

論 説

買主自身による追完と売主に対する費用 賠償請求の可否をめぐる問題の検討

萩原基裕

- I はじめに
- II ドイツ判例の状況
- III ドイツ学説の状況
- IV 日本法への示唆
- V 結びに代えて

I はじめに

1. 問題の所在

2020年に施行予定の改正民法典では、その562条において買主のための新たな法的救済として、いわゆる追完請求権を規定する。改正論議を見るにこの請求権は、いわゆる瑕疵担保責任の法的性質をめぐる論議において、改正民法では契約責任説を採用するがゆえに、買主のための法的救済として新たに追完請求権を規定するに至ったという趣旨で置かれたようである。改正562条によれば、売買契約の買主は、目的物に契約不適合がある場合、修補、代替物の引渡し、あるいは不足分の引渡しによる追完を売主に請求できることになる（同条1項本文）。この法的救済そのものに関しては、従来から債権の本来的効力の一つと考えられてきたいわゆる履行請求権を、売買契約において追完請求権というかたちで具現化したものと評価することができる。債務者は契約に従って契約通りの目的物を調達する義務を負う以上、給付が契約に適合しないのであれば適合する給付をしなければならず、これを買主

の請求権というかたちで定めたものが追完請求権であると理解できる。

他方でこの追完請求権の新規定に伴い、現行民法における瑕疵担保規定が一新されたことから、新たな問題が実務および理論的に生じるものと予想される¹⁾。本稿は、追完請求権という新たな法的救済をめぐって生じうる問題の一つを扱うものである。本稿の問題関心は、以下のような場面にある。

ある建物の建築を請け負ったXが、Yから建材甲を購入した。甲の引渡し後、甲に隠れた瑕疵（契約不適合）があることをXが発見し、この瑕疵のために建築請負が遂行できない状況にあるとする。このときXが、Yに対して瑕疵の存在を通知し、あるいは瑕疵担保責任や債務不履行責任を追及することなく、または追完請求をすることなく甲の瑕疵を自ら修補して除去し、請け負った仕事を問題なく完成させ、そのあとでYに対し、瑕疵の除去のために要した費用を損害賠償として請求したとしよう。Yに対するXのこの請求は認められるだろうか。

現行民法では、買主（=X）が売主（=Y）に対して隠れた瑕疵に基づく損害を賠償するためには、570条あるいは415条によることになる。現行570条による場合、売主の過失の有無は要件ではないので、隠れた瑕疵がある限りで損害賠償請求ができることになる。では、買主自身が瑕疵を除去したことによる費用は、現行570条の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権によって補填の対象となる損害といえるのだろうか。この点判例では、下級審判例を中心に瑕疵を除去したことにより生じた費用も、現行570条による損害賠償の対象に含まれると理解するものが多いようである²⁾。これに従うのであれば、少なくとも現行民法の下では買主自身が隠れた瑕疵を修補したという場合、これによって生じた費用は瑕疵によって生じた損害として、現行570条によって損害賠償として請求可能であるということになる。それでは、改正民法による場合はどうであろうか。

改正民法では、売買契約に契約不適合=瑕疵がある場合、買主としてはまず改正562条の追完請求権を行使するべきことになると思われる。しかし、

この請求権を行使せずに買主が自ら、あるいは第三者を通じて契約不適合を除去し、契約に適合する目的物とした場合はどうであろうか。このとき要した費用を買主はいかにして売主に請求できるか。改正民法では、現行570条に相当するような目的物の瑕疵について売主に無過失損害賠償責任を課す趣旨の規定は存在しないため、上記のような場面が改正民法の下で生じた場合、買主が売主に瑕疵（契約不適合）の除去によって生じた費用の賠償を請求するためには、まず改正415条によることが考えられる。しかし改正415条に基づいて損害賠償を請求するためには、債務者＝売主に責めに帰すべき事由（あるいは免責事由が存在しないこと）が必要である。買主自身が追完をしたこと、あるいは第三者によって追完をさせたことによって生じた費用は、本来的には売主がすべき追完を売主が果たさないか、果たすことができないということによって生ずる費用と考えられる。そこで、買主が売主に対して追完請求権を行使せず、自ら契約不適合を除去してしまったという場合、追完の不能について売主に責めに帰すべき事由があるといえるかどうかという問題が生ずる。売主に対して改正562条に基づいて追完を請求したが、売主がこれに応じないか追完に失敗するような場合であれば、買主が代わりに追完をし、あるいは任意の第三者に追完をさせたことによって費用が生じたことについては、売主の責めに帰すべき事由による損害といえよう。しかし、そもそも売主が追完の請求を受けていないにもかかわらず、すなわち買主が売主に追完を請求せずに自ら契約不適合を除去してしまい、売主による追完が事実上不能となったことについて、売主に責めに帰すべき事由があるとは考え難い。

しかしそうであるならば、売買契約の目的物に契約不適合がある場合、買主が売主に対して追完請求権を行使せずに自ら、あるいは第三者に契約不適合を除去させたとき、その費用を売主に負担させることはできなくなってしまうのであろうか。先に見たように現行民法下では下級審判例による限り、この場合においては現行570条を通じて瑕疵の除去費用は売主に転嫁可能で

あった。それだけに2020年から施行される改正民法下では、買主が売主に対して追完を請求せずに自ら追完を実施してしまったという場面が裁判実務において問題となると予想されるところである。果たして買主自らが追完をしてしまったという場合、その費用を売主に転嫁することが可能であるのかどうか、また可能であるとすればどのような方法によってか、さらには転嫁可能とするべきかどうかという理論的問題をいち早く検討しておく必要があるだろう。

2. 検討の方法

そこで本稿では、この問題を検討する素材として2002年に債務法を改正し、改正民法562条の追完請求権に類似する機能を持つ追履行請求権を導入したドイツ民法の経験を用いたい。多くの先行研究が紹介・検討するところであるが、ドイツ債務法ではすでに本稿が関心を寄せる問題場面に遭遇し、判例および学説において議論が交わされたという経緯がある³⁾。改正562条において規定される追完請求権と、ドイツ債務法（売買法）において規定されている追履行請求権がその機能を同じくする以上、ドイツ法の経験は改正民法における追完請求権の実務的・理論的問題を考えるにあたって大いに参考になると考えられる。そこで以下ではまず、この問題がドイツの裁判例においてどのように扱われてきたかを整理し（Ⅱ）、次いでドイツ民法学説の状況を概観する（Ⅲ）。これらを経たうえで改正日本民法においてこの問題をどう扱うべきかについて、私見の展開を試みることにしたい（Ⅳ）。

Ⅱ ドイツ判例の状況

1. ドイツ売買法における追履行請求権の体系的位置づけ

以下では、買主が追完請求をすることなく自ら、あるいは第三者に追完をさせたという場合（ドイツでは自己措置 *Selbstvornahme* と呼ばれる）に、その費用を売主に転嫁することができるか、という問題をめぐるドイツ法の

状況を整理する。その前にドイツ民法典（以下BGB）における追履行請求権の法的救済としての体系的⁴⁾位置づけを概観しておく。

債務法改正によってBGB437条1号および439条において、目的物に瑕疵がある場合に修補あるいは代替物の引渡しによる追履行を求める請求権が買主に認められることになった。さらにこの請求権を行使することが他の法的救済（解除、代金減額、損害賠償）の行使要件とされたため⁵⁾、目的物に瑕疵がある場合にまず買主が行使すべき法的救済が追履行請求権であるということが法典体系において明記されることになったのである。

これが意味するところは、BGBの下では瑕疵ある目的物を引き渡された買主は、適切な期間設定を伴う追履行を請求しない限り（あるいは条文に定められている追履行請求の不要要件が備わっていない限り）、他の法的救済を行使できないということになる。そしてそうであるとすれば、目的物に瑕疵がある場合に買主が売主に対して追履行を請求することなく自ら追履行を実施してしまった場合、他の法的救済の行使要件が満たされないことから、たとえば損害賠償の枠内でこの費用を売主に転嫁することができなくなってしまう⁶⁾。以下では、この問題に関連するドイツの諸判例を整理する。

1. 下級審判例

①ダウン区裁判所2003年1月15日判決（NJW-RR 2003, 1465）

〔事案の概要〕

詳細な事実関係は不明であるが、原告Xが購入した自動車に瑕疵があったため第三者に修理させ、その費用を損害賠償として被告である売主Yに請求したという事案のようである。Xは引渡しの際に瑕疵が存在し、Yが知りうべきであったと主張し、Yは瑕疵の存在そのものを否定した。

