

追完費用が過分である場合における 注文者及び買主の損害賠償請求 —ドイツ請負法及び売買法—

青 野 博 之

- 1 はじめに
 - (1) 請負において追完費用が過分である場合
 - (2) 売買において追完費用が過分である場合
 - (3) 日本法への示唆
- 2 請負
 - (1) BGH2012年10月11日判決
 - (2) 検討
- 3 不動産売買
 - (1) BGH2014年4月4日判決
 - (2) 検討
- 4 日本法
 - (1) 現行法
 - (2) 債権法改正
- 5 おわりに

1 はじめに

- (1) 請負において追完費用が過分である場合

ドイツ民法では、2002年1月1日から施行された現代化法⁽¹⁾の前からドイツ民法典（以下「BGB」という。）旧第633条第2項第3文は、「瑕疵除去が過分の費用を要するときは、請負人は、これを拒絶することができる。」⁽²⁾と定めて

(1) 現代化法については、渡辺達徳「債務法現代化法制定の経緯」岡孝編・契約法における現代化の課題（法政大学出版局、2002年）15頁参照。

(2) 訳は、右近健男編・注釈ドイツ契約法（三省堂、1995年）を参照した。以下、

いた。BGB 第635条第3項は、「請負人は、追完に過分の費用を要するときは、第275条第2項及び第3項の規定の適用を妨げることなく、これを拒絶することができる。」⁽³⁾と定め、現代法化の前のBGB 第633条第2項第3文と内容は同じであり⁽⁴⁾、これを参考にBGB 第635条第3項の解釈をすることができる。現代法化の前のBGB 第633条第2項第3文の瑕疵除去は、BGB 第635条第3項の追完と同じだからである。

そこで、本稿では、現代法化の前から判例及び学説に蓄積のある請負法から検討を始める。また、追完費用が過分である場合における注文者の損害賠償請求について、BGH判決が売買の場合におけるのと同じ問題である買主の損害賠償請求よりも先に登場したことも考慮して、請負法から検討を始める。

契約法の部分についての、現代法化の前の条文訳は、同じ。

- (3) 訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題（法政大学出版局、2002年）を参照した。以下、現代法化の後の条文訳は、同じ。

また、BGB 第275条は、次のとおり定める。

第1項 給付が債務者又はすべての人にとって不能である限り、給付請求権を行使することができない。

第2項 債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、給付をすることが債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失するような出費を要する限り、債務者は、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、給付が妨げられていることにつき債務者に帰責事由が存するかどうかも考慮する。

第3項 債務者が自ら給付をしなければならない場合において、債務者の給付が妨げられていることと債権者の給付利益とを衡量して給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。

第4項 債権者の権利は、第280条、第283条から第285条まで、第311 a 条及び第326条の規定によって定まる。

- (4) BT-Drs.14/6040,265.

(2) 売買において追完費用が過分である場合

事業者から消費者が動産を買う場合は、EU 消費動産売買指令⁽⁵⁾を受けて BGB が改正されたため、BGB の解釈が複雑になっている⁽⁶⁾。

そこで、本稿では、請負に続いて売買について検討する際に、売買の目的物を絞り、動産売買ではなく、不動産売買について検討する。不動産売買には EU 指令が適用されないので、BGB の解釈で問題を解決することができるからである。

(3) 日本法への示唆

民法第634条第1項は、「仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。」と定める。「費用が過分かどうかは、修補に必要な費用と修補によって生ずる利益とを比較して定むべきである」⁽⁷⁾とされている。これは、BGB 第635条第3項とほぼ同じ内容である。

とはいえ、民法第634条第1項ただし書では、瑕疵が重要である場合には、その修補に過分の費用を要するときであっても、その瑕疵の修補を請求することができる、というように解釈することができる。これに対して、BGB 第635条第3項では、瑕疵が重要である場合であっても、その追完（瑕疵修補）に過分の費用を要するときは、その追完（瑕疵修補）を請求することができない。

ところが、民法改正案では、現行民法第634条第1項は、削除されることになっている。請負について、原則として、売買と同じであり、仕事の目的物

(5) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Amtsblatt Nr. L 171 vom 7.7.1999 S.12.

