

研究ノート

買主が自己追完した場合に関するドイツ法の議論

山 本 宣 之

- I 本稿の契機
- II ドイツ法の概要
- III ドイツ法の議論
- IV ドイツ法の議論から

I 本稿の契機

(1) 民法典の一部改正が続いている。2017年に債権法関係の改正があり、その後も、成年年齢、相続法、特別養子制度、所有者不明土地問題に関する改正と続き、現在も、親族法、担保法に関する改正が審議中である。とくに債権法関係の改正は規模が大きく、新設・変更の条文数が342か条にも及ぶだけでなく、民法の根幹に関わる制度の変革も含まれている。こうした改正後の民法典に対し、どのような解釈姿勢で臨むべきであろうか。法適用・法解釈の方法論そのものが変容するとは考えられない。しかし、現実としてのあるいは意識のうえでの変化の可能性を思わせる事情の違いが、改正前民法と改正民法の間には存在する。

(2) 1つの違いは、立案担当者である。改正民法では、歴史上の偉人ではなく、同時代の現役の研究者・実務家等が中心である。その見解や利害は、立法の前後を通じて知る機会があり、いわば顔が見える・声が聞こえる存在といえる。

もう1つは、立法資料である。改正民法に関する法制審議会の部会資料(委員提供資料等を含む)は100件を超え、部会会議等の議事録は膨大で

ある。改正前民法に関する明治期の資料も大部であるが、起草時と 100 年以上の施行を経た時点とでは、資料や審議の密度に差があるのは否定できないであろう。

別の 1 つは、社会的背景である。改正民法は、現代期の立法である。現在までの社会経済活動の展開や科学技術の発達などは考慮済みであり、時代の変化に対応するための解釈論が求められることは、現時点ではまだ稀であろう。

さらに 1 つは、学問的背景である。改正民法は、法学、比較法を含む民法学と判例の 100 年以上の分厚い蓄積をふまえた立法である。未解決の問題は存在するものの、一定の態度決定が行われた問題に関しては、既存の判例・学説や比較法の成果を取り込むことに主眼がある解釈論は、説得的といえないおそれがある。

改正前民法では、総じて解釈論の自由度が高く、それを是認する気運もあったように思われる。遠い時代の古い法律であることから、立法当時の事情に拘束されずに、社会的諸条件の変化や学問の発展・深化を理由に、様々な方向性の解釈論が提示されてきた感がある。しかし、改正民法に関しても従来と同じ解釈姿勢で通用するのか・適切であるのか、直ちに疑問が生じうる。

(3) 20 年近く先に債務法現代化法⁽¹⁾により大規模な改正（債務法改正）をみたドイツでは、どうなっているのか。民法典とドイツ民法典（BGB）は同時期の立法であり、大規模な改正も同時期であることから、自ずと関心をひく。債務法改正後に解釈が争われている問題をみるのが、有益であると考えられる。

そこで、本稿では、買主が目的物の瑕疵を除去した場合に売主に対してどのような請求ができるのかに関する議論を取りあげる。改正直後から相当に激しい論争がみられ、異例ともいえる 40 件を超える論説・評釈

(1) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. 2001 I Seite 3138). 全体の紹介として、半田吉信『ドイツ債務法現代化概説』（2003 年、信山社）。

等があり、10 件余りの連邦通常裁判所（BGH）の判例がある。条文・立法資料・体系・利害関係など様々なものが議論の観点や根拠になりうるが、どのような観点から・どのような根拠に基づいて議論されているのかに関心を向けたい。ただし、本稿が対象とするのは、そうした判例や論説・評釈等それ自体である。それぞれの法適用・法解釈の基礎には、それぞれの方法論があるとみられるが、その分析や考慮に立ち入ることはできず、判例や論説・評釈等が直接に示す認識や理解のみを扱うこととする。本稿が《論説》ではなく《研究ノート》にとどまる理由の 1 つである。

なお、本稿が取りあげるドイツ法の問題自体には先行研究があり、すでに判例・学説の内容が詳しく紹介・検討されている⁽²⁾。本稿は、最近までの判例・学説も参照しながら、その議論の仕方に焦点をおいて、より詳しく検討していくものである。

(4) 以下では、債務法改正前の BGB の旧規定（alte Fassung）は、〇〇条 aF と表記し、改正後又は改正の対象外の現行規定は、単に〇〇条と表記する（改正の対象外である事務管理・不当利得もここに含まれる）。

また、以下で頻出する訳語を整理しておきたい。まず、ドイツ法では「給付障害（Leistungsstörung）」の語が用いられ、日本法の「債務不履行」に当たるが、言い換えが適当でない場面もあるため、「給付障害」と表現する場合がある。また、改正民法に瑕疵という語はなく契約不適合に統一されているが、ドイツ法では現在も「瑕疵（Mangel）」が用いられている。瑕疵があるときの法律関係やその規律は、「瑕疵担保（法）（Gewährleistung(srecht)）」とよばれる。瑕疵を除去することは、文字どおり「瑕疵除去（Mängelbeseitigung；Beseitigung des Mangels）」と表現

(2) 直接的な検討として、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去」駒沢ロー 1 号 27 頁以下（2005 年）、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『二一世紀 判例契約法の最前線』538-544 頁（2006 年、判例タイムズ社）、田中宏治「ドイツ売買論集」133-157 頁（2021 年、信山社。該部分の初出は 2005 年）、萩原基裕「買主自身による追完と売主に対する費用賠償請求の可否をめぐる問題の検討」大東 28 巻 2 号 93 頁以下（2019 年）。

されるが、日本法に馴染みのある「修補」の語を当てる。そして、買主が修補や代物の調達をすることは、単純に「自己追完 (Selbstvornahme)」と表現されることが多いが、これは「修補 (又は追完) の自己実施 (Selbstvornahme der Mängelbeseitigung (oder Nacherfüllung))」の省略形といえる。自己追完には、「自己追完権 (Selbstvornahmerecht)」がある場合と「独断 (無権限) の自己追完 (eigenmächtige Selbstvornahme)」の場合がありうるが、売買契約の買主には一般に自己追完権がないため、「買主の自己追完」は自動的に後者を指すことになり、本稿でもこの意味で用いる。売主が追完することは、「二次提供 (権) ((Recht zur) zweite Andienung)」とも表現される。語義としては「(right to) second service」であり、訳しづらいが、上記の語を用いることにする。なお、自己追完は、修補の「自力救済 (Selbsthilfe)」という側面があるが、議論では必ずしも自力救済の要件・効果と関係づけられていないため、「自力」ではなく「自己」追完と訳出する。

II ドイツ法の概要

1 債務法改正前の BGB

(1) 自己追完の問題に関する議論をみる前提として、ドイツ法の状況を概観しておきたい。この問題は瑕疵担保法に属するが、それに関する債務法改正前の BGB の規律は、主要部分において改正前民法と類似していたといえる⁽³⁾。

まず、売買目的物の瑕疵は、物の瑕疵と権利の瑕疵、種類物の瑕疵と特定物の瑕疵に区別されていた。売主は、権利の瑕疵がない物の引渡義務を負い (434 条 aF)、それに従わないときは、買主は債務不履行の規定 (一般給付障害法) (320～327 条 aF) によって (440 条 1 項 aF)、損害賠償請

(3) 債務法改正前に関しては多数の文献があり、代表的なものとして柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』116-135 頁 (1963 年、有斐閣)。

求や解除をすることができた。また、種類物の瑕疵に関しては、買主は、瑕疵のない代物の引渡しを請求できるため（480条1項aF）（解除請求（Wandelung）又は代金減額請求を選択することもできる）、売主がそれに従わないときは債務不履行となった。債務不履行による損害賠償請求や解除をするには、売主に帰責事由があることが要件であり、そして、履行が可能であるときは、買主は相当期間を定めて催告し、その期間の経過を待つことが必要とされた（326条1項aF）。

他方、特定物の瑕疵に関しては、売主は瑕疵のない物の引渡義務を負わず、買主の救済は、原則として売主の担保責任による解除請求か代金減額請求に限られていた（462条aF）。ただし、売主の帰責事由は要件ではなく、買主の事前の通知や催告は不要であった。また、解除請求や代金減額請求は、形成権ではなく売主の承諾が必要であったが（465条aF）、この要件は判例・学説によって事実上緩和され、買主は訴訟において解除請求や代金減額請求に関する売主の承諾を求めるのと同時に、既払代金や代金減額分の返還を求めることが可能とされていた⁽⁴⁾。そのため、特定物に瑕疵がある場合、救済に制約はあるものの、買主は即時に（つまり売主に通知や催告をしたり修補等の機会を与える必要なく）解除や代金減額を主張することができた。

(2) それに対し、請負人には、瑕疵のない仕事の完成義務があり（636条1項aF）、仕事に瑕疵があるときは、注文者はその修補を請求することができた（同条2項aF）。そして、請負人がそれを遅滞したとき（注文者が相当期間を定めて催告してその期間が経過し（284条1項aF）、請負人に帰責事由があるときを指す（285条aF）⁽⁵⁾）、注文者は自分で修補することができ（自己追完権）、それに必要な費用の償還を請求することができた（633条3項aF）。また、注文者は、相当期間を定めて催告する際に、期間経過後の修補を拒絶する旨の予告ができ、それにより期間経過後は解

(4) Larenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl. (1986), S. 53-55.

(5) U. Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), S. 522.

除請求や代金減額請求も可能となり（634条1項aF）、さらに、請負人の帰責事由による瑕疵のときは、それらの請求に代えて損害賠償（填補賠償）も請求することができた（635条aF）。

また、賃貸人は、瑕疵のない物の引渡義務とその状態の維持義務を負い（536条aF）、目的物に瑕疵があるときは、賃借人はその瑕疵の程度に応じて賃料債務を免れることができた（537条1項aF）。また、それとは別に、瑕疵が契約締結時に存在したとき、賃貸人の帰責事由により賃貸借中に発生したとき、又は賃貸人が修補を遅滞したときは、賃借人は損害賠償（填補賠償）を請求することができた（538条1項aF）。そして、修補の遅滞のときは、賃借人は自分で修補することができ（自己追完権）、それに必要な費用の償還を請求することができた（同条2項aF）。さらに、賃借人は必要費の償還請求をすることができ（547条1項aF）、その他の費用は事務管理の規定に従って償還請求ができた（同条2項aF）。そのため、賃借人に事務管理意思がある場合で、本人＝賃貸人の利益又は意思に適合するときは、管理者＝賃借人は委任契約の規定に従って必要な費用の償還を請求することができ（683条）、そうでないときは、不当利得の規定に従って費用の償還を請求することができた（684条）。したがって、賃借人が自己追完権なしに自ら瑕疵を修補した場合、必要費であるか・そうでないか、事務管理として本人の利益又は意思に適合するか・しないかによって、費用償還の可否と範囲が異なっていたことになる。

2 債務法改正後の BGB

（1）瑕疵担保法に関する現行の BGB の規律は、主要部分において改正民法と類似性がある⁽⁶⁾。

まず、売主は、物の瑕疵及び権利の瑕疵のない目的物の引渡義務を負う（433条1項2文）。したがって、瑕疵ある目的物を引き渡したときは義務

（6） 債務法改正後に関しても多数の文献があり、岡・前掲注（2）524-537頁、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』65頁以下（2009年、日本評論社）。

違反となり（280 条 1 項）、買主は債務不履行の規定（一般給付障害法）による救済を受けることができる。そして、その場合の買主の権利については 437 条が定め、そこには 439 条による追完請求（1 号）、440 条、323 条、326 条 5 号による解除又は 441 条による代金減額（2 号）、440 条、280 条、281 条、283 条、311a 条による損害賠償請求又は 284 条による費用賠償請求（3 号）が挙げられている。