〔判旨〕

請求棄却。ダウン区裁判所は自動車に瑕疵があったかどうかを認定する必要はなく、その理由として損害賠償請求権の前提である追履行請求が本件で

はなされていなかったために、請求権そのものが否定されるからであるという。売主は追履行に必要な費用のすべてを負担する必要があるため、自動車は全く始動しないとしても買主にリスクはないうえに、X提出の証拠によれば、瑕疵は暖房設備と車体の一部に関係しており、Yの工場まで自動車を運ぶことは全く可能であったという。

債務法改正後、おそらく買主による自己措置の問題にはじめて直面した下級審判決が、このダウン区裁判所判決である。事例では原告である買主は目的物の瑕疵を発見したのちに、「売主に追履行を請求することなく」第三者に瑕疵を修補させている。この事実から区裁判所は、他の法的救済（事例では損害賠償請求）を行使するための要件が備わっていないとし、原告の損害賠償請求（＝追履行のために要した費用の賠償請求）を退けた。区裁判所はBGBの定める法的救済の体系に忠実に、追履行請求をしなかった買主はいかなる請求もできないと断じたのである。

この判決に対し、ローレンツ *Stefan Lorenz* が批判的な評釈を公表する⁷⁾。詳しくは後述するが、ローレンツは基本的方向性として、追履行は売主の義務であり、BGB439条2項によればその費用は基本的に売主が負担すべきであることから、買主が自己措置をしてしまったとしても本来売主がこの費用を負担するはずであり、これを売主に転嫁させることが望ましいという。ローレンツは本件のように買主が追履行請求をせずに自己措置をしたという場合を、「買主の責めに帰すべき（追完の）履行不能の場面」と位置付け、危険負担に関する規定であるBGB326条2項を（類推）適用することで、売主側で負担を免れた追履行費用を買主に償還させるべきという。この批判的評釈の公表後、ダウン区裁判所と同じく買主の自己措置という問題を扱った下級審判決がいくつか見られるが、下級審判決の多くダウン区裁判所と同様の判断をしており、またローレンツの説を真っ向から否定する。

②ケンペン区裁判所2003年8月18日判決（MDR 2003, 1406f.）

〔事案の概要〕

原告である買主Xが購入したカーナビに瑕疵があったため、カーナビの製造者Aに修理をさせた。その後被告である売主Yに修理代金を請求したが、事前に修理についてXがYに問い合わせるなどのことはなかった。

〔判旨〕

請求棄却。ケンペン区裁判所はまず、本件において期間設定が不要である要件（債務者による履行拒絶、追履行の期待不能）は存在しないことを確認し、期間設定要件が不要ではない以上、期間設定をしなかったXにBGB437条の法的救済は認められないという。そしてBGB326条2項2文による修補費用の償還請求も否定するが、これについては以下のように説明する。すなわち新債務法は売主の修繕権＝買主の請求権にさらされる前に瑕疵を除去する権利を認めており、さらに瑕疵担保法は債務法総則に対する特別規定である。したがってこの領域では総則規定の適用は排除されるのであって、そうでなければ許しがたい規定の回避が生じてしまうという。売主の追履行の権利を無意味にしないためにも、BGB437条は閉鎖的であるべき⁹⁾という。

③ギーセン地方裁判所2004年3月10日判決NJW（2004, 2906f.）

〔事案の概要〕

原告である買主Xが被告である売主Yから新車を購入した。これについて訴外Aが製品保証の合意を引き受けていた。しばらく車を使用したのち、エンジンに損傷が生じたためにXがAにこれを通知したところ、Aからは当該損傷は保証外である旨の通知があった。Xはその後訴外修理工場Bにエンジンを交換させたが、Yにこれを通知することはなかった。Xは車の製造業者のドイツ法人である訴外Cにも修理費用の賠償を求めたが、結局修理費用の負担が拒絶されたため、XはYに対して修理費用の負担を要求した。

〔判 旨〕

請求棄却。ギーセン地方裁判所は、XがYに対して追履行のための期間設定をしていなかったとして損害賠償請求権等を否定したうえで、ローレンツが提唱するBGB326条2項2文を通じた瑕疵修補費用の償還請求も否定した。その要旨は以下の通りである。まず債権者の自己措置権に関して、請負法ではBGB637条1項で規定が設けられているものの¹⁰⁾、売買法ではそのような規定は設けられていない。そのために買主の自己措置は否定されるべきである。そして売買法によれば、売主は自ら修補を実施し、完全な反対給付を得るという可能性が保障されている。買主自身が修補をする場合、この可能性が終局的に奪われてしまう。そうなると売主側でいつ修補をする必要があるのか、そうではなく賠償する義務が生ずるのかに関してリスクが生じてしまうが、これは衡平ではない。さらに売主自身が修補を実施することで、瑕疵の存在、必要となる修補方法などについて知ることができる。これによって訴訟において有効な主張ができるようになるという。最後に買主側で修補が完了してしまうと、訴訟における防御手段として売主側が瑕疵の不存在や範囲、さらには損害額の適切さなどに関して証明することが全く困難となる。以上のような理由から、ギーセン地裁はローレンツの提案を否定したのである。

以上のようにBGBに定められている追履行以外の買主の法的救済が、期間設定を伴う追履行請求権の行使を要件としていることから、売主に追履行を請求せずに自己措置によって瑕疵を除去した買主にはいかなる請求権をも認めないというのが、多くの下級審判決の判断である。他方で下級審判決の中には、自己措置をした買主に対して売主に対する費用賠償請求を認めようとするものもみられる。

④ビーレフェルト地方裁判所判決 (ZGS2005, 79f.)

〔事案の概要〕

2002年9月7日付の書面による売買契約でもって、原告Xは被告Yの夫（訴訟時は既に死亡）から、子犬のテリアを390ユーロで購入した。引渡しの直後、犬は出血性の下痢を伴う病気に罹患した。犬からはさまざまなバクテリアが検出された。原告は子犬を2002年9月11日にその居所にある獣医の診療所に運び込んだ。2002年10月7日まで続いたこの獣医による検査とさらなる治療のため、Xに総額で379,39ユーロの費用が生じた。XはYに対し、この費用の賠償を求めている。

〔判 旨〕

請求認容。ビーレフェルト地裁は、この問題に対する基本的志向として、先に見たローレンツのように自己措置をした買主に追履行費用の賠償請求権を認めるものと、他の下級審のようにそれを認めないものがあることを整理したうえで、エクスラー *Jürgen Oechsler* の見解（エクスラーの見解については後述する）に従って不当利得に基づいて、買主は売主に対して費用の償還請求ができるとの立場に立つことを明らかにした。要旨としては、買主が行った瑕疵の修補（＝動物の治療）は本来であれば追履行の枠内で売主が実施すべき事務である。そのために買主の自己措置は他人である売主の事務を買主が実施したことを意味し、いわゆる事務管理に該当する。しかしこの事務管理は売主の意図に合致するものでもなく、また売主の利益にかなうものでもないので、真正の事務管理ではなく、BGB683条1文は適用されない¹¹⁾。しかしBGB684条によれば、先の条文の要件を満たさない事務管理の場合には不当利得の規定に従って費用賠償請求が可能であるとされているので、自己措置をした買主はBGB684条を通じ、売主が追履行を実施していれば負担する必要があったであろう費用の償還を売主に請求することができるという。

このようにビーレフェルト地裁は、買主による自己措置があった場合、事務管理の規定を通じた不当利得調整を用いるべきとの学説に従い、事例にお

いて病気を患っていた犬の買主の費用償還請求を認容した。注目できる点は、ギーセン地裁が自己措置の場合において買主の請求権を認めない理由の一つとして挙げていた、瑕疵をめぐる争いが生じた際の売主の主張や立証を容易にするために、売主自身による追履行を認めることが望ましいとの意見に対し、結局のところ訴訟において瑕疵の存在や範囲について証明責任を負うのは買主であるから、具体的訴訟を想定したうえで売主の訴訟経済上の利益¹³⁾を考える必要はないとしている点である。

買主の自己措置をめぐる下級審判例では、ビーレフェルト地裁のように自己措置の場合でも買主の売主に対する費用賠償請求権を認める判断を下した事例がみられるものの、多くの下級審はBGBの体系に忠実に、とりわけ追履行の優位という観点から、追履行請求をしなかった買主には何らの請求権も認めないとの立場に立っていることがわかる。

2. BGH判決

このような状況の下で、BGHがこの問題について判断を下すことになる。このBGH判決は上記②判決の上告審である。

⑤BGH2005年2月23日判決 (BGHZ 162, 219ff)

〔事案の概要〕

先に述べたように、本BGH判決は上記②のギーセン地裁判決の上告審であるため、事案の概要についてはそちらを参照されたい。

〔判 旨〕

請求棄却。BGHは原審であるギーセン地裁の判断を是認したうえで、追履行（エンジンの損傷の除去）のための期間が設定されていないこと、期間設定が不要ではなかったことから原告に請求権はないとした。また、ローレンツの提唱していたBGB326条2項2文による費用償還請求についても同様に否定する。要旨は以下の通りである。

