

ドイツ売買法における売主の 瑕疵担保責任に関する一考察

—— 債務法改正から10年を経て ——

古 谷 貴 之

目 次

- 第1章 本稿の目的
 - 第1節 はじめに
 - 第2節 ドイツ売買法改正の背景
 - 第3節 新たな瑕疵担保責任制度の概要
 - 第4節 検討の対象と順序

- 第2章 ドイツ瑕疵担保法における物の「瑕疵」概念
 - 第1節 序
 - 第2節 物の瑕疵
 - 第1款 諸論
 - 第2款 消費動産売買指令
 - 第3款 瑕疵担保と契約締結上の過失
 - 第4款 主観的瑕疵
 - 第5款 客観的瑕疵
 - 第3節 本章のまとめ

- 第3章 追完
 - 第1節 本章の目的
 - 第2節 追完制度概観
 - 第1款 履行請求権と追完請求権
 - 第2款 追完の優先
 - 第3款 追完制度が目的とする当事者の利益
—— 追完請求権または追完権
 - 第4款 追完請求権の要件
 - 第5款 追完費用の負担

第3節 追完に関連する個別論点の検討

第1款 特定物売買における代物給付

第2款 追完の自己実施

第3款 追完の履行場所

第4款 使用利益の賠償

第5款 追完の範囲

第6款 追完請求権の制限

第7款 追完期間の設定

第8款 追完後の瑕疵の証明責任

第4節 本章のまとめ

第1款 追完制度の枠組み

第2款 解釈基準

第3款 次章の検討課題

第4章 競合問題

第1節 問題の所在

第2節 瑕疵担保と錯誤

第1款 表示錯誤または内容錯誤

第2款 性質錯誤

第3節 瑕疵担保と契約締結上の過失

第4節 瑕疵担保と不法行為

第1款 絶対権侵害

第2款 浸食的瑕疵

第5節 本章のまとめ

第5章 本稿のまとめと課題

第1節 本稿のまとめ

第2節 今後の課題

第3節 おわりに

第1章 本稿の目的

第1節 はじめに

わが国の瑕疵担保責任（民法 566 条、570 条）については、従来から、物の「瑕疵」概念や責任の法的性質をめぐる華々しい論争が繰り広げら

れてきた。近時の債権法改正論議でも、これらの論点を中心に、諸外国の立法や立法草案並びに国際的モデル準則を参照しつつ、多角的な視点から瑕疵担保責任制度の現代化へ向けた検討が進められている⁽¹⁾。

本稿の目的は、瑕疵担保責任に関する比較法研究の一環として、近時のドイツにおける議論を整理し、わが国に紹介することにある。関連する先行研究が示すように、2002年1月1日に施行されたドイツの新しい債務法はわが国でも強い関心を呼んでおり、同国の現在の法状況を整理し紹介することには一定の意義があると考えられる。本稿では、物の「瑕疵」および「追完」制度を中心に考察し、さらに制度間競合の視点から瑕疵担保とそれに隣接する諸制度との関係をめぐる問題を扱う。これら3つの視点からドイツの瑕疵担保責任制度を分析するのは、次の理由による。

まず、物の「瑕疵」概念については、周知のとおり、わが国の学説において客観的瑕疵概念（その種類の物として通常有すべき性質を欠いている場合に瑕疵があるとする考え方）と主観的瑕疵概念（当該契約において予定された性質を欠いている場合に瑕疵があるとする考え方）があり⁽²⁾、現在では主観的瑕疵概念が優勢であると解されるものの、この二つの瑕疵概念の関係性——両立しえない関係にあるのか、それとも補完的關係を認めうるのか——は必ずしも明らかでない。また、一口に主観的瑕疵といっても、いかなる性質を具体的に瑕疵概念の中に取り込めるかについては様々な考え方がありうる⁽³⁾。さらに債権法改正論議の中では、現在の「瑕疵」概念に代わる「契約不適合」概念の民法典への取込みの是非をめぐる議論も行われている⁽⁴⁾。一方、ドイツに目を転ずると、債務法の改正前には目的物の瑕疵——「欠点 (Fehler)」——の捉え方について客観説と主観説の対立があったが⁽⁵⁾、現在では「物の瑕疵 (Sachmangel)」に関する詳細な定義規定（ドイツ民法 434 条）の中で「主観的・客観的瑕疵」概念が明示されるに至った。「契約不適合」と「瑕疵」の関係についても、ドイツは、EC 指令（消費動産売買指令）で採用された「契約不適合」概念の趣旨を取り入れつつ、新たに「瑕疵」概念を定義したという経験をもつ。ドイツ法が EC 指令の要請にいかに応じ、現在いかなる状況にあるかを知るの

は、わが国における物の「瑕疵」概念を考える上で有益と思われる。

次に、瑕疵担保責任の法的性質をめぐる議論⁽⁷⁾との関係では、わが国の学説上契約責任説が優勢になるにつれ、法定責任説対契約責任説という従来型の二項対立図式での議論のみでは十分に問題を捉えきれない状況にあるとの認識がされるに至っている⁽⁸⁾。学説における議論の到達点を踏まえると、今後は、契約責任説を基軸として瑕疵担保責任制度の枠組みをどう構築していくかに議論の焦点が移るものと思われる。同様の方向性は債権法改正論議でも見受けられ、たとえば、法制審議会民法（債権関係）部会では、契約責任説を前提に、瑕疵のない目的物給付義務の明文化の要否や、瑕疵ある物が引き渡された場合の法的救済手段の一つである買主の追完請求権の具体的内容（修補または代物給付）、行使の方法、期間の制限並びにその起算点、あるいは追完以外の他の救済手段（解除、損害賠償および代金減額）との順位関係等に関して議論が交わされている⁽⁹⁾。このようなわが国の現在の議論状況に鑑みると、契約責任の発想——「契約説（Vertragstheorie）」——をいち早く民法典に取り入れて瑕疵担保責任制度を再構築したドイツの議論をみることは理論的にも実践的にも意味があると考える。

さらに、制度間競合の視点から、瑕疵担保とその他の諸制度との適用関係を明らかにする作業も重要である。ドイツにおける「瑕疵担保と錯誤」⁽¹¹⁾あるいは「瑕疵担保と契約締結上の過失」⁽¹²⁾の有名な議論は、これまでわが国における同様の議論に影響を及ぼしてきた。債務法の改正前後を通じこの問題について熱心な議論が続けられているドイツの議論を参照するのは、現在でもなお有益である。

上記3つのテーマの検討は各章ごとに分けて進められるが（第2章から第4章）、本稿の最後に、より広い観点から各テーマの横断的検討を行う（第5章）。特に判例の分析を通じ、①ドイツ追完制度の下で「追完の優先（Vorrang der Nacherfüllung）」の原則が制度上並びに判例法上確立されていること、②この追完の優先の原則が、隣接する他の諸制度（例えば、錯誤や契約締結上の過失）に対し、瑕疵担保法を優先して適用する論

拠になること（「瑕疵担保法の優先適用」原則）、そして、③「瑕疵担保法の優先適用」原則が認められるがゆえに、ドイツの判例・学説において、物の「瑕疵」概念に関する緻密な解釈論が展開されていることを指摘する。こうしたドイツ瑕疵担保法の特徴を踏まえ、わが法への解釈的・政策的含意を検討したい。

第2節 ドイツ売買法改正の背景

2001年11月26日、ドイツにおいて債務法現代化法（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz）が公布され、売買法の規定が抜本的に改正された。2000年8月の討議草案（Diskussionsentwurf）が公布されてから一年数ヶ月という非常に短い期間で改正が実現したのは、2002年1月1日までにEC指令——消費動産売買指令——をドイツで国内法化する必要があったためである⁽¹⁴⁾。もっとも、売買法改正の背景には、こうした外的誘因のほか、以下に述べるように、ドイツ旧売買法に内在する問題もあった⁽¹⁵⁾。

第一に、改正前のドイツ売買法では、特定物の売買に関して、売主に瑕疵なき物の給付義務が観念されなかったことが挙げられる（いわゆる「特定物のドグマ」⁽¹⁶⁾）。すなわち、引き渡した特定物に瑕疵がある場合、売主の責任は不履行の問題としてではなく、不完全履行——担保責任——の問題として処理され、かつ、売主の「瑕疵なき物の給付義務」を否定する結果として、買主および売主のいずれからも「履行のやり直し」を求めることができなかった。しかし、特定物ドグマに依拠して当事者の追完に対する利益（代物の引渡しや瑕疵修補）を否定するのは実際的でなかった。とりわけ実務において、契約当事者が修補特約を定めていた⁽¹⁷⁾というのはその証左であり、理論と現実との乖離を示している。その意味で、債務法の現代化を機に、特定物ドグマと決別することは不可避であった。

第二に、「特定物売買」において瑕疵ある物が引き渡された場合の買主の法的救済手段として、BGB旧法下では買主に瑕疵担保解除（Wandelung）、代金減額請求権および損害賠償請求権が認められていた

が、前述したとおり追完請求権は認められていなかった。これに対し、「種類物売買」の場合には、代物給付に限ってではあるが、買主に追完請求権が付与されていた（BGB 旧 480 条⁽¹⁸⁾）。このように、旧法下では、売却された目的物の種類ごとに買主に与えられる法律効果が異なっていたが、特定物と種類物を区別して扱うことに合理的理由は見出せないとの指摘があった⁽¹⁹⁾。

第三に、物の「瑕疵」概念に関していえば、BGB 旧 459 条⁽²⁰⁾の「欠点（Fehler）」の文言からは同条がどの範囲まで目的物の瑕疵を認めるのかが明らかでなかった。また、物の「欠点」（1 項）と「保証された性質」（2 項）という条文上区別された 2 つの概念の関係も不明確であった。

第四に、目的物の瑕疵を理由とする損害賠償請求権に関しては、保証された性質を欠く場合または売主が欠点を故意に黙秘した場合に BGB 旧 463 条⁽²¹⁾に基づく損害賠償請求権が認められていたが、他方で契約締結上の過失（culpa in contrahendo）や積極的契約侵害（positive Vertragsverletzung）を理由とする損害賠償も認められていたため、統一的な損害賠償制度という観点から見通しが悪かった。さらに、BGB 旧 463 条に基づく損害賠償請求権は、上述のとおり、売主による性質保証がある場合または売主が欠点を「故意」に黙秘した場合にしか認められなかったのに対し、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権は売主が「過失」で説明義務・情報提供義務に違反した場合でも認められ、ここに責任原理面・要件面で無視できない齟齬が生じていた。

第五に、旧法下では、物の瑕疵と権利瑕疵が完全に区別して扱われていた点も問題であった。すなわち、物の瑕疵に対する責任と異なり、権利の瑕疵に対する責任は一般給付障害法で規律され（BGB 旧 439 条ないし 443 条）、時効期間に関しても、物の瑕疵に妥当する 6 カ月の短期時効ではなく（BGB 旧 477 条 1 項を参照⁽²²⁾）、30 年という長期の時効期間が予定されていた。しかし、契約内容によっては物の瑕疵と権利の瑕疵を区別することが困難なケースも多く（とくに法律上の瑕疵の取扱いなど）、瑕疵を物の瑕疵と権利の瑕疵とに分類し、それぞれについて異なる処理をする

ことに対して疑問が呈されていた。

第六に、物の瑕疵に対して適用される6カ月という極めて短期の時効期間について、それで果たして買主保護が適切に図れるかとの危惧もあった。とりわけ消費動産の種類が多様化、耐用期間の長期化（危険移転時に存在した瑕疵が長期間を経てはじめて買主に認識可能になる）といった現実的問題があった。そのため、判例は様々な工夫を凝らして短期時効から生ずる弊害を取り除く努力をした。たとえば、瑕疵概念を厳格に解し、瑕疵担保法の適用領域を限定することで、契約締結上の過失責任を広範に認めたり（BGB旧195条により30年の消滅時効が適用される。）、また、「異種物給付（Aliud-Lieferung）」と「過少給付（Zuwenig-Lieferung）」を瑕疵担保法上の「欠点（Fehler）」概念から切り離し、前二者については目的物の引渡後もなお売主への不履行責任の追及を認める例がみられた。さらには不法行為法の領域で「浸食的瑕疵（die weiterfressende Mangel）」の概念を構築し、売主が引き渡した目的物「それ自体」において瑕疵が拡大したような場合（一見すると購入物の単なる財産的価値の減少が認められるにすぎない場合）にも、瑕疵担保法ではなく、不法行為法の規定に基づき長期の時効期間（BGB旧852条1項⁽²⁴⁾に基づく3年の消滅時効）を適用した。

第3節 新たな瑕疵担保責任制度の概要⁽²⁵⁾

判例や学説の努力にもかかわらず、旧売買法における瑕疵担保責任制度には限界が生じていることが明らかであった。そこで、債務法の現代化を機に、ドイツ民法典の売買瑕疵担保に関する規定を抜本的に改正する必要があった。改正の際に目指されたのは、EC指令の要求を超える——すなわち指令の規律対象である消費動産売買の領域に限定されない——、⁽²⁶⁾ 売買法全体にわたる「大きな解決」である。

現行法は、物の売買と権利の売買との関係を明確にするために、物の売買に関する詳細な規定を用意し、権利の売買（およびその他の売買）についてはBGB453条で物の売買に関する規定を準用する方法を採用してい

る。これにより、物の瑕疵と権利瑕疵との線引きの問題が随分と緩和された。

物の「瑕疵」概念に関して、BGB434条は第一に「主観的瑕疵概念」を基礎に置く。すなわち、引き渡された購入物に瑕疵があるか否かの判断は、まず、当事者による「性状の合意」に基づいて行い（BGB434条1項1文）、次いで、当事者が目的物の使用方法を契約上前提としていたかどうかを問題とする（BGB434条1項2文1号）。当事者の明示または黙示の合意が認められない場合にはじめて、客観的基準に基づく瑕疵の有無が判断される（BGB434条1項2文）。ここでは物が「通常の使用」に適するか、または、「普通の性状」を有しているといえるかが問題となる。さらにBGB434条1項3文により、第2文の客観的基準に適するか否かは売主または製造者の広告表示も考慮して判断される。BGB434条2項によると、売主またはその補助者による目的物の不適切な組立てや組立説明書に瑕疵がある場合も購入物に瑕疵があるものとみなされる。また、BGB434条3項によれば、異種物給付や過少給付も同様に物の瑕疵として扱われる。

売買目的物に瑕疵があった場合の売主の責任および買主の法的救済手段に関しても重大な変更がある。とりわけ、BGB433条1項2文において、物の売買に関する売主の「瑕疵なき物の給付義務」が明示された。この規定は、瑕疵担保責任の法的性質についての伝統的通説（法定責任説⁽²⁷⁾）からの離脱を示す重要な規定である。売主が「瑕疵なき物の給付義務」に違反した場合、買主は第一次的な救済手段として追完請求権（修補請求権または代物給付請求権）を行使できる（BGB437条1号、439条1項）。この追完請求権の導入は債務法改正におけるもっとも重要な点の一つとされている。上記のとおり追完請求権は買主の「第一次的な救済手段」であり、買主が追完以外の救済手段を行使するには、追完のための相当な期間を定め、その期間を適法に徒過することが要件となる。買主は、追完期間を徒過した後にはじめて、解除権や代金減額権（BGB437条2号）あるいは損害賠償請求権（BGB437条3号）を行使できる（「追完の優先」⁽²⁸⁾の原則）。

債務法改正前と異なり、売主の瑕疵担保責任は物または権利の瑕疵が

「重大でない」場合にも認められる。BGB旧459条1項2文では瑕疵が重大でない場合には買主の瑕疵担保法上の権利が認められなかったが、現行法では瑕疵が重大でなくても買主は売主に対して少なくとも代金減額権を行使できる（BGB441条1項2文。もっとも、瑕疵が重大でない場合、BGB323条5項2文、281条3文により、「解除」または「給付に代わる損害賠償」は認められない。）。

時効に関する改正も重要である。BGB438条によれば、瑕疵担保法上の権利は原則として物の引渡しまたは譲渡の後2年を経過すると時効にかかる。従来の6カ月という短期の時効期間から生ずる弊害を除去するため、時効期間が伸長されている。

BGB474条以下において、消費動産売買に関する特別の規律が定められている。具体的には、第2編（債務関係法）第1章（売買・交換）第3款（消費動産売買）において消費動産売買の概念（BGB474条）、証明責任の転換（BGB476条）、損害担保に関する特則（BGB477条）、事業者の求償（BGB478条）、求償権の時効（BGB479条）が規定され、これら消費者保護規定は消費者の不利に変更することの許されない強行規定とされている（BGB475条1項および2項）。

第4節 検討の対象と順序

本稿では、瑕疵担保法の領域における3つのテーマに考察の対象を限定し、以下の順序で検討を進める。第二章では、瑕疵担保責任の出発点となる「瑕疵」の概念——特に「物の瑕疵」（BGB434条1項）——について検討する。第三章では、新債務法で新たに導入された「追完」制度（BGB439条）について検討を加える。第四章では、瑕疵担保責任制度とそれに隣接する諸制度（錯誤、契約締結上の過失および不法行為）との関係をめぐる問題——いわゆる競合問題——について分析を加え、瑕疵担保法の適用領域を明らかにする。最後に、第五章において、ドイツ売買法における瑕疵担保責任制度の特徴を明らかにし、わが法への示唆を得たい。

注

- (1) 法制審議会民法（債権関係）部会の資料として、特に、部会資料5-1「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（1）」2頁〔部会資料5-1詳細版7-9頁〕、部会資料15-1「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（10）」2-5頁〔部会資料15-2詳細版5-26頁〕、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」5-6頁、118-120頁〔補足説明20-21頁、292-298頁〕、部会資料32「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（5）」8-11頁、部会資料43「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（15）」7-30頁、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」54-58頁〔中間試案（概要付き）138-148頁、中間試案（補足説明）397-432頁〕を参照。売買の担保責任に関する国外の立法例を知る上で、部会資料15-2詳細版の資料が参考になる。中間試案では、第35売買において、「目的物が契約に適合しない場合における売主の責任」を問題としており、「瑕疵担保」責任の概念は用いられていない。これは、「瑕疵」概念を「契約の趣旨に適合しないもの」に改めたことと、売主の責任の本質は財産権移転義務の不履行にあり、売主の特殊な責任を想起させる「担保責任」という概念を殊更に用いる必要はないと考えられたことによる（この説明については、「特集・民法（債権関係）の改正に関する中間試案をめぐって」ジュリ1456号（2013年）55-57頁〔山野目章夫〕）。中間試案における瑕疵担保責任に関する解説として、内田貴『民法改正のいま——中間試案ガイド』（商事法務、2013年）148-158頁も参照。このほか、民法改正の動向や比較法の視点も含めてわが国の瑕疵担保責任制度の役割について検討する「特集・瑕疵担保責任と債務不履行責任」法時80巻8号（2008年）4頁以下〔野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（2009年）所収〕の各論稿も参照。
- (2) 「瑕疵」概念の定義について、潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、2008年）161頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1』（有斐閣、2010年）261頁などを参照。
- (3) 瑕疵担保法における契約内容確定の問題について、潮見・前掲注（2）190-192頁を参照。
- (4) 「中間的な論点整理」119頁〔補足説明293-294頁〕、「中間試案」54頁以下〔（概要付き）138頁以下、（補足説明）397頁以下〕を参照。
- (5) 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、1963年）119頁を参照。
- (6) 消費用動産売買およびそれに付随する保証の一定の側面に関する1999年5月25日の欧州議会および理事会指令（Directive 1999/44/EC）。
- (7) 瑕疵担保責任の法的性質をめぐる議論について、北川善太郎『契約責任の体系』（有斐閣、1963年）168頁以下、五十嵐清「瑕疵担保と比較法」『比較民法学の諸問題』（一粒社、1976年）80頁以下、星野英一「瑕疵担保の研究——日本」『民法論集三巻』（有斐閣、1972年）206頁以下を参照。法定責

- 任説と契約責任説の対立の中提唱された危険負担的代金減額請求権説につき、加藤雅信「売主の瑕疵担保責任 —— 危険負担的代金減額請求権説提唱のために ——」『現代民法学の展開』（有斐閣、1993年）、同「売主の瑕疵担保責任 —— 対価的制限説再評価の視点から」森島昭夫編『判例と学説3・民法Ⅱ（債権）』（日本評論社、1977年）を参照。これらのほかにも、瑕疵担保責任の法的性質について整理・分析する文献は数多くあるが、本稿では、特に以下の文献を参照した。北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）104-123頁、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法51号（1989年）129-135頁、下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」山島正男＝五十嵐清＝藪重夫『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社、1998年）187頁、森田宏樹＝加藤雅信＝加藤新太郎「瑕疵担保責任を語る」判タ1212号（2006年）、内田貴「売買」内田貴＝大村敦編『民法の争点』（有斐閣、2007年）223-224頁、野澤正充「瑕疵担保責任の法的性質（1）—— 法定責任説の三つの考え方」法律時報80巻8号（2008年）10頁以下〔野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009年）15頁以下所収〕、潮見佳男「瑕疵担保責任の法的性質（2）—— 契約責任説の立場から」法律時報80巻8号（2008年）16頁以下〔野澤編・同書31頁以下、潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社、2010年）287頁以下所収〕、山本・前掲注（2）262-308頁、磯村保「債権法の重要論点——Ⅲ契約責任・売買」法教394号（2013年）24頁以下。
- (8) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002年）299頁、潮見・前掲論文注（7）を参照。
- (9) 中間試案は、修補および代替物の引渡しのほか、数量不足の引渡しが行われた場合における「不足分の引渡し」を求める権利も買主の追完請求権の内容に含める（「中間試案」55頁〔(概要付き)139-140頁、(補足説明)403-408頁〕を参照。）。
- (10) 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」119-121頁〔補足説明296-299頁〕、部会資料43「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（15）」20-30頁を参照。
- (11) 柚木・前掲注（5）132-133頁を参照。
- (12) 本田純一「『契約締結上の過失』理論について」遠藤浩＝林良平＝水本浩編『現代契約法体系第1巻』（有斐閣、1983年）193頁以下、今西康人「ドイツにおける契約締結上の過失責任理論の展開（1）」六甲台論集28巻2号（1981年）13頁以下、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）35頁以下、62頁以下〔今西康人〕、半田吉信「ドイツ民法における瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任」山島正男＝五十嵐清＝藪重夫古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』（信山社、1996年）243頁以下を参照。

- (13) 瑕疵担保と錯誤について、学説では瑕疵担保を優先適用するのが多数であるが（四宮＝能見『民法総則〔第8版〕』（弘文堂、2011年）229頁など）、錯誤および瑕疵担保の両規定の要件が満たされる場合には、当事者はいずれの主張をするか選択できるとする見解もある（なお、野村豊弘「錯誤と瑕疵担保責任について」学習院大学法学部研究年報11号（1976年）50頁以下は、錯誤に1年の期間制限を類推適用する。近江幸治『民法講義I〔第6版〕』（成文堂、2010年）225-226頁は、錯誤の主張期間について取消しに関する126条を類推し、5年の制限に服させるべきとする。）。性状錯誤が契約の要素に関するものであれば瑕疵担保規定の適用は排除されるとした最高裁判決（最判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁）の理解をめぐっては周知のとおり議論が多い（星野・前掲注（7）204-206頁などを参照）。瑕疵担保と契約締結上の過失の関係については、潮見・前掲注（2）172-173頁、214頁を参照。
- (14) ドイツ債務法現代化法について、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、2002年）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003年）、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）339-410頁。
- (15) Vgl. Lothar Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wandtland, Das neue Schuldrecht, (2002) Kap. 5, Rn. 1 ff.; 潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣、2000年）59-69頁も参照。
- (16) 北川・前掲注（7）139頁。
- (17) Vgl. Haas, (Fn. 15), Rn. 140.
- (18) 【BGB旧480条】
- （1）種類のみで定まる物の売主は、解除又は減額に代えて、瑕疵ある物の代わりに瑕疵のない物の給付を請求することができる。この請求権には、解除に関する第464条から第466条まで、第467条第1文及び第469条、第470条、第474条から第479条までの規定を準用する。
- （2）危険が買主に移転する時において物が保証された性質を欠くとき、又は売主が瑕疵を知りながら告げなかったときは、買主は、解除、減額又は瑕疵のない物の給付に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。
- 条文の訳出にあたっては、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）を参照した。
- (19) Vgl. Haas, (Fn. 15), Rn. 2.
- (20) 【BGB旧459条】
- （1）物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転した時に、物にその価値又は通常の使用若しくは契約によって予定された使用に対する適性を消

減又は減少させる欠点がないことについて、責めに任ずる。価値又は適性の重大でない減少は、考慮しない。

(2) 売主は、危険移転の時に、物が保証された性質を有することについても、責めに任ずる。

(21) 【BGB旧463条】

売買の目的物が売買の当時において保証された性質を欠くときは、買主は、解除又は減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が欠点を知りながら告げなかったときも、同様である。

(22) 【BGB旧477条】

(1) 解除又は減額の請求並びに保証された性質の欠如に基づく損害賠償請求権は、売主が瑕疵を知りながら告げなかった場合を除き、動産については引渡しの時から6月で、不動産については引渡しの時から1年で、消滅時効にかかる。時効期間は、契約により延長することができる。

(2) 買主が民事訴訟法に基づく独立の立証手続を申請したときは、時効は中断する。時効の中断は、この手続の終了まで継続する。第211条2項及び212条の規定は、この場合に準用する。

(3) 第1項に掲げる請求権のいずれかの消滅時効が停止又は中断したときは、他の請求権の時効も停止又は中断する。

(23) 【BGB旧195条】

通常の時効期間は、30年とする。

(24) 【BGB旧852条】

(1) 不法行為により生じた損害の賠償請求権は、被害者が損害及び賠償義務者を知った時から3年、この認識にかかわらず行為の時から30年の消滅時効にかかる。

(25) 本稿で参照する現行ドイツ民法典の条文を以下に掲載する。条文の訳出にあたっては、主に岡孝編『契約法における現代化の課題（法政大学出版局、2002年）[資料]ドイツ債務法現代化法（民法改正部分）試訳（181頁以下）および（財）比較法研究センター＝潮見佳男編『諸外国の消費者法における情報提供・不招請勧誘・適合性の原則』（商事法務、2008年）121頁以下（寺川永）を参照した。

【BGB90a条】（動物）

動物は、物ではない。動物は、特別な法律によって保護される。物に適用される規定は、特別の定めのない限り、動物に準用する。

【BGB100条】（使用利益）

使用利益とは、物又は権利の果実ないし物又は権利の利用によって得る利益をいう。

【BGB119条】（錯誤を理由とする取消し）

- (1) 意思表示をした際にその内容に関して錯誤にあったか、又はこの内容の表示をそもそもするつもりになかった者は、その者が事実を認識し、かつ事例を確定的に評価していれば、その表示を与えなかったであろうことが認められる場合は、その表示を取り消すことができる。
- (2) 取引上重大とみなされる人または物の性質に関する錯誤も、表示の内容に関する錯誤となる。

【BGB121 条】（取消期間）

- (1) 取消しは、第 119 条、第 120 条の場合において、取消権者が取消原因を知ったときから、遅滞なく行わなければならない。不在者に対して行われた取消しは、取消し意思表示が遅滞なくされた場合には、適時にされたものとみなす。
- (2) 意思表示がされてから 10 年を経過したときは、取消しは認められない。

【BGB133 条】（意思表示の解釈）

意思表示を解釈する際には、現実の意思を探求しなければならず、字句に拘泥してはならない。

【BGB157 条】（契約の解釈）

契約は、取引慣行を顧慮し、信義誠実に従い解釈されなければならない。

【BGB164】（代理人の表示の効果）

- (1) ある者がその与えられた代理権の範囲内で本人の名で与えた意思表示の効力は、直接、本人に対して及ぶ。その表示が明示的に本人の名で行われるか、又は本人がその名で行うべきという事情があるかどうかは、重要でない。
- (2) 他人の名で行動する意思が明らかにならないときは、自己の名で行動する意思の瑕疵は問題とならない。
- (3) 第 1 項の規定は、相手方に対する意思表示が代理人に対して行われる場合に準用する。

【BGB195 条】（通常の消滅時効期間）

通常の消滅時効期間は、3 年とする。

【BGB199 条】（通常の時効期間の進行開始及び時効の最長期間）

- (1) 通常の時効期間は、他の時効開始が定められていないときは、次の各号に定める事由が生じた年の終了時に進行を開始する。
 1. 請求権が生じたとき
 2. 債権者が請求権を基礎づける事情及び債務者を知り又は重大な過失なく知るべきであったとき
- (2) 生命、身体、健康又は自由の侵害に基づく損害賠償請求権は、請求権を基礎づける事情及び債務者を知っているか又は重過失でそれを知らな

いかを問わず、行為、義務違反、その他損害を生じさせる出来事があったときから30年の時効にかかる。

- (3) その他の損害賠償請求権は、次の各号に定める時効にかかる。
1. 債務者を知っているか又は重過失でそれを知らないかを問わず、その発生から10年
 2. 債務者を知っているか又は重過失でそれを知らないかを問わず、行為、義務違反、その他損害を生じさせる出来事があったときから30年
- 1号及び2号のうち、先に到来する期間が基準となる。
- (3a) 相続開始を原因とする請求権又は死亡のためその行使に時効の認識を要する請求権は、債務者を知っているか又は重過失でそれを知らないかを問わず、請求権の発生から30年の時効にかかる。
- (4) 第2項から3a項に定める請求権以外の請求権は、債務者を知っているか又は重過失でそれを知らないかを問わず、その発生から10年の時効にかかる。
- (5) 請求権が不作為を目的とするときは、発生に代えて、その違反行為を基準とする。

【BGB202条】(消滅時効についての合意の禁止)

- (1) 消滅時効は、故意による責任の場合には、法律行為によって容易に完成させることができない。
- (2) 消滅時効は、法律行為により、法定の消滅時効の開始のときから30年の消滅時効期間を超えて伸長することができない。

【BGB218条】(解除の無効)

- (1) 履行請求権又は追完請求権が時効にかかり、債務者がこれを援用した場合には、不履行又は契約不適合の給付を理由とする解除は無効である。第1文の規定は、債務者が第275条1項ないし3項、第439条3項又は635条3項に基づいて給付をすることを要しない場合及び履行請求権又は追完請求権が時効にかかった場合にも適用する。第216条2項2文の適用を妨げない。
- (2) 第214条2項の規定を準用する。

【BGB241条】(債務関係に基づく義務)

- (1) 債権者は、債務関係に基づいて、債務者に対して給付を請求することができる。給付は、不作為でも生じうる。
- (2) 債務関係は、その内容により、各当事者に相手方の権利、法益及び利益に対する配慮を義務づけることができる。

【BGB241a条】(注文されていない給付)

- (1) 事業者の消費者に対する注文されていない物の給付又は注文されていない

ないその他の物の提供によって、当該消費者に対する請求権は発生しない。

- (2) 法律上の請求権は、その給付が受領者にとって特定されず又は注文を誤って給付が行われ、かつ、受領者がこれを知っていたか、又は取引上必要な注意をすれば認識できたであろう場合には、排除されない。
- (3) 注文した給付に代えて品質及び価格につき等価値の給付が消費者に提供され、かつ消費者が受領を義務付けられず、かつ返送費用を負担する必要はないことを指摘している場合には、注文されていない給付とならない。

【BGB242条】（信義誠実に基づく給付）

債務者は、取引慣行を顧慮し、信義誠実に従い給付を行う義務を負う。

【BGB243条】（種類債務）

- (1) 種類のみをもって定められた物を義務付けられる者は、中等の物及び財を給付しなければならない。
- (2) 債務者が前項で定められた物の引渡しにつき自己のなすべきことを行ったときは、債務関係は当該物に限定される。

【BGB249条】（損害賠償の種類及び範囲）

- (1) 損害賠償義務を負う者は、賠償を義務づけることとなった事情が発生しなかったとしたならばあるであろう状態を回復しなければならない。
- (2) 人に対する侵害又は物の毀損に基づいて損害賠償義務を負うときは、債権者は、原状回復に代えて、それに必要な金銭を請求することができる。物の毀損の場合には、第1文について必要な金銭には、売上税が含まれる。ただし、売上税が実際に生じていた場合又はその限りにおいて含まれる。

【BGB269条】（履行地）

- (1) 履行地が定められておらず、またはその他の事情、特に債務関係の性質からも明らかにならない場合には、債務関係が発生した時点で債務者が住所を有していた場所で履行しなければならない。
- (2) 債務者の営業の中で拘束力が生じた場合に、債務者が別の場所に営業所を有していたときは、その営業所の場所が住所地となる。
- (3) 債務者が送付費用を引き受けたという事情があるだけでは、送付場所が履行地であるとはいえない。

【BGB275条】（給付義務の排除）

- (1) 給付が債務者又はすべての人にとって不能である限り、給付請求権を行使することができない。
- (2) 債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、給付をすることが債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失するような出費を要する限り、

債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、給付が妨げられていることにつき債務者に帰責事由が存するかどうかとも考慮する。

- (3) 債務者が自ら給付をしなければならない場合において、債務者の給付が妨げられていることと債権者の給付利益とを衡量して給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。
- (4) 債権者の権利は、第 280 条、第 283 条から第 285 条まで、第 311a 条及び第 326 条によって定まる。

【BGB276 条】（債務者の帰責性）

- (1) 厳格責任又は緩和された責任に関する規定がなく、また、その他の債務関係の内容、とくに損害担保又は性状リスクの引受けからも明らかにならない場合には、債務者は故意又は過失について責任を負う。第 827 条および 828 条の規定を準用する。
- (2) 取引上必要な注意を怠った者は、過失で振舞っている。
- (3) 債務者は、故意を理由とする責任をあらかじめ免除することができない。

【BGB278 条】（第三者に対する債務者の責任）

債務者は、自己の法定代理人及び自己の債務の履行に利用する者の過失について、自己の過失と同様の範囲で責任を負わなければならない。第 276 条 3 項の規定は適用されない。

【BGB280 条】（義務違反に基づく損害賠償）

- (1) 債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合には適用しない。
- (2) 債権者は、履行遅滞を理由とする損害賠償を第 286 条の定める要件の下でのみ請求することができる。
- (3) 債権者は、給付に代わる損害賠償を第 281 条、282 条又は 283 条の定める要件の下でのみ請求することができる。

【BGB281 条】（履行がないこと又は義務付けられたとおりの履行がされていないことを理由とする履行に代わる損害賠償）

- (1) 債務者が履行期にある給付を提供せず又は義務付けられたとおりに提供しないときは、債権者は、債務者に対し、履行又は追完のための相当な期間を定め、それを徒過した場合に、第 280 条 1 項の要件の下で履行に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が義務付けられたとおりの履行をしなかったときは、債権者は、義務違反が重大でない場合には、全部の履行に代わる損害賠償を請求することができない。

- (2) 債務者が給付を断固としてかつ終局的に拒絶した場合又は両当事者の利益を顧慮して即時の損害賠償請求権行使を正当化する特別の事情がある場合には、期間設定は不要である。
- (3) 義務違反の性質から期間設定が問題とならないときは、これに代えて催告を行う。
- (4) 履行請求権は、債権者が履行に代えて損害賠償を請求したときは、ただちに消滅する。
- (5) 債権者が全部の履行に代わる損害賠償を請求するときは、債務者は第346条から348条に従い、反対給付の返還を受ける権利を有する。

【BGB285条】（代償物の返還）

- (1) 債務者が第275条第1項から第3項までに基づいて自己の給付義務を免れた結果、その給付義務の対象であった目的物について代償または代償請求権を得たときは、債権者はその代償として得た物の返還又は代償請求権の譲渡を求めることができる。
- (2) 債権者が給付に代えて損害賠償を求めることができ、その際に債権者が第1項に定める権利を行使するときは、獲得した代償物又は代償請求権の価値の分だけ損害賠償が減じられる。

【BGB286条】（債務者遅滞）

- (1) 債務者が、満期後に行われた債権者の催告に対して履行しない場合、債務者は、催告によって遅滞に陥る。給付の訴えの提起及び督促手続に基づく支払督促の送達は、催告と同様とする。
- (2) 次の各号に掲げる場合には、催告を要しない。
 - 1. 給付のためにある時期が暦に従って定められているとき
 - 2. ある事実が給付に先行すべき場合において、給付に必要な相当期間がその事実から暦に従って計算するものと定められているとき
 - 3. 債務者が給付を断固としてかつ終局的に拒絶するとき
 - 4. 当事者双方の利益を衡量して特別な理由から即時に遅滞に陥ることが正当とされるとき
- (3) 有償債権の債務者は、請求書又はこれと同等の支払請求の期限が到来し、到達して30日以内に履行しないときは、遅滞に陥る；これは、請求書又は支払請求においてこの効果が特別に指示された場合においてのみ、消費者である債務者に適用する。請求書又は支払請求の到達時が確実でないときは、消費者でない債務者は、反対給付の期限が到来し、受領して30日後に遅滞に陥る。
- (4) 債務者は、自己の責に帰することができない事由により給付をしない場合は、遅滞に陥らない。

【BGB311条】（法律行為上及び法律行為類似の債務関係）

- (1) 法律行為による債務関係の成立又は債務関係の内容の変更については、両当事者間における契約を必要とする。ただし、法律に別段の定めがあるときは、この限りでない。
- (2) 第241条2項の諸義務を伴う債務関係は、次の各号のいずれかによっても発生する。
 1. 契約交渉の開始
 2. 当事者の一方が、不時の法律行為上の関係の発生を顧慮して、相手方に、自己の権利、法益および利益に影響を及ぼす可能性を与え、又はそれを委ねる契約交渉の準備
 3. これと類似する取引上の接触
- (3) 第241条2項に基づく義務を伴う債務関係は、自らは契約当事者とならない者にも生じうる。このような債務関係は、特に、第三者が自らに対する特別な信頼を要求し、これが契約交渉又は契約締結に重大な影響を及ぼす場合に発生する。

【BGB323条】（不履行又は履行が契約に適合しないことに基づく解除）

- (1) 双務契約において債務者が履行期にある給付を提供せず、又は契約に適合した給付を提供しない場合には、債権者は債務者に対し給付又は追完のための相当期間を定め、それを徒過したときに契約を解除することができる。
- (2) 次の各号の場合には期間設定は不要である。
 1. 債務者が断固としてかつ終局的に拒絶するとき
 2. 債務者が契約において定められた期日又は一定の期間内に給付をせず、かつ債権者がその契約において自己の給付利益の存続を給付の適時性に関連付けていたとき
 3. 両当事者の利益を顧慮して即時の解除を正当化する特段の事情が認められるとき
- (3) 義務違反の態様により期間設定が問題とならないときは、期間設定に代えて、催告をなす。
- (4) 債権者は、解除の要件が生ずることが明らかなきときは、履行期が生ずる前に解除をすることができる。
- (5) 債務者が給付の一部しか履行しない場合において、債権者は、給付の一部では利益がないときにのみ、契約の全部を解除することができる。債務者の給付が契約に適合しない場合において、その義務違反が重大でないときは、債権者は、契約を解除することができない。
- (6) 解除権を有することになった事情についてもっぱら又は主として債権者に責任があるとき、又は債権者が受領遅滞に陥ったときに債務者の責めに帰さない事情が発生したときは、解除権は認められない。

