

改正民法における代金減額請求権と解除・損害賠償請求権の関係についての一考察

——ドイツの近時の判例・学説を手掛かりとして——

渡邊 拓

目次

第一 問題の所在

第二 ドイツ法

- 1 ドイツ民法典（BGB）における代金減額権
- 2 代金減額権と解除権・損害賠償請求権の関係
- 3 BGH2018年5月9日民事第8部判決
- 4 本判決に対する評価
- 5 ドイツ法の小括

第三 日本法への示唆

- 1 代金減額請求権と損害賠償請求権の関係
- 2 代金減額請求権と解除の関係

第一 問題の所在

代金減額請求権は、改正前民法下の売主の担保責任の中では、改正前民法563条の権利の一部が他人に属する場合や565条の数量不足のように、量的瑕疵の場合にのみ認められ、566条の地上権等がある場合や570条の物の瑕疵担

保責任のような質的瑕疵の場合には認められていなかった。これは起草者が質的瑕疵の減価の割合を算定することは量的瑕疵の場合と比べて困難であると考えていたことによる¹⁾。また、質的瑕疵の場合にも、実際には減価分を損害賠償という形で請求してきたとされており、改正前民法の起草者も、代金減額と書いても、結局は、損害賠償に帰着すると考えていた²⁾。

しかし、契約不適合があった場合に、代金と売買目的物の等価交換の関係を維持するという観点から、不適合の割合に応じて対価である売買代金を減額するということは、契約不適合の場合一般の買主の救済手段として認められてよい³⁾。平成 29 年の民法改正では、契約に適合しない目的物を給付された買主の一般的な権利として代金減額請求権が改正民法 563 条に規定された。この代金減額請求権は、「請求権」と名付けられているが、「形成権」であることは改正前民法と同様である⁴⁾。

さらに、改正民法 564 条には、追完請求権及び代金減額請求権は、損害賠償請求及び解除権の行使を妨げないという規定が新たに入った。

この「妨げない」という文言がいかなる意味を持つのかについては議論の余

-
- 1) 「此代価減少ト云フコトハ吾々ノ是迄使ヒ来ツタ精確ノ意味デアルカトウカラ疑ウノデス何故カト云フト物が半分他人ノ所有デアツタ物が半分契約ノ当時ニ無クナツテ居ツタノヲ知ラナカツタト云フヤウナ場合デアリマスレバ夫レハモウ其代価ノ本統ノ減少ト云フモノハ多ク場合ニ於テ容易デアル」…「此瑕疵デアレバ元トノ代価ニ切り充テテ見テ幾ラニナル、幾ラノ価ヲ減スル其為メニ瑕疵ノ分量ガ何分ノ一デアルトカ云フヤウナコトハ余程評価仕難イト思ヒマス理屈カラ言ヘバ之モ担保デアルカラ純然タル代価減少ノ方ガ宜カラウト思ヒマスケレドモ實際ニ於テ到底真ノ代価減少ト云フコトハ六カ敷カラウ」(法典調査会『民法議事速記録 27 卷』(日本学術振興会、1935) 74 丁表以下〔梅謙次郎〕)。
 - 2) 「縦令代価減少ト書テ置テモ其実矢張り損害賠償ニ帰着スルコトニナルデアラウ」(前掲『民法議事速記録 27 卷』75 丁表〔梅謙次郎〕)。森田修「売買代金減額制度と明治民法典(1・2 完)」法協 126 卷 2 号 241 頁以下、同 4 号 719 頁以下も参照。
 - 3) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』261 頁
 - 4) 法制審議会民法(債権関係)部会資料 75 A・15 頁

地がある。すなわち、買主は、追完請求権・代金減額請求権と損害賠償請求権・解除権を選択的にしか行使できないという趣旨なのか、それとも、解除と損害賠償に関する改正民法 545 条 4 項と同様に、追完や代金減額をしても損害が残っている場合、あるいは解除の要件を満たせば、重ねて損害賠償請求権や解除権を行使できるのか明らかではない⁵⁾。

法制審議会における審議においては、中間試案の段階までは、代金減額請求権の意思表示は「履行の追完を請求する権利（履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする」という規定を置くことも検討された。これは、相容れないものは請求できないということを明確化する趣旨であったが⁶⁾、そもそも何が相容れないかが明確ではなく、また、代金減額にだけこのような規定が置かれることも疑問であることから、そのような規定は置かずに解釈に委ねた方が良いという意見も出され⁷⁾、最終的に、「行使を妨げない」という文言となった。もっとも立案担当

5) この点に関しては、藤澤治奈ほか「鼎談 改正民法の実務的影響を探る (1)」NBL1113号 (2018) 61 頁以下、森田修「債権法改正」の文脈 第九講「法教 449 号 73 頁以下も参照。また、改正前の先駆的な業績として、森田修「契約総則上の制度としての代金減額」東大ローレビュー 3 号 247 頁以下がある。

6) 「代金減額請求権ないし代金減額権を認めるのは、言ってみれば、「瑕疵」があることを前提として、代金をそれに合わせてしまうという性格を持ちますので、瑕疵のない、本来、契約で予定していた状態にするというよりは、むしろそうしないことを前提とした救済になると思います。」「そうしますと、損害賠償として、従来でいう履行利益や逸失利益、あるいは瑕疵のない状態にするための修補費用の賠償のようなものと、この代金の減額は相容れない。その意味で、23 ページのウでは、代金減額をした場合には、そういった救済手段を求めることはできないということが書かれていると理解できます。」(法制審議会民法(債権関係)部会第 52 回会議議事録 19 頁 [山本(敬)幹事])。

7) 「代金減額請求権を行使した場合に追完請求権や、あるいはそれに代わる損害賠償請求権、解除権を行使することができないというのは、代金減額請求権についての一つの考え方や理解に基づいたもので、法律関係を明確にするという点では望ましいのかもしれませんが、その内容自体も分科会で検討することが提案されておりましてそのような形で検討を行うこと自体はよろしいと思うのですが、私自身はこういう規定を置くことには

者は、追完、代金減額請求権と「両立しない損害賠償請求権や解除権」の行使を認めるものではないとしている⁸⁾。

しかし、この「両立しない損害」には、「二重取りになる」という意味と、「契約不適合があることを前提とした救済と契約不適合がないことを前提とした救済は相容れない」という二つの意味がある。追完が奏功した、あるいは代金減額がなされたにもかかわらず、契約不適合による減価分を修補費用などの名目で重ねて損害賠償請求することは、前者の意味で二重取りになるので、認められない。しかし、後者の意味での、例えば、契約不適合の結果生じた営業損失などの逸失利益と、追完・代金減額請求権が両立しないかどうかについては、先にみたように法制審においても議論があった。

また、代金減額と解除の関係についても、代金を減額することで契約を維持するという決断を買主がした以上、その後に解除することは矛盾した行為であり、代金減額請求権の意思表示がなされた以上は、その後の解除は許されないという立場が立案担当者も含め支配的である⁹⁾。しかし、代金減額請求権は、形成権であるとはいえ、減額について争いがある場合には、裁判所による確定を経なければはっきりしないという、いわば「損害賠償的」性質も有するため、

非常に消極的に考えております。相容れないようなものは請求できないということを明確化するという山本幹事の御指摘ですが、何が相容れないのかということが非常に難しいということがありますし、かえって、どれとどれが相容れないのかというのを文言に即して考えていかなければいけないというのは、難しい問題を提起するのではないかと考えます」(第 52 回会議事録 26 頁以下〔沖野幹事〕)。

- 8) 「買主が代金減額請求権(形成権)を行使したときは、契約の内容に適合しなかった部分について、代金債務の減額と引換えに、引渡債務の内容も現実に引き渡された目的物の価値に応じて圧縮され、契約の内容に適合したものが引き渡されたものとみなされることになると考えられる。したがって、この場合には、売主には債務の不履行(契約との不適合)はなかったことになるから、代金減額請求権を現に行使した後は、これと両立しない損害賠償の請求や解除権の行使をすることはできない(その意味で、一部解除と類似する機能を果たす権利ではあるが、一部解除そのものではない。)」(筒井建夫ほか「一問一答 民法(債権関係)改正」(商事法務、2018) 279 頁)。
- 9) 前掲『一問一答』279 頁。潮見『基本講義 債権各論 I』98 頁、森田修・前掲法教 449 号 75 頁も同旨。

