

日本法學

第八十七卷 第一号 2021年6月

論 說

契約不適合認識前の加工・改造と解除

——買主の故意行為による原物返還不能が売主負担となる余地——

……野中貴弘

研究ノート

休業と補償

——コロナ危機下におけるドイツの判例の展開——

……岡田俊幸

研究ノート

養子縁組の多目的利用と縁組意思

……帷子翔太

日本法学 第八十六卷第二・三号 目次

論 説

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について …… 西 原 雄 二
スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論 …… 長谷川 貞 之

研究ノート

コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所 …… 岡 田 俊 幸

判例研究

輸入商品譲渡担保の設定者の再生手続開始と
転売代金債権への物上代位

平成29年5月10日最高裁第2小法廷決定、平成28年（許 第26号債権
差押命令取消及び申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する
許可抗告事件、抗告棄却、民集71巻5号789頁、判タ1440号112頁、
判時2347号86頁、金判1518号8頁、金判1525号8頁、
金法2075号64頁

… 清 水 恵 介

翻 訳

ゲルマン私法からみた物の差異について ……
出 雲 孝 訳

日本法学 第八十六卷第四号 目次

研究ノート

コロナ危機下の信教の自由 ……
——ドイツの判例の展開—— …… 岡 田 俊 幸

判例研究

水先人の重過失と被嚮導船舶の船舶所有者に対する
損害賠償責任 ……
——大阪高判平成二八年一〇月一四日 …… 南 健 悟
——Weilaw Japan 文献番号2016WLJPCA10146003——

翻 訳

ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について ……
出 雲 孝 訳

論 説

名誉毀損における原状回復と
その目的に関する法史学からの一試論 …… 出 雲 孝
——名誉の回復をめぐる近世ドイツの議論を中心に——

雑 報

日本法学 第八十六卷 索引

契約不適合認識前の加工・改造と解除

——買主の故意行為による原物返還不能が売主負担となる余地——

野 中 貴 弘

I 序 論

1 問題の所在

2 考察の手法

(1) ドイツの特別規定

(2) 買主負担説とそれへの批判

(3) 売主負担の実質的根拠の探求

II 契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主負担とする根拠

1 ドイツ民法旧四六七条一文後段の立法趣旨

(1) 偶然滅失との同視とドイツ民法旧三五〇条の根拠

契約不適合認識前の加工・改造と解除（野中）

(2) 以後の議論整理の視点

2 解除権者の置かれた状況への着目

(1) 解除権放棄意思の不存在

(2) 権利認識と権利喪失の同時到来の不当性

(3) 履行承認・矛盾挙動の不存在

(4) 自己の物との信賴保護

3 瑕疵（売主の義務違反）との因果関係への着目

(1) 具体的因果関係（瑕疵による価値低下または瑕疵による加工・改造目的の達成不能）の存在

(2) 仮定的因果関係（瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった）の存在

4 我が国における加工・改造リスクの配分

Ⅲ 加工・改造物の帰属と清算

1 総論

2 ドイツにおける議論状況

(1) 債務法改正前

(2) 債務法改正後

3 我が国における加工・改造物の帰属と清算

Ⅳ 結論

I 序 論

1 問題の所在

売買目的物の引渡しを受けた買主が、自らの意思でこの物を元の形で返還できない状態にした後、契約不適合を発生し、契約を解除した場合を考える。この場合、返還債務者である買主の故意行為により生じた原物返還不能のリスクは、原状回復においていかに配分されるべきか。買主の故意行為としては目的物の消費行為や譲渡行為もあるが、本稿では加工・改造行為をとりあげる。たとえば、ゴムパッキンに加工する目的でゴムを購入した買主が、加工後にパッキンの負荷テストをしたところ、買主の使用目的に耐えない強度であること（品質の契約不適合）が判明し、ゴムの売買契約を解除した場合が考えられる。^①この事例を本稿で「冒頭事例」と呼ぼう。実際に生じる事例としては、このほかにも、木材を購入後に加工してみて初めて欠陥に気づき、契約の解除に至るという事態も想定できる。

周知のとおり、買主が受領物を加工・改造した場合、日本民法五四八条の解除権の消滅の規定が適用されうる。二〇一七年改正前民法五四八条一項は、「解除権を有する者が：加工若しくは改造によつてこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。」と規定していた。同規定の要件として、解除権を有する者の解除原因の認識は要求されていない。したがって、冒頭事例にあつても、当該「加工若しくは改造によつてこれを他の種類の物に変えたとき」には、同規定の適用により解除権が消滅する。つまり、瑕疵を知らずに加工・改造した場合であっても、加工・改造により生じた原物返還不能リスクが買主に負わせられていたように映る。^②冒頭事例で買主は、瑕疵を理由とした損害賠償請求をするにとどまったことになろうか。^③

これに対し、二〇一七年改正後の民法五四八条は、改正前五四八条二項を削除することで単に解除権が消滅する場合のみを規定するとともに、その適用場面を解除権者たる買主が「解除権を有すること」を認識した後に限定した（同条ただし書）。したがって、加工・改造がなされようとも、その際に買主が「解除権を有することを知らなかったとき」には解除権が消滅しない。解除原因を知らずに加工・改造をした冒頭事例においても、買主は解除をすることができそうである。

もつとも、我が国の近時の多数説は、解除の可否とリスク負担とを切り離す⁽⁴⁾。これによれば、解除が認められたからといって、返還不能リスクを解除の相手方が負うとは限らない。買主（返還債務者）が受領物を返還できない場合には、物の返還に代わる価額償還義務を負うのが原則であり、この例外は目的物の返還不能につき売主（返還債権者）に帰責性がある場合にのみ認められることが多い⁽⁶⁾。こうした基本的理解を冒頭事例に敷衍してあてはめると、買主の解除こそ認められるものの、元の状態で返還できないリスクは加工・改造をした買主が負担することになりそうである。

確かに、改正五四八条は、加工・改造行為が解除権認識前であればなお解除ができると規定するのみで、加工・改造により元の形で返還できないリスクが誰の負担であるのかを規定していないともいえる。しかし、右のような形で加工・改造をした買主に加工・改造前の受領物の価値を償還させることは、果たして正当であろうか。

ところで、改正五四八条にただし書の限定が付された契機は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」という）での、次のような問題提起にある⁽⁷⁾。

4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第五四八条）

解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも解除権は消滅すると規定する民法第五四八条に関しては、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとすべきであるという考え方があつた。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

その後、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」という）では、五四八条自体の削除が提案され、^⑧中間試案に付された「概要」では、^⑨以下のような説明がなされている。

本文(2)（引用者注…五四八条についての提案）は、民法第五四八条を削除するものである。同条の規律については、例えば、売買契約の目的物に瑕疵があつた場合に、買主がそれを知らないまま加工等したときにも解除権が消滅するなど、その帰結が妥当でない場合があると指摘されている。そして、解除権者が同条第一項の要件を満たす加工等をした場合であつても、目的物の価額返還による原状回復（前記3）で処理をすれば足りるから、解除権を否定するまでの必要はないとの指摘がある。本文(2)は、これらの指摘を踏まえたものである。

確かに、中間論点整理で紹介された「考え方」や中間試案の概要の前半部分で挙げられた「指摘」は、「加工・改造のリスクはあくまで買主負担であろうとも、解除自体を奪う必要はないとの指摘」と理解できなくもない。買主は

解除こそできるものの、原物の返還ができない以上、契約不適合物（瑕疵物）としての価値の償還を義務づけられるという理解である。事実、法制審議会ではこのような理解も主張され、⁽¹⁰⁾ その後も中間試案の右記述をこのように理解するものがある。⁽¹¹⁾

しかし、そのような帰結を妥当とするならば、買主の解除を認めずとも、契約適合物と契約不適合物（瑕疵物）との差額分の損害賠償請求や代金減額請求を認めることで足りるはずである。⁽¹²⁾ 中間論点整理での問題提起や中間試案の概要における前半部分の指摘には、解除原因認識前に加工・改造をした買主に契約の解除を認め、さらに原物返還不能リスクからも買主を免責すべきとの価値判断があるのではないか。

筆者は、以前、買主の許で生じた不可抗力による滅失・損傷のリスク配分にあたって、契約適合性への買主の信頼が重要な要素になると論じた。⁽¹³⁾ 確かに、加工・改造行為は、それにより原物返還不能になることを認識したうえでなされる故意行為である。しかし、解除原因認識前の買主は、受領物が自己の物であると信じて加工・改造をしている。また、不適合を知っていれば加工・改造をしなかったものといえる。このことを考慮したとき、買主が自らの意思で加工・改造をしたとはいえ、原状回復のリスク配分にあたり、この買主を責め、元のままに返還できないリスクを買主に負わせることが妥当であろうか。五四八条が解除の可否によるリスク配分を全面的に規定していると理解することには無理があるものの、同条に新設されたただし書は、単に解除の可否に影響するのみでなく、解除原因の認識の有無こそが最終的リスク配分において重要な要素となることを示しているのではないだろうか。本稿は、こうした問題意識のもとに、解除原因認識前の買主の加工・改造行為による原物返還不能のリスク配分を検討する。

2 考察の手法

(1) ドイツの特別規定

ところで、我が国の改正前五四八条を起草するにあたって範とされたドイツ民法(草案)においては、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合についての特別規定が存在する。一八九六年制定のドイツ民法は、解除の可否によるリスク配分体系のもとで、加工 (Verarbeitung) ・改造 (Umgestaltung) により他の種類の物になった場合に瑕疵担保解除を原則的に排除しつつ (旧四六七条一文前段、旧三五二条)、改造の際に初めて瑕疵が現れた場合には例外的に瑕疵担保解除を許容していた (旧四六七条一文後段)¹⁵⁾。また、二〇〇二年の債務法改正後のドイツ民法では、価額償還義務の有無によるリスク配分体系のもとで、加工・改造がなされた場合には原則として返還債務者に物の返還に代わる価額償還義務を負わせつつも (三四六条二項一文二号)、同じく加工・改造の際に瑕疵が初めて現れた場合には例外的にこの価額償還義務が消滅するとし (三四六条三項一文一号)、残存する利得の返還で足りると規定する (三四六条三項二文)。ドイツでは、民法制定以来、旧四六七条一文後段および三四六条三項一文一号により、瑕疵認識前の加工・改造による原物返還不能リスクにつき買主を免責してきたのである。

(2) 買主負担説とそれへの批判

ア 買主負担を志向する学説の存在

ただし、ドイツでは、こうした規定がありながらも、加工・改造による返還不能リスクをなお買主負担と理解しようとする見解もあった。旧四六七条一文後段は、あくまで瑕疵担保解除権が消滅しないことを規定したのみであり、

加工・改造による返還不能リスクの配分を語っておらず、解除こそできるものの、買主がこのリスクを負担することもあり得るとの理解である。⁽¹⁷⁾ また、債務法現代化法のもとでも、三四六条三項二文が規定する残存利得の返還義務の解釈を通じて、なお右リスクを買主に負わせようとする解釈が展開されている。たとえばヴォルフ・ガング・エルンストは、三四六条三項二文が残存利得の返還という形で不当利得法に接続していることに着目し、利得消滅の抗弁が認められる場合を、滅失・損傷が債権者（売主）の許でも同様に生じたであろうケース（三四六条三項一文二号後段）と、滅失・損傷が物の瑕疵に起因するケース（同号前段のうちの二類型）とに限定することにより、返還債務者は、ドイツ民法八一八条二項と結び付いた三四六条三項二文に従って受領物の価額償還を義務づけられると説く。こうしたエルンストの理解からすれば、瑕疵を知らずにした加工・改造のリスクは買主が負うことになりうる。⁽¹⁹⁾

こうした方向での議論は、決してここ数十年の議論に限られない。ローマ法における瑕疵担保解除訴権では、売買の対象が奴隷あるいは家畜に限定されていたためか、買主が受領物を加工・改造した場合が現れない。⁽²⁰⁾ もともと、奴隷や奴隷の使用収益を譲渡した場合について、学説編纂第二一卷第一章第四三法文第八節では、買主が奴隷を買い戻し、質から解放した後に瑕疵担保解除がされるべきことが記される。また、第二一卷第一章第四七法文では、買主が奴隷を解放した場合、売買解除請求訴権も減額訴権も認められないとラベオが主張する旨記される。⁽²¹⁾ ここでは、買主が譲渡や解放をするにあたり奴隷の疾病や瑕疵等を知っていたか否かを問わず、自らの故意行為により売買目的物が返還できない以上、瑕疵担保解除を認めない（＝返還不能リスクを買主負担とする）理解が示されている。

その後一九世紀ドイツ普通法学においても、加工・改造の程度に着目し、受領物を元の形で返還できるか否かを基準とするものがある。たとえば、ハナウゼックは、加工・改造により物に変化が生じた場合、⁽²²⁾ これにより受領物が新

しい物となったのか否かによって区別すべきだと論じた。新しい物に変更された場合、たとえばビール醸造所が住宅用建物へ改造されたような場合は、前述の学説編纂第二二卷第一章第四三法文第八節が類推適用されとし、買主がその物をもととの状態に戻したときにはじめて瑕疵担保解除ができるとする。⁽²³⁾換言すれば、元の形に戻すことができないときはもはや瑕疵担保解除をすることができない。⁽²⁴⁾それに対し、新しい物への改造にまで至っていないのであれば瑕疵担保解除が認められる。実はハナウゼックは、他の箇所で一八六一年の一般ドイツ商法典（ADHB）三四七条の検査通知義務について論じる中で、瑕疵は加工や使用の際に初めて発見されうる実態を指摘している。それにもかかわらず、ハナウゼックは、この実態をあくまで検査通知義務の問題として理解し、瑕疵担保解除権行使の可否には影響しないものと位置付けていたことになる。⁽²⁵⁾

こうした普通法学説の理解は、一八六〇年のバイエルン草案にも見ることができる。バイエルン草案三二四条は、元の形で返還できない程度に購入物が加工・改造された場合、買主の瑕疵担保解除を認めず、売買代金の減額のみを認めていた。⁽²⁶⁾

このように、瑕疵を知らずに加工・改造した場合にも返還不能リスクを買主負担とする見解は、ドイツ民法典制定前から存在し、規定制定後も主張されることがある。

イ 買主負担説への法体系的観点からの批判

しかし、こうした法解釈に対しては、ドイツ民法体系を意識した観点からの批判が向けられた。債務法改正前のドイツ解除効果規定は、解除の可否によりリスク配分をする体系であり、旧四六七条一文後段はその体系のもとで瑕疵

を知らずに改造をした買主に例外的に瑕疵担保解除を認めた。こうした法体系からすれば、例外規定が適用される場合、改造のリスクは売主負担となるはずである。事実、ウルリッヒ・フーバーは、こうした観点から、加工・改造により瑕疵担保解除が排除されるのは、買主が瑕疵を知ったうえで加工・改造をしたときに限られるとし、瑕疵発見前に加工・改造した買主は瑕疵担保解除を請求することができ、売主は買主に対して売買目的物の価額償還を請求しないとする。この理由としてフーバーは、ここで買主の価額償還義務を認めてしまえば、買主は実質的には代金減額権を与えられるにすぎない結果となってしまうが、こうした帰結は旧四六七条一文後段と矛盾することを挙げる。それゆえにフーバーは、解除の効果として、解除効果規定のほかに不当利得の効果規定を持ち出して価額償還義務を認めることにも反対した。⁽²⁷⁾

また、改正後に三四六条三項二文の解釈を通して買主負担を導く見解に対しても批判が向けられる。⁽²⁸⁾ 右に見たエルンストの理解は、自身も明示的に援用するフルーメの理論のほか、買主（返還債務者）の「自由な行為」や「滅失・損傷の危険を高めるふるまい」があれば旧三五一一条の「過失」要件を満たすとして解除権排除を導いていた有力説に近い。もともと、こうした改正前の有力説は、債務法改正過程において少なくとも草案理由書により、困難な境界設定問題を生むものとして否定された。⁽²⁹⁾ 解除による危険の跳ね戻り（売主への転嫁）は全面的に不当なわけではなく、三四六条三項一文各号に掲げたケースに限ってはなお正当化できるとされたのである。三項一文各号により価額償還義務が消滅するとされたにもかかわらず、三項二文により受領物の価額償還義務を再度導くことは、三項一文がした価値判断に明らかに矛盾するとされる。⁽³⁰⁾

(3) 売主負担の実質的根拠の探求

もつとも、買主負担説へのこうした批判は、ドイツ民法の法体系や瑕疵認識前の加工・改造について特別規定があることを論拠とするものであり、ドイツ特有の議論と評し得る。この点で状況の異なる我が国でこの問題を検討するにあたっては、(2)イで紹介した議論の詳細ではなく、売主負担とするより実質的な論拠を探る必要がある。売主負担の実質的根拠こそが我が国での解釈にとって重要である。

そこで本稿では、契約不適合認識前の買主の加工・改造行為による原物返還不能のリスク配分を検討するにあたり、ドイツにおいてこれがいかなる実質的論拠から売主負担とされてきたのかに着目したい。二〇世紀ドイツでは、偶然滅失の危険を解除の相手方たる売主に負担させる旧三五〇条に批判が向けられ、広く買主負担を志向する見解が有力になっていった。⁽³¹⁾しかし、そのような中でも、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合には返還不能リスクを売主の負担と解してきた。ただし、ここでの論拠は一つでなく、様々主張されてきており、なおかつそれらの差異や是非はドイツでも論じられることがない。本稿では、ひとつひとつの論拠の説得力についてその都度吟味することを通して、右のリスク配分のあり方について検討を深めていきたい。

Ⅱ 契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主負担とする根拠

1 ドイツ民法旧四六七条一文後段の立法趣旨

(1) 偶然滅失との同視とドイツ民法旧三五〇条の根拠

まずは、旧四六七条一文後段の制定過程を確認するところから始めたい。旧四六七条一文後段は、元を辿れば、フォン・キューベルによる「契約に基づく権利および義務」と題する部分草案二〇号の三二条に由来する（三二条以下で「物の瑕疵に基づく担保責任」が取り扱われている）。部分草案二〇号三二条は、次のとおりである。³²⁾

部分草案二〇号三二条 物が取得者の過失により滅失したため、取得者がそれを処分したため、または取得者がその物を加工や改造により他の種類の物に作り変えたため、取得者がその物を返還できないときは、取得者は瑕疵担保解除を請求することができず、代金減額のみを請求することができるにとまる。ただし、物に欠陥があることがその改造の際に初めて現れたであろうときはこの限りでない。

この部分草案二〇号三二条は一八八二年五月二二日の第九一回会議において審議され、加工・改造がなされた場合の規律については、部分草案に付け足す形での提案、すなわち「この場合においては、物に代えて、その物がなお現存する限りで返還されなければならず、改造の際に消費したもの（Verbrauchte）が賠償され（ersetzen）なければならぬ」との提案がなされている。しかし、この提案はその後否決される。議事録によれば、第一委員会では、次のこ

とが前提とされた。⁽³³⁾ すなわち、加工 (Spezifikation)⁽³⁴⁾ は物の滅失と同様に取り扱われるため、取得者がそれを行えば瑕疵担保解除権を喪失する。もともと、瑕疵が加工の際に初めて現れたときには、例外が認められなければならない。そのような場合の加工は、(旧三五〇条・第一草案四二九条において解除の相手方(売主)負担とされる) 偶然 (Kasuell) の滅失と同じように評価されるべきだからである。第一委員会は以上の論理でもって、加工・改造により解除権が排除されるのを原則としつつも、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れたときにはなお瑕疵担保解除を許容する例外を説明していた(加工物の帰属に関する審議内容についてはⅢ章2節(1)にてとりあげる)⁽³⁵⁾。こうした論理は第一草案理由書でも繰り返し指摘されており、⁽³⁶⁾ 偶然滅失との類似性から瑕疵担保解除が許容されたことがわかる。

そうすると、解除権者たる買主の許での偶然滅失リスクにつき、解除の相手方である売主の負担としていた旧三五〇条・第一草案四二九条が、立法過程においてどのような根拠で正当化されたかが問われるべきこととなる。この点は、既に我が国においても本田純一および小野秀誠により紹介されている。本田は、第一草案四二九条に関する議論を次のように整理する。⁽³⁷⁾

多数意見は、*mortuus redhibetur* の法諺をより強力なものと考え、その基礎にある法政策的な意味を積極的に問わなかった。ただ、多数意見が念頭においていた実質的な理由は次のとおりであった。すなわち、第一に、買主は瑕疵の存在を知っていれば契約を締結していなかったであろうということ、第二に、売主は瑕疵の付着した物を売るべきではないという古くからの制裁思想、第三に、物の滅失は、物の瑕疵自身によって惹起される蓋然性が強いということ、である。

小野もまた、「買主は、契約がなかったのと同じ状態におかれなければならない」との論拠こそが、解除権の存続（売主の負担）の「実質的な理由」であつたと指摘し、これは結局のところ、「担保責任の重視」に帰着すると分析している。⁽³⁸⁾

ただし、旧三五〇条の正当化根拠を以上のように捉えたうえで、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合は偶然滅失と同視できるという立法過程での議論は、次のような疑問を抱かせる。まず、加工・改造の際に初めて瑕疵が現れた場合を偶然滅失と同様に取り扱うべき理由は何か。立法過程ではこれが論じられていない。また、旧三五〇条の正当化根拠を右のように捉え、瑕疵を知らずにした加工・改造を偶然滅失と同視できるとするならば、本来買主が免責されてしかるべき範囲は加工・改造にとどまらないはずである。それにもかかわらず、旧四六七条一文後段が改造に限定して規定していることの是非が問われることになる。

(2) 以後の議論整理の視点

ところで、以上の旧三五〇条の正当化根拠は、偶然滅失が生じた際の買主の置かれた状況への着目と、売主が瑕疵物を引き渡したことの着目とを含む。すなわち、一方では、買主が契約締結時および受領物の利用行為時において瑕疵を知らなかったことに重きを置いて買主の免責を認める点で、当該行為時における買主の置かれた状況に着目している。他方、売主が瑕疵ある物を売ったことへの着目や、買主が瑕疵を知っていれば契約を締結しなかったとの論理は、生じたりスクを瑕疵（改正後では売主の義務違反）と結びつける論理と評することもできそうである。

そこで、まず次の第2節では、加工・改造をした買主の置かれた状況に着目して買主の免責を根拠づける見解を紹

介し、分析を加えていこう。

2 解除権者の置かれた状況への着目

(1) 解除権放棄意思の不存在

瑕疵認識前の加工・改造であれば特別扱いが必要であるとの理解は、遅くとも一九世紀ドイツ普通法学の中に見出される。トライチュケは、一八三八年、前述の学説編纂第二二巻第一章第四七法文を引用し、「瑕疵担保解除や代金減額の請求権は、買主が購入物を破壊し、費消し、加工し、あるいは買主がその物を再び手に入れることができない形で転売したり、その他の方法で以前の状態に戻すことができなかったときに、消滅する」ことを原則としつつも、「上述のルールは、商品の隠れた瑕疵が加工を通して初めて気づかれ得たときには、例外を許容する」と説いた。⁽³⁹⁾ トライチュケによれば、このとき売主は、瑕疵担保解除か代金減額かという買主の選択に応じて対応しなければならず、買主が瑕疵担保解除を選んだ場合、この解除は未加工部分だけでなく加工部分にも及び、売主はここで買主が加工のために支出した費用や買主が受けてしかるべき報酬をも賠償しなければならない。

こうした理解は、一八六三年のザクセン民法典および一八六六年のドレスデン草案における明文規定にも表れている。ザクセン民法典九一八条およびドレスデン草案一八四条は、それぞれ次のとおりである。⁽⁴⁰⁾

ザクセン民法典九一八条 物の取得者は、その物に欠陥があることの結果あるいは偶然の事情により物が滅失したために物を返還することができないときも、契約の破棄 (Aufhebung) を請求することができる。この場合において、

取得者は、なお手許に存在するものを返還し、かつ、譲渡人の債務が依然として存続する間、その物の滅失に至るまでに得た果実あるいは自身の過失により得られなかった果実を償還する。取得者が物を任意に処分したことでそれを再び調達することができないために、または改造により他の物になり、もしくは過失により滅失したために、取得者が物を返還できない場合には、取得者は、契約の破棄を請求することができず、反対給付の減額のみを要求することができる。ただし、改造の場合において、物に欠陥があることが改造の際に初めて明らかになったときは、契約の破棄が許容される。

ドレスデン草案一八四条 物が取得者の過失により滅失したため、取得者がそれを任意に処分したため、または取得者がその物を他の種類の物に作り変えたため、取得者がその物を返還できないときは、取得者は瑕疵担保解除を請求することができず、代金減額のみ要求することができるにとどまる。ただし、物に欠陥があることがその物の改造の際に初めて明らかになったであろうときはこの限りでない。

ザクセン民法典九一八条最終文およびドレスデン草案一八四条ただし書には同内容の規則が設けられており、この内容は先に見たフォン・キューベルの部分草案二〇号三二条ただし書、ひいては旧四六七条一文後段や三四六条三項一文一号の内容と一致する。フォン・キューベルは、ドレスデン草案の作成にかかわる委員会構成員であり、右部分草案の作成にあたってドレスデン草案の規定内容に多大な影響を受けたことは想像に余りある。⁴¹⁾

それでは、瑕疵認識前の加工・改造を特別扱いする根拠は、どこに求められたか。買主の瑕疵担保解除を認め、売

主負担とする議論の端緒は、〈買主による瑕疵担保解除権の放棄がない〉との論理から始まった可能性がある。

この点、加工・改造の文脈において明確に瑕疵の知・不知による区別の重要性を説いたガライスは、一八七〇年、〈加工をすれば瑕疵担保解除権の放棄にあたる〉という原則的な理解には、いくつかの制限が必要であると説く。ガライスによれば、検査の目的のために不可欠な加工など、調査や品質確認の目的での物の損傷については、瑕疵担保解除権の放棄を含んでいない⁽⁴²⁾。また、加工が瑕疵担保解除権の放棄とみなされるのは、買主が加工をする際にその瑕疵を知っていたか、知らなければならなかったときに限られなければならない⁽⁴³⁾。すなわち、ガライスによれば、瑕疵が隠れていた場合における加工は、買主が物を承認したことを意味せず、解除権の放棄を帰結しない。

一九世紀中葉には、裁判例においても瑕疵認識の有無が重視され、買主の自由な使用により原物返還不能な状態になったとしても、当該買主の行為が瑕疵認識後になされたのでない限り、瑕疵担保解除権は排除されないと述べるものもあつた⁽⁴⁴⁾。

このような普通法時代の学説・裁判例からは、〈瑕疵担保解除が排除されるのは、解除権放棄があつた場合である〉との理解を前提に、〈瑕疵発見前の加工・改造は瑕疵担保解除権の放棄ではないため、なお解除が許容される〉とのルールが形成されてきたことが確認できる。後にレーザーが、既に普通法時代において、瑕疵を知らずに加工・改造した場合に例外的に解除が許容されることが判例法理として形成されていたと言及するところである⁽⁴⁵⁾。

もつとも、買主による解除権の放棄がなければ売主負担となるのは何故か。解除権の放棄がないだけで、返還不能リスクを売主に転嫁できるのは何故か。この時期の議論は、こうした疑問を残していた。

(2) 権利認識と権利喪失の同時到来の不当性

その後、ドイツ民法制定後の二〇世紀前半には、加工・改造時に瑕疵を知らなかったことに旧四六七条一文後段の根拠が求められはじめた。

当時の議論の起点は、加工・改造による約定解除権排除を規定した旧三五二条の要件として、加工・改造者の過失が要求されるのか否か、不要であるとすれば何故かという点であった。⁽⁴⁶⁾ この点、制定後の通説は、加工・改造には過失があるのが通常であるとしつつも、⁽⁴⁷⁾ 旧三五二条の適用にあたっては、その文言どおり過失が要件にならないと解した。⁽⁴⁸⁾ したがって、解除権者の相続人が解除権を有することを仕方なく知らずに改造をしたケースでは、過失がないものの解除権が排除されるという。⁽⁴⁹⁾

それでは、加工・改造の場合、過失がなくとも解除が排除されるのは何故か。この点で、当時、買主の任意の処分（Verfügung）が解除権に与える影響を総合的に検討し、後の議論に影響を与えたコンツェは、改造によりその物が売主にとって完全に役に立たない形になるがゆえに解除権が排除されると説く。⁽⁵⁰⁾ そこで、ドイツ民法は、過失により解除権の存否を判断する旧三五一一条とは別に、旧三五二条を設けたというわけである。⁽⁵¹⁾

この〈加工・改造により売主にとって完全に役に立たない物になるがゆえに加工・改造により約定解除権を排除すべき〉との論理は、本来、瑕疵担保解除の局面であろうとも妥当するはずである。しかし、加工・改造時点で瑕疵を認識していなかった場合、加工・改造により瑕疵担保解除権が排除されるとなれば、買主が瑕疵担保解除権を有することを認識すると同時にこの権利を失うことになる。二〇世紀前半のドイツ学説は、これを不当と評価し、旧四六七条一文後段の存在意義を説明した。すなわち、同規定は、旧三五二条を瑕疵担保解除に準用することで買主に生じる

不当さを調節するためにあるとされ、この場合、右に見た売主の不利益は考慮されないと説かれた。⁽⁵²⁾

以上のように、ドイツ民法制定後からしばらくは、旧四六七条一文後段の根拠として、(法定解除において当時語られたような)〈自己の物との信頼〉までは指摘されなかったものの、⁽⁵³⁾買主が瑕疵を知らずに加工・改造したことに着目していた。⁽⁵⁴⁾もつとも、権利認識と権利喪失とが同時に到来することの不当さに着目する当時の理解には、瑕疵の認識前後の買主にはどのような相違があるのか、瑕疵認識前の加工・改造であれば何故に免責されるのかという問題意識が存在しない。単に同時に到来することが不当であるとするならば、旧四六七条一文後段が改造の場合に限って規定していることの意味も問われなければならないはずであった。

(3) 履行承認・矛盾挙動の不存在

瑕疵を知らずにした行為であれば何故なお瑕疵担保解除が認められるのかという問いにひとつの回答を与えるのが、履行承認や矛盾挙動がないためというものであるうか。二〇世紀後半、旧三五一一条や旧三五二条が約定解除権を排除する根拠として矛盾挙動禁止原則がとりあげられたことに着目するならば、⁽⁵⁵⁾〈瑕疵を知らずにした加工・改造は、後の瑕疵担保解除と矛盾するような先行行為とはいえない〉との論理が考えられる。

思い返せば、フォン・キューベルは、前述の部分草案三二条に関する理由書の中で、取得者による任意の処分があった際には、その処分に給付の承認 (Billigung und Genehmigung) あるいは物の瑕疵を理由とした諸請求権の放棄 (Verzicht) が含まれていたかどうかに注目すべきと説いていた。⁽⁵⁶⁾これは、いま問題となる同条ただし書部分について
の言及ではなく、同条本文についてのものであるが、右指摘からキューベルは、履行認容意思、あるいは瑕疵担保解

除権の放棄意思という形で、あくまで「意思」に着目してリスク配分を決しようとしていたように思われる。このように「意思」に着目するのであれば、当該処分の際に物の瑕疵を知らない場合には、履行認容意思も権利放棄意思も欠く以上、なお瑕疵担保解除を許容することに繋がる。ここで権利放棄の部分に着目すれば、前述の(1)で見たのと同様の理解となるが、履行認容意思に着目するならば、ここに矛盾挙動禁止の視点から瑕疵認識前の加工・改造を特別視する論理を見ることができるとは。

ここで問題とされるべきは、矛盾挙動と評価するためには、瑕疵を知ったうえでの行為である必要があるかという点である。この点で参考になるのが、加工・改造といった買主の手許での行為に時系列的に先行する、買主の受領行為に関するドイツ民法制定過程での議論である。

