



Title	ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補
Author(s)	田中, 宏治
Citation	阪大法学. 2005, 55(3,4), p. 207-226
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55006">https://doi.org/10.18910/55006</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補

田 中 宏 治

はじめに

第一章 問題提起

第二章 肯定説と否定説

第三章 新債務法における位置づけ

おわりに

## はじめに

「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」(民商二三三卷一号)では、ドイツ新債務法(二〇〇二年施行)における今日的課題として、特定物売買の二つの具体的論点を取り上げた。その統稿として、買主自身の瑕疵修補によって売主が支出を免れた利益について償還請求権の問題を紹介することが本稿の目的である。

この論点は、学説の対立が鮮明である上に、最上級審の判決(二〇〇五年一月三日の連邦通常裁判所判決)<sup>①</sup>が下されている点に特色がある。本稿では、問題を提起し(第一章)、利益償還請求権の肯定説と否定説を解説し(第二章)、

新債務法全体の問題の中にこれを位置づける(第三章)ことによって、肯定説・否定説それぞれの論理を紹介するだけでなく、論争の本質は何かを検討したい。新債務法の体系的理解、とりわけ、契約各則(売買)と契約総則、言い換えれば、瑕疵担保法(Gewährleistungrecht)と一般給付障害法(allgemeines Leistungsstörungrecht)の規定相互の關係に、複数の理解の仕方が存在することに由来して、論争が生じていることを叙述できれば、本稿の目的は達せられる。

誤解を避けるために一言しておけば、本稿はドイツ民法学の最新の判決及び学説を紹介することだけを目的としている。そのことを通じて、わが国の民法学で主張されている特定の学説(とりわけ契約責任説)の論理を批判・非難しようという意図は全くない。むしろ、わが国の契約責任説の論拠の一つとして主張されるドイツ法解釈が、果たして現在のドイツ民法学において、唯一の、あるいは主流の、あるいは多数の考え方なのかどうか、再確認する手がかりとなればよい、というのが、——あるとすれば——契約責任説との關係における本稿の存在意義である。

國井和郎先生には、本稿執筆の前提となるドイツ連邦共和国における在外研究実現に際し、ひとかたならぬお力添えを賜って参りました。ここに在外研究の成果の一部を捧げさせて頂き、後進の学問へのご理解とご高配に心から感謝を申し上げます。

## 第一章 問題提起

### 一 事実關係

二〇〇二年三月一六日にX(買主)が自動車販売業者Y(売主)から新車一台を六七〇〇ユーロで(後述するよう

に比較的安価で購入した。四月に目的物が引き渡されたけれども、十一月にエンジンが故障した。そこで、Xは、——Yに完全履行 (Mehrfüllung) の催告をすることなく——第三者Aにエンジンを交換してもらった。<sup>(2)</sup>

Xは、その費用 (二五〇六ユーロ) の支払をYに対して翌二〇〇三年六月二日付の書面で求めた。しかし、Yはこれを拒絶した。そこで、Xが支払を求めて訴えを提起したのが本件である。

## 二 控訴審判決

第一審は請求を棄却し、控訴及び上告も棄却されている。Xの敗訴である。

争点は、Xの求めた三三六条二項後段根拠とする利益 (免れた費用) 償還が認められるかどうか、であった。<sup>(4)</sup>

Xは次のように、利益償還を肯定すべきと主張した (以下、肯定説と言ふ)。つまり、Xは、瑕疵ある目的物を引き渡された買主として完全履行 (追完) 請求権としての修補請求権を持つ (四三七条一号、四三九条一項)。ところが、この修補請求権の実現は、X自身の修補によって不能となり消滅する (二七五条一項)。すると、右不能は債権者 (買主X) の責に帰すべき事由による不能であるから、反対債権の代金支払には影響を及ぼさない (三三六条二項前段)。Yは代金を保持できるけれども、修補請求権が消滅して修補しなくてもよくなったことよって免れた費用を、Xに償還しなくてはならない (三三六条二項後段)、という論理である。