減額割合が未確定の段階では、解除の要件も満たす場合には、解除を認める余地もあるのではないだろうか。

本稿は、上記のような問題について、ドイツの近時の連邦通常裁判所（BGH）の判決及び学説を手掛かりとして検討する。

第二 ドイツ法

1 ドイツ民法典（BGB）における代金減額権¹⁰⁾

BGB441条¹¹⁾ 代金減額

- (1) 買主は、契約の解除に代えて、売主に対する意思表示により、売買代金を減額することができる。第323条第5項第2文の排除理由は、適用しない。
- (2) 買主又は売主の側において複数の者が当事者となっているときは、代金減額は、全ての者から又は全ての者に対する意思表示で行わなければならない。
- (3) 代金減額に当たっては、契約締結の当時において、瑕疵のない状態の物の価値が、実際の価値に対して有したこととなる比率に従って、売買代金を減額しなければならない。代金減額は、必要なときは、査定により、算出しなければならない。
- (4) 買主が減額された売買代金を超えて代金を支払ったときは、超過額は、売主が償還しなければならない。この場合には、第346条第1項及び第347条第1項の規定を準用する。

(1) 形成権としての代金減額権

BGB441条は、代金減額権の詳細を規定している。本条1項1文から明らかのように、代金減額は、もはや（旧BGB462条、465条のように）請求権としては構成されておらず、形成権として構成されている。追完不能の場合であっても、瑕疵に基づく自動的な代金減額が生じることはない。

10) BeckOK BGB/Faust, 45. Ed. 1.3.2018, BGB § 441, Rn. 1 ff. ドイツ法における代金減額については、森田・前掲東大ローレビュー 3号 252頁以下も参照。

11) 山口和人訳『基本情報シリーズ②⑩ 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）52頁。本文中の他のBGB、旧BGB、EU指令の条文については、後掲の【参照条文】を参照。

(2) 代金減額権の行使

本条 1 項 1 文の「解除に代えて」の文言から明らかなように、代金減額は原則として解除と同様の要件に服する。すなわち、債権法¹²⁾改正前と異なり、権利の瑕疵の場合であっても代金減額は可能であるが、原則として、追完のための催告期間が奏功せずに満了したことを要件とする。もっとも、本条 1 項 2 文によれば、代金減額は、義務違反の軽微性によって解除が排除される場合であっても認められる。

(3) 減額の算定

代金減額は、代金減額意思表示において見積もられる必要はない。「代金を減額する」という表示で十分である。なぜなら、減額の額は、法に基づいて明らかになるからである。本条 3 項 1 文は代金減額の割合的算定を規定している。この割合的算定は、当事者によって私的自治において確定された給付と反対給付の関係は維持されたままであるということを保障している。代金減額は次のような算定式によって算定される；

$$\text{減額された代金} / \text{当初の代金} = \text{実際の価値} / \text{瑕疵のない状態での価値}$$
$$\text{減額された代金} = \text{実際の価値} / \text{瑕疵のない状態での価値} \times \text{当初の代金}$$

(4) 契約の改訂

代金減額意思表示の効力発生によって、売買契約は改訂される。すなわち、売買代金は代金減額の幅で縮減される。売買代金がいまだ支払われていない場合には、代金債権は対応する額で消滅する。これらのことは、法文では、——解

12) ドイツ法における「Schuldrecht」を「債権法」と訳すことについては、拙著『性質保証責任の研究』(成文堂、2015) 15 頁注 (22) を参照。

除の場合と同様に——当然のこととされている。買主のあり得る追完請求権は消滅し、同時に、売主は、追完によって二次的権利の主張をかわす機会を喪失する。その他の点では、売買契約は、すべての権利義務とともに存続する。

2 代金減額権と解除権・損害賠償請求権の関係

以上のような代金減額権が、瑕疵担保責任の他の救済手段との関係、特に、解除・損害賠償請求権とどのような関係に立つのかについて、債権法改正¹³⁾後も議論がなされてきた。以下では、その中でも、近時、詳細な論考を公表されたシュテューバー教授の見解を紹介する。

シュテューバー教授の見解¹⁴⁾

(1) 代金減額権と解除権の関係

解除は、売買契約の最終的な終了という結果にいたる。未履行の給付義務は消滅し、既履行給付はBGB346条以下に従って、両当事者によって返還されなければならない。すなわち、売買契約は、原状回復関係に転換される。特に、買主は、瑕疵ある売買目的物を売主に返還する。それに対して、代金減額の場合は、売買契約は存続したままであり、買主は瑕疵ある売買目的物を保持する。しかし、売買代金は、BGB 441条3項の基準に従って、減額される。買主が売買代金をいまだ支払っていない場合には、売買代金請求権は減額された分だけ消滅する。売買代金がすでに支払われていた場合には、買主は、BGB441条3項の基準に従って減額された売買代金の一部をBGB441条4項1号に従って返還してもらうことができる。すなわち、解除が売買契約の完全な終了と巻き戻し(Rückabwicklung)という結果に至るのに対して、代金減額は契約の存

13) Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBI. I S. 3138.

14) Michael Stöber, Das Verhältnis der Minderung zu Rücktritt und Schadensersatz im Kaufgewährleistungsrecht, NJW 2017, 2785 ff.

立に影響を与えるものではなく、単に、売買代金の減額、場合によっては一部
の返還という効果をもたらすに過ぎない。したがって、解除は、代金減額と比較
すると、より広範な法的救済であることは明らかである。

(2) 解除の意思表示後の代金減額

BGB441 条 1 項 1 文の文言——「解除に代えて」——によれば、解除権と代
金減額権は択一的のみ行使可能である。解除は売買契約の終了と巻き戻しと
いう効果をもたらす。このような法律効果は終局的なものである。なぜなら、
他の形成権の行使と同様に、解除の意思表示も少なくとも原則として撤回不可
能なものである。それに対して、代金減額権は必然的に売買契約の存続を前提
としている。しかし、解除は、まさに、終局的な契約の終了に至るので、通説
の見解によれば、一度でも解除の意思表示がされたのちは、もはや代金減額権
は行使されえない。なぜなら、このようなことは、契約の解消という解除によっ
てもたらされる法的効果の排除を意味しているからである。

(3) 代金減額の意味表示後の解除

逆に、買主がまず最初に代金減額の意味表示をした後は、もはや解除の権限
を失うかどうかということが問題となる。支配的見解は、代金減額の形成効に
鑑み、このような状況においては、解除権を否定する。すなわち、代金減額の
形成効は、事後的な解除によって排除することは許されない。しかし、このよ
うな視点は、ドイツ私法の解釈学に従えば、納得のいくものではない。解除の
場合とは異なり、代金減額の場合は、売買契約は存続し、売買代金は、場合
によっては一部返還されるという効果を伴って減額される。したがって、代金減
額は、売買代金請求権の一部消滅という限定的な法的効果のみを有している。
このような法律効果は、事後的な解除によっても排除されず、逆に、売買代金
請求権全体に拡大される。すなわち、解除によって売買契約は終了し、売買代
金請求権は全額において消滅するので、売買代金は全額返金されなければなら

ない。したがって、代金減額の形成効は、その後の解除の形成効とは抵触しないため、買主は、支配的見解に反して、最初に代金減額的意思表示をした場合であっても、売買契約を解除することは可能である。

このような可能性は、とりわけ、買主は当初は瑕疵は軽微であると評価し、それゆえ代金減額権のみを行使していたが、事後に、重大性が判明し、それによって解除権（BGB323条5項2号）の存在が明らかになったような場合に意味を持つ。このような状況において、買主に、代金減額から解除への事後的な転換を禁じてしまうと、瑕疵担保法の規定によって意図されている買主の保護が、一部、不当に奪われてしまう。

（4）EU 法上の準則による確認

消費財の売買指令¹⁵⁾は、ドイツの立法者がBGB441条によって国内法化した代金減額権についての準則も含んでいる。消費財の売買指令3条2項は、消費財が消費財の売買指令2条2項の契約の本旨に従っておらず、消費財の売買指令3条1項によって基準となっている消費財の給付時に契約違反が存在していた場合には、買主に、売買代金の相当な減額、あるいは契約の解除の請求権を与えている。代金減額あるいは契約解除の請求権の要件は、消費財の売買指令3条5項によれば、消費者が、修補請求権も追完給付請求権も有していなかったこと、又は、売主が相当期間内に救済を与えなかったこと、もしくは、消費者にとって重大な不利益のないような形で救済が与えられなかったこと、というものである。消費財の売買指令3条6項によれば、消費者は、軽微な契約違反の場合には契約解除請求権を有さず、したがって代金減額の可能性のみとなる。逆から言えば、このことは、消費者は、軽微な契約違反ではない場合には、消費財の売買指令により、強行法規的に契約の解除権が認められなければならないということの意味する。当初は軽微であると評価されていた瑕疵が事後的に重大であ

15) Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG).