この点、債務法改正前の四六四条は、買主が引き渡された目的物の瑕疵を認識し、つつ留保なく履行としての受領（*Annahme als Erfüllung*）をした場合、買主は売主に対し瑕疵担保責任を追及できない旨規定していた。⁽⁵⁷⁾ この旧四六四条の存在意義は、瑕疵担保責任における瑕疵の判断基準時に関わりとともに、危険負担論と関連して論じられた。⁽⁵⁸⁾ すなわち、危険負担において債務者主義が採用され、これに伴い瑕疵の基準時が契約締結時から引渡時に移行されると、その瑕疵が買主にとって「隠れた瑕疵」であるのか「明らかな瑕疵」であるのかの基準は、ローマ法原則のように契約締結時に判定するだけでは十分ではない。⁽⁵⁹⁾ そこで、契約締結時に買主が既に認識していた瑕疵や通常人が取引において通常払う注意を払っていたならば知りえたはずの瑕疵について売主が瑕疵担保責任を負わないとする規律（旧四六〇条）だけでなく、目的物の受領時に関する旧四六四条の規律が要求された。⁽⁶⁰⁾ 第一委員会では、⁽⁶¹⁾ 取得者が瑕疵を知りつつ留保なく受領した場合、解除権、代金減額権および代物引渡請求権が放棄されたと評価するのは自明である

とされ、「受取人が彼に履行目的で提供された瑕疵ある性状を有する物を、彼がその瑕疵を知らされていたであろうにもかかわらず留保なく履行として受領する場合、そうした行動には、瑕疵担保解除や代金減額、もしくは代物調達の権利の放棄が認められる。つまり、これらの権利を後に行使することは信義則に反する。そして、取引の利益にも適うのは、そうした権利の事後的追及を積極的な規定によって排除することである。」(傍点・引用者)とされたのである。⁶²⁾

買主が瑕疵ある物を受領するにあたりその瑕疵を知っていたのであれば、それは瑕疵に基づく権利を「放棄」と認められる。もちろん留保なき受領は、放棄の意思表示そのものではない。その意味でここでの「権利の放棄」とは、買主が瑕疵を知りつつ留保なく受領しておきながら、その後になお瑕疵に基づく権利を主張することが「信義則違反」として許されないことを表している。ここでの信義則違反が、「矛盾挙動禁止 (venire contra factum proprium)」を意味することも明らかであろう。重要なのは、瑕疵に基づく権利を行使することが信義則違反ないし矛盾挙動と評価されるのが、瑕疵を知ったうえで受領した場合とされていることである。

こうして矛盾挙動禁止原則に着目すると、旧四六四条は、旧四六〇条とのみならず、解除権排除を規定する旧三五一条・旧三五二条、ひいては旧四六七条一文後段とも連続性のある規定として理解されたように映る。旧四六〇条と旧四六四条との間に連続性があることは、右で見た旧四六四条の制定過程から明らかである。①契約締結時に瑕疵を知っていた買主が瑕疵担保責任を追及できないとの旧四六〇条の規律は、瑕疵を知りつつ契約を締結したことを先行行為とする矛盾挙動禁止原則の現れと理解することができる。これに対し、②受領段階で働く矛盾挙動禁止原則の現れが、旧四六四条である。買主の「履行としての受領」を規定する旧四六四条は、買主による履行の「承認」や

瑕疵担保請求権の「放棄」が認められるゆえに設けられた制度であった。承認という先行行為ゆえに、その後これと矛盾する瑕疵担保請求権の行使が禁止される。さらに、③これらと似た構造を有するのが旧三五一一条・旧三五二条であった。旧三五二条では、受領物を自らの意思で加工・改造し、返還不能の事態を引き起こしたがゆえに、以後、約定解除権が排除される。つまり、自己の物であることを前提とした行為を先行行為とした矛盾挙動を規律するのが旧三五一一条・旧三五二条である。

もともと、前者二つは瑕疵の認識を前提としているにもかかわらず、旧三五一一条・旧三五二条では解除原因の認識が要件として要求されていない。ひとくちに矛盾挙動といっても、いかなる先行行為をもつて矛盾挙動と評価するかについてバラつきがあるかのようにも見える。この点で、二〇世紀後半のドイツでの有力学説のように、買主が受領物を自己の物として自由に使用した以上、解除による売主へのリスク転嫁を認めるべきでないと考えれば、旧三五二条・旧三五二条による解除権排除の要件としては解除原因の認識が不要とも解しうる。これらの規定が矛盾挙動禁止原則の現れという点では旧四六〇条・旧四六四条と共通するものの、先行行為において解除原因の認識が不要とされる点で、契約締結時や目的物受領時のリスク配分基準とは異なることになる。

しかし、旧三五一一条・旧三五二条について異なる理解も可能である。繰り返しするように旧三五一一条・旧三五二条は約定解除の規定であるところ、既に我が国での先行研究で触れられているように、ドイツでは、その是非はひとまず措くとして、解除権を留保した当事者は、将来、契約が解除され、受領物を返還することになる可能性を考慮に入れなければならず、したがって、受領時より、物を将来の返還に備えて注意深く取り扱う義務があると論じられる。⁶³すなわち、約定解除の場合には、解除権者に解除可能性の認識（義務）が既にあると解するがゆえに、旧三五一一条・旧

三五二条では解除原因の認識が明示的には要求されていないと理解することも可能である。このように理解すれば、この③の段階においても、解除原因を知ったうえで任意の処分をしたことが前提とされていることになる。先行行為の際に解除原因の認識があったことが矛盾挙動の評価にあたつて重視されているがゆえに、旧三五二条を無条件に瑕疵担保解除権に準用することができないため、これに配慮したのが旧四六七条一文後段（改造の際に初めて瑕疵が初めて現れた場合の瑕疵担保解除の例外的許容）であると理解できる。旧四六七条一文後段に相当する第一草案の規定は三八七条であるところ、これが、旧四六四条に相当する第一草案三八六条の次に位置していたことも興味深い。

以上のように、矛盾挙動禁止原則との繋がりでも旧四六七条一文後段を理解することは、契約締結時や目的物受領時のリスク配分とも合致し、説得力がある。ただし、こうした理解に対しては、次のような二つの批判が想像される。一つは、このような理解によれば、改造の場合にのみ例外規定があることを説明できないとの批判であり、もう一つは、買主の手許に移って自由に使用している段階でのリスク配分が、当然に契約締結時や受領時のそれと同じでなくてはならないとする理由が示せていないとの批判である。後者についていえば、契約締結時や受領時とは異なり、自由を使用するにまで至れば、瑕疵認識前であろうとも履行承認と捉え、もはや売主にリスク転嫁できないとの理解もまたありうるはずだからである。

(4) 自己の物との信頼保護

二〇世紀前半のドイツでは、約定解除と法定解除とで当事者の置かれた状況が異なることが前提とされ、（瑕疵担保解除と区別される）法定解除においては買主の自己の物との信頼が意識された。自己の物との信頼ゆえに、法定解除の

局面では、旧三二七条二文（「相手方の責めに帰することのできない事由に基づいて解除がされるときは、相手方は、不当利得の返還に関する規定によつてのみ責任を負う。」）が存在し、旧三五〇条による危険の跳ね戻り（解除による売主への危険転嫁）も正当化されると論じられた。⁶⁴ところが、二〇世紀前半には、こうした議論が必ずしも旧四六七条一文後段の根拠論には繋がっていなかった。

この状況の変化が、二〇世紀後半に生じた。瑕疵の不知、ひいては自己の物との信頼保護という観点から、旧四六七条一文後段を重視したのが、ウルリッヒ・フーバーであった。フーバーは、旧四六七条一文後段を、一般原則に関わるルールであると理解する。⁶⁵すなわち、受領物の返還不能が、瑕疵自体から生じた場合、あるいは瑕疵を認識できない状況から生じた場合には、瑕疵担保解除が排除されないとの一般原則があると考える。旧四六七条一文後段は、こうした一般原則の現れとして理解されるべきであるとする。

フーバーの論理をもう少し遡って見てみよう。フーバーによれば、偶然滅失の売主負担を規定する旧三五〇条には、カメラが指摘したように、二つの異なった適用事例が含まれる。一つが、物の瑕疵とは関わらない、純粹な偶然滅失の事例であり、もう一つが、損傷のない状態で返還できないことが物が有する瑕疵の直接または間接の結果である事例である。売主がこうした危険を負担しなければならないことは法律上の原則であり、これは旧三五〇条でも暗黙に前提とされているといえるが、しかし、これを明示的に表現するのが旧四六七条一文後段なのである。事例で考えてみると、その際には二つの異なったケースが問題となる。一つ目は、売却された車のブレーキに瑕疵があったが故にその車が交通事故に遭って損傷した場合などのように、物の瑕疵が直接の原因となって物の滅失を引き起こす場面である。ワインのコルクの質が悪かったためにワインが劣化した場合や、売買目的物の梱包方法に瑕疵があったため

に搬出過程で損傷されたり買主の倉庫で劣化した場合などもこれに含まれる。この場面は、問題なく旧三五〇条で対応することができる。商品の滅失または損傷にもかかわらず、買主は瑕疵担保解除を請求することができる。それに對し、もう一つのパターンが、買主が購入物を加工し、その加工の際やその後に至って初めて瑕疵を知った場面である。旧四六七条一文後段は、こうした特別に重要な場面のみを規定した。こうしてフーバーは、買主が瑕疵を知らずにした行為の結果を売主の負担とすることが一般原則とまで述べ、旧四六七条一文後段をその一般原則の一表象と捉えた。⁽⁶⁶⁾

もつとも、旧四六七条一文後段（およびそれを引き継ぐ三四六条三項一文一号）の制度趣旨をフーバーのように理解した場合にも、これまでの正当化根拠と同様に、同規定が改造についての規定する意味が曖昧となる。フーバーのよう理解すれば、瑕疵認識前の消費行為はもちろんのこと、瑕疵認識前の譲渡行為の場合にも買主の瑕疵担保解除が許容され、返還不能リスクが売主の負担となるのでなければ、平仄が合わないように思われる。

もちろん、実は、旧四六七条一文後段は、消費（Verbrauch）の際に初めて瑕疵が現れた場合にも類推適用されてきた。⁽⁶⁷⁾ 債務法改正後も消費行為に類推適用する見解が支配的である。⁽⁶⁸⁾ 買主は売買物を返還できないにもかかわらず完全な売買代金の返還を請求できるとされる。しかし、譲渡行為については、たとえ瑕疵を知らずに譲渡した場合であろうとも、同規定を類推適用しないのがフーバーも含めた多数の見解である。⁽⁶⁹⁾ また、改正の前後を問わず、ドイツの判例・学説は、瑕疵認識前であろうとも故意的破壊行為による返還不能については買主の負担であるとしてきた。⁽⁷⁰⁾ 右のようなフーバーの制度趣旨理解は、瑕疵認識前の譲渡や故意的破壊行為に関する議論と矛盾するおそれを有する。さらにいえば、買主が有する自己の物との信頼を根拠に買主を免責することについては、債務法改正前のドイツに

において批判が向けられ、我が国でも近時この批判が注目を集めている。⁽⁷¹⁾ すなわち、買主が有する自己の物との信頼は、自身の給付を最終的に失わざるを得ないという自覚と不可分に結びついており、買主はこの自覚を伴ってはじめて受領物を自由に利用することができる。そうであるがゆえに、自己の物との信頼は買主を免責する根拠とはならないとの批判である。

原状回復におけるリスク配分を語るにあたり、契約不適合認識前の買主が有する自己の物との信頼が重要であることに変わりはないものの、これ自体を根拠に売主負担を語ることには、疑問も呈されている。

3 瑕疵（売主の義務違反）との因果関係への着目

(1) 具体的因果関係（瑕疵による価値低下または瑕疵による加工・改造目的の達成不能）の存在

思い返してみれば、これまで見た理解は、売主負担を導くにもかかわらず買主が免責に値することのみ指摘したにとどまっていた。ここで今一度思い起こされるべきは、旧四六七条一文後段の制定にあたって偶然滅失の場合（旧三五〇条）と同視すべきとされたことである。

旧三五〇条の根拠については、既に触れたとおり、売主が瑕疵物を引き渡したことに着目する見解があった。そこで、以下のように、瑕疵あるいは売主が瑕疵物を引き渡したことに着目して、旧四六七条一文後段を引き継ぐ三四六条三項一文一号を説明する見解がある。⁽⁷²⁾ たとえば、レヘルは、同規定の根拠を、返還債権者（売主）が物の瑕疵につき帰責性を有することに求める。⁽⁷³⁾ また、ベニツケは、買主が加工・改造をしても瑕疵ゆえに目的とした付加価値を作り出さないことが一般的であり、加工物も全体として価値が無いことを同規定の根拠として挙げる。⁽⁷⁴⁾ さらに、フェス

トは、売主の瑕疵ある給付こそが加工・改造過程において製品の価値を下げる原因であることに同規定の根拠が求められるとし、それゆえ、同規定は三四六条三項一文二号前段（返還債権者が損傷または滅失について有責であるとき）の典型的場面として整理し得ると説く。⁽⁷⁶⁾ 同じくデルもまた、瑕疵ある給付ゆえに加工・改造物には価値がないことが多く、かつ目的とした付加価値が達成されないことを指摘し、加工・改造物に価値がないことと瑕疵との間には因果関係があることに着目する。⁽⁷⁶⁾

実は、このように〈瑕疵による価値低下〉あるいは〈瑕疵による加工・改造目的の達成不能〉を売主負担の根拠とする見解は、債務法改正前においても主張されていた。我が国においても幾度となく参照されてきたカメラの論文においてである。カメラによれば、加工・改造こそ買主の自由な使用であり、彼のいう第三類型にあたり、瑕疵担保解除権が排除され、買主は代金減額請求で満足しなければならない。もともと、そのカメラもまた、売買対象の改造やその他の利用の際に初めて瑕疵が現れた場合には、旧四六七条一文後段により別の判断が必要であるとし、瑕疵ゆえにそれらの行為が無駄になった以上、瑕疵が原因となって売買対象が滅失・損傷したケースであるカメラの第一類型と同様に取り扱いわれるべきと説いていた。⁽⁷⁷⁾

なるほど、旧三五〇条の法諺とされる“*Mortuus Redhibetur*”（死んだ奴隷は返される）の起源は、奴隷の売買において売買時の病気ゆえに奴隷が死んだ事案を想定してのものであった。⁽⁷⁸⁾ そうであれば、この旧三五〇条と同視すべきとされた旧四六七条一文後段においても、瑕疵との因果関係に着目することは自然である。価値低下の原因が、加工・改造にあるというより瑕疵に存する場合もあるだろう。たとえば、本稿冒頭事例において、ゴムへの加工の際にゴムの契約不適合ゆえにゴムが裂けたという場合には、瑕疵ゆえに価値低下が生じたと評価することも可能である。

しかし、いま配分を検討しているリスクは、瑕疵物として価値が減じられているその物が、さらにそこから加工・改造により価値低下したリスク（＝原物（瑕疵物）返還不能リスク）である。そうすると、仮に〈瑕疵による価値低下〉を根拠とする場合、加工・改造が瑕疵の影響を受けなかった場合には、同規定の適用を受けない余地も見いだされる。たとえば、木材への加工のケースで、当事者が想定した以上に節が存在し、当該木材では契約目的を達成できない場合の価値低下は、木材を買主の使用目的に沿ったサイズに切断する等の加工をしたことにより生じている。少なくともこの加工の場合の価値低下は、瑕疵により生じたものではない。このように、瑕疵が原因での価値低下を狭く捉え、旧四六七条一文後段や三四六条三項一文一号の適用範囲が狭くなる余地がある。換言すれば、瑕疵と因果関係のない目的物の価値の減少・消失事例が同規定の射程に収まらない難点を有する。我が国では、民法（債権関係）改正により、契約不適合には品質の不適合の他に種類の不適合も含まれた。異種物の引渡しがなされ、加工・改造の際に不適合が現れた場合、異種物ゆえに加工・改造物の価値が低下するという事態は生じない。このような事態も想定したとき、契約不適合による価値低下を売主負担の根拠とすることには問題がある。

これに対し、〈瑕疵による価値低下〉ではなく、〈瑕疵による加工・改造目的の達成不能〉を根拠とすると、右の木材加工のケースでも同規定の適用を受ける可能性がある。右のケメラーやベニッケらの表現は、こうした理解に整合的である。もともと、加工・改造が目的とした付加価値を創出することの不能は、契約目的の達成不能に等しいはずであり、そうであれば、買主が契約を解除する場面では必然的に、加工・改造の目的が達成不能と捉えうる。つまり、この根拠づけは、一見すると加工・改造に着目した論拠でありながら、解除が認められる場合に必然的に満たす基準となっている。瑕疵物の返還不能リスクの配分を検討しているにもかかわらず、瑕疵ゆえに契約目的を達成できない

ことそれ自体を理由として売主負担を決するものであり、少なくとも、解除の可否ではなく価額償還義務の有無によるリスク配分をする改正法のもとで、右のようなリスク配分基準は適当でないように思われる。あくまで返還不能（価値低下）事由と因果関係のある原因を探索しなければならない。加工・改造の目的が達成されない原因は問題ではないはずである。

(2) 仮定的因果関係〈瑕疵を知っていたら加工・改造をしなかった〉の存在

そこで、加工・改造による返還不能と瑕疵（物の引渡し）とを結びつけるにあたって、瑕疵の不知を重視し、〈瑕疵を知っていたら加工・改造をしなかった〉との仮定を前提とする論理が注目される。

旧三五〇条および債務法改正後にこれを引き継ぐ三四六条三項一文三、号⁷⁹では、相手方の義務違反や買主の自己の物との信頼をその根拠とするものが多いものの、前稿にて分析したように、相手方の義務違反と買主の瑕疵の不知とを併せ考え、〈瑕疵を知っていたら契約を締結せず、瑕疵物を受け取ることもなく、買主の許で滅失・損傷することもなかった〉という形で、瑕疵物の引渡し（売主の義務違反）と買主の許での滅失・損傷とを結びつけて売主負担を説明する論理があつた。⁷⁹

こうした論理を加工・改造の局面にも敷衍すれば、旧四六七条一文後段や三四六条三項一文一号を説明するにあつても、〈瑕疵を知っていたら加工・改造をしなかった〉という形で、瑕疵物の引渡し（売主の義務違反）と加工・改造による返還不能とを結びつけて売主負担を説明する論理がありうるはずである。

事実、近年、売主の義務違反と結びつけて売主負担を説明しようとする動きがある。三四六条三項一文一号は債務

法改正の過程では特段議論がなかったが、債務法改正後の現在、同規定の制度趣旨をめぐって、改正前と少しニュアンスの異なる説明がなされるに至っている。たとえば、ファウストやカイザー、フーベルト・シュミットは、瑕疵が加工・改造前に明らかになっていたならば、買主は加工・改造をしなかったであろうし、その結果、加工・改造していない状態で瑕疵物を返還でき、価額償還義務を負わなかったであろうことを根拠として挙げる⁸⁰。ここでは、買主が単に瑕疵を知らなかった（自己の物との信頼保護の前提）のみならず、瑕疵を知っていたれば加工・改造をせず、かつ瑕疵ある受領物を返還することができたことが重視されている。

ここにおいて、買主の故意的破壊行為は、瑕疵を知っていたとしてもしていただであろう行為として必ずしも免責されない余地が説明されることになる。また、瑕疵の不知および自己の物との信頼だけでなく、〈契約不適合を知っていたれば加工・改造をしなかった〉という論理が付け加わることによって、反対給付を負担するという買主の契約時の決定および加工・改造という買主の故意行為をリスク配分において重視することが問題視される。売主による瑕疵物の引渡しと加工・改造による原物返還不能との因果関係に着目する見解は、反対給付の負担を前提に買主の自己の物との信頼を保護しようとする見解に対する有効な反論になっていると評価できよう。

思い返してみれば、(1)で挙げたフェストやデルは、〈瑕疵による価値低下〉を三四六条三項一文一号の根拠として挙げつつも、ここにおいて瑕疵の不知をも併せ指摘していた。瑕疵を知らずに加工・改造をしているがゆえに、加工・改造という買主の故意行為が介入したとしても、加工・改造物の価値が下がっていることと瑕疵との間の因果関係が否定されないと論じていた⁸¹。

さらに、(1)で挙げた〈瑕疵による加工・改造目的の達成不能〉を根拠とする見解との関係を付言すれば、〈瑕疵に

よる加工・改造目的の達成不能」は、〈瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった〉ことの重要な間接事実として位置づけることができる。ケメラーは、買主の自由な行為による滅失・損傷の危険を買主の負担としたため、瑕疵の不知や自己の物との信頼を直接の根拠として旧四六七条一文後段を説明したり、〈瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった〉との論理でもって同規定を正当化することができなかった。しかし、繰り返すように、偶然滅失の売主負担を規定する旧三五〇条は、債務法改正において全面的には否定されなかった。（改正前の瑕疵担保解除を含む）法定解除では、解除の相手方の義務違反が存在し、あるいは法定解除権者の自己の物との信頼が保護されるべきとされる。そうであれば、改正後の今、三四六条三項一文一号の根拠を、解除原因の不知を媒介項として売主による瑕疵物の引渡しに求めることには整合性がある。このように見れば、三四六条三項一文一号もまた、同文三号と同じ論理でもって説明が可能な規定と理解できよう。

4 我が国における加工・改造リスクの配分

ここまでの議論を整理して、加工・改造による返還不能リスクが売主負担になる論理の説得力を確認したうえで、同リスクが売主負担となることの意味を具体的に明らかにしておこう。

瑕疵を知らずにした加工・改造を特別視する議論は、遅くとも一九世紀ドイツ後期普通法学において見られた。瑕疵担保解除権の放棄を認定する前提として、解除権の認識が要求された（2節(1)参照）。その後、二〇世紀初頭には、瑕疵担保解除権を有することを認識すると同時に権利を喪失することを不合理であると評価して旧四六七条一文後段を説明する見解が登場する（2節(2)参照）。加工・改造時に瑕疵を知らなかったことに着目するといえるが、これは、

瑕疵を知らずにした行為はその後の瑕疵担保解除権の行使と矛盾しないとの評価に繋がるとともに（2節(3)参照）、より根本的には、瑕疵認識前の買主には自己の物との信賴があり、これを保護すべきであるとの論理に繋がった（2節(4)参照）。

もつとも、周知のとおり、二〇世紀後半には、（約定解除だけでなく）法定解除や瑕疵担保解除の場面においても、買主の許で生じた偶然滅失の危険が売主の負担となること（旧三二七条一文・旧四六七条一文前段が準用する旧三五〇条の帰結）へ疑問が呈されていた。たとえば自己の物と信じていようと、それは売買契約であれば反対給付を負担したがゆえに保護される性質のものであること、また、受領物を自己の物として自由に使用をしておきながら、その後に解除を主張してリスク転嫁を図ることは矛盾挙動であるとの理解が示され、その後一氣に有力となっていくた。自己の物と信じているがゆえ、この者に保管義務や注意義務の違反を觀念できないために、矛盾挙動禁止原則が前面に出てきたともいえる。法定解除や瑕疵担保解除と約定解除との相違が意識されつつも、原状回復のリスク配分にあたっては、解除原因の認識の有無が重視されなかった。

しかし、このような状況下においても、旧四六七条一文後段が適用される場合に売主負担とする帰結自体は、多数により支持されてきた。買主の支配領域下で生じた滅失・損傷は広く買主が負担すべきと説いたホンゼルも、⁸²⁾あるいは双務契約の清算という観点から買主負担を導いたレーザーも、⁸³⁾旧四六七条一文後段で瑕疵担保解除が認められる場合には原物返還不能のリスクを売主が負うものと解していた。そして、旧三五一一条の「過失」を拡大解釈することで旧三五〇条の適用領域を狭めて買主負担の範囲を拡大する解釈を展開したケメラが、旧三五〇条・旧三五一一条での解釈と矛盾しない形で旧四六七条一文後段を説明するために持ち出したのが、旧四六七条一文後段のケースでは瑕疵

ゆえに加工・改造が無駄になっているとの論理であつた。これを根拠としたリスク配分には疑問があるものの（3節（1）、加工・改造は返還不能になることを認識してする故意行為であり、買主の自由な行為に他ならないにもかかわらず、買主の自由な行為があつた場合に広く旧三五一条により買主負担を帰結する見解においても、売主負担となることがかつてより承認されていたことが注目される。

その後ドイツでは債務法改正がなされ、旧四六七条一文後段の規律が改正三四六条三項一文一号に承継された。また、草案理由は、買主による自由な行為や危険を高めるふるまいがあつたか否かを基準としてリスク配分する見解を、基準として曖昧な点を残す点で採用できないものと評価した。旧三五〇条は全面的に不合理なものではなく、法定解除の場合に限って合理性を有するものであり、その限度で維持すべきとされた。それどころか、自己の事務におけると同一の注意を尽くしていながらも生じた滅失・損傷からも買主を免責した（三四六条三項一文三号）。右のように改正三四六条三項一文三号が偶然滅失を超えて買主の免責を認めたことから、債務法改正後のドイツの通説は、同規定の制度趣旨として解除原因の認識の有無に着目する。法定解除に限った規定とされたため、旧法下と比べ、解除原因の不知を根拠としやすい法状況になった。

これにより、三四六条三項一文三号において、〈瑕疵を知っていれば契約の締結および瑕疵物の受取りをせず、買主の許での滅失・損傷もなかった〉との形で瑕疵物の引渡しと買主の許での滅失・損傷とが結び付けられる論理が主張される。そして、瑕疵を知らずに加工・改造した場合にも、〈瑕疵を知っていれば加工・改造をしなかった〉との形で、解除原因の不知を仲介させて、生じた原物返還不能事由と瑕疵物の引渡しとを結びつけることにより売主負担を導く見解が主張されるに至っていた。

以上のような形で、瑕疵を知らずに加工・改造をしたことによる原物返還不能リスクは、ドイツにおいて種々の理由づけにより売主負担となることが論じられてきた。契約不適合認識前の買主は、引き渡された物を自己の物と信頼している。そうであるがゆえに、加工・改造をしようとも、それは履行として承認する行為ではなく、買主を免責するうえで矛盾挙動と評価されるような先行行為ともいえない。ただし、買主が有する自己の物との信頼については、前述のように、自身が相手方に対して反対給付をするという代償を払うことと不可分に結びついていることが指摘される。買主が自ら反対給付を負担し、受領物を自由に使用したことが重視される。しかし、加工・改造という自由な行為にあたり、契約不適合を知らなかっただけでなく、〈契約不適合を知っていたら加工・改造をしなかった〉といえる場合には、反対給付を負担するという買主の契約時の決定および加工・改造という買主の故意行為を重視してリスク配分をすることに疑問を抱かせる。これが本稿でドイツでの議論を参照していくことで見えてきた重要な視点である。売主による瑕疵物の引渡しと加工・改造による原物返還不能との因果関係に着目する見解は、反対給付の負担を前提に自己の物との信頼を保護しようとする見解（Ⅱ反対給付の限度で買主負担を帰結する見解）に対する有効な反論になっていると評価できる。この見解の登場により、契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主負担とすることは、説得力を持って論証されていると考える。

以上を踏まえ、契約不適合認識前の加工・改造リスクを売主の負担とすることの意味を具体的に明らかにしておく。このリスク配分を考えるうえでは、次の三つのケースが想定される。⁸⁴

- ①品質の契約不適合ゆえに受領時から物に価値がなかった場合
 - ②品質の契約不適合にもかかわらず受領時の物に価値があったが、加工・改造により受領物の価値が失われた場合
 - ③品質の契約不適合にもかかわらず受領時の物に価値があり、加工・改造によっても受領物の価値が残った場合

冒頭でも触れたとおり、近時の我が国の多数説は、買主の許で生じたりリスクについて、買主の支配下から生じたりスクであることや、買主が契約時にした対価負担の決定を根拠としてこれを買主の負担とし、買主に客観的価値の償還義務を課す。したがって、買主の加工・改造によるリスクはすべて買主負担となり、買主は、給付受領時の契約不適合物の価値を償還することになる。右の三つでいえば、①のケースでは元より価値がなかったため買主は価額償還をする必要がないが、②③のケースでは、加工・改造前の契約不適合物としての価値を償還することになる。

しかし、②③のケースにおいて価額償還義務を課すことには疑問がある。この点仮に、加工・改造が契約不適合認識後に行われたのであれば、(品質の契約不適合を除去する改良行為といえる極めて特殊な場合を除けば)それによる返還不能リスクは買主負担で良い。たとえ物使用の必要性・緊急性があったとしても、契約不適合を知らながら他の種類の物に変える加工・改造行為は履行認容といえようし、その後の解除によるリスク転嫁の主張は矛盾挙動と評価できる。それに対し、契約不適合認識前の加工・改造については、いかに故意行為が原因での返還不能とはいえ、右で述べてきたような論理から買主の免責および売主への帰責が認められる。右の①のケースで買主が価額償還義務を負わないのはもちろんのこと、②③のケースにおいても、買主は元の契約不適合物としての価値を償還する義務を負わない。こうした理解が、加工・改造により「他の種類の物に変えた場合」に限られず、そこに至らない加工・改造にも

妥当することは事の性質上当然である。

もつとも、②③のケースで買主が一定の免責を受けるとしても、③のケースで買主の許に残っている加工・改造物（に占めるもとの物の価値）はいかに清算されるべきかという問題が残る。そこで次章では、解除後の加工・改造物の帰属や、加工・改造物に占める（契約に適合しない）原物の価値の清算について検討していこう。

Ⅲ 加工・改造物の帰属と清算

1 総論

加工・改造物になお価値が残った場合、より正確には、加工・改造物に給付物の価値がなお残されている場合の清算のあり方をめぐっては、ドイツにおいて種々の見解が主張されてきた。加工・改造物を売主に引き渡す義務を認める見解や、加工・改造物を買主に帰属させうえて加工・改造物に占める給付物の価値を売主に償還する義務を課する見解、加工・改造物の引渡しと価値償還とを売主や買主に選択させる見解、さらには買主のいずれの義務も否定する見解などである。もつとも、債務法改正後の現在、買主が価額償還をすることでの清算、すなわち、加工・改造物に占める瑕疵物（給付物）の割合的価値について買主の価額償還義務を認める解釈が多数を占め、大方議論の一致を見ているようである。以下では、それぞれの見解の根拠を見るとともに、債務法改正後の現在は何故に見解の一致を見ているのかに着目したい。

2 ドイツにおける議論状況

(1) 債務法改正前

Ⅱ章でみたとおり、ドイツ民法の制定にあたり第一委員会は、加工の際に初めて瑕疵が現れた場合を偶然滅失の場合と同視すべきとした。加工・改造による返還不能リスクは売主が負担すべきものと理解された。それでは、加工物はどのように処理されるべきか。第一委員会はここで、必ずしも加工物そのものを返さなくてはならないとしない。第一委員会は、返還のあり方として、次の二つの選択肢を挙げている。すなわち、加工費用の支払と引換えにその新しい物を返還するか、取得者が新しい物を保持するならば、その取得者に生じた財産的利益を返還するかという二つである。このことは第一草案理由書でも繰り返し指摘されている。⁽⁸⁵⁾ この第一委員会での指摘および第一草案理由書の表現は、加工・改造物を手許に残すかどうかの選択権を買主に与えるかに映る。そこで、民法制定後にも、買主が両義務のうちどちらを履行するか選択できるとも捉えられる見解が主張された。⁽⁸⁶⁾

もともと、二〇世紀のドイツにおいては、右の二つを選択的な義務と捉えず、加工・改造物の返還義務を課す見解が有力であり、加工・改造物の返還義務が一般に認められているとまで説かれることがあった。⁽⁸⁷⁾ たとえば二〇世紀前半、エルトマンは、これを当然の義務としたうえで、この義務は、履行不能の場合に代償の引渡しを規定した旧二八一条からだけでなく、不当利得の観点からも生じると説いた。⁽⁸⁸⁾ また、二〇世紀後半には、たとえばホンゼルも、旧四六七条一文前段が（約定解除の効果として受領物の返還義務を規定する）旧三四六条一文を準用していることを指摘し、瑕疵担保解除権をした買主は改造により生じた形において物を返還しなければならないと説いた。⁽⁸⁹⁾

