

Title	ドイツ新債務法における追完詰求権と買主の義務
Author(s)	田中, 宏治
Citation	阪大法学. 2006, 56(2), p. 93-112
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54842
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

ドイツ新債務法における追完請求権と買主の義務

田 中 宏 治

序 文

第一章 瑕疵ある目的物の滅失

第二章 買主自身の瑕疵修補

要 約

序 文

「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」(阪法五五卷三・四号二〇七頁(二〇〇五年二月))では、ドイツ新債務法(二〇〇二年施行)の今日的課題の一つとして、担保責任の問題を扱った。それは、売買の節には規定されていない危険負担の利益償還請求権に関する総則の規定は担保責任として生じる権利に適用されるのかどうか、という問題であった。ドイツでは、昨年(二〇〇五年)二月の最上級審(連邦通常裁判所)判決⁽¹⁾によって、適用されないという見解(否定説)が示された。それに対して、判決に納得しない見解が有力に主張されていた。

前稿では、そこでの論争は何についてのものであるのかを示すことを試みた。本稿は、論争についての理解を深

めつつ、その後の議論を紹介することを試みるものである。その際、主として依拠するのは論争の中心人物たるローレンツ教授の最新論文⁽²⁾である。この論文は、昨年二月の連邦通常裁判所判決⁽⁴⁾において、教授が従来から主張してきた論理に沿う——義務 (Obliegenheit) という——言葉遣いがなされたことを契機として執筆されている。

順序としては、瑕疵ある目的物引渡後の滅失、という典型的な不能における解除及び利益償還請求権の論争を紹介してから(第一章)、買主自身の瑕疵修補の問題に帰ることにしたい(第二章)。不能の典型たる滅失の場合との比較によって、買主自身の瑕疵修補の論争の理解が深められるように思うからである。

ところで、買主自身の瑕疵修補の論争の中で問題とされた法適用について予め短く説明しよう。――

債務法における売買の節(正確には、第八章「債務関係」第一節「売買、交換」、四三三条から四八〇条までは、売買及び交換について特別に定められた部分であり、債務法における各則の一つである。その前には、二四一条から四三二条まで総則の規定が置かれている⁽⁵⁾)。したがって、売買及び交換を発生原因とする債務については、当該各則、つまり四三二条から四八〇条までの規定が適用されるのもちろんである。それに加えて、総則、つまり二四一条から四三二条までの規定も適用される可能性がある。

ところで、各則と総則との適用領域が重複するときは、各則が総則の適用を排除する、つまり各則だけが適用されるのもちろんである。では、売買の節に、買主の権利についての規定が存在するときは、(買主は債権者でもあるのだから)総則の中の債権者に権利を与える規定は適用が排除されるのだろうか。つまり、売買の各則の存在は、総則の適用を排除することにこそ意義があると考えて、買主に与えられる権利は買主としての権利だけであり、債権者としての権利は与えられないと考えるべきだろうか。それとも、各則の適用領域は、あくまでも、総則の適用

領域の部分集合に過ぎないと考えて、——適用領域が完全に重複しない限りは——債権者としても権利が与えられると考えるべきなのだろうか。

従来の拙稿⁽⁶⁾におけると同様にここでも、私はドイツ民法学の姿を紹介することだけを意図している。わが国の民法典の解釈学説を論じようという意図は無い。

なお、以下で引用する法律はいずれもドイツ連邦共和国法である。

第一章 瑕疵ある目的物の滅失

一 問題提起

瑕疵ある目的物を引き渡された買主は、追完請求権 (Nacherfüllungsanspruch) を取得する (四三七条一号及び四三九条一項)。そこでは、売主はどのような形 (modus) で追完すべきか、つまり、追完請求権の目的たる給付は何か、が第一に問題となる⁽⁷⁾。それと並んで議論される問題は、売主の担保責任 (各則の規定) が、総則の規定をどの程度排除するか、という問題である。

売主の担保責任と——売主は債務者でもあるから——債務者の債務不履行責任との関係をどう理解するか。その問題は、日本民法典の解釈論としても、法定責任説・契約責任説の論争として余りにも有名かつ重要である。もちろん、わが国の論争の参照先としての——二〇〇一年までの——ドイツ旧債務法における論争についても、紹介されてきているところである。しかし、そこで「担保責任の法的性質」として問題にされてきたのは、要するに、担保責任は債務不履行責任の一つかどうか、つまり、担保責任に関する法は、債務不履行法を一般法とする特別法かどうか、という問題であった。

