

Title	買主の性急な自力追完：追完請求権の優位原則の強度
Sub Title	Die voreilige Selbstvornahme des Käufers
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2024
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.52 (2024. 3) ,p.[51]- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	竹中俊子教授・平野裕之教授・宮武雅子教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20240330-0051

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

買主の性急な自力追完

——追完請求権の優位原則の強度——

北 居 功

- 一 売主の二度目の提供の権利
- 二 相当期間経過前の買主による追完
- 三 消費者買主の優遇可能性
- 四 おわりに

一 売主の二度目の提供の権利

伝統的な売主の瑕疵担保責任は、奴隷や家畜の市場での売買で買主を救済するために特別に認められた古代ローマの按察官告示に由来するため、買主の修補請求権が想定されなかった¹⁾。しかし、近代以降の取引では、修補や取替えができない商品売買こそがむしろ例外となり、買主の救済として第一義に完全履行請求権を想定することこそ、取引の実情に適合するとの理解が提唱されるようになった。このような理解は、引き渡された商品に瑕疵があった場合、買

1) Dieter MEDICUS, Zur Geschichte der Sachmängelhaftung, in Reinhard ZIMMERMANN (hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Festschrift für Hans Hermann Seiler, Heidelberg, 1999, S.310. ローマ法における瑕疵担保責任の由来については、Éva JAKAB, Diebische Sklaven, marode Balken: Von den römischen Wurzeln der Gewährleistung für Sachmängel, in Martin SCHERMAIER (hrsg.), Verbraucherkauf in Europa, Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG., München, 2003, S.27ff. 古代法を経てローマ法から近代法典編纂に至るまでの按察官訴権と買主訴権との錯綜関係については、北居功「瑕疵担保責任から債務不履行責任へ——特別法の一般法への包摂現象」滝沢昌彦＝工藤祐敏＝松尾弘＝北居功＝本山敦＝住田英穂＝武川幸嗣＝中村肇〔編集委員〕『民事責任の法理：円谷峻先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2015年）17頁以下。

主は売主に対して、まず最初に修補や取替えを請求して瑕疵のない目的物を取得することを第一義とし、それが実を結ばないときにはじめて契約を清算できる救済へと移行すべきことを提唱する。したがって、売主側から見れば、最初の瑕疵ある商品を提供した後でも、なお今一度、買主に対して瑕疵のない商品を提供して、代金の全額を手にすることができる機会を得ることになる。売主のこの瑕疵追完の機会を保障することが、追完（請求）権の優位、あるいは、「売主の二度目の提供の権利（Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung）」と呼ばれている²⁾。

ドイツ法では、売主は、物の占有および所有権を買主に供与する義務を負うだけでなく（BGB 第 433 条第 1 項第 1 文）、物の瑕疵および権利の瑕疵なく供与する義務を負う（BGB 第 433 条第 1 項第 2 文）。それにもかかわらず、売主が契約に適合しない物を買主に引き渡した場合、買主は、原則としてまず売主に対して追完を請求できる（BGB 第 437 条第 1 号）。しかし、この追完請求は、買主にとって、原則として最初に選択しなければならない法的救済でもある。なぜなら、買主が契約を解除しようとするれば、まず最初に追完のための相当期間を設定しなければならない（BGB 第 437 条第 2 号、第 323 条第 1 項）、代金の減額を請求する場合にも同様である（BGB 第 437 条第 2 号、第 441 条第 1 項）。もちろん、買主は、売主の帰責事由を要件として遅延損害の賠償を請求できるが（BGB 第 280 条第 1 項、第 286 条）、給付に代わる損害賠償を請求するにも、売主の帰責性を要件として、やはりまずは売主に追完のための相当期間を設定しなければならない（BGB 第 280 条、第 281 条第 1 項）。このように、契約不適合

2) 売主の二度目の提供の権利（Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung）は、19 世紀から 20 世紀にかけて、種類売買での代物給付請求権が確立した経緯や、20 世紀初頭の実務、とりわけ仲裁裁判と約款条項の分析から、売主が船に荷積み（Andienung）した商品に契約違反があった場合に、なお売主に契約に適合した荷積みが許されるのかどうかという問題関心に端を発した議論から提起された。Hans GROSSMANN-DOERTH, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, Marburg, 1934, S.1. 当該論文の紹介は、新田孝二『危険負担と危険配分』（信山社・1998 年）251 頁以下、川村尚子「売主の追完利益の保証に関する一考察——ドイツ法における議論を素材として」同法 367 号（2014 年）211 頁以下。

物が給付された場合、買主が解除・減額または給付に代わる損害賠償という契約清算権を行使するには、まず最初に、買主は売主に対して、修補または代物給付のいずれかを選択して、追完を請求しなければならない（BGB 第 439 条第 1 項）。買主が売主に対して契約不適合の追完を請求する場合、その追完に要する費用は売主が負担しなければならない（BGB 第 439 条第 2 項）。

では、契約に適合しない給付を受け取った買主が、まず最初に売主に追完のための相当期間を設定することなく、あるいは、設定した相当期間の経過を待つことなく、自身で契約不適合を修補し、あるいは、修補を第三者に委託し、あるいは、代物を他から調達した場合、買主が実際に追完に要した費用、あるいは、本来買主の請求を受けて売主が追完したなら要したはずの費用（節約費用）を、買主は売主に請求することができるであろうか。これが、追完のための相当期間が経過する前の買主の性急な「自力追完（Selbstvornahme）」³⁾における費用負担問題である。この問題についてのドイツの議論の紹介や優れた分析はすでにあるが⁴⁾、追完請求権の優位の位置づけや目的到達法理の処理も含めて、この問題の全体像についていまだ十分に把握されていないように思われるため、本稿で取り上げることとしよう。

3) すでに「自己実施」などとも訳されているが、買主が自ら自力救済的に追完を実施する側面を強調するため、本稿では「自力追完」と訳している。

4) 2002 年 1 月 1 日から施行された債務法の現代化法による売買法の改正で、当初、もっとも大きな影響をもたらした争点の一つが追完請求権の承認であり、またその優位をめぐる問題であった。Ralf SEINECKE, *Modernisierte Kaufrechte*, in Joachim RÜCKERT/ Lena FOLJANTY/ Thomas PIERSON/ Ralf SEINECKE, *20 Jahre Neues Schuldrecht*, Tübingen, 2023, S.183. 我が国でも、すでに買主の自力追完の問題の紹介がある。青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去」駒澤法曹 1 号（2005 年）27 頁以下、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信他編『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・2006 年）538 頁以下、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社・2020 年）150 頁以下、田中宏治『売買法論集』（信山社・2021 年）133 頁以下、萩原基裕「買主自身による追完と売主に対する費用賠償請求の可否をめぐる問題の検討」大東法学 28 巻 2 号（2019 年）93 頁以下、山本宣之「買主が自己追完した場合に関するドイツ法の議論」産大法学 57 巻 2 号（2023 年）255 頁以下。

二 相当期間経過前の買主による追完

1. 追完費用の売主負担論

(1) 給付不能による解決提案

2002年1月1日の債務法の現代化法施行によるドイツ民法典（BGB）の改正後まもなくして、最初に買主の性急な自力追完での追完費用の負担問題を提起したロレンツは、給付不能法によって売主が節約費用を負担すべきとする解決を提案する。すなわち、買主が契約不適合を自身であるいは第三者を介して追完した場合には、契約不適合が解消されるため、もはや売主による追完義務の履行が不能となる（BGB第275条第1項⁵⁾）。しかし、この給付の不能は、もっぱら買主が自身の側で追完をすることによって買主がもたらした給付不能であり、買主が「唯一もしくは圧倒的」に責任を負うべき履行不能であるため、買主の解除権はもちろん（BGB第326条第5項、第323条第6項：我が国の民法第543条参照）、「解除に代えて」行使できる減額請求権も同様に排除される（BGB第441条第1項、第326条第5項、第323条第6項：我が国の民法第563条第3項参照）。さらに、売主は買主の追完による追完義務の給付不能について責めを負わないため、買主は売主に対して追完に要した費用の賠償（給付に代わる損害賠償）を請求できない（BGB第283条、第280条第1項、第3項⁶⁾）。

かえって、売主の追完義務が給付不能によって消滅しても、買主が唯一または圧倒的に責任を負うべき事情に由来する給付不能であるため、反対給付である買主の代金の支払義務は消滅しない（BGB第326条第2項第1文：我が国の民法第536条第2項前段参照）。しかし、買主が瑕疵を追完することによって売主は追完義務を免れるため、本来、買主から追完の請求を受けた場合に負担するはずの追完費用の出費を免れる。この後味の悪さは、一般給付障害法に担保責任法が結合されたことで明らかとなる「法欠缺」の結果である⁷⁾。したがって、

5) Stephan LORENZ, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, in NJW., 2003, S.1418.