【BGB324 条】（第 241 条 2 項に基づく義務の違反を理由とする解除）

双務契約の債務者が第 241 条 2 項に基づく義務に違反した場合、債権者にとって契約の維持が期待できないときは、債権者は解除することができる。

【BGB325 条】（損害賠償及び解除）

双務契約において損害賠償を請求する権利は、解除によって妨げられない。

【BGB326 条】（給付義務が排除された場合の反対給付からの解放及び解除）

- (1) 債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項までにより給付を要しないときは、反対給付請求権は消滅する；第 441 条第 3 項は一部給付の場合に準用する。第 1 文は、給付が契約に適合しない場合において、債務者が第 275 条 1 項から 3 項までに基づき権限を要しないときは、適用しない。
- (2) 債務者が第 275 条第 1 項ないし第 3 項に基づいて給付を要しない事例について債権者にもっぱら又は主として責任がある場合、若しくは債権者が受領遅滞に陥っているときに債務者の責めに帰さない事由が発生した場合には、債務者は反対給付請求権を失わない。ただし、債務者は給付を免れたことで支出することのなかった、自己の労働力を他で使うことで取得した物、若しくは故意に取得しなかったものを自己の反対給付請求権から控除しなければならない。
- (3) 債権者は、第 285 条に基づき債務の目的に代えて受領した代償の引渡し又は代償請求権の譲渡を請求するときは、反対給付をする義務を負う。反対給付は、代償又は代償請求権の価値が債務の目的である給付の価値を下回るときに限り、第 441 条第 3 項に従って減額する。
- (4) この条に基づき反対給付をする義務がないにもかかわらずそれをしたときは、第 346 条から第 348 条までにより給付をしたものの返還を請求することができる。
- (5) 債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項までに基づき給付をすることを要しないときは、債権者は、解除することができる；この場合の解除については、期間の定めを不要とした上で、第 323 条を準用する。

【BGB346 条】（解除の効果）

- (1) 契約の一方当事者が契約で解除を留保していた場合又はその者に法定の解除権が認められる場合、解除がされれば、受領した給付及び獲得した使用利益を返還しなければならない。
- (2) 債務者は、次の各号に該当する場合には、返還に代えて価格賠償をしなければならない。
 1. 取得物の性質上、返還ができない場合
 2. 債務者が受領した目的物を消費し、譲渡し、担保に供し、又は変造した場合

3. 受領した目的物が毀損または消滅した場合。ただし、その毀損が目的物の適切な使用によって生じた場合を除く。

契約上、反対給付が定められている場合には、価格賠償の額を算定する際に、その反対給付を基礎に置かなければならない。消費貸借の使用利益について価格賠償がされる場合、使用利益の価値のほうが低かったことを証明することができる。

(3) 次の各号に該当する場合には、価格賠償義務は失われる。

1. 解除権を正当化する瑕疵が目的物の加工又は変造に際してはじめて現れた場合
2. 毀損又は消滅について債権者に帰責事由がある場合あるいはその損害が債権者の所で同じく発生したであろう場合
3. 法定の解除権が認められるときに、利得者が自己の注意と同一の注意を払ったにもかかわらず、毀損又は消滅がその者の所で生じた場合

残存する利得は返還しなければならない。

【BGB347条】（解除による収益及び費用）

- (1) [返還] 債務者は、通常の経済法則に従い収益を得ることができたのにこれに反してしなかったときは、債権者に対して価額を償還する義務を負う。法定解除権の場合には、解除権者は、収益に関して、自己の事務につき通常用いるのと同じの注意についてのみ責めに任ずる。
- (2) [返還] 債務者が目的を返還し、価額を償還し、又はその価額償還義務が前条第3項第1号若しくは第2号により消滅したときは、[返還] 債務者に対して必要費を償還しなければならない。その他の費用は、[返還] 債務者がこれにより利益を受ける限りにおいて償還しなければならない。

【BGB348条】（遅滞のない履行）

解除から生ずる当事者の義務は、遅滞なく履行されなければならない。第320条、322条の規定は、この場合に準用する。

【BGB363条】（履行として容認した場合の証明責任）

債権者が自らに履行として提供された給付を履行として容認した場合、その者が義務づけられた給付とは異なるものであった、あるいは、完全なものではなかったことを理由として、その給付を履行として認めるつもりがない場合には、そのことについての証明責任を負担する。

【BGB433条】（売買契約における契約上の義務）

- (1) 物の売主は、売買契約により、買主に対し、物を引き渡し、かつ所有権を取得させる義務を負う。売主は、買主に対し、物及び権利の瑕疵のない物を取得させなければならない。

- (2) 買主は、売主に対し、合意した売買代金を支払い、かつ購入物を受領する義務を負う。

【BGB434 条】（物の瑕疵）

- (1) 物が危険移転時に合意した性状を有するときは、その物に物の瑕疵がないものとする。性状につき合意のない限り、次の各号のいずれかに該当するときは、その物に瑕疵がないものとする。
1. 物が契約において前提とした使用に適する場合
 2. 物が通常の使用に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する場合
 3. 物の特定の性質に関する、売主、製造者（製造物責任法第4条第1項および第2項）またはその補助者により公の表示に基づき、とくに広告またはラベル表示により、買主が期待できる性質も、第2文第2号の性状に含まれる。ただし、売主がその表示を知らず、かつ、知ることを要しなかった場合、その表示が契約締結時に同様の方法により訂正されていた場合、又はその表示が購入決定に影響を及ぼさなかった場合は、この限りでない。
- (2) 物の瑕疵は、合意した組立が売主またはその履行補助者によって適切に行われなかったときも、存するものとする。物の瑕疵は、組立説明書に瑕疵があるときは、組立用の物に存するものとする。ただし、その物が誤りなく組み立てられたときは、この限りでない。
- (3) 売主が異種物を引き渡すとき、又は引き渡した物の量が過少であるときは、物の瑕疵と同様とする。

【BGB435 条】（権利瑕疵）

物に関して、第三者が買主に対して権利を主張できない場合又は売買契約で引き受けられた権利に限り第三者が買主に対して権利を主張できる場合には、その物に権利の瑕疵はない。存在しない権利が登記簿に登録されている場合は権利瑕疵とみなされる。

【BGB437 条】（瑕疵がある場合における買主の権利）

物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、買主は、次の各号に掲げる権利を有する。

1. 第439条による追完請求権
2. 第440条、第280条及び第326条5項による解除権又は第441条による代金減額権
3. 第440条、第280条、第281条、第283条及び第311a条による損害賠償請求権又は第284条に基づく無駄になった費用の賠償請求権

【BGB438 条】（瑕疵に基づく請求権の消滅時効）

- (1) 第437条第1号及び第3号に掲げる請求権は、次の各号に掲げる消滅

時効にかかる。

1. 次の各場合により瑕疵が存するときは30年
 - a) 第三者の物権により、その者がその物権に基づいて購入物の返還を請求できる場合
 - b) 土地登記簿に登録されたその他の権利がある場合
 2. 次の各場合においては5年
 - a) 建築物の場合
 - b) その通常の使用方法に従い建築物に使われる物で、当該建築物の瑕疵を生じさせた物
 3. その他のときは2年
- (2) 消滅時効は、土地の場合には明渡しの中から、その他の場合には物を引き渡した時から進行する。
- (3) 第1項第2号及び第3号並びに第2項の規定にかかわらず、売主が瑕疵を故意に黙秘した場合には、請求権は通常の時効にかかる。ただし、第1項第2号の場合には、同号で定められた期間を経過するまで消滅時効は生じない。
- (4) 第437条に掲げられた解除権については第218条を適用する。解除が効力を生じない場合でも、買主が解除権を有しているときには、買主は第218条1項に基づいて売買代金の支払いを拒絶することができる。買主がこの支払い拒絶の権利を行使する場合、売主は契約を解除することができる。
- (5) 第218条及び本条第4項第2文の規定は、第437条に掲げられた代金減額権に準用する。

【BGB439条】 (追完)

- (1) 買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。
- (2) 売主は、追完のために必要な費用、特に、運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。
- (3) 売主は、買主が選択した追完に過分の費用がかかるときは、第275条第2項及び第3項の適用を妨げることなく、その追完を拒絶することができる。特に、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の程度及び買主に重大な不利益を被らせることなく他の追完を行使できるか否かを、その場合に考慮する。この場合において、買主の請求権は、他の追完に制限される；第1文の要件による売主の拒絶権を妨げない。
- (4) 売主が追完のために瑕疵のない物を引き渡すときは、売主は、第346条から第348条までに従い、瑕疵のある物の返還を買主に請求することができる。

【BGB440 条】（解除及び損害賠償に関する特則）

第 281 条第 2 項および第 323 条第 2 項のほかに、売主が前条第 3 項により両方の追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が達成されなかったとき、又は買主に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。特に物又は瑕疵の種類その他の事情から異なることが生じない場合において、修補を 2 回試みても失敗に終わったときは、修補は、達成されなかったものとみなす。

【BGB441 条】（代金減額）

- (1) 買主は、解除に代えて、売主に対する意思表示によって売買代金を減額することができる。第 323 条第 5 項第 2 文の排除原因の適用はない。
- (2) 買主又は売主が複数人いるときは、代金減額は全員から又は全員に対してのみ行うことができる。
- (3) 減額する際には、契約締結の時点での瑕疵のない購入物の価値と実際の価値とに存在したであろう関係に応じて売買代金を減額しなければならない。代金減額は、必要であれば、査定によって評価することができる。
- (4) 買主が減額された売買代金以上の金額を支払っていたときは、売主はその額を返還しなければならない。第 345 条第 1 項及び第 347 条第 1 項を準用する。

【BGB442 条】（買主の認識）

- (1) 買主が契約締結の際に瑕疵を知っていた場合には、瑕疵を理由とする買主の権利は認められない。買主が瑕疵を知らないことにつき重大な過失がある場合には、売主がその瑕疵を故意に黙秘していたか、又は物の性状について損害担保を引き受けていた場合に限り、買主は瑕疵を理由とする権利を行使することができる。
- (2) 土地登記簿に登記された権利については、買主が知っていた場合でも、売主はそれを除去しなければならない。

【BGB453 条】（権利の売買）

- (1) 物の売買に関する規定は、権利の売買及びその他の目的物の売買に準用する。
- (2) 売主は、権利の取得及び引渡しにかかる費用を負担する。
- (3) 物の占有を正当化する権利が売買された場合、売主は買主に対し物及び権利の瑕疵のない物を引き渡す義務を負う。

【BGB474 条】（消費動産売買の概念）

- (1) 消費者が事業者から動産を購入したときは（消費動産売買）、次の規定を補充的に適用する。第 1 文は、消費者が個人的に参加できる公の競売で売却される中古品には適用しない。

- (2) この款で定める売買契約については、使用利益の返還又はその価格の賠償は認められないというように第 439 条 4 項を適用する。第 445 条及び 447 条は適用しない。

【BGB475 条】（異なる合意）

- (1) 事業者は、事業者に瑕疵を通知する前に行われ、第 433 条から 435 条まで、第 437 条、第 439 条から 443 条まで、及びこの款に定める規定と異なる合意で消費者に不利なものを援用することができない。第 1 文に掲げる規定は、その規定を他の形式で回避するときにも適用する。
- (2) 第 437 条に掲げる請求権の時効は、時効期間の合意が法定の時効の進行開始から二年以内、中古品の場合には一年以内になる場合には、事業者が瑕疵を通知する前に、法律行為により容易に時効を認めやすくすることはできない。
- (3) 第 1 項及び 2 項は、第 307 条から 309 条までの規定にかかわらず、損害賠償請求権の排除又は制限については適用しない。

【BGB476 条】（証明責任の転換）

危険移転から 6 カ月内に瑕疵が生じるときは、危険移転時に物の瑕疵があったものと推定する。ただし、この推定が物又は瑕疵の種類と合致しないときはこの限りでない。

【BGB477 条】（損害担保に関する特則）

- (1) 損害担保の表示（第 443 条）は、簡潔にかつ平易に書かれなければならない。この表示は、次の各号に掲げることをすべて含んでいなければならない。
1. 消費者が有する法律上の権利の指摘及びそれが損害担保によっても制限されないことの指摘
 2. 損害担保の内容並びに損害担保の権利を行使するために必要なすべての重要事項、特に、損害担保による保護の存続期間及び場所の有効範囲、損害を担保する者の名称及び住所
- (2) 消費者は、損害担保の表示をテキスト方式により通知するよう請求することができる。
- (3) 前 2 項に掲げる要件を満たさないときも、損害担保義務の効力を妨げない。

【BGB478 条】（事業者の求償）

- (1) 売却された新規製造物に瑕疵があるため、事業者がその物を引きとらなければならない場合、又は消費者が代金を減額した場合において、売主である事業者が物を販売した事業者（供給者）に対して、売主である事業者が消費者から主張された瑕疵を理由に第 437 条に掲げる請求権及び権利を行使するためには、期間の定めを要しない。

- (2) 新規製造物の売却において消費者により主張された瑕疵が、すでに売主である事業者に危険が移転した時に存在していたときは、当該事業者は、第 439 条第 2 項に基づき消費者との関係において当該事業者が負担した費用の償還を、自己への供給者に対して請求することができる。
- (3) 第 1 項及び第 2 項の場合においては、消費者への危険移転からその期間を起算することを基準として第 476 条を適用する。
- (4) 供給者は、供給者に瑕疵を通知する前に行われ、第 433 条から第 435 条まで、第 437 条、第 439 条から第 443 条まで、本条第 1 項から第 3 項及び第 479 条と異なる合意で事業者に不利なものは、求償事業者に同等の補償が認められていないときは、援用することができない。第 1 文は、第 307 条の規定にかかわらず、損害賠償請求権の排除又は制限については適用しない。第 1 文に掲げる規定は、その規定を他の形式によって回避するときにも、適用する。
- (5) 第 1 項から第 4 項までの規定は、債務者が事業者であるときは、供給の連鎖における供給者その他の買主がその売主に対して有する請求権について準用する。
- (6) 商法第 377 条は、その適用を妨げない。

【BGB479 条】（求償権の時効）

- (1) 第 478 条第 2 項に定める費用賠償請求権は、物の引渡しから 2 年の時効にかかる。
- (2) 消費者に売却された新規製造物の瑕疵に基づいて事業者が自己の供給者に対して行使する第 437 条及び第 438 条第 2 項に定める請求権は、事業者が消費者の請求権に対して履行した時から早くとも 2 カ月での時効にかかる。この完成停止は、供給者が物を売主に引き渡した時から遅くとも 5 年で終了する。
- (3) 第 2 項は、債務者が事業者であるときは、供給の連鎖における供給者その他の買主がその売主に対して有する請求権について準用する。

【BGB823 条】（損害賠償義務）

- (1) 故意又は過失により、他人の生命、身体、健康、自由、所有権、又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- (2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様の義務を負う。法律の内容によれば、有責性がなくても違反を生じる場合には、賠償義務は、有責性があるときに限り生じる。

【BGB831 条】（使用者責任）

- (1) ある事業のため他人を使用する者は、その他人が事業の執行につき第三者に対して違法に加えた損害を賠償する義務を負う。使用者が被用者

の選任に際し、かつ、使用者が設備又は器具類を調達する限りで、その調達又は指揮の際に、取引上必要な注意を尽くしていた場合又はこの注意を尽くしていても損害が発生したであろうときは、賠償義務は生じない。

(2) 契約により使用者のために第1項2文が定める仕事を引き受けた者は、前項と同様の責任を負う。

(26) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 2, 211. 債務法改正時の議論について、潮見・前掲注(14) 349-350頁、同「ヨーロッパ契約法とドイツ債務法」川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』(日本評論社、2011年) 118-119頁〔初出、早稲田大学比較法研究所編『比較と歴史のなかの日本法学——比較法学への日本からの発信』(2008年) 91-120頁〕を参照。

(27) Esser/Weyers, Schuldrecht BT II, 1998, § 51 I, 1 a.

(28) 解除(Rücktritt)は、旧法下における瑕疵担保解除(Wandelung)に代わるものであり、形成権としての性質を有する。代金減額権も同じく形成権である。損害賠償請求権については、従来の「欠点の故意による黙秘」または「保証された性質の欠如」という特別な要件(BGB旧463条)が廃止された。現行法では売主の「帰責事由(故意または過失)」が損害賠償の要件となる(BGB280条)。

第2章 ドイツ瑕疵担保法における物の「瑕疵」概念

第1節 序

本章では、物の瑕疵(BGB434条)について検討する。債務法現代化法が施行されて10年を経過した今日、学説の議論や最上級審レベルでの判例が蓄積され、このテーマを分析するための資料が一定程度整った状況にある。⁽²⁹⁾本章では、学説および判例を中心に現在までの議論を整理したい。

【BGB434条】物の瑕疵

1項 物が危険移転時に合意した性状を有するときは、その物に物の瑕疵はない。性状につき合意のない限り、次の各号のいずれかに該当するときは、その物に瑕疵はない。

1号 物が契約上前提とした使用に適する場合〔その他〕

2号 物が通常の使用に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する場合

物の特定の性質に関する、売主、製造者（製造物責任法第4条第1項及び第2項）またはその補助者による公の表示に基づき、特に広告又はラベル表示により、買主が期待できる性質も、第2文第2号の性状に含まれる。ただし、売主がその表示を知らず、かつ、知ることを要しなかった場合、その表示が契約締結時に同様の方法により訂正されていた場合、又はその表示が購入決定に影響を及ぼさなかった場合は、この限りでない。

2項 物の瑕疵は、合意した組立が売主又はその履行補助者によって適切に行われなかったときも、存するものとする。物の瑕疵は、組立説明書に瑕疵があるときは、組立用の物に存するものとする。ただし、その物が誤りなく組み立てられたときは、この限りでない。

3項 売主が異種物を引き渡すとき、又は引き渡した物の量が過少であるときは、物の瑕疵と同様とする。

第2節 物の瑕疵

第1款 諸論

物の瑕疵に関する中心規定はBGB434条である。同条は、物に瑕疵が存する場合を積極的に定義するのではなく、瑕疵が存しないとされる場合を消極的な形で定義する。この規定の仕方は消費用動産売買指令に倣ったものである。

BGB434条1項は、瑕疵の判断基準を4段階に分けている。まず、①目的物の性状に関する当事者の合意に基づいて瑕疵の有無を判断し（1文）、②性状の合意が存しないときは、契約上前提とした使用方法や使用目的への適合性を問題とする（2文1号）。さらに、③使用方法や使用目的が契約上前提とされなかった場合には、物が通常の使用に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有しているかどうかを問題とする（2文2号）。④2号の性状には、売主または製造者による公の表示に基づき買主が期待できる性質も含まれる（3

文)。このように、新債務法では、主観的・客観的瑕疵概念——第一に当事者の合意を基礎に置き（1文および2文1号）、補充的に客観的基準を用いる（2文2号および3文）——が明文上詳細に規定されている。

第2款 消費動産売買指令

ドイツ売買法の解釈の指針となるのは、消費動産売買指令である。すなわち、売買法に関する規定は、指令適合的に解釈されなければならない（指令適合解釈の原則）。指令の適用領域は基本的に消費動産売買（BGB474条1項）——消費者（指令1条2a項）と事業者（指令1条2c項）との間の売買——に限定されるが、立法者は債務法の現代化に際して指令の準則を売買法一般に及ぼす形で国内法化した。⁽³⁰⁾ それゆえ、指令適合解釈の原則は原則として消費動産売買のみならず売買法全体に及ぶと解されている。⁽³¹⁾

消費動産売買指令において物の瑕疵の有無を判断する基準となる概念は、「契約適合性」である（指令2条1項⁽³²⁾）。目的物の契約適合性を具体化する上で、指令2条2項はaからd号まで4つの要件を定める。前述したとおり、BGB434条は、物に瑕疵が存在しないとされる場合を消極的な形で定める点で指令と一致する。しかし、両者には若干の相違もある。すなわち、指令では2項aないしd号の要件を満たす場合には物が契約適合的であると「推定」されるが、この推定規定はBGB434条には見られない。そのため指令との抵触が問題となるが、「高度の消費者保護水準」を保障するためであれば国内法で指令と異なる規定を置くことも許容され、推定規定を採用しないのはむしろ買主（消費者）にとって有利であることから、BGB434条は指令に抵触しないと解されている⁽³⁴⁾（指令8条2項⁽³⁵⁾も参照）。

第3款 瑕疵担保と契約締結上の過失

BGB434条1項は、「性状」（1項1文）と「契約上前提とした使用」（1項2文1号）という物の瑕疵に関する2つの基本概念を取り入れている。

これらの概念が意味をもつのは、とりわけ瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任（BGB280条1項、311条2項、241条2項）との責任競合が問題となる場面においてである。判例および学説の一致した見解によれば、契約締結前の段階で売主が目的物の性状または使用目的に関する誤った説明をした場合（あるいは必要な説明を怠った場合）、売主の責任としてもっぱら瑕疵担保責任が問題となり、契約締結上の過失責任は排除される（瑕疵担保法優先の原則⁽³⁶⁾）。これに対し、不正確・不十分な説明が目的物の性状にも使用目的にも関係しない場合、換言すれば、目的物に関係のない単なる外在的な事情に関して説明義務・情報提供義務違反がある場合には、もっぱら契約締結上の過失責任の問題となる。このように説明の対象が目的物の「性状」ないし「使用目的」にかかわるか、それ以外の外在的な事情にかかわるかによって売主の責任に重大な影響が生ずるため——例えば、損害賠償の範囲について言えば、瑕疵担保責任の場合には積極的利益の賠償まで認められるのに対し、契約締結上の過失責任の場合には消極的利益に限定される——、「性状」および「使用目的」の概念を明確にする必要がある⁽³⁷⁾。

第4款 主観的瑕疵

そこでまず、「性状（Beschaffenheit）」の意義から検討したい。BGB434条1項1文によれば、物が危険移転時に合意した性状を有するときは、その物に瑕疵は存しない。合意された性状を欠く場合には物の瑕疵が認められるが、ここで「合意された性状を欠く」とは、物の「ある性状」と「あるべき性状」との間に食い違いがあることをいう⁽³⁸⁾。そうすると、物の瑕疵を判断する上で「性状」概念が重要な意味をもつことになるが、1項1文はこれ以上何ら具体的な定義をしていないため、解釈によって同概念の意義を明らかにする必要がある。立法理由書では、「性状」とは、BGB旧法下における「欠点（Fehler）」（BGB旧459条1項）と「保証された性質（die zugesicherte Eigenschaft）」（同条2項）を統一する概念であると説明されているので、現行の「性状」概念を検討する前提として、旧法下に

おける議論を簡単に振り返っておきたい。

第1項 BGB旧法下における議論

瑕疵の判断基準として、旧法では、BGB旧459条1項の「欠点」と同条2項の「保証された性質」という2つの概念が用いられていた。ファウスト (Florian Faust) によると、この2つの概念が「きわめて複雑な三分割⁽³⁹⁾」を生じさせていた。すなわち、物の欠点の有無を決する「性状 (Beschaffenheit)」と保証される性質の範囲を決する「性質 (Eigenschaft)」の関係を明らかにし、加えて「性質 (Eigenschaft)」と瑕疵担保法の規律の及ばない「その他の事情」を概念的に区別する必要があった。

1 「性状」と「性質」

旧法下において、「性状」と「性質」という2つの概念は、次のように理解されていた。判例によると、「性状」には、目的物に直接付着する事情ないしそれと同視しうる環境のみが含まれる⁽⁴⁰⁾。たとえば、購入した土地が海に面しているという事情、公法上の建築制限、あるいは住宅の利用制限⁽⁴¹⁾などは目的物 (土地や住宅) の性状にかかわるものと解されていた。これに対して、「性質」については、当該事情が目的物に「直接付着すること」は必要でない。すなわち、物と環境との結びつきが「性状」の場合よりゆるく解されて⁽⁴⁴⁾いた。こうして、理論的には、「性状」と「性質」の線引きの基準は、物と環境との結合性の程度 (「直接に」付着 (Anhaften) するか否か) に求められることになる⁽⁴⁵⁾。しかし、実際には、この基準から両概念を明確に線引きするのは困難であった⁽⁴⁶⁾。いくつかの事例を取り上げると、たとえば判例では、ヴェーヌスヴェルクを見渡せる眺望は土地の「性状」に含まれるが⁽⁴⁷⁾、800メートル離れた浄化施設から漂う悪臭は土地の「性質」にすぎないとされたり、また、ある絵画を特定の画家が描いたことを保証する鑑定書の存在は絵画の「性質」に属する事柄であるが⁽⁴⁹⁾、金庫の中身に金額の上限なく保険をかけることができるとの事情は金庫の「性質」とはみなされないとされた⁽⁵⁰⁾。しかし、このような性状と性質との

区別が説得的かどうかにつき疑問が呈されていた。なぜ土地の眺望は「性質」ではなく「性状」なのか。反対に、なぜ浄化施設の悪臭を土地の「性状」ということができないのか。鑑定書の存在にかかわる事情が絵画の「性質」とみなされるのに、なぜ保険をかけることができるという事情を金庫の「性質」ということができないのか。多くの学説は判例に対して懐疑的な態度を示していた⁽⁵¹⁾。

2 「その他の事情」

「性状」ないし「性質」には、取引通念上目的物の価値や使用目的に影響を及ぼす環境とその目的物との事実的、経済的あるいは法的な関係が含まれる⁽⁵²⁾。しかし、あらゆる事情が瑕疵担保法の領域で考慮されるわけでもない。そこで、瑕疵担保法にかかわる事情とそうでない事情とを区別するために、2つ目の概念的な線引きの必要性が生じた。すなわち、「性質」と「その他の事情」（目的物に外在的な事情）との線引きである。

リーディング・ケースとしてよく引用される判例（「旋盤事件」⁽⁵³⁾）がある。本件は、売主が引き渡した旋盤が契約当事者間で予定した設置場所に収まらず、買主が当該旋盤を使用することができなかつたという事案である。裁判所は、設置場所の広狭に関する事情は購入物（旋盤）の性質には該当しないと判断した。また、事業目的で購入した乾燥機の排気口が狭かつたため、当該乾燥機を所定の場所に適切に取り付けることができず、完全な排気をする⁽⁵⁴⁾ことができなかったという事案（「乾燥機事件」）で、裁判所は、十分な広さをもつ排気口を備えなければならないという事情は乾燥機の性質にかかわるものではないと判示した。その上で、本判決は、「性質」と「その他の事情」との線引きの基準として「継続性」の要件を示し、ある事情が目的物の性質といえるためには、それが目的物に一定期間付着していなければならないとした。この「一定期間」という継続性の要件が、とりわけ企業売買の事案で重要な意味をもった。たとえば、企業売買において貸借対照表上の記載の誤りが原因で買主が損害を被つた場合（例えば、思ったような売上げが得られなかつた場合）、その記載の誤りは瑕疵担保

責任の問題ではなく、誤情報の提供を理由とする契約締結上の過失責任の問題として扱われた。貸借対照表は当該年度の限りでしか企業に備わらないため、⁽⁵⁵⁾ 企業の性状ないし性質にかかわるものとはいえないとされたのである。

第2項 新債務法の下での議論

新債務法では、旧法下における「性状」と「性質」との区別がなくなった。これに代えて、BGB434条1項は、この両方を統一する概念——「性状 (Beschaffenheit)」概念——を採用している。したがって、従来の意味での「性状」と「性質」との線引きをめぐる問題はもはや生じなくなった。⁽⁵⁶⁾ もっとも、新たに統一された「性状」概念と「その他の事情」との間で線引きをする必要性が依然として残されている。

立法者は新たな性状概念を明確に定義していない。政府草案理由書では、「『性状』概念は定義されるべきでない。とくに、性状に含まれるのが購入物に直接・物的に付着する性質だけなのか、それとも、物それ自体に⁽⁵⁷⁾ 外的に存在する事情も考慮できるのかは判断すべきでない。」と述べられている。立法者は、新債務法の下で瑕疵担保責任が一般給付障害法の中へ取り込まれたことや時効法が改革されたことから、瑕疵担保と契約締結上の過失との競合問題をめぐって展開された議論の重要性が失われると考えていたようである。⁽⁵⁸⁾ しかし、多くの学説は、このような楽観的な期待を抱かなかった。これは以下に紹介する学説および下級審裁判例の議論状況から窺える。

1 「性状」概念に関する学説

(1) 厳格な性状概念

まず、旧法下における判例と同様の厳格な性状概念を採用する見解がある。新債務法が施行されてすぐに出された自動車売買に関する裁判例で、⁽⁵⁹⁾ ハム上級地方裁判所 (2003年5月13日判決) はBGB434条の性状概念について次のように判示した。

「性状とは、物の実際の状態と同義に解される。あらゆる性質、物に付着しているあらゆる事實的、經濟的または法的事情は性状概念に含まれる。性質ないし当該事情は、購入物に原因を有するものでなければならず、かつ、一定期間それに直接（物的）に付着しているものでなければならない。たしかに立法者は性状概念について何も定義しておらず、上述した直接性の要件を認める必要があるかどうかについて判断しなかった。もっとも、物の瑕疵の新規定は旧法下において妥当していた瑕疵概念の変更を意図するものではないし、新規定は主觀的・客觀的瑕疵概念に従っているので、今後も、性状概念は、上記の意味で厳格に解されなければならない。」

学説ではフーバー（Ulrich Huber）が上記判決と基本的に同様の理解を示す。⁽⁶⁰⁾フーバーによれば、『『性状』概念は判例から受容したものであるから、それを従来判例が理解していたのと同様に理解するのが望ましい。それゆえ、434条1項の意味での性状といえるのは、物の物的性質その他購入物それ自体に継続的に付着する事實的、經濟的または法的事情のみである」という。

（2）広範な性状概念

もっとも、性状概念に関する学説全体の議論を見渡すと、上述した2つの見解を支持する見解は少なく、むしろ今日の学説は、BGB434条1項の性状概念を従来よりも広範に解することで一致している。⁽⁶¹⁾ただ、広範な性状概念といっても、具体的な「性状」の理解について様々な見方が示されている。大別すると、①広範な性状概念を採用しつつも一定の限定を設ける見解と、②最広義の性状概念を採用する見解がある。性状概念の理解の仕方に応じて、瑕疵担保と契約締結上の過失との競合問題に対する理解も異なってくる。

① 広範な性状概念を採用しつつも一定の限定を設ける見解

（ア）カナーリス（Claus-Wilhelm Canaris）によれば、BGB旧法下の学説が正当にも否定していた厳格な性状概念をBGB434条に転用すること

はできない。厳格な瑕疵概念は、消費用動産売買指令2条1項の要件と一致しないという。指令2条1項は、「売主は、売買契約に適合した物品を引き渡す義務を負う。」と規定し、物品の「契約適合性」を重視している。問題となる事情が購入物に「直接内在し、又はそれに由来し」なければならぬという趣旨の制限は指令2条から読み取れないし、ヨーロッパ法では間違いなく受け入れられないという。指令適合解釈の要請からは、広範な主観的瑕疵概念が導かれるという。

こうした考え方を基礎に、カナリスは次のような具体例を挙げる。売主が「手入れの行き届いたペンション」として広告した休憩所が、従前ラブホテルとして営業されることで多くの売上げを得ていたという事情があり、また、そのような事情から周辺で良くないうわさがたっていたため、実際には売主が説明したような売上げを得ることができなかった場合、その休憩所は契約に適合する「性状」を有しているとはいえ、BGB434条の意味での瑕疵があるという。さらに、旧法下における判例とは異なり、借家の家賃収入は、その借家の「性状」(BGB434条1項)とみなされるという。家賃収入というのはその借家にとっての性質であり、売主によるコントロールが可能なものだからである。そうすると、企業の収益ないし売上げ並びに貸借対照表上の記載もまた企業の「性状」に含まれ、この場合には、BGB453条1項により、BGB434条の規定が準用されるという。

性状概念を広範に解する結果、売主は従来よりも容易に給付に代わる損害賠償の責任を負わされることになるが(BGB437条3号、280条、281条、283条または311a条)、このような帰結も立法者の2つの態度決定から正当化されるという。すなわち、第一に、BGB旧463条の売主の特権——旧法下では売主の損害賠償責任は悪意または保証がある場合にしか認められていなかった——が廃止されたことである。たとえ売主が過失であっても責任を負わされるのは、立法者の決定に基づくものであるという。第二に、売買法は全体として消費用動産売買指令の準則に適合しなければならないことである。指令適合的な瑕疵概念は、BGB437条3号に基づく損害賠償責任にも影響を及ぼしたと見るのが一貫しており、BGB437条

3号の賠償責任を回避するかのよう性状概念を厳格に解釈するのは立法者意思に合致しないという。

しかし他方でカナーリスは、広範な性状概念を採用することは「性状」の概念を確定するにあたり「限定的な要件をすべて放棄するという意味ではない」としている。むしろ、BGB434条1項の文言は、目的物と環境とが互いに関連し合うことを示しているという。たとえば、指令2条2項aおよびd号では、物品の「性質 (Eigenschaften)」および「性状 (Beschaffenheit)」が問題とされ、3条2項では、「(契約違反の場合における) 消費動産の契約に適合した『状態』へ無償で回復させる請求権」が消費者に認められている。これらの文言を見ると、性状概念を無制限に広げるのは妥当でないことが分かるという。

また、目的論的に考えても、無限定の性状概念を採用することはできないとする。とりわけ、極端な主観的瑕疵概念は、売買法の基本原則——買主リスク負担の原則——との関係で非常に厄介な緊張関係を生じさせるといえる。すなわち、売主自身が責任を負うのは購入物それ自体についてのみであり、購入物と関係のない事情は基本的には買主の引き受けるべきリスク領域にある。したがって購入物に関係のない事情に関する売主の責任としては、瑕疵担保の問題としてではなく、むしろ契約締結上の過失の問題として扱うほうが適切であるという。

以上の検討を踏まえ、カナーリスは、新債務法の下でも、「瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との線引きが依然として重要な意味をもつ」と述べ、次のような事例を用いて両責任の適用関係を示す。

ある者が自宅での練習用であることを売主に示してグランドピアノを購入したが、そのピアノを玄関からも窓からも家の中に搬入することができない場合、そのピアノを買主が自宅での練習用に使用するつもりであることを売主が知っており、かつ同意していたとしても、原則として、そのピアノが「大きすぎる」ことにはならず、BGB434条の意味での瑕疵があるとはいえないとする。予定された使用目的が達成できない原因はそのピアノの性質にあるからではなく、住宅の構造にあるからであるという。この

場合に売主がそのピアノを引き取らなければならないとすると、承認しがたい結果をもたらすことになるという。また、リーディング・ケースである「旋盤事件」に関しては、新債務法の下でも、売主は、瑕疵担保法ではなく、契約締結上の過失に基づく責任を負うにすぎないとしている。この事件でも売却された旋盤が「大きすぎた」わけではなく、設置予定の場所が「狭すぎた」のであり、購入物それ自体は契約に適合した性状を有していたという。これに対して、「乾燥機事件」では物の瑕疵が認められるとする。この事案で異常を示していたのは住宅の排気口ではなく、乾燥機だからというのがその理由である。すなわち、住宅の排気口を乾燥機にあわせて捻げることは物理的に不可能であるが、反対に乾燥機はあらゆる物に適合しなくてはならないという。

(イ) ヴェスターマン (Harm Peter Westermann)⁽⁶³⁾ は、性状概念を「旧法下におけるよりも厳格に解すべきではない」としつつも、無限定の主観的瑕疵概念を採用せず、「瑕疵を基礎づける事情と物との間の関連性」を要求する点でカナリスと同様である。しかし、問題となる事案によっては、カナリスよりも若干広範な性状概念への理解を示す。たとえば、前述した「旋盤事件」に関して、ヴェスターマンによれば、売主の説明に基づいて旋盤が売却されたが、これを買主の予定した場所に設置できない場合、この旋盤が大きすぎるのか、予定した場所が狭すぎるのかを検討するのは無意味であり、むしろ予定された場所へ購入物を設置できることについて合意されているのであれば瑕疵担保責任が問題になるという。

このようにカナリスよりも広範に性状概念を理解する結果、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との競合問題についても評価の違いが現れる。前述したようにカナリスが新債務法の下でも「瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任との線引きが重要な意味をもつ」と理解するのに対し、ヴェスターマンは、この線引きは「それほど大きな実務的意義を生じさせない」としている。このような評価の違いが現れるのは、ヴェスターマン自身が、比較的広範に BGB434 条 1 項の性状概念を理解し、従前、契約締結上の過失で扱われていた事例の多くを瑕疵担保法の領域に取り込めると

の認識をもっているからであろう。

(ウ) シュルツェ/エバース (Reiner Schulze/Martin Ebers)⁽⁶⁴⁾によれば、性状の合意を基礎に置いたBGB434条のもとでは「付着」の要件も「継続性」の要件も問題になり得ないとする。それに加え、消費動産売買指令では、売主の責任の基準が購入物の契約適合性に向けられており、そこでは消費の目的といったような購入物に外在的な事情も契約適合性の判断にあたって考慮されていることを指摘する。新たな瑕疵担保法はこの消費動産売買指令に従っているのであるから、性状概念は従来よりも広く解されなければならないという。したがって、原則として、購入物に関係のあるすべての環境が性状概念に含まれうることになるという。しかし他方で、購入物との関連性を欠く、単なる契約締結前の言明は考慮されないとし、売主の説明が性状の合意の対象となり得ない事情に関するものであった場合には、瑕疵担保責任は生ぜず、契約締結上の過失責任 (BGB280条1項、311条2項) が問題になるだけという。

(エ) ファウスト (Florian Faust)⁽⁶⁵⁾も、瑕疵担保責任の適用領域が旧法より狭くなるべきではないとする。そして、旧法下においては、厳格な瑕疵担保責任の要件 (短期時効、保証または故意がある場合にしか認められていなかった損害賠償) を他の救済手段、とくに契約締結上の過失責任や性質錯誤を理由とする取消し (BGB119条2項) によって回避する努力がされていたが、現在では、瑕疵担保法が一般給付障害法に組み込まれたことや時効期間が伸長されたことによって、その必要性が大きく失われたと指摘する。したがって、購入物の物的性質に関連する環境すべてを性状に含めるべきであるという。たとえば、建築計画法上の建築可能性、眺望、隣地との関係など、一定の領域において物の状況にかかわる事情はすべて性状に含まれるし、賃料収入やビールの売上げに関する事情なども、それらが土地の性状、とくに土地の立地条件に影響される場合には性状に含まれるという。これに対して、購入物の物的状況にかかわらない事情は物の性状に含まれず、たとえば、借地人の支払能力などは性状とは無関係であるという。また、物の瑕疵は「現在」の事情、すなわち「危険移転時」に存

在する事情から導かれるので、過去の事情や将来の事情は考慮されないという。過去や将来の事情に関して誤った説明がされた場合には、買主は受け取るべきはずであった物を受け取っていないのではなく、物を購入するか否かについての意思決定を侵害されているのであるから、契約締結上の過失責任（BGB280条1項、311条2項、241条2項）が問題になるという。