これについて、控訴審は次のように理由を述べてXの控訴を棄却した。

第一に、「二〇〇二年の債務法改正による新売買法では、代金減額請求権及び損害賠償請求権の行使は完全履行に劣後する。それらの行使は完全履行の催告期間が経過して初めて可能だからである。」<sup>(6)</sup>ところが、本件では、そもそも催告がなされていない。したがって、代金減額請求権又は損害賠償請求権は認められない、と判示した。

第二に、利益償還請求権（三二六条二項後段）については、Xの主張は、右に説明した通りであるが、とりわけローレンツ教授の論理に依拠していた。<sup>(7)</sup>これを明示した上で控訴審は反論し、既に公表されていた下級審の先例と学説を引用して、利益償還請求権も否定したのであった。第一に、請負契約との対比である。新債務法によれば、請負契約の注文者であれば、修補権（Recht zur Selbstvornahme）が認められている（六三七条）。つまり、六三七条一項は、「請負人が完全履行を正当に拒絶できないときは、注文者は、仕事の瑕疵を理由として、完全履行のために定めた相当の期間が経過した後には、自ら瑕疵を修補し、必要な費用の償還を請求することができる。」と規定しているからである。ところが、売買契約にはそれに相当する規定がなく、買主の権利は四三七条に列挙されているものに限られているからである。第二に、請負契約の規定の類推適用についてである。つまり、売買にも請負の六三七条の類推適用を主張する学説についても、買主（X）が相当の期間を定めた催告をしていないことを理由に否定する。第三に、主たる論点の三二六条二項後段を根拠とする利益償還請求権も否定する。つまり、買主自身の修補によって売主の修補が不能となり、買主の修補請求権が消滅することによって売主が免れた費用を買主は償還請求できる（三二六条二項後段）という論理も、否定した（以下、否定説と言う）。否定説の理由は三つ挙げられているので、見出しを改めて説明しよう。

### 三 否定説の理由（控訴審）

第一に、新債務法によれば、売主にいわゆる瑕疵修補権があり、それが買主自身の修補によって不能となるのだから、買主に利益償還請求権を認めなくても実質的に不公平ではない、と判示する。

第二に、買主は、催告を怠っているものであり、本来それは、単に売主に修補する機会を与えるためだけでなく、

瑕疵そのものを売主が検査した上で修補をするか拒むか（四三九条三項）の判断の機会を与えるためのものでもあり、その機会を買主は奪っている、と判示する。

第三に、事実認定の問題があり、買主の修補によって、売主が免れた費用の認定が——たとえその証明責任を買主が負担するにせよ——困難になる、と判示する。

#### 四 上告審判決

結果的に同様の理由から、上告も棄却された。

第一に、代金減額請求権及び損害賠償請求権については、期間を定めての催告が要件要素となっている（代金減額については四四一条一項前段、三三三条一項、損害賠償については二八一条一項前段）から、催告のない本件ではそれらの請求権は発生しない、と判示する。

第二に、売主の修補義務が買主自身の修補によって不能（二七五条一項）となったことによる利益償還請求権（三二六条二項後段の適用又は類推適用<sup>(12)</sup>）についても、これを否定する。否定説の理由は五つ挙げられているので、見出しを改めて説明しよう。

#### 五 否定説の理由（上告審）

第一に、立法者意思を根拠とする完全履行請求権の解釈である。——

「買主自身の修補によって、完全履行が——三三六条二項後段の類推適用の要件要素でもある——不能（Unmöglichkeit）となっ

たかどうかは判断する必要がない。買主が、売主の完全履行のための期間を予め定めて催告せずに目的物を自ら修補するときは、買主は、修補費用を三二六条二項後段（適用又は類推適用）によって償還請求することができない。それは、四三七条以下の規定は、完結している（abgeschlossen）のであり、三二六条二項後段の適用又は類推適用を根拠に免れた費用の償還請求権の発生を許さない趣旨だからである。仮にこれを許せば、結果として買主自らの修補費用を売主に負担させる結果となり、それは立法者意思に明白に反する上に、四三七条以下が規定する完全履行請求権の優越に反することになるからである。<sup>13)</sup>」

