

日本法學

第九十卷 第三号 2024年12月

論 說

給付危険と対価危険の部分移転

——民法五六七条一項で移転する「危険」とは何か——

野中貴弘

判例研究

那須雪崩遭難事件の指導者教員の過失責任

——学校スポーツ事故の側面——

船山泰範

論 說

デジタル製品等のアップデート義務

——BGBにおける新たな取扱い——

蓮田哲也

履行・追完請求権の制限における
債務者の矛盾行為の考慮

山田孝紀

日本法学 第九十巻第一号 目次

論 説

営業秘密侵害の性質決定

——EUの契約外債務の準拠法に関する抵触規則をめぐる学説を参考に——

… セレナ・フランコ

翻 訳

デジタル製品に関する契約

……………

フォガー・ミヒャエル・イエーニ
デニゼ・パウアー
蓮田 哲也 訳

日本法学 第九十巻第二号 目次

論 説

株主提案権の現在実相

——人権Dと株主アクティビズムの最新動向を踏まえて——

… 菅 原 貴与志

「他人の番号の下での行為」の類型化と

契約当事者の確定

——番号と氏名の機能比較を通じた検討——

… 田 中 夏 樹

近世イングランド土地法における土地移転方式

——バーゲン・アンド・セールとリース復帰権放棄——

… 西 山 敏 夫

判 例 研 究

アメリカ大統領選への立候補と合衆国憲法修正一四条三節

——Trump v. Anderson, 601 U.S. 100 (2024)——

… 高 畑 英一郎

判 例 研 究

取締役の善管注意義務違反と役員賠償責任保険
における認識のある法令違反行為免責

〔東京高裁令和2年12月17日判決 令和2年（ネ）第2309号〕
〔保険金請求控訴事件 金判1628号12頁〕

… 黒 田 佳 祐

論 説

民法における分配的解決

——EU法・ドイツ法の比例原則の新たな動向——

… 山 田 孝 紀

給付危険と対価危険の部分的移転

——民法五六七条一項で移転する「危険」とは何か——

野 中 貴 弘

I はじめに

II 契約に適合しない特定物が引き渡された場合

1 民法五六七条一項前段を売主の契約不適合責任の全免責と見る構成

(1) 履行認容による危険移転構成

(2) 引渡しによる給付危険の全移転と錯誤による契約責任の再生構成

2 給付危険の部分的移転を認める構成

3 小 括——契約に適合しない特定物の危険移転法理

(1) 契約不適合法理と重畳する部分的危険移転

給付危険と対価危険の部分的移転（野中）

- Ⅲ 契約に適合しない種類物が引き渡された場合
- (2) 契約不適合物でも引渡し後の滅失等は買主負担が原則である

1 議論状況の概観

- (1) 民法五六七条一項適用の肯否
- (2) 適用否定説とは何か——契約不適合責任追及時のリスク配分
- (3) 民法五六七条一項の制度趣旨理解の対立

2 民法五六七条一項の規定内容

3 民法五六七条一項の「特定」の解釈

- (1) 契約不適合が軽微であれば特定を認める見解
- (2) 契約不適合物でも民法四〇一条二項前段の特定を認める見解
- (3) 民法五六七条一項の「特定」※民法四〇一条二項前段にいう特定とする見解

Ⅳ 結論

Ⅰ はじめに

本稿は、「目的物の滅失等についての危険の移転」を見出しに掲げる民法五六七条の一項の規定内容および射程を論じる。同項は、売買目的物の引渡し後に両当事者の責めに帰することができない事由（双方無責）によって生じた滅失・損傷が買主負担であることを規定する。買主の負担であるが故に、買主はこの滅失・損傷を理由として追完・代金減額・損害賠償を求めることも、契約の解除をすることもできない（前段）。同様に、買主の負担であるが故に、

【民法567条 1 項の適用の肯否】

	契約適合物の引渡し	契約不適合物の引渡し
特定物売買	○	○ (Ⅱ章)
種類物売買	○	争いあり (Ⅲ章)

滅失・損傷を理由に代金の支払を拒むことができない（後段）。

同項の適用場面としては、特定物と種類物、契約適合物と契約不適合物の組み合わせで四つの可能性があるところ、契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも同項の適用があるかに見解の対立がある（上掲の表を参照）。同項括弧内の「売買の目的として特定したもの」にあたるか、具体的に、この「特定」とは民法四〇一条二項で講じられる種類債権の「特定」と同義か、仮に同義であるとすれば契約に適合しない種類物の引渡しで種類債権は特定するか、が問題となる。

ところで、五六七条一項が問題とする「危険」については、これを「給付危険 (Leistungsfahr)」と「対価危険 (Preisgefahr)」であると理解するのが一般である⁽¹⁾。近時、「給付危険」概念は論者によつてその意味するところが異なることがあるものの、契約適合物が引き渡された場合を想定すると、同項の効果を給付危険と対価危険の移転で説明することが可能である⁽³⁾。特定物と種類物とを問わず、契約適合物が引き渡されたならば、買主はそれ以後に生じた双方無責の滅失・損傷を理由として追完を求めることができず、代金の支払を拒むこともできない（契約の解除や代金減額も認められない）。要するに、契約適合物を想定すれば、同項の「危険」を給付危険と対価危険によつて説明することができる。

それでは、契約に適合しない特定物が引き渡された場合はどうか。特定物の場合、当事者がその物の個性に着目しており基本的に替えが効かないため、その物が滅失・損傷した場合にも売主は代物の調達義務を負わないのが原則である。そこで、従来、特定物売買における給付危険は、契約締

【代替性のない特定物が引渡し前に債務者無責で滅失・損傷した場合の給付危険】

	給付危険の意義	
	調達義務の負担	修補義務・損害賠償義務も含めた給付義務の負担
特定物の滅失	買主負担（※）	買主負担（※）
〃 損傷		売主負担 ∴ 修補義務

※）事例を変えて代替性のある特定物の売買で仮に売主の代物調達義務を認めれば、売主負担となる。損傷の場合は562条の追完請求権、滅失の場合は本来的履行請求権が請求根拠か。

結時から買主負担であると言われてきた⁽⁴⁾。したがって、一見すると、契約に適合しない特定物が引き渡された場合にも、給付危険は買主が負担し、対価危険も引渡しに伴って買主に移転するようにも思える。

しかし、五六七条が問題とする給付危険は、「目的物が滅失・損傷した場合における債務者の調達義務の負担」という、従来から四〇一条二項において説かれてきた狭義の給付危険とは異なる。給付危険は、従来からより広く、「目的物が滅失・損傷した場合における債務者の給付義務の負担（債務の運命）」⁽⁵⁾、あるいは「同場合における債務者の債務不履行責任の負担」⁽⁶⁾と定義されることがある。これを広義の給付危険と呼ぶならば、五六七条一項が問題とするのも、まさにこの広義の給付危険である⁽⁷⁾。

そして、こうした広義の給付危険は、契約に適合しない特定物の引渡しでは移転しないことが重要である。すなわち、（少なくとも代替性のない）特定物が引渡し前に滅失した場合には、売主の債務は履行不能となり、買主はもはや履行請求ができない（民法四一二条の二第一項）。滅失につき売主が無責であれば損害賠償義務も負わない。したがって、滅失の給付危険は買主が負担する（給付危険概念に「損害賠償責任の負担」まで含めるか否かに左右されない）。他方、引渡し前に損傷した場合、当該損傷物（契約不適合物）の引渡しを受けた買主は追完請求権を有する（五六二条）。五六七条一項前段は、条文に適切に表現されているとおり、引渡し後に生じた滅失・損傷を理由とし

ての救済を否定するにとどまり、引渡し時に存していた契約不適合を理由とする救済請求を遮断するものではない。⁽⁸⁾ 結果、売主に修補義務がある以上、特定物売買であつても契約不適合給付では広義の給付危険が移転しないのである。⁽⁹⁾ そして、給付危険が移転しない以上、⁽¹⁰⁾ (対価危険の一般的定義を前提とすれば) 対価危険も移転しないはずである。

もつとも、不適合物の引渡しを受けた買主が契約の解除をしたものの、受領物を返還できない場合、我が国の伝統的通説は、目的物の引渡しによって支配が移転していたことに着目して買主に価額償還義務を課してきた。この「支配」に着目した危険負担は、改正前民法五三四条の債権者主義を制限する観点から注目されてきた。そこで、原物返還不能の買主が負う価額償還義務について、これを「対価危険」の負担の現れと見ることは不自然でない。こうした理解を前提とすると、契約に適合しない特定物の引渡しでは、給付危険が移転しないにもかかわらず、さも対価危険が移転することを認めてきたかのようなのである。しかし、これは対価危険の定義からして本来論理的でない。⁽¹¹⁾

