

# 日本法學

第八十九卷 第四号 2024年2月

## 論 說

原状回復における減価償還と使用利益返還  
——消極的契約利益の回復と解除による原状回復の関係——

野中貴弘

## 判例研究

輸送安全を担う企業トップの過失犯  
——軽井沢バス転落事件——

船山泰範

## 研究ノート

民事執行における第三者からの債務者  
財産に関する情報取得制度について

吉田純平

## 雑 報

日本法学 第八十九卷 索引

日本法学 第八十九卷第一・二号 目次

論 説

イングランド土地法におけるエクイティ上の権利の発展  
——ユースからトラストへ——  
…… 西山 敏夫

判例研究

インサイダー取引の罪における

「職務に關し知つたとき」の意義

——最決令和四年二月二十五日刑集七六卷三三九頁——

…… 南 由介

資 料

〔研究報告会〕シカゴ国際民間航空会議に至る交渉過程  
…… 松 嶋 隆 弘

論 説

我が国航空交渉の歴史の変遷・要諦に関する調査・考察  
…… 大 沼 早 苗  
水 田 俊 之

日本法学 第八十九卷第三号 目次

論 説

窃盗罪における実行の着手時期について  
…… 南 部 篤

論 説

国連憲章下における軍事的強制措置の枠組み  
——「国連軍」と「授權方式」をめぐって——  
…… 本 吉 祐 樹

# 原状回復における減価償還と使用利益返還

——消極的契約利益の回復と解除による原状回復の関係——

野 中 貴 弘

## I 序 論

### 1 問題の所在

### 2 本稿の検討手法と構成

## II モデル整理・原状回復の目的と減価償還・使用利益返還の関係

### 1 原状回復の目的

- (1) 契約締結前・給付交換前の債権者（売主）の状態回復（ $\alpha$ ）
- (2) 契約がなかった現在の債権者（売主）の状態回復（ $\beta$ ）
- (3) 契約締結前・給付交換前の債務者（買主）の状態回復（ $\gamma$ ）

〔原状回復における減価償還と使用利益返還（野中）〕

(4) 契約がなかった現在の債務者(買主)の状態回復(δ)

2 減価償還と使用利益返還の関係

(1) 使用利益返還優先構成

(2) 減価償還優先構成

(3) 両義務併存構成

III 消極的契約利益の回復と解除による原状回復の関係

1 消極的契約利益の意義

2 消極的契約利益賠償の根拠づけ

3 βの状態回復は解除による狭義の原状回復の領分か

4 狭義の原状回復と契約がなかったならば得ていた利益賠償の両立

IV 減価償還と使用利益返還の関係

1 減価償還の原則と例外

(1) 減価償還の原則

ア 減価分Ⅱ損害賠償の問題とする理解の不採用

イ 減失・損傷のリスク配分との均衡

(2) 償還対象となる減価の範囲——経年減価および価格変動の下落減価の処遇

(3) 減価償還原則の例外

(4) 小括

2 使用利益返還の根拠と範囲

(1) 根拠

ア 利息返還義務とのバランス論の是非

イ 債務者の原状回復としての使用利益返還

(2) 範囲

3 減価償還と使用利益返還の関係——使用利益の算定論を含めて

(1) 減価償還義務があるケース

(2) 減価償還義務がないケース

ア 減価しない物のとき——使用利益返還義務の肯定と犠牲限度論

イ 目的物は減価したが減価償還義務がないとき

4 損害賠償の介入余地

V 結論

1 各論的帰結

2 ドイツ民法からの乖離と共通参照草案やフランス民法への接近

3 民法五四五各条の意義

## I 序論

### 1 問題の所在

契約が解除されると、契約当事者はその相手方を原状に復する義務を負う（民法五四五条一項本文）。買主が目的物を受領し、それを使用することで利益を受けていた場合には、この使用利益の返還義務を負う。我が国で基本的に異論がない<sup>(1)</sup>。もつとも、目的物の使用は、その物の性質次第で物の減価を生じさせる。買主は、相手方たる売主の

<sup>(1)</sup> 原状回復における減価償還と使用利益返還（野中）

「原状」を回復するためにも、現に手許にある物（現物）を返還するだけでは足りず、使用による減価分の償還をしなければならぬ、との解釈もあり得る。

しかし、使用によって物の減価が不可避な場合、使用利益返還と減価償還の双方をさせるならば、買主は二重の負担をし、売主は二重の補償を受けるように映る。両義務を原状回復として常に認めることには問題がありそうである。そこで、立法により、あるいは解釈により、この調整が図られる。これは、二〇一八年の前稿「ドイツ法における買主による解除前の使用行為」で、買主の使用行為による滅失・損傷のリスク配分を検討した際に確認した点である。<sup>(2)</sup> このような問題意識は既に、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」に現れている（傍点は引用者）<sup>(3)</sup>。

受領した給付が金銭以外のものである場合に、原状回復義務の内容として、その給付の使用利益についても返還を要するものとする判例があり（最判昭和五一年二月一三日民集三〇巻一号一頁等）、使用利益の返還義務についても明文化するという考え方があり。もっとも、使用利益についてはその外延が必ずしも明確でないという問題があるほか、給付の目的物がある種の動産のように時間の経過による価値の減耗が著しいもの場合には、使用利益は価値の減耗分に等しいという考え方もあり得ることから、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。そうすると、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こととしている。

より率直には、民法（債権関係）部会第七〇回会議で内田貴委員より、「使用により減価していく物について、その

物の評価時点をいつにとるかいかんによっては、使用利益を返還させるとその分が重複してしまう場面も出てくる」と指摘される。<sup>(4)</sup> また、磯村保は、近時改訂された教科書において次のように説く。<sup>(5)</sup>

目的物の性質によっては、その使用・利用によって価値が下落することが少なくないが、その場合、減価した原物を返還するだけでは原状に回復するとはいえない。この場合に、減価分の価額償還義務を負うかどうかは問題となりうるが、十分に議論が固まっているとはいえない状況にある。一見すると、減価分の価額償還義務を認めることに問題がないように思われるが、原物返還義務を負う者が果実ないし使用利益についても返還義務を負うことになる、相手方は当初の原物の価額を超える利益を受けることになる。減価分の価額償還義務と果実ないし使用利益の返還義務の関係をどう考えるかが問題となる。通常の使用・利用による果実ないし使用利益が減価分を下回る場合、減価分の価額償還義務を履行すれば足りると解する余地もあるが、今後の議論の進展が必要である。

原状回復における使用利益返還と減価償還との関係をめぐっては、近年、荻野奈緒と油納健一により、その問題の核心が意識され、議論が深化している。荻野は、フランスにおける議論を参考に、使用利益返還義務の有無が、原状回復の目的、すなわち契約締結前の財産状態の回復を図るか、あるいは契約がなかったならばあったであろう財産状態の回復を図るかにより左右されるとの視角、および利息返還義務とのバランスから使用利益返還義務を導くことのは非を再検討すべきとの課題を提示した。<sup>(6)</sup> 本稿冒頭で述べた二重補償問題はこの荻野論文でも指摘されている。<sup>(7)</sup> 我が国では、原状回復をめぐる諸問題——使用利益返還にとどまらず、原物返還不能リスクの配分や買主が価額償還義務

を負う場合における償還価額算定など——において、右の意味での原状回復の目的が十分に意識されてこなかった。これは原状回復の目的という抽象論からの演繹的議論が回避されたという意味では賢明であったが、しかし、解除による原状回復が誰のどのような財産状態の回復を図るかを意識し、これとの関連を論ずることは避けられるべきでない。その意味で、使用利益返還義務という各論と原状回復の目的との繋がりを示す荻野の右指摘は、我が国において大きな意義を持つ。<sup>8)</sup> フランスでの判例・学説・改正をめぐる議論は、荻野論文の後、齋藤哲志により紹介されており、<sup>9)</sup> 本稿の問題を考えるうえで示唆に富む。II章以下で適宜とりあげる。

他方で油納は、使用利益とは何か、買主の使用による価値損耗分が使用利益となるかを考察の対象とする<sup>10)</sup> (本稿冒頭で引用した中間試案の補足説明にある問題意識を参照)。ドイツでは、一方で「使用利益には消費利益を含まない」と解されてきたにもかかわらず、他方で解除や無効・取消しの効果として返還すべき使用利益の算定局面では、使用により減価が生じる対象物の場合に(市場における賃料相当額をもって使用利益とする考え方を明確に否定し)直線的減価分でもって使用価値と擬制する判例が確立していることを確認する。<sup>11)</sup> たとえば自動車売買における買主の使用利益は、ドイツの判例において上掲の計算式により算定される(自動車でない場合には、「走行距離」の代わりに「使用期間」が用いられる)。

もつとも、我が国で最判昭和五一年二月一三日民集三〇卷一号一頁(以下で「昭和五一年判決」と呼ぶ)をめぐって北村実が述べたように、<sup>12)</sup> 買主の使用により生じた減価は、使用利益としてではなく、目的物の本体的価値に関わるものとして、減価した現物の返還に加えて償還されるべきものとも考えられる。油納は、引

$$\text{自動車の使用利益} = \frac{\text{買主による実際の走行距離}}{\text{売買時に見込まれた全走行距離}} \times \text{全部込みの売買代金}$$



渡し後の滅失・損傷リスクが買主負担とされていることとの比較で、この損耗減価もまた買主の負担であるべきことを論じ、北村の理解を支持し、使用利益には価値損耗分が含まれるべきではないと論じた<sup>(13)</sup>。また、減価する物の場合、その賃料相当額にも減価償却分が含まれている以上、賃料相当額をもって使用利益と見ることに反対する<sup>(14)</sup>。本稿は、こうした優れた先行業績を前提とし、議論をいま一步進める。

## 2 本稿の検討手法と構成

ここで本稿のアプローチと構成を示しておきたい。

まず、ここで減価償還をさせるか使用利益返還を義務づけるかは、荻野が指摘するとおり、〈回復すべき原状は返還債権者（売主）のいつの時点での財産状態か〉という問題に繋がる<sup>(15)</sup>。もつとも、昭和五一年判決を（その原審との比較で）意識したとき、荻野が挙げる二つの原状理解とは別に、返還債務者（買主）の原状回復を志向する可能性も浮き彫りとなる。そこでまず、こうした原状回復の目的理解と使用利益返還・減価償還との関係を整理しよう。減価償還義務の有無および使用利益返還義務との関係如何について我が国では十分な先行研究がないことから、右の各原状理解からどのような結論が導かれるのか、議論整理を目的として四つのモデルを比較する（Ⅱ章1節）。そのうえで、使用利益返還と減価償還との関係をめぐっては、両者を認めることが二重補償となり許されないとの理解を前提にそのいずれかを課する見解と、二重補償の可能性に意識的かはともかく双方を課する見解とがある。Ⅱ章2節では、それぞれが拠って立つ根拠を整理する。

本稿は、以上の整理を前提に、減価のリスク配分を正面から取り扱い、これを起点として使用利益返還義務との関

係に迫る。まずⅢ章では、「減価分の償還がなされなければ原状回復とはいえない」という形で、原状理解から減価償還義務を演繹できるのかを考える。解除の効果は消極的契約利益の回復であると説かれることがあるが、消極的契約利益とは何か、どのような状態回復を目指すものであり、ここにおいて解除の効果としての原状回復（以下でこれを「狭義の原状回復」と呼ぶことがある）は、消極的契約利益（信賴利益）賠償とどのような関係に立つのか。<sup>17</sup>近年、債務不履行による損害賠償として「無駄になった費用」の賠償が説かれるが、これは消極的契約利益の積極的損害の賠償ともとれる。では、損害賠償には、消極的契約利益の消極的損害が含まれ得ないのか。含まれうるとすると、狭義の原状回復とどのような関係に立つのか。本稿の各論的課題は「減価償還義務の有無と使用利益返還義務との関係」にあるが、これを考えるうえでは、〈原状回復の目的〉や〈解除と共にする損害賠償の内容と狭義の原状回復との関係〉といった総論的課題を避けて通れないものと考えた。減価償還と使用利益返還の関係理解は、解除による原状回復とはいかなる状態の回復かを窺う一つの試金石であろう。

続くⅣ章では、返還対象物が買主に引き渡されて以降に生じた減価のうち、いったいどこまでを買主が負担すべきか、という減価償還義務の範囲を明らかにすることを通して、減価償還と使用利益返還との関係に迫る。両者の関係を整理する視点は複数あり得るが、筆者はまずは減価償還義務の有無と範囲を明らかにすることが有益だと考えるからである（この点で油納論文との問題意識の違いに一言すれば、油納は、使用利益と損耗減価との関係、すなわち使用利益に損耗減価が含まれるかを考察対象としているのに対し、本稿では、減価分の償還義務の範囲を考察することを通して、使用利益の役割・機能を炙り出すことを狙う）。前述のとおり、筆者は以前、買主の使用行為により生じた減価につき、ドイツ法の議論を参照した。その意味では本稿はその続編であり、こうしたドイツ法における議論も踏まえて論じることになる。

買主に引き渡されて以降に生じうる「減価」の原因・種類にも着目してみたい。

以上を通して本稿は、上記各論的課題への解決を提示するとともに、民法五四五条の各項が原状回復において果たす役割を明らかにする（V章3節）。五四五条各項はそれぞれの原状回復を規定する。それぞれが矛盾のない形でどう調整しあい、すべてが合わさることでのどのような状態が回復されるのかを示したい。

まずは次章にて、原状回復の目的をめぐるモデルと、使用利益返還・減価償還との関係を見ることから始める。

## II モデル整理・原状回復の目的と減価償還・使用利益返還の関係

### 1 原状回復の目的

一般に我が国では、解除による契約の原状回復とは、「契約締結前の財産状態の回復」であると説かれることが多い。もっとも、ここでいう「前」は、時系列的な意味とは限らず、「契約がなかった状態の回復」といった程度の意味で用いられている場合も少なくない。このことは、「解除は契約を初めから存在しなかったと同様の状態を回復するもの」と説く場合も同様である。そして、ひとくちに「契約がなかった状態」と言えど、ここでは、契約締結前のかつての財産状態とする理解と、契約がなかったならば現在あったであろう財産状態とする理解があり得る。

我が国では、この点に関する議論が深化しておらず、この理解の差が各論的問題に影響を及ぼすことがほとんど意識されていない。そこでまずは、原状回復とはどのような財産状態の回復を目指すものなのか、という抽象的問題について、あり得る（単純な）モデルを示し、その各モデルからしたときに減価償還や使用利益返還がどう扱われるか

を確認しておきたい。

なお、本稿で「契約がなかった状態」という表現を用いることがあるものの、これは解除の効果として直接効果説を前提としているわけではない。解除によつて契約は消滅せず、その内容が清算の方向に変わつて存続すると解しようとも、最終的に目指される状態を「契約がなかった状態」と解することは決して矛盾ではない。法律構成レベルでの契約の否定と、回復が目指される状態とは区別することが可能であろう。<sup>18)</sup>

また、予め問題を整理しておく、五四五条一項本文とは別に二項・三項が規定されていることまで視野に入れるならば、減価しない物の使用利益返還義務については、次のいずれと解しようとも、解除の効果として買主が返還義務を負うことを説明できる。問題はやはり、使用により減価する物の場合である。

(1) 契約締結前・給付交換前の債権者(売主)の状態回復(a)

当然、契約の原状回復とは、(時系列的な意味で)契約締結前あるいは給付交換前における、債権者のかつての状態を回復することであるとの理解がある。解除により契約が遡及的に消滅すると考える我が国の伝統的通説からすれば、原状をこのように解することはある意味自然である。<sup>19)</sup>

たとえば、北村実は、「価値の減損分は、本来、給付物の返還を契約締結前の原状でいかに実現するかという問題<sup>20)</sup>と捉える。時系列的な意味で契約締結以前の状態を回復すると理解していることが窺える。また、谷口知平も、北村の右理解を支持するほか、目的物滅失の場合に買主が返還すべき価額を「売買による引渡しを受ける以前の客観的価格」としており、 $\alpha$ の原状回復観に親和的である。<sup>21)</sup>

目的物が減価した場合、こうした原状理解からすれば、契約締結前の状態を回復すべく、買主は減価を償還すべきことになる。他方で、買主の使用利益については、契約締結前の債権者たる売主の状態を回復しようとする限り、これを売主に帰属させるのは不自然に映る。

五四五条二項の利息返還義務は、こうした原状理解に立つのであれば、同条一項本文の（狭義の）原状回復の問題ではなく、まさに同条二項によって初めて返還が義務づけられる。敷衍すれば、使用利益返還義務を肯定しようとするれば、これもまた、一項本文の原状回復の問題ではなく、三項の問題とされることになる。

こうした原状理解は、五四五条が一項本文で原状回復義務を規定しつつ、別途、二項で利息返還義務を、三項で果実返還義務をそれぞれ課していることと整合的ではある。なぜならば、後述の $\beta$ や $\gamma$ のように解するならば、利息返還義務や果実返還義務は一項本文の原状回復義務に吸収され、これらの義務を個別に別途設ける必要がないといえるからである。しかし、他方で、五四五条の二項と三項が契約締結後の時間経過を考慮していることは明らかである。 $\alpha$ の立場によれば、五四五条は一項で契約締結前の状態回復を志向しつつ、二項三項でその後の時間経過を考慮した清算を義務づけることになるが、これがどのように調整されるべきかが別途問題になろう。本稿が問題とする減価償還と使用利益返還の調整に関して、まさに問題となる。

## (2) 契約がなかった現在の債権者（売主）の状態回復（ $\beta$ ）

そこで、五四五条は一項から三項までで、契約がなかった場合における債権者の現在の状態回復を目指していると解することも説得力を持つ。仮に解除により契約が遡及的に消滅すると考えようとも、それと原状理解とを区別する

ことは可能であろう。<sup>(22)</sup> このβの原状回復観からすれば、二項・三項の返還義務は、一項本文の狭義の原状回復義務の一環であり、一項の確認規定となる。<sup>(23)</sup>

北川善太郎によれば、「解除訴権の効果は契約が締結されなかったら存する状態への原状回復 (in integrum restitutio) とも認められる。これが十九世紀の中頃、モムゼンをへてイエーリングにより規定された、契約の無効を前提にした消極的契約利益 (negatives Vertragsinteresse) 論と結合し、のちにこれが通説となる。」<sup>(24)</sup> (傍点は引用者)。北川はこれを、「解除訴権の損害賠償請求権的性格」とし、「パンデクテン法学で重要な展開の一」とする。<sup>(25)</sup> 今日我が国で信賴利益 (消極的契約利益) 賠償といえば、契約締結以前 (あるいは契約交渉前) の状態を回復すべく、無駄になった費用の賠償 (Ersatz vergeblicher Aufwendungen) を意味するものと理解されることが多いが、<sup>(26)</sup> 契約締結上の過失において消極的契約利益賠償の可能性を説いたイエーリングは、右のような積極的損害だけでなく、消極的損害 (有効な契約の成立を信じたことにより失った取引機会<sup>(27)</sup> 他) の契約から得られたであろう利益) まで含めていた。<sup>(27)</sup> こうした消極的契約利益の理解を前提とすれば、右の学説展開は自然ともいえる。事実、たとえばヴィントシャイトは、<sup>(28)</sup> 売買契約が締結されなかったならば両当事者があつたであろう状態が回復されなければならない、と説いていたし、<sup>(28)</sup> ドイツ民法の第一草案や第二草案における解除効果規定では、契約がなかったならばあつたであろう状態を回復すべく権利や義務を負うものと立法提案されていた。<sup>(29)</sup>

その後、日独の立法は対照的となる。一方でドイツでは、修正第二草案<sup>(30)</sup> 連邦参議院提出草案以降、回復すべき状態の明言を避け、受領物や果実の返還に着目した旧三四六条に結実した。<sup>(30)</sup> どのような状態を回復するかに触れず、返還債務者の具体的義務を規定する方向性を採る。この方向性は、二〇〇一年の債務法改正後の三四六条においても維

持される。これに対し、我が国の民法典起草者は、先のドイツ民法第一草案および第二草案を参照し、五四五条一項本文を起草した。

そのうえで我が国では、右で見たドイツの学説および立法提案のように、契約がなかった場合に債権者が現在あったであろう状態の回復をもって原状回復とする理解が主張されてきた。<sup>(31)</sup>たとえば、山下末人は、「原状回復のためには、……契約がなされなかったならばあるべき状態へ向かってまきもどさねばならない」(傍点は引用者)と説き、<sup>(32)</sup>『新版注釈民法(13)』でも、「契約しなかったならばあつたであろう状態即ち原状」との記述を残している。<sup>(33)</sup>また、好美清光は、金銭受領者が元金だけでなく受領時からの法定利息を付して返還しなければならぬことに關し、原状回復は「たんに過去の一時点の状態を再現するものでない」ために、この義務は「原状回復の内容をなす」と理解する。<sup>(34)</sup>河上正二も、「『原状を回復する』とは言つても、実際に『時』は経過しているわけであるから、取消し得べき行為の爲された時点や、契約締結時点という『過去』の世界をそのまま再現して現在に引き直すことは不可能であることは容易に推測できよう。従つて、『原状を回復する』とは、結局のところ、そのような行為がなかったら、現時点でどのような財産帰属状態があつたかを考へて、そこに可能な限り近づけようとする試みにはかならない。」と説く。<sup>(35)</sup>そして現在、こうした原状理解をもつとも明確に主張し、この観点から各論への一貫した理解を示すのが平野裕之である。<sup>(36)</sup>

このモデルからすれば、買主が得た使用利益自体は重要でない。買主が得た利益の償還ではなく、より率直に、契約がなかった場合に売主が得ていたであろう使用利益が回復されるべきことになる。事実、平野は、「金銭の場合には実際に利益を運用により得たことを必要としないこと、また、ここでは得た利益を吐き出させるのではなく、原状

回復義務であることから、B（引用者注…買主）が実際に使用したり果実を得たことは必要ではない」とし、「五四五条一項の原状回復義務ということからみると、A（引用者注…売主）は契約がなかったならば、使用利益や果実を得ていたはずであるから、これを得ていたならば現在ある状態を実現しなければならない」と説く<sup>37</sup>。売主の仮定的な状態を実現すべく、用法に従った使用をしていたならば買主が得ていたであろう利益の償還をさせることに親和的である。事実、ドイツ民法三四七条一項は、返還債務者（買主）が得られなかった使用利益の償還を義務づけるところ<sup>38</sup>、この規定目的も、返還債権者（売主）があつたであろう状態を実現するものと解されている<sup>39</sup>。

また、こうした原状理解からすれば、買主の手許にある現物を返還しても原状回復になるとは限らない。この点でも平野は、「使用により消耗する物については、返還まで使用されたことにより減価しており、目的物が戻ってきても元の財産状態には戻らない」ことから、「価値減価分を価格賠償することが、原状回復義務としては求められる」と説く<sup>40</sup>。より徹底すれば、自然損耗による経年減価については買主の減価償還義務の対象から除外され、契約がなかったならば売主が当該目的物を使用したであろうときは、この売主が逸失した使用利益を買主に負担させる一方で、買主が使用に置いたことでの減価や使用による損耗減価については償還の対象外になり得る<sup>41</sup>。

こうした原状理解<sup>42</sup>に向けられるべきは、狭義の原状回復義務は債務不履行責任と切り離された、当事者が等しく負う義務にもかかわらず、何故ここまでまでの義務を負うべきか、という疑問である。相手方の仮定的状態の実現を、損害賠償ではなく、（帰責性を問わずに生じる）原状回復義務において果たすことが許されるのか、再度正面から問われる必要がある<sup>43</sup>。



	回復を目指す時点	
状態回復される 当事者	契約締結前の売主 ( $\alpha$ )	契約がなかった現在の売主 ( $\beta$ )
	契約締結前の買主 ( $\gamma$ )	契約がなかった現在の買主 ( $\delta$ )

(3) 契約締結前・給付交換前の債務者(買主)の状態回復( $\gamma$ )

そうした中で $\alpha$  $\beta$ とは異なる視覚からの理解が、債務者の財産状態の回復をもって原状回復とするものである。契約締結前の債務者の状態( $\gamma$ )、あるいは契約がなかった場合において債務者が現在あったであろう状態( $\delta$ )を回復するために、債務者は受領物を返還し、使用利益を返還する義務を負うとする理解である。

実は、こうした見方によつて説明できるのが、昭和五一年判決の結論<sup>44</sup>であった。昭和五一年判決の事案では、売主が所有権を有しないことから、解除の遡及効により売主に所有権が認められることを根拠として使用利益返還義務を導くことができない<sup>45</sup>。同原審<sup>46</sup>のように、買主の利得に対応する売主の損失がないことに着目するならば、使用利益返還義務は否定され得る。それに対し、最高裁判決の理由付け、すなわち、「契約当事者に該契約に基づく給付がなかったと同一の財産状態を回復させるためには、買主が引渡を受けた目的物を解除するまでの間に使用したことによる利益をも返還させる必要がある」との判旨理由付けからは、「契約に基づく給付がなかったと同一の財産状態を回復させるためには、債権者だけでなく債務者の財産状態にも目を向ける必要があり、債権者の状態はともかくも、債務者が契約から生じた利益を享受している以上これを返還させる必要がある」との理解が窺える<sup>47</sup>。既に正当にも渡辺達徳により指摘されているとおりである<sup>48</sup>。

こうした原状理解からすれば、買主が返還・償還すべきは、買主の使用による減価分ではなく、買主が現実に得た利益となろう。ただし、(昭和五一年判決の調査官解説のように)<sup>49</sup>買主は収益可能性を得

たと理解するならば、買主が用法に従って使用していれば得ていたであろう利益の償還義務を課すことも、このモデルと矛盾するものではない。

#### (4) 契約がなかった現在の債務者(買主)の状態回復( $\delta$ )

この他、債権者の状態回復の中でも $\alpha$  $\beta$ を区別したことに照らせば、債務者の状態回復もまた、契約がなかった場合における現在の債務者の状態の回復( $\delta$ )を想定することができる。

仮にこのモデルを貫くならば、当該契約がなかったとしても、債務者(買主)が他の第三者と代替取引をして目的物を手・使用し、利益を享受していた場合、買主の使用利益返還義務が否定される。

もつとも、実際には存在しない第三者との取引を想定し、かつ対価負担もしていない買主の仮定的利益を、売主と買主との間において保護することには疑問がある。 $\beta$ への疑問と同様である。

## 2 減価償還と使用利益返還の関係

次に、両者の関係理解をめぐる、あり得るモデルを整理したい。ここでは、ドイツ民法、フランス民法<sup>50</sup>、ウィーン売買条約(CISG)、共通参照枠草案(DCFR)、我が国の裁判例が取り上げられる。

### (1) 使用利益返還優先構成

たとえばドイツ民法は、以前その概要を紹介したように<sup>51</sup>、買主の使用利益返還義務を優先する形での調整を図る。

すなわち、買主は、使用によって得た利益を返還する義務を負う一方で（ドイツ民法三四六条二項一文一号）、目的物を使用に置いたことによる減価（たとえば新車が中古車になることでの減価）はもちろんのこと、用法に従った使用により生じた損耗減価についても償還義務を負わない（同文二号）。用法に従った使用による損耗分は、当該使用による利益の返還により補われると理解される。ドイツの多数説は、（利益とリスクの同一帰属という観点からでなく）売主が二重に補償を受けることを回避する観点から、両者の調整を試みるのである。<sup>52</sup>そして、この調整にあたっては、ドイツ民法三四六条が、滅失・損傷についての価額償還を規定する三四六条二項一文三号よりも前に位置する、三四六条一項あるいは二項一文一号において収益返還を義務づけていること（両規定の構造上の位置づけ）を根拠に、利益返還義務を優先させ、逆に、用法に従った使用から生じる損耗については価額償還の対象から除外する解釈を展開する。ただし、ドイツでは、（前述のように）買主が実際に得た使用利益だけでなく、用法に従って使用していれば得たであろう利益の償還をも義務づける場合がある（ドイツ民法三四七条一項）ことは、ここで意識する必要がある。

使用利益返還を優先する構成は、他にもウィーン売買条約（CISG）に見ることができ。同条約では、返還不能リスクの配分にあたり、（価額償還義務の有無と範囲によるリスク配分ではなく）解除の可否によるリスク配分が採用されているところ、目的物が減価していてもなお解除が許容されるケースでは、減価償還義務ではなく、使用利益の返還義務があるとされる（同八四条二項）<sup>53</sup>。

このモデルのように使用利益返還を優先させることは、債務者の財産状態の回復をもって原状回復とする理解（γ）<sup>54</sup>に親和的である。使用利益が債務者の許から吐き出されることによって、少なくとも、契約解消にもかかわらず返還債務者（買主）の許に利益が残る事態が回避される。

もつとも、買主の許で生じた滅失・損傷について買主負担が原則であることは、ドイツ民法(三四六条二項一文三号)により買主は価額償還義務を負担)においてもウィーン売買条約(八二条一項で買主は解除権を喪失)においても前提とされることを考えると、なぜ買主が減価償還義務を負わないのか。使用利益の返還では減価を補いきれない場合があることから、両者の不均衡が気にかかる。

## (2) 減価償還優先構成

これに対し、〈使用による減価分が償還されなければ原状回復とはならない〉として、減価償還を当然視する見解が我が国でも主張されている。<sup>(55)</sup> 五四五条一項本文は、返還債務者から見て、その相手方の状態を回復する義務を規定する以上、こうした見解は条文の文言に忠実でありうる。

こうした理解は、二〇一六年債務法改正前のフランスにおいて一定の支持を集めたことが既に紹介されている。すなわち、フランス破棄院では、かつて第一民事部と第三民事部とで使用利益返還(用益の補償)をめぐる判断が分かれていた(第一民事部は、過去の状態を回復するために減価償還義務を認める一方で使用利益返還義務を否定したのに対して、第三民事部は使用利益返還義務を肯定した)ところ、その後二〇〇四年七月九日の合同部判決において、遡及効を根拠として使用利益返還を否定する形で判断が統一された<sup>(56)</sup>(なお、同判決は、使用利益につき損害賠償の問題となることを示唆する<sup>(57)</sup>)。齋藤哲志は、「給付された物の使用利益の処遇は、遡及効によつては基礎づけられ得なくなり、『原状回復の外側』に放逐された。」<sup>(58)</sup>ことを強調する。この二〇〇四年判決をめぐる学説は、契約解消の遡及効とは当事者を契約締結以前の状態に戻すためのものと捉えることで、使用利益返還を否定する一方で、使用による損耗補償を肯定する

もの、と分析した。事実、二〇〇六年には、売買契約の対象となった中古自動車が予定された品質を満たさなかったことによる解除事案において、遡及効について右二〇〇四年判決と同一の理解に立ちつつ、使用による減価の補償を認める判決が出されている。<sup>59)</sup>

また、共通参照草案(DCFR)では、その規定上で明確に、減価分の償還が優先されている。すなわち、同草案のⅢ―3・五二三条(1)(b)では、使用によつて引き起こされた価値減少分について受益者に償金義務を負わせ、次の五―四条では買主の使用利益返還義務を規定するものの、売主の二重補償の回避が意識され、<sup>60)</sup>買主が五―二三条で価値償還義務を負う限りで、使用利益返還義務が排除されることが規定上明記されている。<sup>61)</sup>

DCFRⅢ―3・五二三条(利益の価値の支払)

- (1) 受益者は、次に掲げる義務を負う。
  - (b) 受領の時から返還すべき時までの間に利益の状態が変化した結果、返還することのできる利益の価値が減少したことに對して、償金を支払う義務

DCFRⅢ―3・五―四條(使用および改良)

- (1) 受益者は、使用に関してⅢ―3・五―二三條(利益の価値の支払)(1)の定めによる責任を負う場合を除き、利益の使用に對して、合理的な金額を支払う義務を負う。

このように減価償還義務を優先する構成は、債権者の財産状態の回復をもって原状回復とする理解（ $\alpha$ か $\beta$ ）に立っていると評価できる。経年減価も買主負担と解するならば、 $\alpha$ の「契約締結前における売主の財産状態の回復」が目指されているといえる（右のフランスにおける遡及効をめぐる議論を参照）。

もつとも、こうした原状理解から減価償還を演繹的に導くことには疑問がある。五四五条一項本文にいう〈相手方の状態回復〉は、絶対視されるものではない。たとえば、相手方（売主）の責めに帰すべき事由により原物返還不能となった場合、買主が原物返還に代わる価額償還の義務を負わないことに争いはない。昭和五一年判決も述べるところである。また、市場価格の変動による価値の下落が、一般に原状回復の対象と考えられてこなかったこと<sup>62</sup>からすれば、〈契約締結前の状態回復〉も徹底されていない、との評価も可能であろうか<sup>63</sup>。その他、契約が実現されないことで「無駄になった費用」が基本的には原状回復の対象とはされないことも、債権者の状態回復が徹底されないことの証左である（詳しくはⅢ章にて触れる）。

### (3) 両義務併存構成

以上に対し、使用による減価の償還と使用利益返還の双方を買主に義務づける見解もないではない<sup>64</sup>。たとえば、東京地判昭和三三年八月一四日下民集九卷八号九四頁は、ロードローラーの売買契約が買主の支払遅滞により解除された事案において、一方で、ロードローラーの減損価額の「賠償」を（その価額減少についての買主の帰責性を問うことなく）原状回復義務として認めつつ、他方でロードローラーの使用利益（賃料相当額を基準として算定）を返還すべきものと判示した。もつとも、原状回復の目的（回復されるべき財産状態）からすれば、両義務は両立しない方向性を志向

するものである以上、原状回復として両義務を認めることは矛盾に映る。

そうした中で、これをなお正当化する方途の一つが、使用利益の返還を（狭義の）原状回復の履行としてではなく利息返還義務とのバランスから義務づける論理である。我が国の条文に照らして言えば、五四五条一項本文の原状回復義務として買主に減価償還義務を課しつつ、二項の利息返還義務とのバランスから三項で使用利益返還義務を認めることになる。カタラ準備草案は、目的物の返還（使用による損耗の補償）に加えて用益の補償を肯定しているところ、荻野は、後者の理由を利息とのバランス論にあると分析しつつ、利息返還義務とのバランス論がこうした〈売主の二重補償〉を正当化できるのかを問題視した<sup>65</sup>。

