

# 瑕疵ある物を給付した

## 売主の追完義務の射程（二三）

——ドイツ法および消費動産売買指令を手掛かりとして——

原 田 剛

### 序 章 問題設定

#### 第一章 ドイツ民法第四三九条の立法者意思（以上六三卷四号）

#### 第二章 消費動産売買指令第三条についてのE u G H判決（六四卷一号）

#### 第三章 取外しおよび取付け義務に関するドイツ法における議論

##### 第一節 問題の所在

##### 第二節 B G Hの三判例（以上本号）

##### 第三節 主要な学説

#### 第四章 履行（追完）場所に関するドイツ法における議論

#### 第五章 小括

#### 終 章 結びに代えて

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（二三）

### 第三章 取外しおよび取付け義務に関するドイツ法における議論

#### 第一節 問題の所在

##### 一 端緒

ドイツ法を参考として本稿の問題を考察するための端緒としての好個の素材と思われるのは、債務法現代化法発効後二年半が経過してなされたカールスルーエ上級地方裁判所(OLG Karlsruhe)二〇〇四年九月二日判決と、これに対するローレンツ(S. Lorenz)教授の判例批評である。そこで、以下では、まず、この両者の概要を紹介することを通して、瑕疵ある消費用動産を給付した売主が追完として行った代物給付の場合における取外し・取付け義務の問題の端緒を示し、その問題の所在を、実態に即して明らかにしておくことから始めたいと思う。

#### 二 OLG Karlsruhe 二〇〇四年九月二日判決<sup>①</sup>

##### 1 事案の概要

原告(買主)は、建設マーケット経営者である被告(売主)から床タイルを買い、これを自身で張った。タイルは、焼きが充分でなかったことから、床タイルとして必要な強度を満たさないなど瑕疵があることが判明した。そこで、原告は被告に対し、第一審では損害賠償を請求し、第二審(OLG Karlsruhe)では追完を請求し、張ったタイルの除去と瑕疵なきタイルによる張替えを請求した。被告の反論は、仲介業者であるから製作の瑕疵につ

いて有責ではない、また、追完は過分の費用を生ぜしめるため、その限りで原告には請求権はない、というものであった。

## 2 判旨

(1) 判決は、床タイルは、危険移転の時点で、合意された性質を有しなかったため民法第四三四条第一項にいう瑕疵が存在することを確認し、原告には、民法第四三七条第一号、同第四三九条第一項にもとづく追完請求権が存在するとする。そのうえで、まず、取外し・取付け費用につき、以下のように述べて、売主の義務を肯定する。

民法第四三九条第一項によれば、原告は瑕疵除去の方法で追完を請求できる。住居に張るために床タイルが売却された場合には、床タイルの瑕疵除去によって発生する、おそらく売買価格を何倍をも上回る、取外しおよび取付け費用は、売主の追完費用に含まれる。追完に必要な費用は、民法第四三九条第二項にもとづく売主が負担しなければならぬ。そのなかには、買主が契約目的に従って使用したことに関連して生じた、売買目的物の変更により生じた費用も含まれる。床タイルの売買においてタイルを張ることは、ここにいう変更に含まれる。買主は、追完により、物が瑕疵なき状態とされなければならない。したがって、売主には、目的物が瑕疵なき物であったならば有するであろう状態が課せられている。それゆえ、床タイルの取外し費用および取付け費用もまた民法第四三九条第二項の費用に含まれる (BGHZ 87, 104—屋根瓦事件判決)。

(2) つぎに、被告から提出された、民法第四三九条第三項にもとづく過分性の抗弁につき、以下のように述べて、これを否定する。

追完費用の過分性は、契約上課せられた物の、買主にとっての価値との比較によってのみ生じ得る。「瑕疵なき状態における物の価値」と「瑕疵の意義」（民法第四三九条第三項第二文）との関係は次のことを明らかにする。すなわち、費用の過分性は、より正確には、追完費用と、売買代金との関係にもとづいてではなく、追完によって達成されるべき価値増加との関係にもとづいて決定される。この基準のもとでは、追完請求は、民法第四三九条第三項にもとづく被告の抗弁によっては排除されない。

(3) 最後に、被告の有責性に関し、以下のように述べて、被告の抗弁を否定する。

被告は民法第四三七条にもとづく有責による責任にもさらされる。被告は確かに仲介業者（卸売業者）として検査義務はない。しかし民法第二八〇条第一項第二文による有責性推定を覆すためには、単に仲介業者であるとの指摘では充分ではない。

### 三 ローレンツ教授の判例批評<sup>(2)</sup>

1 第一に、ローレンツ教授は、二つの観点、すなわち、追完の二つの方法および売買と請負との誤った区別の観点から、本判決を以下のように分析し、評価する。この点に関する批評の要点は、以下の通りである。

(1) まず、本件の場合の追完方法は代物給付であることを、次のように述べる。<sup>(3)</sup>

判決の最初の基本的誤りは、被告に課せられている給付とそこから導かれる追完請求権の内容を不正確に判断している点にある。被告に課せられている給付結果は瑕疵なきタイルの給付だったのであり、原告のところでタイルを張ること（その場合は取付け義務（Montageverpflichtung）を伴う売買であり、民法第四三四条第二項第一文にもとづく瑕疵担保に関連してもっぱら売買法に従って判断されることになる。）でもなく、タイル床の製作

(契約の重点が商品の売却ではなく債務者の役務給付である場合には、請負契約が発点とされることとなろう。)でもなかった。したがって、タイルの焼きが充分でなかったことによる瑕疵の場合は、瑕疵除去による追完ではなく代物給付による追完のみが問題となる。

(2) つぎに、しかし、代物給付には除去・張替えは含まれない点につき、追完の履行場所との関連に言及しつつ、次のように述べる。<sup>(4)</sup>

代物給付の場合には確かに買主への輸送が含まれる。なぜなら、この義務の履行場所は、瑕疵除去の場合も代物給付の場合も本来の履行場所ではなく、瑕疵ある物が現存している場所であるからである(草案の基礎づけ(BT-Drucks. 14/6040, S. 231)およびそれに接続した支配的見解(例として挙げられた文献は省略する(筆者注))<sup>(5)</sup>)。しかし、代物給付には瑕疵あるタイルの除去も瑕疵なきタイルの張替えも含まれない。このことは、立法者が、有責な「契約費用」賠償請求権から明確に方向転換したことを考慮すれば、追完義務の履行場所によっても、未関連性(Zukunftsbezogenheit)によっても基礎づけることはできない。

(3) さらに、本件が瑕疵除去ではなく代物給付による追完の場合であることを、次のように述べる。<sup>(7)</sup>

判決は、本件の場合を、物の瑕疵が、取付けと取外しを含む修補により除去され得る場合と混同している。修補の状況においてのみ、取外しが民法第四三九条第一項の追完義務の内容となり、これについて発生した費用が、売主により(民法第四三九条第三項の過分性の留保の下で)負担されるべき、民法第四三九条第二項の意味における追完費用である。しかし、本件は正にそれが問題ではなかった。タイルのみが契約の対象であり、タイルを張ることはそうではなかった。この場合のタイルの瑕疵は、瑕疵除去ではなく代物給付によってのみ除去され得

る。

(4) そして、タイルを張ることが義務となる場合は、請負契約が問題となることを、次のように指摘する。<sup>(8)</sup>

売主がタイルの張りについても義務を負っていた場合にのみ事案は異なって判断され得る。その場合には、請負契約が問題となる。この場合、課せられた給付には、瑕疵なきタイルの給付のみならず瑕疵なきタイル床を製作することも含まれ、その結果、容易に、民法第六三四条第一号、同第六三五条第一項にもとづき、被告の全費用負担義務付きの、対応した追完請求権が生じる（民法第六三五条第二項）。

2 第二に、取外し・取付け費用の問題を、“契約費用”の観点から分析し、新債務法は、有責任性を必要としない“契約費用”賠償請求権の構想を断念した点を指摘して、この問題を否定的に評価する。この点に関する批評の要点は、以下の通りである。

引用された著名な屋根瓦事件判決 (BGHZ 87, 104 ff.)<sup>(9)</sup>で BGH が取り組んだこの問題は、債務法改正前の旧売買法と改正後の新売買法とでは重要でかつ意識的な相違がある。事実、これまで、買主が売買目的物を規定通りに使用したことにより要した費用、および、物の瑕疵により期待通りでなかったことにより判明した費用は、民法旧第四六七条第二文の「契約費用」に含まれていた (Lorenz/Riehlm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 524, 542.)<sup>(10)</sup>。したがって、それらは売主の有責任なしに賠償されなければならなかった。もともと、債務法現代化法の立法者は、このことを意識的に断念し、この種の「契約費用」、とりわけ取付け費用の賠償を、有責任性を必要とする民法第四三七条第三号にもとづく損害賠償または同第二八四条にもとづく費用賠償において指示した。その場合、——屋根瓦事件判決に明示に関連して——これまで有責任性を必要としなかった、かかる費用賠償