ところが、本稿で取り上げる問題はそうではない。ここでは、担保責任に関する法は、債務不履行法を一般法とする特別法であるということを、まず認める。その上で、その「特別法」という言葉の意味が問題にされているのである。

パンデクテン式法典編纂を採用する国（ドイツ・日本）において、各則として売買の節に規定された「売主の担保責任」が、総則に規定された「債務者の債務不履行責任」の特別法であるならば、いかにもそれは、法典の体裁に合致している。各則は総則の特別法たるべきだからである。そして、元来、各則（特別法）は、総則（一般法）の中から特殊の事項を特別に取り扱おうという趣旨に出るものである。したがって、各則と総則の適用領域が重複するときは、各則は、総則に優先して適用される（「特別法は一般〔諸〕法を破る〔制限する〕」〔*Lex specialis derogat legi generali*〕）。総則は各則の適用が及ばない領域についてだけ補充的に適用されるのである。

しかし、適用領域が重複するか否か、の判断は必ずしも容易ではない。売買の場合で言えば、次のようになる。瑕疵ある目的物の引渡後の買主の権利（売主から見れば売主の責任）として、「売主の担保責任」が規定されている。そこから、ある論者は、「売主の担保責任」に規定されていない買主の権利が、債権者の権利としてなお総則の補充的適用によって生じる余地があると主張する（各則の適用領域は総則の適用領域の部分集合だという理解である）。それに対して他の者は、「売主の担保責任」が各則に規定されているということは、買主はそこに定められている権利だけを取得できるという趣旨であり、買主がそれ以外の権利を債権者として総則の規定を根拠にして〔経由することによって〕取得することは許されない、と主張するのである。

つまり、瑕疵ある目的物の引渡しを受けた買主には、各則（売買）の規定を根拠とする権利が認められるのもちろんである。が、総則の規定を根拠とする権利もそれに加えて認められるかどうか、である。

これが、本稿で扱う問題である。ドイツでは、前者を一車線(単線) (Einspurigkeit)、後者を二車線(複線) (Zweispurigkeit) の思考様式と比喻で言う。結論から言えば、ドイツ新債務法の売主の担保責任に関しては、判例は明確に後者、つまり二車線(複線) の立場を採っている⁽⁹⁾。そして、それに納得しない非常に有力な学説が説得力溢れる批判を展開している。そのような構図を念頭に置くことが差し当たり便宜であろう。

二 買主の第一次の権利としての追完請求権

瑕疵ある物を引き渡された買主の権利、つまり、売主の担保責任として新債務法が定めているのは、第一次としては(その意味は後述する)、追完請求権である(四三七条一号、四三九条一項)⁽¹⁰⁾。

そして、売主が瑕疵ある物を給付することは、「売主は買主に目的物を、物の瑕疵も権利の瑕疵もなく取得させなければならぬ。」(四三三条一項後段) という売主の債務(給付義務) の不履行にもあたる⁽¹¹⁾。したがって、買主の追完請求権が生じるときは、その陰で、——仮に売主の担保責任の規定が存在しなければ適用されたはずの——債務者としての売主の債務不履行(給付障害) に基づく債権者としての買主の権利を根拠づける規定の適用が排除されることになる⁽¹²⁾。

その追完請求権は、契約から生じた当事者の意思表示どおりの(約定の) 請求権ではなく、売買という各則が特別に買主に与える(法定の) 権利である⁽¹³⁾。したがって、一方で、追完請求権の発生・消滅について、売買の節(つまり各則) の規定が適用されるのは自明である。例えば、消滅時効期間は、各則における二年という特別の定めが適用される(四三八条一項三号)。それは、民法総則の三年という債権一般についての消滅時効期間(一九五条) の特別法である。他方で、追完請求権の発生・消滅について、売買の節(つまり各則) に加えて総則の条文が適用され

るかどうかは自明ではない。それが論点となっているのである。

ここで、追完請求権が第一、次の買主の権利だという言葉遣いの意味を説明しておきたい。それは、当事者の意思表示（つまり契約）の目的たる本来の給付の実現を求める権利が、解除、代金減額及び損害賠償というその他の（第二次の）諸権利に優先して、（引渡後の）買主に——相変わらず——認められる、という意味である。具体的に言えば、瑕疵ある物を引き渡されただけでは、買主には、解除、代金減額及び損害賠償という第二次の諸権利は直ちには与えられない。そうではなくて、買主には、売主に追完（契約どおりの給付の実現）を求める権利だけが与えられる（四三七条一号）。具体的には、「買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵の修補又は瑕疵のない代物給付を請求することができる。」（四三九条一項）。要するに、——目的物が簡単に直りそうであれば——直してくれ、又は、——直りそうもなければ、あるいは、修理したものでは嫌なのであれば——交換してくれ、と修補又は代物のどちらかを選択して求められるのである。

