

論 説

追完請求権の射程と買主の救済に関する一考察 —契約不適合のある物の取付事例を素材として—

萩原基裕

- I はじめに
- II ドイツ判例法理の流れとその帰結
- III ドイツにおける学説の状況
- IV 日本法の状況
- V 検 討
- VI 結びに代えて

I はじめに

一 問題の所在

民法562条は売買の目的物に契約不適合がある場合に買主に与えられる救済手段を規定する。同条1項によれば契約不適合のある物の買主は、修補、代替物の引渡し、不足分の引渡しによる追完を売主に請求できる。この規定は改正前民法における瑕疵担保責任の法的性質をめぐる論議を受けて、改正作業において契約責任説を採用するとの方針に基づいて導入された。改正前570条では、改正前566条を準用することで売買目的物に隠れた瑕疵のある場合、買主は売主に対して損害賠償あるいは解除の請求をすることができた。その限りで562条の規定する追完請求権は、まさに買主にとってはその法的救済の手段を広げるものと位置づけられる。

他方でこの追完請求権をめぐる種々の問題が今後生じうると目される。このことは、562条の規定する追完請求権に類似する機能を有する追履

行請求権 Nacherfüllungsanspruch をすでに2002年に導入したドイツ民法典(以下 BGB)において、同請求権に関して実務上さまざまな問題が噴出してきた経緯からも予測される¹⁾。そうした問題の一つが、契約不適合のある物の買主が契約不適合の存在に気づかないまま、不適合のある物を別の物に取り付けたのち、不適合が明らかになったという場合の追履行請求権の射程である。このような場合、売買目的物に契約不適合があることで買主は追完を請求することができる。このとき修補を受けようとする場合に、取り付けられた状態では不適合のある物の修補ができないというとき、いったん物を取り外す必要がある。そして修補を受けたのち物を再び取り付けることになる。また代替物の引渡しを受けるという場合にも、同様に契約不適合のある物を取り外して代替物を取り付けるという必要がある。ここでの問題は、買主が追完を受ける際に必要となりうる契約不適合のある物の取外しと、契約不適合のない物の取付けは、売主と買主のいずれが負担するべきであるのか、したがって追完請求権の射程はどこまで及ぶのか、という点にある。すでに別の物に取り付けられてしまった契約不適合のある物に対する追完に際しては、修補や代替物の引渡しのみならず、買主の追完請求権には物の取外しと再度の取付けを実施するように求める権利も含まれているのであろうか。あるいは追完請求権にこうした行為の請求まで含まれないという場合、買主は取外しや再度の取付けに要した費用を売主に請求することができるのであろうか。

仮に買主の追完請求権の内容に、契約不適合の物の修補や代替物の引渡しに加えて(あるいはその枠内で)不適合のある物の取外しや不適合のない再度の取付けも含まれるのであれば、売主は追完義務を履行するために取付け

1) ドイツの追履行請求権を検討対象とする先行研究はまさに枚挙にいとまがないといえるが、近年の包括的な先行研究として、原田剛『売買・請負における履行・追完義務』(成文堂、2017)、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』(商事法務、2019)、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』(法律文化社、2020)、田中宏治『ドイツ売買論集』(信山社、2021)がある。

や取外しを実施し、あるいはその費用を負担する必要があることになるであろう。他方で、562条にある修補や代替物の引渡しという文言からすると、契約不適合物が他の物に取り付けられたという場合における契約不適合物の取外しや、修補された物、あるいは代替物の再度の取付けまで売主の義務内容となるというように解釈することができるのか、という疑問も生じる。仮にそのような解釈が否定されると、取付けや取外しは買主自身が実施しなければならないことになるが、これは目的物に契約不適合なければ負担する必要のなかった行為である。そうすると買主はまさに目的物の契約不適合=売主の債務の本旨不履行によって損害を受けたとも考えられる。したがって買主は、追完を受けた場合に取付けや取外しによって費用を支出した場合、この費用を損害として415条に従って賠償請求できそうである。しかしこのとき415条1項ただし書にある債務者（売主）の責めに帰することのできない事由が問題となる。契約不適合について売主に責めに帰することのできない事由がある場合、売主は415条の債務不履行責任を負わないので、結果として買主は目的物の契約不適合によって損害（取外しと取付けに要する費用）を受けたにもかかわらず、その損害を自身で負担しなければならないことになる。本稿はこのように追完請求権の射程と買主の法的救済に関連する問題場면을素材として、買主に対する法的救済が改正後の民法の体系においていかに実現されるべきであるのかを検討課題とする。

二 検討の手法

すでに述べたように、本稿の問題意識の中心にある問題事例は、ドイツにおいて過去生じた問題であり、判例や学説において大いに議論があった。そこで本稿の問題意識に基づく検討に際しても、ドイツにおける議論や経験が有益であると目される。そこで以下、まずはこの問題に関するドイツにおける判例の流れと学説の状況を整理検討することにしたい（Ⅱ、Ⅲ）。ただしドイツにおけるこの論点をめぐる判例法理の整理や学説の詳細な検討に関し

はすでに日本において多数の重厚な先行研究があり、わざわざ本稿で整理検討するまでもないことのようにも思える²⁾。しかし膨大な先行研究があるとはいえ、それらにおいては改正後の日本民法の解釈論的フィードバックがやや不足している感も否めない。本稿の意義は、まさに先行研究では必ずしも十分ではないように思えるドイツ法から得られる示唆の日本法への反映を試みているという点にある。

またこの論点について管見による限り、現在のところ日本法の解釈論として正面から検討を加えているものは少ないようである。本稿の問題意識においては、①追完請求権の射程と、②415条1項ただし書における債務者の責めに帰することのできない事由の解釈が重要となる。その限りでこの問題に関連して日本の議論状況を整理したい(Ⅳ)。そしてこれらの検討を踏まえ、現時点での問題解決の方向性を示すことを試みたい(Ⅴ)。

Ⅱ ドイツ判例法理の流れとその帰結

一 EuGH判決以前のドイツの判例法理

契約不適合のある物の取付けと、追完に伴うその取外しおよび契約不適合のない再度の取付けの問題に関しては、いくつかの判例が存在する。重要であるのは追履行請求権規定(BGB439条)の改正を導いたEuGH(欧州司法裁判所)³⁾判決であるが、まずはそれ以外の判例について整理をする。

-
- 2) この論点について日本において最も早く紹介しているものとして、青野博之「買主の追完請求権についての立法論—請負及びドイツ売買法を参考にして」法律時報82巻4号(2010)104頁以下がある。さらにこの問題については、原田・前掲注(1)76頁以下、田中洋・前掲注(1)129頁以下、古谷・前掲注(1)165頁以下、田中宏治・前掲注(1)197頁以下(特に224頁以下)がある。本稿におけるドイツ法の整理もこれらに負うところが大変大きい。
- 3) EuGH2011年6月16日付判決—C-65/09 und C-87/09 (Juris - Das Rechtspotalより引用)。同判決については後述する。

1 カールスルーエ上級地方裁判所2004年9月2日判決—12 U 144/04⁴⁾

〔事案の概要〕

原告は2002年3月2日から同年4月17日の期間に被告の建築市場において床用タイルを購入した。原告はその住居においてタイルを敷設した。

原告は、敷設の直後、タイルのコーティングがはく離するということが確認されたと主張した。瑕疵はタイルを利用した際にはじめて明らかになったという。タイルの内部に空洞の層が存在するであろうため、これによってコーティングが突然にはく離したという。それゆえに原告は第一審において鑑定書によるタイルンコーティングを改めるための費用（10,368,08ユーロ）、塗装作業の費用（1,704,04ユーロ）、衛生設備の撤去と組立費用（2,858,54ユーロ）、キッチンの取外しおよび設置費用（2,070,69ユーロ）、自己負担費用（675,00ユーロ）、そして宿泊費（700,00ユーロ）を請求した。

〔判旨〕

カールスルーエ上級地裁はタイルに瑕疵があり、BGB437条1号および439条による追履行請求の対象となることを指摘したうえで、追履行の目的で必要となる費用は、BGB439条2項⁵⁾によれば売主が負担する必要がある、とした。上級地裁によれば、輸送費などの例を挙げつつ追履行に要する費用を売主に負担させるBGB439条2項という費用には、売買目的物の契約に適合する使用との関連で生じているその物を買主が加工したというためにのみ生じた費用も属する。床用タイルの売買の場合には、タイルの敷設がそのような加工に含まれる。物の追履行によって買主は、その物についてあたかもこの物に瑕疵がなかったかのようにその物を扱うことができるという状態に置き換えられるべきである。このため、売買目的物に瑕疵がなかったであろうな

4) Juris - Das Rechtspotalより引用。

5) BGB439条2項は次のような内容である。「売主は追履行の目的のために必要となる費用、とりわけ輸送費、交通費、人件費、そして材料費を負担しなければならない」。

らば売買目的物があつたであろう状態が債務の対象となる。したがってBGB 439条2項の意味における費用には、タイルに関する取外しと再度の取付けの費用も含まれる、とした⁶⁾。

2 ケルン上級地方裁判所2005年12月21日判決—11 U 46/05⁷⁾

〔事案の概要〕

詳細な事案は不明であるが、原告が購入したタイルに瑕疵があり、それに基づく損害の賠償を被告に求めているようである。原告は合送料額を含めた代替タイルに関する費用の賠償とタイルの改めての敷設のための費用の賠償を求めている。ケルン地方裁判所は8,966,19ユーロの額で訴えを認容し、その際タイルの改めての敷設のための賠償は2,500,00ユーロと認められた。

〔判旨〕

ケルン上級地裁は、タイルの瑕疵によって原告に生じた損害を項目に分け、それぞれ検討している。まず、瑕疵のないタイルを改めて取り付けるための費用について、これはBGB439条2項による追履行に要する費用には含まれないという。債務の対象である追履行は瑕疵のないタイルを代替物として引き渡すことに限定される。他方でタイルの取付けおよび敷設はBGB433

6) なお、カールスルーエ上級地裁はこの理由づけの根拠として債務法改正前のBGH判決 (BGHI983年3月9日判決 (BGHZ 87, 104ff.))。いわゆる屋根瓦事件) を持ち出している。屋根瓦事件については簡潔に述べると以下のとおりである。この事件は買主が建築資材業者から瓦を購入し、屋根瓦職人によって仮敷設させたところ瑕疵が発見されたため、瓦の売買契約を解除したという事例である。ここでBGHは旧BGB467条2文により、売主が買主に対して瑕疵に基づく解除Wandelungに際して賠償しなければならないとされる契約費用には、買主が契約の履行に基づいて支出した費用のみならず、契約によって前提とされた目的物の使用を可能にするための費用も含まれるとした。そのため、瑕疵ある瓦の敷設費用も旧BGB467条2文の費用に含まれるとしたのである。なお屋根瓦事件については、原田剛『請負における瑕疵担保責任〔補訂版〕』(成文堂、2009) 186-188頁、同・前掲注 (1) 160頁注 (50)、古谷・前掲注 (1) 167頁も参照。

7) Juris - Das Rechtspotalより引用。

条および434条に基づく売主の義務の要素ではない。これに反対する見解は、売買契約と請負契約を混同している（Lorenz, ZGS 2004, 408 f. を引用する。ローレンツの見解については後述する）。さらに前記カールスルーエ上級地裁にも言及し、同上級地裁はタイル敷設の費用を追履行に要する費用として過失によらない賠償請求権を認めたが、これは新法に関してはもはや維持されえないとした。改正債務法の立法者は旧BGB467条1文の規定を体系になじまない規定であるとして、意図的に新売買法に引き継がなかったという。立法者によればこの費用は損害賠償として請求できるのであり、そのためには売主の過失が必要であるとした。したがって取付費用は、瑕疵のある物の引渡しに条件づけられた損害であり、修補の枠内ではなく損害賠償の方法においてのみ賠償可能である。しかし本件においては売主にタイルの瑕疵について過失はないという。

他方で瑕疵あるタイルの引取りおよび撤去の費用は賠償の対象になるという。売主は、取り付けられた物のある場所で履行される必要のある引取義務を負うからであるという。

3 イツェホー地方裁判所2007年4月27日判決—9 S 85/06⁸⁾

〔事案の概要〕

原告は、被告から購入し、そのカーポートに設置したUV耐性加工済みの建築素材に瑕疵があるとして、被告に対し瑕疵のない建築素材を取り付けるように請求している。買主は追履行によって、あたかも売買目的物がはじめから瑕疵のなかったかのような状態に置かれるべきであるという。このため売主は瑕疵ある商品の取外しと瑕疵のない商品の引渡しのみならず、瑕疵のない商品を再び取り付けすることも義務付けられるという。引き渡された建築素材のUV耐性は保障された性質であり、その瑕疵は、過失を要件としない

8) Juris - Das Rechtspotalより引用。

BGB276条1項1文に基づく原告の請求権を発生させるという。

〔判旨〕

イツェホー地裁は、追履行は瑕疵ある物の引取りを含むとする一方、原告の求めている瑕疵のない代替物の再度の取付けは、売主の義務に含まれないとしてこれを否定した。BGB439条2項は、売主は追履行の目的で必要となる費用のみを負担する必要があるとしているに過ぎないという。追履行は、修補が不可能である限りで瑕疵のある物の引取りと瑕疵のない物の引渡しを内容とする。そのため瑕疵のない建築資材の取付けに関しては売主の義務ではなく、その費用の賠償は損害賠償を通じて請求できるにすぎないという。ただし本件では目的物の瑕疵については中間業者である被告には過失がないため、この請求も認められないという。

4 BGH2008年7月15日判決—VIII ZR 211/07⁹⁾

〔事案の概要〕

2004年11月4日付の契約で、原告は家屋および庭園分野の材木商人である被告から、37.83平方メートルで、被告によって製造されたのではない二層のブナ製フローリング材と、24.30メートルの土台部分の押縁を1.1514,22ユーロで購入した。買主はあるタイル工によってその家屋のリビングとダイニングにおいてフローリング材を敷設させた。その後、敷設した面積のおおよそ半分において、フローリング材のブナの上層部分がある下にある軟材層からはく離していることが判明した。原告によって開始された独立の証明手続きにおいて、専門家は、これは製造者の仕事における製造上の欠陥（二つの層の不十分な張り付け）に原因があるに違いないことを確認した。2005年4月26日付の弁護士による文書で、原告は被告に対して2005年5月17日までに

