

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 ードイツ民法における追完請求権ー

青 野 博 之

- 1 はじめに
- 2 裁判例
- 3 追完請求権の優先性
- 4 売主の第二の提供権
- 5 買主の瑕疵除去権
- 6 第326条第2項第2文の（類推）適用に関する学説
- 7 期間設定が不要な場合
- 8 おわりに

1 はじめに

(1) 買主による瑕疵除去を考察する意義

売買目的物に瑕疵がある場合において、買主には、どんな救済方法があるか。

日本民法では、損害賠償請求権、解除権については、570条が566条の規定を準用しているために、買主に損害賠償請求権、解除権があることははっきりしている。問題は、買主に瑕疵修補（以下では、代物給付を含んで、「瑕疵除去」又は「追完」ということがある）請求権があるかどうかにある。

ところで、買主に瑕疵修補請求権（追完請求権）があると解した場合において、買主が売主に対して瑕疵修補を請求した後はじめて、損害賠償請求や解除権の行使が認められると解するときは、買主が瑕疵修補を売主に請求することなく、自分で除去したときにその費用の償還を請求することができるかについては問題が発生する。買主が売主に対して瑕疵修補を請求した後はじめて、損害賠償請求や解除権の行使が認められると解したことによって、売主に瑕疵除去権

(追完権)を事実上認めたことになり、その権利を買主の瑕疵除去によって奪いかねないからである。

本稿では、買主による瑕疵除去をめぐる問題を、ドイツ民法(以下、掲げる条文は、ドイツ民法のそれである)から検討する。ドイツ民法では、買主に追完請求権を認めており、この問題について、下級審の裁判例があり、学説上も議論されており、ドイツ民法における買主による瑕疵除去の検討は、日本民法の解釈として有益であると考えられるからである。

なお、本稿は、前に検討した「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」⁽¹⁾の補充を兼ねている。

(2) 考察すべき問題

たとえば、AがBから購入した物に瑕疵があった場合において、AがBに瑕疵があったことを通知せずに、また、Bに瑕疵の追完を請求せずに、Aがその物のメーカーに修補を依頼し、修補が終わり、その費用をAが負担したときに、Aは、その修補費用の償還をBに請求することができるか。修補が済んだことによって、Bは、修補の機会を奪われたことになるが、これをどのように評価すべきか。

2 裁判例

(1) AG Daun 2003年1月15日判決⁽²⁾

(ア) 事案の概要

原告である買主は、被告である売主に対して、売主から購入した中古車に瑕疵があり、その修補のために費やした損害(914,29ユーロ)の賠償を請求した。原告は、瑕疵が引渡時に既に存在していたと主張したが、被告は、これについて争った。裁判所は、次のように述べて、原告の請求を棄却した。

(イ) 判決理由

(1) 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」判タ1116号(2003年)12頁。

(2) ZGS 2003, 398.

原告は、被告に対して、追完を求めなかったので、損害賠償請求権を有しない。

(2) AG Kempen 2003年8月18日判決⁽³⁾

(ア) 事案の概要

原告である買主は、被告である売主に対して、売主から購入したGPS装置のCD-ROMを動かす部分の調子が悪いので、売主に事前に連絡することなく、メーカーに修理を依頼し、その修理費用(213ユーロ)の支払いを求めた。裁判所は、次のように述べて、原告の請求を棄却した。

(イ) 判決理由

原告は、第440条、第437条第2号、第3号に基づく修補費用の賠償請求権及び代金減額権を有しない。

第437条に基づく売買目的物の瑕疵を理由とする権利の要件は、買主が売主に対して期間を設定することである。ところが、原告である買主がその期間設定をしていないことについて、争いが無い。

第281条第2項、第323条第2項、第440条にいう期間設定が不要な場合に、本件は当たらない。

被告は、追完について、第323条第2項第1号にいう「終局的に拒絶」したわけではない。履行を拒絶したと認めるためには、厳しい要件が課される。債務者がその契約上の義務を履行しないことが明白でなければならない。この意味において、被告は、瑕疵の追完が求められていることを知っていなければならない。本件では、被告は、知らない。すなわち、被告は、原告から修理を依頼したことの通知を受けてはじめて、売買目的物に瑕疵があったことを知ったのであり、被告には、原告の主張する瑕疵について対応する機会はまったくなかった。

第281条第2項、第323条第2項第3号にいう、原告について、被告による「追完を期待することができない」とはいえない。

修補に長い期間がかかるので、著しく利用が害されるということを経由して

(3) MDR 2003, 1406.

