



売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定(1) : ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして

田中, 洋

(Citation)

神戸法學雑誌, 60(1):1-63

(Issue Date)

2010-06

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81005084>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81005084>



売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定（一）

——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして——

田 中 洋

目次

第一章 はじめに

1 問題の所在

2 検討の対象と手順

第二章 ドイツにおけるBGB旧規定のもとでの買主の追完請求権

第一節 BGB旧規定による物の瑕疵責任の規律

1 売主の給付義務

2 売買目的物に物的瑕疵がある場合の売主の責任の概観

3 約款規制法と合意に基づく修補請求権に関する規律の創設

第二節 買主の代物請求権

1 特定物売買の場合

2 種類売買の場合

第三節 買主の修補請求権

1 瑕疵なき物の給付義務否定Ⅱ修補請求権否定説

2 瑕疵なき物の給付義務肯定Ⅱ修補請求権肯定説

3 瑕疵なき物の給付義務の存否から独立して修補請求権の存否を検討する見解

4 小 括（以上、本号）

第三章 ドイツ債務法改正と買主の追完請求権

第一節 債務法改正による買主の追完請求権の法定

第二節 BGB新規定のもとでの買主の追完請求権

第三節 小 括

第四章 買主の追完請求権の基礎づけと内容確定のあり方

第一節 日本法における買主の追完請求権に関する議論の特徴と問題点

第二節 『債権法改正の基本方針』の検討

終 章 おわりに

第一章 はじめに

1 問題の所在

（1）従来の議論状況

売買契約において買主に引き渡された目的物に瑕疵がある場合に、買主は売主に対して当該目的物の修補や瑕疵のない代物の給付を請求することができる。こうした買主の修補請求権・代物請求権の問題に関して、現在のわが国の民法典には明文の規定が存在していない。しかし、この問題については、これまで、不完全履行の場合の「完全履行請求権」ないし「追完請求権」という概念のもとで、主として、次の二つの観点から議論がされてきた。

ア 瑕疵担保責任の法的性質論との関連

一方で、買主の追完請求権は、瑕疵担保責任の法的性質論における、いわゆる法定責任説と契約責任説の対立と関連づけられて議論がされてきた。ここでは、特定物売買において買主の追完請求権が認められるかという点とが法定責任説と契約責任説の対立点の一つとされ、買主の追完請求権が認められるかどうかは、理論的には、売主の瑕疵なき物の給付義務が認められるかどうかによって決まるものとされた。すなわち、特定物売買の場合に瑕疵なき物の給付義務を否定する法定責任説によれば、特定物売買において買主の追完請求権は認められないとされ、それに対して、特定物売買の場合でも瑕疵なき物の給付義務を肯定できるとする契約責任説によれば、特定物売買においても買主の追完請求権が認められるとされた。

イ 追完請求権の法的性質決定

他方で、買主の追完請求権は、それがどのような規律に服するのかという問題意識から、追完請求権がいかな

る法的性質を有するものととらえるべきか——とりわけ、追完請求権が（本来的）履行請求権と同じ法的性質をもつものととらえるべきか——という点に関する議論もされてきた。ここでは、追完請求権を履行請求権の一態様ないし具体化であるかととらえる支配的見解に対して、追完請求権（とりわけ修補請求権）の限界をありうる損害賠償額によって画するという意図から、追完請求権（修補請求権）を損害賠償の一方方法である「現実賠償」の性質を有するものととらえる見解⁽²⁾も主張されていた。ここでは、追完請求権が基礎づけられることを前提に、それが本来的履行請求権と同じ規律に従うのか、「現実賠償」としてむしろ損害賠償請求権と同様の規律に従うのかという、追完請求権の内容確定にかかわる問題が議論されていたとみることができる。

（2）本稿の問題意識——買主の追完請求権の基礎づけと内容確定のあり方

このように、これまで、買主の追完請求権については、①追完請求権の基礎づけにかかわる売主の瑕疵なき物の給付義務の問題、②追完請求権の内容確定にかかわる追完請求権の法的性質の問題を中心に議論がされてきたといえる。

しかし、まず、①買主の追完請求権の基礎づけについては、はたして、以上のように売主の瑕疵なき物の給付義務の存否のみを問題とすれば足りるのであるか。すなわち、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うことが認められれば、それだけで直ちに買主の追完請求権が基礎づけられることになるのであるか。仮にそうでないとするれば、買主の追完請求権は、どのような考え方に基づいて基礎づけられるのであるか（追完請求権の基礎づけ問題⁽³⁾）。

また、②買主の追完請求権が基礎づけられるとしても、そうした買主の追完請求権の規律内容はどのようなものであるべきか。例えば、具体的にどのような追完をどこまで請求できるのか。複数の追完方法が考えられる場

合に、その選択は誰が行うことができるのか。追完義務の履行はどこで行えばよいのか。このような買主の追完請求権の具体的な規律内容は、いったいどのような要因・考慮に基づいて確定されるべきなのだろうか（追完請求権の内容確定問題）⁽¹⁾⁽⁵⁾。

このうち、①の追完請求権の基礎づけ問題については、もちろん、瑕疵なき物の給付が契約内容となり、売主が瑕疵なき物の給付義務を負う場合には、瑕疵なき物を引き渡せという買主の履行請求権（本来的履行請求権）が基礎づけられ、そこから、その義務の不完全な履行がされた場合には必然的に買主の追完請求権が基礎づけられると考えられるのであれば、問題は、売主の瑕疵なき物の給付義務の存否に集約されることになるだろう。しかし、ここで売主の義務の不完全な履行がされた場合というのは、売主が買主に引き渡した物に瑕疵があることが判明した場面である。このような場面であらためて買主が売主にその追完を請求する権利は、はたして売主が瑕疵なき物の給付義務を負うということ、あるいは買主がそれに対応する本来的履行請求権を有するということだけで基礎づけられるのだろうか。その場面で、仮に買主に追完請求権という救済手段が認められない——買主は損害賠償請求権など他の救済手段によるほかない——という可能性⁽⁶⁾があるとすれば、買主の追完請求権の存否は、必ずしも売主の瑕疵なき物の給付義務の存否のみによって決まるわけではないということになる。そうだとすれば、買主の追完請求権の基礎づけに関しては、従来から議論されてきた売主の瑕疵なき物の給付義務の存否に加えて、買主の追完請求権それ自体がどのような考え方から基礎づけられるのか（あるいは基礎づけられないのか）が問われなければならないことになる。

また、②の追完請求権の内容確定問題についても、もちろん、買主の追完請求権が、本来的履行請求権と同様の規律に服すると考えるのであれば、問題は、本来的履行請求権における規律を参照することによって解決されることになるだろう。しかし、追完請求権が本来的履行請求権と同様の規律に服するわけでは必ずしもないとす

れば、そうした追完請求権に特有の規律内容がいかなるものであるかが検討されなければならないことになる。⁽⁸⁾ 上述した追完請求権の法的性質決定に関する議論は、まさにこうした追完請求権の内容確定問題にかかわるものであり、そこでは、すでに追完請求権が本来的履行請求権と異なる規律に服する可能性が示唆されていた。もっとも、そこでの議論は追完請求権の限界の問題に限定されており、追完請求権の法的性質から追完請求権の規律内容がすべて一義的に確定されることまで意図されているわけではないようである。例えば、複数の追完方法がある場合にその選択権を誰に認めるかは、追完請求権の法的性質によって一義的に確定されるものではないだろう。とすれば、追完請求権の内容確定については、従来の追完請求権の法的性質の問題を超えて、むしろ、追完請求権の規律内容がどのような要因・考慮に基づいて確定されるべきであるかを検討する必要があるように思われる。

そのほか、上述の追完請求権の法的性質に関する議論は、追完請求権の規律内容が追完請求権の法的性質という理論的問題と関連しており、追完請求権の規律内容を検討するためには、追完請求権の基礎理論に遡った考察が必要であることを示唆するものでもあったといえる。そうだとすれば、買主の追完請求権の規律内容を検討するにあたって、そもそも買主の追完請求権がどのような考え方から基礎づけられるのかという、①の追完請求権の基礎づけ問題に遡った検討が必要ではないかと考えられる。そうすると、こうした買主の追完請求権の内容確定との関係でも、買主の追完請求権の基礎づけに関して、上述のように、売主の瑕疵なき物の給付義務の存否以外になお議論されるべき問題がないかが検討されなければならないと思われる。

以上のような理論的側面のほか、買主の追完請求権が認められるのか、その規律内容がどのようなものであるかという問題は、追完請求をする買主にとっても、追完義務を負う売主にとっても、大きな関心事であろう。また、買主が実際に追完請求権を行使するためには、その前提として追完請求権の具体的規律内容を確定しておく

必要がある。このように、買主の追完請求権の基礎づけやその規律内容を検討することは、売主と買主の利益にかかわる実践的意義をも有している。

さらに、近時、学界においては、複数の研究グループにおいて民法・債権法の抜本的改正に関する議論が活発に行われ、その成果が公表されてきている。⁹⁾ その中でも、二〇〇六年一〇月に「民法（債権法）の抜本改正のための準備作業として、改正の基本方針（改正試案）を作成することを目的に」組織された民法（債権法）改正検討委員会は、その検討作業の成果として、二〇〇九年四月に詳細な内容の『債権法改正の基本方針』¹⁰⁾を公表するに至った。そこでは、新たに「不完全な履行」の場合について債権者の追完請求権を定め（【3.1.57】）、さらに、売買についても、これに対応して、給付された目的物に瑕疵がある場合の買主の追完請求権を定めること（【3.1.16】）が提案されている。こうした債権法改正との関係において、上述のような買主の追完請求権の基礎づけおよび内容確定のあり方について検討することは、これに関する改正提案の意義と問題点を明らかにし、今後おこなうべき債権法改正の方向を考える上で意義を有するといえるだろう。¹¹⁾

もっとも、以上に挙げた追完請求権の問題は、売買契約に限らず、請負契約など他の契約類型においても問題となる。しかし、次章以降の検討で明らかにされるように、売買契約においては、買主の追完請求権が認められることが必ずしも自明ではなく、そのために、この問題がとくに先鋭化して現れることになる。本稿が「売買における買主の追完請求権」を取り上げるのは、それによって、以上のような追完請求権の問題を浮き彫りにすることができるという考慮に基づく。

本稿は、以上のような問題意識に基づいて、売買における買主の追完請求権の基礎づけおよび内容確定のあり方について検討を行うことを目的とするものである。¹²⁾

2 検討の対象と手順

(1) 検討の対象

本稿では、以上のような課題に取り組むため、その基礎的作業として、ドイツにおける買主の追完請求権に関する議論を検討することにした。

周知のように、これまで、ドイツの担保責任法に関する議論はわが国の議論にも強い影響を及ぼしてきた。とりわけ、上述のわが国における法定責任説と契約責任説の対立は、ドイツの議論からの極めて強い影響を受けている。したがって、従来この問題との関連で論じられてきた買主の追完請求権の問題がドイツにおいてどのように議論されているかを検討することは、これまでのわが国における議論の特徴と問題点を明らかにするうえで、大きな意義が認められるといえよう。

また、そうしたドイツにおいては、二〇〇二年一月一日に施行された債務法現代化法によって、それまで（部分的にしか）規定されていなかった買主の追完請求権（修補請求権・代物請求権）が、ドイツ民法典（BGB）に包括的に規定されるに至った。そして、新たに法定された買主の追完請求権をめぐる具体的問題について、現在に至るまで激しい議論が展開されてきている。

このように、買主の追完請求権について、わが国の従来の議論が参照してきた旧法の立場から立法およびその解釈を通じて転換を図ろうとしてきたドイツの一連の議論は、本稿の課題を検討するに際しても、有益な示唆をもたらしうるものと考えられる。

そこで、本稿においては、上述の問題意識に照らして、買主の追完請求権の基礎にある考え方ないし買主の追完請求権の規律内容を方向付ける要因を明らかにするという観点から、ドイツの議論のうち、(1)とりわけ買主の追完請求権の基礎づけにかかわるものとして、①債務法改正前における買主の追完請求権（とりわけ修補請求

権）の有無に関する議論、②債務法改正作業における買主の追完請求権の法定の是非およびその内容に関する議論を、(2)とりわけ買主の追完請求権の内容確定にかかわるものとして、③債務法改正後における買主の追完請求権の具体的規律内容をめぐる議論を検討の対象とすることにした。

（2）検討の手順

以下では、まず、第二章において、ドイツにおけるBGB旧規定のもとでの買主の追完請求権に関する議論を取り上げる。ここでは、とりわけ、BGB旧規定において明文の規定のない買主の修補請求権が解釈論上認められるかという点に関する議論を検討の対象とする。

それに引き続いて、第三章においては、ドイツ債務法改正作業における買主の追完請求権の法定に関する議論、そして、債務法改正後における買主の追完請求権の具体的規律内容をめぐる議論を取り上げる。ここでは、買主の追完請求権がどのような考慮に基づいて法定されたのか、また、そうした買主の追完請求権の規律内容がどのような要因・考慮に基づいて確定されるのかという点に照準を合わせて分析を行う。

