

ドイツ売買法における追完制度について

—— 法と経済学の視点から ——

古 谷 貴 之

目次

- 1 本稿の目的
- 2 追完制度の概要
- 3 追完制度の分析
- 4 判例の分析
- 5 結語

1 本稿の目的

ドイツ民法において、売買契約の売主が瑕疵ある物を引き渡した場合、買主は、売主に対し、「追完請求権 (Nacherfüllungsanspruch)」を行使することができる (ドイツ民法 437 条 1 号、439 条 1 項。ドイツ民法については、以下、BGB と表記する)。追完請求権とは、具体的には、買主が、売主に対し、瑕疵ある物の修補を請求し、または、瑕疵のない新たな代替物の引渡しを求める権利をいう (BGB439 条 1 項)。この買主の法的救済手段は、2001 年 11 月 26 日のドイツ債務法現代化法で新たに導入された。同法施行の日 (2002 年 1 月 1 日) から 12 年が経過した今日、追完をめぐるさまざまな問題が議論の俎上に載せられている⁽¹⁾。

本稿は、ドイツ売買法における追完制度について、法と経済学の視点から分析を試みることを目的とする。ドイツでは、追完を規律する瑕疵担保法の領域において経済学的手法を用いた分析が積極的に行われており⁽²⁾、従来と異なる視点からドイツ法の議論を紹介することは、わが国における瑕疵担保責任制度の現代化を考える上でも一定の意義を有すると思われる。

本稿では、次の順序で検討を進めていくこととしたい。まず、ドイツ売

買法における追完制度の概要を述べる (2)。次に、追完制度の経済的機能を考察した上で (3)、追完に関連する重要判決の分析を試みる (4)。最後に、本稿のまとめを述べて結びとしたい (5)。

註

- (1) 拙稿「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 ——」産大法学 47 卷 2 号 (2013 年) 1 頁、特に 72 頁以下 (第三章「追完」) を参照されたい。
- (2) 消費用動産売買指令 (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)) が公布されて以降、瑕疵担保責任制度の経済分析が積極的に行われている。Vgl. Juergen Noll, Does One Size Fit All? A Note on the Harmonization of National Warranty Law as a Tool of Consumer Protection, *European Journal of Law and Economics*, 16: 219-231.; Thomas Eger, Einige ökonomische Aspekte der Europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und ihrer Umsetzung in deutsches Recht, in: Hans-Bernd Schäfer, Hans Jürgen Lwowski (Hrsg.): *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen*, FS für Claus Otto zum 65. Geburtstag (2002) S. 183.; Thomas Wein, Das neue Gewährleistungsrecht aus ökonomischer Sicht, *WiSt* 2002, 477.; Roland Kirstein und Hans-Bernd Schäfer, Erzeugt der Europäische Verbraucherschutz Marktversagen? Eine informationsökonomische und empirische Analyse, *German Working Papers in Law and Economics* (2007) S. 1. これらの論稿は、主に、売買瑕疵担保責任制度のもつ経済学的意義を明らかにする。具体的には、中古車売買市場における契約当事者間の「情報の非対称性」——中古車の品質に関する売り手と買い手との間の情報格差——から逆選択による市場の失敗がもたらされることを指摘し (ジョージ・アカロフの「レモンの市場」)、このような状況に対処するため、情報を有する当事者の一方 (中古車の売主) からの高品質のシグナルが有効な手段になるとする (マイケル・スペンスの「シグナリング理論」の応用)。そして、(自動車の)「品質保証 (warranty)」を高品質のシグナルの典型としたうえで、ドイツ民法の瑕疵担保責任制度は、いわば黙示の保証 (シグナル) として機能し、市場の失敗を是正する効果をもつという。日本民法の瑕疵担保制度 (570 条) が逆選択による市場の失敗を防ぐ効果があることについて、宍戸善一＝常木淳『法と経済学』(有斐閣、2008 年) 47 頁も参照。

2 追完制度の概要

ドイツ売買法の規定は、債務法現代化法（2001年11月26日公布、2002年1月1日施行）によって抜本的に改正された。新債務法における大きな改正点として、売主の「瑕疵なき物の給付義務」が明文化されたこと（BGB433条1項2文）、それに伴い、買主の「追完請求権」が導入されたこと（BGB437条1号、439条1項）を挙げる事ができる。

【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。

【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条および第326条5項による解除権または第441条による代金減額権
- 3 第440条、第280条、第281条、第283条および第311a条による損害賠償請求権または第284条に基づく無駄になった費用の賠償請求権

【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することができたかを、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が、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。

