

# ドイツ法における買主による解除前の使用行為

——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して——

野 中 貴 弘

## I はじめに

### 1 問題の所在

### 2 検討の出発点と本稿の構成

## II 債務法改正前の使用行為の評価

### 1 学 説——用法に従った使用を特別視する二つの見解

#### (1) 総 説

(2) 後の物の返還と矛盾しないことを根拠とする見解

(3) 利益とリスクの同一帰属を根拠とする見解

ドイツ法における買主による解除前の使用行為（野中）

## 2 判例

- (1) 原則としての使用禁止と広範な例外
- (2) 判例法理の確立と考慮要素の提示
- (3) 買主負担とされた裁判例

## III 債務法改正後の使用行為の評価

### 1 使用利益返還と用法に従った使用（三四六条二項一文三号）

- (1) 規定内容と議論の争点
- (2) 学説状況

ア 利益とリスクの同一帰属を強調するアプローチ

イ 売主が二重に補償を受けることの回避に着目するアプローチ

ウ 両説の差異

### 2 解除原因認識前の使用行為と三四六条三項一文三号

- (1) 「自己」の事務におけると同一の注意」の意義
- (2) 主観的基準か客観的基準か

### 3 解除原因認識後の使用行為と三四六条三項一文二号

- (1) 免責根拠論からの議論
- (2) 買主の選択権と代替物入手の困難性に着目した議論
- (3) 売主のリスクで使用されることの危惧と矛盾挙動の観点からの議論

## 4 小括

## IV おわりに

### 1 本稿の結論

2 我が国における解釈へ向けて

- (1) 使用利益返還義務と使用に伴う減価分の賠償義務との関係
- (2) 改正五四八条本文の「過失」の意義

## I はじめに

### 1 問題の所在

本稿は、売買契約の解除前に買主が売買目的物を使用した場合において、当該使用行為をその後<sup>①</sup>に生じた滅失損傷というリスクの配分との関係でいかに評価すべきかについて論ずるものである。たとえば、中古自動車を購入し、引渡しを受けた買主が、その車の品質に関する契約不適合（物の瑕疵）を発見したものの、なお使用し、この使用に伴って損傷が生じた場合、この損傷による価値低下は契約解除後のどちらの契約当事者が負担すべきか。あるいは、当該使用による損傷が契約不適合発見前であった場合はどうか。

筆者は、前稿<sup>①</sup>において、原状回復におけるリスク配分にあたっては、買主の目的物受領時における契約適合性についての信頼が重要な要素になると主張した。危険負担<sup>②</sup>における支配領域説が通説化している中で、「契約不適合を知っていれば受領せず、受領しなければ買主の許での滅失損傷もなかった」との買主の素朴な主張をリスク配分にあたって重視する<sup>④</sup>。買主は、受領時に存在した契約適合性についての錯誤により、受領によるリスク引受けを撤回できるわけである。

こうした前稿の視点を買主が受領物を使用するに至った場合にも敷衍して当てはめると、契約不適合を認識せずに使用したのであれば、買主が契約不適合を知っていたれば使用しなかったといえる限り、やはり使用によるリスク引受けの撤回ができるとの解釈が支持されることになる。それに対し、契約不適合を認識したうえで使用した場合については、もはや「不適合を知っていたれば使用しなかった」とはいえず、ひいては「不適合を知っていたれば受領しなかった」ともいえず、買主の許での滅失損傷については買主の負担となりそうである<sup>5)</sup>。買主がリスク引受けを撤回できなくなる(＝買主負担となる)のは、あくまで、買主が契約不適合を認識したうえで使用した場合に限られるという解釈になろう。

しかし、その一方で、受領した売買目的物の使用行為は、買主のリスク引受けの典型であり、単に受領したにとどまる段階と使用に至った段階とでは状況が異なるとの解釈もありうる。受領後、たとえ買主が契約不適合を知らないままであろうとも、買主がその受領物を使用した場合には、もはやこのリスク引受けを事後的に撤回できず、使用に伴う滅失損傷のリスクあるいは使用後の滅失損傷のリスクは買主の負担とする解釈である。事実、我が国における藤田寿夫の見解は基本的にはこのような立場に位置づけることが可能であるし、後述のとおり、同様の危険配分論はドイツにおいても存在する<sup>7)</sup>。前稿の観点からすれば、本来、受領時に契約適合性についての錯誤が存する限り、買主はいつまでもリスク引受けの撤回が可能であるとも思えるが、しかし、いかに受領時には錯誤があろうとも、その後には買主の使用行為があれば撤回主張が制限されることを意味している。もはや撤回できないだけのリスク引受けがあったと評価することも可能であろう。

果たして、解除前の買主の使用行為は、原状回復におけるリスク配分にあたってどのように評価すべきであろうか。

確かに、一定の場合に買主が免責される根拠が買主の自己の物との信頼であるとか契約適合性への信頼にあるのだとすれば、契約不適合認識前の使用行為はリスク配分にあたって重視されず、逆に、契約不適合認識後の使用行為があつた場合にはもはやそれに伴うリスクを免れ得ないという理解は論理的である。

しかし、①契約不適合認識前の買主は、どのような使用も許されるのであろうか。すなわち、自己の物になつたと信じている買主は、いかなる使用をしても、そこから生じる滅失損傷のリスクを負わなくてよいのか（Ⅱその後の解除や代物請求によつて危険を売主に転嫁できるのか）<sup>8)</sup>。ここで問われるべきは、自由な使用行為をしておいて生じたリスクを後の解除や代物請求によつて売主に転嫁することの可否であり、当該買主が受領物を自由に使用できる状態にあつたか否かではないのか。

また他方で、②買主が契約不適合を認識するに至つた場合には、どのような使用も許されないのか。すなわち、契約不適合物であることを知りつつ使用した買主は、使用をした以上、使用に伴うリスクあるいは使用後のリスクを基本的にすべて負担しなければならないのであろうか。<sup>9)</sup> 契約不適合を認識しての使用といつても、実際には、当該不適合（瑕疵）が契約解除をするほどのものかどうか確かめるための使用ということもあり得ようし、契約不適合に気づいた買主としては代物給付請求をしたものの、売主が修補を選択し、<sup>10)</sup> その修補に時間がかかるために買主がその間使用に至るといふケースもあり得よう。このように買主が使用を継続する理由は多様でありうるにもかかわらず、契約不適合認識後は一切の使用を控えなければならず、使用に伴う滅失損傷はすべて買主負担というのもあまりに形式的ではなからうか。買主がその物を使用するに至つた経緯等の具体的事情を捨象することは適切なのか。本稿は、こうした①②の二つの問題意識をもとに検証を進めていきたい。

## 2 検討の出発点と本稿の構成

ところで、冒頭で示したふたつの解釈のそもそもの前提あるいはまた別の分析視覚として、物の用法に従った使用行為をリスク引受けと評価することの是非も問題となろう。物を使用する方法への着目である。考えてみれば、我が国の改正前民法五四八条一項の「行為」を「故意」と読み替えるかつての通説的見解からすれば、五四八条一項で解除権が消滅するには返還不能につき故意または過失が必要なのであるから、用法に従った使用から滅失損傷が生じた場合には同条二項により解除権が存続し、当該リスクは売主が負担することになる。<sup>12</sup>

では、用法に従った使用を特別視する根拠はどこにあるのか。また、当該特別視は、果たして正当であろうか。ここで仮に、用法に従った使用からは使用利益が生じ、この使用利益は契約が解除された場合には売主に返還・賠償されること<sup>13</sup>から、使用に伴うリスクもまた売主に帰属すべきであるという点が根拠であると解するとき<sup>14</sup>、買主の許で生じたリスクは広く売主が負担することとなり、解除には広くリスク配分を変更する機能があることになる。それに対して、契約適合性への信頼を前提とした買主の自己の物との信頼を根拠として、用法に従った使用を特別視するという論理もあり得よう。ただし、この場合には、先述のとおり、用法に従った使用が優遇されるのは、解除前のうちでも、契約不適合の認識前までに限定される可能性がある。契約不適合の認識により、受領物についての自己の物との信頼（＝取得存続への信頼）が揺らぐからである。このように、用法に従った使用を特別視するか否か、する場合にはどのような根拠に基づくかという問題は、広く原状回復論に対する見方が表れるように映る。

本稿は、こうした問題について、ドイツにおける議論から学ぶこととする。ドイツ民法においては、右の問題について一定の議論が蓄積されており、さらに二〇〇二年の債務法改正により、用法に従った使用行為に関する規定が設

けられ（三四六条二項一文三号）、あるいは法定解除権者たる買主は自己の事務におけると同一の注意を尽くしていれば、それでも生じた滅失損傷については免責されるとの規定が設けられたことで（三四六条三項一文二号）、買主の使用行為をリスク配分にあたりどう評価すべきかにつき、議論の進展がみられるからである。ただし、ドイツの解除効果論は、とりわけ二〇〇二年の債務法改正以降、その詳細な新規定に半ば縛られる形での議論が増えているため、ここでの解釈を我が国に持ち込むことには慎重でなければならない。そこで、本稿では、買主の使用行為にかかわる議論を広く取り扱い、かつまたドイツ民法が当然の前提にしている部分をも明らかにすることで、今後の我が国における買主の使用行為の評価について議論の焦点を見出していきたい。

最後に本稿の構成を示しておこう。本稿では、まず最初のⅡ章1節で、ドイツ債務法改正前の学説、とりわけ買主の用法に従った使用を特別視して買主の免責を認める見解を採り上げる。債務法改正前においては、買主の使用行為を履行認容あるいはリスク引受けと評価し、使用に伴う滅失損傷について広く買主負担を導く見解が有力であったが、そうした中で、買主の用法に従った使用を優遇する二つの見解が注目される。そのうえで、債務法改正前の判例についても概観しておくこととする（Ⅱ章2節）。Ⅲ章からは、債務法改正後の議論状況に移る。債務法改正後では、まず、三四六条二項一文三号をめぐる「用法に従った使用」についての議論を分析する。同号本文およびただし書の解釈をめぐって学説は大きく二分するが、いずれも買主の用法に従った使用により生じた「損耗」については買主の価値賠償義務を否定する。学説対立は、買主が価値賠償義務を免れる根拠やその範囲にあるわけである（Ⅲ章1節）。また、ドイツでは、二項一文三号での買主の免責範囲を狭く解する見解からも、法定解除権者たる買主が自己の事務におけると同一の注意を遵守していても生じたリスクについては、解除の相手方たる売主の負担となる（三四六条三項一文三

号)。これとの関係で、買主の解除原因（Ⅱ品質に関する契約不適合）認識前にあつては同注意基準がいかなる行為を許容し、いかなる行為を禁じているのかをめぐつて、同注意基準の意義が議論される（Ⅲ章2節）。また、解除原因認識後の買主にあつては、同号がなお適用され、不可抗力や<sup>15</sup>軽過失によるリスクが免責されるのが議論されている（Ⅲ章3節）。最後にⅣ章では、こうしたドイツにおける議論状況にあつて多くの学説・判例に共通している部分を析出することで本稿の問題意識に対するドイツ法における結論を示す（Ⅳ章1節）。そして最後にⅣ章2節にて、ドイツ法の分析から得られたことを我が国の解釈においてどう評価するかに触れたい。ここでは、ドイツにおける議論が所与の前提としている部分に目を向けるとともに、我が国独自の規定の解釈にあたって検討されるべき点を明らかにしてみたい。

## Ⅱ 債務法改正前の使用行為の評価

### 1 学説——用法に従った使用を特別視する二つの見解

#### (1) 総説

前稿でも述べたとおり、二〇〇二年の債務法改正前のドイツでは、旧三五〇条が「解除は、解除権者の受領した対象が偶然により滅失したことによつて排除されない。」と規定し、売買契約でいえば偶然の事情による滅失についての売主負担主義を定めていた。つまり、物の引渡しにより買主に移転した危険が、買主の解除によつて売主に跳ね戻った。もちろん、当時、こうした「危険の跳ね戻り（Zurückspringen der Gefahr）」を自明のものとする立場、ある



いは売主の義務違反に着目をして正当視する立場もあつたが、後にこうした売主負担主義に反対するものが有力となつていった。旧三五一条が、物の滅失等につき解除権者に過失があつた場合に解除権を排除していることに着目をし、この旧三五一条の過失概念を拡張解釈することによつて旧三五〇条の適用範囲を狭める解釈を展開したケメラールやラーレンツらの議論がその中心である。旧三五一条の「過失」を、滅失や著しい損傷が解除権者の自由な行為(freie Handlung)や滅失損傷の危険を高めるふるまい(risikoerhöhenden Verhalten)に基づく場合を意味するものと解することにより、買主の使用中の偶然滅失は、もはや偶然の事情による滅失といえず、旧三五一条の過失があるとして解除権が排除されると主張したのである<sup>17)</sup>。また、右の有力説とは異なるものの、同じ方向を志向する解釈として、フルーメやレンギーアの不当利得法における議論が挙げられよう。買主による契約時の決定や物の受領行為・使用行為をリスク引受けと評価し、買主負担を導く見解である<sup>18)</sup>。そのうち、フルーメは、契約時の決定、すなわち自身の給付に代えて受け取った反対給付を自身の財産に組み入れるという決定を何より重視したが、その一方で詐欺被害者や錯誤者、さらには制限行為能力者等にはこの契約時の決定を帰責しえないとされていた。しかし、そのフルーメも、そうした詐欺被害者等の場合に、今度は契約時の決定ではなく、物を受領した後を使用する段階でのその使用決定にリスク引受けを見出し、使用が原因でのリスクは買主が負担すべきとしたのである<sup>19)</sup>。

ところで、これらの見解のように、買主の意思的行為によるリスク引受けを問うのであれば、その時点での買主の解除原因についての認識を前提とするか否かが問われるべきはずである。解除原因を認識したうえでそのリスク引受けでない限り、当事者のリスク配分の指標として適切でないとの評価は十分に成り立つ。もつとも、右に挙げたフルーメも、あるいは物の受領後の使用行為にリスク引受けを見出したレンギーアも、ともに、たとえ買主が取消原因を知

らなかったとしてもこれをリスク引受けと評価し、買主負担であると解した<sup>(20)</sup>。その理由は明示的には語られていないが、フルーメが契約時の決定について語ったことを敷衍すれば、買主による使用行為決定は、「意思表示」(Willenserklärung)ではなく、「現実」(Wirklichkeit)であるために、<sup>(21)</sup> 契約の効力による影響を受けないだけでなく、取消原因を認識したうえで使用したことまで問われないということになるのか。また、旧三五一条の過失の解釈として展開されたラーレンツらの見解もまた、先述のとおり、買主の使用行為を買主の自由な行為あるいは危険を高めるふるまいと評価し、こうした使用行為さえあれば、原則として買主のリスク負担を帰結する方向での理論展開であった。

(2) 後の物の返還と矛盾しないことを根拠とする見解

しかし、そうした中で、たとえばディーセルホルストは、不当利得法において、買主がたとえ給付と引き換えに反対給付を得るとの契約時の決定をしていたり、使用行為に及んでいたとしても、最終的に生じた滅失損傷について買主の自己の事務において要求される注意違反 (“Verstoß gegen die in eigenen Angelegenheiten erforderliche Sorgfalt”) がない限りは、買主負担とすることに反対した<sup>(22)</sup>。旧三五〇条が売主負担を規定し、八一八条三項が善意の利得債務者に特権を付与しようとしていることを重視するものである<sup>(23)</sup>。ここにおいて、リスク引受けとみなされるのは解除原因を知ったうえでの使用に限られるのか否かという議論状況に加えて、買主の使用方法に、着目するというまたもうひとつの議論軸が提供されたことになる。

以後こうしたディーセルホルストの解釈は、カナリスにも引き継がれた。カナリスによれば、単に車を使用<sup>に</sup>置くこと自体はリスク配分において重要でない。また、使用行為の中には、用法に従った使用もあり、こうした用法

