

## 《論 説》

## 売買契約の不履行と救済

——民法とウィーン売買法——

小 野 秀 誠

- I はじめに
- II 救済方法の選択権
- III 現実的履行の強制
  - A 現実の履行と裁判
  - B 買主の履行請求権
- IV むすび－簡単な素描

## I はじめに

## 1 2017年（債権法）改正法と契約不適合に対する買主の救済

2017年に、民法の債権法改正が行われた（施行は2020年4月）。その立法目的は、過去の判例や学説理論の積み重ねによって複雑になった部分を見通しよくすることにあった<sup>1)</sup>。そこで、明らかな改正といえる部分は、比較的稀で

---

1) 法制審議会に対して行われた諮問第88号（平成21年10月28日総会）は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」というものであり、制定後100年を経て、判例等によって見通しの悪くなった民法の規制を分かりやすくすることが目的であった。しかし、審議の過程で、種々の利害関係者から独自の見解が試みられたこ

ある。争いのある部分の多くは、立法による固定化を避け、将来の議論に残されたからである。おもに判例理論の明文化が目的とされたことから、争いのある部分の立法による解決が行われていないだけではなく、争いがなくても、判例理論の明確でない部分もそのままとなっている。学説上、争いがなく明確な修正部分が、2004年の改正で（口語化のうちに）実現されていることにもよる。

この中で、例外となるのは、債務不履行と売主の担保責任の統一であり、明らかな修正部分である。従来の学説の1つ（法定責任説から契約責任説への移行）によったともいえる。かねて、学説に出発点上の相違があっても、結論としては実際上の相違はほとんどないといわれていた部分でもあるが、少なくとも形式的には大きな修正点といえる。従来の通説は、債務不履行と担保責任を分けること（法定責任説）を出発点としており、判例もその線で理解されていた。これに対し、いわゆる契約責任説（あるいは債務不履行説）によって規定されたからである<sup>2)</sup>。

---

とから複雑となった。最終的には、その多くはそぎ落とされた。法文には、できる限り、特殊な見解を排して、判例理論を明文化したものとして、安定的な解釈を加えるべきである。

担保責任は、改定法が明らかな改定をした稀な部分であるが、内容的には、従来の有力説である契約責任説を明らかにしたものといえる。しかも、旧法の時代から、法定責任説との間では、妥協が図られ、実質的な相違はそう大きくはなかったのである。従来の判例は、法定責任説といわれるが、それもIVで後述するように、種類債務の特定を左右することによって（「目的物としての受領」。これを否定すると債務不履行的構成が可能となる）、実質的に契約責任説と妥協するものであった。

これを超えて、過度に厳格法的構成を持ち込むべきではない。日本法には、ウィーン売買法条約にみられるような一般的な免責規定が欠けているからである（79条の債務者の支配を超えた障害による免責）。英米法にも、不可抗力（force major）その他によるかなり広範な免責制度がある。契約の種類による違いもある。手放しの厳格責任などありえないのである。こうした考慮は、以下IVにおいて重要となろう。

- 2) 改正法との関係では、損害賠償法の構造のように、改定途上で登場し消滅した見解など、理解の分かれるものも存在するが、この点には立ち入らない。当面は改定関係者からの注釈学派が有力となろうが、伝統との関係を考慮し、文言を出発点として決定するほかはなく、最終的には判例により定まることになろう。

それに伴い、買主の救済方法の統一も、改正点となった。従来は、売主の担保責任については、瑕疵の態様ごとに予定された救済方法が法定されていた。瑕疵と救済方法の関係はかなり細かく法定されても、ローマ法以来の沿革によるところが大きく、その必然性は、必ずしも明確ではなかった。たとえば、多くの立法で採用されている減額請求権が、日本法では限定的であり、しばしば損害賠償請求権のみがおかれ、両者の関係はあまり明確ではなかった。

## 2 ウィーン売買法条約とドイツ民法

(1) 債務不履行と担保責任の救済方法の統一や救済方法の自律的な選択可能性についての修正は、2001年のドイツ債務法現代化法の採用した方法であり、その前例としては、1964年のハーグ売買法条約や1980年のウィーン売買法条約がある（CISG、2008年に批准、2009年に発効。日本では「国際物品売買契約に関する国際連合条約」。ただし、長いので、以下、比較法の部分では簡単にCISGあるいはウィーン売買法条約という）。また、同様の方式は、近時の国際的な法統一の方向でもある（ヨーロッパ共通売買法99条による適合性、106条の買主の救済手段の総論、オランダ民法第7編1節3款の「売主の債務の不履行の特則」など）。

2017年改正法が、この近時の国際的な動向に沿っていることから、ウィーン売買法条約の解釈は、日本法の解釈にも、相当程度参考とするべきものをもっている。もちろん、国内法と国際的な統一法の本質にもとづく相違は大きい。本稿は、こうした相違を前提に、今日なお参照すべき点を考察しようとするものである<sup>3)</sup>。とりわけウィーン売買法条約の下で形成されてきた各国の判例法には、参照されるべきものがある。

検討すべき対象が多いことから、本稿では、救済方法の選択に関する部分と、履行の請求の部分をおもに検討するにとどめる。担保責任の債務不履行への統合の問題は大きな論点であるが、すでに解決済みであることから、IVで、

---

3) 本稿は、ウィーン売買法条約の総論に関する「ウィーン条約と日本民法・序説」独法100号1頁の続編をなすものである。

日本の新旧法の簡単な比較をするにとどめる。これからの問題は、統一された救済方法を具体的に、どう適用するかである。ウィーン売買法条約の立場そのものは、日本で契約責任説が登場する契機となったものであり、あらためて検討する必要もないであろう<sup>4)</sup>。

(2)(a) 1980年4月11日の国際動産売買に関するウィーン条約(CISG)は、現在(2021年2月)94か国が批准している。2018年以降では、8か国が増加している。すなわち、2018年に、コスタリカとカメルーン、2019年にパレスチナ、2020年に、北朝鮮、リヒテンシュタイン、ラオス、2021年に、グアテマラ、ポルトガルである。ただし、締約国は、96条に従って、書面を不要とする規定を適用しない旨の留保をすることができ、アルゼンチン、アルメニア、チリ、パラグアイ、ロシア、ウクライナ、ベトナム、白ロシア、北朝鮮などがこれに該当する。批准国の増大に従い、解釈論も進展していることから、多くの解説書が登場し、改定版も多数みられる<sup>5)</sup>。

裁判例も、各国の裁判所から多数出されているが、本稿では、検討の対象を売主の義務違反に対する買主の救済の分野に限って、比較的近時の裁判例に

4) 日本でも、動産売買に関するウィーン条約は、国際物品売買契約に関する国際連合条約として2008年に批准され、2009年に発効した。発効後に、争点となる契約に条約が適用された最初の事例は、東京高判平29・3・29 2017WLJPCA03296012である(これにつき、小池未来・ジュリ1536号122頁)。国際的な二重譲渡に関して、所有権の帰属が争われた。法の適用について、条約が適用される場合には、国家法を選択するのではなく、条約が国家法に優先する(14条)。

5) たとえば、Piltz, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2019, 2516.これは、2017年以降の検討である。それ以前については、Piltz, NJW 2017, 2449.

また、新しいコンメンタールや改版も出されている。

Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7.A., 2019.

Brunner, Gottlieb, Commentary on the UN-Sales Law, 2019.

Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, 2.A., 2019.

Schwenger, Fountoulakis, Dimsey, International Sales Law, 3.A., 2019.

Staudinger, Magnus, BGB, Wiener UN-Kaufrecht, 2018. などのBGB コンメンタールの新版もある(Münchenr Kom.にも2018年版がある)。

従って、概要を述べるにとどめる<sup>6)</sup>。個別の詳細については、Ⅱ以下で検討することにしよう。

(b) ウィーン売買法条約は、契約違反に対する買主と売主の権利をそれぞれ一覽する総論的な規定を有する。売主の契約違反に関しては、45条で、(i) 46条から52条までの権利、(ii) 74条から77条までの規定による損害賠償である。(i)に関しては、46条の特定履行、代物、修補の請求、47条の買主の付加期間の付与、48条の売主の追完権、49条の解除権、50条の代金減額請求などである。

また、買主の契約違反に関しては、61条で、(i) 62条から65条までの権利、(ii) 74条から77条までの規定に従い、損害賠償を請求することである。(i)に関しては、62条の特定履行、63条の期間付与、64条の解除である。

(c) 売主の担保責任を追求するプロセスをおもに最近の裁判例にそくして概括的に述べると、以下のようなプロセスとなる。

まず、前提として、買主は、契約目的物を検査し(38条)、あるいは不適合を発見したときには売主に通知しなければならない(39条)。しかし、売主が不適合を知っていた場合には、38条、39条の適用はないから(40条)、買主は、売主に対する救済手段を取得する。すなわち、46条2項、3項により追完か代物の請求をするか、50条により売買代金の減額を請求するか<sup>7)</sup>、49条により契約を解除するかである。さらに、これらの救済方法が不十分である場合には、買主は、これらの手段に代えて、あるいはその不足部分を付加的に損害賠償として請求することもできる(45条)。

6) CISGに関する裁判例の公表は、おもに以下のものによっている。UNCITRALのデータベースは、<http://www.uncitral.org>。裁判例については、Case Law on UNCITRAL Texts(CLOUT) <http://cisg-online.ch>(CISG-online) が有用である。また、<http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>(CISG-Pace) と [http://www.unilex.info/\(UNILEX\)](http://www.unilex.info/(UNILEX)) にも詳しく、後者は、裁判例の概要であるが、前者には、判例のほか、解説や文献もある。

各国別のデータとしては、フランスの判例が <http://www.cisg.fr/?lang>、オランダの判例が <https://rechtspraak.nl>、オーストリアの判例が <https://www.ris.bka.gv.at>、スペイン語諸国とブラジルの判例が <http://www.cisgspanisch.com> である。

7) ポーランド最高裁 CLOUT case Nr.1812.

ただし、不適合な物の引渡に代えて、賠償を請求したり、契約を解除するには、契約不適合が25条にいう「本質的」なものでなければならない。この旨は、代物の請求や契約の解除に関して、とくに明示されている(46条 2項、49条 1項)。

そこで、買主が、引渡された物の不適合を知り、異議なく引き受けた場合には、本質的な契約違反とはならない<sup>8)</sup>。また、買主が、売主から引渡されたが、合意に適合しない物を適正価格で第三者に転売したときには、その物は、買主にとって、契約違反にかかわらず、適正な価値をもっていたとされる<sup>9)</sup>。引渡された物が合意された品質を有しなかったというだけでは、本質的な契約違反とするのに十分ではない<sup>10)</sup>。というのは、買主の利益への影響の程度は、まだ明確ではないからである。

契約不適合な物の引渡を理由とする契約の解除は、26条により、買主の意思表示により生じ、相当な期間内にしなければならない(49条 2項)。契約不適合を通知してから1年後にした解除は、無効である<sup>11)</sup>。解除の効果は、81条以下による。この規定は、合意解除で当事者に別段の合意がある場合には、それによる<sup>12)</sup>。

84条 1項によれば、売買代金の返還には、利息を付さなければならない。法定利率は、売主の住所地による<sup>13)</sup>。遅滞に関して、ド民 280条、286条、288条を適用したのが、2017年 9月 7日のハンブルク・ラント裁判所(LG)であるが<sup>14)</sup>、必ずしも妥当ではない。適正でない時の支払の結果は、もっぱら条約の規定の解釈によるべきだからである<sup>15)</sup>。以上のプロセスは、ほぼ法の予定した

---

8) 韓国の商事仲裁廷 CLOUT case Nr.1769.

9) 中国の最高人民法院 CISG-online Nr.2847.

10) Arnhem-Leeuwarden裁判所 CISG-online Nr. 2933.

11) ポズナニ高裁 CLOUT case Nr.1677.

12) 2017年 9月 7日のハンブルクLG、ドルトムントLG CISG-online Nr.2801、Bialystok 高裁 CLOUT case Nr.1813.

13) 2018年11月6日の Arnhem-Leeuwarden裁判所 CISG-Niederlande.

14) 前記のハンブルクLG、2017年 9月 7日の判決(403 HKO 36/16).

15) Vgl. Piltz, a.a.O.(前注5 参照), S.2521.

とおりであることから、本稿では、詳細に立ち入ることはしない。

(3)(a) ウィーン売買法条約の構造は、直接わが法に影響したわけではない。1980年当初こそ注目されたものの、その後30年近くも無視されてきたからである。批准されたのも遅く、日本ではようやく2008年である(発効は2009年)。先進国で批准していないのは、イギリスのみである。日本への影響は、むしろ、2001年のドイツの債務法現代化法、およびその後生じた多くの法統一の動きが大きいと思われる。本稿では、このうち、ドイツ法に若干ふれることにしよう。ドイツ法では、詳細な解釈論が形成されているからである。

ウィーン売買法条約の影響をうけたドイツ民法の債務法現代化法では、担保責任の体系は、以下ようになる。まず、434条で担保責任一般(Sachmangel)に言及し、437条では、買主の行使可能な権利の一覧をしている。すなわち、①439条による追完、②440条、323条、326条5項による解除と441条の減額請求、③440条、280条、281条、283条、311a条による損害賠償、284条による支出の賠償である。順序は、おおむね履行の請求を先にし、二次的な救済である損害賠償と、当事者の契約関係からの離脱である解除となっている。大陸法的な債務の履行の順序である。これをとくにファヴァール・コントラクトゥスと名付けることも可能である<sup>16)</sup>。解除後の修正の制限は、権利がすでに存在しな

16) 円谷峻「ファヴァール・コントラクトゥス(契約の尊重)」好美清光先生古稀記念論文集・現代契約法の展開(2000年)3頁。同論文は、ファヴァール・コントラクトゥスは、「culpa in contrahendoに対する理解と同様の意味で用いられるべき概念」とする(5頁)。もっとも、favor contractusは多様な概念であり、必ずしも担保責任に限定されるものではない。円谷・前掲書は、契約成立段階におけるファヴァール・コントラクトゥスと契約成立後のファヴァール・コントラクトゥスを分ち、売主の治癒権が解除権に優先することを述べる(21頁)。また、いうまでもなく、大陸法的な構成であり、これに対し、英米法の体系では、特定履行は、必ずしも損害賠償の前提ではなく、損害賠償による救済が不十分な場合の救済であり、例外と位置づけられる。沿革的には、コモンローとエクイティーの救済上の位置関係となる。

Schlechtriem, a.a.O.(前注5), 2019, S.217 (Art.7, Nr.54) は、CISGの条文から導き出される原則の1つに、信頼責任(Vertrauensschutz, Art.16 II, Art.29 II)などと並んで、favor contractusがあることを述べる。一方当事者から引き起こされる解消

いことから、法技術的には当然の帰結ともいえるが、場合によっては、形成効を否定した修正もありうるとすれば、大陸法的な順序の必然性はなくなる可能性がある。

日本の民法では、買主の取得する権利が羅列されるだけであり、総論的規定はない。たんに個別に562条に追完請求権、563条に減額請求権、564条に損害賠償請求権と解除権の規定がおかれるだけである。

このように、日本法には、ド民437条のような総論的な一覧表の規定のないことが特徴である。前述のように、ウィーン売買法条約でも、売主の契約違反に関しては45条で、買主の契約違反に関しては61条で、一覧表により、権利が明示されていた。日本法がこうした総論規定をもたないのは、旧法の形式に縛られたものである。旧法の担保責任は、担保責任の事例ごとに、行使できる権利が限定されていたからである。法定責任の制度の下の救済方法は、厳密に法定されており、買主の選択による部分は限定的であった。たとえば、瑕疵担保責任については、解除権と損害賠償請求権であり(570条、566条)、この場合に、なぜ減額請求ができないのかは、必ずしも明確ではなかった(普通法では可能)。減額請求権は、権利の一部が他人に属する場合(563条)や数量指示売買(565条)など特定の場合にしかできなかったのである<sup>17)</sup>。

---

よりも、契約の拘束力の存在を優先させる原則である。これは、各当事者が履行を実現し、契約目的を危殆化せしめないという共同作業(zusammenarbeiten)をする原則から生じるのである。情報提供義務なども、ここに包含される余地がある。CISGに関する多数の支持者については、ib., S.217 Anm.350 (Bonell, Achilles, Burkart, Ferrariほか多数がいる)。

ドイツ法については、1992年の草案以来、多くの研究がある。立法趣旨も明解である。Vgl. Abschlusßbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, (hrsg.v. Bundesminister der Justiz), 1992.(司法相の Kinkel の Vorwortがある)。

- 17) もちろん、代金減額請求権がなく、損害賠償請求権が定められている場合に、その損害賠償請求権が代金減額請求権の代用であるという解釈や説明は存在したが、場合によって救済手段が限定されるという難点があった。とりわけ重大なのは、種類物が特定した場合に、追完や修補、代物の請求ができないことであった。救済方法の限定は、瑕疵担保責任の性質理解の本質にかかわっていたのである。



(b) ドイツ法は、瑕疵の意義をも解釈に委ねるのではなく、詳細に定義している。434 条が物の瑕疵で、435 条が権利の瑕疵である。その概要は、以下のようになる。なお、債務不履行との統一によって、瑕疵担保解除 (Wandelung) と減額請求 (Minderung) を中心とした構造から、前者が除去され、一般の解除 (Rücktritt) との統一が行われた (旧462 条から、現440 条、441 条)。

#### 434 条 (物の瑕疵 Sachmangel)

「(1) 物は、危険移転時に、合意した性質を有する場合には、瑕疵を有しない。性質について合意されない限り、以下の場合には、物は瑕疵を有しない。

1 物が契約において前提とされた使用に合致する場合

2 物が通常の使用に合致し、かつ、同種の物において普通とされ、買主がその物の種類から期待できる性質を有する場合

売主、製造者 (製造物責任法4 条1 項および2 項) またはその補助者による公の表示によって、とくに物の特定の性質に関する広告またはラベルの表示により、買主が期待しうる性質も、2 文2 号 [上記2] の性質に含まれる。ただし、売主がその表示を知らず、かつ、知ることを要しなかった場合、その表示が契約締結時に同様の方法で訂正されていた場合、またはその表示が購入決定に影響を及ぼさなかった場合は、この限りでない。

(2) 物の瑕疵は、合意した組立 (Montage) が売主またはその履行補助者によって不適切に行われたときにも、存在する。物の瑕疵は、組立説明書に瑕疵があるときには、組立用の物に関して存在する。ただし、その物が誤りなく組み立てられたときには、この限りではない。〔Montage には、たんなる組立だけでなく、インストールが含まれる〕

(3) 売主が他の物 (andere Sache) を引渡し、または物の量が過小であるときには、物の瑕疵と同様とする」。

#### 435 条 (権利の瑕疵 Rechtsmangel)

「第三者が物に関して、買主に対し何らの権利も行使することができないとき、または売買契約において引きうけた権利のみを行使できるときには、

その物には権利の瑕疵がないものとする。登記簿に、存在しないはずの権利が登記されているときには、権利の瑕疵とする」。

**436 条**は、土地の公的負担 (Öffentliche Lasten von Grundstücken) に関する規定である。「(1) 別段の合意のないかぎり、土地の売主は、契約締結日までに建築技術上開始された方策のための開発負担金その他の隣接地所有者の負担金について、負担金債務の発生時にかかわらず負担する義務をおう。

