

## 新車の買主による代物給付請求権が問題となった ドイツの裁判例

渡邊 拓

### I 序論

2020年4月から施行される改正民法562条には、「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる」として、追完請求権が明文化された。これによって、まず、第一次的には、買主に追完方法の選択権があることが明らかとなった。さらに、同条但書では、「売主は、買主に不相当な負担を課するものではないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる」と規定され、買主に不相当な負担を課すものではない場合には、買主の求める追完方法とは異なる方法で追完できることが定められた。

しかし、他方で、たとえ、買主に追完方法についての選択権があったとしても、改正民法412条の2の要件に該当する場合には、追完自体が不能となる。このような412条の2の履行不能の抗弁と562条但書の売主による異なる方法の抗弁がどのような関係に立つのかははまだ明らかではない。

このような買主の追完請求権と売主による異なる方法による追完の関係について、近時、ドイツの連邦通常裁判所（以下「BGH」という）民事第8部において、興味深い判決が出された。

本稿は、このBGHの判決を紹介することを目的とするものである。

## II BGH2018年10月24日民事第8部判決<sup>1)</sup>（原審：OLG Nürnberg、一審：LG Nürnberg-Fürth）

### 【事実関係】

原告は、2012年7月20日付の売買契約書によって、自動車を製造販売する被告から、3万8265ユーロで新車を取得した。その新車は、2012年9月に原告に納車された。当時の標準モデルだったこの車両は、マニュアルトランスミッションと、クラッチがオーバーヒートした際に警告メッセージを表示するソフトウェアを装備していた。2013年1月ごろから、カーラジオのテキストディスプレイに、しばしば、クラッチを冷却するために車両を停車させることをドライバーに求める次のような警告メッセージが表示された：

「△クラッチ温度上昇。車を慎重に停車し、クラッチを冷却してください。このプロセスには最大45分かかります。メッセージが消えたのち再び走行が可能になります。クラッチは損傷していません」

その後、このクラッチとエレクトロニクスの問題について、原告によってクレームがつけられ、本件車両は、被告の支店Nで何度も修理された。しかし、2013年7月初めの2日間に、再び前述の警告メッセージが現れたため、原告は、2013年7月11日付の弁護士名の文書によって、2013年9月30日までの期限を設定したうえで、（現在保有している車両の引渡しと引き換えに）瑕疵のない代物の給付、並びに、——この点については2013年7月25日までの催告期

---

1) NJW 2019, 292 ff., BGHZ 登載予定。ただし、NJWでは、原審の判断は省略されているため、BGHのホームページの判決文によって補った。

間を設定したうえで——訴え提起前の弁護士費用 1419 ユーロ 19 セントの支払いを請求した。

これに対して被告は、クラッチは走行中でも冷却できていること、すなわち、たとえクラッチのオーバーヒートの警告メッセージが現れても、車を停車する必要はない、ということ、口頭で、そして 2013 年 7 月 24 日付の文書でも、原告に伝えた、と主張した。本件係争中に、原告は、顧客サービスの一環として、2014 年 10 月 14 日に、当該車両を被告の工場に持ち込んだ。

その際に、2013 年 7 月以降利用可能なソフトウェアアップデートがインストールされ、それによって警告メッセージの文章は次のように修正された、と被告は主張した：

「クラッチは停車中または走行中に冷却されます。頻繁な発進、及び歩行速度以下での長時間の走行は避けてください。このメッセージが消えた後は、クラッチは冷却されており、損傷はありません」。

一審は、(すでに給付されている車両の返還と引き換えの) 相当する新車の代物給付、及び被告の受領遅滞並びに——2014 年 9 月 8 日付の鑑定意見及び 2015 年 9 月 29 日付の補充の鑑定意見の取得のための——訴え提起前の弁護士費用の支払い請求を棄却した。原告の控訴は——訴え提起前の弁護士費用を除いて——認容された。

これに対して、被告は、原審によって許可された上告を提起した。そこで、被告は、原告の請求全部の棄却を求めた。それに対して、原告は附帶上告によって訴え提起前の弁護士費用についても被告の敗訴判決を求めた。

## 【判決理由】

被告の上告だけでなく、原告の附帶上告も成功した。

## 【原審の判断】

原審 (OLG Nürnberg, DAR 2017, 706) は、その判決の理由について、概要、次のように述べた：

原告は、瑕疵のない代物の給付を求めることができる (BGB434 条 1 項 2 文 2 号、437 条 1 号、439 条 1 項<sup>2)</sup>)。

2013 年 7 月までのソフトウェアの状態による (ドライバーに、クラッチを冷却するために、——鑑定人の鑑定によれば警告メッセージが消えるまで 28 ～ 42 分間——車両を停車させることを求める) 警告メッセージは物的瑕疵である (BGB434 条 1 項 2 文 2 号)。この警告メッセージについて、その内容を信頼するに足りる根拠は何ら示されていない。走行を続けていてもクラッチは冷却できるにもかかわらず、通常の自動車の買主は、その瑕疵担保権及び損害担保請求権の保持を考慮して、長い間走行を中断するであろう。停車の必要がないというようなことは、その当時の警告メッセージの表現からは導き出され得ない。車の買主は、クラッチの保護には必要ではない、そのような使用可能性の低下を考慮に入れる必要はない。

確かに、被告は、原告に対して、たびたび口頭並びに一度は文書によって、警告メッセージが出ても車両を停車させる必要はないということを伝えた、ということを主張した。しかし、これは物的瑕疵を否定させるものではない。警告の要求的作用は、それは無視してかまわない、という被告の通知によって除去されるものではない。

原告によって求められた種類の追完は不能ではない (BGB275 条 1 項)。瑕疵のある警告メッセージのない同型の車両の調達 (常に) 可能であったということは、まさに、被告の主張によると 2013 年 7 月以降利用可能なソフトウェアアップデートが示している。

---

2) BGB その他の条文については、後掲の【参照条文】を参照。

係争中に瑕疵が除去されたという事実は、原告の請求と矛盾しない。このことは、被告の主張によると2014年10月14日に原告の車両が修正された警告メッセージの文章を伴うソフトウェアアップデートを受けた場合にも当てはまる。売主には、買主によって選択されたのではない方法（本件の場合：瑕疵のない物の代物給付の代わりに瑕疵を除去する）で、追完を行うことによって、BGB439条1項に従って買主に与えられた選択権を失効させることはできない。買主が事後的な瑕疵の除去にもかかわらず、瑕疵のない物の代物給付にこだわる場合には、買主が瑕疵の除去に同意していた場合にのみ、BGB242条の趣旨における信義則違反の行為として非難されうる。しかし、本件では、そのような事情は存在しない。たとえ、2014年10月14日のソフトウェアアップデートによって瑕疵の完全な除去が講じられたに違いなかったとしても、買主がそれに同意していたということは、主張も立証もされていない。

それが過分の費用によってのみ可能である場合には、それによって売主は——係争中に初めてであっても——消費財の売買の枠内で買主によって選択された追完の方法を拒絶できることになる、BGB旧439条3項<sup>3)</sup>に基づく抗弁は被告には認められない。本件の場合、確かに、修補の費用は追完のそれを何倍も上回る。しかし、瑕疵の重大性が重要である。誤った警告表示は車両の使用可能性を著しく制限している。記録された警告表示の修補のための費用がかなりのものとみなされる場合には、それは、瑕疵の重さにとっての象徴的意味を持つ。

ちなみに、場合によっては、当該瑕疵が2014年10月14日のソフトウェアアップデートによって除去されたということは、瑕疵の重大性の認定と矛盾しない。なぜなら、この時点で、完全な給付が義務付けられているので、その限りで関連する時点は危険移転時であるからである。

---

3) 現行BGBでは4項に移っている。

異なる方法による追完は、原告に対する重大な不利益なしには援用されえない。なぜなら、2014 年 10 月 14 日にインストールされたソフトウェアアップデートがすべての不利益な瑕疵を除去したのかどうか確認されていないからである。鑑定人は、警告表示は何ら解消されておらず、単にクラッチのオーバーヒートの警告メッセージのスイッチを切っただけという可能性を否定していない。それゆえ、原告にとっては、この機能は修正された警告表示と結びついているのか、それともこの機能は完全に遮断されたのかどうかについて、不確実性が存する。

