

# 履行・追完請求権の制限における 債務者の矛盾行為の考慮

山 田 孝 紀

- I 序論
- II BGB275条2項における債務者の矛盾行為の考慮と立法化
- III ドイツ債務法改正後の給付・追完拒絶の法状況——債務者の矛盾行為に着目して
- IV ドイツ法のまとめと日本法の検討
- V 結論

## I 序論

### 1 問題の所在

例えば、債務者が債権者に目的物を引き渡さない場合や債務者が引き渡した目的物が契約の内容に適合しない場合、債権者は履行・追完請求権を有する。しかし、履行・追完によって債権者が得られる利益がわずかであるのに対して債務者に過大な費用が生じることがある。多くの見解は、こうした状況が「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」(民法412条の2第1項)になりうると理解する<sup>(1)</sup>。そのように評価されると、履行・追完請求権が制限されることになる。

では、次の場合に履行・追完請求権は制限されるのだろうか。

【例】請負契約において仕事に不適合があった。そこで、注文者が請負人に修補を請求したところ、修補には過大な費用が必要であった。しかし、この給付障害は請負人の故意又は重大な過失によって引き起こされたものであった。

民法412条の2第1項の文言は非常に抽象的である。そのため、上記例において、契約や取引上の社会通念に照らして債務者が過大な費用を支出する債務を負わないとの解釈をする余地がある一方、債務者に故意や重過失がある場合には債務者が当該債務を負うべきとの解釈も成り立ちうる。つまり、その文言からは上記の問題に対する解決策を直ちに導き出すことができない。そこで、履行・追完請求権の制限に関する他の根拠ないし位置づけからこの問題を考えてみると、2つの立場を想定することができる。

一方では、債権者が履行・追完から得られる利益がわずかであるのに対して債務者に過大な費用が生じる場合、債権者の履行・追完請求権の行使を信義則違反や権利濫用の禁止にあたとみる立場がある<sup>(2)</sup>。この立場は、債務者の視点からみると、債権者による過大な履行・追完請求権の行使から「債務者を保護」することも目的としているとみうる。そうすると、履行・追完費用が過大となる状況を自ら作出した債務者を保護する必要性は乏しく、履行・追完請求権が制限されないとの帰結が想定される。

他方では、履行・追完請求権の制限の際に経済的公平・効率性を重視する立場がある<sup>(3)</sup>。この立場によれば、債務者による過大な費用の支出は経済的公平・効率性の観点から望ましくない。したがって、債務者の行為態様は考慮されず、履行・追完に過大な費用が必要であるならば、債権者の履行・追完請求権が制限されるとの帰結が想定される。

このようにいずれの立場を重視するのかによって結論が異なりうる。したがって、債務者の矛盾行為が履行・追完請求権の制限にいかなる影響を与えるのかという問題に答えるためには、過大な費用に基づく

履行・追完請求権の制限の目的や位置づけが改めて検討されなければならない。

## 2 分析の視点と本稿の目的——ドイツ法を比較対象とする意味

1の問題を検討するにあたって、本稿ではドイツ法を比較対象とする。ドイツ民法典（以下、「BGB」とする）275条2項では、以下のように債務者の給付拒絶（Leistungsverweigerung）を定める。

### 【BGB275条2項】（給付義務の排除）

「債務者は、給付をするために債権者の給付利益に対して著しく不相当な費用を必要とする限りで、債務関係の内容及び信義誠実の考慮の下で、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定する際には、債務者が給付障害に責めに帰すべき事由があるかどうかも考慮されなければならない。」（下線は筆者）

本稿の検討にとって重要なのは、BGB275条2項2文である。同規定では、債務者に期待されるべき努力を確定する際に債務者の帰責事由が考慮される。II章以下からも示される通り、ここでいう帰責事由の意義とはドイツ法では故意・過失のことと理解されている。

II章以下の内容をやや先取りすれば、ドイツ法では、BGB275条2項の給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮される理由やそれが判例上どのように機能しているのかについて議論の蓄積がある。さらに、ドイツ法では売買契約や請負契約において追完拒絶の規定も設ける（BGB439条4項・635条3項）。これらの規定では、条文上は明らかではないものの、BGB275条2項と同様に判例・学説において追完拒絶の判断の際に債務者の帰責事由が考慮されている。

先行研究では、BGB275条2項や439条4項において債務者の帰責事由が考慮されることに言及しているものはみられる<sup>(4)</sup>。これに加えて、ドイツ法を参照して日本法の解釈を行う見解もある。すなわち、一方

では、ドイツの請負契約における新規製作請求権に関して、瑕疵除去費用の過分性を認定する際には、「この基準の究極の根拠が信義則にある点から…とりわけ、請負人の過責の程度が顧慮され」、「請負人に故意・重過失がある場合には過分性の抗弁を主張しえないというべき」との主張がなされる<sup>(5)</sup>。他方では、ドイツ法の状況を批判的に捉える見解もある。同見解は、債務者の「第一次的な給付義務の射程の判断ともいえる重大な不均衡性の判断の際に帰責性の有無を考慮することは問題であると思われる。その射程は契約締結時に既に確定しているからである」と説く<sup>(6)</sup>。

以上のように見解が分かれているところ、ドイツ法において給付障害への債務者の故意・過失（矛盾行為）が給付拒絶を判断する際になぜ考慮され、その判断にどのような影響を与えているのかという法状況に焦点を当てて紹介・検討した研究はないとみられる。そこで、本稿は、このようなドイツ法の状況を詳しく紹介・検討した上で、上記例のような場面における日本法のあり方を示すことを目的とする<sup>(7)</sup>。より具体的に言えば、ドイツ法の議論を参照して、日本法における過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限の位置づけを示すとともに、その判断の際に債務者の矛盾行為が考慮されうることを明らかにしたい。

本稿の構成は、以下の通りである。Ⅱ章では、給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮される理由や BGB275条 2 項 2 文の制定経緯を確認する。Ⅲ章では、2002年に施行されたドイツ債務法改正後の給付拒絶・追完拒絶の議論状況について判例を中心に確認する。Ⅳ章ではドイツ法の議論を整理した上で、履行・追完請求権の制限の際に債務者の矛盾行為が考慮されるのかという問いに関して日本法のあり方を示す。

## Ⅱ BGB275条 2 項における債務者の矛盾行為の考慮と立法化

BGB275条 2 項の給付拒絶の判断では、債務者が給付障害について責

めに帰すべき事由を負うか否かが考慮される。しかし、給付拒絶を判断するにあたっては、給付から得られる債権者の利益と債務者に生じる費用との関係が重要であり、一見すると、債務者の帰責事由の有無はその判断に影響を及ぼさないようにも思われる。そこで、本章では、給付拒絶の制度目的を確認した後、BGB275条2項において債務者の帰責事由が考慮される理由や同条の制定経緯をみていく。

## 1 給付拒絶の制度目的

債務者の帰責事由の考慮が給付拒絶（BGB275条2項）の制度目的との関係でどのように正当化されるのか。このことを確認する前提として、給付拒絶がいかなる理由から認められるのかをみていこう。

### (1) 債務者の保護・経済的効率性

BGB275条2項の制度目的に関しては、債務者の保護と同時に経済的効率性（資源の浪費）を重視する立場がある。この立場の見解として、Faustは次のように主張する<sup>(8)</sup>。

BGB275条2項では、債務者の費用が反対給付を上回ったときに債務者は免責されない。債務者が負担から免れるのは、債権者の給付利益に対して不均衡がある場合に限られる。このことから、同条は少なくとも債務者の保護<sup>(9)</sup>と並んで次の考え方を重視している。それは、債務者に債権者よりも多くの出費をさせ、そして経済的に悪影響を及ぼすような給付を債務者に強いることによって、法制度が資源の浪費を助長してはならないという考え方である。

このように Faust は BGB275条2項の目的として資源の浪費の回避を重視した上で、債務者の帰責事由の意義について次のように述べる<sup>(10)</sup>。BGB275条2項2文において帰責事由が考慮されることは自明ではない。なぜなら、BGB275条2項の意味が資源の浪費（Ressourcenvergeudung）を回避することにあるならば、債務者の帰責事由は重要ではない（keine Rolle spielen）からである。債務者の給付拒絶の可否を判断するに

あたっては、給付から生じる債権者の利益と債務者の不利益との間に著しく不均衡な関係があれば足りるはずである。しかし、実際にはBGB275条2項2文において債務者の帰責事由が給付拒絶の判断の際に考慮されることが定められている。そのことは、立法者が当事者の保護の必要性も考慮することを望んでいたことを示している。もっとも、債務者の帰責事由が考慮される余地は相対的に狭い。重要なのは、債権者の給付利益を超えて債務者にどれだけの費用を要求しうるかということである。

## (2) 債務者の保護＞経済的効率性

上記の立場に対して、BGB275条2項の制度目的として、経済的効率性よりも債務者の保護を強調する立場がある。この立場の見解として、Stürner はまず BGB275条2項の位置づけを次のように説明する。

BGB275条2項の表題は「給付義務の排除」となっており、その文言上、不能の概念は姿を現していない。また、BGB275条2項において債務者の帰責事由が考慮されることは、同規定が不能に位置づけられることを否定するものである。給付の不能を判断するためには本来であれば客観的考察で足りるはずだが、立法者は明確にそれでは不十分と考えた<sup>(11)</sup>。さらに、ドイツ債務法改正の審議過程においては、後のBGB275条2項となるKF (Kommissionsentwurf) 275条2項が「比例原則に遡る (unter Rückgriff) 権利濫用の禁止の具体化」と理解されていた<sup>(12)</sup>。比例原則とは、債権者の利益と債務者の不利益、義務違反の程度とその効果などを衡量する基準である<sup>(13)</sup>。この原則は、BGB242条<sup>(14)</sup> (信義則) 等を介して民法の各種場面において適用され、権利行使の制限として機能する<sup>(15)</sup>。2002年のドイツ債務法改正を通じて比例原則の考えが具体化された各種の規定が誕生した<sup>(16)</sup>。BGB275条2項は、債権者が債務者の相当な出費の下で給付を強制しうるならば権利濫用となりうる事例が対象とされており、比例原則あるいは権利濫用の禁止の具体化として位置づけられることが望ましい<sup>(17)</sup>。

Stürner は、BGB275条2項の位置づけをこのように捉えた上で、同条の制度目的を次のように説く<sup>(18)</sup>。一見すると、この規定が資源の浪費の回避に資することは明らかであるようにも思われる。なぜなら、債権者がわずかな利益しか得られない給付の提供のために資源 (Mittel) を投じても福利を向上させる (wohlfahrtsteigernd) ことにはつながらないからである。しかしながら、より詳細な考察によれば、資源の浪費の回避は BGB275条2項の唯一の目的ではなく、それどころか優先すべき目的ですらない。BGB275条2項の第1の目的は、債権者の信義に反する履行請求から債務者を保護することにある。このことは、まず BGB275条2項2文における帰責事由の考慮から明らかとなる。非効率な給付の回避のみが重要であるならば、債務者の帰責事由の観点は無関係となるはずである。また、BGB275条2項には権利濫用の思想との近接性が読み取れる。契約の相手方に自己の給付利益をはるかに超える費用を支出させるような場合には、債権者の権利の貫徹は信義に反する。そのことは、BGB275条2項が (筆者補足：法律上当然に給付義務が消滅するのではなく) 抗弁を採用していることと合致する。同条について純粹に経済的な理解を基礎に据えるならば、経済的に悪影響をもたらす契約の貫徹が債務者の手に委ねられていることと合致しない。

他方で、Stürner は、追完拒絶の規定の位置づけや目的に関して次のように述べる<sup>(19)</sup>。BGB439条4項・635条3項では、債権者の追完利益と債務者の追完費用との間に単に不相当な関係があれば追完拒絶が認められる。そのことは、BGB275条2項と並んでこれらの規定が不能ではなく、統一的に給付拒絶権として位置づけられることを示している。確かに、追完拒絶の規定は BGB275条2項よりも効率性を考慮 (Effizienzerwägungen) して作られている。しかし、それらの規定は、BGB275条2項と同様に権利濫用の禁止に遡ることができる。つまり、買主や注文者は自己の利益の主張が無意味であり、売主や請負人に嫌がらせをする (schikanieren) ような追完請求権を使用してはならないのである。

## 2 矛盾行為の禁止の反映

上記の見解をまとめると、Faust は、BGB275条 2 項を債権者の過大な履行請求権の行使から債務者を保護するとともに資源の浪費を回避する規定と捉える。このように経済的効率性を重視する立場からは、給付拒絶の際に債務者の帰責事由が考慮されることは自明ではない。

