論　説

買主の不当な瑕疵修補請求に対する売主の損害賠償請求

青　野　博　之

1　はじめに
2　買主の権利行使の難しさ
3　BGH 判決
4　買主の義務の法的性質
5　帰責事由の判断
6　裁判上の請求の場合
7　日本法への示唆
8　おわりに

1　はじめに

条文上又は合意によって買主に瑕疵修補請求権が認められたとしても、そこには、多くの問題がある。第１に、瑕疵修補請求権を行使することがその他の権利（解除権、代金減額権、損害賠償請求権）の前提かという、権利の順序が問題となる。瑕疵修補請求権を履行請求権に位置づけると、履行請求権に優越性が認められるかという問題である(1)。第２に、買主としては瑕疵があると思って、買主が売主に対して瑕疵修補を請求したところ、客観的には売主が引き渡した目的物に瑕疵はなかったために、売主に余計な費用を負担させた場合である。

(1)　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27頁（2005年）、田中宏治「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」阪大法学55巻３・４号207頁（2005年）、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編・21世紀判例契約法の最前線521頁（2006年）、田中宏治「ドイツ新債務法における追完請求権と買主の義務」阪大法学56巻２号93頁（2006年）、青野博之「債務不履行における不履行者の保護」駒澤法曹３号１頁（2007年）、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74巻１号197頁（2008年）、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」法時80巻８号30頁（2008年）、岡孝「民法改正の国際的動向―ドイツを中心に」ジュリ1362号26頁（2008年）。

本稿では、この第２の問題を最近の 2008 年１月 23 日の BGH の判決[2]を題材にして、検討する。

2　買主の権利行使の難しさ

(1)　板挟みになる買主

買主が売主に瑕疵修補請求をすることなく、自ら瑕疵を修補しても、その費用を売主に請求することができないというのが、BGH の判例[3]である。したがって、買主が引き渡された売買目的物に瑕疵があるかどうかを検査して、瑕疵があるときは、売主にまず瑕疵修補を請求すべきである。しかし、売買の一般原則では、買主に、検査義務はない。そこで、買主は、瑕疵があると思って、売主に瑕疵修補請求することもあろう。売主が検査したところ、目的物に瑕疵がないものの、買主の側に問題があって、目的物に瑕疵があるように見えただけだったとしよう。そうすると、売主に生じた費用の負担をどうするかの問題が生じる。売主は買主の住所で瑕疵修補をしなければならないとすると、そこまでの交通費が大きくなるおそれがある。もちろん消費者が買主である場合において、この費用を買主に自動的に負担させることは、EU 消費売買指令３条が定める、売主は無償で売買目的物の瑕疵を修補しなければならない、とする規定に違反するおそれがあるので[4]、買主に帰責事由がないときは、買主は負担しなくてもよい。

権利行使が難しいのは、本稿で検討する、請求権を行使する場合だけでなく、形成権を行使する場合、相手方の請求権の行使に対して争う場合もある[5]。もっとも、たとえば、解除権の行使をしても解除権の成立原因がないときは、解除は無効であり、契約は存続するので、それ以上の問題は発生しない[6]。したがっ

(2)　BGH NJW 2008, 1147=JZ 2008, 636=MDR 2008, 373.
(3)　BGHZ 162, 219=NJW 2005, 1348=JZ 2005, 571.
(4)　原田剛「EC 消費用動産売買指令とドイツ民法第 439 条第４項」国際商事法務 36 巻８号 1076 頁、９号 1222 頁（2008 年）。
(5)　Dagmar Kaiser, Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsanmaßung, in: Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller（Hrsg.）, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 531（2007）.
(6)　たとえば、賃貸借契約において解除権の成立原因がないにもかかわらず、解除権を行使して賃貸物の返還を求めるのは、履行拒絶をするのと同様である。