(1) 債務法改正前においては、特定物売買における売主の給付義務は当該特定物の引渡しに尽き、売主の瑕疵なき物の給付義務は観念されなかった（いわゆる「特定物ドグマ」）。買主は、BGB 旧 459 条の定める救済手段（解除、代金減額および損害賠償）を行使できるのみで、追完請求権——履行のやり直しを求める権利——を行使することはできなかった。債務法現代化法において、特定物・種類物を問わず売主の「瑕疵なき物の給付義務」が規定され（BGB433 条 1 項 2 文）、それとともに、売主がかかる給付義務に違反した場合における買主の追完請求権が認められることとなった（BGB437 条 1 号、439 条 1 項）。

(2) 買主の追完請求権の要件は、売主が「瑕疵」ある物（BGB434 条）を引き渡したことである。売主の帰責性や瑕疵の重大性は、追完請求権の要件でない。瑕疵担保法上の救済手段の中でも、買主の追完請求権には特別な位置づけが与えられている。すなわち、買主は、売主に対し、解除権、代金減額権または損害賠償請求権を行使する前に、追完のための相当な期間を定めなければならない⁽³⁾、この期間が適法に徒過した時にはじめて追完以外の権利を行使することができる（追完の優先／優位性）。このことは、裏側からみれば、売主の「追完権（Recht zur Nacherfüllung）」が認めら

れたことを意味する。

(3) BGB439 条 1 項によると、買主の追完請求権は、修補または代物給付をその内容とする。この二つの追完方法について選択権を有するのは、「買主」である。

第 2 項は、売主の追完費用負担義務を定める。同項に列挙された費用——「運送費、交通費、労務費及び材料費」—— はあくまで例示である。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より定まる。

第 3 項は、買主が選択した追完方法に過分の費用がかかる場合について、売主の追完拒絶権を定める。追完拒絶の方法には 2 種類があり、まず売主は、「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」を考慮し、買主が選択した追完に過分の費用がかかるときは、その追完を拒絶することができる（相対的過分による追完拒絶）。さらに、そのようにして制限された一方の追完方法（あるいは、最初から一方の追完方法しか問題とされない場合も同様）についても、当該追完にかかる費用が過分になる場合には、売主は当該追完を拒絶することができる（絶対的過分による追完拒絶）。いかなる場合に費用が「過分」となるかについて確立した判断基準があるわけではないが、有力な見解によると、相対的過分については、一方の追完費用が他方の追完費用よりも 10% 高い場合に、絶対的過分については、追完費用が瑕疵のない物の価値の 150% を超える場合または瑕疵ある物の価値の 200% を超える場合に、費用の過分性が認められる。⁽⁴⁾ なお、近時の欧州司法裁判所の判例により、事業者・消費者間の売買契約については、買主（消費者）保護の観点から、絶対的過分を理由とする売主の追完拒絶権は認められない扱いとなっている。⁽⁵⁾

第 4 項は、代物給付が行われた場合に、売主が、当初引き渡した瑕疵ある物の返還請求権を有することを定める。このとき、売主が、瑕疵ある物の返還に加え、瑕疵のない目的物を引き渡すまでに買主が使用した利益の返還も請求できるかが問題となるが、事業者・消費者間の売買契約については、売主は、買主（消費者）に対し、使用利益の返還を求めることがで

きない。これも欧州司法裁判所により確立された判例法理であるが⁽⁶⁾、その後の BGB 一部改正により現在では明文の規定が置かれている (BGB474 条 2 項)⁽⁷⁾。

註

(3) BGB281 条 1 項、323 条 1 項および 441 条 1 項を参照。代金減額については追完の優先は明示されていないが、「解除に代えて」代金減額をすることができることから、代金減額権を行使するには解除の要件を満たす必要がある。

【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。

【BGB323 条】 (不履行又は履行が契約に適合しないに基づく解除)

(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。

【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。

(4) Vgl. Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121.; 絶対的過分に関する事例で、連邦通常裁判所は、Bitter/Meidt の基準に依拠している。同裁判所によると、この基準は、絶対的な基準ではないが、「一つの大まかな基準として取っ掛りの手がかりになる」という (Vgl. BGH, NJW 2009, 1660, Rn. 15.)。

(5) Vgl. EuGH, Urteil v. 16.6.2011, verbundene Rs. C-65/09 und C-87/09 (Weber und Putz). =NJW 2011, 2269.; BGH, NJW 2012, 1073.

(6) Vgl. EuGH, Urteil v. 17.4.2008, Rs. C-404/06 (Quelle). =NJW 2008, 1433.; BGH, NJW 2009, 427.