② 最広義の性状概念を採用する見解

以上の見解に対して、BGB434条1項の性状概念をさらに広く解する立場がある。

(ア) ヴォルフ/カイザー (Manfred Wolf/Jochen Kaiser)⁽⁶⁶⁾によれば、BGB434条1項では性状概念が明確に定義されておらず、立法者もこれについて判断するつもりでなかったとされる。しかしながら、BGB434条1項の性状概念をBGB旧459条の中で判例が展開した性質概念と同等に扱うことはできないとする。そして、立法者は当事者の合意を基礎として旧法下における性状と性質の概念を新たな性状概念の中で包摂させているので、現行の性状概念はBGB旧459条2項の性質概念よりも広く解するのが適切であるという。また、旧法下においては購入物に一定期間付着する事情のみが性質に含まれていたが、新法ではこのような制限をする余地はまったくなく、単なる一時的な性質や諸事情もすべて性状概念に包摂されるという。

(イ) ベルガー (Christian Berger)⁽⁶⁷⁾は、当事者の合意を基礎に広義の主観的瑕疵概念を採用する点で一貫した主張をする。また、瑕疵担保の領域を広範に認める結果、契約締結上の過失責任が問題となる余地はないと主張する。

ベルガーによれば、BGB434条1項1文が広範な性状概念を基礎に置いていることは明らかであるという。契約当事者は売主の給付義務の内容を自由に合意することができ、過去に存在した事情や将来の展開に関する事情も性状の合意の目的となりうるという。売主の給付義務の不履行に対す

る法律効果はすべて BGB437 条の瑕疵担保法によって規律されるとする。

広範な性状概念を採用する論拠について、ベルガーは以下の六つを挙げる。

第一に、消費用動産売買指令である。加盟各国は同指令を適切に国内法化する義務を負い、売買法の規定を指令適合的に解釈しなければならず、この指令適合解釈の原則は消費者取引のみならず売買法全体に及ぶという。指令 2 条 1 項は主観的瑕疵概念を基礎に置いており、当事者の具体的な契約を契約適合性の判断基準とする。指令 3 条によれば、売主は、あらゆる契約違反に対して責任を負う。したがって、指令は、購入物の物的性質または継続的な環境との関連性といった制限を設けていないという。

第二に、立法者は性状概念を定義していないが、BGB434 条 1 項 1 文の文言から限定的な要件を読み取ることはできないという。

第三に、広範な性状概念は当事者意思を前提とした解釈を可能にするという。また、買主リスク負担の原則には抵触しないという。すなわち、購入物の使用に伴うリスクは、契約締結前においてはたしかに買主が負担するが、当事者は契約によってそれと異なるリスク配分をすることができるという。

第四に、広範な性状概念を採用することによって、一般給付障害法ではなく、BGB437 条以下の特別な規定 —— 追完請求権 (BGB439 条)、代金減額 (BGB441 条) および時効 (BGB438 条) —— を適用することができることである。ここに定められている準則は、売主および買主の双方の利益に適するという。

第五に、広範な性状概念を採用することによって、性状の合意となる性質とその他の事情との間の厄介な線引きの問題を回避することもできるという。

最後に、広範な性状概念によって、権利売買および企業売買の問題も適切に解決されるという。たとえば、企業の信用状態、売上げ、収益などは、性状の合意の対象となりうるという。

以上から、契約締結前の義務違反を理由とする契約締結上の過失責任が

適用される余地はないと主張する。

(ウ) クレプス (Krebs)⁽⁶⁸⁾ もまた、現行法では、継続性の要件も付着の要件も正当化されないとし、その根拠として、新法の下で瑕疵担保法を拡大する多くの個別準則が規定されたことをあげる。たとえば、広告表示に関する規定 (434 条 1 項 3 文) および瑕疵ある組立説明書に関する規定 (434 条 2 項) が明文化されたこと、453 条で物の売買と権利売買とが同様の規律に服することになったこと、原始的一部無効の際に瑕疵担保責任が認められるようになったこと、並びに 434 条 3 項で異種物給付が瑕疵担保責任の規定に取り込まれたことなどがそうであるという。したがって、従来の「付着 (Anhaften)」の要件はもはや正当化されないという (たとえば、組立説明書は、物に「付着」してないことが明らかであるという)。こう解することによって、情報提供義務違反が瑕疵担保法で処理される可能性が高まり、論理的にはすべての事例を — 少なくとも情報提供義務違反の主要な事例については — 瑕疵担保法によって適切に解決することができるという。

③ 他の学説

上述した学説以外にも、多くの論者が性状概念について検討を加えている。グリゴライト/ヘアレストハル (Hans Christoph Grigoleit/Carsten Herresthal) は、比較的狭い性状概念を前提とし、「BGB434 条 1 項 1 文は、売買契約の締結に際してのあらゆる合意に適用されるのではない。むしろ、この規定は、性状、すなわち物の物的性質にかかわる合意にしか適用され⁽⁶⁹⁾ない。」とする。グルーネヴァルト (Barbara Grunewald) も同様に、⁽⁷⁰⁾「ある食い違いが購入物の物的性状と何のかかわりもない場合には、物の瑕疵は問題となりえない⁽⁷¹⁾」という。これに対して、広義の性状概念を採用する見解は指令適合解釈の要請を根拠とするものが多いが、EU 法の統一という観点から根拠づける見解もある⁽⁷²⁾。また、レデカー (Philipp Redeker) は、指令適合性に加え、① 瑕疵担保法の一般的理念、② 6 か月から 2 年へと延長された瑕疵担保法の時効期間の趣旨・目的および ③

売主が——旧法と異なり——過失の場合にも瑕疵担保法に基づいて履行利益の賠償責任を負うとされた立法趣旨・目的から、瑕疵担保法の広範な適用領域が認められるとし、BGB434条1項の性状概念についても、「売買目的物のその環境との事実的、経済的または法的関係はすべて、売買目的物の性状に含まれる。……売買目的物の環境に関連するものはすべてBGB434条1項に基づく性状の合意の対象となりうる。」⁽⁷⁵⁾という。

2 小括

BGB旧法下で議論された「欠点（性状）」（BGB旧459条1項）と「性質」（同条2項）、及び「性質」と「その他の事情」との線引きをめぐる議論は、主として瑕疵担保法と契約締結上の過失との適用領域を理論的に画定するための試みであった。BGHは、「性状」と「性質」につき、それぞれ厳密な定義を与え、法的安定性の確保に努めたが、学説では批判も強かった。

現行法では「欠点（性状）」と「性質」に関する区別がなくなった。BGB434条1項はこの両方の概念を統一する新たな「性状（Beschaffenheit）」概念を定めている。もっとも、新たな「性状」（BGB434条1項1文）と「その他の事情」との線引きをめぐる問題が現在でもなお残されている。ドイツ新債務法の立法者は、新たな「性状」概念をあえて明確に定義せず、今後の判例および学説の展開にゆだねた。その後10年の議論の中で、BGB434条1項の「性状」概念は旧法下におけるよりも広範に解されるとの理解が学説では一般的になっている。その主な理由として、指令適合解釈の原則があげられる。すなわち、BGB434条1項の「性状」概念は消費動産売買指令の「契約不適合」概念との関係で理解されなければならない。ただし、どこまで「性状」概念を広げてよいかについては見解の対立がある。学説では、旧法下における「旋盤事件」や「乾燥機事件」といった事例を引き合いに出し、「性状」概念の限界を探る試みがされている。

最上級審で、物の「性状」（BGB434条1項）について言及された事件

が2つある。1つは、土地の「収益性」がBGB434条1項の性状（売買目的物である土地の性状）に含まれるとした2010年11月5日のBGH判決⁽⁷⁶⁾であり、もう1つは、居住目的で利用する土地に毒素（シアン化合物）を含む地下水が貫流しているという事情の下で当該土地の瑕疵を肯定した2012年11月30日のBGH判決⁽⁷⁷⁾である。これらの判決からは、BGHが広範な「性状」概念を前提にしていることが窺える。ただし、1つ目の事件の主たる争点は、瑕疵ある目的物が引き渡された場合における代金減額の算定方法および代金減額（BGB411条）と損害賠償（BGB437条3号、281条1項）との関係性についてであり、目的物の瑕疵に関する叙述は傍論にすぎない点⁽⁷⁸⁾、2つ目の判決は、直接には、BGB434条1項2文2号の「客観的瑕疵」を肯定した事件であったため、正面から主観的瑕疵——「性状」概念の射程——を論じたものではない点⁽⁷⁹⁾に留意したい。今後、「旋盤事件」や「乾燥機事件」のような瑕疵担保責任の限界事例において「性状」概念の射程を検討するBGH判決が現れるのを待ちたい。

第3項 性状の「合意」

性状は、契約当事者間で「合意」されなければならない（BGB434条1項1文）。売主の一方的な言明では不十分である⁽⁸⁰⁾。もっとも、性状の「合意」が認められるためには、損害担保で要求されるような明確な保証意思までは必要ない（後掲のBGH, NJW 2007, 1346）。売主が特定の性質に関して一方的に述べた言明につき買主が異議を留めることなく承諾した場合⁽⁸¹⁾には、性状の合意が認められる。これに対し、売主が契約交渉過程において「第三者」の言明を利用している場合には問題が生ずる。たとえば、中古車売買において、売主が「前主によると、事故による毀損はない。」旨を買主に告げていた場合、当該中古車が「無事故車」であることについて性状の合意があるか否かが問題となる（後掲のBGH, NJW 2008, 1517）。

1 判例

(1) 性状の合意と損害担保との線引き (BGH, NJW 2007, 1346.)

性状の「合意」の意義を明らかにするにあたり、まず、性状の合意 (BGB434 条 1 項 1 文) と損害担保 (BGB443 条、444 条) との関係について検討する。取り上げる素材は、損害担保の合意が認められるための要件を示した BGH 判決である。⁽⁸²⁾ 事案の概要と判旨は、次のとおりである。

【事案の概要】

本件は、eBay というインターネットオークションによる中古オートバイの売買契約の事案である。売主 (被告) は契約書の「説明」の欄に「走行距離：30,000 km」、「オートバイを担保責任なしに売却する……」と記載していた。しかし、鑑定人の鑑定によると、本件オートバイの走行距離は実際には 48,964.25 km であった。

本件における主要な争点は走行距離に関する被告の言明が損害担保としての効力をもつのか (BGB444 条後半部分)、それとも性状の合意としての効力しか認められないのか (BGB434 条 1 項 1 文) という点にある。控訴審は損害担保としての効力を肯定したが、BGH はこれを認めなかった。その理由は次のとおりである。

【判旨】

現行法の損害担保 (Garantie) を考えるには、旧法下における性質保証に関する判例を参照しなければならない。それゆえ、損害担保が成立するのは、物の瑕疵について過失を問わず保証するという売主の法律行為上の意思が確認できる場合に限られる。損害担保を引き受けた場合には、保証した性状が認められないことについて売主に帰責性がない場合 (BGB276 条 1 項 1 文) または買主が重過失によって瑕疵を認識しなかった場合 (BGB442 条 1 項 2 文) であっても損害を賠償しなければならないが、このような結果の重大性を考えると、保証義務の黙示的な引受けを認定する際には、とくに慎重な態度が求められる。より具体的には、売主が事業者か、それとも単なる私人かが損害担保を認定するにあたって重要な判断要素となる。特に消費者取引の場合、売主たる事業者が自ら損害担保を引き

受けるつもりがないのであれば、買主に対してその旨を明確に伝えておく必要がある。これに対して、私人間での売買の場合、たとえ売主が自ら示した走行距離を保証するつもりはないことを明示していなかったとしても、原則として、そこから性状の損害担保が引き受けられたものとみることはできない。

以上のとおり判示し、本件では損害担保ではなく、黙示の性状の合意が認められるとした。

(2) 性状の合意（主観的瑕疵）と客観的瑕疵との線引き（BGH, NJW 2008, 1517.）

続いて、売主が自分以外の第三者の言明を契約交渉過程で引き合いに出した場合に性状の合意を認めることができるかが問題となった事案を検討する。

【事案の概要】

2004年5月24日の契約において、原告は、乗用車（最初の運行許可日2001年7月25日、走行距離54,159 km）を24,990ユーロで購入した。注文書における「前主に確認した事故による毀損」の項目には、「毀損なし」との記載があった。同年8月、原告がその乗用車を転売しようとした際、当該車の後部に事故による毀損があることが判明した（原告が元の所有者に問い合わせたところ、元所有者の同僚が車でバックする際にガレージの門に車をぶつけたことが原因のようである。）。そこで原告は、同年8月13日付の弁護士書面によって売買契約の解除の意思表示を行った。原審が請求を棄却したのに対して、原告が上告した。

本件における主要な争点は2つある。1つは、自動車取引業者の中古車売買において、「前主によると、事故による毀損は存しない」との説明がされた場合の解釈——「性状の合意」が認められるか否か——、もう一つは、契約解除を排斥する「重大でない義務違反」（BGB323条5項2文）の解釈である。以下、とくに前半の論点に絞って判旨を紹介する。

【判旨】

本件では、売却された乗用車が無事故車であるとの内容の積極的な性状の合意は存しない。「前主によると」との表現は、明らかに、無事故車でない場合に被告自身が責任を負うつもりはないことを示している。買主としても、売主が説明の正確さに対する責任を引き受けるつもりがあるとか、当該性質が欠ける場合に責任を負うつもりがあるなどと期待することはできない。同時に、被告の説明から消極的な性状の合意を認めることもできない。そうすると、積極的な性状の合意も消極的な性状の合意も認められない本件の場合、「前主によると、事故による毀損は存しない」旨の注文書における被告の説明は、観念の表示または——より正確には——観念の通知となる。⁽⁸³⁾これと同旨を言う原審の判断は適切である。しかし、本件では、性状の合意（1項1文）が否定される場合でもなお、瑕疵の存否を判断するために第2号の要件（「その物が通常の使用に適し、かつ、同種の物につき普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する場合には、瑕疵が存しない。」）を検討しなければならなかった。原審は、この点を看過している。本件では、第2号の意味での瑕疵が認められる。

第4項 契約上前提とした使用（BGB434条1項2文1号）

(1) 当事者間における性状の合意が認められない場合、次に、BGB434条1項2文1号に従い、その物が「契約上前提とした使用に適する」か否かを検討しなければならない。1項2文1号の事例では、当事者の認識は目的物の性状ではなく、その特定の「使用目的」に向けられている。⁽⁸⁴⁾したがって、目的物の性状は合意されなくても、その目的物の使用目的が契約当事者間で前提とされる場合がある。たとえば、調理人が業務用の調理用機器を厨房に設置することを目的として購入する場合、その調理用機器に付属するモーターも当該機器を長時間稼働させるに足る頑丈なものでなければならない。グラフィック処理を主たる目的としてパソコンを購入する場合、そのパソコンは大容量のデータを保存できるものでなければならない。あるいは、居住目的で家を購入する場合、取り壊し予定の建物の

売買などとは異なり、その住宅には雨水などを浸水させない屋根や窓が備わっていなければならない⁽⁸⁵⁾。最近の判例に、建物の外壁にアスベストのセメントタイルが張られた住宅には BGB434 条 1 項 2 文の意味での瑕疵が認められるとされた事例がある。本件では、当事者間の性状の合意——建物の外壁にアスベストは使用されていないとの当事者間の合意——は認められなかったが、アスベストの使用が買主の居住目的を侵害するとして瑕疵が肯定されたものである⁽⁸⁶⁾。また、地下室付住宅の売買で、地下室に湿気（およびそれに伴うシミ）が現れている場合に、当事者がその地下室を居住目的で使用することが契約上前提とされているときは、当該建物に瑕疵が認められるとされた事例がある⁽⁸⁷⁾。

(2) BGB434 条 1 項 2 文 1 号（主観的瑕疵）と 2 号（客観的瑕疵）との関係について、条文の規定の仕方および 1 号末尾の「その他 (sonst)」という文言から、主観的瑕疵（1 号）が客観的瑕疵（2 号）に優先することが分かる。したがって、目的物が通常の使用に適しておらず、あるいは普通の性状を有していない場合であっても、契約上前提とした使用に適している場合にはその物に瑕疵はない。消費用動産売買指令では主観面と客観面を含め契約適合性の要件がすべて満たされていることが前提とされている⁽⁸⁸⁾が、同指令も当事者の契約自由を制限するものではないから、当事者が通常の使用または普通の性状に適しない目的物について合意すること自体は妨げられないと解される。

(3) 「契約上前提とした使用」の概念の射程が「性状」の概念と一致するか、それとも両概念は異なる射程をもつかが問題となる。学説では見解が分かれている。一方では、「契約上前提とした使用」が BGB434 条 1 項 2 文 1 号で独立に規定されていることから、これを「性状」と切り離して理解するのが適切であると主張する見解がある⁽⁹⁰⁾。この見解によれば、性状にかかわらない事情でも、使用適性の欠如を理由に物の瑕疵が認められる余地がでてくる。たとえば、ファウストによれば、購入した土地の借地人が支払不能の状態にある場合や自動車の保険料が高額であることから車を⁽⁹¹⁾使用できない場合などには使用適性の欠如が認められるという。これに對

して、両概念の射程を同一に解する立場は、1項2文1号の「契約上前提とした使用」においても購入物の「性状」への適合性が問題となっているにすぎないと理解する。後者の見解においては、「性状の合意」と「契約上前提とした使用」とが明文上区別して規定されていることの意義が問われるべきであるが、これについては論者自身、「この区別は定かでない」としつつも、区別する「⁽⁹³⁾ 実際上の意義はない」と述べている。解釈によっていずれかを認定すれば足りるとい⁽⁹⁴⁾う。この問題は「性状」概念の射程に関する問題とも密接に関連するので、前項で紹介した性状概念の理解の多様性を踏まえた検討が必要になる。

(4)「契約上前提とした」というために、当事者間において「性状の合意」(1項1文)と同様の意味での「合意」を要するかが問題となる。すでに旧法下において議論されていた問題であるが、新債務法の立法者は態度決定を留保した⁽⁹⁶⁾。学説では2つの異なる考え方が示されている。カナーリスは、1項2文1号では「契約上前提とした」使用が要求されているにすぎないこと、また、指令2条2項b号⁽⁹⁷⁾—— 売主が買主から提示された目的に「同意」した —— の文言からも法律行為上の「合意」が存する必要はないとい⁽⁹⁸⁾う。これに対してハースは原則として「合意」を必要とするとし、1号が「前提」としているのはこの合意が黙示でも認められることを明らかにしたものと解する⁽⁹⁹⁾。

第5款 客観的瑕疵

第1項 諸論

目的物のあるべき性状が明示または黙示の合意からも (BGB434条1項1文)、さらには契約上前提とされた使用 (BGB434条1項2文1号) からも明らかにならない場合、BGB434条1項2文2号に基づいて客観的瑕疵の有無が判断されなければならない。客観的瑕疵の有無は、同規定によると、「物が通常の使用に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する」かどうかで判断される。

以下ではまず、客観的瑕疵 (BGB434条1項2文2号) に関連する

BGH 判決を紹介し、次いで、(i) いかなる場合に物が「通常の使用」に適するといえるか、(ii) 「同種の物において普通の性状」とは何か、(iii) 「買主がその物の種類から期待できる性状」とは何かにつき、個別的に検討する。

第2項 BGH 判決

【1】連邦通常裁判所 2007 年 2 月 7 日民事第 8 部判決 (BGH, NJW 2007, 1351.)⁽¹⁰⁰⁾

原告 (買主) は、被告 (売主) から、1998 年生まれの雌馬を 7,000 ユーロで購入した。原告がその雌馬を購入した動機は、レジャー目的で乗馬を行うこと、また、万全の準備を整えた上で馬のレースに出場させることであった。しかし、その雌馬の鞍が取り付けられた部分 —— 2 つの椎骨の棘突起の間の部分 —— に軽度の硬化症が現われていた。そこで、原告はその雌馬には瑕疵が存すると主張し、売買契約の解除の意思表示を行った。争点は、このような雌馬の症状が BGB434 条 1 項の「瑕疵」に該当するか否かである。

BGH は、判断を行うにあたって次のような定式を立てる。すなわち、「BGB90a 条に基づいて動物に準用される BGB434 条 1 項によれば、物は、それが危険移転の際に合意された性状を有している場合には瑕疵がない。同条 2 文によれば、物の性状が合意されていない場合には、それが契約上前提とした使用に適しているときには瑕疵がないものとされる (1 号)。さらに、その物が通常の使用に適し、かつ同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する場合も同様に瑕疵がないものとされる (2 号)。」。

このように述べた上で、BGH は、本件において「性状の合意」はされていないとし、引き続き、BGB434 条 1 項 2 文各号の検討を行う。

まず 1 号について、BGH は、2 つの椎骨の棘突起の周辺に現われている軽度の硬化症がレジャースポーツないし競馬用の乗用馬として契約上前提とした使用に適するかを問題とし、今後、契約上前提とした目的でその

雌馬を使用できなくなる臨床上の症状が現われる蓋然性はきわめて低いと判断して瑕疵を否定した。⁽¹⁰¹⁾

次に2号について、「物が通常の使用に適し、かつ同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状」を有しているかを検討する。その際まず、原審の認定から、本件馬が「通常の使用」に適さないとはいえないと判示する。次いで、以下の理由から、本件馬が「同種の物について普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有していないことを認めることもできない。」という。

第一に、「普通の性状」について言えば、「生物学上または生理学上の『理想的な状態 (Idealnorm)』」にあらゆる点で適合することが、動物の『普通』の性状にとって必要というわけではない。……すなわち、動物というのは生き物であり、それは絶えず成長し、——物と異なり——個体差を有しており、それに応じて、そこから生ずる異なったりリスクを有しているのである……。生き物の場合には、生理学上の理想的な状態との一定の——後天性または遺伝に基づく——差異が経験則上しばしば見られる。それゆえ、乗用馬の買主は、特別な合意がなければ『理想的な』資質を備えた動物を受け取れることを誠実に期待することはできず、通常は、自らが購入した動物には何らかの理想の状態との生理学上の差異——生き物にとって通常の差異——があることを考慮に入れておかなければならない。⁽¹⁰²⁾ 第二に、BGB434条1項2文2号にいう「買主の期待」とは、「買主……が実際にいかなる事情を期待しているか」ではなく、「買主がその物の種類からいかなる性状を期待することができるか」である。つまり、ここでの期待に含まれるのは、個々の買主の期待ではなく、「客観的に正当な買主の期待 (die objektiv berechtigte Käufererwartung)」である。そして、その基準は原則として上述した「普通の性状」に対応する。原審は「市場」における価格の下落をもって物の瑕疵を正当化するが、以上⁽¹⁰³⁾に述べた理由から、この判断は是認できない。

BGHは、このように判示して、原告主張にかかる雌馬の症状についてさらに審理を尽くさせるため、本件雌馬の瑕疵を認めた原判決を破棄し、

本件を原審へ差し戻した。

【2】連邦通常裁判所 2007 年 10 月 10 日民事第 8 部判決 (BGH, NJW 2008, 53.)⁽¹⁰⁴⁾

原告は、被告から、中古車（最初の運行許可日 1999 年 8 月 24 日、走行距離 54.795 km、代金 9,000 ユーロ）を購入した。当該中古車には、左のドアおよび左側後部側面部分の車体にへこみがあり、原告の 2 回にわたる問い合わせにもかかわらず、被告はその原因を明らかにしなかった（なお、地方裁判所で行われた鑑定人の鑑定によれば、車の前所有者による事故が毀損の原因である）。被告により、左のドア部分に瑕疵が存するのであればドアを交換させること、それ以外の瑕疵に対しても修補ないし追完をする準備があることが原告に対して説明されたが、原告はそれを拒絶し、売買契約の解除を請求した。争点は、本件中古車の「事故歴」が瑕疵に該当するかどうかである。

地方裁判所は、車体のへこみが「軽微」であることを理由に、本件中古車には瑕疵がないとした。これに対して原告が行った飛躍上告を本判決は是認した。原告の請求を認容するにあたって、BGH は以下のような理由を述べている。すなわち、まず、本件中古車が無事故車であることについて「性状の合意」がされたか否かを問題とし、BGH はこれを否定する。また、BGH によれば、本件中古車のあるべき性状は、契約上前提とした使用 (BGB434 条 1 項 2 文 1 号) からも明らかとならない。したがって、本件中古車における瑕疵の存否は、「本件車が通常の使用に適し、かつ同種の物について普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する」かどうかで判断される (BGB434 条 1 項 2 文 2 号)。そして、本件のように乗用車が毀損している場合に問題となるのは、その毀損の程度が買主の甘受すべき「軽微な損害」であるか、それとも買主にとって予想できない異常な瑕疵であるのか否かの判断である。BGH によると、乗用車の売買の場合、「軽微な損害」の認定はきわめて厳格に行わなければならない（たとえば、BGH の確定判例によれば、「軽微な損害」と判断されるの

は、外観上きわめて軽微な塗装損害くらいである)、乗用車が事故により毀損したという事実は、それだけでBGB434条1項2文2号の意味での物の瑕疵となる。中古車売買の事案でも、特別な事情が存しない限り、買主は無事故車であることを期待できる。以上のとおり判示して、本件中古車の瑕疵を認め、原告による売買契約の解除を認容した。

【3】 連邦通常裁判所 2008年3月12日民事第8部判決 (BGH, NJW 2008, 1517.)

前款第二項1(2)で紹介した判決である。本件では、中古自動車の売買において、「前主によると、事故による毀損は存しない」との説明がされた場合の解釈につき、明示または黙示の性状の合意が認められるかが主たる争点となった。BGHはこれを否定した後、本件事故車について瑕疵が認められるか否かにつき、さらにBGB434条1項2文2号の客観的瑕疵を検討している。そこでの判示事項は、前記【2】判決とほぼ同様な⁽¹⁰⁵⁾で、詳細は省略する。結論として、原告(買主)による契約の解除を否定した原判決を破棄し、本件を原審へ差し戻した。

【4】 連邦通常裁判所 2009年3月4日民事第8部判決 (BGH, NJW 2009, 2056.)

原告は、被告から、新車のディーゼル車を26,470,01ユーロで購入した。その自動車には、ディーゼル粒子フィルターが取り付けられている。原告が短い距離の運転を繰り返していたとき、この粒子フィルターの詰まりが原因で、自動車がたびたび不具合が生じた。そこで、原告は売買契約の解除の意思表示を行った。原審、原々審ともに原告の請求を認容した。これに対して被告が上告し、BGHは以下のような理由から、原判決を破棄・差し戻した。

本件で、原告の自動車にBGB434条1項1文2号の意味での瑕疵が存するかどうかを判断するにあたって比較の対象とできるのは、同じくディーゼル粒子フィルターの取り付けられた自動車である。したがって、

粒子フィルターの付いていないディーゼルエンジンを搭載した自動車と比較の対象とすることはできない。なぜなら、民法は明示的に「同種の物」について普通であり、「その物の種類から」買主が期待できる性状を要件としているからである。原審で行われた鑑定人の鑑定によれば、今日の技術水準からすると、ディーゼル粒子フィルターが取り付けられている自動車は、どのメーカーのものを見ても、基本的に短距離の走行を目的とした使用には適さない。なぜなら、粒子フィルターを再生するには、排ガスの温度を高温にして粒子状物質を燃焼させる必要があるが、長い距離をかけて走行しなければ、通常、このような高温に達しないからである。BGB 434 条 1 項 2 文 2 号に基づく期待できる性状を検討する際に重要なことは、個々の買主の具体的な認識ではなく、買主が「その物の種類から」いかなる性状を期待できるか——すなわち、客観的に正当な期待——である。本件において、短距離の走行をした場合であっても通常のディーゼル車と同じように車を使用できるという買主の期待は保護されない。

【5】連邦通常裁判所 2009 年 3 月 10 日民事第 8 部判決 (BGH, NJW 2009, 1588.)

中古車売買の売主たる原告が、買主たる被告に対して、契約解除に基づく損害賠償を請求した事案である。

2006 年 9 月 14 日、被告は原告から一台の中古車を購入した。この自動車の最初の運行許可日は 1996 年 3 月 10 日であるが、運行許可に関して許認可の権限をもつ所轄官庁が新たな使用許可を与えなかった。再許可を申請する前の 19ヶ月間、その自動車を動かしていなかったことが原因である。許可に必要な書類を取得した後、原告は、2006 年 9 月 27 日に再度その車の引渡しを準備し、被告に対して同年 10 月 6 日までに引き取りに来るよう求めた。しかし、被告は、本件売買契約は定期行為であると主張し、2006 年 9 月 29 日の書面で売買契約解除の意思表示を行った。これに対して、原告は、改めて期間を設定し、この期間が徒過した後、自ら売買契約の解除の意思表示を行った。その後、原告は、第三者に当該自動車を売却

し、被告との契約における売買代金と第三者に売却した際の自動車の売買代金との差額（および弁護士費用）を損害賠償として請求した。

本件における争点は、19 か月間動かされることなく放置されていた中古車に BGB434 条 1 項 2 文 2 号の意味での瑕疵が認められるかどうかである。原審が、19 か月間という長期間車をほったらかしにしておくと停止したままの状態では技術的な欠陥が生ずる危険があるとして瑕疵を認めたのに対し、BGH は以下のとおり判示して原判決を破棄し、本件を原審へ差し戻した。

「比較的古い中古車の運転停止期間に関して、その自動車が BGB434 条 1 項 2 文 2 号の意味で物の瑕疵を有するかどうかを検討する際には、原則として、運転停止期間それ自体を考慮するのではなく、その自動車を動かさないことが原因で、それに相当する期間動いていた同種の自動車であれば通常存在しない瑕疵が生じている否かを考慮しなければならない。本件では、このような事情は認められない。運転しなかったことで生じた瑕疵を被告は主張していないし、その余の点についても明らかでない。」

【6】 連邦通常裁判所 2009 年 5 月 20 日民事第 8 部判決 (Urt. vom 20. 5. 2009. - VIII ZR 191/07.)⁽¹⁰⁶⁾

本件では、中古車の売買契約締結後に当該自動車に対してつけられた引っかけ傷（塗装のはがれ）を修復するために新たな塗装を上塗りしたことが自動車の瑕疵といえるかが問題となった。本件中古車の買主たる原告は、自動車の瑕疵を理由に、期間を定めることなく本件売買契約を解除し、支払済みの内金（売買代金 32.900 ユーロのうちの 5.000 ユーロ）の返還を請求した。これに対して被告は残代金の支払いを求めて反訴した。

BGH は、次のとおり判示した。すなわち、引っかけ傷による塗装のはがれを修復するために新たな塗装を車体の上塗りした結果、当初の塗装が覆い隠されたという事情があっても、それは BGB434 条の意味での瑕疵といえない。本件では、当初の塗装のまま自動車を引き渡すことについて当事者間の性状の合意がなく、また、BGB434 条 1 項 2 文 2 号の意味で

の瑕疵も認められない。なぜなら、新たな塗装が適切に行われ、当初の塗装に上塗りがされた状態の自動車は、同年式の中古車について普通の性状を有しているといえるからである。中古車の場合、個々のパーツすべてが当初のままの状態にあることは普通の性状の要件に含まれない。買主は、中古車が修復される以前の塗装であることを期待することもできない。自動車の使用により塗装のはがれ——これは新たな塗装により修復されている——が生じていても、それが「通常でない」とはいえない。

以上のとおり判示して、被告の残代金の支払の主張につき、本件中古車の塗装のはがれが適切に修復されているかを確定させるため、本件を原審へ差し戻した。

第3項 判例および学説の整理

1 通常の使用

物が通常の使用に適さない場合、BGB434条1項2文2号により、その物には瑕疵がある。もっとも、性状の合意ないし契約上前提とした使用がこれに優先する場合は別である。当事者は、通常の使用に適さない物についても自由に合意することができるからである。このような主観的合意が認められない場合の客観的な瑕疵の判断基準が問題となるが、まず、「通常の使用」に関して言えば、これは原則として取引通念に基づいて定まる。その基準となるのは、「平均的な買主」の視点である⁽¹⁰⁷⁾。たとえば、音量調節のできないラジオなど、その製品にとって基本的な性能が欠けている場合には瑕疵があるといえる。自動車の場合には一般的な技術水準に照らして「通常の使用」に適するか否かが決定されるのであり、当該メーカーの技術水準によって決まるわけではない⁽¹⁰⁹⁾。とくに輸入車の場合、基準となるのは技術水準の低い製造地の水準ではなく、自動車産業全体の水準である⁽¹¹⁰⁾。また、買主の期待は、自動車の車種やグレードに応じて、その保護範囲が確定される。すなわち、個々の自動車（中古車か新車か、ガソリン車かディーゼル車か、大衆車か高級車かなど）に応じ、それに対応する同じタイプの車種やグレードの自動車と対比して「通常の使用」ないし「平均的

な買主の期待」に適合しているか否かを判断することになる（【4】）。

通常の使用への適性は、その物を実際に通常の方法で使用できるだけでなく、その使用方法が法的にも許容されていることが前提となる。たとえば、自動車は、公道での運転が許可されるものでなければ通常の使用に適するとはいえない（【2】⁽¹¹¹⁾【5】）。多くの買主にとって簡単には使用できない物に使用方法の説明書が添付されていない場合、あるいは、添付されていてもそれが適切でない場合や理解するのが困難な場合にも、通常の使用への適性が欠ける⁽¹¹²⁾。旧法では、このような事例が付随義務違反の問題として扱われていたが、新債務法の下では瑕疵担保責任で処理される⁽¹¹⁴⁾。建築物の場合には、必要な建築許可が下りない建物には通常の使用への適性が欠ける⁽¹¹⁵⁾。また、アスベストのセメントタイルが張られている住宅は通常の使用に対する適性を欠くとされた事例がある⁽¹¹⁶⁾。

2 普通の性状

普通の性状は、「通常の使用」と同様、取引通念に基づいて定まる⁽¹¹⁷⁾。

中古品について普通の性状を判断する際、同じ種類の新品を比較の対象とすることはできない。たとえば、中古車の場合、同程度の年式・走行距離を示している車と比べて損耗の程度がどれほど激しいかが一つの基準となるのであり、新車を比較の対象とすることはできない⁽¹¹⁸⁾。BGHの確定判例によれば、中古車の通常損耗または「軽微な毀損」は原則として瑕疵とならないが、⁽¹¹⁹⁾「軽微な毀損」といえるのは外観上きわめて軽微な塗装の剥がれくらいであり、事故による傷がある場合は原則として「軽微な毀損」とはみなされない（【2】【3】）。また、最近のBGH判決によれば、中古車の場合、その自動車に使われている部品すべてがオリジナルのままであることはBGB434条1項2文2号の意味での普通の性状に含まれない。個々の部品が新品の部品と取り換えられた場合であってもその自動車が普通の性状を有していることに変わりはない（【6】）。

これに対して、新車の場合、製造から売買契約の締結まで12か月を経過しておらず、販売時点においてもその型の製造が継続的に行われている

ときは、その自動車はいまだ新車とされる⁽¹²⁰⁾。もっとも、その間、輸送や試乗以外で車を運転すれば別である⁽¹²¹⁾。なお、この12か月という期間は新車か否かを判断する際に用いられる基準であり、中古車の場合、たとえば19か月という長期の運転停止期間があったとしても、それだけでは物の瑕疵があることにならない〔5〕。

食料品の場合、賞味期限切れは物の瑕疵となる⁽¹²²⁾。たとえ商品の実際の品質には問題がない場合でも、そのような商品は買主がすぐに消費してしまわなければならない物であるから、少なくとも普通の性状を有しているとはいえない。

そのほか、梱包の瑕疵やラベルの瑕疵がある場合も普通の性状を欠く。また、土地の売買の場合には、産業廃棄物の埋まった土地は普通の性状を有する⁽¹²³⁾とはいえない。書籍や出版物の場合、表紙にシミや汚れなどが付着していたり、記載内容に誤りがある場合には普通の性状を有している⁽¹²⁴⁾とはいえない。もっとも、内容面に関しては、法的判断を加えるのが微妙なケースもあり、最終的には作品の性格によって個別に判断される。たとえば、作品の風潮が好ましくないからといって瑕疵がある⁽¹²⁴⁾とは言えないが、主として情報の提供を目的とした書籍や出版物については、内容面がより厳格に審査される⁽¹²⁵⁾。とくに記載内容の誤りが頻発するような場合や重要な部分について誤りがある場合——情報源としての価値自体が疑問視されるような場合——には瑕疵があるといえる。

3 期待できる性状

期待できる性状は、通常は「普通の性状」と一致する。「買主の期待できる性状」とは、原則として「客観的に正当な買主の期待 (die objektiv berechtigte Käufererwartung)」に適した性状をいい、個々の買主が抱く無限定の期待が保護されるわけではない。たとえば、動物の買主は、動物の個体差を無視して「理想的な」資質を備えた動物を期待することはできない〔1〕。同じく、ディーゼル粒子フィルターが装備されたディーゼル車を購入した買主は、同タイプのディーゼル車が通常備えている性状を期

待できるのであって、粒子フィルターが取り付けられていないディーゼル車や普通の乗用車が有する性状を期待することはできない（【4】）。これに対して、自動車に事故歴があることは、——たとえ販売された自動車が「中古車」であり、通常の運転には支障がないとしても——客観的に正当な買主の期待に反しており、普通の性状を有しているとはいえない（【2】【3】）。

第4項 公の表示

1 諸論

BGB434条1項2文2号の普通の性状および期待できる性状は、売主または製造者の公の表示によっても確定される（BGB434条1項3文）。この規定は、消費動産売買指令2条2項d号を国内法化したものであり、新債務法ではじめて瑕疵担保法に導入された⁽¹²⁶⁾。ここで、1項3文が問題としているのは、**契約内容にならない表示**である（1項3文が客観的瑕疵（1項2文2号）に関連することは規定の文言から明らかである）。反対に、この公の表示に基づいて特定の性質が**契約内容に含まれる場合には**、1項1文が適用される⁽¹²⁷⁾。たとえば、売主がみずからの広告を契約の交渉過程で用いた場合に、契約当事者間で特定の性状が合意されることがある。したがって、1項3文の規定がとりわけ重要な意味をもつのは、買主が製造者の広告ないし公の表示を信頼して目的物の購入を決定したけれども、実際の契約交渉の中では売主も買主もそれを前提としていない場合である⁽¹²⁸⁾。

最近の判例に1項3文における売主の瑕疵責任の判断構造を具体的に示したものが⁽¹²⁹⁾ある（2009年2月4日BGH判決）。事案と判旨は、次のとおりである。

本件の原告は差止訴訟法4条に従い連邦行政庁の適格団体リストに登録された消費者団体であり、被告は携帯電話の販売・サービスを行う事業者である。被告の使用する携帯電話のカタログには、次の内容が小さな字で記載されていた。