まず、買主が期間設定をせずに自ら瑕疵を修補した場合にその償還を認めることは、立法者が売買法において意図的に排除した自己措置権を認めることになってしまう。そして自己措置をした買主に、売主に対する費用負担請求権を何らかのかたちで認めることはBGB437条以下の基礎となっている追履行の優位が無意味にしてしまう¹⁴⁾。追履行の優位は売主にとって契約の清算と結びつく経済的不利益を回避するという利益があるのみならず、契約によって請求の対象となる給付を得るという買主の利益にも奉仕するために、この優位が無意味にすることは認められない。さらに売主自身が瑕疵を修補することで、訴訟における防御の主張などが可能になる。最後に瑕疵担保規定は閉鎖的な特別規定であり、瑕疵担保が問題となる限りで別の規定（債務法総則、不当利得など）の適用は排除される¹⁵⁾。

以上、BGHも原審であるギーセン地方裁判所判決を全面的に支持し、追履行のための期間設定をせずに自ら追履行を実施した買主は、BGBにおける追履行以外の法的救済を行使するための要件を満たしておらず、また法典の掲げる追履行の優位に反する態度をとってしまったといった理由から、何らの請求権も認めるべきではないとの立場に立つ。さらには訴訟における売主側の主張立証の困難や、瑕疵担保に関する規定が排他的な規定であり、別の規定の適用が排除されるといった理由も用いられている。

3. 小 括

買主の自己措置をめぐるドイツの判例は、BGHをはじめとしておおむね買主のいかなる請求権をも否定するという見解で占められているといえる。BGBの規定上、売買契約の目的物に瑕疵がある場合、追履行請求が不要となる要件が満たされていない限りで買主はまず追履行請求という法的救済を行使する必要がある。そうでなければ、期間設定を伴う追履行の請求が要件である他の法的救済、すなわち解除、代金減額、そして損害賠償といった諸

権利が行使できないからである。判例理論ではまずこの法典体系に忠実に、追履行請求をせずに買主が自ら、あるいは第三者に瑕疵を除去させたという場合には他の法的救済を行使する要件が満たされていないために、買主が瑕疵の除去のために支出した費用を損害賠償請求の枠内で売主に負担させるということもできないと判断している。後述するように学説でもこの限りでは意見を同じくするものが多いが、しかし別の方法で売主に対する瑕疵の除去費用の支払請求を認めようとする傾向にある。下級審判例の中にはこうした学説の意見に賛同するものもみられるもののBGHを含めた多くの裁判例では、買主の自己措置の場合において売買契約規定以外の規定を用いて買主が負担した瑕疵の除去費用を売主に転嫁させるという解決を強く否定する。そこで重視されているのは、とりわけ「追履行の優位」である。追履行請求権はBGBにおいて他の法的救済を行使する要件ともなっており、目的物に瑕疵がある限りで買主によって第一次的に行使されるべき法的救済として規定されている。これは追履行請求権という法的救済が、買主のみならず売主にとっても他の法的救済に比べて有益であるがゆえに、そうした地位が与えられたと立法趣旨では述べられていた。このような立法者の意思・法典体系における追履行請求の位置づけを無意味にしないためにも、買主が追履行請求権を行使せずに自ら、あるいは第三者によって瑕疵を除去させたという場合に何らかの方法でその費用を売主に転嫁可能としてしまうと、事実上、この追履行の優位を無視できる道を設けてしまうことになる。裁判例の多くはこのように追履行の優位を事実上回避できてしまうような事態を間接的に出会っても承認してしまうという事態を避けるために、買主の自己措置の場合においては買主に何らの請求権をも与えないという断固たる態度をとっているものと評価できる。

Ⅲ ドイツ学説の状況

買主の自己措置という問題に関するドイツ学説の状況は、その多くが裁判

例の傾向とは反対に何らかの方法で買主が負担した追履行費用を売主に転嫁することを認めようとする。しかしその具体的方法としては大きく分けて、BGB326条2項という危険負担に関する規定を用いるべきとする説と、不当利得に基づく調整の枠内で買主の負担した費用を売主に転嫁するべきという説とがみられる。そして多くの裁判例と同様に、自己措置をした買主に対し、追履行の優位の貫徹といった観点からいかなる請求権をも認めるべきでないとする説もある。

1. BGB326条2項2文(類推)適用説

ローレンツの見解に代表されるこの説は、売買契約の目的物に瑕疵がある場合に買主が売主に対して追履行を請求することなく自己措置を実施したとき、危険負担に関する規定であるBGB326条2項2文を用いて買主が負担している追履行費用を売主に転嫁する(支払わせる)べきとする¹⁶⁾。基本的評価としては、法律規定によれば本来は売主が負担するべきはずであった費用を、「買主があらかじめ追履行を請求しなかった」という理由でもって買主が負担しなければならないとする点に不衡平を見出している。

この説の代表的論者はローレンツであるが、彼はまず上記①判決(ダウン区裁判所判決)の評釈において、同判決の理論構成に異を唱える¹⁷⁾。ダウン区裁判所は、買主が売主に追履行を請求することなく自己措置を実施した場合、他の法的救済の要件(=期間設定を伴う追履行の請求)という要件が満たされていないために、買主は何らの法的救済を行使することもできず、結果として自ら負担した追履行費用を売主に転嫁できないとの判断を示した。これに対してローレンツは、期間設定を伴う追履行がなかったために他の法的救済を行使できないという点については認めるものの、買主の手によって瑕疵が除去されたという場面を「買主の責めに帰すべき(追)履行不能」とみる点に特徴がある。すなわち追履行は本来であれば売主の義務であるが、買主が売主に対して追履行を請求することなく瑕疵を除去してしまったた

め、売主がその義務に基づいて取り除くべき瑕疵が既に存在しなくなっている。これはまさに追履行が不能となったということであり、しかもこのことについて売主の責めに帰すべき事由はない。それどころか買主側の責めに帰すべき事由による追履行の不能と考えられる。BGB326条2項1文によれば買主の責めに帰すべき事由による不能の場合には売主は反対給付を失わないが、履行不能によって支出を免れた分があればこれを反対給付で計算する必要がある（同2文）。そこでこのBGB326条2項2文を（類推）適用することで、ローレンツは売主側で本来支出すべきであった追履行のための費用が、支出を免れたままとなっているので、この費用を買主に償還すべきという。ただし償還の範囲については、「買主が自己措置のために実際に支出した費用」ではなく、「買主が売主に対して追履行を請求して、売主による追履行が実施されていれば売主が実際に負担したであろう費用」が対象になるという。これにより、売主が実際に負担するはずであった費用よりも高額の費用を買主が自己措置によって支払ってしまっていたとしても、売主にそのリスクは転嫁されないという。そのため、結局のところ売主はその本来的義務である追履行によって負担しなければならなかったであろう費用のみを負担することとなり、¹⁸⁾「追履行の優位」を損なうものではないと主張する。また、ローレンツはBGH判決にも言及をし、自己措置によって買主に生じた費用の賠償を認めない態度を厳しく批判する。とりわけこのような裁判所の態度は、費用賠償請求を認めないことで証明の確認を免れたがっている裁判所の「疑わしい訴訟経済」が根底にあると批判する。¹⁹⁾

また、ローレンツを支持するエーベルト *Ina Ebert*²⁰⁾ は、事務管理や不当利得の規定を通じた売主への費用負担は、立法者が明確にこれを否定していることから（＝瑕疵担保に関する規定の閉鎖的性質）認められないが、ただしこの立法者意思是BGB326条2項2文の類推適用を否定する根拠にはならないという。すなわちBGB326条は売主の義務が履行不能となる場合の反対給付請求権の帰趨を定めるものであり、またBGB275条1項のように売買法に

おける瑕疵担保規定において明確に言及されていなくとも適用可能な条文と同じ性質のものであるからという。さらに費用賠償肯定説に対する批判について、BGB326条2項2文を用いて売主に費用を転嫁することは、売主に売買代金請求権を認めたとうえで、本来であればその義務として支出するはずであった費用のみを負担させることになるので、決して追履行の優位＝売主の第二の提供の権利を侵害することにはならないという²¹⁾。また、訴訟における証明の問題に関しても、瑕疵の存在や売主側で負担するべきであった費用については結局買主が証明する義務を負っているため、買主にとって負担となるにすぎないという²²⁾。

