

研究報告

ドイツ新債務法における特定物売
買の今日的課題

田 中 宏 治

一 目 的

ドイツ新債務法とは、ドイツ民法典債権編の部分改正（二〇〇二年一月一日施行）である。改正で重点が置かれた領域は、消滅時効・債務不履行・売買・請負・特別法の整理、である。その新債務法の今日的課題を、「債務法改正の中でこれほど激しく議論された問題はな」い論点としての、「特定物の代物請求（「Ersatzlieferung beim Stückkauf」）に限定して、紹介する。

二 問 題

1 債務法改正の経緯

一方で、債務法改正の直接の契機は、域内市場のためのEU

消費財売買指令（一九九九年）である。この指令の国内法化は二〇〇二年一月一日迄であったところ、ドイツには、①消費財売買に領域を限定した立法（いわゆる「小さな解決」）か、②消費財売買を超える債務法改正（いわゆる「大きな解決」）の選択肢があり、後者が選ばれた。

他方で、債務法改正は、右指令の国内法化とは無関係に——「大きな解決」を——計画していた債務法改正計画（一九七八年）の実現でもある。

2 消費財売買指令

消費財売買指令の目的は、消費者が事業者から消費財を購入した際に、その目的物が契約に適合しなかったときの買主の権利の域内市場での統一である。特徴は二つある。第一に、「契約違反」を買主の権利発生要件として掲げる（同指令三条一項）点である。第二に、その効果として生じる買主の権利が第一次的には、追完（修補又は代物給付）だという点であり、後者の特徴が本研究で扱われる。

3 買主の権利

買主の権利を、改正前後で比較すると——

旧**ドイツ民法四三三條**① 売買契約により、物の売主は買主に目的物を引き渡し、目的物の所有権を（買主に）取得させる義

務を負う。(……)

売主は、目的物引渡し及び所有権移転義務を負った(一項前段)。そして、引き渡された目的物に瑕疵があれば、瑕疵担保責任を負った(旧下民四五九条)。

旧下民四五九条① 物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転した時に、目的物が物の価値又は通常の若しくは約定の用法での使用可能性をなくす又は減らす欠陥(Fehler)がないことについて責任を負う。(……)

② 売主は、危険移転の時に、物が保証された性状を備えることについても責任を負う。

欠陥とは、あるべき性質と現実の性質との食い違いであり、欠陥(一項)と保証された性状を備えていないこと(二項)を合わせて、物の瑕疵と呼んだ。瑕疵担保責任の要件は、①売買契約、②瑕疵、の二つだけであり、その効果は解除又は代金減額請求であり、追完請求はできなかった(旧下民四六二条)。

旧下民四六二条 買主は、第四五九条及び第四六〇条の規定により売主が責任を負うべき瑕疵があるときは、売買(契約)の解除又は代金減額請求をすることができる。

ただし、種類売買においては、引き渡された種類物に瑕疵があるときは、買主は、①瑕疵なき種類物を代物請求するか、②瑕疵担保責任を問うて解除又は代金減額請求するか、を選択してきた。

旧下民四八〇条① 種類物の買主は、解除又は代金減額に代えて、瑕疵ある物と引き換えに瑕疵の無い物の引渡しを請

求することができる。(……)

結局、特定物売買と種類売買とを分けて、特定物の買主は、解除又は代金減額請求ができるだけだが(旧下民四六二条)、種類売買であれば、それに加えて代物請求の選択肢も残ったのである(旧下民四八〇条一項)。

新債務法では、これらは次のように改正された。――

下民四三三条【売買契約の義務】① 売買契約により、物の売主は買主に目的物を引き渡し、目的物の所有権を(買主に)取得させる義務を負う。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ない。

一項前段について変更はないが、同項後段で売主の瑕疵のない給付をする義務が定められて、瑕疵ある給付は債務不履行の一つだ、ということが明らかになった。

効果については、次のように規定された。

下民四三七条【瑕疵があるときの買主の権利】 目的物に瑕疵がある場合において、次の各号の要件が存し、かつ別段の定めがないときは、買主は

- 一 第四三九条に従い追完を請求し、
- 二 第四四〇条、第三二三条及び第三二六条第五項に従い契約を解除し又は第四四一条に従い代金を減額し、
- 三 第四四〇条、第二八〇条、第二八一条、第二八三条及び第三二一条aに従い損害賠償を請求し又は第二八四条に従い(無駄になった)費用賠償を請求できる。

