

論 説

追完請求権の制度的意義

萩原基裕

目 次

- I はじめに
- II 改正民法における追完請求権の立法理由
- III BGBにおける追履行請求権の立法理由
- IV 検討
- V 結びに代えて

I はじめに

1. 問題の所在

平成29年（2017年）5月26日に民法の一部を改正する法律が成立した（以下、改正民法）。同法は平成32年（2020年）より施行される予定である¹⁾。周知のとおり、改正民法は主として債権関係を中心に多くの規定の修正や、いくつかの新制度を包含する包括的な改正立法となっている。本稿は改正民法において新たに規定される、売買契約の買主の法的救済の一つとしての追完請求権（改正民法562条。以下、改正民法の条文を示す際には単に改正〇〇法とする）を扱うものである。

改正562条では、売買契約の目的物に種類、品質または数量に関する「契約不適合」が存在する場合、買主は売主に対して修補、代替物の引渡し、または不足分の引渡しによる追完を請求可能と定めている。詳しくは後述するが、追完請求権が改正562条において新たに規定された理由は、現行民法570

条の「売主瑕疵担保責任」の法的性質をめぐる論議に関し、いわゆる「特定物ドグマ」を否定したうえで「契約責任説」を改正民法では採用するがゆえに、契約不適合のある目的物を給付された買主に対して追完請求権を認めることが当然であるからと説明される²⁾ところである。一方で、現行民法の570条ではその準用する566条の定める法律効果として、損害賠償と契約の解除のみ定められていることから、改正562条は売主の契約不適合給付に対する責任の効果の一つとして全く新しい法的救済を規定していると理解される。これまでに存在しなかった新たな規定が施行後に取引実務や法実務で運用されるのであれば、当然それに伴って種々の問題が生じてくることは容易に予想される。近時の論考ではすでに追完請求権が新规定されることに伴って、今後生じてくるであろう諸問題を指摘して警鐘を鳴らしているものも見受けられる³⁾。

具体的な争訟において追完請求権をめぐる契約当事者間で争いが生じ、改正562条の解釈問題が生じてきたとしよう。その場合、解釈指針としてまず参照すべきは改正562条の立法趣旨であろう。改正562条に定める追完請求権がなぜ、どういう理由で規定されたのか、具体的には契約当事者のいかなる利益を保護する趣旨で規定されたのかを基準に、訴訟においてあらわれた具体的当事者の紛争を処理していく必要があるだろう。しかし、改正562条の追完請求権が規定されるに至った理由である「特定物ドグマの否定」、「契約責任説の採用」という根拠は、果たして今後生じうる具体的な争訟を解決していくための指針として有用足りうるのだろうか。

たとえば、追完請求の優位という問題について考えてみよう。改正民法では債権者（買主）に認められている法的救済は、条文では累計で四つ用意されている⁴⁾。損害賠償請求権（改正415条）、契約解除権（改正540条以下）、追完請求権（改正562条）、そして代金減額請求権（改正563条）である。さて、売買契約において債務者（売主）が買主に引き渡した目的物に契約不適合があり、かつこの不適合が追完可能であるとしよう。このとき売主の契約不適

合給付につき改正415条の要件である、①本旨不履行と②帰責事由が認められるのであれば、買主は売主に対して損害賠償請求ができることになる。他方で改正562条は契約不適合給付があれば追完請求が可能と定めるので、この点で改正415条による損害賠償請求権と改正562条による追完請求権の関係が問題となる。果たして債権者（買主）は、損害賠償請求権と追完請求権を選択的に行使できるのか、あるいはいずれか一方を行使できるのか⁵⁾。追完請求権と他の法的救済の優劣をめぐる問題が生じた場合、この問題の解決指針として改正562条の立法理由である「特定物ドグマの否定」・「契約責任説の採用」はどこまで有用であるのか。これらの理由からすれば追完請求権が認められる根拠としては、特定物が目的物である場合にも「あるべき性質」を持つ目的物の給付が契約内容となりうるということであり、それに適合しない特定物が給付されれば、債権者としてはあるべき性質を備えるように完全な履行を請求できるためということになる。しかし、こうした理由で先に挙げたような「追完請求権の優位」をはじめとして今後生じてくるであろう追完請求権をめぐる種々の法的論議に解決をもたらすための指針とすることはできるであろうか。すなわち、いまだ改正民法は公布後未施行の状態ではあるものの、取引実務や法実務において追完請求権をめぐる生じうるであろう種々の問題に対応するための解決指針として、まずは追完請求権の持つ客観的な制度的意義を明らかとし、それを問題解決のための指針として用いていくことを提案することが急務であるといえる。

2. 検討の方法・順序

そこで本稿では、すでに2002年に民法の一部の改正を経験したドイツ法の知見を参照することで、改正民法における追完請求権の制度的意義を検討するための素材としたい。ドイツ民法典（以下BGB）は、2002年に債務放部分の改正を受けた。売買法ではいわゆる追履行請求権 *Nacherfüllungsanspruch* が買主のための新たな請求権として規定されるに至った。この権利

は改正562条の定める追完請求権と同様に、目的物に瑕疵があった場合に買主に対して修繕Nachbesserungもしくは代物引渡しNachlieferungによる追履行の請求を認める法的救済となっている。そしてBGBにおいて新たに追履行請求権が導入された経緯をみるに、単に特定物ドグマの否定といった瑕疵担保責任の法的性質をめぐる学術論議の成果を条文化したというわけではなく、より具体的かつ実際的な理由から規定されたということがわかる。そのため、改正民法において新たに導入された追完請求権を、その立法理由からいったん離れてその制度的意義から検討してみると、ドイツ法の知見は有益な示唆足りうるものと見込むことができる。そこで以下、本稿ではまず改正民法における追完請求権の導入理由につき、改正論議と現在みられる学説を中心に整理したうえで（Ⅱ）、BGBにおける追履行請求権の立法理由を参照する（Ⅲ）。以上の整理と分析を経、改正562条の追完請求権の制度的意義について私見の展開を試みたい（Ⅳ）。

Ⅱ 改正民法における追完請求権の立法理由

1. はじめに

冒頭で述べたように、改正民法において追完請求権が規定されるに至った理由は「特定物ドグマの否定」・「契約責任説の採用」と目されるが、まずは実際に法制審議会民法（債権関係）部会の論議を追い、また近時刊行されている民法改正関連の文献の記述を整理して、これを明らかにしたい。

2. 法務省法制審議会民法（債権関係）部会の論議にみる追完請求権の立法理由⁶⁾

（1）中間論点整理まで

それでは、法務省法制審議会の民法（債権関係）部会では、追完請求権の規定根拠をめぐるどのような議論がなされたのであろうか。ここでは法務省法制審議会民法（債権関係）部会にて行われた審議のうち、追完請求権

の規律根拠に焦点を当てて整理していくことにする。

新規定としての追完請求権がまず問題とされたのは、「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（1）」のうち、履行請求権にかかる項目の一つとして、追完請求権の規定を要するかどうかというかたちであった⁷⁾。そこでは、以下のように述べられている。すなわち

