸借目的物の品質に関する利益が問題となっている限りでは保護に値しないものとみなしている。借主は給付と引換えに代金を支払うことではないので、貸借目的物への期待についてもまた軽減される必要がある。借主は物があるがままの状態で受け入れる必要がある。…貸主はBGB600条によって、貸借目的物の瑕疵に基づく責任から保護される。BGBは600条によって、借主およびその法益を保護するという責任から貸主を解放する意図ではない。したがってBGB600条は瑕疵結果損害には適用されない。この規定によれば、貸主がその義務に違反したために、借主が貸借目的物の使用可能性につき信頼をしてしまったことで事前に投下した費用が無駄になり、あるいは必要な措置を怠ってしまったことから生ずる損害を賠償する必要がある」とする。Haellmigh, a.a.O. (Fn.143), S.262f. Gitter, a.a.O. (Fn.148), S.169なども同旨。現代化後のBGB売買法において、瑕疵結果損害の賠償がBGB280条の問題とされていることから、贈与や使用貸借における瑕疵結果損害の問題も280条および521条あるいは599条との関連で考えるべきであろうか。現代化後の売買法における瑕疵結果損害の問題ならびに利益概念の問題などについては、Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 8.Aufl., 2009, Rn.502ff. 参照。

- 159) Soergel/Heinzmann, Bd.8, 13.Aufl., 2007, § 600 Rn.2. ただし、日本法においては信頼利益・履行利益という区分自体あいまいなもの批判がある。これについては、高橋眞「信頼利益・履行利益とは何か—損害概念論研究の端緒」同『損害概念論序説』(有斐閣、2005) 11-13頁。
- 160) Larenz, Schuldrecht, a.a.O. (Fn.24), S.203. 同旨として、Andre Pohlmann, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002, S.52f., S.181ff.
- 161) Vgl., Münchener Kommentar/Kollhosser, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.4), § 600 Rn.1 ; Staudinger/Reuter, a.a.O. (Fn.140), § 600 Rn.1 ; jurisPK/Colling, 6.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 600 Rn.1.
- 162) Vgl., Münchener Kommentar/Kollhosser, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.4), § 523 Rn.5, § 524 Rn.3 ; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, a.a.O. (Fn.50), § 523 Rn.12 ; Münchener Kommentar/Koch, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.73), § 523 Rn.4 ; Erman/Hermann, 14.Aufl., a.a.O. (Fn.58), § 523 Rn.3 ; jurisPK/Sefrin, 6.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 523 Rn.13.
- 163) Vgl., Soergel/Mühl/Teichmann, 12.Aufl., a.a.O. (Fn.72), § 523 Rn.10 ; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, a.a.O. (Fn.50), § 523 Rn.15 ; Münchener Kommentar/Koch, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.73), § 523 Rn.5, § 524 Rn.3 ; jurisPK/Sefrin, 6.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 523 Rn.15.
- 164) Löwisch, a.a.O. (Fn.96), 355; Münchener Kommentar/Kollhosser, 4.Aufl., a.a.O. (Fn.4), § 523 Rn.6 (コルホッサーは、瑕疵の除去義務違反に基づく責任が認められるためには、瑕疵の除去が可能である必要があり、そうでなければ特定物の調達を約束した贈与者が、取得の際に除去不能な権利の瑕疵を知ってしまった場合にも責任を負わなければならないようになってしまうからとする) ; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, a.a.O. (Fn.50), § 523 Rn.12.
- 165) BGB311a条1項：「契約の有効性は、債務者が275条1項ないし3項による給付をする必要がないこと、給付障害事由がすでに契約締結の際に存することで妨げられない。2項：債権者は、その選択に従い、給付に代わる損害賠償または284条に定められた範囲においてその出費の賠償を請求することができる。このことは、債務者が

契約締結の際に給付障害事由を知らなかったか、または、それを知らなかったことについて責めがないときには、あてはまらない。281条1項2文および3文ならびに5項は準用される」。311a条の邦語訳に関しては、円谷峻訳＝ディーター・ライボルト『ドイツ民法総論—設例・判例を通じて学ぶ—』（成文堂、2008）464頁に準じた。

- 166) *Hüttemann*, a.a.O. (Fn.95), S.381.
