



売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定(二) : 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(2):1-107

(Issue Date)

2010-09

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81005088>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81005088>



売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定（二）

——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

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

第二節 買主の代物請求権

第三章 買主の修補請求権（以上、六〇巻第一号）

第一節 ドイツ債務法改正と買主の追完請求権

債務法改正による買主の追完請求権の法定

1 フーバーの鑑定意見と債務法改正委員会の最終報告書

2 買主の追完請求権の法定に対する批判

3 討議草案から債務法現代化法まで

4 小 括

第二節 B G B新規定のもとの買主の追完請求権

1 B G B新規定による物の瑕疵責任の規律

2 買主の追完請求権の具体的規律内容をめぐる問題

第三節 小 括

1 買主の追完請求権の基礎としての売買契約の典型

2 買主の追完請求権の規律内容（以上、本号）

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

1 フーバーの鑑定意見と債務法改正委員会の最終報告書

ドイツ債務法改正をめぐる議論⁽¹³⁾は、一九八一年から一九八三年にかけて出版された債務法改正についての鑑定意見⁽¹⁴⁾を端緒とし、その後、連邦司法省から具体的な改正案の提示を委託された債務法改正委員会が一九九二年にその成果を公刊した最終報告書⁽¹⁵⁾を基礎として展開された。

（１）U・フーバーの鑑定意見における追完請求権の提案

債務法改正についての鑑定意見の中で買主の追完請求権に係るものは、ウルリッヒ・フーバーによる給付障害法に関する鑑定意見⁽¹⁶⁾である。U・フーバーは、その鑑定意見において、次のように、BGB旧規定において買主の修補請求権が認められていないことを問題とし、買主の「瑕疵除去請求権（Anspruch auf Behebung des Mangels）」の規定を提案する。

ア 買主の修補請求権を欠くことの問題性

U・フーバーは、まず、BGB旧規定における規律の欠陥として、次のように、物の瑕疵責任の規律が特定物売買を出発点とするものであり、それゆえに買主の修補請求権が認められていないことを指摘する。

（ア）BGB旧規定の欠陥

a 特定物売買を出発点とする物の瑕疵責任の構造

現行法は、基本的状況として特定物売買から出発しており、BGB旧規定四八〇条において種類売買につい

ての特別規定を付加している。すなわち、法律は、特定物売買が通常事例であり、種類売買が、若干の補充的規定のみを要する特別事例であるというような様相を呈している。このことから、売買法における物の瑕疵責任については、その他の給付障害の場合とは全く異なる特別の現象が問題となっているとされた。特定物売買の場合の物の瑕疵の典型事例は、その物にすでに契約締結時点で瑕疵があり、通常は、その瑕疵がおよそ除去できないというものである。その場合、物の瑕疵は、原始的（一部）不能の特別事例として現れる。そこから、物の瑕疵責任の場合には、「不履行」に基づく責任が問題となるのではなく、一般給付障害法とは全く異なる「担保責任」が問題となるといふ帰結が出てくることとなった。⁽¹⁸⁾

b 買主の瑕疵除去請求権の欠如

その結果、現行法は、買主に瑕疵除去請求権を認めていない。もちろん、瑕疵の除去が売主にとって期待不可能な困難と結び付いている状況は想定できる。しかし、その状況は、立法者が注文者に対して修補請求権を認めた請負契約の場合でも同様に生じうるものであり、BGB旧規定六三三条二項二文の例外規定は、その場合に十分配慮するものである。ドイツ債務法においては約束された給付の現実的履行請求権が認められるのが原則であって、売買法が買主に対してそのような現実的履行請求権を認めていないことは、この原則を破るものであり、正当化できないとされる。⁽¹⁹⁾

(イ) 欠陥の原因

以上のような欠陥の原因は、U・フーバーによれば、次のように、BGBの起草者が基礎に置いていた法伝統およびその後の法現実の変化にあるとされる。

a BGBの起草者が基礎に置いていた法伝統

確かに、BGBの起草当時においてすでに、工業、卸売業、遠隔地商業、銀行業、保険業は隆盛をきわめて

いた。しかし、B G Bの起草者が基礎とした法伝統は、工業およびサービス産業がその支配的地位を獲得する以前の時代に由来するものであった。B G Bの給付障害法を構成しているのは、家屋、農場および耕地の売買、家畜の売買、高価品の売買（そして、ローマ法の伝統においては奴隷の売買）ならびに原材料および地方生産物の卸売業であると考えられる。そのことから、現行法がいつも特定物債務を当然の出発点としているということ、不能と遅滞が規律の中心にあること、そして、売買において売主の修補義務および修補権が法律に導入されなかったことが説明されるという⁽¹⁸⁾。

b 法現実の変化——技術的製品の売買の優位

確かに、B G Bが基礎にしていた家屋および耕地、家畜および宝石、原材料および地方生産物は、今日においても、従前どおりの取り扱いがされている。しかし、その重要性は変化した⁽¹⁹⁾。売買においては、種類売買が特定物売買よりも優位を獲得し、さらに、種類売買については、技術的製品（*technisches Gerät*）の売買、半製品の売買および加工された製品の売買が、原材料および地方生産物の売買よりも優位を獲得した。したがって、売買および請負契約は、B G Bが基礎に置いていたのとは、全く異なる関係へと移行した。むしろ、代替物についての製作物供給契約が、売買契約の典型的な類型となったのである。そして、このことが、B G Bの給付障害法が今日では満足のいくものでなくなっている原因であるという⁽²⁰⁾。

このようなU・フーバーの分析は、前章で取り上げたゲッツの見解において示されていた観点を基礎にしているとみることができる。こうした法現実の認識が、以下でみるように、買主の追完請求権の規定の基礎に据えられることになる。

イ 「瑕疵除去請求権」の規定の提案

以上のようなB G B旧規定における規律の欠陥に対し、U・フーバーは、統一売買法の考え方を参考として、

次のように、売主の瑕疵なき物の引渡義務および買主の瑕疵除去請求権を認めることによって対処しようとする。

(ア) 売主の瑕疵なき物の引渡義務

まず、U・フーバーによれば、物の瑕疵責任の法政策的根拠は、その物に「瑕疵がある」ことではなく、その物が「契約に適合しない」ことに求められるとする。

すなわち、契約は、価格決定の基礎であるのと同様に、買主が売主から取得すべき物の決定の基礎でもある。契約は、その物の実際の性質が、契約において明示的に又は取引通念によつて当然のものとして前提とされた性質と買主に不利な形で異なる場合にはいつも、売主によつて履行されていない。その場合、買主は、買主がそれと交換で売買代金を約束した物を取得しなかったのであり、当事者によつて自律的に確定された給付と反対給付との関係が害されることになる。このことが、物の瑕疵責任の法政策的根拠であるという。⁽¹⁸⁾

そして、統一売買法における一致した立場によれば、売主の契約上の義務の内容は、瑕疵なき物（すなわち、契約に適合した物）の引渡しであるとされる。U・フーバーは、物の瑕疵責任法の法政策的な取扱いおよび実際上の取扱いを容易にするものとして、このような統一売買法の立場を採用すべきことを提案する。⁽¹⁹⁾

(イ) 買主の瑕疵除去請求権の提案

そのうえで、U・フーバーは、次のように、すでに認められていた種類売買における買主の代物請求権とならんで、特定物売買・種類売買を問わずに買主の修補請求権が認められるべきであるとする。

まず、上述のように売主の瑕疵なき物の引渡義務が認められる場合、特定物売買の場合にも買主に原則として修補請求権を与えることが、いわば（論理的な意味で必然ではないとしても）「当然の（natürlich）」帰結であるという。⁽²⁰⁾

また、修補請求権は、技術的製品の売買のあらゆる場合において、いわば当然の法的救済であるともされる。このことは、売主が自ら製造者である場合（すなわち、製作物供給契約の場合）だけでなく、売主が商人ではあるが、整備をともに引き受ける場合（典型的には自動車売買の場合）やそれに類する場合にもあてはまる。新築住宅の売買やそれに類する場合にも、修補請求権はもともと容易に思いつく法的救済である。それゆえに、法律は、修補義務を原則とすることから出発するべきであるという⁽¹⁰⁾。もちろん、瑕疵の除去がはじめから不能である場合（例えば、真作でない絵画を真作の絵画として売買する場合）や売主に期待できない場合（例えば、個人による家や自動車の売買）も存在する。しかし、そのような場合は、原則ではなく、例外とみなされるべきであるとする⁽¹¹⁾。

以上のような考慮に基づいて、U・フーバーは、買主の瑕疵除去請求権が原則として認められるべきであるとする。そして、これについて、具体的に次のような提案をしている。

フーバー提案四六一 a 条（瑕疵除去請求権）

(1) 物に瑕疵がある場合、買主は、売主がその物の欠けている部分ないし数量を引き渡すこと、もしくはその物が種類のみによって定められている場合には契約に適合する他の物を引き渡すこと（追給付）、又はそれが可能である限りでその物を瑕疵のない状態にすること（修補）によって、その瑕疵の除去を請求することができる。売主は、修補が過分の費用を必要とする場合又は売主が修補を自らの手段で実現できない場合には、修補を拒絶することができる。買主は、修補が買主にとって期待できない場合には、修補の受領を拒絶する権利を有する。

(2) 瑕疵が追給付と修補のいずれによっても除去できる場合、その選択権は、売主に認められる。

(3) 売主は、追給付および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、その費用が、売買目的物がその引渡後に受領者の住居又は営業所とは異なる場所に運搬されたことを理由に上昇した場合には、適用されない。ただし、その運搬がその物の用途に従った使用に適するものである場合は、この限りでない。

- (4) 代物請求権については三四六条ないし三五六条を、修補請求権については三四九条、三五五条および三五六条を準用する。

ウ 買主の瑕疵除去請求権の具体的規律内容

以上のようなU・フーバーの提案における買主の瑕疵除去請求権の具体的な規律内容は、次のような特徴を有している。

(ア) 瑕疵除去請求権の内容——代物請求権の種類売買への限定

まず、買主の瑕疵除去請求権の内容としては、①引渡しが不完全な場合における欠けている一部又は欠けている量の引渡請求権、②代物請求権、③修補が可能である限りでの修補請求権の三つが挙げられている。ここでは、②の代物請求権は、その性質上、種類売買の場合に限定されるものとされている。⁽¹⁴⁾

(イ) 追完方法の選択権

瑕疵が修補と追給付のいずれによっても除去可能である場合に、その瑕疵をいずれの方法によって除去するかということについての選択権は、売主が有するとされている。これは、いずれの場合でも、買主は契約により取得すべき物を取得することになるという考慮に基づくものとされる。⁽¹⁵⁾

(ウ) 追完費用の負担

瑕疵除去の目的のために必要な費用は、原則として、売主が負担するものとされている。これは、BGB旧規定四七六a条の規律を承継したものであるとされる。⁽¹⁶⁾

（エ）売主の修補拒絶権

売主は、①修補が過分の費用をもつてのみ可能である場合、又は②売主が修補を自らの手段で実現できない場合に修補拒絶権を有する。①の拒絶原因は、BGB旧規定六三三条二項三文から承継したものであり、②の拒絶原因は、自らが製造者又は生産者ではない売主を保護するものであるとされる⁽¹⁷⁾。

（２）債務法改正委員会による追完請求権の提案

債務法改正委員会も、U・フーバーの鑑定意見と同様に、BGB旧規定において買主の瑕疵除去請求権が規定されていないことを問題とし、買主の追完請求権に関する規定を提案する。もつとも、その具体的な提案内容は、U・フーバーの鑑定意見における提案と必ずしも一致するものではなかった。

ア 買主の瑕疵除去請求権を欠くことの問題性

債務法改正委員会も、次のような考慮から、法律において買主の瑕疵除去請求権が認められていないことを問題とする。

（ア）民法典の施行以降の売買目的物の変化

製造技術、販売形態および販売方式は、民法典の施行以来、著しく変化した。民法典の起草者が考慮したのは、比較的単純な性質を有し、損害を与える可能性が少ない個物および種類物についての売買契約であった。それと並んで、今日では、技術的に複雑であり、それゆえに、その瑕疵を引渡しの際に確認することが難しく、その瑕疵が後になって発現し、著しい結果損害をもたらしうるような物品の売買が行われている。これにより、買主の瑕疵担保解除および減額の権利を買主の修補請求権および売主の「第二の提供」権によって補充する必要性が生じた⁽¹⁸⁾。

(イ) ローマ法の歴史的規律の今日の取引への不適合性

BGB旧規定における担保責任は、買主が公の市場において「除去できない瑕疵」のある家畜や奴隷を購入した場合に、買主に売買代金の即時の返還又は減額の請求権が認められるというローマ法の歴史的モデルに基づくものである。それゆえ、現行の担保責任法は、(種類売買における例外はあるものの)買主の追完(Nachbefüllung)の権利も、追完によって買主のその他の法的救済を阻止する売主の権限(「第二の提供」権)も知らない。しかし、これは、一般的な法意識とは一致せず、大量工業製品による今日の取引の必要に反するものであるとされる。⁽¹⁹⁾

(ウ) 買主の利益

瑕疵のある物が引き渡された場合において買主の法意識の中心を占めるのは、追完請求権である。買主は、瑕疵ある売買目的物が修理又は交換されることを期待する。⁽²⁰⁾すなわち、瑕疵ある物を取得した買主は、第一次的に、売買の解消ないし売買代金の縮減について利益を有するのではない。買主にとっては、瑕疵なき物取得することが問題なのであり、この利益は、たいていの場合には——そして、特定物売買においても——修補又は他の同種の物の引渡しによって満足されうる。種類売買においても、買主がその物を保持しようとして修理を望むことから、代物給付であっても買主の利益に適合しないことがしばしばある。例えば、すでに固定的に据え付けられた機械の買主には、通常、瑕疵担保解除や減額ではなく、現場での修理のみが役に立つ。⁽²¹⁾

イ 買主の追完請求権の提案

以上のような考慮から、債務法改正委員会も、U・フーバーの鑑定意見と同様に、売主の瑕疵なき物の引渡義務を認め、その義務の違反を基礎として買主の追完請求権が認められることを提案する。瑕疵のある物の引渡しが契約義務の違反とされる場合、そこから、解釈論的な障害なく、買主の追完請求権が導き出されるのだとされ

る。⁽¹⁸⁾

このような考慮から、債務法改正委員会は、買主の追完請求権について次のような提案をしている。

BGB委員会草案四三八条（追完）

(1) 物に瑕疵がある場合、買主は、追完を請求することができる。売主は、その選択により、瑕疵を除去するか、又は代替物が問題となつている場合には瑕疵なき物を引き渡すことができる。

(2) 売主は、追完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ぬ。

(3) 売主は、追完が過分の費用をもつてのみ可能である場合には、追完を拒絶することができる。

(4) 売主が、追完の目的で、瑕疵なき物を引き渡す場合には、売主は、買主に対して、瑕疵ある物の返還を、BGB委員会草案三四六条ないし三四七条、BGB委員会草案三四八条の基準に従つて、請求することができる。

債務法改正委員会によれば、このようなBGB委員会草案四三八条は、現行法の欠陥を除去して、物の瑕疵についての売主の責任体系を一般給付障害法に束ね、権利の瑕疵責任と物の瑕疵責任とを統合し、特定物売買と種類売買との区別を放棄可能とするものである。⁽¹⁹⁾そして、この規定は、とりわけ、現行法を再び法現実に近づけるものである。なぜなら、買主は、瑕疵が発生した場合には、通常、契約の解除又は売買代金の減少を望むのではなく、修理又は交換を望むからである。⁽²⁰⁾また、この新たな規律は、BGB旧規定六三三条一項および二項における請負契約についての規律に対応するものである。⁽²¹⁾それによって、売買契約と請負契約との相違が減少する。すなわち、売買契約においても請負契約においても、瑕疵なき給付義務が存在し、追完請求が可能であることになるとされる。⁽²²⁾

ウ 買主の追完請求権の具体的規律内容

以上のように、債務法改正委員会も、U・フーバーの鑑定意見と同様に、買主の追完請求権が認められるべきであるとしている。しかし、次にみるように、その具体的規律内容においては、U・フーバーの提案と異なる部分も存在する。

(ア) 追完請求権の内容

買主の追完請求権の内容としては、修補と代物給付が挙げられている。もともと、U・フーバーの提案とは異なり、代物請求権は、種類売買の場合に限定されるのではなく、BGB九一条の意味での代替物が売買目的物である場合に限定されている⁽¹⁵⁾。

(イ) 追完方法の選択権

追完方法（修補と代物給付）についての選択権は、U・フーバーの提案と同様に、売主が有するものとされる。これは、買主の利益状況からは買主に選択権を認めることが要請されないという考慮に基づくものであるとされる。すなわち、買主は、瑕疵なき物を取得する権利を有する一方で、売主がどのようにしてこの義務を履行するかということは売主の問題であるとされている⁽¹⁶⁾。

また、買主に選択権が認められるとすると、買主は、追完方法を早期に拘束力を有するかたちで確定することによって、瑕疵の種類によっては個々のケースにおいて買主の利益に対応するものを取得できないリスクを負担することになってしまうという⁽¹⁷⁾。

それに対して、売主が選択権を有するとしても、買主は、修補又は代物給付の受領を、それが期待できないときには拒絶することができるという。このことは、明文で定められていない場合でも、信義誠実の原則から出てくることであるとされる⁽¹⁸⁾。

2

買主の追完請求権の法定に対する批判

（ウ）追完費用の負担

追完の目的のために必要な費用は、売主が負担するものとされている。もともと、U・フーバーの提案とは異なり、引渡後に目的物の運搬があった場合の費用負担の例外に関する規律は不要であるとされている。なぜなら、売主は、追完が過分の費用をもつてのみ可能である場合には追完を拒絶することができるからであるとい⁽¹⁶⁾う。

そして、買主が売主に過分の費用をもたらす追完を請求する場合には、買主は、売主に対して、その超過費用の補填の提供をしなければならないとされる⁽¹⁶⁾。

（エ）売主の追完拒絶権

売主は、追完が過分の費用をもつてのみ可能である場合には追完拒絶権を有するとされる。追完は、個別事例においては、売主に不相当な負担を課すことがありうる。このことは、とりわけ、非営業的売主又は修理設備を有さない商人について妥当するとされる⁽¹⁶⁾。そこで、給付義務の限界は、BGB委員会草案二七五条による給付拒絶権⁽¹⁶⁾よりも緩やかに、すでに、追完が「過分の費用」を必要とする場合に認められるものとされる。なぜなら、買主の利益状況によると、追完をするのに売主に過分の努力が必要とされる場合にまで買主に追完請求権を認めることは要請されないからだとされる⁽¹⁶⁾。

もともと、U・フーバーの提案と異なり、自らが製造者や生産者ではない売主の保護は、すでにBGB委員会草案二七五条、四三八条三項によって確保されていることから、「売主が修補を自らの手段によって実現することができない場合」の修補拒絶権（フーバー提案四六一a条一項二文）は不要であるとされている⁽¹⁶⁾。

以上のように具体的規律内容に相違があるにもかかわらず、U・フーバーの鑑定意見と債務法改正委員会の最終報告書は、いずれも買主の追完請求権を法定すべきであるとしている。もともと、このような立場に対しては少数ながら批判も存在していた。以下では、①U・フーバーの鑑定意見に対するH・H・ヤーコプスの批判と②債務法改正委員会の最終報告書に対するフルーメの批判を取り上げる。

(1) H・H・ヤーコプスの批判

H・H・ヤーコプス (Horst Heinrich Jakobs)⁽¹⁵⁾ は、特定物売買と種類売買とを問わずに買主の修補請求権を認めようとするU・フーバーの鑑定意見を次のように批判する。

ア U・フーバーの鑑定意見が指摘するBGBの欠陥

U・フーバーは、修補請求権が、技術的製品の売買のあらゆる場合において、いわば当然の法的救済であり、法律は修補義務を原則とすることから出発するべきであるとしている。その際にU・フーバーが指摘しているBGBの欠陥は、H・H・ヤーコプスによれば、結局のところ、BGBが「技術的製品」の売買を通常事例としておらず、そのような売買に即して構成されたものでないということに収斂するという⁽¹⁶⁾。したがって、問題は、技術的製品の売買が売買の通常事例であるかという点であるとする。

U・フーバーも認めるように、契約に反する物の引渡しが行われないことが論理的帰結として修補義務が導き出されるわけでないのであれば、つまり、修補義務が、売買契約の合意によってそれだけで直ちに基礎づけられるわけではないとすると、修補義務は、契約の補充的解釈によってしか基礎づけることができない。したがって、H・H・ヤーコプスによれば、問われるべきであるのは、修補義務が認められるという解釈が、「当然に(natürlich)」すなわち、通常(regelmäßig)基礎づけられることから、法律において修補義務を売買契約の通常

の (normal) 内容ないし任意法として定めることが正当化されるのかどうかである。⁽¹⁰⁾

イ 売買契約の通常事例

そのうえで、H・H・ヤーコプスは、売買契約の大多数は、今日においても、決して技術的製品を目的物とするものではないとする。確かに、技術的製品は、原則ではないとしても、多くの場合において、種類売買の目的物であり、それについては、代物給付義務が契約からそれだけで直ちに生じ、法律においてもそのように定められている。しかし、特定物売買の場合に何が通常の事例であるかを確定するためには、こうした種類売買の事例は、いずれにしても無視されなければならない。技術的製品が特定物売買の目的物である場合には、しばしば、売主は、修補をすることが不可能又は期待することができない個人であろう。この場合には、修補義務は、通常、基礎づけられず、U・フーバーの考え方によっても、修補義務は、その限りで排除される。これに対して、修補義務が原則として排除されないような営業的売主からの技術的製品の売買が、特定物売買の通常事例であるかは疑問であるとする。⁽¹¹⁾

このように、H・H・ヤーコプスは、特定物売買と種類売買とを異なる契約類型であると考えたうえで、特定物売買の通常事例は（修補義務が認められるような）技術的製品の売買ではないとする。そのような考え方に基づいて、特定物売買の場合にも原則として修補義務を認めようとするU・フーバーの提案を批判しているのである。