それでは、契約不適合物が引き渡された場合、いったいどんな「危険の移転」(五六七条見出し)があるのか。契約に適合しない特定物が引き渡された場合に五六七条一項が適用されることは、少なくとも条文上何の疑義もない(適用を否定する契機がない)⁽¹²⁾。給付危険が移転しておらず、対価危険も移転していないように映るこの場面でも、引渡し後の滅失等について修補や代金減額の対象外とされ、⁽¹³⁾ あるいはその物の返還が必要な場合に買主が価額償還義務を負うことをどう説明すれば良いのか。五六七条一項がどのような危険の移転を語っているのかを明確にする必要がある。そこで本稿は、同項の適用場面として争いのない、契約に適合しない特定物が引き渡された場面における法律関係に着目し、「五六七条一項がどのような危険の移転を語っているのか」を考察することを通して、その規定内容を明らかにし、最終的に右争点(契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも同項の適用があるか)への結論を得ることを

試みる。契約不適合物であつても引渡し後の滅失・損傷の危険は原則として買主が負うとの通説的帰結を「危険」概念で説明し、右争点に新たな視覚を提示するには、このアプローチが適切であると考えた。同項は、契約不適合を理由とした諸救済手段を買主が行使した場合においても、引渡し後に生じた滅失等のリスクを配分する規範を提示するものであること、したがって、契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも適用されることを示したい。

Ⅱ 契約に適合しない特定物が引き渡された場合

契約に適合しない特定物の引渡しであつても危険の移転がある。本稿では以下、二つの可能性を探りたい。一つが、契約不適合物が給付された場合にも何らかの要素に着目して給付危険と対価危険の移転を認める構成（↓1）であり、もう一つが、給付危険と対価危険の部分的な移転を観念する構成（↓2）である。

1 民法五六七条一項前段を売主の契約不適合責任の全免責と見る構成

(1) 履行認容による危険移転構成

契約不適合物の引渡しでも「危険の移転」があるとすれば、同項の引渡しを文字どおり捉えるのではなく、ここに買主の意思的要素を要求し、買主の履行認容による危険移転を認める構成が考えられる。

こうして、五六七条一項前段を、履行認容による給付危険の移転を定めた規定と解した場合、履行認容があつたというためには、買主の修補請求権の行使という客体承認があるだけでは足りず、性状承認までなくてはならない。先

述のとおり五六七条一項前段では、狭義の給付危険（調達義務の負担）を超えて、広義の給付危険（給付義務の負担）が問われているところ、性状承認としての履行認容があつて初めて、売主は契約不適合責任を負わないようになるからである。したがって、契約不適合物が引き渡された場合を想定すれば、売主による追完がなされ、あるいは代金減額や損害賠償がなされた後に初めて、同項の適用が認められる状態になる。要するに、この立場からは、不適合物が引き渡された場合には、売主の契約不適合責任が果たされるまでの間、五六七条一項が適用されないことになる。

しかし、この解釈は、同項の規定表現から著しく乖離する。同項は、「売買の目的として特定した」目的物が引き渡されたことを要求するのみであり、いかに契約不適合が存するとはいえ、当事者が合意した特定物がこれに当たらないとするのは無理がある。こうした不自然な解釈は、同項前段を給付義務あるいは債務不履行責任の全免責という意味での給付危険の移転規定であると理解するがゆえに生じる。同項は、「売買の目的として特定したもの」が買主に引き渡された後に双方無責により滅失・損傷した場合に、そのリスクが買主負担であることを規定し、これを「危険の移転」と呼んでいるのであつて、売主の契約不適合責任の一切が免責されずとも、引渡し後の滅失等については売主が責任を負わなくて良いことを（危険の移転として）定めた規定のはずである。

(2) 引渡しによる給付危険の全移転と錯誤による契約責任の再生構成

次に、契約不適合物の引渡しでも給付危険が移転することを正当化する構成として、ドイツ法で対価危険の「回帰（再移転）」が語られるのを応用し、給付危険でもこれを問題にする構成が考えられる。たとえば損傷物や異種物が引き渡された場合でも、引渡しによつて一旦は給付危険も対価危険もすべて移転する。そのうえで、受領物に契約不適合

があつた場合、買主には契約適合性についての錯誤が存する。五六二条以下の買主の救済手段を、買主の錯誤主張による契約責任の再生と位置づけることになる。周知のとおり、我が国では、債権法改正前の瑕疵担保責任法のもとで、買主の履行認容後も、その履行認容に錯誤があつた場合には瑕疵担保責任が追及できるとか、特定合意の錯誤無効により売主の契約責任が再生されるとの法的構成が主張されてきた。⁽¹⁵⁾ この(2)は、この考え方を改正後の売主の契約不適合責任に及ぼし、給付危険の所在を説明しようとするものである。

しかし、繰り返しになるが、五六二条は、引渡し時に存した契約不適合について売主が追完義務を負うことを明示する。契約不適合物の引渡しでは給付危険が移転しないことが明確にされていることに照らすと、この(2)の構成は給付危険概念をいたずらに混乱させる。確かに、原状回復の局面では買主の解除による危険の回帰（再移転）が語られる。しかし、そこでは、危険の所在をこのように機能的に考えるメリットが存在した（本章3節(1)参照）。これに対して、給付危険では、こうした説明をしなければならぬ必要がないように思われる。契約不適合物の引渡しで給付危険が全て移転するという理解は、妥当でないように映る。

なお、追完請求権には、本来の履行請求権には存しない制約があり、両者は異質なものであるとの理解が有力である（Ⅲ章3節(2)で改めて触れる）。そこで、こうした見解を前提としたうえで、仮に、「目的物が滅失・損傷した場合における債務者の給付義務の負担」という給付危険の定義のうち、「債務者の給付義務」とは本来の履行義務を指すものと理解するならば（Ⅱ目的物が滅失・損傷した場合における債務者の本来の履行義務の負担を給付危険と定義するならば）、「契約不適合物の引渡しによつても給付危険が終局的に移転する」という理解に至り得る。しかし、五六七条一項が問題とする給付危険は、目的物の引渡し以後に生じた滅失・損傷を理由として追完等を求めることができないという

意味での給付危険である。給付危険を本来的履行義務のみに関わるものとして限定して用いることは（少なくとも五六七条との関係では）妥当でない。契約不適合物が引き渡され、買主が追完等を求めることができる場合は、（少なくともこの限りでは）やはり給付危険が移転していないはずである。

2 給付危険の部分的移転を認める構成

問題を整理しよう。まず、(i)五六七条一項は、その物が引渡し後に滅失等した場合について、売主の契約不適合責任および買主の代金支払義務に絡めて規律している。つまり、ここでの目的物の滅失・損傷の「危険」とは、あくまで契約上の危険（給付危険と対価危険）である。他方で、(ii)契約不適合物を引き渡した売主は、契約不適合責任を負う（五六二条以下）。この意味での給付危険はなお売主が負う。引渡しが完了すれば売主は一切の不適合責任を負わない、とはいえない。もっとも、(iii)五六七条一項は契約に適合しない特定物が引き渡された場合に「危険の移転」を認めている。

この三つを整合的に説明するためには、「契約不適合物の引渡しでは給付危険が一切移転しない」との理解を見直す必要がある。つまり、不適合物の引渡しでも、給付危険と対価危険が部分的に移転するとの理解こそが、五六七条一項の説明として妥当であり、引渡し後の滅失等のリスクを原則として買主負担とする理論的根拠を与えるうえでも適切である。

契約不適合物の引渡しである以上、（買主の性状承認でもない限り）売主は給付義務（契約不適合責任）を負ったままである。しかし、そうは言っても、契約不適合物でも、引渡し以後は買主こそがその物の滅失・損傷のリスクをより良

く回避できる以上、このリスクは原則として買主負担とするのが望ましい。つまり、契約不適合物の引渡しでは一切の給付危険が移転しないのではない。五六七条一項前段は、引渡し後に生じた滅失等についての給付義務の免責という意味での給付危険の移転を規定していると理解できよう。引渡し後という時的に限定された範囲での滅失等からの売主の免責、これがここでの危険移転の正体である。¹⁷ この危険移転の結果、引渡し後に買主の許で滅失・損傷が生じても、売主は給付義務を負わず債務不履行責任も負わない。給付危険と併せて対価危険も移転するため、引渡し後の滅失等を理由に代金を拒むこともできない。¹⁸

なお、ここで部分的に移転する危険につき、「売主の給付が契約に適合する範囲で、給付危険と対価危険が移転する」と考えるのは妥当でない。確かに、損傷物が引き渡された場合を想定すると、契約不適合部分については(修補が可能である限り) 給付危険が移転しないものの、契約に適合している限りで給付危険が移転して対価危険も移転する、とも理解しうる(契約適合部分と不適合部分の区別)。買主はこの契約適合部分(既履行部分)に対応する反対給付分の履行義務を負う。¹⁹ 「引き渡された物の滅失・損傷の危険」とは、引き渡された契約適合部分の給付危険・対価危険を意味することになる。しかし、こうした説明は、異種物が契約の目的物として引き渡された場合に説明に窮する。特定物売買でも当該特定物以外の異種物が引き渡される場合があるところ、²⁰ 五六二条以下は、損傷物と異種物とを問わず等しく契約不適合給付としてまとめ、同一の救済手段を付与する(異種物給付も、無履行ではなく不完全履行(契約不適合給付)と評価)。²¹ そして重要なのは、異種物が引き渡された場合、損傷物と異なり、「契約に適合した部分」を観念できないため、契約適合部分の給付危険・対価危険の移転を語ることが困難なことである。それでは、引き渡された異種物が買主の許で滅失して返還できない場合、この返還不能リスクが売主負担とされてきたかといえ、そうでは