## 第二に、賃貸借（Mietvertrag）及び請負（Werkvertrag）との比較である。――

〔賃貸借契約の〕賃借人（五三六条a二項）や請負契約の注文者（六三四条一号、六三七条）について規定されている自身の修補における費用償還請求権は、売買契約の買主については規定されていない。立法者は、債務法現代化法による買主の権利について、売主の費用での買主自身の瑕疵修補権をはっきりと否定したのである。それは、四三七条一号から三号までに列挙されている買主の権利と、それと本質的には同じ――同様に改正された――請負契約の注文者の権利（六三四条一号から四号まで）とを比較すれば分かることである。したがって、三二六条二項後段の類推適用を必要とするような、改正計画の趣旨を損なう規定の欠缺（Rechtslücke）は存在しないのである。確かに、三二六条二項後段は完全履行請求権に関して買主自身の修補権を規定しているわけではなく、完全履行請求権が不能となるとき法律効果として売主が免れた費用の償還請求権を規定しているのであり、それは買主が支出した費用の償還請求権とは法律上は区別されるべきものである。(c)ここでは、買主が支出した費用の方が、売主が免れた費用よりも大きいことを前提としている。したがって、支出した費用の償還請求権の規定が賃貸借や請負に存在し、売買に存在しないことは、売主が免れた費用の償還請求権としての利益償還請求権を売買において否定する説得力ある理由とはならないかもしれない。しかし、三二六条二項後段が売主の免れた費用の償還だとしても、「……いずれにしても、買主の側でいくら支出したかではなく、売主がいくら免れたかで計算するという計算方法の違

いに過ぎない。もし三二六条二項後段を根拠に（催告の有無を問わずに）売主の免れた費用の償還請求権を買主に与えるのであれば、結果として、売主の費用での修補権を買主に認めることになるのであり、そうすると、六三七条を根拠に請負の注文者が、期間を定めた催告をして初めて修補権が認められる（六三七条）のとは異なってくるのである。これは、前述した通り賃貸借及び請負と同様の修補権を売買の買主には認めないというはっきりした立法者意思に反する解釈であろう。<sup>14)</sup>」

第三に、解釈として認められることになる売主の「追完権（完全履行の権利）」（瑕疵修補権）である。――

「三二六条二項後段を根拠として免れた修補費用の償還を認めるとすれば、四三七条以下に規定されている完全履行の優越の原則に反することにもなろう。「……」四三七条は、権利又は物の瑕疵ある物が引き渡されたときの買主の権利を列挙した規定である。完全履行請求権が、解除及び代金減額（四三七条 五）という形成権並びに損害賠償請求権（四三七条 三）に対して優越するということは、それらの権利の発生が、完全履行のための催告期間の経過を要件要素としていることに他ならない。完全履行請求権の優越を売主の側から見れば、追完権（完全履行の権利）（*Nachbesserungsrecht bzw. Recht zur zweiten Andienung*）と呼ぶべきものであり、完全履行によって、解除、代金減額及び損害賠償という買主の権利行使を回避することができるのである。「……」もし買主が、三二六条二項後段を根拠に予め期間を定めて催告することなく修補費用を全部又は一部請求できるとすれば、法律上定められた『追完権』が無に帰することになるであろう。「……」それに対しては、買主が三二六条二項後段の要件要素に包摂される事実の証明責任を負い、とれだけ売主が費用を免れたかを買主が証明しなくてはならないのであるから、利益償還請求権が認められても売主には不利益はない、と反論されるかもしれないが、それはそうではない。控訴審が的確に判示している通り、完全履行の機会が買主から与えられなくてはならないと規定されることによって、売主は、買主の主張する瑕疵が存在するかどうか、危険移転の時点で既に瑕疵が存在していたかどうか、瑕疵の原因は何か、瑕疵はいかに修補可能か、そもそも修補可能か（四三九条三項参照）、を検査し、

さらに場合によっては証拠を保全することができるのである。もし、買主自身の修補後に三二六条二項後段、四項を根拠に利益償還請求されるのであれば、この検査および証拠保全の可能性を売主は失うことになるからである。<sup>(15)</sup>」