義務は、「解除法においては異物 (Fremdkörper)」と呼ばれた。なぜなら、それは買主に、「契約締結に関連して有していた不利益についての賠償請求権」を与えるものであり、このような買主の利益は、損害賠償請求権により満足されるべきものだからである。それゆえ、この特別規律を廃止し、「契約費用」の請求権を、民法第二八四条により補充される、義務違反の場合の損害賠償請求権に関する一般規律において予定することが正当化されるとされたのである (BT-Drucks. 14/6040, S. 225)<sup>(11)</sup>。

3 第三に、以上を前提とし、まず、取付け費用は、有責性を要件とした損害賠償、しかもその場合、給付と「並んだ」損害賠償としての取付け費用として位置づけられることを指摘する。この点に関する批評の要点は、以下の通りである。

タイルの張替え費用は、損害賠償請求権でのみ賠償義務の対象となり得る。売主が瑕疵なきタイルを給付した場合にはこの費用は発生しないから、この費用は、明らかに民法第二四九条第一項（原文では第一文となっている―筆者注。）にもとづく賠償可能な財産損害を意味する。もともと、タイルの張替え費用は、「給付に代わる」損害賠償ではなく、給付と「並んだ」損害賠償として賠償されるべきである。なぜなら、この損害賠償請求権は、既に終局的に発生しており、しかも課せられた（瑕疵なきタイルの）給付が可能であっても否定されないからである。ここで問題となっている瑕疵結果損害に対する責任の基礎は民法第二八〇条第一項であり、標準的な義務違反は同第四三三条第一項第二文にもとづく瑕疵なき物の給付義務違反である<sup>(12)</sup>。

もともと、この請求権が発生するためには有責性を必要とする。しかし、売主は、製作ではなく瑕疵なき物の給付のみを負担し、製造者は売主の義務圏において活動しないがゆえに売主の履行補助者ではないから、製造過

程中の帰責性は考慮されない。全ての種類物売買に内在する調達危険の引受けからは、この「瑕疵結果損害」に関する民法第二七六条第一項の意味における、有責性を問題としない保証 (Garantie) 責任は生じない。というのは、「給付約束を事態に即して理解する場合には」 (Canaris, in: *Karlsruher Forum* 2002, 2003, S. 5, 45.)<sup>(13)</sup> 売主には、直ちに、瑕疵なき物の給付義務違反の結果についても、民法第四三三条第一項第二文にもとづいて有責性に関係なく保証する意思があるとは想定されないからである。種類物の給付を約束する者は、確かに最終的に「中等の種類と品質」の物を調達する危険を引き受ける。しかし、通常は、給付される物が瑕疵なきことについて、有責性なしに保証することはない。その限りで、特別の保証引受けが必要である。したがって、売主の有責性 (Vertretmüssen) は、過責 (Verschulden) の形式でのみ、すなわち故意または過失でのみ考慮される。しかし、売主には検査義務は課せられないことから、生じた推定 (第二八〇条第一項第二文) は、瑕疵が売買目的物の使用後に初めて判明するような場合には、容易に覆される。<sup>(14)</sup>

4 最後に、除去 (Entfernung) 費用を問題とし、この問題を、従来、解除の場合の原状回復の局面において議論されてきた論理 (「屋根瓦事件判決」の法理)、すなわち売主の収去権 (Rücknahmerecht) の裏返しとしての収去義務 (Rücknahmepflicht) の論理を援用し、この論理は、追完の局面において、より妥当するとして、この問題を肯定的に評価する。この点に関する批評の要は、以下の通りである。<sup>(15)</sup>

瑕疵あるタイルの除去に関しては、「屋根瓦事件判決」の「残りの部分」が重要である。瑕疵ある瓦で葺かれた屋根からこの瓦を剥ぐこと (Abdecken) の義務の問題——本件では瑕疵あるタイルを除去する義務が対応する——は、有責性を必要とする損害賠償請求権も、「契約費用」の賠償義務も根拠とはされず、売主の返還請求権



(Rückforderungsrecht) に対応した、なされた解除にもとづく買主の収去請求権 (Rücknahmeanspruch) が根拠とされる。すなわち、売主は、これにより、民法旧第四六七条第一文、旧第三四六条、旧第三四八条にもとづき、同時履行すべき代金の返還と、瑕疵ある瓦のかかる返還請求権 (Anspruch auf Rückgabe) を有する (この請求権は、新法では、第四三七条第二号、第三二三条、第三四六条第一項、第三四八条から生じる)。その場合、買主のこの義務についての履行場所 (より正確には、「給付場所 (Leistungsstelle)」は、BGHの見解によれば、その物が契約に従って存在する場所、すなわち家の屋根である。さらに、BGHは、このことが買主の特別の利益に相応する場合には、売主の収去請求権から、有責任を必要としない、瑕疵ある物の収去義務を論理必然的に導き (BGHZ 87, 104, 109.)<sup>(16)</sup>、それによって、売主の、瑕疵ある物の取外し義務に到達する。屋根瓦事件判決のこの観点は、新法の下でも維持できる。解除権 (Wandlung) が有責任を必要としない解除権 (Rücktritt) に代わっても同様である。一般にこのことが正しいとみなされるならば、このことは当然の帰結であるのみならず、代物給付による追完請求権の問題にも転用できる。すなわち、売主が瑕疵なき物の給付義務を負う場合、民法第四三九条第四項にもとづき、解除の場合と同様に、解除規律に従い、追完と同時に履行で、瑕疵ある物の取戻し (Rück-erstattung) 請求権に至る。解除権の場合と同様に、ここでも、この請求権の履行場所およびそれに対応する収去義務の履行場所の問いが立てられる。この問題には解除の場合と異って答える理由は存在しない。まず、買主は目的物を解除においてまたは代物給付において再び「やっかい払いにする (loswerden)」のかという点において価値的に異ならない。しかし、追完の場合の収去義務には、更なる論拠が提供される。すなわち、追完の目的は、解除の場合と異なり、現実 に 契約に合致した状態をもたらすことである。民法典が (第二七五条第二項、第

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (三)

三項、第四三九条第三項で拒絶権を留保して）このために必要な費用を、有責性を必要としないで売主に負担させ、買主は瑕疵ある物およびその除去について負担しないことは、有責性を必要としない売主の収去義務およびそれによって「屋根瓦」判決をこの問題に転用することに決定的に有利な根拠を提供する。タイルの張りとはタイルの用途どおりの使用に合致しているゆえに、本件の場合、民法第四三九条第一項にもとづき、有責性を必要としない、瑕疵あるタイルの除去請求権が存在するが（このために必要な費用賠償請求権は、履行に代わる損害賠償として民法第二八〇条第一項、第三項、同第二八一条にもとづき期間の徒過を要件としよう）、最初の瑕疵あるタイルの張りまたは瑕疵なきタイルの張替え費用の賠償請求権は存在しない。後者は、民法第二八〇条第一項にもとづき損害賠償請求権として有責である場合にのみ賠償可能である。

#### 四 問題の体系的、論点的整理

1 以上、下級審判決とこれに対するローレンツ教授の判例批評の概要を紹介した。ここには、瑕疵ある種類物動産売買における追完の一方法としての代物給付の場合における、瑕疵ある動産の取外し義務および代物の取付け義務（以下、単に、取外し義務、取付け義務という。）の許否（肯否）の問題について、以下のような体系的、論理的観点から考察されるべき論点が伏在していることが看取される。これらは、今後のドイツの判例学説の検討のための基本的視点を提供するものである。そこで、以下、簡単にその要点を記しておこう。

2 本来的履行請求権と追完請求権との関係 第一に、本来的履行請求権（瑕疵なき物（種類物）の給付）と追完請求権（代物給付）との関係を如何に理解するのかという問題である。この問題は、追完請求権は本来的履行請求権の範囲を超え得るのか、という問題として具体化する。これは、民法典の体系上、債権総論（総則）

の分野に位置づけられるものである。

3 追完と損害賠償との関係 第二に、追完の範囲の問題として捉える場合、それは不完全履行における損害賠償の問題との関係を如何に理解するのかわきという問題と関連する。取外し義務、取付け義務の費用の問題を、損害賠償の問題として捉える場合、これは給付に代わる損害賠償なのか、給付と並んだ損害賠償なのか、また、いわゆる瑕疵結果損害なのか。この問題を追完の範囲の問題と捉えるか、損害賠償の問題と捉えるのかによって最も大きな差異を生ずるのは、その要件面である。前者の場合には有責性を必要としないのに対し、後者の場合は有責性を必要とするからである。この問題は、民法典の体系上、債権総論の分野に位置づけられるものである。

4 売買と請負との契約類型の意義 第三に、とりわけ取付け義務の許否の問題においては、売買契約と請負契約という、契約としての類型的差異をどこまで、またどの程度重視するのか、という問題と密接に関連することになる。取付け義務を認めるならば、追完レベルにおいてではあるが、単に代物を給付するに留まらず、代物を使用して新たな物（タイル床）を製作するという仕事の完成に至る。これは、民法典の体系上、債権各論（各則）の分野の契約法における契約類型の意義に位置づけられるものである。

