

# 追完に代わる損害賠償における追完の催告の要否

一橋大学法科大学院修了（2021 年度）  
一橋大学大学院法学研究科博士後期課程  
高木 隆文

## 【目次】

- I はじめに
  - 1. 問題提起
  - 2. 検討の手順
- II 追完に代わる損害賠償請求権についての議論状況の整理
  - 1. 付加的要件不要説（415 条 1 項適用説）
  - 2. 付加的要件必要説
    - （1）415 条 2 項直接適用説
    - （2）415 条 2 項の法意説
    - （3）563 条類推適用説
- III 民法（債権法）改正の構造
  - 1. レメディ・アプローチの導入
    - （1）レメディ・アプローチについての検討の意義
    - （2）レメディ・アプローチの意味内容について
    - （3）改正民法における議論状況
  - 2. 利益調整が問題となる場面—「浮動状態」論
    - （1）問題状況
    - （2）履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との関係性
    - （3）追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の関係性
  - 3. 追完請求権に関する 562 条 1 項ただし書きの解釈論について
    - （1）「不相当な負担」の範囲を限定的に解釈する見解
    - （2）「不相当な負担」の範囲を広く解釈する見解
    - （3）「入れ子」構造に関する検討
- IV 権利の選択性に関する法哲学上の議論の導入
  - 1. 「権利の本性」に関する説の対立
    - （1）権利意思説
    - （2）権利利益説
  - 2. 利益対立を考える際に用いる枠組み
    - （1）ホーフエルド図式
    - （2）サムナーの図式

3. 図式的整理をふまえた意思説と利益説の対立
- V 対立構造をふまえた改正民法の検討
  1. 各救済手段の検討
    - (1) 追完請求権（562条）の検討
    - (2) 代金減額請求権（563条）の検討
    - (3) 解除権（564条, 541条）の検討
  2. 債権法全体の構造の検討
- VI 各救済手段の構造をふまえての「追完に代わる損害賠償請求権」の検討
  1. 追完に代わる損害賠償請求権についての学説対立にみる選択権と免除権の対立構造
  2. 隣接制度との対比に基づく検討
- VII 結論と残された課題について
  1. 本稿の結論
  2. 残された課題
    - (1) 催告不要とする例外的場面についての規律方法について
    - (2) 請負契約の修補に代わる損害賠償請求権について

## I はじめに

### 1. 問題提起

「民法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 44 号)による債権法の改正<sup>1)</sup>において、売買契約の目的物の一部に不完全な履行があった場合における「追完に代わる損害賠償」の要件についての問題は、法制審議会民法(債権関係)部会においても明確な態度決定が行われず、解釈に委ねられることとなった<sup>2)</sup>。これにより、改正民法のいずれの条項を「追完に代わる損害賠償請求権」に適用すべきか、特に同請求権の行使にあたり追完の催告を要するかという問題が、学説上の議論にとどまらず、実務上においても解決されるべき喫緊の課題として出現している。本稿では、法哲学上の議論を前提として、改正民法における契約不適合についての救済手段の規律に現れた買主と売主との対立構造を明らかにし、この視点から各救済手段を検討することにより、追完に代わる損害賠償請求権に追完の催告が必要かにつき検討を加える。

### 2. 検討の手順

本稿では、まず追完に代わる損害賠償請求権についての学説を整理し、どのような点が対立点となっているのかを探る。その後、本問題に関連する分野について改正民法ではどのような規律の変更がなされたのかについても整理する。次に、本稿では契約の一部不適合の場面における救済手段の選択性についての議論を展開するところ、この議論に重要な示唆を与えると考えられる、権利の本質に関する法哲学上の議論を参照する。具体的には、H.L.A. ハートの権利の選択性説に着目し、同議論を参考にして、法哲学上の権利義務に関する図式的整理を用いつつ売主と買主の対立構造を整序する。そしてその対立構造に基づき改正民法における救済手段を分析することによって、各救済手段にみられる共通性を抽出する。これによって、救済手段の一つとしての追完に代わる損害賠償請求権の規律のあり様を明らかにする。

## II 追完に代わる損害賠償請求権についての議論状況の整理

売買契約の目的物が引き渡されたが、契約の内容に適合していない場合、買主は、追完(修補、代替物の引渡し、不足分の引渡し)を請求できるが(562 条)、415 条による損害賠償

---

<sup>1)</sup> 以下の検討においては、「民法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 44 号)による改正後の民法を「改正民法」といい、同法による改正以前の民法を「改正前民法」という。なお、改正民法の条文を掲げる際には法令名を摘示しない。また、改正前民法の条文を掲げる際には、「改正前～条」と摘示する。

<sup>2)</sup> 法制審議会民法(債権関係)改正部会資料(以下、「部会資料」という)32 PDF 版 19 頁では、追完に代わる損害賠償について明文の規定を設けるとする案と明文の規定を設けないとする案が併置して示されていたが、その後、部会資料 56 PDF 版 28 頁以下では、売買における追完に代わる損害賠償の要件について明文の規定を設けるという案は示されず、以後この問題についての手当てはみられない。この点については、田中洋「改正民法における「追完に代わる損害賠償」(3)」NBL1176 号(2020 年)30 頁以下に詳細な整理がみられる。

の請求もできる（564条）。ここで、売主が追完を請求せず、追完に代わる損害賠償を請求する場合、付加的要件を要さず単に415条1項の適用によるか、415条2項の適用または類推適用による付加的要件が必要かについて見解の対立がみられる。

#### 1. 付加的要件不要説（415条1項適用説）

追完に代わる損害賠償の請求が認められるためには、債務不履行に基づく損害賠償の一般的要件（415条1項）を満たせば足り、それ以上の付加的要件は不要であるとする見解がみられる。中田裕康は、売買目的物に一部不適合があった場合の規律については415条1項によって規律され、追完請求をしなくても、損害賠償を請求できるとする見解に立つ<sup>3)</sup>。今般の民法改正における立案担当者も見解も、隣接する請負契約の場面における瑕疵修補請求権（改正前634条）についての説明ではあるものの、「追完に代わる損害賠償請求」に415条2項の適用を試みるのではなく、契約不適合自体について、415条とは切り離して、同条1項による損害賠償請求を認めれば足りるとしており<sup>4)</sup>、同様の見解を示唆する。

#### 2. 付加的要件必要説

上記見解に対し、追完に代わる損害賠償の請求について何らの付加的要件も課さないとする、今般の民法改正により「履行に代わる損害賠償」の請求に付加的要件が必要となることが明記されたこと、代金減額請求権の行使に付加的要件が課されていることと権衡を失すとの批判がある。そこで、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の関係は、履行請求権あるいは履行に代わる損害賠償請求権との関係、あるいは追完請求権と代金減額請求権との関係に類似すると指摘して、履行に代わる損害賠償に関する415条2項、代金減額請求権に関する563条の規定を類推するなどして、一定の付加的要件を要するとする見解が提唱されている。

##### （1）415条2項直接適用説

追完に代わる損害賠償が、改正民法415条2項にいう「履行に代わる損害賠償」にあたるものとして、同項を直接適用することで付加的要件を課そうとする見解も当初は主張された。しかし、この見解では、一定の場合（追完可能であり、かつ、軽微な不適合がある場合）に「追完に代わる損害賠償請求権」の発生が一切認められない場合が生じうるため、不当な帰結をもたらす可能性があり、現在では支持されていない<sup>5)</sup>。

##### （2）415条2項の法意説

この見解においては、追完に代わる損害賠償請求権の成立要件を定めた規定の不存在を

---

<sup>3)</sup> 中田裕康『債権総論 [第4版]』（有斐閣、2020年）187頁以下

<sup>4)</sup> 筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）341頁

<sup>5)</sup> 田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』（2）」NBL1175号（2020年）31頁

指摘したうえで、415条2項の法意により追完に代わる損害賠償の要件を導き出そうとする。すなわち、「履行請求権と履行にかわる損害賠償請求権の平行構造と、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の平行構造との同質性」<sup>6)</sup>に照らして、①追完が不能のとき、②債務者が追完をする意思がない旨を(確定的に)明らかにしたとき、③債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約が一部解除され、もしくは債務の不履行による契約の一部解除事由またはそれに相当する事由(追完が可能であるにもかかわらず、催告をしても追完がされなかった場合)に追完に代わる損害賠償の請求が認められるとする。

この見解に対する付加的要件不要説からの批判として、この見解は履行請求権が債務不履行の効果の一つであるにすぎないという理解を前提とするが、その前提についてなお議論があること、また履行請求権と履行にかわる損害賠償請求権の平行構造と、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の平行構造とが同質であるという評価についても異論がみられること<sup>7)</sup>、目的物の価格又は契約不適合による損害賠償額に比し、追完に代わる損害賠償額が大きい場合、売主の選択(562条1項但書)又は代金減額請求権の規律(563条)による解決によらず、追完に代わる損害賠償請求を認めることは制度間の不均衡をもたらすこと等の不都合が指摘される<sup>8)</sup>。

