

# 契約不適合解除における使用利益の帰趨

——買主の原状回復義務と売主の填補賠償責任の競合——

野 中 貴 弘

## I 序論

### 1 問題の所在

#### (1) 議論の前提

#### (2) 本稿の視点

### 2 本稿の構成

## II 代物給付における使用利益の帰趨

### 1 前提

### 2 クヴェレ事件と二〇〇八年改正

### 3 契約不適合解除の場合への議論波及

契約不適合解除における使用利益の帰趨（野中）

Ⅲ 契約不適合解除における使用利益の帰趨——解除と填補賠償請求の競合

1 我が国における議論状況

- (1) 解除と共にする填補賠償請求
  - (2) 使用利益喪失損害の賠償
  - (3) 解除の原状回復と填補賠償との競合調整——非遡及構成による評価矛盾の解消？
- 2 ドイツにおける議論状況

(1) 前提

(2) 争点

(3) 議論状況

ア 解除効果規定優先説

イ 使用利益返還義務否定説

ウ 単純競合説（二段階調整説）

3 議論の評価と広がり——我が国での解釈における展開

(1) 使用利益返還義務否定説の評価

(2) 不自由なく使用できた場合への応用——平成二二年判決の位置づけと昭和五一年判決の再検討

(3) 派生的問題

Ⅳ 結論

1 本稿のまとめ

2 残された課題

## I 序 論

### 1 問題の所在

#### (1) 議論の前提

本稿は、買主が受領物を一定期間使用した後、その契約不適合に気づき、売主との売買契約を解除した場合における、買主の使用利益返還義務について検討するものである。買主の使用利益返還義務を考えるにあたり、売主の債務不履行はどの段階でどのように考慮されるべきか。

契約が解除されると、両当事者は、相手方を原状に復させる義務を負う（民法五四五条一項本文）。これに基づき、売主は受領済みの代金相当額を買主に返還する義務を負い、買主は受領物を売主に返還する義務を負う。また、民法五四五条二項によれば、売主は、代金相当額の返還の際に利息を付すことが求められる。我が国の二〇一七年改正前の通説は、こうして五四五条二項が代金に利息を付して返還することを売主に義務づけていることとの均衡から、あるいは売主や買主の原状の回復という観点から、買主が受領物を使用したことで得た利益の返還を買主に義務づけてきた<sup>①</sup>。判例も、返還義務を認める点で一致する。リーディングケースとされる大判昭和十一年五月一日民集一五卷一〇号八〇八頁は右均衡論からこれを肯定し、最判昭和三四年九月二二日民集一三卷一一号一四五頁は、解除の遡及効から買主の不当利得返還義務として使用利益返還義務を認めた。そして、周知のとおり、最判昭和五一年二月一三日民集三〇卷一号一頁（以下では「昭和五一年判決」と呼ぶ）は、他人物売買における他人物売主への使用利益返還義務を肯定した。本稿の問題関心からして重要なのは、売主の債務不履行が原因で買主が解除した事案においても、

目的物を使用することを得た利益が（他人物）売主に帰属すべきものとされたことである。

こうした学説・判例の状況の中で、今般の民法（債権関係）改正では、「果実」返還義務が規定されるにとどまった（五四五条三項）。中間試案の補足説明では、使用利益返還義務をめぐって、「使用利益……の外延が必ずしも明確でないという問題があるほか、……給付目的物の価値の減耗と使用利益との関係をどのように整理するかという困難な問題がある」と指摘され、「使用利益の返還についての一律の規定を設けることは相当でないと考えられる。そこで、使用利益の返還については、本文の規律を手掛かりとした解釈論に委ねる<sup>②</sup>」とされた。これを受けた改正後の学説の中には、右問題意識を共有し、使用利益返還義務を一律に課することに慎重なものもある一方で、前述した返還義務肯定説の理由づけに加えて、我が国で「果実」には使用利益が含まれると解されてきたことを踏まえ、同義務を肯定するものも多い<sup>④</sup>。

## (2) 本稿の視点

本稿が関心を寄せるのは、解除原因の区別なく、一律に買主に使用利益返還義務を課してきたことである。昭和五一年判決は、売主の債務不履行による解除事案においてこれを肯定し、学説も、解除原因が当事者のどちらにあるかに着目せずに右結論を導いてきた<sup>⑤</sup>。

しかし、今から四五年前、昭和五一年判決の評釈において、瀬川信久がこれに疑問を呈していた<sup>⑥</sup>。瀬川は、昭和五一年判決以前の判例は買主の代金不払を理由とする売主からの解除事案であったことを指摘したほか、当時のフランスやドイツにおける議論状況を簡潔に紹介したうえで、次のように説いた<sup>⑧</sup>。

実質的にも、解除について責を負う売主が使用利益の返還を求めるのは不当である。買主が目的物を一定期間使用して得る利益は、買主が当該売買契約から期待できる利益（永久的な使用）の一部であり、売主は買主に対しこの利益を保証しなければならぬ。売主が、自らの責に帰すべき解除を理由に、この使用利益の返還を求めるのは不合理である。……通説は、使用利益の算定という困難な問題をもちこむことになる。……以上から、権利の瑕疵による解除のように買主に帰責事由がないときは、買主は目的物の使用利益を返還する義務を負わない、と考える。このことの条文上の根拠としては、善意占者の果実收取権に関する一八九条一項の類推適用が考えられる。

瀬川と同様の問題意識を根底に有すると思われるのが、次の共通欧州売買法（CESL）規則提案一七四条一項である。<sup>(9)</sup> 売主に解除原因があり、買主が解除原因を知らずに受領物を利用した場合、(c)の適用余地をひとまず度外視すれば、買主は使用料の支払義務を負わない。やはりここでも、使用利益の帰属先決定にあたり、売主の債務不履行が加味されている。

CESL第一七四条（使用料の支払および受け取った金銭の利息）

1 物品を利用した受領者は、以下の場合には、相手方に対して使用期間の利用に対する金銭価値を支払わなければならない。

- (a) 受領者が取消しまたは解除の原因をもたらしたとき
- (b) 受領者が、その期間が始まるに先立って、取消しまたは解除の原因を知っていたとき

契約不適合解除における使用利益の帰趨（野中）

- (c) 物品の性質、使用の性質と分量、および解除以外の救済方法が得られる可能性を考慮して、受領者にその期間物品の無償の使用を許すことが衡平に反すると思われるとき

（2以下省略）

もつとも、売主の債務不履行を加味する方法は、（善意の）買主の使用利益返還義務自体を否定する構成だけではない。実は、この点も既に瀨川が、「そもそも、本件における売主買主の関係を、五四五条一項の『原状回復』の問題として論ずるのは適切でないのではないか。この関係は、同条二項の『損害賠償』の問題として解決すべきではなかったか」と説いていた（条文は債権法改正前のもの。以下同様）。損害賠償の問題として解決するとはどういうことか。瀨川は次のように続ける<sup>10</sup>。

買主Xは、五四五条三項の損害賠償請求権を有する。通説によれば、その賠償額は、四一六条により、「契約が履行されたと同様の利益」である。本件の場合それは、買主Xが追奪当時の本件中古車と同等のものを購入するに必要な額であろう。したがって買主Xは、たとえ使用利益を売主Yに返還しなくても、損害賠償請求によってその使用利益をとりもどし、右の再購入に必要な額を確保できる。ここでは、「原状回復」に基づく使用利益の返還は無意味な観念的操作になっている。……たまたま解除の意思表示をしていたからといって使用利益を返還させるのは不当である。

瀨川は、こうした理解のもとに、当事者が解除による原状回復しか請求していない昭和五一年判決の事案でも、



「裁判所は積明権を行使してXに損害賠償を請求させ、その賠償額としては追奪時の本件自動車と同等のものを購入するに必要な額を認める。こう考えることによって、代金と利息の返還、使用利益の返還等『原状回復』という構成に伴う問題を不問に付する<sup>(11)</sup>」という形で解決されるべきであったと主張していた。

以上のとおり、買主の使用利益返還義務を論じるにあたり売主の債務不履行を加味すべきとしても、その方法は、**①**（善意の）買主の使用利益返還義務自体を端的に否定する構成と、**②**買主に同義務を課しつつ買主から売主に対する填補賠償請求を認めることで、買主の使用利益の損益相殺を肯定する構成とが考えられる。本稿では、買主が契約不適合を理由として解除した事案を念頭に置き、売主の債務不履行が買主の使用利益返還義務に与える影響を考察する。具体的には、**②**の構成の可能性を検討することを通じて、**①**の可能性もまた検証する形をとりたい。

買主は、売主の債務不履行につき、民法四一五条一項ただし書の免責事由がない限り、填補賠償を求めることができる（五六四条、四一五条<sup>(12)</sup>）。解除にもかかわらず填補賠償請求ができることは、填補賠償請求の要件を規定した四一五条二項がその三号において解除した場合を挙げていること<sup>(13)</sup>で示されている。こうして買主の売主に対する填補賠償請求が認められる結果、買主の使用利益は損益相殺されるのではない。そして、この理は、（後述するドイツの二つの判決事案にとどまらず）買主が受領物の契約不適合に気づくまでの間、何の不自由もなく使用できていた場合にも妥当するのではない。つまりは、契約不適合に気づくまでの間に満足に使用できていた場合にも、契約適合物が引き渡されていたならば得たであろう利益状態を觀念し、その損害賠償を認めることで、実際に得た使用利益はそこで損益相殺されるのではない。昭和五一年判決およびこれをめぐる学説上の議論は、買主の使用利益返還義務を前提に、他人物売主への利益帰属の是非を問題としてきたが、本稿は以上のような観点からこれを再度見直したい。

## 2 本稿の構成

以上の検討にあたり、本稿ではドイツでの議論を参照する。本稿では、その出発点を、代物給付の局面における使用利益返還義務に関する議論にしたい。この点、代物給付の局面では、売主の債務不履行が買主の使用利益返還義務に与える影響がドイツにおいて盛んに議論され、我が国にも頻繁に紹介されてきた。契約不適合物の引渡しを受けた買主たる消費者が代物給付を選択した場合において、代替物の引渡しを受けるのに伴い、不適合物を使用することで得た利益を売主に返還すべきかが問題とされる。ドイツでは、後述のクヴェレ事件を経て、消費者物品売買に限ってはあるものの、消費者たる買主の使用利益返還義務を否定する規定ができ、さらに解釈において一般の売買でも同義務を否定しようとする見解も主張されている。Ⅱ章では、代物給付局面で使用利益返還義務を否定する論理を確認するとともに、この論理が解除事案でも妥当するかを考察しよう。

続くⅢ章では、買主が（代物給付ではなく）解除を選択した場合に舞台を移す。解除がなされると、日独問わず買主には使用利益返還義務があるとされてきた（ドイツ民法では三四六条・三四七条）。もつとも、二〇〇一年の債務法改正後のドイツ民法三二五条は、解除と損害賠償との択一構成を廃棄した。そこで、瑕疵ある物を引き渡された買主が、契約を解除したうえで追履行（追完）に代わる損害賠償を求めた場合の処理が問われる。具体的には、解除をしつつ、本旨履行があったならば目的物を使用することで得られた利益（使用利益喪失損害「Nutzungsausfallschaden」）の賠償を求めることができるのかが問題となる。解除効果規定では使用利益返還義務が規定され、使用利益が売主に帰属すべきものとされていることを、填補賠償においてどう評価すべきか。Ⅲ章では、こうした競合のあり方について検討しよう。



なお、本稿では、使用により生じる目的物の減価に関するリスク配分（買主が減価償還義務を負うか否か）および使用利益の算定方法問題には立ち入らない。本稿の問題を考えるうえでもこれらの問題は密接に関わるが、まずは考察の対象から外し、IV章で残された課題を述べる中で本稿の議論との関係を明らかにしたい。