（2）そのうち、まず、439 条によれば、買主は追完として修補又は代物給付を選択して請求することができ（1 項）、売主は輸送費・交通費・人件費・材料費など追完に必要な費用を負担しなければならない（2 項）。

また、323 条は双務契約の催告解除の規定であり、それによれば、債権者が給付又は追完のための相当期間を定めて催告し、その期間が経過したときは、契約を解除することができる（1 項）。ただし、例外として、債務者が真剣かつ終局的に給付を拒絶したとき、定期行為のとき、又は契約に適合しない給付がされた場合に双方の利益の衡量により即時の解除を正当化する特別の事情があるときは、期間の定めなしに解除ができる（2 項）。440 条によれば、323 条 2 項に加えて、売主が修補及び代物給付を拒絶したときや、買主の選択した追完方法に失敗した（2 回試みたが奏功しなかったときは失敗とみなされる）かその実施が期待できないときも、期間の定めなしに解除ができる。同じように、326 条 5 号によれば、債務者が 275 条 1～3 項（給付不能など）により給付する必要があるときは、期間の定めなしに 323 条の解除をすることができる。そして、441 条は代金減額の規定であり、買主は解除ができる場合はそれに代えて代金減額を選択することができ（1 文）、そのとき 323 条 5 号 2 文（義務違反が軽微なときは解除できない）は準用されないため（2 文）、瑕疵が軽微であってもその程度に応じて代金減額が認められる。

さらに、280 条は義務違反（債務不履行）による損害賠償の規定であり、

（7） 275 条 1～3 項につき、山本宣之「危険負担における債務者主義の帰結」産法 54 巻 3・4 号 8-9 頁（2021 年）。

債務者に帰責事由がないとき除いて、債権者は損害賠償請求ができる（1項）。ただし、給付遅滞による損害賠償を請求するには、286条の要件が必要とされ（2項）、給付に代わる損害賠償を請求するには、281条、282条、283条のいずれかの要件が必要とされる（3項）。そして、286条は、債権者が履行期の到来後に催告して債務者が給付しなかったときに遅滞に陥るとし（1項1文）、債権者の催告が不要となる例外として、確定期限の定めがあるとき（2項1号及び2号）、債務者が真剣かつ終局的に給付を拒絶したとき（3号）、双方の利益の衡量により直ちに遅滞に陥ることを正当化する特別の事情があるときを挙げる（4号）。また、281条は、債務者が履行期にある債務を履行しない場合に、債権者が給付又は追完のための相当期間を定めて催告し、その期間が経過したときは、給付に代わる損害賠償を請求できるとし（1項）、債権者による期間の定めが不要となる例外として、債務者が真剣かつ終局的に給付を拒絶したとき、又は双方の利益の衡量により直ちに損害賠償請求することを正当化する特別の事情があるときを挙げる（2項）。さらに、440条は、281条2項に加えて、期間の定めなしに損害賠償請求ができる場合を定め、その内容は解除に関するものと同じである（前述参照）。283条は、債務者が275条1～3項（給付不能など）⁽⁸⁾により給付する必要がないときは、給付に代わる損害賠償を請求できるとし、期間の定めを要件としていない。そして、284条は、給付に代わる損害賠償ができる場合にそれに代えて、債権者は、給付を受けられると信じたことによる正当な出費の賠償を請求できると定める。なお、311a条は、原始的不能でも契約は有効であることを確認し（1項）、債権者は給付に代わる損害賠償又は284条の費用賠償を請求できるとする規定である（2項1文）。

（2）請負に関する規律の多くは、売買と共通している。まず、請負人には、物の瑕疵及び権利の瑕疵のない仕事の完成義務があり（633条1項）、仕事に瑕疵があるときは義務違反となり（280条1項）、注文者は債務不

（8） 前注文献参照。

履行の規定（一般給付障害法）による救済を受けることができる。その場合の注文者の権利については 634 条が定め、635 条による追完請求（1 号）、636 条、323 条、326 条 5 号による解除又は 638 条による報酬減額請求（3 号）、636 条、280 条、281 条、283 条、311a 条による損害賠償請求又は 284 条による費用賠償請求（4 号）が挙げられている。そして、請負人は、輸送費・交通費・人件費・材料費など追完に必要な費用を負担しなければならない（635 条 2 項）、また 636 条は売買に関する 440 条と同趣旨である。

しかし、それに加えて、注文者には仕事の瑕疵につき自己追完権が認められている（637 条）（634 条 2 号がこれを挙げる）。637 条によれば、追完のための相当期間を定めて催告し、その期間が経過した場合において、請負人が正当な理由なしに追完を拒んだときは、注文者は自ら瑕疵を除去することができ、それに必要な費用の償還請求ができる（1 項）。また、323 条 2 項が準用されるため、請負人が真剣かつ終局的に追完を拒絶したとき、定期行為のとき、又は双方の利益の衡量により即時の除去を正当化する特別の事情があるときは、期間の定めなしに自己追完することができ（637 条 2 項 1 文）、請負人の追完が失敗したときや注文者に期間の定めを期待できないときも、直ちに自己追完することができる（同条 2 項 2 文）。こうした自己追完に関しては、注文者が請負人に対し必要な費用の前払を請求することも認められている（同 637 条 3 項）。

(3) 賃貸借に関しては、契約の特徴に即した独自の規定になっているが（売買法の 437 条、請負法の 634 条に当たる規定はない）、その規律は請負に近い内容といえる。まず、賃貸人は、契約に従った使用収益に適した状態で目的物を引き渡す義務とその状態を維持する義務を負う（535 条 1 項 2 文）。引渡し時に目的物に瑕疵があるときか、賃貸借中に目的物に瑕疵が発生し、その瑕疵のため契約に従った使用収益に全く適合しないときは、賃借人は賃料の支払を免れ（536 条 1 項 1 文）、また不十分にしか適合しないときは、それに応じて減額される賃料の支払のみを負う（2 文）。そして、瑕疵が契約時に存在したとき、契約後に賃貸人の帰責事由により発

生したとき、又は賃貸人が瑕疵の除去を遅滞したときは、賃借人は損害賠償も請求することができる（536a 条 1 項）。

さらに、賃借人には目的物の瑕疵につき自己追完権も認められている（536a 条 2 項）。それによれば、賃貸人が瑕疵の除去を遅滞したとき、又は即時の除去が目的物の保存又は回復のために必要不可欠のときは、賃借人は自ら瑕疵を除去することができ、それに必要な費用の償還を請求できる。遅滞については 286 条が適用されるため、賃借人が催告して賃貸人が瑕疵を除去しなかったときに遅滞に陥り（1 項 1 文）、またその例外として、確定期限の定めがあるとき（2 項 1 号及び 2 号）、賃貸人が真剣かつ終局的に除去を拒絶したとき（3 号）、双方の利益の衡量により直ちに遅滞に陥ることを正当化する特別の事情があるとき（4 号）は、催告なしに遅滞に陥ることになる。そして、賃貸人が 536a 条 2 項による償還義務を負わない費用に関しては、賃借人は事務管理の規定に従って償還を請求することができる（539 条）。つまり、賃借人に事務管理意思がある場合に、本人＝賃貸人の利益又は意思に適合するときは、管理者＝賃借人は委任契約の規定に従って必要な費用の償還を請求することができ（683 条）、そうでないときは、不当利得の規定に従って費用の償還を請求することができる（684 条）。賃借人が自己追完権なしに追完した場合、事務管理として本人の利益又は意思に適合するか・しないかによって、費用償還の可否と範囲が異なるといえる。

3 債務法改正後の議論の現状

（1）買主が目的物の瑕疵を修補した場合、買主が受けられる救済については、現在、およそ次のように理解されている⁽⁹⁾。まず、修補に要した実際の費用（以下、追完費用）自体に関しては、売買法に規定がないため償還を請求することができない。買主が追完請求したが売主が応じなかったと

（9） 以下の（1）（2）全体につき、見通しの良い整理として、Emmerich, Anmerkung zum BGH Urt. v. 23. 2. 2005, JuS 2005, 750f.; Müller, Die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, ZJS 2012, 444ff.

いう場合であっても、請負法等と異なり売買法には自己追完権を認める規定がないため、同じである。

次に、追完費用について、買主はそれを損害として、給付に代わる損害賠償を請求することが考えられるが（437条3号、281条）、原則として買主が事前に売主に対し相当期間を定めて追完の催告し、売主がそれに応じずに期間が経過したこと（以下、期間設定及び経過）が要件であり（281条1項）、かつ、瑕疵ある物の引渡しにつき売主に帰責事由があることが要件である（280条1項2文）。

また、代金減額により、減額分の支払拒絶又は返還請求のかたちで、追完費用を実質的に回収することも考えられるが（437条2号、441条）、減額分によって追完費用の全部をカバーできるとは限らない。しかも、代金減額は解除に代えて選択できる救済であり、解除には原則として期間設定及び経過が要件である（323条1項）。このため、期間設定及び経過なしに買主が瑕疵を修補した場合、期間設定及び経過が不要とされる例外を除いて、代金減額も否定される。

（2）したがって、買主に瑕疵ある目的物が引き渡され、追完が可能であり、追完に関する期間設定及び経過が必要とされる場合において、買主が期間設定及び経過がないまま修補＝自己追完したときは（以下、このケースが前提である）、買主は（費用自体の償還はもちろん）損害賠償も代金減額も受けることができない。

そして、ここから先が論争の対象である。買主には追完請求権があり、売主は追完義務を負い、追完に要する費用は売主が負担する（439条）。そのため、買主が自己追完した場合、売主は自分が追完するのに必要だったはずの費用を節約したことになり、その分の利益を得たことになる。そこで、買主は「売主のもとで節約された費用」（以下、節約費用）の償還を請求できるかどうかが問題となる（代金が未払のときは節約費用を代金から控除できるかどうかも問題になる。ただし、以下では、原則として控除には逐一言及せず、償還請求の可否のなかに含めることにする）。これが認められると、買主は自分の追完費用の少なくとも一部を回収で

きるが、⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾否定説と肯定説があり、肯定説には追完不能構成と不当利得構成⁽¹²⁾⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾がある。

-
- (10) 著書・コンメンタール・大学教授の論説における否定説として、U. Huber, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: FS Schlechtriem (2003), S. 521, 527 Fn. 11a; Dauner-Lieb/Dötsch, Selbstvornahme im Kaufrecht?, ZGS 2003, 250ff. (前者のみ大学教授); dies., Nochmals: Selbstvornahme im Kaufrecht?, ZGS 2003, 455ff.; Dauner-Lieb/Arnold, Dauerthema Selbstvornahme, ZGS 2004, 10ff. (前者のみ大学教授); Dauner-Lieb, Kein Kostenersatz bei Selbstvornahme des Käufers, ZGS 2005, 169ff.; Keil, Anmerkung zum BGH Urt. v. 23. 2. 2005, EWIR 2005, 497; Tiedtke, Anmerkung zum BGH Urt. v. 7. 12. 2005, EWIR 2006, 611; Looschelders, Die neuere Rechtsprechung zur kaufrechtlichen Gewährleistung, JA 2007, 673ff.; Matusche-Beckmann, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2019) (=Staudinger/Matusche-Beckmann), § 439 Rn. 54-57; Caspers, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2019) (=Staudinger/Caspers), § 275 Rn. 30; Ernst, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2019) (=MüKo/Ernst), § 326 Rn. 112; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil (=Schuldrecht BT), 17. Aufl. (2022), § 4 Rn. 25-26.
- (11) 前注以外の否定説として、Dötsch, Rechte des Käufers nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung, MDR 2004, 975ff.; Arnold, Die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Käufer, ZIP 2004, 2412ff.; Schroeter, Kostenersatzanspruch des Käufers nach eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung?, JR 2004, 441ff.; Tonner/Wiese, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer, BB 2005, 903ff. (Tonner); Sutschet, Anmerkung zum BGH Urt. v. 23. 2. 2005, JZ 2005, 574ff.; v. Hertzberg, Die Selbstvornahme des Käufers bei der Mängelbeseitigung, in: FS U. Huber (2006), S. 339ff.; Schroeter, Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207, 28ff. (2007).
- (12) 著書・コンメンタール・大学教授の論説における肯定説として、Lorenz, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417ff.; ders., Anmerkung zum AG Daun Urt. v. 15. 1. 2003, ZGS 2003, 398f.; Mankowski, Anmerkung zum AG Daun Urt. v. 15. 1. 2003, EWIR 2004, 325ff.; Oechsler, Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, 1825ff.; P. Bydliński, Die Konsequenzen vorzeitiger Selbstverbesserung, entwickelt aus den zentralen gesetzlichen Wertungen, ZGS 2005, 129ff.; Gsell, Rechtlosigkeit des Käufers bei vorzeitiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung?, ZIP 2005, 922ff.; Tonner/Wiese (Fn. 11), BB 2005, 905ff. (Wiese); Lorenz, Vorzeitige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt, NJW 2005, 1321ff.; ders., Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheit des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175ff.; Canaris, Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 BGB wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers, in: FS Picker (2011), S. 113, 129ff.; wohl Mankowski, Hat der Verkäufer unter dem BGB wirklich ein eigenes subjektives Recht zur ↗

