

ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について

田畑, 嘉洋
九州大学大学院法学研究院 : 協力研究員

<https://doi.org/10.15017/1500382>

出版情報 : 九大法学. 109, pp.1-56, 2014-10-01. 九大法学会
バージョン :
権利関係 :

ドイツにおける買主の追完請求権と 売主の追完拒絶権の関係について

田 畑 嘉 洋

- 1 問題の所在
 - (1) はじめに
 - (2) 売主瑕疵担保責任の法的性質論
 - (3) 瑕疵修補の不能

- 2 瑕疵物給付に対する効果の概要
 - (1) BGBの規定の概要
 - (2) 物の瑕疵に基づく買主の権利
 - (3) 物の瑕疵に基づく買主の権利の排除と制限

- 3 買主の追完請求権
 - (1) 追完請求権の法的性質と発生時期
 - (2) 特定物売買と代物給付
 - (3) 追完の不能
 - (4) 追完請求権の排除事由

- 4 売主の追完拒絶権
 - (1) 275条2項に基づく拒絶
 - (2) 439条3項に基づく拒絶
 - (3) 二種類の拒絶権の関係

- 5 まとめ

1 問題の所在

(1) はじめに

伝統的な通説によると、債権の本質は、「特定の人をして特定の行為をなさしめる権利」であり、債権者は、これによって、特定の行為（給付）をなすべきことを請求する権利を有し、債務者は、その行為をなすべき義務を負うとされる⁽¹⁾。では、このような権利を有する債権者は、給付が物理的に可能である限りでは、債務者に際限なく給付を請求することができるのか。あるいは、これはどのように制限され得るのか。本稿は、債権者の履行請求権の限界という問題の一端について、買主の追完（瑕疵修補）請求権⁽²⁾という観点から検討するものである。

民法570条によれば、売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、売主は瑕疵担保責任を負わなければならない。買主は、目的物の瑕疵のために契約をした目的を達することができないときは、契約を解除して損害賠償を請求することができ、解除が認められないときは、損害賠償の請求のみをすることができる（566条1項）。請負の場合（634条1項）とは異なり、買主の追完請求権に関する規定は存在しない。

売主の瑕疵担保責任を巡っては様々な論点が存在するが、その一つに、瑕疵担保責任は種類売買にも適用されるかという問題があり、この問題とも関連して、古くから、瑕疵担保責任の法的性質が争われてきた。後に確認するが、近時、瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則と捉える見解が非常に有力化しており、また、法定責任説と債務不履行責任説の結論の違いもそれほど小さくなってきている。つまり、瑕疵物給付が債務の完全な履行でない⁽³⁾と理解する債務不履行責任説が買主の追完請求権を認めることはいわば当然としても、法定責任説の論者も特定物買主の追完請求権の存在を必ずしも否定しない。もっとも、買主の追完請求権を認めた場合、追完が可能である限りでは、買主は際限なくこれを請求す

ることができるのか、換言すれば、売主はこれを無制限に義務づけられているのかという問題が生じ得る。もちろん、売主がそのような義務を負っている以上、制限はないと考えることも可能であろうが、そうすると、場合によっては売主が過大な費用を負担させられることになる。それ故、一定の場合には、なおも可能な追完を不能と同視して処理することが考えられ、後に確認するように、判例もこのような立場に立っている。学説上も、履行の不能は社会の取引観念に従って定められるとされている。しかし、過大な費用を投じれば可能な追完を不能と判断するとしても、その判断基準は明らかではないから、これを明らかにする必要がある。また、追完請求権の限界について検討する前提として、追完請求権の法的性質（特に、瑕疵のない物の給付に対する買主の本来の請求権との関係）、及び、その内容⁽³⁾についての検討も必要になる。

筆者は、追完請求権の限界について検討するために、本稿において、ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権を巡る議論の分析を行った。2001年に大きく改正され、2002年から施行されている現行ドイツ民法典（以下、BGB）においては、瑕疵物給付が義務違反とされており、また、法律上、一定の要件の下で追完請求を拒絶することが売主に認められている。後に確認するように、近時進められている我が国の債権法改正の議論にもドイツと同様の方向性が認められるから、ドイツで現在行われている議論に検討を加えることは有益であると思われる⁽⁴⁾。

ドイツにおける議論の分析を行う前に、日本における瑕疵担保責任の法的性質を巡る議論の現状と追完の不能について、債権法改正の中間試案の内容にも配慮しつつ、整理しておく。

（2）売主瑕疵担保責任の法的性質論

買主の追完請求権（又は売主の追完義務）を認める前提として、少なくとも、売主が瑕疵のない（特定）物を給付する義務を負っていることを認めることが必要になる。この問題は、瑕疵担保責任の法的性質をどの

ように理解するのかという問題とも関わる。瑕疵担保責任の法的性質を巡っては学説上の争いが続けられているが、ここでは、学説の概要と現在の議論状況について簡単に確認しておく。

長く通説と目されてきた法定責任説⁽⁵⁾は、次のように理解する。すなわち、契約締結時に既に瑕疵が存在した場合、瑕疵のない特定物の引渡しは原始的に不能であり、そのような契約は無効である。そして、瑕疵担保責任は契約が有効であることを前提としているから、売主は瑕疵のない特定物を引き渡す義務を負わず、契約時に瑕疵がある特定物の引渡しも売主の債務の完全な履行である。しかし、それでは当事者間に不均衡が生じるから、買主と売主間の等価関係を回復するために、法定の特別責任である瑕疵担保責任が生じる。この見解によれば、特定物売買の際の存在しない性質に関する合意は、個別化された目的物についての陳述にすぎないとし、その結果、売買目的物の性質は動機の錯誤との関係において理解されるにすぎない。従って、この説に立った場合、特定物買主に追完請求権は生じ得ないはずである。これに対して、近時非常に有力な債務不履行責任説⁽⁶⁾は、瑕疵担保責任を債務不履行責任の特則と理解する。特定物の性質も契約の内容になることができ、特定物の売主も合意された瑕疵のない物を引き渡す義務を負う。従って、瑕疵物の給付は売主の債務不履行である。瑕疵担保責任は債務不履行責任の特則であるから、瑕疵担保規定と矛盾しない限りで、債務不履行の一般規定も適用される。この説によれば、特定物買主も、完全履行請求として、瑕疵の修補を売主に請求することができる。

近時、法定責任説と債務不履行責任説の結論の差は大きく相対化している。法定責任説に立つ下森定は、種類売買と瑕疵担保責任の関係について次のように理解する。すなわち、瑕疵担保規定の種類売買への適用の肯定は、新しい法現象である種類売買法理の形成過程において、特定物売買の法理である瑕疵担保法理が借用、拡張された過渡期の制度である。これは、不完全履行論という新しい理論が登場した時点でその歴史

的使命をおえ、瑕疵担保責任の適用範囲は本来の範囲（特定物売買）に制限されるべきである。また、瑕疵担保責任を債務不履行制度に一元化しても、不代替的特定物の特性の故に、瑕疵担保責任特有の規定（無催告解除・代金減額）は残さざるを得ない⁽⁷⁾。そして、不代替的特定物における売主の本来の給付義務は、原則として、当該特定物の所有権や占有を買主に移転することを内容とすると理解することが、現行民法典の論理的解釈としては正当である⁽⁸⁾。もっとも、下森も、目的物の性質が効果意思を形成し得ることも肯定し、瑕疵のない物の給付義務が契約の内容となっている場合には、その不履行は、種類売買の場合と同様に、不完全履行の一般則によって処理されることを認める。債務不履行責任説に立つ森田宏樹は、この見解を次のように批判する。すなわち、「瑕疵ある特定物の給付は瑕疵のない履行である」という特定物ドグマを前提とする法定責任説が一定の場合に瑕疵のない物を給付する義務、買主の修補請求権を認めるには、このドグマを否定するか、これを限定するべきであり、さもなければ、瑕疵のない物の給付義務を認めることは矛盾である。つまり、瑕疵修補請求権の理論的前提は、一定の瑕疵のない物を給付するという売主の売買契約上の履行義務の肯定である⁽¹⁰⁾。もっとも、一般原則によれば、履行請求権は債権者の権利であり、履行不能に当たらない限り、債務者は履行義務を免れ得ないから、修補が可能であれば、売主は常に瑕疵修補義務を負うことになるが、この解釈も、売主にとって酷である場合があり、ここに売主の義務に何らかの限定を付す契機があると⁽¹¹⁾する。その上で、森田は、瑕疵修補を、現実履行と金銭賠償の中間的性質を持つと理解し、このような瑕疵修補請求権の要件は、①瑕疵修補が可能であること、②修補費用が、瑕疵のない物の給付義務の不履行に基づく損害賠償と比較して不相当なものでないことであるとしている。以上のように、法定責任説の論者も特定物買主の瑕疵修補請求を必ずしも否定せず、他方で、債務不履行責任説の論者も瑕疵修補請求を無制限に認めるわけではない。

さて、筆者は先に公表した二つの論稿⁽¹²⁾において、瑕疵担保責任と債務不履行責任説は矛盾なく一元的に理解され得る旨を述べた。その内容は概ね次のようなものである。まず、判例⁽¹³⁾・通説は、瑕疵をその都度の契約との関係において理解している(主観的瑕疵概念の採用)。一定の性質が明示的に合意されなかった場合にも同様であり、この場合には、契約内容が取引観念によって補われる⁽¹⁴⁾。つまり、売買契約においては一定の状態にある目的物の引渡しと代金の支払いが合意されており、瑕疵担保責任は、契約(合意)違反の結果として生じる。このことは、給付されるべき目的物が時間的・空間的に特定されている特定物売買の際にも同じである。すなわち、特定物売買に際しても、目的物は抽象的な「何か」ではなく、特定の「車種Aの自動車」なり、特定の「鉄くず」なりが売買されているのであって、さもなければ、売買代金の決定すら困難である。また、目的物に関する情報が(通常は所有者であろう)売主側に偏在していることに鑑みても、少なくとも、物が通常は備えているはずの状態の不存在についてのリスクを売主に負わせることは必ずしも不当ではない。確かに、特定物売買、種類売買の別と無関係に、合意された性質が目的物に存在し得ないことはあり得るが、合意された性質の不存在は、その態様に応じた法律効果、すなわち修補又は代金減額を生じさせれば十分である。これらは、対価的・等価的な交換関係を前提とする一般的な契約理論から導ける結論であり、その際に、売主の過失の有無は必要とされない。近時の下級審裁判例における瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容を見ても、瑕疵の修補が可能か否かに応じて、修補費用の賠償請求、又は代金減額が認められている。一方では、修補費用は契約適合的な状態にない目的物を契約適合的な状態にするための費用であるから、修補費用の請求は、実質的には修補自体の請求、換言すれば履行請求と異ならない。他方では、代金減額は、修補不能な部分に対応する代金部分の支払い義務からの買主の解放であり、両当事者の債務の牽連関係から説明可能である。つまり、事実としての債務不履行から生じる効果の

要件として、債務者の帰責事由の存在は必ずしも要求されないから、瑕疵担保責任と債務不履行を一元的に理解することは可能であり、結局、私見によれば、瑕疵担保責任に関する規定の意義は、とりわけ、買主の請求権を瑕疵発見後に短期で消滅させることに認められる。また、買主には、売主の帰責事由の存在を要件として、履行利益の損害賠償を請求することも可能となる。

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案⁽¹⁶⁾」（以下、中間試案）における瑕疵物が給付された際の処理についても確認しておく。まず、売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならないとされている（中間試案第35.3（2））。そして、目的物が契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することが認められるが、その権利につき履行請求権の限界事由があるときには認められない（中間試案第35.4（1））。なお、追完方法の選択権は、原則として、買主に与えられている（中間試案第35.4（3））。また、買主は、売主に対し、債務不履行の一般原則に従って、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることも認められている（中間試案第35.4（2））。中間試案には、不適合の度合いに応じた代金減額に関する規定も設けられており、代金減額請求は、原則として、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、売主がその期間内に履行の追完をしないときに認められる（中間試案第35.5（1））。以上のような諸規定に鑑みて、中間試案は債務不履行責任説の立場に立っていると理解することができる。

以上のように、現在の学説は特定物売買の際にも買主の追完請求を必ずしも否定せず、他方で、これを無制限に認めるわけでもない。このことは中間試案においても同様である。そこで、追完請求がどのような場合に制限され得るのが問題になる。

(3) 瑕疵修補の不能

古い判例ではあるが、大判昭和4年3月30日(民集8巻226頁)⁽¹⁷⁾は、修繕の能否と修繕費用の関係について述べている。本件は次のような事件である。Xは、Yの先代に印刷機一台を2,450円で売却し、内金1,500円の支払いを受け、残金を後日支払う旨合意した。Yの先代が支払い期限を過ぎた後に残金を支払わずに死亡したので、Xが、相続人であるYに残金950円とその利息の支払いを求める訴えを提起した。Yは主に次の二点を主張して支払いを拒んだ。すなわち、①Y側は、本件機械の引き取り後、大修繕を加えない限り到底印刷機として完全に使用できないような瑕疵が存在することを発見したので、直ちにその旨をXに通知して修繕を求めたが、Xがこれに応じなかったため、今では修繕不可能となったから、機械の瑕疵の修繕が不能の場合には契約は解除されるという特約に基づいて、本件契約は解除されている。②仮にそのような特約がなかったとしても、Yの先代は既に修繕の催告とともに条件付き解除の意思表示をしたから、民法541条に基づいて契約は解除されている。これに対して、Xは、①この機械にはYの主張するような瑕疵はないから、これを理由とする解除は失当である、②仮に瑕疵があったとしても、それは直ちに発見できるものであるから、先代がその引渡しを受けた後直ちに検査と通知をしなかったことによってYは解除権を失っている等の主張を行っている。原審では、第一審の鑑定人の鑑定により、「同機械ニ瑕疵アルコトハ之ヲ認め得ベキモ、夫レガ修繕不能ナリトノ事及被控訴人〔筆者注：Y〕ノ先代ガ売買ノ目的ヲ達スル能ハザル程度ノモノナルコトハ認め難シ」として、前記特約並びに民法上の瑕疵担保の規定によって契約が解除された旨を主張したYの抗弁が斥けられたため、Yが次の理由で上告した。すなわち、鑑定は数々の瑕疵があることを認め、印刷機としてそのまま使用することはできないと答えているのであるから、契約の目的を達することができない程度のものではないとの判断には理由不備の違法がある。大審院は、次のように述べて原判決を破棄して差し戻