（2）フルーメの批判

フルーメ⁽¹²⁾も、買主の追完請求権を認めようとする債務法改正委員会の最終報告書について、次のような批判を加える。

ア 契約類型ごとで異なる規律の正当性

債務法改正委員会は、特定物売買の場合にも売主の瑕疵なき物の給付義務を認め、買主の修補請求権を認めている。そして、それによって、種類売買と特定物売買とで統一的な規律がされ、売買と請負契約の規律における相違も減少することが望ましいものと考えている。しかし、特定物売買と種類売買は、歴史的起源を異にするものであり、今日においても原則として異なる取引である。⁽¹⁷⁾確かに、追完は、種類売買についての法的救済ではある。しかし、売買目的物が現実には個性を有しないような特定物売買（書店での本の売買など）を考慮の外にみると、一般的に、特定物売買の場合には、追完、すなわち、修補はおよそ不可能か又は場合によっては売主にとって不可能であつて意味をなさない。⁽¹⁸⁾むしろ、追完の問題は、特定物売買と種類売買についても、そして、売買契約と請負契約についても、異なるものであり、それゆえ、それぞれにおいて異なる規律であつても正当化され得る。⁽¹⁹⁾

イ 追完請求権を認める基礎にある法現実の認識

また、債務法改正委員会は、「瑕疵ある物の引渡しの場合には、買主の法意識において中心を占めるのは追完請求権である。買主は、瑕疵ある売買目的物が修理され又は交換されることを期待する。とりわけ、瑕疵除去請求権を欠くことは、複雑に構成された技術的製品の売買の場合における今日の実情を顧慮していない。」とし、買主の追完請求権の規定は「現行法を再び法現実に近いものである。なぜなら、買主は、瑕疵が発生した場合には、通常、契約の解除又は売買代金の減額ではなく、修理又は交換を望むからである。」とする。⁽²⁰⁾

これに対して、フルーメは、どのような法現実についての確認が、この言明の基礎にあるのかは明らかではないとして、債務法改正委員会の基礎とする法現実の認識を問題視している。⁽²¹⁾

3 討議草案から債務法現代化法まで

以上のような批判が存在していたにもかかわらず、債務法改正に関する議論は、改正が現実のものとなるのはまだ先のことを考えられていたこともあってか、債務法改正委員会の最終報告書の公表後しばらくの間は下火となっていた。しかし、その議論は、二〇〇〇年八月四日に連邦司法省が債務法現代化法の討議草案を公表したことを契機として再燃することとなる。連邦司法省は、一連の主要なEU指令を国内法化する期限が迫っていたことを好機として、EU指令の国内法化と同時に——EU指令の要請にかかる規律を民法典に組み込む形で——債務法改正を実現しようと動いたのである。

（1）消費用動産売買指令と討議草案

そうしたEU指令の中で、本稿との関係で最も重要であるのは、消費用動産売買指令⁽¹⁶⁾である。討議草案から債務法現代化法に至るまで、そこでの買主の追完請求権の規律内容は、上述した債務法改正委員会の提案を基礎におきつつも、この消費用動産売買指令の要請に大きく方向付けられることとなった。

ア 消費用動産売買指令とその国内法化の要請

消費用動産売買指令は、域内市場における消費者保護の最低水準を担保するために、消費用動産売買に関する加盟国の国内法を調整することを目的とするものである（同指令一条一項）。

そして、同指令は、買主（消費者）の追完請求権に関しても、次のような内容の規律を国内法化することを要請している。

消費用動産売買指令三条（消費者の権利）

- (1) 売主は、消費者に対して、消費用動産の引渡しの時点で存在するあらゆる契約不適合について責任を負う。

(2) 契約不適合がある場合、消費者は、三項の基準に従い修補又は代物給付によって消費動産の契約に適合する状態を無償で実現することを求める請求権もしくは五項および六項の基準に従い売買代金の相応の減額または当該消費動産に関する契約の解消を求める請求権を有する。

(3) 消費者は、まず、売主に対して、無償での修補又は無償での代物給付を請求することができる。ただし、それが不能又は過分である場合にはこの限りでない。

ある措置が過分であるとみなされるのは、その措置が、次の事情を考慮して、他の代替措置と比較して売主に期待できない費用をもたらす場合である。

― 契約不適合がなかったならば消費動産が有していたであろう価値、

― 契約不適合の重要性、

― 消費者に著しい不便を与えることなく他の代替措置をおこなうことができるかという問題。

修補又は代物給付は、相当期間内にかつ消費者に著しい不便を与えることなく行われなければならない。その際には、消費動産の種類ならびに消費者が当該消費動産を必要とする目的が顧慮されなければならない。

(4) 二項および三項における「無償」の概念は、消費動産の契約に適合する状態を実現するために必要な費用、とりわけ、送付費、労務費および材料費を含む。

(5) 消費者は、次に掲げる場合には、売買代金の相応の減額又は契約の解消を請求することができる。

― 消費者が修補請求権も代物請求権も有しない場合、

― 売主が相当期間内に措置を行わなかった場合、

― 売主が消費者に著しい不便を与えることなく措置を行わなかった場合。

- (6) 軽微な契約不適合の場合には、消費者は、契約の解消を求める請求権を有しない。

イ 討議草案における追完請求権の規律

(ア) 討議草案における買主の追完請求権の提案

討議草案においても、債務法改正委員会の提案を承継して、売主の瑕疵なき物の給付義務およびそれを基礎とする買主の追完請求権が認められるべきものとされている。もともと、討議草案においては、以上のような消費行動産売買指令の要請に対応すべく、債務法改正委員会の提案とは部分的に異なり、次のような提案がされることとなった。

B G B 討議草案四三七条（追完）

- (1) 物に瑕疵がある場合、買主は、追完として、その選択により、瑕疵の除去又は瑕疵なき物の引渡しを請求することができる。
- (2) 売主は、追完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。
- (3) 売主は、買主によって選択された追完の種類を、それが過分の費用をもつてのみ可能である場合には、拒絶することができる。その際には、とりわけ、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重要性および買主に著しい不利益を与えることなく他の形式の追完をおこなうことができるかという問題が、顧慮されなければならない。
- (4) 売主が、追完の目的で瑕疵なき物を引き渡す場合、売主は、買主に対して、瑕疵ある物の返還を、三、四、六条ないし三、四、八条の基準に従って、請求することができる。

(イ) 買主の追完請求権の具体的規律内容

このような討議草案における買主の追完請求権の具体的規律内容は、次のような特徴を有する。

a 追完請求権の内容

買主の追完請求権の内容としては、債務法改正委員会の提案におけるのと同様に、修補と代物給付が挙げられている。もともと、U・フーバーの提案とも債務法改正委員会の提案とも異なり、代物請求権については、その文言上、種類売買にも代替物の売買にも限定されないものとなっている。

b 追完方法の選択権

債務法改正委員会の提案と異なり、追完方法（修補と代物給付）についての選択権は買主が有するものとされている。

これは、代物給付と修補との間の選択権を明示的に消費者（買主）に与える消費行動産売買指令三条三項一文に従うものである。しかし、買主にこの選択権を認めることは、消費者保護にとどまるものではなく、次のような理由から、あらゆる売買について適用される一般的規定にふさわしい内容であるとされている。

すなわち、瑕疵ある物の引渡しによつて自らの売買契約に基づく義務に違反したのは、売主である。確かに、瑕疵なき物を取得することは、売主がどのようにしてそれを達成するかにかかわらず、買主の利益に対応する。しかし、売主の義務違反がなければ、買主は瑕疵なき物をすでに引き渡されて取得していたはずである。契約が予定されたように展開されなかったということをもたらししたのは、売主の義務違反である。その場合には、どのような方法で瑕疵なき物の引渡しという契約目的が達成されるのかということをまずは買主に決定させることが正当である。例えば、買主が信頼できない売主による修補の試みにどれだけ応じようとするかは、買主の評価に委ねられるべきであるという⁽¹⁹⁾。

他方で、買主による選択権の濫用に対しては、売主は、三項による追完拒絶権によつて十分に保護されると

されている。⁽¹⁸⁾

c 追完の費用負担

債務法改正委員会の提案と同様に、追完の目的のために必要な費用は、売主が負担するものとされている。これは、消費用動産売買指令三条四項に対応するとされている。⁽¹⁹⁾

d 売主の追完拒絶権

債務法改正委員会の提案と同様に、売主は、追完が過分の費用をもつてのみ可能である場合には追完拒絶権を有するとされる。これは、不能の場合に追完拒絶権を認める討議草案二七五条⁽²⁰⁾とともに、消費用動産売買指令三条三項一文に対応する。しかし、このことは、買主の利益状況によると、追完のために売主に過分の努力が必要とされる場合まで買主に追完請求権を認めることは要請されないという理由に基づく。したがって、これは、消費者売買を超えて一般的に妥当するとされている。⁽²¹⁾ もっとも、売主は、「買主によって選択された追完」を拒絶することができるとされ、売主の拒絶権は、——買主の追完請求権全体ではなく——買主によって要求された追完の種類（修補又は代物給付）に関係づけられるものとされている。⁽²²⁾

また、消費用動産売買指令三条三項二文に対応して、追完の過分性を判断する際に顧慮されるべき事情が例示的に列举されている。⁽²³⁾

(2) 討議草案に対する批判——追完方法に関する買主の選択権

討議草案の公表の後、討議草案に対しては、EU指令の国内法化と同時に債務法改正を行うこと自体に対する批判を含め、その内容についても多くの批判が投げかけられた。そして、以上のような買主の追完請求権の規律に対しては、とりわけ、追完方法の選択権を買主に与えることについて、ツィンマー（Daniel Zimmer）⁽²⁴⁾が次の

ような批判をおこなった。

討議草案は、買主に対して修補と代物給付との間の選択権を認める。これは、修補と代物給付間の選択を売主に委ねていたU・フーバーおよび債務法改正委員会の草案から離れるものである。買主がそのような選択権を有すべきことは、消費動産売買指令に由来する。しかし、ツインマーによれば、買主の選択権は実質的に正当化されるものではない。適切な利益調整は、代物給付と修補間の選択が原則として売主に委ねられることで行われるとされる⁽¹⁸⁾。

確かに、こうした買主の選択権を、消費動産売買を超えてあらゆる売買に拡張することは、追完請求を受けた売主がその前主である売主に追完請求を行うという求償事例の問題を回避する一つの方法である。しかし、立法者は、この目的を、消費動産売買の場合ならびにそうした消費動産売買からその供給者へとさかのぼって追完請求がされる場合にのみ、選択権を買主に認め、他の全ての売買においては売主に選択権を認めることによっても達成できたはずであるという⁽¹⁹⁾。

もつとも、こうした買主の選択権にどのような意義が認められるのかということは、実質的には、討議草案四三七条三項の例外規定にかかるとなると指摘している⁽²⁰⁾。

(3) 政府草案から債務法現代化法まで

その後、討議草案に対する数多くの批判を受け、連邦司法省は、討議草案の欠陥を修正するために給付障害法委員会を組織した。そして、給付障害法委員会の報告に基づいて、二〇〇一年三月六日に討議草案の整理案が、同年五月九日に政府草案が作成・公表されるに至った。

ア 政府草案における追完請求権の規律

以上のような討議草案に対する批判があつたにもかかわらず、買主の追完請求権については、政府草案においても、基本的に討議草案と同様の規律が維持されている。したがって、実質的には、討議草案における規律内容が政府草案に承継され、それが次にみるような立法手続を経て、債務法現代化法に結実することになった。

イ 修補請求権の限界に関する連邦参議院の意見表明

その後の政府草案の審議過程においては、連邦参議院により、売主の追完拒絶権に関する次の点の検討が要請された。⁽¹⁹⁾ すなわち、政府草案理由書においては、修補の形式での追完がとりわけ修理設備を有しない商人に不当な負担となりうるとされているが、これが本当にそうなのかということである。

連邦参議院の理解によれば、商人が修理設備を有しない場合には、個々のケースによっては、修補が過分の費用を要することになる可能性がある。しかし、それは、常にそうでなければならないわけではない。例えば、自己の修理設備を有さない中古車の商人にも修補は期待可能である。なぜなら、外部の事業者の修理設備で修補する場合にかかる費用は、経営学的に (betriebswirtschaftlich)、自己の修理設備で修補する場合よりも高くなることはないからであるという。

ウ 連邦政府の応答

このような連邦参議院の意見表明に対して、連邦政府は次のように応答した。⁽²⁰⁾

連邦政府は、政府草案四三九条三項一文による売主の追完拒絶の抗弁の要件について、連邦参議院の理解に従うものである。政府草案理由書から明らかにされるのは、自己の修理設備を有さない商人の場合には、商人が自ら修理可能である場合よりも、「過分の費用」が認められやすいということのみである。結局のところ、BGB政府草案四三九条三項一文の適用は、常に個別ケースの問題であるという。

エ 債務法現代化法の成立

以上のような経緯により、債務法現代化法は成立するに至った。⁽¹⁹⁾これにより、最終的に、買主の追完請求権については、次のような規定が設けられることとなった。

BGB新規定四三七条（瑕疵がある場合の買主の権利）

物に瑕疵がある場合、買主は、次に掲げる規定の要件が備わり、かつ、異なる定めがない限り、次のことを行うことができる。

1. 四三九条により追完を請求すること、
2. 3. 略

BGB新規定四三九条（追完）

- (1) 買主は、追完として、その選択により、瑕疵の除去又は瑕疵なき物の引渡しを請求することができる。
- (2) 売主は、追完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ぬ。

(3) 売主は、買主によって選択された種類の追完を、二七五条二項および三項の適用を妨げることなく、それが過分の費用をもつてのみ可能である場合には、拒絶することができる。その際には、とりわけ、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重要性および買主に著しい不利益を与えることなく他の形式の追完をおこなうことができるかという問題が、顧慮されなければならない。この場合において、買主の請求権は、他の種類の追完に制限される。この場合においても、当該他の種類の追完を一文の要件のもとで拒絶する売主の権利は妨げられない。

(4) 売主が、追完の目的で瑕疵なき物を引き渡す場合、売主は、買主に対して、瑕疵ある物の返還を、三四六条ないし三四八条の基準に従って、請求することができる。

4 小 括

本節では、買主の追完請求権の法定を導いた債務法改正作業における議論について、主として、どのような考慮に基づいて買主の追完請求権が法定されたのかという観点から、議論の概観を行ってきた。

（１）買主の追完請求権の基礎

それによると、まず、買主の追完請求権の法定は、前章で取り上げたような学説の議論を基礎として、Ｕ・フーバーおよび債務法改正委員会によって提案されたものであった。しかし、その後、買主の追完請求権の法定は、消費動産売買指令によっても要請されることとなった。そのため、買主の追完請求権の規律内容は、この消費動産売買指令の要請に大きく方向付けられることとなった。もともと、ここでは、指令の要請する規律内容が、消費者売買に限定されるのではなく、売買一般に妥当するものであるかどうか意識的に議論されていた。その結果として、Ｕ・フーバーや債務法改正委員会が売買一般に関して買主の追完請求権の法定を提案する際に基礎に置いていた考慮は、その具体的規律内容において部分的に変更を受けつつも、基本的には、債務法現代化法においても維持されたとみることができる。

そして、そうした買主の追完請求権の法定の際に基礎に置かれていた考慮は、以上でみたところによれば、次のようにまとめることができる。

ア 売買契約の典型とその特徴

第一は、ＢＧＢ旧規定において基礎にされていたのとは異なり、工業上の技術的製品の売買が、売買契約の典型として想定されたということである。

B G B旧規定の規律が基礎にしていたのは不代替物の特定物売買、原材料および地方生産物の売買であった。それに対して、今日においては、種類売買が特定物売買よりも優位を獲得し、また、種類売買については、技術的製品の売買が、原材料および地方生産物の売買よりも優位を獲得し、それによって売買契約と請負契約との関係が変化した。そして、そのような工業上の技術的製品の売買においては、瑕疵ある物を取得した買主の利益は、たいていの場合には修補又は他の同種の物の引渡しによって満足されうると考えられた。

逆に、修補が問題とならないような不代替物の特定物売買が売買契約の典型として想定されていたとすれば、前章で検討したB G B旧規定のもとでの議論から分かるように、売買契約の原則的規律として買主の追完請求権を認めることは、おそらく正当化されなかったであろう。

このように、法の基礎にある売買契約の典型が、B G B旧規定の基礎にあったものから変化したという理解が、買主の追完請求権を認める際の基礎に置かれているとみることができる。このことが重要なポイントとなることは、H・H・ヤーコプスが、その批判において、こうした売買契約の典型の観念を問題としていたことから裏付けられるだろう。

また、債務法改正委員会が、そのような売買契約の典型としての工業上の技術的製品の売買の特徴として、次の二つの点を指摘していたことも確認しておく必要がある。

(ア) 瑕疵の事後的発現と著しい結果損害の可能性

まず、そのような売買においては、売買目的物が技術的に複雑であるため、瑕疵を交付の際に確認することが難しく、その瑕疵が後になって発現し、著しい結果損害がもたらされうることである。

(イ) 修補に対する買主の特別の利益の存在

また、そうした売買においては、買主がその物を保持しようとして修理を望むことから、代物給付では買主

の利益に相応しないことがしばしばあることも指摘されていた。例えば、機械の買主にとって、その機械がすでに固定的に据え付けられているときは、その場所での修理のみが役に立つとされている。

イ 売主自身の修補能力の非重要性

第二は、売主は単なる商人であっても修補設備や知識を有する製造者や外部の修理業者との連絡関係を有しているという社会構造に鑑みて、もはや売主自身の修補能力は問題とされなくなったということである。むしろ、売主は買主よりも容易に修理のできる者にアクセス・連絡が可能であり、売主に修補義務を課す方が目的物の修補を実現するための費用が少なくて済むことから、売主に修補義務を課すことが正当化されているとみることができる。その結果、売主自身の修補能力は、売主の追完拒絶権が例外的に認められる場合に考慮される事情の一つにすぎないとされることとなった。

（2）買主の追完請求権の具体的規律内容

以上のように買主の追完請求権の基礎にある考慮は債務法改正作業を通じて維持されていたとしても、買主の追完請求権の具体的規律内容、とりわけ、追完方法の選択権と代物請求の要件に関しては、次のように顕著な変更があった。

ア 修補と代物給付間の追完方法の選択権

まず、修補と代物給付間の追完方法の選択権は、U・フーパーおよび債務法改正委員会の提案においては売主に認められていたのに対して、討議草案以降は、買主に認められることになった。

これらのうち、追完方法の選択権を売主に認める提案では、買主は瑕疵なき物を取得する権利を有するとしても、いずれの方法でも買主は契約により取得すべき物を取得することになるのであるから、売主がどのようにこ

の義務を履行するかは売主の問題であるという考え方がその基礎におかれていた。

それに対して、追完方法の選択権を買主に認める提案では、買主が瑕疵なき物を取得することができなかったのは売主の義務違反によるのだから、どのような方法であれば瑕疵なき物の引渡しという契約目的が達成できるかということの決定をまずは買主に委ねることが正当であるという考え方がその基礎におかれていた。

イ 代物請求の要件

また、代物請求に関しては、U・フーバーの提案では、種類売買においてのみ認められていたのに対して、債務法改正委員会の提案では、代替物を目的物とする売買においてのみ認められるものとされ、討議草案以降は文言上一切の制限がなくなった。

これらのうち、種類売買においてのみ代物請求を認めるU・フーバーの提案は、次のような考慮に基づくものとみられる。すなわち、特定物売買の場合には、売主の給付義務は、はじめから売却された物に制限されており、売却された物以外のすべての物は、はじめから契約上義務付けられた状態をもたらすのに適さない。したがって、代替物について特定物売買が行われた場合でも、そのような特定物売買の性質上、代物請求は認められないというわけである。⁽⁵⁵⁾このような理由から、ここでは、売買契約の典型が工業上の技術的製品の売買と想定されつつも、なお、特定物売買と種類売買とが区別され、代物請求の可否の規律がこの区別と結び付けられている。

これに対して、代替物の売買において代物請求を認める債務法改正委員会の提案は、代替物の売買の場合であれば（それが特定物売買の場合であっても）、瑕疵なき物を取得するという買主の利益は、他の同種の物の引渡しによっても満足されうるとい考え方に基づくものとみられる。そのため、ここでは、売買契約の典型を工業上の技術的製品の売買と想定する点では、U・フーバーの提案と共通するものの、U・フーバーの提案とは異なり、代物請求の可否の規律において、特定物売買と種類売買を区別するということは行われていない。

しかし、以上に対して、文言上何らの制限なく買主の代物請求を認める討議草案においては、債務法改正委員会の提案の文言と異なることについての実質的根拠が明らかにされておらず、これがどのような考え方に基づくものであるかは必ずしも明確ではない。そのこともあって、買主の代物請求の可否・要件をめぐっては、次節でみるように大きな論争が呼び起こされることになった。

このように買主の追完請求権の具体的規律内容については、法律において明示的な規律が設けられている部分もあるものの、そうでない部分も多く、これについては、その解釈をめぐって債務法改正後に激しい議論がされることとなった。次節では、そのようなBGB新規定のもとの買主の追完請求権の具体的な規律内容をめぐる議論をみていくことにしよう。

第二節 BGB新規定のもとの買主の追完請求権

以上のような経緯で成立した債務法現代化法によって、買主の追完請求権は、ドイツ民法典に明示的に規定されることとなった。しかし、そうした買主の追完請求権の具体的な規律内容については、なお不明確な部分も残されており、その点をめぐって現在に至るまで激しい議論が行われている。

以下では、まず、議論の前提として、債務法現代化法によって改められた売買における物の瑕疵責任の規律の全体像を概観し、BGB新規定における買主の追完請求権の規律内容を確認する。そのうえで、買主の追完請求権の具体的規律内容をめぐる問題についての議論をみていくことにしたい。