(6) 原田剛「瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程 (1) ~ (3)」法と政治63巻4号(2013年)1頁、64巻1号(2013年)33頁、64巻2号(2013年)45頁参照。

(7) 我妻栄・債権各論中巻二(岩波書店、1962年)634頁、同旨、幾代通ほか編・新版注釈民法(16)(有斐閣、1989年)144頁(内山高三執筆)。

が契約に適合しない場合における追完に過分の費用を要するときは案第412条の2第1項が適用されることになる。案第412条の2第1項は、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。」と定める。つまり、不適合が重要でない場合において、その追完に過分の費用を要するときに、追完請求権がないことは、条文では定められないことになる。とはいえ、「民法第634条第1項ただし書は、仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の修補請求権の限界について定めるものであるが、これは履行請求権の一般原則についての規律……に委ねられるべきものであることから、……重複を避けるために」⁽⁸⁾、現行民法第634条第1項は、削除されることになっている。現行民法第634条第1項の削除の理由がその考え方の否定ではないので、同規定の考え方が尊重されるべきである⁽⁹⁾。現行民法第634条第1項ただし書の内容は、条文から消えても、改正後もなお、案第412条の2第1項に依拠した「追完不能」の解釈にとって有意な準則として維持されよう⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

2 請負

(1) BGH2012年10月11日判決⁽¹²⁾

ア 事実の概要

Bは、2006年、二戸建て住宅の暖房及び配管設備の工事をUに対し頼んだ。

BはUに対し報酬残額を支払わなかった。そこで、Uは、Bに対し、報酬残額6248,43ユーロの支払いを求めた。LG Osnabrück2009年5月13日判決⁽¹³⁾は、Uの請求を一部認容した。

(8) 部会資料81-3、18頁。

(9) 岡正晶「契約各論」自由と正義66巻5号(2015年)34頁。

(10) 潮見佳男・民法(債権関係)改正法案の概要(商事法務、2015年)285頁。

(11) 現行民法第634条第1項ただし書の削除の経緯について、潮見佳男「追完請求権に関する法制審議会民法(債権関係)部会審議の回顧」高翔龍ほか編・日本民法学の新たな時代(有斐閣、2015年)671頁参照。

(12) BGH NJW 2013,370=MDR 2012,1404=NZBau 2013,99.

(13) BeckRS 2012,22384.

これに対して、Bは、控訴審において、次のとおり、主張し、反訴を提起した。Uは、敷設した温水管について断熱が不十分であることを見落とした。省エネルギーに関する政令第12条第5項によれば⁽¹⁴⁾、管の厚さは少なくとも20ミリメートル必要であるところ、13ミリメートルしかなかった。Bは、その工事に瑕疵があるとして、Uに対し、追完を請求した。しかし、Uは、BGB第635条第3項に基づき、その追完が過分の費用を要するとして、追完を拒絶した。温水管の断熱が不十分であることは、温水の熱を逃がしてしまい、エネルギーコストを増加させてしまうので、仕事の価値を減少させる。その増加額は、年当たり50ユーロであり、この瑕疵による減価は1000ユーロである。しかし、地中に埋めた温水管及び水道管を契約通り断熱するための費用は、44000ユーロに上る。そこで、Bは、自分でこの瑕疵を追完するとし、Uに対し、この追完費用の損害賠償の支払いを求めた。

イ OLG Oldenburg 2011年7月21日判決⁽¹⁵⁾

次のとおり判示して、Bの減額請求の1000ユーロ分をUの本訴請求分から差し引き、Bの反訴を棄却した。

BGB第635条第3項により、請負人が瑕疵修補を拒絶することができる場合には、注文者は、損害賠償を請求することができない。その場合には、注文者は、減価分について減額請求することができるに過ぎない。

Uは、故意でも、重過失でもない。瑕疵による減価は、1000ユーロである。瑕疵があるとはいえ、建物の利用について何ら制限されるわけでもなく、瑕疵によってエネルギー効率が悪いといっても、それは重大なものではないので、価値の減少は、問題とならない。

ウ 本判決

次のとおり判示し、原判決を破棄し、Bの損害賠償額について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した。

(ア) BGB第275条第2項及び第3項により、債務者である請負人が事実上又は實際上、債務を履行することができないときは、第275条第4項及び第283

(14) Energieeinsparverordnung v.2.12.2004, BGBl. I 3144.

(15) BeckRS 2012,22383.

条⁽¹⁶⁾によって直接、第280条第1項⁽¹⁷⁾及び第281条第1項⁽¹⁸⁾に基づき、注文者

(16) BGB 第283条は、「債務者が第275条第1項から第3項までの規定により給付を要しないときは、債権者は、第280条第1項の規定の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。第281条第1項第2文及び第3文並びに第5項の規定は、この場合に準用する。」と定める。

(17) BGB 第280条は、次のとおり定める。

第1項 債務者が債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。義務違反について債務者に責めを帰すべき事由がないときは、この限りでない。

第2項 債権者は、第286条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。

第3項 債権者は、第281条、第282条又は第283条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

(18) BGB 第281条は、次のとおり定める。

第1項 債務者が履行期到来の給付をせず、又は給付が契約に適合しない限り、債権者は、債務者に対して履行又は追完のために相当な期間を定め、その期間が徒過した場合には、前条第1項の規定の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部しか履行しない場合には、債権者は、給付の一部について利益を有しないときにのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者の給付が契約に適合しない場合において、その義務違反が重大でないときは、債権者は、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

第2項 債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき、又は当事者双方の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当化するような特別な事情が存在するときは、期間の定めを要しない。