- 167) *Hüttemann*, a.a.O. (Fn.95), S.381.
- 168) ヒュッテマンは、目的物に原始的かつ除去不能な瑕疵が存在する場合には、これを311a条あるいはそれと関連して521条などの問題とすべきではなく、523条1項や524条1項によって把握されるべきとする。BGB523条1項および524条1項が適用される自己の財産からの贈与の場合、贈与者はその財産をあるがままにのみ引き渡すという意図であり、それゆえに目的物が瑕疵を有していたとしてもそれについて悪意で黙秘していたのでなければ責任を負わない。このとき311a条2項に従って責任を負わせようとするのであれば、重大な評価矛盾が生じてしまうという。そのため、この限りでは贈与者は悪意のためにのみ瑕疵に対して責任を負う必要があるとする。なお、瑕疵以外の原始的給付障害（たとえば契約締結前の目的物の滅失）についても同様に贈与者は責任制限を受けるべきとする。すなわち、「贈与者は、贈与目的物を『あるがままにのみ』贈与することを約束するとする評価づけが、BGB523条1項における原始的な権利の瑕疵のための責任の排除の基礎となっている。それゆえ贈与者はまた、『贈与の目的物を所有している状態のまま受贈者に引渡すこと』のみを義務づけられるとする。同様の考慮から、法はBGB524条1項において原始的な物の瑕疵のための贈与者の責任を排除している」。「しかし、BGB523条および524条において明らかにされている評価づけを原始的な権利・物の瑕疵に限定すること、そしてその他の原始的な給付障害の場合、贈与者の責任を肯定することについては、客観的理由は存在しない。すなわち、贈与目的物が贈与者に属しないかどうか（ある者が、不当にも自分のものであるとみなしている絵画を贈与する）、あるいは贈与者が事実的な理由から占有の調達をする能力を有していないかどうか（ある者が、絵画が数時間前に保養施設から盗まれてしまったということを知らずに、その絵画を贈与する）は、贈与者の責任にとって本来区別されえない。異なる取り扱いが原始的な物の瑕疵（贈与した家畜が発病する）および原始的客観的不能（贈与した動物が贈与の時点ですでに死んでいる）の場合に関しても問題とならない。権利・物の瑕疵が、通常は、純粋に『事実上の』給付障害よりも確定が困難であり、その結果贈与者は権利・物の瑕疵のための責任に関してより広範な免責を獲得するということも無条件に述べることはできない。BGB523条1項および524条1項はまた、原始的な瑕疵の認識可能性に向けられているのではなく、贈与者の認識にのみ向けられている」。このように、BGB523条1項および524条1項の立法趣旨に鑑みて、贈与者に対する責任の制限を瑕疵に限らず広く原始的な給付障害全般に拡大しようとする。*Hüttemann*, a.a.O. (Fn.95), S.382f., 386f.
- 169) もちろんこの基準は相対的であり、自己の事柄に用いる注意が高度の注意であれば、その限りでは注意義務の軽減とはならないこともあることに留意する必要がある。
- 170) 委任法の冒頭規定であるBGB662条は次のように規定する。662条：「委任を承諾することによって、受任者は、委任者から委託された事務を委任者のために無償で処理する義務を負う」。邦訳については、右近編・前掲注3）486頁（委任法、今西康人執筆）参照。
- 171) BGBにおいて受任者がいかなる義務を負うのかについては、さかのぼるとドレスデン草案の規定案がたたき台とされていた。そこでは、「契約から利益を得ない当事者」の責任は故意・重過失のある場合に生ずることとされるが、「契約から利益を得ない

- が他人のために行為する者 (=受任者など)はその他人の利益を保護する必要があるために、そのために必要な義務と責任が課せられるとされていた。詳しくは拙稿・前掲注1) 144-145頁、156-157頁注9) -11)。
- 172) BB 1964, 100.
