

追完に代わる損害賠償と 追完とともにする損害賠償

藤 田 寿 夫

はじめに

ドイツ改正民法の瑕疵担保に関する規定は、売買、請負、賃貸借といった契約各論のほか、一般債務不履行の部分にもあるのに対し、わが国の改正民法 562 条以下の契約不適合責任は体系的には売買法に位置づけられる。わが国の改正民法 563 条によれば、引渡された売買目的物に契約不適合がある場合に買主が代金減額を請求するためには、原則としてまず相当の期間を定めて追完を催告することが求められ売主に追完の機会が認められる。このような規定の元となったのは、1900 年ドイツ民法典の請負に関する 634 条と考えられ、この旧独民 634 条においても、その草案を参照した我が国の改正前民法 634 条においても、瑕疵の修補不能や、請負人による修補拒絶など修補されなかった場合につき「修補に代わる損害賠償」と「修補とともにする損害賠償」⁽¹⁾が議論されてきた。そこでは、瑕疵の修補に代えて損害賠償を請求することができるし、瑕疵の修補とともに、すなわち、修補請求と「併せて」損害賠償を請求することができるとし、後

(1) 拙稿「追完請求権と解除・減額・損害賠償(1)」香川法学 42 卷 3・4 号 2023 年 103 頁以下、106 頁以下参照。

者の「修補とともにする損害」は、修補をしてもなお填補されない損害であり、たとえば、修補によっても完全なものとならないことによる損害や仕事の完成が遅延したことによる損害であるとされてきた。⁽²⁾ 本稿では、わが国の改正民法 564 条に基づき目的物の契約不適合を理由に買主が損害賠償を請求する場合においても、「追完に代わる損害賠償」や「追完とともにする損害賠償」が問題となるのかを検討する。

一 「追完に代わる損害賠償」と「追完とともにする損害賠償」

旧独民の請負における瑕疵担保につき、瑕疵による仕事の価値減少分等の瑕疵損害と、瑕疵が惹起する債権者のその他の法益侵害という瑕疵結果損害を区別する見解があった⁽³⁾が、改正独民は売買目的物の瑕疵による買主の損害賠償につき、「追完に代わる損害賠償」と「追完とともにする損害賠償」⁽⁴⁾「追完の遅滞による損害賠償」を区別する。

ドイツの債務法改正後は、改正理由の考え方を受け継ごうとする通説・判例の立場と、Grigoleit/Riehm などの主張する損害現象論がみられる。後者は、独民 280 条において、損害の種類ごとに損害賠償の前提が異なると主張する。侵害されたのが、本旨に従った給付を獲得・保持する履行利益（等価利益）なのか、給付がなければいたであろう状態の維持についての完全性利益なのかを区別し、履行利益（等価利益）のうち履行期を徒過するのが遅延損害であるという。そして、給付に代えて生じる損害の賠償、すなわち履行・追完に代わる損害賠償（独民 280 条 3 項）は独民 281 条～283 条に基づき、原則として債権者の定めた期間を成果なく徒過することによる。遅延損害の賠償（独民 280 条 2 項）は原則として催告による。そ

(2) 我妻栄『債権各論中巻二』1962年 637 頁 638 頁。

(3) Medicus, Schuldrecht BT 7. Aufl. 1995 Rn. 375 f.

(4) Beckmann, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2022 N 178; Looschelders, Schuldrecht AT 21. Aufl. 2023 § 24 Rn. 17 f. また、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 4 頁以下参照。

の他の損害（独民 280 条 1 項）、つまり、義務づけられた給付と特に関連しない完全性利益の侵害に基づく損害については、義務違反と帰責事由があれば賠償される。それゆえ、主として、主張される損害がこれらの損害の種類のうちどれにあたるかにより要件は決まると主張する。⁽⁵⁾