第3項 義務違反の性質から期間の定めが考慮されないときは、これに代えて、警告を基準とする。

第4項 債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、ただちに消滅する。

第5項 債権者が全部の給付に代えて損害賠償を請求する場合には、第346条から第348条までの規定に基づきすでに給付したものの返還をただちに請求す

は、請負人に対して、損害賠償を請求することができる。たしかに、BGB 第635条第3項によって請負人が修補を拒絶することができる場合において、注文者が損害賠償請求権を有するかについての準用規定はない。しかし、立法者がこの場合においても、BGB 第280条第1項及び第281条第1項に基づき、注文者が請負人に対して損害賠償を請求することができると考えていたことは疑いが無い。解除及び損害賠償に関する特則を定める BGB 第636条が「第281条第2項及び第323条第2項の場合のほかに、請負人が前条第3項の規定により追完を拒絶するとき、追完が達成されなかったとき、又は注文者に期待することができないときは、期間を定めることを要しない。」と定めていることからしても、これは明らかである。

(イ) 損害賠償額及びその算定は、BGB 第249条⁽¹⁹⁾以下の規定によって定まる。しかし、注文者はもはや履行請求をすることができないことから、原状回復請求は問題とならず、金銭賠償がされることになる。

(ウ) これまでの判例によれば、仕事の目的物に瑕疵がある場合における損害賠償として、注文者は、瑕疵がない場合とある場合との差額、又は瑕疵を除去するための費用のどちらかを選択することができる。しかし、注文者は、瑕疵を除去するための費用の賠償をつねに請求することができるわけではない。瑕疵を除去するための費用が過分であるときは、BGB 第251条第2項第1文⁽²⁰⁾

ることができる。

(19) 第249条は、次のとおり定める（訳は、椿寿夫・右近健男編・ドイツ債権法総論（日本評論社、1988年）を参照した。以下、債権総論の部分についての、現代法化によって改正されなかった条文訳は、同じ）。

第1項 損害賠償につき義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかったとすれば存在するであろう状態を回復しなければならない。

第2項 人に対する侵害又は物の毀損に基づいて損害賠償をすべきときは、債権者は、原状回復に代えて、それに必要な金額を請求することができる。物の毀損の場合には、第1文の規定により必要な金額には、付加価値税が事実上課税される場合に、課税される範囲で、付加価値税を含む。

(20) 第251条は、次のとおり定める。

第1項 原状回復が可能でなく、又は債権者に対する賠償として十分でないと

が類推適用されている。瑕疵除去のための費用が瑕疵除去によって達成される結果と不釣り合いになる場合には、その費用は過分である。その場合に、注文者が請負人に瑕疵除去費用の負担をさせるのは、信義則に反するからである。

BGB 第635条第3項の場合の過分については、BGHは、これまで判断していない。これについては、前に述べたのと同様の判断がされるべきである。

エ OLG Oldenburg 2014年12月11日判決⁽²¹⁾

瑕疵のない仕事についての注文者の利益が小さく、その仕事の瑕疵を追完するために費用が著しく不相当な程大きいときは、請負人は、注文者の追完請求をBGB 第635条第3項に基づき拒絶することができる。

技術的な減価は、1000ユーロである。また、ZPO（ドイツ民事訴訟法）第287条⁽²²⁾により、価値の減価としての損害額は、1750ユーロである。

（2）検討

ア 損害賠償請求権の根拠条文

本判決は、BGB 第281条第1項第1文を注文者の損害賠償請求権の根拠条文とする。立法理由からもそうなる、と判示する。しかし、本判決に反対し、根拠条文はBGB 第283条である、と主張する説がある⁽²³⁾。また、この説は、立法理由からも⁽²⁴⁾、根拠条文はBGB 第283条である、と主張する。

きに限り、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償しなければならない。

第2項 賠償義務者は、原状回復が過分の費用によってのみ可能であるときは、債権者に金銭で賠償することができる。負傷した動物の治療によって生じる費用がその動物の価値を著しく超えるというだけでは、過分ではない。

(21) BeckRS 2015,01746=NJOZ 2015,1422.

(22) ZPO（ドイツ民事訴訟法）第287条第1項第1文は、「損害が発生したか否か、及び損害額又は賠償すべき利益の額がいくらについて当事者間で争いがあるときは、裁判所は、これに関し、全ての事情をしん酌して、自由な心証により裁判する。」と定める（訳は、内海博俊「訴訟における損害賠償額の確定に関する一考察（1）」法学協会雑誌128巻9号（2011年）2157頁を参照した）。

(23) Michael Jaensch, Anm. zu BGH Urteil v. 11. 10. 2012, NJW 2013, 1122.

(24) BT-Drs.14/6040,265.