6) LORENZ, a.a.O., Fn.5, S.1418; ders, Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt, in NJW., 2005, S.1322.

売買代金を追完を通じて「手に入れる」売主の権利は、買主の追完によって挫折しても、なお節約費用を除いて存続する（BGB 第 326 条第 2 項第 2 文：我が国の民法第 536 条第 2 項後段参照）。売主に節約分の控除をせずに全額の報酬請求権を認めると、売主は給付の全部不能の際よりもより良い立場となるため不当である⁸⁾。結局、買主は、自身の側で行った追完に要した費用の実費ではなく、売主がそれによって本来追完していたなら要したはずの費用（節約費用）の償還を請求できる。

もちろん、買主による性急な自力追完費用を売主に負担させる見解は、買主が費やした追完費用の賠償を認めるのではなく、追完請求を受けた売主が本来なら負担すべき費用を売主に負担させるだけのことであるから、追完の裏を掻くことにはならない⁹⁾。むしろ、売主の二度目の提供の権利は、売主が追完をすることによって代金を取得することを可能にするための方策であるから、買主が追完をすることで売主が追完不能となっても、代金債権を取得できる限りで売主の二度目の提供の権利は害されないともいう¹⁰⁾。

このロレンツの問題提起を受けて、買主の性急な自力追完をめぐる議論が沸騰する。

（２）目的到達による問題の再構成

給付不能を起点とする上述の法律構成に対して、目的到達論からの異論が提起される。すなわち、買主が自身の側で瑕疵を除去することは、最終的に売主の瑕疵のない物の給付義務を不能にするのではなく、むしろ、売主の給付義務の目的を達成する。したがって、問題解決の起点に据えられるべきなのは、給付不能論ではなく目的到達論となる。すなわち、目的到達とは、債務者の行為

7) LORENZ, a.a.O., Fn.5, S.1418.

8) LORENZ, a.a.O., Fn.5, S.1418f.

9) Stephan LORENZ, Ansprüche des Käufers bei Selbstvornahme der Nacherfüllung, Anmerkung zu AG Daun, in ZGS., 2003 S.399.

10) LORENZ, a.a.O., Fn.6, S.1322f.

がなくても給付結果が生じる場合であり、債務者の給付行為は依然として可能であっても、給付結果をもたらすことはないため、もはや意味はない。もっとも、買主が瑕疵を自ら修補することで、売主の為すべき給付行為が目的到達によって給付不能となるとするなら¹¹⁾、給付不能論を起点に据える見解との実質的な相違は現れない。これに対して、買主が瑕疵を修補することによって目的到達が認められるときには、そもそも給付不能ではなく、むしろ危険移転後の瑕疵の脱落問題に接近するとの指摘もある。つまり、すでに瑕疵が除去されて瑕疵が存在しないのであれば、もはや瑕疵に基づく買主の法的救済が一切認められるべきではないことになる¹²⁾。

さらに、買主が売主に対して代物の供給を請求できる場合には¹³⁾、売主が

-
- 11) 履行による債務消滅は債権者の給付結果の享受要素と債務者の給付行為の遂行要素からなり、給付行為が遂行できないか給付結果をもたらせなければ給付不能となるため、目的到達によって給付行為によらずに給付結果がもたらされれば給付不能とされる。Volker BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tübingen, 1969, S.9ff., S.44ff.; Helmut KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971, S.67ff. したがって、目的到達を給付不能の下位のカテゴリーであると理解する限り、買主の性急な自力追完による目的到達を給付不能論の一つのヴァリエーションとして扱うことができる。Ivo BACH, *Staudingers Kommentar zum BGB.*, Berlin, 2023, § 437, Rn.295; Fabian WALL, *Die Rechtsprechung des BGH zur "Selbstvornahme" im Kaufrecht --- ein Beispiel für das Fortleben veralteter Argumentationsmuster*, in *ZGS.*, 2011, S.168. もっとも、Ivo BACH, *Leistungshindernisse*, Tübingen, 2017, S.744ff. は、目的到達が第三者または債権者自身が債務者に代わって給付行為を行う目的とする行為による場合には、不能ではなく履行と評価すべきとする。あるいは、ロレンツは、目的到達論が適用されるのは第一次給付目的が達成されない場合であり、買主の自力追完によって利用目的が妨害されたにすぎない場合に目的到達論の適用はないとする。Stephan LORENZ, *Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheit des Käufers: Zur Reichweite des "Rechts zur zweiten Andienung"*, in *NJW.*, 2006, S.1177. 目的到達論については、半田吉信「目的到達法理の史的発展（一）～（四・完）」*法経研究* 4号（1975年）29頁以下、5号（1976年）21頁以下、6号（1977年）15頁以下、7号（1978年）1頁以下、木村常信「目的到達と目的到達不能——矛盾行為禁止の原則」*産大法学* 11巻1号（1977年）1頁以下を参照。
- 12) Barbara DAUNER-LIEB/ Wolfgang DÖTSCH, *Nochmals: Selbstvornahme im Kaufrecht?* in *ZGS.*, 2003, S.456. 端的に、買主が瑕疵担保責任を主張するにはその主張時点で瑕疵がなければならぬ。Hans PUTZO, *Palandt BGB.*, 61. Aufl., 2002, München, § 462, Rn.9, S.550.

瑕疵ある目的物を給付した後で、買主が瑕疵のない目的物を自ら調達した場合に瑕疵は除去されるが、売主がなお重ねて瑕疵ある目的物を修理し、あるいは、瑕疵のない目的物を調達給付することは可能であるため、そもそも給付不能論の介入余地はないはずである¹⁴⁾。連邦憲法裁判所 2006 年 9 月 26 日決定は、買主が購入した自動車のラジエーターが故障していたため、買主が瑕疵のないラジエーターを他から調達した後で、売主に対してその調達費用の賠償を求めた事案で、このことを示唆している¹⁵⁾。すなわち、原審は、すでに買主が他から瑕疵のないラジエーターを調達したことにより売主の追完がもはや意味を失った以上、解除と修補に代わる損害賠償を求めることができないとしたが、連邦憲法裁判所は、売主がなおラジエーターを修理もできれば、別の瑕疵のないラジエーターを調達給付することもでき、売主が追完をしたときには買主は自身が手に入れた瑕疵のない物を他の目的のために利用できる以上、なお給付の不能は生じていないとして原判決を取り消した。したがって、買主が瑕疵のない代物を調達する場合には、瑕疵ある目的物はなお買主の手元にあるため、買主は売主に追完を請求できる¹⁶⁾。仮に買主が瑕疵を理由に解除や給付に代わる損害賠償を請求するなら、まずは追完のために相当期間を設定しなければ