三 買主の第二次の権利としての解除・代金減額・損害賠償

これに対して、第二次の諸権利は、どのようにすれば得られるのだろうか。それは、追完を求める相当の期間の設定、すなわち催告と催告期間の徒過が要件となっている（四三七条二号、三三三条一項、四三七条三号、二八一条一項前段）。要するに、売主には先ず必ず（当事者の意思表示どおりの本来の給付の実現という）追完の余地が与えられる。同時に、買主は先ず必ず追完を待たなくてはならない。そういう仕組み、言い換えれば、売主・買主とも契約当時の自らの意思に差し当たり拘束される仕組みになっているのである。⁽¹⁴⁾ 一方で、売主には追完権（Nachbefüllungsrecht bzw. Recht zur zweiten Andienung）がある、とも表現できる。⁽¹⁵⁾ 他方で、これを買主の行為規範としてみると、売主に

追完の機会 (Zuwendung) を与えることが買主の義務 (Pflicht) だ、とも表現できるのである。¹⁶⁾

そうすると、瑕疵ある物を引き渡された買主の第一次の権利としての追完請求権は常に認められる。それに対して、第二次の諸権利としての解除、代金減額及び損害賠償は、売主に追完の機会を与えて初めて認められることになる。¹⁷⁾

四 瑕疵ある目的物の滅失

では、次のような場合にはどうなるのだろうか。――

特定物の中古自動車の買主が引渡しを受けた目的物 (自動車) にはブレーキの不具合 (瑕疵) があった。その時点では、買主は、第一次の権利としての追完請求権だけを持っていた。したがって、買主としては修補 (追完) の催告をして、催告期間が徒過すれば、第二次の諸権利も得られるはずであった。しかし、買主が催告をしないといううちに、買主の不注意なくして、偶然によって自動車が滅失し、追完が不能 (unmöglich) となったとしよう (特定物債務における目的物の滅失は不能の典型である)。

このときは、買主に無催告解除権が認められる。文理解釈によって導かれる (四三七条 五号、三二六条五項¹⁸⁾)。買主は、代金債務を免れられるのである (代金債務を既履行のときは売主に代金返還義務が生じる (三四六条一項¹⁹⁾)。

それでは、買主が催告をしないといううちに、買主の不注意によって自動車が滅失し、追完が不能となったとしよう。この場合には、どのように考えるべきだろうか。

五 解除否定説

ある論者は次のように考える。――

論

追完が偶然に不能となれば認められたであろう買主の無催告解除権（四三七条二号、三二六条五項）は、認められない。なぜならば、不能について責任ある（verantwortlich）⁽²⁰⁾買主には、例外的に解除権は発生しないからである（三二六条五項が準用する三二三条六項）（多数説）⁽²¹⁾。

第三二三条第六項 解除権が発生する事由について債権者のみ又はほとんど債権者の責任である（allein oder weit überwiegend verantwortlich）とき、又は債権者の受領遅滞中に債務者の責めに帰することができる事由が生じるときは、

契約の解除をすることができない。

結局、買主は、追完を求めることもできない（二七五条一項）。また、解除して代金債務を免れることもできず、代金を支払わなければならない。

では、買主のそのような不利益はどのようなにして正当化されようか。それは、催告をしなかったという事実だけでは説得的に正当化できないであろう。むしろ、追完が可能ならちに催告がなかったために売主の追完が不能となった（売主の追完の機会が奪われた）ことが買主の責に帰することができる（zurechenbar）ということであろう。言い換えれば、「瑕疵ある物の引渡後の買主の行為態様」が売主の追完の機会を奪うとき、それは――義務（Obliegenheit）⁽²²⁾判例の言葉遣いによれば――買主の義務違反（Obliegenheitsverletzung）となり、買主の不利益を正当化するのである。