- 173) たとえば BGHZ 21, 102ff. = NJW 1956, 1313ff.; OLG Sachsen-Anhalt, Urt.v. 17. 4. 2003-7 U 135/2 (Juris-Das Rechtspotal より) など。
- 174) *Josef Esser, Schuldrecht, 2.Aufl., 1960, S.620.*
- 175) BGB680条は事務管理の規定であり、本人に迫る危険を回避する目的で事務管理が行われる場合、管理者は故意および重大な過失がない限り責任を負わないものとする。ただしヴェイヤースによる補訂版では BGB680条の類推適用について言及されていない。Vgl., *Josef Esser/Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Bd.2, BT., 8.Aufl., 1998, S.317.* 第8版では、委任契約において受任者の責任制限が規定されなかった理由を、普通法における法理(他人の事柄を引き受けるにあたっては一定の注意をも引受ける合意がある)にあるとするが、今日では少なくとも、BGB157条に従った契約解釈によって、受任者の責任や注意義務が軽減されてよい場面があるとする。なお、BGB157条による契約解釈によって受任者の責任制限が導かれうる場面として、明確に認識されていない突然に生じた危険を回避するための委任の場合がそうであるとする。BGB680条の類推から契約解釈へと責任制限を認めるための手法が変化しているが、その理由については明らかでない。
- 176) *Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21.Aufl., 2007, Rn.368f.*
- 177) *Medicus, Bürgerliches Recht, a.a.O. (Fn.176), Rn.368.*
- 178) *Medicus, Bürgerliches Recht, a.a.O. (Fn.176), Rn.369.* ただしこれについては、日常生活における好意のような事実的行為によって相手方に損害が生じた場合に、果たしてこのような関係に対して契約法規範を適用しうるのかというさらなる問題(いわゆる好意関係における債務者・加害者の責任制限の可能性の問題)が生じうる。ドイツでは、先に見たように契約関係のない事実的な好意関係における当事者の責任が問題となる場合には、無償行為といえども無償契約規定を適用すべきではないという判例が見られる。これについては III章一節の判例②、④参照。
- 179) *Münchener Kommentar/Hermann Seiler, 5.Aufl., 2009, § 662 Rn.53ff.*
- 180) *Münchener Kommentar/Seiler, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.179), § 662 Rn.53.*
- 181) *Münchener Kommentar/Seiler, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.179), § 662 Rn.55f.*
- 182) *Münchener Kommentar/Seiler, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.179), § 662 Rn.56.* 同旨として、*jurispraxis Kommentar/Günther Hönn, Bd.2.3, 5.Aufl., 2010, § 662 Rn.32* (なおヘンは、個々の場面において受任者の責任が制限される場合には、その制限は不法行為責任にも及ぶものとする); *Soergel/Volker Beuthien, Bd.10, 13.Aufl., 2012, § 662 Rn.16f.*; *Erman/Klaus Peter Berger, 14.Aufl., a.a.O. (Fn.58), § 662 Rn.24f.* (ただし、責任制限が適用されるのは極めて例外的な場面にとどまると強調する); *Jauernig/Mansel, 15.Aufl., a.a.O. (Fn.49), § 662 Rn.12, 14*; *Palandt/Hartwig Sprau, 73.Aufl., a.a.O. (Fn.58), § 662 Rn.11.* 一方フィッシャーは、BGB276条1項に従えば例外が認められないではないと述べるにとどまる。Vgl., *Bamberger/Roth/Detlev Fischer, Bd.2, 3.Aufl., 2012, § 662 Rn.14.* なお、差し迫っている危機の回避のための委任において BGB680条を準用することで受任者の責任を軽減することに賛同するものとして、*Staudinger/Michael Martinek, 2006, § 662 Rn.43*がある。しかしマルティネク自身は受任者の責任を軽減する余地を全く認めない立場に賛同するという。Vgl., *Staudinger/Martinek, a.a.O., § 662 Rn.42.*
- 183) *Nk-BGB/Martin Schwab, 2.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 662 Rn.24.* グルントマンは、無償契

約(無償法律行為)においては、債権者の完全性利益は常に保護されるべきであるが、履行利益についてはそうではないとする。すなわち、委任における責任制限を考える場合にも「無償法律行為に関する指針として結晶化してきた完全性利益と履行利益との区別づけが有益でありうる。履行利益は、通常の場合保護を受けず、完全性利益のみが保護される」。グルントマンは、無償契約において債権者の履行利益については保護の要請が低いという点を、債務者の寛大さ、そしてそのことを理由とするBGBにおける無償契約のための撤回規定や責任制限規定が履行利益に関するものであることを指摘する。*Grundmann*, a.a.O. (Fn.37), S.471, 475f.

