

合意した物よりも高価な異種物の給付について

—ドイツ新債務法の法状況を中心に—

大 木 満

I. はじめに

弁済ないし債務の履行について、一般に次のように言われる。

「弁済とは、債務者又は第三者が債権の内容である給付行為をし、それによって債権が消滅することである。履行ともいわれる。弁済と履行は、同じことを別の観点から見たものである。履行は、債権の内容を実現するという債務者（又は第三者）の行為の面から見たもので、債務不履行と対比される。弁済は、債権が消滅するという面から見たものである。…『何を』弁済するかは、債権の目的（内容）の確定の問題であり、債務の発生原因である契約又は法律の規定の解釈によって定まる⁽¹⁾。」あるいは、「債権関係は、債務者が一定の利益（債権者利益）を債権者に実現することへ向けられた規範的拘束を内容とする。この債権関係に基づき債権者に保証された債権者利益が債務者によって実現されたと法的評価されることを、弁済（履行）—正確には、『債務の本旨に従った履行』—と言う（旧民法財産編 451 条 1 項は、『弁済は義務の本旨に従うの履行なり』としていた⁽²⁾。）」

それゆえ、弁済によって債権を消滅させるためには、債権の内容である給付行為、あるいは債権者利益の実現行為、すなわち、債務の本旨に従った履行を

合意した物よりも高価な異種物の給付について

する必要があり、何を弁済すると債務の本旨に従った履行に当たるのかどうか—債務の本旨の中身—を契約や法律の規定の解釈で確定する作業が極めて重要となる。その際、債務の履行が債務の内容との関係で質的ないし価値的にあるいは数量的に少ない場合については、言うまでもなく、債務の本旨との関係で債務不履行や担保責任の問題として重要であり、多くの検討がなされている。それに比べて、債務の履行が債務の内容との関係で質的ないし価値的にあるいは数量的に多い過多給付（過履行）ないし過大給付の場合については、一面において、売買された土地の面積が契約で合意した面積よりも広がった土地の数量指示売買の事案について平成13年11月27日に最高裁判所の判決⁽³⁾が出されたことを契機に特定物売買における数量超過ケースにつき議論がなされることとなったとはいえ⁽⁴⁾、我が国ではあまり議論されていない状況である。というのも、通常、この種の問題は、売主には損となることから、過多給付（過履行）、とりわけ合意された物よりも高価な物の給付はほとんどなされず、他方、仮になされた場合でも今度は買主には利益となることから、あまり問題が顕在化せず、また契約違反から買主を保護しなければならないことが前面に出る本来の意味での債務不履行の場面とは明らかに異なり、むしろ重点は過多給付（過履行）をした売主の保護を債権者である買主との関係でどう図るかという、本来の債務不履行の問題とは異質な問題であるからであろう。

そこで、本稿では、債務の本旨に従った履行かどうかの一場合の検討として、例えば、中古のVWニュービートル甲車を買ったところ、それよりも値段の高い中古のベンツCクラス乙車が引き渡された特定物売買のケースやパソコン・ショップで某メーカーのA機種のパソコンを注文したところ、数日後に同じメーカーのA機種よりも高価な上位機種のア'機種のパソコンが届けられた種類売買のケースのような価値的な面での過多給付（過履行）といわゆる異種物給付（aliud-Lieferung）⁽⁵⁾との関係を債務の履行上どのように考えるのか、の問題を取り上げることにする。

合意した物よりも高価な異種物の給付について

一見すると自明なことのように思われるが、大きくは3通りの考え方に分けることができよう⁶⁾。すなわち、このようなケースにおいては、多くの場合には債権者の利益となるので、正に当該その物でなければ困る等の特段の事情のない限り、債務の本旨の履行として認めてよいとする【考え方A：本旨履行】（=大は小を兼ねる：債権は満足して消滅し、買主による給付物の保持を肯定）、それとも、契約したのとは別物の給付なので債務の履行は全くなかったとする【考え方B：無履行】（=別物は別物である〔いわゆる異種物の給付〕：債務無履行（未履行）なので本来の履行が何らなされておらず、不当利得として売主による給付物の返還請求は可能）、あるいは、別物とはいえ債務の本旨との関係で不完全ながらも履行があったものとして捉えるとする【考え方C：債務不履行】（別物の給付は契約に適合しない：あとは債務不履行ないしは瑕疵担保の問題とし、他方、契約関係に基づいて給付された物なので不完全な履行とはいえ一応買主の給付保持には法律上の原因がある）、である。

現行法においては、例えば、不特定物売買と民法570条の適用の有無が問題となった大審院の大正14年判決（大判大正14年3月13日民集4巻217頁）⁷⁾や商事売買における異種物（品物違い）の給付と商法526条適用の有無が問題となった東京地裁の平成2年判決（東京地判平成2年4月25日判時1368号123頁）⁸⁾等から裁判所の考え方を多少なりとも窺い知ることができる。

すなわち、前者の判決では、「不特定物ノ売買契約ニ於ケル売主カ瑕疵アル物ヲ買主ニ給付スルモ未タ完全ニ其ノ義務ヲ履行シタルモノト謂フヲ得サルカ故ニ縦令売主ニ於テスル物ヲ提供スルモ買主ニ於テ其ノ受領ヲ拒絶シ得ルハ洵ニ所論ノ如シ然レトモ之ヲ契約ノ目的物ト全然種類ヲ異ニセル物ノ給付ト同一視シ全ク契約ノ履行ト為リ得サルモノト速断スルハ失当ニシテ寧ロ買主ニ於テ之ヲ受領シタル場合ニ於テハ不完全ナカラモ契約ノ履行アリタルモノト解スルヲ正当トス」と述べて、全く異なる種類の物の給付は債務無履行であるとの考え方を前提とし、後者の判決では、商事売買の買主に検査通知義務違反がある

合意した物よりも高価な異種物の給付について

場合には買主の解除や代金減額等が制限されることになる商法 526 条 1 項の検査の対象について、「直接には目的物に瑕疵または数量不足がある場合だけを規定しているにすぎないうえ、同法 527 条及び 528 条と読みくらべてみると、526 条ではその文言上あえて品物違いの給付がなされた場合が除外されているものであることを読み取ることができる。」として、別種類の商品を送付するという基本的な誤りをした売主よりも買主を保護する必要性からではあるが、全くの別物であることが一見して明白であるとされたケースにおいて異種物（品物違い）の給付は不完全な給付とは扱われないことを示しているからである。

以上のような判決から、裁判所は、大きくは、種類売買の場合には、全く異なる異種物の給付については【考え方 B】のスタンス、そうでない物の給付については【考え方 C】のスタンス（ここでの高価な異種物の場合には不明）、特定物売買において別物を給付する場合には、種類売買における考え方から、売買目的物の客体が全く異なるので基本的には【考え方 B】のスタンス、つまり別物と認定できるのであればその給付は無履行との考えを基本に据えている立場と推測される。

学説においては、例えば教科書レベルでは簡単に、主に種類売買の場合を念頭において、債務の目的物とは全く別の種類の物を給付する場合（不真正履行）を給付がないものと見てこれを不完全履行と区別する学説もあるが、とにかく履行があったのだから不完全履行と見てよいとし⁽⁹⁾、あるいは、全く違う機種のパソコンを引き渡した場合には全く履行とは認められず全部履行遅滞と扱えば十分であると述べられているにすぎない⁽¹⁰⁾。また、特定物売買の場合において合意した物と別の物を給付した場合については、教科書レベルでは一般には触れられておらず、少なくとも伝統的な理解では債務の履行は全然なされていないことを当然のことと解していたように思われる⁽¹¹⁾。

他方、我が国で現在進んでいる債権法改正における民法（債権法）改正検討委員会の試案では、【3.2.1.16】（目的物の瑕疵に対する買主の救済手段）で、買主

合意した物よりも高価な異種物の給付について

に給付された目的物に瑕疵があった場合には、買主には、瑕疵のない物の履行請求（代物請求、修補請求等による追完請求）、代金減額請求、契約解除、損害賠償請求の救済手段が認められるとし、その際、物の瑕疵については、【3.1.1.05】（瑕疵の定義）で、その物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない等、当事者の合意、契約の趣旨および性質（有償、無償等）に照らして、給付された物が契約に適合しないことと定める。したがって、質的瑕疵だけではなく量的瑕疵も物の瑕疵と捉えるとともに、主観的瑕疵も客観的瑕疵も含めて、給付された物が契約に適合しない場合を一律に物の瑕疵と捉えることによって、異物や異種物の給付も、合意した物よりも高価な物の給付も、契約に適合しない瑕疵のある給付（債務不履行）と捉える方向性（上記【考え方C】）が示されている⁽¹²⁾。

このような状況において、いわゆる異種物給付と不完全履行との関係が久しく議論され、2001年に債務法の現代化のためのBGBの大改正がなされ、2002年から施行されているドイツでの議論は、この問題を考えるに当たって、少なくとも問題のポイントや問題状況の整理となるであろう。というのは、新債務法においては、給付した物が異種物なのか不完全な瑕疵のある物なのか（例えば、VWゴルフの赤色の新車を注文したところ黄色のVWゴルフが引き渡された場合に別物か瑕疵のある物か）、といういわゆる異種物給付をめぐる議論から脱却して、BGB434条3項で、契約した物と異なる物を給付した場合は、物の瑕疵と同様に扱うことを明示する明文の規定を設け、内容的には我が国の改正試案と同様の【考え方C】の方向性を採ることを明らかにしているからである。したがって、債務法改正後のこの問題に関するドイツにおける議論は、我が国の改正試案の是非との関係でも有用なものと思われる。そこで、契約をした物よりも高価な物が給付された過多給付（債務過履行）と異物ないし異種物の給付との関係に関する問題について、本稿では、ドイツにおける議論状況を概観することにする。

II. ドイツ法の状況

1. 契約で合意した物と異なる高価な物の給付—異種物給付か、瑕疵のある給付か

(1) BGB434条3項

ドイツにおいて2001年債務法の大改正がなされた⁽¹³⁾。物に関する瑕疵担保責任は権利に関する瑕疵の責任とともに債務不履行責任と位置づけられることにより、特定物売買・種類売買を問わず、瑕疵責任のもとにまとめられることとなった。また、この改正において、いわゆる異種物給付 (aliud-Lieferung) をめぐる問題を、特定物売買・種類売買を問わず、また商事売買・民事売買を問わず、統一的に解決するという立法を行った。

すなわち、ドイツ新債務法はBGB434条で物の瑕疵について定め、同条3項で、「売主が《他の物》又は過少の数量を給付したときも、物の瑕疵と同様である《 》筆者挿入。」と規定する。同項は、売買契約において契約で合意した物と異なる《他の物》を給付する場合には、すべて瑕疵のある物の給付と同置 (同視) することによって、いわゆる異種物と瑕疵ある物との区別の困難性⁽¹⁴⁾を回避することを目的の1つとして、法改正前のドイツの判例・通説の考え (「契約違反の物が給付された場合にはすべてそれを瑕疵あるものとみなす」という主観的瑕疵概念の考え) を取り入れて立法化されたものである。というのも、とくに種類売買における給付すべき物は、特定物売買と異なり、客体が特定された、売却された「この物」それ自体ではなく、合意した種類に属する物であるので、給付された物が合意した同種類の物に属するか別種類の物に属するかが異種物かどうかの判断の分かれ目となるが、合意した目的物の種類の区分をどこに置くのか (例えば電子計算機という種類、パソコンという種類、某メーカーのパ

合意した物よりも高価な異種物の給付について

ソコンという種類、某メーカーのパソコンのA機種という種類等)、個々のケースにおいて種類と性質をどう理解するのか(パソコンのA機種とA'機種は種類の違いか性質の違いか)によりその判断が左右され、異種物か瑕疵ある物かの区別が困難であるのに、異種物給付と扱われれば債務無履行として一般給付障害法(債務不履行責任一般)の問題となり、瑕疵ある物の給付と扱われれば不完全ながらも履行があったものとして瑕疵担保責任の問題(ドイツでは種類売買でも瑕疵ある物を給付すれば瑕疵担保が適用となる)となり、消滅時効期間(旧法では、前者では請求権発生から30年、後者では交付されてから6ヶ月⁽¹⁵⁾)などで不公平な結果となったからである⁽¹⁶⁾。

この規定により、結果として広く、売主が買主に対して契約した物とは別の物を給付すると、厳密な意味で、異物ないし異種物給付なのか、瑕疵のある給付なのかを問わず、少なくとも条文上(文言上、種類売買に限定していない)は、目的物について瑕疵のある給付(債務不履行)と同様に扱われることとなった。

(2) BGB434条3項の適用範囲の問題

- (a) 特定物売買における同一性に関する異種物(Identitäts-aliud)の給付の場合
— 《事例1：注文した中古のVWニュービートルの甲車の代わりにそれより値段の高い中古のベンツCクラスの乙車が引き渡されたケース》にもBGB434条3項の適用があるか—