### (3) 563条類推適用説

次に、代金減額請求権の要件に関する改正民法563条の規定の類推によって追完に代わる損害賠償の要件を導き出そうとする見解も主張される<sup>9)</sup>。これによれば、追完請求権と追完に代わる損害賠償との関係が、追完請求権と代金減額請求権との関係と同質であるとの理解に基づき、①債権者が、相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないとき(563条1項類推)、あるいは②追完不能や債務者の明確な追完拒絶など、債権者が催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき(同条2項類推)に、追完に代わる損害賠償の請求が認められることとなる<sup>10)</sup>。

瑕疵修補に代わる損害賠償請求について、「代金減額請求とのバランスを考え」て同様の

---

<sup>6)</sup> 潮見佳男『新債権総論I』(信山社出版、2017年)483頁

<sup>7)</sup> 森田修「履行請求権と填補賠償請求権との併存」瀬川信久=吉田克己古稀『社会の変容と民法の課題 [上巻]』(成文堂、2018年)423頁以下

<sup>8)</sup> 中田・前掲注3)187頁以下

<sup>9)</sup> 田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』(商事法務、2018年)138頁以下

<sup>10)</sup> 同「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(3)」NBL1176号(2020年)34頁

見解をとる平野裕之<sup>11)</sup>もこの見解に立つものと考えられる。なお、上記(2)の415条2項の法意説においても、例外的に追完の催告を不要とする要件について、563条1項をも考慮して、類推適用の例外を提示するが<sup>12)</sup>、付加的要件不要説からは過度に複雑な解釈であるとの指摘がなされている<sup>13)</sup>。

### III 民法（債権法）改正の構造

本稿の議論を進めるにあたり、追完に代わる損害賠償請求権をはじめ、契約不適合に関する各種の救済手段が改正民法の制定過程においてどのような背景のもとに議論されたのかについて、債権法改正に関する法制審議会での議論の経過を辿り、もととなる議論を抽出する必要がある。より具体的には、本稿は、一部不適合の場面における救済手段の行使に催告を要するかという問題について、債権者たる買主のとり得る救済手段の選択性と、債務者たる売主側での追完利益の調整という視点から検討を加えるものであるが、そうした検討の前提として、本稿の扱う救済手段の選択性という問題に関して売主と買主との利益調整を図るという考え方を法が予定しているか否か検討する必要がある。そこで、当事者間の利益調整という視点から契約不適合に関するルール形成を行おうとする考え方として近時の学説上強く提唱される「レメディ・アプローチ」が、改正法において採用されたのか否か、また採用されたとして、それはどの範囲に妥当するものであるのかを検討する。

次に、契約不適合の際の救済手段の選択性を検討するにあたっては、買主側のとり得る救済手段が複数併存し、売主が不安定な立場に立たされる、いわゆる「浮動状態」への対処が主たる課題として問題となる。こうした浮動状態が生じる場面では、買主の救済手段の自由選択性と、売主をその不安定な状態から脱却させる利益との調整を図る必要が強く生じる。本章では、改正法下において契約不適合の救済手段に関する浮動状態が拡大したのか否かを検討し、本稿における検討に際して重要な視点となる権利の選択性に関する利益調整が生じる場面を具体化しつつ、レメディ・アプローチの考え方が権利の選択性に関する議論にどのように現れるのかにつき検討する。

さらに、追完方法に関する選択性については、改正法において追完請求権に関して新設された562条1項のただし書きにおいて、買主が指定した追完方法と異なる方法による追完を売主に認める規定が置かれた。この規定に関する議論を検討することにより、買主と売主との追完方法に関する利益調整の視点が改正法に組み込まれていることを指摘してレメディ・アプローチの考え方が改正法に具体的に現れていることを示し、当事者間の利益調整が図られるべき場面が具体的に生じていることを明らかにする。

---

<sup>11)</sup> 平野裕之『債権総論』（日本評論社、2017年）97頁

<sup>12)</sup> 潮見佳男『プラクティス民法 債権総論 [第5版補訂]』（信山社、2020年）135頁以下

<sup>13)</sup> 中田・前掲注3) 188頁

## 1. レメディ・アプローチの導入

### (1) レメディ・アプローチについての検討の意義

本稿における検討においては、売買契約に一部不適合がある場合における救済手段である追完請求権や追完に代わる損害賠償請求権において、不適合を受けた買主側に救済手段の選択権を与えて保護を図る利益と、売主側に異なる追完方法を認めて不適合責任から解放する利益との調整を図るという視点からの検討を行うものである。

しかし、従来の瑕疵担保責任に関する学説に見られたように、救済手段間に優劣関係があることが法定されている枠組みからすれば、救済手段の選択性について両当事者間の調整を図るという思考方法を採ること自体がそもそも困難である。しかし、今般の民法改正により、契約不適合の救済に関する制度設計が変更され、債権総論に関する一般ルールで解決するとの変更がなされている。本稿では、この改正の過程において、いわゆるレメディ・アプローチの思考様式が採用され、契約の一部不適合が生じた場面における救済手段の選択性に両当事者間での利益衡量の視点が組み込まれていることを指摘し、この範囲内では売主と買主の利益調整が不可欠であることを論じる。その前提として、レメディ・アプローチの意味内容につき、論者間でも見解が分かれるため、本稿における検討でのレメディ・アプローチの意義について明らかにする。また、このレメディ・アプローチが改正民法下で部分的に採用されていることを指摘し、この枠組み内での利益調整の必要性について検討する。

### (2) レメディ・アプローチの意味内容について

レメディ・アプローチ (remedy approach) という表現は、ヨーロッパ契約法原則 (PECL) の制定に向けた議論の過程において、オーレ・ランドー (Ole Lando) の整理の中で現れたものとされる<sup>14)</sup>。ここでは、不履行の態様を基点として不履行に関するルールを体系化するコース・アプローチ (cause approach) と、不履行の場合に債権者に与えられる救済手段を基点として不履行に関するルールを体系化する枠組みとしてのレメディ・アプローチ (remedy approach) とが対比され、損害賠償、特定履行、契約解消その他の救済に関して、どのような態様の不履行であれ、多かれ少なかれそれらの救済手段間を支配するルール間に共通性が認められることと、規定数の調節ならびに利用者にとっての説明のし易さに鑑み、後者のアプローチが採用されたとの指摘がされる<sup>15)</sup>。

わが国の議論では、レメディ・アプローチ自体にどのような意味と目的を盛るかにつき定見がなく、かえってレメディ・アプローチという語を使った議論に混乱がみられるとの指摘

---

<sup>14)</sup> 潮見佳男「契約責任論の現状と課題」『債務不履行の救済法理』(2010年、信山社)9頁

<sup>15)</sup> 同『契約責任の体系』(有斐閣、2000年)4頁以下

がなされる<sup>16)</sup>ため、本稿で用いるレメディ・アプローチの語の意義を明確にしておく必要がある。レメディ・アプローチの解釈論のバリエーションとしては、(A) 契約責任の体系化に関する文脈と、(B) 契約不適合の際の救済手段に関する文脈という、二つの異なる文脈における意味内容の相違がある<sup>17)</sup>。

#### (A) 債務不履行責任の体系化に関する文脈

[a] 契約責任・不履行に関するルールを編成するとき、不履行の効果ないし救済手段に着目してルールを系統化していくべきであるという態度を示すために、レメディ・アプローチという表現を用いるもの（ランドーの理解と整合する）。

[b] 契約の締結から履行へと続くプロセスを重視して、これに即して系統化していく手法（プロセス・アプローチ）と対比して、契約関係から生じる障害事由から出発し、障害を解決するために債権者に与えられる救済手段に着目して系統化していくべきとの手法を示すもの。

[c] 不履行の効果ないし救済手段といわれるものは、法の定めた責任規範（不履行規範）の構成要件に該当する場合に、当該ルールが適用された結果として各種の権利が債権者に与えられたものであることを主張するもの。

#### (B) 契約不適合の際の救済手段に関する文脈

[d] 「レメディ・アプローチ」の語を、契約責任・不履行に関するルールを救済手段ごとに捉えることによって、従前のものとは異なった内容を個々の救済手段に付与するとの積極的意図のもとで用いるもの。この文脈でも、レメディ・アプローチの語は、以下の3つの意味内容で用いられたとされる。

[d-1] 契約ないし債権から当然に履行請求権が生じるという従前の理解に対して、それが自明でないことを指摘し、履行請求権も債務不履行を契機として法により債権者に与えられる救済手段の1つ（にすぎない）と見ることによって、履行請求権の成立自体に他律的・契約外在的な制約の余地を企図するもの。

[d-2] 国際的取引ルールでは、英米法体系の諸国の法制を考慮し、特定履行の請求権を債務不履行のレメディとして債権者に与えるという実践的意図があったとするもの。

[d-3] 損害賠償請求権・解除権といった救済手段相互の独自性を強調することによって、転形論や、損害賠償請求権と解除権の一体的処理（特に、帰責事由要件・責任成立要件面でのそれ）を斥けることを企図するもの。