1 BGB新規定による物の瑕疵責任の規律

債務法現代化法によって、BGB新規定における物の瑕疵責任の規律は、次のようなものとなった。⁽¹⁸⁾

(1) 売主の給付義務

まず、BGB新規定においては、「売主は、買主に、物の瑕疵および権利の瑕疵なき物を取得させなければならない」とされ(BGB新規定四三三条一項二文)、BGB旧規定におけるのは異なり、特定物売買においても種類売買においても、また、物の瑕疵と権利の瑕疵を問わず、売主は瑕疵なき物の給付義務を負うこととされた。⁽¹⁹⁾すなわち、売主の給付義務は、売買目的物を買主に引き渡し、その所有権を移転すること(BGB新規定四三三条一項一文)だけでなく、その売買目的物に瑕疵のないことにまで及ぶこととなった。

(2) 売買目的物に瑕疵がある場合の売主の責任の概観

これにより、買主に瑕疵ある物が引き渡された場合、それは売主の義務違反となる。そして、その場合、買主は、それぞれ一定の要件のもとで、次のような権利を有するものとされている。⁽²⁰⁾

ア 追完請求権

まず、買主は、BGB新規定四三九条による追完請求権(Nachbesserungsanspruch)を有するものとされる。これは、売主が瑕疵について責めに帰すべきであるかどうかに関わりなく認められるものとされている。⁽²¹⁾その具体的内容については、後に詳しく取り上げる。

イ 解除権ないし減額権

また、買主は、BGB新規定三二三条および三二六条五項による契約の解除権(Rücktrittsrecht)⁽²²⁾ないしBGB新規定四四一条による売買代金の減額権(Minderungsrecht)⁽²³⁾を有するものとされている。

ここでは、瑕疵ある物の引渡しが生じた場合の買主の義務違反とされることから、BGB旧規定における瑕疵担保解除(B

ＧＢ旧規定四六二条）とは異なっており、解除権は、一般給付障害法の規定により、売主の義務違反（契約違反）を基礎として認められるものとされている。それによって、契約全部の解除については、瑕疵（契約違反）が重大であることが要件とされる（ＢＧＢ新規定三二三条五項二文）。

そして、これらの権利は、原則として、買主が追完のための相当期間を設定し、それが徒過した場合にはじめて行使することができる（ＢＧＢ新規定三二三条一項、四四一条）。

ウ 損害賠償請求権ないし費用賠償請求権

最後に、買主は、ＢＧＢ新規定二八〇条、二八一条、二八三条および三一一条による損害賠償請求権（Schadensersatzanspruch）⁽³⁰⁾ないしＢＧＢ新規定二八四条による費用賠償請求権（Aufwendungsersatzanspruch）⁽³¹⁾を有するものとされている。

ここでも、瑕疵ある物の引渡しが売主の義務違反であるとされることから、損害賠償請求権は、一般給付障害法の規定により、売主の義務違反を基礎として認められるものとされている。したがって、ＢＧＢ旧規定では、瑕疵についての売主の悪意又は売主による性質保証が不履行に基づく損害賠償請求権の要件とされていたのに対し（ＢＧＢ旧規定四六三条）、そのような売主の悪意や性質保証はもはや損害賠償請求権の要件ではなく、それに代わって、売主が瑕疵（＝義務違反）について責めに帰すべきであることが損害賠償請求権の要件とされることとなった（ＢＧＢ新規定二八〇条一項）。

そして、これらのうち、給付に代わる損害賠償請求権および費用賠償請求権は、解除権および減額権と同様に、原則として、買主が追完のための相当期間を設定し、それが徒過した場合にはじめて行使することができる（ＢＧＢ新規定二八一条二項、二八四条）。

(3) 買主の追完請求権

以上のような買主の権利のうち、買主の追完請求権については、具体的に次のような規律がされている。

ア 追完方法と買主の選択権

買主が追完として売主に対して請求できるのは、瑕疵の除去（修補）又は瑕疵なき物の引渡し（代物給付）である。そして、追完方法を修補とするか代物給付とするかの選択権は、買主が有するものとされている（BGB新規定四三九条一項⁽²⁰⁾）。

イ 売主の費用負担

追完の目的のために必要な費用は、売主が負担するものとされている。その例として、運送費、交通費、労務費及び材料費が挙げられている（BGB新規定四三九条二項）。

ウ 売主の追完拒絶権

(ア) 「過分の費用」に基づく売主の追完拒絶権

売主は、買主が選択した種類の追完を、それが過分の費用をもつてのみ可能である場合には、拒絶することができるとされている（BGB新規定四三九条三項一文）。すなわち、売主には、買主によって選択された種類の追完（修補又は代物給付）について、追完の過分性（「過分の費用（*unverhältnismäßige Kosten*）」に基づく追完拒絶権が認められている⁽²⁰⁾）。

(イ) 給付請求権の排除に関する一般規定であるBGB新規定二七五条との関係

こうした「過分の費用」に基づく売主の追完拒絶権と一般的な給付請求権の排除に関するBGB新規定二七五条との関係は次のようなものであるとされている⁽²⁰⁾。

a BGB新規定二七五条一項との関係

追完が不能である場合には、「給付請求権は、それが債務者又はあらゆる者にとって不能である限りで、排除される」とするBGB新規定二七五条一項によって、追完請求権は排除される⁽²⁰⁾。

b BGB新規定二七五条二項との関係

追完の不能が存在しない場合でも、追完に著しい費用が必要である場合には、「債務者は、給付が、債務関係の内容及び信義誠実の原則の顧慮のもとで、債権者の給付利益に対して著しく不均衡を来たす費用を必要とする限り、給付を拒絶することができる」とするBGB新規定二七五条二項の給付拒絶権が問題となる。しかし、この給付拒絶権は、BGB新規定二七五条一項による不能にほぼ等しいような特別の例外事例においてのみ問題となるものとされる⁽²⁰⁾。これに対して、BGB新規定四三九条三項一文による追完拒絶権は、このBGB新規定二七五条二項における一般的な法思想の売買法における特別の形態であって、売主の抗弁の基礎づけに關してBGB新規定二七五条二項よりも緩やかな基準（niedrigere Schwelle）を定めたものとされている⁽²⁰⁾。

（ウ）過分性の判断基準

追完の過分性の評価の際に顧慮されるべき事情として、例示的に、①瑕疵のない状態における物の価値、②瑕疵の重要性、③買主に著しい不利益を与えることなく他の形式の追完をおこなうことができるかという三つが挙げられている（BGB新規定四三九条三項二文）。

そして、ここでの過分性の判断においては、一般に、次のような二つの種類の過分性を区別すべきであるとされている⁽²⁰⁾。

a 絶対的過分性

第一に問題となるのは、買主によって選択された種類の追完がそれ自体として「過分の費用」をもたらすとされる場合である。これは、絶対的過分性（absolute Unverhältnismäßigkeit）と呼ばれる。この絶対的過分性は、

買主の追完に対する利益と売主の追完に必要な費用とを比較することによって判断される。⁽²⁰⁾

絶対的過分性においては、先に挙げた三つの事情のうち、①瑕疵のない状態における物の価値および②瑕疵の重要性が考慮されることとなる。

b 相対的過分性

第二に問題となるのは、買主によって選択された種類の追完が他の種類の追完と比較して「過分の費用」をもたらすとされる場合である。これは、相対的過分性 (relative Unverhältnismäßigkeit) と呼ばれる。この相対的過分性は、買主の選択した種類の追完と他の種類の追完のいずれについても絶対的過分性が認められない場合に問題となり、両者の種類の追完に必要な費用を相互に比較することによって判断される。

相対的過分性においては、先に挙げた三つの事情のうち、③買主に著しい不利益を与えることなく他の形式の追完をおこなうことができるかという問題が考慮される。

エ 代物請求の場合の瑕疵ある物の返還

売主が追完の目的で瑕疵なき物を引き渡す場合、売主は、買主に対して、解除に関する規定 (BGB新規定三四六条ないし三四八条)⁽²¹⁾に従って、次のように、引き渡された瑕疵ある物の返還を請求することができる (BGB新規定四三九条四項)。

(ア) 瑕疵ある物の返還

まず、買主は、引き渡された瑕疵ある物を返還しなければならない。そして、この買主の返還義務は、売主の瑕疵なき物の引渡義務と同時履行の関係にあるとされている (BGB新規定三四八条参照)。

また、例えば、その物が滅失、損傷したために、買主が引き渡された物を返還することができない場合には、買主は、瑕疵ある物の返還に代えて価値補償義務を負う (BGB新規定三四六条二項参照)。

（イ）収益の返還

買主は、BGB新規定三四六条一項に従い、瑕疵ある物の返還に加えて、瑕疵ある物から取得された収益（*Nutzungen*）をも返還しなければならないとされる。そして、ここでの収益には、瑕疵ある物の使用利益も含まれる（BGB一〇〇条）⁽⁴³⁾。

こうした買主の収益返還義務が認められるのは、次のような考慮に基づくものである。すなわち、買主が追完によって新たな物を取得する一方で、瑕疵ある物を、返還までの期間、無償で使用することができる⁽⁴⁴⁾とすると、買主は瑕疵があることから利益を取得しうることになってしまい、相当ではないとされる⁽⁴⁵⁾。もともと、収益返還が意味を有するのは、いづれにしても、買主がその物を瑕疵があるにもかかわらずなお使用することができる場合であるとされている⁽⁴⁶⁾。

オ 買主の追完請求権の消滅時効

買主の追完請求権は、原則として、目的物の交付から二年の短期消滅時効⁽⁴⁷⁾にかかるものとされている（BGB新規定四三八条一項三号、二項）⁽⁴⁸⁾。これは、消費用動産売買指令の要請に対応するものとされている⁽⁴⁹⁾。もともと、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合には、通常の消滅時効にかかるものとされている（BGB新規定四三八条三項）。

2 買主の追完請求権の具体的規律内容をめぐる問題

以上のように、買主の追完請求権については、BGB新規定によってその具体的内容が規律されているが、それでもなお不明確な部分も残されており、その点について現在に至るまで激しい議論が展開されている。以下では、そのような議論を取り上げ、追完請求権の具体的規律内容がどのような要因を考慮して確定されているかという点

を検討することにした。

(1) 追完請求権の法的性質

まず、BGB新規定によると追完請求権がいかなる法的性質を有するものとしてとらえられるか——とくに本来的履行請求権に対してどのように位置づけられるか——が問題とされている。こうした追完請求権の法的性質は、追完請求権の具体的規律内容を一義的に確定させるものでは必ずしもないものの、後に詳しくみるように、個々の追完請求権の具体的規律内容を解釈論上基礎づけるための手がかりの一つとされている。これについては、次の二つの見解が主張されている。

ア 修正された本来的履行請求権説

支配的見解によれば、買主の追完請求権は、修正された本来的履行請求権 (modifizierte Form des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs) であるといわれる⁽¹⁹⁾。

(ア) 根拠

その根拠は、BGB新規定四三三条一項二文により、一般的に、売主の瑕疵なき物の給付義務が認められたということに求められている。すなわち、この規定により、買主には、瑕疵なき物の引渡しについての本来的履行請求権が認められる。そして、売主が瑕疵ある物を引き渡しても、売主の瑕疵なき物の給付義務は履行されたことにならない。その結果、瑕疵ある物が引き渡された場合でも、買主の本来的履行請求権は履行によって消滅することなく存続することになるとされる。

もっとも、買主の追完請求権については、例えば、その給付内容、売主の給付拒絶権、消滅時効等において、本来的履行請求権とは異なる特別の規律がされている。そのため、本来的履行請求権が修正を受けたものであ

るとされる。

（イ） 帰 結

以上のように追完請求権が修正された本来の履行請求権の性質を有するということから、一般に、次の二つの解釈論的帰結が導き出されている⁽²⁰⁾。もつとも、このことから、それ以上の帰結が導き出されるかどうかについては、後にもるように争いがある。

a 契約不履行の抗弁

まず、追完請求権が修正された本来の履行請求権の性質を有することから、追完請求権は、本来の履行請求権と同様に、売主の代金支払請求権と牽連関係にあることになる。したがって、売主が追完義務を履行しない限りで、買主は、契約不履行の抗弁（BGB三二〇条）により、売買代金を支払わないでおくことができる。

b 追完請求権の要件としての売主の帰責事由の不要性

また、追完請求権は、本来の履行請求権と同様に、売主の責めに帰すべき事由の有無に関わりなく認められるものであるとされる。

イ 第二次的請求権説

これに対して、買主の追完請求権は、第二次的請求権（Sekundäranspruch）であるとする見解が、ベルガー（Christian Berger）によつて主張されている。

それによると、追完請求権の内容が当初合意された給付とは異なること、売主がBGB新規定四三九条三項による「過分の費用」を理由とする給付拒絶の抗弁を主張できることを理由に、買主の追完請求権は、第一次的な本来の履行請求権とは異なる第二次的請求権であるとされる⁽²¹⁾。買主の追完請求権は、本来の履行請求権の性質を有するというよりも、むしろ、第一次的な本来の履行請求権が尽きたところで問題となる損害賠償請求権や代償

請求権のような第二次的請求権の性質を有するというわけである。

もつとも、ベルガーも、支配的見解と同様に、追完請求権が売主の帰責事由を要件とするものではないとし、また、契約不履行の抗弁も認められるとしている⁽²⁰⁾。したがって、ベルガーが主眼としているのは、そのような帰結の当否ではなく、むしろ、追完請求権が、物の瑕疵に対する法律上の対応として、当初合意された給付を超える内容を有しうることであるといえよう⁽²¹⁾。

ウ 追完請求権の法的性質論における議論の焦点

(ア) 買主の追完請求権における二つの側面

以上のような買主の追完請求権の法的性質の議論からは、買主の追完請求権が次の二つの側面を有すると考えられていることが分かる。

a 本来の履行請求権との同質性

一方で、追完請求権は、本来の履行請求権と同じ性質をもつという側面があると考えられている。これは、瑕疵ある物の引渡しによつては、売主の瑕疵なき物の給付義務がいまだ履行されていないという点に着目したものである。そして、追完請求権と本来の履行請求権は、いずれも買主に瑕疵なき物を取得させるといふ給付結果の実現を目的とする点で同一であるとされる⁽²²⁾。

b 本来の履行請求権との異質性

他方で、追完請求権は、本来の履行請求権とは性質を異にする側面もあると考えられている。追完請求権が「修正された」本来の履行請求権とされたり、「第二次的」請求権とされたりするのは、こうした側面に基づくものである。これは、追完請求権の具体的規律内容が本来の履行請求権のそれと異なる部分があるという点に着目したものである⁽²³⁾。

（イ）法律上明文で規定された追完請求権と本来的履行請求権との相違点

このように、追完請求権は、いずれの見解においても、本来的履行請求権との同質性と異質性という二つの側面を有するものと理解されたとみることができる。⁽²⁰⁾そして、追完請求権と本来的履行請求権との異質性を示すものとしては、一般に、請求権の目的である給付内容（および追完方法に関する買主の選択権）、売主の追完拒絶権、消滅時効が挙げられている。⁽²¹⁾これらは、すでにみたように法律において明示的に規律されているものである。

これらの点についての追完請求権と本来的履行請求権との相違は、学説において、それぞれ次のように説明されている。⁽²²⁾

a 給付内容と追完方法に関する買主の選択権

本来的履行請求権においては、その目的である給付内容は瑕疵なき物の引渡しであり、売主がそれをどのように履行するかは、売主の問題である。追完請求権におけるような選択権が買主に認められるわけではない。⁽²³⁾

それに対して、追完請求権においては、その目的である給付内容は修補又は代物給付とされ、買主に追完方法に関する選択権が認められている。その結果、買主が修補を選択した場合には、売主は、本来的給付におけるのと全く異なる措置を行わなければならない。すなわち、売主は、物の瑕疵を修理の方法で除去し又はこれを第三者に委託しなければならないことになる。このような瑕疵の除去は、ほとんど売買契約の性質をもつものではなく、むしろ請負契約の性質を有するものとされる。⁽²⁴⁾また、後で詳しくみるように、特定物売買の場合にも代物給付の方法での追完請求権が認められるという立場をとる場合には、売主は、追完請求権の局面において、当初義務付けられた物とは異なる物の引渡義務を負うことになる。⁽²⁵⁾

このように、追完請求権においては、本来的履行請求権と比較して、給付内容に変更が生じるとともに、追

完方法の選択権が買主に付与されることになる。このように（給付内容が修補又は代物給付に変更されることを前提に）追完方法の選択権が買主に認められる根拠として、カナーリス（Claus-Wilhelm Canaris）は、次のような修補に対する買主の利益を挙げている。すなわち、追完請求権が問題となる局面では、（契約に適合したものでないとしても）売主はすでに給付を行い、買主はその給付を受領したのであり、その結果、買主は、その物を保持して瑕疵の修補を請求することについて保護に値する利益を有する。なぜなら、買主がその物を（例えば、その物の取付けによつて）すでに自らの営業の一部に組み入れていたということや、代物給付の場合に負うことになる不利益（例えば、待機期間）と比べると、その瑕疵を甘受したほうが買主にとつての負担が少ないという可能性があるからであるとされる。ここでは、すでに引き渡された目的物を保持して安定的に利用するという（本来的履行請求権の局面では考慮されることのなかった）買主の利益が、追完請求権においては保護の対象とされているとみることができる。

b 売主の追完拒絶権

本来的履行請求権は、BGB新規定二七五条により、給付が不能である場合に排除され（一項）、給付が債権者の給付利益に比して著しく不均衡を来す費用を必要とする場合に債務者の給付拒絶権が認められる（二項）に過ぎない。

それに対して、追完請求権においては、それに加えて、買主によつて選択された種類の追完が「過分の費用」をもつてのみ可能である場合にも、売主の追完拒絶権が認められている。立法者の見解によれば、これは、売主の抗弁の基礎づけについてBGB新規定二七五条二項よりも緩やかな基準を定めるものであるとされている。したがって、買主の追完請求権は、本来的履行請求権よりも広範な制限を受けることになる。

このような制限の根拠を、カナーリスは次のように説明している。すなわち、追完請求権の局面においては、

売主は少なくとも履行の試みを行ったのであり、買主はこれを拒絶することなくその物を引き取っている。それゆえ、原則として、売主は、自らがこの契約の履行のために必要なことを行ったのであって、これについてはもはや何らの手段も講じる必要はないということから出発してよいとされる。⁽²⁸⁾ すなわち、ここでは、売主が履行の試みを行い、買主が目的物を受領したことによって、自らの義務が履行されたという信頼が売主に生じ、その信頼を保護するという観点から、売主の給付拒絶権の要件が緩和されるものと説明されているといえる。⁽²⁹⁾

c 消滅時効

追完請求権は、BGB新規定四三八条一項により、原則として、二年の消滅時効に服するのに対して、本来的履行請求権は、三年の一般的消滅時効に服する（BGB一九五条）。

こうした追完請求権の短期消滅時効の根拠として、カナリスは、次のような売主の利益を挙げている。すなわち、追完請求権の局面においては、売主は瑕疵があるとしても履行の試みを行ったのであり、買主はその物を拒絶しなかった。それを基礎として、瑕疵を知らない売主には、その取引が終局的に清算されたという信頼が生まれるとされる。⁽³⁰⁾ すなわち、ここでも、自らの義務が履行されたという売主の信頼を保護するという観点から、特別の短期消滅時効が妥当することが説明されている。

（ウ） 解釈論上争いのある追完請求権と本来的履行請求権との相違点

以上でみたところによれば、総じて、追完請求権と本来的履行請求権の規律内容の相違点は、本来的履行請求権の規律が瑕疵ある物の引渡しが行われた場合に問題となる当事者の利益を必ずしも十分に考慮したものではないことに基づくものといえる。⁽³¹⁾ 追完請求権においては、そのような本来的履行請求権の規律においては考慮の外に置かれた当事者の利益が、保護に値するものとして考慮に入れられることによって、本来的履行請求権とは異なる規律が定められているのである。

もつとも、以上のような法律において明示的に規律されている点のほかに、追完請求権が本来的履行請求権とどのような点で異なるのか、すなわち、本来的履行請求権がどのような点で「修正」を受けるのかということについては、必ずしも見解の一致がみられるわけではない。これについては、以下で、具体的問題に即してみていくことにしたい。

(2) 追完義務の履行場所

修補又は代物給付での追完がどの場所で履行されなければならないのかという追完義務の履行場所については、明文規定が存在していない。そのため、これについては、次のように、追完義務の履行場所が、本来的給付義務の履行場所であるのか、目的物の現在の存在場所であるのかが争われている。⁽²⁰⁾

ア 本来的履行場所説

一方で、追完義務の履行場所は、本来的給付義務の履行場所と同じであるという見解が主張されている。

例えば、M・ヤーコプス (Matthias Jacobs) は、追完請求権が修正された本来的履行請求権の性質を有することから、追完義務の履行場所は本来的給付義務の履行場所であるとする。⁽²¹⁾

また、カンドラー (Mandy Kandler) は、そのような追完請求権の法的性質に加えて、両当事者に追完義務の履行場所が予見可能となるということを根拠に、追完義務の履行場所は本来的給付義務の履行場所であるとする。⁽²²⁾ また、BGB新規定四三九条二項によって売主が追完の目的のために必要な費用を負担するとされることがから、追完義務の履行場所が目的物の現在の存在場所であるということが導き出されるわけではないという。なぜなら、そうした売主の費用負担義務と追完義務の履行場所は、全く別の問題であるからである。⁽²³⁾

もつとも、カンドラーによれば、この原則は、いずれにしても、その物が輸送困難であるか又はその物の取付

けがされたために輸送できない場合には、B G B 二四二条によって修正がされ、その場合には、履行場所は、常にその物の存在場所であるとされる⁽⁴⁰⁾。

イ 目的物の存在場所説

他方で、多数の見解によれば、追完義務の履行場所は、本来的給付義務の履行場所がどこであるかに関わりなく、売買目的物が現に存在している場所であるとされる⁽⁴¹⁾。

例えば、P・フーバー（Peter Huber）は、まず、B G B 新規定四三九条二項は義務付けられた追完の費用のみを売主に負担させるものであり、この規定自体から追完義務の履行場所が出てくるものではないとする。しかし、立法過程において、B G B 旧規定四七六 a 条二文——合意による修補請求権に関して買主によって目的物の輸送がされた場合には買主が増加費用を負担する旨を定めていた——が、B G B 新規定四三九条三項の追完拒絶権によって売主の保護が確保されることを理由に廃止された⁽⁴²⁾。このような経緯から、立法者は、追完がその物の現在の存在場所で行われるべきであり、かつ、売主がその費用を負担しなければならないことを出発点としていたのだとする⁽⁴³⁾。