た、追完の期待不可能性は、存在しない。追完には、いつでも、一定の期間がかかる。新債務法は、売主に、追完の可能性を与えている。その限りで、売主には、一定の期間が与えられている。また、売買目的物を送付する時間も考慮に入れなければならない。原告は、遠くの被告と契約を締結した。これによって、追完の期間がよりかかることは覚悟しておかなければならない。

修補がメーカーによってのみ可能であり、しかも、その装置がメーカーにあるとしても、それだけでは、追完を期待することができないことにはならない。また、それだけでは、期間設定が不要であるということにはならない。期間設定は、債務者に対して、それが本気であることを示していなければならない。誰が修補をするかということと期間設定は、無関係である。さらに、期間設定は、売主に対して、買主の主張する請求について調査する機会を与える。被告は、原告の主張する瑕疵を検討する機会を有していなかったため、自分で瑕疵を修補するか、買主に他の方法で修補するよう求めるかを検討する機会を有していなかった。被告がどのように瑕疵を除去することができるか、どのように瑕疵を除去したいかという判断を、原告は先取りしてはならない。

最後に、原告は、第326条第2項第2文、第326条第4項に基づき、節約した費用の支払いを被告に求めることができない。上記の規定は、売買目的物に瑕疵があったときに適用されるものではないからである。新債務法は、買主に修補請求権を与えただけでなく、売主が瑕疵除去権を行使する前に、買主からこれ以外の請求をされないように、売主に瑕疵除去権を認めている。売買目的物に瑕疵がある場合における規定は、特別規定であり、その場合に一般規定は適用されない。そうでなければ、特別規定が潜脱され、売主の瑕疵除去権が台無しになるからである。第437条の買主の権利は、明らかに、制限列举である。規律に欠缺はないから、他の規定を類推適用することができない。

これは、特に、買主による瑕疵除去に伴う費用償還請求権に当てはまる。その限りでは、旧法における請負規定の類推はできない。新債務法は、注文者に第637条により相当期間経過後に瑕疵除去権を与えているからである。これに類する規定は、新売買法にはない。したがって、その限りで、買主の権利は制限列举であるから、類推をすることができない。

(3) LG Gießen 2004年3月10日判決⁽⁴⁾

(ア) 事案の概要

原告である買主は、被告である売主に対して、売主から購入した自動車のエンジンを取り替えたことによる費用の支払いを求めた。

2002年3月16日に、原告は、被告から保証書付で新車を6700ユーロで購入し、4月に引渡しを受けた。11月に、走行距離7400キロメートルとなったところ、モーターが故障したので、被告に連絡することなく、約2500ユーロでモーターを取り替え、2003年6月28日になってはじめて、被告に対して、その費用を負担してくれるよう求めた。

第1審であるAGは、原告が被告に対して第439条の追完のための期間を設定していなかったことを理由として、代金減額権の行使により払い過ぎた代金の返還を求める原告の請求を棄却した。

控訴審でも、原告は、代金減額権の行使により払い過ぎた代金の返還を求め、さらに、第326条第2項第2文に基づき、買主による修補によって被告は修補費用を節約したとする主張を追加した。

控訴審であるLGは、次のように述べて、買主の控訴を棄却した。

(イ) 判決理由

2002年の債務法改正により、買主が代金減額権の行使又は損害賠償請求権を行使するためにはその前に買主が追完請求をしたにもかかわらず、売主がその追完を行わなかったことが必要になったところ、本件では、原告が被告に対して追完を請求していないので、第1審判決は相当である。

また、買主から売主に瑕疵の通知があつてこそ、売主は買主の選択した代物給付請求と修補請求について、その選択の不当性を争うことができるところ、買主が勝手に瑕疵を除去してしまうと、どのような瑕疵があり、これを除去するにはどんな方法が望ましいかを検討する売主の機会を奪ってしまう。買主が勝手に瑕疵を除去してしまったことによってかかった費用額を被告は十分に争うことができないので、第326条第2項第2文の類推による買主の請求も認められない。

(4) NJW 2004, 2906.