潮見佳男は、上記整理ののち、[a][c][d-3]を念頭に置いてレメディ・アプローチの語を用

---

<sup>16)</sup> 潮見・前掲注14)9頁

<sup>17)</sup> 潮見佳男「総論－契約責任論の現状と課題」ジュリスト1318号（2006年）85頁



いるとする<sup>18)</sup>。森田修は、履行請求権と填補賠償請求権における棲み分けに着目して、レメディ・アプローチを「履行請求権と填補賠償請求権という救済の併存を原理的に承認し、両者の関係の調整は、信義則判断に委ねるという方向」として位置付ける<sup>19)</sup>。

### (3) 債権法改正における議論状況

債権法改正の議論の中では当初、債務不履行のルールを組み立てにあたって、レメディ・アプローチと、履行不能、遅滞、不完全履行といった障害原因ごとにルールを組み立てていくアプローチである、コース・アプローチ (cause, 障害原因) との対立において問題提起がなされた。ここでの議論では、およそ債務不履行が生じたときに、どのような救済手段が債権者・被害当事者に与えられるべきであるかという観点から問題を立てていった方がわかりやすいのではないかとこの観点から、レメディ・アプローチに注目が集まった (上記[a]の文脈)。

しかし、検討が進むにつれ、レメディ・アプローチは債務不履行という限定的な枠を超えて債権法・契約法全般に通じるアプローチとして適切かという問題へと展開し、その結果、「契約交渉が始まってから、契約締結へと進み、さらにその履行がされ、あるいは不履行が生じて、最後に契約が消滅に至るという一連の生活事実の展開過程で、いつ、どういった問題が法律問題として生じてくるのかを提示していくという目的のもとで民法典のルールを組み立てていく」とするプロセス・アプローチとの対立が生じたものとされる (上記[b]の文脈)。

ここで、レメディ・アプローチは、権利を持っている人がその権利を侵害され、あるいは侵害されるおそれがあるときに、どのように権利保護を求めることができるのか、権利保護を求めるものとしてどういう効果を目指して立論をしていけばいいのかという権利救済の観点から、権利の救済を求める側 (債権者) と相手方 (債務者) との間の権利主張と反論、防御の枠組みの中でルール形成をしていこうとする意図を含んだものとして捉えられ、債権法・契約法全体に通じるものとして主張される (上記[d]の文脈)。しかし、改正前民法のもとで伝統的に採られてきた解釈論では、抽象的に債務の内容を確定する仕組みを採用しており、救済手段ごとに要件を異にする可能性のあるレメディ・アプローチ、契約全体の履行過程から債務の内容を確定するプロセス・アプローチはともに、伝統的な解釈論とは異質なものであると指摘された<sup>20)</sup>。

---

<sup>18)</sup> 潮見・前掲注14)9頁

<sup>19)</sup> 森田修『「債権法改正」の文脈—新旧両規定の架橋のために』(有斐閣, 2020年)258頁

<sup>20)</sup> 上記整理につき、窪田充見ほか「特別座談会 債権法の改正に向けて(上)—民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト1307号(2006年)114-119頁

契約目的物に不適合があった場合の処理に関しては、履行請求権と履行に代わる損害賠償権（填補賠償請求権）という2つの救済手段をどのように調整するかという問題がある。ここで従来通説は、履行請求権は履行不能が生じることによって尽き、履行請求権がその限界事由としての履行不能により排除されたときにはじめて填補賠償請求が可能になるといふ、いわゆる債務転形論を採用していた。履行請求権の実態法上の消長（旧法下では、履行不能）を基準として両請求権を関連付けて調整する契約責任の体系化構想を、森田修は「履行請求権アプローチ」として紹介しており、本稿でもこの用語に沿った整理をする。

これに対し、履行請求権の排除の要件を履行不能よりも拡大し、広く「契約の趣旨」に照らして柔軟に解釈すべきとの有力な批判がなされ、履行請求権と填補賠償請求権を履行不能により棲み分ける転形論の構造に対する疑義が唱えられた。ここで、上記[d]の文脈におけるレメディ・アプローチからは、履行請求権と填補賠償請求権は一時点で同一性をもって転形するものではなく、一定の場面には併存することを認めつつ、両救済手段間の調整は権利の救済を求める側（債権者）と相手方（債務者）との間の権利主張と反論、防御の枠組みの中でルール形成をしていこうとする主張がなされることとなる。

本稿において取り扱う、売買契約の目的物に一部不適合があった場合における救済手段間の調整という問題においては、レメディ・アプローチとは、上記[d-3]の見方をおし進め、従来の転形論に見られたような履行請求権アプローチの考え方を否定したうえで、救済手段間の調整を権利の救済を求める債権者と相手方である債務者との間の利益調整の枠組みの中でルール形成するという考え方として整理する。この考え方は、履行請求権と填補賠償請求権という救済の併存を原理的に承認し、両者の関係の調整は信義則判断に委ねるとする森田修による考え方にも連なるものであると考えられる。以下では、この意味におけるレメディ・アプローチの思考様式が、改正民法下で部分的に採用されたことを示す。

## 2. 利益調整が問題となる場面―「浮動状態」論

### (1) 問題状況

売買目的物に契約不適合がある場面において、履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との関係性について考えると、不適合を受けた買主は、催告解除権（541条）の発生後、解除権の行使前には、本来給付を求める履行請求権を行使することができ、履行に代わる損害賠償請求権を行使することもできる。逆に催告期間経過後、買主の解除権行使前に売主が翻意して履行した場合には買主の債権は弁済により治癒されて、買主は履行に代わる損害賠償請求権を行使できなくなる。この場面では買主の履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権の併存がみられ、当事者の行動によって何らかの選択がなされるまで権利義務関係が確定しない状態が発生する。こうした問題は「浮動状態」として指摘され、この状態への対処が問題となる。

目的物に一部不適合があった場面においても、買主は上記と同様の複数の救済手段を選択肢として持つため、浮動状態の発生が問題となる。しかし、一部不適合の場合においては、追完請求権（562条）、追完に代わる損害賠償請求権のほか、代金減額請求権（563条）、損害賠償請求権（564条）と救済手段がより多岐にわたるため、浮動状態の性質に変容が生じることが指摘される。本稿では、履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権が問題となる場面での浮動状態を「大きな浮動状態」、一部不適合の場面における浮動状態を「小さな浮動状態」として区別して検討する。また、前者の場面における履行に代わる損害賠償請求権を「大きな填補賠償」、後者の場面での追完に代わる損害賠償を「小さな填補賠償」と呼び、異なる場面での2つの填補賠償請求権を区別する。

## （2）履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との関係性

売買目的物に契約不適合があった場合における「大きな浮動状態」への対処について、旧法下の伝統的学説は履行不能を履行請求権の限界事由として履行に代わる損害賠償請求への転形を認める債務転形論に立ち、履行請求権が消滅すると同時に履行に代わる損害賠償請求権が発生すると解し、原則として両救済手段が併存するという事態は起こりえないとの前提で立論がなされていた。もっとも、転形論のもとでも、例外的な場面において一定の浮動状態が生じることが指摘されていた。判例<sup>21)</sup>は、定期行為などの特殊な場合でない「普通の場合」の履行遅滞であっても、債権者は一定の期間を定めて催告をすれば債務者が催告期間を徒過した後は解除することなく填補賠償を請求できるとし、この見解を学説も支持した<sup>22)</sup>。また、債権者に履行請求権の行使を認めつつ、その執行不能の場合に備えて予め填補賠償請求権の行使を認めた事例についての判例<sup>23)</sup>は、執行不能という条件付きではあるものの、履行請求権と同時に履行に代わる損害賠償請求権を認めた。この判例について学説は、債権者が執行不能として填補賠償を得てこれについて執行するまでの間に、債務者が本来の給付をすれば執行を免れることを認める<sup>24)</sup>。こうした事例では、債務転形論においても履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との棲み分けが厳密にはなされず、浮動状態が生じる事案であったといえる。

改正民法下においては、415条2項2号および3号の規律において、履行請求権が存続している状態でも一定の場合（確定的な履行拒絶、解除権発生の場合）に債権者が履行に代わる損害賠償請求権を行使することができるとする立場を採用したため、履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との併存を正面から認めている。このため、改正民法では、債権

---

<sup>21)</sup> 大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁

<sup>22)</sup> 我妻栄『新訂債権総論 民法講義IV』（岩波書店、1964年）114頁

<sup>23)</sup> 最判昭和30年1月21日民集9巻1号22頁

<sup>24)</sup> 我妻・前掲注22) 116頁

者が履行に代わる損害賠償を請求した場面であっても、債権者は、履行がなお可能であれば債務の履行を請求することもでき、浮動状態が生じる場面が拡大している。

この浮動状態への手当てについては、債権法改正法制審議会において、履行不能に代えて、填補賠償請求権を行使したことを新たな転形事由として設定する中間試案<sup>25)</sup>が作成されたものの、パブリックコメントでの反対意見の多さを理由に断念され、解釈論に委ねられることとなった<sup>26)</sup>。改正民法のもとでは、新たに転形事由を設ける形での転形論の維持が見送られたことにより、債権者側での救済手段の選択や債務者側での本来的給付の履行という手段の行使の制限については、信義則によって互いの利益を調整しその行動を掣肘せざるを得ない。この限度で、大きな浮動状態への対処について、その規律を信義則による調整に委ねるレメディ・アプローチの比重が高まっている。

