

買主による修補の場合の買主の費用償還請求権

—— 2017年民法改正と追完請求権の史的展開の一断面 ——

原 田 剛

- 一 はじめに——問題の共通性と独自性
- 二 ドイツ民法における議論
- 三 日本民法における議論
- 四 むすびに代えて

一 はじめに——問題の共通性と独自性

1 2017（平成29）年改正民法¹⁾の枠組み

民法第562条第1項本文は、「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補」等²⁾「による履行の追完を請求することができる」と規定する。ここに規定する買主の諸権利を「買主の追完請求権」³⁾と言う。そこで、買主が、この追完請求権のうちの「目的物の修補」を売主に請求し

1) 以下、単に「改正民法」と称する。

2) これ以外に、「代替物の引渡し」または「不足分の引渡し」を請求することができる」と規定する。

3) 条文の標題を参照。筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（2018年、商事法務）276頁は、「改正の理由」において、「旧法には、売買の目的物が契約の内容に適合しない場合における買主の追完請求権（目的物の修補、代替物の引渡し等による履行の追完を請求する権利）を認める明確な規定はなかった」と述べる。

ないで自身で修補しまたは第三者に修補させ、これに要した費用を売主に請求することができるか、請求できるとすれば、それはいかなる法根拠に基づくのか、が問題となる⁴⁾。

この問題設定の一面は、改正民法下では、ひとまずは以下のように敷衍し得る。

売主により契約の内容に適合しない目的物（以下、契約内容不適合物と言う。）が引き渡された場合の買主の救済は、(1)売主の帰責事由を必要としない「追完請求権」（第562条）を出発点とし、(2)相当の期間を定めた追完請求およびその期間の徒過を原則的な要件とした「代金減額請求権」（第563条）、(3)契約解除権（第564条、第541条、第542条）、および、(4)売主の帰責事由を要件とした損害賠償請求権（第564条、第415条）により構成されている。この構成においては、買主の代金減額請求権および契約解除権の

4) この問題自体を（草案を含め）改正民法に直接関連して論じている文献として、磯村保「売買契約法の改正——『担保責任』規定を中心として」LAW AND PRACTICE 10号（2016年）61頁（72頁）、奥田昌道＝佐々木茂美『新版債権総論上巻』（2020年、判例タイムズ社）222頁、田中宏治『ドイツ売買論集』（2021年、信山社）415頁（「終章——日本法の解釈論 第六節 買主自身の修補」）、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（2020年、法律文化社）150頁（ドイツ法の紹介は民法改正前を含む）、338頁（日本法での立場）、萩原基裕「買主自身による追完と売主に対する費用賠償請求の可否をめぐる問題の検討」大東法学28巻2号（2019年）93頁、拙著『債権各論講義』（2021年、成文堂）134頁、245頁等。拙稿「『修補に代わる損害賠償』論序説——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——」法学新報126巻（2019年）43頁（46頁）も参照されたい。

なお、本稿の問題と密接に関連する問題として、民法改正前の旧第634条（第2項の「修補に代わる損害賠償」）削除問題がある。この点に関しては、第415条の解釈問題として論じられてもいる（筒井＝松村・前掲340頁、341頁）。この点に関する学界の議論については、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（2017年、信山社）483頁、田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野日章夫編『詳解改正民法（2018年、商事法務）』所収130頁（138頁）等がある。

発生は、原則として、買主による相当の期間を定めた事前の追完の催告とその徒過を要件としている。それゆえ、買主が事前に相当の期間を定めて追完を催告しないで自身で修補を行えば、買主は代金減額請求も契約解除もできないこととなる。また、上記構成によれば、買主がまず追完を請求することを要求することは、売主の側からすれば、追完としての修補義務は売主にまずこれを行う機会が与えられていることが前提となっている⁵⁾。そこで、既に買主自身が修補をしてしまえば、売主の修補義務は履行が不能となる⁶⁾。したがって、契約内容不適合物について売主に帰責事由がない場合は、損害賠償の請求もできないこととなる⁷⁾。それゆえ、買主は、売主に修補を請求しないで自身で修補を請求する場合は、その費用を損害賠償（第564条、第415条）としても請求できないことになるのではないか、と。

以上のように考えると、改正民法下において、契約内容不適合物の引渡しを受けた買主が、売主にあらかじめ相当の期間を定めた追完の催告をして修補を請求することなく自身で修補した場合、買主は、減額請求権および解除権の行使ができず、さらに契約内容不適合物の引渡しにつき売主に帰責事由が存在しない限り損害賠償の請求もできない結果、民法が第562

5) 筒井=村松・前掲278頁。

6) もっとも、厳密に言えば、売買目的物が種類物（不特定物）であった場合には、代替物の引渡しによって、売主はなお追完義務を果たすことが可能であり、それゆえこの場合は、追完義務が不能となったとは言えないとも考えられる。

7) これは、この追完義務としての「修補義務」の履行不能をもって、本来の売主の主たる履行義務（「瑕疵のない目的物の給付」）も不能となった、という解釈を一つの根拠としているとも言い得る。そして、この文脈は、すぐ後に述べるように、とりわけ改正前においては、売買と異なり、追完（修補）規定がありかつそこでの「瑕疵担保」責任が無過失責任であると解されていた請負契約法（旧第634条第2項）における「修補に代わる損害賠償」の問題と密接に関連していた（この点については、拙稿・前掲「『修補に代わる損害賠償』論序説——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——」も参照されたい）。

条から第564条において予定している法的救済を受けられないことになる。もっとも、このように解すると、売主は、修補義務およびその履行に要する労力および費用を免れるという不当な結果となる、という問題が生じる。そこでこの場合に買主から売主に対する修補費用の償還を肯定するならば、その法根拠を探究しなければならないこととなる。

2 問題の共通性——ドイツ民法における問題状況

以上の問題状況は、改正民法の母法の一つであるドイツ民法においても、2001年の債務法現代化後ほどなくして問題となり、ドイツ連邦通常裁判所(BGH)⁸⁾および学説の一部⁹⁾は、売主によって引き渡された瑕疵ある目的物につき、買主(債権者)が自身で瑕疵の修補を行った場合(以下、買主の自己実施〔Selbstvornahme〕と言う。)につき、売主(債務者)が免れた費用(Aufwendung)に対する買主の償還請求を否定している。これに対し、学説の多数は、BGHの立場に反対し、買主の自己実施の場合に売主が免れた費用に対する買主の償還請求を肯定する立場を採っている¹⁰⁾。そして、これらの議論は、早々と日本においてほぼ同時期に、少なくない論者によって紹介されている¹¹⁾。この問題の背景の一つに、ドイツ民法においては、

8) BGHZ 162, 219 (買主); BGH 22.6.2005 - VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3211, 3212 (買主); BGH 16.1.2008 - VIII ZR 222/06, NJW 2008, 1216 (賃借人)。

9) 例えば, Dauner-Lieb ZGS 2005, 169 ff; Dötsch MDR 2004, 975 ff。

10) 例えば, St. Lorenz NJW 2003, 1417 ff; ders NJW 2005, 1321; Katzenstein ZGS 2004, 144 ff, 300 ff u 349 ff; Herresthal/Riehm NJW 2005, 1457 ff; BeckOK-BGB/Faust [1.8.2019] § 437 Rn 44 f。

11) この点に関連し、日本において民法改正が問題となる以前から本稿に関する内容を紹介し議論するものとして、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における瑕疵除去」駒澤法曹1号(2005年)27頁、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信=円谷峻=大塚直=沖野眞己編『二十一世紀判例契約法の最前線 野村豊弘先生還暦記念論文集』(2006年、判例タイムズ社)所収521頁(538頁)、同「ドイツ法」比較法研究68号(2007年)6頁、田中(宏)・前掲133~157頁、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学17巻3号(2009年)

2001年の債務法現代化の際に、請負の場合に自己実施を認める（ド民第637条）のとは異なり、売買では「追完の優先（Vorrang der Nacherfüllung）」構想¹²⁾から、立法者意思として、意識的に請負の場合とは異なって自己実施を認める規定を置かなかった点があるとされている¹³⁾。