- 184) BGB690条:「受寄者は、無償で保管を引き受けたときには、自己の事務につき通常用いるのと同じの注意についてのみ責任を負う」。右近編・前掲注3) 552頁(寄託法、松井宏興執筆) 参照。
- 185) なお、自己の事柄に対するのと同じの注意義務と帰責事由との関係についてであるが、BGB277条によれば自己の事柄に対して用いるのが常であるのと同じの注意義務を負う者でも、重大な過失のためには責任を負うこととされている。しかし、この規定は無償受寄者(など)の責任を重大な過失に制限する趣旨の規定として理解されてはならず、あくまで自己の事柄に対するのと同じの注意義務を負う者が実際に自己の事柄に対してどのような注意を用いているのが基準とならなければならないという。その意味では、BGB521条や599条のように直接的に責任を負う基準をBGB276条と比べて制限している規定とはその趣旨を異にする。すなわち、「自己の事柄に対する注意義務」によって要求される注意が変動しうるため、場合によっては有償契約における債務者が果たすべき注意と同様の注意が要求される場合もある。Vgl., *Münchener Kommentar/Martin Henssler*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.179), § 690 Rn.7. たとえばハム上級地方裁判所は、有限会社が国鉄所有のある駅にスチールパイプを預けていたが、駅の監督責任者がパイプ置き場の付近でゴミを燃やし、そのまま別の業務に移ったためにパイプに火が燃え移り、焼失してしまったという事例で、当事者間に無償寄託契約が成立しており、BGB690条の義務が国鉄に課されるどころ、ここでいう自己の事柄に対するのと同じの注意は「国有鉄道に関しては決してわずかなものでよいこととはならない」とした。そして国鉄の駅監督責任者に対する指導義務違反を認めた事例がある。Vgl., *VersR* 1979, 1063. このことは日本民法659条において無償受寄者に要求される「自己の財産に対するのと同じの注意」に対しても当てはまるだろう。
- 186) *NJW-RR* 2002, 1456f.
- 187) *NJW-RR* 2002, 1457.
- 188) *Larenz, Schuldrecht*, a.a.O. (Fn.24), S.456. ここでは、無償で給付をなす受寄者に内在する好意という主観的態様のほか、寄託者側が無償で寄託を依頼する場合には、受寄者の平常の注意(=自己の事柄に対するのと同じの注意)を知って依頼するために、受寄者としてはその注意を果たせば足りるという理由にも言及されている。
- 189) *Schlechtriem, Vertragsordnung*, a.a.O. (Fn.15), S.388f.
- 190) *Schlechtriem, Vertragsordnung*, a.a.O. (Fn.15), S.391. シュレヒトリームは、BGB521条や599条の問題に関しては、これらの責任制限規定を保護義務違反や不法行為責任に対して適用することを否定しながらも、BGB690条に関しては、その主要な適用場面が完全性利益侵害場面であり、不法行為責任と競合しうるためとして適用を肯定している。
- 191) *Münchener Kommentar/Henssler*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.179), § 690 Rn.8.
- 192) *Münchener Kommentar/Henssler*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.179), § 690 Rn.9.