3 追完請求権の優先性

(1) 第437条に規定されている順序

売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利については、第437条⁽⁵⁾に規定されている。すなわち、

第437条 瑕疵がある場合における買主の権利

物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、買主は、次の各号に掲げる権利を有する。

- 1 第439条による追完請求権
- 2 第440条、第323条及び第326条第5項による解除権又は第441条による代金減額権
- 3 第440条、第280条、第281条、第283条及び第311 a条による損害賠償請求権又は第284条に基づく無駄になった費用の賠償請求権

このように、第437条は、買主の権利について、追完請求権、解除権又は代金減額権、そして賠償請求権という順序で規定している。しかし、このような順序で規定されていることを理由として、追完請求権が解除権又は代金減額権、及び賠償請求権に優先するとの結論を出すことができない。

(2) 期間設定

(ア) 追完請求権が解除権又は代金減額権に優先すること

旧第462条は、「買主は、第459条及び第460条の規定により売主が責任を負うべき瑕疵に基づき、売買の解消（解除）又は売買代金の引下げ（減額）を請求することができる。」⁽⁶⁾と規定していた。つまり、即時解除・減額を認めていた⁽⁷⁾。

(5) 現行ドイツ民法の条文訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題（2002年）181頁の「ドイツ債務法現代化法（民法改正部分）試訳」によった。

(6) 改正前のドイツ民法の条文訳及び改正されなかった条文の訳は、右近健男編・注釈ドイツ契約法（1995年）によった。

これに対して、第437条第2号は、買主は、「第440条、第323条及び第326条第5項による解除権又は第441条による代金減額権」を有する、と規定した。さらに、第440条第1文は、解除及び損害賠償について、「第281条第2項及び第323条第2項のほかに、売主が前条第3項により両方の追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が達成されなかったとき、又は買主に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。」と規定した。つまり、原則として、解除につき期間を設定しなければならない。これは、追完請求権を第一次的権利として、二次的権利である解除権又は代金減額権に優先させることを意味する。これは、(事実上の)第二の提供権(追完権)を売主に認めることになる。また、第441条第1項第1文は、「買主は、解除に代えて、売主に対する意思表示によって売買代金を減額することができる。」と規定した。つまり、代金減額についても、解除と同様に、原則として、期間を設定しなければならない。

(イ) 追完請求権が賠償請求権に優先すること

追完請求権は、賠償請求権に対する関係でも、解除権又は代金減額権の場合におけるのと同様に、優先する。すなわち、

第280条 義務違反に基づく損害賠償

- (1) 債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合には適用しない。
- (2) 債権者は、第286条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。
- (3) 債権者は、第281条、第282条又は第283条により付加される要件を満たす場

(7) Klaus Tonner/Kristin Crellwitz/Sandra Echtermeyer, Kauf- und Werkvertrag in: Hans-W. Micklitz/Thomas Pfeiffer/Klaus Tonner/Armin Willingmann(Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz(2001), 321は、消費者保護の観点から、即時解除・減額を認めるべきであると主張する。これに対して、国際統一売買法及び最近の各国の立法からして、反対する説として、たとえば、Axel Flessner, Richtlinie und Reform-Die Anpassung der Kaufgewährleistung-Richtlinie ins deutsche Recht-in: Stefan Grundmann/Dieter Medicus/Walter Rolland(Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht(2000), 242.

合においてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

第281条 給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償請求

- (1) 債務者が履行期到来の給付をせず、又は給付が契約に適合しない限り、債権者は、債務者に対して履行又は追完のために相当期間を定め、その期間が徒過した場合には、前条第1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。債務者が給付の一部しか履行しない場合には、債権者は、給付の一部について利益を有しないときにのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者の給付が契約に適合しない場合において、その義務違反が重大でないときは、債権者は、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) 債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき、又は当事者双方の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当化するような特別な事情が存在するときは、期間の定めを要しない。
- (3) 義務違反の性質から期間の定めが考慮されないときは、これに代えて、警告を基準とする。
- (4) 債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、ただちに消滅する。
- (5) 債権者が全部の給付に代えて損害賠償を請求する場合には、第346条から第348条までに基づきすでに給付したものの返還をただちに請求することができる。

買主は、売主に対して、原則として、期間を設定して、その期間が徒過した後でなければ、賠償請求をすることができない。つまり、追完請求権が賠償請求権に優先する。

このように、売買目的物に瑕疵があることを理由として、買主が売買契約を解除するためには、売買代金について減額するためには、そして、給付に代わる損害賠償を請求するためには、売主に対して期間を定めて（催告して）、追完を請

求しなければならないのが原則である。したがって、売主には、第二の提供権が認められることになる。その意味において、追完請求権は、解除権、減額権及び損害賠償請求権に優先する⁽⁸⁾。追完請求権が優先する旨の明文の規定はないが、そのように解されている。

4 売主の第二の提供権

買主の追完請求権が解除権・代金減額権、賠償請求権に優先することによって、売主に第二の提供権（追完権）を認めたことになるのかについて、学説上、それほど明確ではないが⁽⁹⁾、少なくとも、結果として、事実上、売主に第二の提供権（追完権）を認めたことになる⁽¹⁰⁾。

売主に追完権を認める目的は、買主からできるだけ解除されないようにし、代金減額されないように、賠償請求されないようにして、売主に代金債権を確保させることにあり、それとともに、契約の拘束力を強めることにある⁽¹¹⁾。

5 買主の瑕疵除去権

(1) 立法化しなかったこと

ドイツ民法の現代化の目的の一つは、目的物に瑕疵があった場合における売買と請負の平準化、すなわち、その違いをなくし、少なくすることをめざした点に

(8) Harm Peter Westermann, Das Neue Kaufrecht, NJW 2002, 248.

(9) Dieter Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Aufl.(2003). Rn.54 は、第437条第1号及び第439条は売主の追完についての権利義務を定めており、この観点から売主に第二の提供権がある、とする。

なお、日本民法の解釈論として、森田宏樹・契約責任の帰責構造（2002年）262頁は、権利として売主の瑕疵修補権を捉えることに慎重であり、また、潮見佳男・契約各論 I（2002年）211頁も、売主に追完権を認めることは買主の権利を制約することを意味する点に鑑み追完権を認めることに慎重である。また、岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」同編・注(5)125頁は、「代金減額権がつねに追完請求権に劣後すると解する点には一抹の不安を感じる次第である」と述べる。売主の追完権については、松井和彦「売主の追完権に関する一考察—契約法に関する国際ルールを手がかりに—」金沢法学45巻2号（2003年）199頁参照。

(10) Peter Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1005.

(11) Ina Ebert, Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, 1763.

ある¹²⁾。しかし、立法者は、請負契約では認められている注文者の瑕疵除去権を、売買契約では買主について定めなかった。したがって、売買には、買主の瑕疵除去についての規定はない。つまり、第637条に相当する規定が売買には定められていない。

(2) 請負における注文者の権利

請負の目的物に瑕疵がある場合における注文者の権利については、第634条に規定されている。さらに、第634条第2号に注文者による瑕疵除去権が規定され、第637条にその内容が定められている。すなわち、

第634条 瑕疵がある場合における注文者の権利

仕事に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、注文者は、次の各号に掲げる権利を有する。

- 1 第635条による追完請求権
- 2 第637条による瑕疵除去権及び必要費償還請求権
- 3 第636条、第323条及び第326条第5項による解除権又は第638条による報酬減額権
- 4 第636条、第280条、第281条、第283条及び第311 a条による損害賠償請求権又は第284条に基づく無駄になった費用の賠償請求権

第637条 注文者による瑕疵除去

- (1) 注文者は、請負人の追完拒絶が適法でないときは、仕事の瑕疵を理由として、追完のために定めた相当の期間が経過した後に、その瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。
- (2) 第323条第2項は、[この場合に] 準用する。追完が達成されなかったとき、又は注文者に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。

¹²⁾ Begründung zum RegE, BT-Drucks. 14/6040, 260 ; Bericht des Rechtsausschusses, BR-Drucks. 14/7052, 176 ; Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002(2002), 596, 1062.

