

民法における分配的解決

——EU 法・ドイツ法の比例原則の新たな動向——

山 田 孝 紀

【目次】

- I 序論
- II 消費者撤回権の行使と消費者の価額償還義務
- III 過大な追完費用による売主の追完拒絶と買主の相当な費用賠償
- IV EU 法・ドイツ法の議論の整理と日本法の検討
- V 結論

I 序論

1 日本法の議論状況と本稿の目的

(1) 問題意識

民法では損害賠償額や契約に要する費用を当事者間で分配することを定める規定がある。例えば、債権者に損害の発生又は拡大に関して過失がある場合には当該過失を考慮して損害賠償額が減額されうる（民法418条・722条2項）。また、境界標・囲障の設置及び保存の費用（民法224条・226条）や売買契約に関する費用（民法558条）は、当事者が等しい割合で負担する。本稿では、このように当事者間でリスクを分配する解決のことを「分配的解決」と称する。

一方、このような規定がない場合のリスク分配のあり方は、権利が認められるか、認められないかというオール・オア・ナッシングの解

決が原則である。「原告の請求が損害賠償請求以外の請求（例えば、契約に基づく履行請求や、不当利得に基づく利得金返還請求等）である場合には、過失相殺に関する規定は直接適用され」ることはない。また、「その他に裁判所が金額の調整をすることを予定した規定は見当たらない」。したがって、「オール・オア・ナッシングの紛争解決をせざるを得ないようにも思われる」と指摘されている⁽¹⁾。

もっとも、規定がない場面でも例外的に当事者間でリスクを分配する解決が一部では行われている。裁判例や学説では債権者の行為態様を考慮して過失相殺の規定⁽²⁾を類推適用したり、信義則や衡平の観念を根拠に履行請求権や損害賠償請求権を一部制限したりする解決がとられる⁽³⁾。これらに加えて、公序良俗違反の効果の一部無効としたり、違約金の額を縮減したりする解決もみられる⁽⁴⁾。

このような分配的解決は、例えば損害の発生や拡大に両当事者が責任を有する場面では、一方当事者がそのリスクを全面的に負担することにより生じうる不都合な結論を回避できる利点を有する。もっとも、一般条項や条理のみを根拠とすると結論に至る判断過程が不明確となる可能性も拭いきれない。そこで、過失相殺の類推適用や一般条項・条理の適用とは異なる方法によって分配的解決を図ることができないだろうか。その判断枠組みを明らかにすることができれば、民法の様々な場面でオール・オア・ナッシングの解決策を見直して分配的解決を図ることへとつながるのではないだろうか。

（2）分析の視角と本稿の目的・意義

上記の問題意識をふまえて欧州司法裁判所の判例をみると、興味深い動向を見出すことができる。そこでは一方当事者Aの権利行使を認めつつ、権利行使によって生じる相手方Bの不利益を考慮し、Aに負担を課したり、Aの権利行使を縮減して両当事者の利益を考慮した解決策が採用されている。具体的には欧州司法裁判所の判決では、通信販売において消費者による撤回権の行使を認めつつ、その行使により

生じる事業者の不利益を考慮し、例外的に消費者に価額償還が義務づけられた。別の判決では、契約に適合しない物の給付を受けた買主に追完請求権を認める一方、売主に生じる過大な追完費用を考慮して、買主の費用賠償請求権を縮減する判断が示された。その後、欧州司法裁判所の判決の影響を承けて、EU 指令やドイツ民法典の改正が行われた。学説では、このような欧州司法裁判所の解決を支える考え方として比例原則が機能していると指摘されている。

上記の EU 法・ドイツ法の議論は、日本の民法における分配的解決のあり方を検討するにあたって参考となると考えられる。これに加えて、2023年にはマックスプランク研究所において「私法における比例原則」をテーマとしたシンポジウムが開かれる⁽⁵⁾など比例原則への注目が集まっているため、同原則の新たな動向を示す点にも一定の意義があるといえよう。そこで、本稿は上記で概略した EU 法・ドイツ法の判例・学説の議論を詳細に整理し、日本の民法領域における分配的解決の展開可能性を示すことを目的とする。

(3) 従来の研究と本稿の関係性

本稿では EU 法・ドイツ法の分配的解決を支える考え方としての比例原則に着目するところ、筆者はこれまで民法の視点から比例原則に関する研究を行ってきた。そこで、本論に入る前に従来の研究と本稿との関係性について簡単に述べておきたい。

そもそも比例原則は日本法では公法領域を中心に議論がされてきた⁽⁶⁾。一方、近時は、私法・民法領域においても比例原則を用いる見解がみられる⁽⁷⁾。筆者も特にドイツ契約法において私人に比例原則が課せられる場面に焦点をあて⁽⁸⁾、同原則が適用される根拠・意義・機能を考察した⁽⁹⁾。そこでは権利行使が認められるか否かというオール・オア・ナッシングの解決策を採用する際に比例原則が機能していた。例えば、給付から得られる債権者の利益と給付に要する債務者の負担との間に著しい不均衡があるときに債務者の給付拒絶が認められるとい

う場面（ドイツ民法典〔以下、「BGB」とする〕275条2項）である。

他方で、Ⅱ章以下でとりあげる裁判例については、比例原則がEU（欧州司法裁判所）に向けられていると捉える学説がある。つまり、裁判所による法形成の際に裁判所による過剰な権限行使を比例原則に基づき制限することにより、当事者のリスクを分配する解決を図る場面と考えられている。本稿では、こうした分配的解決を行う際に比例原則が担う機能に焦点を当てていきたい。

2 本稿の構成

以下のⅡ章以下では、EU・ドイツ法を対象に一方当事者の権利行使を認めつつ、その結果が相手方に与える不利益を考慮し、一方当事者に負担が課される場面（分配的解決）の具体例を2つとりあげる。1つは、通信販売における消費者撤回権の行使と消費者の価額償還義務の可否に関する場面である（Ⅱ章）。もう1つは、契約不適合給付における売主の追完拒絶と買主の費用賠償請求権との調整の場面である（Ⅲ章）。ここで、本稿の構成について付言しておく。Ⅱ章でみる Messner 判決に関しては比例原則が表れていると捉える2つの学説があるところ、それらの主張には相違点がみられる。他方、Ⅲ章でみる Weber 判決を比例原則の観点から分析する学説は1つにすぎず、この学説のみでは同原則の全体像を把握しづらい。そこで、比例原則に関する学説の理解を容易にするために、通信販売における消費者撤回権の行使と価額償還義務に関する議論を先にとりあげる。続くⅣ章では、以上のEU法・ドイツ民法の議論を整理する。その上で、売主の過大な追完費用と買主の救済手段のあり方、消費者撤回権と価額償還義務の可否、契約に適合しない給付を受けた債権者自身が追完を行った場合における費用償還の可否の問題を題材に、比例原則の視点から日本法における分配的解決の可能性を探っていきたい。

Ⅱ 消費者撤回権の行使と消費者の価額償還義務

本章では、分配的解決の具体例として Messner 判決をめぐる議論をみる。判例を確認した後、その解決を支える考え方として比例原則が機能していると捉える学説の見解をみていく。その後、Messner 判決後に制定された新法の議論状況を確認し、分配的解決が立法に結実したことを示していく。

1 Messner 判決⁽¹⁰⁾

(1) 事案の概要と争点

【事案の概要】2005年12月、メスナー氏（以下、「X」とする）はインターネットで通信販売取引業を営む事業者（以下、「Y」とする）から中古のノートパソコン（以下、「本件 PC」とする）を278€で購入した。本件 PC の購入の際に Y がインターネット上に掲載していた約款には、買主は予定していた使用によって生じた商品の劣化に対する価額償還義務⁽¹¹⁾を負う旨が記載されていた。

2006年8月、本件 PC のディスプレイに欠陥が生じた。同月4日、X は Y に本件 PC の修理を求めたが、Y は修理を拒否した。そこで、X は BGB 旧312d 条1項⁽¹²⁾に基づき通信販売契約の撤回権を行使し、Y に278€の返還を求めた。これに対し、Y は、同種のノート PC の市場平均レンタル価格が3ヶ月で118.80€であり、本件 PC を8か月間使用した X は使用利益316€の支払い義務を負うと反論した。Lahr 区裁判所⁽¹³⁾によれば、X は Y から撤回権の指示を受けていなかったため、X の撤回権の行使は撤回期間が進行する前になされた⁽¹⁴⁾と判断された。

【争点】EC 指令97/7の考慮事由 (Erwägungsgrund) 14は、次のような内容であった。「消費者は、実際に契約の締結前に製品をみたり、役務給付の性質を詳細に知る機会を有さない。したがって、この指令に別段の定めがない限り、撤回権が存在するはずである。撤回権が単なる形式的な権利を超えるものであるためには、その行使の場合に消費

者に費用が課せられるとしても当該費用は商品の返送に直接かかる費用に限定されていなければならない。…撤回権の行使に関してさらなる条件や詳細を規定するのは、加盟国の事柄である。」

通信取引指令 6 条 1 項及び 2 項⁽¹⁵⁾においても通信販売契約において消費者が撤回権を行使した場合に消費者に課せられうる唯一の費用は、商品の返送にかかる直接的な費用に限られる旨の定めがあった。

これに対して、BGB 旧355条・357条⁽¹⁶⁾が準用する BGB346条では、債務者には、法定解除の際には受領した給付及び取得した利益を返還することが（1項）、給付の返還が不可能な場合は価額償還が義務づけられていた（2項）。

そこで、使用利益の返還又は価額償還を命じる国内法の規定が EU 指令に反するか否かが争われ、欧州司法裁判所へ事件が付託された。

（2）欧州司法裁判所の判旨

欧州司法裁判所は、以下の判断を下した⁽¹⁷⁾。

①「指令97/7の6条1項及び2項によれば、撤回権の行使によって消費者に課せられうる唯一の費用は、商品の返送にかかる直接的な費用のみである。指令97/7前文の序文14から、商品の直接的な返送費用とは別の費用を消費者に課すことを禁止しているのは、同指令に規定されている撤回権が『単なる形式的な権利を超える』ものであることを保証するためである」。すなわち、「撤回権が負の費用の効果（Kostenfolgen）と結び付けられるならば、消費者がこの権利行使を控える可能性が生じる。さらに、考慮事由からは、『契約を締結する前に、商品を見たり、役務給付の性質について詳細に知る可能性がない』という通信販売の契約締結に特別な状況において、消費者を保護するために撤回権が設けられているということが明らかになる。つまり、撤回権は購入した商品をテスト（test, prüfen）し、試用するための合理的な期間を消費者に与えることによって、通信販売契約を締結する際に消費者が被る不利益を埋め合わせることを意図している。指令97/7の

6条1項2文及び6条2項で言及されている禁止は、これらの目的に照らして解釈されなければならない。その点で、通信販売における契約締結によって購入された商品の使用に対する価額償還義務を一般的に課すことは、上記の目的と相容れないと言わざるをえない」。消費者が価額償還義務を負うという結果は、「指令97/7の6条1項2文及び2項の文言及び趣旨に明らかに反する。特に、指令によって消費者に認められた熟慮期間を完全に自由に、かつ、いかなる圧力もなく行使する可能性を奪うことになる。さらに、もし消費者が通信販売における契約締結によって購入した商品をテストし、試用したという理由だけで価額償還義務を負うならば、撤回権の有効性と効率性が損なわれることになる。」

②「しかしながら、指令97/7は、たとえ通信販売での契約締結という特別な状況において消費者を保護するものであるとしても、撤回権を目的に適って行使するために必要な範囲を超える権利を消費者に付与することを目的としていない。それゆえ、指令97/7の目的設定及び特にその6条1項2文及び6条2項に規定されている禁止事項は、原則として加盟国の法規定と対立しない。その規定によれば、消費者が通信販売における契約締結によって購入した商品を信義誠実や不当利得などの民法の原則と相容れない方法で使用的場合、消費者は相当の価額償還義務を負わなければならない。」

③「指令97/7の考慮事由14の最後の文によれば、撤回権の行使の場合に関するさらなる条件と詳細を規定するのは加盟国である。ただし、この加盟国の権限は本指令の目的を遵守して行使されなければならない、特に撤回権の有効性と効率性を損なってはならない。例えば、価額償還の額が商品の購入価格に比べて不釣り合いであること」や、必要な範囲を超えて商品を使用していない旨の立証責任を消費者に課す国内法の制定は禁じられる。

2 学説による評価

(1) 比例原則の概要

学説では、上記の Messner 判決には比例原則が表れていると指摘する見解がある。そこで、その見解を確認する前提として比例原則の概要を簡潔にみておきたい。

比例原則は、ドイツ公法領域では国家による私人の基本権侵害を防止するために国家権力を制限する機能を果たしてきた⁽¹⁸⁾。その構成要素として、適合性・必要性・相当性（均衡性）⁽¹⁹⁾の3つの原則があげられる。

適合性の原則とは、目的達成のためにある手段が適合的であることを意味する⁽²⁰⁾。必要性の原則は、主にドイツ公法領域では目的達成のために必要最小限度の手段でなければならないことを意味する⁽²¹⁾。このとき、目的達成のために制限が少ない他の手段があれば、当該手段は認められない。他方で、ドイツ民法の一部では、必要性の原則が「目的達成のために必要以上の手段であってはいけない」という意味で用いられることもある⁽²²⁾。例えば、比例原則を「過剰介入の禁止」（Übermaßverbot）と同一視し、その中身が必要性と相当性の原則から構成されるとみる見解もある⁽²³⁾。相当性の原則（均衡性の原則）は、目的と手段、当事者間の権利や義務など比較衡量される対象の間に不相当（不釣り合い）な関係があってはならないことを意味する⁽²⁴⁾。