9) Juris - Das Rechtspotalより引用。

「寄せ木張りの床を交換する」ことを要求した。被告はこれに従わなかった。

専門家は、床を取り外し、新たなフローリング材を引き渡して敷設するための費用を3,666,56ユーロと見積もった。瑕疵あるフローリング材について代金を支払わなかった原告は、被告に対して2006年6月15日付の書面でもってこの金額を主張した。被告は原告に対して、必要となる付随作業を含めた瑕疵あるフローリング材の取り外しと処分のための費用である569,29ユーロを支払ったが、それ以上の金銭の支払いについては拒絶した。

原告はその訴えでもって、3,097,27ユーロの未払額のうち、その支払っていない売買代金(1,514,22ユーロ)を控除し、利息を含めた1,583,05ユーロの支払いを求めている。これは別の方法で調達されるべき新たなフローリング材の敷設のための費用である。

〔判旨〕

BGHは、原告は被告に対してその主張する新たなフローリング材の敷設のための費用の賠償請求権を有しないとした。そのような請求権は、売主の負担すべき追履行の費用に関するBGB439条2項の規定から直接には生じない。それによれば買主は「追履行の目的のために必要な費用」を売主が引き受けるといふ請求権を有していることとなるこの規定は、売買契約の実行がBGB439条1項による追履行の段階に（なお）存在するということが前提となる。本件ではこれが欠けている、という。

そして新たなフローリング材の敷設のため費用に基づいて、原告には給付に代わる損害賠償権も認められない（BGB437条3号、280条、281条）という。原告が請求しているのは、被告が新たなフローリング材の引渡しをしなかったために必要となった填補賠償（BGB437条3号、280条、281条）ではなく、被告が問題のある床板を取り外すための費用を原告に賠償したのち、別の方法で調達されるべきフローリング材を改めて敷設するための費用のみを求めている。しかしながらこのような内容の損害賠償請求権は存在しな

い。そのような請求権は、被告がBGB439条1項による追履行の過程において、新たな床板を引き渡すことだけではなく、敷設もまたすること、あるいは被告の費用で敷設させることも被告の義務であったであろうということを要件としていた、という。

次いでBGHは、瑕疵なき物の引渡しに向けた追履行請求権が、買主が瑕疵ある物を（瑕疵の発見前に）その定め通りに別の物に取り付けたという場合に別の物へのその取付けのための費用も含むかどうかについては、下級審判例と学説で争いがあるとし、それらを整理する。そして支配的見解によれば瑕疵あるフローリング材の売主は代替物の引渡し（BGB439条1項）として瑕疵のないフローリング材の譲渡と所有権移転のみを義務付けられるのであって、買主が瑕疵のあるフローリング材をすでに敷設していた場合にも、追履行の過程でその敷設やそれに対応する費用を引き受ける義務を負わないとしている、という。

そしてBGHは立法者意思に基づいて、BGB439条1項に基づく追履行請求権は、BGB433条1項に基づく本来的履行請求権の修正であるとする。そのため追履行請求権と本来的履行請求権は売主に義務付けられている給付に関しては一致し、当初引き渡された瑕疵ある売買目的物に代えて、今や瑕疵のない（その他の点では同種同価値である）物を引き渡さなければならないというにすぎない。それゆえに代替物の引渡しは、売主がBGB433条1項1文および2文によって義務付けられている給付を完全に反復することを必要とする。売主はもう一度占有の移転と所有権の調達を義務付けられるのでありそれ以下でもそれ以上でもない。というのも立法者の意思でもって立法者の構想によれば、単にBGB433条1項に基づく売主義務の事後的な履行が貫徹されるからである。買主は追履行でもって、彼が契約に基づいて請求するに違いないものを受け取るべきである、という。そのため瑕疵のない物の引渡

10) BT-Drs. 14/6040, S.221

義務が果たされないことや同義務の履行が遅れていることによって買主に損害が生じる場合には、BGB280条以下による損害賠償や費用賠償の規定によって賠償されるべきであるという。

さらにBGB439条2項によって売主が負担すべき追履行費用は、BGB439条1項による追履行を実施するために必要となる費用（とりわけ輸送費、交通費、人件費、そして資材費）を対象としているにすぎず、追履行の給付範囲をBGB439条1項において定められている範囲を超えて拡大するものではないという。瑕疵のないフローリング材の代替物の引渡しの場合、その敷設は、BGB439条1項の追履行には属しない。というのもBGB439条1項および433条1項によって義務付けられる代替物の引渡しの給付の範囲は、瑕疵のない物の占有および所有権の調達に限定されるからである。BGB439条1項に基づく被告の義務は瑕疵のないフローリング材の敷設には拡張されていなかったため、被告はBGB439条2項によってもそのために生じる人件費について負担する必要はない。そしてこの解釈は債務法改正の立法者の意思や、その依拠する消費動産売買指令（1999/44/EG）によっても裏付けられる¹¹⁾。

最後にBGHは、フローリング材には瑕疵があったため、原告はBGB280条以下の給付に代わる損害賠償を通じてフローリング材の敷設費用などの賠

11) 消費動産売買指令3条（「消費者の権利」）は、消費動産の契約違反のために売主が責任を負うこと（1項）、契約違反の場合には3項の定めに従って、売主に修補あるいは代替物の引渡しによる契約に適合する状態の発生を無償で求める請求権が買主にあること（2項）、そして無償という点で、売主は輸送費や人件費、材料費を負担する必要があること（4項）などが規定されている。これらの規定からは、代替物の引渡しによる契約に適合する状態を生じさせるために必要であるあらゆる費用を、売主が指令3条4項によって負担する必要があるということだけが導かれるのであって、契約に適合する状態を生じさせるために必要である以上のものを売主が給付しなければならぬであろうということにはならず、そしてたとえば瑕疵あるフローリング材の売主の義務が、瑕疵のないフローリング材の引渡しを超えて、売主が売買契約によればまさに義務付けられておらず、そしてそれゆえにまた契約に適合する状態を生じさせることにも属しないその敷設にも拡張していたということにはならない、という。

償を求めることができるが、被告が免責証明に成功しているために、この請求権も認められないとした。商人としての被告にとって、製造者によって梱包されて引き渡されたフローリング材の瑕疵は認識できなかったということが出発点となるという。そして製造業者は売主の履行補助者（BGB278条）ではないため、製造業者に過失があったとしても、その過失のために売主は責任を負わないという。

二 EuGH判決に至るドイツ判例の流れとEuGH判決を受けてのBGHの判断

以上のようなドイツ判例の状況は、EuGH判決が下されたことで影響を受ける。この問題に関してEuGHが判断を下すに至ったのは、BGH（2009年1月14日EuGH付託決定—VIII ZR 70/08）とショルンドルフ区裁判所（2009年2月25日付EuGH付託—2 C 818/08）がそれぞれこの問題に関してEuGHに先決裁定のために付託をすることを決めたことがその発端である。ここではまず、EuGHが判決を下すに至るまでのドイツ裁判例の流れを整理する。

1 BGH¹²⁾2009年1月14日EuGH付託決定—VIII ZR 70/08

ここではまずBGH判決に至るまでの二つの下級審判決を整理する

(1) カッセル地方裁判所2006年11月24日判決—4 O 1248/06¹³⁾

〔事案の概要〕

原告は建築資材業者である被告の下で、イタリア製タイルを購入した。原告がタイルを自宅のキッチンや廊下などに敷設したのち、タイルの表面部分に視認可能な濃淡差があることに気が付いた。原告からタイルに瑕疵があるとの通知を受けた被告は、イタリアの製造業者に問い合わせをしたところ、瑕疵は存在しないとの回答があった。専門家による鑑定の結果、タイルに瑕

12) Juris - Das Rechtspotalより引用。

13) Juris - Das Rechtspotalより引用。

疵（表面の濃淡差や微小な研磨痕）があること、タイルのコーティングを完全に除去することで瑕疵の除去がなされることなどが明らかになった。原告は被告に対し、タイルに瑕疵の瑕疵に基づいて同種のタイルを代替物として引き渡し、そして瑕疵あるタイルを引き取る義務を負い、さらにこれとともに瑕疵あるタイルの敷設に関連して生じている費用の賠償請求と、タイルを新たに敷設する場合に追加で生じる費用の賠償請求を求めた。

〔判旨〕

カッセル地裁は、追加の証拠調べによってタイルに瑕疵があることを確認したうえで、瑕疵の除去に要する費用が不釣り合い（BGB439条4項¹⁴⁾であることを理由に、売主は追履行を拒絶できるとした。

ただしそのために買主は売買代金の減額のみ請求できるとした。なおカッセル地裁は追履行が不釣り合いな費用を要するか否かを算定するための項目の一つである追履行費用について、BGB439条2項にいう追履行に要する費用には、売買目的物の収益と関連して使用されている売買目的物を、買主が加工したためにのみ生じている費用も含まれる。そのような修正には、床用タイルの場合にはタイルの敷設も含まれる。物の追履行によって買主は、売買目的物にあたかも瑕疵がなかったかのように扱うことのできる状態に置かれるべきである。このために、売買目的物に瑕疵がなかったならば売買目的物が置かれていたであろう状態が債務の対象となる。したがってBGB439条2項¹⁶⁾の意味における費用には、タイルの取外費用も取付費用も含まれるとし

14) 判決文ではBGB439条の改正前のため、BGB439条3項である。詳しくは後述するが、この問題に関連したEuGH判決を受けてドイツ連邦政府はBGB439条の改正を行い、BGB439条3項が新たに導入され、かつての3項（追履行の拒絶権）は現在では4項として規定されている。そこで本稿では、判決文の原文中ではBGB439条3項としているものを、現在の条項に合わせて4項と表記する。

15) 原文では買主Käuferではなく売主Verkäuferとなっているが、文脈から買主が正しいと思われる。

16) 原文ではBGB539条2項となっているが、BGB439条2項が正しいと思われる。

ている。

(2) フランクフルト上級地裁2008年2月14日判決—15 U 5/07¹⁷⁾

事案の概要は第一審であるカッセル地裁と同様である。原告は引き続き、タイルの除去費用と改めての設置費用を求めている。

〔判旨〕

フランクフルト上級地裁はカッセル地裁と同様に、タイルに瑕疵があることを認めた（費用の不釣り合いさのために追履行が拒絶されうること否定）。なお追履行費用にどのような費用が含まれるのかについて、学説および判例では明らかである限りで従来三つの見解が主張されているという。それによれば、追履行費用には①取外しの費用とともに再度の取付けの費用も含まれるとする見解（上記カールスルーエ上級地裁など）、②瑕疵のある売買目的物の取外しのための費用は含まれるが、しかし代替物として引き渡されるべき売買目的物の新たな設置のための費用は含まれない。後者の費用はBGB280条、281条、284条の要件の下でのみ、したがって損害賠償の観点の下でのみ、そしてこのために売主に過失がある場合に賠償可能であるとする見解（上記ケルン上級地裁など）、さらに③取外費用も取付費用も追履行費用に含まれないとする見解（テュールマンの見解¹⁸⁾）があるという。そしてフランクフルト上級地裁は②の見解に与するという。そしてこの理由としてフランクフルト上級地裁は、規定の文言の解釈、体系的解釈、そして立法者の意思を挙げている。

まず文言の解釈として次のように述べる。BGB439条2項においては、「追履行の目的のために必要となる費用、とりわけ輸送費、交通費、人件費、そして材料費」と述べられており、そしてこのとき本件では「瑕疵のない物

17) Juris - Das Rechtspotalより引用。

18) テュールマンの見解は後述する。

の引渡し」が問題となっている。瑕疵のない物の「引渡し」はまず第一にただ、その物が規定の場所にもたらされるということだけを前提とする。引渡しという概念は「取付け」と同じ意味ではない。これについてはむしろ物をその比較的近い周辺環境へはめ込むことと理解される。「引渡し」と「取外し」という対概念も互いに明確に限界づけることのできる異なる行動を示している。というのも取り外すこととはある物をそのより近い周辺環境から引き離すことに関連するからである。さらに本件で関連する文脈においては、「引渡し」と「取外し」という二つの言葉は、二つの別々の対象に関連しているということ、つまり一方では瑕疵のない新たな物に、他方では瑕疵のある当初の物に関連しているということが確認できる。このこともまた、これらの言葉が異なる事実を把握するということを明らかにしている。これによれば文法的に正しい解釈は間接的に取外費用と取付費用を追履行費用に含むことを否定する、という。

体系的解釈としては次のように述べる。BGB439条1項の意味における追履行はまず第一にBGB433条1項1文による本来的履行と関連しているものと理解できる。本来的履行は売買契約の場合、売買目的物を買主に譲渡し、所有権を買主に移転するというのみに存する。これについては危険移転の時点で取外しや取付けの必要はない。しかし追履行請求権は修正された履行請求権でしかないため、追履行請求権が今や引渡しと所有権の移転という本来の売買契約上の義務に対して追加的に、それまで義務の対象ではなかったさらなる行為義務を付け加えているというべきという内容で「修正されている」ということを認めることは、差し当たっては筋道を外れているように思える。しかしながら他方では、全体的に検討する場合には売主の売買契約上の義務は、買主に対して瑕疵のない物（そしてただこの売買目的物）における所有権と占有（BGB433条1項2文）を調達するということに留意する必要がある。とりわけ売主は二つの物の引渡しを義務付けられてはいない。このことから反対解釈すると、買主は二つの物を、つまり瑕疵のない物に加

えてさらに瑕疵のある物をも保持するという義務も負っていないということが明らかになる。本来的履行請求権から追履行請求権に移行することもこれを何ら変えるものではない。ここでの検討からはむしろ、引き渡された瑕疵のある物に関してこれに相当する契約上の売主の引取義務が導かれる。体系的解釈は確かに、取付費用も追履行費用とみなすことを否定する。これに対して除去費用に関しては、同費用を売買契約による追履行請求権に原則として含まれているものとみなすことを肯定する論拠が全く存在するといえる。床用タイルがすでに目的に一致して敷設されたという本件の事例場面においては、このために引き取る義務とともに、当該義務に必然的に先行する瑕疵あるタイルを床からはがすことも引取義務の観点の下で追履行義務の領域に含まれる、という。

立法者の意思からすると、消費動産売買指令を国内法化するとの意図から、BGB439条を指令に一致して解釈することが重要になるという。法律を指令に一致して解釈する場合、法律の文言を超えてBGB439条を消費者に有利に解釈することが要求され、売主には「引渡し」のみならず「代替物の引渡し」が要求されるということ、さらに「追履行」だけではなく「契約に適合する状態の発生」が、それも買主が売買目的物を必要とした目的を考慮したうえで要求されるということが明らかとなる。しかしフランクフルト上級地裁は、体系的解釈の結果と、追履行請求権は本来的履行請求権に対してただ追加的な引取義務をも生じさせる修正された履行請求権にすぎないということから明らかになる知見を考慮して、追履行請求権は売買契約上どの時点でも義務の対象ではなかったタイルの新たな敷設のための費用までも含むものとはいえないという解釈に至る。それゆえに指令に一致するという観点の下で広く解釈をすることは、法に反する解釈となろう、とする。