「価格はすべて税込み価格です。在庫には限りがあります。都合により

製品を変更することがあります。また、記載内容に誤りがある場合があります。写真はイメージです。』

訴外U（消費者・顧客）は被告の誤ったカタログの記載に基づいて商品を購入したところ（T-Mobile Netkarte “Data 30” という商品が容量 “100 MB”、月々の使用料 30.00 ユーロと記載されていたところ、“Data 30” のインターネットカードは実際には容量 “30 MB” であったというものである。）、Uの苦情の知らせを受けた原告が、被告に対し、カタログを用いて消費者との間で契約を締結する際には「都合により製品を変更することがあります。また、記載内容に誤りがある場合があります。写真はイメージです。」等の記載をしないよう差し止めを求めたのが本件である（結論として、原審では原告の請求が棄却され、BGHも原告の上告を棄却している。）。その際、BGHは、客観的瑕疵に対する主観的瑕疵の優先について以下のとおり判示した。

「カタログに記載されている製品やその価格・品質に関する説明は、それだけで契約の内容となるものでなく、その説明が契約締結時までに被告によって修正されることからすれば、一時的なものにすぎず、何ら義務を生じさせるものではない。したがって、『都合により変更することがあります。また、記載内容に誤りがある場合があります。』との記載は、契約締結の際に意思表示があってはじめてカタログで表示された製品が契約内容となるのであり、カタログの説明だけでは未だ十分でないことを示している。製品の品質に関するカタログの説明は、BGB434条1項3文の要件の下で売主の瑕疵責任にとって重要な意味をもつ。これは確かであるが、その場合でも契約上の意思表示が優先することには変わりはない。これはBGB434条1項3文でBGB434条1項2文が参照されていることから明らかである。誤って記載された広告の説明を契約締結の際に示された意思表示によって修正することは可能であるし、許される。誤りや変更があることが留保されている点に、このことが適切に現れて⁽¹³⁰⁾いる。」〔強調筆者〕。

判決文の中でも確認されているとおり、BGB434条1項3文が問題とし

ているのは客観的瑕疵（1項2文2号）であり、これが売主の瑕疵責任の判断にとって重要な意味をもつことは明らかであるが、その場合でも、当事者は契約締結過程で公の表示（本件ではカタログ）の内容を個別に変更することができるのであるから、売主の最終的な瑕疵責任の判断にあたっては、当事者の契約上の意思表示をもっとも重視しなければならない。したがって、公の表示に基づいて当事者が契約内容に含めた特定の性状が欠ける場合には、客観的瑕疵（BGB434条1項3文、2文2項）ではなく、主観的瑕疵（BGB434条1項1文）が認められる。

2 売主、製造者およびその補助者

「製造者（Hersteller）」とは、明文で規定されているように、製造物責任法上の製造者をいう（製造物責任法4条1項および2号）。ここには、本来の意味での購入物（完成品）の製造者のみならず、原材料または部品を製造した者も含まれる（製造物責任法4条1項1文）。また、自己の氏名、商標、その他の識別できる標識を製品に付して、自らを製造者と称した者も同様である（製造物責任法4条1項2文）。さらに、販売目的等でEU経済圏へ商品を輸入する者も製造者とみなされる（製造物責任法4条2項）。

このように、BGBの規定は、製造物責任法上の製造者概念を参照していることから、指令1条2項d号の製造者概念よりも広くなる⁽¹³¹⁾——とりわけ、指令の製造者に原材料や部品の製造者は含まれない——。このような規定の仕方自体は消費者にとって有利であるから、指令8条2項に基づいて許容されると一般には解されているが、場合によっては売主に過大な負担を課すことにもなる。すなわち、売主にとっては製造者概念が拡大すればするだけ、みずから市場を調査するオプリーゲンハイト——具体的には製造者の行う表示を調査ないし観察する義務——の範囲も拡大することになるからである⁽¹³²⁾。もっとも、後にも述べるとおり、責任排除の要件（1項3文但書）を証明すれば、売主は責任を免れるし、仮に免責証明が認められない場合であっても、消費用動産売買の場合にはBGB478条

に基づいて製造者に対する売主の求償が認められる。

「その補助者 (seines Gehilfen)」の「その」が何を指すのかに関して、若干の議論がある。文言上は、「その補助者」に含められるのは「製造者」の補助者のみであり、「売主」の補助者は含まないと解するのが素直なようにも思えるが、学説では異論も唱えられている。たとえば、グリゴライト/ヘアレストハルによれば、「概念的には、製造者の補助者のみであるか、売主の補助者も含むとするか、いずれに解することもできそうであるが、後者のように解されるべきである。」という。その理由は、「製造者の広告表示による責任が売主のそれよりも広く解される根拠は明らかでない」⁽¹³⁴⁾からとされる。ファウストもこれと同様の見解であり、「なぜ製造者が売主よりも補助者に対して広範に責任を負わなければならないのか、その理由は定かでない」⁽¹³⁵⁾という。このような見解によれば、「その補助者」の文言には売主の補助者も含まれる。

なお、指令では、「補助者 (Gehilfen)」に相当する概念が「代理人 (Vertreter)」とされており、ドイツの立法者は指令を国内法化する際にあえて指令と異なる概念を採用したことになるが、この点について立法者は、ここでいう「補助者 (Gehilfen)」は「意思表示を伝達する際の代理人ではなく (BGB164 条以下)、事実 (物の性質) について表示する際に売主または製造者のために行動する補助者 (Hilfsperson)」を指すものであるため、指令のいう「代理人 (Vertreter)」という用語を BGB に挿入するのは適切でなかったからと説明している。⁽¹³⁶⁾

3 公の表示の要件

売主または製造者は、公の表示をするにあたって、あらゆる方法ないし媒体を利用することができる。たとえば、書面や文字・イラストを用いて表示することができ、また、口頭で行われることもあれば、さらにジェスチャーなどによって行うこともできる。⁽¹³⁷⁾ ラジオ、テレビ、新聞、雑誌、インターネットなどは公の表示の典型例であるが、民法では、明示的に広告またはラベル表示が挙げられている。

表示は、「公に」行われなければならない。すなわち、不特定多数の者に向けられたものであることを要する。BGB434 条 1 項 3 文は不適切な広告表示から買主を包括的に保護することを目的とするため、「公(Öffentlichkeit)」⁽¹³⁸⁾の概念はなるべく広範に解釈されるべきとされている。前述したとおり、テレビコマーシャルを用いた広告などは公の表示の典型例であるが、それ以外にも、たとえば不特定多数の者の入場が許されている公の場で行われた表示や多数の者に対して送付される広告は公の表示といえる。

4 免責の要件

BGB434 条 1 項 3 文但書は、公の表示に対する売主の免責を定めている。この規定は、指令 2 条 4 項を国内法化したものである。免責の要件に関する証明責任は売主が負う。⁽¹³⁹⁾

第一に、契約締結の時点において、売主がその表示を知らず、かつ、知ることを要しなかった場合に免責される。しかし、売主自身が表示した場合や従業員に表示させたような場合には売主の不知の抗弁はほとんど成功しないと思われるので、実際に問題となるのは、製造者の行った表示に対して売主が上記の事実(すなわち、「その表示を知らず、かつ、知ることを要しなかった」こと)を立証できるかどうかである。これは、上述したオプリーゲンハイト——製造者のした表示を調査ないし観察する義務——をどの程度売主に課するかという問題にもかかわる。とりわけ、売主が事業者である場合には、単なる私人の場合よりも広範な調査・観察義務が課されるといわれている。⁽¹⁴⁰⁾たとえば、売主は、そのつど製造者の最新のカatalogを入手し、それを熟読し、あるいは製造者のホームページを確認し、場合によっては、主要な新聞や雑誌、テレビ・ラジオ放送などで掲載ないし放送される製造者の広告を⁽¹⁴¹⁾観察しておかなければならない。

第二に、その表示が契約締結の時点で同様の方法により訂正されていた場合にも、売主は免責される。訂正は当初の広告を行った者自身が行う必要はないが、当初の広告と同じくらい影響力のある方法で行わなければな

らない。たとえば、テレビなどで広告された場合に、それよりも目立たない販売パンフレットで一度だけ訂正しても不十分である⁽¹⁴²⁾。もっとも、同程度（あるいは当初の広告以上）の注意を引くものでありさえすればよいのかは一つの問題である。たとえば、ポスターないしはパンフレットでの広告を表示形態の異なるテレビコマーシャルや新聞・雑誌等で訂正できるかが問題となる。これについて、ハースは、訂正は「等価値の方法（gleichwertige Weise）」で行われるのが原則であり、同じ媒体を用いて訂正することまでは要求されていないとする⁽¹⁴³⁾。これに対して、グリゴライト/ヘアレストハルは、十分な訂正といえるためには以前に行われた誤った表示に「内容的に関連する」ように訂正される必要があり、この関連性を欠けば、場合によっては別の新たな広告表示となることはあっても、概念的にはもはや「訂正」とはいえないとする⁽¹⁴⁴⁾。表示の訂正方法という実務上極めて重要な問題であるため、今後の判例・学説における具体的な議論がまたれるが、いずれにせよ、こうした訂正が適切に行われたときは、買主がその訂正に気づいたかどうかは問題とならない⁽¹⁴⁵⁾。

最後に、公の表示が買主の購入決定に影響を及ぼしえなかった場合にも、その表示に対して売主は責任を免れる。たとえば、売主としては、当該広告がある特定の地域に限定されたものであり、買主がその広告にアクセスできる余地がなかったことを証明すれば、責任を免れうる⁽¹⁴⁶⁾。ただ、この場合でも、第三者から買主に対して間接的に情報提供される可能性がある場合には、この買主不知の証明は成功しない。とりわけ現代の情報社会の中であって、売主がこの証明に成功するのは「極めて稀⁽¹⁴⁷⁾」といわれている。

第3節 本章のまとめ

ここまで、BGB434条1項における「瑕疵」概念を検討してきた。消費用動産売買指令の要請に応えるために導入されたBGB434条は、主観的・客観的瑕疵概念を採用し、瑕疵の判断基準を詳細に規定している。判例および学説においては、新たに挿入された「性状（Beschaffenheit）」概念の下で、複雑な議論の展開が見られる。

(1) まず、性状の合意(1項1文)に関していえば、合意される「性状」の範囲を確定し、「その他の事情」との線引きをする必要がある。判例および学説における支配的見解では、指令適合解釈の原則から、現行法の「性状」は旧法下におけるよりも広範に解されるべきとされている。もっとも、どこまで広範に解するべきかについては、議論がある。

(2) 「性状の合意」と「損害担保」との関係につき、どのようにして両者を区別するかが問題とされている。判例は、当事者の属性に注目し、とくに単なる私人間の売買の場合には損害担保の認定に慎重な態度を示している。

(3) 「性状の合意」(BGB434条1項1文)と「契約上前提とした使用」(同条2項1文)との関係も問題とされている。学説において、「契約上前提とした使用」の概念が「性状」概念と一致するかどうか、「契約上前提とした」というために、当事者間において「性状の合意」と同様の意味での「合意」を要するかどうか、といった問題が議論されている。

(4) 主観的瑕疵(「性状の合意」または「契約上前提とした使用」)が認められない場合には客観的瑕疵の有無を判断することになるが(1文2号および3文)、ここでは、「通常の使用」、「普通の性状」および「買主の期待できる性状」という概念を定義し、それぞれの関係を明らかにする必要がある。判例によれば、客観的瑕疵の有無は基本的に——旧法下の判例も参照しつつ——取引通念ないし「客観的に正当な買主の期待」に適するか否かにより判断される。

(5) BGB434条1項3文で新たに規定された公の表示に対する売主の責任については、「売主、製造者およびその補助者」の概念や「公」の概念を明らかにする必要があるほか、表示の訂正方法に関する問題などが議論されている。

(6) 最後に、本章における判例・学説の検討から、ドイツにおいて「性状」概念に関する議論が積極的に行われる背景には、売主の責任範囲を明確にするという目的があることが明らかとなった。すなわち、ドイツでは瑕疵担保責任とその他の責任規範——とりわけ契約締結上の過失——

との関係で、瑕疵担保法の規律を優先的に適用する原則が判例上認められていることから、「性状」概念が、売主の責任範囲を確定する上で重要な役割を果たすのである。ただ、本章では、ドイツにおいて何故瑕疵担保法の優先適用が認められているのか、その理由を十分明確にしていない。この点については、他の責任制度との競合問題を扱う第四章（競合問題）において、改めて詳細な検討を加えたい。

第四章の検討に入る前に、次章では、ドイツ売買法における「追完」制度について検討したい。

注

(29) 従来の研究として、岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」同編・前掲注(14)105頁以下、田中志津子「ドイツ民法売買契約法における瑕疵担保責任——物の瑕疵概念を中心に——」法学研究論集18号(2003年)39頁以下、小西飛鳥「ドイツ債務法改正がドイツの不動産取引に与えた影響」平成法政研究12巻2号(2008年)55頁などを参照。

(30) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 211.

(31) Vgl. Hans Christoph Grigoleit/Carsten Herresthal, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, 118, 119.; Martin Häublein, Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, 388, 390.; Christian Berger, Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2004, 276, 278 f.; Roland Michael Beckmann/Sebastian Pammler, in: juris Praxis Kommentar-BGB, Band 2.2, 2. Aufl. (2004) § 434 Rn. 3.; Florian Faust, in: Bamberger/Roth, (2007) Vor § 433 Rn. 7.

(32) 指令2条1項 売主は、売買契約に適合した物品を引き渡す義務を負う。

(33) 指令2条2項 以下の場合には、消費用動産は契約に適合するものと推定される。

a) 売主が与えた指図に合致している場合、及び売主が消費者に対して見本又はモデルで示した品質を有している場合

b) 消費者が契約締結の際に売主に提示し、売主がそれに承諾した特別の使用方法に適合している場合

c) 同種の物品について通常の使用に適合している場合

d) 物品の性質を考慮して、場合によっては、売主、製造者又はその代理人によって物品に示された公の表示、特に、広告やラベルについて消費者

が合理的に期待できる同種の物品の通常の高品質を有している場合

- (34) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 212.
- (35) 指令 8 条 2 項「加盟国は、本指令の適用領域内において、消費者のためにより高度の保護水準を確保するために、条約と調和する、より厳格な規定を採用し、又は維持することができる。」
- (36) Vgl. BGHZ 180, 205. = NJW 2009, 2120. 本判決について、拙稿「ドイツにおける瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題 —— 連邦通常裁判所 2009 年 3 月 27 日判決を契機に ——」同志社法学 61 巻 5 号 (2009 年) 117 頁。それ以前の学説状況について、拙稿「ドイツ新債務法における瑕疵担保法と契約締結上の過失の交錯」同志社法学 60 巻 5 号 (2008 年) 79 頁。
- (37) この観点から性状概念を検討する最近の研究として、Philipp Redeker, Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf — Der Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und die Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung —, (2012).; ders., Die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Grundstückskauf — Die Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrecht und Informationshaftung —, NJW 2012, 2471.
- (38) Vgl. BGH, NJW 2006, 434, 435.
- (39) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 13.
- (40) Vgl. BGH, NJW 1992, 2564, 2565.
- (41) Vgl. BGHZ 60, 319. = BGH, NJW 1973, 1234.
- (42) Vgl. RGZ 131, 343, 348 f.
- (43) Vgl. BGH, NJW 2001, 65.
- (44) Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht II 1, 13. Aufl. (1986) S. 42.; Ulrich Huber, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 (2002), 179, 225.
- (45) Vgl. BGH, NJW 1992, 2564, 2565.
- (46) Vgl. Reinhard Singer, Fehler beim Kauf - Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo, in: Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, S. 381 ff.; 拙稿・前掲注 (36) 同法 60 巻 5 号 81-83 頁。
- (47) Vgl. RGZ 161, 330, 332 ff.
- (48) Vgl. BGH, NJW-RR 1988, 10, 11.
- (49) Vgl. BGH, NJW 1972, 1658.
- (50) Vgl. BGH, NJW 1984, 2289.
- (51) Vgl. Manfred Wolf/Jochen Kaiser, Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, DB 2002, 411, 412. (「硬直」); Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 122.; Berger, JZ 2004, 276, 278. (「説得的でない」); Detlef Schmidt, Die Beschaffenheit der Kaufsache, BB 2005, 2763,

2765. (「恣意的」); Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 17. (「全く見通しのきかないカズイステイク」)
- (52) Vgl. BGHZ 79, 183, 185. = JZ 1981, 276.
- (53) BGH, NJW 1962, 1196.
- (54) BGH, NJW 1985, 2472.
- (55) Vgl. BGH, NJW 1977, 1536, 1537.
- (56) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 212.; Ulrich Huber, AcP 202 (2002), 179, 225 f.; Peter Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, (2002) Kap. 12., Rn. 24.; Graf v. Westphalen, in: Henssler/Graf v. Westphalen, (2002) § 434 Rn.13.; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 122.; Herbert Roth, Standzeit von Kraftfahrzeugen als Sachmangel, NJW 2004, 330.; Barbara Grunewald, in: Ermann, 11. neu Aufl. (2004) § 434 Rn. 3.; Michael Beckmann/Pammler, in: jurisPK-BGB, (Fn. 31) § 434 Rn. 5.
- (57) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 213.
- (58) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 94, 213, 242.
- (59) Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1360.; ZGS 2003, 394.
- (60) Vgl. Ulrich Huber, AcP 202 (2002), 179, 225-229.
- (61) Vgl. Haas, (Fn. 15), Kap. 5, Rn. 98.; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, (2002) Rn. 578.; Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 412.; Frank Weiler, Culpaa in contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht — alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, 249, 255.; AnwKomm/Krebs, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring BGB — Schuldrecht Band 2. (2005) § 311 Rn. 78.; Hans Christoph Grigoleit/Carsten Herresthal, Die Beschaffensvereinbarung und ihre Typisierungen in § 434 I BGB, JZ 2003, 233.; Claus-Wilhelm Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.) Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, (2003) S. 59-65.; Häublein, NJW 2003, 388, 390 f.; Jauernig/Berger, BGB-Komm., 11. Aufl. (2004) § 434 Rn. 7., ders., JZ 2004, 276.; Roth, NJW 2004, 330 f.; Reiner Schulze/Martin Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462 f.; Michael Beckmann/Pammler, in: jurisPK-BGB, (Fn. 31) § 434 Rn. 20-30.; Ermann/B. Grunewald, (Fn. 56) § 434 Rn. 8.; dies, Der Verdacht als Mangel, FS Konzen, (2006) S. 131.; Hans Putzo, in: Palandt Aufl. 64. (2005) § 434 Rn. 10-12.; Detlef Schmidt, BB 2005, 2763, 2765.; Palandt/Weidenkaff, (2007) § 434 Rn. 9-12.; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 19 ff.; H. P. Westermann, in: Münch-Komm, 5. Aufl., (2008) § 434 Rn. 8 f.; Staudinger/Roland Michael Beckmann, Kauf (2008), S. 572.; Jürgen Schmidt-Räntsch, Zehn Jahre Schuldrechtsreform, ZJS 2012, 301, 313.

- (62) Vgl. Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), (Fn. 61) S. 59-65.
- (63) Vgl. H. P. Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 434 Rn. 8 f.; 同書の最新版として, ders., in: Münch-Komm, 6. Aufl. (2012), § 434 Rn. 9 f.
- (64) Vgl. Schulze/Ebers, JuS 2004, 462 f.
- (65) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 19 ff.
- (66) Vgl. Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 412.
- (67) Vgl. Jauernig/Berger, (Fn. 61) § 434 Rn. 7., ders., JZ 2004, 276, 283.
- (68) Vgl. AnwKomm/Krebs, (Fn. 61) § 311., Rn. 78.
- (69) Vgl. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233.
- (70) Vgl. Ermann/Grunewald, (Fn. 56) § 434 Rn. 8.; dies, FS Konzen, (Fn. 61) S. 131.
- (71) Vgl. Grunewald, FS Konzen, (Fn. 61) S. 131.
- (72) Vgl. z. B. Bernd Mertens, AcP 203 (2003), 818, 832-839.
- (73) Vgl. Detlef Schmidt, BB 2005, 2763, 2765
- (74) レデカーによると、瑕疵担保法は買主が売主に対してどの位の期間、何を請求できるかについて明確な規律を置いている。瑕疵担保法の適用領域を広範に認めることで、法的安定性がもたらされ、瑕疵担保と他の責任制度（とりわけ契約締結上の過失）との旧法下における困難な競合問題を回避でき、これは債務法改正の目的とも適合するという。Vgl. Redeker, (Fn. 37) S. 266.; ders., NJW 2012, 2471, 2473 f.;
- (75) Vgl. Redeker, (Fn. 37) S. 265 ff.; ders., NJW 2012, 2471, 2473 f.
- (76) BGH, Urteil vom 5. 11. 2010 - V ZR 228/09. = NJW 2011, 1217.
- (77) BGH, Urteil vom 30. 11. 2012 - V ZR 25/12.
- (78) BGH, Urteil vom 5. 11. 2010 - V ZR 228/09. = NJW 2011, 1217.; 本件の主たる争点は、瑕疵ある目的物が引き渡された場合における代金減額の算定方法、および、代金減額 (BGB411 条) と損害賠償 (BGB437 条 3 号、281 条 1 項) との関係性についてであり、目的物の瑕疵に関する叙述は傍論にすぎない。しかし、以下のように「性状」概念について述べた点は重要と思われる。
- 土地の管理から得られる賃料収入及び購入後に支出することになる維持管理費が、土地の性状の合意 (BGB434 条 1 項 1 文) の対象となりうるかどうかについて、BGH はこれを肯定した。その根拠について、BGH は次のように述べる。「債務法現代化における瑕疵担保法の新規定によって旧法において認められた欠点 (BGB 旧 459 条 1 項) と保証された性質 (BGB 旧 459 条) の区別はなくなり、売主が BGB433 条、434 条に基づいて契約の履行として義務付けられる内容について私的自治に基づく合意の可能性が拡大されているのであるから、いずれにせよ、旧法において保証可能な BGB 旧 459 条 2 項の意味での物の性質はすべて、現在では BGB434 条 1 項 1 文の意味

での性状となりうる。」。物の物的性質及び一定期間この物に付着する事実的、法的及び経済的な事情のみが性状とみなされなければならないとする Huber の見解、Grigoleit/Herresthal ; Grunewald の見解は、上記の理由から、採用できないとする。

- (79) BGH, Urteil vom 30. 11. 2012 - V ZR 25/12.; 本件で、BGH は、BGB434 条 1 項の性状に関して、以下のように判示している。

「物の瑕疵が、物とその物の有用性又は価値に影響を及ぼす環境との経済的、社会的または法的関係に基づいて基礎づけられることは、確定した判例に合致する。

もっとも、2001 年 12 月 31 日まで効力を有した瑕疵担保法によれば、購入物の有用性又は価値に消極的な形で影響を及ぼす環境との関連は、その環境が物の性状にその原因を有し、売買目的物以外に存する関係又は事情を考慮することによってはじめて明らかになるものではない場合にのみ、BGB 旧 459 条 1 項の意味での欠点 (Fehler) といえるとしていた。

2002 年 1 月 1 日以降妥当し、本件に適用される売買法によれば、近隣の土地から発せられ、空気や地下水を伝って及ぼされるこのような環境への影響は、BGB434 条 1 項の意味での購入物の (消極的な) 性状とみなされなければならない。民事部はすでに、当該新规定により、欠点 (BGB 旧 459 条 1 項) と保証された性質 (BGB 旧 459 条 2 項) との間の従来の区別はなくなったと述べている。物の物的性状のほかに、物の環境との関連を有し、その環境の種類及び期間を理由に物の有用性又は価値に影響を及ぼす事実的及び法的関係すべてを物の性質とみなさなければならない。」

- (80) Vgl. Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 434 Rn. 12.
(81) Vgl. Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 434 Rn. 12.
(82) 本判決については、渡邊拓「損害担保責任 (Garantiehaftung) の法的性質について——2002 年ドイツ債権法改正後の法状況」横浜国際経済法学 16 巻 1 号 (2007 年) 97 頁以下。本判決を確認するものとして、BGH, Ur. vom 17. 3. 2010 - VIII ZR 253/08 (Rn. 15). も参照。
(83) Vgl. BGH, NJW 2008, 1517, Rn. 16. なお、このような観念の通知については、被告の契約締結上の過失責任 (BGB280 条 1 項、241 条 2 項、311 条 2 項) が問題となりうる。
(84) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 46.; Palandt/Weidenkaff, (Fn. 61) § 434 Rn. 20.
(85) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5, Rn. 101.
(86) Vgl. BGHZ 180, 205. = NJW 2009, 2120. 拙稿・前掲注 (36) 同法 61 巻 5 号 (2009 年) 117、122 頁。
(87) Vgl. BGH, Urteil vom 16. 3. 2012 - V ZR 18/11 (Rn. 15 f.).

- (88) 指令の考慮理由 8 の 5 文「推定で挙げられている要件は、重疊的に適用される。」。
- (89) 指令の考慮理由 8 の 2 文「〔契約適合性の〕推定は、契約自由の原則を制限するものではない。」。
- (90) Vgl. Michael Beckmann/Pammler, in: jurisPK-BGB, (Fn. 31) § 434 Rn. 40-47.; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 29.
- (91) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 32.
- (92) Vgl. Ermann/B. Grunewald, (Fn. 56) § 434 Rn. 17.; Staudinger/Beckmann, (Fn. 61), S. 573. も同旨。
- (93) Vgl. Ermann/B. Grunewald, (Fn. 56) § 434 Rn. 15, 17.
- (94) Vgl. Ermann/B. Grunewald, (Fn. 56) § 434 Rn. 15.
- (95) たとえば, Staudinger/Honsell, (1995) § 459 Rn. 57. によれば, 「契約上前提とした使用は、当事者の合意に基づいて定まる。」。これに対して, BGH, BB 1961, 305. によれば, 「目的設定がいわば両当事者にとって行為基礎になった」のであれば十分であるとされている。これと同趣旨の見解として, Larenz, (Fn. 44), S. 44.
- (96) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 213.
- (97) 指令 2 条 2 項 消費動産が契約適合的であると推定されるのは、次の場合である。
- b) 消費者が望んだ特定の目的、つまり契約の締結の際に消費者が売主に対して開示し、かつ、それに対して売主が同意した特定の目的に適合する場合。
- (98) Vgl. Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), (Fn. 61) S. 58.; その他, Michael Beckmann/Pammler, in: jurisPK-BGB, (Fn. 31) § 434 Rn. 39.; Palandt/Weidenkaff, (Fn. 61) § 434 Rn. 20.
- (99) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5, Rn. 102.; その他, Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 434 Rn. 14.
- (100) Vgl. m. Anm. Stefan Kniefert, Wann ist ein Pferd mangelhaft?, NJW 2007, 2895.; m. Anm. Florian Faust, JuS 2007, 684.; Jan Eichelberger/Laura Maria Zentner, Tiere im Kauf, JuS 2009, 201 f.; Dirk Looschelders, Die neuere Rechtsprechung zur kaufrechtlichen Gewährleistung, JA 2007, 673.; Klaus Tiedtke, Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Kaufrechts – Teil 1, JZ 2008, 398 f.
- (101) Vgl. BGH, NJW 2007, 1351, Rn. 14.
- (102) Vgl. BGH, NJW 2007, 1351, Rn. 19.
- (103) 原審の事実認定によれば、本件雌馬の症状は、レントゲンクラス II-III に分類され、馬の売買市場では、この種の症状を瑕疵とみなす扱いであり、通

- 常よりも 20-30% の代金減額が認められる。
- (104) Vgl. Tiedtke, JZ 2008, 398, 399.
 - (105) Vgl. BGH, NJW 2008, 1517, Rn. 18. ; ここで BGH, NJW 2008, 53. も引用されている。
 - (106) Vgl. Pressemitteilung Nr. 111/09.
 - (107) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 57.; Thomas Zerres, Der Begriff des Sachmangels im neuen Kaufrecht, JA 2002, 713, 715. ; Staudinger/Michael Beckmann, (Fn. 61) S. 574.
 - (108) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 59.
 - (109) Vgl. OLG Köln, MDR 1991, 943.
 - (110) Vgl. OLG Köln, NJW-RR 1992, 1147.
 - (111) Vgl. BGH, NJW 2008, 53 (Rn. 18).; BGH, Urt. vom 10. 3. 2009. - VIII ZR 34/08 (Rn. 12).
 - (112) Vgl. OLG München, MDR 2006, 1338, 1339.
 - (113) Vgl. BGHZ 47, 312, 318 = NJW 1967, 1805.
 - (114) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 62, 96 ff.
 - (115) 旧法下において物の瑕疵を認めていたものとして、Staudinger/Honsell, (Fn. 94) § 459 Rn. 79.
 - (116) Vgl. BGHZ 180, 205. = BGH, NJW 2009, 2120.; 拙稿・前掲注 (36) 117、122 頁。
 - (117) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 64.
 - (118) Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 214.
 - (119) Vgl. BGH, NJW 2006, 434, Rn 19.
 - (120) Vgl. BGH, NJW 2004, 160.
 - (121) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 65.
 - (122) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 67.
 - (123) Vgl. BGH, NJW 1991, 2900, 2901.; BGH, Urteil vom 27. 3. 2009 - V ZR 30/08 (Rn. 8).
 - (124) Vgl. BGH, NJW 1958, 138, 139.
 - (125) Vgl. BGH, NJW 1973, 843, 844 f.
 - (126) Vgl. Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 434 Rn. 20.
 - (127) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5, Rn. 109.
 - (128) Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 214.
 - (129) BGH, Urteil vom 4. 2. 2009 - VIII ZR 32/08. = BGHZ 179, 319. ; NJW 2009, 1337.
 - (130) Vgl. BGH, NJW 2009, 1337 (Rn. 13).
 - (131) Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 214.

- (132) Vgl. Faust, in : Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 77.
- (133) Vgl. Weiler, WM 2002, 1784, 1788 f.
- (134) Vgl. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 237 f.
- (135) Vgl. Faust, in : Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 78.
- (136) Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 214.
- (137) Vgl. Faust, in : Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 80.
- (138) Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 214. ; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 237.
- (139) Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 214.
- (140) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5 Rn. 114.
- (141) Vgl. Faust, in : Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 85.
- (142) Vgl. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 238.
- (143) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5 Rn. 115.
- (144) Vgl. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 238.
- (145) Vgl. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 238. ; Faust, in : Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 434 Rn. 86.
- (146) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5 Rn. 116.
- (147) Vgl. Zerres, JA 2002, 713, 716. ; Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 239.

第3章 追完

第1節 本章の目的

ドイツ売買法改正における重要な点の一つとして、売主の瑕疵なき物の給付義務が明文で規定されたこと（BGB433条1項2文）、それに伴い、買主の追完請求権が新たに導入されたこと（BGB439条1項）を挙げることができる。現在、この「追完（Nacherfüllung）」⁽¹⁴⁸⁾制度をめぐって多くの⁽¹⁴⁹⁾法的論点⁽¹⁵⁰⁾が形成され、学説で活発な議論が展開されている。実務でも、新債務法の適用事例が現れ、次々に最上級審による重要判決が出されている状況にある。さらに消費動産売買の領域では欧州司法裁判所の下した2つの判決がドイツ売買法へ大きな影響を及ぼしている。本章では、追完の問題をめぐる従来の判例および学説を整理し、現在までの議論の到達点を明らかにしたい。

第2節 追完制度概観

第1款 履行請求権と追完請求権

BGB433条1項2文は、「売主は、買主に対し、物及び権利の瑕疵のない物を取得させなければならない。」と規定する。この規定により、瑕疵担保責任の法的性質をめぐる対立が解消され、いわゆる「契約説 (Vertragstheorie)」ないし「履行説 (Erfüllungstheorie)」が法律上明確にされるに至った。⁽¹⁵¹⁾ この売主の瑕疵なき物の給付義務に対応する形で、買主には瑕疵なき物の履行請求権が認められる。もっとも、瑕疵ある目的物がいったん引き渡されると、買主の履行請求権は追完請求権へと転じ、それ以後、買主の権利は瑕疵担保法の規律に服する (BGB437条1号、439条)。

ところで、本来の履行請求権がどの時点で追完請求権に転化するかにつき、学説上の議論がある。特に、追完請求権の場合、追完方法に関する買主の選択権が認められ (BGB439条1項)、請求権の行使期間が短期時効にも服するなど (BGB438条)、本来の履行請求権とは法律効果が大きく異なるため、この解釈問題が実務上も重要な意味をもつ。⁽¹⁵²⁾ 学説には、危険移転時 (BGB434条1項、446条、447条) を基準とする説、⁽¹⁵³⁾ 買主が瑕疵ある目的物を BGB363条の意味で履行として認容したときを基準とする⁽¹⁵⁴⁾ 説があるが、前者の見方が現在のところ多数である。

第2款 追完の優先

新債務法の瑕疵担保規定において、追完請求権は他の救済手段との関係で買主の優先的な救済手段として位置づけられている。すなわち、追完以外の救済手段 (解除、代金減額、損害賠償など) は追完請求権に劣後する二次的な救済手段となる。この「法的救済のヒエラルキー」⁽¹⁵⁵⁾ を明示する規定はないが、追完期間を設定し、それを徒過したことが他の救済手段を行使する上での要件となるため、⁽¹⁵⁶⁾ 「追完の優先 (Vorrang der Nacherfüllung)」⁽¹⁵⁷⁾ が前提になると解されている。

第3款 追完制度が目的とする当事者の利益——追完請求権または追完権

BGB433 条1項2文で売主の瑕疵なき物の給付義務が定められていることから、瑕疵ある物が給付された場合、買主は、特定物売買および種類物売買を問わず、追完請求権（Nacherfüllungsanspruch）を行使できる⁽¹⁵⁸⁾。

他方、ドイツ瑕疵担保法は、上述したように、「追完の優先」を原則として認め、契約解除や損害賠償、代金減額といった買主の二次的な救済手段に対して追完請求権を優先させる考え方を採用している。この原則は、「合意は守られなければならない（pacta sunt servanda）」の基本原則に適合するとともに、売主の「追完権（Recht zur Nacherfüllung）」ないし「二度目の提供の権利（Recht zur zweiten Andienung）」を顧慮したものである⁽¹⁵⁹⁾。売主は、買主が設定した追完期間内に適切な追完をすることで、売買代金の全額を確保する2回目の機会を与えられる。これに対して、瑕疵ある目的物の引渡しを受けた買主は、追完期間を徒過するまでは原則として契約に拘束される。特定物売買の場合にも追完を認めることは買主にとって利益となるが、反対に、市場に多くの商品が存在する種類物売買において「追完の優先」を維持することは、売主との契約関係を解消し、すぐに別の取引を再開したいと考える買主にとって大きな負担となる。

このように、ドイツ追完法は一方で買主の利益のために追完請求権を認め、他方では売主の利益のために追完権を認めており、基本的に両当事者の利益を顧慮した制度を用意しているが、特定物ではなく大量の種類物が取引の中心を占める現代社会においては、実際には、売主の追完権が重視される場面が多くなると考えられる。もっとも、例外的に、BGB281 条2項、323 条2項および440 条で追完期間の設定が不要となる場合が規定されており、そこで定められた事由に該当する場合には、買主は即時に契約解除権、損害賠償請求権または代金減額権を行使できる。また、事前の追完期間の設定を要する場面でも、期間設定の要件（具体的には BGB281 条1項、323 条1項における期間の相当性の要件）を解釈のレベルで柔軟に解するなど、買主の利益へ一定の配慮をする余地が残されている⁽¹⁶⁰⁾。

第4款 追完請求権の要件

上述したとおり、追完請求権は本来の履行請求権が転化したものであり、履行請求権と同じく売主の過失は追完請求権の要件でない。追完請求権を含む瑕疵担保上の諸権利の時効は目的物の引渡しによって進行を開始し、特別な期間制限に服する（BGB438条）。また、買主が契約締結の際に目的物の瑕疵を知っていた場合には追完請求権は認められず（BGB442条1項1文）、買主が瑕疵を知らないことにつき重大な過失がある場合には、売主がその瑕疵を故意に黙秘していたか、あるいは、物の性状について損害担保を引き受けていない限り、買主は追完請求権を行使することができない（BGB442条1項2文）。

第1項 買主の選択権（BGB439条1項）

買主の追完請求権は、具体的には修補請求権（瑕疵の除去）または代物給付請求権（瑕疵のない新たな物の引渡し）からなる。BGB439条1項の文言上、この2つの追完方法の選択権は「買主」にある。もっとも、追完方法の選択権を買主に与えると売主に不都合が生ずることは否定できず、さらに言えば、追完方法の選択権を売主に認めるほうが経済的にみて効率的ともいえる。それにもかかわらずBGB439条1項で買主の選択権が規定されたのは、「瑕疵のない物を引き渡すという売買契約上の義務に違反したのが売主」である以上、「いかなる方法で瑕疵のない物の引渡しという契約内容を達成できるかについて、まず買主に決定を委ねるのが正当である。」⁽¹⁶¹⁾と立法者が考えたことによる。選択権の行使に際して、買主は基本的に売主の利益に配慮する必要はないが⁽¹⁶²⁾、売主が瑕疵ある物の検査をするために目的物の引渡しを求めた場合、買主にはその申出に応ずる義務（Obliegenheit）⁽¹⁶³⁾がある。さらに買主の選択した追完方法が費用の面で合理性を欠く場合には、売主はBGB439条3項に基づいて当該追完請求を拒絶することもできる。⁽¹⁶⁴⁾

第2項 選択債務または選択的競合

追完方法に関する買主の選択権(BGB439条1項)との関係で、その選択権が**選択債務**(Wahlschuld)または**選択的競合**(die elektive Konkurrenz)のいずれの法的性質を有するかという問題がある。この問題は、たとえば、買主の選択した追完方法が失敗した場合、あるいは、買主が自己の行った選択を売主が追完し終える前までに変更したいと考える場合などに重要となる。選択債務と解すると⁽¹⁶⁶⁾、BGB263条2項により、買主が選択した追完方法のみが当初から売主に義務付けられていたとみなされるので、当事者間に別段の合意がない限り、買主は自ら行った選択に拘束される。しかし、学説の支配的見解は、買主保護の見地から、選択権の法的性質をBGB263条の**選択債務**ではなく、**選択的競合**と解している⁽¹⁶⁷⁾。この見解からすると、たとえば、最初は目的物の修補を選択したが、修補後もまだ当該瑕疵が除去されていない場合、買主は改めて代物給付を選択できるし、あるいは、いったん代物給付を選択したけれども給付に長時間を要するというような場合に修補のほうが得策と判断すれば、代物給付に代えて修補を請求することもできる。ただし、この選択権の行使も信義則に反してはならないとされる⁽¹⁶⁹⁾。

第3項 修補方法についての選択権

BGB439条1項に基づいて買主が「修補」の方法による追完を選択した場合でも、修補の方法にも様々なものが考えられるため、売主または買主のいずれが修補方法を選択できるかという問題が生ずる。BGB439条1項も修補または代物給付の選択権を買主に与えているにすぎず、修補方法の**選択権**について直接には規定していない⁽¹⁷⁰⁾。この問題について最上級審の判断は示されていないが、学説では、売買目的物に精通しているのが売主であることを重視し、修補方法の選択は原則として売主に委ねるべきとの見解が一般的である⁽¹⁷¹⁾。