原告には、訴え提起前の弁護士費用の支払請求権は存在していない。原告が弁護士に依頼した時点で、被告は追完を遅滞していたという事実を、原告は主張していなかった。ちなみに、BGB439 条 2 項によれば、訴え提起前の弁護士費用の支払いは、除去される瑕疵の発見のために必要な費用に限って請求されうる。すなわち、それは本件の場合には明らかではない。

## 【BGH の判断】

このような原審の判断は、必ずしもすべての点において法的再検討に耐えられるわけではない。原審によって与えられた理由づけによっては、瑕疵のない代物の給付請求権を認定することも、訴え提起前の弁護士費用の支払いを否定することもできない。

## 被告の上告に対して

1. 許可された上告に基づいて、問題となっている判決は、被告の不利益になる限りで、上告に対する答弁書の見解に反して、すべての範囲において、法的に再検討がなされなければならない。

原審は、「買主の同意なく、BGB439 条 1 項による選択権の行使後になされた瑕疵の除去が、瑕疵のない代物の給付請求に対してどのような影響を及ぼすのか」ということは最高裁判例上は明らかとなっていない、という理由付けに

よって、上告を許可した。それによって、原審が上告事由の限定を意図しているのであれば、それは無効である。

a) 確かに、BGHの確定判例によれば、上告の許可は、すべての争点の事実上及び法的に独立し、分離可能な部分に限定されうる。そして、当事者自身もその上告をその部分に限定しうる。しかし、個別の法律問題あるいは請求権の要素に限定することはできない（例えば、BGHの判決としては、vom 15. Mai 2018-II ZR 2/16, WM 2018, 1183 Rn. 14; vom 27. Februar 2018-XI ZR 224/17, NJW 2018, 1683 Rn. 22; vom 10. November 2017-V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 6; vom 15. März 2017-VIII ZR 295/15, NJW 2017, 2679 Rn. 13; vom 2. Februar 2017-III ZR 41/16, NVwZ-RR 2017, 579 Rn. 23; vom 22. September 2016-VII ZR 298/14, BGHZ 212, 90 Rn. 18. BGHの決定としては、vom 12. Juni 2018-VIII ZR 121/17 unter II 2（公刊予定）、vom 10. April 2018-VIII ZR 247/17, NJW 2018, 1880 Rn. 20を参照）。

b) したがって、本件の場合には、無制限の上告の許可が存在する。原審によって提起された、買主の同意なくなされた瑕疵の除去は、買主によって求められた瑕疵のない代物の給付請求権（BGB439条1項後段）にどのような影響を与えるのかという問題については、単なる代物給付についての請求権の要素を構成するに過ぎない、個別の法律問題のみが問題となっている。

2. BGB437条1号、434条1項2文2号、439条1項後段に従って、原告には彼によって選択された瑕疵のない代物給付の形式で追完請求権が認められるという原審の判断には、法的欠陥がないわけではない。

確かに、原告に譲渡された新車は2012年9月の危険移転時に物的瑕疵を示していた。誤った警告表示が出されるという車のソフトウェアの欠陥のある機能によると、それは通常の使用に適合しておらず、同種の物について通常であり、買主が目的物の種類に従って期待し得た性質も示していない（BGB434条1項2文2号）。

原告によって取得されたモデルの瑕疵のない車両の代物給付は、必ずしも不

能ではない (BGB275 条 1 項)。同様に、原告によって、2013 年 7 月 13 日付の弁護士の手紙で選択された代物給付による追完と、すでに原告が修補を請求していたということは矛盾しない。さらに、たとえ、被告が、すでに主張しているように瑕疵を係争中に除去していたとしても、原告が、自ら有効に行使した代物給付権を維持することは何ら信義則に反しない。なぜなら、原告は、それに明示的にも黙示的にも同意していなかったからである。

しかし、被告には、不相当性を理由に新車の代物給付を拒絶する権限 (BGB 旧 439 条 3 項) はない、という原審の評価は、上告が正当に主張しているように、手続き上の瑕疵によって認定された請求原因事実に基づいている。

a) その限りでまだ法的瑕疵のない原審の認定事実によれば、原告に引き渡された新車は、危険移転時に、すでに誤った警告表示があったことから瑕疵がないとは言えなかった。それは通常の使用にも適さず、同種の物については通常であり、買主がその種の物に期待し得た性質も示していなかった (BGB434 条 1 項 2 文 2 号)。

aa) それが、その性質によれば、道路交通の許可の妨げとなるか、使用可能性を消滅させるまたは制限するような技術的な瑕疵を示さない場合のみ、自動車の通常の使用に適合している (民事第 8 部の判決としては、vom 26. Oktober 2016-VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 15; vom 29. Juni 2016-VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 40; vom 10. März 2009-VIII ZR 34/08, NJW 2009, 1588 Rn. 12 を参照)。その使用可能性を阻害しているので、被告によって給付された車両はそれを満たしていない。

(1) 被告が、一審によって求められた鑑定意見に鑑みて、原審においては、もはや否認しなかったように、車両のソフトウェアが、(緊急の) クラッチのオーバーヒートの際に、ドライバーに対して、——「クラッチ温度」の表示の下で——「慎重に停車させ、クラッチを冷却してください」という指示を与えた。原審は、正当にもその点を考慮して、平均的なドライバーは、そのような直接的な対応を求める要請に従って、損害を避けるために、車両を遅滞なく停車さ

せるであろう、ということを確認した。さらに、それに続く警告表示の文章を見て、その表示（「この表示が消えるまで停車しててください」）が消えるまで待つであろう。警告表示の内容によれば、鑑定人も確認したように、それは45分間つづいた。

(2) しかしながら、原審がその限りで問題なく認定したように、走行を継続してもクラッチは冷却可能なので、自動車の停車は、クラッチの保護のためには実際には必要がない。しかし、そのようなことは、——少なくとも2013年7月の被告の報告の後に利用可能となった修正プログラムのインストール前には——ドライバーにとっては分からない。それゆえ、インストールされていたソフトウェアはドライバーに対して客観的な理由なく走行を中断することを要請しているものである以上、車両の停車の指示は、誤ったものであり、公道を移動する手段としての車両の通常の使用を損なうものである。

(3) 鑑定人の調査結果によれば、警告表示は、特定の交通状況、すなわち、「極端な」ストップアンドゴー状況のシミュレーションの場合にのみ現れた、という上告の主張は成功しなかった。このことは、物的瑕疵の認定とは矛盾しない。なぜなら、規定に従った車両の使用は、渋滞原因であるストップアンドゴー状況の様々な段階を含んでいるからである。

bb) 本件車両は、——誤った警告表示を考慮すると——危険移転時に、目的物と同種の物には通常であり、買主がその種の物に期待し得た性質を有していなかった。当該ソフトウェアによって、(緊急の)クラッチのオーバーヒートの際に現れる、クラッチを冷却するために車両を停車させよという誤った指示は、——少なくとも2013年7月までは——当該車両のシリーズの標準的なソフトウェアの状態に適合するものであった、という事実はそれと矛盾しない。

なぜなら、BGB434条1項2文2号は、売買目的物が瑕疵を有していないとの判断のための比較可能な基準として、明示的に、「目的物と同種の」物について通常であり、買主が「その種の物」に期待し得た、という性質を挙げている。このような基準によれば、当部がすでに説示しているように、製造者の同型車

両に関して同じブランド内で考慮されなければならないだけでなく、シリーズエラーは考慮にいれないという、製造業者に広く共有されている比較基準も取り上げられなければならない (民事第 8 部の判決としては、vom 4. März 2009-VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 9 ff. を参照。民事第 8 部の決定としては、vom 16. Mai 2017-VIII ZR 102/16, juris Rn. 3 を参照)。

cc) 物的瑕疵を認定することは、——証人によると——被告の従業員の一人が、とりわけ被告の開発部門と協議をした後、警告表示が点灯した場合であっても、運転を中断する必要はないということを、原告は口頭で、そして 2013 年 7 月 24 日付の文書によって通知された、という被告の主張と矛盾する、という上告の非難は成功しない。その限りで、上告は、——本件のように——インストールされていた車両のソフトウェアが、ドライバーに対して、誤った警告メッセージを伝えた、という点に存している物的瑕疵は、売主が少なくとも同時に製造者である場合には、たとえ瑕疵あるソフトウェアの機能が修正されないままであったとしても、売主がこのことを契約締結後に口頭であるいは文書によって訂正したことによって消滅した、ということを述べている。これは正しくない。