両義務を認める構成としては、解除の原状回復義務として使用利益返還義務を位置づけつつ、減価分を損害賠償でもって捉える構成もあり得ないではない。先に見たウィーン売買条約をめぐって、注釈書の中には、買主の使用利益返還義務を規定する八四条の注釈において、買主の責めに帰すべき事由により解除に至った場合に、買主には減価分の損害賠償義務があると説くものがある<sup>66</sup>。損害賠償の問題とすることで、売主が二重に補償を受けることが正当化できるのかが焦点となる。

本稿は以上で、本問題に関する議論状況の整理を終える。次章ではまず、原状、解、か、減、償、還、義、務、を、演、繹、す、ことの是非を考えたい。狭義の原状回復とはどのようなものなのか、消極的契約利益の回復とは何か。同利益回復をめぐる損害賠償と狭義の原状回復との関係を考える。

### Ⅲ 消極的契約利益の回復と解除による原状回復の関係

前述のとおり、解除の効果は消極的契約利益の回復であると説かれることがある。もつとも、同概念およびそれと同一の信賴利益概念は、改正前五四五条三項（現行四項）の損害賠償として論じられてきた過去もある。果たして、消極的契約利益の回復は、どのような状態の回復を意味し、解除の効果と損害賠償のどちらの領分なのか。目的物の減価分の処遇を扱う本稿では避けることのできない問題である。

#### 1 消極的契約利益の意義

周知のとおり五四五条四項の損害賠償をめぐっては、解除の法的性質と関連して、これが債務不履行による損害賠償を意味するかどうか、またその賠償内容如何が議論されてきた。しかし、現在では、仮に直接効果説を採ろうとも、同項の損害賠償は債務不履行による損害賠償であり、その賠償対象として履行利益（積極的契約利益）が含まれることについて見解の一致があるといえる。

もつとも、ここで「債務不履行による損害賠償」一般の効果論について目を転じると、近年我が国でも、無駄になった費用の賠償（＝費用賠償・支出賠償・原状回復的損害賠償）を認めようとする議論が有力である。かつて、履行利益賠償・信賴利益賠償は、契約の有効・無効と結びつけて論じられたが、我が国では高橋眞の研究により裁判例でも必ずしもこうした図式が成り立っておらず、<sup>68</sup> 両者は賠償によって回復されるべき状態の方向（因果関係の終点）を決定するための技術概念であることが示された。<sup>69</sup> これは我が国だけでなく、むしろ海外においてはより積極的に、債務不



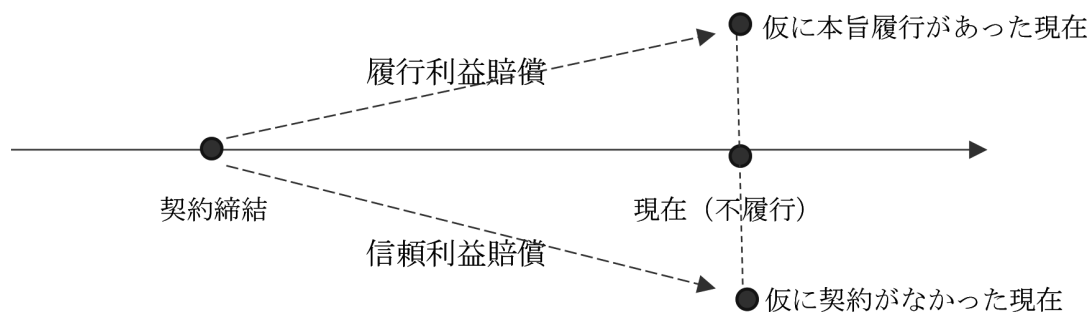
履行による損害賠償として履行利益賠償以外のものを認める議論が展開されてきた。たとえば、アメリカでは、期待利益（履行利益）のうち逸失利益の証明が困難な場合やそれを認めることに異論があるような場合に、支出した費用の賠償という意味での信頼利益賠償だけでも債権者に認めんとする議論が盛んに説かれ、<sup>(70)</sup> ドイツでは、契約が実現されないことで支出目的が挫折し、無駄になった費用の賠償を認める判例法理（収益性（採算性）の推定法理）が出来上がり、そして二〇〇一年債務法改正の際に、ドイツ民法二八四条の「無駄になった費用の賠償」制度が成立した<sup>(71)</sup>（この費用賠償制度をめぐっては、これが信頼利益賠償の一種なのかをめぐっても様々な議論が展開されているが、本稿ではこれに立ち入らない<sup>(72)</sup>）。そこで我が国でも、これを認めようとする議論が活発である。

ところで、無駄になった費用の賠償は、契約の清算と投下資本の回収を志向するものといえ、<sup>(73)</sup> 〈契約締結前ないし契約交渉前の状態を回復〉することに奉仕すると説かれることが多い<sup>(74)</sup>。しかし、ここから消極的契約利益（信頼利益）の回復もまた、時系列的な意味での同状態の回復を図るものと解するのは早計である<sup>(75)</sup>。これは、契約の有効性および履行を信じたことによる損害のうち、積極的損害のみに着目した帰結であろう。履行利益・信頼利益と消極的損害・積極的損害とは必然的な結びつきがあるわけではない。我が国において信頼利益（消極的契約利益）に関する最初の本格的論文を著した石田文次郎の説くところを見てみよう<sup>(76)</sup>。

信頼利益の賠償は積極的損害 *damnum emergens* のみの賠償のやうに考へられてゐるが、これは大なる誤である。履行利益の賠償又は積極的契約利益の賠償と、信頼利益の賠償又は消極的契約利益の賠償との区別は責任原因の区別であり、従つて又回復される利益の区別であつて、賠償の範囲の区別ではない。履行利益の賠償に、被つた積極的の損害と、失つ

た利益の消極的損害とを含むと同様に、信賴利益の賠償にも両者を含むことは勿論である。…中略…又信賴利益の賠償は特に損害の計算が困難であるやうに考へられてゐるが、損害計算の困難さについても、履行利益の賠償の場合と何等の差異がない。積極的に被つた損害 *damnum emergens* の計算は、何れの賠償に於ても容易であるが、得べかりし利益の喪失即ち失つた利益の消極的損害 *lucrum cessans* の計算は、何れの賠償に於いても困難である。損害計算の困難は特に信賴利益の賠償に在るのではなく、実は失つた利益の消極的損害の計算に在るのである。

信賴利益においても消極的損害が賠償対象になり得ることは、既にイエーリングの契約締結上の過失論においても見ることができたが、<sup>(78)</sup>我が国では石田によつて明確に、履行利益と信賴利益とは、回復される利益の区別であつて賠償範囲の区別ではないこと、逸失利益という消極的損害も信賴利益賠償に含まれることが指摘された。その後、末弘徹太郎も、消極的契約利益と積極的契約利益の区別と、積極損害と得べかりし利益の喪失もしくは消極損害との区別を混同するものがあるとしたうえで、「消極的契約利益のうちにも無駄になつた費用のごとく『積極損害』と考えられるものも含まれるし、あるいはまた、例えば契約『有効なるべしと誤信したるがため他より購置す』る機会を失つた結果こうむつた損害のごとき性質上『消極損害』と考えられるものも含まれる」と説く。<sup>(79)</sup>こうした理解は、我妻や奥田の体系書にも引き継がれ、<sup>(80)</sup>現在の教科書にも見ることができるとは、下級審判例にも見られることが指摘されている。<sup>(82)</sup>森田宏樹は、消費者契約法における解釈を舞台とするものではあるものの、こうした「他と契約をする『機会の喪失』による損害の賠償」が認められる要件に言及する。<sup>(83)</sup>信賴利益にも消極的損害が含まれること自体は、認められて良い。<sup>(84)</sup>



そして、このように、契約の履行を信じたことよって被った損害においても、積極的損害だけでなく、消極的損害（逸失利益）をも併せ考えるとき、信頼利益（消極的契約利益）の回復によって実現されるのは、決して〈契約締結前ないし契約交渉前の状態〉ではなく、〈契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態〉であると理解できる<sup>85</sup>。事実、ドイツでは、信頼利益の賠償とはこのような状態回復を図るものと理解されてきたし、我が国でも、高橋眞は、消極的契約利益について、「契約の交渉や締結をしなければ現在あるべき状態の回復」<sup>87</sup>であると説く<sup>88</sup>。「積極的契約利益・消極的契約利益は、同一の事実を因果関係の起点としつつ、その回復について反対の方向をとるもの」と理解され、後者につき、「契約を解除して、契約交渉以前の状態の回復を目指す方向」「後ろ向きの原状回復」との表現が用いられている<sup>89</sup>。もともと、高橋自身、消極的契約利益を右のように定義していたことからすれば、ここでいう「反対の方向」「契約交渉以前」「後ろ向き」とは、過去の状態への復帰を意味するものではないと解すべきであろう<sup>90</sup>。

先述のように、近年、我が国に限らず、履行利益の逸失利益損害の証明が困難な場合等の救済策として、信頼利益賠償が注目されてきた。売買契約でいえば、買主が損害賠償請求権者であり、買主の履行利益の消極的損害（逸失利益）の証明が困難なケースが想定される。確かに、こうした局面では、一般的には、信頼利益のうち消極的損害の証明は同様に難しいことが多いだろう。我が国でも、瑕疵担保責任の領域で、買主が「他の土地を有利に買う機

会を失った」という信賴利益の消極的損害は、実質的には、履行利益と重なる場合が多くなるとして、無用な混乱を招く概念であると批判された。<sup>91</sup>ここで、近年の池田清治による分析を見てみよう。池田は、アメリカにおいて履行利益の算定が困難であることを背景に信賴利益賠償を認める裁判例があることを指摘したうえで、次のように説く(傍点は原文)<sup>92</sup>。

ここで注意すべきは、この研究(フラーIIパーデュ論文…引用者注)でいう「信賴利益」の内容は、イエーリングの「信賴利益」概念と同様、(a)投下され、無駄になった費用のほか、(b)他の取引機会の喪失も、一般論としては含まれてはいるが、実際に挙げられている裁判例で賠償が認められたのは、(a)投下費用だけである、という点である。そして、ここには次のような論理的、連関関係がある。

ある契約が履行されると信じたから、別の契約をしなかったという場合、通常、その「別の契約」とは、履行されると信じた契約と同種同等のものであろうと推察される。すると、履行されると信じた契約の履行利益の算定が困難である場合、その「別の契約」から得られたであろう利益(IIβ)も算定困難なはずである。したがって、賠償の対象としては、結局、(a)投下費用だけが残ることになるのである。

こうした事情を背景に、アメリカでもドイツでも、信賴利益のうち積極的損害に限った賠償が認められていったことは、ごく自然な流れとして理解できる。

しかし、ここで売主の契約がなかった状態に着目するならば、消極的損害は、他の取引機会(第三者への売却機会)

の喪失に限られず、目的物を自身で使用できなかったことが問題となり得る。そして後者は、履行利益の証明局面とは明らかに異なる<sup>94</sup>。この意味で、信賴利益の消極的損害（逸失利益）は、必ずしも履行利益と同一に帰するわけではない<sup>95</sup>。近年、信賴利益のうち積極的損害の賠償に注目が集まり、消極的損害が取り上げられてこなかった背景が右事情にあることに照らせば、本稿が問題とするような消極的損害については、売主が証明できる限り、売主の請求を認める余地があり、信賴利益についても消極的損害を論じる実益がある。

## 2 消極的契約利益賠償の根拠づけ

かつて、改正前五四五条三項の「損害賠償」の内容が盛んに論じられた時代、直接効果説の影響によりこれを債務不履行による損害賠償、ひいては履行利益賠償と解することができないとして、「信賴利益の賠償」であるとか、「原状回復のための損害賠償」であると説かれることがあった<sup>96</sup>。たとえば石田文次郎、谷口知平、松坂佐一らは、前者の信賴利益賠償と解しつつ、ここで消極的損害も含まれる旨明示していた<sup>97</sup>。松坂は、「債権者をして契約締結なかりせばあるべき財産状態を回復せしむれば解除の目的は達せられる。したがって、第五四五条三項の損害賠償は債務不履行の事実によって発生した損害の賠償であって、信賴利益の賠償である<sup>98</sup>」としており、解除の目的がβの状態回復であること、そしてこの状態回復は信賴利益賠償によって実現されることが示されている。他方、後者の「原状回復のための損害賠償」を説いたものとして、ここでは西村信雄と川添清吉の議論を取り上げる<sup>99</sup>。原状回復のための損害賠償と見れば、ここでいう「原状」とはどういう状態かが賠償内容を左右することになるが、西村信雄は、原状回復とは、「契約が当初から締結されなかつたとしたら現在、こうなつていたであろうと推測される状態」（傍点は原文）をつ

くり出すべきものであり、原状回復の義務が発生するのは解除の時であることを理由に、ここでいう「現在」とは、解除時と解すべきと説く。こうした「原状」理解のもとで、債権者が現在置かれたであろう状態を実現するために、改正前三項の損害賠償が存すると考えた<sup>100</sup>。また、川添清吉は、改正前五四五条三項の損害賠償とは原状回復のための損害賠償であり、一項の原状回復義務や二項の利息支払義務によつては原状回復を達成できない場合に、それらと相まって原状回復を達成するものと理解する<sup>101</sup>。ここで川添は、契約成立前の状態の回復と表現するものの、売買目的物の市場価格の下落があつた場合において、契約がなかつた際に売主がこれを下落前に他に転売していたときにはこの転売価格と下落した後の価額との差額の損害賠償請求をすることができる<sup>102</sup>と解していることからして、「成立前の状態」とは時系列的な意味でのそれではないことがわかる。

それでは、解除と共にする損害賠償(五四五条四項)もまた、債務不履行による損害賠償(四一五条)に他ならないと理解される現在において、その賠償内容として、履行利益賠償だけでなく、(択一的に)信賴利益(消極的契約利益)賠償を認めることは可能であろうか<sup>103</sup>。債務者の債務不履行によつて生じた損害<sup>104</sup>と言いつて得る構成如何が近年議論されている<sup>104</sup>。債権者の契約対価や履行準備のための費用、履行を前提とした費用支出などは、あくまで債権者自らの意思・決定により支出されたものであり、その損失は、債務者の債務不履行によつて生じた損害とは言えないように映るからである。こうした点(およびドイツでは債務法改正前において履行利益賠償として契約対価や費用の賠償請求を認めてきた経緯)からして、費用賠償を履行利益賠償に位置づける見解もあるところである<sup>105</sup>。

ここで例えば、契約に際して相手方の詐欺があつたような「望まれない契約」の場合や、相手方の情報提供義務違反があつた場合、契約を締結するか否かの自己決定過程に瑕疵がある。こうして正常な自己決定(意思決定の自由)が

侵害されたといえるケースでは、契約がなかった場合における利益を損害賠償として認めやすい<sup>106</sup>。これに対し、情報提供義務違反があったわけでもない、給付義務違反を理由とした解除の場合かどうか。この場合、契約それ自体に瑕疵はなく、契約締結自体（およびそれに基づく費用支出）はあくまで債権者自らの任意の意思・決定に基づく。それにもかかわらず、契約がなかった状態の回復を請求できるのかが焦点となる<sup>107</sup>。

しかし、契約の締結により、当事者には（契約の有効性への信頼にとどまらず）履行への信頼が生まれる<sup>108</sup>。この信頼は合理的なものであり、保護されるべきである。それゆえ、右信頼は（意思理論と相まって）契約への拘束を生む<sup>109</sup>。当事者は、当該契約と択一関係にある契約を締結する選択肢を基本的に失うことになる。契約の締結は、相手方を拘束し、相手方の取引機会や対象物の利用機会を奪うことを意味する。そして、そうであるならば、契約当事者は互いに、自らの債務不履行（給付義務違反）により当該契約を挫折させることで相手方のした費用支出（積極的損害）や第三者との取引断念（消極的損害）といった損害を生じさせないようにする保護義務がある。当事者には、このような義務があると解することで、その債務不履行と生じた信頼損害との間の因果関係を説明することが可能となる<sup>110</sup>。この点で、解除と共にする損害賠償を信頼利益賠償と理解した松坂が、この損害賠償を給付義務違反によるものではなく、保護義務の違反によるものとして理解したことが参考になる<sup>111</sup>。

以上のように、債務不履行による損害賠償では、履行利益賠償だけでなく、消極的契約利益（信頼利益）の賠償を求めることができ、かつ、消極的契約利益賠償では、「無駄になった費用」のような積極的損害だけでなく消極的損害を含みうる。当該事案において契約を締結したことでの逸失利益まで認められるかどうかは、最終的には四一六条の判断による<sup>112</sup>。こうした損害賠償によって、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態（β）が回復さ

れうる。右に引用した末弘が、債務不履行による損害賠償においても消極的損害を含めた消極的契約利益の賠償を認め、債権者はこれと積極的契約利益賠償とを選択できると解していたことが思い起される。<sup>113</sup>

### 3 βの状態回復は解除による狭義の原状回復の領分か

以上のように解したときに次に検討されるべきは、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態を実現する損害賠償(五四五条四項)と、解除による狭義の原状回復との関係である。消極的損害も含めた消極的契約利益の回復は、損害賠償の領分であろうか。それとも、狭義の原状回復義務として実現されるべきものであろうか。

先に見たようにドイツ普通法学では、解除訴権をもって消極的契約利益を要求しうるとする理解が通説であった。また、その後制定された債務法改正前のドイツ民法では、解除と損害賠償は択一関係にあるとされたが(改正前三二五条・三二六条)、その立法過程では、ここでいう「損害賠償」とは履行利益賠償を意味するものと解されているように映る。<sup>114</sup>ここで、ドイツ民法の立法過程(第一草案・第二草案)では、契約がなかったならば現在あったであろう状態の回復(β)をもって原状回復と捉えているかに思える立法提案がなされていたことに鑑みると、消極的契約利益は解除の原状回復に包含され、別途信頼利益賠償を観念する必要がないがゆえに、信頼利益賠償が取り上げられていないとの推測もあり得る。しかし他方で、議事録を見ると、解除にもかかわらず、故意がある場合には、消極的契約利益の賠償請求権を排除するものではないとされており、<sup>115</sup>この点からは第一草案・第二草案の段階での右位置づけは明確でない。

ただし、ドイツ民法では、返還債務者(買主)は自身が得られなかった収益も償還する義務を負うとされる(第一



草案四二七条二項、第二草案一九八条二項、改正前三四七条、現行三四七条一項。これは契約がなかった場合に返還債権者（売主）が得たであろう利益（消極的損害）を回復させるに等しい。損害賠償を待たずして返還債権者の消極的損害が回復されている。しかも、返還債権者が得ていたかどうかを要件とせず、返還債務者に得られなかった収益の償還義務を課す形を採る。

しかし、（ドイツ民法三四七条一項によれば法定解除権者たる返還債務者に免責の余地があることは前述のとおりであるとしても）契約がなかった場合に返還債権者がどのような状態にあったか、すなわち目的物を使用し、利益を得ていたかどうかの証明なしにこの利益を帰属させるのは不合理である。返還債務者に収益可能性という利益があることに着目してこれを吐き出すことに主眼があるのであれば別として、そうではなく、返還債権者の状態回復を考えるのであれば、やはり右証明なしにこれを帰属させるべきではない。

そして何より、解除による原状回復義務は、債務不履行の有無、責めに帰すべき事由の有無を問わずに契約当事者の双方が等しく負うところ、なぜ契約がなかったならば相手方が得ていたであろう利益まで負担しなければならぬのかという疑問が決定的である。<sup>116</sup> 解除の原状回復義務のこうした性格に鑑みれば、 $\beta$ の状態回復は、狭義の原状回復の目的とすることはできず、解除の効果としての原状回復義務をもってしては不完全な形でしか実現されないと考えられる。つまり、原状回復義務として買主が実際に得た利益を売主に返還することによって、確かに契約がなかった場合に売主が目的物を使用した財産状態が一部実現される。しかし、買主が返還義務を負うのはあくまで実際に得た利益に他ならないため、契約がなかった場合の売主の現在の状態は完全には実現されないのである。当該契約がなかった場合における債権者の現在の状態の回復を実現するような損害賠償が、いかなる場合にどのような範囲で認め

られ得るかは、我が国では情報提供義務違反の効果をめぐって議論されてきたところであり、給付義務の不履行事案でもこれを認めることが可能かは今後の課題であるとしても、こうした状態の回復を解除の効果としての原状回復でもって実現することが相応しくないことは確かである。

ドイツ民法の第一草案や第二草案では、解除の原状回復として、契約がなかったならば現在あったであろう状態を実現するための権利および義務を負う旨の規律が提案された(Ⅱ章1節<sup>(2)</sup>)。しかし、これは約定解除の効果規定であり、これを法定解除や瑕疵担保解除に準用するにあたっては、それに応じた修正をしていたことは周知のとおりである(旧三二七条・旧四六七条)。また、そもそもドイツでは、約定解除の場合に両当事者には潜在的な返還義務の認識があることを前提に議論することがあり、少々特殊であったことも既に指摘されている<sup>(118)</sup>。ドイツは、債務法改正後の現在、三四七条一項で買主が得られなかった利益の償還を義務づけつつ、法定解除権者については一定の場合に免責をする構図を採る。こうしてみると、ドイツ解除効果法では、(法定解除と約定解除とで当事者の置かれた状況が異なるとの認識を前提に)いったん広範な義務を課しておき、法定解除の場合に修正を加える、といった規律構造を好んでいくといえようか。いずれにしても、日本民法五四五条の解除の効果として、 $\beta$ の原状回復を義務づけることは正当化できないと考える。右に見た川添清吉が、改正前五四五条三項を「原状回復のための損害賠償」としつつ、債務不履行責任ではないものの債務不履行者に課せられた責任であるとして、両当事者が等しく負う狭義の原状回復義務と区別していた点が興味深い<sup>(119)</sup>。

なお、狭義の原状回復が不完全なのは、 $\beta$ の状態回復にとつてだけではない。無駄になった費用賠償を $\alpha$ の状態回復のためのものと仮に見たとしても、<sup>(120)</sup>この費用もまた、両当事者が等しく負う狭義の原状回復義務において償還義務

を負わせることはできない。ドイツでも、解除の場合、三四七条二項が目的物に関する費用の償還請求を認めるものの、これのみでは二八四条がフォローする費用を把握できないことに着目し、解除された場合にも二八四条の賠償請求を別途認める解釈が展開されている<sup>(121)</sup>。狭義の原状回復とは、契約締結前の債権者の状態の回復であると解そうとも、契約の準備費用などを原状回復義務として相手方に求めることはできない。当該支出が無駄になった原因に立ち入ってリスク配分をする必要があるからである。この点は理解の一致が見られると思われる。狭義の原状回復は、α、の状態回復にとつても不完全なものである。

#### 4 狭義の原状回復と契約がなかったならば得ていた利益賠償の両立

そこで、当事者は、狭義の原状回復とは別に、消極的契約利益（信託利益）賠償を求めることが考えられる。もつとも、狭義の原状回復とは契約締結前の債権者の状態回復であると解するならば、解除の原状回復として契約締結前の状態回復のための諸請求をしつつ、別途、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態を実現すべく信託利益賠償を求めることが許されるかが、それぞれの回復する方向性の違いから問題となる<sup>(122)</sup>。

契約が解消された場合、両当事者は、狭義の原状回復義務を負う（五四五条二項三項の義務がこの狭義の原状回復義務の二内容といえるかは後述）。もつとも、これでは補えない損害は、前述のとおり当然に存在し、これは相手方の責めに帰すべき債務不履行がある限りで、損害賠償によってこれを相手方に転嫁できる<sup>(123)</sup>。前稿で見たように、狭義の原状回復と履行利益賠償とは、明らかに回復の方向を異にするが、帰責性を要件としない狭義の原状回復義務は、両当事者に生じたリスクの配分における完結した制度ではなく、別途帰責性を加味した損害賠償制度によって補完されうる

性質を有する。そうであるがゆえに、解除しつつも履行利益賠償を求めることが許される(五四五条四項、四一五条二項三号)。そしてこれは、履行利益賠償に限らず、消極的契約利益(信賴利益)賠償にも同様に妥当するのである。完全な形で $\beta$ の状態回復は、そもそも買主の債務不履行によつて契約の解除がされ、かつ買主に免責事由がない場合において、なおかつ契約がなかった場合に売主が利益を得ていたことが証明されることで(四一六条で賠償範囲として認められることで)、消極的契約利益の損害賠償でもって実現される。

以上要するに、契約の解除と共にする損害賠償(五四五条四項)は、あくまで債務不履行を理由とした損害賠償であるが、しかしこの損害賠償は、履行利益賠償だけでなく消極的契約利益(信賴利益)賠償も含まれ、なおかつ後者でも積極的損害だけでなく消極的損害も含まれる。そして、解除と共にする損害賠償において、こうした、契約がなかったならば債権者があつたであろう状態を実現することは、狭義の原状回復と矛盾しない。

#### IV 減価償還と使用利益返還の関係

前章で見た狭義の原状回復と損害賠償との関係を前提としたとき、買主の許で生じた減価と買主が得た使用利益は、どのように位置づけられるか。〈狭義の原状回復は、 $\alpha$ の状態回復にとつても $\beta$ の状態回復にとつても不完全なものでしかない〉と解する本稿の立場からすれば、少なくとも減価償還義務をあるべき原状回復像から演繹して肯定することは妥当でない。そこで以下では、買主が減価償還義務を負う範囲を画定させることを通じて、使用利益返還義務の範囲・意義を炙り出すことを試みる。

## 1 減価償還の原則と例外

### (1) 減価償還の原則

#### ア 減価分Ⅱ損害賠償の問題とする理解の不採用

買主が自己の物と信じて使用したことによる減価は、解除後の買主が負うべきリスクなのか。使用利益返還は返還債務者の原状回復に直結するのに対し、使用による減価分の償還は、返還債権者たる売主の状態回復とも言える。この点から、減価償還は、原状回復ではなく、損害賠償の問題であるとの理解があり得る。先に見たように、ウィーン売買条約をめぐってこうした解釈が展開されていた。減価償還義務は、損害賠償義務を負う場合に限って生じるものと捉える。

買主の支払遅滞により売主が契約解除をした場合、買主の賠償義務はどう把握されるか。金銭債務の不履行による損害賠償は、民法四一九条により遅延利息に限定されていることからすれば、一見すると、右場合の買主の賠償義務も遅延利息にとどまるようにも思える。しかし、大判大正五年一〇月二七日民録二二輯一九九一頁は、牛皮の売買契約が買主の支払遅滞のため解除され、その一か月後に売主が下落した相場場で目的物を第三者に売却した事案において、民法四一九条の適用を否定し、<sup>125</sup>当初の売買代金と第三者への売却価額との差額を損害額とする賠償請求を認めた。契約が解除された場合における損害賠償請求には四一九条の適用がないと理解できる。<sup>126</sup>

買主から取り戻した物に減価がある場合、第三者に売却しようにも、下落した価値を前提としてしか売却できない。そこで、売主は、(買主に免責事由がない限り)当初の売却価額との差額分を損害として買主に賠償請求することができる。<sup>127</sup>これは、履行利益賠償として見るのが自然であろうが、当該契約がなかった場合の売主が第三者との間で同様の

条件で売買していたことが確実ならば、信賴利益の消極的損害として構成することも可能であろうか。いずれにしても、買主は、原状回復としては減価の償還義務を負わないものの、買主に債務不履行があり免責事由もないケースでは損害賠償として右減価分の賠償義務を負う、と解する余地がある。

しかし、少なくとも日本民法五四五条一項本文は、原状回復として「相手方」たる返還債権者の状態回復を明記している。減価償還を一律に狭義の原状回復の枠外に出すことは、同規定と整合しない。より実質的に考察しても、買主の許で生じた減失・損傷について買主が負担すべき場面は当然ある以上、買主が自ら使用したことでの目的物の減価について、買主が一律に原状回復義務を免れるのは不合理である。こうした場合にまで、損害賠償の問題とし、債務不履行と免責事由の有無とに着目することは妥当でない。減価分を一律に損害賠償の問題とする理解は採用できない。

#### イ 減失・損傷のリスク配分との均衡

ここでは、既に北村実や油納によって適切に指摘されている通り、減失・損傷のリスク配分との均衡が意識される必要がある。減失・損傷は、減価を生じさせる一つの原因だからである。買主は、引き渡された目的物が自身の支配下で減失・損傷した場合、そのリスクを自身で負担するのが原則である。これとの均衡からすれば、減価もまた買主の負担であり、買主には価額償還義務があると解されよう。

このように理解したとき、ドイツ法の立場、すなわち、使用に置いたことによる減価のほか、用法に従った使用による損耗減価についても買主を免責し、使用利益返還を優先させる構成は拒否される。ドイツでは、使用利益償還で

もって目的物の減価分を補い、売主の状態回復を実現しようとするあまり、得られなかった使用利益の償還を義務づけるなど、自縄自縛に陥っているように映る。

ただし、減価償還義務の「範囲」については、より緻密な議論が必要に映る。考察対象は二つある。ひとつは、買主はすべての減価の償還義務を負うのかという、減価の原因・性質に着目した議論であり、もうひとつは、買主はどのような場合にも減価償還義務を負うのかという、減価償還原則の例外に関するものである。以下、(2)と(3)で区別して検討しよう。

## (2) 償還対象となる減価の範囲——経年減価および価格変動の下落減価の処遇

一般に使用による減価と言え、**①**使用による損耗減価が想定される。もつとも、既にドイツの議論が前提とするように、この中には、**②**使用に置いたことによる減価が含まれており、一応、損耗減価と区別することができる。自動車であれば、公道を走ったことで新車が中古車になることによる減価である。また、このほかに買主のもとで生じる減価として、**③**使用の際に生じた損傷減価のほか、**④**使用せずとも生じた経年劣化による減価、**⑤**価格変動の下落による減価も考えられる。

ここで、滅失・損傷のリスク配分における近時支配的な理解との均衡を考えれば、買主の故意行為である使用に伴う減価(**①②③**)について原則として買主が負担すべきはもちろんのこと、**④**もまた、契約時の給付交換の決定に基づいて目的物を受け取り、買主の支配領域内で生じた減価である以上は、買主が当該減価を負担する。この償還によ

り、時系列的な意味での契約締結前の債権者の状態が回復される。事実、川角は、「中古自動車市場の一般傾向として当然の如くに目的物の評価額が下落したとするならば、その評価下落分はあくまで『原状回復義務』の客体として、買主Xの財産上の自己決定にもとづくリスクとみなされるべき」<sup>(128)</sup> (傍点は原文) と論じる。

もつとも、減価のうち④と⑤は、契約がなかった場合には売主が負担した減価である。原状回復では、こうして、契約がなかったならば債権者が負担した減価についても返還債務者が負担すべきかが問題となる。滅失・損傷のリスク配分と比較する見地からは、契約がなかったならば債権者の許でも同様に滅失・損傷していたケース、具体的には、目的物が買主の許で台風により滅失した場合において、当該台風が売主宅も襲い、契約がなかった場合に売主の許でもまた滅失していたであろうケースのリスク配分が問われる。

我が国の民法起草者の一人である梅謙次郎は、『民法要義』において改正前五四八条二項 (契約目的物が解除権者の行為や過失によらずに滅失等した場合に解除を認める規定) を次のように説明する。すなわち、物の滅失が解除権者の行為によらない場合、売買契約を締結しなかったとしても、その滅失はなお生じていたとみるべきである。そうすると、ここでは契約の解除によって物を取り戻すことができない状態こそが「原状」であり、改正前五四八条二項はこの原則を明らかにしたものである<sup>(129)</sup>。と。

契約がなかった場合に債権者の許でも同様に滅失・損傷したことを加味したりリスク配分は、ドイツにおいてその民法草案をめぐっての審議中にも議論されたものの、ドイツでは、解除の場合に偶然滅失を売主負担とする規定 (第一草案四一九条、第二草案三〇一条、二〇〇一年債務法改正前三五〇条) が成立した。偶然滅失の場合に広く買主の解除を許容する (Ⅱ売主負担とする) 規定を有する以上、右の理解はこの規定に内包されているともいえる<sup>(130)</sup> (ただし、真に内包関



係にあるのか疑義があることは注(132)。

しかし、その後、旧三五〇条の結論の是非をめぐって激しい議論対立が生じたことは周知であるところ、そうした議論対立を背景にして、シュヴェンは、契約がなかったとしても同様に滅失したであろう場合には旧三五〇条の売主負担が妥当であると論じた<sup>(131)</sup>。そして、二〇〇一年の債務法現代化で旧三五〇条のような偶然の事情のみに着目した売主負担規定が廃止されたことで、こうした理解が再度前面に出る。改正後の三四六条二項は、返還債務者たる買主の許で受領物が滅失・損傷していた場合に買主が価額償還義務を負うのを原則としつつ、同条三項一文二号はその例外として、「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」に価額償還義務が消滅すると規定する。

この三四六条三項一文二号後段の価値判断は、本稿が問題とする目的物の滅価のリスク配分を考えるうえで重要である。確かに、同規定自体は滅失・損傷についての規定であり、想定事例は先に見たように契約がなかった場合にも売主の許で台風により滅失していた、といった稀なケースである。このようにその適用対象場面が相当に狭いがゆえに、同規定への注目度は低い<sup>(132)</sup>。しかし、滅価リスクの配分を滅失・損傷のリスク配分と比較して検討する本稿の興味関心からすれば、右規定の価値判断は重要である。この規律に与すれば、買主に引渡し後の経年減価も、原則として売主負担となる。

もつとも、契約がなかった場合に債権者の許で滅失・損傷したであろうときに買主を免責すべきかをめぐっては、価値判断に対立がある。たとえば、二〇一六年に採択されたユニドロワ国際商事契約原則二〇一六(PICC)<sup>(133)</sup>の公式注釈は、売主と買主が住む地域一帯をハリケーンが襲った事例を挙げて、受領した給付の価値を支払うという受領