なお、瑕疵のある物を取り付けたことによって生じた費用については、売主に負担させることはできないという。なぜならこれを認める場合には、買主が売主から結論として全く費用なしに床用タイルの敷設を受けることにな

るであろうが、これは損害賠償法の意義ではないために適切であるからという。

以上からフランクフルト上級地裁は、瑕疵ある目的物を取り付けてしまったために取外しに要する費用については、追履行に要する費用として売主が負担すべきであるが、瑕疵のない代替物を新たに敷設するために要する費用については、損害賠償請求権（BGB280条以下）に従ってのみ請求可能であるとした。

（3）BGH2009年1月14日 EuGH付託決定—VIII ZR 70/08¹⁹⁾

カッセル地裁、フランクフルト上級地裁に続く裁判であり、事案の概要も同様である。

〔判旨〕

本判決では、追履行の拒絶に関しても重要な論点として挙げられているが、本稿の問題意識に従ってここでは追完請求権の範囲、すなわち瑕疵ある物を取り付けられた場合の費用負担の問題に限定して整理する。

この問題について、BGHはフランクフルト上級地裁の見解よりもさらに否定的な見解を述べる。BGB439条1項によれば、ここで関係してくる追履行の方法の下、買主は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。これは（BGB433条1項に基づく売買契約の履行のための売主の本来的義務に一致して）ただ瑕のない物の譲渡とこれに関する所有権の調達に過ぎない。当初引き渡された瑕疵ある物の取外しは、それが引渡しとは別の事柄に関係するという理由で、ここに属しない。売主は追履行の目的で必要となる費用、とりわけ輸送費、交通費、人件費、そして材料費を負担する必要があると規定するBGB439条2項からも異なることは生じない。追履行の目的のために

19) Juris - Das Rechtspotentialより引用。

は、ここで問題となっている追履行の方法の下ではその文言に従い、瑕疵なき物の引渡しのための費用のみが必要となる。追履行には、すでに述べたように当初引き渡した瑕疵ある物の取外しは属さないとする。かつてのいわゆる屋根瓦判決を前提としてもこの点は変わらないが、それは、①屋根瓦事件が債務法改正前の事件であったこと、②屋根瓦事件では単に瓦が屋根に固定されずに敷設されていたにすぎず、他方で本件ではタイルが家屋の構成要素となっており、そのために解除をしたとしても価額返還義務が排除され、これに応じて引取義務も否定されることなどが理由であるとしている。

しかし、瑕疵のない物の引渡しによる追履行（BGB439条1項）の場合、消費動産売買指令3条との関連で、売主に瑕疵ある物の取外しのための費用負担義務が生じうるといふ。すなわち指令3条2項によれば、消費者は引き渡された消費動産の契約違反の場合、ここで基準となる選択肢に基づいて、3項の基準に従った代替物の引渡しによる消費動産の契約に適合する状態を無償で作り出す請求権を有する。すでに代替物の引渡しという概念が用いられていることが、契約に適合する消費動産を引き渡すことのみならず、さらに、引き渡された契約に反する消費動産を置き換えて、これをもって取り外すということも示唆しているといえるであろう。さらに指令3条3項への参照指示も加わる。そこでは3款においてとりわけ、代替物の引渡しは消費者にとって相当の受忍不能なくして行われる必要があると述べられており、このとき消費動産の種類、消費者が消費動産を必要とした目的が考慮される必要がある。これによって要求される消費動産の種類と使用目的の考慮は、2項によって必要となる契約に適合する状態の発生との関連で、売主は代替物の引渡しの過程において、契約に適合する消費動産の引渡し以上のことを、つまり当初引き渡された契約に違反する消費動産の種類と目的に一致した代替物の使用のために必要な場所を作り出すために除去することも義務付けられるということを認めているといえるであろう。それゆえに瑕疵のあるタイルの取外しは、売主の代替物の引渡義務に含まれ

ているともいえるであろう。これによれば取外しは、その義務は基礎となっている売買契約に基づく売主の引渡義務よりも広くはなりえず、そしてここには売買されたタイルの取付けが（請負契約の場合とは異なって）属しないために、代替物の引渡しに関する売主の義務には含まれない代替物として引渡されるべき新たなタイルの取付けとは区別されることになるであろう、という。そこでこの問題についてEuGHの判断を仰ぐため、付託をすることに決定した。

2 ショルンドルフ区裁判所2009年2月25日 EuGH付託決定—2 C 818/08²⁰⁾

本判決も上記BGH決定と同様に瑕疵ある物の取付けの問題についてEuGHに付託をしている。

〔事案の概要〕

消費者たる原告は事業者たる被告から、インターネットを通じて新品の食洗器を注文した。家屋まで配達することが合意された。被告は売買目的物を引き渡し、原告は引渡し時に売買代金を支払った。原告がこれに続いて食器洗い機を自ら指定した他の業者に住宅において設置させた後、瑕疵が明らかになった。原告は被告に対して瑕疵を通知した。被告によって委託された組立工は、組立ての瑕疵の問題ではなく機械それ自体において瑕疵が存在していたということを確認した。瑕疵の除去が不可能であることに争いはない。なぜなら瑕疵のない物の引渡しだけが追履行として問題となっているからである。被告の過失は存在しない。

原告および被告は、瑕疵の除去の目的で被告によって瑕疵のない代替物を引き渡すことについて合意した。原告は被告に対し、被告は代替物として引き渡されるべき食器洗い機を引き渡すのみならず、原告のキッチンにおける

20) Juris - Das Rechtspotalより引用。

交換も実施すること、すなわち瑕疵ある機器を取り外し、そして新たな機器を取り付けることを要求した。被告は瑕疵ある売買目的物を取り外し、代替物として引き渡される物を取り付けることについて拒絶した。

そこで原告は被告に対し、追履行を期限内に実施するか、あるいは原告が組立工に依頼をする場合に生じる取外費用と取付費用を被告が負担すると表明することを要求した。被告がこれに対して対応しなかったため、原告は売買契約を解除した。原告は瑕疵ある食器洗い機の引渡しと引換えに、売買代金の返還を請求している。

〔判旨〕

ショルンドルフ区裁判所は目的物に瑕疵があることを認定したうえで、瑕疵ある物の売主が、取り付けられた瑕疵ある物の取外し等の費用を負担するかどうかという問題を検討する。これについて、ドイツ法によれば、売主は代替物の引渡しの過程で瑕疵のない物を取り付けること、あるいは買主が瑕疵ある物を瑕疵の発見以前にその定めに従って別の物に取り付けた場合でも、無過失でその費用についても負担することを義務付けられないという(前掲BGH2008年7月15日判決を引用)。BGB439条1項による追履行請求権は本来的履行請求権の修正であり、そして売主はそれゆえに一般に、瑕疵のない物を引き渡し、そして買主にこれに関する所有権を調達すること以上の義務を負わないということ、したがって本来的な引渡しの場合と同じく取付けは義務ではないということで理由づけられている。くわえて文言がこれを裏付ける。なぜなら「瑕疵のない物の引渡し」は概念上その取付けとは区別されうるからであり、またそれぞれ別の行動を指しているからとする。

また、BGHは、消費動産売買指令3項において売主に対して契約に適合する状態の発生を義務付けている先に挙げた指令もまた、売主が取付けを引き受ける(あるいはその費用を負担する)必要があるとすることを要求していないという見解である。なぜなら売主は売買契約によればまさにこれにつ

いて義務付けられていないからである（前掲BGH2008年7月15日判決）。契約に適合する状態が、ここでは玄関で食洗器が引き渡されること、したがって取付けが義務付けられていなかったことがこれを裏付けるという。

しかし、指令が欧州法の観点から解釈される必要があること、取付けが今や債務の対象となっているということに関しては、発生させられるべき契約に適合する状態が、売買目的物がそうこうするうちに適切に加工されたということによっても特徴付けられているということもこれを肯定する根拠となるといえるであろうという。さらには指令の掲げている高度の消費者保護水準の保障や、修補や代替物の引渡しが消費者にとって受忍不能なしに実現される必要があることなどを規定する3条との関係が問題となるという。

そして売主がドイツ法によれば、買主が瑕疵のある物を瑕疵の発見前にその定めに従って別の物に取り付けたという場合に、代替物の引渡しの方法で瑕疵のある物の取外しあるいはその費用の負担を過失に関係なく義務付けられるかどうかは争いがあるとする。そして「瑕疵のない物の引渡し」は概念的には瑕疵ある物の取付けとは区別されうるからであり、また別の行動を示しており、そして加えてその限りでそれぞれ別の対象に関係するから、BGB 439条1項の文言がこれを否定するという。BGB439条2項においてあげられている費用も同様に「追履行の目的で」賠償されうるのもあって、その結果としてそのことから同様に取外しが代替物の引渡しの要素であるとは見なされないのであれば、買主の請求権は生じない。以上から、BGHと同様にショルンドルフ区裁判所もこの問題についてEuGHに付託をする決定を下した。

3 EuGH2011年6月11日判決—C—65/09 und C—87/09²¹⁾

BGHとショルンドルフ区裁判所より付託を受けたEuGHはそれぞれの付

21) Juris - Das Rechtspotentialより引用。

託についてまとめて判決を下した。それによれば以下のとおりである。

消費費用動産売買指令1999/44/EG 3条2項および3項は以下のように解釈される必要がある。すなわち瑕疵の発見前に消費者によって善意でその性質およびその契約目的に従い取り付けられた契約に違反する消費費用動産の契約に適合する状態が、代替物の引渡しによって発生させられる場合、売主は、この消費費用動産が取り付けられた物から動産を取り外し、そして代替物として引き渡された消費費用動産をこの物に自ら取り付ける義務を負い、あるいは、この取外しと代替物として引き渡された消費費用動産の取付けのために必要な費用を負担する義務を負う。この売主の義務は、売主が売買契約において本来売買された消費費用動産を取り付ける義務を負っていたかどうかにかかわらず存在する、という。

理由については以下のように述べる。すなわち指令3条1項ないし3項の規定によれば、そしてまたその他の点でも指令の関連する準備作業からも、欧州法立法者は売主による消費費用動産の契約に適合する状態の発生の無償性を、指令によって担保される消費者保護の本質的要素としようとしていたであろうということが強調される。売主に課されるこの義務、つまり修繕によってであれ契約に反する消費費用動産の交換によってであれ、消費費用動産の契約に適合する状態の発生を無償で実現する義務は、差し迫る金銭的負担に対する保護が欠けているために、その請求権を主張するということを思いとどまりかねないという負担から消費者を保護するものというべきである、という。そうすると、消費者が代替物の引渡しの場合において、契約に反する消費費用動産に関して売主に対し、売主が、消費費用動産の性質と使用目的に従って取り付けられた物から消費費用動産を取り外し、そして代替物として引き渡された消費費用動産をその物に取り付けること、あるいはこれに対応する費用を引き受けることを請求できないというのであれば、この代替物の引渡しは消費者にとって、売主が売買契約を適切に履行していたであろうならば消費者が負担する必要のなかったであろう追加的な金銭的負担を導き、つま

り無償性要件が無視されてしまうという。さらに消費用動産売買指令3条は、法的救済が消費者にとって相当の受忍不能なしに実施されることも求めており、売主が契約に反する消費用動産を取り外さず、代替物として引き渡された消費用動産を取り付けないという事情は消費者にとって相当の受忍不能でありうるという。

また、ドイツ語以外の指令の言語バージョンでは、ドイツ語における Ersatzlieferung に比べ、単なる物の引渡しにとどまらず物そのものの置き換えを含むうる用語例がみられることからすれば（たとえばスペイン語「sustitución」、英語「replacement」、フランス語「remplacement」、イタリア語「sostituzione」、オランダ語「vervanging」、そしてポルトガル語「substituição」）、契約に反する消費用動産を代替物として引き渡された動産によって交換するという義務が存在するというを示しているということもできる、という。

さらに指令の掲げる高度の消費者保護水準の保障という観点からは、契約当事者の双方に過失がなかったという場合には、売主に契約に反する消費用動産の取外費用と、代替物として引き渡された消費用動産の取付費用を転嫁することが正当化される。なぜならこの追加的費用は一方では、売主がはじめからその契約義務を適切に履行していれば回避されていたであろうためであり、他方では今や、消費用動産の契約に適合する状態を発生させるために必要であるからという。そのほか、消滅時効や売主の拒絶権、売主のその供給業者に対する求償可能性によって、売主の側では十分な保護が与えられるということも理由であるという。

以上のことから、指令3条2項および3項は以下のように解釈される必要がある。すなわち、瑕疵の発見前に消費者によって善意でその性質および使用目的に従って取り付けられた契約に反する消費用動産の契約に適合する状態が代替物の引渡しによって発生させられる場合、売主は、この動産が取り付けられた物から動産を自ら取り外し、そして代替物として引き渡された消

費用動産をこの物に取り付けるか、あるいはこの動産の取付けと代替物として引き渡された消費費用動産の取付けのために必要な費用を負担する義務を負う。この売主の義務は、売主が売買契約において本来売買された消費費用動産を取り付ける義務を負っていたかどうかと関係しない、とした。

4 BGH2011年12月21日判決—VIII ZR 70/08²²⁾

本判決は、EuGHに付託を決定したBGHによる再度の判決である。ここではBGHは全面的にEuGHの判断に依拠して判決を下している。

〔判旨〕

まずBGHは、BGB439条1項による追履行に際して売主に該当する義務の射程は、消費費用動産売買指令3条の内容に一致して決定される必要があるとする。そしてまず第一にBGB439条1項による瑕疵のない物の引渡しは以下のように指令に一致して解釈される必要がある。すなわちそこで挙げられている追履行のヴァリエーションである「瑕疵のない物の引渡し」は、瑕疵ある売買目的物（ここでは被告によって引き渡された瑕疵ある床用タイル）の取外しと搬出を含む、という解釈である。さらにこの解釈はBGB439条1項の文言自体からも導き出すことができ、瑕疵のない物の引渡しは一定の交換的要素も内在しているという。そのことから同条は売主に対して、必要となる取外しと取付けの作業を自ら実施するか、あるいは（適切な額において）そのために生じる費用を負担するという義務を課している、という。