もつとも、加工・改造物それ自体は、もはや給付物と異なる。このことをどう捉えるべきか。これにつき、本稿Ⅱ

章でもとりあげたコンツエやフランツ・メデイクスは、買主の加工・改造物の返還義務と、買主の許に加工・改造物を残したうえでの買主の価額償還義務との関係に言及する。議論の起点は、売主の加工・改造物引取義務の有無である。コンツエやフランツ・メデイクスによれば、売買時点で存在した売買目的物こそが返還対象であるところ、これは改造により他の種類の物に変えられた（旧三五二条）。したがって、旧四六七条一文後段によりなお瑕疵担保解除が許容された場合、売主が改造物の返還を望むのであれば買主は改造物の返還をしなければならないが、売主がこれを望まないときに売主に改造物の引取りを強制することはできない。もともと、売主は、自身が改造物の返還に同意しないからといって、買主に対し完全な利益賠償や物に代えた価額償還を要求できない。ドイツ民法は、物の返還ができない場合、買主から瑕疵担保解除をとりあげて買主負担とするか、買主の解除を認めたとうえで売主の損害賠償請求権を否定することによって売主負担としている。いま改造物の回復がされないのは、売主が引き取ろうとしないがゆえである。したがって、売主は買主に旧三四七条により賠償を求めることができない。ただし、売主には改造物の引取義務が存在しないのであるから、売主は決して受領遅滞状態にあるのではない。買主は、物を改造に利用したのであるから、旧三四六条により、売主に対して改造により自身が得た価値を返還しなければならない、とするのである。⁹⁰

これに対し、加工・改造物はもはや給付物と異なることに着目して加工・改造物の返還義務を否定し、さらには買主の価額償還義務をも否定する見解がウルリッヒ・フーバーにより主張されていた。フーバーによれば、この新しい加工・改造物は、給付物と同一ではないため、給付物の返還を規定した旧三四六条一項は適用されない。通常、ここで想定する瑕疵物には、旧四五九条一項二文との関係で相当程度の瑕疵があるため、加工・改造物には価値がないか、

あるいは少なくとも買主が拠出した労務費用や資材出費と比べれば僅かな価値しかない。また、たとえ例外的に瑕疵物にそれなりの価値があったとしても、加工・改造物の返還の必要はないとしなければならぬとフーバーは述べる。こうして加工・改造物の返還義務が否定されるほか、フーバーによれば、買主は売主に対し不当利得返還義務も負わない。⁹¹ フーバーは、旧四六七条について論じる中で、瑕疵担保解除の場合に、旧三四六条以下の解除規定のほかにも不当利得規定を適用することを否定していた。⁹² 旧三四六条以下で規定された利益調整が不当利得法の介入によって修正されてはならないとするのである。こうしてフーバーは、たとえ加工・改造物になお価値があろうとも加工・改造物の返還は不要であり、なおかつ、（瑕疵物を元とした）当該加工・改造物を譲渡することにより利益を得たような場合の代償返還義務を除き、買主の価額償還義務を否定していた。

(2) 債務法改正後

ところが、債務法改正後の現在、先述のように、加工・改造物に占める瑕疵物の割合的価値につき買主が価額償還をする義務があるとの解釈が多数を占め、大方議論の一致を見ている。⁹³ たとえばカイザーは、Ⅱ章3節(2)で紹介した〈瑕疵を知っていれば加工・改造をせず、瑕疵ある受領物を返還することができた〉との根拠でもって、加工・改造により元の形で返還できないリスクにつき買主を免責することを正当化した。ただし、そのカイザーも、その加工・改造物が瑕疵にもかかわらずなお価値を有するのであれば、買主は三四六条三項二文によって利得の返還責任を負うとする。⁹⁴ 解除が認められるほどの瑕疵であるため、当該加工・改造物には価値がないことが多い。しかし、なお価値があるのであれば、三項二文により、その価額償還が必要になると解する。⁹⁵

それでは、債務法改正前に主張されていた、加工・改造物の返還による清算はあり得ないのであろうか。ここでは、加工・改造物それ自体の返還義務が否定される理由を比較的詳しく論じているファウストの論理を見ていこう。ファウストによれば、加工・改造物は、（瑕疵ある）原物から生じた利得だけでなく、それを超えて、加工・改造のための出費やさらには加工・改造の際に投資した資材をも体现するものである。そうであるからには、加工・改造物の返還を義務づけるには、相当する補償の支払が必要となる。そこで、ここでの清算の選択肢は、相当する補償の支払と引き換えに加工・改造物の返還を要求するか、あるいは物の返還ではなく、買主が瑕疵物を手にしたことで得た利得を金銭で返還することを求め得るとするか⁽⁹⁶⁾の二つである。もともと、そもそも債務法現代化法では、返還債務者が加工・改造をした時点で、返還債権者はもはや当該加工・改造物の返還を求めえない。加工・改造物は給付物とは異なる新しい物であるとともに、加工・改造がなされた場合には物の返還に代わる価額償還義務が生じると規定したためである（三四六条二項一文二号）⁽⁹⁷⁾。こうした規定構造を前提としたとき、二項一文二号の段階でいったん否定された加工・改造物の返還義務が、三項二文の段階で再度生じるのは整合的でない。そこで、ファウストは、加工・改造物は買主の許に残したうえで買主が価額償還をする解決策が支持されるべきであると説く。今回の改正により、加工・改造物それ自体を返還する必要があることが明確になったと述べられる。

こうして現在の多くの学説は、加工・改造物それ自体を返還する可能性について、加工・改造物それ自体は買主の労力や出費も含んでいることに加え、そもそも加工・改造物の返還義務については三四六条二項の段階で否定され、価額償還による清算をする構造になっていることから、三項二文の段階でも加工・改造物の返還義務は認められないとする。結果として、加工・改造物に占める瑕疵物の割合的価値が三項二文により償還されることになる⁽⁹⁸⁾。

3 我が国における加工・改造物の帰属と清算

この点、ドイツ民法三四六条^二項が規定する加工・改造がなされた場合の（原物返還に代わる）価額償還義務は、（解除権者が加工・改造をした場合に解除権の消滅を規定していた旧三二一条と異なり）加工・改造者が解除権者である場合だけでなく、解除の相手方である場合にも妥当するルールである。つまり、本稿で検討している事例だけでなく、加工・改造の対象には何らの瑕疵がない事例も適用対象となる規定である。こうして、そもそも受領物に品質の契約不適合がなければ、加工・改造物について買主に帰属させたいうえで金銭による清算を図ることに合理性もあろう（この点で注(97)のファウストの議論も参照⁹⁹⁾）。

しかし、受領物に品質の契約不適合があり買主が解除したような本稿の冒頭事例に即していえば、受領物ひいては加工・改造物は買主にとって不要な物でしかない。とりわけ、我が国の改正民法においては、契約不適合には、品質の不適合だけでなく種類の不適合も含まれるところ、ここで引き渡された異種物の加工・改造をした買主に価額償還義務を認めるならば、買主に解除を認める意味が乏しい。契約目的を達成できないとして解除したにもかかわらず、加工・改造物になお価値があるとしてその分を金銭で賠償しなければならないというのは不当である。加工・改造のケースで買主の許に価値が残る限り何らかの責任が肯定されることはやむを得ないものにも思えるものの、その責任のあり方として、加工・改造物に占める給付物の価値を金銭で償還させることは、買主にとって不要なその加工・改造物を買主に押し付けることになることが注目される。

日本民法には、ドイツ民法と異なり、加工・改造物それ自体の返還義務を肯定するうえでこれと抵触するような規定が存在しない。また、加工・改造に要した費用についても、加工・改造はそれこそ契約不適合により無駄になった

以上、同じく特段これを制約する規定がない我が国においては、買主が売主に請求することを認めることが可能に映る。我が国においては、（加工・改造物について一律に金銭での清算と割り切っているドイツと異なり）加工・改造物自体を返還することでの買主の責任負担のあり方が検討されてよい。¹⁰¹ この帰結は、Ⅱ章4節において挙げた①②③のケースのうち、③のケースだけでなく、①や②のケースにおいても、買主にとって不要でしかない物の処分費を買主が負担しないことにも意味を見いだせよう。

IV 結論

我が国の解除効果規定の制定にあたっては、広く、ドイツ民法第一草案および第二草案を参照したことが知られる。¹⁰² しかし、ドイツ民法草案が、約定解除、法定解除および瑕疵担保解除とを区別したうえで、約定解除の効果規定を中心に規定してこれを他で準用するという形を採ったためか、我が国の民法制定における審議にあたっては、ドイツ民法旧三四六条以下の約定解除の効果規定に注目が集まり、法定解除についての特則である旧三二七条二文だけでなく、旧四六七条一文後段についても、それらの草案段階の規定に具体的な言及がない。¹⁰³ 日本民法制定時、瑕疵を知らずに加工・改造をした場合におけるドイツ民法草案の例外規定は、見落とされた可能性が高い。ドイツ民法第一草案では、法定解除と約定解除とでその効果論上の差異がさほど意識されていなかったこともあり、我が国の民法制定過程でも、効果における両者の違いが意識されていなかった。それどころか、本田純一の指摘するとおり、「約定解除を中心とした解除規定を持つドイツ法において、解除原因を解除権者が認識しうる状態にあるという前提で学説が

議論していたのを不履行解除の規定の中に無批判に受容した結果」、民法起草者は、改正前五四八条の適用場面として、「目的物の滅失について、解除権発生後（あるいは少なくとも解除原因を知ったのち）の法律関係を考えていたようであり」、「法定解除と約定解除の差異を認識していないだけでなく、目的物の滅失が解除権者のもとで、解除権発生後に生じたのか否かについても区別を意識していない」ように映る。解除原因を知ったことを前提としていたがゆえに、改正前五四八条一項で解除権が消滅することを、権利者による解除権の「放棄」と説明したのであろう。本田により、「起草者は五四八条で、解除原因を知ってから、解除権を行使するまでの間しか把握しておらず、解除原因を知る前も、解除権行使後も適用領域として考えていなかったこととなる」と分析される所以である。¹⁰⁴

こうした法継受を背景として、我が国はその後、ドイツ民法旧三四六条以下の議論に影響を受けてきた。その中でも、一九七〇年代以降に支持を集めたカメラやレーザー、さらにはフルーメらの有力説が盛んに紹介され、定着していった。改正前五四八条二項の解釈において、解除権が存続しようともなお買主の価額償還義務を肯定する見解も、この影響を受けたものといえる。この方向性は、今般の民法（債権関係）改正後も維持され、解除の可否と返還不能リスクの配分とが切り離される。加工・改造行為のリスク配分に関する先行研究は見当たらないものの、買主の許で不可抗力滅失したケースであつても買主負担とするのが我が国の近時の多数説であることからすれば、加工・改造行為に至ってはなおのこと買主負担とすることが伺える。本稿I章の序論でも確認したとおり、解除権認識前の加工・改造により解除権が消滅することはないものの（改正五四八条ただし書）、買主の故意行為により返還不能を招いている以上、買主は物の返還に代わる価額償還義務を負うとする指摘が登場するに至っている。¹⁰⁵このように、我が国の解除の効果におけるリスク配分論は、一九七〇年代以降から債務法改正前までのドイツ学説に多分な影響を受けて

きた。

しかし、本稿で見てきたように、日本民法制定時において法継受されなかったドイツ民法旧四六七条一文後段は、その後も、瑕疵を知らずに加工・改造したことにより原物返還不能となったリスクを売主の負担とする規定と理解され、カメラやレーザー、ホンゼルといった、買主の許で生じた原物返還不能のリスクにつき買主負担の範囲を拡大する解釈を展開した論者でさえも、この帰結を受け入れていた。確かに、加工・改造行為は買主の自由な行為に他ならない。それ以降返還不能になることを認識したうえでなされる故意行為である。しかし、こうした故意行為であろうとも、瑕疵認識前であれば免責されることが一貫して示されてきたのである。

本稿での検討結果は、既にⅡ章4節およびⅢ章3節にて述べてきたが、最後に改めてまとめておきたい。以下では、本稿での構成と同様に、買主の置かれた状況と売主の義務違反との繋がりとに着目して、契約不適合認識前の加工・改造による返還不能リスクが売主の負担となるべきことを論じよう。

まず、買主の置かれた状況に着目したとき、契約不適合認識前の買主が加工・改造をしようとも、その後の瑕疵担保解除と矛盾する挙動とはいえない。ドイツ民法の制定過程を辿ることで見えてきたように、**①** 契約締結段階、**②** 物の受領段階、**③** 物の使用段階それぞれにおいて、瑕疵（解除原因）の認識がリスク配分において重要な基準とされた。我が国でも、契約締結時（**①**）における買主の解除原因の認識は、かねてよりとりあげられてきた。契約締結時に瑕疵を認識していれば、「隠れた瑕疵」について売主の責任を定めていた改正前五七〇条の瑕疵担保責任の追及ができない。改正法のもとでも、契約締結時に買主が契約目的物の欠陥等を知っていたのであれば、それを前提とした契約が成立するという契約解釈を通して、改正前と同様の帰結に辿り着く。また、契約締結後、物の受領時（**②**）におけ

る買主の認識も、瑕疵担保責任において判例・学説により注目されてきた。最判昭和三六年二月一五日民集一五卷一一号二八五二頁は、「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容」した否かに着目し、債務不履行責任をなお追及可能か決するうえで、瑕疵の認識の有無を重視したのである。学説においても、「履行としての受領」に、債務不履行責任と瑕疵担保責任とを区別する契機機能を与えたとともに、瑕疵を知らずに履行としての受領をしていた場合には、履行としての受領という特定合意に瑕疵があるものとして債務不履行責任の「再生」を認める見解や、履行認容意思に瑕疵があつたことを理由に弁済受領の有効性を否定して売主の瑕疵担保責任を追及可能とする見解、さらには、履行としての受領には「契約適合性の承認」（性状承認）が含まれないと理解し、受領物に瑕疵があつた場合には売主の債務不履行としての評価も残っていると、瑕疵担保責任と債務不履行責任との併存を説く見解などが主張された⁽¹⁰⁶⁾。これらは、それぞれ「履行としての受領」に付与する意味が異なるとはいえ、給付危険の負担にあつて、受領時の瑕疵の認識を重視している点で共通するものといえる。また、筆者は、前稿において、買主の受領時における契約不適合の認識の有無は、給付危険の問題にとどまらず、買主が受領した契約不適合物が滅失・損傷した場合のリスク配分にあたっても重要であることを論じた⁽¹⁰⁷⁾。本稿は、ここに、物を実際に使用する時点⁽³⁾、とりわけ加工・改造をする時点での買主の主観をとりあげるものである。^{①②}と同様、契約不適合の認識なしに行われた加工・改造は、（矛盾挙動禁止の先行行為となる）履行承認とは評価できない。確かに、冒頭事例で買主が受領物を元の形のままで返還できないのは、当該物の瑕疵が原因ではない。直接的には買主の加工・改造行為ゆえに他ならない。この点で^①や^②の段階とは利益状況が異なるのは確かである。しかし、当該加工・改造行為がなされたのは、買主がその物を自己の物と信じたがゆえであり、自己の物である以上は自由に取り扱うことが許されると考えたためである。

ただし、こうした買主が有する自己の物との信頼に対しては、買主自身が相手方に対して反対給付をするという代償を払うことと不可分に結びついており、言うならば反対給付の負担を前提にしてのみ、そうした信頼が保護されるべき旨が主張される。買主自身がした契約時の決定と加工・改造という故意行為とに重きを置いてリスク配分をするものといえる。しかし、契約不適合を知っていれば契約を締結せず、加工・改造もしなかったといえる場合には、契約時の決定や買主の故意行為をリスク配分において重視することができないはずである。こうして解除原因の不知に着目し、仮定的因果関係を加味することにより、売主の契約不適合物の引渡しと加工・改造による返還不能との因果関係を肯定することができ、売主負担を正当化できることになる。〈契約不適合を知っていれば当該行為をしなかったか否か〉という基準は、買主が受領物を自己の物と信頼していようと、たとえば故意的破壊行為については免責されないことを説明することができる。故意的破壊行為は、契約不適合を知っていたとしてもしたであろう行為とい得るからである。これに対し、本稿で検討してきた加工・改造は、わざわざ出費をして実施されるものである以上、まさに契約不適合を知っていたならばしなかったであろう行為といえよう。

本稿ではこの他、加工・改造後にもなお、加工・改造物中に、給付された契約不適合物の価値が残る場合の清算のあり方を検討した。本稿での検討結果は、ここで現在のドイツにおける通説的理解とは異なる結論を支持した。加工・改造物に占める不適合物の価値を買主に償還させることは、買主が望まないその物を押し付けられたに等しい結果を生む。債務法改正後のドイツでは、三四六条の詳細な規定構造ゆえに加工・改造物それ自体の返還による清算が否定されているが、このような規定に拘束されない我が国では、より柔軟に、不適合物の給付をされた買主を救済することが可能である。

冒頭事例において買主の解除を認めつつ買主に価額償還義務を課す（加工・改造による返還不能リスクを買主負担とする）のであれば、解除を認める意味が乏しいと言わざるを得ない。そのような帰結を是とするのであれば、解除を認めずとも、買主が契約不適合につき代金減額請求をすれば足りる。近時我が国では、買主（返還債務者）が原物返還不能な場合には原則として価額償還義務を負うものの、当該返還不能につき売主（返還債権者）に責任がある場合には例外を認める考え方が有力である。仮にこの見解を前提としたとしても、本稿で検討してきた返還不能を売主の義務違反と結びつける論理は、右有力説に対し、契約不適合認識前の加工・改造リスクを例外的に売主負担とする選択肢を提供することになる。

【付記】本研究は、科学研究費補助金（若手研究・課題番号19K13570）の交付を受けた研究成果の一部である。

（１） 本事例は、Martin SCHWAB, in: Martin Schwab / Carl-Heinz Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.361の Fall 3 を基とした。なお、議論の混乱を避けるべく、ここではひとまず、引き渡されたゴムには品質の契約不適合があることを前提としておく。

（２） 大判明治四五（一九一二）年二月九日民録一八輯八三頁では、立木の売買契約が解除されたものの、一部の立木には既に買主による加工がなされており、改正前五四八条一項の適用が問題となった。当事者間の契約は、山林五町一反一畝一五歩に生立する松杉立木の代金二〇〇〇円での売買契約であった。ところが、売主（被告）が当該立木の所有権を訴外所有者から取得することができなかったため、買主（原告）は、売買契約を解除し、支払済みの売買代金の返還を求めて提訴した。これに対し、被告である売主は、立木中五七本を買主が既に伐採し、そのうち一五本に加工がなされ返還できない状態になっている

ことから、改正前五四八条一項の適用により解除権が消滅したと抗弁した。原審は、買主の解除権が改正前五四八条一項により消滅したとして原告（買主）の請求を棄却したのに対し、大審院は、原判決を破棄し、原審へ差し戻した。

大審院は、まず、改正前五四八条一項の趣旨につき、「民法第五百四十八条第一項ノ規定ハ契約当事者一方ノ解除権行使ニ因リ相手方ヲ原状ニ復セシムルニ付キ不確實ナル損害賠償ノ方法ニ依ルノ外適當ニ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ予想シタルモノ」と説く。この点は、同条の起草者である梅謙次郎の理解と同様である（梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』（有斐閣・一九八四年）四六〇頁。なお、こうした理解からも、契約解除が認められる改正前五四八条二項の場合には、返還不能等のリスクを売主が負担することが前提とされていたことがわかる）。

大審院判決は、こうした制度趣旨理解に続けて、次のように述べた。「契約ノ目的物数多アル場合ニ其中重要ナラサル僅少ノ部分ニ加工シテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ変シ又ハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタルモ尚ホ多大ノ部分残存シ一般取引ノ觀念ニ於テ原状回復ノ目的ヲ適當ニ達スルコトヲ得ヘキトキノ如キハ同法条ノ規定ニ依リ解除権ヲ消滅セシムル法意ニアラスト解スルヲ當然トス」。そして、当該事案においても、買主が既にした加工部分は僅少であり、残余の部分が返還できるのであるから、「一概ニ其売買ノ解除ヲ全然許ササルモノト謂ウコトヲ得ス」として、原判決には違法があると判断して破棄・差し戻しをした。

本判決は、受領物の返還ができない場合に損害賠償の問題とすることは、その算定の「不確實」さゆえに避けられるべきであり、この点から改正前五四八条一項の解除権消滅の制度が存在するとしつつも、当該具体的事案においては、加工済み部分の僅少さから契約の解除が認められる余地を肯定する。ただし、この判決が「全然」解除を認めない原審判決を破棄したことからすれば、〈同判決は、契約の全部解除を認めたうえで加工部分の損害賠償義務を例外的に認めた〉と見るべきか、あるいは〈同判決は、返還可能な部分に限った契約の一部解除を認めた〉と見るべきかは、必ずしも明らかでない。判決文の論理展開からすれば前者の理解が自然なように思え、学説においても本判決を前者の意味で理解するものがある。我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店・一九五四年）二〇六―二〇七頁、小野秀誠『叢書民法総合判例研究 危険負担』（一粒社・一九九九年）三二―三三頁。

これに対し、本判決を、(右のいずれでもなく) 契約の全部解除を認めたとうえで加工済み部分の損害賠償を不要とする判決(Ⅱ加工済み立木の返還不能リスクを売主負担とした判決)として理解することは、本判決の論理展開からすれば難しいように思われる。もっとも、本判決では、冒頭事例と異なり、買主の加工対象に品質の契約不適合がない。すなわち、買主が加工した対象それ自体には瑕疵がなかった事案であった。冒頭事例のように物自体に欠陥が存在し、買主の加工が無駄に終わった場合については、別途そのリスク配分を検討する余地が残されているように思われる。

(3) 契約対象とされたゴムが種類物であるとともに、買主に引き渡されたゴムに強度が不足してただけであり、同種類の他のゴムであれば契約目的を達成しうる場合、瑕疵ある種類物の引渡しでは民法四〇一条二項の種類債権の特定が生じないと考えるならば、買主は、(受領物返還不能のリスクを負うもの)なお売主に対して瑕疵のないゴムの引渡しを請求できることになるのか。

(4) 改正前の段階から解除の可否とリスク負担とを切り離す見解が有力であったことについては、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」日法八二巻四号(二〇一七年)八一頁を参照されたい。

(5) 潮見佳男『〈法律学の森〉新債権総論Ⅰ』(信山社・二〇一七年)六〇一頁以下、中田裕康『契約法』(有斐閣・二〇一七年)二三〇頁以下、山本豊ほか『〈有斐閣アルマ〉民法五契約』(有斐閣・二〇一八年)九八―九九頁〔山本豊執筆〕など。

(6) たとえば、山本敬三『民法講義Ⅳ―1契約』(有斐閣・二〇〇五年)二〇二頁、潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得〈第三版〉』(新世社・二〇一七年)六三頁。また、法制審議会民法(債権関係)部会での審議では、第一分科会第二回会議事録五四頁での鹿野菜穂子幹事発言も同旨。さらに、最判昭和五一年二月一三日民集三〇巻一号一頁(改正前五六一条による解除の事案)も、買主の目的物返還不能につき売主が有責である場合に、買主が価額償還義務を負わないことを認めている。

(7) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」一六―一七頁。同提案に対する検討文献として、円谷峻編『民法改正案の検討 第一巻』(成文堂・二〇一三年)九九頁以下〔松尾弘執筆〕。

(8) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」一九頁。

- (9) 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」五〇頁。
- (10) 法制審議会民法（債権関係）部会第一分科会第二回会議議事録五六頁〔潮見佳男幹事発言〕。
- (11) 中田・前掲注(5)二四三頁は、「現行法の規律に対しては、たとえば、売買契約の目的物に瑕疵があった場合に、買主がそれを知らないまま費消や加工等した場合にも、解除権が消滅するのは妥当でなく、その分についての価額返還で足りるはずだとの指摘がある」と述べたうえで、本文で挙げた中間試案の概要や、「不完全な物であることを知らずに費消ないし加工した場合に、解除権が消滅すると解すべきかは疑問であろう」と述べていた藤岡康宏ほか『民法Ⅳ債権各論〔第三版補訂〕有斐閣Sシリーズ』（有斐閣・二〇〇九年）四九頁〔磯村保執筆〕を引用している。

(12) このような指摘は、法制審議会において内田貴によってなされていた。法制審議会民法（債権関係）部会第一分科会第二回会議議事録五四―五六頁〔内田貴委員発言〕。内田は、「受け取った価値の低いものを価格で返す」となれば、「結果的には減額をするのと同じになる」と指摘し、五四八条削除案のメリットがどこにあるのかを問題としていた。そのうえで、内田は、返還債務者の「価値の返還義務が一定の場合になくなる、あるいは小さくなる」と解するのであれば、五四八条を削除することと結論に差が生じ、同条を削除するメリットになると指摘する。

これに対し、潮見佳男は、解除を認めただうえで価額償還義務を課したとしても、この償還すべき価額の算定や代金減額の考え方次第で両者は必ずしも同じ結論にはならないことを示唆するとともに（同議事録五五頁）、仮に結果が同じになろうとも、加工・改造により解除が認められなくなること自体を問題視する（同議事録五六頁）。

- (13) 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）五五頁以下。
- (14) 二〇〇二年債務法改正前のドイツ民法関連条文（邦訳にあたっては、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（日本評論社・一九九五年）および椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社・一九八八年）を参照した）

【旧第四六七条】

約定解除に適用される第三四六条から第三四八条まで、第三五〇条から第三五四条まで、および第三五六条の規定は、瑕疵担保解除に準用する。ただし、第三五二条の場合において、瑕疵が物の改造の際に初めて現れたときは、瑕疵担保解除は排除

されない。売主は、買主に対し、契約費用をも賠償しなければならない。

【旧第三五〇条】

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って排除されない。

【旧第三五一一条】

解除は、受領した対象の著しい損傷、滅失その他の返還不能について、解除権者に過失があった場合に、排除される。対象の重要な部分の滅失は、著しい損傷と同様とし、第二七八条により解除権者の責めに帰すべき他人の過失は、権限者自身の過失と同様とする。

【旧第三五二一条】

解除は、解除権者が受領した物を加工または改造により他の種類の物に変えた場合に、排除される。

(15) 「加工」・「改造」に相当するドイツ語としては、“Verarbeitung”と“Umgestaltung”のほか、“Umbildung”も用いられることがある。我が国では、“Verarbeitung”を加工と、“Umgestaltung”や“Umbildung”を改造と訳すことが多い。そこで本稿でもこれに倣うこととする。椿寿夫Ⅱ右近健男編・前掲注(14)二七五頁〔青野博之執筆〕、およびマンフレート・ヴォルフⅡマリーナ・ヴェレンホーフアー（大場浩之Ⅱ水津太郎Ⅱ鳥山泰志Ⅱ根本尚徳訳）『ドイツ物権法』（成文堂・二〇一六年）の条文資料〔鳥山訳〕を参照。

(16) ドイツ民法三四六条の邦訳にあたっては、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。なお、三四六条の一般的説明については、拙稿・前掲注(4)八八頁以下を参照されたい。

【第三四六条（解除の効果）】

1 契約当事者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、価額償還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

契約不適合認識前の加工・改造と解除（野中）

- (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、価額償還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額償還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 価額償還義務は、次の各号の場合に消滅する。

- (1) 解除を基礎づける瑕疵が、対象の加工または改造の際に初めて現れたとき
- (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。

(17) Thomas LOBINGER, in: Hans Theodor SOERGEL Kommentar zum BGB., Band 5/3, Schuldrecht 3/3, 2009, § 346 RdNr.108. 実はこうした論理は、ドイツ普通法学においても見られた。加工・改造をした買主が瑕疵担保解除を認められる場合でも、買主は売主に生じた損害を賠償しなければならないという形で、加工・改造による原物返還不能リスクを買主負担とするものがあつた。この点でハナウゼックの見解につき、後掲注(24)を参照されたい。

(18) エルンストは、この解釈にあたり、利得消滅の抗弁を規定するドイツ民法八一八条三項に関するフルーメの見解を持ち出している。ここでフルーメの見解とは、買主の契約時の決定に着目して、利得消滅の抗弁の適用範囲を限定することで、生じた滅失・損傷の買主負担を導くものである。同理論についての我が国での近時の論稿として、湯川益英「給付不当利得の消滅と受領者の『財産上の決定』——ヴェルナー・フルーメの給付不当利得論」獨協法学一〇七号（二〇一八年）一頁以下。

(19) Wolfgang ERNST, Sachmängelhaftung und Gefährtragung, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S.216, 235 f. このほか、ディーター・メディクスの主張によっても、改正法のもとで買主負担となる余地がある。メディクスによれば、三四六条三項二文は、解除にもかかわらず返還債務者（買主）が利得を得ることを禁止したと解釈できるものであり、残った利得を返還させるにとどまらない。たとえば法定解除権者である買主の許で物の損傷が生じ、それが不可抗力によるものであるが故に三四六条三項一文三号により買主が免責されようとも、返還債務者（買主）はもはや支払済みの売買代金の全額を返還してもらえず、瑕疵ゆえに余計に払いすぎた分が返還されるに過ぎないとする。結果として、解除は代金減額権へと制限されることになる。こうしたメディクスの理解からしても、瑕疵を知らずにした加工・改造による原物返還不能リスクが買主負担となりうる。Dieter MEDICUS, in: Egon LORENZ (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, S.205.

(20) この点を指摘するのは、Franz MEDICUS, Die Vollziehung der Rückgewähr bei der Wandelung : ein Beitrag zur Erläuterung des § 467 BGB., 1914, S.53; Ernst KAUFMANN, Welchen Einfluss hat eine vom Käufer vorgenommene Verfügung über die Kaufsache auf die aedilizischen Rechtsmittel?, 1901, S.48.

(21) Rolf KNÜTEL / Berthold KUPISCH / Hans Hermann SEILER / Okko BEHREND (Hrsg.), Corpus Iuris Civils. Text und Übersetzung, Band VI, 2005, S.39, 41. 邦訳にあたっては、京都大学西洋法史研究会「ユスチニアヌス帝学説編纂邦訳」〔法学論叢六四巻五号（一九五八年）九頁および一二頁を参照した。〕

(22) ハナウゼックは、加工・改造行為を、①瑕疵を除去しようとする改良行為、②損傷行為、③変更行為とに分類する。本文で挙げたハナウゼックの見解は、狭義の加工・改造を意味する③についてのものである。なお、ハナウゼックは、②のときには瑕疵担保解除権が排除されるのに対し、①のときには当該加工・改造行為を買主の瑕疵担保解除権の放棄とみなすべきではないとして瑕疵担保解除権が排除されないとしつつは、Gustav HANAUSEK, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, 1 Abth., 1883, S.147.

(23) 改造後もなお元に戻すことができるのであれば瑕疵担保解除が許されるとの理解は、当時の一般的な見解であった。たと

すべ²⁴ Friedrich Christian GESTERDING, Sieben Abhandlungen aus der Lehre vom Edict der Aedilen über verkäufliche Gegenstände und besonders von der actio redhibitoria, in: Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd.6, 1833, S.39 ff.