者の責任は、給付がなされていなかったとしても劣化又は滅失が生じたであろう場合でも、免除されることはない<sup>135</sup>と論じる。ドイツでは、先述のとおり、旧三五〇条の基となる第一草案四二九条をめぐっての第二委員会審議において、債権者の許では滅失しなかったであろう場合には解除権が排除される旨の提案がなされたが、拒否された。ただし、その理由は、仮定的因果関係を考慮することがリスク配分として不公平だというのではなく、証明の困難性への危惧にあつた<sup>135</sup>。しかし、証明の困難性は、同リスク配分基準が不適切であることを意味しない。仮に証明できない場合には、それを証明する責任を負っている側の当事者がその不利益を負うだけであり、ここだけに特殊な問題ではない<sup>136</sup>。

そもそも仮定的因果関係は、民法の各所において最終的な基準として支持されてきた。本稿との関係では、遅滞中の不能論におけるそれが重要であろう。履行遅滞中の不能論によれば、履行遅滞中に生じた目的物の偶然滅失は遅滞者が負うのが原則であるものの、遅滞がなく適時に履行されていても買主の許で生じたであろう損害については例外とされる<sup>137</sup>。遅滞者が責任を負うのは遅滞と因果関係のある損害に限られているところ、重要なのはここでの因果関係が仮定的因果関係を意味することである。仮定的因果関係を加味したりリスク配分は決して稀有かつ不合理なものではなく、こうして我が国の判例・学説でも正面から採用されている。

仮定的因果関係は、解除の原状回復におけるリスク配分においても決して特殊ではない。ここでドイツ民法三四六条が、買主の原物返還不能にもかかわらず買主の価額償還義務を免責しているケースを一瞥しよう。

ドイツ民法三四六条三項一文 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

二号前段は、債権者（売主）の有責行為と滅失・損傷との間に直接的な因果関係があるケースである。それに対し、一号や三号は二号後段と同様、私見によれば仮定的因果関係を踏まえた免責である。すなわち、瑕疵を知らずに加工・改造による原物返還不能を対象とする一号も、瑕疵を知っていれば加工・改造などしなかったという形で、買主の契約適合性への信頼を前提に、売主の瑕疵物の引渡しと加工・改造による返還不能とを結びつける<sup>138</sup>。三号も同様に、買主は契約不適合物の給付であること（売主の義務違反）を知っていればその物を受け取らず、結果として買主の許での滅失・損傷もなかったという形で、買主の契約適合性への信頼を前提に、売主の義務違反と買主の許での滅失・損傷とを結びつける。こうして、形式的には買主の支配領域内から生じたリスクも、右事情が考慮されることで売主負担が正当化される。原状回復障害のリスク配分において、仮定的因果関係を加味することは決して稀でない。

④経年減価や⑤価格変動の下落減価は、買主の許で生じたとはいえず、買主には避けようがないリスクである。当事者双方が自らの意思で契約を締結したこと、そして解除の原状回復義務が債務不履行責任とは切り離された義務であることに鑑みれば、これらの減価を一律に買主の負担とすることはできない。契約がなかったならば売主（返還債権者）が受け入れなければならなかった不利益である以上、売主はこれを負担しなければならない。買主は、④経年減価および⑤価格変動の下落減価<sup>139</sup>については、狭義の原状回復義務としては価額償還義務を負わないと考える。<sup>140</sup>

以上をまとめれば、買主は、④経年減価と⑤価格変動による下落減価を除き、減価を負担し、現物返還に加えて差額分の価額償還義務を負う。ここで重要なのは、買主は原則として減価償還義務を負うとはいえ、経年減価と価格変動の下落減価が償還の対象とならないことで、ここでの減価償還が $\beta$ の状態回復に親和的なことである。

もつとも、こうした減価償還の原則には、事例によって例外があるのでないか。この点を次の(3)で検討する。

### (3) 減価償還原則の例外

滅失・損傷のリスク配分を考えたとき、引渡し後の同リスク全てを買主の負担とする理解は説得力を持たない。滅失・損傷につき売主側に原因がある場合に売主負担であることは、既に判例・学説においても理解の一致があり、争点は、右の場合を超えてどういった場合に買主が免責されるのかにある。そうであれば、使用による減価についても、売主の説明不足を端緒とした買主の使用による減価は当然として、その他の場合にも買主が免責される余地が検討されねばならない<sup>141</sup>。問題は、買主の支払遅滞により解除に至った場合ではなく、売主の引き渡した物に契約不適合があつたがゆえに解除に至った場合である<sup>142</sup>。

たとえば、新車を購入した買主が契約に適合しない新車の引渡しを受け、一定期間乗車後に契約不適合に気づいて解除した場合を想定する。この場合、受領物は買主の使用により中古車と評価され、価値低下が生じる(2)。しかし、契約の解除が認められるほどの契約不適合(債務不履行)があり、買主はいわば望まない物を押し付けられていたともいえる状況であるにもかかわらず、この場合の買主が減価償還義務を負うとする価値判断は合理的とはいえない。この価値判断は、以前紹介したように<sup>143</sup>、二〇〇一年の債務法改正後のドイツにおいて明文により定められ(下

イ民法三三六条二項一文三号ただし書)、支持されている。

これは、使用に置いたことによる価値低下(②)に限られない。用法に従った使用による損耗分(①)はもちろんのこと(ドイツの多数説は売主の二重補償回避の見地から三三六条二項一文三号本文の「損傷」に当たらないとする)、使用利益の返還では補えない範囲の損傷や滅失であろうとも、買主が法定解除した事案(売主に義務違反がある事案)では、三三六条三項一文二号により買主が免責されうる。結局のところ、買主が価値低下につきリスク負担する場合というのは、履行認容が見いだせるケース、その後リスク転嫁を主張することが矛盾と言いつけるようなケースに限られる。故意により返還不能原因を作り出したとすら言える加工・改造の場合ですら免責される余地がある(三三六条三項一文一号)ことにも照らせば、これは自然なことである。

もちろん、使用による減価は、単に買主の許で生じた偶然による滅失・損傷と異なり、買主が自らの意思で使用行為に及んだことで生じている以上、偶然による滅失・損傷とは別のリスク配分となる余地があるだろう(二〇一八年の前稿「ドイツ法における買主による解除前の使用行為」での考察対象であった)。もつとも、既に前稿にて見たように、買主が自ら使用したとはいえ、契約不適合の認識の有無はもちろんのこと、使用の目的や方法が重要である。契約不適合認識前の使用行為については、故意的破壊行為でもない限り、広く、これによる損耗のリスクを免責すべきである。買主が当該使用で得た利益の返還にとどまる。また、買主が契約不適合を知った後も、当該不適合が解除や代物請求をせざるを得ないほどのものか検討し、あるいは使用してみても判断する場合もあろう。契約不適合認識後は一切使用できず、使用による損傷等が常に解除権を喪失させ、あるいは常に減価分の償還義務を導くわけではないと考える。用法に従った使用が通常その目的物の著しい価値低下を招くものでない限り、減価は使用利益返還により(全部とま

ではいかずとも) 補完されうるうえ、買主が解除後の売主から代金相当額の返還を受けずして代替物を調達できない場合には、その限度で買主の使用が許容され、使用による減価を免責すべきである。こうして、買主が免責されるか否かをめぐっては、契約不適合の認識の有無、その使用の目的や方法、結果などを総合的に検討する必要がある。当然、五四八条本文の「過失」および同ただし書は、こうした最終的なリスク配分と矛盾しないように解釈されるべきである。<sup>144</sup>

以上まとめると、契約不適合解除の局面では、契約で予定された使用が(とりわけ契約不適合認識前に)なされたとき、そこで生じた減価を当然に買主の負担とする解釈は、説得的でない<sup>145</sup>。減価償還は、こと契約不適合解除の局面でいえば、むしろ例外的といえる。減価償還義務は、買主の利得とは切り離されているがゆえに慎重でなければならぬ。減価につき免責された買主は、実際に得た利益のみを返還すれば足りる。<sup>146</sup>

#### (4) 小括

買主の許で生じた減価のリスク配分をまとめておこう。まず、受領物が買主の許で滅失・損傷した場合、当該リスクは原則として買主が負うことに照らし、(契約がなかったならば債権者が負担したところの④経年減価と⑤価格変動の下落減価を除き) 買主の許で生じた減価も買主負担とするのが合理的である。

ただし、売主が契約不適合物を引き渡し、買主がこれを理由として解除した場合には、買主の契約不適合の認識の有無、その使用の目的や方法、結果に着目し、当該不適合物の減価につき買主を免責すべきケースがある。契約の解除が認められるほどの債務不履行であり、買主は望まない物を押し付けられていることを考慮すれば、契約不適合を

知る前はもちろんのこと、知った後も、契約不適合の程度を確かめる目的で使用する場合、あるいは支払済みの代金相当額の返還を受けなくては代替物を確保できなかった場合には、④⑤に限らず、②使用に置いたことによる価値低下の他、①用法に従った使用による損耗減価、③使用の際の損傷減価の免責もあり得よう。二〇〇八年の前稿でドイツの裁判例や学説上の議論を分析する中で見えてきた視点である。

## 2 使用利益返還の根拠と範囲

次に、今度は買主が使用利益返還義務を負う根拠と範囲について考える。根拠論では、一般に、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バランス、あるいは売主や買主の原状の回復という観点が注目されてきた。本節では、こうして一般に並列される理由づけそれぞれの是非を検討する。

### (1) 根拠

#### ア 利息返還義務とのバランス論の是非

Ⅱ章2節で見たように、減価償還義務と使用利益返還義務の双方を認める見解は、前者を狭義の原状回復義務の一環として課しつつ、後者を金銭受領者の利息返還義務とのバランスから正当化する。売主は、代金相当額という受領物本体の返還に加えて、プラスアルファとして受領物から生じる利益を返還する義務を負う。これに鑑みれば、確かに買主も、受領物本体の返還に加え、プラスアルファとして受領物を利用したこと得た利益を返還する義務を負う、と解すのも合理的である。買主の使用による減価分の償還は、受領物本体の価値を返還する一環であるから、買主が

減価償還義務を負うことは、この理解を妨げない。

二〇一七年の民法(債権関係)改正前の我が国では、使用利益返還義務の根拠として利息返還義務とのバランスが指摘されてきた。これを改正法に敷衍すれば、改正後は、二項と三項とで当事者のバランスが図られていると説明することになる。しかし、こうした理解と説明では、少なくとも二項の利息返還義務が所与の前提とされ、なぜこの義務があるかが語られていないという問題がある。利息返還義務は、契約がなかった場合における債権者の現在の状態の回復のため、ないしは(債務者の利得に着目した)債務者の状態回復のため、と解するのが自然である。そして、二項をこのような形で説明するならば、三項もまた同様に説明すれば足りるのであって、わざわざ当事者の義務のバランスを持ち出す必要はない。また、バランスへの着目は、買主が果実・使用利益を得ていなかった場合や一定時点以降の利息のみが請求された場合に、本来不必要な論点を生み出す。昭和五一年判決の事案をめぐっても同様の論争が生じたことは周知のとおりである。<sup>147)</sup>

利息返還義務とのバランスから使用利益返還義務を導く論理は、表面的な根拠づけにとどまり、なおかつ、本来必要な議論を生み出すものといえる。

#### イ 債務者の原状回復としての使用利益返還

以上のとおり、使用利益返還義務は、契約がなかった場合における債権者の現在の状態の回復( $\beta$ )のため、ないしは(債務者の利得に着目した)債務者の状態回復( $\gamma\delta$ )のために課される。どちらの根拠づけがより妥当だろうか。ここで、使用利益返還義務を、債権者の現在の状態の回復のために課される義務と解するならば、三項には明記さ



れていないものの、契約がなかった場合に債権者（売主）が果実や使用利益を得ていたことを要件とするのが自然である。しかし、このように解した場合、買主の支払遅滞ゆえの売主解除の事案すら、契約がなかった場合に売主が使用していなかったであろうケースでは、買主の使用利益返還義務が否定される。一方で、使用により減価する物の場合は、使用利益ではなく減価分の償還を求めれば足りると解する見解もあるが、使用利益の方が大きい場合に、差額分を債務不履行をした買主の許に残すことは疑問が残る。また、使用により減価しない物の場合、契約がなかった場合に売主が使用しなかったときには、債務不履行をした買主の許に使用利益がそのまま帰属することを許してしまう。この結論は一見して不合理に映る。

これに対し、使用利益返還義務は債務者の状態回復のための義務と解するならば、契約がなかった場合に売主がそれだけの使用利益を享受したかどうかを問わず、債務者（買主）の許に契約に基づく給付から生じた利益が残ることに消極的評価が下され、買主が実際に得た果実と使用利益（のみ）を吐き出す義務を負う。売主側に債務不履行があった場合——ここでは買主が使用した場面を前提とするので、たとえば契約不適合物の引渡しがあった場合——を想定すると、時として、買主が得た利益すべてを返還させることが酷に思えるケースもあり得る。しかしながらこの点は、既に二〇二三年の前稿で検討したように、<sup>(148)</sup>買主の「利益」取得を否定する構成（最判平成二二年六月一七日民集六四卷四号一一九七頁参照）、あるいは、買主の使用利益返還義務を認めつつ、別途買主から売主に対する填補賠償請求（使用利益喪失損害の賠償請求）を認めることで（損益）相殺によって買主の返還義務を実質的に否定する構成で十分に対応可能である。

民法五四五条三項は、物の受領者の許で「生じた果実」の返還を問題としているという文言<sup>(149)</sup>だけでなく、契約がな

かった場合に債権者（売主）が果実を得たかどうかを問題にしない。本体的価値の返還の他に課される「果実」返還義務は、本来、契約がなかった場合における返還債務者の状態を回復するもの（ $\gamma\delta$ ）として位置づけるべきであろう。そうであるがゆえに、契約がなかった場合の債権者（売主）が当該物を使用していたかどうかを問わず、買主の返還が義務づけられるのである。

つまり、使用利益返還義務は、本体的価値の返還に関わる義務ではないものの、そうであるからと言って、原状回復義務と切り離されたものではない。五四五条二項三項は紛れもなく原状回復義務であり、ただしこれは返還債務者の状態回復を図っているものと理解することが可能である。使用利益返還義務は、利息返還義務とのバランスではなく、債務者の原状回復を規定した五四五条三項により導かれる。

なお、先に示したモデル論からすれば、債務者の原状回復にも $\gamma$ と $\delta$ がある。 $\delta$ の原状回復観からすれば、当該契約がなかったとしても買主が他の第三者との代替取引をして物を入手して使用することで利益を得ていた場合、買主は使用利益を返還せずに済むかに思える。もともと、 $\beta$ の状態回復を狭義の原状回復では義務づけられないのと同様、この $\delta$ の状態回復もまた損害賠償の問題とすべきである。双方の帰責性を問わずして課される原状回復義務の枠内で、こうした状態の回復を図るのは、本来の制度趣旨を逸脱しているものと考えられる。右にいう債務者の原状回復とは、 $\gamma$ ないし $\delta$ の中でも、他の代替取引を想定することなく、単に当該契約がなかった場合における債務者の状態回復である、と解したい（なお、民法五七五条類推適用説の是非については注(150)を参照）。

## (2) 範囲

使用利益返還義務が債務者（買主）の原状回復という観点から正当化されるとすれば、買主が同義務を負うのは、買主が実際に得た使用利益にとどまる。

これに対し、買主が用法に従った使用をしていれば得られたであろう利益の償還は、解除の原状回復義務として基礎づけることは難しく、むしろ、売主であれば得たはずの利益分として損害賠償の問題とすべきである。この点で、買主が目的物の使用を「怠った」と評価し得る場合には、その観点から損害賠償請求を認める余地があることが指摘されている<sup>⑤</sup>。買主は、少なくとも解除原因を知るまで、その物を自己の物として使用する以上、右のように評価できるケースは限られよう——したがって、ここで「怠った」か否かの判断においては、契約目的物の種類のほか、契約において予定された使用方法が重視されるべきである——が、こうした損害賠償が認められれば、結果として、契約がなかった場合にあってであろう債権者（売主）の現在の状態回復に近づくことになる。他方で、本稿で見てきた、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態実現のための消極的契約利益の賠償を認めるならば、こうした損害賠償によっても $\beta$ の状態回復が実現される。

### 3 減価償還と使用利益返還の関係——使用利益の算定論を含めて

さて、減価償還義務の範囲と例外、使用利益返還義務の根拠と範囲を以上のように解したとき、両者の関係はどうなるのか。減価償還義務を負う原則的場面では売主の二重補償問題が生じる。また、買主が減価償還義務を負わない場合、使用利益の算定方法が問題となろう。減価リスクを負担しないにもかかわらず、使用利益として減価分を返還

(償還) させるのは矛盾に映るからである。以下でケースごとの検討を進める。

### (1) 減価償還義務があるケース

買主が使用による減価(①②③の減価)について償還義務を負う場合、使用利益返還をどう位置づけるべきか。減価償還は、受領した目的物本体の返還が完全な形で実現できないがゆえになされるものと位置づけたとき(≠減価分を使用利益として返還すべき)、使用利益返還義務との間での重複をどのように考えるのか、という問題が残されている。ここで、使用利益返還義務の根拠を本稿のように解したとき、減価償還義務は売主の状態回復を図るものである一方で、使用利益返還義務は買主の状態回復を図るもの、といえ、両者は別の目的によるもの、との整理が可能である。両義務の併存を認める新たな論理である。

ただし、ここで具体的なケースを想定してみる。ある目的物(使用により減価する物)が一〇〇万円で売買されたケースで、目的物の減価分と使用利益を比較したとき、①前者がより大きかった場合(たとえば減価四〇〇〇〇使用利益三〇〇)を想定すると、<sup>152)</sup>このケースでは、より大きい減価償還がなされることで、売主の状態が回復されるだけでなく、買主の使用利益も吐き出されており、買主の状態回復も結果として実現される。ここで、減価分の償還に加えて別途使用利益の返還をさせる必要はない。

他方、②使用利益の方が大きかった場合(減価三〇〇〇使用利益四〇〇)、経年減価を除く減価償還がなされるならば、契約がなかった場合に目的物を使用しなかった売主の状態(β)が回復される。しかし、契約がなかったことになるにもかかわらず、買主の許に契約から得られた利益が残ることには疑問が残る。そこで、このケースで売主は、より

大きい使用利益分四〇万円分の返還請求ができると解すべきである。<sup>153</sup> 当然この場合、売主は、使用による減価を負担しなければならない。この②では、より大きい使用利益が返還されることで、買主の状態回復だけでなく、売主の状態回復も実現される（ただし、あくまで主眼は買主の状態回復としての使用利益返還であるから、買主が得られなかった使用利益の償還義務までは生じない。つまり、この使用利益返還は、結果として、契約がなかった場合において目的物を使用した売主の状態回復に奉仕する）。

以上のように、買主が減価リスクを負うケース（買主の債務不履行を理由に売主が解除した事案が中心となる）では、目的物の減価分と使用利益とを比較し、より大きな方が償還されることで、契約当事者双方の状態回復が実現される。そうであれば、この場合、両義務は択一関係にあると理解すべきである。原状回復の目的、回復の方向性という見地からも、次のように言える。使用により必然的に生じる減価の償還もさせつつ、別途使用利益返還をさせるとなると、売主は目的物の減価なく使用利益を得ることになる。減価償還を契約締結前の売主の状態（ $\alpha$ ）を回復するためのものと考えれば、その売主に使用利益を帰属させるのは矛盾であろう。また仮に、（経年減価を売主負担とすることで）減価償還は、契約がなかった場合における現在の売主の状態（ $\beta$ ）を回復するためのものと解しようとも、この場合厳密には、目的物を使用しなかったであろう売主の状態の回復なのであるから、ここで使用利益を売主に帰属させるのは矛盾である。確かに売主は、代金相当額の返還に加えて利息を返還しなければならない。しかし、使用利益を得るには目的物の減価が避けられない買主とは異なり、売主は、利息という運用利益を得るために元本の喪失が不可避であるという立場にない。売主が代金相当額の返還に加えて利息を返還しなければならないこととのバランスから、買主に減価償還義務とは別に常に使用利益返還義務を課すことは行き過ぎである。減価償還をさせつつ、別途、使用利

益をも返還させることは、その必要性と妥当性を欠く。そして、択一関係にある両義務のどちらを優先するかは、売主の選択に委ねること<sup>154</sup>で足りる。

## (2) 減価償還義務がないケース

### ア 減価しない物のとき——使用利益返還義務の肯定と犠牲限度論

減価しない物の場合、使用利益の算定論は残るものの、当然ながら減価償還との重複問題は生じない。ただし、こうして減価しない物の場合にも使用利益返還義務が生じるとすることに異論もあるようである。確かに、ドイツのクヴェレ事件の第一審判決においてこうした論理が展開されたことがある<sup>155</sup>。売主が代金額をもって目的物を手放した点を重視するならば、目的物の減価は補われる必要があるものの、目的物から生じた利益はもはや対象外との判断もあり得るのではない。我が国においても、「使用利益相当額返還は、目的物によっては全く問題にならない。問題になるのは、使用による損耗するなどして、買主の保持期間等に応じた減価が生じる物である。典型は、走行距離に従って減価分が計算できる自動車である。これに対し、装飾用(置物)の花瓶のように買主が保持しても減価しない物は、売主は、原物返還で満足するべきであつて、使用利益相当額は全く返還請求できない<sup>156</sup>」と説くものもある。こうした論理は、契約締結前の債権者の状態を回復することをもつて原状回復とする理解(α)に親和的である。

しかし、契約が実現されることはなくなつたにもかかわらず、契約によつて得た利益が買主に残ることは、公正さの観点から正当化できない。この点で、債務者の財産状態の回復は、原状回復の起点をなすと考えられる。債務者の原状回復がなされることで、契約がなかった場合における債権者の現在の財産状態の回復に奉仕することになる。減

価しない物の場合にも、買主がこの物を使用することで利益を得た場合には、この利益の返還されなければならない。なおここで、減価しない物の使用利益算定を考えてみるに、当然ながら、減価しない物の賃料相当額（＝賃料決定にあたっての考慮要素）には、減価分（減価償却費相当分）が含まれていない。もつとも、買主は、当該目的物を取得しようとしたのであつて賃料相当額で賃借したのではない。この点からすると、減価しない物の場合にも賃料相当額をもつて使用利益と考えることに疑問がないではないが、<sup>157</sup>減価しない物の場合には他に適切な算定方法が見当たらない。賃料相当額には貸主の利潤が含まれていることから、これを控除した残額が使用利益になると考えるほかないだろう（客観的な賃相場料を把握できないときには、民事訴訟法二四八条を適用せざるを得ない<sup>159</sup>）。

ただし、このように賃料相当額でもつて使用利益を算定すると、その使用期間によつては使用利益が対価額を超えることもあり得る。<sup>160</sup>しかし、これは、契約不適合物に気づかず、契約適合物であると信じ、対価を負担することで自己に帰属したと信頼して使用し続けた買主を不当に害する。そこで、こうした買主との関係では、使用利益を賃料相当額で算定するとしても、これが対価額を超えることはあつてはならない。筆者は、以前、買主が受領物の返還不能リスクを負う場合、対価額が償還額の犠牲限度（Opfergrenze）<sup>161</sup>となることを論じたが、この犠牲限度論は、使用利益の返還をめぐつても妥当すると考えられる。<sup>162</sup>このように解して初めて、〈買主は目的物を対価額でもつて取得したと思つて使用したのであつて、賃借したわけではない〉との現実を正当に評価できる。

#### イ 目的物は減価したが減価償還義務がないとき

最後に、買主の許で減価が生じたにもかかわらず、買主が減価について償還義務を負わない場合を考える。

この場合も減価償還と使用利益返還との重複が生じない。この場合、減価償還義務はなくとも、債務者の原状の回復という観点から、使用利益返還義務が認められるべきである。買主が減価リスクを負担しないことと、契約がなかったことになるにもかかわらず買主の許に利益を残すことは、区別される。ここでは、契約をしなかった場合に売主が当該目的物を使用して利益を享受したかどうかを問わない。買主が利益を保持し続けることが問題視される。

使用利益の算定にあたっては、複数の選択肢があり得る。我が国では、一般に、賃料相当額を基礎に使用利益を算定する裁判例が多い<sup>163</sup>。この点で、減価が著しい物かどうかによる区別はない<sup>164</sup>。ただし、使用により減価する物の賃料相当額には、当該物の使用による価値減耗を転嫁する分が含まれるのが一般であるところ、少なくともこの「イ」の場合、買主が減価償還義務を負わないとの判断をした以上、賃料相当額からこの価値減耗相当額分が控除されるべきであろう。

もつとも、買主は、当該目的物を賃借したのではなく、所有権を取得し、自己の物と信頼して使用していた。そうであれば、利潤も含んだ賃料相当額を基礎に使用利益を算定することは問題があるように思える<sup>165</sup>。そこで選択肢となるのが、ドイツの判例法理とされる、使用利益の直線減価計算（消費利益計算）である（I章1節、II章2節(1)参照）。給付された物の価値が予想される全使用期間で割られ、そのうえで実際の使用期間を乗じることで、使用利益が算定される（前述のように自動車の場合には、使用期間の代わりに走行距離が用いられる<sup>166</sup>）。

ドイツでのこの算定方法は、「目的物の減価分＝使用利益」とするものと整理されることが多い<sup>167</sup>。もつとも、この算定方法は、客観的な減価ではなく、あくまで使用価値を算出する上で仮定的な減価が考慮されているにすぎない点には注意が必要であろう。実際に生じた減価をもって使用利益とするのではない<sup>168</sup>。したがって、新車の自動車のよう



に第一の使用行為により大きく減価する対象物の場合、こうした算定方法では、生じた減価を適切にカバーできないことになるが、<sup>(169)</sup>（減価償還と使用利益返還との重複問題を後者の優先という形で処理するドイツではともかく）<sup>(170)</sup> 使用利益返還を債務者の原状回復として位置づける本稿の立場からは、問題ない。使用利益返還は売主側の状態を回復するものではないからである。減価する物の使用利益の算定方法として、直線減価計算は魅力的な方法といえる。

以上のように、右計算方法は、決して実際の減価分を買主に負担させる構成ではなく、消費利益（あるいは同種の他の物を取得していた場合に被った消耗を節約している利益）<sup>(171)</sup>をもつて使用利益を算定しようとする方法であることに鑑みれば、買主の減価償還義務が否定された「イ」の場合であろうとも、この計算方法での使用利益算定はなおあり得る。<sup>(172)</sup>

買主は、物を賃借したのではなく約定対価額でもって取得したことを正当に評価すれば、右の計算における「給付物の価値」は、市場における客観的価値ではなく、契約において約定された反対給付額とされるべきである。返還債務者（買主）からすればもちろんのこと、返還債権者（売主）からしても、少なくとも「望まれた契約」においては、契約で合意した反対給付だけを基礎に置くことができるはずである。<sup>(173)</sup> 受領物に品質の契約不適合があり使用に影響が出た場合には、これが考慮されるべきはもちろんである。<sup>(174)</sup>

予想される全使用期間の決定にあたっては、契約上予定とされた使用方法が考慮されるべきことも、ここでの使用利益算定はあくまで契約の清算であり、買主は他人の物を当時何の根拠もなく使用した者ではないことから導かれよう。

#### 4 損害賠償の介入余地

以上に見た、狭義の原状回復に関する規律は、損害賠償の介入を許容する。狭義の原状回復におけるリスク配分では、(私見によれば解除原因の有無や買主の自己の物との信頼も考慮されるもの)解除原因についての責めに帰すべき事由までは考慮されない。無駄になった費用については、狭義の原状回復では扱われず、その費用の回復は損害賠償によることは前述した。ここでは、買主の許で生じた減価や使用利益に関して、損害賠償がどのように介入するのかを整理しておく。

本稿では、④経年減価や⑤価格変動の下落減価については、契約がなかった場合に債権者が負担した減価であることに鑑み、債権者(売主)負担と解した。もつとも、契約がなかった場合の売主が、当該減価が生じる前にこれを第三者に売却していたであろうケースでは、買主に債務不履行があり免責事由がないとき、売主は損害賠償を求めることができる。使用による減価(①②③)は、狭義の原状回復義務でもって買主の負担となるため基本的に損害賠償の登場余地がないものの、右ケースでは損害賠償を持ち出す意味がある。解除の原状回復レベルでは売主が負う経年減価や価格変動の下落減価を、損害賠償のレベルで買主に転嫁するケースがあり得よう。

使用利益返還義務に関しては、次の消極的契約利益(信頼利益)賠償と履行利益賠償とが重要である。まず、狭義の原状回復では、使用利益はあくまで返還債務者が実際に得た使用利益の返還にとどまる。買主が得られたはずの使用利益の償還義務は認められない。もつとも、契約がなかった場合に、売主が当該目的物を使用し、買主が実際に得た利益を超えて利益を得ていたであろう場合には、買主に債務不履行があり免責事由がないとき、売主は当該利益を消極的契約利益(信頼利益)の賠償として求めることができる(Ⅲ章4節およびⅣ章2節(2)参照)。

他方、目的物の引渡しがあったものの、売主に債務不履行があり買主が契約解除をし、買主が使用利益返還義務を負う場合、二〇二三年の前稿で明らかにしたように<sup>176</sup>、売主に免責事由がないときは、買主は売主に対して填補賠償を求めることができる。具体的には、契約適合物の引渡しがあったならば得られたであろう利益（使用利益喪失損害）の賠償、あるいは買主が返還する使用利益分を損害とした賠償を求めることができる。こうした場合には、買主の使用利益返還義務の負担も、実質的には否定される。

ところで、Ⅱ章2節(3)で見たように、原状回復として使用利益返還を義務づけつつ、損害賠償として減価賠償を導く可能性も示唆されていた。しかし、狭義の原状回復義務がいに完結した制度ではなく、履行利益賠償ないし消極的契約利益（信賴利益）賠償と競合するものであるとしても、使用による減価が不可避である局面では、両者を認めることは矛盾である。売主が、買主の得た使用利益の返還（ないしは契約がなかったならば売主が得ていたであろう利益の賠償）を求めるならば、そうした使用によって生じる減価を損害賠償によって買主に転嫁することはできず、自身で負担しなければならない。

## V 結論

### 1 各論的帰結

減価償還義務と使用利益返還義務との調整問題の解決にあたり、本稿が重視したのは、買主が自身の許で生じた減価につき償還義務を負うかどうかをまず確定させること、および契約の解除にもかかわらず買主の許に契約から生じ

た利益が残ることを許さないことである。本稿で取り扱った問題は多岐に渡るが、ここでは本稿が直接の考察対象とした点についての具体的な帰結を類型ごとにまとめておきたい。

使用により減価しない物の場合、買主は、受領物（現物であり原物）の返還に加え、使用によって得た利益の返還義務を負う。この使用利益返還義務は、債務者の状態の回復という観点から負うものである。買主が実際に得た使用利益の返還により、債務者の原状回復が実現するとともに、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態の実現に奉仕する（＝少なくとも同状態の一部が実現される）。

これに対し、使用により減価する物の場合、まず当該減価につき買主が負担すべきケースかどうかを検討する必要がある。買主の許で生じた滅失・損傷は、たとえ不可抗力によるものであろうとも買主負担が原則であることからすれば、買主の許での減価も広く買主負担であるべきであろう（正確を期せば、買主は、契約締結前の売主の状態（ $\alpha$ ）を回復する義務があるがゆえに減価償還義務を負うわけではない）。こうして買主が減価分につき負担する場合、買主は、これとは別に使用利益返還義務を負うかが問題となる。本稿の検討結果は、やはり、使用により必然的に生じる減価の償還をさせつつ、別途使用利益返還をさせるとなると、売主は目的物の減価なく使用利益を得ることになり、不当であるというものであった。原状回復の目的を $\alpha$ と $\beta$ のいずれと解しても、ここで両者を認めることは評価矛盾に陥る。確かに、売主は受領済みの代金相当額とは別に、利息返還義務を負う。これとの均衡を重視すれば、買主もまた、現物返還＋減価分の償還に加え、使用利益の返還義務を負うべきことになる。しかし、売主は、使用利益を得るには目的物の減価が避けられない買主と異なり、利息という運用利益を得るために元本の喪失が不可避であるという立場にない以上、この均衡から買主に減価償還義務とは別に常に使用利益返還義務を課することは行き過ぎであろう。した

がつて、使用により減価する物において当該減価を買主が負担するケースでは、両義務の両立は認められず択一関係にあり、<sup>177</sup> 売主の選択にゆだねられると考える。

現物返還に加えて（経年減価と価格変動の下落減価を除く）減価償還を求める場合には、結果として、契約がなかった場合に目的物の使用をしなかった債権者（売主）の状態回復に近づく。他方で、現物返還に加えて買主が実際に得た使用利益返還を求める場合には、買主の状態回復がなされ、結果として契約がなかったならば目的物を使用していたであろう売主の状態実現に奉仕する。後者の場合、売主は経年減価だけでなく使用による減価もまた負担するもの、売主が求めることのできる使用利益はあくまで買主が実際に得た使用利益であり、契約がなかった場合における売主の使用利益ではない。<sup>178</sup> その意味では、解除の効果としてなされる原状回復は、不完全なものである。

ただし、買主の許で生じた減価も常に買主が負担すべきものとはいえない。売主の引き渡した物に契約不適合があつたがゆえに解除に至つた場合、買主が契約で予定された使用をしたことで生じた減価（使用に置いたことによる減価、使用による損耗減価など）を当然に買主の負担とする解釈は、説得的でない。この場合、買主は減価償還義務を負わず、現物を返還し、あとは使用することで得た利益を返還すればよい。ここでは、減価償還義務が否定されることで使用利益返還義務との競合問題が生じない。

以上のまとめ方を変えれば、返還すべき受領物に減価が生じた以上、この減価の償還が原則となる。使用利益返還義務は、（そもそも減価しない物の場合のほか）減価分を超える使用利益を得ていた場合や買主が減価償還義務を免責される場合に問題となる。ただし、使用利益が減価分を超えた場合に使用利益返還義務が意味を持つとはいえず、同義務にも限界があると考える。買主は目的物を対価額でもって取得したと思つて使用した以上、使用利益が対価額を超え