(7) BGB474 条 2 項「本節で規律する売買契約については、使用利益の返還又はその価値賠償をする必要はないという趣旨で第 439 条 4 項を適用しなけれ

ばならない。第 445 条及び第 447 条は適用されない。」

3 追完制度の分析

(1) 追完制度の経済的機能

上記 2 で概観した BGB439 条の追完制度は、次に述べるような経済的機能をもつ。

まず、瑕疵ある物の引渡しを受けた買主は、追完請求権を行使することで、もう一度、当該売買契約において期待した効用の実現を図る機会を得る。債務法改正前には、特定物売買において売主が瑕疵ある物を引き渡した場合、目的物の修補の可否にかかわらず、買主には、解除、代金減額または損害賠償といった救済手段しか与えられなかった。しかし、とくに特定物売買の場合には、損害賠償によっても履行と同価値の効用の実現が困難なことも少なくない。そのため、特定物ドグマに依拠して買主の履行（追完）請求を否定する旧売買法のルールには問題があった。現在では、特定物・種類物を問わず買主の追完請求権が認められるので（BGB437 条 1 号、439 条 1 項）、旧法と比べ、効率性の改善がもたらされたといえる。なお、債務法改正前においても、当事者が任意に追完請求権を合意すること自体は妨げられなかったが、その場合でも問題がないわけではない。なぜなら、契約当事者の行う個別の合意には無視できない取引費用が生じるからである。現行の BGB439 条 1 項において、追完が任意規定として置かれたことで、かかる取引費用の削減も達せられることとなった。

次に、売主の側からみても、BGB439 条の追完制度は望ましいルールといえる。追完（たとえば修補）により、安価な費用で目的物の瑕疵のない状態を実現できるにもかかわらず、追完が認められないと、売主は売買代金を受け取る機会を喪失してしまう。これは、売主がその契約から期待した効用を実現できないことを意味する。さらに、契約を解除した後の原状回復に費用がかかることや、売主による原状回復後の当該物品の使用・転売が困難であることを考えると、売主による二度目の提供の機会を確保し、

当事者間の契約関係の維持を図る BGB439 条の追完制度は、旧法と比べ、効率性の改善をもたらす。しかも、現行法は、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を制度的に認め、売主の追完権を強く保障しているが、この制度は買主による解除権行使の危険から売主を保護する仕組みとみることができる。ここでは契約関係から早期に離脱したいと考える買主の法的地位は後退を余儀なくされるが、追完の優先は、経済的効率性の観点からみたときには、望ましい制度といえる。⁽⁸⁾

以上の検討から、現行の BGB439 条は、当事者の効用を増加させるという点、および、取引費用の削減を図るという点において、旧売買法よりも社会的厚生を高める制度といえることができる。

(2) 追完方法に関する買主の選択権

BGB439 条 1 項によると、追完の方法に関する選択権は「買主」に与えられる。この準則は消費動産売買指令 3 条 3 項に由来するが、ドイツの立法者もまた、買主保護の観点から同様の準則を採用した。⁽⁹⁾ しかしながら、経済学的視点から見ると、この買主の選択権は、非効率な結果をもたらすおそれがある。⁽¹⁰⁾

そもそも追完は、契約適合的な状態を事後的に回復させることを目的とする。買主にとっての主な関心事は契約適合的な状態で物品を取得することであり、かかる状態をもたらすために買主が果たすべき役割はそれほど大きくない。これに対して、売主は、契約適合的な状態を可能な限り低コストで達成しようと努める。経済学的にみれば、追完にかかる費用とは、売主の支出する私的費用であるのと同時に、社会全体の効用を低減させる社会的費用である。社会的費用を最小化し、効率な結果を達成するためには、追完方法に関する選択権を売主に与えるほうが望ましい。上述したとおり、売主は、可能な限り費用をかけずに追完（瑕疵の除去）を行う誘因をもつからである。新債務法の立法者は、追完方法の選択権に関する効率なルールを知っていたと思われる。請負に関する BGB635 条 1 項を見⁽¹¹⁾ると、製作物に瑕疵があった場合における追完方法の選択権が「注文