また、マトウシエ・ベックマン（Annemarie Mausche-Beckmann）は、このことを、追完において買主に不利益を負わせないという法律の趣旨・目的から基礎づける。すなわち、売主は、買主に対して、はじめから瑕疵なき物を取得させなければならなかったのであり、それが義務違反によって実現しなかったという事情に基づいて、買主に不利益が生じることがあってはならない。買主は、不可避の不便のみを甘受すればよい。このような法律の趣旨・目的によると、追完は、買主のもで行われなければならないのだとする⁽⁴⁴⁾。

ヴェスターマン（Harm Peter Westermann）も、消費用動産売買指令三条三項三文が要請するように、追完は買主にとっての「著しい不便」なくして行われなければならないということを指摘する。例えば、すでに取り付け

られた物を著しい技術的費用とリスクをもって撤去することは買主に期待できず、その場合には、売主はその物の存在場所で修補をしなければならない。したがって、買主への代物給付および修理された物の返還については、本来の給付義務がどのように構成されていたのかということにかかわらず、売主の持参債務を出発点とすべきであるとする。⁽⁴⁶⁾

ウ 追完方法区別説

以上の見解に対して、追完義務の履行場所は、追完方法（修補・代物給付）によって異なるとする見解も主張されている。

すなわち、エクスラー（Jürgen Oetcler）は、追完義務の履行場所について修補と代物給付とを区別し、修補の場合には目的物の存在場所が履行場所となるのに対して、代物給付の場合には当事者の当初の合意にしたがった本来の履行場所が履行場所となるとする。修補の場合には、目的物が存在する場所でその物が修理されなければならぬのに対して、代物給付の場合には、本来の履行場所で、当初引き渡された物に代えて他の物が引き渡されることになるからであるとされる。⁽⁴⁷⁾ここでは、おそらく、追完の構造が修補と代物給付とは異なるという考慮から、当初引き渡された目的物を維持したまま行われるという構造的特性を有する修補の場合においてのみ、引き渡された物を保持して安定的に利用する買主の利益が保護され、追完義務の履行場所が目的物の存在場所とされているとみることができる。⁽⁴⁸⁾

エ 学説の対立点の検討

（ア）本来の履行請求権の法理と追完請求権の法理の対峙

以上の議論においては、追完義務の履行場所について、本来の履行請求権におけるのと同様の規律が妥当するののか（本来の履行場所説）、それとも追完請求権に特有の規律が妥当するののか（目的物の存在場所説）、また、

後者の余地があるとして、それは追完方法によって異なるのか（追完方法区別説）が争われているとみることができる。そして、それぞれの見解の実質的根拠としては、追完義務の履行場所に関する当事者の予測可能性を確保すること、瑕疵ある物の引渡しを受けた買主を追完によって生じる不利益から保護することが問題とされてきたといえる。

（イ）買主の特別の利益

しかし、いずれの見解によっても、買主によって売買目的物の取付けが行われ、その撤去・輸送が買主に著しい不利益を及ぼすような場合には、その物の現在の存在場所が履行場所となると考えられているとみられる。そうだとすれば、その限りでは、いずれにしても、本来的履行請求権とは異なる追完請求権に特有の規律が妥当することになる。これは、瑕疵ある物の引渡しを受けた買主が、追完によって不利益を被ることなく、引き渡された目的物を安定的に利用することできるように配慮するものであるとみることができる。すなわち、ここでも、買主の追完方法の選択権におけるのと同様に、瑕疵ある物の引渡しを受けた買主の特別の利益状況に鑑みて、本来的履行請求権とは異なる独自の規律が認められているということができる。

（3）修補方法の選択権

先に述べたように、修補と代物給付間での追完方法の選択権は、BGB新規定四三九条一項により、明示的に買主に認められている。しかし、買主が修補を選択した場合にも、修補方法については複数の選択肢が存在する場合がある。例えば、修補は、瑕疵ある部品の修理やその部品の交換によって行うことが可能である。その場合の修補方法の選択権について定めた規定は存在しない。そのため、この選択権が買主と売主のいずれに帰属するのかについて、次のような争いがある。⁽²⁹⁾

ア 買主選択権説

一方では、このような修補方法についての選択権も買主に認めるべきであると主張されている。

このことを、M・ヤコプスは、次のように説明する。すなわち、立法者は、売主がより事情に精通しているにもかかわらず、それを考慮することなく、買主に修補と代物給付間の選択権を与えた。この基本的評価は、体系の矛盾を回避するために、修補方法の選択にも転用すべきである。したがって、修補内での選択権についての規律の欠缺は、BGB新規定四三九条一項の類推適用によって埋められるべきであるとされる。そして、その場合でも、売主は、BGB新規定四三九条三項による追完拒絶権によって十分に保護されるとい⁽²⁰⁾う。

イ 売主選択権説

しかし、多数の見解は、この場合の修補方法についての選択権は、売主に認められるべきであるとしている。例えば、P・フーバーは、その根拠として、より事情に詳しい契約当事者は売主であるということ⁽²¹⁾を挙げる。

ヴェスターマンも、技術的事情に基づいて複数認められる修補方法の選択権に関する限り、そのような事情に詳しい⁽²²⁾のは売主であることから、売主にその選択権を委ねるべきであると⁽²³⁾する。

また、シュールホルツ (Martina Schürholz) は、上述したように体系の矛盾を指摘するM・ヤコプスの見解に対して、次のように反論する。売主に修補方法の選択権を認めることは、それがBGB新規定四三九条一項における買主の選択権と異なるとしても、体系の矛盾を意味するものではない。むしろ、代物給付と修補間の選択権を買主に割り当てること自体が、例外的規律なのである。なぜなら、売主は、瑕疵なき物の給付の結果についての⁽²⁴⁾み義務を負うのであって、売主がこの結果を達成する方法については、売主自身に委ねられているからであるとする⁽²⁵⁾。

ウ 学説の対立点の検討

修補方法の選択権については以上のような争いがあるものの、実質的には、いずれの見解も、売主に修補方法の選択権が認められるべきであると考えているとみられる。買主に修補方法の選択権を認めるM・ヤーコプスも、体系上の根拠からそれを基礎づけているのであり、実質的観点からは、「どのような方法によれば目的に合致しかつより少ない費用で追完が可能であるかをよりよく判断することができるのは売主である」としている⁽⁸⁾。したがって、いずれの見解も、基本的には、「より事情に詳しく、より少ない費用で修補を実現することのできる者に修補方法の選択権を認めるべきである」という考え方に立っているとみることができる。

また、シュールホルツが指摘しているように、給付義務の履行方法についての選択権は、本来的には売主に認められるのであって、そのような選択権を買主に認めることは例外的規律とされている。ここでは、「売主は瑕疵なき物の給付の結果についてのみ義務を負うのであって、売主がこの結果を達成する方法については売主自身に委ねられるのが原則である」という考え方がその基礎に置かれているといえるだろう。これによれば、先にみたように追完請求権において修補と代物給付との選択権が買主に認められていることは、本来的履行請求権とは異なる追完請求権に特有の例外的規律であると考えられていることも確認される。

（4）追完請求権の内容的範囲——買主による変更の復元義務

買主が瑕疵ある物の引渡しを受けた後、その瑕疵を知らずにその目的物に変更を加えた場合には、その後の修補や代物給付によって買主の加えた変更が無に帰することがありうる。その場合、売主は追完義務の枠内で、買主が売買目的物に加えた変更を維持・復元する義務まで負うのか。例えば、買主が引き渡された瑕疵ある本棚に塗装を施した場合、買主は、代物給付として同じように塗装された本棚を請求することができるか、また、修補のためにその一部が取り替えられなければならない場合には、買主はその一部の塗装をも追完として請求するこ

とができるか。このような意味での追完請求権の内容的範囲については、次のような争いがある。⁽²⁵⁾

ア 復元義務肯定説

一方では、買主が追完請求権によってそのような変更の維持・復元をも請求することができるという見解が主張されている。

すなわち、ファウスト (Florian Faust) によれば、買主は、追完の枠内で、売買目的物が契約締結時においてあるべきとされた状態の作出を請求できるだけではなく、瑕疵がなければ売買目的物が現在あったであろう状態の復元をも請求することができるとされる。したがって、買主がすでに売買目的物について行った変更を維持し又は復元することが必要であるという。

なぜなら、買主は、追完によって、売買目的物に瑕疵がなかったのと同じ状態に置かれなければならないからである。買主が、すでに加えた変更を新たに行わなければならない、そのための費用を（帰責事由に依存する）損害賠償請求権によってしか請求できないとすれば、それは、以上のような追完請求権の目的と合致しないことになる⁽²⁶⁾とされる。

また、追完義務の履行場所が追完当時のその物の存在場所であることもその根拠となるという。すなわち、これによれば、買主による売買目的物の場所の変更の結果が、追完の枠内で維持されることになる。このことは、買主による売買目的物の状態の変更についても妥当しなければならない。なぜなら、売買目的物の場所の変更と状態の変更の区別は決して明確でなく（例えば、建築材料の組み込みの場合）、両者で異なるリスク配分を認める根拠は存在しないからであるとされる。⁽²⁷⁾

イ 復元義務否定説

これに対して、買主は、追完請求権によって買主による売買目的物の変更の維持・復元まで請求することはで

きないという見解も主張されている⁽²⁸⁾。買主は、そのような変更の復元のために支出した費用について損害賠償を請求することができるにとどまるとされる。

例えば、ベルガーによれば、追完の枠内では、引き渡された物に買主によって加えられた変更は維持又は復元することができないとされる。例えば、買主によって瑕疵ある物が改造され又は取り付けられた場合でも、売主は、修補され又は代物として給付された物の改造や取付けの義務を負わないという⁽²⁹⁾。マトウシェⅡベックマンも、追完請求権は、契約に適合する物を取得させることのみを目的とするものであつて、売買目的物を契約に適合した状態にすることを越えるものは全て、追完請求権の問題ではなく、損害賠償請求権の問題であるとする⁽³⁰⁾。また、ライニツケ／ティートケ（Dierich Reinicke/Klaus Tiedtke）も、追完請求権は修正された本来的履行請求権にほかならず、売主は、追完においても、売買契約によって義務付けられたことのみを行えば足りるとする。さもないと、買主は、追完を通じて、売買契約によって認められていた以上のことを請求できることになってしまうと指摘している⁽³¹⁾。

ウ 追完方法区別説

以上の見解に対して、修補と代物給付という追完方法の相違に着目し、買主は、代物給付の枠内では買主による変更を維持・復元する義務はないが、修補の枠内ではその義務があるとする見解も主張されている。

テュールマン（Dagmar Thümann）⁽³²⁾によれば、売主が買主による売買目的物の利用に関するリスク（Verwendungsrisiko）を負うのは修補の場合のみであり、代物給付の場合には、売主はそのようなリスクを負わないとされる。このことは、次のように修補と代物給付とは追完の構造が異なるということから説明されている。

修補の場合には、はじめに引き渡された売買目的物に修補作業が結び付けられることで契約に適合する状態が

達成される。買主が取得するのは、当初引き渡された目的物に他ならず、その間に変更した目的物の状態も維持されなければならない。したがって、当初引き渡された売買目的物の修補の場合には、売主は当初引き渡された物によって契約の履行された状態を実現することに拘束されることとなり、修補の完成後には、売買目的物がその前にすでにあった状態が復元されていなければならないことになる。⁽³⁶⁾

それに対して、代物給付の場合には、当初引き渡された目的物は維持されず、第二の履行が開始することになる。すなわち、売主は、もう一度「はじめから」給付を行うことになる。したがって、代物給付の場合には、売主は、当初義務付けられていた形式で、瑕疵のない売買目的物を給付する義務を負うことになるのだとされる。⁽³⁷⁾

エ 学説の対立点の検討

(ア) 追完請求権の目的・保護範囲

以上のような議論から、ここでは、追完請求権の枠内で、売主が買主による目的物の使用・変更に関するリスクを負担するのかが問題とされていることが分かる。この場合、買主による変更を復元するための費用は、瑕疵ある物の引渡しによって生じた損害として、「賠償を義務付ける事情が生じなかったならばあったであろう状態」(BGB二四九条参照)の実現を目的とする損害賠償の対象となりうる。そのため、売主に帰責事由がある場合に、損害賠償請求権の枠内で売主がこのリスクを負う可能性があることになる。⁽³⁸⁾しかし、ここでの問題は、損害賠償請求権とは区別された追完請求権の枠内でのリスク配分である。換言すれば、ここでは、追完請求権が、契約締結時において予定された売買目的物の契約に適合した状態の実現を目的とするのとどまるのか(復元義務否定説)、瑕疵がなければ売買目的物が現在あったはずの状態の実現まで目的とするのか(復元義務肯定説)という、追完請求権の目的ないし保護範囲が問題となっていることもできる。

(イ) 本来的履行請求権の法理と追完請求権特有の法理の対峙

このようにみれば、ここでも、本来的履行請求権と同様の規律が妥当するのか、追完請求権に特有の規律が妥当するのかが問題となっているといえる。

すなわち、復元義務否定説は、追完請求権の目的・保護範囲が、本来的履行請求権の目的・保護範囲によって限界付けられるとするものである。これは、追完請求権の範囲も売買契約によって売主が当初引き受けた義務によって画されるという考え方に基づくものであるといえる。

それに対して、復元義務肯定説は、追完によって買主は売買目的物に瑕疵がなかったのと同じ状態に置かれなければならないという考慮から、追完請求権の目的・保護範囲を、本来的履行請求権よりも拡大する。これは、先にみた追完義務の履行場所を目的物の存在場所とする見解と同様に、引き渡された目的物を買主が使用・変更する可能性ないし目的物の安定的利用に関する買主の利益も追完請求権の規律内容において考慮するものであるとみることができる。

最後に、追完方法区別説は、修補と代物給付の構造が異なることから、追完請求権の目的・保護範囲が、修補と代物給付とで異なることを指摘するものである。これは、修補が、売買目的物の現状を維持しながらその物の契約に適合する状態を実現する追完方法であるという修補の構造的特性に着目し、修補の枠内でのみ、引き渡された目的物の安定的利用に関する買主の利益も保護されるとするものであるといえる。

以上のように、ここでは、追完請求権の内容的範囲が、売買契約によって売主が引き受けた義務によって画されるのか、それとも、それを超えて、買主が引き渡された目的物を使用・変更する可能性（引き渡された目的物の安定的利用に関する買主の利益）をも考慮に入れ、買主が目的物に瑕疵がなかったならばあったであろう状態の実現にまで及ぶとされるのか、そして、そのことは、修補と代物給付とで異なるのかという点が問題とされているといえることができる。

(5) 特定物売買における代物請求

BGB旧規定のもとでは、代物請求権は種類売買に限定して認められていた。それに対して、BGB新规定のもとでは、その文言上、特定物売買と種類売買の区別なく、代物請求権が認められている。そのため、特定物売買の場合にも代物請求権が認められるのかということが問題とされた。この問題は、債務法改正後に学説上の議論の中心として争われた問題の一つであり、非常に多くの論者によって議論され、すでにいくつかの紹介も存在する。⁽²⁶⁾そこで、以下では、代表的な論者の見解のみを、その理論的基礎に着目して取り上げることにした。

ア 代物請求否定説

一方では、特定物売買の場合に代物請求は認められないという見解が主張されている。以下では、この見解に属するアッカーマンおよびM・ヤーコプスの見解を取り上げる。

(ア) アッカーマンの見解

アッカーマン(Thomas Ackermann)は、特定物売買の場合に代物請求が認められないことを次のように説明する。

a 特定物売買における契約内容による追完義務の限定

追完請求権は、BGB新规定四三三条一項に基づく本来的履行請求権と同様に、契約上の債務関係の内容と結び付けられており、契約内容ではないものは、履行請求権の対象ではありえない。すなわち、追完義務は、契約の内容によって制限されるのである。特定物売買の場合には、具体的に合意されたとは異なる物の引渡しは、——例えば、在庫品債務の場合に在庫に属さない物の引渡しが契約内容でないのと同様に——契約内容ではない。それゆえ、特定物買主は、瑕疵ある物の引渡しの前後を問わず、他の物を請求することはできな

い。⁽²⁶⁾

b 滅失と瑕疵の取扱いを異にすることによる評価矛盾

また、特定物売主が、目的物が売主のもとで滅失した場合には履行義務から解放され、代物給付義務も負わない一方で、目的物に瑕疵がある場合には追完として代物給付義務を負うとすれば、履行請求権と追完請求権との間の評価矛盾を生み出すことになる。⁽²⁶⁾

c 私的自治との関係

ある給付の義務を負う者はすべてこの給付についてのみ義務を負い、他の給付の義務を負うのではないということは、私的自治のあらわれである。⁽²⁶⁾ 特定物売買の場合に代物請求権を認めることは、契約自由への著しい介入であるとされる。⁽²⁶⁾

また、当事者の決定によれば履行として認められないものは、(補充的) 解釈の方法によっても、追完として認められるものとされてはならない。特定物売買の場合、すなわち、現実の当事者意思 (tatsächlicher Wille der Parteien) によれば、他の物ではなく特定の物のみが履行として認められる場合には、仮定的当事者意思を援用して補充すべき契約の欠缺が存在しないため、補充的契約解釈の余地はない。また、履行請求権という「第一次的段階」においては存在しない解釈の自由が、契約責任という「第二次的段階」において獲得されることになるという考えは、そうした「第二次的段階」においても、当事者が私的自治に基づいて定めた履行利益の実現のみが問題となっているのだということを見誤っている。⁽²⁶⁾ このように当事者意思を無視することによって、第二次的請求権を契約上特定された履行利益から切断することは、裁判官による判断の余地を作り出し、私的自治を害する効果をもたらすことになる⁽²⁶⁾とされる。

(イ) M・ヤーコプスの見解

また、M・ヤークパスも、特定物売買の場合に代物請求が認められないことを次のように説明する。

a 特定物売買における義務プログラムと追完請求権の法的性質

特定物債務の場合には、給付目的物が個別的に確定している。売主は、買主に対して、契約上合意されたのとは異なる物を引き渡す義務を決して負わない。契約の対象ではない物の代物給付は、売買契約の義務プログラムによって把握されていない。BGB新規定四三九条の代物請求権は、修正された契約上の履行請求権という解釈上の法的性質が示すように、——BGB新規定四三三条一項に基づく本来的履行請求権とまったく同様に——合意されたのとは異なる物を目的とするものではないとされる。⁽²⁶⁾

b 契約自由の侵害

むしろ、特定物売買の場合に代物請求権を認めることは、特定物債務の合意と矛盾し、具体的に個別化された物のみが義務付けられるという契約上の義務プログラムを拡張し、売主の契約自由を著しく侵害するものであるとされる。⁽²⁷⁾

c 解釈論の説明

また、解釈論的には、特定物売買で代物請求が認められないのは、特定物売買の場合には他の物の給付義務が不能によって排除される(BGB新規定二七五条一項)という理由に基づくものではない。BGB新規定二七五条一項は、(義務が認められたいうえでその)義務の履行が不能となる場合にのみ適用されるのに対して、ここでは、売主は代物給付義務を全く負わないのである。したがって、ここでは、BGB新規定二七五条一項を持ち出すための結節点が存在しないのだという。⁽²⁸⁾

イ 代物請求肯定説

これに対して、むしろ多数の見解は、特定物売買の場合でも代物請求は認められうるとしている。⁽²⁹⁾ この見解は、

特定物売買と種類売買を区別せずに代物請求権を認めているBGB新規定四三九条一項の文言や、特定物売買と種類売買の区別を放棄しようとする立法資料の説明などをよりどころとしている。もともと、この見解においても、特定物売買の場合に常に代物請求が認められるとは考えられておらず、代物請求が認められるための要件・基準については見解が分かれる。以下では、とりわけ特定物売買における代物請求がどのように理論的に正当化されているかという点に着目して、この見解に属するパムラー、カナーリスおよびドノウの見解を取り上げる。

（ア）パムラーの見解

パムラー（Sebastian Pammler）⁽²⁸⁾は、次のように、売買目的物がBGB九一条の意味での代替物である場合には、代物請求が認められるとする。

a 代物請求の可能性

特定物売買であっても、当事者がその物を選択したことのみによって売買目的物の個別化が行われている場合には、その物は、他の個別化メルクマールを有していないのであり、交換可能なものである。したがって、特定物売買の場合であっても、少なくともそのような代替物が問題となっている場合には、代物請求が可能であるとする。⁽²⁹⁾ 売主は、代物給付がBGB新規定四三九条三項による過分の費用を要しない限りで、調達危険を負うのであり、このような売主の負担は、利益に適ったもの（*Interessengerecht*）であるとする。⁽³⁰⁾

b 代替物への限定

そのうえで、パムラーは、特定物売買の場合の代物給付は、原則として、BGB九一条の意味での代替物が問題となっている場合に限って認められるとする。⁽³¹⁾ 学説の中には、特定物売買の場合の代物給付を、代替物である場合を超えて、目的物が「代物可能（*ersetzbar*）」であるという基準（仮定的当事者意思を基礎に同価値かつ同種の代物が存在するかかどうかという基準）で認める見解——後に紹介するカナーリスの見解——も主張

されているが、それは、「代物可能な物」というカテゴリーが不明確で不確定なものであるため、著しい法的不安定性をもたらす。したがって、すでにBGB九一条において、明確な区別メルクマールとして確立している「代替物」のメルクマールが用いられるべきであるとする⁽²⁸⁾。

以上のように、パムラーは、基準の明確性・法的安定性を根拠として、BGB九一条の意味での「代替物」という客観的基準にしたがい、特定物売買における代物請求を肯定している。