した。「修繕ノ能否ハ元來單ナル事實上ノ論ニ非ズシテ經濟上ノ問題ニ外ナラズ。何者、殆ト新調ニ近キ或ハ之ニ超ユル費用ヲ投ジテ始テ能ク修繕ヲ完成シ得ラルル場合ニ於テモ、尚且新調ノ捷路ニ出デズ必ズ修繕ヲ敢テシテ後息ムト云ウガ如キハ、一般取引上ノ通年トシテ殆ト想像ニ勝エザレバナリ。今原審ガ、費用ノ点ニ関シテハ確答スルヲ得ズト云エル鑑定ニ依拠シテ、以テ修繕ヲ可能ナリト判定シタルハ、修繕ノ能否ト云ウコトヲ以テ單ナル事實上ノ論ト解シテ爾リシカ、抑又費用ノ点ニ関シ別ニ觀ルトコロアリテ爾リシカ、原判文上、一モ之ヲ窺ウニ足ルモノ無シ」(傍点は筆者)。

瑕疵担保規定に基づく解除には、瑕疵の故に契約の目的を達することができない⁽¹⁸⁾ことが要求される。そして、契約の目的を達することができないというためには、修補が容易かつ低廉にできない場合でなければならず、それができる場合には、解除はできず、その費用を損害賠償の一部として請求し得るだけとされている⁽¹⁹⁾。確かに、本判決はあくまで、契約目的達成不能に基づく解除の前提として、経済的な観点をも含む、修補の能否の判断を要求しているにすぎず、修補に過分の費用を要する際にも修補を求めることが可能かが問題になっているわけではない。しかし、もし修補が経済的に不能と判断されたのであれば、もはや、(不能とされた)修補に要する費用そのものの賠償請求は認められないことになると思われる⁽²⁰⁾。経済的観点からの不能の故に解除が認められる場合に、当該修補費用の賠償請求を認めることには、少なくとも売主が無過失であるような場合には、問題がないとはいえないだろう。もっとも、経済的な不能を判断する方法や判断の際に考慮される要素の内容が問題になる(判決文からも窺われるように、一つには代物調達の費用と修補費用の比較という方法が考えられるが、これについては後に検討する)。

履行の不能一般についていえば、伝統的には、履行が不能であるかどうかは、社会の取引観念に従って定められ、これは物理的不能に限らないとされてきた⁽²¹⁾。このような立場に立つ於保不二雄によると、法律上債

務の履行が不能であるということは、単に物理的に不能であるということではなくして、社会生活における経験法則又は取引上の通念に従えば、債務者が履行を実現することについて、もはやその期待可能性 (Zumutbarkeit) が無いということであるとされ、「履行のために不相当な労力・費用がかかる場合」には法律上は不能と考えられるとしている^{(22) (23)}。これに対して、潮見佳男は次のように述べる。(債権者利益を中心に据えるという立場からは)「「債務」の内容が債務者の行為可能性 (債務者に期待可能な努力) によって制約される必然性がない。」「債務者にとっての利益とコストの比較を基礎とする「債務者に期待可能な努力」規準で履行不能を語り、履行請求権の限界を画するのは、一貫しない。」「いかに法秩序が債権関係において債権者利益の実現を保障しているとはいえ、契約により実現されるべき債権者の利益 (給付利益) が、給付対象を調達するために要する債務者のコストと比べ著しく均衡を失するほどわずかになった場合には、……債権者としては、給付に代わる損害賠償を — 債務者に帰責事由があることを前提として — 債務者から得ることで満足すべきであり、債務者に高額の出費を強いることとなる当初の給付内容の実現に固執すべきではない……。」「これに対して、みずからの利益・不利益を考慮したときに給付をすることが経済的に割に合わないという債務者側の一方的事情だけでは、債権者利益 (契約利益) の実現を債務者がみずからの意思で引き受けたものである以上、債権者からの履行請求に対する拒絶事由としては説得力がない……。」⁽²⁴⁾

中間試案によれば、買主の追完請求権に限界事由があるときは、これが認められないとされている (中間試案第35.4 (1) 但書)。そして、履行請求権の限界事由については一般的な定めが存在している。すなわち、金銭債権を除く契約による債権につき履行請求権の限界事由があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができない (中間試案第9.2)。その上で、履行請求権の限界事由としては、(ア) 履行が物理的に不可能であること、(イ) 履行に要する費用が、債権者が履行により

得る利益と比べて著しく過大なものであること、(ウ)その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由、の三つが挙げられている⁽²⁵⁾。

中間試案は、履行(追完)請求権の限界事由の判断に際して、債権者が履行により得る利益と債務者の費用に着目するが、両者の比較には以下のように問題があるようにも思われる。当然、債権の内容の実現は保障される必要があり、その実現それ自体が履行により債権者の得る利益(給付利益)に含まれる。双務契約においては、債権者は、まさにその実現を得るために自己の反対給付を引き受けている。そして、例えば、売主の側で瑕疵の修補が行われない場合、買主は、瑕疵のない目的物を得るという目的(給付利益)を達成するためには、自己の側で瑕疵の修補を行わなければならないから、売主の側で生じたであろう額と同程度の負担が買主に生じることになる(売主も買主も修補には第三者を用いれば足りる)。つまり、売主にも買主にも同じだけの費用が発生するから、例えば債務者の費用が増加すれば、給付利益を達成するために債権者の側で必要な費用もそれだけ増加することになるのであって、費用と給付利益は相関関係にある。従って、債務者の費用と債権者の給付利益の比較では限界事由の判断は行えないのではないか。換言すれば、両者の比較では、債務者は、給付が物理的に可能である限り、その実現を迫られることになり得る。また、買主の給付利益を、例えば、目的物の客観的価値に限定することにも問題がないとはいえない。一般的には価値が認められなくとも、当該買主にとっては価値があるということは多分にあり得るのであって、債権それ自体は、その経済性とは無関係に保護されるべきと考えることもできるからである。結局、伝統的な見解のように、債務者が履行を実現することについての期待可能性という基準での判断が必要になるように思われるのであるが、では、どのような場合に期待可能性が認められないのかが問題となる。

以下では、ドイツにおける追完請求権の限界についての議論の分析を行う。まず、物の瑕疵に対して生じる効果の内容を概観し(2)、その後、買主の追完請求権(3)、及び、売主の二種類の追完拒絶権(4)について検討する。

2 瑕疵物給付に対する効果の概要

2002年から施行されている現行のBGBにおいては、売主が物の瑕疵及び権利の瑕疵のない物を給付することを義務づけられているのであるが、追完請求権の限界について検討する前提として、まず、現行BGBにおける瑕疵物が給付された場合の効果の概要について確認しておく。

(1) BGBの規定の概要

2002年の債務法改正により、売買契約当事者の義務を定める433条⁽²⁷⁾の規定が改正された。売主は、権利の瑕疵だけではなく、物の瑕疵も存在しない物を買主に供与する義務を負っていることが明文化された(433条1項2文⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾)。それ故、買主に引き渡された物に瑕疵が存在した場合には、売主の義務違反が認められる。これにより、瑕疵担保法を一般給付障害法に統合することが可能になる。もっとも、次に見るように、437条⁽³⁰⁾の存在により、買主の権利は、一般給付障害法の規定が直接適用された場合と比べて、一定の修正を受けることになる。なお、物の瑕疵については434条に詳しく規定されているが、瑕疵の内容は、契約合意によって具体化されることになる(下記(3)も参照)。

物に瑕疵が存在した場合に買主が有する請求権の体系は、瑕疵担保規定の一般給付障害法への統合に基づき、改正前に比べて大きく変わっている。売主は、瑕疵のない物の給付義務を負っているから、瑕疵物給付は義務違反であり、買主は一般給付障害法の法的救済手段(280条以下、

320条以下)を用いることができる。もっとも、一定の時期以降は、437条を介してこのことが行われる(後述)。437条は、瑕疵物を給付された買主が有する請求権に関して規定しているのであるが、改正前との最大の違いは、買主の法的救済の諸要件と効果が、437条による参照により、一般給付障害法から直接生じることにより、これらは、438条から441条に基づき、⁽³¹⁾売買の特性に応じた一定の修正を受ける。買主の法的救済手段としては、追完(437条1号)、解除又は減額(同条2号)、損害賠償又は無駄になった費用の賠償(同条3号)が規定されている。ただし、買主は、これらの何れかを自由に選択できるわけではなく、原則として、最初に追完請求権⁽³²⁾を行使する必要がある。

(2) 物の瑕疵に基づく買主の権利

(ア) 追完

追完請求権の法的性質については後に検討するが、追完の方法としては、修補と代物給付が定められており、買主が追完方法の選択権を有している(439条1項⁽³³⁾)。また、買主の追完請求権は、種類売買の場合に限定されていない。追完の費用は、売主が負担しなければならない(同条2項⁽³⁴⁾)。買主は、原則的に、追完のための期間を事前に定める必要があるから、⁽³⁵⁾売主には予め追完する機会が与えられている⁽³⁶⁾。請負契約の場合(637条)とは異なり、⁽³⁷⁾売買の場合には、条文上、追完の期間経過後に買主が自分で瑕疵を修補してその費用を売主に請求することは認められておらず、判例・通説もそのように理解する。これを認めると、期間設定の要件によって保護された追完に対する売主の利益が妨げられることになるからである。もっとも、追完が買主にとって期待不能である場合には、買主は、事前の期間設定なしに、第二次的な権利(437条2号、3号)を行使し得る(440条)。瑕疵の追完が不能である場合には、追完請求権は排除される(275条1項⁽³⁸⁾)。また、一定の場合には、売主に追完拒絶権が与えられている(275条2項、439条3項)。追完拒絶権については、後に詳

しく検討する。

政府草案の理由付けは、追完方法の選択権の買主への付与には妥当な根拠があるとしている。すなわち、瑕疵ある物の給付によって売買契約に基づく自己の給付義務に違反したのが売主であるということである。確かに、瑕疵のない物を得ることが買主の利益にかなない、その際に、売主によりこのことがどのように達成されるかは無関係であるが、売主の義務違反がなければ、買主は瑕疵のない物を既に給付されて保持していたであろうことも考慮されるべきとされている。そして、売主の義務違反の結果、契約が予定されていたように処理され得ないことに至ったのであるから、どのような方法で瑕疵のない物の給付という契約の目的が到達されるかを第一に買主に決定させることは正当であるとしている⁽³⁹⁾。しかし、買主への選択権の付与は、法政策上、疑わしいことが指摘されている⁽⁴⁰⁾。というのも、ある追完方法（修補又は代物給付）は、その方法により瑕疵が除去される、つまり、それにより買主の利益が満足させられる場合にのみ、選択可能な追完方法として考慮されるからである。それ故、追完方法の選択の結果は、（いずれにせよ瑕疵のない物を得ることになる）買主の利益に比べて、売主の利益に対して大きな影響を与える。また、請負契約の場合には選択権は請負人に帰属している（635条1項）ことから、売買と請負とで選択権者が異なっていることは不合理であるという批判もある⁽⁴¹⁾。

(イ) 解除／減額

買主には解除が認められるが、原則として、追完のために定められた適切な期間が経過したことが要求される（323条1項）。また、解除は、重大な瑕疵が存在する場合にのみ可能である（323条5項2文）。瑕疵の重大性については、当該瑕疵を除去できるかが重要な基準であるとされている⁽⁴²⁾。もっとも、瑕疵（ある性質の欠如）が些細なものであった場合でも、売主がこの性質について保証を引き受けていた場合には、この瑕疵に基

づく解除が可能であるとされている。⁽⁴³⁾なお、売買法上の解除の特別な要件を440条が定めており、猶予期間設定の不要な場合が323条2項の場合よりも拡大されている。これは、売主が追完の両方の方法を439条3項に基づき拒絶した場合、買主に帰属する（買主が有効に選択した）方法での追完が失敗した、又は、それが買主に期待不能である場合である。なお、一方の追完方法のみが期待不能の場合に、買主がこれを選択して即座に期待不能を援用し、期間設定の要件を不要にすることは認められないとされる。⁽⁴⁴⁾

売買法上の特別な法的救済として、買主に減額権が認められている（441条1項1文）。買主は、解除権に代えて、減額することができる。もっとも、解除の場合と異なり、瑕疵が重大でない場合であっても減額は可能である（同2文）。減額の額は、契約締結時における瑕疵のない状態での物の価値と物の実際の価値の割合に基づいて算出される（441条3項）。

（ウ） 損害賠償

買主の損害賠償請求権（又は無駄になった費用の賠償請求権）も、一般規定（280条、281条、282条、311a条、284条）の要件に服するが、ここでも440条が適用される。売主の損害賠償責任は、改正前のような保証と悪意の場合に制限されておらず、瑕疵物が給付された場合（義務違反が存在する場合）に常に認められ得る。もっとも、買主は、給付に代わる損害賠償を請求するためには、原則として、追完のための期間を予め定め、これが成果なく経過していることが要求され（281条1項）、売主が義務違反を帰責されない場合には、売主は損害賠償責任を負わない。売主は、原則として故意又は過失を帰責されるが、それ以外にも、例えば、売主が保証を引受けていた場合には、売主は過失がなくとも損害賠償責任を負う（276条1項）。現行法上、売主は、瑕疵のない物の給付が原始的に不能であった場合にも給付に代わる賠償責任を負う（311a条2項）。また、買主は、給付とは別の損害賠償を請求することもできる（280条1項）。こ