者」ではなく、「事業者」に与えられているからである。ドイツでは2002年までに消費用動産売買指令を適切に国内法化する必要があったため、事業者・消費者間売買の領域においては、請負の規定と同じ効率的なルールを採用することができなかつたという事情がある。しかし指令の国内法化義務を負わない一般の売買についてまで買主の保護（選択権）を強調しすぎることは行き過ぎであるとの批判がありうる。さらに言えば、消費用動産売買指令それ自体に関しても、こうした消費者保護の準則がすべての場合に消費者に有利な結果をもたらすかどうかについては、一歩踏み込んだ検討を要する。よく指摘されるように、消費者の保護には費用がかかる（商品価格の上昇）。買主が一般に費用のかかる追完方法を選択すると考えられる場合、その費用負担を押し付けられる売主は、このリスクを価格に転嫁する誘因をもつ。買主は、追完方法に関する選択権を得る代わりに、一定の対価（事実上の保険料）を支払わなければならない。たしかに対価を支払ってでも買主（消費者）が選択権を取得したいと考えるのなら、このような結論は望ましいかもしれない。しかし、上述したように、多くの買主（消費者）にとっての最終的な目的は、契約適合的な状態で物品を手に入れることであって、追完方法に関する選択権を取得することではない。長期的・全体的視点で見ると、買主の選択権は消費者に有利になるどころか、不利益をもたらす可能性がある。

註

(8) 追完の優先に関する経済分析については、Thomas Eger, Einige ökonomische Aspekte der Europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und ihrer Umsetzung in deutsches Recht, German Working Papers in Law and Economics (2002), S. 2, 25.; Michael Riha, Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB, (2007), S. 193 ff.

(9) 立法者は、「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。」と述べている (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 231.)。

(10) Vgl. Eger, (Fn. 8), S. 2, 25.; Riha, (Fn. 8), S. 196 ff.

(11) 【BGB635 条】（追完）

(1) 注文者が追完を請求する場合、事業者は自らの選択に基づき瑕疵を除去し又は新たな仕事をすることができる。

(12) 消費用動産売買指令の適切な国内法化の義務は、原則として消費用動産売買契約（BGB474 条以下）にしか及ばないため、それ以外の売買契約の類型（B2B 又は C2C の取引）については消費用動産売買指令と異なる制度を採用することもできた。しかし、ドイツの立法者は、一般の売買契約と消費者売買契約との間での異なる扱いを避けるため、指令の準則を過剰に国内法化した（いわゆる「大きな解決」）。そのため、一般の売買においても追完方法の選択権は「買主」にある（BGB439 条 1 項）。

(13) BGB439 条 2 項に基づき、追完にかかる費用は売主が負担しなければならない。

4 判例の分析

債務法改正後の議論のなかで、追完に関する判例法理の著しい展開がみられる。ここでは、ドイツにおいて特に注目を集めた三つの判決を取り上げ、法と経済学の視点から分析したい。取り上げる判決は、①特定物売買における代物給付の可否が問題となった連邦通常裁判所 2006 年 6 月 7 日判決、②買主による追完の自己実施の可否が問題となった連邦通常裁判所 2005 年 2 月 23 日判決、および、③売主の追完義務の範囲が問題となった欧州司法裁判所 2011 年 6 月 16 日判決である（連邦通常裁判所については、以下、BGH と表記する。）。分析の視点として、本稿ではとりわけ「事前」と「全体」の視点を重視する。すなわち、ルール（判例）の設定（ないし変更）が人々の行動にどのような影響を及ぼし、その結果、社会全体にとってどのような影響を与えるのか、また、その人々の行動の変化や社会の変化により生ずる結果が効率性の観点から見たときに望ましいか、という視点から上記三判決を分析する。

検討の順序として、各論点につき、まず簡単な事例を用意し、次いで問題の所在の確認と従前の議論の整理を行ったうえで、判例の分析に移るとしたい。

(1) 特定物売買における代物給付

【事例⁽¹⁴⁾】

Kは、自動車販売会社Vから、一台の中古車を購入した。売買契約はVの営業所で締結され、Kはその場で自動車の引渡しを受けた。ところが、Kが当該自動車を検査したところ、事故車であることが判明した。そこでKは、当該中古車には瑕疵があると主張し、代わりに別の同種の自動車を引き渡すよう求めた。Vは、Kに対し、中古車のような特定物の売買において、代物給付を行うことはできないとして、Kからの追完請求を拒絶した。

(i) 問題の所在

BGB433条1項2文で瑕疵なき物の給付義務が明文化されたことに伴い、⁽¹⁵⁾ 売主が瑕疵ある物を引き渡した場合、買主はBGB439条1項に基づく追完請求権を行使することができる。追完請求の内容は一般に修補または代物給付であるが、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が問題となる。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」の給付が認められるかが問題となる。

(ii) 従来の学説及び判例

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。これに対して、債務法現代化法の起草者は、特定物売買の場合でも代物給付は可能であるが、中古品売買のような場合には實際上代物給付が認められないこともあるとの理解を示していた。⁽¹⁶⁾ 下級審裁判例および学説は、特定物売買における代物給付の可能性を一般的に肯定する。⁽¹⁷⁾ BGHも同じく、「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る」と判示した。⁽¹⁸⁾

