

追完請求と解除・減額・損害賠償(1)

藤 田 寿 夫

- 一 はじめに
- 二 ドイツ法と日本法の規定の異同
 - I ドイツ法における追完の機会
 - 1 相当期間を定めた追完の催告
 - 2 期間を定めた追完の催告が不要な場合
 - II わが国における追完の機会
 - 1 改正前民法の請負における追完請求と解除・損害賠償
 - 2 改正民法における追完の機会
- 三 ドイツ法における二次的瑕疵権への移行
 - I 追完期間の指定と期間内の給付結果達成
 - II 期間設定の不要な場合
 - 1 独民 323 条 2 項, 281 条 2 項による期間設定不要
 - 2 独民 440 条 636 条による期間設定不要
 - (1) 追完が失敗したとき (以上, 本号)

一 はじめに

催告によらない解除に関するわが国の改正民法 542 条 1 項第 5 号は、買主が履行の「催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき」は、買主は催告することなく直

ちに契約の解除をすることができる⁽¹⁾と規定している。これに対し、代金減額に関する改正民法 563 条においては、一方では、本来の契約内容どおりに売主によって履行の追完がなされるのが望ましく、買主は売主に追完の機会を与えるのが適切であるとして、563 条 1 項は、原則として買主が売主に対して相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に追完がなされないときは、買主はその不適合の程度に応じて代金減額を請求することができるとしている。しかし他方では、その例外として、売主による追完が買主に不合理な不便・不利益を負わしてしまうことがあるので同条 2 項は、追完が不能であるとき、売主が追完を拒絶する意思を明確に表示したとき、定期行為のとき、そのほか買主が催告をしても追完を受ける見込みがないことが明らかなき⁽²⁾ときは、買主は追完の催告をせずに直ちに代金減額を請求することができるとする。このような原則および例外を定める 563 条の成立過程において参照されたのは、以下の 1980 年国連物品売買条約 48 条 1 項、1999 年 EU 消費動産売買指令 3 条、および、ドイツの 2000 年改正民法の瑕疵担保に基づく解除・損害賠償の特則に関する⁽³⁾ 440 条などである。さらに、2019 年 EU 物品売買指令を国内法化するため、特に追完に関する独民 439 条が改正されたほか、消費動産売買に関する新独民 475 条 5 項は「事業者は、物品の特性および消費者がその物品を必要とする目的を考慮し、消費者が瑕疵を通知したのち相当期間内に、かつ消費者に不合理な不便をかけることなく追完を実施しなければならない。」

(1) 法制審議会民法部会は、この場合の例示として、請負契約などにおいて、一応の履行がされたがその不完全さの度合いが著しく、契約目的を達成するのに必要な能力を請負人が有しないことが判明したときなど、契約目的が達成される見込みがないことが明らかなる場合を挙げる。杉本好央「資料と紹介・解除の要件(2)」民商 158 巻 3 号 (2022 年) 854 頁参照。

(2) そのような場合として、注 1 の事例を変形すれば、請負契約において、仕事が完成したとして請負人が引渡した仕事を注文者は引渡受領していたが、目的物には瑕疵があり、修補を催告しても修補するのに必要な能力を請負人が有しないことが判明したときには、注文者は修補を催告することなく直ちに解除・減額・修補に代わる損害賠償を請求することができよう。杉本好央・注 1 「資料と紹介(2)」854 頁参照。

(3) この独民 440 条を、代金減額に関する独民 441 条が準用している。

と定め、また新独民 475 d 条において追完期間を定めることを要しない場合を拡大している⁽⁴⁾。もし、そのような動向をわが国においても参照するとすれば、売主の追完をめぐる、改正民法 412 条の 2 第 1 項に基づく追完請求権の限界の議論においては追完に過分の費用を要するかどうかの判断につき優先的に売主の利益を考慮したのちに、買主の利益を重視して追完が買主にとって期待不可能かどうか判断し、追完が期待不可能であれば買主は直ちに二次的瑕疵権（解除・減額・追完に代わる損害賠償）を行使することができる場合を明らかにすることが重要となってきた⁽⁵⁾。

すでに 1980 年国連売買条約 48 条 1 項は、売主に追完権を無制限に認めると買主に不合理な不便・不利益を負わせることがあり許されないとし、
「売主は、引渡期日後であっても、期待できない遅滞を招くことなく、かつ、買主に期待しえない不合理な（unreasonable；unzumutbar）不便…をかけることなく瑕疵の追完をすることができる。」と規定し、売主の追完権には制限があるとしていたところ、買主の追完請求権と解除・代金減

(4) 2019 年 EU 物品売買指令の国内法化につき、古谷貴之「ドイツ瑕疵担保法の改革(1)」産大法学 55 巻 3・4 号 (2022 年) 209 頁以下、同「オーストリアにおけるデジタルコンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化」産大論集社会科学系列 39 号 2022 年 399 頁以下参照。

(5) 拙稿「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時 87 巻 8 号 (2015 年) 94 頁以下、武川幸嗣ほか『債権各論』法律文化社 (2018 年) 66 頁、三枝健治「請負における契約不適合責任」法学教室 469 号 2019 年 101 頁、平野裕之『新債権法の論点と解釈』慶応大学出版会 2019 年 410 頁、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(3)」NBL 1176 号 2020 年 34 頁、荻野奈緒「資料と紹介・売買における契約不適合責任(2)」民商 157 巻 4 号 2021 年 866 頁以下参照。

(6) 売主による追完によって買主に期待しえない不合理な不便が生じる場合として、買主の工場内に据え付けた機械を修理することによって買主の事業に中断や障害が生じる場合、AG München 1995 年 6 月 23 日判決のように買主は転売先が必要とする原料を売主から購入して転売先に引き渡したが、その原料に瑕疵があり、転売先は製造中止となり、売主からの追完を待っている転売先から買主は莫大な損害賠償を請求されそうな場合、瑕疵ある目的物が引渡され、売主はさらに修補が必要となりそうな、明らかに専門的でない修補をしようとする場合等があり、追完の期待不可能の立証責任は買主が負うとされる。Schlechtriem/Komm. CISG, 7. Aufl. 2019, Müller-Chen § 48, Rn. 9 ff; 松井和彦「売主の追完権に関する一考察」金沢法学 45 巻 2 号 2003 年 205 頁以下参照。

額との関係として、1999 年 EU 消費動産売買指令 3 条 3 項第 3 文は「修補または代物引渡は、商品の特性および消費者が商品を必要とした目的を考慮して、合理的な期間内に、かつ、消費者に不合理な不便をかけることなく実行されねばならない。」とし、同指令 3 条 5 項は、「売主が合理的期間内に追完を実行しない場合、または、売主が消費者に不合理な不便をかけずに追完をなすことができない場合、消費者は代金減額または契約の解除をすることができる。」と定め、また、同指令 3 条 6 項は、「消費者は、不適合が軽微な場合、契約を解除することができない。」と規定している。また、1980 年国連物品売買条約の影響を受けて、1991 年ドイツ連邦司法省の債務法改正委員会最終報告書の改正草案も、下記においてみるように、買主は原則として二次的瑕疵権を行使する前に相当期間を定めて追完を催告しなければならないとして売主に追完の機会を認め、その例外として、売主に追完の機会を認めなくてもよい場合を定めていた。これらの規定の影響の下、買主の追完請求権と二次的瑕疵権である解除・(代金減額・)追完に代わる損害賠償との関係につき、相当期間を定めた追完の催告を要せず二次的瑕疵権を行使しうる場合として、ドイツの改正民法 440 条は、「第 281 条第 2 項および第 323 条第 2 項の場合以外に、売主が第 439 条第 4 項(追完の過分の費用を要するとき)に従って両方の種類の追完を拒絶するとき、または買主に認められる追完が失敗したとき、もしくはその追完が買主にとって期待できないときは、追完期間を定めることを要しない。2 回目の修補試みが成果なしの後に修補は失敗したとみなされるのは、特に目的物の特性もしくは瑕疵の特性、またはその他の諸事情から何か異なることが生じないときである。」と規定している。

以下では、追完の機会に関するわが国とドイツの規定の異同を検討し、次にドイツ法における追完から二次的瑕疵権への移行を検討して、売主に追完の機会を認めず解除・減額、追完に代わる損害賠償を請求できる場合について考察する。

二 ドイツ法と日本法の規定の異同

I ドイツ法における追完の機会

わが国の改正民法における契約不適合責任（瑕疵担保）は体系的には売買法に位置づけられるのに対し、ドイツの改正民法における瑕疵担保は、売買、請負、賃貸借などの契約各論に規定されているほか、ドイツ改正民法の一般債務不履行の部分に瑕疵担保に基づく損害賠償および解除に関する規定がある。すなわち、ドイツの給付に代わる損害賠償に関する改正独民 281 条 1 項 1 文・3 文には「給付が債務の本旨に従って履行されなかった場合、債権者は、債務者に対して…追完のために相当な期間を定め、その期間が成果なく徒過したときは、280 条第 1 項の要件の下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はできない。」といい、281 条 2 項は、その例外として「債務者が確定的かつ終局的に履行を拒絶する場合、または当事者双方の利益を衡量して、損害賠償請求の即時の主張を正当化する特別な事情がある場合は、期間を設定する必要はない。」と定め、瑕疵担保に基づく損害賠償に関する独民 437 条 3 項によって準用される。同様に、解除に関する改正独民 323 条 1 項、5 項 2 文は「履行が契約に適合していない場合において、債権者は、債務者に対して…追完のために相当な期間を定め、その期間が成果なく徒過したときは、契約を解除することができる。…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、契約を解除することはできない。」とし、323 条 2 項は、その例外として「1. 債務者が履行を確定的かつ終局的に拒絶するとき、2. 契約締結前の債務者への告知など締結に伴随する諸事情によれば債権者がその契約において給付が適時にされなければ給付利益が存続しないとしていたにもかかわらず、債務者が契約において定めた期日または期間内に履行しないとき、または、3. 当事者双方の利益を衡量

して、即時の解除を正当化する特別な事情があるとき」には追完の期間設定を要しないと定め、瑕疵担保に基づく解除・減額に関する独民 437 条 2 項によって準用される。そして代金減額に関する改正独民 441 条 1 項は「買主は、解除に代えて、…売買代金を減額することができる。323 条 5 項 2 文の排除事由は、(この場合に)適用しない。」と規定し、代金減額の場合にも原則として相当期間を定めた追完の催告が必要であるとし、例外として直ちに減額請求できる場合を定めている。したがって、買主の瑕疵担保権として、優先する追完請求権と、二次的瑕疵権である解除、減額、履行・追完に代わる損害賠償とがあることとなり、間接的に売主には第 2 の提供権(追完の機会)があることとなる。⁽⁷⁾そして、売買の独民 437 条以下、請負の 634 条以下によれば、原則として追完する機会を売主に与えるため買主は相当期間を定めて追完を催告し、その期間が成果なく徒過すると買主は二次的瑕疵権(解除、減額、給付に代わる損害賠償)を行使することができる⁽⁸⁾と規定する。下記の請負に関する旧独民 633 条以下および上記の 1980 年国連物品売買条約・1999 年 EU 消費動産売買指令の影響の下でこのようなドイツの改正民法となった。

このようにドイツの改正民法においては間接的に売主には追完をする機会(第 2 の提供権)があることになるため、買主が解除、減額、または履行・追完に代わる損害賠償を請求しようとしても、原則として追完をする機会を売主に与えねばならず、したがって、買主が目的物に瑕疵があるこ

(7) Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 336 ff.; Schroeter, Das Recht zur zweiten Andienung, AcP 207, S. 36 ff.; MüKo BGB/Ernst, 9. Aufl. 2022 § 281 Rn. 31 ff., § 323 Rn. 64 ff.; シュミット=ケッセル/芦野訓和訳「総論的あるいは各論的瑕疵担保法」東洋法学 63 卷 3 号(2020 年) 249 頁以下、252 頁、今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任」判タ 1117 号 2003 年 43 頁、Schubel, in: Schwab/Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 185 f.. Schubel は、第 2 の提供権を売買、請負などに限定しようとする。売主の第 2 の提供権を債権法改正委員会最終報告書がすでに認めていたことについて Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, Beck 2002, S. 88.