### (3) 追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権との関係性

売買目的物に一部不適合があった場合における売主の担保責任が問題となる場面では、「小さな浮動状態」が生じる。この場面では、買主が追完に代わる損害賠償請求権を行使するのに催告を要するかという問題が売主の担保責任に固有の問題として発生する。この点については、法制審議会においても、買主の救済すべてに追完の催告を必要とする甲案と、解除および履行に代わる損害賠償の要件としては追完の催告を前置しつつ、追完に代わる損害賠償および代金減額請求権については、追完の催告を不要とする乙案が併記されて検討された<sup>27)</sup>。このうち、乙案は、解除および大きな填補賠償（履行に代わる損害賠償）については履行請求権アプローチを採るが、小さな填補賠償（追完に代わる損害賠償）についてはレメディ・アプローチを採用する二元的なものであるとされる<sup>28)</sup>。その後、上記案は、中間試案第 35 の 5<sup>29)</sup>に具体化され、そこでは代金減額請求権についてのみ追完の催告を必要とする甲案採用が明示されるものの、「小さな填補賠償」の処遇については以後の手当てがみられない<sup>30)</sup>。

小さな填補賠償に催告を必要とすることで売主側の救済手段の選択権に制限を加えるべきかという考慮に加え、売主の側に買主が指定した方法と異なる履行を認めて瑕疵担保責任から免れることを認める「追完権」の発想を考慮するかという問題も生じる。法制審議会

---

<sup>25)</sup> 中間試案第 10「債務不履行による損害賠償」3「債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第 415 条後段関係）」[中間試案補足説明 PDF 版 114 頁]

<sup>26)</sup> 第 90 回議事録 PDF 版 57 頁

<sup>27)</sup> 部会資料 43 PDF 版 23 頁

<sup>28)</sup> 森田修・前掲注 19) 388 頁

<sup>29)</sup> 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明 PDF 版 408 頁

<sup>30)</sup> 森田修・前掲注 19) 388 頁

の議論においては「追完権」の概念は①契約不適合に際して買主に認められる解除権ないし填補賠償請求権を売主が追完を申し出ることによって封じる権利と、②契約不適合に際して買主の追完請求権の内容として主張するところに対し、売主が異なる内容の追完を選択しうる権利という 2 つの意義を持つとの整理がなされている<sup>31)</sup>。しかしこの見解については消極論<sup>32)</sup>が強く、採用に至っていない<sup>33)</sup>。しかし、追完請求権に関して新設された 562 条 1 項ただし書きは「売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、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」ことを規定しており、売主側の追完利益に重点を置いているため、ここに買主と売主間の利害調整の視点が現れていないか検討を要する。

#### 4. 追完請求権に関する 562 条ただし書きの解釈論について

改正民法 562 条 1 項ただし書きの規定は、売主は、買主からの追完の請求に対して、買主に「不相当な負担」を課するものでないときは、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する。この規定は、買主による追完方法の選択の利益を不当に害しないものとするために、限定的な要件を設けたものと解される。この「不相当な負担」の要件をいかなる観点から判断するかが問題となる。

##### (1) 「不相当な負担」の範囲を限定的に解釈する見解<sup>34)</sup>

通説的な見解においては、不完全な履行がなされた場合に、その追完を求めるか、どのような方法による追完を求めるかは、不適合な給付を受けた買主の決定が尊重されるべきであるとする。そうすると、562 条本文の規定において売主の選択する追完手段によって、買主の選択を覆し、または制約する以上、買主の主張が権利濫用と評価されるものでない限り、売主には「不相当な負担」が課されるものと解される。売買目的物に瑕疵があった場合の追完方法の選択は、債権者である買主に原則的な選択権があるとする見解であり、立案担当者の説明においてもこの見解に親和的な説明がなされる<sup>35)</sup>。

##### (2) 「不相当な負担」の範囲を広く解釈する見解<sup>36)</sup>

これに対し、不完全履行が生じた場合に、債務者である売主が追完をすることで契約を維

---

<sup>31)</sup> 第 4 回議事録 PDF 版 49-51 頁 [潮見幹事発言]

<sup>32)</sup> 議事上の反対意見としては、消費者契約の場面において事業者側に追完権という権利が認められるとすると、消費者に過度な要求がなされてしまうことに対する懸念や、規定が抽象的な文言によらざるを得ないことから紛争が多発することの危険性が指摘されている。第 40 回議事録 PDF 版 28 頁岡田委員発言、中井委員発言参照。

<sup>33)</sup> 部会資料 54 第 4 「取り上げなかった論点」 PDF 版 10 頁

<sup>34)</sup> 潮見佳男『新契約各論 I』（信山社、2021 年）135 頁

<sup>35)</sup> 部会資料 56 PDF 版 29 頁

<sup>36)</sup> 潮見・前掲注 34) 136 頁

持するという、いわゆる売主の追完権を強く保障する立場からは、562条本文の売主の選択を重視すべきという見解がとられる。この売主の申し出た追完方法を買主が拒絶するのは、信義に反する行動であると解すると、「不相当な負担」は限定的なものとして解釈され、売主の申し出た追完方法が買主の事業活動その他の行動に対し金銭での事後的な損害賠償では回復しがたい程度の制限をもたらず場合にのみ、その申し出が不合理なものとなされ、買主に「不相当な負担」を課すことを課すことが認められるというべきとされる。

### (3) 「入れ子」構造に関する検討

中間試案は買主の追完態様一般につき買主の選択権を原則として承認していたことからすれば、改正民法 562 条ただし書きの規定は、買主の選択権を例外的に掣肘する場面を例外的に認めた規定であると整理される。同条ただし書きの規定により「追完権」の発想が正面から認められたと解することは上記審議過程からしても困難であると思われるが、追完権の概念が前提とする、売主側の利益を考慮して買主の選択権を制約する発想が現れていると考えることができる。この点で、追完方法の選択権については第一次的には買主に選択権があるとする点で従来の履行請求権的アプローチがなお残存しているものの、買主の選択権を「買主に相当な負担を課するものでないとき」には売主側に異なる追完方法を認めることにより、この限定的な範囲内でレメディ・アプローチの発想が入れ子構造のように現れている<sup>37)</sup>。

そうすると、この入れ子内での限定的な範囲で、「大きな浮動状態」について、救済手段間の調整を両者間の裁量的評価に求め、相対的に債務者側の追完利益に重きを置くレメディ・アプローチの考え方は、「小さな浮動状態」においても改正後 562 条 1 項ただし書きの解釈論内での買主の契約利益と売主の追完利益との調整を通して姿を現す。そのため、小さな浮動状態の場面においてもレメディ・アプローチのとり、契約利益と追完利益の調整という観点が波及するため、追完に代わる損害賠償の要件論を考えるにあたって、買主と売主の利益調整を図る視点を導入する必要がある。

## IV 法哲学的議論の導入

当事者間の利益調整という視点から当事者がとりうる救済手段の選択性を考えるにあたっては、売主と買主それぞれが有する利益がどのような性質を持っているのか、法哲学上の議論を参照しながら分析することが有用である。特に、債権者側の有する「権利」とは何かという点につき、法哲学上「権利の本性」という議論がみられ、権利意思説と権利利益説という二つの大きな考え方が対立する。本稿では権利意思説の一つとしての権利選択説という考え方に着目し、買主側の救済手段の選択性が権利の内容として重要な意義を有するこ

---

<sup>37)</sup> 森田修・前掲注 19) 391 頁参照

とを示す。これに対し、売主側の利益については、利益の対立を考える際に法哲学上用いられる図式概念を用いて、売主が買主の自由選択性から逃れる利益がどのように位置づけられるのか検討する。これにより、買主と売主の利益対立を法哲学上の議論から整序し、その対立構造を整序する。

## 1. 「権利の本性」に関する説の対立

債権とは何かという、権利の本質に関する説の対立として、権利利益説と権利利益説という二つの捉え方があり、法哲学上「権利の本性」と呼ばれる一大論点として論争が続いている。

### (1) 権利意思説

一方の考え方である「権利意思説」は、権利を、自然現象や他人の行為を支配する個人の意思の力であると捉えるものである。この立場からは、債権とは、債権者が債務者に対して一定の行為を請求することができる権利として捉えられる<sup>38)</sup>。この考え方は、近代自然法論<sup>39)</sup>において「自由としての権利」という観念が掲げられたことに由来する。個人が互いに持つ権利としてこの観念が私法学に導入されたドイツでは、19世紀に、ローマ法を現代的に再構成するパンデクテン法学の確立者サヴィニーが、個人の自由の保障を基盤とする立場から、権利意思説を主張した。また、20世紀になると、H.L.A.ハートが、意思説の中でも、他者の義務の強行や免除といった複数の選択肢から権利主体が選び取れることを重視する選択説を唱えている。本稿は債権者である買主の救済手段の選択性に主眼を置いた検討を行うため、権利の選択性を権利の本質的要素とみる H.L.A.ハートの所見を検討しておく必要性が高い。以下具体的に検討する。