## II 代物給付における使用利益の帰趨

### 1 前提

債務法改正後のドイツ民法四三七条は、売買契約の目的物に瑕疵があった場合に、買主の追履行請求権を認める（同条一号）。ここで、追履行請求のうちでも代替物の引渡しを選択された場合、買主の許にある瑕疵物の帰属を明らかにする必要がある。そこで、ドイツ民法四三九条では、二〇一八年改正前の四項において、「売主が追履行のため瑕疵のない物を引き渡す場合、売主は、三四六条から三四八条の規定に従い、瑕疵ある物の返還を買主に対して請求することができる。」と規定していた。そして、解除の効果を規定する三四六条は、受領したものの返還にとどまらず、そこから得た利益の返還も義務づける（同条一項および二項一文一号）。草案理由書によれば、こうして解除効果規定を準用することで、使用利益も含め、買主に包括的な返還義務を課すことが意図された。代替物の引渡しによって買主は瑕疵のない物を得る以上、瑕疵物やそれを利用して得た利益を無償で得ることが疑問視され、以上のような改正がなされた。<sup>14</sup>このように、草案理由書に基づくならば、代物給付の場合にも、買主の使用利益返還義務が肯定される。

しかし、二〇一八年改正前四三九条四項それ自体は、瑕疵ある物の返還について、三四六条から三四八条に従うべきことを規律するものとも読める。また、消費者物品売買指令三条三項一文および四項は、消費者たる買主が無償の修補または無償の代物給付を請求できることを定めるところ、ここで使用利益返還義務を課すことが同指令との関係で許容されるかが問われる。そこで、二〇〇一年の債務法改正の段階から学説上の争いが生じ、二〇〇五年には裁判で争われるまでに発展した。クヴェレ事件として知られる。本稿でこのテーマは前提に属するうえ、事件の概要や各審級における判断の詳細については、既に優れた先行研究が多数存在する<sup>16</sup>。そこでここでは、本稿のテーマとの関係で必要な限りで触れることにしたい。

## 2 クヴェレ事件と二〇〇八年改正

ドイツの第一審判決および控訴審判決は、ともに買主の使用利益返還義務を否定した<sup>19</sup>。その根拠としては、右に見た条文の文言のほか多数挙げられているが、その中心は、①代物給付の場面では売主が利息相当額の利益を含めた売買代金を保有し続けること、②代物給付により買主が新品を入手して利益を得るとしても、それは使用利益と同一ではなく、なおかつ、これは売主の誤った行動（瑕疵ある物の引渡し）に起因する以上、売主が負担すべき危険であることにあった<sup>20</sup>。

これに対し、連邦通常裁判所は、（下級審判決と同様に）買主に使用利益返還を義務づけることの問題を理解・共有しつつも、<sup>22</sup> そのような解釈は条文の文言および立法者意思に反するとして、改正前四三九条四項は使用利益の返還義務を含むものと解した<sup>23</sup>。もつとも、連邦通常裁判所は、本事件が事業者と消費者との取引であり、右に見たように、

消費者物品売買指令が無償の代物給付を定めていることから、右四三九条四項が同指令に反しているのではないかと考え、<sup>24</sup> 本案審理をいったん中断し、先決裁定を求めて欧州司法裁判所へ付託した。

付託を受けた欧州司法裁判所は、代物給付に伴い消費者に使用利益の償還を義務づける国内法の規定が同指令三条に抵触する旨回答した。<sup>25</sup> ここでは、無償での修補や代物給付が保障されなければ、消費者はその金銭的負担からその請求権の主張を躊躇する事態になることが指摘され、こうした事態を回避するという消費者保護の観点が強調された。また、消費者が代物給付により無償で新規に物を取得しても、これは契約適合物を遅れて取得したに過ぎないのであるから不当利得とはならないと論じる。ここでは、売主は、義務を適切に履行していない以上、その不完全履行の効果を甘受しなければならないことが強調されている。

その後、連邦通常裁判所は、改めて本事件に判決を下すにあたり、法律の改正によって補充されるべき隠れた欠缺が存在すると論じ、かつ、改正されるまでの間の対応として消費者契約においては同規定の限定解釈をして、使用利益の返還義務を否定した。<sup>26</sup> 他方でドイツの立法府は、二〇〇八年、売買契約のうちでも消費者契約に限って改正をすすめる道を選択した。すなわち、消費者物品売買について規定する四七四条の二項一文に、「四三九条四項は、この款で定める売買契約においては、使用利益の返還またはその価値の償還を要しないものとして適用する。」と規定した。その後の改正により、右規定は四七四条五項一文を経て、現在四七五条三項に移動し、また四三九条四項も同条五項に移ったが、ともにその内容には変更がない。

したがって、現行四七五条三項の反対解釈および四三九条五項（さらには連邦通常裁判所の先決手続申立決定）に従えば、消費者物品売買ではなく一般の売買の代物給付事案では、買主の使用利益返還義務が肯定される。<sup>27</sup> 他方で、ク

ヴェレ事件の下級審判決において展開された実質論（①②）によるならば、一般の売買契約において使用利益返還義務を負うかは、解積の余地が残されていることになろう。<sup>(28)</sup> 事実、ドイツでは、一般の売買契約においても、解除とは、状況が異なることを強調し、代物給付を受ける買主の使用利益返還義務を否定する見解も有力に主張されている<sup>(29)</sup>（ただしこの場合、買主は、瑕疵物を無償で使用し、なおかつ新規に耐用年数の伸びた物を取得することから、この伸長利益をどう扱うか（不当利得となるか）が、目的物の性質や利得の押付けと関連して議論される<sup>(30)</sup>）。これを受け、我が国での解釈としても、代物給付の場合、買主の使用利益返還義務を否定すべきとする見解が主張されるに至っている<sup>(31)</sup>。

### 3 契約不適合解除の場合への議論波及

それでは、代物給付の局面で展開された右議論は、解除局面での買主の使用利益返還義務にどのような影響を与えるだろうか。この点、連邦通常裁判所は、中古車の売買契約を解除した消費者が使用利益の返還義務を負うかが争われた二〇〇九年の判決において、解除の場合には消費者もまた使用利益を返還しなければならず、このことは消費者物品売買指令に抵触しないだけでなく、クヴェレ事件における欧州司法裁判所の判断とも矛盾しない旨判示している<sup>(32)</sup>。ここでは、消費者契約（ひいては同指令との関係）に限定せず、一般の売買契約が解除された事案を念頭に置いて検討しよう。

この点、使用利益返還義務が否定される根拠を、右の①、すなわち代物給付の場合には売主が利息相当の利益を保持し続けることとのバランスにあると考えるならば、右の代物給付をめぐる議論は、契約が解除された場合には及ばない<sup>(33)</sup>。解除されれば、売主は、受領済みの代金相当額に利息を付して買主に返還するからである（民法五四五条二項）。

この点に着目すれば、解除の場合には使用利益返還義務が肯定される。事実、クヴェレ事件を我が国に紹介する先行研究の中には、解除の場合には売主が受領済みの代金に利息を付して返還することに着目し、解除の場合には使用利益返還義務があることを前提としているように映るものもある<sup>34</sup>。

他方、(消費者に追加支出をさせないという)消費者保護はもちろんのこと、右の②売主の義務違反に着目する論理もあり得る。クヴェレ事件の第一審判決および控訴審判決が、①のバランス論とは別に、②売主が瑕疵物を給付したことを挙げていたことが思い起される。また、欧州司法裁判所の決定でも、売主の義務違反から消費者たる買主の使用利益返還義務が否定されるべきことが論じられた。このように売主の義務違反に着目すれば、代物給付に限らず、解除の場合にも同様に、買主の使用利益返還義務が否定されておかしくない。ただし、ドイツにおいては、解除の場合、使用利益返還義務が明文で規定されているところ(三四六条・三四七条)、この売主の義務違反を、どのような形で斟酌すべきかが問題になるう。

そして、いま、こうした売主の債務不履行に着目して使用利益の帰属先如何が論じられているのが、契約不適合物の引渡しを受けた買主が(解除と共に)売主に填補賠償を求めた場合においてである。そこで、次章にて、解除の原状回復としての使用利益返還義務と填補賠償(使用利益喪失損害の賠償)との関係について考察しよう。



### Ⅲ 契約不適合解除における使用利益の帰趨——解除と填補賠償請求の競合

#### 1 我が国における議論状況

##### (1) 解除と共にする填補賠償請求

まず、我が国における議論状況を確認しておこう。この点、我が国では民法制定以来、解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとされる(改正前五四五条三項、現行同条四項)。学説では、契約の解除に契約の遡及的消滅という効果を与える直接効果説が支持されてきたこともあって、ここでの損害賠償は信賴利益賠償に限られるとの議論も一部あったものの<sup>35)</sup>、債権法改正前の段階から、(法的構成の如何にかかわらず)履行利益(積極的契約利益)の賠償まで認められると解するのが通説であった<sup>36)</sup>。判例においても、たとえば、契約を解除した場合の損害額の算定基準時に関するリーディングケースとされる最判昭和二八年一月一八日民集七卷一二号一四四六頁は、契約を解除した買主が填補賠償請求できることを前提としたものである。こうして我が国では、解除と損害賠償の択一構成を採用していたドイツと異なり、以前より、解除後に履行利益の賠償請求ができることが前提とされてきた。そうした中で、繰り返しになるが、二〇一七年の民法(債権関係)改正は、填補賠償請求ができる一場合として契約が解除されたことを挙げたことで(四一五条二項三号後段)、解除後に履行利益の賠償請求ができることは揺らがないものとなった。

こうした解除と共にする填補賠償請求の場合、買主は代金支払義務を免れ、あるいは給付済みの代金相当額の返還を受ける関係で、填補賠償請求にあたってはこの反対給付分を控除する必要がある。すなわち、時価一〇〇万円の目的物を九〇万円で購入した買主が契約を解除したうえで売主に填補賠償請求する場合、損害は差額利益である一〇万



円となる（時価一〇〇万円の物を一〇〇万円で購入して一一〇万円で転売予定であった場合も同様）。学説においても理解の一致が見られる<sup>37</sup>。これは、履行されたならばあったであろう状態の実現を図るといふ見地から考えても合点がいく。本旨履行がなされた場合、買主自身も反対給付として代金支払債務を負担することで、契約目的物およびそこから利益を獲得することができたからである。

## (2) 使用利益喪失損害の賠償

他方、損害賠償の分野において、目的物の本体的価値とは別の抽象的利用利益、すなわち、本旨履行がなされたならば得たであろう利用利益はどう扱われてきたか。

この点、裁判例の中には、目的物それ自体の価値ではなくその利用価値の賠償を認めたものがある。売買契約において、売主が目的物の引渡しを遅滞した場合に、遅滞中に目的物を利用して得られたであろう利益の賠償を認めた最判昭和三九年一〇月二九日民集一八卷八号一八二三頁のほか、東京地判昭和四七年二月二九日判時六七六号四四頁は、旅館の建築請負契約において工事に瑕疵があつた事案で、その修補費用だけでなく、水漏れにより客室が使用不能であつた期間につき客室使用料の一部の賠償を認めている<sup>38</sup>。

これに対し、学説は必ずしも明確でない。近時、荻野奈緒は、「填補賠償」の外延にも不明瞭な点があるとし、履行利益賠償は、「本来の給付の価値の賠償だとの見方」と「債務の本旨に従つた履行があつた場合の利益状態を回復させるに足るだけの損害賠償だとの見方」とがある<sup>39</sup>と整理する。後者が多数派であるとされる。この点、前者の見方も「給付の価値」の捉え方次第ではあるものの、やはり両者を比べれば前者の方が狭い場合があると指摘されてお

り、<sup>40)</sup> 使用利益喪失損害の賠償をめぐっても同様の傾向が指摘できそうである。

事実、填補賠償につき後者に属するものの中には、得べかりし利益（逸失利益）の例として、使用利益を挙げ、「契約の目的物の引渡しが行期にされたならば債権者がその目的物を利用して入手することができた利益（使用利益）も、得べかりし利益である」と明確に指摘するものもある。<sup>41)</sup>

また、潮見佳男は、売買目的物の契約不適合を理由とする損害賠償において、客体損害と総体財産損害とを区別したうえで、後者における「契約の内容に適合した履行がされたならば債権者（買主）が得たであろう利益」とは、「契約に適合した履行があれば、買主が契約に適合した売買目的物を用いて、どのようにみずからの行動を決定し、展開することができたか、すなわち、買主が売買目的物をどのように使用収益・処分することができたかという観点から捉えたときに、この使用収益・処分に係る自己決定の結果として得ることができたであろう利益の喪失（消極的損害）を損害として捉え、その賠償を認めるもの」<sup>42)</sup>と捉える。そして、総体財産損害は、「買主の財産管理・処分の権限に結び付けられた損害であって、当該具体的な売買契約が買主の財産管理・処分の権限に関してどこまでその権限の行使・不行使を保障しているのか、契約に適合しない物を引き渡すことによつて買主の自由な人格の展開が制約を受けたときに、それによつて生じる不利益をどこまで売主に転嫁しているのかを、当該契約における合意内容および契約目的を考慮に入れて評価すべき」<sup>43)</sup>と説く。