もつとも、損害賠償請求権の根拠条文がBGB第281条であっても、第283条であっても、期間指定なく損害賠償請求することができる点で、違いはない⁽²⁵⁾。

イ 過分性の判断

現代法化の前のBGB第635条⁽²⁶⁾についての判例は、過分性の判断を第251条第2項第1文に求めていた⁽²⁷⁾。

BGB第635条第3文には、どのようにして過分性を判断するかについて定めがなく、同規定に関する立法理由にも、過分性の判断について、直接の言及がない⁽²⁸⁾。

また、BGB第251条第2項第1文にも、どのようにして過分性を判断するかについての手がかりは、ほとんどなく、通説は、原状回復すべき物の価値と原状回復のためにかかる費用を比較して、過分性の有無を判断する⁽²⁹⁾。判例は、過分性の判断に、債務者の帰責事由を入れる⁽³⁰⁾。

売買に関するBGB第439条⁽³¹⁾第3項は、代物請求か修補請求かの選択権が

(25) Martin Schwab, Anm. zu BGH Urteil v. 11. 10. 2012, JuS 2013, 1135.

(26) 現代法化の前の第635条は、「仕事の瑕疵が請負人の責めに帰すべき事由に基づくときは、注文者は、解除又は減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。」と定めていた。

(27) BGHZ 59, 365 = NJW 1973, 138; BGHZ 154, 301 = NJW-RR 2003, 1021 = NZBau 2003, 433; BGH NJW-RR 2005, 1039 = MDR 2005, 983 = NZBau 2005, 390; BGH NJW 2006, 2912 = MDR 2007, 146 = NZBau 2006, 642.

(28) Jan Busche, Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl. (2012), § 635 Rn. 38.

(29) Hartmut Oetker, Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl. (2012), § 251 Rn. 38.

(30) BGH NJW 1988, 699. 反対する説として、Hartmut Oetker (Fn. 29), § 251 Rn. 38.

(31) 第439条第3項は、債権法現代化の前の第633条第2項第3文の「瑕疵除去が過分の費用を要するときは、請負人は、これを拒絶することができる。」を参考にしたものである (BT-Drs. 14/6040, 232.)。

第439条は、次のとおり定める。

第1項 買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵の修補、又は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。

第2項 売主は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び

買主に認められており、他方、請負では、やり直しか修補請求かの選択権が請負人に認められている点で、第635条第3項の過分性の判断を第439条第3項と同様に、目的物の価値の減価と費用の比較になるとは必ずしも言えない。そこで、BGHがどのように判断するかが注目されていたところ、BGB第635条第3項の過分性の判断を第251条第2項第1文を基礎にして判断した点に、本判決の意義がある⁽³²⁾。

たしかに、注文者は、原則として、瑕疵がない場合とある場合との差額、又は瑕疵を除去するための費用のどちらかを選択することができる。しかし、注文者は、瑕疵を除去するための費用の賠償をつねに請求することができるわけではない。瑕疵を除去するための費用が過分である場合に、注文者が瑕疵を除去するための費用の賠償を求めるとすれば、瑕疵を除去するための費用が過分であることを理由とした抗弁を請負人に認めた意味がなくなるからである⁽³³⁾。したがって、瑕疵を除去するための費用が過分である場合には、注文者の損害賠償は、瑕疵がない場合とある場合との差額になる。

なお、注文者の請負人に対する損害賠償請求権の要件として、仕事の目的物

材料費を負担しなければならない。

第3項 売主は、買主が選択した追完に過分の費用がかかるときは、第275条第2項及び第3項の規定の適用を妨げることなく、その追完を拒絶することができる。特に瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の程度及び買主に重大な不利益を被らせることなく他の追完をすることができるかを、その場合に考慮する。この場合において、買主の請求権は、他の追完に制限される；第1文の規定が定める要件による売主の拒絶権を妨げない。

第4項 売主が追完のために瑕疵のない物を引き渡すときは、売主は、第346条から第348条までの規定に従い、瑕疵のある物の返還を買主に対して請求することができる。

(32) Michael Jaensch, Anm. zu BGH Urteil v. 11. 10. 2012, NJW 2013, 1124.

(33) Wolfgang Zepp, Anm. zu BGH Urteil v. 11. 10. 2012, NJW 2013, 373; Tony Grobe, Anm. zu BGH Urteil v. 11. 10. 2012, NZBau 2013, 102; Michael Jaensch (Fn. 32), NJW 2013, 1123; Dirk Looschelders, Anm. zu BGH Urteil v. 11. 10. 2012, JA 2013, 630.