に従った使用は、ドイツ民法九八九条や旧三五一条の意味における「過失」と同等取扱いをしようるような危険を高める行為ではない。そこで、カナーリスは、買主が法律上の原因がないことを知っていたならば過失と評価されるであろうふるまいに基づき滅失損傷の場合に限って、当該滅失損傷を買主に帰責できるとしていたわけである<sup>24</sup>。

こうしたディーセルホルストやカナーリスの考えを引き継ぎながら、より緻密なリスク配分論を展開していったのが、ジツキンガーである。ジツキンガーは、買主の使用行為をリスク配分において如何に評価するかをめぐっては、解除原因の認識の前後を区別したうえで、さらに当該使用目的と具体的使用方法とが別個に検討されるべきであると<sup>25</sup>する。

まず、使用目的について、ジツキンガーによれば、解除原因認識前の買主は、売買契約により取得した物をいかなる目的のために使用するかは原則として自由である<sup>26</sup>。ただし、解除権者たる買主は、旧三五一条に基づき、使用目的が破壊目的であってはならないという制限を受ける。何らの建設的な意味もなく故意に破壊するという使用目的は、買主がその後解除しようとした際にも買主を拘束するとし、その根拠を、そうした破壊をしておいてその結果を後の解除によって売主に転嫁しようとするのは矛盾挙動であることに求める<sup>27</sup>。それに対し、解除原因認識後の買主は、後になって契約を解除するという可能性を留保しておくためには、物を返還して行う契約の清算と矛盾するような使用目的を追求してはならないという。通常、その物を用法に従って使用するという決定は、物の返還という事後的決定と矛盾しない<sup>28</sup>。したがって、解除原因認識後の買主は一切の使用が禁止されるべきであるとする見解は否定されるべきである。購入自動車を道路で使用していたところ追突されて滅失しても、これは旧三五〇条により買主が免責される通常のリスクが現実化したただけであり、買主は免責されるのである<sup>30</sup>。ただし、物の滅失が避けて通れない結果と

なるような使用目的については、それがたとえ買主にとって経済的に利益になる場合であろうとも、許容されない。買主が自ら意識的に契約の清算の可能性を排除するときには、買主は自らの決定に拘束されると考えるのである。<sup>(31)</sup>

この点、ジッキンガーは、解除原因認識後の買主について義務違反を語る見解を挙げたうえ、それは否定されるべきとする。単なる解除権の認識は、解除の相手方に対する注意義務を根拠づけ得ないからである。ジッキンガーによれば、解除によつてはじめて当事者間における返還債務関係が生じるのであり、買主はここに至つてはじめて、売主に対して、物を取り扱う際の特別な注意を義務づけられる<sup>(32)</sup>。ジッキンガーが、物の滅失に至るような使用目的を追求してはならないとするのは、売主に対する注意義務があるからではなく、事後の解除による契約清算の主張と矛盾するからなのである。

次に使用方法について、ジッキンガーによれば、使用目的は許容されても、そうした目的を追求する具体的使用方法が許容されるかどうかのレベルでの検討が必要である。そのうえで、ジッキンガーは、ラーレンツらにより展開された議論を参考にし、解除権者が、物の使用の際に通常のリスクを超えたリスクにさらし、かつこの特別なリスクが現実化したときにはじめて、権限者の解除が禁じられるべきとする。したがって、たとえば、自動車を道路で使用するにしても、酒に酔った状態で運転して事故を起こし滅失させたときには、特別なリスクの現実化として買主負担となる。旧三五〇条は、物に一般的に内在するリスクの負担についてだけ買主を免除しているものであり、権限者自身が有責かつ拒否されるべき方法でさらしたりリスクについては免除していないというのである。

以上のジッキンガーの見解を整理すれば、次のようになる。物の使用に伴う滅失のために旧三五一条により解除が排除されるか否かの検討にあたっては、まず、①解除権者により設定された物の使用目的に着目する必要がある。解

除原因の認識前は、破壊的な使用目的が唯一許容されないだけであり、そのほかは原則として自由だが、解除原因の認識後は、事後的な契約解除による清算（物の返還）と矛盾しないような使用目的だけが許容される。②また、仮に①の使用目的は許容されても、具体的使用方法によっては買主に過失ありとして解除権が排除される可能性があり、解除権者が物の使用の際に、当該物を通常のリスクを超えた特別のリスクにさらし、かつこの特別なリスクが現実化したときには解除権が排除される。このように、ディーセルホルストやカナーリスの結論を継承するジツキングは、用法に従った使用は後の物の返還と矛盾せず、かつまた特別のリスクにさらすものではないといった理由からこれを特別視し、買主の免責を認めていたことが注目される。

### (3) 利益とリスクの同一帰属を根拠とする見解

以上、債務法改正前の学説を見てきたが、もうひとつ、ここでおさえておくべき見解がある。ここまで出てきた見解の全ては、買主の言動、とりわけ矛盾挙動に着目してのリスク配分論であったのに対し、売主の状態に着目してのリスク配分を志向しているといえるのが、次にみる見解である。それは、解除による偶然的危険の跳ね戻りを認めた旧三五〇条を正当化する根拠として、カイザーにより主張されたものである。カイザーは、旧三五〇条による危険の跳ね戻りを、（引渡しによる危険移転を定めた）旧四四六条一項一文と矛盾しないと評価するだけでなく、むしろ、旧四四六条からこそ危険の跳ね戻りの説明が付くことを、次のように指摘していた。<sup>34</sup> 少々長くなるが引用しよう（条文はすべて二〇〇二年の債務法改正前のものである）。

今日の批判とは反対に、三五〇条は、三二三条一項や四四六条といった一般的危険負担規定と矛盾しない。むしろ、売主への物の危険の跳ね戻りは、まさに四四六条から説明される。四四六条は、物の引渡しと一項一文で規定された買主への危険移転とを結びつけるだけでなく、次の二つの法効果とも結び付けている。物の引渡しによって、第一には、一項二文に従って売買目的物からの収益が買主に帰属し、第二には、物のリスクを買主が負担する。買主は、依然として物権法上は売買目的物の所有者ではないが、債務法上は、引渡しにより四四六条に従って売主との関係で所有者としての法的地位が割り当てられる。売主ではなく買主が、物に関して責任を負うのであり、そのリスクを負担しなければならぬ。物から生じる収益は、売主ではなく買主に帰属する。買主が売買契約を解除したり物の瑕疵を理由として瑕疵担保解除するときには、買主はこの地位を失うことになる。解除または瑕疵担保解除がなされることにより、売買目的物から収益を得る権利が、三四七条二文や九八七条に従って売主に跳ね返る。四四六条一項二文とは反対に、買主ではなくむしろ売主が、売買目的物の必要な費用を負担することを義務づけられる。しかし、解除または瑕疵担保解除により収益や物のリスクが再度売主に割り当てられるとき、売買目的物の引渡しによって四四六条一項一文に従って買主に移転した危険もまた、売主に跳ね戻らなければならない。給付対象は、もはや買主の財産ではなく、売主の財産と位置づけられる。三五〇条はこの帰結を生み出す。つまり、買主は、売買目的物の偶然的滅失にもかかわらず、支払った売買代金を取り戻すのである。

このようにカイザーは、物の引渡しを受けた買主が以後のリスクを負担するのは、当該物から生じる使用利益が買主に帰属することと不可分に結びついているとしたうえで、解除により収益が売主に帰属するに至った場合には、い

わばその必然的帰結として、リスクもまた売主負担になると説いたのである（本稿では以後こうした見解を「利益とリスクの同一帰属論」と呼ぶこととする）。使用利益の帰属先と滅失損傷のリスク負担との関連を意識し、いわば解除によるリスク配分の変更を肯定する議論といえよう。先ほど見たジツキンガーの見解が使用の目的や方法に着目していたのとは異なり、カイザーは、使用利益が生じるという使用の結果と解除によりこの使用利益が売主に帰属するという点に着目して買主の使用行為を許容するわけである。

## 2 判例

### (1) 原則としての使用禁止と広範な例外

以上まで債務法改正前の学説を概観してきたが、解除原因である瑕疵を認識した後の使用行為の評価をめぐっては、判例の一定の蓄積がある。債務法改正前のもののため、右に見てきた学説同様、旧三五一条の適用の可否あるいは解除権放棄の有無という形で議論されているものであるが、原状回復におけるリスク配分について詳細な規定を持たない日本民法への示唆という観点からすれば、むしろ改正前のものの方が有益であるとの評価もあり得よう。以下、判例の立場を概観しておきたい。

債務法改正前のドイツにおける売買契約の瑕疵担保解除 (Wandlung) は、通常の解除 (Rücktritt) が形成権とされるのと異なり、請求権として構成されていた。したがって、物の瑕疵に気づいた買主が瑕疵担保解除の意思表示をしても、それは直接に契約の巻き戻しにつながらず、売主が買主の要求に同意するか買主の訴訟上の請求を認容する判決があつてはじめて解除は実現されることになる。<sup>35</sup> このことから、債務法改正前のドイツでは、買主が解除原因であ

ドイツ法における買主による解除前の使用行為 (野中)

る瑕疵を認識した後の使用行為についてだけでなく、買主が瑕疵担保解除の意思表示後に使用行為をした場合もまた問題となった。

こうした状況の中で、ドイツ連邦通常裁判所は、一九五八年七月一日の判決において、瑕疵を認識したにも関わらずなお当該瑕疵ある物を使用継続することは、原則として買主が瑕疵担保解除を求めることと両立しないと<sup>36</sup>した。したがって、当該使用行為ゆえに滅失損傷に至った場合には、旧三五一条や瑕疵担保解除権の放棄という構成により、瑕疵担保解除権は排除されるのが原則ということになる。

もつとも、連邦通常裁判所は、こうした原則を掲げておきながら、実際には、極めて広い例外を許容していた。事実、右の一九五八年判決も、原則としては右のように述べつつも、契約解除がなされた場合には使用利益も含めた収益が売主に返還・賠償されることに着目し、とりわけ使用継続によってその他特別の危険にさらされていないようなときには、こうした使用継続が売主の利益に鑑みても都合が良いということが決定的に重要になりうるとした。したがって、当該使用はどのような危険にさらすものであったかを検討することが必要であるほか、たとえばその物が買主の許で使用されるのではなく、買主の許で保管され続けたという場合においてその物が経年劣化によりさらなる価値喪失を受けるかどうかなどの考慮もまた必須であるとされ、こうした利益状況の慎重な検討無しに、買主が使用継続によって売主の利益を著しく損ねたかどうかの判断はできないとするのである。<sup>37</sup>

これ以外の連邦通常裁判所の判決では、たとえば、映画館の座席の売買契約がなされ、その後買主がその椅子に瑕疵があることに気づき瑕疵担保解除の意思表示をしたものの、その後四年もの間使用し続け、当該使用により椅子の価値が著しく低下したという事案における一九五五年四月五日の判決が挙げられる。<sup>38</sup>当該事案において連邦通常裁判



所は、確かに、買主は瑕疵担保解除の意思表示の時点から売主の利害に配慮しなければならぬために、瑕疵担保解除を望む買主は、原則としてその瑕疵ある物の使用を中止しなければならぬとする。しかし、そのうえで裁判所は、もともとの契約において原告である売主には椅子を取り付ける付随義務が存在したことに着目し、そうである以上買主が瑕疵担保解除を正当に行使したならば、売主には当該椅子を取り外す義務があったとする。そのうえ、売主が取り外すまでの間、被告である買主に対し映画館を閉鎖して椅子を使用しないことを要求することはできないとし、これらのことを理由として、売主が取り外すまでの間に買主が椅子をさらに使用し続けたとしても、そのことは、旧三五一条の過失を意味しないとされるわけである。結果として、買主の瑕疵担保解除権が許容されている。

この映画館の椅子の事案は、椅子の取り付けあるいは取り外しについてどちらが義務を負っているかという観点から、買主に使用中止を要求できないとの結論が導かれたものであったが、裁判例には、これ以外にも買主に使用中止を要求できないとしたものがある。一九七六年一月三日のハム高等裁判所判決は、新車が売買され、引き渡された新車に瑕疵があったため、買主が瑕疵担保解除の意思表示をしたものの、その後も当該瑕疵ある車を使用し続けたという事案において、売買代金の返還を売主により拒否されていた買主には他の車を購入できる経済的状況になかったことに着目をする。そのうえで、買主が車を必要としていた以上、売主が売買代金を返還するまでの間、売主から購入した自動車を引き続き使用し続けることは強制されていたとして、買主が単なる使用を続けたとしても瑕疵担保解除権は失われぬとする。<sup>39)</sup>

また、一九八〇年四月一七日のニュルンベルク高等裁判所判決では、同じく新車の売買契約がなされ、買主が引き渡された車の瑕疵に気づいた後も当該自動車を使用し続けたことで、瑕疵担保解除権が失われたのか否かが争われた。

ここでも裁判所は、単純な使用継続により生じた自動車の損傷は、瑕疵担保解除権の排除には繋がらないとし、その理由を二つ挙げる。ひとつは、こうした瑕疵担保解除が問題となるときは買主は、売買代金を売主から返還されるまでの間、代わりの車を購入する経済的余裕がない限り、しばしばディレンマ状態にあることが挙げられる。ふたつめは、買主が正当に瑕疵担保解除を請求したにもかかわらず売主が売買代金の返還を遅滞した場合、売主は遅滞したことで生じた損害を買主に賠償しなければならぬことに着目し、この損害には、レンタカー代のほか、代わりの車を調達するにあたっての利息や手数料も含まれ、これらは通常当該瑕疵ある車を使用し続けたことで生じる価値喪失よりも高額になるため、ここで買主が当該自動車を使用し続けることは買主の損害軽減義務を果たしていることになるとするものである<sup>(40)</sup>。

こうして判例においては、瑕疵を認識した後、あるいは瑕疵担保解除の意思表示をした後は、当該瑕疵ある物の使用を中止しなければならないのが原則とされていたものの、実際の個別具体的事案において買主が契約目的物を実際の生活において必要とし、かつ経済的に他の同等の代替物を調達することができないときには、広く例外が許容された。また、買主が正当に瑕疵担保解除権を行使しているにもかかわらず、売主がその対応を遅滞したという場面においては、そこで買主が使用を続けて価値が低下したとしても、それは通常売主が負担すべき損害賠償額と比べればコストが低く、したがって使用継続が売主の利益にもなるが故に<sup>(41)</sup>、買主の瑕疵担保解除権は排除されないとされたのである。解除の場合には使用により生じた使用利益を含む収益が売主に帰属するという点に着目した一九五八年判決も、使用継続が売主の利益にもなるという点を理由として例外を認めようとするものであり、こうした視点がニュルンベルク高等裁判所が例外を許容する判決を下したことに影響を与えているものといえよう。

## (2) 判例法理の確立と考慮要素の提示

こうして原則と例外の逆転現象があったわけであるが、<sup>(42)</sup>連邦通常裁判所は、一九八四年二月八日の判決において、確かにこれまでは、瑕疵のある売買目的物をさらに使用し続けることは瑕疵担保解除権を保持し続けることと矛盾するのが原則とされたきたものの、(その最終結論においては)単なる使用継続は瑕疵担保解除権を排除しないとされてきたことを確認する。また、少なくともこれまでの判例においては、例外なしに、個々の事案におけるそれぞれの状況に合わせて両当事者の利益について包括的で慎重な検討が強調されてきたことを明示するとともに、こうした判断が維持されるべきであるとする。<sup>(43)</sup>

そのうえで、右判断にあたって重要な考慮要素として次のものを指摘した。すなわち、(i)瑕疵の種類がどのようなものであったか、(ii)修理をしようとする瑕疵の確定が困難になる等の事情があるか否か、(iii)買主はどのくらいの期間どのような範囲で物を使用し続けたか、(iv)買主の経営 (Betrieb) の継続にとってその物が必要かどうか、必要であればどういった理由により必要か、(v)買主にとって購入物の使用を中止したり、その使用中を中止している間に代替物を調達することが可能であったり期待できるか否か、そして特に、(vi)物の更なる使用により物の本質的損傷が生じたかどうか、の六つである。そのうえで同判決は、最後の(vi)の要素において本質的損傷が生じている場合には、矛盾挙動の禁止の特別な発現である旧四六七条・旧三五一一条にしたがって瑕疵担保解除が排除されるかどうかの問題が生じるところ、特に買主に過失があるかどうかという旧三五一一条の判断にあたっては、右に挙げた諸要素、とりわけ使用を中止したり、維持したり、代替物を調達することでの費用がどれほどのものであったかもまた考慮されるべきであるとす。