さらに、森田宏樹は、数量不足の場合の履行利益賠償が問題となった最判昭和五七年一月二一日民集三六卷一七〇七頁の評釈において、履行利益といつても一律のものではなく、売主の履行義務の具体的内容によつて、不履行責任の賠償範囲に含まれる利益（履行利益の内容）も異なってくることを指摘する。<sup>44)</sup>

こうした理解からすれば、本体的価値の賠償とは別に使用利益喪失損害の賠償を認めるか否かは、解除者が契約によって保障されている利益の保持という観点から考察されるべきである。契約において買主の購入目的が如何なるものであったか、買主の使用目的・方法等が契約においてどう評価され、売主は何を請け負ったのかなどに着目するところが求められる。自動車など、買主の日常的使用が当然に予定される目的物が契約の対象とされた場合には、契約適合物が引き渡されていたならば得たであろう使用利益（逸失利益）の賠償が、既に我が国でも認められていると評する。

### (3) 解除の原状回復と填補賠償との競合調整——非遡及構成による評価矛盾の解消？

以上のとおり、我が国でも、(1)契約を解除した場合にも解除者は相手方の債務不履行を理由とした履行利益の賠償請求権が認められるとともに、(2)契約不適合を理由とする損害賠償において、客體損害だけでなく、契約適合物が履行されていたならばこれを利用することで得られた利益を損害と捉え、その賠償請求を認める理論が既に提示されるに至っていた。両者を単純に組み合わせるならば、契約不適合を理由に契約を解除した買主も、(売主に免責事由がある例外的場面は別として)契約適合物が履行されたならば得たであろう利用利益の賠償を求めることができる。

もつとも、このような形で単純に組み合わせることへの懸念もある。解除をした買主は、解除の効果として使用利益返還義務を負う。契約がなかった状態が実現される。これに対して、使用利益喪失損害の賠償は、本旨履行がなされたならばあったであろう状態を実現する。こうして両者を認めることは評価矛盾を孕む。かつて北村実は、「原状

回復を契約締結前の状態、契約締結なくば現にあるべき状態、あるいは履行前の状態などと、一般的状態として捉え、履行利益の賠償と調和しない<sup>(45)</sup> (傍点引用者) という形で右の評価矛盾を指摘していた。

北村が指摘した当時の学説の中には、こうした評価矛盾を解消すべく、損害賠償を信頼利益賠償に限定する前述の見解のほか、改正前五四五条三項の損害賠償は(債務不履行を理由とした損害賠償であると解しつつも)契約締結前の状態を回復するためのものと位置付けるものがあつた<sup>(46)</sup>。いずれも原状回復を優先する形で両者を調整するものといえる。しかし、解除と共にする損害賠償は填補賠償を含む(四一五条二項三号後段)以上、(原状回復的損害賠償を排除するものではないものの)損害賠償を原状回復に奉仕するものとして理解するのは改正法に沿わない。

北村は、以上の学説と異なり、右の評価矛盾を解消するために次のような解除論を展開した。すなわち、「現実に解除・損害賠償が果たしている役割に即して考えるなら、逆に解除、原状回復を損害賠償に従属させて、損害賠償は債務不履行による履行利益の賠償としつつ、原状回復を給付物の返還につきるものと捉え、かつ、解除により契約債権関係は、消滅せず、ましては遡及的消滅などせず、原状回復を含む損害賠償関係へ変形すると考えるしかない<sup>(47)</sup>」。北村はこう主張して、法定解除の原状回復とは契約を結ばなかった状態の回復ではないと主張する三宅正男の見解<sup>(48)</sup>を、注目すべきものとして引用していた。近時、福田清明も、(解除が消極的利益の回復に向けられた制度であるとの連邦通常裁判所判決の前提理解を疑い)レーザーやクレepsの解除論を参考に、解除は消極的利益にも積極的利益にも向けられていないがゆえに、給付に代わる損害賠償とも費用賠償とも結合可能であると主張する<sup>(49)</sup>。

こうした解除論は、本稿の問題を考えるうえで魅力的に映る。そもそも筆者もまた、原物返還に代わる価額償還の内容を論じるにあたり、原状回復において相手方の状態回復を至上命題とし、価額償還をそれに奉仕するものとして



捉えることは適切ではないと述べた<sup>50</sup>。解除およびそれによる原状回復が何を目的とするのかは、各論的問題の検討を通して今後も考察されていくべきである。

ただし、右のような形で評価矛盾が解消されたと見ることに疑問もある。原状回復の目的を（北村のいう）「一般的状态」として捉えず、給付物の取戻しとする理解は成り立ちうるとしても、原物返還や使用利益返還が現に〈契約がなかった状態〉の実現に奉仕していること自体は否定しえないのではないか。ここでいう〈契約がなかった状態〉とは、契約締結前の状態か、履行前の状態か、契約がなかったならばあつたであろう状態かを問わない。解除や原状回復の目的を如何に解しようとも、原物返還や使用利益返還には右の意味での〈契約がなかった状態〉の回復という作用がある。そうであればやはり、本旨履行がなされたならば得たであろう利益の賠償を求める填補賠償とは、評価矛盾を孕んでいるということになりはしないか。この点で、鶴藤が、「解除と履行利益の賠償との志向する方向の違いから、解除を非遡及的に捉えなおしたとしても、解除後もなお、履行利益の賠償を請求することは理論的には矛盾してしまうのではないか<sup>51</sup>」と指摘していたことが思い起される。

以上のとおり、我が国でのこの点の議論は、（解除者の填補賠償請求を認める通説を前提とすれば）填補賠償まで認められるという帰結と矛盾しない解除の法的構成を模索するものであつたといえる<sup>52</sup>。これに対し、本稿が扱う使用利益返還義務と使用利益喪失損害の賠償との競合は、評価矛盾問題が具体的事例の処理において現れる。解除による原状回復と填補賠償とのベクトルの違い<sup>53</sup>が、使用利益の帰趨レベルでどう考慮されるべきか。解除と填補賠償の競合を一般的には認めても、「使用利益喪失損害の賠償まで肯定すれば、解除の効果としての使用利益返還義務が否定されるに等しい」との論理で、これを認めない解釈もあり得る。解除と填補賠償とが競合することを前提に（つまり五四五条四

項および四一五条二項三号後段を前提に)、法効果面での競合における調整の要否が議論されるべきことになる。

ここでは、我が国における議論が以上のような状況にあることを確認して、次にドイツにおけるこの点の議論を概観しよう。<sup>54)</sup>

## 2 ドイツにおける議論状況

### (1) 前提

前述のとおり、ドイツ民法は、債務法改正において解除と損害賠償法との択一構成を捨て、我が国と同様、解除権の行使は、損害賠償請求を妨げない旨規定した(三二五条<sup>55)</sup>)。そこで、契約の解除をした買主は、一方で解除効果規定である三四六条と三四七条に従って使用利益を売主に返還する義務を負いつつも、他方で損害賠償請求の要件を満たす限り売主に対して損害賠償を求めることができる。債権者は、契約を解除しつつも、清算債務関係に基づく請求権だけでなく、契約不適合を理由とする給付に代わる損害賠償を求めることができる(ドイツ民法四三七条三号、二八〇条一項、同条三項、二八一条)。解除と給付に代わる損害賠償との併存は、両者の法律効果面での競合を生じさせる。

また、こうした問題は、買主が解除を選択せず、契約を維持したまま給付に代わる損害賠償を求めるときにも現れる(以下ではこの場合を「解除なしの填補賠償請求」と呼ぶことがある)。契約不適合物の引渡しを受けた買主が給付に代わる損害賠償を求める場合、買主の許にある契約不適合物の帰属が問題となる。そこで、ドイツ民法二八一条五項は、「債権者が全部の給付に代えて損害賠償を請求する場合には、債務者は、三四六条から三四八条までに基づき、既に給付したものの返還を直ちに請求することができる。」と規定する。そして、解除効果規定である三四六条は、受領



した給付の返還だけでなく、使用利益の返還をも義務づけている（同条一項、二項一号）。したがって、この準用によれば、買主は、受領した契約不適合物を売主に返還するだけでなく、契約不適合物を利用して得た利益をも売主に返還することが義務づけられる。解除と共にする損害賠償請求の場合と同様、買主は使用利益返還義務を負いつつ、損害賠償請求ができるという構図になる。

## (2) 争点

もつとも、我が国での議論状況を概観した際にも指摘したように、使用利益の返還は、契約がなかった状態の実現に奉仕するのに対し、給付に代わる損害賠償（填補賠償）は、本旨履行がなされたならばあつたであろう状態を実現する。これは、解除と給付に代わる損害賠償とで、それぞれの目指す方向が異なることの顕著な表れである。<sup>56</sup> 両者は、こういった状態を実現しようとするかに関する「評価矛盾」（Wertungswiderspruch）を孕んでいる。そこで、解除を選択した買主に使用利益返還義務を課しつつ、本旨履行があつたならば得たであろう使用利益の賠償請求を認めてよいのが問題とされる（解除なしの填補賠償請求の場合、二八一条五項が三四六条以下を準用していることをどう評価すべきかが問題とされる）。

周知のとおり、ドイツ民法典起草過程および二〇世紀ドイツでは、解除と損害賠償とは実現すべき方向性が正反対であり論理的に両立不可能であることが、解除と損害賠償の択一構成の根拠として挙げられてきた。<sup>57</sup> 債務法改正により択一構成が廃棄されて併存構成が採用された現在、今度は、使用利益返還義務と使用利益喪失損害の賠償との間の調整をめぐって、再度、両者の目指す方向性が異なることが議論の焦点とされている。両者は法効果面で競合する以

上、その調整の要否が議論される<sup>(58)</sup>。

この点、たとえばファウストによれば、解除にもかかわらず契約上の等価関係が維持され、損害算定において考慮されるべきと解すれば、解除の重要な機能が失われる。債権者はあたかも契約を解除しなかったかのように処理される。これに対し、解除の結果として契約上の等価関係が破棄されることを前提とするならば、債権者は、給付の付加価値や生じたであろう利益、さらには代替取引に要した費用も賠償請求できないことになり、給付に代わる損害賠償は実際には空虚なものとなる<sup>(59)</sup>。

ここで解釈の方向性・選択肢としては、①両者を認めること（解除の効果として使用利益返還義務を課しつつ使用利益喪失損害の賠償請求を認めること）は評価矛盾であるとの理解を前提に、解除効果規定の価値判断を尊重して、使用利益喪失損害の賠償請求を認めない見解（↓ア）や、損害賠償法の価値判断を尊重して買主の使用利益返還義務を否定する見解（↓イ）のほか、これらとは対照的に、②両者の評価矛盾を否定する理解もあり得よう（↓ウ）。順に見ていきたい。

なお、この点に関しては、連邦通常裁判所の二〇〇七年一月二八日判決<sup>(60)</sup>（以下で「二〇〇七年判決」と呼ぶ）と二〇一〇年四月一四日判決<sup>(61)</sup>（以下で「二〇一〇年判決」と呼ぶ）とがあるが、我が国では福田清明がこれを近時紹介している<sup>(62)</sup>。そこで本稿では、判決文そのものを独立して紹介することをせず、両判決が述べるところも右議論対立の中に消化させて整理する構成を採る（両判決の事案については、注(60)と(61)を参照されたい）。

### (3) 議論状況

#### ア 解除効果規定優先説

まず考えられるのは、両者（使用利益返還と使用利益喪失損害の賠償）の評価矛盾を前提に、解除効果規定の価値判断を尊重して使用利益返還義務を肯定し、使用利益喪失損害の賠償請求を認めないという理解である。つまり、三二五条の改正を受け、一般的には、解除後に損害賠償を求めることは差し支えなくとも、使用利益に関しては損害賠償請求が認められないとの解釈である。損害賠償法は解除効果法によって規定された領域には立ち入らないと考える。

たとえば、オットーは、解除した債権者に給付に代わる損害賠償請求を認めてしまうことで、三四六条以下の返還債務関係に基づく法的処理を覆す結果となることに否定的な態度を示す。受領した給付の返還に関する当事者間のリスク配分は、三四六条から三四八条で完結している<sup>63</sup>と考える。三四六条以下は、受領物の清算だけを規定しているのではなく、引き渡された対象を利用することによって得た利益の帰属についても完結的に規定していると解するならば、別途、解除した債権者が給付に代わる損害賠償として使用利益喪失損害を求めることはできないとの結論に至る。