の瑕疵だけでなく、その瑕疵について請負人に帰責事由があること、損害賠償は履行されたのと同じ状況をもたらすべきものであることから、たとえ瑕疵を除去するための費用が過分であっても、賠償は減価にとどまらないとする裁判例がある⁽³⁴⁾。もっとも、この裁判例では、瑕疵を除去するための費用が過分とはされておらず、この判断は傍論である。

ウ 過分性の判断に際して考慮すべき事項

(ア) 条文における売買との違い

BGB 第635条第3項には、BGB 第439条第3項のような費用が過分かどうかを判断する際の考慮事由についての言及がない。

(イ) 注文者の利益と請負人の費用の比較

注文者の利益には、精神的な利益も含まれる⁽³⁵⁾。

(ウ) 帰責事由

故意であれば、費用が大きくても、過分とは評価されないという学説があるものの、判例は、故意でも、追完費用が過分であるから追完を拒絶するとの抗弁は可能であるとする⁽³⁶⁾。

(エ) 法規違反

温水管の厚さが法規が定める基準を下回ることから、本件において注文者の追完請求に対する請負人の拒絶を認めたことを一般化すべきでないとする説がある⁽³⁷⁾。

3 不動産売買

(1) BGH2014年4月4日判決⁽³⁸⁾

ア 事実の概要

2004年3月29日、Kは、Vから、26万ユーロで、賃貸建物が建っている本件

(34) OLG Celle Urteil v. 2.11.2011,BeckRS 2011,26401.

(35) BGH NJW-RR 2006, 304.

(36) BGH NJW 2009,2123=NZBau 2009,441.

(37) Stephan Weise/Tobias Hänsel,Anm. zu OLG Oldenburg, Urteil vom 11. 12. 2014,NJW-Spezial 2015,205.

(38) BGHZ 200,350=NJW 2015,468=MDR 2014,825.

土地を買った（以下「本件契約」という。）。ところが、引渡後、結露のため、屋根にナミダタケが発生し、木材が腐食していること（以下「本件瑕疵」という。）が判明した。

瑕疵がなければ、本件土地（建物を含む）⁽³⁹⁾の価値は、60万ユーロであるところ、瑕疵があるために、その価値は、50万7000ユーロである。

Kは、Vに対して、追完費用（63万9000ユーロ）の支払いを求めた⁽⁴⁰⁾。

LG Berlin 2011年3月15日判決⁽⁴¹⁾は、Kの請求を認容した。Vがこの判決に対して控訴したが、KG 2012年10月22日判決⁽⁴²⁾は、追完費用が本件土地の価値（60万ユーロ）の106%であり、130%を上回っていないとして、Vの控訴を棄却した。そこで、Vが上告した。

(39) BGB 第93条が「物の構成部分のうち、一方若しくは他方を損傷し、又は物の本質を変更しなければ互いに分離することができないもの（本質的構成部分）は、これを個別に権利の対象とすることができない。」と定め、同第94条第1項第1文が「土地の定着物、特に建物は、土地の本質的構成部分とし、土地から産出された物は、それが土壤に結合している限り、土地の本質的構成部分とする。」と定めており、被告である本件土地の売主が原告である買主に本件土地を売るときは、本件土地上の建物も本件土地（の本質的構成部分）として売ったことになる。

(40) BGB 第434条は、物の瑕疵について規定し、物に瑕疵がある場合において、第437条は、次のように定める。

第437条 物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、買主は、次に掲げる権利を有する。

第1号 第439条の規定による追完請求権

第2号 第440条、第323条及び第326条第5項の規定による解除権又は第441条の規定による代金減額権

第3号 第440条、第280条、第281条、第283条及び第311 a 条の規定による損害賠償請求権又は第284条の規定に基づく無駄になった費用の賠償請求権

(41) BeckRS 2013,18207.

(42) BeckRS 2013,18206.

イ 本判決

本判決は、次のとおり判示して、原判決を破棄し、追完費用について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した。

(ア) 買主の瑕疵除去費用の賠償請求についての、BGB 第437条第3号、第280条第1項、第281条第1項第1文を根拠とした原審の判断は、適切である。

現代法化の前は、買主は、目的物を保持したままする損害賠償、いわゆる小さな損害賠償では、瑕疵による減価分しか、売主に対して求めることしかができなかった。どれだけの減価があるかについて、通常、瑕疵除去費用が算定に用いられていた。しかし、それは、たんに、算定の方法に過ぎなかった。減価が瑕疵除去費用を下回るときは、減価分のみを賠償請求にとどまっていた⁽⁴³⁾。

たしかに、現代法化の後には、買主は、売主に対し、減価分又は追完費用という損害賠償を請求することができる。

請負については、追完費用が過分である場合における注文者の損害賠償請求の判例がすでにある⁽⁴⁴⁾。消費者売買指令に該当しない売買については、この判例が妥当する。

BGB 第440条において、追完を過分の費用を理由として売主が拒絶する場合には買主は期間指定を要しないと定められていることから、第280条第1項及び第281条によって買主が売主に対して損害賠償請求することができる、と立法者は考えていた⁽⁴⁵⁾。

しかし、損害賠償請求権は、BGB 第251条第2項第1文の類推適用により、売買目的物の減価にとどまる。BGB 第439条第3項の目的である売主の保護を図るためである。瑕疵除去に過分の費用がかかるのと理由でこれを拒絶することができる売主に、損害賠償という方法でその費用を負担させることはできない。損害賠償請求は、追完請求と異なり、売主の帰責事由を要件とするが、だからといって、追完請求のときと異なる判断をすることにはつながらない。請負については、すでに判例がある⁽⁴⁶⁾。売買についても、同様である。売主に帰

(43) BGH NJW 2008,436=MDR 2008,188.

