HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツ売買論の現在 ： 「異なる物の給付保持」と「追完請求権の範囲」
Author(s)	田中, 宏治
Citation	北大法学論集, 72(4), 350[1]-294[57]
Issue Date	2021-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/83395
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_4_05_Tanaka.pdf,

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

シンポジウム

ドイツ売買論の現在

――「異なる物の給付保持」と「追完請求権の範囲」――

田中宏治

紹介　吉田邦彦／林誠司
講演　田中宏治
討論　田中宏治／吉田邦彦／林誠司／曽野裕夫／林耕平／根本尚徳／得津晶

＊これは、令和三年（二〇二一年）五月二一日に、北大民事法研究会および北大民法理論研究会が共催した、田中宏治教授（千葉大学）の講演および討論の記録である。

紹介

林誠司（北海道大学大学院法学研究科教授）本日は、千葉大学大学院社会科学研究院教授の田中宏治先生をお迎えし、ドイツの売買法についてご報告をいただきます。本題に入る前に、私から田中先生の御略歴などを簡単に紹介させていただきます。

本日のレジュメの冒頭にもありますけれども、田中先生は一九九一年三月東京大学法学部をご卒業後、東京大学大学院法学政治学研究科へ進学され、一九九七年に大阪大学法学部助手に着任されています。その後、大阪大学法学部助教授となられた一九九九年に、ドイツ学術交流会ＤＡＡＤの長期奨学生としてフライブルク大学法学部の修士課程にご入学され、二〇〇一年二月にはフライブルク大学から修士号を授与されています。ご帰国後、二〇〇九年四月に千葉大学大学院専門法務研究科教授に着任され、二〇一七年四月より現職に就かれています。

後に先生からもお話があると思いますが、先生ご自身がライフワークとして位置付けていらっしゃる研究テーマは、「代償請求権と履行不能」というテーマです。このテーマに関して先生が一九九八年に阪大法学に公表されたご論文は、この度の民法改正による四二二条の二の制定にあたり、『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ――契約および債権一般（一）』（商事法務、二〇〇九年）において学術論文として唯一引用されております。また、二〇一八年には、信山社から、その名も『代償請求権と履行不能』という研究書を刊行されていらっしゃいます。今、私の手元にあるこちらの本です（と本を示す）。本学の図書館にも所蔵されていますので、どうぞご覧になってください。

先生のもう一つの主な研究テーマは、本日のご報告に関連する売買法です。このテーマに関しても今年（二〇二二年）の二月に『ドイツ売買論集』という研究書を、信山社から刊行されています。先生のフライブルク時代の指導教員は、日本でも民法や民事訴訟法の分野などにおいて名高いディーター・ライポルト（*Dieter Leipold*）先生ですが、この『ドイツ売買論集』は、先生とライポルト先生の共同研究の成果であるとのことです。

この本の執筆に至る経緯については、『ドイツ売買論集』の「序章――上梓の経緯」に記されています。そこには先生とライポルト先生をはじめドイツの先生方との交流の様子が描かれています。特に先生が夏休みや春休みにドイツを訪れ、ライポルト先生などと意見を交わしたりする様子は、先生の研究生活の充実ぶりを伝えるくだりとなっています。

本日は、「ドイツ売買法の現在」というテーマでご報告をお願いしております。

さらに吉田先生、ご紹介をお願いします。

吉田邦彦（北海道大学大学院法学研究科教授）民法の吉田でございます。今日は福島から参加しておりますけれども、福島にも田中先生の本を持参して、今日参加しております（と二冊の本を示す）。

先輩後輩の気安さから「田中君」と言わせてもらいます。今日ご列席の瀬川先生は私の一〇歳年上の大先生なのですけれども、私は、田中君はもっと年下だと思っていましたら、丁度私より一〇年下、私は一九八一年卒で彼は一九九一年卒ということなのです。瀬川先生と私とでは問題意識もかなり近いように自覚しているのですけれども、田中君は、――林君の紹介にもありましたけれども――おそらく東大系列では最もドイツ法に習熟して、近年も千葉大学の紀要に立て続けに論文を発表されております。その成果が、ごく最近出ました『ドイツ売買論集』という本だと思うのです。

平井先生と色々雑談をしていて、田中君のことを聞く機会はあったのですけれども、瀬川先生との一〇年と違って、田中君との一〇年は、――彼はご覧のように童顔なものですからもっと若いと思っていたので――、かなりギャップを感じるのです。



田中宏治教授のオンライン研究会風景（2021年5月21日 撮影吉田邦彦）

他方で、彼の論文集の四頁を見ますと、千葉大学での「学期最後の授業が終わるとドイツ行きの便に飛び乗る。フランクフルト空港に降り立つと、乾いた空気が全身を包み、生まれ変わった気持になる」云々と続いていって、非常にドイツ民法を楽しんでおられるというのが伝わってくるのです。

今回新学期のお忙しいときに「ちょっとお願いね」と頼んだら直ぐ引き受けてくれたのですけれども、その際に、①ドイツ民法・ドイツ債務法の面白さを是非お話しいただきたい、ということ、②もう一つは、やはり平井先生との関わりもお話ししていただきたい、というようなことをお願いしたところ、今回はお忙しいところ、詳細なレジュメも出してきて下さって、心より感謝しております。

私があれこれ言うのも時間がもったいないので、早速田中君の方にバトンタッチしたいと思います。では、宜しくお願い致します。本当に今日は有り難うございます。

講演

田中宏治（千葉大学大学院社会科学研究院教授）はい。田中です。只今、林先生、吉田先生からまさに身に余るご紹介をいただき、大変恐縮しております。また、吉田先生から当初この報告のご依頼をいただきましたときには、気楽に、中堅・若手の研究者向けにということを承っていたのですけれども、この画面を拝見しますと、目上の藤原先生、あるいは目上と言うよりもさらに雲の上と言うべき瀬川先生もご参列下さっていて、予想外のことで、大変恐縮しておりますが、予定通り、用意致しました報告原稿に沿って、ご報告をさせていただきたいと思います。

一　はじめに

（一）趣旨

まず、この報告は、――先程、林先生と吉田先生からもわざわざ画面越しにまでお示しいただきました――拙著『ドイツ売買論集』（信山社、令和三年二月）に基づくものです。これは、ドイツ民法学上の「売買」に関する論文集でございまして、とりわけドイツ新債務法（二〇〇二年施行）を考察するものです（「ドイツ新債務法」と言いますが、これは、ドイツ民法の債務関係法、日本で言う債権編に相当するものでございます）。

（二）経緯

（a）以前の経緯

この研究会にお招きいただいた直接の、吉田先生からの経緯は次にお話し致しますが、その前に、このお方々がいなけ

ます。

れば、本報告は実現しなかったお二人の先生方のご学恩に対する謝意を表することから始めさせていただきたい、と思い

第一に、民事法研究会の発起人であられます五十嵐清先生（大正一四年（一九二五年）五月一二日～平成二七年（二〇一五年）九月一二日）は、（私の――先程、林先生からご紹介いただきました――ライフラークの）不能論[1]や（今日のこの報告の中心をなします）瑕疵担保責任論[2]の先学であられることは別といたしましても、フライブルク大学にＤＡＡＤ（ドイツ学術交流会）[3]で留学された大先輩です[4]。先生には、当初の留学（一九九九年～二〇〇一年）の前後から、大変親身に励ましていただきました。今回、報告をお引き受けするに当たり、五十嵐先生の「民事法研究会」だということが第一の動機になりました。

第二に、――これも吉田邦彦先生から只今ご説明いただきました――平井宜雄先生（昭和一二年（一九三七年）四月一九日～平成二五年（二〇一三年）一一月二六日）は、大学院生時代（一九九一年～一九九七年の六年間）の指導教官でございまして、その教えが私の研究の土台となっております[5]。当時、一九九六年九月に北海道大学のシンポジウムに平井先生が招かれまして[6]、その際の北海道旅行が「非常に楽しかった」と語っておられたのが強く印象に残っております。

（b）今回の経緯

吉田邦彦先生は、当時から平井先生との間に緊密な学問上の交流があったことは平井先生から伺っておりましたが、その指導学生だった私については――只今吉田先生がまさにご説明くださったように――「院生の田中君」という程度の認識であられたと思います。そのような存在でしかない私が今日この研究会報告のお招きを吉田先生からいただけたのは、ひとえに平井先生のお蔭です。

なお、吉田先生と私との学問は、今回の『ドイツ売買論集』よりもむしろ、前著『代償請求権と履行不能』（信山社、平

三〇）において深く関係しておりますが[7]、詳細は省略いたします。

また、研究会幹事の林誠司教授[8]には、初顔の私のために、今日のご紹介はもちろん、それ以前から微に入り細にわたってご高配を賜りました。

五十嵐先生、平井先生、吉田先生、林先生はじめ、この拙い報告のために本日ご臨席いただいております二十余名の皆様に心よりお礼を申し上げます。

（三）拙著『ドイツ売買論集』の簡単な紹介

拙著『ドイツ売買論集』は、――先程これも林先生・吉田先生からご紹介いただきましたけれども――私の二冊目の本です。自身の既発表の論文を一部底本としつつ、全体の半分以上を新規に執筆致しました。

二年前に上梓致しました前著『代償請求権と履行不能』と同様の基礎研究書ですが、三つ違いがあります。①前著がライフワークの単独研究であったのに対し、本書は――これも先程林先生からご紹介いただきましたけれども――ドイツのディーター・ライポルト先生[9]との共同研究であるという方法の違い、②前著が単行論文でありましたのに対し、本書は論点に的を絞った論文集であるという形式の違い、③前著が歴史的資料と外国法文献を網羅的に分析した包括的研究であったのに対し、本書は専ら現代ドイツ民法学の成果だという内容の違いです。

そして、この拙著で考察した一〇の論点は、すべて共同研究者のライポルト教授によってドイツ新債務法の論点の中から選び出され、そして私が、わが国に紹介する意義があるか否か、という基準で選定したものです。拙著ではそれらを一〇の章に配列し、これを敷衍した日本法の解釈論を結章として付しました。

（四）報告の内容と順序

本日は、「異なる物の給付保持」（第三章）[10]（二）と「追完請求権の範囲」（第七章）を報告致します（三）。そして最後に「おわりに」として一言させていただきます（四）。

なぜ一〇章の中から右の二章を選んだかと申しますと、まず、「異なる物の給付保持」（Falschlieferung, „aliud"）は、既に古典的論点と言えるものでありまして、判例が未だ無いため議論され続けている有名論点であるため、本日ご紹介する意義があると考えました。また、追完請求権の範囲の問題は、学説・判例・立法が協同して論点を発見し解決するという法発展のプロセスが顕著なため、それを紹介したいと考えました。いずれも、ドイツ法を先に、日本法を後に説明します。

二　異なる物の給付保持（拙著「第三章」一〇七頁～一三一頁、「結章 第四節」三八三頁～三九五頁）

（一）総説

（a）総説

異なる物の給付とは何かについては、当初議論をリードした、ハンス・ヨアヒム・ムズィラク教授（*Hans-Joachim Musielak*）（一九三二年一二月二八日～）[11]の設例が分かりやすいので、それを用います[12]。すなわち、――

> フォルクスワーゲン社製のゴルフ（という車種の大衆向け自家用車）を売却したところ、誤ってＢＭＷ（ベーエムヴェー）社製の三一八ｉという車種の高級自家用車を引き渡してしまった場合において、買主はＢＭＷを保持できるか否か。

他の設例として、銀の時計を売買したところ金の時計を引き渡したというものでも構いません[13]。いずれにしても、約定

の目的物とは異なる物でかつ高価な物が提供されて買主が――現実には異なる物であるので――受領を拒絶できたにもかかわらず受領した事例です（高価な物でなく安価なものであれば買主は保持を主張しないので問題が生じません）。さらに、売主がその異なる物を当該売買契約から生じる引渡債務の履行（弁済）として引き渡した場合でなければなりません。もし売主が債務の履行としてではなく、単に引き渡したのであれば、原則は、不当利得の問題となり、買主に返還義務が生じることになります（ドイツ民法八一二条一項）[14]。

（b）特定物売買とは（拙著「第二章 第三節 一」五九頁～六一頁）

①問題提起

以下、この論争に入ってゆく前に、それが前提としている、特定物売買・種類売買の困難な区別について簡単に説明しておきたいと思います。まず、定義としては、特定物売買（Stückkauf）とは、物の個性に着目して取引した物（individualisierter Gegenstand）、すなわち特定物（Speziessache）を目的物とする売買です。それに対し、種類売買（Gattungskauf）とは、物の種類に着目して取引した物、すなわち種類物（Gattungssache）を目的物とする売買、つまり、合意された種類に属する物で履行することができる（erfüllungstaugliches Exemplar der geschuldeten Gattung）売買です（ドイツ民法二四三条一項）[15]。問題は、両者の区別です。

たとえば、書店やスーパーマーケットやコンビニエンスストアのようなセルフサービスの商店の中で客がある商品を手にしてレジへ持って行くときに、それは種類売買でしょうか、特定物売買でしょうか。たとえば、――イケア（IKEA、スウェーデン発祥の世界最大の家具量販店）のような――大型家具店で机と椅子を購入する際に、机は大きいので支払時に打ち出されたレシートを持って商品引渡所で受け取り、椅子は小さいので直接レジに手で持って行って支払を済ませた、と仮定

します。[16] このとき、机が種類物であることについて異論はありません。では、椅子は種類物・特定物のどちらでしょうか。

②種類物説

まず、上のイケアの設例を挙げたアケルマン教授は、「契約締結の際に目的物が目の前にあるかどうか、という外面的なことは契約内容には影響しない」[17]から種類物だと主張します。[18]

③特定物説

これに対し、レジに持って行けば目的物は特定する、という主張もあります。[19]

④まとめ

どちらがオーソドックスなのか難しい問題ですが、本報告では、種類物説を多数説として扱います。[20]

いずれにしろ、種類売買・特定物売買の区別が困難なときがある、という点が重要です。

（二）解釈の出発点

では、異なる物の給付保持の論点に戻ります。差し当たり出発点として売買の規定に目を遣りますと、そこでは特定物売買と種類売買との区別をせずに、買主の異なる物の給付保持を肯定すべきように見えます。なぜならば、次の規定があるからです。すなわち、——

ドイツ民法四三四条三項【物の瑕疵】

売主が引き渡した物が異なる場合または不足する場合にもまた物の瑕疵がある（傍点を付けた）。

つまり、異なる物の給付は、瑕疵ある物の給付となります[21]。この規定の存在意義は、とりわけ種類売買において困難な、「瑕疵ある物（peius）」か「異なる物（aliud）」かの区別――たとえば、グリコールという不正添加物入りワインは瑕疵あるワインかワインとは異なる物か――を無用とすることにあります[22]。