の損害賠償と給付に代わる損害賠償は、損害賠償請求が第一次的な給付請求権の代わりに行われているかで区別される⁽⁴⁵⁾。瑕疵結果損害(売買物の瑕疵により、買主が自己のその他の法益に受けた損害)の賠償は前者に属する。

(3) 物の瑕疵に基づく買主の権利の排除と制限

目的物の瑕疵の故に生じる買主の権利は、442条と444条に基づいて排除又は制限されることがある。第一に、442条によれば、買主が瑕疵を知っていた場合、及び、買主が瑕疵を重過失で知らず、売主が瑕疵について悪意でなく保証も引き受けていなかった場合、買主の権利は排除される。この規定は、瑕疵を知っていた又は容易に知り得た買主は瑕疵に基づく権利の保護に値しないことを根拠としているとされる⁽⁴⁶⁾。もっとも、瑕疵が除去可能な場合に、買主が、瑕疵を知りつつ物を購入し、売主による瑕疵の除去を期待することは矛盾ではないとの見解もある⁽⁴⁷⁾。この見解によれば、本規定は売主の保護ではなく、不必要な争いの回避による取引費用の最小化についての一般的な利益に資していると理解される。

第二に、私的自治を根拠として、瑕疵に起因する買主の権利は、原則として、自由に排除され、制限され得る(444条)。しかし、売主の責任が契約上排除又は制限されていても、売主が瑕疵を悪意で沈黙していた場合、及び、物の性質に対して保証を引き受けていた場合には、その限りで、売主は責任排除の合意を援用できない。もっとも、重大な例外が消費財売買(企業と消費者間の動産売買、474条1項)の場合に存在する。すなわち、企業である売主は、売主に対する瑕疵の通知前になされた、消費者の不利に433条、435条、437条、439条~443条等の規定と相違する内容の合意を援用することはできない(475条1項1文、なお、同条3項により、損害賠償請求権については除外されている)。

さて、物の瑕疵の内容を具体化する性質合意は、買主に有利な性質が存在するという積極的な意味においてだけでなく、買主に有利な性質

が存在しない、又は、不利な性質が存在するという消極的な意味においても行われ得る⁽⁴⁸⁾。つまり、性質合意は、売主の責任の範囲を制御することに役立つ、また、消極的性質合意は、とりわけ、合意内容が物の通常性を下回る場合に意義を得る（積極的性質合意は、反対に、売主が責任を負う範囲を通常よりも拡大させる）。しかし、とりわけ消費財売買の場合、瑕疵に基づく売主の責任自体の排除に制限があるにもかかわらず、消極的性質合意が無制限に許されるとすれば、後者を用いることによって実質的に売主の責任を排除することが可能になる。考え得る限りの全ての性質について買主に不利益な合意をなすことが認められるとすれば、そのような不利益な性質の存在（又は有利な性質の不存在）は瑕疵を意味しないから、結局、売主に責任は生じない。それ故、担保責任の排除と消極的性質合意を境界づけることが必要になる。一説によれば、消費財売買法（474条以下）の目的に注目することが重要であるとされる⁽⁵⁰⁾。すなわち、（性質合意が可能なことも認める）強行法的な消費財売買法の体系は、とりわけ、売買契約の際の情報に関する消費者の状況を改善させるという目的を有しているとされる⁽⁵¹⁾。そして、瑕疵担保法を改正する（及び、消費財売買に関する特別規定を設ける）きっかけとなった消費財売買指令（以下、指令）においては、契約適合性の基準（Vertragsmäßigkeit、指令2条1項⁽⁵³⁾）が用いられていることから明らかなように、契約が瑕疵判断の基準となる。指令2条2項は、瑕疵の不存在が推定される場合を定めており、指令の考慮事由（Erwägungsgrund）の8によれば、指令2条2項のa – dは累積的に適用される（例えば、目的物は、合意された目的に相応しいことに加えて、同種の物の通常の性質等も備える必要がある）。もっとも、指令においても、性質合意に加えて通常性の基準が追加的に用いられるのかは解釈の問題であるとされており、通常性の基準の適用を契約上排除することも認められている⁽⁵⁴⁾。そうすると、指令適合的な解釈を前提として、BGBにおいても、合意された性質に加えて目的物が通常性を備えるべきことが原則的な合意内容と理解されたとしても、ある性質が通常性を下

回っていても瑕疵ではないという合意をすることも可能ということになる。もっとも、消費者である買主の情報力の改善という観点から、売主は、目的物が通常性に劣る点について買主に具体的に解明し、それを性質合意の内容にしなければならない。つまり、消極的性質合意は、(例えば売買物の検査等を根拠とする) 事実を基礎とした売買物に関する具体的な情報を含んでいなければならない。つまり、消極的性質合意は、(例え(56)めになされた包括的な消極的性質合意は認められない。このように考えるならば、消極的性質合意には、通常性を下回るある性質の不存在が、確認された事実に基づいて合意されていることが要求されることになる。(57)そして、事実に基づかない消極的性質合意は性質合意ではなく、担保責任の排除として理解される(消費財売買において担保責任の排除は許されない)。つまり、担保責任の排除とは、性質の存否の不確定性のリスクを買主が負担する合意と理解され得る。これに対して、性質合意は、あくまで、給付される目的物の性質に関して、売主の義務を具体化するものである。

3 買主の追完請求権

買主は、売買契約に基づき、瑕疵のない目的物の給付についての請求権を有している。そして、給付された目的物に瑕疵が存在していた場合、買主には追完請求権が発生する。売主の追完拒絶権について検討する前に、追完請求権の法的性質と内容、追完の不能、追完請求権の排除事由について検討する。これらは、売主に生じ得る二種類の給付拒絶権のそれぞれの内容と相互関係についての検討のためにも有意義である。

(1) 追完請求権の法的性質と発生時期

(ア) 追完請求権の法的性質

売主が瑕疵ある目的物を給付した場合、買主には追完請求権が発生する(437条1号)。もっとも、売主はそもそも、瑕疵のない目的物を給付する義務(433条1項)を負っているから、買主は、この本来の義務に対応する請求権に基づいて瑕疵の修補を請求できると考えることも可能であろう。そこで、追完請求権の限界について検討する前に、追完請求権と本来の給付請求権の関係について検討する。両者の関係は、後に検討する二種類の給付拒絶権の相互関係の理解のためにも重要である。

売買契約の締結により、買主は売主に対する給付請求権を得るのであるが、売主は、買主に目的物を引き渡して所有権を移転する義務(433条1項1文)だけではなく、目的物を物の瑕疵及び権利の瑕疵なく与えるという義務も負っている(同2文)。それ故、売主がこれらの義務を完全に履行しなかった場合、つまり、瑕疵物を給付した場合にも、280条以下及び320条以下の一般規定の適用は可能であろう。というのも、売主の義務のうち、「瑕疵のない」という部分の違反についても、例えば280条1項という義務違反を構成するからである。また、売主が、自己の義務を履行することなく、売買代金の支払いを請求する場合、売主が自己の義務から解放されていない限り、買主は320条に基づき同時履行の抗弁権を主張することができる。もっとも、BGBは、ある時点を境に、特定物売買にも種類売買にも適用される437条において、一般規定を参照しつつも、目的物に瑕疵が存在した場合の買主の特別な法的救済手段について規定しており、本来の給付請求権に代えて追完請求権(1号)を発生させているのである。この追完請求権には、特に以下の三点において、一般規定が直接適用される本来の給付請求権との違いが存在している。第一に、買主は売主に対して、選択的に、修補又は代物給付を請求することができる(439条1項)。第二に、(後に述べるように異論もあるが)売主は275条に基づく給付拒絶の場合よりも緩和された要件の下で、買主の追

完請求を拒絶することができる(439条3項)。第三に、買主は解除する代わりに代金を減額することができる(441条)。また、438条から441条は、一般規定を修正ないしこれに追加しているが、特に438条が重要である。本条によると、追完請求権は、通常の3年(195条)ではなく、原則として2年で時効消滅する(438条1項3号)。しかも、一般的な消滅時効期間が199条1項に基づき主観的に(債権者が請求権を基礎づける事情等を知った年の終了により)開始するのに対して、438条の消滅時効期間は客観的に(物の引渡しにより)開始するから、この点も買主に不利である。

以上のような追完請求権は、理論的に、本来の請求権が修正されて継続しているものであるとされている⁽⁵⁹⁾。追完請求権も、契約の履行に向けられており、売主が瑕疵を帰責されるかと無関係に生じるからである⁽⁶⁰⁾。つまり、433条1項に基づく請求権と、437条1号に基づく請求権は同一の請求権である⁽⁶¹⁾。

本来の請求権の追完請求権への変化は次のように理解され得るとされている。すなわち、債務関係の内容が、相応の要件の発生の下で法律により、買主がこれ以降は438条から441条の適用を伴う437条に基づく請求権と権利を行使し得るにすぎないという程度に変化している⁽⁶²⁾。そして、請求権のこのような変化の結果、買主は、もはや、280条以下及び323条以下の一般規定の(直接)適用を伴う433条1項に基づく請求権を行使することはできなくなる。もともと、債務関係の内容のこのような変更は、433条1項に基づく請求権が瑕疵ある物の給付により履行(362条)されたということに繋がるわけではない。そうではなく、むしろ、請求権が本来の形では失われるが、法律が、その代わりに437条の請求権と権利を認めているにすぎないとされている⁽⁶³⁾。そして、追完請求権は、瑕疵のない物を給付するという本来の(第一次的な)給付請求権が継続したものであるから、追完請求権も、本来の給付請求権と同様に、売主の代金債権と牽連関係にある。それ故、例えば、買主は、売主により追完が履行されていない間、320条に基づく同時履行の抗弁により売買代金の支払いを

全額において拒絶できる。⁽⁶⁴⁾

本来の給付請求権の437条以下に基づく修正は、以下のような考え方に基づくものであるとされている。⁽⁶⁵⁾ 第一に、買主は、契約適合的ではなかったとしても、売主が提供した給付を受け入れている。第二に、買主は、給付された物を保持して、瑕疵の除去（修補）の要求、減額又は損害賠償で満足することに対する利益を有する。というのも、例えば、買主は、物を既に自己の工場に取り付けた場合のように、瑕疵を甘受した方が、代物給付により被る不利益（待ち時間等）と比べて負担が小さい場合や、他にも、瑕疵により物の使用性ではなく価値のみが妨げられている場合もあり得るからである。他方で、売主にも、原則として、追完のための機会が与えられている。第三に、短期消滅時効についても、給付の提供が重要な役割を果たしている。つまり、物の給付後時間が経過することにより、瑕疵が買主側に起因して発生したという蓋然性が高まる。

（イ）437条の適用開始時期

次に、本来の給付請求権と追完請求権が同一であるとしても、前者が後者になるのはいつか、つまり、どの時点から一般給付障害法の直接適用ではなく、437条の特別規定が適用されるかが問題になる。このことは、とりわけ、消滅時効との関係で一考の余地がある。学説は二つに分けられる。一方の見解は、433条1項が瑕疵の存在に関して危険移転時を基準とすることから、本来の請求権が追完請求権に変化するのも危険移転の時であるとする。⁽⁶⁶⁾ 他方の見解は、買主が物の給付を（部分的な）履行として承認（363条）した時が基準であるとする。⁽⁶⁷⁾

確かに、434条1項1文によれば、物は、危険移転の際に合意された性質を有していれば、瑕疵を有しない。そして、危険が買主へ移転する時期を446条及び447条が規定している。両条文によれば、物が買主に引き渡される時又は買主が受領遅滞になる時、若しくは、送付売買の場合には売主が物を輸送者に引き渡す時に危険が移転する。買主への危険移転

後には、買主が売買物の偶然の滅失又は悪化のリスクを負担する。そして、(受領遅滞の場合を除き)これらの時期に、物は売主の影響範囲を離れるから、このときよりも後に、売主にこれらのリスクを負担させることはできない⁽⁶⁸⁾。しかし、危険移転の時期と、履行請求権が追完請求権に移転する時期の問題は区別され得る。というのも、危険移転は、売買物の偶然の滅失等のリスクを誰が負担するかという問題であるのに対して、437条の適用の問題は、売買担保法上の制限を契約当事者の請求権に課すことがどのような場合に正当化され得るかという問題であるからである。

そうすると、履行の承認に着目する後者の見解が説得的であると思われるが、この見解は次のように考える。すなわち、まず、437条1号は追完(Nacherfüllung)を買主の第一次的な法的救済としてさだめているのであるが、Näc-erfüllungと述べられている以上、概念的に、少なくとも、瑕疵が存在していたとしても何らかの履行ないし給付が行われたことが要件とされるべきと考えられる⁽⁶⁹⁾。また、指令3条1項も、売主の責任発生の基準時として給付の時に着目している。つまり、給付の有無を基準として、給付前には一般規定、給付後には売買法上の瑕疵担保規定が適用されることになる。では、ここでいう給付がどのような場合に認められるかが問題になる。この問題についても、再び、433条1項に基づく売主の本来の義務に、437条以下による修正を加えることが、どのような場合に正当化され得るかについての検討が必要になる⁽⁷⁰⁾。これについては、第一に、438条から441条の特別規定が既に何らかの給付移転(Leistungs-transfer)が行われたという状況を考慮している点が重要である。すなわち、この状況においては、行われた取引の法的安定性に対する当事者の利益が高められている。このことは、特に、438条1項3号に基づき買主の請求権が通常よりも短縮されていることや、439条1項に基づき追完方法を買主が選択できる(買主は修補を選択できる)こと、441条1項に基づく買主の減額権が存在すること等に現われている⁽⁷¹⁾。そうすると、法的安定性に対する利益を高める行為、つまり、437条適用開始の要