5 「契約費用」、「追完費用」との関係 第四に、取外し義務、取付け義務の問題を、それらに要する費用に着目する場合、これは、「契約費用」と関連する。日本民法においては、（売買）契約費用は平等割合負担とし（第五五八条）、弁済費用は債務者負担である（第四八五条）。ドイツ民法では、債務法現代化法の過程で、有責性を必要としない「契約費用」に関する規定（旧第四六七条第二文）は削除され、これは、無駄になった費用として、第二八四条で有責性を要件とするに至っている。また、追完に関しては、「運送費、交通費、労働費および

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（三）

び材料費」を挙げてこれらを「追完費用」とし、売主負担としている（第四三九条第二項）。とりわけ、ここでは、債務法現代化法において新たに規定された「追完費用」規定（第四三九条第二項）の法的性質、内容を如何に理解するのが問題とされることになる。具体的には、債権総論に位置する損害賠償と、債権各論の契約類型に個別的に規定される追完に関連するものであり、ここでは、有責性の要否、「追完費用」の範囲が問題となる。

6 「履行場所」との関係 最後に、第五として、取外し義務、取付け義務のうち、取外し義務の問題が、追完の履行場所（弁済場所）との関係で問題となる。この問題は、ドイツにおいては、契約の解除の場合の原状回復において問題となり、売主の買主に対する返還請求権の「行使場所」、すなわち買主の履行場所の問題として議論されてきたものがある。ここでは、売主の返還請求権の裏返しとして売主の収去義務を導き、これが、追完の前提として、瑕疵ある物の返還の場合に転用され得るのか、ということの問題とするものである。「履行場所」、「弁済の場所」の問題は、債権総論の分野に位置づけられる問題である。

## 五 展開——追完の限界（過分の費用）論

さて、以上の整理に加え、今一つの論点を指摘しておかねばならない。それは、仮に取外し義務、取付け義務が追完（代物給付）請求権の内容に含まれるとした場合に更に問題となるものである。すなわち、売主は、この場合、過分の費用を理由として追完を拒絶することができる（第四三九条第三項）ということである。このことは、とりわけ、前述した複数の視点のうち、取外し義務、取付け義務の問題を、追完と損害賠償との棲み分けを前提としたうえで、これらの義務を追完の領域で問題とすることになると、買主は売主の有責性を問題とすることなく請求し得ることになる。しかし、このことは、他方において、売主に多大な負担を強いることになり得る。

そこで、この場合の売主の反論（抗弁）として存在するのが、過分の費用を理由とした追完拒絶権である、というわけである。

この問題は、確かに、既に紹介したカールスルーエ上級地方裁判所の判決においても組上に乗せられているが、この時点でのローレンツ教授の関心事は、主として代物給付としての追完内容と損害賠償との区別にあったと考えられることから、追完の可能性を前提とした場合に問題となる、過分性を根拠とした、売主の追完拒絶権の問題には言及がない。このような論調は、このあと紹介する、EuGHの判決以前のBGHの判決（寄せ木張り用フローリング材判決（二〇〇八年七月十五日））においても同様で、そこでも判決の当然の帰結として問題とされなかったものである。

しかし、その僅か半年後に、BGH自身においても意識されるに至り、既に第二章第二節で紹介したように（床タイル事件）、BGH自身が、原審（フランクフルト上級地方裁判所）が代物給付において取外し義務（費用）を肯定したことに関連して問題視し、その結果、EuGHに付託した（二〇〇九年一月十五日）ことにより、最上級審裁判所により、改めて顕在化したものである。すなわち、代物給付に加えて取外し費用を認めた場合、売主にとっては過分の費用を理由とした追完拒絶は、非常に重要な対抗手段となり、この点で標準が当てられることになる。その場合の論点は、過分性の判断基準（相対的過分性と絶対的過分性）である。

この、売主の追完拒絶権（民法第四三九条第三項）は、請負人の追完拒絶権（同第六三五条第三項）と共に契約法上認められているものであるが、これらの追完拒絶権は、規定自体にあるように、債権総論の分野における債務者の給付義務の排除（限界）に関連する民法第二七五条第二項、第三項と密接に関連している。その最も重

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（三）

要な特徴は、給付拒絶権（抗弁構成）の要件が緩和されているという点である。その意味で、追完拒絶権は、代物給付の場合において取外し義務を認めるとき、極めて重要な論点となる。しかも、この追完拒絶権は、債権総論の分野（民法第二七五条第二項、第三項）とも密接に関連している問題である。

六 既に示唆した如く、以下におけるドイツの判例および学説の整理については、概ね以上の諸点に（常に全てをというわけにはいかないが）着目しつつ、行われることとなる。

## 第二節 B G Hの三判例

### 一 はじめに

さて、ドイツにおける議論において先ず判例を採り上げる背景について一言しておこう。追完としての代物給付の場合における売主の取外し義務、取付け義務に関し、債務法現代化法発効後僅か一〇年の間に、B G Hはこの問題に実質的には四度取り組むこととなる。具体的には、E u G Hの判決前に下された判決、第二章において紹介したE u G Hの判決を求めて手続を中断したB G Hの判断、E u G Hの判決後、これを承けて改めてなされた事後の判決、および、以上の判決を前提として新たに独立になされた判決が、それらである。それゆえ、これらのうち、E u G Hに付託する以前になされたB G Hの判決、E u G Hに付託したB G Hがその後E u G Hの判決を承けてなされた判決、および新たに独立になされた判決の内容を検討することにより、B G Hにおける現状の到達点を知ることができるであろう。しかも、ここでは、B G Hが、E u G Hによる消費用動産売買指令の解

積および債務法現代化法制定に際しての立法者意思に拘束されて、国内法をどのように解釈したのかということも、注目されるところである。

周知のように、ドイツの判例においては、判決文において学説が援用され、その議論に依拠しつつ判決がなされるのが通常あり、学説が判例に与える影響が、名実ともに重大であるのみならず、直接的かつ有形的である。本件においても夥しい学説が参照されており、例外ではない。その意味で、これらの判決には、学説の影響が色濃く反映していることは、否定できない。この点を承知の上で、以下での判例紹介においては、ひとまず学説を捨象し、判決の論理を整理することを予めお断りしておく。

## 二 寄せ木張り用フローリング材 (Parkettstäbe) 事件判決<sup>(17)</sup>

### 1 事案の概要

原告（買主）は、住宅と庭用の材木を販売する被告（売主）から、被告が製造していない、ブナ張りの二層のフローリング材と、台座用の角材とを一五一四、二二ユーロで買った。原告は、床張り職人に、フローリング材を居間と台所に張らせた。その後、張った平面の約半分に、フローリング材のブナ張りの層が下層の軟層部分から剥がれてしまったことが判明した。これは、製作者の仕事での、二層の不十分な接着という、製造の欠陥に起因するものであった。そこで、原告は被告に、「フローリング材を交換する」よう要求した。しかし、被告はこれを行わなかった。そこで、原告は、最終的に、三〇九七、二七ユーロのうち、未払いの代金一五一四、二二ユーロを控除した一五八三、〇五ユーロに利息を付けて訴求した。その際、新規に調達されるべきフローリング材の張替え費用が問題となった。裁判所は、訴えを棄却した。一二五九、七〇ユーロに利息をつけた更なる請求を伴っ

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（三）



た原告の控訴も棄却された。そこで、原告は上告した。

## 2 判旨 上告棄却。

(1) 判旨はまず、以下のように、本来の履行請求権と追完請求権との関係について、両者の内容が同一であることを前提として、追完の内容も本来の履行請求権と同一であること、および、売主の最後のチャンスとして追完を位置づける。

民法第四三九条第一項にもとづく追完請求権の場合には、民法第四三三条第一項にもとづく本来の履行請求権の修正が問題となる (BT-Drucks. 14/6040, S. 221)。民法第四三九条第一項において追完の二つの選択肢の一つとして予定されている、瑕疵なき物の給付は、既に民法上の定式化から生じるように、売主が負担している給付に関し、追完請求権と本来の履行請求権は一致している。それは、単に、最初に給付された、瑕疵ある目的物に代えて、今や、瑕疵なき―その他の点では同種、同価値の―物を給付するにすぎない。したがって、代物給付は、売主が民法第四三三条第一項、第二項にもとづいて義務を負っている給付の完全な繰り返しを要求している。売主は、再度、瑕疵なき物について、占有の引渡しと所有権の譲渡を負担し、それ以下でもそれ以上でもない。というのも、民法上の構想によれば、民法第四三三条第一項にもとづく売主の義務の事後的履行は、単に追完によって貫徹されるからである。買主は、追完により契約上請求できることを保持すべきである (BT-Drucks. 14/6040, S. 221; BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348)<sup>(8)</sup>。

追完制度により、売主には、契約の解消に結び付けられている経済的不利益を回避するために、瑕疵除去または瑕疵なき物の給付による、民法第四三三条第一項第二文にもとづく義務を―たとえ二度目において初めてであ