(iii) 判例の分析⁽¹⁹⁾

代物給付により買主が最終的に契約をした目的を達することができ、売主も当初の売買代金を確保できるなら、代物給付が行われない場合よりも両当事者の効用は増し、結果として社会全体の厚生も高まる。そうすると、BGHの見解と同様に、瑕疵のない他の同種・同等の物の引渡しが可能であれば、特定物売買においても代物給付を認めるのが効率性の観点からは望ましい。

もっとも、以下に述べるように、買主の代物給付請求が効率性の観点から望ましくないと考えられる場合もある。第一に、代物給付にかかる費用が債権者（買主）の履行利益を上回る場合である。第二に、売主および買主ともに第三者から同価値の物を調達できるが、買主のほうが売主よりも安価な費用で代物を取得できる場合にも、買主の代物給付請求権を否定するのが効率性の観点からは望ましい。買主の代物給付請求を認めると、社会的に余分な費用がかかるからである。第三に、売主および買主ともに第三者から同価値の物を同じ取得費用をかけて調達できる場合にも、買主の代物給付請求権を否定するのが望ましい。二つ目の場合と異なり、両当事者の取得費用に差はないものの、売主自身が取得し、その後改めて代物給付を行うと、いったん売主が取得した物を買主に譲渡するという補充的な行為が必要となるため、買主が直接第三者から取得する場合よりも取引費用が高くつくからである。第四に、修補によって目的物の瑕疵のない状態を実現することができ、かつそれが代物給付と比べ安価な費用で済む場合にも、代物給付を否定するのが望ましい。⁽²⁰⁾ここでは、相対的過分のルールを定める BGB439 条 3 項が重要な意味をもつ。

以上の考察より、法と経済学の視点から買主の代物給付請求権を肯定すべき場合とは、より安価な費用で修補を行うことができず、かつ、売主が買主よりも安価な費用で代物を取得できる場合に限られる。種類物（例え

ば、大量生産品)を当事者の合意で特定物として取引した場合や、中古品のようにその性質上特定物とされる場合でも契約締結の際の当事者意思に基づいて他の同等の物での給付可能性が認められる場合には、上記の判断基準の枠内で、代物給付を認めるのが効率性の観点からは望ましい。

(2) 追完の自己実施

【事例⁽²¹⁾】

自動車の売買契約において、売主 V が買主 K に対しエンジンの故障を抱えた自動車を引き渡した。K は、修理のための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、V に対し、それに要した費用の賠償を求めた。

(i) 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 BGB437 条に基づく瑕疵担保法上の権利（追完請求権、解除権、損害賠償請求権または代金減額権）を行使できるが、「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救済手段を行使することができない。ところが、実際には、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（又は第三者により）除去することがある。上記事例のように、追完期間を設定することなく第三者に修理をさせた K は、V に対し、瑕疵除去に要した費用の賠償を請求できるかが問題となる。

(ii) 従来判例及び学説

判例は、否定説に立つ⁽²²⁾。買主の二次的権利であ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な期間を定め、その期間を適法に徒過したことを要件とするから、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、瑕疵除去費用の賠償を求めることができないとする。

これに対し学説には、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⁽²⁴⁾。この見解によれば、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)⁽²⁵⁾。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へ充当しなければならず、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⁽²⁶⁾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。

(iii) 判例の分析

法と経済学の視点からみれば、追完の自己実施の問題は、追完に伴う費用 (外部費用) をどのような形で売主または買主に分配する (内部化する) のが社会的に望ましいか、という問題として捉えることができる。この観点からいえば、売主の追完権を重視し、買主の自己実施権を否定するという結論が社会的に望ましい。その理由は、一般に売主が買主よりも安価な費用で瑕疵を除去することができるのに対し (最安価損害回避者は売主である。)、買主に自己実施権を認めると瑕疵の除去にかなりの費用がかかってしまい、社会的費用の最小化という目的を達成することができないからである。そこで買主の瑕疵除去への誘因をなくすために、買主の自己実施権を否定するのが望ましいということになる。なお、自己実施権の否定とまではいなくても、たとえば売主が追完をしていれば支出したであろう費用を上限として買主の費用償還請求権を認めることにすれば、買主がみずから瑕疵除去をする誘因は減少するとも思えるが、この場合でも、実際には必要以上の瑕疵除去費用を買主が支出することになり、社会的・経済的にはこれが (無用な) 社会的費用となる。それゆえ、効率性の観点からは、やはり判例と同様に、追完期間設定前または追完期間設定後に当該期間を徒過しないまま行われる買主の自己実施は否定されるのが望ましいということになる⁽²⁷⁾。