それに対し、ドイツの通説によれば、ドイツの債務法改正後の独民 437 条 3 号、280 条 1 項 3 項、281 条は原則として買主に追完のための期間を定めることを求め、成果なくその期間を徒過したときに買主は「追完に代わる損害」賠償を請求することができるとして売主に追完の機会を認めていることから目的論的解釈をして、債務法改正の条文の文言通り、「追完に代わる損害」賠償は、本旨に従った現実の追完に代えて、それゆえ、本旨に従った履行・追完を金銭で賠償するものという。「追完とともにする損害」賠償は、本旨に従った追完をしても除去できず残存する損害、つまり、追完と併存する損害の金銭賠償であり、追完のための期間設定は意味がないという。⁽⁶⁾ドイツの通説は、損害の分類にあたって、独民 437 条 3 号、280 条 1 項 3 項、281 条の目的を顧慮すべきであり、その目的は、追完によって損害発生を回避するか損害を除去する機会を売主に与えることにあるとする。それゆえ、「追完に代わる損害」賠償は、売主が最も遅く可能な時点（買主が解除したり追完に代わる損害賠償を請求する直前など）においてなお追完すれば回避される損害である。それゆえ、「追完に代わる損害」賠償は、売主が最も遅く可能な時点において追完していたら回避することができたすべての損害を含むという。それに対し、「追完とともにする損害」賠償は、売主が遅くとも可能な時点において本旨に従った追完をしても残ったままとなる損害であり、債権者（買主）の完全性利益のほか履行利益侵害の場合もあるという。追完について最も遅く可能な基準時点として、

(5) Grigoleit/Riehm, AcP 203, 727 ff.; ders, JuS 2004, S. 735 ff., 746 ff.; Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 ff.

(6) Canaris, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts, in: Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 35 ff., 47; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 162.

(買主が瑕疵を理由に解除したり履行・追完に代わる損害賠償を請求した(独民 281 条 4 項)ので) 売主がもはや追完してはいけない時点や、(追完が後発的の不能となったので) 売主がもはや追完することができない時点などである。それゆえ、「追完に代わる損害」賠償は、(瑕疵を理由に買主が解除など) 終局的に履行・追完されないこと (endgültige Ausbleiben der Leistung) によって生ずる損害ともいわれる。⁽⁷⁾ その基準時点までに売主が追完していれば回避できた「追完に代わる損害」賠償としては、瑕疵による価値減少分、瑕疵修補費用、また、瑕疵を理由に解除したり「全部の履行に代わる損害」賠償を請求し瑕疵のない代替品の多額となった購入費との差額の賠償を求める場合などがあるとする。そして、売主が最も遅く可能な時点において追完をしたとしても残存する損害は、追完することによって損害発生を妨げることができない損害なので「追完とともにする損害」賠償であり、買主が追完のための期間を定める必要はないとし、この説は時間的分類説と言われる。

時間的分類説も損害現象論も、「履行・追完に代わる損害」賠償を請求するためには、原則として買主が期間を定めて追完を催告しなければならないとして、独民 437 条 3 号の損害賠償につき目的論的解釈をしており、「追完に代わる損害」賠償なのか、「追完とともにする損害」賠償であるのかは両説を組み合わせる判断すべきと主張される⁽⁸⁾ところ、下記の操業中止損害のように具体的ケースの処理結果において差異が生じる場合も多い。

二 操業中止損害

引渡された目的物の瑕疵によって生じた操業中止損害は、独民 437 条 3 号、280 条 1 項 2 項、286 条に基づく履行遅滞として賠償されるべきか、

(7) BGH 14. 4. 2010 NJW 2010, 2426, Rn. 13; Beckmann, a. a. O., N 180; BeckOK Faust, 1. 8. 2023 § 437 Rn. 67 ff.; MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022 § 280 Rn. 75 ff.; Gsell, FS Canaris II, 2017, 451 ff.; Lorenz, FS Leenen, 2012, 147 ff.

(8) Looschelders, a. a. O., AT § 24 Rn. 23.