ることは認められない。対価額が犠牲限度となる。使用利益の算定にあたってこの点が意識されるべきである。

## 2 ドイツ民法からの乖離と共通参照草案やフランス民法への接近

本稿のこうした理解は、売主への二重補償回避の観点から使用利益返還をこそ優先するドイツとは異なる態度を採ることになる。前述のようにドイツは、解除原因を問わず、使用に置いたことによる減価だけでなく、用法に従った使用により生じた損耗減価についても免責したうえで、こうした減価は使用利益の返還により補われるものと理解してきた。もっとも、使用利益返還で補おうとするためか、現実の使用利益返還だけでなく、（使用義務を觀念し）収取できたはず利益についても原則として買主に償還義務を負わせる（三四七条一項一文）。こうした枠組みがリスク配分の基準として適切であるとは考えない。買主が実際には得ていないが得られたはずの利益については、狭義の原状回復の問題ではなく、損害賠償（消極的契約利益賠償）の問題とすべきである。

本稿の理解は、共通参照草案（DCFR）の理解に近い。共通参照草案では、前述のとおりⅢ―3―五一二条の(1)(b)で、価値減少分について受益者に償金義務を負わせるものの、同(4)で、「受益者が、契約不適合は存在しないという合理的であるが誤った認識に基づいて行為をした結果として、利益を受けた時と同じ状態で返還することができないときも、利益の価値を支払うべき受益者の責任は、その限度において縮減される。」とし、契約不適合認識前の使用行為による減価については免責する。ただし、こうして価値減少分の償金義務がない場合には、使用利益返還義務を課す。五―三条は、「受益者は、使用に関してⅢ―3―五一二条（利益の価値の支払）(1)の定めによる責任を負う場合を除き、利益の使用に対して、合理的な金額を支払う義務を負う。」とするのである。もっとも、この共通参

照梓草案によれば、買主が減価償還義務を負う場合には、使用利益返還義務を負わないことになる。本稿は、減価分と使用利益とを比較して後者がより大きい場合には、売主はより大きい使用利益の返還を求めることができると解するので、この点のみ結論を異にすることになる。契約が実現されないことになった以上、差額利益が買主の許に残ることを不当と評価した。

最後に二〇一六年債務法改正後のフランス民法との距離を確認する。本稿Ⅱ章2節(2)では、民法改正前における判例の混迷を見た。減価償還と使用利益返還の双方を認める判例の後、原状理解から減価償還義務を演繹し、使用利益返還義務を否定する判決(第一民事部判決)を経て、二〇〇四年の合同部判決では、使用利益返還を否定する第一民事部判決の結論が承認され、使用利益返還は損害賠償の問題とされた。二〇〇六年には解除事案で減価償還義務を認めものの、その後二〇一四年判決では減価償還義務が否定される形で統一された。もつとも、こうした二〇〇四年および二〇一四年に代表される民法改正前の判例法理は、二〇一六年の債務法改正で否定されている。<sup>(179)</sup>

フランス民法一三五二条の一 物を返還する者は、その価値を減少させた毀損および損傷について責任を負う。ただし、その者が善意であり、かつその毀損または損傷がその者の過失によらない場合は、その限りでない。

フランス民法一三五二条の七 「物または金銭を」悪意で受領した者は、弁済時からの利息、収取した果実、または使用収益の価額「の返還」を義務づけられる。善意で受領した者は、訴えの日付からでなければ、それら「の返還」を義務づけられない。

返還目的物の毀損・損傷を理由とした価額償還義務も使用利益返還義務も、その要否が善意・悪意に依存している。ここで、使用による損耗(減価)もまた、この毀損・損傷に含まれるとすれば、減価償還義務を原則として認めつつも、契約不適合解除の場合に、契約不適合を知らずに使用したこと等での減価につき広く買主の免責を認めた本稿の結論に近い。ただし、一三五二条の七が、悪意者に使用利益返還義務を課していることからして、ここで使用による減価償還義務を否定しなければ(一三五二条の一の縮小解釈をしなければ)悪意者には二重の返還を強いることになる<sup>180</sup>。そこで、損耗については一三五二条の一の対象とされておらず、返還義務者はその責任を負わないとの理解も示されている<sup>181</sup>。他方、使用利益については、悪意者にはその返還義務を課する一方で、善意者は訴えの時点以降でなければ返還義務を負わない。本稿は、善意・悪意を問わず、債務者の原状回復として使用利益返還を義務づけたものの、売主に債務不履行があり免責事由もない場合、別途、填補賠償の問題が競合しうることは、既に二〇二三年の前稿で考察したとおりである。本稿と前稿の内容が組み合わさることにより、実質的な使用利益の帰属が最終確定される。使用利益に関しては、改正後のフランス民法と私見とは、その最終的帰結が接近している<sup>182</sup>。

### 3 民法五四五条各項の意義

本稿は、以上の各論的問題を前提にしながら、五四五条一項本文の原状回復の意義を中心に、それと同条二項・三項の利息返還義務・果実返還義務との関係、さらには四項の損害賠償との関係を考察してきた。以上からすれば、一項から四項までの全てが合わさることで、債務者の状態を回復しつつ( $\gamma\delta$ )、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態( $\beta$ )が回復・実現されることになる。以下では、二項から四項までの役割(それぞれの原状回復)



		回復を目指す時点	
状態回復される 当事者	契約締結前の売主 ( $\alpha$ )	契約がなかった現在の売主 ( $\beta$ )	
	契約締結前の買主 ( $\gamma$ )	契約がなかった現在の買主 ( $\delta$ )	

を振り返りつつ、一項本文に託された役割からして、一項本文の狭義の原状回復義務をどのようなものとして理解すべきかをまとめよう。

二項・三項の義務は、債務者側の状態回復に着目した義務である。金銭や目的物の受領者は、それから利益を受けることがあるが、この利益は当該契約を締結しなかった場合には得られなかった利益である<sup>183</sup>。そうであるからには、公正さの観点から、まずもってこれを吐き出さねばならない。こうした債務者の状態回復 ( $\gamma, \delta$ ) が原状回復の起点となる。

買主による目的物の使用のあり方が、契約がなかった場合における売主のそれと完全に同一であった場合、ここで買主の使用利益が売主に返還されれば、契約がなかった場合における売主の現在の状態 ( $\beta$ ) も回復される。もつとも、契約解除前の買主は、本来、その受領物をどのように使用しようと自由である。受領後、買主の個人的都合により、ごく僅かしか使用していなかった場合もあり得る。この場合、これによる利益が返還されようとも、契約がなかった場合における売主の現在の状態 ( $\beta$ ) は回復されない。解除の原状回復としてこの事態を如何に評価するか。本稿は次のように考える。解除の効果としての一項から三項の各義務は、両当事者が等しく負う義務であり、債務不履行責任とは切り離されている。少なくとも自己の物と信頼することが許される局面にある買主に、より使用していれば得られた利益分の償還義務を課すことは、当該買主に使用義務を認めるに等しい。これは不当である。買主は、一項ないし三項により、自身が得られたはずの使用利益や契約がなかった場合に売主が得られたであろう使用利益の償還を義務づけられることはない。このことは、解除の効果

として、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態(β)の回復まで義務づけることはできないことを意味する。βの状態の完全な回復は、五四五条四項の損害賠償のうち、消極的契約利益賠償の領分である。五四五条一項本文の狭義の原状回復は、βを意味しない。したがって、五四五条一項本文はβの状態回復義務であるとの理解から、当事者の返還義務を導き出すことはできない。

こうして、五四五条一項本文は、契約締結前における債権者の状態回復(α)を凶るものと理解される。少し敷衍しよう。まず、返還債務者(買主)は目的物の受領当時の状態で返還する義務を負う。これが返還されることで、返還債権者の給付当時(≠契約締結前)の状態が回復される。五四五条一項が相手方(返還債権者)の原状を回復する義務を負うと表現しているのもこの意味である。また、返還債務者が受領当時の状態で返還できない場合、買主の許でそうした事態が生じた以上、原則として買主が同リスクを負担し、買主が価額償還義務を負わねばならない。一項本文はこの際の根拠規定でもある。<sup>184</sup>このうち前者の原物返還の原則に関連しても、一項本文をβの意味で理解することは問題を抱える。一項本文がβの状態回復を義務づけるものと解する場合、債務者の義務を確定するうえでは本来常に、契約がなかった場合に債権者がどのような状態に置かれていたかが問われる。そうであれば、極論すれば、契約がなかった場合に債権者(売主)の許では目的物が滅失していたような場合、たとえ債務者(買主)の許に受領当時と変わらない状態での目的物が現存しようとも、債務者(買主)は手許にある原物の返還義務を免れるとの、奇妙で耐えがたい帰結に至るのである。

ただし、こうした契約締結前の状態回復という一項本文の義務は、二項・三項という時の経過を考慮したりリスク配分との矛盾衝突を避ける観点から、調整を余儀なくされる。換言すれば、一項本文は、右のように原物返還の原則お

よびそれが不能な場合の買主の価額償還義務を原則として帰結するものの、受領後の時の経過の中で生じた事態に鑑みて、その例外を受け入れる。使用により減価する物の場合、買主の使用利益を売主が享受しつつ、減価分の償還を受けることは、やはり二重補償となるからである。この例外は、こうした減価だけでなく、買主の許で生じた減失・損傷のリスク配分にも当てはまる。受領当時の状態での回復ができない以上、原状回復目的はいわば頓挫しているのであって、その段階において、原状回復の目的から演繹して、価額償還義務を肯定し、その内容もそれに沿うものとすることは妥当でない。こうして、一項本文は、契約締結前における債権者の状態回復を義務づけるものの、二項・三項が目的物受領後の時の経過を考慮した原状回復を指向する関係で、債務者の受領後に生じた問題について調整を余儀なくされ、修正を受ける。

重要なのは次のことである。五四五条一項は、給付物の返還だけでなく、給付受領時の状態で返還することが不能な場合に原則としてその償還を義務づける。また、同条二項・三項は、債務者の状態回復を図る観点から、金銭受領後の利息相当額や現実に得た果実および使用利益の返還を義務づける。これらの返還・償還により、結果として、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態の回復に近づく。もともと、返還不能の場合の価額償還に関していえば、ひとたび受領当時の状態での回復といういわば理想的な原状回復ができなくなれば、——利益の吐き出しである、現実に得た果実・使用利益の返還義務とは異なり——返還不能の原因、解除原因の作出者、解除前の当事者が置かれていた状態、契約がなかった場合に当事者が置かれていた状態などに鑑みてリスク配分する必要があるものであって、返還不能場合に一律に価額償還義務を課すことはできないし、その償還すべき内容も状況によって異なり得る。価額償還義務を負う場合にも、経年減価や価格変動による下落減価は対象外となる。解除の効果としての原状

回復は、契約がなかった場合における債権者の状態回復としては不完全なものである。同状態の完全な回復には、解除と共にする損害賠償請求によって、逸失利益も含めた消極的契約利益の損害賠償が認められる必要がある。こうして五四五条は、一項から四項までが合わさることで、契約がなかったならば債権者が現在あったであろう状態が実現される。

【付記】本研究は、公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団の助成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) 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(とりわけ一二五―一二七頁および一四八―一五〇頁)。
- (3) 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」一三九―一四〇頁。
- (4) 法制審議会民法(債権関係)部会第七〇回会議事録一九頁。審議過程では、返還すべき使用利益の範囲が焦点とされる中で、内田委員が「その物の評価時点をいつにとるかいかんによっては」と付け足していることに鑑みれば、物の使用による減価が当然にすべて返還(償還)の対象になるとは限らないという認識があるように窺われる。内田委員の発言の詳細は、次のとおりである。「使用利益であるということがストレートに分かるような表現をなぜ使わないのかということなのですが、物の価値そのものは返還するわけですね。物には使用によって減価していくような物と、使用しても価値の変わらない物、土

地のようなものがあるわけですが、使用によって減価していく物について、その物の評価時点をいつにとるかにかんよつては、使用利益の返還が不要であるというか、使用利益を返還させるとその分が重複してしまう場面も出てくるわけですね。したがって、常に使用利益が物の価値にプラスして返還されるというルールを正面から書いていいのかどうかというところに、なお、確信が持てなかったというところではないかと思えます。そこで、一応、解積の余地のある果実という表現で、どこまで含めるかを解積に委ねるような表現に今はなっているのだと思います。」なお、内田委員はこれに続き、学界で確立した見解がない問題だが、現実には必ず生じる問題である、との認識を示す。

(5) 藤岡康宏「磯村保」浦川道太郎「松本恒雄」『Sシリーズ』民法IV債権各論〔第5版〕（有斐閣・二〇一三年）五九—六〇頁〔磯村〕。使用による減価は買主負担であることが前提とされている。磯村保「事例でおさえる民法改正債権法」（有斐閣・二〇一二年）五八頁でも、給付不当利得について論じるにあたって、利用による減価分について価額償還義務が生じることが原状回復義務の一般原則であり、例外的に、善意の受贈者は現存利益の範囲で返還義務を負い、減価した現物をそのまま返還すれば足りると説く。

(6) 荻野奈緒「財産権移転型契約が解消された場合の使用利益返還義務に関する覚書——カタラ準備草案の検討を手がかりとして」同法六三卷三号（二〇一一年）一〇一—一〇五頁。

(7) その他、これに先立って二重補償のおそれを指摘していたのは、半田吉信「売買の解除、無効、取消と危険負担」好美清光先生古稀記念『現代契約法の展開』（経済法令研究会・二〇〇〇年）一五七頁以下、平野裕之『民法総合5契約法』（信山社・二〇〇七年）二一六—二一七頁など。

(8) 荻野・前掲注(6)一〇三頁は、「我が国の判例や学説のなかに、譲受人の使用利益返還義務の肯否の問題について、同人が目的物の損耗を補償すべき義務を負うか否かという問題との整合性を考慮して論じるものはみあたらない。」と述べる。

(9) 齋藤哲志『フランス法における返還請求の諸法理——原状回復と不当利得』（有斐閣・二〇一六年）四九〇頁以下〔初出二〇一三年〕。

(10) 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)。

(11) 油納健一「不当利得法における『使用利益』の範囲 (七)」*広島法学*四一卷二号 (二〇一七年) 三〇〇—二九九頁、および「同 (八)」*広島法学*四一卷二号 (二〇一七年) 一〇一頁以下。なお、ドイツにおける使用利益の算定については、我が国で既に、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) 七二六—七二七頁、田中宏治『ドイツ売買論集』(信山社・二〇二一年) 二五七頁注<sup>36)</sup>〔初出二〇一〇年〕において言及がある。

(12) 北村実「判批」*法時*四八卷一〇号 (一九七六年) 一一七頁。

(13) 油納・前掲注(11)「不当利得法における『使用利益』の範囲 (八)」九一—九〇頁。

(14) 油納・前掲注(11)「不当利得法における『使用利益』の範囲 (八)」八八頁。

(15) 松岡久和「不当利得法の全体像——給付利得法の位置づけを中心に」*ジュリ*一四二八号 (二〇一一年) 一一頁も、「契約の清算が契約締結前の状況を再現しようとする原状回復なのか、契約が存在しなかったとして現在あるべき状態まで回復する現状回復なのかという問題」(傍点は原文) があるとする。

(16) たとえば、ドイツの連邦通常裁判所の判決では、BGH, Urteil vom 28. 11. 2007, NJW 2008, S.911 Rn.10を参照。この判決については、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) 二〇七頁以下、拙稿「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」*日法*八八卷三号 (二〇二三年) 二六六頁以下 (とりわけ二七三頁) を参照されたい。

そもそも、ローマ法における瑕疵担保解除訴権 (actio redhibitoria) もまた、消極的契約利益の回復に向けられていたと理解される。これを指摘するのは、たとえば Rudolf von JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 4, 1861, S.17.

(17) 二〇世紀初頭に直接効果説が支配的となったドイツにおいて、その後、解除効果論(法的構成論)が再び注目されたのは、

解除と損害賠償の択一構成（改正前三二二五条・三二二六条）がきっかけであり、この背景には、契約締結上の過失論や積極的債権侵害論およびそこで発展した信賴利益（消極的契約利益）賠償論があったことが興味深い。少なくとも立法過程では、解除と共に行使することが禁止される損害賠償として、履行利益賠償が想定されていた（Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S.273）ことも踏まえると、消極的契約利益の回復と解除の効果としての原状回復の關係理解は、常に各論的問題の背後に存在したといえる。

(18) ドイツ民法の立法過程において本文で述べたのと同様の理解があったものと分析するのは、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」龍谷九卷一号（一九七六年）六六頁。すなわち、北村は、契約当事者が契約のなかった状態の回復を望むとしても、この効果は、契約自体の消滅という構成を採らずとも実現し得るものであるとの理解が、第二委員会としての結論であると分析する。また、同七四頁は、エルトマンは直接効果と遡及効とを不可分のものと考え、遡及効のない直接効果の可能性を全く考えなかったと推論したうえで、「結局これは、解除効果としての原状回復が、様々な法律構成によって可能であるにもかかわらず、その外見的類似性から、原状回復と契約の遡及的消滅という構成を直結した結果であるとおもわれる。」と説く。

(19) もちろん、自然であるというだけであり、本文(2)で後述するとおり、解除の遡及効を認めつつも、契約がなかった現在の状態回復をもって原状回復とする理解は十分成り立つ。この点で前掲注(18)も参照。

(20) 北村・前掲注(12)一一七頁。

(21) 谷口知平「判批」民商七五卷四号（一九七七年）一七八頁。

(22) 前掲注(18)および(19)を参照。

(23) 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。改正前の体系書では、平野・前掲注(7)二〇二頁の脚注(55)。ただし、確認規定ではあるものの、「利息に定型化する点で特別」であると説く（同一二二頁も参照）。

(24) 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣・一九七一年）一〇九頁。ただし、北川は、こうした通説（解除訴権で消極的契

約利益を要求しうるとする立場) に対しては、反対説も有力になっていくとしてハナウゼックの見解を挙げ、当時の実務も通説に従っているとはいえない、と指摘している(同一〇九頁)。解除訴権の場合に売主が(損害賠償を介さずして)広範な責任を負うことはまだ受け入れることができたとしても、ここで原状回復義務は両当事者に問題となることからすれば、本稿の問題を考察するにあたっては、買主解除の事案で損害賠償義務を負わない買主がどこまでの原状回復義務を負うかが正面から問われなくてはならない。

(25) 北川・前掲注(24)一〇九頁。

(26) この点は、本稿Ⅲ章1節で詳論する。

(27) Rudolf von JHERING, a. a. O. (Fn.16), S.20 f. イェーリングのこの点は、本文で後述するように石田文次郎も指摘している。他、近年でもたとえば、池田清治「日本における契約締結上の過失理論の生成、展開、そして、課題」大村敦志責任編集『民法研究第2集第4号 東アジア編4』(信山社・二〇一八年)一五頁でも指摘されている。

(28) Bernhard WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2.Band, 5. Aufl., 1882, S.486.

(29) 第一草案と第二草案は以下のとおりである。訳出にあたっては、北村・前掲注(18)六二頁以下、新田孝二「ドイツ債務法の現代化法における契約解除と日本法との比較」関東学園大学法学紀要二五号(二〇〇二年)六頁の注(4)を参照した。なお、新田は、第一草案四二七条第一文の冒頭につき、「契約締結者は相互に、契約が締結されなかつたら、あつたであろう状態にあるべき権利と義務をもつ」と邦訳する。

【第一草案四二七条】

1 解除により、契約当事者は、互いに契約が締結されなかつたであろうときのように権限づけられ、義務づけられ、とりわけいづれの当事者も、契約により自身に帰属すべきとされた給付を利用しえず、受領した給付を他方当事者に返還することを義務づけられる。

2 受領した金銭は受領の時から利息を、他の対象は増加(Nuwachs)とすべての収益を付して返還されなければならず、得られなかった収益や損傷についても、正常なる家父の注意をもってすれば収益が得られたであろう場合や損傷が回避



されえたであろう場合には、賠償されなければならない。

- 3 費用に対しては、返還義務者は、所有者に対する関係で占有者に帰属する権利を有する。
- 4 受領者が対象を返還しえない場合、返還債務者は、それが自身の故意にも過失にもよらないときにのみ、賠償給付を義務づけられない。

#### 【第二草案二九八条】

1 契約の際に一方当事者が解除権を留保した場合において解除がなされたとき、当事者たちは、契約が締結されなかったかのような状態を実現することを互いに義務づけられる。いずれの当事者も、契約により義務づけられた給付を拒絶することを権限づけられ、かつ、受領した給付を返還することを義務づけられる。給付された労務および物の使用や収益の譲渡については、その価値が償還されなければならない。

2 収益の返還あるいは償還の請求、滅失または損傷ゆえの損害賠償の請求、および費用の賠償請求は、所有者と占有者との間の関係において所有権に基づく請求の訴訟係属の発生以降に妥当するところの規定により定められる。金銭は、受領時点から利息が付けられるべきである。

(30) ドイツ解除効果規定の立法過程において、解除による契約の消滅がどのように理解されたかに焦点をあててこれを紹介・分析するものとして、北村・前掲注(18)六二頁以下。同六八頁は、立法過程での議論は、解除により契約が消滅するとすべきか否かに関するものであり、「遡及効の有無の問題とは一応区別される、言葉の純粹な意味での直接効果・間接効果の問題を軸とした議論」であったとまとめる(すなわち、第一草案に対する修正提案では、解除により契約から生じた債務関係の消滅が提案されたが、これも今日的な意味でのいわゆる直接効果説ではない)。

(31) 本文で紹介したものの他、田中整爾「判批」判評二二二号(一九七六年)二〇頁は、「はじめから契約が成立しなかったと同一の状態に回復すること」を原状回復であると捉える。

(32) 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。

- (33) 谷口 五十嵐編・前掲注(1)八九四頁〔山下〕。
- (34) 好美清光「契約の解除の効力——とりわけ双務契約を中心として」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）一八三頁。ここで好美は、五四五条二項の起草過程において、「金ハ原状ニ復スルト云ツテ元トノ高ヲ返ヘシタケデハ本統ノ元トニ復シタトハ言ヘヌ」と穂積陳重が述べていたことに着目した（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3 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）八二二頁）。
- (35) オッコー・ベレンツ／河上正二訳著『歴史の中の民法——ローマ法との対話』（日本評論社・二〇〇一年）二二二頁。本文で引用した箇所は、翻訳部分ではなく、河上による補足・執筆箇所である。
- (36) 平野・前掲注(23)一一七頁。その他、同一一九頁でも、価格返還の算定基準時の議論に際し、「契約がされなければ『今あったであろう財産状態を実現する』のが原状回復である」との理解が示されている（債権法改正前の体系書である、平野・前掲注(7)二〇六頁の最終段落も同旨）。また、平野・前掲注(7)二〇二頁では、不当利得は「問題を利得者側から見る」のに対し、原状回復では「問題を相手方から見て」いることが強調されており、債権者側の原状回復であるとの理解が明快に示されている。
- (37) 平野・前掲注(7)二二三頁。また、中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣・二〇二二年）一三九頁は、「原状回復が相手方を元に戻すものであること、金銭を返還する際に付すべき利息は法定利率によることを考えると、相手方が受領者に引き渡していなければその物から得られたであろう通常の使用利益を返還させるのが妥当であろう。」と説く。
- (38) ここでドイツ民法三四七条一項の規律について触れたい。まず、その邦訳は次のとおりである（訳出にあたっては、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、同条の見出しは、“Nutzungen und Verwendungen nach Rücktritt”とされているところ、左記とは異なり「解除による収益と費用」との邦訳も存する。もっとも、ドイツでの学説上の議論を垣間見ると、一項一文の「時的な適用領域」をめぐる、「条文の見出しこそ右のとおりであるものの、同義務は解除の意思表示によって初めて生じるのではなく、給付物の受領によって既に生じる」との議論がある。本稿ではこれを踏まえ、“nach”を左記のように訳す。

【ドイツ民法三四七条（解除後の収益と費用）一項】債務者は、通常の経済法則に従えば収益を得ることができたにもかかわらず、これに反して収益を得なかったときは、債権者に対して価値を償還する義務を負う。法定解除権の場合、解除権者は、収益に関して、自己の事務において通常用いるのと同じの注意についてのみ責任を負わなければならない。

以上のように、得られなかった収益の価額償還義務は、原則として、約定解除と法定解除とを問わず、かつ解除者が解除の相手方にも関係なく課される（三四七条一項一文）。法定解除権者に限ってその例外が規定されているだけである（同項一文）。このように返還債務者には原則として得られなかった収益の償還義務があるため、同人には収益をあげる義務（*Obliegenheit*）や使用義務があると分析されることがある。Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, §347 Rdnr.15; Florian FAUST, in: JurisPraxisKommentar zum BGB., Band2.1, 2013, §346 Rdnr.52; Martin SCHWAB, in: Martin SCHWAB / Carl-Heinz WITT, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.353; Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S.192. もともと、同規定による価額償還義務は、あくまで通常の経済法則からすれば収益を得ることができた場合に限って生じるものであるから、絶対的な使用義務があるわけではない。また、使用のリスクが現実化するときには、収益の可能性が欠けており、債務者は同義務を負わないものとされる。ただし、同規定は、給付対象に内在する収益可能性を同規定の要件のもとで価値的に返還債権者に割り当てる規定であるから、返還債務者の有責性は重要でないし、契約をしなかった場合に債権者が収益を得られたかどうかも問われないとされる（この点につき、たとえば Dagmar KAISER, a. a. O., §347 Rdnr.6を参照）。

また、右に述べたとおり、三四七条一項の価額償還義務は、給付物の受領以降に生じるものであるところ、この義務の終了時点についても議論されている。返還債権者の受領遅滞があった場合はともかくとして、受領物の返還によって初めて同義務が終了すると思われる見解のほか、解除権が有効に行使された後はもはや収益義務はなく、返還義務を負うことを根拠に、同時点でもって価額償還義務が終了すると解する見解もある。以前拙稿・前掲注(2)で取り扱った、解除後の返還債務者に収益「権限」があるのかという問題と密接に関係し、争点とされている。この点については、Yves DÖLL, a. a. O., S.195 ff.

法定解除権者は、先述のように、自己の事務において通常用いるのと同じの注意を尽くしていた場合に（得られなかった収益の）価額償還義務の免責を受ける（一項二文）。例外は、「法定解除の場合」ではなく、法定解除権者に限定されていることから、この点は、旧三四七条二文が旧九八七条および旧三二七条二文と結びついて、解除の相手方の価額償還義務を制限する余地を残していたのと異なる。三四六条三項一文三号とパラレルな規定であり、ここでも「取得の最終性への信頼」、換言すれば「自己の物との信頼」が注目される（Florian FAUST, a. a. O., §347 RdNr.23; Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.242; Yves DÖLL, a. a. O., S.267）。これにより、三四六条三項一文三号に比べると同様、法定解除権者が解除可能性を知った場合に同規定の適用を目的論的に制限すべきかが議論される。自己の事務に比べると同一の注意概念の解釈についての議論も、三四六条三項一文三号と同様である。

なお、ドイツ民法では、金銭受領者の利息返還義務を規定した改正前三四七条三項は、債務法改正により削除され、改正後は、金銭受領者についても右三四七条一項によって規律される。日本民法五四五条二項や三項に關し、「解除原因を考慮することなく一律に認めるべきかどうかについては、政策論として検討の余地がある」と指摘するのは、磯村・前掲注(5)五〇頁。(39) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §347 RdNr.14; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.147.ただし、ドイツでは、民法三四七条一項で買主に同義務を課しつつも、その解釈において、契約がなかったならば、売主が使用していたかどうかを問わないとする見解が有力となっており（前掲注(38)参照）、議論に一貫性があるのかは疑問もある。

(40) 平野・前掲注(23)一一八頁。

(41) 谷口・前掲注(21)一七七頁は、「売却せずに自ら利用していた場合、買主を待つて保存していた場合、その買主よりもずっと高値で売り得た場合、完全に自らの所有物を売却した場合、他人に所有権留保のある権利、他人の担保の対象となっている目的物ないし条件付所有権を売却した場合など色々具体的場合にに応じて売主を原状に回復するための補償は異なるのではないか。」と指摘していた。

(42) なお、齋藤・前掲注(9)五六〇頁は、改正後のフランス民法が（二〇〇四年の合同部判決に反して）使用利益返還義務を

肯定していることに着目し、「遡及効は、『当事者が契約がなかったならば置かれていたであろう状態への復帰』、として理解されていることになる。」と説く。

(43) この点は、現物返還不能の場合の侵害不当利得において、利得者（占有者）の主観と状態にかかわらず、権利者（損失者）の状態を回復すべく、客観的価値の賠償を利得者に義務づける有力な理解に対し、近時村田大樹により向けられている批判と共通するものがある。村田大樹「侵害利得の体系的位置づけ——あるいは侵害利得の解消論」中原太郎編『現代独仏民事責任法の諸相』（商事法務・二〇二〇年）三〇七頁以下。

(44) ただし、同事案では別途買主の使用利益喪失損害の賠償請求を観念し、買主の使用利益をこれとの間で損益相殺する余地があったことは、拙稿・前掲注(16)二四七頁以下。

(45) この点の指摘は、荻野・前掲注(6)一〇六頁の注(9)。

(46) 福岡高判昭和四九年九月一日金判四九三九頁。

(47) なお、同判決の調査官解説（島田禮介「判解」曹時二九卷一〇号（一九七七年）一五〇頁）では、「売買契約が解除された場合の原状とは、契約当事者間における給付当時の状態を意味する」（傍点は引用者）とされており、この理解を前提とすれば、同判決は $\gamma$ の状態回復をもって原状回復と理解しているものと推察される。

(48) 渡辺は、同判決の評釈において、「給付がなかったのと同じ状態に給付受領者をおくのが『原状』であるという観点からは、給付受領者は、目的物および使用利益の全てを吐き出すことにより、『原状』におかれることになる。その目的物および利益が最終的に誰の保有に帰するかは別問題である。本判決が、こうした立場を採っていることは明らかであろう。」と述べる（渡辺達徳「判批」奥田昌道Ⅱ安永正昭Ⅱ池田真朗編『判例講義 民法Ⅱ債権（補訂版）』（悠々社・二〇〇五年）一三四頁）。

(49) 島田・前掲注(47)一五〇頁は、「給付受領者が既に給付を受けたもの（売買の目的物及びその利用による収益可能性）のすべてを返還してはじめて給付がなかったのと同じ状態が復元されたことにな」とする。この点で、荻野・前掲注(6)一〇四頁は、同調査官解説をとりあげ、「このような説明は、原状回復の目的は契約が締結される以前の状況の再現にあると考えつつ、契約に基づく給付に、目的物のみならずその利用による収益可能性も含めることによって、使用利益の返還を肯定

しようとするものといえるが、その当否については、損耗の補償の肯否の問題との整合性をふまえて、なお検討を要するところであろう。」と指摘する。

(50) ただし、ここでは主に債務法改正前の判例およびそれに対する学説上の評価を取り上げ、債務法改正後のフランス民法の評価・位置づけについては、本稿V章2節で扱う。

(51) 拙稿・前掲注(2)一一五—一二六頁。

(52) 厳密には、多数説は、三四六条三項一文三号ただし書は、用法に従って使用に置いたことによる減価についての免責を規定していると解しつつ、用法に従った使用による損耗については同号本文の「損傷」にあたらないと解する。少数説も含めた学説状況については、拙稿・前掲注(2)一二三頁以下。

(53) 甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法Ⅱ——ウィーン売買条約』（法律文化社・二〇〇三年）二五八頁〔中田邦博〕も参照。

(54) なお、ドイツでは、こうして使用利益返還を優先する構成を採りつつも、前述のとおり（I章1節）、減価する物の使用利益の算定では目的物の直線的減価分をもって使用利益とみなす裁判例が確立している。このことまで併せ考えると、ドイツが債務者の状態回復を重視していると解することに疑問も生じるが、一点留意すべきは、この使用利益計算も実際の減価額を算定するものではないことである。このように見ると、こうした算定方法を前提としてもなお、債務者の状態回復を図るものと捉えることは可能である（詳しくはIV章3節(2)イ）。

(55) 平野・前掲注(23)一一八頁、磯村・前掲注(5)五八頁。なお、我が国において最初にこれに着目した指摘をしたのが、北村実である。北村・前掲注(12)一一七頁は、自動車の他人物売買における買主の使用利益返還義務の有無が争点とされた昭和五一年判決の評釈において、当該自動車の使用利益は、実際には自動車を使用したことによる減価分に相当するものであるとし、そうであればこそ、売主に当該自動車の所有権があるか否かとは無関係に、いわば給付目的物の返還の一内容として、使用利益の返還が義務づけられるとした。

(56) 荻野・前掲注(6)九一頁以下、齋藤・前掲注(9)五三六頁以下。

(57) この点を敷衍すれば、二〇〇四年判決は、原状回復における使用利益返還義務を否定する一方で、「無効とされた売買の善意の当事者のみが、過失を犯した当事者に対して、無効とされた契約の締結を理由として被った損害を賠償するよう命ずる有責判決を請求することができる」と説き、不法行為による損害賠償として使用利益が取り扱われる可能性を留保した（齋藤・前掲注(9)五四二頁）。この「無効な契約を締結したが故に生じた損害」に関して齋藤がフランスにおける議論を紹介するところによれば、具体的には、「契約が締結されなければ、被害者Ⅱ売主が物を使用してそこから引き出し得たであろう利益」が問題となり、ここでは、無効とされた契約に基づいて当該物を引き渡していなければ、それを自己使用または他人へ賃貸することを得られたはずの使用利益または法定果実が問われる。詳しくは、同五四三―五四四頁を参照されたい。こうした消極的契約利益賠償については本稿本文にて後述する。

(58) 齋藤・前掲注(9)五四二頁。

(59) 齋藤・前掲注(9)五四六頁および五四七頁の注<sup>(60)</sup>。もともと、フランスでは、ほぼ同一の事案において、しかも同日付け（二〇〇六年二月二日）で、瑕疵担保責任に基づく解除において減価償還義務を認めない判決が下され（同五四七―五四八頁）、その後、二〇一四年判決にて、減価償還義務を否定する形で、二〇〇六年の二つの判決の不統一が是正された（同五四九―五五〇頁）。しかし、こうした判例法理は、その後の民法改正により根底から覆された（同五五三頁以下）。この点はV章2節で触れる。

(60) Christian von Bar/Eric Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009), Vol.III, DCFR III-3:514, COMMENTS (P.416).