そうだとすると、買主の方が本来の目的物を代物請求するときにだけ、それと引換えに異なる物を返還義務が生じるのですから（ドイツ民法四三九条五項）、売主の方からは返還請求することはできない、つまり買主の異なる物の給付保持が肯定されることになりそうです（肯定説＝多数説[23]）。

（三）肯定説が素直な解釈か？

これをもう少し詳しく説明しますと、まず、異なる物が売買契約から生じた売主の引渡債務の履行として提供されても、買主は、その受領を拒むことができます。そのときは、買主の履行請求権は、存続します[24]。それに対し、異なる物が債務の履行として受領されてしまうとどうなるか、が問題です。まず、売主が高額な売買代金を請求することは――買主が任意に契約改訂に応じない限り――できません[25]。

一般に、瑕疵ある物を引き渡された買主は、目的物の返還義務を負いません。なぜならば、そう解釈しないと、目的物を保持しつつ追完請求権[26]を行使する（修補請求であれば保持し続けるし、代物請求であれば瑕疵の無い代物引渡しと瑕疵ある目的物返還が引換給付になる[27]）ことができないからです。つまり、異なる物を給付された買主は、追完請求権を取得するから、そ

れと矛盾しないように、買主に異なる物の給付保持が認められる、という解釈（以下では肯定説と呼ぶ）です。[28]

そしてこの肯定説は、馬の売買で牛（瑕疵ある馬とみなされる）を引き渡したときにも、小型自動車の売買で戦車（瑕疵ある小型自動車とみなされる）を引き渡したときも、妥当するものと主張されます。[29]

（四）法案理由書の否定説

肯定説に対し、保持を否定する解釈（以下では否定説と呼ぶ）も有力です。[30] その主たる論拠は、新債務法の法案理由書です。理由書は、売買を特定物売買と種類売買に分け、次の解釈を示します。[31]

（a）特定物売買における異なる物の給付

まず、特定物売買において異なる物が引き渡されるときは、その給付は、目的物と同一性のない異なる物（Identitäts-aliud）の給付だ、と言います（特定物売買では同一性のある異なる物はあり得ない）。同一性のない異なる物の給付がなされても、本来の給付が実現せず、債務は弁済されていないので、本来の履行請求権が存続する。[32] 他方、異なる物は、買主の不当利得であり、その返還義務を買主が負う（ドイツ民法八一二条一項）。したがって、買主の異なる物の給付保持は、否定される、と言います。

（b）種類売買における異なる物の給付

これに対して、種類売買における異なる物は、二つに区別されます。第一に、目的の種類物と同一性のある場合、第二に、同一性のない場合です（特定物売買では同一性のある異なる物はあり得ないのに対し、種類売買ではそれがあり得る、と考えるわけ

です）。前者を「同一性のある異なる物（Qualifikations-aliud）」、後者を「同一性のない異なる物（Identitäts-aliud）」と呼びます。たとえば、新車のゴルフの売買で、色違いのゴルフが引き渡されたときが前者、ＢＭＷが引き渡されたときが後者です。

後者の場合においては、特定物売買における異なる物の給付と同様に、買主の異なる物の給付保持は、否定されます。が、前者の場合においては、本来の履行請求権が追完請求権に変化するので、買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵の修補または代物請求をすることができる（ドイツ民法四三四条三項、同四三九条一項）が、これは買主の権利であって義務ではないため、買主は、異なる物を保持して何もしないでいることもできる。つまり、買主の異なる物の給付保持は、肯定される、と法案理由書は言います。

（c）否定説の結論

この法案理由書を敷衍すれば、次の結論に至るはずです。第一に、特定物売買においては、異なる物の給付保持は、常に否定される。第二に、種類売買においては、その種類物以外の物、すなわち異なる物には、その種類物と同一性があるときとないときとがある。前者においては、買主の異なる物の給付保持は、肯定され、後者においては、買主の異なる物の給付保持は、否定される、となりそうです。

しかし、この法案理由書の解釈を学説としてそのまま主張する者は存在しないようです。その理由は、おそらくドイツ民法四三四条三項の規定が無視されてしまうからであり、法文を立法者意思よりも重視するからであろうと思われます。

（五）検討

（a）問題

これを検討しますと、ドイツ民法四三四条三項の新規定が、異なる物の給付を物の瑕疵とみなしたという文理からすると、給付保持が肯定されそうです。しかし、とりわけ特定物売買における異なる物の給付においては、給付保持を肯定する結論は、まず当事者意思と正面から対立しそうです。

（b）当事者意思

その意思と言いましても、ここで問題になる当事者意思は、契約成立時の意思であって、弁済時の意思ではありません。[33] もちろん、異なる物の給付保持の問題は、ゴルフの売買から生じる債務の履行（弁済）としてBMWを引き渡すから問題になるのです。つまり、もし、履行としてという前提が欠けるときは、[34] 履行にならず、単純な不当利得になります。そして、この問題は、弁済時の意思の解釈問題です（ドイツ民法一三三条および一五七条）。[35]

（c）不当利得の「法律上の原因」

①総説

つぎに、保持の決め手になる直接の解釈論は、ドイツ民法八一二条一項の「法律上の原因なく（ohne rechtlichen Grund）」という要件であることにも留意しなければなりません。[36]

要するに、異なる物の給付は、ドイツ民法四三四条の規定の「物の瑕疵」に当たるため、買主には追完請求等の権利を行使するか否かの自由が認められるところ、それがドイツ民法八一二条一項の「法律上の原因」に当たるか否かの解釈問題です。この問題については、百家争鳴ですが、以下では、簡単に否定説と肯定説を説明します。

②否定説

ローレンツ教授は、ドイツ民法四三四条が適用されることが不当利得法上の「法律上の原因」に含まれることを否定します。[37] したがって、売主の不当利得返還請求権の発生を肯定します。[38]

③肯定説

「法律上の原因」について否定説を採る者は、それが買主の給付保持否定の決め手になりますので、――ローレンツ教授のように――明示的に説明するのに対し、他方、給付保持肯定説を採る者は、「法律上の原因」を肯定するわけですが、明示的に肯定する者もいれば、[39] 肯定することを暗黙の前提にするだけの者もいます。[40]

（d）錯誤規定の不適用

①総説

なお、給付保持について肯定説を採るときは、弁済を売主が取り消すことについて錯誤の規定（ドイツ民法一一九条）の適用についても否定しなければなりません。さもなければ、錯誤による取消権行使の効果として弁済が遡及的無効となり（ドイツ民法一四二条一項）、「弁済としての異なる物の給付」ではなくなるため、買主の追完請求権が発生しなくなるからです。では、肯定説からはどのような論理で錯誤の規定の不適用を導くのでしょうか。

②肯定説の論理

ムズィラク教授は、次のように言います。すなわち、仮に弁済の錯誤取消しを認めれば、特定物売買においては常に錯

誤取消しによって買主の追完請求権が遡及的に消滅させられてしまい、「ドイツ民法四三四条三項の規定は、立法理由においては特定物売買に適用されることが明示されていたにもかかわらず、事実上は特定物売買に不適用となってしまうであろう」[41]、だから錯誤取消しはできない、と言います。

（六）諸学説の整理

（a）肯定説（多数説＝ムズィラク説）

ドイツ民法四三四条三項を重視する見解です[42]。すなわち、もし、異なる物の給付保持が否定されれば、買主の追完請求権は無視されてしまうからです[43]。否定説も有力で、しかも近年ではその傾向が強いように感じられますが、この肯定説が多数説だと一応言ってよいと思います。

（b）制限肯定説

次に、これに対し、基本的には文理を重視しつつ、改正前の通説の解釈を活かす見解があります。すなわち、原則としては肯定説によりながら、給付された物が目的物と「著しく異なる」ときは、目的物の引渡しは無く、担保責任は生じないと解する説があります[44]。この学説では、ドイツ民法四三四条三項の規定に、「給付された物が目的物と著しく異ならないときは」という要件を付け加えて縮小解釈をすることになります。その意味では、この学説は、制限肯定説とでも呼ぶことができようかと思います。もちろん、この制限肯定説に対しては、「著しく異なる」かどうかの区別が困難であるという批判が向けられるかと思います。

（c）否定説

たしかに、肯定説はいささか売主に酷な結論になります。[45] そのため、売主に不当利得返還請求権を認めて保持否定説を採る立場が有力です。

そして、否定説を採る場合にも、一律にこれを否定するのではなく、例外として一般条項を根拠に肯定される場合があると言います。以下では、ローレンツ説を紹介しておきたいと思います。

ローレンツ教授は、買主の給付保持を肯定するか否かは、売主の不当利得返還請求権行使の「権利濫用（Rechtsmissbrauch）の問題だ」、と言います。[46] このように一般条項を解釈論の前面に出すのは、要件・効果をきちんと解釈するのを良しとするドイツ民法学（ローレンツ教授も本来はそうである）においては珍しく、[47] 思い切った解釈論を打ち出した、という印象を受けます。[48]

そして、不当利得返還請求権行使は、設定された期間の経過前に本来の目的物給付と引換えになされるときは、権利の濫用とはならないけれども、設定された期間の経過後には、仮に売主の返還請求権行使を認めると買主が追完以外の給付を受ける権利を失うことを理由に権利濫用となる、[49] と解釈します。[50]

以上、ドイツの論争を紹介しました。

（七）日本法における「異なる物の給付保持」

（a）総説

①総説

では、次に、日本ではどうか、以下検討してゆきたいと思います。

ドイツの「異なる物の給付」の問題は、わが国でも、平成二九年改正によって錯誤の効果が取消しとなって契約不適合責任として追完請求権が規定されたことから、ほぼ同様の論点が生じることになります。

②事例

買主Xは、自動車販売店Yからトヨタ社製のカローラ（という車種の大衆向け自家用車）を購入したところ、Yがうっかり同社製であるがクラウンという車種の高級自家用車をX名義で登録してXに納車してしまった。この場合において、Yがクラウンの返還を求めるのに対し、Xは、それを拒んで保持できるだろうか、という問題です。あるいは、ビール六本のところ八本引き渡したというのでも構いません[51]。いずれにしても、約定の物より良く、目的物とは異なる物が提供されて買主が――現実には異なる物であるのだから――受領を拒絶できたにもかかわらず受領してしまった、という事例です。

（b）特定物売買と種類売買との区別（拙著「結章 第五節**四**」四〇八頁～四一〇頁）

問題の前提として、特定物売買と種類売買の区別がわが国でも困難であることを確認してくことが重要です。つまり、セルフサービスの店舗で客が商品をレジへ運ぶときに、それは種類売買か特定物売買かという問題です。この事案は現実には非常に多いにもかかわらず、民法学上は論じられずに参りました[52]。いずれと解釈するにせよ、その区別は容易ではない、という点が重要です。

（c）物の数量不適合の扱い

①平成二九年改正前

「異なる物の給付保持」の論点に戻ります。従来、物の数量の瑕疵は特別な扱いをされてきました。つまり、改正前民法五六五条の規定が数量指示売買という特殊な売買についての規定を設けていたからです。かつての通説に従えば、数量指示売買は、常に特定物売買です[53]。したがって、先述のビールの例は、数量指示売買ではありまん。

なぜならば、改正前民法五六五条の「数量を指示して」の文言は、ⓐ目的物の数量が表示され、ⓑその数量を基礎として代金額が定められたこと、と解されていたため（通説[54]・判例[55]）、ⓐを満たすためには、その前提として目的物の「特定」が必要と解されたからです[56]。

②審議過程

ところが、債権法改正の審議過程では、一方で、数量不足および一部滅失が民法五六二条一項の規定の契約不適合に含まれるとされ[57]、他方、数量不適合責任は、一年間の期間制限（民法五六六条）に掛からないこととされました[58]。

③平成二九年改正後

したがって、平成二九年改正後の契約不適合責任においては、改正前とは異なり、物の数量不適合は、契約不適合の一つにすぎず、――一年間の期間制限（民法五六六条）に掛からない（②に述べた）点を除いて――種類不適合や品質不適合と区別しての特別扱いを受けないことになります（民法五六二条一項）[59]。

④数量超過

ところで、平成二九年改正前に「数量超過」と言われていたのは、数量指示売買における数量超過の場合、つまり、ⓐ

特定物売買において目的物を引き渡したところ、目的物の数量が合意されていたより多かった場合（たとえば、目的土地の実測面積が約定面積より大きかった場合[60]）です。

しかし、ⓑ種類売買において、約定数量よりも超過した目的物が引き渡される形の数量超過も想定することができ、平成二九年改正法における数量超過は、ⓐに加えてⓑも含む、と解されます。

（d）弁済としての引渡し

①総説

この論点で問題となるのは、売主が異なる物を当該売買契約から生じた引渡債務の弁済として引き渡した場合です。そうでなければ、民法五六二条一項の規定する「目的物」が「引き渡された」の要件を満たさず、その物を買主が保持する法律上の原因はないのだから、民法七〇三条の規定する不当利得に当たり、買主は、その物を返還しなければならないからです。

②弁済の法的性質

翻って、弁済とは何か。弁済の法的性質の問題です。諸説存在し、まず、ⓐ弁済とは、債務の目的としての給付を実現する行為であり、その給付は法律行為であることも事実行為であることもあるが、弁済自体は準法律行為である、という「準法律行為説」があります[61]。

これに対し、ⓑ給付に法律行為と事実行為があることを認めつつ、それとは別個に弁済自体の性質を決定する意味を否定する「性質決定不要説」もあります[62]。さらに、ⓒ同様に、給付に法律行為と事実行為の区別があることを認めつつ、弁済自体は事実行為だとする「事実行為説」もあります[63]。

③弁済意思を観念するか

この弁済の法的性質論は、より本質的に、弁済における当事者の意思の問題と言い換えることもできります。[64] 異なる給付が弁済としてなされるときであっても、その給付には、売主・買主双方の何らかの意思が含まれていることは間違いありません。少なくとも、引渡しがなされている以上はそれを目的とする合意が認められなければならないからです。[65]

従来、そのような給付の意思とは別個の弁済意思を「弁済として」の部分に観念することができるか否かが争われ、否定説が有力でありました。[66]

（e）錯誤規定の「意思表示」

①総説

しかし、結局、上述の弁済意思については、肯定説と否定説のどちらを採ろうが、弁済の際には、給付の意思〔表示的要素〕が存在していることは否定できませんので、それが民法九五条の規定する「意思表示」に当たるか否かが避けて通れない問題となります。