(24) ハナウゼックは、この議論にあたり、瑕疵を知ったうえでの改造か否かを明確に区別していない。もともと、ハナウゼックは、買主が物を使用するためにそのような改造が不可欠であった場合、権利の放棄とはならないものの、買主は売主に生じた不利益を賠償しなければならないとする。この場合の改造は瑕疵を知らずになされる場合が多いはずであることを考えると、ハナウゼックはこの文脈で瑕疵の認識の有無を重視していなかったように思われる。このことは、ハナウゼックが、消費行為について論ずる際には瑕疵の知・不知で区別して論じていることとの対比からも、裏付けられる。

さらにハナウゼックは、新しい物への改造に至っておらず瑕疵担保解除が排除されない場合にあっても、瑕疵担保解除をした買主には自らした改造を通して生じた不利益を売主に賠償する義務があるとする。ハナウゼックによれば、こうした賠償義務から逃れたい買主は瑕疵担保解除をしてはならない。これは、右で述べた瑕疵を知らずに消費した場合（ハナウゼックが瑕疵担保解除をなお認める場合）でも同様であり、解除が認められるにもかかわらず、買主は得られたものをすべて返還しなければならぬとして賠償義務があると説いていた。

以上につき、Gustav HANAUSEK, a. a. O. (Fn.22), S.147 f.

(25) Gustav HANAUSEK, Die Haftung des Verkäufers für die beschaffenheit der Waare nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, 2. Abth., 1. Hälfte, 1884, S.66.

(26) バイエルン民法草案三二四条は次のとおりである (Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 3, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, 1973, S.107. なお、邦訳にあたっては、本田純一「給付利得と解除規定(1)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城法学一号 (一九七八年) 三〇〇頁を参照した)。

【バイエルン民法草案三二四条】

売却された物が、占有移転時から存在していた瑕疵の結果としてではなく、瑕疵担保解除の主張以前に、別の偶然の事情に

よって滅失し、または買主の占有を離れ、もしくは以前の形で返還されえないほど変更されたときは、買主は売買代金の減額のみを請求することができる。

(27) Ulrich HUBER, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB., Band 3, 12. Auflage, 1991, § 467 RdNr. 65 f., 14a.

(28) 前掲注(19)で紹介したメディクスの理解も同様に批判される。Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S.341は、メディクスの理解によれば、三四六条三項一文三号の評価と矛盾するのみならず、偶然による滅失・損傷の場合ですら解除権者（返還債務者）負担という帰結を生み、（草案理由書および諸学説により、改正法は旧三五〇条よりも危険の跳ね返りの範囲を広げたという評価がなされていることに反し）改正前よりも、返還債務者に厳しい責任を負わせることになってしまうと指摘する。事実、メディクス自身も、フォーラムにおいて自らの提案が大胆なものであることを認めている。Dieter MEDICUS, a. a. O. (Fn.19), S.205.

(29) BT-Druks.14 / 6040, S.196.

(30) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, § 346 RdNr.219. こうした理解から、三四六条三項二文の意義を考えるにあたっては、三四六条二項や三項一文の価値判断を前提にすべきと主張され、返還債務者が受け取った物そのものやその価値はここでの残存利得とはならないと解釈される。三項二文では、受領物を使用することで得られた利益や物自体の代償など、受領物に基づいて得られたものだけが問題とされるのである。三四六条三項二文は、ドイツ民法二八五条と同様の機能を有することになる。以上につき Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.1), S.370; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.341 f.を参照。

そして、不当利得法における利得消滅の抗弁（ドイツ民法八一八条三項）や嚴格責任（ドイツ民法八一九条）についても、あくまでこうした解除効果規定体系と矛盾しない限度でのみ適用の対象になると説かれる。たとえば、八一八条三項の利得消滅の抗弁については、加工・改造製品が壊れたり盗まれたりした場合にその適用を認める。Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.353. また、嚴格責任についても、解除原因の認識前の買主にはその受領物が以後も自己の物であり続けることへの信頼があり、これは保護されるべきとして、解除原因の認識後から適用されると解されている。Reinhard GAIER, in: Münchener

Kommentar zum BGB., Band 3, 2019, § 346 RdNr.58; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.218; Helmut GROTHE, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth, Kommentar zum BGB., Band 1, 2012, § 346 RdNr.57.

(31) この点は、拙稿・前掲注(4)八七頁を参照されたい。

(32) Werner SCHUBERT (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, S.376.

(33) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S.572 f.

(34) ラテン語の“specificatio”に相当する用語であり、以下の文献では、これが加工と訳されている。栗生武夫「加工の歴史」『入會の歴史其他』(日本評論社・一九四三年)九三頁以下、原田慶吉『ローマ法〔有斐閣全書〕』(有斐閣・一九五五年)一〇七頁、フリッツ・シュルツ(眞田芳憲Ⅱ森光訳)『ローマ法の原理』(中央大学出版部・二〇〇三年)三九頁。この点で、Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.54を参照。

(35) 部分草案三二条は、ほぼそのままの形で編集委員会決議暫定集成九二条となった後、約定解除の効果を詳細に規定し、これを瑕疵担保解除に準用する体系が採られた関係で、約定解除の規定と瑕疵担保解除の規定とに分解された(約定解除の規定を準用する体系になったことを、解除制度の沿革史から説明するのは、ハンス・ゲオルグ・レーザー(福田清明訳)「日本民法との比較におけるドイツ民法典の解除制度の発展史」西村重雄Ⅱ児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統——日本民法典百年記念国際シンポジウム』(九州大学出版会・二〇〇〇年)五〇六頁および五一〇—五一二頁)。

部分草案三二条および編集委員会決議暫定集成九二条のうち、過失による滅失や任意の処分、加工・改造による他の種類の物への変更の場合に瑕疵担保解除(Wandelung)が排除されるとの規律は、そのまま約定解除の規律として規定された。約定解除の効果は第一草案四二七条以下で規定されるが、その四三〇条三号で、解除が許されない場合として、「解除権者が、受け取った物を加工または改造によって他の種類の物に変えたとき」が挙げられ、これが第二草案三〇二条二号に引き継がれ、旧三二条に結実する。

他方、部分草案三二条における改造の例外規定部分は、瑕疵に関係するものであるため、瑕疵担保解除固有の規律として第一草案三八七条に整理された。第一草案三八七条二号には、「第四三〇条三号の規定は、瑕疵が改造の際に初めて現れたときは適用されない」と規定され、これが第二草案四〇三条三文ただし書となり、旧四六七条一文後段に結実した。

以上につき、Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.33), S.582 f., 586; Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S.170 ff.

(36) ただし、第一草案理由書では、加工により原則的に瑕疵担保解除権が消滅する理由として、加工は、物の滅失とだけでなく、返還を不可能にする任意の処分とも同様の取扱いを受けるべきことが付記されている。Benno MUGDAN, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1979, Motive, S.128.

(37) 本田・前掲注(26)三〇二頁。

(38) 小野秀誠『給付障害と危険の法理』（信山社・一九九六年）一〇二頁。なお、同九三頁注(6)および同九五頁注(11)も参照。また、民法典成立後のドイツ学説の多くが旧三五〇条の効果をほとんど疑わなかった理由として、同一〇四頁は、「瑕疵がある物を買った売主よりも、契約に従った買主の利益を優先するべきこと、瑕疵がなければ買主は契約を締結しないであろうから、解除権の行使によって契約がなかったのと同じ状態を回復するべきこと」にある」と述べる。

(39) Georg Carl TREITSCHKE, Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, 1838, S.242 f. なお、一八六五年に第二版が出版されており、本文で取りあげた記述も維持されている（同三六七―三六八頁）。

(40) ザクセン民法典については、Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 4, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863 / 1865, S111を、ドレスデン草案について、Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2, Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, 1973, S.37を、それぞれ参照した。

(41) 平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと(2)」岡山大学教育学部研究集録五八号（一九八一年）二四頁を参照。

- (42) Carl GAREIS, Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschem Handelsrecht, 1870, S.146 f.
- (43) Carl GAREIS, a. a. O. (Fn.42), S.147.
- (44) OAG Dresden vom 16. 2. 1847, Seuff. Arch. II. Nr. 170.
- (45) Hans G. LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S.66.
- (46) かつてもし仮に、旧四六七条一文後段に関する第一委員会での指摘を踏まえ、物の加工・改造は物の滅失と同視でき、それゆえに帰責性のない加工・改造を偶然滅失(旧三五〇条により売主負担)と同様に評価すべきと考えるのであれば、解除権を排除する旧三三二条の要件として過失を要求すべきようにも思える。これにより、偶然滅失の売主負担を定める旧三五〇条と區別せざるを得ない。この点も、Friedrich SCHOLLMAYER, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Erste Hälfte, 1900, S.262 f.
- (47) Ludwig ENNECCERUS, Recht der Schuldverhältnisse, 15.-17.Aufl., 8.Bearb., 1922, S.114 Anm.8; Friedrich SCHOLLMAYER, a. a. O. (Fn.46), S.262 f.
- (48) Paul OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung, 5.Auf., 1928, § 352 RdNr.1; Hans CONZE, Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auf die ädilischen Rechtsmittel : Nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Diss., 1903, S.63.
- (49) Ludwig ENNECCERUS, a. a. O. (Fn.47), S.114 Anm.8; Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.65 f. この理由によつてコンゼは、瑕疵が既に「現れた」後に買主が死亡し、しかしその相続人が瑕疵についての心当たりもなしに改造をしたという事例において、買主(被相続人)は自身の瑕疵担保解除権を失うことなしに改造をなし得なかったためであり、相続の発生によって売主が再び不利な立場におかれてはならないことを挙げる。コンゼと同様に解するのは、Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.56 f.
- (50) Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.63 f. なお、エンネクツェルスらが加工・改造には通常過失があると評するのに対し、

コンツェは、製品に加工する目的で物を購入した買主がそれを加工した場合、この買主に帰責性があるとは言い難いと指摘している。

(51) フランツ・メディクスも、改造前の段階で既に瑕疵が現れていた場合には、買主の過失を問うことなく瑕疵担保解除権を排除するのが妥当であるとして、旧三五一条が旧三五一条と区別して過失を問題としなかった点を肯定的に受けとめる。

Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.55.

(52) Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.64 f.; Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.55 f.

(53) 当時は、「(瑕疵が) 現れた」との要件の解釈においても、同文言を必ずしも当該買主の純粋な瑕疵認識と結びつけて解されなかった。さすがに、同要件を純粋に客観的に解釈し、瑕疵が何らかの形で現れていた場合にはたとえ買主がこれをまったく認識しえないときであっても旧四六七条一文後段の適用を認めない見解 (Ernst KAUFMANN, a. a. O. (Fn.20), S.50) は、その結論の不当さが批判され、同文言に瑕疵の認識という主観的要素を読み込む理解が多数であった。もともと、この中にあっても、ライストゥナーのように、同要件を純粋に主観的な要件と理解して買主の瑕疵の認識の有無を基準とする見解 (Jakob LEISTNER, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900, S.62) だけでなく、「現れた」との文言は明らかに客観的な表現であることを強調し、買主の純粋な認識は重視すべきでないと考えたものがあつた。Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.64 f.; Albin ROSSNER, Der Einfluß einer Veräußerung und Zwangsvollstreckung des Schulgegenstandes auf Rücktritts- und Wandelungsrecht, Diss., 1911, S.23.

(54) なお、ドイツ学説は、旧四六七条一文後段の制定直後より、改造後に瑕疵が明らかになった場合にも同規定の適用を認めていた。Heinrich DERNBURG, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Band 2, Die Schuldverhältnisse, 2. Abt., 4. Aufl., 1915, S.86; Ludwig ENNECCERUS, a. a. O. (Fn.47), S.331 II 1b).

(55) Ernst WOLF, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP., 153, 1954, S.135 ff. の理解が連邦通常裁判所に採用され、通説的理解となつていった。BGH vom 10.11.1971—VIII ZR 155/70—NJW., 1972, S.155 ff.

(56) Werner SCHUBERT (Hrsg.), a. a. O. (Fn.32), S.419.

(57) 【旧四六四条】買主は、瑕疵を知っていたにもかかわらず瑕疵ある物を受領する場合、瑕疵に基づく権利を受領の際に留保するときのみ、第四六二条および第四六三条に定められた請求権が認められる。

この旧四六四条の制定過程については既に、北居功により、危険負担論や瑕疵担保責任論、買主の検査・通知義務論との関係も含めた詳細な紹介がなされている。北居功『契約履行の動態理論Ⅱ』（慶應義塾大学出版会・二〇一三年）二七六頁以下。本稿の検討もこれに負うところが大きい。

(58) 北居・前掲注(57)一七〇頁以下を参照。

(59) 北居・前掲注(57)二七六頁。

(60) 北居・前掲注(57)二八九頁注四七を参照。

(61) 実はキューベルの起草した部分草案には、契約締結時の取得者の主観を問う部分草案二四条は存在するものの、受領時の取得者の主観を問う旧四六四条に相当する規定がなかった。これにつきキューベルは、もちろんこの問題を認識しつつも、提案理由の中で次のように語っている。「取得者が、確かに契約締結時には瑕疵の存在や保証された性状の不存在を知らなかったものの、引渡し時には知るに至ったにもかかわらず、その物を留保・責問なしに受領する場合、たいていそこには（瑕疵にもかかわらず）物の承認（Billigung oder Genehmigung der Sache）が見出される」。そうすると、取得者はその後瑕疵に基づく権利を認められないことになるが、キューベルはこのことを特段法律に定める必要がないと判断した。Werner SCHUBERT (Hrsg.), a. a. O. (Fn.32), S.416. この点も既に、北居・前掲注(57)一七二頁および二七六頁が紹介している。

(62) Horst Heinrich JAKOBS / Werner SCHUBERT (Hrsg.), a. a. O. (Fn.35), S.135 ff. 瑕疵を認識しての留保なき受領によりどのような権利が失われると解するかについての議論の詳細は、北居・前掲注(57)二七七頁を参照されたい。

(63) たとえば、本田純一「民法五四八条の系譜的考察（下）——解除に基づく清算義務の重疊的性格」判タ五五七号（一九八五年）四二頁。なお、この本田の指摘は、本稿Ⅳ章の本文にてとりあげる。

(64) こうした旧三二七条二文および旧三五〇条に関する学説上の議論については、本田・前掲注(26)三〇八頁以下、小野・前掲注(38)二二四頁以下、および花本広志「草案三四六条（解説）」下森定Ⅱ岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法

政大学出版局・一九九六年）九一頁以下を参照。本田・同三〇八頁は、「通説的な考え方は、…法定解除の場合にはド民三二七条二文を適用して解除権者に現存利益の返還と引換えにする代金返還請求権を認容する」と整理する。

(65) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.63.

(66) こうしたフーバーの理解からすれば、買主が瑕疵を知った時、旧四六七条一文後段が要件とする「瑕疵が現れた」ことになる。瑕疵が改造の際ではなく改造後に初めて現れたときには、なおさら瑕疵担保解除権は排除されるべきではない。また、フーバーによれば、同規定の基準は、改造時に瑕疵を知っていたか否かであり、瑕疵を知ることが可能であり、知らなければならなかったか否かではない。この理由として、加工前の買主には物の瑕疵を調査する義務がないことなどが挙げられる。

Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.65. 旧四六七条一文後段に言及する研究は少ないものの、こうした理解は当時の一般的理解でもよく反映⁹⁶。Heinrich HONSEL, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 1995, § 467 RdNr.11.

(67) この根拠として、たとえばフーバーは、消費した物に価値があったことを理由にここで価額償還義務を認めてしまえば買主の解除は実質的に代金減額に制限される結果となることを指摘し、これは旧四六七条一文後段およびその基礎にある法原則と一致しないと説いた。Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.69.

(68) Florian FAUST, in: JurisPraxisKommentar zum BGB, Band2.1, 2017, § 346 RdNr.52; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.175; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.58; Christoph BENICKE, Pflicht zum Wertersatz im neuen Rücktrittsrecht bei Verbrauch und Veräußerung, ZGS, 2002, S.369 ff. なお、消費物の瑕疵の例としては、購入したロウソクが過度に滴り落ちるロウソクであった場合が挙げられることがある。

(69) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.75 ff. 契約不適合認識前の譲渡による返還不能リスクの配分については、紙幅の関係上、別稿にて論じることとする。

(70) 拙稿「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」日法八四卷一号（二〇一八年）一四五頁。

(71) この点については、筆者は以前、買主（受領物の返還債務者）が返還不能リスクを負担し、価額償還義務を負う場合の、

償還すべき価額（物の客観的価値か契約の対価額か）を検討するに際して、ドイツおよび我が国での議論を紹介した。拙稿「原状回復における対価合意の意義——原物返還不能により償還すべき価額の算定をめぐって」日法八五卷二号（二〇一九年）三七一頁以下のうち、ドイツにおける議論は二九四—三九七頁を、我が国における議論は三八〇—三八六頁および注(38)に挙げた文献を参照されたい。

(72) 本文で挙げたもののほか、カイザーは本文(2)で挙げるとおり、三四六条三項一文一号の根拠を〈瑕疵を知っていたならば加工・改造をしなかった〉ことに求められるとしながらも、解除原因の不知および買主の自己の物との信頼保護だけでなく、瑕疵ゆえに加工・改造物に価値がなかったり、僅かな価値しか有さないことに言及している。Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.172.

(73) Anne RÖTHEL, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2017, § 346 RdNr. 19.

(74) Christoph BENICKE, a. a. O. (Fn.68), S.370.

(75) Timo FEST, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.72 ff.

(76) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.208.

(77) Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibetur, Festschrift für Karl Larenz. zum 70. Geburtstag, 1973, S.632 f.

(78) 本田純一は「mortuus redhibetur（死んだ奴隷は返される）のローマ法諺につき、次のように語っている。すなわち、「この法諺は、病気に罹患していた奴隷や家畜がその病気によって死亡した場合のように、契約時の瑕疵とそれ以後の滅失との間に直接の因果関係がある場合に、その滅失の危険を売主に負わせるとするものであった」。これに対し、「瑕疵と滅失との間に因果関係がない場合には滅失によって解除訴権も消滅するというのがローマ法の理解であったものの、後にこの「mortuus redhibetur」の原則も拡張されて」いき、「普通法学は、右のローマ法の原則を瑕疵と滅失との間に因果関係のない場合にも適用可能なものと誤解してしまった」と述べる。本田・前掲注(26)二九九—三〇〇頁。

(79) 拙稿・前掲注(13)七三頁以下。

(80) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.48; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.172; Hubert SCHMIDT, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth / Wolfgang Hau / Roman Poseck, Kommentar zum BGB., Band 1, 2019, § 346 RdNr.61.

(81) Timo FEST, a. a. O. (Fn.75), S.73; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.208. ここでテュルは、加工・改造前に瑕疵を知っていたならば、返還債務者は加工・改造をせず、解除後にはその瑕疵物を元の形のまま返還することができ、その結果価額償還義務を負わずに済んだであろうことにも言及している。

(82) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.66), § 467 RdNr.11.

(83) Hans G. LESER, a. a. O. (Fn.45), S.203.

(84) ②と③のケースにおけるドイツ民法上の取扱いを整理しておく。②の場合の返還債務者は、三四六条三項一文一号により原物返還に代わる価額償還義務が消滅し、かつ価値が残存していないため、同項二文による残存する利得の返還債務も負わない。これに対し、③の場合は、瑕疵物が加工・改造によりさらに減価した分は三四六条三項一文一号により売主の負担となるものの、残存する利得については同項二文により返還する必要がある。③の場合における利得返還のあり方を検討するのが本稿Ⅲ章である。この点で後掲注(95)での整理も参照されたい。

(85) Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.36), Motive, S.128.

(86) Jakob LEISTNER, a. a. O. (Fn.53), S.62; Hugo NEUMANN, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1, 1909, § 467 BGB RdNr.3; Albin ROSSNER, a. a. O. (Fn.53), S.23.

(87) Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.57.

(88) Paul OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, 5.Auf., 1929, S.623. つれに加えて重要なのは、加工・改造物の返還義務を課すにあたって、第一草案理由書と異なり、加工・改造費用の賠償請求に消極的な見解も有力であったことである。費用償還請求について規定する旧三四七条二文が参照指示をする九九四条二項によれば、占有者は、物の利用にとって必

要な費用だけを所有者に請求しうるところ、加工・改造費用を物の利用に必要な費用と理解することはできないとされた。これにより、加工・改造費用が高額に及んだ場合の買主は、瑕疵担保解除をとりやめることが賢いとも説かれた。Emil STROHAL (Hrsg.), Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2.Band, 2.Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4.Aufl., 1928, S.719; Paul OERTMANN, a. a. O. (Fn.88), S.623; Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.67.

(88) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.66), § 467 RdNr.20. やはりハンゼルは、110世紀前半の有力学説と同様 (前掲注(88) 参照)、改造費用の賠償請求にも消極的態度を示していた。

(90) Hans CONZE, a. a. O. (Fn.48), S.67 f.; Franz MEDICUS, a. a. O. (Fn.20), S.58 f.

(91) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.66.

(92) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.27), § 467 RdNr.14a.

(93) この点、ヨハネス・ハーガーは、加工の際に瑕疵が現れたにも関わらず最終的な製品に価値がないわけではない場合であっても、価額償還は不要である旨と述べている。Johannes HAGER, in: AnwaltKommentar zum BGB., 2005, Band 2, § 346 RdNr.65. ただし、ハーガーが、加工・改造物に元々の受領物の価値がなお残っている場合を想定しているのかは定かでない。また、シュヴァープは、買主は価額償還義務も改造物の返還義務も負わないと述べているが、ここでの価額償還に、加工・改造物に残された給付物の価値の償還をも含めているかは必ずしも定かでない。Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.1), S.361.

(94) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.172.

(95) 議論を整理しておく、カイザーを含む多数説は、加工・改造のリスクそれ自体については売主負担とするため、本稿I章2節(2)で紹介したエルンストのような買主負担説とは異なる。ここでは、(i)三項一文一号により消滅する価額償還義務と、(ii)三項二文により残存する利得として償還すべき価額との区別が必要である。

まず、(i)三項一文一号で消滅する価額償還義務は、二項一文二号により課せられた価額償還義務であり、まさに物の返還に代わる価額償還である。これに対し、(ii)瑕疵を知らずに加工・改造した買主が (三項一文一号により) 価額償還義務を免責さ

れた結果、(三項二文により) 残存利得の返還責任として負うところの償還すべき価値は、〈加工・改造物に占める元々の瑕疵物の価値〉である (Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.53; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.209, 344)。その分が当該時点の買主の許に残っている利得だからである。これは、給付受領時における瑕疵物の価値ではない。もしこの価値を返還する必要があるとなれば、それは二項一文二号により課せられる価額償還義務の内容と同一になってしまい、三項一文一号で価額償還義務が消滅するとした評価と矛盾するからである。したがって、受領時は瑕疵にもかかわらず価値があったが、その後の加工・改造によりその価値が失われた場合 (本稿Ⅱ章4節の②の場合) には、買主には残存する利得がないと評価されるべきであるし、加工・改造により元々の物の価値が減少した場合 (本稿Ⅱ章4節の③の場合) には、その減少した後の瑕疵物の価値を償還することが残存利得返還義務の中身となる。このように解することにより、加工・改造により元の形で返還できないリスクにつき買主が免責されることになる。

(96) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.53.

(97) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.47; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.49; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.30), § 346 RdNr.141; Anne RÖTHEL, a. a. O. (Fn.73), § 346 RdNr.9. なお、ファウストはここで、加工・改造がなされた場合に価額償還義務の問題としている債務法現代化法 (三四六条二項一文二号) を、実質的にも肯定的に評価する。すなわち、ファウストによれば、加工・改造物の返還義務を否定し、加工・改造物それ自体を買主の許に残したうえで金銭による解決を図ることにより、返還債権者と返還債務者の双方が同時に保護される。返還債権者からすれば、金銭での価額償還を要求できることは、自身にとって役に立たない可能性のある加工・改造物で満足する必要がなくなり、利益となる。また、返還債務者としても、加工・改造物を自身のもとに残しておくことができるので、メリットがある。さもないと、返還債務者は、三四七条二項二文に基づいて限られた賠償を得られるだけになってしまうからであると述べる (この点で前掲注(88)および(89)も参照)。

(98) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.68), § 346 RdNr.53. この点はデルもまた、もはや製品は加工・改造・混和・結合した対象の価値だけでなく、返還債務者が加工についてした出費をも含んだ価値となっていることを指摘し、三四六条三項二文によっ

てはこの製品の返還は求め得ないとして、製品における加工対象物の価値だけが残った利得になると論じている。Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.28), S.209, 344.

(99) この点から、前掲注(2)でとりあげた大審院明治四五年判決が、当該事案（他人物売買）において加工した立木分の価額償還義務（損害賠償義務）を買主に課したと解しても、この判決の処理（リスク配分）には合理性が認められる。

(100) この点で、前掲注(88)(89)(97)におけるドイツでの議論を参照。

(101) このような解釈に対しては、加工・改造物は「原物」とは異なる以上、売主に受領義務を課すことへの批判が想定される。確かに、我が国では買主の義務を「原物返還」と称してきた。しかし、「原物」を契約締結前の状態の物と解する限り、本来、原物返還は不可能な場合が多い。買主は受領後に多かれ少なかれ使用等するからである。原物返還自体が一種のフィクションであったともいえる。そうであるが故に、「原物返還」とは区別して、「現物返還」との表現を用いるものが一定数存在してきたのであろう。加工・改造にも程度の差があることから、加工・改造物自体の返還義務と売主の受領義務を肯定することもあるが不当ではないように映る。なお、ここで受領義務を課さない場合には、加工・改造物の返還に代えて、その物に占める原物の価値を算定しての価額償還義務を買主に課することになるが、これにあたっては、買主にとっての価値の有無が慎重に把握されるべきである。

(102) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書三法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会・一九八四年）八二一頁以下。この点に関する先行研究として、本田純一「民法五四八条の系譜的考察（上）（下）——解除に基づく清算義務の重疊的性格」判タ五五六号（一九八五年）一六頁以下、五五七号三四頁以下。

(103) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(102)八二六頁以下、同『日本近代立法資料叢書四法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会・一九八四年）七五頁以下。もちろん、瑕疵担保解除を規定する日本民法草案五七一条（二〇一七年改正前民法五七〇条）の審議にあたっては、参照条文の中に、ドイツ民法旧四六七条一文後段の基になった第一草案三八七条二号および第二草案四〇三条三文が挙げられているものの、審議内容はこれに及んでいない。

(104) 以上につき、本田・前掲注(63)四〇—四一頁。本田は、「日独両法の解除規定の構造上の本質的差異は、ドイツ民法の解

除規定が約定解除を念頭において作られているのに対して、わが民法の解除規定は債務不履行解除（法定解除）を主眼として作られていることにある。この点、わが解除規定を案出するに際して、原状回復義務の内容についてドイツと差異を設けるべき必要があつたにもかかわらず、立法者はその点を意識しなかったものと思われる。」（傍点・原文）と指摘していた（同四〇頁）。

（105） 本稿Ⅰ章１節にて紹介した中間試案の概要の後半部分の指摘、および前掲注（11）を参照されたい。

（106） この点につき詳細は、拙稿・前掲注（13）八三―八四頁およびそこに付された脚注を参照されたい。

（107） 拙稿・前掲注（13）五五頁以下。

休業と補償

——コロナ危機下におけるドイツの判例の展開——

岡 田 俊 幸

目次

- I はじめに
- II 判例の展開
- III 結びにかえて

I はじめに

コロナ・パンデミックは、世界中の国々において、経済活動に従事する企業や個人に甚大なる被害をもたらした。

休業と補償（岡田）

ているが、ドイツもその例外ではない。新型コロナウイルス感染拡大を抑えるための対策として、小売店、飲食店、ホテル、劇場等に対して休業が命じられ、コンサートやスポーツ・イベント等の行事の開催が禁止され、事業者は多大なる経済的損失を被った。このような状況において、事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が被った損失について事業者は国（州）に対する補償請求権を有するかどうかをめぐって学説において活発な議論が展開されており、また、すで

にいくつかの判決が下されている。日本においても、事業者に対する休業命令（要請・働きかけ）をするためには憲法上補償が必要かどうかをめぐって種々の議論がなされており、ドイツの学説・判例は日本における議論にとって一つの有益な参考資料を提供するものであると考えられる。そこで、筆者は、ドイツの学説における議論状況を紹介・検討する作業は別の論文で行うことにして、まずは上記論点に関して判断を示したドイツの判例を紹介する論文を作成することにした^②。以下、ドイツの判例を時系列に沿って客観的・内在的に紹介する作業を行う^③（Ⅱ）。

Ⅱ 判例の展開

一 二〇二〇年四月二九日ハイルブロン地方裁判所判決

（一）二〇二〇年四月二九日ハイルブロン地方裁判所判決^④（判例①）は、補償請求権についてドイツで初めて判断を示した判例として極めて注目に値する。申立人は、フリーズ・ア・サロン（理髪店・美容院。以下、「サロン」という。）の自営業者であり（Rn. 2）、いわゆるコロ

ナ・パンデミックの中で自己のサロンを休業したことによる損失の補償を求める仮処分申立てをした（Rn. 1）。バーデン・ヴュルテンベルク州（相手方）が、SARS-CoV-2ウイルス感染拡大を阻止するための感染防護措置に関する州政府命令（二〇二〇年三月二三日発効）において休業の基準を定め、これにより本件サロンは休業をしなければならなくなった。これ以降、申立人が経営するサロンは休業している（Rn. 3）。申立人は、二〇二〇年四月三日、ハイルブロン郡保健所に対して、二〇二〇年三月二三日以降における減収、社会保険料の支出、賃料に対する補償の支払いを求めた（Rn. 4）。保健所は、今日（二〇二〇年四月二九日）に至るまで、この要求に対して実質的に対応していない（Rn. 5）。申立人は、次のように主張した。申立人は、コロナ命令によってその営業活動を妨げられ、自己の店舗においてもや営業することができず、これにより、生活の基盤を全体として奪われている。従って、申立人は、金銭による補償を請求する権利を有する。仮処分の枠内において申立人には休業及び減収について一〇〇〇ユーロ（約一二五〇〇〇円）の支払いをあらかじめ請求することが認められる。

このことは、感染症予防法五六条四項の直接適用又は類推適用から生じる。同じ内容の補償請求権がバーデン・ヴュルテンベルク州警察法五五条からも、また、収用類似の侵害又は収用的侵害の諸原則からも導出される。この要求についての緊急の必要性は、立法者が感染症予防法五六条一二項を「前払金」として構想していることから導出されるもので、必要性の具体的立証を要しない。状況は全体として存立を脅かすものである (Rn. 7)。

(二) ハイルブロン地方裁判所は、仮処分申立てを棄却した(主文)。同裁判所は、仮処分の申立ては適法であるが、理由がないと判断した (Rn. 17)。同裁判所は、感染症予防法五六条一二項は、たしかに前払請求権として構想されているが、個別の事情を考慮しない緊急性を含意するものではないこと (Rn. 23) を指摘した (同裁判所は、民事訴訟法九三五条の解釈等について説示しているが、この部分は紹介しない。) 上で、補償請求権について、次のように説示した。

(a) 感染症予防法五六条四項は、同法五六条「第一項に基づく措置の継続中に」休業している場合に限って適用される。同法五六条一項は、無症状病原体保有者、感

染の疑いのある者、罹患の疑いのある者その他病原体保有者を補償の対象者として挙げているが、原告は健康であって、これらに含まれない。同法五六条の類推適用についても、法の継続形成による欠缺補充にとって不可欠の必要性を欠いている。何故なら、連邦及び州のレヴェルにおける自営業者に対する即時支援措置によって、企業及び事業者の経済的負担を緩和する大規模な「救済パッケージ」が実施されているからである (Rn. 25)。

(b) バーデン・ヴュルテンベルク州警察法五五条も適用されない。何故なら、パンデミックに起因する侵害の事案については感染症予防法が完結的なものとして構想されており、感染症予防法は、特別法として、警察法上の一般的な補償規定を使うことを妨げるからである。加えて、同州警察法五五条は、請求権の発生要件として(個別的)「措置」を求めているが、コロナ命令に基づく一般的な休業をこれに含めることは容易ではない (Rn. 26)。

(c) 収用的侵害、収用類似の侵害及び犠牲補償思想の諸原則を援用することも失敗に終わる。何故なら、これらの法形象の保護法益は基本法一四条の所有権保障であ

るが、本件においては、所有権侵害は存在しないからである。原告は、その中核において、自己の職業における逸失利益を主張しているが、これは確固たる所有権地位ではない。とくに、この法制度は、事業体が活動する一般的事実関係が不利益に変化しないことに対する保護を与えるものではない（Rn. 27）。

