

## 追完請求と解除・減額・損害賠償(2・完)

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, 42 卷 3・4 号)
      - (2) 追完の期待不可能
    - 3 独民 475 d 条による期間設定不要
      - (1) 即時の二次的瑕疵権
        - a) 重大な瑕疵
        - b) 「適切な追完」の拒絶
        - c) 「適切な追完」を受ける見込みがないことが明らかな場合
      - (2) 後の二次的瑕疵権への移行

- d) 相当期間を徒過しても追完なしの場合
- e) 修補 (追完) にもかかわらず瑕疵がある場合

四 むすび

(以上, 本号)

## 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

### (2) 追完の期待不可能

独民 440 条第 1 文第 3 ケースによれば, 買主に認められた追完方法が買主にとって期待不可能であるとき, 期間を定めることを要しない。この規定は, EU 消費動産売買指令 3 条 5 項第 3 ケースを国内法化したものである。指令 3 条 5 項第 3 ケースは, 「売主が消費者にとって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には, 消費者は減額または解除を求めることができる。」と定めている。そして, 指令 3 条 3 項第 3 文によれば, 修補および代物引渡は, 「消費動産の特性および消費者が消費動産を必要とした目的を考慮して, 合理的期間内に, かつ, 消費者に不合理な不便をかけることなく実行されなければならない。」とする。したがって, 買主にとって追完が期待不可能か否かの判断においても, 追完が買主に不合理な不便をかける場合が含まれ, その不合理な不便かどうかの評価にあたっては, 目的物の特性および買主が目的物を必要とする目的や追完のための相当期間が考慮される<sup>(72)</sup>。

そして, 買主にとって追完が期待不可能かどうかの判断は, 買主の立場からのみ決定され, 買主が二次的瑕疵権を主張する時点における買主の認識状態が基準である。この点が, 独民 281 条 2 項, 323 条 2 項が定める「当事者双方の利益を衡量して損害賠償 (または解除) を即時に行行使することを正当化する特別な事情があるとき」とは異なっている。買主にとって追完が期待不可能であるなら, 売主が追完して買主からの二次的瑕疵権

<sup>(72)</sup> BeckOK, Faust, 64. Aufl. § 440 Rn 39 ff.; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 46. Aufl. 2022 § 4 Rn. 54 f.

の追及を免れる(売主の)特別の利益も重要ではない。<sup>(73)</sup>

また、買主にとって追完が期待不可能な場合のほうが、独民 281 条 2 項、323 条 2 項がいう当事者双方の利益を衡量して二次瑕疵権を即時に行使することを正当化する特別な事情よりも広く、当事者双方の利益を衡量する前に 440 条が定める追完の期待不可能を検討すべきであるとされる。というのは、それによって、売主の第 2 の提供についての利益と、買主の利益との困難な衡量を回避することができるからであるとされる。<sup>(74)</sup>

⑧ ドイツ連邦通常裁判所 2013 年 1 月 23 日判決 BGH NJW 2013, 1523

「月曜日の車 (Montagsauto)」とは、土日明けの労働者によって新しい週の初めに製造された車であり、なお、通常の作業の精度に戻っていないため、品質の劣る車が製造されることがある。わが国では、最終の品質検査が厳しいため、これは珍しいとされる。新車が「月曜日の車」である場合に、独民 440 条第 1 文第 3 ケースに基づき、買主にとって追完が期待不可能であるとして買主が直ちに解除をすることができるかどうか、および、本件新車がそのような「月曜日の車」であるかどうか<sup>(75)</sup>が争われた。

### 【事実】

2008 年 6 月、買主 X 女は売主 Y からメーカー K の新しい高級キャンピングカーを 13 万ユーロ余で購入し 2009 年 4 月末に引渡されたが、それから 1 年以内の 2009 年 5 月から 2010 年 3 月までに、買主 X は、軽微な瑕疵の修補のためキャンピングカーを売主が認定する修理工場まで計 3 回運んだ。その瑕疵とは、衛星アンテナを伸ばすときしむ音がする、シンクにシミがある、運転中にトイレのカセットがホルダーから外れるなどであり、

---

(73) BeckOK, Faust, § 440, Rn. 27 f., Rn. 39 f.; Looscherders, Schuldrecht BT 18. Aufl. 2023 § 4 Rn. 35; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 54 f.

(74) Looscherders, a. a. O., BT § 4 Rn. 35.

(75) また、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 181 頁参照。

それらは基本的に売主 Y の認定する修理工場において修理されたが、買主 X は、引渡から 2 年後の 2011 年初めにさらに 15 の瑕疵があると主張し本件キャンピングカーは「月曜日の車」であるとして、修補を求めず、直ちに解除すると売主 Y に通知した。そして、買主 X は、本件車の返却と引換に、減価償却費を差引いた代金の返還を求めて訴えを提起した。1 審も 2 審も、買主 X の訴えを認めず、買主 X は上告した。

### 【判旨】 上告棄却

1) 正当にも、原審は、個々のケースにおいて「月曜日の車」とされる新車の瑕疵が、買主にさらに追完を求めることを期待できなくする（独民 440 条第 1 文第 3 ケース）ことから出発している。個別ケースの特別な事情に基づき、買主にとって追完が期待できないかどうかの判断は、事実審裁判官の任務である（BGH NJW 2008, 1371 Rn. 15）（Rn. 24）。

2) しかし、下記の理由から、原審は、法的誤りなく、本件の諸事情からは、買主 X の視点からさらに追完を求めることは期待不可能とは思われないと判示している（Rn. 25）。

確かに、新車が「月曜日の車」と認定されるのは、合理的な買主の観点からこれまでの経緯が、製造中の品質瑕疵、つまり、製造過程上のミスに基づいて不具合が発生しやすく全体として瑕疵があり、将来も長きにわたって製造過程上の瑕疵はなくなるだろう新車であるとの疑いを正当化する場合である。この前提が満たされるかどうかは、個々のケースの諸事情によって異なる。通常、そのために必要なのは、比較的短期間に、製造過程上の多数の瑕疵が繰り返し、または、初めて発生することである。その際、最終的には、買主の観点からの合理的評価に基づいて、不具合になりやすい車であると明らかになり、車が適切に製造されたことへの信頼を喪失させているかが決定的である。これがそうであれば、通常、買主にとって追完は（もはや）期待しえない。これらの前提がない場合、他の事情—たとえば売主の信頼性のなさ、または（買主の必要性から）修補作業の

期間が長すぎる－と合わせると、追完は期待不可能とされうる (Rn. 26)。

(a) しかし、本件では、2009年5月から2010年3月までの期間に、買主Xが告げた33の瑕疵は、「本質的には」煩わしさを伴う些細な問題であり、修補の最初の試みの際に大部分の瑕疵が除去されえた問題であることが、本件において、原審が解除を認めない決定的要因である (Rn. 31)。

(b) すなわち、2009年5月から2010年3月までの期間に買主Xが告げた33の瑕疵の大部分は、衛星アンテナを伸ばすときしむ音がする、シンクのシミなど、「本質的に」キャンピングカーの外観と装備に関するだけで、車の技術的機能に関しない些細な問題である (Rn. 32)。