第四章では、買主の追完請求権の基礎づけと内容確定のあり方について、前章までで検討したドイツ法の議論と比較することによって、日本法における従来の議論の特徴と問題点を明らかにするとともに、『債権法改正の基本方針』における買主の追完請求権の提案についても、同様の観点から検討を行うことにしたい。

第二章 ドイツにおけるBGB旧規定のもとの買主の追完請求権

BGB旧規定においては、包括的に買主の追完請求権を定める規定は存在せず、種類売買における買主の代物請求権を定める規定が存在するにとどまっていた。それゆえ、とりわけ特定物売買の場合において、引き渡された売買目的物に瑕疵がある場合に買主に修補請求権が認められるかということが、特定物売買の場合に売主に瑕疵なき物の給付義務が認められるかという問題と関連して争われていた。

以下では、まず、BGB旧規定における関連する規律の全体像を把握するために、売買目的物に物的瑕疵があった場合の売主の責任に関する規律を概観し(第一節)、それに引き続いて、買主の追完請求権について、代物請求権(第二節)と修補請求権(第三節)とに分けてみていくことにしたい。

第一節 BGB旧規定による物の瑕疵責任の規律

BGB旧規定のもとでは、売買目的物に物的瑕疵があった場合の売主の責任は次のように規律されていた。

1 売主の給付義務

まず、物の売買における売主の給付義務については、「売買契約により、物の売主は、買主に、その物を引き渡し、かつ、その物の所有権を移転する義務を負う」とされていた(BGB旧規定四三三条一項一文)。そして、「売主は、第三者が買主に対して主張することのできる権利がないように、売買の目的物を買主に取得させる義務を負う」ものとされた(BGB旧規定四三四条)。すなわち、権利の瑕疵のないことは明文で売主の給付義務の内容とされていたのに対して、物の瑕疵のないことが売主の給付義務の内容であるのかどうかということについては、明文の規

定が存在しなかった。それゆえ、これについては、後述のように、とりわけ買主の修補請求権の有無と関連して議論がされることとなった。

2 売買目的物に物的瑕疵がある場合の売主の責任の概観

その上で、引き渡された売買目的物に物的瑕疵がある場合、買主には次のような権利が認められていた。

（1）瑕疵担保解除又は減額請求権

売買目的物に瑕疵がある場合、買主は、瑕疵担保解除（Wandelung）又は減額（Minderung）を請求することができた（BGB旧規定四五九条、四六二条¹³）。

（2）売主の悪意又は性質保証がある場合の損害賠償請求権

また、売主が瑕疵について悪意である場合又は売主が売買目的物の性質を保証した場合であれば、買主は、不履行に基づく損害賠償（Schadensersatz wegen Nichterfüllung）を請求することができた（BGB旧規定四六三条、四八〇条二項¹⁴）。

（3）種類売買の場合の代物請求権

以上に加えて、種類売買の場合には、買主は、瑕疵のない代物の引渡しを請求することができた（BGB旧規定四八〇条一項）。

3 約款規制法と合意に基づく修補請求権に関する規律の創設

(1) 実務における普通取引約款を通じた修補請求権の合意

以上のように、BGB旧規定においては、買主の修補請求権は規定されていなかった。しかし、実務においては、とりわけ普通取引約款を通じて、買主の修補請求権を認める旨の約定が広く行われることとなった。そして、その約定の内容は、通常、買主に対し、法律上の瑕疵担保解除又は減額の権利に代えて、修補請求権を認めるというものであった。⁽¹⁵⁾

(2) 約款規制法の制定と合意に基づく修補請求権の費用負担に関する規律の創設

そのような中、約款規制法が制定され、そこにおいて、修補の場合の売主の費用負担を排除ないし制限する条項を無効とする旨の規律がされた(AGBG 一条一〇号c)⁽¹⁶⁾。それに対応して、民法典においても、修補請求権が合意された場合には、原則として、売主がその費用を負担する旨の規定が創設された(BGB旧規定四七六a条)⁽¹⁷⁾。

第二節 買主の代物請求権

買主の代物請求権については、特定物売買と種類売買で次のように異なる規律がされていた。

1 特定物売買の場合

特定物売買の場合には、買主の代物請求権は認められないものとされた。したがって、特定物売買において引き渡された物に瑕疵があった場合、原則として買主に認められていたのは、瑕疵担保解除又は減額の権利のみであっ

た。⁽¹⁸⁾

このような規律は、次のような考慮に基づくものであった。

（1）ローマ法における物の瑕疵責任への依拠

ローマ法において、物の瑕疵責任は、奴隷・家畜売買に関する市場裁判権を有していた按察官によって、特定物売買である奴隷・家畜の売買について展開された。⁽¹⁹⁾そこでは、按察官告示によって、売買目的物である奴隷・家畜に瑕疵——病気・逃亡性など——がある場合に、買主に解除訴権（*actio redhibitoria*）および減額訴権（*actio quanti minoris*）が認められていた。

このようなローマ法における物の瑕疵責任の歴史的起源に依拠して、買主に瑕疵担保解除および減額の権利が認められることとなった。⁽²⁰⁾

（2）特定物売買の特徴

これに対して、特定物売買においては、買主が他の物を請求することは当然にできないものとされた。⁽²¹⁾特定物売買の場合には、債務関係の内容にしたがって特定された物のみが義務付けられているのであり、他の物の引渡しは契約の履行と考えられないからであるとされた。⁽²²⁾

したがって、特定物売買の場合には、瑕疵担保解除ないし減額の権利が、引き渡された物に瑕疵があることから生じる不利益から買主を保護する唯一の手段であるとされた。⁽²³⁾

2 種類売買の場合

以上に対して、種類売買の場合には、明文で買主の代物請求権が認められていた（BGB旧規定四八〇条一項）。その結果、種類売買において引き渡された売買目的物に瑕疵があった場合、買主には、選択的に、瑕疵担保解除、減額、代物請求権という三つの権利が認められることとなった。⁽²⁴⁾

このような規律は、次のような事情に基づくものであった。

(1) 普通法時代における論争

上述のように、瑕疵担保解除および減額の権利は、元来、按察官によって特定物売買である奴隷・家畜の売買について展開されたものであった。そのため、普通法時代において、種類売買の場合にも、按察官の法的救済である瑕疵担保解除および減額の権利が買主に認められるのか、また、そのような権利が認められる場合にさらに買主に代物請求権も認められるのかという点について争いがあった。⁽²⁵⁾

(2) BGBの立法者による解決

BGBの立法者は、このような普通法時代における論争を次のように解決することとした。⁽²⁶⁾

ア 瑕疵担保解除および減額の権利の承認

まず、種類売買の場合にも、買主に瑕疵担保解除および減額の権利が認められることとされた。

これは、次のような考慮に基づくものであった。すなわち、種類売買の場合に、特定物売買におけるのと同様の（無条件・即時の）瑕疵担保解除および減額の権利を買主に認めないとする学説によれば、買主が契約の解除や減額をすることができるのは、契約の維持が買主にとってもはや利益とならないということなど一定の事実を

買主が証明できる場合のみであると解されていた。しかし、この証明が困難であることによって、（契約の解除および減額を望む）買主の利益は著しく脅かされることになる。この不都合を回避するためには、買主に対して、特定物売買の場合と同じように、（無条件・即時の）瑕疵担保解除および減額の権利を付与するほかないとされた。⁽²⁷⁾

これによって、種類売買についても、基本的には特定物売買と同様の規律がされることとなった。

イ 代物請求権の承認

また、種類売買の場合の買主には、それに加えて、瑕疵のない代物の引渡しを請求する権利も認められることとされた。

これは、次のような考慮に基づくものであった。

（ア）契約上の権利による基礎づけ

まず、瑕疵のない代物の引渡しを請求する権利は、契約上の権利から基礎づけられる。買主が目的物を受領したことによってそのような権利が認められなくなる根拠は存在しないとされた。⁽²⁸⁾

（イ）買主の不当な不利益

また、買主に代物請求権を認めないことは、買主にとってあまりに過酷である。⁽²⁹⁾とりわけ、買主が受領した瑕疵ある物品を転売した場合には、買主が他の手段で瑕疵なき物を調達しなければならぬという不利益を負うことになってしまうということが懸念された。⁽³⁰⁾

第三節 買主の修補請求権

上述のように、BGB旧規定においては、買主の修補請求権を認める明文の規定が存在していなかった。それゆえ、買主の修補請求権が認められるかどうかが問題とされ、これについては、とりわけ、瑕疵担保責任の法的根拠との関係で特定物売買の場合に売主に瑕疵なき物の給付義務が認められるかという問題と関連して、学説上議論が⁽³¹⁾された。

あらかじめその議論状況の見取り図を示しておく、一方では、売主の瑕疵なき物の給付義務と買主の修補請求権が関連づけられることを前提として、双方をともに否定する見解が支配的であり、それに対して、双方をともに肯定する見解も少数ながら主張されていた。他方で、そのような売主の瑕疵なき物の給付義務と買主の修補請求権との関連づけからいったん距離をとり、売主の瑕疵なき物の給付義務（引渡義務）が認められるとしても買主の修補請求権が認められるわけではないとする見解も有力に主張されていた。

そこで、以下では、売主の瑕疵なき物の給付義務と買主の修補請求権の問題がどのように関連づけられていたのか（あるいは関連づけられていなかったのか）、そして、買主の修補請求権がどのような実質的根拠から肯定あるいは否定されていたのかという点に照準を合わせて、これに関する議論をみていくことにしたい。

1 瑕疵なき物の給付義務否定Ⅱ修補請求権否定説

債務法改正前において支配的地位を占めていたのは、特定物売買の場合に瑕疵なき物の給付義務を否定するとともに、買主の修補請求権を否定するという見解であった。以下では、この見解に属するもののうち、①その古典的な基礎を確立・展開したジュースの見解⁽³²⁾、②結論としては瑕疵なき物の給付義務を否定するものの、目的物の性質が給付合意の内容となりうることを明らかにし、その後の瑕疵なき物の給付義務を肯定する見解の基礎を築いたフ

ルーマの見解、そして、③以上の見解を踏まえたうえで、債務法改正前の時点における支配的見解を代表していたとみられるラーレンツの見解を取り上げる。

（１）ジュースの見解

ア 売主の瑕疵なき物の給付義務の否定

ジュース（Theodor Sals）⁽³³⁾は、まず、特定物売買の場合に、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うことを否定する。特定物売買の場合には、特定された物があるがままの状態で売買されることから、瑕疵のない目的物というものは論理的に問題となりえず、売主は、その物を現にある状態で引き渡せば、完全な履行をしたことになる⁽³⁴⁾。すなわち、瑕疵ある特定物の給付は、瑕疵のない完全な履行であるとされる⁽³⁵⁾。

売買において類型的給付義務として問題となるのは、占有の移転義務と負担のない所有権の移転義務のみである。したがって、目的物は、常に、あるがままの状態で引き渡されなければならないのだという⁽³⁶⁾。

イ 瑕疵担保責任の根拠

それゆえ、瑕疵担保責任は、売主が目的物を瑕疵のない状態で引き渡す義務を負わないにもかかわらず、その瑕疵に関して負うこととなる責任であるとされる⁽³⁷⁾。そして、そのような責任は、売買契約における給付と反対給付との主観的均衡を回復するものとして正当化されるのだとする。すなわち、特定物売買において瑕疵ある物が給付される場合には、完全な履行がされたにもかかわらず、給付と反対給付の主観的均衡が崩れることになる。この均衡を回復するために、買主は、契約を解消し又は代金を減額する権利を有するのだという⁽³⁸⁾。

ウ 買主の修補請求権

そのうえで、ジュースは、瑕疵なき物が履行義務の対象とはなりえないということから、通常、買主の修補請

求権は問題とならないとする。もつとも、事情によっては、BGB一五七条（契約の解釈）、二四二条（信義則）によって、買主の修補請求権が認められることがあるという。しかし、これは、決して売買契約それ自体に基づくものではなく、特別の付随合意又はそのような付随義務を正当化する事情に基づくものであるとされる。⁽³⁹⁾

このように、ジュースによれば、買主の修補請求権は、売買契約それ自体に基づくものとしては認められないとされる。その根拠として、ジュースは、次のものを挙げている。

（ア）売買契約の本質

修補請求権においては、本来的に、売買契約に基づく給付とは全く関係のない、結果の作出——これは、むしろその本質からして請負契約に基づく給付と同様の作為である——が問題となる。⁽⁴⁰⁾しかし、売買は、第一次的に、目的物の事実的および法的な移転を目的とするものであって、決して、その他の何らかの作為、とりわけ、欠けている性質の作出又は修理を目的とするものではない。したがって、買主の修補請求権を認めることは、売買契約の法的本質（*juristisches Wesen*）に反することになる。⁽⁴¹⁾

修補を売買契約における義務として認めるとすれば、それによって、売買に異質な要素が取り入れられることになり、それを認めることは、通常、当事者の意思ではありえないとされる。⁽⁴²⁾