ることが明らかとなったのちに、当初、表示されていた代金減額の後に、契約を解除することを買主に禁じることは、このような EU 法上の準則と矛盾する。

(5) 代金減額権と損害賠償請求権との関係

1) 給付とともにする損害賠償請求権との関係

代金減額権と BGB437 条 3 号、280 条 1 項による給付とともにする損害賠償請求権は無条件に並立してそして順次に主張されうるとい点については争いが無い。代金減額と同様に、給付とともにする損害賠償請求権の主張は、売買契約の消滅に至ることはほとんどないため、二つの法的救済については、そのつどの事後的な他の法的救済の主張と抵触してしまうという意味での形成効は何ら生じない。そのうえ、給付とともにする損害賠償請求権は、まさに瑕疵に起因する目的物の減価には存在せず、それゆえ内容的にも代金減額権とは何ら重複しないあらゆる損害の賠償に向けられている。それゆえ、買主は、両権利を当然に並立して、順次に行使しうる。

2) 全給付に代わる損害賠償 (いわゆる「大きな損害賠償」) との関係

(a) 代金減額権行使前

買主がすでに全給付に代わる損害賠償請求権 (いわゆる大きな損害賠償) を主張していた場合には、代金減額は排除される。解除と同様に、BGB281 条 5 項、346 条以下による全給付に代わる損害賠償請求権の主張も、売買契約の巻き戻しという結果をもたらす。全給付に代わる損害賠償請求権の主張は、したがって、解除と同様の形成効を有する。このような形成効は、前述のとおり、形成効の行使は原則として撤回できないということから、事後的に排除することは許されない。なぜなら、代金減額にとっては、縮減された売買代金の下での売買契約の存続が本質的必要条件であるからである。それゆえ、解除の意思表示後の代金減額と同様に、全給付に代わる損害賠償請求権が主張されたのちは、代金減額も排除される。すでに、全給付に代わる損害賠償を請求した買主は、事後的に、代金減額に変更することもできない。なぜなら、これは、すで

に生じた契約の消滅という効果の覆滅を意味するからである。

(b) 代金減額権行使後

これに対して、買主がさしあたり代金減額を表示したが、その後、全給付に代わる損害賠償請求権を主張しようとする逆のケースについては、判例及び学説における若干の意見は、代金減額の形成効の考慮の下で、代金減額の意味表示後に大きな損害賠償請求権を行使することを買主に認めない。しかし、買主はすでに表示した代金減額によって、全給付に代わる損害賠償請求権の主張を妨げられないという見解の方が優れている。代金減額は契約の存続に抵触せず、このような観点において、法状況を不可逆的に改変するものでもない。それだけでなく、代金減額の金額は、最終的に、全給付に代わる損害賠償に包摂される。なぜなら、全給付に代わる損害賠償は、とりわけ、瑕疵のない状態における目的物の全価値の賠償に向けられているからである。それゆえ、代金減額権の行使後の全給付に代わる損害賠償請求権の主張は、——逆のケースとは異なり——すでに生じた法状況の変更の排除という効果をもたらすのではなく、単に、代金減額によって惹起されたそれほど広範囲ではない変更を拡張するものに過ぎない。

したがって、解除の場合と同様に、買主には、代金減額の表示後に大きな損害賠償を主張することも許されねばならない。さもないと、当初は、瑕疵は軽微であるという誤った事実を前提とし、それゆえ、代金減額のみを主張した買主には、たとえ、瑕疵が重大で、それゆえ全給付に代わる損害賠償が認められるということがのちに明らかになったとしても、代金減額という法的救済しか残されていないことになってしまう。このような帰結は、瑕疵担保法の買主保護の目的設定と調和しない¹⁶⁾。

16) マウラー弁護士も、代金減額と大きな損害賠償の関係については、債権法改正において予期せぬ法の欠缺があり、代金減額と大きな損害賠償の関係についても、BGB325条が類推されるべきとされる。そして、「代金減額権者は、代金減額の意味表示後に同じ瑕疵を理由として全給付に代わる損害賠償に移行することができる」と結論付ける。さらに、後述のBGHの判決でも問題となった自動車の瑕疵の問題についても「月曜日の自

3) 給付に代わる小さな損害賠償との関係

代金減額と給付に代わる小さな損害賠償の関係については、2010 年 11 月 5 日の BGH の判決¹⁷⁾によって、すでに、判断されている。もっとも、BGH は、一般的な判断は示さなかった。しかし、BGH によって判断された特殊な状況を超えて、原則として、買主には、両権利を並行して、順次に行使することが許される。買主が給付に代わる小さな損害賠償請求権を主張した場合には、買主は、——代金減額の場合と同様に——売買目的物を保持し、それゆえ、——全給付に代わる損害賠償請求権の場合とは異なり——売買契約の巻き戻しという結果にはならない。したがって、同時あるいは遅れる代金減額によって排除されうるような形成効は何ら生じない。買主がまず第一に代金を減額し、その後、給付に代わる小さな損害賠償を請求するという逆のケースにも適切に当てはまる。

もっとも、小さな損害賠償の額が、瑕疵による減価、場合によっては瑕疵の除去のための費用に向けられていた場合には、代金減額の額は、少なくとも、部分的には、給付に代わる小さな損害賠償と重複する。それゆえ、買主が代金減額と並んで給付に代わる小さな損害賠償請求権を主張する場合には、買主は代金減額の額を損害賠償請求額に算入しなければならない。これに対して、給付に代わる小さな損害賠償請求権が、瑕疵のない給付が最終的になされないことから生じる更なる損害（それは代金減額の額を超える）に向けられている限りで、損害賠償請求権は、代金減額権と並んで、無条件に主張されうる。

しかし、このシュテーバー教授の見解は、次に見る BGH 判決によって、完全に否定された。

「動車」の場合の新車の瑕疵はその欠陥を生じ易い傾向に存する」とされ、「代金減額の意味表示後に瑕疵の多発性という意味での新たな瑕疵が併発している必要は全くない」と述べている (Clemens Maurer, Übergang von Minderung zum großen Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß § 325 BGB analog, SVR 2017, 321 ff.)。

17) BGH, NJW 2011, 1217.

3 BGH2018年5月9日民事第8部判決（NJW 2018, 2863; ZIP 2018, 1244; JZ 2018, 890. BGHZ 搭載予定）

【事実関係】

- (1) 原告は、2014年2月28日に、V（リース会社）との間で、被告によって製造され、売却に供されたメルセデスベンツの新車のリース契約を締結した。次いで、V（リース会社）は、被告から、当該車両を売買代金99,900ユーロで購入した。2014年3月14日に売買代金を受領したのち、当該車両は、原告に引き渡された。
- (2) 本件リース契約が基礎に置いている約款の9. 1は、リース会社はそのサプライヤーに対して認められた、物的及び権利の瑕疵に基づく請求権をすべて顧客に譲り渡し、顧客はその譲渡を承諾する、という文言を含んでいた。
- (3) 2014年10月から2015年2月までの間に、原告は、本件係争物である車両を、様々な瑕疵（とりわけ：シート調整制御ユニット、ギアシフトサスペンション、複数の電子機器の故障）の除去のために、合計7回にわたって被告の営業所に持ち込んだ。
- (4) 原告は、その2015年8月12日に被告に送達された訴状でもって、売買代金の20%、金額にして19,980ユーロの減額を請求し、（使用利益の控除のち）8,562ユーロ86セントの支払いを求めた。原告は、それまでに生じた瑕疵は全体として質的欠陥、すなわち粗悪な製造によるものなので、本件車両は製造に由来する欠陥の生じ易い傾向（Fehleranfälligkeit）を有している、ということを主張した。すなわち、いわゆる「月曜日の自動車（Montagsauto）」¹⁸⁾が問題となっていた。もっとも、被告は、この時まで原告によって指摘されていた瑕疵は全て除去していた。
- (5) 原告は、その後、まだ、2015年8月と10月の二度にわたって、瑕疵除去（油

18) いわゆる初期不良品。週の初めの月曜日には、工具は、まだ作業手順が通常のルーティンに戻っていないため、瑕疵の多い製品が製造されやすいということから作られた言葉。

圧ポンプのパルスダンパーの不具合、ABC ランプの原因不明の明滅) のために被告の営業所を訪れた。引き続いて、原告は、2015 年 11 月 17 日付けの書面でもって、その請求を——引き続き、本件車両についてはいわゆる「月曜日の自動車」が問題となっているという理由付けによって——、いわゆる大きな損害賠償による売買契約の解消に変更し、使用利益の考慮のもと、88,737 ユーロ 19 セントをリース会社に返還することを求めた。この点について、被告は、油圧ポンプのパルスダンパーの不具合はすでに除去していた。2015 年 8 月の時点で、ABC ランプの原因不明の明滅があったかどうかは、当事者間で争いがあった。