比例原則は法の一般原則であるため⁽²⁵⁾、その適用対象は公法領域にとどまらない。ドイツ法の判例によれば、比例原則は「民法全体に及ぶ」（ganze Zivilrecht beherrschen）ことが明らかにされている⁽²⁶⁾。では、EU 私法・民法では、比例原則を構成する各原則のうちどの原則が適用されるのか。この点に関して学説では見解の相違がみられる。以下でみていこう。

(2) Stark の見解

Stark は、EU 契約法の規定では比例原則が公法と同様の3段階構造

にはなっておらず、そこでは相当性の原則（狭義の意味の比例性：proportionality stricto sensu）が用いられると理解する⁽²⁷⁾。具体的には、相当性の原則の意味での比例原則が「EU 契約法の枠組みの中で理想的に達成されるべき契約当事者の権利と義務のバランスを保つ」という⁽²⁸⁾。

また Stark は、比例原則が、①契約上の権利行使を制限する場面と②契約上の権利行使の「結果」を制限する場面の双方で適用されると指摘する⁽²⁹⁾。①は権利行使がすべて制限されるか否かが問題となるオール・オア・ナッシングの場面である⁽³⁰⁾。②は権利行使によって相手方に生じる不利益を考慮して、両当事者に均衡のとれた解決を図る場面である。Stark は、Messner 判決では比例原則が②の場面で機能しているとして、次のように指摘する。

Messer 判決では、撤回後に消費者が支払わなければならない補償額が「商品の購入価格との関係で不相当であってはならない」とする。そこでは、「EU 指令の解釈の際に、消費者と相手方の状況や利益を考慮し、狭義の意味での比例原則（相当性の原則）が要求されている」。「Messner 判決の重要な記述は、消費者が撤回後に補償義務を負う一般的な義務は指令に違反するが、信義誠実や不当利得の禁止など民法の一般原則に基づく特定の状況での補償金支払い義務は妨げられないというものである。欧州司法裁判所の表現によれば、撤回後の補償義務を導入するために加盟国にとって開かれた選択肢の航路は、比例的な方法で、すなわち、消費者の撤回権と消費者によって商品が使用された期間に発生した価値の損失について売主が補償を受ける利益とのバランスを適切に保つ方法で航行しなければならなかった」⁽³¹⁾。

この指摘は、次のように整理できる。まず、消費者が撤回権を行使した結果、事業者に不相当な不利益が生じる場合には例外的に消費者に価額償還が義務づけられる。ここでいう価額償還とは、消費者による商品の使用により発生した「価値の損失」と表現されているため、使用利益ではなく、価値の減少分（減価）のことと解される。しかし、消費者が価額償還義務を負うことにより消費者撤回権の行使が妨げら

れてはならない。そのため、商品の購入価格に対して不相当な価額償還義務は認められない。このように、この見解は相当性の原則を通じて両当事者の利益が調整されていると理解する。

なお、Stark は、加盟国が法的枠組みを適用することによって比例原則を適切に考慮する「ソロモンの道 (Solomonic path)」——困難な状況で下される公平な解決策——が塞がれている場合に残された選択肢はオール・オア・ナッシングであると指摘する⁽³²⁾。

(3) Cauffman の見解

Cauffman も比例原則は EU 契約法の中では常に権利と利益又は利益と損失のバランスをとることを意味するという。つまり、比例原則の本質は第 3 の要素である相当性 (狭義の意味の比例性) にあると考える⁽³³⁾。これに対して、適合性と必要性の原則は EU 契約法の規定に常に表れているわけではなく、契約法の典型ではないとみる⁽³⁴⁾。

もっとも、Cauffman は、比例原則が欧州司法裁判所において EU 契約法の解釈を補助する役割を担う場面には、適合性・必要性・相当性の原則が用いられると指摘する⁽³⁵⁾。具体的には、EU (欧州司法裁判所) による措置が問題となるとき、欧州連合条約 5 条 4 項に基づき、「比例原則の下、欧州連合の行動の内容及び形式は、条約の目的を達成するために必要な範囲を超えてはならない」との制約が課せられるという⁽³⁶⁾。この場面では、欧州司法裁判所に比例原則の制約が課せられることを通じて、契約当事者の権利・義務の均衡が図られることになる。この実例が Messner 判決である。Cauffman は、同判決で問題となっているのは消費者法の分野における EU の措置の解釈であるとして次のように指摘する。

「第二次 EU 法 (EU 指令) の解釈に複数の解釈が可能な場合、第二次 EU 法の規定を第一次 EU 法 (EU 条約) と整合させる解釈が優先される。したがって、通信販売指令の解釈に複数の解釈が可能な場合は、法の一般原則としての比例原則及びその適用である EU 条約 5 条 4 項に従っ

た解釈が優先される。裁判所は、この法律上の正当化 (legalizing) と目的論的解釈を組み合わせ、条項が作成された目的を果たすのに最適な解釈を選択しているようである⁽³⁷⁾。」

その結果、Messner 判決では明示的ではないものの、以下のように適合性・必要性・相当性の3つの原則が表れているという⁽³⁸⁾。

①撤回権を行使した消費者が原則として返送にかかる直接的な費用以外の負担を負わないことは、消費者が撤回権を自由に行使できるという望ましい目的に適合的である。

②しかし、撤回権の行使は当該目的を達成するために必要な範囲に限定される。消費者が撤回権を効果的に行使するために必要な限度を超えた場合、特に信義誠実や不当利得などの民法の原則と相容れない方法で通信販売契約によって取得した商品を使用した場合、消費者は公正な補償の支払いを求める加盟国の法律に従うことになる。

③ここでは厳格な意味での比例原則 (相当性の原則) が効力を生じる。当該補償の額は、商品の購入価格に対して不相当 (不釣り合い) であってはならない。撤回権の行使に伴うその他の条件や取り決めに決定する加盟国の権限は絶対的なものではなく、同指令の趣旨に従って行使されなければならない。なぜなら、特に撤回権の効率性や有効性に不利な影響を及ぼしてはならないからである。

以上の3つの原則の構造は、次のようにまとめられる。①適合性の原則では、欧州司法裁判所による判断 (返送以外の費用を課さないこと) が指令の目的 (消費者撤回権の行使) に適合的か否かを判断する。②必要性の原則では、①の審査によって消費者撤回権の行使が認められる場合でも必要以上の権利行使に歯止めをかける。この原則により、撤回権の行使が事業者に過大な不利益を生じさせる場合に限って消費者が価額償還義務を負う。③相当性の原則では、消費者に不相当な価額償還義務を課す加盟国の規定を禁じる。このように、Cauffman は欧州司法裁判所による消費者と事業者の権利・義務の調整には比例原則が表れていると分析する⁽³⁹⁾。

3 消費者撤回権と価額償還義務をめぐる EU 指令及びドイツ民法の改正

(1) Messner 判決の法改正への影響

先の Messner 判決では、消費者が撤回権の目的を超えて商品を必要以上に使用した場合に限り、加盟国の規定に基づき、当該消費者は価額償還義務を負う旨が示された。この加盟国の規定の1つであるドイツ民法典は、2002年の債務法改正前から価額償還に関する規定を置いていた。当時の BGB357条 3 項では、「消費者は、BGB346条 2 項 1 文 3 号にかかわらず、遅くとも契約締結時にこの法的効果及びこれを回避する方法を文書形式で知らされていた場合には、商品の使用目的に応じて生じた劣化について価額償還義務を負わなければならない」と定めつつ、「当該劣化が物のテスト (Prüfung) に起因するときはこの限りでない」との例外を設けていた⁽⁴⁰⁾。この文言によれば、価額償還とは商品の使用利益ではなく、減価を意味すると解される。

その後、Messner 判決などの影響を承けて⁽⁴¹⁾、2011年 8 月 4 日に BGB357条 3 項 1 文が改正された (2014年 6 月12日まで施行)。

「消費者は、BGB346条 2 項 1 号 3 文にかかわらず、以下の場合、商品の劣化に対して価額償還義務を負う。

1. 商品の劣化が、商品の特性及び機能の確認を超える商品の取扱いに起因する場合。」

立法理由によれば、「特性及び機能の確認は、単なる目視検査に加えて意図された通りに物品が使用された場合のみ可能」とされる。したがって、「例えば、特に集中的な使用やその性質上意図されていない使用など、その商品の意図された用途を超える使用は常に特性や機能の確認を超える」ことになる⁽⁴²⁾。

では、上記規定によれば、どのような場合に意図された用途を超えた使用となるのか。この点に関して、当時の規定の下で BGH では 2 つの重要な判決が示されている⁽⁴³⁾。

まず、消費者の価額償還義務を否定した判決がある。事案は次のよ

うなものであった。消費者が通信販売契約で売主からウォーターベッドを購入した。消費者は、ベッドに水を注入して使用した3日後に契約を撤回した。事業者は、Eメールのキャンセルポリシーにおいて、水の注入後は商品が劣化するため、もはや新品ではなくなることを指摘していた。この事案において、BGHはベッドの組立てと水の注入は単なる商品のテストにすぎないとして消費者の価額償還義務を否定した。

一方、消費者が価額償還義務を負うことを判示した判決がある⁽⁴⁴⁾。同判決の事案では、消費者が通信販売で排気ガス浄化装置（触媒コンバーター）を購入し、車に取り付けた後に（短い）試験走行を行い、浄化装置を劣化させた場合に消費者が価額償還義務を負うか否かが争われた。BGHは、当時のBGB357条3項が対面取引で使用可能な情報の機会の喪失を補償するために設けられた規定であると説く⁽⁴⁵⁾。そして、こうした対面取引における検査との比較は、Messner判決と矛盾しないとする⁽⁴⁶⁾。その結果、排気ガス装置の取付けは対面取引でも認められておらず、商品のテストに必要な範囲を超えると判断された。なお、学説によれば、消費者が価額償還義務を負う場合、当該商品の当初の市場価値と給付返還時の市場価値との差額（減価）を事業者に支払うことになる⁽⁴⁷⁾とされる。

対面取引の場合、消費者は店頭でウォーターベッドを試用し、その品質や特徴、機能を確認できる。このような機会が通信販売契約においても消費者に付与されることから、ベッドの組立てと水の注入はテストの範囲になる。その一方、車への排気ガス除去装置の取付けは店頭販売でも認められていない。したがって、この事案では消費者の価額償還義務が肯定されたと考えられる。

(2) 消費者の権利に関する EU 指令とドイツ法における国内法化

2011年10月25日には EU 指令（以下、「消費者の権利指令」とする）14条が設けられた⁽⁴⁸⁾。消費者の権利指令14条1項では、先の通信販売指令

6条1項・2項と同様に、「消費者は、物品を返送するために直接かかる費用のみを負担する」と規定された。その上で、同指令14条2項では次の規定が設けられた。

「消費者は、商品の性質、特徴及び機能を確認するために必要な範囲を超える商品の取扱いから生じた商品の価値の減少について責任を負うものとする。事業者が6条1項hに従って撤回権の通知を行わなかった場合には、消費者はいかなる場合にも商品の価値の減少について責任を負わないものとする。」

上記規定の趣旨は、次の通りである。「商品の性質、特性、機能を確認するために、消費者は店頭で行うことが認められるのと同じ方法で商品を取り扱い、検査するものとする。例えば、消費者は衣服を試着するのみで、それを着用すべきではない。そのため、消費者は撤回期間中、十分な注意を払って商品を取り扱い、検査する必要がある。」⁽⁴⁹⁾

2014年6月には「消費者の権利指令」のドイツでの国内法化が行われた⁽⁵⁰⁾。その結果、撤回権の行使に伴う消費者の価額償還義務に関する規定がBGB357条7項（2014年6月13日－2022年5月27日）に新設された。もっとも、当該規定自体は2011年8月4日の法改正と文言の違いはあるものの、内容面での大きな変更はない⁽⁵¹⁾。以下の通りである。

BGB357条【金融サービス給付の契約を除く営業所外契約及び通信販売契約で締結された契約の撤回の法的効果としての価額償還】

7項：消費者は、次の場合には価値の損失について価額償還義務を負う。

1. 価値の損失が、商品の性質、特徴及び機能の確認のために必要ではなかった商品の取扱いに起因した場合」

このように Messner 判決後、EU 指令やドイツ法では通信販売において例外的に消費者に価額償還義務を課す規定を設けることで事業者の利益にも配慮したリスク分配が行われている。なお、2022年5月28日にそれまでのBGB357条7項はBGB357a条1項へと移行したが、規定の内容は変更されていない。

(3) 欧州委員会による EU 指令の改正提案をめぐる動向

ところで、2018年4月12日の欧州委員会では消費者の権利に関する EU 指令の改正提案が示された。同提案では、消費者による「商品の不当な検査」がなされた場合に消費者撤回権を削除するという方向が打ち出された⁽⁵²⁾。この提案が示された理由は、「消費者による許容限度を超えた商品の使用がされた場合に、中小企業は『不当に検査された商品』を受け入れる義務を負い、平均で年間2,223€（中央値100€）の損失を被る」ためと説明される⁽⁵³⁾。これに加えて、消費者の撤回権を削除する措置を講じることが「事業者と消費者の権利・義務の均衡をとれたものにする」との主張もなされた⁽⁵⁴⁾。