第四に、従来の判例との整合性を、請負を例に挙げて説明する。――

「買主が売主に期間を定めて完全履行を催告しなかったときは、修補費用償還請求権が認められないという結論は、既に施行されている債務法現代化法中に明文化された連邦通常裁判所の請負についての判例とも一致する。すなわち、注文者の費用償還請求権が請負契約に関する規定を根拠に発生しないときは、不当利得又は事務管理に関する規定を根拠としてもまた発生しない、つまり、請負契約に関する規定は、それ以外の請求権発生原因を認めない趣旨の包括的な(alschlichtend)規定なのである。注文者は、請負人が免れた費用を請求することはできない。請負契約上の請負人の担保責任がそのような意味で優先すること(Vorrang)の理由として、連邦通常裁判所は、不当利得又は事務管理の適用を認めてしまうと、不明確かつ困難になるからだと言う。それは、瑕疵が修補されてしまえば、瑕疵がどの程度のものであったのか、注文者の主張する修補費用が適切なものであるのかは、しばしば検査不可能となってしまうからである。<sup>(16)</sup>」

第五に、結論の妥当性である。――

「三二六条二項後段を適用しなくても、――上告理由が主張するような――売主を不当に有利に扱う結果にはならない。立法者は、買主の権利を四三七条以下に包括的に規定したのであり、買主が期間を定めての催告をせずに自ら瑕疵を修補したために、売主に修補費用を請求できなくなったことは、ひとえに、買主自身が四三七条以下の権利発生のための法律要件を守らなかったことに起因するからである。「……」そして、その売買契約に関する規定の定める法律要件が存在しないときに、三二六条二項後段、四項を経由することによって四三七条以下の規定が潜脱されてはならないのである。<sup>(17)</sup>」

## 第二章 肯定説と否定説

### 一 事実関係の要点

引き渡された売買目的物に瑕疵があったときに、買主が自らそれを修補（除去）したときの問題である。

本来であれば、売主の担保責任として、売主が瑕疵を修補しなければならない（四三七条一号、四三九条一項）。しかし、それを売主に催告することなく、買主自身が修補したときに、その費用を売主に請求できるかどうか、という問題である。

### 二 事実関係の特殊性

本件の事実関係において指摘すべき特殊性が二つ存在する。

一方で、売買契約成立（二〇〇二年三月一六日）が数ヶ月早く、債務法現代化法施行（二〇〇二年一月一日）前であったならば、旧法が適用されていた、という点である。もし旧法が適用されていれば、「完全履行のための期間を定めた催告」（四四一条一項前段、三三三条一項）という新しい制度は無関係であるから、本件の事実関係の下でも買主は無条件に（催告しないで）、代金減額請求権を行使することができたはずである（旧四八〇条一項）。ドイツ法においては、種類売買にも瑕疵担保責任が適用されるからである。ところが、売買契約成立が二〇〇二年一月一日以降であることから、現行法が適用され、代金減額請求のためには期間を定めた催告が必要となった。そこで、その催告がない本件では、代金減額請求は認められない。それゆえ仕方なく買主は、利益償還請求権を巡って争っているのである。この意味で、本判決は、買主に酷な結論だとも言えよう。<sup>18)</sup>

他方で、六七〇〇ユーロ（当時の一ユーロ＝一三円という為替相場で計算して七六万円弱に過ぎない）という代金は、新車代金としては比較的安価だということである。修補費用を合わせても、九二〇六ユーロ（一〇四万円）に過ぎない。この事情は、右の契約成立時点の事情とは逆に、買主の請求を認めない本判決の結論は酷ではないと感ぜざるものである。

### 三 肯定説の論理

瑕疵ある売買目的物が引き渡されると、買主は完全履行請求権を持つ（四三七条一号、四三九条一項）<sup>19</sup>。ところが、買主自身の修補によって、完全履行請求権は「不能（*unmöglich*）」（二七五条一項）になって消滅する。そして、その不能は、買主の責めに帰すべき事由による。したがって、売主の代金支払には影響を及ぼさない（三三六条二項前段）。しかし、完全履行請求権消滅によって、売主は、本来であれば完全履行のために支出したであろう費用（四三九条二項）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（三三六条二項後段）<sup>20</sup>。

第三二六条第二項 「第二七五条第一項から第三項までの規定により債権者の責めに帰すべき事由によって債務者が給付義務を免れるとき、又は債権者の受領遅滞中に発生した債務者の責めに帰することができない事由によって債務者が給付義務を免れるときは、債務者は、<sup>1</sup>反対給付を受ける権利を失わない。<sup>2</sup>この場合において、債務者は、給付義務を免れたことによって支出を免れた（*erhalten*）、又はその労働を他に使用したことによって取得し、若しくは悪意で取得しなかつた利益を債権者に償還しなければならない。

