

ドイツ売買法における追完の範囲をめぐる問題

古 谷 貴 之

- I 問題の所在
- II 下級審裁判例および学説
 - 1 代物給付された目的物の取付け義務
 - 2 瑕疵ある物の撤去義務
- III 連邦通常裁判所二〇〇八年七月一五日判決
- IV 連邦通常裁判所二〇〇九年一月一四日決定
- V まとめ

I 問題の所在

売買契約において売主が給付した目的物に瑕疵がある場合、ドイツ民法上、買主は売主に対して追完により瑕疵のない新たな物の給付を請求できるとされている（以下、代物給付ともいう。BGB四三七条一号、四三九条一項）。もつとも、代物給付が行われるまでに、買主が引渡しを受けた瑕疵ある物を他の物に取り付けていた場合、その瑕疵ある物を撤去したり、あるいは代物給付された物を（再度）取り付ける義務（または、それらの費用負担）を売主と買主のいずれが引き受けるかが問題となる。瑕疵ある物を引き渡した売主に帰責性がある場合、買主は売主に対し損害賠償を請求でき（BGB二八〇条以下）、そこで撤去や取付けに要した費用も請求できることから、売主に撤去義務や取付け義務があることに争いはない。しかし、瑕疵ある物を引き渡した売主に帰責性がない場合の処理については判例および学説に争いがある。本稿では、この追完の範囲をめぐるドイツの議論を検討したい。

II 下級審裁判例および学説

1 代物給付された目的物の取付け義務

(1) 肯定説

① 下級審裁判例

まず、代物給付された物を買主のところを取り付ける義務を負うのは誰か、という問題を検討する。この問題に最初に取り組んだのが、カールスルーエ上級地方裁判所である。事案の概要と判旨は以下のとおりである。

(a) カールスルーエ上級地方裁判所二〇〇四年九月二日判決⁽¹⁾

【事案の概要】

原告は木材商である被告から床タイルを購入し、これを自ら敷き詰めた。しかし、このタイルが非可燃性のもので、床タイルに必須の耐衝撃性・耐磨性を有していなかったことから、瑕疵があることが判明した。原告は、被告に対し、敷き詰めた部分のタイルを剥がし、瑕疵のないタイルを改めて敷き詰めるよう求めた。

【判旨】請求認容

本件タイルにはBGB四三九条一項の意味での瑕疵があるため、原告はBGB四三九条一項に基づいて追完を請求できる。原告には追完の方法として修補または代物給付という選択肢が与えられるので、原告は後者の方法を用いて追完を請求できる。追完に要する費用はBGB四三九条二項に基づいて売主が負担しなければならず、買主が目的物を使用していたために生じた費用も追完費用に含まれるので、本件では、タイルの引き剥がしと新たな敷き詰めには要する費用を被告が負担しなければならない(このように述べた上でOLGは、この結論の理由づけについて、旧法下における「瓦」判決(*)を引用する)。

(*) 「瓦」判決 (“Dachziegel-Urteil”)⁽²⁾

被告(売主)が引き渡した屋根瓦に瑕疵があったため、原告(買主)が売買契約を解除したが、その瓦を屋根へ仮設する際にかかった費用と屋根から取り除く際にかかった費用について原告が瓦職人に支払った七五七七、六二マルクの賠償を被告に対して請求した事案である。BGHは、敷き詰め費用の部分について、売主が瑕疵ある物の

給付という自ら責任を負うべき解除原因を作りだした以上、契約を履行する際に買主が支出した当該費用も売主が負担すべき「契約費用 (Vertragskosten)」(BGB旧四六七条二文)に含めるべきであると判示し、原告の請求を認めた。

撤去に関しても同様に原告の請求を認めたが、その理由づけを含めて詳しくは本章二以下で述べたい。

(b) 分析

二〇〇二年の債務法改正により、追完請求権が買主の重要な権利の一つとなった。買主はまず、一定の追完期間を定めた上で瑕疵の修補または瑕疵のない新たな物の引渡し(代物給付)を売主に求め、当該期間が経過した後に解除、代金減額あるいは損害賠償といった瑕疵担保法上の権利を行使することができる。本件ではタイルの修補が不可能であったため、原告は代物給付を選択した。追完にかかる費用については、BGB四三九条二項に従い、追完に必要な費用、特に運送費、交通費、労務費および材料費を売主が負担する。

ところで、BGB四三九条二項がこのような包括的な売主への追完費用の割当てを認めたことは、一見すると、売主の追完義務の範囲を広範に解する論拠ともなりうる。実際、カールスルーエ上級地方裁判所は、瑕疵あるタイルを引き渡した売主に対し、新たな瑕疵のないタイルの引渡しのみならず、その「敷き詰め」をも命じ、これに要する費用をBGB四三九条二項に基づいて売主が負担すべき追完費用の中へ含めた³⁾。そして、同裁判所は、この結論を基礎づけるにあたり、旧法下における有名な「瓦」判決を引用する。「瓦」判決は、既述のとおり、代物給付ではなく契約解除が問題となった事案であるが、BGHはBGB旧四六七条二文にいう「契約費用」の概念を広範に解し、無過失の売主に対して瓦の取り付けにかかった費用の賠償を義務付けた。