否定説によれば、どのような法律構成も妥当ではなく、買主は節約費用の償還を請求できないとされる。この結果、性急な（＝期間設定及び経過なしに）自己追完した買主は、追完費用に関する一切の救済を失うことになる。

これに対し、肯定説の追完不能構成によれば、買主が自己追完した場合、売主の追完義務は目的到達により履行不能となり（種類物売買において代物給付の方法による追完がなお可能なときは除かれる⁽¹⁵⁾）、売主は給付（追

↘ zweiten Andienung?, JZ 2011, 781ff.; Schwarze, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2015) (=Staudinger/Schwarze), § 326 Rn. C97-99; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. (2018) (=Schuldrecht II), § 7 Rn. 34-40; Kaiser in: Staudinger Eckepfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. (2020) (=Eckpfeiler/Kaiser), Rn. H59; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 12. Aufl. (2022), Rn. 861.

(13) 前注以外の肯定説として、Ebert, Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, 1761ff.; Katzenstein, Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung nach § 325 Abs. 2 Satz 2 BGB?, ZGS 2004, 144ff.; ders., Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung, ZGS 2004, 300ff.; ders., Nochmals: Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung, ZGS 2004, 349ff.; ders., Grund und Grenzen des Bereicherungsausgleichs bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Nacherfüllung, ZGS 2005, 184ff.; ders., Bereicherungsausgleich bei eigenmächtiger „Selbsterfüllung“ schuldrechtlicher Ansprüche, ZGS 2005, 305ff.; Lamprecht, Selbstvornahme des Gläubigers und Vorrang der Erfüllung nach neuem Schuldrecht, ZGS 2005, 266ff.; Herresthal/Riehm, Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrecht, NJW 2005, 1457ff.; Wall, Die Rechtsprechung des BGH zur „Selbstvornahme“ im Kaufrecht, ZGS 2011, 166ff.

(14) 前4注以外の文献として、Braun, Zahlungsansprüche des Käufers bei Schlechtleistung des Verkäufers, ZGS 2004, 423ff.; ders., Schadensersatz bei Selbstvornahme, ZGS 2006, 328ff.; Brömmelmeyer, Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts?, JZ 2006, 493ff.; Emmerich (Fn. 9), JuS 2005, 750f.; Westermann, Das Recht des Verkäufers zur „Zweiten Andienung“, in: FS Canaris I (2007), S. 1261ff.; ders., in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2019) (=MüKo/Westermann), § 439 Rn. 13; Lerach, Anspruch des Käufers auf Verwendungsersatz nach § 347 II 1 BGB bei Selbstvornahme der Mängelbeseitigung, JuS 2008, 953ff.; Wertenbruch, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065ff.; Markworth, Vorschuss und Aufwendungsersatz für die schuldrechtliche Selbstvornahme, JZ 2019, 173ff.; ders., Die Dogmatik der Selbstvornahmetatbestände des Leistungsstörungenrechts, AcP 209, 63ff. (2019).

(15) Lorenz (Fn. 12), NJW 2006, 1175, 1177; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 923; Learch, ↗

完)を免れる(275条1項)。しかし、それは自己追完という債権者(買主)の帰責事由による不能であるため、危険負担の債務者主義の例外として、債務者(売主)の反対債権(代金債権)は消滅しない(326条2項1文)。ただし、債務者(売主)は給付(追完)を免れたことによって費用を節約したため(節約費用)、買主は未払代金から控除するか(2文)又は既払のときは返還を請求できるとされる(4項)(326条2項2文の適用であるか類推適用であるかは見解が分かれる⁽¹⁶⁾)。また、不当利得構成によれば、買主が自己追完したことにより売主が追完を免れる場合、給付以外のその他の方法による不当利得(費用利得に分類される)が成立する(812条1項1文2肢)。ただし、それは売主にとって押し付けられた利得に当たるため、節約費用の限度でのみ返還義務を負うとされる。肯定説のなかでは、追完不能構成に加えて又は代えて不当利得構成がとられる傾向にある⁽¹⁷⁾。もっとも、326条2項2文による利益の清算は、不当利得法規範に基づくもの(ないし、不当利得法を具体化したもの)であると理解さ

↘ Anspruch des Käufers auf Verwendungsersatz nach § 347 II 1 BGB bei Selbstvornahme der Mängelbeseitigung, JuS 2008, 953, 954; Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 168; vgl. auch Staudinger/Matusche-Beckmann, § 439 Rn. 55.

(16) 326条は危険負担に関する規定であり(内容につき、山本・前掲注(7)576頁参照)、1項1文は、債務の全部又は一部が履行不能のときは、債務者主義により債権者の反対債務の全部又は一部が消滅すると定め、2文はその例外として、契約に適合しない給付(目的物に瑕疵があるなど)がされ追完が不能のときは、債権者の反対債務は不能の限度で消滅するのではなく存続すると定める(債権者(買主)に解除や代金減額を選択する機会を確保するためである)。そして、2項1文は、1項の例外として、債権者の帰責事由による履行不能のときは反対債務は消滅しないと定め、2文はそれを前提に、債権者は債務者が節約した利益を控除できると定める。そうすると、買主の自己追完により追完不能になった場合、すでに1項2文によって反対債務は存続するから、2項1文及び2文を適用する余地はないと解すれば、節約費用の控除・返還は「類推適用」(1項2文に関して2項2文に当たる規定の欠缺があるため)が根拠になる(Canaris (Fn. 12), S. 113, 134)。これに対し、2項2文は、反対債務が存続する場合の一般規律を定めたものだと解すれば、2項2文を「直接適用」することも可能という解釈になる(Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 925)。どちらの見解も、2項2文は、反対債務が存続する場合(323条6項により債権者に帰責事由があるため解除できない場合を含む)に共通して必要になる規定だという理解がある。

(17) Vgl. Katzenstein (Fn. 13), ZGS 2005, 184, 185; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 37.

れるため、⁽¹⁸⁾両構成の思考の本質に違いはないといえる。

このほか、事務管理構成もみられる（他の構成とともに主張されるにとどまる）。事務管理が成立すれば追完費用の償還請求ができるが、買主が自己追完した場合、通常は事務管理意思を欠くため（677条）、事務管理は成立しないとされる。また、例外的にその意思が認められるときでも、通常は本人（売主）の利益又は意思に合致しないため、本人は不当利得の規定に従ってのみ返還義務を負い（684条1文）、これにより不当利得構成と同じ帰結に至ることになる。

(3) 判例は否定説である。最初のBGH判決は早くも2005年に現れ（以下、2005年2月判決⁽¹⁹⁾）、後続のBGH判決で継続して引用され、否定説は確定判例だといえる。2005年2月判決は、新車の売買契約に関する事案であり、引渡しから7か月後にエンジンが故障したため、買主は（独自の保障をしていた仲介業者に連絡したところ、保障されないとの回答を得たので）、売主に連絡することなくメーカーの契約販売店でエンジン交換の修理をしたというものである。買主が売主に対し修理費の支払を求めて訴訟を提起したのに対し、修理費の償還、修理費相当額の損害賠償、代金減額分の返還、節約費用の償還のすべてが否定された。

(4) 最近の動向として、2018年に439条の改正があり、新3項が追加⁽²¹⁾

(18) Katzenstein (Fn. 13), ZGS 2004, 184, 185; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 925; Tonner/Wiese (Fn. 12), BB 2005, 903, 905 (Wiese); Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457; Canaris (Fn. 12), S. 113, 135. また、326条2項2文と同趣旨の旧規定324条1項2文aFに関して、U. Huber (Fn. 5), S. 525.

(19) BGH Urt. v. 23. 2. 2005, BGHZ 162, 219=NJW 2005, 1348. 岡・前掲注(2) 538-540頁、田中・前掲注(2) 137-141頁、萩原・前掲注(2) 102-103頁。前出注(9)~(14)の文献の多くは、この判決を契機とする論説や評釈である。

(20) BGH Urt. v. 22. 6. 2005, NJW 2005, 3211; BGH Urt. v. 7. 12. 2005, NJW 2006, 988; BGH Urt. v. 21. 12. 2005, NJW 2006, 1195; BGH Beschl. v. 28. 2. 2007, NJW 2007, 1534; BGH Urt. v. 16. 1. 2008, NJW 2008, 1216; BGH Urt. v. 20. 1. 2009, NJW-RR 2009, 667; BGH Urt. v. 10. 3. 2010, NJW 2010, 1448; BGH Urt. v. 19. 7. 2017, NJW 2017, 2758; BGH Urt. v. 30. 3. 2022, BGH NJW 2022, 2102.

(21) Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 18; Looschelders, Schuldrecht BT, § 4 Rn. 6-11; Eckpfeiler/Kaiser, Rn. H63-67; MüKo/Westermann, § 439 Rn. 18-20. また、マライケ・シュミット（中田邦博監訳、古谷貴之訳）「2018年改正後のドイツ売買法における追完

された（改正前の３項・４項は、それぞれ４項・５項に繰り下げられた）。これによれば、買主が瑕疵ある目的物をその種類及び使用目的に従って他の物に組込み又は取付けした場合、売主は追完の枠組みのなかで、その取外し及び瑕疵のない物の再組込み又は再取付けに必要な費用の償還義務を負う（１文）。ただし、買主が組込み又は取付け時に瑕疵につき善意であることが要件とされる（２文）。しかし、売主に帰責事由があることや、買主が売主に対し事前に相当期間を定めて追完を催告することは要件ではなく、売主に取外し及び再組込み又は再取付けをさせる必要もない（売主が求めても応じる必要はない）。そして、買主が実際に取外し及び再組込み又は再取付けに要した費用自体の償還（売主の節約費用に限られない）を請求できる。

こうした規律は、とくに買主＝請負人が瑕疵ある物を注文者の物に組込み又は取付けしたケースで意味がある。つまり、請負関係にとっては第三者に当たる売主が、追完のかたちで請負関係に介入する事態を避けることができ、また、請負人＝買主が自らの追完義務として取外し及び再組込み又は再取付けをすべき場合に、売主との関係ではその費用の償還請求をする方法がないという事態を避けることができる。しかし、439条３項の適用はそうしたケースに限られるわけではなく、売買一般に適用されるため、瑕疵ある物の組込み又は取付けという場面に関してではあるが、買主に期間設定及び経過なしの「即時の自己追完権」が認められ、かつ、それに必要な追完費用自体の償還請求が認められることになる。⁽²²⁾なお、この439条３項の追加が、買主の自己追完に関する議論の動向に影響を及ぼすかどうかは不透明である。

ㄨ 完」龍谷 52 卷 1 号 279 頁以下（2019 年）、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』291-305 頁（2020 年、法律文化社）。

(22) こうした理解につき、Markworth (Fn. 14), AcP 209, 63, 92-93.