13) 種類売買はもちろん、特定物売買においても、連邦通常裁判所 2006 年 6 月 7 日判決 (BGHZ., 168, S.64 = NJW., 2006, S.2839) は、中古車の売買で事故がないとされたにもかかわらず事故による修理の痕跡が判明したため、解除に基づく売買代金の返還が問題とされた事案で、「代物供給が考慮されるか否かは、解釈によって確認されるべき契約締結時の契約当事者の意思による (BGB 第 133 条、第 157 条)。売買物が、それに瑕疵があるときに、同種・同価値の物に取り替えられ得るなら、解釈により確認されるべき契約当事者の意思によって、代物給付が可能である」とした。この問題の詳細は、古谷・前出注 4) 142 頁以下、田中・前出注 4) 53 頁以下を参照。

14) Arnd ARNOLD, Die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Käufer, in ZIP., 2004, S.2414; Beate GSELL, Rechtlosigkeit des Käufers bei voreiliger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung? in ZIP., 2005, S.923. もっとも、ロレンツは、買主が代物調達する場合には「追完ができる物瑕疵が存在しないため、追完は代物調達の方法でも不能である」とする。LORENZ, a.a.O., Fn.5, S.1418, Fn.8. しかし、まさに代物給付が可能かどうかを不能を左右すると批判するのは、Barbara DAUNER-LIEB/ Arnd ARNOLD, Dauerthema Selbstvornahme, in ZGS., 2005, S.11.

15) BeckRS 2006, 26166. = JuS., 2007, S.181.

ならない。こうして、目的到達論は、給付不能論を介した買主の節約費用の償還請求を排除する方向に向かう¹⁷⁾。

もちろん、買主はすでに瑕疵のない代物を手にして、売主の追完は無意味であるから、目的到達による給付不能と解釈する余地もあるかもしれない。しかし、買主が給付不能に基づく解除（あるいは代物調達費用の賠償請求）を主張しても、そうした解除権の行使は濫用とされ、あるいは、解除権は買主に唯一または圧倒的に帰責性があることにより第323条第6項第1文の類推適用によって排除されよう¹⁸⁾。

（3）使用利益の返還

以上のように、目的到達論からすれば、買主が瑕疵ある物を性急に自力追完しても、買主はなお売主に対して代物給付を請求することができる。買主の代物給付請求に売主が従う場合、買主は、最初に提供された瑕疵があったが買主自身が修補した売買目的物か、または、買主自身が他から調達したため最初の瑕疵があるままの売買目的物の返還の義務を負う（BGB第439条第6項、第346条ないし第348条）。したがって、買主が修補した目的物を返還する場合、買主に「不可欠な使用（notwendige Verwendungen）」が賠償されるべきであり、売主が利得する限り、買主に「その他の出費（andere Aufwendungen）」が賠償されなければならない（BGB第347条第2項）。そこで、買主の追完費用が「不可欠な使用」なのか、それとも「その他の出費」なのかが問題となる。その他の「出費」とは他人の利益でのすべての目的に定められた任意の財産犠牲であるため、

16) Matthias KATZENSTEIN, Grund und Grenzen des Bereicherungsausgleichs bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Nacherfüllung, in ZGS., 2005, S.192f.

17) Frank SKAMEL, Nacherfüllung beim Sachkauf, Diss., Tübingen, 2008, S.176ff.

18) 修補が不相当な費用を要するため売主が代物供給を選べた場合には（BGB第439条第3項、2017年改正によって同条第4項）、買主が修補しても代物給付は不能とならないが、ここで買主の解除権を本文の論理で制限するのは、Harm Peter WESTERMANN, Münchener Kommentar zum BGB., Bd.3, 8.Aufl., 2019, München, § 439, Rn.13; Florian FAUST, Beck'sche Online-Kommentar zum BGB., 68.Aufl., 2023, § 437, Rn.44.

使用は出費の下位概念である。そこで、「使用」は、返還されるべき目的物に成立する財産出費であり、その維持、再完成または改良に役立つ出費であり、買主が修補をしたのは物の改良であるため、なお「不可欠な」出費といえるのかどうか問われることになる¹⁹⁾。

しかし、この見解は、そもそも買主が自身で目的物を追完して、改めて売主に追完を求める場合にしか意味を持たない。しかも、たいていの場合、買主が自身で修補した目的物をその後も保持したがることは、この見解の提唱者自身も認めるところである²⁰⁾。したがって、少なくとも買主が自身で修補をする場合には、実際にこの解決は意味を持たない。他方で、買主が代物を調達する場合にも、買主が売主に返還するのは最初に提供された瑕疵ある目的物であるから、その改良費用は問題となり得ない。

(4) 各種の節約費用の償還構成

目的到達論は給付不能を否定する議論の余地も示唆したが、それでも買主に売主の節約費用の償還請求を認めようと試みる解決が提案される。まずは、買主が瑕疵ある目的物を自身で修補した場合、追完不能によって履行を免れた売主に対して BGB 第 326 条第 2 項第 2 文によって、買主は売主の節約費用の控除を求めることができるとする見解がある。また、たとえ買主が瑕疵のない代物を調達することによっても、売主に生じる節約費用は買主が瑕疵を自ら修補する場合と同じく買主に償還されるべきとする。BGB 第 326 条第 2 項第 2 文は、両当事者の責めに帰すべきでない事由による反対債権の消滅を前提とし (BGB 第 326 条第 1 項：我が国の民法第 536 条第 1 項参照)、買主の自力追完ではこの規定の適用されるべき事情が欠けるため、BGB 第 326 条第 2 項第 2 文の類推適用によって返還されるべきである。この規定は、給付不能とは無関係に、売買代金全額を手にする売主が節約できた出費の控除を甘受しなければならないと

19) Mark LERACH, Anspruch des Käufers auf Verwendungsersatz nach §437 II 1 BGB bei Selbstvornahme der Mängelbeseitigung, in JuS., 2008, S.954ff.

20) LERACH, a.a.O., Fn.19, S.956.

の一般ルールを表明する規定であるともされる²¹⁾。

次に、買主が自ら追完行為を行う場合にはすでに給付障害は除去されるため、給付障害に関係するルールによってそれ以後の費用負担問題を解決することはできず、むしろ、事務管理規定に基づく費用の返還請求権を認めようとする見解もある。すなわち、追完は売主が為すべき事務であるため（BGB 第 439 条第 2 項）、買主が追完するのは他人の事務の遂行であり、買主は売主の為すべきことを代わって行う意思を有しており、売主からの委託もないためである（BGB 第 684 条・第 818 条参照）。もちろん、その場合であっても、買主はその費用の全額を請求できるわけではなく、ここでは押しつけられる利得が問題となるため、売主が節約できたはずの利得の返還にとどまるとされる²²⁾。しかし、事務管理法によれば、事務管理者である買主が、売主に代わって追完を実施する場合、それが必要と認められる限り、買主が出費した費用の全額の償還が認められるべきことになる（BGB 第 683 条、第 670 条）。しかも、買主が自身で瑕疵を除去することが果たして他人の事務に該当するのか、仮に他人の事務に該当するとしても、そもそも売主が自ら追完するための二度目の提供の権利を前提とする限り、買主の追完実施は売主の意思に反することになるため、事務管理の成立が認められないとの批判に遭う²³⁾。

さらに、事務管理による費用償還が買主の出費額の償還請求に至る点で不当とする批判は、一般不当利得に基づく解決には当てはまらないとする見解がある。すなわち、買主が瑕疵を自ら除去するときには、売主の追完義務は目的到達の意味での給付不能によって消滅し、売主は追完義務から解放されるが、買主の追完費用の出費による売主の追完義務からの解放がまさに、売主の利得と

21) Johann BRAUN, Zahlungsansprüche des Käufers bei Schlechtleistung des Verkäufers, in ZGS., 2004, S.428ff.; Bernhard ULRICI, Eigenmächtige Selbstvornahme beim Kauf, in JURA., 2005, S.614.