件としての給付は、売主が、買主の承認の下で、433条1項に基づく自己の給付義務を少なくとも部分的に履行した場合に存在するということができる。従って、売主が買主に物を引き渡し（又は、所有権を移転し）、さらに、買主が売主の行為を売主の義務の（一部）履行として承認すること（363条）が要求される。もっとも、履行としての承認は、通常、給付の受領により推断的に行われる。というのも、この承認は、給付された客体に瑕疵が存在しないということではなく、単に、売主の義務の少なくとも部分的な履行があったということに係るにすぎないからである⁽⁷²⁾。それ故、買主は、売主から提供された瑕疵ある物の給付を拒絶することで、437条の適用を阻止することができる。買主は、引き続き、434条1項2文に基づき瑕疵の除去を求めることができ、一般規定が直接適用され続けることになる⁽⁷³⁾。この場合、自己の義務を履行していないことが明らかな売主が、例えば、買主の請求権又は自己の義務が短期で時効消滅することを期待することはできないだろう。

(2) 特定物売買と代物給付

追完請求権の限界の問題とも関係するが、特定物売買の際に代物給付が認められるかという点にも検討しておく。特定物売買の際にも代物給付請求が可能かは争われている。学説上、肯定説と否定説の双方が主張されている。なお、特定物売買において、売買された特定の物が給付されなかった場合、代物給付により追完される⁽⁷⁴⁾。

連邦通常裁判所（BGH）の判例によれば、特定物売買の際に代物給付が可能かは、解釈によって確認されるべき契約締結の際の契約当事者の意思に基づいて判断されるとされている。そして、売買物が、それに瑕疵が存在した場合に、同種かつ等価の物で交換され得るのであれば、当事者の表象（Vorstellung）によれば、代物給付は可能であるとされている⁽⁷⁵⁾。逆に言えば、特定物売買の際に代物給付が認められないことはあり得るのであって、いずれにせよ、その判断基準は契約当事者の意思である。

否定説には、例えば、特定物債務において本来の給付請求権にそのような義務は存在しないから、追完請求権にもそのような義務は存在しないという見解⁽⁷⁶⁾や、特定物債務の際には代物給付は常に不能(275条1項)であるという見解⁽⁷⁷⁾が存在する。これに対して、肯定説は、特定物売買の際にも原則的に代物給付が可能であると主張する。肯定説中の一説は、目的物が代替物であることを要求する⁽⁷⁸⁾。それによれば、代替物の(特定物)売買の場合、給付客体の特定は、通常、その物の給付に関して契約が発生して消滅すべきことを意味するのではなく、多くの生活場面において利用可能でない434条1項1文に基づく性質合意の代わりを意味しているとされる。肯定説の他の論者は、特定物売買が機能的に種類売買と同等であることを要求する⁽⁷⁹⁾。つまり、特定物の売買において、同じ種類かつ価値の等しい他の物が存在すれば、この特定物売買は種類売買と機能的に等しいとする。そして、機能的に等しいかの判断に際しては、当事者の利益状況に着目する。例えば、当事者にとって、まさにこの物を販売することが決定的に重要である場合、当該売買は種類売買に機能的に匹敵せず、代物給付は275条1項に基づき給付客体の「厳格な」特定の故に不能であり、これに対して、売主の下にある多くの個物からの売買物の特定がどちらかといえば偶然であった場合、機能的には種類売買が存在し、買主は代物給付を請求できるとしている。肯定説のさらに別の一説は、契約当事者の意思によれば売買物のメルクマールに機能的・経済的に匹敵する物が給付され得る限りで、代物給付は不能でないとする⁽⁸⁰⁾。

政府草案の理由付けは、特定物売買と代物給付の問題について次のように述べている。すなわち、「追完はあらゆる特定物売買の際に可能であるわけではない。無事故車として販売された事故車は、いかなる努力によっても無事故にされ得ない。また、不代替の売買物の代物給付は問題にならない。真作として売買された偽造された絵画は修補され得ず、本物の絵画によっても交換され得ない。しかし、この状況は、特定物売買の際に、物の瑕疵の不存在を例外なく売主の義務に加えることを排除し

ない」⁽⁸¹⁾；「同時に、それ〔筆者注：439条1項〕は、物の瑕疵に対する責任体系を一般給付障害法に組み入れ、権利の瑕疵の責任と物の瑕疵の責任を相互に適合させ、特定物売買と種類売買の区別を放棄可能にした」⁽⁸²⁾；「この場合〔筆者注：特定の中古物の売買の場合〕、代物給付は、たいてい、最初から排除されている」⁽⁸³⁾。これらの言及に鑑みると、立法者は、特定物売買の際にも、常にではないとしても、代物給付を認めることを意図していたと考えることができる。

特に立法者の見解を前提とするならば、特定物売買の際にも代物給付請求権の存在が認められるべきことになるが、これは、少なくとも目的物が他の物によって代替可能である場合に認められることになる。目的物が代替可能であるかは、目的物の客観的代替性に着目するか、あるいは、133条、157条に基づく解釈により明らかにされる（仮定的）当事者意思によって定まることになる⁽⁸⁴⁾。しかし、物が客観的に代替可能かのみに着目することは、特定物債務を合意した当事者の意思に反する結果になり得る。同様に、契約解釈に基づいた代替可能性の判断についても、これが認められないことになろう。というのも、当事者の意思によれば、特定物債務の合意から、物は代替可能でないという解釈の結果が生じると考えられるからである⁽⁸⁵⁾。

特定物売買と代物給付についての見解の相違は、結局、特定物売買（又は特定物債務）の概念が統一的に用いられていないことに起因しているとして、次のように述べる見解がある⁽⁸⁶⁾。すなわち、特定物売買の範囲が、論者によって広狭様々に用いられている。しかし、特定物売買と種類売買は厳密に区別される必要がある。特定物債務の場合、給付客体は個別的に定められている。売主は、合意された性質を伴う別の物が存在する場合であっても、単に、他の物ではない特定の（瑕疵のない）物を給付することを約束している。それ故、特定物売買（特定物債務）は、排他的に、具体的に個別化された物にのみ関係する。そして、単に、性質メルクマールを定めることは、この個別化のために十分ではない。これに対

して、種類債務の場合、給付客体は個別的に定められてはおらず、売主は、合意された基準(性質)を満たす任意の客体を給付することができる。この場合に、物が一つしか存在せず、しかもそれが瑕疵を有するという理由で売主が瑕疵のない他の物を給付することができない場合でも、特定物売買は存在していない。というのも、もともと、給付の客体が具体的な客体に限定されていなかったからである。特定物売買が存在するか、あるいは、種類売買が存在するかを決定することができるのは当事者だけである。そして、特定物売買(又は種類売買)が行われているのが契約上明確に定められていなかった場合であっても、このことは契約の解釈によって明らかにされ得る。⁽⁸⁷⁾ これらのことから、上述の肯定説が述べるような特定物売買に際して代物給付が認められる事例は、実際には種類売買であることが明らかになる。⁽⁸⁸⁾ 例えば、代替物の売買は、(特定の一個が重要であるのでない限り)種類売買に分類することができる。それ故、瑕疵のない他の物が存在している限りでは代物給付が可能であり、存在していなければ、275条1項の意味での不能の問題となる。他方で、(純粹な)特定物売買が存在していれば、代物給付請求権は決して存在しない。追完請求権は、433条1項に基づく本来の給付請求権と同様に、契約上の債務関係の内容に関係づけられている。それ故、もともと契約の内容でなかったことは、履行請求権の客体ではあり得ないし、追完請求権の客体にもなり得ない。⁽⁸⁹⁾ というのも、特定の合意された(瑕疵のない)物以外の物の給付は契約の内容になっていないからである。追完請求権は本来の請求権の修正であるにすぎないから、追完請求権が、買主に、売買契約によればこの者に帰属していなかった権利を与えることはできない。⁽⁹⁰⁾ 特定物売買の場合、売主は具体的な特定の一個のみを義務づけられているにすぎず、また、この物のみが履行に適格である。⁽⁹¹⁾ それ故、売主は、この特定物とは異なる別の物を給付することによって、買主の第二次的請求権(損害賠償請求権等)を回避することはできないし、⁽⁹²⁾ 他方で、買主も、(代わりの物が存在していたとしても)代物給付を請求することは

できない。

(3) 追完の不能

275条1項は、第一次的な給付義務が当然に消滅する場合、すなわち、純粹な不能 (echte Unmöglichkeit) について規定している。275条1項は、原始的不能と後発的不能を区別していないから、⁽⁹³⁾ 不能が契約締結の前と後のいずれに生じたかはもはや問題にならない (不能の効果に関して適用される条文には違いがある)。また、改正前と異なり、不能な給付に向けられた契約も有効である (311a条1項)。さて、純粹な不能とは、実際に克服できない給付障害であるとされる。⁽⁹⁴⁾ 債務者が、考えられるあらゆる努力の下でも給付を提供し得ない場合、給付義務を維持することは無意味である。それ故、275条1項に基づき、給付義務は、債務者が給付障害を援用しなくても、⁽⁹⁵⁾ 消滅する。

追完請求権も、追完が不能な場合には、275条1項に基づき、不能な範囲において当然に排除される。例えば、偽造された絵画が本物の絵画として売買される場合、当該絵画の修補は不能である。また、種類債務の際に、別の種類の物が給付された場合、給付された物を修補によって合意された種類の物に変えることも、通常、不能であろう。⁽⁹⁶⁾ もっとも、売主の義務は不能な限りで排除されるにすぎない。⁽⁹⁷⁾ 例えば、修補が不能であっても代物給付がなおも可能である場合、後者を請求することが可能であり、当然には排除されない。もちろん、当然に排除されない部分については、後に検討する追完拒絶の問題が生じ得る。また、修補が部分的に不能な場合であっても、買主は修補を請求できる。例えば、自動車の燃費が契約に反して相当に高かった場合、この修補は不能であるから買主はこれを請求できないとはいえ、この他に存在していたギアの瑕疵が修補可能であれば、買主はギアの修補を請求できる。⁽⁹⁸⁾

(4) 追完請求権の排除事由

売主は買主による追完請求を一定の場合に拒絶し得るが(この点については後に検討する)、これ以外に、買主の追完請求は、瑕疵について買主が有責であった場合、及び買主が受領遅滞に陥っていた場合に排除され得る。確かに、両者についての法律上の規定は存在しない。しかし、解除に関する323条6項は、債権者に解除権を与えるところの状況に対して、債権者だけが、又は圧倒的に債権者が有責である場合、及び、債権者が受領遅滞に陥った後に債務者が帰責されない状況が生じる場合に、債権者による解除を排除する。326条2項も同様に、275条に基づき債務者の給付義務が排除される場合に、債務者が自己の債権を失わない場合について規定している。なお、買主の「有責性」の基準については争いがある。これらの規定の根底には、債権者は自己の責任領域にある状況から権利を引き出すことができるべきでないという考え方が存在しているとされている。債権者の有責性については、通説は、276条、278条を類推適用する(自分自身に対する過責(Verschulden gegen sich selbst))⁽⁹⁹⁾。これについては、276条の場合と同様に、契約上の合意、すなわち、債権者による契約上のリスク引き受けも考慮される。以上のような323条6項の規定は、追完請求権に対しても類推適用され得るとされている。それ故、瑕疵の発生が売主による給付の時までの買主の不注意に起因している場合、買主は追完請求権を失う⁽¹⁰⁰⁾。また、売主と買主の双方に帰責性が認められる場合には、共同過失に関する254条の法思想に基づき、買主が追完の費用を部分的に負担しなければならないとされる。

受領遅滞の間に発生した瑕疵については状況が異なっているとされる。というのも、買主が受領遅滞に陥ることは引き渡しと同視されているから、受領遅滞が生じることにより危険が買主に移転するからである(446条3文)。それ故、受領遅滞が生じた後に、売主が帰責されない事情に基づいて、売買物の状態が合意されていたよりも買主に不利益な方向に変化した場合、変化後の状態はもはや434条の意味での物の瑕疵を意味しな

⁽¹⁰¹⁾い。この場合には、当該状態を変化前の状態に回復させることに関して、履行請求権又は追完請求権がそもそも発生しない。

最後に、買主が437条2号又は3号に基づく権利をそれぞれの要件に従って行使した場合、もはや追完を請求することはできない。

4 売主の追完拒絶権

上述のように、売主は、契約で定められた状態を備えた目的物を給付する義務を負っている。一方では、確かに、売主はそのような義務を負っているのであるから、当該義務の履行を得るといふ買主の利益は保護されなければならない(「契約は守られるべし」の原則)。それ故、買主には、瑕疵のない目的物の給付請求権が与えられ、瑕疵物が給付された後には、追完請求権が与えられる。しかし、他方では、売主に瑕疵の除去のための費用負担を無制限に強いることにも問題はあろう。それ故、両当事者の利益を適切に調整して保護することが必要であると考えられる。BGBにおいては、売主は、性質合意により具体化される瑕疵のない物を給付する義務を負うのであるが(433条1項2文、434条1項)、他方で、売主に当該義務の履行を拒むことを認める二つの規定、すなわち、275条2項⁽¹⁰²⁾と439条3項が存在している。売主が追完の段階においても275条2項(及び3項)⁽¹⁰³⁾に基づく拒絶権を行使し得ることは、439条3項の文言から明らかになる(「275条2項及び3項にかかわらず」と規定されている)。両方の規定は相互に関係するものであるが、以下では、まず、それぞれの拒絶権について(275条2項についても売買目的物の追完という観点からのみ検討する)、その後、両者の関係について検討する。その際には、既に述べたように、売主の本来の給付義務と追完義務が本質的には同一の第一次的な請求権であるということに留意することが必要である。