（イ）売主の修理能力

売主である通常の商人は、同時に手工業者であるわけではない。したがって、売主は、通常、瑕疵ある物の修理を行うことができない。⁽⁴³⁾商人の多くは、修理に適応しておらず、修理をすることは全くできないため、商人の義務付け意思も、決して、修理を目的とするものではありえないとされる。⁽⁴⁴⁾

（2）フルーメの見解

ア 瑕疵担保責任の根拠

フルーメ（Werner Flume）⁽⁴⁵⁾は、次のように、瑕疵ある売買目的物の給付が売買の合意に対応しないことが瑕疵担保責任の法的根拠であるとする。

フルーメは、まず、特定の目的物の給付合意においてその給付目的物の性質について当事者が有する観念は原則として意思形成の動機であり、給付合意の内容となりえないとする見解を批判し、特定の目的物の給付合意はその目的物の性質と関係づけられうるとする。⁽⁴⁷⁾そして、法律行為が目的物の一定の性質に関係づけられるかどうかは、取引類型（Geschäftstyp）にしたがって定まるところ、現行法によれば、売主は、売買契約に基づいて売買目的物の性質について責任を負うということから、現行法の契約類型としての売買契約が売買目的物の性質に関係づけられていること、すなわち、売買の合意が瑕疵なき状態での売買目的物の給付を目的としていることが明らかにされるのだという。⁽⁴⁸⁾これによれば、瑕疵ある売買目的物の給付は、こうした売買の合意に対応しないことになる。フルーメによれば、このように瑕疵ある売買目的物の給付が売買の合意に対応しないことが、売主の瑕疵担保責任の法的根拠であるとされる。⁽⁴⁹⁾

イ 売主の瑕疵なき物の給付義務の否定と買主の修補請求権

もっとも、フルーメは、次のように、契約の不履行と給付義務（履行義務）の不履行とを区別し、売主の瑕疵なき物の給付義務については、これを否定する。

（ア）契約の不履行と給付義務の不履行との区別

売買契約が瑕疵なき状態での売買目的物の給付を目的としていることから、瑕疵ある物の給付は、売買契約の履行ではなく契約違反である。しかし、フルーメによれば、それは履行義務の不履行ではない。契約の不履

行と契約義務の不履行は、区別されなければならないのである。義務の不履行が存在するかどうかということについて基準となるのは、その義務が法秩序によって規定されているかどうかということである。それに対して、契約の不履行が存在するかどうかということについて基準となるのは、契約であるとされる⁽⁹⁾。

(イ) 売主の瑕疵なき物の給付義務の否定

そのうえで、フルーメは、次のように売主の瑕疵なき物の給付義務を否定する。

特定物売買の場合に売主が瑕疵なき物の給付義務を負うかという問題にとって基準となるのは、BGB旧規定四五九条以下による物の瑕疵責任の規律である⁽¹⁰⁾。しかし、BGB旧規定四五九条以下において履行義務はここにも規定されておらず、また、BGB旧規定四三三条および四五九条以下における売主の義務の特別規律に鑑みると、契約はそれが合意されたように履行されなければならないという一般債務法上の考慮から、物の瑕疵のない状態での売買目的物の給付に関する売主の履行義務を認めることも許されないという⁽¹¹⁾。

すなわち、現行法に関して、特定物売買の場合に物の瑕疵なき状態での売買目的物の給付に関する売主の履行義務が存在することを認めようとする場合、買主は、物の瑕疵のない状態での売買目的物の給付を訴求し、売主が売主に設定された相当期間内に売買目的物を瑕疵なく給付しない場合にはBGB旧規定二八三条によって不履行に基づく損害賠償を請求することができるのでなければならない。この帰結を認めないのであれば、物の瑕疵なき状態での売買目的物の給付についての売主の履行義務もまた、認めることはできない。なぜなら、法的サンクションに対応しない履行義務を認めることは、無益な構成だからである。そして、BGB旧規定四五九条以下における物の瑕疵責任の実定的規律に鑑みれば、BGB旧規定二八三条の適用が不可能であることは自明であるという⁽¹²⁾。

以上のように、フルーメによれば、履行請求権や不履行に基づく損害賠償請求権といった法的サンクションに対応しない履行義務というものは無益な構成であって認められないとされる。現行法によれば、買主は物の瑕疵なき状態での物の給付も不履行に基づく損害賠償も訴求することができない。したがって、売主の瑕疵なき物の履行義務も法的サンクションに対応しない無益な構成として認められないとされる⁽⁵⁶⁾。

もっとも、フルーメは、物の瑕疵のないことに関する履行請求権が存在しないということは、ア・プリオリに必然のものでは決していないということを強調している。法秩序が、請負契約の場合にそうであるように、瑕疵担保解除および減額と並んで、瑕疵なき物の履行請求権を認めることは、全く可能である。しかし、現行法は、正当にもそうしなかったのだという⁽⁵⁶⁾。

（3）ラーレンツの見解

ア 売主の瑕疵なき物の給付義務の否定

ラーレンツ（Karl Larenz）⁽⁵⁷⁾も、次のように、法律が買主に瑕疵除去請求権を認めていないことから、売主の瑕疵なき物の給付義務を否定する。

売主の瑕疵なき物の給付義務が認められるのであれば、買主は除去可能な瑕疵の除去を（残部履行として）請求することができるのでなければならぬ⁽⁵⁸⁾。しかし、法律は、請負契約における注文者（BGB旧規定六三三条二項）とは異なり、買主に対しては瑕疵除去請求権を認めていない。したがって、その物が現に有する性質がその物のあるべき性質に対応しない場合に、買主は、あるべき性質を有する物の引渡しを訴求することはできず、担保責任に基づく特別の権利のみを主張することができる。この規律を考慮すれば、特定物売買の場合には、物を「あるべき状態で」取得させることは、訴えの方法で強制することのできる第一次的給付義務の内容ではない

と結論づけるほかないといふ。⁽⁸⁸⁾

イ 瑕疵担保責任の根拠

したがって、瑕疵担保責任は、売買契約それ自体において基礎づけられた、給付義務およびその他の行為義務に付加される売主の保証義務 (Einsandspflicht) に基づくものであるとする。⁽⁸⁹⁾

そして、ラーレンツは、そのような売主の保証義務の根拠を、契約締結にともなう事情によると正当と考えられる買主の想定又は期待が裏切られることに見出している。そして、物の瑕疵の法律効果(の少なくとも一部)は、売買契約に内在する主観的等価性の原理 (Prinzip der subjektiven Äquivalenz) から生じるのだという。すなわち、その物が、買主が期待してよい性質よりも悪いものである場合には、そのことから、当事者によって想定されたその物と合意された売買代金との等価関係が買主に有利な形では存在しないことになる。それゆえ、そのような場合には、買主が現に存在する価値関係に即した売買代金の調整(減額)を請求し、又は物に瑕疵がある結果想定された価値関係に対応しない(したがって、当事者が瑕疵を知っていたならば締結しなかったであろう)契約を解消できるということが、契約正義の理念 (Idee der Vertragsgerechtigkeit) から要請される。すなわち、売主の責任の根拠は、給付義務の違反ではなく、売買契約締結時の事情によって基礎づけられた売買目的物の性質に関する買主の期待が裏切られたことにあるとされる。⁽⁹⁰⁾

ウ 買主の修補請求権

売主の瑕疵なき物の給付義務を否定する際に前提とされていたように、ラーレンツも買主の修補請求権を否定する。すなわち、法律は、買主に対して、瑕疵の除去を請求する権利を認めていない。売主は、その物に瑕疵があることが判明した場合でも、そうした修補義務を売主が契約でとくに引き受けていない限り、その物を実際に修補する義務を負わないとされる。⁽⁹¹⁾

もつとも、ラールエンツによれば、事情によって、買主の修補請求権が認められる場合があるとされる。すなわち、買主の修補請求権を認めないとする規律は、売主が、瑕疵の除去のために必要な専門知識および設備を欠く単なる商人である場合には相当である。しかし、そうした規律は、売主が、今日ではしばしばそうであるように、同時に専門家でもあり、例えば、修理設備を営み又は修理に関する「顧客サービス」を有する場合には、相当ではない。その場合には、売主の修補義務が、諸般の事情から合意されたものとして生じうるとされる⁽⁶³⁾。

これは、任意法規と補充的契約解釈との関係についての、ラールエンツの次のような理解に基づくものとみられる。すなわち、特定の契約類型についての一般的な法律上のメルクマールに合致する契約であるとしても、それだけでは、そうした契約が全て、法律上の規定の意味で「典型的なるもの」(ein „typische“) ということにはならない。抽象的な概念メルクマールによって規定された法定類型 (Gesetzesstypus) の範囲は、立法者によって想定され、立法者による評価が第一次的に結び付けられている「生活類型 (Lebensstypus)」の範囲よりもしばしば広いのである。したがって、具体的な契約が、本質的な点で、立法者によって想定された契約状況と異なる場合には、補充的契約解釈によって、その契約に適合する規律が見出されなければならない⁽⁶⁴⁾。これを買主の修補請求権についてみれば、立法者は、売主が典型的には製造者ではなく商人であって、修補することが通常できないという理由から、買主に修補請求権を認めなかった。しかし、そのことは、あらゆる売買契約の場合に当てはまるわけではない。そのような場合には、諸事情および当該契約の特別の趣旨に基づき、補充的契約解釈を通じて、買主の修補請求権が認められる可能性がある⁽⁶⁵⁾とされる。

2 瑕疵なき物の給付義務肯定Ⅱ修補請求権肯定説

これまでみてきた見解とは反対に、特定物売買の場合に瑕疵なき物の給付義務を肯定しつつ、修補請求権も肯定する見解も少数ながら存在した。以下では、①このような見解の嚆矢となったコリンテンベルクの見解、そして、②その後に買主の修補請求権の基礎づけについてより詳細な検討を行ったペータースの見解を取り上げる。

(1) コリンテンベルクの見解

ア 売主の瑕疵なき物の給付義務の肯定

コリンテンベルク (Werner Korintenberg)⁽⁶⁵⁾ は、次のように、信義則および特定物売買と種類売買の法律におけるパラレル構造から、売主の瑕疵なき物の給付義務を認めようとする。

BGB二四一条一項によれば、「債務関係に基づいて、債権者は債務者に対して給付を請求する権利を有する」とされ、BGB二四二条によれば、「債務者は、取引慣行を顧慮し、信義誠実に従って給付を実現する義務を負う」とされる。したがって、法律は、債権者が信義誠実に従って期待してよい債務者の給付について履行請求権を与えているのだという⁽⁶⁷⁾。そして、買主は、信義誠実にしたが、売買目的物に買主の知らない隠れた瑕疵がないことを信頼してよい⁽⁶⁸⁾。そのことから、特定物売買においても種類売買においても、買主は瑕疵なき物を求める履行請求権を有し、売主は瑕疵なき物の給付義務を負うのだとされる。

また、種類売買においては、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うことに争いがなく、瑕疵担保解除および減額はその義務の不履行に基づく請求権であるとされる。そして、これらの請求権はBGB旧規定四五九条、四六二条において法律上統一的に規律されていることから、それは、種類売買においても特定物売買においても同じ法的性質を有するのでなければならない。したがって、特定物売買においても、売主の瑕疵なき物の給付義務が認

められなければならないのだとする。⁽⁶⁹⁾

イ 買主の修補請求権

そのうえで、コリンテンベルクは、売買において法政策的に売主の瑕疵除去義務ないし買主の瑕疵除去請求権が肯定されるのかという問題をとし、次のように、売主の瑕疵なき物の給付義務を基礎として買主の瑕疵除去請求権を認める。

権利の瑕疵が存在する場合に、B G B旧規定四三四条に基づいて瑕疵除去義務が肯定されるべきであるということについては、ほとんど争いがない。買主は、権利の瑕疵なき売買目的物を取得させることにより、売買契約を履行するよう訴求することができる。それにもかかわらず、売主が、契約上瑕疵なき目的物を履行する義務を負うことに基づいて、期待可能な限りで物的瑕疵を除去する義務を負うとされないのは疑問であるという。⁽⁷⁰⁾

確かに、売主がそのような瑕疵除去の義務を負うのかどうかは、B G Bによると一義的に明らかではなく、売主はそのような結果を作り出す義務を負っていないという異論もありうる。しかし、売主に期待できる限度で、瑕疵なき物を給付するという履行義務に基づいて売主に瑕疵を除去する義務が認められるのだとする。⁽⁷¹⁾

売主は、売買目的物の生産者でないとしても、たいいていの場合、その営業行為としてその種の物を売却したのであって、その場合、売主は、修補することができる生産者へアクセスする方法を買主よりも容易に見出すことができる。したがって、売主に期待可能な範囲で認める限りにおいては、売主に瑕疵除去義務を認めることに對する法政策的な懸念は存在しないとされる。⁽⁷²⁾

(2) ペータースの見解

ア 買主の修補請求権の導出

ペータース (Frank Peters)⁽⁷⁴⁾ は、売主の瑕疵なき物の給付義務を肯定することを前提として、コリンテンベルクよりも立ち入って買主の修補請求権を基礎づけようとしている。