二 二〇二〇年七月九日ハノーファー地方裁判所判決

(一) 二〇二〇年四月二十九日ハイルブロン地方裁判所判決は極めて簡潔なものであり、理由付けも不十分なものであったが、二〇二〇年七月九日ハノーファー地方裁判所判決^⑤(判例②)は、補償請求権の解釈上の諸問題について立ち入った検討を加えており、非常に参考になる。事実の概要は、次のとおりである。ニーダーザクセン州(被告)は、二〇二〇年三月二十七日に、感染症予防法二八条一項一文及び二文と結び付いた同法三二条一文を根拠として、コロナ・パンデミックに際して社会的接触を制限する命令(以下、「社会的接触制限令」という。)を制定した。同命令には期限が付されていた(一三条)。同命令五条は、レストラン、飲食店、軽食店等の事業者

に対して、テイクアウトを除いて営業を禁止した(Rn. ②)。被告は、二〇二〇年四月二日に、新たに社会的接触制限令を制定した。同命令は、第一次命令を二〇二〇年四月四日に廃止した(二三条)。第二次命令にも期限が付されていた(一三条)。同命令六条は、飲食業の事業者に対して、テイクアウトを除いて営業を禁止した(Rn. 3)。被告は、二〇二〇年四月七日に、第一次命令及び第二次命令と同じ内容の新たな社会的接触制限令を制定した(Rn. ④)。被告は、二〇二〇年四月一七日に、感染症予防法二八条一項一文及び二文と結び付いた同法三二条一文を根拠として、コロナウイルス新規感染を予防するための命令を制定した。同命令六条は、飲食業の事業者に対して、デリバリー及びテイクアウトを除いて営業を禁止した(Rn. ⑤)。被告は、二〇二〇年五月八日に、感染症予防法二八条一項一文及び二文と結び付いた同法三二条一文を根拠として、コロナ・パンデミック対策命令を制定した。同命令六条は、一定の感染症予防及び衛生措置を遵守する場合に営業することが許されると定めた(Rn. 6)。原告は、上記の命令に基づいて、二〇二〇年三月二十八日から五月一〇日までの期間に

において完全に休業した。原告の従業員は短時間労働制に移行し、原告は、連邦及び州から合計二〇〇〇〇〇ユーロ（約二五〇〇〇〇〇円）のつなぎ支援金を受けた（Rn. 8）。原告の飲食業に関連する Covid-19 罹患事例も、また罹患又は感染の疑いの事例も発生していない（Rn. 9）。原告は、被告が講じた感染防護措置は住民の大規模感染を阻止するために必要であるから適法であると考えている。しかし、原告は、休業による売上及び利益の減少に対する補償請求権を有するとの見解を有している。原告によると、補償請求権は感染症予防法から（少なくともその準用により）導出される。さらに、原告は、少なくとも犠牲補償の見地から補償が必要であると述べた。原告は、行楽地のレストランを経営しており、その事業とこれと結び付いた顧客の特殊性のためにテイクアウトにしてもデリバリーにしても不可能であり、それ故、命じられた休業によって二〇二〇年五月一〇日までに五一八五九ユーロ七三セント（約六四八二四六六円）の損失が発生したと主張した（Rn. 10）。原告は、主位的に、被告は感染症予防法六五条一項一文により原告に補償する義務があることの確認を求め（Rn. 12）、予備的に、被告は、犠

休業と補償（岡田）

牲補償の見地から原告に補償することが義務付けられることの確認を求める訴えを提起し（Rn. 14）、やむを得ない一部請求の方法により、被告は原告に対して訴訟係属以降一〇〇〇〇ユーロ（約一二五〇〇〇〇円）を支払うよう命じる判決を求めた（Rn. 16）。
(二) ハノーファー地方裁判所は、訴えを棄却した（主文）。同裁判所は、訴えは適法であるが、理由がないと判断した（Rn. 21）。その判断の内容は、次のとおりである。

(a) ハノーファー地方裁判所は、まず、原告は感染症予防法五六条一項に基づく支払請求権も、また同条一項に基づく支払請求権も有していないと説示する（Rn. 24）。
(i) 感染症予防法五六条一項に基づく補償請求権の要件は、請求者が、無症状病原体保有者、感染の疑いの者、罹患の疑いのある者、又はその他病原体保有者として従来の就労活動を行うことを感染症予防法上禁止されたために減収を被ったことであるが、原告がこの人的範囲に含まれないことに争いはなく、感染症予防法五六条一項は適用されない（Rn. 25）。

(ii) 感染症予防法五六条一a項は、感染予防を理由として学校及び保育施設が閉鎖されたため、保育を必要とする子どもの親権者が就労することができないことにより発生する減収に対する補償請求権を付与しているが、本件においてこの要件が充足されていないことは明らかである (Rn. 26)。

(b) つぎに、ハノーファー地方裁判所は、感染症予防法六五条一項に基づいて補償を求める原告の請求権も存在しないと説示する (Rn. 27)。同裁判所は、この請求権の要件は、感染症予防法一六条及び一七条に基づく措置によつて物件を滅失し、損傷し、若しくはその他の方法によりその価値を下落させ、又は取るに足らないものとは言えないその他の財産的不利益を発生させたことであると指摘した (Rn. 28) 上で、次のように説示した。

(i) 本件においてこの要件は充足されていない。請求権を根拠付ける措置は、感染症予防法一六条及び一七条に基づく措置に限られるが、被告の命令は感染症予防法二八条一項を根拠とするものであり、感染症予防法六五条一項は、この点では一義的な文言によつて判断すると本件の事案には適用されなこ (Rn. 29)。Covid-19 感染

症は本件命令が發布された時点でドイツでもすでに蔓延しており、法的根拠として感染症予防法二八条一項が援用されたのは実際上の状況に対応している (Rn. 30)。

(ii) 感染症予防法一六条に基づく予防措置と感染症予防法二八条一項に基づく鎮圧措置は医学的には精密に分離することができず、防疫措置は同時にウイルス感染拡大の鎮圧に役立つ場合も多いのであるから感染症予防法六五条は拡大解釈されなければならないという反論は、文言、体系及び立法者意思にかんがみると通用しない (Rn. 32)。感染症予防法は、以前の連邦伝染病法と同じように、感染症予防措置と感染症鎮圧措置を区別している。この区別は、体系的には、感染症予防法第四章は感染症予防を対象としており、同法第五章は感染症鎮圧を規律している点に示されている。感染症予防法一六条は感染症予防措置についての一般条項であり、感染症予防法二八条一項は感染症鎮圧措置についての一般条項である (Rn. 33)。たしかに、感染症鎮圧措置が感染拡大も阻止することは確かである。しかし、立法者の考えによると、このことは、二つの概念の基本的区別に変更を加えるものではない。これによると、鎮圧措置には、感染

症、罹患の疑い、感染の疑い、無症状病原体保有者である疑いの発生したと結び付いた措置が含まれる。これらの事例については、もっぱら第五章が適用される。これに対して、予防措置は、感染症が発生することに関する措置であり、既に発生した疾病の蔓延阻止に関するものではない (Rn. 34)。このことから、感染症予防法一六条一項の法的根拠と感染症予防法二八条一項の法的根拠は排他的関係にあることが導かれる (Rn. 35)。

(c) さらに、ハノーファー地方裁判所は、感染症予防法五六条一項又は六五条一項の類推適用からも原告の支払請求権を導出することはできないと説示する (Rn. 37)。同裁判所は、まず、類推適用の要件について次のように説く。連邦通常裁判所の判決によると、類推適用は、「意図に反する欠缺」が法律において存在することを必要とする。この欠缺は、立法者が具体的な立法手続きにおいて基礎とした自己の規制意図から意識せずに逸脱したことから発生する。また、判断しなければならぬ事実関係が、法的観点から見て、立法者が、援用されている規定を制定した際に依拠した原則と同じ原則に依拠して利益衡量をした場合に、同じ衡量結果に到達していた

と考えられる程度まで立法者が規制している事実と比較可能なものでなければならぬ (Rn. 38)。

そして、同裁判所は、一部の学説は、連邦伝染病法の立法者も、また感染症予防法の立法者も、法律上の請求権を設けるに際して、エピソードという枠組みにおける感染症予防法二八条に基づく集団的営業禁止に目を向けていなかったとの論拠によって意図に反する欠缺を肯定し、それ故、鎮圧措置に関係する非妨害者^⑥は感染防護措置の原因を作っておらず、必然的に被害者になっているのであるから、勿論解釈の方法により、鎮圧措置に関係する非妨害者に対しても、その財産的不利益の調整的補償を与えなければならぬと主張していると指摘した (Rn. 39) 上で、①立法者意思の歴史的考察も、また②最近の立法活動も意図に反する規制の欠缺を肯定することを妨げると説いている (Rn. 40)。その内容は次のとおりである。

(i) すでに一九六一年の連邦伝染病法は、第四章において規定されている感染病予防措置 (一〇条以下) と第五章において規定されている伝染病鎮圧措置 (三〇条以下) とを明確に区別していたが、今日、感染症予防法も

同じ区別をしている。加えて、一九六一年の連邦伝染病法は、伝染病鎮圧措置をさらに細分化しており、一定の關係者に対する防護措置（三四条から四二条まで）と公共（一般の人々）に対する措置（四三条）を区別していた（Ru. 41）。一九六一年の連邦伝染病法四三条によると、管轄官庁は、エピソードの形態において感染病が発生したときは、感染病の蔓延拡大を阻止するために必要な範囲において、比較的多くの人々の集まり、とくに劇場、映画館、集会所、遊園地、飲食店及びその他これに類する施設における行事、並びに市場、見本市、会議、祭り及びスポーツ行事の開催を制限又は禁止し、浴場を閉鎖することができた。立法者は、この種の措置が著しく制限的效果を有することを意識していた。しかし、立法者は、このような措置はエピソードの時期における緊急的事案について必要であると判断した。主催者又は施設保有者に加えて何人も規範の名宛人になる可能性があるがあるので、この規定は、義務を課せられる者をとくに挙げていない（Ru. 42）。一九六一年の連邦伝染病法は、二つのケースについて補償請求権を定めていた。一つは、官庁により就労活動が制限された無症状病原体保有者、

無症状病原体保有者である疑いのある者又は感染の疑いのある者に対するもの（四九条）であり、もう一つは、消毒により滅失又は損傷された物件の所有者に対するもの（五七条）である。立法者の考えによると、この補償規定は、排他的規定ではないが、法律上考慮される補償事例の最も重要なものを定めている（Ru. 43）。このことから、立法者の考えによると、連邦伝染病法四三条に基づいて公共（一般の人々）に対して講じられるエピソード鎮圧措置は補償義務が発生させないことが導出される（Ru. 44）。何故なら、立法者は、連邦伝染病法四三条に基づく措置が著しく制限的效果を有することを認識し、さらに、この種の措置の射程範囲が無限に拡がる可能性があり、関係人の数も非常に多数になることが予測されることから、算定できないほど多数の補償要求とこれに対応する見当のつかない国の財政的負担が考えられたであろうにもかかわらず、疑いもなく「最も重要な補償事例」に含まれる事案類型について補償請求権を定めなかったからである。明文の補償規定の欠如から、反対解釈により、立法者はこのような措置については補償を与えるつもりはなかったとの結論が導き出される

(Rn. 45)。

立法者は、一九七九年に連邦伝染病法四三条の規定を廃止した。何故なら、立法者は、連邦伝染病法三四条を改正して鎮圧措置に対する一般的授權規範を創設し、これまで連邦伝染病法四三条において列挙されていた公共（一般の人々）に対する防護措置はこの一般的規範を根拠とすることができるようになったからである (Rn. 46)。この規定によって補償請求権をそれまで連邦伝染病法四三条が定めていた事案類型にまで拡張しようとしたことを示す手掛かりは明らかではない。むしろ立法史は反対の論拠を提供している。何故なら、立法者は、一九七一年に、もともとの補償規定が州の著しい財政的負担をもたらしているほど極めて寛大であると考えたために、もともとの補償規定に制限を加えたからである。このような事情からすると、連邦立法者が、明示的に言及することなくももとの規制意図から方向転換を行い、州財政に負担を課して補償規定を広範囲に拡張しようとした可能性は排除されなければならない (Rn. 47)。

(ii) 立法者が感染症予防法の導入によって補償規定を変更しようとしたことを示す手掛かりは明らかではない。

何故なら、感染症予防法五六条及び六五条は、大部分において伝染病法四九条及び五七条と一致しているからである。変更、とくに補償規定の拡大は行われておらず、立法者は、判例が発展させてきた一般的犠牲補償請求権を第二章の補償規定に包括的に取り換え、一般的犠牲補償請求権に欠缺を補充する機能をもはや与えないことを出発点としている (Rn. 48)。

(iii) 感染症予防法に関する最近の立法者の活動も、意図に反する規制の欠缺を肯定することに反対の論拠となる。立法者は、コロナ・パンデミックがすでに進行している期間において、二〇二〇年三月二七日の法律によって感染症予防法五六条に、学校又は保育施設の閉鎖により被った減収を補填する新たな補償規定である a 項を補充した (Rn. 49)。この法律改正に先立って、二〇二〇年三月一六日に、感染症予防法に基づく命令による不利益の補償について検討した連邦議会調査局の調査報告書が提出されたが、調査局も、コロナウイルス対策命令に基づく居酒屋の休業について感染症予防法において補償請求権は定められていないとの結論に達した (Rn. 50)。従って、立法者は、感染症予防法五六条 a

項に基づく新たな補償請求権を創設するに際して、飲食業者の休業については伝染病法上の補償請求権は存在しないことを知っていた。加えて、この時点において、多くの経済部門における比較的長期で広範囲に及ぶ休業も予見できた。何故なら、例えば、バイエルン州において、二〇二〇年三月一八日から、行事の開催、飲食店の営業、さらに、多くの小売店の営業が広範囲に禁止されていたからである（Rn. 51）。立法者は、このような状況において、そして、このことを認識していたにもかかわらず、補償をしない事例を限定的な範囲に限って排除するにとどめ、疫病対策措置による休業について補償請求権を創設しなかったのであるから、意図に反する規制の欠缺が存すると解する手掛かりは存在しない（Rn. 52）。立法者は、一九六一年の伝染病法によって、問題になる補償事案の中の重要なものを定めようとした。公共（一般の人々）に対する極めて厳しい措置は、疫病の時期における緊急事例に限定されるものであるが、立法者は、このような措置には補償は必要ないと考えた。このような立法者の評価は、その後、感染症予防法が発効してからも変更されておらず、その結果、意図に反する規制の欠缺

がないため、感染症予防法五六条の類推適用も六五条の類推適用も考えられない（Rn. 53）。

(d) さらに、ハノーファー地方裁判所は、原告は、ニードーザクセン州警察法（以下、「州警察法」という。）八条と結び付いた八〇条による一般警察法に基づく支払請求権も有しないと説いている（Rn. 54）。同裁判所は、原告自身を発生源とするコロナ感染の疑いのある事例も、また原告のレストランを発生源とするコロナ感染の疑いのある事例も明らかになっていないことに争いはないのであるから、原告が命じられた休業が、州警察法八条一項の意味における非妨害者として原告に向けられた「利用」であり、州警察法八〇条一項の要件に文言上は該当することは確かである（Rn. 55）が、しかし、危険防御法の特別法である感染症予防法が、州警察法の適用を阻止する規定を含んでいない場合に限り、州警察法八〇条に基づく請求権は検討の対象となること（Rn. 56）を指摘する。そして、同裁判所は、一九六一年の連邦伝染病法の立法者が同法の補償規定を全面的に完結的なものであると明記していないという伝染病法の立法者の意思を指摘しつつ、感染防護法の補償規定が一般警察

法に対する阻止効果を有する完結的なものであることを部分的に否定する学説もある (Rn. 57) が、しかし、州警察法八〇条の適用可能性に対する感染症予防法の阻止効果を肯定するためには、同法が考えられるあらゆる補償規定を含む完全に包括的な規定を含んでいる必要はなく、感染症予防法の諸規定が非妨害者の利用という関連する事案類型について完結的な規律を行っているということと十分である (Rn. 58) との解釈を示し、本件はこの場合に当たる (Rn. 59) と判断した。判断の内容は次のとおりである。

感染症予防法は、六五条によつて、感染症予防法一六条、一七条に基づく予防措置によつて物件の価値低下又はその他の少なくとも財産的損失を被つた非妨害者の補償についての特別の法律上の規定を設けた。立法者が、一定の事案類型について補償規定を設けた場合、立法者は、完全で欠缺のない規定、つまり、完結的規定を設けたと推定される。感染症予防法に基づく補償規定に異なる解釈を施すためには、すなわち、適法な利用についての非妨害者の補償について完結的に定めるものではなく、非妨害者のための一般警察法の補償規定によつて補充し

ようとしているという趣旨に解釈するためには、これに相当する立法者の意思又は補償規定の限定的目的についての明白な手掛かりが存在しなければならない (Rn. 60)。しかし、こうした手掛かりは明らかではない。立法者は、感染症予防法において伝染病予防措置と伝染病鎮圧措置について内容的に分離独立した補償システムを定めた。感染症予防法は予防措置における非妨害者に対する補償を定めているが、かりに、この補償に加えて、一般警察法を根拠として鎮圧措置に対する補償請求権が付与されるとすると、このシステムにおける区別が失われることになる。立法者は、特別の規定によつて、最も重要な補償請求権を定め、一般的犠牲補償請求権に欠缺を補充する機能を与えないことにしたのである。非妨害者の一般警察法上の補償請求権は、判例法上発展してきた一般的犠牲補償請求権の実定法上の具体化であると解することができるので、立法者の意思が明確に述べられていないことにかんがみると、感染症予防法の立法者が、自ら定めた伝染病予防措置の關係人に対する非妨害者補償に加えて、一般警察法を根拠とする伝染病鎮圧措置の關係人に対する非妨害者補償を許容しようとしていたと

考える手掛かりは存在しない（Rn. 61）。そうすると、感染症予防法の特別の規定の阻止効果の故に、州警察法八〇条一項に基づく原告の請求権は問題にならない（Rn. 62）。

(e) また、ハノーファー地方裁判所は、原告は収用的侵害に基づく支払請求権も有しないと判断する（Rn. 63）。連邦通常裁判所の確立した判例によると、それ自体として適法な高権的措置がほぼ非典型的で予見できない所有権侵害を関係人に直接的に発生させた場合において、関係人が法的又は実際上の理由からこの侵害を受忍しなければならぬが、この侵害が収用法上期待できる限界値を超えているときには、収用的侵害に基づく請求権は検討の対象となる（Rn. 64）。

(i) 被告による原告のレストランに対する休業命令は、基本法一四条の所有権保障の保護範囲の制約であると解する理由がある。本件のように開設され経営されている事業体に関係する措置においては、基本権の保護範囲は、獲得したもの（活動の成果）が影響を受けているのか、それとも、獲得すること（活動それ自体）が影響を受けているかによって決せられる。公権力の行為が個人の収

益及び業務遂行活動を制約している場合は、基本法一二条一項の保護範囲が影響を受ける。公権力の行為が既存の財産の保有及び利用を制約する場合は、基本法一四条の保護が問題になる。何故なら、すでに講じられた営業上の措置に基づいて従来の範囲において事業を継続する権利は、所有権によって保護されているからである。本件命令は、原告の既存の飲食店施設を利用することを禁止しているので、本件においては、基本法一四条の保護範囲が影響を受けている（Rn. 65）。しかし、原告に特別犠牲を課していることという他の要件が充足されていないので、この問題を最終的に解決する必要はない（Rn. 66）。

(ii) 調整義務のある特別犠牲が存するのは、所有権によって保護された法的地位に対する制約が存在し、これにより、関係人が所有者として過度に又は他人との関係において不平等に影響を受け、かつ、関係人が公共のために他の人には期待できない特別の犠牲を課せられた場合である（Rn. 67）。

まず、原告は個別の特別犠牲を課せられておらず、非常に広範な範囲の人々が休業措置によって影響を受けて

いたということを確認しなければならない。第一に、本件措置はすべての飲食業者に等しく影響を与えている。第二に、禁止は飲食業者のみならず、他の多くの職業部門にも適用される。従って、原告又はその職業集団のみが一面的に負担を課されているわけではない。この見方からしてすでに特別犠牲であると解することが否定される (Rn. 68)。これに対して、学説では、少なくとも、休業命令が関係人に対して具体的に存立を危険にさらす効果又は存立を否定する効果を有している場合については特別犠牲を肯定しなければならないと主張されている。かりにこの見解に従ったとしても、本件では、特別犠牲は肯定されない。何故なら、原告は、自らが一時的な営業禁止によりその経済的存立において危険にさらされていることを立証していないからである。さらに、本件においては、原告が休業命令と内容的及び時間的に関連して休業の経済的影響を緩和するための国の支援を受けていることも考慮しなければならない。侵害の強度を評価する際にこのことも考慮に入れなければならない (Rn. 69)。

また、本件命令の適法性及び本件命令によって生じた

原告の法的地位に対する制約が比例原則に適合していることについて深刻な疑問はない (Rn. 70)。二〇二〇年四月七日の社会的接触制限令の形式的及び実質的適法性について判断したニーダーザクセン州上級行政裁判所判決 (OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. April 2020 - 13 MN 67/20 -, Rn. 26 - 50, juris) に賛成する (ハノーファー地方裁判所は上記の判決を引用する (Rn. 71-95) が、同判決の引用部分については紹介しない)。連邦通常裁判所は、特別犠牲を審査する際に「公共の福祉と個人の利益の衝突の評価的考察」を求めている (vgl. BGH, Urteil vom 05. März 1981 - III ZR 9/80 -, BGHZ 80, 111-118, Rn. 22) が、この考察に際して、住民の生命及び身体的無瑕性を保護するための危険防御という公共の福祉を指向する視点は、所有者としての原告の利益に優越する。このような事情の下では、攻撃されている一時的な営業禁止は、原告の所有権に対する比例原則に合致しない侵害又は期待できない侵害によって調整義務のある特別犠牲を原告に課すものであるとは言えない (Rn. 97)。

(iii) さらに、収用的侵害に基づく原告の請求権は、こ

の請求権は本件のような事案状況には適用されないという事情によっても認められない。この点について連邦通常裁判所は、収用的侵害は個別事案に関連する所有権侵害の事案に限り適用することができるとであり、大量に発生している損失を調整するのに適した制度ではないと説示した。連邦通常裁判所 (BGH, Urteil vom 10.12.1987 - III ZR 220/86 -, BGHZ 102, 350-368, Rn. 31-33 m.w.N.; BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 - III ZR 330/04 -, Rn. 12, juris) によると、大量に発生している所有権制限について国に対する補償請求権又は調整的補償請求権を認めることは国家財政に対して広範な影響を与える可能性があり、これについては権力分立の原則及び民主制原理によると議会立法者の決定に留保されなければならないというのが、その理由である (Rn. 98)。学説においては、この論証は、法規命令や条例等の法律よりも下位の法設定行為には当てはまらないと主張されているが、当部はこの見解に従わない (Rn. 99)。公金の使用に関する基本的決定は議会の権限の核心であり、立法者の決定余地に与える影響にとって、補償義務があるとされる国の行為の法形式は重要ではない。判例

法上展開されてきた収用的侵害の法制度は、形式的法律に含まれる又は形式的法律に基づく内容規定又は制限規定の一般的及び典型的効果を金銭的に埋め合わせるのに適合的な根拠を提供しない。何故なら、民事裁判所が調整的補償請求権を付与することは、結果として、高権的制約に係る法律に判例法によって調整給付金に関する条項を補充することになるからである (Rn. 100)。

(f) 最後に、ハノーファー地方裁判所は、一般的犠牲補償請求権は、公権力による所有権の制約に対してではなく、非財産的法益に対する制約に対してのみ適用されること、本件命令は適法であるので、原告は、基本法三四条と結び付いた民法八三九条に基づく国家賠償請求も、また収用類似の侵害に基づく請求権も主張することはできないことを指摘した (Rn. 101)。

三 二〇二〇年一〇月一三日ベルリン地方裁判所判決
(一) ベルリン地方裁判所は、二〇二〇年一〇月一三日の判決⁷⁾において、ベルリンで飲食店を経営する者（原告）がコロナ・パンデミックの中で命じられた自己の飲食店の休業によって生じた損失についての金銭的補償を

ベルリン州（被告）に対して求めて提起した訴えを棄却した（主文）。被告は、二〇二〇年三月一四日に、ベルリンにおける新型コロナウイルス感染拡大を阻止する措置に関する命令（以下、「本件命令」という。）を制定した。被告は、本件法規命令を發布する権限を感染症予防法三二条一項に求めている。被告は、本件命令二条において、映画館、劇場、コンサートホール、博物館その他これに類する施設、ダンス（Tanzlokalitäten）、見本市、展示会、特殊市場、ゲーム・センター、馬券売場その他これに類する事業、及び売春所は顧客の利用に供してはならないことを命じた。本件命令四条において、すべての公的及び民間スポーツ施設、プール、フィットネスタジアムにおけるスポーツ事業も禁止された。本件命令三条一項は、喫煙者飲食店の要件を充足する飲食店は顧客の利用に供してはならないと定めた。本件命令三条二項及び三項は、その他の飲食店及び路上飲食店について、一定の最小離隔距離を遵守する場合に限り、顧客の利用に供することが許されると定めた。当初は営業時間の短縮（六時から一八時まで）に限定されていたが、二〇二〇年三月二三日以降はすべての種類の飲食店の営

業が禁止された。営業禁止命令と同時に、料理と飲物をテイクアウトとデリバリーによって提供することが飲食店に許された。また、接触制限が命じられ、この制限により、何人も常に自己の住居に留まらなければならないとされた。二〇二〇年五月九日からは飲食店の営業再開が許可され、一定の離隔距離及び衛生規則の遵守が命じられた。原告は、二〇二〇年五月一日の書面において、被告に対して、二〇二〇年五月二二日までに補償金を支払うよう求めたが、被告はこれに応じなかった（Rn. 4）。原告は、飲食店営業の禁止は違法であると考え、収用類似の侵害として補償を受けると解した。原告は、妨害者ではなく、危険防御措置を原告に向けて講じることが許されなかったと主張した。原告は、まず、二〇二〇年三月だけで原告に概算で五三八二ユーロ（約六七二七七五〇円）の損失が発生したと主張し、さらに、現時点において、原告は、二〇二〇年三月の収入は二〇一九年三月の収入よりも三〇〇一五ユーロ四セント（約三七五一八八〇円）減少し、二〇二〇年三月一四日から三一日までの期間に同程度の逸失利益が生じたと主張し、五〇〇一ユーロ（約六二五一二五円）の額の逸失

利益の補償を一部請求訴訟の方法で求めた。なお、原告は、即時支援助金として一二五〇〇ユーロ（約一五六二五〇〇円）を受け取ったが、原告は、これは四月、五月及び六月について付与されたものであると考えている（Rn. 5）。

(二) ベルリン地方裁判所は、原告は被告に対する補償請求権を有しないとして訴えを棄却した（Rn. 18）。

(a) ベルリン地方裁判所は、まず、原告は、職務義務違反による民法八三九条に基づく請求権を有しないと説いている。原告は、公共（一般の人々）の一部として、公共（一般の人々）に向けられた規制に関係しているのであって、被告との関係において、法的意味において具体的な第三者関係性を有しないのであるから、本件命令は、民法八三九条及びそれに関する賠償義務の適用範囲に含まれない（Rn. 19）。

(b) つぎに、ベルリン地方裁判所は、原告が受けた営業制限は適法であるから、原告はいわゆる収用類似の侵害に基づく請求権を有しないと説示した（Rn. 20）。原告は、飲食店営業の禁止は違法であると主張しており、同裁判所は、休業命令の適法性について詳しく検討して

いる（Rn. 21-29）が、本稿においては、この部分の紹介はしない。

(c) さらに、ベルリン地方裁判所は、原告は感染症予防法五六条の直接適用又は準用による請求権を有しないと説いている。原告は、罹患者又は罹患の疑いがある者として扱われているわけではないので、感染症予防法五六条の直接適用及び準用は問題とならない。休業の根拠は、原告が他人を感染させる可能性のあるという危険が、原告から、とくにその健康状態それ自体から発生しているという意味の危険ではない（Rn. 30）。

(d) 加えて、ベルリン地方裁判所は、原告は感染症予防法六五条の直接適用又は準用による請求権を有しないとの判断を示した（Rn. 31）。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 原告が、非妨害者として、もっぱら予防的な措置の対象とされていること、及び、感染症予防法は特定の予防措置について補償を規定していることは認められる（Rn. 33）。しかし、これに関連する類推は個別的措施に限定される。例えば、現在のパンデミックの継続中に、原告の飲食店に感染源が存在することを疑うに足る根拠

があるという理由で個別的措置によって原告の飲食店の営業が禁止された場合、原告が、感染症予防法六五条に基づき補償を請求できることに疑問の余地はない。さらに、これは、原告の飲食店において原告の責めに帰すべき事由なく感染源が存在しており、休業によってその根絶の成果を上げることができる場合にも当てはまる(Rn. 34)。しかし、原告の飲食店の閉鎖は、原告の飲食店の個別的な外形事象に起因する個別的措置ではなく、むしろ、すべての飲食店に対して講じられた全国的規模の措置であるから、感染症予防法六五条の適用又は準用に基づく原告の請求権は認められない。当部は、立法者は、多かれ少なかれ一般的に適用されるものとして全国的規模で講じられた防疫措置から発生した不利益についての補償請求権は存在しないものとする意図を有していたことを前提としている。ハノーファー地方裁判所が二〇二〇年七月九日の判決において行ったこれに関する認定に付け加えるものはない (Rn. 35)。

(ii) 立法者のこのような意思が、一般的に認められた補償原則に、とくに、憲法ランクを有する補償原則又は憲法上の基準に反することを示す手掛かりは存在しない。

当部は、開設され経営されている事業体に対する権利は所有権及び基本法一四条の所有権保障に匹敵するものであるから、このことは基本法一四条の規定によって判断されなければならないとする原告の見解に賛成する。争いの対象となっている営業禁止が争いの対象となっている飲食店の継続的禁止に向けられている場合又はこれに帰着する場合、開店禁止を補償が義務付けられる収用的侵害と解さなければならないことに疑問の余地はない。もともと、このような観点から義務を負う補償は、逸失利益の調整的補償ではなく、むしろ、事業体の剥奪による事実上の収用に対する補償に向けられており、争いの対象となっている事業体の価値を基準としなければならないと言つてよい。何故なら、基本法一四条によって、事業体それ自体がその存立の点において保護されているにすぎず、具体的な売上及び利益の見込みが保護されているわけではないからである (Rn. 36)。しかし、原告が原告の事業体の経営の可能性をたんに一時的である以上に剥奪されたことを示す手がかりは存在しないので、この点をさらに深く検討する必要はない (Rn. 36)。

(iii) 原告は、営業制限によって、期待できない特別犠

性を課されているわけではない。この範囲においてはとくに次の観点が重要であるように思われる。それは、ある措置について、非妨害者が、かりに自らが妨害者であつたときは有することになる補償請求権を有しない場合に限っては、このことが基本法によって保護された地位と両立することは困難であろうという観点である（Rn. 38）。

そうすると、原告が、その人に原因のある事情の故にその就労活動を行うことを禁止された就労者であつた場合と基本的に同じように實際的にその事業活動を妨げられたことに注目すべきであると言ってよい。それ故、当裁判所は、企業も、①住民に向けられた禁止の効果が当該企業にとつて、その事業活動の遂行を妨げられるように實際的に作用し、かつ、②このことが、当該企業にとつて、もはや期待できない特別犠牲と評価される場合には、感染症予防法五六条に基づいて妨害者として補償を受ける就労者と同じように補償を受けるとの見解を有する。当裁判所は、企業が、もともと第三者に向けられた措置により、その事業活動の遂行が完全に妨げられた場合、当該企業に対して、感染症予防法五六条二項三文