H.L.A.ハートは、意思説のなかでも権利の選択性を重視する立場から、権利の本質は選択である、あるいは、権利が権利であるためには、それを行使するかしないかを選択する事由という要素が含まれなければならないとの説を唱え、20世紀アメリカ法哲学に多大な影響を与えた。この考え方は、「われわれに浸透するような法状態を考察するとき、そこにはまず、個々の人[Person]に帰属する力[Macht]が姿を現わす。これは、個々の人の意思が支配する、しかもわれわれの賛同をもって支配する領域である。この力をこの人の権利[ein

---

<sup>38)</sup> 潮見・前掲注6) 153頁以下

<sup>39)</sup> 中世のキリスト教自然法論は、世界が神の被造物であるという絶対的な前提から出発する。この見解は、宗教改革や他の宗教との接触により宗教的信念が相対化されるにしたがって説得力を失っていった。そのような時代に、理論が前提とする内容を削ることにより、より広い範囲の人々が納得できるような主張を展開しようとしたのが近代自然法論である。瀧川裕英ほか『法哲学』(有斐閣、2015年) 229頁参照。

Recht]と呼ぶ」<sup>40)</sup>というサヴィニーの叙述にも含まれている考え方であると指摘される<sup>41)</sup>。しかし、ハートの主張は、権利の対象を権利者は、譲渡や放棄を含めて意のままに使うことができるとの選択性に重きを置く主張であるところに特色がある。

選択説を含む意思説の中心的主張としては、例えば売買契約において代金支払請求権を有する債権者が、支払期日の延期や代金の減額、さらには支払義務の免除が可能である場合や、土地の引渡請求権についても、強行・猶予・免除などが可能である場合に、いずれの手段をも自由に選択できる支配力こそが権利の本質であると捉えられる<sup>42)</sup>。

## (2) 権利利益説

これに対し、権利利益説<sup>43)</sup>は、権利を、法によって保護される利益であると捉える。この立場からは、債権とは、権利関係において債務者から一定の利益（給付結果）を得ることができる債権者の地位のことをいうものと理解される。この立場においては、私人が合意により給付結果を得ることができる地位を自律的に作り出すことを国家が承認し、そのようにして作り出された地位に対して国家による保護が与えられることを意味するものとされる<sup>44)</sup>。

この説の具体的な用いられ方としては、債権の本質は、債務者の給付によって得られるであろう債権者の利益を保持することであり、それが妨げられた場合、債務者に債務の履行を直接認める請求権となる。また債務者がそれに応じなかった場合、それは裁判所に訴える権利に姿を変え、さらに勝訴すれば、債務者の責任財産（債務の引当になる財産）に対する支配権に姿を変えたとの説明がなされる<sup>45)</sup>。

## 2. 利益対立を考える際に用いる枠組み

次に、上記の大きな説の対立が、具体的な利益対立を考えるにあたってどのような違いを生じるか検討するにあたり、分析法理学上注目されるホーフエルドおよびサムナーによる権利義務関係を整序する図式を導入する。権利の選択性を検討するにあたっては、単純な権

---

<sup>40)</sup> サヴィニー著、小橋一郎訳『現代ローマ法体系 第1巻』（成文堂、1993年）36頁

<sup>41)</sup> 亀本洋『法哲学』（成文堂、2011年）150頁参照

<sup>42)</sup> 瀧川ほか・前掲注39) 125頁

<sup>43)</sup> 権利利益説は、イギリスではベンサムによりいち早く唱えられ、ドイツではベンサムの著作にも触れていたルドルフ・フォン・イェーリングが、意思も権利の一要素と認める折衷的な利益説を採用した。今日の英語圏では、ジョゼフ・ラズをはじめとして、多くの法哲学者が利益説を支持している。瀧川ほか・前掲注39) 127頁。

<sup>44)</sup> 潮見・前掲注6) 155頁

<sup>45)</sup> 亀本・前掲注41) 151頁



利一義務関係だけでなく、猶予や免除等の様々な手段からの選択の可能性が考えられ、法律関係を機械論的に把握できる図式の導入により多様な権利関係を整序しつつ、本稿での検討において重要な視座となる、買主と売主との対立構造を明確化できると考えられるためである。

### (1) ホーフエルド図式

まず、アメリカの法学者ホーフエルド (Hohfeld, 1879-1918) による権利の相関についての分析枠組み(「ホーフエルド図式」と呼ばれる)を検討する。この枠組みはホーフエルドによる提唱後にアメリカ法に定着したにとどまらず、現代にいたるまで法哲学者および道徳哲学者ないし政治哲学者にしばしば着目される。当時のアメリカ法学は、「科学としての法学」が推進された時期にあたり、各国の法の特殊性にかかわらない法の一般法理の発見が図られた時期に提唱されたものである。そのため、本稿における現代日本法を検討する際の視点としても有用である。

#### (a) 第1図式

法的対立項	{	権利	特権	権能	免除権
		⇕	⇕	⇕	⇕
		無権利	義務	無能力	責任

ホーフエルド図式の第1図式は、「法的対立項」に関するものである。この第1図式は同一人物が持っている法律関係上の地位を表している。もっとも左の第1列(縦の並びを「列」といい、横の並びを「行」という。以下同じ。)の「権利」と「無権利」の関係についてみると、「XがYに対して、Yがある行為をするように求める権利を持つ」という文と、「XはYに対してYが行為をするように求める権利を持たない(無権利である)」という文は、論理学上の矛盾<sup>46)</sup>関係にある。この関係を指して、権利と無権利とは「法的対立項」にあると整理される。

第2列の関係についてみると、「特権」とは当事者XY間に債権債務がない場合にある者が相手方に対する義務を負わない関係を指す。そのため、「XはYに対して、ある行為をしない特権を持つ」という文と、「XはYに対してある行為をする義務を負う」という文は同時に成り立たず、対立関係にある。

<sup>46)</sup> 「矛盾」とは、論理学上、二つの文がともに真であることも、ともに偽であることもない場合の関係を指す。

また、第3列についてみると、「権能」とは、ある者の行為によって既存の法律関係を変化させることのできる能力のことを指す。そのため、「XはYに対して、Yの法的地位を変化させることのできる権能を持つ」という文と、「XはYに対してそのような権能を持たない（無能力である）」という文は同時に成り立たず、対立関係にある。

第4列について、「責任」とは他人の権能行使による法律関係の変化に服することをいい、「免除権」とはそのような権能行使による法律関係の変化から免れることができることを指す。ここで、「YはXの権能行使に服する」という責任を表す文と、「YはXの権能行使から免除される」という免除権を表す文は同時に成り立たず、両者は対立関係にある。

(b) 第2図式

法的相関項	{	権利	特権	権能	免除権
		義務	無権利	責任	無能力

他方、第2図式は、人が他者に対して持つ権利または義務といった法律上の関係性を表すものであり、ある者とその相手方の地位や関係が強調される。第1列の請求権と義務の関係についてみると、「XがYに対して、Yがある行為をするように求める権利を持つ」という文と、「YはXに対して、Yがその行為をする義務を負う」という文は、論理学にいう同値<sup>47)</sup>の関係にある。このような関係を指して、請求権と義務とは「法的相関項」にあると説明される。

他の列についてみると、第2列に関しては「YはXに対し、ある行為をしない特権を持つ」という文と、「XはYに対し、ある行為をするように求める権利をもたない（無権利である）」という文は同値の関係にある。また、第3列に関しては「XはYに対して、Yの法的地位を変化させることのできる権能を持つ」という文と、「YはXの権能行使に服する」という文は同値である。第4列については、YがXに対して、Xの法律関係を変化させる権能を持っていない「無能力」の場合には、XはYに対して、Yによって自分の法律関係を変化させられないという「免除権」をもっていると整理でき、同値の関係にあるため法的相関項にあると整理される。