(ア) 買主の修補請求権の必要性

まず、ペータースは、買主の修補請求権を認める必要性について、次のように論じる。

引き渡された売買目的物に瑕疵がある場合、売主による修補は、しばしば、その状況を解決する相当な手段である。例えば、家の売買、自動車の売買又は売主自身が製造した機械の売買を考えると、機能しない又は不完全な部分を交換することは、しばしば、買主のために法律が用意している担保責任権よりも、買主の利益にかなうものであるとする。⁽⁷⁵⁾

(イ) 買主の修補請求権を導出する三つの手がかり

そのうえで、買主の修補請求権を導出する手がかりとしては、BGB旧規定四三三条による買主の本来的履行請求権、同四六三条、四八〇条二項による不履行に基づく損害賠償請求権および同四八〇条一項による種類売買における買主の代物請求権が考えられるとして、それぞれについて次のように検討を加える。

a 本来的履行請求権からの導出

特定物売買の場合には、種類売買における代物請求権の規定を欠くため、買主の修補請求権を導出する手がかりとなるのは、BGB旧規定四三三条一項一文による買主の本来的履行請求権であるとする。⁽⁷⁶⁾ そして、特定物買主の瑕疵除去請求権が認められるのは、買主が瑕疵なき物の引渡請求権を有するということを出発点とする場合のみであるという。⁽⁷⁷⁾ また、買主が瑕疵なき物の引渡請求権を有するということから出発する場合には、

買主に瑕疵除去請求権も認められるというのが一貫するとされる。⁽⁷⁵⁾

そして、ペータースは、次のような根拠から、売主の瑕疵なき物の給付義務ないし買主の瑕疵除去請求権が認められるべきであるとする。

第一に、除去可能な瑕疵がある物の売買は、種類売買と非常に近いものである。そして、種類売買の場合には、瑕疵のないことが売主の契約義務の内容であるとされている。第二に、売買代金をまだ弁済していない買主は、その物が本旨に従った状態で買主に提供されるまで、すなわち、その瑕疵が除去されるまで、BGB 三二〇条に基づいて留置権を行使することができる。⁽⁷⁶⁾ その場合には、その留置権のもとで買主の瑕疵除去請求権も存在するというのが一貫する。第三に、当事者に一方でその物の一定の性質について合意する自由を与えておいて、他方でそれに対応する（買主の）権利と（売主の）義務を否定するとすれば、それは全く不合理なことである。⁽⁷⁷⁾

このように、ペータースは、売主の瑕疵なき物の給付義務を認め、それを出発点として、買主の本来的履行請求権の存続する一部として買主の修補請求権が認められるとしている。⁽⁷⁸⁾

もっとも、こうした買主の修補請求権は、一定の実体的要件のもとにおいてのみ認められるものであるという。すなわち、修補請求権は、瑕疵の除去が可能であり、かつ瑕疵の除去が売主に期待可能であることを要件とするものである。その際、その瑕疵の除去は、BGB旧規定六三三条二項三文の類推により、過分の費用を必要とするものであつてはならないとされる。⁽⁷⁹⁾

また、ペータースは、買主の修補請求権が売買の本質に反するという懸念に対して、次のように対応する。すなわち、売買が——請負契約とは異なり——物と金銭との一回的交換として捉えられるのであれば、その物を加工するという売主の義務は、売買の本質に適合しないものとなろう。しかし、そのような売買の見方は、

経済生活の実情に十分に適合するものではないであろう。というのは、そのような売買の見方は、いずれにしても、売却された物が売主自身の製品に由来するものであり、売主が瑕疵を除去するために必要な装備を有している場合には適切でないからである。この場合には、売主が自らの製造設備を瑕疵の除去のためにも投入することを期待できる。また、売主が、その物を自ら製造したのではない場合でもなお、売主が製造者と密接な連絡関係を有する場合には常に、瑕疵の除去を売主に期待できるという。⁽⁸⁴⁾

b 不履行に基づく損害賠償請求権からの導出

また、ペータースは、買主の修補請求権が、BGB旧規定四六三条、四八〇条二項による売主の悪意又は性質保証がある場合の不履行に基づく損害賠償請求権からも導出されうるとする。すなわち、損害賠償については、BGB二四九条が原状回復(Naturalrestitution)を原則としている。売主による修補も、このBGB二四九条一項の意味での原状回復として認められるというわけである。⁽⁸⁵⁾

この場合、一定の性質の存在について約束(保証)し又はその物に瑕疵があることを悪意で黙秘して売却した売主に対しては、その限りで、瑕疵除去の期待可能性についてより厳しい要求を立てることができるとする。⁽⁸⁶⁾

c 種類売買における代物請求権からの導出

さらに、種類売買の場合には、BGB旧規定四八〇条一文による代物請求権が、買主の修補請求権を導出する手がかりとなるという。

ペータースによれば、修補は、BGB旧規定四八〇条一文において規定されている代物給付と本質を同じくする縮小物(wesensgleiches minus)とみなすことができるとされる。すなわち、修補においては、全部の引渡しに代わって個々の部品のみが交換される。買主がどうして種類売買の場合に認められている買主の瑕疵

のない引渡請求権をこの修補という形式においても貫徹することができないのか理解できないという。⁽⁸⁷⁾
イ ケーラーによる批判

しかし、以上のようにして買主の修補請求権を認めようとするペータースの見解は、ケーラー（Helmut Köhler）⁽⁸⁸⁾によって次のように批判された。

（ア）本来的履行請求権から修補請求権を導出することの問題性

ペータースは、特定物売買の場合には、買主の本来的履行請求権から修補請求権が導き出されるとしていた。しかし、それには次のような問題があるとされる。

a 修補請求権を認める規定の不存在

立法者は、買主に修補請求権を認めることを意図していたとすれば、注文者の瑕疵除去請求権を定めるBGB旧規定六三三条二項に対応する規律を置いたはずである。そして、ドイツ民法典の起草時点ですでに存在していたオーストリア一般民法典において明示的に買主の修補請求権が定められていたことを考慮すれば、立法者は、意識的に買主の修補請求権を認めないこととしたのだとされる。⁽⁸⁹⁾

b 法律の体系との矛盾——売主の瑕疵なき物の給付義務の否定

買主の修補請求権を認めることは、法律の体系と矛盾する。特定物売買の場合、買主は、BGB旧規定四三三条一文によって「現にあるがままの」物の引渡請求権のみを有する。さらに、売主は、BGB旧規定四三四条によれば、買主に売却された目的物を権利の瑕疵なく取得させる義務を負うため、権利の瑕疵の除去義務を負う。しかし、物の瑕疵についてはそれに対応する規律を欠くため、売主は瑕疵なき物の給付義務を負わず、したがって瑕疵除去義務も負わないのだとされる。⁽⁹⁰⁾

c 利益状況——売主の修補能力

買主の修補請求権を欠くことは利益状況からも裏付けられる。すなわち、すべての売主がどのようなタイプの経済活動をしているかということにかかわりなく修補をしなければならぬとすれば、それは事理に適ったことではなく、買主も期待していなかったことであろうとされる。⁽⁹¹⁾

(イ) 種類売買における代物請求権から修補請求権を導出することの問題性

ペータースは、種類売買において、修補請求権は、代物請求権と「本質を同じくする縮小物」とみなすことができるとして、種類売買における代物請求権から修補請求権を導き出そうとする。しかし、瑕疵の除去は、売主に対して、代物給付とは異なる措置を要求するものである。したがって、修補は代物給付と本質を同じくする縮小物ではなく、代物給付とは異種のもの (aliud) であるとする。⁽⁹²⁾

(ウ) 不履行に基づく損害賠償請求権から修補請求権を導出することの問題性

また、ペータースは、BGB旧規定四六三条、四八〇条二項による不履行に基づく損害賠償請求権からも原状回復としての修補請求権が導き出されるとする。しかし、契約上の給付請求権に適用される規定によつてある給付が義務付けられない場合に、その給付が損害賠償請求権を通して実現されるとすれば、それは、そうした規定の趣旨と目的に反することになるという。修補が一般に (残部) 履行として義務付けられることを認める場合、修補は、損害賠償としてではなく、履行として請求されうるものである。他方で、修補が本来的に (当初から) 義務付けられていないとすると、修補は損害賠償としても請求できない。なぜなら、それを認めれば契約内容がまったく異なるものとなってしまうからである。したがって、損害賠償の形式での修補の余地は存在しないとされる。⁽⁹³⁾

3 瑕疵なき物の給付義務の存否から独立して修補請求権の存否を検討する見解

これまでみてきた見解とは異なり、売主の瑕疵なき物の給付義務の存否から一応独立して、買主の修補請求権の存否を検討する見解も存在している。これによれば、売主の瑕疵なき物の給付義務（あるいは引渡義務）が認められるとしても、そのことから直ちに買主の修補請求権が認められるわけではないとされる。ここでは、そのような見解に属するもののうち、次章でみる債務法改正作業に影響を与えたとみられるものとして、①普通取引約款における買主の修補請求権の展開に着目して買主の修補請求権の基礎づけの可能性について検討するゲッツの見解、そして、②売主の瑕疵なき物の給付義務を肯定しつつも、給付義務と履行請求権との関係を問題とし、解釈論としての買主の修補請求権を否定するU・フーバーの見解を取り上げる。

（1）ゲッツの見解

ゲッツ（Volkmar Götz）⁽⁹⁴⁾は、一般的な売主の瑕疵なき物の給付義務の存否に関わる議論からは距離をとりつつ、⁽⁹⁵⁾実務上、工業製品売買の普通取引約款において買主の修補請求権が展開されていることに着目して、買主の修補請求権について次のような検討を加えた。

ア 買主の修補請求権が否定される根拠

ゲッツは、まず、買主の修補請求権を否定する学説の根拠について検討し、買主の修補請求権が否定される根拠は、結局のところ、請負契約から区別された売買契約における義務の性質にあるとする。

（ア）従来の学説の問題点

a 売主の瑕疵なき物の給付義務と買主の修補請求権

学説においては、しばしば、買主が修補請求権を有するのかがということが、特定物売買において瑕疵なき物

の引渡しを求める履行請求権が存在するのかという問題と結び付けられている。売買目的物に瑕疵のないことを売主の履行義務の対象としない者は、それによって、買主は瑕疵除去請求権を有しないという準則をも基礎づけている。⁽⁹⁶⁾

しかし、ゲッツは、買主の瑕疵除去請求権が否定されることに關しては、そのような売主の瑕疵なき物の給付義務の存否が問題となっていないのではないとする。なぜなら、瑕疵なき物の引渡しについての履行請求権から、必ずしも、瑕疵除去請求権が導き出されるわけではないからである。⁽⁹⁷⁾ すなわち、種類売買においては、売主の瑕疵なき物の引渡義務が存在することに今日では争いがない。しかし、そうした種類売買においても、売主の瑕疵なき物の引渡義務から買主の瑕疵除去請求権が導き出されているわけではない。したがって、瑕疵なき物の引渡請求権が認められたとしても、売主が瑕疵除去義務を負うわけではないとされる。⁽⁹⁸⁾

b 売主の修補能力

また、学説においては、買主の瑕疵除去請求権が認められないことを、商人である売主の修補能力の欠如という法政策的考慮によつて裏付けようとする試みが行われている。

しかし、ここでは、小売商人が修補請求を受けた場合に、その商品を製造者に「転送」し、製造者に修補を行わせるという可能性が完全に見過ごされている。売主である商人は、修補を行うことについて、自ら修理能力および修理設備を有する必要は必ずしもない。⁽⁹⁹⁾ したがって、売主の修補能力の欠如という法政策的考慮は一般的な妥当性を有するものではなく、買主の修補請求権を欠くドイツ民法典の規律は、法政策的にはなく、法歴史的に基礎づけられたものであるとする。⁽¹⁰⁰⁾

(イ) 買主の修補請求権が否定される根拠——売買契約上の義務の性質

ゲッツによれば、買主の修補請求権が認められないとされる根拠は、特定物売買においても種類売買におい

ても、製作義務を含まない純粋な調達義務（Verschaffungspflicht）としての売主の義務の性質にあるという。売買契約は、供給契約（Lieferungsvertrag）であって、製作契約（Herstellungsvertrag）ではない。この点に、売買契約と請負契約との特徴的な対照関係が存在し、同時に、売買における修補義務の取扱いが請負契約と異なることについての決定的な法的根拠があるという。供給義務は製作義務と同じではないということが、売主が瑕疵除去義務を負わないとされる根拠なのだといふ。⁽¹¹⁾

イ 社会経済構造の変化と工業製品売買の特質に基づく買主の修補請求権の導出

しかし、ゲッツは、次のように、農業・手工業経済から工業経済への社会経済構造の変化およびそれにもなつて大量に現れることとなった工業製品売買の特質から、製作義務を含まないという売買契約上の義務の性質にもかかわらず、買主の修補請求権が導き出されるとする。