て、問題が発生するのは、本稿で検討するように、損害が発生した場合である(7)。

(2) この問題の解決方法

ア　債務不履行構成

本稿は、この構成の是非、このように構成する場合の問題点を検討する。すなわち、買主の側に原因があって、瑕疵が存在するように見えたが、実際には、瑕疵が存在しなかったために、その瑕疵修補請求権が存在しなかった場合において、売主が買主の側に存在する原因を除去し、その費用を負担した事案について、売主は、買主に損害賠償請求することができるかを、本稿では、検討する。

イ　事務管理構成

この事案において、事務管理による費用償還請求も可能かもしれない。しかし、売主は、買主から瑕疵修補請求をされて、修補しているのであって、売主の意思では契約上の義務を履行しているに過ぎず、売主に他人（買主）のためにする意思はない。BGH は、契約が無効な場合であっても、事務管理が成立するとしているので(8)、本件でも、事務管理構成が可能である(9)。実際、賃借人が賃貸借契約終了後、壁を塗り直す特約に基づき、賃借人が費用を負担して目的物を賃借当時のようにきれいにして返還した場合において、その特約が無効であったときに、その費用の償還を認めた裁判例がある(10)。しかし、BGH の事務管理構成には、学説からの批判が強い(11)。本稿では、問題の検討領域を絞るために、事務管理構成の検討は、割愛するが、買主に帰責事由がないときは（買主が帰責事由の不存在を主張立証することができたときは)、事務管理構成の意義がある。

---

(7) MünchKommBGB/Günter H.Roth（4. Aufl.), Bd 2a §241 RdNr. 72（2003）.
(8) BGHZ 37,258.
(9) Florian Faust, Anmerkung zu BGH Urteil v.23. 1. 2008, JuS 2008, 746, 747.
(10) LG Karlsruhe NJW 2006, 1983.
(11) たとえば、Dieter Medicus, Schuldrecht Ⅱ（11. Aufl.), Rn. 622（2003). 平田健治「事務管理法の構造と機能の再検討」民商法雑誌 89 巻 5 号 619 頁、89 巻 6 号 777 頁、90 巻 1 号 36 頁（1984 年)、副田隆重「事務管理法の機能とその適用領域」判タ 514 号 226 頁、522 号 133 頁（1984 年）参照。

ウ　不当利得構成

買主の側に原因があって、瑕疵が存在するように見えたが、実際には、瑕疵が存在しなかったために、その瑕疵修補請求権が存在しなかった場合において、売主が買主の側に存在する原因を除去したということは、売主の給付があって、買主は瑕疵があるかどうか判断するための費用を節約し、故障を直してもらったという費用も節約していることから、売主は、買主に対して給付利得による返還請求も可能かもしれない[12]。本稿では、問題の検討領域を絞るために、不当利得構成の検討も、割愛するが、事務管理構成と同様に、買主に帰責事由がないときは（買主が帰責事由の不存在を主張立証することができたときは）、不当利得構成の意義がある。ただし、故障を直すという給付をした売主が故障の原因が瑕疵でないことを知りながら給付をしたときは、BGB814 条[13]により、買主に対する給付の返還請求が否定される。

3　BGH 判決

(1)　事実の概要

2003 年２月、Ｘは、電気設備業を営むＹに通報装置を売却し、引き渡した。この装置は、看護師が病人用ベットの様子を照明と音でわかるようにするためであった。この装置は、高齢者用施設の横に張り出した翼部を拡張する工事の際に組み込まれた。この装置は、前からあった装置に接続された。2003 年８月 19 日、この装置が働かず、Ｙの従業員によってもその故障を直すことができないので、Ｙは、Ｘが引き渡した装置の瑕疵が故障の原因であると思って、その瑕疵を修補するよう請求した。2003 年８月 25 日、Ｘのアフターサービス技術者が、現地で調査したところ、旧装置と新装置のケーブル接続が中断していたために、その故障が生じたことがわかった。そして、Ｘのアフターサービス技術者は、その

---

(12)　Florian Faust, Anmerkung zu BGH Urteil v. 23. 1. 2008, JuS 2008, 746, 747.