ない。異種物であつてもその異種物を「支配」していた買主の負担とし、その価額償還義務を想定してきた。⁽²²⁾ 異種物の返還不能リスクを買主に負わせる近時の理解を正当化しようと思えば、この構成では不十分なのである。そこで、前述のとおり、引き渡された目的物が一部でも契約に適合しているか否かを問わず、より率直に、引渡しによって、それ以後の滅失・損傷の給付危険と対価危険が移転すると理解すべきである。

そして、この意味での危険移転は、引渡し時の契約不適合につき売主が契約不適合責任を負うこと（この意味での給付危険が移転しないこと）と論理的に両立する。そうである以上、買主が契約不適合責任を追及した際においても、五六七条一項は、引渡し後の滅失等のリスクを買主負担とする規範として機能しなければならない。具体的には、引渡し後の損傷等は、引渡し時の不適合とは区別され、修補や代金減額、損害賠償の対象外であるとともに、買主は引渡し後の滅失等を理由として代金の支払を拒むことができない。

以上により、五六七条一項が規定する「目的物の滅失等についての危険の移転」は、給付義務が尽きるという意味での給付危険の移転とは理解できず、引渡し後の滅失・損傷に限って売主の免責を認める、限定的で部分的な給付危険・対価危険の移転を意味する。契約に適合しない特定物が引き渡されただけでは、損傷の給付危険は移転しない（五六二条）。したがって対価危険も移転しない。しかしそれでも、引き渡された物自体がその後に滅失・損傷したことで危険の配分を規定しているのが五六七条一項である。

3 小 括——契約に適合しない特定物の危険移転法理

(1) 契約不適合法理と重畳する部分的危険移転

二〇一七年の旧稿で指摘したように⁽²³⁾、契約不適合物が買主の許で双方無責により滅失等した場合のリスク配分問題は、危険負担法理と契約責任法理とが競合する局面である。契約不適合物の引渡しによる危険移転を否定する見解は、この競合を、引渡しによる危険移転を認めるか否かの段階で考慮するものといえる⁽²⁴⁾。しかし、こうした考え方は、契約の履行過程における各段階で、現在、契約当事者のどちらが危険を負担しているのかという点の把握を困難ないし曖昧にする。また、重大な契約不適合がありつつも買主が修補請求や代金減額請求をした場合、さらには、買主が解除や代物請求の権利行使をしない間に除斥期間（五六六条）等の権利行使期間を徒過してしまった場合に、危険移転時期を引渡し時に遡及させざるを得ないという理論的難点がある。こうした理論的な難点を回避する方策こそが、契約不適合物の引渡しであろうと危険の移転を認めつつ、買主は引渡し時の不適合についてはなお責任追及でき、というドイツ法の示唆する解決であった。このような形で危険移転と不適合責任法理との重畳によって最終的な危険負担を決する構成こそが、問題の見通しのよい処理を可能にするのである。

そして、五六七条一項は、まさにこうした重畳を前提とした規定である。契約に適合しない特定物であっても、その引渡しにより買主に危険が移転する。しかし、契約不適合があることを理由として買主に与えられる権利の行使は、遮断されない。「危険」（五六七条見出し）が買主に移転するものの、売主が契約不適合責任を負うという事態が予定されている⁽²⁵⁾。引渡しによって危険が移転する以上、原則としてその後の双方無責による滅失・損傷の危険は買主負担となるが、売主が契約不適合責任を負うときにはその責任を追及することができる。したがって、買主は、たとえば

引渡し後に買主の許で滅失した場合でも、引渡し時の不適合を理由としてならば、代金減額や損害賠償、契約の解除を求めることができる。

(2) 契約不適合物でも引渡し後の滅失等は買主負担が原則である

ただし、以上のような理解は、一見すると、契約不適合物でも引き渡せばそれ以後の滅失等のリスクを常に買主負担にすると理解できるため、危険の押しつけであり、買主に酷なルールと評価しうる。重大な不適合のある特定物が引き渡された場合に五六七条一項の適用を制限する見解（平野）²⁶は、この点を意識してのものである。また、後述のとおり（Ⅲ章1節②）、契約に適合しない種類物の引渡しで五六七条一項の適用を否定し、代物請求をした買主は受領物を善良な管理者の注意でもって保存すれば足りると説く下森は、引渡し後の買主無責の滅失等を売主負担と考えたはずである。さらに、種類物売買で軽微な契約不適合に限って五六七条一項の「特定」を認めんとする見解（Ⅲ章3節のA-1説）は、表面的には、軽微な不適合の場合に引渡し後の滅失等を買主負担とすることを指示するが、軽微でない不適合の場合には、その物の滅失等を売主負担とすることを企図するように映る。²⁷契約不適合物の引渡しでも、以後の滅失等の危険移転を認める本稿は、この問題意識に応える必要がある。不適合給付をしたことがどれほどまで重視されるべきか、が問われる。

ア 買主の解除または代物請求による危険の回帰

まず、第一に理解されるべきは、五六七条一項が適用されて引渡し後の滅失等の危険が移転するといっても、買主

の許で生じた双方無責の滅失等がすべて買主の負担になるとは限らないことである。契約不適合物の引渡しを受けた買主は、その不適合に気づくまでその契約適合性を信頼し、自己の物と信頼して使用する。買主には〈契約不適合物であると分かっていたら受け取らなかった〉という錯誤があるにもかかわらず、買主の支配領域内から生じたことの一事をもつて一律に買主負担とするのは不合理である。買主の契約適合性に対する錯誤を介して、売主の契約不適合物の引渡し（＝義務違反）と買主の許での滅失等が結びつく（仮定的因果関係）。結びつくが故に、この滅失等を売主に転嫁できる⁽²⁸⁾。引渡しによつて一旦は買主に移転した危険が、買主の契約解除（や代物請求）によつて売主に回帰（再移転）する（解除による危険回帰構成）⁽²⁹⁾。

イ 買主負担を原則とする価値判断の検証

こうした理解に対しては、「危険の回帰を認めるならば、当初から引渡しによる危険移転を否定する方が簡明である」との指摘があり得よう。しかし、契約不適合物の引渡しを受けた買主は、解除（や代物請求）ではなく、代金減額請求や修補請求を選択することもある。筆者は、買主が後者を選択した場合、たとえ不適合が軽微でなかった場合にも、引渡し後の損傷等のリスクは買主負担とすべきであり、修補や代金減額の対象とならないと考える。これを説明するためにも、引渡しによつて受領物の滅失・損傷の危険が買主に移転すべきものと考ええる。そこで以下、契約不適合責任が追及された場合においても、引渡し後に生じた滅失等が原則として買主負担であるべきことを考察する⁽³⁰⁾。

焦点は、右に見た仮定的因果関係による定式の射程である。買主が契約の解除（や代物請求）という、その物を前提とした履行を拒絶（客体承認を拒絶）した場合に限らず、修補や代金減額という救済手段を選択した場合にも、右の

論理が妥当し、引渡し後の双方無責による滅失等を売主負担とすべきか。ここで考慮すべきか問題となるのが、買主が各救済手段の選択肢を考量しているという、買主の置かれた状況への着目である。買主が、①契約解除権（あるいは代物請求権）を選択肢として有する場合と、②それを有しない場合があるろう。②の具体例として、（代替性のない）特定物売買において軽微な不適合のある特定物が引き渡された場合が想定できる。

いずれにしても買主は、代金減額しか手段がなかったならば格別、契約不適合があると知っていれば受取りを正当に拒むことができた。^{③①}したがって、受領遅滞による危険の移転は生じない。しかし、まず②の場合に、引渡し後の損傷等も修補や代金減額の対象とするならば、売主は軽微な不適合物を提供したにすぎないにもかかわらず、買主がその売主のリスクで受領物を使用できることになり、不当である。^{③②}引渡し後の損傷等は修補や代金減額の対象外とし、買主負担とすべきである。^{③③}

他方で①の場合、不適合を知った買主は、当該不適合がどれほどか確認しつつ、複数の救済手段の中でどれを選択するか検討する。ドイツでは、こうした状況下にある買主に対し、最終的に解除を選ぶにしてもなお買主に受領物を使用する権利を与え、自己の物として使用する過程で滅失・損傷しても買主を免責すべきとする議論がある。^{③④}この免責をどういった範囲で認めるかは評価が分かれるものの、不適合に気づけば一切の使用ができず、使用から生じた一切の損傷等を買主が負担すべき（＝解除した買主が価額償還義務を負うべし）とはされない。しかし、これらは、あくまで最終的に解除が選択された場合の議論である。また、解除された場合、使用によって得た利益を売主に返還する（のが少なくとも出発点となる）のに対し、修補や代金減額による場合、同利益は買主に帰属する。仮に引渡し後の損傷等も修補や代金減額の対象とするならば、買主が同権利を行使するまでの間、売主のリスクで受領物を使用できるこ