III ドイツ法の議論

1 議論の探り方

買主が自己追完した場合（前提とするケースについては、前述Ⅱ 3（2）参照）にどのような救済を受けられるかに関しては、債務法改正後の下級審判決⁽²³⁾（否定説をとる）を直接の契機として議論が始まり、節約費用の償還の否定説と肯定説が激しく論争するなかで、BGHの2005年2月判決（前述Ⅱ 3（3）参照）が下された。このため、同判決は否定説をとる理由を、その論争をふまえて詳しく判示している⁽²⁴⁾。そこで、以下では、同判決の理由づけを端緒としつつ、否定説と肯定説がどのような観点から何を根拠として議論しているかをみていくことにする。なお、論拠として予測されるものの1つは立法資料であり、その代表として債務法現代化法の連邦政府法案の立法理由⁽²⁵⁾（以下、単に立法理由）があり、2段組200頁余にわたって、法案の全般的な趣旨説明と逐条の趣旨説明が付されている。

以下にみる観点や根拠は、議論の仕方を探るために分析的に分類した結果であり、実際には相互に関連づけられているものがある（後述3と4と5、後述6と12など）。そのため、以下の検討は、否定説と肯定説の論調を必ずしも正確に表現しているわけではないと思われる。また、概して肯定説の主張の方が詳しいといえるが、これは否定説が確定判例の立場でもあり議論を重ねる必要性が少ないのに対し、肯定説は批判説として説得的な主張を展開する必要があるからであろう。

(23) 青野・前掲注（2）28-31頁参照、萩原・前掲注（2）94-102頁に紹介がある。

(24) 田中・前掲注（2）137-141頁に詳しい紹介がある。また、同141-150頁には否定説と肯定説の論拠を含めた検討がある。

(25) Drucksache des Deutschen Bundestags（＝BT-Drucks.）14/6040（2001），S. 79-286。なお、最初に連邦政府法案（立法理由を含む）が連邦参議院議長に提出され（Drucksache des Deutschen Bundesrats（＝BR-Drucks.）338/01（2001））、その後、同じ内容の法案（同じ立法理由を含む）が政府与党から連邦議会に提出された（BT-Drucks. 14/6040）という経緯があるが、一般に後者が引用されるため、ここでもそれに従う。立法の詳しい経緯については、半田・前掲注（1）17-21頁。

2 条文の基本的尊重

(1) まず、2005 年 2 月判決は、437 条所定の給付に代わる損害賠償、代金減額について、原則として期間設定及び経過が要件であり (281 条 1 項、441 条 1 項及び 323 条 1 項)、買主がそれを怠ればその救済を受けられないとする⁽²⁶⁾。また、債務者が真剣かつ終局的に給付を拒絶したときや、契約に適合しない給付がされた場合に双方の利益の衡量により即時の損害賠償請求や解除を正当化する特別の事情があるときは、例外として期間設定及び経過が不要であるとする (281 条 2 項、441 条 1 項と 323 条 2 項)。これらの点は、否定説はもちろん、肯定説も争っていない (前述 II 3 (1) の通り)。そして、同判決は、当該事案では期間設定及び経過はなく、例外に当たる事情もないと判断し、この点も肯定説から異論はないといえる。

(2) その例外のうち「特別の事情があるとき」がもし広く認められると、否定説の射程は実質的に狭くなるが、どうであろうか。これについても BGH の 2005 年 6 月判決があり⁽²⁷⁾、ペットの子犬の売買において、引渡しから間もなく細菌性の下血症状が出たため、買主が 30km 遠方の売主に連絡することなく獣医師による処置を受けさせた事案である。買主が売主に治療費の支払を求めたところ、同判決により、特別の事情があるときに該当するとされ、治療費相当額の損害賠償請求が認められた。具体的に考慮された事情は、動物保護の観点から迅速な処置が求められたこと、当時の見地からは時間的猶予がなく売主への運搬が許されないような応急処置の問題であったこと、またそうした状況下では売主のもとに運ばせて診察を受けさせるのは期待できず、その間に子犬により大きな被害が生じたことなどである。また、BGH の 2007 年判決は、土地建物の売買において、既設の排水浄化設備につき設置許可はあったが当局の検査を受けていなかったため、新規に設置し直すよう命じられて買主がそれに従った事案である。買主が売主に設置費相当額の損害賠償を求めたところ、同判決により、期

(26) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1348-1349.

(27) BGH (Fn. 20), NJW 2005, 3211. Emmerich, Anmerkung, JuS 2006, 182ff.

(28) BGH (Fn. 20), NJW 2007, 1534

間設定及び経過がなくても損害賠償請求ができると認められた。そこで指摘された事情は、売主が買主に対し詐欺的に事情を黙秘したこと、それにより売主は追完の前提となる信頼基礎を自ら破壊したこと、買主は新たな欺罔から保護されるべく売主との協働関係を回避してよいことである。2007 年判決は明言しないが、他の瑕疵担保の判決では、売主の詐欺的行為があれば特別の事情に該当するとされ、また一般にそのように理解されていることから、この判決も同じ根拠に基づくものと解することができる。⁽²⁹⁾

これに対し、BGH の 2006 年判決は、乗用馬の売買において、引渡し後に回帰性の眼病が発症したため、買主が売主に連絡することなく獣医師の処置と手術を受けさせた事案である。しかし、特別の事情があるときは認められず、買主の治療費相当額に関する損害賠償請求は否定された。応急処置を必要とするほどの疾病かどうかが考慮されたのではないかと推測される。また、BGH の 2017 年判決は、インターネットによる中古車売買において、引渡し後にエンジンの故障で走行不能になったため、買主が業者に依頼して修理し、売主に修理費相当額の損害賠償を求めた事案である。追完義務の履行地は取立債務の原則（269 条 1 項）に従い売主の住所であるため、300 km 以上遠方の売主のもとに走行不能の中古車を輸送する必要がある⁽³²⁾、その輸送費は売主の負担となるが（前述Ⅱ 2（2）参照）、同判決は期間設定及び経過が必要な事例であることを前提にしつつ、買主と売主の間の具体的な応答事情から期間設定及び経過の要件をみたとして請求を認めた。これらによると、単に動物が病気であることや、売主が遠方のため多額の輸送費が生じることから、安易に「特別の事情があるとき」とされるわけではないと理解することができ、またこうした判断について肯定説からも批判はみられない。

(29) BGH Beschl. v. 6.12.2006, NJW 2007, 835; Benicker/Hellwig in: Bürgerliches Gesetzbuch (=Soergel/Benicker/Hellwig), 13. Aufl. (2014), § 281 Rn. 183; Staudinger/Schwarze (2019), § 281 Rn. B118; MüKo/Ernst, 9. Aufl. (2022), § 281 Rn. 73.

(30) BGH (Fn. 20), NJW 2006, 988.

(31) BGH (Fn. 20), NJW 2017, 2758

(32) BGH Urt. v. 13.4.2011, NJW 2011, 2278.

(3) 否定説・肯定説の論争は、節約費用の償還請求の可否であり、給付に代わる損害賠償や代金減額が認められない場合を対象にしているが、その前提として、期間設定及び経過が原則的な要件であり、不要となるのは例外であるという条文を基本的に尊重する態度があるといえる。とくに「特別の事情があるとき」は一種の一般条項であると理解されているため、⁽³³⁾その射程を拡大して自己追完した買主の救済場面を増やす方向性もありそうだが、あくまで例外であるとの位置づけが遵守されているとみられる。取り立てて特殊なことではないものの、論争の基礎にこうした解釈姿勢があることは確認しておく意義があろう。

3 条文の性格づけ

(1) 2005年2月判決は、437条以下は、目的物に瑕疵がある場合の買主の権利を定めた「完結的規定」であり、他の権利を排除するものであるから、326条2項2文の（類推）適用による請求は認められないとし、そして、類推適用のためには立法者の計画外の法の欠缺があることが必要であるが、437条にはそうした欠缺は存在しないとする。否定説は、このように437条を制限列举の規定として性格づけることを支持し、事務管理、不当利得による請求も否定する。これに対し、肯定説は、437条は例示列举の規定にすぎず、他の権利が当然に排除されるわけではないとし、節約費用の償還請求も可能であるとする。

否定説・肯定説による437条以下の性格づけは、両説の他の論拠（主に次述4と5参照）から導かれた結論という側面が強く（それらの論拠から節約費用の償還請求が否定されるなら437条以下は完結的規定であり、肯定されるなら完結的規定ではない）、その性格づけの当否は主にそちらに左右されるところがある。そこで、ここでは、それ以外の437条に直接関

(33) 281条2項2肢につき、Soergel/Benicker/Hellwig, § 281 Rn. 168; Staudinger/Schwarze, § 281 Rn. B100; MüKo/Ernst, § 281 Rn. 63. また、323条2項3号につき、Soergel/Gsell (2005), § 323 Rn. 112; Staudinger/Schwarze (2020), § 323 Rn. B107.

(34) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1349.

係する点についてのみ取り上げる。

(2) 否定説が、437 条を完結的規定とする契機は、買主の権利を列挙していることにある。⁽³⁵⁾つまり、「瑕疵があるときの買主の権利」という見出しのもとに、「他に異なる定めがない限り」として、1～3 号の権利を列挙するという規定の体裁である。また、買主には自己追完権がないため、437 条もそれに基づく権利を挙げていないが、他方で、請負に関する 634 条は、同じ規定の体裁をとりつつ、2 号として 637 条の自己追完権に基づく費用償還請求権を挙げている。この比較は、437 条が「買主に認められる権利だけ」を列挙しているとの推論を可能にする。⁽³⁶⁾

これに対し、肯定説は、437 条が買主の権利を列挙するのは別の目的からであり、他の権利を排除する趣旨ではないとする。つまり、債務法改正により瑕疵担保法が抜本的に変革されたため、法に詳しくない買主に法的救済の見通しを提供することが目的だとする。⁽³⁷⁾これは、仮に 437 条がないとした場合でも、瑕疵ある目的物の引渡しは義務違反であるから（433 条 1 項 2 文）、買主は 1～3 号の救済を全く同じように受けることができ、437 条には独自の意義がないと考えられること、またその場合、追完請求と代金減額は売買法、解除は双務契約法と売買法、損害賠償と費用賠償は一般給付障害法と売買法と、それぞれの根拠規定が散在する状態になることから示されるとする。⁽³⁸⁾また、肯定説は、437 条の完結性に対する反証

(35) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350.

(36) Vgl. BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1349.

(37) Lamprecht (Fn. 13), ZGS 2005, 266, 274; Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 167.