しかし、同年12月6日の欧州経済社会評議会（EES）では、次のように欧州委員会の提案に反対意見が示された⁽⁵⁵⁾。

消費者撤回権は効率的な消費者保護の手段の役割を担っている。「欧州委員会の提案は、そのような権利の濫用が組織的かつ広範囲に及んでいるという十分な根拠を示すことなく、消費者の権利を制限する危険性がある。」

この反対意見を受け、欧州委員会の提案が実現するには至らなかった。EU 指令の改正提案をめぐる以上の議論からは、消費者が商品の試用の範囲を超えて過剰に使用した場合に消費者撤回権を一切認めないというオール・オア・ナッシングの解決策はラディカルであることが示唆される。それに対して、消費者撤回権の行使を認めつつも、例外的に消費者に価額償還を義務づけることが穏当な解決策として受けられているように思われる。

Ⅲ 過大な追完費用による売主の追完拒絶と買主の相当な費用賠償

本章では、契約に適合しない給付がなされた場合に買主が追完請求権を行使したとき、売主が追完義務を拒絶できるか否かという問題を

題材に、買主と売主のリスクがどのように分配されているのかをみる。
まずは問題となった判例をみていこう。

1 Weber 判決⁽⁵⁶⁾

(1) 事案の概要と争点

【事案の概要】 Wittmer 氏 (X) は、事業者 Weber 氏 (Y) から床タイルを1,382.27€ で購入した。X は、タイルの 2 / 3 を自宅に敷設した後、肉眼で見えるほどのタイルの陰影に気が付いた。BGB439条1項によれば、買主は瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引渡しを請求できる。しかし、専門家の鑑定によれば、タイルの陰影は除去できなかったため、X は唯一の解決策として Y にタイルの完全な交換を求めた。X が取り付けたタイルの取外し及び取付けにかかる費用が5,830.57€ と算定された。

【争点】 X の代物請求に要する費用が不相当に高額である場合、Y はこの請求を拒絶することができるのか。この問題に関して、BGB 旧439条3項 (現4項) は次のように規定する。

「売主は、買主によって選択された追完の方法が不相当な費用によってのみ可能である場合には、BGB275条2項及び3項に関わりなく、当該追完を拒絶することができる。その際には、特に瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重大性、買主に著しい不便をかけることなく他の救済を利用できるかどうかを考慮されうる。この場合において買主の請求権は、他の追完方法に制限される。；1項 (追完請求権) の要件のもとで拒絶する売主の権利は、妨げられない。」

上記の BGB 旧439条3項に基づくと、売主が唯一の救済方法である代物給付を不相当な費用を理由に拒絶できる可能性がある。しかし、この帰結は、消費動産売買指令3条3項 (1999/44/EC) と矛盾する。同指令では、契約に適合しない給付がなされた場合、消費者の救済手段として事業者に対する商品の修補又は交換請求が認められる (同条2項)。ただし、同条3項では、一方の救済手段が、他の救済手段と比較

して期待不可能となる費用を事業者に生じさせるであろう場合には不相当なものとみなされる⁽⁵⁷⁾。つまり、同指令3条3項によれば、修補と代物給付のうち、一方の追完方法の拒絶しか認められていない。そこで事件が欧州司法裁判所へ付託された。

(2) 欧州司法裁判所の判旨⁽⁵⁸⁾

①売主は、消費動産の取外し及び取付け義務を負う。「指令の3条2項及び3項の体系からは、同条に言及されている契約に適合した状態を確立するための2つの方法により同レベルの消費者保護の確保が意図されていることが明らかとなる。契約に適合しない消費動産の修繕は、一般には欠陥が発生した当時の状況の消費動産に対して行われる。その結果、確実なことは、消費者が取外しと再設置の費用を負担することはないということである。また指令3条3項によれば、契約に適合しない消費動産の修繕と交換は無償でなければならないだけでなく、相当な時間内に、かつ消費者に著しい不便をかけずに実施されなければならないことも指摘しなければならない。この3つの必要性には、効果的な消費者保護を確保するためのEU立法者の明白な意図が表れている」。さらに、消費動産の取外し及び代物の取付けにかかる費用を売主に義務づけることは、「高水準の消費者保護を確保することを意図している指令の目的に合致している」。「このような解釈が不当な結果を招かないことを強調すべきである。たとえ消費動産の契約違反が売主の過失によらなかったとしても、売主は売買契約で定めた義務を適切に履行していないため、不完全履行の結果を負担しなければならない。」

指令の文言や立法者の意思に基づくと、指令3条3項による売主の追完拒絶は2つの救済措置（修補、代物給付）の比較に限定されている。すなわち、「2つの救済措置のうち1つだけが可能であると証明された場合、売主は、消費動産の契約に適した状態を回復することができる唯一の救済手段を拒否できない」。「この判断は、指令が契約の両当

事者の利益のために、契約の解除や売買代金の減額よりも最初に規定された2つの救済手段のいずれかによる契約の履行を支持しているという事実に基づいている。この判断は、後者の2つの二次的救済手段（筆者補足：解除、代金減額）が契約の履行と同レベルの消費者保護を保証する（gewährleisten）ものではないという事実からも説明される。」

②追完を拒絶できない売主の経済的利益は、追完請求権の期間が2年間へ制限されること（指令5条1項）、同一の契約連鎖における最後の売主が責任を負う製造業者や前の売主に求償権を有することによって保護される。これらに加えて、指令3条3項は、「売主の正当な金銭的利益の効果的な保護を可能にする」。「同条3項は、契約に適合しない消費財を取り外し、必要であれば代替品の消費財を取り付ける費用の支払いを求める消費者の権利を、契約に適合していたならば消費財が有していたであろう価値や契約違反の重大性（Bedeutung）に相当する金額に制限することを妨げるものではない」。「同条は、弱い契約当事者としての消費者に、売主が契約上の義務を不完全に履行した場合の包括的かつ効果的な保護を与えると同時に、売主により主張された経済的配慮を考慮することを認めることで、消費者の利益と売主の利益の正当な調整の確立を意図している。」

③したがって、「不適合商品の取外しと代替商品の取付けに要する費用の償還に対する消費者の権利を縮減しなければならないかどうかを検討する際には、一方では、商品が契約に適合していれば有していたであろう価値と契約違反の重大性、他方では、高水準の消費者保護を確保するという指令の目的が考慮されなければならない。その目的に応じてこのような縮減を行うことにより、費用の支払いを受ける消費者の権利を実質的に空洞化する効果をもたらしてはならない。上記権利が縮減された場合、消費者には指令3条5項に基づき売買代金の相当な減額又は契約の解除を求める可能性が認められなければならない。なぜなら、消費者が費用の一部を自ら負担することによってのみ瑕疵のある消費財の契約に適合した状態の回復を求めることができる

という事情は、消費者にとって重大な不都合を意味するからである。」

Weber 判決に基づき、BGH2011年12月21日判決⁽⁵⁹⁾では、1つしかない追完方法について売主の追完拒絶を認めることが消費動産売買指令3条3項と矛盾すると示された。そして、「不相当な費用を理由に代物給付の形態での追完を拒絶する売主の権利は、瑕疵ある目的物の取外し及び代物として給付された売買目的物の取付けに関して、買主に相当な額への費用の支払いを指示する権利」に制限された。その結果、買主は控訴審判決までに得た金額と併せて、600€の費用支払請求権を有すると結論づけられた。

2 学説による Weber 判決の評価——比例原則の視点から

(1) Cauffman の見解⁽⁶⁰⁾

学説では、Cauffman が上記の判決（以下、「Weber 判決」とする）にも適合性・必要性・相当性の3つの原則が表れていると述べる⁽⁶¹⁾。この見解は、次のように説明する。

まず、上記判旨①では、消費動産売買指令3条3項に基づき売主の追完拒絶を認めないとの判断に至った。同指令は、修補が不可能な場合に残された代物給付が「絶対的」に不相当であることを理由に、売主に拒絶権を認めることを各国の立法者に禁止している。そのことは、当事者の利益のために解除や代金減額よりも契約の履行を優先させるという指令の目的を達成するのに適している（適合性の原則）。さらに、解除や代金減額という救済手段では履行と同じレベルの消費者保護を確保できないところ、ここには履行を認める必要性（必要性の原則）が表れている。

②その一方、売主の正当な利益を保護する対抗手段がなければ比例性（相当性の原則）⁽⁶²⁾が危うくなりうる。そこで、消費動産売買指令が4条・5条に加えて、同3条3項により売主の正当な経済的利益を効果的に保護することを認めている。つまり、必要に応じて、欠陥のある商品を撤去し、交換商品を設置する費用の支払いを受ける消費者

の権利を、契約不適合がなかった場合に商品が有するであろう価値及び適合性の欠如の重大性に比例する金額に制限することによって、不適合商品を交換する売主の義務が軽減されうる。国内の立法府が売主に追完拒絶権を与えることを禁じることは比例性のテスト（審査）に不合格となるため、売主の義務を軽減することでこの結果を回避できる。

③しかし、売主の経済的利益を保護するために、契約に適合した商品の取外し及び取付けにかかる消費者の費用賠償請求権が縮減されることで消費者に不相当な結果が生じてはならない。消費者が商品の契約不適合が明らかになる前に、善意で当該商品をその性質と目的に合致した方法で取り付けた場合に、消費者の費用賠償請求権がいつ空洞化するのかが問題である。この点、裁判所は、消費者の権利の縮減が重大な不都合となるため、代金の適切な減額又は契約の解除を請求できるとする。しかし、これが常に消費者の利益を十分に考慮した解決策となるかどうかは定かではない。商品の撤去と再設置に対する売主の責任を、不適合の重要性だけでなく、商品の価値に比例する金額に制限することが正当化されるかどうかは疑問である。撤去と再設置の費用は、不適合がない場合の商品の価値と釣り合う必要はなく、欠陥品の撤去と代替品の設置を含む不適合品の交換を得るという消費者の利益と釣り合う必要がある。契約不適合の重大性を考慮すると、売主が商品の価格を持ち出すことによって自らの責任を限定することは正当化できない。

（2） 比例原則の適用方法の相違

上記 Cauffman の見解では、Weber 判決に比例原則の 3 つの要素が表れているとする。ここでは注意が必要なのは、比例原則（特に必要性の原則）の適用方法が Messner 判決（Ⅱ）の分析と異なっているという点である。

まず、適合性の原則は、Weber 判決の①消費者による追完請求権の行使を認めることが指令の達成すべき目的に適合しているか否かを判

断する際に登場している。

次に、必要性の原則も判旨①の段階で登場している。解除や代金減額では履行と同じレベルの消費者保護を確保することができないため、消費者の追完請求権の行使を認める必要性があるとする。この意味での必要性の原則は、「目的達成のために必要」という意味で用いられ、消費者による権利行使を認める段階で機能していると捉える。一方、Messner 判決では（II 2(3)）、消費者撤回権の行使が「必要以上」か否か、つまり「ある手段が目的達成のために必要以上」か否かという意味で必要性の原則が用いられていた。そこでは、必要性の原則が消費者の権利行使を制約する機能を有していたとみうる。このように必要性の原則の意義が異なっている点に注意が必要である。

相当性の原則は、2つの場面で登場している。まず、②追完請求権が認められた場合に生じうる事業者の不利益を軽減する段階である。ここでは、相当性の原則による調整を通じて消費者の費用賠償請求権が相当な額に限定されることになる。さらに、相当性の原則は、③消費者の権利が縮減されることにより消費者に不相当な結果が生じないように調整する段階でも登場している。なお、Cauffman は、費用賠償請求権の相当な額への引下げにあたって商品が契約に適合していた場合の価値を基準とすると、事業者の責任が限定されるために妥当でないと指摘する。

以上の Weber 判決は、売主の追完拒絶を否定する一方、消費者の費用賠償請求権を縮減する形で当事者の利益調整を図った。その後、同判決の内容は条文化されたものの、ほどなくして削除されるに至った。そこでは Weber 判決とは異なる方法での分配的解決が試みられている。以下ではこうした議論状況を確認していこう。

3 Weber 判決後の状況

(1) 事業者間契約・消費者間契約

まず、事業者同士又は消費者同士の契約に関する追完拒絶の状況を

確認する。

BGB2012年10月17日判決⁽⁶³⁾では Weber 判決の射程は、消費動産
 売買に限定されることが明らかにされた。なぜなら、指令に適合した
 解釈を他の売買契約に拡張することは、ドイツ立法者の意思と合致し
 ないと考えられたからである。その結果、当事者が対等な立場にある
 場面での売買契約では、売主は過大な費用を理由とする追完拒絶が可
 能となる⁽⁶⁴⁾。もっとも、当時の BGB439条の下で売主の追完義務の範
 囲及び追完拒絶の可否が当事者によって変わることは透明性を欠くこ
 とになる⁽⁶⁵⁾。こうした背景などから法改正が行われた⁽⁶⁶⁾。