②検討

これについてもドイツ法（→（五）（d））と同様、異なる物の給付における錯誤規定の適用を否定するべきです。つまり、弁済の錯誤取消しを肯定する解釈[67]には賛成することができません。仮に錯誤規定の適用を認めてしまうと、特に特定物売買における異なる物の給付の際には常に売主からの錯誤取消しが認められてしまい、事実上、特定物売買における異なる物の給付にも民法五六二条一項の規定が一律に適用されなくなってしまうからです。したがって、弁済は、錯誤の規定（民

法九五条）の「意思表示」には含まれない、と解すべきです。[68]

（f）平成二九年改正

①総説

他方、学説を見ておきますと、平成二九年改正前に「異なる物の給付保持」の問題を意識的に論じた学説は、ほとんどみられません。[69] 平成二九年改正後においても、この問題は正面から議論されていません。[70]

②問題整理

ここでもう一度改正法の解釈問題を整理してみましょう。

つまり、平成二九年改正法では、不適合給付を受けた買主に追完請求権を与えたため、一般に、不適合物が引き渡された買主にはその物の返還義務がないと解釈せざるを得ません。なぜならば、そう解釈しないと、買主はその意に反して引き渡された物を取り戻され、買主に追完請求権を与えた（そもそも追完請求権を行使するか、修補と代物給付のどちらを選択するか、は買主の自由だという）民法五六二条一項の規定の趣旨に反するからです。

そして、異なる物の給付が不適合給付の一つだとすると、それを保持してよいことになりそうです（肯定説）。つまり、条文解釈からすると、保持肯定説となりそうですが、その結論を許してよいのか、という――ドイツと同様の――問題になります。

（g）ドイツ法との違い

しかし、問題は、ドイツ法との明文の規定の違いです。つまり、わが国には、異なる物の給付を不適合給付に含めると

する、ドイツ民法四三四条三項に相当する規定が欠けているからです。

しかし、「債権法改正の基本方針」において述べられておりましたように、異なる物の給付を――特定物売買・種類売買を問わず――民法五六二条一項の規定する不適合給付に含めることに異論は見られません。したがって、ドイツ法との明文の規定の微妙な違いは気にしないでよいと思われます。

（h）検討

そうすると、異なる物を弁済として引き渡された買主は、追完請求（通常は代物請求）をすることができ（民法五六二条一項）、この追完請求権を行使して、それが履行されるときは、売主は、既に引き渡し済みの異なる物の引換給付を売主は請求することができることを前提に（買主の保持は許されない）[71]、問題は、追完請求権を行使しないときに、異なる物の給付を保持することができる否か、です。

まず、種類売買（たとえば、ワイン売買）において、弁済として引き渡されたのがグリコール入りワインであれば、それが①契約不適合の目的種類物（ワインという目的物であるがグリコール入りのため品質の不適合物）なのか、②目的種類物以外の物（グリコールが混入されたワインはワインではなくなるためそもそも目的物ではない物）なのか、という難しい区別をせずに双方に民法五六二条一項を適用することについては、認められやすいだろう、と思われます。そうすると、異なる物を給付された種類買主は、追完請求権を取得するから、それと矛盾しないよう、異なる物の給付保持を認めなければなりません。つまり、肯定説を採ることになります。

争点となりそうなのは、特定物売買における給付保持です。結論から先に言えば、特定物売買でも肯定説を採るべきです。たしかに、特定物売買において、特定物とは異なる物の給付保持を認めることは、契約成立時の当事者意思に明白に反す

ることになります。しかし、民法五六二条一項の規定が特定物買主・種類買主の区別をせずに単に買主に追完請求権を認めていることを重視するべきです。法的構成としては、買主が追完請求権を取得することが、民法七〇三条の規定する「法律上の原因」に当たるため、売主が不当利得返還請求権を取得することができない、と解釈するべきです。

そして、その上で、結論が妥当性を欠く場合には、信義則（民法一条二項）または権利濫用（民法一条三項）の規定を適用する可能性を認めるべきです。

この解釈は、ドイツの肯定説、とりわけムズィラク説（↓（六）（a））、つまり原則は保持肯定、例外として信義則により否定、という考え方です。また、そのような解釈を無にしないため、――既に述べたように（↓（e））――弁済の錯誤取消し（民法九五条）を許すべきではありません[72]。もっとも、その原則と例外を入れ替えて、原則は保持否定、例外として一般条項により肯定、というローレンツ流の解釈の余地も十分にあります（↓（六）（c））。

そして、いずれにしろ、異なる物の給付保持が問題となりますのは、異なる物の給付が弁済としてなされた、ということが出発点です。したがって、現実の紛争においては、給付の意思解釈の段階で給付保持の問題から外れ、単純な不当利得返還請求の問題となることも多い、と思われます。

以上が「異なる物の給付保持」の問題です。

三　追完請求権の範囲（拙著「第三章」一九七頁～二七六頁、「結章 第八節」四二五頁～四二八頁）

（一）総説

（a）事例

つぎに、追完請求権の範囲の問題を、こちらはごく簡単に説明いたします。まず、事例を説明します。

買主Xは、売主Yから代金五〇〇ユーロで床用のタイルを一〇㎡分購入し、それを自宅の浴室に敷き詰める工事を職人Aに代金二，〇〇〇ユーロで請け負わせ、工事完成後に代金が支払われた。ところが、工事終了後まもなくタイルが変色して欠陥品であることが判明した。Xは、Yに対して、タイルの代物給付に加え、ⓐ不適合タイルを剥がす費用、ⓑ代物タイルを敷く費用を求めたい。認められるだろうか、という問題です。

（b）問題

引き渡された売買目的物が他の物に取り付けられた後に瑕疵が判明した場合において、買主が代物請求をするときは、それに伴って発生する不適合物の取外しと代替物の取付けの費用は、売主と買主のどちらが負担するか、という問題です。

（二）当初の学説

（a）肯定説

肯定説の基礎は、買主は、売主の代物給付によって、目的物が契約内容に適合するものであればそうであったであろう立場に置かれるべきである、という考え方です。この場合、その立場に置かれるためには、不適合物の取外しと代物の取付けの費用が必要であるので、そこまでを代物給付（ドイツ民法四三九条一項）が含む、と解することになります。

（b）否定説

それに対し、否定説は、当事者意思を基礎に置いています。すなわち、事例のXYの契約は、あくまで売買であって請負ではないのだから、取付け・取外しまでは「代替物の引渡し」に含まれない、と解します。もっとも、否定説を採った

場合に、取付け・取外しの費用相当額は、損害賠償としては認められる可能性があり、すなわち、売主に帰責事由があるときにはそれを請求することができる（ドイツ民法二八〇条一項後段）、と解釈することもできます。

（三）判例

（a）フローリングブロック事件

つぎに、判例がこの事件の見所なのですが、取付け（ⓑ）について争われ、二〇〇八年、連邦通常裁判所は、上記否定説を採用しました[73]。

（b）タイル事件

ところがその後二〇一一年、欧州裁判所は、連邦通常裁判所の先決判決申立[74]を受け、取外し（ⓐ）・取付け（ⓑ）双方について肯定説を採用します（フローリングブロック事件判決を否定した[75]）。そして、同年、それを受けた連邦通常裁判所は、それに沿うよう判例を肯定説に変更せざるを得なかった、ということがありました[76]。

（c）ゴム事件と桟（さん）事件

二〇一二年のゴム事件判決[77]および二〇一四年の桟事件判決[78]において、連邦通常裁判所は、上記のドイツ民法四三九条一項の消費財売買についての解釈が消費財以外の売買にも及ぶことを否定した。こうして、取付け・取外しの費用が追完請求権の範囲に含まれるか否かについて、売買の目的物が消費財であれば肯定し、そうでなければ否定する、という判例の「分裂（gespalten）」状態が生じていた。

（四）立法

この「分裂」を解消して、全面肯定説を採ったのが、二〇一七年改正によるドイツ民法四三九条三項の新規定です。[79] こういう規定が入りました（傍点と傍線は筆者）――

ドイツ民法新四三九条三項【追完】

買主が瑕疵ある目的物をその種類と用法に従って他の物に作り付けた（eingebaut）又は他の物に取り付けた（angebracht）ときは、売主は、買主が瑕疵ある目的物の取外しと瑕疵のない修補された目的物又は代物の取付けのために要した費用を償還する義務を負う。……

（五）日本法の解釈論

（a）総説

わが国でも、実務上の影響も大きく、同種の事案において早速論点となりそうです。すなわち、引き渡された売買目的物が他の物に取り付けられた後に契約不適合が判明した場合において（民法五六二条一項）、買主が代物請求をするときは、それに伴って発生する不適合物の取外しと代替物の取付けの費用は、売主と買主のどちらが負担するのか、です。民法五六二条一項の規定する「代替物の引渡し」は、①代物引渡しのみならず、②不適合物の取外しの費用支払と、③代物の取付けの費用支払も含むか、という解釈問題です。

（b）検討（私見）

わが国でも、問題状況は同様ですので、買主は、売主の代物給付によって、目的物が契約内容に適合するものであればそうであったであろう立場に置かれるべきであり、肯定説を採るべき、ということになると思います[80]。売主からしても、このような事態を引き起こしたのはひとえに売主が不適合物を引き渡したからであり、費用負担を甘受するべき、となると思います[81]。

四　おわりに（拙著「おわりに」四七七頁）

最後に一言させていただきます。いくら入念に練り上げられたドイツ新債務法であっても、後発の学説によって幾多の欠点が指摘されることは必然でした。また、新債務法が想定していなかった諸事案が現実の裁判に登場するのも当然でありました。二〇〇二年元日の新債務法施行から二〇年間、新法の至らなさに呆れ返ったり、欧州法に文句を付けたり、学者も実務家も忙しく過ごしました。そして、ドイツ売買法は、長足の進歩を遂げました。

この二〇年、売買論の中心で活躍をしてきた彼らの表情からは、新債務法に対する負の印象は読み取れません。むしろ、自分たちに何が許されるのかを知った喜びに溢れていました。それは、新法を自分なりに解釈できる喜びです。古いしがらみから解き放たれたように、新鮮な解釈論は、若い教授や助手がその大部分を担いました。改正作業の中心だった長老たちは、言い訳は恥とばかりに控え目で、世代交代が一気に進みました。

悠久の法学の歴史におきまして、債務法改正は急勾配の激流であり、新債務法を巡る論争は、この力強い流れを下るドイツ人の歓喜と興奮の叫びです。①生まれ変わった条文のための膨大な判決と、②それに応じる逞しい学術論文と、③不備を迅速に補う再改正の立法が勢いよく作られました。法というのは、このように①判例・②学説・③立法が協同して発展するのだよ、と言わんばかりでした。

果たしてわが国はどうでしょうか。自由に伸び伸びと新債権法を満喫したい、と思います。報告は以上です。ご清聴有り難うございます。

以上

（1）五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、昭四四）。

（2）五十嵐清『比較民法学の諸問題』（一粒社、昭五一）。

（3）①フライブルク大学に、②ＤＡＡＤで留学した、③民法研究者は、他に川井健先生（昭和二年（一九二七年）～平成二五年（二〇一三年））しか寡聞にして知らない。偶然にも、ご両名とも北海道大学の先生である（川井先生は、北海道大学一五年、一橋大学二〇年勤務（川井健「民法判例と時代思潮」一論一〇七巻一号（平四）一頁～一九頁、一九頁）。

（4）五十嵐先生は、フライブルクに対して強い愛着を持たれ、一九九八年にはフライブルク同窓会（全学部共通）を設立された。私は、その遺志を継ぐ形で同窓会理事を務めさせていただいている。

（5）平井先生は、私が大学院を中退して阪大に就職した翌年に退官されたので（当時の東京大学教授は六〇歳定年）、先生の東京大学時代の（研究者の）弟子は九人目の私が最後となった。八名の先輩は、栗田哲男、佐藤岩昭、森田修、鈴木眞次、陳洸岳、山下りえ子、川村洋子、山口成樹（敬称略）である。

（6）平井宜雄・瀬川信久・吉田邦彦「民法学の方法・思想・思考様式」北大四七巻六号（平九）一一三頁～二〇四頁〔吉田邦彦『民法学の羅針盤――激動の時代への先進の教訓――』（信山社、平二三）三頁～九四頁所収〕。なお、「討論」における瀬川教授の発言で、私の手付についての意思解釈の判例研究（最判平成五・三・一六民集四七巻四号三〇五頁法協一一三巻一号）が引用され（一八七頁）、当時大学院生だった私にとって人生初の引用で非常に嬉しかったことも忘れられない。

（7）代償請求権論と債権侵害論が密接な関係に立つからである。第一に形式的に、民法典制定後の学説史において、起草者の見解と「断絶」して「ほぼ全面的にドイツでの議論の影響を受けている」石坂音四郎博士の立論に影響を受けたという点で共通している（拙著『代償請求権と履行不能』八二頁）。第二に実質的にも、石坂博士は、一方で、代償請求権肯定の理由として債権侵害による不法行為の不成立を挙げ（同六五頁）、他方で、債権侵害による不法行為の成立を否定する理由として代償請求権の存在を挙げるからであ

る（なお、これは一見、循環論法であるが、代償請求権肯定と債権侵害による不法行為不成立を一組の論理として主張するものと受け止めることができ、虚偽の論証と咎め立てるほどではない。同六五頁）。

（8）林教授と私は、学会デビュー同期である。つまり、私が私法学会個別報告「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」（二〇〇六年、大阪市大）を行った日に、林教授も個別報告（「監督者責任の再構成」）された（なお、齋藤由起教授も同期である）。

（9）ディーター・ライポルト教授（一九三九年一月一五日～）（*Dieter Leipold*, Dr. Jur., Dr. h.c. (Städtische Universität Osaka), Dr. h.c. (Demokritos Universität Thrazien), o. Professor (em.) für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Freiburg i. Br.）は、民事法学の泰斗であり、特に相続法、民事訴訟法、民事保全法、国際民事訴訟法の業績が重要である。中でも、『相続法』は、二十二版を重ねている定番中の定番で、ドイツ相続法について日本人が執筆した今世紀中の論文で同書を引用していないものは存在しないと思われる。ライポルト教授は、①書物を通して研究がわが国に紹介される機会が多いことに加え（『相続法』のほか、証明責任論の紹介として、石田穣『民法と民事訴訟法の交錯』（東京大学出版会、昭五四）、同『証拠法の再構成』（東京大学出版会、昭五五）、代表的な翻訳として、ディーター・ライポルト（円谷峻訳）『ドイツ民法総論――設例・設問を通して学ぶ――』（成文堂、初版、平二〇、第二版、平二七）、同（松本博之編訳）『実効的権利保護』（信山社、平二一））、②直接に親交のあった又は指導を受けた日本人研究者・実務家は非常に多い。

（10）新債務法施行（二〇〇二年）当初から学説上活発に議論され、「特定物の代物請求」（特定物売買においても代物請求できるか否か。上記二〇〇六年の私法学会大会で私が個別報告した論点）と並ぶ古典的な論点となっている。

（11）ムズィラク教授は、そのオーソドックスな学風と明晰な文章で信頼の厚い民事法学の大家である。肯定説が支持を得たのは、ムズィラク教授の権威によるところも大きかったと思われる。

（12）*Musielak, Hans-Joachim*: Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht, NJW 2003, SS. 89-92, S. 89.