(2) 土地の売主は、その土地に土地登記簿に登録されないその他の公課および公的負担がないことについて責任をおわない」。

(c) そして、瑕疵に対する買主の権利を定めている。437条の一覧表と消滅時効、439 条以下の各論的部分である。

**437 条** (瑕疵の場合の買主の権利 Rechte des Käufers bei Mängeln)

「物に瑕疵がある場合には、買主は、以下の規定の要件があり、別段の定めがない限り、

1. 439 条によって、追完を請求し、

2. 440 条、323条および 326条 5項によって、契約を解除し、または441条によって代金額を減額し、かつ

3. 440 条、280条、281 条、283 条および311a条によって、損害賠償を請求し、または、284 条により支出した費用の賠償を請求することができる」。

438条は、買主の権利の時効に関する。

**438 条** (瑕疵にもとづく請求権の消滅時効 Verjährung der Mängelansprüche)

「(1) 前条 1号および 3号に掲げる請求権は、次の各号に掲げる消滅時効にかかる。

1 以下の瑕疵の場合には、30年

(a) 第三者が物権的権利を有し、それにもとづいて売買目的物の返還を請求できる場合

(b) 登記簿に登録されたその他の権利がある場合

2 以下の場合には、5年

(a) 土地の工作物の場合

(b) 土地工作物に対し通常の使用方法に従って使用してその欠陥を引き起こした物の場合

3 その他の場合には、2年

(2) 消滅時効は、不動産の場合には引渡の時から、その他の場合には物を交付した時から進行する。

(3) 1項2号および3号ならびに2項にかかわらず、売主が悪意で瑕疵を告げなかった場合には、請求権は、通常の消滅時効期間により消滅時効にかかる。1項2号の場合には、そこで定められた期間の満了前には、消滅時効は完成しない。

(4) 437条の解除権については、218条を適用する。買主は、218条1項によって解除が無効であっても、解除を根拠づける理由が存在する限り、売買代金の支払を拒絶することができる。買主がこの権利を行使するときには、売主は、契約を解除することができる。

(5) 前条に定める減額請求権については、218条および前項2文を準用する」。

(d) 続けて、各論的に、439条に追完、440条に解除と損害賠償、441条に減額請求権が規定されている(関連する条文は、437条に記載のとおりである)。

#### 439条 (追完 Nacherfüllung)

「(1) 買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵の除去、または瑕疵のない物の引渡を請求することができる。

(2) 売主は、追完のために必要な費用、とくに運送、交通、労務および材料の費用を負担しなければならない。

(3) 売主は、買主が選択した追完が過大の費用を要するときには、275条2項および3項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。とくに、瑕疵のない状態の物の価値、瑕疵の程度、および買主に

重大な不利益をこうむらせることなく他の追完をすることができたかを、その場合に考慮しなければならない。この場合に、買主の請求権は、他の追完の方法に制限される。1文の要件による売主の拒絶権は、変更されない。

(4) 売主が追完のために瑕疵のない物を引渡すときには、売主は、346条から348条までの規定に従い、瑕疵のある物の返還を買主に請求することができる」。

#### 440条（解除および損害賠償に関する特則 Rücktritt und Schadensersatz）

「281条2項および323条2項の場合のほか、売主が439条3項によって双方の追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が達成されなかったとき、または買主に期待することができないときには、期間を定めることを要しない。とくに物または瑕疵の性質、またはその他の事情から他のことが明らかでない場合で、修補を2回試みても失敗したときには、修補は、達成されなかったものとみなす」。

#### 441条（代金減額 Minderung）

「(1) 買主は、解除に代えて、売主に対する意思表示によって売買代金を減額することができる。323条5項2文の除外事由は、適用されない。

(2) 買主または売主の側に数人がいるときには、代金減額の意思表示は、その全員からまたはその全員に対してのみすることができる。

(3) 代金減額の場合には、売買代金は、契約締結時に、瑕疵がない状態の物の価値と実際の価値を比較して引き下げられる。減額は、必要なときには、評価によって算定される。

(4) 買主が減額された売買代金より多く支払っていたときには、超過額は、売主から返還されなければならない。346条1項および347条1項を準用する」。

### 3 ドイツ法上の近時の争点

(1) ドイツ債務法現代化法は、1990年代から行われていた債務法の改定作業が10年近くも停滞していたことに対し（この間の事情としては、1990年のドイツ再統一に伴う東ドイツ地域の財産権の返還問題があった<sup>18)</sup>）、1999年のEUの消費物売買指令が契機となった<sup>19)</sup>。2019年には、新たなEU指令にもとづく変更が行われた。関係するおもなEU指令には、以下のものがある。

- ①Richtlinie zu Verträgen über digitalen Inhalt und digitale Dienstleistungen(VDRL), 2019.5.20 (RL 2019/770)
- ②Richtlinie über den Warenkauf(WKRL), 2019.5.20 (RL 2019/771)
- ③Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf(VKRL), 1999.(RL 1999/44)

2019年5月20日に、①デジタル指令(VDRL)とともに、②商品売買指令(WKRL)の2指令が行われた。②は、1999年の消費物売買指令(③VKRL)を修正するものである。1999年の③消費物売買指令は、かねて2001年のドイツ債務法改正の契機となったものである。③がEU加盟国間の最低限の消費者保護水準を参照したのに対し、②は、売買上の担保責任法の全体的な調和を旨としている。さらに、この指令は、①とともに、デジタルな内容を包含するか、デジタルな給付に関わる物について、全ヨーロッパ的な私法の調和を図るものである<sup>20)</sup>。デジタル給付に関しては、有体物の給付とは異なる特有な性質がある。たとえば、ソフトのアップデートや複製(montage)の取込みである。デジタル商品は、これらをインストールすることなしには機能しない。その場合

---

18) これにつき、【土地法の研究】12頁、24頁。連邦司法省で、この問題におもに取り組んだ Schmidt-Räntschは、2002年に、BGH 裁判官となった。【大学と法律家の歴史】587頁。

19) これにつき、【現代化】193頁。

20) Staudenmayer, Kauf von Waren mit digitalen Elementen - Die Richtlinie zum Warenkauf, NJW 2019, 2889.

の欠陥をどう調整するかが問題となる。物の給付の欠陥が基本的に給付時（交付またはそれによる危険移転時）だけを対象にすればいいのとは異なる<sup>21)</sup>。ソフト自体の欠陥だけではなく、新たにソフトの改変や複製時に生じる問題の解決が必要となる。

もっとも、物の給付に関する契約不適合の問題については、基本的な構成は変更されない。たとえば、②においても、③と同様に、代替物の請求と追完の請求の選択が認められている（13条 2項）。そして、この代替物の請求と追完は無償で行われる。しかし、この選択権は、不均衡なコストがかかる場合には、排除される（Verhältnismäßigkeitsklausel）。また、契約の解除の方法がある。これは、僅少な不適合性では認められず、多数の給付がされたときには、解除は、原則として不適合な給付に関してのみ行われる（13条 5項）。減額請求は、不適合があるものと適合するものとの関係に従って算定される—などである（14条 5項）<sup>22)</sup>。

デジタル指令に対しては、多数の立場からの意見が寄せられ、2020年11月3

---

21) デジタル商品でも、買主は、アップデートの義務をおうわけではない。Ib.,S.2891.

22) Staudenmayer, a.a.O.(前注20)), S.2889.

つぎの EU 指令に対する各界の意見については、BMJV, Mehr Verbraucherschutz beim Kauf von digitalen Produkten und auf Online-Marktplätzen Update-Pflichten für Software und Apps, Transparenz beim Produktranking und personalisierten Preisen, 2021.1.13. いちいち立ち入らないが、目につくものとしては、自動車工業会（Verband der Automobilindustrie e.V.(VDA)）、自動車販売協会（Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e.V.）、証券協会（Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.）、連邦消費者センター（Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.）、バーデン・ヴュルテンベルク消費者センター（Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V.）、ドイツゲーム協会（Verband der deutschen Games-Branche）、インターネット経済協会（eco）、コンピュータークラブ（Chaos Computer Club）、遠隔医療協会（Deutsche Gesellschaft für Telemedizin e. V.）、インターネット医療協会（Bundesverband Internetmedizin e. V.）などである（ほかに、bitkom, ZVEI, DAV 等）。消費者保護団体の意見のほか、AI化の進む自動車産業や医療関係の意見が興味深い。ウィーン大学の教授 Christiane Wendehorstの意見もある。

日に、参事官草案が、2021年1月13日には、政府草案が出された。EU指令の実体化草案であるから、大きな変更はなく、民法典の修正にいたるものと想定される (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung(EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz)。

債権編 (第2部) 3章1款2目3 (Buch 2 Abschnitt 3 Titel 1 Untertitel 2 Kapitel 3) の「電子取引に関する契約」のタイトルに「オンライン市場」が追加され、312条以下に修正が加えられる。356条以下のクーリングオフの部分も修正される。これによって、ソフトウェアとアプリケーションの不具合についても、他の製品と同じ権利が買主に与えられる。また、デジタル製品は、継続的なアップデートにより機能を補償され、安全性の確保が行われる。オンライン市場では、包括的な通知や透明性の確保が義務づけられる。プラットフォームは、ランキングの上下を説明する義務をおい、個別の価格が提供されるときにも、明確に説明することが必要となる。これらは、顧客にとって、透明性を与え、締約の決定のための助けになり、消費者保護の増進と域内取引の円滑化がはかれるものと予想されている (BMJV, Mehr Verbraucherschutz beim Kauf von digitalen Produkten und auf Online-Marktplätzen Update-Pflichten für Software und Apps, Transparenz beim Produktranking und personalisierten Preisen, 2021.1.13)。その内容は詳細にわたるので、別稿にゆずる。

(2) 近時の大きな争点は、減額請求権と解除権の適用の関係であり、これは、裁判例によって提示された。売買代金の瑕疵を理由とする減額請求は、形成権であることから、減額請求権が行使されると、理論上、ただちにこの意思表示により拘束される。買主は、これを止めて、大きな損害賠償 (履行に代わる損害賠償を含む) に変更することはできない。また、売買契約を解消することもできない。さらに、売買代金の減額だけではなく、反対債権の減額をするなど

して、代金の返還請求もできないことになる。なぜなら、買主は、減額請求権の行使によって、契約に固執するか、解消するかを選択権を行使しているからである。

1900年のドイツ民法は、解除と損害賠償の選択的行使のみを認め、日本法とは異なり、解除した場合の損害賠償請求を認めなかった（ド民旧325条1項、日本法は545条4項、旧3項）。損害賠償は契約の効果であり、解除は契約を失わせるとしたからである（スイス法も、選択的行使の方法であるが、学説・判例は反対である。独法112号175頁）。債務法現代化法は、これを改め、325条において、「双務契約において、損害賠償を請求する権利は、解除によって排除されなかった」。しかし、この325条の類推適用によっても、いったん意思を表示した減額請求権から、大きな損害賠償を求める請求権を導いたり、契約の解消に変更する買主の権利を認めることはできないとするのが、BGHの判例であった（以下(3)参照）<sup>23)</sup>。

(3) BGHは、2018年5月9日の判決（BGH Urt.v.2018.5.9 NJW 2018, 2863）において、瑕疵のある物の買主が、代金減額請求をした場合には、もはや給付に代わる損害賠償（大きな損害賠償）を請求できないとした。その傍論（obiter dictum）からすると、買主は、減額請求した場合には、契約の解除を求めることもできないことになる。この見解に対しては、賛否があり、判例に対し、大きな損害賠償も、解除もできるとすることが主張されている。

売買物の瑕疵については、減額請求権と437条により生じる他の救済方法との関係が、問題となる。437条1号、439条1項の追完請求権が、437条2号の解除や減額請求、あるいは437条3号の給付に代わる損害賠償に優先することには争いが無い。同様に、買主が、契約を解除した場合や給付に代わる損害賠償を請求した場合に、もはや減額請求をなさないことにも争いが無い。これら二者は、契約の終了と清算をもたらす関係だからである。解除の効果は、

---

23) これにつき、vgl.Stöber, Rücktritt und großer Schadensersatz nach erklärter Minderung, NJW 2018, 2834; Weiss, NJW 2015, 3393. 後者は、解除と給付に代わる損害賠償の関係について述べるものである。



346 条以下にあり、一般原則によれば、形成権は、法的安定性から撤回ができない。買主があとから減額請求しようとするときが、これにあたろう。減額請求は、売買契約がまだあり、代金のみを減額しようとするを前提とするからである<sup>24)</sup>。また 281条 5号の給付に代わる損害賠償も同様である。債権者の損害賠償請求と、債務者の給付の返還は、対等額で相殺され、減額請求の余地は失われるからである。

問題となるのは、逆の場合である。買主がまず減額請求して、のちに解除や大きな損害賠償を求める場合は、どうなるか。1 説では、減額請求の後でも解除は可能であるが、通説は、減額請求権の形成権としての性格から、可能性を否定する。しかし、減額請求後の大きな損害賠償の主張は、許されるとする説もある。これは、解除の325 条の規定（小さな損害賠償が予定されている）の類推適用による。あるいは、減額請求の形成的効力は、のちの大きな損害賠償により影響されないものとする。しかし、反対説では、減額の形成的効力から、買主が、減額請求後には、給付に代わる損害賠償を求めることはできないとする。

争いのないのは、437 条 3号、280 条 1項により、給付とともにする損害賠償が、減額請求と両立する点である。いわゆる小さな損害賠償である。これは、物の価値の減額と関係しないからである。

2018年 5月の事案は、新車のリース契約であった。原告X女は、2014年に、リース会社Aとの間で、被告Yの生産した新車に関するリース契約を締結した。リース契約では、リース会社Aは、納入業者に対する瑕疵担保の請求権を買主に譲渡するとしていた。リース契約後、リース会社Aは、10万ユーロで、Yから自動車を取得し、Xに引渡した。2014年10月から2015年 2月までに、Xは、7回にわたり、異なる種類の瑕疵の除去を求めた。そして、最後に、売買代金の20%の減額を求めた。しかし、その後、さらに2つの瑕疵が発見され、Xは、代金全額の返還を求めたのである。これは、給付に代わる損害賠償の趣旨であった。

BGH の見解によれば、原告の大きな損害賠償の請求は、減額請求後には、

---

24) Stöber, aa.O.(前注23)), S.2334.

もはやできない。通説も同様とする。上述の論理的な理由が大きい。

(4)(a) これに対する批判もある。まず、ステーバーの見解によれば、判例は、ドイツ民法のドグマとは合致しないとす。すなわち、減額請求は、売買契約を存続させ、代金請求権のみを減少させ、代金を一部返還させるものである(441条3項、4項)。そこで、減額の形成効は、代金債権の一部消滅にすぎない。売買契約の存続は、判例が想定するのとは異なり、減額請求の特質ではないことから(減額請求の一面しかみていない)、解除によっても排除できる。減額は、契約の存続だけを目的とするものではないからである。買主が、減額請求後に、解除や大きな損害賠償を求めても、これは、契約の終了や清算にすぎない<sup>25)</sup>。減額請求は、いわば一部解除とみなされるのである。あるいは、代金減額請求は、代金全額の返還請求の一部か前段階とも位置づけられるであろう。

こうした考慮は、実際的でもある。買主が、最初瑕疵が小さいものとして、減額請求だけをし、のちに瑕疵が重大であることを発見したときには、323条5項によると、解除権が生じる。こうした場合に、買主が、減額請求に続けて、解除や大きな損害賠償を求めなければ、買主の保護のための担保責任の規定は、意味を失ってしまうのである。

また、EU法との整合性も必要である。EUの消費物売買指令によれば、買主には、消費物売買において、追完請求権、減額請求権、および解除権のみがあり(強行法規)、損害賠償請求権は予定していない。買主の解除権は、指令3条2項、6項により、すべての重大な契約違反にさいして備わる必要がある。買主が重大な瑕疵の場合に、減額請求をすると解除できないのであれば、これに反するであろう<sup>26)</sup>。

こうして、反対説によれば、BGHの理由は、十分ではないとされる。ドイツ法のドグマからみても、売買契約の存続(Fortgeltung)が減額請求の形成効にあるとするBGHの立場は疑わしいのである。また、消費物指令との関係でも十分ではない。指令は、買主に、重大な契約違反について、解除権を与え

---

25) Stöber, a.a.O.(前注23)), S.2835.

26) Stöber, a.a.O.(前注23)), S.2836.

るとしており、そこには、特段の制限はない。減額請求をしたら、契約解除ができないと関連づけてはいない。むしろ、指令にそって、減額請求後の解除の排除の指令との調和を求めるべきである<sup>27)</sup>。

(b) また、ヴァイスの見解は、解除と損害賠償の類似点の限界に着目するものである<sup>28)</sup>。それによれば、323条の解除と281条の給付に代わる損害賠償は、構造上類似している。いずれも、本来の給付は目的とされないからである。そこで、一面では、281条の解釈では、323条以上に、過失責任主義 (plus Verschulden) を強調するべきではないとされる。できるだけ、両者は、パラレルに考察する必要がある。

323条は、債務者が契約上の義務を履行せず、または契約に適合しない方法で履行したときに、債権者が契約を解除する問題を扱っている。また、281条は、同様のときについて、給付に代わる損害賠償、すなわち、債権者の積極的な利益の賠償を定めている。そこで、いずれも、権利を実現するためには、相当な期間の設定が原則として必要となる。また、いずれにも、権利の行使のための期間の設定が不要となる場合もある。これらの要件 (不履行や不適合な履行、期間の設定、期間の不要な場合) は、なるべくパラレルに解されるとされる。これらは、類似点である。

しかし、他面では、両条の目的は異なる。パラレルな解釈では、解除権者は、解除によって、自分の潜在的な損害賠償請求権を失わないかが疑問となる。債務法改定前のドイツ法には、解除と損害賠償の選択の行使という大きな問題があり、改定によって修正されたところである。旧325条、326条では、給付に代わる損害賠償と解除は両立しないものとされ、債権者の選択が必要とされた。解除した場合には、損害賠償の請求はできなかったのである。解除は、契約がなかったようにするものであり、逆に、損害賠償は、履行されるとするものである。

---

27) Stöber, aa.O.(前注23)), S.2837.

28) Weiss, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung-Autonomie statt künstlicher Parallelität, NJW 2015, 3393.

解除と給付に代わる損害賠償は、姉妹規定 (Schwestervorschrift) であるが、過失責任にもとづく損害賠償には厳格な要件があり、他方で、解除には、こうした要件はない。そこで、効果上、損害賠償は、解除の効果を含みうるのではないか、が問題となる<sup>29)</sup>。

債務法改定後の早い段階から、323 条の期間が不要な場合は、281 条にも準用されるとの見解があった。323 条 2項 (相対的定期行為) と 323条 4項 (期限前の解除) では、期間の設定が不要であるが、281 条 (給付に代わる損害賠償) では、こうした不要性は定められていない。そこで、解除はできないが、給付に代わる損害賠償は可能ということがある。解除の意思表示後には、契約の履行のための期間が設定されないことから、281 条の要件が具備されることはない。これを避けるために、323 条 4項 (履行期前に要件具備による解除) を 281条に準用するのである。

消費者契約では、期間設定の不要が問題となった。通説によれば、323 条 1項は、消費物売買に関して、指令と適合的ではない。それは、期間の設定を前提とするが、指令 (RL 1999/ 44/ EG) は、一定の期間の経過のみを要件としているからである。その修正として、消費物売買では、323 条の期間の設定は不要と解され、281 条でも同様とすることになる<sup>30)</sup>。消費物売買以外でも、281 条は、323 条に類推適用される。

(c) たしかに、281 条と 323条の相違は大きい。たとえば、契約の順守 (pacta sunt servanda) の点では、323 条と 281条において、対立している。323条では、債権者は、契約の拘束力から解放されるのに対し、281条では当事者は、契約に拘束されている。そこで、323 条は、債務者の不履行に対し、契約の喪失という制裁を加えるが、281 条は、契約違反に対し、擬制による経済的な契約の貫徹を定めている。両者は、目的においても異なる。解除は、当事者にとって、契約がなかったと同じ状態を目ざすが、給付に代わる損害賠償は、反対の方向を目ざし、当事者は、契約が貫徹されたのと同じ状態をもたらすも

---

29) Weiss, a.a.O.(前注28)), S.3393.