るとしても—なお履行する—最後の“チャンスが認められている” (BT-Drucks. 14/6040, S. 221; BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348).<sup>(19)</sup>

(2) そのうえで、つぎに、追完（代物給付）により履行されたことによって生じた、財産損害または費用（取外し費用、取付け費用）の填補方法について、以下のように述べる。

売主が買主に瑕疵なき物を与えるという、民法第四三三条第一項第二文の義務を、最初の履行の試みではなく後の時点で初めて履行することにより買主に生じた財産損害または費用は、追完の方法ではなく民法第二八〇条以下にもとづく損害賠償請求権または費用賠償請求権においてのみ除去されるか埋め合わされるべきである。<sup>(20)</sup>

(3) また、前記費用と民法第四三九条第二項の追完費用との関係については、以下の通りである。

①原告により主張された損害賠償請求権は、売主が負担すべき追完費用に関する民法第四三九条第二項の規律からは導かれ得ない。そこからは、代物給付されたフローリング材を張る費用がこの規定の費用に含まれることは生じない。民法第四三九条第二項は、同第四三九条第一項にもとづく追完を貫徹するために必要な費用、とりわけ、運送費、交通費、労働費および材料費の規律のみを対象としており、民法第四三九条第一項に規定している範囲を超えて追完の給付範囲を拡大するものではない。<sup>(21)</sup>

②以上から更に、民法第四三九条第一項の「追完」の範囲を、本件との関係で以下のように判断する。

瑕疵なきフローリング材の代物給付の場合には、フローリング材の張替えは民法第四三九条第一項の追完には含まれない。というのも、同第四三九条第一項、同第四三三条第一項にもとづいて課せられる代物給付の範囲は、瑕疵なき物についての占有と所有権を取得させることに限定されるからである。民法第四三九条第一項にもとづ

く、被告の義務は、瑕疵なきフローリング材の張替えには拡張されないことから、被告は民法第四三九条第二項にもとづき、張りのために発生した労働費を負担する必要はない。<sup>(22)</sup>

③そして、以上のようにして、民法第四三九条第二項にもとづく費用負担義務を、同第四三九条第一項にもとづく追完の給付対象に制限することは、立法資料から<sup>(23)</sup>も明らかである、として以下のように敷衍する。

民法第四三九条第二項の規律は、同旧第四七六 a 条第一文の規定を受け継ぎ、消費用動産売買指令第三条第四項に対応している。同様に、民法旧第四七六 a 条第一文および消費用動産売買指令第三条第四項から判明することは、売主の費用負担義務は、—同第四三九条第一項、同第二項と同じく—売主が「修補」として（同旧第四七六 a 条第一文）もしくは「消費用動産を契約に合致した状態とすること」として負担していることのみに関係しており、修補合意（同旧第四七六 a 条第一文）または消費用動産売買指令第三条第二項、第三項に規定されている、売主の給付義務を超えるものではない。<sup>(24)</sup>

（4）それでは、以上の内容と、消費用動産売買指令との関係はどうか。

指令第三条第二項によれば、消費者は、消費用動産の契約違反の場合、無償で消費用動産を契約に合致した状態とすることに向けられた請求権を有する。したがって、指令第三条第三項は、無償の修補請求権または無償の代物給付を予定している。この規律の目的は、修補または代物給付により、消費者を、売主が最初の契約に合致した給付の状態に置くことである。しかし、そこから導かれることは、単に、売主は、指令第三条第四項にもとづき、代物給付により契約に合致した状態にするために必要な全費用を負担しなければならない、すなわち契約に合致した状態にするために必要である以上の給付をする必要はないということのみであり、例えば、瑕疵ある

フローリング材についての売主の義務は、瑕疵なきフローリング材の代物給付を超え、売主が売買契約にもとづいては負担していない義務である、契約に合致した状態とすることには含まれない、フローリング材の張替えにまでは拡大されない、ということである。<sup>(25)</sup>

(5) それでは、「契約費用」との関係はどうか。判旨は、この点につき、上告は民法旧第四六七条第二文について下された一九八三年三月九日判決 (BGHZ 87, 104 = NJW 1983, 1479) を援用するが、無駄である、として以下のように述べる。

この判決において、裁判所は、瑕疵ある屋根瓦を葺く費用を、売主が買主に売買契約の解除の場合にこの規定に従い有責任を必要とせず支払わなければならない、民法旧第四六七条第二文の意味での契約費用とみなした。<sup>(26)</sup>しかしながら、同条項は、債務法現代化法の動きの中で削除され、しかも民法第四三九条第二項の費用規律にも表現されていない。というのも、民法第四三九条第二項は、詳述したように、同旧第四六七条第二文に由来するものではなく、同旧第四七六 a 条第一文および消費費用動産売買指令第三条第四項に由来するものだからである。<sup>(27)</sup>それゆえ、民事部による、民法旧第四六七条第二文の意味における契約費用概念の拡大解釈を、売主の義務の範囲の解釈について、同第四三九条第一項、第二項にもとづく追完に持ち込むことはできない。むしろ、民法旧第四六七条第二文の意味における契約費用は、債務法現代化法により、もはや有責任を必要としないで支払われるのではなく、今や、買主が同第二八四条にもとづき、そこに挙げられている要件のもとで補償され得る費用として扱われることになっているのである。<sup>(28)(29)</sup>

(6) 最後に、追完の履行場所 (屋根瓦事件判決) との関係について以下のように言及し、ここからは原告の利

益は読み取れない、とする。

確かに、BGHは、請負契約について、旧法と同様に新法に従い、物が瑕疵担保の時点で規定通りに存在している場所を瑕疵担保の履行場所（民法第二六九条）とみなすべであると判断した（BGH, NJW-RR 2008, 724 Rdn. 13 売買法上の追完請求権について、OLG München, NJW 2006, 449 に関連して）。このことが、動産売買の場合の追完についても無制限に妥当するのかということは、ここで判断する必要はない。というのも、この、履行場所の規定からは、売主がこの場所で民法第四三九条第一項にもとづく代物給付の場合に、同第四三三条第一項にもとづく瑕疵なき物についての占有と所有権を取得させる以上に、例えば、新規のフローリング材を張り替える義務を負うことは導かれないからである。<sup>(30)</sup>

### 3 判旨の整理・要約

(1) 本判決の判決要旨として挙げられているのは、以下の二点である。第一、瑕疵あるフローリング材の売主は、代物給付による追完方法においては（民法第四三九条第一項）、瑕疵なきフローリング材の給付、すなわち瑕疵なき売買目的物の占有と所有権を取得させることのみを負担する。売主は、買主が瑕疵あるフローリング材を既に張っていた場合であっても、代物給付されたフローリング材の張替え義務を負わない。第二、買主が瑕疵の除去前に自身の費用で剥がした、瑕疵あるフローリング材の売主の責任は、瑕疵なきフローリング材の張替え費用として、給付に代わる損害賠償（民法第四三七条第三号、第二八〇条第一項第三号、第二八一条以下）の観点の下でのみ問題となる。売主は、瑕疵ある給付による義務違反（民法第二八〇条第一項第一号、第四三三条第一項第二号）につき責めに帰すべきでない場合には責任を負わない（民法第二八〇条第一項第一号）。

(2) 以上から明らかなように、本判決は、本来的履行請求権（民法第四三三条第一項）と代物給付としての追完請求権（民法第四三九条第一項）とを同一視し、その内容を、売買目的物の引渡し（占有移転）と所有権移転であるとし、それゆえに、売主は追完義務として取付け義務を負うことはないとする。そのうえで、取付け（フローリング材の張替え）費用は、給付に代わる損害賠償の問題として処理されるべきものであるとする。この枠組を前提として以下の諸点を帰結する。取付け費用は、民法第四三九条第二項の「追完費用」には含まれず、また、消費費用動産売買指令第三条第二項にいう「無償で契約に合致した状態におく」ことのなかにも含まれない。また、契約費用との関係では、この規定は、今や、有責性を必要とする民法第二八四条に取って代わられたゆえ、問題とならない。最後に、追完の履行場所の問題からは、引渡しおよび所有権移転を超えて、取付け義務までは導けない、ということである。

### 三 BGH二〇一一年二月二日判決（床タイル判決）<sup>(31)</sup>

1 本判決の事案は、既に第二章第二節において簡単に紹介し、そこにおいて、EuGHの判決も紹介した。本判決は、このEuGHの判決を承けて、BGHが、改めて判断したものである。まず、判決の論点と要点を把握するために、判決要旨を掲げておこう。以下のように三点ある。

第一、民法第四三九条第一項後段は、消費費用動産売買指令（以下、単に指令という。）に一致して、そこに挙げられている「瑕疵なき物の給付」という追完方法は、瑕疵ある物の取外し（Ausbau）および搬出（Abtransport）をも包括する（EC司法裁判所二〇一一年六月一六日判決（以下、前掲判決という。）に接続して）。