これに対して、Stürner は、BGB275条 2 項を比例原則ないし権利濫用の考え方が具体化された規定とみた上で、同条の目的は債権者による濫用的な履行請求から債務者を保護することにあると理解する。このように債務者の保護を重視する立場からは、給付障害を自ら惹起させておきながら給付を拒絶するような債務者を保護する必要性は乏しいとの推論が可能である。実際、Helm は、債務者の帰責事由が BGB275条 2 項において考慮される理由を矛盾行為の禁止の観点から正当化する。その主張は、次の通りである。

確かに債務者の責任のある行為によって給付障害が惹起された場合に、債権者利益それ自体が高くなるわけではない。したがって、一次的請求権の範囲に関する問題の中で債務者の有責な行為を考慮して制裁的な要素を加えることは現行法では正当化されない、という見方もありうるかもしれない。しかし、このような反論は、BGB275条 2 項の規定の背景を見落としている。この規定は、比例原則の考慮の下での権利濫用の具体化としてみなされている<sup>(20)</sup>。BGB275条 2 項の枠組みの中で帰責事由が考慮されることは、BGB 旧633条 2 項 3 文に関する BGH の判例や BGB251条 2 項・旧633条 2 項 3 文から発展してきた法思想にも一致し、BGB275条 2 項にも妥当するにちがいない<sup>(21)</sup>。

債務者の帰責事由の考慮は、一般的に BGB162条<sup>(22)</sup>・242条から導かれる法思想に起因する。その法思想からは、「何人も信義に反する行動からは利益を得てはならない」ということが導かれる。その考えが英米法においてより顕著に表れているのが「クリーン・ハンズ」の抗弁である。債務者が克服すべき努力の期待不可能性 (Unzumutbarkeit) を援用した場合、債務者はそれ以前の契約に違反する行動と関係する権

利を主張することになる。そのような抗弁権の行使は、権利の濫用と評価される。許されない行為によって（筆者補足：給付を拒絶しうる）法的地位が生み出されているが、債務者にはそのような法的地位を行使することが妨げられる。それゆえ、BGB275条2項2文において債務者の有責な行動が考慮されうる<sup>(23)</sup>。

以上のHelmの見解によれば、給付拒絶における債務者の帰責事由の考慮は「矛盾行為の禁止」の法思想に求められる。そのことは、BGB275条2項において初めて登場した考え方ではなく、債務法改正前の判例法理に求められていたという。そこで、次にBGB275条2項2文の制定に影響を与えた債務法改正前の議論をみていこう。

### 3 債務法改正前の判例法理と立法化

#### (1) 債務法改正前の判例の影響

##### (a) はじめに

ドイツ法は、債務法改正前からすでに請負人の追完拒絶に関する規定を設けていた。BGB旧633条2項3文は、注文者による瑕疵除去請求権に対して、「瑕疵の除去に不相当な費用を要するときには、請負人は当該瑕疵の除去を拒絶できる」と定めていた。また、ドイツでは原状回復を原則とするところ（BGB249条1項）、BGB251条2項では「原状回復が不相当な費用を要するとき、賠償義務者は金銭をもって賠償することができる」とする<sup>(24)</sup>。

これらの規定に含まれている法思想に基づき、ドイツ連邦通常裁判所（以下、「BGH」とする）では原状回復請求権や修補請求権の可否を判断する際に債務者の帰責事由が考慮されていた。以下ではこの状況を確認する。

##### (b) 判例紹介

【BGH1987年10月2日判決—判例①】<sup>(25)</sup>

〔事実の概要〕 受任者Yは、委任者Xの間接代理人として土地を購

入し、Xから代金を受け取った。しかし、Yは当該土地を商人Aに売却し、その後物権的合意の仮登記がなされた。そこで、XはYに対して仮登記の抹消を請求した。Aは抹消請求に応じる用意はあったが、Yが補償として不動産の流通価格の約33倍の価格を支払うことを条件とした。そのためYはXの請求を拒否した。原審は、Xの請求を認めた。

〔判旨〕 BGHは、次のように判示した。BGB(旧)633条2項3文・251条2項において明確にされている一般的な法思想によれば、契約上義務付けられた状態の回復請求は、請求された者が、不相当で合理的には期待不可能な費用の下でのみその請求に応じることができる場合には権利濫用となりうる。…期待可能性の審査に際しては純粋な価値関係だけではなく、特に故意による契約違反又は重過失が考慮され、その場合に債務者にはさらなる不相当な費用を負うことが期待されうる。しかし、BGB667条に基づく財産の引渡義務を完全に給付するために、Yが財産の価値の33倍の費用を費やすことは妥当ではない。むしろ、XにはBGB280条の類推適用に基づく不履行に対する損害賠償を要求し、Xに生じたであろう金銭的損害の調整(BGB251条・252条による金銭賠償)で満足することが期待される。

【BGH1995年2月23日判決—判例②】<sup>(26)</sup>

〔事実の概要〕 建設請負契約において請負人Yが報酬を注文者Xに請求したところ、Xは瑕疵を理由に報酬の支払いを拒否した。当該瑕疵は、Yが杭打ちの基礎工事を行った後、建物とその周囲の地形が沈下し始めたというものであった。XはYに瑕疵の修補を請求した。しかし、原審は、修補費用が不相当に高額であることを理由にYは修補を拒むことができるとし、Xの請求を棄却した。

〔判旨〕 瑕疵修補により達成される結果とそれに要する費用が合理

的に釣り合いのとれた関係にない場合に注文者がその費用を請負人に請求できるならば、BGB242条の信義誠実の原則に反する。BGHでは、それ以前の判例において、すべての事情の衡量の下で契約違反の重さや請負人の過失が考慮されると示されている<sup>(27)</sup>。BGHは、他の判決でも価値の対比だけでなく、過失の程度も衡量に含まれることを強調している<sup>(28)</sup>。原審では、同判決が認めているような請負人の重大な過失が、修繕費用と利益との不合理 (ungünstig) な価値の関係 (Wertrelation) に決定的な影響を与えうる (Ausschlag geben) ことが十分に考慮されていない。そのため、BGHは原審を破棄し、事件を差し戻した。

### (c) 小括

上記の2判決では、原状回復請求権や注文者の瑕疵修補請求権の可否を判断するにあたって債務者の故意や過失が考慮された。確かに、①判決ではそのような事情を考慮してもなお、過大な費用を理由に原状回復請求権が制限されるに至った。しかし、②判決は、請負人の重過失の有無が修補請求権の可否を判断する決め手となりうることを指摘した。債務法改正前の学説<sup>(29)</sup>にも「BGB633条2項3文の規定は、BGB242条に基づく信義誠実の原則の発露 (Ausfluß) である。そのため、請負人の重大な過失や故意の場合<sup>(30)</sup>には、一般的には不相当性の抗弁が排除される」としてBGHと同様の方向性に立つ見解がみられた。①・②判決のように債務者の行為態様を考慮する観点は、その後のBGHの判決でも踏襲されている<sup>(31)</sup>。さらに上記判決は、2002年のドイツ債務法改正の政府草案にも参照されている。次にこの概要をみていこう。

### (2) 政府草案の概要

2002年に施行されたドイツ債務法改正に関する政府草案では、まずBGB275条2項の位置づけや制定経緯が次のように説明される。

政府草案 (RE) 275条2項1文は、いわゆる事実的不能に関する規定

である。それは、給付障害の除去が理論的には可能であるが、合理的な債権者ならばそれを期待できない事例である<sup>(32)</sup>。この規定は、現在通用している251条2項・633条2項3文・651c条2項2文の規定と一定の平行な関係にある。これらの規定は一般的な法思想を刻印したものであり、政府草案275条2項1文にも通用する。しかし、政府草案275条2項と上記の規定とは、比例性審査にとって決定的な意義を有する次の点で区別される。まず、給付への債権者の利益が重要であるという点である。それはBGH及び通説に一致する。また、その不均衡が特に過大で、信義則に基づき容認できない程度に達していなければならない。このことは、特に債務者に帰責事由がない不能の場合に債権者が請求権を賠償なくして失うということによって正当化される<sup>(33)</sup>。

これに続いて、政府草案は債務者の帰責事由の意義を次のように説明する<sup>(34)</sup>。債務者が給付障害につき責めに帰すべき事由がある場合、その克服のために債務者にはより高い努力が期待される。その例は、債務者が過失のある錯誤に基づいて又は悪意で契約の対象物を第三者に譲渡した場合である。このとき、債務者が主たる給付義務から免責されるためには、通常は物の返還のために市場価格を超える価格を提供しなければならない。BGB633条2項3文の解釈<sup>(35)</sup>や、BGB251条2項・633条2項3文に基づきBGH<sup>(36)</sup>によって発展されてきた一般的な法思想についても類似の状況がある。一方、債務者にそもそも給付障害について帰責事由がない場合でも、給付障害を克服するために全く努力を負わない、という逆の結論は認められない。むしろこの問題は、債務関係の内容に従って答えられるべきである<sup>(37)</sup>。

このように政府草案は、債務者に帰責事由がある場合、給付障害を克服するために債務者が負うべき努力の程度が高くなると説明する。では、BGB275条2項の制定後、債務者の帰責事由の考慮は給付拒絶の可否を判断するにあたって判例上いかなる影響を及ぼしているのか。またドイツ法ではBGB439条4項・635条3項において追完拒絶を定めるところ、そこでも債務者の帰責事由は考慮されているのか。ドイツ

債務法改正後の状況について判例を中心にみていきたい。

### Ⅲ ドイツ債務法改正後の給付・追完拒絶の法状況——債務者の矛盾行為に着目して

#### 1 給付拒絶の法状況

以下では、主に債務者の帰責事由が認められた事例を中心に BGB275条2項に関する判例をみていく。まず注目すべきなのが、BGB275条2項2文に関する論争を喚起した BGH2008年5月30日判決である（以下、「BGH2008年5月判決」とする）。同判決では所有権に基づく妨害排除請求権に関して BGB275条2項の適用の可否が争われた。BGH2008年5月判決はその後の賃貸借契約の判例でも言及されていること、同判決に賛成する学説の中には BGB275条2項の根拠や位置づけを論じている見解があるため、同判決をとりあげる。

#### (1) BGH2008年5月30日判決<sup>(38)</sup>【判例③】

〔事実の概要〕 Aは、スーパーマーケットの営業のために自己の所有地に建物を建築した。しかし、同建物が隣人Yの所有地に越境して建てられた。そこで、1973年、Yは延長期間つきで20年間、Aに越境部分を賃貸する旨の賃貸借契約を締結した。その後、Aが有していた越境部分の土地は売却され、新たな所有者BもYと賃貸借契約を締結した。1998年、Bは、越境建築の存在及びYとの賃貸借契約を知らせずに越境部分の土地をXに売却した。Xは当初Yとの賃貸借契約を締結することを拒んだため、Yが賃貸借契約を解約した。しかし、土地を利用したいと考えたXは、月々100€を支払う代わりに越境部分のYの土地を利用することを求める確認の訴えを提起した。それに対し、Yは反訴で越境部分の除去による土地の明渡しを求めた。

一審はYの明渡しの訴えを認めた。これに対して、原審は、越境建築の除去によって約9万€の費用が生じること、スーパーマーケットの賃借人のさらなる不利益が予想されること、越境された土地の価格

に基づいて見積もられる利益は19,360€ にすぎないことからYの明渡し請求を拒絶した。Yが上告。

〔判旨〕 かつての判例では、BGB1004条1項に基づく除去請求権は、BGB251条2項1文に現れている期待可能性の原則に基づき、侵害された者の不利益に対して合理的な関係にない費用を伴う場合に排除されていた。BGB1004条1項1文に基づく請求権の制限は、今やBGB275条2項から生じる。BGB275条2項は、契約か法律上の義務に基づくか否かに関らずすべての給付義務に適用される。このことは、債務法現代化法の意図であった。立法提案の理由は、BGB275条2項の適用領域について明確に物権法に基づくすべての給付請求権を指摘している。このような請求権の制限は従来BGB251条2項から得られたものである<sup>(39)</sup>。

BGB275条2項1文に基づく給付拒絶権は、債務者が給付障害について責めに帰すべき事由を負うか否かに左右される<sup>(40)</sup>。Xにはそのような行動がある。Xは、Bから土地を購入する際に建物の一部がYの所有地に越境していることに注意を払わず、その瑕疵を認識していなかった。これに関する懈怠は、Xの責任範囲にある。また、XはBと同様にYと賃貸借契約を締結しえたのに、契約の締結を拒んでYに契約を解約するきっかけを与えた。その結果、経済的に期待不可能とみなされる状況を自ら作り出した。このことは、BGB275条2項に基づく給付拒絶権を排除する。

BGHは以上のように判示し、給付障害について帰責事由のあるXがYによる土地の明渡し請求を拒むことはできないと結論づけた。

## (2) BGH2008年5月判決への賛否

上記判決について、学説では賛否が巻き起こった。その主な論点は、BGB1004条1項に基づく物権的妨害排除請求権へのBGB275条2項の適用の可否である。この論争は本稿の主な目的からは外れるものの、