(38) Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 167. この説明の基礎には（引用されているわけではない）立法過程も関係すると思われる。債務法現代化法の討議草案（Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes）（2000 年 8 月）では、買主の救済として売買法の 437～400 条の各条に追完請求、解除、代金減額、損害賠償が規定され、それぞれ一般給付障害法の規定を一部指示しつつ、一部独自に記述する方式になっていた。買主が何ができるかを順に明らかにするもので（債務法改正前の瑕疵担保法の体裁がそうであったのに従ったのであろう）、買主の救済を限定する意図はなく、大規模な変革後の瑕疵担保法の規律を整理する趣旨のように見受けられる。それに続く討議草案整理版（Konsolidierte Fassung）（2001 年 3 月）からは、案 437 条において現行 437 条のように、一般給付障害法の規定を列挙するかたちに変更されたが、その理由に関する説明はない。

として、他にも買主に認められる救済があることを指摘し、追完が不能であるときの代償請求権 (285 条)⁽³⁹⁾、追完されるまでの間の履行遅滞を理由とする損害賠償請求権 (286 条)⁽⁴⁰⁾、瑕疵結果損害による不法行為を理由とする損害賠償請求権 (823 条)⁽⁴¹⁾などを挙げる。

(3) 条文が完結的規定かどうかは大きな意味があるため、否定説・肯定説にとって検討は不可避といえる。もし立法理由に明記があればそれが直接的な根拠となるが⁽⁴²⁾、437 条に関しては明記はなく、具体的な手がかりとなる説明もない。そのため、否定説・肯定説は、他の論拠 (次述 4 以下参照) のほかに、条文の体裁や目的、関連条文との関係などに根拠を求めているといえる。しかし、これだけでは決め手に欠ける感は否めず、そのためか言及する論者は多くない。議論の重心をここに置くことはできないと自覚されていると思われる。

4 体系的理解 (自己追完権)

(1) 2005 年 2 月判決は、買主に「自己追完権」はなく、それにもかかわらず節約費用の償還請求が認められると、買主が売主の費用負担で自己追完できるのと同じ結果になると指摘する⁽⁴³⁾。こうした否定説が根拠とするのは、まず条文であり、売買以外の他の条文との比較理解である。つまり、

、(規律の趣旨を転換したとの説明もない)。以上に関する討議草案、討議草案整理版については、Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002 (2002), S. 26-27, 265-281, 381-382.

(39) Katzenstein (Fn. 13), ZGS 2004, 349, 351.

(40) Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1763; vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 95. 否定説も 286 条の適用を認めるが、437 条が挙げる 280 条 2 項で 286 条が指示されているため、437 条の権利には 286 条も含まれると説明する (Looschelders, Schuldrecht BT, § 4 Rn. 68) (ただし、437 条は、履行不能に関する 281 条等は直接列挙しながら、履行遅滞に関する 286 条は列挙していないという不統一があるため、肯定説が 437 条の完結性を疑う余地はなお残ると思われる)。

(41) Lamprecht (Fn. 13), ZGS 2005, 266, 273.

(42) たとえば、立法理由において 347 条 (解除後の使用収益の返還) 2 項 2 文は完結的規定であると明記され、490 条 (やむを得ない事由による解約権) 1 項及び 2 項は 3 項によって完結的規定でないことが示されていると説明されている。BT-Drucks. 14/6040, S. 197 und 255.

(43) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1349-1350.

注文者と賃借人には自己追完権を認める規定（637 条、536a 条 2 項）があるのに対し、買主に関してはそれが無いことである。それとともに、立法理由に表れる立法者意思も重要な根拠とする。立法理由には、追完請求が一般的に導入されたことにより売買法と請負法との差は小さくなったが、なお残る違いとして、追完方法（修補又は代物給付）の選択権が買主（債権者）にあるか請負人（債務者）にあるかという点と、自己追完権が買主ではなく注文者にはあるという点が挙げられている⁽⁴⁴⁾。この後者の点から、立法者意思として買主の自己追完権が意図的に放棄されたと理解することができ⁽⁴⁵⁾、したがってまた、その意思に従えば、買主について 637 条を類推適用することはできないとする⁽⁴⁶⁾。そして、そのうえで否定説は、追完費用ではなく節約費用であっても、売主にそれを負担させるのは買主に自己追完権がないことと矛盾するとし⁽⁴⁷⁾、あるいは、節約費用は追完費用より安価とは限らず、むしろしばしば同額であることから（この点は別の論拠によるといえる。後述 12 参照）、その償還請求を認めるのは買主に自己追完権がないことに反するとする⁽⁴⁸⁾。

肯定説も、同じく条文及び立法者意思を尊重し、買主には自己追完権が与えられず、それは立法者の意図的な選択であると理解し⁽⁴⁹⁾、したがって 637 条の類推適用もできないとする⁽⁵⁰⁾。しかし、肯定説は、それによって自己追完権及びこれに基づく追完費用の償還請求が否定されたにすぎないとし、むしろ立法理由には買主が性急に自己追完した場合について一切言及がなく、節約費用の償還請求の可否に関して立法者の意図的な判断は何ら

(44) BT-Drucks. 14/6040, S. 229.

(45) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1349.

(46) Lieb/Dötsch (Fn. 10), ZGS 2003, 250, 251; Lieb/Arnold (Fn. 10), ZGS 2004, 10; Looschelders, Schuldrecht BT, § 4 Rn. 25.

(47) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1349-1350; Tonner/Wiese (Fn. 11), BB 2005, 903, 904 (Tonner).

(48) Lieb/Dötsch (Fn. 10), ZGS 2003, 250, 253; Lieb/Arnold (Fn. 10), ZGS 2005, 10-11.

(49) Staudinger/Schwarze, § 326 Rn. C99; MüKo/Westermann, § 439 Rn. 13; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 924; Canaris (Fn. 12), S. 113, 134.

(50) Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1763.

存在しないとする⁽⁵¹⁾。そして、節約費用と追完費用はその法的性格が全く異なること（この点は別の根拠によるといえる。後述 6 参照）、また節約費用が追完費用より通常安価であること（この点も別の根拠によるといえる。後述 12 参照）から、節約費用の償還請求を認めても買主に自己追完権がないことと矛盾しないとする。

(2) 否定説・肯定説とも、条文を基本的に尊重し、立法者意思を重視する姿勢は共通し、買主に自己追完権がないことも、それを類推適用で迂回的に認めるべきでないことも、一致した理解といえる⁽⁵²⁾。しかし、立法理由がおよそすべての論点をカバーすることは考えにくい。そこで、否定説は、立法理由の明らかな趣旨（自己追完権の放棄）からの推論として節約費用の償還請求の否定を導き、それに対し、肯定説は、立法理由の空白（性急な自己追完についての沈黙）からその肯定を導いている。それぞれ立法理由の異なる点に着目しているといえる。

5 体系的理解（追完の優先性及び二次提供権）

(1) 2005 年 2 月判決は、債務法改正後の瑕疵担保法では、買主の救済として追完を優先するという原則がとられ（追完の優先性）、これを売主からみると追完によって他の救済を免れる関係になるため、売主の追完権ないし二次提供権が認められていると理解する。そして、買主が売主に追完の機会を与えることなく自己追完した場合に節約費用の償還請求が認められると、この追完の優先性及び二次提供権が害されると指摘する⁽⁵³⁾。

(51) P. Bydlinski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 130 und 131; Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1322; Tonner/Wiese (Fn. 12), BB 2005, 903, 906 (Wiese); Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 172; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1460; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 924. このほか、Markworth (Fn. 13), AcP 209, 63, 87 は、立法者が買主の自己追完権を採用しなかった理由は、実は必ずしも明らかでない」と指摘する。

(52) また、売主が追完費用を負担するという規定（439 条 2 項）からの演繹として、買主が自己追完した費用を売主に償還請求できるとの解釈も一応ありそうだが、買主の自己追完権を否定する条文及び立法理由と矛盾するため、そうした解釈は主張されていない。Müller (Fn. 9), ZJS 2012, 444.

(53) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350.

否定説はこうした理解を例外なく強調し、最も重要な理論面の理由づけになっていると考えられる。

(2) 否定説が、追完の優先性及び二次提供権の根拠とするのは、やはり条文であり、複数の条文の合わせ読みによる理解といえる。追完の優先性及び二次提供権を直接定める条文はないが、一方で、買主の追完請求権(売主の追完義務)を定める条文があり、他方で、買主が損害賠償(給付に代わる損害賠償)・解除・代金減額という他の救済を受けるためには、原則として期間設定及び経過を要件とする条文があり(前述Ⅱ 2 (2) 参照)、この両者を合わせ読むことから導かれる⁽⁵⁴⁾。買主としては、目的物に瑕疵がある場合、追完については当然に直ちに請求できるのに対し、他の救済は相当期間を定めて売主に追完を催告し、かつ追完がないままその期間が経過したときに、初めて受けられるにすぎない。売主にとっては、追完は当然の義務であるが、追完すれば売買契約上の義務を履行したことになる、損害賠償・解除・代金減額を免れることができる。したがって、追完が他の救済に優先する関係が規定され(この点は肯定説にも異論がない)⁽⁵⁵⁾、売主には他の救済が発動する前に追完ないし二次提供をする権利があるとの理解がとられることになる。

そして、立法理由に表れる立法者意思も重要な根拠といえる。否定説は、必ずしも立法理由を直接引用していないが⁽⁵⁶⁾、2005年2月判決は頻繁に引用し、否定説は同判決の当該部分を引用しているため、実質的に立法者意思を根拠にしていると解することができる。また、否定説は売主の二次提供権の保護を強調するが、もともと「二次提供権」は立法理由の記述を契⁽⁵⁷⁾

(54) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350; Looschelders, Schuldrecht BT, § 4 Rn. 1; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 439 Rn. 6.

(55) Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 5; MüKo/Westermann, § 437 Rn. 1; Eckpfeiler/Kaiser Rn. H49.

(56) 直接引用するものとして, Schroeter (Fn. 11), JR 2004, 441, 442; Schroeter (Fn. 11), AcP 207, 28, 29 und 30; v. Hertzberg (Fn. 11), S. 339, 348-349.

(57) BT-Drucks. 14/6040, S. 86, 89, 220. すでに討議草案で用いられている (Canaris (Fn. 38), S. 81, 265)。

機に広まった概念であり、この点からも立法者意思を根拠にしていると解することができる。たしかに立法理由をみると、瑕疵担保法の改正に関して、次のように追完の優先性や二次提供権を重視しているといえる。まず、今日では商品は技術的に複雑であるため、引渡しの時点で瑕疵を確認するのは困難であり、後になって初めて瑕疵が明らかになり、重大な結果損害をもたらしうることを指摘し、現行（＝改正前）の買主の即時の解除請求権・代金減額請求権を、買主の追完請求権と売主の二次提供権に転換すべきだとする。⁽⁵⁸⁾ また、現行の瑕疵担保法においては買主に追完請求権はないが、しかし買主にとって解除による契約の清算や代金の減額は一次的関心事ではなく、瑕疵のない物を手にすることこそが重要であり、売主としても追完（二次提供）によって買主の即時の解除や代金減額を回避するといふことができず、買主及び売主のどちらの利益にも合致していないとする。⁽⁵⁹⁾ それと異なり、法案は買主の追完請求権を定めているが、解除・代金減額・損害賠償のためには、原則として相当期間を定めて追完を催告し、かつ成果なく期間が経過することが必要であることから、売主としては経済的に不利益となる損害賠償や解除を追完によって回避できることになり、これによって追完の優先性が確保されていると説明している。⁽⁶⁰⁾

(3) 肯定説もまた、複数の条文の合わせ読み及び立法者意思を根拠として追完の優先性が採用され、それを通じて売主に二次提供の機会が与えられていると理解する。しかし、やはり条文及び立法者意思を根拠として、二次提供の権利性（権利といえるかどうか）を否定し、そのため節約費用の償還請求がそれを害するかどうかを問題にする必要はないとする。肯定説によれば、たしかに買主が追完以外の救済を受けるには、原則として期間設定及び経過が要件と定められているが、買主はこれにより間接義務（Obliegenheit）を負うだけであり、それを怠れば救済を失うという不利益が生じるにすぎず、売主の二次提供の機会はその間接義務の反射にとど

(58) BT-Drucks. 14/6040, S. 86.

(59) BT-Drucks. 14/6040, S. 89, 220.

(60) BT-Drucks. 14/6040, S. 94-95., 221-222., 230.