ところが、新債務法施行後、特定物売買の場合には、合意した目的物(中古のVWニュービートル甲車)と給付された他の物(中古のベンツCクラス乙車)とは別物であることが客体的に明確であるため、種類売買の場合とは異なって、一般に異種物の給付か瑕疵ある給付かの区別の困難性は生じない等として、特定物売買における同一性に関する異種物の給付の場合にも、BGB434条3項の適用があるかが議論されることとなった。

特定物売買の場合にBGB434条3項の適用を否定する見解⁽¹⁷⁾(有力説：【考え

方B)は、主に、上述の① BGB434条3項がその回避を目的とした、別物と瑕疵ある物との区別の困難性が特定物売買には一般にないこと⁽¹⁸⁾の他に、②特定物売買において同一性に関する異種物が給付される場合には、BGB433条1項⁽¹⁹⁾の本来の履行請求権と並んでそれと異なる完全履行請求権は考えられないと立法理由書でも述べていること⁽²⁰⁾、換言すれば、この場合は、瑕疵のない、他の物の給付をを求める完全履行請求権ではなく、瑕疵のない本来の物の給付をを求める履行請求権が問題となっていること、その結果、特定物売買における異種物給付後に買主が履行を求める要件はBGB433条1項の義務を履行していないこと（無履行）に求められること⁽²¹⁾、等々をその根拠とする。

あるいは、また、Thier⁽²²⁾は、特定物売買と種類売買とにおける買主にとっての目的物の意味の重さの違いからBGB434条3項の適用制限を支持して、以下のように述べる。

売主の給付義務が排除される場合として、本来の履行請求権であればBGB275条2項⁽²³⁾で債権者の給付利益と比べて「著しく不均衡となる支出」が給付にかかる場合に認められるが、追完履行請求権であればBGB439条3項⁽²⁴⁾で「均衡のとれない費用」が追完にかかる場合に認められ、本来の履行請求権の場合の方が排除の要件が加重されている。同一性に関する異種物の給付で問題となるのは、実質的に本来の履行請求権であるので、債権者利益に対して著しく不均衡な支出がかかる場合でなければ売主の給付の拒絶が認められないこととなる。したがって、このことは、売主が、最初の本来の給付の枠で、実際に債務の目的となった特定物を給付することについては、種類売買の追完履行請求権の場合に比して本質的により高い支出を負担しなければならないことを意味し、この解決は特定物売買における利益状態にふさわしい。ここでは、買主によってその都度選び出された物は買主の売買の決定にとって通常本質的であり、選択された物の同一性についての利益は、買主の選択を決定するからである、とする。

合意した物よりも高価な異種物の給付について

それに対して、BGB434条3項適用肯定説⁽²⁵⁾(通説的な見解：【考え方C】)は、①同項は文言上特定物売買か種類売買かの区別をしていないし⁽²⁶⁾、新債務法の立法者はこの区別による差違をなくそうと意図していること⁽²⁷⁾、②仮に適用を肯定しても買主は他の物の給付を履行にふさわしくないものとして拒絶して同項を回避でき、不都合性はないこと⁽²⁸⁾、③《契約適合性》基準から特定物・種類物を問わず異種物の給付を不完全履行(債務不履行)とするのがグローバルスタンダードであり(最近のヨーロッパ契約法原則やCISG〔国際物品売買契約に関する国際連合条約〕等)、消費用品売買指令2条はそのモデルに従っていること⁽²⁹⁾、等々を理由とする。

また、適用を肯定しても、否定説が根拠として挙げた政府の立法理由書とも矛盾しないという⁽³⁰⁾。すなわち、同一性に関する異種物の給付の場合に「履行請求権の他に完全履行請求権が考慮されない」との立法理由書は、完全履行請求権を除外することを述べているのではなく、同一性に関する異種物の場合には履行請求権と完全履行請求権とは内容的に一致していることだけを述べているにすぎない。理由書のこの箇所により、立法者がBGB434条3項の適用を種類売買に限定しようと意図していたということにはならない、という。

以上のように、BGB434条3項の目的・趣旨等を含めた理解との関係で特定物売買の異種物給付につき適用があるかどうかという根本的な対立が存在する。この問題は、特定物売買の場合は売買の目的物と客体が別個の物の給付なので本来の履行請求権が残ることは従来当然視されてきたこと⁽³¹⁾から、瑕疵ある給付か別物の給付かをめぐる異種物給付の問題としてはこれまで扱われて来なかった問題である。それが、改正法による主観的瑕疵概念の導入に伴う瑕疵概念の拡張と特定物売買と種類売買の統一的な取扱い方から新たな問題として登場することとなり、上述のような見解の対立が生じた。改正法の大きな争点の1つである。無履行であれば時効期間は通常の消滅時効期間の3年(BGB195

条⁽³²⁾であり、瑕疵ある給付であれば瑕疵責任の短期消滅時効期間の2年（BGB438条1項3号⁽³³⁾）と違いがあるが、特定物売買における同一性の瑕疵については、通常、買主は2年のうちに気づくので一般に不都合はないとされていること⁽³⁴⁾を考慮すると、特定物売買にもBGB434条3項の適用を肯定した場合の問題は2点に絞られよう。1つには、特定物売買において契約（中古のVWニュービートル甲車）とは異なる高価な別物（中古のベンツCクラス乙車）が誤って給付された場合に、売主からの返還請求権を仮に肯定するとすればいかに基礎づけるかという問題と、もう1つは、常識感覚の問題である。前者の問題については、無履行構成では売主は不当利得に基づく返還請求権という形で返還が容易に基礎づけられるが、債務不履行構成では別途基礎づけを考える必要がある〔後述Ⅱ. 2.〕。異種物の給付と瑕疵のある給付の同置についてのBGB434条3項の規定が高価な異種物の給付保持に関する法律上の原因を買主に与えているように思われるからである⁽³⁵⁾。後者の問題は、特定物売買の場合、個々の売買の客体を物理的に区別・特定できるので、別の客体を引き渡しても、不完全ながらも履行があったと考えることへの抵抗感、換言すれば、当事者の意思や常識に反することをどう評価するかの問題である⁽³⁶⁾。特定物売買において、特定の「この物」を引き渡せば仮に瑕疵があったとしても特定の「この物」で瑕疵のない「この物」は存在しない以上、売主の引渡義務を尽くしたことになるという特定物ドグマ（合意した性質の欠缺を問題としない）に対してあった批判と同様に、今度は、逆に、特定物売買において、特定の「この物」（中古のVWニュービートル甲車）ではなく、別物である「あれ」（中古のベンツCクラス乙車）や「それ」（中古のVWニュービートル丙車）を引き渡しても、不完全ながらも「この物」の履行があった（瑕疵のある中古のVWニュービートル甲車）とする考え方（主観的瑕疵ドグマ（？）：特定のこの物を引き渡すという特定物性を完全に捨象した考え）への違和感である。その違和感は、極端に言えば、契約に100%適合しない物（Totalaliud）を給付した場合でも、無履行ではなく、不完全な履

行があったとする場合には、さらに大きなものとなろう。また、売買契約における別物の給付は何ら注文をしていない物が送付された場合と実質的に同じではないかとの疑問も生じることになる。

(b) 極端に異なる物の給付の場合

—《事例2：洗濯機を注文したところ、絵画が引き渡されたケース⁽³⁷⁾》
にも BGB434 条 3 項の適用があるか—

BGB434 条 3 項適用否定説⁽³⁸⁾（【考え方 B】）は、極端に異なる物の給付では、引き渡した目的物について通常買主の承認は得られず、そもそも別物の給付であることは明白である以上、債務の給付に当たらないと考える。したがって、一般給付障害法の適用で処理される問題であるとする。この考え方を採る論者は、一般に、著しく異なるためにその給付を買主が承認できないと考えられる場合には、商事売買における買主の検査通知義務はないとする HGB 旧 378 条⁽³⁹⁾の基準を BGB の中に持ち込んで解釈する⁽⁴⁰⁾。

他方、BGB434 条 3 項適用肯定説⁽⁴¹⁾（【考え方 C】）は、①極端な物の給付を例外扱いする法文上の根拠はないこと、②例外扱いしても今度は著しく異なる物かどうかの区別の判断をどうするのかの問題へ置き換わること⁽⁴²⁾、③連邦司法省によって提案された最初の草案にあった「ただし、それが履行として明らかに顧慮されない場合にはこの限りでない。」との箇所が削除された経緯等から、極端に異なる物の給付の場合でも、BGB434 条 3 項の適用可能性はあるとする⁽⁴³⁾。もっとも、適用可能性を肯定しても、異種物の給付と瑕疵ある給付の同置の要件（①売主が彼の給付を彼の義務の履行としてもたらしたこと、②給付と義務との関係にあることが買主にとって認識可能でなければならないこと）の基準⁽⁴⁴⁾から、通常は、極端に異なる物の給付ははじかれることとなろう⁽⁴⁵⁾。すなわち、BGB434 条 3 項の適用可能性にとって、引き渡された異種物が著しく異なるために承認できるか否かという主観的な基準が重要なのではなく、同置要件の基

合意した物よりも高価な異種物の給付について

準（売主の当該給付による弁済の意図を客観的な受領者であれば認識可能かどうか）が適用の有無にとって重要であるとする⁽⁴⁶⁾。

したがって、適用否定説では極端に異なる物は異種物中の異種物であり別物の給付であることが明々白々ゆえに規定の趣旨から適用除外とするが、適用肯定説に立っても、その多くの見解によれば、洗濯機の代わりに絵画が給付された場合には、そもそも売買契約に基づく義務の履行として給付がもたらされていないので、異種物給付と瑕疵給付との同置の要件を満たしておらず、BGB434条3項の意味での異種物の給付に当たらず、無履行と考えることとなる⁽⁴⁷⁾。肯定説は、基本的に【考え方C】のスタンスを採るがその前提の給付を欠くと考えて妥当な結論を導こうとする。結局、極端に異なる物の給付（犬の代わりに鳥、鯉の代わりにガチョウの給付）については、両説どちらに立っても、たいてい場合には、不完全ながら履行があったとすることへの違和感が払拭されることとなる。

(c) 消費用品売買における注文していない商品の給付の場合

— 《事例3：事業者である通信販売業者が消費者である買主にタイプXという注文したステレオセットの代わりに比較の対象となりうる値段の高いタイプYというステレオセットを給付するケース⁽⁴⁸⁾》にも BGB434条3項の適用があるか—

新債務法においては、「注文していない給付」に関する規定がBGB241a条に存在し、同条1項で、「消費者への事業者による注文していない商品の給付又はその他の注文していない給付の提供によって、消費者に対する請求権は基礎づけられない。」と規定する。そこで、消費用品売買において注文していない商品の給付の場合に、BGB434条3項とBGB241a条1項との関係が問題となる。BGB434条3項の適用によれば、不完全ながらも瑕疵ある給付と同様に扱

合意した物よりも高価な異種物の給付について

われ、売主にも反対給付を受ける権利があるが、BGB241a条1項の適用によれば、売主からの請求権には根拠がないとされ、通説的な見解によれば不当利得返還請求権も排除されるからである⁽⁴⁹⁾。

BGB434条3項単独適用説⁽⁵⁰⁾(通説：【考え方C】)は、BGB241a条の意味での注文していない商品の給付と異種物の給付を区別する基準は売買契約の存在であるとし、それゆえ、BGB434条3項は、BGB241a条との関係で《特別法》としてみなされるべきであるとする⁽⁵¹⁾。つまり、売買契約における異種物給付の場合にはBGB434条3項のみが適用される結果、BGB434条3項の通説的な理解によれば、買主は給付された高価な商品(タイプY=瑕疵あるタイプX)を追加料金なしに保持できるが、事業者である売主からの当初の代金請求権は排除されないことになる。BGB241a条は新たに契約の締結へこぎ着けようと不当に商品を送り付ける事業者から消費者を保護することを目的とした規定であるので、契約の履行のために弁済のつもりで異種物が給付されたときには注文していない商品には該当せず、同条の適用はないとする⁽⁵²⁾。BGB241a条は契約関係がない場合のいわゆる送付け商法を対象にした規定と理解することになる。

それに対して、BGB241a条1項の規定は、主に消費者を、自分が望んでいなかった商品を押し付ける事業者から効果的に救済することを目的とした規定であり、この保護の必要性は、売買契約が存在する場合に消費者である買主に注文した商品とは別の商品が引き渡されたときにも存在するとして、売買契約の存在する場合の異種物給付に広くBGB241a条1項を適用して、買主である消費者を保護すべきとの有力説⁽⁵³⁾が存在する。この説によれば、その適用の限りにおいて契約関係がない場合に注文していない商品を送付するのと、売買契約においてそれとは異なる種類の物を送り付けるのと実質的に同じと解され、消費用品売買では【考え方B】が指向されることとなる。この説は、さらに、売買契約の売主である事業者の意図的な異種物給付の場合にのみBGB241a条