(61) その他、共通欧州売買法（CESL）の規則提案では、同一七二条で使用による損傷につき返還債務者の償還が義務づけられているところ、この場合の使用利益返還義務（同一七四条）が問題となる。この点 Stephan LORENZ, Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law, AcP 2012, S.784<sup>49</sup>、一七四条の一項および二項の場合以外には使用利益返還が義務づけられないと解することで、使用による減価償還と使用利益返還とによる二重補償を回避しようとする。

(62) 磯村・前掲注(5)五八頁は、「市場価格の変動による価値の下落については、受益者がその下落分を補填する必要はなく、また反対に、市場価格が引渡しを受けた時点より上昇していたとしても、差額利益を保持することはできず、価値の上昇した現物を返還する必要がある。価格の変動の結果による利益・不利益は本来の権利者……に帰属する。」とする。

(63) 契約締結時に一〇〇万円の価値を有した物が、その後市場価格の下落により返還時には七〇万円の価値しか有しないというケースにおいても、買主にこの減価分三〇万円の償還を求める議論は見られない。契約締結時の売主の状態回復を目指すのであれば、現物の返還とは別に、三〇万円の償還義務があり得るにもかかわらず、である。

ここでは、①回復すべき状態理解が誤っており、回復すべきは $\alpha$ ではなく $\beta$ であるから、買主が差額分の価額償還義務を負わないとの論理のほか、②物の市場価格変動のリスクは所有者が負うべきものであり、物自体の返還が可能である以上、右価格変動は所有者に帰すべしとの論理、③価格変動の下落減価をはじめとした減価のリスク配分は狭義の原状回復の問題でなく、損害賠償の問題であるとの論理などが考えられる。もちろん、前提から見直し、原状回復として差額分(三〇万円)の減価償還を認めるべきとする論理も排斥されていない。

(64) フランスでも、本文(2)で見た、第一民事部と第三民事部との判断対立の前には、両義務を認めるものがあったことが紹介されている。齋藤・前掲注(9)五三六―五三七頁を参照。

(65) 荻野・前掲注(6)一〇〇―一〇三頁。

(66) Dietrich MASKOW, in: Fritz Enderlein / Dietrich Maskow / Heinz Strohbach, Internationales Kaufrecht, 1991, §84 Rn4.1; Ulrich MAGNUS, in: Staudingers Kommentar zum BGB mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 2018, §84 Rn19.

(67) 石田文次郎「信賴利益の賠償論」『財産法に於ける動的理論』(巖松堂・一九二八年)三二六二頁以下〔初出一九二二―一九二三年〕、於保不二雄『債權総論(新版)』(有斐閣・一九七二年)一三七頁。

(68) 高橋眞『損害概念論序説』(有斐閣・二〇〇五年)五九頁以下。

(69) 高橋・前掲注(68)一三頁、二五頁、六八頁、一〇三頁など。高橋説も含めた、我が国における信賴利益をめぐる議論経過



については、難波讓治「信賴利益、履行利益論の現況と課題」立教法学七〇号（二〇〇六年）二七頁以下が詳しい。また、後述の「無駄になった費用の賠償」制度を研究する上田貴彦「ドイツ給付障害法における費用賠償制度の概観——契約利益賠償論の再構築を見据えて」同志社法学五七巻五号（二〇〇六年）一六三頁も、両概念は債権者の二重補償を避けるための一種の法技術的手法であり、賠償範囲の確定に際して重要な役割を担うと説く。

(70) 信賴利益賠償のこの現実的意義・機能に特に着目した指摘として、吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣・二〇〇三年）八五頁・一〇九頁〔初出一九九二年〕。アメリカの契約責任（損害賠償）における契約利益論では、フラートとパーデューの共著論文以降、契約違反に対する救済として、当事者の如何なる利益を保護するかという観点から、「期待利益（expectation interest）」「信賴利益（reliance interest）」「原状回復利益（restitution interest）」に分類して分析される。同論文の紹介や右三分類も含めた信賴利益賠償の位置づけについては、右吉田論文の他、たとえば、木下毅『英米契約法の理論（第2版）』（東京大学出版会・一九八五年）四〇二頁以下、木下毅『アメリカ私法——日米比較私法序説』（有斐閣・一九八八年）一八六頁以下〔初出一九八六年〕、森村進『権利と人格——超個人主義の規範理論』（創文社・一九八九年）一五五頁以下、内田貴『契約の再生』（弘文堂・一九九〇年）一二〇頁以下（とりわけ一二三—一二四頁）、北井辰弥「アメリカ契約法における信賴利益の賠償——フラート&パーデュー論文の意義について」中央大学大学院研究年報二二号（一九九二年）八七頁以下、望月礼二郎『英米法（新版）』（青林書院・一九九七年）四三四頁以下、ロバート・A・ヒルマンⅡ笠井修編『現代アメリカ契約法』（弘文堂・二〇〇〇年）一三九頁以下〔渡辺達徳訳〕、平野晋『体系アメリカ契約法』（中央大学出版部・二〇〇九年）一六三頁および一七七一—一八二頁、笠井修「損害賠償額算定の理論と規範（1）（2・完）」中央ロー・ジャーナル一二巻一号三頁以下（うち一〇—一四頁）、一二巻二号（二〇一五年）一一九頁以下（うち一三五—一三八頁）、樋口範雄『アメリカ契約法（第3版）』（弘文堂・二〇二二年）六四頁以下（とりわけ七二—七三頁）。また、難波・前掲注(69)四六頁以下は、第二次契約法リステイトメントにおける信賴利益賠償と日本での議論とを比較する。

イギリスにおいても、フラート&パーデュー論文以降、信賴利益論が説かれるようになり、得べかりし利益の証明が困難ないし不可能な場合などで信賴利益賠償を認める判例があるとされる。この点は、右の望月礼二郎による体系書の他、北井辰弥「イ

ギリス契約法における『信賴利益』の保護」比較法研究五五号(一九九三年)八〇頁以下、北井辰弥「イギリス契約法における信賴利益の保護・再論——学説の検討を中心として」群馬法専紀要九号(一九九五年)一頁以下、北井辰弥「契約上の損害賠償における信賴利益の保護——イギリス法を中心として」法学新報一〇二卷一一・一二号(一九九六年)一四一頁以下を参照。

- (71) 債務法改正前の判例においては、「収益性(採算性)の推定」法理のもとで債権者の契約対価および費用が最小限の損害として、履行利益賠償の中に取り込まれていた。これに対し、改正後の二八四条は、これが信賴利益賠償の一種なのか履行利益賠償なのかに議論対立があるものの、非営利目的の契約であつてもそこで支出した費用を損害として把握することが可能になった点で、やはり改正前の判例法理をそのまま引き継いだものとは言い難い。債務法改正前の判例法理や改正過程での議論の推移、改正後の議論状況については、福田清明「ドイツ新民法典二八四条の費用賠償請求権」明治学院論叢七四号(二〇〇二年)一頁以下、福田清明「費用賠償請求権について——債務不履行に基づく損害賠償のもう一つの可能性」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』(日本評論社・二〇〇八年)五二七頁以下、金丸義衡「不法行為法における支出賠償の構造」(一)(二)・完」法学論叢一五六卷一号(二〇〇四年)五九頁以下、一五七卷一号(二〇〇五年)八五頁以下、金丸義衡「契約法における支出賠償の構造」姫路法学四七号(二〇〇七年)三三頁以下、金丸義衡「支出賠償請求権の現状と課題」甲南法学五四卷三・四号(二〇一四年)一五三頁以下、金丸義衡「支出賠償における支出概念と賠償範囲」甲南法学六〇卷一—四号(二〇二〇年)一二五頁以下、上田・前掲注(69)一二七頁以下、藤田寿夫「民法四一六条と無駄になった出費の賠償」ゲルハルト・リース教授退官記念論文集『ドイツ法の継受と現代日本法』(日本評論社・二〇〇九年)二七九頁以下、潮見佳男『法律学の森』新債権総論I(信山社・二〇一七年)四三八—四四〇頁など。
- (72) この点は、前掲注(71)に掲げた文献、とりわけ上田・前掲注(69)一六〇頁以下、金丸・前掲注(71)「契約法における支出賠償の構造」七〇頁以下が詳しい。
- (73) 高橋・前掲注(68)五五頁。ただし、後掲注(103)で紹介する上田の議論も踏まえれば、契約の清算を意味しない費用賠償も存在する。

(74) 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）一七七一―一七八頁は、「履行利益（期待利益）の賠償とは、契約が履行されたならば債権者が得られたであろう地位を回復するための賠償であり、信頼利益の賠償は、契約締結前の状態に債権者を戻す（従って積極的なマイナスを補う）賠償、という意味である。契約履行後の状態を実現するか契約締結前に戻すかの違いと考えれば、直感的には理解しやすいだろう。」と述べたうえで、「ただ、ドイツでは、信頼利益として『契約が履行されると信じたために失った別の取引による得べかりし利益』まで含める定義をするので、履行利益との限界が明らかでないとか、場合によっては履行利益よりも大きくなるとか、批判される（信頼利益の方が小さいことが一般的な前提である）」とする。また、宮本健蔵編『新・マルシェ債権総論〔第2版〕』（嵯峨野書院・二〇二三年）一三二頁〔鶴藤倫道〕は、信頼利益として「無駄になった調査費用や契約締結のための費用などが対象となる」としたうえで、「履行利益の賠償は、履行期に履行がなされた状態の実現が目指され、信頼利益の賠償は、これを断念し、契約以前の状態の回復が目指されるものと理解しておけば足りる」とする。さらに、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」中京法学五四巻三・四号（二〇二〇年）四八―四九頁は、多義的な理解がなされている「信頼利益」概念の使用を避けたいうえで、「原状回復的損害賠償」という呼称を使用し、これを「契約締結後かつ費用支出前の状態に債権者の経済状態を財産的に巻き戻す損害賠償」の意味で用いる。

(75) アメリカで信頼利益賠償を説いたフラーらは、信頼利益の保護は、契約締結前の状態への回復を意味するものと理解するようである（内田・前掲注(70)一二二頁、吉田・前掲注(70)七二頁・七四頁、ヒルマンⅡ笠井編・前掲注(70)一三九―一四〇頁〔渡辺訳〕）。もっとも、フラーⅡパーデュ論文をはじめ、学説では、契約の履行を信頼したことによる損害として、積極的損害にとどまらず、他の同様な取引機会を失ったという消極的損害をも含めて理解することを前提にすれば（内田・前掲注(70)一二七頁、吉田・前掲注(70)七三―七四頁・八一頁）、果たしてこれが時系列的な意味での契約締結前の状態回復なのか疑問である。フラーらの論文における「信頼利益」概念の用法の混乱を指摘するのは、吉田・前掲注(70)七四―七五頁。ここで吉田は、「思うに、『約束前の状態の回復』とは言っても、金銭評価の基準時は救済時であ」と説く。なお、本論とは逸れるが、吉田・前掲注(70)八五頁は、「判例では、学説の主流的立場が説くような『機会費用』的意味〔代替契約の機会の喪失〕

で信賴利益ないし信賴賠償を用いることはまずなく、「約束を信賴して支弁した費用 (out-of-pocket expenditures) の意味で通例使われている」とされる（その例外として同八七頁の注<sup>62</sup>で、雇用契約において逸失利益の信賴損害の賠償を認めた判例が紹介されている）。

(76) 石田文次郎・前掲注(67)三六二頁以下。

(77) 石田文次郎『現行民法総論』（弘文堂・一九三四年）四三八頁。ただし石田は、解除の場面では、解除により契約が遡及的に消滅すると解するがゆえに、改正前五四五条三項の損害賠償は、債務不履行による損害賠償ではなく、解除による損害賠償と理解する。

(78) 前掲注(27)。

(79) 末弘厳太郎『末弘著作集Ⅲ 民法雜記帳下巻』（日本評論社・一九五三年）三六一―三七頁。

(80) 我妻栄『債権各論上巻』（岩波書店・一九五四年）四〇頁、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）二七六頁以下。

(81) たとえば、片山直也Ⅱ白石大Ⅱ荻野奈緒『有斐閣アルマ』民法4債権総論〔第2版〕（有斐閣・二〇二三年）一三四―一三五頁〔片山〕。また、大村敦志『もうひとつの基本民法Ⅱ』（有斐閣・二〇〇七年）一六八―一六九頁〔初出二〇〇六年〕では、信賴利益を「契約前の利益状態への復帰をはかる」と表現しつつも、「当該契約がなかったとしたら、当事者は契約前の状態にとどまっただけとは言えるのか言えないのか。類似の内容の契約を締結したはずだとしたら、その契約を締結できなかつたことが損害になるのではないか。」と説く。

(82) 高橋・前掲注(68)六五―六六頁。

(83) 森田宏樹「消費者契約の解除に伴う『平均的な損害』の意義について」潮見佳男Ⅱ山本敬三Ⅱ森田宏樹編『特別法と民法法理』（有斐閣・二〇〇六年）九三頁以下は、消費者契約法九条一号の「平均的な損害」概念をめぐる、東京地判平成一四年三月二五日金判一一五二号三六頁を素材とし、消費者契約の履行前の段階における解除に伴う損害賠償について、「契約を締結しなかつたならばあるべかりし状態を回復するという内容の賠償を『信賴利益』賠償と称するならば、『信賴利益』の賠

償には、当初契約の締結および履行のために支出したが無駄になった費用の賠償（狭義の原状回復賠償）のほかに、当該契約を締結していたがために他と契約を締結して利益を得る機会を失ったという『逸失利益』の賠償とが含まれるといえよう。」と説く（同一三三頁）。そして森田は、後者の賠償請求においては、「ある契約を締結すると、当該契約と内容的に両立する契約を他の者とは締結しえないような関係に立つ場合」、すなわち、「契約の目的（*object*）に代替性がなく、当該目的に対する関係で複数の契約のいずれかについてのみ履行が可能であるという択一的な関係に立つ場合であることが要件になる」と説き、右東京地裁判決と大阪地判平成一四年七月一九日金判一一六二号三三頁との結論の違いが事案の相違に由来することを指摘する（同一三三—一三四頁）。

(84) もちろん、ドイツにおいて「無駄になった費用賠償」制度は、当初、債務法改正委員会により信託利益の賠償として提案されたにもかかわらず（同草案三二七条一項二文）、その後、当初の立法目的を逸脱することになるとして批判された点、および、無駄になった費用という積極的損害であつてもその費用支出の正当性や義務違反と費用支出目的の挫折との因果関係などの要件のもとで限定的にのみ賠償対象とされている点などからすれば、信託利益の消極的損害の賠償を認めることには、なお慎重な検討が必要である。信託利益の消極的損害の賠償がどういった要件のもとでの範囲で認められるかの考察は、本稿の考察範囲外である。なお、債務法改正委員会草案の同部分に関する邦語文献として、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の研究』（法政大学出版局・一九九六年）八六頁以下。また、同草案に対して向けられた批判などその他の点については、前掲注(71)の文献を参照。

(85) なお、奥田昌道は、「履行利益の賠償においては、履行期に履行がなされた状態の実現」が目指されるのに対し、「信託利益の賠償においては、権利者が行為時（契約締結時）に契約の無効ないし不存在を知っていたならば現在あるであろう状態の実現」が目指されるのであり、「基準とされる時点も異なる」と説く（傍点は原文。奥田＝佐々木・前掲注(80)二七六頁）。

(86) この点は、益井公司「契約締結上の過失における効果論に関する一考察——契約締結上の過失における信託利益と履行利益を中心として」日法五九巻四号（一九九四年）二二五頁以下に詳しい。ドイツ民法典上の信託利益概念のほか、契約締結上の過失論における信託利益概念が検討されている。

- (87) 高橋・前掲注(68)五六頁。
- (88) これを支持するのは、難波・前掲注(69)五一頁。こうした信賴利益理解は、法哲學者の森村進によっても前提とされている。すなわち、森村・前掲注(70)一五七頁は、アメリカ法の三分類について、「契約通りの履行がなされたならば債権者が今あるであろう状態に債権者を置く『期待利益 expectation interest』(日本の民法学でいう『履行利益』に相当)か、あるいはその契約を結ばなかったならば今あるであろう状態に債権者を回復させる『信賴利益 reliance interest』か、あるいはまた債務者から債務不履行による利益を取り上げて債権者に与えさせる『原状回復利益 restitution interest』(債権者ではなく債務者の『原状』であることに注意)かが、フラットとパーデューの古典的論文以来問題となっている」と整理する。また、池田清治『契約交渉の破棄とその責任——現代における信賴保護の一態様』(有斐閣・一九九七年)三七三頁〔初出一九九二年〕も、「信賴なかりせばあったであろう状態」の回復を信賴利益賠償と見る。
- (89) 以上につき、高橋・前掲注(68)五六頁。
- (90) ただし、高橋・前掲注(68)一二三頁以下では、図式を前提に、積極的契約利益と消極的契約利益の説明が施されているところ、(損害を被っている状態である) B時点から(取引以前の状態である) A時点への回復をもつて消極的契約利益との説明がなされている(同一一四—一五頁)。また、同一一九頁も参照。
- (91) 星野英一『民法論集 第二卷』(有斐閣・一九七二年)一二六頁〔初出一九六二年〕。また、益井・前掲注(86)二三九頁も参照。
- (92) 池田清治・前掲注(27)三二頁。
- (93) これについて具体的には、高橋・前掲注(68)二〇頁。
- (94) もっとも、我妻・前掲注(80)四〇頁は、原始的に不能な契約の締結(契約締結上の過失)における損害賠償の範囲は信賴利益に限られるとしたうえで、この信賴利益について、「目的物を検分に行った費用、代金支払のために融資を受けた利息、第三者からの有利な申込を拒絶したことによる損害などを含むが、履行利益(Erfüllungsinteresse)・積極的契約利益(das positive Vertragsinteresse)——目的物の利用や転売による利益など——を含まない。」とし、消極的損害を認めつつも、「目

物的物の利用」を除外している。ただし、ここでは本旨履行があつた場合の買主の当該目的物の利用による利益が想定されていると思われ、契約がなかつた場合における売主の目的物の利用が想定されていないように思われる。

(95) この点で吉田・前掲注(70)七四—七五頁を参照。

(96) 周知のとおり、間接効果説の台頭、あるいは直接効果説のもとでも同損害賠償を債務不履行による損害賠償であると解すようになり、改正前五四五条三項を本文のように解する見解は見られなくなった。

(97) 石田文次郎・前掲注(67)四三六頁は、「又信賴利益の賠償には履行利益の賠償と同じ、当然失いたる利益即ち他の有利な機会を失いたるが為めに被つた損害を含む。」とする。また、谷口知平「双務契約に於ける解除と損害賠償——スイス債務法を中心として」『民法論第二卷 債権総論・債権各論の研究』(有斐閣・一九八九年)五二頁〔初出一九二九年〕は、「契約解除を選ぶならばやはり、消極的利益、即ち契約の費用とか他より贈与を受くる機会を逸したことによる損害等の賠償を請求出来るに過ぎぬと解する方がよい様に思われる。要するに私は、解除を為す場合に請求出来る損害賠償はスイス債務法と同じく、いわゆる信賴利益消極的契約利益の賠償だと解したのである。」とする。また、松坂佐一「解除と損害賠償」『債権者取消権の研究』(有斐閣・一九六二年)二七七頁〔初出一九五二年〕は、契約の解除によって給付義務は消滅しても保護義務は消滅しないと説き、「この損害賠償は、保護義務の違反によつて生じた損害の除去、即ち信賴関係としての債務関係なかりせば受くべかりし利益の回復を目的とするものであつて、信賴利益の賠償である」とする(同『民法提要 債権各論〔第五版〕』(有斐閣・一九九三年)七一頁も同旨)。

(98) 松坂・前掲注(97)「解除と損害賠償」二七八頁。

(99) なお、勝本正晃『債権法概論(総論)』(有斐閣・一九四九年)八四—八五頁でも、改正前五四五条三項の損害賠償は、信賴利益の賠償でも履行利益の賠償でもなく、原状回復のための損害賠償であると説かれている。すなわち、「第三項をもつて第一項にいう所の原状回復義務の方法又はその補充として損害賠償の手段によるも可なることを定めたものにすぎない」、「原状回復の不可能なる場合、又は可能な場合においても債権者に便宜なる場合には、これに代わるべき損害賠償を請求することを得せしめたのである」。これは、債務法改正後のドイツ民法三四六条四項(「債権者は、本条一項の義務の不履行を理由

として、二八〇条から二八三条に基づき損害賠償を請求することができる。」の損害賠償の役割に近い。

(100) 西村信雄「判批」民商三〇巻二号 (一九五四年) 五二―五四頁。西村は同頁で、「第五四五条第三項の損害賠償義務は、債務不履行に因る損害賠償義務が解除後に残存するものと見るのは正当でないとわざわざ得ない。この義務は解除に因つて新たに発生した義務であり、しかも、それは独立の賠償義務ではなく、第一項所定の原状回復義務の特殊的態様にすぎないものである」と説く。

(101) 川添清吉「契約解除と損害賠償」青山学院大学法学会『青山学院大学創立九十周年記念法学論文集』(青山学院大学法学会・一九六四年) 五―六頁および一一―一二頁。

(102) 川添・前掲注(101)五頁。その他、「売主が当初目的物を引渡すについて支出した運送賃、運送保険料その他の費用」や不動産売買において特約により売主が支出した登記料が、狭義の原状回復では回復できないために損害賠償が介入する意味のあるケースとして挙げられる(同五頁)。

(103) 本稿が直接的に扱うのは、「解除と共にする損害賠償」である。もともと、上田・前掲注(74)四七頁以下は、履行遅滞や不完全履行の局面においてその後の履行・追完によつてもなお治癒されない、無駄になった費用につき、履行・追完の請求と併存する、すなわち契約の清算を意味しない原状回復的損害賠償としての費用賠償を認める必要性を指摘する。この議論も意識するならば、本文で述べる議論は、五四五条四項の損害賠償に限らず、契約の有効性を維持したままで行われる損害賠償においても妥当する内容であることが求められようか(同八一頁も参照)。

なお、潮見は、債務不履行による損害賠償は、履行利益賠償に限られず、契約を清算する方向での原状回復的損害賠償も認められると理解したうえで、契約を維持したまま損害賠償によつて契約がなかった状態の実現を認めることが解除制度との評価矛盾とならないかの検証が必要であると説く(潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣・二〇〇四年)九頁以下〔初出一九九五年〕、潮見・前掲注(71)四四四―四四五頁)。この点の議論を進めるのが、上田・前掲注(74)五一頁以下である。

(104) 費用賠償を取り扱う先行研究の中で、この点に関心を寄せ考察するのは、上田・前掲注(69)一二七頁以下、福田・前掲注(71)「費用賠償請求権について」五二七頁以下(とりわけ五四―一五四二頁)。



(105) この点は、上田・前掲注(69)一六〇頁以下(とりわけ一七一頁および一七五頁)を参照。上田貴彦「費用賠償の二元的構造と遅滞責任」私法八三号(二〇二二年)二三八頁では、こうした解釈への課題が指摘されている。

(106) 取引的不法行為における損害賠償は、通常、ここでいう信託利益賠償に相当すると見ることが出来る。この点は、高橋・前掲注(68)二〇頁、池田清治・前掲注(88)二八六―二八七頁の注(42)。池田清治・前掲注(27)二五―二六頁は、錯誤者が不法行為による損害賠償義務を負う場合の損害は、相手方が契約の成立を信じて費用を投下したり、他の取引機会を失ったことにあるとし、そうであれば、結局、不法行為に基づいて賠償される損害の範囲は、事実上、信託利益と一致していたことを指摘する。

情報提供義務違反の効果としての損害賠償の内容については、たとえば、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」安永正昭Ⅱ鎌田薫Ⅱ能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅱ債権総論・契約(1)』(商事法務・二〇一八年)三七七頁以下(とりわけ四〇二頁以下)、長野史寛「保険契約締結の際の説明義務違反による損害賠償責任——自己決定権侵害についての責任内容の各論的考察」法学論叢一九二巻一―六号(二〇二三年)四一七頁以下。小笠原奈葉は、情報提供義務違反によって「高値取得」が生じた場合にこれを損害として減額を認める方向を検討する。たとえば、同「情報提供義務違反による損害賠償の範囲——ドイツにおける損害としての『高値取得』と減額規定の類推適用」山形大学紀要(社会科学)四五巻一号(二〇一四年)二二頁以下、同「情報提供義務違反の効果としての減額——ドイツにおける『*culpa in contrahendo*」による減額」の導入可能性」山形大学法政論叢七五号(二〇二二年)二頁以下など。

なお、前掲注(57)で前述のとおり、フランスでは、民法改正前の二〇〇四年判決において、使用利益について原状回復としての返還義務を否定しつつ、不法行為による損害賠償として処遇される可能性が示唆された。本稿本文での議論や、買主が得られなかった使用利益の償還を狭義の原状回復義務として課することはできず、契約がなかった場合における売主の現在の状態回復は消極的契約利益の損害賠償の問題であるとする本稿の立場は、この点で二〇〇四年判決の議論と共通する部分がある(ただし、本稿は、債務者の原状回復という視点から買主が実際に得た使用利益の返還を認めるため、この点では同判決とは大きく異なる)。

(107) 本文で述べる理解(構成)とは異なり、たとえばカナーリスは、債権者の費用の支出自体を損害と捉えるのではなく、「支出目的の挫折」をもって損害と捉えることで、債務不履行と損害との因果関係を説明する(上田・前掲注(69)一七一頁)。カナーリスのように解すれば、損害は非財産的損害となり、「その金銭評価規範として支出された金額を用いることになる」(金丸義衡「契約清算局面における支出賠償の意義と機能」私法七三二号(二〇一一年)一八一頁。磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』(有斐閣・二〇二二年)六五〇—六五一頁〔荻野奈緒〕も参照。

(108) ここでは、契約の有効性への信頼ではなく、履行への信頼が重要となる。この点で、北居功・前掲注(84)八七頁、上田・前掲注(69)一四四頁。

(109) 契約違反に対する救済(特に履行利益と信頼利益)を、契約の拘束力の根拠との関係で考察するのは、森村・前掲注(70)一四七頁以下。ここでは、「『意志説』履行利益／信頼説』信頼利益』という結びつきは、必然的とまでは言えないにせよ十分な理由がある」とされる(同一六五頁)。また、これに先立ち、木下・前掲注(70)四一七—四一八頁および四三六頁でも、同様の指摘がなされている。たとえば、同四一八頁は、「これらの法理に基礎を置く約束が、それぞれに対応する損害賠償、すなわち、約因の法理は『期待利益』と、約束的禁反言の法理は『信頼利益』と、過去の約因ないし道徳的約因の法理は『原状回復利益』とそれぞれ連接していることは、きわめて注目に値しよう。」とする。

(110) 福田・前掲注(71)「費用賠償請求権について」五四一—五四二頁は、「債務を履行する義務は、債務者が債権者のもとに醸成した信頼を保護するために設定されていると把握する。このような理解のもとで、履行義務の違反である債務不履行は、信頼の裏切りによって無駄になった費用の賠償を導くのである。」と説く。これを有用なアプローチとしたうえで、その課題を指摘するのが、上田・前掲注(74)六一頁の注(6)。また、上田・前掲注(105)二三八頁は、「給付義務に保護義務と同様の目的を持たせることが許容されるのかの検証は必要である。」と説く。

(111) 松坂・前掲注(97)「解除と損害賠償」二七七頁。なお、平野裕之「契約解除と損害賠償義務(三・完)——売買契約をめぐる各論的考察をかねて」法律論叢七〇巻一号(一九九七年)一五四頁は、「五四五条三項の損害賠償責任は四一五条の本来の契約上の債務の不履行による損害賠償責任自体とは異なり、契約の解除を導いたことにつき、換言すれば契約の履行を遅滞

し、契約の破壊を導いた行為全体についての責任と見る必要がある」と説いていた。

(112) 高橋・前掲注(68)九八―九九頁、一〇一―一〇三頁、福田・前掲注(71)「費用賠償請求権について」五四〇―五四一頁、潮見・前掲注(71)四四五頁。

(113) 末弘・前掲注(79)二四以下。ただし、末弘は、改正前五四五条三項の損害賠償は債務不履行による損害賠償と解しつつも、契約を解除した場合の「損害賠償が積極的契約利益なりまたは消極的契約利益なりやはその問題である」とし、結局、履行利益賠償を求めるならば契約を解除せずに履行に代わる損害賠償を求めれば良いと述べ、解除した場合の損害賠償に「特別の意味をもたしめるためには、この場合請求しうべき損害賠償を消極的契約利益なりと解すればいい」と説いていることからすれば(以上は同二八頁)、最終的には、改正前五四五条三項の損害賠償としては消極的契約利益の賠償を考えている可能性がある。もつとも、債権者が履行利益賠償か信頼利益賠償かを選択できると解していることは明らかである。

(114) Horst Heinrich JAKOBS und Werner SCHUBERT, a. a. O. (Fn.17), S.273. この点の指摘は既に、北村実「解除と損害賠償との関係に関するBGBのEntweder-Oder主義——解除効果論研究ノートの一齣」天理大学学报二八巻二号(一九七六年)七八頁、北村・前掲注(18)八〇頁、高橋・前掲注(68)三八頁の注<sup>33)</sup>、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(一)——売買契約解除に関するドイツ法を中心に」民商一一〇巻二号(一九九四年)四五二頁および四六〇頁。民法制定後の議論に関しては、北村の右「解除と損害賠償との関係に関するBGBのEntweder-Oder主義」八三頁以下、鶴藤の右論文および同「契約の解除と損害賠償(二・完)」民商一一〇巻四―五号(一九九四年)八五九頁以下を参照。

(115) Benno MUGDAN, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1979, S.669.

(116) 原状回復義務が債務不履行責任とは切り離されていることに着目して、狭義の原状回復義務と損害賠償義務との差を指摘するものとして、松岡久和「原状回復法と損害賠償法」ジュリ一〇八五号(一九九六年)九二頁。なお、これに関連し、給付不当利得において、買主の許で目的物が滅失した場合に、これが買主の帰責事由によるときにも、これを不当利得としてではなく、損害賠償の問題とするのは、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為(第3版)』(有斐閣ブックス・二〇〇一年)三六頁。

- (117) 前掲注(106)参照。
- (118) この点については、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)四〇—四一頁、拙稿「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」日法八七巻一号(二〇二一年)二二頁および四二—四三頁を参照されたい。
- (119) 川添・前掲注(101)六頁。
- (120) 物自体の返還ができる限り、価格変動の下落による減価は回復されない(＝買主は現物返還の他に当該減価分の償還義務を負わない)ことも、 $\alpha$ の原状回復が貫徹されていない一例と評することも不可能ではない。ただし、物それ自体に着目するならば、それが損傷なく返還される限りで $\alpha$ の状態回復はなされているとの評価も可能であろう。
- (121) この点は、金丸・前掲注(71)「支出賠償請求権の現状と課題」一九三頁。
- (122) なお、アメリカの契約利益論における三分類のうち「原状回復利益(resitution interest)」とは、「不当利得」との邦訳も存するように(内田・前掲注(70)一一二頁、樋口・前掲注(70)六五頁)、債務者の原状回復を意味する。約束違反者が不正な利得を保有することを許さないという価値判断が根底にある。損害賠償として債務者の利得の吐き出しを狙うこの点に着目した先行研究として、山田八千子「売主の契約違反と買主の損害——アメリカ法における利得吐出し法理の適用をめぐって」東洋法学三四巻二号(一九九一年)八七頁以下、北井辰弥「契約違反に対する原状回復的損害賠償——イギリスにおける判例の展開」群馬法専紀要一〇号(一九九六年)一頁以下、北井辰弥「契約違反に対する原状回復的損害賠償・再論——イギリス法を中心として」桐蔭法学六巻二号(二〇〇〇年)一三七頁以下。なお、フラーらが、原状回復利益について、信頼利益の特殊な場面にすぎず、信頼利益に包摂されるものと理解していたことについては、吉田・前掲注(70)七二頁、ヒルマンⅡ笠井編・前掲注(70)一四〇—一四二頁〔渡辺訳〕。
- (123) この点で四宮和夫『請求権競合論』(一粒社・一九七八年)二〇五頁、好美・前掲注(34)一九〇頁も参照。
- (124) 拙稿・前掲注(16)二八二—二八三頁。
- (125) なお、同判決は、四一九条の適用がない理由として、当該事件での本訴請求が代金支払の債務不履行によって生じた損害

の賠償請求ではなく、その債務不履行に基づく契約解除によって生じた損害の賠償請求であることを挙げる(同一九九七頁)。

- (126) この点は、平野・前掲注(11)一五二頁以下に詳しい。その他、奥田Ⅱ佐々木・前掲注(80)三〇九頁の注(16)、平野・前掲注(23)一二四頁も参照。

(127) たとえば、鈴木祿弥『債権法講義(四訂版)』(創文社・二〇〇一年)一六五頁。この点は、平野・前掲注(11)一五六頁以下で、差額が生じた原因に応じた類型ごとの考察がなされている。

- (128) 川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・二〇〇四年)四〇三頁。

(129) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣・一九八四年)四五九頁。当然、こうした改正前五四八条二項の梅の理解は、我が国では珍しい。もっとも、偶然滅失を売主負担としたドイツ民法旧三五〇条をめぐっては時折登場するものであった。すなわち、売主の許でも同様に滅失した場合は、真に偶然の事情による滅失と評価されるのである。詳細は本文で後述する。

(130) この点で、債務法改正後の規定をめぐっては、(本文で後述するように)滅失・損傷が債権者の許でも同様に生じたであろう場合に買主の価額償還義務を免責する三四六条三項一文二号後段は、偶然損害すべてを免責するのではなく、偶然によるそれはむしろ同文三号の適用対象となり得ることを説明するものとして、Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §346 Rdnr.198を参照。

- (131) Hermann SCHWENN, Die Gefahrtragung beim Rücktritt, AcP, 152, 1952 / 1953, S.138 ff.