まるとする。⁽⁶¹⁾また、二次提供が真の権利でないことの根拠として、439 条により追完方法の選択権が買主にあること（1 項）、売主が追完に当たりその費用を負担しなければならないこと（2 項）、他方、買主に追完を請求する義務や追完を受領する義務がないこと（瑕疵がある状態のまま保持するという選択もできる）、さらに売主は買主に対し期間設定を請求できるわけ⁽⁶²⁾ではないことなどを指摘する。

また、立法理由は、解除について買主の期間設定が要件であることにより、売主は契約の清算に伴う経済的損失を避ける最後の機会が得られると説明している。⁽⁶³⁾この点から、肯定説は、二次提供の機会の目的は、売主が実際に二次提供できること自体ではなく、二次提供を通じて売主が契約に基づく対価的利益を確保できるようにすること（解除・代金減額・損害賠償はそうした契約上の利益を減少又は喪失させるであろう）にあると理解する。⁽⁶⁴⁾そして、瑕疵があると売主は追完義務を負うため、売主の対価的利益は追完に要する費用（＝節約費用）の分だけ縮小せざるをえないから、節約費用の償還請求を認めても二次提供の機会と抵触することはないとする（なお、否定説は二次提供権の他の目的を根拠に再反論する。後述 13 参照）。

（4）ここでも否定説・肯定説は、条文と立法者意思を尊重する姿勢は共通し、改正後の瑕疵担保法では追完の優先性が採用され、そこから売主の二次提供の権利又は機会が認められるという理解で一致する。しかし、立法理由のどのような記述を主要な論拠とするか（二次提供権の保護か、二次提供の目的か）、また、追完の優先性やその根拠となる条文からどのよ

(61) Lorenz (Fn. 12), NJW 2006, 1175, 1176; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 5; Eckpfeiler/Kaiser Rn. H61; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1459; Oechsler (Fn. 12), NJW 2004, 1825, 1826.

(62) Lorenz (Fn. 12), NJW 2006, 1175, 1176; Eckpfeiler/Kaiser Rn. H61; vgl. auch Mankowski (Fn. 13), JZ 2011, 781, 782–783.

(63) BT-Drucks. 14/6040, S. 221.

(64) Katzenstein (Fn. 13), ZGS 2005, 305, 306; Oechsler (Fn. 12), NJW 2004, 1825, 825–826; auch Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1764; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1458; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 5.

うな推論を行うか（売主の二次提供権を導くか、買主の間接義務を導くか）に、大きな差があるといえる。

6 理論的分析（節約費用の性格）

（1）2005年2月判決は、買主が自己追完に要した費用（追完費用）と売主がそれによって節約することになった費用（節約費用）は、単に買主と売主のどちら側から計算するかの違いにすぎず、体系的理解（前述4と5参照）に基づきどちらの償還請求も認められないとする⁽⁶⁵⁾。もっとも、否定説は一般にこの分析に触れることはなく、むしろ追完費用と節約費用の性格の違い（次述（2）参照）を認めつつ、両費用がしばしば同額であること（この点は別の根拠によるといえる。後述12参照）などを理由に、節約費用の償還請求を否定しているとみられる。

（2）肯定説の分析は異なる。買主が自己追完に要した追完費用と売主が節約した費用では、その性格が全く別だとする⁽⁶⁶⁾。買主が負担した追完費用は、売主が追完する場合に負担したはずの費用と論理的に何の関係もないのに対し、売主の節約費用は、まさに売主が追完する場合に負担したはずの費用だとする。そして、前者の償還請求は、売主が負う必要のない費用（外部コスト）を含む可能性があるため、買主に自己追完権がある場合にのみ認められるが、後者の償還請求は、売主が追完に当たり「どうせ負担しなければならなかった費用」（内部コスト）を負わせるだけだとする⁽⁶⁷⁾。そのため、買主が追完の優先性に即して追完請求をすれば、売主は節約費用相当額を負担して追完する義務を負うことになり、節約費用の償還請求を認めても追完の優先性に反しないとする。そして、売主が追完義務を負う場合、二次提供の機会で保護されるのは売主の利益（合意した対価と追完に要する内部コストとの差額）にすぎないから、これが害されることもないとする⁽⁶⁸⁾。

(65) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1349.

(66) Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1763.

(67) Staudinger/Schwarze, § 326 Rn. C99; Canaris (Fn. 12), S. 113, 134.

(68) Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1458-1459.

7 体系的理解（一般給付障害法との関係）

(1) 2005 年 2 月判決は、437 条以下は瑕疵がある場合の買主の権利をとくに定めたものであり、一般規定である 326 条 2 項 2 文及び 4 項によってその趣旨を迂回することはできないとする⁽⁶⁹⁾。これは、瑕疵担保法を一般給付障害法に対する特別法と位置づけるものであり、否定説はこの理解も強調する。その基礎には、437 条以下を完結的規定とする性格づけ（前述 3 参照）⁽⁷⁰⁾があり、さらにその基礎には、買主に自己追完権がないとする体系的理解（前述 4 参照）、追完の優先性及び二次提供権を認める体系的理解（前述 5 参照）がある（前述 3（1）参照）。したがって、否定説が瑕疵担保法を特別法とする根拠は、条文の理解や立法者意思（前述 3～5 参照）に求められているといえる。また、それに加えて、瑕疵担保法の一連の条文も根拠になっていると考えられる。つまり、437 条以下は買主の権利を列举し（437 条）、消滅時効の特則を定め（438 条）、追完請求の詳細を明らかにし（439 条）、期間設定及び経過が不要な独自の場合を定める（440 条）など、瑕疵担保に関する特別の諸規定を設けていることである。⁽⁷¹⁾

(2) これに対し、肯定説は正反対の理解をとる。債務法改正前と異なり、改正後は瑕疵担保法は独自の体系ではなくなり、一般給付障害法に統合されたとし、その一部である履行不能に関する 326 条 2 項 2 文及び 4 項の（類推）適用も排除されないとする⁽⁷²⁾。改正前の給付障害法は一般給付障害法と瑕疵担保法の「複線」であったが、改正によりその複線性は除去された⁽⁷³⁾と表現される。

こうした理解の主要な根拠は、立法理由に表れる立法者意思に求められる。立法理由は、「売買における特別の瑕疵担保法の廃止」という見出し

(69) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350–1351.

(70) Staudinger/Caspers, § 275 Rn. 30; Schroeter (Fn. 11), JR 2004, 441, 443; vgl. auch v. Hertzberg (Fn. 11), S. 339, 343–344.

(71) Schroeter (Fn. 11), JR 2004, 441, 443.

(72) Lorenz (Fn. 12), NJW 2003, 1417, 1418; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1458; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 925; Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 167.

(73) Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1323.

のもとに、売買法の新規定は瑕疵担保法の独自の規律を除去し、買主の権利を一般給付障害法に組み込むことを、とくに目指していると説明し、そして、瑕疵ある目的物の引渡しは義務違反となり、原則として一般給付障害法におけるのと同じ法的効果をもたらすとする⁽⁷⁴⁾。また、売主の義務及び買主の権利に関する効果は一般給付障害法から生じるものであり、売買法の特徴を考慮して 439 条以下でいくつかの点で修正されているにすぎないとする⁽⁷⁵⁾。このような立法理由をふまえ、さらに肯定説は条文自体もその根拠とする。437 条 2 項及び 3 項自体が、買主の権利を挙げるにあたり一般給付障害法の規定を指示している。これは、まさに立法理由の説明どおり、瑕疵担保法が一般給付障害法に組み込まれたことを示すものであり、買主の権利について一般給付障害法の規定を適用することが可能であることを示すものだとする⁽⁷⁶⁾。

(3) 否定説・肯定説は、やはり条文と立法者意思を尊重し、そこから体系的理解を導くことで共通するようにみえる。しかし、否定説は、437 条以下の売買法の諸規定（いわば各論）に着目して、瑕疵担保法を（債務法改正前のような独自の体系であることは否定しつつも）一般給付障害法の特別法として位置づけ、それに対し、肯定説は、立法者意思が瑕疵担保法に関して示した債務法改正の基本方針（いわば総論）を重視し、一般給付障害法との統合を強調しているといえる。

8 体系的理解（不当利得法との関係）

(1) 2005 年 2 月判決は、買主は追完費用について不当利得に基づく返還請求もできないとしたが、節約費用には言及していない。しかし、一般に否定説は、節約費用についても不当利得返還請求を認めない立場である⁽⁷⁸⁾。

(74) BT-Drucks. 14/6040, S. 94; Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1322.

(75) BT-Drucks. 14/6040, S. 219-220; Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1763.

(76) Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1322; Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1763; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 925; Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 167.

(77) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350.

(78) MüKo/Ernst, § 326 Rn. 112; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 439 Rn. 57; Lieb/ノ

その理由は、437 条以下の完結的性格から不当利得法も排除されること、不当利得返還請求を認めると買主に自己追完権がないことや追完の優先性及び二次提供権に反する結果になることである。それらの根拠である条文と立法者意思（前述 3～5 参照）が、不当利得法との関係に関する理解の根拠にもなっているといえる。ただし、肯定説が示す不当利得法の体系的な位置づけ（次述（2）参照）に対する直接の反論はみられない。

（2）肯定説は、買主が労務や費用を負担して自己追完したことにより売主が追完を免れた場合、給付以外のその他の方法による不当利得（812 条 1 項 1 文 2 肢）の一種である費用利得が成立するとする。ただし、売主が追完としたとすれば不要だった費用部分は「押し付けられた利得」に当たり、その返還まで強いることはできないため、売主が追完した場合に必要なはずの費用（＝買主の自己追完により売主が節約した費用）の限度で、買主は売主に対し返還請求できるとする。こうした立場の前提には、437 条以下の完結的性格の否定、また不当利得返還請求が買主に自己追完権がないことや追完の優先性及び二次提供の機会と矛盾しないとの理解があり、それらの根拠である条文と立法者意思（前述 3～5 参照）が、ここでの根拠にもなっているといえる。しかし、それ以上に、不当利得法の体系的な位置づけそのものが重要な論拠であると考えられる。法律上の原因のない利益の吸上げが不当利得法の基本原理であり、瑕疵担保法を含む契約法ないし債務法が異なる規律を設けていない限り、瑕疵担保法が優先することはないと理解である。また、326 条 2 項 2 文は、不当利得法の原理に従って利益の吸上げを定めているものとされるため、同規定の（類推）適用の根拠の 1 つとしてもそうした理解があるといえる。さらに、費用利得、326 条 2 項 2 文、賠償者代位（255 条）の基礎には、利益回避思考が

↘ Arnold (Fn. 10), ZGS 2004, 10, 12-13; Looschelders, Schuldrecht BT, § 4 Rn. 1.

(79) Katzenstein (Fn. 13), ZGS 2004, 300, 304-305; Canaris (Fn. 12), S. 113, 136; auch Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 925-926.

(80) P. Bydliński (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 130-131; Tonner/Wiese (Fn. 12), BB 2005, 903, 905 (Wiese); Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1459 Fn. 22; Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 171.

共通して存在するとの理解によれば、より高次のそうした思考が最終的な論拠になっていると考えられる。⁽⁸¹⁾

9 体系的理解（不能法内の評価矛盾）

(1) 2005 年 2 月判決は、肯定説の追完不能構成による 326 条 2 項 2 文の（類推）適用を否定し、肯定説の批判（履行不能に関する他の規律との不整合を指摘するもの。次述（2）参照）は当たらないとする。節約費用の償還請求の否定は、条文及び立法者意思に基づく明快な帰結であって（前述 3～5 参照）、買主が期間設定及び経過を待たずに自己追完した結果にすぎないと反論する。⁽⁸²⁾ 2005 年 2 月判決は明言しなかったが、否定説の多くは、自己追完により売主の追完義務が履行不能となる場合があると認めるから、肯定説の批判に直接応接する必要があるといえるが、同判決のように反論するものと考えられる。⁽⁸³⁾

(2) 肯定説は、本来の履行不能の場合との比較を根拠に否定説を批判する。つまり、買主の帰責事由により履行不能（目的物の毀滅等による全部不能など）が生じた場合、売主は給付義務を免れるのに対し（275 条 1 項）、買主は危険負担により反対給付を免れないが（326 条 2 項 1 文）、売主が給付を免れたことにより得た利益の控除又は償還は認められる（同条同項 2 文及び 4 項）。そのため、それよりも買主が自己追完した場合の方が不利になるのは評価矛盾だとする。⁽⁸⁴⁾ これは、買主の帰責事由＋全部不能の解決と買主の自己追完＋追完不能の解決の違いには、十分な合理性がないという指摘だといえる。また、瑕疵ある目的物が引き渡された後、買主の帰責事由により追完不能（目的物の毀滅等）が生じた場合に、売主が追

(81) Canaris (Fn. 12), S. 113, 129. また、適用場面は異なるが、損益相殺もこうした思考と共通性があると理解される。Vgl. Canaris (Fn. 12), S. 113, 132; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1459.