（13）*Lorenz, Stephan*: Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht, JuS 2003, SS. 36-40, S. 39.

（14）しかし、例外として、債務の不存在を知ってした弁済に当たれば、ドイツ民法八一四条（債務の不存在を知ってした弁済）の規定に従って、買主はその目的物を保持することができる（売主は返還を請求することができない）。

（15）*Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan*: Schuldrecht: ein Studienbuch, II. Besonderer Teil, 17. Aufl., München 2014, Rn 127.

（16）*Ackermann, Thomas*: Die Nacherfüllungspflicht des Stückkäufers, JZ 2002, SS. 378-385, S. 381の設例である。

（17）Ackermann: aaO, JZ 2002, S. 381.

(18) Schulze, Götz: Rechtsfragen des Selbstbedienungskaufs, AcP 2001, SS. 232-255, S. 236f は、「レジに持って行った物の購入が買主にとってどれほど大切だというわけではない」から種類売買だと言う。同旨として、*Spickhoff, Andreas*: Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers, BB 2003, SS. 589-594, S. 590; *Jakobs, Matthias*: Die kaufrechtliche Nacherfüllung, in: *Dauner-Lieb, Barbara/ Konzen, Horst/ Schmidt, Karsten*: Das neue Schulrecht in der Praxis, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, SS. 371-394.

(19) *Bitter,Georg/ Meidt, Eva*: Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, SS. 2114-2124, S. 2119; *Huber- Huber, Peter/ Faust, Florian*: Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht, München 2002, §13 Rn 20; *Oechsler, Jürgen*: Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, München 2003, Rn 140; *Oetker, Hartmut/ Maultzsch, Felix*: Vertragliche Schuldverältnisse, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 2004, S. 93; *Medicus, Dieter*: Schuldrecht: ein Studienbuch, II. Besonderer Teil, 14. Aufl., München 2007 Rn 56; *Fritzsche, Jörg*: Fälle zum Schuldrecht I, 2. Aufl., München 2005, S. 315; *Schubel, Christian*: Das neue Kaufrecht, in: *Schwab, Martin/ Witt, Carl-Heinz* (Hrsg.): Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl., München 2003, SS. 163-195, S. 178.

(20) ドイツの学説としてどちらがオーソドックスかを判断するに当たっては、文献の数も重要だがやはり誰が主張しているかも重要な要素となる。文献の中で大家と言えば、ディーター・メディクス教授である。けれども、メディクス教授が特定物説を述べている教科書の改訂者たるシュテファン・ローレンツ教授は、――親しくご教示を受けたところによると――種類物説を採るらしい（書店で平積みにされている本は、一番上のものが汚れているような気がするから（実際に汚れていれば瑕疵があることになってしまう）二番目のものを引き抜いてレジに持って行くという例を挙げ、三番目のものでは履行できないという意思は認められない、と言う）。メディクス教授は自ら進んでローレンツ教授を改訂者に選んだそうであり、それにもかかわらず改説を敢行するほどに難しい問題だということが分かる。

(21) ちなみに、ウィーン売買条約でも、異なる物の給付は「契約不適合（Vertragswidrigkeit）」という要件の下に瑕疵と等置されている（Bamberger/ Roth-*Saenger* UNKaufRUle Art. 35, 1. Aufl., 2003 Rn 2）。

(22) *Oetker/ Maultzsch*: aaO, 5. Aufl., S. 93, Rn 164. なお、「グリコール入りワイン」の例は、味付けのために有害なグリコールが混入されたオーストリアワインが出回った、一九八五年のワイン不正事件を念頭に置いている（実際に味は良かったらしい）。わが国でもニュースとなったが、オーストリアワインの最大の輸出先であった西ドイツにおいて大騒動となった。

(23) という考えるのが *Musielak*: aaO, NJW 2003, S. 92. 他に、Palandt/ *Putzo*: § 434, 64. Aufl., 2005 Rn 52a; *Dauner-Lieb, Barbara/*

Arnold, Arnd: Noch einmal: Die Falschlieferung beim Stückkauf, JuS 2002, SS. 1175-1176, S. 1175. 特に、*Lorenz, Stephan*: Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht, JuS 2003, SS. 46-40, S. 39の説明が分かりやすい。

(24) *Medicus/ Lorenz*: aaO, BT, Rn 98.

(25) *Lorenz*, aaO, JuS 2003, S. 40.

(26) ドイツ民法四三七条の規定の見出し（「瑕疵があるときの買主の権利」）からすると、代物請求とそれと引換えの瑕疵ある目的物の返還は、あくまでも買主の権利であり、その行使は買主に委ねられるべきだ、と解されるからである。

(27) 異なる物の給付のときは、通常は、修補請求が生じない。不能だからである。

(28) 買主は、より高価な異なる物を保持するためには、差額を支払わなくてはならないという少数説もある（*Westermann, Harm Peter*: Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, SS. 530-543, S. 534）。そこでは、債務が履行されていない、と構成される。

(29) *Dauner-Lieb/ Arnold*: aaO, S. 1175; Palandt/ *Putzo*: § 434, 64. Aufl., 2005 Rn 52a.

(30) *Canaris, Claus-Wilhelm*: Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002, Einführung S. XXIII; *Lorenz, Stephan/ Riehm, Thomas*: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, S. 311 Rn 574; *Lorenz*: aaO, JuS 2003, S. 39; *Köhler, Helmut/ Lorenz, Stephan*: Schuldrecht II, 17. Aufl., München 2004, S. 43; *Fritzsche, Jörg*: Fälle zum Schuldrecht I, 2. Aufl., München 2005, S. 238 Rn 28ff.

(31) *Canaris*: aaO, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung S. XXIII. ここで、Identitäts-aliud, Qualifikations-aliud という概念を用いた本報告の説明は、カナーリス教授の理解に従っている。しかし、この概念の用い方は、人によって異なり、カナーリス教授の理解が一般的とは言えない。たとえば、「この袋の塩、何グラム」を売ったとしよう（わが国の平成二九年改正前の数量指示売買に当たる特定物売買である）。ところが、現実には中身が砂糖であったときは、カナーリス教授によれば、その袋（特定物）が引き渡されている以上、それは異なる物の給付の問題ではなく、その特定物が塩という約定の性質を欠くだけであるから通常の瑕疵（Mangel）である。「この金貨」が現実には銅貨であった場合も同じである。しかし、このような理解に対し、砂糖は「瑕疵ある塩」ではないため、通常の瑕疵ではなく、Qualifikations-aliud だという説も示されている（*Schulze, Götz*: Falschlieferung beim Stückkauf –Unzulänglichkeit des Gesetzes?, NJW 2003, SS. 1022-1023, S. 1022）。つまり、①（通常の）瑕疵（Mangel）、②同一性のある異なる物（Qualifikations-aliud）、③同一性のない異なる物（Identitäts-aliud）は、①→②→③となるに従って程度が甚だしくなることを前提に、

②の外延を広く解する異論が存在するのである。

(32) Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 216.

(33) さらに、意思としては、当事者の合意による契約改訂（ドイツ民法三一一条一項）の可能性も念頭に置くべきであろう。しかし、改訂の合意に達した事実があれば、合意に従うことは言うまでもないけれども、ここでの議論は、改訂の合意が存在しないことを前提にしているので、契約改訂の問題には立ち入らない。*Lorenz*: aaO, JuS 2003, S. 40.

(34) なお、一般論として弁済意思（Erfüllungswille）が弁済の要件であるか否かは別の問題であり、これを否定し、弁済自体にはいかなる主観的事情も要件とはならないというのが通説である（Palandt/ *Grüneberg*, § 362, 79. Aufl., 2020 Rn 1）。

(35) *Canaris*: aaO, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIII-XXIV; *Musielak*: aaO, NJW 2003, S. 91; *Wältermann, Frank*: Die Mängelhaftung im neuen Schuldrecht – Rechtsfolge, Tatbestand und Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz für den Mangelschaden und den Mangelfolgeschaden, Münster, Univ., Diss., Frankfurt am Main 2004, S. 223; *Trüger, Tobias*: Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht, JuS 2005, SS. 503-511, S. 511. したがって、次のように考えることもできそうである。つまり、異なる物の給付が物の瑕疵とみなされるのは、異なる物の給付が本来の債務の履行として実現されるときであるから、その前提が欠けるときは、異なる物の給付は物の瑕疵とみなされない。こう考えれば、意思解釈の問題として、ゴルフの売買においてＢＭＷを弁済として提供する売主など到底考えられないから、異なる物の給付保持の問題自体が奇想天外であって存在しない、と言うことができるかも知れない。しかし、ここではそのような「逃げ」は打たないことにしよう。つまり、異なる物の給付などあり得ない、と問題の設定自体に異を唱えることは、問題をちょろまかすだけで、有意義ではないからである。

(36) その要件は、わが国の民法七〇三条の「法律上の原因なく」とおおよそ同旨であるので、理解しやすいであろう。

(37) *Medicus/ Lorenz*: aaO, BT, Rn 276. 同旨を説く者として、*Oetker/ Maultzsch*: aaO, 5. Aufl., S. 99, Rn 171.

(38) *Medicus/ Lorenz*: aaO, BT, Rn 277. *Oetker/ Maultzsch*: aaO, 5. Aufl., S. 99, Rn 171も同旨。「というのは、『異なる物の給付』を保持する法律上の原因が存在するのは、売主がその債務をそれによって履行した、つまり、給付請求権が保持原因に変わったときに限られるからである」と言う。

(39) *Thier, Andreas*: Aliud- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 203 (2003), SS. 399-428, S. 421. 他方で、錯誤による取消し（ドイツ民法一一九条）を認め、取消権行使による弁済の遡及的無効（ドイツ民法一四二条一項）を

理由とする、引き渡された異なる物の不当利得返還請求（ドイツ民法八一二条一項）を肯定する。

（40）*Musielak*: aaO, NJW 2003, S. 89ff; *Dauner-Lieb/ Arnold*: aaO, S. 1175.

（41）*Musielak*: aaO, NJW 2003, S. 91.

（42）この規定が消費財売買指令の規定に従って、区別の困難を回避するために異なる物の給付を一律に物の瑕疵として扱う経緯を重視すれば、特定物売買における異なる物の給付も瑕疵担保の規定の適用を受けることを前提としなければならない、と言う。とりわけムズィラク教授がこの立法の経緯を強調する（*Musielak*: aaO, NJW 2003, S. 92）。ローレンツ教授も理解を示す。「その理由は、法律の文言および特定物売買と種類売買とを広く等置しようとした立法者意思に加え、特定物売買においても法律上の明快さ（Rechtsklarheit）が必要だという事実である。〔もし否定説を採れば〕ここにおいても、引き渡された物が目的物なのか否か（特定物においては代替物か容易に交換可能な物かなど）という事実上の不確定要素が生じてしまうだろう。」（*Medicus/ Lorenz*: aaO, BT, Rn 96）。傍点を付けた。

（43）ひいては（ドイツ民法が従わなければならない欧州共同体指令としての）消費財売買指令の規定に反することになるからである（*Dauner-Lieb/ Arnold*: aaO, S. 1176）。また、否定説の挙げる――特定物売買における異なる物の給付では本来の履行請求権以外の追完請求権はあり得ないという――理由書の叙述が条文解釈の決定的根拠とはならない、という肯定説からの反論もある（*Dauner-Lieb/ Arnold*: aaO, S. 1175）。さらに、特定物売買においても、異なる物の給付と単純な瑕疵ある目的物の給付との線引きが困難な場合があると言う。たとえば、ある画家の絵画の「この絵」を売却したところ、その絵には二つの版が存在し、「この」と特定された方ではない版を誤って給付したときは、厳密には異なる物の給付であるけれども、瑕疵ある目的物の給付と扱ってよい、と言う（*Dauner-Lieb/ Arnold*: aaO, S. 1176）。

（44）*Medicus, Dieter*: Bürgerliches Recht, 19. Aufl., Köln 2002 Rn 288, S. 201-202; *Reischl, Klaus*: Grundfälle zum neuen Schuldrecht, JuS 2003, SS. 865-870, S. 868; *Tröger*: aaO, S. 511.

（45）いったん弁済として引き渡せば一切目的物の返還請求は認められないことになり、売主に課せられる注意のはかなり高度・厳重なものになってしまうからである。他方で、買主としては、本来の目的物と換えてもらえれば、文句はないのが通常であろう。したがって、結論だけ見れば、肯定説が常識外れなことは論者自身が認めるところである。*Musielak*: aaO, NJW 2003, S. 92によれば、このような結果を「避けるべく、たとえば、最後の常套手段として、〔異なる物の給付保持を主張する〕買主の態度が信義則違反

である（treuwidrig）と判断するよう判例学説に期待すべきであろう。」また、ドイツ民法四三四条三項の規定は、その適用範囲を種類売買に限定すべきであったし、そのような形の国内法化であったとしても共同体指令に反しなかったはずである、とムズィラク教授は嘆く（*Musielak*: aaO, NJW 2003, S. 92）。

（46）*Medicus/ Lorenz*: aaO, BT, Rn 277.

（47）わが国とドイツの民法学における一般条項の用いられ方を比較した場合において、わが国においてはその敷居の低さが顕著であることを情報提供義務について論じたものとして、*Tanaka, Koji*: Informationspflichten: Grundlagen im japanischen bürgerlichen Recht – Treu und Glauben in der Rechtsprechung –, in: Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, Berlin 2007, SS. 115-126, 同旨を脱法行為について論じたものとして、*Tanaka, Koji*: Gesetzesumgehung und Generalklauseln im Japanischen Zivilrecht in: *Stürner, Rolf/ Matsumoto, Hiroyuki/ Lüke, Wolfgang/ Deguchi, Masahisa*: FS *Leipold*, Tübingen 2009, SS. 1133-1141.