独民 437 条 3 号, 280 条 1 項の「その他の損害賠償」（瑕疵結果損害）として賠償されるべきかが争われている。

I ドイツ連邦通常裁判所 2009 年 6 月 19 日判決 BGHZ 181, 317=NJW 2009, 2674

2002 年 7 月 2 日, 売主 Y の所有する土地・建物を買主 X は購入した。その売買契約書において, 売主は, 「現在の土地使用も販売された建物の存在も公法上の規制に違反しておらず, 特に現在の建物が建築基準を遵守していること」を保証していた。

前の借主が 2003 年秋に退去した後, 買主 X は, 賃貸借期間 2004 年 8 月 1 日から 10 年間, 2005 年 1 月 1 日以降の賃料は月額 9,000 ユーロとして, 寮として使用したい新たな賃借希望者 A との仮賃貸借契約書に 7 月 26 日署名した。その契約書に, 「この賃貸物件は以前, 出版社の事務所と倉庫として使用された。この使用方法を家主は保証する。」と記載した。

買主 X は, 既に 2004 年 7 月初め, 居住空間の流用がない旨の陰性証明書の取得を試みていたが, この証明書の発行は難航した。また, 裏の建物を事務所として使用するための建築許可が下りていないことも判明した。買主 X は, A との賃貸借契約の締結を控え, 売主 Y に対して陰性証明書の取得と建築許可の取得のための書類の送付を求めた。売主 Y は, 両方の要求に適時に応じた。陰性証明書は 2004 年 9 月末に受領され, 建築許可は 10 月末に発行された。しかし, まだ, その建築許可が下りていない 10 月半ばには A とは賃貸借契約を締結できなくなっていた。そのため, 買主 X は, 2005 年 1 月 1 日から当該建物を A 以外の別の賃借人に月額 7,000 ユーロで賃貸することになった。

買主 X は, 売主 Y に対し, 本件物件の上記瑕疵のため, 当初の予定通りに本件物件を賃貸できなかったことによる損害の賠償を請求した。原審は, 売主 Y は買主 X の求めに期間通りに応じたので, 買主 X は損害賠償を請求できないと判示していた。

【判旨】 原判決破棄差戻

立法理由によっても明確に、437 条 3 号、「280 条 1 項の意味での義務違反が、433 条 1 項第 2 文に基づく契約義務に違反して売主が瑕疵ある目的物を引渡したことにある場合には、280 条 1 項において、286 条（遅滞）の適用は予定されていない。たとえば、売主が帰責性あって瑕疵ある機械を引渡したため操業が遅れているときの操業中止損害は、遅滞の要件にかかわらず、直接に 280 条 1 項に基づき賠償されるべき」と述べている (Rn. 14)。

立法者の、このような立法趣旨は、以下の目的論的解釈によって支えられている (Rn. 16)。

利益状況から、債務者（売主）がただ給付しないか、売主は給付したがその給付には瑕疵があったかは区別される必要がある。前者の「給付なし」の場合には、買主は履行期限を合意するか、催告によって保護されうる。しかし、このような保護の可能性は、通常、後者の「瑕疵ある目的物の引渡」の場合にはない。というのは、買主は目的物を使用するとき初めて瑕疵に気づくし、瑕疵により目的物を使用できないことによる損失は、多くの場合、もはや回避できないからである。遅滞自体には債権者（買主）はより容易に対処することができるが、売主が「瑕疵ある目的物を引渡」す場合には、売主はより危険な方法で買主の財貨領域に侵入する。この利益評価と同じように、近時の BGH 判決は、すでに旧請負契約法につき、仕事（の瑕疵）によって引き起こされた瑕疵結果損害の賠償を認めた (BGH NJW 2002, 816; 旧独民 325 条, 326 条, 635 条)。この判決では、旧独民でも、「(瑕疵による) 損害」が発生したのちに、ようやく買主は瑕疵に気づくことが多いことが考慮されている (Rn. 17)。

この観点は、立法者が、履行遅滞と「瑕疵ある給付」につき売主・買主の利益調整のため、異なるアプローチをしたことに合致している。立法者は、独民 280 条 2 項に基づき遅滞の付加的要件の下で、「履行遅滞に基づく損害」賠償の請求を認める。というのは、契約上履行期が定められてい

ない場合、給付は直ちに提供される必要はなく、債権者（買主）が履行を求めたとき初めて給付することができる（独民271条1項）からである。それに対し、「瑕疵なき目的物の引渡」については、そのような付加的な遅滞要件は必要ではない。というのは、独民433条1項第2文により、最初から、「瑕疵なき目的物を引渡」す義務があるからである（Rn. 18）。