22) Jürgen OECHSLER, Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, in NJW., 2004, S.1826.

23) Johannes W. FLUME, Der verdrossene Familienvater --- Das Problem der Selbstvornahme in der gutachtlichen Fallprüfung, in JURA., 2006, S.90.

評価される。しかも、BGB 第 275 条第 1 項が定める給付不能による債務の消滅は、本来の売買債務関係で把握されていないため、売主の債務からの解放利得は、法律上の原因を欠いている。しかし、売主の債務解放の「利得」は、それ自体の性質上返還できないため、売主は価値賠償義務を負う（BGB 第 818 条第 2 項）。ここでの価値は、「違法な利得の吸い上げ」が問題となり、売主がもし追完義務を果たしていたなら負担すべきであった出費費用の価値が返還されるべきことになる。したがって、買主は売主に対して、一般不当利得による節約費用の償還を請求することができるという²⁴⁾。あるいは、目的到達を給付不能と同視しなくても、不当利得法により、買主の自力追完によって追完費用を節約した売主は、買主に対して追完義務を果たす場合よりもより良い地位に立つべきではなく、売主は節約した費用を利得として買主に償還しなければならないとも主張される²⁵⁾。

しかしながら、すでにロレンツ自身が事務管理および不当利得構成に対して、BGB 第 326 条第 2 項第 2 文による売主の節約費用の償還請求を認める構成の優位を主張していた。というのも、追完のための相当期間の設定を不要とする一般的な解除等の要件（BGB 第 281 条第 2 項、第 323 条第 2 項参照）に加えて、売買で買主が相当期間の経過を待つことなく解除等をできる特有の要件を定める BGB 第 440 条が、担保責任法規定を「完結的に規律」しているためである²⁶⁾。もっとも、売買法の「完結的な規律」からすれば、BGB 第 326 条第 2 項第 2 文の給付不能の債務法総則規定による調整も、売買法を超えて出ることになるとの批判が向けられよう。

それでも、仮に売主が第三者から特定物を調達する義務を負っているにもかかわらず、買主が第三者から当該特定物を調達した場合、売主の給付義務は不

24) Matthias KATZENSTEIN, *Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung nach §326 Abs. 2 Satz 2 BGB?* in ZGS., 2004, S.147ff.

25) GSELL, a.a.O., Fn.14, S.925f.

26) LORENZ, a.a.O., Fn.5, S.1419. 同旨、DAUNER-LIEB/ ARNOLD, a.a.O., Fn.14, S.12f.; Ina EBERT, *Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer*, in NJW., 2004, S.1762.

能によって消滅し、売主は買主に代金全額の請求が可能であるが、その場合、売主が調達を免れた利益は控除されなければならない（BGB 第 326 条第 2 項）。ところが、追完段階で、売主の節約費用が償還されないとするなら、売主は履行段階よりも追完段階で優遇される反面で買主は冷遇されることとなり、不均衡であるという²⁷⁾。しかし、買主が特定物を調達して良いのは、売主が調達義務の遅滞となって相当期間が経過した後である。上記のいずれの構成によるとしても、買主が売主の節約費用の償還を請求できるとするなら、一般的に、債権者は債務者の為すべき給付を待つことなく、他で給付を調達しつつ債務者に対して費用の償還請求権を持つことになるが、これこそ契約法の義務分配を破壊することになる²⁸⁾。

2. 追完費用の買主負担論

（1）注文者の自力追完と費用負担

債務法の現代化法前の BGB 旧第 633 条第 3 項は、注文者が瑕疵を除去して、それに要した費用の償還を請負人に対して請求できる旨を定めていた。もっとも、同項は、請負人がいったん追完について遅滞に陥ることを要件としていたため、注文者は請負人が追完の遅滞に陥るまで待たねばならない。それにもかかわらず、注文者が請負人に追完のための相当な期間を与えずに、性急に自ら修理をしあるいは第三者に修理を委託する場合には、追完費用の賠償は認められない。連邦通常裁判所 1967 年 9 月 28 日判決は、まさにこのことを確認して、不当利得や事務管理による追完費用あるいは注文者による追完によって請負人が節約した追完費用の償還を否定した。その償還を認めれば、請負契約法の「完結的な規律」に矛盾し、しかも瑕疵が除去されているため、請負人にとってその範囲や程度、除去費用の信頼できる追検証が難しくなるためである²⁹⁾。

27) Phillip HELLWEGE, Die Rechtsfolge des § 439 Abs.2 BGB --- Anspruch oder Kostenzuordnung? in AcP., Bd.206, 2006, S.166f.

28) DAUNER-LIEB/ ARNOLD, a.a.O., Fn.14, S.13. は不当利得構成にこの批判を向けるが、他の構成にも当て嵌まる批判といえよう。

しかし、学説ではなお、注文者が請負人の遅滞を待たずに性急に自ら瑕疵を除去し（させ）た場合に、請負人が節約した追完費用を、BGB 旧第 324 条第 1 項第 2 文（現行 BGB 第 326 条第 2 項第 2 文）によって、注文者は報酬債権から請負人の節約費用を控除し、あるいは、その償還を求めるとの見解も主張されていた³⁰⁾。先述のロレンツが主張する給付不能法による解決提案は、すでに改正前の請負法において先取りされていたことになる³¹⁾。連邦通常裁判所の判例は、注文者の自力追完が請負人の意思に対応しないため事務管理には該当せず、また、遅滞要件を満たさないことで法律原因を与える請負規定により不当利得にも該当しないため、注文者が請負人の節約費用の償還を請求できないとしている。したがって、判例では争われなかった BGB 旧第 324 条第 1 項第 2 文によっても、同様に注文者の償還請求は認められるべきではないとも反論されていた³²⁾。

29) NJW., 1968, S.43. 同旨、BGHZ., Bd.92, S.123; NJW., 1967, 388; WM., 1978, 953. 本判決は、建築請負契約約款第 B 部（VOB）に関する連邦通常裁判所の 1965 年 10 月 11 日の先行判決（NJW., 1966, S.39.）に倣っている。

30) Volker RIEBLE, Ausgleichsansprüche bei unzulässiger Ersatzvornahme nach §633 Abs. 3 BGB, in DB., 1989, S.1759ff.; Hans-Jürgen SEIDEL, Das "Nachbesserungsrecht" des Unternehmers beim Werkvertrag, in JZ., 1991, S.394.

31) Barbara DAUNER-LIEB/ Wolfgang DÖTSCHE, Selbstvornahme im Kaufrecht? in ZGS., 2003, S.252.

32) Ulrich HUBER, Leistungsstörungen, Bd.2, Tübingen, 1999, S.522ff. そもそも請負における自力追完問題は、より広く、所有権の占有侵奪以外の妨害を受けた所有者が侵害者に代わって妨害を除去する場合（BGB 第 1004 条第 1 項第 1 文）、賃借人が賃借物を修復する義務を負うところ賃借人が代わって修復を行う場合なども含めて、「自力履行（Selbsterfüllung）」の問題として扱われていた。判例は、それらの場合に、不当利得に基づいて自力履行をした債権者が、義務者が節約できた費用の償還を請求できるとしていた。請負での自力追完でも、連邦通常裁判所は、当初、同様に利得償還を認めていたが（1961 年 2 月 28 日判決 BB., 1961, S.430）、後にそれを否定する方向へと転じた（1962 年 12 月 13 日判決 NJW., 1963, S.806. 同旨、BGHZ., Bd.46, S.242; BGHZ, Bd.70, S.389 および前出注 29）参照）。学説も、事務管理や不当利得による節約費用の調整を一貫して否定して、給付に代わる損害賠償として解決すべきことを提案していた。Karl-Heinz GURSKY, Bereicherungsausgleich bei Selbsterfüllung, in NJW., 1971, S.782ff.;