2016年5月18日のドイツ連邦政府改正草案は、BGH2012年判決とは
 異なり、すべての売買契約において売主が動産の取外し及び取付けに
 かかる費用を賠償する義務を負うことを明記した (BGB-E439条)。この
 転換の意図は、請負人や製造業者の保護にあった。注文者に瑕疵ある
 物を交付した請負人らは、瑕疵ある物の取外し及び瑕疵のない物の取
 付け義務を負う。その費用は、請負人らの報酬をはるかに上回るこ
 ともある。請負人らが瑕疵ある物を事業者である売主から購入していた
 とき、売主に帰責事由がなければ損害賠償を請求できない。このとき、
 請負人らは取付け・取外しの費用を負担しなければならない。そこで、
 請負人に目的物を供給した売主（事業者）にも追完義務を負わせること
 が請負人らの負担の軽減につながると考えられた⁽⁶⁷⁾。

その後、2018年1月1日に BGB439条3項が施行された。同条では、
 「売主は、買主が瑕疵ある物をその種類及び使用目的に従って他の物に
 組み込んだとき又は他の物に取り付けたときは、追完により、瑕疵あ
 る物を取り外し、修補した物又は引き渡した瑕疵のない物を組み込む
 か又は取り付けるために要する費用を賠償する義務を負う。(以下、略)」。

BGB439条3項は費用賠償義務に関する規定を置くにとどまり、売主
 の追完義務の範囲に瑕疵ある物の取外し及び瑕疵のない物の取付け義
 務が含まれるか否かが明確ではない⁽⁶⁸⁾。もっとも、当該義務が追完の
 範囲に含まれる場合でも売主は不相当な費用を要する追完を拒絶しう

る (BGB439条 4 項)⁽⁶⁹⁾。

(2) 事業者－消費者間契約

次に、事業者と消費者との消費動産売買を対象とする契約について確認する。

2016年5月18日のドイツ連邦政府改正草案では、過大な費用を理由とする事業者の追完拒絶権を認めない一方で、消費者の費用賠償請求権を制限する旨の規定が設けられた⁽⁷⁰⁾ (BGB-E475条 4 項)。

その後、2018年1月1日の法改正では、BGB475条 4 項において Weber 判決の内容が反映した規定が設けられた⁽⁷¹⁾。ところが、数年後の2022年1月1日の法改正により上記規定が削除された。改正の契機は、消費動産売買指令 (1999/44/EG) が、物品の売買の特定の側面に関する2019年5月20日の欧州議会及び理事会の EU 指令2019/771 (商品売買指令) によって置き換えられたことにある⁽⁷²⁾。この指令を2021年7月1日までに国内法化する必要に迫られ、ドイツ民法典の改正作業が行われた。

当時の BGB475条 4 項の削除に関する立法理由は、次の通りである。

「物品の売買指令においては、従来の法状況は引き継がれない。売主に不相当な給付の調達を義務づけることは正当化できないと考えられたからである。取外し及び取付けとその他の費用との区別に対しては異論が出された。追完の2つの方法が不相当である事例において、消費者にはその他の補償が必要であるとは考えられない。なぜなら、消費者は契約の解除又は代金減額を請求できるからである。」⁽⁷³⁾

この法改正は、学説では好意的に受け止められている⁽⁷⁴⁾。第1に、商品売買指令13条⁽⁷⁵⁾ 3 項の内容と一致するためである。第2に、消費動産売買において事業者の追完拒絶を認めないことは事業者への過度な負担となるためである。第3に、当時の BGB475条 4 項に基づく消費者の費用賠償請求権の「相当な額」の算定には不明確さが指摘されていたところ (Ⅲ 2(2)参照)、その問題が解消されることとなったか

らである。

以上の法改正の結果、Weber 判決の結論とは異なり、事業者と消費者との契約においても事業者は過大な費用を理由に追完を拒絶できることとなる。その結果、事業者と消費者との売買契約における追完義務とその制限のあり方は、通常の売買契約と同様になる。大別すると3つの段階に分けられる。

①契約に適合しない給付があった場合、買主は売主に対して原則として修補又は代物給付による追完を請求することができる。これらの追完方法の一方(α)が不能又は不相当な費用を要するとき、売主は当該追完を拒絶しうる。その結果、買主は他の追完方法(β)を請求できる。②しかし、その追完(β)に不相当な費用がかかる場合がある。このとき、売主は例外的に当該追完方法も拒絶することができる。③ここで売主の追完拒絶が認められると、追完により実現されるべき買主の利益を確保することができない。そこで、買主は追完に代わる損害賠償を請求できる。さらに、買主には代金減額や契約の解除という二次的救済手段が認められる。ここでは売主の追完拒絶を例外的に認めつつ、買主に他の救済手段を確保することによって売主と買主のリスクを分配する解決が行われているといえる。

IV EU 法・ドイツ法の議論の整理と日本法の検討

本章では、以上の EU 法・ドイツ法の状況を整理した上で、日本法の個別の問題に即して民法における比例原則に基づく分配的解決の展開可能性を探っていくことを目的とする。

1 EU 法・ドイツ法における分配的解決の構造と比例原則

(1) 欧州司法裁判所の2つの判決

II 章・III 章の欧州司法裁判所の判決をまとめると、当事者間のリスクを分配する際に次の①～③の順序で判断が下されていた。

Messner 判決では、①返送費用以外の負担を消費者に課することが消費者に撤回権を付与した指令の目的に適合的か否かを判断する。②次に、消費者撤回権の行使を認めた場合に生じる事業者への過大な不利益を考慮し、例外的に消費者に価額償還を義務づける。③しかし、商品の価値に対して不相当な価額償還義務を消費者に負わせることは認められない。

Weber 判決も次の3段階の構造に整理することができる。①まず、契約に適合しない給付をした事業者に追完拒絶を認めないことが、契約の履行により高水準の消費者保護を目指す指令の目的に適合的か否かを審査する。②しかし、事業者の追完拒絶を認めない場合、事業者の正当な利益に配慮する目的を達成することができない。そこで、消費者の権利が契約に適合しない給付の取外し及び新たな給付の取付けにかかる相当な費用賠償請求権に縮減される。③もっとも、消費者の権利の縮減により消費者の権利が空洞化されないように、消費者には代金減額や解除が認められる。

（2）比例原則に関する学説の分析

学説では、上記の判決が分配的解決を図る際には比例原則が機能しているとの指摘がみられた。もっとも、学説では比例原則の内容の理解には相違点が存在した。そこで、両見解の相違点が生じる要因や比例原則が果たす機能について検討する。

（a）Stark の見解

Stark は、主に Messner 判決について言及する（Ⅱ 2(2)）。その見解では、比例原則を構成する原則のうち適合性・必要性の原則への言及がなく、相当性の原則のみを適用しているとみられる。では、なぜこの見解は適合性や必要性の原則に言及しないのか。この点を推測すると、Stark は、Messner 判決では公法上の比例原則ではなく、私法・民法上の比例原則が適用されると理解していることに起因すると考えら

れる（Ⅱ 2(2)参照）。両者の違いについて、ドイツ法の学説では、民法、特に契約法領域における私人に比例原則が課せられる際には相当性の原則のみが適用されるとの見解がある。その見解によれば、適合性や（相手方の利益を最も侵害しない必要最小限度の意味での）必要性の原則を私人に要求することは、私的自治の原則に反するという⁽⁷⁶⁾。なぜなら、契約法領域では私的自治の原則に基づき、当事者がいかなる目的を設定し、どのような手段を選択するのかは自由であるからである。したがって、Stark は Messner 判決を私人に比例原則が課される場面と捉える結果、相当性の原則のみを適用している可能性がある。

以上の Stark の見解では、相当性の原則を意味する比例原則が上記Ⅳ 1(1)②・③の段階で登場し、消費者撤回権の行使による生じうる事業者の不利益と消費者に価額償還を課すことによる消費者の不利益との均衡が図られる。この見解によれば、比例原則は権利行使の「結果」の不均衡を調整する役割を担っているとみうる。

(b) Cauffman の見解

Cauffman も契約法では原則として相当性の原則のみが適用されるとする。しかし、欧州司法裁判所による判断の指令適合的解釈が問題となる際には、適合性・必要性・相当性の原則からなる比例原則が適用されるとする。その根拠となるのが、欧州連合条約5条4項である。同条によれば、EUの「行動の内容及び形式は、条約の目的を達成するために必要な範囲を超えてはならない」（Ⅱ 2(3)参照）。その結果、裁判所の判断が①当該条約の達成に適合的か、②一方当事者の権利行使を認めるとしても必要以上でないか（相手方に過大な不利益を与えていないか）が問われる。さらに、③一方当事者の権利行使が過大である場合に当該権利行使を制約するとしても、その制約の程度が不相当なものであってはならない。その内容を敷衍すると、以下の通りである。

①適合性の原則は、上記Ⅳ 1(1)の判例整理の①の段階で登場する。この原則は、裁判所による判断が指令の達成すべき目的（例えば当事者

Aの権利保護)に適合的か否かを審査する。確かに、欧州連合条約5条4項には適合性の原則を要請する文言はない。しかし、欧州司法裁判所によれば、比例原則とは「共同体規定を通じて実施される措置が追求する合法的な目的を達成するために適当であり、かつそれらを達成するのに必要なものを超えてはならない」という意味で理解されている⁽⁷⁷⁾。つまり、適合性の原則は、必要性の原則の前段階として要求されることになる⁽⁷⁸⁾。

②次に、必要性の原則について Cauffman の見解ではその意義にずれがみられた。一方では、必要性の原則は、ア) 当事者の権利行使が当該目的の達成にとって必要という意味で用いられることがある。Weber 判決の分析では、代金減額や解除では履行と同レベルの消費者保護を確保できず、追完を認める必要性があると示されていた。この意味での必要性の原則は、IV 1 (1)①の段階において権利行使を認める機能を果たす。もっとも、ア) の意味での必要性の原則は、Messner 判決では登場しておらず、比例原則の構成要素として不可欠でないとみられる。

他方では、イ) 必要性の原則は一方当事者の権利行使が「目的達成のために必要以上」という意味でも用いられる。例えば、Messner 判決では、消費者撤回権の行使は目的達成に必要な範囲に限定されるという文脈で同原則が用いられていた。この意味での必要性の原則は、IV 1 (1)②の段階において一方当事者の権利行使を制約する機能を果たす。先の欧州連合条約5条4項の文言から導かれる必要性の原則は、この意味であると考えられる。イ) の必要性の原則は、相当性の原則と重なる。例えば、Cauffman の Weber 判決の分析では (Ⅲ 2 (1))、「相当性の原則」の下で消費者の追完請求権の行使が事業者に不相当な不利益となるか否かを考慮していたが、この判断は一方当事者の権利行使が「必要以上か否か」の判断と一致するといえよう。

③相当性の原則は、IV 1 (1)③の段階でも作用する。②の審査により、一方当事者Aの権利行使から生じる相手方Bへの不利益が過大である

場合に、Aに別の措置を課したり（例：価額償還義務）、Aの権利行使が縮減されることになる（例：追完に要する相当な費用賠償請求権）。ここでの相当性の原則は、Aに不相当な不利益が生じないように裁判所の判断に制約を課す機能をもつ。

以上のように Cauffman は、適合性・必要性・相当性の原則から成る比例原則を通じて両当事者の利益調整を図ることを試みる。

2 日本法における比例原則に基づく分配的解決の検討

(1) 比例原則の適用可能性——問題状況の類似性

上記の学説をふまえて、日本法における比例原則に基づく分配的解決のあり方をどのように考えるべきか。日本の民法領域では分配的解決の手法として比例原則が一般的に採用されているわけではないため、その適用可能性が問題となる。確かに、日本の民法領域では欧州連合基本条約のように比例原則を命じる規定はない。欧州司法裁判所で争点とされた加盟国の国内法規が EU 指令に反するか否かという問題自体も日本法の下では生じない。

他方で、Cauffman の見解を参照して欧州司法裁判所の判決を別の視点から捉えたと、そこで問題とされているのは、裁判所による法形成においてある判断を下すことが当事者に不相当な不利益を与えないか否かという点である。同様の問題状況は、日本法でも生じうる。すなわち、日本法においても、裁判所による法形成が当事者の利益を過剰に侵害しないように基準を設け、当事者の利益調整を図る必要がある。このような問題状況の共通性に鑑みれば、日本法における当事者間の利益調整の手段として比例原則を活用できる可能性がある。

実際、日本法においても裁判所の介入によって当事者の基本権が過剰に侵害されることを防ぐ手段として比例原則を用いる試みがすでに提唱されている⁽⁷⁹⁾。その見解では、国家機関である裁判所による判断が当事者の基本権への過剰介入となることを防止し、当事者間の基本権を衡量する手段として比例原則を用いる⁽⁸⁰⁾。例えば、AがBとの間

で締結した競業禁止特約に違反したため、Bから違約金・損害賠償額の予定を請求されているとする。このとき、民法90条により契約を無効とすることがAの基本権の保護に適しているかが判断される（適合性）。その上で、同条に基づき全部無効にすることがAを必要以上に保護する場合には、適正な賠償額を超える限度での違約金・損害賠償額の予定を無効とすれば足りるとする（必要性）⁽⁸¹⁾。この一部無効の判断枠組みは、一般条項に基づく判断過程を明確にする点で示唆に富む。さらに、瀬川信久博士により、利益衡量論・比例原則による裁判を認めるフランス法の検討に基づき日本法においても当事者の広範な諸利益の衡量が行われていることが指摘されている⁽⁸²⁾。