30) Weiss, a.a.O.(前注28)), S.3394.

のである。

経済的には、解除は、債権者に対し、従来拘束した方法から自由になることを認め、他の契約相手を探すことを可能にする。債務者にとっては、契約とそれに関連する利益を失うというリスクを与える<sup>31)</sup>。これに対し、給付に代わる損害賠償は、債権者に、新しい契約相手方を探す可能性を与えるだけでなく、新しい契約に必要な、より大きなコストを債務者に転嫁するのである。

これらの考慮からすると、損害賠償には、解除の効果が含まれるとの議論は疑わしい。解除の効果は、当事者の契約からの解放にある。損害賠償の効果は、契約の貫徹にある。給付に代わる損害賠償により、債務者が給付義務を免れるだけでなく、債権者も、反対給付義務を免れる。債権者の解放は、差額説による損害の算定の場合には、数额的に生じる。

323条の効果が281条に包含されるというのは、不当である。281条について、解除に関する指令を回避することはできない。281条の効果が323条のそれを包含しようとしても、281条の適用は、指令に反しないことが必要である。消費物指令は、消費者が、解除のほかにも、国内法で、契約の履行と損害賠償の権利をもつことを求めている。指令の18条4項は、明示に、解除との関係で、「消費者が、国内用で予定する救済方法をもつ」ことを予定している。281条は、消費者契約では、指令にあうように限縮するべきである。281条による指令の回避は妥当でない (effet-utile-Grundsatz, ヨーロッパ法は、国内法で制限してはならない)<sup>32)</sup>。

このように、323条と281条が、不履行や不完全履行に結合しても、これらの規定は、たがいに独立して解釈される必要がある。損害賠償と解除の平行的な扱いは、法的にも、経済的にも基礎を欠いている。上述のように、制度の目的、pacta sunt serandaとの関係が異なる。

さらに、経済的な分析では、解除では、各当事者は、挫折した契約の自分のリスクを負担するが、損害賠償では、債務者は、債権者のリスクを引き受けて

---

31) Weiss, a.a.O.(前注28)), S.3395.

32) Weiss, a.a.O.(前注28)), S.3397.

いるのである。281条と323条の平行な扱いは、つねに要請されるわけではない<sup>33)</sup>。この見解の下では、解除は可能となる。

なお、323条の期間の設定の不要は、281条と同様に解する必要はない。相対的定期行為は、即時の解除を認める「特別の事情」ではない。消費者契約でない場合には、281条の適用は、323条の解除の期間の設定の不要とは区別される。

## II 救済方法の選択権

ウィーン売買法条約は、売主の救済方法と買主の救済方法をそれぞれまとめる包括的な規定を有している。本稿は、買主の救済方法を中心に検討するので、売主の救済方法については、包括規定に言及するにとどめる。すなわち、買主の契約違反に対する売主の救済である。

### 第61条 【売主の救済方法】

(1) 売主は、買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合には、次のことを行うことができる。

(a) 次条から第65条までに規定する権利を行使すること。

(b) 第74条から第77条までの規定に従って損害賠償の請求をすること。

(2) 売主は、損害賠償の請求をする権利を、その他の救済を求める権利の行使によって奪われない。

(3) 売主が契約違反についての救済を求める場合には、裁判所又は仲裁廷は、買主に対して猶予期間を与えることができない。

この61条(1)(a)は、62条の履行請求権(63条は履行のための附加期間の付与)、64条の契約解除権を指し、(b)は、損害賠償請求権を指している。そして、(2)は、損害賠償請求権が、その他の救済を求める権利と両立可能なことを意味している。こうした構造は、45条2項と共通していることから、詳細は、45条の解説

---

33) *Ib.*, S.3397.

にゆずることにする。

売主の救済については、45条 1項の買主の救済のように多様な方法が用意されているわけではない。基本的には、履行が解除である。買主の義務は、代金の支払と受領だけであるから(53条)、売主の救済は、基本的に、代金を請求するか契約を解除することのみである。履行に代わる損害賠償も、基本的には代金請求権を本質とすることになるから、大きな相違が生じるわけではない。この点は、救済方法が多面にわたる買主の救済との相違である。

ウィーン売買法条約の特質としては、買主に、代金の支払のほか(54条以下)、引渡の受領を義務づけている点がある(60条)。民法では、買主に受領義務があるかどうかについては受領遅滞の構成とも関連して、周知の議論があるが、2017年改正では、この点については、立ち入っていない。解釈に残されたままである。従来の通説は否定的であった(受領遅滞の債務不履行説に対するいわゆる法定責任説)。

これに対し、売主の契約違反に対する買主の救済については、45条がある。以下のIIでは、同条を中心に検討する。

#### 第45条 【買主の救済方法】

(1) 買主は、売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合には、次のことを行うことができる。

(a) 次条から第52条までに規定する権利を行使すること。

(b) 第74条から第77条までの規定に従って損害賠償の請求をすること。

(2) 買主は、損害賠償の請求をする権利を、その他の救済を求める権利の行使によって奪われない。

(3) 買主が契約違反についての救済を求める場合には、裁判所又は仲裁廷は、売主に対して猶予期間を与えることができない。

### 1 概説

(1) 45条は、売主の契約違反に対し、買主に与えられる救済を概観するものである。その構造は、買主の契約違反に対し、売主に与えられた救済に関する61条1項と平行である。後者は、(a)売主が、買主の契約違反のさいに、62

条から65条にいう権利を行使できるとし、また(b)74条、77条により損害賠償を請求できるとする。その場合に、(a)の規定は、参照的・宣言的なものすぎないが、損害賠償請求権についての(b)は、請求権の根拠規定となっている<sup>34)</sup>。

これと同様に、45条1項(a)では、46条から52条の規定の権利を行使できるとし、また、45条1項(b)は、損害賠償を請求する買主の権利を基礎付け、またその詳細を示している。たとえば、賠償の額が考慮されるときには、74条から76条によって判断される。2項は、買主が、他の救済手段を行使しても、損害賠償請求権を失わないことを明らかにしている。3項は、買主が救済を求めるときに、売主に付加的期間を与えることを裁判所ないし仲裁裁判所に禁じている。付加期間の付与は、救済方法の価値を減じるからである。

(2) 本条は、買主の救済方法をすべてあげているわけではなく、CISGには、ほかの救済方法もある。たとえば、71～73条、84条1項である。しかし、CISGはそれが解決を与える場合には、国内法によることを排除しているから、適用可能な契約上の救済方法について、あらかじめ述べている点に、意義がある<sup>35)</sup>。

45条の構造について言及した裁判例として、CLOUT case No. 85 アメリカ、ニューヨーク北部地域連邦地裁、1994年9月9日判決 [Federal District Court, Northern District of New York, United States, 9 September 1994]; CLOUT case No. 138 アメリカ、第2巡回連邦高裁、1993年12月6日判決、1995年3月3日判決 [Federal Court of Appeals for the Second Circuit, United States, 6 December 1993, 3 March 1995]; CLOUT case No. 140 ロシア連邦通商産業部の国際商事仲裁所、1995年3月16日仲裁 [Arbitration-Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry award No. 155/1994 of 16 March 1995]; CRCICA Arbitration Cairo, Egypt, 3 October 1995, Unilex エジプト、CRICA カイロ仲裁裁判所；

34) UNCITRAL Digest, Article 45.1; Schlechtriem, 4.Aufl. 2004, S.504f.; 7.Aufl. 2019, S.882f.; Münchener Kommentar (Huber), 2004, S.2425.甲斐道太郎ほか・注釈国際統一売買法 I(2000) 332頁 (若林美奈)。

35) UNCITRAL Digest, Article 45.2.



CLOUT case No. 166 ドイツ、ハンブルク商事会議所の仲裁裁判所、1996年6月21日 [Arbitration Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 March, 21 June 1996]; 国際商事会議所フランス仲裁裁判所 ICC Court of Arbitration, France, award No. 8247, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000, 53; CLOUT case No. 236 ドイツ、連邦裁判所、1997年7月21日判決 [Bundesgerichtshof, Germany, 21 July 1997]; CLOUT case No. 248 スイス、連邦最高裁、1998年10月28日判決 [Schweizerisches Bundesgericht, Switzerland, 28 October 1998].

**45-1** アメリカ、ニューヨーク北部地域連邦地裁、1994年9月9日判決 [Federal District Court, Northern District of New York, United States, 9 September 1994] CLOUT case No. 85 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>

メリーランドのエアコンのコンプレッサーの製造業者Yは、1万0800個のコンプレッサーをイタリアのエアコン業者Xに売る契約をした。売買契約では、3回の船積みにより引渡すものとされた。売主は、最初の船積みをし、2回目の船積みの途中で、買主は、最初の船積みのコンプレッサーが契約に適合しないことを発見した。買主は、2回目の船積みを拒絶し、それは引渡港に保管された。欠陥の治癒が試みられたが、成功しなかったため、契約違反による損害賠償を請求した。

裁判所は、売主の契約違反を認め、買主の以下の損害賠償請求を認めた。(1) コンプレッサーの不適合を治癒するためにした費用、(2) 損害を縮減させる目的でコンプレッサーの船積みを促進するために第三者に買主が払った費用、(3) 不適合なコンプレッサーを扱い、保管した買主の費用、(4) 売買の量が減ったことにより、買主が失った利益などである。しかし、裁判所は、エアコンの生産のために予想される費用については、失われた利益の請求に含まれるとし、損害賠償を否定した。

**45-2** ドイツ、連邦裁判所、1997年7月21日判決 [Bundesgerichtshof, Germany, 21 July 1997] CLOUT case No. 236 <http://cisgw3.law.pace.edu/>

cases/970723g2.html

イタリアの売主Xは、ドイツの買主Yに、供給契約により引渡した衣料の代金を請求した。買主は、ヨーロッパ法とドイツの反トラスト法に違反していることから、当事者が無効なフランチャイズ契約の合意をしたとして、代金の支払を拒絶した。

裁判所は、当事者がドイツ法の適用を合意したことから、CISGが、1条1項(b)により適用されるとした。そして、売主の請求は、53条、54条により正当とされる。フランチャイズ契約の合意は、供給契約の有効性に影響しないことから、フランチャイズ契約の合意がドイツまたはヨーロッパの反トラスト法に違反するかは重要ではない。しかし、当該の供給契約は、別個に検討され、供給契約の有効性は、4条(a)によると、CISGによって規律されることはない。そして、裁判所は、買主に代金の支払義務があり、買主には、45条1項(b)による損害賠償の権利はないとした。

(3) 買主のための救済は、契約、取引慣行、当事者間の事務あるいは条約による債務の履行につき、売主が失敗したことを前提としている。付加的な義務、たとえば買主のために銀行保証を拡大する義務が履行されないときでも、買主は、救済をうける権利がある。売主の契約違反の範囲は、買主に救済の権利があるかを決定するには無関係である。もっとも、要件上、違反が重大な場合にだけ可能な救済もある。売主の不履行の理由も、79条5項の場合を除いて（損害賠償のみ免責）、一般には無関係である。45条1項は、売主の故意・過失を要件としていない<sup>36)</sup>。

売主の契約違反に対する責任が、売主の通知などの、他の要件に依存するときには（38条、39条、43条）、その付加的な条件の具備を要する<sup>37)</sup>。

---

36) UNCITRAL Digest, Article 45.3; Huber, S.2426.

37) UNCITRAL Digest, Article 45.4.

## 2 種々の救済方法

(1) 45条1項(a)は、売主による契約違反のさいに、買主の救済方法の概観を与え、46条から52条を示しているが、それは、宣言的・総論的なものであり、買主の具体的な救済の基礎は、個別の規定による必要がある。46条は履行請求権を、49条は契約解除権を、50条は代金減額請求権を規定している。47条は、買主による追完期間の付与を認める。この追完期間の付与は、他の救済方法の前提として意味がある。逆に、買主に対する拘束力をも定めている(47条2項)。48条は、売主の追完権を定めている。もっとも、正確な範囲には争いがある。51条と52条は、一部履行、超過の引渡または期限前の引渡を定めている<sup>38)</sup>。

45条1項(b)は、買主の損害賠償請求権の基礎となる。74条以下は、損害の算定と範囲を規定するにすぎない。45条2項から、買主は、1項(a)の救済方法とともに、損害賠償請求権を行使できることが明白にされている。買主のその他の権利は、71条から73条および85条以下から明らかとなる。救済は、CISGでは、原則として過失によらないとされている。これは、とくに損害賠償請求権についても同様である。もっとも、74条の予見可能性が必要である。

45条以下の救済方法のシステムは、61条以下と同様に、契約違反の要件を統一することにもとづいている。45条は、契約違反の種類によらず、義務違反を総体的に把握している。そして、30条、35条の主たる義務(交付と不適合のないこと)のほか、その他の付随義務をも包含している。

(2) 45条以下の救済方法では、原則として契約の解除や清算を避けている。清算は、費用と危険をもたらすからである。これらは、物が買主のもとにとどまり、その損失が清算以外の方法で、たとえば、損害賠償、追完、代金減額などによって行われるときには、避けられる。同様に、ドイツの新債務法323条1項は、追完請求権の優先を明文化している(なお、同437条参照)。

まず、49条の解除は、重大な契約違反があるときにのみ可能である(49条1項(a))。引渡がない場合は、この要件なしに解除の可能性が生じる(49条1項(b))

---

38) UNCITRAL Digest, Article 45.5; Schlechtriem, S.507f.; 2019, S.887; Huber, S.2426f.

が、追完期間の付与を前提とし、解除の可能性を制限している。契約の清算は、最後の手段であり、買主の利益は他の方法で（追完請求、損害賠償または減額）確保されるのである。46条2項と48条でも、同様である。

また、清算を回避しようとする傾向は、46条2項、3項の追完請求権においても、みられる。そこでは、代替品の請求は、重大な契約違反を要件としている（46条2項）。代替品の交付は、すでにした不適合な交付の部分的清算だからである。そこで、他の救済方法が十分でないときに、二次的にだけ与えられる。修補のような追完ではそうではない（46条3項）。48条の売主の追完権、51条2項の一部不履行のさいの解除にも、清算を回避しようとする配慮がみられる。

(3)(a) 個別の救済方法を概観すると、46条1項は、買主の履行請求権である。その1項は、一般的な履行請求権を規定している。2項と3項は、契約に不適合な交付のさいの代替品の請求と追完の規定である。いずれも、期間の付与を要する。代替品の請求権は、さらに、重大な契約違反を要件とする。部分的とはいえ清算の関係を生じるからである。これに対し、修繕のような追完の請求権は、重大な契約違反がなくても生じる。もっとも、合理性や期待可能性による制限はある。

(b) 解除権は、49条による。契約解除は、最後の手段として位置づけられている。主たる場合は、49条1項(a)であり、売主による重大な契約違反である。目的物が引渡されていない場合にも、解除の可能性がある（49条1項(b)）。買主は、47条により期間を付与し、それが効果のない場合にのみ契約を解除できる（49条2項）。

(c) 50条は、買主に、売主が契約に不適合な物を引渡した場合に、代金の減額を認めている。この減額権は、売主の追完権に劣後する（50条但書）。

(d) 売主による契約違反の場合に、損害をこうむった買主は、損害賠償を請求でき、45条1項(b)は、買主の損害賠償請求を定めている。買主は、不適合な物の引渡により生じた損害賠償も請求できる。また、買主は、売主が期日に引渡できないとあらかじめいうときの損害の賠償も請求できる（71条の履行期前の契約違反）。

多くの国内法のシステムとは異なり、損害賠償を請求する権利は、過失によらず、必要なのは、履行の客観的な失敗だけである。79条、80条の条件のもとでのみ、売主は、責任を免れる（次は、79条の免責が適用されないとされた例である）。

**46-9** ロシア連邦通商産業部の国際商事仲裁所、1995年3月16日仲裁 [Arbitration-Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, award No. 155/1994 of 16 March 1995] CLOUT case No. 140 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>

ロシアの売主Yとドイツの買主Xの間で、契約上の期間内に、一定の品質の化学製品を供給する契約が締結された。期間内に、物が買主に引渡されなかったため、Xは、契約に従い引渡すことを繰り返し求め、期限を延長する用意があることを告げた。1993年5月に、Xは、Yに対し、契約違反の結果、第三者から物を買ったと通知し、Xは、契約違反により、契約価格と第三者から買うことをよぎなくされた額の差額の損害賠償を求めた。Yは、引渡ができなかったのは、物を製造するプラントの緊急の製造停止が理由であり、不可抗力によるとして免責を主張した。

裁判所は、79条により、売主に供給する製造者の側の拒絶は、責任を免責する十分な理由とはならないとして、Yは、不履行責任を免責される事実の証明ができなかったとした。また、契約の締結にさいし、障害を考慮すべきこと、また障害を避けることが合理的に期待されないとはいえないとし、Yの責任を肯定した。74条から、契約額と代替の売買の額の差額を基礎として損害賠償の額を確定するとした。

(4) 45条において、履行の場所は、引渡や、文書の交付された最初の義務の場所である。そこで、最初の義務の場所を決定することが重要である。

### 3 売主の損害賠償請求権 (1 項(b))

(1) 45条1 項(b)は、売主に対する買主の損害賠償請求権の基礎となる。そこでいう 74 条～77条は、損害賠償額の算定のルールを述べるにすぎないから、損害賠償の基礎となるものではない<sup>39)</sup>。

損害賠償請求権は、売主が、契約上の義務または CISG の義務に違反したことを前提とする。義務には、53条の主義務だけではなく、付随義務の違反も含まれる。契約に不適合な物の引渡 (35条以下)、または権利の瑕疵 (41条以下)のある物の引渡が問題となる場合もある<sup>40)</sup>。

売主に契約違反につき帰責事由があることは必要ではない。CISGは、損害賠償につき保証責任の構成をとっている。しかし、損害賠償請求権には、免責事由もある (79条、80条)。一定の範囲では、47条2 項と48条2 項 (付加期間・追完期間の付与) によっても制限されている<sup>41)</sup>。損害賠償の請求には、45条のほかの要件もあるときには、その具備も必要である<sup>42)</sup>。

損害賠償の種類と範囲は、74条から77条に従う。

従来の裁判例でおもに問題となったのは、売主の義務の存在と範囲、あるいは損害額である。いずれも、他の条文 (30条～44条、74条～77条) により処理され、45条1 項(b)は、議論の前提として言及されるにとどまる<sup>43)</sup>。なお、45条1 項(b)に言及するものは多い<sup>44)</sup>。

---

39) UNCITRAL Digest, Article 45.8, Schlechtriem, S.510f.; 2019, S.891; Huber, S.2427f.

40) UNCITRAL Digest, Article 45.6.

41) UNCITRAL Digest, Article 45.7.

42) CLOUT case No. 364 ドイツ、ケルン地裁、1999年11月30日判決 [Landgericht Köln, Germany, 30 November 1999].

43) UNCITRAL Digest, Article 45.9.

44) CLOUT case No. 82 ドイツ、デュッセルドルフ高裁、1994年2月10日判決 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 10 February 1994]; CLOUT case No. 83 ドイツ、ミュンヘン高裁、1994年3月2日判決 [Oberlandesgericht München, Germany, 2 March 1994]; CLOUT case No. 168 ドイツ、ケルン高裁、1996年3月21日判決 [Oberlandesgericht Köln, Germany, 21 March 1996].