(13)　BGB814 条は、次のように定める（訳は、椿寿夫・右近健男編・注釈ドイツ不当利得・不法行為法（1990 年）による）。

「給付者が給付につき義務を負っていないことを知っていた場合、又は給付が道徳上の義務若しくは儀礼を考慮したものであった場合は、債務の履行のために給付したものは、返還を請求することができない。」

故障を直した。そのために、自動車で 424 キロメーターも往復し、この時間も含め、6 時間を要した。Xは、Yに対して、その費用の賠償を求めた。

第 1 審の AG Peine は、「Yは、Xに対して、773,95 ユーロを支払え」との判決をした。Y控訴。

⑵ LG Hildesheim2006 年 8 月 11 日判決

原審の LG Hildesheim は、次のように述べて、Yの控訴を棄却した。

Xは、Yに対して、BGB280 条 1 項[14]及び同 249 条以下[15]の規定に基づき、773,95 ユーロの損害賠償請求を有する。Yは、買主として、不当な（ungerechtfertigt）瑕疵修補請求をすることによってXの財産を害しないようにすべきであるという、契約終了後の（nachvertraglich）義務に違反した。Xが引き渡した装置に BGB434 条の意味における瑕疵はなかった。Yには、Xに対する不当な瑕疵修補請求について帰責事由がある。たとえ、AG の事実認定と異なり、もともとは旧通報装置と新通報装置のケーブル接続に問題がなかったとしても、Yが主張するように、高齢者用施設の看護師が設備の設置を変更し、Yの従業員が設備の点検をしてようやくその変更を改めたうえ、導線を締め忘れたとすれば、Yは、電気設備業及び火災報知器営業を営む専門会社としては、Xに求めるよりも前に、従業員を配置して、故障の原因に気づく可能性があったにもかかわらず、その検査を怠った点において、過失がある。したがって、Xは、1 時間当たり 90 ユーロで計算して 6 時間分の労働費用（BGB249 条及び 252 条）、1 キロメートルあたり 0,30 ユーロで計算して 424 キロメートル分の交通費及び 16％の消費税、合計 773,95 ユーロの損害賠償請求権を有する。

Yは、第 1 に、原審のように、瑕疵修補請求権を注意深く行使しなければならないとすると、瑕疵修補請求権の価値を引き下げることになってしまうこと、第

---

⑭ BGB280 条 1 項は、次のように定める（訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題（2002 年）による）。
「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。」

⑮ 損害賠償の範囲について定めた規定である。

２に、買主が注意深く修補請求権を行使すべきであるとすれば、売買目的物について売主にのみ可能な事項まで買主に求めることになりかねないことを主張して、Ｘの請求を棄却するよう、上告をし、原審は、その上告を許可したが、本判決は、次のように述べて、Ｙの上告を棄却した。

⑶ BGH2008 年 1 月 23 日判決

ア　Ｙは、Ｘに対する瑕疵修補請求権（BGB437 条１号及び 439 条）を有しない。原審が適法に確定した事実によると、Ｘが引き渡した通報装置に BGB434 条の意味における瑕疵はなかった。

イ　BGH の判例によれば、権利が存在すると思ったが実際には存在しなくとも、その権利を実現するために、提起された訴え又は法的な手続きは、BGB823 条以下の規定の意味における不法行為ではなく（BGHZ 74,9;95,10;118, 201;154,269;164,1）、信義則にも反しないので損害賠償責任を発生させる契約上の義務違反でもない（BGHZ 75,1）。被告とされた者の保護は、通常、法律に定められた基準に従い保障されているので、法律関係を単に過失で誤って判断したというだけでは、手続法に既に定められている制裁のほかに、その結果を手続きを遂行した者に責任を負わせることは、原則として、ない。そのように考えなければ、公益に属することが明確な、国家が定めた裁判制度について自由な利用が制約され、憲法上疑義が生じるからである。