これらのことを前提としたうえで、ここでは、判例・一部学説と多数学説との対立図式において、瑕疵ある売買目的物が引き渡された場合の買主の救済体系における追完請求権の位置づけ（例えば、“追完の優先”という立法者意思をどのように理解しているのか、すなわち売主を保護すべき利益の内実）、買主・売主間の利益状況、買主の救済体系と債権法（債務法）の体系（政府草案の立法理由）との関係をどのように理解しているか等の観点から議論を整理することが有益である事情が存する。

3 問題の独自性——旧第634条第2項

ところで、「買主による修補」は、上記のように、一見すると、恰も、ドイツ民法（債務法現代化）によって初めて日本民法学がこの問題を知り¹⁴⁾、2017（平成29）年の民法（債権関係）改正（以下、単に「民法改正」と言う。）を契機として、具体的な解釈問題として登場したかの如き印象を与えるかもしれない。日本民法は、民法改正まで、売主の「瑕疵担保責任」

23頁（37～42頁）、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（2009年、信山社）203～207頁、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編著『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（2009年、日本評論社）所収65頁（80頁）等がある。

12) その意義は、まず買主が売主に追完の請求をすることにより、売主の第二の提供（zweite Andienung）を確保させることを意味している。

13) BT-Drs. 14/6040, 229. 「とりわけ注文者のみが自己実施権（Selbstvornahmerecht）を有するのに対し買主にはかかる権利は帰属しない」と述べる。なお、日本民法には民法改正によっても、売買と請負とでこのような区別はされていない。

14) 例えば、前掲・注11）の文献が典型である。

(旧第570条, 同第566条)には, 明文上, 買主の「瑕疵修補」請求権は存在しなかった。それゆえ, そもそも売買では問題とされることはなかった¹⁵⁾。しかし, 民法改正により, 第562条で「買主の追完請求権」が規定され, 「目的物の修補」が明文化されたことから, 売買でも明文の規定を前提とした解釈問題が生じることとなった, というわけである。

しかし, このような問いの立て方は, 改正民法における「買主の自己実施」の解釈論において, 民法改正までの日本における追完請求権論の史的展開を考慮しない皮相な見方であると言わねばならない。

すなわち, 民法改正以前から日本民法においても, この問題は明白かつ厳然として存在し, 現在に至っている。というのも, この問題は, (1)民法改正前から, 根本的には本来の履行請求権と追完(修補)請求権との関係という債権総則(債権総論)における理論的問題として議論されてきた

15) むしろ売買においては, そもそも明文にない買主の「瑕疵修補」請求が認められるかが, とりわけ「瑕疵担保責任」の法的性質(契約責任説と法定責任説)との関係で解釈論上の焦眉の課題であった。改正前には実務上最高裁判決は存在せず, 信頼利益の賠償のみを認める法定責任説の一部においては, 修補費用を損害賠償としては認めていなかった。もっとも, 近時(ただし民法改正前)の下級審の裁判例においては, 否定するものがあるが(例えば, 東京地判平成22・4・22 [2010WLJPCA04228012]), 肯定するものが多数を占めていたと言い得る(例えば, 東京地判平成4・10・28判時1467号124頁 [角紀代恵・ジュリ1095号197頁], 千葉地松戸支判平成平成6・8・25判時1543号149頁 [北井辰弥・群馬法専紀要12号23頁], 神戸地判平成11・7・30判時1715号64頁, 京都地判平成12・10・16判時1755号118頁, 宮城高判平成12・10・25判時1764号82頁 [小賀野晶一・判例地方自治230号103頁], 東京地判平成18・1・20判時1957号67頁, 東京地判平成18・4・20 [2006WLJPCA04208001], 東京地判平成20・3・27 [2008WLJPCA03278014 桐原明子・消費者法ニュース 128号150頁], 東京地判平成21・2・5 [2009WLJPCA02058003], 東京地判平成25・1・31判時2200号86頁, 東京地判平成25・7・30 [2013WLJPCA07308012], 東京地判平成28・3・30 [2016WLJPCA03308025], 東京地判平成30・7・9 [2018WLJPCA07098009], 東京地判平成31・4・24 [2019WLJPCA04248013] 等)。

問題と直接かつ密接に関連して議論されてきたと同時に、(2)債権各則（債権各論）において、典型契約の代表である売買と異なる請負において仕事の目的物に瑕疵がある場合、注文者の「追完請求権」たる「瑕疵修補」請求権が明文化されていた（旧第634条第1項本文）ことから¹⁶⁾、実務上・学理上重要な解釈問題として扱われてきたからである¹⁷⁾。

そして、上記の注文者の瑕疵修補請求権を受けて、旧第634条第2項が規定する「瑕疵の修補に代わる損害賠償」のなかに、「瑕疵修補費用」の損害項目も入るとの理解から、判例法理により、注文者は請負人に対し仕事の目的物の瑕疵の修補を請求することなしに即時に修補費用を損害賠償として請求することが可能であるとされてきた¹⁸⁾。しかもその前提として、この場合の損害賠償請求の根拠である「瑕疵担保責任」を、債務不履行（不完全履行）の特則であるとする、民法改正まで通説であった不完全履行の特則（鳩山秀夫、我妻栄）、あるいは本来の履行請求権の貫徹ないし具体化（債権の効力論）（奥田昌道）により、ここでの「損害賠償責任」は、無過失責任（不完全履行の特則論）または未履行責任（本来の履行請求権論）である、と解することにより、`過失を必要としない責任、であるとされてきた¹⁹⁾。

すなわち、民法改正前の請負においては、`注文者は請負人の過失を問題とすることなく瑕疵の修補費用を損害賠償（旧第634条第2項）として請

16) この点については、拙著『請負における瑕疵担保責任〔増補版〕』（2009年、成文堂）3頁。

17) これらの点については、拙稿「改正民法における『追完請求権』論序説」法学新報124巻11・12号（2018年）1頁、拙稿「『修補に代わる損害賠償』論序説——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——」法学新報126巻1・2号（2019年）43頁。とりわけ、後者は、日本法の追完請求権の展開史を扱っている。この意味で、本稿は、これらの拙稿を、比較法（ドイツ法）をも視野に入れてさらに展開するものであり、これらの続編でもある。

18) 最判昭52・2・28集民120号201頁、最判昭54・3・20集民126号271。

19) 拙稿・前掲「『修補に代わる損害賠償』論序説——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——」67～70頁。

負人に請求することが認められていた、のである。

これらの、日本における追完請求権論の判例・学説史の観点からすれば、民法改正後に売買において買主の追完請求権が規定された(第562条)ことにより、典型契約の中心たる売買において、「買主による契約不適合物の修補の場合における売主に対する修補費用の請求」が現実的な問題となり得る法律状態となったにすぎない、とも言い得る。そこで、民法改正後の今となつては、日本においては、「買主／注文者による売買目的物／仕事の契約不適合物の修補の場合における売主／請負人に対する修補費用の請求」が、改めて問題となると言い得るのである。

4 本稿の立場と構成

以上からすれば、本稿における「買主による修補」問題については、この標語自体が、上記のようにドイツにおいて債務法現代化後ほどなくして議論が活発化し、その後、日本においても民法改正の前後に意識されたことから、日本の学界においてドイツの議論が参考になることは充分にあり得ることは筆者も全く異論はない。筆者自身もドイツの議論に関心と尊敬の念をもつ一人である。しかしながら、この問題は、日本においても、民法改正前から判例および学説において、追完請求権の史的展開と言い得る蓄積が存在することは上記の通りである。否、むしろ債務法現代化後のドイツよりもはるか以前(戦前)から、しかもドイツとは異なる背景の下で日本の民法学界および判例実務がこの問題に取り組み議論を進化(深化)させてきた点²⁰⁾が看過されてはならない。