**45-3** ドイツ、デュッセルドルフ高裁、1994年2月10日判決 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 10 February 1994] CLOUT case No. 82 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g2.html>

ドイツの買主であるYは、イタリアの売主であるXによって引渡された織物が、契約で特定されたものと異なる色であるとして、代金の支払を拒否した。Xによる代金請求に対し、一審では、原告勝訴。

控訴審は、引渡された織物のいくつかが異なった色であったとしても、買い受けた目的に適合しており (35条2項(b))、契約不適合にあたらなかった。このような引渡は、部分的な不履行であり、46条から50条に記載された権利を買主が行使できるが、履行のために合理的な付加期間が設定されておらず、買主は、これを前提とする権利を行使することはできないとした (39条、47条2項、49条1項(b))。買主が請求できるのは、売主の契約違反に対する損害賠償請求権だけである。しかし、事案では、買主による損害賠償請求は行われていなかった。

**45-4** ドイツ、ミュンヘン高裁、1994年3月2日判決 [Oberlandesgericht München, Germany, 2 March 1994] CLOUT case No. 83 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940302g1.html>

スウェーデンの売主であるXは、ユーゴスラビアの会社に、ドイツの買主であるYの指図で、コークスを引渡した。Xは、代金を請求。買主は、コークスの質が悪いというユーゴの会社の苦情を理由にこれを拒絶した。

裁判所は、事案において、質の悪い商品の供給は、契約を解除し支払を拒否できるような重大な契約違反にはならないとした。また、買主は、引渡から4ヶ月後に解除の意思表示をしても、これは、49条2項の合理的な期間たりえず、いずれにしても、買主は、契約の解除をなしうる権利を有しないとされた。この場合に可能なのは、物の不適合による、買主の代金の減額請求だけである (35条、50条)。また、買主は、損害の証明ができず、45条1項により、損害賠償の請求もいれられなかった。裁判所は、買主に、代金と利息を支払うよう命じた (78条)。CISGは、利率を定めていないので、裁判所は、スウェーデン法に

従い、8%の利率を適用した。

(2) 他の請求権との関係(2項)

45条2項によれば、損害賠償請求権は、1項(a)の他の救済方法の行使によって妨げられないから、買主は、たとえば、履行と損害賠償または解除と損害賠償を主張することもできる。その場合に、過剰な賠償を認めないことは当然であるから、損害賠償は、当初の救済方法でえられないものに限られる。たとえば、付随の、あるいは遅滞の損害の賠償である<sup>45)</sup>。

#### 4 付加期間の否定(3項)と履行地

(1) 45条3項は、契約違反につき、売主に責任をおわせるときに、裁判所と仲裁裁判所が猶予期間を与えることはできないとする。この規定は、多くの法で認められている恩恵的な期間の付与(Gnadenfristen、たとえば、解除条件に関するフ民1184条3項、一部弁済に関する旧1244条、1244-1条など)をCISGがとらないことを示している。猶予の可能性は、手続法の問題であり、本来、CISGの範囲外と考えられるが、本規定は、明示にその可能性を排除したのである<sup>46)</sup>。しかし、当事者が、任意に履行期間を延ばし、猶予することは自由である。そこで、仲裁裁判所において、当事者の意思によって期間を付与することについては争いがある。

(2) 45条のもとで、履行の場所は、引渡、文書の交付の(最初の)義務の場所に従う。そこで、最初の義務の場所を決定することが重要である<sup>47)</sup>。

45-5 フランス、パリ高裁、1998年3月4日判決 [Cour d'appel, Paris, France,

---

45) UNCITRAL Digest, Article 45,10; Huber, S.2427.

46) Schlechtriem, S.512; 2019, S.893; Huber, S.2428.

47) UNCITRAL Digest, Article 45,12; CLOUT case No. 268 ドイツ、連邦裁判所、1996年12月11日判決 [Bundesgerichtshof, Germany, 11 December 1996]; CLOUT case No. 244 フランス、パリ高裁、1998年3月4日判決 [Cour d'appel, Paris, France, 4 March 1998]; CLOUT case No. 245 フランス・パリ高裁、1998年3月18日判決 [Cour d'appel, Paris, France, 18 March 1998].



4 March 1998] CLOUT case No. 244 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980304f1.html>

フランスの美容器具と化粧品の製造・販売者であるXは、イタリアの会社であるYに、クリーム製造のための機械を注文した。YからXに送られた書類では、Yの工場外で引渡すとされていた。機械に欠陥があったので、Yは、一定の代金調整のうえ、他の種類の機械と交換することを申し出た。この新しい機械も同じ問題を起こしたので、Xは、Yに対し、機械の不適合の修補と損害賠償を求め、パリ商事裁判所に提訴した。

売主は、ミラノ高裁に管轄があると抗弁したが、パリ商事裁判所はブリュッセル条約5条1項からこれを排斥。また、裁判所は、CISG 36条2項により、売主に適合の義務があるとした。これに対し、Yは、適合義務は、物の引渡の義務と関連した義務であり、後者は、当事者の合意によると、売主の営業地で履行されると主張する。

パリ高等裁判所は、原判決を破棄した。適合の義務は、35条の定義から、引渡の義務と無関係とみることはできず、いずれの債務も、同じ場所で履行されなければならないことから、イタリアの営業地であるとする。

## 5 時効

CISGは、時効を扱っていない。45条のもとで認められる権利の時効は、国内法により決定されるか、あるいは1974年、1980年修正の国連の国際売買における時効条約が適用されるかぎり、それによる<sup>48)</sup>。契約でドイツ法が適用されるときには、ドイツ法の時効規定が適用される。物の契約違反の請求権については、ド民438条が適用される。

## 6 挙証責任

45条のうち、挙証責任に関係するのは、45条1項(b)の損害賠償の部分だけである。なぜなら、条文の他の部分は、買主の具体的な権利を定めたものではな

---

48) UNCITRAL Digest, Article 45.13; Schlechtriem, S.513; 2019, S.894; Huber, S.2431.

いからである。損害賠償にさいし、買主は、売主の義務の存在を証明しなければならないが、義務違反や不履行につき証明する必要はない。義務の履行についての証明責任は、売主にある。79条によると、免責を証明するのは、売主の負担である。ただし、買主にも、受領後には契約違反の証明責任がある<sup>49)</sup>。

## 7 当事者の合意

45条以下の救済方法は、原則として、当事者の合意で変更できる(6条参照)。ただし、普通取引約款による変更では、内容的な有効性は、国内法の契約規定により検討される。ここでは、4条1文により CISG の適用範囲になることが問題ではなく、4条2文(a)により国内法のもとでの有効性が問題だからである。

## 8 不法行為、法律行為に関する国内法との関係

(1) 人的損害についての売主の責任には、CISGは適用されない(5条)。それには、国内法のみが適用され、競合問題は存在しない。

(2) 人的損害以外の損害、とくに物の損害については、5条の排除規定は適用されない。物の損害は、原則として CISG の損害賠償規定による(45条1項(b), 74条以下)。買主が、それとともに国内法による請求権を行使できるかについては、疑問がある。ここで、たとえば、ドイツの裁判例では、国内の不法行為法は、統一法と並んで適用されるとする。買主が CISG 上の義務を果たさないときには、国内法による不法行為上の請求が必要であるからであり、その場合に、国内の不法行為法への39条、43条(買主による通知)の類推適用は、否定される。こうした不法行為法の適用を肯定すると、国内法によって実質的な不統一が生じる可能性がある。

そこで、反対説は、CISGのカバーする損害については、国内の不法行為法の適用を否定する。契約の規範目的に包含されるか、とりわけ完全性利益の保護にかかわるかによることになろう。

(3) CISGの適用範囲においては、原則として、その救済方法が国内法の救

---

49) UNCITRAL Digest, Article 45, 14; Huber, S.2432.

済方法にもどることはない。買主の救済方法に影響するのは、意思表示法との競合関係である。国内法による錯誤、詐欺、契約締結上の過失の主張が、CISGにより排除されるか問題となる。CISGは、契約の成立にはかわらないから、原則として、これらは排除されない。不法行為と同じく契約の規範目的による判断が必要となる。

### Ⅲ 現実的履行の強制

#### A 現実の履行と裁判

ウィーン売買法では、条約である関係上、履行の請求については、特殊な制約がある。大陸法では、本来的な契約の履行は、契約上の救済の通常の方途であるが、英米法では、損害賠償が基本となり、特定履行は例外の方途にすぎないからである。

##### 第28条【現実の履行を命ずる裁判】

当事者の一方がこの条約に基づいて相手方の義務の履行を請求することができる場合であっても、裁判所は、この条約が規律しない類似の売買契約について自国の法に基づいて同様の裁判をするであろうときを除くほか、現実の履行を命ずる裁判をする義務を負わない。

#### 1 概説

(1) 28条は、契約の特定履行を請求する当事者の契約上の権利に関する異なった法体系間の妥協を目的としている。大陸法では、現実の履行は債権者に契約上当然に認められる権利である。そこで、債権者は、給付義務の不履行のさいに、大陸法のモデルに従って履行を請求することができる。他方で、モンローの体系では、現実の履行は、裁判官の裁量に任される事項であり、債権者には、原則として損害賠償請求権のみが与えられる。履行請求権は、特定履行 (specific performance) の形式の救済として、あるいは代金請求 (action for the price) として、例外的に生じるだけである。

この二者の法体系の妥協を図るために、28条によれば、裁判所は、同種の売

買契約において自国法を適用する場合にも同様であるときでなければ、特定履行の判決を拒絶することができる。つまり、国内法において、同種の売買契約でそうでないならば、裁判所は、裁量によって特定履行を認めなくてもよいのである<sup>50)</sup>。

なお、大陸法において、本来的な履行の強制が前提というのは、ドイツ法をモデルとしている(241条1項)。オリジナルのフランス民法典でも、履行の強制方法は必ずしも十分ではなく、判例法によるアストラント(*astreinte*, おもに過怠金の支払による強制)の形成が必要であった。旧民法はこれを反映して、財産編382条は、直接履行の訴権を383条の損害賠償の訴権と対応させて、債権者の請求と債務者の身体を拘束しない限りで、「裁判所ハ其直接履行ヲ命スルコトヲ要ス」ことを認めた(382条1項。2項は有体物の直接強制)。

また、法典の記載のレベルでは、わが民法にも、物権的請求権については明文規定がない(ド民985条、1004条、1005条。日本法では、206条から演繹するにすぎない)。当事者の請求を不法行為によるものとし限定して否定した判例としては、大判明37・12・19民録10輯1641頁があるが、不法行為の722条1項の解釈が中心である。もっとも、物権的請求権の存在を前提として、消滅時効にかからないという判例は多い(大判大5・6・23民録22輯1161頁、大判大11・8・21民集1巻493頁など)。

414条も、我妻理論以降(我妻栄「作為又は不作為を目的とする債権の強制執行－民法第414条、民訴第733・4条の沿革－」民法研究V・1968年所収)、民訴法的な規定と位置づけられ、とくに、2017年改正後は、実体法規定は、2項だけとされている(旧4項)。しかし、すべてを手続法に委ねるのではなく、実体法規定として、ド民241条1項のような規定は、論理的に必要であろう。

---

50) UNCITRAL Digest[The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods], Article 28,1,2; Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG-, 2004, S.337f.; 2019, S.640f.; Münchener Kommentar(Gruber), 2004, S.2310.甲斐ほか・注釈国際統一売買法(前注34)214頁(梶山玉香)。

(2) 28条の定める履行請求権の制限は、実務的にそう大きな意味があるわけではない。動産の国際取引において、買主にとっても、履行請求権の貫徹につき経済的利益がある場合は、あまり多くはないからである。大陸法においても、損害賠償がより簡易な方法として選択されることは多い。しかし、物が市場にないとき、あっても著しく高いときや、追完請求権が問題になっているとき(追完、代替給付)、あるいは他の方法では、経済的損害を補償されないときなどに意味がある。これらの場合に、履行請求権は、少なくともコモンローと同じ程度には必要となる。

そして、コモンローにおいても、当事者が合意した場合、商品が裁判所の評価によれば特徴があり代替できないとされる場合、あるいはその他の正当な事由がある場合には、履行請求に意味がある。たとえば、UCC 2 - 716 条によると、債権者は、履行を請求できる(イギリス動産売買法典52条 1項をも参照)。こうして、結果的には、体系間の相違は、そう大きなものとはならないのである。こうした履行請求権の制限の先例としては、ハーグ条約16条がある。

## 2 適用の要件

(1) 「特定履行」に相当する現実の履行の請求は、当事者が相手方に対し契約上の義務をそのまま履行するように請求することをいう。たとえば、売主が契約で約したような質と量の商品を引渡すように、買主が請求することである。

まず、買主の履行請求権では、物の交付の請求権(31条)、文書の交付(34条)、所有権の移転(30条)、契約に適合しない物の交付のさいの代替品の交付および追完(46条)、その他売買契約で引き受けた給付義務の履行(物の据えつけ、銀行保証をたてることなど)の請求権がある。

ついで、28条は、売主の履行請求権にも適用される。売買代金支払の請求権(53条)、受領(53条、60条)、契約で引き受けた他の義務の履行請求権である。しかし、28条には、契約が解消された場合の返還請求権は含まれない(たとえば、代金の返還、または物の返還(81条2項))。これは、契約の履行に向けられたものではないからである。代金支払の請求権は、英米法では、特定履行に包含されないが、CISGのもとで、売主の履行請求を包含しないとする理由は

ない<sup>51)</sup>。

(2) 28条は、45条3項と61条3項とは異なり、国家の裁判所のみを前提としている。その規定が、仲裁裁判所に類推適用されるかについては、争いの余地がある。これを肯定すると、裁判所は、CISGで保護された履行請求権を「自国の法に基づいて同様の裁判をするであろう」ように判断しなければならない。基準となるのは、法廷国の法だけであり、抵触法による法は排除される。同様に、仲裁裁判所に特定履行の訴訟をおこしたときにも、仲裁裁判所の「自国の法」は、仲裁裁判所の住所によって決まる法である。

(3) どの範囲で、履行強制についての国内的な制限が行われるかについても争いの余地がある。これは、コモンロー裁判所の特質を考慮する28条の目的によって判断される。履行請求権が、国内法においても拒絶される場合は、28条の対象外である。たとえば、給付義務が不能のために認められない場合である。28条は、債務者の履行義務の存在を前提としているからである。

28条は、裁判所に、特定の要件のもとで、CISGによって与えられた履行請求権を否定することを認めるだけであり、CISGにより与えられた履行請求権を超えることを認めるものではない。たとえば、CISGによれば、買主に、46条2項によって代替品の交付請求権が否定されるときには、国内法によれば可能な場合でも、後者のようにはされない。

(4) 裁判所が、債務者に特定の履行を命じるのは、自国の法によって「類似の売買契約」においてそうである場合である。目的物、履行地、履行時、その他の義務の内容が当該の場合に対応する国内法のもとの売買契約が比較される必要がある。

### 3 効果

(1) 28条の要件が満たされるときには、たとえば46条、62条による履行請求権があっても、裁判所は、特定履行の判決をする必要はない。もっとも、この効果は、訴訟的な貫徹が阻止されるだけであり、履行請求権それ自体は、存

---

51) Schlechtriem, S.340f.; 2019, S.644f.; Gruber, (前注50)) S.2311.

在する。そこで、債権者は、契約に違反した債務者に対して、49条ないし64条の要件があれば、契約の解除あるいは不履行による損害賠償を請求することができる。履行訴訟の排除は、契約の破棄を意味するわけではなく、単純に履行請求権が損害賠償請求権に代わることでない。追完の権利も保持されたままである(48条)。

裁判所は、28条によって、履行請求権を棄却できるが、自国の法によると可能な場合であれば、必ずしも棄却しなくてもよい。その行使は、裁量に委ねられている<sup>52)</sup>。

(2) 6条にかかわらず、28条の強行性は疑問である。当事者が、履行請求権の訴求可能性を契約において引き受けることを否定する理由はないからである<sup>53)</sup>。たとえば、長期の交付契約などである。同じ結果は、当事者が、履行請求の可能な裁判権を選択することによっても達成できる。そこで、当事者があえて特定履行の合意をしたときには、判決裁判所の自国の法に関するものとされる。28条は、国内の裁判所の権能にのみ関しており、私的自治を制限するわけではない。

#### 4 判例

28条に関してはあまり判例がない。1件のみであるが、コモンロー国の原告が特定履行を求め、コモンローの裁判所がこれを認めたことから興味深い。このケースでは、裁判所は、条約が当事者に特定履行を請求することを認めるときには、28条は、同様のケースで自国の法でこのような救済の可能性があるとするを認めている、とするものである。国内法が、そのケースで同様に特定履行を認めるなら、CISGの上で問題はない。しかし、国内法が、特定履行を認めないなら、他の救済、通常は損害賠償が認められる。28条は、積極的に特定履行の権利を与えるものではなく、裁判所が国内法の解決に拘束されないとしているにすぎない<sup>54)</sup>。

---

52) Schlechtriem, S.345; 2019, S.649; Gruber, S.2314.

53) ドイツの通説は強行性を否定, Schlechtriem, S.354f.; 2019, S.675f.