ここでは BGB275条 2 項の根拠や位置づけに関する言及もなされているため、概要を紹介する。

物権的妨害排除請求権への BGB275条 2 項の適用を批判する立場は、次のように説明する。第 1 に、BGB275条 2 項が物権的請求権へ適用されるか否かは債務法改正の際に議論されておらず、その際に肯定されていない<sup>(41)</sup>。第 2 に、物権的妨害排除請求権は債務法の請求権とは異なる<sup>(42)</sup>。前者の目的は、権利者に当然に帰属する物権的な法的効力が相手方によって篡奪されている状態を終結させ、妨害のない状態を回復することにある<sup>(43)</sup>。このような所有者の法的地位の防御に向けられた物権的請求権と財貨の新たな分配を目的とする履行請求権とは目的を異にし、前者がより強い保護を受ける<sup>(44)</sup>。したがって、BGB275条 2 項は妨害排除請求権の事例に適用されない。第 3 に、所有権を侵害した者にも BGB275条 2 項が適用されうるならば、一般論として妨害者による他人の所有地の持続的な利用が認められる可能性がある。そうすると、補償なくして所有権の一部が剥奪され、所有者にとって受け入れがたい結果が生じる<sup>(45)</sup>。

これに対して、BGH に賛成する学説は次のように説く。第 1 に、BGB1004条の物権的請求権の性質は請求権 (Anspruch)、つまり債務関係の権利として構成されているため、BGB275条 2 項の適用を排除しない<sup>(46)</sup>。第 2 に、BGB275条 2 項は、BGB251条 2 項、633条 2 項 3 文に内在する考え方、すなわち、債務者が不相当で合理的には期待不可能な費用でのみ債権者の請求に応じられる場合には当該請求が権利濫用にあたるという一般的な法思想を具体化した規定である<sup>(47)</sup>。したがって、BGB275条 2 項は、権利濫用の思想が刻印された規定として分類されることが好ましい<sup>(48)</sup>。権利濫用の効力が物権法にも及ぶことには争いがない<sup>(49)</sup>。第 3 に、BGB275条 2 項には権利濫用の禁止とともに、資源の無駄使いを生じさせる原状回復を債権者が要求できないとする経済的な基本思想 (Grundgedanke) が表れている。類似の考えは、BGB912条 2 項に基づく過剰建築の忍容義務にもみられる。同規定は、

過剰建築の除去によって価値のある物が破壊されることを避ける点で国民経済的な利益（volkswirtschaftliche Interesse）の保護に資する。同様の規定は、BGB906条2項1文にもある。したがって、物を自由に使用する所有者の権利が制限されることはなじみがないものではない<sup>(50)</sup>。第4に、BGB275条2項により所有権が制限された場合、妨害者に帰責事由があるときには、債権者はBGB280条1項及び3項、283条に基づき給付に代わる損害賠償を請求しうる。さらに、一定の基準をみたした場合に所有者はBGB906条2項・912条2項・917条2項により妨害者に対して補償請求権を行使しうる<sup>(51)</sup>。

このようにBGH2008年5月判決には賛否がみられたが<sup>(52)</sup>、その後の判例も同判決を踏襲する。以下では、それらの判例を通して債務者の帰責事由が給付拒絶の可否にいかなる影響を与えたのかを確認する<sup>(53)</sup>。

### (3) BGH2008年5月判決以後の判例——物権的妨害排除請求権の事例【BGH2008年7月18日判決<sup>(54)</sup>—判例④】

〔事実の概要〕 1983年、Xは隣人Aの所有地の一部を購入した。同土地には、当時居住目的で利用された離れがあった。Aは売却した土地の各所有権者のために通行地役権を承認し、登記を備えた。1984年、賃借人が転居して以降、離れは利用されずに荒廃し、通行地役権も当時から行使されていなかった。2004年、YがXの隣地を強制競売で取得した。2005年8月から9月にかけて、Yは通行地役権が設定された部分を含む土地に映画館事業のために建物の拡張工事を開始した。同年12月1日になってXがYに建物の取壊しを要求したが、このときには建物の骨組みができあがっていた。原審は、Yは経験豊富なビジネスマンであり、競売の際に通行地役権が継続していることを指摘されていたにもかかわらず、それを無視していた点に重過失があるなどとしてXの請求を認めた。

〔判旨〕 原審がYに重過失があったと認定した点には誤りがない。

BGB275条2項は、給付義務が契約か法律上の債務関係か、法律上の義務に基づくか否かに関わらず、すべての給付義務に適用される（判例③を指摘）。当部（Senat）は、2001年12月31日まで通用していた法に基づき、BGB1004条1項を根拠とする除去請求権に対しても BGB251条2項の類推適用によりそのような期待可能性の限界を肯定している。立法者は、債務法改正によってこの内容を伴った一般的な法命題を BGB275条2項に規定し、当部の判例はそのことを確認している。

原審は、地役権に基づく請求権の行使が X の土地に与える利益と、少なくとも映画館の一部の取壊しに必要な Y の費用とを衡量することを怠った。確かに、BGB275条2項1文に基づく衡量は、重過失（なおさら故意）で建てられた越境建築物の除去請求権に際して、通常の場合には抗弁が拒絶される結果をもたらさう<sup>(55)</sup>。そのことは、BGB275条2項2文における期待されるべき努力を確定する際に、債務者の過失も考慮されなければならないということから生じる。しかし、越境建築者の重過失を考慮しても次の場合には状況が異なる可能性がある。それは、BGB912条1項——建築物の越境部分によって作り出された価値を破壊することによって生じる異常に高額な損害から所有者を保護する規定——に関連して、隣人が BGB254条2項1文に基づくオプリーゲンハイトへの非難可能な違反をした場合、すなわち、隣人が除去請求権を延期し、除去による隣人の利益と新築建築物を取り壊す所有者の費用との不均衡に自身で著しく寄与した場合である。このような状況の下では、信義誠実の原則（BGB242条）に基づき行われるべき考慮の結果、所有者は、越境建築の除去を求める隣人の請求を拒みうるといふ帰結となる。原審はこの点について判断をしていないために破棄され、本件は差し戻される。

【BGH2009年10月23日判決—判例⑤】<sup>(56)</sup>

〔事実の概要〕 1996年、Y は、A の所有地の隣接地を取得した。Y と A の土地には住宅群がある。Y は住宅を改築し、私道の舗装と木

製の仕切りのために、長さ約70m、幅約4.5mにわたってAの土地を使用した。2002年、XがAの所有地を購入した。XはYに舗装及び木製の仕切りの撤去及び更地にした状態での土地の明渡しを求めた。

〔判旨〕 BGB2008年5月判決について、学説では肯定説と否定説がある。否定説は、BGB251条2項に現れている原則が、BGB985条、1004条1項に基づく請求権に適用されないとする Picker の見解に遡る<sup>(57)</sup>。当部はこの見解に従っていない<sup>(58)</sup>。過去に BGB251条2項1文から導き出された一般原則が BGB275条2項によって規定されたことは、確立された判例法に変更をもたらすものではない。さらに、BGB275条2項を理由とする所有権に基づく請求権の排除により所有者が調整請求権なしに侵害を甘受しなければならない結果をもたらすという問題<sup>(59)</sup>は、BGH2008年5月判決においても判断する必要がなく、本件でもその問題を立てる必要はない。

BGB275条2項における衡量に際しては、次の点を考慮に入れなければならない。まず他人の土地の利用は、それを利用しなければ必要であった費用<sup>(60)</sup>を免れるためのものではないということである。さらに、債務者が給付障害につき責めに帰すべきか否かが考慮されなければならない。YがAの土地を利用する際にAの承諾はなく、Xとの地役権の設定や契約もなかった。以上の理由からXの請求を認容した。

#### 【BGH2010年5月21日判決—判例⑥】<sup>(61)</sup>

〔事実の概要〕 農業地の所有者であるX1は、X2のために用益権を設定した。その後、X2は果樹園の利用のためにYに用益権を約6年以上賃貸した。しかし、Yは同土地上でトウモロコシの栽培をするようになった。Yは、Wに同土地上へのバイオ肥料の散布を認めた。Wの関連会社であるT社によって届けられた肥料には発がん性物質であるフッ素系界面活性剤（PFT：Perfluorierte Tenside）が含まれていた。X2はYとの賃貸借契約を解約した。住民を保護するために近くの湖

からの飲料水の摂取が中止され、Xらが居住する群は近隣住民のためにPFTをろ過する装置を設置した。Xらは、YにPFTによる汚染がない状態への土地の回復を求めた。原審は、Yには汚染物質の除去義務があるが、土壤汚染について過失がないと認定した。また、土地の流通価格（2万€から3万€）に対して土壤汚染の除去には72万€が生じること、基本法14条に基づく状態に対する責任（Zustandsverantwortlichkeit）が土地の価格に限定されるとしてXらの請求を棄却した。

〔判旨〕 Yは土地からPFTを取り除く義務を負う。その一方、BGB275条2項はBGB1004条に基づく排除請求権に対して給付拒絶権を認めている。この点に原審の誤りはない。Xは、連邦土壤保護法によって敷地からのPFTのさらなる漏出を防止し、土壤を修復する措置を講じる義務を負う。土壤汚染による損害の場合、環境に及ぼす危険の程度や第三者からXに損害賠償請求がなされるリスクが軽視されてはならない。他方で、BGB275条2項の衡量の際には債務者の過失も考慮される。Yが散布物のPFT汚染を認識していなかったという事実は、敷地の汚染についてYに過失がなかったという結論を認めるものではない。賃貸借及び用益賃貸借法（Miet- und Pachtrecht）では、賃借人又は用益賃借人が自身の勧めで賃貸物件に接触した者の行為に対する責任を負わなければならないことが認められている。本件では、Yが土地の施肥を依頼し、肥料の散布を許可した第三者の行動がこれに該当する。なお、Yの陳述が十分尽くされてないために事案を原審に差戻し、Yに提出書類を補足する機会を得させなければならないとされた。

【BGH2013年11月14日決定—判例⑦】<sup>(62)</sup>

〔事実の概要〕 地方公共団体Xは、委託によって下水道を設置させた。当該下水道は、Yの家の敷地に沿って設けられた。工事完了後、Yは自宅の湿気の被害を発見し、Xに下水道の撤去を求めて提訴した。先行訴訟では、下水道からYの家屋の地下部分に水が漏れているとし、

Xには水の浸入を防止する義務があると認められた。その後、Xは5万€を超える費用を費やし一定の義務を果たした。しかし、さらなる対策を講じるには約3万€～4万€が必要であった(10万€を要する他の対策は費用が不相当であり、失敗に終わった)。Xは、すでに生じた5万€を超える費用やYの家の現在の市場価格約5万5000€を考慮し、執行不能であると主張した。

〔判旨〕 XはBGB275条2項に表れている原則に基づき、除去費用の不相当性を援用することができない。Xは、除去が経済的に期待不可能な状態を作出した点に帰責事由があるからである(判例③・⑤を指摘)。

#### (4) BGH2008年5月判決の限定——賃貸借契約の事例

BGB275条2項は、物権的妨害排除請求権のほかに賃貸借契約の場面においても適用されている。そこでは、BGH2008年5月判決に歯止めをかけるような動きがみられる。

#### 【BGH2010年4月21日判決—判例⑧】<sup>(63)</sup>

〔事実の概要〕 Xは、旧東ドイツの国営企業であったA社から住宅を借りた。その後、同住宅の所有権がAからYに移された。1965年から75年の間に建てられた住宅の壁にヒビが、煙突や屋根、窓、ドアにも損傷がみられた。Yは1995年9月にはそれらの瑕疵を認識していた。XはYから同住宅を購入するように交渉を進めていたが、結局交渉が決裂したことから2001年に初めて瑕疵の除去を請求した。翌年には浸水が生じた。2004年になってYは屋根の応急修理を行ったほか、玄関ホールの天井を補修した。しかし、その後も瑕疵が生じたため、XはYに修繕の前払い費用としてBGB536a条2項に基づき、47,576€及び利息の支払いを求めた。Yはその金額を費やしてもひび割れやその他の欠陥を永続的に除去することは不可能であると主張した。原審は、