確かに、そのような状況下では、ドライバーは、走行を中断することなく、誤った警告表示を甘受することを強られるように見える。しかし、単なる口頭での訂正は、原告に譲渡された車両は、危険移転時に、BGB434 条 1 項 2 文 2 号によって求められるあるべき性質に適合していないという事実を変えるに至らない。なぜなら、あるべき性質とは、誤った警告表示が点灯しない車両の給付だからである。売主が、車両の製造者も兼ねており、買主に、その警告表示には従う必要はない、ということを伝えていたとしても、基準はあくまで買主の客観的に正当な期待であるので、認定は変わらない (民事第 8 部の判決としては、前出 vom 4. März 2009-VIII ZR 160/08 を参照。さらに、vom 7. Februar 2007-VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 Rn. 21 も参照)。

b) 代物給付請求権 (BGB439 条 1 項後段) は、それが不能な給付を目的と

している（BGB275条1項）という理由では排除されない。これらの規定によれば、給付が債務者にとってあるいは客観的に不能である場合に限って、給付請求権は排除される。したがって、被告は、原告によって求められた方法での追完の義務を免れることはできない。

aa) 鑑定人は、すでに、2014年9月8日付の鑑定意見書において、自動車のデジタルシステムに組み込まれているクラッチ温度の計測のための温度モジュール並びに警告表示を出す基準は、ソフトウェアアップデートによって（のみ）修正、適合可能である、ということ述べていた。上告理由も、自動車のソフトウェアの更新によって、誤った警告表示を修正することは可能であるという点は否定しておらず、逆に、そのバージョンはすでに2013年7月に利用可能であり、係争中の——2014年11月14日に——インストールもされていた、ということ主張している。

bb) 上告理由は、当該ソフトウェアアップデートは、契約締結時点ではまだ開発されていなかったのであるから、被告の代物給付は不能である、すなわち、2013年7月にリリースされたシリーズからそれが装備されていた、それゆえ、それは、原告によって2012年に購入され、その当時の標準シリーズの車両とは異なるものである、ということに依拠しようとしたが、成功しなかった。

(1) 2002年1月1日から施行された新債権法（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBI. I S. 3138）の理由書によれば、給付債務は、債務者が調達もしくは再調達によっても調達できない場合にのみ不能となる（BT-Drucks. 14/6040, S. 129）。売主によって引き受けられた調達義務の不能は、この基準によれば、——上告理由も想定しているように——このソフトウェアのバージョンは2013年7月から製造された車両から修正されているという理由では生じない。このようなことから、被告は、2013年7月以降は、引渡義務を負っている種類の瑕疵のない車両を調達することはできない、ということにはならない。

(2) なぜなら、代物給付請求権（BGB439条1項後段）は、当初給付された

瑕疵ある目的物の代わりに、瑕疵のない、しかしその他の点では同種・同等の目的物が給付されなければならないということに向けられたものであるからである (民事第 8 部の判決としては、vom 17. Oktober 2012-VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24; vom 15. Juli 2008-VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; vom 7. Juni 2006-VIII ZR 206/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23 を参照)。その点を考慮すると、修正されたソフトウェアを備えた車両は、本件において代物給付請求権の基準となるモデルバージョンを包摂する。被告が主張しているように、本件車両のソフトウェアの瑕疵は、2013 年 7 月以降に除去された、という事情は、単に、それを装備した車両は、本件で認定された物的瑕疵をもはや示さない、ということの意味するに過ぎない。

c) 原告によって、2013 年 7 月 11 日付の弁護士の文書によってなされた瑕疵のない目的物代物給付による追完 (BGB439 条 1 項後段) の選択は、すでに、異なる方法の追完、すなわち、瑕疵の除去 (BGB439 条 1 項前段) が請求されていたという事実と矛盾しない。

aa) 新債権法によって導入された買主の追完請求権の行使は、——解除権や代金減額権の行使とは異なり (民事第 8 部の判決としては、vom 9. Mai 2018-VIII ZR 26/17, NJW 2018, 2863 Rn. 19, 28 f. (BGHZ 掲載予定), vom 29. April 2015-VIII ZR 180/14, BGHZ 205, 151 Rn. 29 を参照) ——、法的には、(拘束力ある) 形成権の意思表示として形成されてはいない。それゆえ、このような観点の下では、買主は、当初選択した追完方法から再び離脱することを妨げられない。

bb) 当初選択した追完方法に買主が拘束されるということは、選択債権 (BGB262 条) の場合に、選択された給付は、当初から、そのみが債務の対象であったものとみなされるということを定めた BGB263 条からも生じない。

(1) 様々な追完方法の中からの選択権は、一部で主張されている学説に反して、立法過程では、選択債権としては形成されていなかった (そう、例えば、BeckOK-BGB/Lorenz, Stand: 1. August 2018, § 262 Rn. 11; Jauernig/Berger,

BGB, 17. Aufl., § 439 Rn. 17; NK-BGB/Büdenbender, 3. Aufl., § 439 Rn. 19, 23などを参照)。上告理由も、このような主張はしておらず、その限りで、学説における支配的見解と一致する (Ball, NZV 2004, 217, 219; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl., Rn. 413; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 439 Rn. 5; 前出 Palandt/Grüneberg, § 262 Rn. 5; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2013, § 439 Rn. 9; BeckOGK-BGB/Höpfner, Stand: 15. September 2018, § 439 Rn. 18; 前出 BeckOK-BGB/Faust, § 439 Rn. 17; MünchKommBGB/Krüger, 7. Aufl., § 262 Rn. 13; MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 439 Rn. 4などを参照)。

(2) 後者の見解のみが、買主には選択権が与えられており、その権利は売主に対しても拡張される、という BGB439 条 1 項の立法趣旨と一致している。BGB263 条 2 項の直接適用とも類推適用とも矛盾するこのような目的設定と一致して (BGH の判決としては、vom 20. Januar 2006-V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 Rn. 17 を参照)、新債権法の立法者は、契約上請求しなければならないものを追完とともに保持すべき買主に (民事第 8 部の判決として、前出 vom 17. Oktober 2012-VIII ZR 226/11 を参照)、どのような方法で瑕疵のない目的物の給付という契約目的がまだ達成されうるのかということについて決断させる、ということは正当であるとみなしていた (BT-Drucks. 14/6040, S. 231. Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 212 も参照)。

cc) もっとも、買主は、個別の特別の事情の下では、信義則上、その修補請求を放棄して、代物給付を請求することが妨げられることもあり得る (OLG Celle, NJW 2013, 2203, 2204; OLG Hamm, NJW-RR 2017, 47, 48 を参照)。

(1) しかし、このようなことは、売主が、買主によって当初選択された修補を専門家から見て妥当な方法で遂行せず、そのような理由から、目的物が代物給付請求権が行使された時点で契約に適合した状態になかったという場合には同意されえない。買主によってその後選択された異なる追完方法を、場合によっ

ては、BGB 旧 439 条 3 項の基準に従って拒絶することはできるという売主の利益を考慮するとなおさら、そのような場合においては、逆に、売主は、信義則上、買主を当初なされた選択に拘束することは禁止される (前出 Ball, S. 226; 前出 BeckOK-BGB/Faust, § 439 Rn. 19 を参照)。

(2) 被告によって、2013 年上半期に実施された修補は、誤作動を起こすソフトウェア機能を修正していなかったため、本件も同じ事情が存在する。専門家の鑑定意見によれば、瑕疵の除去は、ソフトウェアアップデートが必要であった。しかし、——少なくとも被告の主張によれば——それは、2013 年 7 月になって初めて利用可能な状態となった。

d) 本件車両は 2012 年 9 月の引渡以降使用されており、時間の経過とともにかなりの価値が失われてしまったことから、原告は被告に重い負担を課するような方法の追完を選択していたので、代物給付請求は、許されない権利行使の抗弁 (BGB242 条) に抵触するという、上告理由の非難は的外れである。

たとえ追完の場合に意図された使用によって生じた減価を価額賠償する義務が買主になかったとしても、そして、(本件のように) 消費財の売買の際に使用に対する価額賠償義務が買主にはなかったとしても、どのような方法で瑕疵のない目的物の給付という契約目的が達成されうるかということを買主に決断させるということは、立法資料によれば、非難されるのではなく、逆に、正当である (BT-Drucks. 14/6040, S. 231 を参照)。その際、買主は、自由に選択ができ、原則として、その選択権は、買主の利益に従って、売主のそれは重視する必要なく、行使することができる (BVerfGK 9, 263, 271; 前出 Staudinger/Matusche-Beckmann, § 439 Rn. 117; 前出 Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn. 5 を参照)。

e) さらに、被告は 2014 年 10 月 14 日に自動車のソフトウェアの更新によって瑕疵を除去していたので、原告は 2013 年 7 月 13 日に選択した代物給付をもはや求めることができない、という上告理由の主張も成功しない。原告は、本件の事情の下では、それにもかかわらず、新たに代物給付を請求する権利があ