（ア）ドイツ民法典の物の瑕疵責任が適合する社会経済構造

ドイツ民法典の物の瑕疵責任法（瑕疵担保解除および減額）は、ローマの奴隷市場および家畜市場において按察官の告示によって創設された法秩序を起源とし、特定物売買を中心とするものである。⁽¹²⁾ このローマ法の規律は、確かに、工業時代以前においては、事理に適っていないと考える必要はなかった。それまでは、最も重要で典型的な商品売買の目的物は、地方生産物であった。そして、今日における高価値の工業製品に対応するのは、当時では、手工業によって製作された目的物であり、それは、手工業の典型的契約である請負契約の方法で取得され、売買法の領域からは除外されていた。こうした農業・手工業を中心とする経済構造が、農業に方向付けられた商品売買を生み出した。そして、そのような地方生産物売買の領域においては、修補の必要性はほとんど発生せず、瑕疵担保解除と減額が事理に適った瑕疵責任の形式であった。⁽¹³⁾

（イ）社会経済構造の変化と工業製品売買に適合する瑕疵除去請求権

しかし、二〇世紀はまさに工業時代に属し、売買法的にみれば、高価値の工業製品売買の時代に属する。⁽¹⁵⁾すなわち、社会経済構造が、農業・手工業を中心とする経済から工業を中心とする経済へと変化し、それにともなつて売買の中心も地方生産物の売買から高価値の工業製品の売買へと変化した。⁽¹⁶⁾

そして、ゲッツによれば、そうした工業製品売買においては、次にみるように、瑕疵担保解除と減額による瑕疵担保責任は適切ではなく、むしろ、工業製品売買の特質から買主の瑕疵除去請求権が導き出されるのだとされる。

a 工業製品売買における契約解消型の解決の不適合性

瑕疵担保解除と減額は、売買契約に対する効力において、その契約構造に介入し（減額）またはその契約構造を破壊する（瑕疵担保解除）という意味で、物の瑕疵問題の「巻戻し的な」解決（„rückschrittliche Lösung”）である。それらは、契約目的に対応する瑕疵なき物を買主に取得させるものではない。⁽¹⁷⁾

こうした物の瑕疵責任の「契約解消型の」解決（„vertragserlösende Lösung”）は、瑕疵除去が問題とならない地方生産物の売買には適切であるものの、耐用期間が長く、高い価値を有する工業製品売買には適合しない。買主は、購入した機械を必要としているのであり、それゆえ、瑕疵を迅速に除去できる場合には、その機械を返還する正当な利益を有しないのだとされる。⁽¹⁸⁾

b 工業製品売買の特質からの瑕疵除去請求権の導出

そして、約款において買主の瑕疵除去請求権が認められるに至った要因は、①長期間の使用に供する高価値の工業製品を取得することに対する買主の利益、②多数の部品からなる技術的製品の性質、③瑕疵ある部品を他の部品に交換する可能性、④専門的知識に基づいて修補のための作業を行う顧客サービスの構築であると、これらの要因はすべて工業製品売買の「事物の本性（Natur der Sache）」において基礎づけられるものであ

るとする。⁽¹⁰⁾ すなわち、買主の瑕疵除去請求権は、約款作成者たる企業の恣意の産物ではなく、工業製品売買の特質から説明されるというのである。⁽¹¹⁾

(ウ) 売買契約上の義務としての修補義務の可能性

a 買主の瑕疵除去請求権の法的性質

そのうえで、ゲッツは、約款において規定された買主の瑕疵除去請求権の法的性質を検討し、⁽¹²⁾ 約款においては、保証条項を通じて第一次的に売主が瑕疵なき物の引渡義務を負うものとされ、買主の修補請求権は第二次的にその義務の代替的実現のためのサンクションとして構成されていると分析する。そのことから、約款における買主の修補請求権は、給付内容が異なるために買主の主たる履行請求権と完全に同じではないとしても、瑕疵なき物の取得という同一の給付結果の実現を目的とするものであり、純粹に売買法上のものとして性質決定されるべきであるとする。⁽¹³⁾

b 大量生産体制への移行による請負契約上の修補義務の売買契約への編入

その結果、工業製品売買において売主は、典型的な手工業の契約である請負契約の法形式で、物の瑕疵について責任を負うことになる。この事態をゲッツは次のように説明する。

すなわち、工業がその手工業の起源から離れて大量生産に移行することによって、工業製品は、はじめから仕事の給付としてではなく物の給付として商取引に入ってくることになった。大量生産は、製造の経過を当然のものとし、商品の譲渡の際にそれを考慮することを無用のものとした。それによって、製作物供給契約や請負契約ではなく、売買契約が、工業製品取引の典型的形式となった。⁽¹⁴⁾ しかし、このように広範な領域で、工業および請負契約が工業および売買契約によって取って代わられたにもかかわらず、修補の必要性については何も変わっていない。⁽¹⁵⁾ したがって、工業化によって、手工業的・請負契約的な物の瑕疵除去は捨て去られたの

ではなく、売買法に編入され、それによって、売買の瑕疵責任における独特の混合状態が作り出されたのだという。⁽¹⁵⁾

c 約款による保証を欠く場合における買主の修補請求権の承認可能性

そうした修補の必要性は多くの場合には約款による保証によって顧慮されている。しかし、約款による保証が例外的に欠ける場合でも、長期間の使用を目的とする売買目的物の場合には、契約内容にしたがって、期待可能性の枠内で売主の修補義務が認められないかどうかを検討されなければならない。⁽¹⁶⁾そして、かつては手工業・請負契約によって製作されていたような工業製品が売買目的物である場合には、これを認めるのが望ましいとされる。⁽¹⁷⁾

ウ 小 括

以上のように、ゲッツによれば、買主の修補請求権は、単なる約款上のものとどまらず、社会経済構造の變化や工業製品売買の特質ないし「事物の本性」から導き出されるものとされている。その結果、工業製品売買については、相応の約款を欠く場合でも、売主の瑕疵なき物の給付義務を基礎として買主の修補請求権が認められることになる。そのようなゲッツの見解は、買主の修補請求権に関する限りで、請負契約的な要素が売買契約に組み入れられることを認めるものであり、その限りで従来の売買契約の観念に変容をもたらしものであるといえるだろう。

(2) U・フーバーの見解

U・フーバー (Ulrich Huber)⁽¹⁸⁾ は、次のように、売主の瑕疵なき物の給付義務を認めつつも、解釈論としては買主の修補請求権が否定されるとしている。このように売主の瑕疵なき物の給付義務を肯定しつつも、買主の修

補請求権を否定する見解は、BGB旧規定のもとでも有力に主張されていた。

ア 売主の瑕疵なき物の給付義務の肯定

まず、U・フーバーは、次のような理由から、売主の瑕疵なき物の給付義務を認める。⁽¹⁰⁾

（ア）主観的瑕疵概念からの帰結

判例および学説における支配的見解は、瑕疵(Fehler)概念について、主観的瑕疵概念を採用している。それは、売買目的物が危険移転の際にどのような性質を有していなければならないのかを確定するのは売買契約自体であるということの意味している。これによれば、物の瑕疵責任の根拠は、目的物の実際の性質が契約によって定められたあるべき性質と一致しないことであるということになる。⁽¹¹⁾

（イ）双務契約としての売買契約の構造

双務契約において、給付と反対給付との交換は、契約の内容でありかつ給付義務の内容でもある。買主は、単に代金支払義務を負うのではなく、反対給付を取得することに対して代金支払義務を負う。そして、物の性質、価値、利用可能性がこの交換関係に取り入れられる場合、買主が代金支払義務を負うのは、契約に適合した性質を有する物を取得することに対してのみである。その場合、物の性質は、必然的に売主の反対給付義務の構成要素となる。⁽¹²⁾

（ウ）規律の単純性・明確性

売主の瑕疵なき物の給付義務を認めることによって、物の瑕疵責任は、不履行についての一般的な責任の下位事例として把握されることになる。これには、規律の単純性・明確性をもたらすという利点がある。⁽¹³⁾

イ 買主の修補請求権の否定

しかし、U・フーバーは、支配的見解と同様に、解釈論上、買主の修補請求権は認められないものと考えてい

る。その結果、U・フーパーは、買主の修補請求権が認められないとしても、売主の瑕疵なき物の給付義務は肯定されると考えている。これは、次のような考えに基づく。

(ア) 給付義務と履行請求権の対応関係の必然性の不存在

債務者の給付義務は、必ずしも、債権者の現実的履行請求権に対応しなければならないわけではない。給付義務と現実的履行請求権が対応することは、確かに、われわれの法秩序においては、原則なのであるが、それは、例外を免れない。⁽¹⁴⁾ 実定法によれば、特定物売買における物の瑕疵責任については、売主の瑕疵なき物の給付義務の不履行がある場合に、買主に対して履行請求権という法的救済は与えられていない。すなわち、瑕疵のある引渡しは「不履行」であるが、瑕疵のない引渡しについての履行請求権は存在しない。⁽¹⁵⁾ 法律は、不履行のサンクションとして、買主に対し、瑕疵担保解除、減額および性質保証・悪意の場合の不履行に基づく損害賠償という法的救済のみを認めているのだという。⁽¹⁶⁾

(イ) 債務と履行請求権の関係についての理解

このような考え方の基礎には、債務と履行請求権の関係についてのU・フーパーの次のような理解があるとみられる。

すなわち、U・フーパーによれば、債務の本来的内容は、債務者が、予定された期日において、給付を任意に実現することである。そして、債務者を解放する意味での「履行」は、原則として、そうした給付結果の発生を意味している。⁽¹⁷⁾

それに対し、履行請求権は、不履行（給付結果の不発生）の場合に債権者が債務者に対して主張するものであって、債務者の一定の行為（作為又は不作為）を目的とするものである。すなわち、訴訟および強制執行の対象となるのは、給付結果の発生ではなく、作為又は不作為のみである。債務法上の履行請求権は、債権者が

債務関係の内容に従って取得すべきものを、債務者の行為を通じて間接的に取得させる一つの法的救済に過ぎないとされる。⁽¹⁸⁾

このように、U・フーバーは、履行請求権を不履行の場合の法的救済と理解し、給付義務と履行請求権を明確に区別してとらえることから、売主の給付義務と買主の履行請求権は必ずしも対応するものではないと考えているということができる。

4 小 括

以上でみたように、ここでは、BGB旧規定のもとにおいて買主の修補請求権が認められるのか、そして、買主の修補請求権が認められ又は認められないとされる根拠はどのようなものであるのかに関わる議論について、とりわけ特定物売買において売主に瑕疵なき物の給付義務が認められるのかという問題との関連性に注目して、整理を行ってきた。

そこでは、売主の瑕疵なき物の給付義務と買主の修補請求権をともし否定するのが支配的見解であったが、それに対して、売主の瑕疵なき物の給付義務を認める見解も有力に主張されていた。しかし、そのうえでさらに、買主の修補請求権まで認める見解は少数であった。

また、以上の議論においては、売買契約の合意・売主の給付義務・買主の修補請求権の三者の関係がいかにとらえられているのか、買主の修補請求権が一般に認められないとされる実質的根拠は何かという点が明らかにされていた。その一方で、このうち、買主の修補請求権が否定される実質的根拠については、それを克服する可能性も示されていた。これらの点について、以下でまとめておこう。

(1) 契約合意・給付義務・修補請求権の理論的關係

まず、売買契約の合意・売主の給付義務・買主の修補請求権の理論的關係に関しては、次の点を指摘することができる。

ア 契約合意と給付義務との関係

売買契約の合意と売主の給付義務との関係について、ジュースは、特定物売買の場合には、特定された物があるがままの状態で売買されるとし、売主の瑕疵なき物の給付義務を否定している。ここでは、特定物売買の場合には、瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容とならないことから、瑕疵なき物の給付義務が否定されているとみられる。

これに対して、フルーメは、特定物売買の場合に瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容となりうるとしつつも、それによって、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うわけではないとしている。すなわち、ここでは、売買契約の合意内容が直接に売主の給付義務の内容となるわけではないという可能性が示されている。

もっとも、フルーメが給付義務の存在を否定するのは、法秩序によって、そうした売主の給付義務に対応する買主の履行請求権ないし不履行に基づく損害賠償請求権が認められないことに基づくものであった。したがって、ここでは、結局のところ、瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容となったとしても、それに対応する売主の給付義務ないし買主の履行請求権（修補請求権）は、法秩序によって規定されていなければ認められないと考えられているといえる。ラーレンツも、法律によって買主の修補請求権が規定されていないことを一つの根拠として、売主の瑕疵なき物の給付義務を否定しており、その限りで、フルーメと同様の考え方に立っているとみられる。

これに対して、ペータースやU・フーバーは、瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容となる場合には、それ

に対応する売主の瑕疵なき物の給付義務が認められると考えている。売主の瑕疵なき物の給付義務を肯定するその他の見解もこのような前提に立っているものとみることができる。^(四) もっとも、そのうえで買主の修補請求権が認められるかどうかは、以下でみるように別の問題とされている。