が規定する範囲において保障しなければならないとすることは、公庫に過度の負担を課すものではないとの見解に達した（Rn. 39）。

ある企業についてもはや受忍できない特別犠牲がある」と認められるための要件は、個別事案の個別的な事情に左右されるものであり、本判決の枠内において、すべての個別事案についてこれを具体化する必要はない。当裁判所は、本件の事情によると、期待できない特別犠牲が原告に課されているわけではないという見解を有しているが、このことのみが重要である。原告は、経営者として、外的状況によつて一時的にその営業活動を完全に妨げられることに対応しなければならないのであり、このことを受忍しなければならない。このことは、原則として、一般的な生活リスク及び企業リスクの現れである。この点に関しては、本件の事情においては、客観的に合理的に思考するあらゆる人は本年（二〇二〇年）三月後半期において自発的に飲食店に行くことはないのであり、原告はそもそも売上を得ることはできなかったはずであるとの被告の反論は重要である（Rn. 40）。少なくとも、二〇二〇年三月一四日又は二三日に飲食店の営業が完全

に禁止されてから、二〇二〇年五月九日以降に限定的な営業が可能になるまでの期間が、もはや受忍でない特別犠牲と評価することができるとは長きにわたるものであると評価することはできない。すべての企業に一律に与えられる補償であることにかんがみると、このことはなおさら当てはまる。少なくとも原告の具体的状況との関係においては当該損害を期待できない特別犠牲として現れさせる特別の事情が原告に存在することを示す手がかりは主張されていないし、明らかでもない。念のために言えば、当裁判所は、二〇二〇年五月九日から命じられている飲食業者に対する営業制限は、これが二〇二一年まで続いたとしても、通常の場合、期待できない特別犠牲を根拠付けるものではなく、また、このことは、現在の営業制限と一時的な全面的営業停止の組み合わせについても当てはまるとの見解を有している (Rn. 41)。

(e) 最後に、ベルリン地方裁判所は、ベルリンにおける公共の安全及び秩序を保護するための一般的法律五九条の直接適用又は準用に基づく請求権も有しないと判断した (Rn. 42)。

四 二〇二〇年十一月五日シュトゥットガルト地方裁判所判決

(一) シュトゥットガルト地方裁判所は、二〇二〇年十一月五日の判決^⑧において、休業によつて被った減収、休業中の社会保障費及び家賃についての補償を求める訴えを棄却した (主文)。本件の事実の概要は、次のとおりである。原告は、ヨガスタジオを経営する自営業者であり (Rn. 2)、一部請求訴訟の方法によりコロナ・パンデミックに関連してバーデン・ヴュルテンベルク州 (被告) が命じた休業を理由とする補償を求めた (Rn. 1)。被告は、二〇二〇年三月十六日に、SARS-CoV-2 ウイルス感染拡大を阻止するための感染防護措置に関する州政府命令 (以下、「コロナ命令」という。) を制定した。このコロナ命令は何度も改正され、二〇二〇年五月十一日に失効し、新しいコロナ命令が発効している。 (Rn. 3)。改正前コロナ命令四条一二号に基づいて、公的及び民間のスポーツ施設及び競技場、とくにフィットネスクラス、並びにダンス教室その他類似の施設の休業が命じられた。さらに、レストラン、カフェ、小売店なども閉鎖された (Rn. 4-6)。原告は、二〇二〇年三月一八日から

自己のスタジオの営業を完全に中止しなければならなかった。原告は、二〇二〇年三月三十一日からは通信コースを提供している（Ru. 7）。原告は、二〇二〇年四月に九〇〇〇ユーロ（約一一二五〇〇〇円）の即時支援金の支払いを受けた（Ru. 9）。原告は、二〇二〇年三月一日から二〇二〇年六月一日までの自己のスタジオの休業に対する補償を求めた（Ru. 10）。原告の主張によると、原告の事業活動からの収入は、二〇二〇年三月は二五三六ユーロ七五セント（約三二七〇九四円）、四月は一九四九ユーロ四セント（約二四三六三〇円）、五月は二二二二ユーロ九三セント（約二七八六六三円）である。二〇二〇年三月の収入の大部分は三月一七日までの期間における収入（二四四四ユーロ三一セント（約三〇五五三九円））であり、二〇二〇年三月の残りの期間の収入は、オンライン・コースの予約について収入である九二・四四ユーロ（約一一五五五円）にすぎない。二〇二〇年三月より前の六月間において、原告のスタジオは、事業活動から合計三四三六ユーロ二九セント（約四二九五七八六円）、月平均五七二七ユーロ七二セント（約七一五九六五円）の収入を得ていた。二〇二〇年

三月より前の三月間において、原告のスタジオは、事業活動から合計一七五六ユーロ三四セント（約二一九五五四三円）、月平均五八五四ユーロ七三セント（約七三二八四一円）の収入を得ていた（Ru. 11）。原告は、社会保障費（健康保険、介護保険、年金保険）として、二〇二〇年三月から五月までの期間に月額七五〇ユーロ五二セント（約九三八一五円）を支出した。スタジオ用の部屋の家賃及び諸経費（管理費・共益費）は税抜き一五七五ユーロ八二セント（約一九六九七八円）であった（Ru. 12）。それ故、本件訴えにより、休業期間について、一月当たりの減収一二七ユーロ四五セント（約一七二八一円）、社会保障費月額七五〇ユーロ五二セント（約九三八一五円）、家賃月額税抜き一五七五ユーロ八二セント（約一九六九七八円）の額を主張した（Ru. 13 f.）。原告は、本件においては、差し当たり、三〇〇〇ユーロ（約三七五〇〇〇円）の額を主張した（Ru. 15）。

(二) シュトゥットガルト地方裁判所は、本件訴えは理由がないと判断した（Ru. 23）。同裁判所は、原告は被告に対する補償請求権を有しないと判断した（Ru. 24）

が、その理由は、次のとおりである。

(a) まず、シウトウツトガルト地方裁判所は、原告は、本件において、ヨガスタジオの保有者として、コロナ命令に基づく出された休業命令に関係しており、感染症予防法五六条一項の意味における請求権者に含まれないので、感染症予防法五六条一項を援用できないと説示した(Rn. 25)。原告は、コロナ命令に関係するヨガスタジオ経営者として、「一律に」感染症予防法二条七号の意味における「感染の疑いがある者」に当たると見なければならず、その限りにおいて請求権を有すると主張するが、この見解に従うことはできない(Rn. 26)。原告は、原告が二〇二〇年三月以降に感染者と接触した十分な蓋然性があることを示す根拠を述べておらず、このことは明らかではない。また、原告は、感染症予防法二条七号の意味における「感染の疑いがある者」として、改正前のコロナ命令に基づく休業命令に関係しているわけではなく、スポーツ・スタジオ、飲食店、小売店の販売所等が活発な人の往来の可能性を開き、活発な人の往来を維持し、それ故、コロナウイルス感染拡大に寄与してしまうことになるという理由で関係している(Rn. 30)。

(b) つぎに、シウトウツトガルト地方裁判所は、感染症予防法五六条一項の類推適用によっても原告に請求権は与えられないと説示した(Rn. 34)。

(i) 類推適用は「意図に反する規制の欠缺」を必要とするところ、一般警察法の規定、例えば、バーデン・ヴュルテンベルク州警察法五五条に目を向けると、本件においては、規制の欠缺を前提とすることはできない。感染症予防法は、特別警察法として、一般警察法との関係において特別法である(Rn. 35)。

(ii) かりに感染症予防法が、一般警察法との関係において完結的であり、特別法であるとは考えないとしても、「意図に反する」規制の欠缺を議論の出発点とすることはできない。立法者は、むしろ、感染症予防法六五条及び五六条一項の規定が示しているように、感染症予防法五六条一項において非妨害者に対する規制が存在しないことを認識しつつも、それにもかかわらず、パンデミックにかんがみて、局所的な補償の付与を維持し、請求権の範囲をまさに拡大しないとの決定を下したのである(Rn. 36)。

(c) また、シウトウツトガルト地方裁判所は、本件に

において休業は感染症予防法二八条一項一文及び二文、三一条を根拠とする改正前コロナ命令によつて命じられたものであり、感染症予防法一六条、一七条に基づいて命じられたものではないから、本件においては感染症予防法六五条の要件を充たしていないこと、同条の類推適用についても意図に反する規制の欠缺が欠けていることを指摘し（Rn. 38）、原告は感染症予防法六五条一項（類推適用）に基づく請求権も有しないと判断した（Rn. 31）。
 (d) さらに、シュトゥットガルト地方裁判所は、バーデン・ヴュルテンベルク州警察法五五条に基づく請求権も有しないと判断した（Rn. 39）。

(i) たしかに、州警察法は、いわゆる非妨害者に対する措置を定め（九条）、五五条において補償規定を含んでいる。しかし、一般警察法の適用は、感染症予防法におけるより特殊な規定に基づいて阻止される。特別法の優位は、特別法である感染症予防法の規定が一般警察法の規定（州警察法五五条）よりも不利であるという理由で免れることはできない。何故なら、すでに述べたところであるが、感染症予防法六五条及び五六条一a項の規定が示しているように、立法者は、感染症予防法五六

条一項において非妨害者に対する規定が欠けていることを認識しつつも、それにもかかわらず、局所的な補償の付与のコンセプトを維持し、請求権の範囲を拡大しないとの決定を下したからである（Rn. 40）。

(ii) かりに、感染症予防法を一般警察法に対する特別法であると解さないとしても、州警察法五五条に基づく請求権は発生しない。本件で争いの対象となっているコロナ命令に基づく休業は、いわゆる「何人にも向けられた措置（Jedermann-Maßnahme）」であつて、この措置においては、州警察法九条、五五条の意味における「非妨害者の利用」は存在しない（Rn. 41）。何人とは、警察法学説においては、妨害者としても、また非妨害者若しくは非関与の第三者としても用いられなかった人、又は、警察的措施によつて負担を課せられた人であると解されている。「何人にも向けられた措置」が存在するのは、多数の非関与者が警察的措施に意図的に又は意図せずに関係しており、たしかにこの関係人は警察的措施によつて負担を課せられているが、関係する人的範囲が、個々の関係人が当該措置により一般の人々とはほとんど異なる影響を受けているほど広い場合である（Rn.

42)。本件は、このような場合である。コロナ命令に基づく休業には、飲食店経営者、商店主、スポーツ施設の経営者など全国の多数の事業者が関係しており、この結果、関係する人の範囲は広く、原告も、また他の関係人も、一般の人々とほとんど異ならない影響を受けている。原告は、他の事業者には期待されない負担を受忍する必要はなく、不平等処遇は存在しない。一般の人々と比べて特別の利害関係性は存在しないので、原告に課された特別犠牲は存在しない。特別犠牲が存在していないので、いわゆる「何人にも向けられた措置」においては、州警察法五五条の類推適用に基づく補償請求権は検討の対象とならない。何故なら、州警察法五五条は、非妨害者に対して公共のために課せられた特別犠牲を調整しようとするものだからである (Rn. 43)。

(e) 加えて、シュトゥットガルト地方裁判所は、原告は、収用的侵害及び収用類似の侵害を理由とする請求権も、一般的補償請求権を根拠とする請求権も有しないと説示した (Rn. 44)。同裁判所は、感染症予防法の「阻止効果」が妨げになるのに加えて、「特別犠牲」が存在しないことを指摘している (Rn. 45)。同裁判所は、次

のように説く。いわゆる「何人にも向けられた措置」に關係する人に対して補償請求権が与えられるのは、せいぜいのところ、關係人が、自己の責任に帰せられない特別の事情に基づいて、当該措置の關係人の通常かつ典型的な侵害の程度を明らかに上回り、これによって犠牲限度を超え、一般の人と比べて特別犠牲を課せられた場合であるが、本件はこのような場合ではない。休業は、多数の人又は事業者に關係している。原告の状況は、他の事業主における類似の状況と異なるものではなく、事業主は、休業命令によって同じように影響を受けている。關係する企業はすべてその営業を停止しなければならぬ。加えて、原告は月額一三七ユーロ四五セント（約一七一一円）の減収を主張しているにすぎないことにかんがみると、具体的事案において存立を脅かす効果が生じていることを議論の出発点とすることはできない。この点においても特別犠牲は存在しない (Rn. 46)。

(f) 最後に、シュトゥットガルト地方裁判所は、基本法三四条と結び付いた民法八三九条に基づく職務責任請求権も検討の対象にならないと説示した (Rn. 50)。公権力は、原告との關係において職務義務に反しておらず、

立法者又は命令制定者の瑕疵ある行為を理由とする職務責任請求権は考えられない。法律及び命令は一般的及び抽象的ルールを含むものであつて、立法者又は命令制定者は、作為又は不作為において、通常の場合は、もっぱら一般の人々との関係における任務を有するのであつて、民法八三九条一項一文の意味における「第三者」としての特定の人又は集団との関係において任務を有するのではない。例外的に、例えば、いわゆる措置法又は個別法の場合は別の事情が問題になり、特定の人の利害が直接に影響を受ける可能性があり、特定の人を第三者と解することができる場合もあるが、本件はこのような場合ではない（Rn. 51）。

五 二〇二〇年十一月二〇日ハノーファー地方裁判所

判決

（一）ハノーファー地方裁判所（民事第八部）は、二〇二〇年七月九日の判決（判例②）において、補償請求権に関連する解釈上の諸問題についての立ち入った検討を含む極めて興味深い判断を示したが、二〇二〇年十一月二〇日の判決（判例⑤）において、二〇二〇年七

月九日の判決（判例②）が扱わなかった解釈上の諸問題を詳しく検討しており、注目に値する。本件の事実の概要は、次のとおりである。ニーダーザクセン州（被告）は、二〇二〇年三月二七日に、コロナウイルス新規感染を予防するための（期限付きの）命令を制定した。同命令は、すべての人を対象とする接触禁止（二条、三条）及び飲食業の営業禁止（五条）を定めていた。同命令は、ホテル、映画館、歯科医院及びエスケープ・ルームについては類似の規定を含んでいなかった（Rn. 6）。その後、被告は、二〇二〇年四月一七日に、コロナウイルス新規感染を予防するための命令を制定した。同命令によって、すべての人は、同じ世帯に所属する人ではない他人との身体的接触を絶対に必要な最小限に縮減しなければならないとされた（一条一項）。また、映画館を顧客に利用させることが禁止され、また、顧客に対する余暇活動の提供も禁止された（一条三項三号）。ホテル事業者は、観光目的の人を宿泊させることを禁止された（一条四項）。緊急に必要な歯の治療は許される（三条三項）。飲食業者は、料理及び飲料水のデリバリーとテイクアウトのみが許された（六条一項）。上記の諸規定は、同命令

一三条一文により、二〇二〇年四月二〇日に発効し、二〇二〇年六月五日の経過をもつて失効するとされた(Rn. 3)。原告らは、いわゆる第一次ロックダウンの間に、一部請求訴訟の方法により主張している一〇〇〇〇ユーロ(約一二五〇〇〇〇円)の数倍に達する損失を被ったと主張した(Rn. 5)。原告1)は、複数のホールを有するマルチプレックスの映画館(二二三席)をハノーファーにおいて経営している。原告2)は、複数のホールを有するマルチプレックスの映画館(一七八九席)をブラウンシュヴァイクにおいて経営している。両者は、賃料だけで各自月額一〇〇〇〇ユーロ(約一二五〇〇〇〇円)以上を支出しなければならないと主張した。両者は、二〇二〇年四月一七日以降、映画館を営業することができない(Rn. 6)。原告3)ないし8)は、ニーダーザクセン州においてホテルを経営している者であるが、本件命令によって許されたビジネス客のみを対象としてホテルを開けることは休業よりも経済的不利益をもたらすものであるため、本件命令によって自己のホテルを完全に休業することを余儀なくせられたと主張した。これにより、利用しないのに支出された事業経費

(月額)は、一〇〇〇〇ユーロ(約一二五〇〇〇円)の数倍に達するもので、四〇〇〇〇ユーロ(約五〇〇〇〇〇円)。二〇二〇年四月における原告7)の金額)から一六〇〇〇ユーロ(約二〇〇〇〇円)。二〇二〇年四月における原告5)の金額)までの間の金額である(Rn. 7)。原告9)は、ハノーファーにおいて歯科医院を経営している者であるが、本件命令により一〇〇〇〇ユーロ(約一二五〇〇〇円)の減収があったと主張した(Rn. 8)。原告9)は、テイクアウトもできる軽食堂をハノーファー市中心部において経営する者であるが、本件命令により、一〇〇〇〇ユーロ(約一二五〇〇〇円)の数倍にも及ぶ利用しないのに支出する事業経費を負担することになり、テイクアウトだけではこれを回収することはほとんどできないと主張した(Rn. 9)。原告11)ないし13)は、いわゆるエスケープ・ルームの経営者であるが、本件命令によりエスケープ・ルームを完全に休業させられ、毎月一〇〇〇〇ユーロ(約一二五〇〇〇円)を大幅に上回る減収を被ったと主張した(Rn. 10)。原告3)、原告4)、原告6)、原告7)、原告11)及び原告13)は、休業の経済的影響を緩和するため

の国の支援を受けている (Rn. 11)。原告9)の一部請求訴訟は、被告の感染症防護措置によって発生したすべての減収の調整を目的とするものであり (Rn. 12)、残余の原告らの一部請求訴訟は、被告の感染症防護措置によって発生した無駄な事業経費の支出の補填を目的とするものである (Rn. 13)。原告らは、感染症防護のため に講じられた被告の措置は合法であるが、この制約について憲法上の理由から金銭的調整がされなければならないと主張した。原告らは、コロナ・パンデミックに起因する休業又は営業制限の経済的影響は、多くの事業者に対する国に助成措置にもかかわらず、「存立にかかわる緊急事態」を意味すると指摘した (Rn. 14)。原告らは、次のように主張した。必要な憲法適合的解釈によっても、感染症予防法は、現時点において、感染防護措置によって被った金銭的不利益に対する調整的補償請求権を妨げていることが明らかになったのであるから、その範囲において同法は違憲である。基本法一二条及び基本法一四 条は、重大な制約に対する代償として適切な金銭的補償を求めている。何故なら、たとえ短期間であっても休業を補償なしに受忍することは、利益衡量をした場合、原

告らにとって期待可能なものではないからである。所有権の私的利用の全部又は一部が、たとえ一時的であったとしても剥奪される場合には、憲法上の調整的補償請求権が発生する (Rn. 15)。このような補償が立法者によって規律されなければならない。その際に、完全な損害賠償を定めなければならないわけではないが、倒産を回避するために、事業費の補填と事業主の相当な補償 (Vergütung) を定めなければならない。このことは、公財政にとつての著しい負担をもたらすが、基本権が無料のものはない以上、選択したパンデミック鎮圧戦略の対価である、と (Rn. 16)。原告らは、一部請求訴訟の方法により (Rn. 17)、被告に対し、各自に利息を含めて一〇〇〇〇ユーロ (約一二五〇〇〇〇円) を支払うことを求め (Rn. 18)、予備的に (Rn. 19)、手続きを中止し、感染症予防法が、同法三一条、五六条、六五条の適用を受けない人及び事業者に対する休業及び活動禁止の命令について相当の補償を定めていない範囲において、基本法一二条及び一四条に合致するかどうかの問題についての判断を求めるために連邦憲法裁判所に移送することを求めた (Rn. 20)。

(二) ハノーファー地方裁判所は訴えを棄却した(主文)。同裁判所は、原告10の訴えは、十分に根拠のある主張を欠くために棄却されなければならないと指摘した(Rn. 32) 後、残余の原告らの訴えについては、各請求権の要件が充足されていないために棄却すると判断した(Rn. 33)。同裁判所は、①原告らは、感染症予防法五六条一項に基づく支払請求権もまた同条一a項に基づく支払請求権も有しないこと(Rn. 35-37)、②原告らは、感染症予防法六五条一項に基づく補償請求権を有しないこと(Rn. 38-48)、③原告らは、感染症予防法五六条及び六五条において定められた補償規定の類推適用に基づく支払請求権を有しないこと(Rn. 49-66)、④原告らは、一般警察法に基づく支払請求権を有しないこと(Rn. 67-75)、⑤原告らは、「収用的侵害」の法制度に基づく支払請求権を有しないこと(Rn. 76-111)、並びに、⑥一般的特別犠牲請求権も、また基本法三四条と結び付いた民法八三九条に基づく職務責任請求権も、さらには収用類似の侵害に基づく請求権も検討の対象にはならないこと(Rn. 112)を論じている。この部分は二〇二〇年七月九日判決(判例②)とほとんど同じ内容であるので、

この部分の紹介はしない。

ハノーファー地方裁判所は予備的申立ても理由がないと判断した(Rn. 113)。同裁判所は、基本法一〇〇条一項に基づいて連邦憲法裁判所の判断を求めるために手続きを中止することは適切ではないと考えた。何故なら、同裁判所は、感染症予防法を解釈する際に、同法から帰結される訴えの棄却が違憲の結果であるとの評価に至らなかったからである。感染症予防法上の活動制限による金銭的不利益の金銭的調整を命じる憲法規範は存在しない(Rn. 114)。同裁判所は、原告の見解によっても、職務義務違反を定める基本法三四条及び補償を定める基本法一四三条三項は本件に適用されないことを指摘した(Rn. 115) 後、「調整義務のある内容・制限規定」(a)と平等原則違反(b)について詳しく論じている。

(a) まず、ハノーファー地方裁判所は、原告に課せられた感染症予防法上の行動制限を金銭的に調整しなければならぬとする憲法要請は、適法な基本権制約であっても、それが補償なしに受忍しなければならない社会的拘束を超えるものであり、憲法によって根拠付けられる調整請求権を定立するほど強度である場合もあり得ると

いう「調整義務のある社会的拘束という考え」からも導出されないと説いている（Rn. 117）。同裁判所は、「調整義務のある内容・制限規定」の内容を説明した（i）上で、「調整義務のある内容・制限規定」の制度・道具は本件に適用されないことを詳しく論じている（ii）。さらに、同裁判所は、かりに「調整義務のある内容・制限規定」が本件に適用されると仮定しても、本件においては調整義務のある内容・制限規定の該当性を肯定できないと論じている（iii）。その内容は、次のとおりである。

(i) 「調整義務のある社会的拘束という考え」は、特別犠牲請求権の憲法上の発現形態であると理解することができるが、この考えは、傍論としてではあるが、連邦伝染病法の補償規定に関する連邦憲法裁判所の判例において見出される。連邦憲法裁判所は、一九八一年四月二九日の決定（BVerfGE 57, 107 (117)）において、感染の疑いのある者に対する活動禁止は、基本法一二条一項の基本権に―存立を危険にさらす長期的な措置の場合には、基本法一四条一項にも―抵触する可能性があることと、さらに、場合によっては、関係人に補償を与える場合に限り比例原則に反しないのであり、補償は立法者の

自由な判断に委ねられるものではないことを述べている（Rn. 118）。基本法一四条の領域における調整義務のある内容・制限規定の法制度は憲法上認められている。これにより連邦憲法裁判所は、同裁判所が採用している狭い収用概念から帰結される保障の欠損を取り除くために、憲法の文言を超えて、基本法一四条一項二文の枠内において調整的補償請求権を肯定した（Rn. 119）。このような調整義務のある内容・制限規定が存在するのは、所有権規制によって追求されている公共の福祉の目的が当該規制を原理的に正当化するが、当該規制が例外的に、つまり個別事案において期待できない所有者の負担を発生させる場合である。このような過酷事例を考慮しようとすると、立法者は、制約を埋め合わせるために、経過規定、例外規定及び免除規定によって関係人の過度の負担を阻止することができない限りにおいて、金銭的調整規定を規定しなければならない（Rn. 120）。立法者は、基本法一四条一項二文の意味における所有権の内容及び制限を規定する際に、所有者の保護に対する利益と公共の福祉の利益を適正に調整し、均衡のとれた関係になるようにしなければならない。その際に、立法者は、他の憲

法規範にも適合させなければならず、とくに比例原則と基本法三条一項の平等条項に拘束される (Rn. 121)。その際、立法者の規制権限の範囲は、所有権の客体がどのような程度において社会的関連性と社会的機能を有しているのか、所有権がどのような範囲において財産法上の領域において各人の個人的自由を確保するものであるのか、及び、どのような範囲において所有者が所有権の剥奪を正当化する原因に責任を負っているか、又は少なくとも所有者にその原因を帰責させることができるかによって左右される (Rn. 122)。その際に、所有権保障の核心領域を空洞化させてはならない。この核心領域には私的利用と所有物に対する原則的処分権限が含まれる (Rn. 123)。ただし、所有権保障によって保護される法的地位を経過規定も補償もなく完全に排除することも適法であり得る。何故なら、制約が許される程度は対抗する公益の重要性に左右されるからである。最後に、立法者の形成の余地は、経済的及び社会的関係によっても決定される (Rn. 124)。

(ii) 以上のような「調整義務のある内容・制限規定」の道具は、本件には適用されない (Rn. 125)。国家責任

法は、判例法によって形成された請求権によって構成されるもので、体系的な秩序に支配されておらず、むしろ補償を必要とする限定された状況に対する限定的必要性から局所的に成立したものである。このような判例法の展開の契機と対象は、「局所的な」被害状況を補填するという目的にある。このことは、一般的に国家責任法を、そしてとくに「調整義務のある社会的拘束」の制度を限的に解釈する根拠となる (Rn. 126)。コロナ・パンデミックは、連邦共和国の全住民に深刻な影響を与え、社会全体の例外状況を招来させた。コロナ・パンデミック対策のために講じられた措置は様々な仕方で住民に制限を課している。原告らが攻撃している活動制限は、個別事案ではなく、連邦規模において様々な業界の多数の事業者に影響を与えている。従って、原告らは、個人として特別犠牲を課されているわけではなく、その限りにおいて、その被害状況は、局所的に発生したものではなく、むしろ、全連邦領域において各事業者及び各業界を横断して発生している。連邦憲法裁判所が発展させてきた「例外的に調整義務のある内容・制限規定」という制度は、このような社会全体の経済的危機を克服するために

創設されたものではなく、このために適合的なものではない（Rn. 127）。

この制度の適用を肯定するために、基本権保護は、多数の基本権主体が影響を受けていること、及び基本権保障が公権力の一般的財政留保の下に置かれていることによつて排除されることはないとの論証がなされている（Rn. 128）。この論証が基本的に適切であることに疑いの余地はないが、この論証は一般論のレヴェルにとどまっている。何故なら、関係する事業者には当該措置に対する第一次的基本権保護の途が開かれており、最近の数か月において、事業者に関係する活動制限が行政裁判所によつて破棄されていることからして、関係する事業者の基本権保護は排除されていないからである。加えて、このことは、基本法一四条一項二文に基づく内容・制限規定における立法者の形成の余地は、経済的及び社会的関係によつても決定されるという連邦憲法裁判所の判例にも合致する（Rn. 129）。

調整義務のある内容規定の解釈論上の根拠が比例原則、平等原則及び信頼保護原則にあるという事情も、本件のような状況にこの法制度を適用する論拠にならない。過

剰規制の禁止も、また平等原則も、内容及び制限を規定する立法者を拘束するが、それを援用したからといって制限規定が一般的に調整義務のあるものになるということとはない。何故なら、基本法一四条一項二文は、立法者に対して、補償を明文で命じることなく、所有権の内容及び制限を規定し、既存の所有権に対しても形成的に影響を及ぼす権限を与えているからである。この授權は、基本法一四条二項の意味における所有権行使の憲法上の社会的義務付けを実現するためにも用いられるものであり、補償規定を明文で定めている基本法一四条三項の収用権限との明らかな違いを示している。この体系的関連性から、基本法一四条一項は一般的な財産保障を含んでおらず、社会的拘束は所有権利用の制限のみならず、これに伴う所有権価値の制限にも及ぶことは明らかである。より緩やかな手段の原則及び平等原則を使つて基本法一四条一項二文の枠内において一般的に補償義務を肯定することによつて憲法制定者の基本決断の裏をかいてその効果を失わせてはならない。そうでなければ基本法一四条一項二文の適用領域における社会形成的立法に対して、憲法において規定されておらず、収用に限定して

使われている拘束を課すことになってしまう (Rn. 130)。

コロナ・パンデミックの間に講じられた感染症予防法上の措置が、特定の業界に対して、他の業界よりも著しく深刻な影響を与えていることに疑いの余地はなく、上記の措置が、この業界の多くの事業者に対して、存立を脅かす影響を与えていることも確かである (Rn. 131)。こうした状況において、立法者が正当な負担配分に配慮することを求められることに疑いの余地はない。しかし、この負担配分は、国家に対する個人的請求権を認めることによって遂行することはできない (Rn. 132)。連邦憲法裁判所は、占領による被害の負担調整に関する判例において、全体が背負わなければならない運命から、とくに外部からの侵害によって発生し、多かれ少なかれ偶然に少数の市民又は特定の集団に関係する負担は、通常の場合、国家共同体が引き受けるという義務が社会国家原理から導出されるが、国家に対する関係人の個別的請求権は導出されず、負担配分を行う国の義務が導出されるにすぎないのであり、負担配分の後に、被害者個人の具体的請求権が根拠付けられることがあり得るにすぎないと述べた (Rn. 133)。戦争の結果は、コロナ・パンデ

ミックの結果とは、その性質及び規模の点において異なるが、本件においても、極めて重大な社会的及び経済的影響を伴った外部からの運命的出来事が問題となっているのであるから、この判例は、本件に転用することができる (Rn. 134)。連邦は、例えば、最近、いわゆる一ヶ月支援の枠内において、一時的休業によって影響を受けている企業に約一五〇億ユーロ（一兆八七五〇億円）の金銭的支援を予定し、二〇二一年には企業支援に三七五億ユーロ（約四兆六七五〇億円）を充てることにしているが、国は、これによって上記の義務を果たしている (Rn. 135)。

これに対して、調整義務のある内容・制限規定の制度に基づく主観的請求権の付与は、危険防御措置の負担を正当に配分するのに適していない。何故なら、潜在的請求権の範囲を説得力を持って画定し、請求権の範囲を説得力を持って示すことができないからである (Rn. 136)。連邦憲法裁判所の判例は、これまで、基本法一四条一項二文に基づく内容・制限規定に限って特別犠牲を認めてきたが、コロナに起因する一時的活動禁止及び休業の効果は、基本法一四条の範囲と基本法一二条の範囲で異なる

るところはないので、基本法一二条（のみ）を根拠とする請求権を否定する説得力のある理由はない。このことは、請求権者の範囲を著しく拡大することになり、補填を求める請求権が例外というよりも原則となり、市民の生活リスクに対する一種の保険会社という基本法によって配分されていない任務を国家に課することに帰着するであらう（Rn. 137）。

さらに、どのような国の措置が補填義務を発生させるのかも不確かである。事業者を名宛人とする活動制限は調整的補償が可能なものであるが、事業活動の一般的条件を悪化させるパンデミック対策措置は調整的補償が可能なものではないと解することは、一見すると、もっともなように思われる（Rn. 138）。しかし、全住民を対象とした外出禁止又は余暇活動の禁止といった一般的なパンデミック対策措置は、事実上休業命令と同じ効果を有する。二〇二〇年三月二七日の命令は、例えば、映画館、ホテル、エスケープ・ルームを名宛人とする措置ではないが、原告1)ないし8)と原告11)ないし13)の主張によると、これにより休業が経済的に必要となったことが、このことを具体的に示している（Rn. 139）。制約の強度が等し

いことにかんがみると、補填義務の成立は、純粹に形式的な問題に従って、パンデミック対策措置の名宛人を誰にするのかに関する命令制定者の自由な判断によって左右され得るものではなく、かつ左右されるものであつてはならないと主張することも可能である。この場合、請求権者の範囲を合理的に画定することは、もはや不可能である。何故なら、例えば、観光旅行者、鉄道会社・バス会社、航空会社及び空港事業者、さらにはスポーツ団体も、部分的に存立が脅かされる仕方で一般的なパンデミック対策措置の影響を受けているからである（Rn. 140）。