「判例・学説は、債務者が不完全な履行をした場合、債権者には代物請求権や瑕疵修補請求権等の追完請求権（完全履行請求権、補完的履行請求権）が認められると解しているが、現行民法には、請負に関して瑕疵修補請求権の規定（民法第634条第1項）が置かれているほかは、追完請求権に関する規定が置かれてない。追完請求権が、不完全な履行がされた場面で債権者が行使することのできる基本的で重要な権限の一つであることに照らせば、国民に分かりやすい民法とする観点から、これを条文上明確にすることが望ましいという考え方がある」。

「また、追完請求権における追完の具体的内容は、瑕疵修補請求、代物請求、追履行請求、再履行請求等、債権の内容や不完全な履行の態様等により千差万別であり、多くの場合、その内容は、債権成立時の履行内容と異なるという特徴がある。そのため、債務者による履行が全くない場面と異なり、当初の債権の内容と異なる内容の追完を望まない当事者をどこまで契約あるいは当該債権関係に拘束するか、追完を望まない債権者に対する債務者の追完利益をどこまで保障するかという新たな考慮要素が生じ得る。そのため、追完請求権に関する規定を置くことは、このような追完請求権の特徴を踏まえた解釈の発展を促すことにもつながり得る上、国民一般に分かりやすい民法とする観点から、追完の遅滞による損害賠償請求権や追完不能による追完に代わる損害賠償請求権の規定、追完請求権の限界に関する規定等、追完請求権の特徴を踏まえた規定を設けることを可能にするという意義も認められる」。

この提案からは、「追完請求権は不完全な履行があった場合に債権者に認められる基本的かつ重要な権利であるが、請負契約の規定を除くほか規定が置かれておらず、国民に分かりやすい民法という観点からこの権利を規定することが望ましい」という意図が読み取れる。他方で議事録をみるに、追完請求権を「どのように規定するのか」に関する意見や懸念は多くの委員から表明されているものの、追完請求権が「なぜ規定されるのか」に関しては目立った意見は見られない⁸⁾。

また、その後の売買契約の規定をめぐる提案でも、追完請求権の規定の可否や是非が提案されているが、議事録をみるにやはり規定根拠や制度趣旨というよりも、追完請求権をそもそも規定するべきか否か、どのように規定するのが焦点となっている¹⁰⁾。

そうした中でいわゆる第1ステージの議論がまとめられ、中間的な論点整理として公表されるに至る。そこでは追完請求権に関して、「一般に、債務者が不完全な履行をした場合には、債権者に追完請求権が認められるとされることから、そのことを確認する一般的・総則的な規定を設けるべきであるという考え方がある。この考え方については、追完方法の多様性等に鑑みると抽象的な規定を設けることしかできず意義が乏しいのではないかという意見や、抽象的な規定であっても無名契約の追完請求権の根拠になるなどの意義があるとする意見があったことを踏まえて、不完全履行により債権者に認められる権利を個別的・具体的に定める契約各則の規定の検討状況（後記第39、1等）に留意しつつ、有意な規定を置けるかどうかという観点から、更に検討してはどうか。また、追完請求権の要件となる「債務の不完全な履行」の具体的な内容について、代物請求権が認められる具体的な場面の検討と併せて、更に検討してはどうか」とされている¹¹⁾。

この中間論点整理はパブリック・コメントに付されることになるが、追完請求権に関してはいくつかの注目できる意見もある¹²⁾。たとえば追完請求権が明記されることで、請負契約においてはすでに瑕疵修補請求権の定めがある

ところ、本規定は債務の履行における軽微な瑕疵については修補という形で補完することを認めることで、仕事を一からやり直すことによる無駄を削減する効果があり、経済的合理性に資するものである。したがって、瑕疵修補請求権を不特定物売買契約や不特定物賃貸借契約にも拡張する形で、追完請求権を明文化すべきとの意見や、現実の取引においては、債務者が不完全な履行をした場合に、当事者が選択する具体的な解決策として「追完」が選ばれることが多いことに鑑みると、約中に追完についての特段の合意がなく、また、不完全履行時の対応について、当事者が合意できない場合に備えて、民法上、一般的／総則的な規定を明文化することは望ましいといった意見がみられる。いずれも不完全な履行を受けた債権者の一般的な権利として追完請求権が認められるべきという観点よりも、現実の取引の実情や経済的合理性からして追完請求権に関する規定を置くことが望ましいという趣旨となっている。

(2) 中間試案まで

第2ステージにおける論議のうち、まずは第37回の審議において履行請求権の項目の一つとしての追完が再び問題とされている¹³⁾。しかしそこでも、一般規定として追完請求権を置くことができるか否か、といったどのように追完請求権を規定するのかが焦点となっており、追完請求権の規定趣旨に関してはあまり議論や提案が見られない。次いで「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（15）」では、売買契約の効力、売主の責任をめぐる検討事項の一つとして追完請求権の規定が問題提起されている¹⁴⁾。そこでは次のように述べられている。

「売買の目的物における工業製品等の占める割合が大きくなっている現代においては、種類物売買の重要性が高まるとともに、例えば中古車売買のように特定物か種類物かの区別が必ずしも截然としないものも少なくない。こ

のため、目的物が種類物か特定物かを問わず、瑕疵の修補又は瑕疵のない代替物の引渡しといった追完による対応が合理的と認められる場面は広く存在するように思われる。そして、目的物が種類物か特定物かによって救済の体系を峻別し、前者については買主の追完請求権を肯定するほか損害賠償や契約の解除につき一般原則によるとしつつ、特定物である場合には民法第570条によるとして売主の追完義務を一律に否定するような考え方が硬直的であって現代の取引実務に適合的でないとの認識は、広く共有されていると考えられる」。

ここでは、現行570条に規定するように目的物に隠れた瑕疵があった場合に買主に損害賠償（または契約の目的が達成できない限りで解除権）を認めるだけでなく、工業製品の取引が主となっている現代では追完の方法による法的救済を認めることがむしろ合理的ではないか、との問題提起がなされている。この点は、単に瑕疵担保責任の法的性質論という観点からではなく、現代社会の実態・経済取引の構造に着目した追完請求権の異議を述べるものであり、本稿の観点からは注目に値する。しかしこの検討事項をめぐる第52回議事録でも、追完請求権の根拠についてはあまり詳しく論じられていない。そしてその後、中間試案がまとめられる過程では具体的な条文案の構成のため、どう追完請求権を規定するのかがますます多くなっており、本稿の問題関心からは特筆すべき点はない。しかし中間試案の補足説明では、中間試案にて売主の義務として「契約に適合する目的物を引渡す義務」が提案されているが、これについて以下のように述べられている。

「目的物が種類物か特定物かによって救済の体系を峻別し、前者については一般原則によるとして買主の追完請求権や損害賠償請求権や契約の解除権を肯定しつつ、特定物である場合には民法第570条によるとして売主の追完義務を一律に否定するという、典型的な法定責任説の考え方が、非常に硬直