そもそも比例原則とは、「原理と原理が衝突する場合の衡量一般に妥当する基準」⁽⁸³⁾であるとされ、その適用場面は民法一般に及ぶと理解される。Ⅱ章以下で示した当事者間でのリスクを分配する解決はその例にほかならない。

（2）比例原則による判断枠組みの定立

では、日本の民法領域において比例原則が妥当する場合にどのような判断枠組みを設定すべきか。上記Ⅳ 1 (2)の学説をふまえて検討する。

①まず、適合性の原則を通じて、裁判所による判断 α が達成すべき法規範の目的（当事者Aの権利保護）に適合的であるかどうかを審査される。この原則は、目的達成にとって適合的な手段を用いることにより、あるいは不適合な手段を排除することにより当事者Aの権利を保護する役割を果たす。

②次に、Aによる権利行使が必要以上であるかどうかを審査される。その際には、Aの権利行使によって相手方Bが被る不利益の程度が重要である。この審査を設定する意味は、2つの観点からの説明が可能である。一方では、Starkの見解のように、一方当事者に対して相手方への過大な権利行使をしてはならないとの制約が課されるためである。

他方では、Cauffman の見解のように、相手方に過大な不利益を与える一方当事者の権利行使を認めることは裁判所による必要以上の権限行使と考えられるからである。なお、先に指摘した通り、必要以上か否かの判断は、相手方に与える不利益の大きさ（不相当性）の判断と重なる。

③上記②の審査に違反する場合、Bの不利益を軽減すべく、裁判所による別の判断 β によってAに負担が課せられたり、Aの権利行使の範囲が縮減されたりする。しかしながら、判断 β によりAに不相当な不利益が生じる結果となつてはならない。

以下ではこのような比例原則に基づく判断枠組みを参照して日本法の下での分配的解決の可能性を検討していきたい。

3 分配的解決の採用例——過大な追完費用に基づく売主の追完拒絶と買主の救済手段

Ⅱ・Ⅲ章で議論されていた事例を日本法の観点からみたとき、EU法・ドイツ法と同様に分配的解決が採用されているとみうる場面がある。それが過大な追完費用に基づく売主の追完拒絶と買主の救済手段の問題である。

【例】売主によって契約に適合しない目的物の給付がなされた。しかし、買主はそれに気づかずに当該物をその使用目的に従って別の物に取り付けた。このとき、物の修補は不能であった。そこで、買主は売主に対して代物請求権を行使したが、当該追完には過大な費用が生じた。

上記例において、売主はどこまでの追完義務を負うのか。この問題を考える際には、追完請求権の法的性質が問題となる。一方では、追完請求権が履行請求権と同質であるとする立場からは、追完義務の範囲は履行義務の範囲と同一と理解される。この立場では、履行義務の

解釈によっては契約に適合しない物の取外し及び契約に適合した新たな物の取付けも追完義務に含まれる⁽⁸⁴⁾。

他方では、追完請求権と履行請求権を異なる権利とみる立場⁽⁸⁵⁾からは、追完義務の範囲は「必ずしも当初契約で定まった給付内容に限定されない」⁽⁸⁶⁾。この場合、民法562条の拡大解釈によって物の取外し及び取付け義務も肯定されることになる。より実質的な理由としては、「契約不適合のリスクを売主に負わせる」ことが消費者保護に資することや、売主や売主に対して目的物を引き渡す製造業者に注意を払わせるインセンティブを与えることが望ましいとの指摘がなされる⁽⁸⁷⁾。

もっとも、売主が物の取外し・取付け義務を負う場合でも追完義務の範囲には限界がある。その際の買主・売主のリスク分配について比例原則の判断枠組みから考えてみたい。

上記例において最初に検討すべきことは、①当該法規範において達成すべき目的である。その目的は、追完により得られる買主の利益の確保にあると解される。売主の追完義務の範囲は、この目的との関係で決定されなければならない。もし売主の追完義務の範囲には目的物の取外し及び取付け義務を含まないとした場合でも、買主には損害賠償や代金減額、契約の解除による救済手段が認められる。しかしながら、これらの手段では買主に追完がなされたのと同様の利益状態を確保するという目的を達成することができない。つまり、買主の追完利益の確保という目的の達成にとって、売主に目的物の取外し及び取付け義務を肯定することが適合的である。こうした買主保護の観点に加え、上記見解が提示するように売主や製造業者にインセンティブを与える観点からもこの方向性が支持される。

②しかしながら、売主に当該追完義務を認めることで過大な不利益が生じることがある。このとき、消費動産売買指令3条3項のように売主の追完拒絶を認めないとの判断を日本法の解釈論として採りえない。この場合、日本法ではドイツ法のように債務者の追完拒絶に関して規定がないため、民法412条の2第1項の不能⁽⁸⁸⁾又は信義則・権

利濫用⁽⁸⁹⁾に基づき、例外的に売主が追完義務を免れることになる⁽⁹⁰⁾。

③②のように売主が追完義務を果たさない場合に他の救済手段がなければ買主の利益を空洞化する結果を招く。そこで考えられる救済手段が追完に代わる損害賠償である。もっとも、追完請求権の限界事由が認められる場合に、買主に追完費用相当額の賠償を認めると売主の追完拒絶を認めた意味が失われる。そのため、買主の損害賠償請求権は契約不適合を理由とする目的物の減少額の賠償に限定されると解される⁽⁹¹⁾。このほかに、買主には代金減額請求権や契約の解除の要件をみたすと各救済手段が認められる。

以上の判断枠組みは、現在のドイツ法の売主の追完拒絶と買主の救済手段との調整方法（Ⅲ 3(2)）と同様の状況にある。ここでは、比例原則による分配的解決が反映されているとみることができる。

4 分配的解決の展開可能性①——消費者撤回権の行使と価額償還義務

次に、比例原則の視点からみると分配的解決を新たに導入しうる場面を検討していきたい。ここで検討を加えるのは、EU法・ドイツ法で議論がみられた通信販売における消費者撤回権の行使と価額償還義務の問題である。消費者撤回権とは、クーリング・オフ及び通信販売における返品制度を合わせた用語と理解されている⁽⁹²⁾。以下の検討では通信販売を対象とするため、ここでの消費者撤回権は返品制度のことを意味する。

通信販売では、訪問販売や電話勧誘販売のように事業者からの不意打ち的な勧誘により、自由な意思形成が阻害されたわけではないとの理由からクーリング・オフは認められていない⁽⁹³⁾。しかし、商品が消費者の手元に届いてからでないとその内容を確認できないことなどから、返品制度が設けられている。ただし、返品制度は任意規定であるため、同制度を排除する旨の特約も有効である。返品のための費用は消費者が負担する（特商法15条の3第2項）。通常の原因回復の範囲に関

しては、消費者は現存利益の返還義務のみを負う（消費者契約法6条の2）。

では、通信販売において返品がなされるまでの間に消費者による必要な範囲を超えた商品の使用がされた場合のリスクを当事者間でどのように分配するべきか。BGHの事例を参考にして考えてみる。

【例】通信販売によって消費者が事業者から排気ガス浄化装置（以下、甲とする）を購入し、車に取り付けた。その後、消費者は甲の売買契約に関して撤回権を行使した。この撤回までの間に消費者は車を運転し、甲を劣化させた。このとき消費者は排気ガス浄化装置の減価分の価額償還義務を負うか。

目的物の使用に伴う劣化分の価額償還に関して、学説では次の見解がみられる。「撤回前の使用による商品の減価分は、消費者が価値返還する義務を負うことになりそう」である。しかし、「使用による減価が著しい商品については、事業者は返品権の適切な制限を約款に規律することで自衛すればよい。そのような措置をとっていない場合の法定撤回権では、…消費者の返還責任を限定するほうが、約款による適切な返品権の規律を促すことになってよい」との見解が示される⁽⁹⁴⁾。もっとも、同見解は、2012年当時の諸外国の法状況が流動的であることをふまえて、「制度を固定的に捉えず…法改正により柔軟に対応する必要がある」ことも付言する⁽⁹⁵⁾。

確かに、現行の法制度では返品権が任意規定である以上、消費者に減価分の価額償還を命じる旨の約款も有効であろう⁽⁹⁶⁾。他方では、約款がない場合のリスク分配のあり方として、消費者の返還責任を限定することは事業者に全面的にリスクを転嫁させることになる。しかし、この結果は、事業者に過大な不利益を与えとの見解も想定されよう。ここで比例原則に基づく判断枠組みを用いると、次のように分配的解決を図ることが考えられる。

①まず原則として、消費者の負担を返送費用や目的物の現存利益の返還義務のみに限定することは、消費者に撤回権を与えた目的・趣旨に適合的である。

②しかし、消費者が撤回権を行使することによって事業者が必要以上の（不相当な）不利益を生じさせることがある。そこで、試用の範囲を超えて商品を必要以上に使うことによってその価値を毀損させたような例外的な場面に限り、当該事業者の負担を軽減するという判断を下すことが考えられる。

③ここで、当該場面において商品の価値を毀損させた消費者には撤回権がはく奪されるとの判断を採ることができるか。実際、欧州委員会では事業者保護のためにこのような内容の改正提案を示していた（Ⅱ 3 (3)参照）。しかし、立法者又は裁判所の判断によって消費者に不相当な不利益が生じる結果となってはならない。欧州経済社会評議会が批判するように、消費者撤回権をはく奪することはむしろ消費者の利益を必要以上に制限するラディカルな手段であろう。そのような手段によらずとも、事業者を保護するためには消費者に不利益の少ない手段である価額償還義務を課す方法で足りる。

EUの「消費者の権利指令」14条2項やそれを国内法化したドイツ法において、必要な範囲を超える商品の使用等に関して消費者への価額償還義務が定められていることは、事業者に全面的にリスクを転嫁させることの問題を示す点で示唆に富む。日本法においても、消費者が試用の範囲を超えて商品を使用した場合には、消費者の返還責任を限定せずにその商品の価値の減少額相当の価額償還を義務づけることによって両当事者のリスク配分を図る方向性が検討に値する。その際、解釈論としては当該場面を消費者契約法6条の2の適用対象外とすることで対応し、立法論としてはドイツ法を参照して新たな規定を創設する方向性も考えられる⁽⁹⁷⁾。

5 分配的解決の展開可能性②——債権者自身の追完と費用償還請求の可否

上記3・4では、EU法・ドイツ法において議論されていた問題について日本法の観点から検討を加えた。それらの場面以外の分配的解決の展開可能性を探るために、債権者自身の追完と費用償還請求権の可否をめぐる問題を検討したい。例えば、次のような事例である。

【例】買主が売主から購入した物に契約不適合があった。売主を信用できなくなった買主は催告をせずに、第三者に当該物の修補を依頼した。その後、買主は、第三者による修補に要した費用として200万円の賠償を売主に求めた。これに対して、売主は、買主が修補の前に売主への催告を行うべきであり、100万円の修補費用で済んだと反論している。

この問題はドイツ法などの諸外国において議論の蓄積があり、その議論状況が既に紹介されている⁽⁹⁸⁾。BGHによれば、売主の追完権又は第二の提供権を保障するために、買主が追完に代わる損害賠償請求権を行使するためには催告が必要とされる。BGHでは、追完の優位性を保障するために、売主が出費を免れた瑕疵除去費用について、BGB326条2項後段・4項又は不当利得に基づく買主の費用償還請求権も否定されている。これに対して、学説ではBGHに批判的な見解が主張されている⁽⁹⁹⁾。

では、日本法においてこの問題をどのように考えるべきか。大別すると2つの立場がある。1つは、上記BGHの立場と同様に、売主の追完機会の確保を重視し⁽¹⁰⁰⁾、買主が追完に代わる損害賠償を請求するためには追完の催告が必要と理解する立場である（以下、「催告必要説」とする）⁽¹⁰¹⁾。もう1つは、契約に適合しない給付を受けた買主の利益の回復を重視し⁽¹⁰²⁾、買主は催告なくして追完に代わる損害賠償を請求できるとする立場である（以下、「催告不要説」とする）⁽¹⁰³⁾。

この問題を考えるにあたっても出発点として考えなければならないのは、当該事案において法規範が達成すべき目的である。ここで売主の追完利益を重視すべき目的に据えたとする。この場合、当該目的を達成するための手段として買主には催告が要求される。したがって、売主の追完機会を奪った買主は追完に代わる損害賠償請求権を行使することができない。このとき、買主は別の手段によって負担した費用を売主に請求できるか。上記立場の中には、ドイツ法の議論から示唆を得て、(ア)民法536条2項類推適用及び不当利得の適用を否定し、買主の費用償還請求権も否定する見解がある⁽¹⁰⁴⁾。

この見解の妥当性を考える際には、当該手段が買主に不相当な不利益を与えるか否かも考慮しなければならない。この点に関して、催告不要説は、(ア)説に対して「契約不適合物の売主が修補費用の賠償請求を免れる」ことが不都合な結果を招くことがあると指摘する⁽¹⁰⁵⁾。さらに、催告必要説も(ア)説に対して、買主から売主に対する費用負担を否定することは買主の利益を不当に限定するとの懸念を示す⁽¹⁰⁶⁾。これらの批判が示しているように、そもそも債務者が契約に適合した給付をしていれば生じなかったリスクについて、催告を怠ったことのみをもって買主に全面的に負担させる帰結は妥当ではない⁽¹⁰⁷⁾。つまり、(ア)説のように、契約不適合のリスクが買主に全面的に転嫁されるオール・オア・ナッシングの結果は、買主に不相当な不利益が生じる手段となるため認められるべきではない⁽¹⁰⁸⁾。