(イ) カナリスの見解

カナリスは、特定物売買における代物請求の可能性およびそれが認められる要件に関して、次のように考えている。

a 追完請求権の理解と特定物売買における代物請求の可能性

まず、カナリスは、支配的見解と同様に、追完請求権を第一次的履行請求権の修正であるとしつつも、それが同時に担保責任法に属するものでもあると理解している⁽²⁹⁾。そして、そのような担保責任法に属する追完請求権の保護目的は、減額権の目的と同様に、瑕疵ある物の引渡しによって害された主観的等価性を回復することであると考えている⁽³⁰⁾。すなわち、追完請求権は、主観的等価性の原理 (Prinzip der subjektiven Äquivalenz) に基づいて、瑕疵を除去することによって買主の等価利益を確保し、それによって給付と反対給付の関係を回復させるものであるととらえられている⁽³¹⁾。

したがって、売主は、瑕疵なき物の引渡義務を履行しなかった場合には、代物給付が買主の契約上の給付利益を満足させる限りで、その物に代えて他の物を引き渡さなければならないとされる⁽³²⁾。その結果、最初の履行の試みによって、履行法 (Erfüllungsrecht) という第一次的段階から担保責任法 (Gewährleistungsrecht) という第二次的段階へと移行し、それによって、債務関係の内容ないし給付義務の内容が変更されることとなる⁽³³⁾。そ

して、こうした移行がそのような変更をもたらすことは、全く普通のことであり、また、第二次的義務は、常に金銭を目的とするというわけではなく、事情によっては「現実的 (in Natur)」給付を目的としうるのだとされる⁽²⁸⁾。

これによって、追完請求権が、第一次的履行請求権との同一性を有するにもかかわらず、これとは異なる物に及び、その目的物、すなわち法律行為の要素 (essentiale negotii) について契約内容の変更がたらされることが説明されている⁽²⁹⁾。

以上のように、カナリスによれば、追完請求権は、本来的履行請求権との同一性を有しつつも、本来的履行請求権とは区別された担保責任法に属する（主観的等価性の回復を目的とする）第二次的権利の側面をも有すると考えられている。そして、特定物売買における代物請求の局面では、その第二次的権利の側面が前面に出てきているとみることができる。

Ⅱ 代物請求が認められる要件

このように一般論としては特定物売買における代物請求が認められうることを前提として、カナリスは、特定物売買において代物請求が認められる要件を、売買目的物が他の物によって「代物可能 (ersetzbare)」であること——「代物可能性 (Ersetzbarkeit)」——に求めている⁽³⁰⁾。

そして、この要件が存在するかどうかは、解釈によって突き止められる当事者意思ないし仮定的当事者意思 (hypothetischer Parteiwille) によって決まるとされ、この「代物可能性」が認められるのは、同価値および同種の代物が存在する場合であるとされる⁽³¹⁾。

このうち、（物のあるべき状態と比較しての）同価値性の要件は、契約の等価関係——これは、当然に契約の本質に属するとされる——を侵害させないようにするとの要請から出てくるものであるとされる⁽³²⁾。これは、

追完請求権が主観的等価性を回復することを目的とするものであるという先に述べたカナーリスの理解を反映するものといえる。

他方で、同種性の要件は、私的自治のあらわれとしての契約自由の原則——当事者は、契約の目的物を自らの意思に従って定めることができる——に配慮するものである。もっとも、この要件は、合理的かつ誠実な当事者を基礎に据え、客観的・規範的な要素を付加することによって、この原則を修正するものであるという。そして、この修正は、契約がすでに締結され、実行されたということから認められるとされている。⁽²⁶⁾ここでは、すでに売買契約が締結され瑕疵ある目的物の引渡しがされたという事態が問題となっていることから、契約締結時の現実の当事者意思ではなく、客観的・規範的に判断される合理的な当事者の意思が基準となるという意味で修正がされるものの、なお当事者意思を基準として代物請求の可否が決定されることで、私的自治の原則への配慮がされると考えられているものとみることができる。

そのうえで、カナーリスは、特定物売買の場合の代物請求の要件を、契約の目的物がBGB九一条の意味での代替物であることとする見解をしりぞける。なぜなら、このような純粹に客観的な意味での代替可能性(Vertretbarkeit)を基準とすると、私的自治の原則が十分に顧慮されないからである。⁽²⁷⁾したがって、例えば、ある特定の絵画が真作として売買されたが、それが偽造であった場合には、こうした真作の絵画のような不代替物であっても、代物給付の目的物となる可能性がある⁽²⁸⁾とされる。

もっとも、カナーリスは、この場合に、特定物売買における追完請求権の「基礎」を売買契約の(補充的)解釈に求めているのではないということを強調している。追完請求権は、法律行為に基づくものではなく、法律に基づくものである。そして、その「要件」ないし「限界」が、部分的に(補充的)解釈の方法で決定されるに過ぎないのだとされる。⁽²⁹⁾したがって、アッカーマンの指摘するような「私的自治を害する効果」は問題と

ならないとしている⁽²⁰⁾。

以上からすると、カナーリスは、瑕疵ある物が引き渡されたという局面では、当初の私的自治による決定（法律行為）に基づく規律（履行法）が問題となっていないのではなく、そこでは、そのような局面のために法律が用意している規律（担保責任法）が契約当事者の権利義務を定めることになると考えているとみることができ、そのため、特定物売買においても、履行法とは区別された担保責任法の段階で代物請求権を認めるとしても、それは、私的自治に基づいて現実に行われた特定物売買の合意自体に介入するものではない。それゆえ、「私的自治を害する効果」も問題とならないとされるわけである。もともと、そのうえで、カナーリスは、そのような担保責任法の規律においてもなお、私的自治を考慮するとの観点から、契約当事者の評価を可能な限り尊重すべく、合理的かつ誠実な当事者の（仮定的）意思によってその規律を限界付けようとしているものと理解される。

c 滅失と瑕疵の取扱いを異にすることによる評価矛盾の不存在

また、カナーリスは、滅失と瑕疵の取扱いを異にすることによる評価矛盾を指摘するアッカーマンに対して、次のように反論している。

すなわち、アッカーマンは、売主が、売買目的物の完全な滅失の場合にはBGB新規定二七五条一項によって履行義務から解放されるのに対して、単なる損傷の場合には代物給付義務を負うことになるのであれば、それは評価矛盾であると指摘している。

しかし、売主は、滅失の場合にはBGB新規定三二六条一項によってその売買代金を失うのに対して、代物給付の場合には当然にその売買代金を保持したままとなることから、両者の場合は同じではない。売主は、後者の場合には、前者の場合より不利な地位に立つのではなく、単に、前者の場合と異なる地位に立つに過ぎな

い。したがって、両者の状況は、比較不可能であって、アッカーマンの指摘するような評価矛盾は問題とならないとされる。⁽³⁸⁾

(ウ) ドノウの見解

以上のような見解に対して、ドノウ (Antonios Donou) は、次のように、立法者が想定した売買契約の典型に着目して、特定物売買においても原則として代物請求が認められるとする。

a 類型形成が法規範にとって有する意味

まず、ドノウは、法規範の生成にとっては類型形成が大きな意味を有しているとする。すなわち、立法者は、類型化のメルクマールを確定することによって、非常に頻繁に発生し又は顕著に現れる事例を確認し、現実の観察と類型形成による抽象化を通じて、拘束力ある規範を見出す。したがって、立法者によって想定された類型化のメルクマールに大きな価値が認められなければならないというのである。⁽³⁹⁾

b 売買契約の典型としての大量工業製品売買

そして、債務法改正の時点において、立法者が想定していた売買契約（特定物売買）の典型は、大量工業製品の売買であった。⁽⁴⁰⁾したがって、当事者の利益状況の評価は、こうした売買契約の典型事例に即して行われなければならないとする。

立法者は、こうした大量工業製品売買という典型事例においては、当事者の利益が同種の物による代物給付によって満足されるということを出発点としている。すなわち、大量工業製品売買という典型事例において、当事者の利益は、機能する物を迅速に取得することにある。芸術作品のようなものとは異なり、大量工業製品においては、たいていの場合、その機能性のみが問題となる。したがって、当事者の利益は同種の物の代物給付で満足されるのである。⁽⁴¹⁾

c 法律上の規律としての代物請求権とその要件・限界

このような観点から、立法者が、法律の義務カタログにおいて、無限定な代物給付の可能性を採用した結果、法律の規定によって代物請求権が認められているのだとする⁽³⁰⁾。

すなわち、代物請求権は、あらゆる売買について、あくまで法律上の規定によって発生するものとされる。そのうえで、そのようにして発生した代物請求権の存続・消滅の基準は、代物給付についての当事者の合意が不十分又は欠ける場合には、客観的な取引通念によって決せられるBGB九一条の意味での物の「代替性」によって補充されるという⁽³¹⁾。

その結果、原則として（ないし常に）法律に基づく代物給付義務が存在するが、それは客観的事情（BGB九一条による物の不代替性）に基づいて、BGB新规定二七五条一項により排除されるという原則・例外関係が存在することになる。例外的に、対応する契約上の合意がある場合には、代物給付の可能性が原則に対して制限され（個物への特定）あるいは拡張される（不代替物の代物給付の合意）ことによって、この原則から離れることができるという⁽³²⁾。

ウ 学説の対立点の検討

（ア）本来の履行請求権の法理と追完請求権特有の法理の対峙

以上の議論からは、特定物売買における代物請求の可否の問題においても、追完請求権にも本来の履行請求権と同様の規律が妥当するのか、それとも追完請求権に特有の規律が妥当するのかが問題とされているとみることができる。

代物請求否定説は、修正された本来の履行請求権という追完請求権の法的性質を援用し、また、追完請求権が本来の履行請求権と同様に契約内容によって制限されるという点を指摘することによって、特定物売買にお

ける代物請求を否定している。

これに対して、代物請求肯定説は、追完請求権が法律に基づいて認められるものであって、本来的履行請求権のように当初の契約内容によって嚴格に制限されるものではなくとも考えられている。すなわち、追完請求権においては、法律による独自の規律が妥当するものと考え、その結果として契約内容の変更が生じ、特定物売買においても代物請求が認められうるとしている。

(イ)「特定物売買」の意味——特定物売買と種類売買の区別基準

もつとも、以上のような考え方の対立があるにもかかわらず、両説は、具体的事例の解決においては、かなり接近する可能性がある。なぜなら、ここでの「特定物売買」の意味ないしは特定物売買と種類売買の区別基準の理解が、各説で、次のように異なっているとみられるからである。

代物請求肯定説は、ここでの「特定物売買」を、従来からの一般的な定義にしたがって、契約締結時に給付対象が個別化されている場合と理解している。⁽³⁵⁾これによれば、契約締結時に売買目的物が個別化されている場合には、特定物売買が認められることになるのに対して、契約締結時に売買目的物が種類のみによって定められる場合——個別化されていない場合——には、種類売買が認められることになる。このように、従来の一般的な定義によれば、特定物売買と種類売買の区別は、もっぱら契約締結時に売買目的物が個別化されているかどうかによって行われ、その際、ある特定の目的物によって履行が行われることが契約当事者にとって重要とされているかどうかということは問題とされない。⁽³⁶⁾これについて、カナリスは、特定物売買と種類売買の区別は、「一定の抽象的・一般的メルクマール」に基づくものであると述べている。⁽³⁷⁾

これに対して、代物請求否定説は、ここでの「特定物売買」を、従来の一般的な定義よりも狭く理解し、それに対応して、(代物請求が認められる)種類売買を従来よりも広く理解しようとしている。

例えば、アッカーマンは、特定物売買と種類売買の区別は、カナリスのいうような「一定の抽象的・一般的メルクマール」に基づくものではなく、給付目的物の契約上の規律に基づくものであり、それは、契約解釈によって、場合によっては、補充的契約解釈によって突き止められるべきものであるとする⁽³⁰⁾。そして、カナリスは、（仮定的）当事者意思を追完請求権の限界付けに用いているが、それは、むしろ、すでに履行請求権に関して、すなわち特定物売買と種類売買の区別について基準となるものであり、（仮定的）当事者意思によって、同種・同価値の目的物が履行に適するものとされる場合には、種類売買が認められるのだとする⁽³¹⁾。

また、M・ヤーコプスも、次のように、従来とは異なる特定物売買と種類売買の区別基準を用いようとしている。例えば、買主がある特定の椅子をデパートの商品売場で選び、それをレジに持っていく場合には、一般的には、代替物の特定物売買が想定される。しかし、この場合でも、BGB四三九条一項による代物給付は必ずしも排除されるべきではない。ここでは、そうした特定物売買が機能的に種類売買に匹敵するかどうかの問題とされうるのであり、そのような売買契約は、特定物売買ではなく、種類売買に分類すべきであるとされる⁽³²⁾。

これらによると、特定物売買が認められるかどうかは、単に売買目的物が契約締結時に個別化されていたかどうかではなく、ある特定の目的物によって履行がされることが契約当事者にとって重要とされているかどうかによって決まるということになる。

以上でみたように、ここでは、①単なる売買目的物の個別化の問題と、②特定の目的物による履行の契約当事者にとっての重要性の問題が区別され、「特定物売買」が認められるための基準としていずれを採用するかが、両説で異なっているとみられる⁽³³⁾。

（ウ）追完請求権の規律を方向付ける要因

以上のように、両説は、確かに、その前提とする「特定物売買」の意味が異なる結果として、具体的事例の解決においては、かなり接近する可能性がある。しかし、その思考枠組みにおいては、やはり各説で注目すべき相違が認められる。その相違は、次のように、とりわけ、追完請求権の規律を方向付ける要因を何に求めるかに現れているとみることができる。

一方で、代物請求否定説に立つアッカーマンやM・ヤーコプスにおいては、追完請求権の規律は、本来の履行請求権と同様に当初の特定物売買の合意に拘束され、したがって、本来の履行請求権と同様の規律に服するものと考えられていた。このように追完請求権の規律内容を本来の履行請求権と一致させる結果、この見解は、上述のように、事理に適った代物給付の可能性の範囲を確保するためには、ここでの「特定物売買」の意味を、従来の一般的な定義よりも狭く解さざるをえないことになるかとされていた。

これに対して、代物請求肯定説に立つカナリスにおいては、追完請求権の規律は——本来の履行請求権とは異なり——当初の特定物売買の合意（売買目的物の個別化の合意）に拘束されるものでは必ずしもないと考えられていた。そして、その代わりに、追完請求権の規律内容を方向付けるものとして、第一に挙げられていたのは、主観的等価性の原理であった。追完請求権は、瑕疵を除去することによって買主の等価利益を確保し、それによって給付と反対給付の関係を回復させるものであり、したがって、代物給付が買主の契約上の給付利益を満足させる限りで、特定物売買の場合の代物請求も認められるとされた。もともと、その際、追完請求権は当初の特定物売買の合意に基づくものではないとされつつも、具体的な代物請求の可否の判断においては、なお私的自治の原則に配慮するという観点から、合理的な当事者の仮定的意思が基準となるとされていた。もともと、こうした仮定的当事者意思を基準とする場合には、その限りで、法的安定性が害されることになるという指摘が、パムラーによってされていた。

また、ドノウによれば、追完請求権の規律を方向付けるのは、立法者が想定した売買契約の典型であるということだった。それによれば、大量工業製品の売買を売買契約の典型として想定することによって、特定物売買における代物請求も原則として肯定されることになると考えられていた。そのうえで、具体的な代物給付の可否については、原則として、客観的な取引通念による物の「代替性」が基準となるとされ、この点ではパムラーと同様の理解が示されていた。

（6）総括——買主の追完請求権の規律内容を方向づける要因の整理

ア 本来的履行請求権の法理と追完請求権特有の法理の対峙

以上でみてきたところによれば、買主の追完請求権の規律内容をめぐる議論では、それぞれの問題にかかわる追完請求権の規律内容を確定する際に、①本来的履行請求権と同様の規律を妥当させるアプローチと、②追完請求権に特有の規律を妥当させるアプローチのいずれを採用するかが、議論の基本的な対立軸をなしていた。これは、追完請求権の法的性質の議論において検討したように、追完請求権が本来的履行請求権との同質性と異質性という二つの側面を有することの反映であるといえることができる。

その際、それぞれのアプローチがその基礎に置いていた考慮は、次のようにまとめることができる。

（ア）本来的履行請求権の法理

一方で、追完請求権においても本来的履行請求権と同様の規律を妥当させるアプローチは、追完請求権が本来的履行請求権の性質を有していること、あるいはまた、売買契約締結時の当事者の決定ないし評価を、追完請求権の場面でも貫徹するという考慮をその基礎に置いているといえることができる。

（イ）追完請求権特有の法理

それに対して、追完請求権に本来の履行請求権とは異なる追完請求権独自の規律を妥当させるアプローチは、総じて次のような考慮をその基礎に置いているとみられる。

すなわち、本来の履行請求権において妥当する規律は、「瑕疵ある物の引渡し」が行われたという事態の利益状況を必ずしも十分に考慮したものではない^④。あるいは、そのような本来の履行請求権の規律を基礎づける売買契約締結時の当事者の決定（現実的意思）も、そのような事態の発生を顧慮したものでは必ずしもない。それゆえ、本来の履行請求権の規律が妥当するのはせいぜい目的物の引渡しが行われるまでであり、瑕疵ある目的物の引渡しが行われた場合には、もはや本来の履行請求権の規律は妥当せず、むしろ、そうした事態に即した追完請求権に特有の規律が妥当することになる——その結果、債務関係の内容が変更する——というわけである。

例えば、追完義務の履行場所、追完請求権の内容的範囲の問題について追完請求権特有の規律が妥当すると考える見解は、買主が目的物の引渡し後にその物の取付けを行ったり、その物に変更を加えたりする可能性を考慮し、目的物の安定的利用についての買主の利益を保護しようとするものであった。このような買主の利益は、カナリスが（同様に追完請求権特有の規律である）修補と代物給付間での追完方法の選択権が買主に認められることの根拠として挙げていたものと対応する。このような買主の利益の評価は、本来の履行請求権の規律においては完全に考慮の外に置かれていたものであり、まさに追完請求権に特有のものといえるわけである。

また、このような観点から、法律上明文で規定された追完請求権の規律内容を見ると、請求権の内容ないし追完方法の選択権、売主の追完拒絶権、消滅時効に関しては、以上のような考慮から、法律自身が、明示的にこのようなアプローチを採用しているということもできるだろう。

イ 追完請求権の規律内容を方向付ける要因

以上のように、追完請求権の内容確定のあり方については、本来的履行請求権と同様の規律内容を妥当させるアプローチと追完請求権独自の規律を妥当させるアプローチが基本的な対立軸をなしていた。

このうち、本来的履行請求権と同様の規律内容を妥当させるアプローチによれば、追完請求権の規律内容は、本来的履行請求権における規律内容を援用することによって確定されることになる。

これに対して、追完請求権独自の規律を妥当させるアプローチによれば、追完請求権の内容確定において本来的履行請求権の規律内容が援用されるわけではない。そのため、そうした追完請求権特有の規律内容がどのような基準で、いかにして確定されるのかということが、あらためて問題となる。以上の議論では、そうした追完請求権特有の規律内容を方向付ける要因・手がかりも示されていた。最後に、そのような要因・手がかりを整理・分析しておこう。

（ア）追完請求権特有の規律内容を方向付ける要因

追完請求権特有の規律内容を方向付ける要因・手がかりとして、以上の議論で取り上げられていたのは、次のようなものであった。

a 主観的等価性の原理

まず、カナリスにおいては、追完請求権の規律内容を方向付けるものとして、主観的等価性の原理が挙げられていた。すなわち、追完請求権は、瑕疵を除去することによって買主の等価利益を確保し、それによって給付と反対給付の関係を回復させるものであるとされる。これによれば、買主の追完請求権の規律内容は、そうした給付と反対給付の主観的等価関係の回復という目的に即して確定され、そのことから、例えば、特定物売買の場合の代物請求を認める要件としての代物の同価値性の要件が導き出されていた。

b 仮定の当事者意思

さらに、カナリスにおいては、追完請求権の規律内容を方向付けるものとして、仮定の当事者意思も挙げられていた。すなわち、カナリスは、追完請求権の規律内容が、必ずしも契約締結時の現実の当事者意思に拘束されるものではないとしつつも、特定物売買の場合の代物請求の可否については、合理的かつ誠実な当事者を基準とする仮定の当事者意思によって判断すべきであるとしていた。

これは、法律に基づく追完請求権の規律においても、仮定の当事者意思を持ち出すことによって、当事者の私的自治に配慮するという考慮に基づくものであった。ここでは、法律による定型的な規律よりも実際に行われた個別的な契約を可能な限り尊重するという点で、補充的契約解釈によって例外的に（法律には規定されていない）買主の修補請求権を認めようとする前章のラーレンツの見解と共通する考え方をみてとることができる。

c 売買契約の典型としての工業製品売買の特質

他方、ドノウによれば、追完請求権の規律内容は、売買契約の典型として想定された工業製品の売買によって方向付けられるものとされていた。それによれば、売買契約の典型として工業製品の売買を想定し、そこで非常に頻繁に発生し又は顕著に現れる事例を確認することによって、追完請求権の場面での当事者の利益状況が明らかとなり、それに即して追完請求権の規律内容が確定されることになることとされる。また、これによって、本来的履行請求権の規律において考慮の外に置かれていた当事者の利益も、追完請求権の枠内で考慮される可能性が生まれることになる。例えば、ドノウは、このような考慮から、現在では、買主の給付利益が原則として（ないし典型的には）物の機能性を基礎として評価されるとし、特定物売買においても代物請求を認めることができるのであった。

同様のことは、先に挙げた追完義務の履行場所や追完請求権の内容的範囲の問題にもあてまはる。すなわち、ここでも、工業製品売買を売買契約の典型として想定し、買主が引き渡された目的物の取付けや変更を行うことがそのような売買において顕著に現れる事例として確認されることによって、追完請求権の枠内で、引き渡された目的物を安定的に利用する買主の利益が考慮される可能性が認められていた。このような事態が工業製品売買において顕著に現れるものであることは、前節でみたように、債務法改正委員会がこのような事例を念頭において、工業製品売買の特徴（①瑕疵が事後的に発現し、重大な結果損害が生じる可能性、②修補に対する買主の特別の利益の存在）をとらえていたことから裏付けられる。