(c) さらに、なお残っている14の瑕疵の修理費は、買主Xが支払った購入価格の3%に過ぎず、このように本件瑕疵が軽微なものであることも考慮される (Rn. 33) という。

独民440条第1文第3ケースの枠組みの中で、最終的に、発生した瑕疵が、全体として適切に製造されたとの買主の信頼を喪失させているかどうかただ決定的に問題である。なぜなら、そのような信頼の喪失のためには、これまでに発生した瑕疵が、合理的な買主に「車には全体として(たびたび再発する、またはまだ発見していない)品質上の瑕疵があり、それゆえ、将来も長期にわたって製造上の瑕疵はなくなるだろう」と恐れるに足る十分な根拠となることを前提としているからである。この評価において、発生した欠陥の特性、程度、および、重要性が決定的役割を果たす。しかし、本件車の瑕疵は軽微なものに過ぎず、「月曜日の車」と言えるものではなかった (Rn. 34) という。

## 【評価】

⑧判決は、合理的な買主の観点からみてこれまでの経緯から、製造中の品質瑕疵、つまり、製造過程上のミスに基づいて不具合が発生しやすく全体として瑕疵があり、将来も長きにわたって機能上の瑕疵はなくなるであろう新車であるとの疑いが正当化される場合には、当該新車は「月曜

日の車」とされうるとする。通常「月曜日の車」とされるために必要なのは、比較的短期間に、製造過程上の多数の瑕疵が繰り返し、または、初めて発生することであり、その際、最終的には、買主の観点からの合理的な評価に基づいて、不具合の発生が度々なので車が適切に製造されたことへの信頼を喪失させているかが決定的である。これがそうであれば、通常、買主にとって追完は（もはや）期待しえない。<sup>(76)</sup>これらの前提がない場合、他の事情—たとえば、売主の信頼性のなさ、または（買主の必要性から）修補作業の期間が長すぎる—と合わせると、追完は期待不可能となりえよう。

しかし、本件の買主 X が訴えた瑕疵の大部分は、衛星アンテナを伸ばすときしむ音ができる、シンクのシミなど、車の機能に関係しない軽微な瑕疵であり、売主はその瑕疵を修補してきたので、本件新車は「月曜日の車」、すなわち、車に製造過程上の品質瑕疵が非常に多いため、全体として瑕疵があり、将来も製造に関連する機能上の瑕疵はなくなるであろうと買主が恐れる必要がある車であるとは言えない、として、即時解除を BGH は認めなかった。

さらに、BGH は、衛星アンテナを伸ばすときしむ音ができる、シンクのシミなどの瑕疵に注目しており、そうすると、それらの苦情は、本件の買主が、気のせいからすごく小さなことにこだわる性格を暗示していると述べる学説がある。<sup>(77)</sup>

⑨ ドイツ連邦通常裁判所 2015 年 4 月 15 日判決 BGH NJW 2015, 1669

買主は、中古車販売業者から「新しく主検査(HU neu = Hauptuntersuchung neu)」と売買契約書に記載された中古車を購入し、その車で遠方の自宅に帰る途中でエンジンの故障のため車が動かなくなり、ロードサービスに支援され燃料リレーを交換した。その後、本件車は、かなり錆びており走行に適しないことが判明し、買主は、契約解除と上記修理費用などの損害賠

<sup>(76)</sup> BeckOK, Faust, § 440 Rn. 42.

<sup>(77)</sup> Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017 Rn. 252.

償を求めた事件である。このような事件において、詐欺取消の要件を満たすか不確かなとき、売主の契約不適合責任が追及される。その際、独民440条第1文の定める「追完が期待できないとき」として、追完のための期間を定めずに買主は解除できるかが問題となった。本件では、特に、信頼関係の破壊による追完の期待不可能が問題となった。

## 【事実】

1999年8月末に最初に登録され、走行距離が144,000 kmの中古車を2012年8月初め、買主X女は、自動車販売業者Yから5,000ユーロで購入した。売買契約書には「新しく主検査(HU neu)」と記載されていた。本件中古車の購入当日に技術検査協会(TÜV)が本検査を実施し、TÜV検査証を本件車に付与した。

翌日、買主Xは、約900 km離れた自宅に本件車で帰る途中でエンジンが数回故障し、そのロードサービスと修理に315.99ユーロの費用がかかった。その後、買主Xが、本件車を検査してもらおうと、ブレーキラインやエンジンラインなどに錆による深刻な腐食が見つかった。2012年8月末の書簡で、買主Xは、Yの詐欺を理由に売買契約の取消、予備的に、検査により見つかった(車の安全走行に適しない重大な)瑕疵があったとして売買契約の解除を表明した。これに対し、売主Yは、販売する前に本件車を目視検査したところ、表面的な錆しか見つからず、あとは技術検査協会(TÜV)による検査に頼っていたと主張した。買主Xは、自動車の返還と引き換えに代金の返還、ならびに、ロードサービス費用と燃料リレーの交換費の賠償を請求する。一審は、訴えを認め、原審は、売主Yの控訴を棄却した。売主Yは上告したが、その主張は認められなかった。

## 【判旨】 上告棄却

I 一般に、中古車販売業者は、車を販売する前に車を包括的に検査する間接義務(Obliegenheit)を負っていない。むしろ原則として、中古車販

売業者には専門的な外部検査（「目視検査」）を実施する義務があるだけである。ただし、たとえば、売却予定の車の以前の損傷を知っている場合など、売主にとって瑕疵があると具体的に疑うことを正当化する特別な事情がある場合だけ売主は車両を検査する必要がある。したがって、車の検査を怠ったことを説明しなかったため詐欺をしたとの原審判決の理由づけは本件では認められない（Rn. 14）。

II しかしながら、原判決は、他の理由で正しいことが判明した。本件において、詐欺取消は認められないが、買主 X の主張は、瑕疵担保権に基づく解除（独民 346 条 1 項、437 条 2 号、440 条第 1 文、323 条 1 項、348 条）に基づき認められる（Rn. 17）。

a) すなわち、購入した車は、合意された性状に反して、売買契約の日に TÜV 検査証の発行を正当化する状態ではなかったため、引渡に際し、すでに本件車には瑕疵があった（Rn. 18）。

売買契約中の記載「新しく主検査（HU neu）」には、利益適合的解釈<sup>(78)</sup>をすると、引渡に際しドイツ道路交通許可規則（StVZO）29 条による主検査に適した道路走行可能な状態にあり主検査が実施されたという暗黙の合意が含まれる（独民 434 条 1 項第 1 文）。この点で、購入契約中の追加記載「新しく技術検査協会の検査（TÜV neu）」がある場合と同じである（Rn. 19）。

本件車両は、この性状合意に適合せず、腐食が特にフロントブレーキラインで進行しているため、TÜV 検査証が発行されたにもかかわらず安全走行に耐えるものでなく、そして、全体的な状態が悪いため、引渡に際し車両の操作および道路上での安全な使用ができる状態ではなかった（Rn. 20）。

b) 本件で、独民 440 条第 1 文第 3 ケースに基づき、買主 X にとって追完が期待できなかったため、買主 X は、期間設定せずに直ちに有効に解除することができた（Rn. 21）。