また他方で、この判決は、買主が使用を継続することで物の価値が低下するという売主の不利益は、買主が使用利益を返還・賠償することで軽減されうることも指摘しており、これらは、右に見た一九五八年の連邦通常裁判所の判決やニュルンベルク高等裁判所の二つ目の理由付け（買主の使用継続が売主の利益にもなることからの買主の免責）とも繋がる。<sup>(44)</sup>

### (3) 買主負担とされた裁判例

では、このように瑕疵認識後の単純な使用行為について広く買主が免責されている判例法理のもとで、買主負担とされたケースはどのようなものであろうか。その例として挙げられるのが、一九八七年のハム高等裁判所の判決である。<sup>(45)</sup> 原告である買主は、被告である売主からヨットを七五、八四八ドイツマルクで購入したものの、引渡しを受けたヨットには多数の瑕疵があり、専門家の見積もりによれば、瑕疵を除去するには税抜きで約三、〇〇〇ドイツマルクを要する程度であった。売主は、右瑕疵のうちいくつかのものについては修補する気があることを表明したが、ヨットの使用を継続した買主はすべての瑕疵が修補されることに固執した。<sup>(46)</sup>

こうした事案のもとで、ハム高等裁判所は、買主の代物給付請求および瑕疵担保解除を排除し、代金減額請求のみを認めたにとどまった。その理由としては、判決文中から二つの理由が読み取れる。まずひとつ目であるが、ハム高等裁判所によれば、確かに、買主が代物給付と契約解除のどちらを求めるか決心がついていない間は、買主が引き渡された物を使用することは禁止されない。しかし、買主が代物給付か契約解除かを決めて請求した時点以降は状況が変わり、その時点以降は、その物を購入した目的や物の必要性の考慮の代わりに、物の返還を求める売主の利害に配

慮しなければならぬ。そこで本件の具体的事実をみてみるに、買主は、引渡しを受けた一九八四年の六月末か七月始めから約一年が経過した一九八五年の七月一二日には、当初の瑕疵修補請求に代えて代物給付請求をしたにもかかわらず、その後もなお一九八五年のシーズン終わりまで及び一九八六年のシーズン全体に渡り、当該ヨットを居住船として絶え間なく使用し続けている。このように一九八五年の七月に代物給付請求に移行したにもかかわらず、買主はなお、過度な使用を長期的に続けたわけであるから、代物給付請求権も契約解除権も失ったとするわけである。<sup>47</sup>

また、当該判決は、先に紹介した一九八四年の連邦通常裁判所の判決を挙げ、単に使用を継続したというだけでは瑕疵担保解除権や代物給付請求権は排除されないのが原則であり、むしろ個々具体的な事例における両当事者の利益を包括的に慎重に考慮して排除の有無を決すべきとする。そして、そうした検討の結果、本件では瑕疵担保解除も代物請求も排除されるという。すなわち、一九八四年判決では、当該買主の経営にあたって受領物を使用継続する必要性や、売主に多くの使用利益が返還・賠償されることが考慮要素とされたが、本件買主は当該ヨットをプライベートで使用するためだけに購入したのであるから、こうした点ではヨットの更なる使用を正当化することはできないという。また、売買目的物が車であれば、その使用継続の必要性も認められやすい傾向があるが、こうした考え方も、船には簡単には転用されない。このヨットを使用できなければ余暇の楽しみを放棄せざるを得ないという事実があることも、それはそのヨットをさらに使用することに有利に働くわけではない。ヨットの瑕疵が些細なものであり、修理に多大な費用も要さないのであれば、他の事業者を通して瑕疵を除去することもできたはずである。そのような、物の使用にあたって重大な支障とはならないような些細で簡単に除去されうる瑕疵があったことを奇貨として、これを売買対象を交換したり売買代金の返還を求めるために利用する者は、一定の標準的な価値低下を超えた損耗を必然的

に生じさせるような使用についてはいかなるものも中止しなければならない。ここにおいて、単に、その物無しには余暇の楽しみが奪われるというだけでは、こうしたルールの例外を形成するに足りないという。こうして、ハム高等裁判所は、代物給付請求権もその代わりに行使された瑕疵担保解除権も失われたとするわけである。<sup>(48)</sup>

以上で債務法改正前の判例の概観を終える。判例においては、瑕疵認識後の使用行為について、使用中止が原則なのか否かという点につき変遷がみられるものの、使用中止が原則とされた時代から広く例外が認められていた。判例は一貫して、具体的事情、とりわけ先に挙げた一九八四年判決が整理したような諸要素に着目をして、当事者間のリスク配分をしてきたといえる。ここで判例が重視する要素を要約するならば、次の三点にまとめることができよう。一つ目は、買主が物を使用した目的である。物を使用継続する目的が仕事等のためのやむを得ないものであったのか、あるいはプライベートのためであったのかが問われる。また、代替物入手することが経済的に困難であったか否かも問題とされる。二つ目は、買主が物を使用した方法である。文字通り、買主の使用が用法に従ったものであったのか、それとも、用法に従わない、あるいは過度な使用であったのかがりリスク配分において考慮される。最後に三つ目が、物を使用した結果である。使用の結果として生じたのは、損耗の程度なのか、あるいはそれを超えた損傷や滅失なのか。また、使用の結果、どの程度の使用利益が生じ、それが売主に返還・賠償されることにより売主の損失はどの程度補われるものなのかについても判例において重視されていた。

以上で債務法改正前の学説・判例の概観を終えて、次章より債務法改正後の規定状況およびそれに対する学説の分析に移る。本稿との関係で重要なのは、三四六条二項、一文三号の本文およびただし書をめぐっての解釈と、三四六条三項、一文三号の「自己の事務における同一の注意」基準についての理解と同号の適用範囲をめぐる解釈である。原

状回復障害におけるリスク配分においては、右のうちでも三四六条三項、一文三号に注目が集まり、筆者も前稿までこの三項一文三号が解除によって売主への危険転嫁を認めることの妥当性や根拠を検討してきた。もつとも、こと買主の使用行為に着目すれば、次に挙げる三四六条二項、一文三号とそこで展開されている見解を抜きに語ることは適切でない。そこにおいて、買主の用法に従った使用をどう処遇するかが使用利益返還との関係で正面から論じられるのである。三四六条三項一文三号でも「自己の事務における同一の注意」基準が用いられ、これにより買主による一定の使用行為が許容されているとみることができ、本稿ではまず、用法に従った「使用」について直接言及されている同条二項一文三号を検討することとしたい。

### Ⅲ 債務法改正後の使用行為の評価

#### 1 使用利益返還と用法に従った使用（三四六条二項一文三号）

##### (1) 規定内容と議論の争点

ドイツ民法三四六条二項一文三号は、その本文において、返還目的物が滅失または損傷<sup>49</sup>（Verschlechterung）した場合に、返還債務者（＝売買における買主）に価値賠償義務があることを規定する。もつとも、これにはただし書による例外があり、用法に従った「Ingebrauchnahme」から生じた損傷についてはこの限りでない<sup>50</sup>と規定されている。

この点、まず、「Ingebrauchnahme」は、通常の語法によれば、「使用に置くこと」を意味するとされる。このことから三四六条二項一文三号ただし書が、買主がその物を用法に従って使用に置いたことにより生じた価値低下分につ

ドイツ法における買主による解除前の使用行為（野中）

いて買主を免責していることは争いが無い。つまり、たとえば、新車も一度使用されれば中古車となるが、この新車の中古車となることによる価値の低下については、この三四六条二項一文三号ただし書で買主は価値賠償義務を免責されるのである。

そこで、議論における争点は、使用に置いたことによる価値低下だけでなく、用法に従った使用に伴う損耗 (die infolge eines bestimmungsgemäßen Gebrauchs eingetretene Abnutzung) についてもまた、同号ただし書で買主が価値賠償義務を免責されるか否かである。具体的には、「用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗も、ただし書の“Ingebrauchnahme”による損傷に含まれるか」といった形で議論される<sup>50</sup>。また、使用の結果、右の損耗にとどまらず、使用利益を返還することでは補えないような損傷が生じた場合に、買主が価値賠償義務を免責されるかどうかも問題となる。使用利益の返還が義務づけられていることを、どれだけリスク配分と結び付けるべきかにかかってくる。

学説は、この点について大きく二つの立場に分かれる<sup>51</sup>。以上を踏まえ、学説状況を見ていこう。

## (2) 学説状況

### ア 利益とリスクの同一帰属を強調するアプローチ

少数説は、用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗 (Abnutzung) も、三号本文の「損傷 (Verschlechterung)」には含まれるとする。したがって、買主は原則として価値賠償義務を負担することになる。しかし、少数説は、そのうえで、ただし書の“Ingebrauchnahme”を拡張解釈し、これには用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗も含まれると解する。こうして、用法に従った使用による損耗は、ただし書によって価値賠償の対象から外されるに至るのであ



る。<sup>52</sup>

少数説は、このように解する根拠として、(必ずしも後述の多数説の根拠を否定するわけではなく、それに加えて、あるいは二重補償回避の方策として) 利益とリスクとの同一帰属の観点<sup>53</sup>を挙げる。つまり、買主は使用利益の返還が義務づけられて、<sup>54</sup>利益は売主に帰属する以上、使用から生じるリスクもまた売主に帰属させるべきということである。言うまでもなく、債務法改正前に、旧三五〇条の売主負担を正当化する根拠としてカイザーにより主張された論拠であり、カイザー自身もまた債務法改正後にこの三四六条二項一文三号ただし書の解釈としてこうした解釈を展開している。<sup>55</sup>

こうした少数説の中でも、利益とリスクの同一帰属を強調するコーラーやシュヴァープは、いわば当然に、使用の結果として使用利益を返還することでは補えないような損傷が生じた場合にも、買主が価値賠償義務を免責されるとする。<sup>56</sup>こうした少数説の立場は、用法に従った使用 (Gebrauch) に特権を付与しているものと評される。

#### イ 売主が二重に補償を受けることの回避に着目するアプローチ

もともと、右のような解釈は、少数説にとどまるといって良い。多数説は、ただし書が“Ingebrauchnahme”という語を用いていることを重視し、ただし書は「用法に従って使用に置くことによる損傷(価値低下)」しか含まれないものと解釈する。つまり、ただし書は、新品の物を使用に置いたことで中古品になることの価値低下のみを問題にしている<sup>57</sup>とみるのである。多数説は、ここでもし「用法に従った使用から生じた損耗についても同号ただし書によって買主が免責される」と考えてしまえば、偶然の滅失損傷のリスクを買主に負わせた同号本文のリスク配分と矛盾してしまふことを危惧し、同号ただし書は利益とリスクの同一帰属論とは無関係であるとするのである。<sup>58</sup>用法に従って使用

【ドイツ民法 346 条 2 項 1 文 3 号の解釈における学説の対立点】

	少数説	多数説
①本文の「損傷」には、用法に従った使用(Gebrauch)による損耗が含まれるか	含まれる	含まれない
②ただし書の Ingebrauchnahme は、Gebrauch を含むか	含まれる (ただし書は広く使用に伴った価値低下を意味)	含まれない (ただし書は新品が中古になることによる価値低下を意味)
③用法に従った使用による損耗の取扱い	ただし書により賠償義務なし	損耗は本文の「損傷」に該当せず賠償義務なし
④用法に従った使用による損耗を価値賠償の対象から外す趣旨	利益とリスクの同一帰属の観点	売主が二重に補償を受けることの回避
⑤使用利益返還では補えない損傷の取扱い	3号ただし書により賠償義務なし※	3号本文により賠償義務あり

※この⑤については、少数説の中にも、3号ただし書の適用を否定するものがある (注 56 参照)

に置くこと (Ingebrauchnahme) への特権だけが必要で、使用 (Gebrauch) への特権は不要であるとされる。

もつとも、使用をする一方で利益が生じ、他方で損耗が生じる以上、売主が使用利益の返還を受けたうえでさらに物の減価賠償も受けければ、重なり合う範囲で売主に二重の補償 (Doppelkompensation) を与えることになるため、両者の調整が必要となる。そこで、多数説は、用法に従った使用による「損耗」については、そもそも同号本文の「損傷」にあたらな<sup>59</sup>いとの解釈をする。すなわち、買主が受領物を元のまま返還できない場合には二項一文三号本文が買主の価値賠償義務を規定するが、ドイツ民法典は、その二項一文三号よりも前に位置する規定である同条一項で収益返還を規定し、二項一文一号で収益賠償を規定している。したがって、収益返還義務および収益賠償義務が滅失損傷の価値賠償義務に優先する<sup>60</sup>とし、用法に従った使用による損耗については、使用利益返還で売主の損失は補われる以上価値賠償は不要と理解されるのである。

このように、多数説は、売主が二重の補償を受けることの回避のために、使用による損耗を二項一文三号本文の段階で排除するのである。ここで確認しておきたいのは、多数説は、用法に従った使用による損耗を価値賠償の対象から除外するにあたって、「利益とリスクとの同一帰属」を目的ないし根拠とはしていないということである。

#### ウ 両説の差異

ここで、右の学説対立が実際の紛争解決においてどのような差を生じさせるのかを整理しよう。まず、三四六条二項一文三号はその本文において、物の滅失損傷のリスクを原則買主負担とし、その一方で、同号ただし書で用法に従って使用に置くこと (Ingebrauchnahme) による損傷 (価値低下) を価値賠償の対象外としている。また、買主の使用利益が売主に返還ないし賠償される (三四六条一項、二項一文一号) ことを前提として、用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗も、二項一文三号の本文とただし書のどちらに依拠するかはともかく、価値賠償の対象外とされている。結局、両説は、使用から通常生じるような、収益返還により補われる損耗の場合においては差が生じない。

ただし、用法に従った使用により生じる損傷には、右のようなもののほか、使用中に偶然生じた、収益返還では補えない損傷もあり、両説はこの場合にこそ差が生じることになる。少数説の持ち出す「利益とリスクの同一帰属」からすると、こうした収益返還では補えないような損傷の場合にも買主が価値賠償義務を免責されうるが、多数説はどのように解すると三四六条二項一文三号本文において原則買主負担とした趣旨に反するとし、「利益とリスクの同一帰属」はドイツ法上否定されているとするのである。

では、多数説は、収益返還では補えないような損傷が生じた場合、最終的に常に、買主負担とするのか (＝買主の

価値賠償義務を認めるのか」というと、そうではない。当該買主が法定解除権者であり、なおかつ、当該買主の使用行為が自己の事務におけると同一の注意を遵守している限り、別途三四六条三項一文三号により買主の価値賠償義務が免責されるのである。そうすると次に、買主の使用態様と三項一文三号の「自己の事務におけると同一の注意」概念との関係性が問題となつてこよう。買主のいかなる使用行為がこの「自己の事務におけると同一の注意」を尽くしたと評価されるのが重要になる。そこで、以下では、解除原因認識前の使用行為（後述2節参照）と解除原因認識後の使用行為（後述3節参照）とに区別をしよう。三三四六条三項一文三号の議論を見ていこう。

## 2 解除原因認識前の使用行為と三四六条三項一文三号

### (1) 「自己の事務におけると同一の注意」の意義

まず、解除原因認識前の買主による使用行為への評価から見ていこう。解除原因に気づく前の買主は、契約に従つて受領したその物を、自己の物であると信頼している。そうである以上、一方で、買主がいかなる使用をしても買主を非難することはできないとの評価ができる。もっとも他方で、そもそも自己の物として使用した結果、その物の契約不適合（物の瑕疵）に起因しない要因によって滅失損傷が生じた以上、買主はたとえ解除や代物請求ができたとしても常に滅失損傷のリスクを負うのが当然であるとの評価、つまりは自己の物との信頼を買主の免責根拠とすることへの批判的評価がありえよう。<sup>61</sup> そうした中でドイツ民法三四六条三項一文三号は、法定解除権者たる買主が「自己の事務におけると同一の注意」を尽くしていたか否かにより買主の免責の可否を決する。したがって、解除原因認識前の買主も、事後的に見て、自己の事務におけると同一の注意を尽くさなかつたことで滅失損傷が生じた場合には、物