しかし、存在すると思ったが実際には存在しない権利を裁判外で実現しようとする場合に、前記判例が妥当するか、どのような要件の下で妥当するかについては、統一的には答えられない。

㈠　2005 年 7 月 15 日の BGH 判決（BGHZ 164, 1）によると、裁判上の手続によるという違法性阻却事由が存在しないときは、BGB823 条 1 項及び 826 条に基づき不法行為法によって法益が保護される。2006 年 12 月 12 日の BGH 判決（NJW 2007,1458）によると、契約締結前の法律関係について、請求者の言い分によると債務者である者に対して不当に請求し、その請求に対応するために相

手方に費用を負担させた請求者は、BGB280 条 1 項、311 条[16]の損害賠償責任が問題となる。

⑷ これに対して、存在しない債権を裁判外で主張しても、裁判上主張した場合と異なって、判断すべきでない、とする見解がある。この見解によると、債務関係が成立しているときは、たとえ過失があって法的状態を誤って判断した場合において、実際には不当であることが判明したときでも、主観的には誠実に請求権を行使する権利がある。

⑸ 本法廷の見解によれば、いずれにせよ、買主が瑕疵が存在せず、その原因が自己の責任領域に存在することを知り、又は過失によって知らないときは、BGB439 条 1 項に基づく瑕疵修補請求は、過失のある契約違反であり、損害賠償義務を発生させる。買主が売主に請求して瑕疵修補作業をさせると、売主に軽微とはいうことができない費用を負担させることになることは、買主にとっては、明らかである。債務関係が存在する以上、契約当事者の相手方の利益を配慮すべきは当然であって、買主には、売主に瑕疵修補を請求する前に、買主としては瑕疵が存在すると思っているその背後に実は自己の領域にこそ原因があるかもしれないという徴候を注意深く検査することが要求されている。

Yの主張とは異なり、そのような義務を買主に負担させても、買主の瑕疵修補請求権の権利としての価値を引き下げることになるほど、注意深く行使しなければならなくなるわけではない。買主は、事前に、買主が主張している現象が物の瑕疵の徴候であることを明らかにしたり、確かめたりしなければならないわけではない。買主は、単に、買主にとって可能な範囲において、その原因が売主の責任範囲に帰することができない原因ではないということを注意深く検査すれば足りる。その際、実際には、買主にとって、瑕疵が存在するかどうかが確かでなくとも、その瑕疵修補請求が結論として不当であったとしても、買主が瑕疵に基づく権利を行使した場合に、それが過失のある契約違反になり、損害賠償義務を負うことになることを心配する必要ない。買主が取るべき検査義務を尽くしたとき

---

⑯ 法律行為上及び法律行為類似の法律関係（たとえば、契約締結上の過失）について定めた規定である。

は、自己の影響範囲に瑕疵の原因は存在しないから、Ｙが主張するような、事情によっては売買目的物について売主にのみ可能な能力を買主に求めるわけではない。

ウ　したがって、原審がＹの過失ある契約違反を肯定したのは、正当である。原審は、Ｘが引き渡した装置が最初から瑕疵なく備え付けられたにもかかわらず、Ｙが旧建物と新建物との間に必要なケーブルの接続をしなかったことによって、又はＹの従業員が故障の原因を調べるために装置を検査した際に、旧建物と新建物との間の接続を緩めた後に、その間の接続をしっかりと固定したかの検査を怠ったことを認定した。このどちらの事実によるにせよ、その原因はＹの責任範囲に存在するので、BGB278 条の履行補助者が取引上必要な注意を尽くせばその原因を知ることができ、Ｘに瑕疵修補請求をする前に考慮しなければならないことである。

