

瑕疵ある物を給付した

売主の追完義務の射程（一）

——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（以上本号）

第二章 消費動産売買指令第三条についてのEUGH判決

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

序 章——問題設定

第一節 瑕疵ある物における代物給付の場合の取外しおよび取付け

一 売主の財産権移転義務

種類物（不特定物）の売主が瑕疵ある物を給付した場合、買主は売主に対して不完全履行による追完請求権を取得するとするのが、これまでの通説的見解であり、この場合の追完請求権の内容は、一般に、瑕疵修補もしくは代物給付であると解釈されている。⁽²⁾ これらのうちの代物給付の場合において、目的物がすでに買主により適切に（契約目的ないし物の性質に従い）買主の別の動産ないし不動産に取り付けられていたとき、瑕疵なき物が取り付けられた状態となるためには、通常、瑕疵ある物が取り外されて売主に引き渡され、その後、売主により瑕疵なき物が給付され、これが新たに取り付けられる、という経過を辿る。例えば、買主が、自宅の屋根を瓦で葺き直すために瓦を購入しこれを葺いたところ、この屋根瓦に瑕疵があり、買主が代物請求をした場合、⁽³⁾ まず瑕疵ある瓦で葺いた屋根から瑕疵ある瓦を取り外し、これを屋根から降ろして撤去し、その後、瑕疵なき瓦により改めて屋根が葺かれることとなる（以下、前記設例という）。

かかる場合、売主の追完義務としての代物給付においては、売主の義務の内容は、“瑕疵なき物（代物）を給付する”ことのみが念頭におかれている。⁽⁴⁾ そうすると、前記設例の場合、通常、買主は、（1）まず瑕疵ある瓦

を自宅の屋根から自身で取り外し、(2) これを売主に引き渡さねばならず、⁽⁵⁾ 加えて、(3) 追完として売主により新規に給付された瑕疵なき瓦を、(4) 自身で再び自身の屋根に葺き直さねばならないこととなる。すなわち、これら(1)～(4)の各過程において、瑕疵ある瓦を自宅の屋根から取り外す行為(または第三者との請負契約により行った場合はそれに要した費用)、また、これを売主に引き渡す行為(または第三者との運送契約等により行った場合はそれに要した費用)、さらに、新たに瓦を葺き直す行為(または第三者との請負契約により行った場合はそれに要した費用)は、全て買主自身で行う(またはそれに要した費用を負担する)必要がある、ということになる。⁽⁶⁾ すなわち、売主は、財産権「移転義務」を負うに過ぎない(民法第五五五条、同第五六〇条参照)⁽⁷⁾ ので、瑕疵なき物を「交付する」ことを以て足る、ということである。

したがって、(瑕疵ある物を)取り外したり、(瑕疵なき物を)取り付けたりする義務を仮定することは、売主の財産権移転義務を超えて、売主に追完の場面において、代物(瑕疵なき物)を取り付ける行為(労働)を要求することとなり、このことは、「労働」による仕事完成義務を内容とする請負人の義務(同第六三二条)と同様の義務を課すこととなる。その結果、売買と請負との契約類型が不明確になるとの疑念が生じ得る。

また、取外し、取付けの各行為により生じた費用負担を売主に肯定することは、これらの費用の内実が(不履行にもとづく)損害賠償(民法第四一五条)としての性格を有すると考えるなら、実質的には売主の有責性なしに「損害賠償」としての費用償還請求を認めることとなり、⁽⁸⁾ 売主に対して過度の負担を強いるに至り、学理的には給付障害法における体系上の疑念が生じ得る。

二 瑕疵修補との比較

もつとも、追完が瑕疵修補の方法で行なわれる場合には、部分的にはあれ、売主により、瑕疵ある物の取外しおよび取付けがなされることが類型的に想定され得る。⁽⁹⁾この点について、わが国の実務における瑕疵修補の実態は、修補費用の項目に表現されている。この点が独自の裁判上の争点となることは殆どないが、近時の下級審の裁判例には興味深いものがある。住宅用床材の化粧シートに瑕疵があり、これを修補（張替え）し、修補費用を請求等した事案において、ここでは当事者の合意があった場合（合意が法的根拠）ではあるものの、売主自身が修補を行なったことを前提に、修補費用として承認されている具体的内容として、フローリング材の価格に加え、「施工工事費」として、フローリング材の費用のフローアー張替え費用、清掃・養生・片付け費用、家具移動費用、美装費用、残材処理費用のほかに、「台所流し台脱着費用」、「洗面台脱着費用」、「食器棚内段ポール詰め費用」、「下駄箱脱着費用」、「ピアノ移動費用」等が含まれている。⁽¹⁰⁾これらの費目には、少なくとも、売主自身による取外しおよび取付けが前提とされていることは明らかである。

しかし、同じ追完方法である代物給付においては、売主の「代物給付」義務のなかに、瑕疵ある物の取外しおよび瑕疵なき物の取付け義務まで含まれているとは観念されていない。

三 追完場所との関係

1 以上の点は、追完場所（弁済（履行）の場所）との関係で、更なる微視的な法的分析の必要性を迫る。まず、前記設例において、買主が瑕疵ある瓦を取り外し売主に引き渡す場所（「弁済の場所」）は一体何処なのか。⁽¹¹⁾また、瑕疵「なき」瓦の引渡場所は何処なのか。⁽¹²⁾これらは、取立債務（義務）なのか持参債務（義務）か。確か

に、取立債務・持参債務の区別の実益は、主として、履行過程（運送中）における目的物の滅失の危険を債権者・債務者のいずれが負担するかにある、とされてきた。¹³しかし、ここでは、取立債務・持参債務のいずれであるかにより、とりわけ義務履行に要する費用をいずれの当事者が負担すべきことになるのかという、より現実的な問題として両債務の区別を考える必要がある。この観点からすれば、さらに、同じ取立債務であっても、屋根の上と宅地とでは、その負担内容に少なからぬ相違がある。これら二つの問題は、買主が瑕疵ある物を売主に引き渡す場所、売主が買主に瑕疵なき物を引き渡す場所、の問題である。とりわけ買主と売主の所在に距離がある場合に、問題が顕在化し、かつ先鋭化する。

この問題についての最初の手掛かりは、当事者間の事前の明示・黙示の合意である。しかし、これにより確定できない場合には、補充的契約解釈、あるいは民法上用意されている補充規定（第四八四条）による基準、である。もつとも、そこにおいても上記事例のような場合において、一義的に明確な基準が存在するものではなく、一般的には、債務（給付）および債務関係の性質や慣習が重要な標準となる。¹⁴ただ、ここでも、その具体化のための解釈が問題となる。