るといふ原審の判断には、法的瑕疵は見いだせない。上告理由における反対の論拠は、買主が2014年10月14日の時点では、修補に同意していなかったという事情を正当に評価していない。

aa) 原告の代物給付の請求は、原則として、被告が主張しているように、ソフトウェアの瑕疵は、係争中に除去されたということと矛盾しない。なぜなら、BGB439条1項は、上告理由の見解に反して、瑕疵のない目的物を取得するという利益だけでなく、——消費財の売買指令にも適合して（立法理由書 Nr. 10 Halbs. 1 und Nr. 11 Satz 1 sowie Art. 3 Abs. 2, 3, 5 der Richtlinie 1999/44/EGを参照）——修補と代物給付との間の買主の選択権の利益も保護するものだからである。

bb) もっとも原告は、自動車のソフトウェアの更新による瑕疵の除去に同意していた限りで、信義則違反の観点の下で、有効に行使された瑕疵のない目的物の給付を請求することによって獲得した法的地位に固執することが妨げられうる。その限りで、買主の追完給付請求権は、売買契約の解除と何ら異なる（この点については、民事第8部の判決として、vom 5. November 2008-VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 Rn. 23; 前出 vom 26. Oktober 2016-VIII ZR 240/15, Rn. 31 f.を参照）。

それにもかかわらず、原審は、そのような同意を認定しなかった。それに対しては、上告法上、何らの異議も出されていない。原告には、一度も、2014年10月14日の検査において車両のソフトウェアを、クラッチの冷却が必要な際に点灯する警告メッセージに影響を与える方法で更新したということは通知されていない。その上、原審の事実認定によれば、2014年10月14日の時点で、原告のみがソフトウェア更新の効果について知らなかったわけではない。むしろ、被告の従業員ですら、そのことを知らなかった。すなわち、被告の従業員は、当該車両を、ルーティンの検査の際に、単に、顧客サービスの一環で、診断装置に接続したが、物的瑕疵を除去する目的ではなかった。このような事情の下では、ソフトウェアの更新を受けたということ以上に、明示的にも黙示的にも

瑕疵の除去についての原告の同意は根拠づけられない。

f) それに対して、これまでの認定事実から、原告によって求められた代物給付を被告は不相当性の抗弁を援用しても拒むことはできない、という原審の判断を導くことはできない。この規定によれば、売主は、買主によって選択された追完方法を、追完が過分の費用によってのみ実現可能である場合には、BGB275 条 2 項及び 3 項にかかわらず、拒絶することができる。

aa) もっとも、原審も正当に考慮しているように、係争中に初めてその抗弁が提起されたという理由では、被告が BGB 旧 439 条 3 項の給付拒絶権を援用することを妨げる根拠にはならない。原告の追完請求は、売主に対する催告期間の設定は不要であり、BGB 旧 439 条 3 項も同様に、一定の期間内に提起された場合にのみ、売主は抗弁を援用できるということを規定していないので、通常は、係争中に初めて買主によって選択された追完方法の費用の過分性を援用することは妨げられない (民事第 8 部の判決として、vom 16. Oktober 2013-VIII ZR 273/12, NJW 2014, 213 Rn. 17 を参照)。

bb) しかしながら、原告によって求められた代物給付は、修補と比較しても不相当と評価される費用 (相対的不相当性) を何ら惹起しないという原審の事実認定は、法的瑕疵を免れない。

aaa) 買主によって選択された追完の方法が、他のバリエーションと比較して、それと結びついた費用が売主にとって過分のコストを惹起し、それゆえ不相当な負担を課すかどうかは、一般的な考察を超えて、包括的な利益衡量及び具体的な個別のすべての重要な事情の評価、そして BGB 旧 439 条 3 項に挙げられている基準の考慮に基づいて、認定されなければならない (BGH の判決としては、vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 Rn. 41, 45 を参照。BT-Drucks. 14/6040, S. 232 も参照)。

bbb) 事実審としての原審の判断は、これらの要件をすべての点において考慮したわけではない。

(1) その限りで特段非難されていない原審の事実認定によれば、瑕疵の代物

の給付にかかる費用は、原審の判断によれば、本件では、明らかに修補費用よりも（「何倍も」）高額である。その場合、原審はこの点を被告の不利に考慮していないので、ソフトウェアアップデートの開発のための費用が被告にとって負担かどうかという判断は不要である。引き取られた、瑕疵を帯びた車両を売却すること（前出 BeckOK-BGB/Faust, § 439 Rn. 58; 前出 MünchKommBGB/Westermann, § 439 Rn. 24 を参照。車両価格の評価にとって重要な時点については以下を参照）が被告は可能かどうかの認定についても、原審は取り組まなかった。上告理由は、これを被告に有利な事情と受け取った。

(2) 上告理由の見解に反して、原審は、その事実審としての判断の枠内で、法的瑕疵なく、二種類の追完のコスト比率を基準にするだけでなく、BGB 旧 439 条 3 項 2 文が別の評価の観点を強調しているという事実を認定した。それによれば、特に、瑕疵のない状態での目的物の価値、瑕疵の重大性、並びに、買主に重大な不利益なく他の種類の追完を用いることができるかどうかの問題に配慮されなければならない。上告法上の観点から、原則として、たとえ代物給付の費用が「何倍も」高額であったとしても、原審が最後に言及した二つの評価基準（BGB 旧 439 条 3 項 2 文 2 号、3 号）を決定的なものとみなしたという事実については、非難されえない。BGB 旧 439 条 3 項 2 文 2 号、3 号の評価基準を本件で当初から考慮しないままにすべきという上告理由を認めることは、法的に何の理由も見いだせない。

(a) 同様に、原審が、訴訟における必要な利益衡量の際に、瑕疵のない状態における目的物の価値（BGB 旧 439 条 3 項 1 文 1 号）を全く評価しないという考察に基づいていることは——その限りで非難されえない——正当である。なぜなら、このような観点は、とりわけ、修補がしばしば過分の費用となり得るような価値の低い目的物の場合に効果を発揮するので、それゆえ、通常は、代物給付のみが考慮される（BT-Drucks. 14/6040, S. 232 を参照）。しかし、本件ではその点は重要ではない。

(b) 原審は、その評価の枠組みにおいて、その査定で正しく、瑕疵の重大

性をとらえていた (BGB 旧 439 条 3 項 2 文 2 号)。

(aa) 原審は、誤解を招く警告メッセージの意味は重大なものと判断し、客観的に不要な 45 分間の停車を引き起こし、車両の使用可能性を著しく減じたということによって根拠づけた。警告メッセージは特定の交通状況 (「極端な」ストップアンドゴー状態) においてのみ点灯するという事実と特段矛盾しない、このような事実審における瑕疵の重大性の評価は、法源に基づいて、問題ない (民事第 8 部の判決としては、vom 9. März 2011-VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Rn. 17; 前出 vom 26. Oktober 2016-VIII ZR 240/15, Rn. 30 [ 散発的に発生する車両の瑕疵の評価について ] を参照)。

(bb) 上告理由の、当該車両のソフトウェアは、——少なくとも被告の主張によれば——係争中に (2014 年 10 月 14 日に) 更新され、顧客サービスの枠内における通常の検査の際に瑕疵は除去されたので、誤解を招く警告メッセージは口頭弁論終結時には、もはや意味を持っていなかった、という主張は認められない。上告理由の見解に反して、買主によって求められた追完方法の相対的不相当性の判断の際に、口頭弁論終結時 (本件の場合、2016 年 12 月 19 日) は重要ではない。

(aaa) もっとも、買主によって選択された追完方法の相対的不相当性の判断にとって、決定的な時点はいつなのかという問題は、学説において争われている。

原審が賛同した見解によれば、不相当性を確定すべき時点は危険移転時であるという。なぜなら、その時点で、瑕疵のないことの義務を負担しているからである (Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rn. 158; 前出 MünchKommBGB/Westermann, § 439 Rn. 27 を参照)。他の見解によれば、追完請求時が重要であるという。それより早い時点は、売主の負担にとって意味がない。逆に、より遅い時点を認める場合には、売主は、買主によって求められた形態での追完を遅滞することによって避けることができってしまうという (Erman/Grunewald, BGB, 15. Aufl.,