それゆえ、今回の民法改正においても母法の重要な一つである債務法改正後のドイツ民法の議論が重要かつ有意義であることを十分に承認しつつも、比較法的見地から単にここ20年余りの先行する、ドイツの判例・学

20) この点については、拙稿・前掲「『修補に代わる損害賠償』論序説——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——」を参照されたい。

説の議論を専ら中心に日本法の解釈論を展開することは、そもそも一般論としても歓迎されるべきことではない点を措き、本稿が課題とする議論においては必要ではあってもなお充分なものとは言えず、説得力をもつものではないと考えられる。両者（両国）の間の制度間の異同およびその背景等を踏まえた充分な摺り合わせを経て初めて有意な解釈論になると考える所以である。

以上の点を踏まえ、以下では、まず、既に早くからこの問題に関して少なくない論考により紹介がなされているが、本稿の視点から、改めて問題の共通の性格を有するドイツにおける議論を筆者なりに整理し（二）、その後、日本法における議論を、これまで意識されてこなかった学説を中心に整理し（三）、以上を踏まえ、最後に解釈試論の方向性を提示し今後を展望することとする（四）。

二 ドイツ民法における議論

1 はじめに

「買主による修補」の場合に買主は売主に修補費用の償還が請求できるか、という問題に関するドイツにおける議論については、ドイツで問題が議論され始めたのとほぼ同時期に日本でも早々と紹介がなされていることは既に述べた²¹⁾。そこで本稿ではこれらの成果を踏まえつつ重複をできるだけ避け、立法者意思（政府草案）にも注目しつつ、その後の注釈書の文献等も参照し、筆者なりの整理をすることにしたい。

2 BGHの見解の確認

(1) 2005年12月7日判決 BGHは、「買主による修補」に関し2005年に4件の事例を判断している²²⁾。いずれの判断も買主の費用償還請求を否定

21) 注11)の文献を参照。

しているが、ここでは3件目の2005年12月7日の判決を挙げておこう²³⁾。

①「売主にあらかじめ追完のために必要な期間を設定しないで瑕疵を自身で除去する買主は、給付に代わる損害賠償請求権を失うのみならず、ドイツ民法(引用者:以下、ド民と言う。)第326条第2項後段、同条第4項²⁴⁾に基づき、売主が免れた瑕疵除去のための費用も請求できない(先例を引用²⁵⁾)。」「そうでなければ、結果として、立法者が意識的に放棄した、売主の費用に基づく自己実施権を買主に容認することとなり、そしてそれによって第437条以下に根拠を有する追完の優先の効果を失わせることにな

22) (1) NJW 2005,1348 (BGH, Urteil vom 23. 2. 2005 - VIII ZR 100/04 (LG Gießen)), (2) NJW 2005,3211 (BGH, Urteil vom 22. 6. 2005 - VIII ZR 1/05 [LG Bielefeld]), (3) NJW 2006,988 (BGH, Urteil vom 7. 12. 2005 - VIII ZR 126/05 [LG Bautzen]), (4) NJW 2006,1195 (BGH, Urteil vom 21. 12. 2005 - VIII ZR 49/05 [OLG Stuttgart]).

23) BGH,Urteil vom 7.12.2005, NJW 2006, 988. 原告が自身の去勢した馬と被告の雌馬とを交換したところ、雌馬には周期的な目の炎症の病気があったため被告に追完の催告をしないで手術をし、治療費と手術費を請求した事例である。なお、本事例については、岡・前掲538頁(「売買法は一般給付障害法の適用を排除するか」)において紹介と検討がなされている。

24) 条文の内容は以下の通りである。

「ド民第326条 反対給付からの解放及び給付義務が排除される場合の解除

(1) 略

(2) 債権者が、第275条第1項から第3項までの規定により債務者が給付を行うことを要しない事情について、専ら若しくは非常に優勢的に有責であるか、又は債権者が受領遅滞にある時に債務者が責めに帰すべきでない事情が生じたときは、債務者は反対給付請求権を保持する。しかしながら、債務者は、自身が給付から解放されたことにより免れ、若しくは彼の労働力を他の方法に用いたことにより得たもの又は悪意で取得を怠ったものを控除しなければならない。

(4) 本条の規定により課せられていない反対給付が実現されている限り、給付されたものは第346条から第348条までに従い返還請求がなされ得る。」

25) (原注) BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348; NJW 2005, 3211.

る（先例を引用²⁶⁾）。それゆえ、これに関し、民事部は学説における異なった見解を考慮し維持している（先例を引用²⁷⁾）。

②「買主について、特別の根拠に基づき、売主に追完の機会を与えることが期待できず、」 「瑕疵自体についても、売主が瑕疵を除去しなかったことに基づく事情についても責めに帰すべきでない場合、給付に代わる買主の損害賠償請求権は排除されない（第437条第3号、第281条、第280条第1項第2文）」。

③「買主は瑕疵なき物の調達義務（第433条第1項第2文）の違反につき責めに帰すべきでない（第280条第1項第2文）売主に対する……期待不可能な追完の場合は、損害賠償請求権とは反対に売主の責に帰すべき義務違反を要件としない売買契約の解除権または代金減額権（437条2号）を有する。しかしながら、原告はこれらの権利を本件において主張していない。」

(2) BGHの論理の要点 BGHの以上の論理のうち、①を中心に整理しよう。BGHの立場は一貫しており、第326条第2項後段の適用（ないし類推適用）を最初に提示した学説²⁸⁾にも応え、「追完の優先」を確保する観点から、第326条第2項後段の適用等を否定するものである。これを認めると結果として買主の自己実施を認めることになるからであり、この点に関し、第437条各号²⁹⁾で規定されている買主の諸権利（追完、解除、減額および損害

26) (原注) BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348.

27) (原注) NJW 2005, 3211.

28) S.Lorenz, ZGS 2003, 398.

29) 条文の内容は以下の通りである。

「第437条 瑕疵の場合の買主の諸権利 物に瑕疵がある場合、買主は、以下の規定の要件が存在し、かつ他に特段のことが規定されていない場合、

1. 第439条に基づき追完を請求でき、
2. 第440条、第323条及び第326条第5項に基づき契約を解除でき、又は第444条に基づき売買代金の減額を請求でき、及び
3. 第440条、第280条、第281条、第283条及び第311a条に基づき損害賠償を請求でき、又は第284条に基づき無駄な費用の賠償を請求できる。」

賠償)は限定列挙であることを強調する。その根拠を、立法者意思を示して以下のように詳論する³⁰⁾。

「売主の立場からすれば追完の優先は追完権 (Nacherfüllungsrecht) もしくは第二の提供権 (Recht zur zweiten Andienung) を意味し、それは売主が追完により上記の買主の諸権利の主張を防ぎ得る限りにおいて売主の保護に奉仕する³¹⁾。政府草案の根拠において民法第437条第2号の解除権について詳論されているのは、売主は、期間の設定を必要とすることにより契約の巻戻しに結び付けられた経済的不利益を防止する最後の機会を保持するということである³²⁾。期間の設定された修補または代替物の引渡しにより契約の巻戻しを避けるという売主の可能性は、買主の利益にも合致している。というのも、買主は彼が契約上請求すべきものを保持するからである。それにより、追完の二つの方法の間の選択が買主に帰属している場合でも売主による追完は契約の解除よりも優先するのである³³⁾。」

(3) **売主の第二の提供** 以上の整理は、立法者意思 = 追完の優位 = 売主の「第二の提供権」(追完権)の保障である、と要約できよう。この点を、B.Gsellの評釈³⁴⁾の言葉を借りて敷衍すれば、以下の如くである。

BGHはこれまでの判例をより強固にし、瑕疵除去の自己実施の場合において売主が免れた瑕疵除去費用は、第326条第2項後段、同第4項(の直接または類推)または不当利得法に基づいては買主に帰属しないとする。改めて第437条以下の完結的性格を強調し、追完の優位の効果を失わせる結果となる、売主の費用による自己実施権を買主に対して承認することを

30) NJW 2005, 1348 (1350).