(82) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350-1351.

(83) MüKo/Ernst, § 326 Rn. 112; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 439 Rn. 55; auch Looschelders, Schuldrecht BT, § 4 Rn. 26.

(84) Lorenz (Fn. 12), NJW 2003, 1417, 1419; Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1764; Soergel/Gsell, § 326 Rn. 83.

完を免れたことにより得た利益（節約費用）の控除又は償還が認められるとすれば、買主が自己追完した場合の方が不利になるのも評価矛盾だとす⁽⁸⁵⁾る。買主の帰責事由+追完不能の解決と買主の自己追完+追完不能の解決の違いには、十分な合理性がないとの指摘だといえる。この買主の帰責事由+追完不能の場合も議論に争いがあるが、もし節約費用の控除や償還が認められるとすれば自己追完の場合と整合せず、もし否定されるとすれば自己追完の場合と一致するものの、否定するための説得的な根拠が必要になる。また、買主が瑕疵の存在を知る前の追完不能に限って控除や償還を認める立場もあるが⁽⁸⁶⁾、自己追完に関しても同じ規律が可能ではないかとの指摘が考えられる。

10 過去の判例・学説

(1) 2005年2月判決は、節約費用の償還請求の否定は、債務法改正前の請負契約に関する確定判例にも合致するとし、それを引用する⁽⁸⁷⁾。その判例は、633条 aF 以下について、請負の瑕疵担保に関する完結的な特別規定であるとし、請負人の修補の遅滞を待たずに注文者が修補した場合、修補費用（追完費用）の請求はもちろん、事務管理や不当利得による請求もできず、したがって節約費用の償還請求もできないとする。否定説は、こ⁽⁸⁸⁾うした過去の判例との合致を根拠の1つとしているといえる⁽⁸⁹⁾。その基礎には、瑕疵担保に関する債務法改正前の請負法と改正後の売買法が類似しているとの理解がある。つまり、633条 aF 以下によれば、請負人は瑕疵のない仕事の完成義務があり、仕事に瑕疵があれば注文者は修補請求ができるが、損害賠償等の他の救済を受けるには、期間設定及び経過を経ること

(85) Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1323.

(86) MüKo/Ernst, § 326 Rn. 112.

(87) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350.

(88) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350; BGH Urt. v. 28.9.1967, NJW 1968, 43.

(89) Lieb/Dötsch (Fn. 10), ZGS 2003, 455, 457-458; Lieb/Arnold (Fn. 10), ZGS 2004, 10, 12-13; Tonner/Wiese (Fn. 11), BB 2005, 903, 904 (Tonner); Sutschet (Fn. 11), JZ 2005, 574, 575.

が必要とされていた（前述Ⅱ 1（2）参照）。この規律は 437 条以下と類似の構造であることから（633 条 3 項 aF の自己追完権を除く）、改正前の請負法に関する過去の判例は改正後の売買法にも意味があると解するものといえる。

これに対し、肯定説は、債務法改正前の請負法に関する過去の判例を改正後の売買法に援用すべきではないとする。⁽⁹⁰⁾ たしかに、改正前の請負法の規律は一般給付障害法に対する独自の完結的規定であり、また瑕疵担保に関する改正前の請負法と改正後の売買法には類似性があるといえるが、過去の判例はあくまで改正前の規律を前提にしたもののだとする。そして、債務法改正により瑕疵担保法は一般給付障害法に統合されるという変革を受け（前述 7（2）参照）、その位置づけが根本的に変わったため、過去の判例はもはや改正後の「請負法でも」売買法でも意味をもたないとする。

（2）もっとも、過去の判例・学説に対する否定説・肯定説の態度は、必ずしも明確ではない。債務法改正前にも買主が自己追完した場合について否定・肯定の両学説が存在したが、⁽⁹¹⁾ 改正後の議論で引用されることは多くない。改正前の議論は活発ではなく、学説はその十分な成果とはいえないからであろうか。また、改正前の請負に関する BGH 判決は、一部が未完成のままだった仕事を注文者が無断で完成させた場合に、324 条 1 項 2 文 aF（326 条 2 項 2 文に当たる）を適用し、請負人が残部の完成義務を免れたことで得た利益（節約費用）を報酬から控除することを認めていたが、⁽⁹²⁾ 肯定説の一部がそれを引用する程度で、否定説・肯定説ともあまり注目していないようである。さらに、否定説は買主が自己追完した後の売主の立証負担を論拠の 1 つとするが（次述 11 参照）、改正前の BGH 判決は、買

(90) Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1323; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1458; Wall (Fn. 13), ZGS 2011, 166, 171.

(91) 否定説として、U. Huber (Fn. 5), S. 529-532. 肯定説として、Larenz/Canaris, Schuldrecht Band II/2, 13. Aufl. (1994), S. 193-194.

(92) BGH Urt. v. 22. 9. 2004, MDR 2005, 202, 203.

(93) Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 927; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1457-1458.

主が瑕疵を修補した後も瑕疵担保法による救済の可能性を認めていた。⁽⁹⁴⁾この点も肯定説の一部は指摘するものの、⁽⁹⁵⁾否定説・肯定説とも議論に含めていないようである。以上をみると、全体として否定説と肯定説には、過去の判例・学説を積極的に参照することに自製の傾向があり、それは債務法改正により瑕疵担保法の根幹が変革され、何をどこまで継承できるのかが明らかでないためであるように思われる。

11 利害状況（立証負担）

(1) 2005 年 2 月判決は、買主が自己追完した場合、瑕疵はすでに除去されているため、売主が瑕疵の範囲・程度や修補費用（追完費用）の適否について信頼できる調査ができないおそれがあり、解決の不明瞭や困難につながる⁽⁹⁶⁾とする。否定説は、そのような状況の結果、売主に瑕疵の存否・程度・原因や修補の方法・費用に関する立証困難が生じると分析し、買主に対する救済を否定する根拠の 1 つとする。⁽⁹⁷⁾そして、たしかに買主が瑕疵担保の救済を求める場合、瑕疵の存在や節約費用の額について立証責任を負うが、しかし買主が一定の意味ある立証をすると、売主は実質的な反論をせざるをえず、自己追完後はその反論が難しくなると指摘する。また、一般に買主は売主の節約費用を知りえないため、通常の追完費用を節約費用として主張することも考えられ、結局、売主が節約費用の額について実質的な反論を強いられることになる⁽⁹⁸⁾とする。

しかし、肯定説は、買主が立証責任を負うのであるから、売主に立証上の不利益が生じることはない⁽⁹⁹⁾と強調する。買主は、引渡し時にすでに瑕疵

(94) BGH Urt. v. 8.2.1984, NJW 1984, 1525, 1526.

(95) P. Bydlinski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 132.

(96) BGH (Fn. 19), NJW 2005, 1348, 1350.

(97) Dötsch (Fn. 11), MDR 2004, 975, 978-979; Lieb/Arnold (Fn. 10), ZGS 2004, 10, 13; Tonner/Wiese (Fn. 11), BB 2005, 903, 904 (Tonner).

(98) Sutschet (Fn. 11), JZ 2005, 574, 575-576; v. Hertzberg (Fn. 11), S. 339, 353; Schroeter (Fn. 11), AcP 207, 28, 61-62.

(99) Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1322; Katzenstein (Fn. 13), ZGS 2004, 349, 354; Eckpfeiler/Kaiser, Rn. H61.

が存在したこと、当該修補が必然的であったこと、及び売主の節約費用の額について立証しなければならず、それは決して容易ではないとし、売主の立証困難を問題にすることに疑問を示す。とくに売主の節約費用は、売主が修補したと仮定した場合のその方法や費用から算出することになるが、買主はそれらを正確に知ることはできず、むしろ売主が「自分の」仮定的な追完費用を主張すると、買主は反論が難しくなると指摘する。また、そもそも立証責任の問題は、その負担の適切な分配や軽減によって対処すべきものであり、買主の一切の救済を否定することによるべきではないとする⁽¹⁰¹⁾。

(2) また、2005 年 2 月判決は、解決の不明瞭さや困難さを避けることも理由とする（前述（1）参照）。否定説には、費用に関する難しい立証事情が多大な問題と不安定さを生み、訴訟を誘発するという懸念もみられ、そのため節約費用の償還請求の否定は、無用の紛争を避け、法定安定性にも資するとの評価がうかがわれる⁽¹⁰²⁾。これに対し肯定説からは、否定説の真の受益者は裁判所であり、瑕疵や節約費用に関する証拠調べを節約できるからだと皮肉を言われ、正義に反する疑わしい訴訟経済は拒絶すべきだと批判されることになる⁽¹⁰³⁾。

12 利害状況（節約費用の額）

(1) 2005 年 2 月判決は、節約費用の額について言及していないが、一般に否定説は、売主の節約費用が買主の支出した実際の追完費用より安価であるとは限らず、しばしば両者は同額になると分析する⁽¹⁰⁴⁾。とくに売主が小売商であるなど、買主と同じように第三者に修補を委託せざるをえない

(100) P. Bydlinski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 131; Katzenstein (Fn. 13), ZGS 2005, 305, 306.

(101) Staudinger/Schwarze, § 326 Rn. C97; P. Bydlinski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 131; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 926.

(102) Tonner/Wiese (Fn. 11), BB 2005, 903, 904 (Tonner); Sutschet (Fn. 11), JZ 2005, 574, 576.

(103) Lorenz (Fn. 12), NJW 2005, 1321, 1324.

(104) Lieb/Dötsch (Fn. 10), ZGS 2003, 455, 456; Lieb/Arnold (Fn. 10), ZGS 2004, 10, 10-11; v. Hertzberg (Fn. 11), S. 339, 340.

場合がそうであり、その場合、買主が期間設定及び経過なしに自己追完し、その追完費用の償還を請求できるのと同じ結果になると指摘する。そのため、節約費用の償還請求を認めるのは、買主の自己追完権が否定されたこと（前述 4 参照）や追完の優先性及び二次提供権（前述 5 参照）に反するものだとする（前述 6 も参照）。

(2) 肯定説は、売主の節約費用は買主の実際の追完費用より安価であるのが通常であると分析する。⁽¹⁰⁵⁾ 売主は自らの労力、既存の知識・経験・技術、人材・ネットワークなどを用いて経済効率的に修補できる可能性があり、ときには実質的なコストがゼロということも考えられるとする。⁽¹⁰⁶⁾ 2005 年 2 月判決が、両者は買主と売主のどちら側から計算するかの違いにすぎないと指摘し（前述 6 参照）、否定説が前者と後者が同額である可能性を指摘して反論するときも（前述(1)参照）、売主にとって費用の面で通常有利な事情があるとの認識が前提になっていると解せられる。そして、肯定説は、売主が第三者に委託する場合も、取引関係を通じて有利な条件で委託できる可能性があると指摘する。⁽¹⁰⁷⁾ そのため、節約費用の償還を受けても、買主は実際の追完費用の全部を回収できず、残部は自己負担として残ることになるとし、買主が積極的に自己追完に向かうという誤ったインセンティブも生じないとする。⁽¹⁰⁸⁾ したがって、節約費用の償還請求を認めても、買主に自己追完権があるのと同じ結果にはならず、追完の優先性及び二次提供の機会にも反しないと理解する。さらに、たとえ節約費用と追完費用が同額となる場合があっても、それは買主も予測できない例外的な結果にすぎないとし、また節約費用と追完費用は性格の異なるものだとして（前述 6 参照）、これらもそうした理解の根拠とすると考えられる。

(105) Ebert (Fn. 13), NJW 2004, 1761, 1763; P. Bydlinski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 130; Staudinger/Schwarze, § 326 Rn. C97.