の適用があるとするもの⁽⁵⁴⁾と故意だけではなく錯誤による異種物給付の場合にも BGB241a 条の適用を肯定するもの⁽⁵⁵⁾に分かれる。

すなわち、前者の説を支持する Deckers⁽⁵⁶⁾は、注文していない商品に該当しない場合について定める BGB241a 条 3 項⁽⁵⁷⁾の文言の「品質及び価格について同価値の給付が消費者に提供され」ることという要件のメルクマールから、BGB241a 条の規定は事業者が注文した商品と異なる商品を発送することを自覚しているような事案のみが考えられていることが明らかであるとする。一方、後者の説は、故意による事業者の異種物給付だけでなく、誤って事業者が異種物給付をした場合にも消費者を保護する必要があるとして、BGB241a 条 1 項の適用を認めるべきとする。というのは、そう解しても、241a 条 2 項⁽⁵⁸⁾から考えて、錯誤による事業者の給付が消費者に認識可能である場合には発送者の側の錯誤は顧慮に値し、事業者の法律上の請求権は排除されないので、不都合はなく、また故意による異種物給付へ一般的に限定すると、故意なのかどうかという、立法者が回避しようと意図した重大な証明の問題の前に消費者は晒されることになり、妥当ではないからである。また消費用品売買において異種物が給付された場合の法律効果として、BGB434 条以下の規定も BGB241a 条の規定も適用されるとする。すなわち、BGB241a 条 2 項・3 項の例外の要件を満たさなければ、事業者の消費者に対する全請求権は排除されることになるが、排除はもっぱら事業者の請求権に関係し、逆に消費者の請求権は取り除かれないので、買主には、BGB434 条 3 項により BGB437 条⁽⁵⁹⁾の瑕疵請求権が認められる。買主は、BGB439 条 4 項⁽⁶⁰⁾、BGB346 条 1 項⁽⁶¹⁾による返還の保証に義務づけられることなしに、瑕疵のない物の給付を BGB439 条 1 項⁽⁶²⁾による追完履行の方法でさらに求めることができるとする。なお、売買契約における異種物給付にも BGB241a 条の適用を肯定する見解では、BGB241a 条 1 項は事業者による注文していない商品、すなわち「別物」の押し付けからのみ消費者を保護することを目的とする規定であり、他方、価値の低いあるいは価値の高い商

合意した物よりも高価な異種物の給付について

品が給付された場合の利益調整はもっぱら瑕疵責任に関する規定で行われるので、給付された商品が別物なのかどうかといういわゆる異種物をめぐる問題がここで再び登場することになる。

ここでは、BGB241a 条の適用を消費者と事業者の間に契約関係がない場合に限定するのか、消費者と事業者間の契約関係がある場合にも適用を認めるかの対立である。前者に立ち、結果として、消費者と事業者間の売買契約がある場合において注文した商品とは別の商品が給付されたときに BGB434 条 3 項を単独適用する説（通説）は、消費用品売買であっても契約と異なる物の給付はすべて物の瑕疵と同様に扱うことによって一貫した扱いがなされる点で評価できる。売買契約における異種物給付に BGB241a 条の適用を認めると、上述したように、注文した商品か注文していない商品かの区別の困難性の問題（異種物かどうかという問題）が再浮上し、加えて実質的には消費用品売買では BGB241a 条で別物扱い、そうでない売買では BGB434 条 3 項で瑕疵ある物との扱いがなされることになるからである。確かに BGB241a 条 3 項（「注文した商品の代わりに…同価値の給付が…提供」という文言）によれば売買契約が存在する場合も含むことが前提とされているので、この場合にも BGB241a 条の適用があるとも考える⁽⁶³⁾。その適用を肯定すれば、BGB241a 条 3 項の要件の 1 つでも欠けば、売買契約における異種物の給付の場合にも、241a 条 1 項の意味での「注文していない商品」に当たり、売主のすべての請求権を排除することができるので、より一層消費者の保護を図ることができよう⁽⁶⁴⁾。しかし、売買契約において給付された物が注文品かどうか（異種物かどうか）の区別の困難性の問題に直面することからすれば、原則は BGB434 条 3 項の適用で統一的に処理をし、例外的に消費用品売買であっても上記 II. 2 (b) の極端に異なる商品を事業者が故意に引き渡す場合に限定して、BGB241a 条の適用を肯定して事業者からの返還請求権や代金請求権等を排除すべきではなかろうか。極端に

異なる商品は一般に無履行と解されるので、売買契約が存在する場合であっても故意にそのような物を給付するときは、その限りにおいて何ら注文していない商品の給付と同じに扱ってよいように思われる。

(3) BGB434条3項における《他の物》への該当性の問題

(a) 高価な物の給付の場合

—《事例4：中古のVWニュービートル甲車を買ったところ、それよりも値段の高い中古のVWニュービートル丙車が引き渡された特定物売買のケース》や《事例5：パソコン・ショップで某メーカーのA機種のパソコンを注文したところ、数日後に同じメーカーのA機種よりも高価な上位機種のA'機種のパソコンが届けられた種類売買のケース》にもBGB434条3項の適用があるか—

それでは、契約で合意された物と価値的に異なる物が給付されたが、本来の目的物よりも高価な物が給付された場合にもBGB434条3項の《他の物》の給付に該当し、同項が適用されるかが問題とされる。通常の場合には、より高価な物は債権者の利益に反しないので、同項の適用を肯定して瑕疵責任によって債権者である買主を保護する必要がないし、また本来、過少を意味する瑕疵(peius) (minus) が超過(melius)をも意味することになるからである。

該当性を肯定する通説的な見解⁽⁶⁵⁾ (【考え方C】) は、より高価な物の給付の場合にもBGB434条3項の適用を肯定して物の瑕疵と考える。これらの論者は、価値の高い物か低い物かに関係なく、契約と異なる物の給付には、そのままBGB434条3項を適用して、高価な異種物の給付も物の瑕疵と同置すべきとする。新債務法における瑕疵概念の拡張やBGB434条3項の目的(区別の困難性の回避)から、高価な異種物給付のケースにも、BGB434条3項の適用を認めることを当然のこととしている。また数量超過とは異なり実際に給付された物は、高価な物に決して包含されず(ここでは大は小を兼ねるわけではない)、契約

合意した物よりも高価な異種物の給付について

と異なる物を買主が保持している点で物に瑕疵があるとする⁽⁶⁶⁾。

それに対して、契約よりも高価な物の給付の場合には、原則として契約に適った債務の履行があったと考え、BGB434条3項の《他の物》に該当しないとしてその適用を否定する見解⁽⁶⁷⁾（【考え方A】）がある。

例えば、Wenzel⁽⁶⁸⁾は、債権者の給付の利益を満足させる給付があれば、BGB362条1項⁽⁶⁹⁾により債務関係は消滅し、質的ないし価値的過多給付（過履行）も、合意された質とマイナス的には異ならないので、債務の目的となった給付であるとする。しかも、BGB434条3項は、あるべき物とのマイナス的な異なりや不都合な異なりを対象としており、プラス面での異なりを対象としていないという。また、Thier⁽⁷⁰⁾は、高価な異種物の給付は、通常、買主の期待を失望させてはおらず、契約の用をなすものであるので、BGB434条3項の意味の《他の物》には該当せず、高価な異種物の給付は、BGB434条1項⁽⁷¹⁾の瑕疵が存在する場合にはじめて瑕疵責任の問題となるとする。そのように考えても、買主は受領を強制されることはなく、もし買主が受領拒絶した場合には、債務の履行がなされていない扱いとなり買主を保護する余地が残される点で不都合はないとする。

その他の見解として、Lorenz⁽⁷²⁾の見解が注目される。Lorenzは、特定物売買の場合においても種類売買の場合においても、異種物と物の瑕疵との同置は、売主が異種物によって履行にふさわしくない、間違ったものを給付する点で何ら変わらず、BGB434条3項の《他の物》の給付と考えられるが、種類売買において債務の目的となった同種類に属する、合意した物よりも高価な物を給付した場合には、履行にふさわしいものとして、《他の物》の給付には該当せず、返還請求できないとする。その限りで、給付した高価な物が債務の目的となった種類と異なる別種類に属するのか、債務の目的となった同種類に由来するかどうかを区別する必要があるとする（【考え方C】と【考え方A】の折衷）。

合意した物よりも高価な異種物の給付について

ここで注目すべきは、基本的に高価な異種物給付については無履行であると考えられるものが見当たらないという点である。特定物売買において合意した特定物と異なる高価な物が給付された場合に BGB434 条 3 項の適用を制限する見解では無履行と構成することとなるが、これは特定物であることが理由であって、高価な物だから別物と解しているわけではない。無履行構成のメリットは、1 つには高価な物を誤って給付した売主からの取戻しを認めやすいことであつたわけであるが、結果としてここでは買主の利益にとっては一応何らかの履行がなされていると評価されるので、少なくとも無履行とは捉えにくいということであろう。高価な物の給付を契約に適った履行として捉える見解では、履行の有無について債権者側からの視点（「債権者の給付の利益の満足」「買主の期待を満足」）が中心であるのに対し、瑕疵ある給付と考える見解では、もう少し広い契約全体からの視点により契約に適っているかどうかで高価な異種物の給付を捉えている（「履行にふさわしくない給付」「誤った給付」）のが特徴的である。この 2 つの視点のどちらに立つべきかが正に重要である〔後述Ⅲ.〕。なお、Lorenz の見解は示唆的ではあるが、種類売買について結局また異種物かどうかの区別の困難性に逢着することになってしまう点で問題であろう。いずれにせよ、通常、買主にとって利益となる異なりなので、売主側からの返還請求権の主張の可否がここでは主要な問題となる。

(b) 特定物売買にも性質決定に関する異種物 (Qualifikations-aliud) が観念できるか

— 《事例 6：骨董屋から無名の画家の油絵甲（5万円）を買ったところ、引き渡された油絵甲は実はダリの直筆の油絵（1千万円相当の価値）だったケース⁽⁷³⁾》にも BGB434 条 3 項の適用があるか—

特定物売買において特定の「この物」が引き渡された場合には、合意した物と引き渡された物とは同一物であるが、その物が契約の際に考えられていた性質

合意した物よりも高価な異種物の給付について

質とは異なる性質の物である場合にも《他の物》の給付に該当するとして BGB434 条 3 項の適用があるかが問題となる。すなわち、契約（無名の画家の油絵甲）と異なる性質の物（ダリの直筆の油絵甲）を引き渡したので、《他の物》は物の瑕疵と同様に扱うとの BGB434 条 3 項の適用を認めるのか、それとも、契約したその物（油絵甲）を引き渡したが、合意した性質（無名の画家の作品という性質）を欠いていることから、単に売買の目的物に瑕疵がある場合の問題と捉え、BGB434 条 1 項の適用で処理するのか、の法律構成の問題である。どちらの説でも、瑕疵のある給付として扱う点では異なる。

種類売買の場合には、引き渡されるべき目的物はその属性によって決定されるので、引き渡された目的物が売買契約の際に性質決定された種類の物に属すべき属性を持っていない場合には、目的物の性質決定に関する異種物 (Qualifikations-aliud) として、異種物を物の瑕疵と同様に扱う BGB434 条 3 項の適用がありうる⁽⁷⁴⁾。例えば、鉛筆の売買において、当事者が売買契約の際にファーバーカステル製と考えていたが、引き渡された鉛筆がそれと異なるステッドラー製のものであることが引渡後に判明した場合には、目的物について性質決定と異なる種類の物の給付があったことになり、BGB434 条 3 項の適用対象となりうる。つまり、引き渡すべき物と引き渡された物とが異なる。ところが、特定物売買の場合には、合意した特定のこの物（油絵甲）が引き渡されれば、給付された物は合意と異なる物ではなく、同一物であるので、たとえ想定していた性質決定と異なる物であったとしても、それは《他の物》（異種物）の給付とは考えられないとするのが通説である⁽⁷⁵⁾。したがって、この場合には、BGB434 条 3 項の適用は否定されることとなり、他方、主観的瑕疵概念の導入により、特定物であっても合意した性質を欠けば BGB434 条 1 項の瑕疵ある給付と扱われることとなる。

それに対して、Schulze⁽⁷⁶⁾は、特定物売買における同一性に関する異種物の給付には BGB434 条 3 項の適用を否定するが、目的物の性質決定に関する異

合意した物よりも高価な異種物の給付について

種物については、特定物売買においても異種物を観念することができるとして、BGB434条3項の適用を肯定する⁽⁷⁷⁾。すなわち、無名の画家の油絵甲が債務の目的物であり、これと異なるダリの直筆の油絵は異種物であるとする。

事例6は、本来は売買契約時における目的物の性質についての錯誤(性状錯誤)と引き渡した物に合意した性質が欠けている瑕疵責任とに関係した問題であり、通説の理解が正しいと思われ、本稿で問題としている、契約とは異なる高価な異種物給付の問題とは別問題であり、本稿ではこれ以上は踏み込まない。ただ、BGB433条により売買の目的物である特定物に瑕疵があった場合においても実際には存在しない瑕疵のないこの物を引き渡す義務があったと観念する結果として、実際の現にある物から離れて合意した性質の物の存在を観念する以上、合意した性質の物とは異なる実際の物が給付されればBGB434条3項の《他の物》の給付に該当するとも考えることができないわけではない。いずれにせよ、ここでは〔II. 1. (3) (a) (b)〕、法律関係の処理を簡明にするために、BGB434条3項を設けたはずであるのに、その意図とは裏腹に物の瑕疵と同置される《他の物》に該当するかどうか自体が問題となってしまっているのは皮肉な状況である。