2. 不当利得規定適用説

エクスラーに代表されるこの見解は²³⁾、上述のBGB326条2項2文（類推）適用説と同様に、自己措置をしてしまったために本来売主が負担するべきであった追履行の費用を負担してしまっている買主に、（売主にとって本来であれば受け取るに値しない「幸運なケース」であるため）売主へのこの費用の転嫁を認めようとする限りでは志向を同じくする。しかしその方法としてBGB326条2項2文を用いるのではなく、不当利得の規定を用いることで売主に追履行費用を負担させるべきとする。

エクスラーの主張の骨子は、売主が実施するべきであった瑕疵の除去を買主が実施してしまったというために、目的物から瑕疵がなくなったが、この状況を給付障害と見ることはできないと判断する点である。すなわち買主の自己措置によって給付障害の原因である瑕疵は存在しなくなっており、いわば追履行が問題なく実施されたのと同じ状況になっている。そのために給付障害がある場面を前提とする危険負担の規定の適用ができないとするのであ²⁴⁾る。しかし本来であれば支出するはずであった追履行の費用の支出を売主が免れてしまっており、この点に利得があるとみる。追履行は本来的には売主の義務であり、これを買主が実施した場合は他人の事務の管理である。しか

しこの事務管理には売主の意思や利益への一致がなく、また売主からの委託もないため、BGB684条（事務管理の要件を満たさない他人の事務の管理）を通じて売主に追履行の費用を負担させるべきという。そして返還されるべき費用の範囲は、売主自身が支出を免れ、そしてBGB439条2項によれば売主によって負担されるべきであったであろう買主の費用のみが、償還請求されてよい。このため結局のところ、BGB281条1項1文の限定的な客観的保護目的にもかなうことになる。すなわち、売主は追履行の費用から保護されるのではなく、彼自身の追履行費用を上回るような費用からのみ保護を受ける、²⁵⁾という。

またカッツェンシュタイン *Matthias Katzenstein* は、BGB326条2項2文適用説と不当利得規定適用説について詳細な検討を加えたうえで、買主による自己措置が給付不能を実際に導いているかどうか疑わしいことから、いずれにせよこの場合にその要件が満たされる不当利得規定を適用するべきであるという。²⁶⁾そしてそもそもBGB326条2項は一種の特殊な不当利得返還規定に該当することから、結局のところ不当利得返還という議論の枠で論じることが望ましいとも指摘する。²⁷⁾

3. 費用賠償否定説

この説は多くの裁判例と同様に、自己措置をした買主に売主に対する何らの請求権も認めないとする説である。

この説の代表的な論者はダウナー - リーブ *Barbara Dauner-Lieb* である。²⁸⁾ その主張内容は上記判例⑤（BGH判決）とほぼ同じである。すなわち、①立法者は売買法においては買主の自己措置権（瑕疵を自ら修補する権利）を認めていない。それにもかかわらずBGB326条2項2文の（類推）適用などを通じた費用負担を認めてしまうと、実質的に追履行請求を回避することを買主に認めてしまうことから、追履行の優位が無視されてしまう。²⁹⁾ ②強制履行の方法を定めるZPO887条（代替執行に関する規定）が回避されてしま

う、そして③不当利得に基づく返還請求権を認めるとしても、瑕疵の存否や範囲に関して生じる争いにおける売主の証明可能性等の機会を奪ってしまうという。³⁰⁾ ローレンツの掲げる危険負担の規定による解決に対しては、「代替物の引渡しについても不能であるといえなければ、履行不能とは言えない」として、単に買主が目的物の修繕をしただけでは代替物の引渡しによる追履行がなお可能な場合もあるため、履行不能を前提とする解決には問題があると指摘されている。またこのことと関連して、たとえば買主が瑕疵の修補ではなく、瑕疵のない代替物を自ら調達した場合には、修繕という方法での追完は全く不能ではないためにますます追履行の不能を出発点とするには問題があるという。³²⁾ 不当利得請求に基づく解決に対しても、「衡平の観念 *Gerechtigkeitsgefühl* が無意識的にこの種の請求権を肯定する根拠になるように思える」が、先に述べた問題、とりわけ売主にとって瑕疵に関する訴訟上の主張立証が困難になるという問題などからすれば、最後にダウンナー・リープは、立法者の定めた追履行の優位に従わないことは、「民主主義的に正当な立法者の判断に対する明確な不服従」と批判する。このように、立法者が明確に追履行の優位を法典体系に位置付けた以上、これを回避する道を間接的にせよ認めてしまうことは、立法者の意思に反することになってしまうので認められないという。³³⁾

シュレーター *Ulrich G. Schröter* は、BGB326条2項2文適用説を徹底して批判する。³⁴⁾ その内容は、追履行の優位に基づいて売主に認められている「第二の提供の権利」が、買主の自己措置によって損なわれてしまうこと、そして買主の自己措置の場合には「追履行請求の以前にそもそも」瑕疵がなくなってしまうために、給付不能が存在するとはいいがたいことが主である。³⁵⁾

またトンナー *Martin Tonner* は、BGB326条2項2文を適用しないこと＝買主に費用請求権を認めないことは正義の要請に反するものでもなく、それは売主の権利である追履行の機会を買主が奪ってしまったからであり、この

点に買主の過失を認めることができるからであるという。³⁶⁾

4. 小 括

学説では多くの裁判例とは反対に、自己措置をした買主に売主に対する追履行費用の請求権を何らかのかたちで認めるべきとする説が多数である。方向性としては、危険負担に関するBGB326条2項2文を用いるべきとする説と、不当利得に基づく返還請求権によるべきとする説とがみられるが、前者の方が多数説である。もっとも、自己措置の場合において買主が負担してしまっている追履行費用を売主に負担させるべきとしつつ、具体的な方策としてはBGB326条2項2文あるいは不当利得によるべきとのみ述べる学説も多い。他方で多くの裁判例と同様に、追履行の優位といった観点から自己措置をしてしまった買主に売主に対する何らの請求権をも認めないという説も提唱されている。

Ⅳ 日本法への示唆

1. ドイツ法のまとめ

以上、売買契約において目的物に瑕疵がある場合、買主が売主に対して追履行を請求することなく自ら、あるいは第三者に瑕疵を除去させたという問題（いわゆる自己措置）について、ドイツにおける裁判例および学説の状況を概観した。裁判例では、追履行の優位やその他実際的な理由から、売主に対して追履行の機会を認めなかった買主が、損害賠償など期間設定を伴う追履行を伴う追履行を要件とする法的救済を行使できないことはもちろん、危険負担規定の適用や不当利得規定の適用によって、買主が負担してしまっている追履行費用を売主に転嫁することも、追履行の回避を間接的に認めてしまうとしてこれを否定するものが多い。他方で学説では、本来的には売主が負担するはずである追履行の費用を買主に負担させたままとすることが不衡平であるとして、危険負担規定の適用や不当利得規定の適用を通じてこれを

売主に転嫁することを認めようとする。

2. 改正民法における追完請求権の位置づけとBGBとの差異

改正562条において買主のための新たな法的救済として追完請求権が規定される以上、ドイツにおけるのと同様に、買主が追完請求をせずに自ら契約不適合を取り除き、そのために要した費用を売主に請求しようとする事例が発生しようと考えられる。その場合、改正民法下ではこの問題はどのように扱われるべきか。

まず、改正民法ではBGBとは異なって、追完請求権という法的救済が規定されるという点では共通するものの、他の法的救済に対して優先的地位にあるという「履行の優位」が改正民法ではそれほど明確にされているわけではない。条文上、代金減額（改正563条）は相当の期間を定めた追完請求があることを前提としており、また催告解除（改正541条）も、履行の催告が要件とされている以上、目的物に追完可能な契約不適合がある場合、買主が解除や代金減額を望むのであれば、まず追完請求をするべきということになりそうである。他方で損害賠償に関して改正415条は（追）履行請求との関係について言及していない。そのため、条文をあくまで形式的に理解するのであれば、契約不適合のある売買目的物の引渡しを受けた買主は、自らこの不適合を除去してそのための費用を損害賠償として改正415条に基づいて請求してもよく、あるいは改正562条に基づいて契約不適合の追完を売主に請求してもよいとの理解もできそうである。しかし、そのようには理解しがたいのではないだろうか。

（1）追完費用相当の損害は改正415条1項の損害か同条2項の損害か

改正民法では、415条において履行不能（あるいはこれに類する事情）に基づく損害（同条2項）と、それ以外の損害（同条1項）とを分けて規定している。この点で、買主が契約不適合を自ら、あるいは第三者によって除去