(106) Vgl. Markworth (Fn. 14), AcP 209, 63, 81.

(107) P. Bydlinski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 130.

(108) Staudinger/Schwarze, § 326 Rn. C97.

13 利害状況（結果の妥当性）

(1) 2005 年 2 月判決には、節約費用の償還請求を認めないという解決の妥当性への言及はなく、否定説一般としても、その直接的な正当化はないとみられる。ただし、その解決の意義として、売主に十分な調査機会がないために、瑕疵の存否や修補費用に関して有効な反論ができないという、不当な事態を回避できるとの理解があると考えられる（前述 11 参照）。また、節約費用の償還請求が認められる場合、売主としては契約上の経済的利益は維持できるとはいえ（前述 5 参照）、追完を主体的に実施することや追完の種類・方法を決定する（ときには義務以上の水準の追完を自発的に選択する）こと自体の利益は害されたままになり、妥当ではないとする⁽¹⁰⁹⁾。このほか、売主が自前のリソースで直接的な支出なしに修補ができた場合、それが節約費用の償還という金銭的負担に転化するの、売主にとって不利益であるとの指摘もある⁽¹¹⁰⁾。

(2) これに対し、肯定説は、節約費用の償還請求を認めなければ、売主は望外の利益を得ることになり、不当だとする。買主が追完請求をすると売主は自らの費用負担で瑕疵を修補する義務を負ったはずであるが、買主がたまたま性急に自己追完してくれたおかげで、瑕疵ある目的物の引渡しという義務違反をしたにもかかわらず、売主は一切の負担を免れるという「幸運」に恵まれることになる⁽¹¹¹⁾と指摘する。この認識は、肯定説の基礎に共通して存在するとみられる⁽¹¹²⁾。

また、肯定説は、買主が自己追完する経緯は様々であり、その事情のいかんを問わず一律に節約費用の償還請求を否定するのは、妥当ではないとす

(109) Vgl. Westermann (Fn. 14), S. 1261, 1272.

(110) Staudinger/Matusche-Beckmann, § 439 Rn. 54; Schroeter (Fn. 11), AcP 207, 28, 59-60; Westermann (Fn. 14), S. 1261, 1272. この点を指摘する文献には、そうした利益も二次提供権によって保護されているとの理解がみられる。

(111) Vgl. Lamprecht (Fn. 13), ZGS 2005, 266, 268.

(112) Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 36; Oechsler (Fn. 12), NJW 2004, 1825, 1826; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 926; Herresthal/Riehm (Fn. 13), NJW 2005, 1457, 1460.

(113) Vgl. Müller (Fn. 9), ZJS 2012, 446-447.

⁽¹¹⁴⁾る。買主が目的物の不具合等の原因が瑕疵であると知らずに修補する場合、売主に対し期間設定して追完請求すべきことをそもそも知らない場合、期間設定なしに追完に代わる損害賠償を請求できるケースだと誤解する場合、また目的物を早期に使用したい理由（緊急性などの特別の事情（前述2参照）には当たらないものの）があった場合などが考えられるとする。さらに、追完のための相当期間の長さについて売主と意見が一致しない場合や、追完の実施に関して売主を信頼できない場合もありうるとする。これらの可能性を考慮すると、節約費用の償還請求の可否を、売主の追完義務に関する買主の悪意・重過失・軽過失などにかからしめる余地はあるとしても⁽¹¹⁵⁾、いずれの場合も買主には売主の利益を害する意図がないのが通常であり、すべての場合に節約費用の償還請求を封じるのは過剰な対応だとする。

IV ドイツ法の議論から

1 議論に関して

(1) 債務法改正後のドイツ法の議論の仕方を、その観点や根拠を通してみてきた。買主が自己追完した場合に関する議論だけであり、また判例や論説・評釈それ自体からいわば表面的にみたにすぎないが、そこから分かる範囲で若干の整理をしたい。

まず、議論は多岐にわたるといえる。議論において現れうる観点や根拠はだいたい網羅されていると考えられる。債務法改正後の最も激しい論争の1つとされることが関係しているであろうが、否定説・肯定説とも多方面に目配りをし、様々なところに手がかりを求めているといえる。議論の

(114) 以下の例につき、Lamprecht (Fn. 13), ZGS 2005, 266, 267-268; Gsell (Fn. 12), ZIP 2005, 922, 926; P. Bydlinski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 130.

(115) Tonner/Wiese (Fn. 11), BB 2005, 903, 907 (Tonner/Wiese) は、買主が悪意又は重過失のときのみ償還請求を否定し、Lamprecht (Fn. 13), ZGS 2005, 266, 271 は、買主に軽過失があるときも償還請求を否定する。逆に、Lorenz (Fn. 12), NJW 2006, 1175, 1179; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 7 Rn. 40 は、買主が瑕疵の存在可能性を考慮に入れるべき事情がないときは、たとえ性急な自己追完をしても（節約費用の償還請求に限らず）依然として代金減額・解除も可能であるとする。

展開として特殊ではなく、むしろ当然と評しうるが、それが現に行われているという事実は重要であろう。

(2) しかし、議論には一定の傾向もみることができる。一つには、条文及び（立法理由に示された）立法者意思の基本的尊重という姿勢である。買主の自己追完という問題が債務法改正により大転換をみた瑕疵担保法に属するという事情も関係しているであろうが、まずは改正後の条文（その理解は否定説と肯定説で異なるにせよ）に忠実であろうとし、また改正時の立法者意思（その理解も否定説と肯定説で異なるにせよ）に従おうとしているといえる。そのとき、立法者意思については、債務法現代化法に正規の詳細な立法理由が付されていることが、その探究を容易にしているといえる。この傾向と関係するものとして、条文の類推適用に対する謙抑的姿勢も挙げることができる。もっとも、立法者の計画外の法の欠缺があることを類推適用の前提とする立場は、債務法改正前からの共通の理解であり⁽¹¹⁶⁾、債務法改正という直近の立法をめぐって改めて確認されているものと思われる。

また、体系的理解の重視も重要な傾向の一つと考えられる。その体系的理解には複数の層がみられる。まず、自己追完の問題そのものに関する売買法・請負法・賃貸借法の条文の比較があり、次に、目的物に瑕疵がある場合の買主の救済に関する関係条文の合わせ読みがある。また、目的物に瑕疵がある場合が給付障害の一種であることから、給付障害法全体における瑕疵担保法の位置づけ（一般給付障害法と瑕疵担保法の関係）が探られ、そして、買主の自己追完によって売主の追完義務の不能が生じうることから、不能法の枠組みにおける自己追完ケースの理解が試みられる。さらに、節約費用の償還が売主からの利得の吸上げの意味をもつことから、それと同じ思考をもつ不当利得法などの制度との関係が検討されている。

そして、概念が活用されることも傾向の一つとみてよいであろう。主に

(116) 否定説・肯定説とも、法の欠缺とその補充としての類推適用という理解に関しては議論をしていない。また、P. Bydliniski (Fn. 12), ZGS 2005, 129, 132 が引用する債務法改正前の法学方法論の文献参照。

条文及び立法者意思の読み込みから、追完の優先性、二次提供の権利又は機会という概念が抽出され、その内容の明確化が図られている。それをどのように・どの程度尊重すべきかが、議論において重要な役割を担っているといえる。他方で、その概念自体から抽象的・演繹的に議論が発散していく印象はなく、論拠である条文及び立法者意思との接合は維持されている⁽¹¹⁷⁾と思われる。

(3) さらに、利害状況の分析も行われているが、具体性に欠ける傾向があるように見受けられる（また議論全般からも同じ印象を受ける）。たしかに立証負担の問題は議論されているが、瑕疵の種類、修補の方法、修補を委託した第三者の種類（買主の知人等か事業者かなど）によって、瑕疵や修補費用に関する立証・反論の難易は大きく異なるであろうが、そうした点への関心は低いと思われる。また、結果の妥当性に関して、買主が自己追完するに至る経緯の多様さは指摘されているが、肯定説のなかでも限定的であり、広く関心が共有されているとはいえず、そして、否定説にはそうした指摘をふまえた主張はみられない。節約費用の額に関しては、売主側に想定される事情が少し詳しく考慮されているが、これもより具体的な分析の余地が残されていると考えられる。もっとも、これらは議論の傾向ということではなく、否定説・肯定説とも個別の事情を問わない一律の否定又は肯定を是とし、利害状況の詳細な分析が場合分けの解決につながることを回避するためという可能性もあろう。

2 自己追完に関して

本稿の直接の目的は、買主が自己追完した場合の法律関係の検討ではないが、日本法における問題解決に向けて参考になる点を挙げておきたい。

まず、日本法では、買主は売主に対し少なくとも節約費用の償還請求が⁽¹¹⁸⁾

(117) Schroeter (Fn. 11), AcP 207, 28ff.; Lorenz (Fn. 12), NJW 2006, 1175ff.; Westermann (Fn. 14), FS Canaris I, S. 1261ff. は、二次提供権を考察の対象とするが、内容の明確化や射程が主な内容といえる。

(118) 日本法における議論の状況について、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠

できるという解決になると推測されるが、もしそれと異なり、買主に対し一切の救済を原則的に否定する場合は、追完の優先性及び二次提供権の重視をかなり強調して、理論面の正当化を図る必要があると思われる。

また、買主が自己追完をするに至る事情には様々なものがあるのはたしかであり（前述Ⅲ 13(2)参照）、そうした事情の差異を買主の救済の可否や範囲にどのように反映するか・しないかも検討する必要があるだろう。

さらに、2018年に追加されたBGB439条3項（前述Ⅱ 3(4)参照）が想定する場合への対処も課題といえる。つまり、売主が瑕疵ある目的物を買主＝請負人に引き渡し、買主＝請負人がそれを注文者の物に組込み又は取付けをした場合に、その取外しと再組込み又は再取付けの実施を誰に行わせ、誰にどのような費用を負担させるのかである。その実施自体は買主＝請負人にさせるのが事態適合的であろうが、それは買主＝請負人による自己追完にならないのか、売主が追完としてそれを実施しようとするとき、買主＝請負人や注文者はそれを受け入れべきなのかなどが問題となりうる。

このほか、賃借人による自己追完も検討の必要がある。ドイツにおいて債務法改正前は、賃貸人が修補を遅滞した場合の賃借人の自己追完権と必要費償還請求権が併存していたが（前述Ⅱ 1(2)参照）、債務法改正後は、自己追完権が認められる場合が整備されて必要費償還請求権は廃止された（前述Ⅱ 2(3)参照）。それに対し、改正民法では賃借人による修繕の規定が設けられ（民法607条の2）、これは自己追完権として理解できるが、必要費及び有益費の償還請求権も存置されている（民法608条）。賃借人が自己追完権に基づき修繕した場合と基づかずに修繕した場合のそれぞれについて、必要費及び有益費の償還請求権や他の法律構成による費用償還請求権との関係を整序することが必要であると考えられる⁽¹¹⁹⁾。

ㄨ 償』（5・完）」NBL1178号38-42頁（2020年）。

(119) 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」458頁（2013年）は、民法607条の2に基づく修繕の費用については、民法608条により償還請求できるかどうか別途問題になるとするが、これが民法607条の2による賃借人の権限や民法606条の賃貸人の修繕義務（費用＝追完費用の負担を伴う）と整合的な理解かどうか疑問があらう。