31) (原注) vgl. nur Faust, in: Bamberger/Roth, § 439 Rdnr. 2; Westermann, in: MünchKomm, § 437 Rdnr. 2 m.w. Nachw.; vgl. auch Entwurfsbegr., BT-Dr 14/6040, S. 89, 220f.

32) (原注) Entwurfsbegr., BT-Dr 14/6040, S. 221.

33) (原注) Entwurfsbegr., BT-Dr 14/6040, S. 221.

34) B.Gsell, LMK 2006, 168751.

禁ずる。

すなわち、①売主の第二の提供権（立法者意思）の確保、②修補費用償還の否定、③第437条以下の完結的性格に基づく他の法的根拠の援用の否定、がその基本構造であろう。これらは、①を究極の根拠とし、その確保のために②の結論に至り、②の結論を確保するために③を強調する、という論理であると言い得る。

3 分析・検討（学説の議論を援用しつつ）

(1) 追完の優位の意味 まず、立法者意思＝追完の優位の目的・内実をBGHはどのように考えているのか。

この点につき、BGHが「買主の自己実施による修補」を否定するために堅持する「追完の優先」の内実は、売主の「追完権」の保障であり、その実質は、売主の反対債権＝代金債権の確保（保護）である。別言すれば、売主に「第二の提供」の機会を付与することにより、買主による代金減額請求および契約解除（とりわけ契約解除）を阻止し、契約の完全な有効性を確保して代金債権を維持することである。

そのためには、（有責性を要件とする）損害賠償請求は措き、代金減額請求および解除請求（第437条第2号）を認めないだけでは不十分であり、これらに加えて修補費用の償還（第326条第2項後段もしくは不当利得）も認めてはならない。これを認めると、「追完の優先」＝売主の第二の提供権が空洞化されるからである。このことは、第437条以下に規定する瑕疵担保規定が完結的性格を有することを意味する、というものであろう。

そして、ここから、この問題に関し他の制度に関する規定（双務契約に関する規定〔第326条第2項後段等〕、事務管理法、不当利得法などの規定）の適用の余地はないことが導かれている。

(2) 追完の優位と代金債権の確保 以上の整理によれば、しかし、瑕疵ある物を給付した売主は、代金債権を確保したうえに自身で修補するために要する費用の支出も免れ（後述の「偶然の贈り物」）、規定通りに契約の履

行をしなければならない場合よりもより良い地位に置かれることになる³⁵⁾。このことは、期間設定の軽視が、売主にとっては不当な「偶然の贈り物」を意味することとなり、この点について納得のいく論拠は存在しないと批判されている³⁶⁾。

この点はまた、第二の提供(権) = 売主の代金債権の確保という観点からしても問題であることが指摘されている。というのも、売主は自身が瑕疵修補をする場合でも修補に応じなければならず、しかもその場合、修補費用は売買代金を超えることすらあり得るからである³⁷⁾。より体系的・論理的な指摘として、ローレンツS.Lorenz教授は、瑕疵の存在はもっぱら危険移転時点を基準としている(ので)、買主の瑕疵除去は代金支払義務に影響を与えないことを意味すると論じている³⁸⁾。

それゆえ、この点は、買主に対する売主の修補費用の償還が、代金確保の観点から代金額に実質的に影響を与えると仮定したとしても、売主の第二の提供(権)の確保は、修補費用の償還の否定を正当化する根拠にはならないと言える。

(3) 追完のための催告と間接義務論 売主の「追完権」(BGH)と買主の「間接義務(Obliegenheit)³⁹⁾」(学説)についてはどうか。この点、売主

35) Herresthal/Riehm, Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrecht, NJW 2005,1457 (1458).

36) J.Oechsler, Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, 1825(1826); Höpfner, beck-online. GROSSKOMMENTAR, 2022, BGB § 437 Rechte des Käufers bei Mängeln, Rn.102.

37) S.Lorenz, Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt, NJW 2005, 1321(1322-3); Höpfner, beck-online. GROSSKOMMENTAR, 2022, BGB § 437 Rechte des Käufers bei Mängeln, Rn.102, 105.

38) S.Lorenz, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht NJW 2003, 1417(1418).

39) 「間接義務(Obliegenheit)」という術語について、日本では、従来以下のように説明されている(年代順)。「債権者の損害防止義務, 損害拡大防止義務な

の「第二の提供」につき、BGHは、引用した判旨で確認したように、学説を援用して「追完権もしくは第二の提供権」と言うように、売主の「権利」と理解する。もっとも、BGHは、別の判決において、この「第二の提供権」を、「間接義務」とも定義している⁴⁰⁾。

これに対し、ローレンツ教授はこの判例の評釈において、以下のように、買主が期間設定をして瑕疵修補を請求することを「間接義務」とであると解釈する。すなわち、「買主が侵害しているのは、売主の『権利』ではなく、単に——まず期間設定がなされず、次いで追完の不能につき自身の優質な有責性を理由として——解除権、減額権および給付に代わる損害賠償請求権を失わせる間接義務に対して違反しているにすぎない」と⁴¹⁾。

そして、間接義務と第二の提供権との関係について、さらに別の論文において詳述する⁴²⁾。「追完義務も第二の提供権と一致する。追完義務は履

どは真正の法上の義務（その違反に対し相手方に対し損害賠償義務を負う）ではなく、ただ消極的に賠償請求権を失うとか賠償額を減額されるなどの不利益を被るにすぎないところの、いわゆる間接義務（オプリーゲンハイト Obliegenheit）である。」「受領遅滞の要件として、……学説・判例は、不要としている。また債務としての受領義務を認めない。受領遅滞という状態を生じると債権者は一定の不利益を受けるにすぎない（間接義務Obliegenheit）。」（奥田昌道『債権総論〔増補版〕』〔1992年、悠々社〕212頁、221頁）。「間接義務（オプリーゲンハイト）とは、ドイツ法上のものであるが、真正な法的義務ではなく、訴えによってその履行を強制したり、違反者が損害賠償義務を負担したりすることはないが、その違反により違反者に不利益をもたらすものである。その具体的な表れとしては、債権者の損害拡大防止義務等のほか、保険法の分野において、保険契約者が保険者に対する事故発生通知を怠る場合には保険金請求権を失い保険者が免責されることなどの例が挙げられている（豊澤佳弘・判解民平13年（上）322頁参照）」（奥田昌道＝佐々木茂美『新版債権総論上巻』〔2020年、判例タイムズ社〕321頁。

40) BGH, Urteil vom 21. 12. 2005 - VIII ZR 49/05 (OLG Stuttgart), NJW 2006, 1195(1197) (20a).

41) S.Lorenz, a.a.O., NJW 2005, 1321 (1322).

42) S.Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur

行請求権として、売主が物の瑕疵につき責めに帰すべきであるか否かに関係しないから、ここでは売主は法律行為による決定が維持される。それにより、売主は不経済な追完費用の危険をも負担する。」「このことから生じること、買主は追完を認容する義務がないことから、売主は本来の意味での追完『権』は有しないということである。むしろ存在するのは、281条2項、323条2項、440条の限界づけにおいて、単に売主に対し追完を可能にするという買主の間接義務である。なぜなら、もしそうでないなら、買主は、——追完が可能である限り——解除権および給付に代わる損害賠償請求権を取得しないからである」と。

(4) **瑕疵の証明問題** さらに、瑕疵の証明問題の点はどうか。この点につき、買主が自身で瑕疵を修補したことにより、瑕疵の証明および費用の点で売主が不利益になる可能性がある点が指摘されている。しかし、この点については次のような反論がなされている。

確かに、買主による自己実施の費用の方が売主の固有の費用よりも通常は高いし、そのためにも売主に瑕疵の検討と証明の現実性を可能にさせること(すなわち瑕疵除去のための期間設定)が必要である⁴³⁾。しかし、ここでの問題はあくまで売主が免れた費用に関する立証責任は全て買主が負担するのであり(これは第326条第2項後段)⁴⁴⁾、したがって、この点についての売主の不利益は決定的なものではない、と。

(5) **第326条第2項後段の適用(または類推)可能性** 最後に、BGHが否定にこだわる第326条第2項後段適用(ないし類推)の問題を見ておこう。この問題は、ローレンツ教授の論文に端を発しその後、多数説を形成する第326条第2項後段の適用(ないし類推適用)に対する批判に関係している。以下、2点を指摘しておこう。

Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175 (1176).