（48）*Lorenz*: aaO, JuS 2003, S. 39では、軽く「目的物が引換えに提供されるのであれば、異なる物の返還請求は少なくとも権利濫用的ではない」としていたところ、一一年後の *Medicus/ Lorenz*: aaO BT, 2014, Rn 277は「権利濫用の問題だ」（傍点は原典のイタリック）と強調している。

（49）*Medicus/ Lorenz*: aaO, BT, Rn 278. 現時点でのローレンツ説は、*Lorenz*: aaO, JuS 2003, S. 39のものと比べて非常に明確な法的構成に変わっている。その変化は、この論点が相当な難問であることの証左であろう。なお、ローレンツ教授は、安価な異なる物が引き渡された次の事案を設例として挙げておられる。それによって、買主に厳しいローレンツ説の全体像が分かる。「絵画蒐集家のVがKに対してフランク・ドゥフェネク〔というアメリカの画家〕の絵画を売却したところ、誤ってヴィルヘルム・ライプル〔というドイツの画家〕の市場では安価で取引されるであろう絵画を引き渡してしまった。Kは、その絵画が気に入って保持したいが、できれば代金減額をしてもらいたい。そのときは、異なる物が高価か安価かにかかわらず、Vは、ドゥフェネクの絵画の引渡しと引換えに、ドイツ民法八一二条一項の〔不当利得の〕規定に従って返還請求することができる。ドゥフェネクの絵画の引渡し〔という追完〕の期間設定の徒過なくしては、Kは、追完以外には、ライプルの絵画の返還を拒む何らの権利も有していないのであるから、Vの権利濫用は存在しないことになる。」

（50）これに対し、エトカー＝マウルチュ説は、売主の不当利得返還請求権は、売主が異なる物の給付を認識して遅滞なく行使しない限り、信義則上（ドイツ民法二四二条）行使することができない、と若干異なる解釈をする（*Oetker/ Maultzsch*: aaO, 5. Aufl., S. 101, Rn 176）。

外されていないため、本文のような種類売買における適合種類物の数量超過給付もまた、契約不適合に含まれる、と解されるだろう。もっとも、この問題は、別の解釈の余地もある、と思われる。

(52)「例えば、顧客が店頭に陳列された多くの同種の商品の中から一つを取り上げ、レジにおいて店員に差し出すことによって売買契約が締結された場合など」は、「主観的に代替性を有する特定物売買」だとする見解（森田宏樹「売買における契約責任――契約不適合に基づく担保責任の意義」平井追悼『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、平三一）二七三頁～三〇二頁、三〇〇頁注(72)）が見られる程度である。しかし、そこにおいても、なぜ特定物売買なのかについての理由付けは示されていない。議論されてこなかったのは、従来は議論に実益が無かったからであろう。なぜならば、種類物と判断しても実際にはレジに持って行った商品以外の商品で履行することは考えにくいからである。

(53) 松岡久和「第五六五条」『新版注釈民法（一四）』（有斐閣、平五）一三六頁。

(54) 松岡久和・前掲「第五六五条」『新版注釈民法（一四）』一二八頁。

(55) 最判昭和四三・八・二〇民集二二巻八号一六九二頁、最判平成一三・一一・二二判時一七七二号四九頁。

(56) たとえば、一本あたり千円でワインを一二本、という売買は、――ⓐを欠いて――単純な種類売買であり、引き渡したワインが一一本だけであれば、債務は一部しか履行されていないのであり、売主はもう一本を引き渡さなければならなかった（改正前民法五六五条の規定する数量不足には当たらなかった）。それに対し、この甲箱にはワイン一二本が入っていて一本あたり千円の計算で代金額は一万二千円という売買ならば、ⓐⓑを満たして数量指示売買であり、実際には甲箱にワインが一一本しかなければ、数量不足となった（松岡久和「数量不足の担保責任に関する立法者意思」龍法一九巻四号（昭六二）八〇頁～一二五頁、一一九頁参照）。なお、「売主が契約において表示し」という民法五六五条の文理からすると、売買が数量指示売買であるためには、ⓐだけで足りるようにも読めたが、ⓑも要件として加わり、同条の規定の適用範囲は、縮小解釈されていた。すなわち、売主の債務の目的たる数量が指示（合意）されるだけでなく、買主の（代金）債務の目的も売主の債務について指示された数量を基礎として定められなければならなかった。たとえば、「甲土地は何坪だ」という合意（ⓐ）があっても、その坪数とは無関係に代金額が定められた売買は、ⓑが欠けて数量指示売買には当たらなかった。したがって、そのような甲土地の売買において、甲土地の坪数が指示（合意）された坪数に不足するときは――数量指示売買ではないので改正前民法五六五条の規定は適用不可能だが――、目的物の瑕疵が数量不足を含むと解するこ

とによって、改正前民法五七〇条の規定の適用可能性が残った（松岡久和「数量不足の担保責任」龍法二四巻三・四号（平四）二二頁～五四頁、二三頁は、「数量不足の担保責任は、権利の担保責任の規定を準用するという民法五六五条の規定の体裁にもかかわらず、その本質は瑕疵担保責任である」と言う）。

（57）法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（九）」（部会資料七五A）（平二六）一〇頁。「数量不足及び一部滅失をここに含めているのは、これらは講学上いわゆる権利の瑕疵と分類されているが、むしろ物理的な欠陥と質的な連続性があると考えられ、そうすると、履行の追完を請求する権利や代金減額請求権を含む買主の救済手段のあり方についても物理的な欠陥の場合と共通の処理をすべきであると考えられるからである」と説明されている。

（58）法制審議会民法（債権関係）部会・前掲「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（九）」（部会資料七五A）二四頁以下。「特定物売買であるか不特定物売買であるかを問わず、性状に関する契約不適合の場合と異なり、数量不足は外形上明白であり、履行が終了したとの期待が売主に生ずることは通常考え難く、買主の権利に期間制限を適用してまで、売主を保護する必要性は乏しいと考えられる。また、数量不足の場合は、性状に関する不適合と異なり、目的物の使用や時間経過による劣化等により比較的短期間で瑕疵の有無の判断が困難となることから、法律関係の早期安定という期間制限の趣旨が妥当しない場面が多い」ため、と言う。

（59）つまり、改正前民法五六五条は、物の瑕疵に関して、瑕疵担保責任（改正前民法五七〇条）を加重する規定であった。すなわち、改正前民法五六五条の売主は、「数量指示」という特別の合意に応じ、同五七〇条の売主よりも、ⓐ要件において、買主に無過失が求められず（改正前民法五六五条）、ⓑ効果において、買主に代金減額請求が認められる（改正前民法五六三条一項）、という重い責任を負ったのである。したがって、そのような差をなくした平成二九年改正法においては、それに対応する「数量指示」という要件が存在意義を失い、また、その文言の解釈としての判例も意義を失う、と解するべきである。潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、平二九）二五九頁は反対。

（60）最判平成一三・一一・二七民集五五巻六号一三八〇頁が指導判決である。

（61）我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店、昭三九）二一三頁。

（62）平井宜雄『債権総論〔第二版〕』（弘文堂、平六〔初版は昭六〇〕）一六四頁。

（63）奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、平四〔初版は昭五七〕）四九一頁、林良平ほか『債権総論【第三版】』〔石田喜久夫〕（青林書院、

平八〔初版は昭五三〕）二二九頁。

（64）以下の記述は、中田裕康『債権総論 第四版』（岩波書店、令二〔初版は平二〇〕）三五三頁以下および滝沢昌彦「弁済における意思の位置付け」中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣、平一二）六三頁～九四頁に多くを負う。

（65）舟橋諄一『法律学全集一八 物権法』（有斐閣、昭三五）三〇〇頁によれば、「占有の移転は、当事者の意思にもとづいて行われうる。これによって、占有の効果も移転し、〔……〕占有権も、移転する（占有権の譲渡）。この場合における占有の移転は、原則として、当事者の占有移転の合意と所持の現実的移転とによって行われるが（現実の引渡し）、民法は、一定の場合に、所持の現実的移転がなくても、当事者の合意だけで、占有を移転しうることを認めている」からである。

（66）我妻榮・前掲『新訂債権総論』二一四頁以下。現在でも、弁済の法的性質における「性質決定不要説」と結びつきやすく（我妻説においては「準法律行為説」と結びついている）、有力である（平井宜雄・前掲一六四頁、中田裕康・前掲『債権総論 第四版』三五三頁）。それに対し、肯定説も有力である（奥田昌道・前掲『債権総論〔増補版〕』四八九頁）。

（67）「履行＝特定合意につき錯誤無効〔改正法では取消し〕を主張できる」とする北居功「担保責任の将来展望――履行としての受領の意義」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、平二一）四九頁～六一頁、五九頁〔同・『契約履行の動態理論Ⅱ』（慶應義塾大学出版会、平二五）五一三頁～五二八頁、五二五頁所収〕はこの趣旨か。たしかに、民法九五条三項二号に「同一の錯誤」（共通錯誤）の規定が挿入されたために平成二九年改正前よりはそう解しやすくなったかもしれない。しかし、この規定が挿入されたのは、改正前民法下の通説を明文化したものにすぎず、弁済の錯誤取消しとは無関係である（法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（一〇）」（部会資料七六A）（平二六）五頁）。

（68）しかも、取消権発生のためには、さらに「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」という要件を満たす必要があり、これを否定する見解（滝沢昌彦・前掲七〇頁は、酒屋AがBCからそれぞれビールの注文を受け、Bに配達するつもりのものをCに配達した設例について、「結局はCへも配達をしなければならないのであるから『要素』の錯誤には該当しない」と言う。しかし、錯誤がなければ弁済の合意をしていなかったであろうから、その錯誤は「重要なもの」と言えるのではなかろうか）も示されている。なお、そのような見解や、弁済意思に関する争い（↓（d））を乗り越えて、錯誤による取消しを肯定できるとすれば（私はできるとは解さないが）、所有権法におけるドイツ法との違いに注意を払う必要も生じる。すなわち、わが国においては、ドイツ法におけるのとは異なり、錯誤取消しによる弁済の遡及的無効（民法一二一条）により、売主には所有権が遡及的に復帰するため、物権的

返還請求権を行使することができるからである。

(69) わずかに磯村保教授が簡潔に触れる（磯村保「意思表示」石田喜久夫編『民法総則』（法律文化社、昭六〇）一一九頁～一七三頁、一五八頁、同「目的物の瑕疵をめぐる法律関係」法教一六九号二九頁～三〇頁〔磯村ほか『民法トライアル教室』（有斐閣、平一一）三〇三頁～三三二頁、三一〇頁～三一一頁所収〕）。

(70)「債権法改正の基本方針」においては、「AはBに自動車甲の注文を受けたので、車両を仕入れて引き渡したが、実際にBに引き渡された車両は全く性能の異なる車両乙であった」という事案を「異種物給付」とし、「このとき異種物乙を受領した買主Bは、その債権についてAの何らかの履行を受領している以上、Bに甲に向けた代物請求が認められるのは、無履行の場面で履行請求権が存続しているのではなく、追完請求権としての代物請求権が発生しているのであって、ただその内容が当初の履行請求権と同一であるにすぎない」とするだけであった（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ――契約および債権一般（一）――』（商事法務、平二一）二〇三頁、二〇五頁）。すなわち、異なる物の給付が瑕疵ある物の給付であることが前提とされていた。なお、そこで言う「異種物」が「異なる物」全体を表すのか、「種類売買における異なる物」を表すのか、不明確である。そこで、拙著および本報告では、「異種物」という用語を避けた。従来の諸拙稿では、「種類売買における異なる物」を「異種物」と率先して定義していたため気が引けたけれども、紛れが生じるので改めた。

(71) わが国にはドイツ民法四三九条五項・三四八条の明文の規定が欠けているが、同様に解すべきである（拙著四二頁）。

(72) なお、広く、弁済意思だけでなく、契約成立時の意思についても、契約不適合責任との関係では錯誤取消しは一切許されない、と解すべきである。つまり、改正民法下では、民法九五条が規定する基礎事情の錯誤は、民法五六二条一項の規定との関係に限っては、一般則・特則の関係に立ち、後者の規定が適用されるときは、前者の規定の適用が排除される、と解釈するべきである。この問題は、従来「瑕疵担保と錯誤」という古典的な論点であったところ、改正法についても、「契約不適合と錯誤」として問題になる。そこで契約不適合責任優先説のプライオリティを有するのは、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社、令二）四八頁以下であるところ、本報告は同書に全面的に賛成している。詳しくは、ドイツ法について拙著三五頁～三七頁、日本法について拙著四四六頁～四五五頁参照。

(73) BGH, Urteil vom 15. 7. 2008 – VIII ZR 21/07, NJW 2008, 2837.

(74) BGH, Beschluss vom 14. 1. 2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660.

費用の支払請求を肯定し、かつ、例外としての追完拒絶権を否定した。これは、フローリングブロック事件以来のドイツ判例理論の指令適合性を否定するものであり、ドイツにとっては、「ティンパニーの響き（Paukenschlag）」（*Lorenz, Stephan*: Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung. Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, SS. 2241-2245）のような衝撃であった。すなわち、欧州裁判所の判決に「愕然とさせられる（erschreckend）」のは、その結論によってだけでなく、とりわけ理由付けの程度の低さによってであった（*Lorenz*: aaO, NJW 2011, S. 2242. 欧州裁判所に鼻毛を抜かれたドイツ人の怒りである）。すなわち、欧州裁判所は、自ら整理して述べるとおり、その文理解釈の他には、さもなければ買主に余計な負担をさせることになり、それは買主が無償で追完を得るという指令に反することになる、という考慮だけで、結論を導いているからである（*Lorenz*: aaO, NJW 2011, S. 2242）。すなわち、約定の給付に必要だから、取外しと取付けの費用の支払請求を認める、という欧州裁判所の論理は、「結論を先取りしている（ergebnisorentiert）」だけであり、「循環論法に近い（einem Zirkelschluss nahe）」（いずれの表現も、*Lorenz*: aaO, NJW 2011, S. 2243）。つまり、ドイツ法が従うべき消費財売買指令三条は、当事者の意思を補充・推定する役割を担う任意規定に関する指令であるから、その規定の解釈の実質は、当事者の意思を補充・推定する（仮定的）意思解釈に他ならない。したがって、取外しと取付けの費用の支払請求においては、目的物に瑕疵があった場合の取外しと取付けの費用を売主・買主のどちらが負担するかの約定が現実には存在しなかったとしても、かりに約定していればどのように定めたであろうか、という仮定的な「約定」が解釈によって導かれるべきであり、本件においてはその解釈こそが問題の中心となるはずである。ところが、欧州裁判所の論理は、その「約定」の解釈については一言もない。むしろ、「約定の給付に必要だから、取外しと取付けの費用の支払請求を認める」、という論理において、欧州裁判所は、あたかも「約定の給付」が先天的に明らかであるかのような態度を取っているのである。仮定的な「約定」の解釈のために立法資料を用いるのはもちろん様々な事例を想定して緻密な解釈を打ち立ててきたドイツ民法学者の態度とは、余りに見事なコントラストであった。

（75）EuGH, Urteil vom 16. 6. 2011 – C-65/09 u. C-87/09, NJW 2011, 2269. こうして、欧州裁判所は、原則としての取外しと取付けの

（76）BGH, Urteil vom 21. 12. 2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073.