---

(78) 拙著『表示責任と債権法改正』成文堂 2018 年 171 頁-179 頁参照。

(79) 拙著『表示責任と契約法理』日本評論社 1994 年 148 頁参照。

買主にとって追完が期待できないかどうかを評価するために、個々のケースの諸事情すべてが考慮されるべきであり、特に、売主の信頼性、売主の非難さるべき付随義務違反、または売主が最初に履行しようとした際、つまり、目的物の引渡の際に、すでに専門的能力をかなり欠いていることを示し、当事者間の信頼関係がすでに破壊されたという事情を考慮に入れなければならない (Rn. 22)。

本件でもそうである。公道走行可能として販売された車には、安全性に関連する車構成部分に進行した腐食という重大な瑕疵があり、それは、適切に実施された簡単な目視検査をすれば容易に明らかになった。売主Yは、気づいた「表面の錆」の程度を少なくとも過失で誤って判断した。これらの事情を考慮すると、買主Xは、売主Yの信頼性と専門的能力に対する信頼すべてを喪失した。技術検査協会 (TÜV) が本件車について異議を述べなかったという事情は、追完の期待不可能に関係しない。したがって、本件において、当事者間の信頼関係の破壊に基づく追完の期待不可能が認められる (Rn. 23)。

さらに、売買目的物に対して、買主がロードサービス費用等を支払っていたが、後で瑕疵があると判明したので、買主が解除しその売買目的物を売主に返還し買主がこのように支出した費用が無駄となった場合についても、独民 437 条 3 号、284 条に基づき売主Yは、燃料リレーの交換費とロードサービス費用として 315.99 ユーロを買主Xに賠償しなければならない (BGH 2005 年 7 月 20 日 = BGHZ 163, 381, 385 ff.) と判示した (Rn. 24)。

### 【評価】

購入された車は、「新しく主検査 (HU neu)」との性状合意に反して、「適切に道路走行できる状態にあり主検査が実施されている車両が販売される」という技術検査協会 (TÜV) 検査証の交付を正当化する状態ではなかったため、引渡に際し、すでに瑕疵があった。

買主に認められた追完方法が買主にとって期待できないかどうかを評価

するために、個々のケースの諸事情すべてが考慮されるべきであり、買主の不便の特性・程度に加えて、特に、売主の信頼性、売主の非難さるべき付随義務違反、または、目的物の引渡の際にすでに売主は専門的能力をかなり欠いていることを示し、当事者間の信頼関係が破壊されたという事情が考慮されるどころ、本件では、道路走行可能として販売された本件中古車には、適切に簡単な目視検査をすれば容易にわかる、安全性に関連する車構成部分に進行した深刻な腐食があるという重大な瑕疵があったので、買主 X は、売主 Y の信頼性と専門的能力に対する信頼すべてを喪失した。本件の売主 Y は、気づいた「表面の錆」の程度を少なくとも過失で誤って判断した。<sup>(80)</sup>したがって、本件において、当事者間の信頼関係の破壊が認められる。さらに、本件において、売主 Y は本件中古車を目視検査し、「表面の錆」に気づいていながら本件中古車の重大な瑕疵を見過ごしており(悪意に近い過失)、買主 X が中古車販売業者 Y の専門的力量や信頼性を疑うのは正当であり、したがって、当該売主 Y の人格から追完の期待不可能が生じるとされる。<sup>(81)</sup>

本件で売買目的物に対して買主がロードサービス費用等を支払っていたが、後で瑕疵があると判明したので、買主が解除しその売買目的物を売主に返還した。買主がこのように支出した費用が無駄となった場合についても、独民 437 条 3 号、284 条に基づき、売主 Y は、燃料リレーの交換費とロードサービス費用、計 315.99 ユーロを買主 X に賠償しなければならぬ。<sup>(82)</sup>

⑩ ドイツ連邦通常裁判所 2016 年 7 月 13 日判決 BGH NJW 2016, 3654 = ZIP 2016, 1538<sup>(83)</sup>

買主 X 女は、キッチン展示場を運営する売主 Y に対して、Y から購入し

<sup>(80)</sup> Gutzeit, JuS 2016, 67; BGH NJW 2021, 2958, Rn. 90 f.

<sup>(81)</sup> Beck-OK BGB/Faust, § 440 Rn. 39 ff.; Cziupka, NJW 2015, 1671.

<sup>(82)</sup> Gutzeit, JuS 2016, 67.

買主Xの自宅に設置された高額の作り付けキッチンがぞんざいに組み立てられ瑕疵があるとして、代金返還と損害賠償を請求し、それは期間設定なしに認められると判示された。

### 【事実】

買主X女は、2008年9月末の製造物供給契約に基づいて、売主Yから家庭用の作り付けキッチンをその組立を含めて合計8万2,913ユーロで購入した。買主Xが代金の90%を支払った後、売主Yは2009年1月16日から19日の間にキッチンを設置した。

ところが、2009年1月末、売主Yに対し、買主Xの夫は、キッチンに複数の重大な瑕疵があると苦情を述べ、瑕疵を「直ちに」除去するよう要求した。さらに、2009年2月半ばの電子メールで、買主Xは、キッチンを使用する際に発見した多数の瑕疵について説明し、「早急に直してほしい」と要望した。

2009年3月11日の手紙で、買主Xは、知っている瑕疵すべてを列挙し、2009年3月27日までにそれらの瑕疵を除去するよう要求した。それに対し、売主Yが2009年3月16日の電話で2009年3月23日までに「キッチンを直す」と約束したと、買主Xは主張している。しかし、同年3月24日まで、売主Yは何もしなかった。

2009年3月24日の話し合いで、売主Yは、2009年4月20日までに瑕疵を除去する意思があると表明した。しかし、買主Xは、売主Yを信頼することができないとして、それを拒否した。そして、2009年3月末の買主X側弁護士からの手紙で、買主Xは契約の解除を表明した。

買主Xによって開始された独立証拠手続において、委託された専門家

---

(83) 本判決の前半を中心に紹介する田中宏治「ドイツ債務法における催告の期間設定」瀬川・能見・佐藤・森田編『民事責任法のフロンティア』有斐閣(2019年)227頁以下、また、期間指定要件を緩和するドイツ判例につき、拙稿「契約不適合による損害賠償」香川法学40巻3・4号2021年18頁～20頁参照。

は、2009年7月末の鑑定の中で、キッチンの最重要部分が機能していないか、または、限定された範囲でしか機能しておらず、満足のいく解決策は、それを解体して新しいキッチンを設置することだけであるというものであった。買主Xが、2009年9月5日の手紙で売主Yにキッチンの取り外しを要求したが失敗した後、買主Xは、2012年9月にこれを自分で取り外し、その後、キッチンを取納できるようにした

買主Xは、支払った代金の返還、および、キッチンの取り外し費と保管費、私的鑑定費の賠償等を要求する。原審において、買主Xが相当期間を定めて追完を催告していないので買主Xの解除は無効であるとして、買主Xは敗訴した。買主Xは上告し、上告審は、下記のように、原判決が2009年3月末の買主Xによる即時解除の可能性を検討していないと判示した。