- (3) 注文者は、請負人に、瑕疵の除去のために必要な費用の前払いを請求することができる。

(3) 第637条類推適用の可否

たしかに、旧法時代の判例は、第637条の旧法である第633条を、約款で買主に瑕疵修補請求権を認めている事案について、類推適用してきており⁽¹³⁾、新債務法が買主の法的地位を一部にしる後退させるとは考えられないことから、第634条第2号、第637条の規定を売買についても類推適用すべきであるとする説がある⁽¹⁴⁾。また、売買と請負について、その目的物（仕事）に瑕疵があるときは、買主と注文者の権利をできるだけ合わせるというのが、新債務法の一つの目標であった。

しかし、違いは、残された⁽¹⁵⁾。第1に、売買では、瑕疵除去を請求するか、別の瑕疵なき物（代物）を引渡しを請求するかを選択は、買主に委ねられているが、請負では、瑕疵除去をするか、新たに仕事を完成するかを選択は、請負人に委ねられている。第2に、売買では、買主が自分で瑕疵除去をすることができる旨の規定はないが、請負では、注文者が自分で瑕疵除去をすることが明文で許されている。立法理由として、このようにはっきりと述べられているからには、法律の欠缺ではないので、第637条を売買に類推適用することができない⁽¹⁶⁾。また、委員会草案の時点から、「買主の瑕疵除去権はそれほど意味を持たないであろう」とされていた⁽¹⁷⁾。

(13) BGH NJW 1991, 1882.

(14) Staudinger/Frank Peters(2003), §634 Rn.67.

(15) Begründung zum RegE, BT-Drucks.14/6040, 229; Claus-Wilhelm Canaris(Fn.12), 842.

(16) AnwKommBGB/Büdenbender(2002), §437 Rn 14. しかし、Jauernig/Berger, BGB 10. Aufl.(2003)§439 Rn.8 は、類推適用を肯定する。そうでなければ、買主は、ZPO 第887条（日本民事執行法第171条の代替執行の規定に相当する）の手間のかかる方法を用いなければならなくなるからである、という。なお、Klaus Tonner, Die kaufrechtlichen Vorschriften im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, VuR 2001, 90 は、買主に追完請求権を認める以上は、注文者に認められる瑕疵除去権を、買主にも認めるべきであり、これを認めない債務法現代化案の討議草案を批判し、買主による瑕疵除去を認めるべきである、と主張していた。さらに、買主による瑕疵除去を認めない参事官草案についても、Klaus Tonner/Kristin Crellwitz/Sandra Echtermeyer(Fn. 7), 326 は、同じ主張をしていた。

(4) 第437条は制限列举の規定であること

前に掲げたAG Kempenも、学説も⁽¹⁸⁾、第437条は制限列举の規定であると解している。

(5) 買主の瑕疵除去権の不存在

前述のように、買主には瑕疵除去権はない。したがって、買主が権利がないにもかかわらず、瑕疵を除去したときの処理、つまり、その費用の負担をどうするかが問題となる。

なお、買主が自分で瑕疵を除去する時点において、給付に代わる損害賠償請求権の成立要件が充足されているときは、瑕疵除去のためにかかった費用の賠償を求めることができる。すなわち、第437条第3号、第280条第1項、第3項、第281条第1項の要件が存在していれば、問題はない。

しかし、先に挙げた要件を充足するためには、原則として、期間を設定して、その期間が徒過したことを要する。

6 第326条第2項第2文の(類推)適用に関する学説⁽¹⁹⁾

(1) 肯定説

買主が売主に対して追完のための期間を設定することなく、したがって、その

(17) Lothar Haas, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht: Die Mängelhaftung bei Kauf- und Werkverträgen, NJW 1992, 2392. なお、委員会草案における買主の瑕疵除去権については、下森定/岡孝編・ドイツ債務法改正委員会草案の研究(1996年)121頁(石崎泰雄)、Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts(1992), 213.