イ 給付義務と修補請求権との関係

売主の給付義務と買主の修補請求権との関係について、ラーレンツは、売主の瑕疵なき物の給付義務が認められるのであれば、買主に修補請求権が認められるのでなければならぬとし、売主の瑕疵なき物の給付義務と買主の修補請求権は不可分の関係にあるものと考えている。フルーメも、買主の履行請求権（修補請求権）が法秩序によって規定されていないことを根拠として売主の瑕疵なき物の給付義務を否定していることから、両者を不可分の関係にあるものとみていえるといえる。コリンテンベルクとペーターズも、売主の瑕疵なき物の給付義務を認める以上は、買主の修補請求権が認められることが一貫すると考えているようである。

それに対して、U・フーバーは、売主の給付義務が必ずしも買主の現実的履行請求権に対応するものではないとし、売主の瑕疵なき物の給付義務が認められるとしても、それによって論理必然的に買主の現実的履行請求権（修補請求権）が認められるわけではないとしている。買主の修補請求権が認められるためには、むしろ、それが不履行のサンクションとして法律によって認められることが必要であるというのである。

また、ゲッツやケーラーは、瑕疵なき物の「引渡」請求権と「修補」請求権とを区別すべきであるという観点から、売主の瑕疵なき物の給付義務から買主に瑕疵なき物の「引渡」請求権が認められるとしても、そのことから、買主の「修補」請求権が認められるわけではないとしている。

以上のように、売主の瑕疵なき物の給付義務ないし買主の瑕疵なき物の「引渡」請求権から買主の修補請求権が導き出されるか——すなわち、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うことが、買主の修補請求権が認められるた

めの十分条件であるか——ということについては争いがある。しかし、とりわけペーターズが明確に指摘しているように、買主の修補請求権が認められるためには、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うことが必要である——すなわち、売主が瑕疵なき物の給付義務を負うことは、買主の修補請求権が認められるための必要条件である——ことについては、とくに争いがないものとみられる。

ウ 買主の修補請求権の認められるための条件

以上によれば、第一に、買主の修補請求権が認められるためには、その理論的前提として、瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容となるということないしは売主の瑕疵なき物の給付義務が認められることが必要であると考えられていることができる。この点については、学説は概ね一致しているといつてよいだろう。

しかし、とりわけフルーメやU・フーバーが明らかにしているように、買主の修補請求権が認められるためには、瑕疵なき物の給付が売買契約の合意内容となるということないしは売主が瑕疵なき物の給付義務を負うというだけでは必ずしも十分ではなく、さらには、ゲッツやケーラーが指摘するように買主が瑕疵なき物の「引渡」請求権を有するというだけでも十分ではないとされていた。そこでは、むしろ、そのような買主の修補請求権それ自体が法秩序によって認められることが必要とされていた。

売主の瑕疵なき物の給付義務を認める見解も、その多くは、法秩序が買主の修補請求権を認めていないことから、買主の修補請求権を否定していたのである。

(2) 買主の修補請求権が否定される根拠

それでは、支配的見解に対応して、買主の修補請求権が法秩序によって認められていないという場合、それどのような実質的根拠に基づくのだろうか。そのような根拠として学説上議論されていた内容は、次の三点にま

とめることができる。

ア ローマ法に由来する特定物売買を基礎とする規律

第一は、BGB旧規定における担保責任法が、奴隷・家畜売買について展開された特定物売買を基礎とするローマ法の規律に由来するものであるということである。そこでは、売買目的物の修補の可能性は問題とならず、目的物に瑕疵がある場合には、瑕疵担保解除又は減額による清算という「契約解消型の」解決が事理に適ったものと考えられている。すなわち、目的物の引渡し後には、清算の可能性が残るのみで、買主の契約目的に向けて契約が展開されることは予定されていない。このように、BGB旧規定における担保責任法がこのような特定物売買の歴史的モデルに従っていることが、買主の修補請求権が認められない根拠であるとされる。

イ 請負契約と区別される売買契約の本質

第二は、売買契約が、目的物の占有移転および所有権移転を目的とする供給契約であって、その他の作為による結果の作出を目的とする製作契約としての請負契約から区別されるということである。修補請求権は、売買契約に基づく給付と関係のない、むしろ、請負契約に基づく給付と同様の作為を目的とするものであり、買主の修補請求権を認めることは、売買契約の本質に反することになる。このように修補請求権が売買契約の本質に反することも、売買契約において買主の修補請求権が認められない根拠であるとされる。

ウ 売主の修補能力

第三は、売主が、通常、製造者ではなく単なる商人であり、瑕疵ある目的物の修理をすることができないということである。商人たる売主は、通常、売買目的物の修理のための設備や知識を有していない。こうした売主の修理能力の欠如も、買主の修補請求権が認められない根拠であるとされる。

(3) 買主の修補請求権が否定される根拠の克服可能性

もつとも、先にみた議論においては、こうした買主の修補請求権が否定される実質的根拠が、一定の場合には克服可能であるということも示されていた。これは、次章で検討する買主の追完請求権の法定をめぐる議論の基礎を提供するものであるといえる。最後に、この点をまとめておこう。

ア ローマ法に由来する解決の工業製品売買における妥当性の欠如

ローマ法に由来するBGB旧規定の担保責任法の妥当性については、次のような克服の可能性が示されていた。

ゲッツによれば、社会経済構造の変化によって登場した工業製品売買においては、約款実務が実証するように、BGB旧規定における担保責任法が予定していたローマ法に由来する（瑕疵の修補の可能性を前提としていない）瑕疵担保解除と減額による規律はもはや妥当性を失っている。むしろ、そこでは、工業製品売買の「事物の本性」において基礎づけられた買主の修補請求権が妥当するのだとされた。

イ 大量生産体制への移行による請負契約的要素の売買契約への編入

次に、請負契約的な修補請求権が売買契約の本質に反するということについては、次のような克服の可能性が示されていた。

工業製品の生産体制は手工業から大量生産に移行した。それによって、かつて請負契約に属していた手工業による製造過程は、商品譲渡の際に考慮されなくなった。その結果、工業製品売買の広範な領域で、請負契約が売買契約によって取って代わられることになった。しかし、それにもかかわらず、そのような工業製品について修補が必要であることに変わりはない。これまで請負契約において認められていた物の瑕疵除去を売買契約の場合にも認めることは、少なくとも工業製品売買においては、以上のような生産体制の変化に伴う請負契約と売買契

約との関係の変化ないし売買契約観の変化から正当化されるのだとされた。
ウ 製造者等への転送による売主の修補可能性

最後に、売主の修補能力の欠如については、次のような克服の可能性が示されていた。

すなわち、売主は、修補を行うために自ら修理能力および修理設備を有する必要は必ずしもなく、修補請求を受けた場合には、その商品を製造者に転送し、製造者に修補を行わせればよいとされる。そして、売主は、修補を行うことのできる製造者へアクセス・連絡する方法を買主よりも容易に見ることができるとされる。それゆえに、売主に修補義務を負わせることが正当化されるのだとされた。

注

- (1) 「完全履行請求権」および「追完（履行）請求権」の概念を用いるのは、勝本正晃「不完全履行序論」同『民法研究・第一巻』（巖松堂書店、一九三二年、初出一九二九年）一三三頁、二四七頁以下、末弘厳太郎「種類売買に於ける瑕疵担保責任について」同『民法雑考』（日本評論社、一九三三年、初出一九三〇年）二四五頁、二五〇頁など。その後、能見善久「履行障害」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向——民法一〇〇周年を契機として』（別冊NBL五一号）（商事法務研究会、一九九八年）一〇三頁、一二二頁においては、これらに「補完的履行請求権」という概念も充てられている。本稿では、民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針（別冊NBL一二六号）』（商事法務、二〇〇九年）一三二頁の用語法に従い、代物請求権や修補請求権などを統合する上位概念として「追完請求権」の概念を用いることにする。

(2) 森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権——履行請求権、損害賠償又は解除との関係」同『契約責任の帰責構造』(有斐閣、二〇〇二年、初出一九九〇—一九一年)一九七頁。

(3) 本稿では、そもそも買主の追完請求権が認められるか、認められるとすれば、それはどのような考え方に基づくのかにかかわる問題を「追完請求権の基礎づけ」ないし「追完請求権の基礎づけ問題」と呼ぶことにする。これによれば、上述の売主の瑕疵なき物の給付義務の存否の問題は、一般論として買主の追完請求権が認められるかどうかを左右するものであり、この「追完請求権の基礎づけ問題」に含まれることになる。これに対して、上述の追完請求権の法的性質の問題は、買主の追完請求権が認められることを前提に、それが本来的履行請求権の規律に従うのか、「現実賠償」として損害賠償請求権と同様の規律に従うのかという、追完請求権の規律内容の確定にかかわるものである。したがって、これは、「追完請求権の基礎づけ問題」には含まれず、後述の「追完請求権の内容確定問題」に含まれることになる。

(4) このように、本稿では、買主の追完請求権が認められる場合に、その規律内容がどのようなものであり、それがどのような要因・考慮に基づいて確定されるのかにかかわる問題を「追完請求権の内容確定」ないし「追完請求権の内容確定問題」と呼ぶことにする。これは、こうした「追完請求権の内容確定問題」が、上述の「追完請求権の基礎づけ問題」とは議論のレベルを異にするものであることから、両者を概念上は一応区別しておくことが有用であるという考慮に基づく。これによれば、上述の追完請求権の法的性質の問題は、買主の追完請求権が認められることを前提に、その規律内容を、履行請求権の規律と損害賠償請求権の規律のいずれに即して確定するかという問題とみることができ、この「追完請求権の内容確定問題」に含まれることになる。もともと、後述のように、追完請求権の法的性質から、追完請求権の規律内容をすべて一義的に確定できるのでは必ずしもないため、「追完請求権の内容確定問題」は、このような追完請求権の法的性質の問題に尽きるものではないということになる。

(5) このような問題を指摘するものとして、窪田充見「履行請求権」ジュリスト一三一八号(二〇〇六年)一〇三頁、

一〇七頁以下。また、履行請求権の内容（給付の種類・態様）が問題となることを指摘するものとして、椿寿夫「履行請求権（上）」（下の2・完）法律時報六九卷一号一〇〇頁、二七三七頁、三六八頁、七〇卷一号七三頁（一九九七—一九八八年）、とくに七〇卷一号七三頁以下。さらに、請負契約における瑕疵修補請求権および新規製作請求権については、下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法学一四五—一四六号（一九八八年）四七七頁（請負契約における議論を種類売買にも応用しようと試みる）、笠井修「請負人の瑕疵責任と性質保証責任——給付義務の範囲を画する保証」同「保証責任と契約法理論」（弘文堂、一九九九年、初出一九九七—一九八八年）二三九頁、二七七頁以下、原田剛「注文者の新規製作請求権」同「請負における瑕疵担保責任」（成文堂、補訂版、二〇〇九年、初出一九九七—一九八八年）三頁、同「注文者の瑕疵修補請求権の構成」同「請負における瑕疵担保責任」（初出一九九九年）五六頁を参照。

（6） ここで問題としているのは、追完請求権が原則として基礎づけられたうえで、それが履行不能等の追完請求権の限界によって例外的に排除されるという可能性ではなく、そもそも原則として追完請求権が基礎づけられない（したがって、追完請求権の限界を問題とする余地がない）という可能性である点に注意を要する。

（7） 次章で明らかになるように、ドイツの議論においてはそのような可能性が示されている。

（8） このような追完請求権（補完的履行請求権）に特化した法理を設ける方向に作用する要因として、潮見佳男『プラクティス民法・債権総論』（信山社、第三版、二〇〇七年）六八頁以下は、①「履行請求権を超えた内容の請求権を債権者に与える必要がある場合」、②「補完的履行請求権の妥当する場面を制約する必要がある場合」、③「補完的履行請求権の内容・序列を明確化しておく必要性がある場合」を挙げている。

（9） そのような研究グループの成果として、椿寿夫ほか編『民法改正を考える（法律時報増刊）』（日本評論社、二〇〇八年）、金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言（別冊NBL一二二号）』（商事法務、二〇〇八年）、加藤雅信ほか「特集日本民法財産法の改正」ジュリスト一三六二号（二〇〇八年）二頁以下、民法改正研究会（代表…加藤雅信）「日本

民法典財産法改正試案・仮案（平成二十一年一月一日案）「判例タイムズ二二八一号（二〇〇九年）五頁以下、同編『民法改正と世界の民法典』（信山社、二〇〇九年）、同編『民法改正 国民・法曹・学界有志案——仮案の提示（法律時報増刊）』（日本評論社、二〇〇九年）、田谷峻編著『社会の変容と民法典』（成文堂、二〇一〇年）などがある。

- (10) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針（別冊NBL二二六号）』（商事法務、二〇〇九年）（以下では『基本方針』として引用）。また、二〇〇九年四月二十九日に早稲田大学において開催された『債権法改正の基本方針』の公表にかかるシンポジウムの内容については、同編『シンポジウム「債権法改正の基本方針」（別冊NBL二二七号）』（商事法務、二〇〇九年）を参照。

- (11) その後、二〇〇九年一〇月二八日に、法務大臣から法制審議会に對して、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」という諮問（諮問第八十八号）が行われ、同年一二月四日から、法制審議会民法（債権関係）部会においてこれに関する審議が行われている。『債権法改正の基本方針』は、参考資料の一つとして同部会に提出されている。