(1) 275条2項に基づく拒絶

275条2項は、事後的不能 (praktische Unmöglichkeit) について規定している⁽¹⁰⁴⁾とされる。追完義務に関して事後的不能の存在が認められる場合にも、売主は追完を拒むことができる。事後的不能とは、給付障害が全くの不均衡な費用によってのみ克服され得る場合、具体的には、売買された指輪が、引き渡しの際に海底に沈んでしまったような場合⁽¹⁰⁵⁾である。この指輪を海底から引き上げることは理論的には可能であろうが、そのために必要な費用が指輪の価値をはるかに超えており、このような場合には事後的不能が認められるとされる。また、特に高価ではない装置の修補のために、事前に特別な機械を設計して製造する必要がある場合にも同様であるとされる⁽¹⁰⁶⁾。事後的不能が存在する場合、債務者の給付義務が法律上当然になくなるのではなく、むしろ、債務者は、事後的不能の抗弁を主張してはじめて自己の給付義務の履行を免れる (条文上、「債務者は給付を拒絶[・]でき[・]る」と規定されている)。それ故、債務者は、275条2項の要件が満たされている場合にも、自己に義務づけられている給付をなおも行うことができ、双務契約においては、給付することによって自己の有する債権を保持できる (326条1項参照)。他方で、この抗弁が存在すれば、債務者は抗弁を用いなくても、遅滞に陥らないとされている⁽¹⁰⁷⁾。事後的不能に基づき債務者が給付義務の履行を免れた場合にも、債務者が給付に代わる損害賠償責任を負うことはあり得る (275条4項、283条1項)。

275条2項は、給付に必要な費用が、債務関係の内容と信義則の顧慮の下で、債権者の給付利益と重大な不均衡関係 (grobes Mißverhältnis) にあることを債務者の給付拒絶の要件としている。問題は、どのような場合に重大な不均衡性が認められるかである。条文から明らかなように、ここで比較されるのは、追完費用と合意された売買代金ではなく、追完費用と瑕疵のない物の給付に対する買主の利益である。政府草案の理由付けも、275条2項 (政府草案275条2項1文) は経済的不能を含まないと⁽¹⁰⁸⁾している。債務者の費用と債務者の利益 (債務者が有する反対債権) の関

係から判断される経済的不能（等価性障害）⁽¹⁰⁹⁾は、行為基礎に関する313条で処理されるとされている。⁽¹¹⁰⁾

もっとも、このような考え方に対しては次のような批判⁽¹¹¹⁾が存在する。例えば、売買された中古車（特定物）が契約締結後に全損してもはや修補できず、売主が、給付障害について無過失であった場合、売主は275条1項に基づき当該自動車を給付する義務から解放されるが、他方で、326条1項1文に基づき自己の代金債権も失う。これに対して、当該自動車が事故に遭遇して、しかも、修補可能な瑕疵を被ったにすぎない場合に、全損した場合（代金債権の喪失）よりも多くの費用を債務者が負担しなければならないとすれば、問題があるのではないか。つまり、除去不能な瑕疵が存在する場合、無過失の売主は、275条1項と326条1項1文に基づき、単に、自己の債権を（あるいは不能の割合に応じて部分的に）失うにすぎないのであるから、瑕疵が除去可能である場合にも、無過失の売主は、瑕疵に対応する売買代金部分の限度で修補を義務づけられているにすぎないと考えるべきである。しかも、瑕疵の除去が可能かは、しばしば偶然に基づいている。例えば、特定物として売買された指輪が溶鉱炉に落ちた場合には追完は不能であり、これが第三者の所有になった場合には追完（所有権の取得）は可能である。それ故、瑕疵除去の能否が給付義務の射程に影響するべきではないとする。⁽¹¹²⁾つまり、この見解によれば、売主は、減額される場合の額（最大でも代金全額）よりも多くを追完のために支出する必要はないということになる。

この見解に対しては、次のような反論がなされている。すなわち、法律は、債権者の利益と債務者の費用に着目しており、代金額に制限していない。そして、275条の1項と2項は、そもそも異なった機能を有している。つまり、確かに、両項共に、債務者が給付義務から解放される場面について規定している。しかし、275条1項については、この規定がなかった場合にも、不能な給付を行うことは実際に全く不能であり、それ故、275条1項の主たる目的は、給付義務からの債務者（売主）の解放そ

れ自体ではなく、326条1項1文を介して、債権者(買主)をその者の給付義務(代金支払い義務)から解放することにある。これに対して、275条2項はまさに義務づけられている給付の費用の問題に関係しているのであり、その限りで、両者で異なった基準を用いることができる⁽¹¹³⁾。

では、重大な不均衡性の一方の比較要素である債権者の給付利益をどのように判断するかが問題になるが、政府草案の理由付けとは異なり、債権者の給付利益は(債権者による)反対給付に基づいてのみ算定され得るという見解が主張されている。この見解によれば、まず、現実履行は効率的か、あるいは、損害賠償の支払いと比べて不経済かは重要であり得ないとする。さもなければ、給付に対する債権者の利益を経済的な意味とは無関係に保護するところの現実履行(Naturalerfüllung)の採用というドイツの立法者の根本的決定が害されることになるからである⁽¹¹⁵⁾。また、給付義務が排除された場合に債権者が損害賠償請求権を有するかも重要ではないとする。有過失の債務者(損害賠償義務を負う)が無過失の債務者(損害賠償義務を負わない)よりも容易に給付義務を免れ得るとすれば問題であるからである。最後に、債務者が有責であれば債権者が要求し得るだろう損害賠償の範囲で債権者の給付利益を判断することも、債務者はほぼ給付を拒絶することができなくなるから問題であるという。というのも、通常、給付に必要な費用が増加すれば、それだけ、給付に対する債権者の利益も増加するからである。つまり、損害賠償額は、給付内容の実現のために債権者は自分でどれだけの努力(出費)を行う必要があるか、あるいは、どれだけの費用を他の債務者に(対価として)提供する必要があるかで算定されるから、費用と給付利益は一致することになる。以上のことから、275条2項における債権者の利益の判断に際しては、双務契約の場合には、債権者の負っている債務(買主の代金債務)の内容に配慮することが必要になるとする。つまり、重大な不均衡性は、交換関係における不均衡性の有無、すなわち、債務者の自己の給付に必要な費用と自己が得る反対給付の不均衡性の有無で判断されることにな

る。このように理解するならば、275条2項でいうところの債権者の利益とは、少なくとも双務契約の場合には、債権者が、自己の負担する債務を履行することで、債務者に対して有している債権の内容の実現を得ることができる利益ということができよう。もっとも、給付と反対給付の関係で事実的不能を判断すると、事実的不能と（行為基礎の問題であるとされる）⁽¹¹⁶⁾ 経済的不能の区別が困難になる。

なお、両当事者の給付の関係から事実的不能を判断する見解に立ったとしても、買主が売主に要求可能な費用の限度を、代金の額や減額の額に制限する必然性はない。つまり、売主に損失が生じるからといって、直ちに事実的不能が認められるわけではない。というのも、例えば売買では、そもそも、売主は瑕疵のない物の給付義務を引き受けたのであるから、義務の履行が可能である限りではそれを行うべきことが出発点であり、例外的に、義務の履行が（275条1項の意味で）不能な場合には、契約の対価・等価関係に基づき、不能の範囲に応じて買主が自己の負担する代金支払い義務から解放されるにすぎないということが原則といえるからである。そして、上述のように、275条1項と2項はそもそも異なった機能⁽¹¹⁷⁾を有しているのである。

債務者が費やすべき費用の限度については、一方では、抽象的に一定の基準を定めることはできず、個々の事例における利益衡量が必要であるという見解が主張されている。⁽¹¹⁸⁾ 他方では、一定の基準の存在を認める見解も存在する。一つの見解は、債務者の態様に着目して基準を細分化し、債務者の費用が、債権者の利益の次の割合以上になる場合に重大な不均衡を認める。すなわち、債務者が帰責されない場合には110%、過責なしに帰責性が認められる場合には120%、通常の過失の場合には130%、重過失の場合には140%、故意の場合には150%であるとしている。⁽¹¹⁹⁾ この見解は、政府草案の理由付けが、①債務者が給付障害を帰責される場合、債務者に対して、給付内容の実現のためのより高度の努力が要求されること、②債務者が給付障害を帰責されない場合であっても、少なくと

も目的物の市場価値を超える費用、場合によってはそれ以上を費やす必要があることを認めていることを根拠としている⁽¹²⁰⁾。また、両当事者の給付の関係を考慮する見解によれば、反対給付(代金支払い)で具体化される債権者利益が、給付(瑕疵のない物の引渡し)の価値を50%以下にする場合、つまり、両者が1:2の関係にある場合に認められるとされている⁽¹²¹⁾。この基準は、暴利類似行為(wucherähnliches Geschäft)に関する判例により用いられているものである⁽¹²²⁾。具体的には、売買代金が、瑕疵のない物を給付するという義務の履行に必要な費用の半分以下であれば、売主は自己の義務の履行を拒むことができることになる。これは、例えば、10万円で売買された目的物の瑕疵のない状態での給付のために20万円を要するような場合である。もっとも、このような大まかな基準を定める見解に対しては、恣意的であるという批判も存在する⁽¹²³⁾⁽¹²⁴⁾。

(2) 439条3項に基づく拒絶

439条3項1文は、275条2項とは別に、追完を拒絶する余地を売主に与えている。本項に基づく追完拒絶権は、買主により選択された追完方法が不均衡な費用(unverhältnismäßige Kosten)によってのみ提供される場合に、選択された方法での追完を売主が拒絶できるというものである。条文によれば、判断に際しては、とりわけ、瑕疵のない状態での物の価値、瑕疵の重大さ(Bedeutung)、別の方法での追完が買主に著しい不利益なしに用いられ得るかが考慮される。瑕疵の重大さとは、瑕疵による物の価値又は使用性の低下の程度であるとされる⁽¹²⁵⁾。

政府草案の理由付けは、追完が個々の事例において売主に不相応な負担を与え得ることを指摘している。このことは、とりわけ、非営業的売主、あるいは、修補工場を有しない商人に対して当てはまるとされる。そして、275条2項に基づく追完拒絶権は、評価的に、275条1項に基づく不能に近い例外事例において認められるにすぎず、439条3項1文は、売買法において、売主の抗弁の要件を275条2項よりも緩和しているとさ

れている。⁽¹²⁶⁾ 通説は政府草案理由付けの考え方に従っているとされるが、⁽¹²⁷⁾ 要件の緩和の妥当性を疑問視する見解も主張されており、後に検討する。439条3項に基づく追完拒絶権は、売主が自己に有利な追完方法を選択できるのではなく、この選択権を買主が有していることから売主に生じる不利益を部分的に埋め合わせているとされている。⁽¹²⁸⁾ つまり、後述のように、買主が選択した方法による追完が他方によるよりも多くの費用を要する場合、売主は場合によってはこれを拒絶することができ、それにより、自己に生じる不利益を限定することができる。275条2項と同様に、439条3項に基づく追完拒絶権も抗弁として構成されているから、売主は、拒絶が認められ得る場合にも追完を行うことにより、買主によるあり得る437条2号、3号に基づく権利の行使を妨げることができる。

費用の不均衡性には二つの種類が存在する。すなわち、相対的不均衡と絶対的不均衡である。前者は、選択された追完方法に要する費用と他方の追完方法に要する費用を比較するものであるのに対して、後者は、選択された追完方法に要する費用と追完に対する買主の利益を比較するものである。⁽¹²⁹⁾ 前者の存在は、条文上、選択されなかった追完方法が買主に対する著しい不利益 (erhebliche Nachteile) なしに用いられ得るかが判断されることから、後者の存在は、一方の追完方法が排除されている場合にも、売主が追完を拒絶し得ることが認められていることから明らかになる。

(ア) 相対的不均衡

相対的不均衡性判断は両方の追完方法の費用を比較するから、追完方法の一方が例えば275条1項に基づき既に排除されている場合、相対的不均衡性を判断する余地はない。また、追完の一方の種類が他方よりも高い場合に常に相対的不均衡性が存在することを認めることはできないとされている。⁽¹³⁰⁾ というのも、買主に追完方法の選択権が与えられた意味が失われるからである。むしろ、自己の費用を可能な限り低く抑えるとい

う売主の利益と、まさに選択された追完方法によって追完を得るという買主の間の利益衡量が必要であるとされている。⁽¹³¹⁾

439条3項は、利益衡量の基準として、瑕疵のない状態での物の価値、及び、瑕疵の重大さを挙げている。いずれも、売主の費用と買主の利益の両方に影響し得る。例えば、売買されたネジのネジ山に瑕疵があった場合のように、価値の低い物の売買の場合、瑕疵の修補はしばしば不均衡な費用を必要とするから、代物給付が考慮されるにすぎない。他方で、瑕疵ある洗濯機の瑕疵がネジの交換で除去され得る場合、買主により請求された代物給付は、修補と比べて、不均衡な費用を要するから、売主はこれを拒絶できるとされている。⁽¹³²⁾前者の例では瑕疵のない状態での物の価値が、後者の例では瑕疵の重大性が考慮されている。もっとも、両者の基準に、これを超える独立した意味はないとされている。⁽¹³³⁾これらは、次に述べる費用要素に影響を与えるにすぎない。

不均衡性判断に際しての中心的な要素は、両方の追完方法が売主に発生させる費用であるとされる。⁽¹³⁴⁾指令の考慮事由11の2文によれば、不均衡性は、客観的に確認される必要があるとされている。それ故、比較は、具体的売主の視点からの個人的な基準ではなく、類型化された基準に基づいて行われる。⁽¹³⁵⁾つまり、当該売主による追完に要する費用が、通常の売主による追完費用に比べて高いことは不均衡性の判断に際して問題にならない。また、売主が単なる商人であることが明らかであるような場合には、売主が修補設備を有していることを買主は期待できないとされ、そのことを前提とした費用計算が行われる。もっとも、修補設備を有しない売主は修補する必要がないということには繋がらない。結局、自由な市場において、当該瑕疵の修補と瑕疵のない物の代物給付のそれぞれにどれだけの費用が必要であるかという問題として処理される。⁽¹³⁶⁾代物給付の費用の枠内では、売主が、取り戻した瑕疵物をどれだけ容易に再度販売できるかも考慮されるべきとされている。つまり、目的物が特別に製作されている場合や、買主が既に瑕疵物を使用した結果として当該物