例えば、補充的契約解釈として、当事者が前記設例において瓦の引渡し場所が売主の店舗であった場合、代物給付たる瑕疵なき瓦の引渡しも売主の店舗であると考えべきなのか。仮にそうであっても、買主はその場合に瑕疵ある瓦を売主に返還しなければならないが、それも、同じく売主の店舗においてなすべきなのか。このように解した場合は、買主が、瑕疵ある瓦を取り外し、これを売主の店舗に持参し、かつ、そこで瑕疵なき瓦の引渡しを受けてこれを持ち帰り、改めてこれを自身の屋根に葺くことになる。

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

また、民法の補充規定の解釈により、代物給付としての瑕疵なき瓦の給付場所は、これが不特定物（種類物）であるとする、買主（債権者）の現在の住所」ということになる（持参債務¹⁵）。そして、瑕疵ある瓦の返還につき、確かに、不特定物の引渡しの場合、一般に、瑕疵ある物の給付によっては、「特定」は生じないものの、この「瑕疵ある物の引渡し自体」に着目し、それゆえに、この物を取返して「特定物」であると解するならば、買主の瑕疵ある瓦の引渡し場所は、「債権発生の際にその物が存在した場所」、すなわち当該瓦が葺かれた屋根、ということになる。

2 さらに、仮に、瑕疵ある物の引渡場所を買主が目的物を取り付けた場所であると解した場合、このことは、売主が瑕疵ある物を取り除き（除去し）持ち帰る、すなわち撤去（回収）することまでを意味するのか、また、瑕疵なき物の交付場所が、瑕疵ある物が存在する場所である、買主の取付け場所であると仮定すれば、売主が瑕疵なき物を取り付けることになるのか。ここでは、瑕疵ある物の引渡場所および瑕疵なき物の交付場所、とりわけ、後者の場所が、「規範的意味」において、売主の、瑕疵なき物の交付義務という追完義務の具体的内容（範囲）に何らかの影響を与えるのか、という問題として問いを立て得る。このことは、物の引渡しを主たる債務の内容とするにもかかわらず、物の運送、物の取外し・取付けという「なす債務」の要素が付加（ないし負荷）され得るとすれば、この場合の売主の追完義務および買主の瑕疵ある物の返還義務の場所も、これらの点を考慮して決定されるべきではないのか、という問いが浮上する。このことは、弁済（追完）場所が、売主の追完義務の範囲に与える影響の問題でもあるだろう。

3 以上の問題は、これまで殆ど議論がなされてこなかったが、瑕疵ある物の給付において最終的に契約が解

除された場合の当事者の原状回復義務において、瑕疵ある物の（買主の）返還義務の場所の問題とも関連する。⁽¹⁶⁾

第二節 ドイツ民法における展開

一 ところで、かかる問題は、ドイツ民法の立法史（二〇〇二年の債務法現代化法）および判例・学説における解釈学上の展開に目を転ずれば、異なった視座が提供される。後述のように、ドイツ民法は、二〇〇二年発効の債務法現代化法において、追完（*Nachertüfung*）規定（第四三九条⁽¹⁷⁾）を設けた。もともと、この規定を巡っては、債務法現代化法発効直後に、第一節で示唆した問題が下級審裁判所で判断され、これに対し学説においても批判的検討がなされ⁽¹⁹⁾、また、複数の事案において連邦通常裁判所（以下、BGHという。）が判断するに至り、さらに、この点を巡って多数の学説において議論がなされるに至っている。議論の主たる内容は、（一）瑕疵ある物の追完場所（*Nachertüfungsort*）は何処か、（二）これに関して売主は瑕疵ある物の取外し義務および持去り（撤去）義務を負うのか、（三）履行場所との問題を離れ、売主は、そもそも瑕疵ある物を、これを買主が正当に取り付けた物から取り外す義務（*Ausbaupflicht*）を負うのか、（四）売主は、給付した瑕疵なき物を取り付ける義務（*Einbaupflicht*）を負うのか、（五）（三）（四）の問題について、これらに代えて取外し費用および取付け費用を負担すべきか、（六）売主の追完義務として取外し義務、取付け義務を負う場合、過分の費用を根拠として追完を拒絶し得るのか、（七）拒絶できるとして、それはいかなる場合か、である。これらの問題が、ドイツ民法第四三九条の直接の解釈問題として議論されているところである。しかも、これらの問題の根底には、売主の

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

七

追完義務の射程（範囲）・限界の問題が横たわっている。とりわけ前者においては、追完請求権が本来的履行請求権の範囲を超え得るのかという、新たな問題が示唆されている。

二 ドイツ民法第四三九条は、周知のように、消費用動産売買指令（以下、単に「指令」という。）⁽²⁰⁾ 第三条の国内法化の要請によって新たに設けられたものである。⁽²²⁾ したがって、前述の、ドイツ民法第四三九条における解 釈論上の問題は、最終的には指令（第三条）に一致した（richtlinienkonform）解釈を要請することとなる。もつとも、そのためには、まず、これらの問題について指令がいかなる内容を有しているのかという、指令自体の解 釈問題が前提となり、この前提問題は、最終的に、その議論の場がヨーロッパ司法裁判所（以下、EuGHとい う。）に移されることとなる。このことは、ここでのドイツ民法における解釈問題を例にとれば、BGHが、国 内法の法律問題を解決する前提として、ドイツ民法の規定を指令の内容と一致するよう解釈するために、問題と なっている当該指令条項の解釈問題を先決問題として、EuGHへ付託することにより現実化し、これを受けて、 EuGHにより、指令第三条の解釈がなされることとなる。

そして、BGHは、EuGHの判決（解釈）を受け、この解釈に拘束されつつ、改めて民法第四三九条の解釈 を行なうこととなる。ここでは、より一般的に、BGHにより新たになされる、同条の解釈による法の継続形成 の限界は何により判断されるのか、解釈論の限界はどこにあるのか（すなわち立法論との線引き問題）、といっ た点が、重要な解釈論上・立法論上の争点となる。⁽²³⁾ ドイツ民法学においても、以上の点がEuGHの判決の前後 を通じて活発に議論されている。

第三節 日本民法学への示唆と叙述構成

一 追完の上記解釈問題およびその場合における本来的履行請求権との関係の問題については、これまで自覚的な議論はなされてこなかった。もつとも、瑕疵ある物（特に特定物）の売主の追完問題については、瑕疵担保責任の法的性質論との関係で、その効果論として瑕疵修補請求権の基礎づけがなされてきたことは、周知のところである。⁽²⁵⁾そこでの学界が前提とする有力な見解においては、むしろ、「最も効率的な解決」のもとに、瑕疵修補請求権を「現実賠償」と位置づけることにより、「この請求権に歯止めをかけようとしている」⁽²⁷⁾。そこでは、本来的履行請求権から導かれる追完請求権の一態様である瑕疵修補請求権の範囲を、より限定的に解釈するための理論的基礎が提示されている。すなわち、売主の追完義務の範囲を限定すべきであるとする価値判断にもとづく解釈論が、展開されているのである。