そのため、旧請負法の判例からみれば、買主が性急に自力追完をした場合に、買主は売主が節約した追完費用の償還を求めることはできないであろう。仮に買主が代替強制（ZPO 第 887 条）を採用するときには、債務名義と裁判所の手続を要するが、それを回避する実質的な手段は期間設定後の給付に代わる損害賠償となる（BGB 第 281 条第 1 項）。それにもかかわらず、性急な自力追完によって買主から売主への節約された追完費用の償還請求を認めるなら、安易な形で代替強制を空洞化することになるため許されないはずである³³⁾。

しかも、改正後の売買法では、あえて立法者は請負法で認められる注文者の自力追完権を認めていないため、買主の自力追完にはより否定的な対応が想定された。すでに債務法改正委員会は、売買法と請負法とをできる限りパラレルに扱う基本的なスタンスをとっていたにもかかわらず、売主が追完を遅滞するときに買主がそれでも物を保持しようとするなら、修補に要する費用を損害賠償として請求するか、あるいは、代金減額を請求することによって目的を達することができるため、それを超えて自力追完まで認める必要はないとした³⁴⁾。債務法の現代化に際しても、立法者は、注文者と賃借人に相当な追完期間の経過後に自ら瑕疵を修補して、その費用を請負人または賃貸人に負担させる旨を規定しつつ（BGB 第 637 条、第 536a 条第 2 項）、売買では意識的にこの趣旨の規定を排除したため、そこには法欠缺はなく、もはや請負規定の類推適用の余地はないとされる³⁵⁾。

もちろん、債務法の現代化法の立法者は、買主の法意識は追完請求権をまず

33) DAUNER-LIEB/ DÖTSCH, a.a.O., Fn.31, S.252f.; dies, a.a.O, Fn.12, S.457f.; Wolfgang DÖTSCH, Rechte des Käufers nach eigenmächtiger Mangelbeseitigung, in MDR., 2004, S.978ff.

34) Bundesminister der Justiz (hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1992, S.213f.

35) HELLWEGE, a.a.O., Fn.27, S.152f.; BT-Drucks., 14/6040, S.229. もっとも、その積極的な理由は必ずしも明らかではない。請負契約では、追完義務の態様選択は請負人に残されているのに対して、売買法では、動産売買指令の置換目的で、その選択権が買主に委ねられている。こうした請負法と売買法との相違の一環として、注文者と買主の自力追完権の相違も位置づけられているにすぎない。

念頭に浮かべるはずであるため、売主に二度目の提供の権利を認めることが両当事者の利益調整にも適うとし、外国の立法例や国際物品売買に関する国際連合条約を参照させた³⁶⁾。しかし、買主の自力追完事例が頻繁に現れることからすれば、この立法者の判断は正しくないし、また、日常取引での消費者の意識にも適合しないとされる³⁷⁾。それでも、注文者と同じように買主に自力追完を認めることはもとより、性急な自力追完で節約費用の償還請求を認めることは、法律が下した価値判断を空洞化し、売主の二度目の提供の権利の裏を搔くこととなって、許されないとされる³⁸⁾。

(2) 連邦通常裁判所判決

債務法の現代化法施行後まもなく、下級審の三つの裁判例は³⁹⁾、いずれも買主の自力追完費用の売主に対する支払請求を否定した。その後、原告が被告の自動車仲買人から購入し、引き渡された自動車にエンジンの欠陥があったため、原告がエンジンを瑕疵のないものに取り替えて、それに要した費用の支払を被告に対して求めた事案で、連邦通常裁判所 2005 年 2 月 23 日判決は原告の請求を棄却した⁴⁰⁾。すなわち、売買法上の契約不適合に基づく買主の権利規定は「完結的な規律」であるから、BGB 第 326 条第 2 項第 2 文の直接ないしは類推適用、さらには不当利得・事務管理での節約された費用の返還請求権を排除する。もしそうでなければ、買主は、売主の費用での自力追完の権利が認

36) BT-Drucks., 14/6040, S.89f., 220.

37) Stephan LORENZ/ Thomas RIEHM, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München, 2002, Rn.521, S.281; Peter HUBER/ Florian FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, 2002, München, Rn.13/ 74, S.341.

38) DAUNER-LIEB/ ARNOLD, a.a.O., Fn.14, S.13; Philipp LAMPRECHT, Selbstvornahme des Gläubigers und Vorrang der Erfüllung nach neuem Schuldrecht, in ZGS., 2005, S.268; Holger SUTSCHET, Anmerkung zum Urteil vom 23. 2. 2005 des BGH., in JZ., 2005, S.574; Christine von HERTZBERG, Die Selbstvornahme des Käufers bei der Mängelbeseitigung, in Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2006, S.347.

39) 詳細は、青野・前出注 4) 28 頁以下を参照。萩原・前出注 (4) 97 頁以下は 4 つの下級審裁判例を挙げている。

められることになるが、賃貸借や請負で自力追完を認めるのとは対照的に、立法者は売買では自力追完を意識的に断念した。また、自力追完を認めると、追完の優位は裏を搔かれることになる。買主による自力追完の否定は、売主の二度目の提供の権利を保護し、売主自身が瑕疵を検査してその証拠を確保できることに配慮し、債務法の現代化法前の請負に関する判例法理とも整合するためである。連邦通常裁判所 2010 年 3 月 10 日判決は、原告が被告営業所から新車を購入し、引き渡された後に、原告が自動車の電気系統での瑕疵を申し立て、被告が検査のための当該自動車の引渡しを求めたが、原告が別の自動車との取替えを要求し、原告の家での検査の申し出にも応じず、結局、原告が売買契約の解除に基づく代金の返還と損害の賠償を求めた事案で、売主に瑕疵を確認する機会を与えることなく解除を主張した買主の請求を棄却する中で、上記 2005 年判決が依って立つ論拠を改めて確認している⁴¹⁾。

しかし、売主が追完を明確に拒絶したり、両当事者の利益を比較考量するなどして、追完のための期間設定が不要とされる場合も認められるため（BGB 第 281 条第 2 項、第 323 条第 2 項、第 440 条参照）、こうした期間設定を要しない即座の救済が認められるかどうかが問題となる。連邦通常裁判所 2005 年 12 月 21 日判決⁴²⁾ は、買主が売主に追完の機会を与えることなく、自ら自動車走行中に現れたエンジン制御ランプの点灯に応じて最も近い自動車営業所に瑕疵の修理を委託して代車で移動を継続した事例で、買主の自力追完費用の支払請求を否定する。ただし、この事例では、自動車での移動中に瑕疵が判明した事例

40) BGHZ., Bd.162, S.219. = NJW., 2005, S.1348. 売買契約の成立（2002 年 3 月 16 日）がもう少し早くて、旧法の適用があれば、買主は追履行を求めることなく、ただちに代金減額を請求できたが、それが適わなかったための買主のやむを得ない請求であったため、「本判決は、買主に酷な結論だとも言えよう」が、6700 ユーロ（当時のレートで 76 万円程度）の売買代金は新車としては低廉で、修補費用を合わせても 9206 ユーロ（当時のレートで 104 万円程度）であるから、「本判決の結論は酷ではないと感じさせる」との指摘がある。田中・前出注 4) 151 頁注 (5) を参照。

41) NJW., 2010, S.1448.

42) NJW., 2006, S.1195.