このように、本来的履行請求権と異なる追完請求権特有の規律内容は、売買契約の典型としての工業製品売買の特質によって方向付けられるものとされる。ところで、こうした売買契約の典型の観念は、前節で検討したように、売買契約の原則的規律として買主の追完請求権を認めることを正当化する際にすでにその基礎に置かれていたものであった。したがって、これによれば、売買契約の典型としての工業製品売買の特質は、売買契約によって原則として買主の追完請求権が認められることを正当化するとともに、その規律内容を方向付けることにもなる。

d 瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態を契機とする当事者の利益

以上のcとも関連し、また、すでに述べたところとも重なるが、追完請求権の規律内容においては、（本来的履行請求権の規律においては考慮されていなかった）瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態を契機とする当事者の利益が問題とされていた。そして、そのような当事者の利益としては、①引き渡された目的物の安定的利用に関する買主の利益、②瑕疵ある目的物を買主が受領したことにより履行が完了したと信じる売主の利益が挙げられていた。とりわけ、このような——瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態が生じることに

よつてはじめて問題となる——当事者の利益が追完請求権の規律内容において考慮されることによって、追完請求権は、本来的履行請求権とは異なる規律内容を有することになっていた。

e 安価費用負担者へのリスクと権限の配分

また、修補方法の選択権に関する議論においては、社会経済構造に照らして、より事情に詳しく、より少ない費用で目的を達成することができる売主に選択権を委ねるという考え方が示されていた。このことは、前節でみたように、売主が買主よりも少ない費用で修補を達成できるということから、売主に修補義務を課すことが正当化されていることと対をなすものであるといえる。これは、より事情に詳しく、費用において安価に目的を達成できる者にリスクと権限を委ねるという考え方と定式化することができる^⑩。そして、これは、そのような安価費用負担者へのリスク・権限の配分が、社会的費用を減少させるという観点から望ましいという、功利性・効率性の考え方に基づくものとみることができる。

これよれば、売買契約においては、原則として、より事情に詳しい売主に履行方法の選択権が認められることになる。したがって、追完請求権において修補と代物給付間の追完方法の選択権が買主に認められることは、例外的な規律ということになる。そして、このような例外的規律は、上述dでみたように、引き渡された目的物の安定的利用のために、買主が修補と代物給付間の追完方法の選択について保護に値する利益を有することから正当化されているとみることができる^⑪。

(イ) 追完請求権特有の規律内容を方向付ける要因相互の構造的関係

以上、これまでの議論から抽出された追完請求権の規律内容を方向付ける諸要因をみてきたが、これらは、必ずしもすべて同じ次元に位置づけられるものではない。追完請求権の内容確定のあり方を検討課題とする本稿の問題意識からすれば、これらの各要因が作用しうる範囲ないし射程を明らかにするために、さらに、これ

らの諸要因が、追完請求権の内容確定において相互にどのような構造的関係に立つかを整理しておくことが有益であるといえるだろう。

そこで、そのような観点から以上の諸要因をみると、これらの要因は、まず、それが契約の一定の属性と結びついたものかどうかによって、「契約の一定の属性に基づいて妥当する契約内在的な要因」と「契約以外にも妥当する一般的・契約外在的な要因」とに分けることができる。さらに、前者の要因は、どのような契約の属性と結びついているかによって、①有償・双務契約の属性と結びついているもの、②特定の売買契約類型の属性と結びついているもの、③実際に行われた個別的な契約の属性と結びついているものに分けることができる。このような分類にしたがえば、以上で挙げた要因相互の構造的関係は、次のように整理することができる。

a 契約の一定の属性に基づいて妥当する契約内在的な要因

まず、主観的等価性の原理、仮定的当事者意思、売買契約の典型としての工業製品売買の特質、瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態を契機とする当事者の利益は、次にみるような契約の属性と結びついているものといえる。

（a）有償・双務契約の属性と結びついているもの

まず、主観的等価性の原理は、有償・双務契約の属性と結びついて、給付と反対給付の主観的等価性に関する規律において作用するものである。

もっとも、こうした主観的等価性の原理の基礎にある考え方としては、以上でみたところによれば、次の二つのものが考えられる。

第一に、前章のラレンツの見解において示されていたように、これを、契約正義の要請に基づくものとする考え方がありうる。これによると、主観的等価性の原理は——給付と反対給付の主観的等価性の規律に関する

る限りでは——、それが正義の要請である以上、他の要因に優先し、あるいは他の要因を方向付ける形で作用することになると考えられる。

第二に、前節のU・フーバーの鑑定意見において示されていたように、これを、合意原則（「合意は守られなければならない」[*pacta sunt servanda*]）の原則）の要請に基づくものとみる考え方もありうる。すなわち、当事者間で「当該契約において等価と考えられるものを互いに給付する」という基本合意がされたとみて、主観的等価性の原理も、このように自律的に確定された基本合意を遵守すべきであるという要請に基づくものと考えられるわけである。これによれば、主観的等価性の原理は、後述するような、具体的給付内容に関する仮定的当事者意思を確定する基礎として——仮定的当事者意思と連動して——作用することになる。

もっとも、以上のように、主観的等価性の原理が、追完請求権の規律内容を方向付けるとしても、それは、買主の等価利益ないし給付利益の確保を目的とするという点で、本来的履行請求権においても同様に妥当しうるもの——したがって、追完請求権に特有のものではない——ともいえる。

（b）特定の売買契約類型の属性と結びついているもの

売買契約の典型としての工業製品売買の特質は、特定の売買契約類型の属性と結びついて、買主の追完請求権の規律内容全般に作用するものである。

これは、上述のように、買主の追完請求権の基礎づけにおいても考慮されていたものであり、いずれも「売買契約の原則的な規律は、法の基礎にある売買契約の典型（ここでは工業製品売買）に即して確定されるべきである」という考え方がその基礎にある。

もっとも、これによれば、そのような工業製品売買の特質は、買主の追完請求権の規律内容を方向付けるといっても、あくまで売買契約の原則的・定型的な規律内容を方向付けるものにすぎない。したがって、実際に

行われた個別的な契約が売買契約の典型として想定された工業製品売買と本質的に異なる場合には、後にみるように、実際に行われた個別的な契約と結びついた仮定的当事者意思に基づく規律に劣後することになると考えられる。

また、瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態を契機とする当事者の利益も、売買契約の典型として工業製品売買が想定されることによつて、こうした当事者の利益が追完請求権の規律内容を確定する際に利益評価の基礎となる可能性が生まれるという意味で、特定の売買契約類型の属性と結びついたものであるということが出来る。もつとも、このような利益が実際に法的保護に値するものとして買主の追完請求権の規律内容において考慮されるべきかどうかは、厳密に言えば、工業製品売買の特質それ自体から導き出されるというよりは、むしろ、次にみるように、そのような売買契約の典型を基礎とした売主・買主間での売買契約における典型的リスク配分のあり方——とりわけ、瑕疵ある目的物の引渡し・受領後における当事者の利益状況をも顧慮した典型的リスク配分のあり方——に基づくものといえる^(註)。そのような当事者の利益として問題とされていたのは、次の二つであった。

i 引き渡された目的物の安定的利用に関する買主の利益

引き渡された目的物の安定的利用に関する買主の利益は、修補と代物給付間の追完方法についての買主の選択権、追完義務の履行場所、追完請求権の内容的範囲の議論において問題とされていたものである。もつとも、こうした買主の利益が追完請求権の規律内容において考慮されるとしても、それがどのような形でどの程度考慮されるかについては、それぞれの問題局面において争いがあった。

このように追完請求権の規律内容への反映の仕方については議論があるものの、こうした買主の利益を追完請求権の規律内容において考慮するのは、「売買目的物の性質に関するリスクだけでなく、買主による目的物

受領後の利用に関するリスクについても一定範囲で何らかの形で売主に負わせることが望ましい」という考え方に基づくものとみられる。このような売買目的物の利用のリスクを本来負担するのは買主のはずだと考える⁽³⁶⁾と、ここでは、買主の利益保護を拡大する方向で売買契約における類型的リスク配分が行われており、その限りで売買契約観の転換が図られているとみることができる⁽³⁷⁾。

ii 瑕疵ある目的物を買主が受領したことによる履行完了についての売主の信頼

瑕疵ある目的物を買主が受領したことによる履行完了についての売主の信頼は、BGB四三九条三項による売主の追完拒絶権、追完請求権の短期消滅時効の規律において考慮されていたものである。これらはいずれも、「買主が売買目的物を受領した場合には、それによって履行が完了したという売主の信頼を保護するために、売主が知らない瑕疵のリスクを何らかの形で部分的に買主にも負担させることが望ましい」という考え方に基づくものとみることができる。また、このような売主の信頼保護の背景には、買主の目的物受領後においてもなお売主が瑕疵に対応する必要があるとすると、売主が負担する瑕疵への対応コストが時の経過によって増大することになるため、そうした売主のコスト負担を軽減させることが望ましいとの考慮があると考えられる。ここでは、買主による目的物受領後にもなお売主が瑕疵への対応を要求されるという規律を前提とした場合に、売主が負う負担が増大することに配慮して、そうした売主の負担を軽減する方向で、売買契約における類型的リスク配分が図られているとみることができる。

(c) 実際に行われた個別的な契約の属性と結びついているもの

仮定的当事者意思は、実際に行われた個別的な契約の属性と結びついて、買主の追完請求権の規律内容全般に作用するものである。これは、当事者の私的自治に配慮するという考え方に基づいて、実際に行われた個別的な契約に即した規律内容を妥当させようとするものであった。したがって、上述のように、例えば、実際に

行われた契約が売買契約の典型としての工業製品売買と本質的な点で異なる場合には、実際に行われた契約に即した仮定的当事者意思を基準とする個別的な規律が、工業製品売買を典型として確定される原則的・定型的な規律に優先することになると考えられる。このように、仮定的当事者意思に基づく個別的な規律と、上述（b）の工業製品売買を典型として確定される原則的・定型的な規律とは、以上のような優劣関係のもとで、作用する次元を異にするものとして、構造的に両立しうることができる。

もつとも、実際に行われた個別的な契約が定型性を有するものであればあるほど、こうした仮定的当事者意思に基づく「個別」的な規律は、上述（b）でみたのと同様の次元でとらえることができるような、特定の契約類型の属性に即した「類型」的な規律に接近する可能性があると考えられる。

b 契約以外にも妥当する一般的・契約外在的な要因

以上に対して、安価費用負担者へのリスクと権限の配分は、文字通り、契約当事者間のリスク・権限配分の基準として作用するものである。これは、すでに述べたように、社会経済構造に照らして、より事情に詳しく、より安価に目的を達成することのできる契約当事者にリスクと権限を委ねることが、社会的費用を減少させるという観点から望ましいという功利性・効率性の考え方に基づくものであった。こうした考え方も、すでに前章および本章前節でみた、買主の修補請求権を認める論拠の一つ——売主は、修補を行うことのできる製造者へのアクセス・連絡の方法を買主よりも容易に見ることができ——に表れていたところである。また、上述（b）i・iiでみたような売買契約における類型的リスク配分のあり方についても、それが最終的に社会的費用の減少という観点から望ましいという考慮によるものだと思えば、このような考え方・基準が背後に存在しているとみることもできるだろう。¹⁰⁰ もつとも、このような功利性・効率性の考え方は、先にみた諸要因とは異なり、それ自体としては、契約においてのみ妥当するものではなく、より一般的な妥当性を有しうるもの

といえる。その意味で、この要因は、契約に特有のものではなく、むしろ、関係者間でのリスク・権限の配分のあり方に関して、いわば一般的・契約外在的な基準として作用しうるものと位置づけられる。

第三節 小 括

本章では、債務法改正作業における買主の追完請求権の法定をめぐる議論および債務法改正後の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、買主の追完請求権の法定がどのような考慮のもとで行われたのか、また、買主の追完請求権の具体的規律内容がどのような要因に基づいて確定されるのかという点について検討を行ってきた。

その検討の結果として明らかとなった点を、最後に簡単にまとめておくことにしよう。

1 買主の追完請求権の基礎としての売買契約の典型

まず、債務法改正作業において、買主の追完請求権が法定されることは、工業上の技術的製品の売買が売買契約の典型として法の基礎に据えられることによって基礎づけられていた。

BGB旧規定におけるように（修補が問題とならないような）不代替物の特定物売買が売買契約の典型として想定される場合には、引き渡された物に瑕疵があっても追完による契約の履行は問題とされず、瑕疵担保解除と減額がそのような売買の典型に適合する規律とされる。したがって、この場合には、原則として買主の追完請求権は認められないものとされる。

それに対して、工業製品売買が売買契約の典型として想定される場合には、引き渡された物に瑕疵があれば追完（修補・代物給付）による契約の履行が第一次的に問題とされ、それを目的とする買主の追完請求権がそのような

売買の典型に適合する規律とされる。したがって、この場合には、買主の追完請求権が原則として認められることになる。

このように、債務法改正作業においては、法の基礎にある売買契約の典型が買主の追完請求権を法定するかどうかを左右するものと考えられていた。そして、そのような売買契約の典型の観念が、BGB旧規定が基礎としていた（修補が問題とならないような）不代替物の特定物売買から現代的な工業製品売買へと転換されることによって、買主の追完請求権を法定することが基礎づけられていたといえる。

2 買主の追完請求権の規律内容

（1）本来的履行請求権の法理と追完請求権特有の法理の対峙

その一方で、買主の追完請求権の内容確定のあり方については、追完請求権が本来的履行請求権との同質性と異質性という二つの側面を有することを反映して、各問題において、追完請求権に本来的履行請求権と同様の規律を妥当させるアプローチと追完請求権特有の規律を妥当させるアプローチが議論の基本的な対立軸をなしていた。

（2）追完請求権の規律内容を方向付ける要因

そのうち、前者のアプローチがその基礎にいていたのは、追完請求権が本来的履行請求権と同一性を有するということ、あるいはまた、売買契約締結時の当事者の決定ないし評価を追完請求権の場面でも貫徹するという考慮であった。

それに対して、後者のアプローチは、本来的履行請求権の規律が追完請求権の場面では想定する利益状況が異

なるために妥当性を必ずしも有しないという考慮をその基礎においていた。そして、そのような追完請求権特有の規律内容を方向付けるものとしては、(1)契約の一定の属性に基づいて妥当する契約内在的な要因として、①主観的等価性の原理、②仮定的当事者意思、③売買契約の典型としての工業製品売買の特質、④瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態を契機とする当事者の利益が、(2)契約以外にも妥当しうる一般的・契約外在的な要因として、⑤安価費用負担者ヘリスクと権限を委ねるという考え方が見出されたのだった。

注

- (130) ドイツにおける債務法改正の経緯については、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」同『契約法の現代化』(有斐閣、二〇〇四年、初出二〇〇一年)三三九頁、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、二〇〇二年)一五頁以下〔渡辺達徳執筆〕、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、二〇〇三年)五頁以下などを参照。

- (131) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Band II, 1981, Band III, 1983. 本鑑定意見の全般的な内容については、下森定『飯島紀昭』能見善久・宮本健蔵「西ドイツにおける債権法改正の動向(上)(下)」ジュリスト七七一号一二二頁、七七二号二〇二頁(一九八二年)、下森定ほか編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社、一九八八年)を参照。また、その後に公表された、比較法的見地からの売買法改正に関する鑑定意見として、Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts: Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministers der Justiz, 1988 があ²⁰。

- (132) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992 (以下では、*Abschlußbericht*として引用)。本報告書の総論部分の邦訳として、ドイツ連邦共和国司法大臣編(岡孝≡辻伸行訳)「ドイツ債務法改正委員会の最終報告書・総論(上)(中)(下)」ジュリスト九六号九六頁、九九七号八二頁、九九八号一〇四頁(一九九二年)、全般的な研究として、下森定≡岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(法政大学出版局、一九九六年)、好美清光「西ドイツの債権法改正委員会の作業について」一橋論叢九九卷三号(一九八八年)二八七頁を参照。また、売主の瑕疵担保責任ないし買主の追完請求権に関わるものとして、石崎泰雄「瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論」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、初出一九九五年)三七頁、岡孝「ドイツ債務法改正委員会草案について——買主の追完請求権をめぐって」広中俊雄先生古稀祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』(創文社、一九九六年)四七五頁、潮見佳男「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開——改正オランダ民法典・ドイツ債務法改正委員会草案・ヨーロッパ契約法原則」同『契約責任の体系』(有斐閣、二〇〇〇年、初出一九九七年)一頁、三八頁以下も参照。

- (133) Ulrich Huber, *Leistungsstörungen, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderung im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), a. O. (Fn. 131), Bd. I, S. 647 ff. (以下では、*Gutachten*として引用)。フーバーの鑑定意見の全般的内容を検討するものとして、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見」下森ほか編著・前掲注(131)一二二頁、下森定「契約責任(債務不履行責任)の再構成」内山尚三≡黒木三郎≡石川利夫先生還暦記念『現代民法学の基本問題(中)』(第一法規出版、一九八三年)一六三頁、一七二頁以下、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察(二)——契約上の『給付約束』と『給付結果』、比較法的に見たその法的保障の体系」法学新報九六卷六号(一九九〇年)一七八頁などを参照。

- (134) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 763 f.
- (135) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 765.
- (136) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 771.
- (137) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 771.
- (138) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 772.
- (139) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 765.
- (140) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 866.
- (141) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 867. 先に述べたように、ここでU・フーバーが、前章のゲッツ——工業製品
売上の「事物の本性」に依拠して買主の修補請求権を基礎づける——と同様の考え方を基礎にしているとすれば、
「」の「当然の (natürlich)」は「本性に基づく」という意味で理解することが可能であろう。
- (142) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 874 f.
- (143) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 875.
- (144) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 875.
- (145) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 765.
- (146) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 876.
- (147) U. Huber, Gutachten, a. a. O. (Fn. 133), S. 875.
- (148) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 20.
- (149) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 25.
- (150) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 210.

- (151) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 25.
- (152) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 195.
- (153) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 211.
- (154) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 211.
- (155) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 211.
- (156) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 196.
- (157) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 212.
- (158) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 212.
- (159) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 212.
- (160) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 212.
- (161) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 213.
- (162) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 213.
- (163) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 213.
- (164) B G B 委員会草案二七五条（給付義務の限界）
債務が金銭債務でない場合、債務者は、債務関係の内容および性質によって義務付けられている努力によって給付を実現することができない限りで、その給付を拒絶することができる。債権者の権利については、B G B 委員会草案二八〇条、二八一条、二八三条、三三三条が適用される。
- (165) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 213.
- (166) Abschlußbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 213.

- (167) Horst Heinrich Jakobs, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht*, 1985, U・フーバーの鑑定意見に対するH・H・ヤーコプスの批判の紹介として、采女博文「ヤーコプスの債務不履行論(二)―(三・完)―」鹿兒島大学法学論集二四巻一号三九頁、二五巻一―二二二頁(一九八八―九〇年)、同「ドイツ債務法の改正作業とヤーコプスの法学方法論」鹿兒島大学法学論集三〇巻一号(一九九四年)七三頁を参照。
- (168) H. H. Jakobs, a. a. O. (Fn. 167), S. 97.
- (169) H. H. Jakobs, a. a. O. (Fn. 167), S. 97.
- (170) H. H. Jakobs, a. a. O. (Fn. 167), S. 97 f.
- (171) 以下で参照したフルーメの論稿は、Werner Flume, *Gesetzesreform der Sachmängelhaftung beim Kauf* : Zu dem Entwurf der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, AcP 193 (1993), S. 89 ff. (以下では、*Gesetzesreform* として引用) ; ders., *Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts*, ZIP 1994, S. 1497 ff. (以下では、*Neuregelung* として引用) である。
- (172) Flume, *Neuregelung* (Fn. 171), S. 1498 f. 以下に於て、BGBを含む全てのヨーロッパの法伝統は、特定物売買を出発点としていられる。なぜなら、かつしたヨーロッパの法伝統は、ローマ法の学説彙纂(ディゲスタ)に基づくものであって、この学説彙纂が関知しているのは特定物売買のみだからであるという。これに対して、われわれのいう種類売買には、ローマ人においては、問答契約法(Stipulationsrecht)が適用されるのだとされる。
- (173) Flume, *Gesetzesreform* (Fn. 171), S. 100; ders., *Neuregelung* (Fn. 171), S. 1500.
- (174) Flume, *Gesetzesreform* (Fn. 171), S. 100.
- (175) Abschlussbericht, a. a. O. (Fn. 132), S. 210 f.
- (176) Flume, *Gesetzesreform* (Fn. 171), S. 102 f.; ders., *Neuregelung* (Fn. 171), S. 1500.
- (177) Bundesminister der Justiz, *Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, 2000 (以下では、

Diskussionsentwurf」として引用）＝ Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002（以下では「Schuldrechtsmodernisierung」として引用），S. 1 ff. 討議草案における売主の瑕疵担保責任について紹介・検討するものとして、今西康人「ドイツにおける売主の瑕疵担保責任の改正問題——債権法の現代化に関する法律の検討草案について」関西大学法学論集五一巻二＝三号（二〇〇一年）一六九頁を参照。

- (178) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. EG Nr. L 171/12 v. 7. 7. 1999. 消費用動産売買指令について紹介・検討するものとして、円谷峻「EC/EUにおける製品の欠陥に対する消費者保護（二）」横浜国際経済法学六巻二号（一九九八年）一頁、岡林伸幸「消費商品売買及び保証に関するEU指令提案」名城法学四七巻四号（一九九八年）二一七頁、シーヴェック大美和子「消費財の売買および関連の保証に関するEU指令」国際商事法務二八巻一号（二〇〇〇年）二二頁、今西康人「消費者商品の売買及び品質保証に関するEU指令——その制定過程とドイツ法への影響を中心として（一）（二）」関西大学法学論集五〇巻一号五〇頁、四号一頁（二〇〇〇年）、同「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任——指令の国内法化からの検討」判例タイムズ一一一六号（二〇〇三年）三八頁を参照。

- (179) Diskussionsentwurf, a. a. O. (Fn. 177), S. 488 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. 267.
 (180) Diskussionsentwurf, a. a. O. (Fn. 177), S. 488 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. 267.
 (181) Diskussionsentwurf, a. a. O. (Fn. 177), S. 489 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. 268.
 (182) 討議草案二七五条（給付義務の限界）

債務が金銭債務でない場合、債務者は、債務関係の内容および性質によって義務付けられている努力によって給付を実現することができない限りで、その給付を拒絶することができる。債権者の権利は、二八〇条ないし二八二条および三二三条によって定まる。

- (187) Diskussionsentwurf, a. a. O. (Fn. 177), S. 490 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. 268 f.
- (187) Diskussionsentwurf, a. a. O. (Fn. 177), S. 491 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. 269.
- (187) Diskussionsentwurf, a. a. O. (Fn. 177), S. 491 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. 269.
- (186) Daniel Zimmer, Das geplante Kaufrecht, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, 2001, S. 191 ff.