#### 【判旨】 原判決破棄差戻

買主にとって追完が期待不可能か否かの評価のために、個別ケースの諸事情すべてを顧慮すべきであり、特に、売主の信頼性、または、売主がすでに当初の履行を試みた際、つまり、引渡に際し、専門的能力を著しく欠いていることをすでに明らかにしており、当事者間の信頼関係が破壊されているという事実を顧慮すべきである(BGH NJW 2015, 1669 Rn. 22) (Rn. 38)。

原審判決は、この基準に基づく精査に耐えない。原審は、買主Xの主張する(重大な瑕疵が存在するとすれば)上記の前提条件が肯定されることを顧慮しなかった。確かに、独民440条第1文第3ケースの意味において、個別ケースの特別な事情により、買主にとって追完が期待できないかどうかの評価は、事実審裁判官の判断の対象であり、上告審では限られた範囲で審理できるにすぎないが、この点に関しても、原審は買主が主張した事実を適切に評価していない。すなわち、キッチンの取り付けに際し、売主が重大な組立ミスを異常なほど重ねたことを、原審は顧慮しなかった(Rn. 39)。

特に、独立証拠手続で得られた専門家の鑑定と専門家の私的鑑定に基づき、上告理由はそれを指摘している。すなわち、調理台は固定されずぐら

つくのでそれに合わせて姿勢を変えざるを得ず怪我の原因となる。キッチンカウンターも椅子の方向にひっくり返るかもしれない。緩い下敷きのペアリングブロックが調理エリアに使用されたため、熱い鍋やフライパンが滑って怪我をする危険性があり、これは許されない。また、ヒンジ付きの換気扇は怪我の危険性が高い。キッチン収納の引き出しを開け閉めする際に指を挟む危険性がある。さらに、コンロの継ぎ目が埋っていないため沸騰した煮こぼれがキッチン下部に流れ込む、シンクは正しく組み立てられていないため特定の(低粘度の)液体が流れ切らず、それゆえ、シンクを綺麗に保つことはできないか、または、綺麗に保つには異常な努力をする必要がある、といった重大な瑕疵が本件キッチンにはありうる (Rn. 40) という。

⑪ ドイツ連邦通常裁判所 2016年10月26日判決 BGH NJW 2017, 153

中古車販売業者Yから購入したボルボのトレーラー付中古車には、踏み込んだクラッチが元に戻らずそのままになるという(車の)安全な走行ができない重大な瑕疵があった事件である。すなわち、2013年5月、買主Xへの本件中古車の引渡後すぐに、売主Yは、本件中古車のブレーキなどを繰り返し修理した。その後も、買主Xは、ブレーキについて不満を述べ、さらに、クラッチペダルを踏み込むとクラッチペダルは元に戻らず元の位置に戻さなければならないと苦情を述べた。

2013年7月18日、売主Yに雇われた自動車マスターが行った試乗では、数回クラッチを操作してもクラッチペダルの上記不具合は発生しなかった。その際、売主Yの従業員は、「今は措置を講じる理由はなく、クラッチペダルが再び動かなくなったら、買主Xは再び車両を売主Yに見せる必要がある」と買主Xに告げた。買主Xは、次の日に、クラッチペダルが新たに一時的に床から戻らないと指摘しても、売主Yから修理するつもりだとの言明を得ることができず、売主Yがクラッチの瑕疵の修理を拒否したとして、買主Xは、2013年7月22日に、ブレーキとクラッチに瑕疵があ

ると主張して売買契約の解除を表明し、本件中古車にもはや乗らなかった。

一審は、売買契約の解除、および、損害賠償（無駄になった費用、使用中止損害、弁護士費用）等を求める買主 X の訴えを棄却した。買主 X の控訴により、原審は、売主 Y に対し、本件中古車の返還と引き換えに（代金から買主 X の使用利益を差し引いた）1 万 1,215 ユーロ等と利息を支払うよう命じた。売主 Y の上告は、認められなかった。

### 【判旨】 上告棄却

1. 散発的に発生するクラッチペダルが車両床から戻らないことは、買主が購入した車両の安全走行に重要な瑕疵であるにもかかわらず、その瑕疵の原因および修補できるかは不明なまま、瑕疵の除去を売主は延期しようとした、つまり、売主 Y は買主 X にとって期待不可能に、それゆえ、不合理な不便をかけて瑕疵修補を延期しようとした。したがって、買主 X は、追完のための期間を設定しなくても、独民 434 条 1 項第 2 文 2 号、437 条 2 号、440 条第 1 文第 3 ケース、323 条 1 項に基づき、売買契約を解除することができる。また、売主 Y は、諸事情の下で独民 439 条 1 項に基づき、告知された瑕疵の兆候から必要とされる瑕疵の調査と瑕疵修補を直ちになすことを拒絶して、義務に反して売買契約を失敗させたため損害賠償責任を負う。本件のクラッチの瑕疵は、クラッチが元に戻らなくなると、運転の不注意や運転操作の遅れとなり、事故のリスクが大幅に高まりうる安全走行に重要な瑕疵である (Rn. 14 ff.)。

2. 債権法改正の立法資料によると、買主に認められた追完方法が売主によって「確定的・終局的に拒絶」されていないときや、狭義の意味で失敗したとみなすことができないときにも、独民 440 条第 1 文第 3 ケースの定める追完の期待不可能な場合に、期間設定を要せず即時に解除を許そうとしている。買主が目的物に求める使用目的に照らして、買主に不合理な不便をかけて不当に売主が追完を妨げた場合にも、追完を期待することができない。本件は、瑕疵が安全走行に重要なことを考慮すると、そのような

場合である (Rn. 22)。

aa) 独民 440 条第 1 文第 3 ケースに基づき、買主にとって追完がこの意味で期待不可能であるかどうかの評価につき、個々のケースの諸事情すべてを考慮に入れなければならない。これには、買主の不便の特性と程度に加えて、たとえば、売主の信頼性、売主の非難さるべき付随的義務違反、および、その結果としての当事者間の信頼関係の破壊も含まれる (BGH NJW 2015, 1669 Rn. 22 参照) (Rn. 23)。

bb) 時折クラッチペダルが元に戻らなくなったため、本件中古車はもはや十分に安全走行できる状態ではなかった (上記の 1 を参照)。これに続いて、原審は、2013 年 7 月末に実際に本件中古車に乗らなかった買主 X が、安全上の理由から本件中古車をさらに使用することはもはや期待できないと、法的誤りなく認めた。買主 X が売主 Y に初めて本件中古車を見せたとき、「瑕疵があったと思う理由はなく、それゆえ、主張された瑕疵が発生しない限り措置を講じる理由もなく、買主 X はクラッチペダルがまた元に戻らなくなったときに車両を売主 Y に再度見せる必要がある」という売主 Y の従業員の表明は、瑕疵があるにもかかわらず瑕疵の除去を無期限に延期してしまうものである。その従業員の態度は、同時に、車を利用できることについての (売主の) 責任をほぼ放棄してしまうものである。というのは、瑕疵の再発が確実でないことを考慮すれば、ほとんど予見できない期間にわたって本件中古車の安全走行できない状態が続いてしまうこととなり、そのような瑕疵のある車を公道で使用する危険を買主 X が引き受けることになってしまうことは期待できないからである (Rn. 24)。

cc) 本件クラッチの瑕疵は安全走行に重要な瑕疵であるので、買主は売主に検査する機会を許与したに加えて、瑕疵の状況を十分に正確に売主に説明しており、売主が瑕疵の状況から瑕疵の原因を調べ瑕疵除去の可能性を調査できることから、独民 439 条 1 項に基づき買主が追完請求する要件をすでに満たしていたにもかかわらずにである (Rn. 25)。