§ 439 Rn. 17 を参照)。その他の見解によれば、売主による瑕疵の除去の開始時点が基準となるという（前出 NK-BGB/Büdenbender, § 439 Rn. 42 を参照）。最後に、売主によって提起された不相当性の抗弁については、口頭弁論終結時が重要である、という見解が主張されている。この見解は、不相当な負担からは売主は保護されるべきであるという抗弁の法目的に決定的に依拠している（BT-Drucks. 14/6040, S. 232 を参照）。不相当に高額な追完費用から売主を保護するというその目的は、たとえ、買主が追完請求を裁判所に請求した場合であっても意味を失わないという（前出 BeckOK-BGB/Faust, § 439 Rn. 56; 前出 BeckOGK-BGB/Höpfner, § 439 Rn. 157; Kirsten, ZGS 2005, 66, 69 を参照）。

(bbb) 出発点において、追完請求の到達が基準とされなければならない。

原審によって決定的であると認定された危険移転時は、重要ではない。なぜなら、この時点では、まだ、追完は問題とならず、どのような方法で追完を求めなければならないかということはおお層問題となっていないからである。買主が追完を主張する前に、売主が、買主によって選択された追完方法の不相当性の抗弁の要件事実を検討し、場合によっては、抗弁を提起する動機付けは存在しない。

買主によって選択された追完方法の相対的不相当性の判断のために、口頭弁論終結時を基準とすることも、同様に適切ではない。確かに、BGB 旧 439 条 3 項の給付拒絶権は売主の保護に役に立つ。したがって、前述したように、例えば、不相当性の抗弁は訴訟係属があって初めて提出することが許される。しかし、売主は、原則として、追完請求の到達時に、合理的コストで可能である場合には、追完請求の到達後に生じた費用の増加を評価に組み入れたり、買主によって求められた追完方法を静観し、場合によってはこれを遅らせまたは拒絶することについて、何ら正当な理由を有していない。このような理由から、売主による瑕疵の除去の開始時を基準とすることも正当化されない。

それゆえ、買主によって選択された追完方法の不相当性の認定については、原則として、追完請求の到達時が基準となる。もっとも、事案によっては、よ

り後の時点も基準とされうる (民事第 8 部の判決として、vom 10. März 2010-VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 16 を参照)。したがって、確かに、買主の追完請求は事前の催告期間の設定は必要ではない。しかし、それにもかかわらず、買主が売主に追完のための催告期間を設定した場合には、通常は、要求されている追完方法の不相当性の判断については、追完のために設定された催告期間の満了時を基準とするのが合理的である。

(cc) この基準によれば、本件においては、2013 年 9 月 30 日までに設定された追完のための催告期間の満了時が基準とされなければならない。このようなことは、被告の上申によれば追完給付のために設定された前述の期間の満了後に初めて生じるので、原審によって認定された物的瑕疵の重大性は、従って、被告は事後的に瑕疵を除去しようとしていたという事実と矛盾しない。修補と比較して代物給付の費用の不相当性の審査のためには、その場合、何ら (新たな) 被告による車両の検査は必要ない。この点に関して、上告理由の、ソフトウェアのアップデートは、追完のために設定された催告期間の満了前、すなわち、2013 年 7 月以降、利用可能であった、という指摘は容れられない。なぜなら、被告は、瑕疵をソフトウェアのアップデートによって除去する可能性を、——被告の主張によれば——1 年以上たって初めて、2014 年 10 月 14 日に利用可能となったからである。

(c) もっとも、原告にとって重大な不利益なしに他の方法による追完には着手できない (BGB439 条 3 項 2 文 3 号) という原審のさらなる認定は、確かな事実に基づくものではない。

原審は、被告によって主張された 2014 年 10 月 14 日のソフトウェアアップデートのインストールによって、物的瑕疵のない目的物が調達されたということにはならないということを前提としている。鑑定人の所見によれば、クラッチのオーバーヒートのインジケータの表示がソフトウェアアップデートによってオフにされたという可能性は排除されない。それゆえ、原告にとっては、「クラッチのオーバーヒートに関する機能が実際に修正された警告表示と接続

しているのか、あるいは完全にオフにされたのかという不確実性」が存在している。このような点を考慮に入れて、原審は、争点について、十分に検討しつくしていなかった。

(aa) 原審は、正当にも、その判断を、売主は瑕疵をそれによって完全に持続的に専門的にみて妥当な方法で除去しえない場合には、代物給付の請求を受けた売主は買主に不相当性の抗弁 (BGB 旧 439 条 3 項) を行使しつつ、修補を示唆してはならないという事実に基づいて認定を行った。なぜなら、追完給付は、BGB433 条 1 項 2 文、434 条 1 項に従って義務付けられているように、購入された目的物を契約に従った状態に置くということを目的としているからである (民事第 8 部の判決としては、vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 281/04, BGHZ 163, 234, 242 f.; vom 6. Februar 2013-VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 12 を参照。さらに、前出 Ball, S. 219; 前出 Erman/Grunewald, § 439 Rn. 17; 前出 MünchKommBGB/Westermann, § 439 Rn. 10; 前出 BeckOK-BGB/Faust, § 439 Rn. 59; 前出 NK-BGB/Büdenbender, § 439 Rn. 44 も参照)。

(bb) この点に関して、一方においては装備の基準から断念可能であり、ほとんどの他の車両モデルには存在していないという理由から、原告はいずれにせよ当該車両が (機能的に) クラッチのオーバーヒートインジケーターを装備しているということを主張できない、という上告理由の主張は不当である。他方で、当該モデルシリーズの必ずしもすべての車両に機能として付属しているわけではない。すなわち、購入された車両が特定のソフトウェアを装備している場合には、他の車両がこのようなソフトウェアを装備しているのか、あるいはこれは買主が意図した目的を果たすものなのかどうかを問題とすることなしに、これが買主が意図した機能を果たしている (BGB434 条 1 項 2 文 2 号)、ということは買主の正当な期待に適合している。

(cc) それに反して、原審が、警告表示が更新されたソフトウェアによって完全にオフにされたという可能性を排除できないという理由から、他の方法による追完を買主にとって重大な不利益なしに着手されえないという認定をした

限りで、原審は、ZPO286 条 1 項に反して、被告の上申を完全には考慮しなかった。その限りにおいて、クラッチのオーバーヒートのインジケーターの遮断は、その場合、ドライバーは、——クラッチのオーバーヒートに至り得るような不適切なドライビングの場合であっても——、まったく警告表示を受け取れないので、何ら通常の修補ではない、ということは確かに正当である。しかし、上告理由は正当にも、軽い半クラッチによっても出現する可能性があった警告表示が、鑑定人のソフトウェアアップデート後のテストドライブの際には、もはや全く出てこなかった、という第一審での被告の主張を原審は考慮しないままであるという点を論難している。

確かに、——明らかになっている限りで——単に当該車両で短距離を走行した鑑定人は、この点について、時々の半クラッチではクラッチのオーバーヒートの表示は出なかった、ということを書いていた。しかし、彼は、補足的に、強い負担をかけるクラッチ動作を伴うテストドライブの場合であっても、修正された警告文言が点灯するという可能性を否定しきれない、という点を指摘していた。原審は、その事実審としての、原審に提出された事実を（さらに）解明するという責務の枠内において、その点を調査しなければならなかったはずである。この点において、原審は、鑑定人の、その観点からクラッチのオーバーヒートの応答温度は新しいソフトウェアによって、「少なくともより高い温度にシフトさせられた」という、さらなる指摘も考慮しないままにすることは許されなかった。

(aaa) 被告は、原審によって無視された上申書を二審で繰り返さなかったという上告に対する答弁書の指摘は容れられない。万一に備えての繰り返しは、BGH の判例によれば、少なくとも、——本件のように——問題の当事者が第一審では勝訴し、相当する主張は、この場合については、取るに足りないものであった場合には不要である (BGH の判決としては、vom 5. November 1996-VI ZR 343/95, NJW 1997, 528 unter II 2; vom 22. Februar 2006-VIII ZR 40/04, NJW-RR 2006, 776 Rn. 28; vom 27. Februar 2007-XI ZR 195/05, NJW-RR 2007,

2106 Rn. 44 (BGHZ 登載)、vom 7. Januar 2008-II ZR 283/06, BGHZ 175, 86 Rn. 17; vom 20. September 2011-II ZR 4/10, juris Rn. 19 を参照)。