他方で、売主は追完を免れたことによって、その追完のために支出したであろう費用を免れ（四三九条一項）、利

益を得ている。したがって、その利益を買主に償還しなくてはならない（三二六条二項後段⁽²³⁾）。確かに、売買の節に列挙されている買主の権利の中には、右の利益償還請求権は存在しない。むしろ、利益償還請求権の発生は、総則に位置する三二六条二項後段を根拠としている。しかし、それは、特別法が存在しない、というだけである。特別法が存在しない領域については、一般法が適用される。したがって、総則の三二六条二項後段が適用されて、利益償還請求権が発生する、という論理である。

六 解除肯定説——立法者意思——

他の論者はこれを次のように批判する⁽²⁴⁾。その理由は、第一に立法者意思、第二に文理解釈である。

第一の立法者意思について、債務法現代化法の政府草案理由書には、三三三条六項を適用することによる買主の解除権否定を積極的に示唆する記述は存在しない。そのみならず、解除権の肯定を次のように明言しているのである。すなわち、——

「〔政府〕草案によれば、返還すべき物を解除権者が故意に滅失させたときでも、解除権は原則として残る。この結論は支持されるべきである。故意による滅失が解除の意思表示より後に生じたとすれば、現行法でもそうであるが、解除権者は損害賠償義務を負いつつ、三四六条に基づく原状回復請求権を持つのである。ついでながら、極端な事件であれば、解除権者の請求に対しては、権利の濫用の抗弁で対抗できるであろう。」⁽²⁵⁾

「物の瑕疵又は権利の瑕疵ある乗用車が買主の運転中に交通事故で大破するならば、その事故が解除の意思表示の直前か直後かは、法律上の効果には無関係である〔いずれにしろ解除を認める〕のが当然であろう。」⁽²⁶⁾

つまり、右に見た、解除否定説に拠ってしまうと、目的物の滅失が解除の意思表示の前であれば、買主は解除が認められずに代金債務を免れないのに対して、仮に目的物の滅失が解除の意思表示の後であれば、一方で解除の効果として代金債務を免れ、他方で金銭による価額賠償をしなくてはならない(三四六条一項前段三号)という法律上の差異が生じるといふ指摘である。⁽²⁷⁾

七 解除肯定説——文理解釈——

第二の文理解釈について、三二三条六項の文言からすると、「債権者のみ又はほとんど債権者の責任である」事由がないと三二三条六項は適用できない。だから、それはこの事例には適用され得ない、と批判する。

すなわち、この事例での買主の解除権発生事由は、常に二つの要素の組み合わせである。つまり、①瑕疵ある目的物の引渡しと、②引渡後の追完の不能である。①瑕疵ある目的物を引き渡したのは売主である。したがって、いくら②引渡後の追完の不能について買主に責任があるとしても、①瑕疵ある目的物の引渡しについて買主の責任は全くないのであるから、解除権発生が「債権者のみ又はほとんど債権者の責任である」ということは起こりえない、というのである。⁽²⁸⁾

八 解除否定説からの反論

まず、右の「責任ある (verantwortlich)」という文言の解釈について、反論される。つまり、確かに買主の解除権は、①瑕疵ある目的物の引渡しと、②引渡後の追完の不能、という二つの要素の組み合わせである。⁽²⁹⁾しかし、その二つの要素のいずれについても買主に責任がある必要はない、と言うのである。つまり、①及び②の両方につい

て「責任ある」ことは必要とされず、①又は②のいずれか一方について「責任ある」ときは、解除権が否定されるのが三三三条六項の趣旨であると解釈するのである。つまり、——ここでの事例ではないが——引渡前に買主が瑕疵を惹起していたか、又は、——ここでの事例のように——引渡後に買主が追完を不能としたときは、買主の解除権が否定されると言う³⁰⁾。つまり、ここでの事例においては、引渡後に買主が追完を不能としたという事実だけで、買主の解除権を否定するには十分だ、という反論である。

判例の用いる義務 (Obliegenheit) という言葉遣いで説明すれば、引渡後に買主が追完を不能としたことによって、売主に追完の機会を与えるという買主の義務 (Obliegenheit) が違反され、それが解除権の否定という買主の不利を正当化する決め手となっているのである³¹⁾。

そして、そのような観点からすると、売主に追完の機会を与えた上で（解除権を発生させて）解除の意思表示をした後に目的物を滅失させた——義務違反 (Obliegenheitsverletzung) の無い——ときと、（催告前に目的物が滅失して）売主に追完の機会を与えなかった——義務違反 (Obliegenheitsverletzung) の有る——ときとは、事実関係が異なる。前者においては解除を肯定し、後者においては解除を否定するという異なる取り扱いには理由があるのである。したがって、解除肯定説の引用する立法者意思としての政府草案理由書の記述もまた説得力に欠けるのである³²⁾。