また、このような傾向と合致するものとして、履行請求権を、その「限界」の側面に光を当て、追完請求権についても制限を加える仕方でも、債権法改正の課題と方向が示されている。⁽²⁸⁾そこでは、本稿が問題とする追完請求権としての代物請求権を、同じく追完請求権としての修補請求権と合わせて、「補完的履行請求権」として、「本来的履行請求権」と区別し、これまで、請負における修補請求の制限とされてきた「過分の費用」（第六三四条第一項但書）による制限を、「修補請求権の制限として一般化」とすると同時に、種類物売買における代物請求については、代物給付も修補も可能である場合には修補を優先させるという仕方でも、代物給付に制限を加えている。ここでは、「過分の費用」による制限は修補請求が念頭におかれている。このことは、代物給付の場合に

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

は、そもそもこのような問題は生じないことが想定されていることが、逆推され得るであろう。

もっとも、かかる提言に対しては、本来的履行請求権と「補完的履行請求権」との関係について、実体的に考えた場合、本来的履行請求権とは何かという観点から、種類物（不特定物）給付の場合に不完全なものを任意履行で給付された場合に問題となる修補ないし代物給付は、補完的ではなく、「本来的履行請求権の貫徹の問題」（傍点は引用者）であること、また、「瑕疵なき物を給付する義務」の場合において、給付された物に瑕疵があった場合に出てくる修補、代物請求は、初めの引渡しも含め、全て「本来的履行請求権の内容の具体化」（傍点は引用者）にすぎない、との批判的な指摘がなされていることも、とりわけ本稿との関係では、銘記されるべきである。すなわち、ここでの指摘は、追完（修補ないし代物給付）の「補完的」性格を否定し、本来的請求権の「貫徹」といい「内容の具体化」、と述べられている。そこには追完請求権（修補請求権）の制限がア priori に前提されているとはいえないことが注意されるべきである。

ところで、「債権法改正に関する検討事項」（以下「検討事項」という。）のうち、「追完請求権の限界事由」についての「B案」として、「瑕疵修補請求権について修補に過分の費用を要することを限界事由として規定するなど、追完請求権独自の限界事由を限定する考え方」を示し、「この立場は、追完請求権の法的性質について履行請求権の具体化としつつ、不完全な給付をしたという点を考慮した特別の制約を許容する考え方、瑕疵修補請求権の法的性質を『現実賠償』として損害賠償請求権と位置付けることで、瑕疵修補請求権の内容を賠償額によって制限するという考え方に適合的である」と基礎づけている。³⁰⁾

しかし、この基礎づけは、既に示唆したように、「履行請求権の具体化」という立場と、「瑕疵修補請求権の内

容を「制限する」（ないしは「補完」する）立場とを同一視するものであろう。厳密には両者は異なるものである。本文で述べたように、「履行請求権の具体化」には、必ずしも、他方の立場において理解される意味における「制限」という内容が当然に内包ないし含意されているとはいえない、というのが筆者の読みである。このことは、この両者の議論の経緯からしても、明らかである。このような立場（読み）からすれば、『検討事項』のこの記述は、正確性を欠いているようにも思われる。

二 本稿は、追完におけるかかる法状態を念頭におきつつ、これに関するドイツにおける最近の議論の一部を整理し参照することにより、これらの法状態についての一定の相対化を図るとともに、これまで日本法においては必ずしも充分には検討されてこなかった若干の問題について、試論を提示することを目的とするものである。すなわち、これまでの追完論は、とりわけ特定物売買の法的性質論およびそこで売主の瑕疵修補義務の基礎づけを主な課題としこれに関連して議論されてきた。そこでの課題は、これまで認められていなかった義務を認めることが主眼とされていたといつてよいであろう。このことは正当に評価されるべきである。しかし、追完の範囲を制限する方向での解釈論のみが、果たして適切なものであるのか。かかる視覚から、追完論が、ドイツにおいて現在抱えている問題状況につき、とりわけ、種類物売買における売主の瑕疵ある物の交付の場合における代物給付義務につき、瑕疵ある物の取外し、この物の搬出、瑕疵なき物の取付けといった具体的問題との関連で、その一般概念（本来的履行請求権、完全履行請求権（ないし補完的請求権）、追完請求権）がどこまで有効に機能しているのか、その揺らぎはあるのか、さらに、具体的な諸問題を考察するなかで、そこでの契約当事者（売主・買主）の利益状態をいかに評価すべきか、かかるドイツの理論および実務の状況は消費費用動産売買指令の具

体化を前提とするものであるから、EUGHの判断が解釈論、立法論においてどのような影響を与えているのか、といった点を分析、検討する。

三 この点、筆者は、嘗て、瑕疵ある種類物を給付した売主の追完義務のうち、代物給付の場合に、買主の利用利益の返還義務が否定されることとなったEUGHの指令解釈およびドイツでの議論（判例、学説）の一端を紹介したことがある。⁽³¹⁾確かに、利用利益の返還義務は、追完義務としての代物給付自体に直接関係するものではない。しかし、この問題の背景には、ドイツの学説が説くように、買主に瑕疵ある物の利用利益の返還義務を認めるなら、買主（消費者）の追完請求権自体が妨げられる可能性があり、追完の優位性を体系化している場合には、買主は二次的権利（解除、減額、給付に代わる損害賠償）をも主張できない可能性が生じ得るとの給付障害の体系的観点からの洞察がある。⁽³²⁾この意味において、追完との制度上の関連性が意識されているのである。

筆者は、また、最近、本稿に直接関連する準備作業として、本稿が直接の検討の対象とする「瑕疵ある消費費用を給付した売主の追完義務」として「取外し（Ausbau）義務」および「取付け（Einbau）義務」が問題となったEUGHの判決を紹介し、この判決を承けたBGHの判決をも付加して紹介した。⁽³³⁾

四 以下では、これらの成果をも適宜参照しつつ、瑕疵ある種類物の取外し義務および取付け義務に関するドイツ法の議論の一端およびEUGHの判決について概観したのち（第一章から第四章）、そこからの示唆を得て（第五章）、日本法の解釈試論を提示する予定である（終章）。

（1）周知のように、現行民法典には「不完全履行」についての明文の規定は存在しない。しかし、不完全履行（積極的債権侵害）は、ドイツ法における「積極的債権侵害論」における成果を日本民法に導入した学説（代表的には、奥