であり、早急な瑕疵の修理が必要であったはずである。しかし、買主が瑕疵の修理を近くの自動車営業所に委託しつつ、瑕疵がすぐに除去できなかったため代車で移動を継続した事情からは、なぜまず売主に、原因を確認して瑕疵を自ら除去する機会を与えることができなかつたかは、明らかとはならないと判断された。

また、連邦通常裁判所 2005 年 12 月 7 日判決は⁴³⁾、交換された乗用馬が眼炎に罹患していたため、原告が治療を施させて、その治療費の支払を被告に求めた事案で、交換には売買の規定が準用されるどころ (BGB 第 480 条)、原審は、原告には追完期間の経過を待つことが期待できないため、原告は被告に追完期間を設定することなく、給付に代わる損害賠償を請求することができるとしたが、連邦通常裁判所は、追完期間の設定が不要となるのは馬の遅滞のない医療措置が緊急措置として必要な場合であるところ、原審はこのことを確認していない以上、原告は、原則どおり、まずは被告に追完の機会を与えなければ給付に代わる損害賠償を請求できないとする。その上で、買主が売主に追完の機会を与えずに、自ら瑕疵を自身で除去した本件では、売主の節約した費用の償還請求も認められないとして、先の 2005 年 2 月 23 日判決を引用する。

これに対して、連邦通常裁判所 2005 年 6 月 22 日判決は⁴⁴⁾、テリアの子犬がバクテリアを原因とする下痢をもよおしたため、すぐに獣医の治療を受けさせた買主が、売主にその治療費の支払を求めた事案で、やはり、原則として、売主に追完の機会を与えることなく買主が自ら瑕疵を除去させた場合には、給付に代わる損害賠償はもちろん、売主が節約した費用の償還も請求できないとしつつも、本件では、買主の目から見て緊急の医療措置が必要であり、その後の医療措置についても、医療機関を替えることを買主には期待できないとして、即座の給付に代わる損害賠償請求として (BGB 第 437 条第 3 号、第 281 条第 2 項)、買主の請求を認容した。

43) NJW., 2006, S.988.

44) NJW., 2005, S.3211. その他の連邦通常裁判所判決を挙げる山本・前出注 4) 269 頁注 (20) を参照。

三 消費者買主の優遇可能性

以上のとおり、連邦通常裁判所の判例を経て、買主が性急に自力追完をした場合には、それにかかる費用はもちろん、売主がそれによって節約した追完に要したはずの費用さえも、買主は売主に対して請求できないとする見解が確立した⁴⁵⁾。もちろんその後も、売主が節約できた追完費用の償還を認めるべきとする見解が主張されている⁴⁶⁾。他方で、買主の自力追完により給付不能がもたらされているとみると、それと同時に、買主が自力追完せざるを得ない状況を売主がもたらした事情も競合するなら、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の一事例と評価することで、売主と買主に自力追完の費用分担を認めるべきとする見解もある⁴⁷⁾。判例・通説も、売主が節約した費用の償還を否定しつつも、売主に適時の対応が期待できない場合に、買主は売主に対して即座に損害賠償を求める余地を認めている。しかし、それはあくまで例外にすぎず⁴⁸⁾、売主の二度目の提供の権利は、今日のドイツ法では、非常に強く保護されていると評することができる。

しかし、この姿勢は、事業者売主と消費者買主の間の売買契約においても、果たして貫徹されるべきであろうか。ヨーロッパ法では、消費者売買契約において、むしろ消費者買主に救済権の自由な選択を認めて、消費者買主を優遇す

45) HERTZBERG, a.a.O., Fn.38, S.339ff. たとえば、ULRICI, a.a.O., Fn.21, S.613. は、すでに2005年の段階で買主の自力追完費用の支払請求を否定する見解を通説とする。その後も同様に、Walter WEIDENKAFF, Palandt BGB., 79.Aufl., München, 2020, § 437, Rn.4a, S.672. これに対して、BGB 第326条第2項第2文の（類推）適用説を通説とするのは、Wolfgang ERNST, Münchener Kommentar zum BGB., 9.Aufl., 2022, München, § 326, Rn.112. であるが、エルンスト自身は買主の費用負担説を支持する。

46) 近時でもなお、Roland SCHWARZE, Das Recht der Leistungsstörungen, 2.Aufl., 2017, Berlin/Boston, S.675ff.; BACH, Staudingers Kommentar, a.a.O., Fn.11, § 437, Rn.298ff.; FAUST, a.a.O., Fn.18, Rn.42 u.45. は、BGB 第326条第2項第2文の類推適用によって売主の節約した費用の償還を認める。あるいは、Barbara GRUNEWALT, Erman BGB., Bd.1, 16.Aufl., Köln, 2020, § 439, Rn.,14, S.1908. は、事務管理または押しつけられた利得の返還による解決を主張する。

る方策も議論されてきた。この点を顧みてみよう。

1999年の「消費動産売買および関連保証の一定局面に関する1999年5月25日のヨーロッパ議会及び理事会の指令1999/44/EC」（以下、「消費動産売買指令」という。）は、契約不適合物給付の救済システムとして、買主がまず追完のための期間を設定し、それが功を奏しない場合に解除権または代金減額権を定めた（消費動産売買指令第3条第3項）。したがって、消費動産売買指令は追完請求権優位の原則を定める。この指令が、ドイツの債務法の現代化の誘因となったことは、周知のとおりである。そのため、買主の性急な自力追完によって売主が追完費用の支払を免れ、買主が追完費用の賠償ないし償還を請求できないとすれば、消費者である買主を不当に冷遇することとなり、消費者買主を保護すべきとする指令方針に反するのではないかとの危惧も提起され得る。しかし、この問題はヨーロッパの消費動産売買指令が直接規定していないため、ドイツ法に固有の解釈問題として解決されるべき問題とされた⁴⁹⁾。

その後、2011年の「共通ヨーロッパ売買法草案のための提案」（COM（2011）

47) Claus-Wilhelm CANARIS, Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs.2 BGB wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers, in Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, 2010, Tübingen, S.131f. また、Theodor SOERGEL/ Beate GSELL, BGB., Bd.5/2, 13.Aufl., Stuttgart, 2005, § 326, Rn.129. は、買主が不注意に追完を不能にしたことと売主が瑕疵ある給付の原因となったことを両当事者の責めに帰すべき事由とするが、想定されているのは売買物の滅失事例である。ERNST, a.a.O., Fn.45, § 326, Rn.112. は、この問題を両当事者の責めに帰すべき履行不能と債権者による自力履行という扱いにくい問題と位置づけている。債権者による自力履行については、前出注32)を参照。両当事者の責めに帰すべき履行不能については、坂口甲「双務契約における両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能——ドイツ法における効果論の一考察」神戸市外国語大学外国学研究所研究年報48号（2012年）137頁以下、北居功「債権者の責めに帰すべき解除制限」慶應法学44号（2020年）57頁以下を参照。

48) WEIDENKAFF, a.a.O., Fn.45, §437, Rn.4a, S.672.

49) Martin GEBAUER/ Thomas WIEDEMANN (hrsg.) / Stefan LEIBLE, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze --- Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen, 2.Aufl., Stuttgart/ München/ Hannover/ Berlin/ Weimar/ Dresden, 2010, Rn.91ff. S.455f.