的であって工業製品が目的物の中心となっている現代の取引実務に適合的でないとの認識は、広く共有されていると考えられる。そうすると、民法において規定すべき売主の義務としては、目的物が種類物であるか特定物であるかを問わず、売主は当該売買契約の趣旨に適合した目的物を引き渡す契約上の義務を負っているとするのが適切」である。

言葉遣い等の若干の違いはあるものの、この説明は上述した検討事項(15)のそれとほぼ同一であり、追完請求権が規定される趣旨としてはやはり、「不完全履行を受けた債権者に認められる一般的な権利」であるから、「現実の社会経済の実態からすれば」、法定責任説によることで「追完義務を排除することが望ましくない」ためとされている。

(3) 改正案まで

いわゆる第3ステージの議論でも、引き続き追完請求権をめぐるさまざまな論点が討議されている。このステージを経て、民法改正案がまとめられていくこととなるが、本稿の問題関心からは特筆すべき点は多くはないようである。追完請求権の制度趣旨をめぐることは、要綱案のたたき台で中間試案と同様に社会経済の実態からみた追完請求権の意義が説かれている点に着目できる。¹⁵⁾しかしここでもやはり契約責任説が望ましいという側面が強調されている。

3. 学 説

現在、2020年に民法が改正されることを受けて民法改正関連の教科書や概説書も出版されはじめ、また教科書類でも民法改正に対応した記述を備えるものが多くみられるようになっている。それではそうした教科書類では、新たに規定される予定の追完請求権の立法理由・制度趣旨はどのようにとらえられているのか。

ありていに言ってしまうえば現状では追完請求権の根拠等について説明を試みるものは少ないようであるが、たとえば潮見佳男教授は「瑕疵担保責任をめぐる法的論議に関して改正民法ではいわゆる特定物ドグマを否定して契約責任説を採用するため」に、買主の権利として追完請求権を規定することが妥当であるからと説明される。¹⁶⁾なるほど契約責任説によれば目的物が特定物であると種類物であるとを問わず、あるべき性質を備えた目的物の給付が契約内容となる以上、売主は当然当該性質を持つ目的物を給付しなければならず、特定物であってもその性質を備えていないのであればすなわち債務不履行であり、一般原則に従って履行（追完）請求が買主に認められるべきことになる。

一方で他の概説書では、少し異なった意見、つまり改正論議でも見られたような現代社会の経済実態を踏まえた説明を試みるものも見られる。たとえば山本敬三教授は「契約責任説の採用」が追完請求権の新設など売買契約における売主の義務に関する改正の根拠であるとする点で潮見教授と同意見であるが、特定物ドグマが「現代の市場社会にマッチしない」ということを指摘される。¹⁷⁾つまり瑕疵担保責任に関するルールは市場が十分に整備されていない古代ローマ時代に形成されたもので、現代には合致しない。現代の市場社会では物を買うことは物を使って利潤を得ることが目的であり、買った物が予定通りの性質を備えていないと合理的計算が成り立たない。そのために特定物ドグマと法定責任説は現代社会の経済活動の需要を満たさないから、契約責任説を採用してその帰結として追完請求権等が整備されたとされる。また別の学説では、「現代社会においては、売買の目的物は、大量生産され、不具合があった場合には部品の交換や代替物の給付など履行の追完が可能であるものが多く、実際の取引においてもそのような対応が一般化して」おり、法定責任説を維持することは「取引の実態に合致しておらず、また、いたずらにルールを複雑化するものであって合理的でない」とするものもある。¹⁸⁾

4. 小 括

以上、改正民法において追完請求権が新たに規定された理由について、法制審議会民法（債権関係）部会での提案内容と論議、そして近時出版されている民法改正にかかる教科書や概説書の説明を整理した。そこでは主として、瑕疵担保責任論におけるいわゆる「特定物ドグマ」を否定して「契約責任説を採用」するがために、買主の法的救済として追完請求権を規定すると述べられている。そして瑕疵担保責任の法的性質決定という側面だけではなく、工業製品が取引の中心である今日の経済取引においては、法定責任説の考え方は実務に適合しないという点も強調されている。以上のように、さしあたって改正民法における追完請求権の導入理由は、瑕疵担保責任の法的性質を契約責任ととらえ、特定物であってもあるべき性質を備えていることが契約内容になる以上、追完という方法であるべき性質を実現すべき請求権を買主に認めることが、現代経済社会においては合理的であるとの考え方によるものと理解できる。

いわゆる瑕疵担保責任論における対立意見の一方を採用するかたちで追完請求権の規定が置かれることになったという理解ができるが、冒頭で述べたように今後追完請求権をめぐる理論上・実務上生じうる種々の適用問題・解釈問題の解決指針として、このような「契約責任説を採用したため」との立法趣旨は、どこまで有用といえるのであろうか。契約責任説を採用したために追完請求権が規定されるに至った、との論理が立法の理由として成り立つとしても、そのことでもって直ちに追完請求権そのものが果たす・あるいは果たすと期待されている機能や意義が明らかにされるわけではない。すなわち追完請求権をめぐる今後生じうる問題を解決していくための指針としては、「追完請求権がいかなる機能を果たすことが期待されたために規定されるに至ったのか」という視点・理由付けが必要と思われるが、これが欠けてしまっているように思えるのである。

他方で改正論議の中において着目すべき意見もある。それは中間論点整理

に対するパブリック・コメントに見られる。追完請求権を規定するべきかどうかという論点に関しては、公開されているパブリック・コメントを参照する限り是非がみられたが、規定に賛同する意見の中で、追完請求権が「経済的合理性」に奉仕するという意見や、修繕などの追完の方法による紛争解決が「当事者の意思によって選択されることが多い」といった、経済的に合理的であるという意義や当事者意思への合致という意見が垣間みられている。これは、契約責任説を採用したという追完請求権の立法理由とは異なって、追完請求権そのものが現実社会において果たしている機能や意義にかんがみたコメントであると目される。追完請求権をめぐる問題を解決するための指針として有用足りうるのは、このような側面といえるのではないであろうか。

Ⅲ BGBにおける追履行請求権の立法理由

1. はじめに

BGBは、2002年の債務法改正によって売買契約の買主の法的救済として新たに追履行請求権を導入した（BGB437条1号および439条1項）。これは、目的物に瑕疵があった場合に売主に対して修繕あるいは代物引渡しというかたちで完全な履行を請求できるとする規定であり、改正民法562条の追完請求権と趣旨を同じくする。そしてBGBにおいて追履行請求権が新たに導入された理由は、改正民法のそれとは異なって、特定物ドグマを否定し契約責任説を採用するという瑕疵担保責任の法的性質をめぐる学説論議が出発点ではない。BGBではより実際的な理由から追履行請求権が導入されたのであり、また追履行請求権と内容を同じくする以上、改正民法の追完請求権の持つ意義や機能も追履行請求権のそれと同様であると考えられることから、BGBにおける追履行請求権の導入経緯や理由を参照することは改正民法の追完請求権をめぐる生じうる問題解決の指針を与えてくれることであろう。

