

# 瑕疵ある物を給付した

## 売主の追完義務の射程（二）

——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（以上前号）

第二章 消費動産売買指令第三条についてのEUGH判決（本号）

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

## 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

## はじめに

本章で扱う二判決は、いずれも、瑕疵ある消費動産の追完の一方法としての代物給付の場合において、指令第三条の解釈が問題となったものである。ここでは、買主は瑕疵ある消費動産についての利用利益返還義務を負うのか（第一判決）、売主は瑕疵ある物の取外し義務および代物の取付け義務を負うのか（第二判決）、が問題となった。両判決は、解除における原状回復および追完としての代物給付についての従来の理解を前提とすれば、第一判決は売主の権利を制限する方向での解釈問題であるのに対し、第二判決は売主の義務を拡大する方向での解釈問題であると言い得る。それゆえ、本稿が問題とする履行請求権としての追完義務の射程という観点からすれば、一見すると関連は薄いようにも見受けられる。しかし、以下に紹介し、かつ分析によって明らかかなように、第二判決は、第一判決における指令第三条の解釈およびその基礎づけを前提として展開している点、および、瑕疵ある物の給付の場合の買主の救済体系における一次的救済たる追完を可及的に貫徹しようとしている点において、両判決は密接に関連するものである。

## 第一節 代物給付における買主の利用利益返還義務

### 一 事案の概要

本件の概略は以下の通りである。<sup>①</sup>消費者（買主）が大手通信販売店からレンジセットを買い、引渡しを受けて使用していたところ、約一年半後にパン焼き部分のホウロウが剥がれ修理不能となったことから、買主の請求により売主がこの部分を交換し、買主は売主からの請求により、交換までの瑕疵あるレンジの利用利益を支払ったものの、その後、支払った利用利益の返還を求めたものである。第一審も控訴審も、ドイツ民法第四三九条第四項からは、売主の、瑕疵あるレンジの利用利益の返還請求権は発生せず、買主は同第八一二条第一項（不当利得）にもとづいて返還請求をなし得ると判断した。

これに対し、BGHは、手続を中断し、代物給付がなされた場合、消費者（買主）に対し瑕疵ある消費用動産から引き出した利用利益の返還義務を課している国内法は、指令（第三条第三項第一文および同条第四項に結びついた同条第二項の規定または同条第三項第三文）と矛盾しているかという点につき、大要、以下の理由により、先行判決を求めてEC司法裁判所に付託した。<sup>④</sup>ドイツ民法第四三九条第四項は、売主が代物給付をした場合、それまでに買主が瑕疵ある物から引き出した収益に対する価値補償請求権を有することを認めている。しかし、同条項は、「無償の」代物給付を認めている指令（第三条第三項第一文および第四項）と矛盾するのではないかの疑問がある。<sup>⑤</sup>

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（二）

三五

二 EUGH判決<sup>(6)</sup>

1 EUGHは、これを受けて、売主が契約違反の消費動産を給付した場合、代物給付がなされるまでのあいだに瑕疵ある消費動産から得た利益を売主が消費者に請求することを許容する国内法（ドイツ民法第四三九条第四項）は指令第三条と矛盾すると判断（解釈）した。その根拠の要点は、以下の如くである。

2 指令第三条の法的救済の構造（二段階の救済体系） 指令第三条によれば、売主は消費者に対し、消費動産の給付時点までに存在するあらゆる契約違反に対して責任を負う。その場合、消費者は、まず指令第三条第二項により売主に対し追完請求をなし得、この請求ができない場合には第二段階として代金の減額または契約の解除をなし得る。そうすると、消費者は消費動産の契約に合致した状態をもたらすために、まず指令第三条第三項により、履行が不能でないかまたは過分の請求でない限り売主に対し消費動産の無償の修補もしくは代物給付を請求できる。