② 学説

学説では、ファウスト (Florian Faust) が「追完の履行場所」に関する支配的見解を根拠に売主の取付け義務を導く¹⁾。ファウストによれば、買主は、追完によって、契約締結時において目的物があるべきであったであろう状態の回復を請求できるのみならず、物に瑕疵がなかったならば追完の時点であったであろう状態の回復も請求できるといふ。したがって、買主がすでに目的物に加えていた変更は、追完の際にそのまま維持される必要があり、たとえば、買主が引渡しを受けた瑕疵のある本棚に塗装をしていた場合、その者は代物給付として同じ色を塗られた本棚を請求できるし、修補にあつて瑕疵ある部分の交換が必要となるのであれば、その部分に色を塗ることを請求することもできるとする。こうした救済が売主に帰責性のある場合にしか認められないのは妥当でないといふ。

以上の結論を支える論拠となっているのが「追完の履行場所」に関する支配的見解である。すなわち、立法者および学説の支配的見解によれば、「追完の履行場所」は追完の時点における物の所在地と解されるが、買主が目的物の場所を移動させた場合に売主に移転のリスクが課せられるのと同様（たとえば、目的物を遠方へ運んだ場合の交通費の負担など）、買主が目的物の状態に変更を加えた場合にも、その変更されたままの状態^③で追完をしなければならないリスクが売主に課されるといふ。

(2) 否定説

もつとも、多くの学説は、肯定説（とくにカールスルーエ上級地方裁判所判決）に批判的である。批判説が一致して主張するのは、BGB 四三三三条一項が規定する瑕疵のない物の給付義務は売主に対して瑕疵のないタイルが張られた床の回復を義務付けるものではなく、瑕疵のないタイルの引渡しに限定されるということである。追完請求権の本質は「本

来の履行請求権が転化したもの」であり、本来の給付義務が瑕疵のない目的物の引渡しである以上、履行請求権の転化した追完請求権がそれ以上に及ぶことはないという。損害賠償請求権の要件（帰責性）が満たされる場合のみ、追完によるタイトルの張りつけ義務が認められる。

① 学説

この観点から売主の取付け義務（タイトルの張り付け義務など）を否定するのがローレンツ（Stephan Lorenz）である。ローレンツはカールスルーエ上級地方裁判所が追完請求権の内容を正確に検討していない点に「根本的な誤り」があると指摘し、売主の給付義務は瑕疵のないタイトルの引渡しに尽き、それ以上にそのタイトルの敷き詰めには及ぶはずがないとい⁶う。

ローレンツによれば、「取付け」義務が問題となる場面では、少なくとも旧法下における「瓦」判決の理由づけを参照することは困難である。なぜなら、政府草案理由書は、BGB旧四六七条二文に基づく無過失の契約費用の賠償を新債務法では認めないという明確な態度決定をしているからである。すなわち、理由書によると、解除法の中でも「異質（Fremdkörper）」であったBGB四六七条二文の特別規定は現行法上廃止され、契約費用の賠償は帰責性を要件とするBGB二八四条の費用賠償請求権に基づいて認められるとされている⁷。したがって、売主が瑕疵ある瓦を引き渡したため買主が無駄に出費した敷き詰め費用の賠償や（「瓦」判決）、瑕疵あるタイトルを引き渡したため再度の敷き詰めを余儀なくされた買主の費用賠償は（「タイトル」判決）、いずれも売主に帰責性がある場合にしか認めることができないとい⁸う。

ローレンツはまた、カールスルーエ上級地方裁判所が売買契約と請負契約とを混同している点を指摘する。すなわち、請負契約の場合には売主の履行義務は瑕疵のないタイトルの引渡しに限られず、そのタイトルの張り付けにまで及ぶが（B

GB六三四条一項、六三五条一項および二項)、本件は請負契約ではなく売買契約であるという^⑤。

学説には、ファウストと同様の観点から売主の取付け義務を肯定する見解もあるが、多数の学説は取付けに関する追完の可能性を否定する^⑪。たとえば、シュナイダー／カターンダール (David Schneider/Christoph Karmdah) は否定説の立場から、カールスルーエ上級地方裁判所が「時代錯誤のBGH判例を引用するのは誤っている」と批判し、追完に基づいて売主の取付け義務を導くのは「体系違反」であると指摘する^⑫。また、ティーディッケ／シュミット (Klaus Tiedtke/Marco Schmitt) は、ファウストの見解を「説得的でない」と批判し、「追完請求権は履行請求権が転化したものにはかならず、……追完は新たな物の引渡しに限定される」と述べる^⑬。フーバー (Peter Huber) も同様に、追完の履行場所に関する支配的見解の立場 (瑕疵ある物の所在地) からタイルの張り付け義務を導くことはできないという^⑭。

② 下級審裁判例

下級審では、ケルン上級地方裁判所二〇〇五年二月二日判決^⑮がローレンツの考え方を全面的に支持した。事案はカールスルーエ上級地方裁判所判決とほぼ同様であるが、ケルン上級地方裁判所判決によれば、BGB四三九条に基づく売主の追完義務は瑕疵のない物の引渡しであり、瑕疵のないタイルの敷き詰めは追完の内容に含まれない。瑕疵あるタイルの敷き詰めに必要な費用は、損害賠償 (BGB四三七条三号、二八〇条) または費用賠償 (BGB四三七条号、二八四条) の下で認められ、瑕疵ある物を引き渡したことにつき売主に帰責性があることが当該賠償請求権の要件になるという。