2. 債務法改正以前のBGBにおける追履行請求権¹⁹⁾

BGB自体は1900年から施行されているが、2002年に債務法が改正される以前のBGB（以下、旧BGB）でも、売買法において部分的にはあるが追履行が認められる場面があった。そこでまずは、旧BGB売買法における法的救済の体系を整理したい。²⁰⁾

旧BGBの売買法では、まず459条1項1文において「危険移転の時点で物に瑕疵がある場合、売主は買主に対して責任を負う」とされていた。そしてその責任の内容は、買主が売主に対して瑕疵に基づく解除Wandelungをすることができ、あるいは代金減額Minderungをすることができる²¹⁾とされていた（旧BGB462条）。そして売主が瑕疵を悪意で黙秘していたか、売主が保障した性質が存在していなかった場合、買主は不履行に基づく損害賠償を請求できるとされていた（旧BGB463条）。追履行に関しては、目的物が種類物である場合にのみ、買主は解除や代金減額に代えて瑕疵のない物の引渡しを売主に対して請求できるとされていた（旧BGB480条1項1文）。つまり旧BGBでは、目的物が種類物である場合にのみ、代物引渡しというかたちでの追履行が買主に認められていたということになる。

修繕というかたちでの追履行は旧BGBの売買法に規定はなかったが、これについてウルリッヒ・フーバーは立法に際して明確な議論はなかったと指摘したうえで、次のように説明している。²¹⁾すなわち、「請負契約と違い、売買契約の場合、売主が修繕をする能力を備えていることは全く当然のこととは言えない。しかし、売買目的物に瑕疵があり売主が瑕疵の除去をすることができる場合、通常は、面倒ごとを回避するために瑕疵を除去するように申し出ることにつき利益を有している。言い換えれば、買主はそうでなければ解除や代物引渡し（すなわち修理可能な物すべてを交換すること）あるいは代金減額を主張すると通牒することで修繕をするように圧力をかけることができるのである」という。つまりフーバーによれば、旧BGB売買法において修繕が認められなかった理由は売買契約では売主が目的物の修繕をできる

立場にあるとは限らないこと、そして目的物に瑕疵がある場合、買主からの解除や代金減額を免れるために売主が自発的に修繕を申し出、あるいは買主側から法的救済を行使する前に売主に修繕を促すということで足りるものと考えられていたようである。いずれにせよ旧BGB売買法では、瑕疵ある物の給付の場合においては限定的なかたちでのみ追完（代物引渡し）が認められ、買主が一般に行使できる法的救済は瑕疵に基づく即時解除と代金減額、そして瑕疵の悪意による黙秘か保証された性質の欠如という要件の下で損害賠償請求であったということになる。

しかし、このように瑕疵ある物の給付を受けた買主の第一次的な法的救済を解除あるいは代金減額とする体系は、売主側に特に負担となるものであることが明らかになっていき、次第にその問題が指摘されるようになったとい²²⁾う。シューアホルツの整理によれば、以下のものであるという。すなわち瑕疵のある物が給付された場合に、買主の履行利益が追履行によって十分に満足可能であろうにもかかわらず、契約を維持するという売主にとっての不可避の利益に反して売買契約を解除することを買主に対して認めることは適切でないとされたという。つまりここではもっぱら瑕疵ある引渡しに対するサンクションとして、解除という法的救済が用いられてしまっており、あるいは瑕疵とは別の理由のために、たとえば自身の取引状況や一般的な景気の展開に基づいて、買主が後に負担となってしまった売買契約から解放されるため、本来では用いられるべきではない解除権が濫用的に使用されてしまうという危険が存在するという。瑕疵に基づく即時の解除権の持つこれらの帰結は、契約締結の時点から売主は商品の高騰という危険を負担する必要があるが、しかし買主は商品の価格下落という危険を負担しなければならないとする売買契約におけるリスク配分にも矛盾するであろうという。瑕疵に基づく即時の解除権の持つこれらの帰結を回避するために、時の流れの中で、そのような売主の権利が法律上明確に規定されていなかったにもかかわらず、多量なりとも狭い範囲ではあるが瑕疵に基づく即時解除や代金減額を追履行に

よって回避することを売主に認めるためのさまざまな理論が展開されてきたとする。判例や学説では、極めて限定的ではあるが旧BGB462条に基づく買主の解除権の行使が濫用となる場合を認め（たとえば瑕疵が除去可能であることが容易に認識でき、売主が即時に追履行可能であり、それによって買主の履行利益が満足を受けることが可能である場合など）、そのような場合に売主側に追履行を提供する権利を認めることで対処されていた²³⁾という。

3. 債務法改正による買主の追履行請求権の導入²⁴⁾

(1) 現行BGB売買法における法的救済としての追履行請求権の位置づけ
 以上のように旧BGB売買法では限定的なかたちでのみ追履行が規定されていたものの、判例や実務ではそのことから生ずる問題、つまり追履行によって買主の利益が実現可能であるにもかかわらず、契約の解除という売主にとって損失が大きい解決がなされてしまうという問題が指摘され、限定的ではあるがその問題を解決する法理が構築されていったようである。

他方で現行BGBでは、債務法改正の契機となった消費用品売買指令²⁵⁾で、消費者の権利として追履行請求権の規定が求められていたこともあり²⁶⁾、BGB 437条と439条において買主の法的救済の一つとして追履行請求権が導入されることとなった。まず規定構造からみると以下のようなものである。まずBGB437条では、売買目的物に瑕疵がある場合に買主が行使できる法的救済が列挙されている²⁷⁾。そこには追履行請求（1号）、解除あるいは代金の減額（2号）、そして給付に代わる損害賠償請求あるいは無駄になった費用の賠償請求（3号）が可能とされている。これだけをみると、新たに導入された追履行請求権は、その他の法的救済と選択的に行使可能であるように思える。しかし、BGB437条の引用する各条文を見てみると目的物に瑕疵がある場合にまず買主が行使する必要がある法的救済が、まさに追履行請求権であることがわかる。

たとえば給付に代わる損害賠償請求権の要件について規定をする BGB281

条では、「債権者が債務者に対して設定した追履行のための期間が徒過した」ことが請求権の要件とされている²⁸⁾。また解除の要件を定めるBGB323条でも、BGB281条と同様の期間設定要件が設けられている²⁹⁾。そうすると、BGB 437条各号に規定されている法的救済のうち、追履行請求を除く法的救済は債権者がまず債務者に対して相当の期間を定め、たうえで追履行を請求し、その履行がないなどの場合にはじめて行使可能ということになる³⁰⁾。以上から現行BGBでは、追履行請求権という法的救済が導入されたのみならず、他の法的救済に対して優先的に行使されなければならない法的救済として設計されたということがわかる³¹⁾。