- (6) 一審 (LG Ingolstadt) は、訴えの大部分を認容し、判決によって、被告に、79,920 ユーロに利息を付した額を、本件車両の返還と引き換えに、V (リース会社) に支払うことを命じた。これに対して両当事者から提起された控訴を、原審 (OLG München) は棄却した。当部によって許可された上告によって、被告は、さらに、その訴えの棄却を求めた。

【原審の判断】

原告によって、訴訟の経過の中で表示され、訴えの変更 (ZPO264 条 2 号による特別の訴えの変更か、又は ZPO263 条に基づく裁判所の許可による訴えの変更) の方法で主張された、代金減額からいわゆる大きな損害賠償への移行は、BGB325 条の類推によって可能である。このことは、OLG シュトゥットガルトが、すでに、以前の判決 (ZGS 2008, 479) において、肯定していた。これは、債権法改正における代金減額の規定の改正の結果、変更権 (ius variandi) が失われたことによって生じた柔軟性の喪失についての補償を買主に与えるために、この BGB325 条を類推適用することによって適切に実現される。

【BGH の判断】

破棄自判、請求棄却

(1) BGB434 条 1 項の物的瑕疵の存在¹⁹⁾

- 1) 原審によってこれまでなされた事実認定に基づくと、本件車両は全体的に製造に由来する質的瑕疵を有し、それによって本件の場合には、瑕疵担保権を根拠づける BGB434 条 1 項の物的瑕疵が存在しているかどうかの判断を下すことはできない。
- 2) 裁判所は、この問題についての判断のためには、売買目的物の性質についての必要な認定を行わなければならない。本件車両の製造に由来する質的瑕疵に基づく欠陥を生じやすい傾向が存在することについて争いがなかったわけではないので、原審は、BGB434 条 1 項の趣旨におけるそのような物的瑕疵を、本件車両の状態について専門家の鑑定意見を求めることなしに認定することは許されなかった。
- 3) しかし、本件車両が、原告によって主張された欠陥を生じやすい傾向を示すかどうかの問題を明確にするために、事件を原審へ差戻すことは必要ない。なぜなら、訴えは、それとは無関係に、他の理由に基づいて、全体として棄却されるものだからである。

(2) 代金減額の意味表示の形成力²⁰⁾

- 1) 2001 年 11 月 26 日の債権法改正法の施行によって、代金減額権の行使も、解除と同様に、拘束力ある形成権の意味表示となった。
- 2) 原告は、当初、その 2015 年 8 月 12 日に被告に送達された訴状において原告によって主張された本件車両の製造に由来する欠陥を生じ易い傾向の瑕疵に基づいて、全売買代金の 20% の減額を意思表示し (BGB441 条 1 項 1 文、同 3 項)、関連する使用利益を控除して算出された既払金の返還 (BGB441 条 4 項) を被告に求めた。この代金減額の意味表示の有効性については争いが無い。

19) BGH NJW 2018, 2864 Rn. 13 ff.

20) BGH NJW 2018, 2865 Rn. 19 ff.

- 3) 代金減額の形成権は、買主に、一方的法律行為によって既に存在する法律状況を変更する、すなわち、それ以外の部分については契約を維持しつつ、契約で合意された売買代金を適切な額に縮減することを可能にする。この形成効は、形成権を行使する旨の一方的意思表示が表示の受領者のもとに到達することによって直接生じる (BGB130 条 1 項)。従って、本件では、原告によって表示された代金減額は、——主張された製造に由来する欠陥を生じ易い傾向の存在を正しいものと仮定した上で——すでに 2015 年 8 月 12 日の被告への訴状の送達によって、その形成効を發揮し、従来の契約関係を債務としての売買代金の観点において改訂した。
- 4) 形成効が発生した時から、買主は、彼によって表示された代金減額に拘束され、一方的に、撤回することも、取り消すこともできない。
- 5) この形成力は、立法者によって意識的に選択された形成権の性質から生じる。有効な代金減額の意味表示は、契約上合意された売買代金を、直接、——そして同時に不可逆的に——適切な額に縮減し (BGB441 条 3 項)、それによって、給付と反対給付の等価関係を回復させる、という結果をもたらす。

(3) 旧 BGB465 条に依拠する見解に対して²¹⁾

- 1) これに対して、学説においては、新債権法施行後、一部において、買主は、彼によって行使された代金減額権に、売主が買主によって選択された瑕疵担保権を「認識できる形で承諾する」、すなわち、それに対する同意を表示する、場合によっては、これに「対応」してはじめて拘束されなければならない、という見解が主張されている。このような見解は、結局は、旧法に存在していた、売主がいまだ承諾の意思表示をしない、あるいはこれについて反対するまでの間は、買主が一度なされた瑕疵担保解除請求権か代金減額請求権かの選択 (旧 BGB462 条、465 条) から再び離れ

21) BGH NJW 2018, 2866 Rn. 27 ff.

る可能性を達成するという試みが基礎に置かれている。

- 2) しかし、このような見解は、それによれば、買主は売主によって是認される売買目的物の瑕疵に基づいて、旧 BGB462 条、465 条により、売買代金の減額請求あるいは契約解除の請求を、売主が承諾した場合にのみ行使でき、その時までは、その選択に拘束されないという、従来の旧債権法のコンセプトを、立法者は意識的に放棄した、ということを根本的に誤解している。立法者は、これまでの売買契約法上の瑕疵担保権を、消費財の売買に関する EU 指令に適合させるだけでなく、それを超えて完全に新しく規律した。なぜなら、立法者は、旧法を、様々な領域における売主と買主の保護が必要な利益に鑑みて、不十分なものであると感じていたからである。立法者は、両者の利益のために、すべての種類の売買契約に対して、BGB437 条 2 号、3 号に挙げられている瑕疵担保権に優越する、買主の追完請求権を導入した。これらの請求権には、中心的な意味が付与される。なぜなら、それによって、買主は、必要なものを最終的には手に入れる一方で、売主には、契約の解消あるいはその他の瑕疵担保責任を回避する可能性を与えるということが達成されるからである。さらに、立法者は、旧 BGB462 条、465 条による瑕疵担保解除請求権及び代金減額請求権の従来の形態と結びついた法的不確実性を除去するために、解除と代金減額の瑕疵担保権を新しい売買契約法 (BGB437 条 2 号、323 条 1 項、441 条 1 項 1 文) に拘束力を伴う一方的な形成権として起草した。

(4) 代金減額と損害賠償の関係について²²⁾

- 1) 確かに、法は、買主に原則として、売買目的物に瑕疵がある場合に、代金減額と並んで、さらに目的物に生じた損害の賠償を主張することを許容している。このことは、瑕疵がある場合に考慮される損害賠償請求権をリスト化している BGB437 条 3 号は、『及び (und)』という文言でもっ

22) BGH NJW 2018, 2866 Rn. 33 f.

て、その前に置かれている、解除と代金減額に関係する BGB437 条 2 号と結びつけられているということによって表現されている。代金減額と並んで買主に開かれている損害賠償請求権に、給付に代わる損害賠償 (BGB437 条 3 号、280 条 1 項、3 項、281 条 1 項 1 文；いわゆる小さな損害賠償) も含まれる。しかし、そのような請求は、買主が瑕疵に由来する目的物の減価に加えて、さらに損害を受けた場合にのみ考慮される (例えば、得べかりし利益)。これに対して、同じ財産損害に関しては、代金減額と給付に代わる小さな損害賠償は相互に排斥しあう。なぜなら、買主は、すでに売買代金の縮減によって填補された同じ瑕疵損害について、損害賠償を請求することはできないからである。

- 2) さらに、法によって、買主には、拘束力を持ってなされた代金減額の後に、同じ瑕疵を理由として、この形成権の代わりに、あるいはこれと並んで、BGB437 条 3 号、434 条 1 項、280 条 1 項、3 項、281 条 1 項 3 文、同 5 項に基づく、売買契約の解消に向けられた全給付に代わる損害賠償 (いわゆる大きな損害賠償) を請求するという可能性も残されていない。有効に行使された代金減額からの離脱は不可能であるということは、そのような意思表示の拘束力から明らかである。しかし、BGB437 条のコンセプトによれば、代金減額を維持しつつ、大きな損害賠償を主張することも排除される。なぜなら、買主は、有効な代金減額の行使でもって、その瞬間に、立法者によって許された売買契約の維持と解消の選択権を「消尽 (verbraucht)」してしまったからである。

(5) 買主の救済の二者択一性²³⁾

- 1) 立法者は、正反対の目標を向いている二つの権利 (一方では、瑕疵に由来する減価を調整した上での契約維持か、あるいは他方で、給付と反対給付の原状回復のもとでの売買契約の解消) の選択を買主に認めている

23) BGH NJW 2018, 2867 Rn. 41 f.