43) Kniffka, Anmerkung, BauR, 2005, 1024.

44) S.Lorenz, a.a.O., NJW 2005, 1321 (1322); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 (1459); Faust, BeckOK BGB, Hah/Poseck, 62. Edition, 2022, Rn.46.

まず、売買の目的物が買主のもとで滅失した場合との比較が挙げられている。この比較は、(2)で触れた「偶然の贈り物」にも関連するが、次のような批判的指摘を内容とする。すなわち、買主が瑕疵ある物を危険の移転前に有責で滅失させた場合、売主は確かに第326条第2項前段に基づき売買代金の支払請求権を保持するが、同条同項後段に従い瑕疵除去のために必要な費用を控除しなければならない。そして、その費用は売主の給付義務の消滅により免れたものである。(この場合と比較して)何故に追完を自己実施により妨げた買主がより悪く扱われるべきであるのか、理解できないと言う⁴⁵⁾。

次に、より理論的・体系的な問題として指摘されているのが、BGHが強調する第437条の完結性である。これは、第326条第2項前段（および事務管理、不当利得）の適用を排除するための論理である。この点の問題点をローレンツ教授は、先に挙げた、BGHが売主の「権利」として挙げる「第二の提供」につき、それは売主の権利ではなく、買主の「間接義務」である点に関連して、次のように批判する。「民事部の見解とは反対に、立法資料には、第326条第2項後段の直接適用から生じる、売主の免れた追完費用の控除を第437条により排除するという立法者意思の指示は存在しない。むしろこの規範（第437条）から生じることは全く逆のことであり、それは、改正の明示された主たる目標の一つである、瑕疵担保権を一般給付障害法の法的救済に戻す（Rückführung）ということである。BGHがそれに対し、『第437条以下において瑕疵の場合の買主の権利が特別に規律されている』文言を示す場合⁴⁶⁾、それは債務法改正の全体の根本構想の深刻な

45) Höpfner, beck-online. GROSSKOMMENTAR, 2022, BGB § 437 Rechte des Käufers bei Mängeln, Rn.102; Faust, BeckOK BGB, Hah/Poseck, 62. Edition, 2022, Rn.45.

46) この点につき、次のような、政府草案の理由を注づけする。(原注) S. demgegenüber nur die Begr. d. RegE, BT-Dr 14/6040, S. 94: (以下、原文を翻訳)「売買契約法の予定された改正 (Neuregelung) は、とりわけ、現行法に

誤解を示している」と⁴⁷⁾。

4 要約

以上の分析・検討を前提とし、最後にドイツにおける議論について本稿との関係で重要と思われる点を今一度整理しておこう。

(1) **立法者意思の理解** まず、判例と学説との間の争いの根本には、両者の間で立法者意思の理解に違いがある、ということである。

確かに、判例が掲げる立法者意思としての「売主の第二の提供（権）」は認められる。しかし、問題はその内実である。より具体的に言えば、「追完の優位」という標語によって示される「第二の提供」とは具体的に何を意味するのか、その目的は具体的に何か、そのために民法はどのような制度（規律）を用意しているのか、ということである。これらの点が、果たして「売主の第二の提供（権）」という立法者意思において明確にされているのかということである。少なくともこの点において、本稿でも引用した政府草案の理由（Begründung）においては明確でないように思われる。この点は、上記のローレンツ教授の指摘に顕れている。その根本的問題点は、「売主の第二の提供」によって保護しようとしている売主の権利の内実は、買主の解除、減額を阻止し、代金債権を確保する点にあるが、この代金債権は買主による自己実施によっても影響されない、にもかかわらず、買主の自己実施を、「追完の優先」＝「売主の第二の提供」の保護を理由として否定している点に存する、と言えよう。

(2) **第437条の完結性と立法者意思** 次に、そこで、この点が明確にされないまま、単に「売主の第二の提供（権）」を援用し、これが遵守されていない「買主による修補」には費用償還は認められないという論法に対しては、既に3において分析・検討したように、実質的な公平性（具体的

より予定されている瑕疵担保法の独立的な規律を除去し、買主の権利を一般給付障害法に接合することを目標としている。」

47) S.Lorenz, a.a.O., NJW 2005, 1321 (1322).

正義）および民法の体系性（給付障害法〔債権総論〕と瑕疵責任〔債権各論〕との関係、さらには、債権各論〔事務管理および不当利得〕との関係）の点から、学説において疑問が提起されるのも無理からぬことである。この点で疑念を生じさせるのは、BGHが強調する「第437条の完結性」である。果たして立法者意思においてどこでこの点が明言されているのか、ということである⁴⁸⁾。この点も、既に援用したローレンツ教授の指摘（「瑕疵担保権を一般給付障害法の法的救済に戻す」ことであり、BGHの第437条の完結性の指摘は「債務法改正の全体の根本構想の深刻な誤解を示している」）により明らかにされていると言える。

(3) 追完の催告と間接義務 最後に、以上の2点の理論的核心として提示されているのが、期間を設定しての修補請求を、売主の履行義務としての買主の追完請求権を前提とした、買主の「間接義務」と規定（定義）する点である。

この指摘は、今や、履行請求権としての追完義務という理論的・体系的観点からして、売主が「履行義務」自体の履行「費用」を免れる法根拠が失われることを指摘している。今回の民法改正（債務法現代化）において、「瑕疵担保法を一般給付障害法の法的救済に戻す」ことが改正の主目標の一つであった（ローレンツ説）。この点は、以下に検討する日本法における議論に対しても極めて示唆深いものである。

48) この点は、日本法から、母法の一つとしてドイツ法を比較の対象とし、かつ三権分立の観点から立法者意思を極めて重視するドイツと異なり、立法者意思が無視される我が国の民法学界において、立法者意思を重視して解釈論を展開することを旨としている筆者のような一民法研究者からして、是非とも知りたい興味ある理論・実務状況である。

三 日本民法における議論

1 はじめに——先学の議論を踏まえつつ

「買主による修補」問題については、本稿の冒頭で文献を示しているように、改正を契機としてこの問題が直接に正面から論じられている。そして、これらの中で、一で述べた意味において、民法改正前からの学界における議論を踏まえて民法改正後の解釈論の展開がなされているのは、奥田昌道＝佐々木茂美と磯村保である⁴⁹⁾。以下では、これらの先学に依拠して、本稿の問題を深めることとする。もっとも、文献の出典年次は磯村説の方が早い、民法改正の前後を通じた追完請求権論の理論的基礎を与え展開してきたという観点からすれば、奥田説を承継する奥田＝佐々木説を先に取り上げるのが適切かつ有意義であろう。以下では、奥田＝佐々木説の検討を先ず行い、その後に磯村説を検討し探究すべき課題を得ることとする。そして、その後に、もっぱらドイツ法の議論から解釈論を提示する説を紹介する。

2 諸学説

(1) **奥田＝佐々木説** まず関連する該当箇所を挙げよう⁵⁰⁾。「問題は、設例⁵¹⁾において、不適合物を引き渡された買主が売主に対し（請負の場合は注文者が請負人に対し）不信感を抱き修補請求をすることのないまま他の

49) 冒頭に挙げた他の学説については、主にドイツ法の紹介とそれを踏まえた立場が展開されている。これらの見解は、それゆえ、四の検討の際の対象とすることとしたい。

50) 奥田＝佐々木・前掲222頁。

51) 「例えば、買主において引き渡された目的物を保持したまま売主に対して目的物の修補に代えて修補費用を請求するとき」である。ここでの問いは、このとき「の要件はどのように考えるべきであろうか」というものである（奥田＝佐々木・前掲222頁）。