## 【小括】

以上のように、買主にとって追完が期待不可能か否かの判断について、個々のケースの諸事情すべてが考慮されるべきであり、この諸事情としては、買主の不便の特性と程度、売主の信頼性、売主の非難されるべき付随義務違反、および、その付随義務違反によって損なわれた当事者間の信頼関係が考慮される（⑩判決 Rn. 23）。すなわち、⑩判決のように、特に、取り付けキッチンの売主の信頼性のなさ、または、売主が売買目的物の組立・引渡という最初の履行試みに際し、つまり、キッチンの取り付けに際し売主が重大な組立ミスを異常なほど重ね、売主が専門的能力を著しく欠いていることを明らかにし（買主が求めていたキッチンはおもはや提供されることはないと思うほど）当事者間の信頼関係が破壊されている場合、⑨判決のように、「新たに主検査」と中古車を表示しながら売主が中古車の表面の錆の状態から容易に認識できる車の重要部分の腐食という重大な瑕疵があるのにその瑕疵を見逃したので、買主は売主への信頼およびその専門的能力への信頼を喪失している場合、⑪判決のように、中古車商から購入したトレーラー付中古車のクラッチの瑕疵のため安全な走行ができないにもかかわらず、売主は「再度クラッチの瑕疵が生じたら車を見せる必要がある」と言うだけで瑕疵調査も十分にしようとしなない場合には、買主が車に求める使用目的に照らして買主に不合理な不便をかけ追完は期待不可能として、期間を定めることを要しない。<sup>(84)</sup>

また、瑕疵の特性から追完の期待不可能が生じる場合がある。すなわち、「月曜日の車 (Montagsauto)」の場合、製造過程上のミスに基づいて品質瑕疵が多数生じやすいゆえ、全体として瑕疵があり、かつ、将来も長く車としての機能上の瑕疵がなくなることがないであろう新車が問題であるとの恐れが、これまでの経緯から（合理的買主の観点からみて）正当化される<sup>(85)</sup>とき、さらなる追完は期待不可能である。

(84) BeckOK, Faust, § 440 Rn. 39 ff.; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 54 f.

そして、通常、改正独民 323 条 2 項 3 号の検査の前に 440 条 1 文第 3 ケースにあたるかを検査すべきであろう。440 条 1 文第 3 ケースの追完の期待不可能は、売主の利益を考慮することなく、買主の利益のみによって判断されるからである。つまり、追完が買主にとって正確には期待不可能といえず、直ちに解除する買主の利益が、「第 2 の提供」をする売主の利益を凌駕するときのみ、323 条 2 項 3 号は適用されうるといふ。<sup>(85)</sup>

### 3 独民 475 d 条による期間設定不要

事業者売主は消費者に不合理な不便・不都合を与えないように追完すべきであるとする EU 商品売買指令 13 条 4 項の国内法化のため、2022 年 1 月 1 日より消費動産売買には、独民 281 条 2 項、323 条 2 項、440 条は適用されず、独民 475 d 条が適用される。

独民 475 d 条 1 項によれば、消費動産売買につき独民 323 条 1 項は修正され（期間設定は必要でなく）、消費者は瑕疵を事業者に知らせてから相当期間が経過しても求めた追完がなされない場合（同条同項第 1 号）には、消費者は解除することができる。このことは 441 条に基づき代金減額についても同様であり、独民 475 d 条 2 項に基づき、物の瑕疵を理由とする追完に代わる損害賠償請求についても同様である。

#### (1) 即時の二次的瑕疵権

消費者が売主に追完の機会を与えることなく、直ちに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を請求することができる場合を、特に、475 d 条 1 項 3 号 4 号 5 号が以下のように規定している。

---

<sup>(85)</sup> Grüneberg/Weidenkaff, BGB 81. Aufl. 2022, § 440 Rn. 8; Brox/Walker, a. a. O., § 4 Rn. 54 f.

<sup>(86)</sup> BeckOK, Faust, § 440 Rn. 39 ff.; Looschelders, a. a. O., BT § 4 Rn. 32 ff.

### a) 重大な瑕疵

「即時の代金減額または売買契約の解除を正当化するほどに契約不適合が重大であるとき」と規定する EU 商品売買指令 13 条 4 項 c を国内法化して、独民 475 d 条 1 項 3 号は「即時の解除を正当化するほどに瑕疵が重大であるとき」追完のための期間設定を要しないと定める。すなわち、直ちに解除・減額等することを正当化するほど重大な瑕疵がある場合には（売主による修補を期待できず）直ちに解除・減額等することができる。このために個別ケースの諸事情すべてに基づき、または、瑕疵に直接関係ある事情のみに基づき、事業者売主と消費者との利益の衡量が必要であるという。たとえば、ウイルス対抗ソフト自体がウイルスに感染しているのにそのソフトをインストールする契約の場合に、そのような重大な瑕疵があるとされる<sup>87)</sup>。

これに対し、中心的に、事業者売主と消費者との相反する利益の衡量によって 3 号が適用されるかが決まることに反対する主張がある。すなわち、目的物の瑕疵が目的物を全く使用できなくし機能不能とする場合でも、その瑕疵は容易に確実に除去できることがあるので、瑕疵があっても目的物をなお限定的に使用できるかどうかは 3 号の適用に際し問題ではないという。また、EU 商品売買指令 13 条 4 項 c からは、中心的に、事業者売主と消費者との相反する利益の衡量によって 3 号が適用されるかが決まるわけではないという。というのは、EU 商品売買指令 13 条 4 項や独民 475 d 条 1 項によれば、二次的瑕疵権へいつ移行できるかを消費者は知る必要があるが、事業者売主の利益は消費者にとって明確には認識できないからという。したがって、3 号の適用に際し具体的瑕疵を出発点とすべきなら、売主から追完の機会が完全に奪われるためには、瑕疵による機能不能が部分的であるのか全部かを凌駕する特別の観点が必要であるという。すなわち、1 つには、買主が、売主による瑕疵除去を信頼できないほどの瑕疵の

<sup>87)</sup> Looschelders, a. a. O., BT § 4 Rn. 35 b ; Grüneberg/Weidenkaff, a. a. O., § 475 d, Rn. 5.