(3) 追完の範囲

【事例⁽²⁸⁾】

Kは、Vから、床タイルを購入した。Kは床や浴室に半分までタイルを敷き詰めた後で、このタイルに瑕疵（色の濃淡）があることに気づいた。タイルの修補が不可能なため、Kは、Vに対し、瑕疵のないタイルの代物給付を求めた。また、Kは、代物給付に加え、Vに対し、①敷き詰められたタイルの撤去、および、②新たに代物給付されるタイルの（再度の）敷詰めを求めた。Vは、代物給付義務の内容は新たな物（タイル）の引渡しに尽きるとして、タイルの撤去及び（再度の）敷詰めに拒絶している。

(i) 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、その瑕疵ある物の取外し及び代物給付された瑕疵のない新たな物の（再度の）取付けが売主の追完義務の範囲に含まれるかが問題となる。

(ii) 従来の学説及び判例

この問題に関する学説・判例の展開を時系列に沿ってまとめると、次のとおりである。

まず、売主の取付け義務に関する事例が現れた。フローリング材の敷詰めに関する事件で、BGHは、瑕疵のない新たなフローリングの敷詰めは、売主の追完義務の内容に含まれないと判示した（フローリング判決⁽²⁹⁾）。学説の多くも、追完請求権の法的性質（「本来的履行請求権の修正」）を理由にBGH判決と結論を同じくする⁽³⁰⁾。

次いで、瑕疵あるタイルの敷詰めが行われた事例について、売主の撤去義務の存否が争われた（タイル事件⁽³¹⁾）。買主が売主に対して瑕疵あるタイルの撤去を求めたところ、売主がこれを拒絶したため、買主は、第三者にタイルを撤去させ、それに要した費用の賠償を売主に求めた。原審⁽³²⁾は、原

告（買主）の請求を認容したが、これに対して被告（売主）が、かかる費用の負担義務はない——瑕疵ある物の取外しは売主の追完義務の内容に含まれない——として上告した。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、消費用動産売買指令（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」と判示し、同指令の解釈問題について欧州司法裁判所へ先決裁定（EC条約234条〔現EU機能条約267条〕）を求め⁽³³⁾る決定を行った。

2011年6月16日、欧州司法裁判所は、「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、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⁽³⁴⁾）。同判決によると、「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費用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、当該消費費用動産の被取付物から当該消費費用動産をみずから取り外し、代物給付した消費費用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費用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。」という。

（iii）判例の分析

追完の範囲に関するヴェーバー・プッツ判決は、——ローレンツ教授が「ルクセンブルクからのティンパニーの響き（Ein Paukenschlag aus Luxemburg）」と述べたように⁽³⁵⁾——ドイツ売買法に大きな衝撃を与えた。本判決に批判的な立場に立つローレンツ教授は、「高度の消費者保護水準」の保証を根拠に売主の追完義務の範囲を拡大する本判決は、商品価格の上昇をもたらし、これは決して消費者にとって好ましいことではないと指摘⁽³⁶⁾した。

以下では、本判決が市場および当事者の行動にどのような影響を及ぼすかという観点から分析を行う。

まず、本判決は、ローレンツ教授が指摘するように、市場における商品価格に影響を及ぼす。すなわち、事業者は、商品価格を通じて瑕疵リスクを消費者に転嫁する誘因をもつ。そうすると、本判決が示したルールに従えば、個別事件で発生した瑕疵リスクを負担するのは確かに事業者であるが、その一方で、長期的・全体的視点から見れば、この瑕疵リスクを最終的に負担するのは消費者（全体）である。

もっとも、本判決は、消費者に一方的な不利益をもたらすだけではない。追完の範囲の拡大は、消費者の効用を増加させる面を含む。本判決前には商品に瑕疵がある場合の取付けや取外し費用を誰が負担するのか定かではなかったが、現在ではリスク負担者は売主であることが明確になったため⁽³⁷⁾、消費者は安心して購買行動に移ることができる。これにより、取引量が増加するとともに、リスク引受けをめぐる交渉に伴う費用が削減される。また、顧客満足という点からは、事業者にとっての利点もある。さらに、本判決は、事業者の品質管理に対して影響を及ぼす。瑕疵リスクを負担しなければならないと考える事業者は、かかるリスクをはじめから負担しないよう瑕疵のない給付を行おうとする誘因をもつ。その結果、品質管理が適切に行われるようになり、瑕疵ある物が引き渡される蓋然性が減少する。それにより、さらに取引量の増加が見込まれる。