4　買主の義務の法的性質

⑴　債権者の義務

債権者には、安全配慮義務と同様に、義務が課されることがある。本稿で検討している事案もそうである。

⑵　契約終了後の過失

瑕疵が存在しなかったとすれば、売主の義務はすべて履行されており、買主が代金を支払っているとすれば、買主が存在しない瑕疵の修補を請求してはならないという義務は、契約終了後の義務ということになる。この義務は、契約締結上の過失における義務と同様に、付随義務と位置づけることができる。その意味において、本稿で問題としている義務は、BGB241 条２項[17]の義務であり、度を超えて根拠のない債権を行使してはならないという義務である[18]。給付目的及び給

---

⑰　BGB241 条２項は、次のように定める（訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題（2002 年）による）。
「債務関係は、その内容により、各当事者に相手方の権利、法益及び利益に対する配慮を義務づけることができる。」

⑱　LG Stendal MDR 2007, 389.

付結果を害さないように、給付に誠実でなければならないという義務である。

売買目的物が契約締結前に滅失していた場合において、売主が滅失を知らないで、知らないことに過失があるときに、契約締結上の過失の問題が発生する。すなわち、売主に契約締結上の過失があるので、買主は、売主に対し、その目的物を見るために往復した交通費の賠償を求めることができる。本稿で検討している事案は、客観的に瑕疵がないにもかかわらず、買主が瑕疵のないことを知らず、知らないことに過失があるのと同様の状況である、と考えることができる。その意味において、契約終了後の過失又は誠実義務（nachwirkende Treuepflicht）[19]の問題である。買主に契約終了後の過失があるので、売主は、買主に対し、その目的物を修補する往復した交通費の賠償を求めることができる。売主は、その引き渡した目的物に瑕疵がなくとも、買主から瑕疵修補請求があれば、その検査のために買主の元へ出向き、そして戻るという交通費を一般的に負担すべきであるという危険を負担しない[20]。本稿で検討している問題は、売主がその債務を履行した後の問題という意味において、履行後の過失の問題である。

5　帰責事由の判断

本判決は、「買主は、単に、買主にとって可能な範囲において、その原因が売主の責任範囲に帰することができない原因ではないということを注意深く検査すれば足りる。」と判示していることから、BGB280 条 1 項 2 文の帰責事由がないという抗弁を比較的緩やかに認めるつもりかもしれない。しかし、当該買主にとって可能な範囲という意味における、主観的過失ではなく、通常の客観的過失であるから、「社会生活上必要な注意を怠ったものは、過失があるものとする」という BGB276 条 2 項と同じであるようにも考えられる。そうだとすれば、買主にとって社会生活上必要な注意を求めているに過ぎず、売主に求められる注意とは異なるという意味に過ぎない。もっとも、本判決の「事情によっては売買目的物について売主にのみ可能な能力を買主に求めるわけではない。」という判示

---

[19] MünchKommBGB/Wolfgang Ernst（4. Aufl.）, Bd 2a §280 RdNr. 109（2003）.
[20] Hannes Unberath/Johannes Cziupka, Der Leistungsort der Nacherfüllung, JZ 2008, 867, 874.

からすれば、当該買主にとって不可能なことを求めないという意味で、BGB276条２項の原則よりも緩和されたものかもしれない。

6　裁判上の請求の場合

BGH は、民事訴訟法上の訴え、民事執行法上の訴え、登記請求など、裁判上の請求の場合には、その請求が結果的に不当なものであったとしても、たとえばZPO945 条[21]のような特別規定がない限り、違法性を欠くので、請求者は、損害賠償義務を負わない、とする[22][23]。このように、原告（及び被告）は、間違うことがあるという意味での「間違う権利」を有する[24]。本稿で検討した BGH 判決は、この流れとは異なるものである[25]。