特性および重大性がある場合があり、また、買主にとって特別な危険があり、安全上重要な瑕疵がある場合があるという。もう1つは、瑕疵は売主に知られていなければならないことは明らかなので売主への買主の信頼が失われている場合とか、この価格帯・ブランドの商品では簡単に生じてはならない瑕疵なので商品の特別の品質への信頼をもはや喪失している場合である<sup>(88)</sup>という。

### b) 「適切な追完」の拒絶

同条同項4号によれば、下記の1号や3号のいう単なる「追完」ではなく「適切な追完」の拒絶、つまり「独民439条1項もしくは2項または475条5項に従って適切な追完をなすことを事業者売主が拒絶するとき」、直ちに二次的瑕疵権を主張することができる。これに属するのは、まず、一般売買法の独民440条1文第1ケースが規定する場合で、独民439条4項に基づき過分の費用がかかるとして修補も代物引渡も売主が「正当に拒絶」する場合である。このとき、追完請求権は消滅し、消費者は解除、代金減額、または、追完に代わる損害賠償を求めることができる。

また、4号は、独民323条2項第1号が定める場合で、事業者売主が追完拒絶権なく追完を「不当に拒絶」する場合も含み、その「不当な追完拒絶」は「確定的に、かつ、終局的に」拒絶したとまで言えなくてもよい。その際、すでに「独民439条1項もしくは2項または475条5項に従って適切な追完をなすこと」の拒絶、すなわち、「適切な追完」をなすことを売主が「不当に拒絶」することが必要である。それゆえ、たとえば、独民439条2項に基づく追完費用を売主が負担するつもりがないとき、または、独民475条5項に従って、相当期間内に、かつ、消費者に不合理な不便なく追完をなすつもりでないときには、消費者は直ちに二次的瑕疵権を主張することができる。このような「不当な追完拒絶」の場合には、追完請求

<sup>(88)</sup> Schubel, JZ 2022, 80; Bach NJW 2019, 1710.

権はなお存続しているが、消費者は、解除、代金減額、または、追完に代わる損害賠償を求めることができる。<sup>(89)</sup>

### c) 「適切な追完」を受ける見込みがないことが明らかな場合

独民 475 条 5 項は、「事業者売主は、消費者が瑕疵を知らせた時点から相当期間内に、かつ、消費者に不合理な不便をかけることなく、追完しなければならない。」と規定するところ、475 d 条 1 項 5 号によれば、「事業者売主が 439 条 1 項 2 項もしくは 475 条 5 項に従って適切に追完しないであろうことが諸事情により明らかであるとき」直ちに二次的瑕疵権を主張することができる。したがって、事業者売主の側からの「適切に追完しないであろう」との明示的表明は必要ではない。<sup>(90)</sup>

この 5 号でも、439 条 1 項 2 項もしくは 475 条 5 項に従って売主は「適切な追完」をなすであろうかが問題となっている。事業者売主は、そもそも追完するつもりがないことが明らかなき、買主に対し無償で追完するつもりがないことが明らかなき、相当期間内に追完するつもりがないことが明らかなき、消費者に不合理な不便なく追完するつもりがないことが明らかなきは、「適切な追完」ではない。この「明らか」というためには、(事後的でなく)事前的(二次的瑕疵権の行使時)に客観的観察者から見て、事業者売主が追完しようとしなからう、もしくは、(消費者にとって不合理な不便なく)適切に追完しようとしなからうとの高度の蓋然性がなければならない。<sup>(91)</sup>このようにして、売主による時間稼ぎや比較的長期の(初めからほとんど修補すると約束しない)様子見の姿勢から買主は期待不可能として保護され、この 5 号が、重要な買主利益をより顧慮することがで

---

<sup>(89)</sup> Lorenz, NJW 2021, 2071; Schubel, JZ 2022, 80; Looschelders, a. a. O., BT § 4 Rn. 35 c; Grüneberg/Weidenkaff, a. a. O., § 475 d, Rn. 6.

<sup>(90)</sup> Lorenz, NJW 2021, 2071; Looschelders, a. a. O., BT § 4 Rn. 35 d; Grüneberg/Weidenkaff, a. a. O., § 475 d, Rn. 7.

<sup>(91)</sup> Looschelders, a. a. O., BT § 4 Rn. 35 d; Grüneberg/Weidenkaff, a. a. O., § 475 d, Rn. 7.

きる法的基礎を提供することが期待されている。<sup>(92)</sup>

## (2) 後の二次的瑕疵権への移行

### d) 相当期間を徒過しても追完なしの場合

EU 商品売買指令 13 条 4 項 a の第 1 ケースと第 2 ケースを国内法化して、独民 475 d 条 1 項 1 号は「消費者が瑕疵を通知したときから相当期間が経過したにもかかわらず、事業者売主が追完を行わないとき」追完のための期間を設定することを要しないと定める。その 475 d 条 1 項 1 号には、1 つは、(期間設定せずに) 消費者は瑕疵を事業者売主に知らせてから相当期間を徒過したにもかかわらず、売主に求めた追完が(全く) なされない場合、もう 1 つは、売主が取外し費・再取付け費を賠償するつもりなく追完(修補または代物引渡)をした場合、または、売主が瑕疵ある物を自分の費用で回収するつもりなく代物引渡をした場合がある。原則として、売主には瑕疵が知らされ、追完する可能性が与えられたので、相当期間内に追完しなければ、消費者は二次的瑕疵権を行使することができる。<sup>(93)</sup>

ただし、注意すべきは、この独民 475 d 条 1 項 1 号では、「(事業者売主は、消費者が瑕疵を知らせた時点から相当期間内に、かつ消費者に不合理な不便をかけることなく、追完せねばならない。」と定める) 独民 475 条 5 項が準用されていないことから、独民 475 d 条 1 項 1 号の上記前者の場合には、相当期間内に、消費者にとって不合理な不便なく追完がなされるかどうかは問題でないので、売主によってそもそも追完がなされると、むしろ消費者は二次的瑕疵権を行使することができない。このとき、消費者は独民 280 条 1 項に基づき損害賠償請求ができるだけであるとされる。<sup>(94)</sup>

---

(92) Schubel, JZ 2022, 81.

(93) Schubel, JZ 2022, S. 81.

(94) Lorenz, NJW 2021, 2069; Looschelders, a. a. O., BT § 4 Rn. 35 a. さらに Grüneberg/Weidenkaff, a. a. O., § 475 d Rn. 3 は、消費者は適切でない追完を拒絶することができるという。

### e) 修補 (追完) にもかかわらず瑕疵がある場合

「売主が商品を契約に適合する状態にするよう追完を試みたにもかかわらず瑕疵が現れるとき」と定める EU 商品売買指令 13 条 4 項 b を国内法化して、475 d 条 4 項 2 号は「事業者売主が追完を試みたにもかかわらず瑕疵が現れるとき」追完のための期間を定めることを要しないと定める。それによれば、事業者売主が試みた追完にもかかわらず、なお目的物に瑕疵がある場合に消費者は期間を定めることなく二次的瑕疵権を行使することができる。これは、独民 440 条第 1 文第 2 ケースの「失敗した (fehlgeschlagen) 追完」の場合ではあるが、「修補は、…それを 2 回試みても失敗に終わったときは、達成されなかったものとみなす。」と定める 440 条第 2 文とは異なって、買主が解除・減額等する前に事業者売主に第 2 の成果なし (erfolglos) になりそうな追完試みを認めてやる必要はない。逆に、この 2 号は、常に第 1 の成果なしの追完試み後、すでに解除・減額等が認められると知っているわけでもない。消費者にさらなる修補試みや何回の修補試みが期待できるかは、個別ケースの諸事情すべてによって、たとえば、商品の特性や価値、瑕疵の特性や意味によって定められる。また、この 2 号は、事業者売主が追完試みに際し、別の新しい瑕疵を生じさせた場合にも適用される。<sup>95)</sup>