3 指令第三条の「無償の」意味 指令第三条第四項によれば、「無償の」概念には、消費動産を契約に合致した状態にするために必要な費用、とりわけ、運送費、労働費、材料費が含まれる。しかし、これらの費用項目は立法者意思によれば例示列举である。立法者は、この無償性を消費者保護の本質的要素にしようとした。すなわち、このような保護の欠如により生ずる「差し迫った経済的負担」から、追完請求権の主張を思い留まらうとする消費者を保護するために、買主に対する「売主のあらゆる経済的要求を排除する」。そして、このような解釈は、指令が、有効な消費者保護を保障するために、修補または代物給付が、相当期間内のみならず著しい不愉快（Unannehmlichkeit）なしに行われなければならないとする（第三条第三項第三文）点から、また、高い消

費者保護水準を達成することに貢献するという指令の目的から、立法者によって予定されている保障を加盟国は侵害してはならないとする点からも承認される。

4 指令前文第一五項の考慮事由の意義 これに関しては、指令第三条第五項において予定されているのは売買契約の解除の場合のみである。

5 不当利得性の否定 売主は、契約違反の消費動産を給付した場合、売買契約において引き受けた義務を約定通り履行しなかったのであり、したがって、この不完全履行の効果を負担しなければならない。代金を支払い、それによって契約上の義務を約定通りに履行した消費者は、契約違反の消費動産に対する代物給付としての消費動産の取得により不当利得したことはない。消費者は、契約規定に相応した消費動産を、既に最初に保持しなければならなかったと同様に、単に遅れて保持しただけである（からである）。

6 売主の保護 売主の（経済的利益）保護は、二年の時効期間（指令第五条第一項）、および、代物給付が期待不可能な費用により過分な場合は代物給付を拒絶できること（指令第三条第三項第二文）達成される。

## 第二節 代物給付における売主の取外し義務、取付け義務

### 一 事案の概要

1 本件は、ドイツ国内においては、二つの事案において問題となったものであるが、併合審理されたものである。本件の概略は、以下の通りである。<sup>(7)</sup>

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（二）

2 事案一は、イタリア製の床タイルを買った買主が、これを自宅に張った後、床タイルの表面に肉眼でも認識できる陰影（機能的障害ではなく視覚的瑕疵）が生じ、この瑕疵除去はタイルの完全な交換によってのみ可能であったことから、買主は、売主に対し代物給付と張替えのための費用を訴求したというものである。第一審は、売買代金の減額のみを認めたのに対し、控訴審は原審の判断を一部変更し代物給付および取外し費用の支払いを命じた。これに対し、売主が上告した。

BGHの判断の要点は、以下の如くである。ドイツ法に従えば、買主は売主に対し瑕疵ある床タイルの交換費用の補償請求権を有しない。すなわち、売主は、相対的過分の場合のみならず絶対的過分の場合にも妥当する民法第四三九条第三項にもとづき、瑕疵なき床タイルの給付および瑕疵ある床タイルの相応な取外し方法による追完を拒絶し得る。しかし、同条項は、その文言に従えば、相対的過分の場合のみを予定しているようにみえる指令（第三条第三項）と矛盾する可能性がある。そこで、代物給付の場合に、瑕疵ある物の取外しおよびそのために要する相当な費用を賠償することを売主に請求し得るのかが問題となる。もっとも、ドイツ民法はこのように売主の義務を原則として予定していない。そこで、BGHは、手続を中断し、EC司法裁判所に先行判決を求めて付託した。

3 事案二の概要は、次の通りである。自動食器洗機の買主が、これを自宅に取り付けた後、自動食器洗機に、取付けによっては生じ得ない除去不能な瑕疵があることが判明した。そこで、自動食器洗機の交換を合意した買主は、合意の範囲で、売主に対し代物給付のみならず、瑕疵ある自動食器洗機の取外しと新規の自動食器洗機の取付け、またはそれらの費用を請求した。ところが、売主がこれに応じなかったことから、買主は、契約を解除

し瑕疵ある自動食器洗機と引換えに売買代金の返還を求めて訴求した。

裁判所は以下のように判断した。ドイツ法によれば、売買契約の解除の有効性は、買主が売主に対し追完として負担している債務を請求して有効な期間を設定し、その期間が徒過したかにかかっている。そこで問題は、買主が売主に対し、瑕疵ある自動食器洗機の取外し、新規の自動食器洗機の取付け、またはこれらの費用償還を請求できるかである。この点につき、売主のかかる義務はドイツ法には存在しないが指令からは生じ得る。そこで、手続を中断し、E.C司法裁判所に先行判決を求めて付託した。