(bbb) 確かに、原審は——和解提案の準備のために——口頭弁論期日において、「被告の上申書は、BGB439 条 3 項の要件を充足するには十分ではないということが完全にあり得る」という点を指摘していた。ゆえに、被告も、控訴理由書においてすでに援用していたその第一審の主張を明確には繰り返さなかった。しかし、このことは、上告に対する答弁書の見解に反して、裁判所の指摘は不十分なものであったので、非難されうるものではない。一審において勝訴した被告は、むしろ、より高いレベルで原審による具体的な指摘を期待してよかった (BVerfG, NJW 2015, 1746, 1747 を参照。BGH の決定として、vom 15. September 2015-VI ZR 391/14, juris Rn. 10 も参照)。なぜなら、地裁は、請求棄却の判決について、不相当性の抗弁 (BGB 旧 439 条 3 項) を援用しなかったからである。

## 原告の附帯上告について

1. 原告の附帯上告は許可され、その他の点においても許される。確かに、原審は、上告を、被告に有利な限度で許可し、そして、——請求の棄却された部分に関して——原告の有利には許可しなかった。しかし、附帯上告は、ZPO554 条 2 項 1 文後段によって、上告が (その限りで) 許可されなかった場合であっても認められる (BGH の判決としては、vom 6. Juni 2018-VIII ZR 247/17, ZIP 2018, 1786 Rn. 31; vom 8. Juni 2018-V ZR 125/17, NZM 2018, 719 Rn. 33 (BGHZ 登載予定) を参照)。
2. 原審によって与えられた理由づけによって、原告の訴え提起前の弁護士費用の支払い請求は拒絶されえない。

a) もっとも、遅延損害金 (BGB280 条 1 項、2 項、286 条) の観点の下では、原告は訴え提起前の弁護士費用の支払いを請求できない。なぜなら、原審が正當に認定したように、これは、被告が BGB437 条 1 号、439 条 1 項 2 号から生

じる瑕疵のない物を給付する義務を遅滞しうる前に、すでに生じていたからである。

b) 原告は、その訴え提起前に生じた弁護士費用の支払いを BGB437 条 3 号、280 条 1 項に従って、売主の追完義務 (BGB439 条 1 項) の義務違反の観点の下、給付とともにする損害賠償として請求できたかどうかの問題はともかくとして (民事第 8 部の判決としては、前出 vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, Rn. 11 ff; vom 2. April 2014-VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 23 f; vom 18. März 2015-VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 Rn. 15; vom 29. April 2015-VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 12 を参照)、附帯申告が正当に主張しているように、原告には、瑕疵のない車両の代物給付請求を貫徹する限りで、BGB439 条 2 項の基準に従って、訴え提起前の弁護士費用の支払い請求が認められる。

aa) 独立した請求根拠である BGB439 条 2 項は (民事第 8 部の判決としては、vom 30. April 2014-VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 15; vom 13. April 2011-VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 37; 前出 vom 15. Juli 2008-VIII ZR 211/07, Rn. 9 を参照)、売主は、追完のために必要な費用を負担しなければならないことを定めている。それには、法文に例として (「特に」) 挙げられている輸送コスト、インフラコスト、人件費、材料費だけでなく、例えば、瑕疵の現象の解明に必要な鑑定費用も含まれる。なぜなら、これらの費用は、買主に追完請求の実行を可能にするという目的を伴って、従って、「追完のために」支出されるものだからである (民事第 8 部の判決として、前出 vom 30. April 2014-VIII ZR 275/13 を参照)。このような事情の下では、BGH の判例によれば、訴え提起前の弁護士費用も支払い可能なものである (BGH の判決としては、vom 17. Februar 1999-X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813 unter II [改正 BGB476 a 条の施行前の事例] を参照。同じく、前出 Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn. 11; 前出 Erman/Grünwald, § 439 Rn. 8 を参照。他に、前出 BeckOGK-BGB/Höpfner, § 439 Rn. 48.4; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 763 も参照)。

bb) これを前提として、原審は、——まだ正当である限りで——、訴え提

起前の弁護士の活動と、瑕疵現象の原因の発見及び責任の明確化との関連は存在していないということを認定した。しかし、訴え提起前の弁護士費用は、それゆえ支払い可能なものではないという原審の見解は、本件において重要な事情を正当に評価しておらず、BGB439 条 2 項の適用領域を不当に制限している。

(1) 本件においては、弁護士への委任とともに、原告にとっては、瑕疵現象の原因を発見するということが問題ではなかった。同様に、瑕疵についての責任を明らかにすることも重要ではなかった。いずれにせよ、原告は車両のソフトウェアの誤った警告表示について帰責されるということは問題となっていなかった。加えて、本件において、原告は、被告に、弁護士の介入前にすでに幾度も瑕疵除去の機会を与えていた。被告がそれを行わなくなって初めて、原告は、瑕疵のない目的物の給付という形での追完請求を実現するために弁護士の助力を求めた。

(2) そのような場合も、BGB439 条 2 項の文言及び規定の目的からすると、その適用領域に含まれる。これは、売主が彼に与えられた瑕疵除去のための機会をさしあたり利用しなかった場合には、瑕疵現象の原因の確認のために必要な調査費用に限定されるものではなく、代物給付の実現のために必要な弁護士費用も包摂する。

(a) 原告によって主張された弁護士費用は、「追完のために」支出された、すなわち、売買契約の履行が（まだ）BGB439 条 1 項の追完の段階（民事第 8 部の判決として、前出 vom 15. Juli 2008-VIII ZR 211/07, Rn. 9 を参照。さらに、Lorenz, NJW 2014, 2319, 2321 も参照）にあった時点で、かつ原告に追完請求の実現を——本件では、BGB439 条 1 項 2 号の形で——可能にする目的で支出された（民事第 8 部の判決として、前出 vom 30. April 2014-VIII ZR 275/13, Rn. 15 を参照）。

(b) さらに、BGB439 条 1 項 2 号に従って瑕疵のない目的物の給付請求権の実現の確保のために「必要な支出」が問題となる。合理的自然人に求められる事前の視点に基づいて（BGH の決定としては、vom 31. Januar 2012-

VIII ZR 277/11, NZM 2012, 607 Rn. 4 を参照。BGH の判決としては、vom 17. September 2015-IX ZR 280/14, NJW 2015, 3793 Rn. 8; vom 25. November 2015-IV ZR 169/14, NJW-RR 2016, 511 Rn. 12 を参照)、原告は、多くの無駄な物的瑕疵を除去する試みののち、その特別の事情を考慮して、その権利の主張のためには、瑕疵のない目的物を給付するという契約目的を代物給付の形式で、そして、弁護士の手助けを借りて達成することが必要かつ合目的である (BGH の確定判例としては、vom 23. Januar 2014-III ZR 37/13, BGHZ 200, 20 Rn. 48; vom 6. Oktober 2010-VIII ZR 271/09, NJW 2011, 296 Rn. 9; vom 21. Dezember 2005-VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 21 のみを参照)、ということを確認してよい。

(c) 原告に生じた訴え提起前の弁護士費用の支払い請求の認容は、消費財の売買指令 3 条 3 項 1 文、同 4 項によって要請された追完の無償性は保証されるべきであるという、BGB439 条 2 項の目的に合致する (民事第 8 部の判決として、前出 vom 30. April 2014-VIII ZR 275/13, Rn. 11; vom 26. Oktober 2016-VIII ZR 211/15, NJW 2017, 1100 Rn. 40 を参照)。

売主に課された、消費財の契約に適合した状態を無償で創出する義務は、そのような保護がないことにより彼が請求権を主張することを妨げられうるような、財政的負担の脅威から買主を守るべきである (民事第 8 部の判決として、前出 vom 13. April 2011-VIII ZR 220/10, Rn. 37 を参照。EuGH, Urteil vom 17. April 2008-C-404/06, NJW 2008, 1433 Rn. 34 も参照)。そのような阻害理由は、買主にとって、買主が輸送あるいは鑑定費用を工面しなければならない場合のみ生じるものではなく、契約に適合した状態の創出のために必要な弁護士費用を支出しなければならないが、支払われていない場合にも生じる。売主に、BGB 旧 439 条 3 項に従って給付を拒絶する権利を認めるかどうかの判断の際に、これらの費用も考慮されるので、売主の正当な利益は保護されたままである (前出 NK-BGB/Büdenbender, § 439 Rn. 44; 前出 BeckOGK-BGB/ Höpfner, § 439 Rn. 134 を参照)。