2 瑕疵ある物の撤去義務

次に、瑕疵ある物の撤去義務について検討したい。ここでも、瑕疵ある物を引き渡した売主に帰責性がある場合には売主が撤去義務を負うことに異論はないが、帰責性がない場合に売主と買主のいずれが撤去義務を負担するかが問題となる。

(1) 肯定説

学説の多数説によれば、売主は、買主が取り付けた瑕疵ある物を追完義務に従い自ら撤去し、回収する義務を負う。¹⁶⁾ここで多数説は「瓦」判決を参照し、そこでBGHが示した論拠を用いる。前述したとおり、「瓦」判決は解除に関する事案であったが、この見解は追完(代物給付)の場合にも「瓦」判決の論拠を準用できるといえる。

ここでもまず、肯定説の代表であるローレンツの見解を紹介したい。ローレンツは、上記Iで検討した取付け義務の場合と異なり、売主の撤去義務を判断するに当たっては、旧法下の「瓦」判決がなお重要な意味をもつという。「瓦」判決では、瑕疵ある瓦で覆われた屋根から瓦を剥がす売主の義務が問題となったが——カールスルーエ上級地方裁判所判決の瑕疵あるタイルの引き剥がし義務に相当する——、BGHはこの撤去義務を損害賠償でも「契約費用」の賠償でもなく、契約解除後の売主の返還請求権に対応する買主の引取請求権によつて基礎づけた。すなわち、売主はBGH旧四六七条一文、三四六条、三四八条に基づいて代金の返還と引き換えに瑕疵ある瓦の返還請求権を有するが、これが買主の利益にも資する場合(買主の引取請求権が認められる場合)には瑕疵ある物について売主は引取義務を負い、その結果、引取義務の履行場所である屋根で瓦を撤去する売主の義務が導かれるという。この場合、売主の帰責性は要件とならない。ローレンツは、新売買法の下でも、この「瓦」判決の理由づけが維持できるといえる。

その上で、「瓦」判決の理由づけは、代物給付による追完請求権の事案にも準用できるといふ。すなわち、売主が瑕疵のない新たな物の代物給付義務を負う場合、BGB四三九条四項に従い、売主は自らが引き渡した瑕疵ある物の返還請求権を有するが、このとき解除の事例と同じく売主の返還請求権に対応する売主の引取（撤去）義務が導かれるといふ。¹⁷⁾

なお、ローレンツが指摘する「買主の利益」とは具体的にいかなるものかについて、ヴェスターマンが具体例を挙げながら詳しく述べている。それによると、たとえば、買主の必要費償還請求権などがこれに含まれる。すなわち、BGB三三七条二項は買主（返還債務者）の必要費償還請求権を定めるが、当該請求権が認められるための要件として売主（返還債権者）への目的物の返還が必要となり、ここに目的物を引き取ってもらい買主の利益が認められる。また、瑕疵ある物を保持し続けることは買主の他の法益に対する危険を惹起しうることも指摘されている。¹⁸⁾

そのほか、売主の撤去義務を肯定するシュナイダー／カターングールの見解によると、追完請求権の目的は追完によつてもう一度契約に適した状態を回復させることにある。この「契約に適した状態」を特定する基準は危険移転時であり、この時点で売主が契約を適切に履行していれば買主が瑕疵ある物の撤去や廃棄物処理を負担しなかったことが明らかである。それゆえ、これらの費用を買主に負担させることは許されないといふ。¹⁹⁾

(2) 否定説

これに対して、売主の撤去義務を否定する見解も有力に主張されている。たとえば、テュールマン (Dagmar Thümann) は、「瓦」判決の論拠を「マイル」判決へ準用する考え方を批判する。テュールマンによれば、新債務法の下でも基本的にBGB四三九条四項に基づいて代物給付の際の売主の返還請求権が認められることから、その限りにお

いては「瓦」判決の論拠（返還請求権——引取・撤去義務という論理）を新債務法にも準用することができるが、ここでは「瓦」判決の事案の特殊性が十分に考慮されなければならないという。すなわち、当該事案においては瓦が屋根に「仮設」されているにすぎないという特別な事情があった。これに対して、「タイル」判決では、タイルが床に敷き詰められていた（すでに床に組み込まれていた）という決定的な相違がある。BGB三四六条二項二号は「返還」債務者が受領した目的を消費し、譲渡し、負担を加え、加工し又は改造した場合」には「返還に代えて価額を賠償しなければならぬ」と規定し、さらに同条三項一号は「解除を基礎づける瑕疵が目的物の加工又は改造に際してはじめて明らかになったとき」には価額償還義務さえ消滅すると規定する。これらの場合、売主はもはや目的物の返還請求権を有さずしたが、つてまたそれに対応する引取・撤去義務を負わない。この点で、購入したタイルが敷き詰めによりもはや独立して存在しない「タイル」判決と、いまだ屋根に固定されずに仮設されているにすぎない「瓦」判決とは事案を異にし、「瓦」判決の論拠をそのまま「タイル」判決に及ぼすことはできないという。²⁰⁾

また、同じく否定説に立つスカメル (Frank Skamel) は、瑕疵ある物の引取義務が同時に引き取るべき物の「撤去」義務まで含むのか疑問であるとす。すなわち、撤去義務が認められるためにはもちろん引取義務が前提となるが、反対に引取義務が認められても論理必然的に撤去義務が導かれるわけではない。引取りに対する買主の利益が認められても、そうであるからといって撤去に対する利益まで認められるものではないという。²¹⁾