第二章 買主自身の瑕疵修補

一 問題提起

第一章において挙げた目的物の滅失は、特定物売買における不能の典型例であった。しかし、裁判例においては、そのような典型例は未だ現れていない。

むしろ、問題となっているのは、瑕疵ある目的物の買主自身の修補の事件である。つまり、次の場合である。ブレーキに不具合（瑕疵）のある中古自動車（売買目的物）を引き渡された買主が修補（追完）の催告をしないといううちに、——滅失したのではなく——買主自ら修補してしまった。

二 利益償還請求肯定説

ある論者は、瑕疵ある目的物滅失の場合と同じだと主張する。——

この場合は、買主自身の瑕疵修補によって、経済的な意味での契約の目的は既に実現されている。ただ、当事者が欲した本来の給付（つまり売主による給付）が実現できなくなったに過ぎない。ならば、それは伝統的には不能の一つと位置づけられている「目的到達（Zweckerreichung）」に他ならない。⁽³³⁾

そうだとすれば、追完が不能（二七五条一項）となり、売主に追完の機会は与えられないことによって、買主の第二の諸権利は発生しなくなる。そして、買主は自らの代金債務を免れるために解除をしようとしても、不能（自身の瑕疵修補）について責任ある（verantwortlich）買主には解除権は発生しない（三三六条五項及び三三三条六項）。

他方で、買主は修補費用を自ら支出したことになる。しかし、仮に買主が追完を催告していれば、修補費用は——追完の費用は売主負担だから——売主が負担しなければならなかったはずである（四三九条二項）。つまり、売主は修補（追完）を免れたことによって、修補のために支出したであろう費用を免れ、利益を得ている。したがって、その利益を買主に償還しなくてはならない（三三六条一項後段⁽³⁴⁾）。

三 利益償還請求否定説

これに対して、判例は否定説を採る⁽³⁵⁾。

総則の規定を根拠に利益償還請求権を認めることは、立法趣旨に反すると言う。つまり、いったん目的物が引き渡されれば、買主の権利としては、売買の節に規定されている権利だけが認められ、総則には帰らない、というのが新債務法の趣旨だと言うのである⁽³⁶⁾。

四 依然として残されている問題

判例が利益償還請求を否定する決め手は、引渡後は売買の節に定められている担保責任だけが生じて、総則に定められている利益償還請求権が生じる余地は一切無い、という論理である。これをローレンツ教授は二重線（複線）（*Zweispurigkeit*）の考え方と呼び、その考え方を債務法現代化法で退けたはずだと非難する。ローレンツ教授によれば、担保責任に関する法の適用領域は、債務不履行（給付障害）法のそれに囲まれている部分集合である。したがって、売買の節に利益償還請求権の規定が存在しないのであれば、自動的に総則に置かれている利益償還請求権の規定が適用されなくてはならない、と主張するのである。

いったん判例の論理を採用すると、追完請求権についての三二六条二項後段の適用は、一切否定される。すると買主自身の瑕疵修補が追完の不能をもたらすかどうかとも判断する必要はなくなってしまう。現実には、判例は——適切にも——その判断を不要と明言している⁽³⁷⁾。

そうではなくて、仮に、利益償還請求権肯定説の論理に従うと、買主自身の瑕疵修補はそもそも不能かどうか、目的物の滅失と等しく扱ってよいかどうか、が問題になるだろう⁽³⁸⁾。ローレンツ教授によれば、等しく扱われるべき

であるという。しかし、買主自身の瑕疵修補は単に、瑕疵が引渡後に存在しなくなっただけであり、それは——目的物の滅失とは異なって——不能の問題ではなく、瑕疵が引渡後に消滅したときは瑕疵担保責任もまた消滅するかどうか、という別の問題である、という異論もあることに留意しなくてはならないだろう。⁽³⁹⁾

結局、買主自身の瑕疵修補が追完の不能をもたらすのかどうか、判例の立場は未だ明らかではない。むしろ、総則の三二六条二項後段の適用は（類推適用も）一切ない、という理由で利益償還請求権を認めなかったのである。したがって、買主自身の瑕疵修補が仮に不能であったとしても、現在の判例を前提にする限りは、——目的物滅失の場合も含めて——利益償還請求権は認められないことになろう。