のは、BGB437条2号に記載されている代金減額と解除の形成権の場合だけではない。BGB437条3号に挙げられている小さな損害賠償(BGB437条3号、280条1項、3項、281条1項1文)と大きな損害賠償(BGB437条3号、280条1項、3項、281条2項3文、同5項)の請求権の場合にも、買主に、契約を維持し減価分(場合によってはさらなる損害とともに)を清算(いわゆる小さな損害賠償)するのか、あるいは契約の巻き戻し(いわゆる大きな損害賠償)を求めるつもりなのかどうかの、原則として二者択一の選択を要求している。

- 2) このような、解除と代金減額だけでなく、大きな損害賠償と小さな損害賠償の間の「両極性(Polarität)」「両立しないこと」が並立していることからすると、代金減額が有効に意思表示された後は(BGB441条1項1文)、解除だけでなく、それを超えて、——解除と同様に売買契約の解消に向けられた——BGB281条1項3文、同5項による全給付に代わる損害賠償の請求も排除される。なぜなら、代金減額の方法で表明された、契約を維持し、そして(単に)瑕疵に由来する売買目的物の減価を理由に売買代金を適切な額に縮減するつもりであるという買主の意思表示と、その代わりに、あるいはそれに加えて、BGB346条以下と結びついたBGB281条5項によれば契約の解消という効果をもたらす、BGB281条1項3文による大きな損害賠償を買主が請求するということは両立しない。さもなければ、代金減額をすでに表示し、その拘束力ある意思表示でもって契約を維持することを決断した債権者は、この決断をまだ改訂することができてしまう。しかし、このような帰結は、代金減額の拘束力ある形成効とも、立法者によってBGB437条2項及び同3項において規定された契約の維持と契約関係の解消の二者択一とも調和しないであろう。瑕疵に鑑みて代金減額の決断をした買主は、これに関連して、売買契約の解消を解除の形式でも大きな損害賠償の形式でも請求できないという限りで、その選択権を「消尽」してしまった。

(6) シュテーパー教授らの見解に対して²⁴⁾

- 1) さらに、学説において散発的に主張されている見解は、それらが、代金減額分は、最終的に、全給付に代わる損害賠償に「包摂され」、そしてそれゆえ、大きな損害賠償への移行は何らずでに生じた法状況の修正の巻き戻しをもたらすものではなく、単に、代金減額によってもたらされた、それほど大きくはない修正の「拡張」にすぎないので、買主はすでに表示された代金減額によって全給付に代わる損害賠償を主張することを妨げられないと考えているのであれば、前述の、BGB437 条 2 項及び 3 項が基礎においているコンセプトを無視している。このような見解は、そのような行為は単に BGB281 条 4 項に従って、代金減額と抵触しないままの残りの給付義務を放棄するものに過ぎないと考えている。
- 2) しかし、このような構成は、法解釈として成り立たない。なぜなら、契約の解消は、すでに有効になされた代金減額に由来する形成効を「拡張」するのではなく、それでもってなされた（縮減された売買代金で）契約を維持するという買主の決断を破棄し、逆行するものだからである。このような構成は、行使された代金減額に伴う拘束力も、買主はこれによって——契約の維持か解消かというその選択権を「消尽」しつつ——売買契約の継続について減価の調整の下で決断したという事情も見落としている。

(7) 原審の見解 (BGB325 条の適用又は類推適用) に対して²⁵⁾

- 1) 原審は、OLG シュトゥットガルトの裁判例、及び、その判決でたびたび引用されている学説に依拠している。これらの見解は、立法者は、これらの権利制度を形成権と構成したとしても、旧法によれば買主の側に存した柔軟性を制限するつもりはなかった、という立場である。旧法に

24) BGH NJW 2018, 2868 Rn. 44 f.

25) BGH NJW 2018, 2868 Rn. 47 ff.

よる代金減額請求権と瑕疵担保解除請求権は、その履行には債権者の承諾が必要であった。このことは、買主は承諾が得られる時点までは、買主によってなされた選択を再び変更することは可能である、という結果をもたらした（変更権（*ius variandi*））。瑕疵ある目的物の買主には、新債権法の適用のもとでも、依然として、瑕疵担保権の変更でもって、事実関係の変化、あるいは瑕疵の結果の重大性が新たに認定されたことに対応することは可能であるに違いない、という。このことは、——解除について——BGB325条の目的論的解釈によって、場合によっては、——代金減額について——BGB325条の類推適用によって、確認される、という。

- 2) これらの見解は、まず第一に、買主に最大限の柔軟性を与えることを目的とする「目的論的解釈」の方法で、依然として「拙速な解除の意思表示を中和する」ことを可能にし、それでもって解除から損害賠償への変更を認めるという（補充的）ルール内容を、BGB325条の規定から導き出すつもりである。BGB281条1項1文による小さな損害賠償が主張された場合には、「損害賠償法上の清算に基づいて」解除によって生じたであろう返還請求権は消滅し、それゆえ、買主は、目的物を保持でき、不履行によってそれを超えて生じた損害の賠償を請求できる、という。
- 3) しかし、このような見解は、多くの点において正しくない。
- 4) 立法者は、BGB325条の規定を、代金減額と解除の場合における旧法との相違において変更権が消滅するということに対する補償として創設したという仮定は、立法資料において、何らの根拠も見いだされない。立法者が、買主には瑕疵担保解除請求権（旧 BGB462条）という法制度の代わりに、解除という形成権（BGB323条）を与え、そして、代金減額請求権（旧 BGB462条）を同様に形成権（BGB441条1項1文）に転換するという決断をしたということは、もっぱら、立法者は、旧 BGB465条に規定されていた瑕疵担保解除請求権と代金減額請求権の履行を不必

要に複雑なもののみなし、実務の要請を不当なもののみなしたという事情に依拠している。それに対して、解除と損害賠償の併存の導入は、これとは別に、旧債権法の不十分性の解決に役立つと考えられた。立法者は、それでもって、旧法において規定され、立法者によって事態適合的なものとしてはみなされなかった履行利益の賠償（不履行に基づく損害賠償）と解除権の行使の二者択一を廃棄し、それゆえ買主に、買主が解除権の有効な行使によって契約を原状回復関係に改訂した場合であっても履行利益の賠償を可能にするつもりであった。

- 5) すなわち、適切な補償のもとに、このような相互の利益をもたらすために、立法者は、それ自体閉じた瑕疵担保責任体系を創設し、その際、買主には、契約の維持と契約から離れることとの間の境界線に沿って、異なった瑕疵担保権が選択に供されている。その際、立法者は、意識的に代金減額を拘束力ある形成権として構築したが、同時に、買主には、代金減額の場合において、追加で、代金減額とは矛盾しないような損害賠償請求権を実現しようという可能性を残した。
- 6) 買主は、BGB437 条 3 号に従って、有効に行使された代金減額権の後でも、それを超えて生じた損害を理由として、BGB280 条 1 項、3 項、281 条 1 項 1 文に従って給付に代わる小さな損害賠償を請求しうる。これによって、買主は、「彼に認められたもの」を保持することが保障される。立法者は、買主が売主にその新たな瑕疵担保権の行使の前に原則として追完を催告しなければならず、それによって買主には十分な考慮期間が与えられていることによって、買主の選択権の行使の際の拙速な（「誤った」）判断から買主を保護することは保障されたものとみなしていたのでなおさら、このような背景には、すでになされた代金減額の後の売買契約の解消に向けられた（大きな）損害賠償については、立法者の観点から、何らの必要性も存在していなかった。

(8) EUの消費財の売買に関する指令との関係²⁶⁾

- 1) 上告に対する答弁書の見解に反して、結局、消費財の売買についてのEU指令3条2項、5項も、本件において、原告がそのすでに表示された代金減額から全給付に代わる損害賠償に移行することを許すべきことを要請しているわけではない。
- 2) このことは、消費財の売買指令は、売買契約上の瑕疵担保のすべての局面を規律しているわけではなく、単に追完、代金減額、契約の解消についての請求権について規律しているに過ぎないという事情から導かれる。消費財の売買指令3条2, 3, 5項は、消費者は、そこで挙げられている要件のもとで、同指令3項の基準に従って、修補もしくは追完によって消費財の契約に従った状態を無償で回復することあるいは売買代金を適切な額に減額すること、もしくは、同指令5項及び6項に従って、当該消費財に関連して契約を解消することの請求権を有しているということ(のみ)を規定している。それゆえ、契約に反した目的物の買主の損害賠償請求権は、EU指令によって考慮されていない。それゆえ、消費財のEU指令は、当然のことながら、代金減額と損害賠償の関係について何も述べていない。原告の上告代理人によって当部の口頭弁論期日に主張された見解に反して、このことは、確かに売買契約の解消に向けられてはいるが、消費財のEU指令の趣旨における「契約の解消(Vertragsauflösung)」と同一視されてはならない大きな損害賠償についても当てはまる。
- 3) さらに、このEU指令の規定の文言だけでなく趣旨目的も、消費財の買主に「契約解消」(解除)の請求権を、買主が当該契約違反を理由にすでに有効に売買代金の適切な減額を招来していた場合にもまだ認めるべきであるということに不利に働く。確かに、消費財のEU指令は、買主に、

26) BGH NJW 2018, 2870 Rn. 63 ff.