三 2017年BGB439条の改正について—EuGH判決の国内法化

EuGH判決とそれに続くBGH判決を受けて、ドイツ連邦政府はBGB439条を含めた一連の法改正作業を進めていく。この作業にはBGB439条のみなら

22) Juris - Das Rechtspotentialより引用。

ず、請負契約などを含む幅広い条文改正作業が含まれているが、本稿では問題意識に従ってBGB439条3項の導入経緯を整理する。²³⁾

1 条文案

連邦政府によって、BGB439条2項の後に以下のような新3項(BGB-E439条3項。同提案は文言の修正を受けたうえで現行のBGB439条3項となっている)が導入される提案がなされた。

「439条は以下のように修正される。

a) 2項の後に以下のように3項を挿入する。

(3) 買主が瑕疵ある物をその性質およびその契約目的に従って別の物に取り付けた場合、売主は追履行の枠内で、その選択に従い必要となる瑕疵ある物の取付けと、修補され、あるいは代替物として引き渡された瑕疵のない物の取外しを自ら実施すること、または買主に対してそのために要する費用を賠償することを義務付けられる。売主は、

1. 売主による瑕疵ある物の取外しおよび修補され、あるいは代替物として引き渡された瑕疵のない物の取付けに買主の正当な利益が対立する場合、

2. 売主が買主によって定められた適切な期間内に、取外しと取付けを自ら実施することを表明しなかった場合、費用賠償に限定される。

442条1項は、買主の認識に関しては買主による瑕疵のある物の取付けが契約締結に代わるという基準で適用されなければならない。

23) この点については、田中宏治「ドイツ新債務法の2017年瑕疵担保改正」河上正二＝大澤彩編『人間の尊厳と法の役割』（信山社、2018）113頁以下（特に127頁以下）、田中洋・前掲注（1）138頁以下、古谷・前掲注（1）269頁以下（特に275頁以下）、田中宏治・前掲注（1）246頁以下が詳細である。また、この法改正を建築契約法の改正という面から扱ったものとして、永岩慧子「建築契約に関するドイツ民法典改正について」名経法学39号（2017）92頁以下、同「ドイツ建築法改正と請負の瑕疵概念をめぐる議論の展開」愛知学院大学論叢法学研究第62巻第1・2号（2021）45頁以下がある。

b) 従来の3項及び4項は、4項および5項となる。」。

2 改正理由

(1) 一般的理由

このようにBGB439条を改正する理由として、次のように述べられている。²⁴⁾すなわち欧州司法裁判所 (EuGH) は2011年6月16日付の判決 (C 65/09およびC 87/09) において次のように判決した。すなわち動産の売主は追履行の枠内で消費者に対し、すでに別の物に取り付けられている瑕疵ある売買目的物を取り外し、代替物を取り付けること、あるいはこれらのための費用を負担することを義務付けられるといえる。しかしながらこのことは事業者間の売買契約 (B2B取引) に関しては、連邦通常裁判所 (BGH) の判決によれば、そうではない (BGH, 2012年10月17日付の判決—VIII ZR 226/11; 2013年4月16日付の判決—VIII ZR 375/11; 2014年4月2日付の判決—VIII ZR 46/13を参照)。これは、瑕疵のある建築資材を購入し、そして同資材を瑕疵を知らずに第三者の下で建築のために用いた請負人にとって、請負人は第三者に対し、締結された請負契約に基づいて瑕疵のある建築資材の取外しと瑕疵のない建築資材の取付けを義務付けられるということの意味する。一方で請負人は売主に対し、現行法によればそのために必要である新たな建築資材の引渡しを請求できるに過ぎない。請負人は取外しと取付けの費用を一売主に過失がある場合を別として一自ら負担する必要がある、という。²⁵⁾

そのためこの状況を解決するために、BGBの請負契約法を抜本的に改正するのみならず、瑕疵のための責任に関する法をEuGHの判例に適合させる (2011年6月16日付の判決—C 65/09およびC 87/09) という。²⁶⁾さらに、瑕疵

24) BT-Drs.18/8486, S.1f.

25) このように、改正の契機となった判決は瑕疵ある物の売買において買主が瑕疵を知らずに取り付けてしまった場合の費用負担の問題に関するEuGH判決であるが、ここで問題とされているのは請負人の利益保護である。

26) BT-Drs.18/8486, S.2.

ある建築資材を購入し請負契約の枠内で建築に用いた請負人の権利状況の改善のため、これらの諸規定は事業者間の契約に関しても適用されるべきであるとしている。

そこで売買契約法に関しては、瑕疵ある建築資材を購入した請負人の法的地位の改善および売買法における瑕疵のための責任に関するBGBの諸規定を欧州司法裁判所（EuGH）の判決に適合するようにするため、条文案にある通り以下の諸規定が提案する²⁷⁾とした。すなわち、

「BGB439条において取外給付および取付給付の実施あるいはこのために必要な費用の賠償に関する買主の新たな請求権が導入される。この規定はB2C取引のみならず、あらゆる売買契約に、そしてこのためにB2B取引にも妥当するべきである。現在のところBGB478条2項によって消費動産売買に関してのみ存在している、請負人が消費者との関係において追履行の枠内で負担する必要があった費用の賠償に基づくその供給業者に対する軽減された求償可能性の適用領域が拡大される。売主のこの求償は、末端買主が供給連鎖においては事業者である場合にも可能であるというべきである」という。

以上のように提案する理由は以下のとおりである。²⁸⁾すなわちEuGHは2011年6月16日付の判決（C 65/09およびC 87/09）によって、とりわけBGHの付託（VIII ZR 70/08）に対して次のように判決した。すなわち動産の売主は追履行の枠内で消費者に対し、すでに別の物に取り付けられた瑕疵ある売買目的物を取り外し、そして代替物を取り付けること、あるいはこれらのために必要な費用を負担することを義務付けられうる。EuGHの判決はドイツ連邦共和国における従来の法実務に対し、消費者の追履行請求権を拡大することを意味する。従来主張された多数の意見（これについてはいわゆるBGHの床板判決（BGH2008年6月15日判決—VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224-236）

27) BT-Drs.18/8486, S.27f.

28) BT-Drs.18/8486, S.38f.

を参照)によれば、買主の追履行請求権は本来的履行請求権の修正であり、追履行請求権は本来的履行請求権より範囲において広がることはあり得ないという結論を伴っていた。この請求権はBGB433条1項により、通常は瑕疵のない売買目的物の所有権移転と引渡しに向けられる。瑕疵ある物の取付けと取外しによって引き起こされたさらなる費用の賠償に関しては、売主は消費者に対し、437条3号、440条、280条以下による損害賠償請求権の要件が備わっているであろう場合にのみ義務付けられた。これは、売主は280条1項によりとりわけ過失のある行為をしている必要があるであろうということの意味する。これに対してEuGHの判決によれば、すでに消費者の追履行請求権が瑕疵ある売買目的物の取外しと代替物の取付け、あるいはこれらのための費用も含んでいるといえる。BGB-E439条3項でもって、EuGHの取付けおよび取外しの費用に関する判決が、全売買契約関係のために、そして439条1項による二つの追履行方法に関して国内法化される、とする。

(2) BGB-E439条3項1文について

BGB-E439条3項1文の改正理由については以下のように述べられている²⁹⁾。すなわちBGB439条1項による買主の追履行請求権は、買主が売買目的物をその性質とその使用目的に従って別の物に取り付けたという場合、瑕疵ある売買目的物の取外しと、修補されるべき、あるいは代替物として引き渡されるべき物の取付けも含むと規定する。この規定によって、EuGHによる追履行請求権の拡大適用が全売買契約と追履行の二つの方法（瑕疵の除去と瑕疵のない物の引渡し）に関して国内法化される。現行の法状況に準じて目下制限的である追履行請求権の運用は、とりわけ職人および建築請負人の不利益となっている。彼らはその委託者に対し、請負契約における追履行の枠内で、通常は瑕疵ある建築資材の取外しと瑕疵のない代替資材の取付けの義務

29) BT-Drs.18/8486, S.39.

を負う。これに関する費用は非常に高額になりうる。他方で請負人は売主に対し、現行法によればしばしば新たな売買目的物の引渡しのみを請求できるに過ぎない。請負人は、損害賠償請求権の要件が売主に過失がないために満たされていないという場合には、取外しと瑕疵のない物の取付けの費用を自ら負担する必要がある。取外しと取付けの費用は請負契約に基づいて職人に帰属する報酬を、はるかに上昇させ得る。資材が立ち入り困難である現場で建築に用いられた場合、あるいは用いられている資材のうち価値の少ないわずかな部分について瑕疵のために交換される必要があるであろうという場合、特に高額な取付けと取外しの費用が生じうる。そのような場合やこれに類する場合においては、BGB-E439条3項の規定および全売買契約に対するその広い適用可能性（消費動産売買でなくとも同様）は、職人およびその他の請負人の負担減を導く。彼らは瑕疵のある資材の売主に対し、売主が瑕疵について責めを負わず、そしてそれゆえにBGB280条の損害賠償請求権が認められない場合であっても、将来的には取外しと取付けの給付に基づいて請求をすることができる、という。

そしてこの規定は修補にも代替物の引渡しにも適用されることが明言されている。また売主自身による瑕疵ある物の取外しと瑕疵のない物の取付けを実施するか、そのための費用の賠償をするのかを選択する権利を売主に認めているが、これは買主よりも売主の方が安価にこうした措置を手配できるという場合、この選択権が売主に経済的利益をもたらすためとされている。³¹⁾

30) BT-Drs.18/8486, S.39f.

31) BT-Drs.18/8486, S.40. なお、BGB-E439条3項2文1号および2号については、売主の第二の提供の権利を制限する内容を含んでいるという。1号についてはたとえば請負人が買主として売主の下で建築資材を購入し、建築に用いたところ瑕疵があったという場合が想定されている。そのような場合には、注文者である第三者との信頼関係などから、買主が請負人として自身で瑕疵ある物の取外しや瑕疵のない物の再度の取付けを実施する正当な利益がありうるという。このような場合にまで、売主自身による瑕疵ある物の取外し等を認めるべきではないとされている。BT-Drs.18/8486, S.40を参照。ただしこの場合の買主（請負人）の正当な利益は、買主とその顧客との契約形成のみを理由として認められてはならないともされている。

(3) 連邦参議院の立場表明

この提案に対して連邦参議院は、いくつかの懸念を述べている。³²⁾ここではBGB-E439条3項1文に関する意見のみ紹介する。BGB-E439条3項による瑕疵担保請求権が買主に認められる場合、売主は法律草案によれば、売主が取外しと取付けを自ら実施するか、あるいはそのために必要である費用を賠償するかを判断することとされている。売主の選択権に関して、立法理由は経済的な検討と述べている。これによれば選択権は売主に対し、「そのことが買主にとって可能である場合に比べて、売主が客観的専門家的に適切な取外しと取付けをより安価で自ら実施し、あるいは委託できる場合」、経済的利益を提供することとされている。この経済的な検討は不十分である。まず第一に取外しおよび取付けの事例に際しての種々の法的関係および契約関係が考慮されていない。売主は買主（たとえば職人と）売買契約を締結する。売買目的物（たとえば断熱板）が職人によって消費者と締結された請負契約に準じて消費者の家屋に取り付けられた。消費者と商人は互いに法的関係にはない。断熱板をさらに追加する際にその瑕疵が明らかになる場合、消費者は職人に対する追履行請求権を有する。今や商人が自己措置を選択する場合、商人あるいは彼によって委託された人物が断熱材を消費者の下で取り外し、そして新たな資材を取り付ける必要があるであろう。もっともこれは事実上、そして法律的に、消費者がその契約の相手方とは別の者による追履行を容認するというを前提とする。これは実務を現実的に検討する場合、全くあり得ないことである、という。

連邦政府が売主の利益のために、売主に選択権（自身による取外しと取付けの実施か、費用の賠償か）を認めたことに対して、連邦参議院は場合によっては第三者（上記の例でいうと消費者）が不測の不利益を被る場合がありうるという懸念を示し、さらなる検討を要求している。³³⁾

32) BT-Drs.18/8486, S.82.

3 最終的な条文案

BGB-439条3項は、2017年3月の連邦参議院の議決を経て現在のBGB439条3項となる。そこではそれまでBGB-E439条3項1文として提案されていた部分につき、売主自身が取外しや取付けをする義務を負う旨の個所が削除され、費用賠償の規定のみが残された。そして2文については削除され、3文が2文とされている³⁴⁾。そうすると、買主が瑕疵ある目的物を別の物に取り付けたという場合に、売主が取外し等を実施する義務は明文化されなかったことになる。この点について田中宏治教授は、「売主自身が取外し・取付けを行うこともできるのは自明として削除されたものと推測される」としている³⁵⁾。他方でゲオルグによれば、売主は本来の意味での取外しと再度の取付けを義務付けられるのではなく、この措置のための費用賠償というかたちにおいて義務付けられるに過ぎない、という³⁶⁾。

四 小括

以上が瑕疵ある物の取外しと取付けをめぐるドイツ裁判例の動向と、EuGHの判断、そしてそれを受けた2017年BGB改正までの流れである。こ

33) これに対して連邦政府は、「売主の選択権があらゆる場合に適切であるというわけではないということを考慮している。BGB-439条3項2文は売主の選択権をそれゆえに、売主による取外しと取付けに対して買主の正当な利益が対立する場合には制限している」と答えている。BT-Drs.18/8486, S.95.

34) BR-Drs.199/17, S.2f. 具体的には以下のとおりである。(3) 買主が瑕疵ある物をその性質とその使用目的に従って別の物に取り付け、あるいは別の物に設置した場合、売主は追履行の枠内で、買主に対して瑕疵ある物の取外しと、修補されあるいは引き渡された瑕疵のない物の取付けあるいは設置のために必要な費用を賠償する義務を負う。

35) 田中宏治・前掲注(23) 129頁、同・前掲注(1) 249頁。なお、ドイツにおいてはこの構成の適否について論争があるようである。*MünchenerKommentar/Harm Peter Westermann*, Bd.4, Schuldrecht BT, T.1, § 433-534, 8.Aufl. 2019, § 439 Rn.19参照

36) *Peter Georg*, Gesetzgeberische Aus- und Einbauten in der kaufrechtlichen Nacherfüllung, JZ 2017, 807ff., 808. なお、ゲオルグは売主による取外しと再度の取付けを認めず、買主の費用償還請求権のみを認めるという立法措置が指令に一致するかどうかという疑いを生じさせるとするが、この点については、消費者の地位の改善であることなどを理由に許されるのではないかと、としている。*Georg*, aa.O. (Fn.36), 809.