III 連邦通常裁判所二〇〇八年七月一五日判決²²⁾

以上のような下級審裁判例および学説の議論の中、最近になり、上記Ⅱ一の取付け義務の問題を扱った連邦通常裁判

所の判決が出された。本判決が最上級審として最初の判決であることから、以下において詳しく紹介し、分析を試みたい。

1 【事案の概要】

買主（原告）は売主（被告）からフローリング材を購入し、これを自宅のリビングと台所に敷き詰めた。その後、このフローリング材に修補できない瑕疵があることが判明した。買主はまだ代金を支払っていなかったが、売主に対して約三週間の追完期間を設定した上でフローリング材の交換を求めた。売主がこれを拒絶し、定められた追完期間が経過した後、買主は他から新たなフローリング材を調達し、それを敷き詰めるのに要した費用の賠償を売主に請求した。争点は、新たなフローリングの敷き詰めを拒絶したことが売主の追完義務の違反と評価されるか否かである。原々審、原審ともに原告の請求を棄却したため、原告が上告した。

2 【判旨】 上告棄却

(1) 瑕疵ある寄せ木張りフローリング材（以下、単にフローリング材という。）を提供した売主は、代物給付による追完に基づいて瑕疵のないフローリング材の引渡し、すなわち瑕疵のない購入物の占有および所有権を取得させる義務のみを負う（BG B四三九条一項）。買主が瑕疵あるフローリング材をすでに敷き詰めていた場合であっても、売主が追完によって代物給付したフローリング材を敷き詰める義務を負うものではない。

(2) 買主が瑕疵を発見する前に自らの費用で瑕疵あるフローリング材を敷き詰めていた場合、瑕疵のないフローリング材を新たに敷き詰めるために要する費用に関して瑕疵ある物を引き渡した売主の責任が問題となるのは、給付に代わ

る損害賠償（BGB四三七条三号、二八〇条一項および三項、二八一条以下）が認められる場合のみである。瑕疵ある給付によって生ずる義務違反（BGB二八〇条一文、四三三条一項二文）について責めに帰すべき事由がない場合、売主はその責任を負わない。

3 BGBH判決の分析

学説における支配的見解と同様、BGBHは取付けに関する売主の追完義務を否定的に解した。BGBHによれば、本件で売主が義務を負うのは新たな瑕疵のないフローリング材の引渡しであり、その敷き詰め（または、それに要する費用の賠償）は義務付けられない。「瑕疵ある物を引き渡したことから買主の被った財産損害は、追完ではなく、BGB二八〇条以下の損害賠償または費用賠償によって填補されるべきものである」²³⁾。

また、BGBHによれば、「売主が負担すべき追完費用に関するBGB四三九条二項の規定から、原告が主張するような損害賠償請求権は導かれない。代物給付したフローリング材を敷き詰めるための費用も同条の意味での費用に含まれるといった趣旨のことは、この規定からは明らかにならない。BGB四三九条二項は追完を行う上で必要な費用——特に運送費、交通費、労務費および材料費——について売主の負担義務を定めているが、追完の範囲をフローリング材の敷き詰め義務にまで拡大する趣旨の規定ではない」²⁴⁾。

さらにBGBHは、追完の範囲に関して「瓦」判決から結論を導き出すことを明確に否定した。すなわち、「BGB旧四六七条二文の規定が債務法の現代化に伴い削除され、これに相当する表現もBGB四三九条二項の中に盛り込まれなかった」ことを重視している。したがって、「BGB旧四六七条二文の『契約費用』の賠償は、……現行法上はBGB二八四条の費用賠償の要件の下でしか認められない」²⁵⁾。

最後に、本件において、B G Hがいわゆる「追完の履行場所」の問題を重視していないことに留意しておきたい。二〇〇八年一月の請負契約に関する事案でB G Hは「物が契約に従って所在する場所」を追完の履行場所とし、売買法上の追完請求権についても同じく妥当すると判示したが、本判決はこの理が動産売買（すなわち、フローリング材）における追完にも妥当するか否かは判断する必要があるという。それというのも、そもそもこの追完の履行場所と売主の取付け義務は関連がないからである。⁽²⁷⁾

以上から、B G Hは、買主が新品のフローリング材を敷き詰めるのに要した費用の賠償は売主に帰責性がある場合のみ認められるとの規範を導いた。本件では被告である売主に帰責性が欠けるため、結論として原告の請求が退けられた。

なお、本件では、撤去費用については売主がすでに賠償していたため、B G Hはこの費用の賠償義務の問題（上記II 二）に立ち入って判断する必要がなかった。この問題が扱われたのは、本判決の数か月後に出された連邦通常裁判所二〇〇九年一月一四日決定⁽²⁸⁾においてである。そこで、章を改め、引き続き同決定の内容を詳しく紹介したい。

IV 連邦通常裁判所二〇〇九年一月一四日決定⁽²⁹⁾

1 【事案の概要】

(1) 原告は、建築資材の販売を業とする被告から床タイルを約一、三八〇ユーロ（税込み）で購入した。原告は床、浴室、台所、階段の踊り場にタイルを敷き詰めたが、このタイルには瑕疵があることが判明した（製造過程でタイルを研磨した際に誤って細かな傷が付き、その結果タイルに色の濃淡が現れてしまったという事情がある）。追完に際しては、