(8) 今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任」判タ 1117 号 2003 年 43 頁参照。

とを理由に、まず解除、減額、または履行・追完に代わる損害賠償に進むことを妨げられる。それゆえ、売主の第2の提供権は、買主が二次的瑕疵権である解除、減額、履行・追完に代わる損害賠償に進むことを妨げる権利⁽⁹⁾ (Abwendungsbefugnis) であることとなる。

1 相当期間を定めた追完の催告

そうすると、ドイツの改正民法においては、買主は相当期間を定めて追完を催告していたが、相当期間を成果なく (erfolglos) 徒過すると、買主は二次的瑕疵権へと移行でき、解除、減額、または履行・追完に代わる損害賠償を請求することができる、すなわち、買主は、解除、減額、または履行・追完に代わる損害賠償請求のうちどれかを選択することができる。たとえば解除を表明して初めてこの買主の選択権は消滅することとなり、実際に買主が解除しなければ追完請求権も存続したままである。同様に追完請求権と履行・追完に代わる損害賠償との関係に関しては、独民 281 条 4 項が「履行請求は、債権者が給付に代わる損害賠償を請求した時点で除外される。」と規定して明らかにしている。

2 期間を定めた追完の催告が不要な場合

一般債務不履行法ではなく、請負契約に特殊な規定として、すでに旧独民 634 条 2 項 (わが国の請負人の担保責任に関する改正前民法 634 条に相当) は、追完のための期間を定めずに直ちに注文者が解除、減額、損害賠償を求めることができる場合を認めていた。すなわち、瑕疵修補に関する旧独民

(9) Schubel, ZIP 1994, 1330, 1339; Schubel, 注 7 書 S. 186; Canaris, a. a. O., S. XXV ff.; BeckOK Faust, 1. 11. 2021, § 440 Rn. 1, Rn. 5. 1, Brox/Walker, Bedonderes Schuldrecht, 46. Aufl. 2022 § 4 Rn. 40 f., 50 ff. 国連物品売買条約が定める売主の追完権が同様の機能を有することにつき、潮見・中田・松岡編『概説国際物品売買条約』法律文化社 2010 年 171 頁参照。

(10) Schubel, 注 7 書 S. 188; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 40 f., 50 ff.; BeckOK Faust, § 440 Rn. 5. 1.

633 条 2 項は「仕事の前項に規定した性状を備えていないときは、注文者は瑕疵の除去（修補）を請求することができる。…除去が過分の費用を要するときは、請負人は、除去を拒絶することができる。」とまず請負人の利益から追完請求権およびその限界について規定し、旧独民 634 条 1 項は「注文者は請負人に対し瑕疵の除去（修補）のために相当の期間を…指定することができる。…瑕疵が期間内に除去されないときは、注文者はその期間徒過後、解除または減額を求めることができる。その場合には瑕疵の除去を請求することはできない。」とし、この原則の例外として注文者の利益から旧独民 634 条 2 項は瑕疵の除去が不能であるとき、請負人が瑕疵除去を拒絶するとき、または、注文者の特別の利益が即時の解除・減額の主張を正当とするときは、注文者が追完のため期間を定めることを要しないと定めていた⁽¹¹⁾。そして、このような注文者の特別の利益が認められるのは、たとえば、注文した仕事の製作に際し請負人が特に信頼するに値しないと判明し、請負人が契約当事者間の信頼関係を破壊した場合である（BGHZ 46, 242）。つまり、決定的に、注文者の利益が、請負人による瑕疵除去を注文者が受け入れることを期待できなくするとされる。

また、旧ドイツ約款法（AGBG）11 条 10 号 b は、瑕疵担保請求権を修補または代物引渡を求める権利だけに限定する条項は無効であるが、修補または代物引渡が「失敗したとき」に代金減額権または解除権が認められる場合は上記条項は無効ではないと定め、その条文の、追完が「失敗したとき」に関する判例において、追完が不能のときや追完を拒絶したとき、または、追完が期待できないほど不当に引き延ばされるとき、そのほか追完が買主にとって期待不可能なときも、追完が「失敗した（*fehlgeschlagen*）とき」とみなされた⁽¹²⁾。

これらの旧独民の請負の瑕疵担保に関する規定、および旧ドイツ約款法

(11) 右近健男編『注釈ドイツ契約法』三省堂 1995 年 412 頁以下参照。

(12) Medicus, Schuldrecht BT 7. Aufl. 1995 § 99 II 2; Schubel, ZIP 1994, S. 1336.

(13) Canaris, a. a. O., S. 849 f.

(AGBG) 11 条 10 号 b にいう追完が「失敗した (fehlgeschlagen) とき」に関する判例・学説を基礎として、1980 年国連物品売買条約の影響を受けた 1991 年債務法改正委員会最終報告の改正草案、および 1999 年 EU 消費動産売買指令を経て、追完請求権や第 2 の提供権を定めるドイツの改正民法の瑕疵担保に関する規定が制定された。すなわち旧ドイツ約款法 (AGBG) 11 条 10 号 b では、追完が不能なときや、追完が買主にとって期待不可能なときも、追完が「失敗した (fehlgeschlagen) とき」とされて⁽¹⁴⁾いたことから、(一般債務不履行ではなく売買と請負に特殊な規定として) 改正独民 440 条および 636 条において、追完が失敗したときと追完の期待不可能を分け、「281 条 2 項および 323 条 2 項の場合以外に、売主 (請負人) が前条第 3 項 (追完に過分の費用) に基づき追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が失敗したとき、またはその追完が買主 (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。」と規定した。⁽¹⁵⁾

そして、一般債務不履行法ではなく、売買や請負に特殊な規定として改正独民 440 条・636 条が「追完が失敗したとき」のほかに「追完が買主 (注文者) に期待することができないとき、期間を定めることを要しない」と定めたことによって、消費動産売買指令 3 条 5 項が定める「売主が不合理な不便を消費者に与えずに追完をなすことができない場合、消費者は代金減額または契約の解除をすることができる。」を国内法化したとドイツの立法者は考えていた。⁽¹⁶⁾したがって、追完に過分の費用を要するかどうかの判断につき優先的に売主の利益を顧慮したのちに、買主の利益を顧慮して追完が買主にとって期待不可能かどうか判断し、買主が追完と関係なく瑕疵権を行使できることとなる。⁽¹⁷⁾

以上のように、改正独民 440 条および 636 条が成立するにあたっては、1980 年国連動産売買条約や 1991 年債権法改正委員会最終報告草案・1999

(14) 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 1996 年 127 頁。Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 10 b Rz 18 ff.; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl. 1997, Rz 36 ff.

年 EU 消費動産売買指令だけでなく、旧独民 634 条および旧ドイツ約款法 (AGBG) 11 条 10 号 b における追完が「失敗したとき」に関する判例・学説が大いに影響している。⁽¹⁸⁾

II わが国における追完の機会

1 改正前民法の請負における追完請求と解除・損害賠償

改正前民法 634 条は、「1. 仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りではない。

(15) すでに、ドイツの債務法改正の際に基本的に依拠した 1991 年債務法改正委員会最終報告の改正草案の給付に代わる損害賠償に関する草案 283 条 2 項、および解除に関する草案 323 条 2 項は、期間を定めても成果がないことが明らかとなるとき、又は当事者双方の利益を衡量して、損害賠償請求や解除の即時の主張を正当化する特別な事情がある場合は、期間を設定することを要しない、との条文を提案し、他方では、草案 323 条 2 項が定める期間定めを要しない例外だけでは不十分であり、「追完が失敗したとき」には、(草案 323 条 2 項 3 号の当事者双方の利益を衡量して特別な事情に基づいて即時の解除を認める場合に必ずしも含まれないにもかかわらず) 期間を定めることは買主に期待できないことから、また、この「追完が失敗したとき」には売主が契約を維持する利益はもはやないことから、売買において瑕疵を理由とする解除に関する草案 439 条 2 項、請負の解除に関する草案 637 条 2 項は、「委員会草案第 323 条第 2 項の場合以外に、追完が失敗したときも、期間の定めを要しない。」との条文を提案していた(下森定・岡孝編・注 14 書 127 頁, *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, S. 215 ff.)。すなわち、以下のように、買主や注文者が追完のための期間の定めを要しないのは、「追完が失敗したとき」とされていた。

委員会草案 439 条 (解除) (1)買主は、委員会草案第 323 条の基準に従って、目的物の瑕疵を理由として契約を解除することができる。(2)委員会草案第 323 条第 2 項の場合以外に、追完が失敗したときも、期間の定めを要しない。

委員会草案 637 条 (解除) (1)注文者は、委員会草案第 323 条の基準に従って、仕事の瑕疵を理由として契約を解除することができる。(2)委員会草案第 323 条第 2 項の場合以外に、追完が失敗したときも、期間の定めを要しない。

(16) Canaris, a. a. O., S. 850; Schubel, JZ 2022, S. 78; 今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任」判タ 1117 号 2003 年 47 頁参照。

(17) Schubel, ZIP 1994, 1340; Canaris, a. a. O., S. 850.