の流れを簡単に整理しておくと、当初判例では瑕疵ある物の取外しや取付けについては、買主の追履行請求権が本来的履行請求権と同質のものであるという観点から、追履行請求の範囲も本来的履行請求の範囲を超えないため、売買目的物の取付けなども売主の義務内容となっていない限りでは、売主は追履行の枠内で瑕疵ある物の取外しや再度の取付けの義務を負わないと判断される例が多かった。カールスルーエ上級地裁を除き、すべての下級審判決・BGH判決において共通しているのが、買主が瑕疵ある目的物を取り付けてしまったのち、瑕疵のない目的物を再度取り付ける費用については、損害賠償の方法で売主に請求する必要があるという点である。したがってBGB 439条2項にいう追履行に要する費用には、瑕疵ある目的物を取り付けたことや取り外す必要が生じたことなどによる費用は含まれないとしている。こうした費用をBGB439条2項にいう費用に含めるためには、売主の契約に基づく義務がこれらの行為（売買目的物を売主が別の物に取り付けることなど）を含んでいる必要があり、そうでなければ追履行は売主の契約義務をもう一度履行させることである以上、追履行義務を負うとしてもその義務内容が当初の義務以上に拡大することはないという。そのため瑕疵ある目的物を瑕疵を知らずに買主が取り付けたのち、修補や代替物の引渡しを受けるに際して瑕疵ある物を取り外す必要が生じたために支出した費用、瑕疵のなくなった物を再度取り付けるために要する費用は、損害賠償（BGB280条以下）を通じて請求する必要がある、そのためには売主に責めに帰すべき事由が必要であるとしている（ただしケルン上級地裁やイツェホー地裁は、瑕疵ある物の撤去や引取りについては、売主の追完義務に含まれるとしている）。

また、そうすると買主がその費用で取外しや再度の取付けを実施する必要があることになるが、これは売主の給付義務違反（瑕疵のない物の引渡し義務。BGB433条1項2文）となるため、損害賠償（BGB280条1項）に基づいて請求することができるとされた。ただしその場合、売主に責めに帰すべき事由が必要であるとされていた。

このようなドイツ判例の流れに対し、EuGHは消費用動産売買指令に基づいて、瑕疵ある物が取り付けられた場合の売主の追履行義務には、物の取外しや再度の取付けの義務も含み、またその費用負担の義務も含むとした。その理由は、追履行に際して買主が費用負担をすることになればそれは無償の救済とはいえないことや、買主にとっての受忍不能、ドイツ語以外の消費用動産売買指令の言語バージョンにおける用語法、高度の消費者保護水準の保障の要請などが指摘されていた。これを受けてBGHも売主の追履行義務を拡大するに至り、BGBの改正にもつながった。ただし最終的な条文では、取外しや取付けに関する売主の費用負担義務が明記されたにとどまっている。

Ⅲ ドイツにおける学説の状況

以上のような判例の流れにおいて、EuGH判決を受けてBGHがその判断を全面的に受け入れたことで、BGB439条が改正され現在ではBGB439条3項によって瑕疵ある物の取付けと取外しの問題が立法措置によって解決されることになった。それではこの問題について、ドイツの学説ではどのように判断されてきたのであろうか。ドイツにおける学説の状況については、EuGH判決以前のもとのEuGHの判決を受けて展開されたものがあるので、分けて整理したい。

一 EuGH判決以前の意見表明

1 テュールマンの見解³⁷⁾

テュールマンは、それぞれ前掲しているケルン上級地裁とカールスルーエ上級地裁の判決を受けて、瑕疵ある物の取外費用と瑕疵のない物の再度の取付費用は損害賠償を通じて賠償されるべきであるとする³⁸⁾。

37) *Dagmar Thürmann*, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, 3457ff.

38) *Thürmann*, a.a.O. (Fn.37), 3457.

この点についてまず、改正後の債務法における法的救済の関係の下、立法者の構想によれば、給付がなお行われている（したがって追履行がされている）場合にも除去されえない損害はBGB280条1項で処理され、BGB281条の下では給付に代わる損害賠償として、追履行によってなお回避可能であろう損害のみが属するであろうという³⁹⁾。そうすると、瑕疵のあるタイルから構成されている床をはがし、そして瑕疵のないタイルを改めて敷設することに関しては、これらの作業が追履行の費用に属しているならば、買主はこの作業をBGB280条1項に従って損害賠償としては請求できず、BGB437条1号および439条に基づいて、したがって売主の免責の可能性なしに請求できる、という。しかしこの根拠となるBGB439条2項を目的物の取外しや取付けの費用にまで拡大することは、買主によって目的物に加えられた物の状態の変化のリスクまでも売主に負わせることになるため、実際には損害賠償法で解決されるべき問題を取り込むことになってしまうという⁴⁰⁾。立法者は、売買契約の当事者が契約によって約束し、受領する給付を超える不利益は損害賠償の問題としたという。さらに追履行請求権に関して、買主と売主の利益調整のバランスからも同請求権を拡大することには問題があるという。

また目的物の取外義務については、前掲の屋根瓦事件からこれを導く見解もあるが、屋根瓦事件の特殊性に注意する必要があるという⁴¹⁾。すなわち同事件では屋根に敷設された瑕疵ある瓦は固定されておらず、家屋の構成要素となっていなかった。そのため返還請求権と引取請求権を結びつけることができたという。最終的に、買主が瑕疵ある物を取り付けた場合、買主には瑕疵のある物の取外請求権と代替物として引き渡された瑕疵のない物の取付けの請求権は損害賠償法によってのみ、したがって売主の帰責事由がある場合のみ認められる⁴²⁾。当初引き渡された瑕疵のある売買目的物の取外しについて

39) Thürmann, aa.O. (Fn.37), 3457f.

40) Thürmann, aa.O. (Fn.37), 3459.

41) Thürmann, aa.O. (Fn.37), 3461.

も、買主はBGB437条1号および439条に基づいて請求することはできない。屋根瓦判決および解除規定（BGB346条以下）と結びつくBGB439条4項に基づく売主の返還請求権からも異なる結論には至らない。屋根瓦判決の事実関係と文言、BGB346条以下の体系性を考慮すると、このことからはただ、売主は返還されるべき瑕疵のある売買目的物を、当該目的物が契約通りに所在している場所で引き取る必要があるということ、つまり運び込みリスクを負うということのみが明らかとなる、という。

2 スカメル⁴³⁾の見解

スカメルは、自身の見解をまとめている箇所においてこの問題に関連して次のように述べる。すなわち瑕疵ある物の引渡しでもって売主はBGB433条1項2文に基づく、買主に瑕疵のない物を調達する義務に違反している⁴⁴⁾。売主が義務違反につき責めを負うべきである場合、売主はBGB280条1項に従って、そのことから生じている因果関係にあるというべきあらゆる損害の賠償を義務付けられる。そこに含まれている>給付に代わる<損害は、BGB280条1項および3項、281条1項により、これらの損害を追履行によって除去する機会を売主に与えるべき期間の徒過後にのみ賠償される必要がある。それゆえに>給付に代えて<のみ、買主がBGB439条1項による追履行の枠内ですでにその除去を請求可能である損害、そして債務の対象である追履行

42) なお、テュールマンは修補の場合については事情が異なるという。それによれば、修補（瑕疵の除去）による追履行の場合には、履行はいわば修補作業によって完了する。この履行は最初に引き渡された売買目的物に結びついており、そしてこれを契約にとって適切なものにする。買主は本来引き渡された目的物と全く変わらないものを得る。このため、そうこうするうちに達成された売買目的物の状態も存続したままとなる。本来引き渡された売買目的物の修補の場合、実際に修繕の完了後、売買目的物が以前にすでに達成していた状態が再び存続している必要がある。なぜなら売主は本来引き渡された物でもって契約の履行状態を達成することに拘束される、という。*Thürmann*, a.a.O. (Fn.37), 3459.

43) *Frank Skamel*, *Nacherfüllung beim Sachkauf*, Mohr Siebeck, 2008, S.124ff.

44) *Skamel*, a.a.O. (Fn.43), S.124.

が終局的に生じないために生じている損害のみが賠償される必要がある、とする。そしてこれを前提に、追履行の枠内で、売主は瑕疵ある物を、引き渡された物に本来的に瑕疵がなかったならば、その物が追履行請求権の主張時点で存在していたであろう状態⁴⁵⁾に置き換える必要はない、とする。むしろ追履行によって、適切な契約履行があった場合にすでに本来の義務の対象であったような契約に適合する状態を発生させる必要があり、買主が引き渡された物の使用や加工のために費用を支出したという場合、売主は、これによって達成された物の変更を追履行によって維持し、あるいは再度生じさせる必要はないとする。売主は瑕疵のない物に対する費用支出について、この義務がすでに売買契約における合意に基づいて売主に負わされていたという場合にのみ、追履行の枠内でも義務付けられる。したがって売主の本来的履行義務あるいは追履行義務の範囲に関して異なる合意のない場合、買主は、買主によって引き渡された物に対して支出された費用が、物に瑕疵があったことが判明したために無駄となったというリスクを負担する。瑕疵のある物の取付けに基づいて費用が存在する場合、売主はBGB439条1項に従ってその取外しの義務を負うのは、この取外しが売主によって義務の対象となる追履行の必然的な前提である場合に限られる。その他の点では買主はBGB280条1項あるいはBGB284条による賠償請求権を用いることになる、という。

3 ローレンツの見解⁴⁷⁾

ローレンツはこの問題について、以下のように述べている。まず第一に、買主が追履行を主張する場合には、取り付けられた瑕疵ある物の取り外しと瑕疵のない物の再度の取付けの費用については追履行に「伴う」損害賠償の問題となるという⁴⁸⁾。このとき、最初の取付けに要した費用についてはこの損

45) *Skamel*, a.a.O. (Fn.43), S.125.

46) *Skamel*, a.a.O. (Fn.43), S.125f.

47) *Stephan Lorenz*, Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, 1633ff.

害賠償の対象ではなく、この費用の賠償を求めるためには、設定した追履行期間が徒過したのちに解除（BGB437条2号および323条）をすることを通じて求める必要があるという。債務法改正前のBGH判決を持ち出して契約費用にこうした費用を含める解釈をすることは、債務法改正立法者の意思に反するという。

追履行と費用負担の関係については以下のように述べる⁴⁹⁾。追履行請求権の内容と、これとともに同請求権と結びつく費用の内容は、適切に履行がなされていたのであれば買主が置かれていたであろう状態に追履行の時点に関連して買主を置くことではない、とする。追履行は単に、本来の引渡しの時点における売買目的物の債務に従った状態の発生のみを意味するに過ぎない。その限りでも、取外費用はまさに売買目的物の契約に適合する状態の再発生のために必要な費用ではなく、瑕疵ある物の引渡しによって損なわれた買主のその他法益の回復の費用である。撤去費用は瑕疵のない売買目的物の取得にも当初引き渡された瑕疵のある目的物の返還にも奉仕せず、買主のその他法益の回復に奉仕する。このため撤去費用は先に挙げた本来的追履行と事実的関連もない、とする。

結局のところローレンツは、瑕疵ある物を最初に取り付けた費用については給付に代わる損害賠償として（あるいは解除を通じて）賠償請求でき、瑕疵ある物の取外しと瑕疵のない物の再度の取付けについては、給付に伴う損害賠償として請求可能であるとしている⁵⁰⁾。

48) Lorenz, a.a.O. (Fn.47), 1633.

49) Lorenz, a.a.O. (Fn.47), 1634f.

50) Lorenz, a.a.O. (Fn.47), 1637. ローレンツは以前の見解から説を改めている。かつては、特に瑕疵ある物の取外しの費用については、前掲屋根瓦判決は債務法改正後でも適用可能とし、このことから代替物の引渡しに伴い売主には瑕疵ある物の撤去（引取）義務があることから、瑕疵ある物の取外費用も売主が負うべきとしていた。Stephan Lorenz, Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach „neuem“ Schuldrecht — was bleibt vom „Dachziegel“-Fall?, ZGS 2004, 408ff., 410f. を参照。なおローレンツの改説については、原田・前掲注(1) 294-295頁を参照。また、前掲EuGH判決のローレンツによる評価として、Stephan Lorenz, Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2241ff. がある。

二 EuGH判決以降の意見表明

1 ウンベラート＝チウプカの見解⁵¹⁾

ウンベラート＝チウプカは、前掲BGH2011年1月14日決定の評釈においてこの問題について以下のように述べる。まず売主の追履行義務の範囲について、立法者の意思に基づいて追履請求権は本来の履行請求と同一であるとす。しかし追履行の方法の選択権が買主にあるといったようにわずかな違いがあるものの、この「明確に規定されている義務を超えるような本来の給付義務の修正は、追履行請求権の第一次的請求権としての性質を失わせ、追履行請求権を隠された損害賠償請求権に変異させてしまうほどには及んでいないというべき」という⁵²⁾。

ウンベラート＝チウプカはそのことから、瑕疵ある物が取り付けられた場合の取外しおよび再度の取付けとその費用負担の問題については、追履行義務の給付地の問題と結びつける必要があるという⁵³⁾。そして代替物の引渡しの履行地が買主の所在地であるのであれば、追履行義務は瑕疵ある物の引取りを含む、という。しかし仮に引取義務が合意から導き出されるとしても、そのことから取外義務まで当然に導かれるわけではないとする⁵⁴⁾。

しかしBGHからの付託を受けたEuGHが、買主の権利を効率化するために消費動産売買指令を広く解釈しようとするのであれば、売主への費用負担はBGB439条2項を通じて実現しようとする⁵⁵⁾。結論として、売主は代替物の引渡しの一部として瑕疵ある物を引き取る義務を負っているが、瑕疵ある物の取外しは買主が負う。この費用負担を欧州法に適合するかたちで売主に

51) *Hannes Unberath/Johannes Cziupka*, Anmerkung des BGH, Beschulss v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, JZ 2009, 313ff.

52) *Unberath/Cziupka*, a.a.O. (Fn.51), 313.

53) *Unberath/Cziupka*, a.a.O. (Fn.51), 313f.

54) この点についてウンベラート＝チウプカは、屋根瓦事件にも言及し、(旧) BGB346条1項から売主の引取義務を導くことができても、そのことから当然に取外(撤去)義務までは導かれないという。*Unberath/Cziupka*, a.a.O. (Fn.51), 314.

55) *Unberath/Cziupka*, a.a.O. (Fn.51), 315.