田昌道『債権総論(増補版)』(一九九二年(初版一九八二年)、悠々社)一五二頁、一六八頁。以下、奥田・前掲書という)、および判例法理(例えば、最判昭和三六年二月二十五日民集一五卷二一五頁(不特定物売買)、最判昭和四七年一月二五日判時六六二号八五頁(商人間の不特定物売買(完全履行請求を否定))、最判平成七年六月九日民集四九卷六号一四九九頁(未熟児網膜症姫路日赤事件。診療契約上の不完全履行(肯定))、最判平成九年一〇月一四日判時一六二一八六頁(ゴルフコースのレイアウト債務の不完全履行(否定))等)として、これまで、明文上存在する「履行遅滞」、「履行不能」に加え、第三の債務不履行形態として妥当してきた。その条文上の根拠は、民法第四一五条の「債務の本旨に従った履行をしないとき」に求められる。もっとも、こうした債務不履行の諸形態についての類型化の妥当性については、疑問が提示されていることも事実である(能見善久「履行障害」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向——民法一〇〇周年を契機として(別冊NBL五一号)』(商事法務研究会、一九九八年)(以下、能見・前掲論文という。一〇三頁(一〇四頁))。

この点につき、民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針(別冊NBL二二六号)』(商事法務、二〇〇九年)(以下、『基本方針』という。一三三頁は、「第三編 債権」第一部 契約及び債権一般」第四節 契約の効力」第一款 債権の基本的効力」に【三・一・一五七】(追完請求権)を設け、「(一) 債務者が不完全な履行をしたときは、債権者は履行の追完を請求することができる。」とし、「提案要旨」において、「不完全な履行」は、(本稿が対象とするような)物の給付を目的とする場合においては、「その物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない場合」を指示している。

(2) 不特定物の場合には、代物給付が中心的に言及されるが、修補によって本旨に従った履行が可能である場合には、この方法によることも可能であることは、前提とされている。この点につき、前掲『基本方針』(一三三頁)は、追完請求権は、「不完全な履行」の態様に即して、「修補請求権、代物請求権、数量不足に際しての追履行請求権、再施工請求権などのさまざまな形態を取って現れる」とし、「その個別具体的な内容は契約の解釈によって決まる」とする。

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程(一)

(3) これに類似する事例として、BGH一九八三年三月九日判決(BGHZ 87, 104)がある。この判例について、筆者は嘗て、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。以下、原田・前掲書という。一八七頁において、「屋根瓦事例」として簡単な紹介をし、「瑕疵ある仕事の除去義務の問題」のなかで若干の言及をしたことがある(同二一五頁～二二〇頁)。本稿では、後に改めて取り上げる。

(4) 例えば、奥田・前掲書一六〇頁は、不特定物売買において、引き渡された目的物に瑕疵があった場合(不完全履行)の、帰責事由を必要としない法律効果として、本来の履行請求権による本来の給付(瑕疵のない目的物の給付)を請求しうる、と記述される。

(5) 例えば、奥田・前掲書一六〇頁は、既に受領した給付(瑕疵ある目的物)は債務者に返還すべきである(本来給付(瑕疵なき物の給付)とは同時履行の関係に立つ)、と記述される。

(6) もっとも、瑕疵ある瓦の取外し費用ないし/および瑕疵なき瓦の取付け費用については、売主に瑕疵の存在について有責性がある場合は、これを損害賠償として請求し得るであろう(民法第四一六条第一項)。

(7) 『基本方針』における「【三・二・一〇一】売買の定義」も同様である(二六七頁)。すなわち、「売買契約の対象を『財産権』とする現民法の規定を維持し」、「本提案は、売買契約の定義規定であるとともに、売主の財産権移転義務および買主の代金支払義務の根拠規定でもある」と規定する。

(8) 現行法においては、なお債務不履行による損害賠償が認められるためには、債務者の有責性を必要とするのが、通説判例の立場である。なお、以上は、ここでの問題を、帰責性を不要とする追完と帰責性を必要とする損害賠償という一般の問題との区別として認識するものであるが、周知のように、追完のもう一つの態様である瑕疵修補を「損害賠償の一方法」として理解する見解(森田宏樹説。この点については、後に言及する)によれば、この問題は「損害賠償の範囲」の問題として位置づけられる。

(9) 上の点に(10) S. Lorenz, Nachfüllungskosten und Schadensersatz nach “neuen” Schuldrecht—was bleibt vom “Dachziegel”-Fall?, ZGS 2004, 408.

(10) 東京地判平成二一年二月一七日判タ一三二七号一六六頁(控訴)。

(11) 具体的には、屋根の上か、屋根から下ろした宅地か、売主の住所地か。

(12) 売主の住所地か、買主の住所地か、(瓦を葺いた家屋が買主の住所地と異なる場合)当該家屋の現在地か、より厳密には当該家屋の屋根の上か。

(13) 奥田・前掲書五一五頁。しかし、ここでは、取立債務・持参債務のいずれであるかにより、とりわけ義務履行に要する費用をいずれの当事者が負担すべきことになるのかという、より実質的な問題として考えている。この観点からすれば、さらに、同じ取立債務であっても、屋根の上と宅地とでは、その負担内容に少なからぬ相違がある。

(14) 奥田・前掲書五一七頁。この点については、なお原田・前掲書六五頁注(3)も参照。

(15) 大判大正八年二月二五日民禄二五輯二四〇〇頁。

(16) もっとも、日本法においては、これまで、この問題が自覚的に論じられたことはないように思われる。この点につき、筆者は、前掲「屋根瓦事例」判決の紹介に際して、「解除の場合の原状回復の場所(履行場所)」の問題の重要性について指摘しておいた(原田・前掲書二二〇頁注(10))。本稿は、この点についても、その後の、ドイツ法の展開を少しくフォローし、深める予定である。

(17) 条文の内容は、以下のとおりである。

第四三九条 追完

(1) 買主は、追完として、彼の選択に従い、瑕疵の除去又は代物給付を請求できる。

(2) 売主は、追完の目的のために必要な費用、とりわけ運送費、交通費、労働費及び材料費を負担しなければならぬ。

(3) 売主は、買主が選択し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も、それを拒絶できる。その場合、とりわけ瑕疵なき状態における物の価値、瑕疵の意義及び追完の他の方法が買主にとって著しい不利益なしに援用され得るかという問題が顧慮されるべきである。買主の請求権は、この場合、もう一方の追完方法に制限され

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程(一)

る。第一文の要件のもとでの売主の拒絶権はそのままである。

(4) 売主が追完の目的のために瑕疵なき物を給付した場合、売主は第三四六条から第三四八条に基づき買主に対し瑕疵ある物の返還を請求できる。

(18) OLG Karlsruhe v. 2. 9. 2004 Baur 2004, 109; BeckRS 2004, 08838.

(19) S. Lorenz, *Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach "neuen" Schuldrecht—was bleibt vom "Dachziegel"-Fall?*, ZGS 2004, 408.