一方、買主の利益の回復を重視した場合、(イ)催告不要説からは——追完に代わる損害賠償請求権を履行に代わる損害賠償請求権の一種と考えた場合でも、異なる救済手段とみた場合でも——「不適合給付をした売主に対して追完を求めることは、一般に、買主にとって期待しがたいことであるという論拠から」⁽¹⁰⁹⁾、追完に代わる損害賠償（民法415条1項）が認められることになる。他方で、(ウ)催告必要説の立場からは、追完に代わる損害賠償請求権ではなく、事務管理、不当利得等に基づいて買主の費用償還請求権を認めるという方法も提案されてい

る⁽¹¹⁰⁾。

もともと、(イ)説・(ウ)説のように費用を支出した買主の保護を図る立場であっても、買主の救済という目的に対して必要以上の権利行使、すなわち売主に過大な不利益を与える権利行使は認められない。そこで、(イ)説からは、買主が支出した費用のうち、民法416条1項の「通常損害」の範囲に含まれる損害のみが賠償額として認められることになろう⁽¹¹¹⁾。また(ウ)説からは、買主による費用償還請求権の範囲は、有益な費用(702条1項)や売主が自ら修補をしていれば支出したであろう追完費用(703条以下)⁽¹¹²⁾が認められると解される⁽¹¹³⁾。このような限定を付すことで、売主が負う損害賠償額や費用償還の額の点では両説とも結論に差異は生じないと考えられる。

では、どちらの立場が妥当であるのか。ここで催告を要することによる買主と売主の利益・不利益に着目して考えてみたい。まず、買主に催告を課すことが不利益をもたらすか。確かに、(イ)説が指摘する通り、高速道路を走行中の自動車の故障など買主が即時に修補する必要があり、買主への「催告の要求が明らかに不合理な場合」⁽¹¹⁴⁾も想定される。しかし、そのような場面が常に生じるとは限らない。例えば、買主に給付された時計に契約不適合があったとき、通常であれば買主は当該時計の契約不適合について売主に催告することが可能であり、そのことによる買主の負担は大きいとはいえないであろう⁽¹¹⁵⁾。次に、催告による売主の利益・不利益を考えるために催告の制度趣旨に着目すると、その趣旨は債務者が不適合給付の追完を行うことで「賠償責任・原状回復義務を免れる機会を確保・強化する」ことにあると理解されている。また催告期間の要件までに債務者が給付を行うと、「弁済準備に投下した費用・時間の無価値化を防ぎ、かつ、契約の効力(とくに反対給付請求権)を維持する機会」が保障される⁽¹¹⁶⁾。その一方、催告制度を不要として買主による損害賠償が直ちに認められると、弁済準備費用が無駄になるほか、反対給付請求権も消滅する不利益が債務者に生じうる⁽¹¹⁷⁾。こうした催告制度の趣旨を重視すると、(イ)説のように

催告を不要とすることは、売主の追完機会を保障することで売主が得られる利益（反対給付請求権の確保、弁済準備費用の無価値化の防止）を失わせる手段となると考えられる。

以上の通り、この問題への対応としては契約不適合に対する買主の救済という目的を達成しつつ、売主の追完機会の確保という目的も同時に達成する手段が要請される。こうした双方の目的を考慮して、買主の救済に必要な限度で費用賠償請求権を認めることにより両当事者のリスクを分配することができる点で(ウ)説が妥当であると評価することができる。すでに「追完制度の趣旨や売主の追完利益を損なうことなく…公平な解決を導くことができる」との観点から(ウ)説を支持する見解が示されているところ⁽¹¹⁸⁾、比例原則による判断枠組みはこのような公平（衡平）に適った解決を支える考え方として機能しうると考えられる。

V 結論

本稿は、当事者間でリスクを分配する解決（分配的解決）を行っている EU 法・ドイツ法の議論状況について比例原則の観点から分析する見解を整理・検討した。その上で、日本法の議論状況に関して一定の検討を加えた。以上の結果は、次のようにまとめられる。

欧州司法裁判所では、一方当事者 A の権利行使を認めつつ、当該権利行使が相手方 B に必要以上の不利益を与える場合には、B の負担を軽減するために、A に別の措置を課したり、A の権利行使を縮減したりする解決策がとられていた（Ⅱ 1・Ⅲ 1）。こうした判決の影響によって当事者間のリスクを分配する立法も制定されている（Ⅱ 3・Ⅲ 3）。

EU 法の学説では、欧州司法裁判所による分配的解決を支える考え方として比例原則が機能していると指摘される（Ⅱ 2・Ⅲ 2）。学説では、比例原則を構成する適合性・必要性・相当性の原則の中でどの原則が

適用されるのか、さらに必要性の原則の意義について不一致がみられた。そこで、判断枠組みを次のように整理した。すなわち、①ある判断を下すことが法規範の達成すべき目的（例：当事者Aの権利保護）に適合するか否か、②上記①の判断により認められた私人の権利行使が必要以上でないか（Aの権利行使により相手方Bに過大な不利益が生じていないか）、③上記②の審査に違反する場合に下される別の判断によって、私人（A）に不相当な不利益が生じていないか、という判断枠組みである（IV 1・2）。

IV章では、上記判断枠組みが日本法に妥当しうると想定した上で以下の3つの個別問題について分配的解決の適用可能性を検討した。

第1に、契約不適合給付における売主の追完義務の範囲と買主の救済手段のあり方を検討した。契約に適合しない給付において、売主は原則として物の取外し及び取付け義務を負う一方、追完費用が過大となる場合、買主の追完請求権が制限される。このとき、買主の救済は、追完に代わる損害賠償や代金減額、解除を通じて図られる。本稿は、このような当事者の利益調整に比例原則による分配的解決が反映されていることを示した（IV 3）。

第2に、消費者撤回権と価額償還義務のあり方に関しては、通信販売において試用の範囲を超えて商品を使用した消費者には撤回権の行使が認められる一方、価額償還が義務づけられる場合があることを主張した。このような方向性はEU消費者権利指令やそれを国内法化したBGB357a条とも一致するものであり、あるべき解釈や将来の立法に向けて本稿が紹介したEU法・ドイツ法の議論状況が参考になると考えられる（IV 4）。

第3に、契約に適合しない給付を受けた債権者自身の追完と費用償還の問題に関しては、売主の追完機会の確保と買主の救済の双方の目的を考慮する必要性を示した上で、買主の救済に必要な限度で、買主に支出した費用の償還請求権を認めることにより両当事者のリスク分配が図られることを指摘した（IV 5）。

最後に、分配的解決において比例原則が有しうる意義について述べておく。確かに、比例原則による判断枠組みから直ちに事案の結論が導かれるわけではない。問題となっている法規範・制度が重視すべき目的が何か、裁判所による判断によって私人に不相当な不利益が生じるのはどのような場合なのかを個別の問題に即して検討しなければならない。しかし、このような枠組みを設定することは、当事者間のリスクを公平（衡平）に分配する解決を行う際の判断過程を明らかにし、その判断の合理性を担保する意義を有すると考えられる⁽¹¹⁹⁾。そのことは、通信販売における消費者撤回権と価額償還義務や（IV 4 参照）、債権者自身の追完と費用償還の問題を例に示したように、一方当事者に全面的にリスクを負担させるオール・オア・ナッシングの解決策を見直すことにもつながるのではないだろうか。

I 章で触れた通り、ドイツ法をはじめとするヨーロッパ法では私法・民法上の比例原則への注目が集まりつつある。本稿でとりあげた EU 法の学説は、近時の研究成果の一部にすぎないため、その評価も含めて今後の議論動向を注視する必要がある。また、本稿では日本法の分配的解決の展開可能性を示す際にいくつかの事例をとりあげたにとどまるため、今後はそれら以外の事例検討を通して比例原則による分配的解決の意義や必要性をより明確化していきたい。

* 付記：本稿は、JSPS 科研費20K13380の助成を受けた研究成果の一部です。

- (1) 野上誠一「契約責任や法定責任等における割合的解決（中間的解決）の可能性—裁判上の和解における解決内容への正当性付与という視点も考慮しつつ—」名古屋ロー・レビュー第4号（2012年）23頁。
- (2) 例えば、窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994年）、石橋秀起『不法行為法における割合的責任の法理』（法律文化社、2014年）を参照。裁判例の分析については野上・前掲注（1）24頁以下を参照。
- (3) 例えば、加入契約者に発生した通話料の全部を負担させるのは信義則

ないし衡平の観念に照らして直ちに是認し難いとし、通話料の支払い限度を通話料全額の5割に制限した判例として、最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁(ダイヤルQ2事件)。長崎地判佐世保支判平成20年4月24日(カード会員の家族による不正利用についてカード会社の請求を全部棄却した事例)に対して「原告の請求が全部棄却されるのはバランスを欠」き、信義則・衡平の観念から、原告には5割を超えない程度の請求が認められても良いとする見解として、尾島茂樹「家族によるクレジット・カードの不正使用と会員の責任」クレ研41号(2009年)208頁。

- (4) 詳細については、大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995年)、椿寿夫『公序良俗違反の研究』(日本評論社、1995年)、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)、酒巻修也『一部無効の多層的構造』(日本評論社、2020年)などの日本法の議論状況を参照。
- (5) シンポジウムの講演をまとめた書籍として、Proportionality in Private Law, Edited by Franz Bauer and Ben Köhler, Mohr Siebeck, 2023.
- (6) 例えば、山下義昭「『比例原則』は法的コントロールの基準たりうるか——ドイツにおける『比例原則』論の検討を通して(一)——(三)」福岡大学法学論叢36巻1・2・3号(1991年)139頁・同38巻2・3・4号(1994年)189頁・同39巻2号(1995年)243頁以下、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010年)、柴田憲司「憲法上の比例原則について(1)——(2・完)——ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」法学新報116巻9・10号183頁、116巻11・12号185頁(2010年)以下など。
- (7) 山本敬三・前掲注(4)218頁以下(この主張についてはIV章2(1)を参照)。山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』(有斐閣、2018年)157頁〔吉政知広執筆〕は、信義則において、「形式的・外形的に存在する権利・法的地位」の主張が、「権利者が得る利益と比べて著しく大きな不利益を相手方に生じさせる」場合には認められないとする。そして、その根拠は、「法律上の権利行使が権利の目的を達するために必要な手段であり、目的と手段が均衡を失っていないことを要請する比例原則」に求められるという。この視点はドイツ法に着想を得たものとみられる。ドイツ民法典(BGB)275条2項の履行請求権の排除は、「法律上の権利行使が他者に対して著しく不均衡な負担を課すことになってはならないという比例原則から正当化される」とする(吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣、2014年)254頁〔初出2004年〕)。

民法(債権法)改正論議では、フランス保証法の比例原則にも注目が集まった。能登真規子「保証人の『過大な責任』——フランス保証法における比例原則」法政論集227号(2008年)371頁以下、大澤慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する規定の生成と展開(1)―(2)」比較法学42巻2号47頁・42巻3号25頁以下(2009年)、同「フランス法における過剰な保

証に関する規律の交差——比例原則と警告義務との関係を中心に」田井義信編『民法典の現在と近未来』（法律文化社、2012年）154頁以下、山野目章夫「フランス個人保証法における比例原則の考え方」中小商工業研究117号（2013年）110頁など。

- (8) ドイツ法の学説では、比例原則の対象（名宛人）が「私人」の場合と「国家」の場合を区別し、その根拠や意義・機能を区別して分析する手法が採用されている。例えば、Ulrich Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: FS für Thomas Dieterich zum 65.Geburtstag, C.H.Beck, 1999, S.429ff.; Marcus Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, C.H.Beck, 2007.; Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht : Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Mohr Siebeck, 2009. などがある。
- (9) 山田孝紀「契約法における比例原則——契約の内容形成・権利行使の制限」1-201頁〔関西学院大学レポジトリ・博士論文〕（2019年）。同論文では、ドイツ民法の議論状況を整理した上で、日本法においても比例原則が権利行使の制限機能を果たすことや信義則などの一般条項の解釈の指針となりうることを示した。
- (10) Judgment of the Court of 3.9.2009, CASE C-489/07. 邦語文献として山本弘明「通信取引契約の撤回と使用利益の賠償」今野裕之編『判例 EU 私法』（信山社、2022年）242頁以下〔初出2010年〕、廣瀬孝壽「ドイツにおける通信販売契約撤回に関する消費者保護の動向——撤回期間における検査と使用——」北九州工業高等専門学校研究報告第45号（2012年）115頁以下を参照。
- (11) 原語は Wertersatz であり、「価格賠償」の訳が適切かもしれない。しかし、その用語は日本法では共有物分割請求の場面で用いられること、「賠償」という用語は損害賠償の場面で用いられることから、本稿では「価額償還」と訳した。
- (12) BGB 旧312d 条1項「消費者には、通信販売契約の際に BGB355条に基づく撤回権が認められる。」
BGB 旧355条1項「法律により消費者に同条に基づく撤回権が認められる場合において消費者が期間内に撤回したとき、契約の締結に向けられた意思表示に拘束されない。」
2項「撤回には理由は不要であり、文書の形式又は2週間以内に商品を送返することによって事業者に表示（erklären）されなければならない。」
- (13) AG Lahr, Beschluss vom 26.10.2007-5 C 138/07.
- (14) BGB 旧312条2項では、情報提供義務が履行される前には撤回期間が進行しないと定められていた。

(15) 通信販売指令 (97/7/EC)

6条1項「いかなる通信販売契約でも、消費者は、違約金なしに、理由を述べることなく、少なくとも7営業日以内に契約を撤回することができる。撤回権の行使を理由として消費者に課せられうる唯一の費用は、商品の返送にかかる直接的な費用のみである。」

6条2項「本条に基づき消費者が撤回権を行使した場合、事業者は、消費者によって支払われた金額を無償で払い戻す義務を負うものとする。撤回権の行使により消費者に請求できるのは、商品の返送にかかる直接的な費用のみである。(以下、略)」

(16) BGB旧357条1項「別段の定めがない限り、撤回権及び返還権には、法定解除に関する規定が準用される。(以下、略)」

(17) 判旨の①・②・③は、学説による判例の分析を整理するために筆者が付したナンバリングである。

(18) 前掲注(6)の文献を参照。

(19) 以下では「相当性＝均衡性」という理解のもと、相当性の用語を用いる。

(20) Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, S.50ff. BVerfGE 19,330. など。

(21) Hirschberg, a.a.O. (Fn.20), S.56ff. BVerfGE 20,292.; 25,1. など。詳細は、前掲注(6)の文献を参照。民法領域でも必要性の原則を用いる見解として、例えば Jürgen Schmidt, in: Staudinger Kommentar zum BGB 13. Bearb. 1995, § 242, Rn.779ff.