(132) ただし、改正後のドイツでは、売主の許で生じたであろう滅失・損傷が買主の許で実際に生じた滅失・損傷と同原因である場合に限られるか、偶然の事情による滅失・損傷に限られるか、といった点が議論されており、限定を否定すればその適用範囲はそれなりに広いものとなる。なお、ともに条文の文言では限定がない。

(133) 第7・3・6条(一回的給付の契約における原状回復)は、二項で「原状回復が可能でないときまたは適切でないときは、それが合理的である限り、金銭での償還がなされなければならない。」とし、三項で「原状回復が不能となった原因が相手方にあるときには、その給付の受領者は金銭による償還をすることを要しない。」とする。ユニドロワの公式注釈によれば、二項の定めるルールには危険配分が含意されており、給付を支配下に置く者が危険を負うべきであるとの考え方からこれが正当

化される。この例外にあたるのが三項であり、劣化または滅失が相手方の過失によったり、給付に内因する欠陥によったりするなど、劣化・滅失の原因が相手方にある場合に限って給付受領者に価額償還義務がない。条文の邦語訳にあたっては、私法統一国際協会 (UNIDROIT) (内田貴 || 曾野裕夫 || 森下哲朗 || 大久保紀彦訳) 『UNIDROIT 国際商事契約原則 2016』(商事法務・二〇二〇年) 二一九頁を参照した。また、本文で紹介する公式注釈の邦訳にあたっては、同二二二―二二二頁を参照した。

(134) Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, 1897, S.790 ff. 以下では「Protokolle I」として引用する。同七九〇頁の提案<sup>33</sup>が本文で示した提案に当たる。旧二五〇条・第一草案四二九条と比べれば、真に偶然の事情による場合に限定し、売主負担となる範囲(解除により危険が売主に跳ね戻る範囲)をより狭く捉えるものといえる。

(135) Protokolle I, S.793; Benno MUGDAN, a. a. O. (Fn.115), S.729. 改正三四六条二項一文二号後段にあたり、第二委員会でこの点を指摘するのは、Timo FEST, Der Einfluss der Rücktrittsrechtliche Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.67.

(136) Kathrin HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, 2001, S.119. ヘロルドは、ここで適切にもドイツ民法二八七条一文ただし書および同八四八条ただし書でも同様の考慮をしていることを指摘する。

(137) 遅滞中の不能論については、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」日法八三巻一号(二〇一七年)五七―六〇頁およびそこに付された脚注を参照されたい。

(138) 以上のように買主免責の根拠として仮定的因果関係にまで言及するのは、ドイツの一般的理解というわけではない。本文で断ったように私見である。一号について詳細は、拙稿・前掲注(118)二頁以下を、二号について詳細は、拙稿・前掲注(137)五五頁以下を参照されたい。三号に関する学説状況については、拙稿「契約不適合物の危険移転法理——危険の移転と解除によるその回帰」日法八二巻四号(二〇一七年)六七頁以下。

(139) 価格変動の下落減価についていえば、物自体の価格変動による利益・不利益は、本来的に所有者が負担すべきものであること、現時点では下落している当該物の価額も将来また売主の許で当初の価額に回復して高騰する可能性があることも、売主負担とする根拠となろうか。

(140) 買主に債務不履行があり免責事由がない場合、これらの減価が別途損害賠償の対象になることはある。詳しくはIV章4節で後述する。

(141) 本稿はこの点で、減価償還義務を前提に使用利益返還を論じる油納の議論(本文I章1節参照)と離れることになる。

(142) これに対し、買主の支払遅滞により売主が解除した事案では、本文(2)で述べたように、買主の減価償還義務を肯定して良いと考える。使用による減価が生じた時点ではまだ買主に支払遅滞がない場合、確かにこの時点では、買主が有する自己の物の信頼は保護に値するようにも思える。しかし、買主が自ら決定したことによるリスク、あるいは買主の領域下で生じたリスクを売主負担とするには、これを売主に転嫁するだけの売主側の義務違反が必要というべきである。この点は、拙稿・前掲注(137)五五頁以下を参照されたい。また、解除後の売主は、支払遅滞について買主に免責事由なき限り、減価賠償を求めることができることからすれば、減価が生じた時点で既に買主の不履行(支払遅滞)があったかどうかまで立ち入る必要はない、といえる。売主解除のケースでは、これらの減価は全て、損害賠償を持ち出さずとも、解除の原状回復レベルで買主の負担となり、買主は現物の返還に加えて、差額分を金銭で償還する義務があると考えるべきであろう。

(143) 拙稿・前掲注(2)一四五頁。

(144) そのような解釈における一つの選択肢として、潮見・前掲注(71)五九二頁。潮見は、『過失』とは、解除権が存在していることを認識したにもかかわらず、債権者が、解除権を放棄したと捉えられてもやむをえないと評価されるような状態で、目的物を滅失・損傷し、または返還不能にするなどの行為をしたことを意味する(解除権の存在を認識した債権者は、解除を考えるのであれば、信義則に照らし、目的物をどのように管理・処分すべきであったのかが、決定的である。)と説く。なお、同五九三頁の注(84)では、五四八条の改正論議が紹介されたうえで、「しかし、五四八条を存置したのでは、たとえば、自動車の売買で引き渡された自動車に不適合があったところ、買主がその自動車を運転中にみずからの運転ミス(債権者の過失)

で自損事故を起こし、自動車が大破したような場合に、買主は契約を解除することができなくなってしまうとの解釈が罷り通るおそれがある。立法論としては、解除権の放棄行為はそれ自体として別に評価するものとして、中間試案のように五四八条削除論を採用するのが適切であった。」と述べている。五四八条本文の「過失」および同条ただし書の「解除権を有することを知らなかったとき」の解釈については別稿で論じることを予定している。

(145) これは、使用利益の算定において、減価分をもって使用利益とする見解にも妥当する。たとえば、内田・前掲注(1)九六頁は、買主が現実には使用していなかった場合の使用利益返還義務に關し、車のように減価が生じているケースでは、この減価分をもって使用利益相当としてこれを返還させる可能性を示唆する。また、松久三四彦<sup>11</sup>藤原正則<sup>12</sup>池田清治<sup>13</sup>曾野裕夫『事例で学ぶ民法演習』(成文堂・二〇一四年)二四七頁(曾野)も、自己所有物の使用利益の算定において、使用する目的物の減価額を基準とすることに理解を示す。

(146) たとえば、昭和五一年判決の事案では、買主は当該自動車の減価については責任を負わず、使用によって得た利益の返還義務を負うにとどまる。ただし、本文2節(1)のAおよびDで後述するように、契約解除の原因が売主にあり、売主に免責事由がない場合には、買主は売主に対して填補賠償(使用利益喪失損害の賠償)を求めることができ、結果として買主の使用利益返還義務は実質的には否定されることに至る。詳細は、拙稿・前掲注(16)二四七頁以下。

(147) たとえば、加藤雅信「判批」ジュリ六四二号(昭和五一年度重判解)六六頁。

(148) 拙稿・前掲注(16)二四七頁以下。

(149) この点で磯村・前掲注(5)五九頁の注(14)参照。

(150) 五七五条類推適用説の是非

使用利益返還義務をめぐるのは、五七五条を類推適用(準用)する見解が我が国で有力に主張されてきた。原状回復における買主の代金返還請求と売主の目的物返還請求の対立は、売買契約における二つの請求権対立の裏返しであり、利益状況自体もその裏返しであることに着目し、五七五条を準用し、売主は果実ないし使用利益の返還を請求できず、買主は利息を請求できないという形で、両者の簡易決済を図ろうとする。以上は、加藤雅信『現代民法学の展開』(有斐閣・一九九三年)三八八



頁〔昭和五一年判決の判批であり、初出は一九七七年〕の表現である。加藤による同議論の詳細は、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐閣・一九八六年)四五三頁以下。なお、錯誤事案において、五七五条の類推適用をひとつの根拠として、使用利益の返還請求権があることを前提とした相殺主張を否定したのは、名古屋地判平成一八年六月一三日〔LEX〕DB文献番号25462528)。

この見解は、実は、原状回復においても、〈反対給付の負担により受領物が自己の物となったとの信頼〉を保護するものといえ、その点で非常に魅力的な視点を含んでいる。もともと、同見解を支持・主張する加藤雅信は、「代金の一部が未払いである等、解除の場合の双方請求権の対価的バランスがくずれている場合」には、同適用が否定されるべきとする(加藤『現代民法学の展開』(有斐閣・一九九三年)三八八頁)。これ自体は妥当な利益調整である。しかし、対価的バランスが崩れている場合としては、右場合のほか、契約不適合物が給付された場合も考えられる。契約が解除に至る多くのケースでは、何らかの形で対価的バランスが崩れていることが多いことに鑑みれば、右見解はその多くの適用場面を失うことになる。また、買主の右信頼は、契約不適合物を掴まされた、対価バランスが崩れている場面でもまた重要であり、なおかつ、それが保護されるべき局面といえる。

以上要するに、五七五条類推適用説は、対価負担により自己の物になったとの信頼を保護する側面を持つものの、この保護の要否は、債務不履行の有無、責めに帰すべき事由の有無、解除原因(契約不適合)の認識の時期等に着目されるべきにもかかわらず、五七五条はそうした枠組みではないという問題を抱える。確かに原状回復のリスク配分において、自己の物との信頼は重要である。しかし、返還不能リスクの配分と異なり、使用利益の返還義務の有無では、買主が当該契約から現に利益を得ている。そうである以上、まずは原則としてこの利益の返還が必要であつて良い。それが利益の押し付けとなるとき、あるいは契約適合物を引き渡されていた場合との比較からして不当と評価されるときに限って、損害賠償の枠組を用いることで、修正が図られればよいと考える(利息と果実・使用利益とのバランスに着目することは、買主が果実・使用利益を得ていなかった場合や売主が一定時点以降の利息のみを求めた場合の取り扱いで新たな問題を生むことは、本文アで前述した)。

(151) 磯村・前掲注(5)五九頁の注(14)。

- (152) 自動車の使用を想定すれば、新車が中古車になることでの減価も併せ考えると、こうしたケースも存在する。
- (153) ここで、四〇万円の請求につき、仮にその内訳を、減価分三〇万の償還と買主の許に残る差額利益一〇万円の返還と見ると、売主は、(使用により減価する物にもかかわらず) さも目的物の減価なしに一〇万円の使用利益を得るように映るが、これは、債務者の原状回復を図ると共に、契約がなかったならば債権者があったであろう状態回復の一環を成すものとして許容されよう。
- (154) ここで、使用利益返還義務を債権者の状態回復という見地から根拠づけるならば、売主には純粋な選択権があるのではなく、契約がなかった場合に売主が実際に使用して利益を得ていたか、あるいは使用をせずにいたか(＝使用による減価を生じさせずに保持していたか)によって決すべきと考えるのが論理的であろう。ただし、平野・前掲注(23)一一八頁は、使用利益返還か減価償還かの選択によるべきとされる。すなわち、「減価の原因となった使用について、使用利益の返還義務を認めると、二重の義務を認めることになる。賃貸借でいえば、賃料を支払うため通常の減価については、原状回復義務を負わないのであり、解除においても使用利益の返還か減価分の価格返還かの選択によるべきである。」とする。平野・前掲注(7)二一七頁でも、減価分の金銭による原状回復に加えて、さらに使用利益の返還請求をするのは、二重取りになるので許されないとし、売主が選択できるとの解釈が開かれていた。
- (155) LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 22. 4. 2005, NJW 2005, S.2558 ff.この点の邦訳として、田中宏治・前掲注(11)二〇四—二〇五頁。クヴェレ事件については、拙稿・前掲注(16)二五六頁以下とそこで引用した先行研究を参照されたい。
- (156) 田中宏治・前掲注(11)四二四頁。
- (157) 後に見るように、使用により減価する物の場合の使用利益算定では、この点から、賃料相当額を基準とすることが否定される(本文2節(1)イ参照)。
- (158) 使用により減価しない物については、ドイツでも同様に解されてきた。Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §346 RDNr.236; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.38), §346 RDNr.97; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.143 f.
- (159) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §346 RDNr.239.

(160) 実際、我が国の裁判例においても、契約解消をした買主が支払済みの代金相当額等の返還を求めたのに対し、売主から、買主の使用利益は代金額と利息の合計額よりも大きいとして売主の同返還義務を否定する反論がなされることがある。たとえば、名古屋地判平成一八年六月一三日 (LEX/DB 文献番号 25462528)、広島高判平成七年二月二二日判タ九〇三号一五〇頁。これを問題視するのは、北村・前掲注(12)一一七―一一八頁、谷口・前掲注(21)一七八頁。

(161) 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」日法八五巻二号(二〇一九年)二七二頁以下。

(162) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §346 RdNr.236; Reinhard GAIER, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 3, 2019, §346 RdNr.28; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.38), §346 RdNr.97; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.144. 給付不当利得に関する *„Geburtstag, 1991, S.25, 44 ff. 参考*。

(163) たとえば、本文Ⅱ章2節(3)で見た東京地判昭和三三年八月一四日下民集九巻八号九四頁のほか、取消しの場合につき東京地判昭和六一年一〇月三〇日判時一二四四号九二頁(リース料の返還請求を認容)など。また、昭和五一年判決でも、原告は自動車の減価分をもって使用利益としてその返還を求めたのに対し、使用利益を算定させるために原審に差し戻している。以上は、不動産など減価が著しくない物の場合でも同様である。大判昭和一一年五月一日民集一五巻一〇号八〇八頁、最判昭和三四年九月二二日民集一三巻一一号一四五一頁。

以上に対し、広島高判平成七年二月二二日判タ九〇三号一五〇頁は、前掲注(160)で述べたように、売主からは使用利益が代金と利息の合計額を既に超えているとの主張がなされた事案である。同判決は、船舶の売買契約が改正前五六一条によって解除された事案において、「使用利益の具体的算定方法については、売買契約の解除に基づき売主が原状回復義務として負担する売買代金と支払時以降の利息との均衡から決せられるべき」と説き、「その観点からすると、売買目的物の利用により上げることのできた総利益の中から人件費、維持費等の必要経費を控除した純利益をもって右使用利益として算定するのが相当である」とする。買主が当該船舶の運航により実際に得た使用利益(運航収入から必要経費を控除したもの)から赤字分を控除

することで使用利益を算定している。また、同判決では、利息返還との均衡から「上げることのできた」総利益が対象とされたため、実際には買主が当該船舶を使用していなかったとされる時期以降についても、それ以前の期間における使用利益を基に算定され、償還（厳密には売主の返還債務との相殺）の対象とされている。

(164) 油納健一「不当利得法における『使用利益』の範囲(二)」広島法学二八巻二号(二〇一四年)二頁以下では、〈価値減耗分が「使用利益」に含まれるか〉という観点から、時間の経過による減価が著しい物とそうでない物とに分けて裁判例が分析される。油納のこの問題意識からすれば、時間の経過による減価が著しい物に関する各判決の判断は一貫していない。すなわち、「価値減耗分を二重払させるもの、価値減耗分を『使用利益』の範囲に含めるもの」とそうでないもの、価値減耗分の返還を認めるものとするなど、各判決の判断が一貫していない。」という評価となる。これに対し、本稿が本文で着目したように、賃料相当額を基礎に使用利益を算定しているという点では、ほぼ一致している。

(165) この点は、ドイツの判例において債務法改正前から指摘されてきた。OLG Hamm, Urteil vom 20. 3. 1980, MDR 1980, S.846; BGH, Urteil vom 26. 6. 1991, NJW 1991, S.2484 ff.など。この点は、油納・前掲注(11)「不当利得法における『使用利益』の範囲(七)」三二二頁以下で紹介されている。また、Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §346 RdNr.230; Johannes HAGER, in: AnwaltKommentar zum BGB, 2005, Band 2, §346 RdNr.24; Kurt REINKING / Christoph EGGERT, Der Autokauf: Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge sowie beim Leasing, 14 Aufl., 2019, RdNr.616; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.140 f.

(166) この判断は、債務法改正前の一九九一年の連邦通常裁判所判決 (BGH, Urteil vom 26. 6. 1991, NJW 1991, S.2484 ff.) で採用され、その後定着し、債務法改正後も踏襲されている (たとえば直近では BGH, Urteil vom 30. 6. 2017, NJW 2017, S.3438 ff.)。ドイツにおいてこうした判例法理が定着した経過については、油納・前掲注(11)「不当利得法における『使用利益』の範囲(七)」三二五頁以下を参照。二〇一七年判決については、内山敏和「ドイツ民法最新判例紹介(4)」北海学園大学法学研究五五巻四号(二〇二〇年)七二二頁以下で紹介がある。学説も(本文で紹介する批判はあるものの)圧倒的多数がこれに賛同する。たとえば Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §346 RdNr.228; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.162), §346

RdNr.26; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.38), §346 RdNr.95; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.139 f.

(167) 我が国でも、岡・前掲注(11)七二六―七二七頁、田中宏治・前掲注(11)二五七頁注(37)を参照。

(168) Kurt REINKING / Christoph EGGERT, a. a. O. (Fn.165), RdNr.1163; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.142.

(169) ドイツにおける判例・通説の算定方法に関するこうした批判については、油納・前掲注(11)「不当利得法における『使用利益』の範囲(八)」九九頁の注(130)で紹介されている。

(170) さらにいえば、ドイツでは三四六条二項一文二号後段で、使用に置いたことによる損耗減価につき買主を免責していることからして、ここで使用に置いたことによる減価もまた使用利益として償還対象とすることは、同規定の評価と矛盾するとの評価も主張されている(Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.143)。ただし、本文で述べたとおり、同規定が損耗減価の免責をするのは、使用利益返還との重複調整が理由であったことに鑑みれば、矛盾とまでいえるかは疑問もある。用法に従って使用に置いたことによる損耗減価の免責理由をいかに捉えるかが関係する。

(171) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.142.

(172) もちろん、これは既に本文で油納論文の内容として紹介したように、ドイツにおける使用利益概念(使用利益には消費利益を含まない)の理解とは乖離する。また、油納は、「そもそも、時間の経過による価値減耗が著しい物」は全く使用せずとも価値は減耗するから、価値減耗分が使用による利益と捉えることは困難であろう。」と説く(油納・前掲注(11)「不当利得法における『使用利益』の範囲(八)」八九頁)。これに対し本稿は、(使用によらない経年減価は償還の対象から外すもの)ドイツ判例における計算方法は使用価値の算定であって、これを使用利益とみなすことは、必ずしも「使用利益」という用語の範疇を超えるものではないと理解する。

(173) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.38), §346 RdNr.230; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.141.

(174) ドイツでは、ここにおいて、右計算の前提となる「給付物の価値」を比例減額してから計算すべきか、あるいは、ひとまず約定対価をもって算定したうえで契約不適合によって使用に影響を受けた分を減すべきかに争いがある。さしあたり、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.141 f.

- (175) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.38), S.142.
- (176) 拙稿・前掲注(16)二四七頁以下。
- (177) ただし、使用による減価償還と使用利益返還とは両立しないとはいえず、ここでいう減価とは、使用に置いたことによる減価や用法に従った使用によりいわば通常生じる損耗減価である。これに対し、用法に従った使用からは通常生じない損傷による減価は、使用利益返還と矛盾しない。この点で、平野・前掲注(23)一一八頁は、「使用による減価ではなく、買主の過失による損傷による減価については、『両請求を認めるべきである』と説く。
- (178) ここで、買主が享受し得た使用利益の償還(賠償)義務を認めるのであれば、契約がなかった場合に(物を使用した)売主の状態実現と同視しうる結果となろう。確かに、ドイツ民法三四七条一項一文は買主にそこまでの義務を課する。もともと法定解除権者に重要な例外がある(同項二文)ほか、そもそも原状回復義務の原則として、そのような使用義務を前提とした償還義務を課することが正当化できないと考える。原状回復としての使用利益返還は、あくまで実際に得た利益の返還にとどめ、その余は損害賠償の問題とすべきである。
- (179) 条文訳は、齋藤・前掲注(9)五五三―五五四頁、荻野奈緒「日仏債権法の現在」原状回復」論究ジュリ二二号(二〇一七年)一九四頁に拠った。
- (180) これを指摘するのは、齋藤・前掲注(9)五六〇―五六一頁。
- (181) 荻野・前掲注(179)一九四頁。本稿で見てみた二重補償の回避という観点からは、十分あり得る解釈である。
- (182) ただし、契約関係があった場合の善意・悪意を問題とすることは、被強迫者は悪意者か否かという我が国で不当利得類型論が定着するに至る一つのきっかけとなった論点を生じさせる。この点で、荻野・前掲注(178)一九三頁は、「非債弁済の場合と異なり、契約が無効とされた場合や解除された場合における受領者の善意・悪意が何を意味するのかが明らかでなく、むしろ契約解消が当事者のどちらに帰責されるかを考慮すべきであるようにも思われる。」とする。
- (183)  $\delta$ のように、第三者との取引により利益を受けた場合(＝買主が第三者から同種のもの取得して使用利益を受けた場合)を想定し、実際には存在せず対価も負担していない取引を前提に、買主の使用利益返還義務を否定することは明らかに不

当である。

(184) 価額償還請求の条文上の根拠が一項本文であるためには、一項本文はやはり、「いつの時点でのどういった状態での給付物の返還か」を含んだ規範である必要がある。一項本文は、〈返還債務者は、受領したもの（労務を含む）を相手方に返還しななければならないこと〉および〈受領したものをその状態で返還できない場合には、原則としてその価値（差額分）を金銭で償還する義務を負うこと〉を根拠づける規範であることが求められる。ただし、二つ目は、給付物本体に関することとはいえ、「給付を受領してから時の経過に伴って生じる」問題といえ、この点ではむしろ果実や使用利益の問題に近い。そこで、荻野・前掲注(179)一九二頁以下（具体的には一九三頁の注(7)および一九四頁）では、この二つ目を「付随的な返還に関する問題」として位置付ける。本稿では、日本民法において返還不能に代わる価額償還義務や現物返還に加えて生じる価額償還義務に明文上の根拠を与える観点から、これを五四五条一項本文の問題に位置付ける。

なお、既に二〇二三年の前稿で見たように、北村実は、解除の原状回復と履行利益賠償との評価矛盾を避けるべく、「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、一般的状态として捉える」ことを避け、「原状回復を給付物の返還につきるもの」と捉えた（北村実「解除の効果——五四五条をめぐる」星野英一編代『民法講座5』（有斐閣・一九八五年）一四六頁）。ただし、北村は、本稿で前述したように、買主の許にある自動車が使用により減価していた昭和五一年判決をめぐる、これを使用利益の問題ではなく、目的物の本体的価値に関わるものとして、減価した現物の返還に加えて償還されるべきとした（北村・前掲注(12)一一七頁）。つまり、狭義の原状回復は給付物の返還につきると言いつつも、給付当時の財産状態での返還を前提としていた。





## 輸送安全を担う企業トップの過失犯

—— 軽井沢バス転落事件 ——

船 山 泰 範

〔業務上過失致死傷事件、長野地裁令三(わ)三号、令和五年六月八日判決、有罪、被告人兩名が控訴、LEXDBインターネットTKC裁判所ウェブサイト・文献番号25573141〕

### 〔事実〕

被告人二名が関わる本件事故は、次のようなものであった。平成二八年(二〇一六)一月一五日深夜、長野

県北佐久郡軽井沢町内の国道一八号碓氷バイパスにおいて、北志賀方面へのスキーツアーを運行中の本件バスが、下り坂で加速し続け、カーブを曲がりきれずに路外崖下に転落し、一五名(運転手と交代運転手を含む)が死亡し、乗客二六名が脳挫傷等の傷害を負った。

被告人は、バスを運転していたE社の代表取締役Tおよび運行管理者であったAであり、業務上過失致死傷罪で起訴されている。

令和五年六月八日、長野地裁は、以下のような理由を

示して、被告人Tに禁錮三年、被告人Aに禁錮四年（いずれも実刑）の有罪判決を言い渡した。その後、T・Aの両名が控訴した。

### 〔判旨〕

本判決は、分量が多く、判旨の要約も多くなる。おおむね、次のような内容に整理して示すこととする。

- (1) 運行管理者の注意義務違反
- (2) 社長の注意義務違反
- (3) 被告人の過失と事故との因果関係
- (4) 弁護人の主張の検討、結論
- (5) 量刑

(1) 運行管理者Aの注意義務違反について、判決は、E社が採用することになった運転手Uについて、採用面接にあたったAは、Uが直近の勤務先では約五年間、大型バスの乗務をしていなかったことを把握していた、という事実を前提としている。

第一に、Aにとって、予見の対象は、「内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度で

は足りないが」、「Uが犯す具体的な過失行為や発生させる具体的な事故内容等現実の結果発生に至る因果の経過を逐一具体的に予見することまで必要ない」とする立場を明らかにしている。

この見解の内容は、「直接行為者であるUの大型バスの運転技量を信頼することができず、運転技量不足に基づく過失行為により死傷事故の結果を発生させる危険のある状況を認識していたといえれば、Uが発生させるかもしれない結果についても予見ができ、当然これを予防するための措置をとることができる」ということである。したがって、Aは、自らの運行管理の不十分さを認識した上で、Uの運転技量が十分でないこと、さらに、スキーツアー運転の経路の難しさから、運転ミスを犯して重大な事故を引き起こすおそれがあると予見できたとする。

そこで、運行管理者としての刑法上の注意義務は、次のようなことになる。重大事故を回避するためには、「必要な運転訓練を行うなどの指導教育を行って大型バスの運転に必要な運転技量を習得させ、Uに大型バスによる夜行日帰りスキーツアーの運行に必要な運転技量が

十分に備わっていることを確認してから、客を乗せた同スキーツアーの運行に従事させるべき」であつたとする。

以上から、AがUを本件スキーツアーの運行に従事させるに当たり、「道路運送法等の関係法令に従い、運行管理者として、前記刑法上の注意義務を果たすための前記措置を講じていれば、本件事故は、十分に防ぐことができた」と認められる。」として、回避措置が尽くされていれば結果を防げた、としたのである。

(2) 社長Tの注意義務違反について、判決は、(1)事故前の安全管理体制を、どのように理解していたかを明らかにした上で、(2)予見の対象はどのようなものかを示し、(3)結果回避措置を確認する、という段取りで検討をしている。

(1)安全管理体制に関しては、事故前年の平成二七年二月、E社は、関東運輸局東京運輸支局による一般監査を受け、点呼の実施、運転者に対する指導及び適正診断の実施が不適切であるといった法令違反を指摘され、Tは、Aとともに、具体的に改善指導等を受けていたのである。ところが、一般監査による指摘後も、Aは運行管理業務や安全管理体制の不備を一向に改めず、Tが点呼に關す

る提案をしても実現されなかつた。結果として、Tは、「Aの杜撰な運行管理や社内での安全意識の欠如を黙認していた」ことになる。

(2)Tの予見の対象は、「直接行為者であるUの大型バスの運転技量を信頼することができず、運転技量不足に基づく過失行為により死傷事故の結果を発生させる危険のある状況を認識していたといえれば、Uが発生させるかもしれない結果についても予見でき、当然これを予防するための措置をとることができるのであるから、予見可能性があつたと評価できる」とする。

(3)Tの回避措置である。「万が一にも、Uが運転技量の不足から前記峠道等で運転ミスを犯し、重大な事故を引き起こして乗客等が死傷することを回避するために、…(中略)…：同人の大型バスの運転技量の程度を把握し、その結果に応じて必要な運転訓練を行うなどの指導教育を行つて大型バスの運転に必要な運転技量を習得させ、Uに大型バスによる夜行日帰りスキーツアーの運行に必要な運転技量が十分に備わっていることを確認してから、客を乗せた同スキーツアーの運行に従事させるべき刑法上の注意義務を負っていた」というのである。

要するに、Tの回避措置として必要なことは、運転技量不足の運転手には運転させてはならない、ということである。

(3) 被告人両名の注意義務違反と本件事故との因果関係について、判決は、次のようにいう。

第一に、運転手Uは、大型バスで夜行日帰りのスキーツアーに従事した経験が極めて乏しく、大型バスの特性の理解が不十分であったという運転技量の不十分さと、危険感受性が低いため、突発的出来事への対応を間違え、反応が遅れがちであるという運転特性(判決では、直接過失との関係で、詳しい検討がなされている)が相俟って、本件事故と直結したものと評価できるとする。

第二に、「事業者であるTと運行管理者等であったAは、Uを大型バスによる夜行日帰りのスキーツアーの運行に従事させるに当たっては、道路運送法等の関係法令に従い、輸送の安全を確保するために、Uに同スキーツアーの運行に必要な運転技量が十分に備わっていることを確認してから、同人を同スキーツアーの運行に従事させなければならぬ刑法上の注意義務を負っていた。」  
そこで、TとAが、Uの大型バスの運転技量を把握、

確認するための前記措置を講じていれば、Uには必要な運転技量が不足していることがわかり、運転技量を習得させるまでは、「Uを本件スキーツアーに乗務させてはならず、そうしておけば本件事故は確実に防げた。」と判断している。したがって、「T及びAの注意義務違反による過失が競合し、それらの過失の危険性が本件事故の発生に結びついたと評価でき、本件においては因果関係が明らかに認められる。」としたのである。

(4) 判決は、このような因果関係があるとした上で、両被告人の弁護人の主張を検討し、結論に向かう。

この部分で、とくに注目すべきは、被告人側が、予見可能性について「現実的な危険性の認識」を必要と主張するのに対し、裁判所は、平成二九年六月一二日最高裁決定(刑集七一巻五号三二五頁)<sup>①</sup>の補足意見を引用して、予見可能性について論じている点である。すなわち、予見可能性は、「個々の具体的な事実関係に応じ、問われている注意義務ないし結果回避義務との関係で相対的に判断されるべきもの」(小貫芳信裁判官の補足意見)<sup>②</sup>であることを確認した上で、監督責任を問う場合に、  
TとAの権限、道路運送法等の義務、運行管理状況、  
②

Uの大型バスの運転技量に関する両名の認識等の「具体的な事実関係に基づき、刑法上の注意義務の有無を検討した」と反駁している。

以上から、本判決は、被告人兩名につき、業務上過失致死傷罪が成立する、と結論を示している。

(5) 判決は、被告人兩名を実刑としている。社長Tを禁錮三年、運行管理者Aを禁錮四年と、量刑上、区別している。その根拠は、判決文に、次のような差として現れている。

Tの過失は、「相当に重く、Uと直接の関わりはなかったものの、Aの杜撰な運行管理を改めるべき唯一の責任者であったことを踏まえると、結果に対する寄与度も大きい」とする。一方、Aの過失は、「悪質かつ非常に重大であり、Uに対する監督過失とはいえ、本件の結果に対する寄与度が相当大きかった」とする。

なお、判決文の次の表現は、被告人兩名に実刑を選んだ理由にもなっていると思われるので、引用する。

本件事故の直接的な原因はUの運転ミスにあるが、「Uの運転技量不足だけで本件事故は発生せず、Uを大型バスの運転者として本件スキーツアーに従事させたこ

とが本件事故発生の起・点となつて」(傍点は筆者) いる。さらに、判決文は言葉を次いで、裁判所として、遺族や被害者の心情を、量刑に当たり真摯に受け止めて判断した、と述べている。被害者参加人の意見の中に、懲役五年のものと禁錮五年のものがあつたことも触れられている。

### 〔評釈〕

#### 一 本件の争点

本件の争点について、本判決は、次の二点であるとする。

第一に、被告人兩名が、運転手の運転技量の程度を把握し、必要な運転訓練等を実施するなどして、大型バスの運転に必要な運転技量が十分に備わっていることを確認してから本件スキーツアーの運転業務に従事させるべき注意義務があつたのに、これに違反したか、である。ちなみに、運転技量とは、車両の特性の理解及び操縦運転の技量を示す。

第二に、同注意義務違反が認められる場合、二人のそ

の注意義務違反と本件事故の発生に因果関係が認められるか、である。

さて、検察官の問題提起Ⅱ起訴に対する返答としては、これで足りるであろう。しかし、本件事案における社長と運行管理者が、運転手といかなる関係において責任が問われるべきかを考察すると、本判決のいう争点把握では足りないことが明らかになる。さらに、考えを進めると、それぞれの注意義務の範囲の差異についても詳らかななる可能性がある。これらの課題は、右の二つの争点の検討の後に吟味する。

なお、道路運送法上、運行管理者と社長（事業者）との関係については、社長は、「事業用自動車の運行の安全の確保に関する業務を行わせるため」、営業所ごとに運行管理者を選任しなければならないとされており（同法二三条一項）、一方、選んだ以上、運行管理者がその業務として行う「助言」を尊重しなければならない（同法二三条の五第三項）、とされている。

## 二 予見可能性と結果回避措置

### (一) 運行管理者について

本件被告人である社長Tと運行管理者Aの注意義務に關して、本判決では、ほぼ同じ論理立てで捉えているが、判決では運行管理者について先に論じられているので、運行管理者の予見可能性と結果回避措置の内容を確認することから、はじめる。

運行管理者Aに予見可能性があったかどうかについては、次のような組み立てをしている。(ア)本件では、Uの直接過失に対する監督過失が問題となっているから、(イ)Aが、自社の運行管理業務の不備を認識している以上、(ウ)Uの大型バスの運転技量を信頼することができず、運転技量不足に基づく過失行為により、死傷事故の結果を発生させる危険のある状況を認識していたといえれば、(エ)予見可能性があったと評価できる、というのである。さらに、(オ)Uが犯す具体的な過失行為や発生させる具体的な事故内容等、現実の結果発生に至る因果の経過を逐一具体的に予見すること<sup>3)</sup>までは必要ないとする。

右の判決の論理構成を考えてみよう。過失犯罪の結果との関係で、行為者において何を予見するべきと捉える

かによって、過失犯の成否に大きな影響が生ずるのは当然である。仮に、現実になされた落度ある行為を監督者が予見するべきだと構成すると、予見可能性が認められる可能性は狭小になる。弁護側の見解としては都合の良いものであり、また、責任主義にこだわると、このような論説もあり得ないわけではない。

しかし、このような見解は、過失犯罪がいかなるものかについて、基本的な点で誤謬に基づくものといわねばならない。というのは、過失犯罪は、常に結果回避措置との関係で捉えるべきことを忘れてはならないからである。この問題を、判例を手がかりとして、考察する。

予見可能性と回避措置との関係を、単純な前後関係としてではなく、危険性がある状況において、関連付けて一緒に捉えるべきことを、明確に示したものとして、森永ドライミルク砒素中毒事件の判決（徳島地判昭四八・一一・二八判時七二一・六）がある。この事案では、事故の直接的要因は、製造課長において、工業用第二磷酸ソーダをミルクに添加させたつもりでいたが、現実には、工業用第二磷酸ソーダの粗悪品ですらない「松野製剤」とよばれる産業廃棄物（砒素を含有していた）