加えて、休業と結び付いた感染リスクの最小化は、すべての人に役立つものであり、それ故、事業者及び事業者の従業員にも役立つものであるから、関係する事業者は、感染防護措置によって負担を課されているだけではないことも、考慮されなければならない（Rn. 141）。

最後に、どのような実質的基準に基づいて訴えを提起できる補填請求権の範囲を決定することができるのかについて明らかなではない。連邦憲法裁判所は、減収は、休業命令のみに起因するものではなく、パンデミックそ

れ自体及び住民の外出行動の変化にも起因するものであるという問題点を指摘している (BVerfG, Beschluss vom 11. November 2020 – 1 BvR 2530/20 –, Rn. 14, juris)。パンデミックそれ自体が住民を自制させたことは、例えば、商業団体の調査において示されている。この調査によると、歩行者専用地区において通行人数の平均の減少率は四三%であり、ハノーファー市中心部の商店は最大で五〇%の減収を被っており、全体として、五〇〇〇〇店の廃業を予測しなければならない。このことは、活動制限の名宛人ではなかった業界、又は極めて限られた程度においてのみ名宛人であった業界も、パンデミックによって制限を受けていたことをはっきりと示している。当部には、受忍されなければならないパンデミックに起因する一般的な減収と、この範囲を越えた調整的補償を必要とする特別犠牲との境界線をどのような基準に基づいて引くことができるのかが明らかではない (Rn. 142)。

このような事情に基づいて、当部は、調整義務のある内容・制限規定はその例外的性格の故に限定的に解釈されなければならない、本件に適用することはできないこと

を議論の前提とする (Rn. 143)。

(iii) かりに本件において「調整義務のある内容・制限規定」が適用されると解したとしても、移送義務は肯定されない。何故なら、憲法裁判所が展開してきた基準を適用して、原告の保護に値する利益と公共の福祉の利益との比較衡量をすると、判例の意味における「調整義務のある内容・制限規定」を肯定する結果にならないからである (Rn. 144)。比較衡量に当たって、休業及び営業禁止が重大な基本権制約であることは原告に有利な事情である。この制約は、基本法一四条が適用されると解される範囲において、所有権は財産法の領域における原告の個人的自由を確保するので、とくに重大である。加えて、原告は、自己の行為によって感染症予防法上の措置を講じる原因に責任を負っているというわけではない (Rn. 145)。他方において、対抗する公共の利益が重大であればあるほど、そして、所有権の客体の社会的関連性の程度が大きければ大きいほど立法者の裁量の余地は広くなることを考慮しなければならない。本件においては、極めて広い国の介入の余地が認められる。何故なら、本件措置の目的である住民の健康や人の生命の保護は、

極めて重要な公共の利益だからである。感染症を抑制しないことは、人の生命及び医療体制の機能遂行能力に対する危険をもたらすものであり、立法者及び命令制定者は、健康及び生命の保護のために介入する権限を有するのみならず、基本法二条二項に基づいて、憲法上介入を義務付けられる。さらに、原告らの事業体は、命令制定者によって展開されている感染症鎮圧の全体的コンセプトの一部である範囲において、強い社会的関連性を有していた（Rn. 146）。本件においては、措置が時間的限定されていることが決定的に重要である。原告らの法的地位は、長期的に制限されるのではなく、一時的な期間に限り制限されるにすぎず、その結果、私的利用及び原則的処分権限の形式における所有権保障の核心領域は侵害されていない。基本権制約の強度は、その有効期間に本質的に左右される。何故なら、休業が長期に及べば及ぶほど、休業の影響はより重大になる。例えば、調整義務のある内容・制限規定は、道路工事が長期に及び、その経済的存立が危険にさらされた場合には、沿道隣地者は金銭的補填を求めることができるのと定める連邦長距離道路法八 a 条五項において具体化されているが、上記のこ

とはこの法律上の具体化に合致している。この点を考慮して、調整義務のある内容・制限規定の制度がコロナに起因する活動制限の事例にも適用されると考える学説も、この制度は措置が長期に及ぶ場合に適用されることを前提としている（Rn. 147）。どの時点から国による休業命令が関係人に対する調整義務のある侵害となるのかという問題については、連邦通常裁判所が、包括的所有権概念が通用していたときに、補償なしの社会的拘束と侵害的效果を有する補償義務のある特別犠牲とを区別するために展開してきた基準を使うことができる（Rn. 148）。連邦通常裁判所は、道路建設工事に基づく営業侵害に関する判例において、この事案においてすべての関係人に等しく通用する硬直的な限界は存在しないが、道路工事による売上減少は、少なくとも数週間については、さらには数か月であっても、通常の場合は補償なしに受忍しなければならぬことを明確にした（Rn. 149）。本件において原告が攻撃している法規命令の適用期間は一日であり、この期間は、道路建設法に関する判例が通常の場合には補償なしに受忍しなければならないと考えている範囲内にある。この基準を本件の状況に適用するこ

とができない根拠は明らかではなく、原告らのいずれも、攻撃している活動制限が原告にとって具体的に存立を脅かす効果を有していることを実質的に示していない(Rn. 150)。

(b) つぎに、ハノーファー地方裁判所は、基本法三条一項の平等原則からも、原告の補償請求権が付与されていないことが違憲であることを導き出すことはできないと説示した。ある規範名宛人集団が、他の規範名宛人と比較して不平等に扱われているが、一つの集団の間に、別異処遇を正当化できる種類と重要性を有する区別が存在しない場合に、平等原則に違反している。どのような事実要素が、その違いが別異処遇を正当化するほど重要であるかについては、通常の場合、立法者が判断しなければならぬのであり、立法者の裁量は、別異処遇が正義の思想を基準とする考察方法にもはや合致しないとところで終わる(Rn. 151)。同裁判所は、感染症予防法に基づいて請求権を有する集団と原告との間には、別異処遇を正当化するほどの重要な違いがあると判断した(Rn. 152)。その内容は、次のとおりである。

(i) 感染症予防法五六条一項によって、無症状病原体

保有者、感染の疑いのある者、罹患の疑いのある者、又はその他病原体保有者は、感染症予防法上の理由から就労行為の禁止又は隔離処分適用を受けた場合に、減収の補償を受けることができる。これらの人は、感染症予防法上の意味において「妨害者」であり、妨害者として、一般危険防御法によると、就労禁止又は隔離の結果被った減収を原則として補償なしに受忍しなければならない。何故なら、この種の危険防御措置は、妨害者に対して、もっぱら、たとえ財産的損失を被ったとしても遵守しなければならない権利行使の一般的限界を示しているにすぎないからである。関係人は「妨害しないこと」を義務付けられているのであって、感染症予防法上の危険防御措置は、関係人の法領域を縮減していない。それ故、同法五六条一項に基づく減収補償は「犠牲補償の思想」の発展形態ではなく、社会保障措置の意味における衡平条項である(Rn. 153)。また、コロナ・パンデミックの枠内において期限付きで新たに導入された感染症予防法五六条一a項は、学校及び保育施設が感染症予防法に基づいて閉鎖されたため子どもを自ら世話しなければならなくなった親権者に対して、これにより被った減収につ

いての補償を与えるものである。これは、衡平条項であつて、金銭的な家庭援助措置であると解される（Rn. 154）。そうすると、感染症予防法五六条において定められている調整的補償請求権は、立法者が給付行政の分野において社会政策上の目的を追求するために使われる衡平条項であり、この分野において立法者はとくに広い形成の自由を有する（Rn. 155）。立法者は、同法五六条一項及び同条一a項によつて、立法者が社会政策上の考慮に基づいてとくに保護の必要があると評価した自然人を特定した（Rn. 156）。まず、同法五六条一項は、就労者の二つの集団の平等取扱いを目的としている。雇用のケースにおいて雇患者は雇患者又は健康保険を通して社会保険の対象となる。このことは、自らは罹患していないが、感染させる又は感染させる可能性があるという理由により就労を禁止され、又は隔離された人には当てはまらない。立法者は、同法五六条において、疾病の場合における賃金継続支払いの規則及び法定健康保険の給付をモデルとした補償を付与することにより、この欠缺を埋め合わせたのである。この立法目的は正当であり、この立法目的からは、感染症防護措置によつて影響を受け

る他の集団も調整的補償を受けなければならないという結論は導き出せない（Rn. 157）。同法五六条一a項の規定は、家庭援助措置であり、保育施設及び学校の閉鎖の間接的影響と結び付いている。この正当な家族政策上の目的から、感染症防護措置によつて影響を受ける他の集団を金銭的に支援する法的必要性は導き出せない（Rn. 158）。休業命令の適用対象者は自然人のみならず、法人をも含むものであり、それ故、感染症予防法五六条に基づく請求権者の人的範囲と比較することができるとはならないという理由からだけでも、上記の人的集団についてのみ減収を補償するとの立法者の評価は、休業命令によつて影響を受ける者である原告を恣意的に不利に扱うものではない（Rn. 159）。

(ii) 感染症予防法六五条は、同法一六条及び一七条に基づく予防措置によつて物件が損傷され、又はその他の著しい財産的不利益を被った場合、「非妨害者」に補償請求権を認めている（Rn. 160）。感染症予防法二八条に基づく鎮圧措置に関係している原告は、運命的にかつ原告の関与もないのに、感染症防護措置の被害者になつているので、二つの集団における利害状況はたしかに比較

可能である。しかし、鎮圧措置について「非妨害者」の補償を定めていないことは、平等原則違反ではない。何故なら、疾病の爆発的発生によって、実効的な鎮圧措置を講じる国の保護義務と急を要する公共の利益のための保護的介入を受忍しなければならぬ関係者の義務が発生するからである (Rn. 161)。

六 二〇二一年一月一二日ケルン地方裁判所判決

(一) 最後に二〇二一年一月一二日ケルン地方裁判所判決^⑩を紹介する。事実の概要は、次のとおりである。原告は画廊及びアートハウスの経営者であり (Rn. 1)、二〇二〇年三月一八日から二〇二〇年四月一六日までの間ノルトライン・ヴェストファーレン州における新型コロナウイルス SARS-CoV-2 感染拡大に対処するための措置に関する州命令に基づいて、ケルン支店とデュッセルドルフ支店の休業が命じられた (Rn. 2)。原告は、二〇二〇年六月一六日の書面において、感染症予防法の規定に基づいて、賃料 (家賃) として支出した事業経費を支払えと主張したが、二〇二〇年六月二〇日の書面で斥けられた (Rn. 3)。原告は、ケルン支店に関しては、

月額二八七三ユーロ五二セント (約三五九一九〇円) の管理費前払いに加えて、月額二〇一一四ユーロ四九セント (約二五一四三一一円) の賃料を支払うという賃貸借契約があり、デュッセルドルフ支店に関しては、月額三五九〇ユーロ八五セント (約四四八八五六円) の管理費前払いに加えて、月額八三六九ユーロ六二セント (約一〇四六二〇三元) の賃料を支払うという賃貸借契約があると主張した (Rn. 4)。そして、原告は、まず、感染症予防法五六条に基づく請求権を有すると主張した。原告によると、感染症予防法五六条は、感染症予防法二条の意味における「感染の疑いのある者」についても適用されるので、この規定は本件でも適用される。感染症予防法二条の意味における「感染の疑いのある者」については、感染の具体的疑いを問題とするのではなく、パンデミックによつて全国的規模の危険が差し迫ったものになっていることにかんがみると、むしろこの規定は、潜在的に感染の疑いがあり、これによりパンデミックの拡大に寄与する可能性のある者にも適用される。SARS-CoV-2 罹患の特殊性は、症状が現れていない人においても感染の危険が存在する点にある。二〇二〇年三月

二二日の州コロナ防護命令は、一般の人々に向けられているのみならず、感染の疑いのある者の属性を有する原告にも向けられている。被告が、命令により、基本供給を担う施設を除いて、すべての事業者に対してその営業を禁止したという事実は、命令制定者自らが、何人についても感染の疑いが存在しているという前提から出発していることを示している（Rn. 5）。つぎに、原告は、感染症予防法は、その文言からして「妨害者」の支払請求権を定めているところ、妨害者に補償請求権を認めているのに妨害者ではない人に補償請求権を認めていないことは、法治国家の一般原則に反するとともに、基本法三条に反するものであり、感染症予防法五六条は、少なくとも類推適用されなければならないと主張した。原告によると、立法者は、立法手続きの基礎にある規制意図から意識せずに離れたので、「意図に反する規制の欠缺」が存在する。立法者は、感染症予防法二八条を根拠とする集団的休業を視野に入れていなかったのである（Rn. 6）。また、原告は、少なくとも感染症予防法六五条から原告の請求権が導出されると主張した（Rn. 7）。さらに、原告は、本件命令が適法であるとする、収用的侵害と

して補償が検討の対象となると主張した（Rn. 8）。加えて、原告は、被告は民法八三九条と結び付いた基本法三四条に基づいて賠償責任を負うと主張した（Rn. 9）。
 (二) ケルン地方裁判所は訴えを棄却した（主文）。同裁判所は、原告は、いかなる観点からも、店舗の賃料の支出の弁償（Ersatz）を求める請求権を有しないので、訴えには理由がないと判断した（Rn. 19）。

(a) まず、ケルン地方裁判所は、原告は、感染症予防法二条と結び付いた五六条一項の名宛人の人的範囲に含まれず、また、感染症予防法三一条二文の意味において「従来の就労活動を行うことの禁止」の対象とされているわけでもない、原告は感染症予防法五六条に基づく請求権を有しないと判示した（Rn. 22）。

同裁判所は、「感染の疑いがある者」に関する原告の主張に対して、次のように述べた。原告は「罹患の疑いのある者」ではない。「罹患の疑いのある者」とは、感染症予防法二条五号によると、特定の感染症の存在を推測し得る症状がある人である。現れた症状が特定の感染症の存在を推測し得るものでなければならぬ。この概念は、危険を疑う状況を定義しているのであり、現れた

症状に基づいて本人が感染病に罹患しているとの十分な蓋然性が存在しなければならず、蓋然性が僅かにあるというだけでは十分ではない。原告は、原告においてこのような要件が充足されていることを述べていない (Rn. 26)。一〇二〇年三月以降における感染者数の増加にもかかわらず、原告は「感染の疑いのある者」ではない。感染症予防法二条七号の定義によると、感染の疑いのある者とは、病原体を保有していると推測される者であるが、罹患した者でも罹患の疑いのある者でも無症状病原体保有者でもないものである。本人が感染した人又は汚染された物と接触した十分な蓋然性があるときには、感染症予防法二条七号の意味において病原体の保有があったと推測される (Rn. 27)。一般的な感染事例に基づく、感染した蓋然性は、感染しなかった蓋然性よりも低い。原告に有利に、統計に表れていない数値を付け加えたとしても、争いの対象となっている期間において、原告又は事業に従事している人が病原体を保有し、又は感染者と接触した蓋然性は極めて低い (Rn. 28)。

(b) つぎに、ケルン地方裁判所は、感染症予防法五六条一項の類推適用の可能性もないとの判断を示した。同

裁判所によると、一般的に類推適用をするためには、法律によって規律されている事案の利害状況が判断の対象となっている事案と比較可能であること、及び、判断の対象とすべき事案についての相応しい法規範の欠如が「意図に反する規制の欠缺」に基づくことが必要である。さらに、判断されなければならない事実は、法的観点から、立法者によって規律された事実と、立法者が、援用しようとしている規範を制定する際に基準とした法原則と同じ法原則を基準として利益衡量をした場合に、同じ衡量結果に達すると考えられるほど比較可能なものでなければならぬ (Rn. 32)。これらの要求に照らして判断すると「意図に反する規制の欠缺」は存在しない。立法者は、意識的に補償請求権を局所的に規律した。感染症予防法三〇条、三一条に基づく具体的措置の対象である個人に限って公正の観点から補償するものとされ、法律は、立法者の意思に基づいて、感染症予防法二八条以下に基づくすべての措置についての一般的補償請求権を含んでいない (Rn. 33)。パンデミックが始まってから展開された最近の立法者の活動は、「意図に反する規制の欠缺」の存在を否定する根拠となる。例えば、立法者

は、パンデミックへの対応として、二〇二〇年三月二七日の法律によつて五六条一a項に新たな補償請求権を定めたが、これ以外の補償規定は定めなかった。この法改正の前に、感染症予防法に基づく命令によつて受ける不利益に関する補償請求権の問題を分析した連邦議会調査局の報告書（二〇二〇年三月六日付け）が出されており、連邦議会調査局は、例えば、Covid-19の蔓延阻止のための命令に基づく居酒屋の休業について、感染症予防法において補償請求権は定められていないとの結論に達していた（Rn. 34）。かりに二〇二〇年三月における立法者の行動に相応の意義を与えないとしても、とくに飲食業者を対象とするいわゆる「一二月支援」は、立法者が法律上の規定に基づく完全な補償を採用しなかったことを裏付けている。何故なら、前年度の売上上の七五%までという補償は、通常の場合、百パーセントの補填を出発点とする法律上の補償を下回るからである。少なくともこのような立法者の決定について、立法者は迅速に行動しなければならなかった（二〇二〇年春とは異なる。）ということによつて説明することはできない（Rn. 35）。この欠缺を埋めることは立法者の仕事であつて、類推は、

不適法な法の継続形成である。妨害者と非妨害者との別異処遇は、立法者が意図しているものである（Rn. 36）。
(c) また、ケルン地方裁判所は、感染症予防法六五条一項一文の要件も充足されていないと説示している。感染症予防法六五条一項一文によると、感染症予防法一六条及び一七条に基づく措置によつて物件が滅失され、損傷され、若しくはその他の方法によりその価値が下落させられ、又は取るに足らないものとは言えないその他の財産的不利益が発生した範囲において、金銭による補償がされるが、本件においては、この要件は充たされていない（Rn. 39）。また、感染症予防法六五条一項一文を適用するためには、感染症予防法一六条又は一七条に基づく措置であることを必要とするが、本件命令は感染症予防法二八条一項に基づくものである（Rn. 40）。
(d) さらに、ケルン地方裁判所は、感染症予防法の諸規定は、同法の措置に起因する損失についての補償請求権に関する完結的な規律を含んでおり、一般警察法又は一般秩序法の補償規定は適用されないと説示した（Rn. 42）。
(e) 加えて、ケルン地方裁判所は、収用的侵害の法制

度に基づく請求権は存在しないと判示した。その理由は、次のとおりである。

- (i) 連邦通常裁判所の確立した判例によると、収用的侵害を理由とする請求権が検討されるのは、それ自体としては適法な高権的措置がほぼ非典型的で予見できない所有権侵害を関係人に直接的に発生させた場合において、関係人が法的又は實際上の理由からこの侵害を受忍しなければならぬが、しかし、この侵害が収用法上期待できる限界を超えているときである。休業命令は、基本法一四条の保護範囲に対する制約ではあるが、収用法上期待できる限界を超える特別犠牲は存在しない。極めて広い範囲の人々が休業命令によって影響を受けている。禁止は多くの業界に対して適用される。一面的負担は存在しない (Rn. 43)。命じられた休業が関係人に対して具体的に存立を脅かす効果又は存立を否定するような効果を有している場合に特別犠牲の存在を例外的に肯定することができるとかどうかは、未解決にしておくことができる。何故なら、本件はこのような場合ではないからである (Rn. 44)。
- (ii) また、判例法上発展してきた収用的侵害の法制度

は、個別的事案に関連する所有権侵害に対してのみ適用されるのであり、大量に発生する損害を調整するのに適法的な法的な根拠ではない。このことは、命令のような法律よりも下位の法設定行為にも当てはまる。たびたび発生する所有権制限について国に対する補償請求権又は調整的補償請求権を認めると、このことが国家財政に対して広範囲に及ぶ影響を与える可能性があり、これによって、財政立法者は、国家の危機的状況において限られた国家資金をどのように、何のために、そしてどのような範囲で投入するのかについて自由に決定する権限を奪われることになる。これに加えて、民事裁判所が調整的補償請求権を付与することは、結果として、高権的制約にかかわる法律に判例法によって調整給付金に関する条項を補充することになる (Rn. 45)。

(f) のみならず、ケルン地方裁判所は、本件措置は違法な命令に基づくものではないから、職務責任 (基本法三四条と結び付いた民法八三九条) に基づく請求権も、また、収用類似の侵害という法的形象に基づく請求権もあり得ないと説示した (Rn. 46)。

(g) 最後に、ケルン地方裁判所は、一般的特別犠牲請

求権は、非財産的法益に対する侵害について適用されるものであり、所有権侵害について適用されるものではないから、本件においては適用されないと説示した（*Ru. 56*）。

III 結びにかえて

以上の叙述により、事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が被った損失について事業者は国家（州）に対する補償請求権を有するかどうかに関して判断を示したドイツの判例の展開はほぼ明らかにされたのではないかと考える。¹¹ この論点について初めて判断を示した二〇二〇年四月二十九日ハイルブロン地方裁判所判決（判例①）は極めて簡潔なものであったが、ハノーファー地方裁判所第八部の下した二つの判決（判例②と判例⑤）によって補償請求権に関する解釈上の問題はほぼ明らかにされたと言える。判例を紹介する作業を終えた後は、当然のことながら、上記の諸判決を含むドイツの判例について分析・検討を加える作業を行わなければならない（とくにハノーファー地方裁判所第八部の下した二つの判決は読みごたえのあるもので

あり、立ち入った考察をしなければならない）のであるが、この作業は別稿において行うことを予定しており、以下においては、本稿で紹介した判例において注目すべき点を簡単に指摘するにとどめる。

何よりもまず指摘しなければならないのは、筆者が知り得た限りにおいては、ドイツの裁判所は、事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が被った損失について事業者は国（州）に対する補償請求権を有しないとの判断を示していることである。ドイツの裁判所は、「休業命令と補償はセットである」と考えていないと言える。¹² もちろん、当然のことながら、政府が、休業を命じられた事業者に対して支援策を講じることが可能であり、実際、ドイツ政府は事業者に対して様々な支援策を実施しているところであるが、それは「支援」であって、（憲法上及び法律上必要とされる）「補償」ではないのである。もともと、「休業命令と補償はセットである」又は「休業と補償はセットで」ということを政策的指針又は政策の指導原理とすることを憲法は排除するものではなく、（日本の）政党の主張もこのようなものとして（憲法上補償が必要だという主張では

なく、補償をすることが政策的に好ましいという主張として）受け止めるべきであろう。ドイツの裁判所も、コロナ・パンデミック対策措置によって影響を受ける人々の負担の公正な配分に配慮することは立法者の任務であり、休業命令によって事業者が被った損失の負担配分は、国家に対する事業者の（主観的）補償請求権という枠組みにおいて裁判所によって解決を与えるべき問題ではないと言っているにすぎないのである。

また、ドイツの判例においてとくに注目すべきであり、かつ今後さらに検討を加えなければならない問題点として、事業者は国（州）に対する補償請求権を有しないとする解釈の根拠を指摘することができる。この点については、別稿において詳しく検討することとして、ここでは、次の三点を指摘するにとどめる。

第一に、判例（判例①～④、判例⑥）が、感染症予防法の諸規定を綿密かつ丁寧に解釈していることは、注目に値する。まず、判例は、感染症予防法において明文で定められた補償規定（五六条一項、六五条一項）が本件に適用されるかどうかについて検討し、結論としてこれを否定している。つぎに、判例は、感染症予防法上の補

償規定の類推適用の可能性を検討している。とくに感染症予防法上の補償規定の類推適用は学説上議論のあるところであり、この点はさらに詳しく検討しなければならない。

第二に、判例は、いわゆる収用的侵害に基づく補償請求権について検討し、これを否定しているが、注目しなければならぬのは、その理由付けが判決によって異なっていることである。二〇二〇年四月二十九日ハイルブルン地方裁判所判決（判例①）は、そもそも所有権侵害が存在しないことを理由としているのに対して、二〇二〇年七月九日ハノーファー地方裁判所判決（判例②）は、すでに講じられた営業上の措置に基づいて従来の範囲において事業を継続する権利が所有権によって保護されており、本件命令は、原告の既存の飲食店施設を利用することを禁止しているので、本件においては、基本法一四条の保護範囲が影響を受けていることを肯定しつつも、特別犠牲の存在という他の要件が充足されていないことを理由として補償請求権の主張を斥けている。二〇二一年一月一二日ケルン地方裁判所判決（判例⑥）も、基本法一四条の保護範囲の制約を認めつつも、特別

犠牲の存在の否定している（なお、二〇二〇年十一月五日シユトウツガルト地方裁判所判決（判例④）は、所有権侵害の要件に触れずに特別犠牲の存在を否定している）。このような対立は、休業命令は基本法一四条の保障する所有権をそもそも制約しているのか制約しているとして休業命令はどのような意味で財産権の問題になるのかということが重要な論点であることを示している。この論点は、基本法一四条はそもそも何を保障しているのかという根本問題と密接に関連する難問であり、今後さらに立ち入った検討を加えなければならない。

第三に、休業命令によって被った損失についての補償請求権が法律上定められていないことが憲法に反するかどうかについて今後さらに立ち入った考察を加えなければならぬ。この問題については、二〇二〇年十一月二〇日ハノーファー地方裁判所判決（判例⑤）が詳しく検討している。最大の論点は、「調整義務のある内容・制限規定」という法形象を、コロナ・パンデミック対策措置として事業者に対して休業を命じる法規命令又は一般処分によって事業者が損失を被ったという事案に適用できるかどうかであり、この点についても、二〇二〇年

十一月二〇日ハノーファー地方裁判所判決（判例⑤）は立ち入った検討を加えた上で、これを否定している。この論点についても、今後詳しく検討しなければならない。以上に指摘した各問題点については、学説において活発な議論が展開されているところであり、学説上の議論については別の論文で紹介・検討する予定である。すでに述べたように、本稿の目的は、コロナ・パンデミックの中で休業命令を受けた事業者の補償請求権に関するドイツの判例を時系列に沿って客観的・内在的に紹介する作業を行うことであり、この目的はほぼ達成されたのではないかと考えている。¹³

（１） 阿部泰隆「コロナ対策の法的工夫」自治実務セミナール六九七号（二〇二〇年）三四頁以下、同「コロナ禍対策としての休業要請と国家賠償」判例地方自治四六四号（二〇二〇年）一〇四頁以下、大橋洋一「感染予防のための行動制限と補償」論究ジュリスト三五号（二〇二〇年）四七頁以下、小山剛「自粛・補償・公表——インフォーマルな規制手法」判例時報二四六〇号（二〇二〇年）一四五頁以下、平裕介「法的に『自粛と補償はセット』といえるのか？」美術手帖 MAGAZINE・

INSIGHT・2020.4.5 (<https://bijutsutecho.com/magazine/insight/21630>)・同・改訂版・美術手帖 MAGAZINE・INSIGHT・2021.1.10 (<https://bijutsutecho.com/magazine/insight/23401>)・南亮一「新型インフル特措法における休業要請等による財産権の制約と憲法との関係」レファレンス八三八号(二〇二〇年)三二頁以下の論文がすでに公表されている。なお、長谷部恭男・杉田敦「(考論 長谷部×杉田) コロナ対策、『罰則』と『自由』」と『朝日新聞二〇二〇年七月二六日東京朝刊二頁、稲葉一将「コロナ危機と公法学の行方」法学セミナー七九四号(二〇二一年)五六頁以下(五八頁)もこの論点に触れている。

(2) 本稿は、ドイツの判例を時系列に沿って客観的・內在的に紹介する作業を行うことを目的とするものであり、判例に含まれる問題点について理論的考察を行うものではない。この意味において、本稿は、「研究ノート」の性格を有するにとどまるものである。しかし、岡田俊幸「コロナ危機下の連邦憲法裁判所」日本法学八六巻二・三号(二〇二〇年)一五三頁で述べたことを繰り返して述べると、コロナ危機の時期におけるドイツの裁判所の活動を客観的に記録しておくことにも少なくない意味があると考えられるし、また、ドイツの判例を紹介することは、日本においてなお継続しているコロナ・パンデミックに関わる憲法上の問題を考察する上でも一つの参考資

料となるとも考えられる。以上の理由から「研究ノート」の性格を有するにとどまる本稿をあえて公表することにした次第である。

なお、アメリカの判例については、石村耕治「アメリカのパンデミック対策と損失補償訴訟」国民税制研究六号(国民税制研究所、二〇二〇年)三頁以下、樋口範雄「新型コロナウイルスとアメリカ法」法学協会雑誌一三七巻一二号(二〇二〇年)二一九五頁以下によってすでに紹介・検討がなされている。

(3) 本稿は、二〇二一年一月末日までに下された判決を研究の対象とする。研究の対象の限定は、もっぱら時間的制約(締切日)によるものである(本稿は二〇二〇年二月一日に提出された)。

(4) LG Heilbronn, Urteil vom 29. April 2020 - I-4 O 82/20 -, juris. 判例の引用は、本文中に欄外番号を示すことによって行う。なお、金額については、参考までにユーロ＝一二五円で換算して日本円でも示した。

(5) LG Hannover, Urteil vom 09. Juli 2020 - 8 O 2/20 -, juris.