消費財の売買の枠内において、前述の権利の選択権を認めている。その場合、追完が優先する。しかし、EU 指令は、有効になされた選択は拘束力を有すべきではないという点について (明示的に) なにも述べていない。消費財の EU 指令に対する委員会の提案からも、そのような拘束力を持ってなされた選択からの離脱は導き出され得ない²⁷⁾。EU 指令の文言と並んで、特に、契約違反は追完あるいは代金減額によって十分調整されるというイメージが基礎に置かれているという事情は、拘束力を有さないという見解に不利に働く。

4 本判決に対する評価

(1) 本判決を支持する見解²⁸⁾

ローレンツ教授の見解²⁹⁾

ローレンツ教授は、本判決によると、売主の側から見て、買主は少なくとも、代金減額的意思表示によって、「瑕疵にかかわらず最終的に契約を維持するということも表示している。すなわち、最初に代金減額がされた場合には、(学説において相当数の学者が主張しているように) 代金減額は、単に、解除の前段階ではない。代金減額は最終段階であり、さらに「代金減額的意思表示をする者は、拘束力をもって、契約を維持するつもりである」という意思を表示している。したがって、買主は、——同じ瑕疵を理由として——給付に代わる損害賠償に移行することはできない。買主は、BGH が具体的に示しているよう

27) KOM (95) 520 endg., S. 14 f.

28) 本文中に挙げたものの他、本判決を支持する見解としては、Abbas Samhat, EWiR 2018, 459; Leonhard Hübner, LMK 2018, 407912; Juan Carlos Dastis, jurisPR-BGHZivilR 12/2018 Anm. 1 などがある。

29) Stephan Lorenz, BGH verneint großen Schadensersatz nach Minderung: Drum prüfe, wer für ewig mindert. In: Legal Tribune Online, 09.05.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/28553/

に、契約を解消するための権利を「消尽」してしまっている」とされる。

他方で、「リースユーザーは、この月曜日の自動車の瑕疵を理由として最初に代金減額をした場合には、この代金減額は、新たな瑕疵が生じた場合に、それを理由として解除すること、あるいは給付に代わる損害賠償を求めることを妨げない」とも述べている。

ローシェルダース教授の見解³⁰⁾

ローシェルダース教授は「本判決は、BGB437条2号と同条3号の瑕疵担保権の関係についての基本的問題を明確にするものである。BGHは、瑕疵に由来する不利益の調整のもとで契約を維持することを目的とするような瑕疵担保権（代金減額、小さな損害賠償）と、契約の巻き戻しに向けられた瑕疵担保権（解除、大きな損害賠償）の間を明確に区別した。買主が拘束力を持って二者択一について決断した場合には、買主は他の選択肢に移行することは禁じられたままである。BGHは、買主の選択権はこれによって制限されると考えている。しかし、BGHは、正当にも、法的安定性に対する売主の利益も保護されなければならないという点を指摘する。したがって、BGHの解決は、BGB434条以下の売買契約法上の瑕疵担保責任の体系に適合しているだけではない。むしろ、BGHの解決は、買主と売主の正反対の利益の適切な調整にも至る」と述べ、本判決の立場を支持されている。

トーデ教授の見解³¹⁾

元BGH判事のトーデ教授は、「BGHは、この判決によって、売買法について、学説及び判例において議論のあった代金減額と契約の巻き戻しを可能にする瑕

30) Dirk Looschelders, Kein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags im Rahmen des großen Schadensersatzes nach wirksam erklärter Minderung, JA 2018, 784, 787.

31) Reinhold Thode, jurisPR-PrivBauR 10/2018 Anm. 1.

疵担保権との関係についての問題を明らかにした」と本判決を評価する。そして、「売買契約法についてなされた本判決の理由づけは、受領後の請負契約の瑕疵担保責任 (BGB634 条) にも適用可能である。なぜなら、売買契約法上の瑕疵担保責任と、それに対応する請負契約法上の請求権は、その体系及び規定の目的において、一致しているからである」として、本判決の論理は請負契約についても妥当するとされる。

以上の点から、「本判決は、実務に対して、要旨に定式化された原則とともに、BGB434 条による売買法上の瑕疵担保請求権及び BGB634 条による受領後の請負法上の瑕疵担保請求権に関する法的安定性を基礎づける」とされる。

ファウスト教授の見解³²⁾

ファウスト教授は、「解除と代金減額は、それらの内容からだけでなく、BGB437 条 2 号における「又は (oder)」という文言からも明らかなように、相互に排斥しあう。それらは形成権なので、そのうちの一つの主張は拘束力を有し、撤回はできない」という立場を前提として、「買主が代金減額からまだ解除に移行できるかどうかは、代金減額の中に契約の一部解消についての決断のみを見出すのか、それとも改訂された契約の維持についての決断も見出すかに依拠する。すなわち、前者の場合においては、解除への移行は、その形成効には抵触しない、単なる代金減額の拡張に過ぎないことになる。それに対して、後者の場合には、そのような移行は、——本来は不可能な——代金減額の撤回と結びつくことになる。形成権の行使によって、法状況の終局的な明確化が達成されるべきであるので、より、後者の見解が支持される。それゆえ、代金減額から解除への移行は不可能である」として、BGH の見解を支持する。さらに、「同じ考慮は、全給付に代わる損害賠償から「小さな」損害賠償への転換、およびその逆にも当てはまる」とも述べている。

32) BeckOK BGB/Faust, 48. Ed. 1.11.2018, BGB § 437, Rn. 179, 181.

代金減額と大きな損害賠償の関係についても、「代金減額と全給付に代わる損害賠償は論理的に排斥しあう」とされ、「買主が代金減額をした場合には、買主はもはや全給付に代わる損害賠償に移行することはできない」というBGHの見解を支持される³³⁾。

(2) 本判決に反対する見解

シュテューバー教授の見解³⁴⁾

シュテューバー教授は、「BGHの視点は、ドイツの私法の解釈学に基づくと、納得のいくものではない」…「代金減額の形成効は、売買代金債権の一部消滅に限定される。それに対して、BGHの見解に反して、『売買契約の継続的有効性 (Fortgeltung des Kaufvertrags)』は、何ら、その後の解除によって排除されるような、代金減額の特別な法律効果ではない。売買契約の(将来的な)有効性は、代金減額に依拠するのではなく、その限りで代金減額には関係しない、当事者間の個別の契約上の合意に依拠する」と批判する。そして、代金減額を主張した後でも、解除や大きな損害賠償を主張できることは、「特に、買主は当初は瑕疵は軽微なものであると認識しており、それゆえ代金減額しか行わなかったが、後に、瑕疵が重大であり、従って、BGB323条5項2文に基づいて解除権が存在するということが明らかになった場合に重要となる。BGHによって、そのような状況下の買主に、代金減額から解除又は大きな損害賠償への転換が認められないのであれば、瑕疵担保責任規定によって目指されて

33) オムロー教授も、「このBGHZ 搭載予定の詳細に理由づけられた基本判例は、売買法上の瑕疵担保責任の立法並びに理論上の中心的問題に取り組むものである。…本判決は、多くの点において、示唆に富む」として、本判決の結論を支持される (Sebastian Omlor, Verhältnis von Minderung und großem Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2018, 1235 ff.)。

34) Stöber, Rücktritt und großer Schadensersatz nach erklärter Minderung, NJW 2018, 2834, 2836 f.