- (187) Zimmer, a. a. O. (Fn. 186), S. 199.
- (188) Zimmer, a. a. O. (Fn. 186), S. 199.
- (189) Zimmer, a. a. O. (Fn. 186), S. 199.
- (190) Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 338/01, S. 53 f. = BT-Drucks. 14/6857, S. 27.
- (191) Gesetzentwurf der Regierungsfractionen, BT-Drucks. 14/6040, S. 232.
- (192) BT-Drucks. 14/6857, S. 61.
- (193) BGBl. Teil I Nr. 61/2001, S. 3138 ff.
- (194) 債務法現代化法について紹介する文献は枚挙に暇がないが、全般的な紹介としては、岡 編・前掲注(130)、半田・前掲注(130)などを参照。

(195) つれについては、債務法改正後の論稿であるが、Ulrich Huber, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in : Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S. 521 ff., S. 523, Anm. 9; ders., Eigenschaftsirrthum und Kauf, AcP 209 (2009), S. 143 ff., S. 157 f. を参照。

(196) 債務法現代化法における売主の瑕疵責任ないし買主の追完請求権の規律全般について紹介・検討するものとして、岡

編・前掲注(130)一〇三頁〔岡孝執筆〕、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利と売主の地位」判例タイムズ一一一六号(二〇〇三年)一二頁、石崎・前掲注(31)一〇四頁以下、岡孝「ドイツ契約法の最前線」野村豊弘先生還暦記念論文集『二一世紀判例契約法の最前線』(判例タイムズ社、二〇〇六年)五二頁、田中志津子「売買契約において瑕疵ある物が給付された場合の救済手段——ドイツ民法における追完請求権と解除権の関係を中心に」伊藤進教授古稀記念論文集『現代私法学の課題』(第一法規、二〇〇六年)二六五頁、円谷峻①「債務法の現代化と瑕疵責任」川井健先生傘寿記念論文集『取引法の変容と新たな展開』(日本評論社、二〇〇七年)五五頁、同②「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学一七卷三号(二〇〇九年)二三頁、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、二〇〇九年、初出二〇〇八年)六五頁、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社、二〇〇九年)とくに一九五頁以下など。

(197) BGB新規定四三三条(売買契約における契約類型的義務)

(1) 売買契約により、物の売主は、買主に対して、その物を引き渡し、かつ、その物の所有権を取得させる義務を負う。売主は、買主に、物の瑕疵および権利の瑕疵なき物を取得させなければならない。

(2) 略

(198) BGB新規定四三七条(瑕疵がある場合の買主の権利)

物に瑕疵がある場合、買主は、次に掲げる規定の要件が存在し、かつ、異なる定めがない限り、次のことを行うことができる。

1. 四三九条により追完を請求すること、

2. 四四〇条、三三三条および三三六条五項により契約を解除すること又は四四一条により売買代金を減額すること、

3. 四四〇条、二八〇条、二八一条、二八三条及および三一一条により損害賠償を請求すること又は二八四条により無駄になった費用の賠償を請求すること。

(199) BT-Ducks. 14/6040, S. 231.

(200) B G B 新規定三二三条（給付が実現されなかったこと又は給付が契約に適合して実現されなかったことに基づく解除）

(1) 債務者が、履行期の到来した給付を実現せず又は契約に適合して実現しない限り、債権者は、債務者に対して給付又は追完のための相当な期間を設定し、それを徒過した場合には、契約を解除することができる。

(2) ～ (4) 略

(5) 債務者が、一部給付を行った場合、債権者は、その一部給付に利益を有しないときにのみ、全部の契約を解除することができる。債務者が、給付を契約に適合して実現しない場合、債権者は、その義務違反が軽微であるときには、全部の契約を解除することができない。

B G B 新規定三三六条（給付義務の排除の場合における反対給付からの解放と解除）

(1) ～ (4) 略

(5) 債務者が二七五一条から三項までに基づいて給付をする必要がない場合、債権者は解除をすることができる。解除については、三二三条が、期間の設定が不要であるという基準をとまなつて、準用される。

(201) B G B 新規定四四一条（減額）

(1) 買主は、解除に代えて、売主に対する表示により、売買代金を減額することができる。この場合には、三二三条五項二文の排除事由は、適用されない。

(2) ～ (4) 略

(202)

BGB新規定二八〇条（義務違反に基づく損害賠償）

(1) 債務者が、債務関係に基づく義務に違反する場合、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。これは、債務者が義務違反について責めに帰すべきでない場合には、適用しない。

(2) 略

(3) 債権者は、給付に代わる損害賠償を、二八一条、二八二条又は二八三条の付加的要件のもとでのみ請求することができる。

BGB新規定二八一条（給付が実現されなかったこと又は給付が債務の本旨に従って実現されなかったことに基づく給付に代わる損害賠償）

(1) 債務者が、履行期の到来した給付を実現せず又は債務の本旨に従って実現しない限り、債権者は、債務者に対して給付又は追完のための相当な期間を設定し、それを徒過した場合には、二八〇条一項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が、一部給付を行った場合、債権者は、一部給付に利益を有しないときのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が、給付を債務の本旨に従って実現しない場合、債権者は、その義務違反が軽微であるときには、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

(2) 略
(5) 略

BGB新規定二八三条（給付義務の排除の場合における給付に代わる損害賠償）

債務者が、二七五条一項から三項までによって給付をする必要がない場合、債権者は、二八〇条一項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。この場合には、二八一条一項二文及び三文並びに五項が準用される。

BGB新規定三一一条（契約締結の際の給付障害）

(1) 債務者が二七五条一項から三項までに基づいて給付をする必要がなく、給付障害が契約締結の際にすでに存在して

いることは、契約の有効性を妨げない。

- (2) 債権者は、その選択により、給付に代わる損害賠償又は二八四条に定める範囲における費用の賠償を請求することができる。これは、債務者が契約締結の際に給付障害を知らず、かつ、その知らないことにつき責めに帰すべきでない場合には、適用しない。この場合には、二八一条一項二文及び三文並びに五項が準用される。

(203) BGB新規定二八四条（無駄になった費用の賠償）

給付に代わる損害賠償に代えて、債権者は、債権者が給付の獲得を信頼して支出し、かつ、正当に支出してもよいとされる費用の賠償を請求することができる。ただし、その費用支出の目的が、債務者の義務違反がなかったとしても達成されなかったであろう場合には、この限りでない。

(204) このような買主の選択権の規律について起草過程に着目して紹介・検討を加えるものとして、丸山愛博「売買目的物の瑕疵と代物請求・修補請求の選択権——ドイツ債務法現代化法の起草過程を中心として」法学新報一一三卷一一二号（二〇〇六年）五三一頁。

(205) この規律について紹介するものとして、今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関西大学法学論集五三卷四＝五号（二〇〇四年）二七六頁、とくに二八七頁以下も参照。

(206) BGB新規定二七五条（給付義務の排除）

- (1) 給付請求権は、それが債務者又はあらゆる者にとって不能である限りで、排除される。
- (2) 債務者は、給付が、債務関係の内容及び信義誠実の原則の顧慮のもとで、債権者の給付利益に対して著しく不均衡な費用を必要とする限り、給付を拒絶することができる。債務者に期待可能な努力の確定の際には、債務者が給付障害につき責めに帰すべきであるかどうかも顧慮されなければならない。

- (3) 債務者は、さらに、債務者が給付を自ら実現しなければならない場合で、かつ、債務者の給付を妨げている障害と

債権者の給付利益との衡量のもとで、債務者に給付を期待することができない場合には、給付を拒絶することができる。

(4) 債権者の権利は、二八〇条、二八三条から二八五条まで、三一一条および三二五条によって定まる。

(207) BT-Drucks. 14/6040, S. 232.

(208) BT-Drucks. 14/6040, S. 129 ff.は、BGB新規定二七五条二項が、いわゆる事実的不能 (faktische Unmöglichkeit) に関するものであるとし、その例として、義務の目的物である指輪が海底に沈んだという例を挙げる。そして、債務者の給付拒絶権が認められるためには、債権者の給付利益と債務者の費用との不均衡が「著しい」ものでなければならぬということが強調され、この不均衡は、とくに極端な、信義誠実によって耐えられない程度に達しなければならないとされている。

(209) BT-Drucks. 14/6040, S. 232.

(210) Georg Bitter/Eva Meidt, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, S. 2114 ff., S. 2120 ff.; Annemarie Matsche-Beckmann, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Neubearbeitung, 2004 (以下では「Staudinger」として引用), § 439 Rn. 40; Florian Faust, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., 2007 (以下では「Bamberger/Roth」として引用), § 439 Rn. 39; Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl., 2008 (以下では「MünchKomm」として引用), § 439 Rn. 21などを参照。また、この区別に言及する判例として、BGH, NJW 2009, 1660 ff.も参照。

(211) もっとも、消費用動産売買指令三条三項は、ある追完措置が過分であるとされるのは、それが「他の代替措置と比較して売主に期待できない費用をもたらす場合」としており、そこで明示的に規定されているのは、次の相対的過分性に

基づく追完請求権の制限のみである。そのため、以上のような絶対的過分性に基づく売主の追完拒絶権を認める規律が、消費費用動産売買指令三条に反するのではないかが問題とされている。これについては、古谷貴之「ドイツ売買法における追完の範囲をめぐる問題」同志社法学六一巻七号（二〇一〇年）二〇七頁、二一九頁以下を参照。

(212) BGB新規定三四六条（解除の効力）

(1) 一方の契約当事者が契約によって解除権を留保し又は一方の契約当事者に法定解除権が認められる場合において解除がされたときには、受領された給付は返還され、取得された収益は引き渡されなければならない。

(2) ～ (4) 略

BGB新規定三四八条（同時履行）

解除に基づいて生じる当事者の義務は、同時に履行されなければならない。この場合には、三二〇条、三二二条が準用される。

(213) BT-Drucks. 14/6040, S. 232. もともと、この規律は、消費者たる買主の使用利益の返還義務という負担を負わせるものであることから、消費者が売主に対して「無償」での修補又は「無償」での代物給付を請求することができる旨を定める消費費用動産売買指令三条に反するのではないかが問題とされた。そして、これに関して、欧州司法裁判所は、こうした消費者に契約に反する消費費用動産の使用利益の賠償義務を負わせるドイツ国内法の規律が、消費費用動産売買指令三条に違反するものであるとする判決を下した (EuGH, NJW 2008, 1433 ff.)。その後、これに対応する形で、消費者たる買主については使用利益の返還義務を負わないとする法改正（同改正後のBGB新規定四七四条二項参照）が行われた (BGBl. Teil I Nr. 57/2008, S. 2399 f.)。この問題について紹介するものとして、岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法の体系——無償行為論・法過程論・民法体系論』（創文社、二〇〇六年）七〇七頁、とくに七三〇頁以下、同「民法改正の国際的動向——ドイツを中心に」ジュリスト

一三六二号（二〇〇八年）二六頁、二七頁以下、同「ドイツ売買法の新たな展開——瑕疵ある物に対する買主の権利を中心として」前田庸先生喜寿記念『企業法の変遷』（有斐閣、二〇〇九年）七一頁、吉永一行「講演『プリュッセルからの強風』——欧州共同体法とドイツ民法」産大法学四二巻四号（二〇〇九年）一三三頁、とくに一四八頁以下、円谷・前掲注（196）②四三頁以下、田中宏治「ドイツ新債務法における目的論的縮小——クヴェレ事件」千葉大学法学論集二四巻三＝四号（二〇一〇年）一七五頁。

(214) BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

(215) BT-Drucks. 14/6040, S. 233.

(216) なお、請求権の通常の消滅時効は三年であり（BGB一九五条）、その期間は、原則として、請求権が発生し、かつ、債権者がその請求権を基礎づける事情および債務者を知り又は重過失なく知るべきであった年の終了によって開始するとされている（BGB一九九条一項）。

(217) BGB新規定四三八条（瑕疵に基づく請求権の消滅時効）

(1) 四三七条一項及び三項に示された請求権は、次の消滅時効にかかる。

1. 瑕疵が次のものに存在する場合には、三〇年

a 売買目的物の返還を請求することのできる第三者の物権的権利

b 土地登記簿に登録されているその他の権利

2. 瑕疵が次のものに存在する場合には、五年

a 土地工作物

b 土地工作物のためにその通常の使用方法に相応して用いられ、かつ、その土地工作物の瑕疵の原因となった物

3. その他の場合には、二年

- (2) 消滅時効は、土地の場合には引渡しによって、その他の場合には物の交付によって、開始する。
- (3) 一項二号及び三号ならびに二項とは異なり、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合には、請求権は、通常の消滅時効期間で消滅時効にかかる。ただし、一項二号の場合においては、消滅時効はそこに定められた期間の経過前には効力を生じない。

(4)・(5) 略

(218) BT-Drucks. 14/6040, S. 228 f.

- (219) 主な文献として Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. XXV; ders., Die Neuregelung des Leistungsstörungen und des Kaufrecht — Grundstrukturen und Problemschwerpunkte —, in : Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002 : Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 5 ff. (以下『KfF』, Karlsruher Forum 2002 年 1 月 1 日), S. 78 f.; Lothar Haas, in : Lothar Haas/Dieter Medicus/Walter Rolland/Carsten Schäfer/Holger Wendland, Das neue Schuldrecht, 2002, § 5 Rn. 143; Peter Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, S. 1004 ff. (以下『NJW』, Nacherfüllungsanspruch 2002 年 1 月 1 日), S. 1005; ders., in : Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung : Einführung in das neue Recht, 2002, § 13 Rn. 11; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 504; Matthias Jacobs, Die kaufrechtliche Nacherfüllung, in : Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente — Brennpunkte — Ausblick, 2003, S. 371 ff., S. 373; Dietrich Reimicke/Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., 2004, Rn. 408; Mandy Kandler, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S. 322 ff.; Matusche-Beckmann, in: Staudinger (Fn. 210), § 439 Rn. 1; Martina Schürholz, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht : Zugleich ein Beitrag zum Schicksal von Stück- und Gattungskauf, 2005, S. 47; Andreas Dieckmann, Nacherfüllungsanspruch : Beleg für einen Systemwechsel im Schuldrecht von der Stück- zur Gattungsschuld, 2007, S. 116 f.; Faust, in : Bamberger/Roth (Fn. 210), § 439 Rn. 6; Hartmut Oetker/Felix Maultzech, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3.

- Auf. 2007, § 2 Rn. 181; Westermann, in : MünchKomm (Fn. 210), § 439 Rn. 2; Christian Zwarg, Der Nacherfüllungsanspruch im BGB aus der Sicht eines verständigen Käufers : Zugleich ein Rechtsvergleich zum CISG, 2010, S. 43 ff. を参照。また、すでに債務法改正委員会の最終報告書の段階でこの点に言及するものとして、Lothar Haas, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts : Die Mängelhaftung bei Kauf- und Werkverträgen, NJW 1992, S. 2389 ff., S. 2392 以下。
- (220) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 327; Oetker/Maultsch, a. a. O. (Fn. 219), § 2 Rn. 181, 182.
- (221) Christian Berger, in: Othmar Jaernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 2007 (以下では「Jaernig」として引用), § 439 Rn. 10. のほか、Frank Skamel, Nacherfüllung beim Sachkauf: Zum Inhalt von Nachbesserung und Ersatzlieferung sowie deren Abgrenzung vom Schadensersatz, 2008, S. 235 f. も、追完請求権は、追完方法の選択権、BGB 新规定四三九条三項による追完拒絶権、消滅時効の点で本来的履行請求権とは異なることから、解釈論的には、本来的な契約上の履行請求権と区別され、法律上の担保責任請求権に分類されるべきであると述べる。
- (222) Berger, in: Jaernig (Fn. 221), § 439 Rn. 6, Rn. 10.
- (223) Berger, in: Jaernig (Fn. 221), § 439 Rn. 24. とりわけ、その際にベルガーが念頭においているのは、特定物売買においても代物請求権が認められるところにある。
- (224) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 322 f.; Dieckmann, a. a. O. (Fn. 219), S. 101; Skamel, a. a. O. (Fn. 221), S. 109, 235; Zwarg, a. a. O. (Fn. 219), S. 43. のように、追完請求権の目的がこれに限定されるのかということについては、後述のように争いがある。
- (225) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 323 ff.; Skamel, a. a. O. (Fn. 221), S. 235; Zwarg, a. a. O. (Fn. 219), S. 43 f. また、政府草案理由書 (BT-Drucks. 14/6040, S. 221) は「このような追完請求権と本来的履行請求権の異質性について、次のような説明をしている。すなわち「不完全給付（瑕疵ある物の引渡しはこの不完全給付とされる）の完全な不給付に対する特殊性は、

売主がこの場合にはすでに一度履行の試みを行ったということにある。このことは、給付請求権の内容に対する影響なしではすまない。すなわち、この状況においては、義務付けられた給付結果は、様々な方法で実現されうる。すなわち、瑕疵ある物の修補あるいは他の瑕疵なき物の引渡しが問題となる。これに基づいて生じる履行請求権の修正は、政府草案四三九条において規律されており、その請求権は、政府草案四三七条一項について述べたように、『追完請求権 (Nacherfüllungsanspruch)』と呼ばれる」。

- (226) 例えは、Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. XXV; ders., Karlsruher Forum (Fn. 219), S. 77 f.; 80) 追完請求権が、本来的履行請求権の存続であり、本来的履行請求権と原理的には異なるものではないとする一方で、それは、本来的履行請求権と同一のものではなく、担保責任法に属するものであり、第一次的請求権の修正ないし本来的履行請求権の担保責任法上の修正であるとしている。これは、このような追完請求権の二面性を示しているものといえるだろう。

- (227) 例えは、Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 323 ff.; Oetker/Mautzsch, a. a. O. (Fn. 219), § 2 Rn. 146; Skamel, a. a. O. (Fn. 221), S. 235 f.; Zwart, a. a. O. (Fn. 219), S. 43 f. なを参照。

- (228) なお、これと関連して、いかなる時点あるいは契機で本来的履行請求権が追完請求権に転化するか——本来的履行請求権とは異なる追完請求権特有の規律が妥当することになるか——という、本来的履行請求権から追完請求権への転化の時期・契機の問題についても、議論がある。

これについては、①危険移転——もともと、厳密には、瑕疵ある物の給付では危険移転が生じないことから、瑕疵がなかったならば危険移転が生じていたであろう時点という意味での「仮設的危险移転」——を基準とする見解が支配的である (P. Huber, in: P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 219), Kap. 13 Rn. 45; Canaris, Karlsruher Forum (Fn. 219), S. 72 f.; Matuschke-Beckmann, in: Staudinger (Fn. 210), § 437 Rn. 17; Westermann, in: MünchKomm (Fn. 210), § 437 Rn. 6 なを)。それに對して、②買主による「承認 (Billigung)」のもとでの売主の主たる給付義務の (一部) 履行を基準とする見解 (Oetker

Maulttsch, a. a. O. (Fn. 219), § 2 Rn. 147) ③買主への目的物の現実の交付 (Ablieferung) を基準とする見解 (Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 329 ff.) などにも主張されている。

もっとも、この議論は、追完請求権の規律内容の確定それ自体に関わるというよりは、一定のすでに確定された追完請求権特有の規律内容を前提に、それが妥当するための要件に関わるものとして展開されているようにみえる。また、以上の議論の際に念頭に置かれている追完請求権特有の規律内容は論者によって必ずしも一様でなく——短期消滅時効が念頭に置かれていることもあれば、売主の追完拒絶権が念頭に置かれていることもある——、さらには、追完請求権の発生要件・時点の問題と追完請求権の個々の規律内容の妥当要件・時点の問題とが一体となった形で議論がされているとみられる——①の見解が主として前者の問題を念頭に置いているのに対して、②・③の見解は主として後者の問題を念頭に置いているようにみられる——こともあって、議論状況はやや錯綜している。そうであるならば、むしろ、追完請求権それ自体の発生要件・時点の問題と追完請求権の個々の規律内容の妥当要件・時点の問題とをさしあたり区別したうえで、少なくとも、後者の問題については、以下でみるように、追完請求権の個々の規律内容ごとに——それぞれの本来的履行請求権に対する修正の根拠に照らして——検討されるべきであるようにも思われるが、これについては、別途詳細な検討を要するので、ここでは問題の指摘にとどめておきたい。

(229) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 323 f.; Dieckmann, a. a. O. (Fn. 219), S. 111 f.

(230) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 324 f.; Skamel, a. a. O. (Fn. 221), S. 235.

(231) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. XXV; Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 324; Skamel, a. a. O. (Fn. 221), S. 235.

(232) Canaris, Karlsruher Forum (Fn. 219), S. 71 f. また Florian Schulz, Der Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Kaufrecht, im UCC und im CISG, 2002, S. 455 ff. も「買主に選択権を認める根拠を、買主が具体的な追完方法に対して利益を有していることに求めている。そこでは、一方で、代物給付が、通常、より迅速であり

かつ買主にとっての不便がより少ない方法であり、買主の利益に対応するという点、他方で、代物給付は、とりわけ売買目的物の組立てや取付けがされた場合や代物の調達に長期間を要する場合には、買主の利益に対応せず、むしろ、修補が買主の利益に対応するという点が指摘されている。

(233) Canaris, *Karlsruher Forum* (Fn. 219), S. 76.