7　日本法への示唆

(1)　本判決の射程

本判決は、権利一般の問題としては答えずに、瑕疵修補請求についてのみ、買主に帰責事由があるときは、買主の損害賠償責任を肯定した。瑕疵に基づく責任については、売買と請負は同じように扱われているので、この判断は、注文者の瑕疵修補請求にも妥当するであろう。すなわち、本判決の射程は、請負にも及ぶと考えられ、広いかもしれない。他方、本件が事業者同士の売買であることに鑑みると、本判決の射程は、逆に狭いかもしれない。また、本判決は、消費者売買について本稿で検討したとの同様の事例が生じた場合において買主の損害賠償義務を肯定することができるかについては、明らかにしていない。しかし、消費者である買主に単なる過失しか存在しない場合において、買主の損害賠償義務を肯定することは、EU 消費売買指令の趣旨に合致しないので[26]、これを否定すべき

---

[21] 民事訴訟法 260 条２項に相当する規定である。
[22] BGHZ 36, 18.
[23] 正当化事由（違法性阻却事由）の一つとして挙げられる（Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht（2. Aufl.), Rz. 289（1996））。
[24] BGHZ 74, 9; 154, 269.
[25] Holger Sutschet,Anmerkung zu BGH Urteil v. 23.1.2008, JZ 2008, 637.
[26] Michael Johannes Pils, Der Ort der Nacherfüllung im Kaufrecht, JuS 2008, 767, 770.

であろう。

⑵ 本判決の妥当性

本判決の結論には、原告が問題となっている電気設備の事業者であることから、当該事案の解決としては、賛成する見解がある[27]。しかし、この見解は、一般的には、売主が自己が引き渡した売買目的物に瑕疵がないことを知りながら、故障を直し、その費用の賠償を肯定した本判決の理由付けには反対し、売主が自己の危険において実施した作業である場合には、その費用の賠償を認めるべきでない、とする[28]。

⑶ 買主に帰責事由がない場合の処理

買主が売買目的物に瑕疵があると思って費用をかけて売主の住所に送り返したが、結局、瑕疵がなかった場合において、買主に帰責事由がないときは、その費用は、BGB439 条 2 項[29]の拡張解釈又はこれを類推して、売主に負担させるべきである[30]。

⑷ 類似の問題との比較

ア　条文上又は合意によって買主に瑕疵修補請求権が認められたとしても、実際には瑕疵がないにもかかわらず、買主が瑕疵修補請求をし、売主が無駄な費用を支出せざるを得なくなったときは、買主に損害賠償義務が認められるかが問題となる。請負契約については、注文者に瑕疵修補請求権が認められているので、この問題が生じても不思議ではない。しかし、これまで問題とされていないようである。そこで、類似の問題を別の領域から選ぶこととしたい。

---

[27] Dagmar Kaiser, Pflichtwidriges Mangelbeseitigungsverlangen, NJW 2008, 1709, 1713.
[28] Dagmar Kaiser, Pflichtwidriges Mangelbeseitigungsverlangen, NJW 2008, 1709, 1711, 1713.
[29] BGB439 条 2 項は、次のように定める（訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題（2002 年）による）。
「売主は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。」
[30] Michael Johannes Pils, Der Ort der Nacherfüllung im Kaufrecht, JuS 2008, 767, 770.

イ　ここで問題となるのは、売主の財産的な利益であるから、権利を中心とした不法行為責任よりも、契約責任の範囲を当事者、時間及び内容を拡大しつつある[31]債務不履行責任の方がふさわしいはずであるが、日本法では、不法行為責任の要件が柔軟であるために、不法行為責任で処理される傾向にある。

ウ　まず考えられるのは、権利濫用であるが、本稿で検討しているのは、権利が存在していない場合であるから、これとは少し異なると考えられる。本稿において検討している事案に最も類似するのは、根拠を欠いているのに行使される権利という意味で、訴権の行使（不当訴訟）と懲戒請求権の行使（不当懲戒請求）を例に取り上げることにする。