の返還に代えた価値賠償義務を負うことになる。つまり、自己の物と信じているからといって、どのような使用をしてもそこから生じるリスクを免責されるわけではない。ドイツ民法三四六条三項一文三号は、右に見た二つの観点からすれば、自己の事務におけると同一の注意という基準を用いることにより、双方の中間に位置するようなりリスク配分を志向していることになる。

そうすると次に、ここでいう「自己の事務におけると同一の注意」がどのように捉えられるべきかが問題となろう。ドイツにおける比較的多くの見解は、その文言から、これをドイツ民法二七七条に規定された自己の事務におけると同一の注意義務と同様のものと理解する。<sup>62</sup>すなわち、ドイツ民法二七六条や二七七条の場合と同様、注意義務の存在とその違反を前提とするわけである。しかし、解除原因認識前の買主（＝後の法定解除権者）は、ほぼ全ての論者が一致して認めるように、当該受領物を好きなように取り扱うことができるはずであり、何らの注意義務も観念することはできない。それにもかかわらず、ここで二七七条と同様に考えてしまえば、ドイツ新解除効果規定が過失に依存しない制度として三四六条二項の価値賠償義務を構築したと矛盾するとして批判される。<sup>63</sup>

そこで、現在では、こうした批判を踏まえ、三四六条三項一文三号における自己の事務におけると同一の注意違反とは、「自分自身に対する過失」を意味すると解する見解も有力となる。<sup>64</sup>すなわち、同号の自己の事務におけると同一の注意に反する行為とは、自身の利益に対する違反行為のことであると理解し、自身を損害から守るためにその状況により必要とされるような注意をしないときに、自己の通例の注意を尽くしていないものとされる。<sup>65</sup>

(2) 主観的基準か客観的基準か

しかし、このように理解される「自己の事務における同一の注意」も、客観的基準により定まるものなのか、あるいは主観的基準により補われるのかは定かでなく、右のように解したところで、期待される注意やその注意深さの基準が欠けているとの批判を受ける<sup>66</sup>。この「自己の事務における同一の注意」基準が主観的基準により決定されるのか、客観的基準により決定されるのかという学説対立は見逃せない。同注意基準は、個人的な Schlendrian (いゝ加減な取扱い) もまた許容しているのか否かが争点とされるのである<sup>67</sup>。

多数説は、規定の文言および同規定が法定解除権者を保護しようとした点を考慮し、あくまで当該解除権者が物の取扱いにあたって通常どのような注意を払っているかを重視する<sup>68</sup>。二〇〇七年のカールスルーエ高等裁判所の判決もまた、この主観的な基準からの帰結を明確にする<sup>69</sup>。こうした主観的基準説からすれば、個々人における取扱いの独自性がこの注意基準に影響を与えることになる。カイザーによれば、三四六条三項一文三号の「自己の事務における同一の注意」は、解除の相手方の利益を配慮するよう解除権者に義務づけているものではない。同号は、解除権者たる買主が解除をするまで物の所有者であったことに着目し、当該受領物を不利益を危惧することなく彼のその他の財産と同様に取り扱うことができるという実際上の法的状況に即した取り扱いをしているに他ならない。三四六条三項一文三号は、解除権者である個々人の慣習に照準を合わせた純粹に主観的な基準である。個々人のいい加減な取扱いについても、原則として、解除権者がそれによって不利益を受けることはない。むしろ、解除権者が、たとえ自ら破損したとしても、彼が返還すべき物を彼の比較可能な他の物と同等に取り扱っている限り、自己の通例の注意を尽くしたことになる。こうした自己の通例の注意概念が、解除権者は自身が解除原因を知っていた場合のように振る舞わ

なければならぬといった形で客観化されることはありえない。<sup>(70)</sup> したがって、こうしたカイザーの理解からは、三四六条三項一文三号というのは、自動車を購入した買主が一般的な基準でいえば自動車交通における過失により破壊あるいは損傷したときであっても適用になりうるという。<sup>(71)</sup>

他方、ドイツの一部学説は、こうした多数説の理解とは異なり、物の取扱いに際して所有者は通常どのような注意を払うかに着目をし、個々人の基準を超えた標準的考慮に照準を合わせる。<sup>(72)</sup> たとえばコーラーは、ここで重要なのは、買主が当該時点において使用する権限があるか否かではなく、当該使用の結果、使用に伴う滅失損傷のリスクを売主に転嫁することを許容して良いかどうかであるとし、そのための基準として客観的基準を要求する。<sup>(73)</sup> また、デルは、主観的基準の適用によると、日頃から通常人よりも物をいい加減に扱う人間の方がより優遇されることになるが、このように解する根拠がないことをその論拠として、客観的基準をもって判断すべきとする。そのうえで、デルは、解除可能性を認識する前の買主の使用行為を分析するにあたって、その使用目的および具体的使用方法に着目して、「自己」の事務における同一の注意<sup>(74)</sup>の具体的内容を明らかにしようとする。使用目的については、解除可能性を知らない買主は、原則として、受領物を自己の利益の実現のために手にいれた権限に相当するような形で使用することが許されるとし、これは通常の注意深さの人間の基準と一致しなければならないという。すなわち、通常人の観点からして経済的に道理にかなった使用目的かどうか重要となり、解除権者が受領物の価値を意識的に破壊する使用をするときには、解除権者はその価値喪失を事後的な解除でもって解除の相手方に転嫁することはできない。解除権者は、自ら損傷させたいと望んだ、その意識的な決定に拘束されるという。<sup>(75)</sup> 次に、使用方法に関しては、解除権者は、物についての具体的法的地位を取得した、通常の注意深い人間の通例の注意に相当するように受領物を取り扱わな

ればならないとする。こうして客観的基準説に立つデルは、主観的基準説との違いを強調しながら、自己の事務におけると同一の注意の内容を具体化しようとしている。

もつとも、実は、多数説の主観的基準説もまた、主観的基準に基づく配分を修正するのが一般的である。カイザーによれば、二七七条には、こうした自己の通例の注意基準について二つの方向での限界があるという。<sup>(76)</sup>一つは、特別に注意深い人間に関する問題であり、自己の事務における注意というのが、二七六条の標準的な過失基準よりも厳しい基準とはならないということである。三四六条三項一文三号は、注意基準の引き下げを意図しているものであるから、特別に注意深い解除権者は彼の過剰なまでの自己に通例の注意と比べられず、彼が取引において要求される二七六条二項の意味における注意を尽くさなかったときにだけ、価値賠償を義務づけられる。もう一つは、二七七条が与えている自己の通例の注意への特権は、重大な過失がある場合<sup>(77)</sup>および解除権者の故意による行動の場合には認められないということである。<sup>(78)</sup>たとえば、解除権者が、購入物を捨てた場合である。近時、カスペルもまた、買主は契約目的に従った使用であれば、たとえそこから滅失損傷が生じることが不可避であったとしても、当該リスクについては負担しなくて良いとしつつも、買主による故意的破壊行為については買主負担とするのである。<sup>(79)</sup>

こうして、基準についての対立にも関わらず、多くのケースにおいてその具体的帰結を同じくするに至る。<sup>(80)</sup>たとえば、購入自動車につき鍵をかけずに駐車しておいたところ盗難に遭った場合や買主が故意的破壊行為をした場合には、結局どちらの立場に立ったとしても買主は自己の事務におけると同一の注意を尽くしていないとされ、買主が危険を負担することになるのである。ここでは、当該時点の買主に物を使用する権限があったか否かが重要なのではなく、当該使用の結果、使用に伴う滅失損傷のリスクを売主に転嫁することを許容して良いかが問題であるとのコーラーの



指摘が問題の本質を示しているように思われる。つまり、解除原因認識前の買主は受領物を自己の物として取り扱うことが許され、買主には目的物使用権が認められようとも、それはそうした行為から生じた滅失損傷というリスク全てを免責される根拠とはならないのである。

### 3 解除原因認識後の使用行為と三四六条三項一文三号

#### (1) 免責根拠論からの議論

以上に対し、解除原因認識後の使用行為については、三四六条三項一文三号の適用の可否という結論も含め、学説の評価は様々である。

既に前稿でも簡単に触れたとおり、<sup>(81)</sup>三四六条三項一文三号で法定解除権者たる買主が自己の事務におけると同一の注意を尽くしていた限り滅失損傷のリスクを免責される根拠については、大きくわけて三つの考え方がある。①債務法現代化法連邦政府草案の理由書（以下「草案理由書」という）に代表されるように、解除の相手方の義務違反を根拠とする見解<sup>(82)</sup>、②法定解除権者たる買主の自己の物との信頼を根拠とする見解<sup>(83)</sup>、そして③偶然の危険の免責根拠は①のように考えるが、偶然の危険ではないが自己の事務におけると同一の注意を尽くしていた場合の免責根拠は②のように考える見解<sup>(84)</sup>（以下「免責根拠区分説」とも呼ぶ）がその二つである。②説は、自己の物と信じている買主は、その物を自己の他の財産とは区別して慎重に取り扱う契機を持たず、解除原因を認識するまでの買主は、その目的物を自己の物として取り扱っており、そのように取り扱うことが許されることから優遇されると解するものである。

ところで、こうした免責根拠についての学説対立が意味を持つてくるのが、解除原因認識後の三四六条三項一文三

【解除原因認識後のドイツ民法 346 条 3 項 1 文 3 号によるリスク免責の有無】

	346 条 3 項 1 文 3 号が 法定解除権者を免責する根拠	解除原因認識後	
		不可抗力免責	軽過失免責
A 説	②買主の自己の物との信託	×	×
B 説	③不可抗力免責：売主の義務違反 軽過失免責：自己の物との信託	○	×
C 説	①売主の義務違反	○	○

号適用の可否である。確かに、三四六条三項一文三号それ自体は、適用にあたり解除原因の認識による区別をしていない。しかし、解除原因を認識した後は、買主の自己の物との信託（＝取得存続への信託）は失われると解しうるため、この自己の物との信託を買主の免責根拠（の全部または一部）とする立場（右②③）にあつては、解除原因認識後には同号の適用が否定あるいは制限されるに至るわけである（三四六条三項一文三号の目的論的制限説<sup>85</sup>）。

これを受け、現在のドイツ法学説を結論に着目して分類をみると、学説は、大きく次の三つの立場に整理できる。すなわち、解除原因認識後の買主は、偶然すなわち不可抗力による滅失損傷のリスクすら免責されないとする立場（以下「A説」という）、不可抗力による滅失損傷のリスクは免責されるものの、それを超えた具体的軽過失による滅失損傷のリスクの免責は認められないとする立場（以下「B説」という）、さらには、解除原因認識後も不可抗力による滅失損傷のリスクの免責だけでなく、具体的軽過失による滅失損傷のリスクも免責されるとの立場（以下「C説」という）の三つである。

A説は、三四六条三項一文三号の免責根拠を買主の自己の物との信託に求める立場（右②）から主張されるものであり、B説は、三四六条三項一文三号が偶然による滅失損傷のリスクを売主負担としているのは法定解除の相手方である売主の義務違反に着目したものであると解しつつ、それを超えて具体的軽過失により生じたリスクであつても

免責されるのは買主の自己の物との信頼ゆえであると解する免責根拠区分説(右③)から主張される。B説は、自己の物との信頼は解除原因を認識すれば失われるために具体的軽過失によるリスクの免責という特権(Privilegierung)は与えられないのに対し、偶然による滅失損傷のリスクが免責される根拠は相手方の義務違反であり、この義務違反は買主の解除原因の認識によっても一掃されないために、偶然の事情によるリスクの免責はなお存続すると解するわけである。不可抗力リスクは免責されるものの、それを超えた具体的軽過失による滅失損傷のリスクの免責は認められないとのこの立場は、当該受領物を自己の物のように取り扱ってはならないことを意味しているように思われる。<sup>(87)</sup>

C説は、偶然によるリスクの免責根拠も具体的軽過失によるリスクの免責という特権付与根拠も、ともに相手方である売主の義務違反にあるとする立場からのものが多い。この立場からすれば、買主は解除原因認識後も当該受領物を自己の物のように取り扱ってよいということになる。

買主が解除原因を認識したところで解除の相手方たる売主が義務違反をしたという事実自体は無くならない。<sup>(88)</sup>したがって、C説が、免責根拠を解除の相手方の義務違反と解しつつ、解除原因認識後も同号の適用が制限されないとの帰結に至ることについては、それ自体論理的ではある。しかし、これについては前稿でも触れたとおり、<sup>(89)</sup>解除の相手方の義務違反は、偶然による滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはなっても、偶然によるものではないが解除権者が自己の事務における同一の注意を尽くしていたというケースにおける滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはならないとして批判される。<sup>(90)</sup>

また、解除原因認識後には不可抗力免責すら認めないA説に対しても批判は強い。A説のように解するとすれば、買主が解除原因を認識するや否や売主は以後のリスクを何ら負担しないということになり、これは「解除権者である

買主の解除原因の認識によって相手方の義務違反が「掃される」ことを意味する。この点、A説に立つ論者からは、このように解する根拠として、解除原因認識後の当事者は解除権が約定されている場合の当事者と同一の利益状況にあることが挙げられることが多い<sup>91</sup>。しかし、こうした約定解除の場合との同等取扱いは不適切であるとの理解もまた有力である。すなわち、約定解除の場合には、義務違反など存在しないにも関わらず、場合によっては契約が解消されうることを契約当事者が自らの自由な意思で合意しているのに対し、法定解除は、相手方の義務違反ゆえに自らの意思に反して契約を解消せざるを得ず、解除権者が保護を必要とする状況になった局面であり、約定解除と法定解除とはこうした差が大きいというのである<sup>92</sup>。約定解除の場合には約定するにあたり様々なリスクを想定して合意をしているのであり、返還債務者である買主が広く価値賠償義務を負うのは適切であるが、相手方の義務違反ゆえの法定解除の場合には状況が異なり、契約に基づき努力したにもかかわらず相手方の義務違反により契約目的が挫折した以上、解除権者は自らした給付を再び取り戻せるよう保障されるべきであるとされる。こうした法定解除の特徴に着目した指摘は、相手方の義務違反の存在に着目して、A説を不当と評価するものと位置づけられよう。

A説には他の観点からの批判も存する。解除原因認識後に同号の適用を否定して不可抗力免責すら認めないA説からすると、解除原因認識後の解除権者が偶然の危険を免責されるには、即時に返還する他ないことになってしまう。しかし、このようになれば、買主には受領物の返還を前提とした契約解除権や代物請求権だけではなく、修補請求権が保障されていることの意味が失われかねないとされ、こうしたことから、法定解除権者は、不可抗力による滅失損傷のリスクを免責されなければ不合理であるとされるのである<sup>93</sup>。確かに、ここでの買主は本来欲していない契約不適合物を押し付けられた状況にあることに鑑みれば、解除原因認識後は偶然の危険すら免責されないというのはいかに

も不合理であるといえよう。こうして不可抗力による滅失損傷のリスク配分に関しては、解除権者の解除原因についての知・不知は問題とならず、解除権者が解除原因を認識しようとも免責されるとの理解が多数を占める。

以上の次第で、ドイツでは三四六条三項一文三号の免責根拠論から三四六条三項一文三号の適用範囲について一定の結論を演繹する議論が盛んであり、免責根拠についての賛否も含め、現在では、B説が多数説であるといえよう。