（77）BGH, Urteil vom 17. 10. 2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220. ここでの「ゴム」は、人工芝運動場建設資材であった。

（78）BGH, Urteil vom 2. 4. 2014 – VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183.

（79）従来の同条三項・四項はそれぞれ新四項・新五項となった。

(80) それに対し、契約は、あくまで売買であって請負ではないのだから、取付け・取外しまでは「代替物の引渡し」に含まれない、という否定説も想定することができる。そして、否定説を採った場合に、取付け・取外しの費用相当額は、売主に帰責事由があるときにはそれを損害賠償請求することができる（民法五六四条、民法四一五条一項）、と解する余地もある。

(81) なお、このように追完費用を売主に負担させることは、長期的には、その負担は価格に転嫁されることになるので、事業者にとって対処できないほどの不利益とはならないことは、ドイツにおいて既に言われている（拙著二四〇頁）。

討論

（講演者）田中宏治
（司　会）林　誠司
（発言順）曽野裕夫
吉田邦彦
林　耕平
根本尚徳
得津　晶

林誠司（北海道大学大学院法学研究科教授・司会）田中先生、有り難うございました。それでは皆さん、どこからでもご自由に御議論をお願いします。ご発言をご希望される方は、画面をオンにしていただくか、あるいはボタンでの挙手をお願いします。曽野先生お願いします。

（一）「異なる物の給付保持」の「法律上の原因」

曽野裕夫（北海道大学大学院法学研究科教授）田中先生、今日はどうも有り難うございました。「異なる物の給付保持」についてお尋ねします。約定の目的物よりも高価な物が引き渡された場合の問題点は面白くて、日本で議論されていないことだと思いますので、大変ためになりました。

田中先生のこの点についての結論を、私は、常識的で落ち着きがよいものになっていると思うのです。基本的にはまず、弁済としての給付がなされたかどうかを見て、もしそうでなければ、不当利得による返還の話になる、と。弁済としてなされた場合には、「法律上の原因」があるのだから、給付を保持することができる、ということだと思います。

お尋ねしたいことが二点あるのですが、まず一点細かいことです。弁済としてなされた場合に買主が追完請求権を取得することが「法律上の原因」なのだ、ということなのですが、むしろ、契約に基づいて弁済がなされた訳ですから、契約自体が法律上の原因になるのではないか、と思います。そうではなく、追完請求権の取得が「法律上の原因」なのはなぜでしょうか。

田中宏治（千葉大学大学院社会科学研究院教授）曽野先生、非常に重要なご質問、おそらく他の方も疑問に思われてその点を説明することがこの問題の分かりやすさに繋がるご質問を有り難うございます。改正前の法律と比較をすると、曽野先生に対するお答えになると思います。要するに、かつては無かった追完請求権の規定が改正で挿入されたのは、ドイツでも日本でも同様です〔ドイツでは、改正前も種類売買についてだけは追完請求権が規定されていた（ドイツ民法旧四八〇条一項）〕。

もし、追完請求権の規定が無く、追完請求権を買主が取得しないのであれば、給付保持はできません。目的物以外の「異なる物」を引き渡しても、弁済としてという意思があるだけでは、弁済ではないからです。その場合には、保持の「法律上の原因」にはな

らず、不当利得が成立します。

しかし、改正後は買主が追完請求権を取得するので、それを「法律上の原因」として保持できるか、というのがドイツで問題になり、それが日本でも問題になるだろう、という趣旨です。「法律上の原因」が何か、と問われれば、あくまでも、弁済として給付されたということではなく、買主が追完請求権を取得することだ、ということになります〔拙著一〇九頁「3 肯定説が素直な解釈か？」参照〕。

（二）「弁済として」の解釈

曽野　お尋ねしたいことの二点目は、そもそも弁済としてなされたかどうかの判断についてです。この判断をどのようにするのか、というのを敷衍していただけると幸いです。

田中　それは、弁済となるかどうかの意思解釈の問題です。そして、意思解釈であるということ以上にはドイツでも、この「異なる物の給付保持」の問題に特殊な解釈方法が主張されているわけではありません。通常の意思解釈として弁済としてなされたかどうかを判断することになります〔二（五）（b）〕。

曽野　有り難うございます。その点について続けてお尋ねします。ゴルフの売買契約でＢＭＷを引き渡した、という場合において、何を引き渡しているか勘違いしているとか、契約が何であったかを勘違いしていたとか、というときには、弁済の意思はあって、後は錯誤の話になるかどうかが問題となる、という気がします。まず、そのような場合に、弁済の意思はあるのでしょうか。

田中　弁済として引き渡す場合と、弁済でなく単に引き渡す場合の二つの例を挙げれば分かりやすいかと思います。

たとえば、販売店が、社内のミスでＢＭＷの書類を作ってＢＭＷを引き渡してしまい、買主も――通常はそのようなことは無いと思いますが――ＢＭＷとゴルフの区別も付かないような車に疎い人で、引き渡されたＢＭＷを自分が買ったゴルフだと思って、利用してしまった。しばらくして、他人から、「それはＢＭＷじゃないか」と指摘されて、「え、そうなの？」となった場合に、給付保持が認められる、というのが肯定説です。

それに対して、弁済としてではなく単に引き渡してしまった、という例は、たまたまゴルフを売った販売店が、ゴルフの売買契約とは全く無関係に、ゴルフの買主に対してＢＭＷを引き渡す機会があった、という場合には、弁済として引き渡しているわけではないので、もちろん給付保持はできない、ということです。

曽野　たとえば、代車として、引き渡す、という場合には弁済には当たらない、ということですね。それは分かります。

田中　はい、代車の場合もそうです。

曽野　しかし、契約の履行をするつもりで、ＢＭＷを渡してしまったという場合には、弁済の意思はある、と田中先生は考えるのですか。

田中　はい、意思はあり、取り消せない、と考えます。

（三）「異なる物の給付保持」と任意規定の解釈

曽野　ということは、契約の履行としてＢＭＷを引き渡した場合には給付保持ができる、ということになりますね。

田中　はい。ただ、ここは、ドイツ人に訊いても意見が分かれるところであります。たしかに、直接に規定の解釈として問題になるのは、ドイツ民法八一二条一項の「法律上の原因」なのですけれども、そこで問題とされるのは、売買の規定に従って追完請求権が発生することが「法律上の原因」になるか否かです。したがって、本質的には、売買規定の解釈の問題です。そして、売買の規定は、任意規定ですので、究極的には、社会通念に沿った解釈をするべきだ、という点まではドイツ人も一致しています。ドイツ人の判断が分かれるのは、一般の取引で、異なる物が給付されたときに保持を認めるのが社会通念なのか、認めないのが社会通念なのか、です。肯定説が多数説というのは、保持を認めるのが社会通念に合うという意見が多数だ、という意味です。

ゴルフの売買でＢＭＷを引き渡したというのは、極端な講学事例ですけれども、実際に多いと言われるのは、通信販売の例です。どうして通信販売が出てくるかといいますと、買主が現物を目で確認して受け取る訳ではないので、「買った物とは違いますよ」と言う機会がないからです。たとえば、並みのビールを買ったのに、プレミアムビールが送られてくる、ということが通信販売で起った場合に、社会通念上売主はプレミアムビールを返してくれとは言えないはずだ、そのような社会通念が実現するように任意規定を解釈するべきだ、という判断を肯定説はするわけです。

曽野　最後のところを確認したいのですが、もう一度お願いします。

田中　はい。売買の規定は任意規定ですので、その解釈は究極的には当事者意思の解釈です。そもそも任意規定の解釈とは、これこれの場合の当事者意思は社会通念上こう解釈するべきだ、という判断ですので、異なる物の給付がされた場合の当事者意思は社会通念上保持を認める、と解釈するべきだ、と判断するのが肯定説です。

曽野　契約解釈の話になる、ということですか。

田中　はい。任意規定の解釈は意思解釈に帰しますので、契約解釈の話、と言えます。

(四)　錯誤取消しの可否

曽野　それからもう一つ。ゴルフとＢＭＷの話です。ＢＭＷをゴルフだと思ってゴルフの安い価格で売ってしまった、という「錯誤」の問題です。もしこの場合に錯誤の取消が認められるとしますと、それとパラレルの話のような気がします。

田中　はい。その点も、今日の私の報告の中では省略してしまったのですが、錯誤の事例との関連も非常に重要です。その点についてのご指摘を有り難うございます。

曽野先生からご指摘いただいた事例は、――曽野先生が意識的におっしゃったように――「異なる物の給付保持」の事例ではありません。いわゆる「基礎事情の錯誤」、あるいは従来の言葉での「動機の錯誤」の事例です。その場合に、法改正によって現在のわが国

では、契約不適合責任規定と錯誤規定の重複が問題になります。曽野先生は、その場合に錯誤の規定が適用されうる、という多数説を前提に、弁済の錯誤取消しを認めないことと間に問題が生じる、という趣旨のご発言だったと思います。

曽野　整合性の問題です。

田中　はい。その点ドイツでは、弁済の錯誤取消しもできないし、しかも、「基礎事情の錯誤」による取り消しもできない、と一貫して錯誤規定の適用を排除します。

そして、日本法でもそう解釈すべきと私は考えています。つまり、契約不適合責任が生じる場合には、それによって、錯誤取消しの規定の適用が排除される、と解釈するべきだ、と考えています。たしかに、比較的多数の人は、錯誤の規定も適用できるし契約不適合責任の規定も適用できる、それらは選択的に主張できる、とお考えだと思います。けれども、その解釈とは違って、「契約不適合責任優先説」という、――これは私の学説ではなく京産大の古谷貴之先生の学説なのですが――学説に私は賛成しています〔注（72）、拙著四五四頁〕。

曽野　はい。ドイツでは錯誤規定との整合性が取れている、ということが分かりました。日本法でも、どちらに転ぶにせよ、整合性を取るようにしなければいけないとお考えですか。

田中　そうしなくてはいけない、ということではなくて、弁済の意思と契約締結の意思とは、錯誤については理論上異なる扱いでもよいとは思うのです。けれども、整合性を取った方が、美しい解釈になるとは思います。

曽野　有り難うございました。

田中　有り難うございます。

（五）瑕疵担保から見た学説と実務

吉田邦彦（北海道大学大学院法学研究科教授）　いいですか、田中君。

田中　はい。吉田先生お願いします。

吉田　田中君、ご報告ありがとうございました。それで、「そもそも論」に入る前に、ご報告に即しながら三つほど伺いたいと思います。

一つは、今日は二つの問題をお話しされ、後者は判例・法改正がある、前者の方は、――日本の債権法改正でも議論が無かったのことですけれども――ドイツの議論は、Zum Beispiel という頭の中での議論なのでしょうか…。

田中　はい。そうなのです。

吉田　確認したかったのは、前者に裁判例が無い、ということなのですね。

田中　はい。

吉田　裁判例が無くても、先程言われたように、通信販売のような事例が実際上出てくる、という議論の実際上の重要性という点から確認した次第です。というのは、かつての日本の民法五七〇条では、たとえば、欠陥住宅問題が現実には凄い数があるわけですけれども、民法学者の多くの議論が社会的要請に応えてこなかっ

た、ということがあったものですから、それがどうしてなのか、という知見があれば、教えてほしい、と思います。

田中　はい。有り難うございます。流石と言うのは、ちょっと失礼な言い方かも知れませんが、全体の中での私の報告の位置づけを明らかにしていただけるご質問で、有り難うございます。

まず、「異なる物の給付保持」という論点を今日の報告の中で選んだ理由を先程、古典的論点だからだ、と申し述べました。が、もう一言付け加えさせていただくと、古典的な二大論点の一つと言ってよいものでありまして、もう一つは、「特定物の代物請求」という論点です。これは注（10）に掲げておきましたが、要するに特定物売買においても瑕疵ある物が給付された場合に代物請求できるかどうか、という、契約成立時の意思と売買の規定が正面からぶつかってしまうという問題です。結局は、売買の規定の方を優先して、特定物売買でも代物請求を肯定する、とドイツの判例は考えるわけです〔拙著五八頁参照〕。そして、「異なる物の給付保持」の問題でも、売買の新しい規定を貫いていくと、目的物とは異なる物を保持できることになって契約成立時の当事者の意思とぶつかってしまう訳です。そして多数説は、売買の規定を貫くという点で「特定物の代物請求」と共通した解釈を採ります。この二つの論点が二大論点で、前者には判例があり、後者にはありません。要するに、論点について判例が出ているものもあれば、出ていないものもあります。

吉田先生のご指摘は、わが国でも瑕疵担保責任について学界が多大な労力を費やしてきましたけれども、それが実務上は必ずしも役に立たなかった、特に今回の債権法改正上は、余り有効には反映されなかった、ということだと思います。

これがお答えになるか分からないのですが、ドイツの瑕疵担保の議論を日本人の私が勉強して痛感するのは、学界の議論が判例・立法と非常に上手く結びついている、ということです。学界も判例・立法を重視しますし、判例・立法も学界を重視する。要するに、学説を引用して判決を書き、学説を引用して立法をする、ということが当たり前になされているという点が率直に羨ましいと思います。今日の論点との関係で言いますと、当初から瑕疵担保の二大古典論点であった、「特定物の代物請求」の方は、一五年前（二〇〇六年）に連邦通常裁判所の判例が出たために、論争の対象としての論点としては消滅しています。現在の教科書では、十五年前と比べて格段に記述の量が減ってしまって、以前は一頁半位にわたって書かれていたのが現在では三行位になっています。要するに、学界の議論を判例が吸収して昇華したという形になっているわけです。それに対して、「異なる物の給付保持」の方は、判例がありませんので、現在でも論争の対象として残っています。

また、今日の後半で扱った「追完請求権の範囲」の論点も、判例が出続けている間は、教科書などでも非常に詳しく説明されていたのが、立法されてしまうと、やはり論争の対象ではなくなりますので、教科書などの説明は三行位で簡単に済ませています。

そういう判例・学説・立法の三者が協同して論点を発見して熱

く議論をして解決し、判例が確定するか法改正が実現した後は論点としては消滅する、というのは法の発展が非常に明確で羨ましいな、と思います。

それに対して、わが国の改正前民法五七〇条の瑕疵担保の問題については、「塩釜声の新聞社事件」〔最判昭三六・一二・一五民集一五巻一一号二八五二頁〕など判例があるのだけれど、判例の意味が分からずに、〔判例というのはそもそも法文の意味を明らかにするものであるにもかかわらず〕それを延々と学説が議論し続けていたものです。無益とは決して言いませんけれども、労力を費やしたわりには、結局、判例と学説との間の連携が上手く取れなかったことを残念に思う、ということをお話しして、お答えとしたいと思います。