第二、民法第四三九条第三項第三文で売主に認められている、唯一可能な救済方法を（絶対的に）過分な費

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（三）

用を理由として拒絶する権利は、指令第三条と一致しない（前掲判決）。これによって生ずる法の欠缺は、新しい規律が制定されるまで、民法第四三九条第三項の目的論的制限解釈（teleologische Reduktion）により、消費動産売買（民法第四七四条第一項一文）について推論されるべきである。同規定は、消費動産売買の場合には制限的に適用され、売主の拒絶権は、追完の一つの方法のみが可能であるかもしれない。売主が追完の他の方法を正当に拒絶した場合には存在しない。

第三、これらの場合において、代物給付の方法による追完を、過分の費用を理由として拒絶する売主の権利は、瑕疵ある物の取外しおよび代物として給付された物に関し、買主に対して相当な額の支払いを指示する権利に制限される。この額の算定においては、瑕疵なき状態における物の価値および瑕疵の意義が顧慮されるべきであるが、それと同時に、取外し費用および取付け費用の支払いに向けられた買主の権利が売主の費用分配への制限により空洞化されないことが顧慮されるべきである。

以上の判決要旨を参考として、本判決の要点を抽出しておこう。本判決は、第一に、代物給付における追完には、瑕疵ある物の取外しと搬出を含むこと、第二に、追完費用の過分性を理由とした売主の追完拒絶権には、絶対的過分性を理由とする場合を含まないこと、第三に、したがって、これを含むとする民法第四三九条第三項は指令第三条に違反しており、それゆえ、この点については、法の欠缺が生じ、法改正を必要とすること、第四に、しかし、法改正がなされるまでの法の欠缺は、目的論的制限解釈によってなされるべきこと、第五に、それによってなされるべき解釈による、売主の追完拒絶権の具体的内容は、買主に対する相当な額の支払いを指示することを内容とする、というものである。

2 以上の認識を前提とし、以下では、判決理由により、判決要旨を敷衍しておくことにしよう。

(1) 要旨の第一について、判決は、文言解釈と立法者意思から、次のように述べる。

この解釈は、民法第四三九条第一項第二文の文言からも裏づけられる。一般の言語使用によれば、「給付(交付)する liefern」は、確かに(注文された)物を「届ける(bringen)」もしくは「引渡す(übergeben)」と理解されている。国内の売買法においても、「給付(交付)」は、原則として、売主が、民法第四三三条第一項にもとづいて自身の引渡し義務 *Übergabepflicht* および譲渡義務 *Übereignungspflicht* を履行することであると理解される。しかしながら、このことは、民法第四三九条第一項第二文で使用されている、瑕疵なき物の給付という概念を広義にとることを排除しない。というのも、この概念は、充填可能であり、一定の評価の余地があるからである。立法者は、指令第三条第二項第一文の国内法化のために民法第四三九条第一項後段を設けた(BT-Drucks. 14/6040, S. 230 参照)。その際、立法者は、立法理由において、繰り返し、瑕疵なき物の給付概念を、ドイツ語の表現において指令に使用されている言語選択である「補償(代物)給付(Ersatzlieferung)」と同一に扱っただけでなく(BT-Drucks. 14/6040, S. 232)、契約違反の消費費用動産が補償(代物)として給付された物により交換されるべきであるという解釈を認めている。むしろ、立法者は、民法第四三九条第四項で保持されている、売主は瑕疵ある物の返還を請求し得るとする同第三四六条第一項後段への指示により、同第四三九条第一項の「瑕疵なき物の給付」概念に一定の(相互的)交換要素が内在することを表現したのである。<sup>(32)</sup>

もっとも、判旨は、代物給付の具体的方法について買主に選択権を与えたものではないことを、以下のように付加して述べる。

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程(三)

このような、民法第四三九条第一項の、指令に一致した解釈は、追完請求の領域において、売主に取外しおよび取付けを行わせるか、または、買主がこれらを自身で行い、売主はその費用を請求するかを選択権を買主に付与することにはならない。EUGHは、まさに買主にかかる選択権を付与せず、単に売主に対し、自身で、必要な取外しおよび取付けを行うか、これについて生じた費用を相当な額において負担するか義務を課したに過ぎない。<sup>(33)</sup>

(2) 次に、要旨の第二について、以下のように敷衍する。

①まず、絶対的過分を理由として拒絶できるとする国内法の規定（民法第四三九条第三項）は、指令第三条に違反することを、次のように述べる。

民法第四三九条第三項においては、指令に一致した解釈の要請は、狭義にいう単純な法解釈の方法では国内法化され得ない。というのも、法律の一義的な文言と矛盾するからである。<sup>(34)</sup>

民法第四三九条第三項第一文は、売主に、買主により選択された追完方法が過分の費用によってのみ可能である場合にはそれを拒絶できることを認めている。この規定は、追完の二つの方法が可能であり、かつ単に、一方の追完方法が他方の追完方法と比較して過分の費用を惹起する（相対的過分の）場合に制限している根拠とはならない。むしろ民法第四三九条第三項第三文後段および同第四四〇条第一文の規定から一義的に生ずることは、法律の構成に従えば、追完の二つの方法は過分を理由として拒絶され得、したがって過分概念は絶対的に理解され得る、ということである。民法第四三九条第三項第三文は、売主が過分の費用を理由として追完の一つを拒絶する場合の買主の請求権を、まず、追完のもう一つの方法に制限し、つぎに、第一文の要件のもとでこれを拒絶



する「売主の権利」を予定しており、手つかずのままである。「売主が民法第四三九条第三項にもとづき追完の二つの方法を拒絶する場合」、解除または損害賠償の請求の前に期間設定をする必要性から買主を解放する同第四四〇条第一文がこの規律を援用している。<sup>(35)</sup>

②そのうえで、法の欠缺を前提として、その場合の欠缺補充の可能性（目的論的制限解釈による法の継続形成の可能性）について、立法者意思の探究から、以下のように正当化する。

目的論的制限解釈による法の継続形成は、法律の計画違反的不完全性（planwidrige Unvollständigkeit）の意味における隠れた法の欠缺を要件とする。この要件はここでは充たされている。<sup>(36)</sup>

立法資料から生じることとは、立法者は、確かに、過分性の抗弁を、指令と一致して成文化しようとしたが、その際、指令第三条第三項には絶対的過分性を含むと理解したのである。すなわち、政府草案の基礎づけにおいて民法第四三九条第三項についての個々の基礎づけ（BT-Drucks. 14/6040, S. 232）には種々のものがある<sup>(37)</sup>（以下、具体例は省略する―筆者注）。

しかしながら、民法第四三九条第三項第三文が基礎としている、指令第三条第三項は絶対的過分性をも含むとする理解は、今やE u G Hが拘束的効果を伴って確定しているように、誤っている。指令第三条第三項が許しているのは、瑕疵ある消費費用動産の取外し費用および補償（代物）として給付された消費費用動産の取付け費用に向けられた消費者の請求権を相当な額に制限することのみであり、唯一可能な追完方法としての代物給付に向けられた消費者の請求権を、取付け費用および取外し費用の過分性を理由として完全に排除することは許していない。したがって、民法第四三九条第三項第三文における規律は、債務法現代化法によって追求された根本的関心事

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（三）

(Grundanliegen)、すなわち消費用動産売買指令を二〇〇一年二月三十一日までに規定通り国内法化するといういと矛盾している（これについては BT-Drucks. 14/6040, S. 1 <sup>(38)</sup>参照）。

したがって、判明することは、民法典は完全に計画違反となっている、ということである。隠れた法の欠缺が存在する。なぜなら、絶対的過分の場合の拒絶権を含んでいる民法第四三九条第三項は、指令の適用範囲の制限を含んでおらず、それゆえ指令と一致しないからである。この民法典の不完全性は、指令との一致の想定により抱かれている、立法者の国内法化の意図に存する矛盾を具体的に表明しているが故に、である。立法者が、民法第四三九条第四項の成文化と異なり——民法第四三九条第三項第三文が指令と一致することの問題と明示的に取り組まず、このことを黙示的に前提としていたことは、今となって生じた法の欠缺の計画違反を修正するものではない。標準となるのは、民法第四三九条第三項第三文の規律による、指令に一致した国内法化の、明示的に努力された目的が達成されなかったということであり、立法者が民法第四三九条第三項第三文を、当該規定が指令に一致しないことを知っていたなら同じやり方で公布したであろうということは排除され得る。<sup>(39)</sup>

(3) 以上を前提とし、法改正までの間の隠れた法の欠缺補充としてなされる目的論的制限解釈の具体的内容について、次のように述べる。

法改正まで存在する隠れた法の欠缺は、消費用動産売買（民法第四七四条第一項第一文）について、民法第四三九条第三項の目的論的制限解釈により補充されるべきである。この規定は、かかる場合、追完の一つの方法のみが可能であるか、または、売主がもう一方の追完方法を正当に拒絶したとき、追完権は存在しないというように制限的に解釈されるべきである。後者の場合においては、代物給付での追完を過分の費用を理由として拒絶す