この立場の根拠としては、二八一条五項がわざわざ三四六条以下を準用していることも挙げられる。もし損害賠償法上の保護が優先するのであれば、最終的に解除法によってではなく損害賠償法により清算される以上、この準用は余計 (überflüssig) だからである<sup>64</sup>。損害賠償では、債権者に得た利益があればこの分を損害額から控除するのは自明である以上、それにもかかわらず同項が三四六条以下を準用し、使用利益返還を指示しているのは、この場合、単に損害賠償にあたり使用利益分を控除するのではなく、むしろ解除効果規定の価値判断を優先させ、その部分には損害

賠償法を適用しないという価値判断の表れであると解することもあり得なくない。

こうした理解は、学説だけにとどまらず、上級地方裁判所でも支持されている。たとえば、二〇〇七年の連邦通常裁判所判決の原審は、確かに使用利益喪失損害の賠償も二八〇条以下による損害賠償に含まれるものの、売買契約が解除された場合には買主の許に使用利益を残すべきでないとして、使用利益喪失損害の賠償を認めない。解除の場合、買主には使用利益の返還義務がある(三四六条・三四七条)ことも、こうした帰結を指示すると説く<sup>65</sup>。解除と共にする損害賠償請求では使用利益喪失損害の賠償を求めることができないと解した。こうした理解は根強い。後述のとおり二〇〇七年の連邦通常裁判所判決が解除と共にする損害賠償請求においても使用利益喪失損害の賠償請求を認めたまにかかわらず、二〇一〇年の連邦通常裁判所判決の原審は、二〇〇七年判決に異を唱え、右のような解除効果規定を優先する解釈を展開した<sup>66</sup>。

しかし、こうした理解は、二〇〇七年判決でも二〇一〇年判決でも支持されていない。確かに二〇一〇年判決は、右のような学説が存在することを確認したうえで、二八一条五項が三四六条以下を参照指示していることは、解除効果規定の優先に有利であると理解する<sup>67</sup>。しかし、二〇一〇年判決によれば、二八一条五項は、単に債権者により返還されるべき給付の運命と現実の使用利益の帰属を規定しているにすぎず、債権者のもとで生じた損害を賠償させるべきかどうか、どの範囲で賠償させるべきかについての命題を含んでいない<sup>68</sup>。こうして二〇一〇年判決は、二八一条五項が決め手とならないことを指摘する。

そのうえで二〇〇七年と二〇一〇年の両判決は、自動車の使用利益喪失損害も賠償されるべき損害に含まれることを前提に<sup>69</sup>、解除した場合に同損害の賠償請求を否定することは三三五条の改正趣旨に沿わないと説く。まず二〇〇七

年判決は、三二五条は損害賠償を求める権利が契約の解除によっても排除されないことを規定するところ、これは使用利益喪失損害の賠償にも妥当すると考える。<sup>(70)</sup> こうした損害賠償請求が認められることで、債権者は、契約が債務の本旨に従って履行された場合、すなわち債務者がその契約上の義務に違反しなかった場合に債権者があつたであろう状態が実現されることになる<sup>(71)</sup>と説く。また、二〇一〇年判決によれば、解除された場合に損害賠償の適用範囲を制限する理解は、立法者が三二五条を規定することで達成しようとした目的、すなわち解除にもかかわらず履行利益の賠償を債権者に認めることに反する。二〇一〇年判決は、損害賠償と解除とが競合する場合に損害賠償を個別に行使した場合と比較して債権者が不利に扱われてはならないとする草案理由書の指摘を引用しつつ、三四六条と三四七条が履行利益の実現を妨げないことによつてだけ、立法者の意思に應えることになる<sup>(72)</sup>と説く。

こうして解除効果規定を優先させる見解は、三二五条の改正目的に沿わないものとして批判される。

#### イ 使用利益返還義務否定説

これに対し、両者（使用利益返還と使用利益喪失損害の賠償）の評価矛盾を前提に、損害賠償法を優先させ、解除の原状回復における使用利益返還義務を否定する見解もないではない。

たとえば、買主は、使用利益に関して、本旨履行がなされたならばあつたであろう状態（*status ad quem*）を実現するか、契約締結前の状態（*status quo ante contractum*）を実現するかを選択することができるのであつて、双方を組み合わせることはできないと解し、買主が使用利益喪失損害の賠償を求める場合には、売主は解除法に基づいて買主に對し使用利益返還請求をすることができない、との主張がある。こう解することで、使用利益に関して本旨履行がな



されたならばあつたであろう状態が達成されるとする。<sup>(73)</sup>

確かに、代物給付の局面でも二八一条五項とほぼ同じ文言の解釈が問題となり、使用利益に関する規律は準用されないとの解釈も有力に主張される以上(Ⅱ章1節参照)、二八一条五項でも同様の解釈が主張されることはむしろ自然である。<sup>(74)</sup> 事実、たとえばグゼルは、代物給付の場合と同様に、(評価矛盾を前提とするわけではないもの)買主が使用利益を返還する必要があるという形に二八一条五項を目的論的に制限する解釈を主張する<sup>(76)</sup>(ただし、このように使用利益返還義務を否定する場合、代物給付での議論にもあつたように(Ⅱ章2節最終段落)、債権者が損害賠償により利得を得ることがないように、耐用年数伸長利益の控除という形での利益調整の余地が残る)<sup>(77)</sup>。

しかし、以上のような解釈は、解除なしの填補賠償請求の事案ではともかく、解除と共にする損害賠償請求事案では、使用利益の返還を義務づける三四六条・三四七条がストレートに適用されるがゆえに難しさを抱える。<sup>(78)</sup> そうした中で、同様の帰結を解除事案でも実現する方途が、次に見る、単純競合説であると位置づけられよう。実際、右に見たグゼルは、解除なしの填補賠償請求では二八一条五項の目的論的制限により使用利益返還義務を否定するものの、解除と共にする填補賠償請求の場合には、次のウの構成を採っている。<sup>(79)</sup>

#### ウ 単純競合説(二段階調整説)

以上二つの理解は、ともに、解除を選択した買主に使用利益返還義務を課しつつ、使用利益喪失損害の賠償請求を認めることが評価矛盾であることを前提とした理解であつた。これに対し、ドイツでは、これを評価矛盾と捉えず、両者の併存を認める理解があり、多数説といえる。<sup>(80)</sup>



契約の解除は解除原因に関する帰責性を要件としないがゆえに、三四六条以下は一方当事者に帰責性があるケースにとつて完結した規定ではない。<sup>(81)</sup>三四六条以下による清算は、両当事者間の調整全体からみれば、中間段階にすぎないと理解される。債権者は契約を解除することにより反対給付義務を免れることを望んだものの、それを超えて、解除効果法上のリスク配分に従おうとしたわけではない。三二五条に例外はなく、解除効果法が規定している対象についても、損害賠償の対象になると考える。解除にもかかわらず、債権者は、給付に代わる損害賠償により、積極的利益の賠償を求めることができ、これにより本旨履行がなされたならばあつたであろう状態が実現されるべきであると理解である。<sup>(82)</sup>

二〇〇七年判決は次のように説く。三二五条は、損害賠償の対象を一定の損害に限定するものでなく、使用利益喪失損害の賠償請求権をも含む。このことは、解除の結果として使用利益償還について規定する三四六条および三四七条と矛盾するものではない。<sup>(83)</sup>解除は、契約を消滅させるのではなく、単に返還債務関係に変容させるだけである。既に給付がなされた場合における契約の清算を規定する三四六条以下は、本質的に契約当事者の消極的利益の回復を目的とする。そうであるからこそ、解除前に実際に得た使用利益あるいは得ることが可能であつた使用利益は売主に帰属すべきであり、それゆえに買主はそうした利益の償還を義務づけられる。しかし、三二五条に関する立法者の決定によれば、そうであるからといって、売主による本旨履行がなされた場合に買主が置かれていたであろう経済的状态を損害賠償によつて求める権利は、排除されるべきでない。結果として買主は、自ら契約を解除し、三四六条一項により瑕疵ある物の返還と引き換えに売買代金の返還を受け、使用利益の償還をした場合であっても、給付された物に瑕疵があつたことで生じた使用利益喪失損害の賠償を求めることができる。<sup>(84)</sup>

また、二〇一〇年判決も、同様の論理から二〇〇七年判決が維持されるべきとする。<sup>(85)</sup>ここでは、二〇〇七年判決には見られなかった指摘を拾い上げて紹介しよう。二〇一〇年判決によれば、三四六条と三四七条は解除の結果としての使用利益償還について規定しているものの、これは完結した規定ではない。<sup>(86)</sup>解除は、契約を取り除くのではなく、契約を単に返還債務関係に作り替えるものであり、債権者をあらゆる点で契約が決して締結されなかったかのような状態に置くという必然性はない。二つの法効果の組み合わせにより、確かに買主は、三四六条・三四七条によって使用利益を売主に償還しなければならない一方で、二八〇条・二八一条によって売主に対し使用利益喪失損害の賠償請求ができる。これが矛盾でないことは、解除と損害賠償とで目的と要件とが異なることにより正当化される。帰責事由を要件としない解除は、給付の交換を取り止めて清算することを志向する一方で、債務者に帰責事由があることを要件とする損害賠償は、債務が適時かつ適切に履行された場合と同じ経済的状況に債権者を立たせることを目的とする。こうした二段階の調整システムが作られたことは矛盾ではなく、立法者が意図し、両者を併存させた論理的帰結である。<sup>(87)</sup>

こうして連邦通常裁判所の両判決は、明確に、解除にもかかわらず填補賠償請求ができること、この填補賠償には使用利益喪失損害の賠償も含まれること、そしてこのことは解除の効果として使用利益の償還を定めている三四六条および三四七条と矛盾しないことを示した。

二八〇条以下の損害賠償規定を制限なく適用するとすれば、それは解除の効果としての使用利益返還義務が否定されるに等しく、損害賠償法上の保護が優先されることを意味する。<sup>(88)</sup>この点、損害賠償法の優先という点では、先に見たいの見解も同様であり、この観点からイとウとを区別しない学説整理も多い。<sup>(89)</sup>ただし、イの立場からは使用利益返

還義務自体が否定されるのに対し、ウの立場からは、買主に使用利益返還義務を課しつつ売主に対する填補賠償請求が認められることになる。<sup>90</sup> 使用利益喪失損害の算定のあり方によつては、イとウが異なる結論に至り得る。<sup>91</sup> この点は本稿のIV章2節で触れよう。

いずれにせよ、解除と損害賠償とは要件が異なる以上、解除の効果として使用利益返還を義務づけつつ、売主に帰責性がある場合には別途使用利益喪失損害の賠償請求ができる。ドイツでは現在、両者が要件を異にする以上、解除効果規定は完結した規定足りえないことを根拠に、両者を認めることに評価矛盾がないとする見解が有力である。<sup>92</sup>

### 3 議論の評価と広がり——我が国での解釈における展開

以上に見たドイツで有力な考え方（本稿冒頭で示した構成②）は、我が国においても魅力的な解釈と評価できる。ただし、その一方で、買主の使用利益返還義務が明文で規定されていない我が国では、端的に買主の同義務を否定する解釈（本稿冒頭で示した構成①）も比較的容易に展開可能である。本節で我が国における解釈のあり方を考えるにあたっては、この点の検討から始めよう。

#### (1) 使用利益返還義務否定説の評価

両構成による差異は、主として、債務不履行につき売主に免責事由があった場合に生じる。<sup>93</sup> 買主は損害賠償を求めることができないため、本稿で検討してきた損害賠償構成（構成②）によれば、買主が使用利益返還義務を負うのみとなる。これに対し、構成①では（売主に解除原因があることを理由に）買主の同義務が否定される。

この点、右に指摘したとおり、買主の使用利益返還義務が明文で規定されていない我が国では、売主に債務不履行がある場合に買主の同義務それ自体を否定するものもひとつの選択肢である。こうした解釈に大きな障壁はない。先述のとおり、クヴェレ事件の下級審判決も、代物給付事案において売主の義務違反にも着目して買主の同義務を否定していた（Ⅱ章2節）。さらにいえば、筆者は、受領物の不可抗力滅失等による返還不能リスクの配分にあたって、買主が有する契約適合性への信頼（買主の錯誤）に加えて売主の義務違反に着目し、売主負担を正当化した。そうであれば、ここでも売主による契約不適合物の押付けを重視し、売主の義務違反のみで買主の使用利益返還義務を否定することもあり得る。