4 以上につき、ここでの論点は、第一に、指令第三条の規定は、瑕疵ある物の追完義務の内容として、瑕疵ある物の取外し義務および代物給付された物の取付け義務（ないしこれらに対応する費用償還義務）を含むのか、第二に、以上が肯定される場合であっても、指令第三条第三項は、過分の費用を要することを理由として追完を拒絶し得るのかである。

## 二 法務官 Mazák の意見<sup>(8)</sup>

1 これらの点につき、法務官 Mazák は、指令の解釈として、追完義務としての取外しおよび取付け義務を否定し、“絶対的過分”<sup>(9)</sup> の場合を理由としても追完を拒絶できるとする。法務官意見の要点は、以下の如くである。

2 前者について。この問題を損害賠償の請求可能性の問題として位置づける。

第一に、買主（消費者）の権利は、原則として売買契約において合意された義務に限定されるものであり、指令第三条の文脈的もしくは体系的解釈からは、このような売主の責任は導かれない。第二に、瑕疵ある物の取外

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（二）

し費用は、ドイツの損害賠償法によれば可能ではあるが、有責性を要件とする。すなわち、労働（役務）もしくは費用は、契約違反の結果であるのみならず消費者の責任領域にある行為から生じるものであるから、かかる費用に対する売主の責任は、通常は、因果関係、帰責性、場合によっては有責性の構想にかかり、それにより基礎づけられるものである。第三に、指令第三条第三項、第四項の「無償」要件により、救済は拡大されない。この点で、本件は Quelle 事件（第一節に紹介した判決を指す。）と区別されなければならない。EC 司法裁判所は、Quelle 事件において、無償の要件を、消費動産を契約に合致した状態に回復する義務の履行の領域において売主のあらゆる金銭的 (finanzielle) 要求は排除されると理解した。これは、代物給付における、売主の消費者に対する金銭的な請求権の問題である。これに対し、本件は、瑕疵ある商品が契約に合致した状態を回復する一部として、消費者は代物の無償給付を超えて売主に瑕疵ある商品の取外しまたはそれに相応する費用の賠償を請求し得るかという問題である。

3 後者について。第一に、指令は、消費者が契約上合意した給付を獲得するための救済である修補と代物給付を、代金減額または契約解除よりも優先するヒエラルヒーによる救済体系を予定している。したがって、消費者は、「まず」売主に対し修補または代物給付を請求し得る。すなわち、「このことが不可能でないか過分でない限り」で修補または代物給付という履行請求権を有する。この規定から一義的に導かれることは、この要件は「一次的水準」での二つの救済に妥当し、その結果、救済は双方の場合に可能でありかつ過分でないことが必要である。そうでない場合、売主は一次的救済を拒絶でき、消費者の選択は減額か解除に制限される。第二に、以下の理由により、「絶対的過分」の場合をも含む。指令が、追完を拒絶できる場合を相対的過分な場合に限定す



るのであれば、二次的救済たる代金減額および契約解除の適用領域は、修補も代物給付も不能な場合のみという、非常に限定されたものとなる。かかる解釈は、売主の利益を考慮しない不当なものであり、したがって、消費者の利益と売主の利益の相当な調整は図れない。この解釈は、売主に受け入れ難い不可抗力的損害 (Hartefall) をもたらず。

### 三 EUGH判決<sup>(11)</sup>

#### 1 判決要旨

(一) 取外し・取付け義務の肯定 判決は、売買契約における約定の有無にかかわらず、指令第三条第二項および第三項から、追完としての代物給付の場合に、売主に、瑕疵ある消費費用動産の取外し義務および代物給付された消費費用動産の取付け義務を肯定し、さもなければこれらに要した費用の負担義務を肯定する。

(二) 相対的過分の場合のみの拒絶権 判決は、指令第三条第三項は、消費費用動産が契約に合致していたならば有していた価値と比較して契約違反の意味が過分に費用を惹起することを理由として、唯一可能な代物給付に対する売主の拒絶権を排除している、とする。すなわち、履行拒絶を相対的過分な場合に限定する解釈をする。もつとも、かかる場合に、同条項は、(国内法により) 瑕疵ある消費費用動産の取外し費用および代物給付された消費費用動産の取付け費用に対する消費者の償還請求権が売主の請求により相当な額に制限され得ることを排除してないとする。