(2) 追履行請求権の立法理由

さて、それでは債務法の改正によってBGB売買法に追履行請求権という法的救済が導入されただけでなく、規定構造上、他の法的救済に優先して行使されるという地位が与えられた理由は何か。それは、瑕疵ある物を給付した売主に対して買主が追完請求権を行使することで、追履行の機会を与えることが両当事者の利益に合致するからであるという³²⁾。すなわち立法理由によれば、現代の買主の法意識では、瑕疵ある物が引渡される場合、目的物が修補され、あるいは瑕疵のない物と交換されることを望むために追履行請求が前面に出てくるとされる。そのために瑕疵ある目的物の買主の法的救済として追履行を規定したという。そして追履行は買主にとってのみならず、売主にとっても重要な意味を持つという。それは、旧BGBでは瑕疵ある目的物を給付した売主は、買主が瑕疵を理由として解除を選択する以上、それを回避するすべを持たなかった。しかし契約の解除は売主にとって経済的損失が大きく、不利益となる。一方で買主が追履行請求権を行使することで再びの履行の機会が与えられれば、売主は不完全な給付を完全な給付とすることで契約の解消を回避し、対価を完全なかたちで得るという機会が保障されることになる。そうなれば売主にとっても経済的に合理的な帰結が得られるこ

とになる。このように追履行請求権は他の法的救済に比べて買主・売主双方にとってその意思に合致し、また彼ら双方にとって利益となる帰結を導くことができるためにこれを導入し、さらには他の法的救済に比して優先的に行使されるべきという体系的な位置づけが与えられたということになる。

なお、このように追履行請求権が他の法的救済に対して優先的に用いる必要がある法的救済と位置づけられていることによって、追履行が可能である限り（期間設定の浮揚要件が存在しない限り）売主には追完の機会が保障されていることになる。これはドイツでは第二の提供の権利 *Das Recht zur zweiten Andienung* と呼ばれている³³⁾。ただし「権利 *Recht*」という名称がついているものの、このことでもって売主に直ちに実体法的な請求権が与えられるわけではないという。あくまで買主がまず第一に追履行請求権を行使するべきとすることによって、間接的に売主に対し、解除の回避など追履行から得られる利益が保障されることを意味するのであるという。

実はこのような観点は、フーバーによる給付障害法および売買法に関するいわゆる鑑定意見書や、債務法改正委員会の最終報告でもすでに見られていた³⁴⁾。まずフーバーの鑑定意見を見ていこう³⁵⁾。フーバーは改正前売買法の問題を指摘する中で、追履行請求権という法的救済が欠けていたことについて以下のように述べている。すなわち、旧売買法における問題の一つが「買主の法定の修繕請求権が存在しないことにある。その限りで現行法は技術的な発展によって時代遅れになってしまっている。売買契約の目的物は一事業者間契約であれ消費者契約であれ—BGBの公布の際には明らかに予見できず、そしていずれにせよ予見されないほどの範囲にわたって複雑に組み合わせられた専門的な機器となっている。売主は自身が製造者であるか、あるいは商人として同時に整備作業も実施し、またはいずれにせよ製造者に接触可能である。物の瑕疵は通常、修理あるいは欠陥のある部分を交換することによって除去可能である。買主は、売主がこの種の修繕を実施し、あるいは手配することを期待する。普通取引約款はしばしば修繕権を唯一の法的救済とし

て、あるいは少なくとも第一次的な法的救済として与えることが多い。BGBはこの点で取引慣行と一般的な法意識にもはや合致しなくなっている」という。ここではまず買主の観点から、瑕疵ある目的物の給付を受けた場合には現代ではまず瑕疵の修補や代物引渡しが望まれるのであって、この点に十分に対応していない旧BGB売買法の欠点を指摘する。そして次いで売主の観点から、「売主の明確な利益は、瑕疵ある物の引渡後にまず第一に一度瑕疵を修繕あるいは代物引渡しによって除去することに存在する。この利益は、瑕疵の除去が可能であり買主にとって期待不能な困難と結びついていない場合には正当である。複雑な専門機器の売買の場合、瑕疵が個々の部品の交換によって、あるいは修理によって除去される場合、瑕疵に基づく解除は第一次的な法的救済としてはあまりに影響が大きすぎる。単純な種類物の売買の場合でも同じである。店舗において欠陥のある物を取得した買主にとって、交換に向けて行動することが期待されうる。これが正しい法的救済であるということは、取引慣行と一般的な法確信に一致する。事業者取引においても、買主に対して、売主側で瑕疵が除去できるにもかかわらず依頼を即座に取りやめる権利を与えることに理由はない。買主が一般に瑕疵に基づく即時の解除権を行使するのは、売買を後悔しているために瑕疵があることが喜ばしいという場合に限られる。買主のこの利益は保護に値しない」という³⁶⁾。ここでは、旧売買法が規定していたように目的物に瑕疵があることで直ちに買主が解除権を行使可能であるとする、修繕や代物引渡しといった方法で買主・売主双方の利益を十分に実現できるにもかかわらず、契約が解除されることで特に売主にとって負担となる結果となってしまうこと、そして場合によっては買主がたまたま目的物に瑕疵があったという理由で、実際には瑕疵以外の理由から（たとえば目的物の価格が下落したなど）解除して、自分の利益だけを追求するといった望ましくない結果が生じてしまいうることが指摘されている。

次いで債務法改正委員会の最終報告でも、売買法（および請負契約法）改

正の中心課題として、売主の第二の提供の権利を保障することにもなる買主の追完請求権の導入の必要性が説かれていた³⁷⁾。すなわち、売買法及び請負契約法では、まず第一に瑕疵担保に基づく請求権に関する諸規定が改正を必要とする規定である。改正は一方では、これらの請求権と給付障害法総則に従って買主あるいは注文者に認められる請求権との間の関係が一般に不明確であり、実務において多数の疑いのある問題と、説得的でない結論が導かれてしまっていたという理由から、断固として必要であるように思える。さらにこれらの規定は一とりわけ売主の責任に関する規定について一、製造技術、販売形態、そして市場の様式 Absatzmodalität が民法典の施行以降、本質的に変化したためにも改正を要する。民法典の起草者らが主として考慮していた特定物に関する売買契約や、比較的単純な性質の種類物に関する売買契約、そして潜在的な損害発生の可能性が乏しい物の売買契約とともに、今日では、技術的に複雑でありそれゆえに引渡しの際にはその瑕疵の確定がただ困難であって、引き渡し後に瑕疵が発見され、そして相当の結果損害を導く可能性のあるような商品の売買も見られるようになっている。これによって次のような必要が生じている。すなわち買主の瑕疵に基づく解除権と代金減額権とを買主の修繕権、そして売主の『第二の提供の』権利によって補充する必要がある。最後に、買主の瑕疵担保に基づく請求権に関する規定を改正することは、これらの規定が国連統一売買法における機能を一にする諸規定から相当に異なっているという理由からしても好ましいように思える」という。

そして旧BGBの問題点について、「現行法の瑕疵担保規定は、ローマ法において、買主が公開市場において『除去不能な瑕疵』のある荷引き用の家畜あるいは奴隷を取得した場合に買主に対して売買代金の返還あるいは代金減額請求権が認められていたという範例としての歴史的規律に基づいている。それゆえに現行の瑕疵担保法は一種類物売買の場合には例外があるが一買主の追履行権も、追履行一『第二の提供』の権利一によって買主のその他の法