しかしながら、ここで買主は、契約不適合物を利用することで実際に利益を受けている。この点は、原物返還不能のリスク配分を考える場合と異なる。そうである以上、買主が現実に利益を受けていると評価された場合に、原物返還不能リスクの配分における基準とは別の基準となること、つまり、現に利益を受けていながらこの返還義務を否定するには、売主の義務違反や解除原因についての買主の善意では足りず、売主の帰責性まで要すると解することも、合理性を有するのではないか。<sup>94</sup>

以上により、買主が実際に「利益」を受けたと評価された場面でのリスク配分としては、売主の債務不履行（義務違反）を理由に使用利益返還義務それ自体を否定するのではなく、売主の免責事由の有無にまで着目した填補賠償請求との損益相殺構成の方が妥当であると考えられる。そこで本稿では次に、こうした議論の広がり（射程）を検討したい。

(2) 不自由なく使用できた場合への応用——平成二二年判決の位置づけと昭和五一年判決の再検討

ここで、二〇〇七年判決と二〇一〇年判決の事案において原告が賠償を求めた損害（使用利益喪失損害）の中身に立ち入ろう。二〇〇七年判決の事案では、受領物の瑕疵に気づいた買主が、解除に伴いこれを返還することで使用できなかった分の損害が賠償請求の対象とされた。また、二〇一〇年判決は、受領物の瑕疵に気づいた買主が解除をして受領物の使用を控え、代車をレンタルしたことで要した費用が賠償請求の対象とされた。共通するのは、買主が受領物の瑕疵に気付き、使用を断念して以降の損害が問題とされたことである。

もつとも、履行利益の賠償請求は、契約不適合ゆえに満足に使用できなかった場合に限定されるものではないはずである。<sup>95</sup> 本旨履行がなされたならばあったであろう状態を実現するためのものだからである。他人物売買の解除事案のように、引き渡された目的物それ自体は買主の使用に問題がなかったケースでも、契約適合物が履行されていれば買主が得たであろう利益の喪失という損害を観念することができる。この点、ファウストは、「債権者は、結局のところ、解除法に従い使用利益を返還・償還しなければならぬ。それと引き換えに、損害算定は、債権者があたかも物を使用できなかったかのように行われるべきである」<sup>96</sup>と述べる。契約不適合に気づくまで買主が不自由なく使用できた場合に、買主に使用利益返還義務を負わせ、損害賠償請求を認めないとなれば、買主が受領物を使用できなかった場合との間で使用利益の帰属に関する評価矛盾が生じる。<sup>97</sup> この矛盾は、買主が不自由なく使用できた場合にも、履行利益の損害賠償を認め、その上で現実に享受した使用利益分を損益相殺することにより解消されるべきである。もちろん、契約適合物が履行された場合に得たであろう利益と現実の使用利益分とが一致するときには、結果として債権者は（物の使用価値に関しては）損害を受けなかったという評価を受ける。<sup>98</sup> 損害賠償を求めることができない一方で、



使用利益返還の必要もない。

そして、こうした考え方により説明できる判決が、建替え費用相当額の損害賠償請求事案において居住利益の損益相殺が問題となった最判平成二三年六月一七日民集六四卷四号一一九七頁（以下「平成二三年判決」と呼ぶ）である。売買目的物である新築建物に建て替えざるを得ない重大な瑕疵があり、「社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであるとき」は、たとえ買主がその建物に居住していたとしても、それを買主の利益と評価することはできないとした。居住利益の損益相殺を否定した同判決は、欠陥住宅の売買に限られず、広く契約不適合物を使用して得られた利益の清算のあり方に関わる<sup>99</sup>。この点、買主にとって本来望まない物を押し付けられていたとの評価は重要であり、その観点から買主の利益享受自体を否定するのも、当事者間の利益調整におけるひとつの選択肢である。もっとも、受領物自体は実際に使用できており、現実に居住し続けられた以上、その利益を否定するのが困難な場合もあろう。本稿の視点からすれば、売主には本旨履行があつたならば買主が得たであろう利益の賠償義務があること、同事案に即せば、本来居住に耐えない契約不適合物を給付した売主には、契約適合物が給付されるまでの間、買主が代替施設で居住する費用の賠償義務があることを考慮し、買主の居住利益はこれとの間で損益相殺されることが着目されて良かった。買主の居住利益は、建替え費用相当額の損害賠償における損益相殺ではなく、右賠償との関係で損益相殺される。既に同判決の評釈において北居功が説くように、平成二二年判決の結論は、このような観点から正当化可能な判決である<sup>100</sup>。

もちろん、契約不適合物は買主にとって不要な物を押し付けられたという側面もある以上、買主がこれを利用することで真に利益を得たのか否かの認定は慎重でなければならぬ。この点で、利益享受自体を否定する平成二二年判

決の構成を維持しつつ、これを解除の場合にも敷衍するならば、買主の使用利益返還義務をめぐる判断は次のように整理できる。すなわち、(a)引き渡した目的物の契約不適合の程度次第では、買主の利益の享受自体が否定される。利益享受すら否定されるこの場合には、耐用年数伸長利益の不当利得もまた否定されるべきことは、平成二二年判決が指摘するとおりである。これに対し、(b)買主の利益享受自体が否定されない事案でも、買主は、債務不履行につき売主の免責事由がない限り、契約適合物が履行されていたならば得たであろう利益の賠償を求めることができ、買主の使用利益はこの損害賠償との関係で損益相殺される。

昭和五一年判決の事案においても、買主による填補賠償請求（使用利益喪失損害の賠償請求）を観念してこれを認め、買主の自動車の使用利益をこれとの関係で損益相殺する可能性が模索されるべきであった。

### (3) 派生的問題

最後に、解除と共に使用利益喪失損害の賠償を認めることをめぐって生じる、三つの派生的問題を指摘しておく。

一つ目は、使用利益喪失損害の賠償にあたっては、本旨履行があった場合に買主の許で生じたであろう減価分を控除すべきことである<sup>101</sup>。対象物によつては、使用をすることで減価が生じる。填補賠償が本旨履行のなされた場合に債権者があつたであろう状態を実現するものである以上、契約適合物を使用することで得られたであろう利益の賠償を認める反面として、そうした使用に伴って生じうる減価もまた考慮されるべきである<sup>102</sup>。これは、解除と共にする填補賠償請求では、たとえば転売代金それ自体が損害となるのではなく、転売代金と自らの取得価額（反対給付分）との差額利益が損害となることに対応する（Ⅲ章1節(1)）。目的物の本体的価値ではなく、使用価値が問題とされる場合に

も、本旨履行がなされたならばあつたであろう状態を実現すべく、使用による減価分が控除されなくてはならない。

この点、代物給付において買主（消費者）の使用利益返還義務を否定する場合、買主が減価のない（新品の）契約適合物を手にするならば、買主がこれによつて利益（耐用年数伸長利益）を受けうる。そこで、使用利益返還義務を否定しつつも、この伸長利益を返還すべきかが論じられた（Ⅱ章2節最終段落）。これは解除において使用利益返還義務自体を否定する場合にも同様に妥当する（事実、瀬川も昭和五一年判決の評釈においてこれを指摘していた<sup>103</sup>）。これに対し、使用利益返還義務を認めつつ、損害賠償を別途肯定する構成によれば、本旨履行があつた場合に使用により生じたであろう減価分を控除するという形で調整されることになる。

二つ目は、買主が使用利益喪失損害の賠償を求めつつ、別途、解除の原状回復として売主から利息の支払（返還）を受ける（五四五条二項）ことの可否である。本旨履行がなされた場合、買主は適合物を利用することで利益を受ける反面として、売買代金相当額を確定的に失い、この運用利益は売主に帰属したはずである。給付からの利益と反対給付からの利益の双方を買主が取得することは不当である。こうした観点から、ドイツでも、買主が使用利益喪失損害の賠償を求める場合、買主の利息請求権が排除されると解する見解<sup>104</sup>のほか、同請求権自体は存続するものの、その分（額）が買主の損害から控除されると解する見解<sup>105</sup>が主張されている。日本民法五四五条四項やドイツ民法三二五条は、契約の解除が填補賠償請求と矛盾しないことを規律しているにすぎず、解除と損害賠償との併用により債権者が二重の利得を受けることを正当化するものではない。これは、履行利益賠償（積極的利益の賠償）と合わせて原状回復の方向での消極的利益の賠償を求めることが、「回復を求める利益の方向性の点で矛盾するために許されるものではない<sup>106</sup>」と説かれるのと共通する。

三つ目は、本旨履行があった場合に買主が得たであろう利益の範囲についてである。いつの時点までの使用利益の賠償が認められるのか。この問題については、実は二〇一〇年判決が既に解決策を示している。二〇一〇年判決は、買主の使用利益喪失損害の賠償請求権を肯定しつつ、次のように論じる<sup>107</sup>。すなわち、損害を負った者は、ドイツ民法二五四条二項に従い、相当期間内に損害を除去するように行動する義務、場合によっては、暫定的な自動車の購入をすることで使用利益喪失損害が大きくなりすぎないようにする義務があるとする。具体的には、商用自動車の場合、一般に、代物調達には一六八日も要しないことは明白であるとしたうえで、買主がこの期間代物調達できなかつたことを正当化する理由があるのかどうか、控訴審が吟味する必要があると判示したのである。使用利益喪失損害の賠償範囲において損害軽減義務による限界づけが試みられている。

我が国でもかねてより、債務不履行に直面した当事者には、合理的な代替取引を行う義務（損害軽減義務）があり、こうした義務を前提とすれば従前の判例の多くを説明できるとする主張がなされてきた<sup>108</sup>。こうした理解は、債権者（賃借人）の損害回避減少措置が執られていないことに着目し、債務者（賃貸人）の賠償範囲を制限する余地を認めた最判平成二十一年一月一九日民集六三卷一号九七頁とも整合的である<sup>109</sup>。

#### IV 結論

##### 1 本稿のまとめ

本稿では、売主の債務不履行が買主の使用利益返還義務に与える影響を考察してきた。買主が現実に「利益」を受



けたと評価された以上、売主の債務不履行（義務違反）を理由として買主の使用利益返還義務を一律に否定することは妥当でない（Ⅲ章3節(1)参照）。債務不履行につき売主の免責事由がない場合、解除した買主に使用利益喪失損害の賠償請求を認めることで、買主の使用利益はこの損害賠償において損益相殺される。売主の債務不履行は、このような形と限度において使用利益返還義務に影響を及ぼすと考えるべきである。

このような理解にあたっては、使用利益返還と使用利益喪失損害の賠償とが異なった方向を志向するがゆえに、両者を認めることが評価矛盾ではないかとの問題があった。損害賠償によって解除の効果としての使用利益返還義務が事実上否定されるがゆえに、評価矛盾問題がもつとも先鋭に現れる部分であった。

この点、我が国でこの評価矛盾問題は、解除の法的構成との絡みで論じられてきた。非遡及構成を採用することにより、改正前五四五条三項の損害賠償が履行利益にも及ぶことを矛盾なく説明できるとされてきた。しかし、契約の遡及的消滅と契約がなかった状態の回復とは別である。契約が遡及的に消滅することを否定しようとも（非遡及的構成）、解除により契約がなかった状態の回復を図ることは十分あり得る。また、解除は契約の挫折であり、給付を取り戻すものに過ぎないと解したとしても、その給付の取り戻しには契約がなかった状態に向かわせる作用がある。それゆえ、こうした給付や利益の返還と履行利益賠償とは、やはり回復する方向が異なっていると評しうる。つまり、本稿が問題とする評価矛盾の懸念は、（既に鶴藤による的確な指摘があったとおり）直接効果説に立った場合にのみ生じる問題ではなく、近時有力な原契約変容説に立ったとしても生じる問題と考える。

そのような中で、連邦通常裁判所の判決は、解除の目的が消極的利益の回復に向けられている旨指摘しつつも、なお両者を認めることが評価矛盾ではないと論じた。ここでとりわけ重要なのは、解除効果規定は完結した規定ではな