となる。これらを考慮しても、最終的に修補や代金減額を選択した場合に、「契約不適合があると知っていれば受け取らず、受け取らなければ買主の許で損傷等することもなかった」という論理で買主を免責し、売主負担とすることは妥当でない。実際上も、たとえば、引き渡された中古車にブレーキの不具合という契約不適合があった事例で、引渡し後に中古車ボディに生じた双方無責の擦り傷まで修補や代金減額の対象とするのは不合理であろう。このリスクを売主に転嫁できるのは、契約の解除（や代物請求）ができ、実際にこれを選択した場合に限るべきである。客体承認という意味での履行認容を表す修補や代金減額を求めた場合には、引渡し後の滅失等は買主負担であるべきと考える。

以上のとおり、契約に適合しない特定物が引き渡された場合も、引渡し後の滅失等は原則として買主負担とすべきであり、契約を解除した買主に右の仮定的因果関係が認められるときに限って、それによる危険の回帰（再移転）を認めればよい。したがって、(2)の冒頭で掲げた見解のように、不適合物の場合に引渡し後の買主無責による滅失等を一律に売主負担とするのは妥当でない。また、重大な不適合があったとしても、その一事をもつて売主負担とするのも妥当でない。さらにいえば、売主負担とすべき場合にも、それを実現する前提として五六七条一項の適用（引渡しによる危険移転）を否定する必要はないと考える。

本稿は、以上を踏まえ、次のⅢ章から、契約に適合しない種類物が引き渡された場合へと考察の対象を移す。

Ⅲ 契約に適合しない種類物が引き渡された場合

1 議論状況の概観

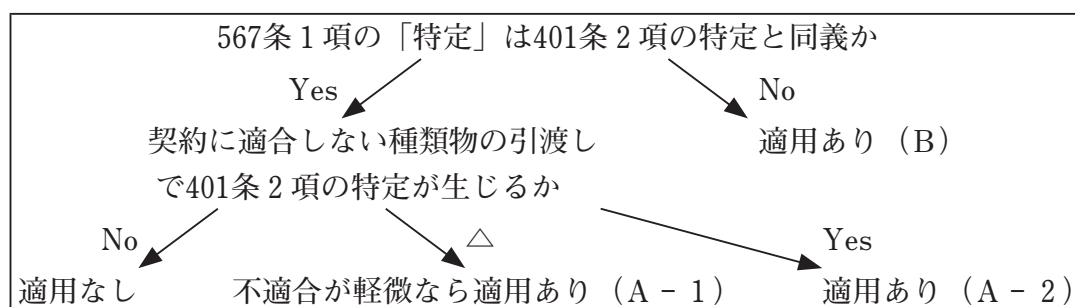
(1) 民法五六七条一項適用の可否

本稿冒頭で述べたように、契約に適合しない種類物が引き渡された場合に五六七条一項の適用があるかに議論対立がある。まずは、同項の適用をめぐるの学説状況を概観しよう。

適用否定説³⁵⁾に至る論理は単純である。債権法改正前の通説は、種類物売買において瑕疵物の提供では四〇一条二項前段の「物の給付をするのに必要な行為を完了」したとはいえないと理解した。³⁶⁾種類債権の特定は生じず、売主は依然として代物調達義務を負う。この四〇一条二項は今般改正されなかった以上、こうした解釈は改正後も基本的に維持され、かつ五六七条一項括弧内の「特定」も同義に解釈されるべきであると理解する。結果として、契約に適合しない種類物の引渡しでは同項の要件を満たさず、適用されない。以上を危険の移転という観点から説明すれば、適用否定説は次のように考えていることになる。すなわち、契約不適合物が引き渡された場合、売主の給付義務（代物調達義務を含む）は消滅せず、給付危険が移転しない以上、危険の移転を規定する五六七条一項を適用する余地がない。

これに対し、適用肯定説には大きく分けて二つがある。一つは、適用否定説と同様に五六七条一項の「特定」Ⅱ四〇一条二項の種類債権の特定と解したうえで（A説）、軽微な契約不適合であれば特定するとの理解から、契約不適合の程度が軽微な種類物が引き渡された場合に五六七条一項の適用を認める見解³⁷⁾（A-1説）、あるいは、契約不適合物であっても特定を認めることで五六七条一項の適用を認める見解³⁸⁾（A-2説）である。もう一つは、五六七条一項

【契約に適合しない種類物が引き渡された場合に民法567条1項の適用があるか】



にいう「特定」は四〇一条二項の特定とは異なると理解し、契約に適合しない種類物でも引渡しまであれば「特定」を認め、五六七条一項の適用を肯定する見解である⁽³⁹⁾（B説）。

(2) 適用否定説とは何か——契約不適合責任追及時のリスク配分

ただし、実は、適用の肯否をめぐるこの議論対立は、買主が引渡し時の契約不適合について売主の責任を追及した場合における、引渡し後の滅失・損傷のリスク配分に繋がっていない⁽⁴⁰⁾。たとえば、買主が契約不適合解除あるいは代物請求をしたにもかかわらず、受領物を返還できない場合を考える。適用肯定説からは、特定物と種類物の区別なく引渡しによって「目的物の滅失等についての危険」が移転するため、引渡し後に買主の許で生じた偶然滅失の危険は買主が負担し、買主は受領物の返還に代えて価額償還義務を負う。これに対し、適用否定説に立つ場合、契約に適合しない特定物が引き渡された際には五六七条一項が適用されて滅失等の危険が買主に移転するのに対し、契約に適合しない種類物が引き渡された際には「危険の移転」がない。そうであれば、引渡し後に買主の許で偶然滅失した場合、前者では買主が価額償還義務を負うのに対して、後者では買主は同義務を負わないのが自然である⁽⁴¹⁾。しかし、特定物と種類物とでのこの区別に合理性はない⁽⁴²⁾。売主がなお代物調達義務を負うことと、相手方の支配下で生じた滅失・損傷についてまで責任を負うこととは区別される。実際にも、適用否定説に立ち、買主の許で生じた偶然滅失も売主

567条1項の適用	契約不適合責任追及時における引渡し後の偶然の滅失等
否定説	売主負担
(危険移転否定説)	買主負担
肯定説	買主負担
(危険移転肯定説)	※ただし、一定の場合に売主への危険の回帰（再移転）を認める見解あり（Ⅱ章4節(2)ア）

負担とすることを明言するのは、管見のかぎり下森定（買主は善管注意保存義務を負うとする）⁽⁴³⁾のみであり、その余は別途の論理で買主負担を導く。すなわち、買主の支配領域内で生じたりスクであることや買主はもともと反対給付の負担と引換えに当該物を手に入れる決定をしたことなどを理由に、買主に価額償還義務を負わせるのである。⁽⁴⁴⁾

これは解除や代物請求という、受領物の返還を要する場合のリスク配分に限られない。仮に五六七条一項前段を反対解釈すれば、同項の適用がない場合、買主は、引渡し後に生じた滅失・損傷を理由として売主に修補請求等ができそうにも思える。しかし、一般論として、契約不適合の判断基準時は引渡し時であると理解されている。実際、適用否定説に立つ論者の中には、引渡し後に生じた滅失・損傷分はあくまで買主負担であり、修補や代金減額の対象外であることを明示するものがある。⁽⁴⁵⁾ また、適用否定説に立つ磯村保は、五六七条一項が適用されない結果、「買主は、引渡しを受けた目的物の滅失・損傷を理由として、改正案五六二条～五六四条の規定によって認められる権利を行使することができ、」⁽⁴⁶⁾（傍点は引用者）としつつも、「しかし、目的物の契約不適合とは無関係な事情により生じた滅失・損傷について、いったん自己の支配下に置いた買主がそのリスクを売主に転嫁することができることに疑いの余地もある。」とし、中古車売買と新車売買とでリスク負担が「逆転すること」を問題とし、適用否定説からも異なる結論の余地があることを示唆する。⁽⁴⁶⁾ 五六七条一項適用の肯否が、契約不適合物が引き渡された後の滅失等の

リスク配分に繋がっていない。

(3) 民法五六七条一項の制度趣旨理解の対立

しかし、契約解除にもかかわらず受領物を返還できない買主が負う価額償還義務は、買主が目的物の引渡しを受けて支配が移転したために「対価危険」を負担することと結び付けて論じられてきた。⁽⁴⁷⁾ 原物返還不能の買主が価額償還義務まで負うか否かは、厳密には買主の原状回復義務に係る給付危険の問題といえるが、この給付危険の所在を、契約解除前の対価危険の所在を参考に論じていると評価できる。五六七条一項の適用を否定し、給付危険・対価危険の移転を否定しつつ、原物返還不能の買主に価額償還義務を負わせることは本来論理的でないように映る。⁽⁴⁸⁾ それにもかかわらず、なぜ、適用否定説からも買主の価額償還義務を認める見解が主張されているのか。