(20) 正確には、「消費用動産の売買および消費用動産に対する保証という一定の観点に関する、一九九五年五月二五日付けの欧州会議および理事会指令：Directive 1999/44/EC」をこう。

(21) 指令第三条（消費者の権利）の内容は、以下の通りである。

(1) 売主は、消費者に対し、消費用動産の交付の時点において存在する全ての契約違反に対して責任を負う。

(2) 契約違反の場合、消費者は、第三項の基準に従い、修補または代物給付により消費用動産の契約に合致した状態の無償の回復に向けられた請求権か、そうでなければ、第五項及び第六項の基準に従い、当該消費用動産に関し売買代金の相当な減額か又は契約の解消に向けられた請求権を有する。

(3) まず、消費者は、消費用動産の無償の修補又は無償の代物給付が不能でなくかつ過分でない限り、これらの請求をなし得る。一方の救済が、売主に対し、消費用動産が、契約違反がなければ有した価値を勘案し、契約違反の意義の顧慮のもとで、他方の救済可能性が消費者にとって著しい不愉快なしに援用されないかの問題を考慮し、他方の救済可能性と比較して期待不可能な費用を惹起する場合、その救済は過分であるとみなす。修補又は代物給付は、相当期間内であつ消費者に著しい不愉快なしに行なわれなければならない。その場合、消費用動産の種類及び消費者にとって消費用動産を必要とする目的が顧慮されなければならない。

(4) 第二項及び第三項における「無償」概念は、消費用動産の契約に合致した状態の回復のために必要な費用、とりわけ運送費、労働費及び材料費を含む。

(5) 消費者は、以下の場合に、売買代金の相当な減額を請求できる。

消費者が修補請求権も代物交付請求権も有しない場合、

売主が相当な期間内に消費者のたぐいに対策を講じない場合、

売主が消費者に著しい不愉快を与えないで対策を講じない場合、

(6) 消費者は、些細な契約違反の場合には、契約の解消に向けて請求権を有しない。

(22) この点についての立法者意思として、BT-Druck 14/6040 (債務法現代化法案)、S. 230ff.

(23) とりわけ日本民法学には、これまでこの点についての自覚が乏しく、融通無碍法学などとも言われてきたこと

から、この辺りのドイツ法学の議論状況は、我が国の解釈論方法論にも重要な示唆を与えるであろう。

(24) これに関する近時の重要文献として、野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、二〇〇九年)がある。

(25) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣、二〇〇二年)一九七頁(第三編 売買契約における瑕疵修補請求権

——履行請求権、損害賠償請求権又は解除との関係)(二四七頁)。これ以外の学説(文献)については、原田・前

掲書七頁の注(2)を参照されたい。もつとも、そこでの議論は、主として、瑕疵修補請求権自体をいかに基礎づけ

るかという問いに対するものであった。

(26) 森田宏樹・前掲書二四六頁は、瑕疵修補請求権の法的性格を、損害賠償の一方法としての「現実賠償」と捉える

べきことを提唱し、その主たる意義として、売主の損害賠償と修補費用を比較して、賠償義務として不相当である場

合に売主の修補義務を否定するという解釈を導くことになる、とされる(以下、森田(宏)説という)。

(27) 大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣、一九九七年)七二頁は、本文の内容に続けて、「ここで注意すべきは

双方の見解(法定責任説)と「不履行責任説」のこと——引用者注。以下、同じ。)の当否ではなく、「前者(法定責

任説のこと)は、意思解釈によるのであるが、その意思解釈は多分に擬制的・構成的なものであり、「後者(不履

行責任説のこと)は、現実履行でもなく損害賠償でもない第三の道を拓くことによって、最も効率的な解決を導こう

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程(一)

一七

として」おり、「いずれの見解も」「当事者の意思を超えた説明をしている」と評価される。また、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」野澤編・前掲書三二頁(四六頁)は、森田(宏)説を「展開し」「一般化」すれば、「瑕疵修補請求権、ひいては追完請求権一般に対しては、履行請求権に対するものとは異質な法理——むしろ、金銭賠償請求権と共通する法理——が妥当するものとなる」と評価される。

(28) 能見・前掲論文一一二頁。

(29) 奥田昌道発言・私法六一号(一九九九年)八九頁、一一〇頁。

(30) この点につき、民法研究会編集部編『民法(債権関係)の改正に関する検討事項』(民法研究会、二〇一一年)一〇頁。

(31) 原田剛「EC企業法判例研究」EC消費動産売買指令とドイツ民法第四三九条第四項(上)(下)「国際商事法務三六巻八号(二〇〇八年)一〇七六頁・同九号(二〇〇八年)一一二二頁、同「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題——追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵ある建物の「権利侵害」性——」法と政治五九巻三号(二〇〇八年)一頁。

(32) BGH Vorlagebeschl. v. 16.8.2006, JNW 2006, 3200 (mit Anmerkung Stephan Lorenz), Baur 2006, 2047 (mit Anmerkung Rolf Knifka) (学説の引用部分)、原田・前掲(法と政治)論文一六頁。

(33) 原田剛「EC企業法判例研究」瑕疵ある消費動産を給付した売主の追完(取外し及び取付け)義務(上)(下)「国際商事法務四〇巻三号(二〇一二年)四六〇頁、同四号(二〇一二年)六二六頁」。

第一章 ドイツ民法第四三九条（追完）の立法者意思³⁴

はじめに

序章で課題設定したドイツ法の議論の出発点は、債務法現代化法において新たに規定された民法第四三九条であり、かつ、本稿で問題となる追完請求権の内容および射程についての解釈論の限界を画するのは、本条における立法者意思である。本条の立法者意思は、後にも見るように、本条が消費用動産売買指令（以下、単に指令という。）の国内法化によるものであることから、本条制定後における、指令についてのEUGHの解釈は、その都度、本条の内容に直接影響を与える。その場合における本条の解釈の限界、法の空白（*Lücke*: 欠缺）の発見の手掛かりも、本条の立法者意思の理解が決定的に重要となる。このような意義の確認のもとで、本章では、ドイツ民法第四三九条の立法者意思を整理しておくこととする。ここにおける立法者意思の立法資（史）料は、債務法現代化法案（以下、単に草案という。）第四三九条についてのドイツ連邦政府の基礎づけである（なお、「草案」と現行法の内容は同一である。また、以下における整理の際の表題は、筆者によることを予めお断りしておく）。

第一節 第一項について——追完の内容、選択権者

第一項は、「買主は、追完として、自己の選択に従い、瑕疵の除去又は代物給付を請求できる。」と規定する。

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

この規定に関する立法者意思（基礎づけ）は、以下の如くである。

一 規定の目的と意義

「第一項は、前述した、現行法の欠陥を除去し、かつ指令第三条第二項第一文を国内法化したものである。同時に、第一項は、物の瑕疵についての売主の責任体系を一般給付障害法で括り、権利の瑕疵責任および物の瑕疵責任を互いに同化させ、特定物売買と不特定物売買との区別をしないことを可能にしている。第一項は、特に、現行法を再び法的現実へと導く、なぜなら、買主は、瑕疵の発生の場合、通常、契約の解除または売買代金の減額ではなく、修補または取替えを望むからである。」³⁵⁾