(44) BGH NJW 2013,370=MDR 2012,1404=NZBau 2013,99.

(45) BT-Drs.14/6040,232.

(46) BGH NJW 2013,370=MDR 2012,1404=NZBau 2013,99.

責事由があるときは、これを BGB 第439条第3項の考慮事情に入れる。

瑕疵除去費用のための損害賠償を相当な額に限定することはしない⁽⁴⁷⁾。売主が BGB 第439条第3項によって瑕疵除去を拒絶することができるときは、除去費用の一部が損害賠償として認められるのではなく、瑕疵がない場合と瑕疵のある場合との差額について損害賠償の対象となる。

(イ) 原審が瑕疵除去費用が瑕疵のない不動産の価値の130%を超えるときにはじめてその費用が過分であると判断したのは、違法である。

BGB 第251条第2項第1文の過分性の判断に際しては、BGB 第439条第3項の追完費用の過分性のそれが参考になる。BGB 第439条第3項第2文の瑕疵のない状態の売買目的物の価値及び瑕疵の程度が考慮すべき事項である。したがって、売買目的物の代金額は問題とならない。買主が得になる契約をした場合において、売買目的物に瑕疵があるときに、その瑕疵を追完する費用がその代金額を上回るという理由で、追完請求が認められないとすることは妥当でないからである。

自動車の損傷については、修理費用がその自動車の再調達価値の130%以下であるときは、その修理費用の賠償が認められる。それは、損傷した自動車の修理によってはじめて、慣れ親しんだ自動車を保持することについての被害者の特別な完全性利益を保護することができるからである。不動産を含む自動車以外の物については、価値を基準にしている。たとえ不動産の損傷についての判例をそのまま、不動産に瑕疵があった場合の賠償請求権に適用することができないとしても⁽⁴⁸⁾、後者について BGB 第251条第2項第1文を類推適用することが例外的に許され、かつ、そうすることが求められる。瑕疵の除去のために必要な費用が瑕疵のない状態の不動産の時価を上回る場合は、原則として、瑕疵除去によってもたらされる結果との関係で経済的合理性を有しない。瑕疵除

(47) 消費者売買の事件である、タイル事件についての、BGHZ 192,148=NJW 2012,1073=JZ 2012,468. この判決については、田中宏治「ドイツ新債務法における代物請求権の範囲」千葉大学法学論集27巻2号(2012年)87頁、原田剛「瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程(3)」法と政治64巻2号(2013年)65頁参照。

(48) Vgl.BGHZ 193,326=NJW 2012,2793=MDR 2012,1157.

完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求

去費用を買主が売主に負担させるのは、BGB 第242条⁽⁴⁹⁾の信義則に反し、その特別な具体化がBGB 第251条第2項第1文及び第439条第3項である。

不動産の価値が過分性の判断事項であるが、過分性の判断をつねに不動産の価値だけであることができるわけではない。さらに、瑕疵による減価分が過分性の判断事項である。

過分かどうかの判断は、個別具体的にすべきである。この具体的個別的な判断を厳格な基準で置き換えることはできない。しかし、法的安定性を確保するために、大まかな基準が必要である。不動産売買については、追完費用が不動産の価値を超え、又は減価分の2倍を超えるときは、過分である。

(2) 検討

ア 現代法化の前の状況

現代法化の前においては、売買の目的物に瑕疵があったときに、買主は、売主に対して、追完請求権を有していなかった。したがって、買主は、売主に対して、追完費用の賠償を求めることもできなかった⁽⁵⁰⁾。

イ 現代化法による改正⁽⁵¹⁾

現代化法によって、売買の目的物に瑕疵があったときは、買主は、売主に対して、追完請求権を有することとなった。したがって、買主は、売主に対して、追完費用の賠償を求めることもできることとなり、現代化法によって、損害の算定方法が減価分又は追完費用という2種類が認められ、これまでの判例が塗り替えられることとなった⁽⁵²⁾。

(49) 第242条は、「債務者は、取引の慣習を考慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。」と定める。

(50) 現代化法が施行される前である、2000年10月24日に締結された不動産売買の事件について、BGH2007年11月16日判決は、瑕疵による減価分の損害賠償を認めた原審の判断を肯定した (NJW 2008, 436=MDR 2008,188)。

(51) 過分の費用については、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利と売主の地位」判タ1116号 (2003年) 15頁参照。

(52) Martin Gutzeit, Unverhältnismäßige Verkäuferhaftung beim „kleinen“ Schadensersatz, NJW 2015,445.