---

<sup>47)</sup> 一方の文が真であるとき他方の文も必ず真であり、かつ、一方の文が偽であるとき他方の文も必ず偽であるという関係を指す。

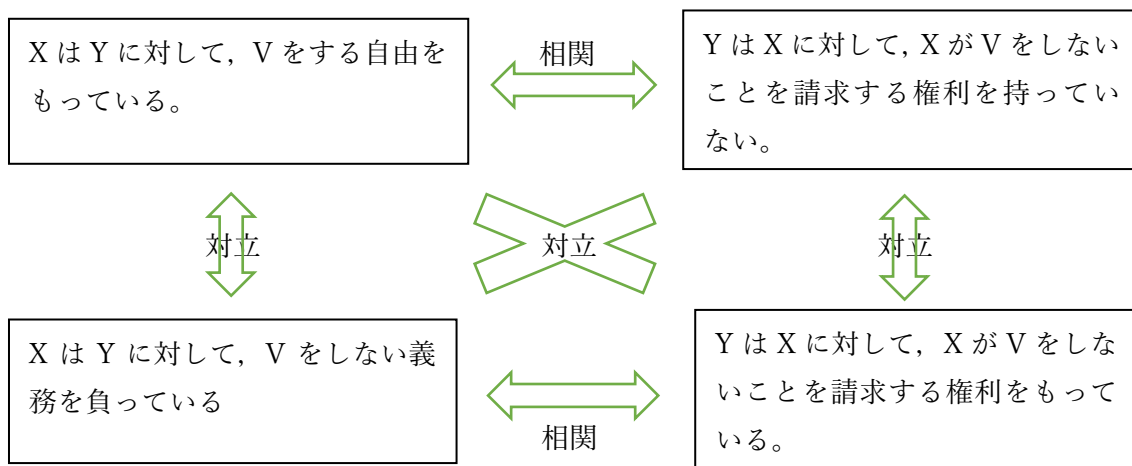
(c) ホーフエルド図式の意義と整理

このホーフエルド図式は、法的地位または法律関係を論理的に整序した点に意義があり、権利、義務等の法的地位を方行的関係性をもったものとして捉えるという基本的発想に立つ点で高く評価される。ホーフエルド図式の第1列である権利義務関係と第2列の特権無権利関係は、後者は前者の否定に過ぎず、また第3列の権能責任関係と第4列の免除権無能力関係も、後者が前者の否定の関係となっている。そのため、第1列と第2列、第3列と第4列とはそれぞれ一つのグループを形成している。本稿で検討対象とする、契約不適合の場面での救済手段の選択性という問題は、債権者が救済手段を自由に変更する「権能」に関する問題であるといえ、ホーフエルド図式の第3列、第4列の整理が参考となる。しかし、ホーフエルドの図式では複数の法的地位の関係が明らかでなく、ホーフエルド図式の法的関係の関係をより精緻化する必要がある。

(2) サムナーの図式

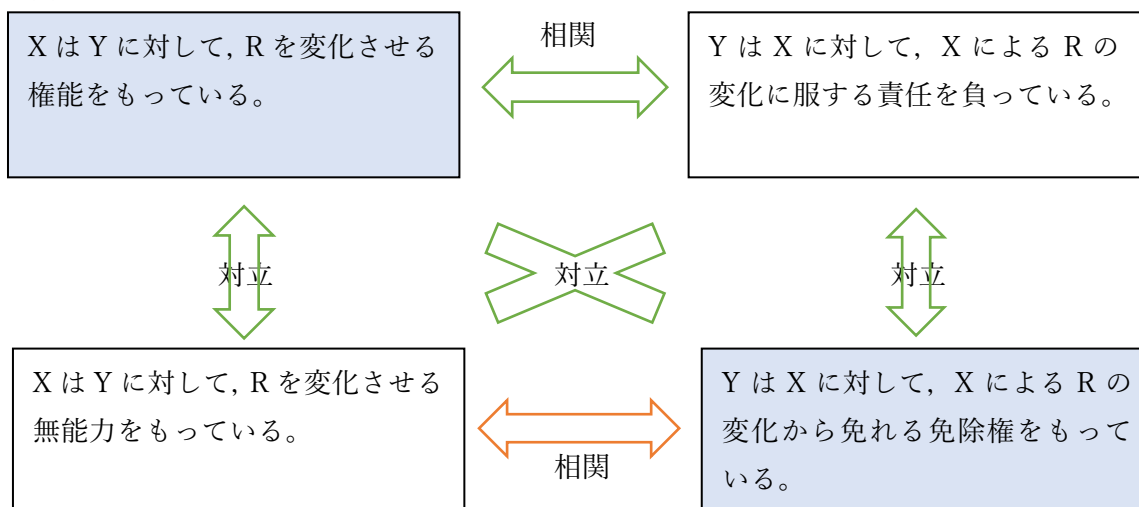
そこで、ホーフエルド図式の再構成を図る道德哲学者サムナー(Samner)の見解に依拠した検討を考える。この図式は、複数の法的地位の対応関係を整序する点でホーフエルド図式の抱えていた課題を修正、改良したものと評価される。

(a) 第1図式



サムナーはまず、第1図式において、「自由」(ホーフエルド図式での「特権」)、「無請求権」(ホーフエルド図式での「無権利」)、「義務」(ホーフエルド図式での「権利」)の関係を論理的に整序する。同じ行の左右にある二つの文は互いに相関項であり、同一の法律関係を表し、同値の関係にあり、また同じ列にある上下の二つの文は互いに矛盾関係にある。よって、斜めの関係にある二つの文も、互いに矛盾関係にある。

(b) 第2図式



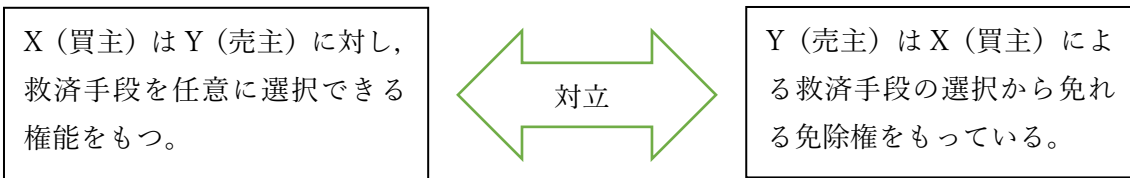
サムナーは第1図式を規範的關係（ホーフエルト図式の左半分ของกลุ่ม）について表すものとした上で、その關係を変化させる法的關係（ホーフエルト図式の右半分ของกลุ่ม）を第2図式により表現した。この図式では法律關係その他の規範的關係を表すものとして、「権能」「責任」「無能力」「免除権」の4つの法的地位の相関關係について規律している。

### 3. 図式的整理をふまえた意思説と利益説の対立

本稿が検討対象とする、売買契約において契約不適合があった場合の救済手段の選択性について、サムナー第2図式をあてはめて検討すると、「権能」と「免除権」の対立構造が参考になると考えられる。すなわち、権利の本性を債権者の持つ意思の力に求め、特に権利の選択性に重きを置くH.L.A.ハートの選択説は、契約不適合の際の救済手段の選択性を債権者たる買主に認める見解につながりやすく、買主が契約不適合に対する救済手段という規範的關係を変化させる「権能」を持つとする立場であると評価できる。

他方、権利の本質に関して債権者の「意思」による支配力の側面を重視せず、国家によりその実現が保護された「利益」の側面を請求権の本質とする見解（上記1（2））からは、権利者の意思力を重視しないゆえに、権利者側の権利の選択性よりもむしろ、債務者（売主）側を浮動状態から解放するという要請が相対的に重みを増すこととなる。そうすると、売主側に追完の機会を与えるなど、買主による救済手段の選択性に対立する手段を認める方向に向かいやすい。そうすると、この立場では、売主は買主による救済手段の変化から免れる「免除権」をもっている、と整理できる。

よって、売買契約の目的物に関する契約不適合の際の救済手段の選択性という場面での権利關係の対立構造は、次のように整理できる。



次章では、サムナーの第2図式による対立図式を参考に、追完請求権や代金減額請求権、さらに本稿が検討対象とする追完に代わる損害賠償請求権の行使場面における、救済手段の選択性に関する買主と売主の利益調整のあり方を、改正法の規律をふまえながら検討する。

## V 対立構造を用いた改正民法の検討

### 1. 各救済手段の検討

前記サムナー図式の検討により、債権者がその債権の行使方法について複数の手段を有する場合において、その手段を自由に選択できる「権能」と、その選択性から免れる「免除権」の対立構造が存在することが明らかとなった。本章では、この対立構造をふまえ、売買目的物に一部不適合があった場合における複数の救済手段について検討する。具体的には、債権者である買主は、追完請求権、代金減額請求権、解除権、そして追完に代わる損害賠償請求権の行使という複数の救済手段を行使することが可能であるが、各救済手段の行使に際しては、特に追完の催告が必要となるなど、その自由選択性に制限を設けるものがある。ここでは、まず民法改正によって明文の規定が設けられた救済手段を検討し、それらの構造を明らかにしたのちに、次章で本稿の最終的な検討対象である追完に代わる損害賠償請求権について同様の検討を行う。よって、追完に代わる損害賠償を除いた救済手段につき、債権者の権利行使の自由選択性を制限する規定の有無や、そうした規定がある場合にはそうした制限が設けられた趣旨について検討する。

#### （1）追完請求権（562条）の検討

債務者が不完全な履行をしたとき、債権者としてはまず履行不完全の追完を請求することができる（562条）。具体的な規律の内容としては、売買契約に基づき引き渡された目的物が種類、品質また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、代替物の引渡しまた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（562条1項本文）。また、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、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（同条1項ただし書き）。

この規律の内容には、追完請求権を有する買主は、追完方法に関する選択権を有するが、買主が追完請求をしたとき、売主は「買主に不相当な負担を課すものでない」場合には異なった追完方法を選択することができることが定められている。このただし書きの要件の解釈については、既述のように、①ただし書きの成立の範囲を限定的に解釈し、追完方法に関する買主の原則的な選択権に対する例外的な規定であるとする見解<sup>48)</sup>と、②同ただし書きを、「買主が追完請求をしていない場面や、追完の要求をしているものの追完方法を指示していない場面でも妥当するものとみるべき」として、その成立範囲を広く解する見解とが対立する。後者の見解は、その成立範囲の限りで売主の追完方法を定めたものといえるとする<sup>49)</sup>。