(18) AnwKommBGB/Büdenbender(2002), §437 Rn 14.

(19) なお、本稿で扱っている問題を事務管理(不当利得)で処理すべきであるとする説がある(Jürgen Oechsler, Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, 1826)。この説は、次のように述べる。すなわち、

買主が追完してしまうと、売主に与えられた追完の機会を奪ってしまうことになるから、追完の機会を売主に確保するために、買主は売主に期間を設定しなければならない。その期間を設定せずに買主が追完すると、売主に与えられた追完の機会を奪ってしまうが、だからといって、買主の追完により、売主が負担すべき追完費用を売主に負担させてはならないとまではいえない。買主による追完は、売主の利益に反し、売主の推知することができる意思にも反することから、第684条が適用される。第684条は、第683条の要件が存在しないとき、すなわち、「事務管理の引受が本人の利益及びその現実の

期間徒過もない場合においても、買主が瑕疵を除去したときは、もはや除去すべき瑕疵はなくなってしまったから、売主は瑕疵を除去することはできず、売主による瑕疵除去は不能になってしまったと考える説がある²⁰⁾。買主の帰責事由による不能と考えると、買主には解除権（又は減額権）がなく、また、不能につき売主に帰責事由がないことから、売主は給付に代わる損害賠償義務を負わない。ここでは、瑕疵を除去することができないことについての帰責事由が問題であり、瑕疵があることについての帰責事由は問題とならない²¹⁾。理論的には、買主が売主に対して追完につき期間を設定しなかったのではなく、追完を不能にしたのは買主であることが、ここでの問題である。他方、第326条第2項²²⁾により、原則として、買主に代金支払義務が残る。もっとも、売主は、第439条第2項の費用を節約することになった。そこで、第326条第2項第2文の適用又は類推適用により、売主は、節約した分について買主に対して義務を負うと解すべきである。買主は、反対給付として代金支払義務を負うが、売主が節約した分を控除することができ、これを控除せずに払ってしまったときは、第326条第4項²³⁾の類推によ

意思又は推知することのできる意思に適合するとき」でないときは、「本人は、事務管理によって取得したすべてのものを不当利得の返還に関する規定によって管理者に返還する義務を負う」、したがって、売主は、買主に対して不当利得に基づく返還義務を負う。

しかし、売買目的物に瑕疵がある場合に適用される第434条以下の規定が問題になる限りでは、買主には瑕疵除去権がなく、むしろ売主に瑕疵除去の機会が与えられるべきであるから、買主が自分で瑕疵を除去しても、その費用を事務管理に基づいて費用償還請求することはできないとする説もある（Staudinger/Annemarie Matusche-Beckmann (2004), §434 Rn.50）。

20) Stephan Lorenz, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417; Stephan Lorenz, Anmerkung zur AG Daun ZGS 2003, 398, ZGS 2003, 399; Bamberg/Roth/Faust, BGB Bd.1(2003) §437 Rn.33; Ina Ebert(Fn.11), NJW 2004, 1761.

21) Stephan Lorenz(Fn.20), ZGS 2003, 399.

22) 第326条は、給付義務が排除された場合における反対給付からの解放及び解除について定めており、同条第2項は、「債権者にのみ若しくは主として債権者に帰責事由がある事情により債務者が第275条第1項から第3項までにより給付することを要しないとき、又は債権者が受領遅滞に陥った時に債務者の責めに帰することのできない事由が発生したときは、債務者は、反対給付請求権を失わない。債務者は、給付を免れることによって節約したものを又はその労力を他に使うことによって取得したものを若しくは悪意で取得しなかったものを差し引かなければならない。」と定める。

23) この条に基づき反対給付をする義務がないにもかかわらずそれをしたときは、第346条から第348条まで（解除の場合の効果を定めた規定＝筆者注）により給付したものの返還を請求することができる。