さらに売主に厳しく、EU 商品売買指令 13 条 4 項 b の指令理由<sup>62)</sup>は、例外ケースにおいてのみ個別ケースの諸事情すべてを顧慮して「特に高額商品または複雑な商品の場合に売主に瑕疵を修補する試みをさらに許すことが正当化される」と述べているから、買主は原則として売主に 1 回だけ追完の試みを認めなければならないだけではないかとの解釈が検討される。ただし、この解釈は、売主は第 1 回目あるいは更なる追完試みの失敗後、買主の了承などがあればさらに追完を試みることを妨げられないという。<sup>96)</sup>

<sup>95)</sup> Lorenz, NJW 2021, 2071; Looschelders, a. a. O., BT § 4 Rn. 35 b; Grüneberg / Weidenkaff, a. a. O., § 475 d, Rn. 4; Schubel, JZ 2022, 81 f.

この点は、指令の制定意思も、前説が述べるように、何回の修補試みが期待できるかは個別ケースの諸事情によると述べているだけに過ぎない。

## 四 む す び

I 除去しうる瑕疵の場合に、売主に追完する第2の機会を与え、買主が二次的瑕疵権である代金減額を主張するのを避けるため、わが国の改正民法563条1項は、買主が代金減額を請求するには、原則として相当期間を定めた追完の催告と相当期間の徒過が必要であると定め、その例外として563条2項が追完の催告を要せずに直ちに代金減額を請求することができる場合を規定している<sup>(97)</sup>。しかし、追完請求と解除や追完に代わる損害賠償との関係については、追完請求と代金減額との関係に関する563条1項2項のような明示的規定は存在しない。解除について542条2項5号が、買主(注文者)が追完の催告をしても契約目的達成可能な追完を受ける見込みがないことが明らかであるときに直ちに解除ができるとの受け皿規定を置いているのみである。代金減額よりも、(全部の)履行・追完に代わる損害賠償や解除のほうが瑕疵ある目的物を引渡した売主への影響が大きく、売主には追完する機会を与えて履行・追完に代わる損害賠償や解除を回避する実際上の必要性もあるにもかかわらずにである。たとえば、瑕疵がある目的物を引渡受領した買主が解除できるか否か明らかでないため主として解除、予備的に追完に代わる損害賠償または代金減額を求めるとき、このような場合にも、一方では売主に追完する機会を与え(代金を確保し)て解除や追完に代わる損害賠償等を回避し、他方では、追完が買主にとって

---

<sup>(96)</sup> Vgl. Bach, NJW 2019, 1710; Staudenmayer, NJW 2019, 2892.

<sup>(97)</sup> 前掲注45『一問一答民法(債権関係)改正』278頁も、563条1項が原則として「売主に追完の機会を与えるため」買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、追完なく期間徒過すると代金減額請求ができ、2項ではその例外として売主に追完の機会を与える必要がないので直ちに減額請求をすることができる場合を規定したと説明している。

不合理な不便を負わせるので買主にとって追完が期待できないときには売主に追完の機会は認められないとすべきであろう。また、同様に、瑕疵がある目的物を引渡受領した買主が履行・追完に代わる損害賠償を求め、予備的に代金減額を求める場合にも、一方では、売主に追完する機会を与え(代金を確保し)て、履行・追完に代わる損害賠償や予備的な代金減額を回避し、他方では、追完が買主にとって不合理な不便を負わせるので追完が期待できないときには売主に追完の機会を認めるべきではなかろう。このような場合にも、563 条は、いつ追完の催告が不要か、どのようなとき買主は二次的瑕疵権に移行することができるのかを明らかにしている唯一の規定であることから、履行・追完に代わる損害賠償や解除と追完請求との関係について 563 条が類推適用されるべきではなかろうか。

もし、このように解すれば、改正民法 563 条は、買主が二次的瑕疵権である代金減額、履行・追完に代わる損害賠償や解除をいつ主張できるかを明らかにすることとなり、瑕疵ある目的物を引渡受領した買主の法的地位にとって極めて重要な規定となろう。特に、563 条 2 項第 4 号は、買主が相当期間を定めて追完の催告をしても「追完を受ける見込みのないことが明らかであるとき」と規定し、追完の催告をせずに直ちに二次的瑕疵権である代金減額へ移行することを認める受け皿規定となっており、563 条 2 項を履行・追完に代わる損害賠償や解除を求めるときにも類推適用する実益があるのではなかろうか。

II 563 条 2 項第 4 号が定める買主(注文者)が追完の催告をしても「追完を受ける見込みのないことが明らかであるとき」とは、追完が失敗したとき、または、追完が買主に不合理な不便を負わせるため買主(注文者)にとって追完が期待できないときが考えられよう。<sup>(98)</sup>そして、その追完が期待不可能かの判断のために買主の利益が重視されよう。買主にとって追完が

---

(98) 岡孝ほか編・前掲注 14『改正委員会草案の研究』122 頁、今西・前掲注 8 判タ 1117 号 46 頁参照。

期待不可能かどうかについて、個々のケースの諸事情すべてが考慮され、事実審裁判官が判断する。そのために、買主にとって追完が期待不可能なケースの類型が明らかにされる必要がある。

まず、ドイツの判例に見られるように、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、売主に二度目の瑕疵除去のチャンス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の提供権を有するに値するのなら、売主による詐欺的行為の場合には売主は瑕疵を認識しているのであり、買主は563条2項4号に基づき追完は期待不可能として追完の催告をせずに直ちに二次的瑕疵権を行使することができよう。

次に、売主(請負人)との信頼関係が破壊されたときには、買主(注文者)にとって追完は期待不可能であろう。⑨判決のように中古車商売主がすぐ気づいた中古車の表面の錆の状態から容易に認識できる車の重要部分の腐食という重大な瑕疵があるのにその瑕疵を見過ごしたので、買主は売主への信頼およびその専門的能力への信頼を喪失している場合、⑩判決のように特に作り付けキッチンの売主の信頼性、または、売主が売買目的物の組立・引渡という最初の履行試みで、つまり、キッチンの取り付けに際し売主が重大な組立ミスを異常なほど重ね、売主が専門的能力を著しく欠いていることを明らかにし当事者間の信頼関係が破壊された場合などがある。

第3に、商品が複雑になり、目的物の瑕疵の原因もよくわからず、目的物自体や買主(注文者)の身体・財産・家族などに重大な損害・被害を及ぼす危険があり、修補した後にも新たな瑕疵の発生が予想されるような場合には、追完は買主(注文者)にとって期待不可能であろう。修補・追完の失敗による結果が買主(注文者)にとって重大なほど、修補・追完すれば瑕疵が治癒される見込みは高くなければならないであろう。「月曜日の車(Montagsauto)」の場合、製造過程上のミスに基づいて品質瑕疵が多数生じやすいゆえ全体として瑕疵があり、かつ、将来も長くその機能上の瑕疵