2. 売主からの返還請求権（買主の瑕疵請求権と売主の不当利得返還請求権の関係）

通説ないし通説的な見解では、事例1（特定物売買における同一性に関する異種物の給付）、事例3（消費用品売買における注文していない商品の給付）、事例4（特定物売買における契約よりも高価な異種物の給付）、事例5（種類売買における契約より高価な異種物の給付）では、BGB434条3項の適用により各給付は瑕疵のある給付と同様に扱われることとなる【考え方C】。したがって、これらの見解に従った場合、あるいはその他の見解でもBGB434条3項の適用により不完全な瑕

合意した物よりも高価な異種物の給付について

疵ある給付と同様に扱われる場面では、次に、売主への瑕疵責任に基づく権利を持っている買主は、ここで取り上げているような高価な物の給付のケースについては、通常、瑕疵請求権は主張しないので、売主からの目的物の返還請求権等をどう考えるかが重要な問題となる。Wilhelmによって、このような場合の売主の権利を新債務法は何ら定めていない点が新債務法の最大の欠点の1つであるといわれる所以である⁽⁷⁸⁾。

一方には、瑕疵があるとはいえ、売買契約に基づく給付なので、法律上の原因は肯定せざるを得ないとする多数説が存在する⁽⁷⁹⁾。この説を採る論者は、あるいは、法律上の原因を認めないと、売主は、不当利得返還請求権の助けを借りて、買主の瑕疵請求権（その選択権）を一部挫折させてしまう、例えば、売主は、瑕疵ある物の取戻しを求め、瑕疵のない物を引き渡し、買主の瑕疵修補請求権を挫折させる、そして、そのことは、BGB439条1項とも消費用品売買指令の考慮事由（10）⁽⁸⁰⁾とも一致しないと指摘する⁽⁸¹⁾。あるいは、買主と売主の法律関係は、両者間で締結された契約に基づいて処理がなされるべきであり、特定物売買の場合に売主が瑕疵のある物を給付してもその取戻しができないことが許容されるのと同様に、BGB434条3項に基づいて異種物給付が物的瑕疵とみなされうる場合には、異種物を取り戻すことはできないと述べる⁽⁸²⁾。あとは異種物による弁済の意図を錯誤取消しをして不当利得返還請求する可能性の余地があるにすぎないとする⁽⁸³⁾。

それに対して、もう一方では、契約で合意した物よりも高価な物を追加料金なしに買主が保持するのはやはり買主の不当利得だとして売主からの返還請求権を肯定しようとする見解が有力に主張されることとなる⁽⁸⁴⁾。この説では、契約の解釈として、給付した物が別物と判断できるのであれば、給付された異種物についての売買契約は何ら存在しないということから出発する⁽⁸⁵⁾。その上で、BGB434条3項の規定が売主に異種物を給付する権限を与えると解すことができないのと同じく、異種物給付のケースにおいて売買契約又はBGB434

条3項の規定が買主による異種物保持の正当化に関する法律上の原因とはなり得ない⁽⁸⁶⁾、BGB434条3項によって物的瑕疵と異種物とを同置することで、法律上の原因(売買契約)を異種物に及ぼしているのではなく、もっぱら両者の区別の困難性を回避するために、瑕疵責任に基づく買主の権利を物的瑕疵のケースの他に異種物給付のケースにも認めたにすぎないとする⁽⁸⁷⁾。売主の返還請求とBGB434条3項の関係は、柔軟な、個々のケースに適切な結果を可能にする競合の問題であり、BGB434条3項による異種物と物的瑕疵の同置が当該給付に対する法律上の原因を欠くかという問題にも及ぼされるならば、個々のケースごとに、売主の返還請求権を認めたり、買主の瑕疵請求権を認めたりとの柔軟な対応可能性が放棄されることになると主張する⁽⁸⁸⁾。法律上の原因を欠くと解する説では、さらに、瑕疵責任と不当利得返還請求権との関係が問題となる。

引換条件付き返還説⁽⁸⁹⁾(①説)は、高価な異種物給付の場合に買主は瑕疵責任の追及を通常意図しないし、売主から本来の履行が返還請求と同時になされれば、売主に対する瑕疵責任によって認められた買主の法的地位は侵害されないと基本的な考え方を示した上で、具体的に買主の法的地位を侵害するかどうかで本来の履行と同時に引換えることにより返還の可否を決定する。すなわち、買主は瑕疵責任の追求により解除や損害賠償を求めることができるが、まず買主は事前の追完履行の期間を指定しなければならず、売主がこの期間内に引き渡した物の返還を求め、同時に本来の給付を提供する場合(買主の追完請求権は異種物の返還に対しては代物給付の形式でのみ追完可能)には、売主は瑕疵責任を免れるのではなく、追完する権利をもっぱら実行しているにすぎず、買主の権利を侵害していることにはならない。それに対して、追完期間の経過する場合、又は別の理由から追完期間の指定が不要である場合には、売主の返還請求は排除される。というのは、この場合における売主の返還請求権はBGB437条における法的救済手段の買主の選択権を侵害し、売主は瑕疵責任を免れうる

ことになるからであるとする。この見解では、不当利得返還請求が肯定される場合に本来の履行の提供がなされなければ、買主はBGB273条1項⁽⁹⁰⁾による留置権を主張して売主からの返還請求を拒絶できるとされる。

それに対して、高価な物に限定して例外的に返還を肯定する説⁽⁹¹⁾(②説)がある。すなわち、瑕疵責任とBGB812条⁽⁹²⁾以下の不当利得返還請求権とは、売主による不当利得返還請求によってBGB437条に列挙された買主の権利を奪う場合には矛盾する。そして買主にBGB437条の瑕疵責任に基づく請求権が帰属し、買主がその権利を主張することを望んでいる場合にはそうである(瑕疵責任の規定優先)。したがって、買主の法的地位が悪化しなければ、売主の返還請求権を認めてもよいはずである⁽⁹³⁾。さらに、BGB434条3項で異種物給付と過少給付を物の瑕疵と同置しているのであって、異種物給付と超過給付を物の瑕疵と同置しているわけではないことから、高価な異種物給付は本来BGB434条3項で保護しようとしている規範の保護目的から外れているとする。また、買主がBGB439条4項を避けるため追完履行請求権を主張しない場合には、瑕疵責任の規定が適用されるべきでない旨を買主自ら表しているといえる。合意された物よりも高価な異種物の給付の場合に、買主のBGB437条の権利の優越を認めて売主の返還請求権を排除するのは適切でない。というのは、買主はこの場面では通常BGB437条の権利を主張せず、しかも瑕疵責任はそもそも瑕疵のある物の給付や間違った給付による不利益から買主を保護することを目的としたものであり、契約によって請求できない利益までも保護するものではないからであるとする⁽⁹⁴⁾。

一方、原則返還肯定説⁽⁹⁵⁾(③説)は、瑕疵責任の規定は売主の権利に関する問題を規定しているのではないので、売主の権利に関する領域で、他の規定を排除する特別のルールではありえない。瑕疵責任の規定は、買主にのみ特別の権利を認め、その点でのみ他のルールを排除しうるが、売主にどの請求権があるのかないのかについては瑕疵責任の規定は何ら述べていないという。

合意した物よりも高価な異種物の給付について

以上見たように、高価な異種物給付にBGB434条3項の適用を肯定し瑕疵ある給付と同様に扱うことを認める場面では、高価な異種物給付でも不完全ながらも履行として認められる。そのため、買主が高価な異種物をそのまま保持してよいか争われることとなる。多数説は、とりあえずは契約による履行として給付された以上、法律上の不備は認めつつも給付保持について法律上の原因を認めざるを得ないとする。それに対して一部の学説は、合意した以上の物を買主に認める必要はないとのスタンスのもと、売主からの不当利得返還請求権を肯定する。その際、一方では高価な異種物給付を瑕疵ある物の給付と認めつつ、他方では給付保持につき法律上の原因がなく不当利得であるとする複雑な関係の併存を認めざるを得なくなっているのが難点ではある。また、ここでは異種物の給付は無履行であるとの思考が残存する。なお、不当利得返還請求権を肯定する前二者の説(①②説)では、契約とは異なる物を給付された買主の権利に対する配慮との関係で不当利得返還請求権を認める点で売主・買主間の利益調整としてはこの点が重要であることが窺われる。最後の③説はその点で買主の権利に対して配慮がないので問題であろう。また前二者のうち、①引換条件付き返還説は、高価な異種物給付に限定せず、実質的に売主の追完権を買主の権利を侵害しない範囲で広く肯定していこうとのものといえよう。

3. 小括 ドイツ法の混迷の状況

以上、契約をした物よりも高価な異種物の給付を債務の履行上どのように解するかに関する問題について、ドイツの新債務法における議論状況を概観してきた。

ドイツの通説的ないし多数説の見解によれば、契約とは異なる高価な異物ないし異種物の給付は、BGB434条3項の適用により目的物について瑕疵のある給付(債務不履行)と同様に扱われ、その結果、売主からの不当利得返還請求権は原則として認められていない。したがって、少なくとも特定物売買におい

合意した物よりも高価な異種物の給付について

ては客体的に別個の物の給付なので明らかに契約で合意をした物とは異なる高価な物（事例1や事例4：値段の高い中古のベンツCクラス乙車や値段の高い中古のVWニュービートル丙車）でも買主は追加料金なしにそのまま保持できることになるという結果が生じることとなった。

これは、1つには、BGB434条3項の規定により特定物売買・種類売買を問わず契約と異なる物の給付は一律に目的物について瑕疵のある給付（債務不履行）と同様に扱うこととしたこと、もう1つには、過誤給付をした際の売主を救済する手段を何ら定めなかったこと、に起因する。

第1の点については、とくに特定物売買の場合の扱い方が焦点となる⁽⁹⁶⁾。特定物売買の場合には従来異種物の給付をめぐる問題としては考察されて来なかった問題であり、これが新債務法により新たに生じることとなってしまった。異種物給付の問題として従来論じられてきたのは種類売買において別物の給付（無履行）か瑕疵のある給付かがわからない場合をどのように判断するのかわからない問題であったが、その区別の困難性を回避するために、BGB434条1項による主観的瑕疵概念の導入とともに、BGB434条3項で瑕疵ある給付と同様に扱うことを明示した。その際、契約と異なる物の給付は一律に瑕疵ある給付と同様に扱うとしたため、特定物売買において契約上の特定物とは別個の客体が給付された場合にも、したがって高価な異物が給付された場合にも、瑕疵ある給付と同様に扱われることとなった。既に見たようにこの点をどう評価するかは議論が分かれるところであった。加えて、この問題をさらに複雑化させているのは、この種の問題を簡明に処理するために制定されたBGB434条3項の規定の仕方である。ここでは、ストレートにBGB434条1項により、契約と異なる物の給付は端的に契約で合意した性質を欠く瑕疵ある給付に含めて扱う（債務不履行構成）と考えるのではなく、契約と異なる物の給付は瑕疵ある給付と同様に扱う（「売主が他の物…を給付した場合も、物の瑕疵と同様である」）との規定をわざわざ設けたことである。この規定は、改正前の経緯等も相まって、契約

とは異なる別物の給付（《他の物》の給付）は本来別物の給付なので無履行であるが、別物がどうかの区別が不明確な場合に限定して（とくに種類売買）、瑕疵ある給付と同様に扱うとの規定を設けたと理解しうる点（無履行・債務不履行同置による債務不履行構成）と、《他の物》の給付という中間項を介在させた点で、議論を複雑化させることになった。すなわち、ドイツにおける議論は、別物であることが明確な場合にはこの規定の目的や趣旨からその適用を制限すべきではないか〔上述Ⅱ．1．（2）参照〕、そもそも当該給付がこの規定の「《他の物》の給付」自体に該当するのかどうか〔上述Ⅱ．1．（3）参照〕—BGB434条3項の制定によって解決したはずの問題—というジレンマに陥ることとなった。

次に、第2の点についてであるが、特定物売買や種類売買において給付された高価な異種物が契約とは異なる「《他の物》の給付」に該当するかどうかにつき、通説的な見解は、これを肯定する。ここで明らかになるのは、契約とは異なる物であると自ら認めながら、結果として、買主に追加料金なしにその給付保持を認めるという奇妙な結果である。この原因は、上で見たように、瑕疵概念の拡張と BGB434 条3項の規定とが相まって高価な異種物も目的物の瑕疵ある給付と同様に扱われることになったが、本来的な意味での債権者の保護を目的とした債務不履行の問題ではなかったため、立法者は売主側の権利については何も想定していなかったことに依る。換言すれば、異種物が契約した物よりも性質や価値が劣った物であった場合には、買主保護という観点から、無履行でも瑕疵ある給付でもベクトルの方向は同じであり、消滅時効の期間の点で若干の違い（2年か3年か）があるとはいえ、瑕疵ある給付との統一的な扱い方でも理論上の問題は別としてそれほど問題はなかったともいえる。ところが、給付された異種物が契約した物よりも性質や価値が高い物であった場合には、過誤給付を行った売主保護という逆方向のベクトルが前面に出てくることになり、無履行であれば給付物の取戻しが容易、瑕疵ある給付では取戻しが困