業者に依頼して修理・修繕してもらいその費用を修補に代わる損害賠償として請求する場合であり、このような事例は、実務上ままみられるところである。この場合、⑦説⁵²⁾では、上記の判例の立場⁵³⁾とは異なり415条1項ただし書の事由が損害賠償請求権発生の障害事由となる。一方④説⁵⁴⁾では、履行が可能である限りまず催告と修補請求を優先すべきものとなるため直ちに上記の修補に代わる損害賠償を請求すること自体認められないことになるが、このような契約不適合物の売主が修補費用の賠償請求を免れ

-
- 52) 「⑦415条1項適用説は、同条2項の規定は不完全な履行がなされたにとどまる場合の損害賠償請求権を射程に含んでいないとして、この場合は基本規定である同条1項の枠内で処理されるから、同条2項の解除権の発生等を考慮する必要はないとしている（原注22 筒井＝松村・341頁、76頁参照。その上で、同書341頁は、軽微な契約不適合が存するにとどまる場合にも損害賠償請求が可能であるとする。）」（奥田＝佐々木・前掲222頁、227頁）。
- 53) これは、「最判（二小）昭52・2・28集民120号201頁、金判520号19頁、最判（三小）昭54・3・20集民126号271頁、判タ394号60頁」を指す（奥田＝佐々木・前掲221頁）。そして、これらの「判例」「は、請負における注文者の請負人に対する損害賠償（改正前民法634条2項参照）の要件に関し、『仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なときであっても、修補を請求するとなく直ちに修補に代わる損害賠償を請求することができる』として、注文者が請負人に対して修補請求権を有している場合においても、直ちに修補に代わる損害賠償を請求することができる」と述べる（奥田＝佐々木・前掲221頁）。
- 54) 「④415条2項適用・準用説は、追完が不能のとき、債務者が追完をする意思がない旨を（確定的に）明らかにしたとき、債務が契約によって生じたものである場合において当該契約が一部解除され、若しくは債務の不履行による契約の一部解除事由又はそれに相当する自由（追完が可能であるにもかかわらず、催告をしても追完がなされなかった場合）が存在するときに、追完に代わる損害賠償の請求が認められるとしている（原注23 潮見・I 483頁。潮見・ブラクティス133頁参照。この見解では、原則として履行の催告が必要となる。この見解は、その根拠を『履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権のパラレル構造と、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権のパラレル構造との同質性』に求めている。）」（奥田＝佐々木・前掲222頁、227頁）。

ることは（同様に563条の要件も欠くため代金減額請求も免れることになる）妥当ではないと考えられる。

追完請求権である修補請求権については、履行請求権と同じく、債務不履行の効果ではなく、売買（あるいは、請負）契約の効果と捉えることができるから、売主（請負人）の帰責事由の有無は問題とならない。しかも、修補費用の賠償は、修補義務の履行費用であって一般的な損害賠償とその性質を異にしていると考えられるから、上記判例の基本的な考え方と同じく、追完請求権である修補請求権の行使をすることなく、直ちに修補に代わる損害賠償として請求できると解すべきである⁵⁵⁾。」

(2) 磯村説 磯村（保）は、今回の民法改正のなかにあつて、既に改正草案（実質的には改正民法と同一と見てよい。）を対象とし解釈試論を提示された。その内容の要点は、買主の追完請求権の一種である修補請求権につき、それは「履行請求権の延長」としての「履行の追完」を求める修補請求であることから、その債務の履行に要する費用を、「弁済の費用」（第485条）として債務者の帰責事由を必要としないで請求できること、あるいは、賃借人の必要費償還請求権（第608条）類似の関係にあることから、不当利得返還請求権（第703条、第704条）であることを根拠として基礎づけるものである。

(3) ドイツ民法の議論から解釈論を提示する説 この立場として、既にドイツ法の議論で紹介した際に触れた、ローレンツ説を嚆矢とするドイツ民法第326条第2項後段を援用する立場または不当利得（第703条、第704条）を根拠とする説が主張されている⁵⁶⁾。日本法の解釈への援用についても、類似

55) 原注24)「売主は修補義務を負っておりその債務の履行に要する費用は債務者が負担すべきであるとして同旨を述べるものとして、磯村・前掲注11)72頁参照（改正前民法かの議論状況については、山本・290-292頁参照）。なお、それぞれの契約類型の特質に応じて追完に代わる損害賠償の要件を設定すべきとする見解として、潮見ほか・詳解138頁〔田中洋〕参照。」（奥田＝佐々木・前掲228頁）。

の規定（日民第536条第2項）が存在することから、あり得る立場である。

以上に対し、第536条第2項（後段）ないし類推適用および不当利得（第703条）の双方の規定の適用を否定し、費用償還を否定する説がある⁵⁷⁾。この説（田中（宏）説）は、とりわけ、「磯村保説に対する疑問」として、「ドイツの連邦通常裁判所がこだわるように、売買の特別規定が置かれていない事柄について、契約総則の規定を適用することに慎重であるべきならば、ますます、——契約の規定のさらに外にある——不当利得規定（民法703条）の適用は難しい」と言い、「また、追完の催告をせずに自身の修補によって追完請求権を消滅させた買主は、実質的には、自らの意思表示によって追完請求権を放棄し消滅させた買主と同等と評価すべきである」として、不当利得構成を批判する。

3 検 討

（1）**奥田＝佐々木説** 奥田＝佐々木説には既に長年にわたるそれまでの奥田説による履行請求論の蓄積を踏まえた内容が凝縮されている⁵⁸⁾。この点を踏まえ、本稿の観点から改めてその内容を整理しておこう。

第1に、「このような事例は、実務上まみられるところである」と記す点、第2に、買主自身の修補の場合において売主が修補費用の賠償請求（および代金減額請求）を免れることは妥当ではないとする点、第3に、損害賠償請求と売主の帰責事由との関係につき、追完請求である修補請求権は「契約の効果と捉えることができるから、売主（請負人）の帰責事由は

56) 萩原・前掲115頁以下、古谷・前掲338頁。

57) 田中（宏）・前掲421頁。

58) この点については、拙稿「改正民法における『追完請求権』論序説」法学新報124巻11・12号（2018年）1頁（8頁、20頁）、拙稿・前掲「『修補に代わる損害賠償』論序説——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——」69頁～70頁を参照されたい。もっとも、奥田＝佐々木説には、民法改正前の奥田説と比較すると重要な変更（「契約の効果」論）があるようにも思われ、これは稿を改めて検討すべき重要な問題である。

問題とならない」(傍点は引用者)と記す点、最後に、「修補費用の賠償」は、「修補義務の履行費用」であるから、「一般的な損害賠償とその性質を異にしている」と記す点、これら4点である。

第1点は、日本においてこの問題が生じる社会(経済)的背景が簡潔に記されている。すなわち、「買主が売主に対し(請負の場合は注文者が請負人に対し)不信感を抱き修補請求をすることのないまま他の業者に依頼して修理・修繕してもらいその費用を修補に代わる損害賠償として請求する」と述べている部分である。これは、既に筆者も請負の分野において、実務家の指摘を受けて⁵⁹⁾、指摘していた点でもある⁶⁰⁾。ドイツにおける議論とは異なり、日本における独自の実態を考慮して解釈論が展開されてきたものであり、本稿においても解釈論の重要な背景(実態)を成している。

第2点は、既に本稿の冒頭に述べた問題の所在においても指摘したことであり、買主(注文者)・売主(請負人)間の不公平の問題であり、広く一般には買主(請負人)の不当利得の問題に至る。後述のように、「契約の効果」として生ずる履行請求権の不実現という観点から、買主(債権者)の利益の確保という点において、売主/請負人に対する修補費用の請求を否定することは問題である点が指摘されていると言えよう。