転嫁するためには、BGB439条2項を用いるべきという。

2 カイザーの見解⁵⁶⁾

カイザーは前掲EuGH2011年6月16日判決を受けて、BGB439条の追履行義務と売主の取外しおよび取付けの義務の関係について考察する。すでに述べたようにEuGHはBGHとショルンドルフ区裁判所の付託を受けて、本稿で扱う問題につき、瑕疵ある物の売主は、買主によって取り付けられた瑕疵ある物の取外しと瑕疵のない物の再度の取付けを実施し、あるいはその費用を負担する義務を負うと判断したが、カイザーはBGB439条の厳格な文言は、このようなかたちで売主の義務を拡大する解釈を認めないという⁵⁷⁾。すなわち瑕疵のない物の「引渡し」は取外しや取付けとは別個のものであるという。これを踏まえてなおBGB439条を欧州法に一致して解釈するには規定の目的論的縮小等を要するが、このためには規定の欠缺が必要となるという。しかしBGB439条の立法計画によれば、追履行請求権が履行請求権と同一であることから売主の追履行義務が本来的履行義務を超えることはないため、取外しと取付けもBGB439条1項を根拠に認めることは困難であるという⁵⁸⁾。

また、EuGHによって示された瑕疵ある物を取り外して瑕疵のない物を再度取り付けられた買主の売主に対する費用償還請求権については、BGB326条4項および346条1項との関連でのBGB326条2文（類推）にも、BGB812条1項1文Alt.2（不当利得返還請求）にも、さらにはBGB684条及び818条2項にも基づかないという⁵⁹⁾。これらの規定は売主が支出を免れた費用の償還に關

56) *Dagmar Kaiser*, EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter, JZ 2011, 978ff.

57) *Kaiser*, a.a.O. (Fn.56), 980. 実のところBGBは消費動産売買指令とは異なって、代替物の引渡しとは述べていない。BGB439条1項では、言葉としては瑕疵の除去 *Beseitigung des Mangels* と瑕疵のない物の引渡し *Lieferung einer mangelfreien Sache* と述べられている。本稿では便宜的に後者の方法も代替物の引渡しと呼んでいる。代替物の引渡しはドイツ語では *Ersatzlieferung* と呼ばれるようである。

58) *Kaiser*, a.a.O. (Fn.56), 980f.

連しており、買主に生じた費用の負担を求めるためのせい規定ではないという。この請求権を認めるためには、BGBでは439条2項（追履行費用の負担）が残されているという。ただしこの規定に基づいて買主の請求権を認めるためには、買主が追履行の枠内で協力責務を負っていたか、売主に代わって買主が瑕疵の除去をすることが認められている場合が必要であるという。最終的にカイザーは、この問題の解決のためには立法措置が必要であるとす⁶⁰⁾る。

3 ファウストの見解⁶¹⁾

ファウストはEuGH判決の評釈の中で、EuGHの判断とそのドイツ法や判例法理への影響を検討する。ファウストはEuGH判決を受けて、売主は追履行の過程で本来的な給付の過程におけるよりも多くのものを義務付けられえないとするBGHの見解は維持されえない⁶²⁾ということは確実とする。他方で消費動産売買指令は、売主自身が取外しと取付けの世話をするというを要求していないということも確実である。原則としてむしろ、売主が費用を負担するという⁶³⁾ことで足りるとも述べる。そして判決を指令に一致した解釈によって置き換える必要があるが、その限りでは、売主自身が取外しと取付けをする必要があると認めることが最も簡単であろうとする。他方で費用負担義務の枠内で解決をすることは、売主に組立ての実施を義務付ける第一の解決に比べ、疑わしい方法でBGB439条2項を請求原因にすることや、自由な法創造に基づいて前払請求権を構成する必要があるという欠点を持つ⁶⁴⁾とする。

59) *Kaiser*, a.a.O. (Fn.56), 984.

60) *Kaiser*, a.a.O. (Fn.56), 985f.

61) *Florian Faust*, Kaufrecht: Reichweite des Anspruchs auf Ersatzlieferung, JuS 2011, 744ff.

62) *Faust*, a.a.O. (Fn.61), 747.

63) ただしこのことが消費者の相当の受忍不能（消費動産売買指令3条3項）を導くことがあってはならないとも指摘する。

4 フェルスターの見解⁶⁵⁾

フェルスターは、EuGHの判決に対して懐疑的な態度をとっている。フェルスターによれば、EuGHは代替物の引渡しによって買主は、物にあたかも瑕疵がなかったであろうかのように物を扱うことのできる状態に置かれるべきであるとするにとどめず、売買目的物に瑕疵がなかったならば売買目的物が置かれていたであろう状態が債務の対象となるという⁶⁶⁾。それゆえに買主がすでに売買目的物に加えていた具体的な変更と同じように空間的な変更も維持され、あるいは復元される必要があることになる、と指摘する。しかしこれに対して、代替物の引渡しは本来的履行請求権の単なる修正とみなすこともできるという。それは物の瑕疵を前提とする限りでのみ、当初引き渡された瑕疵のある物に代えて瑕疵のない物が引き渡される必要があるからであり、売主が消費用動産売買指令2条1項に従って義務付けられている給付の完全な繰り返しが問題となっているのであり、売主の本来的な給付義務が代替物の引渡義務でもっともう一度継続しているということだと述べる。消費用動産売買指令によっても、売主は契約に適合する状態を導くことと理解される必要がある。したがって売主は買主側での変更の措置を義務付けられることはない。なぜなら買主はそうでなければ、これまで売買法において買主に帰属していたものに比べて多くのものを代替物の引渡しで請求できてしまうであろうためである。くわえて売主は時間的な観点においては危険移転の時点でのみ、すなわち指令3条1項によれば引渡しの時点でのみ義務を負う。しかしこの時点で瑕疵ある物はまだ決して取り付けられておらず、取外しや取付けを想定することは全くできないとする。

64) *Faust*, a.a.O. (Fn.61), 748. もっともファウストは、BGHは追履行の目的で必要となる輸送に関してこの方法を肯定しており、そしてそれゆえに、BGHが組立に関して同じようにみなすであろうということが想定されうるとも述べている。

65) *Christian Förster*, Die Pflicht des Verkäufers zur Ersatzlieferung in den sog. Einbaufällen, ZIP 2011, 1493ff.

66) *Förster*, a.a.O. (Fn.65), 1494.

また、EuGHの述べる修補と代替物の引渡しという二つの方法的救済を同等に扱う（同様の消費者保護水準を達成する）べきという点については、次のように述べる。修補の場合には買主にはたいていは現地で救済を受けることになるが、もっとも買主は終局的にも古い、修理を受けた物で満足せざるを得ない。一方で第二の場合には、もう一度売主の下へ車を走らせることやそれに準じる行動をとることを避けられないが、買主はこれに関して差額控除なしで完全に新たな物を受け取ることになる。しばしば要求されている「高度の消費者保護水準」は、それゆえに別々の方法で、しかし最終的には等しい範囲で達成されている、という⁶⁷⁾。

なお、少なくとも買主にとって、ドイツ法によれば追履行に代えて取付けおよび取外しと結びついている費用を過失による損害賠償として、たとえばBGB437条3号、440条、280条1項によって主張することは自由である。その場合買主にはそれどころかBGB280条1項2文における過失の推定が有益となる、とする⁶⁸⁾。

また、EuGHの述べる衡平さに基づく考慮、すなわち代金を適切に支払った買主に対して売主は瑕疵ある物を引き渡したことで契約に違反していること、この違反がなければ買主は救済を受けるにあたって瑕疵ある物の取外しや瑕疵のない物を再度取り付けるひつようはなかったのであり、この負担を買主に転換してはならないとの点については以下のように述べる⁶⁹⁾。この点、売主に義務違反の責任を負わせ、瑕疵について善意である買主は非難しえないという限りではEuGHに賛同できるが、瑕疵ある物の取付けによって負担が増すという点については買主の行為が原因でもあること、売主は契約違反

67) Förster, a.a.O. (Fn.65), 1495. その他EuGHによって売主の取外義務や取付義務を認めるために挙げられている法的救済の無償性や消費者に受忍不能が生じないこと、ドイツ語以外の消費動産売買指令の言語ヴァージョンにおいて用いられている用語に基づく根拠づけについても批判を展開する。Förster, a.a.O. (Fn.65), 1496f.

68) Förster, a.a.O. (Fn.65), 1497.

69) Förster, a.a.O. (Fn.65), 1497.

に対する救済としてもう一度履行をする必要があり、その限りで制裁を加えられているといえることから、売主に対して代替物の引渡しの枠内において、追加的に本来は全く存在していない作為義務を課すことは、それゆえに公平さの考慮の下でも必要でもなければ適切でないと思われると述べる。

ただし EuGH の判決が下された以上、ドイツ法における影響は避けられないとする。そうすると EuGH の判決を受けて、ドイツ法において売主は消費動産売買の枠内で (のみ) BGB439 条 1 項に従って、場合によっては瑕疵ある物の取外しとそれに続く瑕疵のない物の取付けも含んだ代替物の取付けを義務付けられる。その限りで「のみ」法律においてそれ以上説明されていない「瑕疵のない物の引渡し」という概念の解釈が問題となり、そしてこれと必然的に結びつく BGB439 条 2 項の費用規定のみがこれを充たしているので、その限りで国内法化の困難あるいはさらなる規律の必要性は生じないというべきであるという⁷⁰⁾。

5 プルンハーゲンの見解⁷²⁾

プルンハーゲンは、EuGH 判決を受けてドイツ法における追履行に関する規定の解釈が抜本的に修正される必要があると指摘する⁷³⁾。すなわちまず BGB 439 条 1 項による追履行に関しては、「消費動産売買の場合において、契約に適合する状態を生じさせるために必要となるあらゆる措置を含むということが明らかにされるべきであろう。消費者としての買主は、彼が瑕疵の発見の時点において本来適切な履行を受けていたであろうならばあったであろう

70) Förster, a.a.O. (Fn.65), 1499.

71) すなわちフェルスターは消費動産売買に限って EuGH 判決を受容し、そしてその限りでは特に立法等の必要はなく既存規定の解釈で賄えるという立場である。

72) Kai Prunhagen, Zur Auslegung der Nacherfüllungsverpflichtung - Ein Paukenschlag aus Luxemburg, EuZW 2011, 626ff.

73) Purnhagen, a.a.O. (Fn.72), 630.

74) この点からもわかるようにプルンハーゲンは EuGH 判決の射程を消費動産売買に限定する。

状態に置かれる必要がある。追履行義務の範囲に関して国内法の規定により定まるべき等価性利益のみを基準とし、そして本来の状態の再発生を完全性利益として過失責任に服せしめようとする反対意見は、このため今や消費用動産売買に関して根拠を失っている。この結論は本判決におけるEuGHによる指令3条の機能的自律的欧州的解釈の必然的帰結である」とのべる。そして事業者としての売主が取外しと取付けの義務を自ら守らないという場合、売主はBGB437条1号および439条1項に基づくその追履行義務に違反する。これをもって消費者としての買主には、BGB437条3号、280条1項および3項、そして281条に基づく（損害賠償）請求権が認められる。この請求権はBGB325条に従いBGB437条2号および323条に基づく解除権と併存する、という。ただし損害賠償請求権の要件については売主の帰責事由とは切り離される必要があるという。また、追履行費用の負担に関するBGB439条2項は請求原因ではあるが、この問題における費用の賠償には適していないという。なぜならこの規定が適用されるのは、追履行が実施されたという場合の費用負担の問題に関してであり、たとえば事業者が取外しや取付けを実施しないといった未履行の場合における費用負担の問題を規定するものではないからであるという。そのため、取外しと取付けの費用に関する問題は、損害賠償請求権を通じて解決される必要があるという。

三 小 括

以上が瑕疵ある物の取付けと取外しに関するドイツ学説の状況である。学説すべてを網羅したわけではないが、多くの学説がEuGH判決に対してそれほど肯定的な感情を抱いているわけではないようである。特に追履行請求権が本来的履行請求権と基本的には同内容の請求権であることから、売主の追履行義務も本来的履行義務を超えるものではないため、追履行に際して、買主が取り付けてしまった瑕疵ある物を取り外し、そして瑕疵のない物を再度取り付けることを売主に義務付けるということについては否定的な意見が多

い。この点についてはEuGH判決が下された後もなお維持されているようであり、EuGH判決の射程を消費者契約に限定すべきとするものなども見受けられる。

なお、取付けと取外しについてはEuGHによれば売主が実施するか、あるいは売主がそのための費用を賠償するのかという選択肢があるところ、費用賠償をどの規定を通じて実現するべきかには意見が分かれている。BGB439条2項による追履行費用の負担規定を通じて売主に転嫁すべきとするもの⁷⁵⁾と、BGB280条以下の損害賠償の規定とするものがある（ただしEuGH判決を取り入れるために帰責事由要件については考慮しないとするものもある⁷⁶⁾）。

IV 日本法の状況

562条において売主の契約不適合責任、買主の追完請求権を規定した日本でも、ドイツと同様に契約不適合のある物が買主によってその発見前に取り付けられたという場面が生じる可能性がある。そうした場合に日本ではどのように対応されるべきであろうか。現在のところ、この問題に関して対応する民法規定はなく、また学説における議論もそれほど多くはない。ただし、本稿の問題意識において重要であると目されるのは、追完請求権の法的性質、とりわけ履行請求権との異同をめぐる論議と、415条1項ただし書にいう「債務者の責めに帰すべき事由」の理解についてである。

一 追完請求権の法的性質

追完請求権は、改正前570条の法的性質をめぐる論議につき、いわゆる契約責任説を採用するという法制審における方針に基づいて規定されるに至っ⁷⁷⁾た。そうすると、売主は目的物が特定物であろうと種類物であろうと、契約

75) ウンベラート＝チウブカヤカイザー、フェルスターがこの見解である。ファウスト自身はBGB439条2項を取外しと取付けの費用負担の問題に適用することに否定的であるが、BGHが同条を用いて費用負担の問題を解決する可能性はあると予測している。

76) スカメル、ローレンツ、テュールマン、ブルンハーゲンがこの見解である。

内容に適合する目的物を引き渡す義務を負い、仮に引き渡した目的物が契約内容に適合しなければ、債務不履行責任を負うことになる。そしてその場合に売主が負う責任が契約不適合責任であり、買主に与えられる法的救済が追完請求権（562条）ということになるであろう。そうすると、契約に適合する給付が売主の第一次的義務であり、また契約に適合しない給付があった場合に売主が追完の義務を負うことを考えれば、買主の追完請求権と履行請求権、それに対応する売主の追完義務は履行義務の延長線上に位置するものと捉えられ、まさに同一の性質を有するとも考えられるであろう。