これは、「五六七条一項が何を規定したものか」という、規定の意味内容や制度趣旨理解に争いがあることを示しているのではない。適用否定説（に立ちつつ引渡し後の滅失等のリスクを買主負担とする見解）に立つ論者の多くは、五六七条一項を、契約不適合物（種類物だけでなく特定物も含む）の引渡しを受けた買主が修補請求や代物請求、契約の解除をした場合における、引渡し後の滅失・損傷のリスク配分とは無関係の規定と理解するのではない。つまり、同項をめぐっては、これを、①引渡し後の滅失・損傷について売主が給付義務等（契約不適合責任）を負わず（前段）、買主がこの滅失・損傷を理由に代金支払を拒めない（後段）ことを規定したのみとする理解（適用否定説に多い理解か）⁽⁴⁹⁾と、②（それだけでなく）契約不適合給付がなされ、売主の契約不適合責任が追及された場合における、引渡し後の滅失・損傷のリスク配分まで規定しているとする理解（適用肯定説に多い理解）とがあるように思われる。

違いを具体的に確認する。本来一〇の価値がある物が契約で合意されたが、引き渡されたのは七の価値しかなく、さらにその後その物が買主の許で偶然事により損傷して五まで低下した場合に、五六七条一項は七から五に価値が低下したことを買主負担とする規範と捉えるのが、②の理解である。この②の理解からすれば、同項が適用される場合、たとえば修補や代金減額の対象となるのは、引渡し時の契約不適合分のみであり、その後買主の許で生じた損傷は対象外となる。契約解除や代物給付による追完の場合には、引渡し後に生じた損傷分については買主が負担し、現物返還に加えて価額償還することを要する。他方、①の理解によれば、五六七条一項は、七から五に価値が下がったことのリスク配分を規定したものではない。契約不適合のある種類物の場合に適用否定説に立ちつつ、仮に同項を②の意味で捉えるならば、買主は引渡し後の滅失・損傷も含めて免責されるように思える（先の磯村の指摘も参照）。しかし、適用否定説が、それにもかかわらず、契約解除の場合に引渡し後の滅失・損傷について別途の論理で買主負担とし、買主に価額償還義務を負わせるのは、五六七条一項を②のように理解していない証左である。

2 民法五六七条一項の規定内容

先述のとおり、五六七条一項は、引渡し後の目的物の滅失等に関する給付危険と対価危険の移転を規定するものである。給付危険および（その移転を前提とする）対価危険は、契約不適合物の引渡しでは本来は移転しないようにも思われる。しかし、五六七条一項が問題としているのは引渡し後の滅失等の危険であるため、この意味での給付危険と対価危険は契約不適合の有無を問わず買主に移転する。五六七条一項は、契約不適合法理と重畳する危険移転を規定するものであった。五六七条一項にもかかわらず、引渡し時の不適合についての買主の権利は遮断されないという点

で議論の一致が見られる以上、この重畳は本来すべての学説が前提とするはずであろう。五六七条一項は売主の契約不適合責任の負担と両立する形で、引渡し後の双方無責による滅失等を買主負担とする規範である（先の制度趣旨理解の②が妥当である）。

これまで「契約不適合給付では給付危険が一切移転しない」との暗黙の了解があつたがゆえに、改正後の学説は、契約不適合給付がされた場合における五六七条一項の取扱いに難渋したように見受けられる。適用否定説は、単に、契約に適合しない種類物の引渡しでは四〇一条二項前段の「給付必要行為の完了」が認められないため、「特定」を要件とする五六七条一項は適用されないという論理にすぎない。種類債権の特定と給付危険の移転を切り離す見解が多数となっている点に表れるように、四〇一条二項前段は、五六二条および五六七条の新設により、その重要性が格段に低下した。給付危険の完全な移転には契約適合物の引渡しを要する点で一致している。また、引渡し後の滅失等を原則として買主負担とする点でも、ほぼ全ての見解が一致しているものと思われる。それにもかかわらず、種類債権の特定に関する伝統的理解に拘り、引渡し後の滅失等の危険負担を語る五六七条一項の適用を否定することは、適切であるように思えない。

3 民法五六七条一項の「特定」の解釈

先に見たとおり（1節(1)参照）、契約に適合しない種類物が引き渡された場合にも同項の適用を導く解釈には、次の三つがある。

(1) 契約不適合が軽微であれば特定を認める見解（A-1説）

この見解については、Ⅱ章3節(2)で言及した。買主の支配下で生じた滅失等のリスク配分では、引き渡された物の不適合の大小だけでなく、買主の契約不適合の認識の有無、危険を売主に転嫁することが矛盾挙動と評価されるような先行行為が買主にあるか、などの要素にも着目する必要がある。買主がその不適合物を履行として受け入れたうえで修補や代金減額を望むのか、それともその物を履行として認めず、契約の解除や代物請求をするのかも重要である。前者の場合には引き渡された物を受け入れる（客体承認がある）以上、引渡し後の滅失・損傷は買主の負担とすべきである。後者の場合も買主の支配領域内で生じた滅失・損傷である以上は買主負担が原則であるものの、この見解（A-1説）が暗に示しているように、売主負担となるべき場合もある。しかし、こうした例外的な帰結は、引渡しによる危険移転を肯定しつつも、解除や代物請求による売主への危険の回帰の場合によって認めることで説明できる。

(2) 契約不適合物でも民法四〇一条二項前段の特定を認める見解（A-2説）

ところで、解除や代物請求によって売主への危険の回帰を認めるものの、その前提として、引渡しによる危険移転を肯定する理由は、危険の浮動状態を作らないことにあった。危険の所在が不確かな浮動状態を作らないことにより、契約不適合物の引渡しを受けた買主が修補や代金減額、損害賠償を求めた場合に、引渡し時に遡及して危険移転を認める擬制（浮動的構成）を回避する⁽⁵⁰⁾。近時、不適合物が引き渡された場合の所有権の移転について遡及的移転を認める擬制を理論的に回避することも一つの論拠としながら、契約不適合物の引渡しであっても四〇一条二項前段の特定を認めんとする議論が展開されている。それが、森田宏樹により二〇一九年に提示されたA-2説である。

森田の議論の起点は、引渡し後の「代物請求は、当初に売主が負っていた引渡し債務の履行請求とは、その制約要件が異なる」ことへの着目にある。⁽⁵²⁾ 森田は、種類物売買において契約不適合物が引き渡された場合にも五六二条が適用されることを前提に、引渡し後に負う代物給付義務は当初に売主が負っていた無限の調達義務とは異質であり、「担保責任としての追完請求権は、不完全履行を治癒するために、代替物の引渡しという現実給付を付加的負担として新たに課するもの」⁽⁵³⁾と理解する。契約不適合責任としての代物請求は、当該請求権の限界という点で履行請求権のそれと相違するほか、五六二条一項ただし書、五六六条などでも制約を受ける。こうして森田は、種類債権の特定後に契約不適合責任としての代物請求を認めても特定の効果と矛盾しないと理解し、⁽⁵⁴⁾ 契約不適合物の引渡しでも四〇一条二項の特定を承認する。

こうした解釈を展開する狙いは、(a) 特定後の代物請求を認めることが矛盾でないという理論的基礎を提供すること、他、(b) 契約不適合物でも四〇一条二項の特定および五六七条一項括弧内の「特定」を認めることで五六七条一項の適用を認めること（同適用により引渡し後の滅失等を買主負担とすることに条文上の根拠を与える）、(c) 不適合物でも特定を認めることで所有権移転を肯定し、同移転時期を明確にすること、そして(d) この所有権移転を理由として代物請求を選択した買主の使用利益返還義務を否定することにある。⁽⁵⁵⁾ (c) について付言しよう。森田によれば、仮に、契約不適合物の引渡しによる種類債権の特定を否定するならば、その後、買主が修補や代金減額、損害賠償を求めた場合、そこに客体承認の意味での履行認容があつたとして当該時点で特定を認め、同時点で所有権が移転する、と解さざるを得ない。また、契約不適合を知つた買主がこれを一年以内に通知せずに失権した場合（五六六条）には、所有権の移転を認める客体承認（買主の意思的行為）を見出すことが困難となる。所有権の移転を認めるとしても、いつの時点での

移転を認めるのか。仮に買主の履行認容を見出せるケースで引渡し時に遡及させるならば、買主の使用利益返還義務を否定するという目的は達成できるが、森田によればこれは「かなり擬制的である」⁽⁵⁵⁾。

森田論文では、「契約に適合しない物であつても、売主がその物を引き渡し、買主がこれを受領した場合には、遅くともその時点には特定が生じ」とされ（傍点は引用者）、「給付必要行為の完了」の解釈として履行地説を採るか否かは明示されない。しかし、五六二条は引渡しを基準とし、これを境に売主の調達義務が軽減される。「引渡しによる時的区分」を重視する森田の論旨を敷衍すれば、少なくとも不適合物の場合には、「給付必要行為の完了」として目的物の引渡しまで必要となるように思われる。調達義務が軽減される時点に着目した、いわば効果論から帰納した引渡し説となる⁽⁵⁶⁾。