いる買主の保護は、不当に縮小されることになる」として、BGH の結論の不当性を述べる。さらに、「とりわけ、消費財の売買に関する EU 指令の基準は、BGH によって、十分に考慮されていない。EU 指令は、重大な契約違反の場合に、買主に、契約を解消する権利を保障している。その点については、指令において、何らさらなる要件は立てられていない。特に、指令は、契約の解消を、事前に代金減額が主張されていなかったということにかからしめていない。BGH が、一度でも選択された法的救済に拘束されてしまうのかという問題について、このような拘束力は指令と一致しているということ、指令はこの点について沈黙しているということから導くつもりであるのならば、BGH は、まさに、現行の解釈基準をねじ曲げている」として、本判決が EU 指令の観点からも問題があると指摘する。

ヴァイラー教授の見解³⁵⁾

ヴァイラー教授は、本判決に対して、「代金減額が撤回できないことについての説示は、賛同に値するが、代金減額と大きな損害賠償の両立の否定は、説得力のあるものではない」とする。

すなわち、「結論において、代金減額と大きな損害賠償の両立を支持する、学説における前出の意見は、賛同されうる。すでにみたように、BGB325 条はその点について有利に働く。なぜなら、代金減額は一部解除であり、解除と大きな損害賠償の法的に許可された重畳関係は、代金減額と大きな損害賠償の重畳関係よりも、売主にとっては、より負担であるからである。さらに、代金減額は損害賠償に包摂されるということ、そして、代金減額によって縮減されないままであった残りの給付義務は破棄されるということから、これらの請求権の追加的主張は代金減額によって招来された法状況の拡張に過ぎないというこ

35) Frank Weiler, Entscheidungsanmerkung, BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, ZJS 2018, 477, 480 f.

とを反論として持ち出すのは正当である。もっとも、BGH は、契約の巻き戻しは、代金減額に由来する形成効の拡張ではなく、契約を維持するという決断の破棄であるという理由から、このような構成を、解釈上誤ったものと評価した。しかし、このような視点は、法解釈学的に誤っている。なぜなら、給付に代わる損害賠償の請求は、契約の巻き戻しに向けられたものではなく、変更された売主の給付義務を伴う契約の履行に向けられたものであり、代金減額の拘束力は売買代金の縮減を拘束するが、売買目的物の保持は拘束しないからである」と述べ、代金減額と大きな損害賠償の両立を認めるシュテーバー教授らの見解を支持する。

マルクボルス博士の見解³⁶⁾

マルクボルス博士は、代金減額から給付に代わる大きな損害賠償への移行の可能性について、「法文からも立法資料からも、買主がすでに売買代金の減額を表示していた場合には、給付に代わる大きな損害賠償を主張することが排除される、ということを導くことはできない」と述べる。そして、「もし、実際に、立法者が BGB437 条において、一度表示された代金減額による大きな損害賠償に対する排除効を表現するつもりであったのならば、当然に、もっと違う形式の文言にしていたであろう」とされ、立法者は、解除から代金減額への移行は排除するつもりであったが、代金減額を表示した後に、新たに大きな損害賠償を請求することについては、何らそれを否定するような資料は存在しないという。さらに、「法体系からも、両瑕疵担保権の権利の性質からも、代金減額の後にはもはや大きな損害賠償は主張されえない、ということは明らかにならない。なぜなら、代金減額は、それによって給付と反対給付の等価関係が回復されたという限りにおいてのみ、不可逆的な効果を与えられるからである。給付に代わる大きな損害賠償をその後に認めることは、このような限定された形成

36) David Markworth, Anmerkung BGH, Urteil v. 9. 5. 2018 - VIII ZR 26/17, JZ 2018, 890, 897 ff.

効とは何ら矛盾しない」とされる。

また、BGH は、売買代金を減額した買主は、同時に、不適合のある給付を維持し、それとともに契約を維持するという決断をした、という点に依拠しているが、「法文からも、立法資料からも、このような見解を読み取ることはできない」という。BGB325 条は、解除と損害賠償の両立を超えて、「瑕疵担保権の相互の関係については何も述べていない。その必要性も全くない」と述べる。

さらに、BGH の言う、追完のための催告期間の設定によって、軽率な代金減額からは保護されるという見解に対しては、催告期間の設定は、せいぜい、反射的に買主にとって熟慮期間として機能するにすぎず、立法者も、「買主を軽率さから守るという観点において、明白に、催告期間設定に、なんら重要な意義を認めていなかった」と反論する。

5 ドイツ法の小括

このように、BGH による判決以前は、ドイツ法においては、旧 BGB の代金減額請求権は売主の同意があるまでは撤回可能であるという解釈を改正法にも持ち込む説や、シュテューバー教授のように、代金減額から解除や大きな損害賠償への移行は、単なる契約改訂効の「拡張」に過ぎず可能であるとする説、原審のように BGB325 条を類推し、解除と損害賠償の両立を根拠に、代金減額と大きな損害賠償の両立を認める説などが提唱されていたが、BGH は代金減額の形成効について、立法者意思に依拠して厳格にとらえ、代金減額意思表示をした後は、同じ瑕疵を理由として、いわゆる大きな損害賠償に移行することはもはや許されない、という立場を堅持したということができる。

この BGH の判決に対しては、実務家を含め支持する立場が多いが、シュテューバー教授やヴァイラー教授のように、本判決を批判する見解も有力に主張されている。

第三 日本法への示唆

1 代金減額請求権と損害賠償請求権の関係

(1) 二つの救済の両立

前述したように、確かに、追完や代金減額のように現実には生じている契約不適合に対する救済と、もし契約不適合がなかったとしたら得られたであろう利益のような契約不適合がない状態に基づく賠償は理論的には両立しないといえる。

しかし他方で、債務不履行を前提として契約の巻き戻しという効果を生じさせる解除と、不履行がなかったとしたら得られたであろう利益の賠償を目的とする履行利益の賠償は、改正前民法下の通説・判例も、必ずしも相容れないものとは見ていなかった³⁷⁾。このような理解は、改正法のもとでも変更されないとと思われる。

そして、代金減額と機能的に類似する一部解除についても、改正法では、545条4項が適用されるため、履行利益の賠償は何ら妨げられない。

さらに、前述したように、ドイツ法では、BGHは代金減額権行使後の全給付に代わる損害賠償請求権(いわゆる「大きな損害賠償」)の行使は否定したが、小さな損害賠償請求権(得べかりし利益の賠償を含む)の行使は許容している³⁸⁾。

(2) 契約改訂効と損害賠償

これに対して、先述したように、立案担当者は、代金減額によって、いわば契約に適合した物が引き渡されたとみなされることから(いわゆる「契約改訂

37) 谷口知平ほか編『新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕』895頁以下〔山下末人〕

38) もっとも、日本法は、ドイツ法のように、いわゆる「大きな損害賠償」(目的物を返還)と「小さな損害賠償」(目的物を保持)を、そもそも法概念として明確に区別していない。もちろん、日本法においても、代金減額請求権行使後の損害賠償を認めた場合であっても、契約不適合のある目的物を返還して全給付に代わる損害賠償を請求する場合には、減額分については二重取りになるので、損害額から控除されなければならない。

効)」、代金減額は一部解除とは異なるとする。

確かに、代金減額に契約の改訂効が伴うことは否定されないが、代金減額に契約改訂効が生じるのであれば、契約を巻き戻す解除には、究極の契約改訂効が生じるはずであるのに、履行利益賠償も認められることについては説明がつかない。やはり、代金を減額したことをもって、契約不適合のある目的物が給付された事実もなかったことになるという前提自体に無理があるのではないであろうか。

結局、代金減額と履行利益の賠償の両立の問題は、契約改訂効とは無関係の問題であるといわざるを得ない。

以上から、日本法においても、代金減額と営業損失等の得べかりし利益の賠償は両立すると解する余地もあると思われる³⁹⁾。

2 代金減額請求権と解除の関係

(1) 代金減額と解除の形成効

この点についても、日本法における支配的見解は、立案担当者も含め、代金減額請求権行使後の解除権の行使については否定的である。

これに対して、ドイツ法における学説においては、代金減額権の行使後であっても、解除権を行使することは、形成効の抵触を生じず、可能であるとする説もある。もっとも、近時の BGH の判決によると、判例は、代金減額権の行使後の解除権の行使については否定的である。

たしかに、損害賠償との関係の問題とは異なり、代金減額の契約改訂効と解

39) 山野目教授も「代金減額により償われるものは、目的物の減価に相当する不利益であり、その他の損害の賠償請求は、帰責事由のある売主に対し、することができなければなりません」。「代金減額請求と重複しない損害賠償は請求することができるということがまず確認される必要があると感じます」と述べておられる（「債権法改正と実務上の課題 07 売買」ジュリ 1521 号 89 頁以下）。

除の原状回復は抵触するともいえる。これに対して、ドイツ法においてシュテューバー教授らも主張されているように、解除後の代金減額の主張には契約改訂効との抵触が生じるが、代金減額後の解除の主張は、いわば契約改訂効の「拡張」ともいえるもので、本質的な意味での抵触は生じていないという見方も可能である。

結局、この問題は、ファウスト教授が述べておられるように、「代金減額の意味表示の中に契約の一部解消についての決断のみを見出すのか、それとも改訂された契約の維持についての決断も見出すのかに依拠する」と言える。

この点に関しては、私見は、次に述べるように、代金減額の「損害賠償」的性質に鑑みると、日本法においても、代金減額の意味表示に直ちに「改訂された契約の維持についての決断」を読み込むことには躊躇を覚える。