したことによって生じた費用は、いずれの損害に属するのであろうか。改正562条において買主の追完請求権が規定されていることからすれば、買主側に追完費用という損害が生じる場面は、本来的には売主に追完を請求したが売主がこれに応じないか、売主が追完に失敗したために、買主側で契約不適合を除去する必要が生じたという場面であると考えられる。そうであるとするれば、追完費用という損害は、売主による追履行が不能であるか、あるいはそれに相当する事情が生じたために買主に生ずる損害であることになる。契約不適合と追完の関係から買主に生じうる損害として、「追完が遅滞していること=完全な履行が遅れていること」による損害は改正415条1項の損害として、562条による追完請求と同時に並行的に請求可能と思われるが、追完に要する費用については「売主による追完がなされないこと、不能であること」から、買主が代わりに追完を講じたことによって生ずる損害として、415条2項に基づいて賠償請求されるべき損害と考えられる。

(2) 買主による自己措置があった場合、売主に追完不能の帰責事由はあるか
追完費用が改正415条2項にいう(追)履行不能に基づく損害であると理解すると、ローレンツの見解のように、買主による自己措置のために契約不適合が除去され、事実として売主による追完が不能になったため、改正415条2項による履行不能に基づく損害として追完相当費用の賠償を求めることができるとの理解もできそうである。しかし、「買主が売主に対して契約不適合の追完を請求せず、自己措置をしたために売主による追完が事実上不能となった」ということについて、売主の責めに帰すべき事由がある履行不能(あるいは売主に免責事由のない履行不能)であるといえるであろうか。仮に売買契約目的物に契約不適合が存在することにつき、売主の帰責事由があるのであれば、自己措置の場合であってもその原因が契約不適合に起因する以上、買主の自己措置による追完の不能の場合にも売主の責めに帰すべき事由があるといえそうである。しかしこの点、改正562条が追完請求権とい

う権利を独自に定めている以上、そして買主の法的救済として新たに規定されるに至った以上、契約に適合する給付をしなかったことに関する帰責事由と、追完請求に応じないあるいは追完について不能であることに関する帰責事由は別であると考えられる。つまるところ、売買目的物の契約不適合につき売主に責めに帰すべき事由があるとしても、追完の不履行や不能につき売主に責めに帰すべき事由があるといえなければ、買主が自己措置をしたことによる追完相当費用の損害を賠償することはできないし、他方で契約不適合につき売主に帰責事由がなくとも、追完の不履行や不能につき売主に帰責事由があるとすれば、買主が自己措置をしたことで生じた追完相当費用の賠償請求は可能となると思われる。

私見としては以上のように考えたいが、そうであるとすれば売買目的物に追完可能な契約不適合がある場合に買主が自己措置をしたことによって生じた追完相当費用の損害は、そもそも追完の請求を受けなかったために追完を試みることさえできなかった売主には帰責事由があるとはいいがたいので、改正415条2項によって賠償請求することはできない、ということになると思われる。

3. ドイツ法からの示唆

ここに至って、追完をめぐる買主側に追完相当費用の損害が生じているが、損害賠償請求の要件を満たさないためにその損害を売主に転嫁することができないという、ドイツにおいて生じたのと同様の事態が生じてくるものと思われる。それでは改正民法においてこの問題を処理しなければならなくなった場合、ドイツ法の経験は日本法にどのような示唆をもたらすのであろうか。大きな方向性としては、ドイツの裁判例や学説の一部のように、自己措置をした買主に売主に対する追完費用の賠償請求権をいかなるかたちでも認めないという方向で処理をするか、あるいは危険負担規定の適用や不当利得規定の適用を通じて売主に追完費用を転嫁することを認めるか、である。³⁷⁾

(1) 費用賠償を否定すべきか

追完請求をせずに買主自身が追完をしてしまったという場合、ドイツの裁判例や学説の一部が指摘するように、追完するべき契約不適合の有無や範囲、適切な追完方法を知ることができなくなってしまうことにより売主側にリスクが生ずる恐れがある。また、買主側で追完を試みたがこれが失敗してしまったため契約不適合がより深刻なものとなり、あるいは買主の完全性利益に損害が生じたということを理由として、買主側から訴訟を提起される可能性も考えられる。また専門知識や適切な追完方法へのアクセスが可能であることが多い売主であれば適切な追完ができたにもかかわらず、買主側が任意に不適切な追完をそれと気づかずに、あるいは不適切気づくべきであったのに気づかずに実施してしまったために損害が拡大し、それに伴って訴訟リスクが拡大してしまう可能性もある。当事者双方の利益を考えるのであれば、「買主により不適切な追完がなされてしまうことで損害が発生or拡大するリスク」を避けるために改正民法でも追完の優位を徹底させ、これに反した買主に対して一種のサンクションとして、売主に対する追完費用の負担を一切認めないという措置も、損害発生や拡大の防止のために合理的な措置を求めるという観点からは正当化できるようにも思える。

しかし、この説には問題もあるように思える。例えば次のような場面を考えてみる。冒頭の事例で仮にXがYに対して甲に契約不適合があることを通知し、修繕による追完を請求したとしよう。これに対してYが、契約不適合がないことを主張し、仮に裁判判決を得たならば修繕に応じると返答したとする。このとき、Yのこの行態が履行拒絶と判断されるのであれば、改正415条2項2号を通じて履行不能=売主が追完をしないために買主が追完をする必要が生じたために発生した損害として、買主自身が追完をしたことに基づく追完費用の賠償請求が可能となる。しかし憲法において裁判を受ける権利が保障されている以上、単に契約不適合の存在について争い、かつ裁判判決を受けたならば追完に応じるとの態度は履行拒絶とは評価しがたいように思

える。³⁸⁾ただしそうであるならば、Xは裁判判決を得るまで契約不適合を放置せざるを得ず、また裁判で敗訴するリスクを承知で先んじて自ら追完をすることとなる。仮にXが裁判で勝訴し、Yによる追完が実施され追完の遅滞による損害賠償が認められて金銭的コストを売主に転嫁できたとしても、それまでに要した時間的コストは賄いきれないだろう。このようなリスク＝売主による追完を待機することによって生ずるリスクは買主が負担するべきであろうか。やはり多くのドイツ学説が主張するように、何らかの方法で買主自身が負担した追完費用の売主への転嫁を認めたほうがよい場合があるように思える。追完請求権は、他の法的救済に比べて本来的契約内容の貫徹という意味でも、両当事者にとって望ましい法的救済と考えられる。そうであれば基本的評価としては、追完請求権をめぐる生じうる問題を検討する際にも、当事者双方の利益をともに考慮しつつ、問題解決の方向性を探るべきである。この指針からは、買主が自己措置をしてしまったという理由から売主に対する費用負担を否定することは、買主の利益を不当に限定してしまうことになるように思える。³⁹⁾

(2) 費用賠償の具体的方法について

そうであるとすれば基本的方向性としては、買主が売主に対して追完を請求することなく自ら追完をした場合には、その費用を売主に負担させるべきことが望ましいといえるのではないか。問題はその方法である。まず、買主が売主に対して追完を請求したにもかかわらず、売主がこれに応じなかったり追完に失敗する場合には、追完の不履行について帰責事由がある限りで買主自身が追完を実施したor第三者にさせたことによって生じた損害は、問題なく改正415条2項に従って賠償請求できる。そして、改正412条の2第1項により、追完の履行が不能であるという場合にも、帰責事由がある限りで同じく改正415条2項によって追完費用の賠償請求は可能であろう。

問題は、売主による追完が可能であるにもかかわらず、買主が売主に追完

を請求せずに自ら追完を実施してしまったという場合である。この場合でも、「追完の不履行」につき売主の帰責事由があれば、改正415条に基づいて追完費用の賠償請求が可能であろう。しかしすでに述べたように、この場合に売主の帰責事由を認めることは難しいように思える。このときドイツの多数説に従えば、危険負担の規定や不当利得（ドイツ学説では不当利得の規定を準用する事務管理）の規定を通じて、買主の負担した追完費用を売主に転嫁するという方向で解決されるべきこととなる。日本民法では、BGB326条2項2文に相当する改正536条2項後段によるか、不当利得に基づく返還請求を用いるべきかが問題となる。ドイツの学説では、比較的多くの学説が危険負担規定（BGB326条2項2文）の適用を支持している一方で不当利得規定によるべきとの説は少ない。これらの学説の分水嶺は、「買主の手による瑕疵の除去＝目的物が契約に適合する状態になったこと」による事実上の追完の不能を、債務不履行の一類型としての履行不能と同視するべきかどうかという判断にある。買主自身が瑕疵を取り除いたことにより、契約不適合がなくなったため、たしかに売主による追完は不能になったといえる。しかしこの不能は、給付結果の実現不能という意味の不能ではなく、債務者以外の手によって給付結果が実現されてしまったために、債務者の履行行為が不可能・無意味になってしまったという意味での不能である（いわゆる履行によらない目的達成）。果たしてこの不能は給付結果の実現不能を念頭に置いていると思われる履行不能概念に含まれるのであろうか。