確かに、瑕疵担保として四三七条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、利益償還請求権は、三三六条という契約総則に位置する規定を根拠とする。しかし、それは、特別規定が無  
 く (Regelungslücke) というだけであって、特別規定がない部分については、一般規定が適用される。したがって、  
 三三六条二項後段が適用される——少なくとも類推適用される——、という論理である<sup>(21)</sup>。

ここで注意すべきは、利益償還請求権の目的たる給付は何か、である。つまり、そこでの給付は、買主が支出し  
 た費用ではなく、支出を免れたことによって売主が得た利益 (was er erspart) である。つまり、例えば、請負の場  
 合は費用償還請求権 (六三四条二号、六三七条) では、注文者の支出した費用 (Ersatz der erforderlichen  
 Aufwendungen) が償還される。しかし、ここで肯定説が主張している利益償還請求権の目的たる給付は、あくまで  
 も、支出を免れたことによって売主が得た利益である。買主が支出した——通常はそれよりも高額になる——費用で  
 はないのである。しかも、その利益が存在するかどうか、どの程度存在するか、については、買主に——売主側の  
 事情であるために非常に困難な——証明責任がある。したがって、六三四条一号、六三七条に相当する費用償還請求  
 権の規定のない売買において、契約総則の規定を根拠に——困難な証明を成功させたときに限り、しかも、低額の——利  
 益償還請求権を認めても、立法者意思に反することには全くならず、<sup>(22)</sup> 売主の立場を不当に悪くすることにもならな  
 いのである<sup>(23)</sup>。

#### 四 否定説の論理

肯定説の視点から、本件を眺めてみると、確かにその通りであるようにも見える。しかし、これに反対して、否  
 定説を採る本判決は次のように反論する。

第一に、肯定説の主張する特別規定・一般規定の論理に対して、立法者意思を盾にとる。すなわち、売買におい

ては、費用償還請求権が規定されていないということは、それを否定する趣旨である。いったん目的物が引き渡されれば、四三七条に列挙されている三つの権利だけを買主は持つことが可能である、というのが新債務法の立法趣旨だと説明する。

第二に、賃貸借及び請負との比較である。ここでも立法者意思に言及している。

第三に、仮に——金銭による——利益償還請求権を認めると、売主の「追完権（完全履行の権利）」（Nacherfüllungsrecht）が侵害される、と言う。引き渡した目的物に瑕疵があっても、売主が催告に応じて完全履行する限りは代金減額も解除もされず、損害賠償請求も受けないことを、本判決では「追完権」と名付けるのである。第四に、従来の判例との整合性について、肯定説との違いを明らかにする。つまり、売買の規定が請求権発生原因とならない事実関係（買主自身の修補という本件がそうである）のときは、一般規定の契約総則に帰らないと言う。第五に、買主自身が民法の規定（期間を定めての催告）を守らずに本来認められるはずの権利を失ったのであるから、実質的にも酷な結論ではないと言う。

### 第三章 新債務法における位置づけ

#### 一 本判決の意義

利益償還請求権という形で、四三七条の規定する三つの権利以外の権利を買主は売主に対して主張できる、という肯定説の解釈は、売主の追完権を害し、立法者意思に反すると否定説は言う<sup>(24)</sup>。確かにそのように見える。そして、四三七条を根拠に、売買契約では引渡し後はその三つの権利以外は発生する余地がないと考える否定説は、その限りで「明確」な解釈だと言えるだろう。