(18) 今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任」判タ 1117 号 2003 年 38 頁以下, 下森定・岡孝編・注 14 書 127 頁参照。

2. 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。」と規定していた。

この改正前民法 634 条は、旧独民 633 条 2 項、634 条 1 項 2 項、635 条の第 1 草案・第 2 草案を参照して規定されたものであり、旧独民 634 条は、注文者に修補請求権を認めるとともに、同条 2 項が直ちに解除、減額、追完に代わる損害賠償を求めることができる場合を定めていた。すなわち、旧独民 634 条 1 項は「注文者は請負人に対し瑕疵の除去（修補）のために相当の期間を…指定することができる。…瑕疵が期間内に除去されなるときは、注文者はその期間徒過後、解除または減額を求めることができる。」とし、同条 2 項は瑕疵の除去が不能であるとき、請負人が瑕疵除去を拒絶するとき、または、注文者の特別の利益が即時の解除・減額の主張を正当とするときは、注文者が追完のため期間を定めることを要しないと定め、旧独民 635 条は「仕事の瑕疵が請負人の責めに帰すべき事情に基づくときは、注文者は、解除又は減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。」と定めていた。

改正前民法 634 条の起草者等は、この旧独民 634 条 1 項 2 項、635 条を意識して改正前民法 634 条を解釈していた。すなわち、民法修正案理由書や梅は、本条は仕事の瑕疵担保の原則を定めており、請負の目的は仕事の完成（引渡）であるから、もし仕事に瑕疵があれば未だその履行を完了していないこととなるので、まず請負人は注文者の相当の期限を定めた修補請求に応じて瑕疵を修補しなければならず、それが当事者の意思に適するとする。ただし、目的物の瑕疵が重要でないのにその修補には過分の費用を要するときには経済上の必要性から請負人は修補する必要はなく損害賠償をすればよいとした。民法修正案理由書は、旧独民 634 条 1 項 2 項、635 条の第 1 草案、第 2 草案を参照して、改正前民法 634 条 2 項の説明において、請負人が瑕疵の修補を拒むときは、注文者は請負人に修補費用を求め⁽¹⁹⁾ることなどができる⁽¹⁹⁾と説明している。

その後の学説も、修補に代わる損害賠償を請求する前に修補を請求する

必要があるか否かを問題とし、我妻説は、注文者は、請負人に対し相当の期間を定めて瑕疵修補を請求した場合には、その相当期間が経過するまでは注文者は修補に代わる損害賠償を請求することができないが、修補に代わる損害賠償請求と修補の請求とは選択的關係にあることから、修補が不可能な場合や修補に過分の費用を要するとして請負人が修補を拒絶できる場合だけでなく、瑕疵修補が可能な場合にも、修補を請求せずに直ちに修補に代わる損害賠償を請求できる、但し、修補が容易なものであり、この修補によって注文者に全く損害が残らなくなるような場合には、まず修補を請求することが信義則により要求されるとする。すなわち、旧独民 634 条を意識して、追完（修補）の催告なしで追完（修補）に代わる損害賠償を請求することが信義則に反する場合には、まず、追完（修補）を催告すべきであるとする⁽²⁰⁾。

判例においても、修補に代わる損害賠償を請求する前に修補を請求する必要があるか否かという問題は意識されてきたが、最判昭和 52 年 2 月 28 日金商判 520 号 19 頁は初めて最高裁として、修補に代わる損害賠償に関する合意があったことから、問題なく瑕疵修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権が選択的關係にある場合に選択的關係を認めた。すなわち、

最判昭和 52 年 2 月 28 日では、注文者 X は道路壁面の石垣工事を請負人 Y と締結し、1 年後に請負人 Y は工事を完成したが、注文者 X は石垣上部に軽微な亀裂が 2 か所あることを発見して、すぐに請負人 Y と亀裂が 2 か所あることを確認し、2 年間は注文者 X は瑕疵の修補に代えて損害賠償を請求できるとの覚書を取り交わしていた。その 1 か月半後に亀裂部分から幅約 20 メートルにわたって工事された石垣の約 3 分の 1 が崩壊した。請負人 Y は、まず注文者は瑕疵修補請求権を行使しなければならないと主張したが、最高裁は、瑕疵修補に代えて損害賠償を請求できるとの合意も

(19) 『未定稿本・民法修正案理由書』551 頁以下、梅謙二郎『民法要義巻之三』明 30 年 696 頁以下、岡松参太郎『註釈民法理由 9 版』明 32 年次 257 頁以下。

(20) 我妻榮『債権各論中巻二』岩波書店 1962 年 635 頁 638 頁。

あったことから、瑕疵修補請求権と損害賠償請求権を注文者は自由に選択できると判示した。本件石垣が崩壊した原因は、軟弱地盤上の石垣工事にもかかわらず請負人Yが手抜き工事をしたためとされており、直ちに全石垣工事の再工事費の賠償が認められた。改正民法の下では、追完は注文者にとって期待不可能であるとして、直ちに修補に代わる損害賠償および修補とともにする損害賠償を認めることとなる。

2 改正民法における追完の機会

563条2項4号の受け皿規定は買主が催告をしても追完を受ける見込みがないことが明らかなきには、買主は追完の催告をせず代金減額請求をすることができるとしている。しかし、民法の一般債務不履行の部分には、どのような場合に相当期間を定めて追完の催告をすることなく、直ちに買主が解除または追完に代わる損害賠償を請求することができるかに関する明示的規定は置かれなかった⁽²¹⁾。したがって、改正民法の一般債務不履行の部分には、563条のような追完請求と代金減額請求との関係に関する条文や追完請求と解除・損害賠償との関係に関する明確な条文は存在しない⁽²²⁾。

改正民法562条は売買の瑕疵担保責任を不完全履行の特則と位置付け、買主に原則として追完請求権を認める⁽²³⁾。改正前民法には不完全履行と解除の関係についての一般的規定がないので、債務不履行解除の要件を整理するに当たっては、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて扱うという方針を維持する方向

(21) 杉本好央・注1「資料と紹介(2)」894頁以下参照。

(22) たとえば小粥太郎『新注釈民法(8) 415条2項』558頁は、415条「2項各号の規定は、…おおむね、従来の判例・通説における填補賠償の要件を明確化したもの、具体化したもの」とされている。

(23) 拙稿「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時87巻8号2015年93頁以下=拙著『表示責任と債権法改正』成文堂2018年222頁以下、森田宏樹「売買における契約責任」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』有斐閣2019年274頁以下、潮見佳男『新契約各論I』信山社2021年114頁以下。

で条文を整序しようとしたようであり、それに対し、重大な不履行であるか否かと解除のために催告を要するかどうかは別の問題であるとする意見(道垣内幹事)などもあった⁽²⁴⁾。

しかし、改正民法の一般債務不履行の部分には、目的物に契約不適合があった場合の追完請求権と解除・損害賠償との関係に関する明示的一般規定は存在しないし、どのような場合に解除や追完に代わる損害賠償を請求する前に相当期間を定めて追完の催告をすることなく(したがって売主に追完の機会を与えることなく)、即時に買主が解除や追完に代わる損害賠償を請求することができるかに関する明示の規定は置かれなかった⁽²⁵⁾。ただ、わが国の改正民法は、売買に関する 562 条において買主の追完請求権について規定し、この買主の追完請求権と、それ以外の瑕疵担保権との関係について定めた条文は、買主の追完請求権と減額との関係に関する 563 条しかなく、追完請求権に関する 562 条、および代金減額に関する 563 条の趣旨、解除・損害賠償に関する 564 条の条文の位置や趣旨から追完請求権とそのほかの(解除・追完に代わる損害賠償という)瑕疵担保権との関係を判断せざるを得ない。

(24) 杉本好央「資料と紹介・解除の要件(1)」民商 158 卷 2 号 (2022 年) 471 頁, 484 頁, 508 頁。また、不完全履行の場合に催告しても追完がなされなかったとき催告解除ができるかとの質問に対し、金関係官が、催告解除は認められず、契約目的を達成することができない場合にのみ解除が認められると回答したことにつき、杉本好央・注 1「資料と紹介(2)」890 頁参照。

(25) 小粥太郎『新注積民法(8) 415 条 2 項』564 頁は、契約不適合の問題を扱う制度は改正民法 563 条であり、563 条によれば、原則として追完の催告をし、相当期間内に追完がないときでなければ減額請求権を行使できないと定めており、それとの均衡を考慮すれば、追完に代わる損害賠償の請求についても、原則として追完の催告と相当期間内に追完がないときでないと行使できないと解するのが妥当であろうし、加えて、「もし、追完に代わる損害の賠償請求であれば直ちに行うことができるという解釈論を採用するなら、その行使にいわば付加的要件が必要な代金減額請求制度がいわば『死文化』(森田修・法協 136 卷 10 号 2359 頁)するという解釈論としての弱点が生じる」とされる。

(1) 追完と減額

代金減額請求権が労働契約や委任契約等に「準用される危惧感から、(563条の)適用範囲を売買等の特定の部分に限定すべき」であり、代金減額請求権を売買に規定した場合における追完請求権や損害賠償請求権等との関係や、代物請求権と瑕疵修補請求権との関係等、債務不履行の一般則からは導かれないルールについては、紛争解決の基本的な基準を示す必要があるため明文化が必要であると考えられていたところ⁽²⁶⁾、2013年民法改正中間試案は、改正民法563条の趣旨を、原則として売買目的物に契約不適合があり、買主が代金減額請求をする場合に「売主が不適合を追完する利益に配慮する観点から、その原則的な行使要件として、相当の期間を定めた追完の催告を経ることを必要としている。」とし、563条2項において、中間試案の415条の履行に代わる損害賠償の要件と平仄を合わせて「催告が無意味と考えられる」場合の要件を示したとする⁽²⁷⁾。すなわち、わが国の改正民法においては、原則として買主は売主に追完の機会を与えるのが適切であるとして、563条1項は、買主が売主に対して相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に追完がなされないときには、買主はその不適合の程度に応じて代金減額を請求することができるとするが、売主に追完の機会を無制限に認めると買主に不合理な不便・不利益を負わしてしまうことがあるとしてその例外を定める同条2項では、追完が不能であるとき、売主が追完を拒絶する意思を明確に表示したとき、定期

(26) 『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』商事法務2011年296頁298頁。

(27) 法務省民事局参事官室『民法改正中間試案の補足説明』信山社2013年114頁以下、408頁409頁は、履行の追完を催告せずに直ちに履行に代わる損害賠償(填補賠償)を請求するための要件である中間試案第10の3(1)ア「履行請求権の限界事由があるとき」及び(2)「債務者が履行をする見込みがないことが明白であるとき」に倣って催告なしに減額請求ができる場合の要件を「売主が履行の追完をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行の追完をする見込みがないことが明白であるとき」と定めたという。荻野・注5「資料と紹介(2)」866頁以下、914頁参照。

行為のとき、そのほか買主が催告をしても追完を受ける見込みがないことが明らかなきときは、買主は追完の催告をせずに代金減額を請求することができるとしている。

したがって、民法 563 条は、瑕疵ある目的物を引渡した売主に（「追完権」を与えるのではなく）修補または代物といった追完をする第 2 の機会を与え（代金を確保できるようにす）るため、買主が瑕疵を理由に代金減額を請求するには、原則として相当の期間を定めて追完の催告をし、その期間内に追完がないことが必要であるとし、同条 2 項がその例外として追完を催告せずに買主が代金減額を請求することができる場合を規定している。