これによって責任法上過大な負担を売主が負うことにはならない。なるほど、立法者は、独民280条1項に基づき賠償される損害における義務違反について、独民280条2項のような催告といった付加的要件を課してはいないが、売主と買主間の適切な利益バランスのため、売主が実際に賠償義務を負うためには280条1項第2文の帰責事由（本件ではYの性質保証等）が必要であり、さらに、独民254条に基づき、たとえば、目的物の瑕疵を認識していながらそれを売主に通知しなかった買主側の過失は過失相殺される（Rn. 19）、と判示した。

II 操業中止損害に関する設例

次の操業中止損害に関する設例ではどうなるか。

操業中止損害の設例：買主Kの工場で使用するための中古の機械を売主VからKは購入した。売主Vは本件機械を5月25日に買主Kに引渡し、買主は代金を支払った。しかし、本件機械には合意した性能がないという瑕疵があり、買主Kは、本件機械を使用して1日につき900ユーロの利潤を得ることができなかった。売主Vは、不注意のため「機械に本件瑕疵」があることに気づかず、修理せずに機械を買主に引渡ししていた。本件瑕疵に気づいた買主は、6月4日に売主に対し、6月24日までに瑕疵を修補するよう求めたが、売主は6月24日までに修補しなかった。買主Kは7月1日に修補に代わる損害賠償を請求した。5月26日から7月1日までの利潤喪失について買主Kは損害賠償を請求することができるか。

- (1) このような操業中止損害は、追完請求権とともに請求できるので、

「追完とともにする損害」賠償であるとされる。ただし、「追完とともにする損害」賠償のうち、独民 437 条 3 号、280 条 1 項に基づく「単なる損害賠償」（日民 415 条 1 項に相当）であるのか、独民 437 条 3 号、280 条 1 項 2 項、286 条に基づく損害賠償（遅延賠償）であるのか争われている。

ドイツの通説や①判決は、立法理由が、「売主が瑕疵のある機械を引渡したため操業が遅れているときの操業中止損害は、履行遅滞の前提を備える必要はなく、直接に、独民 280 条 1 項に基づき賠償されるべきである」と述べていること、および、本件での 280 条 1 項の意味での売主の義務違反は、独民 433 条 1 項第 2 文（「売主は、物の瑕疵および権利の瑕疵のない物を買主に取得させる」）が定める義務に違反して「瑕疵ある目的物を引渡」したこと自体にあり、履行の遅延による必要はないとする。すなわち、独民 280 条 1 項の義務違反は、本件では、売主が独民 433 条 1 項第 2 文に基づく契約義務に違反し、「瑕疵ある物を引渡」したことにある。売主は不注意で瑕疵に気づかず「瑕疵のある機械を引渡」し買主に操業中止損害を惹起しているので、独民 437 条 3 号、280 条 1 項に基づく「単なる損害賠償」であり、履行遅滞として催告必要ではないという。そして、そのように解しても売主にとって不利ではなく、売主は、瑕疵について帰責事由がないことを立証して十分に保護されるし、損害発生前に瑕疵に気づいた買主が瑕疵をすぐに告げなかったことや瑕疵の検査義務違反につき、過失相殺や、買主の損害軽減義務違反を主張して売主は保護されると主張している。⁽⁹⁾

(2) これに対し、目的物の瑕疵による操業中止損害は、瑕疵のない給付・追完の遅延による損害であり、（給付にかかわりのない完全性利益ではなく）瑕疵なき目的物を遅延なく獲得する買主の履行利益に関するから、独民 437 条 3 項、280 条 2 項、286 条に基づく「遅延損害」であるとの主張がある。この損害賠償につき、そもそも給付していない売主は、目的物に

(9) Canaris, ZIP 2003, 322 ff.; Lorenz/Riehm, a. a. O., 546 f.; BeckOK Faust, § 437 Rn. 78 ff.; MüKoBGB/Westermann 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 34.; MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022 § 280 Rn. 63 ff.; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 619.