二つの点が重要である。第一に、従来の解除及び代金減額請

求に加えて損害賠償請求が認められること(下民四三七条三号)。第二に、——こちらが本研究で問題になる点だが——追完請求に催告は不要で、即時にこれを請求できる(同四三七条一号、四三九条一項)のに対して、解除、代金減額請求(同四三七条二号、四四一条、三二三条一項)及び損害賠償請求(同四三七条三号、二八一条一項前段)は、追完を求める相当の期間を定めた催告とその期間の経過が要件となっている。その意味で、追完請求権が買主の第一次的な権利である。

その追完請求権の法的性質については、「本来の履行請求権が瑕疵担保請求権に変化(Modification)したものだ」と草案理由書では説明されている。しかし、請求権が「変化」するというのは実に「はっきりしない物言い」であり、その「変化」という意味こそが、これから説明する論点において問題となってくるのである。

4 「特定物の代物請求」

具体例は、新古車売買という類型の事件(OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053-1054)である。

新債務法施行後の二〇〇二年四月、X(買主)は、Y(売主)から、同年三月三十一日に発売されたばかりのセアット社のイビサという車種の乗用車一台、走行距離は一〇キロメートルを一一、三九〇ユーロで購入した。Yは、目的車両をインターネットにおいて「ABS、四エアバッグ」と表示して売り出した。買主は代金を支払い、車両の引渡しを受けた。ところが、現実にはその車両にABSの装備は無く、また、エアバッグも

二つしか装備されていなかった。そこでXは、訴えを提起し、目的物返還と引き換えに瑕疵のない代物車両の給付を求めたところ、高等裁判所は次の通り判示して、Xの「特定物の代物請求権」を認めたのである。

『新債務法になっても、特定物売買においては目的物以外の給付は売主の義務の範囲に入らないから代物給付の形での追完はあり得ないので、種類物・特定物債務の区別は重要である』と主張する者がいるが、その見解には従えない。この(四三九条一項)縮小解釈は新債務法の趣旨に反する。瑕疵のない給付義務(四三三条一項後段)と、それに関して追完請求権(四三九条一項)を(立法によって)導入したのは、瑕疵のない何らかの物(「その物」ではない)の給付によって、売主は買主の履行利益を実現しなくてはならないという考え方に基づいているのである。』

本件の特徴は、目的物が新古車だということにある。わが国でもドイツでも自動車売買は、中古車売買と新車売買に区別される。中古車は一つ一つが個性のある物であって、車種・装備・年式・走行距離・状態が同一の他の物は存在しない。そこで、中古車売買における当事者意思は、目的物を特定する特定物売買だと解釈されるのが通常である。これに対して、新車は装備・年式・走行距離(つまり、ほぼ零・状態の同種同等の物が多数存在する又はこれから製造されるので、新車売買における当事者意思は、目的物を種類のみで指定する種類売買だと解釈されるのが通常である。

ところが、わが国でもドイツでも新古車は、中古車とも新車とも異なるものと認識・取引されている。つまり、自動車登録に關してだけは、買主がその車両の最初の名義人ではない（ナンバープレートが付いている）けれども、登録以外の点では、新古車は新品であり、新車と同じである。これは、次の理由による。わが国でもドイツでも、自動車の製造業者（メーカー）と販売業者（ディーラー）とは別の会社である。製造業者は、シェア争い又は販売目標達成のために、一定期間内の台数ノルマを設定して、販売業者に報奨金（奨励金、バックマージン）を出す。すると、販売業者は、報奨金を得るために、現実には当該期間内に売れていないのに、自らの名義で登録をして（製造業者との関係では売れたことにして）、報奨金を得る。その後で値引きをして在庫処分をする。その値引き幅が報奨金程度であれば、販売業者としては新車販売と同程度の利益が得られる、というものである。

このような新古車売買は、売主の登録済みの在庫を取引する特定物売買だと解釈されるために、その新古車に瑕疵があるときは、特定物売買でも代物請求できるかどうか、という問題が生じるのである。