Yに53,442.90€の支払いを命じた。

〔判旨〕 いつ期待可能性の限度（Zumutbarkeitsgrenze）を超えるか否かは、ケースバイケースによって双方の当事者の利益衡量の下で確定されなければならない。一方では修繕費用と、他方では賃借人にとっての修繕利益及び賃貸目的物の価値、そしてそこから得られる収益との間に著しく不相当な関係があってはならない<sup>(64)</sup>（下線は筆者）。また債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、場合によっては債務者の過失も考慮されなければならない。このことは、すでに債務法現代化前にBGHの判例において承認されていた。修繕費用と流通価値との間が極端な場合には期待可能性の限界を超えているという兆候が強くなる。この場合、他にどのような状況があれば異なる衡量が下されるのか、想像するのが難しいほどである（下線は筆者）。本件では、Yの主張によれば不動産の流通価値は2万8,000€である一方、改修費用は約9万5,000€、最悪の場合約17万€になるという。原審は、修繕の遅れをもたらし、修繕費用を高額にさせたとしてYがBGB275条2項の抗弁を援用できないとした<sup>(65)</sup>。しかし、建物のひび割れの原因となった欠陥は建築当初から存在しており、高額な費用をかけなければ修復できず、Yの対応が遅かったから生じたわけではない。BGHはこのように述べ、Yの帰責事由を否定した。その上で改修費用等の認定のために、事案を原審に差し戻した。

【BGH2014年1月22日決定一判例⑨】<sup>(66)</sup>

〔事実の概要〕 Yは、2002年以来、土地（以下、「甲地」とする）上にある住居の賃借人である。2009年、Xは甲地を購入し、Yとの間で住居の賃貸借契約を締結した。その後、Xは甲地の隣接地も購入し、この土地に家を建築した。この家の外壁が、境界の間隔をあけることなく、甲地上のYの住居の壁に直接接していた。この壁の内側には台所や浴室の窓があった。Yは瑕疵を理由に賃料を減額したため、Xは

賃料の未払金を請求した。Yは反訴で瑕疵の除去及び隣接建物と3 mの間隔を空けるように求めた。原審は、Xの請求を棄却した。

〔判旨〕 BGHは、判例⑧の下線部分と同様の判旨を述べたうえで、以下のように原審が認定した判断を是認した。確かに、賃貸借契約に反して故意によって建てられた新築の築造は、Yの有利になるように想定されよう。しかしながら望まれた瑕疵除去の成果とそのために必要な新築建物の一部取壊しにより少なくとも6桁の相当額に達する瑕疵除去費用が釣り合いの取れた関係にない。したがって、瑕疵除去費用と瑕疵除去の成果との間に著しい不均衡が存在する。特に、その侵害は中心的な居住空間ではなく、機能的な空間のみに影響していた。YがXに不作為を要求することなく、建築の進行を甘受していた点もすべての考察の中に含まれるべきであろう。原審のこの評価には異議が唱えられるべきではない。

上告の見解に対して、Xが賃貸目的物の瑕疵をもたらした事情（敷地の境界に直接新しい建物を建てたこと）を故意で惹き起こしたことは、BGB275条2項に基づく抗弁を喪失させるものではない。BGB275条2項の規定は、給付障害を故意で引き起こした債務者が抗弁を正当に行使できる状況が存在する可能性を排除しない。上告によって引用されたBGH第5民事部は、故意で行動した債務者に抗弁を援用することがいかなる事例においても禁じられるということを示すものではない。第5民事部は、BGB275条2項により要請された衡量が重大な過失（そしてなおさら故意）で建てられた越境建物の除去に向けられた請求の場合に、一般的には抗弁が否定される結果になると述べたにすぎない（判例④）。

#### (5) 判例のまとめと学説による評価

以上の判例によれば、債務者が過大な除去費用が必要となる状況を作出したことに帰責事由を負うことは、BGB275条2項に基づく債務者

の給付拒絶を否定する方向へと作用する（判例③・⑤～⑦）。その契機となったBGH2008年5月判決（判例③）は、その後の判例にも影響を与えている（例えば、判例⑦は債務者の帰責事由を考慮する際に判例③・⑤を参照する）。BGHでは、債務者の帰責事由が考慮される結果、「重過失（なおさら故意）で建てられた越境建築物の除去請求権に際して、通常の場合には抗弁が拒絶される結果をもたらさう」と判断されている（判例④・⑨）。このような判例の傾向は、BGB275条2項の制度目的（Ⅱ1参照）を債務者の保護とみる立場と整合的である。すなわち、故意や重過失で給付障害を惹起した債務者の保護の必要性が乏しくなるために、原則として、給付拒絶が認められないとの結論に至っていると考えられる。

このような判例の傾向について学説ではどのように評価されているのか。この点について、Stürnerは、BGH2008年5月判決について債務者の帰責事由を強調し過ぎであり、その他の事情も取り込まなければならないということを十分に考慮していないとの懸念を示した<sup>(67)</sup>。他の学説も債務者の給付拒絶を判断するにあたっては債務者の帰責事由のみを重視せず、あらゆる事情が考慮されると理解する<sup>(68)</sup>。こうした見解と同様に、その後のBGHも様々な事情を考慮した上で帰責事由のある債務者にも給付拒絶を認める。確かに、その際の重要な基準となっているのは、債権者が得られる利益と債務者の費用との間に著しい不均衡が存在していることである（判例⑨・両者の不均衡の程度を重視する判例として判例⑧）。しかし、それ以外にも、債権者が権利行使を怠り、給付障害を克服するために過大な費用が必要となる状況に関与したこと（判例④・⑨）、給付障害によって失われる債権者の利益が小さいといった事情も考慮されている（判例⑨）。これらの判断では経済的な効率性が重視されているほか、債権者の行為態様、他の救済手段により債権者の利益が回復される（例えば、判例⑨では貸借人には損害賠償や代金減額請求が認められうる）ことも給付拒絶の判断において考慮されたとみられる。

## 2 追完拒絶の法状況

ドイツ法は、BGB275条2項以外にも売主や請負人の追完拒絶の規定を設ける（BGB439条4項・635条3項）。これらの規定には債務者の帰責事由を考慮する旨の文言はない。もっとも、すでに債務法改正前の議論を概観したように、請負人の追完拒絶を判断する際にも請負人の帰責事由が考慮されていた。この傾向は債務法改正後も続いており、売主の追完拒絶に関する議論にも影響を与えている。そこで、以下では請負契約における追完拒絶の議論状況を先にみたのち、売主の追完拒絶の議論状況を概観する。

### (1) 請負人の追完拒絶

#### (a) はじめに

BGB635条3項は、「請負人は、BGB275条2項及び3項に関わらず、追完が不相当な費用によってのみ可能であるときには当該追完を拒絶することができる。」とする。

BGB635条3項の適用時点、すなわち、請負契約における瑕疵担保責任の適用時点については諸説あるものの、仕事の「引取り」(Abnahme)を基準とする説が有力に主張されている<sup>(69)</sup>。この説に従えば、仕事の引取り以後はBGB635条3項が適用されると想定される。一方、学説では引取り前にもBGB635条3項が適用可能であるとする見解もある<sup>(70)</sup>。このように両者の区別は明確ではない。もっとも、BGB275条2項の抗弁が認められるためにはBGB635条3項よりも高い基準が要求されるため、請負契約の瑕疵担保法ではBGB275条2項は重要でない指摘されている<sup>(71)</sup>。以上の見解に従い、請負契約ではBGB275条2項ではなく、BGB635条3項の追完拒絶に関する判例をみていく。

#### (b) 判例の紹介

**【BGH2009年4月16日決定一判例⑩】**<sup>(72)</sup>

〔事実の概要〕<sup>(73)</sup> 1995年、Yは57戸の住居から成る建物を建設する

ために、民法上の組合を設立した。その後、Yは、同建物の各住居をXらにそれぞれ約59,900€～79,400€の価格で販売した。Xらは、Yが工事説明書に規定された通りに天井の工事を施工しなかったと主張した。さらに貯蔵庫を除いて、ウッドチップの壁紙が貼られ、塗装が施される予定であったが、当該施工が行われなかった。その結果、請負人は仕事にかかるコストを21,410€節約した。Xらは、瑕疵除去にかかる費用として総額158,122.24€の損害賠償を主張した。

原審は、瑕疵の修復費用が不相当に高額であることに加え、以下のように認定して、Xの請求を棄却した。確かに、Yは意図的に予定とは異なる工法による工事を行った。しかし、専門家の観点によれば、天井下部の全体的な視覚的印象は、壁紙の欠如のために「わずかに欠陥がある」に過ぎない。漆喰で塗られた天井板の継ぎ目の縁がわずかに不揃いではあるが、何も知らない人には天井の漆喰や壁紙がないことが分からない。さらに、住居の機能、使いやすさ、価値は基本的に保証されている。別の専門家も、天井には視覚的に問題点がなく、むしろ選択された施工方法には技術的な利点があり、機能面でも不利な点はないと認定した。さらに、Yは施工されなかった壁紙の制作費(15,000€)など節約した費用をすでにXに支払っていると認められた。

〔判旨〕 BGHは原審の判断を肯定した。請負人が瑕疵を故意で引き起こした場合にも、請負人が瑕疵の除去費用の不相当性を理由に瑕疵除去を拒絶しうるか否かという問題は、BGHの判例によって明らかにされる。瑕疵の不相当性の抗弁は、合意した通りの契約の履行を主張することがすべての事情の衡量の下で信義則に違反する場合にのみ正当化される。請負人が瑕疵につき責めに帰すべき事由を負うか、どの程度負うかということも重要である。BGHの判例においては、瑕疵の発生への請負人の過失の程度が総合衡量に含まれる事情として常に評価される<sup>(74)</sup>。しかし、BGHの判例からは、直ちに請負人が瑕疵除去の費用の不相当性を援用することはできないという結論が導かれない。

総合的な評価が必要であり、その際に過失の程度が決定的な役割を果たすことがある。しかし、個別のケースでは請負人が故意に瑕疵を引き起こした場合であっても、費用の不当性が認められうる。これらの判例は、学説によってほぼ支持されている<sup>(75)</sup>。一部の学説<sup>(76)</sup>が、請負人が重過失又は故意によって瑕疵を発生させたというだけで BGB 旧 633条 2 項に基づく権利を失うと主張していることは、当部が判例から相違する理由にならない。

### (c) 判例のまとめと学説による評価

上記判例は、請負人の追完拒絶を判断する際に瑕疵に関する請負人の帰責事由が常に評価の対象に含まれるとする。この判断枠組みは、その後の BGH の判例においても踏襲されている<sup>(77)</sup>。請負人に帰責事由があることは、通常、請負人の追完拒絶を否定する方向へ作用する。しかし、上記判例⑩は、故意で瑕疵を引き起こした請負人の追完拒絶を認めた。この結論に対して、学説では「請負人は最高裁の承認を得て、契約違反の投機的行為を実現させることに成功した。本判決によりコストを重視し、契約の基準を下回るインセンティブを請負人に与える結果となる」と批判する見解もある<sup>(78)</sup>。

確かに、故意で契約に違反した請負人にも追完拒絶が広く認められることは相当ではない。しかし、追完拒絶の判断では単に追完費用だけが重視されているわけではない。すなわち、上記判決では、予定と異なる施工が住宅の機能的な損傷をもたらすものではないこと、さらに請負人が出費を免れたことによる節約費用を注文者にすでに補償しているという事情も重視されている。学説においても、故意や重過失で瑕疵を引き起こした請負人は一般的には追完拒絶を援用できないが、総合考慮の結果としてそのような請負人にも追完拒絶が認められると指摘されている<sup>(79)</sup>。

## (2) 売主の追完拒絶

### (a) はじめに

続いて売主の追完拒絶の法状況をみる。売買契約において売主から買主に瑕疵のある目的物が給付された場合、買主は追完請求権の内容として、瑕疵のない代替物の請求か、当該目的物の瑕疵の修補を請求できる (BGB439条1項)。そして、売主は当該追完の目的に必要な費用、特に輸送費や交通費、人件費、材料費を負担する (同条2項)。

しかし、BGB439条4項は、この追完請求権の行使に対して2つの追完拒絶を定める。1つは買主が選択した追完方法が他の追完方法に比べて不相当な費用を生じる場合である。これが相対的不相当性 (不均衡性・過分性) [relative Unverhältnismäßigkeit] と呼ばれる。この場面でも、学説の多数説や判例では修補費用と代物給付との比較に際して売主の帰責事由を考慮する<sup>(80)</sup>。

もう1つは、2つの追完方法のうち1個の追完方法が不能である場合や、2つの追完方法を比較して、前者が後者に比べて不相当な費用を生じさせるために後者の追完方法に限定された場合に、当該追完方法がなお売主に不相当な費用を生じさせる場合である。これが絶対的不相当性 (不均衡性・過分性) [absolute Unverhältnismäßigkeit] と呼ばれる。本稿では、I章で挙げたように履行・追完不能として議論される場面を対象とするため、後者の場面を中心にみていく。

まず、BGB439条4項はいつ適用されるのか。この点、ドイツ法では、一般給付障害法 (履行請求権) から瑕疵担保責任法 (追完請求権) への移転時を「危険移転時」と理解する立場と<sup>(81)</sup>、買主が物の給付を (部分的に) 履行して承認した時を基準時とする立場に分かれているところ<sup>(82)</sup>、前者が通説とされる<sup>(83)</sup>。