この説の対立には、買主側の追完方法の自由選択権という「権能」と、売主がその自由選択性から免れる「免除権」との対立構造が現れている。前者①の見解ではあくまで原則は買主側の自由選択性にあるとして、債権者の「権能」方向に重きを置く見解であるのに対し、後者②の見解は同条ただし書きの文言を介して売主の「追完権」を認める点で、対立構造の「免除権」の側面を非常に重視する主張である。

ここで、この点に関する法制審議会の議論状況<sup>50)</sup>を検討すると、審議において「追完権」の構想は、①契約不適合に際して買主に認められる解除権ないし填補賠償請求権を売主が追完を申し出ることによって封じる権利と、②契約不適合に対して債権者の追完請求権の内容として主張するところに対して、売主が異なる内容の追完を選択しうる権利という二つの意義を持つ概念として提案された<sup>51)</sup>。しかし①の点につき、不履行者である以上債務者である売主にそのような保護を認めるべきでない、また、解除・填補賠償請求をする上で債権者（買主）に課されている催告要件によって債務者（売主）の追完利益の保護はまかなわれていて、重ねて追完権として保護する必要はない<sup>52)</sup>、不履行者のそのような保護は債権者（買主）の救済についての信義則等による制限という構成によれば足り、不履行者の権利として構成すべきではない<sup>53)</sup>、との消極論が強く主張され、追完権の構想は「取り上げなかった論点」<sup>54)</sup>として、採用されていない。しかし②の追完内容の選択性については、買主と売主との利益調整をどのように図るかという問題として議論が続き、中間試案では、追完の諸態様一般について買主の選択権を原則として承認したうえで、この選択権が掣肘される例

---

48) 部会資料 43 PDF 版 23 頁

49) 潮見・前掲注 34) 135 頁

50) この点については、森田修・前掲注 19) 389 頁以下に詳細な検討がなされる。

51) 第 4 回議事録 PDF 版 49 頁以下 [潮見幹事発言]

52) 同上 48 頁 [木村委員発言]

53) 同上 49 頁 [岡正晶委員発言]

54) 部会資料 54 PDF 版 10 頁 第 4 「取り上げなかった論点」

外的な場合として「売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないとき」<sup>55)</sup>との案が提示された。この案は、修正を加えて現行の法文として採用されている。

上記のような審議過程からは、562条2項ただし書きの解釈に追完権の構想を読み込む解釈論は採用しにくい。他方、追完方法につき原則として買主の自由選択性を認める①の見解でも、同条ただし書きの文言がその選択権を掣肘する例外として設けられたことで、同文言の限定的な範囲で売主と買主との利益調整を図るレメディ・アプローチの構造がみられ<sup>56)</sup>、買主の選択権と売主側の追完利益とを図っているものと考えられる。そうすると、追完請求権の規定は、562条1項ただし書きの限りで、売主の「免除権」の方向に一定の重点を置いたものといえる。

## (2) 代金減額請求権 (563条) の検討

次に、今般の債権法改正により、追完請求権と並んで明文で採用された、代金減額請求権 (563条) の規定について検討する。代金減額請求権は、引き渡された目的物が種類・品質・数量に関して契約の内容に適合しない場合に、所定の要件を満たすことで、「買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる」と定める (563条1項)。

代金減額請求権は、物の瑕疵については明治民法典の起草過程において、算定困難を理由に意識的に否定された経緯があり、改正前民法下での学説の議論は低調であったと指摘される<sup>57)</sup>。しかし、債権法改正が議論されるに際し、新しい学説が登場して注目された。従来から、代金減額請求権の法的性質については、売買契約の一部不適合部分の解除をするに等しく、売買契約の一部解除と同じ機能を営むとされていた。しかし、新しい学説では、代金減額請求権は、目的物に瑕疵があることを前提とすれば結んでいたであろう仮定的契約が実現する財産状態を基準とし、当初契約から仮定的契約へと契約改訂するという側面を有する制度であるとの指摘がなされ<sup>58)</sup>、この問題意識をもとに代金減額請求権の法定の議論がなされた。

改正後民法に採用された規定は、代金減額請求権の行使の要件として、買主は売主に対し

---

<sup>55)</sup> 中間試案第35の4(3) [中間試案補足説明 PDF版 403頁]

<sup>56)</sup> 森田修・前掲注19) 391頁は、562条1項ただし書きの構造には「remedyアプローチの構造が顕著であり、その限りで追完請求権は、制度の大枠としては履行請求権アプローチを採った上で、そこにremedyアプローチが入れ子になっていると評しうる」とする。

<sup>57)</sup> 森田修・同上 353頁

<sup>58)</sup> 森田修「契約総則上の制度としての代金減額—債権法改正作業の文脈化のために」東京大学法科大学院ローレビュー3巻 (2008年) 247頁以下



て追完の催告をし、相当期間の経過を待って代金減額請求をしなければならないとして、追完請求権の優位を肯定する（563条1項）。この催告要件につき、森田修は、代金減額権という救済に含まれる契約改訂の要素を強調し、「解除や填補賠償において履行請求権の行使を本質とする催告要件を置くことの根拠と理論的には同一に論じることができ」ず、「代金減額権の催告要件は、履行請求権の第一義性からの理論的帰結ではない。むしろそれは、代金を減額する買主の利益に、売主の追完利益を優先させるという政策的価値判断に基づく」ものと指摘する<sup>59)</sup>。

しかし、買主の催告後の相当期間内に売主が不適合の追完をすれば、売主は代金減額請求権の行使を免れることができ、さらにこの際、前述のように、買主に不相当な負担を課するものでないときは、売主は買主が指定した追完方法と異なる補法による追完をすることができる（562条1項ただし書き）。そうすると、代金減額請求権の機能を契約の実質的改訂に求めたとしても、買主の形成権としての代金減額請求権行使により、債権の価額を変動せうするという債権者の「権能」に対し、催告期間内の追完の機会を売主に与えるとの本条の催告要件は、売主の追完利益を保護するという点で「免除権」を強調する規定であると指摘することができる<sup>60)</sup>。

なお、563条は、同条2項にいう各号のいずれかに該当する場合は、買主は追完の催告なしに代金減額請求をすることができるとする（563条2項）。すなわち、追完不能（1号）、明確な追完拒絶（2号）、定期行為（3号）、目的達成不能（4号）の場合である。このような場合には、追完をすることについて売主の利益を考慮する必要がないものと考えられ、原則通り買主側の「権能」としての形成権行使を認めてよいものと整理できる。

### （3）解除権（564条、541条）の検討

さらに、場合によっては、買主は契約内容の一部不適合があることから、解除権（564条、541条）を行使することが考えられる。すなわち、当該一部不適合が、「その契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」（541条ただし書き）に当たらない場合には、買主は解除権を行使することが可能である。

解除権の行使に際しても、買主が売主に対して追完の催告をし、相当期間の経過を待ったのちに、売買契約を解除することができるものと規定される（541条）。この規定も、代金減額請求権の規定と同様に、債権者の解除権という契約関係を解消することのできる「権能」の行使にあたり、催告を前置して売主に追完の機会を与えることで、売主の追完利益を保障

---

<sup>59)</sup> 森田修・前掲注19) 396-397頁

<sup>60)</sup> 潮見・前掲注6) 144頁 注182参照



し、「免除権」に重点を置いていると整理することができる。

また、解除権の場合にも、542条1項各号に掲げられた事由が認められる場合には、買主の追完利益を保障する必要性が低く、原則通り債権者側での「権能」である解除権を自由に行使することができる。すなわち、追完不能（1号）、明確な追完拒絶（2号）、一部不能または一部履行拒絶の場合での明確な追完拒絶があり、かつ残存する部分での目的達成不能の場合（3号）、定期行為（4号）、催告をしても履行がなされる見込みがない場合（5号）には、無催告解除が認められる。

## 2. 債権法全体の構造の検討

以上のように検討すると、改正後民法は売買における契約不適合に関して、代金減額請求権や解除権が追完の催告を原則として要求することで追完請求権の優位性を肯定し、また債権法全体を見ても、履行に代わる損害賠償請求権も履行の催告を原則として要求することで履行請求権の優位性を認めている。そうすると、改正後の民法では、売買目的物に一部不適合があった場合には、原則として追完の催告を要求することで、売主に追完の機会を与え、売主の追完機会、追完利益を保障するという構造が採られているといえる。さらに、他の救済手段との関係で優位に立つ追完請求権の内部においても、「買主に不相当な負担を課するものでないとき」に、買主の選択した追完方法と異なる方法での追完を売主に認めており、売主の追完利益の保護が一層図られているといえる。このような債権法全体の構造の全体を通して考えると、売買契約の一部不適合の場合における買主の救済手段の自由選択性は、一定の限度で制約される傾向がみられ、買主の追完利益（サムナー図式にいう、「免除権」）に重点が置かれた構造が採用されているといえる。