(22) BGH, Urteil vom.1.2.2005-X ZR 10/04, NJW 2005,1774.; Andreas Fuchs, in: AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlag, Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), 12. neubearb. Aufl. 2016, § 307 BGB, Rn.105. など。これらの判例・学説の詳細は、山田孝紀「約款条項の不当性判断と比例原則——ドイツ法の検討と日本法への示唆」法と政治 68巻3号(2017年) 80頁以下・91頁以下を参照。

(23) Claus-Wilhelm Canaris, *Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden*, ZHR 1979, S.113,128ff.(24) 前掲注(8)の文献のほか、Dieter Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, AcP192 (1992), S.35.

(25) Bieder, a.a.O. (Fn.8), S.5.

(26) BGH, Urteil vom.11.02.1987-IVa ZR 194/85.

(27) Johanna Stark, 'Rights and their Boundaries in European Contract Law: Abuse, Proportionality, or Both?' in *Proportionality in Private Law*, *supra* note 5 at 127. ただし、Starkは公法と私法上の比例原則には「重複する部分があり、すべてのケースにおいて明確な区別を維持することは容易ではない」とも述べる。

- (28) Stark, *supra* note 27 at 127.
- (29) Stark, *supra* note 27 at 129-133.
- (30) その例として、消費者が試用の範囲を超えて目的物を必要以上に使用した場合における消費者撤回権のはく奪を提案する欧州委員会の改正提案（II 3(3)）があげられる。Stark, *supra* note 27 at 130.
- (31) Stark, *supra* note 27 at 132-133.
- (32) Stark, *supra* note 27 at 133.
- (33) Caroline Cauffman, 'The Principle of Proportionality and European Contract Law' in Jacobien Rutgers and Pietro Sirena (eds), *Rules and Principles in European Contract Law* (Intersentia, 2015) at 81.
- (34) Cauffman は適合性・必要性の原則が表れている例として、EU の反差別指令 2 条 2 項 b 号をあげる（Cauffman, *supra* note 33 at 73）。同条では、「間接差別は、一見中立的な規定、基準、又は慣行が、人種的又は民族的出自を持つ人を他の人と比べて特別に不利な立場に置く場合に存在するものとする。ただし、その規定、基準、又は慣行が正当な目的によって客観的に正当化され、その目的を達成する手段が適切かつ必要である場合は除く」と定められる。具体例は、茂木明奈「ドイツ法における不利益処遇の正当化：危険の予防・損害の防止及び個人的安全の保護の意義を中心に」白鷗法学22巻2号（2016年）138頁注13を参照。
- (35) Cauffman, *supra* note 33 at 82-85.
- (36) Cauffman, *supra* note 33 at 70, 84.
- (37) Cauffman, *supra* note 33 at 84.
- (38) Cauffman, *supra* note 33 at 84-85. なお、判旨の①－③のナンバリングも Cauffman の見解の整理のために筆者が付したものである。
- (39) Cauffman, *supra* note 33 at 84は、Messner 判決を例に、ここでは「消費者の権利と義務の範囲を決定する手段としての比例原則の機能は、EU と加盟国の権限を明確にするという公法上の機能と結びついている」と評する。
- (40) 廣瀬・前掲注(10)116頁参照。
- (41) Messner 判決以外に後述するウォーターベッド判決の影響もあるとみられる。
- (42) BT-Drucks 17/5097, S.17. なお、Messner 判決の趣旨を反映すべく、商品の劣化が商品の確認に必要でなかった事情によって生じたかどうかの立証責任は、消費者から事業者に移されている。
- (43) BGH, Urteil vom.3.11.2010-VIII ZR 337/09. (ウォーターベッド判決)
- (44) BGH, Urteil vom.12.10.2016-VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248. 同判決では、2014年6月12日まで適用されていた旧法を対象とする。同判決及び学説を紹介するものとして、カライスコス・アントニオス「物品の通信販売契約について撤回権（クーリングオフ権）を行使した消費者は、その物品

- について通常の検査の範囲を超えた使用をした場合は、その価値減少について償還しなければならない」判時2438号（2020年）124頁。
- (45) カライスコス・前掲注(44)125頁によれば、旧法に関して、「撤回権について事業者が消費者に対して行う教示に関する法定の従来のモデル様式では、検査の範囲が店舗におけるものを超える場合には、価値補償が必要となる旨が示されていた」とされる。
- (46) BGHZ212, 248, Rn.28
- (47) Koch in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 357a BGB, Rn.3
- (48) DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011, L 304/64. 同司令の翻訳として、寺川永＝馬場圭太＝原田昌和訳「2011年10月25日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令」関法62巻3号（2012年）436頁を参照。
- (49) L 304/70 (47).
- (50) 消費者の権利指令のドイツ国内法化に関する改正経緯及び内容については、クリスティアン・フェルスター（寺川永訳）「ドイツ法における撤回権の現在——EU 消費者権利指令の国内法化」関法65巻3号（2015年）336頁以下に詳しい。山本弘明「消費者撤回権の制限法理」成城大学法学会編『変動する社会と法・政治・文化』（信山社、2019年）34頁は、「EU 指令の国内法化により、消費者法に関わる法制度が平準化されている欧米諸国では、返品制度はクーリング・オフ同様に強行法的性格を与えられている」と指摘する。
- (51) カライスコス・前掲注(44)125頁は、撤回権の教示に関するモデルが変更されたことから、先のBGHの2つの判決が現行法に当然に当てはまるものではないと指摘する。
- (52) Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, COM/2018/185 final, 28.
- (53) COM (2018) 185 final, 15.
- (54) COM (2018) 185 final, 16. Stark, *supra* note 27 at 130. はこの消費者の権利と事業者の義務の均衡に比例原則が表れているとみる。
- (55) COM (2018) 184 final, OJ C440/71, s 3.14
- (56) BGH, EuGH-Vorlage vom.14.1.2009–VIII ZR 70/08.Weber 事件を紹介する邦語文献として、原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（成文堂、2017年）76頁以下〔初出2012年〕・同115頁以下〔初出2013年〕、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、2020年）167頁以下・175頁以下〔初出2013年に加筆〕参照。
- (57) 消費動産売買指令3条3項によれば、救済手段の不相当性を判断する際には、商品が有するであろう価値、不適合の重大性及び消費者に著しい不便をかけることなく代わりの救済措置を行うことができたかが考慮さ

れる。

- (58) JUDGMENT OF THE COURT (First Chamber) 16 June 2011, In Joined Cases C-65/09 and C-87/09, Case C-65/09. 欧州司法裁判所では、瑕疵ある食器洗い機の取外し及び取付け義務が争われた Putz 判決 (C-87/09) と併合して審理された。Putz 判決の概要は、原田・前掲注(56)77頁以下を参照。そのため、Weber/Putz 判決と呼ばれることもある。なお、判旨の①～③のナンバリングも後述の判例の整理のために筆者が付したものである。
- (59) BGH, Urteil vom. 21.12.2011-VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148. 原田・前掲注(56)90頁以下・145頁以下、古谷・前掲注(56)169頁以下・176頁以下を参照。
- (60) Cauffman, *supra* note 33 at 85-90. なお、Stark は Weber 判決にも比例原則が表れているとするが、その内容を論じてはいない (Stark, *supra* note 27 at 132 note 57)。
- (61) Cauffman, *supra* note 33 at 88.
- (62) Cauffman, *supra* note 33 at 88 では "proportionate in the strict sense" との表現を使用しており、相当性の原則を意味するとみられる。
- (63) BGH, Urteil vom. 17.10.2012-VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135. 原田・前掲注(56)151頁以下、古谷・前掲注(56)169頁以下参照。
- (64) このとき、買主は追完に代わる損害賠償請求権を行使しうる。ただし、その額は追完費用相当額ではない。BGH によれば、BGB 251 条 2 項 1 文を準用して、買主の損害賠償請求権は瑕疵を原因とする売買目的物の減少価値の賠償に制限される。BGH, Urteil vom. 4.4.2014-V ZR 275/12, BGHZ 200, 350. 青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求——ドイツ請負法及び売買法」駒澤法曹12号 (2016年) 87頁以降、山田孝紀「売買契約・請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償——ドイツ法における近時の展開」日本法学87巻3号 (2021年) 82頁～83頁。
- (65) 古谷・前掲注(56)274頁参照。
- (66) 改正経緯については、原田・前掲注(56)274頁以下及び古谷・前掲注(56)274頁以下参照。
- (67) BT-Drucks. 18/8486, S. 39. 買主が事業者の場合にも、瑕疵ある物の取外し及び瑕疵のない物の取付けの費用を負担した売主は、当該物の供給者に求償を請求できる規定 (BGB-E 445 条) も設けられた。BT-Drucks. 18/8486, S. 41.
- (68) 古谷・前掲注(56)299頁～300頁参照。
- (69) 学説の見解及び判例によれば、「売主に責めに帰すべき事由がない場合、追完費用が瑕疵のない状態の目的物の価値の150%又は瑕疵を原因とする物の減少価値の200%を上回っている場合」に追完拒絶が認められる。この点について、Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121.; BGH, Beschluss

vom.14.1.2009-VIII ZR 70/08, NJW 2009,1660. 追完に代わる損害賠償についても一定の限界がある。BGH (BGHZ 200, 350) によれば、不動産の売買契約では、瑕疵除去費用が瑕疵のない状態における不動産の流通価格又は瑕疵を原因とする減少価格の200%を上回る場合に不相当と判断される。

(70) BT-Drucks.18/8486, S.43.

(71) 「事業者は、BGB275条1項に基づいて追完の一方の方法が排除される場合又は当該事業者がBGB275条2項・3項もしくは439条4項1文に基づいて他の追完方法を拒絶できる場合において、不相当な費用がかかることを理由に、BGB439条4項に基づき他の追完方法を拒絶することができない。当該事業者は、439条2項又は3項1文に基づき費用の額が不相当であるとき、費用賠償を相当な額に制限することができる。この額の算定については、特に瑕疵のない状態の物の価値及び瑕疵の程度が考慮されなければならない。」

(72) BT-Drucks.19/27424, S.1. 新たな指令の目的は、「特にデジタル要素を含む物品の事業者と消費者間の売買契約に関する一定の要件について共通のルールを定めることにより、デジタル単一市場が適切に機能することに資するとともに、消費者保護を高水準で確保すること」にある。同指令に関して古谷貴之「物品の売買契約に関する新たなEU指令の分析」産大法学54巻1号(2020年)127頁以下を参照。

(73) BT-Drucks.19/27424, S.29.

(74) 以下の理由は、Beckmann in: Staudinger Kommentar, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8.Aufl, 2022, N.153ff. による。

(75) 商品売買指令13条

(1)契約違反の際には、消費者は、この条項に挙げられた条件の下で、契約に適合した状態での商品の修復、代金の一部の減額又は契約の解除を求める権利を有する。

(2)商品の契約に適合した状態の修復のために、消費者は、修繕又は代物給付を選ぶことができる。ただし、選択された追完が不能である場合、あるいは、特に以下のようなすべての事情の考慮の下で、他の救済可能性と比較して売主に不相当に高い費用を生じさせる場合を除く。

(a)商品が契約に適合していたならば有していたであろう価値(b)契約違反の重大性及び(c)消費者にとって著しい不都合なく他の救済を行うことができるかどうかという事情

(3)売主は、修繕又は代物給付が2項(a)(b)に挙げられた事情を含めたすべての事情の考慮の下で不能又は不相当な費用を生じさせるであろうときには、商品の契約に適合した状態の修復を拒むことができる。

(76) Stürner, a.a.O. (Fn.8), S.319ff.

(77) 中西優美子『法学叢書EU法』(新世社、2012年)109頁。

(78) Stürner, a.a.O. (Fn.8), S.325.