第5款 追完費用の負担

追完に必要な費用は売主が負担する。BGB439条2項によれば、「売主は、追完のために必要な費用、特に、運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない」。この規定は、消費動産売買指令3条2項、3項1文、4項を国内法化したものである。追完費用の負担について、売主の帰責性は要件とならない。また、BGB439条2項に掲げられた費用はあくまで例示なので、これ以外の追完費用を売主が負担しないということではない。ただし、目的物の瑕疵除去にかかる費用を売主がすべて負担するわけでもなく、具体的に「追完のために必要な費用」をどの範囲で売主が負担するかは、最終的に売主の追完義務の範囲に基づいて判断される⁽¹⁷²⁾。なお、瑕疵ある目的物を引き渡した売主に帰責性がある場合には、BGB439条2項に含まれない費用や損害も損害賠償や費用賠償の対象となりうる（BGB280条1項および3項、281条、284条）。

第3節 追完に関連する個別論点の検討

第1款 特定物売買における代物給付

第1項 問題の所在

BGB433条1項2文において売主の瑕疵なき物の給付義務が明文化されたことに伴い、売買瑕疵担保の領域において、買主にはBGB439条1項に基づく追完請求権が認められる。もっとも、「特定物売買」において瑕疵ある物が給付された場合に、「代物給付」の方法による追完が認められるかという問題がある。すなわち、「代物給付」は最初に引き渡した瑕疵ある物と異なる新たな瑕疵のない物の引渡しを内容とするが、「特定物売買」の場合に、そもそも当初の物と異なる「代物」の給付が観念できるか、この場合には「修補」による追完しかできないのではないかが問題となる⁽¹⁷³⁾。

第2項 下級審裁判例および学説

1 否定説

一部の学説は、特定物売買における売主の給付義務の対象はその特定の

物だけであり、それ以外の物は給付義務の対象となりえないと主張する。たとえば、「不能」(BGB275 条 1 項)を理由に特定物売買における代物給付の可能性を常に否定する見解⁽¹⁷⁴⁾、具体的に合意された物と異なる物の引渡しは契約の内容になっていないとする見解⁽¹⁷⁵⁾、あるいは、当事者はその特定の目的物の引渡しを合意したのであるから代物給付による追完を認めるのは当事者の合意に反するという見解⁽¹⁷⁶⁾がある。また、ティートケ/シュミットは、特定物売買において代物給付が認められるとする事例の多くは、実は種類物売買ではないか、と指摘している。すなわち、この見解によれば、特定物売買における代物給付を肯定する見解が前提とする「代替物」の特定物売買は、そもそも「特定物」売買ではなく、「種類物」売買であると批判し、このように特定物売買における代物給付を肯定する見解の前提理解が誤っており、そうである以上、「特定物売買」において代物給付が認められる余地はなく、代物給付が認められているとすれば、それは「種類物売買」にほかならないという⁽¹⁷⁷⁾。

2 肯定説

これに対して、立法者は、特定物売買の場合でも代物給付は可能であり、ただ中古品売買のような場合には実際に代物給付が認められないこともあるとの理解⁽¹⁷⁸⁾であった。下級審裁判例および学説の支配的見解も、立法者意思に従い、特定物売買における代物給付の可能性を肯定する。たとえば、下級審裁判例として、エルヴァンゲン地方裁判所 2002 年 12 月 13 日判決は、左後部ドアの窓とトランク部分に瑕疵がある自動車の売買契約で原告が新車の代物給付を求めた事案であるが、被告が本件自動車の売買は「特定物売買」であるから代物給付は認められないと主張したのに対し、同裁判所は、「その目的物が経済的に代替可能な物であり、買主の給付利益を満足させるものであれば、特定物売買であっても代物給付による追完は原則として可能である。」と判示した。また、ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所 2003 年 2 月 4 日決定は、買主が「走行距離 10 km、ABS および 4 つのエアバックを搭載」との記載のある中古車をインターネットで購入

したものの、実際には ABS が機能せず、エアバックは 2 つしか取り付けられていなかったという瑕疵ある中古車の引渡しで、原告が瑕疵のない (ABS とエアバックが完備された) 自動車の代物給付を求めて訴えを提起したのに対し、被告が ABS と 4 つのエアバックを搭載した同種の自動車を保有しておらず、また他から調達することもできないため、代物給付による追完は不能であるとして原告の請求を拒絶した事案であるが、同裁判所は、特定物売買の場合には代物給付による追完が最初から問題となり得ないとする見解は妥当でないとし、「売主が契約に適合する装備を施された自動車を保有していないとの事情があっても、それだけでは代物給付による追完が売主にとって BGB275 条 1 項の意味で不能であるとはいえない。」と判示した。

学説では、カナリスが特定物売買における代物給付を肯定する見解に立つ。⁽¹⁸²⁾カナリスは、特に、(1) 法律の文言、(2) 立法者意思、および (3) 消費動産売買指令を根拠に挙げる。まず、(1) BGB439 条 1 項の文言は、種類物売買の場合にしか瑕疵なき物の引渡し請求権が認められないことの根拠にならないという。次に、(2) 立法者は、例外的ではあるが、特定物売買における代物給付請求権を肯定的に解していたと指摘する。すなわち、カナリスが引用する政府草案理由書では、「特定物すべて [!] について追完ができるというわけではな」く (BT-Drucks. S. 209)、また、「特定の中古品売買の場合には、……追完は、多くの場合 [!]、はじめから認められない。」(BT-Drucks. S. 232) とされている。また、(3) 政府草案理由書 232 頁で参照するよう指示されている消費動産売買指令の考慮事由 16 には、「中古品は、その性質上、一般的には [!]、取り替えることができない。それゆえ、中古品の場合には、消費者は、通常 [!]、代物給付請求権を有しない。」との記述がある。この理由書および指令の文言を反対解釈すると、特定の中古品であっても他の物で「取り替えることができる」場合には例外的に代物給付請求権が認められるという。このとき、いかなる場合に「取り替えることができる」かが問題となるが、これについては「BGB133 条、157 条に従い解釈によって探求される当事者

意思ないし仮定的当事者意思に基づいて定まる。」⁽¹⁸³⁾という。

第3項 判例

以上のような下級審裁判例および学説の議論の中、2006年6月7日にはじめてBGHの判断が示された。⁽¹⁸⁴⁾本件は中古車売買の事案であるが、BGHはまず、支配的見解と同様の観点から、「特定物売買の場合でも代物給付が当然に排除されるものではない」ことを明らかにし、その上で、「代物給付が認められるどうかは、解釈によって探求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べきであり）、……購入物に瑕疵がある場合において、その物を同種・同等の物で取り替えることができる場合には当事者意思に基づいて代物給付をすることができる。」と判示した。⁽¹⁸⁵⁾ただし、「すべての事例において代物給付が認められるわけではなく、契約当事者が特定の目的物の引渡しのみを念頭においている場合には代物給付は認められないという。本件は、この例外が当てはまる事案であったため、⁽¹⁸⁶⁾結論として代物給付の可能性を否定した原審の判断が是認されている。

第2款 追完の自己実施⁽¹⁸⁷⁾

第1項 問題の所在

売主が瑕疵ある目的物を給付した場合、買主は売主に対し瑕疵担保法上の権利を行使できるが（BGB437条）、「追完の優先」の原則により、買主はまず、売主に対し、一定の追完期間を設定し、その期間を徒過した後でなければ追完以外の法的救済手段を行使できない。ところが、実務では、買主が売主に対し追完を請求する前に当該瑕疵をみずから除去するという事例が多く見られる。このような場合に、買主は売主に対して瑕疵除去に要した費用の賠償を求めることができるかが問題となる。

第2項 学説

学説には、BGB326条2項2文を適用して買主の費用償還請求を認める

見解がある。ローレンツによれば、買主が目的物の瑕疵をみずから除去すると、売主は追完義務を履行することができなくなり、その結果、目的達成による追完の不能が生じる（BGB275条1項）。ここで、追完が不能となったことにつき買主に帰責性があるため、売主の反対給付請求権は失われない（BGB326条2項1文）。しかし、売主は、BGB326条2項2文に基づいて、支出を免れた費用を自己の反対給付から控除しなければならず、あるいは、買主がすでに売買代金を支払っている場合にはBGB326条4項に基づいてその費用を買主へ返還しなければならないとする。このように解しても、目的物の瑕疵および売主が実際に修補していれば支出していたであろう費用の額（BGB439条2項）について証明責任を負担するのは買主であるから、売主の地位を不当に害することもないという。⁽¹⁸⁸⁾

他の学説には、買主の費用償還請求権をBGB326条2項2文の類推適用から導く見解⁽¹⁸⁹⁾、あるいは事務管理や不当利得の規定に基づいて調整を図る見解⁽¹⁹⁰⁾などがある。

これに対して、買主の費用償還請求権を否定する見解は、BGB437条以下で買主の瑕疵担保法上の権利が限定列挙されていること（この中に費用償還請求権の規定はない。）、当該請求権を認めると買主に「自己実施権」を与えたに等しくなること、さらに「追完の優先」が空洞化されてしまうことを根拠に、上記の見解に反対している⁽¹⁹¹⁾。

第3項 判例

2005年2月23日の判決⁽¹⁹²⁾において、BGHは、買主の費用賠償請求権につき否定説に立つことを明らかにした。本件は、エンジンの故障を抱えた自動車の引き渡しを受けた原告（買主）が追完期間を設定することなく第三者にエンジンを交換させ、それに要した費用の返還を被告（売主）に求めた事案である。原々審、原審ともに原告の請求を棄却したため、原告が上告したが、BGHは以下のとおり述べて上告を棄却した。

「BGB437条2号、441条に基づく買主の代金減額権およびBGB437条3号、280条、281条に基づく給付に代わる損害賠償請求権は、……買主が

売主に対して追完のための相当の期間を定め、それを徒過したことを要件とする。売主に対してあらかじめ追完に必要な期間を定めずに買主がみずから瑕疵を除去した場合、買主は、BGB326条2項2文を（類推）適用して、売主が出費を免れた瑕疵除去費用を購入代金から差し引くことはできず、または、既払いの購入代金のうち同額の返還を請求することもできない。」。

その理由について、BGHは、次のように述べている。「BGB437条以下は、BGB326条2項2文を（類推）適用したとしても出費を免れた費用の返還請求権を認めない完結的な規定である。こう解さなければ、結論として買主に売主の費用で自己実施する権利を与えてしまうことになる。立法者はこれを意図的に認めなかった……。加えて、BGB437条以下に基礎を置く追完請求権の優先が回避されてしまうことになる……。」。

第3款 追完の履行場所⁽¹⁹³⁾

第1項 問題の所在

売買契約において売主が瑕疵ある目的物を提供した場合、買主はBGB437条1号、439条1項に基づき追完を請求できるが、売主の追完義務の履行場所については明文の規定がない。そこで追完の履行場所につき当事者の明示または黙示の合意が存しない場合、あるいは契約解釈（133条、157条、242条）からも明らかにならない場合、いかにして追完の履行場所を確定するかが問題となる。

第2項 学説

学説では複数の異なる見解が主張されている。一つは、**瑕疵ある物の所在地**（通常は買主の住所地）を追完の履行場所と解する見解であり、学説における通説的見解である。この見解によると、追完場所を目的物の所在地とすることが立法者意思に合致し、また、売主の費用負担義務を規定するBGB439条2項の趣旨にも適合するという。とくに、反対説のように、追完の履行場所を「当初の給付場所」と解すると、買主は売主のもとへ物

を届けるために時間と労力を費やし運送の準備を整えなければならないし、支出した運送費についても売主が無資力になった場合のリスクを負担せざるを得ないこととなるが、このような解釈は買主に「重大な不利益」を被らせることなく追完しなければならないと規定する消費動産売買指令3条3項3文の趣旨に反するという。

これに対し、有力な見解は、**第一次的給付義務の履行地**（通常は売主の住所地）を追完の履行場所と解する⁽¹⁹⁵⁾。この見解によれば、追完請求権の法的性質は「修正された履行請求権（der modifizierte Erfüllungsanspruch）」であり、それゆえに追完の履行場所も当初の給付場所と一致しなければならないという。したがって、当初の債務が送付債務または取立債務である場合には、買主は売主のもとへ瑕疵ある目的物を返送する義務を負い、買主が目的物の返送を怠れば、追完への協力義務違反を理由として、自己の瑕疵担保法上の権利（解除または損害賠償等）を行使できなくなる。

上述した2つの見解の他に、**折衷的な見解**として、物の所在地を追完場所とする見解を基礎に置きつつも消費動産売買以外の取引については当初の給付場所を追完場所とみなす可能性を示唆する見解⁽¹⁹⁶⁾、買主が修補を請求しているか代物の引渡しを請求しているかによって区別する見解⁽¹⁹⁷⁾、さらには追完場所を一律に定めることはできず、購入物の種類に応じて個別に判断すべきとの見解⁽¹⁹⁸⁾が主張されている。

第3項 判例

裁判例の中にも、追完の履行場所を「物の所在地」と解する見解⁽¹⁹⁹⁾、「当初の履行場所」と解する見解⁽²⁰⁰⁾があり、従来の下級審では判断が分かれていた。こうした中、2つのBGH判決が現れた。まず、2008年1月8日の判決⁽²⁰¹⁾においてBGH民事第10部は、学説の支配的見解の立場に歩み寄る見解を示した。本件は、請負契約において瑕疵あるヨットを取得した原告が、被告に対し、瑕疵除去費用の賠償ないし本件ヨットを被告の造船所まで輸送した際の費用の賠償を求めた事案であるが、BGHは、追完の履行場所につき、「瑕疵担保の時点において目的に従って物が存在する場所〔買主

の住所地——筆者注]を瑕疵担保の履行場所（BGB269条）とみなすべきである。」と述べ、——傍論ではあるが——このことは「売買法上の追完請求権にも同じく妥当する。」と判示した。その後、本件とは論点を異にする事案において、2008年判決の射程が通常の動産売買の場合にも及ぶかどうかについて慎重な検討を要すると述べるBGH判決が出されたものの、⁽²⁰²⁾実際には2008年判決の傍論で示された内容が実務に少なからぬ影響を与えていたようである。下級審には、2008年判決を踏襲し、追完（修補）の履行場所を明確に「買主の住所地」とする判決があった。⁽²⁰³⁾

ところが、最近、キャンピング・トレーラーの売買に関する事案で、BGH民事第8部は2011年4月13日、売買法には追完の履行場所に関する特別の規定が存しないため、それをBGB269条1項（一般給付障害法に定められた「履行場所」に関する規定）に基づいて判断しなければならないとする注目すべき判決を下した。⁽²⁰⁴⁾BGHによると、追完の履行場所は第一次的には当事者の合意によって定まるが、そのような合意がない場合には個別事情——特に、場所的な制約、提供される給付の内容、取引慣行・商慣習、追完の際の買主の不利益（消費動産売買指令3条3項を参照）など——を考慮して判断される。それでも確定しない場合には、最終的に、売主が債務関係発生当時に有していた住所または営業所が履行場所となる（BGB269条1項）。本件では、キャンピング・トレーラーの瑕疵を除去するのに人的資源や工場の機械設備を要すること、また売主の会社所在地までの本件トレーラーの輸送ないしその準備を原告に期待できたことから、追完（修補）の履行場所は被告会社所在地であるとした上で、原告（買主）が本件トレーラーをその場所へ輸送する義務（追完への協力義務）を怠ったことを理由に、原告からの売買契約の解除を認めなかった。

第4項 2011年判決の意義と学説の批判的評価

売買法における追完の履行場所に関する問題につき、BGHが初めて判断基準を示したという点で2011年判決は重要な意義を有する。もっとも、第一に当事者の合意により、第二に個別事情に基づき、そして最後に

BGB269 条 1 項に基づいて履行場所を判断するという BGH の考え方は、特に 2 つ目の「個別事情」の判断にあたって法的不安定を生じさせるおそれがあるとの指摘もある。実際、当事者間に追完の履行場所に関する合意がない場合に、買主がみずから適切に判断することができない場合も当然にあると思われる。たとえば、追完の履行場所が売主の住所地であるにもかかわらず買主が誤って購入物の所在地（買主の住所地）を追完の履行場所と判断した場合、買主は、追完への協力義務違反を理由に解除や損害賠償を求めることができなくなる（本件はこのような事案であった）。反対に、追完の履行場所が買主の住所地とされるにもかかわらず買主が誤って売主の住所地を追完の履行場所と判断し、みずからの費用で瑕疵ある物の返送（輸送等）を行なった場合、追完の自己実施に関する判例法理により、買主は輸送等に要した費用の返還を受けることができなくなる。⁽²⁰⁵⁾ 実務的な対応としては、買主は安易な自己判断を避け、事前に売主に追完の履行場所について問い合わせる（あるいは当事者で協議する）ことが必要になると思われる。

なお、本判決が最終的に BGB269 条 1 項に基づいて追完の履行場所を判断することについて、消費動産売買指令の解釈から疑問であるとする見方もある。⁽²⁰⁶⁾ 特に、BGH が EuGH にこの問題を付託しなかった点については厳しい批判が投げかけられている。⁽²⁰⁷⁾

第 4 款 使用利益の賠償⁽²⁰⁸⁾

第 1 項 問題の所在

瑕疵ある物を引き渡した売主が代物給付によって瑕疵のない新たな物を買主に引き渡した場合において、買主は、新たな物が引き渡されるまで当該瑕疵ある物を使用したことで得た利益、すなわち「使用利益 (Nutzungen)」を売主に対して返還すべき義務を負うかという問題が、かつて学説で激しく議論されていた (BGB439 条 4 項、346 条ないし 348 条、並びに 100 条を参照)。2008 年 4 月 17 日、欧州司法裁判所がドイツ国内法の規定 (BGB439 条 4 項) の指令適合性違反を指摘したことから、ドイ

ツ民法典を一部改正するという形でこの問題の立法的解決が⁽²⁰⁹⁾図られた。本判決の実務へ与える影響は極めて大きいこと、また理論的な観点から見ても本判決には追完の問題に取り組む上で示唆に富む考え方が示されていることに鑑み、以下で詳しく法改正前の議論を振り返っておきたい。

第2項 従来の議論

1 緒論

BGB439条4項によれば、「売主が追完のために瑕疵のない物を引き渡す場合、売主は、第346条から第348条までに従い、瑕疵ある物の返還を買主に対して請求することができる。」。この規定に基づいて、売主が瑕疵のない新たな物を代物給付する際、買主に対して使用利益の賠償を求めることができるかが問題となる。重要なのは、BGB439条4項が参照するBGB346条ないし348条の規定である。

【BGB346条】解除の効果

- (1) 契約の一方当事者が契約で解除を留保していた場合又はその者に法定の解除権が認められる場合、解除がされれば、受領した給付及び獲得した使用利益を返還しなければならない。
- (2) 債務者は、次の各号に該当する場合には、返還に代えて価格賠償をしなければならない。
 - 1 取得物の性質上、返還ができない場合
 - 2 (省略)
 - 3 (省略)

【BGB347条】解除による収益及び費用

- (1) [返還] 債務者は、通常のエconomic法則に従い収益を得ることができたのにこれに反してしなかったときは、債権者に対して価額を償還する義務を負う。法定解除権の場合には、解除権者は、収益に関して、自己の事務につき通常用いるのと同じの注意についてのみ責めに任ずる。
- (2) (省略)

【BGB348条】遅滞のない履行

解除から生ずる両当事者の義務は、遅滞なく履行しなければならない。
第320条、第322条の規定は、この場合に準用する。

BGB439条4項に基づき、買主は、瑕疵ある目的物の返還義務を負う。これに対して、買主が使用利益の返還をも義務付けられるか否かは、この規定から直接には明らかにならない。しかし、BGB439条4項が参照するBGB346条ないし348条を見ると、買主は使用利益を含めて代物給付と引き換えに遅滞なく瑕疵ある物を返還しなければならないことが分かる（特に、BGB346条1項「獲得した使用利益を返還しなければならない。」が準用されている。）。これにより、買主の使用利益の賠償義務を肯定するのが明確な立法者意思でもあった。⁽²¹⁰⁾

ところが、学説には、消費用動産売買指令との関係で、こうした結論を疑問視する見解があった。すなわち、指令3条3項によると、買主たる消費者は、消費用動産の「無償」での修補または代物給付を請求できるが、買主の使用利益の賠償義務を認めることは、この規定の趣旨に合致しないのではないかと⁽²¹¹⁾の疑問である。

BGHは、「クヴェレ事件 (Quelle-Fall)」と称される事件で、この問題に取り組んだ。本件の事実の概要は次のとおりである。

2 クヴェレ事件

2002年にAはY（被告、通販業者クヴェレ）から「レンジセット (Herd-Set)」を542,90ユーロで購入したが、そのレンジセットの一部であるオーブンの内側のエナメルが剥がれていた。そこで追完をする必要が生じたが、その剥がれた部分のみの修補が不可能であったため、AとYは合意の上でレンジセットを交換し、当初の瑕疵ある商品はAからYへ返還された（代物給付による追完）。しかし、その際、YはAに対してレンジセットを交換するまでにAが得た使用利益の返還を求め、AはYの請求に応じた。その後、この件でAから委任を受けたX（原告、消費者

連盟)が、Aの支払った金額の返還(利息込みで67,86ユーロ)を求めるとともに、一般の消費者に対して使用利益の返還を請求するのをやめるよう差止めを求めた。本件の主たる争点は、代物給付により新たな瑕疵のないレンジセットの引渡しを受けた消費者(買主)が、BGB439条4項に基づき、瑕疵あるレンジセットを返還するまでに得た使用利益の賠償義務を負うかどうかである。

原々審はXの支払請求を認容したが、差止めについてはXの訴えを棄却した。これに対して、XYが控訴し、原審は⁽²¹³⁾いずれの控訴も棄却したため、XYが上告した。

3 連邦通常裁判所 2006年8月16日決定⁽²¹⁴⁾

BGHは、従来から学説で指摘されていたBGB439条4項の指令適合性の問題を顧慮し、本案の審理をいったん中断した上で、EC条約234条(現EU機能条約267条)に基づき、次の解釈問題を欧州司法裁判所へ付託した。

「売主が代物給付によって契約に適合した消費用動産に回復させた場合に、最初に引き渡した契約違反の消費用動産の使用利益に対する価格賠償を消費者に対して請求できるとする国内法の規定は、消費用動産売買指令3条1文および4項または3条3項3文に関連する3条2項の規定に抵触すると解すべきか。」

4 欧州司法裁判所 2008年4月17日判決⁽²¹⁵⁾

欧州司法裁判所は、2008年4月17日の判決で、次のとおり回答した。「売主が契約違反の消費用動産を引き渡した場合、新たな消費用動産によって契約違反の消費用動産を交換するまで当該消費用動産を使用していた利益の賠償を消費者に対して請求することを売主に認める国内法の規定は消費用動産売買指令3条に抵触すると解すべきである。」

BGB439条4項が指令に抵触する理由について、同裁判所は次のとおり述べている。⁽²¹⁶⁾すなわち、①売主は消費用動産を契約適合的な状態に回復

させる際にそれを「無償」で行わなければならないこと（無償性の保障）、②この「無償性の保障」は差し迫った金銭的な負担から消費者を保護することを目的としており、このような保護がなければ金銭的負担を理由に消費者がみずからの権利行使を断念するおそれが生じること、③こうした解釈は「高度の消費者保護の達成に寄与する」という指令の目的とも合致すること、である。

また、金銭賠償をすることなく消費者が契約違反の消費動産と引き換えに新たな消費動産を使用できるとすれば不当利得に当たるというドイツ連邦政府の意見に対して、「売主が契約違反の消費動産を引き渡したときは、その者は売買契約で引き受けた義務を適切に履行していないのであるから、その不完全履行の結果を甘受しなければならない。売買代金を自ら支払った者、すなわち自己の契約上の義務を適切に履行した消費者は、契約違反の消費動産の代わりに新たな消費動産を取得しても不当利得したことになる。」と述べている。

5 BGH 判決と民法改正

欧州司法裁判所がドイツ国内法の規定（BGB439 条 4 項）の指令違反を指摘した後に審理を再開した連邦通常裁判所民事第 8 部は、2008 年 11 月 26 日、消費動産売買の事例については「……売主の使用利益の返還請求権または瑕疵ある物の使用利益に対する価格賠償請求権は認められない⁽²¹⁷⁾」という趣旨で BGB439 条 4 項の規定を解釈すべきであると判示し、同条項を目的論的に制限解釈する余地を認めた（指令適合的な法の継続形⁽²¹⁸⁾成）。そして、この BGH 判決を受けてすぐに民法典の一部改正が行われ、⁽²¹⁹⁾その結果、本款の冒頭で述べたとおり、現在では、消費動産売買契約については 439 条 4 項に基づく売主の使用利益賠償請求権は認められない扱い⁽²²⁰⁾になっている（BGB474 条 2 項）。

ところで、この問題に関連して、最近、中古車の売買契約において、代物給付ではなく、「契約解除」に際して消費者たる買主の使用利益賠償義務の存否が争点となった事案が現れたが、BGH は、代物給付の場合と異

なり、「消費動産売買契約の解除の場合には、BGB346 条 1 項に基づく
売主の使用利益賠償請求権は消費動産売買指令に抵触しない。」と判示
した。⁽²²¹⁾ 本件でも欧州司法裁判所への付託が必要だと主張する上告理由に対
して、BGH は、「共同体法の規定がすでに裁判所による解釈の対象となっ
ていた場合または合理的な疑いを差し挟む余地のないほど共同体法を適切
に適用できることが明らかな場合には、加盟各国の最終審裁判所に付託義
務は課せられない⁽²²²⁾」と述べ、上告を棄却した。

第 5 款 追完の範囲⁽²²³⁾

第 1 項 問題の所在

売主による代物給付が行われるまでに、買主が最初に引き渡された瑕疵
ある物を他の物へ取り付けていた場合、その瑕疵ある物を取り外したり、
あるいは代物給付された瑕疵のない新たな物を再び取り付ける義務を売主
または買主のいずれが負うかが問題となる。瑕疵ある物を引き渡した売主
に帰責性がある場合には、売主が取外しないし取付け義務を負うと解する
ことに問題はない。これに対し、瑕疵ある物を引き渡した売主に帰責性が
ない場合には問題が生ずる。特に、売主自身が瑕疵ある物を製造した製造
業者とは異なる場合、製造業者は基本的に売主の履行補助者とはみなされ
ないので、売主の帰責性が否定されることが少なくないといわれている。⁽²²⁴⁾

第 2 項 取付け義務に関する判例および学説

まず、代物給付された目的物の取付け義務の問題から見ていきたい。こ
の問題に最初に取り組んだのがカールスルーエ上級裁判所 2004 年 9 月 2
日判決である。⁽²²⁵⁾ 本件は、瑕疵あるタイルを購入した買主が売主に対し瑕疵
のないタイルを再度敷き詰めるよう求めた事案であるが、同裁判所は、
「買主は代物給付による追完を請求でき、……追完に要する費用は
BGB439 条 2 項に基づいて売主が負担しなければならず、新たな敷詰費用
を売主が負担しなければならない」と判示し、瑕疵あるタイルを引き渡し
たことにつき過失のない売主の取付け義務を肯定した。

本判決に対して、学説からは多くの批判が寄せられた。⁽²²⁶⁾ 批判的見解によれば、追完請求権は「本来的履行請求権の修正」という法的性質を有しており、本来の給付義務の内容が瑕疵なき目的物の引渡しである以上、履行請求権を修正した追完請求権がそれ以上に及ぶことはないという。その後に出されたケルン上級地方裁判所 2005 年 12 月 21 日判決は、カールスルーエ上級地方裁判所判決とほぼ同様の事案で、売主の取付け義務を否定する学説の見解に沿う判断を行った。

さらに近時の BGH 判決も否定説に立つことを明らかにした⁽²²⁷⁾（フローリング判決）。本件では、瑕疵あるフローリング材を提供した売主が新たなフローリング材の敷詰義務を負うか否かが争点となったが、BGH は以下のとおり述べ、売主の敷詰義務を否定した。

(1) 「瑕疵ある寄せ木張りフローリング材（以下、単にフローリング材という。）を提供した売主は、代物給付による追完に基づいて瑕疵のないフローリング材の引渡し、すなわち瑕疵のない購入物の占有および所有権を取得させる義務のみを負う（BGB439 条 1 項）。買主が瑕疵あるフローリング材をすでに敷き詰めていた場合であっても、売主が追完によって代物給付したフローリング材を敷き詰める義務を負うものではない。」

(2) 「買主が瑕疵を発見する前にみずからの費用で瑕疵あるフローリング材を敷き詰めていた場合、瑕疵のないフローリング材を新たに敷き詰めるために要する費用に関して瑕疵ある物を引き渡した売主の責任が問題となるのは、給付に代わる損害賠償（BGB437 条 3 号、280 条 1 項および 3 項、281 条以下）が認められる場合のみである。瑕疵ある給付によって生ずる義務違反（BGB280 条 1 項 1 文、433 条 1 項 2 文）について責めに帰すべき事由がない場合、売主はその責任を負わない。」

第 3 項 取外し義務に関する判例および学説

売主の取外し義務に関しても、判例および学説に争いがある。取外し義務を肯定する見解によれば、売主が瑕疵のない新たな物の代物給付義務を負う場合、BGB439 条 4 項に従い、売主は自己の引き渡した瑕疵ある物の

返還請求権を有するが、この瑕疵ある物の返還が「買主の利益」にも資する場合（すなわち、買主の引取請求権が認められる場合）には瑕疵ある物について売主は引取義務を負い、その結果、引取義務の履行場所で瑕疵ある物を取り外す義務をも負担しなければならないという⁽²²⁹⁾。これは債務法改正前においてBGHが用いていた論拠であるが（「瓦」判決——⁽²³⁰⁾ 売買契約の「解除」の事案である。）、肯定説は「瓦」判決の理由づけが新債務法における代物給付についても妥当するという。

もっとも、肯定説に対しては、「瓦」判決は引き渡された瑕疵ある瓦が屋根に「仮設」されているにすぎない（すなわち、目的物は他の物へまだ組み込まれていない）という特殊な事案であったのに対し、たとえば、目的物が他の物へ完全に組み込まれるなどして一個の物としての独立性を失っている場合には、もはや売主に瑕疵ある物の返還請求権が認められず（BGB346条2項2号、同条3項1号を参照⁽²³¹⁾）、その結果、それに対応する取外し義務も生じないことになるので、新債務法の下で「瓦」判決の論拠（すなわち、売主の返還請求権→売主の引取・取外し義務という理論構成）を準用できるとしても、問題となる事案において瑕疵ある物が現に存するか否かという具体的な事実には十分配慮する必要があるとする指摘がある⁽²³²⁾。あるいは、より批判的に、瑕疵ある物を引き取ってもらう「買主の利益」から売主の「引取」義務が認められても、直ちに「取外し」義務まで導くことはできないとする見解もある⁽²³³⁾。

2009年1月14日の決定で、BGHは売主の取外し義務の問題に取り組んだ⁽²³⁴⁾。本件の争点は、瑕疵あるタイルが引き渡された場合における売主のタイルの除去義務（撤去および廃棄処理）の存否である。BGHは買主の追完請求権を規定するBGB439条1項および売主の追完費用の負担義務を規定するBGB439条2項から売主の取外し義務を導くことはできないが、消費動産売買指令（指令3条2項、3項3文）の解釈によってはそれが肯定される可能性があるかと判示した。そして、この指令の解釈問題について欧州司法裁判所へ先行判決（EC条約234条〔現EU機能条約267条〕）を求めた。その後、ショルンドルフ区裁判所も2009年1月14日

BGH 決定とは独立して売主の「取付け」義務と「取外し」義務の問題について先行判決を求めたことから⁽²³⁵⁾、欧州司法裁判所において両裁判所の付託事件が共同審理されていた。

第4項 欧州司法裁判所判決

2011年6月16日、欧州司法裁判所は、「高度の消費者保護水準（ein hohes Verbraucherschutzniveau）」の保証というEUの消費者保護政策を拠り所に、売主の追完義務の中に瑕疵ある物の取外しおよび代物給付した物の（再度の）取付けを含める判断を下した（ヴェーバー・プッツ判決⁽²³⁶⁾）。同判決によれば、「瑕疵が現れる前に消費者が善意でその種類および使用目的に従って取り付けた契約不適合の消費動産を代物給付により契約適合的な状態に回復させる場合、売主は、当該消費動産の被取付物から当該消費動産をみずから取り外し、代物給付した消費動産を被取付物に取り付けるか、若しくは、取外しおよび代物給付した消費動産の取付けに必要な費用を負担する義務を負う、というように指令第3条第2項および第3項を解釈すべきである。」。

本判決がEU域内の消費動産取引に対して与える影響は、相当に大きいと思われる。ドイツにおいては特に、売主の（再度の）取付け義務を否定した従前の「フローリング」判決は先例としての意義を失った。加えて、本判決は、とりわけ以下の二点について理論的に重要な問題を提起する。第一に、売主の追完義務に取外しや取付けを含めるとした場合のドイツ国内法における法的根拠が問題となる。第二に、本判決の射程が消費動産売買の事例に限定されるか、それとも一般の売買にまで及ぶか、という点が問題となる⁽²³⁷⁾。さらに、法政策的な観点から、本判決の判事事項を国内法で実現する際に、国内法の指令適合的「解釈」で十分か、それ以上に立法的解決（BGBの一部改正⁽²³⁸⁾）が必要かという点も問題となる。

第5項 2つのBGH判決

1 連邦通常裁判所 2011年12月21日判決

2011年12月21日、BGH民事第8部は、欧州司法裁判所判決に従い、売主の追完義務の範囲に瑕疵ある物の取外し及び瑕疵のない物の（再度の）取付けを含むとする判断を示した。⁽²³⁹⁾ BGHはその法的根拠をBGB439条1項に求めている。BGHによると、「BGB第439条第1項第2選択肢で定められた追完方法『瑕疵なき物の引渡し』には瑕疵ある購入物の取外しおよび搬出も含まれるという趣旨で、同規定を指令適合的に解釈しなければならない。」。

2 連邦通常裁判所 2012年10月17日判決

上記BGH判決は消費動産売買に関する事件であったため、売主の取外し及び取付け義務が消費動産売買以外でも認められるか否かについて直接には述べられていなかった。欧州司法裁判所判決以後、当該判決の射程をめぐって学説では見解の一致がみられず、⁽²⁴⁰⁾ BGHの判断が待たれていたところであった。こうした中、最近になり、この問題について態度を明確にするBGH判決が現れた。本件は、「事業者間 (b2b)」における物の売買 (EPDM 顆粒剤の売買) に関する事案である。原告 (買主) が、瑕疵ある物 (顆粒剤) の取外し及び瑕疵のない物 (他の種類の顆粒剤) の取付けにかかった費用の支払を求めて訴えを提起したのに対し、BGHは、「(代物給付の際の取外し及び取付け費用に関する) BGB439条1項の指令適合解釈は消費動産売買契約 (b2c) に限定され、事業者間 (b2b) 又は消費者間 (c2c) における売買契約には妥当しない。」と判示し、原告の請求を棄却した。⁽²⁴¹⁾

本判決は、BGHが欧州司法裁判所判決の射程をはじめて明らかにしたという点で先例的意義を有する。本判決によると、指令の妥当領域 (消費動産売買の領域) を超えて指令適合解釈が正当化されるのは、立法者が消費動産売買指令を国内法化する際に同指令の内容を売買法一般に及ぼすことを意図していたからである。そうすると、反対に、立法者が当時そ

のような意図を有していなかった場合には、過剰な指令適合解釈は義務付けられないないし、正当化もされない。指令の適用領域外においていかなる場合に指令適合解釈が要請されるかについては従来も議論があったが⁽²⁴²⁾、この問題に対する態度を明らかにした点に本判決の2つ目の先例的意義が認められる。

第6項 追完の範囲をめぐる議論の整理と近時の立法提案

売買契約において瑕疵ある物の引渡しを受けた買主は、売主に対して追完請求権を行使できる（BGB437条1号、439条1項）。BGB439条1項に基づき買主は売主に対して修補または代物給付を求めることができるが、修補が不可能な場合若しくは売主が正当にそれを拒絶した場合には、代物給付のみが認められる。消費動産売買の事例において、買主が代物給付を受ける前に瑕疵ある物をすでに別の物へ取り付けていた場合、買主は瑕疵のない新たな物の引渡しに加えて瑕疵ある物の取外しおよび新たに代物給付された瑕疵のない物の取付けを売主に対して請求できる（BGB439条1項の目的論的拡大解釈。EuGH, NJW 2011, 2269.; BGH NJW 2012, 1073.）。これに対して、事業者間又は消費者間の売買契約については、取外し及び取付けは当然には売主の追完義務の範囲に含まれない（BGH, NJW 2013, 220.）。

これと同趣旨の立法提案が、連邦司法省のBGB一部改正草案（2012年9月公表）の中にみられる⁽²⁴³⁾。最後に、その内容を確認しておきたい。同草案474a条1項は次のとおりである。

「買主が購入物をその種類及び使用目的に従い他の物へ取り付けた場合、BGB439条1項に基づく買主の瑕疵なき物の引渡請求権は、購入した瑕疵ある物の取外し及び代物として給付される物の取付けを含む。買主が購入物を取り付ける際にその瑕疵を知っていた場合又は重過失により瑕疵を認識しなかった場合は、この限りでない。」

第6款 追完請求権の制限

売主が瑕疵ある物を引き渡した場合であっても、買主の追完請求権が貫徹されない場合がある。一つは「不能」を理由に、もう一つは「費用の過分性」を理由に買主の追完請求権が制限される場合である。

第1項 追完の不能 (BGB275条1項)

買主の追完請求権は、第一に、「不能 (Ummöglichkeit)」を理由に制限される。不能を理由とする追完の制限について、瑕疵担保法には特別の定めがない。そこで、この場合には不能に関する一般規定が適用される (BGB275条1項)。

不能が認められる例として、たとえば、前述したように、特定物売買における代物の引渡しは観念できないことを理由に売主の代物給付義務を否定する見解があった。また、特定物売買における代物給付を原則として肯定する見解でも、とくに中古品売買の場合には代替性がないことを理由に代物給付請求権が制限され⁽²⁴⁴⁾うる。

もともと、修補または代物給付のうち、いずれか一方の追完が不能であっても他方の追完が可能な場合には、買主の追完請求権は制限され⁽²⁴⁵⁾ない。前述した例でいえば、特定物売買における代物給付が不能であっても修補が可能であれば追完全部の不能は認められない。さらに、一部の不能は他の部分の追完を妨げない。たとえば、自動車の燃費量の調整は不可能でも、同じ自動車のギヤ部分の修理が可能であれば、その部分のみを追完⁽²⁴⁶⁾できる。売却された中古車が事故車である場合のように、修補も代物給付も全く不可能な場合⁽²⁴⁷⁾には追完請求権は制限されるが、この場合、買主は追完期間を設定せずに解除権を行使できる (BGB326条5項)。

第2項 過大な費用を理由とする追完拒絶 (BGB439条3項)

「不能」以外にも、買主の追完請求権は BGB439条3項を理由に制限される。すなわち、買主が選択した追完方法につき不合理な費用がかかる場合、売主は費用の「過分性 (Unverhältnismäßigkeit)」を理由に当該追完