しかし、肯定説は肯定説で一貫しているように見える。買主が請求できるのは、あくまでも売主が支出を免れたことよって得た利益に過ぎないから、追完権を害することにはならないし、四三七条に反することにもならない、という主張は説得力がある。つまり、買主が修補するまでは、四三七条の三つの権利しかあり得ない。しかし、いったん買主が修補してしまえば、事実関係が変わる。その新しい事実関係は、売買法の適用領域から一步踏み出すものであり、四三七条の三つの権利の縛りは外れてしまうと考えるのである。すなわち、ここでは、完全履行請求権は不能となって消滅し、期間を定めた催告をしなかったことで損害賠償請求も代金減額も解除もできない。四三七条の定める三つのいずれの権利も無い。その代わりに、三三六条二項後段適用の余地が出てくると言うのである。<sup>(25)</sup>このことを精密に、しかも、民法典全体の構造や立法者意思に反しない形で、理論的に導き出す考え方が肯定説である、と言えるであろう。近い将来、裁判所実務において、今一度、この問題が現れるのは間違いないと思われる。そして、もしその事実関係が、結論の妥当性において、肯定説の採用を促すものであれば、それを契機に連邦通常裁判所も判例を変更する可能性は多少なりとも残っているかもしれない。

しかし、現時点では、本件での連邦通常裁判所の否定説の立場は明確であり、裁判所実務はこれを前提に動いてゆくものと予想される。<sup>(26)</sup>ローレンツ教授が皮肉を言うには、この判決の「受益者 (Nutzleser)」は、売主が支出を免れたことによる利益の認定を免れた裁判所である、と。<sup>(27)</sup>

## 二 論理の比較

判例が否定説である、という実務上の重要性を仮に度外視して、肯定説と否定説を比較すれば、どうであろうか。まず、三三六条二項後段の適用又は類推適用を全く認めない否定説は、理論的に単純であり明解である。これに

対して、売主が支出を免れたことによる利益という証明困難な事実について、買主が証明に成功したときは、その償還を認める方が——論理は複雑であるが——結論は妥当なものではないか、という肯定説にも説得力がある。その意味では、差し当たり、理論的に明確な否定説、結論の妥当性重視の肯定説、という色分けから出発してもよいのではないかと思われる。

ところで、ローレンツ教授は、肯定説は否定説に比べて理論的に弱いわけではない、と強調される<sup>(28)</sup>。そこで、理論の否定説、結論の肯定説、という色分けとは正反対の——ローレンツ教授に与した——見方もできるのではないか、という視点から以下では検討を加えたい。つまり、否定説こそが裁判所の負担軽減という「実務」志向なのであり、肯定説こそが理論的・体系的に考え抜かれた論理を示している、とは言えないか、という視点である。その視点から見ると、肯定説について、次の二つの疑問を私は抱くのである。

### 三 不 能

第一の疑問として、買主自身の修補によって修補請求権が不能になる、という論理は本当にそうなのかどうか。不能でなければ、二七五条一項は適用されないために、三二六条二項後段も適用できなくなる。だから、肯定説に立つ以上、不能の存在を説得的に説明し切らなくてはならないはずである。

これについて、ローレンツ教授は、買主自身による修補が「目的到達 (Zweckerreichung)」による不能をもたらすと説明されるが、それ以上の説明は加えられていない<sup>(29)</sup>。

しかし、果たしてその通りに不能と認定されるべきかどうか、学説は一致していないのである。例えば、不能の問題ではなく、危険移転後に存在していた瑕疵が存在しなくなった問題、という反対説もある<sup>(30)</sup>。また、買主自身の

修補を不能ではなく弁済であるのみならず、事務管理と不当利得の規定（六八四条、八二条一項前段）を根拠に不当利得として返還請求を認める反対説もある。<sup>(31)</sup>

また、本判決の中でも不能かどうかの判断は明示的に回避されていて、判例の立場も明らかではない。<sup>(32)</sup>

結局、修補請求権が不能となるという論理は、肯定説必須の論理であるにもかかわらず、必ずしも明解な説明は加えられていないために、肯定説全体の説得力を欠く一因となっている印象を私は受ける。

#### 四 双務契約から生じた履行請求権

仮に、右の問題に目を瞑り、買主自身の修補によって不能が生じると説明できるとしよう。

第二の疑問として、買主の修補請求権（四三七条一号、四三九条一項）は、果たして、三二六条の適用を受ける「双務契約」から生じた約定の請求権なのだろうか。三二六条は「双務契約」の節の規定だからである。