**28-1** アメリカ、イリノイ地方裁判所、1999年12月7日判決 (Federal District Court, Northern District of Illinois, United States, 7 December 1999) Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH; CLOUT case No. 417 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>

イリノイ州の鉄鋼卸売業者であるXは、ドイツに本社がありイリノイにオフィスのある鉄鋼商Yと、買主の仕様によりウクライナで生産される鉄鋼を買う交渉をした。Xの申込をうけて、Yは、注文確認証に一般取引条件を付加した。これは、船積み条件や紛争解決、法の選択に関し、Xの通常用いる取引条件とは異なっていた。おもにYの主導によって当事者は契約に合意し、Yを受益者とする信用状を整えた。各当事者とも変更を試みたが、変更の合意はできなかった。そこで、Yは、信用状が修正されなければ、履行する「義務があるとは考えない」、「目的物をよそに売る」旨を述べた。そこで、Xは、信用状をキャンセルし、Yも、鉄鋼を他の買主に売ろうとした。Xは、Yに対し、(1) 契約の期限前の違反を理由として損害賠償を請求し、また、(2) Yに鉄鋼をXに引渡すように請求する訴訟を提起した。Yは、請求を棄却するよう主張した。

裁判所は、契約が成立し、Xが履行の準備をしたことを認め、Yによる履行期前の違反があり、Xがその違反により損害をうけているとして、Xの申立が正当であるとした。また、裁判所は、46条1項と国内法(UCC)のもとで、特定履行を命じるのに正当な状況があり、Xの請求は、28条の効力により適切であるものとした。

## B 買主の履行請求権

### 第46条 【履行を求める権利】

(1) 買主は、売主に対してその義務の履行を請求することができる。ただし、買主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りでない。

---

54) UNCITRAL Digest, Article 28.3.事例が少ないことは、現実的な履行に意味のある場合もあるが、多くは、これによらない解決(損害賠償や解除)が実際的であるということである。



(2) 買主は、物品が契約に適合しない場合には、代替品の引渡しを請求することができる。ただし、その不適合が重大な契約違反となり、かつ、その請求を第39条に規定する通知の際に又はその後の合理的な期間内に行う場合に限る。

(3) 買主は、物品が契約に適合しない場合には、すべての状況に照らして不合理であるときを除くほか、売主に対し、その不適合を修補によって追完することを請求することができる。その請求は、第39条に規定する通知の際に又はその後の合理的な期間内に行わなければならない。

## 1 概説

(1) 46条は、買主の履行請求権について規定している。1項は、買主が、売主に義務の履行を請求できることを定めた原則的な規定である。2項と3項は、契約に適合しない物の交付による売主の契約違反についての付加的な規定である。1項は、原則規定であるとともに、同時に履行請求のための、権利の根拠規定でもある。2項と3項は、代替品の請求と不適合物の修補など追完を扱っている。2項と3項が、これらの特定の救済の可能性と制限をいうのに対し、1項は、履行請求を求める他のすべての場合に適用される。

2項、3項は、売主が契約に適合しない物を交付したさいの履行請求権の特則である。そして、代替品の交付(2項)と修補(3項)の請求を区別している。つまり、代替品の請求や修理の請求権は、履行請求権の一類型と位置づけられる。この2つの請求権には、時間的な制限がある。また、代替品の交付の請求権は、重大な契約違反を必要とするが、修補の追完請求権はそうではない。これは、売主にとって期待しえないものではないからである。2項、3項の請求権も、1項の要件があるときのみ認められる<sup>55)</sup>。

(2) 46条の規定により、買主に特定履行の請求権のあること、すなわち売主

---

55) UNCITRAL Digest, Article 46,1; Schlechtriem/Schwenzer, S.517f.; 2019, S.899f.; Münchener Kommentar (Huber), 2004, S.2433. 甲斐ほか・注釈国際統一売買法(前注34) 347頁(松井和彦)。

から金銭賠償をもって抗弁とされないことが明確にされている。コモンローでは特定履行は制限されているから、46条では、大陸法の権利が基本的に承認されていることを意味する。この場合に、履行を請求する権利は、28条の特定履行の制限に従う。そこで、裁判所は、国内法のもとで、このような救済が認められない場合には、特定履行を認める義務はない。そうした場合に、特定履行を認めない法廷地の裁判所は、損害賠償のみを認めることができる。特定履行が裁判上貫かれるのは、裁判所が、国内法でも売主に特定履行を命じうる場合だけである。

履行請求権は、売主の給付義務の論理的帰結としてではなく、売主の契約違反に対する、買主の可能性の1つと位置づけられる。

(3) 46条から52条にいう救済のリストの中で、履行の権利が第1順位であることは、CISGのもとでも、契約上の義務が可能なき限り実現されることを意味している。他方、契約の破棄は、重大な違反がされ、契約の存続ができないときの最後の手段となる。買主が契約違反をしたときにも、同様の関係がある(62条の履行請求権と64条の解除権<sup>56)</sup>)。

**46-1** オーストリア、最高裁判所、2000年9月7日判決(BGH, 7 September 2000, [http://www.cisg.at/8\\_2200v.htm](http://www.cisg.at/8_2200v.htm).)。

オーストリアのYは、ドイツのXとの間で継続的に墓石を買い受ける取引をしていた。Yは、そのさいに書面または電話で注文しており、これに対するXからの確認の書式は、売買条件の裏側に印刷されていた。Yが受領した売買条件の5条には、目的物を受領後に遅滞なく検査し、すみやかに苦情を申し立てること、苦情があっても代金の支払を留保できないなど、売主に有利な普通取引約款が定められていた。1992年に行われた2つの墓石の売買が争点であり、引渡から、2、3か月後に白い石目がでたことから、隠れた瑕疵の存在が問題となった。Xの代金請求に対し、Yは、普通取引約款の無効、瑕疵担保、解除などを主張した。Xは、当該普通取引約款のもとでは、Yにはこれらの権利が

---

56) UNCITRAL Digest, Article 46.3.

ないこと、減額請求のみが問題となると主張。論点の1つは、CISGの適用であり、その4条によれば、契約の有効性について、CISGは規定していないとする。普通取引約款の有効性の判断は各国法によることになる。一審、二審ともXの請求認容。ただし、ドイツのAGB法の解釈につき、最高裁の判例がないことから、上告は可能とされた。

裁判所は、瑕疵にかかわらず、Yに代金支払義務のあることを肯定した。合意された普通取引約款の解釈のもとで、代金の留保権の有効性に関するドイツの判例・学説を考慮すると、まず買主が先に代金を支払う義務を払い、ついで修補や交換の権利が生じるとする。そして、代金が、合意されたように支払われ、修補も交換もされないときに初めて、買主は、契約を解除できるか、またどのような要件のもとで、これがされるか、代金減額請求権のみがあるのか、との問題が生じるにすぎないとされた。上告中、遅延利息の利率に関する部分のみが認容された。

(4) 履行請求の意義の重要性にもかかわらず、履行を請求する権利は、多くの判例では、ほとんど論点とはなっていない(28条をも参照)。実務では、他の救済、おもに損害賠償請求が利用されるからである。代替物が対象となることの多い国際売買の特質を反映したものである<sup>57)</sup>。

## 2 一般の履行請求権の要件 (1項)

(1) 46条1項は、2つの機能を有する。この規定は、履行請求権の原則的な承認の規定であるとともに、売主による物の交付がない場合について、買主の履行請求のための具体的な根拠となる。これに対し、契約不適合な物が交付された場合には、買主は、1項の履行請求権ではなく、46条2項、3項の代替品の交付あるいは修補の請求権を有する。これらの場合にも、1項の他の要件のあることが必要である。1項の規定が、買主の履行請求権の一般的な基礎となっているからである<sup>58)</sup>。

---

57) UNCITRAL Digest, Article 46.4.

1 項と、2 項、3 項の特則の区別は、契約に適合したかによらず売主が交付をしたかどうかにある。

(a) 契約への適合の要件と効果は、35条以下に定められている。目的物は、契約あるいは 35 条2 項の基準に従わなければならない。別物 (aliud) の交付も「契約に不適合」な交付となる。

(b) 数量の不足は、46条2 項、3 項の対象ではない。売主が、契約で負担したよりも少ない量の交付をしたときには、35条1 項によれば契約に不適合な給付となる。これは、46条2 項、3 項の場合にもあたるように見えるが、51条の規定も考慮する必要がある。すなわち、不足している部分については、46条以下が適用されるとされ、不足していることは、たんなる不履行となり、契約に不適合な交付とはならない。この場合には、46条1 項が適用される (交付のない場合の規定)。履行請求権としては、残部の交付の請求権のみを考えればたりるからである。清算されるべき既履行の給付はないから、それ以外の契約違反があって初めて、46条2 項が適用される。

不足が一部不履行になるといえるのは、給付が可分で、その一部が給付されない場合である (たとえば、10個の商品の代わりに8 個を交付した)。しかし、給付が不可分な場合には、もっと重大な契約違反となり (既履行の給付が無意味になる可能性)、46条2 項、3 項が適用される可能性がある。

(c) 権利の瑕疵があったときにも (41条以下の第三者の権利)、46条2 項、3 項の適用があるかについては、争いの余地がある。第三者の権利の対象となる物の交付は、給付としてほとんど無意味なことからすると、これを否定し、権利の瑕疵は、もっぱら46条1 項により判断される。法は、契約適合性と第三者の権利の問題を体系的に区別している (3 部2 章2 節。「契約適合性」が35条から40条。第三者の権利は 41 条から43条)。また、46条2 項、3 項は、39条 (ひいては、35条以下) の規定のみを指し、43条の権利の瑕疵の規定を指していないからである。

(2) 一般的な履行請求権の要件は、債務があるが履行されていないことであ

---

58) Schrechtriem, S.518f.; Huber, S.2435.

る。さらに、買主が、履行を請求しなければならない<sup>59)</sup>。

(a) 売主による義務の不履行を前提とする。不履行の対象は、売主の義務である。2 項、3 項との関係から、契約不適合な物の交付は、履行請求権の範囲ではない。たとえば、売主が物を履行期に交付しない場合、所有権を移転しない場合(30条、33条)、履行地で交付しない場合(31条)、義務があるのに物品に関する書類を交付しない場合(34条)には、履行を請求することができる。売主が約束した銀行保証をとりつけること、あるいは排他的な売買義務を守るように求めることができる<sup>60)</sup>。

もっとも、裁判例では、買主は損害賠償や解除など他の救済方法を求めることが多い。

**46-2** ドイツ、フランクフルト地裁(ドイツの地裁は、ラント裁判所を指している)、1991年9月17日判決 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Germany, 17 September 1991] CLOUT case No. 2 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/>

イタリアの製造業者Yは、ドイツの買主Xから与えられた指示に従い、130足のくつを専属的に製造する契約をした。しかし、Yは、Xのライセンスをうけたマークをつけたくつを貿易見本市に出展し、取り下げを拒否したので、Xは、取引を拒否し、価値の喪失を理由としてサンプルの130足のくつに対する支払を行わなかった。

裁判所は、ドイツの国際私法によって、イタリア法から CISG を適用した。そして、CISG 3条1項により、本契約を売買契約と認めた。そして、専属性に関するYの付随義務の違反が契約の目的を危険にし、25条によって契約の重大な違反となったとして、Xが適時に契約の解除の意思表示をしたものとした。

46条1項には、41条以下の権利の瑕疵がある物の交付のさいに生じる履行請

---

59) UNCITRAL Digest, Article 46.5, 6.

60) UNCITRAL Digest, Article 46.7.

求権も入る。43条は、通知義務の懈怠による失権を定めている。過少な交付は、一部給付となり、履行請求権を発生させる。また、商慣行や信義則によって、その他の履行義務が生じることもある（販売上の義務や通知義務など）。

(b) 履行請求できなくなるのは、買主が、履行請求と両立しない救済手段（たとえば、解除、代金減額請求権）を行使したときである。この除外は、46条の履行請求権のすべてにあてはまり、たんに1項の一般的な履行請求権にとどまらず、2項の修補、3項の追完のいずれについてもいえる<sup>61)</sup>。

救済方法が両立するかどうかは、当該の救済のもたらす利益に従って考慮する必要がある。買主の履行請求権は、完全な給付に向いているから、解除、減額請求や履行に代わる損害賠償とは一致しない。これらは、買主の履行利益が、もはや満足されない（解除、減額）か、他の方法で満足される（履行に代わる損害賠償）ことを意味するからである（前述 I 3(3)の議論参照）。

履行請求権と両立する救済方法であれば、買主は、46条1項の履行請求とともになしうる。たとえば、遅滞の損害に対する損害賠償の請求である。

履行請求と両立しない救済の主張によって、履行請求権が排除される時期も問題となる。当該の救済方法が正当に主張されれば、履行請求権は、もはや他の救済方法とともに請求することはできない。これに対し、他の救済方法の主張が正当に行われなければ、履行請求は、なお可能である。もっとも、売主が、他の救済方法に同意してしまえば排除される。当事者の契約関係は、同意によって変更され、履行請求権は排除されるからである。

契約の解消の場合に、履行請求権は、81条1項1文により排除されている。しかし、減額請求と損害賠償については、明確ではないから、売主が買主の請求に同意したかにより、売主が同意しないかぎり、買主は、履行請求にもどることもできる。

逆に、買主が、一度履行を請求しても、他の救済を求めることは可能である。たとえば、まず履行請求権を主張し、解除の要件を具備すれば、ついで契約を解除することである。ただし、買主が履行のために付加期間を付与したときに

---

61) UNCITRAL Digest, Article 46.9; Huber, S.2436.

は、買主は、その期間内は 47 条の損害賠償（遅滞の損害賠償）のほか、他の救済を請求することはできない。みずからも拘束されるからである。このような変更の制限は、47条2 項（自分の期間設定による買主の拘束）と、48条2 項（追完の提供の受領による買主の拘束）のほか、信義則（7 条1 項）によっても生じる。たとえば、売主が買主の履行請求に従い、すでに相当の出費をしたときである。

(c) 履行請求権は、28条の制限のもとにある。また、80条によれば、相手方の不履行が、自分の作為または不作為によって生じた場合には、相手方の不履行を援用することはできない。

(d) 79条の免責規定が履行請求権に適用されるかには、疑問の余地がある。79条5 項が、79条の規定は、当事者に、損害賠償請求権以外の主張をすることを妨げないということから、法の文言は、履行請求権への適用に消極的なようにもみえる（この場合には、免責なし）。しかし、履行請求権への79条の拡大（免責）が必要な場合もある。79条の構造からすると、売主が義務づけられないような障害があるときに履行請求権を与えることは、そもそも矛盾である。79条で売主が免責されるのに、その義務の履行を買主が請求できるとするのはおかしい。この場合には、79条を履行請求権に適用する方途と、法の欠缺として、7 条2 項を経由する方途がありうる。

(e) 給付の不能の位置づけも、必ずしも明確ではない。不能にさいして、履行請求権を制限するには、国内法が適用されるとの見解がある（たとえば、不能による免責を定めるド民旧275 条）。他の見解では、79条が履行請求権にも適用されるとして、売主は、給付障害の克服が不相当ないし期待できない場合に免責されるとする。あるいは、79条を適用しなくても、売主が履行できず、買主が容易に履行の他の方法をえられるときには、売主は、信義則上（7 条1 項）給付義務を免れるとする（(d)に準じて7 条2 項の可能性もある）<sup>62)</sup>。

一時的不能の場合にも、給付障害の存在する間、履行請求権は、一時的に停

---

62) UNCITRAL Digest, Article 46.8 の解説によれば、特定物が売買され、滅失した場合には、買主の履行請求権は消滅する。Huber, S.2437.

止する。もっとも、これに対しては、47条によって期間を付与する可能性がある。

(f) 一般的な履行請求権には、特別な期間の制限はない。そこで、時効に服するだけである。これは、46条2項、3項の通知の要件とは対照的である。しかし、46条1項でも、買主が、契約上の義務の履行を請求するとの意思表示は必要である<sup>63)</sup>。

**46-3** ドイツ、マインツ地裁 1998年11月26日判決 [Landgericht Mainz, Germany, 26 November 1998] CLOUT case No. 346 . <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981126g1.html>

売買契約にもとづき、スウェーデンの売主がドイツの買主にシリンダーを引渡した。売買代金には、代金のほか、輸送費、設置、保険などが包含される契約であった。買主が欠陥を主張し、さらに、2年以上たってから、損害賠償を請求した。

裁判所は、シリンダーの引渡以外の債務は付随的なものであるとして、当該契約は CISG 3 条2 項に相当せず、売買契約であるとした。そして、期間制限に関しては、ドイツ法が適用されるとした。買主が欠陥の通知をした時から時効が進行し、ドイツ法によれば、その時効期間は、6 カ月であるから、期間を経過しているとした。そして、このルールは、CISG 45 条のもとで買主に認められる救済すべて、すなわち損害賠償、代替品の引渡 (46条2 項)、修補 (46 条3 項) に適用されるものとした。

また、7 条1 項の信義則から権利が失効する可能性もある。失効(Verwirkung)は、買主が、長期間履行を請求せずに、買主はもう履行を請求しないであろうと、売主が信頼したときにも考えられる。

(3) 買主は、履行を「請求」しなければならない。これは、債務が履行されることの明確な要求をいう。明確でない要求とは、たとえば、物が、契約期日

---

63) UNCITRAL Digest, Article 46.10.



である7月1日に引渡されなかったので、買主が売主に、「約束日の7月1日に引渡さなかったことは、そう重要ではないが、7月15日までは物を必要としている」と書いた。そこで、売主が、物を7月15日に引渡したというものである。あいまいな記載であり、履行の請求とも引渡期日の猶予ともとれる場合である。

46条2項と3項では、通知が合理的な時間内に与えられなければならない。買主は、47条に従い、付加的な履行の期間をおく権利を有する。

(4) 買主は、契約の締結とその内容について、売主の義務の存在を証明する必要があるが、義務違反や売主の不履行を証明する必要はない。義務の履行の証明は、売主の負担である。売主は、買主が両立しない救済方法を主張したとの抗弁(1項前段)をも証明しなければならない。不能の存在、80条の免責事由についても同様である。

### 3 一般的履行請求権の効果

(1) 46条1項の請求権は、契約で義務づけられた債務の履行を目的とする。種類債務では種類物の交付、特定物債務では特定物の交付の義務があり、権利の瑕疵では、売主は、第三者の権利を除去する義務を負担する。2項、3項のような特別要件は不要である。履行のためのコストは、売主が負担する。

売主が履行する方法は、同人に委ねられている。もっとも、売主の救済方法が買主にとって不合理な遅滞や不利益を生じるときには、制限される(48条1項1文参照)。

(2) 1項の一般的な履行請求権は、買主が(あらかじめまたは同時に)両立しない救済方法を行行使したときには、主張できない(46条1項2文)。両立しないとは、たとえば、解除、減額および不履行を理由とする損害賠償である(前述2(2)(b)参照)。

### 4 代替品の交付の請求権(46条2項)

(1) 46条2項は、売主が契約に適合しない物を交付した場合に、代替の交付を求める買主の請求権を定めている。この請求権は、契約に適合しない物の返

還と契約に適合した物の新たな交付に関する。そして、46条2項は、重大な契約違反と期間の付与を請求の要件としている。

代替品の請求が重大な契約不適合と結合しているのは、代替品の交付が売主にとって、修補よりも重大な負担となるからである。代替品の交付では、最初の給付の返還のコストやリスクも生じる<sup>64)</sup>。

46条2項は、契約の清算をできるだけ避けることを意図している。とりわけ重要なのは、49条1項による解除を制限することである。もっとも、代替品の交付にも、解除と類似の関係がある。当初の物に関しては解除と同じになるからである。そこで、解除と同様に、期間の要件がおかれているのである。解除と代替品の交付の平行な関係は、82条1項の規定にもみられ、そこでは、解除のさいの返還の不能にさいして、解除権も代替品の交付の請求もできなくなるとしている。

(2) 代替品の交付の請求権は、2項の特則に従うだけではなく、1項に規定する履行請求権の一般要件にも従わなければならない。46条2項は、(a)売主が不適合な物を引渡したこと、(b)不適合が、契約の重大な違反となること、また(c)買主が合理的な期間内に代替品を請求したことを前提とする。これらの要件が満たされれば、買主は、代替品の引渡を請求することができる。

(a) 代替品の交付の請求権は、売主がすでに交付をしたが、交付された物が契約に適合していない場合である。物の不適合とは、不適合物、異種物、包装の欠陥、質の不足するものの交付に関する(35条)。35条以下には、物品の適合性に関する規定があり、とくに重要なのは、検査と通知の規定(38～40条)と35条3項(不適合についての買主の悪意)である<sup>65)</sup>。

(b) 代替品の請求は、重大な契約違反の場合にだけ主張できる。重大な契約違反については、25条が重大な契約違反の内容を定めている。物の不適合による重大な違反は、欠陥のある物の交付によって、買主が契約で期待できるも

64) UNCITRAL Digest, Article 46.11; Schrechtriem, S.520f.; Huber, S.2438f. もちろん目的物によっては、代替品の交付の方が容易な場合も多い。とりわけ電子部品などは、実質的に修補はできず、部品交換が容易である。

65) UNCITRAL Digest, Article 46.12.