の価値が低下している場合、給付された瑕疵物が買主の下で瑕疵に基づかない毀損を受けたが、買主が価値賠償を行う必要がない場合 (346条3項1文3号) 等には、それだけ追完 (代物給付) の費用が高く算定される。⁽¹³⁷⁾

相対的不均衡性判断の際には、選択された方法での追完に対する買主の利益も考慮される。これは、それぞれの方法での追完の間に買主が目的物を使用できない期間の長さのような、両方の追完方法と結びつけられている買主の迷惑 (Unannehmlichkeit) の問題であるとされる。⁽¹³⁸⁾ 例えば、修補が買主の住居や事務所で行われる必要があり、それにより、その場所において、買主のその他の法益の侵害の危険があるか等がこの枠内⁽¹³⁹⁾で考慮される。

相対的不均衡性の判断に際して、両方の追完方法の費用がどれだけ異なっていれば、不均衡性の存在を認めることができるかには争いがある。一説は、選択された方法による追完の費用が他方による費用を10%以上超える場合には相対的不均衡が存在するとしている。⁽¹⁴⁰⁾ この他にも、20%という見解や、⁽¹⁴¹⁾ 売主の態様に依じて5%から25%の範囲で不均衡性を判断する見解、⁽¹⁴²⁾ さらに、30%という見解も主張されているが、⁽¹⁴³⁾ これらの割合は高すぎであるという批判もある。というのも、瑕疵のない物を得るという買主の利益は、選択されていない追完の方法によっても満足させられ得るからであり、⁽¹⁴⁴⁾ さもなければ、10%が十分であるとされている。もっとも、一定の割合を設定する見解に対しては、再び、割合の設定が恣意的であり、439条3項2文に挙げられている様々な考慮要素と調和しないという批判も存在する。⁽¹⁴⁵⁾

なお、439条3項は、275条2項と異なり、考慮要素として売主の帰責性の有無を挙げていない。それ故、不均衡性判断の枠内で、売主の帰責性の有無が考慮されるべきかも問題になる。学説上、これを肯定する説と否定する説の両方が存在する。⁽¹⁴⁶⁾ いずれにせよ、売主に過責が認められる場合、売主は損害賠償の義務を負う。

(イ) 絶対的不均衡

絶対的不均衡性判断は、多数説によれば、275条2項と同様に、売買代金と追完費用の比較ではなく、給付に対する買主の利益と追完費用の比較により行われる⁽¹⁴⁷⁾。絶対的不均衡性の判断要素は、275条2項に基づく重大な不均衡性の判断要素と同じであるとされている⁽¹⁴⁸⁾。また、買主の利益の算定に当たっては、瑕疵のない状態での物の価値が決定的な要素であり⁽¹⁴⁹⁾、売買代金が犠牲限度 (Opfergrenze) であるのでもない⁽¹⁵⁰⁾とされている。裁判例上も、不均衡性は追完費用と合意された売買代金の関係ではなく、追完費用と瑕疵のない物の客観的価値の関係で判断されるとされている⁽¹⁵¹⁾。もっとも、買主の給付利益の内容が問題になり得ることは、275条2項の場合と同様である。従って、絶対的不均衡性の判断に際しても、上述のように、売主の給付に必要な費用と売主が得る反対給付 (買主が支払う代金) の関係に基づいて判定されることが必要になり得る⁽¹⁵²⁾。事後的不能に基づき拒絶と絶対的不均衡に基づく拒絶の関係については、後に検討する⁽¹⁵³⁾。

絶対的不均衡性の具体的基準についても、様々な見解が主張されている。一つの見解は、過失の有無に応じて瑕疵のない状態での物の価値の130%又は100%の基準を設定する⁽¹⁵⁴⁾。無過失の場合に100%に制限されるのは、売主は価値的にこれ以上を約束していないからと説明されている。また、有過失の際の130%という基準は、251条2項に関する判例に基づいている⁽¹⁵⁵⁾。もっとも、251条2項との関連づけには批判もある。批判の根拠は、249条以下とは異なり、439条3項は買主の完全性利益ではなく、契約上基礎づけられた履行利益を保護しており、この履行利益が軽々しく害されることは許されないというものである⁽¹⁵⁶⁾。この他にも、物に対する買主の利益がもはや存在せず、売主が無過失であれば110%が限度という見解⁽¹⁵⁷⁾、瑕疵のない状態での物の価値の120%という見解⁽¹⁵⁸⁾、最大でも代金額の150%という見解等が主張されている⁽¹⁵⁹⁾。他方で、そのような一定の基準の設定を恣意的として批判する見解も存在する⁽¹⁶⁰⁾。

(3) 二種類の拒絶権の関係

275条2項と439条3項の関係においては、とりわけ、絶対的不均衡性に基づく拒絶権が、275条2項に基づく拒絶権と比べて認められやすいかが問題になる。既に述べたように、政府草案の理由付けは、439条3項は275条2項の要件を緩和しているとする。つまり、これに従うならば、439条3項に基づく拒絶は、275条2項に基づく拒絶よりも認められやすいことになる。学説は、政府理由に従ってこれを肯定する説と、否定する説に分かれている。⁽¹⁶¹⁾もし、439条3項が275条2項の厳格な要件を緩和していることを認めるならば、(少なくとも追完の段階においては) 439条3項の絶対的不均衡の存在が売主による拒絶のために十分であるから、275条2項は、ほぼ意味を持たないということになる。⁽¹⁶²⁾⁽¹⁶³⁾

否定説は、その根拠の一つとして、指令適合的解釈の必要性を挙げている。すなわち、指令3条3号1文は、追完が不能の場合と不均衡な場合に限って売主に追完を拒絶する権利を与えている。そして、指令の不均衡性判断は他方の追完方法との比較に基づいて行うことが可能であるにすぎない(指令3条3項2文)。確かに、不能は指令の更なる免責事由であるが、これは、439条3項3文後段に規定された絶対的不均衡性とは異なり、275条に基づき判断されるものであることになる。それ故、439条3項3文の後段は、指令適合的に、この規定が不能(275条)のみを含むように解釈されなければならないとする。⁽¹⁶⁴⁾

これに対して、肯定説は次のように考える。もちろん、欧州司法裁判所(EuGH)の判決によれば、消費財売買の場合には、ある方法での給付拒絶は不能又は相対的不均衡の際にのみ認められる。しかし、275条2項の意味での重大な不均衡性に基づく給付拒絶権は何も影響を受けないままである。というのも、指令は、加盟国の立法者に、指令3条3項1文の意味での不能の概念決定に際して、これを広く形成する余地を与えているからである。⁽¹⁶⁵⁾つまり、275条2項の場合と同様に(事実的)不能の故に生じると考えることになる439条3項に基づく拒絶権の存在が、275条

2項に基づく拒絶権よりも緩和された要件で認められることには問題はないとする。

さて、我が国とは直接関係のないEU指令とBGBの適合性の問題はともかくとして、要件の緩和については否定することが妥当であるように思われる。この問題の検討に際して特に重要であるのは、既に何度も述べているように、追完請求権はそれ自体、本来の給付請求権と同一であることである。それ故、買主により最初に選択された追完方法が相対的不均衡性の故に拒絶された結果として残った追完方法、又は、唯一可能であった追完方法による追完の拒絶が、275条2項よりも緩和された要件の下で認められるとすれば問題であろう。もし、物の給付時に既に瑕疵が明らかであった場合には、買主は受領を拒絶し、瑕疵のない状態のその物、又は、(種類売買であれば)瑕疵のない他の物の給付を売主に請求し続けることができる。しかも、既に述べたように、この場合には437条も439条も適用されないから、拒絶については275条2項に基づく判断のみが行われる。他方で、実際には隠れた瑕疵が存在していた物が履行として承認された場合には、これ以後、437条及び439条が適用されることになる。この場合に、439条3項の絶対的不均衡性に基づく拒絶の要件を275条2項の事実的不能に基づく拒絶の要件よりも緩和して、売主の義務の射程を縮減させること、つまり、売主に要求可能な費用の限度を下げることに對する十分な根拠は存在しないのではないか。本来の請求権の追完請求権への修正については、既に述べたように、一度(不完全であっても)既に行われた取引に対する法的安定性という観点から、例えば、買主に追完方法の選択権を付与することや、消滅時効期間を短縮することは必ずしも不当であるとはいえない。しかし、売主の義務の射程それ自体を制限することについての妥当性は疑わしいように思われる。

5 まとめ

本稿では、債権者の履行請求権の限界についての検討の一端として、買主の追完請求権と売主の追完拒絶権を巡るドイツの議論の分析を行った。本稿における検討は以下のようにまとめることができる。

現行 BGB においては、売買契約の有効な成立により、契約で定められた状態にある目的物、すなわち、瑕疵のない目的物を給付する義務が売主に生じる (BGB 433条1項)。従って、瑕疵物の給付は、売主の義務違反を構成する。そして、売主のこの義務に対応する買主の本来の請求権は、一定の要件の下で、目的物の瑕疵の除去に向けられた追完請求権に修正される。もっとも、後者の請求権は、前者の請求権が一定の修正を受けたものにすぎず、両者は本質的には同一のものである。本来の請求権がこのような修正を受ける要件は、買主が、売主から給付された (瑕疵ある) 物を受領して、それを履行として承認することである。履行としての承認により、既に行われた取引の法的安定性に対する当事者の利益が (未だ何ら履行されていない段階に比べて) 高められ、その結果、例えば、買主に追完方法の選択権が与えられ、買主の請求権の消滅時効期間が通常よりも短縮される。物の滅失や悪化に関する危険の買主への移転は、本来の請求権にこのような修正を加える要件としては十分とはいえない。それ故、追完請求権の発生する時と、瑕疵の存在が確定する時 (目的物の引渡しによる危険移転の時) は必ずしも一致しないことになる (3 (1) を参照)。

物に瑕疵が存在していることが給付時に既に明らかであった場合、買主はその受領を拒むことができる。この場合には、引き続き、一般給付障害法の規定が直接適用され続ける。買主は、(修補された、又は、別の) 瑕疵のない物の給付を請求することができ、損害賠償請求や解除の際には一般給付障害法の規定が直接適用される。これに対して、買主の履行

承認後には、一般給付障害法の規定は BGB 437条を介して適用されることになる。なお、履行承認により生じる追完請求権も、本来の請求権の修正であるにすぎないから、買主の第一次的な給付請求権である。従って、買主は、第二次的な権利である解除や給付に代わる損害賠償請求権の行使の前に、追完のための適切な期間を予め設定して、売主に追完の機会を与えなければならない。追完の方法としては修補と代物給付が認められており、追完方法の選択権は買主に属している (BGB 439条1項)。もっとも、いずれの方法によっても瑕疵の除去が可能である場合には、両方の追完方法について売主の拒絶が認められるのでない限り、買主は、最終的には、瑕疵のない目的物を得ることができる。しかも、買主の選択した一方の追完方法が他方に比べて多くの費用を売主に生じさせることがあり得る。それ故、追完方法の選択の結果は、買主よりも売主の利益に重大な影響を与えることになる。このことから、追完方法の選択権が、法律上、買主に与えられていることには批判が存在する (2 (2) を参照)。純粋な特定物売買においては、瑕疵のない状態での特定の物の給付が売主の義務であるにすぎない。そして、本来の給付請求権と追完請求権は同一のものである。従って、特定物売買においては、売買された特定の物とは別の物が給付された場合を除いて、代物給付での追完は認められないが、このことは不能の問題とは無関係である。つまり、追完段階での売主の義務の範囲が当初の義務よりも拡大することはない (3 (2) を参照)。

買主は一定の場合には追完請求権を行使できず、また、追完が BGB 275条1項の意味で不能であれば売主は追完義務から当然に解放される (2 (3) 及び 3 (3) を参照)。さらに、一定の場合には、売主は追完を拒絶することができる。その第一は、追完が事実的不能である場合、つまり、債務者 (売主) の費用が債権者 (買主) の給付利益と重大な不均衡関係にある場合である (BGB 275条2項)。この場合の債権者の給付利益の内容が問題になる。債権の内容 (瑕疵のない物を得ること) の実現自体が債権

者の給付利益であることからすれば、債務者が行わない給付の内容を債権者が自分の側で実現しようとするれば、債務者と同程度の費用が自己に生じることになるから、結局、債務者の費用と債権者の給付利益は一致することになる。他方で、双務契約の債権者は、自己の債権の実現を得るために反対給付を引き受けている。これらのことから、ここでの債権者の給付利益を、少なくとも双務契約においては、債権者が自己の債務を履行することで自己の債権の実現を得る利益と解する余地が生じてくる。つまり、債務者の給付と債務者の得る反対給付の関係から BGB 275条2項に基づく拒絶の可否を判断すべきと考える余地が出てくる。もちろん、「契約は守られるべし」という原則からすれば、給付が可能であればそれを実現させるべきことが原則とされなければならない、単に損失が生じるという理由で債務者に追完拒絶を認めることはできないだろう。例えば、売買の際に、瑕疵のない物の給付のために売主が費やすべき費用の限度を代金額や減額の額に制限することには問題がある(4(1)を参照)。給付と反対給付の関係という観点から給付請求権の限界を明らかにするために、今後さらに、例えば暴利類似行為を巡る議論についての検討が必要になる。また、275条2項の事実的不能に基づく給付拒絶に際して両当事者の給付の関係から判断を行うとすれば、BGB 313条の問題とされている経済的不能との区別が困難になるから、両規定の関係も問題になる。

第二に、BGB 439条3項は、BGB 275条2項とは別に、売主の追完拒絶権を定めている。これについては、買主が選択した追完方法と他方の追完方法のそれぞれの費用を比較する相対的不均衡性判断と、買主が選択した追完方法に要する費用と買主の給付利益を比較する絶対的不均衡性判断が存在する。相対的不均衡性が認められた場合でも、買主は、他方の方法での追完を請求することができ、売主にはさらにこれを拒絶することが認められ得る。事実的不能と絶対的不均衡性の判断要素は同一とされているから、絶対的不均衡性の判断に際しても、両当事者の給付