つまり、買主の修補請求権は、二四一条以下の債務法総則の規定の適用を受ける請求権（Anspruch）であることは間違いない。したがって、修補という給付が不能となれば、二七五条一項が適用されて、修補請求権は消滅することまでは問題はない。次に、もし、修補請求権（完全履行請求権）が、双務契約から生じた約定の請求権（本来の履行請求権そのもの）であれば、三二六条が適用されることにも問題はないであろう。

しかし、果たしてそうなのか、学説は一致していない。例えば、——修補請求権ではなく代物請求権についてである——、完全履行請求権は約定の請求権ではなく、法定の請求権であるという理解も存在するからである。<sup>(33)</sup> そうであれば、三二六条二項後段は適用することができず、せいぜい類推適用に留まることになるからである。

ローレンツ教授が前提としている、完全履行請求権（修補請求権）＝履行請求権という論理には、異論がないわ

けではないために、この点においても肯定説はやや説得力を欠くように私には思われる。

##### 五 論争の本質——特別法と一般法——

仮に、右の二つの肯定説についての疑問に目を瞑る、つまり、買主自身の修補によって修補請求権は不能となり、修補請求権は本来の履行請求権そのものだと認めよう。その上で、改めて肯定説と否定説を比較しよう。

結論から先に言えば、この論争の本質は、パンデクテン式法典編纂の下での特別法と一般法という二つの法規範の關係の理解の仕方の違いにあると私は考えている。

つまり、否定説によれば、いったん引渡しがあれば、それ以降は売買の規定の中の瑕疵担保法だけが適用されて、契約総則の一般給付障害法が再び適用されることはない。これをローレンツ教授は二重線（複線）（Zweispurigkeit）の考え方と呼び、そのような考え方を今回の現代化法で改めたはずだと非難する<sup>34</sup>。ローレンツ教授によれば、瑕疵担保法は給付障害法の一つであり、買主自身の修補によって事實關係が売買の適用領域を外れると、自動的に契約総則の適用領域に戻らなくてはならないのである。図式としては、瑕疵担保法の適用領域は一般給付障害法のそれに囲まれている部分集合だと言うのである。

##### おわりに

買主自身の修補による利益償還請求権の問題は、右に見てきた通り、結局は、売買と契約総則との關係、広く言えば、パンデクテン式法典編纂を採用する民法典の特別規定と一般規定との關係の理解の仕方に帰着するように私には思われる。

その際、ローレンツ教授が主張される、特別規定の適用領域を一般規定の適用領域の部分集合と理解する仕方は、確かに分かりやすいところもあると思う。ただ、連邦通常裁判所の——本判決の——論理、つまり、いったん特別規定が適用されれば、一般規定の適用は排除される、と完結的・包括的 (abschließend) なものとして特別規定を解釈する論理もよく理解できる。それゆえにこそ、債務法改正によって瑕疵担保法も給付障害法の中に組み込まれたと理解する立場のローレンツ教授が、本判決に納得されないのもまたよく理解できるのである。

ドイツ新債務法の評価は、緒に就いたばかりである。それだけに、代表的な論点について、連邦通常裁判所が明確な公権的解釈を下した本判決の意義は、強調してし過ぎることはないであろう。そして、その論争の本質についての本稿の理解が誤っていないとすれば、ドイツ民法学を論拠の一つとするわが国の民法学にとってもまた有益な論争なのではないかと思う。

最後に、本稿は、フライブルク大学の恩師ライポルト先生 (Herr Professor Dr. Dr. h.c. Dieter Leipold) のご指導の下で開催された二〇〇五年八月一七日のコロキウムの成果である。ライポルト先生に深く感謝を申し上げるとともに、同僚のリビテンシュタイン博士 (Herr Dr. Falk Lichtenstein)、オット氏 (Herr Sebastian Otto)、マイヤ氏 (Herr Daniel Maier)、ケーニヒ氏 (Herr Omar König)、あふには、秘書のイーゼン氏 (Frau Hamelore Isele)、また、準備に協力を惜しまれなかったキメスカンプ氏 (Herr Johannes Kimmeskamp) にも厚く謝意を表す次第である。

(一) BGH, Urteil vom 23. 02. 2005-VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 = MDR 2005, 673 = DB 2005, 997 = NZV 2005, 307 = DNotZ 2005, 677 = ZIP 2005, 861 = BaR 2005, 1021 = BeckRS 2005, 03881. 評釈「Lorenz, NJW 2005, 1321;」