のを失うときに認められる(25条)。46条に関しては、以下の問題がある。代替品の交付によって不適合性が除去され、違反の本質性が排除されるとすれば、それは、契約を維持しがたい重大な欠陥とはならない。このことと、違反の重大性を求める46条2項との調和が問題である。

ここで、46条2項の重大な違反は、49条1項の重大な契約違反とは異なるとする解決がありうる。解除が問題のときには、給付が否定されるが、代替品の交付請求が問題の場合には、なお給付が行われるとするものである。この解釈は、重大な契約違反が、請求権ごとに、異なることを意味する。この解釈は、法が、25条で、一義的な概念規定を設けた趣旨に反する。

そこで、46条2項を「契約違反が、代替品の交付なしには、重大な契約違反となるとき」のものと理解し、46条2項は、代替品の交付がないことを仮定した重大性をいうとする方途がある。それによれば、契約違反が、代替品の交付のないときで、重大な違反となる場合には、買主は、代替品の交付を請求できる。すなわち、本質性の理解は、49条の場合と異ならない(Huber, S.2440)。こうして、46条2項の重大な違反が、49条と同じ方法で決定されるとすると、品質に関する不適合は、買主が不合理な不利益なしに使用でき、リポートつきで転売できるかぎり、重大な違反とはならない<sup>66)</sup>。

**46-4** ドイツ、連邦裁判所、1996年4月3日判決 [Bundesgerichtshof, Germany, 3 April 1996] CLOUT case No. 171 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>

オランダの原告Xは、コバルトの硫酸塩の4つの塊を、ドイツの会社の買主Yに売却した。目的物はイギリスの原産とされ、Xは、原産と質の証明を出すこととされた。文書の受領後、買主Yは、コバルトの硫酸塩は、南アフリカ産であり、原産の証明が誤りであり、また品質も合意したものよりも劣るとして、契約を解除した。ドイツの最高裁は、解除の理由がないとして、Xの勝訴とした。

---

66) UNCITRAL Digest, Article 46.13.

裁判所によれば、解除の意思表示は、49条1項(b)にもとづくことはできなかった。なぜなら、Xは、引渡をしたからである。契約に不適合な物の引渡は、質が悪いことでも、原産が異なっていたことでも、引渡さないことにはならない。

また、裁判所は、契約の重大な違反はないとした。買主Yが、南アフリカ産のコバルトの硫酸塩による売買不適合の立証ができず(49条1項(a))、買主が、契約で期待できることを本質的に喪失したと示すことができなかつたからである。

最後に、裁判所は、誤った原産と質の証明書の引渡は、契約の重大な違反にはならないとした。買主は、他から文書をえることができるからである。そこで、買主Yは、58条により支払を拒絶することができるにとどまる。

また、たとえば、脂肪と水分が多く、専門家の意見によると、契約した品質よりも価値で25.5%劣る冷凍肉の交付でも、契約の重大な違反とはならない。なぜなら、買主に、低価で転売・加工する機会があるからである。しかし、これも買主の特性によるものであろう。

**46-5** スイス、最高裁、1998年10月28日判決 [Schweizerisches Bundesgericht, Switzerland, 28 October 1998] CLOUT case No. 248 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>

ドイツの売主Xは、スイスの買主Yに、エジプトとヨルダン向けの船で、冷凍肉を引渡した。買主は、目的物の欠陥を主張し、代金の支払を拒否した。1審、原審で、売主勝訴。買主が上訴した。争点は、買主の契約解除権、損害賠償請求権である。また買主に、顧客の損害から生じる損害の賠償請求の権利があるかである。売主の違反の結果、顧客が損害をうけ買主も損害をうけたからである。

裁判所は、合意されたものと引渡されたものの質的な差は、買主が契約を解除するに十分ではなかつたとした。専門家によれば、脂肪と水分が多すぎて価値が劣り、25.5%の減価があるが、CISGでは、契約の解除は、例外的救済であり、重大な違反を必要とする。しかし、買主は、他の利用や転売が可能だからである。買主は、25.5%の減価を主張すればたりる。

損害賠償の点については、買主が卸売業者であり、期間内に履行する義務をおっていることから、買主の顧客の損失は予見可能であるとした。このようなリスクの引受について特別な合意も必要でないことから(74条)、裁判所は、買主には損害賠償の権利があるとし、原判決を破毀差戻した。

逆に、不適合な物が、合理的な努力では使用したり転売できないときには、重大な違反となる<sup>67)</sup>。

物に重大な欠陥があつて幾分か使えるにすぎない(たとえば、夏の間中咲くはずの花が、わずかしか咲かなかったという)場合の種子の売買でも同じである<sup>68)</sup>。あるいは物が重大な欠陥をもち、それを利用するには製造のために買主に特別な技術が必要とされる場合である<sup>69)</sup>。

付加された物質から不適合が生じ、その付加が売主と買主のどちらの国でも不法であるときも同じである<sup>70)</sup>。

67) CLOUT case No. 150 フランス破棄院、1996年1月23日判決 [Cour de Cassation, France, 23 January 1996] イタリアワインの売買で、酸っぱくなったものの混入のケース; CLOUT case No. 79 ドイツ、フランクフルト高裁、1994年1月18日判決 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Germany, 18 January 1994] くつの品質が劣る場合で、不適合の重大性の判断には、買主の契約による期待が失われたかによるものとした; ドイツ、ランズフート地裁、1995年4月5日判決 [Landgericht Landshut, Germany, 5 April 1995], Unilex 1回洗濯すると2サイズ縮むTシャツ。

68) CLOUT case No. 107 オーストリア、インスブルック高裁、1994年7月1日判決 [Oberlandesgericht Innsbruck, Austria, 1 July 1994].

69) CLOUT case No. 138 アメリカ、連邦第二巡回控訴裁判所、1993年3月3日 [Federal Court of Appeals for the Second Circuit, United States, 6 December 1993, 3 March 1995] エアコンのコンプレッサーの能力がたりず、冷却しない場合; CLOUT case No.150 フランス、破棄院、1996年1月23日判決 [Cour de Cassation, France, 23 January 1996] (上述ワインの売買); CLOUT case No. 315 フランス、破棄院、1999年5月26日判決 [Cour de Cassation, France, 26 May 1999] 予定された転売に不適合なメタルシート。

70) CLOUT case No. 150 フランス、破棄院、1996年1月23日判決 [Cour de Cassation, France, 23 January 1996] (上述ワイン売買で、禁止された人工甘味料の添加);

46-6 フランス破棄院、1996年1月23日判決 (Cour de Cassation)、CLOUT case No. 150 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960123f1.html>

売主Yはイタリアの会社で、フランスの買主Xとワインの売買契約をした。Xは、ワインが混ぜものをしたものであるとして、売買契約の解除、財産的および精神的損害の賠償を請求して訴訟を提起した。控訴審は、フランス法に従い、売買契約の解除を認めた。売主が、契約に適合したワインの供給義務を履行しなかったからである。Yは、控訴審が契約解除を認めたことを不服として上告。Yは、ワインの供給に義務違反はなく、また、輸送の結果、不適合になったとして、混ぜものによる損害との間の因果関係をも否定した。

破棄院は、上告を棄却。問題の契約は、CISGの適用される国際売買にあたるとし、35条に従い、混ぜもののワインの供給では、契約に適合した物を供給する義務を履行していないとした。また、当該のワインと損害の因果関係についても、原審の判断に賛成し肯定した。

また、物に重大な不適合があるが修補できる場合には、問題が生じる。いくつかの裁判例では、不適合が簡単に修補できることは、違反の本質性を否定しうるとする<sup>71)</sup>。不適合が買主にさほどの不利益なしにすぐに修補されるときには、契約違反は重大ではない<sup>72)</sup>。これは、48条に規定された売主の治癒の権利とも合致する<sup>73)</sup>。

CLOUT case No. 170 [Landgericht Trier, Germany, 12 October 1995] ドイツ、トリアー地裁、1995年10月12日これも禁止された人工甘味料が使用された場合である。

71) CLOUT case No. 196 スイス、チューリッヒ州商事裁判所、1995年4月26日判決 [Handelsgericht des Kantons Zürich, Switzerland, 26 April 1995]. コンテナの水漏れが容易に修補できる場合には、売主の不履行は重大な違反ではない。ただし、直接には、不適合の通知がないことから、買主は、49条により解除権を失ったとした。

72) CLOUT case No. 152 フランス、グルノーブル高裁、1995年4月26日判決 [Cour d'appel, Grenoble, France, 26 April 1995]; CLOUT case No. 282 ドイツ、コブレンツ高裁、1997年1月31日判決 [Oberlandesgericht Koblenz, Germany, 31 January 1997]. 倉庫の売買で、一部の部品を修補できる場合には、重大な違反とはならない。

73) UNCITRAL Digest, Article 46,14.

そこで、不適合が修補と追完によって除去されるときには、代替品の交付の(解除も)権利を基礎づけるような重大な契約違反はない。契約違反が重大になるのは、売主による修補と追完が否定されたり実現できないときだけである。実際的な見地からすれば、追完によって除去できる瑕疵については、買主はまず追完を求めるべきということになる。

(c) 代替品の請求には、39条の不適合の通知が前提となる。両者は同時でなくてもよいが、46条2項は、買主が代替品の交付請求を、遅くとも買主による契約不適合の通知(39条)後、合理的な期間内に主張しなければならないとする。通知については、27条の一般規定がある。買主は、その通知を CISG 3部(物品の売買)の規定に従い、かつ、状況に応じた適切な方法でしなければならない。特定の方式は必要とされない<sup>74)</sup>。

相当な期間の尺度は、明確ではない。部分的には、39条の通知期間とパラレルに考えられる。売主は、39条により不適合の通知をすでにうけているからである。1週間から2週間の期間は、一般には相当と考えられるが、腐りやすいものや市場価格の変更が著しいものなどでは、とくに短期にする必要がある。

契約の解除についても、合理的な期間内の意思表示が要件とされているが(49条2項)、参考となろう。買主が、先に追完を求めたときには、それも期間の相当性に考慮される。もっとも、追完に失敗したあとであっても、ただちに代替品を準備できるわけではないから、なお相当な期間を求める必要がある。

期間は、不適合についての通知を送付した時から進行するが、通知が不要なときには(たとえば、当事者の合意ないし売主の放棄がある場合。あるいは40条のように、売主が知っていた場合)、期間は、不適合が買主に発見されたときから進行する。39条2項の除斥期間は、代替品の交付請求権の主張そのものには準用されない。

(d) 代替品の請求権は、82条1項によると、買主が物を受領した状態で返還できない場合には、消滅する。これは、しかし、82条2項の例外の場合には、適用されない<sup>75)</sup>。

---

74) UNCITRAL Digest, Article 46.15.

(e) 代替品の交付請求権は、履行請求権の一般的な制限に服する。前述のように、履行請求権は、買主が履行請求と両立しない救済方法を行使したときには、消滅する。そして、この46条1項の制限は、履行請求権の変形である2項の権利にもあてはまる。また、代替品の請求権は、80条（債権者の行為による不履行）にも従う。79条の免責規定が適用されるかについては、代替品の請求権にも履行請求権と同じ問題がある。さらに、代替品の請求権は、履行の限界・不能に関する規定にも従う。

(f) 代替品の請求権は、種類物売買と特定物売買で異なる。特定物売買では、売主が義務のある物以外のものを交付したときには、代替品（本来のもの）の交付請求権がある。しかし、義務の対象である物が引渡された限り、たとえ瑕疵が存在しても、代替品の請求はできない。売主は、当事者が合意した特定物につき義務をおうだけで、他のものでは履行しえないからである。さもないと、売主が特定物売買をしたことにより供給義務を制限したことが、代替品の請求によって回避されることになるからである。

種類物売買においては、一般に、代替品の請求が实际的である。代替品の請求権は、契約違反が他の種類に属するもので除去される場合に限られるから、制限種類物（たとえば、倉庫内のもの）がすべて消滅した場合には、なしえない。

(g) 46条2項では、不適合の通知に対し、売主は、契約に適合したことを証明しなければならない。しかし、買主が不適合の通知なしに受領した後は、買主が契約違反の証明をしなければならない。また、買主は、契約違反の本質性を証明しなければならない。代替品の請求のための期間に関しても、買主に証明義務がある。

## 5 代替品の請求の効果

(1) 46条2項により、買主は、契約に適合した代替品の交付を請求でき、売主は、契約に合致する他の物を交付しなければならない。

---

75) UNCITRAL Digest, Article 46.16.



(2) 代替品の交付は、売主の負担で行われる。条文には明示されていないが、48条1項では、売主は、自分の費用で追完することができ、同人に追完の義務があるときには、なおさらだからである。かりに、当初の履行につき、買主が費用を負担する場合でも、売主は、代替品の交付の費用を負担しなければならない。

代替品の交付の場所は、原則として最初の履行地である。もっとも、運送中の物の売買などでは、仕向地となることもあり(38条3項参照)、逆に、信義則上(7条1項)、売主に著しい追加の負担を生じるような仕向地の変更をしない義務が、買主に生じることもある。

また、売主は、相当の期間内に追完しなければならない。46条2項には明示されていないが、一般原則(7条2項)、あるいは引渡の時期に関する33条(c)、48条1項(不合理な遅滞を生じない場合に、売主は追完できる)が参考となる。

(3) 最初に交付した物の返還義務は、82条の規定(返還不能による権利の消滅)から間接的に推測される。返還のコストも、売主が負担する。売主は、代替品の請求に対して返還義務を理由とする留置を主張しえない。遠隔の売買では、引き換え給付は困難を生じるからである。解除については、当事者双方が返還する義務をおう場合には、返還が双方から同時にされることを予定しているが(81条2項)。代替品の請求については、同様の規定はない。買主が返還できない場合につき、解除権と代替品の請求権が消滅すると規定されているのみである(82条1項)。

最初の物の利用利益の償還を買主に求めることもできない。これと異なり、ドイツ民法典旧439条4項は、買主の利益償還を定めていたが、これは、無償での追完の原則に反するとして削除された<sup>76)</sup>。

(4) 修補による追完(3項)との関係も問題となる。代替品の請求も修補も可能ときには、買主は、まず修補請求をしなければならない。瑕疵の修補による追完は、重大な契約違反がないときにも可能であり、一般性を有するから

---

76) EUの消費物売買指令とヨーロッパ裁判所 2008年4月17日判決をうけて、2008年12月16日に改正された。

である。重大な違反があり、買主が、2つの請求権を選択できるときでも、売主は、48条によって追完して代替品の請求を断念させることができる。

逆に、買主が、代替品の請求の代わりに、追完を求めるのは可能である。売主も、代替品の交付によって契約違反の状態を除去して、買主の追完請求を停止させることができる。

(5) 代替品の請求権は、買主が、両立しない救済方法を主張したときには、排除される(解除、減額、不履行を理由とする損害賠償)。逆に、まず代替品の請求をしても、履行されないときには、買主は、これらの救済方法に移ることができる。両立する救済方法、たとえば、遅滞を理由とする損害賠償(45条1項(b))は、代替品の請求とともにすることができる。代替品が交付されても残る損害も、代替品の請求とともに請求できる。たとえば、売主が、車のハンドルを交換する場合に、古いハンドルを取り外す費用である(欠陥のある窓を引渡し取り付けた売主は、その窓を交換する買主の費用についても賠償責任をおう)。

46-7 ドイツ、ハム高裁、1995年6月9日判決 [Oberlandesgericht Hamm, Germany, 9 June 1995] CLOUT case No. 125 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609gl.html>

イタリアの、ドアや窓わくの製造業者であるYは、ドイツの買主Xとの間で、19の窓わくの売買契約をした。窓わくが引渡され、Xは備えつけた。引渡された窓わくのいくつかに欠陥があったことから、Yは、欠陥のある窓を新しいものと交換することを約し、これも、買主により備えつけられた。買主は、交換費用がかかったことから、代金の一部の支払を止め、費用に対する債権と相殺すると主張した。

裁判所は、当該契約に CISG が適用されるとしたが、CISGは相殺に関する規定を有しないことから、この問題は、当事者により選択された支配的法(governing law)であるドイツ法によるとした(ド民387条)。しかし、買主の反対債権の存在は、CISGによるものとし、その48条1項により、売主が追完費用を負担するものとした。

(6) 代替として交付された物に、ふたたび契約に適合しない不適合があることがある。交付が2回も契約に違反した事実は、重大な契約違反の兆候となる。買主は、これを理由として、契約を解除できる。契約を継続するための信頼が破壊されているともいえる。しかし、買主は、不適合な代替品の交付として、45条に従い新たな代替品の請求をし、なお契約を維持することもできる。

## 6 修補による追完の請求権 (3項)

(1) 46条3項は、交付された物が、35条の意味で契約に適合しないときに、買主に修補などの追完の請求権を与えたものである。追完は、契約違反の状態を除去することをいい、たとえば、修補、改善、悪い部分の交換などをいう。2項の代替品の交付と異なり、買主は、追完のさいに、すでに交付した物を保持し、それを売主が契約に適合した状態にするのである。代替品の交付のさいには、代替品の輸送や最初の物の返送のための経済的出費を要するが、追完ではこれらは生じない。そこで、46条3項は、追完について、代替品の請求や解除の場合のような重大な契約違反という要件をおかなかったのである。しかし、売主の保護のために、追完を求めることが不合理な場合にはこれを否定するものとした。追完請求には、代替品の請求と同じく合理的な期間の限定があり、また、買主は、追完の請求につき適時に通知しなければならない<sup>77)</sup>。

46-8 フランス、ヴェルサイユ高裁、1998年1月29日判決 [Cour d'appel, Versailles, France, 29 January 1998] CLOUT case No. 225 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980129fl.html>

フランスの買主Xは、イタリアの売主Yに、ハイテクの装置を2つ注文した。2回テストをした後、Xは、欠陥があるとし、売主に修補を求めた。引渡後にも買主は、不適合の通知をし、修補（のちに解除）を求めた。

高裁は、買主の主張が39条の不適合の通知にあたるものとした。また、買主が、欠陥を通知したときに、46条に従った修補の請求がされたものとした。なお、解除

---

77) Schrechtriem, S.527f.; Huber, S.2446.

についても、47条の附加期間の設定が行われ、49条所定の合理的な期間内の意思表示が行われているとした。そして、一審の商事裁判所と同様に、高裁も、引渡された物が契約に適合せず、契約利益が期待できないものとした。

(2) 追完の請求も、3項に従うだけではなく、1項の履行請求権の一般的な要件に従う必要がある。

(a) 追完請求には、売主がすでに交付したこと、また交付された品が契約に適合しないこと(35条以下)を要件とする。2項の代替品の請求と同じである。ただし、2項と異なり、目的物が買主のもとに保持されるので、種類物売買か特定物売買かの区別は意味がない。

追完請求権は、代替品の交付請求権と同じに、履行請求権の一般的制限に服する。そこで、追完請求権は、買主が履行の請求と両立しない権利を行使したときには、消滅する。また、追完請求権は、28条の制限と80条の免責事由(債権者の行為による不履行)に従う。履行請求権についての79条の免責規定については、代替品の請求と同様に、追完請求権にも争いの余地がある。さらに、追完請求権と不能の間にも問題がある。不適合が治癒できないときには、追完請求権は消滅するほかない。つまり、物が修補により追完でき、欠陥が治癒されることが必要である。不能の存在の証明は、売主が負担する。なお、売主は、修補の費用を負担しなければならない<sup>78)</sup>。

(b) 46条3項は、すべての状況に照らして不合理であるときには、買主の追完請求権を否定している。売主のための期待可能性を保護するものである。売主は、その立証責任をおう。買主にとって期待できない追完は、この場合の対象ではない。48条の売主の追完権は、買主に期待できない場合には存在しないから、買主が追完を選択しない場合に、売主から、それを強いることはできない。

売主のために期待できないかどうかは、たんに売主の主観的見地のみによる

---

78) 交換につき、前述の CLOUT case No. 125 ドイツ、ハム高裁、1995年6月9日判決 [Oberlandesgericht Hamm, Germany, 9 June 1995] 欠陥のある窓の取り付けのケースで、交換の費用につき売主の責任を認めた。46-7参照。

のではなく、売主と買主の利益の衡量によって決定される。個別の場合の状況が基準となり、具体的に判断するほかはない。一般に、追完のための出費が、買主に生じる利益とアンバランスな場合は、期待しがたい状況となる。ここで考慮されるのは、代金額だけではないが、追完の費用が、代替品の給付のコストをいちじるしく超えるときには、期待できない場合であることが多い。

修補の請求は、買主が自分で容易に修補できるときには合理的ではないので、買主が修補するほうが容易な場合には、売主の追完を期待しがたくなる。たとえば、売主が遠くにいて、買主のもとで修補するのがむずかしいとか、同業者である買主が、みずから修理できる場合である。この場合に、買主は、損害賠償の方法で修理の費用を売主に請求できる。逆に、売主による追完の期待可能性があるのは、買主が、売主により行われる追完に特別の利益がある場合である。たとえば、高度の技術を必要とする機械とか、代替品の給付には長期間が必要である場合（豪華客船とか原発など）である<sup>79)</sup>。

代替品の給付の費用と追完の費用の関係も、問題となる。48条の解釈によれば、売主は、追完権の行使にあたり、代替品を提供することもでき、48条の要件があれば、それによって買主の追完請求を排除できる。

(c) 追完請求権は、39条に従い、不適合の通知と同時かそのあと相当の期間内に主張しなければならない。2項の代替品の請求権と同じである。3項に関しても、2項と同じく、契約適合性は売主の、また期間の合理性は買主の証明責任となる。追完が期待しえないことの証明責任は、売主にある。

## 7 追完請求権の効果

(1)(a) 追完請求権によって、すでに交付した不適合物を契約に適合させるよう求めることができる。代替品の給付とは異なり、最初の交付物との交換を求めるのではない。追完には、修理や修繕だけではなく、悪い部分の交換も包含される。しかし、この場合には、3項の追完であって、2項の(一部)代替品の給付となるのではない。給付された物は残るからである。分割可能な目的物

---

79) UNCITRAL Digest, Article 46.18.