ウ 請負からの示唆

買主の追完請求は、現代法化の前の注文者の瑕疵修補請求と同じである⁽⁵³⁾。

エ 追完ゆえの問題

履行してから追完することになるので、その追完費用が多額になってしまうことがある⁽⁵⁴⁾。

オ 帰責事由との関係

帰責事由が請求権の要件と関係しない場合、たとえば危険責任の場合には、責任限度が定められることが多いように、売主の追完義務にはBGB 第439条第3項で制限があると考え、買主の売主に対する損害賠償請求権は帰責事由を要件とするので、同項の制限とはその性質が異なると思われる、とする説は、本判決の結論には賛成するものの、その理由付けに疑問を呈する⁽⁵⁵⁾。この説に立つと、帰責事由が売主に存在するがゆえに、過分性の判断は売主に不利になるといえよう。

しかし、判例は、売主にたとえ故意があったとしても、それだけでは過分でないとはしない⁽⁵⁶⁾。

カ 自動車の損傷との比較

自動車の損傷については、判例は130%基準を用いている。しかし、不動産は、自動車と異なり、権利者は完全性利益を有していないので、その基準を用いることができない⁽⁵⁷⁾。

キ 瑕疵のない状態における物の価値と瑕疵の程度

瑕疵のない状態における物の価値が問題であるから、代金額は影響しない。

本判決が判示するように、BGB 第439条第3項第2文の、瑕疵のない状態における物の価値と瑕疵の程度がまず基準となる。瑕疵のない状態における物の価値とは、その物の市場価値であり、瑕疵の程度とは瑕疵による減価分である。ともに、買主の利益に着目している。買主の利益と追完費用の大きさを比

(53) BGHZ 193,326=NJW 2012,2793=MDR 2012,1157.

(54) Wolfgang Ernst,Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.(2012), § 281 Rn.129.

(55) Martin Gutzeit(Fn.52),NJW 2015,445.

(56) BGH NJW 2009,2123=NZBau 2009,441.

(57) Dieter Medicus/Jens Petersen,Bürgerliches Recht,25 Aufl.(2015),Rn.291d.

較して、過分かどうかを判断する⁽⁵⁸⁾

ク 買主と売主の利益衡量

瑕疵のない状態における物の価値と瑕疵の重大性が過分性の判断には、売主と買主の具体的な利益衡量が求められるので、厳格な基準は望ましくない。

ケ 大まかな基準

(ア) 本判決

本判決は、過分かどうかの判断は、個別具体的にすべきであり、この具体的個別的な判断を厳格な基準で置き換えることはできないが、法的安定性を確保するために、大まかな基準が必要であり、不動産売買について、追完費用が不動産の価値を超え、又は減価分の2倍を超えるときは、過分である、とする大まかな基準を打ち立てている。

(イ) 学説⁽⁵⁹⁾

たとえば、目的物の価値と瑕疵の重大性から過分性が判断されることから、売主に帰責事由がない場合は、追完費用が価値の150%を超えるとき又は瑕疵による減価の2倍を超えるときは、過分と評価する説がある⁽⁶⁰⁾。また、売主に帰責事由がない場合は、売主は、目的物の価値以上は約束していないことから、追完費用が価値の100%を超えるときは、過分であるとする説がある⁽⁶¹⁾。さらに、本判決が依拠した、過分かどうかの判断は個別具体的にすべきであり、この具体的個別的な判断を厳格な基準で置き換えることはできない、とする説もある⁽⁶²⁾。

(58) Harm Peter Westermann, Münchener Kommentar zum BGB 6. Aufl.(2012), § 439 Rn.21.

(59) 今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関西大学法学論集53巻4・5号(2004年)276頁、田畑嘉洋「ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について」九大法学109号(2014年)93頁参照。

(60) Georg Bitter/Eva Meidt, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001,2121.

(61) Peter Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002,1008.

(62) Lothar Haas/Dieter Medicus/Walter Rolland/Carsten Schäfer/Holger Wendtland, Das neue Schuldrecht(2002), Kap.5 Rn.158(Haas); Matthias Jacobs, Die

コ BGB 第275条第2項の適用可能性

たしかに、BGB 第439条第3項は、「第275条第2項及び第3項の規定の適用を妨げることなく」と規定するので、BGB 第439条第3項に加えて、第275条第2項の検討も必要に見える。しかし、BGB 第439条第3項では、第275条第2項より低いレベルで売主は追完を拒絶することができるので⁽⁶³⁾、実際には、後者が問題になることはないと考えられる。