しかし、わが国の民法には、相当期間を定めた追完の催告（追完の機会）と追完に代わる損害賠償や解除との関係を明示的に定めた規定はない⁽²⁸⁾。この関連で議論される改正民法 415 条 2 項は、独民 281 条 1 項第 2 文のように、たとえば瑕疵の修補がなされないことに基づき全部の履行に代わる損害賠償が認められる場合を規定しているにすぎない⁽²⁹⁾。履行の追完をする第 2 の機会を売主に与え（代金を確保できるようにす）るためには、買主は減額の場合だけでなく（減額よりも売主にとってはるかに重い負担となる）解除や追完に代わる損害賠償の場合にも原則として相当期間を定めて追完の催告をし、その相当期間の徒過が必要ではなからうか。また、追完が買主に不合理な不便・不利益を与える場合には、563 条 2 項が定めるのと同様に、買主は直ちに代金減額することができるだけでなく直ちに解除や追完に代わる損害賠償を求めることができると解すべきではなからうか⁽³⁰⁾。そ

(28) 潮見佳男『新債権総論 I』信山社 2017 年 483 頁は、改正民法には追完に代わる損害賠償請求権に関する規定はないという。

(29) 福田清明「双務契約の法定解除の効果」『磯村保先生古稀記念論集』296 頁以下参照。また、福田清明「改正民法 543 条が担う課題」東洋法学 61 卷 3 号（2018 年）333 頁以下参照。

(30) 追完を認めた場合の買主（注文者）の負担等を考慮すべきことにつき、荻野奈緒「資料と紹介・売買における契約不適合責任（1）」民商 157 卷 2021 年 669 頁 686 頁、同「資料と紹介（2）」866 頁以下参照。

うすると、二次的瑕疵権につき統一的に、売主に追完の機会が認められる場合と、買主が直ちに解除、減額、追完に代わる損害賠償という二次的瑕疵権を行使することができる場合とがあることとなろう。

(2) 追完と解除

催告解除に関する改正民法 541 条は、改正前民法 541 条を基本的に維持しているとされる。すなわち、2013 年中間試案では、「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その履行がないときは、相手方は契約の解除をすることができる。ただし、その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、この限りでない。」との改正提案がなされていたが⁽³¹⁾、改正民法 541 条においては、但書の「契約目的達成不能でないとき」は判例法理（最判昭和 36 年 11 月 21 日民集 15 卷 10 号 2507 頁、最判昭和 42 年 4 月 6 日民集 21 卷 3 号 533 頁等）を維持すればよいとして「軽微であるとき」に修正された⁽³²⁾。そうすると、目的物の引渡に際し買主（注文者）が瑕疵を発見し完全履行を求める場合には改正民法 541 条の適用でよさそうであるが、目的物を引渡受領したのちに買主（注文者）が瑕疵を発見し解除を求めるとともに、（瑕疵が重大でない場合に備えて）予備的に代金減額を求める場合に、追完は買主（注文者）にとって不合理な不便・不利益があっても、もはや追完は期待不可能として直ちに解除および予備的に直ちに代金減額を求めることはできないのであろうか。このように、買主

(31) 注 27『中間試案の補足説明』132 頁-135 頁。

(32) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（2015 年）216 頁以下、同『新債権総論 I』557 頁以下、杉本好央・注 1「資料と紹介(2)」894 頁以下参照。

(33) 拙稿「契約不適合責任と危険移転・同時履行」香川法学 41 卷 3・4 号 2022 年 53 頁以下、森田宏樹「修補しうる契約不適合の主張立証責任と時的区分」法教 506 号 2022 年 1 頁参照。また、引渡受領の例外としての瑕疵権の事前行使を認めるドイツの判例について、青野博之「仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合における注文者の権利」駒澤法曹 14 号 2018 年 47 頁以下、永岩慧子「ドイツ請負契約法における瑕疵責任(2)」広島法学 43 卷 4 号 2020 年 22 頁以下参照。

(注文者) が直ちに解除や代金減額を請求できるための、買主(注文者) にとって(追完には不合理な不便・不利益があり) 追完は期待不可能で催告は不要との例外的要件は解除と減額とで同一であったほうが簡便ではなからうか。

また、無催告解除に関する改正民法 542 条も、改正前民法 542 条(定期行為の履行遅滞)、改正前民法 543 条(履行不能) という従来の解除原因に加えて、債務者が履行拒絶した場合(2号3号)、および、この2号3号と同様に債権者が履行の催告をしても契約目的達成可能な履行を受ける見込みがないことが明らかな場合(5号) といった解除原因を補充している³⁴⁾。したがって、改正民法 541 条 542 条は、債権者を契約に拘束することが期待不可能(特に 542 条は契約目的達成不能) という法定解除ができる場合を規定しているにすぎず、瑕疵ある目的物を引渡受領した後にその瑕疵を理由として買主が解除、および予備的に代金減額を請求するにあたって相当期間を定めて追完の催告をすることが必要か否かを直接に規定するものではない。すなわち、2013 年中間試案の解除に関する試案において、売主に「追完をする機会を与えて契約関係を維持する利益を保護」しようとして、追完の催告が必要な場合と催告不要な場合を定めようとしたが、催告しても契約目的達成可能な履行を受ける見込みがないことが明らかな場合には追完の催告は不要であると定めたにすぎず³⁵⁾、売主に追完の機会を与えるため追完の催告が必要な場合と、催告不要な場合を定める条文としては売買の 563 条があるだけである。たとえば、引渡受領した目的物に瑕疵を見つけたが、売主がなかなか修補しようとせず買主は不合理な不便・不利益を被るので一応解除および予備的に代金減額または修補に代わる損害賠償を請求しようとしても、542 条 1 項第 5 号によれば、買主が催告をしても契約目的達成可能な履行を受ける見込みがないことが明らかである

34) 注 27『中間試案の補足説明』132 頁以下、潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』きんざい(2015 年)217 頁以下、同『新債権総論 I』558 頁以下。

35) 注 27『中間試案の補足説明』134 頁。

として解除権が発生しないと追完の催告は不要とならない。⁽³⁶⁾このように542条1項5号によれば相当期間を定めた追完の催告をせずに直ちに解除および予備的に代金減額を請求するためには契約目的達成可能な履行の見込みがないことが明らかであることが必要とされることになり、⁽³⁷⁾この結果は買主（注文者）にとって極めて不合理な不便・不利益となるのではないか、追完の催告をすることなく直ちに解除・追完に代わる損害賠償といった二次的瑕疵権に移行できる場合はもっとあるのではないかと⁽³⁸⁾の主張が出てきている。たとえば、最判昭和36年12月15日民集15巻11号2852頁のように、買主は街頭宣伝放送のためスピーカー1台を購入したが、スピーカーには雑音があり、売主が何度修補しても宣伝には適さず、買主は直ちに解除したいが解除できるか不明なケースがある。⁽³⁹⁾また、売買目的物に瑕疵があることを売主は知っていながら当該瑕疵を黙秘して売買契約を締結しそのまま買主に瑕疵ある目的物を引渡した場合に買主は解除、予備的に代金減額または修補に代わる損害賠償を請求しようとするとき、売主にはすでに瑕疵のない目的物を提供する機会があったにもかかわらず、⁽⁴⁰⁾なお売主に追完の機会を認めるべきであろうか。

2014年要綱仮案第30の5では、追完請求権及び代金減額請求権の行使は、損害賠償の請求及び解除権の行使を妨げない、とされていたが、追完請求権及び代金減額請求権が行使された場合に、これと両立しない損害賠

(36) 法制審民法部会によれば、542条1項5号の規定は、定期行為の無催告解除を定める同条同項4号とのバランスから規律したという。杉本好央・注1「資料と紹介(2)」872頁以下参照。これに対し、杉本好央・注24「資料と紹介(1)」507頁によれば、2011年中間論点整理の段階においては、両当事者の公平という観点から催告による追完の機会を与える必要がないと認められる場合を考慮すべきとの意見があったという。すなわち541条を契約不適合事例に適用した場合に、541条自体には、563条2項のような例外的に追完の催告不要の場合に関する定めが欠缺している。

(37) 杉本好央・注1「資料と紹介(2)」885頁。

(38) 注48の文献参照。

(39) 注23拙稿93頁以下=注23拙著222頁以下参照。

(40) 悪質な売主・注文者による修補を認めないことにつき、荻野・注30「資料と紹介(1)」643頁参照。

償請求権や解除権を行使できないことを明らかにするため、改正民法 564 条は、562 条 563 条の規定は「第 415 条の規定による損害賠償の請求並びに第 541 条及び第 542 条の規定による解除権の行使を妨げない。」と定め⁽⁴¹⁾た。その他の瑕疵権相互の関係の明文化は見送られ、解釈に委ねられたところ、代金減額は一部解除の性質もあること、また 564 条は 562 条 563 条の規定の趣旨を尊重したうえで「解除権の行使を妨げない」としていることから、買主が瑕疵を理由に 564 条 541 条 542 条に基づき契約解除をする場合にも、瑕疵ある目的物を引渡した売主に追完をする第 2 の機会を与え(代金を確保できるようにす)るため、原則として相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないことが必要であろうし、他方では、追完についての買主の利益を考慮して、買主が「追完の催告」をしても「追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」には追完の催告をせずに直ちに解除および予備的に代金減額や修補に代わる損害賠償を請求できる必要があるのではなかろうか。すなわち、直ちに二次的瑕疵権を行使できる場合を明確に規定している 563 条を(564 条に基づき)解除や追完に代わる損害賠償を請求する場合にも類推適用する必要があるのではなかろうか。542 条 1 項第 5 号に基づく無催告解除をするためには、履行の催告をしても契約目的達成可能な履行を受ける見込みがないことが明らかであることが必要であるが、563 条の定める、買主が「追完の催告」をしても「追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」には買主にとっての不合理な不便・不利益のみによって直ちに解除および(重大な瑕疵でないときに備えて)予備的に代金減額または(売主が帰責事由の不存在を立証できない場合に)修補に代わる損害賠償の請求ができるというのはどうであろうか。すなわち、563 条 2 項(特に 4 号)を検討し例外的に追完を催告せずに直ちに解除および予備的に代金減額または修補に代わる損害賠償の請求ができるかを判断し、そののちに 564 条 542 条

(41) 荻野・注 30「資料と紹介(3・完)」1119 頁参照。

1項5号に基づき実際に解除することができるのか⁽⁴²⁾、代金減額しかできないのか、修補に代わる損害賠償を請求することができるのかを判断するという方法もあるのではなかろうか。