上記の基準時以降は BGB439条4項と BGB275条2項の適用が重複するが、BGB439条4項の売主の追完拒絶が認められるためには、単に売主の追完費用が買主の追完利益との関係で不相当であれば良い。したがって、前者の規定が優先的に適用される。もっとも、BGB439条4

項の規定上は追完費用の「不相当」となっているが、あくまでも追完拒絶は例外的である。買主の追完請求権を弱めることは意図されておらず、その規定を制限的に解釈すべきと理解されている<sup>(84)</sup>。単なる不相当で足りるとする理由については、二次的な瑕疵担保に基づく権利 (sekundäre Mängelrecht) によって買主の給付利益が保護されると説明される<sup>(85)</sup>。

以上を確認したうえで、買主の追完に代わる損害賠償が問題となった事案ではあるが、売主の追完拒絶に関する判断枠組みを示した点で重要な BGH の判例をみていこう。

#### (b) 判例

【BGH2014年4月4日判決—判例⑪】<sup>(86)</sup>

〔事案の概要〕 XとAがYから賃貸住宅が建てられた不動産を26万€で購入した。しかし、同家屋の引渡し後に屋根にナミダタケが付着し、腐食していることが判明した。先行訴訟では、瑕疵の減少額として45,000€の支払いがYに命じられた。その後、Aから請求権を譲渡されたXは、さらに生じうる改修費用を求めた。原審は、現在の不動産の価値が507,202€、瑕疵がない状態の価値が少なくとも60万€であり、Yには合計639,230€の損害賠償義務があるとした。

〔判旨〕 瑕疵がある場合、買主は BGB437条1号、439条1項によってその選択に従い、瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引渡しの方法で行われうる追完請求権を有する。買主は、小さな損害賠償の枠組みの中で、瑕疵による価値の減少の補償又は瑕疵除去の賠償を要求できる。売主が BGB439条3項 (改正によって現在は4項) に基づき不相当な費用を理由に除去をする必要がないと反論した場合にも、買主は売買目的物の瑕疵に基づく損害賠償請求権を有する。立法者は、このような場合にも BGB280条1項・281条の要件の下で給付に代わる損害賠償請求権を開いている (eröffnen)。ただし、損害賠償請求権は BGB251条2項

1文を準用して、売買目的物の瑕疵を原因とする価値の減少額の賠償に限定される。その理由は、BGB439条3項（現4項）によって意図される売主の保護にある<sup>(87)</sup>。不相当な費用を理由に瑕疵の除去を拒絶しうる売主は、損害賠償の方法でその費用を引き受けることを義務づけられない。BGHの判例によれば、請負契約のBGB635条3項に基づく不相当性の判断の際には、請負人の過失を考慮しなければならない<sup>(88)</sup>。売買契約についても同様のことが妥当する。売主が瑕疵について責めに帰すべき事由を負う場合、このことがBGB439条3項（現4項）に基づき行われる衡量の中に取り込まれなければならない。

BGB439条3項（現4項）2文は、不相当性の審査の際に考慮されるべき事情として瑕疵のない状態における物の価値及び瑕疵の重要性を強調している。それゆえに売買価格はとるに足りない。瑕疵のない状態における売買目的物の価値が不相当性を確定する基準として用いられ、これに基づき限界値（Grenzwert）を設定する試みがなされている<sup>(89)</sup>。しかし、一部の見解は数値を設定することを拒み、個別事例のすべての事情を参照する<sup>(90)</sup>。後者の見解は、BGHの判例と出発点を同じくする。追完の絶対的不相当性が存在するか否かを審査する際には、個別事例のすべての事情の評価が必要である。この包括的な利益衡量を硬直的な限界値で置き換えることはできない。もっとも、経験則に基づく限界値は最初の拠り所（Anhaltspunkt）となり、法的安定性に資する。

不動産の売買契約では、第一の拠り所として、追完費用が瑕疵のない状態の不動産の流通価値を超えるか又は瑕疵を原因とする価値の減少額の200%を上回る場合に、不相当な費用を理由に追完請求権が拒絶されうる。根拠となるのは、BGB439条3項（現4項）2文である。それは、不相当性の審査のために瑕疵のない状態における目的物の価値及び瑕疵の重大性を強調している。…しかし、瑕疵のない状態での不動産の市場価値は、必ずしも適切な基準点となるとは限らない。BGB439条3項（現4項）2文は、瑕疵の重大性に照準を合わせており、それは瑕疵を原因とする不動産の価値の減少に反映されるため、この

減少価値も制限のための適切な拠り所となる。瑕疵に起因する価値の減少額の200%を超える瑕疵修補費用は、一般的にはもはや釣り合いがとれたものとはみなされない<sup>(91)</sup>。決定的なことは、個別事例の事情の包括的な評価である。その際には、売主が瑕疵についてどの程度責めに帰すべき事情を負うかどうかも考慮されなければならない。BGHの判例によれば、故意の義務違反又は重大な過失の場合には<sup>(92)</sup>、債務者に不相当な費用を要求することが認められている。

原審の事実認定によれば、瑕疵がある状態の不動産の現在の価値は507,202€であり、瑕疵がない場合の不動産の価値は（少なくとも）60万€である。そのことを前提にすれば、瑕疵除去費用は瑕疵による価値の減少額の200%を上回り、不釣り合いであることが考慮される。

#### (c) 判例のまとめと学説による評価

上記判例⑪は、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権に関する事案である。その判旨の中で、売主がBGB439条3項（現4項）に基づき追完を拒絶しうる場合には、同規定が売主を保護する規定であるために、BGB251条2項を準用して瑕疵修補費用相当額の損害賠償が認められないと示された。

では、どのような場合に売主の追完拒絶が認められるのか。この点につき、BGHは、1つの拠り所として、売主の追完費用が瑕疵のない状態の不動産の流通価値を超えるか、瑕疵を原因とする価値の減少額の200%を上回る場合に追完拒絶が認められるとした。その際に本稿の目的との関係で注目されるのが、追完拒絶の判断において売主が帰責事由を負うことも考慮されると示された点である。もっとも、BGHは、その理由について請負人の追完拒絶の考え方と同様に理解されるとしか述べていない。

そこで、学説に目を転じると、請負契約と売買契約の追完拒絶は機能的にはBGB275条2項と類似し、両者とも契約上の義務を履行した場合の過度な負担から債務者を保護することが目的であると理解する

見解がみられる<sup>(93)</sup>。他方で、学説では、債務者の帰責事由の考慮が実務において重要なのは履行請求権よりも追完請求権の制限であると説く見解がある。その見解によれば、この問題において考慮されるべきことは、給付障害に責任を有する債務者は責任がない債務者よりも保護に値しないことであると説明される<sup>(94)</sup>。

これらの学説の見解もふまえると、BGB439条4項も売主を保護する規定であるために、給付障害に帰責事由のある売主は保護の必要性に乏しいと理解されているとみうる。そして、BGB439条4項の追完拒絶が認められる基準が条文上 BGB275条2項よりも低く設定されているところ<sup>(95)</sup>、売主の帰責事由の程度に応じて追完拒絶が認められるための基準が高くなることは、売主の追完拒絶の可否に影響を与える点で重要な意味をもつと考えられる。

#### IV ドイツ法のまとめと日本法の検討

本章では、以上のドイツ法の状況を整理した後、I章で示した問題背景をふまえて日本法における若干の検討を行う。

##### 1 ドイツ法のまとめ

###### (1) 給付拒絶の目的

債務者の給付拒絶の可否を判断する際には、一見すると、給付から得られる債権者の利益と債務者の負う費用との間に著しい不均衡があるか否かを基準とすれば足りるようにも思われる。そのため、債務者の帰責事由の考慮が BGB275条2項の目的との関係でどのように正当化されるのかが問題となる。

この点について、BGB275条2項の目的を大別すると2つの立場が確認された。①経済的な資源の浪費（経済的効率性）の観点と、②給付義務によって生じる過大な費用から債務者を保護する観点である。①の立場である Faust は、過大な費用を生じさせる給付義務を債務者に課すことが資源の浪費につながると指摘する。もっとも、Faust も

BGB275条2項2文が債務者の帰責事由に言及しているため、同制度の目的は②債務者の保護にもあることを認める。これに対して、Stürnerは、BGB275条2項の最も重要な目的は②債務者の保護にあると捉える。

### (2) 矛盾行為の考慮とドイツ債務法改正の経緯

上記(1)の給付拒絶の制度目的のうち、給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮されることは②の立場から正当化される。Helmの見解によれば、給付障害を惹起させた債務者が、給付義務に過大な費用が必要となる状況を作成しておきながら抗弁を提起することは「矛盾行為の禁止」にあたる。「何人も信義に反する行動からは利益を得てはならない」ため、給付に過大な費用が必要となる状況を自ら作出した債務者を保護する必要性は乏しい。こうした法思想は債務法改正前の判例によって採用されていた考え方であり、ドイツ債務法改正を通じて明文化されるに至った。

### (3) BGB275条2項の判例法理

BGB275条2項は、比例原則ないし権利濫用の禁止の具体化であることなどを根拠として、BGB1004条1項に基づく物権的妨害排除請求権の場面で用いられている。そこでは、BGH2008年5月判決（判例③）以降、越境建築や土壌汚染などに帰責事由を有する債務者による給付拒絶を否定する判決が相次いだ。このことは、BGB275条2項の制度目的が債務者の保護であることから、帰責事由がある債務者は保護の必要性に乏しいとする価値判断を反映したものと考えられる。一方、賃貸借契約の事例（判例⑨）では、BGH2008年5月判決は特に故意・重過失のある債務者が一般的には給付を拒絶できないと述べているにすぎないとして、給付障害について故意がある債務者の給付拒絶を例外的に肯定した。

帰責事由のある債務者に給付拒絶を認めた BGB275条2項の判例では、給付から得られる債権者の利益と債務者の費用との間に著しい不

均衡が存在する。さらに、BGHでは、その帰結に至る際に、債権者が権利行使を怠って給付障害を拡大させたことや、債権者の給付利益の侵害の程度が小さいことなどの事情も考慮されている。したがって、故意・重過失のある債務者の給付拒絶が認められるのは、経済的資源の浪費を回避する観点だけでなく、上記の様々な事情を考慮した上で例外的な場面に限定されているといえる。

#### (4) BGB439条4項・635条3項の判例法理

請負契約では、債務法改正前の判例と同様に請負人の追完拒絶を判断する際に請負人の故意や過失の有無が考慮されている。この考え方は、売主の追完拒絶の判断にも影響を及ぼしている。その理由について判例は明確に述べていないが、BGB275条2項と同様に、追完拒絶が債務者の保護を目的とした制度であるために、帰責事由のある債務者が保護の必要性に乏しいとの価値判断が反映されているとみられる。

他方で、請負契約では、給付障害に故意を有する請負人の追完拒絶も認められている。その判断においても、単に追完費用の過大性だけでなく、注文者が権利行使を怠ったこと、瑕疵によって仕事の目的物の機能が失われたわけではないこと、請負人が瑕疵による損害を注文者に賠償していたことなどの事情も考慮されていた点に注意が必要である。

## 2 日本法の若干の検討

### (1) 債務者の矛盾行為を考慮する必要性

以上のドイツ法をふまえて、日本法のあり方を検討したい。まず、その前提として用語の使用方法を整理する。ドイツでは、債務者の帰責事由を「故意・過失」概念と結びつける考え方が維持されている。これに対して、日本では、債務者の契約上の債務不履行を理由とする損害賠償義務の有無は、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」に照らして判断される。したがって、損害賠償及び免責の文

脈では「債務者の帰責事由」＝「債務者の過失」と説明すべきではない（有害無益）との指摘がなされる<sup>(96)</sup>。このような指摘を参照すると、履行・追完請求権の制限の文脈でも「帰責事由」を「債務者の故意・過失」と結びつけることは混乱を招くおそれがある。そこで、以下の検討では帰責事由の用語を避け、履行・追完を行うために過大な費用が必要となる状況を自ら作出した債務者が当該履行・追完義務を拒絶する場面を、債務者の「矛盾行為」と表現する。

では、このような債務者の矛盾行為を履行・追完請求権の制限の際に考慮すべきか。まずは結論の妥当性の観点から考えてみよう。ここで再びドイツ法の視点を参照すると、「何人も信義に反する行動からは利益を得てはならない」との考えから、特に故意や重過失がある債務者の給付拒絶を原則として否定するとの考え方が採用されていた。さらに、ドイツの請負契約における一部の学説では、瑕疵に関して故意がある請負人に追完拒絶を認めることは、請負人が契約違反の投機的行為を実現させる結果となり、請負人に契約の基準を下回るインセンティブを与えたとの指摘がなされていた。