瑕疵があっても給付した売主と同様に引渡義務に違反し買主の給付利益を侵害したはずだが、この損害賠償を「単なる損害賠償」とすると、「瑕疵のある給付」をした売主はそもそも給付していない売主よりも厳しく催告なしに責任を負ってしまうことになるとして、操業中止損害の賠償を求めらるにあたっては、買主は催告しないといけないとの「遅延賠償」説がある。⁽¹⁰⁾

しかし、催告必要とすると、なお、売主が履行遅滞に陥っていない5月26日からの操業中止損害の賠償を買主は求めることができないと批判されている。また、この「遅延賠償」説に対する反論として、ドイツの通説や①判決は、「瑕疵のある給付」をした売主が、そもそも給付していない売主よりも厳しく責任を負うのは、当事者の利益状況が異なるからであるとする。つまり、売主が履行期が到来しても履行しない場合には、買主は、すぐに、給付がないことに気づき売主に催告して自身の利益を守ることができる。それに対し、「瑕疵のある目的物が給付」された場合には、特に、買主を保護する必要性がある。すなわち、売主による「給付なし」の場合と異なり、「瑕疵のある目的物が給付」された場合には、目的物に瑕疵あることは、すぐには買主にはわからず、目的物が買主の領域に入って初めて買主は目的物の瑕疵を見つけることができる。買主がその瑕疵に気づき、追完を求めたりする前に、すでに買主には目的物の「瑕疵により操業中止損害」などの損害が生じてしまっている。そこで、このような損害賠償を請求するには、独民286条の催告は不要であるという。⁽¹¹⁾

(3) 損害現象論の立場から、操業中止損害は、完全性利益ではなく履行利益（等価利益）に関し、遅延による「給付なし」と同じく、瑕疵なき給付が時間的に遅延していることに基づく「遅延損害」であり、それは「追完に代わる損害賠償」とともに履行利益（等価利益）を構成するとして、

(10) Huber / Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Beck 2002, S. 155; Oetker / Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018 § 2 Rn. 295 ff.

(11) Canaris, ZIP 2003, 321 ff.; BeckOK Faust, § 437 Rn. 81; MüKoBGB/Ernst, § 280 Rn. 63 ff.

独民 437 条 3 号, 280 条 1 項 2 項, 286 条に基づき, 原則として催告が必要であるとする。しかし, その例外を認め, 「給付なし」の場合と「瑕疵のある給付」がなされた場合の当事者の利益状況は, 上記のドイツ通説が述べるように異なり, 買主にとって「給付に瑕疵」があることは, 「給付なし」の場合のように買主に明らかでないので, 「引渡された目的物に瑕疵」があることにより買主が被った操業中止損害などの損害賠償請求においては, 催告していない買主も保護必要であるという。そして, 「瑕疵のある給付」がなされたことに基づく操業中止損害などの損害賠償の場合は, 286 条 2 項第 4 号が定める「当事者双方の利益を考量して特別な理由から即時に遅滞に陥ることが正当とされるとき」に該当し, 買主の催告は不要⁽¹²⁾であるとする。

しかし, この損害現象論からの「遅延賠償」であるが催告不要との主張に対し, 「遅延賠償」説から, 損害現象論からの結論は通説と同じようになっていると批判し, また, 買主が追完を催告して初めて売主は履行遅滞となると批判している。なぜなら, 独民 439 条 1 項に基づき買主に選択権があるから, 売主が瑕疵の修補義務を負うのか, 代物引渡義務を負うのか, また, 追完請求権の履行期到来について, 不明であるからという⁽¹³⁾。

また, 損害現象論のいう独民 286 条 2 項第 4 号による催告不要に対し, ドイツの通説は, 独民 286 条 2 項第 4 号では具体的個別ケースの「特別な理由」があるとしてようやく個別具体的に催告不要となるにすぎないし, 「給付なし」のように履行期に履行しないだけの時 (このときには売主が履行期に履行しない義務違反と, 履行遅滞自体による損害は明確である) には買主は催告して容易に自己を守ることができ, 催告して警告することには意味があるが, 操業中止損害のような事例では, 売主は「瑕疵ある給付」をしたことによって買主の法益を侵害しているのに, なおも, その買主に催告を要

(12) Grigoleit/Riehm, AcP 203, 754 ff.; Grigoleit/Riehm, JuS 2004, 747; Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 50 ff.