結局のところ、原審判決は維持され得ない。それゆえ、被告の上告及び原告の附帯上告に基づいて、破棄されなければならない（ZPO562条1項）。本件はいまだ判決をするほどには熟しておらず、それゆえ、必要な事実認定を補充し、それに基づいて、原告によって主張された瑕疵のない目的物の代物給付は修補と比較して不相当なのか（BGB旧439条3項）どうかについて（新たな）審理を行うために、原審に差し戻されなければならない（ZPO563条1項1文）。

原審によってこれまで無視されていた被告の上申書並びに強いクラッチ操作を伴う試験走行による追加の所見の可能性についての鑑定人の指摘に鑑み、原審は、鑑定人による補充的な調査を命じるかあるいは——より強い負荷をかけた場合に鑑定人によって起こりうるとみなされた損害を避けるために——必要であれば、広範なIT専門知識を伴った鑑定人に依頼しなければならない（ZPO411条3項、412条）。

本件に続く、BGB旧439条3項の枠内での新たな審理の際に、原審は、適切な追加の事実認定をすることなしに、ソフトウェアの更新のための被告の費用に瑕疵の重さについての本質的意義を付与してはならない、という点を考慮しなければならない。さらに、原審は、場合によっては、原告によって設定された代物給付の追完のための催告期間の満了時点での瑕疵を帯びた車両の価値、並びに、被告が物的瑕疵について責任を負わなければならないのかどうか、そしてその範囲はどこまでなのかという問題について取り組まなければならない。なぜなら、BGB旧439条3項の不相当性の判断の際には、売主の過失も重要だからである（前出BGH, Urteil vom 4. April 2014-V ZR 275/12, Rn. 36, 45を参照）。確かに、売主は、場合によってはあり得る前主の製造者の過失について責任を負わせられる必要はない（BGB278条）。なぜなら、売買契約においては、売主によって仲介された売買目的物の製造者は、その履行補助者ではないからである（民事第8部の判決として、前出 vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13, Rn. 31を参照）。しかし、被告は、売主だけでなく、車両の製造者でもある。

### Ⅲ まとめ

本件におけるBGHの判断を要約すると以下の通りである。

- ① 実際には走行が可能であるにもかかわらず、クラッチ加熱インジケーターのソフトウェアが警告ランプを表示して、クラッチを冷却させるために車を停車させることを促す場合には、その車両は瑕疵がないとは言えない。
- ② 売主が、誤解を招くような警告ランプは無視して構わないということを買主に伝えていたとしても、瑕疵の認定に影響を与えない。このことは、たとえ、売主が同時に車両の製造者である場合にも当てはまる。
- ③ ソフトウェアの瑕疵を有した新車の売主は、買主によって求められた瑕疵のない車両の代物給付に対して、履行不能の抗弁（BGB275条1項）を出すことはできない。なぜなら、現在生産されている当該モデルの車両には、修正されたバージョンのソフトウェアが装備されているからである。
- ④ 瑕疵のない目的物の代物給付による追完の選択は、原則として、買主が無駄に終わった瑕疵の除去をすでに請求していたという事実と矛盾しない。
- ⑤ 買主が有効に行使された瑕疵のない代物の給付請求権を維持することは、瑕疵が事後的に買主の同意なく除去されていた場合には信義に反しない。
- ⑥ 買主によって求められた追完の種類が（本件の場合には瑕疵のない代物の給付）、他の手段と比較して（本件の場合には瑕疵の除去）、それにかかる費用によると、売主に過大な出費を強い、それによって不相当な負担を課すものであるかどうかは、一般的な考察を超えて、包括的な利益衡量およびBGB旧439条3項2文に挙げられている基準の考慮のもとで、具体的な個別事案のすべての主要な事情の評価に基づいて認定されなければならない。
- ⑦ 買主によって選択された追完の種類が他の手段と比較して相対的に不相当であるとの判断については、原則として、追完請求の到達した時点が基準とされなければならない。
- ⑧ 売主が瑕疵を、完全に、永続的に、専門家から見て妥当な方法で除去でき

ない場合には、代物給付の請求を受けた売主は、不相当性の抗弁の行使の下、修補を示唆することは許されない。

- ⑨ BGB439 条 2 項は、無過失責任として、瑕疵のない目的物の給付という契約目的の達成のために買主に生じた、訴え提起前の弁護士費用を包摂する。

このような本件における BGH の判断が日本の改正民法における契約不適合責任に対してどのような示唆を与えうるのかに関しては今後の検討課題としたい。

### 【参照条文】

BGB<sup>4)</sup> (2014 年 7 月 22 日最終改正版)

#### 242 条 誠実及び信義に従った給付

債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義 [Treu und Glauben] が要請するところに従って給付を行う義務を負う。

#### 262 条 選択債務、選択権

複数の給付が、債務の対象となり、そのうちの 1 つ又はその他の給付を行わなければならない場合であって、疑いのあるときは、選択権は、債務者が有する。

#### 263 条 選択権の行使、効力

- (1) 選択は、相手方に対する意思表示によって行う。
- (2) 選択された給付は、当初から、そのみが債務の対象であったものとみなす。

#### 275 条 給付義務の排除

---

4) 山口和人訳『基本情報シリーズ② ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年）

- (1) 給付請求権は、給付が債務者又はいずれの者にとっても不可能であるときは、排除される。
- (2) 債務者は、給付が、債務関係の内容及び誠実及び信義の要請を考慮しても、給付に対する債権者の利益に対して不均衡となる費用を要するときは、給付を拒絶することができる。債務者に対して期待可能な努力の決定に際しては、債務者が給付障害について責めを負うべきかどうかとも考慮しなければならない。
- (3) 債務者は、さらに、給付を自ら行わなければならない、かつ、自己の給付を妨げる障害と債権者の給付の利益とを衡量した場合に給付を期待することができないときは、給付を拒絶することができる。
- (4) 債権者の権利は、第 280 条、第 283 条から第 285 条まで、第 311 a 条及び第 326 条の規定により定める。

#### 278 条 第三者に対する債務者の責任

債務者は、自己の法定代理人及び自己の義務の履行のため使用した者の故意・過失について、自己の故意・過失と同じ範囲で責任を負う。この場合において、第 276 条第 3 項の規定は、適用しない。

#### 280 条 義務違反による損害賠償

- (1) 債務者が、債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反について責めを負わないときは、この限りでない。
- (2) 債権者は、給付の遅延による損害賠償を、第 286 条の追加的要件の下でのみ請求することができる。
- (3) 債権者は、給付に代わる損害賠償を、第 281 条、第 282 条又は第 283 条の追加的要件の下でのみ請求することができる。

## 286 条 債務者の遅滞

- (1) 債務者が、履行期の到来後に行われた債権者の催告に対して給付を行わないときは、催告により遅滞となる。給付の訴えの提起及び支払命令の送達は、催告と同等とする。
- (2) 次に掲げる場合には、催告を要しない。
  1. 給付の時が、暦に従って定められているとき。
  2. ある事象が給付に先行するものとされ、給付のための適切な時期が、その事象から暦に従って計算できるように定められているとき。
  3. 債務者が、給付を真意として、かつ、最終的に拒絶しているとき。
  4. 双方の利益を衡量した上で、特別な理由から、直ちに遅滞が発生するとすることが正当化されるとき。
- (3) 代金債権の債務者は、履行期の到来及び請求書又はこれと同価値の支払明細書の到達後遅くとも 30 日以内に給付を行わなければ遅滞となり、このことは、消費者である債務者に対しては、この結果が、請求書又は支払明細書において、特に指摘しているときに限り、効力を有する。請求書又は支払明細書の到達が不確定であるときは、消費者でない債務者は、遅くとも履行期及び反対給付の受領の後 30 日で遅滞となる。
- (4) 債務者は、自己が責めを負わない事情の結果、給付が行われない限りにおいて、遅滞となることはない。
- (5) 遅滞の発生について、第 1 項から第 3 項までの規定に反する合意については、第 271 a 条第 1 項から第 5 項までの規定を準用する。

## 433 条 売買契約の際の契約類型的義務

- (1) 売買契約により、物の売主は、買主に対し、その物を引き渡し、物の所有権を得させる義務を負う。売主は、買主に対して、物の瑕疵及び権利の瑕疵のない物を提供しなければならない。
- (2) 買主は、売主に対して、約定した売買代金を支払い、買った物を受領する