的救済を回避するという売主の権利も規定していない。これは一般的な法意識に合致せず、そして工業的な大量生産品を扱う現代取引の需要に矛盾する。瑕疵ある物を取得した買主は、売買の解消や売買代金の引き下げに優先的に利益を有しているのではない。とりわけ買主にとっては瑕疵のない物を取得することが重要であるに違いない。この利益はたいていの場合—特定物売買の場合でも—修繕や同種の別の物の引渡しによって満足させられる。種類物売買の場合、改めての引渡しも買主の利益に一致するわけではないことがしばしばある。なぜなら買主が物を保持し修繕を望むということもあるからである。ほぼ取り付けの完了した機械の買主にとって瑕疵に基づく解除や代金減額は通常は役に立つものではなく、その場での修理こそ役に立つ。買主が直ちに瑕疵に基づく解除や代金減額の権利を有しており、売主がこれを修繕や改めての引渡しによって回避できないという場合、これは正当な売主の利益に一致せず、そして国民経済的にも有意義とは言えない。それにもかかわらず、現行の売買契約法は買主の追履行請求権も、追履行によって買主の瑕疵担保に基づく請求権を回避するという売主の権利も規定していない」³⁸⁾とした。そして実務では普通取引約款において買主の追履行請求権が法的救済として定められていることが多く、当事者の合理的な経済的需要が基礎にあることがうかがえるため、これを売買法に取り込むことが奨励されるという³⁹⁾。

4. 小 括

以上、債務法改正後のBGBにおける追履行請求権の導入経緯を見た。債務法改正以前は、売買契約において瑕疵ある目的物が給付された場合、旧BGB459条以下において買主に即時の解除権や代金減額権が与えられていた。これは単に目的物に瑕疵があることを理由として行使できる権利であることから、瑕疵が容易に追履行によって除去可能であるとしても、買主の任意で契約を解除することができた。すなわちそこでは仮に買主の契約利益が

追履行によって満足できるとしても、また追履行を選択しないことによって売主がどれだけの不利益を被るとしても、買主側の随意に解除権が行使されることが可能という状況にあったのである。

一方で債務法改正に際しては消費用製品売買指令において消費者保護のための追履行請求権の導入が要請されていることもあり、BGB437条と439条において買主の法的救済の一つとして追履行請求権が導入されることとなった。さらにこの追履行請求権はいくつかあるうちの法的救済のうち、買主が選択的に任意に行使できる法的救済として導入されたのではなく、損害賠償や解除といった他の法的救済に対して優先的に行使される必要がある法的救済として制度設計されることになった。この理由は、追履行請求権が買主・売主双方の意思と利益に一致するからであるとされている。すなわち買主は、瑕疵ある目的物が引き渡される場合、現代では瑕疵が修補されること、あるいは瑕疵のない物と交換されることを望む。そして売主は、追履行が可能である場合には追履行を提供することで、不完全な給付を完全なものとし、契約の解除という経済的不利益の大きい法的救済を行使されることを回避してかつ対価を得る機会が保障されることになる。このように追履行請求権という法的救済は、単に債権者の持つ本来的履行請求権の一種のヴァリエーションであるからという理由で導入されたのではなく、現代社会の経済事情からすれば、追履行請求権という法的救済制度そのものが、瑕疵ある目的物が給付された場合の対応策として債権者（買主）・債務者（売主）双方にとってその意思と利益とに合致する望ましい解決であるからという理由で導入されたということがわかる。この理由付け・制度的位置づけは、追履行請求権と同様の機能を条文上与えられている改正民法における追完請求権にも当てはまるといえよう。BGBにおける追履行請求権導入の経緯・立法理由は、改正民法の追履行請求権の持つ制度的意義を明らかにし、これを問題解決の指針として定めるという本稿の問題関心に有益な示唆を与えてくれる。

IV 検討

1. 総括

以上、改正民法における追完請求権の導入理由とBGB新債務法における追履行請求権の導入理由を見た。前者はいわゆる瑕疵担保責任の法的性質論を前提に「現代取引に合致しない考え方である特定物ドグマを採用する法定責任説を否定し契約責任説を採用したため」というどちらかという理論的な側面が強調されていた。他方で後者では、「追履行請求権という法的救済が行使されることで、他の法的救済に比べて買主・売主双方の利益をよりよいかたちで実現できるから」という比較的实际的な理由から導入されたということが分かった。本稿の問題意識は、改正562条をめぐって今後理論上・実務上生じうる種々の問題を解決するに際し、有用足りうる解釈指針を見出すことにあり、改正民法における追完請求権の導入理由にある「契約責任説の採用」という根拠が解決のための指針として有用足りうるかは疑問といえるという点にある。指針として有用足りうるというためには、追完請求権が「どのような機能を果たすことが期待されているのか・どのような機能を実際に果たすことができるのか」という側面ではないだろうか。そうした観点からは、やはり「契約責任説を採用したため」との立法理由は、実際に生じうる問題を解決するための指針としてはやや有用性に欠けるといわざるを得ないのではないだろうか。

2. 私見

そこで、追完請求権をめぐって今後生じうる種々の問題に対応するための解釈指針を何に求めるべきか。私見としては、ドイツ債務法の改正において追履行請求権の導入の理由として掲げられている、「当事者の意思や利益への合致」、すなわち「追履行請求権という法的救済が行使されることで当事者双方の利益がよりよいかたちで実現できる」との理由は、改正民法におい

て追完請求権をめぐって今後生じうる問題の解決指針として有用でありうる
と考える。追完請求権も追履行請求権も、規定態様こそ異なる部分があるもの
の（限界事由の規定など）、基本的には「瑕疵ある目的物の買主に、修繕
あるいは代物引渡しといった方法で不完全な給付を完全な給付にするための
請求の権利を与える」という点では一致している。そうであれば、両者が実
際に果たす機能も同一であると考えられ、追履行請求権の導入理由を追完請
求権に当てはめることもできる。つまり、「契約責任説を採用した」という
理由から追完請求権という制度・規定を解釈し運用するのみならず、他の法
的救済に比べて両当事者の意思や利益に合致する望ましい法的救済である
という観点からも追完請求権を解釈し運用することが肝要といえるのではない
だろうか。

たとえば、冒頭で述べた損害賠償請求権と追完請求権の関係について再び
考えてみる。改正415条では債務不履行に基づく損害賠償請求権について規
定が置かれている。売買契約の買主が受領した目的物に瑕疵があったという
場合、これが415条にいう本旨不履行であり、かつ改正562条にいう契約不適
合でもあったとしよう。このとき買主が、売主ではなく第三者による修補を
望むとして、415条に基づいて売主に瑕疵修補相当費用の損害賠償請求をし
た場合、この請求は認められるべきであろうか。⁴⁰⁾注でも述べたが、この問題
は改正415条それ自体の要件解釈の問題と、415条と改正562条の体系的関係
の問題として、本来であればより詳細な検討を要する課題である。しかしこ
こではそうした問題をいったん置いておいて、「買主に損害賠償請求権と追
完請求権とが認められる場合、買主はどちらを行使すべきか」という問題
として考察する。改正民法における追完請求権の導入理由にあるように、
「契約責任説の採用」という観点からは、買主に対して損害賠償や契約の解
除といった法的救済だけでなく、「特定物売買の場合にも」追完という方法
での法的救済を付与するといった意義を追完請求権は持つことになる。そう
であれば、買主はいくつかの法的救済の要件が満たされる場合、いずれの法