このような理解と軌を一にする指摘は、すでに日本法でもみられる。例えば、不動産の二重譲渡における社会通念上の不能の文脈ではあるものの、当該不能の判断にあたっては、「債務者の負担する費用と債権者にもたらされる利益との不均衡という点だけでなく」、債務者の故意・過失なども考慮されると説く見解がある。なぜなら、行為者にサンクションを課すことによって、債務者の機会主義的行動・損害の抑止が達成されるからである<sup>(97)</sup>。

さらに、BGB275条2項は物権的妨害排除請求権の場面で用いられていたことから、日本法における同種の事例にも目を向けてみる。ここでは、物権的請求妨害排除請求権の可否を判断する際に、権利者の得られる利益と権利行使の相手方が被る不利益という客観的基準が採用されている。しかし、こうした客観的基準のみで権利行使の制限を判断した場合には、「ある者が権利者の権利を侵害して大規模な既成事実

を作ってしまうと、権利者はそれを否定することができない…ことになりかねない」という問題も指摘されている<sup>(98)</sup>。

これらの見解を考慮すると、I章で示したような事例において履行・追完請求権の制限の際に債務者（請負人）の故意・重過失の存在を考慮することは、債務者の機会主義的行動を抑止する効果をもつと考えられる。それに加えて、過大な費用が必要となる状況を惹起させた債務者がその状況を盾にとり履行・追完義務を免れるという不都合な結果を回避する利点を有する。そのため、日本法においても、故意や重過失がある債務者による履行・追完拒絶は否定され、債権者の履行・追完請求権が原則として制限されないと考えるべきであろう。もっとも、ドイツ法の議論を参照すると、故意や重過失のある債務者に対しても債権者の履行・追完請求権が制限される場合があることは否定できない。ただし、そのような場面は、ドイツ法でみられたような経済的な資源の浪費の観点のほか、債権者が権利行使を怠って過大な費用が必要となる状況に寄与した場合、債権者の給付利益の侵害の程度がわずかである場合など、あくまでも極めて例外的な場面に限られるべきである。

## (2) 債務者の矛盾行為の考慮の正当化——履行・追完請求権の限界事由の位置づけ

上記のように履行・追完請求権の制限を判断する際に債務者の矛盾行為の存在を考慮することが望ましいとしても、そのことが理論的にどのように正当化できるのかが問題となる。この問題と関連するのが、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限の位置づけや制度目的である。

ドイツではBGB275条2項の位置づけに関して争いがある。確かに、政府草案はBGB275条2項を事実的不能の規定と捉える。しかし、II章1(2)で参照した通り、BGB275条2項のタイトルが給付義務の排除であること、債務者の給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮

されうること、そして、債務法改正前の判例や立法趣旨に遡った上で、同条を比例原則に支えられる権利濫用の禁止として位置づける学説も強く主張されている。この見解に示唆を得て、筆者は以前の論稿において、改正前民法634条1項ただし書を参照し<sup>(99)</sup>、日本法においても履行・追完請求権の制限の際には比例原則に基づく衡量が行われること、そして同原則が信義則を媒介として機能しうると主張した。その見解によれば、債権者であっても債務者に配慮した行動をとらねばならず、債権者の履行・追完利益がわずかであるのに対して債務者に過大な不利益が生じるときには、履行・追完請求権の行使が信義則違反・権利濫用の禁止を理由に制限されることになる<sup>(100)</sup>。この見解と方向性を同じくするものとして、「債権者の受ける利益に比して債務者の履行に過大な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」と説く見解が注目される<sup>(101)</sup>。その指摘によれば、「この例外則は、債権者の受ける利益を判断する際に債務の内容を考慮に入れるものの、その結論自体が債務の内容から直接に導かれるものではなく、民法412条の2第1項の枠内で認められないとする。そして、両規範のすみ分けについて、この例外則は、債務の内容に照らして債務者が障害を本来克服しなければならないにもかかわらず、それが権利濫用として例外的に認められない場合を規律している一方、民法「412条の2第1項は、債務の内容に照らしてそもそも債務者が障害を克服する必要がない場合を規律している」と説明する<sup>(102)</sup>。

一方、I章にて示したように、日本法の多数説は、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限の問題を民法412条の2第1項の履行不能（追完不能）と捉える。この立場は、不能概念の範囲を広く捉えることによって過大な費用に基づく給付障害も不能概念に包摂されうるとの理解による。しかし、債務者が過大な費用を支出すれば履行・追完を行うこと自体は可能ではあるため、不能というだけでは、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限がなぜ制限されるのかという実質的

根拠は明らかにならない。そのため、この立場からは、履行・追完請求権の制限に際して債務者の矛盾行為が考慮されるのかという問いにも明確に答えることができない。

また、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限については、民法412条の2第1項の履行不能の問題ではなく、契約解釈として解決できるとする立場もある<sup>(103)</sup>。確かに、売主が買主に渡すべき指輪を湖に落としたという有名な事例であれば、契約の内容に照らして債務者が当該指輪を湖から探して買主に届けるという債務を負っていないと理解できる可能性はあるかもしれない。しかし、債務者が故意や重過失で給付義務に違反したBGHの事例のような場合（例えば、判例⑨・⑩）もすべて契約解釈の問題として処理できるのだろうか。これらの事例では、契約解釈に照らすと故意・重過失で給付障害を引き起こした債務者は本来であれば給付義務を負っていると理解することができる。それにもかかわらず債務者の給付拒絶が例外的に認められるのは、契約解釈から導かれた結果ではなく、経済的効率性や債権者の権利行使の懈怠、債権者利益の侵害の程度などの事情を考慮して、債権者による権利行使が信義則違反・権利濫用の禁止にあたりと評価されたからではないだろうか。

他方で、以上の不能や契約解釈による位置づけとは異なり、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限を信義則及び権利濫用の問題と位置づけた場合、その判断において債務者の矛盾行為が考慮されるとの帰結をスムーズに導くことが可能となる。この立場を敷衍すると、次のようになる。①債務者は、債権者との契約に基づいて履行・追完義務を負う。これが原則である。②ただし、履行・追完から得られる債権者の利益に比して債務者に過大な費用が生じるときには、債権者の履行・追完請求権の行使が例外的に信義則・権利濫用法理によって制限される。別の言い方をすれば、債権者による濫用的な権利行使から債務者を保護するために履行・追完請求権が制限される。③もっとも、故意や重過失によって過大な費用が必要となる状況を作成した債

務者を保護する必要性は乏しい。かかる債務者は①の通りに履行・追完義務を拒むことができず、債権者の履行・追完請求権の行使は原則として制限されないと解される。

日本法では物権的請求権の行使によって権利者が得る利益に対して相手方に過大な不利益が生じるときには、信義則違反・権利濫用の禁止に基づき当該権利行使が制限されてきた。上記のように履行・追完請求権の制限を信義則違反・権利濫用の禁止に求める考え方は、物権的請求権の制限の場面とも整合性のとれた解釈であると考えられる。

### (3) 債務者の矛盾行為の考慮の意味——履行請求権と追完請求権の関係性

では、履行・追完請求権の制限を判断する際に、債務者の矛盾行為を考慮することがどのような意味を持つのか。履行請求権と追完請求権に分けて考えてみる。

まず、履行請求権が制限される際には、履行から得られる債権者の利益と履行に要する債務者の費用との間に「著しく不相当・不均衡」な関係が必要であると理解されている。つまり、履行請求権が制限される場面はもともと限定的に捉えられている。したがって、債務者の矛盾行為（故意・重過失）を考慮した場合には、履行請求権が制限される場面がより一層限定され、履行請求権の制限がほぼ認められないとの帰結に至るであろう。

次に、追完請求権の限界事由をどのように理解するべきか。ここで、履行請求権と追完請求権の関係性が問題となる。

追完請求権を履行請求権と同一の権利とみた場合、その限界事由も同様に理解する方向性が考えられる。この立場によれば、追完請求権が制限されるのは、履行請求権と同様に、債権者の追完利益と債務者の追完費用との間に著しく不相当・不均衡な関係がある場合に限定されることになる。

これに対し、近時は、追完義務を、当初の履行義務とは異なって別

個の付加的負担を課すものと捉えるなど<sup>(104)</sup>、履行請求権と追完請求権を区別する見解も有力に主張されている<sup>(105)</sup>。この立場からは、追完請求権の限界事由を独自に考える方向性がありうる。例えば、契約に適合しない床タイルを買主が契約不適合に気づかずに取りつけた場合に、売主が床タイルの取外し及び新たな床タイルの取付け義務を負うことは<sup>(106)</sup>、売主に当初想定していなかった義務を課すことになる。そのため、追完請求権は、追完によって得られる債権者の追完利益と債務者の追完費用との間が「単に」不相当・不均衡である場合に制限される可能性がある。このときに売主や請負人の矛盾行為を考慮することは、特に故意や重過失がある売主や請負人が負う追完義務の程度を高くする結果を生じさせる。つまり、そのような債務者との関係では、債権者の追完利益と債務者の追完費用との間に単なる不相当・不均衡な関係ではならず、両者の間に「著しく」不相当・不均衡な関係がある場合に限り、追完請求権の行使が制限されると考えられる。

## V 結論

本稿は、債務者の矛盾行為が履行・追完請求権の制限において考慮されるのかという問題について検討した。本稿の検討結果は次のようにまとめられる。

ドイツでは、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費用との間に著しく不相当・不均衡がある場合に、債務者は給付を拒絶することができる（BGB275条2項）。給付拒絶の制度目的については、経済的な資源の効率性に求める見解もあるが、債権者の濫用的な履行請求権の行使から債務者を保護することを重視する見解が有力であるとみられる。後者の立場は、給付に過大な費用が必要となる状況を自ら惹起しておきながら、給付を拒絶するという矛盾行為をした債務者を保護する必要性は乏しいという判断と結びつく。このような論理に基づき、給付拒絶の判断において債務者の矛盾行為を考慮することが正当化される。給付・追完拒絶における債務者の矛盾行為の考慮

は、すでに債務法改正前の判例法理においてみられていたところ、ドイツ債務法改正により BGB275条 2 項 2 文に明文化された（Ⅱ章）。

ドイツ債務法改正後、BGB275条 2 項は権利濫用の禁止が具体化された規定であることから、物権的妨害排除請求権の制限や賃借人の修繕請求権の制限の際に用いられている。そこでは、故意や重過失のある債務者による給付拒絶が原則として否定されるとの帰結に至っている。さらに、ドイツでは BGB439条 4 項や635条 3 項において債務者の追完拒絶の規定を有するところ、これらの場面でも債務者の故意や過失が考慮される。確かに、一部の判例では、故意で給付障害を引き起こした債務者による給付拒絶が肯定されている。もっとも、その判断においては、単に費用の過大性のみならず、債権者の権利行使の懈怠や債権者の給付利益の侵害が小さいこと、さらに債務者が債権者に損害を賠償していることなどの事情が考慮される。したがって、個別事例の特殊性を考慮した上での判断であり、故意や重過失のある債務者が給付を拒絶しうるのは例外的な場面に限られている（Ⅲ章）。

以上のドイツ法の状況を参照し、日本法のあり方を検討した結果、日本法においても債務者の機会主義行動の抑止などの観点から履行・追完請求権の制限の判断にあたっては債務者の矛盾行為が考慮されるべきであるとの結論に至った。この主張を敷衍すると、過大な履行・追完請求権の行使から債務者を保護する制度目的に鑑みて、故意や重過失によって履行・追完に過大な費用が必要となる状況を作出した債務者は保護の必要性に乏しく、そのような債務者との関係では債権者の履行・追完請求権は原則として制限されないということになる。また、この結論を正当化する際には、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限を民法412条の2 第1項よりも信義則違反・権利濫用の禁止の問題として位置づけるべきであると主張した（Ⅳ章）。

最後に、履行請求権と追完請求権を異なる権利として理解した場合の判断基準の概要を付言した。もっとも、両者の関係性については日独法において各種の見解が林立しているため、今後も検討を進める必

要がある。

〔追記〕脱稿後、森田修「履行請求権の意義とその限界事由」鎌田薫＝加藤新太郎＝松本恒雄編『債権法改正講座 第2巻：債権総論』（日本評論社、2024年）2頁以下に接した。同書30頁は、「社会的不能」論（同書13頁によれば、債務者の給付にかかる費用が、債権者の契約利益と比較して著しく過大となる場合のこと）による不能の柔軟化の構想を「広い道」と称した上で、この道は「BGB旧規定下のドイツ法学説と酷似した『袋小路』に日本の民法学が再び追い込まれていく道でもある」と指摘する。これに対して、本稿の立場は、同書の表現を用いれば、民法「412条の2第1項を離れて不能理論の外部に信義則・権利濫用法理の具体化として履行請求権排除制度を別途用意する『狭い道』」を採用するものである。