二 追完と二次的権利との関係

「第一項は、買主の本来の瑕疵担保請求権より追完が優先することについて明示的には言及していない。本条項にもとづく追完請求権の存在・内容と解除、減額、場合による損害賠償請求権とは、確かに互いに結び付いてはいるが、全く同じではない。例えば、追完請求権は、買主の本来の瑕疵担保請求権とは異なり期間設定を要件としていない。逆に、解除、減額または損害賠償の要求について必要な期間設定は、草案第四三七条について既に詳述したように、まさにこの追完請求権に関連している。」³⁶⁾

三 追完請求権——二つの方法、要件

「第一項は、物に瑕疵がある場合、買主は追完請求ができることを規定する。本項は、権利の瑕疵と物の瑕疵に妥当する。追完義務は、瑕疵につき売主の責めに帰すべき事由に関係なく生ずる。さらに、追完は、瑕疵除去か瑕疵なき物の代物給付のいずれかの方法で請求できることが民法で明確にされている。」³⁷⁾

四 追完の選択権者—買主

「追完の二つの方法の選択は買主に帰属する。債務法委員会は、買主の追完請求の場合、これに代えて追完の二つの方法の選択権を売主に予定している。それゆえ、草案は委員会提案とは異なる。これについて基準となるのは、まず、指令第三条第三項第一文が、代物給付と修補の間の選択権を明示に消費者（買主）に付与していること、である。したがって、消費用動産売買については、いずれにしても委員会提案とは異なることとなる。

この場合、保護すべき性格の典型的な消費者を、全ての者に妥当する売買法に取り込むことを禁止すべき規定は問題とならない。むしろ、一般規定に対応する内容であることの適切な根拠が存在する。すなわち、瑕疵ある物の給付によって売買契約の義務に違反したのは売主である（草案第四三三条第一項第二文）。確かにこの局面においては、その目的が売主により達成されるか否かにかかわらず、まず瑕疵なき物を獲得することが買主の利益に合致している。更に顧慮されるべきは、買主は売主の義務違反がなければ瑕疵なき物を保持していたはずである、ということである。契約が予定通りに展開され得ないことに至ったのは、売主の義務違反である。その場合、瑕疵なき物の給付という契約目的がいかなる方法で達成され得るかということ、先ず買主に決定させることが正統で（legitim）ある。例えば、場合によってはその間に信用できないと判断した売主の修補の試みほどの程度関わり合えるかは、買主の判断に委ねるべきである。買主の濫用、例えば明らかに簡単な方法で実現できる修補にもかかわらず害意のある（schikanöse）修補請求に対しては、売主は、第三項にもとづく追完の拒絶可能性により十分に保護される。³⁸⁾」

五 些細な瑕疵の場合も追完は排除されない

「現行法第四五九条第一項第二文⁽³⁹⁾によれば、買主は、瑕疵が些細である場合、解除も減額も請求できない。草案は、追完請求の場合、これに対応する排除を予定していない。そうでなければ、指令と一致しないであろう。指令第三条第六項によれば、些細な契約違反の場合は単に買主の契約解除権が排除されるのみである。このことは現行法第四五九条第一項第二文とは異なった結論に至る。ドイツ法は些細な契約違反の瑕疵性を否定しているのに対し、他国の法、とりわけイギリス法、スカンジナビア法においては、そうではない。ここでは些細な瑕疵も法的に重大な瑕疵である。この瑕疵は単に契約の解除に至らないだけである。この構想は、指令草案の審議において貫徹された。ヨーロッパ委員会の最初の草案においては、今日の明確性はなお保持していなかった。もっとも、ここでは、加盟国は些細な契約違反の場合には特定の権利のみ請求され得ることが話題になっていた（一九九六年八月二三日提案参照—ABJ. EGNF. C 307 S. 8, 9）の第三条第四項第二文）。現時点で決定されている定式化は、些細な瑕疵の場合、契約解除権のみを排除し、買主のその他の権利は排除していない。このことは、確かに、買主はあらゆる場合に修補請求権をもたねばならないことを意味しない。しかし、一般にこのことを排除しようとする場合には、買主には選択的に同価値の権利救済が保証されねばならない。この準則を売買法⁴⁰一般に⁴¹に移すことは、正当である。すなわち、何故に買主は、売主がそれを除去できる場合に、些細な瑕疵のみを甘受すべきなのかの根拠を見出し得ない。現行法における些細な欠陥の場合の瑕疵担保請求権の排除は、買主の即時の解除権または減額権を背景として判断されるべきである。買主の瑕疵除去請求か代物請求が、権利の濫用か、除去が売主にとって過分の費用をもたらす場合、それらは第三項により拒絶され得る。買主には代金減額

権が残っている。これに対し、解除は通常は草案第四三七条第二号⁽⁴⁰⁾に従い、草案第三三三条第四項第二文⁽⁴¹⁾に結びついて排除される。」⁽⁴²⁾

六 小括（要点）

第一項についての基礎づけは、以上の通りである。ここでの内容と基礎づけのうち、本稿に関係する部分の要点は、以下の如くである。

第一項は、第一に、指令第三条第一項第一文の国内法化によるものである（一）。第二に、本項は、追完請求権と二次的権利（解除、減額または損害賠償）との間の優先関係を明示してない（もつとも、追完請求については期間設定を要件とせず、二次的権利の主張のためには期間設定を要件としている。後者の期間設定は追完請求権に関連している）（二）。第三に、追完請求は、売主の帰責事由を必要としないこと、追完には瑕疵除去と代物給付があることを明示する（三）。第四に、追完の選択権は買主にあることを明示する。ここでは、瑕疵ある物を給付した売主に義務違反があり、これにより買主は契約目的が達成されなかったため、その達成方法をまずは買主に決定させることが正当である、との価値判断のもとに、買主の濫用については、第三項による売主の追完拒絶で対応し得ることで、調整する（四）。最後に、些細な瑕疵の場合も、これまのようにより解除と減額を排除することは指令と一致しないことを考慮し、追完請求を排除しないこととする（五）。

第二節 第二項について——追完費用

第二項は、「売主は、追完の目的のために必要な費用、とりわけ運送費、交通費、労働費及び材料費を負担しなければならない。」と規定する。この規定に関する立法者意思（基礎づけ）は、以下の如くである。

一 趣旨—現行法および指令との関係

「本項は、現行の第四七六 a 条第一文を受け継ぎ、かつ指令第三条第四項と対応している。第一文が、修補請求権の契約上の合意を要件としていることから、『特定の』すなわち契約上合意した使用に言及する現行第四七六 a 条第二文は受け継がれない。」⁽⁴⁴⁾

二 増加費用の規律は不要—売主の追完拒絶権を予定

「現行法第四七六 a 条第二文の例外は、売主を、負担が彼にとって期待不可能である修補費用から正当に解放する。現行法本条第一文によれば、売主はそこに挙げられている費用の負担義務から、それらが過分に高い場合であつても解放されない。草案は、本条第三項において、追完が過分の費用によってのみ可能である場合、売主に追完を拒絶する権利を予定している。したがって、現行の第四七六 a 条第二文に対応する例外規律は必要ない。」⁽⁴⁵⁾