(6) 警察法の意味におけるStörerとは、公共の安全及び秩序の侵害に責任を負う者であるが、筆者の調査した限りでは、Störerに「妨害者」、Nichtstörerに「非妨害者」という訳語を当てている文献が多いように思われる。本稿においてもこの訳語を当てることにした。

- (7) LG Berlin, Urteil vom 13.10.2020 - 2 O 247/20 (<https://openjur.de/u/2303332.html>).
- (8) LG Stuttgart, Urteil vom 05. November 2020 - 7 O 109/20 -, juris.
- (9) LG Hannover, Urteil vom 20. November 2020 - 8 O 4/20 -, juris.
- (10) LG Köln, Urteil vom 12. Januar 2021 - 5 O 215/20 -, juris.
- (11) 関連する判例として、Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 07. Mai 2020 - 1 S 124/20 -, juris もあるが、本稿では紹介しない。なお、ドイツの判例を時系列に即して客観的・内在的に紹介し、ドイツの判例の展開を明らかにするという見地からは各判決をできる限り詳しく紹介する必要がある、本稿は各判決を詳しく紹介する作業を行ったため、本稿の記述がやや冗長になってしまったことは、否定できない。この点は、本稿の目的からしてやむを得ないものであるからお許しいただきたいと思う。
- (12) 樋口注(2)二一九七頁以下は、「アメリカでは、休業命令と公的な補償義務は必ずしもセットだとは考えられていない。政治的な判断として、休業した事業への救済：はありうるが、法律上、あるいは憲法上、これらの事業に補償しなければならないと考える法律家はむしろ少数である。」と指摘しているが、同じことはドイツの法律家にも当てはまると言えよう。もともと、本稿で紹介した諸判決を検討すると、休業命令により事業者が被った損失について事業者が国(州)に対する補償請求権を有する可能性が完全に否定されたわけではない。この点についても、学説における議論状況と併せて別の論文で検討する予定である。
- (13) 樋口・前掲注(2)は、第二章を「休業命令と公的補償の要否」の検討に、第三章を「コロナ危機による休業と保険による損害分散」の検討に当て、最後に、「若干のコメント」として、「大きくみると、未曾有の事態に対し、損害分散を公的な仕組みで行うか、私的な仕組みで行うか」という問題でもある」と指摘している(二二二四頁)。コロナ・パンデミックの法的問題点を考察するに際しては、このような科目横断的・分野横断的視点が極めて重要であることは、筆者も、補償請求権に関するドイツの判例を読んでいるときに感じたことである。しかし、筆者は、「一旦憲法学者：になったが最後、終生、憲法だけをやり、それ以外はやらない」典型的な憲法学者(安念潤司「憲法訴訟論とは何だったか、これから何であり得るか」論究ジュリスト一号(二〇二二年)一三七頁を参照。)であって、民間の保険に関するドイツの判例・学説を紹介・検討する能力はない。従って、民間の保険に関するドイツの判例・学説の詳しい紹介・検討は、この分野に詳しい研究者にお願いするほかない。

ら』節税目的であっても、縁組意思が併存すれば前提としての縁組を有効と考えることができるとしたものといっているであろう。その意味では、この判例は、いわゆる実質的意思説によっているもののほとんど形式的意思説に近接しているといえることができるであろう」とする。

(22) 緒方・前掲注(5)223頁

(23) 緒方・前掲注(5)222頁、宮崎幹朗「限られた目的のための養子縁組と縁組意思」西南学院大学法学論集51巻第3・4号63、64頁（2019）

(24) 宮崎・前掲注(23)64頁は「さまざまな事案を想定した上で、縁組意思を理解することを考えなければならず、柔軟に縁組意思を解釈する立場が現実的であるといえる。」と述べる。

(25) 宮崎・前掲注(23)66～68頁は「縁組意思を柔軟に理解するべきであるとしても、あくまでも法的な養親子関係の成立を意欲するという点から、縁組意思を法的な効果と結びつけて理解すべきである」、「限定された目的のみのためにおこなわれた養子縁組であっても、養親子関係の成立に伴って生じる民法上の法的効果、親子としての権利義務の発生を認識し、取得を意欲する意思の存在が必要であると考えている。目的とされた法的効果のみの享受を意欲し、養親子関係の成立に伴って発生する他の法的効果、権利義務の享受をすべて否定するという場合には、縁組意思の存在を肯定することは適当ではない」旨指摘する。

(26) 緒方・前掲注(5)223頁

- (2) 拙稿「専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合と民法802条1号にいう『当事者間に縁組をする意思がないとき』（最判平成29年1月31日民集71巻1号48頁）」日本大学法科大学院法務研究15号185頁（2018）
- (3) 内田貴『民法Ⅳ』（補訂版）252頁（東京大学出版会、2004）は、多様な目的に使われているのが日本の養子法の大きな特色だと指摘する。
- (4) 内田・前掲注(3)252頁
- (5) 緒方直人「方便のための養子縁組届出の効力」判タ747号221頁（1991）
- (6) 中野琢郎「判批」ジュリ1509号97頁
- (7) 鈴木伸智「判批」新・判例解説 Watch21号（2017）118頁は、相続税節税の動機と縁組をする意思が「併存する」との表現について疑問を呈する。
- (8) 深谷松男『現代家族法〔第4版〕』（青林書院、2001）132頁ないし133頁参照、鈴木・前掲注(7)117頁
- (9) 二宮周平『家族法〔第3版〕』（新生社、2009）39頁
- (10) 利谷信義＝苗木俊一「いわゆる創設的身分行為」奥田ほか編『民法学7』18頁（有斐閣、1976）、緒方・前掲注(5)222頁
- (11) 中川善之助『新訂親族法』424頁（青林書院新社、1959）
- (12) 山本正憲『先例判例養子法』127頁（日本加除出版社、1996）
- (13) 谷口知平『日本親族法』51頁（弘文堂、1935）
- (14) 緒方・前掲注(5)223頁は、「実質的意思説は縁組意思に関するかぎり、縁組の性格を反映して当初からかなり便宜的な対応をしてきたと言える。判例も検討してきたように実質的意思説を採用することによって、届出によって意図された目的や身分的に生活関係に対して広い法的価値判断を加えることができる点にメリットを見出してきた。」と指摘する。
- (15) 二宮・前掲注(9)39頁
- (16) 緒方・前掲注(5)223頁は、実質的意思説について、「形式的意思説はもとより、法律的定型説等を採用して民法90条等の判断を付加する場合に比しても、一層法解釈的にフレキシビリティに富んでいる」旨指摘する。
- (17) 中川高男『新版 親族・相続法講義』230～231頁（ミネルヴァ書房、1995）
- (18) 島津一郎＝松川正毅編『基本法コンメンタール親族〔第5版〕』159頁以下〔前田陽一〕（2008）
- (19) 中川・前掲注(17)230～231頁
- (20) 中野・前掲注(6)97頁
- (21) 山川・前掲注(1)10頁は、最判平成29年1月31日について「縁組意思が何かという問題には深入りせずに、むしろ本件の事案においては当然に縁組意思ありと理解し、それがあつた以上は当該縁組意思がもつぱら節税目的にあるとしても、その縁組意思が併存する以上は、当該縁組を無効とする必要がないと判断されたものであることができよう。つまり『もつぱら

月20日のいう「親子としての精神的なつながりをつくる意思」についても、否定されるような事情はないと考えているのではないかと思われる。

前掲大阪高判平成21年5月15日は、「親子としての精神的なつながりをつくる意思」と表現した前掲昭和38年12月20日を引用して「親子としての人間関係を築く意思」と言及している。そのため、親子という関係を踏まえていると考えられるものの、やはりその具体的な内容については、個々の事例によって異なると言わざるをえない。このことからすると、縁組意思が争われる事例において、縁組意思を認定するには、その時その時の家族関係や人間関係その変化等を踏まえつつ、個々の事例によって異なる目的や事情に十分配慮しながら、親子関係に関する意思の根拠となる事実を認定することになると考えられる。

6 おわりに

以上のとおり、養子縁組が多目的に利用されていることに関連して、縁組意思に関する判例等を検討したところ、個々の事例において、事案ごとに縁組意思を検討せざるを得ないと考えている。しかし、未成年養子の場合、成年養子の場合、認知症高齢者が養親の場合または節税目的の場合など、養子縁組が利用される実態等に応じて、重視すべき考慮要素を挙げたり、一定程度類型化し、かつ具体的な縁組意思を想定することもできるのでないかと考えており、引き続き、縁組意思の内容について検討を続けたい。

- (1) 山川一陽「身分行為としての縁組意思について平成29年1月31日最高裁判所第三小法廷判決を契機に」戸籍時報752号2頁(2017)は、当該判例について「縁組の実質的要件とされる『縁組意思』とは何かを考える重要な判断を示している」とし、「身分行為に要求されるところの身分行為意思というものの具体的な内容がいかなるものであるか」について検討されている。

いる⁽²⁴⁾。

事案ごとに縁組意思を検討するとはいっても、判例によれば、縁組意思は「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思」、「親子としての精神的なつながりをつくる意思」とされ、こうした判例の理解から離れた縁組意思を想定しているわけではなく⁽²⁵⁾、同判例の理解を前提に、様々な養子縁組によって意図された目的や身分的生活関係に対して広く法的な価値判断を加えるべきであると思われる⁽²⁶⁾。

大阪高判平成21年5月15日判時2067号42頁は「親子関係は必ずしも共同生活を前提とするものではないから、養子縁組が、主として相続や扶養といった財産的な関係を築くことを目的とするものであっても、直ちに縁組意思に欠けるということとはできないが、当事者間に財産的な関係以外に親子としての人間関係を築く意思が全くなく、純粹に財産的な法律関係を作成することのみを目的とする場合には、縁組意思があるということとはできない」とするように、親子という点から離れた縁組意思は認められないものと考えられる。また、前掲平成29年1月31日で問題となった節税目的の養子縁組に関しても、節税目的というのは、養子縁組をして親子関係を創設し相続人とすることとほぼ同義であり（節税の効果を得るには相続人にならなければならないので、ほとんどの場合、節税目的≡相続人とすること≡親子関係の創設といえるのではないと思われる。）、節税目的と親子関係とすることは密接に結びついていることから、節税の意思しかなく、それ以外に親子関係を創設するという意思が全くない場合という場面は想定しにくい。そのため、節税目的の養子縁組に関して、「単に他の目的を達するための便法として仮託された」養子縁組として無効になる場合はかなり限定され、前掲平成29年1月31日は、全くの他人ではなく孫と縁組した事例でもあるところ、こうした点を踏まえれば、縁組意思の内容については踏み込まず、縁組意思が節税目的と「併存」として表現することも親子関係というものを前提にしていると考えられる。特に、前掲平成29年1月31日は、長男の子（孫）を養子としたという事案であり、前掲昭和38年12

ことには困難が伴うと考えられる⁽²²⁾。形式的意思説によって、届出の意思はあるとして縁組意思を肯定しているとも考えることもできるが、前掲最判昭和46年10月22日は、情交関係のあった女性が、養子として扶養を受け相続権を得ることで、養親者死後の扶養をとする意思であったとしていることから、こうした目的による養子縁組を肯定するため、縁組意思の判断において、同目的や情交関係の評価を行っているとも考えることもできる。判例における縁組意思の判断は、実質的意思説、形式的意思説または法律的定型説にあてはめて解決したり、これらの立場によって割り切れるようなものではなく、多岐にわたると言わざるを得ないと考えられる⁽²³⁾。

養子縁組の多様性を考慮すると、実質的意思説の立場によって一義的に縁組意思の内容を定め、問題を処理することは困難であると思われる。一定の事実関係を前提とし、「当該事案における」縁組意思を検討せざるを得ないのではないかと思われる。例えば、未成年養子であれば、養子の監護養育等の点は考慮されうると考えられる一方で、成年養子では、判例において、そうした点はそれほど重視されていないものと思われる。また、祖父母が孫と養子縁組する際、未成年養子であると成年養子であるとを問わず、相続や財産の承継を目的とする場合もあるが、相続税の軽減などを目的とするものであったりする場合もある。さらに、認知症高齢者を養親とする養子縁組については、認知症高齢者という点を踏まえて縁組意思を検討せざるをえない。名古屋家判平成22年9月3日判タ1339号188頁は、養親が養子縁組を希望するとの発言をしていたものの「同人の当時の年齢・心身状態からすると、同人の弁識力・判断力等にかかなりの衰えがあったと認められ、その場の状況次第では、真意の如何とは別に、たやすく身近な人の意向に沿う発言をするような精神状態にあった」こと等を踏まえ、縁組意思を否定している。このように養子縁組自体が多目的に利用され、かつ具体的な事情や考慮すべき事情は事案によって異なるのであるから、事案ごとに縁組意思を検討することも否定されるものではないと考えて

態も現れるなど、夫婦としての実質は日々変化し、一様ではなく、一義的に定めることは困難であると考えられる。なお、同性婚に関し、近時、札幌地判令和3年3月17日（平成31年（ワ）第267号損害賠償請求事件）が、「異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しな立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。」と判示し、同性婚を認めないことが憲法14条1項に反するとの判断をしているように、婚姻の在り方は一様ではないといえる。

養子縁組については、養子となる者のためになされることが本来であるといえるが、多目的に利用されている実態があり、こうした目的のもとでの養子縁組は、判例において否定されてはいない。

このように考えれば、縁組意思の内容についても、養子縁組自体が多様性及び多目的性を有していることを前提に、具体的な内容を検討せざるを得ないのではないかと思われる。そのような多様性及び多目的性を前提として、判例は、縁組意思に関し、「親子としての精神的つながりを形成する意思」としてとらえたり、具体的な内容には踏み込まずに他の目的との「併存」ととどめる表現をしているのではないかと考えられる。他方で、前掲最判昭和46年10月22日は、家事や家業を手伝ってきた姪に対し、財産を相続させて死後の扶養とする意思をもってなされた養子縁組について、養親子間に情交関係があったとしても偶発的であり事実上の夫婦たる関係を形成したものでなかったなどの事実関係があるときは、縁組意思は存在し同養子縁組は有効であると判断している。この情交関係の評価は、縁組意思に関する判断の中で行われているところ、実質的意思説にたち、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思」であるとか、前掲最判昭和38年12月20日のいう「親子としての精神的なつながりをつくる意思」を認める

していると考える余地があり、判例は、実質的意思説によりながらも、多目的に利用されている養子縁組の状況を肯定し、事案に応じてその具体的な中身を修正しつつ判断をしていると考えることもできるのではないかとされる⁽²¹⁾。

ただし、形式的意思説を前提とした場合、例えば、相続税の軽減を動機として養子縁組をしたが、養子縁組による民法上の効果は発生せず、遺留分の放棄もし、相続の効果も一切発生させる意思がないような極端なケースでも届出意思さえあれば養子縁組は有効となることになるが、こうしたものまで判例が許容しているとまでは考えられず、形式的意思説をとっているとまではいえないのではないかと考えられる。前掲東京高判平成27年2月12日は「形式的には問題のない養子縁組の届出がされていても、例えば、暴力団関係者同士で、刑務所に収容されている舎弟との面会や差入れをする目的で養子縁組をしたとか、多額の資産を有する者が死後の相続税の軽減を受ける目的でそれまで面識のない複数の者に一定の手数料を支払って養子縁組をしたとか、日本への入国等を希望している外国人に便宜を与えるため、それまでほとんど面識のない外国人と養子縁組をしたなどという場合などには、真に親子関係を形成して家族としてのつながりを強めようとするものではなく、不当な目的を実現するために養子縁組の形式を借用したものであるから、その効力を否定するのが相当である。」と判示して、縁組意思が欠ける場合の例示をしており、少なくとも、形式的意思説によっ

てはいないものと考えられる。

判例の考え方をこのように理解した場合、判例の考え方には、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思」の具体的な内容を確定することは困難であるという点が根底にあるのではないかとされる。縁組意思の具体的な内容が特定することが困難であるという点は、縁組意思に限られるものではなく、例えば、婚姻については、判例は、婚姻意思を「当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」としているが、同性婚や別居婚といった形

れた効果意思、すなわち養子縁組の効果として民法が定める扶養、相続等の効果に向けられた効果意思とし、その意思が、社会的妥当性を欠き、法的保護の対象とならないときは、民法90条の公序良俗に反し無効となるとする⁽¹⁷⁾。判例は、実質的には「法律的定型説」に近いと分析するものもある⁽¹⁸⁾。法律的定型説による場合、養子縁組において当事者に求められる法的効果に対する意思として定型的に想定しうるものがどのようなものとなるか検討が必要となるが、養子縁組（特に成年養子）が多目的に行われている現状を踏まえると、親子関係やこれに向けられた効果意思に定型性を見出すことには困難な面があるのではないと思われる。

5 検討

判例は、実質的意思説に立つとされているが⁽¹⁹⁾、必ずしも言い切れないともされている⁽²⁰⁾。また、判例は、縁組意思を、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思」と捉えているとされるが、その具体的な内容については明らかとなっていないと考えられる。

前掲最判平成29年1月31日は、「専ら」相続税節税のために養子縁組をしても、直ちに縁組意思を欠くことにならないとするが、「専ら」とは、ある1つのことを主とすることや、ある1つのことに専念することを意味するから、この文言に着目すれば、「専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合」とは、相続税の節税を主とし、これのみを目的としている養子縁組を指すものと解する余地があるものの、これに縁組意思が併存すれば良いとしている。これは、「専ら」節税目的であったとしても、多少なりとも縁組意思が併存する以上は、縁組を有効としたとも考えられ、このように考えた場合、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思」の具体的な内容はさておき、節税等の一定の目的を主たる目的としていても、養子縁組の届出をした当時の事情等から、縁組意思が併存しているといえれば養子縁組を有効と

実質的意思による場合、縁組意思の内容が判例によって必ずしも明らかとされていないため、いかなる場合に縁組意思があるとするのか不明瞭と考えられる。他方で、縁組意思の内容を、「親子としての精神的なつながりをつくる意思」（前掲最判昭和38年12月20日）としたり、社会通念によって判断されるところなどして（前掲大阪地判昭和44年9月17日）、個々の養子縁組ごとの異なった目的や複雑多岐にわたる事案における事実関係を個別的に評価して判断することが可能ではないかと思われる⁽¹⁴⁾。なお、実質的意思説による場合、問題は、真に養子縁組をする意思があったかなかったかに帰着するものの、当該養子縁組を有効か無効か妥当と思われる結果を前提にして縁組意思の存否を論じているようにも思われるとするものがあり、これは、前記裁判例について縁組の目的の妥当性を考慮して政策的に縁組意思の有無を判断しているとする見解⁽¹⁵⁾と近いと思われる。

形式的意思説による場合、縁組意思の有無は、縁組届出をする意思の有無によって決せられ、基準として明確になると考えられる一方で、判例が許容しているとは考えにくい養子縁組まで許容してしまう結果となるものと思われる。例えば、相続税の軽減を動機として養子縁組をしたが、養子縁組による民法上の効果は発生させず、遺留分の放棄もさせ、相続の効果も一切発生させる意思がないような極端なケースでも届出意思さえあれば養子縁組は有効となることになるが、こうした縁組は、まさに判例によって無効とされる「相続税の負担を減少させる目的を達成するための便法として仮託された養子縁組」に該当し得ると考えられる。形式的意思説によっても、個々の事案における事実関係を個別評価することは同様であると思われるが、あくまでも届出に向けた意思があるかどうかによって判断されるため、養子縁組の目的等にまで踏み込んだ評価や背景事情等まで踏まえた評価は難しいのではないかと考えられる⁽¹⁶⁾。

（2）法律的定型説

法律的定型説は、縁組意思を、民法上の養親子関係の定型に向けら

関係の設定を欲する効果意思」としつつも、その具体的内容については、必ずしも明らかになっていないと考えられる。

こうした従前の判例及び裁判例に関し、縁組意思の存否については「諸般のファクター」を採り上げて個別具体的に総合的に判断していると評するもの⁽⁸⁾、縁組の目的の妥当性を考慮して政策的に縁組意思の有無を判断していると評するもの⁽⁹⁾及び養子縁組の届出によって意図された目的やその外形のもとにある身分的な生活関係が国家の立場からは是認できるか否かという法的価値判断を基礎として個別的評価を加えてきたのではないかと評価するものがある⁽¹⁰⁾。

なお、縁組と同じく身分行為である婚姻については、判例は、「当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」（最判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁）とし、養子縁組と同様の解釈をしている。他方で、協議離婚については、後述の形式的意思説によるとされ、戸籍上の届出をする意思で足りるとされている（最判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁、大判昭和16年2月3日民集20巻70頁）。婚姻は、夫婦関係を創設する身分行為である一方、協議離婚は夫婦関係を失わせる身分行為であるという点で違いはあるものの、統一的な解釈はとられていない。

4 学説について

民法802条1号は、「当事者間に縁組をする意思がないとき」に縁組を無効と定めるところ、この縁組意思を巡って学説の対立がある。

(1) 実質的意思説、形式的意思説

縁組意思の内容を巡って、学説は、大きく、①縁組意思を習俗標準に照らして親子と認められるような関係を創設しようとする意思⁽¹¹⁾と解釈する伝統的な通説とされる⁽¹²⁾実質的意思説と、②縁組意思は、縁組という戸籍上の届出に向けられた意思とする⁽¹³⁾形式的意思説に分かれる。

また、前掲最判昭和46年10月22日の第一審にあたる大阪地判昭和44年9月17日判タ242号271頁は、「一般に縁組意思とは、親子関係を成立させる意思と言い得るけれども、その親子関係は社会通念によって決するのほかに、社会通念は当事者の年令、境遇、職業その他によって、親子関係の核となる標識を多様化する。たとえば本件の一夫と被告の如く、かなりの高年令者間のいわゆる成年養子縁組にあっては、親子らしい情愛の交流を軸とする生活実態よりも、永世への願望を秘めた養親側の財産ないし祭祀の養子側への承継を以て、親子関係の標識として、より素直に受容することが、当代における社会通念というべきである。」と判示し、縁組意思は社会通念によって判断されること、社会通念は当事者の状況によるとして多様であることを前提にした判示をしている。

さらに、前掲最判平成29年1月31日は、「養子縁組は、嫡出親子関係を創設するものであり、養子は養親の相続人となるところ、養子縁組をすることによる相続税の節税効果は、相続人の数が増加することに伴い、遺産に係る基礎控除額を相続人の数に応じて算出するものとするなどの相続税法の規定によって発生し得るものである。相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を発生させることを動機として養子縁組をするものにほかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。」と判示する。親子関係を設定する意思を持ちつつも、その動機が節税にあることは十分に想定され则认为⁽⁷⁾、また、従前の最高裁判決、大審院の判例も、動機や目的から直ちに養子縁組を無効と判断していないので、従前の判例の考え方を踏襲するものであると考えられるが、同判例も、従来の判例の縁組意思に対する考え方である「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思」の具体的な内容については言及しておらず、前掲最判昭和38年12月20日のいう「親子としての精神的なつながりをつくる意思」にも言及されていない。

したがって、判例においては、縁組意思を「当事者間に真に養親子

らかに脱税である。)ということが横行し、税務署では個々の養子縁組の実態の把握及びその効力についての検討を逐一行うわけにもいかないため、こうした不当な相続税逃れができないようにするための相続税法の改正が検討されていた時期で、新聞や雑誌等でも取り上げられていた。そして、後に相続税法が改正されて、相続税の総額の計算において養子の数に制限が加えられたのであり、以上の事実は公知の事実といえるものである。」との判示もしているため、相続税法改正等に関する社会情勢が影響している可能性もある。

(3) 判例・裁判例の考え方

前記大審院判決及び最高裁判決からすれば、判例は、「当事者間に縁組をする意思がないとき」の解釈について、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思を有しない場合」を意味すると解釈し、また、養子縁組が「単に他の目的を達するための便法として仮託されたに過ぎないものである場合」には、真に養親子関係の設定を欲する効果意思がなく、無効になると考えているものと解される。節税目的の養子縁組についても、上記の考え方は踏襲されているといえ、相続税の負担を減少させる目的を達成するための便法として仮託された養子縁組は縁組意思を欠くものとして無効になるものと考えているものと解される⁽⁶⁾。

このように、判例においては、養親と養子の双方において真実養親子関係の成立を意欲することを縁組意思として求めていると考えられ、単に別の目的達成のために便法として仮託されて養子縁組が利用される場合には縁組意思がないとして無効であるという判断を示すものとなっていると考えられる。

しかし、前掲最判昭和38年12月20日は、「当事者間に縁組をする意思がないとき」の解釈について、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思を有しない場合」を意味するとの解釈を前提としつつも、遺産を相続させる意思を認定しながら「親子としての精神的なつながりをつくる意思」があるとして、縁組意思を肯定している。

の負担の軽減を目的として養子縁組をしたとしても、直ちにその養子縁組が無効となるものではない」とした。

⑦東京高決平成12年7月14日判タ1051号305頁は、養母（祖母）が、養父（祖父）が死後、その遺産分割について養親の特別代理人選任を申立てた事案において、「原審判は、本件養子縁組が相続税の負担を軽減する目的で行われたとするが」、「当該養子縁組がそのような動機のもとに行われたとしても、直ちにそのような養子縁組が無効とするものではない」と説示した。

上記⑤ないし⑦に対し、⑧浦和家熊谷支審平成9年5月7日家月49巻10号97頁は、実父母の代諾により実祖父母の養子となった者が、養父死亡後に離縁の許可を求めた事案において、「本件の養子縁組の届出は、当事者間に真に社会観念上養親子と認められる関係の設定を欲する効果意思を有していたわけではなく、明らかに単に亡父と申立人の各戸籍に養子縁組の届出がされた事実を記載する方法で相続税の負担を減少させる目的を達成するための便法として仮託されたに過ぎないものと考えざるを得ない。」、「本件各養子縁組の届出は、単に他の目的即ち相続税の負担の軽減を図るための便法として仮託されたに過ぎないもの」で、「真に社会観念上養親子と認められる関係の設定を欲する効果意思は全くなかったと考えるほかない」と判示し、離縁許可の申立ては対象を欠き不適法であるとして却下した。

なお、⑦浦和家裁は、「即ち、本件各養子縁組の届出がされた昭和60年当時は、資産家の老人について、相続の開始が近いと思われるような時期になって、老人とその子供達の配偶者や孫達との養子縁組の届出をして戸籍上何人も養子がいるということにしておく方法で、相続税の総額を減少させて（相続人の数が多くなると、基礎控除の額が増加するだけでなく、相続税の総額の計算の基礎となる相続人1人当たりの遺産の取得価額が減少する結果相続税の税率を減少させることができるため、相続税の総額が減少することになる。）、相続税の負担を不当に免れる（前記〇〇弁護士の上申書には「節税」と記載されているが、これは単なる節税ではなく、明

について無効と判示したもの（大判昭和15年12月6日民集19巻2182頁）等が見受けられる。

また、②最判昭和38年12月20日集民70号425頁は、被相続人が、次男の相続分を減らして長男の子ら（孫）に相続分を与える目的で同子らを養子にした事案において、同養子縁組は遺産に対する次男の相続分を排して孫らに遺産を相続させる意思があると同時に、真実親子関係を成立せしめる意思もまた十分にあったと認めた原審の判断を是認して、同養子縁組を有効とした。

さらに、③最判昭和46年10月22日民集25巻7号985頁は、家事や家業を手伝ってきた姪に対し、財産を相続させて死後の扶養とする意思をもってなされた養子縁組について、養親子間に情交関係があったとしても偶発的であり事実上の夫婦たる関係を形成したものでなかったなどの事実関係があるときは、縁組意思は存在し同養子縁組は有効であると判断した。

加えて、④東京高判平成27年2月12日判時2327号24頁は、養子縁組がもっぱら相続人の一人の遺留分を減少させることを目的としたものであり無効であるとした原審を取り消し、実質的縁組意思があるとして右縁組を有効と判断している。

（2）節税目的の養子縁組に関する裁判例について

⑤東京高決平成3年4月26日家月43巻9号20頁は、養親の死後に養子の実母から申し立てられた後見人選任申立について、同養子縁組が専ら相続税軽減目的でなされたものであるから無効であるとし同申立を却下した原審判に対する即時抗告審であるが、「相続税軽減を目的として養子縁組をしたからといってその養子縁組が無効となるものではない。」とした。

⑥東京高決平成11年9月30日判時1703号140頁は、祖父である養親の死後、孫である養子の実父が申し立てた後見人選任申立てについて、同養子縁組が専ら相続税軽減目的でなされたものであるから無効であるとし同申立を却下した原審判に対する即時抗告審であるが、「相続税

の養子制度では、もともと多様な養親子関係の存在を認めていたともいえ（ただし脱法的なものは除く。）、実際に、さまざまな理由や目的によって養子制度が利用されることは否定できず⁽⁴⁾、前掲最判平成29年1月31日で問題となったような節税目的の養子縁組も可能である。

このように養子縁組が多目的に利用されている点を捉えて、養子縁組に「方便」性を見出しうるとの指摘もなされている⁽⁵⁾。

3 従来の最高裁判決等について

(1) 縁組意思に関する判例、裁判例について

①最判昭和23年12月23日民集2巻14号493頁は、旧法の下で去家を禁止されていた法定推定家督相続人である女子を他家へ嫁がせるための便法として、他の男子を一時養子とするいわゆる借養子縁組の効力は問題となった事案において、「当事者間に縁組をする意思がないとき」の解釈につき、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものであると解すべきは、言をまたないところである。」と判示した上で、「たとい養子縁組の届出自体については当事者間に意思の一致があつたとしても、それは単に他の目的を達するための便法として仮託されたに過ぎずして、真に養親子関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合においては養子縁組は効力を生じないのである。」と判示し、他の目的達成のための便法として仮託された養子縁組については養親子関係の設定を欲する効果意思を有しないものとして無効になるとしている。

大審院の判例においても、兵隊養子（兵役を免れるために嗣氏のない養子となること）について無効と判示したもの（大判明39年11月27日刑録12輯1288頁）、芸妓養子（芸妓家業を働かせるために形だけ雇主の養子とすること）について無効と判示したもの（大判大正11年9月2日民集1巻448頁。ただし同判決は芸妓家業が縁組の縁由にすぎない場合は有効となりうることを述べている。）及び仮親縁組（婚姻にあたって家柄を引き上げるための養子縁組）

な縁組であると判断している⁽¹⁾。同判例については、判例評釈をさせていただいたところであるが⁽²⁾、節税目的の養子縁組に関して検討を行い、縁組意思の具体的な内容等については詳細な検討は行っていないため、この点に関し、本稿で改めて検討を試みている。

養子縁組が有効とされるためには要件があり、その形式的な要件が戸籍の届出である（民法799条、739条）。実質的要件とされるものが当事者の意思、すなわち縁組意思（民法802条1号参照）である。ここで問題となるのが、養子縁組に要求される縁組意思というものの具体的な内容がいかなるものであるかである。

縁組意思を検討するにあたっては、養子縁組の制度趣旨等が参考になると思われるが、養子縁組（特に成年養子）は、多目的で利用されている。家庭裁判所の許可なく成年養子を認めている日本の養子制度では、もともと多様な養親子関係の存在を認めていたともいえ（ただし脱法的なものは除く。）、実際に、さまざまな理由や目的によって養子制度が利用されることは否定できない⁽³⁾。

本稿は、上記の問題点である縁組意思に焦点を当て、前掲最判平成29年1月31日及び養子縁組が多目的で利用されていること等を踏まえつつ、縁組意思について、さらなる検討を試みるものである。

2 養子縁組の多目的利用

養子縁組は、契約構成をとっており、当事者の縁組意思の合致（縁組の合意）を届け出ることによって成立する（民法799条、739条）。未成年者を養子とする縁組は、この届出に加えて、未成年者保護のために家庭裁判所の許可が必要であるが（民法798条）、成年者を養子とする縁組は、家庭裁判所が何ら関与することなく成立する。こうした届出主義のもとでは、仮想の養子縁組も可能であり、過去には、消費者金融等で借入れを繰り返すために、氏を変更する手段として養子縁組が利用された例もある。家庭裁判所の許可なく成年養子を認めている日本

養子縁組の多目的利用と縁組意思

帷 子 翔 太

1 はじめに

民法802条1号は、人違いその他の事由によって当事者間に縁組をする意思がないときに養子縁組を無効とする旨の規定を置いており、養子縁組の成立に関して当事者間に「縁組意思」の存在を求めている。最判平成29年1月31日民集71巻1号48頁は、相続税の節税のためになされた養子縁組について、民法802条1号にいう「当事者間に縁組をする意思がないとき」に該当するか否か、すなわち縁組意思の有無が問題となった事案であるが、「養子縁組は、嫡出親子関係を創設するものであり、養子は養親の相続人となるところ、養子縁組をすることによる相続税の節税効果は、相続人の数が増加することに伴い、遺産に係る基礎控除額を相続人の数に応じて算出するものとするなどの相続税法の規定によって発生し得るものである。相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を発生させることを動機として養子縁組をするものにほかならず、相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。したがって、専ら相続税の節税のために養子縁組をする場合であっても、直ちに当該養子縁組について民法802条1号にいう『当事者間に縁組をする意思がないとき』に当たるとすることはできない。」と判示し、専ら節税目的でされた養子縁組であっても、これに実質的な縁組意思が併存するということが有効

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<https://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

執筆者紹介
掲載順

野中貴弘 日本大学准教授
岡田俊幸 日本大学大学院教授
帷子翔太 日本大学助教

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

大岡健輔 賀来健悟 南拓也 小野美典 加藤雅之 黒滝真理子 高畑英一郎 友岡史仁 横溝えりか 石川徳夫 石橋孝幸 大井圭和 杉本竜也 中村静子 野村未曉 松島彦知 米田崎雪実 前田寛

日本法学第八十七卷第一号

令和三年六月二十日 印刷
令和三年六月三十日 発行
非売品

編集責任者 日本大学法学会
小田 司

発行者 日本大学法学会
電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二一ー二四 A&Xビル
印刷所 株式会社メディオ
電話〇三(三二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 87 No. 1 June 2021

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLE

Takahiro Nonaka, *Der Einfluß einer Verarbeitung oder Umgestaltung
vor Kenntnis des Mangels auf Rücktrittsrecht und
Wertersatzpflicht*

NOTE

Toshiyuki Okada, *Entschädigungsansprüche für Betriebsschließungen
zur Pandemiebekämpfung — Neuere Entwicklungen der
deutschen Rechtsprechung in der Corona-Krise*

NOTE

Shota Katabira, *Multipurpose Use of Adoption and Intention to Adopt*