を拒絶することができる。

1 BGB275条2項との関係

過大な費用を理由とする売主の追完拒絶は、BGB439条3項のほか、BGB275条2項でも認められる。すなわち、BGB275条2項は、「債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、給付をすることが債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失するような出費を要する限り、債務者は、給付を拒絶することができる。」と規定している。この一般規定に加え、BGB439条3項は、⁽²⁴⁸⁾ 売買法上の追完請求権について「特別の規定」を定めたことになる。この規定によれば、「売主は、買主が選択した追完に過分の費用がかかるときは、第275条第2項及び第3項の適用を妨げることなく、その追完を拒絶することができる。」。ここで両条の適用関係が問題となるが、政府草案理由書によると、「BGB439条3項1文は、BGB275条2項に含まれる一般的な法思想を売買法の領域で特に明確にしたものであり、BGB275条よりも容易に売主の追完拒絶の抗弁を根拠づける規定である。⁽²⁴⁹⁾」と説明されている。したがって、瑕疵ある物に対して買主が追完を求めた場合、売主としては一般に、BGB439条3項に基づいて、買主の選択した追完に過分の費用がかかるか否かを検討するが、補充的にBGB275条2項を考慮することは妨げられない。

2 費用の過分性 —— 相対的過分と絶対的過分

BGB439条3項にいう「過分性」については、以下の二種類のものが観念される。一つは、「相対的過分」といわれるもので、両方の追完方法（修補または代物給付）を比較して一方にかかる費用が他方のそれに比べ過分となる場合を指す。根拠規定は同条項の第2文であり、それによると、売主が過大な費用を理由に買主の選択した追完方法を拒絶する場合には、「特に、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の程度及び買主に重大な不利益を被らせることなく他の追完を行使できるか否かを考慮する。」とされている。

これに対し、もう一つが「絶対的過分」といわれるもので、特定の追完方法が買主の利益と比べ均衡を失う場合を指す。根拠規定は同条項の第3文であり、第1文および第2文に従い追完方法が一つに特定された場合でも、さらに当該追完をも拒絶する売主の権利が認められる。

第3項 消費用動産売買指令との抵触の問題

1 問題の所在

絶対的過分を理由に売主が追完義務を免れる点に関しては、消費用動産売買指令との関係で議論がある。上述したとおり、BGB439条3項は「相対的過分」および「絶対的過分」という2つの形態で買主の追完請求権の限界を定めているが、他方で、消費用動産売買指令は、費用の過分性を理由とする追完拒絶については「相対的過分」しか認めておらず、BGB439条3項3文のような「絶対的過分」に基づく追完拒絶を予定していない。指令3条3項によれば、消費者は、引渡しを受けた消費用動産に契約違反が認められる事例において、売主に対し、不能または過分とならない限り、消費用動産の無償での修補または代物給付を請求できるとされているが、その追完方法が「過分」とみなされるのは、「他の方法と比較して、売主に期待不可能な費用を生じさせる場合」のみである。そのため、「絶対的過分」を理由に買主の追完請求権を排除するドイツ民法の規定の指令適合性が問題となる。

2 連邦通常裁判所 2009年1月14日決定

前款で紹介した追完の範囲に関する連邦通常裁判所 2009年1月14日決定は——取外し義務の問題とともに——この指令適合性の問題も扱っている。

必要な限りで事案と争点を再度確認しておきたい。本件は瑕疵あるタイルの売買の事案であるが、売主によるタイルの修補が不可能であったため、追完方法として代物給付のみが問題となった。そこで買主が瑕疵のない新たなタイルの引渡しを求めたが、これに対して売主が費用の過分性を理由

に追完を拒絶したというものである（絶対的過分に基づく追完拒絶）。新たな瑕疵のないタイルの購入代金は約 1.400 ユーロ、追完費用は総額で約 3.300 ユーロであり、追完費用が瑕疵のないタイルの価格の約 240% に達する。

このような事実関係の下で、原審は、「追完に過分なほど高額な費用が伴うものと認めることはできない。」と判示したが、BGH は、学説（ビッター/マイト）の提示する基準（150%）に依拠して、「原告が求めた瑕疵のないタイルの引渡し」には「絶対的な過分」が生じていると述べた。^(250,251)ここで前述した絶対的過分を理由に追完拒絶を認める BGB439 条 3 項の指令適合性の問題が生じたため、BGH は EC 条約 234 条〔現 EU 機能条約 267 条〕に基づいて欧州司法裁判所へ先行判決を求めた。

3 欧州司法裁判所 2011 年 6 月 16 日判決

欧州司法裁判所は、2011 年 6 月 16 日の判決（前掲・ヴェーバー・プッツ判決）で「EU の立法者は、売主に対し、瑕疵ある消費動産の修補または代物給付を拒絶する権利を不能または相対的過分の事例に限って認めるつもりであった……。そうすると、両方の救済手段のうち一方しか行使できないことが判明した場合には、売主は消費動産の契約適合的な状態を回復させるその唯一の救済手段を拒絶することができない。」と述べた上で、絶対的過分を理由とする売主の追完拒絶権を認める BGB439 条 3 項 3 文は指令 3 条 3 項に抵触すると結論づけた。同裁判所によれば、絶対的過分を理由とする追完拒絶が認められないとしても、指令 3 条 3 項は、取外しないし取付けを求める消費者の請求が相当な額での費用賠償請求に制限される可能性を否定するものではないが、賠償額の制限により消費者の権利が実質的に空洞化することのないようにしなければならないという。⁽²⁵²⁾

4 連邦通常裁判所 2011 年 12 月 21 日判決

BGH は、2011 年 12 月 21 日の判決において、欧州司法裁判所判決に沿う判断を行なった。⁽²⁵³⁾判旨は、次のとおりである。

「BGB439 条 3 項 3 文で売主に認められた、唯一可能な救済手段を（絶对的に）過大な費用を理由に拒絶する権利は、指令 3 条に適合しない（EuGH, aaO）。一方の追完方法しか行使できない場合または売主がもう一方の追完方法を正当に拒絶した場合、これにより規定の欠缺が生ずるが、法律上の新规定が定められるまでは、消費動産売買（BGB 第 474 条第 1 項第 1 文）の事例について BGB439 条 3 項の適用を目的論的に制限することによってこの欠缺を補充しなければならない。」

「上記の場合において、代物給付による追完を費用の過分性を理由に拒絶する売主の権利は、瑕疵ある購入物の取外しおよび代物として引き渡した購入物の取付けに関して、相当な額での費用賠償を求めよう買主に対して指示する権利に制限される。この金額を算定するときは、瑕疵のない状態での物の価値および瑕疵の程度を考慮しなければならない。同時に、売主の費用負担を制限することで買主の取外しおよび取付け費用の賠償を求めよう権利が空洞化することのないように保証されなければならない。」

BGH は、追完費用の絶対的過分を理由とする売主の追完拒絶権を規定する BGB439 条 3 項 3 文の指令不適合性を認めた。これにより、絶対的過分を理由とする売主の追完拒絶権（包括的な追完拒絶権）は否定される（BGB439 条 3 項の目的論的制限）。もっとも、売主には、買主が取外ししない取付けを求めた場合にみずからその追完を行うことなく「相当な額での費用賠償を求めよう買主に対して指示する権利」（同条 3 項に基づく抗弁権）が認められるという。ただし、売主による費用賠償の制限が許されるとしても、「消費者の権利が実際に空洞化することがあってはならない」。ゆえに賠償額が制限される場合、消費者には「契約の解消または代金減額を求めよう権利」（指令 3 条 5 項）が認められるという。このとき、買主による事前の追完期間の設定は必要でない。本件では買主の取外し費用（タイルの引き剥しおよび廃棄処理に要する費用）の賠償認容額は 600 ユーロに制限されるが、原告（買主）が解除または代金減額を求めているため、（縮減された）取外し費用の賠償請求のみ認容されている。

第7款 追完期間の設定

買主が追完請求権から他の救済手段へ移行する際には、目的物の瑕疵が存在するほか、買主から売主に対して追完のための相当な期間を設定し、その期間を適法に徒過したことが要件となる（BGB281条1項、323条1項）。

第1項 相当な期間設定の要件

1 問題の所在

買主は、売主に対し、「相当な期間（die angemessene Frist）」を設定した上で追完のための機会を与えなければならないが、この期間の相当性の要件をめぐる議論がある。たとえば、債権者が債務者に対して確定期日ないし特定の期日を定めて追完を求めるのではなく、「即時に（sofort）」とか、「遅滞なく（unverzüglich）」とか、「適切な時期に（in angemessener Zeit）」とか、「即座に（umgehend）」等の解釈に幅のある「曖昧」な表現を用いて追完期間を設定した場合に、相当な期間が設定されたといえるかが問題となる。以下では、2009年8月12日のBGH判決を素材に、この問題を検討していきたい。

2 連邦通常裁判所 2009年8月12日判決⁽²⁵⁴⁾

事案の概要は、次のとおりである。

中古車売買契約の買主は、購入した自動車に瑕疵があることを主張し、売主に対して、この瑕疵を「即座に（umgehend）」除去するよう求めた。このとき、買主は、当該期間内に瑕疵が除去されなければ他の工場へ修理に出すことを売主に告げていたが、期間経過後も売主が修理をせず、また、売主に電話で連絡を取ろうにもこれが出来ず、さらに売主の従業員が本件に対応することを約束していたにもかかわらず買主への報告を怠ったこともあり、本件自動車を第三者に修理させた。そして、本件訴訟において、売主に対し、修理費用の賠償を求めた。

以上の事実関係の下で、「相当な追完期間の設定」の解釈につき、BGH

は次のとおり判示した。

「債権者が即時の (sofortig, unverzüglich oder umgehend) 履行またはそれに相当する表現を用いて請求することにより、債務者に対し、履行のための一定の期限 (特定可能な期間) を与えることを明らかにすれば、BGB281 条 1 項の期間設定をしたといえる。特定の期間または一定の (最終) 期日を定める必要はない。」

3 本判決の位置づけと学説の評価

BGB281 条 1 項 1 文は、「債務者が履行期にある給付を提供せず又は義務付けられたとおりに提供しないときは、債権者は、債務者に対し、履行又は追完のための相当な期間を定め、それを徒過した場合に、第 280 条 1 項の要件の下で履行に代わる損害賠償を請求することができる。」と規定する。本件は、瑕疵ある自動車の引渡しの事案であるから、当該規定の後半部分すなわち契約不適合の給付をした場合に、債権者が「追完のための相当な期間を定め、それを徒過した」といえるかが問題となる。

従来⁽²⁵⁵⁾の学説には、債務者に対して即時の履行を求めただけでは有効な期間設定があったとはいえないとする見解があった。これに対し、本判決は、「即時の」履行請求でも期間設定の要件を十分満たすと判示し、その理由について、以下のように述べている。

まず、法律の文言であるが、BGB281 条 1 項の「期間設定」の概念からは、基準となる期間を「暦」や「具体的な年月日」で定めなければならないということが読み取れないという。また、「相当な期間内に」、「遅滞なく」または「即時に」追完をするよう債務者に求めれば、追完には一定の期間があることを債務者に知らせることができ、BGB281 条 1 項の期間設定の目的は達せられるという。さらに BGH は、このような曖昧な表現を使うと債務者としてはいつまでに追完すればよいか分からないこともあるが、このような不明確さは何も曖昧な表現を使った場合に限られず、特定の期間を定めた場合であってもその定められた期間が短すぎるような場合には常に生じうることであるという。最後に BGH は、政府草案理由書

185頁を引用し、期間設定の要件が形式的な理由から買主の追完請求権を挫折させる「ハードル」になってはならないと述べている。⁽²⁵⁶⁾

学説には、本判決に対して批判的な見方もある。⁽²⁵⁷⁾たとえば、ゲゼルは、債務者の視点から見たとき、「曖昧」な表現を用いた期間設定と「確定的」ではあるが非常に短い期間が設定された場合とでは状況が全く異なり、後者のほうが明確性ないし安定性という観点から債務者の利益に資するし、当事者間での紛争も生じさせにくいと指摘している。⁽²⁵⁸⁾また、ファウストは結論において本判決に賛成するが、その一般論ないし理由づけを批判する。すなわち、ファウストによれば、民法は「催告」（債務者遅滞の要件としてのBGB286条1項1文）と「期間設定」（BGB281条1項、323条1項）とを明確に区別しているが、即時の履行を求めることで十分とすれば、この区別が曖昧になるという。すなわち、即時の履行請求は（期間の定めのない）「催告」の典型例であるが、こうした請求方法では債務者に対して履行期が明示されないため、「期間」設定の要件は充足されないはずであるという。期間設定のもつ「警告機能（Warnfunktion）」——さらなる履行遅滞があれば第二次的権利（解除、損害賠償等）を行使する旨を債務者に対して知らしめる機能——を重視すれば、「期間」設定があるというためには、原則として、最終期日を債務者に対して伝えておく必要がある。その意味で、即時の履行（または追完）請求でも期間設定の要件が満たされるとする本判決の一般論は誤っているという。しかし、本件では、買主は即時の瑕疵除去を求めただけでなく、「瑕疵が除去されなければ別の工場へ依頼すること」を売主に対して告げており、このような付随的事情があれば、仮に最終期日の言明がなくとも、追完期間の制限を売主が認識できるため、期間設定があったものと認めてよいとする。⁽²⁵⁹⁾

第2項 期間設定が不要となる場合

1 明文の規定

前項の議論は、いかなる場合に期間設定があったといえるかに関するものであったが、次に、買主による追完期間の設定がそもそも不要となる場

合を検討する。まず、解除に関する BGB323 条 2 項が一般規定を定めており、それによれば、「債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき (1 号)、債務者が契約において定められた期日又は期間内に給付をせず、かつ、債権者がその契約において給付が適時にされなければ給付利益が存続しないとしていたとき (2 号)、または、当事者双方の利益を衡量して特別な事情から即時の解除が正当化されるとき (3 号)」には、期間設定を要しない (損害賠償に関して、BGB281 条 2 項も参照)。また、売買法上の特別規定として BGB440 条が置かれており、同条 1 文によれば、「第 281 条 2 項及び第 323 条 2 項のほかに、売主が前条 [439 条] 3 項により両方の追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が達成されなかったとき、又は買主に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。」。さらに、BGB275 条 1 項ないし 3 項に基づいて売主の給付義務/追完義務が排除される場合にも、即時の解除が認められる (BGB326 条 5 項)。

2 判例理論

上述した明文の規定がある場合のほか、確立した判例によれば、目的物の瑕疵について売主が故意に欺罔した場合にも、追完期間の設定が不要となる (BGB323 条 2 項 3 号も参照)。

その嚆矢となったのが、連邦通常裁判所 2006 年 12 月 8 日民事第 5 部決定⁽²⁶¹⁾である。本件は一筆の土地と家屋の売買契約の事案であるが、売却された土地家屋に関して、激しい雨が降る際に地表の水と地下水がガレージと家の地下室へ浸水する危険があり、また、売主 (被告) はそのことを知っていたにもかかわらず買主 (原告) に対して告げなかった。買主が売主に売買契約の解除と損害賠償ないし費用賠償を求めたのに対し、原審は、買主が事前に追完期間を設定していなかったことを理由に契約解除を認めなかった。しかしながら、原審に反して、BGH は、「売主が売買契約の締結の際に買主に対して瑕疵を故意に黙秘した場合には、通常、即時の売買契約の解除を正当化する買主の利益、ないし事前の期間設定をすることなく

給付に代わる損害賠償を請求できる買主の利益が認められうる。」と判示した。その理由について、BGH は、①「売主が売買契約の締結の際に欺罔行為を行った場合、通常、追完に必要な信頼の基礎が失われる」こと、②「追完の優先の目的は、もっぱら解除に伴う経済的不利益を回避する機会を売主に与えることにある」が、悪意の売主に対して「2 回目の機会を与える理由は存」せず、「〔悪意の〕売主は、売買契約の解除に伴う経済的不利益から保護されるに値しない。」ことを挙げている。

その後、本判決は、物の瑕疵を理由に買主が売主に対して解除を求めた事案⁽²⁶²⁾、損害賠償を求めた事案および代金減額を求めた事案で繰り返し確認されている。その際、BGH は一貫して、目的物の瑕疵について売主が悪意の場合には追完に必要な信頼の基礎が失われること、悪意の売主は保護に値しないことを強調している⁽²⁶⁵⁾。学説も基本的に BGH と同様の結論である⁽²⁶⁶⁾。

なお、上記のように、売主が目的物の瑕疵を故意に黙秘したため追完期間の設定が不要となる場合でも、買主がそれでもなお売主に追完の機会を与え、かつ、その期間内に売主が当該目的物の瑕疵を適切に除去したときは、買主は契約解除権⁽²⁶⁷⁾を失う。

第 3 項 消費用動産売買における期間「設定」の要件の指令適合性

ドイツ民法上、買主が契約解除を請求する前提として追完期間の「設定」を要件としていること（BGB437 条 1 号、323 条 1 項）が、消費用動産売買指令に抵触しないかという問題がある⁽²⁶⁸⁾。すなわち、指令 3 条 5 項⁽²⁶⁹⁾によると、消費用動産売買において消費者たる買主は相当な期間が経過すれば解除権の行使が認められ、追完期間の「設定」は権利行使の要件とされていない。それにもかかわらず、買主（消費者）にとって不利となる追完期間「設定」の要件をドイツ国内法で規定することが許されるか、という問題である。立法者は買主による期間設定は指令に合致すると考えていたようであるが、学説の多くはこれに批判的である。そこで学説の支配的見解は、指令 3 条 5 項を根拠に、消費用動産売買の場合には追完期間の設定

を例外的に不要と解し、指令適合的な解釈を試みている⁽²⁷⁰⁾（BGB323条2項3号の「特段の事情」に該当する。）。なお、買主が「即座の」追完を請求した前掲・連邦通常裁判所2009年8月12日判決は消費動産売買契約で追完期間を設定した事案であったが、本件では原告たる買主の請求内容が修理費用の「損害賠償」であったため、解除または代金減額のみを規律の対象とする指令との抵触問題は表面化しなかった。

第8款 追完後の瑕疵の証明責任

第1項 問題の所在

売買された目的物に瑕疵があったために、買主の修補請求に応じて売主が修補をしたが、修補後に新たに生じた目的物の瑕疵について、売主または買主のいずれがその証明責任を負担すべきか問題となる。この問題について、まず、一般的な物の瑕疵の証明責任について概説し、その後、追完後の瑕疵の証明責任について検討したい。

第2項 物の瑕疵の証明責任⁽²⁷¹⁾

売買契約において瑕疵ある物が引き渡された場合、買主は売主に対して瑕疵担保責任を追及できるが（BGB437条）、買主が目的物を「受領（Annahme）⁽²⁷²⁾」（BGB363条）したときは、買主は危険移転時において目的物に瑕疵があったことの証明責任を負担する⁽²⁷³⁾。もっとも、消費動産売買契約の場合には、BGB476条が「危険移転から6カ月内に瑕疵が生じるときは、危険移転時に物の瑕疵があったものと推定する。」と規定しているので、買主が目的物の瑕疵の存在を証明すれば、すでに引渡時において当該瑕疵が存在していたことが推定される。たとえば、BGHの判例によると、BGB476条の6カ月の期間経過前に売買目的物である中古車のエンジンが故障したが、その故障の原因がタイミングベルトの緩みと摩耗にあるのか、買主の運転の仕方に問題があるのか明らかでない場合、故障の原因となった瑕疵（Grundmangel）の存在を買主が証明すれば、危険移転時にその瑕疵があったことが推定される⁽²⁷⁴⁾。

第3項 追完後の瑕疵に関する証明責任

1 連邦通常裁判所 2009年2月11日民事第8部判決

物の瑕疵の証明責任に関する判例の考え方は、基本的に追完後の瑕疵およびBGB440条における追完の失敗に関する証明責任にも妥当する。それを明らかにしたのが、連邦通常裁判所 2009年2月11日民事第8部判決⁽²⁷⁵⁾である。

本件は、リースで自動車を利用する原告がリース供給者である訴外Aから譲渡された権利に基づいて被告（自動車販売業者）に対し瑕疵担保法に基づく解除および損害賠償を請求した事案である。原告は本件自動車のパワーウィンドウに欠陥があるとクレームをつけ、2005年8月と10月の2回にわたり被告の工場で修理させたが、同年12月、その窓が再び正常に作動しなくなったことを理由に売買契約を解除した。ところが、裁判所が囑託した鑑定人の鑑定によると、窓の開閉が困難な理由はセンサーの故障に起因するところ、このセンサーの故障の原因として製造上の欠陥か、若しくは車上荒らしが考えられるとのことであった（鑑定の結果、自動車のドアの窓ガラスに車上荒らし特有の擦り傷とガラスの破片が見られたとのことである）。そこで、追完後に新たに出現した瑕疵を理由に原告が解除権等を行行使できるかが争点となり、原審は、「原告は追完が失敗したことの証明責任を負うが（BGB440条）、この証明を行っていない」として原告の請求を退けた。これに対し、原告が上告したが、BGHは目的物の瑕疵の証明責任に関する前述のリーディング・ケースを引用しつつ⁽²⁷⁶⁾、「売主が修補した後に購入物を再度受け取った買主は、修補が失敗したことについて証明責任を負う。2回にわたる修補の後、再び現れた瑕疵が売主による修補の失敗に起因するのか、それとも改めて受領した後の買主による購入物の不適切な取扱いに起因するのか明らかにされない場合、証明責任を負担するのは買主である。」と判示し、上告を棄却した。

2 連邦通常裁判所 2011年3月9日第8民事部判決

前記判決の後、同じくリース契約の事案であるが、追完の失敗に関する

証明責任を扱った判決が出された。本件は、自動車のリース受給者である原告が訴外 A 会社（リース供給者/買主）から譲り受けた権利に基づいて、売主に対し、当該自動車のエンジンの瑕疵（これにより、引火の危険、一時的な走行不能、走行中の騒音などが生じている。）を除去するよう求めた事案であるが、売主が2度の修補を試みたものの、修補後もなお瑕疵が存在しているため、原告が、被告に対し、契約解除と代金返還を求めたものである。契約解除の有効性をめぐり、原告が被告の追完の失敗に関する証明責任を果たしたといえるかどうか争点となった。

原審は、⁽²⁷⁷⁾ 売主による追完の失敗、すなわち追完後に生じた瑕疵（自動車への引火の危険等）が本件自動車の最初の引渡時点における瑕疵と同じ原因に基づくことを原告が証明する必要があるが、原告はこの証明を行っていない——追完後の引火の危険がその他の原因、たとえば点火コイルの欠陥、点火プラグの欠陥、噴射バルブの欠陥、エンジンの欠陥、エンジンの電気部分の不完全接触といった事情に基づくものである可能性を否定できない——として、原告の請求を棄却した。

これに対し BGH は、⁽²⁷⁸⁾ 次のように述べ、原判決を破棄し、本件を原審へ差し戻した。

原告は修補の失敗に関する証明責任を負うが、原告はみずからクレームをつけた瑕疵が追完後もなお存在することについて証明すればよいのであり、その瑕疵の原因についてまで証明する必要はない。原審と異なり、追完後の瑕疵が本件自動車の最初の引渡時点における瑕疵と同じ原因に基づくことを証明する必要はないという。例外的に、新たに生じた瑕疵の原因が、その購入物を新たに受け取った後の買主による不適切な取扱いにあると考えられる場合は証明責任を果たしたといえないが、本件で原告は追完後の瑕疵——自動車の延焼の危険性（Verbrennungsaussetzer）——の存在を証明していること、また、原審の認定から、その瑕疵が買主または第三者による不適切な取扱いにより生じたものでないことは明らかであることから（この点が2009年2月11日判決の事案と異なる。）、原告の解除を⁽²⁷⁹⁾ 否定する理由は見当たらないとした。

第4項 瑕疵の証明責任に関する判例理論の整理

上記の検討を踏まえ、瑕疵の証明責任に関する判例理論を整理しておきたい。まず、売買目的物の瑕疵について当事者間に争いがある場合、瑕疵担保法上の権利を行使する買主は、危険移転の時点で目的物に瑕疵（BGB434条）が存在していたことを証明しなければならない。ただし、買主が消費者である場合には買主の証明責任は軽減される。すなわち、BGB476条により、危険移転から6カ月内に瑕疵が生じるときは、危険移転時にすでに目的物に瑕疵があったことが推定される。次に、追完が適切に行われたか否かについて当事者間に疑義が生じた場合、追完（修補）後に改めて購入物を受領した買主は、売主による追完の失敗、すなわち追完によっても瑕疵が適切に除去されていないことについて証明責任を負担する（BGH, NJW 2009, 1341, Rn. 14 f.; NJW 2011, 1664, Rn. 11.）。この場合、買主は、瑕疵が追完後もなお存在することを証明すればよく、その瑕疵の原因についてまで証明する必要はない。ただし、新たに生じた瑕疵の原因が、その購入物を新たに受け取った後の買主による不適切な取扱いにあると考えられる場合はこの限りでない（NJW 2009, 1341 Rn. 23.; NJW 2011, 1664, Rn. 10.）。

第4節 本章のまとめ

第1款 追完制度の枠組み

1 追完の内容および要件

(1) 売主が自己の給付義務に違反し、瑕疵ある物を引き渡した場合（BGB433条1項2文、434条および435条）、買主は売主に対し追完請求権を行使できる（BGB437条、439条1項）。追完の具体的内容は「修補」または「代物給付」であり、その選択権は買主が有する（BGB439条1項）。追完請求権の要件である目的物の瑕疵の存在およびその発生時期について証明責任を負担するのは買主である（ただし、消費用動産売買契約については、BGB476条より、危険移転から6カ月内に瑕疵が生じるときは危険移転時に目的物の瑕疵があったと推定される。）。買主は、追完以外

の瑕疵担保法上の権利（解除、代金減額および損害賠償）を行使する前に、追完のための相当な期間を設定した上で、売主に対し、「二度目の提供の権利（Recht zur zweiten Andienung）」を与えなければならない（BGB 281 条 1 項、323 条 1 項）。追完期間が適法に徒過した時点ではじめて、買主は追完以外の救済手段を行使できる（追完の優先の原則）。買主が追完期間を定めずに又は設定した期間を徒過する前にみずから瑕疵を除去した場合（追完の自己実施）、買主は解除、損害賠償および代金減額といった二次的権利を行使できなくなる（前節第 2 款）。

(2) 上述のとおり、買主は「相当」の期間を定めて追完請求権を行使しなければならない（BGB281 条 1 項、323 条 1 項）。設定された期間が「相当」か否かは個別事案ごとに売主の追完可能性も顧慮して判断されるが⁽²⁸⁰⁾、判例によれば、売主に対して「即時の」瑕疵除去を求めただけでも十分である（前節第 7 款第 1 項）。義務違反を犯した売主よりも適切な履行がされることへの期待を裏切られた買主の保護を優先すれば、非常に短い、ないしは確定期日を明示しない追完期間が設定された場合でも、有効な期間設定を認めてよいとの価値判断が基礎にあると考えられる。⁽²⁸¹⁾

(3) BGB323 条 2 項によれば、債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき（1 号）、債務者が契約において定められた期日又は期間内に給付をせず、かつ、その契約において給付が適時にされなければ債権者の給付利益が存しないとき（2 号）、または、当事者双方の利益を衡量して即時の解除が正当化される特段の事情が認められるとき（3 号）には、例外的に期間設定が不要となる。損害賠償に関しても、同趣旨の規定が置かれている（BGB281 条 2 項）。BGB275 条 1 項ないし 3 項に基づいて債務者（売主）の給付（追完）義務が排除される場合も同様に期間設定を要しない。さらに、判例によれば、目的物の瑕疵について売主が悪意の場合にも、期間設定は不要である（前節第 7 款第 2 項）。

(4) 売主は、買主の追完請求に対して、必要であれば、瑕疵の存否、その発生時期、瑕疵除去の可能性ないしその方法、あるいは BGB439 条 3 項に基づく追完拒絶権の行使の可否等を判断するため、買主に瑕疵の検査を

申し出ることができる。⁽²⁸²⁾ この申し出に応ずる買主の義務は法的義務ではなく、いわゆるオプリーゲンハイトであるため、⁽²⁸³⁾ 買主は売主の申し出に応じなくても損害賠償責任を負うことはないが、当該義務の不履行の結果として追完期間が徒過した場合でも解除または損害賠償等の二次的権利を行使できなくなる不利益を甘受しなければならない。

2 追完の履行場所

追完の履行場所は、原則として当事者の合意により定まる。当事者の合意がない場合には個別事情——場所的な制約、提供される給付の内容、取引慣行・商慣習および追完の際の買主の不利益など——を考慮して判断される。それでも確定しない場合には、最終的に、売主の住所地が追完の履行場所となる（BGB269 条 1 項、前節第 3 款）。

3 追完費用と追完の範囲

追完費用は原則として売主が負担する。BGB439 条 2 項で列举された「運送費、交通費、労務費及び材料費」は例示であり、これら以外の費用について売主が負担しないというものではない。売主の負担すべき費用は、最終的に売主の追完義務の範囲に従って定まる。「追完義務の範囲」をめぐっては、代物給付の際に売主が瑕疵ある物の取外しおよび瑕疵なき物の（再度の）取付けを義務付けられるかという重要な問題があった。欧州司法裁判所の判決によれば、消費動産売買における売主の代物給付義務の内容には、瑕疵のない新たな代物の給付のほか、瑕疵ある物の取外しおよび瑕疵のない物の（再度の）取付けも含まれる（BGB439 条 1 項）。したがって、これに要する費用は売主が負担しなければならない（同条 2 項）。ただし、消費動産売買以外の領域（事業者間又は消費者間における売買）については、同判決の射程が及ばないので、売主が取外しおよび取付けに要する費用を当然に負担することにはならない（前節第 5 款）。

4 追完の制限

(1) 追完が「不能」の場合、買主は追完請求権を行使することができない。不能を理由とする追完の制限について瑕疵担保法には特別の定めがなく、一般規定が適用される（BGB275条1項）。ここで特定物売買における代物給付の可否が問題となるが、判例によれば、基本的に「特定物売買の場合でも代物給付が当然に排除されるものではない」。しかし、「すべての事例において代物給付が認められるわけではなく、契約当事者が特定の目的物の引渡しのみを念頭においている場合には代物給付は認められない（前節第1款）。

(2) BGB439条3項に基づき、追完に「過分の費用」がかかる場合にも買主の追完請求権は排除される。費用の過分性が認められる場合として、相対的過分（代物給付または修補を比較して一方にかかる費用が他方のそれに比べ過分となる場合）と絶対的過分（追完方法が一つに特定された場合に当該追完にかかる費用が買主の利益と比べ均衡を失する場合）の二種類がある。ただし、消費動産売買において、売主は、絶対的過分に基づく追完拒絶権を行使できない（BGB439条3項の目的論的制限解釈）。この場合、売主には、「相当な額」での費用賠償を求めよう買主に対して指示する権利が与えられる。売主が当該権利を行使したため買主の費用賠償請求が減額させられる場合、買主は追完のための事前の期間設定を要することなく、解除権または代金減額権を行使できる（前節第6款第3項）。

5 使用利益の賠償

瑕疵ある物を引き渡した売主が代物給付によって瑕疵のない新たな物を買主に引き渡した場合、買主は、瑕疵ある物とともに、瑕疵のない新たな物が引き渡されるまでに瑕疵ある物を使用したことで得た利益（使用利益）を売主に対して返還すべき義務を負う（BGB439条4項）。ただし、消費動産売買の事例では、BGB439条4項に基づく売主の使用利益賠償請求権は認められない（BGB474条2項、前節第4款）。

第2款 解釈基準

追完をめぐる既存の問題を解決する際にも、あるいは今後生じるであろう問題に取り組む上でも、追完制度の解釈基準について考えておくことが有益と思われる。

1 立法者意思

まず、債務法現代化法の政府草案理由書に明示されている立法者意思が、追完をめぐる問題を解決する際の一つの拠り所となる。もっとも、立法者が具体的に予見していなかった問題や、十分認識していてもあえて今後の判例・学説の展開に解決を委ねた問題も少なくない。

2 追完請求権の法的性質

そこで、もう一つ重要な解釈指針として挙げられるのが、追完請求権の法的性質である。追完請求権は本来の履行請求権が瑕疵ある物の引渡し後も存続したものと解されており——学説では多様な表現が用いられているが、一般に「本来の履行請求権の修正（Eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs⁽²⁸⁴⁾）」といわれる——、前節で検討した個別論点の中でも、実際にこうした追完請求権の法的性質に言及する判例・学説が多く見られた。もっとも、追完請求権は本来の履行請求権の性質を含むとはいえ、その内容において本来の履行請求権とは多くの相違点がある——それゆえに履行請求権の「修正」といわれる——ことに留意する必要がある。たとえば、追完請求権においては、具体的な請求内容（修補または代物給付）の選択権は「買主」に与えられるし（BGB439条1項）、時効期間も本来の履行請求権と異なり、BGB195条、199条の通常の時効（3年）ではなく、BGB438条の特別の期間制限（2年）に服する。さらに履行（追完）請求権の限界について、本来の履行請求権の場合にはBGB275条がそれを規律するのに対し、追完請求権の場合にはBGB439条3項が特別の規定を設けている。このように、売買法自体がすでに明文で追完請求権を本来の履行請求権とは異なるものとして扱っていることから

も、追完請求権の法的性質からその具体的内容を導くことには慎重さが求められる。

3 追完の優先の原則

追完請求権の法的性質とともに重視されるべきは、瑕疵担保法における「追完の優先」の原則である。この原則は、とりわけ判例において回避することの許されない基本原則と位置づけられている。すなわち、債務法改正後の新たな瑕疵担保法の下では、事前の期間設定の要件に基づき（BGB281条1項、323条1項）、追完請求権が他の瑕疵担保法上の権利に優先するが、判例は、この「追完の優先」の原則を、売主に追完の機会を保障するための基本原則と位置づけており、それゆえに当該原則を骨抜きにするような解釈を認めない。「追完の自己実施」に関する判例の理由づけが好例である（前節第2款）。BGHによれば、追完期間を設定することなく、あるいは、設定した追完期間が徒過する前に、買主がみずから追完（特に、瑕疵修補）を行った場合、買主は二次的権利を行使する機会を失う。買主は、売主に対する費用償還請求権（BGB326条2項2文の〔類推〕適用）を求めることすらできない。みずから追完を行った買主に費用償還請求権を認めると「追完の優先」の原則が不当に回避されてしまうというのがその理由であった。学説では、売主の追完権を過度に重視した判例の立場は硬直にすぎるとの批判があった。とりわけ、債務法現代化法の立法者が旧瑕疵担保責任制度を廃止し、新たな瑕疵担保規定を一般給付障害法の中で統合させたこと——これにより、債務法総則の規定（BGB326条4項）に費用償還請求権の根拠を見出せること——、そして、当該費用の償還を認めることは必ずしも追完費用の賠償を認めることと同義ではないことを考慮すれば、学説の批判には無視できない指摘が含まれている。しかし、少なくとも現在までのところ、判例は一貫して買主による自己修補を否定している⁽²⁸⁶⁾。

4 指令適合解釈

EU 法が国内法の解釈に及ぼす影響も重要である。とりわけ消費動産売買指令が、ドイツ売買法の解釈の指針となる。指令適合解釈の原則から、国内法規定を指令に反する形で解釈することは許されない。もっとも、どの範囲で指令適合解釈が義務付けられるかが問題となる。具体的には、消費動産売買以外の領域 (b2b または c2c) において、指令適合解釈が正当化されるか、正当化されるとすればそれは何故か、を明らかにする必要がある。

まず、原則として、EU 法上は、加盟国が指令の適用領域外で指令適合解釈を行う義務は存しない。しかしながら、ここで注意を要するのは、債務法の現代化に際し消費者保護規定を民法典に組み込むという「大きな解決」を採用したドイツにおいて、消費動産売買契約の領域を超えて指令適合解釈が妥当しうる場面があるということである (過剰な指令適合解釈)。この過剰な指令適合解釈の根拠および妥当範囲をめぐる問題について、最近の 2012 年 10 月 17 日判決 (顆粒剤判決) で BGH 民事第 8 部が示した理由付けが参考になる。本判決は、過剰な指令適合解釈の根拠を「立法者意思」に求めた。すなわち、立法者が消費動産売買指令を国内法化する際に指令の趣旨を一般の売買にまで及ぼすことを予定していたからこそ、指令の妥当領域を超えた指令適合解釈が正当化されるという (前節第 5 款第 5 項)。そうすると、反対に、立法者が当初、売買法一般に及ぼす形での指令の国内法化を予定していなかった場合には、過剰な指令適合解釈は義務付けられないし、正当化もされない。こうした観点から、欧州司法裁判所の「クヴェレ判決」や「ヴェーパー・プッツ判決」の射程が、後の BGH 判決でいずれも消費動産売買の領域に限定されたことを説明できる (本章第 3 節第 4 款及び 5 款参照)。

第 3 款 次章の検討課題

以上で、本章の考察を終える。次章では、瑕疵担保責任制度と隣接する領域に属する制度との関係をめぐる問題を取り上げたい。本章で明らかに

した「追完の優先」原則のドイツ売買法における体系的位置づけを手掛かりに、瑕疵担保法優先適用の論拠を明らかにすることが、次章での課題である。

注

- (148) 売主の瑕疵なき物の給付義務が存するとしても、そこから論理必然的に買主の追完請求権が導かれると言ってよいか、という点について慎重な検討を要するとの指摘がされている。「追完請求権の基礎づけ」という観点からこの問題に取り組む最近の研究として、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——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして——(一)(二)(三・完)」神戸法学雑誌 60 巻 1 号 1 頁、2 号 1 頁、3・4 号 1 頁 (2010-2011 年)、同「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして」私法 74 巻 (2012 年) 212 頁を参照。
- (149) 追完に関連する条文については、特に、前掲・注 (25) に掲げた BGB 437 条以下を参照されたい。
- (150) 新債務法施行法 (EGBGB229 条 § 5 第 1 文) により、2002 年 1 月 1 日以後の事案に新債務法が適用される。
- (151) Peter Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004, 1005.; ders., in: Huber/Faust, (Fn. 56), Kap. 13 Rn. 44.; Lorenz, JZ 2001, 742.
- (152) Vgl. Stephan Lorenz, in: Egon Lorenz (Hrsg.) Karlsruher Forum 2005, S. 72 f.
- (153) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5., Rn. 145.; P. Huber, NJW 2002, 1004, 1005.; Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), (Fn. 61), S. 72.; Zerres, JA 2002, 713, 718.; S. Lorenz, in: Egon Lorenz (Hrsg.), (Fn. 152), S. 73.; Westermann, in: Münch-Komm., (Fn. 61) § 434 Rn. 4., § 439 Rn. 2.; Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 8 Aufl. (2008) Rn. 390.
- (154) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 433 Rn. 13., § 437 Rn. 4 ff.; Christian Zwarg, Der Nacherfüllungsanspruch im BGB aus der Sicht eines verständigen Käufers—Zugleich ein Rechtsvergleich zum CISG (2010), S. 44-46 (買主に物の瑕疵の証明責任という不利益を負わせないためにも、瑕疵ある物の引渡しを拒絶できる機会を与えなければならないという。)
- (155) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 439 Rn. 2.
- (156) 解除に関する BGB323 条 1 項、損害賠償に関する BGB281 条 1 項を参照。