第3点は、既に指摘しているように、これは、鳩山・我妻を代表とした改正前の通説が、帰責事由を必要とする不完全履行(債務不履行)の効果であることを前提としつつ、その特則として請負人の無過失責任を根拠づけたのに対し、奥田説が、既に「本来の履行請求権」の問題であり、「未履行」の問題である点から根拠づけた自身の立場を踏まえ、「契約の効果」という術語で表現したものであろうか。その体系的意義は、このような構成により、修補義務の履行が、一次的履行が尽きて二次的責任たる損害賠償の段階、すなわち不完全履行という二次的責任段階の問題ではなく、な

59) 定塚孝司「建築工事に伴う訴訟」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座(10)』(1970年、日本評論社)271頁。

60) 拙著『請負における瑕疵担保責任〔補訂版〕』(2009年、成文堂)4頁。

お履行段階の問題であることを明確にしている点にあらう。そして、そこから「損害賠償」の内実を、履行責任であることとして基礎（根拠）づけるものであるように思われる。

最後の第4点は、第3点とも関連するが、損害項目の一つとしての「修補費用」は、「損害賠償」とは言うものの、「修補義務」という「履行義務」の「履行費用」であるとしている点である。第3点を含め、修補費用が、「一般的な損害賠償とその性質を異にしている」とはこのことを言わんとするものであらう。

(2) 磯村説 磯村説は、「修補費用」を、「履行請求権の延長」としての「履行の追完」として捉える点に重要な意義が存する。これは、「契約の効果」と捉えられる履行請求権の貫徹を基礎とし、「修補義務の履行費用」と捉える点で、奥田＝佐々木説と同様の体系的な位置づけと論理に基づくものであると考えられる。そのうえで、「買主による修補」の費用問題を、415条の損害賠償（責任）問題と明確に切り離し、この点を醇化して法根拠を求める点に、磯村説の独自の解釈的意義がある。すなわち、磯村説は、改正前における（注文者の）修補請求につき帰責事由を必要としないものとして理解されていた損害賠償請求（旧第634条第2項）を前提とするものの、改正後における損害賠償請求に帰責事由を必要とすることが改めて明らかとなった点を考慮し、議論を二段階に分け、帰責事由を有しないものとしての修補費用請求の法根拠を明示しようとするものであると推測し得、意義深いことである。

磯村説については、以上の二段階の論理を確認し、その意図および意義に賛同したうえで、なお、二段階目の法根拠に関する部分につき、以下の点を指摘しておきたい。

まず、第485条は、旧民法財産編第468条第3項（「弁済ノ其他ノ費用ハ債務者之ヲ負担ス」）を改正したものであり、旧民法財産編第468条第3項の主眼は、弁済の「其他ノ費用」との文言からも推測されるとおり、その立法者意思は以下のとおりである。本条項は「之（弁済の費用）ヲ債務者ノ負

担トセリ何トナレハ此費用ハ債権者ノ為メニ要スルモノニ非ラスシテ債務者ノ為メニ必要ニシテ主タル債務ノ従タルモノト謂フ可ケレハナリ今弁済費用ノ一ニヲ例示センニ受取証書ノ印税及ヒ公証人ノ費用ノ如キ即チ是ナリ」と。この旧民法財産編第468条第3項を受けた現行民法第485条について、起草者（穂積陳重）は、「大体ノ主義ニ於テハ既成法典（旧民法）ト少シモ異ナル所ハアリマセヌ」（下線部は引用者）というものであった⁶¹⁾⁶²⁾。

現在の学説が、本条の「弁済の費用」を「具体的には、運送費・荷造費・為替料・関税・登記料・債権譲渡のさいの通知費などである」とする⁶³⁾所以である。債権者の利益でありかつその中核をなす「本来の履行請求」の延長にある「修補」に代わる「修補費用」と、「債務者のために必要」な「主たる債務の従たるもの」としての「弁済の費用」とは、同じ「費用」文言が使用されているものの、立法者意思および沿革の文言、さらにそれを踏まえた同文言の性質・内容からして、両者は質的に異なるものであるようにも思われる。

また、直接の根拠は、第703条、第704条の不当利得返還請求権であるものの、その前提として援用される賃借人の必要費償還請求権（第608条）との類似性を指摘される⁶⁴⁾。もっとも、賃借人が既に契約不適合の目的物の

61) 磯村・前掲72頁。

62) 法典調査会民法議事速記録18巻32丁裏。

63) 磯村哲編『注釈民法（12）』192頁〔北川善太郎〕、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（1992年、悠々社）519頁、前田達明『口述債権総論〔第三版〕』（1993年、成文堂）455頁。

64) 不当利得を根拠とする点については、田中（宏）・前掲420頁は、「磯村保説に対する疑問」として、「ドイツの連邦通常裁判所がこだわるように、売買の特別規定が置かれていない事柄について、契約総則の規定を適用することに慎重であるべきならば、ますます、——契約の規定のさらに外にある——不当利得規定（民法703条）の適用は難しい」と言い、「また、追完の催告をせずに自身の修補によって追完請求権を消滅させた買主は、実質的には、自らの意思表示によって追完請求権を放棄し消滅させた買主と同等と評価すべきである」として、不当利得構成を批判している。しかし、筆者が本文中で述べている疑問は、

“修繕”等をみずから実施しその費用を支出したことが前提とされており、その請求には、既に支出した「必要費」が要件とされている。それゆえ、買主／注文者が実際に修補を行いその費用を基礎として売主／請負人に「修補費用」を請求する場合は確かに妥当するが、修補に代えた即時の「修補費用」請求が問題とされる場合には、なお径庭が存在するようにも思われる。この点は、その前提にある不当利得返還請求権自体に関しても、不当利得の類型論における「費用利得」の返還請求を問題とするものであり、同様の意義と問題を指摘し得るであろう⁶⁵⁾。

以上に対し、田中（宏）説が、「磯村説に対する疑問」として展開している上記注64)の批判は、まず、既にドイツの議論において見たように、学説において多面的な批判を受けているBGHの立場を前提とするものであり、ドイツ法における学説を含めた共通の認識に基づくものではない。また、「追完請求権を放棄した」と捉える点については、既に紹介し検討した、売主の修補義務／買主の履行請求権の具体化である修補請求権であるという前提に立つ場合、自らが修補することは、ローレンツ教授の「間接義務」論からすれば、仮に買主が「放棄した」と解し得るとしても、それは追完請求権自体ではなく、せいぜい減額請求権(563条)、解除請求権(564条、541条)である、と言うべきである。しかも、田中（宏）説では、もっぱらドイツの解釈論が前提となっており、磯村説が前提としている記述の日本における追完請求権論の史的展開も考慮されていないように思われる。これらの点を考慮すると、果たしてこの指摘が二段階を構成する磯村説を踏まえたうえでの正当な批判となっているのか。疑問なしとしない。

(3) ドイツ法の議論から解釈論を提示する説 まず、田中（宏）説については、以上の疑問を前提とし、むしろ自ら修補することにより「追完請求権を放棄した」（意思表示）と解釈して、追完費用の償還を否定する立場

田中（宏）・前掲の批判内容とは質的に異なっており、不当利得的側面を承認しつつ、あくまでその法根拠の適切性・妥当性を問題とするものである。

65) 以上の点の検討については、なお今後の課題としたい。

は、双務契約の他方当事者（売主）の利益（代金債権の確保）という観点からしても、既にドイツ法の議論において触れた如く、売主に過ぎたるを与えるものであるゆえに却って不公平であり、この点を正当化する論拠としては、なお薄弱であるように思われる（BGHもこのような論理は援用していない）。また、日本法の追完請求権論の史的展開からしても、履行請求権の性質を有する修補請求権の本質に加え、ドイツにおいて展開されている「間接義務」論（ローレンツ説等）からすれば、理論的・体系的観点からしても、「追完請求権の放棄」と解釈することは形式的に過ぎ、説得力を欠くように思われる。