る売主の権利は、瑕疵ある物の取外しおよび代物として給付された売買目的物に関して、買主に、相当額における費用請求を指示する権利に制限される。この額の算定においては、瑕疵なき状態における物の価値と瑕疵の意味が顧慮されるべきである。同時に、担保される (gewährleisten) べきは、売主が費用に関与するという制限により、取外し費用および取付け費用に向けられた買主の権利が空洞化され (てはなら) ない、ということである。<sup>(40)</sup>

#### 四 BGH二〇一二年一〇月一七日判決<sup>(41)</sup>

##### 1 事案の概要

球技場建設に従事する原告は、二〇〇六年と二〇〇七年に、被告から、Hの芝生部分とNの体育館の製作のための材料としてポーランド製の粒状物質EPDM (エチレンプロピレンジエンゴム) を買った。原告の注文者は自治体であった。原告による取付け後、被告により給付された粒状物質には瑕疵があることが判明した。被告は無償で材料の必要な交換のために粒状物質SBR (スチレンブタジエンゴム) を使用させた。しかし、被告は、瑕疵ある材料の取外しと代物である粒状物質の取付けを拒否した。そこで、原告の指示したこの作業は別の請負人により行われた。原告は被告に七二二六、〇五ユーロ (取外しおよび取付け費用二五四二四、六五ユーロ、瑕疵ある材料の処理費用四五四一、四〇ユーロ、EPDMとSBRとの差額四二一六〇ユーロ) とこれに対する利息および弁護士費用を訴求した。第一審は、四三七九、二七ユーロ (割引控除して処理費用とこれに対する利息および弁護士費用) を認め、その他の点は棄却した。原告の控訴は棄却された。原告は上告した。

##### 2 判旨 上告棄却。

(1) 判旨は、まず、被告が瑕疵なき粒状物質EPDMを給付する義務に違反したという点から、原告の、給付瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (三)

に代わる損害賠償請求権（民法第四三三条第一項後段に結びついた同第四三七条第三号、同第二八〇条、同第二八一条）を問題とし、民法第二八〇条第一項前段の要件について、被告が売った粒状物質EPDMに瑕疵があり（民法第四三四条）そこから生じる義務違反（民法第四三三条第一項後段）を肯定しつつも、その義務違反につき、責めに帰すべきでなかった（同第二八〇条第一項後段）ことを理由として、給付に代わる損害賠償請求権を否定する。<sup>(42)</sup>

（2） つぎに、原告の追完としての代物給付を問題とし、被告の追完義務は履行されているとしたうえで、取外し義務、取付け義務を負わないことに言及する。

民法第四三七条第一号、同第四三九条にもとづく原告の追完請求権の要件は充足されている。なぜなら、被告によって給付された粒状物質EPDMには瑕疵があったからである。買主は、民法第四三九条にもとづき、彼の選択に従い、瑕疵除去または代物給付を請求できる。原告は代物給付を請求した。この請求を被告は、無償で、原告が代物の材料として受け入れた粒状物質SBRを自由に使用させるという仕方で行った。したがって、被告は追完義務を履行したのである。<sup>(43)</sup> 被告は、それを超えて、粒状物質EPDMを取り外し、粒状物質SBRを取り付ける義務を負わない。というのも、これらの義務は、契約において民法第四七四条第一項の意味での消費動産売買が問題とならず事業者間取引（geschäftliche Verkehr zwischen Unternehmen）における売買契約もしくは消費者間の個人領域での売買契約が問題である場合には、瑕疵なき物の給付に向けられた追完請求権（民法第四三九条第一項後半）には含まれないからである。本件はこのような場合である。当事者は事業者である（民法第一四条）。<sup>(44)</sup>

(3) ①そこで、判旨は、民法第四三九条第一項後半の、指令に一致した解釈は、消費費用動産売買に限定されることを、以下のように詳述する。

民法第四三九条第一項は消費費用動産売買指令（以下、指令という―筆者注。）第三条の国内法化によるものである。二〇〇九年一月一日の民事部の付託にもとづいて、E u G Hは、二〇一一年六月一六日、以下のように判断した。

「指令第三条第二項および第三項は、以下のように解釈されるべきである。瑕疵の発生以前に消費者により消費費用動産の種類およびその使用目的に従って善意で取り付けられた、契約違反の消費費用動産の、契約に合致した状態が補償（代物）給付によりなされる場合、売主は自身でこの消費費用動産を、取り付けられた物から取り外すことおよび代物として給付された消費費用動産をこの物に取り付けるか、さもなければ、瑕疵ある消費費用動産の取外しに要する費用および補償（代物）として給付された消費費用動産を取り付けるために要する費用を負担する義務を負う。売主のこの義務は、売主が売買契約において最初に売られた消費費用動産を取り付ける義務を負担していたか否かにかかわらず存在する。<sup>(45)</sup>」

それゆえ、E u G Hに提示された消費費用動産売買事例についての最終判断において民事部は、民法第四三九条第一項後半を、指令に一致して、追完方法としての「瑕疵なき物の給付」には瑕疵ある物の取外しおよび搬出も含むと解釈した。補償（代物）として給付された物の取付けについては、E u G Hの判決にもとづき、同じことが妥当する。この限りでも、民法第四三九条第一項後半の、指令に一致した解釈は、消費費用動産売買についてなされたものである。民事部が、かつて、同じく消費費用動産売買に該当する、二〇〇八年七月一五日の判決にお

いて、追完義務の広範な拡張は、指令第三条第二項からは読み取れないとする見解を主張した限りにおいて、これを維持しない。<sup>(46)</sup>

②そして、民事部は、これまで、消費費用動産売買以外に民法第四三九条第一項後半の解釈について判決してこなかったことに言及し、<sup>(47)</sup>指令の基準値 (Vorgabe) と E u G H の判決は、消費費用動産売買のみに関係し、それ以外の売買契約には関係しないとしたうえで、B G H 二〇一一年二月二日判決を次のように評価する。

二〇一一年二月二日に民事部においてなされた、民法第四三九条第一項後半の、指令に一致した解釈は、指令自体よりも広範なものではなく、それゆえいずれにしても消費費用動産売買に制限される。民事部は、E u G H の判決の意味における、指令に一致した解釈は、なお民法第四三九条第一項後半の文言によってカバーされると判断した。民事部は、かかる解釈が消費費用動産売買を超えて要請されるかまたは事態に適合するか、ということについては言及しなかったのである。<sup>(48)</sup>

(4) 以上の前提の下で、指令の要請を超過した国内法化 (eine überschießende Umsetzung einer Richtlinie) がなされた場合を問題とし、そのときの立法者意思を問題とする。

もっとも、指令の要請を超過した国内法化が行われた場合には、指令に一致した解釈は、国内法に対して、指令の妥当領域を超えて意義を有する。確かに、指令から自由な法の、指令に一致した解釈義務は、かかる指令の要請を超過した国内法化の場合には、共同体法からは生じ得ない。しかし、国内法から、すなわち国内法の立法者の対応する意思からは生じ得る。<sup>(50)</sup> 指令の要請を超過した、指令の解釈はここでは存在する。というのも、立法者は、追完についての共同体法の基準値をドイツ法に国内法化する際に、消費費用動産売買 (民法第四七四条以下)

についての特別規律ではなく、全ての売買契約に妥当する、民法第四三四条以下の諸規定に挿入したからである。<sup>(51)</sup>しかし、民法第四三九条第一項後半の、指令に一致した解釈についての要件は、前述したことによれば、消費動産売買を超過しており、さらに、EuGHの判決の意味における代物給付の拡張はドイツの立法者意思に対応している。<sup>(52)</sup>

(5) にもかかわらず、判旨は、次のように述べて、この立法者意思を前提とすることはできないとする。

立法者は、追完についての共同体法の基準値を指令に一致して国内法化するに際し、EuGHの解釈とは異なった、指令の理解を前提としたからである。債務法改正の立法資料から読み取られ得ることは、EuGHが行ったような、代物給付義務の広範な拡張は、立法者には明確なものではなく、それゆえ立法者はいずれにしろその拡張を全ての売買法に対してなそうとは考えなかったということである。このことが、民法第四三九条第一項後半の、指令に一致した解釈が—民法第四三九条第四項の目的論的制限解釈と同様に (BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 155 Rdmr. 26ff.)—消費動産売買に限定され、その他の、指令に含まれない売買契約には拡張されないことを正当化するのである。<sup>(53)</sup>

(6) それでは、追完請求権についての立法者意思をどのようなものとして把握すべきか。判旨は、その内容につき、まず、追完請求権を本来的履行請求権と同一のものであることから出発して、以下のように述べる。

民法第四三九条第一項の追完請求権においては、債務法改正の立法者の構想にもとづき、同第四三三条第一項の本来的履行請求権の修正が問題である (BT-Drucks. 14/6040, S. 221)。民法第四三九条第一項において追完の二つの方法の一つとして予定されている、瑕疵なき物の給付の場合には、立法者の観念によれば、既に民法上の

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (三)