義務を負う。

#### 434 条 物の瑕疵 [Sachmangel]

(1) 物が、危険の移転の際に、約定された性状を備えているときは、その物は瑕疵のない物とする。性状に関する約定が存在しない場合には、次に掲げるいずれかの場合に、瑕疵のない物とする。

1. 物が、契約により前提とされた使用に適しているとき。
2. 物が、通常の使用に適しており、かつ、同種の物の場合において通常であり、買主が物の種類に従って期待することのできる性状を示しているとき。

前文第 2 号にいう性状には、買主が、特に物の取得における又は物の一定の性質に関する特徴の記述の際の、売主、製造者（製造物責任法第 4 条第 1 項及び第 2 項）又はこれらの者の補助者の公の言明に従って期待することができる性質も含むが、売主が、その言明を知らず、かつ、知り得べきでもなかったとき、契約の締結時にその言明が、それが行われた時と同等の方法で訂正されたとき、又はその言明が、その物を買うことの決定に影響を及ぼすことができなかったときは、この限りでない。

(2) 約定された組立てが、売主又はその履行補助者により適切に行われなかったときも、物の瑕疵があるものとする。組立てを予定された物の場合に、組立ての手引に不備があるときも物の瑕疵があるものとするが、ただし、その物が過誤なく組み立てられたときは、この限りでない。

(3) 売主が別の物又は余りに少量の物を提供したときも、物の瑕疵と同等とする。

#### 437 条 瑕疵のある場合の買主の権利

買主は、物に瑕疵があるときは、次に掲げる各規定による要件が存在し、かつ、別段の定めがない限り、次に掲げることを行うことができる。

1. 第 439 条の規定により履行の追完を求めること。

2. 第 440 条、第 323 条及び第 326 条第 5 項の規定により契約を解除し、又は第 441 条の規定により売買代金を減額すること。
3. 第 440 条、第 280 条、第 281 条、第 283 条及び第 311 a 条の規定により損害賠償を、第 284 条の規定により無益に支出した費用の償還を求めること。

#### 439 条

- (1) 買主は、履行の追完として、その選択に従い、瑕疵の除去又は瑕疵のない物の提供を求めることができる。
- (2) 売主は、履行の追完の目的のため必要な費用、特に輸送費、通行料、労賃及び材料費を負担しなければならない。
- (3) 売主は、買主により選択された履行の追完の方法が、不相当の費用によってのみ可能であるときは、第 275 条第 2 項及び第 3 項の規定にかかわらず、これを拒絶することができる。その際、特に、瑕疵のない状態の物の価値、瑕疵の重大性、及び買主にとって著しい不利益をもたらすことのない他の履行の追完の方法を採用することができるかどうかの問題を考慮しなければならない。この場合において、買主の請求権は、他の履行の追完の方法に制限され、第 1 文に規定する要件の下でこの方法をも拒絶することができる売主の権利は妨げられない。
- (4) 売主が、履行の追完の目的で、瑕疵のない物を提供したときは、売主は、第 346 条から第 348 条までの規定を基準として、瑕疵のある物の返還を買主に対して求めることができる。

#### ZPO<sup>5)</sup>

#### 286 条（自由心証）

- (1) 裁判所は、弁論の全趣旨 (der gesammte Inhalt der Verhandlungen) 及び

---

5) 法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、2012 年）

証拠調べの結果を斟酌して、自由な心証に従い、事実の主張か真実とみなされるか真実でないかとみなされるかについて判断しなければならない。判決において、裁判官の心証を導いた理由を示さなければならない。

(2) 裁判所は、本法律に規定する場合に限り、法定の証拠規則に拘束される。

#### 411 条（書面鑑定）

(1) 書面鑑定が命じられたときは、裁判所は鑑定人に対して、署名のある鑑定を送付しなければならない期間を定めるべきものとする。

(2) 鑑定の実施義務を負った鑑定人がその期間を徒過したときは、鑑定人に秩序金を科すことができる。秩序金は、事前に猶予期間を定めて命じなければならない。徒過が繰り返される場合は、秩序金は同様の方法で再度科すことができる。第 409 条第 2 項を準用する。

(3) 裁判所は、書面鑑定を説明させるために、鑑定人の出頭を命ずることができる。

(4) 当事者は、適切な期間内に、鑑定に対する異議、鑑定に関する申出及び書面鑑定に対する補充質問を裁判所に対して通知しなければならない。裁判所は、当事者に対してそのための期間を定めることができる。第 296 条 1 項、第 4 項を準用する。

#### 412 条（新たな鑑定）

(1) 裁判所は、鑑定が不十分であると認めるときは、同一の鑑定人又は別の鑑定人による新たな鑑定を命じることができる。

(2) 裁判所は、鑑定の実施後に鑑定人について忌避が認められたときは、別の鑑定人による鑑定を命じることができる。

#### 554 条（附带上告）

(1) 被上告人は、附带上告することができる。附带上告は、上告裁判所に附帯

上告状を提出することによって行う。

- (2) 附帯上告は、被上告人が上告を放棄し上告期間が経過し又は上告が許可されなかったときであっても、認められる。附帯上告は、上告理由書の送達後1か月が経過するまで申し立てることができる。
- (3) 附帯上告は、附帯上告状において理由を記さなければならない。第549条第1項第2文及び第2項、第550条並びに第551条第3項を準用する。
- (4) 附帯上告は、上告が取り下げられ、棄却され、又は決定により却下されたときは、その効力を失う。

#### 562条（不服申立てのあった判決の取消）

- (1) 上告が理由あるとみられるときは、不服申立てのあった判決は取り消さなければならない。
- (2) 判決が手続の瑕疵を理由として取り消されるときは、その手続も瑕疵の関係する範囲において取り消さなければならない。

#### 563条（差戻し、本案の自判）

- (1) 判決を取り消すときは、事件について新たに弁論及び裁判をするために控訴裁判所に差し戻さなければならない。差戻しについては、控訴裁判所の別の合議体に対して行うことができる。
- (2) 控訴裁判所は、取消しの基礎となっている法的判断を自らの裁判の基礎としなければならない。
- (3) ただし判決の取消しが、確定された事実に対して法律を適用する際の法律違反のみを理由とし、かつ、右の確定された事実によれば本案について裁判をするに熟しているときは、上告裁判所は本案について自ら裁判しなければならない。
- (4) 第3項の場合において、本案自体について言い渡すべき裁判について、第545条によりその違反を上告理由とされ得ない法律の適用が問題とされると

きは、弁論及び裁判のために事件を控訴裁判所に差し戻すことができる。

消費財の売買に関する EU 指令<sup>6)</sup>

### 3 条

- (1) 売主は消費者に対して、消費財の給付時に存在していたいかなる契約違反についても責任を負う。
- (2) 契約違反があった場合には、消費者は、本条 3 項の基準に従って、修補もしくは代物給付によって、消費財を契約に適合した状態に無償で解することを請求する権利、売買代金を適切に減額する請求権、または、本条 5 項及び 6 項の基準に従い、当該消費財に関して契約の解除を請求する権利を有する。
- (3) 第 1 次的に、消費者は、売主に、それが不能あるいは過重なものではない限りで、消費財の無償の修補、または、無償の代物給付を請求できる。

それが、下記のような売主の負担を惹起する場合には、その救済は過重なものとなされる、

——当該消費財に契約違反がなかった場合の価値に鑑み、

——契約違反の重大性に考慮のもと、

——消費者にとって重大な不利益なく、代替の救済の可能性を持ち出すことができるかどうかの問題の検討の後、

代替の救済の可能性と比較して不当ゆえに請求できない。

修補または代物給付は、相当期間内に、消費者にとって重大な不利益なく、なされなければならない。その際、消費財の種類及び消費者にとって当該消費財が必要な目的は、考慮されなければならない。

- (4) 本条 2 項及び 3 項の「無償」の概念は、消費財を契約に適合した状態に回

---

6) Amtsblatt Nr. L 171 vom 07/07/1999 S. 0012-0016

復するために必要な費用、特に、送料、人件費、材料費を含む。

(5) 消費者は、下記の場合に、売買代金の適切な減額、または、契約の解除を請求することができる、

——消費者が、修補請求権も代物給付請求権も有していない場合、または、

——売主が、相当期間内に救済を行わなかった場合、または、

——売主が、消費者に重大な不利益を被らせることないように、救済を行えなかった場合。

(6) 軽微な契約違反の場合には、消費者は、契約の解除を請求する権利を有しない。