三 指令第三条第三項（無償の追完）との関係

「その他の点では、現行の第四七六 a 条第二文は、消費用動産売買については指令第三条第四項に違反するであろう。すなわち、第二文は、修補の場合に物の調達による増加費用は、買主が売主から支払われ得、場合によっては売主により買主の勘定にされてもよい。指令は、このことを予定せず、同第三条第三項にもとづき、売

主の拒絶権の外で、無償の追完の導入を要求している。⁽⁴⁷⁾」

第三節 第三項について——売主の拒絶権

第三項は、「売主は、買主が選択し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も、それを拒絶できる。その場合、とりわけ瑕疵なき状態における物の価値、瑕疵の意義及び追完の他の方法が買主にとって著しい不利益なしに援用され得るかという問題が顧慮されるべきである。買主の請求権は、この場合、もう一方の追完方法に制限される。第一文の要件のもとでの売主の拒絶権はそのままである。」と規定する。この規定に関する立法者意思（基礎づけ）は、以下の如くである。

一 第一文について

(一) 趣旨

追完に結び付けられた、第二項の費用も含め、「追完は、個々の場合、売主に不相当な負担となり得る。このことは、とりわけ、非職業的売主または修理工場を備えていない商人に妥当する。追完は売主にとって客観的に不能 (Unmöglichkeit)（以下、単に不能と訳す。）の可能性もある。それゆえ、指令第三条第三項第一文は、消費者（買主）は、これらが不能でないかまたは過分でない限り、修補または代物給付のみを請求し得ることを予定している。⁽⁴⁸⁾」

「第一文は、請負契約法のこれまでの第六三三条第二項第三文に依拠している。⁽⁴⁹⁾ もっとも、指令第三条第三項

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

第二文の定式化を注視すれば、“Aufwand”という文言を“Kosten”に置~~や~~換~~え~~つ~~る~~。⁽⁵⁰⁾」

(二) 追完の不能

「追完の不能は、本項では特に言及されていない。その効果は、むしろ一般規定から生ずる。草案第二七五条第一項によれば、不能の場合、買主の追完請求権は排除される。不能が追完のうちの代物給付か修補に制限される場合、その限りでのみ追完請求権の排除が認められ得る（草案第二七五条第一項における『その限り』参照）。売主が、その限りで、例えば、本条項第一文または第二七五条第二項にもとづき給付拒絶権を用いない場合、買主の請求権は、なお追完可能な方法に制限される。このことは、通常、例えば中古品の買主において妥当し、その結果、ここでは追完はたいてい最初から排除される。指令考慮事由（一六）も参照。⁽⁵¹⁾」

(三) 追完が不能でないが著しい費用を伴う場合

「草案第二七五条第一項にもとづく不能でない場合でも、追完はなお著しい費用を伴う可能性がある。その場合、一般規定に従い、草案第二七五条第二項にもとづく給付拒絶権が問題となる。しかし、とりわけ、評価的に、草案第二七五条第一項における不能に近い例外的場合が問題となる。本条項第一文は、この一般の法思想が売買法に特別に表現されており、しかも、売主の異議の根拠に対する、草案第二七五条第二項よりも低い閾値（Schwelle）を意味する。これについては、本条項第一文における『も（auch）』という文言の採用によって想起される。要件は、買主が選択した追完方法が売主にとって過分の費用を要する、ということである。その場合、消費動産売買を越えた意義を有する観点が問題である。というのも、買主の利益状態は、追完が売主により過分な努力を必要とする場合にも買主に追完請求権を与えることを命じないからである。買主は、この場合、解除権、

減額請求権（および場合により損害賠償請求権）が指示される。」⁽⁵²⁾

(四) 売主の拒絶権

「売主は『買主が選択した追完』を拒絶できる。このことは次のことを意味する。売主の拒絶権は、当然に、買主が所望した追完方法（修補もしくは代物給付）と関係している。例えば、買主が修補を請求したが売主が自分の修理工場をもっていないため、売主の費用が過分であると判断されるべき場合、買主はそれに代えて代物給付を請求できるか、または、その限りで本条項第一文を援用した売主の異議が存在するか、という問いについては決定されない。このことは、さらに本条項第三文により明確にされる。」⁽⁵³⁾

二 第二文について

(一) 趣旨

「第二文は、指令第三条第三項第二文に由来し、かつそれを手掛かりとして、二つの追完方法の一つの過分性を評価すべき基準を設定している。例えば、考慮すべき事情としては、まず挙げられているのは瑕疵なき状態における物の価値である。日常の価値の低い物の場合、修補はしばしば過分の費用に結び付けられ、その結果、通常は代物給付のみが問題とされる（例えば欠陥のあるネジでつけられたスクリュー）⁽⁵⁴⁾。」

(二) 瑕疵の意味と他の追完方法の考慮

「第二文および指令第三条第三項第二文は、契約違反すなわち瑕疵の意味を決定基準として予定しており、他の追完方法を過分性についての評価考慮に加えている。それゆえ、例えば、洗濯機の瑕疵がスクリューの簡単な交換によって除去され得る場合、買主の請求した新規の洗濯機の給付は、売主により、それに結び付けられた過

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

一七

分の費用を理由として拒絶され得るであろう。⁽⁵⁵⁾」

三 第三文について

(一) 二つの追完方法の関係

「第三文は、既に述べた、二つの追完方法相互の関係を明確にしている。本条項第一文で予定されている過分の吟味は、もっぱら買主によって選択された修補方法との関係である。それが売主により正当に拒絶された場合、このことは、買主の追完請求権の全てを共に排除することにはならない。むしろ、追完請求権は、売主がもう一方の追完を拒絶できない場合には、その追完方法に制限される。そのときに初めて買主は、給付に代えて、解除、減額、場合によっては損害賠償を請求し得る。⁽⁵⁶⁾」

(二) ここでは、過分性の判断は、あくまで選択された修補方法との関係で判断されることを前提に、それが拒絶されたときに他の可能な追完方法に制限され、そのときに買主の二次的権利の可能性があるとする。

第四節 第四項について——瑕疵ある物の返還

本項は、「売主が追完の目的のために瑕疵なき物を給付した場合、売主は第三四六条から第三四八条に基づき買主に対し瑕疵ある物の返還を請求できる。」と規定する。この規定に関する立法者意思（基礎づけ）は、以下の如くである。