- 571, 576; *Emmerich*, *JuS* 2005, 749, 751; *Fritzsche Fälle zum Schuldrecht I*, 2. Aufl., 2005, 256; *Gesell*, *ZIP* 2005, 922; *Kniffka*, *BauR* 2005, 1024, 1025. 買主の修補請求権の不能とならざる理由から三三六条二項後段類推適用を否定する。Ochsler, *NJW* 2004, 1825, 1826. 上の学説については後述する。
- (12) 上の学説<sup>54)</sup>「又は類推適用」と、慎重に類推適用を否定する。これについては後述する。
- (13) BGH, *NJW* 2005, 1348, 1349.
- (14) BGH, *NJW* 2005, 1348, 1349f. 傍点は筆者。
- (15) BGH, *NJW* 2005, 1348, 1350.
- (16) BGH, *NJW* 2005, 1348, 1350. 傍点は筆者。
- (17) BGH, *NJW* 2005, 1348, 1350f.
- (18) *Sascha*, *JZ* 2005, 571, 576 がこれを強調する。
- (19) 次のようには考えない。つまり、売主は引渡しによって売主の債務を履行しているので、債務は弁済によって消滅し、他方で、代金支払債権も弁済によって消滅しているため、既に両請求権は消滅しているから、不能の問題は生じない、とは考えない。新債務法では、瑕疵ある目的物を引き渡しても、債務は履行されたことにならず(四三三条一項後段、完全履行請求権という、買主の権利が存続するからである(四三七条一号)。そして、その存続する完全履行請求権の不能が問題となる。
- (20) そもそも三三六条二項後段が適用されるためには、二七五条が適用されることが前提である。二七五条に基づいて請求権が消滅する場合には、その事由が債権者の責に帰すべきときは、反対債権、すなわちここでは代金支払債権が消滅しない、ということこそ三三六条二項前段は規定し、さらに、債務者(売主)が利益を得たときは、その利益を控除すべきことを同項後段が規定しているのである。したがって、そもそも、債務者(売主)に債権があることが前提である。本件では、代金支払債権は、弁済されて既に消滅している。しかし、三三六条四項を根拠に利益を返還請求できるため、売主の代金支払債権が弁済されて消滅していることは、肯定説の妨げとはならない。
- (21) *Lorenz*, *NJW* 2003, 1417, 1418f.
- (22) *Lorenz*, *NJW* 2003, 1417, 1419. *Herrshuhl/Riehm*, *NJW* 2005, 1457, 1460 <sup>55)</sup> 権利者が支出した費用を *extern*、義務

者が支出を免れた費用を *intern* とする用語で區別して明快に説明しよう。 *Lorenz*, NJW 2005, 1321, 1322 に於いて「立法者意思」——連邦普通裁判所が理解するもの——を正説と解するは法資料に存在しない。

(31) *Lorenz*, NJW 2005, 1321, 1323, *Herrsthal/Rehm*, NJW 2005, 1457, 1459ff. 々の意味での利益償還請求権は「請負・賃貸借」物権法上の適用を認めないことと主張する。逆に「本判決は、請負を既に射程に置いている（請負に於いては利益償還請求権を否定する）と読むのが *Schrenker*, BauRB 2005, 192, 193.

(32) *Dötsch*, MDR 2004, 975, 978f.

(33) *チンバグ*「契約締結と戻金の取り扱ひ」° *Westermann*, NJW 2002, 241, 248 参照°

(34) *Tonner/Wiese*, BB 2005, 903, 908.

(35) *Lorenz*, NJW 2005, 1321, 1324.

(36) *Lorenz*, NJW 2005, 1321, 1324.

(37) *Lorenz*, NJW 2005, 1321, 1322.

(38) *Dauner-Lieb/Arnold*, in : *Festschr. für Hadding*, 2004, 25, 28 ; *Dauner-Lieb/Dötsch*, NZBau 2004, 233, 237.

(39) *Oechsler*, NJW 2004, 1825, 1826.

(40) *BGH*, NJW 2005, 1348, 1349.

(41) *Canaris*, JZ 2003, 1154, 1156.

(42) *Lorenz*, NJW 2005, 1321, 1323.