では、51条の一部不履行の追完となる。たとえば、100 売却した物のうち10に瑕疵がある場合である。この場合には、その分の新たな交付は、51条1 項にもとづき、46条2 項の代替品の交付となる。

(b) 追完は、売主の負担で行われる。追完の場所については、代替品の給付の場合と同じ問題がある。31条の一般規定により、原則として最初の交付のための履行地となる。追完では、最初に交付した物を前提とするから、そこですることと合理性がある。ただし、使用場所が異なる場合でも、そこで修繕され、予見の範囲内では(38条3 項、74条参照)、それによる費用の増大は売主が負担するべきである。当事者が、場所について合意できるのは当然である。

追完は、相当の期間内に行われなければならない。46条2 項には明示されていないが、信義則(7 条1 項)のほか、33条(c)、48 条1 項(不合理な遅滞を生じさせない場合の売主の追完権)が参考となる。

(c) 買主は、46条2 項による代替品の交付の代わりに、追完を請求することができる(46条3 項)。他方、売主も、48条の要件のもとで、代替品の交付によって不適合を除去し、買主の追完請求を否定することができる。物理的には代替品の交付も追完も可能であり、不合理ではないときでも、買主は、まず追完請求権によるべきである<sup>80)</sup>。追完の可能性があれば、重大な契約違反ではないことになるからである。

(d) 代替品の請求の場合と同様に、追完の請求権は、両立しない救済方法(解除、減額、不履行による損害賠償)を買主が主張したときには、消滅する。まず追完を求め、追完ができないときに、買主がこれらの救済方法を求めることは可能である。不履行以外の損害による損害賠償、たとえば遅滞に対する賠償は、追完とともに請求できる(45条1 項(b)、74条)。

(2) 修補は、修補後に、物が合意されたように使用できるときには、適切に行われている。修補された物にまだ欠陥があるときには、買主は、不適合の通知をしなければならない<sup>81)</sup>。この通知には、39条の期間が適用される。修補の

---

80) CLOUT case No. 152 フランス、グルノーブル高裁、1995年4 月26日判決 [Cour d'appel, Grenoble, France, 26 April 1995] 修補して使える場合は、修補される。

81) ドイツ、オルデンブルク地裁、1994年11月9日判決 [Landgericht Oldenburg, Germany,

請求につき、のちに合理的な期間が追加して通知されてもたれる。そこで、最初の通知が2週間、2番目の通知が1か月後、次が6か月後と11か月後でも、合理的な期間内とされる<sup>82)</sup>。

売主が相当の期間内に追完しないときには、買主は、46条3項の追完請求権を求めただけではなく、みずから追完をし(2項の説明の5(5)のハンドルの交換のケース)あるいは第三者にさせて、それにかかった費用を売主に損害賠償として請求することもできる(45条1項(b)、74条)。これは、46条の効果ではなく、売主が、契約に適合した物の、適時かつ正当な交付の義務に違反したときに、損害賠償請求権が生じるとの一般原則による。追完の履行のための相当の期間を徒過すると、売主は、48条の追完権を行使して、損害賠償義務に対抗することはできない。

また、売主が、追完しないときには、買主は、50条に従って代金の減額を求めるか、あるいは、価値の減少を理由に、損害賠償を請求することもできる(45条1項(b)、74条)。

解除権の行使には問題がある。追完しないときには、売主には二重の契約違反があることになる。最初の不適当な交付と追完義務の違反とである。追完の失敗だけでは、必ずしも重大な契約違反とはいえないが、二重の違反が評価される。この場合には、追完の不履行につき、39条による新たな通知は必要ではない。追完の不履行は、まったく新たな契約違反ではなく、すでにある契約違反を存続させるだけだからである。46条2項、49条2項(a)の合理的な期間は、買主が追完の失敗を知った時から相当の期間である。

(3) 46条の内容は、当事者の合意により変更することができる(6条)。契約の有効性の問題は、国内法による(4条2文(a))。

売主に有利な普通取引約款の効力も認められる(79条、免責要件が売主に有利なもの)。履行請求権は放棄できるからである(28条)。また、契約違反の

---

9 November 1994] Unilex, 修補しても、まだ欠陥がある場合。

82) CLOUT case No. 225 フランス、ヴェルサイユ高裁、1998年1月29日判決 [Cour d'appel, Versailles, France, 29 January 1998] (前述46-8) ハイテク装置の売買で、修補の期間の追加も論点であった。UNCITRAL Digest, Article 46.19. 代替品では、5(6)。

さいに代替品の交付と追完を排除する条項も有効である。しかし、重大な契約違反に予定された契約解除権（49条1項(a)）を排除することはできない。

#### IV むすび－簡単な素描

##### 1 担保責任の本質

(1) 債権各論のうち、担保責任は、2017年改定でもっとも改正された部分である。旧法は、売主の担保責任について、いわゆる法定責任説を採用していた。すなわち、売買が双務契約であることから、給付と反対給付の対価的な均衡が重要であり、売主は、反対給付に釣り合った財産権を給付しなければならないことから、給付の目的物に欠陥があった場合には、つねに責任をおわなければならないというものである。そして、売主の責任は、給付物の態様によって論理的に決定されるものとし、物の瑕疵と権利の瑕疵、数量不足や他人の担保権が存在する場合などにより、詳細な規定があった。そして、債務不履行の一般的な救済と担保責任との関係も、種類物の給付と特定物の給付という給付対象により異なるものとされた。

しかし、この説に対しては、近代法で重要な地位を占める種類物に対する責任とのアンバランス、種類物と特定物の区分の概念的な不明瞭性などから、両者を別個の責任とすることの当否が疑問とされた。ローマ法では、例外とされた種類物は、ワインや油などに限定されるのに対し、大量生産時代の現代では、工業製品による種類物（テレビ、自動車）が増大し、特定時から、まったく異なる法が適用されることには合理性がない。そこで、ドイツの1900年法では、種類物債務にも瑕疵担保責任の規定を準用できるものとした（旧480条であり、普通法に従ったものである）。そして、特定を否定し、代替物の請求をするか、特定物として担保責任を追及するかを選択ができたのである。また、現代法では、まったく追完できない特定物は、ダイヤモンドや絵画などに限られ、工業製品の特定物は、実質的には、修理や交換などの追完が可能となっている。そこで、いわゆる契約責任説は、担保責任を一般の債務不履行責任の特則ととら



え、両者の連続性を肯定したのである。

もっとも、旧法上も、権利の瑕疵に対しては、追完が義務づけられていたし(560条、563条1項の前提)、追完できる特定物については、実務上も、「特定」を操作することによって(「給付を履行として認容したと認められる事情が存しない」)、履行請求を認めたのである(著名なラウドスピーカー事件である最判昭36・12・15民集15巻11号2852頁、ただし、古いタービンポンプ事件では、受領した以上は瑕疵担保責任のみとする。大判大14・3・13民集4巻217頁)。そこでは、「特定」が妥当な結果を導く道具となったのである。

(2) 2017年法は、基本的に契約責任説に立脚している。すなわち、法定責任説が、特定物に関する担保責任を、債務不履行責任と区別したのは、いわゆる原始的不能論によるものであるが、その適用される領域は、狭まっている。ダイヤモンドは、修理不可能であるから、厳密には、追完を前提とする債務不履行論によることはできない。ピカソのデッサンが描かれた紙が、酸性紙であり、寿命が短い場合も同じである。桂離宮のような別荘を買ったら、シロアリがついていた例でもよい。瑕疵のない特定物を給付することはできないから、瑕疵のない物を引渡す債務は、無効である(原始的不能)。逆に瑕疵がある物を引渡せば、それで履行は完成している(いわゆる特定物のドグマ。その適用を拡大することには問題があるが、ゼロとすることはできない)。それ以上に、物の品質に関する合意は、債務の内容とならない(保証責任は別の責任となる)。ただし、それでは、買主の対価が過分になることから、特則として、担保責任を定めたとするものである。

しかし、工業製品は特定物となっても、修理可能であり、追完可能である。特定物のドグマの適用は、実際上おかしい。そうすると、品質に関する合意も給付の内容に影響するはずであり、瑕疵のない物を給付することは可能である。逆に、瑕疵のある物を給付することは、債務不履行となりうる。すなわち、担保責任は、債務不履行の特則ということである。

もっとも、最終的に追完できない特定物もあるから(上のダイヤモンド)、特定物の不能も全部なくなるわけではない。いわば、種類物、追完できる特定物、追完できない特定物の3つの分類を、後二者でまとめるか(旧法)、前二

者でまとめるか(改正法)の相違である。

(3) 責任の基礎を一元的に考えると、責任の効果、すなわち買主の救済方法も、給付の対象によって複雑に区別する必要はなくなる。旧法の下でも、瑕疵担保責任が、損害賠償と解除だけなものには、問題があった(ドイツ民法は、代金減額請求権を認めていた)。新たに救済方法は統一され(追完請求、減額請求 Minderung、解除 Wandelung、損害賠償)、買主は基本的にその中から、自由を選択することが可能となる(ただし、基本的に履行が優先する。Favor contractus)。また、追完できない特定物もあるから、追完できる不特定物との相違が、まったくなくなるわけではない。すなわち、旧法が、追完できない特定物をモデルに担保責任を構築したのに対し、追完できる特定物がモデルとなる(原則と例外の転換である)。

(4) 買主は、原始的不能の場合であっても、損害賠償請求権を選択しうる(412条の2)。原始的不能を否定する学説では、この権利は当然の規定となる。ただし、創設的规定と解することも、c.i.c.にもとづく権利とも解される。私見では、給付の原始的不能では、牽連関係から反対給付の消滅・解消をももたすが、それは契約内部の原始的不能を媒介するものにすぎないことから(契約は、給付と反対給付のみの合計ではない)<sup>83)</sup>、もともと契約全体が無効となるわけではなく、損害賠償請求権の存続することは当然の結果となる(c.i.c.による必要もない)。

売主は、種類物と特定物の区別によることなく、契約の内容に適合した物や

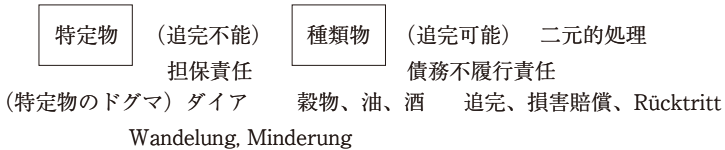
---

83) 若干付言すれば、原始的不能は、古い時代の種々の付随義務を捨象して、債権関係の単純化を図った近代的思考にもとづくにすぎず(一般化)、普通法は、多様な信認義務を肯定していたのである。単純化は、過失責任主義や近代的所有権と同様に、資本主義的な生産様式に資するものであった。付随義務の復権は、ギールケまで遅れた。ほぼ、同時代のイェーリングが、c.i.c.を見いだしたことは、その復権と無関係ではないのである。19世紀後半の「法学上の発見」の諸事象には、こうした普通法と初期の近代法の変化に対する構造的な見直しという点が共通している。ほかにも、たとえば、事情変更の原則と行為基礎の喪失の理論がある。【法学上の発見】24頁、34頁以下参照。

新旧法の対比

	追完請求	損害賠償	解除
旧法 債務不履行責任	414条	415条	541条、543条
担保責任 権利の瑕疵○	561、562、563、566、567		
	? [追完できる特定物] ↑ (法定責任説)		↓ (契約責任説)
	物の瑕疵 (追完できない特定物) 565、570		
改正法 債務不履行責任	追完請求、	(代金減額)、解除、損害賠償	
契約不適合	○ 562 (追完できる特定物)	○ 563	○ 564 ○
	(× 追完できない特定物)		

ローマ法 (契約上の等価維持) Minderung Wandelung



近代法



ダイアは特定物のドグマ ⇓

(追完不能) 無責	この部分を種類物として扱う。追完可能 旧法でも、特定を操作して追完をさせた。スピーカー事件 (ドイツの旧法は、逆に担保責任を拡大した。特定の操作)
旧法	_____ ? _____ タービン事件では特定で担保のみ
新法	_____ _____ 改正法はおおむね責任を拡大したが、 損害賠償は有責で限定

各論でも、条文ごとに救済方法が決まるのではなく、救済方法を選択できるものとした。具体的な適用については、旧法の分類が有用である。

権利を給付する義務を負担する(562条)。この義務は、たんに契約締結時までの瑕疵に対するだけでなく、引渡まで継続する(567条)。そこで、売主は、不適合の発生が、原始的な場合と後発的な場合と、いずれにおいても統一的な責任をおうことになる。

こうした改正は、国際的な売買法の統一(ウィーン売買法条約)やドイツの2001年債務法現代化法にもみられるところであり、売買当事者の合意を尊重する傾向にも合致する。ただし、すべてが合意だけで決定されるわけではない。

また、不適合に関する責任が統一されるといっても、目的物の性質上の相違までが克服されるわけではないから、救済上の相違は残る。たとえば、追完できない特定物はあるから、その追完請求ができないことは当然である(562条1項)。また、催告解除とは異なる、催告によらない解除(542条1項1号)となる。

もっとも、土地やダイヤモンドには個性があり、その取引は、不代替物の売買であるが、当事者が、質と大きさだけで取引するときには、不特定物の売買となる(分譲地や小粒のダイヤモンド)。国際的取引であるといった契約の内容と特質が重要である。

## 2 買主の救済方法

買主の救済方法には、以下のものがある。①追完請求権(562条)、②代金減額請求権(563条)、③解除権(564条)、④損害賠償請求権(564条)である。その内容は、旧法のように法定されるべきものではなく、事例に応じて機能的に構成されるべきである<sup>84)</sup>。

---

84) そこで、契約不適合に対する責任では、条文上不適合の定義規定をおかなかったことから、概念のあてはめが出发点となる。救済方法は、①追完請求権(562条)、②代金減額請求権(563条)、③損害賠償請求権と解除権(564条)と多様であり、旧法のように法定されるわけではない。それぞれの、要件・効果を請求者ごとに整理する必要がある。

そして、改定法では、責任の一元化が行われたことから、従来の法定責任説による債務不履行と担保責任の選択の問題もなくなった。欠陥たる不適合の態様ごとに損害賠償、減額請求、解除の別が法定されず、買主の選択で、これらを行わせるさいの判断が求められる。救済方法は、条文上は自由に選択可能のようでもあるが、

(1) 追完請求権(562条) 引渡された物が種類、品質、数量に関して契約の内容に適合しない場合に、買主は、売主に対して、目的物の修補、代替物の引渡、不足分の引渡などの、履行の追完を請求することができる(562条1項本文)。債務不履行に対する完全履行の請求権である。旧法では、特定物については、追完請求権は認められず、種類物との差異が大きい(ラウドスピーカー事件では、認容による操作で、代物請求を認めた)。ただし、法定責任説でも、売主による品質保証があった場合には、修補の義務をおわせることは可能とされてきた。特別法がある場合も同様である(住宅の品質確保の促進に関する法律)。また、旧法上も、権利の瑕疵については、追完請求が可能であった(旧560条、563条1項の前提)。

追完の内容は、目的物の修補、代替物の引渡、不足分の引渡であり、買主は、その内容を選択できる。ただし、特定物の性質上、代物の請求はできない。また、ダイヤモンドや絵画のように、性質上、修補ができない場合もある。工業製品などでは、特定後も、事例に応じて修補、代物の請求が可能である。

ただし、売主の側も、買主に不相当な負担をおかせない限り、買主が請求したのと異なる方法で履行の追完をすることができる(562条1項但書)。たとえば、買主が代替物の引渡を請求していても、修補が容易な場合に、売主がこれを選択して、履行を追完できる場合である。修補を選択することで、買主に不相当な不利益や負担を生じるのではないことを要する。

契約不適合の有無は、引渡された物や権利の客観的な状態によって判断される。売主の帰責事由を必要としない。この意味で無過失の責任である点は、旧法と同様である。逆に、引渡された物が、契約の内容に適合しないことが、買主の帰責事由によるときには、買主は、履行の追完を請求することができない

---

論理的順序が予定される場合もある。買主の態様によっては、売主の選択による追完(561条1項但書)や、担保責任の期間制限なども問題となる(566条)。

解除と損害賠償は、旧法では、債務不履行法上のものとの相違が問題となったが、改定法では、564条で準用することで、従来の複雑な議論を避けた。解除権は、帰責事由を必要とせず、損害賠償請求権は、これを要するとして、一律に再構成された。信賴利益・履行利益の賠償という問題も回避される。

(562条2項)。自己責任である。

(2) 代金減額請求権 (563条) (a) 引渡された物が、契約の内容に適合しない場合には、買主は、売主に対して相当の期間を定めて、履行の追完を催告し、その期間内に追完がなければ、代金減額を請求できる (563条1項)。減額請求は、一部解除であり、催告が必要なのは、遅滞のさいの解除の催告と同様である。履行の機会を与えるためである。代金減額請求は、特定物のドグマの適用される場合 (たとえば、ダイヤモンドの瑕疵) にもっとも有益な救済方法である。解除では不十分であるし、代用としての損害賠償だと、旧来は帰責事由が必要だったからである (債務不履行の場合。そこで、担保責任の無責性の例外の必要性があった)。旧法では、減額請求権は、担保責任の中心的な役割を果たした (Minderung日本の旧563条、旧565条、ただし、旧570条では、その代替としての損害賠償が定められていた)。しかし、改正法では、損害賠償に帰責事由が必要であるから、減額請求権の余地が拡大した。

(b) 以下の場合には、売主に追完の機会を与える必要はないことから、買主は、催告なしに減額請求できる (563条2項)。これらは、無催告の解除の場合と同旨である。

- ①履行の追完が不能であるとき
- ②売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき
- ③契約の性質または当事者の意思表示によって、特定の日時または一定の期間内に履行しなければ契約をした目的を達成できないのに (定期行為)、売主が履行の追完をしないで、時期を逸したとき
- ④上の①②③において、買主が催告をしても履行の追完をうける見込みがないことが明らかなき

(c) 代金減額請求権も、売主の帰責事由を必要としない。給付相互の価格のバランスから当然に認められる手段だからである。損害賠償とは異なる。衡平上、引渡された目的物が、買主の帰責事由により契約の内容に適合しない場合には、買主は代金減額請求をすることができない (563条3項)。追完請求の場合と同様である。自己責任である。