的救済を行使するのかはその任意であるということになる。損害賠償請求権と追完請求権が同時に行使できるという場合、買主は自身の選択によってどちらを選んでもよいということになる。しかしこれでは、追完請求権を規定した意味が買主の権利の拡充にとどまってしまい、パブリック・コメントやドイツ法に見られた量労自社の意思や利益への合致、つまり売主にとっても利益になるという追完請求権の制度的役割が十分に生かされない結論が導かれてしまう恐れがある。

BGBにおける追履行請求権の導入理由のように追完請求権が「両当事者の意思や利益に一致」しているのであれば、追完請求権が行使されることは買主のみならず売主の利益にもなる。等価交換としての商品交換契約を基本形とする双務有償契約⁴¹⁾は、互いの債務が適切に履行されることで両者の契約利益を満たすことを目的とする契約であると考えられる。そうであるとすれば、目的物に瑕疵があるなど契約不適合給付があった場合に買主が行使できる法的救済の選択に際しても、双方の利益にかなう選択肢、つまり契約不適合給付や債務不履行に対する解決策として両当事者にとって利益上好ましい選択肢があるのであればそれが選択されることが望ましいということになる。つまるところ、「追完請求権は他の法的救済に比して両当事者の意思や利益に合致する法的救済であるために、他の法的救済よりも優先して行使されるべき」請求権であるという解釈が導かれることになる。

このように、追完請求権をめぐり今後生じうる種々の問題を解決するための指針としては、改正民法における追完請求権の導入理由である「契約責任説を採用した」ということのみならず、ドイツ債務法改正の経緯などから示唆される「追完請求権という法的救済が実際に果たす機能」、つまり「両当事者の意思と利益とに合致する法的救済である」という機能を重視する必要があるといえる。そのことからすれば、契約不適合給付を受けて追完請求権が問題となる場面において何らかの解釈・適用の問題が生じた場合には、不適合給付を受けて追完請求権を行使する側である買主の利益のみを考慮する

のではなく、買主・売主双方の利益を考慮したかたちで問題解決を図っていくことが重要となるのではないだろうか。

V 結びに代えて

以上、本稿では改正562条の定める追完請求権をめぐる問題の一端として、今後同請求権をめぐる理論上・実務上の問題が生じた場合の解決指針として、改正民法における追完請求権の導入理由とされた「契約責任説を採用」は不十分ではないか、との疑問を出発点とし、ドイツ債務法改正における追完請求権導入の経緯から示唆を得て、「両当事者の意思と利益とに一致する法的救済」であるとの追完請求権の制度的意義も問題解決の指針として重視するべきであるとの結論に至った。改正民法は2020年に施行が予定されていることから、実務はもちろんのこと、理論面でも追完請求権が実際に巻き起こすであろう問題について詳細な検討を加えるものはいまだ少ないようである。このような状況の中、現段階で追完請求権の制度的意義からみた解釈の方向性を示していくことは、正直なところ時期尚早という感が否めない。しかし、あと1年と少しもたてば改正民法が施行されるという事実にかんがみれば、早すぎる検討課題であるということも言えないであろう。追完請求権の解釈指針をめぐって今後ありうるさまざまな検討方向性のうち、現段階での一つの可能性を示した検討とさせていただきたい。

また、本検討では改正562条の追完請求権を扱ったが、これには改正を機に導入される追完請求権が今後生じさせるであろう問題に早期に対応するためという目的のほか、以下のような理由がある。改正562条において導入が予定されている追完請求権であるが、冒頭で述べた通りこれによって売買契約であれば買主が契約不適合給付を受けた場合に行使できる法的救済が、合計四つになることになる。契約が当事者双方の利益を実現するための法制度であるならば、契約において何らかの問題が生じた場合にも「不利益を被った側の当事者」のみならず、双方の当事者の利益を総合的に考慮して、双方

にとって望ましい解決が示されるべきである。このように契約当事者の利益調整という観点からすれば、新たに導入される追完請求権はドイツ民法理論からみられるその制度的意義からしても、契約当事者の利益調整という検討課題の一素材として格好といえる。本検討は契約当事者の利益調整という研究テーマにおいて、追完請求権をめぐる問題が起きた場合の利益調整指針の一方向性を示すために、ドイツ法を参考に一つの結論を導いたものである。

注

- 1) 民法改正全般について詳しくは法務省HP (http://www.moj.go.jp/MINJI/minji06_001070000.html) 参照 (最終閲覧日2018年9月20日)。
- 2) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会、2017) 257頁、山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』(岩波書店、2017) 123-124頁、筒井健夫=村松秀樹編著『一問一答民法(債権関係)改正』(商事法務、2018) 274頁。
- 3) BGBにおける追履行請求権の問題を参考にしつつ、総合的な問題提起を行う近時の論考として、古谷貴之「民法改正と売買における契約不適合給付」産大法学51巻3・4号(2018) 303頁以下がある。そこではたとえば、他の学者の意見も紹介しつつ、追完請求権の範囲や特定物売買における代替物の引渡しの可否、追完請求権の優位性などの問題が提起されている。ドイツ売買法における追完請求権にかかる問題を検討するものとして原田剛『売買・請負における履行・追完義務』(成文堂、2017) 3頁以下がある。改正民法の売買法に関する規定を包括的に扱う論考として、磯村保「売買契約法の改正」Law&Practice10号(2016) 61頁以下がある。
- 4) 条文に規定はないが、本来的な履行請求権を含めるのであれば五つということになる。
- 5) なお、契約解除権と代金減額請求権はそれぞれ改正541条と563条において、前者は履行の催告、後者は履行の追完の催告が必要となるために、追完可能な契約不適合給付がある場合、少なくともこれらの法的救済に対して追完請求権が先んじて行使されるべきことになる。
- 6) 法務省法制審議会民法(債権関係)部会における、追完請求権をめぐる審議の概要については、古谷・前掲注(3)のほか、潮見佳男「追完請求権に関する法制審議会民法(債権関係)部会審議の回顧」高翔龍ほか編著『日本民法学の新たな時代』(有斐閣、2015) 671頁以下、石崎泰雄編著『新民法典成立への扉』(信山社、2016) 168頁以下、278頁以下も参照。
- 7) 民法(債権関係)部会資料5-2(民法(債権関係)の改正に関する検討事項(1)詳細版)9頁以下参照(以下、民法(債権関係)部会の資料を引用する際には単に部会資料とする)。
- 8) 法制審議会民法(債権関係)部会第3回議事録7頁以下(以下、法制審議会民法(債権関係)部会の議事録を引用する際には、単に議事録とする)。