学説は代物請求肯定説と否定説に分かれている。学説の状況は、——本事件（肯定説）とそれに続くカナリス教授の論文（Canaris, JZ 2003, 831）（肯定説）が公表される前と後とでは情勢が変わり——、以前は否定説が優勢であったけれども、現在は肯定説が多数説と考えてよい。しかも、二〇〇六年六月

の連邦通常裁判所（最上級審）判決（BGH, Urt. v. 7. 6. 2006 - VIII, ZR 209/04）が肯定説に立つことを——カナリス教授の論文を引用しつつ——明言した。そこで、以下では、肯定説を判例・多数説と呼びつつ、その代表的論者、カナリス教授の論理を軸に説明を加えて行こう。

なお、私は本決定の事実認定の当否を論じない。本件売買は特定物売買と認定されているが、それを種類売買と認定し直してしまふことで、代物請求を肯定し、問題は解決したという「逃げ」は打たない。確かに、種類売買と認定すべきであったという少数の見解も存在する。が、ここで事実認定を操作してしまうことは、特定物売買において代物請求が可能かどうかという問題を「ちよろまかす」ことになるだけで、有意義ではないからである。本件は特定物売買だという前提から出発する。

三 否定説と肯定説

1 日本

ちなみに、わが国ではどう判断されるだろうか。——

売主の担保責任の法的性質について、法定責任説を採用れば、つまり、特定物が引き渡されれば、それに瑕疵が有っても無くても、売主は債務を履行しているのであり、買主に残る権利は、売主の担保責任として特別に法定された権利だけであって、その法定された権利として代物請求権が規定されていないのであるから、代物請求が認められる余地はない、と考えれば、代物請求権を一律に否定することにならう（否定説）。もっとも、

法定責任説を採った上で、信義則（一条二項）を根拠に代物請求を認める論理もあり得る（肯定説）。

また同様に、契約責任説を採ったとしても、追完請求権は履行請求権と同一であるということを重ねるか、しないかで、否定説（磯村保・山本敬三）と肯定説（星野英一・石田穰・潮見佳男）に分かれる。

2 ドイツ旧債務法

改正前のドイツでは、特定物売買での瑕疵担保責任は代金減額又は解除に限られたので（旧下民四六二条）、代物請求は否定された（否定説）。

3 ドイツ新債務法

ところが、新債務法では、特定物と種類物とを区別しないので——修補と代物給付の選択権という形で——追完請求権が規定されている。

下民四三九条【追完】①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。

すなわち、右の代物請求権は——少なくとも文言上は——、種類売買に限定されていない。そこで、四三九条一項の文言が肯定説の有力な論拠になる。実際、本件高裁はこの点に着目して代物請求権を肯定した。もっとも、文言だけでは決め手にはならない。というのは、むしろ、特定物の代物請求は認められないことが当然の前提になっている、と解釈することもできるからである。

結論的に肯定説を主張されるカナリス教授は、決め手として立法趣旨を挙げられる。もっとも、草案理由書には特定物売買にも代物請求が認められると明言した箇所は無い。債務法改正鑑定意見においても同様である。債務法改正鑑定意見が参考にしたウィーン国運動産売買条約に遡っても、特定物売買の代物請求こそが難問だという意識すら見られない。

ところが、消費財売買指令は、種類売買と特定物売買とを區別せずに一般的に修補請求と代物請求とを認めているのである。すなわち、「中古品は、その個性ゆえに一般的には代物不能(nicht ersetzt werden können)である。したがって中古品の代物請求は通常は認められない」(消費財売買指令理由第一六)とある。これを反対解釈して、目的物を他の物で代物可能(ersetzbar)であれば、代物請求は認められる、とカナリス教授は理解されるのである。

しかしそうすると、特定物売主は、特定した目的物以外の物の調達義務を負う、という結果になってしまう。特定された目的物以外の物の給付を命じることは、その物に目的物は特定するという当事者意思に反し、契約自由の原則を破ることにならないか。そう考えて、特定物の代物請求は一切認められない、というのが否定説の説得力のある反論なのである。