難とその扱い方によって売主の保護が変わりうるので、売主の保護を肯定するのであれば瑕疵ある給付と扱う場合には何らかの法的手当が必要であった。しかしそれが欠如していたため、この奇妙な結果を回避するために一部の学説が腐心しているのは見た通りである〔上述Ⅱ． 2． 参照〕。

Ⅲ． 若干の検討

上記Ⅱで、ドイツの法状況を概観した。本格的な研究は別稿に譲るとして、ここでは最後に簡単に検討してみよう。

1. 基本的な対立軸：異種物給付の法的構成 無履行構成モデルと債務不履行構成モデル

異種物の給付行為自体を債務の本旨との関係でどう理解するかについては、まず大きな対立軸として、一般に、伝統的な理解と考えられる、合意した物とは別物の給付であるから何らの債務の履行もないとする無履行構成モデル（【考え方B】）と、合意した物とは別物の給付であるから契約に違反した不完全な給付であるとする債務不履行構成モデル（【考え方C】）が考えられる。契約とは異なる別物の給付（典型的には特定物売買における同一性に関する異種物の給付）は、債務の本旨から眺めれば、不完全な給付ではなく、いわば無完全な給付であり、「表見的履行」という勝本博士の言葉⁽⁹⁷⁾を借用すれば、完全なる表見的履行といえる。その際、異種物給付について、無履行構成は、表見的履行の中の「表見」部分に着目し、債務不履行構成は「履行」部分に着目しているといえよう。すなわち、両説の思考プロセスの違いは「引渡し」の概念の理解にある⁽⁹⁸⁾。まず無履行構成では、引渡しの内容として、単に物を引き渡すだけではなく、引渡しの中身が債務の本旨に適っている物、少なくとも擦っている物を引き渡さなければ表見的に履行があったにすぎず、何らの履行もなされていないと評価

合意した物よりも高価な異種物の給付について

する。したがって、引渡しの有無の判断のところで、債務の本旨の中身との関係でその引渡しが全く外れた物(別物)の引渡し(無履行)なのか、それとも擦っている物(瑕疵ある物)の引渡し(債務不履行)なのかという難しい判断を迫られることになる。さらに合意した物よりも高価な物を引き渡した場合には、無履行構成では、引渡し判断のところで、高価な物の場合には契約に合致した物なのかどうなのかという判断事項も加わり、本旨履行か無履行か不履行かの難しい判断をしなくてはならない。それに対して、債務不履行構成では、まず何らかの「物」の引渡しがあるのかないのかに着目して、引渡しがあればとりあえず表見的であれ何らかの履行があったとした上で、つづいてその中身の判断を行い、債務の本旨に適合しなければ不完全な履行と評価する。そこでは、基本的には、擦っている物なのか外れている物なのか超えている物なのかの実質的判断(不適合の度合いの判断)は回避される。擦ってしようが外れてしようが超えてしようが債務の本旨に従っていないという点では同じだからである。

以上は基本的な対立軸であるが、これにその他の諸要素をどう考えるかにより多様なバリエーションが生じ、事は単純ではない。例えば物品の引渡し概念(CISG31条)と物品の適合性概念(CISG35条)を分離して、基本的に異種物給付も債務不履行構成で把握するはず⁽⁹⁹⁾のCISGにおいてですら、CISGの事務局のコンメンタリー⁽¹⁰⁰⁾では、有効な引渡しをなされるためには、特定物の場合には売買の目的物となっている物を、不特定物では契約で要求されるものの品目と概ね適合する物を引き渡すことが必要とされ、そうでないとCISG31条の引渡しには該当しないとされ、異種物給付の取扱いについて動揺が見られる。同31条の物品の引渡しがあったといえるためには最低限「物」として「何」を引き渡さなければならないかの「物」性の理解に左右されることとなる。これは上述Ⅱ. 1. (2) (a)の事例1におけるドイツの有力説の考え方(→特定物売買においては別物を引き渡しても本来の履行請求権は残るので、「物」の引渡しには売買の目的物の引渡しが必要)やBGB434条3項におけるドイツの通

合意した物よりも高価な異種物の給付について

説の同置の要件（①売主が彼の給付を彼の義務の履行としてもたらしたこと，②給付と義務との関係にあることが買主にとって認識可能でなければならないこと）のところの議論（→極端に異なる物の給付は「他の物の給付」に該当しない）に関連する問題である。

2. 特定物売買と種類売買における異種物給付の位置づけ 統一モデルと区別モデル

さらに、以上のような「物」性との関係で、一律に定型的に特定物売買と種類売買を区別して考えるか、統一的に考えるか—特定物売買における同一性に関する異種物の給付では客体が明確に別個であり、他方、種類売買における異種物の給付では別物か瑕疵ある物かの区別が難しい、という「物」性の違いの点を考慮して構成を変えるか否か—を組み合わせることで、異種物の給付に関する法的構成の基本的な形態が定まることになる。すなわち、i) 特定物売買と種類売買を区別しない統一モデルとして、①一律に無履行構成で考える形態（一元的無履行論）、②一律に債務不履行構成で考える形態（一元的債務不履行論）、ii) 「物」性の違いに着目して特定物売買と種類売買を区別する区別モデルとして、③原則無履行構成モデルに立ちつつ、特定物売買では無履行構成、種類売買では債務不履行構成で考える形態（原則無履行・債務不履行二元論）、④原則債務不履行構成モデルに立ちつつ、特定物売買では無履行構成、種類売買では債務不履行構成で考える形態（原則債務不履行・無履行二元論）であり、あとはそれぞれの修正ないし中間的なものである。

それでは、今まで見てきたドイツ法ではどうか。ドイツ法では、売主の義務として、新債務法で、物の引渡義務と瑕疵のない物を取得させる義務とを規定する（BGB433条1項）。両義務の関係は理解が分かれうが、特定物売買と種類売買を問わず基本的には引渡しは単に物を引き渡せばよく、危険は引渡しに

合意した物よりも高価な異種物の給付について

よって移転するが (BGB446条⁽¹⁰¹⁾)、引き渡された物が単純に合意した性質を欠くケースとは合意した物や種類との異なりは違うが、異なる物の給付も物的瑕疵のある給付としては同じであり、債務不履行を構成すると考えられよう (基本的に②のスタンス：異種物・瑕疵物同置による債務不履行構成：通説的な見解)。しかし、前述のように、仮に引渡しは単に物の引渡しでよいとしても、合意した物と異なる全くの別物(とくに特定物売買における異物)の引渡しは無履行であり、そもそも BGB433 条 1 項の意味での物の引渡しに該当せずとの理解も可能である。つまり、BGB434 条 3 項の理解の仕方によっては、本来別物の給付は無履行であることを前提とした上で、別物かどうかの区別が困難な種類売買におけるような異種物給付をめぐる問題を回避する場合に限って例外的に瑕疵ある給付(債務不履行)と同様に扱うとしたとの理解である。この考え方にはバリエーションはあるが(種類売買における全く異なる種類の物の扱い等)、例えば特定物売買における同一性に瑕疵のある物の給付には、BGB434 条 3 項は適用されないとの見解では、特定物売買と種類売買で区別し、前者では無履行構成、後者では無履行を債務不履行と同置することによって債務不履行構成を採ることになる(基本的に③の修正⁽¹⁰²⁾：種類売買については無履行・債務不履行同置による債務不履行構成：有力説)。特定物の場合には別物かどうかの区別が明確な場合が多いので、この見解に立ってもさほど判断に困らないであろう。ここでは、「物の引渡し」があるといえるためには、少なくとも特定物売買との関係で最低限要求される「物」性とは何かという理念的な対立でもある。

我が国の現行法における判例のスタンスは、上述 I で見たように、大きくは原則として無履行構成モデルに従っていると推測される。したがって、特定物売買では給付された物が別物かどうか、種類売買では全く異なる種類の物は別物として無履行と考え、それ以外の物の給付については何らかの表見的な履行を肯定し、債務不履行と構成する(③の修正)。なお、特定物売買については無履行構成を採用するので、同一性の瑕疵に関するケースについて、ドイツ法の

ような深刻な議論は生じない

それに対して、我が国の民法（債務法）改正検討委員会の改正試案では、【3.2.1.25】（売主の引渡義務）で、「物の売主は、買主に対して物を引き渡す義務を負う。」と定めた上で、【3.2.1.16】（目的物の瑕疵に対する買主の救済手段）で、買主に給付された目的物に瑕疵があった場合についての救済手段を定め、【3.1.1.05】（瑕疵の定義）で、異種物を含めた広い瑕疵概念を採用することで、BGB434条3項のような規定を設けることなく、特定物売買・種類売買を問わず、端的に異種物給付は債務不履行と構成されることとなる⁽¹⁰³⁾。②の立場である。

3. 無履行構成モデルか債務不履行構成モデルか

無履行なのか債務不履行なのかで効果等その他の点に差違はあるであろうか。通常の債務不履行の場面では、給付された物が質的ないし価値的に当初の契約と比べてマイナスと評価される物の給付の場面では、旧法下でのドイツは別として、債権者である買主の側からは、債務の本旨に合った履行がないことからの救済という点ではそれほど差はない（本来の履行を求めるか完全履行を求めるか）。さらに無履行の場合、本来の債権がそのまま残るとしても、通常は最終的に履行遅滞や履行不能に帰着する。

さて、この問題は本来の履行請求権の存否の問題でもあるので、最近活発に議論されている履行請求権の位置づけの問題⁽¹⁰⁴⁾との関係ではどうか。当初の契約から導かれた債権という権利を基点にして債権者には何を請求できる権利があったか、債務者には何を引き渡す義務があったかという観点から考察する立場（履行請求権における債権モデル）では、異種物給付は原則として無履行と位置づけられよう。異種物は引き渡す義務のない物の引渡しとなるからである。基本的には、上述Ⅲ. 1. の「引渡し概念」につき債務の本旨に合った物品の引渡義務が必要と考える思考パターンに対応する。それに対して、履行請求権

を債務不履行に対する救済手段の1つと位置づける remedy approach の立場⁽¹⁰⁵⁾からすれば、当初の合意によって考えられた契約利益・債権者利益に照らして異種物給付は契約違反と考えられよう。これは、上述Ⅲ. 1. の物品の適合性概念から分離した引渡し概念から思考するパターンに対応する。すなわち、引き渡された物品が契約に適合するかどうかで契約違反かどうかを考えるものである。また、不履行の効果ではなく、債権の効力として認められる履行請求権の第一義性を認める立場⁽¹⁰⁶⁾(履行請求権原型論)ないしは契約当事者間の権利義務関係として履行請求権を捉える立場(履行請求権における契約モデル)からは、抽象化された債権という権利だけからの視点ではなく、契約全体のテキストや当事者間の態様等を広く視野に入れて履行請求権の内容や変容あるいはその排除を判断すべきであるので、一概にはいえないが、契約違反(債務不履行)であると捉えるべきことが多いであろう。

思うに、当初の合意から発生する債権を基点にこの問題にアプローチする立場は狭すぎるであろう。債務者には何を引き渡す債務があったかということから出発するので、基本的には別物の給付は債務の履行とは捉えられず無履行との評価となる。しかし、これだと、売主のミスで自ら別物を給付している点の評価が抜け落ちてしまう。ここで問題となっているのは何を引き渡すべきであったのかという合意内容の問題ではなく、引き渡すべき物を引き渡さなかった履行上の過誤が問題なのである。特定物売買における同一性に関する異種物給付について客体的に別個の物の給付でも不完全ながら給付があったこととなるのは常識的にどうかという発想(上記Ⅱ. 2. (1) (a) 参照)は債権を基点にしたものであり、かえってミスを犯して別物の給付をした売主の行為は契約違反でも何でもなし、無価値の評価となり、常識に反するように思われる。自分の義務を履行していない売主が不当利得返還請求により自らの利益保護を図る一方で、買主は、その間、原則として目的物の保管や返還義務等の負担を一方的に負わされる結果、自らの履行ミスを相手方である買主に転嫁しているこ

合意した物よりも高価な異種物の給付について

とになるからである。それに対して、両当事者を含めた契約というテキストからは売主が契約違反をしたことが正しく評価されることとなる。その上で、公平の見地に立った利益調整（売主の追完による高価な異種物の取戻し、買主側の損害軽減義務や錯誤是正義務の斟酌等）を図るべきであろう。民法（債権法）改正検討委員会の改正試案の基本方針の解説では、車両甲を注文したところ全く性能の異なる車両乙の給付につき、無履行構成でその後の当事者の関係を、無履行と車両乙をめぐる原状回復関係とが併存していると考えられるよりも、異種物についての当事者の認識可能性、異種物の交付や受領、受領後の行動態様や要保護利益を考慮して、追完を認めたり、損害賠償を認めたりとの対応ができることになる点から不完全な履行（債務不履行構成）との考えを採用するとの趣旨が概略示されている⁽¹⁰⁷⁾。これは、合意に基づく履行請求権の内容が契約締結後の事情や債務不履行後の当事者間の関係で変容していくとの発想の立場⁽¹⁰⁸⁾に近いものであり、最近の学説の流れに沿うものである。