であったことによる。そのわけは、添加物の納入業者が、アルミ製造工程で産出されるものが外見上、第二磷酸ソーダに類似しているのに目をつけ、第二磷酸ソーダと偽って森永乳業徳島工場に納入したことによるのであった。

では、この場合の予見可能性はどのようなものであったのか。それは、ドライミルクを飲む消費者は乳児であるから、万が一にも毒物が混入しないように注意するべき義務があつたということである。予見可能性は、ドライミルクに添加される薬品に毒物が混入されたら、乳児の生命・身体に重大な被害が生ずるといふ危惧感である。そうであるとすれば、回避措置もおのずから明らかになる。毒物混入を回避するためには、第一に、添加される薬物の安全性を担保するために、第二磷酸ソーダの局方品や規格品にまちがないかを確認することである。第二に、製品を出荷する前に、化学的検査を行い、毒物のチェックをすることである。このように、回避措置は、危険がある状況で、どうしたら結果発生を防ぐことができるかという観点から、無理なく実施できるものであり、具体的結果（実際に発生したメカニズム）との関係では、

抽象的なものにとどまる。

森永ドライミルク砒素中毒事件の判決は、予見可能性と回避措置の相互関係を意識して、次の通りに述べる。

「予見可能性は結果防止に向けられたならんらかの負担を課するのが合理的であるということに裏付ける程度のものであればよく、この場合の予見可能性は具体的な因果関係を見とおすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかなないという程度の危惧感であれば足りる」(傍点は筆者)。その上で、結果回避措置との関係を、次のように捉えている。「当裁判所としては、結果発生を回避ならしめる措置は何であるかを考え、そのうえでどの程度の措置ならば当該行為者に命じても妥当であるかを特に絶対責任を課することにならないように配慮して、論ずる前提としての予見可能性を考えるのである」。

この判決は、食品を売る立場として、ミルク製造工場が出庫前に有毒物の検査をするのは、食品製造業者として不可欠の作業であるとするのである。

現実の事故内容を予見していなくても予見可能性がな

いとはいえない例としては、自動車事故を考えてみるとわかることである。たとえば、自動車を運転しているときに、急に雨が降ってきたとする。その場合は、平常時より事故発生危険度が高まるので、運転者は減速したり、昼間でもライトをつけたり、あるいは、降り方が甚だしいときは自動車を路肩に止めるなどの回避措置をとることが要請されるのである。それは、何丁目の交差点で、左側からバイクが向かってくるからという、具体的なものである必要はないのである。置かれた状況や要因の変化に応じて回避措置が生じるのは、合理的な危惧感に応じて回避措置が発生する考え方<sup>4</sup>として理解することができる。この考え方を、私は古川元晴先生と相談して、「合理的危惧感説」と呼ぶことにした。

さて、森永ドライミルク砒素中毒事件への裁判所の判断はどうであったのか。製造課長は、松野製剤のことを予見できなかったから無罪だと主張をしていたが、それは斥けられた。判決では、製造課長について、直属の部下従業員を指揮監督すべき立場にあったのに、それを怠った監督上の過失責任があるとして、禁錮三年の実刑が言渡されたのである。



## (二) 社長について

社長Tの注意義務違反については、本判決は、まず、関係法令の検討からはじまり、行政庁（運輸局）からどのような指導を受けていたかを確認した上で、運行管理業務がどのようなようになっていたかを明らかにし、刑法上の注意義務を示している。

道路運送法等の関係法令との関係では、(a)輸送の安全を確保するための種々の義務主体を、事業者と規定した上で、(b)事業者に専門的知見を有する運行管理者を選任させ、強い権限を与えてその義務履行のための実際の業務に当たらせ、(c)事業者によるその助言を尊重させるとともに、運行管理者に任せきりにすることなく、事業者として運行管理者を適切に指導監督する義務を負わせ、(d)事業者と運行管理者が一体となって輸送の安全を確保するための運行管理業務を遂行する義務を負わせたものとしている。

このように、本判決が、道路運送法等の関係法令から説き起こしているのは、かつて、川治プリンスホテル事件（火災等により四五名死亡）に関して、最高裁が、経営管理業務を統括掌理する最高の権限を有する者に対し、

直接過失の失火者とは別に、防火防災対策の義務があることを明らかにするため、建築基準法令を確認するところからはじめ、管理者的地位にある者こそ、その義務を負っていることを示した「手法」にならったものと解される。当の判決は、「被告人において、あらかじめ消防計画を作成してこれに基づき避難誘導訓練を実施するとともに、右の防火戸・防火区画を設置していれば、双方の措置が相まって、本件火災による宿泊客等の死傷の結果を回避することができたものと認められる。」と判断している<sup>⑤</sup>（最決平二・一一・一六刑集四四・八・七四四）<sup>⑥</sup>。

さて、本件における社長Tは、自社の運行管理業務や安全管理体制についてどのように認識していたかという点、遅くとも事故の三か月前の時点で、「Aが運行管理者等としての役割を全く果たそうとしておらず、および不適格であり、自社の運転者らに運転技量不足、過労や体調不良等の問題があった場合、いつ死傷の結果を伴うバス事故が起きてもおかしくない状況」であったというのである。これは、前記川治プリンスホテル事件において、「被告人は、同ホテルの防火防災対策が人的にも物

的にも不備であることを認識していた」と事実認定されていたのと同質である。にもかかわらず、Tは、「前記のような問題意識を持ちつつも、結果として目先の仕事をこなして利益を確保することを優先し、ベテラン運転手らの運転経験に寄りかかったAの杜撰な運行管理や社内の安全意識の欠如を黙認していたと認められる。」という状態にあったのである。

そこで、Tの予見の対象は、Aの場合と同様ということになる。なお、回避措置については、TがAを介して行う部分も加わるため、表現に差が出ている。すなわち、「TがUを本件スキーツアーの運行に従事させるに当り、事業者として自ら又は運行管理者等であるAを指導監督して、道路運送法等の関係法令に従い、事業者として前記刑法上の注意義務を果たすための措置を講じていれば、本件事故は、十分に防ぐことができた」と認められる。」と結論づけている。

その後、判決は、同業他社では、実技試験、運転訓練などをして、必要な運転技量を習得したと認めてはじめて客を乗せた運行に運転者を従事させていたことを確認し、Tがそれらをできなかつた理由はない、としている。

### 三 因果関係

すべて刑事責任を問うためには、行為と結果との間に因果関係がなければならぬ。本事例では、社長の管理行為（判決は監督行為とする）ならびに運行管理者の監督行為と、運転者の直接過失による結果との間に、原因と結果の関係が認められる必要がある。

その点では、すでに確認したように、TとAは、Uの運転技量が十分に備わっていることを確認せず<sup>①</sup>に運行に従事させるという注意義務違反を犯しており、そのためUの大型バスの運転技量不足によつて、本件事故が生じたのである。したがつて、二人の「過失の危険性」が本件事故の発生に結びついたと評価できるから、因果関係が認められるのである。

因果関係の存否については、故意犯と過失犯では異なる面がある。故意犯では、行為者は、結果の発生を意欲して、結果惹起にふさわしい行為を行う。たとえば、相手を殺害するため、ピストルを撃ち、弾丸が心臓に命中して心臓を停止させれば、行為者の行為と被害者の死亡との間に因果関係が認められる。

一方、本件において、たとえば、運行管理者Aが、運

転当日の対面点呼において、同乗のベテラン運転手であるKに対し、「山道の運転は、Uにさせず、Kがせよ。」と指示をしていたのに、Uが言うことを聞かず山道の運転をしたため、事故を惹起したときは、運行管理者の過失行為（一言でなくなるとはいえない）と事故の結果の因果関係は微妙である。その点に気がついたかどうか不明であるが、Aは公判において、「Kに対し、山道の運転はKがするように言ったつもりである。」旨の供述をしている。ただし、判決は、他の運転手の供述などを参照の上、そのような指示はしていなかった、と事実認定している。

#### 四 管理過失と監督過失の区別

本判決は、Tの刑事責任に関して、こともなげに「監督過失が問題となっている」と述べており、監督過失と管理過失の区別を意識していないことは奇異に思われる。監督過失というのは、本件の運行管理者Aにおいて見られるように、運転手に対して必要な運転技量を習得させたり、運転当日は対面点呼をして、運転者の健康状態を直接観察し、さらに、適切な運転経路を指示するなど、

従業者が不適切な行為をして結果を発生させないように監督する、という注意義務に反することである。森永ドライミルク砒素中毒事件でいえば、製造課長の監督責任は、部下に命じて、納入された薬品が第二燐酸ソーダかどうかを確かめさせ、さらに出荷する予定の製品に毒物などが混入していないかどうかの化学的検査をするよう命じ、実行させることである。それらを怠れば、監督過失ということになる。

これに対し、管理過失は、「管理者等による物的設備・機構、人的体制等の不備それ自体が結果発生との関係で刑事過失を構成しうる場合<sup>8)</sup>」を指すといわれている。川治プリンスホテル事件に関していえば、その直接過失は、建設会社作業員の不注意から、切断機の炎によって火災が発生したものであるが、火災によって宿泊客や従業員の死傷の結果（四五名死亡、二二名負傷）が発生した要因は、事前の消防計画の作成や避難訓練を実施していなかったこと、ならびに、防火戸・防火区画の設置の不備にあったのである。そのような防火防災対策は、企業の経営者や管理者的地位にある者だけがないうるものであり、それを怠った点は、管理過失として捉え

るべきである。また、あずみの里事件<sup>(9)</sup>と呼ばれる、特養における介護者の業務上過失致死事件では、むしろ、施設管理者が事故防止に向けた人的・物的な配慮をしていなかったという管理過失が問われるべきであった<sup>(10)</sup>と思われる。

本件においては、社長Tは、運転手Uの運転技量不足を認識していたのであるから、Uに大型バスによる夜行日帰りスキーツアーの運行に必要な運行技量が十分に備わるまでは運行に従事させてはならないという回避措置をとるべきであったが（この部分は、運行管理者と重なる監督過失に当たる）、社長には、他にも、事故防止に向けた回避義務が、次のようにある。

- (ア) 企業組織内に、安全管理体制を構築する。
- (イ) 雇入れの際の運転者の運転技量の確認、雇入れ後の乗務前後の対面点呼、乗務前の運転指示等の運行管理業務の実施の徹底。
- (ウ) 恒常的な運転者不足の解消。
- (エ) 運転手の健康状態の把握。
- (オ) バスの自動化が進んでいるので、運転者に操作方法や特性を理解させ、運転訓練を実施すること。ちな

みに、本件バスのギアはフィンガーコントロールトランスミッション（FC TM）と呼ばれる電子制御式の六速マニュアル変速ギアであった。

なお、(オ)に関する事実認定に関して、UはFC TMの大型バスの車両特性の理解及び操縦運転の技術が不十分であったとされている。

これらを含めて、企業がシステムとして、輸送の安全を確保するため種々の義務を負う場合に、その業務執行権限を有しているのは、代表取締役をしているTにほかならないのであり、それに関して注意義務を欠く場合が管理過失なのである。

森永ドライミルク砒素中毒事件においては、製造課長のほかに、工場長が起訴され、無罪となっているが、これは管理過失に対する無理解によると、批判したい。判決は、工場長が事務系出身であることから、専門技術上の問題に関して職責外のこととしている。しかし、事務系であればこそ、大所高所から食品の安全を第一とした注意喚起を、製造課長等を通して工場全体に行き渡らせるべきであり、工場責任者として管理過失責任が問われるべきであった。

ここで、管理過失と監督過失の関係についてふれておくと、一般に、前者が後者を含む関係にあるといえよう。したがって、運行管理者については監督過失であるが、社長については、監督過失を包含する管理過失として責任が問われるべきと考える。

## 五 過失の共同正犯

本判決は、社長と運行管理者の注意義務違反について、「過失が競合」していると構成しているが、疑問である。

「競合」という概念は、TとAはそれぞれ単独犯であつて、たまたまある部分で重なっているにすぎないという理解である。しかし、本事例における社長と運行管理者の関係は、それとは異なることが事実として確認されている。それというのは、両者は、運転手の運転技量不足を知っていたのであるから、乗客の安全のために、相互に指摘し合う責任があつたからである。両者は、結果回避のために相互利用補充関係にあり、過失の共同正犯が成立すると解される。

なお、社長と運行管理者では、前者が後者を選任するという関係にあるが、関係法令は、両者が一体となつて

運行管理業務を行うことを要請しているのであるから、相互利用補充関係を認める妨げにはならない。

ここで、過失の共同正犯が認められた判例を紹介しておこう。電話ケーブル失火事件は、MとNの二人が、作業をしていた地下洞道から出るにあつて、トーチランプの火を消したかについて、自らのものも確かめず、相手のものも確かめずに出たため、結局はどちらかのトーチランプから防護シートに着火し、電話ケーブルと洞道壁面を大規模に焼損したというものである。MとNは業務上失火罪（刑一一七条の二）に問われたのである。

判決は、①共同作業がどのようなものを明らかにした上で、②どのような場合に、相互利用補充関係が認められるかを示している（東京地判平四・一・二三判時一四一九・一三三三）。本件考察の参考になるので、引用する。①「数名の作業員が数個のトーチランプを使用し共同作業を行い、一時、作業を中断して現場から立ち去るときには、作業慣行としても、各作業員が自己の使用したトーチランプのみならず共同作業に従事した者が使用した全てのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の

注意義務が共同作業員全員に課せられていたことが認められる」。②「社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用、補充による共同の注意義務を負う共同作業員が現に存在するところであり、しかもその共同作業員間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業員に対し過失の共同正犯の成立を認めたと、発生した結果全体につき共同正犯者としての刑事責任を負わしめることは、なんら刑法上の責任主義に反するものではない。」

さて、本件において、社長と運行管理者は、安全確保の注意義務、とくに回避措置の面で、相互利用補充関係にあるのであるから（判決自体、両者は「一体となつて」と表現している）、その点において、どこかに落度があるため事故が発生した場合は、過失の共同正犯が成立し、犯罪的結果全体について二人は責任を負う、と解すべきである。

なお、手続の面では、公判中に、検察官から、過失の共同正犯を問う、とする訴因変更（刑訴三二二条）が申し立てられるべきであったものである。

## 六 量刑に関して

本判決の量刑との関係で、いくつか意見を述べたい。

第一に、刑種に関して、禁錮でよいのかという点である。もつとも、わが刑法も、近いうちに（令和七年六月一六日まで）、懲役と禁錮は拘禁刑に単一化されるが、現在はまだ、懲役が重い刑であり（刑一〇条一項本文）、本事案の重大さに鑑みて、禁錮でよいとは思えない。

第二に、社長が禁錮三年、運行管理者が禁錮四年とされており、企業のトップが中間管理職より刑罰が軽いという点である。運転手が大型バスの運転技量を磨くことなく、実地についたことの背景には、会社が全体として安全第一のシステム作りを怠っているというE社の企業風土が横たわっていると思われる。判決文中に、社長は、「安全確保の最終的責任を負う立場にあつたのに、目先の利益を優先して」といるとの文言が見出されるのは、その証左である。

企業が関わる過失犯罪において、個人に、企業における立場や権限を考慮して刑事責任を科すのは当然である。ただし、管理過失（私見では、社長の責任の根拠）については、実務上、十分な理解がなされていない現状から、

量刑以前の問題がある。

あずみの里事件では、当該判決も指摘するように、「配膳すべき間食の形態を容易に確認できる職場の体制」を用意していない施設管理者は、起訴さえされていない。また、やや視野を広げてみると、現場の行為者が処罰される一方、それを管理し監督する立場の者が罪を免れるのは、わが国では少なくない。明石花火大会の歩道橋事故における刑事司法上の処理にもそれが見える。この事故は、平成一三年（二〇〇一）七月二十六日、兵庫県明石市の朝霧歩道橋で、花火大会の参観者が雑踏の中で転倒するなどして、一人が死亡し、一八三人が傷害を負うというものであった。神戸地検は、警察署の現地指揮官と開催した市の幹部を業務上過失致死傷罪で起訴しながら、所轄警察本部で指揮・監督する立場にあった所轄警察署の署長と副署長については不起訴としている<sup>11</sup>。

この問題の根底には、権力的立場の者が起訴されにくい、わが国特有の「刑事司法」<sup>12</sup>という大きな課題が存在することを確認しなければならない。

本件に戻って考えると、規範的責任の重さは、直接過失を犯した実行者との人的関係の近さではなく、人的関

係に関する権限の強さや企業の安全意識を形成する立場にあったかどうかを考慮すべきと思われる。そうすると、規範的に責められるべき第一の人は、社長である。社長の刑事責任は、運行管理者のそれより重くなるのが当然である。

## 七 本判決の射程

これまでの裁判例の中には、企業のトップの過失責任に対して消極的姿勢のものも見受けられた。そのたび、個人に対して責任が問えないならば、企業処罰が必要との所説（たとえば、組織罰説）が展開されたりしている。しかし、私は、このような法人処罰説には賛成しかねる。その理由は、犯罪的な結果を惹起させないために肝要なことは、畢竟一人ひとりの人間の心に規範力を呼び起こすものでなければならぬからである。その点で、企業制裁の方策は、企業経営者にとっては痛くも痒くもないのであり、せいぜい金を払えばいいのだろう、という反応を招くにすぎないと思われる。このように、企業処罰をしてみても、責任は稀釈化され、個人の規範力を呼び起こすには繋がりにくい<sup>13</sup>。

さて、改めて、本判決の最大の収穫を確認すると、バス運行会社の社長と運行管理者という、輸送安全を担う企業のトップ層に対し、現場の運転手の過失とは独立して、刑事責任（私に言わせれば、管理過失と監督過失）を認めたところにある。しかも、その基盤には、予見可能性と回避措置を同時に捉え、死傷結果の危険のある状況を認識していたとすれば、予防するための措置をとることができたはずとする、過失犯論の支えがある。その意味において、バスに限らず、船<sup>14</sup>、鉄道、飛行機など、多数の乗客の命を預かる公共交通機関における事故などにも当てはめることができる、根拠となる「法理」を、本判決は示したものと受け止めることができる。

本判決を契機として、合理的な危惧感を基に回避措置を捉える思考が企業活動に浸透することを期待するものである。

## 八 過失犯判例の二系列

ここまで、本判決の評釈を試み、その射程にも触れてきたが、今後、判例がどの方向に向かっていくか、気になるところである。その点では、過去の判例の整理が必

要となる。<sup>15</sup>

この問題について、私は、従来の判例を二つの系列に整理することができるのではないかと考えている。二つの系列なるものは、結果として図1に示したように、合理的危惧感説によるものと具体的予見可能性説によるものとの整理できる。

では、より根本的な区分の根拠はどのようなものか。私は、次のような仮説を立ててみたい。Ⅰ系列に属する判例は、基本的に、行為者自身が結果発生を回避しようとするのできるのに、回避をしなかった場合である。Ⅱ系列に属する判例は、行為者だけでは結果を回避できず、立場の異なる他者の協力あるいは共同作業が必要な場合である。このような視点から、全体の一部にすぎないが、いくつかの判例を見てみよう。

Ⅰ系列に属する事例として、弥彦神社事件<sup>16</sup>をとりあげると、第一審（巻簡裁<sup>まき</sup>）は、前年に起きた混乱は「餅まき終了時」におけるものだったのに対し、事故は「餅まき終了後」に起きたものであり、同一視することはできないとして、無罪とした。具体的予見可能性説の思考に従えば、こうなる可能性がある。これに対し、最高裁は、日常生



図1 過失犯に関する判例の2系列

輸送安全を担う企業トップの過失犯（船山）

	I 系列 〔合理的危惧感説によるもの〕	判例年月日（和暦）	II 系列 〔具体的予見可能性説によるもの〕
		昭 ③⑩ (1955)	③⑩
		④⑩	④⑩
弥彦社社事件・有罪	— 42・5・25 最決		41・12・20 最判 — エンスト・発進・衝突事件・運転手無罪
森永ドライミルク砒素中毒事件・有罪	— 48・11・28 徳島地判		
	⑤⑩		⑤⑩
カネミ油症事件・有罪	— 53・3・24 福岡地小倉支判		51・3・18 札幌高判 — 北大電気メス事件・執刀医無罪
	⑥⑩		⑥⑩
熊本水俣病事件・有罪	— 63・2・29 最決		
	平		
後部荷台に人も乗る事件・有罪	— 元・3・14 最決		
川治プリンスホテル事件・有罪	— 2・11・16 最決		
電話ケーブル失火事件・有罪	— 4・1・23 東京地判		
	⑩⑩ (1998)		⑩⑩
ニセコアンスプリ「春の滝」雪崩遭難事件・有罪	— 12・3・21 札幌地小樽支判		
生駒トンネル火災事件・有罪	— 12・12・20 最決		
	⑫⑩ (2008)		⑫⑩
			24・1・11 神戸地判 — 福知山線脱線事故事件・本部長無罪
			25・2・20 神戸地判 — 明石歩道橋事故事件・副署長免訴
柔道指導事故事件・有罪	— 26・4・30 長野地判		29・6・12 最決 — 福知山線脱線事故事件・3社長無罪
	平		
	⑬⑩ (2018)		⑬⑩
			31・3・25 長野地松本支判 — あずみの里事件・準看護師有罪
	令		令2・7・28 東京高判 — あずみの里事件・準看護師無罪
駐車トレーラー追突致死事件・無罪	— 3・4・8 金沢地判		
軽井沢バス転落事件・有罪	— 5・6・8 長野地判		

船山『刑法を学ぶための道案内』法学書院、平成28年、144頁を改訂。

活の感覚を重視して、予見可能性を次のように捉えたのである (最決昭四二・五・二五刑集二一・四・五八四)。「餅まきの催しを計画実施する者として、参拝のための多数の群衆の参集と、これを放置した場合の災害の発生とを予測することは、一般の常識として可能なことであり、また当然にこれらのことを予測すべきであったといわなければならない」。その上で、企画担当者が、どのような回避措置をとるべきであったかを判示している。被告人らとしては、「あらかじめ、相当数の警備員を配置し、参拝者の一方交通を行う等雑踏整理の手續を講ずるとともに、右餅まきの催しを実施するにあたっては、その時刻、場所、方法等について配慮し、その終了後参拝者を安全に分散退出させるべく誘導する等事故の発生を未然に防止するための措置をとるべき注意義務」があるとしている。

I系列に属するもので、スポーツ指導者について、高い程度の注意義務が必要である旨を明言したのが、柔道指導事故事件<sup>17</sup>の判例である (長野地判平二六・四・三〇<sup>18</sup>LEX/DB インターネットTKC法律情報データベース 文献番号25503851)。弁護人は、柔道界の一般

的な知見では、頭部を直接打たなければ急性硬膜下出血などを発生することはないと思っていた、と主張した。これに対し、裁判所は、技量が未熟で受け身が十分に習得されていない年少者に対し、指導者が力の加減をせずに投げれば、頭を直接畳に打ちつけなくても、その衝撃によって、脳損傷などの傷害を負う危険があったと捉えて、有罪を言い渡したのである。判決が、「適切な力加減」の必要性を明確にしたことは、過失犯において回避措置を重心に考えるべきこと (私は、「回避措置重心説」<sup>19</sup>と名付けている) を確認したものととして評価したい。

II系列に属する事例として、エンスト・発進・衝突事件<sup>20</sup>がある。この事例では、事故回避はPの行為のみできるわけではなく、Qによる行為との相関関係で決まるといえる。協力あるいは分担する関係においては、過失犯の注意義務を限定する必要がある。判決は、次のように述べて、Pに無罪を言い渡したのである (最判昭四一・一二・二〇刑集二〇・一〇・一二一二)。「自動車運転者としては、特別な事情のない限り、右側方からくる他の車両が交通法規を守り自転車との衝突を回避するた

め適切な行動に出ることを信頼して運転すれば足りるのであって、本件Qの車両のように、あえて交通法規に違反し、自車の全面を突破しようとする車両のありうることまでも予想して右側方に対する安全を確認し、もつて事故の発生を未然防止すべき業務上の注意義務はない。」これは、交通事故に信頼の原則を用いたものと評価されたものである。

次に検討する北大電気メス事件<sup>21</sup>は、チーム医療において、執刀医の予見可能性に関して具体的予見可能性を用いた（そして無罪とした）点で、Ⅱ系列に属するものである。札幌高裁は、次のような判断を、執刀医Rに対して行ったのである（札幌高判昭五一・二二・一八判時八二〇・三六）。被告人Rにとつて、「ケーブルの誤接続のありうることについて具体的認識を欠いたことなどのため、右誤接続に起因する傷害事故発生の予見可能性が必ずしも高度のものではなく、手術開始直前に、ベテランの看護婦である被告人Sを信頼し接続の正否を点検しなかったことが当時の具体的状況のもとで無理からぬものであったことにかんがみれば、被告人Rがケーブルの誤接続による傷害事故発生を予見してこれを回避すべく

ケーブル接続の点検をする措置をとらなかつたことをとらえ、執刀医として通常用いるべき注意義務の違反があったものということはできない」として、Rは無罪であるとしたのである。一方、Sに対しては、予見可能性があつたはずだとして、有罪としている。チーム医療の場合、道路交通の場合と異なり、そもそも加害者（医療従事者）と被害者（患者）は危険防止を分担すべき当事者ではないから、信頼の原則を適用するべきではないと考える。本事例をⅡ系列として扱つた（具体的予見可能性説で処理しようとした）裁判所の選択に問題がある。手術を受けている患者自身は何もできず、いわば命を医者に預けている場合であり、しかも執刀医は手術の主宰者として看護婦に指示命令することができた。執刀医は、電気メスの感触がいつもと違うと感じたなら、どこかに間違いや不具合があるにちがいないと、合理的危惧感を抱き、原因を説明してから手術を再開すべきである。執刀医の回避措置一つで重大な結果発生を未然に防止できたはずのものと云わねばならない。

さて、軽井沢バス転落事件に戻つて考えてみよう。私は、判決文が明らかに合理的危惧感説に沿つた判断のし

かたを示していると思うのでI系列に属せしめたが、前述の区分の根拠と合致しているだろうか。すなわち、行為者自身が結果発生を回避しようとするればできるのに、回避をしなかった場合なのか、ということである。その疑問が生ずるのは、本件被告人は二人であり、かつ、私見によれば、社長と運行管理者は共同正犯である。しかも、直接過失を犯した運転手もいる。

答は「しかり」である。というのは、本件は、三人のうち、一人でも合理的危惧感に基づいて回避措置をとれば事故を防げた場合であったからである。運行管理者が、運転手の運転技量の習熟を待つて実地につかせれば事故は防止できたのである。社長が運行管理者に任せきりにするのではなく、企業の最高責任者として運行管理者に適切な指導をしていれば、運行管理者に本来の注意義務を発揮させることは可能だったのである(管理責任)。

さらに、運転手についても、自分が大型バスの運転技量が未熟であることを自覚していたのであるから、会社から山岳夜行バスの運転を命じられたとしても、「習熟するまでは、できません。」と拒否すればよかったのである。この三人の中の一人でも、自分に課せられている

注意義務を尽くせば、事故は予防可能だったのである。また、職を失いたくない運転手が致し方なく、運転命令に従った場合、確氷バイバスの部分だけでも、交替運転手として同乗していたベテランのK運転手に交替しても例えば、結果回避は可能だったのである。

人はとかく、これしか方法がないと思う心境に陥ることがあるが、一歩離れてみると、生きる術は見えてくるものである。

企業活動に伴う過失犯罪は、チェルノブイリ原発事故(一九八六年)から東京電力福島原発事故(二〇一一年)に至る過程、それでもやめようとしないう人間行為の様相の例に示されるように、現代社会の抱える宿痾のようにも思える。しかし、洞察力と責任感のある人間が取り組むべき課題の一つである。私は、ここで提案した二系列に対する仮説の検証をしつつ、刑法の役割に沿って考察を深めると述べて、筆を擱くこととする。

(1) この裁判は、尼崎JR脱線事件において、事件当時、鉄道本部長であった者に対する裁判(神戸地判平二四・一・一一・二二 LEX/DB インターネットTKC

法律情報データベース・文献番号25480439」とは別に、JR西日本の相談役、会長、社長だった歴代の三社長が強制起訴（検審四一条の六）されたものである。

(2) 小貫補足意見は、予見可能性だけ一方的に考えて回避措置を設定するのではなく、どのような回避措置が可能かを考えて、予見可能性の幅を考慮する。この論理によると、尼崎JR脱線事件では、過大な義務を刑罰をもって強制することになるから不都合であるが、本件では、大型バスの運転に必要な運転技量の習得をさせてから実地につかせればよいので、小貫補足は有罪の理由づけに使えるのである。

(3) ここまでは、具体的予見可能性説の表現である。これによると、刑事責任を問う前提としての予見可能性は、「当該罰条によって刑事責任を問うに値する程に具体的に高い可能性の予見可能性」を必要とする（松宮孝明『刑法講義総論（第五版補訂版）』成文堂、平成三〇年、二二〇頁）。

(4) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、昭和五〇年）が、「予見可能というためには、結果発生にいたる具体的因果過程の予見までは必要でなく、一般人ならばすくなくともその種の結果の発生がありうる」として、具体的な危惧感をいなく程度のものであれば足りる」（二四〇頁）とするのと、同趣旨である。

(5) 被告人の予見可能性については、「いったん火災が起

れば、発見の遅れ、初期消火の失敗等により本格的な火災に発展し、建物の構造、避難経路等に不案内の宿泊客等に死傷の危険の及ぶ恐れがあることはこれを容易に予見できた」としている。

(6) この判決に対する私の評釈として、「ホテル火災と経営者の業務上過失責任―川治プリンスホテル事件―船山『刑法の役割と過失犯論』北樹出版、平成一九年、二一九頁。

(7) ここに、不作為犯の問題もある。不作為犯における因果関係は、「その予期された行為があったとすれば、結果を防ぎ得たか否か」という問題の立て方をする必要がある（日沖憲郎「因果関係」『刑事法講座第一巻刑法（一）』有斐閣、昭和二七年、一八七頁）。

(8) 三井誠「管理・監督過失をめぐる問題の所在」刑法雑誌二八巻一号一八頁。

(9) 事案は、特別養護老人ホームに准看護師として勤務していた被告人が、間食を提供する際、八五歳の女性利用者には、ゼリーなのにドーナツを配膳したため、利用者は喉頭ないし気管内異物による窒息に起因する心肺停止状態に陥り、約一か月後、低酸素脳症により死亡したというものであった。

(10) この件では、平成三二年三月二五日、長野地裁松本支部は、被告人に罰金二〇万円の有罪判決を言い渡した。私の評釈として、「組織内の個人過失における期待可能性

―あずみの里事件を手がかりに―」日本法學八五卷二号二八九頁。控訴審の東京高裁は、令和二年七月二八日、被告人に無罪を言い渡している(判時二四七一号一二九頁)。

(11) その後、副署長(署長はすでに死亡)は、神戸檢察審査会による二度の審査(二度目は「起訴議決」と呼ばれる)により、指定弁護士により起訴されたが、第一審で過失は認められなかった(神戸地判平二五・二・二〇判例集未登載)。

(12) 日本の檢察官は、「上向きの訴追は弱」く、下向きには強いと批判されている。この点に関する指摘して、デイヴィッド・ジョンソン著、平山真理子訳「日本の『蜘蛛の巣』の司法と檢察の活動」後藤昭責任編集『刑事司法を担う人々』岩波書店、平成二九年、二九頁。

(13) もう一つ注意しなければならない点として、仮に法人(組織体) 処罰を取り入れた新立法がなされたとしても、それは今後発生する犯罪についてのみ、適用可能である。遡及処罰の禁止の原則が働くからである。

(14) 令和四年四月二三日に発生した知床観光船沈没事故(二六名死亡)を思う。

(15) 過去の判例から現在が理解できることは、E・H・カーが次のように述べていることと符合する。「現在は過去の光に照らされて初めて十分に理解できるようになる」(E・H・カー著、近藤和彦訳『歴史とは何か・新版』岩

波書店、令和四年、八六頁)。

(16) 昭和三十一年一月、新潟県弥彦村の弥彦神社で、参拝に訪れた群衆が将棋倒しになり、一二四名の死者が出た。事故は、深夜零時過ぎ、参拝を終えて帰る人々の流れと、これからお参りに向かう人々の流れとが神社の石段付近でぶつかり合ったのが発端である。権宮司(宮司の下)らが起訴された。

(17) 平成二〇年五月二七日、松本市の柔道場において、G(講道館柔道四段)は、H(小学六年)の乱取り稽古をした際、Gは「片襟体落とし」の技をかけ、Hは、背中や腕の辺りから畳に打ち付けられた。Hは、救急車で病院に搬送され、急性硬膜下血腫の緊急手術を受けたが、意識障害を伴う後遺症を負った。

(18) この判決に対する私の評釈として、「柔道指導における過失責任」日本法學八〇巻四号三七五頁。

(19) 船山泰範「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』成文堂、平成二六年、四一一頁。

(20) Pは、自動車運転をして、交通整理のない交差点を右折する途中、中央付近でエンストを起こし、低速で発進する際、左側のみを注意して右側方に対する安全の確認を欠いたまま発車した。右側方からバイクでやってきたQに気づいたのは間が約五メートルになってからで、Pは急停車したが間に合わず、自動車をバイクに衝突さ

せ、Qに約一〇〇日の治療を要する傷害を与えた。

(21) 昭和四五年、北大医学部付属病院で行われた二歳半の患者に対する動脈管を大動脈との分岐点で切断する手術に際し、手術自体は成功したが、手術に用いられた電気メス器の対極板付ケーブルのプラグとメス側ケーブルのプラグを交互に誤接続したため、対極板を装着した患者の右下腿部に高周波電流が流れ、二度の熱傷を生じ、そのため下腿切断のやむなきに至った。

(22) 運転手が死亡したため刑事責任が検討されていないが、クビを恐れて拒否できなかった点については、期待可能性の問題がある。

(23) この事故を中心に、国民の安全を守る刑法のあり方を検討したものとして、古川元晴・船山泰範『福島原発、裁かれないでいいのか』（朝日新書・平成二七年）がある。