## (2) 買主の選択権と代替物入手の困難性に着目した議論

ところで、こうした免責根拠論からの演繹的議論が多い中で目を引くのが、契約不適合物の引渡しを受けた買主に与えられる救済手段のうち買主がどれを選択するか決定するまでの期間の保障といった観点や、解除をして支払済みの代金の返還を受けるまでの買主は通常代替物入手することが困難であること着目した論理展開である。たとえば、ハインリクスは次のように述べる<sup>94</sup>。まずそもそも、買主が解除原因を認識したとしても、契約は存続しているのであり、なお返還債務関係には姿を変えていない。また、契約に適合しない物を引き渡された買主は、追履行請求、代金減額請求、契約解除あるいは場合によっては自己実行 (Selbstvornahme) などの諸権利が与えられるところ、これらのうちどれが適切かの決定をするためには、入念で慎重な検討が必要となる。そのうえ、解除の場合には、相手方に対して催告をしなければならない。したがって、解除の意思表示をするまでには、数週間を要するのが不可欠となる。さらに、買主が契約の清算前に瑕疵ある物の代わりになる代替物入手することは金銭上の理由からできないのが通常である。ハインリクスは、こうした買主の置かれた状況を挙げ、解除の意思表示までの間、買主が物の使用を断念するのは困難であるという<sup>95</sup>。そして、そうであるが故に、解除権者である買主の契約に従った使用権は、解除原因の

認識後もなお存続しているのが原則であり、こうした使用権は、解除の意思表示をしてはじめて失われると解するのである。債務法改正前の判例においては、買主の物使用の必要性を重視する傾向が強かったが、ハイリクスの主張は、こうした改正前の判例を引き継いでいるものと評価できよう。

なお、先述のとおり、(1)のC説、すなわち解除原因を認識した後であっても、買主は偶然による滅失損傷のリスクだけでなく、具体的軽過失による滅失損傷のリスクすらも免責されるという見解は、三四六条三項一文三号の根拠を相手方の義務違反を根拠とする立場から主張されることが多い。実際、ハイリクスも、買主が解除原因を認識したとしても、売主には義務違反があり保護に値する地位にないことを根拠に、三四六条三項一文三号の制限解釈を否定している<sup>96</sup>。もっとも、ハイリクスのように、買主には、受領物を返還することを前提とした契約解除や代物給付請求だけでなく、受領物を以後も自己の物とし続けることを前提とした修補請求権や代金減額請求権も認められていることに着目するならば、買主の免責根拠を自己の物との信頼（＝取得存続への信頼）としつつも、解除原因認識後であっても買主の信頼は保護に値するとの評価・位置づけも可能なように思われる。言い換えれば、ハイリクスの論理には、買主の自己の物との信頼と解除原因の認識との関係性を捉え直す契機があるように思われるのである。

さらに言えば、契約不適合物の引渡しを受けた買主に、修補請求や代金減額請求のような、受領物を以後も自己の物とし続けることのできる請求権が与えられることに着目するハイリクスの見解は、解除原因を認識したにすぎない買主には未だ他人の物としての保存義務などないこともまた言い表しているように映る。そうであるが故に、買主の自己の物との信頼（＝取得存続への信頼）もまた、解除原因認識後もなお継続し、自己の物として使用することができるとの理解に至るわけである。

(3) 売主のリスクで使用されることの危惧と矛盾拳動の観点からの議論

もつとも、以上のようなハイリスクの見解や売主の義務違反を根拠として広く買主の免責を認める見解（C説）に対しては、それを説得的でないとして批判する見解も主張されるに至っている。たとえば、デルは、解除権の行使について決心がつかないことは、解除権者である買主が受領物を引き続き自己の物のように取り扱うことを正当化するものではないという。なぜならば、ここで軽過失免責を認めれば、相手方である売主のリスクで解除を先に延ばし、売主のリスクで物を使用する契機を提供することになってしまふからである<sup>97</sup>。解除可能性を知った買主が解除をするか否かを熟慮する段階において、この買主を保護するためには、三四六条三項一文三号による偶然のリスクの免責で十分であるとするわけである。デルによれば、法定解除権者である買主は解除に至るまで受領物を契約に従って使用することができる。しかし、これは基本的には、使用の結果として損耗が生じても、それは三四六条二項一文三号本文の「損傷」を意味しない結果として認められているものにすぎない。つまり、買主に使用権限があるとはいえ、これは軽過失による滅失損傷をも免責される特権付与を正当化することはできないとするわけである<sup>98</sup>。そのうえデルは、三四六条三項一文三号で買主が免責される根拠について免責根拠区分説に立つが、買主が解除原因を認識して追履行を請求した時点で買主は解除をその選択肢のひとつにしたとして、取得存続への信頼は保護されなくなるとする<sup>99</sup>。解除原因を知った買主の置かれている状況への評価が、先のハイリスクのものとは大きく異なるのである。

ただし、デルは、右のように三四六条三項一文三号を一部制限解釈し、解除原因認識後の買主には偶然の危険についてのみ適用されるとするにもかかわらず、なお買主の使用に伴う滅失損傷についての同号の適用が予定されている点には注意が必要である。すなわち、買主の使用行為があり、それに伴う滅失損傷であっても、当該滅失損傷が不可

抗力によるものであれば、同号の適用の対象とされている。先述のとおり、債務法改正前において有力であったラーレンツらによる自由な行為説や危険を高めるまい説によれば、買主の使用行為があつた時点で原則として旧三五一条の「過失」があるとされた<sup>10)</sup>。また、そのような立場に立たなくとも、買主の使用行為がなければ生じなかつた滅失損傷である以上、それを偶然によるものと評価できるかは疑問がないわけではない。しかし、デルは、買主の使用中の偶然の滅失損傷は、偶然の危険の現実化と理解し、三四六条三項一文三号の適用による免責を認めているのである。

こうした立場からすると、解除原因認識後の使用行為に伴う滅失損傷について、どのようなものが偶然によるものとなり、あるいはどのようなものが偶然によるものではないとして買主の免責が認められないかが問われることになる。ここでデルは、解除原因を認識した買主には、受領物の保存義務があると解するわけではない。デルの見解の基礎にあるのは、矛盾挙動に着目するジッキンガーの理解である。確かに、「保存義務がなければ自由に使用でき、当該使用から生じたリスクもすべて免責される」とは限らず、債務法改正前のジッキンガーもまた、注意義務やその違反はなくとも、後の解除や代物給付請求によるリスク転嫁が矛盾挙動により許容されない余地があるというものであつた<sup>10)</sup>。

デルによれば、解除原因を認識した買主は、もはや取得が永続的なものであると信頼してはならず、以後は、自身の通例の注意だけでは不十分であり、潜在的返還債務者としての通例の注意を遵守する必要がある。もつとも、この買主は、単に他人の財産を管理しているだけの地位ではなく、解除に至るまでは契約に従つた使用をすることが原則として可能である。具体的に見てみると、使用目的としては、当該買主は、潜在的返還義務を考慮しなければならず、



その結果、受領物の使用は、元のままでの返還の可能性を侵害してはならない。したがって、解除原因認識後の買主は、受領物を契約に従ってだけ使用することが許され、故意に過度な使用あるいは不注意な使用を決定したときには、自己の事務における注意に違反したことになる。また、それどころか場合によっては、契約に従った使用が、受領物の滅失あるいは損傷に至るような相当な危険にさらされ、あるいはそれが避けがたく、そのうえ、使用の継続についての解除権者の特別な利益が存在しないときには、使用の中断も必要になる。

また、デルは、契約に従った使用であっても買主の責任を認めたらーレンツらの見解を否定したうえで、使用方法として、解除権者は、契約に従った使用の限界を超え、かつそうした限界を超えた使用を通して受領物の滅失や損傷を引き起こすような物の取扱いは認めない。受領物の滅失損傷が通常のリスクに基づかず、解除権者により高められたリスクの現実化に基づくときには、もはや偶然によるものとはいえない。たとえば、自動車の違法運転により事故が生じた場合や、自動車の鍵をかけなかったために盗難に遭った場合などである。

#### 4 小括

以上、債務法改正後のドイツにおける議論状況を見てきた。少々長くなったので、買主の用法に従った使用が特別視されてきた根拠という観点に着目しつつ、債務法改正前の学説・判例が、債務法改正およびその後の学説にどのように影響を与えているかにつき再整理を試みたい。

債務法改正前の学説において、買主の使用行為があったとしても買主の免責を認める見解としては、二つのものがあった。ひとつが、債務法改正前のカイザーの見解、すなわち、売買契約が解除されれば買主の使用利益は売主に返

還・賠償されることから、使用に伴うリスクもまた売主に帰属することが公平であるとする見解である。こうした論理は、現在では、少数説によって三四六条二項一文三号ただし書の解釈の中で生かされ、用法に従った使用に特権が付与されていると評される。解除を、それまでのリスク配分を変更させる要因として捉え、解除前の買主のリスク引受けが、解除によつてなかつたことになる。買主は使用の結果得た利益を売主に返還せねばならず、利益が売主に帰属するにもかかわらず、リスクだけが買主負担になるという結果を疑問視するわけである。<sup>102</sup>

それに対し、二つ目が、物の用法に従った使用では、通常滅失損傷には至らないことに着目して、当該行為を旧三五一条の過失とは評価しなかつた立場である。当時ラーレンツらにより提唱された、買主の自由な行為や危険を高めるふるまいがあれば旧三五一条の過失と評価した有力説<sup>103</sup>と対立したものであった。こうした考えをより緻密に展開したジツキングは、解除原因の認識の前後を区別したうえで買主の使用目的と使用方法に着目し、解除原因を認識しても受領物を他人の物として保存する義務が生じるわけではないとしたうえで、単なる使用、すなわち用法に従った使用は、後の物の返還と矛盾するものではないために原則として許容されるとした。こうした考え方を継承しているのが、債務法改正後のデルである。デルは、三四六条三項一文三号の免責根拠として免責根拠区分説を採りつつも、解除原因認識後であつても物の返還と矛盾しないような使用はできるとし、ラーレンツらのような考えを採らないことを明言する。

これに対し、債務法改正前の判例は、債務法改正後にどのように位置づけられるか。ここでは、本稿でも見てきた複数の判例が、改正後の二つの規定の解釈に引き継がれていることが注目に値しよう。まず、債務法改正前の判例(具体的には、一九五八年の連邦通常裁判所の判決および一九八〇年のニュルンベルク高等裁判所の判決)において展開された

のが、買主は瑕疵ある物の使用の結果として使用利益を得ているところ、これが売主に返還されることにより売主の損失が補われることに着目して、買主の瑕疵担保解除権を認める論理であった。右に挙げた、利益が売主に帰属する以上リスクもまた売主に帰属すべしという「利益とリスクの同一帰属論」では、あくまで利益とリスクの関係が抽象的に語られており、したがって使用利益返還では補えないような損傷や場合によつては滅失すらも売主負担とするのに対して、改正前の判例のそれは、実際に使用利益返還により売主の損失が補われるかを考察する点に違いがある。そして、こうした判例の論理を引き継いでいるのが、債務法改正後の三四六条二項一文三号本文の「損傷」についての多数説の解釈である。改正前の判例は、買主の使用利益返還によつて売主の損失が補われるかという点に力点があつたのに対し、改正後の同号本文をめぐる多数説の力点は、物から利益を得ようとすれば減価は不可避である以上、ここで買主に使用利益返還を義務づけつつ減価賠償を課せば、売主が二重に補償を受けることになるがこれは不当であるという点にあるが、その思考は共通している。二重補償の回避のために、用法に従つた使用から生じる損耗につき買主が免責されるわけである。

他方、債務法改正前の判例が、買主が物の瑕疵に気づいたにもかかわらずなお使用を継続した事案において重視していたのは、右の使用利益の観点よりも、むしろ買主の物使用の目的（必要性）の観点であつたように映る。買主はどのような理由から物を必要としていたのか、代替物入手することは経済的に可能であつたのかが重視されていたのである。こうした観点を債務法改正後に引き継ぐのが、三四六条三項一文三号の解釈におけるハイリクスらの見解である。あるいは、デルが、使用継続についての解除権者の「特別の利益」を問題にしている点にも改正前の判例の影をみることができるようと思われる。

以上、債務法改正前の学説・判例が改正後にどのように評価されているかを見てきたが、改正後に特有とまでは言わないまでも特徴的議論もあった。それが、使用に限った議論ではないが、三四六条三項一文三号で展開される、買主の免責根拠論から解除原因認識後の買主免責の可否を導く演繹的議論である。すなわち、同号で法定解除権者である買主が免責される根拠を売主の義務違反と捉えれば、買主の解除原因認識後も買主の免責は広く継続するのに対し、免責根拠を買主の自己の物との信頼と捉えれば、買主の解除原因認識後には買主の保護は否定されるとの議論である。あるいは、免責根拠として両者を求める免責根拠区分説からすれば、解除原因認識後の買主の免責は偶然の危険に限られるとされる。債務法改正後はこの種の議論が極めて多い状況にある。もともと、こうした議論からすれば、解除原因認識前について言えば、本来、自己の物との信頼を有している買主は、いかなる使用をしても免責されること理もありうるはずであり、それにもかかわらず同号が自己の事務における同一の注意を基準として設けていることを十分に説明できていない<sup>104</sup>。結局、ドイツ学説も、より具体的考察にあたっては、たとえば一方で、解除原因認識前であろうとも、同基準は客観的基準であり標準的な買主の物の取り扱い以下であってはならないとされたり、主観的基準ではあっても故意的破壊や重過失による滅失損傷のリスクは免れないとされ、他方で解除原因認識後であっても、免責根拠からの演繹的議論だけでなく、買主に付与された諸請求権の選択権の観点や物使用の必要性などの観点から、使用に伴う滅失損傷について買主の免責を導くのであった。

## IV おわりに

### 1 本稿の結論

最後により大きな観点からドイツ法を分析するならば、次のことが言えよう。本稿冒頭で示した①②という二つの問題提起への本稿の結論を示したい。

まず、解除原因（＝品質に関する契約不適合）認識前の買主は、その物をまさに自己の物と信頼し、他の自己の物と区別することなくその物を取り扱う。このように、認識前の買主はまさにその物を自由に取り扱うし、そのように取り扱うことが許されている。しかし、三四六条三項一文三号の「自己の事務における同一の注意」を主観的基準とみるか客観的基準とみるかという議論対立の中から見えてきたのは、いずれの立場にあっても、故意的破壊行為や重過失による滅失損傷があった場合には買主の免責を認めていないということであった。つまり、解除原因認識前の買主が受領物を自由に使えたということと、使用に伴って滅失損傷が生じた場合にそのリスクを免責されるということとは必ずしも結びつかないわけである。コーラーが述べたとおり、今ここで検討されるべきは、当該買主に使用をする権限があったか否かではなく、そのような使用を通して生じた不利益を解除という方法により売主に転嫁して良いかどうかという点である。こうした観点からしたとき、いかに自己の物と信頼していようと、究極の履行認容行為とも評価しうる、右のような故意的破壊行為等をした買主を免責するわけにはいかないのである。これが、本稿I章1節において示した一つ目の問題提起に対する本稿の結論である。

次に、解除原因認識後について、ドイツでは、解除原因認識後の買主には三四六条三項一文三号が全部または一部

適用されないとの見解が有力であった。解除原因の認識によって買主の自己の物との信頼（Ⅱ取得存続への信頼）が失われると理解するのである。しかし、買主の使用に伴う損傷についてのリスク配分という観点から忘れてはならないのは、こうした学説もまた、三四六条二項一文三号本文の「損傷」の縮小解釈により、用法に従った使用による損耗については、広く買主を免責しているという点である。三項一文三号の免責根拠を買主の自己の物との信頼に求め、解除原因認識後に同号の適用を否定する見解（Ⅲ章3節(1)におけるA説）ですら、解除原因認識後の買主の使用行為を許容していることになる。このように、三項一文三号の解釈争いだけでは見えてこないが、実際には二項一文三号の解釈を通じておおよそ全ての見解が解除原因認識後の使用行為を認め、損耗の限度で買主を免責していることは注目し値しよう。