いとの指摘である。解除の要件として帰責事由が不要とされたことで、こうした理解はより説得力を増す。解除原因の如何を問わず、原状回復がなされる。私見によれば、この原状回復も価値中立的なものではない。たとえば原物返還不能のリスク配分や価償還義務の内容をめぐっては、相手方の義務違反の有無や買主が有する自己の物との信頼も重要になる。しかしそうであっても、使用利益喪失損害の賠償は、当然ながら原状回復法の中では対処できない。また、買主が現に利益を受けている以上、不可抗力による原物返還不能リスクの配分問題とは同列・同基準で論じらるべきでなく、売主の義務違反のみを理由として買主の使用利益返還義務それ自体を否定するのは妥当でない。売主の責めに帰すべき債務不履行は、(債務者の帰責性を要件としない)解除の原状回復法の中で評価しつくすことができず、かつ、そうすべきでないことを意味している<sup>110</sup>。解除の原状回復におけるリスク配分は、填補賠償によって修正される余地がある。

以上の理解は、解除と損害賠償とをより機能的に捉えるべきことを示唆している<sup>111</sup>。かつて好美清光は、「解除の機能ないし効果……は、いったん有効に成立した契約そのもの、したがってまたその契約によって保障されている債権者の利益(損害賠償についての契約利益説)そのものまで否定しようとするものではなく、ただ契約に基づく個別的な債務だけを消滅させ、したがってそれが既履行であれば返還させるだけであって、それでもさらに償われず残ることのありうる債権者の契約によって保障されていた利益については、契約ないし債務の不履行を理由とする損害賠償請求の可能性をなお残しているもの、と捉えれば足りる<sup>112</sup>」と論じた。これを、解除による原状回復と填補賠償の方向性の相違という観点から捉え直すならば、原物返還や使用利益返還には「契約がなかった状態」<sup>113</sup>に向かわせる作用があるといえ、これらは、「契約不適合給付がなかった状態の回復」<sup>114</sup>に向かわせるものである。このように解すれば、

これと契約適合物が給付されたならば得たであろう利益賠償とは矛盾しない。契約不適合給付があつた場合に限定すれば、このような説明による評価矛盾の解消もあり得よう。いずれにせよ、両者の評価矛盾の懸念は、解除をより機能的に見ることにより払拭されるべきである。

そして、こうした枠組みは、買主が契約不適合に気づくまでその物を不自由なく使用できた場合にも妥当する。つまり、買主が契約で予定したとおりの使用ができていた場合にも、本旨履行があつたならば買主が得たであろう利益の喪失という損害を観念し、買主が実際に得た使用利益はこれとの関係で損益相殺される。このように解して初めて使用できた場合と使用できなかった場合との間の矛盾を解消できる。この観点から、平成二二年判決の正当性が認められるとともに、昭和五一年判決の事案での（代理人の争いや裁判官の釈明権行使も含めた）妥当な解決策が再度見直されるべきである。

## 2 残された課題

最後に、使用利益喪失損害の算定方法について触れたい。残された課題を含む。

この点、使用利益喪失損害の賠償は、本旨履行がなされたならば債権者が置かれた経済的状态を実現するものである。そして、本稿ではこれを、本旨履行があつたならば得たであろう利益の賠償と表現してきた。このように捉えれば、使用利益喪失損害は、買主が返還すべき現実の使用利益分とは切り離されるのが自然である。すなわち、実際に得た利益を返還しなければならぬことが損害なのではなく、本旨履行があつたならば得た利益を得られていないこと（逸失利益）こそが損害であるとの理解になる。<sup>13</sup>

もつとも、ドイツではこれと異なり、売主の義務違反がなかったならば解除には至らず、買主が使用利益返還義務を負うこともなかったであろうことに着目し、解除効果規定により生じた不利益自体を損害として捉える見解、すなわち、買主が返還すべき使用利益分を損害と見る見解も有力に主張されている<sup>114</sup>。積極的損害として把握するという点では、受領物の契約不適合ゆえに使用できず代物をレンタルした場合の当該レンタル費用の賠償に共通する。

こうした使用利益喪失損害の算定論は、(返還すべき)使用利益の算定方法に密接に関連する<sup>115</sup>。「使用利益」とはいえ、買主が実際に得た利益を算定するのではなく、使用による減価(減耗)分を使用利益とみなして返還させる見解があり、我が国の裁判例でも区々であることが指摘されている<sup>116</sup>。使用利益の算定方法如何により、使用利益喪失損害をめぐる右の学説対立が意義を有する。使用利益喪失損害に関する後者の見解からすれば、結果として買主の使用利益返還義務が否定されるがゆえに、使用利益の算定の困難さを実質的に回避できるというメリットも存する。また、そもそも、減価(減耗)分については、これを(使用利益としてではなく)受領物本体の返還の一環として価額償還を認める見解も想定され、実際に主張されてもいる<sup>118</sup>。このように解した場合には、減価額償還と使用利益返還との競合問題が生じ得る<sup>119</sup>。この議論にあたっては、目的物の性質に応じた類型ごとの考察が必要になる<sup>120</sup>。

いずれにしても、解除と填補賠償の競合は、本稿で見てきた使用利益の帰趨にとどまらず、広い範囲で解除の原状回復によるリスク配分を修正する可能性を有する。填補賠償によりどの範囲で修正され得るのかを検証することが求められる。使用利益の算定論およびこれと減価額償還との関係、さらには解除と填補賠償との競合が広く原状回復のリスク配分にもたらす影響については、別稿を期したい。

【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) たとえば、末川博『契約法 上（総論）』（岩波書店・一九五八年）一六八頁、石田穰『民法Ⅴ（契約法）』（青林書院・一九八二年）九七頁、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法13債権4』〔補訂版〕』（有斐閣・二〇〇六年）八九三頁〔山下末人〕、平井宜雄『債権各論Ⅰ上 契約総論』（弘文堂・二〇〇八年）二四三頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会・二〇一一年）九四―九五頁。
- (2) 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の補足説明」一四〇頁。
- (3) 松岡久和⇨松本恒雄⇨鹿野菜穂子⇨中井康之編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社・二〇二〇年）六六〇頁〔渡辺達徳〕、中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣・二〇二一年）一二九頁、磯村保『事例でおさえる民法改正債権法』（有斐閣・二〇二一年）五〇頁・五九頁。磯村は、「五四五条二項や三項を、解除原因を考慮することなく一律に認めるべきかについては、政策論として検討の余地があると思われる」と述べる（同書五〇頁）。
- (4) 潮見佳男『〈法学の森〉新債権総論Ⅰ』（信山社・二〇一七年）六〇六頁、平野裕之『債権各論Ⅰ契約法』（日本評論社・二〇一八年）一二二頁、山本豊⇨笠井修⇨北居功『民法5契約』（有斐閣・二〇一八年）九九頁〔山本〕、山野目章夫『民法概論4債権各論』（有斐閣・二〇二〇年）五七頁、松岡久和⇨中田邦博編『新・コンメンタール民法（財産法）〔第2版〕』（日本評論社・二〇二〇年）九二七頁〔上田誠一郎〕、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法〔第4版〕』（成文堂・二〇二二年）九六頁。なお、曾野裕夫⇨松井和彦⇨丸山絵美子『リーガルクエスト民法Ⅳ契約』（有斐閣・二〇二二年）一三八―一三九頁〔曾野〕は、「果実」には「使用利益」も含まれるとしつつも、目的物未使用の場合における減価の問題、本文で後述する平成二二年判決の影響、さらには使用利益の算定問題などを取り上げる。
- (5) この点は、昭和五一年判決の評釈である、瀬川信久「判批」法協九四卷一一号（一九七七年）一〇六頁でも指摘されている。



(6) 瀬川・前掲注(5)一〇四—一一〇頁。この点確かに昭和五一年判決は、権利の瑕疵を理由とした解除事案であり、買主が使用した物自体には物理的瑕疵がなかった。この点に着目すれば、(他人物売主への利益帰属という問題の前提として)買主に使用利益返還義務を課すことに賛同することも一理ある。これを示唆するのは、松本克美「欠陥住宅被害における損害論」立命二八〇号(二〇〇二年)一八一—一九頁、同「欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論」立命二八九号(二〇〇三年)七〇頁。しかし、本稿は、本文で後述するとおり、昭和五一年判決の事案のように、買主が受領物の契約不適合に気づくまでの間、何の不自由もなく使用できていた場合をも含めて、使用利益を売主に帰属させることの是非を再考する(詳細はⅢ章3節(2)を参照)。

(7) 瀬川が参照したのは、二〇〇一年債務法改正前のドイツ民法であるところ、当時の学説の中には、改正前三二七条二文が「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ってのみ責任を負う。」と規定していたものを拡張解釈し、法定解除権者は不当利得法によってのみ責任を負い、利得の消滅も主張できると解するものも多かった。この改正前三二七条二文に関して本田純一は、「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(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)三〇八頁)。以上に対し、二〇〇一年債務法現代化法では、そもそも法定解除と約定解除を区別することなく、利益の返還を義務づけるとともに(三四六条一項)、それ自体の返還ができない場合には(返還債務者の過失を問わずに)価額償還を義務づける(同条二項一文一号)。

(8) 瀬川・前掲注(5)一〇八頁。

(9) Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on a Common European Sales Law. COM(2011) 635 final. 邦訳は、内田貴監訳『共通欧州売買法(草案)——共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案』(商事法務・二〇一二年)一四〇頁に拠った。なお、一七四条一項(a)で、「原因をもたらした」と邦訳されている点につき触れたい。実はドイツ語版では、“er selbst die Anfechtung oder die Beendigung des Vertrags zu vertreten hat”と



表現されているため、これに従えば、取消しや解除の原因につき有責であることまで求められる。もともと、右の英語版では“the recipient caused the ground for avoidance or termination”とされていることから、ドイツでは、ドイツ語版の“zu vertreten hat”は翻訳ミスであり、これを“Vertretemüssen”とすべきではなく、“objective Verursachung”と理解すべき主張される。こうした議論状況を踏まえ、本稿で一七四条一項(a)の邦訳にあたっては右文献に従った。Stephan LORENZ, Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law, AcP 2012, S.783; Dirk LOOSCHELDERS, Das allgemeine Vertragsrecht des Common European Sales Law, AcP 2012, S.683; Bernhard A. KOCH, Schadensersatz und Rückabwicklung (Teil VI und VII CESL-Entwurf), in: Christiane Wendehorst / Brigitta Zöchling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, 2012, S.248.

(10) 瀬川・前掲注(5)一〇八頁。

(11) 瀬川・前掲注(5)一一〇頁。

(12) 「追完に代わる損害賠償」については、四一五条一項のほか、同条二項の要件をも充足する必要があるか等の議論がなされているが、本稿ではここに立ち入らない。買主が契約を解除した場面を前提とする以上、いずれの立場からしても追完に代わる損害賠償請求が認められるからである。この点の議論については、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(一)〜(五・完)」NBL一一七三号四頁以下、一一七五号二九頁以下、一一七六号二八頁以下、一一七七号二九頁以下、一一七八号(二〇二〇年)三八頁以下が詳しい。

(13) 「解除をした以上、履行利益の損害賠償請求は認められない」との論理は、もはや民法の明文に反した解釈である。このことは既に、松岡Ⅱ中田編・前掲注(4)九二七頁〔上田〕、磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』(有斐閣・二〇二二年)六四六頁〔荻野奈緒〕、福田清明「双務契約の法定解除の効果——損害賠償と併存可能な解除」磯村保ほか編『法律行為法・契約法の課題と展望』(成文堂・二〇二二年)二九八―二九九頁注(8)などで明示的な指摘がある。

(14) BT-Drucks.14/6040, S.232 f.

(15) 正確には、「消費者物品売買および関連する保証の一定の側面に関する一九九九年五月二五日付け欧州議会および理事会

の指令：Directive 1999/44/EC」を指す。

(16) クヴェレ事件を我が国に最初に紹介したのは、岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・二〇〇六年）七二八頁以下。その後、非常に多くの論稿によって紹介されてきた。原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（成文堂・二〇一七年）三〇頁以下および六〇頁以下（ともに初出二〇〇八年）、岡孝「ドイツ売買法の新たな展開——瑕疵ある物に対する買主の権利を中心として」前田庸先生喜寿記念『企業法の変遷』（有斐閣・二〇〇九年）七八頁以下、田谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横国一七卷三号（二〇〇九年）四三―四五頁、田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社・二〇二一年）一九九頁以下（初出二〇一〇年）、青野博之「買主の追完請求権についての立法論——請負及びドイツ売買法を参考にして」法時八二巻四号（二〇一〇年）一〇七頁以下、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社・二〇二〇年）一六二―一六四頁（初出二〇一三年）、萩原基裕「代替物の引渡しによる追完と買主による使用利益返還の要否について」大東法学七二号（二〇一九年）一〇五頁以下。本稿Ⅱ章2節の記述はこれらの先行研究に多くを負っている。

(17) LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 22. 4. 2005, NJW 2005, S.2558 ff.