タイルの修補が不可能であるため、タイルを全部交換するしかないが、そのための費用は税込みで約五、八〇〇ユーロかかる。

- (2) 原告は被告に対し期間を定めた上で代物給付を催告したが、功を奏さなかった。本件訴訟において、原告は、瑕疵のない新たなタイルの引渡しと約五、八〇〇ユーロの支払いを求めた²⁰⁾。地方裁判所は代金減額の観点から約二七三ユーロの支払いを命じたが、その余の点については請求を棄却した。原告が控訴し、フランクフルト・アム・マイン上級地方裁判所は第一審判決を一部変更した上で、瑕疵のないタイルの引渡しと約二、一〇〇ユーロ（瑕疵あるタイルの除去費用）の支払いを被告に命じた。これに対し被告が上告し、タイルの除去費用について支払い義務はないと主張した。

2 【決定要旨】

BGHは本案判決を留保した。これは、判決をする前提として、指令適合原則との関係でドイツ民法の規定に重大な疑義が生じたためである。そこで、先決判決に関するE C 条約二三四条に基づいて、共同体法の解釈をめぐる以下の二つの問題が欧州司法裁判所へ付託された。

- (1) 絶対的不均衡を理由に消費者の求めた救済手段を売主が拒絶できると定めるドイツ国内法の規定が消費用動産売買指令三条三項一文および二文の規定に抵触するか。
- (2) かりに(1)の問題が肯定された場合、指令三条二項および三項三文の規定から売主の撤去義務が導かれるか。

3 検討

(1) 原判決

本決定の検討に入る前にまず、原判決の内容を確認しておきたい。フランクフルト・アム・マイン上級地方裁判所は、上述した事実関係の下で原告の請求を一部認容したが（代物給付および約二、一〇〇ユーロの支払い義務を認容）、³¹⁾その際、以下のような判決理由を述べている。³²⁾

「原告は、被告に対し、瑕疵のないタイルの引渡請求権を有する（BGB四三四条、四三七条一号、四三九条一項後半部分）。被告が原告に売却し、引き渡したタイルには瑕疵がある（BGB四三四条一項二文二号）」。

「BGB四三九条一項第二選択肢の文言では『瑕疵のない物の引渡し』と述べられており、この文言は確かに撤去および取付け費用が追完費用に含まれることの根拠にはならない。追完請求権は履行請求権が転化したものにならないので、購入物の譲渡および引渡しという本来の売買契約上の義務に加えて、それまで義務付けられていなかった行為義務を付加的に認めるのも筋違いである。しかし他方で、売主の義務が——単に——瑕疵のない購入物の所有権および占有を買主に取得させるにすぎないものであるとしても、反対に買主が瑕疵のない物のほかにさらに瑕疵のある物も持ち続けなければならない理由は定かでない。ここから瑕疵ある物に関する売主の契約上の撤去義務が導かれる。これにより、物を提供する義務のほかに、不可避的に敷き詰められた瑕疵あるタイルの引き剥がしも追完義務の範囲に含まれる。加えて、立法資料から、BGB四三九条は消費動産売買指令（ABl. EG Nr. 1171 S. 12）を国内法化したものであることが分かる。適切な指令適合的解釈をするならば、以下のことが顧慮されなければならない。すなわち、指令三条二項一文ではBGB四三九条一項におけるような『追完』ではなく、『消費動産の契約に適合した状態の回復』と述べら

れていること、さらに『瑕疵のない物の引渡し』という追完方法は、『三項に基づく代物給付』という指令の文言を国内法化したことである。このことから、売主には、瑕疵のない購入物の単なる譲渡および引渡し以上の義務が課される。より正確に言えば、売主は、契約に適合した『状態』の『回復』を義務付けられる。このことがはっきり示されるのは、購入物がその間に定められたところに従い加工されている場合である。『代物給付(Ersatzlieferung)』という概念もまた、売主が単なる『引渡し』以上のことを義務付けられる論拠となる。ある物を『代替する(ersetzen)』者は、新たな物を引き渡すだけでなく、古い物を撤去しなければならぬ³³⁾。さもなければ、その者は『余分な物を付加してしまふ』ことになるからである。このことは、指令三条三文からも明らかである。すなわち、この規定によれば、代物給付は『消費者に重大な不利益を課すことなく』行わなければならない。その際には『消費動産の種類ないし消費者が当該消費動産を必要とする目的』が顧慮されねばならない。

(2) 本決定

① 決定要旨(1)について

以上のとおり、原審は補充的に消費動産売買指令を手がかりに被告の撤去義務を導き、原告の請求を一部認容した。もつとも、理論的に撤去義務が承認されるとしても、原告が求める追完に「過大な費用」(BGB四三九条三項)が生じる場合には、その追完請求がそもそも認められないことに注意を要する。BGB四三九条三項は二つの形態で買主の追完請求権の制限を定めており、一つは、買主の求める追完方法が他の追完方法と比べて過分の費用を生じさせる場合(相対的不均衡)、もう一つは、確定された一方の追完方法それ自体について過分の費用を生じさせる場合(絶対的不均衡)である。本件では修補が不可能であるため代物給付しか問題とならないが、この追完方法が「過分の費用」を投じ