ただ事業者買主の検査通知義務違反との関係では注意を要する。例えば、ドイツでは、商事売買においてHGB377条⁽¹⁰⁹⁾により買主には交付された商品について遅滞なく検査通知する義務が課され、他方HGB旧378条が削除されたため、買主がこの通知義務に違反すると、極端に異なる商品でも承認したものと扱われることとなる（承認擬制）。旧法下においてこの両規定における法的取扱いの不統一で混乱を招いたとの批判が多かったところであるが⁽¹¹⁰⁾、HGB旧378条の削除による統一的処理の結果、債務不履行構成では、全く異なる別物、異物でも、瑕疵と扱われるため、もはや債務不履行責任を追及できなくなる点である。大量取引を基本的には前提としない特定物売買において、別物を給付するという売主が犯した重大なミスで、商取引の迅速性等の要請から、検査通知義務違反を犯した買主に転嫁することになってしまうのである。加えて特定物売買の場合には、引渡時等一定の期間内に別物だと気がつくことが通常だと

合意した物よりも高価な異種物の給付について

思われるのでまだよいとしても、引き渡された物が大量の種類物である場合に同様に検査通知義務を怠ると明らかな別種類の物でも受領しなければならなくなってしまう⁽¹¹¹⁾。瑕疵がいつ生じたのかがわからなくなる点で一般的な瑕疵のある物については理解できるとしても、別物の場合には議論の分かれるところである。我が国の先の改正試案でも、異種物か瑕疵ある物かの議論を統一的に排除し、異種物も物の瑕疵に含めて解するため、事業者が買主の場合の検査通知義務の対象についても異種物が含まれる結果、ドイツと同様に、異種物が給付された場合に検査通知義務を買主が怠ると物の瑕疵に対する責任を売主に追及できなくなることになる⁽¹¹²⁾。そのため、事業者買主にも落ち度があるとはいえ、本来の契約（例えば洗濯機の売買契約）とはかけ離れた別個の契約（絵画の売買契約）を認めることになってしまいかねない。それゆえ引渡しがあったといえるだけの最低限の「物」性をどう考えるかが重要である。ドイツ法からの示唆として極端に異なる物（洗濯機の代わりの絵画、鯉の代わりのガチョウ）の給付は、そもそも引渡しに該当しないということで除くべきであろう。また極端に異なる物の意図的な給付は、BGB241a条について検討したように、返還請求を否定すべきである（例えば民法708条の適用ないし705条の類推適用）。

4. 高価な異種物の給付を債務の本旨との関係でどう理解するのか

上述したように、特定物売買の場合に無履行と解する立場を除き、高価な異種物について無履行と解するものは一般に見受けられない。全く異なる物と解することができれば別としても、一応何らかの履行があったと考えられるので、無履行とは捉えにくいと思われる。無履行構成モデルでは、当初の契約から発生する「債権」から出発するのが通常であるので、甚だしく異ならなければ、債権者の視点からの考察により、無履行とは逆に本旨履行と評価されることもそれなりに多いのではと推測される（例えばTheirの見解）。上記で検討した支持すべき債務不履行構成モデルからすれば、高価な異種物給付も履行上の過誤

合意した物よりも高価な異種物の給付について

であり、契約締結から契約終了に至るまでの両当事者を含めた契約全体の視点から解決されるべき問題であるので、基本的に契約にはそぐわない、異なる物の給付ということで不完全な給付と位置づけられるが、当事者間の行為態様によっては、本旨履行と解される余地もあろう。

5. 高価な異種物給付の売主の救済や対価的調整をどうするか

ドイツにおける新債務法と同様、この場合の売主を救済する権利は我が国でも特別には定められていない。したがって、高価な異種物の給付についてとくに上述の一元的債務不履行論や種類売買について債務不履行構成を採る場合には、買主は本来の履行がなされればそれで満足すべき立場にあるので、契約両当事者の利益調整をする手段の1つとして追完権⁽¹¹³⁾は認めるべきであろう。本来の履行をすることにより債権は消滅するので、給付された高価な異種物の返還は少なくとも不当利得として返還できることになる。もっとも、無条件に追完を認めて売主の取戻しを認めると、高価な異種物給付を受けた買主に損害が発生することもあることを考慮すると、買主の権利も尊重しなければならない。そこで、ドイツにおける学説が提唱していたように、買主の権利を侵害しないという要件（一定期間内、本来の履行と引換え、別途、履行遅滞による損害賠償可等）のもとに、売主からの追完と引換えに返還請求権を肯定するべきではないだろうか。売主の追完権が肯定される場合には、売主は代金増額を申し入れ、買主がそれに応じれば契約が改定され、応じなければ追完権の行使により給付物の取戻しが可能との柔軟な対応を図ることが可能となる。なお、現行法では売主の追完権（治癒権）は存在しないが、我が国が批准したCISGではその48条で売主の追完権（治癒権）を認めている。民法（債権法）改正検討委員会の改正試案でも追完権の規定⁽¹¹⁴⁾が予定されている。また試案の改正された錯誤の規定⁽¹¹⁵⁾等により売主の保護の可能性が大幅に広がったといえよう。

IV. むすび—債務の本旨から契約の本旨へ—

以上、高価な異種物給付を債務の履行との関係でどのように位置づけるべきかに関係した問題をドイツにおける新債務法の議論を中心に概観し、若干の検討を試みた。

ドイツではBGB434条3項の規定の不備と売主側の権利の欠缺とが重なって、議論が複雑化していることがわかった。すなわち、契約と異なる物を給付した場合に、異種物の給付なのか瑕疵ある物の給付なのかという区別の困難性を回避するために瑕疵概念の拡張とともに他の物（異種物）の給付を瑕疵ある給付と同置するとの規定を設けて特定物売買・種類売買を問わず異種物給付を債務不履行と扱う形で解決を図ったが、給付された物がこの要件の《他の物》に該当するかについて、異種物なのかどうかの議論が蒸し返された点、及び、区別が困難でない、明らかに別物の給付については規定の趣旨から適用が制限されるのではないかとの疑義が生じた点で問題であった。加えて、高価な異種物が瑕疵ある給付とされた場合に売主側から取り戻すことを認めるなどの利益調整の手段の欠如の点でも不備があった。そこで、この問題をめぐる議論がドイツ法では錯綜することとなった。

他方、我が国の民法（債権法）改正検討委員会の改正試案で提案されている異種物給付を一律に債務不履行と構成する立場では、物の引渡し異種物か瑕疵ある物かどうかの判断をせず、それが契約に違反しているかどうかを判断すればよいので、統一的で簡明な法的な処理ができる。したがって、この立場を徹底すれば、高価な異種物給付も契約には合わないということで、不完全な給付と扱われることになるが、売主の追完権や買主の追完請求権も定められていることから、両者の事情を斟酌しながら公平な結論が導かれることと思われる。

合意した物よりも高価な異種物の給付について

ただし、極端に異なる物の給付をどう扱うかどうか（例えばそもそも義務の履行としての物の引渡しがあったといえるか、事業者買主の場合の検査通知義務違反との関係）等の問題は解釈に委ねられており、改正試案が採用された場合その運用が注目される。

最後に現行法におけるこの問題について私見をまとめると次のとおりである。高価な異種物給付は、原則として特定物売買・種類売買を問わず瑕疵ある物の給付として債務不履行と位置づけられる。ただし、当該売買契約における物の引渡しに該当するとはいえない極端に異なった物の給付は無履行と解し、これを意図的に給付した場合には売主からの返還請求は否定されるべきである。誤って高価な異種物を給付してしまった売主には、買主の権利を侵害しないことを要件に本来の履行と引換えに取戻しを認める。このことにより、売主は代金増額を申し入れ、買主が応じなければ、本来の履行と引換えに取り戻し、他方、買主には債務不履行による救済の余地があり、対価的調整を公平に図ることができる。

なお、本稿で問題としている高価な異種物給付では、売主が契約締結後に履行レベルにおいて積極的にミスをして契約とは異なる物を給付したケースであり、特定物売買における数量超過ケース（土地の数量指示売買における面積超過ケース）や性質決定に関する高価な異種物給付のケース（上述事例6のようなケース）とは異なる。後者においては契約締結時に当事者が目的物につき誤った観念のもとに契約をしてしまった合意内容の過誤（契約締結段階での過誤）のリスクをお互いでどう調整するのかが問題であり、当初の契約に基づく債権は何であったのか、当初の合意内容の確定作業がとくに重要である。それに対して前者の場合には当初の契約内容には過誤はなく、その履行上の過誤が問題となるのでその履行の態様を評価する必要が重要となる。それゆえ、債権を基点にした、当初の合意に基づいて内容確定された債権という権利の側面からのみのア

合意した物よりも高価な異種物の給付について

アプローチでは問題状況を正しく捉えることはできない。契約両当事者を含めた契約関係という広い視点から眺める必要がある。ここでも高価な異種物給付が債務の本旨に従った履行かどうかではなく、契約の本旨に従った履行かどうか重要である。

注

- (1) 中田裕康『債権総論』(2008年・岩波書店) 280頁, 297頁。
- (2) 潮見佳男『債権総論〔第2版〕Ⅱ—債権保全・回収・保証・帰属変更—(法律学の森)』(2001年・信山社) 149頁。
- (3) 最判平成13年11月27日民集55巻6号1380頁, 判時1768号81頁, 判タ1079号190号。
- (4) 石田剛・法セミ568号110頁, 田中康博・法時74巻9号113頁, 今西康人・判評523号17頁(判時1788号179号), 笠井修・NBL738号67頁, 潮見佳男・法教263号194頁, 磯村保・平成13年度重判解(ジュリ1224号)80頁, 円谷峻・判タ1099号70頁, 平野裕之・リマークス2003(上)46頁, 田中宏治・民商126巻4・5号247頁, 小野憲一・ジュリ1223号86頁, 拙稿「債務過履行について—土地売買における数量超過ケースを中心として」大阪経大論集54巻5号365頁等。
- (5) 本稿では, 種類売買における合意した種類と異なる物(狭義の異種物)だけでなく, 特定物売買における合意した特定物と異なる物(異物)も含めて異種物(広義)と呼ぶこととする。
- (6) 基本的に当事者の合意の内容や取引慣行に依ることになるが, 実際にはこのような場合についての当事者の合意の内容は確定できないことが多いので, 規範的解釈が必要となる。なお, ビール5本を注文したところビール7本が引き渡されたような種類売買における数量超過のケースでは, 超過部分とそうでない部分が物理的に分割可能であり, 超過していない5本のビールの給付で完全な履行がなされているので, 一般に超過の2本分については不当利得として返還を認めることに異論はない。例えば, 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ—各種の契約(1)』(2010年・商事法務)109頁参照(以下、『基本方針Ⅳ』と略)。
- (7) 評釈として, 例えば舟橋諄一・法協4巻7号1351頁等。その他の判例として, 大判昭和6年2月10日新聞3236号13頁, 大判昭和6年4月2日新聞3265号9頁等。
- (8) 「また, 原告は, 被告には商法526条の検査通知義務違反があるから解除の効

合意した物よりも高価な異種物の給付について

果を主張することは許されないと主張している。そして、原・被告とも商人であるところ、被告が6月分として商品の送付を受けたのち3か月くらいの間これを検査しなかったため商品違いに気付かなかったことは当事者間に争いが無い。…また、526条1項は売主の利益のために買主の権利行使を制約する特別の規定であるから、その準用あるいは類推適用をすることは慎重であるべきである。従って、給付された商品が契約目的物とは別種類の商品であるというように売主にとって基本的な誤りがある場合には、買主は、右の検査通知義務条項によっては権利行使の制約を受けないと解するのが相当である。ところで、前記認定のとおり、6月分として送付された商品中のLSIチップは、契約目的物とLSIチップであることは共通しているが、型式を別にし、契約目的物である科学計算機用のLSIチップとしては用をなさないものであり、しかも、型式を異にすることは商品自体に大きく書かれた型式番号の表示によって一見して明らかないようにされているのであるから、契約目的物とは全く別物であると認めることができる。そして、6月分はセットで転売する目的の商品であるから、そのうちもっとも重要なLSIチップに右のように品物違いがある以上、全体として品物違いと評価されるべき性質のものというべきである。以上によれば、原告は、6月分として送付した商品については商法526条1項の保護を受けることができないうべきであるから、原告の前記主張は、採用することができない。」評釈として、柏木昇・ジュリ1062号126頁、保住昭一・リマークス1992〈上〉98頁、新谷勝・判評389号59頁(判時1382号205頁)等。その他の判例として、大判昭和2年4月15日民集6巻249頁参照。