さらにいうならば、右に挙げた三項一文二号の制限解釈説の中でも、解除原因認識後に同号の適用を一律に制限するのではなく、偶然の危険を超えた危険の免責のみを否定し、偶然の危険はなお免責されるとの見解（Ⅲ3(1)におけるB説）が有力であったが、こうした有力説からは、買主の使用の結果右の損耗を超えた滅失や損傷が生じたとしても、買主がこれにつき免責される余地があることも重要である。この点一見すると、「偶然ではないが自己の事務における」と同一の注意は尽くしていた場合のリスクは免責されない」となれば、買主が受領物を自己の物として自由に使用したことに伴うリスクについては（損耗を除き）免責されないようにも思える。事実、債務法改正前のドイツでは、買主の自由な行為、危険を高めるふるまいがあれば、そこから生じた滅失については、すべて三五一条の過失によるものと評価する見解が極めて有力であった。もし、このような債務法改正前の有力説を右の区分説に敷衍してあてはめれば、解除原因認識後には使用に伴う滅失損傷（損耗を除く）については一切免責されないということになる。

しかし、債務法改正後のドイツ学説は、債務法改正の際の草案理由書がラーレンツらによる自由な行為説や危険を高めるふるまい説を否定したことや、あるいは単なる使用行為はその後の物の返還にあたって障害とはならないことを考慮してか、買主の使用中的のものであっても偶然の危険と位置付ける見解が主張されているのである。たとえば、瑕疵ある自動車を運転中に後続車両の運転手の完全なる不注意により追突されて車が滅失した場合、偶然によるものとして、三項一文三号により買主が免責される余地が残されているのである。本来、ここで瑕疵ある当該車を使用しなければ追突事故も起きなかったわけで、当該滅失損傷を偶然（不可抗力）によるものと位置付けることが適切かどうかは疑問がないわけではない。しかし、いずれにしても、「偶然のリスク」について右のような理解をした結果、右に挙げたB説からしても使用に伴う滅失損傷について三項一文三号により免責されうる状況になっていることは重要であろう。

以上、解除原因認識後の買主についてまとめれば、債務法改正後も学説対立は複雑であるものの、いずれも、解除原因を認識すればそれだけで他人の物としての保存義務が生じて使用できないであるとか、解除原因認識後の買主が使用をすれば即、履行認容となり以後のリスクをすべて負担するといった考え方は採られていない。この点で債務法改正後のドイツ学説は一致しているのである。解除原因を認識しただけでは買主の他人の物としての保存義務は生じない。

ただし、保存義務がないからといって買主はいかなる使用行為からの滅失損傷も免責されるというわけではなく、解除原因を認識し、後の返還を前提とした解除や代物請求を選択肢に入れる以上は、そうした物の返還と矛盾するような物の使用をしてはならないというのも、債務法改正前の学説の一部や判例、そして債務法改正後の学説にも引き

継がれている重要な視点であった。債務法改正により解除権消滅にかかわる規定（旧三五一条・三五二条）は削除された。したがって、矛盾挙動（言いかえれば履行認容）は解除権自体の消滅にはつながらないが、<sup>(10)</sup>矛盾挙動（履行認容）があつた場合には解除や代物給付請求にも関わらず物の滅失損傷の危険は売主に回帰せず、買主は価値賠償義務を負うことになるわけである。もつとも、この矛盾挙動（履行認容）となるか否かの評価にあたっては、当該使用行為をした買主の状況（物を使用する必要性の程度など）や使用行為の結果どのような結果が生じたか（損傷の程度や使用利益の程度など）に着目して、事案ごとに具体的に判断されることになる。これが本稿I章1節において示した二つ目の問題提起に対するドイツ法における一つの結論である。

## 2 我が国における解釈へ向けて

ただし、以上の検討結果を我が国での解釈にあたりどのように評価するかをめぐっては、次のような注意点があるように思われる。いずれも解除原因（II品質に関する契約不適合）認識後の買主の使用行為についてのものである。この点を指摘して、本稿を閉じたい。

### (1) 使用利益返還義務と使用に伴う減価分の賠償義務との関係

まずひとつめは、使用利益が売主に返還・賠償されることを根拠として、生じた損耗について買主を免責する解釈についてである。右に整理したとおり、ドイツでは、こうした根拠に基づき買主の免責を導く学説や判例が存在した。このうち、債務法改正前の旧三五〇条の正当化根拠、あるいは改正後の三四六条二項一文三号ただし書の



“Ingebrauchnahme”の拡張解釈の根拠として主張される「利益とリスクの同一帰属論」については、ドイツ法のもとだけでなく、我が国においても疑問がある<sup>106</sup>。使用から生じた利益が売主に帰属することに着目し、そうであればリスクもまた売主が負担するのが公平であるとの考えから、使用に伴う滅失損傷について広く売主負担を帰結するこの論拠を強調するならば、売主の債務不履行を理由に買主が解除した場合のみならず、買主の支払遅滞を理由とした売主解除の場合にもまた使用に伴う滅失損傷のリスクを売主が負担するという、明らかに不合理な帰結を生むことになる<sup>107</sup>。ドイツにおける多数説も、こうした「利益とリスクの同一帰属」という考え方は採用されていないとして、使用行為に対して広く買主を免責することを認めない。

もつとも、利益とリスクの同一帰属論まではいかなくとも、使用利益が売主に返還・賠償されることを根拠として買主の使用行為による損耗について免責を認める論理が、債務法改正前の判例や債務法改正後の三四六条二項一文三号の解釈における多数説にみられる。こうした解釈は疑問の余地のないものであろうか。改正前の判例は、売主に返還されるべき物の減価という損失も、買主による使用利益の返還・賠償によって補われるという点に着目し、買主を免責する要素として認めた。改正後の多数説は、物から利益を得るためには通常生じる損耗は受け入れざるを得ず、返還債務者たる買主に両者の賠償や返還を義務づけることは、返還債権者たる売主に過度の利益をもたらすことに着目し、用法に従った使用による損耗については、そもそも三四六条二項一文三号本文の「損傷」にあたらなとの解釈を展開している。ここで気をつけるべきは、債務法改正前の判例も改正後の多数説もともに、その判断の前提として、意識的か否かはともかく、使用利益返還と減価賠償とで前者を後者に優先させるといふ価値判断をしているという点である。

しかし、使用利益返還と減価賠償とにおいて、前者を優先させるドイツ民法の解決は、決して普遍的なものではない。近時、荻野奈緒は、フランスでの判例やカタラ準備草案、それらを受けての学説の評価を素材として、返還債務者に「損耗の補償」（＝減価分の価値賠償）を義務づけつつ、返還債務者に「用益補償」（＝収益返還）を義務づければ、返還債権者が二重の補償を受けることになることを指摘するとともに、（カタラ草案とは反対に）用益補償の方を否定する有力な判例・学説を紹介し、分析している<sup>108</sup>。すなわち、収益返還を優先させるドイツにおける改正前の判例や改正後の多数説とは理解が異なるわけである<sup>109</sup>。

そして、荻野は、ここで両者のうちどちらを義務づけるかは、原状回復としてどういった状態の回復を志向しているかに関わる重要な問題であることを指摘する。減価賠償を義務づけることは契約締結時の売主の状態を回復することに奉仕し、使用利益返還を義務づけることは、契約がなかったならばあるであろう仮の売主の状態を回復することに奉仕する<sup>110</sup>。

今回の民法（債権関係）改正において、解除および無効・取消しの効果としての使用利益返還義務が改正手続の最終段階において提案から落とされた（改正五四五条三項は「果実」返還義務を規定する）のも、こうした使用利益返還と使用に伴う損耗の賠償義務との関係性についての議論が成熟していないことが理由とされた<sup>111</sup>。これまで我が国の通説は、売主が代金に利息を付けて返す（改正前五四五条二項）こととのバランスから、買主の使用利益返還を義務づけてきたが、このような理解は今後も変わらないのであろうか<sup>112</sup>。荻野のいう「原状回復が目指すのはどのような状態か」という観点からしたとき、買主が実際には使用していなかった場合に使用していれば得られた分の利益の賠償を認めるか否かも、無視のできない重要な問題といえよう<sup>113</sup>。

以上のように、本稿で出てきた「使用利益の返還・賠償を理由として、使用行為から生じた損耗についての買主の免責を認める」ことは、原状回復のあり方に関わる重要な試金石になり得る。これに関しては、別稿にて、この点に焦点を当てて検討することとしたい。

## (2) 改正五四八条本文の「過失」の意義

また、我が国での解釈にあたっては、改正五四八条の存在も無視できない。ドイツでは、解除原因の認識前後による区別は、規定を根拠とするものではないが、我が国では、改正により、解除権の認識が五四八条による解除権消滅の要件とされる。そして、この規定では、解除権認識後の故意による滅失損傷等だけでなく、過失による滅失損傷等についても、解除権消滅の対象となる。ここでいう過失とは、いったい何か<sup>14</sup>。

本稿では、ドイツにおける議論を通じて買主の保存義務がいつの時点から生じるのか、という点にも着目してきた。解除原因があることを認識しただけで買主に保存義務があるとの理解もある一方で、本稿でみてきたとおり、解除原因を認識しただけの買主には保存義務がないとする見解もまた有力であった<sup>15</sup>。法定解除原因を認識しただけで約定解除権の場合と同一視することは不適切とされたのである。他人の物としての保存義務があればその物を使用できないというのが通常理解であるところ、(買主にはその物を自己の物とし続けることを前提とした修補請求権や代金減額請求権が認められていることを踏まえれば) 瑕疵を知っただけでそのような状態になるのは不合理であると思われる。

そうであれば、果たして、五四八条本文のいう「過失」とはどのような注意義務の違反であろうか。ただし書の解除権の認識によって直ちに注意義務が生じて、本文の過失を基礎づけるのか。あるいは、過失を論じられるのは時系

列的により後の時点なのか。はたまた、改正五四八条の「過失」は注意義務を前提とするものではなく、ドイツ民法三四六条三項一文二号のような「自己の事務における同一の注意」を尽くしていないことを意味するものなのか。改正五四八条ただし書が、契約不適合の認識（改正五六六条本文）や、解除原因の認識、解除可能性の認識ではなく、解除権の認識と規定していることも含め、慎重な検討が必要であるように思われる。

（1）拙稿「契約適合性への買主の信頼——契約不適合物の買主の許での滅失損傷」日法八三卷一号（二〇一七年六月）五五頁以下。

（2）本稿では、危険負担や危険移転という場合の「危険」という用語を、リスク配分やリスク引受けという場合の「リスク」という用語と同義のものとして用いている。

（3）支配領域（移転）説とは、目的物の支配が移転してはじめて買主への危険移転を認める考えであり、我が国では改正前民法五三四条一項が定める債権者主義の関係で議論されてきた。今日、支配の移転があつてはじめて危険が移転するという点ではおよそ争いがなく、問題は「支配」の理解にある。その詳細な学説状況については、拙稿「契約不適合物の危険移転法理——危険の移転と解除によるその回帰」日法八二卷四号（二〇一七年三月）七一頁以下を参照されたい。

（4）「もし買主が引渡しを拒絶していたなら危険を負わなかったはずであるという仮定が、引渡し後にもどこまで貫徹できるのかという観点」から、商法五二七条を手がかりに、「契約不適合物の引渡しを受けた買主が目的物に対してとるべき対応を整理」し、当該目的物の危険負担を論じるのは、北居功「買主の正当な認容拒絶——商法五二七条の沿革および比較考察を契機に」法研九一卷二号（二〇一八年）一七三頁以下。

（5）この場合には、買主はもはや解除ができないという解釈もできようし、解除はできるものの、買主は価値賠償義務を負うとする解釈もあり得よう。筆者は、以前、契約不適合物の引渡しによつても危険は買主に移転するが、その後買主が解除や代物給付請求をすることでこの危険が売主に回帰しうるとの危険移転法理を提言した（拙稿・前掲注（3）一〇一頁以下）。こう

した論理からすると、後者の解釈は、解除によっても危険が回帰しない場合という位置づけになる。なお、この契約不適合を知りつつ使用するという行為を、最判昭和三六年一月一日民集一五卷一〇号二八五二頁のいう「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容する」行為と同義であると理解したとき、この判例と整合性のある解釈としては、「売主の契約不適合責任としての解除は認めつつも、解除によっても危険が回帰しない（＝買主が価値賠償義務を負う）」との後者の解釈が支持されることになろうか。

(6) 藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社・一九九四年）一二七―一二九頁。藤田説は次のように整理できよう。まず、契約不適合を知らずに使用等をした場合には、引渡しに際し検査すれば発見しうる「明白な瑕疵」とそうではない「隠れた瑕疵」とで区別がなされる。明白な瑕疵のときには、瑕疵発見のための検査にとつて不可欠でない使用等をしたことで滅失または著しい損傷が生じれば、改正前五四八条の「過失」に該当して買主負担となるのに対し（二二八頁）、隠れた瑕疵のときには、その物の瑕疵が原因で滅失損傷に至ったり、物の使用に際して初めて瑕疵が現れたようなケースは売主負担となるものの、それ以外は買主負担になるとする（一二九頁）。他方、契約不適合を知らずに使用等をした場合には、明白な瑕疵か隠れた瑕疵かを問わず、買主負担とする（一二七―一二九頁）。こうした藤田説の本格的検討は、我が国における買主の使用行為の評価を論じる別稿にて行いたい。

(7) II章1節(1)におけるラーレンツらの見解およびフルーメヤレンギーアの見解を参照されたい。

(8) 北居・前掲注(4)一八九頁は、この場合にも、解除や代物給付請求によつて危険を売主に転嫁できるといふ。少々長くなるが、引用しておこう。民事売買において買主が瑕疵に気がつかないままに履行として受領したという段階においては、「買主はまさに自身の物として当該商品を扱うであろうし、扱つてよいはずである。たとえ、買主が目的物を故意に破壊し、あるいは、放棄したとしても、自己の物の処置としてそれ自体に何らの非難を受ける余地もない。したがって、ここに両当事者の責めに帰すべきではない事由による目的物の滅失などという概念は介在し得ない。目的物は、買主の物として扱われる以上、そこに生じるあらゆる事態は、いったん買主の危険に帰すことになる。しかし、その後、なお買主は、当該目的物にはすでに引渡し前に契約不適合があったことを証明できるなら、それに基づいて、契約を解除し、あるいは、代物給付を求めること

によって、滅失した目的物の危険を売主に転嫁できる」（同一八九頁）。

(9) 北居・前掲注(4)一八九・一九〇頁は、買主が契約不適合に気がついてから目的物を保持するかそれとも売主に返却するかを選択するまでの段階（北居のいう第2―1段階）では、「買主は、売主への返還可能性がある以上、他人の物として善良な管理者の注意をもって目的物を保管しなければならない。また、その目的物を利用するのであれば、その利用に際して生じた滅失・損傷についても責任を負わなければならないのではなからうか。」とする。

(10) 改正五六二条一項ただし書は、売主のこのような追完権を認めている。この点につき、古谷貴之「民法改正と売買における契約不適合給付」産法五一卷三・四号（二〇一八年）三二二頁以下も参照。

(11) 「行為」を「故意」に読み替えるだけであれば今もなお一定の支持者はいるものの、これと併せて、故意または過失によらない滅失損傷の場合には改正前五四八条二項により解除権が存続し、滅失損傷については解除の相手方（売主）の負担になると解する見解（故意への読み替え＋改正前五四八条二項を危険配分規定とみる見解）は、今日、通説的地位を占めてはいないものと思われる。この点については、拙稿・前掲注(3)七九―八〇頁を参照。

(12) もちろん、改正前五四八条二項を危険配分規定とみない有力説、つまり改正前五四八条二項により買主の解除権が存続する場合であっても、別途解除者たる買主の価値賠償義務を認める見解によれば、結論は自ずと変わり、買主負担となる。拙稿・前掲注(3)八一―八二頁参照。