上記の検討から、本判決は、消費者全体に価格転嫁による不利益を負担させる反面、個々の消費者の効用を増加させ、顧客満足や品質管理の向上を通じて取引量を増加させるという側面を併せ持つ。そうすると、重要なのは、消費者がどの程度であれば価格の上昇を受け入れるか、という観点からの分析だと思われる。すなわち、最も効率的に取引が行われる水準にまで瑕疵リスクを商品価格に転嫁するのは、むしろ望ましいと考えられる⁽³⁸⁾。

次に、本判決が市場に及ぼす間接的な影響についても検討したい。まず指摘できるのは、瑕疵リスクを売主に割り当てると、今度は「売主」と「製造者」の間での法的紛争が増加することである。顧客からの追完請求に応じた売主は、瑕疵ある物を自己に引き渡した供給者に対し求償権を行使することができるが（BGB478条1項および2項⁽³⁹⁾）、この売主の製造

者に対する求償権行使をめぐる紛争が増加する可能性がある。さらに、本判決のルールは近い将来 BGB の中で「強行法規」として立法化されることが検討されているが（連邦司法省の BGB 一部改正草案 474a 条 1 項⁽⁴⁰⁾）、このような規制手法の妥当性も問題となりうる。消費者保護の観点から、本判決のルールを強行法規的なものとして捉えたと、瑕疵リスクを負担してでも商品を安く手に入れたいと考える危険愛好的な消費者の需要を満たすことができない。すなわち、その者から取引の可能性を奪うこととなり、取引量が減少しうる。消費者保護の手段として強行法規によるのが望ましいか否か（望ましい場合には、その根拠は何か、またいかなる場合が望ましいか）という問題⁽⁴¹⁾とともに、改正草案における規制手法の妥当性ついて、引き続き検討したい。

註

- (14) Vgl. BGHZ 168, 64. = NJW 2006, 2839.; LG Ellwangen, NJW 2003, 517.; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053.
- (15) 事例のような「事故車」は、一般に「瑕疵」があるとされる（BGH, NJW 2008, 53.）。
- (16) Vgl. BT-Drucks. 14./6040., S. 209., 232.
- (17) Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 ff.; ders., in: Egon Lorenz (Hrsg.) Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, (2003) S. 79 f.; 下級審裁判例およびその他の学説について、拙稿・前掲注 (1) 77-80 頁を参照されたい。
- (18) ただし、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。当該事案では、結論として代物給付が否定されている（BGHZ 168, 64. = NJW 2006, 2839.）。
- (19) Vgl. Riha, (Fn. 8), S. 199 ff.; Tobias Tröger, Nacherfüllung beim Stückkauf: Ineffiziente Systemwidrigkeit oder adäquate gesetzgeberische Nachahmung privatautonomer Vertragslösungen?, ZvglRWiss 107 (2008), 383, 416 ff.
- (20) なお、事例のような状況では、たとえキズを修復できたとしても、「事故車」たる性質（来歴）が消えるわけではないので、修補による追完は意味をもたない。

- (21) Vgl. BGHZ 162, 219. = NJW 2005, 1348.
- (22) Vgl. BGHZ 162, 219. = NJW 2005, 1348.
- (23) **【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）
- (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つば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。
- (24) Vgl. Stephan Lorenz, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417 ff.
- (25) **【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。
- (26) **【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）
- (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。
- (27) Vgl. Riha, (Fn. 8), S. 234 f.
- (28) Vgl. EuGH, Urteil v. 16.6.2011, verbundene Rs. C-65/09 und C-87/09 (Weber und Putz) = NJW 2011, 2269.
- (29) BGHZ 177, 224. = NJW 2008, 2837.: 本判決については、拙稿「ドイツ売買法における追完の範囲をめぐる問題」同志社法学 61 巻 7 号（2010 年）216-219 頁を参照されたい。
- (30) 拙稿・前掲注 (1) 91 頁、113-114 頁。この考え方によれば、追完請求権は本来的履行請求権を修正したものであるから、本来的履行請求権の内容が目的物の引渡しである以上、追完請求権の内容がそれ以上（新たな瑕疵のない物の再度の取付け）に及ぶことはないとされる。
- (31) Vgl. BGH, NJW 2009, 1660.: 本件については、拙稿・前掲注 (29) 219-226 頁を参照されたい。
- (32) OLG Frankfurt am Main, OLGR 2008, 325 ff. = ZGS 2008, 315 ff.
- (33) その後、ショルンドルフ区裁判所が、BGH 決定とは独立して売主の「取付け」義務および「取外し」義務の問題について先決裁定を求めたことから（AG Schorndorf, Entscheidung vom 25. 2. 2009., 2 C 818/08.）、欧州司法裁判