要するに、否定説とは、①追完請求権としての代物請求権は、引渡前の履行請求権と同一の給付(特定物給付)を目的としなければならぬ、という論理と、②特定物売買を発生原因とする履行請求権は特定物給付請求権でしかあり得ない、という二

つの論理の組み合わせである。しかし、これを逆から言えば、右の①又は②のいずれかの論理を否定すれば、肯定説に立てるわけである。カナリス教授は、次の論理をもって①を否定する。

つまり、履行請求権を持っていた買主が、瑕疵ある物を引き渡されることによって、追完請求権（四三七条一号、四三九条一項）を持つことになる。つまり、瑕疵ある物の引渡しという事実があれば、履行請求権が追完請求権に変化する。そこでの変化は、当事者の意思によるのではなく、法律（四三七条一号、四三九条一項）によって生じている。したがって、履行請求権も追完請求権も同じく法律上の（法的な（*rechtlich*））存在であることには違いないが、履行請求権が当事者意思のみを要件とする「契約」という制度から発生する約定（*Vertraglich*）債権であるのに対して、追完請求権は——約定債権ではないという意味での——法定（*gesetzlich*）債権と言わなければならない。そうであるならば、約定債権の目的（内容）は当事者意思のみが基準となつて定まるのに対して、法定債権たる追完請求権の目的（内容）は——当事者意思のみを基準とするのではなく——法律もまた基準となつて定まることになる。そこで、法律（四三七条一号、四三九条一項）を立法趣旨に抛りつつ解釈して、履行請求権とは異なる給付を目的とする追完請求権を導き出すことは十分に可能なのである。つまり、約定債権としての履行請求権が法定債権としての代物請求権に変化するのだから、両者は完全に同一ではない（*nicht identisch*）という論理で

ある。

次に、否定説を支える二つの論理（①と②）のうち、②の論理（特定物売買から発生する履行請求権は特定物給付請求権である）を否定することはできるか、を検討してみよう。

そもそも、履行請求権を特定物給付請求権とする売買を特定物売買と呼ぶのだから、②の論理を否定することは、本来、特定物売買という概念に矛盾してしまはずである。そこで、②の論理の否定は、次のような事案の比較という筋道を辿る。

カナリス教授の肯定説によれば、瑕疵ある代物可能な特定物を引き渡された買主は、引渡後に目的物の返還と引き換えに代物請求できる。それでは、もし買主が、何らかの事情によって、契約成立後・引渡前に目的物の瑕疵の存在を知った場合はどうか。もちろん買主は、瑕疵の存在を知りつつ引渡しをいったん受けてから、目的物の返還と引き換えに代物請求できるだろう。ならば、そのような回り道をしないでも、代物可能な特定物に瑕疵がありさえすれば、引渡前でも代物請求を認めるべきではないか、という論理である。しかし、この論理を採って②を否定し、それによって、特定物の代物請求を肯定しようという主張に賛同する者はいない。それは、追完請求を定める四三九条一項を類推適用することによって、同じ結論を導けるからである。その場合の代物請求は引渡前の追完請求であることになる。しかし、このような引渡前の代物請求権を引渡後の買主の権利を定める四三九条一項を根拠に認める者もまた、少数に留まっている。

四 当事者意思との関係（肯定説の中の対立）

では、カナリス教授の肯定説、つまり、追完請求権は、法定債権だから、特定物売買でも目的物が代物可能ならば代物請求権は肯定される、という論理が判例・多数説だとして、目的物が代物可能なのはいつか。

履行請求権の目的は特定物の給付に限定されていた、その限定が、ぱかっと外れる、と言うのである。ところが、目的物をその特定物に限定しよう、というのが当事者の意思なのだから、限定が外れるということは、法律が当事者意思を無視することになりはしないだろうか。ここで、当事者意思との関係について、論理は二つに分かれて行く。

一つは、追完請求権は法定債権であるのだから、その給付の目的は当事者の意思とは無関係に、客観的性質に従って判断してその特定物が他の物で代替可能な物であるときは、つまり、市場に代替物が存在するときは、その代替物の給付を請求できる、という論理である。代替物については明文の定義規定が存在する。