森田が、所有権の所在を理由として買主の使用利益返還義務を否定する点（右の(d)）には、疑問がある⁽⁵⁷⁾。他方で、同説が、不適合物が引き渡された場合の所有権の所在、移転時期を明確にする点は魅力的である。確かに、売主が依然として代物給付義務を負っている点に着目し、所有権移転を認め難いとする指摘もある⁽⁵⁸⁾。引渡し後の代物請求が明文で認められたことが、契約不適合給付では「給付必要行為の完了」による「調達義務からの解放」を認め難い根拠になるとともに、所有権の移転を認める抵抗感を生み出す。しかし、所有権移転が買主の権利行使次第で否定されるという点では、契約の解除があつた場合と大差ないのではないか。契約不適合物であつても、その引渡しまであれば特定を認め、所有権が移転すると解する余地がある。債権法改正後の現在、「給付必要行為の完了」による特定に引渡しが必要と説く見解（北居⁽⁵⁹⁾）を除けば、種類債権の特定と給付危険の移転時期は切り離され、種類債権の特定の効果として所有権移転が注目される。この改正民法のもとでは、契約不適合物であつてもその引渡しで特定を認め、所

有権の移転を承認する解釈も、ひとつの有力な選択肢である。

このように、森田説からは、契約不適合物でも種類債権の特定が生じるため、五六七条一項の「特定」も認められ、同項の適用も肯定される。しかし、本稿は、同項の適用を認めるべきという結論こそ同一であるものの、それでもなお、そもそも五六七条一項の「特定」が四〇一条二項で講じられる種類債権の特定と同義であると解することに疑問を持つ。

(3) 民法五六七条一項の「特定」※民法四〇一条二項前段にいう特定とする見解（B説）

五六七条一項の「特定」を考えるうえで重要なのは、五六七条一項の適用が認められたならば、売主の一切の契約不適合責任が否定されるわけではない、という点である。同項は、引渡し後に双方無責によって生じた滅失・損傷を買主の負担とするにすぎず、そもそも目的物の引渡し時に契約不適合があれば、当然ながら売主はこれにつき責任を負う。同項は、契約不適合物の引渡しでも給付危険と対価危険が移転すること、換言すれば、売主が契約不適合責任を負うことと両立する危険移転を語っている。五六七条一項は売主が不適合責任を負うことと両立する危険移転を規律するとなれば、その意味での危険移転の要件となる同項の「特定」を種類債権の特定と同義に解する必然性がない。売主の代物給付義務は残りつつ、五六七条一項の危険移転があつて良いからである。

では、なぜ引渡し後の滅失・損傷につき売主が契約不適合責任を負わず、かつ買主が対価危険を負担するのかといえ、単に買主の支配下で生じたりリスクであるからすぎない⁶¹。決して、売主が物の給付としてすべきことを全て完了したために生じるのではない。仮に物の給付としてすべきことを完了したことを同項の危険移転の要件と考えるなら

ば、特定物売買で不適合物が引き渡された場合にも危険移転が生じず、引渡し後の滅失等が売主負担となるはずだが、この価値判断は否定されている。この場合に五六七条一項の適用が否定される契機がない他、同項が新設される以前から、とりわけ解除の原状回復の局面で受領物が返還できないリスクは買主負担とされてきたのである。したがって、同項の効果を正当化するための要件は、目的物の引渡しにより支配が移転したことに尽きる。五六七条一項の適用にあたって、「引渡し時の契約不適合について売主が調達義務から解放されてしかるべきか否か」「売主が調達義務を含めすべての給付義務から解放されるのはいつか」は、問題とならない。契約不適合物の引渡しであつたために、売主には代物調達義務があり、給付危険がなお売主にある場合であつても、五六七条一項の「特定」を認めることに支障がない。給付危険の部分的移転を肯定する本稿の立場からは、売主が依然として調達義務を負つていようと、引渡し後の滅失・損傷については買主負担が原則であつて良いからである。

したがって、五六七条一項の「特定」は、四〇一条二項の特定とは異なるものというべきである。四〇一条二項の特定は、五六七条一項の危険移転の前提である必要がない。同項の「売買の目的物として特定したものに限る」とは、売主による引渡しが売買の目的物としての給付と評価されることを求めているにすぎないと解すべきであろう。B説が支持されるべきことは二〇一七年の拙稿で指摘したところであつたが、本稿で給付危険と対価危険の部分的移転という解釈を提示したことで、二つの特定を別意に解する前提が築かれたように思われる。種類債権の特定と給付危険の移転とを切り離す見解の中には、四〇一条二項の特定を危険移転にあたつての「前提充足要件」として位置づける見解がある。⁶²しかし、あくまで五六七条一項の意味での給付危険の移転においては、四〇一条二項の特定は前提にならないと考える。

IV 結 論

売主が契約不適合物を引き渡した場合、売主は修補義務を負う。したがって、特定物売買であっても契約不適合物を引き渡しただけでは、売主の給付義務は尽きない。給付危険が移転しない以上、一方の債務が履行不能になったことを前提とする対価危険も移転しない。仮に五六七条の「危険」をこのような意味での給付危険と対価危険の意味で理解するならば、同項は特定物と種類物とを問わず、適合物が引き渡された場合の規定と解するに至り得る。不適合物が引き渡された場合には、客体承認を超えて、性状承認を意味する履行認容が認められて初めて売主の給付義務が尽きる。その時点で初めて給付危険が移転し、対価危険も移転する以上、両危険の移転を規定する五六七条一項は不適合物の引渡しでは適用されない、という理解である。こうした理解からは、不適合物が引き渡された場合、履行認容までに生じた滅失・損傷の危険を売主が負うことを帰結する。具体的には、引渡し後に生じた損傷すらも修補や代金減額、損害賠償の対象となる。しかし、これでは、軽微な不適合であっても買主が売主のリスクで物を使用等しうることになりかねない。

翻って本来五六七条一項には、契約に適合しない特定物が引き渡された場合に適用が否定される契機がない。それでは、五六七条一項前段はどのような「危険の移転」を語っているのか。ここで本稿が辿り着いたのは、契約不適合物の引渡しでは一切の給付危険が移転しないとの理解の否定であった。五六七条一項は、引き渡された目的物に契約不適合があったことよって売主がなお給付義務を負う場合にも、引渡しにより支配が移転することに着目し、引渡し後に買主の許で生じた双方無責の滅失・損傷に限って売主を免責する。目的物の滅失・損傷のうち引渡し後のもの

に限って、部分的な給付危険および対価危険の移転を規定したのが五六七条一項である⁽⁶³⁾（なお、契約適合物が引き渡された場合に、給付危険と対価危険のすべてが買主に移転するのは当然である）。

そして、あくまで部分的な危険移転なのであるから、これは、引渡し時の契約不適合につき売主が責任を負うことと両立する。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（適用否定説も含め）本来は異論がないはずであり、この原則は売主が調達義務を負った状態であつても変わらず（Ⅱ売主が代物調達義務を負うことは、買主の支配下で生じた滅失・損傷についてまで責任を負うことを意味しない）、したがって種類物売買で契約不適合物が引き渡された場合だけを特別視して同項の適用から除外する合理性がないことに照らすと、同項は、この場合にも適用されるべきである。

この目的論的解釈に適う解釈こそが、同項にいう「特定」は四〇一条二項の種類債権の特定とは異なる概念であるとの解釈である。五六七条一項は引渡し時の契約不適合について免責するものでない以上、ここで（引渡し時の契約不適合について）売主が調達義務から解放されてしかるべきか否かは、関係がないからである。同項は目的物を引き渡して支配が移転した後の滅失・損傷について売主を免責するにすぎないからこそ、同項の「特定」は、調達義務からの解放を本来意味するはずの種類債権の特定とは異なる概念であつて良いのである。

五六七条一項が問題とする滅失等の危険は、条文上明らかなように、引渡しによつて支配が移転して以降の滅失等の危険に限られる。逆にいえば、五六七条一項は目的物が引き渡された後に双方無責で生じた滅失・損傷についてのリスク配分規定である以上、契約に適合しない種類物の引渡しでは同項の適用がないと解しつつ（適用否定説Ⅱ危険移転否定説）、引渡し後の滅失等を（代金減額請求等の対象外としたり、解除や代物請求をした買主に価額償還義務を課したりす

る形で）買主負担とする解釈は妥当でない。

【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、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・二〇一七年）二〇二—二〇五頁・二一五—二一六頁、森田修『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架橋のために』（有斐閣・二〇二〇年）三六四—三六五頁〔初出二〇一七年〕、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社・二〇二〇年）七六七頁〔北居功〕、曾野裕夫Ⅱ松井和彦Ⅱ丸山絵美子『リーガルクエスト民法Ⅳ契約』（有斐閣・二〇二二年）二〇二—二〇五頁〔曾野〕。

（２）近時の指摘としてたとえば、丸山絵美子「種類債権の『特定』」森田宏樹監修『ケースで考える債権法改正』（有斐閣・二〇二二年）二八四頁の注（４）〔初出二〇二〇年〕、曾野ほか・前掲注（１）一九八頁〔曾野〕、山城一真『契約法を考える』（日本評論社・二〇二四年）二一九頁〔初出二〇二三年〕。