# 民事執行における第三者からの債務者 財産に関する情報取得制度について

吉田純平

- 一 はじめに
- 二 民事執行における債務者の義務
- 三 民事執行手続における情報提供義務
- 四 第三者からの情報取得手続
- 五 まとめに代えて

## 一 はじめに

令和元年の民事執行法（以下「民執」という。）改正により、執行債務者（以下、本稿では「債務者」という。）の財産状況を調査するための手続として、第三者から債務者の情報を取得する手続（以下、「情報取得手続」という。）が新たに設けられた。これは、金銭債権の強制執行（金銭執行）について債務名義を有する執行債権者（以下、本稿では「債権者」という。）や一般の先取特権を有する債権者の申立てにより、執行裁判所が、債務者以外の第三者に対して、債務者の財産に関する情報の提供を命ずる旨の決定をし、この命令を受けた第三者が、執行裁判所に対し、当該情報を提供する手続である。本稿は、創設後数年が経過して、実務の実績がある程度蓄積され、また学説上の議論もいくらか現れてきた現状において、改めてこの制度の理論的問題点について若干

の検討を行うものである。とくに、第三者が債務者に関する情報を提供することが義務付けられる際には、その基礎として、債務者の情報が明かされることの許容性の問題、とくにプライバシー権との関係や、第三者が情報提供を義務付けられることの正当性の問題を明らかにしなければならないところ、本稿では、これについて検討したうえで、個々の制度との関係を明らかにしたい。

## 二 民事執行における債務者の義務

### 1 金銭執行の申立てにおける債権者の責任

金銭執行の申立てに際して、債権者において個別に対象となる財産を個別に指定し、対応する執行機関に対して執行を申し立てなければならないが、したがって、単に金銭執行の申立てに基づいて、執行機関が職権で探知し選択して執行手続を行うわけではない<sup>(1)</sup>。したがって、金銭執行においては、債権者が債務者の財産を特定しなければならないが、債権者が債務者の有する財産を認識しない場合には、事実上金銭執行の申立てをすることができない。また、民事執行法は、各種財産権に対する執行の申立てにおいて、財産の特定が要求される（民執規21条3項、同23条、同133条2項）<sup>(2)</sup>。特に、債権執行においては、対象となる金銭債権の特定のために債権に関する詳細な情報を知る必要があり、たとえば預金債権に対する差押命令の申立てに際して、預金口座がある金融機関の支店を特定しなければならないが、債権者にとって困難であることが議論の対象であることは周知のとおりである（後述）。債権者は、自らの権利を実現するために、債務者の財産を探索するために一定の努力をしなければならないことは当然であるとして、それが過度に要求されたり、一定の努力によっても申立てをすることが出来ない状況が生じるのであれば、それは民事執行の制度として欠陥といえる。

他方、債務者にとっては、債務名義の存在により、その義務（金銭債権であれば支払義務）は、高度の蓋然性をもって確定しており、執行手

続に対して誠実に服する手続上の義務を負うといえる。

## 2 債務者のプライバシー権と民事執行

債務者の財産状況に関する情報を強制的に得る必要があることは是認しうるとして、そこでは債務者のプライバシー権の侵害が問題となる。プライバシー権は、憲法13条の幸福追求権から導き出される人権の一つであり、最高裁の判例によっても認められている<sup>(3)</sup>。プライバシー権は、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」であると定義され、個人の尊厳を保ち幸福を追求するうえにおいて必要不可欠な権利であるとされる<sup>(4)</sup>。このプライバシー権は、しばしば表現の自由、知る権利、情報公開請求といった憲法上の他の価値と衝突するが、本稿における問題においては、債権者の財産権との衝突といえる。プライバシー権の侵害がどの程度許容されるか、すなわちどのような場合に違憲となるかについては、いかなる事柄について情報が公開されるかによって異なるが、財産状況に関する情報は、一般的にプライバシーと考えられるものに当たるだろう<sup>(5)</sup>。このようなプライバシーの侵害が正当化されるのは、立法目的が重要なものであり、規制手段が目的と実質的な関連性を有するか否かが基準となると解する<sup>(6)</sup>。

## 三 民事執行手続における情報提供義務

### 1 第三債務者の陳述義務

前に見たように、債権者がその債務名義のある権利を実現するために、債務者の財産状況に関する情報は、プライバシー権に関わらず、必要な限りで提供されなければならないが、これが誰により、どのような手続を経て提供されるべきかについて、より実効性のある執行という目的から考慮されるべきことであろうが、これまでの民事執行手続に存してきた情報提供制度から、情報提供者に課せられる義務の適切な範囲を考察したい。

まず、債権執行における第三債務者の陳述義務がある。金銭債権を対象とする執行においては、申立てに際して対象となる債権を他の債権に対して識別できる程度に特定しなければならない（民執規21条3号、133条1項・2項）。すなわち、債権者は、第三債務者を表示し、差し押さえられるべき債権（以下、「被差押債権」という。）の種類および額その他の債権を特定するに足りる事項を明らかにしなければならない。特に、被差押債権が預金債権である場合には、実務上、預金の取引や管理を店舗ごとに行っていることから、預金口座を取り扱う支店を挙げるのが、被差押債権の特定のために必要であるところ、債権者が預金口座に関する情報を取得することが困難であることから、債権者側の様々な工夫がなされた<sup>(7)</sup>。この預金債権に関する情報を金融機関から取得する制度については、令和元年改正の内容に含まれる（後述）。このように、債権執行においては、執行対象が無形の存在であることもあり、被差押債権に関する情報を得ることが必要であると考えられたところ、第三債務者に対する陳述催告の制度が設けられている（民執147条1項）。すなわち、差押債権者の申立てにより、裁判所書記官は、差押命令を送達するに際し、第三債務者に対し、差押命令の送達の日から二週間以内に差押えに係る債権の存否その他の最高裁判所規則で定める事項について陳述すべき旨を催告しなければならない<sup>(8)</sup>。そして、民事執行法147条2項によれば、第三債務者は、前項の規定による催告に対して、故意又は過失により、陳述しなかったとき、又は不実の陳述をしたときは、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。これは、第三債務者に対しては訴訟や強制執行で陳述を強いることはできないから、法がこの損害賠償責任により、事実上陳述を強制したものである<sup>(9)</sup>。

この第三債務者の陳述義務の法的性質を考えると、第三債務者の陳述義務が差押債権者との実体法上の債権債務関係に由来するものではなく、陳述義務の性質が実体的な性質を有するものでない。というのも、債権執行において第三債務者は執行手続における当事者であ

るといえるので、陳述義務は手続上の義務であるとする事は否定できないだろう。しかし、いずれにせよ、陳述は執行裁判所に対してなされるものであり、その目的は、執行手続の実効性を高めることにあるといえるから、陳述義務は公法上の義務である、とするのが妥当である。

## 2 債務者の陳述義務（財産開示義務）

財産開示手続の存在は、債務者が自身の財産について陳述する義務を負うことを前提とする。この義務は、いかなる性質を有するか。このことは、我が国の財産開示制度が創設される以前から債権執行における債務者の報知義務を定めたドイツ民事訴訟法（以下、「ZPO」という。）836条3項に関する議論が参考になると思われる<sup>(10)</sup>。ZPO836条3項によれば、債務者は、債権者に対して債権の行使に必要な報知を与えなければならない。これにより、債務者は、債権について存在する証書を引き渡す義務を負うとともに、債権の行使に必要な報知を与える義務を負う。何についての報知を行うかであるが、債権の行使に必要な一切の情報であるとされ、一般的には、被差押債権の原因、額、および証拠方法、給付の時期および場所、第三債務者の抗弁およびそれに対する防御方法などが挙げられる<sup>(11)</sup>。

この報知義務がどのように実現されるかについて、かつては、債権者は、債務者に対して報知を求める訴えを提起して、その判決を債務名義として不代替的作為の強制執行の方法（ZPO888条）において執行されていた。それが、いくつかの改正を経て、現在は、ZPO836条3項に基づき、執行官が、債務者に報知させ、そして宣誓に代わる保証をさせるための期日および場所を指定して債務者を呼び出し（ZPO836条3項3文）、その報知を調書に記載した上で、それを誠意を尽くして正確かつ完全にしたことを宣誓に代わる保証させることとなる<sup>(12)</sup>。いわば、民事上の情報提供義務から訴訟法上の義務に代わり、執行手続の成功のために国家に対して情報を提供する義務として構成されたとい

える。

#### 四 第三者からの情報取得手続

ここでは、これまで見てきた債務者および第三者の情報提供義務の基礎的な考え方を基に、情報取得手続の内容を概観し、どのような問題があるかを指摘し検討する。

##### 1 総論

###### (1) 債務者の財産状況調査のための制度の改正経緯

前に見たように、債権者が金銭執行の申立てに際しては、対象となる財産を特定しなければならない。そのため、債権者が、債務者がどのような財産を有しているかを知らなければ強制執行の申立てをすることができないこととなり、債権者の権利実現の妨げとなってきた。そこで、債務者の財産状況を調査するための制度の創設が試みられ、まず、平成15年の民事執行法改正において、財産開示制度が新設された。

財産開示制度では、仮執行宣言付判決、支払督促、執行証書を除く、執行力ある債務名義の正本を有する債権者または一般先取特権者が申し立てることができ、裁判所は、開示手続の実施決定をする。実施決定を受けた開示義務者は、裁判所で開かれる開示期日に出頭し、宣誓の上で、自己の財産について陳述し、裁判所または申立人の質問に答える義務を負い（民執200条）、正当な理由のない不出頭、宣誓拒絶、陳述拒絶、または虚偽陳述には、30万円に下の過料が科されることとされた（民執旧206条）。

ただ、制度創設後の数年間、この財産開示制度がうまく機能していないことが指摘され、また、運用状況の数字にも表れていた<sup>(13)</sup>。そこで、令和元年の民事執行法改正に際して、債務者の財産開示制度の実効性の向上を目的とした見直しが行なわれるとともに、第三者から債務者財産に関する情報を取得する制度（以下、「第三者からの情報取得制度」

という。)が創設された。

## (2) 財産開示手続の見直し

財産開示手続は、第三者からの情報取得制度と最終的には同じ目的、すなわち債務者の財産状況を把握して金銭執行を成功させるという目的を同じくするものであり、第三者からの情報取得手続の手続ルールとも密接な関連を有するものであるから、ここでは、財産開示手続の改正内容についても概観する<sup>(14)</sup>。

### ①債務名義の範囲の拡大

改正前の財産開示手続では、債権者が財産開示手続を申し立てるために必要な債務名義について制限があった。すなわち、仮執行宣言付判決（民執22条2号）、仮執行宣言付損害賠償命令（同3号の2）、および仮執行宣言付支払督促（同4号）は、暫定的な裁判所の判断に基づく債務名義であることを理由に財産開示手続の申立てに必要な債務名義とはならなかった。執行証書（同5号）は、裁判官の判断を介していないことから、同様の取り扱いとされていた<sup>(15)</sup>。

令和元年改正により、上記のような制限は取り除かれ、どのような債務名義でも申立てをすることができることとされた。すなわち、債務名義の種類制限は、財産開示手続により不当に、本来であれば債務名義上の債権が存在しないにもかかわらず情報開示を強制させられた債務者が不利益を被ることとなるおそれがあることを重視した結果といえるが、この手続により債務者の受ける不利益の程度について今般改めて検討すると、その不利益は、具体的には差押えの対象となり得る債務者財産に関する情報が債権者に伝わってしまうというものであり、その財産を不当に差し押さえられて換価された場合と比べて、必ずしも重大とはいえないとの指摘がなされた。また、執行証書については、一部の悪質な貸金業者による濫用が懸念されていたが、その後、平成18年の貸金業法改正により、貸金業者が債務者等から執行証

書の作成に関する委任状を取得することを全面的に禁止するなどの措置が講じられている上、昨今では、離婚した夫婦間の養育費の支払を確実にするために執行証書の活用が推奨されるなど、執行証書の活用をめぐる社会状況の変化が見られること、仮に執行証書の対象となった権利関係等に争いがあるのであれば、その事案に応じて債務者が執行停止の裁判により財産開示手続が進行することを阻止することができ、情報開示によって債務者が不利益を被ることも防ぐことができると考えられたからである<sup>(16)</sup>。

## ②罰則の強化

改正前は、開示義務者の不出頭や虚偽陳述に対して30万円以下の過料が課された（改正前民執206条1項1号・2号）が、開示義務者の出頭率は低く、その理由の一つに罰則が不十分であることが考えられた<sup>(17)</sup>。そこで、罰則が強化され、正当な理由なく出頭しなかったり、虚偽の陳述をしたりした者には6か月以下の懲役または50万以下の罰金という刑事罰が科せられることとなった（民執213条5号・6号）<sup>(18)</sup>。その後、不出頭者が逮捕された事件が報道されている<sup>(19)</sup>。

## ③財産開示手続の要件

財産開示の要件を定める民執197条1項および2項においては、財産開示手続実施の要件として、強制執行又は担保権の実行における配当等の手続において、申立人が当該金銭債権の完全な弁済を得ることができなかつたこと（不奏功要件・民執197条1項1号、同条2項1号）、または知っている財産に対する強制執行を実施しても、申立人が当該金銭債権の完全な弁済を得られないことの疎明があること（民執197条1項2号、同条2項1号）を要求している<sup>(20)</sup>。この要件は、令和元年民事執行法改正作業に際して廃止が検討されていたが、結局は維持されることとなった<sup>(21)</sup>。さらに、後述の第三者からの情報取得制度についても、同様の要件が採用されている。この要件は、財産開示手続および第三



者からの情報取得は、債務者のプライバシーに関わることであるから、その必要性がある場合のみ認められるべきとすることがその根拠となる<sup>(22)</sup>。それゆえ、これら2つの要件は、強制執行の前置が必要的であるということではなく、それぞれ財産開示手続が必要な場合として規定されているものであると解される<sup>(23)</sup>。また、1号の要件と2号の要件は、択一的なものである。したがって、1号の要件のみが認められる場合のみならず、2号の要件のみが疎明され、1号の要件について疎明されていない場合にも手続は実施される<sup>(24)</sup>。

## 2 不動産に関する情報取得手続

### (1) 意義

不動産に関する情報取得手続は、登記所に債務者の不動産情報の提供を命ずるものである（民執205条）。不動産の権利関係に関する情報は、登記がされているが、何人でも手数料を納付することで登記事項証明書の交付を受けることができるし（不動産登記法119条）、登記所が保有する登記情報を、インターネットを利用して、一般利用者が自宅又は事務所のパソコンで確認することができる（登記情報提供制度）<sup>(25)</sup>。ただ、我が国の不動産登記は、土地または建物等の不動産ごとに登記記録を作成する物的編成主義を採用しており（不動産登記法2条5号）、債権者は、債務者がどのような不動産に関する権利を有しているかについての情報を、登記によっては取得することができなかった。

### (2) 手続

提供される情報は、債務者が所有権の登記名義人である土地・建物等に対する強制執行または担保権の実行の申立てをするのに必要な事項である（民執205条1項）<sup>(26)</sup>。執行力ある債務名義の正本を有する金銭債権者および一般先取特権者は、民執197条1項の要件を満たしていることを疎明して申立てをする。また、財産開示手続の前置が要求される（民執205条2項）。申立てについてなされた裁判に対しては、債務者か

ら執行抗告をすることができる（民執205条4項）。

### (3) 登記上の提供と個人情報保護

不動産に関する情報取得の制度については、これが公的機関である登記所が債務者の財産について情報提供をするものであるから、公的機関の保有する情報の目的外利用の禁止（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律8条1項）との関係が問題となるが、一般に不動産の価値は高いことから債務者の財産において重要な位置を占めることが多く、金銭執行の実効性の向上のためには債務者が有する不動産に関する情報を取得することの必要性は高いことなどを理由に、登記所による情報提供が許容される。もっとも、不動産の登記情報は、元より公に示された情報であるから、その情報提供によって害される債務者の利益は大きくないといえる。

## 3 債務者の給与債権に関する情報取得手続

### (1) 意義

給与債権は、多くの金銭債権者にとって重要な執行対象財産であるといえる。債務者の給与債権を差し押さえるためには、債務者の雇用主（勤務先）を知る必要があるところ、納税や厚生年金保険等を取り扱う機関はこの情報を有している可能性が高い。そこで、地方税を扱っている市町村、日本年金機構、または各種共済組合をはじめとする厚生年金事務取扱者から、債務者の給与債権に係る情報の提供を受けることができることとされた（民執206条）。

### (2) 手続

この情報取得手続の申立権者は限られる。すなわち、扶養義務等に係る債権（夫婦間の協力扶助に関する義務に係る債権、婚姻費用分担義務に係る債権、または養育費などの子の監護に関する義務に係る債権など）、もしくは、人の生命もしくは身体の侵害による損害賠償請求権のいずれかが

執行債権となる場合に限られる<sup>(27)</sup>。

申立ての要件としては、一般の不奏功要件のほか、財産開示前置が要求される。申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる（民執206条2項）<sup>(28)</sup>。

### (3) 預金情報の提供と守秘義務

債務者の勤務先に関する情報はプライバシーとして保護の必要性が高い上に、情報提供者となる市町村等の機関は、債務者の勤務先に関する情報について守秘義務を負っていると考えられるが、これを超えて情報提供を正当化されるか問題となる。これについては、前述のように執行債権をとくに給料債権に対する執行が必要な場合に限定していること、そして財産開示手続の前置が要求されることによってクリアされているといえる。

## 4 預貯金債権および振替社債等に関する情報取得手続

### (1) 意義

給料債権と同様に、預貯金債権や株式は、債権者にとって重要な執行対象財産である。これらに関する情報取得の困難さと対策の必要性はかねてより認識され、前述のように大きな問題として議論されてきた。そこで、預貯金情報については銀行等の金融機関、振替社債等の情報については振替機関等から、預貯金債権および振替社債等に関する情報を取得することができる（民執207条）。

### (2) 手続

給与債権とは異なり、執行債権の種類に関する制限はない。また、債務者の財産について一般の先取特権を有することを証する文書を提出した債権者も申立てをすることができる（民執207条1項、2項）。

要件として特徴的なのは、財産開示手続の前置が要求されていない点である。したがって、債務名義を有する債権者は、不奏功要件を満

たしていれば申立てをすることができる。これらの債権については、不動産などに比べると流動性が高く、情報提供決定の送達などで強制執行の動きが察知されると隠匿等がなされる危険性が高いことが考慮されたものである<sup>(29)</sup>。

不服申立てについては、その申立てを却下する決定についてのみ執行抗告が可能とされた（民執207条3項）。やはり、債務者による執行抗告を認めることにより、その間に預貯金の隠匿がなされる危険があるからである<sup>(30)</sup>。これに対しては、債務者が、情報提供がなされる前に救済手段が存在せず、債務者の保護が不十分であることが指摘されている<sup>(31)</sup>。

### (3) 預貯金債権情報の取得と守秘義務

預貯金等・振替社債等についての情報については、金融機関・振替機関等が守秘義務を負うことになる。この守秘義務を超えて情報提供が認められることについては、財産開示手続前置も要求されていないことから、さらに問題となる。このことについては、債権執行については第三債務者の陳述義務が認められており、金融機関等の第三債務者は、被差押債権に関する情報を提供しなければならないところ、この情報義務は、その延長線上の制度として理解することができる、とされる<sup>(32)</sup>。

## 五 まとめに代えて

民事執行、とくに金銭執行に際して、債務者の財産状況についての情報を得ることは、債権者にとって極めて重要である。それを自ら得られない場合には、国家権力が債権者に代わって強制的に債務者の情報を取得することが必要となってくるが、その際には、債務者のプライバシー権との関係で、情報を開示する義務が問題となり、第三者から情報を取得する場合には、やはりそれがいかに正当化されるかが問

題となる。本稿では、これらについて基本的な考えを示したうえで、民事執行法上の第三者からの情報取得制度を概観した。制度自体の問題点も存在することから、今後の運用状況や裁判例などを観察している必要がある。

本稿は、公益財団法人全国銀行学術研究振興財団の助成を受けたものである。

- (1) 兼子一『増補強制執行法』（酒井書店、1966年）159頁。
- (2) 動産執行については、申立て段階では対象財産の個別的特定は要求されず、執行申立書に特定して記載された差押目的動産の所在場所ごとに、そこにある動産が複合的に執行対象財産となる（場所単位主義・民執規99条）。
- (3) ただし、最高裁判決でプライバシー権を正面から定義したものはない。最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁、最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁、最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁では、プライバシーの侵害という表現が用いられ、実質的にその中身を肯定している。
- (4) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）123頁。そのほか、プライバシー権の定義に関しては、伊藤正己『プライバシーの権利』（岩波書店、1963年）、戒能通孝＝伊藤正己編著『プライバシー研究』（日本評論新社、1962年）など参照。
- (5) 最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁では、「前科・犯罪経歴は人の名誉・信用にかかわり、これをみだりに公開されないのは法律上保護に値する利益である」として、前科をみだりに公開されない自由をプライバシー権の一つとして認めるものと解される。民事執行も公権力によるプライバシーの侵害ではあるが、対立するのはあくまで債権者の財産的利益である。
- (6) 「厳格な合理性」の基準。芦部＝高橋・前掲注4、127頁。
- (7) 口座のある店舗が不明な場合の申立ての方法として、全店舗を対象として順位付けをし、最先順位の店舗から順次予備的に後順位の店舗にある預金債権を請求債権額に満つるまで差し押さえる方法（全店一括順位付け方式）や、複数の店舗のうち債務者の預金額の合計が最大となる店舗を不特定のまま最先順位とし、順次予備的に後順位の店舗にある預金債権を請求債権額に満つるまで差し押さえる方式（預金額最大店舗指定方式）などがあるが、前者については、最決平成23年9月20日民集65巻6号2710頁が、「大規模な金融機関である第三債務者らの全ての店舗を対象として順

位付けをし、先順位の店舗の預貯金債権の額が差押債権額に満たないときは、順次予備的に後順位の店舗の預貯金債権を差押債権とする旨の差押えを求めるものであり、各第三債務者において、先順位の店舗の預貯金債権の全てについて、その存否及び先行の差押え又は仮差押えの有無、定期預金、普通預金等の種別、差押命令送達時点での残高等を調査して、差押えの効力が生ずる預貯金債権の総額を把握する作業が完了しない限り、後順位の店舗の預貯金債権に差押えの効力が生ずるか否かが判明しないのであるから、本件申立てにおける差押債権の表示は、送達を受けた第三債務者において上記の程度に速やかに確実に差し押えられた債権を識別することができるものであるということとはできない」として、このような債権差押えの申立てを否定した。後者の方式については、最決平成25年1月17日判時2176号29頁が、やはり不適法としている。

- (8) 陳述催告の内容は、民事執行規則135条1項によれば、①差押えに係る債権の存否並びにその債権が存在するときは、その種類及び額（金銭債権以外の債権にあつては、その内容）、②弁済の意思の有無及び弁済する範囲又は弁済しない理由、③当該債権について差押債権者に優先する権利を有する者があるときは、その者の表示並びにその権利の種類及び優先する範囲、④当該債権に対する他の債権者の差押え又は仮差押えの執行の有無並びにこれらの執行がされているときは、当該差押命令又は仮差押命令の事件の表示、債権者の表示及び送達の年月日並びにこれらの執行がされた範囲、および⑤当該債権に対する滞納処分による差押えの有無並びに差押えがされているときは、当該差押えをした徴収職員、徴税吏員その他の滞納処分を執行する権限を有する者の属する庁その他の事務所の名称及び所在、債権差押通知書の送達の年月日並びに差押えがされた範囲、である。
- (9) この第三債務者の陳述義務と損害賠償責任の性質については、拙稿「第三債務者の陳述義務に関する一考察（一）（二・完）」名古屋大学法政論集 226号133頁、228号209頁、同「第三債務者の陳述義務と損害賠償責任」法政理論49巻3-4号89頁参照。
- (10) 同条文については、内山衛次『財産開示の実効性』（関西学院出版会、2013年）345頁以下参照。
- (11) Kurt Stöber, Forderungspfändung, 17. Auflage, 621a.
- (12) 内山・前掲注10、350頁。
- (13) 法務省民事局参事官室「民事執行法の改正に関する中間試案の補足説明」3頁に平成16年から平成27年までの財産開示手続の申立件数等が紹介されているが、それによれば、平成17年に1200件程度の申立件数があったのをピークに、年間800件から1000件程度にとどまっている。また、開示率は期間を通して概ね3割強となっている。
- (14) 検討されたが見直しがなされなかった事項として、過去に処分された財産に関する情報の取得のための制度、再実施の制限期間、情報の目的外

利用に関する罰則などがある。

- (15) 金員仮払いの仮処分についても、同様に取り扱われていた。内野宗揮ほか「〈担当者解説〉民事執行法等の改正の要点（1）—金融実務に関連する項目を中心に」金法2118号39頁。
- (16) 法務省民事局参事官室「民事執行法の改正に関する中間試案の補足説明」5頁。
- (17) 平成29年の財産開示手続の既済件数681件のうち、実際に債務者の財産情報が開示された件数は253件であった。内野・前掲注15注1。
- (18) 財産開示手続によって得られた債務者の債務者の財産・債務に関する情報を目的外使用した過料の制裁は、改正後も変更がない（民執214条1項）。
- (19) 「借金60万円を5万円しか返済せず、地裁手続きに出頭しなかった男を逮捕」読売新聞、2022年02月11日など。
- (20) 不奏功要件に関する証拠書類として、1号に基づく場合には、申立日前6か月以内に実施された配当表または弁済金交付計算書の謄本、開始決定正本または差押命令正本、配当期日呼出状など、2号に基づく場合には、申立人が、債権者として通常行うべき調査を行った結果、知っている財産がどれだけ存在するか、またはそれらの財産に対する強制執行を実施しても請求債権の完全な弁済を得られないことの証拠書類が必要とされる。今井和男＝太田秀哉編著『令和元年改正民事執行法実務解説Q & A』（商事法務、2020年）73頁。
- (21) 前掲注16、中間試案補足説明6頁。
- (22) 谷口園恵＝筒井健夫『改正担保・執行法の改正』（商事法務、2004年）139頁。
- (23) 青木哲「財産開示手続と第三者情報取得手続の現状に対する理論的検討」法の支配205号77頁。平成15年の財産開示制度の立法段階では、1号の要件は、執行手続の不奏功を前提とするという補充性要件を定め、2号の要件は、例外的に、執行不能の見込みの疎明で足りるという趣旨で立法された。道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度（補訂版）』（有斐閣、2004年）148頁〔山本和彦〕。
- (24) ただし、1号の要件を満たす場合には、1号の要件の下で実施される。
- (25) 電気通信回線による登記情報の提供に関する法律4条第1項の業務を行う者（指定法人）として、2023年現在、一般財団法人民事法務協会が指定され、同法人が「登記情報提供サービス」を運用している。
- (26) 具体的には、土地の場合には、所在・地番等であり、建物の場合には、所在・家屋番号等である。谷藤一弥「改正民事執行法の施行に伴う民事執行規則等の一部改正の概要—金融実務に関連する事項を中心に」金法2129号11頁参照。
- (27) 債務名義の表示からこれらに該当することが明確に読み取れる場合で

なければならない。

- (28) 市町村等の第三者からの執行抗告は利益がなく認められないと解される。内田義厚「債務者財産開示制度の実効性の向上」中島弘雅＝内田義厚＝松嶋隆弘編『改正民事執行法の論点と今後の課題』（勁草書房、2020年）66頁。
- (29) 内野宗揮編著『Q & A 令和元年改正民事執行法制』（金融財政事情研究会、2020年）134頁。
- (30) 内野・前掲注29、136頁。
- (31) 西川佳代「債務者の財産状況の調査」早稲田大学法務研究論叢6巻124頁。
- (32) 内田・前掲注28、67頁。



日本法学 第八十九卷 索引

論 說

イングランド土地法におけるエクイティ上の権利の発展……………西山敏夫…一  
——ユースからトラストへ——……………二 (一)

我が国航空交渉の歴史的変遷・要諦に関する調査・考察……………大沼早苗…一  
……………二 (二二〇)

窃盗罪における実行の着手時期について……………南部篤…三 (一)

国連憲章下における軍事的強制措置の枠組み……………本吉祐樹…三 (四八)  
——「国連軍」と「授權方式」をめぐって——……………

原状回復における減価償還と使用利益返還……………野中貴弘…四 (一)  
——消極的契約利益の回復と解除による原状回復の関係——……………

号 頁

研究ノート

民事執行における第三者からの債務者財産に関する情報取得制度について……………吉田純平…四(一四二)

資料

〔研究報告会〕シカゴ国際民間航空会議に至る交渉過程……………松嶋隆弘…二(五九)

判例研究

インサイダー取引の罪における「職務に関し知ったとき」の意義……………南由介…二(三九)

輸送安全を担う企業トップの過失犯……………船山泰範…四(一〇三)

——軽井沢バス転落事件——

# 日本大学法学部機関誌執筆要領

令和3年11月18日 機関誌編集委員会決定  
令和3年12月15日 執行部会議承認  
令和3年12月16日 教授会報告  
令和4年4月1日 施行

## 1. 本要領の目的

本要領は、日本大学法学部機関誌編集委員会（以下「編集委員会」という）にかかる機関誌に投稿する際の基本的手順について定めるものである。

## 2. 投稿資格者

- (1) 法学部、法学研究科および法務研究科の専任教員、名誉教授および定年退職した元専任教員
- (2) 以下の者については、編集委員会の審議を経て単著の投稿を認めることがある。なお、投稿に際しては、法学部専任教員の推薦状を必要とする。
  - ① 法学部非常勤講師
  - ② 法学部客員教員
  - ③ 法学部以外の日本大学専任教員
  - ④ 法学部付置研究所研究員および法学部所属の日本大学研究員
  - ⑤ 法学部校友および法学部関係者で研究業績が認められる者
- (3) 学外の研究者は、法学部専任教員の投稿の共著者となることができる。
- (4) 大学院法学研究科博士後期課程学生は、指導教員の許可を得て『日本法学』に「判例研究」を投稿することができる。
- (5) 前4項の規定にかかわらず、退職記念号および追悼論文集については、別の定めによる。

### 3. 研究倫理の遵守と権利保護

- (1) 投稿原稿は未発表のものに限る。他誌との二重投稿は認めない。また注釈なく自己の既発表著作と重複する記述をすることは認められない。
- (2) 剽窃、捏造、改ざん等の研究不正を行ってはならない。また投稿原稿については、著作者が適正に表示されていなければならない。
- (3) 研究・調査対象に関する権利保護（資料の使用許諾や個人情報保護に関する同意等）、および翻訳に関する権利について、必要な手続きを投稿前に完了していなければならない。
- (4) 利益相反に関する倫理を遵守するとともに、利益相反情報を申告しなければならない。
- (5) 機関誌に掲載された著作物の著作権のうち、複製権および公衆送信権を日本大学法学部に譲渡する。ただし、著者自身による複製権および公衆送信権の行使を妨げない。

### 4. 原稿種別

投稿は以下の種別で受け付ける。

- (1) 論説
- (2) 研究ノート
- (3) 判例研究（『日本法学』のみ）
- (4) 特別講演
- (5) 翻訳
- (6) 資料
- (7) 書評
- (8) 雑報

## 5. 原稿の作成

- (1) 原稿は、A4用紙に適当な文字数で打ち出す。
- (2) 分量の上限は、文字数で概ね22,000字（刷り上がり約25頁）とする。それを超えるものについては、原則として分割して掲載する。ただし、編集委員会は、他の掲載原稿のページ数を勘案し、その上限の変更を認めることができる。なお半面1ページ大の図表1枚に付き900字を原稿文字数に含めるものとする。
- (3) 連載を前提とする長大な原稿についても、完結分までの完全原稿を投稿するものとする。
- (4) 表題と氏名には、和文表記および欧文表記を併記する。
- (5) 注、参考文献の表記法は、当該分野の慣例に従うものとする。

## 6. 原稿の提出

- (1) 原稿は、投稿票、要旨（800字程度）と合わせ、デジタルデータで研究事務課に提出する。

デジタルデータは、原則として電子メールの添付ファイルで研究事務課宛に送付する。
- (2) 原則として、投稿締切日を過ぎた原稿は受け付けない。
- (3) 原稿提出後の原稿の差し替えはできない。

## 7. 審査

別に定める「日本大学法学部機関誌審査要領」に則って行う。

## 8. 校正

- (1) 執筆者による校正は、原則再校までとする。加筆、訂正は最小限とし、特に再校時に頁数が変わるような加筆や削除は避ける。再校返却の際は、タイトル頁に「校了（または責了）」と明記する。

- (2) 校正は1週間程度で返却しなければならない。著しい返却の遅滞は、次号掲載になることもありうる。

以 上









- 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](mailto: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  
船山泰範 日本大学元教授  
吉田純平 日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長	大岡 聡
副委員長	竹本 健
委員	南保 拓也
委員	小野 美典
委員	加藤 暁子
委員	加藤 雅之
委員	黒滝 聰子
委員	小林 真理
委員	高畑 聡明
委員	友岡 史郎
委員	野村 英一
委員	原山 彦仁
委員	松島 介彦
委員	山本 直江
委員	渡辺 孝夫
委員	石橋 正徳
委員	杉本 竜也
委員	生垣 琴絵
委員	前田 実

日本法学第八十九卷第四号

令和六年二月十八日 印刷  
令和六年二月二十八日 発行 非売品

編集責任者 小田 司  
日本大学法学会

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. 89 No. 4 February 2024

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

*ARTICLE*

Takahiro Nonaka, *Entschädigung für Wertminderung und Herausgabe von Nutzungen bei Restitution — Verhältnis zwischen Wiederherstellung des negativen Vertragsinteresses und Restitution durch Rücktritt —*

*CASE COMMENT*

Yasunori Funayama, *The Criminal Negligence at The top of a Company that ensure Transportation Safety — the Case of Karuizawa Ski Bus Accident —*

---

*NOTE*

Junpei Yoshida, *System zur Einholung von Auskünften über das Vermögen des Schuldners bei Dritten im Rahmen der Zwangsvollstreckung*