#### 2 本判決の論理

以上のように、本判決は、法務官意見とは全く反対の結論を導いている。以下においてまず、判決理由の要点

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (二)

を抽出しておこう。

(一) 取外し・取付け義務の論拠 ①「無償」概念の拡大 判決は、立法者意思を援用することにより、「無償」概念を、消費者保護の本質的要素として抽出し、法務官意見とは異なり、これを追完請求の場面にも拡大し、取外し・取付け費用の経済的負担により追完請求権の行使を差し控える消費者を保護すべき義務を売主に負担させる。

② 著しい不愉快を与えないこと 判決は、指令第三条第三項の援用により以上の点を補足し、売主が契約違反の消費動産を取り外さず、代物給付された消費動産を取り付けない事情は、疑いなく消費者にとっては著しい不愉快を意味するとする。

③ “代物給付”概念の拡大可能性 「代物給付」概念は、ドイツにおいても、代物の単なる給付に限定されるものではなく、契約違反の消費動産が代物給付された消費動産により交換される義務が存在することを指示し得る。

④ 高い消費者保護水準の確保 そのうえ、指令第三条第二項、第三項の解釈は、高い消費者保護水準の確保という指令の目的にも合致している。そして、かかる解釈は不公平な (ungerechte) 結果にも至らない。売主は、有責性がないとしても、本旨に従って履行しなかったのであるから、不完全履行の効果を負担しなければならぬ。これに対し、消費者は本旨に従って履行している。また、消費者が、給付された消費動産が契約に合致していることを信頼して瑕疵ある消費動産を瑕疵の露見前に善意で当該動産の種類と使用目的に従い取り付けたという事情は、消費者の有責性を意味しない。

⑤ 契約違反の効果は指令（法）からも生じる。この解釈は、売主が売買契約にもとづき給付された消費費用動産の取付け義務を負担していたことに左右されない。すなわち、確かに指令第二条によれば、売買契約により消費費用動産の契約に合致した状態が確定され、それによってとりわけ何が契約違反を意味するのかということが決定される。しかし、かかる契約違反の場合に導かれる売主の義務は、不完全履行からのみならず、とりわけ消費者保護に関する規定、および、契約上の義務を超える義務を課している指令第三条からも生じる。

⑥ 売主の保護 売主の経済的利益は、二年の時効期間（指令第五条第一項）、および、この瑕疵の除去を過分の費用を理由として拒絶する可能性（指令第三条第三項第二文）により保護されている。

(二) 相対的過分の場合に限定する論拠 ① 相対的過分の場合に限定 確かに指令第三条第三項第一文は非常に開かれているので、「絶対的過分」の場合をも含む。しかし、同条項第二文は、「過分に」という概念をもつばら他の追完可能性との関係において定義し、それにより「相対的過分」の場合に限定している。この限定は、指令の第一一の考慮事由により裏づけられる。それによれば、他の追完方法との比較において期待不可能な費用を惹起する追完方法が過分なのであり、ここで決定的なのは、追完費用が他の追完費用より一義的に高額であるかということである。立法者により指令第三条第三項第二文においてなされたこの決定は、指令が追完を契約解除または代金減額よりも優先させた事情にもとづいている。加えて、この決定は、後者の二次的手段（解除または代金減額）によっては、追完と同様の消費者保護水準を確保し得ないということにより根拠づけられる。したがって、立法者は、不能または相対的過分の場合にのみ売主に瑕疵ある消費費用動産の修補または代物給付の拒絶権を付与したのである。それゆえ、この追完方法のみが可能であることが証明される場合、売主は消費費用動産の契約