なければ達成できないとされる場合にはBGB四三九条三項によって追完自体が制限されることになる。原審の認定によれば、本件の追完には瑕疵のない物の引渡しに要する費用（運送費を含めて、約一、二〇〇ユーロ）と、問題となっているタイルの撤去費用（約二、一〇〇ユーロ）につき、総額約三、三〇〇ユーロの費用がかかる。これに対して、タイル自体の購入代金はせいぜい一、四〇〇ユーロにすぎないので、瑕疵のないタイルの価値と比べて追完費用のほうが格段に高額となる。

原審は、原告の請求を一部認容するにあたり、「追完に過分なほど高額な費用が伴うものと認めることはできない。」と判示したが、これに対し、本決定は「原告が求めた瑕疵のないタイルの引渡し」には「絶対的な不均衡」が生じていると述べた⁽²⁴⁾。結論の相違に関する詳細な検討は別稿に譲るが、BGHの見解に従う限り、本件における原告の追完請求権は制限を受けることになる（BGB四三九条三項）。しかし、ここで生じた問題が、「絶対的な不均衡」を追完の制限事由の一つに加えるドイツ民法の規定の指令適合性であった。これが本決定の要旨(1)にかかわる問題である。指令三条三項によれば、消費者は、引渡しを受けた消費動産に契約違反が認められる事例において、売主に対し、「不能または過分とならない限り」、消費動産の無償での修補または代物給付を請求できる。しかし、その追完方法が「過分」とみなされるのは、「他の方法と比較して、売主に不合理な費用を強いる場合」のみである（指令三条三項二文）。つまり、指令は、ドイツ民法と異なり、少なくとも文言上は「相対的な不均衡」の要件しか規定していない。そこで、「絶対的な不均衡」をも追完の制限事由に加えるドイツ民法の規定が指令と抵触しないかが問題とされたのである。この問題を明らかにするため、BGHは欧州司法裁判所に対し先決判決を求めた。

② 決定要旨(2)について

このように、B G Hによれば、売主の撤去義務を論ずる前提として追完制限の問題が先決されなければならない。もつとも、B G Hは、ここで「かりに(1)の問題が肯定された場合」——したがって、「絶対的な不均衡」を定めるドイツ民法の規定が指令に抵触するとされ、売主には追完拒絶権が認められないとされた場合——として、売主の撤去義務の可否についても詳細に検討している(決定要旨(2))。この問題が本稿との関係ではより重要である。

B G Hは、売主の撤去義務が認められるか否かについて、以下のように判示した。³⁵⁾

「このことは、原審も認めたとおり、法律の文言からだけでは明らかにならない。B G B四三九条一項によれば、買主は、本件の追完方法により、瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。この追完は、——売主の売買契約上の本来の履行義務に従うと(B G B四三三条一項)——もつぱら瑕疵のない物の引渡しおよびその物の所有権の取得に限られる。はじめに引き渡した瑕疵ある物の撤去は引渡しと異なるから、ここに含まれないのは明らかである。B G B四三九条二項によれば、売主は追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費、材料費を負担しなければならぬが、この規定からも結論は異ならない。本件で問題となっている追完方法について言えば、その文言上、追完のために必要なのは瑕疵のない物の引渡しに要する費用のみである。上述したとおり、はじめに引き渡した瑕疵ある物の撤去はこれに含まれない。

瑕疵ある物の撤去に必要な費用を買主に賠償する売主の義務は、——少なくとも、本件で認められる事情の下では——いわゆる瓦事件の民事部判決(BGHZ 87, 104)を考慮したとしても根拠づけることができない。——とりわけ、ドイツ国内法への指令の国内法化をも目的とした——二〇〇一年一月二六日の債務法現代化法(BGBL. I S. 3138)で売買法の新準則が制定される以前のこの判決において、民事部は、売買契約の解除に基づき、瑕疵ある瓦の撤去費用の賠

償へ向けられた売主に対する遅延損害賠償請求権（BGB旧二八四条一項、二八六条一項（現BGB二八〇条二項、二八六条一項））を買主に認めた。その際、民事部は、——単に屋根に仮設されているすぎない——瓦を剥がす売主の義務の懈怠を、——BGB旧四六七条、三四六条に基づく売主の返還請求権に対応する——『履行場所』である屋根で履行されるべき特別な利益に基づく買主の撤去請求権から導いた。本件では、これは問題とならない。瑕疵あるタイルが原告の家に敷き詰められたことにより——瓦が屋根に仮設されていたにすぎない瓦事件とは異なり——、BGB九四六条、九三条、九四条二項によって瑕疵あるタイルが建物の本質的構成部分になっていたことからしても明らかである。それゆえ、被告には返還請求権が与えられず（単なる価額賠償についても、BGB四三九条四項、三四六条一項二項二号三項一号により認められない）、したがってまた、それに対応する原告の撤去請求権も認められない。

しかしながら、瑕疵のない物の引渡しによる追完の事例で（BGB四三九条一項第二選択肢）、売主に対して瑕疵ある購入物の撤去を求め、そしてまた、それに要する費用の賠償を求める買主の本件請求権は、原審の認めるところに従うと、指令三条二項、三項三文から認められうる。指令三条二項によれば、消費者は、引渡しを受けた消費動産に契約違反が認められる場合、三項に基づく代物給付によって、消費動産を契約に適合した状態へ無償で回復させる請求権を有する。代物給付（Ersatzlieferung）という概念を用いていること自体、契約に適合した消費動産を引き渡すのみならず、それ以上に、引き渡した契約違反の消費動産を取り替える、したがって引き剥がす義務があることを示すものといえることができる。さらに指令三条三項を参照すると、同条項では第三文において、特に、代物給付は消費者に重大な不利益を課することなく行わなければならない、その際には、消費動産の種類、ないし消費者が消費動産を必要とする目的が考慮されなければならないと定められている。二項が求める契約に適合した状態の回復との関連で、第三文にいう消費動産の種類および使用目的を適切に考慮すると、売主が代物給付に従って契約に適合した消費動産