さらに、（これも前稿で指摘した問題だが）追完請求権は「双務契約から生じた履行請求権」かどうか、という問題も残っている。⁽⁴⁰⁾つまり、ローレンツ教授自身の言葉を借りて言えば、「追完請求権は、履行請求権と全く同じではなく（nicht identisch）、担保責任の段階に至って発生する新しい請求権（neuer Anspruch）である」⁽⁴¹⁾。そうだとすれば、追完請求権は、三二六条の適用を受ける「双務契約」から生じた請求権なのかどうか、という疑問が残るのである。三二六条二項後段は「双務契約」の節の規定だからである。

要 約

確かに、ローレンツ教授が従来主張され、改めて最新論文の中で最新判例と整合的に説かれるように、第二次の権利が認められない、という買主の不利益は、催告の不存在という事実によってではなくて、売主に追完の機会を与えるという買主の義務（*Obliegenheit*）の違反によってこそ正当化されるべきだろう。買主の不利益の正当化の論理については、ローレンツ説を判例が採用した、と表現することもできよう。

そして、そのローレンツ説の論旨は、具体的な事例においても、瑕疵ある目的物滅失の場合と買主自身の瑕疵修補の場合を一貫して、説得的である（それゆえにこそ、瑕疵ある目的物滅失の場合の解除否定説は、多数の支持を得ているのであろうと思われる）。

しかし、その先の利益償還請求の可否の問題は、別次元の問題である。仮に、判例の利益償還請求否定説が、単なる催告の不存在を決め手としていたのであれば、それは説得的ではなく、まさに買主の不利益はなぜ正当化されるのかという視点から再考される余地があったであらう。

しかし、——ローレンツ教授自身の確に指摘する通り——判例が利益償還請求を否定する決め手となっているのは、総則の規定は適用されない、という二車線（複線）の論理に尽きる。その論理は、第二次の権利を買主が失う不利益の正当化の論理（義務（Obliegenheit）違反の論理）とは別次元の論理である。その意味で、買主の不利益を義務（Obliegenheit）違反の論理で正当化する判例（＝ローレンツ説）と、利益償還請求を二車線の論理で否定する判例とは両立する。と同時に、後者の点について判例に反対するローレンツ教授が、前者の点については判例と同じ見解であることにも納得できるのである。

翻って、判例が二車線の論理を採る理由は、立法者意思である。では仮に、ドイツ新債務法の立法者が、パンデクテン式法典編纂を採用していなかったとすれば、どうなっていたのであろうか。

一方で、（売買の）各則を置かないという方式が可能だったであろう。その場合は、各則は総則に完全に統合（integrieren）され、二車線・一車線の解釈問題は存在しなかったはずである（二車線と解さざるをえない）。ただし、各契約類型に共通して適用できる規定しか置けないので、条文数は少なくとも、多くの規範は判例に委ねられるこ

とになったであろうことが想像される。

他方で、総則を置かないという方式も可能だっただろう。その場合は、現在総則に規定されている内容は、売買を初めとする契約類型毎に完結的・包括的 (*abschließend*) に規定され、やはり、二車線・一車線の解釈問題は存在しなかったはずである (一車線と解さざるをえない)。ただし、各契約類型に共通して適用できる規定も契約類型毎に繰り返し置くとなれば、条文数は多くなり、また、(総則という形をとらないとしても) 非典型契約についての規定は相変わらず必要だっただろう。

パンデクテン式法典編纂というのは、ちょうどその中間を行くものである。であるからこそ、いずれの方向にも引きつけて解釈することが可能である。すなわち、総則の存在意義を強調すれば、各則に対する総則の補充的適用を積極的に認めたくなるだろう。逆に、各則の存在意義を強調すれば、総則の補充的適用には消極的になるだろう。この二つの立場が対立するのには十分な理由があるように私には思われるのである。

(1) BGH, NJW 2005, 1348.

(2) Lorenz, NJW 2006, 1175.