- (157) Vgl. Hans Putzo, in: Palandt, (Fn. 61) § 437 Rn. 4.; Looschelders, JA 2007, 673, 674.; ders., Schuldrecht BT, 4. Aufl. (2010) Rn. 82.; Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 437 Rn. 4., § 439 Rn. 1.; Frank Skamel, Nacherfüllung beim Sachkauf, (2008) S. 228.; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl. (2008) Kap. 1 Rn. 40.; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 94 f., 220 f.
- (158) 特定物売買における代物給付請求権については争いがある。この問題については、本章第1節（特定物売買における代物給付）で詳しく検討する。
- (159) Vgl. Stephan Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175.; なお、追完「権」ないし二度目の提供の「権利」というように、売主の履行のやり直しを「権利」として捉えてよいかが問題となる。立法理由書の中では明確に「二度目の提供の権利 (Recht zur zweiten Andienung)」と表現されているものの (BT-Drucks. 14/6040S. 86, 89, 220.)、条文では必ずしも売主の「権利」として明示されているわけではない (CISG48条で明確に「売主の治癒権」と表現されているのと対照的である。また、同様の規定をする PICC7.1.4 条1項および PECL8:104 条も参照)。学説には、売主の「権利 (Recht)」と述べるものがある一方で (Looschelders, JA 2010, 546, 548.)、用語としての適切さを欠くとの指摘もある。たとえば、カナリスによれば、売主は積極的に追完を実現できる権利を有しているわけではなく、売主に対して追完の機会が与えられるのは、いわば追完の優先が認められる反射的效果にすぎないという (Canaris, FS Kropholler, 2008, S. 3, 12.)。かかる指摘に配慮する Mario Schollmeyer/Alper Utlu, Die Nacherfüllung im Kauf, JURA 2009, 721 f.; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht II BT, 15. Aufl. (2010) Rn. 123. も参照。さらに、この問題を詳しく検討する文献として、Ulrich G. Schroeter, Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007), 28. を参照。売主の「権利」があるとしても、その「権利」をどのようにして基礎づけるかが問題となるが、シュレーターは売主の権利に対応する買主の義務 (修補または代物給付した瑕疵なき物の「受領義務」(BGB433 条2項)) から導けるとする (vgl. Schroeter, AcP 207 (2007), 33 f.)。
- (160) 本章第7節（追完期間の設定）で詳しく検討する。
- (161) Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 231.
- (162) Vgl. BverfG, ZGS 2006, 470 (II. 1. (a) (bb)).
- (163) Vgl. BGH, NJW 2010, 1448.
- (164) BGB439 条3項に基づく追完拒絶については、本章第6款（追完請求権の排除）で詳しく検討する。

- (165) この問題一般については、Klaus Tiedtke/Marco Schmitt, Probleme im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs (Teil I), DStR 2004, 2016 f. を参照。
- (166) Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 87.;
- (167) Vgl. Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2016 f.; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 439 Rn. 9.; Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 439 Rn. 4 f.; Putzo, in: Palandt (Fn. 61) § 439 Rn. 5.; Skamel, (Fn. 157), S. 63, 239.; Ulrich G. Schroeter, Das Wahlrecht des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung, NJW 2006, 1761, 1762. (BGB262 条の選択債務では債務者に選択権があるのに対し、BGB439 条では明文上「買主」に選択権が与えられていることを論拠とする。); Holger Sutschet, Probleme des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, JA 2007, 161, 165. (買主の履行利益の満足という追完請求権の趣旨・目的からすると、一度行った選択に買主を拘束させるよりも、変更の可能性(選択的競合)を認めたほうがよいという。); Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I AT, 18. Aufl. (2008), Rn. 210.; dies., Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 125.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 411 ff.; Palandt/Weidenkaff, (2010) § 439 Rn. 5.
- (168) Vgl. Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2016 f.; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 439 Rn. 9.
- (169) Vgl. Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2016 f.; Schroeter, NJW 2006, 1761, 1762.; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 439 Rn 10.; また、Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 413. は、「相当期間が経過する前に選択を変更するような場合」には、権利濫用にあたるという。
- (170) 消費動産売買指令も、この点については何も規定していない。
- (171) Vgl. Huber, NJW 2002, 1004, 1006.; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2018 f.; Schroeter, NJW 2006, 1761, 1762.; Skamel, (Fn. 157), S. 52.; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 88.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 126.
- (172) Vgl. Skamel, (Fn. 157), S. 158 f. 追完の範囲をめぐる問題については、本章第 4 款で詳しく検討する。
- (173) 今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関法 53 卷 4・5 号 (2004 年) 276 頁、特に、283 頁以下、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 133 卷 1 号 (2005 年) 1 頁、青野博之「買主の追完請求権についての立法論——請負及びドイツ売買法を参考にして」法時 82 卷 4 号 (2010 年) 104、105 頁、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社、2009 年) 207-209 頁、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学 17 卷 3 号 (2009 年) 33-37 頁も参照。田中洋・前掲

- 注 (148) 神戸法学雑誌 60 卷 2 号 52 頁以下、私法 217 頁。
- (174) Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 439 Rn. 27, 34.
- (175) Vgl. Thomas Ackermann, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, 378, 379.
- (176) Vgl. Huber, NJW 2002, 1004, 1006.
- (177) Vgl. Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2016, 2020.; vgl. auch Klaus Tiedtke, Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Kaufrechts—Teil 1, JZ 2008, 395, 400.
- (178) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 209, 232.
- (179) Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 ff.; ders., in: Egon Lorenz (Hrsg.), (Fn. 61), S. 79 f.; Reiner Schulze/Martin Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462, 463 f.; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 89.; Brox/Walker, (Fn. 157), Kap. 1 § 4 Rn. 44.; Palandt/Weidenkaff, (Fn. 167), § 439 Rn. 4.; ローレンツは、当初、特定物売買における代物給付を否定する立場であったが⁵ (vgl. Stephan Lorenz, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung — ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742, 743 (Fn. 12), 744.)、現在では肯定説を支持している (vgl. ders., (Fn. 152), S. 105.; ders., Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, 1, 4.; ders., in: Münch-Komm, 5 Aufl. (2008) Vor § 474.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 127.)
- (180) LG Ellwangen, NJW 2003, 517.
- (181) OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053. = JZ 2003, 863.
- (182) Vgl. Canaris, JZ 2003, 831 ff.; ders., in: Egon Lorenz (Hrsg.), (Fn. 61), S. 79 f.
- (183) 本文中で引用した感嘆符はすべてカナリスによる。
- (184) BGHZ 168, 64. = NJW 2006, 2839.
- (185) さらに、BGH が特定物売買において代物給付を否定するような「限定解釈をすれば、BGB437 条以下に基礎を置く追完請求権の優先……が、特定物売買においては最初から認められないということになる(る)」が、「そのような理解は、立法者意思に反しよう。」と述べている点にも留意しておきたい。
- (186) 原審の認定によれば、買主は、本件中古車の下調べをしたうえ、「この特定の自動車」を購入する意思で売買契約を締結したとされている。
- (187) 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——ドイツ民法における追完請求権——」駒沢法曹 1 号 (2005 年) 27 頁以下、同・前掲注 (173) 105、106 頁、田中宏治「ドイツ新債務法における買

- 主自身の瑕疵修補」阪法 55 卷 3・4 号（2005 年）851 頁、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『二十一世紀判例契約法の最前線 野村豊弘先生還暦記念論文集』（判例タイムズ社、2006 年）521 頁、538 頁以下、同「ドイツ法——シンポジウム『債務不履行—売買の目的物に瑕疵がある場合の買主の救済』」比較法研究 68 号 6 頁（2007 年）、「民法改正の国際的動向——ドイツ債務法」民法改正研究会（代表 加藤雅信）『民法改正と世界の民法典』（2009 年）43 頁、ペーター・フーバー/益井公司（訳）「新ドイツ売買法における履行と損害賠償の関係に関する近時の諸問題」日本法学 74 卷 1 号（2008 年）197 頁、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学 17 卷 3 号（2009 年）37-42 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』（日本評論社、2009 年）80 頁、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、2009 年）203-207 頁。
- (188) Vgl. Stephan Lorenz, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417, 1418 f.; ders., Ansprüche des Käufers bei Selbstvornahme der Nacherfüllung, ZGS 2003, 398 f.; ders., Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt, NJW 2005, 1321.; ders., NJW 2007, 1, 4 f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 139 ff.; そのほか、Ina Ebert, Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, 1761, 1762 ff. も同様。
- (189) Vgl. Putzo, in: Palandt, (Fn. 61) § 437 Rn. 4 a.; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 437 Rn. 37 f.; ders., JZ 2010, 202, 204.;
- (190) Vgl. Putzo, in: Palandt, (Fn. 61) § 437 Rn. 4 a.
- (191) Vgl. Ulrich G. Schroeter, Kostenerstattungsanspruch des Käufers nach eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung?, JR 2004, 441, 444.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 416.; Looschelders, JA 2007, 673, 674.; Tiedtke, JZ 2008, 395, 401.; Brox/Walker, (Fn. 157), Kap. 1 § 4 Rn. 40.
- (192) BGHZ 162, 219. = NJW 2005, 1348.
- (193) 拙稿「ドイツ売買法における追完の履行場所」同法 61 卷 3 号（2009 年）79 頁。
- (194) Vgl. Huber, NJW 2002, 1006.; ders., in: Huber/Faust, (Fn. 56) Kap. 13, Rn. 27.; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2016, 2018.; Michael Beckmann/Pammler, in: jurisPK-BGB, (Fn. 31) § 439 Rn 28 ff.; Barbara Grunewald, in: Ermann, (Fn. 47) § 439 Rn. 3.; Ulrich Büdenbender, in: AnwKomm-BGB (2005) § 439 Rn. 25 f.; Hartmut Oetker/Felix Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. (2007) § 2 Rn. 183.; Faust, in: Bamberger/

- Roth, (Fn. 31) § 439 Rn. 13.; Dagmar Thürmann, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, 3457, 3458.; David Schneider, Eigentumsverletzungen beim Ausbau mangelhafter Kaufsachen, ZGS 2008, 177.; Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 439 Rn. 7.; Michael Beckmann, in: Staudinger, (Fn. 61), S. 584.; David Schneider, Eigentumsverletzungen beim Ausbau mangelhafter Kaufsachen, ZGS 2008, 177.; Reinicke/Tieditke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 417.
- (195) Matthias Jacobs, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, (2003) S. 374 f.; Jauernig/Christian Berger, BGB, 12. Aufl., (2007) § 439 Rn. 11 f.; Martina Schürholz, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, (2005) S. 56.; Frank Skamel, Die Grenzen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs, DAR 2004, 565, 568.; ders., Leistungsort der Nacherfüllung, ZGS 2006, 227, 229.; ders., (Fn. 157), S. 127 ff., 240.; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867.; dies., JZ 2009, 313.; ローレンツは、当初、通説的見解に立っていたが⁵ (Stephan Lorenz, Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach „neuem“ Schuldrecht – was bleibt vom „Dachziegel“-Fall?, ZGS 2004, 408.; ders., Schuldrechtsreform: Drei Jahre danach, NJW 2005, 1889, 1895.; ders., Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175, 1178., ders., NJW 2007, 1, 5.), 現在では有力説を支持している (vgl. Lorenz, Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, 1633, 1635.; ders., Diagnoserisiko und Aufwendungsersatz bei nicht geschuldeter Nacherfüllung, FS Dieter Medicus (2009), S. 265, 266–270.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 128 f.)。特に、瑕疵ある物の所在地を追完の履行場所と解すると、買主による不適切な追完請求がされた場合には(損害賠償が認められる場合を除き) 売主が運送費を負担しなければならないが⁶, そうした「診断リスク (Diagnoserisiko)」が課される売主の負担を危惧する (vgl. Lorenz, FS Medicus, S. 265 ff.)。
- (196) Vgl. Huber, in: Huber/Faust, (Fn. 56) Kap. 13, Rn. 26 ff.
- (197) Vgl. Jürgen Oechsler, Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, (2003) § 2 Rn. 139. エクスラーによると、修補義務の履行場所は購入物の所在地であり、代物給付の履行場所は当初の給付場所 (通常は債務者の住所地) である。
- (198) Vgl. Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5, Rn. 154.; Michael Pils, Der Ort der Nacherfüllung im Kaufrecht, JuS 2008, 767.
- (199) Vgl. AG Menden, NJW 2004, 2171.; OLG München, NJW 2006, 449 (m.

- Anm. J. Krüger).; ZGS 2006, 155.
- (200) Vgl. OLG München, NJW 2007, 3214.; ZGS 2007, 398.; JuS 2008, 84 (m. Anm. Faust).
- (201) BGH, NJW-RR 2008, 724.
- (202) Vgl. BGHZ 177, 224. = NJW 2008, 2837 (Rn. 27 (4)).
- (203) 下級審判決として、OLG Celle, Urt. v. 10.12.2009 - Az.: 11 U 32/09. (瑕疵ある自動車の売買の事案) がある。
- (204) Vgl. BGH, Urteil vom 13. 4. 2011 - VIII ZR 220/10.; BGHZ 189, 196. = NJW 2011, 2278.
- (205) 買主が抱えるジレンマを指摘するものとして、Johannes Cziupka, Käuferirrtum bei der Bestimmung des Nacherfüllungsorts, NJW 2013, 1043. を参照。追完の履行場所と追完の自己実施の問題が交錯しうることについて、拙稿・前掲注 (193) 88 頁。
- (206) 追完にあたり買主に「重大な不利益」を被らせてはならないとする消費動産売買指令 3 条 3 項 3 文を参照。
- (207) Vgl. Michael Jaensch, Der Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2012, 1025, 1029 f. また、Jürgen Schmidt-Räntsch, Zehn Jahre Schuldrechtsreform, ZJS 2012, 301, 317. は、追完の履行場所が売主の住所地であれ買主の住所地であれ、いずれにせよ売主が追完費用を負担しなければならないので (指令 4 条 3 項)、本判決とそれ以前の民事第 10 部判決は買主の経済的負担の面で結論を異にしないが、民事第 10 部判決のほうが明確で分かり易いとの評価をしている。
- (208) 岡・前掲注 (187) 「ドイツ契約法の最前線」(2006 年) 538 頁以下、「民法改正の国際的動向——ドイツ債務法」(2009 年) 44 頁以下、同「ドイツ売買法の新たな展開——瑕疵ある物に対する買主の権利を中心として」前田重行ほか『前田庸先生喜寿記念 企業法の変遷』(有斐閣、2009 年) 71、78 頁以下、吉永一行「講演『ブリュッセルからの強風』——欧州共同体法とドイツ民法——」産大法学 42 巻 4 号 (2009 年) 133 頁、特に、148 頁以下、原田剛「EC 消費動産売買指令とドイツ民法第 439 条 4 項」国際商事法務 36 巻 (2008 年) 8 号 1076 頁、9 号 1222 頁、青野・前掲注 (173) 107 頁、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学 17 巻 3 号 (2009 年) 43-45 頁、田中宏治「ドイツ新債務法における目的論的縮小——クヴェレ事件——」法学論集 24 巻 3・4 号 (2010 年) 175 頁。
- (209) 現行の BGB474 条 2 項には、次のような新たな規定が設けられている。
【BGB474 条 2 項】この款で定める売買契約については、使用利益の返還又はその価格の賠償は認められないというように第 439 条 4 項を適用する。第 445 条及び 447 条は適用しない。

- (210) BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f. 「買主は代物給付によって新たな物を取得したのであり、返還すべき物をそのときまで無償で使用したり、瑕疵ある物からそうした利益を取得できると解することはできない。」。
- (211) Vgl. Reiner Schulze/Martin Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 366, 369 f.; Lorenz, NJW 2007, 1, 6.; ders., Münch-Komm, (Fn. 179) Vor § 474 Rn. 19.; Looschelders, JA 2007, 673, 674 f.; ders., (Fn. 157), Rn. 91 f.
- (212) LG Nürnberg-Fürth, NJW 2005, 2558.
- (213) OLG Nürnberg, NJW 2005, 3000.
- (214) BGH, NJW 2006, 3200.
- (215) EuGH v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433.
- (216) Vgl. EuGH v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 (Rn. 33-42).
- (217) BGH, Urt. v. 26.11.2008 - VIII 200/05. = NJW 2009, 427 (Rn. 26).
- (218) BGH, NJW 2009, 427.
- (219) 2008年12月10日の法律 (BGBl. I, S. 2399)。
- (220) 前掲注 (209) を参照。
- (221) Vgl. BGH, NJW 2010, 148.
- (222) Vgl. BGH, NJW 2010, 148 (Rn. 16).
- (223) 従来の議論の展開について、青野・前掲注 (173) 106、107 頁、拙稿「ドイツ売買法における追完の範囲をめぐる問題」同法 61 巻 7 号 (2010 年) 207 頁以下、田中洋・前掲注 (148) 神戸法学雑誌 60 巻 2 号 47 頁以下を参照。
- (224) Vgl. Lorenz, NJW 2009, 1633 f.
- (225) OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432.
- (226) Vgl. Lorenz, ZGS 2004, 408.; ders., NJW 2005, 1889, 1895.; ders., NJW 2007, 1, 5.; ders., NJW 2009, 1633.; Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 439 Rn. 13.; Büdenbender, in: AnwKomm-BGB, (Fn. 194) § 439 Rn. 27.; Schneider, ZGS 2008, 177.; David Schneider/Christoph Katerndahl, Ein- und Ausbaukosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr, NJW 2007, 2215, 2216.; Klaus Tiedtke/Marco Schmitt, Probleme im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs (Teil II), DStR 2004, 2060, 2061 f.; Peter Huber, Neues deutsches Kaufrecht und UN-Kaufrecht, FS Konzen, (2006) S. 337.; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 90.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 130.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 439 f.; ペーター・フーバー/益井公司 (訳)「新ドイツ売買法における履行と損害賠償の関係に関する近時の諸問題」日本法学 74 巻 1 号 (2008 年) 197 頁、特に、215 頁以下。

- (227) OLG Köln, ZGS 2006, 77.
- (228) BGHZ 177, 224. = NJW 2008, 2837.
- (229) Vgl. Lorenz, ZGS 2004, 410 f.; ders., NJW 2005, 1889, 1895.; ders., NJW 2007, 1. 5.; ders., NJW 2009, 1633, 1634. その他、肯定する見解として、Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 439 Rn. 31.; Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 439 Rn. 13.; Thomas Terrahe, Haftungs- und Deckungssituation für Aus- und Einbaukosten nach dem neuen Kaufrecht, VerS 2004, 680, 682.; Carl-Heinz Witt, Ausbau und Einbau im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, ZGS 2008, 369, 370 f.; Schneider, ZGS 2008, 177 f.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 440.;
- (230) BGHZ 87, 104. = NJW 1983, 1479.
- (231) 【ドイツ民法第 346 条】(解除の効果)
- (1) 契約当事者が契約によって解除権を有するとき又は法律上の解除権を有するときは、解除がなされた場合には、受領した給付について返還し、取得した利益を引き渡さなければならない。
 - (2) 以下の各号に掲げる場合には、債務者は、給付の返還または利益の引渡しに代えて、価額賠償を行わなければならない。
 1. 取得した物の性質によって、給付の返還又は利益の引渡しをすることができない場合債務者が受領した目的物を消費し、譲渡し、担保に供し、加工し、又は改造した場合受領した目的物が劣化又は滅失した場合。ただし、用途に従った使用によって生じた劣化については、この限りでない。

契約において反対給付が定められているときは、価額賠償の算定に際してこれを基礎としなければならない。消費貸借の使用利益に関する価額賠償が行われるべきときは、使用利益の価値がより小さいことを証明することができる。
 - (3) 以下の各号に掲げる場合には、価額賠償義務は消滅する。
 1. 解除を基礎づける瑕疵が、目的物の加工又は改造に際してはじめて生じたとき
 2. 債権者が劣化若しくは滅失について責めを負い、又は債権者の下でも同様に損害が生じたであろうという場合
 3. 法律上の解除権の場合において、解除権者が自己の事務に関して通常用いるべき注意を尽くしたにもかかわらず、劣化又は滅失が解除権者の下で生じたとき残存する利益は、返還しなければならない。
 - (4) 債権者は、1 項の義務の違反に基づき、280 条から 283 条に従って損害賠償を請求することができる。
- (232) Vgl. Dagmar Thürmann, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und

- Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, 3457, 3460 f.
- (233) Vgl. Skamel, (Fn. 157), S. 114.; ders., Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen, NJW 2008, 2820, 2822.
- (234) Vgl. BGH, NJW 2009, 1660.
- (235) Vgl. AG Schorndorf, Entscheidung vom 25. 2. 2009., 2 C 818/08.
- (236) EuGH, Urteil v. 16.6.2011, verbundene Rs. C-65/09 und C-87/09 (Weber und Putz) = NJW 2011, 2269. 本判決については、原田剛「瑕疵ある消費動産を給付した売主の追完（取外しおよび取付け）義務（上）（下）」国際商事法務 40 巻 3 号 460 頁・4 号 626 頁（2012 年）、田中宏治「ドイツ新債務法における代物請求権の範囲 —— タイル事件 ——」千葉大学法学論集第 27 巻第 2 号（2012 年）87 頁、拙稿「消費者売買における追完の範囲と限界をめぐる問題 —— 欧州司法裁判所 2011 年 6 月 16 日判決を中心に」中田邦博＝鹿野菜穂子＝松本克美編『消費者法と民法 —— 長尾治助先生追悼論文集』（法律文化社、2013 年）141 頁を参照。
- (237) 拙稿・前掲注（236）153-154 頁において論点の整理を行った。BGH 判決については後述するが、学説では、本判決の射程を消費動産売買の領域に限定する見解（Förster, ZIP 2011, 1493, 1500.; Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244.; Staudinger, DAR 2011, 502, 505.）と限定しない見解（Faust, JuS 2011, 744, 748.; Kaiser, JZ 2011, 978, 985.; Störber, ZGS 2011, 346, 352.; Clemens Höpfner, JZ 2012, 473, 475.）が対立する。
- (238) 拙稿・前掲注（236）156 頁。
- (239) BGH, Urteil vom 21. 12. 2011 - VIII ZR 70/08. = NJW 2012, 1073.
- (240) 拙稿・前掲注（236）154 頁。
- (241) Urteil vom 17. 10. 2012 - VIII ZR 226/11.; NJW 2013, 220.; Jonas Brinkmann, ZJS 2013, 202. は本判決を肯定的に評価する。これに対して、Matteo Fornasier, EuZW 2013, 157, 159 f. は、消費動産売買と一般の売買との間で異なる解釈がされるのは法的安定性の観点から問題があるとする。
- (242) Vgl. Stephan Lorenz, in: Münch-Komm, 6. Aufl. (2012), Vorbemerkung zu § 474-479 Rn. 4.
- (243) 【連邦司法省改正草案第 474a 条】（追完に関する特別規定）
- (1) 買主が購入物をその種類及び使用目的に従い他の物へ取り付けた場合、BGB439 条 1 項に基づく買主の瑕疵なき物の引渡請求権は、購入した瑕疵ある物の取外し及び代物として給付される物の取付けを含む。買主が購入物を取り付ける際にその瑕疵を知っていた場合又は取り付けの際に重過失により瑕疵を認識しなかった場合には、この限りでない。
 - (2) 買主の選択した追完方法が、他の追完方法と比較して、過分の費用を要する場合に限り行うことができる場合のみ 275 条 2 項及び 3 項にかか

ならず売主が買主の選択した追完方法を拒絶できるという趣旨で、439条3項を適用しなければならない。この場合において、買主の請求権は、他の追完方法に制限される。275条により一方の追完が不能な場合及び他の追完方法に過分の費用をかけなければ追完できない場合、売主は、相当な額の追完費用を支払う意思表示をすることで買主の追完請求権を制限することができる。このことは、両方の追完方法が過分の費用をかけなければできない場合にも適用される。買主は第3文及び4文の事例において、売主に対し、相当な額の追完費用の前払を請求することができる。

- (3) 439条4項は、使用利益の返還又は価格賠償は認められないという趣旨で適用される。

(http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Umsetzung_Verbraucherrechterichtlinie.pdf?__blob=publicationFile) (22頁) — 2013年8月最終確認。

(244) 第3章第1節を参照。

(245) Vgl. Huber, in: Huber/Faust, (Fn. 56) Kap. 13 Rn. 32.; Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 439 Rn. 19.; Brox/Walker, (Fn. 157), Kap. 1 § 4 Rn. 44.; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 93.

(246) Vgl. Westermann, in: Münch-Komm, (Fn. 61) § 439 Rn. 19.

(247) Vgl. BGHZ 168, 64, 71. (修補をしても事故車たる性質は失われぬし、中古車の場合には代物給付も認められない。)

(248) Vgl. S. Lorenz, in: Egon Lorenz (Hrsg.), (Fn. 152), S. 120.

(249) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 232.

(250) Vgl. BGH, NJW 2009, 1660 (Rn. 16).

(251) 原審とBGHの結論が分かれた理由について、ファウストは、BGHがもっぱら瑕疵のない状態における目的物の価値と瑕疵の重大性のみを考慮したのに対し、原審は瑕疵のない目的物の引渡しを受ける「買主の給付利益」をも考慮に入れて費用の過分性を判断した点で結論に相違が生じたと分析している。Vgl. Florian Faust, Ersatz der Ausbaukosten bei der Ersatzlieferung; absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, JuS 2009, 470, 472 f.

(252) 拙稿・前掲注(236) 152-153頁。

(253) 拙稿・前掲注(236) 155-157頁。

(254) BGH, NJW 2009, 3153.

(255) Vgl. Wolfgang Ernst, in: Münch-Komm, (2008) § 323 Rn. 68.; Heinrichs, in: Palandt, (2007) § 281 Rn. 9.

(256) Vgl. BGH, NJW 2009, 3153 (Rn. 11 f.)

- (257) Vgl. Gsell, ZJS 2009, 730.; Faust, JZ 2010, 202.; 肯定的なものとして、Winfried Klein, NJW 2009, 3154.; Palandt/Weidenkaff, (Fn. 167), § 439 Rn. 7.
- (258) Vgl. Gsell, ZJS 2009, 730, 731 f.
- (259) Vgl. Faust, JZ 2010, 202, 203, 205.
- (260) BGB323 条 2 項 1 号、281 条 2 項の「断固かつ終局的な給付拒絶」の要件について、いかなる場合に売主の断固かつ終局的な拒絶があったといえるかが問題となる。これに関して、連邦通常裁判所 2005 年 12 月 21 日第 7 民事部判決は、この要件は「厳格」であるべきとした。すなわち、「終局的な履行拒絶は、債務者がみずからの契約上の義務を履行しないことを明示している場合に限り認められる。」これに対して、「瑕疵を争っただけでは、最終的な追完拒絶があったと認めることはできない。」という。BGH がこのような厳格な考え方を採るのは、「債務者の訴訟手続上の権利」を十分に保障するためである。本件は中古車売買の事案であるが、「断固かつ終局的な給付拒絶」の要件が満たされなかったため、売主に対して事前の追完期間を設定することなく、引き渡された中古車の瑕疵をみずから修補し、その費用の賠償を求めた買主の請求が棄却された。
- (261) BGH, NJW 2007, 835.
- (262) BGH, Urt. vom 20. 5. 2009. - VIII ZR 247/06.
- (263) BGH, NJW 2007, 1534.
- (264) BGH, NJW 2008, 1317.
- (265) Vgl. BGH, NJW 2007, 1534 (Rn. 15).; BGH, NJW 2008, 1317 (Rn. 19).; BGH, Urt. vom 20. 5. 2009. - VIII ZR 247/06. (Rn. 17).
- (266) Vgl. Lorenz/Riehm, (Fn. 61), Rn. 521.; Looschelders, JA 2007, 673, 675 f.; Tiedtke, JZ 2008, 395, 402.
- (267) Vgl. BGH, Urt. vom 12. 3. 2010. - V ZR 147/09 (Rn. 10).
- (268) 青野博之「消費動産売買指令とドイツ瑕疵責任——期間指定と損害賠償」駒澤法曹 6 号 (2010 年) 6 頁、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社、2009 年) 192、193 頁、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学 17 卷 3 号 (2009 年) 45 頁も参照。
- (269) 指令 3 条 5 項 以下の場合には、消費者は、適切な代金の減額ないし契約の解除を求めることができる。
—消費者が財産の修補権も代物給付権も有しない場合
—売主が相当の期間内に損害填補の方法を実施しない場合
- (270) Vgl. Gsell, ZJS 2009, 730, 731 f.; Ernst, in: Münch-Komm, (Fn. 255) § 323 Rn. 51a.; Helmut Köler/Stephan Lorenz, Schuldrecht II BT, 18. Aufl. (2007), S. 59.; Lorenz, NJW 2005, 1321, Fn. 3.; ders., (Fn. 131), S. 107 f.; ders.,

- NJW 2007, 1, 5.; Looschelders, JA 2007, 673, 675.; ders., Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 101.; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31) § 437 Rn. 18.; ders., JZ 2010, 202.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 149.; Palandt/Weidenkaff, (Fn. 167) § 439 Rn. 7.; これに対して、Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 459 ff., 463. は、立法者意思を重視し、指令適合的解釈によって期間設定の要件を回避するのは許されないという。
- (271) 田中宏治「ドイツ新債務法における瑕疵の証明責任」能見ほか編『民法学における法と政策——平井宜雄先生古希記念』(有斐閣、2007年) 343頁、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学 17巻3号(2009年) 30-33頁も参照。
- (272) 目的物を「受領」するとは、引き渡された目的物を「履行として認容」することをいい(BGB363条)、これは「危険移転時」と必ずしも同じ時点ではない。たとえば、送付債務の場合には目的物の送付によって危険が移転するが(BGB447条)、買主は運送人からの目的物の「受領」を拒絶することができる。
- (273) BGHZ 159, 215. = NJW 2004, 2299.
- (274) BGHZ 159, 215. = NJW 2004, 2299. BGHによれば、原因となる瑕疵(Grundmangel)の存在については推定が及ばないので買主が証明しなければならない(本判決を確認するものとして、BGH, NJW 2006, 434.; BGH, NJW 2006, 1195.)。
- (275) BGH, Urt. v. 11. 2. 2009. - VIII ZR 274/07. = NJW 2009, 1341.
- (276) Vgl. NJW 2009, 1341 (Rn. 15).
- (277) OLG Bamberg - Urteil vom 26. 8. 2009 - 8 U 193/08.
- (278) BGH, Urteil vom 9. 3. 2011 - VIII ZR 266/09. = NJW 2011, 1664.; Anm. Markus Artz, ZJS 2011, 166.
- (279) BGH, NJW 2011, 1664, Rn. 10-14.
- (280) Vgl. Palandt/Weidenkaff, (Fn. 167), § 439 Rn. 7 (「通常は、一週間から一ヶ月の期間が相当である。」)。
- (281) Vgl. Brox/Walker, (Fn. 157), Kap. 1 § 4 Rn. 51.
- (282) Vgl. BGH, Urteil vom 10. 3. 2010 - VIII ZR 310/08. = BGH, NJW 2009, 3153.
- (283) Vgl. BGH, Urteil vom 10. 3. 2010 - VIII ZR 310/08. = BGH, NJW 2009, 3153. Rn. 12.; Anm. Looschelders, JA 2010, 546.
- (284) Vgl. Huber, NJW 2002, 1004, 1005.; Haas, Das neue Schuldrecht, (Fn. 15) Kap. 5 Rn. 143. (「履行請求権の修正」.); Lorenz/Riehm, (Fn. 61), Rn. 504. (「修正された履行請求権」); Christian Schubel, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002—Das neue Kaufrecht, JuS 2002, 313, 316. 「本来的履行請求権が

- 『修正された形で継続したもの』; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 84 (「瑕疵のない給付へ向けた本来の請求権の修正」.); Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31), § 439 Rn. 6 (「本来の履行請求権が修正されたもの」.); Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 121. (「本来的請求権の修正」.); Palandt/Weidenkaff, (Fn. 167), § 439 Rn. 1. (「修正された履行請求権」.); Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 440. (「追完請求権は履行請求権が修正されたものにはかならない」.); Schollmeyer/Utlu, JURA 2009, 721 f. (「本来的履行請求権の修正」); Tröger, AcP 212 (2012), 296, 301 (「修正された履行請求権」).
- (285) Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT (Fn. 159), Rn. 142.
- (286) BGH, NJW 2005, 3211, 3212.; NJW 2006, 988, 989.; NJW 2007, 1534, 1535.

第4章 競合問題

第1節 問題の所在

ある事実関係の下で BGB が定める複数の要件が充足される場合、権利を行使する者としてはそのいずれの法律効果も主張できるのが原則である(規範競合)。しかし、とりわけ売買法には他の領域と異なる特別の規定が置かれていることが少なくない。そこで複数の規範が競合する場合に、売買法で定められた特別規定の趣旨に鑑み、売買法の規定を優先的に適用すべきでないかが問題となる。以下では、瑕疵担保と錯誤、契約締結上の過失並びに不法行為に関する伝統的な競合問題を検討する。

第2節 瑕疵担保と錯誤

第1款 表示錯誤または内容錯誤

BGB119 条 1 項の表示錯誤または内容錯誤に基づく取消しは、瑕疵担保責任に直接には関連しない。表示錯誤や内容錯誤で問題となるのは法律行為上の意思表示の不合致であり、目的物の瑕疵に対する責任は特に問題にならないからである。⁽²⁸⁷⁾

第2款 性質錯誤

これに対して、物の性質に関する錯誤（BGB119条2項）については、瑕疵担保法との競合が生じうる。第2章で検討したように、近時の判例及び学説の傾向に従い目的物の「性状」概念（BGB434条）を広範に解するほど、両者の適用領域は広く重なり合う。たとえば、買主が眺望の良さを売りにしたマンションを購入したが、近隣に高層ビルがあるため眺望が阻害されている場合など、契約上前提とした使用目的に従って購入物を使用することができないとき、目的物の性質に関する買主の錯誤のほかに売主の瑕疵担保責任問題となる。

債務法改正前には、短期時効を定める瑕疵担保法の特別規定を根拠に瑕疵担保の優先適用が承認されていた。この見解は帝国裁判所の時代から一貫して認められ、BGHや支配的学説もそれに従っていた⁽²⁸⁸⁾。債務法改正以後も、学説では、瑕疵担保優先説が多く⁽²⁸⁹⁾の支持を集めている。前章で触れたように、現行法では瑕疵担保法の領域で「追完請求権の優先」の原則が認められるため、このことが瑕疵担保法を優先的に適用する主要な論拠となっている。さらに、瑕疵担保法には諸々の特別規定が定められている点も重要である。まず、BGB442条1項2文によれば、買主が瑕疵を知らないことにつき重大な過失がある場合には——売主が瑕疵を故意に欺罔した場合または売主の性質保証がある場合を除き——瑕疵担保法上の権利行使が認められない。しかし、錯誤を理由とする取消しにはそのような制限がない。また、時効期間の相違も重要である。瑕疵担保法上の権利は通常2年の時効に服するが（BGB438条1項2号）、錯誤の場合は錯誤者の意思表示があったときから10年の取消期間が定められている（BGB121条2項）。したがって、瑕疵担保責任のほかに錯誤取消しを認めると、瑕疵担保の特別規定が骨抜きになってしまう。こうした観点から、新債務法の立法者も、取引上重要な性質に関する錯誤を理由とする取消しは瑕疵担保の規律によって制限されることを確認している⁽²⁹⁰⁾。

なお、旧法下においては、買主が**権利の瑕疵**について錯誤に陥った場合には、BGB119条2項に基づく取消しが瑕疵担保責任と並んで認められて

いた。というのは、権利瑕疵に関しては、買主が重過失の場合における瑕疵担保請求権の排除や短期時効に関する特別の定めがなかったので、錯誤取消しを認めても瑕疵担保法の空洞化が生じなかったからである。しかし、現行法では、物の瑕疵と権利の瑕疵とは原則として同様に扱われ、時効に関しても両者に同様の規定が適用されるので（BGB433条1項2文、437条および438条を参照⁽²⁹¹⁾）、競合問題の扱いに関しても基本的には統一的な処理が要請される。この点に関して立法者は態度決定を留保しているが⁽²⁹²⁾、学説には、権利瑕疵に対しても瑕疵担保の優先適用を認め、BGB119条2項の取消しを制限すべきとの見解が多い⁽²⁹³⁾。

最後に、錯誤取消しの適用範囲について確認しておきたい。錯誤に対する瑕疵担保の優先を認めると、性質錯誤の事例において錯誤規定はどの時点で機能するかが問題となる。これについて有力な学説は、契約を締結した後で、かつ、買主に「危険が移転する前」においては性質錯誤を理由とする取消しが認められるとする⁽²⁹⁴⁾。これは原則として売買法上の瑕疵担保規定が買主への「危険移転後」に適用されることを考慮したものである（BGB434条1項1文を参照）。しかし、この見解に対しては、買主が危険移転前に119条2項に基づく取消しを行使できるとすると、売主の追完権が侵害されてしまい妥当でないとする反対説もある⁽²⁹⁵⁾。

第3節 瑕疵担保と契約締結上の過失

瑕疵担保と契約締結上の過失との競合問題も、帝国裁判所の時代から現在に至るまで長らく議論が積み重ねられてきた伝統的問題である⁽²⁹⁶⁾。売主はBGB311条2項、241条2項に基づき契約締結前において一定の取引上重要な事実に関する説明義務を負うことがあるが、その説明すべき対象が物または権利の瑕疵を基礎づける事実に関するものである場合に売主がその事実について説明を怠ったときは、瑕疵担保責任のほか契約締結上の過失責任が問題となる。

学説の支配的見解によれば、新債務法のもとでもBGB旧法下におけるのと同様に契約締結上の過失に対する瑕疵担保の優先が認められる。ただ

し、その理由づけが従来とは異なる点に注意を要する。すなわち、旧法下では、売主が瑕疵ある物を引き渡したとき、売主の性質保証がある場合または売主が目的物の瑕疵について悪意の場合に限り買主の損害賠償請求権が認められていた。そして、こうした特別規定の存在を理由に瑕疵担保の優先適用が承認されていたのである。これに対し、現行法では、そうした特別規定が削除されたため、旧法下における瑕疵担保の優先適用をこの観点から基礎づけることができない。しかし、現行法では、瑕疵担保法の領域で「追完の優先」の原則が承認されているため、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権によって同原則を回避することは許されないとするのが学説の支配的見解である。連邦通常裁判所もまた、2009年3月27日の判決で、支配的見解と同様の理由から、「危険移転後は原則として BGB434 条以下の優先を前提とすべきである⁽²⁹⁷⁾」と判示し、瑕疵担保の優先適用を承認した。