⑸　不当訴訟（最判昭和 63 年 1 月 26 日民集 42 巻 1 号 1 頁）

ア　事実の概要

前訴において勝訴したＸが、前訴を提起したＹに対して、前訴の提起が不法行為に該当するとして、損害賠償を求めた。第１審は、Ｙに過失がないとして、Ｘの請求を棄却した。Ｘ控訴。原審は、Ｙに過失があるとして、Ｘの請求を認容した。Ｙ上告。本判決は、次のように述べて、Ｘの請求を棄却した。

イ　判旨

「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めうることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重されなければならず、不法行為の成否を判断するにあたつては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされることは当然のことである。したがつて、法的紛争の解決を求めて訴えを提起することは、原則として正当な行為であり、提訴者が敗訴の確定判決を受けたことのみによつて、直ちに当該訴えの提起をもつて違法ということはできないというべきである。一方、訴えを提起された者にとつては、応訴を強いられ、そのために、弁護士に訴訟追行を委任しその費用を支払うなど、経済的、精神的負担を余儀なく

---

[31]　下森定「履行障害法再構築の課題と展望」成蹊法学 64 号 1 頁（2007 年）、同「履行（給付）障害法の立法構想に関する基本的提言」椿寿夫ほか編・民法改正を考える 192 頁（2008 年）。

されるのであるから、応訴者に不当な負担を強いる結果を招くような訴えの提起は、違法とされることのあるのもやむをえないところである。以上の観点からすると、民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係（以下「権利等」という。）が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である。けだし、訴えを提起する際に、提訴者において、自己の主張しようとする権利等の事実的、法律的根拠につき、高度の調査、検討が要請されるものと解するならば、裁判制度の自由な利用が著しく阻害される結果となり妥当でないからである。」

⑹ 不当懲戒請求（最判平成 19 年 4 月 24 日民集 61 巻 3 号 1102 頁）

ア　事実の概要

弁護士であるXは、Xの所属する弁護士会に対するY（及びその訴訟代理人）が行ったXに関する懲戒請求について同弁護士会が懲戒しない旨の決定をした（Yはさらにこの決定に対する異議の申出を日本弁護士連合会に対してしたが、日本弁護士連合会はこの申出を棄却する決定をした）後、この懲戒請求が不法行為に該当するとして、Yに対し、損害賠償を求めた。第1審は、「弁護士に対する懲戒請求はそれを受けた者の名誉を著しく損なう危険を伴うものであるから、それらを行うには慎重な注意を要する。懲戒を申し立てる者は、懲戒の嫌疑をかけるのに相当な客観的根拠があることを確認する注意義務を負い、懲戒事由の嫌疑をかけるのに相当な客観的根拠があることを確認せずに懲戒請求をした場合には、相手方に対して不法行為に基づく損害賠償責任を負うことを免れられない。」としたうえで、Yに過失があるとして、Xの請求を認容した。Y控訴。原審は、「弁護士に対する懲戒請求は、法律上認められた国民の権利であるということができるが、その対象とされた弁護士の名誉を著しく損なう危険があるものであるから、その権利を行使するに当たっては、慎重な配慮が要求されるものと

いうべきである。他方、懲戒請求をする者は、必ずしも法律に通じているとは限らないことを考えれば、その権利行使に当たって、過度の注意義務を要求することも、懲戒請求制度を設けた趣旨に照らし、相当とはいい難い。このような事情を総合して考慮すれば、懲戒請求をする者が、懲戒事由が存在しないことを認識し、あるいは容易にこれを認識することができたにもかかわらず、当該弁護士の名誉を毀損したり、その業務を妨害するなどの意図に基づいてしたものであるなど、当該懲戒請求が、弁護士の懲戒請求制度の趣旨を逸脱し、懲戒請求権の濫用と認められる等特段の事情が認められる限りにおいて、違法性を帯び、不法行為を構成する場合があり得るが、上記のような特段の事情が認められない限り、当該懲戒請求が不法行為を構成するとはいえない」としたうえで、本件では特段の事情があったとまではいうことができないとして、Ｘの請求を棄却した。Ｘ上告。本判決は、次のように述べて、Ｘの請求を認容した。