(3) 追完と損害賠償

さらに、買主は相当期間を定めて追完を催告し、追完がされずにその期間を徒過することが追完に代わる損害賠償を請求するために必要であるか否かに関する明示的規定は、改正民法にはない⁽⁴³⁾。2013年民法改正中間試案には、「債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事情により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるとき」も履行に代わる損害賠償を請求することができるとの試案が存在したがその審議は中断されて代金減額請求権に関する規定は残り⁽⁴⁴⁾、法務省の一問一答によれば、415条2項の規定は、「不完全な履行がされたにとどまる場合の損害賠償請求権は射程に含んでいない。」と説明される。つまり、改正民法415条2項は、債務の全部の履行に代わる損害賠償に関する規定であり、引渡された仕事に瑕疵があり注文者が修補等に代えて損害賠償を請求する場合には適用されず、この場合は基本規定である415条1項により処理されるとする⁽⁴⁵⁾。もし、この場合に415条2項が適用されるとしても、415条2項は瑕疵があることにより全部の履行に代わる損害賠償を請求することができる場合を定めているにすぎず、解除権発生のために修補可能な瑕疵につき（追完の催告を要しない場合について欠缺があるのに）541条の要件を満たさないとしなないとすると、瑕疵修補できる場合には注文者はいつも相当期間を定めて追完の催告をしなければならないことと

(42) 潮見『新契約各論I』170頁以下参照。

(43) 潮見・注28『新債権総論I』483頁。

(44) 注27『中間試案の補足説明』114頁以下、408頁409頁、荻野・注5「資料と紹介(2)」848頁以下、898頁914頁以下、同「資料と紹介(3・完)」1087頁1106頁参照。

(45) 筒井健夫・村松秀樹編『一問一答・民法(債権関係)改正』商事法務2018年76頁、341頁。

なろう。追完の催告を要せず追完に代わる損害賠償を請求できる場合を規定すべきであったが、代金減額請求権に関する 563 条が規定されただけで⁽⁴⁶⁾ある。

上述のように要綱仮案を修正した改正民法 564 条は、追完請求権及び代金減額請求権が行使された場合に、これと両立しない損害賠償請求権や解除権を行使できないことを明らかにするため、562 条 563 条の規定は「第 415 条の規定による損害賠償の請求並びに第 541 条及び第 542 条の規定による解除権の行使を妨げない。」と定めた。その他の瑕疵権相互の関係の明文化は見送られ、解釈に委ねられたところ、追完請求権と履行・追完に代わる損害賠償請求権との関係が問題となる。⁽⁴⁷⁾買主が瑕疵を理由に 564 条 541 条 542 条や 564 条 415 条 2 項に基づき、契約解除をしたり、全部の履行に代わる損害賠償を請求する場合にも、瑕疵ある目的物を引渡した売主に追完をする第 2 の機会を与え（代金を確保できるようにす）るため、原則として相当の期間を定めて追完の催告をし、その期間内に追完がないことが必要であろうし、他方では、追完についての買主の利益を考慮して、買主が「追完の催告」をしても「追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」には買主は追完の催告をせずに直ちに全部の履行に代わる損害賠償および予備的に代金減額や修補に代わる損害賠償を請求したり、または、買主が修補に代わる損害賠償を求め予備的に代金減額を求めたりする場合に、直ちに二次的瑕疵権を行使できる場合を明確に規定している 563 条をこのように修補に代わる損害賠償を買主が求める場合にも類推適用する必要があるのではなかろうか。564 条の場合にも 563 条を類推適用

(46) 注 27『中間試案の補足説明』114 頁以下、408 頁 409 頁は、履行の追完を催告せずに直ちに履行に代わる損害賠償（填補賠償）を請求できるための要件である上記中間試案第 10 の 3 (1) ア「履行請求権の限界事由があるとき」及び(2)「債務者が履行をする見込みがないことが明白であるとき」に倣って催告なしに減額請求ができる場合の要件を定めたという。

(47) それに対し、追完請求権と追完とともにする損害賠償は併存することにつき、拙稿「契約不適合による損害賠償」香川法学 40 卷 3・4 号 2021 年 1 頁以下参照。

すれば、買主が「追完の催告」をしても「追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」には追完が買主にとって不合理な不便・不利益があることのみによって直ちに追完に代わる損害賠償を請求することができよう。このように例外的に563条2項4号の定める、買主が「催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」を検討して直ちに564条に基づき解除や履行・追完に代わる損害賠償の請求ができるか否かを判断し、そののちに564条542条1項5号や564条415条2項に基づき実際に解除権や全部の履行に代わる損害賠償請求権があるのか、代金減額や修補に代わる損害賠償を請求できるだけかを判断するほうが簡便ではなからうか。

このように買主が追完に代わる損害賠償を請求する場合についても、売主に追完の機会を与えるために564条にも563条を類推適用し、原則として相当期間を定めて追完を催告し、追完なくその期間を徒過すれば追完に代わる損害賠償を請求でき、他方では、追完が不能であるとき、売主が明確に追完を拒絶したとき、定期行為のとき、「その他、買主が催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」には、買主の利益のため買主は不合理な不便・不利益を与える追完についてはその催告を要せず、直ちに減額、解除、追完に代わる損害賠償請求をすることができるようにすべきであり、このように追完の催告不要な場合を認める必要があるのではなからうか。買主が追完に代わる損害賠償を請求する場合にも売主に追完の機会を与えるために原則として追完の催告が必要であると解する説には、その根拠づけのため563条を類推適用する説と415条2項の法意類推適用説⁽⁴⁸⁾などがある。前者の563条類推適用説は、415条2項、541条542条とは異なり、563条は明確に「追完の催告」の必要な場合を定めるとともに、その例外として、追完の不能のとき、売主が追完を拒絶したとき、追完を受ける見込みがないことが明らかなきとき、つまり、買主(注文者)の利益のみを顧慮して買主(注文者)にとって追完が期待不可能であるときには追完の催告は不要として直ちに二次的瑕疵権を行使でき

ることとなる⁵⁰⁾。

三 ドイツ法における二次的瑕疵権への移行

除去しうる瑕疵の場合、追完をする第2の機会を売主に与えるため、独民 281 条 1 項は、「債務者が履行期の到来した給付をせず、または、本旨に従った履行をしない場合、債権者が債務者に対し給付又は追完のため相当期間を定め、その期間が成果なく徒過したときは、280 条 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。」と規定している。同様に、解除・減額 (441 条) する場合においても売主に追完の機会を与えるため、独民 323 条 1 項は、「双務契約において債務者が履行期の到来した給付をしないか、もしくは契約に適合した給付をしない場合、債権者が債務者に対して給付もしくは追完のための相当期間を定め、その期間が成果なく徒過したときは、債権者は契約を解除することができる。」と規定している。

そして、例外的に期間徒過が不要な場合について、独民 281 条 2 項、323 条 2 項が追完を確定的・終局的に拒絶するときや、「当事者双方の利益を

(48) 拙稿「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法律時報 87 卷 8 号 (2015 年) 93 頁以下 = 拙著『表示責任と債権法改正』6 章 2 節 (2018 年) 成文堂 222 頁以下、武川幸嗣ほか『新ハイブリッド民法・債権各論』法律文化社 (2018 年) 66 頁、三枝健治「請負における契約不適合責任」法学教室 469 号 2019 年 101 頁、平野裕之『新債権法の論点と解釈』慶應義塾大学出版会 2019 年 410 頁、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(3)」NBL 1176 号 (2020 年) 34 頁、丸山絵美子ほか『契約』有斐閣 2022 年 329 頁、渡邊拓「追完請求権をめぐる実務上の諸問題についての総合的考察」判時 2535 号 2022 年 8 頁などがある。武川教授は、契約不適合の効果として一次的な追完請求権と、売主が追完しない場合または追完が不能もしくは追完が合理的に期待できない場合の二次的救済として減額、解除があるとする。

(49) 潮見『新契約各論 I』164 頁および『新契約各論 II』234 頁 235 頁参照。但し 415 条 2 項の法意類推適用説に立つ潮見『新契約各論 I』165 頁 166 頁および同『新契約各論 II』236 頁はすでに契約不適合に基づく損害賠償において 563 条を類推適用し 563 条の条文を引用している。

(50) 追完の催告不要な場合につき 563 条を引用する潮見『新契約各論 II』236 頁参照。

衡量して損害賠償または解除を直ちに行使することを正当化する特別な事情があるとき」と定めているほか、独民 440 条は、「(解除および損害賠償に関する特則) 281 条 2 項および 323 条 2 項の場合以外に、売主が 439 条 4 項 (追完が過分の費用を要するとき等) に基づき両方の追完を拒絶するとき、または、買主に認められた追完が失敗するか、もしくはその追完が買主にとって期待しえないときは、期間を定めることを要しない。特に目的物の特性もしくは瑕疵の特性またはその他の事情から異なることが生じない場合に、修補を 2 回試みても成果なしのときは、修補は失敗したものとみなす。」と定め、請負の場合にも、この 440 条と同様の規定が 636 条にある。

I 追完期間の指定と期間内の給付結果達成

独民 437 条, 281 条 1 項, 323 条 1 項, 441 条によれば, 履行・追完に代わる損害賠償・解除・減額は, 原則として, 追完のための相当期間が成果なく徒過した後に認められる。その期間は, 売主が事実上追完できるような相当期間でなければならない。期間が短か過ぎるときは相当期間である。期間の指定は特定の期間を告げることを要せず, ドイツ判例は瑕疵をすみやかに, もしくは, 即座に除去するよう求め, 売主には限られた期間しか残されていないことを明確にすればよいとされる。⁽⁵¹⁾

① ドイツ連邦通常裁判所 2020 年 8 月 26 日判決 BGHZ 227, 15

独民 437 条 2 号, 323 条 (解除・減額 441 条 1 項) または 437 条 3 号, 281 条 (給付に代わる損害賠償) に従って, 買主が設定した相当期間が成果なく徒過したときは, 買主は解除・減額や履行・追完に代わる損害賠償を請求することができる。

(51) Looschelders, Schuldrecht BT, 17. Aufl. 2022 § 4 Rn. 59 f.; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 50 ff.. BGH NJW 2009, 3153; BGH NJW 2015, 2564 などが, このようなドイツ判例であり, 拙稿・注 47「契約不適合による損害賠償」18 頁以下で紹介した。

【事実】

本件では、2017年7月に売主Yから買主XはブランドHの新車を購入した(その際、H.B有限会社との提携ローンによってXは代金を支払った)が、車体のボンネット、窓柱、およびトランクの蓋に塗装の瑕疵が見つかった。買主Xは、売主に2018年5月14日の手紙で2018年5月30日までにその修補をするよう求め、その期間の終了間際に、売主は本件車の検査と修補のため売主が契約しているHディーラーのところへ本件車を持っていくよう提案した。そこで、2018年7月3日に買主Xは、検査のため本件車をHディーラーであるH.C有限会社に引き渡した。まず、この塗装作業の実施の準備によって売主は相当期間を遵守したかどうか争われた。つまり、相当期間内に売主は給付結果を買主にもたらさないといけないのか、相当期間内の給付行為(塗装作業の実施)だけでよいのか争われている。さらに、売主が提案した2018年8月14日から8月21日までの修補に買主は同意したか、その期間での修補には「瑕疵が完全には修補されておらず、(部分的に)なされた新塗装は専門的に行われていない」とのささいでない瑕疵があり、一旦はさらなる修補を予約しながらすぐに売買契約を解除した場合に、買主は解除し使用利益を差引いた代金の返還とH.B有限会社からの請求から買主Xを解放するYの義務(給付に代わる損害賠償義務)の確認を求めることができるのかが問題となっている。原審は、独民323条1項が「期間が成果なく徒過したときは契約を解除することができる。」と定める「成果なく(erfolglos)」と、独民440条1項第1文が定める「買主に認められた追完が失敗したとき…期間を定めることを要しない。」、および440条第2文が定める「修補を2回試みても成果なしのときは、修補は失敗したものとみなす。」における「成果なし(erfolglos)」とは同義であるので、323条1項の意味での「成果なく期間徒過」とは、2回目の修補の試みが成果なしであるときに初めて徒過するとして買主Xの解除を認めなかった。Xは上告した。