（３）本来、対価危険は、一方の債務が履行不能となった場合における反対給付債務の運命を問題とする。売主による引渡しになされた場合、たいていの売買契約では債務の履行が完了するため、その後の滅失・損傷によって債務が履行不能となるわけではない。五六七条一項後段（と前段の解除の否定）は、いわば広義の対価危険が引渡しによって買主に移転することを意味する。

（４）北居功『契約履行の動態理論Ⅱ——弁済受領論』（慶應義塾大学出版会・二〇一三年）一五二頁以下（とりわけ一五八—一六〇頁）。これに対し、野澤正充『契約法の新たな展開』（日本評論社・二〇二三年）三六六—三六七頁・三七二頁・三八四頁・三八九頁は、特定物は主観的代替性がないために特定物の（滅失の）給付危険は契約締結時に債権者に移転するとの理解もまた、「特定物のドグマ」であると説く。この議論は、（本文で整理するように）「給付危険」という用語に損害賠償責任の負担を含めるか否かという概念理解の相違にも影響を受ける。ただし、「危険」を論じる典型的場面は、不可抗力、すなわ

ち債務者無責による滅失の場面である。契約締結後、債務者無責により特定物が滅失した場合、損害賠償責任は発生しない(四二五条一項ただし書)。仮に、この前提を付してもなお、「特定物売買における滅失の給付危険は契約締結時から買主負担である」と理解することに異論があるとすれば、特定物概念の理解の相違が原因であろうか。特定物を「当事者がその目的物の個性に着目した物」と理解する限り、特定物は主観的に替えがなく、その物の(債務者無責の)滅失があれば売主の給付義務が尽きる(Ⅱ滅失の給付危険は債権者の負担)と解するのは自然に映る。なお、これはあくまで給付危険の負担であり、当該物の引渡し等による対価危険の移転がない限り、買主は代金の支払を拒絶できる(五三六条一項)。「特定を論じることの意義は、物が滅失したときに、その給付を請求することができなくなるといいうリスクを債権者が負うことを明らかにする点にある。」と説くのは、山城・前掲注(2)二〇二頁〔初出二〇二二年〕。

(5) 磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』(有斐閣・二〇二二年)九二頁〔北居功〕。この「債務の運命」を、履行請求権の有無に限定する見解もあれば、損害賠償義務も含めた給付義務の有無を意味するものとして用いる見解もある。五六七条一項が問題とする債務者無責による滅失・損傷をテーマとする本稿では、給付危険に損害賠償責任の負担まで含めるか否かはさしあたり重要でない(四二五条一項ただし書参照)。ただし、山城・前掲注(2)二二五頁以下〔初出二〇二二年〕は、この違いが対価危険との関係理解などで差が生じるものと説く。詳しくは本稿の後掲注(11)で取り上げる。

(6) 曾野裕夫「売買」法律時報八六卷一二号(二〇一四年)九二頁、潮見・前掲注(1)二〇二頁、中田裕康『債権総論』(第4版)』(岩波書店・二〇二〇年)四六頁など。なお、「債務不履行責任の負担」という表現は、損害賠償責任を包含する趣旨であり、契約が解除される負担(対価危険の問題)までは含まないはずである。

(7) 森田修・前掲注(1)三六四—三六五頁〔初出二〇一七年〕は、五六七条一項前段の「危険の移転」は、「(債務不履行による諸救済が排除されて、債務者が債務不履行責任一般を負わなくなる)」という意味での『危険の移転』である。」としたうえで、五六七条の見出しにいう「危険の移転」を「広義の給付危険」の移転と呼び、四〇一条二項で移転する「狭義の給付危険」と区別する。また、山田到史子「日本民法改正法における『危険の移転』の意義——英米法の『危険移転』と大陸法の『対価危険・給付危険』の比較法的検討」法と政治七〇巻一号(二〇一九年)六九頁以下も、五六七条が問題とする「危険」

は従来の意味での給付危険（調達義務の負担）ではなく、五六七条の「危険の移転」規定は、「債務者の損害賠償を含む救済手段の主張ができない時点として『履行義務の尽きる時点』……を定め」るものと分析する（二〇三頁）。曾野ほか・前掲注

(1) 一九八—一九九頁および二〇二—二〇四頁〔曾野〕も参照。

(8) 潮見・前掲注(1)二〇五頁、潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社・二〇二二年）一九一頁、磯村保「売買契約法の改正——『担保責任』規定を中心として」Law&Practice 10号（二〇一六年）八六頁、中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣・二〇二一年）三二六頁など。

(9) 磯村編・前掲注(5)九三—九四頁〔北居〕。改正前民法では、売主の瑕疵担保責任（旧五七〇条）それ自体としては修補義務が定められていなかった（ただし、判例・学説は、とりわけ種類物売買において瑕疵物の給付を受けた買主に、完全履行請求権の一内容として修補請求権を認めてきた）。そのため、目的物が債務者無責で損傷等した場合における〈調達義務の運命〉と〈給付義務の運命〉とは一致していた。他方で、二〇一七年改正民法では、売主の契約不適合責任として修補義務が規定されたことで、「調達義務こそ負わないものの、なお給付義務（修補義務）を負う場合」が生まれた。これがゆえに、狭義の給付危険と広義の給付危険は、その移転時期にずれが生じる。

(10) 野澤は、（債権法改正前の段階から）物に対する現実の支配の移転によって給付危険が買主に移転することを強調し（野澤・前掲注(4)三六二頁注(51)、三六七—三六八頁、三七二頁、三八七頁注(36)）、瑕疵物の引渡しであってもこの給付危険が移転する可能性を示唆する（たとえば同三五七頁）。一般的には、目的物の滅失・損傷を債務者の調達義務・給付義務の運命と結びつけたのが給付危険である以上、契約不適合物の引渡しでは売主の給付義務は尽きないため（五六二条）、給付危険の移転が本来は生じないのを基本とする。しかし、野澤は、給付危険と対価危険とを区別する我が国の議論はドイツ法学の影響を受けた特殊なものであり、「物の危険」「給付危険」「対価危険」をあえて明確に区別する必要がなく、いずれも「目的物の滅失等についての危険」として把握すれば足りると理解する（同三六二頁注五一頁、三六七頁、三六八頁注五八、四六二頁など）。このように「給付危険」という用語を用いつつも、これを単純に、目的物の滅失・損傷の危険という意味で用いるため、引渡し時までの滅失や損傷については売主が責任を負うものの、引渡し後の滅失等については物を支配していた買主が負

担すべきであるから、給付危険が引渡しによって移転する、との理解にたどり着くのである。

これに対し本稿は、物の滅失・損傷の危険と、これを給付義務や反対給付義務の運命に結びつけた「給付危険」と「対価危険」とを、あくまで区別して議論を進める。契約不適合物の引渡しを受けた買主に追完請求権が認められる（五六二条）からには、契約不適合物の引渡しでは売主の給付義務は免責されず、これまでの理解からは給付危険が一切移転しない。本稿はこうした概念理解を前提としたうえで、しかし契約に適合しない特定物が引き渡された場合に移転するという「危険」（五六七条の見出し）の正体を見極めようとするものである。

（11） 少なくとも従来、対価危険が給付危険よりも先に移転することはないと理解されてきたことにつき、小野秀誠『反対給付論の展開』（信山社・一九九六年）九一頁、北居・前掲注（4）一五〇—一五一頁。近時、山城・前掲注（2）二二六頁〔初出二〇二二年〕は、給付危険概念を「損害賠償責任の負担」まで含めて用いる立場からは、「債権者が対価危険を負うか否かは、給付危険とは無関係に論じられる。」とし、「結局、給付危険とは損害賠償請求の可否をいい、対価危険とは解除の可否をいうこととなる。」と整理・分析する。もともと、山城自身も、『危険』という統一的概念を用いて論じる意義は、二つの『危険』の間に一定の論理的関係を措定する定義²（引用者注——他から調達して給付を行う危険を給付危険とする定義）において、いつそう明瞭になるであろう。」と説き（同頁）、右のような両危険の關係理解を支持しないものとみられる。本稿も、右の關係理解に疑問がある。山城が的確に指摘するように、両危険の間に一定の論理的關係があつてこそ、概念の存在意義がある（対価危険の定義を、目的物が滅失・損傷した際に、給付危険の債権者負担によつて債務者の引渡債務が全部ないし一部消滅した場合における反対給付債権の運命とし、給付危険と対価危険との關係を意識するのは、磯村編・前掲注（5）九三頁〔北居〕）。ただし、いま支持しない右のような理解は、給付危険概念に損害賠償責任の負担を含めるがゆえに生じるのではなく、対価危険概念の理解に由来するのではないかと考える。

給付危険と対価危険の關連を切り離し、対価危険を解除の可否をいうものと理解することは、つまるところ、単に債権者の反対給付義務の負担を対価危険と呼ぶに等しい。しかし、この理解を前提とすれば、売買契約の締結と同時に、買主は対価危険を負うことにならないか。本来、対価危険は、単に債権者の反対給付義務の負担ではなく、一方の債務が履行不能となり、