（六）パンデクテン式法典編纂における「売買」

吉田　二番目は、日本の債権法改正で、――特定物のドグマなどにも関係しますけれども――五六二条では特定物・種類物の区別をせず、潮見君等の尽力で、「契約不適合」というところでざっくりと包括的に収めてしまったのに対して、下森先生はご不満をお持ちだ、という論文を書かれています。そして、それに対して、法律はもうこうなったのだから、と言うのか。しかし、ドイツの先生の方が、緻密な類型論と言うか、きちんと分けて議論されている。従来の日本の通説は、特定物かどうかを大前提とするかが議論だけれども、実際上はほとんど変わらない、という面もあったかも知れない。ですから、債権法改正でざっくり包括的になったから、債権法改正後はそれでリセットを掛けて行く、というように最後の結びでは聞こえたのです。けれども、民法学の数十年の歴史があって、五十嵐先生や北川先生の議論が転換点となって、それを踏まえて、過般の債権法改正に繋がっている。しかし、ドイツの議論を見ると、そういう流れでよいのかどうか、ということもご教示いただきければ、と思います。

田中　この問題についてでは、そもそも私がもう少し強調してご報告すべきだったと思うのですが、特定物・種類物の区別が無くなった、というのは、あくまで「売買」の問題です。

ドイツでも、わが国でも、パンデクテン方式の民法典編纂がなされていますので、契約各論の「売買」のレベルでは、その区別は問われなくなりましたが、総論のレベル、それから、民法総則の法律行為のレベルではその区別は残っています。すなわち、「売買契約」というのは、「売買」であるという段階と、「契約」であるという段階と、「法律行為」であるという段階と三段階持っているわけです。このうち「売買」であるという点については、目的物が特定物・種類物かを問わないというだけです。その区別が困難なことがあることを前提に〔二（一）（b）〕、売買法の適用においては両者を区別しない、としているわけです。

つまり、いわゆる「売買契約」が成立した場合の効力は、①「売買」、②「契約」、③「法律行為」という三つの効力の組合せであるわけですが、①の当事者としての「買主」には、「特定物買主」「種類買主」という区別がありません。それに対し、②「契約」、③「法

律行為」の当事者としては、特定物債権者・種類物債権者という区別は厳然として残っているわけです。あくまで、パンデクテン式法典編纂を前提とした、「売買」の目的物に関して特定物・種類物の区別が一切無くなった、というのがドイツ法です。

そして、日本法でも同様に解釈できると思いますので、今後、日本法の契約不適合責任を、――従来、瑕疵担保責任は、「特定物売主」の法定責任だ、という学説が有力でしたけれども――「特定物売主」の責任だ、と解釈するのは――下森先生がそれを主張されていること〔下森定「新給付障害法に関する一所感――修正法定責任説から見た新給付障害法――」志林一一八巻二号（令二）三九頁～一三四頁〕は存じておりますが――は難しくなった、と思います。

（七） 利益考量（衡量）論との関係

吉田 三つ目は、続きなのですけれども、異なる物の給付保持を認めるか否かについては、日本法のコンテクストでは、追完請求権が認められるようになった、そうすると引換え給付的なものを認める必要があるので、したがって、保持も認めるのだと、お話しになりましたよね。そうすると、方法論的には、ドイツで細かな議論がありますけれども、要は、売主・買主の利益考量をやっているだけではないか、という感じがするのです。ですから、原則・例外の違いはあるかも知れませんが、利益考量上穏当な所に落ち着かせることを両国ともやっているのではないか、という捉え方もできると思います。その点はどう考えたらよいのか、というのが第三点です。

田中 たしかに、結論を利益考量で導いているように見える、と言えると思います。ドイツの学説を色々見ると、ドイツ人は、日本人に比べて法律構成が好きで結論を重視しないようにも見えるのですが、実は決してそうではありません。結論を非常に重視します。たとえば、「異なる物の給付保持」の問題でも、どちらを原則にするにせよ、例外としての一般条項の適用を認めますので、肯定説を採る場合にでも、目的物の何百倍・何千倍の価値のある、たとえば、石ころを買ったところダイヤモンドが引き渡された場合には一般条項を用いて返還請求を認めます。逆に、否定説を採る場合にでも、追完のために設定された期間の経過後は返還請求を認めません。つまり、利益考量をドイツ人もやっていて、その結果、落とし所としての結論が大きくは違わないことになります。しかし、それでも、どちらが原則か、という法的構成をドイツ人は議論するのです。

吉田 有り難うございます。さすがドイツ法学に通じておられると言うことがよく分かります。これは推測ですけれども、ドイツ民法学の面白さというのは、向こうの先生は議論好きということなのではないか、つまり意見の違いを鮮明にして、そして議論を戦わせるのを好む人が多いのではないか、と思います。日本の場合は、恩師の世代は――星野先生を含めて――論争好きだったので、面白かったのです。ところが、最近は、そういう民法学の状況が失われつつあるので、その点では、ドイツの方が面白いのかな、

と推測したりしました。どうも有り難うございました。

田中　有り難うございます。

（八）売主が主体的に追完する権利の否定

林（誠）　それでは、林耕平先生お願いします。

林耕平（北海道大学大学院法学研究科准教授）　林耕平と申します。初めまして、宜しくお願いします。ご報告を有り難うございました。大変興味深く聴かせていただきました。

質問は、前半部分の「異なる物の給付保持」の問題についてです。肯定説の理由付けとして、**二**（二）の最後の段落で「そうだとすると」とございますが、これは、ドイツ民法四三四条三項で「異なる物」を「瑕疵ある物」と扱うと、という意味だと思います。そして、「そうだとすると、買主の方が本来の目的物を代物請求するときにだけ、それと引換えに異なる物の返還義務が生じるのであるから（ドイツ民法四三九条五項）」というのが肯定説の理由付けになっています。しかし、この点に疑問があります。つまり、ドイツ民法四三九条五項は、売主が瑕疵のない物を引き渡したときは、売主は、買主に対して、瑕疵ある物の返還を求めることができる、と規定しているので、この条文を単純に読んだだけだと、買主からの代物請求を受けて売主が代物給付をする場合だけではなくて、買主が代物請求しないのだけれども売主が自ら代物給付をする場合も含まれる書き方になっている、と思います。それにもかかわらず、多数説は、同項の規定を、買主が代物請求をする場合に限定して解釈している。そうすると、買主が代物請求をしないときは、売主が代物給付をする権利は無いのだ、つまり追完権は無いのだ、というのが肯定説の暗黙の前提となっているのだ、と思うのです。

田中　それは、暗黙ではなくて、明文の規定がある、と通常解釈しています。ドイツ民法四三七条の規定と同四三九条一項の規定です。まず、ドイツ民法四三七条が「瑕疵があるときの買主の権利」という表題の規定で、「目的物に瑕疵がある場合には、〔……〕買主は、第四三九条の規定に従い追完を請求することができる」と規定しますので、これが、追完というのは買主の権利だということを明示する根拠規定だと通常解釈されています〔**二**（三）注（26）〕。つぎに、ドイツ民法四三九条一項が「追完」という表題の規定で、「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」と規定しますので、これが、追完のための瑕疵修補と代物給付の選択についても買主の権利だということを明示する根拠規定だと通常解釈されています〔拙著一〇九頁「3 肯定説が素直な解釈か？」も参照〕。

林（耕）　追完請求権が買主の権利だというのはおっしゃるとおりだと思うのですけれども、そのことと、売主に追完権があるかどうかとは直ちに結びつくのだろうか、という疑問があります。通常の履行請求権を考えると分かりやすいと思います。履行請求権は、もちろん買主の権利ですが、ドイツ民法四三三条二項で、買主の受領義務が明記されているところでして、売主の履行権と言っ

てもよいと思います。つまり、履行請求権と履行権が両立する規律になっているのではないかと思います。そうだとすると、追完請求権と追完権が両立しうるのでは無いか、と思いました。

田中　追完は、その主体はあくまでも売主ですので、買主の権利は、追完請求権です。売主の方が、――買主が追完を望むか否かにかかわらず――追完をすることができるか否かについては、否定に解されます。ただ、「追完権」という言葉を使っていたことがありました〔拙著一三九頁〕。現在では「追完権」と言う言葉は、あたかも売主に主体的に追完をする権利があるように見えてしまうので、ドイツでは使わないようになっています。その代わりに「追完の機会」という言葉を使います。たとえば、壊れた自動車を引き渡した場合に、直そうと思えば簡単に直せるにもかかわらず何十万円の金銭支払を求められる、ということになると売主に酷なので、買主が損害賠償を請求する前に一旦は売主に追完の機会を与えるべきであるという趣旨から、追完の催告をする、という制度が取られています。その追完の機会を追完権とは現在では言わなくなっています。また、わが国でも、使わない方がよいと思いますし、先生方の文献を見ても、追完権という言葉を慎重に避けておられる方もいますので、言葉遣いについての心配はご無用なのではないか、と考えています〔拙著四二一頁「5「追完権」という名称」参照〕。

林（耕）　ドイツの一般的な見解は、ドイツ民法四三七条の規定で、追完が買主の請求権として規定されていることから、売主が追完する権利としての「追完権」というのは無いのであって、追完が問題になるのは、買主が追完請求したときだけだと考えている、ということですか。要するに、そのようなことが同条に書いてあると読むのが一般的だということですか。

田中　はい。そうです。

林（耕）　そうしますと、先程田中先生がおっしゃった、追完の優先、つまり、追完に代わる損害賠償、代金減額、解除という救済手段を行使するときには、まず売主に対して追完の機会を与えなければならない、という考え方をドイツ民法が採用していることと、売主に「追完権」を認めないことは矛盾しない、両立している、ということですか。

田中　はい。そうです。

（九）瑕疵ある物を引き渡すだけでは売主の帰責事由は肯定されないこと

林（誠）　はい。それでは、他にどなたか。曽野先生お願いします。

曽野　タイルの事件についてお伺いします。日本法の解釈論として、田中先生は、取外しの費用も取付けの費用も損害賠償として認めるということですか。

田中　いいえ。損害賠償としてでなくても認めます。損害賠償として認めるには帰責事由が必要なので、帰責事由を要せず、追完として認める、という全面肯定説です。損害賠償の話が出てくるのは、否定説を採る場合です。追完としての費用償還請求は認めないけれども売主に帰責事由があるときには損害賠償請求として

認める、というのが否定説です。

その話には前提があります。タイル事件とフローリングブロック事件、――フローリングブロックというのは、フローリングという床敷きをブロックの組み合わせで作るための建材のことですが――、いずれにおいても、売主には帰責事由が無い、ということを前提としています。売主はそれらを自ら製造するわけではありませんので、引渡し後の変色について責任がありません。にもかかわらず、売主にも、取付け取外しの費用を負担させる、というのが全面肯定説です。帰責事由が無い場合がほとんどなのだけれども、というのが問題の前提にございます。その点をきちんと報告で説明しませんでしたので、分かり難かったと思います（拙著二三〇頁参照）。

曽野　いいえ。ただ、日本法の発想からしますと、小売店が、タイルを売って、その色が変わってきた、というときに、買主が損害賠償請求することはできますよね。たとえば、敷き詰めたタイルの変色のためにレストランが使えなくて営業できなかったときは、損害賠償請求できて、帰責事由が無いという理由で免責はされないと思います。タイルを剥がして代物を敷き詰める損害についても同じように考えられませんか。

田中　その場合にドイツでは、帰責事由が存在しないために損害賠償請求できない、と考えます。

曽野　営業利益を失った例では、損害賠償請求はできますか。タイルが――変色というのでは事案が良くないかも知れませんので――タイルが弱くて砕けてしまって、お客さんが入れないから営業ができない、という例ではどうですか。

田中　その場合にも、売主には帰責事由がない、と判断されるのが通常だということを前提に議論しています。その場合には、売主は損害賠償義務を負わない、となるはずです。

曽野　日本法でも同じでしょうか。

田中　日本法でも同じだと思います。仕入れて転売するだけの、単なる納入者にすぎない売主には帰責事由はない、と思います。

曽野　タイルの引渡債務は結果債務なので、潮見佳男先生が強調されるように（例えば、潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社、令三）一五五～一五六頁）、不可抗力でもないかぎり、適合した物を引き渡さなかったこと自体に帰責性が認められて、損害賠償責任が認められる、ということになるのではないかと思うのです。田中先生が損害賠償責任は認められないとおっしゃる根拠は、帰責性が無いからでしょうか。

田中　はい。そうです。そう思います。

吉田　今の点の確認ですけれども、ドイツは、帰責事由について過失とイコールにしていましたよね。しかし、潮見君の近年の議論だと、ドイツも、帰責事由という言葉を使っても希釈化されて、結果不実現で帰責事由があるのだ、というフランス流・英米流の厳格責任的な契約責任という解釈が定着してくれば、帰責事由が無い場合というのはドイツでも非常に限られてくるのではないでしょうか。

田中　そのように考えることも可能かも知れません。しかし、売

買契約における売主が単なる転売者＝納入者だという場合――非常に多い場合だと思いますが――、目的物に瑕疵があるときは、その瑕疵の存在について売主には帰責事由は無い、という前提でドイツ人は常に議論しています〔拙著二三〇頁参照〕。

吉田　やはり、狭いのですね。

田中　はい。狭いのです。

吉田　どうも有り難うございます。

（一〇）取付け・取外しの費用償還請求は追完請求であること

曽野　では、損害賠償ではないとしたら、費用償還請求の根拠は追完請求権ですか。

田中　はい。費用償還が追完に含まれる、と解釈します。それを明文で立法化したのが、ドイツ民法四三九条三項の規定です。わが国の場合には、このような規定がありませんので、条文としては、民法五六二条一項の規定する「代替物の引渡し」に含める、という解釈になるでしょう、というのが私の今日のご説明です。

曽野　「取外し」までは追完の一環だとしても、代物を敷き詰めるのは、本来の給付とは違うのではないか、つまり、売主が引き受けていたのは「引渡し」までですから、そこまで含めてしまうのはどうか、という気がします。その点で、「取付け」費用の請求を認めなかったタイル事件と「取外し」と「取付け」費用の双方について請求を認めたフローリングブロック事件との違いがあるのでしょうか。

田中　いいえ、その点では同じです。そして、「取外し」と「取付け」を区別する、という学説もございますが〔拙著二六九頁注(117)〕、多くの否定説は、両方とも負担しなくてよい、という見解です。