の関係に着目することが必要になる(4(2)を参照)。また、絶対的不均衡に基づく拒絶の要件をBGB 275条2項に基づく拒絶の要件よりも緩和することの妥当性が争われているが、両者で拒絶の基準を区別することには問題があろう。追完請求権と本来の給付請求権が本質的には同一の請求権であることを前提とすれば、たとえ買主が瑕疵ある物の給付を履行として承認したとしても、それによって売主の義務の範囲自体が縮減することはないと考えられるからである(4(3)を参照)。

最後に日本法に関して述べれば、近時、法定責任説の論者も特定物買主の追完請求権の存在を必ずしも否定しない。債務不履行責任説の立場からは、当然、追完請求権の存在が肯定されることになり、民法改正の中間試案もこれを認める(中間試案第35.4(1))。また、裁判例においても、瑕疵担保責任に基づく損害賠償として瑕疵修補費用の請求が認められるという傾向がある(先稿を参照)。いずれにせよ、瑕疵の修補には多額の費用が必要となることがあり得るから、買主による瑕疵修補(追完)請求又は修補費用の賠償請求が場合によっては売主に大きな負担を課すことになる。それ故、売主に瑕疵修補義務を負わずとしても、実際には可能な修補を、一定の場合には修補不能として処理する余地がある。判例も、修補の能否は経済的観点からも判断されるべきことを認めている。中間試案は、追完請求権に限界事由がある場合の売主による追完拒絶に関する規定を設けているが(中間試案第35.4(1)但書)、修補の能否の判断も限界事由の有無の判断とパラレルに捉えることができるだろう。限界事由の一つとして、履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであることが定められている(中間試案第9.2イ)。しかし、債権の内容の実現を得ることが債権者の給付利益であるという点から、この基準の採用には問題があり得ることは既に述べた通りである。そこで、債権者が履行により得る利益を、債権者が自己の反対給付を行うことにより債務者から給付を得る利益と解して、限界事由を等価性障害の問題として処理すべきと考える余地があろう。さらに、中

間試案では、追完方法の選択権が原則として買主に与えられており、一定の場合にのみ、売主が提供した方法での追完が認められる（中間試案第35.4 (3)）。買主はいずれにせよ追完の結果として瑕疵のない物を得ることになるのに対して、売主は必ずしも自己に有利な方法を選択して追完を行うことはできないから、選択権の買主への付与は売主の利益に重大な影響を与えることになる。売主が契約の趣旨に適合しない方法で追完することができないことは当然であるが、買主への追完方法の選択権の付与の妥当性についてはさらなる検討が必要である。

注

- (1) 我妻榮『新訂 債権総論』5頁（岩波書店、1964）。
- (2) 買主の追完請求権に関する近時の研究として、田中洋「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定（一）（二）（三・完）：ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして」神戸法学雑誌60巻1号1頁、2号1頁、3＝4号1頁（2010-2011）が存在する。田中論文は「売買契約の原則的規律として買主の追完請求権を認めることが、法の基礎にある売買契約の典型に適合する規律として正当化されるか」という視点に立ち、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うかという問題と、瑕疵ある物が引き渡された場合に買主の追完請求権が認められるかという問題は性質とレベルを異にして、区別して検討することが必要とする。これに対して、本稿は、先稿（後掲注（12））までの検討に続いて、①瑕疵のない目的物の給付請求権が契約合意から発生し、②追完請求権はこの本来の給付請求権から生じるものであり、しかし、③いずれも、交換関係の対価性・等価性の故の一定の制限を受けるのではないかという視座からの検討を行うものである。
- (3) 追完請求をめぐるのは特定物売買と代物給付の関係が問題になるが、現行BGBにおける特定物概念の意義については、田中宏治「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商法雑誌133巻1号1頁（2006）が詳しい。なお、本文中で述べているように、代物可能性（Ersatzbarkeit）という法律にない要件を解釈として読み込まずとも、現行BGBにおける特定物概念の維持は可能であるように思われる。
- (4) ドイツにおける買主の追完請求権の制限に関しては、今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」關西大學法學論集53巻4・5号1034頁（2004）が存在する。拙稿は、追完請求権の法的性質についての議論の分析を通して、その限度について検討している点に特徴がある。

- (5) 我妻榮『債権各論 中巻一』272頁(岩波書店、1957); 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』173頁以下(有斐閣、1963)。
- (6) 星野英一『民法概論 IV (契約)』134頁(有斐閣、1986); 北川善太郎『債権総論 (民法講要 III) [第3版]』123頁以下(有斐閣、2004)。
- (7) 下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」山田正男・五十嵐清・藪重夫先生古希記念『民法学と比較法学の諸相 III』191頁(信山社、1998)。
- (8) 下森・前掲注(7)193頁。
- (9) 下森・前掲注(7)200頁、202頁以下。
- (10) 森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権 — 履行請求権、損害賠償又は解除との関係」『契約責任の帰責構造』242頁以下(有斐閣、2002)[初出1990-1991]。
- (11) 森田・前掲注(10)244頁以下。
- (12) 拙稿「売主瑕疵担保責任における瑕疵概念と法的性質の関係 — ドイツにおける瑕疵概念論の展開を中心として」九大法学103号(2011)61頁; 同「売主瑕疵担保責任に基づく損害賠償と瑕疵修補の関係 — 近時の裁判例を手掛かりにして」九大法学107号(2013)1頁。
- (13) 大判大正15年5月24日民集5巻433頁(見本売買); 大判昭和8年1月14日民集12巻71頁(性能の保証)。
- (14) 我妻・前掲注(5)270頁(目的物が契約当事者間に予定された品質を持たないこと)。
- (15) 最判平成22年6月1日民集64巻4号953頁。
- (16) 法制審議会民法(債権関係)部会の資料や議事録は、“<http://www.moj.go.jp/content/000108370.pdf>”から取得できる(平成26年7月14日確認)。
- (17) 判決の引用部分には筆者が濁点及び句読点を追加した。本判決の評釈としては、鈴木竹雄「判批」法協48巻(1930)4号639頁、椿寿夫「判批」我妻榮編集代表『売買(動産)判例百選』(有斐閣、1966)112頁がある。
- (18) 「契約目的の達成不能」という基準は、瑕疵担保規定に基づく解除の場合だけでなく、民法540条以下に基づく解除一般の際にも意味を持っている(我妻榮『債権各論 上巻』156頁以下、173頁、175頁(岩波書店、1954))。
- (19) 我妻・前掲注(5)290頁。星野・前掲注(6)131頁は、契約目的の達成不能について、より具体的に、瑕疵の追完ないし修補が事実上不可能の場合、売主が追完・修補をする意思がないと認められる場合、追完・修補が事実上可能であってもそれによることが無意味な場合とする。柚木馨は、契約目的の達成不能は修補不能の場合にのみ問題になるとし、多額の修繕費を要して経済上割が合わないような場合にも修繕不能とする(柚木・前掲注(5)366頁)。

- (20) 請負契約では、重要でない瑕疵の修補に過分の費用を要するときは、修補請求は認められない(634条1項)。また、造船請負契約の事例に関して、船舶の軽微な瑕疵の修補に著しく過分の費用を要する場合において、民法634条1項但書の法意に照らし、船舶の瑕疵の修補に代えて改造工事費及び滞船料を損害賠償として請求することはできないとされた(最判昭和58年1月20日判時1076号56頁)。
- (21) 我妻・前掲注(1)143頁。
- (22) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』104頁(有斐閣、1972)。
- (23) 平井宜雄によれば、「債務ノ本旨」に従わざる不履行を要件とする日本民法の下では履行不能か否かを明らかにすることはそれほど重要な意味をもたず、「責ニ帰スヘカラサル事由」の範囲は……不可抗力にほぼ等しい」とされており(同『債権総論〔第2版〕』60、80頁(弘文堂、1994))、債務の内容が決定的に重要となる。
- (24) 潮見佳男『債権総論〔第2版〕I』165-167頁(信山社、2003)。潮見は、履行に伴うコストの増加は債務者が負担すべきであり、これを破るのが「契約の均衡」の破壊に対処するための法理としての「事情変更の原則」であるとす。
- (25) なお、この規定は、「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その1)」では「債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができる。ただし、債務の履行が契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、この限りでない。」(第7.1)との規定に改められている。
- (26) 399条は、金銭に見積もることができないものですら債権の目的になり得ることを規定している。「金銭に見積もることができないとは、金銭的評価が不能の場合のほか、金銭的価値のない場合を意味する」とされている。(奥田昌道『債権総論〔増補版〕』31頁(悠々社、1992))。
- (27) 本稿2から4における条数は、BGBの条数である。
- (28) BGB第433条(売買契約の際の契約典型的義務)
- (1) 売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、物の所有権を得させる義務を負う。売主は物を買主に、物の瑕疵及び権利の瑕疵なく与えなければならない。
 - (2) 略
- (29) 改正前に存在した瑕疵担保責任の本質論に関して、担保説ではなく、不履行説が採用されたことになる(BeckOK BGB/Faust, Edition: 31 01. 03. 2011, §433 Rn.2(本コメントールはBamberger/Rothのオンライン版である))。
- (30) BGB第437条(瑕疵の際の買主の権利)

物が瑕疵を有する場合、買主は、以下の諸規定の要件が存在し、かつ、他のことが定められていない限りで、

1. 439条に基づき追完を要求する、
2. 440条、323条及び326条5項に基づき契約を解除し、又は、441条に基づき売買代金を減額する、
3. 440条、280条、281条、283条及び311a 上にに基づき損害賠償を、又は、284条に基づき無駄になった費用の賠償を要求する、ことができる。

(31) Hk-BGB/Saenger, 7. Auflage 2012, §437 Rn.1.

(32) というのも、買主が給付に代わる損害賠償を請求する、又は、契約を解除(減額)するためには、原則的に、追完のための適切な期間を事前に設定しなければならないからである(281条1項、323条1項参照)。

(33) BGB 第439条(追完)

(1) 買主は、追完として、自己の選択により、瑕疵の除去又は瑕疵のない物の給付を要求できる。

(2) 略

(3) 売主は、275条2項及び3項にかかわらず、買主により選択された追完の方法を、それが不均衡な費用によってのみ可能である場合には拒絶できる。その際には、とりわけ、瑕疵のない状態での物の価値、瑕疵の重大さ、及び、別の方法での追完が買主に対する著しい不利益なしに用いられ得るかという問題が顧慮される。この場合、買主の請求権は追完の別の方法に制限される：1文の要件の下でこれも拒絶するという売主の権利は影響を受けないままである。

(4) 略

(34) 消費財売買の範囲においては、売主は、代物給付による追完に際して、(瑕疵物の)取外費用と(代物の)取付費用も負担しなければならない(Palandt/Weidenkaff, 72. Auflage 2013, §439 Rn.11)。この点については、後掲注(165)に挙げた田中論文も参照。

(35) 政府草案の理由付けによれば、売主は契約の解消と結びつけられた経済的な不利益を回避する最後の機会を獲得し、これは買主の利益にとっても適切であるとされる(BT-Drucks 14/6040, S.221)。売主の追完により、結果として、買主は自己が契約上請求する必要があったこと(瑕疵のない物を得ること)を達成することになるからである。

(36) 追完を行うことが売主の「権利」であるかには争いがある。この問題については、Schroeter, „Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts“, AcP 207 (2007), S.28 ff. を参照。

(37) BGH NJW 2005, S.1348 ff.;

Staudinger/Matusche-Beckmann, Neubearbeitung 2014, §439 Rn.54 ff.;

MüKo/Westermann, 6. Auflage 2012, §439 Rn.10.

- (38) BGB 第275条 (給付義務の排除)
- (1) 給付に対する請求権は、給付が債務者又は全ての者にとって不能である限りで、排除される。
 - (2) 給付が、債務関係の内容と信義則の顧慮の下で、債権者の給付利益と重大な不均衡にあるところの費用を必要とする限りで、債務者は給付を拒絶できる。債務者に要求され得る努力の決定の際には、債務者が給付障害を帰責されるかも顧慮される。
- (3) (4) 略
- (39) BT-Drucks 14/6040, S.231.
- (40) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.8.
- (41) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.8.
- (42) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §437 Rn.26. 除去することができない瑕疵は、たいてい、重大な瑕疵であるとされている。これに対して、瑕疵を除去できる場合には、除去に要する費用が重大性にとって重要であるとされている。
- (43) BT-Drucks 14/6040, S.223.
- (44) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §440 Rn.14; Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §440, Rn.12.
- (45) Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Auflage 2011, Rn133.
- (46) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §442 Rn.1.
- (47) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §442 Rn.2.
- (48) Brox/Walkers, Besonderes Schuldrecht, 36. Auflage 2012, §4 Rn.11. 例えば、中古車のクレーンが作動しないという旨の合意をした場合、(通常は作動するはずの) クレーンの不作動は自動車の瑕疵を意味しないことになる。
- (49) Adolphsen, „Die negative Beschaffenheitsvereinbarung im Kaufrecht“, FS Jan Schapp, 2010, S. 1 ff., S.9.
- (50) Schulte-Nölke, „Anforderungen an haftungseinschränkende Beschaffenheitsvereinbarungen beim Verbrauchsgüterkauf“, ZGS 2003, S.184 ff., S.185.
- (51) Schulte-Nölke, „Vertragsfreiheit und Informationszwang nach der Schuldrechtsreform“, ZGS 2002, S.72 ff., S.77.
- (52) Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
- (53) 指令第2条 (契約適合性)
- (1) 売主は、消費者に契約適合的な動産を給付する義務を負う。
 - (2) 以下の場合には、消費動産が契約適合的であることが推定される：そ