サ BGB 第275条第3項の適用可能性

売買は債務者である売主が自ら給付をしなければならない契約ではないから、BGB 第275条第3項が適用されることはない⁽⁶⁴⁾。

4 日本法

(1) 現行法

ア 判例

瑕疵修補請求権の限界と損害賠償について、最判昭和58年1月20日判時1076号56頁は、造船の請負契約によつて建造された曳船の瑕疵は比較的軽微であるのに対して、前記瑕疵の修補には著しく過分の費用を要するものということが出来るから、民法第634条第1項但書の法意に照らし、注文者は本件曳船の前記瑕疵の修補に代えて改造工事費及び滞船料に相当する金員を損害賠償として請求することはできないとした原判決を認容した。

イ 学説

過分の費用に当たるものの賠償を認めるならば、修補請求権の制限が無意味となるとして、前記判例に賛成し、「『修補に代わる損害賠償』は瑕疵の除去に要する費用ではなく、瑕疵を除去しないことによる不利益の賠償をもってその内容とすべきものとなろう」、とする学説がある⁽⁶⁵⁾。また、「634条1項但書で

kaufrechtliche Nacherfüllung,in Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt(Hrsg.),Das neue Schuldrecht in der Praxis(2003),386.

(63) BT-Drs.14/6040,232.

(64) Jan Kropholler/Florian Jacoby/Michael von Hinden,Studienkommentar BGB,14.Aufl.(2013),§ 439 Rn.11.

(65) 高橋眞「最判昭和58年1月20日判時1076号56頁の判例批評」民商89巻5号

は、とりわけ、正常なものとの差額をもって損害賠償を論じることがあてはまる。というのは、瑕疵の軽微と修補費用の過分性を要件とする右規定の適用上、損害賠償の算定にあたって修補費用そのものをもってしたのでは、責任軽減の意味は没却されてしまうからである」、とする学説がある⁽⁶⁶⁾。

(2) 債権法改正

「瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して修補を請求することができないこととする考え方」について、「当該考え方のような規定が設けられた場合、認定される損害賠償の範囲も当該規定に規律される結論とな」る可能性が指摘されていた⁽⁶⁷⁾。

不適合が重大であるときは、現行法である民法第634条第1項ただし書の価値判断が改正後も維持されるということに鑑み、買主又は注文者が追完を求めることができないとの結論に至るのは慎重でなければならない。

現行民法第634条第1項ただし書の内容が条文から消えても、改正後もなお、案第412条の2第1項に依拠した「追完不能」の解釈にとって有意な準則として維持されようが⁽⁶⁸⁾、「明文で指針を示すことなく不能概念の拡張を解釈にゆだねるのでは、その趣旨が貫徹されないおそれが高いように思われる。分かりやすさの観点からも、中間試案にあったようなストレートな規定⁽⁶⁹⁾を復活さ

(1984年) 713頁。

(66) 小野秀誠「最判昭和58年1月20日判時1076号56頁の判例批評」ジュリスト820号(1984年)84頁。

(67) 法制審議会民法(債権関係)第29回部会(平成23年6月28日開催)に提出された池本誠司ほか『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見書～消費者の観点から～」142頁。

(68) 潮見佳男(注10)285頁。

(69) 中間試案第9、2イは、「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものである」ときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができない、との提案をしていた。

せるべきであろう」⁽⁷⁰⁾し、「修補に過分の費用を要し、追完の履行が契約および取引上の社会通念に照らし不能であるときは、追完請求権の限界事由があるものとして、売主は追完義務を負わない。このように、給付義務の本来的な履行と、その不完全な履行があった場合の追完の履行に共通に履行請求権の『不能』ということが考えられる（案412条の2第1項）が、これらの文脈を異にする二つの不能の概念が全く同様の仕方を用いられてよいか、解釈運用には一考を要しよう」⁽⁷¹⁾とされているとおりである。

5 おわりに

目的物に不適合（瑕疵）がある場合において、その追完のための費用が過分であるときは、請負人又は売主は追完を拒絶することができる。

追完費用が過分であることを理由として、追完請求を拒絶するときは、その拒絶は、抗弁に該当するので、追完費用が過分であることを請負人又は売主が主張し、証明しなければならない。

この場合に注文者又は買主の損害賠償請求の対象となるのは、追完費用ではなく、差額のみと解すべきである⁽⁷²⁾。

(70) 曾野裕夫「売買」法時86巻12号（2014年）89頁。

(71) 山野目章夫「民法（債権関係）改正のビューポイント（11）」NBL1048号（2015年）65頁。

(72) 青野博之「注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求」小林一俊ほか編・債権法の近未来像（酒井書店、2010年）431頁では、「瑕疵があるとしての減価額を賠償すれば足りるとすれば、瑕疵修補に代わる損害賠償というに値しないと考えられる。」としたが、これでは射程が大きすぎる、そこで、「（ただし、瑕疵修補（追完）請求権がない場合には、瑕疵があるとしての減価額を賠償すれば足りる。）」との文章をこれに付け加える。