【判旨】 原判決破棄差戻

(1) 追完のために買主が設定した相当期間が売主によって遵守されるのは、期間内に売主が買主により告知された瑕疵を修補した場合のみである。独民 439 条による追完の場合には、実行されるべき給付行為は、まさに買主に瑕疵なき目的物を（修補または代物引渡によって）提供することにある。これは、追完の意味と目的、および追完の段階から二次的瑕疵権（解除、減額、履行・追完に代わる損害賠償）への移行に関する原則的要件、つまり買主が追完のために設定した相当期間が成果なく徒過したという要件から生じる。このような理解だけが、「修補または代物引渡は相当期間内に…しなければならぬ。」そして、「売主が相当期間内に追完しなかった場合」代金減額または契約解除を要求できるとの消費用動産売買指令 3 条 3 項 5 項とも合致する (Rn. 24 ff.)。

追完の意義と目的は、一方では、売主の給付義務の 1 つである瑕疵なき目的物をもたらすことにより、契約の解除を回避する最後の機会を「第 2 の提供」として売主に与えること、他方では、買主が契約に基づいて請求できるものを受け取ることを保証することである。それゆえ、立法者の着想によれば、追完によって売主の義務の履行がなされる。売主が義務づけられ買主が主張できるのは、給付行為をなすことだけでなく、給付結果である。この給付結果は、追完の場合、修補または代物引渡によって瑕疵なき目的物をもたらすことによって行われなければならない。瑕疵ある物を買主に引き渡した売主は、これまで欠缺していた「給付の質」を提供するために相当な期間を供与されるべきである (Rn. 27)。

このとき、二次的瑕疵権への移行に関して原則的に妥当する期間設定の必要（独民 323 条 1 項、441 条 1 項および 281 条 1 項）が機能する。瑕疵ある物を受け取った買主は、買主が設定した相当期間が成果なく徒過した場合に二次的瑕疵権（解除、減額、履行・追完に代わる損害賠償）を主張することができる。給付行為が相当期間内に実行されることは、買主の利益を正当化するものではない。というのは、買主が設定する期間は、その

期間が徒過する前に売主が給付行為を実行できるだけでなく、給付結果をもたらす必要があるからである。さらに、設定された期間が短すぎると、買主が期間の短いことが自分にとって重要であると表明しなかった場合、相当な期間が設定される (Rn. 28)。

消費動産売買指令も相当期間内の追完による結果関連的な状態の回復を目指しているとする。すなわち消費動産売買指令 3 条 3 項は、修補または代物引渡は相当期間内に行わなければならないと規定していることから、EU 司法裁判所は、売主は「相当期間内に契約適合する状態を回復し」なければならないという結論を導き出した (EuGH 2019 年 5 月 23 日 NJW 2019, 2007 Rn. 36, 63) (Rn. 30)。

本件車を H. C 有限会社に見せるという期間徒過前の売主 Y の提案や、本件車の検査の場所と時間の了解は、なるほど追完の前段階ではあるが、給付行為 (塗装作業の実施) を表すものではなく、給付行為の準備に過ぎない。しかし、修補が 2018 年 5 月 30 日までの期間内に行われなかったことによって買主 X の解除は正当化されない。というのは、買主 X は、修補が 2018 年 8 月 14 日から 21 日までの期間に行われることに「任意に」同意していたからという。したがって、買主 X は設定された期間を延長したか、もしくは、当初の期間徒過後に任意に売主に修補する機会を与えた買主 X は矛盾行為禁止の観点から、修補が 2018 年 5 月 30 日までに行われず、2018 年 8 月に行われたことに基づいて解除することを制限されているという (独民 242 条) (Rn. 32 ff.)。

(2) 次に、ドイツ連邦通常裁判所は、2018 年 8 月 14 日から 21 日までの修補にはささいでない瑕疵があった点についての原審の見解は、立法者の着想によれば、互いに厳格に分離されなければならない 2 つの構成要件の前提を混同していると非難し、民法は、通常の構成要件 (独民 323 条 1 項 [解除と減額 (独民 441 条 1 項)], 281 条 1 項 [給付に代わる損害賠償]) に従って期間設定が必要な場合と、例外的に期間の設定が不要な場合 (独民 323 条 2 項 3 項, 281 条 2 項, 440 条 1 文) とを一貫して区別している

という。立法者の着想によれば、原則的に必要とされる期間設定は、買主が追完のための相当期間を一度設定して成果なしとなった場合、すでに十分であるという。これに対し、例外的に解除、減額、履行・追完に代わる損害賠償の請求を期間設定なしに許す規律は、この1回限りの期間設定という要件を放棄して他の(同等の)要件に置き換えていることを特徴としている。さらに、本来、独民440条2文の意味と目的は、買主は実際的な観点から修補が失敗したと主張しやすくするはずであるのに、原審の見解は、独民440条第2文の意味と目的を誤解し、買主の二次的瑕疵権への移行をより困難にしている(Rn. 38 f.)。そして、期間設定の必要な場合の例外(独民323条2項, 281条2項, 440条)は、追完のための期間設定が何ら成果を約束せず、もしくは買主に期待しえない場合には追完のための期間を定める必要がないとして買主の利益を顧慮しているという。独民440条も消費用動産売買指令の基準を考慮して、この期間設定の不要な場合を補充し、例えば当初は追完にのみ関心があり追完のための期間を定めず独民323条2項, 281条2項による期間設定の不要も効果的に主張できない買主にも二次的瑕疵権へ移行できる可能性を認めるために役立つ。その際、特に独民440条1文第2ケース、第2文は修補が失敗した場合に期間を定めずに直ちに解除する買主の利益を優先している。この場合に独民440条第2文の規定は、特段の事情がなければ修補を2回試みても成果なしであったときは修補は失敗したとみなすとする。それにもかかわらず、優先して買主の利益を保護している独民440条第2文を、原審の見解のように原則的な独民323条1項に関係させて修補を2回試みないと解除できないと買主の不利に解釈することはできないとする(Rn. 51 ff.)。

ただし、本件の買主Xは、まずH.C有限会社にさらに修補する機会を与えると決定し、その後そのための予約を拒否し、契約解除を表明したとすると、矛盾行為禁止ゆえ信義則に反し解除を主張できない可能性があるが、この点を原審は検討していないという。買主Xが2回目の修補の予約をする際にH.C有限会社とどのように話したか、それは拘束力のない予

約なのか、または 2 度目の修補可能性を拘束的に付与するものか、および買主 X が 2 回目の修補のための機会を与えるという決定をその後どのような理由で変更したのか、また、2 回目の修補の求めを信じて H. C 有限会社は何の処分も行っていないと原審は認定しているが、2 回目の修補を求めることを買主 X が断念したことは他の理由で信義則に反するものであったかどうかについては検討していないとして原判決を破棄し差し戻した (Rn. 64 ff.)。

【評価】

ドイツ連邦通常裁判所によれば、ドイツ民法は、追完のための相当期間を設定することが必要な場合 (独民 281 条 1 項, 323 条 1 項, 441 条) と、追完のための相当期間の設定を不要とする場合 (独民 281 条 2 項, 323 条 2 項, 440 条) を明確に区別している。そして、買主が追完のための相当期間を定めなかったときにのみ、修補の 2 回の成果なしが問題となるとする。それに対し、買主が期間を設定した場合には、売主が相当期間内に瑕疵なき給付結果をもたらすことができず相当期間が成果なく徒過すると、すでに解除は有効となる。したがって、独民 440 条第 1 文第 2 ケース、同第 2 文からは、原判決の見解のように、「買主は売主に相当期間が成果なく徒過したのち、追完のために 2 回目の機会を与えねばならない」ことは導き出すことができない。買主 X が売主 Y に 2 回目の修補の機会を与えていたとすれば、その後、修補の機会を与えずに買主が解除すると、その解除が矛盾行為禁止として信義則に反しないかが問題となるだけである。たとえば買主が修補を求めていながらすぐに解除することはこの修補の求めに応じた売主にとって不都合であるので、矛盾行為禁止として信義則上売主の修補に不可欠な期間のみ一時的に買主による解除 (や追完に代わる損害賠償)⁵²⁾ の効力が制限されることがあろう。

⁵²⁾ Looschelders, JA 2021, 162 ff.; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 50 ff.

II 期間設定の不要な場合

独民 275 条 1 項 2 項 3 項に基づき瑕疵を除去する追完が不能などの理由により売主が追完しなくてよい場合には、相当期間を定めた追完の催告は不要である。

また二次的瑕疵権を行使しようとする買主は、例外なく、売主に追完のための相当期間を許す義務を負うわけではない。買主の二次的瑕疵権への移行に際し、売主と買主の相反する利益が衝突し合う。つまり、売主は買主の二次的瑕疵権を回避するため追完しようとする。それに対し、買主は、売主の追完の試みを受け入れたくないので、二次的瑕疵権を行使しようとする。したがって、どのような場合に買主は、相当期間を定めた催告をしないで二次的瑕疵権を行使することができるかは重要である。⁵³

独民 281 条 2 項と 323 条 2 項・441 条は、履行・追完に代わる損害賠償または解除・減額に関して追完のための期間指定が不要な場合を定め、さらに期間指定が不要な場合につき独民 440 条・441 条は、解除・減額または履行・追完に代わる損害賠償の場合の特則を定めている。つまり、440 条によれば、売主が追完を正当に拒絶し、または、買主に認められた追完が失敗し、もしくはその追完が買主にとって期待しえない場合にも、期間設定は必要とされない。

消費動産売買契約の場合には、独民 323 条 2 項や 440 条は適用されず、新独民 475 d 条 1 項に基づき期間設定が不要か判断される。

1 独民 323 条 2 項, 281 条 2 項による期間設定不要

独民 323 条 2 項, 281 条 2 項によれば、売主が給付をすることを確定的にかつ終局的に拒絶したとき、または、当事者双方の利益を衡量して即時の損害賠償請求・解除を正当化する特別な事情があるときは買主の期間設定を不要とする。⁵⁴

⁵³ Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 52 ff.; Schubel, 注 7 書 S. 189.