- (9) 川井健『民法概論3(債権総論)[第2版]』(2005年・有斐閣)80頁、『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(1985年・岩波書店)151頁(米の代わりに炭)等。来栖三郎『契約法』(1974年・有斐閣)105頁は、物の瑕疵に含めて考える傾向にあるとする。
- (10) 平野裕之『プラクティスシリーズ債権総論』(2005年・信山社)228頁。高島平藏『債権総論』(1987年・成文堂)54頁は、機械を買ったのに別の品物を届けたような場合、とくに履行としてなされたことがあきらかでないかぎり、最終的には履行遅滞や履行不能として扱われるにすぎないとする。
- (11) 例えば、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(1963年・有斐閣)322頁(以下、『担保責任』と略)。
- (12) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般(1)』(2009年・商事法務)22頁、203頁(以下、『基本方針Ⅱ』と略)。なお、数量超過については、【3.2.1.H】(数量超過の場合の特別規定)で、「売主が、当事者の合意または契約の趣旨に従って目的物が備えるべき数量を超過する給付を行った場合については、特に規定を設けないものとする。」とされ、売主が、当事者

合意した物よりも高価な異種物の給付について

の合意または契約の趣旨に従って目的物が備えるべき数量を超過する給付を行った場合について、売主に一定の救済手段を認める規定を設けるとする考え方もあり、この場合に、以下のような案を考えることができるとする。〔甲案〕〈1〉売主の給付すべき目的物が、契約の当事者の合意または契約の趣旨に従って備えるべき数量を超過している場合、これを知った売主は、買主に対して、相当な期間を定めて、数量が超過する部分に相当する価額の支払に应ずるかどうかを確答するように催告することができる。ただし、数量の超過が軽微なものである場合には、この限りではない。〈2〉買主は〈1〉の催告に対して、契約を解除する意思表示をすることができる。〈3〉〈1〉の催告期間内に買主が確答をしなかったときは、契約は解除されたものとみなす。〔乙案〕〈1〉売主の給付すべき目的物が、契約の当事者の合意または契約の趣旨に従って備えるべき数量を超過している場合、売主は【1.5.13】に従って売買契約を取り消すことができる。〈2〉〈1〉の規定にかかわらず、買主は、数量が超過する部分に相当する価額を提供することにより、売主の取消権行使を妨げることができる。』前掲注(6)『基本方針Ⅳ』108頁参照。

- (13) 瑕疵責任との関係では、例えば岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」『契約法における現代化の課題』(2002年・法政大学出版社)103頁、円谷峻「債務法の現代化と瑕疵責任」『取引法の変容と新たな展開』(2007年・日本評論社)55頁、渡辺達徳「ドイツ民法における売主の担保責任」法時80巻8号30頁、石崎泰雄『契約不履行の基本構造 民法典の制定とその改正への道』(2009年・成文堂)37頁以下等。
- (14) 川俣絹の代わりに仙台絹 (RGZ 86, 90), 春播き小麦の代わりに秋播き小麦 (BGH NJW 1968, 640), 外国のくず鉄の代わりに自国のくず鉄 (BGH, NJW 1969, 787), 胡椒の代わりに胡椒とココ椰子の皮の混合物 (BGH LM § 378 HGB Nr.1), 温水管の代わりに冷水管 (BGH WM 1984, 1059) 等々。
- (15) 新債務法では、無履行であれば通常の消滅時効期間の3年 (BGB195条) であり、瑕疵ある給付であれば瑕疵責任の短期消滅時効期間の2年 (BGB438条1項3号)。
- (16) ドイツの旧法下における異種物給付の変遷と意味等、異種物給付に関する我が国での先駆的研究については、下森定「履行障害法再構築の課題と展望」成蹊法学64巻38頁参照 (以下、「履行障害法」と略)。
- (17) Lettl, JuS 2002, 866 (871), Oechsler, Schuldrecht, BT, 2003, § 2 Rn. 114, Thier, AcP 203, 399, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXII, Westermann, NJW 2002, 241.
- (18) Lettl, JuS 2002, 866 (871), Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXII, Oechsler, Schuldrecht, BT, 2003, § 2 Rn. 114.

合意した物よりも高価な異種物の給付について

- (19) BGB433 条 1 項：「売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、その所有権を取得させる義務を負う。売主は、買主に物の瑕疵及び権利の瑕疵のない物を取得させる義務を負う。」
- (20) RegE., BT-Drs. 14/6040, S.216, Westermann, NJW 2002, 241 (246).
- (21) Thier, AcP 203, 399 (405).
- (22) Thier, AcP 203, 399 (409).
- (23) BGB275 条 2 項：「債務者は、給付が債務関係の内容及び信義則の命令を考慮して債権者の給付利益と比べて著しく不均衡となる支出を必要とする限り、給付を拒絶しうる。債務者に期待されるべき努力の決定に際して、債務者が給付障害事由について責めを負うべきか否かもまた顧慮されるべきである。」
- (24) BGB439 条 3 項：「売主は、買主によって選択された追完履行の方法が均衡のとれない費用でしか可能でないときには、275 条 2 項及び 3 項にかかわらず、それを拒否できる。その際、瑕疵のない状態での物の価値、瑕疵の重大性、及び買主に重大な不利益なしに別の追完履行の方法に依りうるかという問題が顧慮されるべきである。買主の請求権は、この場合には、別の追完履行の方法に制限されうるが、本項 1 文所定の要件のもとにこの別の履行をも拒否するという売主の権利は、これと無関係である。」
- (25) Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 107, Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 494, Dauner-Lieb/Arnold, JuS 2002, 1175, Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Rn. 848, Musielak NJW 2003, 89 (90), Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 71, usw.
- (26) Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 107.
- (27) RegE., BT-Drs. 14/6040, S. 94, Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 107.
- (28) Lorenz, JuS 2003, 36 (38). 一般に、「売買契約において、目的物に瑕疵がある場合(例えばまた BGB434 条 3 項の異種物の場合も)、買主は、危険移転前に物の受取り及び BGB320 条により売買代金の支払いを拒絶できる。」と解されている (Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Rn. 524)。
- (29) Dauner-Lieb/Arnold, JuS 2002, 1175 (1176). また、特定物売買においても異種物かどうかの区別が困難な場合がありうるとする (例えばある画家の絵画に 2 つの版がある場合において誤った版の方が引き渡されたとき)。
- (30) Dauner-Lieb/Arnold, JuS 2002, 1175 (1176), Lorenz, JuS 2003, 36 (38).
- (31) 下森・前掲注(16)「履行障害法」131 頁参照。論者により異なりうるが、一般に主観的瑕疵概念を採っても契約で当事者が合意した性質を欠く物の給付とは異なり、合意した物とは客体的に別個の物の給付は異物の給付であることが自明で

合意した物よりも高価な異種物の給付について

あって瑕疵ある給付とは考えられていなかったように思われる。

- (32) BGB195 条 (通常の消滅時効の期間) : 「通常の消滅時効の期間は、3 年である。」
- (33) BGB438 条 1 項 3 号 : 「437 条 1 号及び 3 号に挙げられた請求権は以下のときに時効消滅する。③その他の場合は 2 年」
- (34) 例えば Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10.Aufl., Rn. 848.
- (35) Altmeppen/Reichart, Festschrift für U.Huber zum siebzigsten Geburtstag, S.73.
- (36) 田中宏治「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商 133 巻 1 号 44 頁以下参照 (以下、「今日的課題」と略)。
- (37) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10.Aufl., Rn. 848. の事例。
- (38) Ehmman/Suchtchet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002 § 7, S.221, Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22.Aufl.,Rn. 288.
- (39) HGB 旧 378 条 : 「377 条の規定はまた、約定された物と異なった物又は数量と異なった数量の物が引き渡された場合に、引き渡された商品が注文とは明らかに著しく相違するために買主の承認を得ることができないとみなさなければならないものでない限り、適用される。」
- (40) Altmeppen/Reichart, Festschr.f.Huber zum 70, S.73. なお, Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22Aufl. Rn. 288. は, 例えば赤ワインの代わりにウマが給付された場合には代金減額 (BGB441 条) の処理を実際には行うことができないので, 重大な異なりのある物をすべて物的瑕疵の下で扱うことには疑問であるとする。
- (41) Lettl, JuS 2002, 866 (868), Faust, in:Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 108.
- (42) Faust, in:Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 108.
- (43) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 26, Musielak NJW 2003, 89 (92).
- (44) BT-Drs.14/6040. S.216.
- (45) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10.Aufl., Rn. 848.
- (46) Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1095).
- (47) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10.Aufl., Rn. 848.
- (48) Wrase/Müller-Helle, NJW 2002, 2537. の事例をベースに若干修正した。
- (49) Schwarz, NJW 2001, 1449 (1450), MünchKomm/Kramer, § 241 a Rn. 143, Palandt/Heinrichs, § 241a Rn. 4. それに対して不当利得返還請求権を認めるものとして, Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 492 (Fn. 80). Lettl, JuS 2002, 866 (871)。
- (50) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10.Aufl., Rn. 848, Lettl, JuS 2002, 866 (871), Lorenz, JuS 2003, 36 (40), Faust, in:Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 117, Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 Rn. 121, Jauernig/Berger, § 434 Rn.

合意した物よりも高価な異種物の給付について

23.usw.

- (51) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10.Aufl., Rn. 848.
- (52) Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1099). 政府草案には、「契約の開拓を目的として消費者に注文していない商品を給付することによって又はその他の注文していない給付を提供することによって、消費者に対する請求権は基礎づけられない」との法文は、その後、余計なものとして削除された。
- (53) Wrase/Müller-Helle, NJW 2002, 2537.
- (54) Emmerlich, BGB Schuldrecht BT § 4 Rn. 30; Palandt/Heinrichs, § 241a Rn. 4.
- (55) Wrase/Müller-Helle, NJW 2002, 2537 (2538f.). なお, Lorenz [Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 492 (Fn.80).] が示唆しているように、事業者の代金請求権は既存の売買契約から基礎づけられることからすれば、事業者の錯誤による異種物給付についても BGB241a 条の適用を肯定する説は事業者に少し酷であろう。誤った給付について事業者に落ち度があるとはいえ、消費者が給付の誤りについて認識可能な場合であっても BGB241a 条 2 項が法律上の請求権だけを事業者に認めるにすぎないので、契約上の代金請求権は認められず、せいぜい事業者は取戻しができるにすぎないからである。
- (56) Deckers, NJW 2001, 1474 (1475).
- (57) BGB241a 条 3 項：「注文した商品の代わりに品質及び価格について同価値の給付が消費者に提供され、かつ消費者には受領する義務がないこと及び返品の費用を負担する必要がないことが指示される場合には、注文していない商品の給付には当たらない。」
- (58) BGB241a 条 2 項：「給付が受領者のために予定されたものでなかった場合、又は給付が注文の存在を誤認して提供され、受領者がこのことを知り若しくは取引上必要とされる注意をしていればこれを知ることができたであろう場合には、法律上の請求権は排除されない。」
- (59) BGB437 条（瑕疵の場合における買主の諸権利）：「物に瑕疵があるとき、以下の規定の要件があり、他に別段の定めがない限り、買主は、次の権利を有する。1. 439 条により追完履行を請求すること、2. 440 条、323 条及び 326 条 5 項により解除すること、又は、441 条により代金を減額すること、3. 440 条、280 条、281 条、283 条、及び 311a 条により損害を賠償すること、又は、284 条により無駄になった費用の賠償を求めること。」
- (60) BGB439 条 4 項：「売主が、追完履行のために瑕疵のない物を給付するときは、買主から 346 条乃至 348 条の規準に基づいて瑕疵ある物の返還を請求できる。」
- (61) BGB346 条 1 項：「契約当事者が契約により解除を留保したとき、又は、契約当事者に法定解除権が帰属する場合において解除がされたとき、受領した給付は

合意した物よりも高価な異種物の給付について

- 返還され、受けた利益は返却されなければならない。』
- (62) BGB439 条 1 項：「買主は、追完履行として、その選択に従って、瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引き渡しを請求できる。」
- (63) そもそも売買契約における異種物給付も BGB241a 条の規定の下に置かれることは通信販売契約指令 7 条 3 項に由来し、指令に従って、それが BGB241a 条 3 項の形に置き換えられたとされる経緯からしてもそうである。Wrase/Müller-Helle, NJW 2002, 2538.
- (64) Wrase/Müller-Helle, NJW 2002, 2538.
- (65) Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtmodernisierung, § 13 Rn. 156, Musielak, NJW2003, 89, Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 196, Lettl, JuS 2002, 866 (869f.), Oechsler, Schuldrecht, BT, § 2 Rn. 110, usw.
- (66) Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1097).
- (67) Wenzel, DB 2003, 1887 (1890), Thier, AcP203, 399 (419.).
- (68) Wenzel, DB 2003, 1887 (1890).
- (69) BGB362 条 1 項：「債務の目的となった給付が債権者になされるときには、債務関係は消滅する。」
- (70) Thier, AcP203, 399 (419f.).
- (71) BGB434 条 1 項：「物は、それが危険移転の際に合意された性質を有するときには、物の瑕疵がない。性質が合意されていない限り、以下の場合には、物の瑕疵がない。1. それが契約に基づいて前提とされた使用に適切である場合、その他、2. それが通常の使用に適し、かつ性質が、同種の物において通常であり、かつ買主が物の種類に応じて期待できる性質を呈示する場合。2 文 2 号による性質には、買主が、売主、製造者（製造物責任法 4 条 1 項・2 項）又はその補助者の公の表示により、とくに広告又は物の特定の性質についての表示において期待できる性質もまた属する。ただし、売主がその表示を知らず、かつ知る必要もなかったとき、それが契約締結時に同様な方法で訂正されたとき、又はそれが売買の決定に影響を及ぼしえなかったときは、この限りでない。」
- (72) S. Lorenz, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005, S. 112., S. Lorenz, JuS 2003, 36.
- (73) 類似の事案として、BGH NJW 1988, 2597. アメリカの画家 Duveneck の肖像画を買ったところ、それより値段の高いドイツ印象派の旗手 Leibl の直筆だったケース（錯誤取消しが濫用とされた事例）。BGH によれば誰の作品かの違いも物の瑕疵に一般に当たるとするので、錯誤と瑕疵責任との関係が問題となる。一般に、買主がこれらを主張する場合、短期の消滅時効を定める瑕疵責任の規定を特別規定として優先適用するのが通説であるが、売主の、例えば売買目的物の取引上本