ドイツ学説ではBGB326条2項2文の（類推）適用を支持する説が多いが、エクスターの指摘するように、売主の追完によらずに契約不適合が除去されて、契約に適合する目的物になったという場合、果たして（類推であっても）危険負担という給付結果の確定的実現不能としての履行不能を念頭に置いていると考えられる規定を適用すべきか、いささか疑問がある。給付結果が実現されている以上、給付結果不実現とは区別されて扱われるべきであり、事実として債務者による履行行為がないorできなくなっているとして

も、この問題はもはや履行障害の問題として契約法上扱われるのではなく、債務者が履行行為を免れたことによって得ている利益を償還させるという意味で、不当利得法の問題とするべきではないだろうか。⁴⁰⁾つまり、本来はその義務として費用を負担すべきであった売主が追完を免れてしまっているという利益を、不当利得返還請求に従って買主に償還させるべきと考えられる。⁴¹⁾ただし、ここで返還の対象となるのは「買主が実際に負担した追完費用」ではなく、「売主が追完請求を受けていれば実際に支払ったであろう追完費用」に限定するべきである。そうすることで、非専門家である買主が知識や経験の不足から余計な追完費用を支出してしまったとしても、そのリスクを売主は負わずに済む。

(3) 追完の優位との関係

他方で、ドイツ学説の多数の言うように危険負担の規定を通じてであれ不当利得の規定を通じてであれ、買主自身が追完をした場合にその費用を売主に転嫁することを認めることは、事実上、買主の手で追完を実施してその費用を売主に請求することを認めてしまうことになる。現行民法ではとりわけ売買契約の瑕疵担保責任に基づいて売主に対する追完請求が規定されていなかったこともあって、事実上容認されていたこのような手段は、追完請求権が規定されることになる改正民法では問題があろう。仮にBGBのように改正民法でも追完請求権の優位が徹底されるべきとの方向性が示されるのであれば、これを貫徹するためにBGHをはじめとするドイツ判例の多くが支持するように、買主自身による追完を認めず、これをしてしまった買主からすべての請求権を奪うという結論も正当化されよう。改正民法における追完請求権は、その立法趣旨としては「契約責任説の採用」であるが、機能態様としてはBGBにおける追履行請求権と同一であり、法的救済の体系においても同じような規範的評価の下で運用されるべきと考えられる。しかしその機能態様は、売主と買主双方の利益を最も衡平に調整できる法的救済であると

いうことから、追完請求権をめぐって生じうる問題についても当事者双方の利益を衡平に調整するという観点の下で検討していく必要がある。そうすると、買主自身が追完をしてしまっただけでその費用を負担しているという場合、やはり売主に対し、売主が追完をしていれば負担していたであろう費用を償還させることが望ましいように思われる。ドイツの学説でも指摘がみられるように、そもそも売主は契約内容に従って契約に適合する給付をする義務を負っている以上、契約に適合しない目的物を給付した場合に追完を実施することで生ずる費用は売主が原則として負担するべきである。そのため、この費用を買主が負担してしまったという場合、これを売主に転嫁させるべきではないという理由はやはり見出しがたい。売主への転嫁を否定するのであれば、契約不適合に気付かずにこれを修補してしまった場合のリスク、そして契約不適合に気付いたとしても、売主が追完に応じないことによるリスクを買主は負担してしまうことになる。当事者の望ましい利益調整という観点からは、やはり買主の負担した追完費用を売主に転嫁させるべきといえよう。

V 結びに代えて

以上、本稿では改正562条において新たに規定される追完請求権をめぐり今後生じうる問題の一つにつき、ドイツ法の経験を参考にしながら現時点での検討を試みた。私見としては、売主自身に契約不適合の追完を請求することなく、買主自身が追完をしてしまったという場合には、不当利得の規定を通じて売主に対する費用償還請求権を認めるべきであるが、その額は売主が追完を請求されていれば実際に負担したであろう額に限られるという結論を、ドイツ民法学説から示唆を受けて示した。実際のところ、改正562条において追完請求権が規定され、また準用規定に基づいて他の有償契約にも準用されるのであれば、契約不適合のある目的物を給付された買主は、まず売主に対して追完を請求するべきであるとの基本的評価が、体系的には基礎に存在するといえる。そうであれば、契約不適合のある目的物を引き渡された

買主はまず追完請求をするべきであることが前提とされよう⁴²⁾。しかし冒頭事例で述べたように、売主が契約不適合の存否について争っているために契約不適合の放置に伴う費用的時間的リスクが大きなものになる恐れがある場合や、さらには買主が原始的契約不適合の存在に気付かずに第三者に目的物を修補させたため、結果として自己措置をしてしまったという場合も考えられる。このような場合にBGHのとるように、追完（追履行）の優位を無視した買主にいかなる請求権をも認めないという解決はいささか硬直的であるように思える。追完の優位がBGBほどに徹底されているわけではない改正民法典の体系という見地からはなおさらそのように思える。

今回の改正で、従来のいわゆる瑕疵担保責任については契約責任説を採用するとされ、その一環として改正562条に追完請求権が規定されることになった。しかしドイツの経験などから学ぶに、追完請求権という新たな法的救済が買主に明示に認められたということは、単に契約責任としての瑕疵担保責任の定着という立法者の意図を越え、目的物の瑕疵＝契約不適合をめぐる責任の在り方・当事者の利益調整の在り方を根底から問い直すきっかけを与えているようにも思える。

注

- 1) 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。
- 2) 田畑嘉洋「売主瑕疵担保責任に基づく損害賠償と瑕疵修補の関係」九大法学107号（2013）56頁以下参照（とくに78頁以下に詳しい）。
- 3) 本検討以前にすでにこの問題を扱った論考として、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去」駒澤法曹1号（2005）27頁以下、田中宏治「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」阪大法学55巻3・4号（2005）851頁以下、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『二一世紀判例契約法の最前線』（判例タイムズ社、2006）521頁以下（特に538-542頁）、同「ドイツ法」比較法研究68号（2007）6頁以下、ペーター・フーバー（益井公司訳）「新ドイツ売買法における履行と損害賠償の関係に関する近時の諸問題」日本法学74巻3号（2008）197頁以下（特に220-222頁）、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卷3号(2009)23頁以下(特に37-42頁)、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社、2009)203-207頁、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編著『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、2009)65頁以下(特に80頁および注31)。

- 4) 詳しくは拙稿「追完請求権の制度的意義」大東法学28巻1号(2018)43頁以下を参照。
- 5) たとえば損害賠償に関するBGB281条1項1文は、「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、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」と述べ、さらに解除に関するBGB323条1項は、「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、債権者は契約を解除することができる」と述べる。
- 6) なお、瑕疵ある物の買主が売主に対して追履行を請求したが、売主がこれに応じない(=追履行期間が徒過した)場合、買主は自ら瑕疵を除去して追履行費用を売主に対し、「損害賠償の規定によらずに」請求できるか、については売買法では買主の自己措置権を認める条文が置かれていないことから一般に否定されている。たとえば *Arnd Arnold, Die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch Käufer, ZIP 2004, 2412ff., 2412; Ina Ebert, Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, 1761ff.*。売買法と反対に使用賃貸借法や請負契約法では、目的物に瑕疵がある場合に使用賃借人あるいは注文者はその除去を使用賃借人あるいは請負人に請求できるが、彼らがこれに応じない場合、自ら瑕疵の除去を実施して「その費用を請求できるとする」条文が存在する(使用賃貸借に関してはBGB536a条2項、請負契約に関してはBGB637条。後者については後掲注(10)も参照)。ただし売買法では先の場合において、他の法的救済の行使要件である追履行のための期間設定がなされているため、たとえば損害賠償請求権を通じて(同請求権のその他の要件が満たされている限りで)追履行費用の請求が可能とされている。つまり使用賃貸借や請負の場合には、BGBでは使用賃借人や注文者の自己措置権(瑕疵の除去とそれに要した費用の賠償請求)を認める独立の条文があるため損害賠償請求の要件を満たさずとも費用賠償請求が可能であるのに対し、売買ではそのような条文がないため、売主が追履行請求に応じないために買主自身が追履行を実施したことで要した費用の賠償は一般の損害賠償の要件を満たしたうえで請求する必要があるということになる。事実上、(売主が追履行請求に応じないという限りで、ではあるが)買主自らが追履行を実施し、その費用を売主に請求することは可能である。使用賃貸借と請負の場合における自己措置の問題に関しては、*Barnbara Dauner-Lieb, Kein Kostenersatz bei Selbstvornahme des Käufers – Roma locuta, causa finit!?, ZGS 2005, 169ff., 172; Barbara Dauner-Lieb/Wolfgang Dötsch, Aufwendungsersatz für eine Mängelbeseitigung durch den Mieter, NZM 2004, 641ff.* など参照。
- 7) *Stefan Lorenz, ZGS 2003, 398ff.*
- 8) BGB326条2項は以下の通り。BGB326条2項1文:「債権者が、275条1項ないし3項に従って債務者が給付をする必要がない事情の原因について唯一責任を負うか、あるいは主として責任を負う場合、または債務者に責めに帰すべき事由のないこの事情が債務者の受領遅滞中に発生した場合、債務者は反対給付請求権を有する」。2文:「しかしながら債務者は、給付からの解放のために支出を免れたもの、その労働力を別の方法で用いることによって取得したもの、あるいは取得することを悪意で懈怠したものを計算する必要がある」。