次に、ド民第326条第2項の適用（ないし類推）をスライドさせ、日民第536条第2項の適用（ないし類推）を主張する立場について一言しておこう。この立場は、確かにドイツの議論においては、ローレンツ説をはじめ少なくない学説の採る立場である。筆者も一定程度魅力を感じる議論である。もっとも、既に検討した如く、ドイツにおける議論においてこの立場が援用されるに至った経緯・背景には、本稿においては今や言うまでもなく、BGHがスローガンのように述べる「追完の優位」=売主の第二の提供=売主の代金債権の保護のために、買主の解除、減額を阻止する目的を有する期間設定の目的を超え、修補費用の償還までも否定するという（立法者意思としても明確ではない）過剰な売主保護を正当化する論理を否定するために、ローレンツ教授を始めとして学界が提示したいわば「苦肉の策」とも言える法的構成であるという一面を有する法律状態が存する。翻って、日本民法においては、先に述べた如く、「買主の修補」問題は、債権法においては、総論および各論（請負）において、「修補に代わる損害賠償」（旧第634条第2項）問題として、ドイツに先んじて、経済界の実態をも踏まえ、判例学説において展開され定着されてきた追完請求権の史的展開⁶⁶⁾に加

66) この点については、拙稿・「『修補に代わる損害賠償』論序説——民法旧第六三四条削除の意義を温ねて——」において詳論している。

え、民法改正の議論においてもこの点を踏まえた十分な議論がなされていない点を加味するならば、民法改正前までは「修補に代わる損害賠償」について権利者であった債権者（注文者）が、民法改正後は一転して、「債権者（買主／注文者）の責に帰すべき事由」による修補義務の履行不能として理解することを意味することになる。このことは、日本におけるこれまでの法律状態（追完請求権論および判例）との関係でも、民法改正においても議論されなかったにもかかわらず、買主／注文者対売主／請負人間の極端な立場の交替を前提とするものである。費用償還を肯定する立場である点を十分に評価しつつも、彼の地でいわば苦肉の策として展開されている解釈論を単にスライドさせる観を呈していないとも言えず、民法改正後の日本においても十分な説得力を有する法根拠であるかはなお検討の余地があるように思われる。この点で、もっぱら比較法の見地からのみドイツの見解をスライドさせて提示されている第536条2項適用（ないし類推適用）説には、なお賛同を留保しておきたい。

四 むすびに代えて

1 要約

本稿では、一方で、既に民法改正以前から、債務法現代化のための民法改正が行われたドイツ（2001年）において、改正後ほどなくして生じた「買主自身の修補」問題につき、早くから先学によりドイツの議論が紹介され、他方で、日本においては、この問題が既に債権法における不完全履行論の生成と展開の過程において戦前から議論され、総論では不完全履行の要件論・効果論において、各論では特に請負契約における「仕事の瑕疵」の場合の旧第634条第2項における「修補に代えて」の損害賠償請求における要件論として議論されてきた追完請求権論を踏まえ、にもかかわらず、民法改正過程において十分に議論がなされなかったが故に生じた重要な解釈問題として位置づけて検討を行ってきた。この点を確認し、最後に、買主

による修補の場合に買主は売主に修補費用を請求できるかについて、試論の方向性を示しておきたい。

2 解釈試論の方向性

既に述べた点からすれば、買主の売主に対する修補費用の請求を肯定する立場を前提としたうえで具体的な法根拠をどこに求めるかが問題となる。この点については、奥田=佐々木説および奥田=佐々木説と基本的に同旨である磯村説を基本として考える。その際、意識的に具体的な法根拠を示している磯村説について指摘した問題を措き、奥田=佐々木説においては、以下の点を考慮することとする。

2017年の民法改正までの奥田説の前提には、当時の法律状態においては「修補に代わる損害賠償」を規定していた民法旧第634条第2項の規定が存在し、かつ同条の責任が無過失責任であると解されていた点が存在した。これに対し、2017年の民法改正により、旧第634条第2項が削除され、売主の担保責任における損害賠償責任の有責性が改めて確認され(564条、415条)、かつ第562条に「買主の追完請求権」として、「目的物の修補」請求権が明文化された(磯村説は以上の点を明確に意識して解釈論を展開している)。以上を前提とし、民法改正後の奥田=佐々木説は、瑕疵修補請求権の法根拠を「契約の効果」としているが、その意味は何か、また第562条で規定された「追完請求権」の一内容としての「目的物の修補」請求権と「契約の効果」としての修補請求権とはどのような関係にあるのか、すなわち法解釈(562条)と契約解釈の関係をどのように理解するかを踏まえて試論を展開する必要がある。

その際、とりわけ、奥田=佐々木説の「契約の効果」論は、それまでの奥田説の履行請求権論とどのような関連を有するののかということが重要である。ここでは、十分に論ずることはできないが、この関係で想起し得るのが、今次の民法改正過程の当初から学界の一部で主張されてきた「新たな契約責任論」における「履行請求権」の位置づけ⁶⁷⁾との関係である。す

なわち「契約が履行されない場合に他の救済手段と並んで認められる一つ手段である」とみる「レメディ・アプローチ」のうちの、「契約効果一元論」といかなる関係を有するのか、という点である⁶⁸⁾。なお、このレメディ・アプローチが、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権をパラレル構造とし、これは履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権とのパラレル構造と同質である⁶⁹⁾とする。

筆者は、かつて、今次の民法改正において早くから問題となっていた「追完請求権」論については、二つのアプローチがある点に関心をもってきた⁷⁰⁾。この二つのアプローチのうちの「契約効果一元論」と、奥田=佐々木説の「契約の効果」論とはどのような関連を有するのか、また有しないのか。それは、民法改正前の奥田説と民法改正後の奥田=佐々木説の関係如何ということでもある。

また、奥田=佐々木説が、売主／請負人に修補請求をしないで自身で修補しその費用を請求できる点を指摘しつつ、最終的な条文上の根拠が明示されていない点をどのように考えるべきか、という点も問題となる。というのも、この問題（修補を請求しないで〔損害賠償として〕修補費用を請求できる法根拠）は、既に繰り返し指摘した如く、民法改正前に明文上の根拠（旧

67) 潮見佳男「総論——契約責任論の現状と課題」『契約責任論の再構築（2006年日本私法学会シンポジウム資料）』NBL別冊No.51（1998年、商事法務）84頁は、「新たな契約責任論」として、「契約を基礎に据えて、契約責任の問題を考える」とし、同90頁の山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」は、その具体的内容は、「①契約責任の問題を債権・債務の発生原因である契約に接合して構成し、②損害賠償責任と③解除も契約の拘束力から導かれる」とし、「④履行請求については、これを単純に債権の本体的な効果とみるのではなく、他の救済手段と並ぶものとして捉えようとする考え方」である、と言う。

68) この点については、拙稿「改正民法における『追完請求権』論序説」法学新報124巻11・12号（2018年）1頁（18頁）でも簡単ではあるが要約しておいた。

69) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（2017年、信山社）483頁。

70) 拙稿・前掲「改正民法における『追完請求権』論序説」。

第634条第2項）を有し、かつ無過失と解してきた法律状態から、明文の規定（旧第634条第2項）が削除され、却って第562条で買主の追完請求権が規定され、第415条の有責性を前提とする売主の担保責任（第564条が準用する第415条）が明文化されたことを考慮するならば、民法改正前の解釈論の延長のみでは、改正後の、しかも明文化された第562条を前提した解釈論としては、なお充分とは言えないようにも思われるからである⁷¹⁾。

以上の点を考慮し、別稿において解釈試論を展開する点を確認してひとまず本稿を閉じることとする。

（本学法学部教授）

71) 以上における奥田=佐々木説についてはなお、奥田=佐々木前掲（8頁およびそこにおける注5）を参照。なお、これらの点については、森田修『『債権法改正』の文脈——新旧両既定の架橋のために 第九講 売主の担保責任：一般債務不履行との関係を中心に（その3）、（その4）』法教448号（2018年）80頁（89頁）、同449号（2018年）70頁（78頁）（なお、これらは、森田修『『債権法改正』の文脈——新旧両既定の架橋のために』（2020年、有斐閣）で纏められている）も参照されたい。