後者の当事者双方の利益衡量によれば、追完についての売主の利益はわずかにすぎず、直ちに二次的瑕疵権を主張する買主の利益のほうが凌駕するような特別な事情とは、肥料の引渡が遅れて畑で使えなかったり、季節商品が売れなかったり、追完が遅れたため外国にいる買主が輸入許可を得られなかった場合である。さらに、ドイツの判例によれば、たとえば、売買契約の締結に際し売主が目的物の瑕疵を悪意で黙秘する場合である。というのは、この場合、目的物を引渡す前に売主には瑕疵を除去するチャンスがあったにもかかわらず意図的に瑕疵を除去しなかったのであり、第2の追完の機会をそのような売主に付与する必要がないからであり、また、瑕疵の悪意の黙秘は、通常、追完に必要な信頼基礎を破壊するからであるとされる。瑕疵の悪意の黙秘の場合に関する判例として、以下のものがある。

② ドイツ連邦通常裁判所 2006 年 2 月 8 日判決 BGH NJW 2007, 835

買主 X は売主 Y から土地建物を購入した。大雨の際に地表水と地下水がガレージと家の地下室に浸透したが、そのことを売主 Y は不当にも隠ぺいしたという主張に基づいて、買主 X は、追完のための期間を定めなかったが直ちに売買契約の解除を表明し、損害賠償も請求した事件である。ドイツ連邦通常裁判所は、売主が買主に瑕疵を悪意で黙秘した場合、直ちに売買契約を解除することを正当化する買主の利益が通常認められるべきと判決した(改正独民 323 条 2 項 3 号)。売買契約を締結する際に売主が詐欺行為を行った場合、追完に必要な信頼の基礎が通常損なわれるからという。

54) 独民 323 条 2 項では、さらに定期行為のとき、直ちに解除することができると規定している。

55) Canaris, a. a. O., S. 763.; Schubel, 注 7 書 S. 192.

56) BeckOK BGB Faust, § 440, Rn. 27; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 52 ff.

【判旨】

独民 281 条 2 項第 2 ケース, 323 条 2 項第 3 号によれば, 追完のための期間設定が例外的に不要なのは, 当事者双方の利益を衡量して, 即時の解除権の行使, または損害賠償の請求の主張を正当化する特別な事情がある場合である。たとえば, 季節商品や農業用肥料の追完が遅れて買主には使用できなくなる場合がある (BT-Drucks, 14/6040, S. 186)。また, 売買契約の締結に際し売主が知っている瑕疵を買主に黙秘した場合, 売買契約の即時の解除を正当化する買主の圧倒的利益が認められる (Rn. 12)。

売買契約の締結に際し売主が詐欺行為をした場合, 通常, 追完に必要な信頼基礎が損なわれているとみなすことができる。これは特に, 追完が売主自身によって, または, 瑕疵を修補するために売主の指示の下で修補がなされる場合に通用する。そのような場合に買主は, 新たな欺罔の試みから自身を守るため売主とのさらなる協力を控えることに正当な利益を有する (Rn. 13)。

そのことに対立する売主の決定的利益は通常ない。債務法現代化法の立法資料によると, 追完の優先は, 売主に (解除による) 巻き戻しに伴う経済的不利益を回避する機会を与えるという目的だけに役立つ。売買契約を締結したときに売主が瑕疵を認識していなかった場合にのみ, 瑕疵除去のこの第 2 の機会を売主は有する。これに対し, 売主が瑕疵を知っていれば, 契約締結前に瑕疵を除去し, 契約に適合する状態で目的物を提供することができたはずである。それゆえ, このケースでは, 売買契約関係に先立って契約解除による巻き戻しを回避する機会が売主に付与されていることとなる。しかしながら, 売主が自分の知っている瑕疵を除去せず, 契約に違反する状態で目的物を売却することを決定した場合, 買主が瑕疵を発見した後に売主に二度目の瑕疵除去の機会を与える理由はない。このようにふるまう売主は, 契約の (解除による) 巻き戻しに伴う経済的不利益から保護されるに値しない (Rn. 14)。

③ ドイツ連邦通常裁判所 2007 年 2 月 28 日判決 BGH NJW 2007, 1534

上記②ドイツ連邦通常裁判所 BGH 2006 年 2 月 8 日判決を引用して、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合には、直ちに追完に代わる損害賠償を請求することができるとする。

2004 年 5 月、買主 X は、土地とその上の居住用建物を売主 Y から購入したところ、当局から小規模な下水道を再建するよう命じられ、自費で下水道を再建したので、直ちにその再建費用を追完に代わる損害賠償として売主に訴求したという事案において、売主 Y が売買契約の締結に際し瑕疵を悪意で黙秘した場合には、期間を設定することにより売主 Y に瑕疵を除去する機会を与えることなく直ちに追完に代わる損害賠償を請求することができるとする。というのは、この場合には、売主自身が追完に必要な信頼の基礎を破壊しており、買主は、売主による新たな欺罔の試みから自身を守るために、売主とのさらなる協力を控えることに正当な利益を持っているからであると判示した (Rn. 13, Rn. 15)。

④ ドイツ連邦通常裁判所 2022 年 5 月 22 日判決 BGH NJW 2022, 2328

土地建物を所有する Y は、2002 年に地下室に黒カビが発生し、その原因を調査して地下室の壁の不十分な密閉を原因とする地下室の壁の湿気を認識していたが、売主 Y は建物の瑕疵を悪意で黙秘して 2010 年 9 月に本件土地建物を買主 X に売却し、買主 X は 2013 年に地下室の壁が湿っていることに気づき、地下室の防水工事の費用の賠償を求めた事案において、売主は建物の瑕疵を悪意で黙秘したので、追完のための期間を定めることは買主に期待することができず (unzumutbar)、直ちに修補に代わる損害賠償を請求することができる⁶⁷⁾と判示した。

67) BGH NJW 2022, 2328, Rn. 7, Rn. 20.

⑤ ドイツ連邦通常裁判所 2008年1月9日判決 BGH NJW 2008, 1371

2002年11月末、女性の買主Xは騮馬(去勢馬)を乗馬用の馬場馬として購入した。しかし、2004年に買主Xは、精巢組織の不完全な去勢により本件馬が種牡馬的行動をし馬場馬として適さず、しかも売主Yは売却前に、本件馬の特徴とその原因を知っていながら詐欺的であったとして、買主は、追完を求めず、直ちに代金の50%減額を請求した。精巢組織の不完全な去勢による馬の種牡馬的行動という馬の瑕疵は手術によって除去することができるので、瑕疵は修補しうる。それでも減額するのに、追完のための期間設定は例外的に不要かどうかが問題となった。

【判旨】

②判決 Rn. 12-13において、売主が買主に瑕疵を悪意で黙秘した場合、直ちに売買契約を解除することを正当化する買主の利益が通常認められるべきで、追完に必要な信頼基礎が通常損なわれるとしたように、売主が瑕疵を知っていれば、契約締結前に瑕疵を除去し、契約に適合する状態で目的物を提供することができるはずである。売主が自分の知っている瑕疵を除去せず、契約に違反する状態で目的物を売却することを決定した場合、買主が瑕疵を発見した後に売主に二度目の瑕疵除去の機会を与える理由はない。このようにふるまう売主は、契約の巻き戻しに伴う経済的不利益から保護されるに値しない(Rn. 19)。この原則は、買主が追完の期間を事前に定めずに直ちに代金減額する場合にも同様に適用される。原審は、本件で売主Yの悪意の詐欺によって、瑕疵修補に必要な信頼の基礎が損なわれることを妨げる特別な事情があったことを立証していない。特に、第三者、本件では獣医師によって瑕疵修補される場合には、売主が委託した第三者によって瑕疵修補がなされるときも、通常、追完に必要な信頼基礎は損なわれるという(Rn. 20)。

【評価】

売主が瑕疵について悪意の詐欺をした場合、追完のための期間を定めることは不要である。というのは、売主の悪意によって追完に必要な信頼基礎が損なわれるからである。そして、売主による悪意の詐欺の場合、瑕疵修補が売主自身によってではなく、売主が委託した第三者によってなされねばならないときにも、追完のための期間を定めることは不要であることを判決は明らかにした⁵⁸⁾。そして、売主が瑕疵を知っていれば、契約締結前に瑕疵を除去し、契約に適合する状態で目的物を提供することができるのに売主は意図的に瑕疵ある目的物を引渡したので、売主に 2 度目の瑕疵除去の機会を与える必要はなく、このように売買契約の締結に際し売主が瑕疵を認識していない場合にのみ売主は第 2 の提供権を持つに値するなら、売主による悪意の詐欺の場合には売主は瑕疵を認識しているのであり、ほぼ追完の期待可能性もないのではないかと主張されている⁵⁹⁾。

そうすると、瑕疵について売主が悪意の詐欺をした場合には、通常、買主は改正独民 440 条 441 条に基づき、追完は期待不可能として追完の期間を定めずに直ちに代金減額することができよう⁶⁰⁾。

⑥ ドイツ連邦通常裁判所 2010 年 3 月 12 日判決 BGH NJW 2010, 1805

売買契約に際し（区分所有権の）売主が（共用部分への湿気の侵入という）瑕疵を悪意で黙秘していても、それにもかかわらず買主が追完のための期間

⁵⁸⁾ Looschelders, JA 2008, 302; Brox/Walker, a. a. O., § 4, Rn. 52 ff. BGH 2021 年 7 月 21 日判決 ZIP 2021, 2335 Rn. 25 ff. によれば、フォルクスワーゲンの正規ディーラーから排ガス不正された新車を購入した事案において、悪意の詐欺は、販売店ではなく、新車のメーカーによってなされるので、追完のための期間設定は不要とならないという。この判決について、Brox/Walker, a. a. O., § 4, Rn. 52. 古谷貴之「フォルクスワーゲン排ガス不正事件とドイツ売買法(1)」産大法学 56 卷 1 号 (2022 年) 121 頁以下参照。

⁵⁹⁾ Looschelders, JA 2008, 302.