(13) 我が国の判例・通説は、かねてより使用利益の返還義務を肯定してきた。今日の通説は、改正前五四五条二項が代金に利息を付しての返還を売主に義務づけていることとの均衡から、買主にも物を返すにあたってこれを使用したことで得た利益の返還を義務づけている。末川博『契約法上（総論）』（岩波書店・一九五八年）一六八頁、石田穰『民法V（契約法）』（青林書院・一九八二年）九七頁、好美清光「契約解除の効力」遠藤浩ほか編『現代契約法体系第2巻』（有斐較・一九八四年）一八三・一八四頁、山下末人『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』（谷口知平『五十嵐清編』（有斐閣・二〇〇六年）七三三頁、磯村保『民法IV債権各論〔第3版補訂〕』（藤岡康宏ほか（有斐較・二〇〇九年）四九頁。他方、判例においては、使用利益返還義務を負う根拠について必ずしも統一されていない。双務契約が解除された場合における使用利益返還について

のリーディングケースとされる大判昭和十一年五月一日民集一五卷一〇号八〇八頁以下は、今日の通説と同様、使用利益返還義務の根拠を利息との対価関係に求めていたものの、最判昭和三十四年九月二二日民集一三卷一一号一四五一頁以下および最判昭和五十一年二月一三日民集三〇卷一号一頁以下に至っては、これとは異なる論理で使用利益返還義務を肯定している。この点につき、川角由和『不当利得とはなにか』（日本評論社・二〇〇四年）二七一頁以下を参照。

なお、無効・取消しの効果においても、解除の効果の場面と平仄を合わせるように、利息返還との均衡から使用利益返還を導く見解が有力である。無効・取消しの場合に、改正前五四五条二項を類推適用する見解（花本広志「物から生じる収益と不当利得（3）」判タ四〇巻二九号（一九八九年）四五頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』（有斐較・二〇〇一年）三四頁）や、給付と反対給付の「対価的均衡を維持しながらの清算」を重視する見解（好美・前掲一八三・一八四頁。加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐較・一九八六年）四五二頁および同『加藤雅信著作集第三卷不当利得論』（信山社・二〇一六年）四三三頁も同旨）がそれである。

こうした使用利益返還義務の有無とその根拠に焦点をあてた検討については、IV章2節(1)に述べるとおり他日を期したい。

(14) このような果実収取権と危険負担との関係性についての我が国での先行業績として、小野秀誠『給付障害と危険の法理』（信山社・一九九六年）四一八頁以下、前田敦「特定物売買における果実収取と危険負担の関係（1）（2・完）」法研七六巻四号（二〇〇三年）二三頁以下、七六巻五号六三頁以下を参照。

(15) なお、本稿では、「不可抗力による滅失損傷」といった「不可抗力」という用語の他に、ドイツ法に特有の表現として「偶然による滅失損傷」といったように「偶然」という用語を用いているが、両者は基本的に同じ意味を有するものとして使用している。

(16) こうした債務法改正前の学説状況については、拙稿・前掲注(3)八五頁以下を参照。

(17) 前者に『Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibetur, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S.627 ff.; Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S.409 ff. 後者に『Ernst WOLFF, Rücktritt, Vertretemüssen und Verschulden, AcP, 153, 1954, S.129 f.; Hans G. LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975,

S.198.

- (18) Werner FLUME, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S.103 ff.; Bernhard RENGIER, Wegfall der Bereicherung, AcP., 177, 1977, S.419,438 ff.
- (19) フルメは、自動車の買主が無効な契約に基づき受領した車に乗るとき、自らの決定に従ってその車を事故による滅失損傷の危険にさらしたのであって、買主はこの決定に基づき滅失損傷の危険を帰責されなければならないとする。Werner FLUME, Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW. 1970, S.1164 ff. ただし、この第二の財産上の決定から買主に帰責できるのは、使用が原因で生じた滅失損傷であり、使用中に「偶然」によって生じた滅失損傷についてはこの限りでないとされている。
- (20) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.19), S.1164; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.18), S.438 ff, 450 f. つまり、八一八条三項の利得消滅の抗弁の適用領域を制限する。ただし、両者の議論は、解除との平仄を合せるかという点については対照的である。フルメは、法定解除の場合には売主の義務違反に着目して旧三五〇条を正当化することで、解除と不当利得とで結論を異にすることを認めたのに対し、レンギアは、旧三五一条は解除権者の帰責可能なるまいに基づく場合に解除権排除としているのであり、このことからすれば、旧三五〇条で売主負担になる場面はそれほど広くないと解することで、解除と不当利得とで結論に差が生じないとの立場であった (Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.18), S.438 ff.)。
- (21) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.18), S.166 f.; ders., a. a. O. (Fn.19), S.1163; ders., Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP., 194, 1994, S.440.
- (22) Malte DIESELHORST, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S.202.
- (23) Malte DIESELHORST, a. a. O. (Fn.22), S.58 ff..
- (24) Claus-Wilhelm CANARIS, Die Gegenleistungskondition, Festschrift für Werner Lorenz zum siebenzigsten Geburtstag, 1991, S.32 ff. こうしたカナリスの解釈は、危険配分にあたってあくまで滅失損傷の原因に着目し、かつ、旧三五〇条以下



- の解除効果規定における価値判断を不当利得法においても尊重しようとする態度の一環であるといえる。これに対して、先述のとおりフルーメは、解除の場合の旧三五〇条・旧三五一一条の基準は不当利得法にはない独自の理由に基づくものであり、これを理由に不当利得においても同様の線引きをするのは不当であるとしていた。Werner FLUMME, a. a. O. (Fn.19), S.1164 f.
- (25) Christian SICKINGER, *Gefahrtragung und Haftung beim Rücktritt vom Kaufvertrag*, diss., 1994, S.193 ff.
- (26) シッキンガーは、この理由として、買主は物の所有者になったことや、旧三四七条による収益返還の義務づけはその前提として使用を許容していると理解できると、瑕疵はたいいてい使用によつてはじめて認識するに至るものであることを挙げらる。Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.194, 200.
- (27) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.195.
- (28) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.200 f. そのほか、シッキンガーは、収益返還を規定する旧三四七条も、買主の解除原因の認識の有無を問うことなく、買主が物を使用して良いことを前提としているはずであることも根拠としている。
- (29) Fritz JANSSEN, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 2, 2001, §351 RdNr.10.
- (30) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.200 f.
- (31) 以上の解除原因認識後(こゝき) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.196 ff.
- (32) Gustav BOEHMER, *Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache*, JZ., 1953, S.394; Rüdiger NIERWETBERG, *Die Rechtsfolgen einer Verschlechterung des nach §346 S.1 BGB zurückzugewährenden Gegenstandes*, JuS., 1984, S.36.
- (33) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.199 f, 201.
- (34) Dagmar KAISER, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB*, 2000, S.310.
- (35) 旧四六二条および旧四六五条。この点につき、右近健男『注釈ドイツ契約法』(三省堂・一九九五年)五五・五六頁および六四―六六頁を参照。なお、債務法改正により形成権に変更された点については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社・二〇〇三年)一三五七―一五八頁を参照。

- (36) BGH vom 11.7.1958-VIII ZR 158/57-NJW., 1958, S.1773. なお、BGH vom 29.9.1960-VIII ZR 135/59-NJW., 1960, S.2331 も同旨。
- (37) BGH vom 11.7.1958-VIII ZR 158/57-NJW., 1958, S.1774.
- (38) BGH vom 5.4.1955-I ZR 122/53-MDR., 1955, S.464.
- (39) OLG Hamm vom 3.12.1976-20 U 252/75-NJW., 1977, S.809. 同判決は、その他、具体的状況に照らし、買主による車の使用継続は、信義則の観点から瑕疵担保解除権の放棄とみなされるようなものではないとする。
- (40) OLG Nürnberg vom 17.4.1980-8 U 84/79-MDR., 1980, S.1019.
- (41) 後述のとおり、BGH vom 8.2.1984-VIII ZR 295/82-NJW., 1984, S.1526 f.にも共通する視点である。
- (42) こうした逆転現象を指摘するのは、Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.203.
- (43) BGH vom 8.2.1984-VIII ZR 295/82-NJW., 1984, S.1526 f.
- (44) ただし、この判決もまた、一九五八年の連邦通常裁判所の判決や一九八〇年のニュルンベルク高等裁判所の判決と同様、使用利益返還によりあくまで実際に売主の不利にならないことに着目して損耗についての買主の責任（瑕疵担保解除権の排除や価値賠償義務の負担）を否定する構成を採用していることは見逃されるべきではない。すなわち、抽象的に利益が売主に帰属する以上、使用からどのようなリスクが生じたとしてもそれを全て売主の負担とすべきといったような「利益とリスクの同一帰属論」は採用されていない。
- (45) OLG Hamm vom 25.6.1987-23 U 78/86-NJW.-RR, 1988, S.1461 f.
- (46) なお、本事案では、問題となったロットの生産が既に中止されていることから、売主に対し代物給付を要求することはできないとされた点など、追完請求権の限界という観点からも注目すべき点がある判決である。
- (47) OLG Hamm vom 25.6.1987-23 U 78/86-NJW.-RR, 1988, S.1461.
- (48) OLG Hamm vom 25.6.1987-23 U 78/86-NJW.-RR, 1988, S.1462. なお、同判決は、一つ目の理由付けと二つ目の理由付けの間において、本件では旧三五一條の適用はなく、かつまた買主が途中から一貫して代物給付を求めていたことを取り上げ、

当該ポートを自己の物として保持し続けるとの意思があったとは評価できないとして、代物給付請求権や解除権の放棄は認められないとしている。

(49) 邦訳にあたっては、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局・二〇〇二年）を参照した。

【第三四六条（解除の効果）】

1 契約当事者の一方が契約により解除権を留保した場合または法定解除権を有する場合において、解除がなされたときは、受領した給付を返還し、かつ、収取した利益を返還しなければならない。

2 次の各号に規定する場合には、債務者は、給付または収益の返還に代えて、価値賠償をしなければならない。

(1) 給付または収益の返還が、取得したものの性質によって排除されるとき

(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、または改造したとき

(3) 受領した対象が損傷または滅失したとき。ただし、用法に従って使用に置いた (Ingebrauchnahme) ことにより生じた損傷についてはこの限りでない

契約において反対給付が定められたときは、その反対給付は、価値賠償の算定に際して基礎とされなければならない。消費貸借の使用利益に関する価値賠償がなされるべきときは、使用利益の価値がより小さいことを立証することができる。

3 価値賠償義務は、次の各号の場合に消滅する。

(1) 解除を基礎づける瑕疵が、対象を加工または改造中に初めて明らかになったとき

(2) 債権者が損傷または滅失について有責であるとき、またはその損害が債権者の許でも同様に生じたであろうとき

(3) 法定解除権の場合において、解除権者が自己の事務について通常用いるべき注意を尽くしていたにもかかわらず、損傷または滅失が解除権者（権限者）の許で生じたとき

残存する利得は返還しなければならない。

4 債権者は、本条第一項の義務の不履行を理由として、第二八〇条から第二八三条に基づき損害賠償を請求することができる。

ドイツ法における買主による解除前の使用行為（野中）

(50) なお、用法に従って使用に置くこと自体からは滅失は生じえない。したがって、「三四六条二項一文三号ただし書を拡張解釈し、損傷だけでなく滅失の場合にも適用するか」との論点は、「この「ただし書の“Ingebrauchnahme”の“Gebrauch”も含めるか」という論点を前提としたものと整理できようか。

(51) 学説状況の詳細については、Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S.173 ff.を参照。

(52) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, §346 RdNr.147, 180 ff.; Martin SCHWAB, in: Martin Schwab / Carl-Heinz Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.352 ff.; Jürgen KOHLER, Die rücktrittsrechtlichen Haftungskriterien zwischen Schuld- und Sachenrecht, AcP., 206, 2006, S.719 f.; Kathrin HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, 2001, S.132; Oliver KEMMERIES, Das Rückgewährschuldverhältnis nach Rücktritt vom Vertrag, 2005, S.82 ff.

(53) なお、少数説が「利益とリスクの同一帰属」の観点を持ち出すにあたっては、(厳密には区別しえないが)少々異なった二つの論理があるように思われる。一つが、純粹に利益の帰属先に着目し、使用利益が売主に帰属する以上は、リスクも売主に帰属させるべしとする論理であり、もうひとつが、買主の使用義務を前提とする論理である。すなわち、ドイツ新解除効果規定において買主は、三四六条一項及び二項一文一号によって実際に得た使用利益を返還ないし賠償する義務を負うが、それだけでなく、三四七条一項によって「実際には得ていない使用利益の賠償義務」も負う。これにより買主には使用義務があるとされるが、このように使用義務がある以上は使用行為から生じるリスクを買主に負担させるべきではないとの論理である。

(54) 前掲注(53)で述べたとおり、二〇〇二年債務法改正後のドイツ民法においては、返還債務者たる買主の収益返還義務は、買主が目的物を使用することで実際に得た収益を返還・賠償する(三四六条一項・二項)だけではない。ドイツ民法三四七条一項は、買主が実際には得られなかった収益についても一定の場合に価値賠償を義務づけている。次の三四七条の邦訳にあたっては、岡孝編・前掲注(49)を参照した。

【第三四七条(解除による収益と費用)】

1 債務者が、通常の経済法則に従えば収益を得ることができたにもかかわらず、これに反して収益を得なかったときは、

債権者に対して価値賠償することを義務づけられる。法定解除権の場合、解除権者は、収益に関して、彼が自己の事務について通常用いるのと同じの注意についてのみ、責任を負わなければならない。

2 (省略)

- (55) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.147, 180 ff.  
(56) Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.52), S.734 f.; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.52), S.355 f.ただし、シュヴァープは、損傷については、使用利益の返還では補えない損傷もまた同号ただし書で買主は免責されるとする一方で、コーラーと異なり、滅失の場合には免責されないとする。このように、ただし書の拡張解釈をする少数説の中にもその拡張の程度に差があることを指摘するのは、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.181 f.

以上と異なり、ただし書に使用による損耗を含めたり、利益とリスクの同一帰属を挙げるという点では少数説に立ちつつも、こうした使用利益返還では補えないような損傷については二号ただし書の免責を及ぼさず、買主の賠償義務を肯定するのは、Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.188; Oliver KEMMERIES, a. a. O. (Fn.52), S.87 f.ケメリースは、シュヴァープの右のような解釈に対し、解釈によって使用利益返還では補えない使用による損傷も免責されるところをおきながら、使用による滅失は免責されないとするのは矛盾であると批判し、このような中途半端なものであれば、同号ただし書の適用は、最初からあくまで使用利益返還で補えるような程度の価値低下に限るべきであるとする。

- (57) Claus-Wilhelm CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S.XXXVII f.; Johannes HAGER, in: AnwaltKommentar zum BGB., 2005, Band 2, §346 RdNr.41; Reinhard GAIER, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 2, 2012, §346 RdNr.41 f.; Christian GRÜNEBERG, in: Palandt Kommentar zum BGB., 76. Auflage, 2017, §346 RdNr.9; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.184 ff.

- (58) つまり、少数説のように考えると、買主が損傷のリスクを負担することはほとんどなくなり、同規定における原則と例外を逆転させてしまうことを批判する。

- (59) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.41 f.; ders., Das Rücktritts (folgen) recht nach dem Schuldrechtsmodernis

ierungsgesetz, WM.2002.1, S.8; Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.41; Claus-Wilhelm CANNARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XXXVIII; Christoph COEN, Vertragsscheitern und Rückabwicklung, 2003, S.201 mit Fn.460; Timo FEST, Der Einfluss der rückertritsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.38; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.174 ff. なお、債務法現代化法連邦政府草案の理由書(以下「草案理由書」とする)でも同様に述べた解釈が展開されている。Begründung zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(28) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.41 f.; Timo FEST, a. a. O. (Fn.59), S.38; Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.39; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.175. なお、草案理由書も同様の理解をしている。BT-Drucks.14 / 6040, S.193.

(19) 債務法改正前のフルーメの財産上の決定理論からすればこのような評価となる。この点については、本稿第二章1節(1)のほか、拙稿・前掲注(一)六四頁以下も参照。筆者は、受領時の買主には契約適合性についての錯誤があることを重視し、このようなフルーメの見解には与しない。

(29) Christian GRÜNEBERG, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.13b; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.52), S.363; Peter DERLEDER, Der Kauf aus privater Hand nach neuem Schuldrecht, NJW., 2004, S.2484; Heinrich HONSELL, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ., 2001, S.281; David SCHNEIDER, Keine teleologische Reduktion von §346 Abs.3 Satz 1 Nr.3 BGB, ZGS., 2007, S.57; Bernd LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S.56.