(18) OLG Nürnberg, Urteil vom 23. 8. 2005, NJW 2005, S.3000 ff.

(19) こうした下級審判決に先立ち、買主の使用利益返還義務を否定する見解が学説上主張されていた。たとえば、改正前四三九条四項の目的論的制限解釈を主張する見解として、Beate GSELL, *Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?*, NJW 2003, S.1970 f.

(20) 詳細は、田中宏治・前掲注(16)二〇三―二一〇頁、萩原・前掲注(16)一一二―一一四頁を参照。

(21) BGH, *Vorlagebeschluß* vom 16. 8. 2006, NJW 2006, S.3200 ff.

(22) 本文の①に着目して買主に使用利益返還義務を負わせることの問題を指摘するとともに、契約目的物の引渡しによる危険と利益の移転を規定したドイツ民法四四六条二文に着目することで買主による瑕疵物の利用は無償利用とは評価できないことを論じた。この点は、萩原・前掲注(16)一一五―一一六頁に詳しい。

- (23) ここで連邦通常裁判所は、立法者が瑕疵ある物の返還のみを規定する意図であったならば、少なくとも三四七条を準用することはなかったことを指摘する。BGH, Vorlagebeschluss vom 16. 8. 2006, NJW 2006, S.3201. 草案理由書において使用利益の返還まで意図されていたことは本文1節で前述したとおりである。
- (24) この点は、原田・前掲注(16)三六―三九頁・六四―六五頁で詳しく紹介されている。
- (25) EuGH, Urteil vom 17. 4. 2008, NJW 2008, S.1433 ff. 欧州司法裁判所の先決裁定については、原田・前掲注(16)四〇―四二頁・六五―六八頁、田中宏治・前掲注(16)二二五―二二八頁に詳しい。
- (26) BGH, Urteil vom 26. 11. 2008, NJW 2009, S.427 ff.
- (27) 田中宏治・前掲注(16)二二三頁。
- (28) このように理解したうえで、一般の売買における使用利益返還の要否について検討するのは、岡・前掲注(16)「ドイツ売買法の新たな展開」八一頁、萩原・前掲注(16)一一九頁。とりわけ萩原論文の主眼はこの点にある。また、田中宏治・前掲注(16)二二九頁の注(51)も参照。
- (29) この点の議論は、萩原・前掲注(16)一二五頁以下に詳しい。
- (30) Klaus FEUERSÄNGER, Das Nacherfüllungsrecht des Käufers bei Mängeln an geringwertigen Wirtschaftsgütern, MDR 2004, S.924; Beate GSELL, a. a. O. (Fn.19), S.1971 ff.; dies, Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache, JuS 2006, S.204 f. この伸長利益は、グゼルの表現によれば、過去における瑕疵ある物の使用利益ではなく、将来における使用利益という形での利益を意味する。
- (31) たとえば田中宏治・前掲注(16)四二五頁は、「①わが国では、先に述べたように、代物給付の際の不適合物返還についてさし明文の規定が欠けている。②しかも、解除の効果としての原状回復に使用利益返還が含まれるという判例も、事案が特殊で確固たるものではなく、賛否も分かれ、反対説も強い。①②を考え合わせると、わが国では、売主の代物給付において、買主の不適合物返還が同時履行の關係に立つけれども、使用利益返還までは買主は義務づけられない、と解すべきである(結論においてドイツの消費財売買と同じ)。」とする。また、萩原・前掲注(16)一三八頁は、「七〇三条および七〇四条に準じて、

買主が契約不適合の存在について善意で使用したのか悪意で使用したのかに応じて、使用利益の返還の要否を区別すべき」と説く。

以上と異なり、契約に適合しない種類物の引渡し後に代物給付請求があった場合において、引渡しによる所有権の移転を認め、買主の使用利益返還義務が否定されることを論じるのは、森田宏樹「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣・二〇一九年）二九八—二九九頁。

(32) BGH, Urteil vom 16. 9. 2009, NJW 2010, S.148 f. 本件では、上告理由において欧州司法裁判所への付託が必要だと主張されたが、連邦通常裁判所は付託義務の範囲外にあるとして上告を棄却している。本判決についても、古谷・前掲注(16)一六四頁に簡単な紹介がある。

(33) この点に着目して二〇〇九年の連邦通常裁判所判決に賛成するのは、Jan LIEDER, Nutzungersatz beim Rücktritt vom Kaufvertrag, JURA 2010, S.614; Clemens HÖPFNER, Nutzungersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag, NJW 2010, S.129. また、契約適合物が引き渡された場合との比較から使用利益返還義務を正当化するものも存する。仮に当初より契約適合物が引き渡され、買主がこれを使用していれば、買主は現在、使用により減価した物を有するに過ぎない。それにもかかわらず、契約不適合物の給付があった場合には、買主は、それを使用しておきながらその利益を返さず、他方で支払済みの代金相当額と利息とを受領できるというのでは、バランスが悪い。買主は、返還された代金相当額をもって耐用年数の延びた新しい物入手できることになるからである。ここで買主の使用利益返還義務を否定すれば、買主は売主の債務不履行により利益（物の耐用年数の伸長利益）を得ることになる、と評されるのである。

(34) たとえば、原田・前掲注(16)七一頁など。

(35) たとえば、柚木馨『債権各論（契約総論）』（青林書院・一九五六年）三一六頁以下。

(36) たとえば、我妻栄『債権各論 上巻』（岩波書店・一九五四年）二〇〇—二〇一頁、谷口〓五十嵐編・前掲注(1)八九五頁〔山下〕。

(37) 我妻・前掲注(36)一八九頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・一九九二年）一三七頁、鈴木祿弥『債権法講義

- 〔四訂版〕(創文社・二〇〇一年) 一六五頁など。債権法改正後では、たとえば、平野・前掲注(4)一二四頁、藤岡康宏Ⅱ磯村保Ⅱ浦川道太郎Ⅱ松本恒雄『Sシリーズ』民法Ⅳ債権各論〔第4版〕(有斐閣・二〇一九年) 六〇―六一頁〔磯村〕、奥田昌道Ⅱ佐々木茂美『新版 債権総論 上巻』(判タ・二〇二〇年) 一七九頁、近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論〔第4版〕』(成文堂・二〇二〇年) 一〇四頁、中田・前掲注(3)二三九頁、磯村編・前掲注(13)六四六頁〔荻野〕。
- (38) この裁判例は、高木多喜男Ⅱ久保宏之『叢書民法総合判例研究』不完全履行と瑕疵担保責任(新版)』(一粒社・一九九八年) 二二六―二二七頁で紹介されている。
- (39) 磯村編・前掲注(13)六四二頁〔荻野〕。
- (40) 磯村編・前掲注(13)六四三頁〔荻野〕。
- (41) 奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅱ債権(1)債権の目的・効力(2)』(有斐閣・二〇二一年) 二九三頁〔北川善太郎Ⅱ潮見佳男〕。
- (42) 潮見佳男『法律学の森』新契約各論Ⅰ(信山社・二〇二一年) 一五九頁。
- (43) 潮見・前掲注(42)一六〇頁。潮見は、これを具体的損害計算と呼んだうえで、「具体的な損害計算をしてもなお確定できないときは、当該売買契約における買主と同様の地位に置かれた合理人であれば、当該契約のもとでどのように財産管理・処分をすることが許容されるべきかを基準に評価すべきである(抽象的損害計算)」と説く。
- (44) 森田宏樹「判批」窪田充見Ⅱ森田宏樹編『民法判例百選Ⅱ債権〔第8版〕』(有斐閣・二〇一八年) 一〇七頁。
- (45) 北村実「解除の効果——五四五条をめぐって」星野英一編代『民法講座5』(有斐閣・一九八五年) 一四六頁。
- (46) たとえば、末川・前掲注(1)一七二―一七四頁、山下末人「契約解除における原状回復義務と不当利得」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究(2)』(有斐閣・一九七一年) 一三〇頁。
- (47) 北村・前掲注(45)一四六頁。なお、北村は、こうした解除論が竹田省「契約解除ノ性質ニ就キテ」京都法学会雑誌三卷二号(一九〇八年)八九頁以下に既に見られることを指摘している。竹田は、片務契約の解除の場面を想定すれば、改正前五四五条三項の損害賠償が履行利益の賠償と捉えざるを得ないことを根拠として、解除は契約を廃棄するものではないと論じていた(同一〇一頁以下)。



- (48) 三宅正男『契約法(総論)』(青林書院新社・一九七八年)二二三頁以下。
- (49) 福田・前掲注(13)三二二頁以下。福田は、この文脈で、三宅の解除論を好意的に評価している(同三二五―三二六頁)。
- (50) 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)四〇一頁・四一一頁。
- (51) 鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(二・完)——売買契約解除に関するドイツ法を中心に」民商一一〇卷四〥五号(一九九四年)二九二頁。
- (52) 現在、我が国の解除の法的構成論では、原契約変容説が有力であると指摘されることがあるものの(中田・前掲注(3)二二二―二二四頁)、なお直接効果説が通説であるとも評される(磯村・前掲注(3)四八頁)。議論の中心は原状回復をめぐる各論的問題に移り、法的構成論は下火となっている。
- (53) なお、履行利益(積極的契約利益)と信頼利益(消極的契約利益)とを、その回復の方向性の違いとして理解するのは、高橋眞『損害概念論序説』(有斐閣・二〇〇五年)二二頁・五六頁。
- (54) 不法行為法の領域では、物損事故等において物の抽象的利用利益の賠償請求の可否が議論されてきた。たとえば、山本豊「西ドイツにおける損害(概念)論の動向——ホーロツホ鑑定意見の紹介を中心に」下森定ほか『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社・一九八八年)二六六―二六九頁、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(2)——ドイツにおける判例の検討を中心に」立命二五一号(一九九七年)一二三頁以下、長野史寛『不法行為責任内容論序説』(有斐閣・二〇一七年)二二一―二六三頁および二八〇―二八二頁。
- (55) 改正の経緯と理由については、福田・前掲注(13)三〇〇頁以下、北居功「解除と損害賠償との関係(草案第三二七条)」下森定・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)八五頁以下。改正前民法が択一構成を採用するに至った経緯と制定後の議論については、北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開——BGB制定の前後から」龍谷法学九卷一号(一九七六年)五七頁以下、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(二)(二・完)——売買契約解除に関するドイツ法を中心に」民商一一〇卷三三三頁以下、四〥五号(一九九四年)二六九頁以下に詳しい。

- (56) Florian FAUST, JZ 2008, S.471; Jan LIEDER, a. a. O. (Fn.33), S.617.
- (57) この点は、前掲注(55)に掲げた先行研究を参照。
- (58) Roland SCHWARZE, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2015, §325 Rn.29.
- (59) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.471.
- (60) BGH, Urteil vom 28. 11. 2007, NJW 2008, S.911. 二〇〇七年判決では、契約を解除した買主が受領済みの瑕疵ある中古自動車を返還することに伴って生じる使用不能損害の賠償が問題とされた。すなわち、契約では事故車でない中古車の売買が約束されて給付されたものの、その後事故車であることが判明したため、買主は、一月二三日に契約を解除し、同月二七日に車を返還、そして二月一五日に他の車を購入するまでの間、代わりの車を親戚から借りていた。そこで買主は、車を借りるために要した費用一一〇〇ユーロの支払を売主に対して求めたという事案である。
- 控訴審判決については、本文(3)アで取り上げる。なお、連邦通常裁判所(二〇〇七年判決)は、本文で後述するとおり、解除後の使用利益喪失損害の賠償を一般論としては認めており、ここに先例としての大きな意義があるものの、本事件の特殊性(当該中古車は買主側が使用した際に事故により損傷しており、解除時点で使用できない状態にあった)ゆえに最終的には損害賠償請求を認めていない。
- (61) BGH, Urteil vom 14. 4. 2010, NJW 2010, S.2426. 二〇一〇年判決では、瑕疵に気づいて使用を止めてから代わりの車を購入するまでの間の使用利益喪失損害の賠償が問題とされた。効果論に關係する事実關係に絞って紹介すると、原告である買主は、二〇〇五年一月六日付けの書面および二〇〇六年一月三日付けの書面でもって売買契約の解除の意思表示をし、引き渡された自動車を二〇〇五年二月八日以降はもはや使用せず、二〇〇六年四月二二日には自ら中古車を購入した(その二日後に登録)。そこで買主が、二〇〇五年二月八日から二〇〇六年四月二四日までの一六八日間、自動車を使用できなかったことによる損害の賠償(一日あたり三八ユーロで合計六三八四ユーロ)を要求したのが二〇一〇年判決の事案である。
- (62) 福田・前掲注(13)三〇七頁以下。
- (63) Hansjörg OTTO, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2004, §325 Rn. 28. したがって、オッターは、(債務法改

正前のドイツ学説と同様) 解除が債権者にとって不利に作用するのならば、債権者としては解除をせず、給付に代わる損害賠償を求めるべきと説く。その他、解除効果法の優先を説く見解として、Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.129 f.