- (12) なお、買主の追完請求権と関連する問題として、売主の追完権（追完によって買主による損害賠償請求——填補賠償請求——や契約解除を免れる権利）の問題がある。しかし、学説においてすでに指摘されているように、①買主が追完を請求することができるかという問題（買主の追完請求権の問題）と、②売主が買主による損害賠償請求や契約解除を免れるために追完をすることができるかという問題（売主の追完権の問題）は、それぞれ異なる価値判断に対応した別個の問題であるということが出来る。これについては、とりわけ履行請求権と損害賠償請求権との関係を取り扱うものとして、林良平「ドイツ民法第二八〇条の履行不能概念」同『近代法における物権と債権の交錯（林良平著作選集Ⅰ）』（有

信堂、一九八九年、初出一九五五年）一九一頁、二〇八頁、森田（宏）・前掲注（2）二五八頁以下、潮見佳男『債権総論Ⅰ——債権関係・契約規範・履行障害』（信山社、第二版、二〇〇三年）三六七頁以下、森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、二〇〇六年）八頁以下、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務——履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会、二〇一〇年）など。また、追完権に関して同じ趣旨を述べるものとして、奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅰ』（有斐閣、二〇〇三年）三八四頁以下〔潮見佳男執筆〕、潮見・前掲注（8）一四九頁以下も参照。

このような理解に基づいて、本稿では、売主の追完権の問題と買主の追完請求権の問題とを区別し、このうち買主の追完請求権の問題を中心に取り扱うことにしたい。

（13） B G B 旧規定四五九条

（1） 物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転する時に、その物にその価値又は通常の使用もしくは契約によって前提とされた使用についての適性を消滅又は減少させる瑕疵がないことについて責任を負う。価値又は適性の重大でない減少は、顧慮しない。

（2） 売主は、危険移転時に、その物が保証された性質を有することについても責任を負う。

B G B 旧規定四六二条

売主が四五九条、四六〇条の規定によって責めに帰すべき瑕疵を理由として、買主は、売買の解消（瑕疵担保解除）又は売買代金の引下げ（減額）を請求することができる。

（14） B G B 旧規定四六三条

売買目的物が売買の時において保証された性質を欠く場合、買主は、瑕疵担保解除又は減額に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合も、同様である。

B G B 旧規定四八〇条

(1) 種類のみによって定められた物の買主は、瑕疵担保解除又は減額の代わりに、瑕疵ある物に代えて瑕疵なき物の引渡しを請求することができる。この請求権には、瑕疵担保解除について適用される四六四条ないし四六六条、四七〇条、四七四条ないし四七九条の規定を準用する。

(2) 危険が買主に移転する時において、その物が保証された性質を欠く場合又は売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合、買主は、瑕疵担保解除、減額又は瑕疵なき物の引渡しに代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

(15) これについては、Ulrich Huber, in: Hans Theodor Soergel (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, Schuldrecht II, 12. Aufl., 1991 (以下では「Soergel」として引用) § 476a Rn. 1などを参照。

(16) A G B G 一一条 (評価の余地のない条項禁止)

普通取引約款において、次の条項は無効である。

1. ～ 9. 略

10. (担保責任)

新たに製作された物の供給契約および給付の際に、次のことを定める条項

a · b 略

c (修補の場合の費用)

担保責任の義務を負う約款使用者が負う、修補の目的のために必要となる費用、とりわけ、輸送費、交通費、労務費および材料費を負担する義務を、排除又は制限すること

d ～ f 略

11. ～ 16. 略

(17) B G B 旧規定四七六 a 条

買主の瑕疵担保解除又は減額の権利に代えて、修補の権利が合意される場合、修補義務を負う売主は、修補の目的のために必要な費用、とりわけ、輸送費、交通費、労務費および材料費を負担しなければならない。これは、購入された物が引渡し後に受領者の住所又は営業所以外の場所へ輸送されたために、その費用が増加する限りでは、適用されない。ただし、その輸送がその物の用途に従ったものである場合には、この限りでない。

- (18) ドイツにおける特定物売買の場合の物の瑕疵責任については、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、一九六三年）一一九頁以下を参照。

- (19) 例えば、Max Kaser/Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008, S. 224 によれば、ローマ法においては、売買は具体的な売買目的物に関連づけられていなければならないとされていたため、ローマ法は「純粹」種類売買、すなわち、種類のみによって限定された物の売買を予定しておらず、純粹種類売買の経済的機能は、例えば、問答契約の形式での給付約束のような代替的形式を通じて実現されていたとされる。したがって、ローマ法において展開された売買における物の瑕疵責任は、本来的には、特定物売買に関するものであったとされる。以上の点も含め、ローマ法における瑕疵担保責任については、柚木・前掲注(18) 一頁以下、北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、一九六三年）九九頁以下、半田吉信『古代法における瑕疵担保責任——瑕疵担保法の起源』千葉大学法経研究一二号（一九八二年）一頁以下、同「ローマ法における瑕疵担保責任——要件を中心に」千葉大学法経研究一三三（一九八三年）四九頁、同「ローマ法における瑕疵担保責任——効果を中心に」（一）（二・完）千葉大学法経研究一四号一〇五頁、一五号三七頁（一九八三—八四年）を参照。

- (20) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band II, 1888 (以下「*Motive II*」）（引用）, S. 224, 227 = Benno Mugdan (Hrsg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band II, 1899 (以下「*Mugdan II*」）（引用）, S. 123, 125.

- (1) Motive II, a. a. O. (Fn. 20), S. 227 = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 125.
- (22) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, 1897 (以下では、Protokolle Iとして引用), S. 715 = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 684.
- (23) Protokolle I, a. a. O. (Fn. 22), S. 715 = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 684.
- (24) ドイツにおける種類売買の場合の物の瑕疵責任については、柚木・前掲注(18)一三三頁以下、下森定「種類売買の法的保護に関する一考察——瑕疵ある物の給付を受けた買主の法的保護をめぐって」成蹊法学六四号(二〇〇七年)七五頁、七九頁以下を参照。
- (25) Motive II, a. a. O. (Fn. 20), S. 241 = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 133. こうした普通法時代の論争については、北川・前掲注(19)一〇九頁以下、下森・前掲注(24)九一頁以下を参照。
- (26) こうしたBGBの立法過程については、下森・前掲注(24)一一六頁以下を参照。
- (27) Motive II, a. a. O. (Fn. 20), S. 241 f. = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 133.
- (28) Motive II, a. a. O. (Fn. 20), S. 242 = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 134.
- (29) Motive II, a. a. O. (Fn. 20), S. 242 = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 133.
- (30) Protokolle I, a. a. O. (Fn. 22), S. 713 = Mugdan II, a. a. O. (Fn. 20), S. 683.
- (31) ドイツにおける買主の修補請求権の問題について紹介・検討するものとして、北川・前掲注(19)九八頁以下、とくに一五六頁、鈴木恵「売買における瑕疵修補請求権(一)」関東学院法学五卷一号(一九九五年)二九頁、石崎泰雄「ドイツ新民法(債務法)における瑕疵担保責任の統合理論」同『契約不履行の基本構造——民法典の制定とその改正への道』(成文堂、二〇〇九年、初出二〇〇三年)九一頁。このように、ドイツにおける買主の修補請求権の問題については、すでにその概要が紹介されているところであるが、本稿では、後述のように、①買主の修補請求権と売主の瑕疵なき物

の給付義務との解釈論的關係、②買主の修補請求権の有無についての実質的根拠という二点に分析視角を限定したうえで、そのような分析視角から、従来の紹介よりも立ち入ってこの問題をみていくことにしたい。

- (32) なお、瑕疵担保責任を給付義務の不履行に基づく責任とは異なる責任であるとする見解の嚆矢となったのは、Friedrich Schollmeyer, *Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf*, *JherJahrb.* 49 (1905), S. 93 ff. である(シムルマイヤーの見解の紹介として、北川・前掲注(19)一四〇頁以下、円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編集代表『民法講座(5) 契約』(有斐閣、一九八五年)一八五頁、二〇二頁以下注(33)を参照)。しかし、本稿では、瑕疵なき物の給付義務と買主の修補請求権との関係、買主の修補請求権の有無とその根拠を明らかにするという本稿の問題意識との関係で、売主の瑕疵なき物の給付義務を否定する方向を徹底し、買主の修補請求権に関しても立ち入った議論を展開するジュースの見解を取り上げることとしたい。

- (33) Theodor StB, *Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel*, 1931. ジュースの見解の紹介として、於保不二雄「瑕疵担保責任の本質に就て」法学論叢二九卷三三号(一九三三年)四二六頁、北川・前掲注(19)一四二頁以下を参照。
- (34) StB, a. a. O. (Fn. 33), S. 49.
- (35) StB, a. a. O. (Fn. 33), S. 50.
- (36) StB, a. a. O. (Fn. 33), S. 76.
- (37) StB, a. a. O. (Fn. 33), S. 51.
- (38) StB, a. a. O. (Fn. 33), S. 53 f. また、ジュースは、このような売主の責任が法政策的に要請される根拠として、そうした売主の責任が存在しなければ、売買目的物の瑕疵への対処として「性質保証 (Zusicherung)」、瑕疵がないことの保証 (Garantie) およびその他の法律行為に基づく付随合意がされることによって、売買取引に過度の負担をかけることになつてしまふ」といふことを挙げつゝる (StB, a. a. O. (Fn. 33), S. 52)。

- (39) Stß, a. a. O. (Fn. 33), S. 59.
- (40) Stß, a. a. O. (Fn. 33), S. 59.
- (41) Stß, a. a. O. (Fn. 33), S. 105 f.
- (42) Stß, a. a. O. (Fn. 33), S. 59.
- (43) Stß, a. a. O. (Fn. 33), S. 59.
- (44) Stß, a. a. O. (Fn. 33), S. 106.
- (45) 以下で参照したフルーメの論稿は次のとおりである。Werner Flume, *Eigenschaftsirtum und Kauf*, 1948 (以下では、*Eigenschaftsirtum* とし引用) ; ders., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band 2, *das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., 1992 (以下では、*Allgemeiner Teil* とし引用) 。フルーメの見解の紹介として、北川・前掲注(19)一四五頁以下、石崎・前掲注(31)九三頁以下を参照。また、フルーメの考え方の基礎にあるサヴィニーの法理論について、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会、一九八八年)一一九頁も参照(同一七七頁以下に、以下でのフルーメの説明が取り上げられている)。
- (46) 以下は、Ernst Ziehlmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine Psychologisch - Juristische Untersuchung*, 1879, S. 439 f. に由来するものである。先にみたジュースの見解も含め(ジュースは、担保責任の根拠を売買契約自体に求めず、給付と反対給付の等価性についての潜在的留保(virtueller Vorbehalt)が存在するにとり求めてゐる。Stß, a. a. O. (Fn. 33), S. 129 f., 211.)、それまでの物の瑕疵責任の本質ないし法的根拠に関する見解は、このようなツィーテルマンの見解を前提にしていたこともあって、物の瑕疵責任の法的根拠を売買契約に基づくものとは考えていなかったとされる(Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 33)。
- (47) Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 31 f.; ders., *Allgemeiner Teil* (Fn. 45), S. 476 ff. 以下によれば、従来の支配的見解は、

「特定の目的物の給付合意において、その合意の法律行為意思の構成要素である目的物の観念は、常に、空間的・時間的に定められた『あるもの (Etwas)』としてのみ把握され、その目的物の性質の顧慮は含まないという想定に基づくものである」が、この想定は誤りであるとされる。そして、「目的物の観念には、その目的物の性質が含まれる」のであり、「特定の目的物の給付合意において、法律行為意思の構成要素である目的物の観念は、通常は、単なる空間的・時間的に定められたあるものではなく、一定の性質を有する空間的・時間的に定められたあるものである」とされる。その上で、「特定の目的物の給付合意において、目的物の性質の観念が、目的物の観念の統一的な (integrirend) 構成部分として、法律行為意思の構成要素となりうるのであれば、その観念は、それが表示の対象となった場合には、法律行為の構成要素にもなりうる」とされる。

- (48) Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 33; ders., *Allgemeiner Teil* (Fn. 45), S. 479. けれど逆は、もしある法秩序が、売買契約に基づいて売買目的物の性質に関する法律効果を発生させないというのであれば、その法秩序の契約類型としての売買契約は、売買目的物の性質と関係づけられていないということになるとされる。例えば、イギリス法において、売主が商人ではないときには、売主は通常の物の瑕疵について責任を負わないとされる場合、イギリス法の契約類型としての一般私人の売買取引は、その限りで、売買目的物の性質と関係づけられていないとされる (ders., *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 33, Anm. 1)。

- (49) Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 33.
 (50) Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 41.
 (51) Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 35.
 (52) Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 35 f.
 (53) Flume, *Eigenschaftsirtum* (Fn. 45), S. 36.