しかし学説においては履行請求権と追完請求権の異同については見解が分かれている。奥田昌道教授と佐々木茂美教授による整理によれば⁷⁸⁾、次のとおりである。①履行請求権も追完請求権も債権の本来的機能であるとする説、②履行請求権は債権の本来的機能であるが追完請求権は債務不履行に対する救済手段であるとする説、そして③履行請求権も追完請求権も、債務不履行に対する救済手段であるとする見解である。①説に立つ場合には、履行請求権と追完請求権の同質性が志向されることとなり、その範囲も同一であることが出発点とされることになるであろう。他方で②・③説に立つ場合には、履行請求権と追完請求権の異質性が志向されることになり、基本的にはそれぞれ別個の規律や法理が妥当するべきと考えていくことになるであろう

77) 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）274-275頁、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020）723-726頁〔北居功執筆〕、森田修『「債権法改正」の文脈』（有斐閣、2020）335頁以下（特に356頁以下）参照。また潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017）326-328頁、同『新債権各論Ⅰ』（信山社、2021）112-114頁も参照。

78) 奥田昌道=佐々木茂美『新版債権総論上巻』（判例タイムズ社、2020）221頁。

79) 履行請求権と追完請求権の関係性の考え方をめぐっては、潮見佳男教授も詳細な分類を試みている。詳しくは潮見・新総論Ⅰ前掲注（77）328-331頁。潮見教授自身は、履行請求権と追完請求権はいずれも債務不履行に対する救済手段であり、かつ異質ものであるとされる。潮見・新各論Ⅰ前掲注（77）116-119頁も参照。また、下森定「新給付障害法に関する一所感」法学志林118巻2号（2020）39頁以下も参照された。

う。ドイツ法で見られたように履行請求権と追履行（追完）請求権の同質性を志向する場合には、追完請求権の範囲は本来の履行請求権の範囲と同一であり、それ以上に及ぶことはないで、本来の履行請求権に基づいて請求することができない行為については、売主に対して追完請求権によっても請求できないことになりそうである。他方で両請求権が異質であると考えるのであれば、追完請求権に独自の法理や解釈に基づいて、本来の履行請求権では請求できないことも、契約不適合に対する買主の救済手段として認めていく余地があるであろう。

事実、履行請求権と追完請求権の性質を異質のものと捉える古谷貴之准教授は、ドイツ法における瑕疵ある物の取付けと取外しに関する問題を詳細に整理された上で、追完請求権の範囲について以下のように述べる⁸⁰⁾。古谷准教授は追完請求権の法的性質の理解の違いが追完の範囲をめぐる問題⁸¹⁾においても顕著に表れるとし、売主に帰責事由がない場合でも契約不適合のリスクを売主に負わせることが消費者保護の観点および社会的経済的観点から肯定的に評価されるとする。そうした理由からしても、契約不適合のある物を買主が別の物に取り付けたという場合、契約不適合物を別の物から取り外し、代替物を再度取り付ける作業を買主が売主に請求することを認める余地があるという（具体的には562条の修補および代替物の引渡しの拡大解釈によるとされる）。

以上のように履行請求権と追完請求権の関係、つまり双方の法的性質の異同が特に追完請求権をめぐる諸問題を解決するにあたっては決定的な役割を果たすとの基本認識がある一方で、問題解決にあたっては両請求権の異同を強調することにあまり意義はないとするものもある。森田宏樹教授は、履行

80) 古谷・前掲注(1) 319-320頁。根拠として古谷准教授が指摘されるのは、①履行請求権と異なって、追完請求権を行使する際に追完方法（履行方法）の選択権が売主（債務者）ではなく債権者にあること、②追完請求権に独自の限界事由があること（562条2項）、そして③追完請求権に対する1年の期間制限があること（566条）である。

81) 古谷・前掲注(1) 323-325頁。

請求権と追完請求権について、共通する規律が妥当する局面と、異なる起立が適用される局面とが併存するのであれば、それぞれの規律内容が理論的にどのような観点から基礎づけられるのかを確認することが重要であるとされる⁸²⁾。また田中宏治教授も履行請求権と追完請求権の異同を性質論として一義的に決定することはしないという立場におられる⁸³⁾が、この問題については以下のように述べる。すなわち562条1項の規定する代替物の引渡しには不適合物の取外費用と代替物の取付費用も含むとされる⁸⁴⁾。それは、「買主の立場からの、このような事態を引き起こしたのはひとえには売主が不適合物を引き渡したからであり、仮に当初から適合物が引き渡されていればそうであったであろう立場においてほしい、という主張は正当」であるため、とされる。そしてそのことから売主の落ち度による損失は売主が甘受すべきとされるとする。極端な費用が請求される事案では、契約解釈を理由に請求を棄却してよいとする。なおドイツにおける状況にも言及され、追完費用を売主に転嫁することはその負担が長期的には価格に転嫁されることになり、事業者にとって対処できないほどの不利益とはならないとされている⁸⁵⁾。

二 債務不履行の免責事由について

契約不適合のある物の取付けと取外しの問題に関しては、ドイツにおいては本来の履行請求権と追履行（追完）請求権との関係から売主の追履行義務は取付けと取外しには及ばず、これに関しては損害賠償に関する諸規定（BGB280条以下）を通じて買主が売主に対して費用の賠償を請求できるに過ぎないという考え方が多数であった。そうすると日本でも、仮に追完請求

82) 森田宏樹「売買における契約責任」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、2019）273頁以下、286頁。ただし森田教授自身は、現行法においては追完請求権には本来の履行請求権とは異なる規律が課されていることから、両請求権を同質とする理解は理論的に正当化困難とされる。

83) 田中宏治・前掲注（1）399頁。

84) 田中宏治・前掲注（1）426-427頁。

85) 田中宏治・前掲注（1）427-428頁。

権の範囲に契約不適合のある物の取外しと取付けが含まれないとすれば、契約不適合のある物を取り付けてしまった買主がその物の取外しや、契約不適合のない物の取付けに要した費用については、415条に基づく損害賠償に基づいて請求する必要があるであろう。このときドイツでも指摘されていたように、415条1項ただし書の免責事由が問題となる。

改正前570条では、目的物の瑕疵に基づいて買主が売主に対して損害賠償をするための要件は、瑕疵の存在と「隠れた」瑕疵であることであった。そのため売主の帰責事由の有無にかかわらず、売主は目的物の隠れた瑕疵について責任を負った。他方で現行の民法では、目的物に契約不適合がある場合には債務不履行を構成するため、契約不適合のある物から損害を受けた買主は、415条を通じてその賠償を求めることになる。そうすると当然ではあるが、目的物に契約不適合があったとしても、415条1項ただし書にいう「債務者の責めに帰することができない事由」⁸⁶⁾があれば、売主は損害賠償の責任を負わないということになる。

ただしこの帰責事由・免責事由の理解についてはかなり限定的な解釈も展開されている。特に契約の拘束力を帰責根拠とする見解にあっては、事実としての債務不履行があればそれだけで原則として帰責事由があるとされている⁸⁷⁾。そして不可抗力や、債務者側での予見可能性・結果回避可能性がなければ責任があるとされる。なお、こうした考え方は法制審議会における議論でも展開されていた。たとえば、岡委員の質問とそれに対する住友関係官の以下のような応答があった⁸⁸⁾。すなわち追完請求と代金減額との関係について、岡委員より、「…追完請求のところで修補請求ができるということになっていると思います。それも売主に帰責事由のない場合でございます。売主に帰責事由がなくても追完請求の一環として修補請求はできると。その場合に、

86) 民法改正との関連での債務者の責めに帰することができない事由の問題に関しては、森田修・前掲注(77)297頁以下も参照。

87) 中舎寛樹『債権法』(日本評論社、2018)97-98頁。

88) 法務省法制審議会民法(債権関係)部会第94回議事録1-2頁。

修補を買主の方が自分でやって、その修補実費を売主に請求することはできるのですか。売主に帰責事由がないわけですから、損害賠償請求はできない、でも修補請求はできる、相手がやらないと自分でやる場合はあり得る。それも新しいこの仕組みでは代金減額の中で処理するしかないように思われるのですが、それでいいのですかという質問が二番目でございます」との質問があった。これに対し住友関係官は、「…修補請求の点なのですからけれども、帰責事由がなく売主が修補請求をしなければならない場合に買主の方が自分でやった場合にはそれはどうなるのかということにつきましては、これも帰責事由がなければ損害賠償ができないというふうになりますので、代金減額をせざるを得ないと考えますが。ただ、この考え方としましては、そもそも契約不適合があった場合にはもう基本的には売主に帰責事由があるというふうに判断される事案がほとんどではないかということだったかと思えます」と回答されている。ここには目的物に契約不適合がある＝債務不履行があることがすなわち帰責事由であり、債務者は責任を負うということが明言されている。

他方で債務不履行の帰責根拠を契約の拘束力から（だけ）ではなく、債務者が義務に違反したことを帰責根拠とするべきとする意見もある⁸⁹⁾。この立場によると債務を履行するという負担を超える損害賠償という負担を債務者に課すためには、契約の拘束力からのみでは正当化できず、そのために帰責事由が必要になる⁹⁰⁾。そこでは免責事由としての帰責事由が求められることになるが、そこには単に不可抗力や予見不可能といった事情のみならず、合意内容や契約の性質、債務者の属性、客観的過失、責任軽減事由など幅広い事由から判断されるべきことになるという⁹¹⁾。ただしこの立場においても、目的物の契約不適合については、損害賠償の問題が415条に統合されてはいるもの

89) たとえば能見善久「民法改正と債務不履行責任」司法研修所論集130号（2020）48頁以下、80-83頁。

90) 能見・前掲注（89）82頁。

91) 能見・前掲注（89）84-89頁。

の、契約の趣旨や売買契約の性質などから免責事由が認められる場合は制限されるとしている。⁹²⁾ また、帰責事由の問題に関して本稿の問題に関連して、青野博之教授は契約不適合のある目的物の除去費用の賠償については、売主が帰責事由のないことを証明すれば損害賠償責任を負わせるべきではない、とされる。⁹³⁾ 磯村保教授も、契約不適合から買主に生じた損害の賠償と帰責事由との関係について、「不動産業者が家屋を売買したところ、その家屋にシロアリ被害が生じていたという事例では、売主に帰責事由が否定されることは考えにくいと思われるが、一般私人間の売買において、売主がおおよそ発見することのできない契約不適合が目的物の家屋に存在していた場合に、それが債務不履行に当たるとしても、帰責事由が否定されるかどうかは、改正案の下での帰責事由の解釈に依存するといえる」、とされる。⁹⁴⁾

三 小 括

以上が本稿の問題関心と関連する日本における議論状況である。すでに述べたように、本稿で扱っている問題場面に対してこれを直接に検討の対象とするもある。そこでは562条の追完方法を解釈によって拡大することで、売主の追完義務の内容には買主が契約不適合を知らずに取り付けてしまった物の取外しや、契約不適合のない物の再度の取付けも含むとの意見が展開されている。そうすると、これらの作業に要する費用も売主が負担することになり、買主は一層の保護を受けることになるであろう。

他方でこのような追完義務の拡大が否定される場合には、費用負担の問題は415条を通じた損害賠償の問題となる。すでに述べたようにこの問題との関連では、415条1項ただし書にいう債務者の責めに帰することのできない事由が問題となる。このいわゆる免責事由については、契約の拘束力を帰責

92) 能見・前掲注(89)87頁。

93) 青野・前掲注(2)107頁。

94) 磯村保「売買契約法の改正」Law&Practice10号(2016)59頁以下、76-77頁。

根拠とする意見からは免責事由を限定しようとする方向性が見て取れる。他方で必ずしも契約の拘束力に帰責根拠を求めない意見では、より広く免責事由を認める余地があるとの方向性が見受けられた。

V 検 討

以上、ドイツにおける瑕疵ある物の取付けと取外しの問題と、日本において関連する議論を整理した。それではドイツにおいてこれまで生じてきた、瑕疵ある物の取付けと取外しの問題が、日本において生じた場合、すなわち契約不適合のある物について、買主が契約不適合に気付かず別物に取り付けたのち不適合が発覚し、その取外しや瑕疵のない物の再度の取付けが必要となったという場合、この問題はいかに解決されるべきなのであろうか。この問題の解決方向性としては、IVで整理したように追完請求権の枠内で解決する方向と、415条に基づく損害賠償を通じて売主に費用を負担させる方法が考えられる。

一 追完請求権の範囲について

まず追完請求権の範囲という面から検討を試みる。契約不適合のある物の買主が不適合に気付かず別物に不適合のある物を取り付けた場合において、仮に売主の契約不適合責任、買主の追完請求権が売主による不適合ある物の取外し、不適合のない物の取付けに及ぶならば、この問題は562条の枠内で解決することができる。この点について、たとえば契約の内容から物の取付けが売主の債務内容になっている場合には、追完の枠内でも取外しと瑕疵のない物の改めでの取付けを請求することができると思われる。それでは売買契約において売主の負う債務内容が「契約に適合する物の引渡し」である場合にはどうであろうか。562条の定める追完の方法は修補、代替物の引渡し、不足分の引渡しであり、不適合のある物の取外しや不適合のない物の取付けといった行為まで含んでいるとは客観的には理解できない。そうする

と、解釈操作によって追完請求権に不適合物の取外しや取付けを含めることができるかが問題となる。

ここで、履行請求権と追完請求権を異質のものとして捉える場合には、すでに述べたように追完請求権の範囲を拡大する方向での解釈操作になじみやすい。ただし買主の保護に奉仕するとはいえ無条件に拡張することはできないであろう。先に整理した追完請求権の範囲に関する学説では、追完請求権の範囲を拡大することが消費者の保護に奉仕することや、売主に責任を課すことと製造業者に対して売主が求償することとなり、そのことから製造業者の注意のインセンティブが引き出されることが指摘されている⁹⁵⁾。しかしこれらの理由づけをもってしてもなお、本来的な追履行の範囲を562条の条文の文言を超えて拡大することは正当であろうか、という疑問が生じる。たしかに現在のドイツ法 (BGB) では、買主が瑕疵を知らずに物を取り付けたという場合に、その取外しと取付けの費用を売主に転嫁している (BGB439条3項)。そうすると、BGB規定を前提とすれば追履行請求権の範囲が本来的履行請求権を超えて拡大し、結果として両請求権は異質のものとなったと考えることもできるであろう⁹⁶⁾。ただしこれは、EuGH判決、ひいては欧州法である消費動産売買指令 (1999/44/EG) の影響を受けた改正の結果であって、純粋な法理論として履行請求権と追履行請求権の同質性が否定されたからというわけではないであろう。またBGBの改正の契機となった⁹⁷⁾、追履行の枠内で売主に瑕疵ある物の取外しと瑕疵のない物の取付けの義務を負わせ、あるいはその費用を売主が負担するべきとしたEuGH判決においても、消費者