(64) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.474.

(65) LG Osnabrück, Urteil vom 28. 12. 2006. 判示内容は、BGHの判決文による (NJW 2008, S.911)。

(66) KG Berlin, Urteil vom 30. 4. 2009, NZV 2009, S.567.

(67) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.20.

(68) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.21.

(69) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.25.

(70) BGH NJW 2008, S.911 Rn.6.

(71) BGH NJW 2008, S.911 Rn.7.

(72) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.22.

(73) Carsten HERRESTHAL, Der Ersatz des Verzugs Schadens beim Rücktritt vom Vertrag, JuS 2007, S.802.

(74) この点、代物給付の場合で、買主の使用利益返還義務を一律に否定することは損害賠償要件の潜脱になり得る危険が指摘されるが (Patrick SCHMIDT, Nutzungsentschädigung bei Nacherfüllung durch Ersatzlieferung, ZGS 2006, S.411) 買主が填補賠償請求をしている現在検討中のケースでは、当然ながらこの批判が妥当しない。右指摘については、後掲注(94)も参照されたい。

(75) 前掲注(19)を参照。

(76) Beate GSELL, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, JZ 2004, S.646; dies., a. a. O. (Fn.30), S.206.

(77) この点の詳細な議論は、Beate GSELL, a. a. O. (Fn.30), S.206.

(78) そうした中でも、たとえばリーダーは、解除なしの填補賠償請求ケースにつき、グゼルの二八一条五項の制限解釈を支持して買主の使用利益返還義務を否定するだけでなく、瑕疵ある給付につき売主が有責である場合の解除ケースについても、

三四六条一項を目的論的に制限することで買主の使用利益返還義務を否定する。Jan LIEDER, a. a. O. (Fn.33), S.616 f. なお、リーダーは、物の瑕疵が原因で買主が受領物を使用できなかった場合には、(買主に使用利益返還義務がないのは当然として) 売主に対する使用利益喪失損害の賠償請求を認めており(同六一八頁)の点ではドイツの両判決や多数説と変わらない。

(76) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.646; dies., in: Hans Theodor SOERGEL Kommentar zum BGB, Band 5/2, Schuldrecht 3/2, 2005, §325 Rn.11. ケセルは、解除と共にする填補賠償請求のケースで(利益返還義務自体を否定するのではなく)本構成を維持すべき根拠事例として、債権者が(なお原物返還可能な)果実を取得した場合を挙げる。果実を取得し、果実が返還可能な場合、価額償還ではなく原物返還しなければならないことが意識されている。

(80) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.646; Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2012, Vorbem zu §§346 ff Rn.49; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34; Hubert SCHMIDT, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth / Wolfgang Hau / Roman Poseck, Kommentar zum BGB, Band 1, 2019, §325 Rn.5; Harm Peter WESTERMANN, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2017, §325 Rn. 2 f.

(82) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.644 f.; dies., a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.10; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

(82) Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

(83) BGH NJW 2008, S.911 Rn.9.

(84) BGH NJW 2008, S.911 Rn.10.

(85) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.16.

(88) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.17.

(82) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.23.

(88) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.3,10 f.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.80), Vorbem zu §§346 ff Rn.49 ff.; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

- (88) Vgl. Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.129.
- (90) Theresa Johanna EHLEN, Nutzungsersatz im kaufvertraglichen Mängelgewährleistungs- und Wiederrufsrecht, 2012, S.211.
- (91) 詳しくは本稿IV章2節で後述するが、解除の効果として買主が返還すべき使用利益分をもって使用利益喪失損害とみる見解がある。この見解からは、買主が返還すべき使用利益と賠償請求額とが一致する結果、「買主には使用利益返還義務がない」と表現されることもある。この点で本文の理解（評価矛盾を前提に使用利益返還義務自体を否定する立場）と帰結を同じくするに至る。
- (92) 三二五条は、矛盾した挙動を債権者に許すものではなく、当事者双方の本来の履行を取りやめることに関する決断が金銭による履行利益の損害賠償と矛盾しないことを明確にしたものであると指摘するのは、Beate GSELL, a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.6.
- (93) 本文で挙げた場合のほか、売主が損害賠償義務を負う場合でも、構成②においては（本文(3)で後述するように）本旨履行があった場合に買主が使用したことと生じたであろう減価分を損害から控除することになる以上、目的物の性質（消費財か否かとその程度）と使用方法（自己使用か営利使用か）によっては、認められる損害賠償額が不適合物を現実に使用したことで得た利益分（返還する使用利益分）を下回る可能性も考えられなくはない。この場合も両構成で差が生じ得る。もともと、この点は、類型ごとの考察が必要になるだけでなく、「消費行為」を原状回復義務や使用利益との関係でどのように位置づけるか、また、（本稿IV章2節で残された課題として触れる）使用利益喪失損害を如何に解するかにも深く関わるため、本稿ではこれ以上立ち入らない。
- (94) 本文で述べたように、このように解する理由は、買主が現に利益を受けていることにあるのであって、ここで売主の帰責性を問わずに使用利益返還義務を否定すれば損害賠償請求要件の潜脱となるからではない。後者の指摘（前掲注(74)参照）は、売主に帰責性なくして売主負担とするのが不当であることを前提とした指摘である。
- (95) この点につき、ヘプフナーは、引き渡された自動車に瑕疵があったにもかかわらず完全な形で使用できた場合には、使用利益喪失損害の賠償請求は初めから排除されるとしつつも、買主が返還すべき使用利益分を損害と捉えて損害賠償請求を認め



る。Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.130. こうした損害算定の方法については本文のIV章2節にて触れる。

(96) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.474.

(97) この点を示唆しているかに映えるのは、Beate GSELL, a. a. O. (Fn.30), S.205.

(98) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.80), Vorbem zu §§346 ff Rn.51. したがって、契約不適合が物の使用に影響を与えた場合、すなわち、契約適合物であったならば買主がより多くの使用利益を得たであろう場合に限って、買主は損害賠償を求めることができるとされる。

(99) 近時、曾野裕夫は、「使用利益が生じないと考えられる場合」として平成二二年判決を取り上げ、これが「五四五条三項の適用にあたっては、参考になる」と指摘する(曾野ほか・前掲注(4)一三九頁)。同判決の内容からすれば、曾野は、このような場合には解除の原状回復においても同利益の返還義務(あるいは利益の存在自体)が否定されるべきことを示唆しているよう。

(100) 北居功「判批」民商一四三卷三号(二〇一〇年)三七〇—三七二頁。この北居の分析的確確であるとして支持するのは、高橋眞『入門債権総論』(成文堂・二〇一二年)一三二頁。

(101) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.472; Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.130; Jan LIEDER, a. a. O. (Fn.33), S.617; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

(102) なお、(本文で言及した仮定的使用による減価ではなく)買主が現実に契約不適合物を用法に従って使用したことで生じた減価分についても、I章2節最終段落で述べたように、別途リスク配分の問題が生じる。ドイツでは三四六条二項一文三号により買主は免責される。ドイツの議論については、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)一〇一頁以下を参照されたい。

(103) 瀬川は、同事案における解決として使用利益返還義務を否定する場合、買主は返還を受けた代金によって、売主から購入した当時と同等の自動車他から購入することができることで、「一年間自動車を使用したにもかかわらず、それによる価値減少(減価償却)の不利益を負わず、その分だけ『過当な利益』を得る」ことを指摘し、これを考慮すべきことを説いていた

(瀨川・前掲注(5)一〇六頁)。

(104) Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.39.

(105) Florian FAUST, in: Peter Huber / Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.3 Rn.194; Arnd ARNOLD, Rücktritt und Schadensersatz, ZGS 2003, S.429; Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.645; dies., a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.5; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.80), Vorbem zu §§346 ff Rn.53.

(106) 潮見・前掲注(4)四四四頁。ただし、遅滞の場合をも念頭においた検討を通して費用賠償の二元的構造を指摘するのは、上田貴彦「遅滞責任としての費用賠償の可否とその特異性——契約の巻戻しを目的としない原状回復的損害賠償」中京法学五四卷三・四号(二〇二〇年)三三二頁以下。

(107) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.32.

(108) たとえば、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権(第4版)』(東京大学出版会・二〇二〇年)一九三頁以下。

(109) 田中洋「判批」窪田・森田編・前掲注(44)一五頁は、「本判決は、抽象論としては、債権者に現に生じた損害のうち、債権者が適時に期待される損害回避減少措置を執つたならば回避・減少しえたであろう損害(額)の部分については、債務者による賠償の対象から除外されるとする賠償責任の制限法理と示唆する」とする。

(110) 原状回復におけるリスク配分のうちでも、たとえば、原物返還不能の場合のリスク負担者決定、使用利益の帰属先決定、さらには価額償還の内容決定では、それぞれでリスク配分の基準が変わり得るのではないかと考える。これらの横断した検討は別稿を予定している。

(111) この点では、目的物を引き渡すことで移転した危険も、買主の解除により売主に回帰するという危険移転論とも共通する。詳しくは、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)六七頁以下を参照されたい。

(112) 好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系第2巻現代契約の法理(2)』(有斐閣・一九八四年)一九〇頁。

- (113) この点を明示的に指摘するのは Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34, 36.
- (114) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.105), Kap.3 Rn.191 ff.; ders., a. a. O. (Fn.56), S.474; Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.646; dies., a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.11; Hansjörg OTTO, a. a. O. (Fn.63), §325 Rn. 25; Wolfgang ERNST, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 3, 2022, §325 Rn.7. また BGH, Urteil vom 28. 11. 2007, NJW 2008, S.912 Rn.15. なお この点につき、ヘプフナーは、たとえ使用利益返還義務が二八一条五項の参照指示から初めて生じるとしても、損害賠償の内容はその履行時点において判断されるべきである以上、買主が給付に代わる損害賠償を要求した時(二八一条四項)には、既に発生している買主の使用利益償還義務をもって損害と捉えることが理論的に可能であるという。Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.130. ただし、当然ながら、こうした損害理解は、契約不適合に気づいた買主が使用を中止した後の使用利益喪失損害については機能しない。
- (115) この点も Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.473. また Theresa Johanna EHLEN, a. a. O. (Fn.90), S.84も参照。
- (116) この点の裁判例・学説の詳細は、油納健一「不当利得法における『使用利益』の範囲(一)〜(八・完)」広島法学三七卷二号〜四一卷二号(二〇一三年〜二〇一七年)。
- (117) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.475. ただし、ファウストは、瑕疵のない物から得たであろう使用利益が現実の使用利益よりも大きい場合には、差額分の賠償請求を認める。
- (118) たとえば、油納健一「不当利得法における『使用利益』の範囲(八)」広島法学四一卷二号(二〇一七年)一一頁以下。
- (119) 藤岡ほか・前掲注(37)五八頁〔磯村〕、磯村・前掲注(3)五九頁、中田・前掲注(3)二二九頁、曾野ほか・前掲注(4)一三九頁〔曾野〕。その他、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」日法八四巻一号(二〇一八年)一〇一頁以下も参照されたい。
- (120) 広義の使用利益には消費利益も含まれることを前提に、目的物に応じてこれを二つに類型化して分析するのは、川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・二〇〇四年)三九六頁以下〔初出一九八九年〕。