り、払いすぎた分の返還を請求することができる²⁴⁾。

この説によると、売買目的物に瑕疵があったために、売主は瑕疵除去義務を負い、その費用を負担すべきであったが、買主が瑕疵を除去したことにより、売主の瑕疵除去義務が不能になり、これによって売主が節約した額を買主は売主に請求することができることになる。この節約した額は、買主が費やした費用よりも、少ないであろう。

(2) 否定説

売主に追完権を認める以上は、売主に追完の機会を与えるべきであり、買主が売主に対してその機会を与えないまま自分で瑕疵を除去しても、買主がその費やした費用の負担を売主に対して求めることは、売主に追完権を認めることと矛盾し、したがって、第326条第2項第2文の適用することもできない。追完義務が不能になったとする説は、あまりにも概念的である²⁵⁾。前に掲げたLG Gießen及びAG Kempenも、否定説に立っている。

7 期間設定が不要な場合

(1) 例外的に売主に事実上の追完権がない場合

消極説に立ったとしても、例外として、次に掲げる、期間を設定しなくてもよい場合には、売主に追完権はなく、買主の請求を認めてもよいであろう。

(2) 第323条第2項第3号に該当する場合

「当事者双方の利益を衡量して特別な事情から即時の解除が正当とされるとき」(第323条第2項第3号)は、解除のために期間を設定する必要がない。たとえば、日用品の売買について、瑕疵があるときは、付加期間の設定は、不要である場合が多いであろう²⁶⁾。

²⁴⁾ Bamberg/Roth/Faust, BGB Bd. 1(2003) §437 Rn. 33.

²⁵⁾ Wolfgang Dötsch, Rechte des Käufers nach eigenmächtiger Mangelbeseitigung, MDR 2004, 976.

²⁶⁾ Begründung zum RegE, BT-Drucks. 14/6040, 234; Claus-Wilhelm Canaris(Fn. 12), 851.

(3) 第440条第1文に該当する場合

第440条第1文では、「第281条第2項及び第323条第2項のほか、売主が前条第3項により両方の追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が達成されなかったとき、又は買主に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。」と定められている。すなわち、期間設定を買主に期待することができないときは、期間設定が不要であり、売主の事実上の追完権が制限される。ここでは、買主の利益を中心に考える点が、第323条第2項第3号において「当事者双方の利益」を衡量する点と異なる。それだけ、買主よりである。ドイツ民法旧規定における請負判例からすると、時間が切迫している場合、売主を信用することができない場合がこれに該当する²⁷⁾。また、瑕疵が頻繁に発生している場合²⁸⁾がこれに当たる。

(4) 追完が不能である場合

第440条には規定されていないが、追完が不能であるときは、期間の設定は、意味がないから、不要である。不能であるときは、第326条第5項²⁹⁾により、期間を設定することなく解除することができる³⁰⁾。つまり、物の瑕疵を追完することができない場合は、第326条第1項第1文により³¹⁾、自動的に代金債権が消滅するわけではない。この場合は、同項第2文より³²⁾、第1文は、適用されず、同条第5項により、買主は、解除権を有する³³⁾。

²⁷⁾ Urs Peter Gruber, Die Nacherfüllung als zentraler Rechtsbehelf im neuen deutschen Kaufrecht, in : Tobias Helms/Daniela Neumann/Georg Caspers/Rita Sailer/Martin Schmidt-Kessel(Hrsg.), Das neue Schuldrecht=Jb. J. ZivRWiss(2001). 198.

²⁸⁾ Palandt/Putzo,Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts=Ergänzungsband zu Palandt,BGB 61. Aufl.(2002), §440 Rn.8.

²⁹⁾ 債務者が第275条第1項から第3項までにより給付を要しないときは、債権者は、解除することができる；解除については、期間の定めを要することなく第323条を準用する。

³⁰⁾ Dietmar Boerner, Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, ZIP 2001, 2271.