イ　判旨

「弁護士法 58 条１項は、『何人も、弁護士又は弁護士法人について懲戒の事由があると思料するときは、その事由の説明を添えて、その弁護士又は弁護士法人の所属弁護士会にこれを懲戒することを求めることができる。』と規定する。これは、広く一般の人々に対し懲戒請求権を認めることにより、自治的団体である弁護士会に与えられた自律的懲戒権限が適正に行使され、その制度が公正に運用されることを期したものと解される。しかしながら、他方、懲戒請求を受けた弁護士は、根拠のない請求により名誉、信用等を不当に侵害されるおそれがあり、また、その弁明を余儀なくされる負担を負うことになる。そして、同項が、請求者に対し恣意的な請求を許容したり、広く免責を与えたりする趣旨の規定でないことは明らかであるから、同項に基づく請求をする者は、懲戒請求を受ける対象者の利益が不当に侵害されることがないように、対象者に懲戒事由があることを事実上及び法律上裏付ける相当な根拠について調査、検討をすべき義務を負うものというべきである。そうすると、同項に基づく懲戒請求が事実上又は法律上の根拠を欠く場合において、請求者が、そのことを知りながら又は通常人であれば普通の注意を払うことによりそのことを知り得たのに、あえて懲戒を請求するなど、懲戒請求が弁護士懲戒制度の趣旨目的に照らし相当性を欠くと認められると

きには、違法な懲戒請求として不法行為を構成すると解するのが相当である。」と判示する。

8　おわりに

本稿において検討した問題は、権利が侵害されたとして侵害者と目される者に警告する前に、自己に権利があるか、相手方は権利を侵害したかを調査すべき義務が存在するかの問題とその状況が似ている。権利の要保護性によって、義務の存否、帰責事由として軽過失で足りるとするか、重過失まで必要か、故意まで要求すべきかが決まるといえよう。

本稿の問題に即して考えると、一般の債務不履行と同じように、買主に契約終了後の義務を認め、帰責事由がないことを買主が抗弁として主張立証したときに、買主の損害賠償責任を否定することになる。もっとも、買主が瑕疵の原因を調べることは一般に不可能であるから、たとえ瑕疵が存在せず、義務違反があるとしても、帰責事由があるとされることはまずなかろう。その意味では、本稿で検討したBGH判決は、商事売買の事例についての判示であり、特殊な判例ともいうことができよう。言い換えれば、一般的には、売主の方が買主よりも瑕疵の有無を判断することが容易であるから、買主は、瑕疵があるとの徴候さえあれば、過失はないと考えるべきである。瑕疵がないにもかかわらず、瑕疵があるとの徴候から瑕疵があると信じた事実の錯誤は許されると解すべきである。ましてや、買主が消費者であるときは、いっそうこれが妥当するというべきである。

日本法と比較すれば、少なくとも、不当訴訟と同じ解決をすべきである。さもないと、瑕疵があると思った買主は、訴訟した方が安全であり、訴訟が頻発するおそれが生じてしまうからである。さらに、裁判外の請求については、裁判上のそれよりも容易にすべきであるとすれば、買主が瑕疵のないことを知りながら瑕疵に基づく請求をしたときにのみ、すなわち、故意があるときのみ、買主に損害賠償責任を負わせることで足りるとも考えられる。

なお、約款で売買契約につき瑕疵修補請求を認める場合において、買主が（瑕疵が存在しないにもかかわらず）不当な瑕疵修補請求をするかもしれないおそれに備えて、「買主が瑕疵修補請求をし、売主が瑕疵の存在しないことを確認した

場合においては、買主に帰責事由がないときでも、売主に生じた費用は買主が負担する」との約款を売主があらかじめ作成することが許されるかも問題となる。しかし、この約款は、消費者に瑕疵修補請求権を認めつつ、その請求権を制約するもので、許されない、と解すべきであろう。