を単に引き渡す以上の義務を負うこと、つまり、その代物の種類および目的に適した使用をする上で必要な場所を確保するため、最初に引き渡した契約違反の消費用動産の除去をも義務付けられることを根拠づけることができる。それゆえ、瑕疵あるタイルの撤去は、売主の代物給付義務に含まれる。……(以下、略)。

右の決定要旨の中で、BGHは、まずBGB四三九条一項および二項の解釈から売主の撤去義務を導くことを否定し(第一段落)、さらに「瓦」判決の本件への準用を否定したが(第二段落)、最後に、売主の撤去義務が「指令三条二項、三項三文から認められうる」可能性を示した(第三段落)。その上で、決定要旨(1)の「絶対的不均衡」の問題とともに、指令三条二項および三項の規定の解釈——当該規定から撤去義務が導かれるか否か——について欧州司法裁判所へ先決判決を求めた。

V まとめ

瑕疵ある物を引き渡した売主に帰責性がない場合、追完(とくに代物給付)の範囲をめぐる、売主が、(1)瑕疵のない新たな物の取付けを義務付けられるか否か、(2)瑕疵のある物の撤去を義務付けられるか否かが問題となる。

まず、(1)に関して、下級審裁判例および学説の有力説は、旧法下における「瓦」判決を根拠に(カールスルーエ上級地方裁判所)、あるいは「追完の履行場所」に関する支配的見解を根拠に(ファウスト)、売主の取付け義務を肯定していた。これに対し、学説の支配的見解は、追完請求権の法的性質を根拠に無過失の売主の取付け義務を否定する。二〇〇八年七月の判決において、BGHも取付け義務を否定する支配的見解の立場に立つことを明らかにした(上記、Ⅲ)。

次に、(2)の売主の撤去義務に関しても、学説では肯定説と否定説の間で争いがあった。肯定説によれば、売主の帰責

性の有無にかかわらず、瑕疵ある物を撤去し、引き取ってもらう点に「買主の利益」が認められ、売主の撤去義務はこの「買主の利益」から導かれる。これは旧法下においてBGHが採用していた論拠であり（「瓦」判決）、肯定説は代物給付による追完の場合にもこれと同様の論拠が妥当するという。これに対して、否定説には、「瓦」判決のもつ射程を慎重に考えるべきであるとの見解や、瑕疵ある物を引き取ってもらう「買主の利益」から直ちに売主の「撤去」義務を導くことに反対する見解があった。近時、BGHは瑕疵あるタイルの引渡しに関する事案で、BGBの解釈として売主に撤去義務があることは否定したが、消費用動産売買指令の解釈から売主の撤去義務が導かれる可能性を示した（上記IV）。本件は現在、欧州司法裁判所へ付託中である。今後、同裁判所が示すであろう判断に注目したい。⁽⁸⁾

- (1) OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432.
- (2) BGHZ 87, 104. = NJW 1983, 1479.
- (3) OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 465.
- (4) 追完の履行場所をめぐる問題については、拙稿「ドイツ売買法における追完の履行場所」同法六一巻三号（二〇〇九年）七九頁以下。
- (5) Vgl. Florian Fausl, in: BambergerRoth, (2007) § 439 Rn. 18.
- (6) Vgl. Stephan Lorenz, Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach „neuem“ Schuldrecht – was bleibt vom „Dachziegel“-Fall?, ZGS 2004, 408; ders., Schuldrechtsreform : Drei Jahre danach, NJW 2005, 1889, 1895; ders., Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, 1, 5; ders., Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, 1633.
 (7) Vgl. BT-Drucks. S. 225
- (8) Vgl. Lorenz, ZGS 2004, 408; ders., NJW 2009, 1633, 1634.
- (9) Vgl. Lorenz, ZGS 2004, 408, 409.
- (10) 比較的早く受審された「Thomas Terrabe, Haftungs- und Deckungssituation für Aus- und Einbaukosten nach dem neuen Kaufrecht, Vers 2004, 680, 682; 最近では「Carl-Heinz Witt, Ausbau und Einbau im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, ZGS 2008, 369,