(3) ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補の論争をわが国に最初で紹介したブライオリティは、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去——ドイツ民法における追完請求権——」駒澤法曹第二号 (二〇〇五年) 二七頁にある。その他の文献について差し当たりは、前稿注(5)及び注(11)参照。そこに引用していない文献として、利益償還請求肯定説 *G. Bydłowski, ZGS 2005, 129* 及び否定説の *Danner-Lieb/Dätsch, NZM 2004, 641; dies., AnwBI 2004, 597 (599)* を挙げる。

(4) BGH, NJW 2006, 1195. この判決の事実関係自体は重要ではないが、略記しておこう。中古車売買契約に基づいて、

目的自動車を引き渡されたところ、触媒に欠陥があった。売主に修補を催告することなく買主自身が欠陥を修補して、修補費用を償還請求した事件である。連邦通常裁判所は、売主に修補の機会を与えないことが買主の義務 (Obliegenheit) 違反となることを理由の一つとして挙げつつ、請求を認めなかった。

(5) ところで、ドイツ民法典の体裁は、日本民法典のそれと似ているけれども、違いもある。特に、目につく違いは、日本では、売買の節の位置が、「契約」の章の下にあり、「契約」の章と並んで「事務管理」、「不当利得」及び「不法行為」が規定されているけれども、ドイツでは、売買は、——交換と合わせて一つの節として——債務関係各則の章の下に、その他の契約類型、事務管理、不当利得及び不法行為と並んで規定されている点である (したがって、売買の節は「契約」の章の下にあるわけではない)。しかし、各規定の共通する部分をまとめて「総則」という形で前に置くというパンデクテン式法典編纂を採用しているという点に違いは無い。些細な違いにこだわらず、「総則」「各則」、あるいは「売買の節」という言葉を使うことにしたい。

(6) 前稿として挙げた右阪法論文の他、「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商一三三卷一頁一頁 (二〇〇五年一〇月)、「ドイツ新債務法四四四条と企業買収」阪法五五卷五頁一頁 (二〇〇六年一月) 及び「ドイツ新債務法における引渡前の代物請求」阪法五五卷六号六三頁 (二〇〇六年三月)。

(7) とりわけ、特定物売買で代物請求は認められるかどうか、という形で問題になったことについて、Lorenz, NJW 2005, 1889 (1894) 及び拙稿民商一三三卷一頁一頁参照。

(8) その代表として、北川善太郎「契約責任の研究——構造論——」(有斐閣、一九六三) 一三六頁以下を挙げる。小町谷操三「判研」判民昭和二年四三事件二一〇頁、二二四頁も参照すべき簡明な学説史解説である。

(9) BGH, NJW 2005, 1348; NJW 2005, 3211; NJW 2006, 988. このうち、指導判決の第一の判決については、拙稿阪法五五卷三・四号二〇七頁が詳細に紹介している。

(10) 追完請求権は、本来の履行請求権が変化 (Modifikation) である (BT-Drucks. 14/6040, 22f)。追完請求権と「本来の」履行請求権の関係については、「特定物の代物請求」の論点で熱心に議論された。詳しくは、拙稿民商一三三卷一頁一頁、一八頁及び二八頁参照。

(11) したがって、四三三条一項後段は、担保責任が債務不履行 (給付障害) 責任の一つ (特別な責任) であることを明らかに

にする重要な条文である (Grigoleit/Haereshal JZ 2003, 118 (118))。

- (12) 具体的には、「本来の」履行請求権(二二一条一項前段)・解除権(三三三条)・損害賠償請求権(二八〇条、二八一条)である。
- (13) *Canaris*, JZ 2003, 1156 (1156).
- (14) *Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1175f.).
- (15) *BGH*, NJW 2005, 1348 (1350).
- (16) *BGH*, NJW 2006, 1195 (1197) において初めて「追完の機会を与える義務」という言葉遣いがされた。
- (17) もっとも、例外がある。それは、売主が追完を拒絶していたときや、催告することを買主に期待できないときである(二八一条一項、三三三条一項、四四〇条前段)。
- (18) *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2498).
- (19) 解除の効果としての未履行債務の消滅については、——わが国と同様——明文では規定されていない (*Palandt-Grüneberg*, BGB, 65. Aufl., 2006, § 346 Rdnr 4)。
- (20) „verantwortlich“の邦語訳は難い。 *Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1177) によれば、債権者は債務を負っているわけではなく、「責めに帰すべきこと」と訳される——債務者についての——„Vertretmüssen“とは区別されるべきだからである。拙稿では差し当たり「責任ある」と充てる。
- (21) *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2499); *Bamberger/Roth-Faust*, BGB, 2005, § 437 Rdnr 33; *Jauernig-Vollkommer*, BGB, 11. Aufl., 2004, § 323, Rdnr 23.
- (22) *Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1177f.); *ders.*, NJW 2002, 2497 (2499).
- (23) *Lorenz*, NJW 2005, 1321 (1323). ローレンツ教授が、三三三条二項後段適用を主張するのに対して、結論としては同じでありながら、*Bamberger/Roth-Faust*, BGB, 2005, § 437 Rdnr 33 は類推適用を主張する。三三三条二項後段適用が自明でないことの証左であろう。目的物滅失の場合に、解除否定説(三三三条六項適用)は広く支持されているけれども、それに加えて利益償還請求権の肯定説(三三六条二項後段適用又は類推適用)までも一般的に支持されているとは現在のところ言えない。