\*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) 履行不能について、「法制審議会民法（債権関係）部会第90回会議事録」45頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）281頁～282頁、285頁～287頁、山口幹雄「改正民法の『不能』に関する一考察」広島法学40巻3号（2017年）43頁、特に59頁以下、潮見佳男＝北居功ほか編『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『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）341頁、松井和彦ほか『新ハイブリッド民法3 債権総論』（法律文化社、2018年）36頁～37頁、中田裕康『債権総論〔第4版〕』（岩波書店、2020年）99頁、奥田昌道ほか『新版 債権総論 上巻』（判例タイムズ社、2020年）197頁、磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』（有斐閣、2022年）265頁～266頁〔潮見佳男〕、白石大ほか『民法4 債権総論〔第2版〕』（有斐閣、2023年）110頁、荻野奈緒ほか『債権総論〔第2版〕』（日本評論社、2023年）72頁、平野裕之『債権総論〔第2版〕』（日本評論社、2023年）93頁など。改正法案当時の論稿として、大原寛史「民法改正法案における『履行請求権の限界』と『不能』——「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面」を中心に——」神戸学院法学46巻3・4号（2017年）217頁、

233頁以下。

追完不能について、中舎寛樹『債権法 債権総論・契約』（日本評論社、2018年）284頁、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）326頁、山野目章夫『民法概論4 債権各論』（有斐閣、2020年）112頁、244頁、原田剛『債権各論講義』（成文堂、2021年）133頁、中田裕康『契約法 新版』（有斐閣、2021年）310頁、511頁、曾野裕夫ほか『民法Ⅳ 契約』（有斐閣、2021年）180頁、野村豊弘ほか『民法2 債権法〔第4版〕』（勁草書房、2022年）487頁～488頁、浦川道太郎ほか『民法Ⅳ－債権各論〔第5版〕』（有斐閣、2023年）220頁～221頁など。これに対して、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るべきという債務が発生していない」とみて、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大な費用を要する場面の不能への位置づけに反対する。

- (2) 潮見・前掲注(1)『新債権総論Ⅰ』286頁は、「給付に伴う債務者の負担と給付から受ける債権者の利益とが重大な不均衡にあるときは」、履行請求が「権利の濫用である」とも捉える。坂口甲『履行不能法の形成と発展』（有斐閣、2024年）215頁〔初出2018年〕もこの場面について「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」とする。同見解はⅣ章2(2)にてとりあげる。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）187頁以下も参照。
- (3) 賃貸人の修繕義務に関して、星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）620頁は、「経済的な公平の見地から修繕義務がない」とする。幾代通ほか編『新版 注釈民法(15)債権(6)』（有斐閣、1989年）213頁〔渡辺洋三＝原田純孝〕。費用便益分析の観点から履行不能の判断を分析するものとして、山口・前掲注(1)64頁以下。
- (4) 田畑嘉洋「ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について」九大法学109号（2014年）33頁、37頁以下、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～92頁、田中宏治・前掲注(1)343頁、378頁など。なお、BGB275条2項ではなく、「3項」における債務者の帰責事由については、大原寛史「履行不能と債務者の帰責性——債務者自身が履行しなければならない場面を中心として」中京法学54巻3・4号（2020年）369頁以下が詳しい。
- (5) 原田剛『請負における瑕疵担保責任〔補訂版〕』（成文堂、2009年）〔初出1997年～1998年〕52頁。
- (6) 田畑嘉洋「売買目的物の品質の契約内容への取込みについて：ドイツ売買法の合意説からの展開を手がかりに」九州大学 web リポジトリ（2023

- 年) 博士学位論文149頁注545。
- (7) 本稿は、「債務者の責めに帰すべきでない」給付障害において債務者が免責されるかを主な検討対象とするものではない。この点は、大原寛史「契約責任法の改正と履行不能——履行不能の判断基準と契約規範との関係性」加藤新太郎ほか編『21世紀民事法学の挑戦——加藤雅信先生古稀記念(下巻)』(信山社、2018年) 63頁が詳しい。
- (8) Florian Faust, in: Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, C.H.Beck, 2002, 2.Kapitel. Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275, Rn.44.
- (9) Faust, a.a.O. (Fn.8), Rn.47. Anm.35は、「債務者の保護も BGB275条2項の関心事 (Anliegen) であることは同条2文から明らかとなる。もし BGB275条2項の枠組みの中で債務者の保護の必要性が無関係であるならば、債務者が給付障害について責めに帰すべき事由を負うかどうかは問題となりえない」と述べる。
- (10) Faust, a.a.O. (Fn.8), Rn.65.
- (11) Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht : Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Mohr Siebeck, 2009, S.185ff. 以下の主張について山田・前掲注(2)149頁以下も参照。
- (12) Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S.15. 石川博康「継続的契約関係と法」田中亘ほか編『企業統治の法と経済』(有斐閣、2015年) 95頁は、BGB275条2項の討議草案整理案につき、「事実上の不能に関する規律の基礎にあるのは、履行請求権の行使がその目的達成のための手段としての均衡性を失うものであってはならないという比例原則及び権利濫用の思想である」とする。ここにいう比例原則とは、利益と不利益・義務と制裁など、比べる対象の間に不相当(不均衡)な関係があってはならないことを要請する考え方であることについて、山田・前掲注(2)171頁以降を参照。吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣、2014年)〔初出2003年~2004年〕249頁は、比例原則について「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ること、また、その目的と手段が均衡を逸していないこと、つまり、ある権利行使が他者に対して過度の損害を及ぼすものであってはならないことを要請する私法の基本原則」と定義する。BGB275条2項が比例原則を用いた権利濫用の禁止の具体化であることにつき、田中宏治『ドイツ売買論集』(信山社、2021年) 27頁も参照。
- (13) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.330ff.
- (14) BGB242条(信義誠実に基づく給付)  
「債務者は、取引慣行を顧慮して信義誠実に従って、給付を実現することが義務づけられる。」

- (15) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.391ff.,401ff.
- (16) 同条の制定過程につき、Vgl. Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.168ff. この一般的な法思想を用いた判例として、BGHZ 62, 388, 391; BGH NJW 1988, 699, 700. 大原寛史「ドイツにおける事実的不能の位置づけ——ドイツ民法275条2項をめぐる議論を中心に——」同志社法学61巻6号（2010年）80頁、91頁～92頁、山田・前掲注（2）136頁～143頁を参照。
- (17) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.187.
- (18) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.378f.
- (19) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.185f., S.380f.
- (20) この主張の際には、Canaris, JZ 2001, S.499が参照されている。
- (21) Andreas Helm, Die Einordnung wirtschaftlicher Leistungserschwerungen in das Leistungsstörungenrecht nach der Schuldrechtsreform : Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 BGB sowie zur Klärung des Verhältnisses von § 275 Abs. 2 BGB zu § 275 Abs. 1 BGB und zur Störung der Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 BGB, Peter Lang, 2005, S.109. このことを述べる際には、2002年施行のドイツ債務法改正の立法資料（BT-Drucks.14/6040, S.129）が指摘されている。
- (22) BGB162条（条件成就の阻止又は実現）  
 「(1) 条件の成就が不利益を被る当事者によって信義及び誠実の原則に反して妨げられた場合、条件は成就したものとみなされる。(2) 条件の成就が、信義誠実の原則に反する行為によって、その当事者の利益となるようにもたらされた場合、その条件は成就しなかったものとみなされる。」
- (23) 以上について、Helm, a.a.O. (Fn.21), S.110.
- (24) 条文訳は、E. ドイチュ /H.-J. アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008年）331頁より引用。
- (25) BGH, Urteil vom 2.10.1987— V ZR 140/86, NJW 1988, 699. 同判決はすでに山田・前掲注（2）141～142頁にて紹介しているが、後にみる立法資料において同判決が紹介されているため、一部の表現を修正した上で再掲する。
- (26) BGH, Urteil vom 23.2.1995— VII ZR 235/93, NJW 1995, 1836.
- (27) BGH, Urteil vom 26.10.1972— VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365. 注文者が請負人に瑕疵修補に代わる損害賠償を求めたという事案である。BGHは、BGB251条2項を準用して、請負人の重過失や瑕疵の程度を考慮して、瑕疵除去費用が同条にいう不相当にはあたらないと判断した。
- (28) BGH1987年10月2日判決の他、BGH1974年6月21日判決（V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 394）があげられる。
- (29) Dieter Mandelkow, Die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung, BauR5/96, 658.

- (30) 請負人の重過失の事例として、OLG Düsseldorf, Urteil vom.24.2.1987, BauR 1987, 572. 故意の事例として OLG Hamburg, MDR 1974, 489. があげられる。
- (31) BGH, Urteil vom 4.7.1996— VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269.
- (32) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drucks) 14/6040, S.129f.
- (33) BT-Drucks, 14/6040, S.130.
- (34) BT-Drucks, 14/6040, S.131.
- (35) II 3 (1)(b)の判例②のほか、NJW1996, 3269, 3270が指摘される。
- (36) II 3 (1)(b)の判例①のほか、参照判例として BGHZ 62, 388, 393 f. があげられる。
- (37) 帰責事由がない債務者も第三者から契約の対象物を取り戻す努力を負う理由について、債務者は客観的には債務関係に基づく義務を果たしておらず、当該給付障害は債務者の領域にある瑕疵に基づいているからと説明される。
- (38) BGH, Urteil vom 30.5.2008— V ZR 184/07, NJW 2008, 3122.
- (39) その際には、BT-Drucks. 14/6040, S. 130において BGHZ 62, 388 ff. (BGH1974年6月21日判決) が参照されているとする。
- (40) なお、判旨には表れていないが、債務者の帰責事由の立証責任の所在については、債務者が故意や過失を負わないことの主張・立証責任を負うとされる。この点は、2024年8月21日に行ったベルリン自由大学の Christian Armbrüster 教授とのインタビューの際にご教示頂いた。
- (41) Beate Gsell, Unzumutbarkeitseinrede gegen Beseitigungsanspruch, LMK 2008, 266937ff.
- (42) Sebastian Kolbe, Unzumutbarer Beseitigungsaufwand?, NJW 2008, 3618.
- (43) Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, Rn.155. 結論として肯定説であるが、否定説の論拠の要約として vgl. Christoph Thole, in: Staudinger Kommentar, 2019, BGB § 1004, Rn.385.
- (44) Gursky, a.a.O. (Fn.43), Rn.155. 債務法改正前から物権的妨害排除請求権に対して債務法の規定を適用することに反対していた見解として Vgl. Eduard Picker, Der vindikatorische Herausgabeanspruch, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, C.H.Beck, 2000, S.693,718ff.
- (45) Gsell, a.a.O. (Fn.41), LMK 2008, 266937.; Gursky, a.a.O. (Fn.43), Rn.155.
- (46) Thole, a.a.O. (Fn.43), Rn.386.
- (47) Stürner, Leistungerschwerungen bei negatorischen Ansprüchen, JURA, 2015, S.164ff. (zit:JURA) ; ders, Grenzen des privatrechtlichen Eigentumsschutzes § 275 Abs. 2 BGB als Schranke negatorischer

- Ansprüche?, in: Peine/Wolff (Hrsg.), Nachdenken über Eigentum, FS für Alexander v. Brünneck zur Vollendung seines siebzigsten Lebensjahres, Nomos-Verlag, Baden Baden 2011, S.363. (zit: § 275 Abs.2 BGB)
- (48) Stürner, a.a.O. (Fn.47), JURA, S.167.; ders, a.a.O. (Fn.47), § 275 Abs.2 BGB, S.369, 371. 同様の見解として、Thomas Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Mohr Siebeck, 2015, S.420.
- (49) Riehm, a.a.O. (Fn.48), S.420. Stürner, a.a.O. (Fn.47), § 275 Abs.2 BGB, S.370は、BGB242条(信義則)が物権的請求権に一般的に適用されることは、支配的な見解であるとする。
- (50) Riehm, a.a.O. (Fn.48), S.420f.
- (51) Riehm, a.a.O. (Fn.48), S.423ff.; Thole, a.a.O. (Fn.43), Rn.388.
- (52) 以上とは別の視点から BGH2008年5月判決の結論に疑問を示す見解として、Gsell, a.a.O. (Fn.41), LMK 2008, 266937. Gsellは、本件の解決にあたっては土地の購入時点でXがどれだけ高額な撤去費用が生じるかであろうかを知りえたかどうか重要であるところ、Xが撤去費用を知っていたかどうかは疑わしく、XがYと賃貸借契約の締結を拒否したことは帰責事由があるとはいえないのではないかとの疑問を提起する。
- (53) 以下の判例を選定する際には、Gerhard Dannemann, Unerschwinglichkeit als Grenze der primären Leistungspflicht im BGB, in: Antje.G.I.Tölle etw. (Hrsg), Selbstbestimmung: Freiheit und Grenzen, FS für Reinhard Singer zum 70.Geburstag, S.117ff.を参照した。
- (54) BGH, Urteil vom 18.7.2008 – V ZR 171/07, NJW 2008, 3123.
- (55) 判旨では Urteil vom 24.4.1970 – V ZR 97/67, NJW 1970, 1180, 1181が参照されている。
- (56) BGH, Urteil vom 23.10.2009 – V ZR 141/08, NJW-RR 2010, 315.
- (57) BGHは Pickerの見解として以下の文献をあげる。Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 162 f.; ders. AcP 1976, 28, 53 ff.; ders. Festschrift H. Lange, 625, 660 ff.; ders, a.a.O. (Fn.44), S.693,718 ff.; ders, FS für Bydlinski, 269 ff.
- (58) BGHは参照裁判例として BGHZ 62, 388, 391; 143, 1, 6; Urteil vom 10.3.2006 – V ZR 48/05, NJW-RR 2006, 960, 962を指摘する。
- (59) Gsell, a.a.O. (Fn.41), LMK 2008, 266937. 同見解は、BGH2008年5月判決への3つ目の批判である。
- (60) その費用としてBGHは、Yの土地上への車の駐車場の設置及び消防車の自動車の進入路、住居家屋郡の裏側の窓の拡張に伴う費用、シラカバが生えていた場合には必要となりうる代わりに植込み費用、Yの土地上の新しい道の設置に伴う費用を指摘する。
- (61) BGH, Urteil vom 21.5.2010 – V ZR 244/09, NJW 2010, 2341. 同判決の紹介として、田中宏治・前掲注(1)377頁～378頁を参照。