- 9) 部会資料15-2 8頁以下。
- 10) 第14回議事録22頁以下。
- 11) 民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理5頁。
- 12) 部会資料33-2 73頁。
- 13) 第37回議事録18頁以下および部会資料32 9頁以下。
- 14) 部会資料43 11頁。
- 15) 部会資料75A 12頁。
- 16) 潮見・前掲注(2) 257頁。
- 17) 山本・前掲注(2) 123-124頁。また「契約の尊重」という観点も指摘されている。
- 18) 筒井=村松・前掲注(2) 274頁。
- 19) BGBにおける追履行請求権の立法経緯に関しては、川村尚子「売主の追完利益の保障に関する一考察」同志社法学65巻6号(2014)179頁以下(ドイツ法に関してはとりわけ200頁以下)が大変に参考になる。川村論文では、「売主の追完利益をいかに保護するのか」という問題意識から検討が進められており、本稿の問題関心とは異なるもののドイツにおける追履行請求権を総合的に扱う先行研究として位置づけられる。
- 20) 旧BGBにおける買主の法的救済の体系に関しては、*BGB-RGRK/Hans-Robert Mezger*, 1978, 12. Aufl., Bd.2, Teil.2, Vor §459 Rn.1ff.; *Soergel/Ulrich Huber*, Bd.3, SchuldR.2, 12. Aufl., 1991, Vor §459 Rn.1ff.; *Jan Dirk Harke*, Vorrang der Nacherfüllung—eine Bilanz, *Markus Artz/Beate Gsell/Stephan Lorenz* (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Mohr Siebeck, 2014, S.273ff., 274を参照。
- 21) *Soergel/Huber*, a.a.O. (Fn.20), Vor §459 Rn.16.
- 22) *Martina Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2004, S.31.
- 23) *Schürholz*, a.a.O. (Fn.22), S.31f. なお、旧BGB成立後から債務法改正までの時期における、目的物の瑕疵と追履行をめぐる判例や学説の状況等については、川村・前掲(19) 206頁以下も参照。
- 24) *Stephan Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 2497ff.; *Barbara Dauner-Lieb*, Die Nacherfüllung—Ein Irrweg?, in: *Oliver Remien* (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, S.191ff., S.192. ドイツ債務法の改正に関する邦語文献については、岡孝「ドイツ法」比較法研究68号(2006)6頁以下、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社、2009)179頁以下、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、2009)65頁以下、『民法改正研究会著『民法改正と世界の民法典』(信山社、2009)41頁以下〔岡孝執筆〕も参照。
- 25) 円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学17巻3号(2009)23頁。
- 26) *Claus-Wilhelm Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, C.H. Beck, 2002, S.X X IV.
- 27) BGB437条(瑕疵ある場合の買主の権利)
物に瑕疵がある場合、以下の各号の要件が備わっておりかつ異なる定めのないとき、買主は
1号: 439条によって追履行を請求でき、
2号: 440条、323条、326条5項によって契約を解除し、あるいは441条によって売買代金を減額することができ、
3号: 440条、280条、281条、283条、そして311a条によって損害賠償を請求でき、あるいは284条によって無駄になった費用の賠償を請求できる。
- 28) BGB281条1項1文: 債務者が弁済期にある給付を実現せず、債務通りに実現しない限りで、債権者が債務者に対して設定した給付あるいは追履行のための適切な期間が

- 徒過した場合（※下線は筆者による）、債権者は280条1項の要件の下で給付に代わる損害賠償を請求できる。
- 29) 323条1項：双務契約において債務者が弁済期にある給付を実現せず、あるいは契約通りに実現しない場合、債権者が債務者に対して設定した給付あるいは追履行のための適切な期間が徒過したとき（※下線は筆者による）、債権者は契約を解除することができる。
- 30) 代金減額および費用賠償についてはそれぞれ解除および給付に代わる損害賠償に「代わる」法的救済として設計されているためいずれにせよ追履行の請求が同じく前提要件となる。BGB284条および441条参照。
- 31) 追履行請求権の優先に関しては、岡孝「ドイツ売買法の新たな展開」前田重行ほか編『前田庸先生喜寿記念 企業法の変遷』（有斐閣、2009）75-78頁
- 32) BT-Drucks. 14/6040, S.220ff. また、Stephan Lorenz, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417参照。
- 33) これについては、Harm Peter Westermann, Das Recht des Verkäufers zur-zweiten Andienung“: bestimmende Leitidee des neuen Kaufrechts oder Ärgernis?, in: Andreas Heldrich, Jürgen Pröls Ingo Koller usw. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd.1, 2007, 1261ff.; Schürholz, a.a.O. (Fn.22), S. 242ff.などを参照。また、川村・前掲注（19）222頁以下も参照。
- 34) 前者についてはUlrich Huber, Kaufvertrag, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.1, 1981, S.911ff., 915; 後者についてはBMJ (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.20ff.を参照。また債務法改正委員会草案に関しては、岡孝「ドイツ債務法改正委員会草案について」太田知行＝中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（創文社、1996）475頁以下も参照。
- 35) フーバーによる鑑定意見については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築」下森定ほか『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社、1988）121頁以下も参照。
- 36) Huber, a.a.O. (Fn.34), S.915f.
- 37) BMJ (Hrsg.), a.a.O. (Fn.34), S.20f.
- 38) BMJ (Hrsg.), a.a.O. (Fn.34), S.25.
- 39) 立法者も普通取引約款規制法AGBGにおいて、追履行が失敗するなどの場合に買主に解除や代金減額の権利が認められるという限りで、このような特約を有効としていたことで、追履行請求権の重要性を認めていたという。この点はすでにフーバーによっても指摘されていた。Huber, a.a.O. (Fn.34), S.916.
- 40) ここではもちろん、瑕疵修補費用（追完費用）の損害賠償が改正415条1項の損害賠償に含まれるのか、同条2項の損害賠償に含まれるのかという問題が生ずる。後者に含まれるとすれば、少なくとも追完について不能に相当するような事情があることが要求されるといえるであろう（たとえば売主による追完の不履行や失敗など）。そう考えるのであれば、追完費用の賠償請求に先立って追完請求がなされるべきこととなる。しかしこれは論理的にはそう考えられるというだけであり、条文上の明確な根拠、つまりドイツ法におけるような損害賠償請求に先立つ追完請求権の行使を求める規定はない。そのため、この問題が実際にどう判断されるのかに関しては今後の判例および学説の展開が待たれることになる。なお、追完が遅れていること（完全な給付が遅れていること）によって生じるいわゆる遅延損害は、追完がなされてもなお残る損害であるために追完請求権と同時並行的・選択的に行使可能であると思われる。
- 41) 山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系刊行委員会編『契

約法大系 I (契約総論)』(有斐閣、1962) 58頁以下、68頁、川村泰啓『商品交換法の体系 I』(勁草書房、1972) 167-168頁。

※本稿は、2017年度に筆者が大東文化大学海外研究員(長期)としてドイツ滞在中に従事した研究活動の成果の一部である。