に合致した状態を回復し得る唯一の追完方法を拒絶し得ない。

②消費者の請求権の縮減 もつとも、この場合において必要なときは、消費動産が契約に合致していたならば有する価値および契約違反の意義に相当する額に制限されることを排除していない。かかる制限は、契約違反の消費動産に対する消費者の代物給付請求権には触れない。この枠組において強調されるべきことは、指令第三条は、より弱い当事者としての消費者に、売主の契約上の義務の不完全履行に対して広範でかつ有効な保護を与えると同時に、売主により援用される経済的な熟慮を顧慮するという仕方、消費者の利益と売主の利益との公平な調整を図ろうとしているということである。それゆえ、消費者の取外し・取付けに対する費用償還請求権が縮減されるべきかどうかを検討する場合、契約に合致していたなら消費動産が有していた価値と契約違反の意義および高い消費者保護水準の確保という指令の目的が顧慮されなければならない。すなわち、かかる縮減可能性により消費者の費用償還請求権が実務において空洞化される結果となってはならない。

③縮減の場合の二次的救済の可能性 費用償還請求権の縮減の場合、消費者には減額または契約解除の可能性が確保されなければならない。売買代金の一部を負担するという仕方でのみ消費者が瑕疵ある消費動産の契約に合致した状態を回復し得るといふ事情は、消費者にとって著しい不愉快を意味するからである。

### 第三節 両判決の要点

#### 一 利用利益返還義務否定判決

本判決について、本稿の問題意識に沿って、その要点を記しておこう。

1 給付の均衡——不当利得の問題 本判決は、追完の一場合である代物給付における買主の不当利得を、二つの側面で問題としている。それらは、瑕疵ある物（消費動産）の利用によって得た利益の局面において、代物給付された瑕疵なき物の取得による、言わば将来に向けて得べき利益の局面においてである。これらはいずれも、給付の均衡あるいは対価的均衡に関わる問題、いわゆる調整的（矯正的）正義の問題であると言ってよいであろう。利用利益返還問題は、言うまでもなく前者の局面においてである。本判決で直接問題となっているのは前者の問題であり、これに対する解釈問題が主たるものであるが、本判決は、後者の問題に対しても、応（答）えている。

2 一次的救済の貫徹 本判決は、前者の問題につき、契約解除の場合の巻戻しの場合と同様に買主の利用利益の返還を認めるドイツ民法の立場を否定し、買主の利用利益の返還義務を否定した。その意味で、給付の均衡論、調整的正義論の視覚からは、疑義が提起され得る内容である。したがって、この点をどのように基礎づけるかが問題とされなければならない。本判決がこの点について採る基本的立場は、瑕疵ある消費動産の給付の場合において指令が予定している、消費者（買主）の救済体系の貫徹可能性であると言い得る。即ち、消費者（買主）

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（二）

四五

の本来的履行請求権を貫徹するための第一次的救済方法としての追完請求権の行使を可及的に可能にしようとする考慮であり、このような、いわば「公益」により給付の均衡、調整的正義を後退させていると言えるであろう。

3 消費者保護との関係 本判決は、以上の論理を正当化するために、指令第三条第四項の「無償」概念を拡大する（例示列举説）が、その根幹にある考え方が、「消費者に差し迫った経済的負担を与えない」ということである。このような論理は、追完（ここでは代物給付）により「消費者に不愉快を与えない」ことの具体化として支持され、「高い消費者保護水準の確保」という理念から正当化されている。

## 二 取外し・取付け義務肯定判決

ここでも、本稿の問題意識に沿って、本判決の要点を記しておこう。

1 売主の取外し・取付け義務の根拠 まず、本判決の枠組の特徴は、法務官意見を念頭におくことにより、より鮮明となる。本判決は、瑕疵ある物の取外し・代物の取付けの問題を、売主の有責性を要件とする損害賠償の領域の問題であるとするを明確に否定し、あくまで追完の領域の問題であるとしている。追完の領域の問題であるとするこの最も重要な意義は、上記問題が売主の有責性を要件としない点にある。もともと、本判決は、以下に整理するように、瑕疵ある消費費用動産について、一方でこれを善意で取り付けた買主の有責性を否定し、他方でこの物の給付につき売主の「義務違反」を問題とすることにより、消極的な正当化を図っている点にも留意する必要がある。すなわち、ここでの問題を、有責性を要件とした売主の損害賠償責任の問題とせず、有責性を要件としない追完の問題としつつも、全くの外在的（政策的）要請による正当化に終始しているのではない。すなわち、双方に全く広義の有責性が存在しないにもかかわらず売主に無過失の追完義務を負わせるもので