635final.) (以下、「共通ヨーロッパ売買法草案」という。)は⁵⁰⁾、追完の優位を否定して、消費者買主を優遇している。すなわち、売主が契約に適合しない目的物を引き渡した場合、買主には、原則として、履行請求権（草案第110条）、重大な不履行（fundamental）に基づく解除権（草案第114条以下）、減額権（草案第120条）、さらに損害賠償請求権（草案第159条ないし第171条）が認められる。この場合、事業者買主は、検査・通知義務（草案第121条・第122条）を踏まえた上で、これらの救済権を自由に選択することができるが（草案第106条第1項）、売主は買主に対して追完権を対抗できる（草案第106条第2項、第109条）。したがって、共通ヨーロッパ売買法は、コモン・ローに由来するいわゆるレメディー・アプローチを採用しつつ、追完請求権の優位ではなく、買主の各種救済権に対して売主の追完権が優位する体系を採用している⁵¹⁾。

ところが、共通ヨーロッパ売買法草案は、買主が消費者である売買では、売主の不適合給付があった場合に、売主の追完権と買主の検査・通知義務を排除する（草案第106条第3項）。もちろん、消費者買主は履行請求権を選択することもできるが、直ちに代金減額や損害賠償はもちろんのこと、契約不適合が重大でなくても軽微（insignificant）でさえなければ⁵²⁾ 即座の解除も選択できる（草案第114条第2項）⁵³⁾。この消費者買主の優遇措置を根拠付けるのは高い消

50) 翻訳は、内田貴監訳『共通欧州売買法（草案）』別冊 NBL140号（2012年）。救済体系については、古谷・前出注4）211頁を参照。

51) Charlotte WILHELM, Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Nichterfüllung nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM [2011] 635 endg.), in IHR., 2011, S.226f.; Patrick AYAD/ Sebastian SCHNELL, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht --- für Unternehmen attraktiv? in BB., 2012, S.1493. 追完が買主の解除権に優位するシステムは、①買主の第一次救済権としての追完請求権の承認、②買主の無催告解除権に対する売主の追完権の承認、③重大な不履行による買主の解除権制限の三つの要素から評価できるとされる。Peter HUBER, Neues deutsches Kaufrecht und UN-Kaufrecht, in Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2006, S.335. 共通ヨーロッパ売買法は、②売主の追完権（草案第109条）と③重大な不履行に基づく買主の解除権（草案第114条第1項）を原則とすることで、売主の追完が優位する体系をとっている。Marc-Philippe WELLER/ Charlotte Sophie HARMS, Der Primat der Nacherfüllung im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, in GPR., 2012, S.303.

費者保護水準であり、それによって草案が正式に規則となった暁には共通ヨーロッパ売買法が消費者に選択され、また、とりわけ共通ヨーロッパ売買法によってもたらされる取引費用の削減が高い消費者保護によりもたらされる増加費用を超えるなら、事業者によっても選択されるであろう⁵⁴⁾。より具体的な根拠としては、日用品をすぐに利用したい消費者買主が売主に追完を求めるのは不便であること⁵⁵⁾、引き渡された不適合商品を消費者買主が事業者買主のように低い価格であっても転売することは容易ではないこと、また、消費者買主が解除しても巻き戻しの費用はそれほど嵩むわけでもないこととされる⁵⁶⁾。

しかし、この消費者買主の優遇措置に対して、売主の追完利益の保護に欠ける点に異論が提起される。とりわけ批判の矛先は、買主に容易に認められる解除権に向けられる。契約当事者は契約に拘束されるべきであるにもかかわらず (*Pacta sunt servanda*)、買主は消滅時効にかからない限り契約を解除できるため、売主は買主の契約信義を信頼できなくなろう⁵⁷⁾。他方で、売主は追完によっ

52) 重大な不履行(草案第87条第2項)は契約の核心部分にかかわるが、軽微でない不履行はすでにあるべき性質からのより僅かな逸脱でも認められる点に違いがあるとされる。つまり、重大な不履行で解除が認められる事業者買主に比べて、軽微でなければ解除できる消費者買主にとって、解除の敷居は低く設定されている。この軽微要件は、すでに共通参照草案第IV.A.-4:201条に定められた僅少(minor)要件と実質的に同じとされる。Nils JANSEN/ Reinhard ZIMMERMANN (eds.) / Jens KLEINSCHMIDT, *Commentaries on European Contract Laws*, New York, 2018, Art.9:301, Nr.21 and Nr.31, p.1306 et seq., p.1312.

53) ヨーロッパ委員会は、消費者買主の救済権の自由な選択ととりわけ即座の解除権を、消費者保護の高いレベルの最良の一例とする。Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Common European Sales Law to Facilitate Cross-border Transactions in the Single Market, COM (2011) 636 final, p.70.

54) Dirk STAUDENMAYER, *Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*, in NJW., 2011, S.3496f.

55) Hector L. MACQUEEN/ Barbara DAUNER-LIEB/ Peter W. TETTINGER, *Specific Performance and Right to Cure*, in Gerhard DANNEMANN/ Stefan VOGENAUER (eds.), *The Common European Sales Law in Context, Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, p.645.

56) JANSEN/ ZIMMERMANN (eds.)/ KLEINSCHMIDT, a.a.O., Fn.52, Art. 9:301, Nr.31, p.1312 et seq.

て、現実には契約利益を実現することで反対給付も手にすることができ、それにより買主の契約清算に向かう救済も回避できる⁵⁸⁾。しかも、共通ヨーロッパ売買法草案は、製作物供給契約や請負契約の一部にも適用されるため（草案第2条第k号）、それらの契約での不適合給付場面で最も有効な救済が売主の追完であることは疑いない⁵⁹⁾。さらに、債務者の遅滞では相当期間の付与を認めているのに（草案第114条・第115条）、不適合給付でそれを認めない理由がないともされる⁶⁰⁾。

また、売主は消費者買主よりもたいていは追完するのにより有利な立場にあるため、消費者買主が即座に解除することで売主から追完の機会を奪うと、売主は契約で目指した利益をまったく得られず、この不利益を価格に転嫁することで、最終的に買主が不利益を被ることにもなる⁶¹⁾。しかも、契約が清算されることで契約に費やされた費用が無駄となるばかりか、返送などのさらなる費用も必要になる上、返還される売買目的物の価値低下の恐れも危惧される⁶²⁾。もちろん、消費者買主よりは事業者売主の方が、契約に適合しない物

57) MACQUEEN/ DAUNER-LIEB/ TETTINGER, op.cit., Note 55, p.645; Mathias Walch, Die Vertragsaufhebung im Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in EUVR., 2012, S.146f.; Reiner SCHULZE (ed.) / Fryderyk ZOLL, Common European Sales Law (CESL) --- Commentary, Baden-Baden, 2012, § 106, Nr.3, p.492; Robert MAGNUS, Nacherfüllungsrecht und Erfüllungsanspruch im CESL, in Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, München, 2014, S.627.

58) WELLER/ HARMS, a.a.O., Fn.51, S.304; Walch, a.a.O., Fn.57, S.147.

59) Horst EIDENMÜLLER/ Nils JANSEN/ Eva-Maria KIENINGER/ Gerhard WAGNER/ Reinhard ZIMMERMANN, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in JZ., 2012, S.281; Brigitta ZÖCHLING-JUD, Acquis-Revision, Common European Sales Law und Verbraucherechterichtlinie, in AcP., Bd., 212, 2012, S.571; ders, Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in Martin SCHMIDT-KESSEL (hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? München, 2012, S.345f.; MAGNUS, a.a.O., Fn.57, S.627.

60) ZÖCHLING-JUD, Acquis-Revision, a.a.O., Fn.59, S.571.

61) WILHELM, a.a.O., Fn.51, S.228f.; WELLER/ HARMS, a.a.O., Fn.51, S.306; Walch, a.a.O., Fn.57, S.147.

の処分によりうまく対応できる立場にあるため、消費者買主に解除を認めることも不合理ではない⁶³⁾。しかし、このことは、消費者買主の手元にある目的物を修理する機会を売主から奪う理由にもならない⁶⁴⁾。

とりわけ、買主に即座の解除権を認めることは、いわば買主に後悔権を認めることになることが危惧される。つまり、消費者買主は契約不適合を口実にして、実は違った理由で後悔していた契約を解除できることになり、動機の錯誤のリスクを売主に転嫁でき、あるいは、買主は契約解除で目的物の使用利益の返還を免れるなら（草案第174条第1項：BGB第439条第6項、第475条第3項参照）、売主の費用で投機する誘因がある。いわゆる機会主義的解除である⁶⁵⁾。機会主義的解除にとって典型的には、契約締結後に売買目的物の市場価格が下落する場合、買主は契約不適合を口実に売買契約を解除することで、高い代金が設定された契約から離脱することができる。このことは、契約締結後に価格上昇のリスクを売主が負う反面で、価格下落のリスクを買主が負う契約のリスク分配機能を損なう不正さを意味する⁶⁶⁾。

62) WELLER/ HARMS, a.a.O., Fn.51, S.304; Walch, a.a.O., Fn.57, S.146; MAGNUS, a.a.O., Fn.57, S.627; Gerhard WAGNER, *Ökonomische Analyse des CESL: Das Recht zur zweiten Andienung*, in ZEuP, 2012, S.810ff.