下民九一条 この法律において「代替物（vertrethbare Sachen）」とは、通常の取引において、度量衡で定められる動産をいう。

しかし、このように、当事者意思による目的物の限定を、当事者意思とは無関係な基準で判断して外してしまうことについてカナリス教授は、当事者意思を重んじるべき私的自治の原

則に反するという理由で反対する。当事者意思による目的物の特定を外すかどうかもまた、当事者意思を基準に判断すべきだと主張されるのである。

では、当事者意思を判断基準として、というのはどのような意味であろうか。仮に、契約成立時の現実の当事者の意思を基準として、当該「特定物」以外の物によっても履行が可能なのであれば、それは、当該「特定物」及びその他の物を包括する種類が合意されていたに過ぎない。そうすると、そこでは目的物は特定していないのであり、種類売買だったことになってしまう。そこで、判断基準となるべき当事者意思は、契約成立時の現実のそれではあり得ない。むしろ、瑕疵ある物が引き渡された後の時点から、契約成立時の当事者の仮定の意思（hypothetischer Parteiwille）を事後的に解釈したものでしかあり得ない。つまり、瑕疵ある物の引渡後の時点から見て、「仮に、瑕疵の存在を契約成立時に当事者が知っていたとすれば、他の物でもよいとしたであろう」という仮定の意思が認められるときは、他の物について代物請求できる、と考えるのである。そして、そのような仮定の意思が認められるのは、特定された目的物と同等かつ同種の他の物が存在するときであり、そして、その判断基準は、その特定物売買が機能的・経済的に見れば「種類売買」かどうかという基準と結果において通常は一致する、とカナリス教授は主張されるのである。

しかし、それだからと言って、その売買は（制限）種類売買になってしまいうわけでは、もちろんない。なぜならば、もし種

類売買であれば、瑕疵があるかと無かろうと、契約成立直後から買主は「代物」を請求でき、売主は「代物」で履行できることになってしまふからである。

以上のような論理を用いることによって、現在のドイツの判例・多数説は、当事者意思を尊重しつつ、特定物売買においても代物請求を肯定することに成功しているのである。

【参考文献】 拙稿「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商法雑誌一三三巻一号（二〇〇五）一頁、同「ドイツ新債務法における引渡前の代物請求」阪大法学五五巻六号（二〇〇六）六三頁。

（大阪大学助教授）

民法における土地利用の調整規範 の現代的意義

—— 圍繞地通行権と建築法規との関係を手がかりにして

秋 山 靖 浩

一 はじめに

1 都市化した現在の社会において土地利用の複雑化・高密度化が進行し、それに伴って土地利用の調整の不備に起因する各種の紛争が頻発している状況の下、複数の土地利用を法的に

いかに調整するかがますます重要な課題になっている。

民法には既に、複数の土地利用の調整を目的とした相隣関係や地役権の制度があり、さらに、生活妨害に対する差止請求の場面的ように、土地利用の調整を直接の目的とはしないものの実質的にその作用を果たしていると評価しうる規範も見出される。それでは、民法のこれら土地利用の調整規範は、上記の問題状況において、土地利用の調整という課題に対してどのような意義を果たすことになるのだろうか。

2 相隣関係における土地利用の調整の意義をめぐる議論を手がかりにすれば、問題状況は以下のように整理される。

第一に、相隣関係における土地利用の調整の意義は、隣接している土地を念頭に置いて、そこでの適切な土地利用を確保することであると理解されてきた。これに対しては、相隣法は土地所有者間の権限の様々な調整を通じて私的自治による都市計画の機能をも果たしうる（澤井）、社会経済・衛生・紛争予防等の公益的観点も考慮に入れて相隣者間の相互顧慮義務を理解すべきだ（東）、との指摘が既にある。これらの指摘に接するとき、上記の伝統的な理解は狭すぎるのではないかと思われる。

第二に、土地利用の調整という課題について、今日では都市計画法や建築基準法等の行政法による土地利用の調整の仕組みが重要な役割を果たしている。この点を考える上で、圍繞地通行権と建築法規との関係をめぐめる議論が格好の素材となる。

建築基準法四三条一項本文は、通行・消防・避難等の市街地の機能や環境の整備保全を図るといふ公共的利益を実現するた