ドイツ民法は、解除 (Wandelung) と代金減額請求 (Minderung) を従来か

ら、担保責任の救済手段と位置づけているが、日本法では、旧563条3項にみられるだけであった。改正法は、これを一般的な救済方法とした。

(d) 563条では、買主は、まず追完請求の催告をし、期間内に追完がない場合にのみ、代金減額請求ができるとされている。契約の履行を一次的な救済手段とする点で、履行請求を一次的な救済とする債務不履行と共通している(もっとも、414条の実体法的規定はおかれなかった)。これに対し、ウィーン売買法条約では、売主の契約違反に関する45条1項(a)で、46条から52条までの権利の行使が任意となっている(買主の契約違反に関する61条1項(a)でも、62条から65条までの権利の行使が任意となっている)。

(3) 解除権(564条) 買主は、債務不履行にもとづく解除権(541条・542条)を行使しうる。契約不適合を債務不履行の一態様と位置づけたことの帰結である。原則として、相当期間を定めて追完の催告を要するが(催告を要する解除、541条)、催告を要しない解除もある(542条)。

目的物の瑕疵についての買主の善意は、損害賠償請求や解除の要件ではない。売主や買主が目的物の欠陥を知っていたかどうかは、たんにどの品質の物を引渡す契約であったか、契約の内容の判断要素にすぎない。

「残存する部分のみであれば買主がこれを買受けなかったとき」(旧法565条で準用した旧563条2項)も、解除の要件とはならない。

契約目的の不達成(旧法570条の準用する旧566条)は、催告解除の要件とはならない(改正法541条)。ただし、無催告解除の要件にはなる(542条1項3号)。

解除権に、売主の帰責事由が不要なことも、一般の債務不履行と同じである。この点は、旧法では、担保責任にもとづく解除は、帰責事由を要しないが、債務不履行解除には、必要としていたのと異なる。解除では、契約からの脱退という中立的な事由でたりるとされたことによる。旧法では、担保責任による解除では、契約目的の不到達が要件とされていたことから、反面として催告が要件とされていなかった。出発点が限定されていたからである。改正法は、債務不履行解除にも、無催告の解除を認めたことから、歩み寄りがみられる。

代金減額請求権とは異なり、債務の不履行がその契約および取引上の社会通

念に照らして軽微であるときは、催告解除はできない(541条但書)。

(4) 損害賠償請求権(564条) 買主は、債務不履行にもとづく損害賠償請求をすることができる。債務不履行の一般的責任の一部となる(415条・416条)。改正法では、特定物と種類物を区別していない。売主は、一律に、種類、品質、数量に関して売買契約の内容に適合した物を引渡す義務をおうから、引渡された物が契約の内容に適合しない限り、債務は未履行となる。そこで、債務不履行と担保責任の間に相違はなく、債務不履行の規定(415条、541条、542条)が適用される(改正法564条)。

そこで、(1)(2)(3)までの救済方法とは異なり、損害賠償には、売主の帰責事由が必要であり(415条但書)、賠償の範囲は履行利益となる(416条)。旧法の解釈のように、無過失の責任である代わりに、範囲は信頼利益の範囲に限定されるとの議論の余地はない。また、解除には、履行の追完の催告が必要である(541条)。さらに、瑕疵についての買主の善意は、損害賠償や解除の要件ではない。買主や売主が、瑕疵の存在を知っていたことは、どのような品質の物を引渡す契約であったかを確定する判断要素となるにすぎない(もともと、悪意の場合には、不測の損害をうけることはないから、損害はなく、実質的に請求しえないことは多いであろう)。

追完請求権、代金減額請求権、解除権の行使は、順序づけられており、重ねて選択することはできないが、損害賠償請求権は、これらと重複することも可能である(前述I3(3)の議論参照)。

なお、買主の善意・悪意の区別などもなくなっているが、悪意の買主にどこまで損害が生じるかは疑問であり、実質的な相違は生じる余地がある。

### 3 類型ごとの救済

(1) 契約不適合に対する具体的な救済は、物や権利が、契約内容に比してどう適合しているかにより決せられるが、改正法では、必ずしも明確ではない。契約適合といっても、抽象的にすぎるからである。これを具体化するには、旧法の条文構成が参考となるし、旧法の判例理論も有用になろう。旧法は、瑕疵の種類ごとに、救済方法を法定していたからである<sup>85)</sup>。



物に関する不適合は、旧法の 570条に対応する。旧法でも、売主が契約で保証した場合や、給付する内容が合意されていた場合には、瑕疵にあたることされた。570条の「隠れた瑕疵」は、欠陥の存在を買主が知らず、また通常の注意をしても発見できない場合である。改正法では、契約内容がどのように確定さ

---

85) 担保責任に関しては、改正にはほぼ異論がない。これに対し、改定中には、議論の余地の大きいものも多い。その解釈は、将来の課題となっている。法律の改定をつねとして、当初は、注釈学派が強くなるであろう。415条 1項の解釈などには、これを英米法的な厳格責任によって説明するむきもある。しかし、改定中には、議論の変遷もあったし、2017年改正は、そうした大転換を旨としたものではない。多くの場合に、従来の理論を転換するものと位置づけることはできない。法律は条文の文言によって解釈するべきである。従来の判例理論をできるだけ維持することが、理論の安定性のためにも必要であろう。

改正法の成立の経緯はかなり長期にわたるものであった。当初多数の検討項目がおかれたが、2013年2月の中間試案、2014年8月の要綱仮案、2015年の要綱案と進むにつれて、見解の相違から脱落するものが続出した(成立は2017年、施行は2020年4月1日から)。争いのあるところを落として改正できるものだけを拾う方針からである。こうした手法は、必ずしも理念的な起草方針がなく、改正の内容が、民法を現代の取引事情に合わせるために現代化すること、および判例ルールを明文化し、不明確な条文を明確化するとともに、書かれていない前提・原理・定義を補うこととされていたことから可能となったのである。改正の契機となった諮問(88号(平成21年10月28日))も、その趣旨であった。今後の実務もその前提で動くであろう。

そこで、条文は、できる限り現行法や裁判例を維持するものとみることができ、法文上の明確な修正だけを改正とみることができる。修正のプロセスには、多くの関係者の種々な主観的な思い入れもあると思われるが、このような経過から法文に現れた客観的な修正だけを重視する必要がある。その意味でも、従来の裁判例を参照することに意味があるのである(民法債権法改正国会審議録集(1、2017年)191頁、220頁参照。政府委員の説明では、「裁判実務、あるいはこれまでのそうした取引の実務をしっかりと明文化したにすぎ」ず、債務不履行による損害賠償の基本的な枠組みが変わるものではないとする)。

古い裁判例では、177条の解釈がある。ドイツ法万能の時代に、日本法でも形式主義を採用する学説が多数となったが、判例は、つねに意思主義をとり、ぶれることはなかったのである。

れたかが問題となるが、具体的な基準のないことから、不明瞭である。

目的物の物理的な欠陥は、契約不適合にあたる。たとえば、家屋にシロアリの害がある場合、ラウドスピーカーが契約上の機能を発揮できない場合である。旧法570条の「瑕疵」の場合がこれにあたる。取引の通念からみて、売買の目的物に何らかの欠陥があることである。通常は、取引で客観的に前提とする品質や性能を基準とするが、売主が特殊な品質や性質を保証した場合には、それが基準となる。追完や修補の請求の可能になる点が、改正法の最大の利点であるが、実質的には、旧法の実務に従うものでもある。

(2) 欠陥の有無は、売買の目的となる目的物にそくして判断されるから、土地賃借権つきの建物の売買契約で、土地の擁壁に欠陥があったことから、建物を取り壊した場合に、旧570条の適用を否定した例がある（最判平3・4・2民集45巻4号349頁）。また、判例は、法律的な障害をも、旧570条の物の瑕疵の対象とし、反対説は、これを旧566条の権利の瑕疵としたが、改正法の下では、両者を厳密に区別する実益は失われた。

品質の保証は、旧法上は、担保責任とは別個の契約上の義務とされたが、改正法の下では、契約の適合性を判断する一要素となるから、連続した責任の一部となる。

情報提供責任や説明義務も、旧法上は、担保責任とは切り離された契約上の責任と構成されたが、契約内容によっては、当然に売主が負担すべき契約適合性の一部と解することも可能である。ただし、すべてを契約責任に押し込むことはあいまいであるから、適合性の下レベルの概念として独自性を考察することには、意義が残るであろう。履行義務の内容は多様であり、特徴にあわせた説明をすることは、概念の明確化に意味があるからである。

自殺のような心理的要因にもとづいて、目的物の価値が低下する場合も、契約不適合となる。物理的な欠陥を中心としていた旧法の「瑕疵」にも含まれたから、より当事者の観点を重視する改正法の契約不適合に包含されやすいであろう。性質上、追完はできないから、契約をした目的を達成できるか（不適合が軽微であるか）により、契約の解除や損害賠償をすることになろう。がまんできる場合には、代金の減額請求も可能であろうが、比例的減額よりも、損

害賠償が妥当であろう。暴力団の事務所の存在も、これに近い。

(3) 環境に関しては、日照妨害や土壌汚染がある。日照妨害も、契約をした目的を達成できるかにより、契約の解除や損害賠償をすることになる。日照では、光熱料の算定から、不動産価格の低下することが数量的に確定できるから、減額請求も可能であろう。

土壌汚染についても、契約をした目的を達成できるかにより、契約の解除や損害賠償をすることになろう。なお、不適合の基準時として、契約後に、新たに汚染物質として指定されたものによる欠陥は、「不適合」として売主の責任とすることはむずかしい(最判平22・6・1裁時1508号202頁)。旧法では、「隠れた」瑕疵が要件であり、買主が取引上一般に求められる程度の注意をしても発見できない瑕疵とされた(大判大13・6・23民集3巻339頁)。特別な保証や取引慣行がある場合には、別である。食品を扱う場所や学校などでは、こうした保証や意思が推定されることもあろう。

(4) 数量の不足は、1坪10万円で100坪の土地を売買したが、実測したところ90坪しかなかったという場合である。旧法では、売主は、権利の一部が他人に属する場合と同様に、担保責任をおった(565条、563条)。すなわち、善意の買主は、代金の減額請求と損害賠償請求ができ、一部であれば契約をした目的が達せられないときには、契約を解除できる(旧565条)。改正法では、不足分について追完の請求ができ、追完できないときには、代金の減額か、契約の一部解除が可能である。あわせて損害賠償の請求も可能である。商品の場合には、通常は、不足によって、契約をした目的を達成できないことは稀であろう。土地の面積不足では、追完によりえず、代金の減額請求となる可能性がある。

ただし、数量が表示されていても、数量指示売買となるかどうかは契約による。宅地の売買で、登記簿上の坪数が表示されていても、土地の同一性の基準にすぎない場合には、否定される(最判昭43・8・20民集22巻8号1692頁)。都会の宅地では、坪数の不足は、数量指示売買にあたることが多いであろう(最判平13・11・22集民203号743頁、判時1772号49頁、判タ1083号117頁)。事案は、「市街化区域内にあり、小規模住宅用の敷地として売買され」、面積は50坪余りにすぎない土地(零細宅地)であり、5%を超える実測面積と公簿面積の

食い違いが、「売買契約の当事者にとって通常無視し得ない」場合であった。

数量が超過した場合には、代金増額請求ができるかは、不明である。一般的には否定される（大判明41・3・18民録14輯295頁、最判平13・11・27民集55巻6号1380頁）。

#### 4 権利に関する不適合

(1) 権利の瑕疵については、旧法以来、追完の請求が可能である。いうまでもなく、日本法では、他人の権利の売買（旧561条）は、有効である。売主は、その物を所有者から取得して買主に移転する義務をおう。旧法では、移転ができない場合には、担保責任が生じ、買主は、契約を解除することができ、また、善意の買主は、損害賠償を請求することもできた（旧561条）。悪意の買主は、損害賠償は請求できないが、不能が債務不履行の要件をみたしていれば、543条で損害賠償を請求できた（最判昭41・9・8民集20巻7号1325頁）。改正法では、追完の請求ができ、追完できない場合には、契約を解除し、損害賠償を請求することができる。性質上、代金の減額請求ではたりない。

(2) 権利の一部が他人に属する場合とは、たとえば、土地を売ったところ、その一部が他人の土地であった場合である。旧法では、買主は、権利の不足に相当する代金の減額を請求でき（旧563条1項）、善意の買主は、移転できる部分では契約をしなかったときには契約を全部解除できる（旧同条2項）。善意の買主は、損害賠償をも請求できる（旧同条3項）。改正法では、追完の請求ができ、追完できず、移転できる部分では契約をしなかったときには契約を全部解除できる。一部解除と代金の減額請求も可能であろう。これらは選択的に行使できるが、損害賠償請求は、重ねて行使できる。

(3) 他人の用益権があって権利の行使が制限される場合にも、売主の責任を生じる。家を買ったが、その土地に、地上権、永小作権、地役権、留置権、質権が行使されていて、買主がその不動産を利用できない場合である（旧566条1項）。売買の目的たる不動産にあると思った地役権が存在しない場合も、買主の利用は制限される（旧同条2項）。旧法では、善意の買主は、損害賠償の請求ができ、契約の目的の達しえない場合には、契約を解除できた（566条）。

改正法では、用益権の抹消を求める追完請求ができ、損害賠償の請求もできる。契約の目的を達しえない場合（通常は軽微とはいえない）には、契約の解除もできる。ただし、用益が制限されることにより生じる減価を比例的に算出することは困難であるから、代金減額の請求はできず（旧法でも不可）、一部解除もできないであろう。

(4) 抵当権などの担保権の付着も、売主の責任を生じる。たとえば、A からB が土地を買ったが、C に対する抵当権が付着していた場合である。C が抵当権を実行すると、B は、買い受けた土地を失うことになる。旧法では、買主は、所有権を失ったときには、契約を解除して、損害賠償の請求ができた。また、金銭を支出して所有権を保存した場合には、その償還と損害賠償を請求できた（旧567条）。改正法の下では、抵当権の抹消を求める追完の請求が可能である。それができない場合には、契約を解除し、損害賠償を請求できる。代金の減額請求や一部解除は、(3)の場合と同様に、権利が制限されることにより生じる減価を比例的に算出することは困難であるから、実用性がない。むしろ、抵当権が実行されれば、契約を解除するほかはない。

なお、不動産取引では、抵当権つきの不動産の売買は、売主の当事者のほか、抵当権者を加えた3者が集まって、代金の支払により抵当権を抹消し、負担のない不動産を移転するのが通常である。抵当権つきの不動産の場合では、買主が、代金額から抵当権の債務額を引いた値段で買い受け、抵当権を引き受けることもあり、この場合には、売主の責任を生じる余地はない。

## 5 期間制限

(1) 旧法の売主の担保責任の期間制限（旧法566条3項、570条）は、買主の権利を制限することから、改正法では、売主の期待を保護する必要のある場合にのみ限定された。すなわち、1年の期間制限が、買主の権利を制限することから、物が種類または品質に関して契約の内容に適合しない場合にのみ適用される。

これに対し、物が数量に関して契約の内容に適合しない場合や権利が契約の内容に適合しない場合には、期間制限は適用されない（566条）。外観上明ら

かに、目的物が数量に関して契約に適合しない場合にも、適用されない。

また、旧法の判例では、物の瑕疵による担保責任で、買主の権利を保存するには、「具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示すなどして、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある」とした。これは、期間制限の趣旨との関係による。旧564条では、買主が前条所定の権利（代金減額請求権・契約解除権・損害賠償請求権）を行使するには、①善意のときは事実を知った時から、②悪意のときは契約時から、1年以内にならなければならないとした。この期間制限は権利関係を早く決済しようという趣旨からとされる。そこで、「事実を知った時」とは、買主が売主に対し、担保責任を追及しうる程度に確実な事実関係を認識した時であり（最判平13・2・22判時1745号85頁）。「売買の目的である権利の一部が他人に属し、又は数量を指示して売買した物が不足していたことを知ったというためには、買主が売主に対し担保責任を追及し得る程度に確実な事実関係を認識したことを要する」とされる。場合によっては、起算点を繰り下げる機能も有している。

(2) 改正法では、買主の負担軽減の趣旨（むしろ画一性）から、こうした制限を廃し、買主は、物が契約の内容に適合しないことを知った時から1年以内にその旨を売主に通知しなければ、履行の追完請求等をすることができなくなった（566条本文）。

さらに、売主が引渡の時に引渡した物が契約の内容に適合しないことを知り、または重大な過失で知らなかったときには、このような売主を保護する必要はないから、1年の期間制限は、適用されない（同条但書）。

## 6 危険の移転

(1) 売買の目的物が、買主に引渡された時以後、当事者双方に帰責事由なく毀滅した場合には、その危険は買主が負担する。そこで、買主は、毀滅を理由に、履行の追完を請求しえない（567条1項）。危険負担では、引渡主義に相当する。

また、売主が契約の内容に適合する物を提供したのに、買主が受領を拒否し

た場合については、提供時以後に、当事者双方に帰責事由のない事由で目的物が毀滅したときにも、買主は、その毀滅を理由に、履行の追完などの権利を行使できない(改正法 567条 2項)。伝統的に受領遅滞中の不能の危険とされたものの明文化である。

(2) 引渡以前に存在した不適合により、引渡後に滅失した場合には、売主の責任を生じる余地がある。買主は、契約を解除することにより、損害を売主に転嫁することができるからである。

契約不適合物が引渡された後に、不可抗力で滅失した場合に関して、548条は、解除権についてだけ、解除権者(買主)の故意・過失で、目的物を返還できなくなったときには、解除権は消滅するとする。旧法では、2項で、過失がない場合には、解除権は、消滅しないとしていた。当然のこととして削除されたが、解除すると、滅失の損害も売主に転嫁されるかという問題が生じる。立法例は、2つある。全部が売主にも買主にも責任のない事由で滅失したなら、買主が負担すべきだ(不適合の責任は消滅)とする考え方(フランス法)と、売主は、不適合分だけ引渡していないから(たとえていえば、100のうち80しか引渡していない)、不適合の責任は存続するとする考え方(ドイツ法)である。

さらに押し進めると、解除しても、原状回復義務が発生し(545条)、買主も受領した利益は返還しなければならないので、代金返還請求と相殺することによって、損害の転嫁は生じないこともできる。解除以外の権利についても、こうした考察が必要となる(全部滅失したときには、追完は論理的に不可能)。損害賠償請求権が存続するとの考え方は、überholende Kausalitätの問題の一部となる<sup>86) 87)</sup>。

---

86) 小野「給付障害の体系」一橋法学 4巻 3号62頁以下、79頁。ウィーン売買法条約との関係では、同・独法100号16頁。狭義の仮定的因果関係(überholende Kausalität)の問題は、おもに不法行為法上の理論であるが、近時、注目すべき裁判例として、定期金賠償を肯定した最判令2・7・9民集74巻4号1204頁がある(先例では、最判平8・4・25民集50巻5号1221頁、最判平8・5・31民集50巻6号1323頁、最判平5・9・9判時1477号42頁、事情変更を認めた最判平11・12・20民集53巻9号2038頁などがある)。損害賠償請求権の帰すうについては、契約法上も、類似の問題がある。【給付障害】

---

185頁以下。

- 87) なお、追完概念は、民法とCISGでは、やや異なる。民法562条では、代替物の引渡は、修補とともに追完に入るが（ドイツ民法と同様）、CISG46条では、文言上、追完は修補のみをいい（3項）、代替品の引渡は別項目である（2項）。