63) 按察官訴権に由来する即時の解除と代金減額だけを認めて追完請求権を認めなかった瑕疵担保責任は、共通ヨーロッパ売買法草案と同様に、売主の追完余地を認めない点で高い消費者の保護水準を保障するともいえる。しかし、その救済は、故意の秘匿と品質の保証に限定された市民法上の損害賠償訴権に現れるローマ法上の金銭給付判決システムには馴染むが、近代の現実履行システムには、むしろ追完の方策こそが馴染むことになるという。Jan Dirk HARKE, *Vorrang der Nacherfüllung --- eine Bilanz*, in Markus ARTZ/ Beate GSELL/ Stephan LORENZ (hrsg.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen, 2014, S.241f., S.249ff. また、債務法の現代化以前の古代ローマ法の伝統を受け継ぐドイツ担保責任法は共通ヨーロッパ売買法に似てはいるが、あくまで任意規定であるのに対して、共通ヨーロッパ売買法草案は消費者に不利な逸脱を認めない片面的強行規定（草案第108条）である点でも違っている。EIDENMÜLLER/ JANSEN/ KIENINGER/ WAGNER/ ZIMMERMANN, a.a.O., Fn.59, S.281.

64) WAGNER, a.a.O., Fn.62, S.809f.

65) WELLER/ HARMS, a.a.O., Fn.51, S.304.

ただし、消費者買主の優遇は、見た目ほどではないとする見解もある。すなわち、消費者買主も、目的物の追完を求めるのが通常であるから、その場合、事業者売主が30日以内にそれに応じない限り、別の救済に移行できるとされる（草案第111条第2項）。したがって、買主は追完による瑕疵のない目的物の取得に利益を有する以上、買主の各種救済には実質的に追完が優位する階層構造が認められるという⁶⁷⁾。

ヨーロッパ委員会は、共通ヨーロッパ売買法草案を2014年12月16日に撤回して⁶⁸⁾、2019年に「規則（EU）2017/2394及び指令2009/22/ECを修正並びに指令1999/44/ECを撤廃する商品の売買のための契約に関する一定局面についての2019年5月20日のヨーロッパ議会及び理事会の指令（EU）2019/771」（以下、「商品売買指令」という。）を成立させた。この指令は、2022年1月1日に加盟国で置換された措置が施行されると同時に（同指令第24条第1項）、消費動産売買指令を撤廃し（同指令第23条）、それに取って代わる⁶⁹⁾。商品売買指令第13条は、引き渡された商品に契約適合性がない場合の買主の救済を定めており、同条第2項は消費者が修補と取替えを選択できることを原則としつつ、第3項は、追完が不能か売主に不相当な費用を課す場合に売主が追完を拒絶できるとし、第4項は、売主が追完義務に従わない場合に、消費者買主が代金減額または契約解除を選択できるとする。このように、契約不適合場面で、

66) WAGNER, a.a.O., Fn.62, S.813f.; MAGNUS, a.a.O., Fn.57, S.627; EIDENMÜLLER/ JANSEN/ KIENINGER/ WAGNER/ ZIMMERMANN, a.a.O., Fn. 59, S.281f.

67) Friedrich Graf von WESTPHALEN, Auswirkungen auf den Verbraucherschutz --- ein Integrationsaufschlag für den Verbraucher? in Jörg-Uwe HAHN (hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Moderner Ansatz oder praxisferne Vision? München, 2012, S.41ff.

68) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2015, A New Start, COM (2014) 910 final, Annex 2, p.13; Jürgen BASEDOW, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht --- Das Ende eines Kommissionsvorschlags, in ZEuP., 2015, S.432f.

69) 翻訳は、カライコス・アントニオス＝寺川永＝馬場圭太「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive（EU）2019/771）」Nomos 45号（2019年）161頁以下。

共通ヨーロッパ売買法草案の消費者買主の優遇措置は撤回されて、商品売買指令が引き続き、消費動産売買指令以来の追完請求権優位の救済体系を維持している⁷⁰⁾。

四 おわりに

買主の性急な自力追完問題で明らかとなるのは、ドイツ法における追完請求権の優位原則、すなわち、売主の二度目の提供の権利がいかに強く保護されているかである。もちろん、追完請求権の優位は、買主にも有利に作用するが、とりわけ売主の保護に厚いのは、まさに売主の二度目の提供の権利という表現に表れるとおりである。このような売主を保護する追完請求権は、買主の権利である反面、判例を知らずに性急に自ら追完する（消費者）買主にとってトロイの木馬そのままの「ギリシア人の危険な贈り物 (Danaergeschenk)」となりかねないとの懸念も表明される⁷¹⁾。

しかし、現実履行から金銭賠償への移行に一定の要件を設けることにより、現実履行の優位を確保する体系は、何も追完局面だけでなく、履行に代わる損害賠償請求の要件一般に当て嵌まる民法の価値判断と評価できる。ドイツ民法典 (BGB) は、ここで履行不能や履行拒絶以外に、原則として追完のための相当期間の設定とその徒過を要件とし、我が国の民法もほぼ同様に、相当期間を定めた履行の催告を要件としている (第 415 条第 2 項参照)。したがって、追完のための期間を設定する追完請求権をまず買主に求め、それによる売主の追完の利益を保護することは、決して契約不適合局面で特異な価値判断が下されているわけではない⁷²⁾。

70) Directive (EU) 2019/771, Recital 50.

71) Christoph BRÖMMELMEYER, Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts?, JZ., 2006, S.499.

72) Marc-Philippe WELLER, Die Vertragstreue, Vertragsbindung --- Naturalerfüllungsgrundsatz --- Leistungstreue, Tübingen, 2009, S.113ff.

それでも、我が国では、追完請求権の優位を支える瑕疵担保規定の「完結的な規律」とのドイツ法の評価が、一般給付障害法と瑕疵担保責任との「二元論」を復活させ、ひいては一般給付障害法に一元化しようとした債務法の現代化の趣旨を没却させかねないとの懸念を提起させている⁷³⁾。もっとも、代金減額請求権は各則で規定されてすでに総則との分断があり、あえて請負の自力追完規定を排除して売買規定で解決するドイツの立法者の価値判断が「完結的な規律」と解されるため、二元論の危険を強調すべきではないように思われる。むしろ、二元論の復活は、ドイツ法では一般売買と消費者売買とで異なる解釈を行わざるを得ない状況、いわゆる「分裂解釈 (die gespalte Auslegung)」でこそ問題とされている。買主の性急な自力追完では分裂解釈は回避されているが、追完費用の償還や使用利益の返還場面では、まさにこの分裂解釈が問題とされてきた。したがって、次に検討されるべき課題は、この二元論＝分裂解釈の評価問題となろう。

73) 岡孝「シンポジウム：債務不履行——売買の目的物に瑕疵がある場合における買主の救済：ドイツ法」比較法研究 68 号（2006 年）15 頁。同・前出注 4）541-542 頁、546 頁。この問題は、最終的には、「パンデクテン式法典編纂を採用する民法典の特別規定と一般規定との関係の理解の仕方に帰着する」とするのは、田中・前出注 4）146 頁以下を参照。