95) 古谷・前掲注 (1) 323-324頁および注691参照。もっとも、買主の領域で生じた目的物の変更リスクをすべて売主に負わせることは妥当ではなく、当事者で前提とされた物の使用目的や物の通常の使用方法に従って買主が取付けをした場合に限り、追完として物の取外しと瑕疵のない物の再度の取付けを請求できるという。古谷・前掲注 (1) 324-325頁。

96) とりわけ古谷・前掲注 (1) 320-322頁。

97) 実際にⅢで整理した学説では、EuGHの判決に対して否定的・消極的な態度が見て取れる。

保護や経済的利益も理由として挙げられているものの、そのほか売主の提供すべき法的救済が買主にとって無償であり、かつ受忍不能でないことや、消費用動産売買指令のドイツ語以外の言語バージョンにおける用語法、そもそも売主が契約に違反する物を引き渡したことなど、さまざまな理由が述べられていた。このことは反対に言えば、BGB437条1号や439条1項の文言からはEuGHが導いたような追履行請求の範囲拡大をそのまま認めることはできなかったということの証左とはいえないであろうか。またEuGH判決を受けて改正に至った追履行規定についても、この判決のために追履行請求権に対する法的評価そのものが変化したために履行請求権と追履行請求権の異質が認識され、これを前提として規定が改正されたというよりも、EuGH判決および消費用動産売買指令に適合するかたちで国内法を整備するため、そしてEuGH判決をはじめとする一連のこの問題に関する訴訟から明らかになったように、それまでの法律規定では必ずしも十分に対応できなかったこの問題に対して、いわば法政策的な立場から買主を保護するために立法による解決を与えたと評価することもできるであろう。

そうすると、この問題に関連してEuGHの判決が下されたことが契機となって、これまでのドイツ法における一般の見解（本来的履行請求権と追履行請求権の同質⁹⁸⁾）からは説明できないような規定が新たに生まれたということは確かであるが、それでもなお追履行（追完）請求権が本来的履行請求権とは異質のため、本来的履行請求権よりも売主に多くの義務を課すことが許される、という解釈を導くにはまだ足りないように思われる。とりわけ日本ではドイツとは異なって、消費者契約法をはじめとする各種の消費者保護立法は存在するものの、国内法のあり方などに直接影響を及ぼすような上位の法としての、欧州法のようなもの（消費用動産売買指令）がないことも見過

98) この点はⅡやⅢで整理した判例や学説で繰り返し指摘されていた。またたとえば *Thomas Ackermann, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers*, JZ 2002, 378ff., 379を参照。

ごしてはならないであろう。そのように考えると、たとえば562条の規定する追完請求権を、本来的履行請求権とは異なる請求権と理解するとしても、そしてさらに消費者保護などの理由を付け加えるとしても、562条の文言を超えて⁹⁹⁾売主の義務を加重するような解釈は難しいのではないであろうか。¹⁰⁰⁾

また追完請求権の本質を考えると、この請求権は契約によって買主（債権者）の持つ契約に適合する物の引渡請求権が、法的救済という側面を有しつつ具体化したものであるが、他方で売主としても、いったん契約に適合しない物を引き渡してしまったとしても、追完というかたちで履行をやり直すチャンスが与えられることにより不履行状態を解消して（遅滞したもの）本来の契約履行を達成し、対価を得ることを確実にする制度でもある¹⁰¹⁾。そうすると、追完制度は買主と売主の利益双方に配慮し、両者にとって望ましい解決（契約の本来的履行状態の実現）を保障する制度であることになるため、追完をめぐる問題の解決にあたっては買主側の利益のみを考慮するのではなく、売主の利益も十分に考慮しなければならないといえるであろう。そうであれば、契約不適合によって買主に生じた不利益が、売主による引渡義務の不履行にあるとしても、そこだけに着目して買主の救済を目指さんとし、売主に追加的な負担を求めることには慎重な態度を要求されともいえる

99) ただしその限りでは、消費者保護という観点から消費者契約に限定して売主（事業者）の追完義務を拡大することは認められるかもしれない。一方でそれだけに一般法たる民法において、消費者保護という理由がどこまで条文解釈の根拠として価値を持つべきかは、なお一考の余地があるように思われる。

100) 本来的履行請求権と追完請求権の法的性質に関しては、筆者の立場はいずれも契約から生じる債権の本来的効力であるとみる。ただし追完請求権に関しては、不完全ながらも履行がなされた後の段階での請求権であること、履行請求権の側面のみならず買主の法的救済としての側面も持つこと、買主のための法的救済ではあるが、同時に売主の利益をも考慮した法的救済であることから、必ずしも内容的に同一という必要はない、と理解している。履行請求権と追完請求権の関係について、私見は潮見教授の整理される分類でいうと〔B〕の立場である。なお、田中洋・前掲注(1) 326頁は、追完請求権が持つ多面性（履行請求権としての側面、契約不適合に対する法的救済としての側面、売買契約規律としての側面）を指摘される。

101) 追完請求権の本質については、拙稿「追完請求権の制度的意義」大東法学28巻1号(2018) 43頁以下も参照されたい。

であろう。債務不履行（契約不適合）の解決にあたっては、債権者と債務者双方の利益を調整するという観点からの解決が図られるべきである。¹⁰²⁾ そのような観点からも、562条の文言を超えて売主に修補や代替物の引渡し以上の行為を義務付けるというためには、契約不適合のある物を売主が引き渡したという事実としての債務不履行の存在、消費者保護や経済的利益などの理由づけをもってしても、これらを超えるさらなる買主保護の要請、売主に義務を負担させる必要性が明らかにされる必要があるのではないであろうか。

二 損害賠償責任（415条）を通じた解決

契約不適合のある物を取り付けた場合に、売主に対してその取外しと瑕疵のない物の取付けを追完の枠内で請求できるかについては、そうした点に関する合意があれば別として、562条の解釈からは導出することが難しいように思われる。そうすると、契約不適合のある物を取り付けてしまった買主がその取外しに費用を支出し、また改めての取付けのためにも費用を要するといった場合には、その費用を損害として売主に賠償請求することが考えられる。この費用の賠償は、取付けや取外しが追完請求の対象でない以上、売主が支出すべきであった費用ではないため純粋な損害賠償、つまり債務不履行に基づく損害賠償として求めるべきであると考えられる。

1 帰責事由・免責事由との関係

ただしここで問題となるのが帰責事由・免責事由との関係である。415条1項ただし書にあるように、目的物に契約不適合があることが債務の本旨不履行であり、またその不適合によって損害が生じる場合（ここでは取外し再

102) 古谷・前掲注(1) 323-324頁による理由づけでは、売主側に負担を求めることにより最終的には製造者において費用の内部化を促すという経済全体の利益があることが指摘されている。そうするとこの解決が売主にも利益となるようにも思えるが、いささか漠然とした理由づけでもあり、この経済的効率性が実際に達成されるのかは疑わしいようにも思える。

度の取付けに要する費用)、415条1項本文の要件が満たされる。しかしその債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由によるものでない場合には、債務者が免責される余地がある。

このとき、磯村教授の指摘するように売買目的物である家屋に白アリ被害が生じていたというように、ある物を商品として取引に供する売主としての立場から発見するべきといえる瑕疵・契約不適合を発見できずに契約不適合に気が付かないまま給付をしてしまい、結果として買主に損害が生じたという場合には免責の余地はないであろう。他方で同じく磯村教授の指摘されるように売主が発見することのできなかった(というべき)契約不適合の場合にはどうであろうか。たとえば工場で機械的に大量生産されるような電化製品の売買の場合、売主はメーカーや卸売業者からすでにパッキングされた状態で商品を仕入れ、その状態のまま買主に引き渡すことが多いであろう。そのような状態の商品の内部構造に欠陥があり、買主に損害が生じたという場合はどうであろうか。また自動車のような製品の内部部品に品質上の問題があり、本来はその部品の耐用年数が10年程度であるところ、2年程度しか使用に耐えず、交換が必要になったといった場合はどうであろうか。このような場合においても、売主は製品の契約不適合に気づくべきであったとして免責は認められるのであろうか。

ここでは追履行が問題となっている以上、損害賠償の対象は逸失利益などの消極的損害ではなく、契約不適合があったために生じてしまった本来は支出する必要のなかった積極的損害である。契約不適合のない物の引渡しは売主の債務内容である以上、契約不適合があることで買主が支出せざるを得なくなった費用について、売主に負担させないことはむしろ不公平であると思われる。また、先に述べたように製造過程ですでにパッキングされている製品の瑕疵や、自動車の内部部品の瑕疵など売主が通常気づかないかもしれない契約不適合の場合、たしかに売主に責めに帰すべき事由はないとの評価も可能であるかもしれないが、売主に責めに帰すべき事由がないという理由

で、契約不適合のために取外しや再度の取付けの費用が生じるという負担につき適切に対価を支払った買主に負わせることは問題である。売主の契約義務に（明示規定はないものの）契約不適合のない物の引渡しがある以上、契約不適合のある物を引き渡してしまったことで買主がそれに伴って支出せざるを得なくなった費用や、無駄になってしまった費用については、売主に負担させるべきではないであろうか。そしてこのように追完義務の拡大ではなく、契約不適合から生じる損害（追加で生じる費用）を売主に割当てるとは、買主と売主双方の利益調整という観点からも許されると思われる。さらにこの観点からは、買主が契約不適合を知らながら物を取り付けた場合や、物の使用目的・方法からして本来は取付けが予定されていない物を取り付けたところ、契約不適合が明らかになったためにその取外し等の費用が必要となったという場合は、売主に費用負担を求めるべきではないであろう¹⁰³⁾。

ただしこの種の問題、すなわち契約不適合のある物を取り付けてしまった場合にその取外しと瑕疵のない物の取外しの費用が生じるという問題について、買主が415条1項に基づく損害賠償の方法で費用を請求するという事例が実際に裁判において生じた場合、裁判例において415条1項ただし書を適用して売主に責めに帰すべき事由がないとしてこの請求が認められないという可能性はあり得ないではない。したがって最終的にはドイツでそうであったように、何らかの立法措置が求められるといえる。

2 取外しと取付けの費用負担が問題とならない場合

契約不適合のある物の取付けに関する問題については、私見としては以上の通り追完請求の枠内で対応するのではなく、損害賠償の枠内で売主に費用

103) 古谷准教授は追完請求権の範囲が取外しや取付けに及ぶとされているが、こうした事情がある場合には追完請求権が取外しや取付けに及ばないとされている。古谷・前掲注(1) 324-325頁。

負担を求めるべきである。他方でこのような問題が生じない場合もある。

まずは追完請求権の範囲について、物の取外しや取付けが売主の債務内容となっている場合や、追完が問題となる場合に取外しと取付けが売主の追完義務に含まれているという旨の合意がある場合である。この場合には売主の負う追完義務の範囲に買主が取り付けてしまった契約不適合のある物の取外し等も含まれるため、損害賠償の必要さえ生じない。また、修補による追完の場合で取り付けられた契約不適合のある物を取り外さずに修補することが可能である場合も同様である。

3 最初の取付けに要した費用について

ここまで主として検討の対象としてきたのは、契約不適合がある物を買主がそれに気づかずに取り付けてしまい、契約不適合が発見されたために取外しと、契約不適合のない物の取付けが必要となったという場面である。以上の検討では、契約不適合のある物を取り付けた際に生じた費用については検討していなかった。この費用も、買主が契約不適合に気づいていれば取付けをすることがなかった費用であると考えるのであれば、契約不適合によって生じた損害であるとも考えられる。

しかし、買主が物を購入した際にその物を取り付けることが前提とされている場合（たとえばエアコンやカーナビなど）、その物は契約不適合があろうとなかろうといずれにせよ取り付けられることになる。こうした費用はドイツではいずれにせよ生じた費用 *Sowieso Kosten* と呼ばれ、こうした問題においては賠償の対象とならないとされている（Ⅱで挙げたローレンツの見解を参照）。仮にこの費用も、追完とともに損害賠償として請求することができるすると、買主は全く対価を払わずに目的物を取り付けることができるようになってしまい、損害賠償によってかえって利益を受けてしまう。そのためこの費用を損害賠償として求める場合には、契約の解除など契約の清算を目指す方向での法的救済を行使し、その枠内で損害賠償として請求する

必要があるであろう。

VI 結びに代えて

以上、本稿では562条の追完請求権に関して生じうるであろう問題の一つについて検討した。具体的には、契約不適合のある物の買主が契約不適合に気づかずに物を別の物に取り付けてしまったという場合に、契約不適合のある物の取外しと、契約不適合のない物の取付けを追完請求の枠内で売主に請求できるのか、できないとすれば損害賠償の方法で売主に費用負担を求められることができるのか、という問題である。結論としては、本稿では562条の解釈論に基づいて同条の定める修補や代替物の引渡しに契約不適合がある物の取外しや契約不適合のない物の取付けまで含むとの解釈は困難であり、買主は取外しと取付けに要する費用を415条の債務不履行責任を通じて、損害賠償の方法で求めるべきとした。ただしこの場合には415条1項ただし書の免責事由に注意する必要があるところ、買主と売主の利益調整という観点からは、取外しと取付けの費用に関しては売主に負担させるべきであるとした。この問題については562条の拡大解釈を通じて追完請求権の枠内で解決を志向する見解もあるものの、やはりドイツのように最終的には立法措置によって解決されることが望ましいように思われる。

改正民法が施行されてから1年以上経過したところ、562条の規定する追完請求権は今後さまざまな問題を生じさせることと思われる。特に562条の追完請求権は買主の法的救済として規定されているものの、559条を通じて全有償契約のための基本原則としても位置づけられている。したがって562条の解釈問題は売買契約のみならず他の有償契約においても同様に影響を及ぼしうることから重要である。また追完請求権と他の法的救済の関係についても検討しなければならない課題が多く残されている。

本研究は、JSPS 科研費 JP20K13376 の助成を受けたものである。

脱稿後、日本私法学会第84回大会における田中宏治教授による個別報告である「ドイツ売買論の現在—判例・学説・立法の三位一体」に接しました。