- (79) 山本敬三・前掲注(4)特に193頁以下。放送法64条1項に基づく締約強制が、国家による私人（受信者）の契約締結の自由の制限を意味することから、当該制限が許容されるか否かを判断する枠組みとして比例原則の有用性を指摘する見解として、谷江陽介『締約強制の理論——契約自由とその限界』（成文堂、2016年）141頁。
- (80) 山本敬三・前掲注(4)218頁以下を参照。
- (81) 山本敬三・前掲注(4)222頁によれば、必要性の原則の定義によって一部無効が認められる場合の審査を均衡性の問題として理解することも可能とされる。
- (82) 瀬川信久「利益衡量・比例原則の新たな広がり」と課題——日仏の比較検討」日本學士院紀要76巻1号（2021年）55頁以下。
- (83) 山本敬三・前掲注(4)230頁。原理間衡量の方法と正当化の枠組みについては、山本敬三「法的思考の構造と特質——自己理解の現況と課題」岩村正彦編『岩波講座現代の法15』（岩波書店、1997年）231頁、特に253頁以下を参照。
- (84) ドイツ法ではあるが、追完請求権を本来的履行請求権と同一と解したうえで、瑕疵ある物の給付の場合の売主の義務の範囲が合意によって確定されるとするスカメルの見解を紹介するものとして、原田・前掲注(56)194頁以下。日本法の議論の概要につき、平野裕之『新債権法の論点と解釈〔第2版〕』（慶應義塾大学出版会、2021年）409～411頁。
- (85) 追完請求権を履行請求権とは異なる救済手段とみる見解として、例えば、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）329頁以下、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」瀬川信久ほか『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、2019年）281頁以下、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』（商事法務、2019年）303頁以下、古谷・前掲注(56)322頁以下など。
- (86) 古谷・前掲注(56)323頁。
- (87) 古谷・前掲注(56)323頁以下。本稿では検討の対象としないが、ドイツ（BGH）では特定物売買において代替物の引渡し請求が認められている（BGH, Beschluss vom.8.1.2019-VIII ZR 225/17）。このことは、同質説からは正当化できないとの見解がある。
- (88) 潮見・前掲注(85)『新債権総論Ⅰ』287頁脚注31、潮見佳男ほか編著『Before/After 民法改正』（弘文堂、2017年）111頁〔松井和彦〕、筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）341頁、田中洋・前掲注(85)275頁～276頁、中田裕康『債権総論』（岩波書店、2020年）99頁、磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』（有斐閣、2022年）265～266頁〔潮見佳男〕など。
- (89) 山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」法と政治67巻4号（2017年）183頁、坂口甲『履行不

能法の形成と発展』（有斐閣、2024年）215頁以下〔該当部分の初出は2018年〕は、「債権者の受ける利益に比して債務者の履行に過大の費用を要するときは、債権者の履行請求権は権利濫用を理由に認められないと解する余地がある」とした上で、この例外則を「民法412条の2第1項の枠内で認めることは、適切ではない」と指摘する。このほか、田中宏治『代償請求権と履行不能』（信山社、2018年）445頁は、「通常は、契約その他の債務の発生原因の解釈としてそもそも、給付のためにそのような費用を現実に支出すべきという債務が発生していない」とみて、著しく不相当な費用による給付困難を履行不能の下で捉えることに反対する。

- (90) 売主の追完拒絶が認められるための判断基準については、注（69）を参照。古谷・前掲注（56）326頁は、ドイツ法の学説や判例の基準が日本法の追完請求権の限界を考える際の1つの判断基準を示すものとして参考になると指摘する。
- (91) 青野・前掲注（64）96頁、古積健三郎『実践演習民法 予備試験問題を素材にして』（弘文堂、2021年）101頁。山田・前掲注（64）114頁。改正前民法634条1項ただし書における請負契約の修補に代わる損害賠償に関して、修補費用そのものを認めると請負人の責任を限定した趣旨が没却されることから、瑕疵のある物と正常な物との差額が賠償額になると指摘するものとして、小野秀誠「判批」（最判昭和58年1月20日判時1076号56頁）ジュリ820号（1984年）84頁。
- (92) 山本弘明・前掲注（50）34頁。
- (93) 現行法の説明として、中田邦博＝鹿野菜穂子『基本講義消費者法〔第5版〕』（日本評論社、2022年）153～154頁。一方、SNSや動画配信サイトの広告、ターゲティング広告により消費者に熟慮の余裕を与えずに取引させる現状があることから現行法制の検討の必要性を示唆する見解として、大澤彩『消費者法』（商事法務、2023年）189頁。
- (94) 松岡久和「消費者撤回権と民法法理」現消 No.16（2012年）62～63頁。
- (95) 松岡・前掲注（94）63頁。
- (96) 将来的にはEU指令を国内法化したEU加盟国のように、返品権を強行規定の性格をもつものとして位置づけることも検討されるべきであろう。山本弘明・前掲注（50）34頁も参照。
- (97) なお、クーリング・オフの場合には以上の検討とは異なる。例えば、特定商取引法では消費者によるクーリング・オフの行使が認められた場合、事業者は消費者に損害賠償を請求できない（特商法9条3項等）。さらに、商品返還のための費用は事業者負担である（同条4項）。消費者は商品使用に伴って得た利益に相当する金銭や役務提供の対価などの金銭も支払う必要はない（同条5項等）。これらの規定は消費者保護の観点から強行規定であり、それに反する当事者間の合意は無効である。したがって、クーリング・オフ権の行使前に商品を滅失・毀損した消費者に価額償還を義務

づけることは、上記の強行規定を通じて「クーリング・オフ権を実質的に保障しようとした」法の趣旨や目的に反するため、原則として認められない。ただし、当該趣旨・目的を逸脱して消費者が故意に商品を滅失・毀損させた場合には、消費者が価額償還義務を負う余地はある。以上について、後藤卷則ほか『条解 消費者三法〔第2版〕』（弘文堂、2021年）513頁〔齊藤雅弘執筆〕を参照。

(98) 青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去——ドイツ民法における追完請求権」駒澤法曹1号（2005年）27頁以下、田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社、2021年）415頁以下〔該当部分の初出は2005年〕、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『二一世紀判例契約法の最前線 野村豊弘先生還暦記念論文集』（判例タイムズ社、2006年）538頁以下、ペーター・フーバー（益井公司訳）「新ドイツ売買法における履行と損害賠償の関係に関する近時の諸問題」日本法学74巻1号（2008年）220頁以下、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学17巻3号（2009年）37頁以下、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、2009年）203頁以下、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の瑕疵責任」野澤正充編著『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009年）80頁、古谷・前掲注(56)150頁以下、磯村保「売買契約法の改正——「担保責任」規定を中心として——」Law & Practice No.10（2016年）72頁以下（ただし、買主が催告をしているか否かが明確ではない）、萩原基裕「買主自身による追完と売主に対する費用賠償請求の可否をめぐる問題の検討」大東法学28巻2号（2019年）93頁以下、原田剛「買主による修補の場合の費用償還請求権——2017年民法改正と追完請求権の史的展開の一断面」法学新報129巻8・9号（2023年）161頁以下、山本宣之「買主が自己追完した場合に関するドイツ法の議論」産大法学57巻2号（2023年）255頁以下、北居功「買主の性急な自力追完：追完請求権の優位原則の強度」慶應法学52号（2024年）51頁以下。ドイツ法に加え、CISGの状況を紹介する論稿として、松井和彦「ウィーン国際物品売買条約における売主の契約不適合追完権と買主の修補費用相当額の賠償請求」滝沢昌彦ほか編『社会の多様化と私法の展開——小野秀誠先生古稀記念論文集』（法律文化社、2024年）112頁以下。

(99) BGHに批判的な見解として、例えば Stephan Lorenz 教授の見解があげられる。この主張内容については、原田・前掲注(98)174頁以下や北居・前掲注(98)54頁以下を参照。

(100) 潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社、2021年）166頁、田中宏治・前掲注(98)418頁以下。

(101) この立場の中には、追完に代わる損害賠償請求権は、履行に代わる損害賠償請求権の一種とみたうえで民法415条2項の適用を示唆する見解がある（道垣内弘人＝中井康之編著『債権法改正と実務上の課題』（有斐閣、

- 2019年) 323～324頁〔岡正晶発言〕。一方、追完に代わる損害賠償請求権を履行に代わる損害賠償請求権とは異なる救済手段とみた上で、民法415条2項の「法意」が適用されるとする見解(潮見・前掲注(85)『新債権総論Ⅰ』483頁、前掲注(100)『新債権各論Ⅰ』164～165頁)や、追完請求権の優位性を認める民法563条が類推適用されるとの見解がある(田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』」(3)NBL No.1176(2020年)34頁、浦川道太郎ほか『民法Ⅳ——債権各論〔第5版〕』(有斐閣、2023年)103頁は民法563条1項の法意)。条文上の根拠は明らかではないが、売主の追完の機会を保障すべきと説く見解として、山本豊ほか『民法5契約』(有斐閣、2018年)157～159頁〔北居功執筆〕など。
- (102) 渡邊拓「追完請求権を巡る実務上の諸問題についての総合的考察」判時2535号(2022年)12頁は、追完請求権の優位性とは、追完によって契約不適合状態を回復させることが本筋であるという趣旨に理解すべきであり、「売主の追完権ないしは追完利益を保障したものとみるべきではない」と評する。
- (103) 筒井＝村松・前掲注(88)341頁(注2)。請負契約に関する記述ではあるが、鎌田薫ほか『重要論点 実務 民法(債権関係)改正』(商事法務、2019年)317頁〔内田貴執筆〕。そのほか、森田宏樹・前掲注(85)285頁以下、道垣内＝中井・前掲注(101)325頁、曾野裕夫ほか『民法Ⅳ 契約』(有斐閣、2021年)183頁など。
- (104) 田中宏治・前掲注(98)418頁以下は、追完を催告しないで自ら修補した買主は、「追完請求権を正当に放棄した」と捉える。北居・前掲注(101)159頁は、売主が免れた出費の「償還すらも請求できない」と述べていることからすれば、事務管理や不当利得の請求も否定する趣旨であろうか。
- (105) 奥田昌道＝佐々木茂美『新版 債権総論 上巻』(判例タイムズ社、2020年)222頁。奥田＝佐々木説の要約として、原田・前掲注(98)183頁以下参照。
- (106) 萩原基裕「買主自身による追完と売主に対する費用賠償請求の可否をめぐる問題の検討」大東法学28巻2号(2019年)115頁。
- (107) 渡邊・前掲注(102)12頁。
- (108) 原田・前掲注(98)188頁は、田中宏治教授の見解に対して、「理論的・体系的観点からしても、『追完請求権の放棄』と解釈することは形式的に過ぎ、説得力を欠く」と批判する。
- (109) 論者自身の見解ではないが、そのように学説を整理する見解として、潮見・前掲注(101)『新債権各論Ⅰ』162～163頁。
- (110) 萩原・前掲注(98)113頁以下(117頁では不当利得説)、古谷・前掲注(56)338頁(536条2項の類推適用及び不当利得)。潮見・前掲注(100)『新債権各論Ⅰ』167頁(事務管理及び不当利得)。
- (111) なお、買主が売主に修補を依頼すれば安価な費用で済んだのに、第三

者に修補を依頼したために高額のコストを要した場合、買主に損害軽減義務違反が認められることであろう。この点について、CISG 諮問会議の意見書を紹介する松井・前掲注(98)124頁を参照。

(112) 萩原・前掲注(98)117頁参照。

(113) 買主自身の追完と費用賠償の問題について、買主は「追完とともにする損害賠償」(415条1項)を根拠に賠償請求が可能とした上で、損害賠償の範囲を416条によって相当な範囲に限定する見解として、渡邊・前掲注(102)12頁。

(114) 原田剛『債権各論講義』(成文堂、2021年)134頁は、買主が自動車を高速道路で走行中に契約不適合が原因で走行不能となり、買主が売主に修理のための催告を要求せず、即時にJAFなどに連絡して、修理をしてもらった事例をあげる。

(115) 高田淳「履行に代わる損害賠償（填補賠償）の識別」原田剛ほか編著『民法の展開と構成 小賀野晶一先生古稀祝賀』(成文堂、2023年)278頁及び同頁脚注29。

(116) 高田・前掲注(115)278頁は、履行に代わる損害賠償における催告要件制度の趣旨についてこのように指摘する。

(117) 高田・前掲注(115)278頁。古谷・前掲注(56)334頁は、売主の追完利益を否定すると、買主の機会主義的行動を誘発する（例えば、契約不適合とは別の理由による解除の）可能性があることや、買主の即時解除権が認められると重大な経済的不利益が売主に生じることを指摘する。

(118) 古谷・前掲注(56)338頁。萩原・前掲注(98)118頁も「当事者双方の利益を衡平に調整する」という観点から検討した上でウ説を支持する。

(119) 山本敬三・前掲注(4)『公序良俗論の再構成』235頁は、原理及び価値の衡量を通じて、「何をどのように問題とすべきかという枠組みをあきらかにすることによって、判断に一定の方向づけをあたえ、それぞれの判断について合理的な審査可能性を作りだすこと」が可能になると指摘する。さらに、法的正当化の構造と方法のかなめとしての原理の衡量について、同・前掲注(83)「法的思考の構造と特質」249頁以下も参照。