(13) Oetker/Maultzsch, a. a. O., § 2 Rn. 299.

求すべきであろうか、このように、一般に瑕疵にも気づかず「瑕疵により損害」を被っている買主になおも催告を要求すべきであろうか、すでに買主に損害を生じさせる「瑕疵ある給付」の場合には、買主の財産領域に侵入して危殆化しており、どのように措置すべきか買主にはすぐには分からない義務違反を（売主は）しており、このような当事者の利益状況から構造上かつ一般的に催告は適さないので催告不要とすべきであり、個別具体的に買主を保護するだけの独民 286 条 2 項第 4 号を用いるべきでない⁽¹⁴⁾と反論している。さらに、損害現象論は、操業中止損害を生じさせる「瑕疵ある給付」があった場合を量的一部不履行のように扱って履行遅滞とする⁽¹⁵⁾が、ドイツ通説は、「瑕疵ある給付」がなされ買主に操業中止損害を生じさせた場合は、買主を危殆化する質的不履行に基づく損害であり「その他の損害賠償」とする。そして、ドイツ通説は、目的論的解釈により独民 280 条 2 項、286 条（履行遅滞）の適用範囲を決めるにあたっては、損害現象論が主張する損害の種類ではなく、上述のように、義務違反の種類が役割を果たし、履行遅滞の適用範囲を、催告が本来的警告機能を持つ「給付なし」事例に限定すべきと述べて損害現象論を批判している。そして、ドイツ通説の立場からは、「追完に代わる損害」賠償は、本旨に従った給付・追完に代えて金銭で賠償されるものである⁽¹⁶⁾ので、買主によって意図された法律効果が決定的に問題であり、「全部の履行に代わる損害」賠償の原因となる義務違反には、主たる給付義務、従たる給付義務、附随義務など、すべての義務違反が考えられるという。

(4) 結局、ドイツの通説によれば、本件では、買主は、売主に対し、独民 437 条 3 号、280 条 1 項に基づき「単なる損害賠償」として 5 月 26 日から 7 月 1 日まで 1 日につき 900 ユーロの利潤喪失分の損害賠償を請求することができる。買主は、7 月 1 日に修補に代わる損害賠償を求め独民

(14) Canaris, ZIP 2003, S. 323 ff.

(15) Grigoleit/Bender, a. a. O., S. 53.

(16) Canaris, ZIP 2003, S. 323 ff.; MüKoBGB/Ernst, § 280, Rn. 60 ff.

281 条 4 項により履行請求権は排除されたので、7 月 2 日以降の 1 日につき 900 ユーロの利潤喪失分は、独民 437 条 3 号、280 条 1 項 3 項、281 条に基づき「追完に代わる損害賠償」として賠償を求めることができる。ただし、事情により買主は独民 254 条に基づく損害軽減義務を負うことがあろう。⁽¹⁷⁾

む す び

「修補・追完に代わる損害」賠償は、本旨に従った履行・追完に代えて金銭で賠償されるものであるので、「修補・追完に代わる損害」賠償では、買主が意図していた法律効果・追完内容が決定的に問題であろう。415 条 2 項の「全部の履行に代わる損害」賠償の原因となる義務違反には、主たる給付義務、従たる給付義務、附随義務などの違反が考えられよう。

それに対し、修補・追完される前の操業中止損害は、「修補・追完とともにする損害」賠償として請求でき、その後の修補・追完と併存して存在する。

改正前民法 634 条において認められていた「修補に代わる損害賠償」と「修補とともにする損害賠償」の区別は、改正民法 562 条以下の売主の契約不適合責任において、「追完に代わる損害賠償」と「追完とともにする損害賠償」の区別として展開していくのではなかろうか。そこでは、わが国の売買・請負における契約不適合責任と似た構造をしているドイツ法における議論も参考にしうる部分があろう。

(ふじた・ひさお 香川大学名誉教授)

(17) Huber/Bach, Besonderes Schuldrecht 1, 8. Aufl. 2022, Rn. 270 ff.; Beckmann, a. a. O., N 188 ff..