(2) 算定の場面における代金減額の「損害賠償」的性質

日本の改正法についての立案担当者も含めた多数説は、代金減額割合の算定について、客観的市場価格と不適合による客観的な減価割合を算定し、その比較によって減額割合を算定するとされている⁴⁰⁾。このような算定方法は、不履行のない時の財産状態と不履行があった時の財産状態の差を損害と理解する「差額説」と同様の発想が存在する。また、代金減額請求権は、形成権とは言え、解除や取消しのような、「0」か「100」かのような効果ではなく、結局のところ、減額割合について争いがある場合には、判決によって確定されるまでは、確定的な減額割合は分からない。このように、代金減額は形成権とはいえ、その算定の場面では、損害賠償請求権と実態はさして変わらないといえる。

そうすると、通説のように、代金減額請求権を行使した後は、他の救済手段は断たれるという立場を取ると、買主にとって、代金減額請求権の行使は極め

40) 前掲『一問一答』279頁。

てリスク高いものになってしまう⁴¹⁾。

それゆえ、減額請求によって代金額が最終的に確定したといえるような事情（例えば、判決によって減額後の代金額が確定した、あるいは話し合いによって減額割合について合意したなどの事情）のない限りは、代金減額請求権の主張に代えて解除の主張をすることも許されるとする解釈もあり得るように思われる⁴²⁾。

【追記】

本稿は、2018年9月の神戸大学民法改正合同勉強会（第3期）における報告に基づくものである。勉強会の席上では、諸先生方より多くのご教示を賜った。ここに記して御礼に代えたい。

【参照条文】

BGB⁴³⁾

130条 隔地者に対する意思表示の効力発生

(1) 他人に対して行われる意思表示は、この相手方の不在中に行われたときは、相手方に到達した時点において効力を発生する。相手方に対する到達の前又は到達と同時に意思表示が撤回されたときは、意思表示は効力を生じない。

41) 法制審議会における議論においても、「100で売買をした、受け取ったものに瑕疵がある、瑕疵があるほうは30の減額が相当だと思って、30の代金減額を予定して減額請求した。しかし、相手方からは10の減額だったら応じるよと言ってきたときに、それなら修補してくださいという請求権の行使、これが否定されるのは困ります。同じように30に対して10の返事のときに、それだったら解除して物を返すから、100を返してください」と、この権利行使も妨げられない。そういう理解に至るように構成してくださいということです」という意見が出されていた（第52回会議議事録31頁〔中井委員〕）。

42) その場合の代金減額請求権の形成効は、暫定的なものともみることになる。

43) 山口和人訳『基本情報シリーズ①9 ドイツ民法I（総則）』、同『基本情報シリーズ②0 ドイツ民法II（債務関係法）』

- (2) 表意者が意思表示を行った後に死亡し又は行為能力を失ったとき、意思表示の効力に影響はない。
- (3) この条の規定は、意思表示が官庁に対して行われる場合にも適用する。

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。

281条 履行されなかったか又は債務に従って履行されなかった給付に代わる損害賠償

- (1) 債務者が、履行期にある給付を履行しなかったか又は債務に従って履行しなかった場合において、債権者が債務者に対し、給付又は履行の追完のための適切な期間を定めても効果がなかったときは、債権者は、第280条第1項の要件の下に、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が部分的給付を行ったときは、債権者は、部分的給付にいかなる利益も持たないときに限り、給付全体に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付を債務に従って履行しなかった場合は、義務違反が著しいときを除き、債権者は、給付全体に代わる損害賠償を請求することができない。
- (2) 債務者が、真意として、かつ、最終的に給付を拒絶したとき、又は双方の利益を衡量した上で、直ちに損害賠償請求の主張をすることを正当化する特別の事情が存在するときは、期間の設定は省略することができる。
- (3) 義務違反の種類により、期間の設定が考慮の対象とならないときは、警告

をもってこれに代える。

(4) 債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、直ちに、給付に対する請求権は排除される。

(5) 債権者が給付全体に代わる損害賠償を請求したときは、債務者は、第346条から第348条までの規定により、給付した物の返還請求を行う権利を有する。

323条 給付が行われないこと又は給付が契約に従って行われないことによる解除

(1) 双務契約において、債務者が履行期にある給付を行わないか、又は契約に従って行わない場合において、債権者が相当の期間を定めて給付又は履行の追完を催告しても効果がなかったときは、債権者は、契約を解除することができる。

(2) 次に掲げるいずれかの場合には、期間を定めることは不要とする。

1. 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。
2. 契約で定めた期日まで又は契約で定めた期間内の給付が、契約締結前に債権者に対して行った通知により又は契約締結に付随するその他の事情に基づき、債権者にとって本質的であるにもかかわらず、債務者がその期日までに又はその期間内に給付を行わないとき。

3. 給付が契約に従って履行されない場合において、契約当事者双方の利益を衡量した結果、契約の即時解除を正当化する特別の事情が存在するとき。

(3) 義務違反の種類により、期間を設定することが考慮の外に置かれるときは、これに代えて警告を行うことができる。

(4) 債権者は、解除の要件が発生するであろうことが明白であるときは、給付の履行期の到来前であっても契約を解除することができる。

(5) 債務者が部分給付を行った場合において、債権者は、部分給付が行われることに利益を有しないときに限り、契約全部を解除することができる。債務者が契約に従って給付を行わない場合において、債権者は、義務違反が重大でな

いときは、契約を解除することができない。

(6) 債権者が、自己が解除権を有したであろう事情について、単独で若しくははるかに大きな比重で責任を有するとき、又は債権者が受領遅滞に陥っているときに債務者に責めを負わせることができない事情が生じたときは、解除を行うことはできない。

325条 損害賠償及び解除

双務契約において損害賠償を請求する権利は、契約の解除によって排除されることはない。

346条 解除の効力

(1) 契約当事者の一方が、解除権を留保し、又はその者に法律上の解除権が帰属するときは、解除がなされた場合において、受領した給付を返還し、引き出された用益を引き渡さなければならない。

(2) 次に掲げる場合には、債務者は、返還又は引渡しに代えて、価値の補償を行わなければならない。

1. 返還又は引渡しに、得られたものの性質上、排除されているとき。
 2. 債務者が受領した対象を消費し、譲渡し、担保に供し、加工し又は変形したとき。
 3. 受領された対象が、劣化し又は毀滅したとき。ただし、定めに従った使用により生じた劣化は、斟酌しないものとする。契約において、反対給付が定められているときは、反対給付は、価値補償の算定に当たり、基礎としなければならない。価値補償が金銭消費貸借の貸付金の使用利益に対して行われなければならないときは、使用利益の価値がより低かったことを証明することができる。
- (3) 次に掲げる場合には、価値補償の義務は消滅する。

1. 解除を正当なものとする瑕疵が、対象の加工又は変形の間に初めて明らかになったとき。

2. 債権者が、劣化又は毀滅について責めを負うべきであり、又は債権者の下でも損害が生じたであろうとき。
 3. 法律による解除権の場合において、解除権者が自己の事務において通常払われるべき注意をもって監視していたにもかかわらず、劣化又は毀滅がその下で生じたとき。残存する利得は、引き渡さなければならない。
- (4) 債権者は、第 1 項の規定から生じる義務の違反を理由として、第 280 条から第 283 条までの規定の基準に従い、損害賠償を請求することができる。

347 条 解除後の用益及び費用

- (1) 債務者が、可能であったにもかかわらず、通常の経済の原則に従って用益を得ることをしなかったときは、債務者は、債権者に対し、価値補償の義務を負う。法律による解除権の場合においては、解除権者は、用益について、自己の事務において通常払われるべき注意についてのみ責任を負う。
- (2) 債務者が対象を返還し、若しくは価値補償を行い、又は債務者の価値補償の義務が、第 346 条第 3 項第 1 号若しくは第 2 号の規定により排除されるときは、債務者に対し、必要費を償還しなければならない。その他の費用は、債権者がこれによって利益を受けた限度において償還しなければならない。

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つたときは、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つたときも、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、および
3. 第440条、第280条、第281条、第283条及び第311a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。

旧 BGB

462条

459,460条の規定に従って売主が責任を負わなければならない瑕疵を理由として、買主は、契約の解消(瑕疵担保解除(Wandelung))または売買代金の縮減(Minderung)を請求することができる。

465 条

買主の請求に対して売主が同意した場合には、瑕疵担保解除又は代金減額は実行される。

消費財の売買に関する EU 指令⁴⁴⁾

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、又は、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、又は、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みなされる、

——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。

修補又は代物給付は、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

44) 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、又は、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、又は、

——売主が、相当期間内に救済を行わなかった場合、又は、

——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。