以上に対し、目的物の瑕疵を売主が故意に黙秘した場合については、旧法下の判例と同じく、悪意で行動した者は「保護に値しない」として、瑕疵担保と契約締結上の過失との競合を認める見解が一般的である⁽²⁹⁸⁾。もっとも、最近では、売主が悪意の場合にも瑕疵担保責任が優先適用されるとの見解も有力に主張されている⁽²⁹⁹⁾。この見解は、売主が悪意であっても瑕疵担保法上の追完の優先の原則が回避されてはならないことを強調する⁽³⁰⁰⁾。また、瑕疵担保の時効期間に関しても BGB438 条 3 項 1 文は売主が悪意の場合には通常の時効期間（BGB195 条）が適用されると規定しており、そのことから契約締結上の過失を重疊的に認める必要はないという⁽³⁰¹⁾。両説が分かれる中、前掲 2009 年 3 月 27 日 BGH 判決は契約締結上の過失に対する瑕疵担保の優先を原則として肯定する一方で、「……少なくとも当該行為が故意に行われた場合〔目的物の瑕疵を故意に黙秘した場合——筆者注〕には例外を認めなければならない。」⁽³⁰²⁾と判示し、学説の支配的見解と同様、売主悪意の場合における瑕疵担保の優先を否定した。

第4節 瑕疵担保と不法行為

第1款 絶対権侵害

売主の引き渡した目的物の瑕疵が原因で買主の生命、身体その他の法益に対する損害が生じた場合（いわゆる絶対権の侵害）、売主は、BGB280条1項に基づく契約上の責任のほか、不法行為責任を負う（BGB823条）。契約責任の根拠は瑕疵なき物の給付義務違反であるのに対し、不法行為責任の帰責根拠は一般的な社会生活上の注意義務違反である。したがって、絶対権侵害を理由とする買主の損害賠償については、契約上および不法行為上の請求権が重疊的に認められる（請求権競合）⁽³⁰³⁾。

第2款 浸食的瑕疵

第1項 判例の展開

引き渡された目的物「それ自体」において瑕疵が拡大した場合にも、請求権の競合が認められるかが問題となる。すなわち、引渡時に存在した目的物の瑕疵が後に同一目的物の瑕疵のない他の部分へ拡大した場合、買主の生命・身体あるいは買主の所有する別の財産が毀滅しているわけではないが、このとき BGB823条1項の所有権侵害があるといえるかどうかの問題となる。

従来の判例は、売買瑕疵担保の領域で展開された等価性利益と完全性利益の区別に即してこの問題を処理していた。すなわち、引渡し当初から目的物の全体に瑕疵が及び、それにより目的物の価値下落が生じている場合には、等価性利益侵害の問題であるとし、もっぱら契約法の問題としていた。これに対して、買主に割り当てられた他の法益への侵害（「浸食」）が認められる場合には、完全性利益の侵害があるとして、不法行為法の適用を認めていた。このように、瑕疵の拡大の程度に応じ、等価性利益の侵害が認められる場合は契約法の問題とし、完全性利益の侵害が認められる場合は不法行為法の問題として峻別するのが判例の立場であった（「フロート弁事件」）。

【フロート弁事件⁽³⁰⁴⁾】

【事案の概要】

原告（保険会社）の被保険会社 D は、金属性継電器の容器を製造する会社である。被告は産業用の洗浄・脱脂機器（以下、本件機器という。）を製造する会社である。被告の製造する本件機器は、テトラクロロエチレンを燃焼・蒸発させることで金属部分を洗浄し、きれいな油を析出するために使用される。本件機器にはフロート弁⁽³⁰⁵⁾が取り付けられていた。会社 D が本件機器を購入した後、同機器は 1969 年 6 月初頭に会社に搬入・設置されたが、1969 年 6 月 26 日、同機器内の汚油によって火災が発生した。火災の原因はフロート弁が適切に機能せず、電熱線が高温に達したことにある。保険会社として会社 D に損害を補償した原告は、原告から損害賠償債権を譲り受け、被告に対して賠償を求めた。

原審・原々審がともに原告の訴えを棄却したのに対し、BGH は以下のとおり述べて原判決を破棄し、本件を原審へ差し戻した。

【判旨】

「原審の見解と異なり、原告は会社 D の所有権侵害および D の被った損害（BGB823 条 1 項）についても十分説得的に主張している。

原審は浄化装置の修理費用に関して判示する部分で、少なくとも違法な所有権侵害はないというが、原告の主張によれば、当該装置は引渡し当初から瑕疵があったのであり、したがって会社 D は瑕疵のない物の占有および所有権を取得しなかったのであるから、原審の見解は法的に誤っている。もっとも、帝国裁判所も（RG JW 1905, 367）連邦通常裁判所も（BGHZ 39, 366）、建物に使用された材料に瑕疵があり、その後の建築作業段階でその材料の使われた部分について瑕疵ある建築が行われ、それが土地所有者の所有に移ったという事案において、この建築物につき、瑕疵ある建物の建築を理由とする建築主の所有権侵害に基づく請求権（BGB823 条 1 項）を否定したが、これは正当である……。これらの事例では、引き渡された物の瑕疵が最初から全体に付着しており、これにより所有者が最

初からその物を適切に利用できず、瑕疵と損害とが重なり合う点が重要である……。かかる事例では、本来的に他の目的物への侵害は観念されず、単なる財産的損害が存するだけであり、当該損害は BGB823 条 1 項の枠組みでは賠償されない (BGHZ aaO)。

しかし、本件では、形式的に見ると、取得者が当初から瑕疵の付着した所有権を取得したという事案ではない。むしろ、瑕疵のある弁を一緒に引き渡した点にこそ危険の原因があり、それが所有権移転後にはじめて当該瑕疵以上の損害を生じさせ、これにより本件機器の他の瑕疵のない部分の所有者の所有権が侵害されたことが重要である……。かかる事例では、——特に被害者が売買契約に基づいて所有権を取得したからといって——この者に不法行為上の請求権を与えない理由は存しない。被害者が——たとえば、製品をそのまま所有したいと考えて——本件機器を保持することにし、自己の修理費用の賠償のみを請求したいと考えたとき、瑕疵担保法 (BGB459 条以下) は性質保証 (BGB463 条、480 条 2 項) という特別な事情がある場合以外には損害賠償請求権を認めておらず、また、瑕疵ある物の引渡しを理由とする積極的契約侵害に基づく請求権は購入物以外の他の法益に生じた損害の賠償のみを対象とし、購入物それ自体に生じた損害の賠償を対象としないがゆえに……。被害者には契約上の損害賠償請求権が何ら与えられないことになるが、そのことを考えると、ますます不法行為法上の請求権を否定する理由は見出せない。したがって、不法行為法上の請求権を適用する可能性がなければ、買主には全く法的保護が与えられないことになってしまうだろう。

本民事部は引き渡された物に最初から全体に瑕疵がある場合と、後になってはじめてその他の瑕疵のない部分に追加的な損害を生じさせる一部瑕疵の場合とで、それらをどう線引きするかということが、事例によっては困難なことは認識している。たとえば、原始的に存在した一部分の瑕疵が引渡し後に『浸食』によって拡大し、事後的にその物全体に及んだ場合がそうである。フロート弁の価値はそれほど大きくないことや浄化装置が総額約 20.000 マルクで売却されていることなどに鑑みると、本件のよ

うに〔浸食が——筆者注〕明らかな事例では、線引きの基準を立てる必要はない。〕。「売主が買主に産業機器を譲渡したが、当該装置全体から見ればそれほど価値のない安全スイッチに欠陥があった場合、そのスイッチの故障が原因で装置そのものに損害を生じさせたときは、所有権侵害に基づく損害賠償請求権（BGB823条1項）を買主に認めることができる。」

瑕疵のある弁が「所有権移転後にはじめて当該瑕疵以上の損害を生じさせ、これにより当該装置の他の瑕疵のない部分の所有者の所有権を侵害した」場合に、被害者に対し「所有権侵害に基づく損害賠償請求権」が与えられることを示した点に本判決の意義がある。しかし、本判決でも述べられているように、引き渡された物の全体に最初から瑕疵がある場合と、事後的に他の瑕疵のない部分へ損害が拡大した場合とを、すべての事例で具体的に判別できるかどうか、どの程度の瑕疵の拡大であれば「後にはじめてその他の瑕疵のない部分に追加的な損害を生じさせ(た)」といえるかが問題となる（本件では、浄化装置全体の価値に比べてフロート弁の価値がそれほど大きくなかったことから、瑕疵あるフロート弁から浄化装置の火災という事態が生じたことをもって他の瑕疵のない部分への損害の拡大を比較的容易に認めることができたケースであった）。

ここでBGHは、「アクセルケーブル事件」(BGHZ 86, 256.)において、「浸食的瑕疵 (die weiterfressende Mangel)」の概念を構築し、購入物の一部に瑕疵があり、それが他の瑕疵のない残部へ損害を拡大させたといえる場合には買主の所有権侵害が認められるとした。そしてBGHは、「他の瑕疵のない残部へ損害が拡大する」という事象をより具体的に説明するため、「素材同一性 (Stoffgleichheit)」という概念を用いる。すなわち、目的物取得時の瑕疵が原因で当該目的物全部を使用できない場合には、「素材は同一」であり、不法行為に基づく損害賠償が認められる余地はないという。これに対して、拡大した瑕疵が当初の瑕疵とは「素材を同一にしない」部分にまで及ぶ場合には新たな浸食部分を買主の所有権侵害と捉え不法行為責任を肯定する余地を認める。

第2項 学説

しかし、学説には判例の提示する基準の曖昧さを指摘する見解もある。また、それに加えて、判例が「浸食的瑕疵」の概念を展開させた背景には、主として瑕疵担保の短期時効の壁から被害者を救済する目的があったのに対し、現在では、売買法上の特別の時効と通常の時効が調整され期間の差異がほとんどなくなったこと、浸食的瑕疵に基づく損害に対して不法行為責任を認めると売買法上の「追完の優先」の原則が回避されてしまうことにも留意する必要がある。そこで現在の学説では、判例の展開した「浸食的瑕疵」の概念——瑕疵損害と瑕疵結果損害との区別——を放棄し契約法で一元的に処理すべきとする見解、あるいは、基本的に「浸食的瑕疵」の概念を維持しつつも、「素材が同一か否か」の線引きをやめ、「代金減額」の可否に判断基準を求め、購入物の瑕疵を理由に売買代金の減額ができる事例については不法行為に基づく損害賠償請求権を認めないとする見解⁽³⁰⁷⁾もある。

また、浸食的瑕疵を追完により除去すること（BGB439条1項）ができるかどうかにつき議論があるが、これを肯定するのが学説の支配的見解である⁽³⁰⁸⁾。この見解に従うと、売主は、瑕疵ある物の引渡しについて責めに帰すべき事由のない場合でも、当初の瑕疵拡大発生原因となった瑕疵の除去のみならず、瑕疵の拡大した部分までも追完によって除去しなければならない。現行法では、追完の優先の原則により、瑕疵担保法上の損害賠償請求権を行使する前に事前の追完期間の設定を要するので、浸食的瑕疵を理由に損害賠償を請求する場合も同じく、事前の追完期間の設定が必要となる。この点は多くの学説が一致して認めるところである⁽³⁰⁹⁾。しかしながら、浸食的瑕疵に対して不法行為に基づく損害賠償も主張できるとすると、売買法の規定の趣旨——追完の優先の原則——が不当に没却されてしまうおそれがある。一部の学説には、そうした評価矛盾を回避するために、追完の優先の原則を不法行為法に準用し、不法行為に基づく損害賠償請求権を行使する要件として事前の追完期間の設定を求める見解もある⁽³¹⁰⁾。

第5節 本章のまとめ

売買目的物の性質に関する錯誤、説明義務・情報提供義務違反および侵食的瑕疵の事例について、瑕疵担保と錯誤、契約締結上の過失および不法行為との競合問題を検討した。ここで判例および学説の支配的見解を中心に、議論の内容を整理しておきたい。

まず、瑕疵担保と錯誤との関係については、瑕疵担保の優先適用を認めるのが立法者意思であり、学説の支配的見解でもある。その主たる論拠は瑕疵担保の特別規定（買主の重過失に基づく瑕疵担保請求権の排除や短期時効に関する特別規定）にあるが、とりわけ新たな瑕疵担保法の領域で「追完の優先」の原則が承認されたことが重要である。現在では、旧法と異なり、物の瑕疵と権利瑕疵が原則として同じ扱いを受けるので、権利瑕疵に対しても瑕疵担保の優先を認めるのが学説の多数である。

瑕疵担保と契約締結上の過失との競合問題についても、瑕疵担保の優先を認めるのが確立した判例および通説である。その論拠はここでも「追完の優先」の原則に求められる。すなわち、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権によって瑕疵担保法の基本原則を回避することは許されないとの考え方が、この見解の基礎にある。目的物の瑕疵を売主が故意に黙秘した場合には、例外的に、瑕疵担保の優先を認めず、契約締結上の過失との責任競合を認めるのが判例である。

侵食的瑕疵の事例については、瑕疵担保と不法行為との競合が問題となる。旧法下における判例では、売主が引き渡した物「それ自体」について瑕疵が拡大した場合でも、当初の瑕疵のある部分以外への瑕疵の拡大（「侵食」）が認められるような場合には完全性利益の侵害があるとして不法行為に基づく損害賠償が肯定されていた（請求権競合）。現行法の下で両請求権の競合問題を扱った判例は見当たらないが、「追完の優先」の原則を根拠に瑕疵担保の優先を認める見解が有力に主張されている。

注

(287) Vgl. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 791.; Looschelders, 138 (175)

- Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 172.
- (288) 債務法改正前の議論について、円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂、2004年）257頁以下。
- (289) Vgl. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 791 ff.; Brox/Walker, (Fn. 157), Kap. 1 § 4 Rn. 135 ff.; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 173.; Christian Armbrüster, in: Münch-Komm zum BGB, 6. Aufl. (2012) Rn. 29.; 反対説として、Lorenz/Riehm, (Fn. 61), Rn. 573.;
- (290) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 210.
- (291) ただし、物の瑕疵と権利の瑕疵では以下の点が異なる。まず、瑕疵の存否を判断する基準時が異なる（物の瑕疵の場合には446条により危険移転時、権利瑕疵の場合には所有権の移転時——対価危険の移転時ではない——）。さらに、物の瑕疵の場合にはBGB476条に基づいて証明責任の転換が認められるのに対し（危険移転後6か月以内に物の瑕疵が現れた場合には、危険移転時において既に瑕疵があったものと推定される。）、権利の瑕疵の場合にはそのような規定が存しない。これについては、Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 391を参照。
- (292) Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 210.
- (293) Vgl. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 795.;
- (294) Vgl. Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 174.;
- (295) Vgl. Jauernig/Berger, (Fn. 61) § 437 Rn. 32.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 799. ; また、Armbrüster, in: Münch-Komm (Fn. 289), Rn. 32. は、買主が瑕疵の存在について重大な過失があった場合、危険移転前の段階で取消権を行使できると、BGB442条1項2文が空洞化してしまい、妥当でないとする。
- (296) Vgl. Singer, (Fn. 46) S. 381 ff.
- (297) BGHZ 180, 205. = NJW 2009, 2120 (Rn. 19).; 本判決については、拙稿・前掲注(36)122頁以下。その後、BGH, Hinweisbeschluss v. 2.11.2010 - VIII ZR 287/09, Rn. 8. でも確認されている。関連判例として、BGH, Urteil vom 11. 11. 2011 - V ZR 245/10. も参照（ただし、説明すべき対象が目的物の性状にかかわるものではないとされ、結論として瑕疵担保の問題とはされなかった）。本件は売主の売却した土地が他人の土地の一部を含むものであり、買主が当該土地の一部の所有権を取得できなかったため、売主に対し説明義務違反に基づく損害賠償責任——契約締結上の過失責任——を追及した事案であるが、BGHによると、「売却された土地Aが隣地Bの一部分に及ぶという事情は、その土地(A)の性状に関する事柄ではない。こうした事情は性状の合意の対象でもない。そのような合意とは購入目的物それ自体を確定するものであり、その性状を確定するというものではない…。したがっ

- て、BGB434 条以下〔瑕疵担保の規定——筆者注〕の適用領域に属しないのであるから、契約締結の際の過失の原則を制限なく適用することができる。』。
- (298) Vgl. Huber/Faust, (Fn. 56), Rn. 14/29.; Rösler, AcP 207 (2007), 564, 603.
- (299) Vgl. Weiler, ZGS 2002, 249, 254.; Mertens, AcP 203 (2003), 830.; Schulze/Ebers, JuS 2004, 463.; AnwKomm/Krebs, (Fn. 61), § 311 Rn. 76.; Herbert Roth, JZ 2006, 1026 f.; Palandt/Grüneberg, Band 7, (2007) § 311 Rn. 15.
- (300) Vgl. Mertens, AcP 203 (2003), 830.; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 179.
- (301) Vgl. Mertens, AcP 203 (2003), 830.
- (302) BGHZ 180, 205. = NJW 2009, 2120 (Rn. 19).; さらに、BGH, Hinweisbeschluss v. 2.11.2010 - VIII ZR 287/09, (Rn. 8).; BGH, Urteil vom 30. 11. 2012 - V ZR 25/12 (Rn. 22). も参照。
- (303) 損害賠償請求権者にとっての責任競合の利点は、不法行為責任の場合には請求権の時効が契約責任よりも長期であること、また、契約責任を追及するときは、履行補助者責任 (BGB278 条) が問題となる場面で、使用者の免責可能性を残す不法行為法上の使用者責任 (BGB831 条) よりも有利なことである。
- (304) BGHZ 67, 359 = NJW 1977, 379.
- (305) このフロート弁は蒸発によって針金が露出しないように機器内の液体を満たすために取り付けられているものである。
- (306) Benjamin Heßeler/Holger Michael Kleinhenz, Der kaufrechtliche Anspruch auf Schadensersatz für Weiterfresserschäden, JuS 2007, 706, 707.
- (307) Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 182.
- (308) たとえば、ファウストは、BGB439 条 1 項の文言が単に「瑕疵の除去」としか規定していなくても、追完義務の範囲は購入物全体に及ぶとする。その理由として、売主は、本来、瑕疵なき目的物を引き渡す義務を負っているがゆえ (BGB433 条 1 項 2 文)、瑕疵ある物を引き渡した結果、拡大損害が生じたときは追完によってそれを除去しなければならないこと、また、消費動産売買指令 3 条 2 項の文言 (「契約に適合した状態の回復」) も売主が目的物の事後的な悪化のリスクを負担する論拠になるという。Vgl. Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31), 439 Rn. 15. ファウストに全面的に賛成するものとして、Heßeler/Kleinhenz, JuS 2007, 706, 707. がある。さらに、Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (Fn. 153), Rn. 441.; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 184. も参照。
- (309) Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 184.; Faust, in: Bamberger/

Roth, (Fn. 31), 437 Rn. 62.; 浸食的瑕疵の場合には通常の瑕疵損害の場合と異なり、事前の追完期間の設定が不要とならないかが問題となりうるが、これについて、ヘセラー＝クラインヘンツは、浸食的瑕疵があるだけでは、いまだ BGB281 条 2 項の「特段の事情」があるとはいえず、また、—— 身体等への法益侵害がある場合は別としても —— 浸食的瑕疵について一律に BGB440 条（買主にとって追完が期待不可能な場合）を適用することはできない。それゆえ、浸食的瑕疵に対する損害賠償は、原則として事前の追完期間の設定を要し、それを徒過した後にはじめて、BGB437 条 3 号、280 条 1 項、3 項、281 条 1 項に基づいて認められるという（Heßeler/Kleinhenz, JuS 2007, 706, 707.）。

(310) Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 31), 437 Rn. 199.; Skamel, (Fn. 157) S. 86 f., 90 ff. ; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 157), Rn. 185.

第 5 章 本稿のまとめと課題

第 1 節 本稿のまとめ

1 物の瑕疵

債務法改正後のドイツ売買法では複層的な瑕疵の判断構造 —— 主観的・客観的瑕疵概念 —— が明文をもって規定された。BGB434 条 1 項によると、まず、目的物の「性状」に関する当事者の合意を基礎に瑕疵の有無が判断され（同条項 1 文）、合意がない場合に、当事者間で目的物の「使用目的」が前提とされたかどうかの問題となる（同条項 2 文 1 号。主観的瑕疵）。さらに、目的物のあるべき性状が「性状の合意」（1 文）または「契約上前提とした使用」（2 文 1 号）から明らかにならない場合には、「物が通常の使用に適し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性状を有する」か否かという客観的な基準に基づいて瑕疵の有無が判断される（同条項 2 文 2 号。客観的瑕疵）。売主、製造者またはその補助者がした公の表示も客観的瑕疵の有無の判断要素に含まれる（同条項 3 文）。目的物の瑕疵の存否について最終的には事案ごとに個別の事情も踏まえて判断せざるを得ないとしても、BGB434 条で定められた瑕疵の判断構造（主観から客観へと向かう補完的構造）自体は、

明確で分かり易いといえる。

BGB434 条に基づいて瑕疵の有無を判断する際にいくつか注意すべき点がある。第一に、BGB434 条はその構造上第一次的に主観的瑕疵概念を基礎に据えているので、たとえ取引通念の観点から客観的瑕疵が認められ得るような場合でも、契約当事者があえてそのような目的物の性状を合意しているのであれば、BGB434 条にいう瑕疵は認められない、ということである。第二に、売主または製造者による「公の表示」は、条文上は客観的瑕疵に関連付けられているが (BGB434 条 1 項 3 文、2 文 2 項)、判例によれば、売主の瑕疵責任の判断にあたっては、当事者の契約上の意思表示を重視することから、公の表示に基づいて当事者が契約上合意した特定の性状が欠ける場合には、客観的瑕疵 (BGB434 条 1 項 3 文、2 文 2 項) ではなく、主観的瑕疵 (BGB434 条 1 項 1 文) が認められることになる。そのほか、BGB434 条 1 項 1 文の「性状の合意」と「損害担保」とをどのように線引きするかという問題がある。瑕疵担保責任と損害担保に基づく保証責任とでは法律効果の面で大きな相違があるので、両者の線引きの問題は実際にも重要な意味をもつ。判例は、当事者の属性に注目し、とくに単なる私人間の売買の場合には損害担保の認定に慎重な態度を示している。客観的瑕疵 (BGB434 条 1 項 2 文 2 号) については、BGB 旧法下で蓄積された判例を参照しつつ、最終的には取引通念に基づいて瑕疵の有無が判断される。

2 追完

第 3 章では、追完をめぐる問題について検討した。とりわけ、① 履行請求権と追完請求権の関係、② 追完の法的性質、③ 追完の内容 (修補または代物給付)、④ 追完請求権に関する選択権の所在 (修補または代物給付に関する選択権並びに修補方法に関する選択権の所在)、⑤ 特定物売買における代物給付、⑥ 追完期間経過前の買主による自己修補、⑦ 追完の履行場所、⑧ 代物給付における買主の使用利益賠償、⑨ 追完の範囲、⑩ 追完拒絶の要件、⑪ 追完期間設定の要件、⑫ 追完の際の瑕疵の証明責任

等に関して、判例および学説を整理した。ドイツ法では売主の追完権は明文で規定されていないが、解除権、代金減額権および損害賠償請求権を行使する前の追完期間設定の要件から売主の追完権が間接的に導かれる。さらに、判例が、「追完の優先」原則を強く堅持しており、売主の追完権は非常に強く保障されている。

3 競合問題

「追完の優先」の原則は、制度間競合論に影響を与える。前章で検討したように、「追完の優先」の原則は、他の責任制度に対する瑕疵担保責任制度の優先を認める重要な論拠となる。とりわけ瑕疵担保と契約締結上の過失との競合問題を扱った一連のBGH判決がこれを明らかにしている。

4 ドイツ瑕疵担保法の特徴

他の責任制度の適用を排除し、瑕疵担保責任制度の優先適用を認める判例を前提にすると、当該紛争が瑕疵担保責任にかかわる事案か否かが当事者にとって極めて重要な意味をもつ。そのため、瑕疵担保責任の適用範囲を画定する物の「瑕疵」——「性状 (Beschaffenheit)」——概念をめぐるドイツでは緻密な議論が展開されていた (第2章)。特に学説において性状概念をめぐる激しい議論の対立があるのは、このような理由によるところが大きい。物の瑕疵をめぐる議論が、それ自体独立のテーマとして取り上げられるだけでなく、制度間競合論や追完の優先原則と密接に関連づけて論じられる点にドイツ瑕疵担保法の1つの特徴を見出すことができる。

第2節 今後の課題

ドイツ法の検討を踏まえ、わが国の瑕疵担保責任論における解釈的・政策的問題に取り組むことが今後の課題である。私見は未だ十分ではないが、最後に、本稿との関連で重要なテーマである「物の瑕疵」および「追完」に関連する若干の問題について、検討の方向性と展望を述べたい。

1 物の「瑕疵」

まず、わが国の瑕疵担保法における物の「瑕疵」概念（民法 570 条）に関して、現在でも議論のある客観的瑕疵と主観的瑕疵との関係性をどう理解すべきかが問題となる。ドイツでは、債務法改正により、「主観的・客観的瑕疵」概念が明示された。そこでは、「瑕疵」概念はもはや主観対客観という対立構造では把握されておらず、両者は互いに補完し合うものとして位置づけられている。わが民法 570 条における「瑕疵」の文言を解釈する際に、このようなドイツの複層的・補完的な瑕疵の判断構造——主観的・客観的瑕疵概念——⁽³¹¹⁾を参照することは有益であると考えられる。

「主観的」瑕疵概念の中へいかなる性質を取り込むことができるかという問題も存する。日本でもドイツでも主観的瑕疵を広範に捉える点では一致しているが、ドイツでは、①無限定の主観的瑕疵を観念するか、それとも、②取り込まれる性質（性状）に一定の限界を設けるか（目的物と環境との一定の関連性を要求するか）、という点に関して、意識的な議論が行われている。本稿では、そうした議論の背景にあるドイツ特有の事情——制度間競合論における瑕疵担保法優先原則——を指摘した。わが国では瑕疵担保法の優先適用は一般的には承認されておらず、この点に両国の相違があるものの、わが国における主観的瑕疵の外延をめぐる問題に取り組む際にドイツの議論を参照することは有益と思われる。既に我が国でも瑕疵担保法における契約内容の確定という観点から一部の学説において議論の枠組みが提示されているところであり、⁽³¹²⁾今後さらなる議論の展開が予想される。

「瑕疵」概念に代え、「契約不適合」という概念を採用することの是非についても、検討しておきたい。この問題は、特に近時の債権法改正論議で取り上げられている問題であり、法政策的観点から検討を要する。⁽³¹³⁾本稿（第二章）の検討から明らかになったように、現行ドイツ売買法における「瑕疵」概念は、消費動産売買指令にいう「契約不適合」概念の趣旨を取り込んだものである。これは、「契約適合性」判断の枠組みで「瑕疵」概念を解釈できることを示す一例といえよう。そこでわが国の債権法改正

にあたって、「瑕疵」という文言自体は維持しつつ、実質的には契約の趣旨に照らした形での適合性判断を行うという思考様式はありうるように思われる。

もっとも、「瑕疵」という概念が、日常用語としては「物理的欠陥」を想起させやすいことから、「契約不適合」と「瑕疵」という本来同一に捉えられるべき概念に食い違いが生ずる可能性も否定できない。例えば、買主がグランドピアノを購入し、売主もこのピアノを買主の自宅で使用することに合意したが、購入したピアノを家の中へ搬入できなかったという設例⁽³¹⁴⁾について、契約不適合の給付が行われたとはいえても、「瑕疵」ある給付がされたとはいいづらいのではないだろうか。また、数量不足の引渡し⁽³¹⁵⁾の事例を「瑕疵」と表現することが用語として適切かどうか、同じく問題となろう⁽³¹⁶⁾。このように考えると、立法論としては、現在の「瑕疵」に代えて、「契約不適合」概念を採用することには一定の合理性があるように思われる。ただ、重要なのは、用語の問題よりも、むしろいかなるケースを瑕疵担保法の規律に服させるのが妥当かという視点から「契約不適合」ないし「瑕疵」の意味を考えていくことであり、このような観点からは、瑕疵担保法における契約内容の確定の問題が、今後ますます重要になる。

2 追完

瑕疵担保責任の法的性質について契約責任説を出発点に据える場合、「追完」制度をどのように設計するかが重要な課題となる。以下、追完に関する基礎的問題に限定して、検討の方向性を探りたい。

(1) 売主の追完に対する利益

まず、売主の追完に対する利益をどの程度保障するべきかが問題となる⁽³¹⁷⁾。ドイツ法のように他の法的救済手段（解除、代金減額および損害賠償）に対する「追完の優先（Vorrang der Nacherfüllung）」を承認すると、売主の法的地位は一般にかなり強く保障される。この売主の追完に対する利益は「契約の尊重」⁽³¹⁸⁾や売主の「売買代金確保への期待（二度目の提供の機

会)」といった観点から正当化されうるが、他方で、そもそも契約に違反した売主に追完の機会を与えてまで保護すべき要請があるかという点や契約に拘束され続ける買主の不利益といった点にも配慮が必要である。⁽³¹⁹⁾ また、仮に事業者間契約において売主の追完に対する利益が正当化されるとしても、消費者契約において同様の規律が望ましいかどうかについて、⁽³²⁰⁾ さらに踏み込んだ検討が必要と思われる。

(2) 売主の追完「権」とその体系的規律

売主の追完に対する利益が認められるとしても、それを売主の「権利」として保障すべきか否か、また仮に「権利」として保障するとしても、それを体系的にどう規律すべきかが問題となる。

(i) 売主の追完「権」 まず、売主の追完に対する利益は「権利」として保障されるべきか否かという問題について考えたい。ドイツ法においては、売主の追完権が制度上並びに判例法上承認されていることについて、すでに述べたとおりである。⁽³²¹⁾ もっとも、一部の学説で、売主の追完「権」を認めることに慎重な見解もみられた。カナーリスは、売主に対して追完の機会が保障されるのは、いわば追完の優先が認められる反射的効果にすぎないという。⁽³²²⁾ 売主の追完に対する利益を「権利」と捉えるか否かによって、例えば、次のような場面で、買主の法的地位に影響が生じる。買主が追完のための相当な期間を定めることなく（あるいは、設定した追完期間が適法に徒過する前に）、みずから瑕疵を除去した場合に、買主が売主に対して瑕疵除去に要した費用の賠償を求めることができるかという「追完の自己実施」の問題につき、⁽³²³⁾ 売主の追完「権」侵害を理由に買主の費用償還請求を否定するのが現在の判例および通説の立場であった。⁽³²⁴⁾ これに対し、売主の追完「権」を認めることに慎重な立場からすれば、買主の売主に対する自己実施費用の償還請求を認める余地が出てくる。このように、⁽³²⁵⁾ 売主の追完に対する利益を「権利」と構成するか否かで、買主の法的地位に大きな影響が生じる。

(ii) 追完権の体系的規律 売主の追完「権」を認めるとしても、それを

体系的にどう規律すべきかが別途問題となる。国際物品売買条約（CISG）や共通参照枠草案（DCFR）並びに共通欧州売買法（CESL）に見られるように、売主の「治癒権・追完権（right to cure）」を条文中で明記する方法が考えられる一方、消費費用動産売買指令やそれを国内法化したドイツ売買法のように売主の追完権を条文中で明記することはせず、追完のための相当な期間の設定という要件を通じて、間接的に売主の追完権を導く方法も考えうる。当事者のいずれが追完のイニシアチブを取るかという点において、両モデルに差異が生じうる。

（3）追完請求権の法的性質

さらに、買主の追完請求権の内容を確定するにあたり「追完請求権の法的性質」をどのように理解すべきかという問題について考えたい。

ドイツでは、買主の追完請求権は本来的履行請求権との同質性と異質性を併有するものと考えられており、これを反映して、追完請求権の内容確定に際しても、①本来的履行請求権と同様の規律を妥当させるアプローチと、②追完請求権特有の規律を妥当させるアプローチが見出されるとの指摘がある⁽³²⁶⁾。本稿で検討した追完に関する個別論点のなかにも、こうしたアプローチのもとで具体的な解釈論を提示する見解がみられた。例えば、「追完の履行場所」に関する問題につき⁽³²⁷⁾、学説では、第一次的給付義務の履行地を追完の履行場所と解する立場と、瑕疵ある物の所在地を追完の履行場所と解する立場がある。前者は①のアプローチにより、後者は②のアプローチにより、追完請求権の内容（追完の履行場所）を確定させるものといえよう。近時の判例（2011年4月13日BGH民事第8部判決）は、①のアプローチによって第一次給付義務の履行地を追完の履行場所とみなした。また、瑕疵ある物の取外しおよび瑕疵のない新たな物の（再度の）取付けが売主の追完義務に含まれるか否かという問題につき⁽³²⁸⁾、追完請求権は「本来的履行請求権の修正」という法的性質を有しているため、本来の給付義務が瑕疵なき物の引渡しである以上、追完請求権の内容もそれ以上には及ばないとして売主の取外しおよび取付け義務を否定する見解と、

「高度の消費者保護水準」の保証という EU の消費者保護政策を拠り所に本来の履行請求権の内容を超えて売主の取外しおよび取付け義務を肯定する見解があった。欧州司法裁判所は基本的に後者の考え方（②のアプローチ）に拠りつつ消費動産売買契約について売主の追完義務の内容に取外しおよび取付け義務を含める判断を示した（ヴェーバー・プッツ判決）。これに対して、ドイツ連邦通常裁判所は、消費動産売買の領域においてはヴェーバー・プッツ判決に従う判断を示したものの（②のアプローチ）、事業者間売買においては、①のアプローチによりつつ、瑕疵ある物の取外しおよび瑕疵のない新たな物の（再度の）取付けを原則として売主の追完義務の内容に含めない考えを明らかにした。⁽³²⁹⁾

ドイツ連邦通常裁判所の一連の判決からは、追完請求権の内容を本来の履行請求権の内容と同質的に捉えるという基本姿勢を読み取ることができるが、学説には追完請求権の独自性を強調する見解も少なくない上、さらにドイツ売買法は EU 法の影響下にあることも考慮しなければならない。その意味で、ドイツ売買法における追完内容の確定のあり方を一元的に理解するのは容易ではない。しかし、翻って、わが国における同様の問題について考えるとき、⁽³³⁰⁾問題解決へ向けたアプローチの多様性を知るという点において、ドイツの議論を参照するのは有意義と思われる。

第3節 おわりに

上述した論点以外にも、わが国の瑕疵担保責任について検討すべき問題は多い。本稿の検討には未解決の点が多く残されているが、現在のドイツ売買法における瑕疵担保責任をめぐる中心的な議論を整理し、そこから一定の示唆を得るという当初の目的はひとまず達せられたと思う。今後の議論の発展に寄与できれば幸いである。

注

(311) 物の瑕疵の判断構造につき、潮見・前掲注(2) 217頁も参照。

(312) 潮見・前掲注(2) 190頁は、契約内容の確定方法につき、次のようにそ

の枠組みを提示する。「① 給付対象が外界に実在する有体物の存在に結びつけられる必然性はないし、② 契約における当事者の効果意思が性質に及ばないとする必然性もない。そして、③ 物質論から見ても、あらゆる性質から切り離された『物それ自体』を観念することもできない」とする。それゆえ、「特定物の性質もまた契約内容となり」、「特定物のドグマはその存在を否定される」。その反面、「あらゆる性質が契約内容」となることも否定する。そして、「『個々の契約において、問題となった当該性質が契約内容となっている』ということ、個別具体的に探究し、確定していく」が必要になるという。

- (313) 中間試案では、現行の「隠れた瑕疵」(民法 570 条)という言葉の難解さを克服し、国民にとってより分かりやすい表現にするという観点から、これを「契約の趣旨に適合しないこと」という言葉に置き換えることが意図されている。内田・前掲注 (1) 152 頁を参照。
- (314) 第 2 章第 3 節 2 (1) ② b で紹介したカナーリスの設例を参照。
- (315) この事例が契約不適合給付といえるかどうかについては、争いがある。カナーリスはこれを否定するのに対し、ヴェスターマンなど、これを肯定する見解もある。これについては、第 2 章第 1 項 3 を参照。
- (316) 中間試案は、数量不足の引渡しを契約不適合給付の一事例とする(「中間試案」55 頁〔(概要付き) 139-140 頁、(補足説明) 403-408 頁〕)。
- (317) わが国での議論について、潮見・前掲注 (2) 209-211 頁、森田修『『契約の尊重 (favor contractus)』について——債権法改正作業の文脈化のために』遠藤光男元最高裁判事喜寿記念論文集 (2007 年) 199 頁、204-206 頁、松井和彦「売主の追完権に関する一考察——契約法に関する国際ルールを手がかりに——」金沢法学 45 巻 2 号 (2003 年) 199 頁以下などを参照。
- (318) 「契約の尊重 (favor contractus)」について、円谷峻「ファヴォール・コントラクトス (契約の尊重)」好美清光古稀『現代契約法の展開』(2003 年) 3 頁以下、森田・前掲注 (318) 199 頁以下を参照。
- (319) 潮見・前掲注 (2) 211 頁を参照。
- (320) 共通欧州売買法 (Common European Sales Law : CESL) は、売主の追完権につき、事業者間契約と消費者契約との間で異なる規律を設けている。売主が契約不適合給付を行なったとき、買主が事業者である場合には、売主は新たに契約に適合した給付を行う機会を保障されるのに対し (CESL109 条)、買主が消費者である場合には、CESL106 条 1 項の定めるすべての救済手段が選択的に買主に与えられることから (CESL106 条 3 項 a 号)、売主の追完権は認められない。CESL の邦訳につき、内田貴 (監訳) = 石川博康 = 石田京子 = 大澤彰 = 角田美穂子 (訳) 『共通欧州売買法 (草案)』(商事法務、2012 年) を参照。もっとも、CESL の規律の仕方について

- はかなり批判もある。たとえば、Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/
Zimmermann, Vorschlag für eine VO über ein Gemeinsames Kaufrecht, JZ
2012, 269, 281.; Gerhard Wagner, Ökonomische Analyse des CESL: Das
Recht zur zweiten Andienung, ZEuP 2012, 797. などを参照。
- (321) 第3章第4節第2款3および本章第1節2を参照されたい。
- (322) 詳しくは、脚注(159)を参照。
- (323) 第3章第3節第2款を参照。
- (324) Vgl. BGHZ 162, 219. = NJW 2005, 1348.
- (325) 売主が支出を免れた費用について買主の費用償還請求権を肯定するロー
レンツの見解(詳しくは、第3章第3節第2款第2項)を参照。
- (326) 田中・前掲注(148)神戸法学雑誌60巻3・4号15頁、同・私法216、
217頁を参照
- (327) 第3章第3節第3款を参照。
- (328) 「追完の範囲」をめぐる問題について、第3章第3節第5款を参照。
- (329) BGH民事第8部判決(顆粒剤判決)を参照(第3章第3節第5款)。
- (330) 能見善久「履行障害」別冊NBL51号(1998年)108頁、下森・前掲注
(7)237頁および潮見・前掲注(7)『債務不履行の救済法理』361頁〔初出
「国際物品売買条約における売主・買主の義務および救済システム(一)
(二)」民商138巻2号、3号(2008年)]を参照。