- (24) *Danner-Lieb/Arnold* in: *Festschr. f. Hadding*, 2004, 25 が明断である。
- (25) *BT-Drucks.* 14/6040, 195.
- (26) *BT-Drucks.* 14/6040, 194.
- (27) ただし、経済的には差のなごは、解除肯定説の論者も認めている。解除権を肯定して、代金債務を免れさせつゝ（瑕疵ある目的物に代わる）価額を買主に賠償させる（三四六条一項前段三号）のと、解除権を否定して、代金を支払わせつゝ売主に利益償還させる（三三六条一項後段）のとは、通常は差がないからである（*Danner-Lieb/Arnold* in: *Festschr. f. Hadding*, 2004, 25 (25)）。
- (28) *Danner-Lieb/Arnold* in: *Festschr. f. Hadding*, 2004, 25 (27f.)、「のみ又はは、と、と」と言えるためには、債権者に九割、少なくとも八割の責任が必要である、と解されている（*Palandt-Grüneberg*, BGB, 65. Aufl., 2006, § 23 Rdnr. 29）。
- (29) これを最初に明確に指摘したのは、実は解除肯定説論者の *Lorenz*, *NJW* 2002, 2497 (2499) である（*Bamberger/Roh-Faust*, BGB, 2005, § 437 Rdnr. 32 の説明も簡潔で分かりやすい）。
- (30) *Bamberger/Roh-Faust*, BGB, 2005, § 437 Rdnr. 33.
- (31) *Lorenz*, *NJW* 2006, 1175 (1177).
- (32) *Lorenz*, *NJW* 2002, 2497 (2499).
- (33) *Lorenz*, *NJW* 2005, 1321 (1322); *ders.*, *NJW* 2006, 1175 (1177); *Katzenstein*, *ZGS* 2004, 144 (145). 目的到達は、座礁した船を曳航する必要がある、嵐にちいづ自走せざるようになった、というのが講学事例である。目的到達が不能の一方であるにもかかわらず、*Palandt-Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., 2006, § 275 Rdnr. 18; *Medicus*, *Bürgerliches Recht*, 19. Aufl., 2002, Rdnr. 159, がこの点、その伝統的な理解は、買主自身の瑕疵修補という具体的な問題を視野に入れた理解ではなく、この点に留意する必要がある（*Danner-Lieb/Disch*, *ZGS* 2005, 10 (12)）。
- (34) *Lorenz*, *NJW* 2003, 1417 (1418f.). 肯定説の論理をこの点で詳しくは、拙稿「民法五五卷三・四号二二六頁参照」。
- (35) *BGH*, *NJW* 2005, 1348; *NJW* 2005, 3211; *NJW* 2006, 988. 肯定説を採る裁判例は、下級審判決が一件だけである。
- LG Bielefeld*, *ZGS* 2005, 79 が事務管理の条文（六八四条）を適用して利益償還請求を肯定した。その論理は、*Oechler*, *NJW* 2004, 1825 (1826) に明示的に依拠するものである。しかし、事務管理を発生原因とする利益償還請求権の否定をも

連邦通常裁判所は既に明言している。そのことについては、拙稿阪法五五卷三・四号二二四頁参照。

(36) 否定説の論理についても詳しくは、拙稿阪法五五卷三・四号二二七頁以下参照。

(37) BGH, NJW 2005, 1348 (1349).

(38) 不能の問題が肯定説の弱点の一つであることについては、拙稿阪法五五卷三・四号三二〇頁以下参照。

(39) *Danner-Lieb/Arnold*, in: *Festschr. f. Hadding*, 2004, 25 (28); *Danner-Lieb/Dätsch*, NZBau 2004, 233 (237); *dis*, ZGS 2003, 455 (456).

(40) 拙稿阪法五五卷三・四号三二二頁以下参照。

(41) *Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1176).