- (54) Flume, *Eigenschaftsirrthum* (Fn. 45), S. 36.
- (55) Flume, *Eigenschaftsirrthum* (Fn. 45), S. 38. このことを、フルーメは、「売買契約によって瑕疵のない売買目的物の給付義務が合意されるのであるが、法秩序が、合意された法律効果に代えて、他の法律効果である担保責任を発生させる」「法秩序が、売主に有利な形で、合意された法律効果を弱めるのだ」と説明している (ders., *Eigenschaftsirrthum* (Fn. 45), S. 48)。
- (56) Flume, *Eigenschaftsirrthum* (Fn. 45), S. 39. フルーメがこのように考える理由は、——それ自体は悪意の売主の損害賠償責任に関するものであるが——次の記述からみてとることができる。すなわち、フルーメによれば、「売主が売買契約の締結時にその瑕疵を知らなかった場合に、その売主に売買目的物の性質に関する全てのリスクを負わせ、積極的利益についての責任を負わせるとすれば、それは不衡平 (unbiling) であろう。なぜなら、売主は、性質保証 (Zusicherung) があった場合とは異なり、そのようなリスクを引き受けていなかったからである」とされる (ders., *Eigenschaftsirrthum* (Fn. 45), S. 54)。このことから、フルーメは、「一般的に売主が瑕疵なき物の履行義務を負うとすることは、売買契約におけるリスク配分の理解として適切ではないと考えているものとみられる。
- (57) 以下で参照したラーレンツの論稿は次のとおりである。Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 1. Halbband: Besonderer Teil*, 13. Aufl., 1986 (以下では「*Schuldrecht II*」として引用) ; ders., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl., 1989 (以下では「*Allgemeiner Teil*」として引用) ; ders., *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, NJW 1963, S. 737 ff. (以下では「*Vertragsauslegung*」として引用) . ラーレンツの見解の紹介として、北川・前掲注 (19) 一四七頁以下、柚木・前掲注 (18) 一三〇頁を参照。
- (58) Larenz, *Schuldrecht II* (Fn. 57), S. 66, Anm. 103.
- (59) Larenz, *Schuldrecht II* (Fn. 57), S. 67, 44, ders., *Schuldrecht II* (Fn. 57), S. 68, Anm. 109 は「履行義務の不履行」と「契

約の不履行」とを区別する上述のフルーメの見解に対して、「履行 (Erfüllung)」が、法律用語において、「義務を負う給付を実現すること」と同様の意味であるとすれば、「契約の不履行」は、「給付義務の不履行」しか意味しえないと批判している。

- (60) Larenz, Schuldrecht II (Fn. 57), S. 68. 以上のほか、ders., Schuldrecht II (Fn. 57), S. 67 は、「瑕疵なき物の給付が売主の給付義務の内容ではないことの根拠として、仮に瑕疵なき物の給付が売主の給付義務の内容であるとすれば、その給付が原始的客観的不能である場合には、売買契約が B G B 旧規定三〇六条（「不能な給付を目的とする契約は無効である。」）によって無効となってしまうが、法律はそのような場合に売買契約が無効となるとは考えていない——したがって、法律は、瑕疵なき物の給付が売主の給付義務の内容ではないことを前提としている——ということを挙げている。

- (61) Larenz, Schuldrecht II (Fn. 57), S. 68.

- (62) Larenz, Schuldrecht II (Fn. 57), S. 51.

- (63) Larenz, Schuldrecht II (Fn. 57), S. 51.

- (64) Larenz, Vertragsauslegung (Fn. 57), S. 740.

- (65) Larenz, Vertragsauslegung (Fn. 57), S. 740. ラーレンツは、「買主の修補請求権が認められる例として、売主が自ら製作した物を明示的に自己の作品として売却し、その際に、売主の専門的能力について買主の信頼を求めたという場合を挙げている。以上については、*von der* ders., Allgemeiner Teil (Fn. 57), S. 547 f. も参照。

- (66) Werner Korintenberg, Abschied von Gewährleistung, in: Rudolf Schetter/Werner Korintenberg (Hrsgs.), Die rechtspolitische Grostat der ädilitischen Rechtsbehele vor 2000 Jahren und heute, 1948, S. 7 ff. コリンテンベルクの見解の紹介として、北川・前掲注 (19) 一五一頁以下、柚木・前掲注 (18) 一二二頁を参照。

- (67) Korintenberg, a. a. O. (Fn. 66), S. 32.

- (68) Korintenberg, a. a. O. (Fn. 66), S. 9 ff.
- (69) Korintenberg, a. a. O. (Fn. 66), S. 36 f.
- (70) Korintenberg, a. a. O. (Fn. 66), S. 43.
- (71) Korintenberg, a. a. O. (Fn. 66), S. 43 f.
- (72) Korintenberg, a. a. O. (Fn. 66), S. 45.
- (73) Korintenberg, a. a. O. (Fn. 66), S. 45.
- (74) Frank Peters, Kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch des Käufers?, JZ 1978, S. 92 ff. ベーターズの見解の紹介として、下森定①『建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について』（日本総合住宅センター、一九八四年）七頁以下、同②『建物（マンション）の欠陥（瑕疵）と修繕』遠藤浩Ⅱ林良平Ⅱ水元浩監修『現代契約法大系・第四卷——商品売買・消費者契約・区分所有建物』（有斐閣、一九八五年）四六〇頁、四六六頁以下、鈴木（恵）・前掲注（31）三七頁以下、石崎・前掲注（31）一〇三頁を参照。

- (75) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 92.
- (76) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 94.
- (77) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 94.
- (78) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 98.
- (79) BGB三二〇条

(1) 双務契約に基づいて義務を負う者は、自らが義務を負う給付を反対給付の実現まで拒絶することができる。ただし、その者が先履行義務を負うときは、この限りでない。給付が数人に対して行われるべき場合、各人に給付されるべき部分は、反対給付全部の実現まで各人に対して拒絶することができる。この場合には、二七三条三項の規定は適用されな

い。

(2) 略

(80) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 94, Anm. 34によれば、ペータースは、このように当事者が特定の目的物の性質について合意することができるということについて、上述のフルーメの見解にしたがっている。

(81) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 94, また、ders., a. a. O. (Fn. 74), S. 94, Anm. 35は、支配的見解およびフルーメ自身もそうであるように、解釈論的に売主が瑕疵なき物の給付義務を負わないことを認める場合には、この帰結に至ることはできないとする。そして、ペータースは、このような売主の瑕疵なき物の給付義務を否定する見解に対して、「当事者が合理的で実際上有用な生活実態の規律を行おうとする場合に、その当事者が法律と異なる合意をしなければならないような法解釈にいかなる値打ちがあるのであろうか」と批判する。そして、「合理的な内容が、疑わしい場合にはすでに法律自体から発生し、法律と異なる合意があつてはじめて認められる必要のあるものではないということが目指されるべきである」とする。

(82) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 96, 98.

(83) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 95, 98.

(84) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 95.

(85) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 97.

(86) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 97.

(87) Peters, a. a. O. (Fn. 74), S. 98.

(88) Helmut Köhler, Zur Nachbesserung beim Kauf, JZ 1984, S. 393 ff. ケーラーの見解の紹介として、鈴木（恵）・前掲注(31)三八頁以下、四三頁以下を参照。

- (89) Köhler, a. a. O. (Fn. 88), S. 395.
- (90) Köhler, a. a. O. (Fn. 88), S. 395.
- (91) Köhler, a. a. O. (Fn. 88), S. 395.
- (92) Köhler, a. a. O. (Fn. 88), S. 396.
- (93) Köhler, a. a. O. (Fn. 88), S. 396.
- (94) Volkmar Götz, *Sachmängelbeseitigung beim Kauf*, 1960. ゲッツの見解の紹介として、北川・前掲注(19)三六六頁以下を参照。

- (95) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 46, Anm. 2.
- (96) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 45 f.
- (97) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 46.
- (98) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 47.
- (99) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 22.
- (100) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 22 f.
- (101) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 47.
- (102) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 19.
- (103) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 60.
- (104) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 20.
- (105) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 20.
- (106) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 20 は、B G B の創設の際には、工業時代はまだ始まったばかりであり、それゆえ、立法者は、

それに配慮する誘因を見出さなかったのだとする。そのために、技術的製品の売買の特質に即していない売買法が創設されたのだという。

- (107) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 23 f.
- (108) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 24.
- (109) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 27.
- (110) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 27 f.
- (111) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 55 ff.
- (112) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 65, 69.
- (113) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 58 f.
- (114) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 117 ff. その例として、家具の新調を挙げる。すなわち、かつては、家具は家具工によって製作され、瑕疵がある場合の瑕疵除去の権利義務は請負契約法から生じていた。しかし、今日では、家具は工場で大量生産され、商取引によって売却されるため、売買における物の瑕疵除去の必要性が生じるのだという。

- (115) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 117.
- (116) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 117.
- (117) Götz, a. a. O. (Fn. 94), S. 117 f.
- (118) 以下で参照した U・フーバーの論稿は次のとおりである。Ulrich Huber, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, ACP 177 (1977), S. 281 ff. (以下「Huber」) ; ders., in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, 1978, S. 837 ff. (以下「Huber」) ; Dogmatik der Vertragsverletzungen 以下「Huber」 ; ders., in: Soergel (Fn. 15).

(119) もっとも、次章でみるように、U・フーパーは、立法論としては、買主の修補請求権が認められるべきであると考えている。

(120) U. Huber, *Haftung des Verkäufers* (Fn. 118), S. 293, Anm. 50は、これについて、フルーメの見解を基礎としつつも、用語上は、特定物売買の場合でも売主が瑕疵なき物の引渡しを目的とする「給付義務」ないし「履行義務」を負うとするほうがより明確で単純であろうとしている。給付義務が履行請求権に対応せず、その不履行が他のサンクション——損害賠償請求権、瑕疵担保解除または減額の権利——のみを認める場合であっても、法的意味での「給付義務」を語ることに意味があるのであれば、そのような用法が可能であるという。このように、U・フーパーは、「給付義務」の概念を、現実的履行請求権と切り離されたものとしてとらえている（それに対して、他の見解は、これを、履行請求権（少なくとも、「引渡」請求権）と結びつけたものにとらえている）とみられる。

(121) U. Huber, in: Soergel (Fn. 15), Vor zu § 459 Rn. 170.

(122) U. Huber, in: Soergel (Fn. 15), Vor zu § 459 Rn. 171. 462, ders., *Haftung des Verkäufers* (Fn. 118), S. 293 f. 46, 目的物が契約によって定められた性質を有することは売買契約の内容であり、そのような性質が欠ける場合には、売主は売買契約に基づく自らの義務に違反することになっている。

(123) U. Huber, in: Soergel (Fn. 15), Vor zu § 459 Rn. 172.

(124) U. Huber, in: Soergel (Fn. 15), Vor zu § 459 Rn. 153. 462, ders., in: Soergel (Fn. 15), Vor zu § 459 Rn. 173 46, 「あらゆる債務法上の義務が現実的履行請求権と対応しなければならないというのは、法の実質法則 (juristisches Sachgesetz) ではなく、法律家の習慣的思考 (juristische Denkgewohnheit) にすぎない」とする。このほか、英米法を参照して、すでにこの点について指摘するものとして、Eugen Dietrich Graue, *Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen*, 1964, S. 294 がある。また、同様に、給付義務の存在は、必ずしも、瑕疵除去請求権が存在しなければならないという

帰結をもたらすものではないとし、売主の瑕疵なき物の給付義務を認めつつ、買主の瑕疵除去請求権を否定するものとして、Klaus Herberger, *Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1974, S. 77 ff. などがある。

(125) U. Huber, *Dogmatik der Vertragsverletzungen* (Fn. 118), S. 848.

(126) U. Huber, in: Soergel (Fn. 15), Vor zu § 459 Rn. 153, Rn. 173. これと関連して、ders., in: Soergel (Fn. 15), Vor zu § 459 Rn. 154 は、不能な給付を目的とする契約を無効とする B G B 旧規定三〇六条との関係についても、次のように説明している。すなわち、「三〇六条、すなわち『*impossibilium nulla est obligatio*（不可能なものの債務は存在しない）』の原則は、実定法の指示であって、その指示は法の自然法則（*juristisches Naturgesetz*）の性格を有するものではない。法秩序は、もちろん、履行が自然的あるいは法律的根拠に基づいて不能である場合には、強制可能な現実的履行請求権を指示することはできない。しかし、このことは、その種の給付を目的とする約束が無効でなければならないということを意味しない。履行請求権のみが、サンクションとして、排除されるのであって、他のサンクション——不履行に基づく損害賠償、瑕疵担保解除、減額——は、なお可能である。それは、物の瑕疵責任の場合にも同様である。その種のサンクションを指示する四五九条以下の規律は、特別法として、三〇六条の一般原則に優先するのである」。

(127) U. Huber, *Dogmatik der Vertragsverletzungen* (Fn. 118), S. 846, 869.

(128) U. Huber, *Dogmatik der Vertragsverletzungen* (Fn. 118), S. 846.

(129) もっとも、(127)での「給付義務」の概念の意味については、U・フーバーがそれを現実的履行請求権と切り離されたものにとらえているのに対して、その他の見解は、履行請求権（少なくとも、「引渡」請求権）と結びついたものにとらえていることに注意を要する（これについては、注（120）も参照）。