所において2つの事件が共同審理された。

- (34) EuGH, NJW 2011, 2269; 本判決については、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頁を参照されたい。
- (35) Vgl. Stephan Lorenz, Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung—Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, 2241.
- (36) Vgl. Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243.
- (37) BGB439条1項は、「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。」と定めるのみで、この条文からは売主が瑕疵ある物の取外しや新たな瑕疵のない物の（再度の）取付けを義務付けられるかは定かでなかった。欧州司法裁判所の判決後に出されたBGH判決により、同条項後半部分の「瑕疵のない物の引渡し」（すなわち、代物給付）の文言が目的論的に拡大解釈され、現在では売主の取外しおよび取付け義務はこの規定の文言から導かれる（vgl. BGH, NJW 2012, 1073.）。
- (38) 平均的な消費者が、そのリスク回避的な性向から、一定の対価を支払っても瑕疵担保法上の権利の拡大を望むと考える場合、一定の価格転嫁はむしろ望ましいと考えられる。消費者は瑕疵担保請求権の拡大によって財産の増加を経験し、時に通常より高い対価をそのリスク回避性に基づいて引き受けるであろうことを指摘する、Moritz Wargalla, Das Nacherfüllungsregime im Kaufrecht institutionenökonomisch analysiert, HFR 2013, Beitrag 1, S. 1 ff.を参照。
- (39) **【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、売主である事業者に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。
- (40) 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。

参照：(http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Umsetzung_Verbraucherrechterrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile) (22頁) (last visited 30. 11. 2013)。

この規定は BGB474 条以下の消費者売買に関する特則として位置づけられることが予定されており、立法化されれば、強行規定になる (BGB475 条 1 項および 2 項)。

- (41) 消費者の法的地位を改善するには費用が伴う (製品価格が上昇する) ことを指摘し、「過剰な消費者保護」に警鐘をならすシェーファー論文も参照。この論文でシェーファー教授は「過剰な消費者保護」の一例として消費動産売買指令の「強行法規」をあげ、これがヨーロッパ消費者法の「逆効果 (die adverse Effekte)」を生じさせていると指摘する。Vgl. Hans-Bernd Schäfer, Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts, in: Stefan Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, (2000) S. 559.

5 結 語

(1) 本稿の検討から、ドイツ債務法現代化法で新たに導入された追完制度 (BGB439 条) は、改正前の売買法と比べて、効率性を改善させる制度であることが明らかとなった。そして、この制度は、契約の尊重 (favor contractus) という法律学の伝統的考え方とも調和する。一方、追完方法の選択権を「買主」に与えるルール (BGB439 条 1 項) は、効率性の観点から見れば問題を残すが、ルールの妥当性は、正義・公平という法律学の基本的価値 —— とりわけ、本稿との関係では、瑕疵ある給付を受けた買主の利益 —— をも考慮した上で判断する必要がある。

(2) 追完制度の運用面について言えば、本稿で取り上げた三つの判例から、次のような結論が得られた。まず、特定物売買における代物給付を原則として肯定する BGH の判例は、効率性の観点から見て望ましいといえる。もっとも、法と経済学の視点から分析すると、買主の代物給付請求権

を肯定すべき場合とは、より安価な費用で修補を行うことができず、かつ、売主が買主よりも安価な費用で代物を取得できる場合に限られる。次に、買主による追完（修補）の自己実施を否定するBGHの判例も、効率性の観点から見て望ましいといえる。買主の自己実施権を否定することで、追完に伴う社会的費用の最小化という目的を達成することができるからである。最後に、売主の追完義務の範囲に取付けおよび取外し義務を含むとする欧州司法裁判所2011年6月16日判決は、事業者に対し瑕疵リスクを商品価格へ転嫁する誘因を与える一方、市場における商品の取引量を高める可能性がある。リスク回避的な性向をもつ消費者は、一定の対価を支払っても価格転嫁を受け入れる可能性があるため、取引量をもっとも高める水準まで価格転嫁をするのは望ましいといえる。

(3) 以上が本稿での考察から明らかになったことである。本稿の検討は未だ直感的説明の域を出るものでなく、不十分な点が多く残されているが、追完制度の経済分析に関するさらなる研究を今後の課題としたい。

(付記)

脱稿後、山本顯治「市場法としての契約法と瑕疵担保責任」神戸法学雑誌63巻1号(2013年)1-69頁に接した。