曽野先生のご質問で有り難かったのが、この事案の特徴のご指摘です。つまり、この手の事件では、目的物の価額の何倍もの費用が掛かる、たとえば、今日の設例（三（一）（a））で、タイルの売買代金が五〇〇ユーロで、敷き詰める請負代金が二、〇〇〇ユーロと四倍掛かる、これは日本でもおそらくそうで、売買代金より取付け費用の方が高額になる、というのが事案の特徴です。そのような高額の費用を、安い売買代金しか受けていない売主に負担させるべきではない、というのが元々のドイツ人の多数の意見です。それが欧州裁判所でひっくり返されたので、ドイツ人は怒っているけれども仕方がないから法改正した、というのが一連の流れなのです。

詳しいご説明をする余裕が無かったのですが、レジュメの注(75)のところにやや詳しく書いておきました。つまり、フローリングブロック事件で費用は売主が負担しなくてよい、ということを連邦通常裁判所（わが国の最高裁判所）が言っていたのに対して、欧州裁判所が、「いや、それでは駄目だ、負担せよ」と言ったのが、ドイツ人には大変なショックで、〔二〇一一年〕当時非常に大きな話題になりました。それは、曽野先生がおっしゃっていた、安いタイルを売ったのにもかかわらず、その何倍もの費用を、請負人ではない売主が工事費用を払わされるのはどうなのか、という問題

意識だったのです。

曽野　はい、分かりました。有り難うございます。

田中　有り難うございます。

（一一）ドイツ民法新四三九条三項の射程

林（誠）　それでは、根本先生お願いします。

根本尚徳（北海道大学大学院法学研究科教授）根本尚徳です。今の点に関連して、田中先生のお考えと、ドイツあるいはヨーロッパの裁判所の肯定説という考え方の内容あるいは射程を確認させていただきます。私が先生のお話を聴きながら思いましたことは、この肯定説という考え方にも、一定の前提があるのではないか、ということです。すなわち、事案の目的物は、タイルであったり、フローリングブロックであったり、ゴムであったり、桟であったり、定型的にと申しますか、どれも建物に取り付けられることが予定されている物です。置物にするのではなく、取り付けるのが通常で、取り付けて初めて意味を成す物です。したがって、取り付けられた上で一定の役割を果たすということまでがそれらの物の売買契約の内容の中に取り込まれている、だからこそ、買主は売主に対して費用の負担を求めることが許されるのだ、というのが、肯定説の言う「目的物が契約内容に適合するものであればそうであったであろう立場に置かれるべきである」〔三（二）（a）〕ということなのだ、と理解しました。また、そのようにいわば事例限定的に理解をすると、肯定説と否定説との間の違いも案外に小さいのではないか、とも考えました。先ほどの田中先生と吉田邦彦先生とのやり取りにおいて、ドイツの学説は、結論では大きく異ならなくても、条文などとの関係で原理的・理論的な対立を示し、議論を深める、とのお話がありました。ここでの肯定説と否定説との対立もそのようなものなのかな、と考えていた次第です。しかし、田中先生と曽野先生とのやり取りを伺っていると、田中先生はもう少し広い射程を肯定説に見ていらっしゃるのかな、と疑問に感じました。そこで、この点を確認させていただいても宜しいでしょうか。つまり、肯定説の本来の内容なり射程なりについてご教示をいただければ幸いです。

田中　大変的を射た質問を有り難うございます。根本先生がおっしゃるように、フローリングブロックであれタイルであれ、いずれも建材という共通点があって、誰が負担するにせよ取付けに費用が掛かるという前提の商品です。

　これも詳しくご説明する余裕が無かったのですが、最後の注(81)に書いておきました。つまり、この立法は、直接には売主に対して費用を負担させるのですが、長期的に見れば、建材を売る商店は、商品に瑕疵があるかも知れないことを考慮して値幅を大きく取って高い価格を付けるようになるので、結局はさほどの不利益とはならない、したがって、そのような立法でもよい、ということがドイツでも既に言われているのです。根本先生が言われるように、取付けを前提とする商品については、費用を価格に転嫁して売ることになるはずです。逆に、用法上そういう費用がか

からない物である場合には、価格転嫁ということは生じません。結局、判例・立法を受けて、影響を受ける商品と受けない商品が出てくると思います。

根本　今の田中先生のご説明は、ある一つの結論を採ったときの後始末と申しますか、社会的な影響として経済・社会の中で費用が分配されるからその結論を採っても結果としては構わない、ということだと思うのです。

私がむしろお尋ねしたかったのは、契約を結ぶ段階で、ある事柄が契約の内容の中に取り込まれる、そうであるからこそ、それは売主の義務の内容になり、（売主の帰責事由の有無にかかわらず）追完の対象となる、という論理との関係です。やはり契約内容に取り込まれるというプロセスが必要なはずで、その際に何でも無条件に取り込まれるというのではなくて、実際に判例上争われた建物の資材については、それらは建物に取り付けられて初めて用に立つという性質を持つ物だということが当事者の暗黙の前提とされていて、そのことが契約の内容、つまりは売主の義務の内容に影響を与えているのではないか、ということです。もしそのように議論を捉えることが許されるとすれば、肯定説も事案の前提を置いているのであって、余り広い射程を持っていないのではないか、と考えた次第です。

田中　〔以下その場では、取り付けることを予定していない物を取り付けた場合も含む、という不適切な内容を答えたものの、連邦通常裁判所〔拙著二三五頁〕・欧州裁判所〔拙著二三八頁〕・ドイツ民法四三九条三項の法文〔**三**（四）、拙著二四八頁〕、いずれも目的物の「用法に従って」他の物に取り付けた場合に限定しているので、――根本先生ご指摘のとおり――「取り付けることを予定している物」にドイツの判例・立法の射程は限定される、と答えるべきであった。お詫びして訂正したい。〕

根本　懇切なご教示を頂き、誠にありがとうございました。

（一二）費用不相当による売主の追完拒絶権（追完請求権の限界）と損害賠償請求権

曽野　そのように射程を広く捉えると、債務不履行によって生じた様々な費用も履行請求権の一環として取れるのだ、という話に展開して行ってしまうような気がしますが、そのようなことは、ありませんか。

田中　これもまた問題が広がってしまうのですが、折角の的確なご指摘なので、言及をさせていただくと、要するに追完請求の限界の問題です。ドイツ法では、費用が不相当にかかる場合には、別途それを封じます。つまり、「追完が不相当な費用でのみ（nur mit unverhältnismäßigen Kosten）可能なときは、〔……〕これを拒絶することができる」とドイツ民法四三九条四項が追完請求の拒絶権を規定する、という立て付けになっております。

曽野　有り難うございます。費用の請求は、追完請求の限界という考え方で限定する、ということですね。それは債務不履行による逸失利益の損害賠償請求についても妥当するのでしょうか。

田中　いいえ。大上段の話になってしまいますが、大まかに言えば、

ドイツ新債務法は、損害賠償を含む債権総則の部分には、さほど手を加えていないのです。大きく変わったのは、契約各則の「売買」の部分です。権利としてみると、「追完請求権」というものが、買主の一般的な請求権として導入された、という点が最大の新しさなのです。したがって、それに関する学説・判例がわっと出てきたわけです。それに対して、損害賠償というのは、古くからある債権総則の制度で、それについては部分的には改正されましたが、大きくは変わっていません。ですので、追完請求権の範囲や限界の話も、損害賠償の範囲とは全く無関係です。つまり、追完請求権の範囲に、取付け・取外しの費用も入るのだ、しかし、その費用が不相当に高額になる場合には、限界を超えるものとして、ドイツ民法四三九条四項の規定に従って、遮断するのだ、というのは、あくまでも追完請求権の話で、損害賠償請求権とは制度的には無関係です。

吉田　今の点の確認ですけれども、たとえば、タイルが脆くて天井から落ちてきて子供が怪我をした、といういわゆる拡大損害は、これが契約拡張の話になるのか、不法行為の話になるのか、いずれにせよ過失や狭い意味での帰責事由を要求しながら、そういうものも合わせて取り込んでいくのでしょうが、それはあくまでも損害賠償の問題だ、ということでしょうか。

田中　はい。その通りです。

吉田　有り難うございます。

（一三）　どのような取引を念頭に置くか――C2Cの増加――

林（誠）　それでは、得津先生お願いします。

得津晶（東北大学大学院法学研究科教授）　東北大学の得津です。貴重なご報告を有り難うございました。吉田邦彦先生がおっしゃっていたように、私も、ドイツはもっと概念的なお話なのかと思っておりましたが、この論点に関しては、任意規定だから一般的な意思を模索する、ということで、利益考量論に非常に似ていると思いました。

しかし、そうなってくると、日本とドイツの違いがある点が気になってきます。――根本先生のご質問にもありましたように――ドイツ民法四三九条三項の条文は、普段取り付けない物でも、追完で認めるという話であれば、損害賠償を無過失でも認める日本法ですら認められないところまで場合によっては認められることになってしまうのではないでしょうか。「異なる物の給付保持」に関しては、一般条項の調整はある、とおっしゃってはいたのですが、原則として給付保持を基本的に認め、売主側からの追完を認めない、というのは、かなり売主に厳しいように感じました。今日の例ですと、ドイツは石ころとダイヤモンドを間違えたら許してくれるかもしれないけれども、――私の中ではゴルフとBMWは石ころとダイヤモンドと大して違わないように思うのですが――ゴルフとBMWを間違えてBMWを引き渡しても売主は追完できない。瑕疵担保責任のないイギリスでかつて黙示的保証が無かった時代に、買主注意せよ、であったのに対して、ドイツは、売主注意せよ、とい

うことになると思います。追完請求権の範囲の問題に関しては、欧州裁判所の判決に対して、ドイツの連邦通常裁判所の判例はあくまで消費財に限定して抵抗していたということですので、本来は、売主が事業者、買主が消費者というケースを前提としていたように見えます。しかし、ドイツも、最終的に、二〇一七年の民法改正（新民法四三九条三項）で抵抗を諦めて一般法化してしまったということで、売主が事業者でないケースでも適用されてしまうことになります。ドイツでも、――日本のヤフオクやメルカリのような――イーベイなどでC2Cの取引が増加しているのではないか、と思うのですが、それでも、売主注意せよ、でよいのかが気になるところです。私は日本の追完権の議論を全く知らないのですけれども、林耕平先生のご質問のニュアンスからすると、――追完権なのか追完の優先なのかきれいに分けておられましたけれども――、日本では、一律に売主注意せよではなく、もう少しバランスを取ろうという立場のように見えました。――事業者対消費者であれば事業者を懲らしめてやろうという観点が入るかもしれませんが――一律に売買契約だから「売主注意せよ」とはしない操作可能性があると思います。それに対して、ドイツについてのご報告では、ドイツではそのような操作可能性がないような気がするのです。それでも大丈夫なのか、ということをお伺いしたいと思います。要するに、C2Cが増えてもご報告の内容は揺るがないのか、それとも、C2Cでは何か変わってくるのか。たとえば、今日のご報告にあった一般条項的処理が活用されるのかも知れません。その辺り何かご感触があれば教えてください。宜しくお願いします。

田中　得津先生、非常に的確なご指摘を有り難うございます。まさにその点についても、今日の報告には全く入れることができませんでしたし、ドイツ人の論文にはなっていないけれども、ドイツ人も考えている内容だと思います。つまり、どのような取引を念頭に置いているか、ということです。得津先生のおっしゃるように、消費者間取引が増えてくる、ということは、ドイツ人も知っております。そして、ドイツ人が「異なる物の給付保持」が通信販売で問題になる、と言う場合にも、人によって念頭に置く通信販売が全然違っておりまして、たとえば、古い教授であれば、リンゴ農家に電話してお上さんがリンゴを箱詰めして送ってくれる、というのを念頭に置くのに対して、若い人は、アマゾンのように全自動でなされるのだから異なる物の給付自体があり得ない、ということを言ったりします。

しかし、ドイツ人の議論を聞いていて共通だと感じますのは、いかなる態様の取引が存在するにせよ、「原則は立てておきたい」ということです。給付保持を肯定するか否定するか原則は立てるべきだ、ということです。肯定説あるいは否定説のどちらかを一応は原則とすることが必要なのだ、という認識については共通していると思います。その中で、取引の態様やさらに目的物と給付された物との価額の差などに着目して一般条項を使って解決をする場合がある、ということなのだと思います。

私も、――ドイツ人が一番大切にしている――原則を立てておきたい、

というところから日本法解釈について――ドイツ人と同じように――一応肯定説を出しておきました。けれども、もちろん、それですべてが解決される、ということは考えておりません。今後、現在のわれわれも想定できない取引が出てくることもあるでしょう。

また、「異なる物の給付保持」の問題について、ドイツで判例が早く出てほしいと思います。そうすれば、この問題についても議論が改めて洗練されてゆくでしょうから、それを見守ることができます。まずは、ご指摘のとおり、取引態様は色々あり得るけれども、ドイツ人は原則を立てようとしているのだ、という形でお答えしておきたいと思います。

得津　どうも有り難うございます。ということは、今のところは、一般条項による処理、ということになりますか。

田中　はい。

林（誠）　はい、それでは、他にご発言のある方いらっしゃいませんでしょうか。すでに四時近くになっておりますので、ご希望のある方がいれば一名か二名というところとさせていただきたいと思いますが…。それでは、いらっしゃらないようですので、本日の研究会は、そろそろ終了とさせていただきたいと思います。最後に今日ご報告いただいた、田中先生に――いま得津先生がしていただきましたけれども――反応ボタンあるいは画面をオンにして――音は聞こえませんが――盛大な拍手をお願いいたします。

（拍手）

田中　有り難うございました。

吉田　質問ではないのですが、論文のようなレジュメを用意してくださったので、是非北大の紀要に載せてもらいたいと思います。討論を含めて売買法の中心課題に関わることだと思いますし、ドイツの最先端のことを話してくださっている部分も多いと思いますので、主催者の一人としてできればお願いできれば、と思っています。林さんとこの点を詰めたいと思います。

また今後とも宜しくお願いいたします。本当は、食事でもしながら、じっくり裏話などもお聴きしたかったのですが、コロナ禍でそれも叶いませんでした。次回は札幌に来てもらって、議論できれば、と思っております。どうも有り難うございます。

田中　有り難うございます。先生方も、千葉・東京にいらっしゃる機会があれば、どうぞ気軽にお声をお掛けくださいますよう、お願いします。今日は本当に有り難うございました。

林（誠）　有り難うございました。それでは皆さんご自由にご退室をお願いします。しばらくしたら私の方で、終了とさせていただきます。

以上