- 9) なお本判決にはデッチュ *Wolfgang Dötsch* による評釈が付けられている。ders., MDR 2003, 1407f. デッチュはケンペン区裁判所の判断を全面的に支持している。しかし買主自身による自己措置の場合に売主への費用転嫁を認めないことで、確かに「よくないあと味が残ってしまう」という。これについては、買主は損害賠償請求の要件を備えたうえで自己措置を実施する必要があるという。
- 10) BGB637条1項：「注文者は、仕事の瑕疵に基づいて追履行のために設定した適切な期間の徒過後、請負人が追履行を拒絶する理由がない場合、瑕疵を自ら除去し、必要な費用の賠償を請求することができる」。BGB637条によれば、追履行期間中の追履行を請け負人が実施しない場合などに注文者自身が瑕疵を除去する権限が認められていることになる。しかし、BGB637条も追履行の優位に服しており、注文者が追履行を請求しないで（そして追履行のための期間を設定しないで）自ら瑕疵を除去することができるか、という問題については、同条では述べられていないという点に注意を要する。
- 11) BGB683条1文：「事務管理の引受けが本人の利益、実際の意味、あるいは推定される意思に一致する場合、管理者は受任者と同様に費用の賠償を請求できる」。
- 12) BGB684条：「事務管理の要件が備わっていない場合に、本人は管理者に対して事務管理によって得たすべてのものを不当利得の規定に従って返還する義務を負う」。
- 13) なお、本判決の上告審においてBGH（BGH2005年6月22日判決－Ⅷ ZR 1/05, NJW 2005, 3211ff）も買主の費用賠償請求権を認めている。しかしこれはビーレフェルト地裁の見解を是としたためというわけではない。本件のように動物が発病したために緊急の治療が必要であるという場合には、期間設定を伴う追履行請求が例外的に不要であるために、買主は追履行を請求することなく自ら追履行を実施し、そのために要した費用を損害賠償として売主に請求可能であるとの判断から賠償請求を認めたのである。判決文については、NJW 2005, 3211ff. を参照。ヴェルテンブルフ *Johannes Wertenbruch* はこのBGH判決に対し、BGHは犬に要したすべての治療につき、売主に対するその費用賠償を認めているが、最初の緊急治療の費用の賠償についてのみ買主の賠償請求を認める限りで同判決を支持するという。その後の治療、とりわけ最終治療については売主の手による追履行を認めるべきであり、これに反した買主にその費用の限りでは賠償請求を認めるべきでなかったという。 *Johannes Wertenbruch*, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065ff., 2067. なお、損害賠償請求に関する規定であるBGB281条には、その2項において、「債務者が履行を真摯かつ終局的に拒絶する場合、あるいは両当事者の利益を比較考量して、損害賠償の即時の主張を正当化するような特別な事情が存在する場合、（追履行のための）期間設定は不要である」と規定する。同様に買主の自己措置の場合に、例外的に期間設定が不要であったために損害賠償請求権の枠内で追履行費用の賠償を認めたBGH判決として、BGH2005年12月7日判決－Ⅷ ZR 126/05, NJW 2006, 988ff. がある。この事例は雄馬と雌馬の交換契約において、雌馬に眼病があることが発覚したため、雌馬を受領した原告がこれを獣医に治療させ、その費用を被告に請求したという事案である。なお、同BGH判決の原審であるパウツェン地裁2005年4月26日判決－1 S 145/04（判決文は公表されていないようであるため、上告審であるBGH, NJW 2006, 988ff. の判決文によった）は、BGHと同じように本件では期間設定が例外的に不要であるとして原告の費用賠償請求権を認めるが、その理論としては瑕疵＝眼病につき被告の過失がないために損害賠償請求はできないが、BGB326条2項2文を類推して費用の償還を認めるとしている。なお、このBGB326条2項2文を自己措置の場合に用いるという判断について、BGHは誤りであると断じている。
- 14) 本判決の評釈に、 *Holger Sutschet*, Anmerkung des BGH, Urt. v. 23. 2. 2005 — 8 ZR

- 100/04, JZ 2005, 574ff.がある。ズーチュはBGH判決を全面的に支持する。買主は売主に対し、第二の提供の権利を認めなかったために費用の賠償請求をすることはできないが、これは追履行請求権を創設したことから生ずる必然の結果であるとする。そしてこの点について、買主の地位の明確な悪化とも述べている（ただし決して批判的な意味ではないようである）。*ders.*, a.a.O., 576.
- 15) この点につき、ランプレヒト *Phillip Lamprecht* はBGB437条以下の規定する瑕疵担保に関する規定は閉鎖的規定ではないとする。すなわちBGB437条における請求権の列挙は、法に詳しくない者に対して法適用の介添えを目的としているにすぎず、ここで列挙されていない請求権の適用排除を意味するものではないとする。*Phillip Lamprecht*, *Selbstvornahme des Gläubigers und Vorrang der Erfüllung nach neuem Schuldrecht*, ZGS 2005, 266ff., 273f.
- 16) *Stephan Lorenz*, *Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht*, NJW 2003, 1417; *Ebert*, a.a.O. (Fn.6); *Johann Braun*, *Zahlungsansprüche des Käufers bei Schlechtleistung des Verkäufers*, ZGS 2004, 423ff.; *Carsten Herresthal/Thomas Riehm*, *Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungsrecht*, NJW 2005, 1457ff.; *Staudinger/Roland Schwarze*, 2015, BGB, § 326 C98f.; *Bambergar/Roth/Florian Faust*, BGB, 3, Aufl., 2012, § 439 Rn.37f. がある。なお、費用賠償を肯定するべきとするが、具体的な方策については言及していないか、あるいはBGB326条2項2文と不当利得規定のいずれかによるべきとするものとして、*Peter Bydliński*, *Die Konsequenzen voreiliger Selbstverbesserung*, entwickelt aus den zentralen gesetzlichen Wertungen, ZGS 2005, 129ff.; *Beate Gsell*, *Rechtlosigkeit des Käufers bei voreiliger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung?*, ZIP 2005, 922ff. がある。彼らは結局のところ、売主が本来であれば支払うはずであった追履行費用を保持したままとなっている点で不平衡が生じており、これをBGB326条2項2文にせよ事務管理ないしは不当利得（BGB684条あるいは818条）を通じてにせよ、償還させることが正しいとの評価に立つ。なおブレンメルマイヤー *Christoph Brömmelmeyer*, *Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts?*, JZ 2006, 493ff. の見解が興味深い。彼は消費動産売買において売主＝事業者は自己措置と結びついたリスク、つまり買主は売主に対するあらゆる請求権を失うというリスクを知っている以上、消費者としての買主に対しこのリスクについて教示する義務を負うという。売主がこの義務に違反した結果として買主が自己措置をしたしまった場合、義務違反として買主の負担した自己措置費用の額での賠償義務が生じるという。*ders.*, a.a.O., S.498. たしかに当事者間の情報格差を補充するという意味で、専門家としての事業者たる売主による非専門家たる消費者としての買主にに対して各種の説明義務や告知義務が法律（とりわけ消費者保護法規）や信義則に基づいて認められるとあってよい。
- 17) *ders.*, a.a.O. (Fn.7).
- 18) *Ebert*, a.a.O. (Fn.6), 1764も同旨。
- 19) *Stephan Lorenz*, *Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht*, NJW 2005, 1321ff., 1324.
- 20) *Ebert*, a.a.O. (Fn.6), 1763.
- 21) *Ebert*, a.a.O. (Fn.6), 1763f.
- 22) *Ebert*, a.a.O. (Fn.6), 1764.
- 23) *Jürgen Oechsler*, *Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs*, NJW 2004, 1825ff. また、*Lamprecht*, a.a.O. (Fn.15) も同旨。ただしランプレヒトは「自己措置が正当化される場合に限って」不当利得返還請求が認められるという。