七五



定式化によって明らかなように、追完請求権と本来的履行請求権とは、売主に課せられた給付に關しては同一である。それは、単に、最初（本来的）に給付した瑕疵ある物に代えて、今や、瑕疵なき―その他の点では、同種、同等の―物を給付すべきことである。したがって、補償（代物）給付は、売主が民法第四三三条第一項および第二項にもとづき義務づけられている、完全な給付の繰返しを要求するものである。売主は、もう一度、瑕疵なき物の占有の移転と所有権の移転を負担しているのであり、それ以下でもそれ以上でもない。というのは、債務法改正の立法者の構想によれば、民法第四三三条第一項後段にもとづく売主の義務の事後的履行は、単に追完によって貫徹されるからである。買主は追完により、契約上要求すべきものを保持すべきである（BT-Drucks. 14/6040, S. 221; BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rdmr.18; BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 Rdmr. 49）。<sup>(64)</sup>

（7）追完請求権の以上の内容を前提とし、つぎに、追完の場合の買主の、履行利益を超えた財産的不利益の救済方法についての立法者意思について、以下のように言及する。

それゆえ、追完が、民法第四三三条第一項後半にもとづき売主に課せられた履行が第二の試み（Anlauf）において成就することに制限される場合、追完は、瑕疵ある物の買主を直ちにあらゆる財産的不利益から守るものではない。というのは、民法第四三三条以下の売買法上の瑕疵担保体系によれば、売主が最初ではなく二度目ではじめて履行に成功したことにより生じた、履行利益を超えた財産上の不利益は、ドイツの立法者の観念によれば、―民法第四三九条第二項の特別の費用規律が介入しない限り―損害賠償または費用賠償に関する一般規律によってのみ調整されるべきだからである（BT-Drucks. 14/6040, S. 224f.; BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rdmr. 22; …）。この限りで、瑕疵ある物の取外しおよび補償（代物）として給付された物の取付けは、ドイツ法によれ



ば、原則として売主に課せられた追完には含まれない。<sup>(55)</sup>

(8) 以上の立法者意思は、追完義務の範囲に関するEUGHの理解と一致していないことを指摘し、その場合の、いわば仮定的立法者意思に言及する。

この、民法第四三九条第一項後半にもとづく追完の内容と範囲に関するドイツの立法者の観念は、指令第三条第二項、第三項にもとづく追完義務の範囲に関するEUGHの理解とは一致しない。したがって、EUGHが消費動産売買に対し拘束的に行った、追完義務の広範な拡張を、指令に一致した解釈方法で、消費動産売買を超えて他の売買契約にも及ぼすことはドイツの立法者意思と対応している、ということは承認され得ない。<sup>(56)</sup>

確かに、立法者は、追完についての指令の基準値を国内法化することについて、民法第四三九条で全ての売買契約を統一的に規律しようと努めた。しかしながら、このことは、詳述したように、消費動産売買指令によって定められた、瑕疵ある物の補償(代物)給付の場合における追完義務の範囲に関する誤った理解にもとづくものであった。それゆえ、立法者は、彼が仮にEUGHによる後の指令解釈を知っていたならば民法第四三九条第一項後半の追完義務を全ての売買契約について統一的に規律したであろう、とすることに有利な証拠とはならない。むしろ出発点とされるべきは、立法者は、彼が当時既に、EUGHが、追完に、売主の義務をもう一度行うことを超えて請負契約に達する内容を割り当てていることを知っていたならば、追完義務についての指令の基準値の国内法化を消費動産売買に限定したであろう、ということである(BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rdmr. 25; NJW 2009, 1660)。したがって、民法第四三九条第一項後半の、指令に一致した解釈を、消費動産売買を超え、事業者間または消費者間の売買契約という重要な領域に及ぼすことは、否定されるべきである。<sup>(57)</sup>

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (三)

(9) 最後に、判旨は、自身の立法者意思の解釈の正当性を、民法第四七四条第二項の新規律により基礎づける。このかぎりでは、民事部がその縮減を全ての売買契約に拡大せず、立法資料にもとづいて消費費用動産売買に制限した、民法第四三九条第四項の規律に関する場合と同様のことが妥当するのである (BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427)。立法者は、民事部のこの判断を、民法第四三九条第四項を指令に一致して消費費用動産売買に限定する、民法第四七四条第二項における新規律により確認している。<sup>(68)</sup>

## 五 小 括

1 以上、BGHの三つの判例を概観した。BGHは、代物給付の場合の追完請求権の内容について、EuGHの二〇一一年判決後の床タイル判決（以下、二〇一一年判決という。）において、寄せ木張りフローリング材事件判決（以下、二〇〇八年判決という。）が、追完請求権を本来的履行請求権と同一であるとした立場に、大きな変更を加えたかに思われた。ところが、その後の、二〇一二年一〇月一七日判決（以下、二〇一二年判決という。）において、これまでの、BGHの判決は、全て消費費用動産売買に関するもののみであり、民事部もこのことを前提して、指令と一致した国内法化とその解釈を行ってきたものである、とみずからの立場を規定し、民法第四三九条第一項後半には、確かに、指令と一致して、「瑕疵なき物の給付」と並んで瑕疵ある物の取外し・搬出および代物給付の取付けを含むが、このような指令と一致した解釈は、消費費用動産売買（民法第四七四条）に限定され、事業者間の売買契約および消費者間の売買契約には拡張されないことを明確にした。この点が、最も重要な点である。本稿の問題関心からすれば、追完請求権の内容が本来的履行請求権の内容を超える形式的根拠は、消費費用動産売買であることに求められることになる。

2 つぎに、このようなBGHの立場は、一貫して、立法者意思から基礎づけられている点が、解釈論の立場から重要である。しかし、ここでの問題は、指令を国内法化する際の立法者意思が、指令の内容を超えて、すなわち消費用動産売買以外の売買一般について国内法化したこととの整合性をどのように説明するのか、ということである。この点につき、二〇一二年判決は、指令の国内法化に際し、立法者が指令を誤って理解したことによる根拠を求め、EuGHが行ったような、代物給付義務の広範な拡張は、立法者には明確なものではなく、それゆえ立法者はいずれにしろその拡張を全ての売買法に対してなそうとは考えなかった、と評価し、いわば仮定的立法者意思として、立法者は、彼が立法当時、既に、EuGHの給付義務の広範な内容を知っていたならば、追完義務についての指令の基準値の国内法化を消費用動産売買に限定したであろうと推定することにより、基礎づけを行うのである。

3 そのうえで、二〇一二年判決は、消費用動産売買以外の売買における、代物給付としての追完請求権の内容と範囲についての立法者意思につき、二〇〇八年判決と同様の立場に立ち、その具体的内容につき、この問題を本来的履行請求権の修正の問題として位置づけ、両者を同一内容であるとし、さらに、履行利益を超える買主の不利益の救済は、有責性を前提とした損害賠償によってなされるべきであると規定するのである。

以上の理解を踏まえて、次に、ドイツの主要な学説の内容に入っていくことにしよう。

(1) Baur 2005, 109.

(2) S. Lorenz, *Nachertüllungskosten und Schadensersatz nach "neuem" Schuldrecht – was bleibt vom "Dachziegel" -Fall?*, ZGS 2004, 408.

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (三)

- (3) Lorenz, a. a. O., ZGS 2004, 408.
- (4) Lorenz, a. a. O., ZGS 2004, 408.
- (5) 引用者注。引用文献該当部分として、「本項（第四三九条第二項）は、これまでの第四七六 a 条第一文を規定し、しかも消費用動産売買指令第三条第四項に対応している」が対応するであろう。この点については、ドイツ民法第四三九条の立法者意思として既に紹介している、拙稿「瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）」法と政治六三巻号（二〇一三年）一四頁を参照されたい。
- (6) 引用者注。原文の注は、「支配的見解の例として」P. Huber, NJW 2002, 1004, 1006; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2003, § 439 Rn. 13; MünchKomm-BGB/Westermann, 4. Aufl. 2004, § 439 Rn. 7 を挙げる。つまりは、これらのうちBamberger/Roth/Faust の該当箇所を紹介しておくことにしよう。「追完の履行場所とは何かということとは、第四三九条、とりわけ同条第二項からは読み取れない。しかしながら、政府草案の基礎づけから導かれることは、本来の履行場所ではなく、物が現存する場所であるということである。というのは、立法者は、正当にも、このことのみが消費用動産売買指令第三条第四項と一致することを出発点としているからである。それゆえ、合意した修補権の場合の費用を規律している旧第四七六 a 条とは反対に、費用増加の場合の費用負担義務の例外は規定されない。なぜなら、物は給付後に、受領者の居住地（住所地）または営業所とは別の場所に運ばれるからである。売主は、第三項を介して保護される（RegE, BT-Drucks. 14/6040 S. 231...）。したがって、代物給付義務および修補された物の引渡し義務は、本来の給付義務がいかなる債務類型であったかに拘らず、いずれの場合も持参債務である。」
- (7) Lorenz, a. a. O., ZGS 2004, 408 f.
- (8) 以上に引く Lorenz, a. a. O., ZGS 2004, 409.
- (9) この判例についての原注は以下の通りである。「買主は、瑕疵ある瓦を買い、それで屋根を葺いた。彼は、売主（“Käufer”）となっているが、“Verkäufer”の誤植であろう。）に対し、屋根を最初に葺いた費用の賠償と、瑕疵ある瓦の剥がしを主張し、認められた。」なお、原文は、新法（債務法現代化法）による解決についての参照指示の一つとし