- (62) BGH, Beschluss vom 14.11.2013 – V ZR 302/12, IBR 2014, 86.
- (63) BGH, Urteil vom 21.04.2010 – VIII ZR 131/09, NJW 2010, 2050.
- (64) 判例⑧の下線は、判例⑨の判旨を紹介するために筆者が付したものである。
- (65) なお、BGHは判旨のRn.27において「原告」がBGB275条2項の抗弁を援用できないとしているが、「被告」の誤りではないかと思われる。
- (66) BGH, Beschluss vom 22.01.2014 – VIII ZR 135/13, WM2014, 277.
- (67) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.179f.
- (68) Faust, a.a.O. (Fn.8), Rn.67f. は、債務者に帰責事由がない場合は110%、過責のない帰責事由 (Vertretenmüssen ohne Verschulden) の場合は120%、軽過失の場合は130%、重大な過失の場合は140%、故意の場合は150%といった具体的な数値を設定する。これに対して、例えば、Helmは、Faustの見解は特定の経験値に基づくものではなく、方法論的に追体験できず、帰責事由がBGB275条2項において唯一の決定的な基準であるかのように捉えるものだとする。Quincy C. Lobach, Inhalt und Grenzen des Erfüllungsanspruchs, Mohr Siebeck, 2022, S.146.によれば、通説は数値による詳細化によって基準を固定化すべきではないとする。
- (69) この点に関するドイツ法の状況について、永岩慧子「請負における契約不適合責任規定の位置づけ」私法84号 (2023年) 98頁以下が詳しい。
- (70) Merl/Humme, in: Handbuch des privaten Baurechts, Heinrich Merl (Hrsg), 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2019, S.1070, Rn.410.
- (71) Merl/Humme, a.a.O. (Fn.70), S.1071.
- (72) BGH, Beschluss vom 16.4.2009 – VII ZR 177/07, NJW 2009, 2123. 適用条文はBGB旧633条2項であるが、BGB635条3項も参照されている。このほかBGH, Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 64/04も「請負業者に瑕疵についてどの程度の責任があるのかも、事情を総合的に判断する上で重要である」と述べる。同判決は、請負人の帰責事由が主な争点となっているわけではないため、ここでは省略する。
- (73) OLG Koblenz, Urteil vom 3.9.2007 – 12 U 333/06.
- (74) BGHが指摘する判例は、以下の通りである。BGH, Urteil vom 23.2.1995 – VII ZR 235/93, BauR 1995, 540 = ZfBR 1995, 197; Urteil vom 10.4.2008 – VII ZR 214/06; Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 64/04.
- (75) 本件では債務法改正前のBGB旧633条2項が適用されているが、BGHが判旨において言及する以下の文献はBGB635条3項である。Messerschmidt/Voit-Moufang, § 635 Rn.112.; Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 635 Rn.13.; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3.Aufl., 6. Teil Rn.41; PWW/Leupertz, 3. Aufl., § 635 Rn.8; Kuffer/Wirth-Drossart, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, S.425; Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3.Aufl., § 12

Rn.418.; Bamberger/Roth/Voit BGB, 2.Aufl. 2008, § 635 Rn.14; Englert/Motzke/Wirth-Fuchs, Komm. zum BGB-Bauvertragsrecht 2007, § 635 Rn.22.

- (76) BGH は、以下の文献を列挙する。Mandelkow, a.a.O. (Fn.29), S.658; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12th ed., para.1576; Ingenstau/Korbion-Wirth, 16th ed. 2007, VOB/B § 13 no.6 para.48
- (77) BGH, Urteil vom 11.10.2012— VII ZR 179/11, NJW 2013, 370.
- (78) Hans-Christian Schwenker, BGB § 633 Abs. 3 a.F.Berufung auf Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung bei vorsätzlich herbeigeführtem Mangel, ZfIR 2009, 463.
- (79) Merl/Humme, a.a.O. (Fn.70), S.1071. 他の見解として、Petermann, in:Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 2018, S.192.
- (80) BGH NJW 2019, 292 Rn.97; NJW 2022, 1238 Rn.112.
- (81) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Auflage 2009, Rn.399. によれば、BGB446条又は447条により、「物が買主に引き渡される時又は買主が受領遅滞になる時、若しくは、送付売買の場合には売主が物を輸送者に引き渡す時に危険が移転する」とする。この学説については、田畑・前掲注(4)21頁。
- (82) ドイツ法の状況を参照し、この立場を説得的とみる見解として、田畑・前掲注(4)22頁。
- (83) 危険移転時をドイツの通説と評価する見解として、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『野村豊弘先生還暦記念論文集 二一世紀判例契約法の最前線』(判例タイムズ社、2006年)524頁。
- (84) Matthias Jacobs, Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente - Brennpunkte - Ausblick- (Hrsg) von Barbara Dauner-Lieb, Horst Konzen, Karsten Schmidt, C. Heymann, 2003, S.383.
- (85) この二次的請求権とは、買主の損害賠償・代金減額のことと思われる。Konstantin Nitze und Thomas Grädler, Das Verweigerungsrecht des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 Abs. 3 BGB vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, GPR 2011, S23. これに対して、追完拒絶も BGB275条2項の期待可能性を具体化した規定であり、債権者の給付利益を重視する観点から、BGB439条4項の要件を BGB275条2項より緩和することに反対する見解として、Tobias Tröger, Arbtiesteilung und Vertrag, Mohr Siebeck, 2012, S.343. ドイツ法の見解について、山田・前掲注(2)159頁も参照。
- (86) BGH, Urteil vom 4.4.2014— V ZR 275/12, BGHZ 200, 350. 同判決の紹介として、青野・前掲注(4)87頁以下を参照。
- (87) BT-Drucks. 14/6040, S.232が参照されている。
- (88) VII ZR 179/11, Rn.12.
- (89) BGH は、判旨の中で以下の学説に言及する。Bitter/Meidt, ZIP 2001,

- 2114, 2121f. は、瑕疵のない目的物の価値の150%、欠陥に起因する価値の減少分の200%を基準とし、これらの限界値を超えている場合に瑕疵について帰責事由がない売主は追完を拒絶できるとする。この見解の紹介として、今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関法53巻4・5号(2004年)288頁以下も参照。BGHは、判旨において、瑕疵のない目的物の価値の100%を絶対的不相当性の基準に据えつつ、売主の帰責事由の程度によって130%から150%の数値を定める見解(Reinking, ZfS 2003, 57, 62; Huber, NJW 2002, 1004, 1008; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2060, 2064)、瑕疵を原因とする価値の減少額を基準に据えつつ、売主の過失により限界値を高める見解(Schultz, Zu den Kosten der Nacherfüllung beim Kauf, 2005, 182 ff.)、特定物売買の場合にはBGB275条2項に基づく売主の給付義務の限界に基づき、追完費用が減額分を上回る場合に売主が追完を拒絶できるとする見解(Ackermann, JZ 2002, 378, 382 ff.)をあげる。
- (90) BGHは、以下の見解をあげる。Graf von Westphalen in Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., § 439 Rn.27; Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kapitel5 Rn.158; Jakobs in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht, 2002, S.384, 386.
- (91) BGHは、Beschluss vom 14.1.2009— VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 Rn.15 f.を参照する。
- (92) BGHは、故意の義務違反の事例としてBGH, Urteil vom 23.3.2006— VI ZR 259/04, NZM 2010, 442 Rn. 24; Urteil vom 2.10.1987— V ZR 140/86, NJW 1988, 699, 700; Urteil vom 21. Juni 1974— V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 394.を、重過失の事例として Urteil vom 24.4.1970— V ZR 97/67, NJW 1970, 1180, 1181; Urteil vom 26.10.1972— VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 368.をあげる。
- (93) Lobach, a.a.O. (Fn.68), S.148.
- (94) Ivo Bach, Leistungshindernisse, Mohr Siebeck, 2017, S.438. この主張に続いて、債権者の追完利益と債務者の追完費用との差について、売主が軽過失の場合には120%、重過失の場合には130%、故意の場合には140%の差を超えると、売主の追完拒絶が認められるとする。
- (95) Jakobs, in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 384, 386.
- (96) 潮見佳男「債権者の責めに帰すべき事由」『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』(有斐閣、2021年)324頁以下。
- (97) 小林秀文「不動産二重譲渡の『法と経済学』」中京法学48巻3・4号(2014年)161頁以下、特に165頁以下。
- (98) 佐久間毅『民法の基礎1 総則〔第5版〕』(有斐閣、2020年)448頁。そのような既成事実が作られた後に、物権的妨害排除請求権の行使が制限

- された事例として、鉄道線路敷築堤事件（大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）、板付飛行場事件（最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁）。
- (99) 潮見佳男『基本講義 債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得〔第2版〕』（新世社、2009年）235頁は、改正前民法634条1項ただし書につき、「瑕疵が修補されることについての債権者の利益」と「瑕疵を修補することに要する債務者の費用」との間に著しい不均衡が存在することを理由に、修補請求権の限界が定められており、その思想を履行請求権に関する一般理論へと展開すべきことを説いていた。この改正前民法634条1項ただし書はBGB275条2項と同様の法構造であり、そこでは比例原則が採用されていたと考えられる。
- (100) 山田・前掲注(2)183頁、187頁以下。なお、拙稿では、BGB439条4項の相対性不相当性の場面では権利濫用の禁止が根拠とならない可能性があるとの留保をして、根拠を信義則に基づく配慮義務に求めた。しかし、本稿のドイツ法の判例を見た結果、BGB275条2項、439条4項、635条3項に基づく給付拒絶の場面では、信義則と権利濫用の禁止が同様の意味として用いられていることから、権利濫用の禁止も根拠になると考える。
- (101) 坂口・前掲注(2)215頁。この場面を不能に位置づけることに懐疑的な見解として、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」同『契約法の現代化Ⅲ——債権法改正へ』（商事法務、2022年）260頁〔初出2016年〕。
- (102) 引用部分は、原著論文である坂口甲「ドイツ法における後発的不能論の成立と展開（4・完）」64巻3号（2018年）57頁～58頁。坂口・前掲注(2)216頁では、民法412条の2第1項は、「債務の内容に照らして債権者が現実的履行を請求することができない場合を規律している」との表現になっている。
- (103) 田中宏治・前掲注(1)445頁。
- (104) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002年）241頁以下。同「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」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、2019年）287頁は、この観点から、追完請求権を「『現実賠償』（金銭給付以外の現実給付の方法による損害賠償）としての法的性質を有する」ものと捉える。
- (105) 例えば、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）310頁はドイツ法の詳細な分析をふまえて、買主の追完請求権は、売主の瑕疵なき給付義務「に加えて、『目的物の契約不適合に対する救済手段として買主の追完請求権を認めることが、当該売買契約の類型に適合的な規律として正当化されるか』という法秩序の観点からの実質的考慮（評価）を経ることによってはじめて導き出されるものである」と説く。古谷・前掲注(1)326頁も参照。
- (106) BGH, EuGH-Vorlage v.14.1.2009-VIII ZR 70/08. 同事件を紹介する邦

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〕、115頁以下〔初出2013年〕、古谷・前掲注(1)168頁以下、176頁以下〔初出2013年に加筆〕参照。