一 買主は瑕疵ある物の利用利益返還義務がある

「売主が追完目的のために瑕疵なき物を給付した場合、民法上の特別規定がなければ、売主はいかなる規定にもとづいて買主に対し瑕疵ある物の返還を請求できるかについては疑いがある。現行の第四六七条第一文に結びついた、第四八〇条第一項第二文と同様に、解除に関する規定に従い売主に返還請求権が帰属する。それゆえ、売主は代物を給付し、買主は最初に給付された瑕疵ある物を返還しなければならず、利用利益も草案第四三九条第四項、第三四六条第一項にもとづき、それゆえ使用利益も第一〇〇条にもとづき返還しなければならない。このことは次のことから正当化される。すなわち、買主は、追完によって代物を保持し、しかも返還すべき物をその時点まで無償で利用でき、しかも瑕疵の存在から利益が引き出され得べきことまで保証されるべきではない、ということである。いずれにしろ利用利益の返還は、瑕疵があるにもかかわらず買主がなおその物を利用し得る場合にのみ意義がある。」⁶¹⁾

二 買主の利用利益返還義務は指令と一致する

「消費者（買主）の（利用利益返還）義務は、指令と一致している。確かに、指令第三条第二項は、契約に合致した状態への消費者の『無償の』回復請求権を明示的に規定している。このことは、指令第三条第四項に従い、売主は『消費用財産の契約に合致した状態の確立に必要な費用』を負担しなければならないことを意味する。契約に合致した状態は、その間に、代物給付により回復される。買主がこれについて費用負担の必要がないことは、本条第二項から生じる。」⁶²⁾

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

三 利用利益は費用に算入されない

「しかし、消費者により利用された瑕疵ある物の利用利益の返還はこの費用には算入され得ない。まず、契約に合致した状態は既に追完により確立され、その結果、瑕疵ある物の返還は、指令第三条第四項には含まれていない。さらに、消費者には、費用も、使用した瑕疵ある物の返還も課せられていない。むしろ、消費者（買主）が物の使用から引き出した利益の返還が問題であり、まさに何が契約に合致した状態の確立に奉仕するのが問題である。すなわち買主は瑕疵がなかったならば買った物を無償では利用しなかったであろう。用法に従った使用による使い古しは、むしろ買主の負担となるであろう。その他の点では、物の瑕疵は使用利益の評価の場合に考慮され得ないわけではない。

最後に、この評価は、指令の考慮事由（一五）により確認される。それによれば、加盟国は、『消費者により給付の時からなされた商品の利用を考慮して、消費者が給付すべき償還は減額され得る』ことを予定し得る。このことの実施が『消費者が給付すべき償還』の減額に関連することにより、直接に契約の解除後の巻き戻しに関連する場合であっても、なお指令は消費者にかかる義務を明示に承認していることを示している。利益状態は、売主による追完に関する瑕疵ある物の返還の場合と異ならない。指令はかかる巻戻し問題を同じようには規律していない（考慮事由（一）第二文も参照）⁽⁶³⁾。」

(34) BT-Druck 14/6040 (債務法現代化法案) / S. 230ff.

(35) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 230.

(36) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 230.

- (37) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 231.
- (38) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 231.
- (39) 「価値又は適性の些細な減少は考慮しない。」なお、引用本文における「現行法」は、改正前の（従って、現時点から言えば、旧法の）規定を指している。以下、引用における「現行」については、同様である。
- (40) 「物に瑕疵がある場合、買主は、別段の定めがない限り、第四四〇条、第三二三条、第三二三条第一項第三号の要件のもとで、契約を解除するか、第四四一条の要件のもとで、代金減額を請求できる。」
- (41) 給付がなされないかまたは契約に合致した給付がなされないことを理由とした解除として規定されている草案第三一三条第四項第二文は、「債務者が契約に合致した給付をしない場合において、義務違反が些細であるとき、債権者は契約を解除できない。」と規定する。
- (42) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 231.
- (43) 「買主の解除又は減額請求権に代えて修補請求権が合意された場合、修補義務を負う売主は、修補のために必要な費用、特に、運送費、交通費、労働費、材料費、をも負担しなければならない。」
- (44) 「第一文は、売却された物が交付後に受領者の住所又は営業所以外の場所へ移送したために費用が増加した場合には、適用しない。但し、移送が物の目的に従った使用に合致するときは、この限りではない。」
- (45) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 231.
- (46) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 231.
- (47) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 231.
- (48) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
- (49) 「請負人は、除去が過分の費用を要するときは、除去を拒絶できる。」
- (50) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
- (51) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（一）

- (52) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
(53) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
(54) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
(55) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
(56) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
(57) 「約定解除権に妥当する第三四六条から第三四八条まで、第三五〇条から第三五四条まで、及び第三五六条の規定は、解除に準用する。」
(58) 「この（代物）請求権は、解除に関する第四六四条から四六六条まで、第四六七条第一文及び第四六九条、第四七〇条、第四七四条から第四七九条までを準用する。」
(59) 「契約当事者が約定により解除権を留保しているか又は民法により彼に解除権が帰属する場合において、解除がなされたとき、受領した給付は返還され、かつ所定の方法での使用により生じた損耗を含め引き出された収益も返還されるべきである。」
(60) 「使用利益 (Nutzung) は、天然果実、法定果実及び物又は権利の使用が与える利益である。」
(61) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 232.
もともと、筆者も既に詳しく紹介したように（前掲注(31)の文献）、EuGH二〇〇八年四月一七日判決 (EuGH Rs C-404/06, Slg. 2008, I-2713 = NJW 2008, 1433; Quelle) により、消費用動産売買により、瑕疵ある物を給付された買主は、追完までその物の利用が適法に許されていることから、本条第四項は、利用利益を返還する義務を負わないと考える指令第三条第二項に違反するとされ、BGHもこれを承け、二〇〇八年一月二六日判決 (BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427) において、法の継続形成の方法で、第三四六条から第三四八条の規定は、瑕疵ある物の返還の場合のみ妥当し、売主は買主に対し利用利益ないし利用に対する価値賠償請求権は基礎づけられないとした。立法者も、その直後、同年二月一〇日の法律により、民法第四七四条（消費用動産売買の概念）第二項を改正し同年同月

一六日発効)、従来の、「第四四六条は適用されない。」を、「第四三九条第四項は、利用又はその価値を返還する必要がないという基準により、この節において妥当する売買契約に適用されるべきである。第四四五条及び第四四七条は適用されない。」としてくる。

(92) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 233.

(93) BT-Druck 14/6040, a. a. O., S. 233.

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程(二)

三三

Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllung

論

Tsuyoshi HARADA

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

説

Trotz dieser zentralen Bedeutung der Nacherfüllung sind der Umfang des Anspruch 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 (in diesem Heft)
- III. EuGH-Urteile zur Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
- IV. Diskussion zur Ausbau- und Einbaupflicht in Deutschland
- V. Erfüllungsort für Nacherfüllung in Deutschland
- VI. Zwischenergebnis
- VII. Zusammenfassung und Dogmatikvorschlag

Also werden das Resümee dieses Beitrags nach Fertigstellung ausgeführt.

三
四