³¹⁾ 債務者が第275条第1項から第3項までにより給付を要しないときは、反対給付請求権は、消滅する；第441条第3項は、一部給付の場合に準用する。

³²⁾ 前文（第1文－筆者注）は、給付が契約に適合しない場合において、債務者が第275条第1項から第3項までに基づき追完を要しないときは、適用しない。

³³⁾ Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 4.

8 おわりに

(1) 買主に選択権を与えた点との関係

ドイツ民法は、売主に瑕疵を除去するか瑕疵のない別のものを引き渡すかの選択権は、与えなかった。その意味では、選択権を売主に与えることによって売主を保護することはしなかった。EC指令は、選択権を買主に与え、第439条はそのEC指令ををすべての売買について適用し、その選択権を買主に与えたからである。しかし、瑕疵除去権を買主に認めないということは、売主保護の必要性がやはり存在すると考えられる。

(2) 代金減額権との関係

瑕疵除去権を買主に認めると、買主の売主に対する賠償請求権を認めることになり、実質的には、買主の代金減額権を認めることになる。たしかに、買主には代金減額権が認められているが、そのためには、期間設定が必要である。しかし、本稿が対象としている事例では、期間設定がされていない。その場合において、実質的には代金減額権の行使に相当する買主の売主に対する賠償請求権を認めることは、代金減額権の規定を潜脱することになる。したがって、買主に瑕疵除去権は認められないと解すべきである。

(3) 賠償請求権との関係

瑕疵除去権を買主に認め、その費用の負担を売主に求めることができるとすると、買主の売主に対する賠償請求権を認めることになり、実質的には、売主に帰責事由がなくても、買主の損害賠償請求権を認めることになる。買主の売主に対する損害賠償請求権の免責事由として売主に帰責事由がないことが定められている以上は、実質的には損害賠償請求権の行使に相当する、買主が売主に対して求める費用負担を認めることは、損害賠償請求権の規定を潜脱することになる。買主に瑕疵除去権は認められないと解すべきである。

(4) 損害賠償の範囲との関係

第三者に修補させると費用が大きくなるおそれがある。第三者への報酬を含むためである。したがって、少なくとも、買主が費やした費用全額の負担を売主がすべきであるとまでいうことができない。

なお、請負の場合では、通常、注文者が修補するより、専門家である請負人が修補する方が費用が低であろうから、請負人に修補させた方が望ましいかもしれないが、売買では、修補するのが買主であろうと売主であろうと、その費用はそれほど変わらないであろうから、請負のような判断をすることができない。つまり、損害賠償の範囲は、一般的な売買では、売主は、その物を売り渡したにすぎないのであり、製造したわけでも、専門家であるわけでもないから、買主による瑕疵除去の費用を売主が負担してもそれほど問題はないかもしれない。しかし、売主が事業者である場合には、請負と同様の価値判断が当てはまるといえよう。その意味では、売主が事業者であり、買主が消費者である場合こそが、本稿の問題であるといえよう。

(5) 冒頭事例の解決提案

AがBから購入した物に瑕疵があった場合において、AがBに瑕疵があったことを通知せずに、また、Bに瑕疵の追完を請求せずに、Aがその物のメーカーに修補を依頼し、修補が終わり、その費用をAを負担したときは、Aは、その修補費用の償還をBに請求することができないと解すべきである。

修補が済んだことによって、Bは、修補の機会を奪われたことになるが、これは、修補すべき物が滅失したわけではないので、第326条2項第2文を適用することはできないが、修補の機会が奪われた点において、物の滅失と同様であるから、同規定を類推適用することができると考えられる。したがって、買主の瑕疵除去によって売主が節約した分については、買主は、売主に対して求償が認められると解すべきである。

この解決は、日本民法においても妥当すると考えられる。すなわち、買主に瑕疵修補請求権を認める場合において、買主が売主に瑕疵修補を求めることなく、自分の判断で瑕疵を修補したときに、日本民法第536条第2項の類推適用によ

駒澤法曹第1号(2005)

り、売主の瑕疵修補義務を免れたことによって利益を得た部分について、買主は、売主に対して、その償還を請求することができるかと解すべきである。