合意した物よりも高価な異種物の給付について

質的な性質に関する錯誤に基づく取消し（BGB119条2項：「取引上本質的とみなされる人又は物の性質に関する錯誤も、また表示の内容に関する錯誤とみなされる。」）は、瑕疵責任の規定によって排除されない。というのは、瑕疵責任の規定は売主の法的救済には関係がないからであるが、売主が取消しによって買主に対する瑕疵責任を免れる場合には取消権は濫用として認められない。なお、Medicus/Petersenは、売主が損害賠償して、錯誤取消しによる取り戻しを認めてよいとする（Bürgerliches Recht, 22Aufl. Rn. 162）。性質決定と異なる物が買主の利益となる食い違いの場合には物的瑕疵とは把握せず、売主の錯誤の主張のみが問題となるとする（Medicus, Bürgerliches Recht, 16Aufl. Rn. 324）。他方、絵画の真筆性については当事者の鑑識眼等も関係するので取消しの可否の判断が難しいが、Flumeは、売買契約時に鑑定人の判断において作者についての見解が一致して争われていなかった場合には、錯誤取消しを認める（Flume, JZ 1991, 633）。

- (74) Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 104.
- (75) Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 104, Thier, AcP 203, 399 (413).
- (76) Schulze, NJW 2003, 1022, BT-Drs. 14/6040, S. 216.
- (77) 下森・前掲注(16)「給付障害法」130頁（Caemmererもこの場合を異種物給付と把握）。なお、日本においても異種物を観念できるとするものとして、柚木・前掲注(11)『担保責任』322頁。
- (78) Wilhelm, JZ 2001, 861 (868). Wilhelmは、最終的に政府草案の売買法について2つの欠点を挙げる。1つ目は、物の瑕疵と権利の瑕疵に関する単一のルールがあまりに広範囲に徹底されたため、政府草案の434条3項により異種物の給付はすべて不完全履行とみなされ、瑕疵ある給付のすべてのケースに買主の権利が結びつけられたが、売主の権利については何も定めなかった。したがって、誤って高価な異種物を給付した場合において買主が何も主張しないときに、政府草案によれば売主は何もできないことになってしまう、と批判する。2つ目の欠点は、政府草案の441条3項の代金減額についての算定方法に向けられていたが、新法でBGB旧472条1項の考えに戻された。すなわち、代金減額の算定につき、政府草案では売買代金と実際の瑕疵ある物の取引価格との比較とされたが、成立した新債務法では契約締結時の瑕疵のない状態の物の取引価格と実際の瑕疵ある物の取引価格とを比較して代金を減額することとなった（BGB441条3項）。
- (79) Musielak, NJW 2003, 89 (90), Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtmodernisierung, § 13 Rn. 156, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIII, Faust, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB § 437 Rn. 196.
- (80) 消費用品売買指令の考慮事由(10)：「製品が契約に違反しているとき、消費者は、

合意した物よりも高価な異種物の給付について

製品が契約に適合している状態に無償で回復することを請求することができる。その場合、消費者は、修補請求又は代物給付のどちらかを選択することができる。その他のときには、消費者は、代金減額請求権又は契約解消請求権を有するものでなければならない。」

- (81) Faust, in: Baumberger/Roth, Kommentar zum BGB § 437 Rn. 196.
- (82) Musielak, NJW 2003, 89 (90).
- (83) Faust, in: Baumberger/Roth, Kommentar zum BGB, § 437 Rn. 196, Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXIII. 通説は、BGB434条3項適用の要件として、弁済の意図、又は行為態様から義務の履行として給付がなされたことがわかることを必要とし (BT-Drs. 14/6040, S. 216, Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 495, Faust, in: Baumberger/Roth, Kommentar zum BGB § 434 Rn. 109, usw.)、弁済の意図には、意思表示に関する規定が類推適用されるとする。通説によれば、Aに送る商品を誤ってBに送った場合には、弁済の意図はなく、不当利得に基づく返済請求権の問題となる。なお、高価な異種物給付を債務の履行として認める場合も、あとは売主による錯誤取消しの可能性が残るにすぎない。
- (84) Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, Fall 59, S.129, Lettl, JuS 2002, 866 (869f.), Lorenz, JuS 2003, 36 (39) Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 493, 574.
- (85) Lettl, JuS 2002, 866 (869f.).
- (86) Lorenz, JuS 2003, 36 (39).
- (87) Lettl, JuS 2002, 866 (869f.).
- (88) Lorenz, JuS 2003, 36 (39).
- (89) Lorenz, JuS 2003, 36 (39).
- (90) BGB273条1項：「債務者は自己の義務が基づくのと同一の法律関係から債権者に対する弁済期の到来した請求権を有するときは、債務者は、債務関係から別の事態が生じない限り、債務者に当然の給付がなされるまで、債務の目的となった給付を拒絶することができる (留置権)」
- (91) Lettl, JuS 2002, 866 (869f.), Köhler/Fritzsche, Fälle zum neuen Schuldrecht, Fall 13 Rn. 14ff.
- (92) BGB812条 (返還請求権)：「(1)他人の給付により又はその他の方法により他人の費用で法律上の原因なしに何かを取得する者は、その他人に返還を義務づけられる。この義務は、法律上の原因が後に脱落するとき、又は法律行為の内容に従った給付によって目的とされた効果が発生しないときにも存在する。(2)契約を通じてなされた債務関係の存在又は不存在の承認も、給付とみなされる。」
- (93) Lettl, JuS 2002, 866 (869f.).

合意した物よりも高価な異種物の給付について

- (94) Köhler/Fritzsche, Fälle zum neuen Schuldrecht, Fall 13 Rn. 14ff.
- (95) Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, Fall 59, S. 129.
- (96) 田中・前掲注(36)「今日的課題」37頁以下。
- (97) 勝本正晃「不完全履行論(1)」法協47巻4号503頁以下。
- (98) なお、ULISとCISGの物品の引渡し概念の違いについて、斎藤彰「国際動産売買における売主の義務(1)」民商91巻6号905頁以下(以下、「国際動産売買」と略)。潮見佳男『債務不履行の救済法理』(2010年・信山社)340頁以下(以下、『救済法理』と略)。CISGではULISと異なり、物品の引渡し概念と物品の適合性概念を分離する規定を設けた。またフランス法における引渡義務と瑕疵担保責任との関係については、野澤正充「瑕疵担保責任と債務不履行責任—フランス法の視点から—」立教ロー3号55頁参照。
- (99) Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG-, 4. Aufl. Art. 35 Rn. 10.
- (100) Sekretariat Commentary, Art. 29. para. 3. 斎藤・前掲注(98)「国産動産売買」905頁以下、潮見・前掲注(98)『救済法理』350頁。
- (101) BGB446条(危険の移転と負担の移転):「売買の目的物の引渡しとともに、偶然による物の滅失及び毀損の危険は買主へ移転する。引渡しの中から物の利益は買主に属し、買主はその負担を負担する。買主が受領を遅滞する場合も、引渡しと同様である。」
- (102) 種類売買における異種物給付は端的に債務不履行とするのではなく、異種物と判断されれば本来無履行だけれども債務不履行と同置するという点で違いがある。
- (103) 前掲注(12)『基本方針Ⅱ』22頁, 203頁。
- (104) 履行請求権における債権モデルと契約モデル等については、窪田充見「履行請求権」ジュリ1318号103頁参照。
- (105) 能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として〔別冊NBL51号〕』(1998年・商事法務)107頁以下、潮見佳男『債権総論〔第2版〕I—債権関係・契約規範・履行障害〈法律学の森〉』(2003年・信山社)25頁以下。
- (106) 森田修『契約責任の法学的構造』(2006年・有斐閣)(以下、『法学的構造』と略)、森田・加藤雅信・加藤新太郎「契約法の基本原則」『現代民法学と実務(中)』(2008年・判例タイムズ社)105頁以下参照(以下、「基本原則」と略)。
- (107) 前掲注(12)『基本方針Ⅱ』203頁。なお、改正試案では履行請求権の規定を設けている。【3.1.1.53】(債権と請求力)「債権者は、債務者に対し、債務の履行を求めることができる。」
- (108) 森田・前掲注(106)『法学的構造』とくに7頁以下, 535頁以下, 同・前掲注(106)「基本原則」105頁以下参照。

合意した物よりも高価な異種物の給付について

- (109) HGB377条「(1) 売買が両当事者にとって商行為であるときは、買主は、通常の営業活動上なしうる限り、売主による商品の交付後、遅滞なく商品を検査しなければならず、瑕疵を認めるときは売主に遅滞なく通知しなければならない。(2) 買主が通知を怠るときは、その商品を承認したものとみなす。ただし、検査において認識できない瑕疵である場合にはこの限りでない。(3) 検査より後に瑕疵を発見したときは、発見後遅滞なくこれを通知しなければならない。通知を怠ったときは、この瑕疵についてもまたその商品を承認したものとみなす。(4) 買主の権利を保全するためには、適当な時期における通知の発信で足りる。(5) 売主が故意に瑕疵を黙秘したときは、売主は本条の規定を援用することができない。」
- (110) 下森・前掲注(16) 126頁以下参照。
- (111) Altmeyen/Reichart, Festschrift für U.Huber zum siebzigsten Geburtstag, S.73. 検査通知義務違反の買主がそのような扱いを甘受するための最低限の要件としてその異なりをHGB旧378条の買主が承認できるレベルの物でなければならないとする。
- (112) 民法(債権法)改正検討委員会の改正試案【3.2.1.19】(事業者買主の検査・通知義務)：「〈1〉 事業者である買主が、その事業の範囲で行った売買契約に基づいて目的物を受領したときは、相当な期間内にその瑕疵の有無について検査しなければならない。ただし、売主が目的物の瑕疵について悪意であったときは、この限りでない。〈2〉 事業者である買主は、目的物の瑕疵を発見し、または発見すべきであった時から遅滞なく売主に対して瑕疵の存在を通知しなければならない。〈3〉 事業者である買主が、〈2〉に規定する通知をしなかったときは、目的物の瑕疵を理由とする救済手段を行使することができない。ただし、通知をしなかったことが買主にとってやむを得ない事由に基づくものであるときは、この限りでない。」
- (113) 例えば山本豊「契約責任論の新展開(その3)―追完請求権と追完権」法教345号111頁参照。なお、規定の趣旨は異なるが、民法475条では他人物を給付した弁済者が有効な弁済をすることによって当該目的物を取り戻すことを認めている。
- (114) 民法(債権法)改正検討委員会の改正試案【3.1.1.58】(追完権)：「〈1〉 債務者が不完全な履行をしたときは、次の要件を満たす場合に、債務者は、自己の費用によって、追完を為す〔ママ〕権利を有する。〈ア〉 債務者が、なすべき追完の時期および内容について、不当に遅滞することなく通知すること 〈イ〉 通知された追完の時期および内容が契約の趣旨に照らして合理的であること 〈ウ〉 債務者が追完をなすことが債権者に不合理な負担を課すものでないこと 〈2〉 不完全な履行が契約の重大な不履行にあたる場合には、債務者の追完の権利は債権

合意した物よりも高価な異種物の給付について

者の解除の権利を妨げない [。]

- (115) 民法(債権法)改正検討委員会の改正試案【1.5.13】(錯誤):「〈1〉法律行為の当事者または内容について錯誤により真意と異なる意思表示をした場合において、その錯誤がなければ表意者がその意思表示をしなかったと考えられ、かつ、そのように考えるのが合理的であるときは、その意思表示は取り消すことができる。〈2〉意思表示をする際に人もしくは物の性質その他当該意思表示に係る事実を誤って認識した場合は、その認識が法律行為の内容とされたときに限り、〈1〉の錯誤による意思表示をした場合に当たるものとする。〈3〉〈1〉〈2〉の場合において、表意者に重大な過失があったときは、その意思表示は取り消すことができない。ただし、次のいずれかに該当するときは、この限りでない。〈ア〉相手方が表意者の錯誤と知っていたとき 〈イ〉相手方が表意者の錯誤を知らなかったことにつき重大な過失があるとき 〈ウ〉相手方が表意者の錯誤を引き起こしたとき 〈エ〉相手方も表意者と同一の錯誤をしていたとき 〈4〉〈1〉〈2〉〈3〉による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。」