(234) Dieckmann, a. a. O. (Fn. 219), S. 113 ff. も、BGB新規定四三九条三項による「過分の費用」に基づく売主の給付拒絶権は、信義誠実の原則を根拠として、買主による不完全給付の受領によつて自らの義務を履行したものと信頼した売主に認められる特権 (*Privilegierung*) であるとしている。それに対応して、売主が、給付の際に、引き渡される物に瑕疵があることを買主に悪意で黙秘した場合には、その売主はこのような法律による特権を受けることはできないとしている。

(235) Canaris, *Karlsruher Forum* (Fn. 219), S. 92. こうした売主の信頼を根拠とする説明は、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合には、——保護に値する売主の信頼が欠けるために——、買主の追完請求権が、通常の消滅時効にかかるとされていること (BGB新規定四三八条三項) と整合するものといえる。

(236) Oetker/Maultsch, a. a. O. (Fn. 219), § 2 Rn. 146 も、以上の三つの相違点について、カナリスと同じ趣旨で、次のように説明している。すなわち、追完請求権の局面では、すでに給付の移転 (*Leistungsstransfer*) が行われたという事情があり、それに基づいて、当事者は、すでに行われた取引の法的安定性 (*Rechtsbeständigkeit*) について大きな利益を有することになる。そして、そうした利益は、一般的規定をそのまま適用するとすれば、十分に考慮されないことになってしまう。追完請求権の短期消滅時効、追完方法に関する買主の選択権、売主の追完拒絶権における特別の規律は、このことを示すものであるとしている。また、Canaris, *Karlsruher Forum* (Fn. 219), S. 71 は、以上のような一般給付障害法に対する修正は、売主がすでに一度——契約に適合するものではないとしても——給付を行い、かつ、買主がこれを受領したとい

う事実と結びついているという点で、共通の基本思想に基づくものであるとしている——もともと、個別的には、さらに付加的な評価の視点が付け加わるものとしている。

- (237) この問題についての議論を紹介するものとして、古谷貴之「ドイツ売買法における追完の履行場所」同志社法学六一巻三号(二〇〇九年)七九頁。

- (238) M. Jacobs, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, a. a. O. (Fn. 219), S. 374 f.

- (239) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 443 f.

- (240) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 443, 444; Schürholz, a. a. O. (Fn. 219), S. 55 ff. も同じ点を指摘している。

- (241) Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 444.

- (242) 請負契約における修補請求権に関するものであるが、修補義務の履行場所は、疑わしい場合には、修補されるべき仕事に契機に従って存在する場所であるとする判例として、BGH, NJW-RR 2008, 724 f. がある(同判決は、売買契約においても同様であることを示唆している)。

- (243) BT-Drucks. 14/6040, S. 231. そこでは、BGB旧規定四七六a条(これは、売買目的物が受領者の住居ないし営業所とは異なる場所である——その用途に従った使用に相応せず——使用されていたというに基づき費用について、売主は費用負担義務から解放するものであった)の廃止が、売主がいまやBGB四三九条三項によって防衛することができるということによって基礎づけられている。

- (244) P. Huber, in: P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 219), Kap. 13 Rn. 27; ders., Nacherfüllungsanspruch (Fn. 219), S. 1006.

- (245) Matusche-Beckmann, in: Staudinger (Fn. 210), § 439 Rn. 9.

- (246) Westermann, in: MünchKomm (Fn. 210), § 439 Rn. 7. そのほか、この見解に立つものとして、Faust, in: Bamberger/Roth (Fn. 210), § 439 Rn. 13; Oetker/Mautzsch, a. a. O. (Fn. 219), § 2 Rn. 183 を参照。また、Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/

Schäfer/Wendland, a. a. O. (Fn. 219), § 5 Rn. 154⁹⁶、追完義務の履行場所は、諸事情、とりわけ債務関係の性質にしたがって決まるとするが、疑わしい場合には、原則として、目的物の存在場所であるとしている。

(247) Jürgen Oechsler, *Schuldrecht Besonder Teil Vertragsrecht*, 2003, § 2 Rn. 139.

(248) これについては、さらに注(264)も参照。

(249) この問題について紹介するものとして、石崎・前掲注(31)一〇五頁。

(250) M. Jacobs, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, a. a. O. (Fn. 219), S. 377. 同様に、BGB新规定四三九条一項の類推適用によつて買主に修補方法の選択権を認めるものとして、Oechsler, a. a. O. (Fn. 246), § 2 Rn. 139.

(251) P. Huber, in: P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 219), Kap. 13 Rn. 24; ders., *Nacherfüllungsanspruch* (Fn. 219), S. 1006.

(252) Westermann, in: *MünchKomm* (Fn. 210), § 439 Rn. 4.

(253) Schürholz, a. a. O. (Fn. 219), S. 67.

(254) M. Jacobs, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, a. a. O. (Fn. 219), S. 375. このような理由から、修補と代物給付との間の追完方法の選択権を買主に与えるというBGB新规定の規律に対しても批判的なものとして、Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, a. a. O. (Fn. 219), § 5 Rn. 153; Harm Peter Westermann, *Das neue Kaufrecht*, NJW 2002, S. 241 ff., S. 248; Kandler, a. a. O. (Fn. 219), S. 433⁹⁷。

(255) このほか、買主が追完請求として代物給付を求めるときには、例えば、買主が引き渡された瑕疵ある物の取付け等ですで行っていた場合において、買主が売主に対しその瑕疵ある物の撤去を請求することができるのかも問題とされている。この問題をも含んだ代物給付の場合の議論を紹介するものとして、ペーター・フーバー(益井公司訳)「新ドイツ売買法における履行と損害賠償の関係に関する近時の諸問題」日本法学七四巻一号(二〇〇八年)一九七頁、とくに二一五頁以下、古谷・前掲注(211)を参照。

- (256) Faust, in : Bamberger/Roth (Fn. 210), § 439 Rn. 13.
- (257) Faust, in : Bamberger/Roth (Fn. 210), § 439 Rn. 18.
- (258) 代物請求の場合について、このような売主の義務を否定する判例として、BGHZ 177, 224 ff.がある。
- (259) Berger, in : Jauernig (Fn. 221), § 439 Rn. 20.
- (260) Mausche-Beckmann, in : Staudinger (Fn. 210), § 439 Rn. 21.
- (261) Reinicke/Tiedtke, a. a. O. (Fn. 219), Rn. 440. 同様の理由づけを述べたとして、Klaus Tiedtke/Marco Schmitt, Probleme im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs, DStR 2004, S. 2016 ff. und 2060 ff., S. 2061 f. も参照。このほか、Stephan Lorenz, Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach „neuem“ Schuldrecht — was bleibt vom „Dachziegel“-Fall?, ZGS 2004, S. 408 ff., S. 409 も、このような復元義務が認められるのは請負契約が問題となる場合であり、売買契約において、は、こうした復元義務は売買契約の履行を超えるものであって認められない旨を指摘する。
- (262) Dagmar Thümann, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, S. 3457 ff.
- (263) Thümann, a. a. O. (Fn. 262), S. 3459.
- (264) Thümann, a. a. O. (Fn. 262), S. 3459, 3461. なお、Oechsler, a. a. O. (Fn. 247), § 2 Rn. 139 が、追完義務の履行場所について、修補と代物給付とを区別し、修補の場合には目的物の存在場所が履行場所となるのに対して、代物給付の場合には本来的履行場所が履行場所となることを主張していたのも、おそらく同様の観点に基づくものとみられる。
- (265) このような復元のための費用が、損害賠償の対象となりうることについては、BGHZ 177, 224 ff. も参照。
- (266) この問題についての議論を紹介・検討するものとして、今西・前掲注(205)二九二頁以下、田中宏治「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商法雑誌一三三巻一号（二〇〇五年）一頁、同「ドイツ新債務法における引渡

前の代物請求」阪大法学五五巻六号（二〇〇六年）六三頁、同「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」私法六九号（二〇〇七年）一四二頁参照。

- (267) Thomas Ackermann, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, S. 378 ff. (以下「*Nacherfüllungspflicht*」について引用), S. 379.
- (268) Thomas Ackermann, Erweiterung auf Canaris JZ 2003, 831, JZ 2003, S. 1154 ff. (以下「*Erweiterung*」について引用), S. 1154 f.
- (269) Ackermann, Erweiterung (Fn. 268), S. 1155.
- (270) Ackermann, Nacherfüllungspflicht (Fn. 267), S. 379.
- (271) Ackermann, Erweiterung (Fn. 268), S. 1155 f.
- (272) Ackermann, Erweiterung (Fn. 268), S. 1156, Anm. 9.
- (273) M. Jacobs, in : Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, a. a. O. (Fn. 219), S. 378.
- (274) M. Jacobs, in : Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, a. a. O. (Fn. 219), S. 379.
- (275) M. Jacobs, in : Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, a. a. O. (Fn. 219), S. 379. つれに對して、特定物売買における代物給付は不能（BGB新規定二七五条一項）を理由として認められなくするものと「*Lorenz/Riehm, a. a. O. (Fn. 219), Rn. 505; P. Huber, in : P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 219), Kap. 13 Rn. 20; ders., Nacherfüllungsanspruch (Fn. 219), S. 1006; Faust, in: Bamberger/Roth (Fn. 210), § 439 Rn. 27 などがある。*」こうした特定物売買における代物請求権を——そうした請求権の存在を本来的履行請求権とは別にいったん認めた上で——不能を根拠として否定する見解と対比すれば、M・ヤーコプスの見解は、そもそも不能の前提となる請求権の存在を（本来的履行請求権におけるのと同様に）はじめから認めない点で、以上の見解よりも代物請求権が本来的履行請求権と同一であると考ええる傾向が強いものといえよう。

(276) この立場に立つ判決として、BGHZ 168, 64 ff.（もっとも、解除の前提として特定物売買における代物給付の可能性が

問題とされたもの) ; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053 f.; LG Ellwangen, NJW 2002, 517 f. ⁴⁶

- (276) BT-Drucks. 14/6040, S. 230.
- (277) Sebastian Pammler, Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf, NJW 2003 (ㄷㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ' Ersatzlieferungsanspruch ㅇㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ' ㄷㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ), S. 1992 ff.; ders., in : JurisPraxiskommentar BGB, Band 2, 2, 3. Aufl., 2006 (ㄷㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ' JurisPK-BGB ㅇㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ).
- (278) Pammler, Ersatzlieferungsanspruch (Fn. 278), S. 1993.
- (279) Pammler, Ersatzlieferungsanspruch (Fn. 278), S. 1993; ders., JurisPK-BGB (Fn. 278), § 439 Rn. 21.
- (280) Pammler, Ersatzlieferungsanspruch (Fn. 278), S. 1993; ders., JurisPK-BGB (Fn. 278), § 439 Rn. 24. ㅁㄴ' Haas, in : Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, a. a. O. (Fn. 219), § 5 Rn. 84, 150~' ㄷㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ의代替物を代物請求の基準
- (281) ㄷㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ°
- (282) Pammler, Ersatzlieferungsanspruch (Fn. 278), S. 1993; ders., JurisPK-BGB (Fn. 278), § 439 Rn. 23.
- (283) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. XXV; ders., Karlsruher Forum (Fn. 219), S. 77 f., 80.
- (284) Claus-Wilhelm Canaris, Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, S. 214 ff. (ㄷㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ' Leistungshindernisse ㅇㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ), S. 219.
- (285) Canaris, Leistungshindernisse (Fn. 284), S. 219.
- (286) Claus-Wilhelm Canaris, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, S. 831 ff. (ㄷㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ' Nacherfüllungㅇㄹㄱㄴㅇㄹㄴㄴ), S. 836.
- (287) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (Fn. 177), S. XXV; ders., Nacherfüllung (Fn. 286), S. 836.
- (288) Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 836.
- (289) Canaris, Karlsruher Forum (Fn. 219), S. 79.

- (290) Canaris, Karlsruher Forum (Fn. 219), S. 80; ders., Nacherfüllung (Fn. 286), S. 835.
- (291) Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 835.
- (292) Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 835.
- (293) Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 835.
- (294) Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 835.
- (295) Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 835.
- (296) Claus-Wilhelm Canaris, Schlußwort, JZ 2003, S. 1156 ff. (以下では「Schlußwort」として引用), S. 1156.
- (297) Canaris, Schlußwort (Fn. 296), S. 1156, 以下に「べ」 Schürholz, a. a. O. (Fn. 219), S. 163 は「特定物売買において代物請求が認められる場合には、売買契約の内容は、確かに、当事者がその意思にしたがって合意したように、第一次的には、特定された物が引き渡されるべきであるが、それにもかかわらず、その物に瑕疵がある場合の代物給付は排除されないというものであるとする。したがって、瑕疵がある場合の代物給付は、はじめから、当事者の契約合意によって把握されている」ことから「この場合に代物給付を認めても、私的自治に反するということとは問題とならないとされる。」
- (298) Canaris, Schlußwort (Fn. 296), S. 1156.
- (299) Antonios Donou, Erfüllung und Nacherfüllung : Das Verhältnis des ursprünglichen Erfüllungsanspruches zum Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch beim Sachkauf unter besonderer Berücksichtigung von Stückschulden im neuen Schuldrecht, 2006, S. 71.
- (300) Donou, a. a. O. (Fn. 299), S. 72.
- (301) Donou, a. a. O. (Fn. 299), S. 71 f.
- (302) Donou, a. a. O. (Fn. 299), S. 60 f.

- (303) Donou, a. a. O. (Fn. 299), S. 66 ff.
- (304) Donou, a. a. O. (Fn. 299), S. 61, 69.
- (305) Sudابه Kamanabrou, Der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf, ZGS 2004, S. 57 ff., S. 60; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 151. 462; Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 831 f. 46 売買目的物の個別化の有無を基準にして、特定物売買と種類売買を区別しているとみられる(ここでは、走行距離と登録(Zulassung)を受けた日付というメルクマールによって、ないしは売主の店舗での買主の検分によって個別化された自動車の売買が、特定物売買とされるという例が挙げられている——カナリスによれば、この場合にも、代物請求が認められうると思われる)。
- (306) 以上について、Kamanabrou, a. a. O. (Fn. 305), S. 60 f.を参照。また、Bitter/Meidt, a. a. O. (Fn. 210), S. 2119; Oetker/Mautzsch, a. a. O. (Fn. 219), § 2 Rn. 202; Kamanabrou, a. a. O. (Fn. 305), S. 61によれば、いわゆるセルフサービス売買(買主が、自ら任意に売主の商品棚から商品を選び、それを代金の支払いの際にレジに提示するという形で行われる売買)の場合も、特定物売買に分類されるという。なぜなら、この場合には、買主は、その物をレジに提示することによって、この個別化された物を取得しようとすることを表示しているのであり、(意思表示解釈の基準としての)客観的な受領者の地平 (objektiver Empfängerhorizont) にしたがえば、その買主の表示は、その提示された物を買おうとするものと理解されるべきであるからだとされる(Kamanabrou, a. a. O. (Fn. 305), S. 61)。もつてCanaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 831は、こうしたセルフサービス売買においては、實際上、種類物が問題となるとしており、必ずしも明確ではないものの、これを直ちに特定物売買に分類することについては消極的であるようにみえる。
- (307) Canaris, Nacherfüllung (Fn. 286), S. 836.
- (308) Ackermann, Erwidern (Fn. 268), S. 1155. 36 によれば、いわゆるセルフサービス売買は、種類売買に分類されると

づ、(ders., Nacherfüllungspflicht (Fn. 267), S. 381; ders., Erwidern (Fn. 268), S. 1155)。セルフサービス売買に関する同様の見解として、Götz Schulze, Rechtsfragen des Selbstbedienungskaufs: zur Abgrenzung von Qualifikations- und Identitätslind beim Stückkauf über vertauschte Ware, ACP 201 (2001), S. 232, S. 236 ff. 参照。

(309) Ackermann, Erwidern (Fn. 268), S. 1156.

(310) M. Jacobs, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, a. a. O. (Fn. 219), S. 380.

(311) 以上のほか、特定物売買と種類売買の区別の問題については、個々の事例群ごとに詳細な検討を加えるものとして、Schühholz, a. a. O. (Fn. 219), S. 123 ff. も参照。これによれば、特定物売買と種類売買への分類に関しては、瑕疵ある引渡しの効果として何が優先されるかということではなく、当事者の意思によれば何が第一次的給付義務の目的物であるとされるかということが問題であるとされる。したがって、当事者が特定の目的物について個別化利益 (Individualisierungsinteresse) を有さないとしても、そして、当事者が引き渡された物に瑕疵がある場合の代物給付に対して特別の利益を有するとしても、それによって種類売買への分類がされるわけではないとしている (Schühholz, a. a. O. (Fn. 219), S. 131)。

(312) Oetker/Maultsch, a. a. O. (Fn. 219), § 2 Rn. 146 は、この点を明確に指摘している。

(313) これについては、Schühholz, a. a. O. (Fn. 219), S. 62 を参照。

(314) これについては、安価費用負担者へのリスク・権限の配分という基準自体は維持されつつ、ここでは、そうした費用によって達成されるべき目的に、引き渡された目的物の安定的利用に関する買主の利益が加わることによって、その基準の適用結果が変容を受けるという説明もありうるだろう。すなわち、達成されるべき目的が、単なる買主の瑕疵なき目的物の取得にとどまるのであれば、通常、その目的達成のための事情により詳しい売主に追完方法の選択権を委ねればよいことになる。しかし、達成されるべき目的に、上記の買主の利益の保護が加わる場合、そのような買主の利益は、目的物の利用状況に対応して、追完方法が修補と代物給付のいずれであるかによって大きく影響を受けることになり (例

えば、固定的に据え付けられた機械に瑕疵があった場合）、それを売主の選択に委ねることが必ずしも適切ではない可能性が出てくる。したがって、その場合には、通常、目的物の利用状況についてより詳しいのは買主であるから、むしろ、買主に修補か代物給付かの選択権を委ねるほうがよいということになりうる。もともと、そのうえで、買主が修補を選択した場合の修補方法の選択権については、以上のような買主の利益が修補方法の相違によって影響を受けることは通常考えられないとすれば、適切な修補方法についての事情により詳しい売主に再び委ねられることも考えられることになる。

（315）すなわち、こうした当事者の利益の考慮が工業製品売買という特定の売買契約類型の属性に結びついていて、も、それは、工業製品売買という売買契約の典型の観念に基づいて、そのような当事者の利益が追完請求権の規律内容を確認する際の利益評価の基礎となる可能性が生まれる（したがって、そのような当事者の利益が追完請求権の規律内容において考慮される可能性が生まれる）ことまでしか意味しない。そのうえで、追完請求権の規律内容がそのような当事者の利益を反映したものに確定されるかどうかは、厳密にいうと、売買契約の典型としての工業製品売買の特質それ自体に基づくものというよりも、むしろ、以下でみるように、そうした当事者の利益を追完請求権の規律内容において考慮する基礎にある考え方——すなわち、そのような売買契約の典型を基礎にした売買契約における類型的リスク配分のあり方——に依存する。しかし、いずれにしても、その出发点にあり、そこでの思考を枠付けているのは、やはり工業製品売買という売買契約の典型およびそれを基礎とした類型的な当事者の利益状況の想定であり、その意味では、これも、特定の売買契約類型の属性に結びついているものということができるだろう。

また、先に述べたように、ここでは、確かに、瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態を一つの契機・要因として、本来の履行請求権の規律においては考慮されていなかった当事者の利益が追完請求権の規律において考慮される余地が生じることとなっている。しかし、瑕疵ある目的物の引渡し・受領という事態があればそれだけで直ちにそのような当

事者の利益が（あらゆる契約類型において同様に）考慮されるというわけでは必ずしもなく、そのような当事者の利益が（売買契約の規律の一環としての）買主の追完請求権の規律において考慮されるかどうかは、やはり以上のような特定の売買契約類型を基礎とした類型的リスク配分のあり方に依存しているというべきだろう。このようにみれば、これと関連して、さらに、注（28）で挙げた、本来的履行請求権から追完請求権への転化の時期・契機の問題（とりわけ、いかなる時点・契機で追完請求権特有の規律内容が妥当することになるか、あるいは追完請求権特有の規律内容が妥当するためにはどのような要件が必要か——例えば、単なる目的物の引渡しで足りるか、あるいは買主による売主の義務の一部履行の「承認」が必要かなど——という問題）も、以上のような売買契約における類型的リスク配分のあり方の問題の一環として、やはり類型的に検討されるべきものと位置づけられることになるだろう。

- (316) 売買目的物の利用リスク（*Verwendungsrisiko*）は買主が負担するのが原則であるところについては、Canaris, *Karlsruher Forum* (Fn. 219), S. 61 も参照（もつとつ、そこでは、このことは、物の瑕疵の有無の判断との関係で、主観的瑕疵概念の射程を目的物それ自体の性質を超えて極端に拡張することが、目的物利用リスクの買主負担の原則と緊張関係にあるという文脈で取り上げられている）。

- (317) このようにみれば、目的物の安定的利用に関する買主の利益にかかわる規律内容の問題において、本来的履行請求権の規律内容を妥当させるアプローチと追完請求権特有の規律内容を妥当させるアプローチが対立していた背景には、こうした売買契約観ないしは売買契約における類型的リスク配分のあり方に対する考え方の相違があったとみることもできる。

- (318) もっとも、このような売買契約における類型的リスク配分は、そうした安価費用負担者へのリスク・権限の配分というリスク配分基準の適用のみによって確定できるのではない。この基準は、すぐ後で述べるように、それ自体としては、契約に限定されない妥当性を有しうるものであり、この基準を用いてまさに「売買契約」における類型的リスク配分を

確定するためには、その前提として、どのような当事者の利益・費用が、「売買契約」におけるリスク配分を考える基礎に据えられるかをあらかじめ画定しておくことが必要となる（このことは、以上のリスク配分基準それ自体からは明らかににならない）。すなわち、この基準が「売買契約」における類型的なリスク配分の基準として機能するためには、いずれにしても、「売買契約」における類型的な契約当事者の利益状況の想定を基礎に、どのような当事者の利益・費用が、まさに「売買契約」によって把握されるべきものとして、「売買契約」における類型的リスク配分の基礎に据えられるかという判断を経ることが不可欠となる（上述（b）および注（314）・注（315）は、このような判断にかかわる）。