⁶⁰⁾ Schubel, ZIP 1994, 1336, 1340; Lorenz/Richm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, S. 290 Fn. 185 も当事者双方の利益衡量ではなく買主（注文者）の利益に着目し、このようなケースを追完の期待不可能の問題とする。

を定めると、追完しようとする売主の意欲になお信頼していることを買主は示したので、売主がその期間内に瑕疵を除去するときは買主の解除権は消滅してしまう。したがって、売主が瑕疵を知っていたので期間設定は不要であったと、買主は後で主張することはできなくなるという。⁽⁶¹⁾

【事実】

ドイツの住居所有法（WEG）が適用される共同住居に湿気が入っていることが分かり、2006年10月末の管理組合の臨時会議で、住居所有者らは、湿気が侵入した原因とその修補費用を決定するために建築家Hに依頼すると決定した。

2006年12月、売主Yは所有する本件住居を買主Xに売却したが、その際、売主Yはその隣のK夫妻所有の住居の湿気被害と上記2006年10月末の管理組合の決定を告げることを怠った。買主は代金を支払って本件住居に引っ越した。

その後、建築家HはK夫妻の住居の湿気を除去するために管理組合が負担する費用を決定した。2007年4月の会議で、住居所有者らは、買主Xの参加を得て（Xは投票を棄権した）、必要な瑕疵修補を建築家Hに委託することを決定した。2007年8月、買主Xは、隣のK夫妻の住居の湿気被害を含む本件住居のさまざまな瑕疵を主張し、2007年9月4日までに修補するよう売主Yに求めた。

2007年9月3日の返答で、売主Yは、買主Xが主張する瑕疵を否定したうえで、買主Xが負担する修補費用を売主Yが負担するとともに、これに対する担保を提供すると売主Yは無条件で表明した。しかし、2007年10月初め、買主Xは契約の解除を主張し訴えを提起した。一審、原審と

(61) わが国での同様の問題について渡邊拓・注48論説9頁以下、岸日出夫編『Q&A 建築訴訟の実務』新日本法規2021年658頁以下、672頁以下、マンション判例百選2022年（上野達也）33頁、（瀧久範）53頁、（吉永一行）55頁参照。ドイツの近時のWEG改正について、Jurgelcit, NJW 2022, 2641 参照。

も敗訴した買主 X は上告した。

【判旨】 上告棄却

売買契約に際して売主が瑕疵を悪意で黙秘したので、買主が例外的に期間を定めることなく直ちに解除することができる場合であっても、買主が、黙秘された瑕疵を発見したのち瑕疵修補の期間を設定したときは、売主の黙秘にもかかわらず、適切な追完を提供しようとする売主の意欲にまだ買主は信頼していることを売主に示したので、売主が期間内に瑕疵を除去すると売買目的物は契約に適合することになるため、買主の解除権など二次的瑕疵権は消滅してしまうと判示する。したがって、売主が瑕疵を知っていたので期間設定は不要であったと、買主は後で主張することはできなくなるという (Rn. 9 f.)。

本件はそのようなケースである。2007 年 9 月 3 日の書簡で売主 Y が行った表明は、共用部分の瑕疵を理由とする買主 X の解除権を消滅させた。(現)住居所有者または前の住居所有者による共用部分の瑕疵修補は、原則として問題とならず、ドイツの住居所有法 (WEG) 21 条 3 項⁶²⁾によると、管理組合が、そのような瑕疵を修補するか否か、およびその修補方法を決定する必要がある。管理組合が瑕疵を修補することを決定すると、それは、住居所有者または前の住居所有者による瑕疵修補をできなくする。そして、管理組合⁶³⁾に対し住居所有者は、持分割合により修補費用を負担しなければならない (Rn. 11)。

このような瑕疵のある住居の買主がその瑕疵によって経済的影響のみを

62) ドイツ住居所有法 (WEG) 21 条 3 項「1 項および 2 項で指定されたもの以外の構造変更の費用は、その変更を行うことを決定した住居所有者が、その持分に応じて負担するものとする。」

63) ドイツ住居所有法 (WEG) 16 条 2 項「住居所有者の管理組合の費用、特に共用部分の管理と共同使用にかかる費用は、住居所有者がその持分に応じて負担しなければならない。個々の費用または特定の種類の費用について、住居所有者は、第 1 文または契約と異なる分配を決定することができる。」

受けている場合には、買主Xが管理組合に対して負う修補費用から買主Xを売主Yが解放すると、追完したことで同等である。これには、瑕疵の修補作業が相当期間内になされ、費用の免除が担保されていることが確実であることが必要である。本件ではしかも売主Yが買主Xに費用免除を担保したため、そのようなケースであった。買主Xが売主Yの表明を受け入れなかったことは、このことを何も変更しない (Rn. 12 f.).

2 独民 440 条 636 条による期間設定不要

独民 440 条第 1 文第 1 ケースによれば、売主が両方の追完方法ともに、つまり瑕疵の修補も代物引渡も過分の費用を要するとして 439 条 4 項に基づき追完を正当に拒絶した場合に期間設定は不要である。⁽⁶⁴⁾これに対し、売主が正当に追完を拒絶しているか買主には分からないとして、実際には瑕疵修補も代物引渡も過分の費用を要しないが、売主が瑕疵の修補も代物引渡も過分の費用を要すると主張して追完を不当に拒絶した場合も期間設定は不要との見解がある。というのは、この売主の追完拒絶は、追完する機会を放棄するものと解されるからであるという。また同様に、(修補または代物引渡という) 追完方法の一方は不能で、他の追完方法を独民 439 条 4 項に基づき過分の費用が掛かると主張して売主が不当に追完拒絶する場合も、可能な追完方法の拒絶は追完する機会を放棄するものであり、440 条 1 文第 1 ケース (類推) に基づき期間設定は不要と主張される。⁽⁶⁵⁾

(1) 追完が失敗したとき

独民 440 条第 1 文第 2 ケースによれば、買主に認められた追完が失敗したときは、(さらなる) 期間設定は期待できないので、期間を定めること

(64) Canaris, a. a. O., S. 850 f.; MüKom Westermann, 8. Aufl. 2019 § 440 Rn. 6; Looschelders, Schuldrecht, BT, § 4 Rn. 32 f.; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 53 f..

(65) Schubel, 注 7 書 S. 189 f.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017 Rn. 247 f..

を要しない。⁽⁶⁶⁾ 独民 440 条第 2 文によれば、修補は、(なかんずく、目的物の特性もしくは瑕疵の特性、またはその他の諸事情から何か異なることが生じない場合には) 2 回めの修補の試みが成果なしの後失敗したものとみなされる。ただし、独民 440 条第 2 文も、売主に 2 回の追完試みをする権利を与えているわけではない。代物引渡の場合にも原則として同じであるが、(たとえば代物引渡のための目的物が同じ瑕疵があり)すでに成果なしの第 1 の代物引渡から、さらなる代物引渡がなされても成果なしであろうと推論される場合には、さらなる代物引渡は許されない。また、修補の 2 回めの失敗が問題であるのは、買主が修補のための期間を定めなかった場合であり、買主が修補のための期間を定めた場合には、成果なく期間を徒過すると解除などの二次的瑕疵権を買主は行使できるとされる。⁽⁶⁷⁾

修補の失敗により、売主の修補能力および修補するつもりへの買主の信頼が損なわれたとの考え方が 440 条第 1 文第 2 ケースの基礎となっている。ずっと売主の修補試みを待ち続けないといけないとすると、買主は、信義則に反して無権利状態とされてしまうからである。⁽⁶⁸⁾ したがって、追完が失敗したときも、追完が買主にとって期待できない場合に包摂されるという。⁽⁶⁹⁾

⑦ ドイツ連邦通常裁判所 2006 年 11 月 15 日判決 BGH NJW 2007, 504

買主は、売主が認定しているディーラーに修補を求めたが、売主には追完のための期間を定めていないまま重大な瑕疵があるとして直ちに売買契約を解除した事件である。

⁽⁶⁶⁾ Canaris, a. a. O., S. XXV, S. 849.

⁽⁶⁷⁾ Looschelders, Schuldrecht, BT § 4, Rn. 33 ff.; BeckOK Faust, § 440 Rn. 37.

⁽⁶⁸⁾ Oechsler, a. a. O., Rn. 250; Canaris, a. a. O., S. 849; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 53 f.

⁽⁶⁹⁾ BeckOK Faust, § 440 Rn. 33 ff.

【事実】

2003年8月23日、買主Xは、売主Yから新車Cを15,800ユーロで購入した。2004年8月末までに、買主Xは合計5回、南にある2つの異なるC.専門会社に車両を提示し、とりわけ、車両の内部とトランクに水が浸入すると訴えた。2005年2月、売主Yは買主Xに対し、車内への水の侵入をなくす試みに失敗したことを伝えた。売主Yはその後、買主Xに瑕疵を確認して修補する目的で買主Xのところから車両を回収し、買主Yにレンタカーを提供すると提案した。買主Yはこれについて言及せず、2005年3月7日付の書簡で、売買契約を解除すると表明した。売主Yは売買契約の解除を拒否した。買主Xの代金返還等の請求を一審は棄却し、原審は、買主Xは追完のための期間を定めておらず、なお解除権を有していないとして買主Xの控訴を棄却した。買主Xは、独民440条によれば期間の設定は不要であったとして上告した。

【判旨】 破棄差戻

本件では、売主Yが売却した車両には、重大な欠陥（独民323条5項第2文）があり、複数回のその修補試みにもかかわらず、その瑕疵除去は失敗した。原審の意見に反して、買主Xに認められた追完方法は失敗したため、独民440条に基づき、追完のための期間を設定する必要はなかった（Rn. 11）。

本件では、売主Yに帰責される（Yの）認定ディーラーによる修補試みによっては車の修補しうる瑕疵が修補されなかったため、買主Xに認められた追完方法が失敗した。買主Xに認められた追完方法とは、買主が選択し（独民439条1項）、売主によって正当に拒否されていない追完方法を意味する（独民439条3項）（Rn. 14）。

物の特性、瑕疵の特性、またはその他の事情から異なることが生じなければ、買主Xが選択した修補という形態での追完は、独民440条第2文に基づき、2回目の試みが成果なかった（erfolglos）後に失敗したものとみ

なされる。したがって、目的物の特定の(技術的)複雑さ、修補困難な瑕疵、または以前の修補の試みにおける修補には不都合な(悪天候などの)事情の場合には2回以上の修補の試みが考慮されることがある(Rn. 15)。

しかし、原審で売主Yはそのような特別な事情を立証していないし、売主Yはまた、瑕疵を除去する際の特定の客観的な困難についても言及していない(Rn. 16)。

【評価】

目的物の特定の(技術的)複雑さ、修補困難な瑕疵、または以前の修補の試みにおける修補には不都合な(悪天候などの)事情の場合には2回目の修補に売主が失敗しても売主には不具合を改善する能力がないと推定されず2回以上の修補の試みが売主に許されることがあるが、本⁽⁷⁰⁾判決は本件においては、そのような修補が困難な事情などを売主が立証していないとして買主Xの即時解除を認めた。同様のわが国の判例として、有線放送用スピーカー売買事件・最判昭和36年12月15日民集15巻11号2852頁⁽⁷¹⁾がある。

(ふじた・ひさお 香川大学名誉教授)

香川大学に近い新居浜西高校のご出身で、私の学生時代からの友人である潮見佳男教授が2022年8月にお亡くなりになりました。謹んで哀悼の意を表します。

(70) BeckOK Faust, § 440 Rn. 36.

(71) 最判昭和36年の有線放送用スピーカー売買事件について、注23拙稿「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」73頁以下=注23拙著『表示責任と債権法改正』222頁以下、拙稿「瑕疵担保責任の再構成」神戸学院法学21巻4号(1992年)56頁以下=拙著『表示責任と契約法理』日本評論社1994年117頁以下参照。