- 193) *jurisPK/Christian Jülch*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.182), § 690 Rn.1.

- 194) *jurisPK/Jülch*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.182), § 690 Rn.7.
- 195) *jurisPK/Jülch*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.182), § 690 Rn.9.
- 196) *Soergel/Worfgang Schur*, 13.Aufl., a.a.O. (Fn.182), § 690 Rn.1.
- 197) *Soergel/Schur*, 13.Aufl., a.a.O. (Fn.182), § 690 Rn.1.5.
- 198) *Prütting/Wegen/Weinreich/Oliver Fehrenbacher*, 9.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 690 Rn.1.
- 199) *Nk-BGB/Thomas Klingelhöfer*, 2.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 690 Rn.1. ラーレンツの見解と同様に、無償で他人に寄託を依頼する者はその他人が普段自己の物に対して用いている注意以上の注意を要求しえないということを規定趣旨として挙げている。
- 200) *Nk-BGB/Klingelhöfer*, 2.Aufl., a.a.O. (Fn.76), § 690 Rn. 4. *Bamberger/Roth/Markus Gehrlein*, Bd. 2, 3.Aufl., 2012, § 690 Rn.2も同旨。
- 201) Vgl., *Gerhardt*, a.a.O. (Fn.11), 600.
- 202) *Staudinger/Reuter*, a.a.O. (Fn.182), § 690 Rn.5. そのほか、*Erman/Hermann*, 14.Aufl., a.a.O. (Fn.58), § 690 Rn.3も同旨。
- 203) 551条1項および596条参照。
- 204) *Flume*, a.a.O. (Fn.124), 606 ; *Schlieff*, a.a.O. (Fn.124), 677 ; *Hoffmann*, a.a.O. (Fn.124), 407 ; *Westerhoff*, a.a.O. (Fn.124), 502 ; *Grundmann*, a.a.O. (Fn.37), S.473.
- 205) たとえば、BGHZ 93, 23, 28 ; *Medicus*, a.a.O. (Fn.59), S.598ff. 参照。
- 206) 自己の財産から贈与が行われる場合には、贈与者は単にあるがままに目的物を給付するのみで、瑕疵なき物の給付義務を負わず、瑕疵を悪意で黙秘していた場合にのみ責任を負う (BGB523条1項、524条1項)。一方で、約束後他人の財産から目的物を取得して給付する場合は、この取得が受贈者にとっても利益となることであるために贈与者は少なからず注意を要求され、軽減されてはいるが (瑕疵についての悪意、重過失不知) 瑕疵なき目的物の給付義務・追完義務をも負う (BGB523条2項3文、524条2項)。現在のドイツ法学説では、BGB523条や524条、そして600条による担保責任制限の根拠についてそれほど争われてはいないようである。そのため、BGBにおいて担保責任が制限される理由は、契約の無償性、債務者の好意や寛大さ、そして分けても立法者意思に従って、当事者の意思の推定であるといえる。
- 207) BGHZ 144, 118ff.
- 208) たとえば、*Kollhosser*, a.a.O. (Fn.83), 321 ; *Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, *Schuldrecht II*, BT., 15.Aufl., 2010, Rn.390 ; *HansBrox/Wolf-Dietrich Walker*, *Besonderes Schuldrecht*, 37.Aufl., 2013, S.149 Rn.17参照。メディクスはさらに、無償契約において債務者の責任が制限される規定の根拠には、利益原理が存在することも指摘する。 *Medicus/Lorenz*, a.a.O., Rn.5.
- 209) たとえば、*Staudinger/Martinek*, a.a.O. (Fn.182), § 662 Rn.41f. ; *Münchener Kommentar/Seiler*, 5.Aufl., a.a.O. (Fn.179), § 662 Rn.53ff. 参照。
- 210) Vgl., *Schlechtriem*, *Vertragsordnung*, a.a.O. (Fn.15), S.389 ; *Larenz*, *Schuldrecht*, a.a.O. (Fn.24), S.456.