がなくならないであろう新車が問題であるとの恐れを、これまでの経緯が(合理的買主の観点からみて)正当化するとき、さらなる追完は期待不可能であろう。⑩判決のように、トレーラー付中古車のクラッチに瑕疵があり、そのため安全な走行ができないにもかかわらず、売主はクラッチの修補をせず修補を引き延ばす場合に売主の追完に対する信頼は失われ、追完は期待不可能として追完の催告は不要であろう。

第 4 に、⑩判決のように売主が追完もせずに時間稼ぎをしたり、ただ買主の様子見をするだけである場合にも買主にとって追完が期待不可能であるとして直ちに二次的瑕疵権へ移行できることがあろう。この⑩判決や⑨判決⑩判決のように瑕疵が修補しうる場合にも、買主(注文者)は改正民法 563 条を 564 条に類推適用して直ちに履行・追完に代わる損害賠償や解除を求めることができることがあろう。

第 5 に、相当期間内に売主が追完しなかった場合に追完は失敗したとして二次的瑕疵権を買主は行使することができるほか、売主の追完によって一旦は瑕疵は治癒されたが、別の瑕疵が目的物に現れた場合にさらなる追完が買主に期待しうるかも検討される必要があるであろう。

Ⅲ さらに、消費者契約である場合には、追完が消費者に特有の不合理的な不便をかけることがあることから、わが国の 563 条 2 項においても、事業者売主は消費者に不合理的な不便を与えないように適切に追完すべきであり、独民 475 d 条のように、消費者である買主(注文者)にとって追完が期待不可能である場合を広く認め、二次的瑕疵権へ移行しやすくすべきではなかろうか。

すなわち、上記Ⅱの消費者契約の第 2、第 3 の場合のように重大な具体

---

⑨ BGH 2019 年 2 月 7 日判決 BGHZ 224, 271 = NJW 2019, 1867 は、修理工場での車の修補が拡大損害を生じさせ注文者には統一的修理が必要で、休暇に入った修理工場での修補は期待不可能として即時に拡大損害と修補に代わる損害の賠償を認めたことにつき、前掲注 83 拙稿『契約不適合による損害賠償』 8 頁参照。

的瑕疵に基づき売主に追完の機会が認められないためには、次の特別の観点が必要であろう。1つには、買主が、売主による瑕疵除去を信頼することができないほどの瑕疵の特性と重大性がある場合であり、また、買主にとって特別な危険があり、安全上重要な瑕疵がある場合である。もう1つは、瑕疵は売主に知られていなければならないことは明らかなので、売主への買主の信頼が失われている場合とか、この価格帯・ブランドの商品では簡単に生じてはならない瑕疵なので、商品の特別の品質への信頼をほぼ喪失している場合であろう。

また、消費者契約では上記Ⅱの第4の場合のように、売主が適切に追完をするであろうかが問題とされ、より厳密に「適切な追完」がなされるかどうか問題とされる可能性がある。つまり、事業者売主がそもそも追完するつもりがないことが明らかとなし、無償で追完するつもりがないことが明らかとなし、相当期間内に追完するつもりがないことが明らかとなし、消費者に不合理な不便なく追完するつもりがないことが明らかとなし、「適切な追完」ではないとされよう。この「明らか」というためには、(事後的でなく)事前的(二次的瑕疵権の行使時)に客観的観察者から見て、事業者売主が追完しようとしなくてであろう、もしくは、(消費者にとって不合理な不便なく)適切に追完しようとしなくてであろうとの蓋然性があればよいであろう。このように買主の利益を重視して、売主による時間稼ぎや比較的長期の(初めから修補を約そうとしない)様子見の姿勢から買主は保護されることとなる。

消費者によっては、売主の追完は短期間(相当期間内)に適切になされねばならず、また、上記Ⅱの第5の場合についても、事業者売主が試みた追完にもかかわらず、なお目的物に瑕疵がある場合には、もはや追完は期待できないとして消費者は二次的瑕疵権を行使することができるであろう。このように、消費者である買主によっては売主に1回だけ追完の試みを認めればよかったり、消費者にさらなる修補試みや何回の修補試みが期待できるかは、個別ケースの諸事情すべてを顧慮して、たとえば、商品の

特性と価値、瑕疵の特性と意味によって修補試みの回数は定められ、特に、高額商品または複雑な商品の場合には売主に瑕疵を修補する試みをさらに認めるべきこともあろう。事業者売主が追完試みに際し別の新しい瑕疵を生じさせた場合にも、もはや追完は期待しえないとされることがあろう。

IV このように、563 条は、いつ買主は二次的瑕疵権に移行できるのかを明らかにしており、瑕疵ある目的物を引渡受領した買主の法的地位にとって極めて重要な規定ではなからうか。特に、563 条 2 項第 4 号は、買主が追完の催告をしても「追完を受ける見込みのないことが明らかであるとき」と規定し、追完の催告をせずに二次的瑕疵権へ移行することを認める一般条項となっており、売主が追完もせずに時間稼ぎをしたり、ただ買主の様子見をするだけである場合にも対処しうる将来性のある規定であろう<sup>(100)</sup>。わが国においても、瑕疵が修補しうる場合であっても、ドイツの⑨・⑩・⑪判決のように、改正民法 563 条 2 項を類推適用すれば直ちに一応解除や追完に代わる損害賠償を求めることができる場合があろう。

以上のように、わが国においても、売主に追完する第 2 の機会を与えるため、二次的瑕疵権に移行するには原則として相当期間を定めた追完の催告と相当期間徒過を必要とし、その例外として追完の催告を不要とする 563 条は、代金減額に適用されるだけでなく、履行・追完に代わる損害賠償や解除にも類推適用されるべきではなからうか。<sup>(101)</sup>

<sup>(100)</sup> Gsell, in: *Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt*, 2018 Mohr, S. 149 は、EU やドイツ法において、消費者である買主にとって追完が期待不可能であるときに即時に二次的瑕疵権へ移行できる一般条項が必要であると述べている。

<sup>(101)</sup> 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) = 拙著『表示責任と債権法改正』6 章 2 節 (2018 年) 成文堂、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 頁など参照。

ただし、請負における修補に代わる損害賠償においては、法制審民法部会において、修補請求の優先に対し悪質な欠陥住宅が多いことから強い反対があった。請負に類推される563条2項4号においては、注文者が催告をしても「追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」を広く認めれば現在の実務や我妻説<sup>(102)</sup>のようになろう。すなわち、注文者は、請負人に対し相当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よう。ただし、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こととなろう。

拙稿「追完請求と解除・減額・損害賠償(1)」香川法学42巻529頁以下において紹介したBGH NJW 2010, 1805のようなケースに関しても、その後、わが国の法制審区分所有法制部会による『区分所有法制の改正に関する中間試案』第1の6項「共用部分等に係る請求権の行使の円滑化」をめぐって管理組合の管理者の任意的訴訟担当などが議論されている。

(ふじた・ひさお 香川大学名誉教授)

---

(102) 前掲注20『債権各論中巻二』635頁638頁。