い、Köhler/Lorenz, Schuldrecht II (Prüfe dein Wissen) 17. Aufl. 2004, Fall 40 を挙げる。そのこのタイトルは、「解除の場合の履行場所」である。なお、繰り返しになるが、本判例についての簡単な紹介については、拙著『請負における瑕疵担保責任〔補訂版〕』（二〇〇九年（初版二〇〇六年）、成文堂）一一五頁を参照されたい。

(10) 引用者注。引用文献該当部分の内容は以下の通りである。Rn. 524. 「買主の返還義務の履行場所は現行法の規律には存在しない。したがって、その場所は、これまでの支配的見解と一致し、それ以上に、物が契約に従って存在する場所、すなわち売主が、必要な取外しを含め、必要な返送の費用および危険を負担する場所である（取立債務）。これに反して、旧第四七六条第二文において予定されている（有責性を必要としない）、売主の契約費用賠償義務は廃止される。このことは、これについて主張された、広義の契約費用概念を前について（BGHZ 87, 104 ff. 参照。契約締結費用と並び、買主が契約の履行において消費した全費用、および、物をその規定通りの使用に供するための費用（例えば、取付け費用）。、実際に非常に意義深い改正である。この費用は、新法によれば、第二八四条にもとづき、有責性を必要とする費用賠償請求権の対象としてのみ可能であり、損害賠償請求権に代えて生じ、したがって、第三二五条にもとづき、解除と並んで主張され得る。」（以下、具体例（BGHZ 87, 104 ff. の事例）は略）。Rn. 522. （無駄になった費用賠償（第二八四条）「第二八四条に結びついた第四三七条第三号にもとづき、買主は、給付に代わる損害賠償に代えて、費用賠償を請求できる。もともと、このことは、かかる費用が、実際に売買目的物の瑕疵によって生じた損害である限り、既に損害賠償請求権の方法で主張することを排除しない。」）

(11) 引用者注。引用文献該当部分の内容は以下の通りである。「無駄になった費用の賠償」について。「買主も、草案第二八四条にもとづき、給付に代わる損害賠償に代えて、無駄になった費用を請求する可能性を有する。この規定は、草案第四三七条第三号においても指示されている。このなかには、現行の（訳者注・改正前の）第四六七条第二文にもとづき、解除（Wandelung）の場合に賠償されるべき契約費用も含まれる。それゆえ、売買法における特別規定は不要である。もともと、これには事実上即した変更が結びついている。すなわち、買主は、これまでは、契約費用を第四六七条第二文にもとづいて、有責性を必要とせず、解除の効果として賠償請求をなし得た。今後は、草案第二八一

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（三）

条、第二八〇条第一項第二文に結びついた第二八四条にもつき、この請求権は、それが推定される場合も（含め）、売主の有責性を必要とすることが導かれる。この変更は、事実在即して正当化される。これまでの第四六七条第二文は解除法においては異物（Fremdkörper）であった。それは、双方が受領した給付の単なる返還を超えており、しかも買主に、契約締結に関連して有していた不利益の賠償請求権を与えるものであり、それゆえ、さらに損害賠償の分野において追及されなければならない、買主の利益を満足させるものである。それゆえ、この特別規律を設け、契約費用請求権を、草案第二八四条により補充された、義務違反の場合の損害賠償請求権に関する一般規律の分野において予定することが正当化されるのである。」

(12) Lorenz, a. a. O., ZGS 2004, 409.

(13) 引用者注。引用文献該当部分の内容は以下の通りである。「決定的なのは、売主は、種類物売買においては、給付約束の、事態に即した理解および債務の特有の特性により、原則として瑕疵なき物を給付し得る危険のみを引き受け、反対に、瑕疵による価値減少を超える追加損害が買主に発生する危険は引き受けない、ということ。しかし、このことは、首尾一貫して、ここでも、瑕疵損害という狭い概念と瑕疵結果損害という広い概念を基礎とすることに至ります——その場合、この一致のなかに確かに、この概念形成の正しさの優れた徴候があります。」

(14) 以上につき Lorenz, a. a. O., ZGS 2004, 410.

(15) Lorenz, a. a. O., ZGS 2004, 410f.

(16) 判決原文該当部分の内容は以下の通りである。「売主は、目的物の収去義務を常に負うか、それとも買主の特別の利益がある場合にのみ負うのかということは開かれている。瑕疵ある瓦を再び剥がさせることについての買主の利益は明らかである。請負契約について言及され、これと異なった、ハンブルク上級地方裁判所の見解は、注文者の特別の利益が存在する場合でも請負人の収去義務を認めないというものであり、当裁判所はこれに従うことはできない。被告（売主）が瓦を剥ぐことにより収去義務を履行しなければならぬことは、以下の点から生じる。すなわち、支配的見解によれば、解除後の原状回復（Wandelungsvollzug）の統一的な履行場所は、いわゆる交換場所（Austauschort）、

換言すればその物が解除時に契約に従い存在している場所である。というのは、買主は、民法第三四六条第一文によれば、給付の返還（*Zurückgewahren*）のみを負担し、それゆえ、売主に対し商品を自由に処理できる状態に置くことのみを負担するからである。」

- (17) BGH, Urt. V. 15. 7. 2008 NJW 2008, 2837.
- (18) BGH a. a. O., Rdn. 18.
- (19) BGH a. a. O., Rdn. 21.
- (20) BGH a. a. O., Rdn. 21.
- (21) BGH a. a. O., Rdn. 23.
- (22) BGH a. a. O., Rdn. 23.
- (23) BT-Drucks. 14/6040, S. 231.
- (24) BGH a. a. O., Rdn. 24.
- (25) BGH a. a. O., Rdn. 25.
- (26) BGHZ 87, 104 = NJW 1983, 1479.
- (27) BT-Drucks. 14/6040, S. 231.
- (28) BT-Drucks. 14/6040, S. 144, 225; BGHZ 163, 381 [381] = NJW 2005, 2848.
- (29) BGH a. a. O., Rdn. 26.
- (30) BGH a. a. O., Rdn. 27.
- (31) BGH, Urt. v. 21. 12. 2011. NJW 2012, 1073.
- (32) BGH a. a. O., Rdn. 26.
- (33) BGH a. a. O., Rdn. 27.
- (34) BGH a. a. O., Rdn. 28.

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (三)

- (35) BGH a. a. O., Rdn. 29.
- (36) BGH a. a. O., Rdn. 31.
- (37) BGH a. a. O., Rdn. 32.
- (38) BGH a. a. O., Rdn. 33.
- (39) BGH a. a. O., Rdn. 34.
- (40) BGH a. a. O., Rdn. 35.
- (41) NJW 2013, 220 = Baur 2013, 239 = ZfBR 2013, 141.
- (42) BGH a. a. O., Rdn. 12.
- (43) BGH a. a. O., Rdn. 13.
- (44) BGH a. a. O., Rdn. 14.
- (45) BGH a. a. O., Rdn. 15.
- (46) BGH a. a. O., Rdn. 16.
- (47) BGH a. a. O., Rdn. 17.
- (48) BGH a. a. O., Rdn. 18.
- (49) BGH a. a. O., Rdn. 19.
- (50) BGH a. a. O., Rdn. 20.
- (51) BGH a. a. O., Rdn. 21.
- (52) BGH a. a. O., Rdn. 22.
- (53) BGH a. a. O., Rdn. 22.
- (54) BGH a. a. O., Rdn. 24.
- (55) BGH a. a. O., Rdn. 25.



- (56) BGH a. a. O., Rdn. 26.
- (57) BGH a. a. O., Rdn. 27.
- (58) BGH a. a. O., Rdn. 28.

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (三)

# Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllung

論

Tsuyoshi HARADA

Erfüllt der Verkäufer mangelhaft, so kann der Käufer von dem Verkäufer Nacherfüllung verlangen.

説

Trotz dieser zentralen Bedeutung der Nacherfüllung sind der Umfang des Anspruchs auf Nacherfüllung (insbesondere Ersatzlieferung) sowie Erfüllungsort bei eingebauten Sachen streitig in Deutschland.

Der Beitrag untersucht diesen Thema im folgenden Konstruktion:

- I . Problemstellung
- II . Gesetzgeberswille des § 439 Deutsches BGB
- III . EuGH-Urteile zur Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
  - 1. Das Problem
  - 2. Der Standpunkt des BGH (in diesem Heft)
  - 3. Die hauptsächliche Literaturen
- IV . Diskussion zur Aus- und Einbauverpflichtung in Deutschland
- V . Erfüllungsort für Nacherfüllung in Deutschland
- VI . Zwischenergebnis
- VII . Zusammenfassung und Dogmatiksvorschlag

Also werden das Resümee dieses Beitrags nach Fertigstellung ausgeführt.

八  
六