- 24) *Sutschet*, a.a.O. (Fn.14) はBGHの判決を支持する見解であるが、買主自身による瑕疵修補の場面は給付利益の達成が認められるため、給付障害の場面ではないと明確に述べる。
- 25) *Oechsler*, a.a.O. (Fn.23), 1827.
- 26) *Matthias Katzenstein*, *Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung nach § 326 Abs.2 Satz 2 BGB?*, ZGS 2004, 144ff.; *ders.*, *Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung — ein Plädoyer für die Abkehr von einer verfestigten Rechtspraxis*, ZGS 2004, 300ff.; *ders.*, *Nochmals: Ersatz ersparter Aufwendungen bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung*, ZGS 2004, 349ff.; *ders.*, *Grund und Grenzen des Bereicherungsanspruchsausgleichs bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Nacherfüllung*, ZGS 2005, 184ff.; *ders.*, *Bereicherungsausgleich bei eigenmächtiger „Selbsterfüllung“ schuldrechtlicher Ansprüche*, ZGS 2005, 305ff.
- 27) *Katzenstein*, *Grund und Grenzen*, a.a.O. (Fn.26), 193; *ders.*, *Bereicherungsausgleich*, a.a.O. (Fn.26), 310.
- 28) *Dauner-Lieb/Dötsch*, a.a.O. (Fn.6) ; *Dauner-Lieb/Dötsch*, *Nochmals: Selbstvornahme im Kaufrecht?*, ZGS 2003, 455ff. その他、*Dauner-Lieb/Arnd Arnold*, *Kein Rücktrittsrecht des Käufers bei von ihm verschuldeter Unmöglichkeit der Nacherfüllung?*, in: Franz Häuser usw. (Hrsg.), *Festschrift für Walter Hadding*, 2004, S.25ff.; *Dauner-Lieb/Dötsch*, §326 II 2 BGB (analog) bei der Selbstvornahme?, NZBau 2004, 233ff.; *Dauner-Lieb/Arnold*, *Dauerthema Selbstvornahme*, ZGS 2005, 10ff.; *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn.6); *Dauner-Lieb*, *Die Nacherfüllung — Ein Irrweg?*, Oliver Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, 2008, 191ff.がある。ダウナー・リープと同様にBGHの判決を支持する見解として、*Wolfgang Dötsch*, *Anmerkung von AG Kempen*, Urteil vom 18. 8. 2003 (11 C 225/02), DAR 2004, 34ff.; *ders.*, *Rechte des Käufers nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung*, MDR 2004, S.975ff.; *Arnold*, a.a.O. (Fn.6) がある。
- 29) *Arnold*, a.a.O. (Fn.6).
- 30) この問題については、すでに旧BGBにおける請負契約に関する判例において、注文者が請負人に修補を請求することなく自ら修補をしてしまったという場合に注文者に不当利得などを通じた費用償還請求権を認めないとの判決の理由付けの一つとされていたという。*Arnold*, a.a.O. (Fn.6), 2413.
- 31) *Arnold*, a.a.O. (Fn.6), 2414.
- 32) *Arnold*, a.a.O. (Fn.6), 2414. ここでアーノルドが指摘するように、買主が自ら追履行をしても他の追履行の方法がなお可能であるという場面も考えられる。この場合に買主の下に瑕疵のない目的物が調達されたため、追履行の意味はなくなったとするのか、あるいは追履行がなお可能である限りは買主は追履行をなお請求でき、あるいは売主はなお追履行の義務を負うとするのか、という問題は生じよう。しかし現実問題としては瑕疵のない給付が（買主の手によってであれ、そしてなお他の方法による追履行が実施可能であれ）実現されているのであれば、なおそこに追履行の必要は認められる必要はないように思える。そうすると問題は、買主自身の追履行によって買主に通じた費用を売主に転嫁するべきかどうか、転嫁するべきとすればどのような方法によってかという問題が残されることになる。
- 33) ダウナー・リープは、正義といった観点から大胆な解決を採用することは説得的ではなく、BGHの立場に再考を迫るといっているのであれば、「これ以上判例を攻撃すること、そしてずっと大胆な構成を練ることに代えて、決定的規範的な前提を思慮深くかつ偏

- 見なく再検査することが要求されているのである。したがって、新たな法政策上の要求である立法論に到達しうるのであろう基礎的な研究が要求されるのである。同様に評価に合致し解釈的に説得力のあるある構想を提供することができるのであれば、解釈論によってBGHに対してその基本的立場を考え直すきっかけを与えることができるであろう」とする。*Dauner-Lieb, Die Nacherfüllung, a.a.O. (Fn.28), 203.*
- 34) *Ulrich G. Schröter, Kostenerstattungsanspruch des Käufers nach einengmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung?, JR 2004, S.441ff.; ders., Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007), S.28ff.*
- 35) *Schröter, Kostenerstattungsanspruch, a.a.O. (Fn.34), 442ff.*
- 36) *Martin Tonner/Volker Wiese, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer, BB 2005, 903ff., 905.* 共著者であるヴェーゼは反対にローレンツの見解を支持している。ただしビドリンスキーは、このように売主に追完の機会を与えない買主のいかなる請求権をも認めないという考え方は、民法においては疑わしいサンクションの思想であるとして厳しく非難する。*Bydlinski, a.a.O. (Fn.16), 130.*
- 37) 買主自身が追完した場合の売主に対する費用負担請求の可否という問題について、ドイツ法の経験を参考にしつつ言及する文献はいくつかみられる。しかしその多くは、前掲本文で述べたドイツの判例や学説の状況を整理するにとどまるものが多い。たとえば、北居功「不動産売買における売主の契約不適合責任」日本不動産学会誌30巻1号(2016)22頁以下(特に24-25頁)、古谷・前掲注(1)331頁。他方で岡教授は、「この問題にかかるドイツ判例と学説の対立につき、買主が売主に追完の機会を与えなければ、その他の法的救済を奪われるだけであり、本来売主が出費するはずであった費用について買主の償還請求を否定する理由はないのではないか」とされる。同・前掲注(3)15頁。
- 38) 履行拒絶が肯定されるためには、主観的・客観的に債務者の履行意思の不存在が認められる必要があるであろう。潮見佳男『新債権総論I』(信山社、2017)369頁。
- 39) グセルはBGH判決に対し、追履行費用を売主に負担させないことは買主の利益を考慮していないと批判している。*Gsell, a.a.O. (Fn.16), 928.*
- 40) 磯村保教授も、改正民法下で契約不適合のある目的物を購入した買主自身が追完をしたという場面に付き、不当利得返還請求権を通じた売主への費用転嫁を提案されている。磯村保「売買契約法の改正」*Law&Practice*10号(2016)61頁以下。磯村教授は、「追完費用は485条の規定によれば売主の負担すべき費用であるところ、賃貸人が修繕義務を履行しない場合に賃借人が自ら修繕を行い、その費用を必要費として請求する場合に類似するとされ、買主は本来売主が負担すべき修補費用を売主に代わって負担したのだから、703条および704条に従って費用利得返還請求権が行使可能」とされる。しかし磯村教授がここで問題とされている場面は、「買主が売主に対して修繕請求をしたにもかかわらずこれに応じない場合で、買主が強制執行の手続きをとらずに自ら修繕をした場合にその費用を売主に負担させることができるか」という場面である。売主が買主による追完請求に応じないことは、原則として履行に代わる損害賠償請求の原因になると思われる。そのため、この時点で買主は売主による追完をあきらめて自らの手で追完を試み、その費用を損害賠償として売主に請求可能であるように思われる。ドイツにおいて追履行期間の徒過後における債権者(=買主)の請求権の状況については、たとえば*Stefan Bressler, Selbstvornahme in „Schwebezustand“ nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist, NJW 2004, 3382ff.*参照。ブレスラーは、追履行請求をしたのちに、期間を徒過しても追履行がなされないという場合、買主はなお追履行を求めてもよいし、損害賠償請求の要件が満たされていればこれを請求してもよいとされている。そして後者を選択する場合にはその限りで自己措置の費用賠償も可能と

する。

- 41) ただし実際のところ、536条2項後段の（類推）適用によっても不当利得返還請求によっても帰結自体にそれほど差はないように思われる。ここで問題となっている償還請求・返還請求の対象はあくまで売主が本来であれば支払うはずであった追完費用であるためである。
- 42) この点につき、デツチュはローレンツの見解に否定的な論者の一人であり、買主自ら追履行をしたという場合の費用賠償の問題についてBGHの見解を支持するが、費用賠償を認めないということはたしかに「あと味としてよろしくない」とし、解決のためには消費者自身が「まず追履行を請求すべき」ことに留意し、あるいは弁護士などが消費者に対してこの種の注意を喚起すべきと提唱する。*Dötsch, Anmerkung, a.a. O. (Fn.9), 35.*

※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。