372頁が支持される。

- (11) Vgl. z.B. *Harm Peter Westermann*, in: Münch-Komm., (2008) § 439 Rn. 13; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB (2004), § 439 Rn. 21; *Bildenbender*, in: AnwKomm-BGB, § 439 Rn. 27; *David Schneider*, Eigentumsverletzungen beim Ausbau mangelhafter Kaufsachen, ZGS 2008, 177.
- (12) Vgl. *David Schneider/Christoph Katerndahl*, Ein- und Ausbautkosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr, NJW 2007, 2215, 2216.
- (13) *Klaus Tiedtke/Marco Schmitt*, Probleme im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs (Teil II), DStR 2004, 2060, 2061 f.
- (14) Vgl. *Peter Huber*, Neues deutsches Kaufrecht und UN-Kaufrecht, FS Konzen, (2006) S. 337; ヴーター・ノーパー/益井公司訳「新ドイツン 売買法」における履行と損害賠償の関係に関する近時の諸問題」日本法季七四巻一号(二〇〇八年)一九七頁、特に二二五頁以下。
- (15) *OLG Köln*, ZGS 2006, 77.
- (16) *Fraust*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 5) § 439 Rn. 31; *Westermann*, in: Münch-Komm., (Fn. 11) § 439 Rn. 13; *Terrathe*, VersR 2004, 680, 682; *Carl-Heinz Wilt*, Ausbau und Einbau im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, ZGS 2008, 369, 370 f.; *Schneider*, ZGS 2008, 177 f.
- (17) Vgl. *Lorenz*, ZGS 2004, 410 f.; *ders.*, NJW 2005, 1889, 1895; *ders.*, NJW 2007, 1, 5; *ders.*, NJW 2009, 1633, 1634.
- (18) Vgl. *Westermann*, in: Münch-Komm., (Fn. 11) § 439 Rn. 13.
- (19) Vgl. *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2215, 2216.
- (20) Vgl. *Dagmar Thürmann*, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbautkosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, 3457, 3460 f.
- (21) Vgl. *Frank Skamnel*, Nacherfüllung beim Sachkauf, (2008) S. 114; *ders.*, Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen, NJW 2008, 2820, 2822.
- (22) BGHZ 177, 224. = NJW 2008, 2837. 評説をよむ『Skamnel, NJW 2008, 2820』; *Beate Gsell*, Entscheidungsanmerkung, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_5_107.pdf). [二〇〇九年一月三〇日最終確認]; *Dirk Looschelders*, Mangelhafte Parkettetafel, JA 2008, 892.
- (23) Vgl. *BGH*, Fn. 22 (Tz. 21).

- (24) Vgl. BGH, Fn. 22 (Tz. 23).
- (25) Vgl. BGH, Fn. 22 (Tz. 26).
- (26) Vgl. BGH, Urt. v. 8. 1. 2008 - X ZR 97/05 (Tz. 13); 拙稿・前掲注(4)八六頁。
- (27) Vgl. BGH, Fn. 22 (Tz. 27).
- (28) Vgl. BGH, Fn. 22 (Tz. 29). 瑕疵あるフローリング材を製造した製造者は「被告の履行補助者ではなし」から、被告はBGB278条に基づく履行補助者の責任を負わな⁵⁰。
- (29) BGH, NJW 2009, 1660. 評釈「*Florian Faust, Ersatz der Ausbankkosten bei der Ersatzlieferung, absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung*, Jus 2009, 470; *Hannes Unterthaldornes Czupka*, JZ 2009, 313; *Lorenz*, NJW 2009, 1633; *Dirk Looschelders, Mangelhafte Bodenfliesen*, JA 2009, 384.
- (30) 請求費目の大まかな内訳は、新たなタイルの引渡しにかかる費用(輸送費を含めて、約1200ユーロ) + 瑕疵あるタイルの除去費用―撤去および廃棄物処理―(約2100ユーロ) + その他の敷き詰め費用(約3500ユーロ) = 総計約5800ユーロとなる。
- (31) Vgl. BGH, Fn. 29 (Tz. 3). = *OLG Frankfurt am Main*, OLG R 2008, 325. = *ZGS* 2008, 315.
- (32) Vgl. BGH, Fn. 29 (Tz. 4-5).
- (33) 指令の「代物給付〔Ersatzlieferung〕」という概念は、同じく「代物給付」と訳しうるBGB四三九条の「Nachlieferung」よりも、別の新たな物で瑕疵ある物を「交換ないし取替える〔Austausch〕」という意味合いを強く含んでいる。これを指摘するのは「*Unterthaldornes/Czupka*, JZ 2009, 313, 314.
- (34) Vgl. BGH, Fn. 29 (Tz. 16).
- (35) Vgl. BGH, Fn. 29 (Tz. 20 ff).
- (36) BGH決定の約一か月後、シヨルントルフ区裁判所も、自動食器洗い機の売買の事案で、(1)瑕疵のない新たな物の取付け、および、(2)瑕疵ある物の撤去の問題について欧州司法裁判所へ先決判決を求めた(*AG Schorndorf, Entscheidung vom 25. 2. 2009, 2 C 818/08*)。同裁判所の付託事項一(売主の取付け義務)においては、過失なく瑕疵ある物を引き渡した売主に対して瑕疵なき物の取付け義務を否定するドイツ国内法の規定(BGB四三九条一項)と二〇〇八年七月のBGH判決(上記 III)を前提にしてなお、「高度の消費者保護」という消費用動産売買指令の趣旨・目的から売主の取付け義務を認めるべきでないかを欧州司法裁判所へ質問している(Tz. 11)。また、付託事項二(売主の撤去

（義務）に関しては、基本的には二〇〇九年一月のBGH決定と同内容の付託事項であるが、BGH決定の事案で欧州司法裁判所が場合によっては撤去義務の判断に踏み込まない可能性があることを考えると（BGH決定では、絶対的不均衡に基づく追完制限を定めるBCEの規定が指令に抵触することが、売主の撤去義務を判断する前提になる。）、シヨルンドルフ区裁判所の（再度の）付託は重要な意味をもつ。