はなく、善意の買主の（取付けに対する）有責性を否定しつつ、売主には瑕疵ある消費動産を給付したという「義務違反」を援用することにより、売主に対する追完義務を肯定することの正当化を図っているのである。

以上のように、本判決は、代物給付義務を負う売主に、有責性を問題とすることなく、言わば積極的に（新たに言ってもよい。）取外し・取付け義務を課す。この点が本判決のポイントである。

つぎに、売主にこれらの義務を課す場合、その淵源は何に求められるか。これについての最も根本的な問いは、意思（契約）か法かということである。この点につき、本判決は、当事者の義務内容（従って契約違反の存否）は契約内容の確定においてなされるが、不完全履行の場合にいかなる効果を付与するかについては、契約上の義務を超えて課す法（指令）からも生じるとする。すなわち、契約違反の効果は、当事者意思を超えた一般意思たる法（指令）から導かれ得るといっているのである。

それでは、法が当事者意思を超えてまで上記義務を売主に課す根拠は何か。この点につき、本判決は種々の根拠を挙げる。その根本は、「取外し・取付け費用の経済的負担により、追完請求権の行使を差し控える消費者の保護」ということになる。 「無償」文言の拡大、「代物給付」概念への含意は、この点を文言上基礎づけるものであり、「消費者の不愉快」の回避、「高い消費者保護水準の確保」は、この点を指令の理念・目的から基礎づけるものである。そうすると、ここでは、当事者の意思を超えて売主に義務を課す法の諸根拠のうち最も重要な理論的根拠は、消費者の追完請求権の行使を可能な限り確保する、という点に収斂するであろう。

このように評価し得るとすれば、売主の取外し・取付け義務を肯定する理論的・体系的根拠は、瑕疵ある消費動産を給付した場合における指令の救済体系のなかで一次的救済の可及的貫徹であり、その政策的根拠は、

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（二）

四七

「高い消費者保護水準の確保」ということになる。

## 2 相対的過分の場合に限定する根拠

本判決における、売主の追完拒絶の論理の要点は、以下の如くである。すなわち、①追完拒絶は、相対的過分の場合にのみ許され、その結果、他方の追完（ここでは代物給付）が可能である場合には、売主の追完拒絶は許されない。②もつとも、この場合、追完費用（償還請求権）が相当額まで縮減され得る。③ただし、この場合には、買主の二次的救済（減額、解除）の可能性が残されていなければならない、というものである。

以上の論理は、ここでも、相対的過分の場合に限定することに関しては、一次的救済（追完）の優先性を根拠とし、追完費用の償還請求の縮減の場合の限界の設定は、「消費者の不愉快」を根拠とするものである。

## 第四節 小括

### 一 両判決内容の同一性

以上に整理したEUGHの二判決から、興味深い論理を抽出し得る。すなわち、両判決は、一方で、代物給付たる追完の場合に、売主の利用利益返還請求権を否定し、他方で、売主に取外し・取付け義務を肯定することにより、消費用動産の買主である消費者を保護していると一応は言い得るであろう。その論理は、以下に見るように、二つに大別できる。一つは瑕疵ある消費用動産の場合の買主の救済体系における一次的請求の可及的貫徹であり、いま一つは、その場合に最も問題となる消費者の経済的負担の可及的解消、ということである。両判決は、



この点においてほぼ同一の内容となっており、また同一の立場に立っていると言い得る。後者においては、指令第三条第四項の「無償」概念の拡大、追完請求により消費者に不愉快を与えない、「高い消費者保護水準の確保」という論拠が加わる。そして、その背景（実態）として、消費者に差し迫った経済的負担を掛けてはならない、という考慮（価値判断）があり、このことが、一次的（追完）請求を妨げるという洞察である。

## 二 救済体系における追完の優位性

もっとも、本稿の視覚である「本来的履行請求権の具体化」としての追完請求権という観点から両判決の論理を汲み取るならば、本来的履行請求権の具体化たる追完請求権の優位性、瑕疵ある消費用財産の買主の救済体系における一次的救済手段を、単に法制度（体系）上、一般的・抽象的に宣言ないし確保するにとどまらず、個別の場合においても、これと対立する制度上の問題を排除し追完の優位性を貫徹するという点において、両判決は共通している。この点を踏まえて、両判決から導かれることは、EUGHの指令第三条の解釈においては、追完の優位性を貫徹するという態度が一貫しているということを読み取ることができるであろう。