(33) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.56; Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.203 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.202 ff. その他、この点については次の文献も参照。Timo FEST, a. a. O. (Fn.59), S.45 f.; Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.52), S.122; Claus-Wilhelm CANNARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.275, 288.

- (4) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.56; ders., a. a. O. (Fn.59), S.11; Timo FEST, a. a. O. (Fn.59), S.45 f.; Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.63), S.203 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.202 ff.; Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.52), S.122; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV.
- (5) 現在では、本文の二つの立場は双方ともに不適切であるとして、解除原因を知っていた場合に二七七条の意味における過失を意味するようなるまいであったか否かで判断するという仮定的考察を重視する見解や、規範的な基準の代わりに解除権者が受領物を自身の物を取り扱うよりいい加減に取り扱ったか否かで判断すべしとする経験的基準を重視する見解が主張されることになっている。Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.61; Florian FAUST, in: Peter Huber / Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.10, RdNr.36 ff.
- (6) たよせびつ Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.275, 293, 310 ff.を参照。また、この点について次の文献も参照。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.59), S.11.
- (7) なお、我が国において、四〇〇条などに見られる善管注意義務は客観的基準であり、六五九条などの自己の財産に対するのと同一の注意義務は主観的基準であると整理されるのが一般であるものの、主観的基準の違反は論理的にありえないとして後者の注意義務も「通常人が自己または自己の財産に対して払う注意」といったように客観的基準と考えるべきであるとの議論があることを指摘するのは、道垣内弘人『リーガルベイス民法入門〔第2版〕』（日本経済新聞出版社・二〇一七年）二〇二頁Column<sup>27</sup>。ただし、道垣内は、「『その義務者が通常、自分の財産に対して払っている注意』と考えれば、主観的な基準だとしても違反を観念できるのではないか。」として、主観的基準として理解する。
- (8) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.211; Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.62), S.175 ff.; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.56; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV; Christian GRÜNEBERG, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.13b; David SCHNEIDER, a. a. O. (Fn.62), S.60; Stefan TETTENBERG, Der schlampige Heimwerker, Jura., 2004, S.850.
- (9) OLG Karlsruhe vom 12.9.2007-7 U 169/06-NJW., 2008, S.925 ff. この判決に対する批判は、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.311 f.

- (70) 前掲注(65)で紹介した、ハーガーにより提言されている仮定的考察を持ち込む見解に対する批判としても受け取ることができる。
- (71) 以上(65)に Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.211 f.
- (72) Jürgen KOHLER, Das Rücktrittsrecht in der Reform, JZ., 2001, S.334; ders., a. a. O. (Fn.52), S.707; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.309 ff.; Christoph COEN, a. a. O. (Fn.59), S.203; Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.52), S.122.
- (73) Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.72), S.334.
- (74) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.309 ff.
- (75) デルは、こうした解釈こそが三四六条三項一文一号の規定の考え方も符合するとし、その根拠を、三項一文一号が瑕疵を知らない場合になされた物の加工や改造について解除権者たる買主を免責するのは、その行動が価値の増大を目的としたものであるがゆえであることに求める。Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.315.
- (76) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.213.
- (77) 実際、ドイツ民法二七七条は、「自己の事務において通常用いられる注意についてののみ責任を負うべき者は、重大な過失による責任からは免れられない。」と規定している。
- (78) 事実、二〇〇五年のハム高等裁判所の判決 (OLG Hamm vom 8.9.2005-28 U 60/05-NZV, 2006, S.421 ff.) は、売買目的物の引渡し後にとった買主の不注意が重大な過失にあたるか否かを検討している。簡単に紹介しておくと、自動車を購入した買主が、決められた検査期日に検査を怠ったところ、検査をしていればその後のエンジンの故障が阻止し得たという事案であり、裁判所は、重過失を否定し、自己の事務における同一の注意を尽くしているものとして、買主を免責した。その理由としては、検査をすれば発見し得たところの瑕疵のあるベルトは、解除権者である買主に与えられた情報に基づいて検査され得たわけでもなく、取り替えることができたわけでもないことが挙げられている。
- (79) Tim KASPER, Das Erfolgsrisiko des Verkäufers, 2017, S.493.
- (80) ハイリンクスは、解除原因認識前の買主の場合、たとえ重過失あるいは故意により損傷や破壊がなされたとしても、買主



は売主との関係では有責ではないとしても、解除の相手方である売主には三四六条二項による過失に依存しない価値賠償請求が認められるところであり、結論は他説と同様である。Helmut HEINRICHS, Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach §346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner, in: Liber amicorum Eike Schmidt zum 65. Geburtstag am 26.11.2004, S.175.

(81) 拙稿・前掲注(3)九六―九八頁を参照。

(82) たよびば Andreas THIER, Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite von §346 Abs.3 S.1 Nr.3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S.444 ff.

(83) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.62), S.56 ff.; Christoph COEN, a. a. O. (Fn.59), S.203; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.52), S.364 ff.

(84) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLI ff.; Horst KONZEN, Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, S.621,625; Dirk LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2014, RdNr.827; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.65), Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW., 2005, S.1893; ders., Leistungsstörungen beim Autokauf, DAR., 2006, S.617 ff.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.246.

(85) なお、同号の適用制限に関しては、解除原因を認識した場合にとどまらず、解除可能性について善意有過失(あるいは重過失)の場合にも適用制限をする見解も一定数存在する。ただ、この見解も、適用を制限した場合に、同号が完全に排除されるのか、それとも注意基準が引き上げられるにとどまるのか(つまり、偶然の危険についてはなお免責されるのか否か)という争いがある。ついでに議論については、やちまたの Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.63), S.183 ff.; Michael SONNENTAG, Das Rückgewährschuldverhältnis, 2016, S.94 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.205 を参照。

(86) 善良な管理者の注意こそ尽くしていないものの、自己の事務における同一の注意は尽くしている状態を指す。明石三郎

『新版注釈民法(16)債権(7)』(幾代通Ⅱ広中俊雄編)(有斐閣・一九八九年)三二九頁。抽象的過失および具体的過失については、加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』(有斐閣・二〇〇七年)二二五頁以下参照。

(87) もつとも、実はこの点はあまり明確ではない。買主の使用中に不可抗力による滅失損傷が生じたとき、これを不可抗力によるリスクと捉えるか、あるいは買主の使用行為がなければ生じなかつたものであるとして、偶然ではないが自己の事務におけると同一の注意を尽くしていながら生じた滅失損傷として捉えるかにつき、明確な共通理解ないように思われるのである。この点については、後述のⅢ章3節(3)にて、デルの見解をもとに触れることとする。

(88) 事実、Tilmann BEZZENBERGER, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, §346 Rdnr.21 は、返還されてはじめて、そうした売主の義務違反が一掃されるという。

(89) 拙稿・前掲注(3)九六・九七頁参照。

(90) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 Rdnr.206; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLI ff.; Horst KONZEN, a. a. O. (Fn.84), S.621,625; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.246.

(91) その他、A説からの根拠として、ドイツ民法三五七条三項が撤回権に関して解除原因の認識の有無で区別していることも挙げられることがある。しかし、撤回権の場合の三五七条三項との比較に関しては、法定解除の場合には相手方の義務違反が重要であり、この観点から、相手方の義務違反のない撤回との比較は不可能であるとされる。また、撤回の規定は解除規定の特別規定であるところ、もしルールが同じなのであれば三五七条三項は不要なはずであり、わざわざ特別規定が設けられていることを重視すべしとする観点からも、撤回の場合との比較・同一視は不適切であると説かれる。

また、以上の他、不当利得規定や遅滞中の不能規定との比較から買主の責任を導く主張がなされることがあるが、これについても同様に批判されている。以上につき、さしあたり、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.278 ff., 297 f.

(92) Helmut HEINRICHS, a. a. O. (Fn.80), S.181; Christian GRÜNEBERG, a. a. O. (Fn.57), §346 Rdnr.13b; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.296 f.

(93) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.296.

- (94) Helmut HEINRICH, a. a. O. (Fn.80), S.176 ff.
- (95) その他、解除原因認識後の買主が、売主のリスクで受領物を使用する権限を肯定するものとして、David SCHNEIDER, a. a. O. (Fn.62), S.60; Peter DERLEDER, a. a. O. (Fn.62), S.2484; Stefan TETENBERG, a. a. O. (Fn.68), S.850などがある。
- (96) Helmut HEINRICH, a. a. O. (Fn.80), S.180 f.
- (97) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.302. これに対し、前掲注(95)で述べたとおり、シュナイターらは、売主のリスクで使用する権限をも明示的に肯定する。
- (98) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.301 f.
- (99) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.302 f.
- (100) II章1節(1)を参照。
- (101) ただし、債務法改正前は矛盾挙動ゆえに解除権自体が排除されることになったが、債務法改正後は解除そのものは許容され、そのうえで矛盾挙動ゆえに買主は免責されず、買主が価値賠償義務を負担するという構図になる。
- (102) こうした「利益とリスクの同一帰属論」を強調すれば、使用中の不可抗力による滅失損傷も含め広く売主負担となる。しかしながら、それでは、二項一文三号の本文が物の滅失損傷のリスクを原則として買主に負担させた趣旨(体系)に反する。また、債務法改正後の三四六条二項は、買主が法定解除権者の場合だけでなく、約定解除権者である場合や買主の支払遅滞ゆえに解除された場合にも適用される。したがって、二項が想定する事例の中には、買主には何らの注意義務及びその義務違反がないケースだけでなく、買主に受領物の返還を前提としての保存義務があり、その義務違反があるケースもまた含まれる。こうしたことを合わせ考えると、利益とリスクの同一帰属を強調し、収益が売主に帰属すること(三四六条一項、同条二項一文一号)から一律にリスクを売主負担とすることには、結論として問題がある。それゆえ、この考えには支持が集まっていない状況にある。
- (103) II章1節(1)を参照。
- (104) このことを指摘するのは、Tim KASPER, a. a. O. (Fn.79), S.492.

(105) もちろん、草案理由書も極端なケースにおいては、買主の解除権行使が権限濫用として認められない余地があることは認めている。ただし、草案理由書は、解除の意思表示後に買主が受領物を故意に破壊した場合であったとしても原則として解除権は存続したままであり、あくまで価値賠償あるいは損害賠償の問題として捉えられるべきものと理解している。BT-Drucks.14 / 6040, S.195.

(106) なお、ここで、危険移転論における半田吉信教授の見解について触れておきたい。危険移転論において「支配」の移転を問題とする我が国の通説においては、その「支配」の意味が問題とされるところ、我が国の通説は、危険配分にあたっては目的物に物理的に生じる危険を回避できることが重要であり、これができるのは目的物の占有者であるとの理解から、引渡しを重視する。それに対し、半田教授は、「支配」を占有の移転たる引渡しと考える点では通説と同様であるが、なぜ引渡しにより危険が移転するのかという根拠について、引渡しにより受領者が利益を取得できるようになったことを強調する。こうした半田教授の危険移転論には、本文の「利益とリスクの同一帰属論」と相通するものがあるように思われる。半田吉信『売買契約における危険負担の研究』（信人社・一九九九年）一六七頁以下。なお、こうした支配の捉え方に関する学説の詳細については、拙稿・前掲注(3)七一頁以下を参照。

(107) もちろんここで、危険法理としては買主の免責を認めつつ、買主の債務不履行（責任法理）に着目をして、買主の損害賠償義務を肯定するという構成も可能性としては残るが、そのように解する意義が乏しいと言わざるを得ないように思われる。

(108) 荻野奈緒「財産権移転型契約が解消された場合の使用利益返還義務に関する覚書——カタラ準備草案の検討を手がかりとして」同法六三卷三号（二〇一一年）六九頁以下、とりわけ九一—一〇〇頁。なお、半田吉信「売買の解除、無効、取消と危険負担」好美清光先生古稀記念『現代契約法の展開』（経済法令研究会・二〇〇〇年）一五七頁以下、および齋藤哲志『フランス法における返還請求の諸法理——原状回復と不当利得』（有斐閣・二〇一六年）五三六頁以下も参照。

(109) また、二〇一六年のフランスの債務法改正では、第一三三二—三三三条一項が原状回復には果実および使用収益の価値を含むと規定しつつも、第一三五二条—七条後段では、善意の受領者につき果実や使用利益の価値賠償義務が請求日以降に限定されており、ここでも用益補償（＝収益返還）は否定されている。二〇一六年のフランス債務法改正における条文訳については、

荻野奈緒ほか「フランス債務法改正オールドナンス（二〇一六年二月一〇日のオールドナンス第一三二号）による民法典の改正」同法六九卷一号（二〇一七年）三三四・三二五頁を参照した。

(110) 荻野・前掲注(108)一〇一頁以下。

(111) 商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第2集（第11巻）——第68回～第71回会議 議事録と部会資料』（商事法務・二〇一五年）一二五頁（第七〇回会議議事録一九頁）の内田委員発言を参照。ただし、右の内田委員発言は、物の価値の返還が義務づけられることを前提としたうえで使用利益返還義務がなお必要か否かが問題になるとしている。なお、山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」論叢一八〇巻五・六号（二〇一七年）二四七頁以下（とりわけ三一九・三三〇頁）、山本豊ほか『民法5契約（有斐閣アルマ）』（山本豊執筆）（有斐閣・二〇一八年）一〇〇頁、中田裕康『契約法』（有斐閣・二〇一七年）二二九頁も参照。

(112) 改正前民法における指摘であるが、たとえば近江幸治は、五四五条二項が「金銭」の場合を問題としてしていることから、これを物（動産・不動産）に類推することを批判する（近江幸治『民法講義V契約法（第3版）』（成文堂・二〇〇六年）九四頁）。また、川角・前掲注(13)三六三頁以下は、起草者である穂積陳重が使用利益一般を原状回復義務を対象としていたにもかかわらず、その後の学説が使用利益返還の根拠を五四五条二項に求めていったことも指摘したうえで（同三八四頁）、「『使用利益』であるからには、民法545条2項の利息とバランスをとらなければならない、とする考えを、まずは捨てるべきである」（傍点・原著）とする（同三九六頁）。

(113) この点に関する改正前における議論として、さしあたり、内田貴『民法Ⅱ（第3版）』（東京大学出版会・二〇一一年）九五―九七頁を参照。なお、前掲注(54)で述べたとおり、ドイツ民法三四七条一項一文は、一定の場合に買主のこうした賠償を義務づけている。

(114) この点で、北居・前掲注(4)一八九頁以下は、買主が契約不適合に気がついて以降（北居のいう第2―1段階以降）は、目的物を他人の物として善良な管理者の注意をもって保管する義務があるとしたうえで、改正五四八条本文の「過失」を善良な管理者の注意義務への違反として理解している。ただし、北居は、買主が契約不適合に気づいて以降を、買主が当該目的物を

ドイツ法における買主による解除前の使用行為（野中）

保持するか売主に返還するかを選択するまでの段階（第2―1段階）と、右のうちどちらにするか決定を下してそれに基づく権利を行使するまでの段階（第2―2段階）とに分けたうえで、第2―1段階の買主は「なお自身の危険において目的物を自身之物として利用することもできる」のに対し、第2―2段階において代物給付または解除を選択した買主はもはや「目的物を利用すべきではな」いとする点に注意。その他、改正五四八条本文の「過失」の意義については、潮見佳男『法律学の森』新債権総論Ⅰ』（信山社・二〇一七年）五九二頁および五九三頁注（84）も参照。これらについては、別稿にて検討する予定である。

(115) 本稿Ⅲ章3節(1)のB説はこのようなものとして捉えることも可能であろう。また、債務法改正前については前掲注(32)に挙げた文献を参照されたい。

(116) 本稿Ⅱ章1節(2)のジッキンガーの見解、Ⅲ章3節(2)のハイリクススの見解およびⅢ章3節(3)のデルの見解を参照。