## VI 各救済手段の構造をふまえての「追完に代わる損害賠償請求権」の検討

### 1. 追完に代わる損害賠償請求権についての学説対立にみる選択権と免除権の対立構造

前章の検討により、売買契約の一部不適合の場面における、追完に代わる損害賠償請求権を除いた救済手段の内部には、程度や性質の違いはあるものの、買主の債権者としての権利行使の自由選択性と、売主の側の追完利益の対立構造があり、改正後民法の構造として、売主の追完利益を保障する「免除権」に一定の重点が置かれていることが示された。本章では、本稿の検討対象である追完に代わる損害賠償という救済手段について、その法的性質や、買主と売主間での利益調整の必要性を検討しつつ、売主の「免除権」にどの程度重点を置くべきなのかについて検討する。

まず、追完に代わる損害賠償請求権につき買主の債権者としての「権能」としての自由選択性と、売主の側の追完利益である「免除権」の対立構造とがどのような形で現れるのかについて整理する。追完に代わる損害賠償請求権に関しては、少なくとも明示的にこれを定め

る規定は見られないところ、その適用条文が問題となる。この点については、本稿第Ⅱ章に検討したように、追完の催告を前置するか否かという点で、大きく2つに説が分かれる。すなわち、履行請求権と履行に代わる損害賠償との関係性とのパラレル性から、追完の優位性を認め、追完の催告を要求し、415条2項や代金減額請求に関する536条の規定を類推すべきとする見解と、追完に代わる損害賠償請求権と履行に代わる損害賠償請求権の異質性を強調し、追完に代わる損害賠償は追完方法の選択肢の一つに過ぎないという論拠から、追完に代わる損害賠償は履行に代わる損害賠償請求権を定める415条2項の射程外であって、これを規律するのは同条1項であるとする考え方に立ち、追完の催告は不要とする見解である。

この両説の対立は、追完の優位性を認め、追完の催告を要するかという点を主な対立軸とするものであると整理できる。この追完の催告について、第Ⅴ章と同様の方法による分析を行うと、追完に代わる損害賠償請求権の行使に際して追完の催告を不要とする見解は、同請求権を有する買主側に追完請求権と、追完に代わる損害賠償請求権という二つの併存する救済手段について自由選択性を認めるものであるといえ、買主の救済という点に重きを置く見解であると整理できる。他方、追完に代わる損害賠償請求権の行使に追完の催告を要するとする見解では、追完の催告を要求することで、売主に追完の機会が与えられ、さらに売主はこの追完の機会に際して562条1項ただし書きの規律により、一定の場合に買主が指定した方法と異なる方法による追完が可能となる。そのため、後者の見解では、売主の追完の機会が保障され、また追完方法についても562条1項ただし書きの限りで買主の自由選択性から免れ得ることが認められるため、売主側の「免除権」にも一定程度の重点を置いた見解であると評価することができる。

## 2. 隣接制度との対比に基づく検討

前章の検討をふまえると、改正後の民法では、売買目的物に一部不適合があった場合の救済手段である代金減額請求権や解除権では、原則として追完の催告を要求することで、売主に追完の機会を与え、売主の追完機会や追完利益を保障するという構造が採られている。さらに、追完請求権の内部においても、「買主に不相当な負担を課するものでないとき」に、買主の選択した追完方法と異なる方法での追完を売主に認めており、売主の追完利益の保護が一層図られているといえる。売買に関する一部不適合の場面での救済手段という限定的な範囲においては、改正民法は売主と買主の利害調整による制度設計を行おうとするレメディ・アプローチの考え方を採用しており、かつ、法定された各救済手段の内部では、一定程度売主の追完利益である「免除権」に重点を置いた制度設計がなされている。

このような改正後民法の構造をふまえて追完に代わる損害賠償請求権の要件について検討する。追完に代わる損害賠償の法的性質としては、売買目的物に関する一部不適合につい

て、これを追完するための現物賠償である追完請求に代替して、当該追完に必要となる費用を賠償させるという金銭賠償の手段をとる救済手段であるといえる。そうすると、追完に代わる損害賠償は、一部不適合部分に関して契約を一部解除することで適正な価格へと契約を更改する性質を有する代金減額請求権や、一部不適合をもって当事者を契約関係から離脱させることにより当事者の保護を図る解除権、そして一部不適合を生じさせた売主に現実の追完を求める追完請求権等の救済手段と同様に、一部不適合の場面において契約内容を実現するために買主がとり得る救済手段の一つであるといえる。

上述の、他の救済手段の検討により、各救済手段間の調整に関しては、改正後民法は、現物賠償である追完請求権の優位性を認め、他の救済手段の行使にあたり追完の催告を要求することで、売主に追完機会を保障し、買主側の救済手段選択に関する自由選択性からの「免除権」に一定の重点を置く規律を採用している。このような改正法の構造を前提として考えると、一部不適合の追完を金銭賠償の形で行う追完に代わる損害賠償の行使においても、現物賠償である追完請求権の優位性を認め、追完の催告を要求することで、売主に追完機会を保障するという構造をとることが制度間の平仄を維持する観点から妥当である。

追完に代わる損害賠償の行使に際して催告を要するとする見解は、例外的に催告を不要とする場合の規律につき、415条2項の規律を類推することで解決を図るが、この点について、目的物の価格又は契約不適合による損害賠償額に比し、追完に代わる損害賠償額が大きい場合に、売主の選択（562条1項ただし書き）又は代金減額請求権の規律（563条）によらず、追完に代わる損害賠償を認めることは、制度間の不均衡をもたらす<sup>61)</sup>との批判がなされる。目的物の色が異なるといった軽微な不適合につき、買主が過度に高価な装飾を施すといったような追完を求め、売主がこの追完を拒絶する旨を明確に表示したとき（415条2項2号参照）に無催告による追完に代わる損害賠償を認めるとすれば、たしかに社会取引上不相当な場面が生じるおそれはある。しかし、催告を全く要しないとすると改正債権法が各制度で認める売主の追完利益の保護を保障できなくなり妥当ではなく、追完に代わる損害賠償の行使にあたっては少なくとも追完の催告は要する应考虑すべきである。この催告を不要とする例外的な場面を規律する制度設計には多様な可能性があり得るところ、上記批判のように過度に高額な装飾を求める催告があったような場面では、信義則による調整を図るしかないように思われる。

## VII 結論と残された課題について

### 1. 本稿の結論

本稿では、改正後民法において契約の一部不適合の場面における救済手段という限定的

---

<sup>61)</sup> 中田・前掲注3) 188頁

な範囲で採用されたレメディ・アプローチの枠組みのもと、その救済手段の選択性について、買主の自由選択権と売主の「免除権」という対立構造が生じることを指摘した。この視点により各救済手段を検討することにより、追完請求権をはじめとして代金減額請求権、解除権といった救済手段の採用する構造との平仄を維持する観点から、追完に代わる損害賠償請求権の行使においても追完の催告を前置すべきとの結論が得られる。したがって、追完に代わる損害賠償請求権の適用条文について改正後民法 415 条 1 項を適用し、かつ追完の催告も不要とする見解は採り得ない。

## 2. 残された課題について

### (1) 催告不要とする例外的場面についての規律について

追完に代わる損害賠償請求権の行使に先立つ追完の催告について、例外的にこれを不要とする場面をどのように規律するかは本稿の検討からは必ずしも明らかとならない。履行に代わる損害賠償に関する 415 条 2 項の規律や、一部不適合の場面における代金減額請求権に関する 563 条 2 項ただし書きの規律を類推適用するか、それらの規定を参考に、売主の「免除権」に配慮する必要がある場面を抽出して法定するほかないように思われる。今後の議論の発展が待たれる。

### (2) 請負契約の修補に代わる損害賠償請求権について

また、隣接する請負契約の領域では、改正前民法 634 条 2 項が「修補に代わる損害賠償請求」を明示的に規定しており、通説はこの規定に依拠して、請負における「修補に代わる損害賠償請求」を請求するためには修補の催告をすることは無用であると解してきたところ、債権法改正により同条項が削除されたことで、請負における追完に代わる損害賠償の問題を改正民法下でどのように処理すればいいのかという深刻な解釈問題が生じている<sup>62)</sup>。この点については、売買契約と請負契約の性質の相違をふまえつつ、本稿の議論を請負契約にまで敷衍できるかが問題となる。請負契約に関しても注文者と請負人との間の利害調整の視点が必要になるため相似した議論が可能と思われるが、物の引渡に関する売買契約と、仕事の完成を契約の本旨とする請負契約では、債務者の「免除権」の内容にも相違が生じるのではないかが問題となる。この点については今後の課題としたい。

## 【謝辞】

本稿は、法科大学院在籍中に履修した「法学研究基礎」における成果物である。1 年間にわたり綿密なご指導をいただきました石田剛先生、小峯庸平先生にあらためて深謝申し上げます。

---

<sup>62)</sup> 潮見・前掲注 12) 133 頁