れが、

- a) 売主により与えられた説明と一致し、売主が消費者に見本又はひな形として提示したところの動産の性状を有する；
- b) 消費者が売主に契約締結時に通知して売主が同意したところの消費者により求められた特定の目的に相応しい；
- c) 同種の動産が通常用いられるところの目的に相応しい；
- d) 同種の動産の下で普通であり、かつ、その動産の性質、及び場合によっては、とりわけ宣伝又はラベル貼りで行われた動産の具体的性状に関する売主、製造者、その代理人の公的な表明が考慮された場合に、消費者が合理的に期待できるところの品質と性能を示す場合。

(3) - (5) 略

- (54) NK-BGB/Pfeiffer, 2. Auflage 2012, KaufRiLi §2 Rn.14.
- (55) 434条1項によれば、性質や使用が合意されていない場合には、物の瑕疵は、通常性の基準に基づき判断される。もっとも、これは客観的瑕疵概念の採用ではないとされている。つまり、物が通常の使用に相応しく、普通の性質を示すべきことは、反対の手掛かりがない場合の仮定的当事者意思にかなっているとされている (Looschelders, a.a.O. (Anm.45), Rn.48. A.A. Brox/Walkers, a.a.O. (Anm.48), §4 Rn.13)。
- (56) Schulte-Nölke, a.a.O. (Anm.50), S.187.
- (57) 瑕疵の存在のリスクに基づいて、責任排除と性質合意を区別する見解も存在する (Adolphsen, a.a.O. (Anm.49), S.10 ff.)。これによると、責任排除は、性質の存在に関する不確定性のリスクを買主に移すものであるとされ、考えられ得る瑕疵の列挙も買主へのリスクの転嫁と同視される。消費財売買において (消極的) 性質合意が担保排除と機能的に同等であれば、当該性質合意は効力を有しないという見解もある (Schinkels, „Zur Abgrenzung von zulässiger Beschaffenheitsvereinbarung und Umgehung der Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf“, ZGS 2003, S.310 ff., S.312)。
- (58) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Auflage 2009, Rn.214.
- (59) Huber, „Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht“, NJW 2002, S.1004 ff., S.1005; Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.408; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 15. Auflage 2010, Rn.121; BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.6.
- (60) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.1.
- (61) Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage 2007, Rn.75.
- (62) Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage 2013, §2 Rn.141.
- (63) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.141.

- (64) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.408. A.A. Hk-BGB/Saenger, a.a.O. (Anm.31), §433 Rn.10.
- (65) Canaris, Karlsruhe Forum 2002, 2003, S.5 ff., S.71 f..
- (66) Canaris, a.a.O. (Anm.65), S.72 f.; Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rn.13/45; Oechsler, a.a.O. (Anm.61), Rn.75.
- (67) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.145 ff.; Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.399; BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §437 Rn.6.
- (68) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.399.
- (69) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.145.
- (70) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.400.
- (71) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.146.
- (72) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.147.
- (73) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.148.
- (74) BT-Drucks 14/6040, S.216; Huber, in: Huber/Faust, a.a.O. (Anm.66), Rn.13/20.
- (75) BGH NJW 2006, S.2839 ff., Rn.23.
- (76) Ackermann, „Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers“, JZ 2002, S.378 ff, S.379.
- (77) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.27.
- (78) Oechsler, a.a.O. (Anm.61), Rn.140.
- (79) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.203 f..
- (80) Jauernig/Berger, 15.Auflage 2014, §439 Rn.24.
- (81) BT-Drucks 14/6040, S.209.
- (82) BT-Drucks 14/6040, S.230.
- (83) BT-Drucks 14/6040, S.232.
- (84) Canaris, a.a.O. (Anm.65), S.80.
- (85) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.28.
- (86) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.423.
- (87) MüKo/Emmerich, a.a.O. (Anm.37), §243 Rn.6.
- (88) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.424.
- (89) Ackermann, a.a.O. (Anm.76), S.379.
- (90) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.422.
- (91) Faust, „Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld“, ZGS 2004, S.252 ff., S.253.
- (92) Faust, a.a.O. (Anm.91), S.257.
- (93) BT-Drucks 14/6040, S.128.
- (94) Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2011, Rn.456.

- (95) 給付義務が後発的不能に基づき排除されている場合、債権者は、283条に基づき給付に代わる損害賠償を請求し得る。この場合の義務違反について争いがある。立法者は、義務づけられた給付が不能に基づき(期限通りに)提供されないことに義務違反を認め、債務者が不能を発生させたことは帰責性の問題として処理される(BT-Drucks 14/6040, S.135 f.)。これに対して、給付義務が排除されている以上、給付を提供しないことは義務違反ではなく、債務者が給付障害を発生させたか、又は、その発生を回避しなかったことが義務違反であるという見解も主張されている(MüKo/Ernst, a.a.O. (Anm.37), §283 Rn.4)。この見解に対しては、280条1項2文が帰責性の(不存在の)証明責任を債務者に負わせていることを考慮すべきという批判が存在する。つまり、給付障害を発生させたことを給付義務違反と理解すると、これを債権者が証明する必要があることになるから、280条1項2文が帰責性の証明責任を債務者に転換していることの価値が相当に失われることになる(Looschelders, a.a.O. (Anm.94), Rn.506)。
- (96) BT-Drucks 14/6040, S.216.
- (97) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.97, 99.
- (98) MüKo/Westermann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.19.
- (99) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18.Auflage 2008, Rn.444; Staudinger/Otto, Neubearbeitung 2009, §323 Rn.C5.
- (100) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.219; BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.59.
- (101) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.220. 他方で、権利の瑕疵の判断時期は権利の移転時であるから、受領遅滞の間に生じた権利の瑕疵については、323条6項が類推適用され得る(Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.221)。
- (102) BGB 275条2項の沿革と本条を巡る議論については、大原寛史「ドイツにおける事実的不能の位置づけ — ドイツ民法二七五条二項をめぐる議論を中心に — 」同志社法學61巻6号1821頁(2010)が詳しい。
- (103) 売主が自分で追完しなければならないことないから、275条3項は、売買においては問題にならないとされる(Brox/Walkers, a.a.O. (Anm.48), §4 Rn.48)。
- (104) BeckOK BGB/Unberath, a.a.O. (Anm.29), §275 Rn.53.
- (105) BT-Drucks 14/6040, S.129 f.; Jauernig/Stadler, a.a.O. (Anm.80), §275 Rn.24.
- (106) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.210.
- (107) Palandt/Grunewald, a.a.O. (Anm.34), §275 Rn.32.
- (108) BT-Drucks 14/6040, S.130.
- (109) MüKo/Ernst, a.a.O. (Anm.37), §275 Rn.75.

- (110) Palandt/Grunewald, a.a.O. (Anm.34), §275 Rn.21. その場合の法律効果は、給付義務からの債務者の解放ではなく、契約の調整 (Anpassung) である (313条1項)。
- (111) Ackermann, a.a.O. (Anm.76), S.382 ff.
- (112) Ackermann, a.a.O. (Anm.76), S.383.
- (113) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.209.
- (114) Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rn.216. A.A. Jauernig/Stadler, a.a.O. (Anm.80), §275 Rn.25. 反対給付は重要ではないが、これは、少なくとも、債権者利益についての間接証拠であり得るという見解も存在している (PWW/Schmidt-Kessel, 4. Auflage 2009, §275 Rn.18)。
- (115) PWW/Schmidt-Kessel, a.a.O. (Anm.114), §275 Rn.18も、275条2項は現物での履行に対する請求権の制限の問題であるから、損害賠償法の意味での債権者の履行利益は関係し得ないとする。
- (116) 一説によれば、275条2項と313条は機能を異にしているのであって、債務者は275条2項に基づき給付を拒絶できるが、その後、両当事者は313条に基づく契約の適合を求めることができ、それにより275条2項の抗弁が通常は排除される (Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2005, Rn.48)。ドイツにおける事実的不能と経済的不能の関係を巡る議論については、大原寛史「事実的不能と経済的不能の峻別——ドイツにおける批判的見解を素材として」同志社法学63巻2号1143頁(2011)も参照。
- (117) 275条1項と2項の関係について、後掲注(126)を参照。
- (118) Looschelders, a.a.O. (Anm.94), Rn.475.
- (119) Faust, in: Huber/Faust, a.a.O. (Anm.66), Rn.2/68.
- (120) BT-Drucks 14/6040, S/131.
- (121) Harke, a.a.O. (Anm.114), Rn.217.
- (122) 例えば、BGH NJW 2007, S.2841, S.2841 f. によれば、不均衡が重大である場合には受益者の非難すべき意向 (verwerfliche Gesinnung) の推論が許されるとされており、土地取引の際には、給付の価値が反対給付の価値のほぼ二倍以上である場合に既に重大な不均衡が前提とされ得るとされている。
- (123) Staudinger/Löwisch/Caspers, Neubearbeitung 2009, §275 Rn.96.
- (124) なお、275条2項は、重大な不均衡性の判断要素に給付障害に対する債務者の帰責性の有無を含めており、これが存在した場合には、債務者はより多くの費用の支出を要求されている (BeckOK BGB/Unberath, a.a.O. (Anm.29), §275 Rn.56.)。もっとも、義務の射程の判断ともいえる重大な不均衡性の判断の際に、帰責性の有無を考慮することは問題であると思われる。通常、義務の射程は契約締結時に既に確定しているからである。

- (125) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.213.
- (126) BT-Drucks 14/6040, S.232.
- (127) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.49.
- (128) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.212.
- (129) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.39. なお、Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.448は、絶対的の不均衡性判断の際の比較対象を瑕疵のない状態での物の価値とする。
- (130) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.42.
- (131) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.444.
- (132) BT-Drucks 14/6040, S.232.
- (133) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.45.
- (134) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.43.
- (135) NK-BGB/Büdenbender, a.a.O. (Anm.54), §439 Rn.44.
- (136) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.445.
- (137) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.43.
- (138) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.44.
- (139) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.119.
- (140) Bitter/Meidt, „Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht“, ZIP 2001, S.2114 ff., S.2122.
- (141) LG Ellwangen NJW 2003, S.517; Jauernig/Berger, a.a.O. (Anm.80), §439 Rn.30.
- (142) BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.47. 具体的には、帰責性がない場合には5%、過責なしに帰責性が認められる場合には10%、単純過失の場合には15%、重過失の場合には20%、故意の場合には25%としている。
- (143) Harke, Besonderes Schuldrecht, 2011, Rn.67.
- (144) Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.446. それによれば、10%という限度は、本来の給付利益を超える、選択権の行使に対する買主の利益を十分に保護するとされる。
- (145) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.115.
- (146) 肯定説 : Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.124; Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.213; MüKo/Westermann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.23.
否定説 : Kirsten, „Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Kaufrecht“, ZGS 2005, S.66 ff., S.70 f.
相対的判断の際にのみ否定 : Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.447; Jauernig/Berger, a.a.O. (Anm.80), §439 Rn.30.
- (147) Canaris, a.a.O. (Anm.65), S.77; Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2

Rn.214. 判例は、絶対的不均衡性判断の際にも、瑕疵のない状態での物の価値と瑕疵の重大さが基準点であるとする (BGH NJW 2009, S.1660 ff., Rn.14)。追完費用と瑕疵のない状態での物の価値の比較という見解もある (Reinicke/Tiedtke, a.a.O. (Anm.58), Rn.448)。

- (148) MüKo/Westermann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.26.
- (149) Huber, in: Huber/Faust, a.a.O. (Anm.66), Rn.13/40.
- (150) Palandt/Weidenkaff, a.a.O. (Anm.34), §439 Rn.16a.
- (151) OLG Braunschweig NJW 2003, S.1053 f., S.1054.
- (152) 前にも述べたが、275条2項でいう債権者の利益とは、双務契約の場合には、債権者が自己の負担する債務を履行することで、債務者に対して有している債権の内容の実現を得ることができる利益ということができる。
- (153) Harke, a.a.O. (Anm.143), Rn.66.
- (154) Huber, a.a.O. (Anm.59), S.1008.
- (155) BGH NJW 1992, S.302 ff. では、原状回復の枠内で、被害者は、自動車の修補費用 (減価分を含む) を、再調達費用の130% (犠牲限度) を上回らなければ請求できるとされた。
- (156) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.216.
- (157) Kaeding, „Die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung“, NJW 2010, S.1031 ff., S.1034 f.. この見解では、購入から2年で価値の失われる目的物に製造上の欠陥の故に瑕疵が生じたが、既に1年半使用されており、半年後には再度調達されなければならないという例が念頭に置かれている。
- (158) Kirsten, a.a.O. (Anm.146), S.71 f.
- (159) Harke, a.a.O. (Anm.143), Rn.67.
- (160) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.115.
- (161) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.216; Harke, a.a.O. (Anm.143), Rn.67; BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.49.
- (162) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.108 ff.; MüKo/Westermann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.26.
- (163) Looschelders, a.a.O. (Anm.45), Rn.93; Jauernig/Berger, a.a.O. (Anm.80), §439 Rn.36.
- (164) Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Anm.37), §439 Rn.108.
- (165) 絶対的不均衡の事例は確かに指令3条3項の段落1には含まれるが、段落2は、「不均衡」概念を他方の手段との関係においてのみ定義しており、それにより、相対的不均衡に限定され、また、唯一可能な追完方法としての契約違反の消費財の代物給付を拒絶する権利を国内法の規定が売主に与えることは認められないとされた (EuGH NJW 2011, S.2269 ff., Rn.68, 78)。本判決とその後のBGH判決 (BGH NJW 2012, S.1073 ff.) については、田

(56) 75 ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について (田畑嘉洋)

中宏治「ドイツ新債務法における代物請求権の範囲 — タイル事件 — 」
千葉大学法学論集27巻2号87頁 (2012) を参照。

(166) Oetker/Maultzsch, a.a.O. (Anm.62), §2 Rn.216a.

(167) 消費財売買法の枠外では、売主は、唯一可能な追完方法を絶対的の不均衡性の故に拒絶できるとされている (Jauernig/Berger, a.a.O. (Anm.80), §439 Rn.35. BeckOK BGB/Faust, a.a.O. (Anm.29), §439 Rn.54も参照)。