## 三 課題——制度間調整を正当化する論拠

かかる解釈論の展開において、単に「高い消費者保護水準の確保」という理念的なものではなく、より具体的な制度内在的根拠である、買主の救済制度（追完請求権）の貫徹という理論的要請を正面に据える場合、この要請に対立する、売主側の制度的・理論的要請は何かが問題とされねばならない。それは、前者においては、既に示唆した給付の均衡（調整的正義）であり、後者においては、売買における主たる給付義務（財産権移転義務）である。このように、上記二判決における売主側の理論的要請を措定して、EUGHの判決の論理を要約すると、

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程（二）

買主の追完請求権の貫徹を、前者では給付の均衡より優越させ、後者では財産権移転義務より優越させた、ということになる。このように要約できるとすると、EuGHの二判決を、「消費者保護」を援用することなしに民法レベルで理論的に正当化するとすれば、更なる課題は、それはいかなる理論的根拠にもとづくとすることが可能なかということに収斂するであろう。この点で、「消費者に差し迫った経済的負担を掛けない」という考慮が、いかなる意味、いかなる内容において正当化され得るのか、ということが、民法法の解釈論レベルにおいても一つの視点を提供するであろう。

- (1) 詳細は、拙稿「(E C企業法判例研究) E C消費不動産売買指令とドイツ民法第四三九条第四項(上)(下)」国際商事法務三六卷八号(二〇〇八年)一〇七六頁、同九号(二〇〇八年)一二三二頁、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——」法と政治五九卷三号(二〇〇八年)一頁を参照されたい。
- (2) LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 22. 4. 2005, NJW 2005, 2558.
- (3) OLG Nürnberg, Urt. v. 23. 8. 2005, NJW 2005, 3000.
- (4) BGH Vorlagebeschl. v. 16. 8. 2006, JNW 2006, 3200 (mit Anmerkung Stephan Lorenz), Baur 2006, 2047 (mit Anmerkung Rolf Kniffka).
- (5) もっとも、BGH自身は、通説と反対説(少数説)を詳細に紹介しつつ(これに関し、拙稿・前掲国際商事法務論文(上)一〇七七頁参照)、国内法の解釈レベルでは、文言と立法者意思(通説の立場でもある)を超える解釈の限界(ドイツ連邦共和国憲法第二〇条第三項参照)を指摘しつつも、一貫して反対説(少数説)の立場を共有する。
- (6) Urt. v. 17. 04. 2008-Case C-404 /06, Celex No. 60610404, NJW 2008, 1433.
- (7) 詳細は、拙稿「(E C企業法判例研究) 瑕疵ある消費不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) 六二六頁を参照されたい。
- (8) Schlussanträge des Generalanwalts Mazák v. 18. 5. 2010 in den Rs. EuGH 20100518 Aktenzeichen C-87 / 09, BeckRS 2010, BeckRS Jahr 90584 — Putz, und C-65 / 09, BeckRS 2010, BeckRS Jahr 90583 — Weber.
- (9) 絶対的過分とは、買主が請求した追完方法の費用とこの追完の意義とを比較して過分か否かを判断することを用い、相対的過分とは、買主が請求した追完方法の費用と他方の追完方法の費用とを比較して過分か否かを判断することを用い。
- (10) 詳細は、拙稿・前掲論文注(7) (上) 四六三頁を参照されたい。
- (11) Urt. v. 16. 6. 2011 -Case C-65 / 09 und C-87 / 09, Celex No. 609CJ00665, NJW 2011, 2260.

瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (二)

五一

# 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 (in diesem Heft)
- IV . Diskussion zur Aus- und Einbauverpflichtung in Deutschland
- V . Erfüllungsort für Nacherfüllung in Deutschland
- VI . Zwischenergebnis
- VII . Zusammenfassung und Dogmatikvorschlag

Also werden das Resümee dieses Beitrags nach Fertigstellung ausgeführt.

五  
二