かつ損害賠償債務にも転化せずに債務者の債務が全部ないし一部消滅した場合における、債権者の反対給付義務の運命を問題とする。損害賠償債務に転化しない場合を前提とすることの指摘が稀なのは、危険負担の問題がそもそも債務者無責の場合を前提としているからである。確かに、債務者有責の場合をも含めて危険を語るならば、給付危険概念に損害賠償責任の負担を含めて理解するか否かにより、履行不能につき債務者有責の場合にも給付危険が移転するか否かが左右されよう。そして、なるほど債権者はこの場合にも別途、契約の解除により反対給付義務を免れることができる。しかし、こうして債務者の債務が損害賠償債務に転化する場合にまで、対価危険の問題とする必要がないように感じられる。対価危険はあくまで、一方の債務が履行不能となり、契約で予定された利益を債権者が獲得できないにもかかわらず、債権者が反対給付義務をなお負わなければならないか、を問う概念のはずだからである。以上の理解によれば、いま検討している給付危険と対価危険の関係理解（注の冒頭で挙げた理解）は、給付危険概念に損害賠償責任の負担まで含めたがゆえに生じるのではなく、対価危険概念を単に債権者の反対給付義務の負担といった形で広く用いることに起因しているといえよう。右で挙げた北居による対価危険の定義（給付危険の移転を対価危険移転の論理的前提とする理解）は、給付危険概念に損害賠償責任の負担を含めても成り立つように思われる。

（12） 平野裕之『債権各論Ⅰ契約法（第2版）』（日本評論社・二〇二四年）二七九頁の注（98）、平野裕之『新債権法の論点と解釈（第2版）』（慶應義塾大学出版会・二〇二一年）四三九―四四〇頁は、危険移転を認めれば買主の解除が認められないとの理解を前提に、特定物売買でも解除が認められるほどの不適合がある場合には、五六七条一項を制限解釈して引渡しによる危険移転を否定すべきと説く。契約不適合解除の場合には引渡し後の滅失等のリスクも売主負担となり得るとする点で私見と一致するが、本稿全体で論じるとおり、引渡し後の滅失等の危険は移転しつつも、引渡し時に存する不適合責任はなお追及できるため、契約の解除も可能である。そして、こうして引渡し後の滅失等の危険が移転しても、解除によってこれを売主に転嫁することができる（解除による危険の回帰）。

（13） 契約不適合の判断基準時は引渡し時である（五六七条一項参照）。したがって、引渡し後の滅失・損傷について売主は契約不適合責任を負わない。

(14) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣・二〇〇二年)二八五頁以下(とりわけ三〇六・三〇八頁)、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号(一九八九年)一二九頁以下。

(15) 北居・前掲注(4)二〇五頁以下。

(16) 両見解の相違については、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」日本法学八三巻一号(二〇一七年)八三—八四頁および注(87)も参照されたい。

(17) 森田宏樹「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣・二〇一九年)二九一頁は、法制審議会において五六七条一項に括弧書きが挿入される前の段階(審議経過については後掲注(42)参照)、すなわち適合物と不適合物を問わない段階での部会資料八一—三・一〇頁の記述に着目して、「これによると、五六七条一項の趣旨は、引き渡された物の契約不適合による担保責任が認められるか否かの問題と、目的物の支配の移転によつて買主に対価危険が移転するか否かという問題とを切り離して、それぞれの規律を重疊的に適用することにあるといえよう。」と説く。法制審議会では、その後括弧書きが挿入されているため、この資料をもとに同項の制度趣旨を捉えることが妥当かは議論の余地があるものの、売主が契約不適合責任を負うことと、引き渡された物の滅失・損傷の危険を買主が負担することは別問題であり、かつ両立することが示されている。ただし、森田は後者を対価危険と呼ぶが、やはり概念の論理関係上、その前提として何らかの給付危険の移転が必要はらずであり、本稿はその観点から、給付危険の部分的な移転を提言する。

(18) 渡邊拓「契約不適合がある種類物が引渡し後に滅失・損傷した場合における危険の移転について——改正民法五六七条一項括弧書きの存在意義」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)四四九頁も、「契約不適合のある種類物が引渡し後に滅失・損傷した場合であっても、契約不適合の影響を受けていない価値が存在していた場合には、その部分の価値の給付危険や対価危険をどちらが負担するのかという問題がある」と説く(同四五二頁も参照)。渡邊はこうした理解から、解除や代物請求をした買主に受領物の滅失・損傷を理由として価額賠償義務を課すことは、「契約不適合の影響を受けていない部分について……対価危険を負担したことになる」以上、適用否定説が給付危険と対価危険の移転を否定す

ることと「整合しない」と述べる(同四五〇—四五二頁)。

(19) 北居功「給付危険と対価危険」法学教室四五四号(二〇一八年)三三頁、森田(宏)・前掲注(17)二九〇頁も参照。

(20) 詳細は、大木満「合意した物よりも高価な異種物の給付について——ドイツ新債務法の法状況を中心に」法学研究(明治学院大学)九〇号(二〇一一年)三四五頁以下。

(21) 基本方針段階のものであるが、民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般(1)』(商事法務・二〇〇九年)二〇二頁、大木・前掲注(20)三四八—三四九頁。主観的瑕疵概念の採用は、瑕疵物と異種物との区別が困難であることを踏まえ、この区別を不要とする積極的意義も有していたことについては、下森定『履行障害法再構築の研究』(信山社・二〇一五年)四四頁以下〔初出二〇〇七年〕、北居・前掲注(4)三五七頁。

もちろん、異種物が引き渡された場合に、そもそも目的物の「引渡し」があったと評価できない場合があることは否定しない。この点で、中田・前掲注(8)三〇二—三〇三頁、平野・前掲注(12)『新債権法の論点と解釈〔第2版〕』四〇〇—四〇一頁のほか、部会資料八一—一三・一〇頁も参照。なお、改正前において異種物給付を瑕疵担保の法的性質論との関係で議論整理するのは、柚木馨Ⅱ高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』(有斐閣・一九九三年)三五七—三五九頁〔柚木Ⅱ高木〕。

(22) たとえば、潮見・前掲注(1)六〇四—六〇五頁は、異種物の返還不能リスクを買主が負うことを前提に、価額償還義務の内容を論じている。

(23) 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」日本法学八二巻四号(二〇一七年)一一六頁以下。

(24) 改正後に、解除が認められるほど重大な不適合がある特定物が引き渡された場合に、五六七条一項の適用を制限しなければならぬとする、前掲注(12)の平野の見解も参照。

(25) 法制審議会でも契約不適合のある種類物が引き渡された局面に関する審議で、内田貴委員は、契約に適合しない種類物が引渡し後に滅失した場合を前提に、五六七条一項の適用を認め、危険移転を肯定したとしても、その後「滅失したこと自体を理由とする責任追及はもはやできませんけれども、瑕疵を理由とする担保責任の追及はできる。修補請求はもちろんできません

んが、代金減額とか損害賠償とかは可能であるというふうに解釈されていると思います。」と述べている（法制審議会民法（債権関係）部会第九六回会議事録四九頁）。なお、右発言に表れているように、内田は、右の理解を改正前民法下でも展開していた。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）一四二―一四三頁参照。

(26) 前掲注(12)を参照。

(27) 軽微な不適合であれば特定を認め（A-1説）、かつ特定後の代物請求を否定すれば、軽微な不適合物が引き渡された場合の代物請求が否定されるに至る。これに対し、軽微な不適合でも代物請求を認めるべきことを説くのは、森田（宏）・前掲注(17)二九三頁注(63)、丸山・前掲注(2)二九五頁。不適合が軽微な場合の代物給付は、売主の選択および五六二条一項ただし書の「買主に不相当な負担を課する」か否かの判断に委ねるのも選択肢であろう。

(28) 拙稿・前掲注(16)九一頁。

(29) 前掲注(23)(16)の拙稿のほか、買主の解除による危険の回帰・再移転を説くのは、北居功「三重売買と危険負担——危険負担制度と契約解除制度の競合」法研八四卷一二号（二〇一一年）四二五頁、曾野ほか・前掲注(1)二〇二頁（一三六―一三七頁も併せて参照）〔曾野〕。なお、ドイツでは、危険回帰構成ではなく、「危険の浮動的構成」客体承認による遡及的危险移転構成」も有力である。瑕疵物が引き渡された場合、当該瑕疵物の滅失等の危険は浮動状態にあり、買主が契約の瑕疵担保解除を選択した場合には、危険は移転しなかったことになり売主負担となるのに対し、買主がその客体を承認した場合には引渡し時に遡って危険が買主に移転していたと理解される。これについては、拙稿・前掲注(23)一三六頁の注(103)のほか、詳細は藤田寿夫「契約不適合責任と危険移転・同時履行」香川法学四一卷三・四号（二〇二二年）六四頁以下を参照されたい。

(30) なお、引渡し後の滅失等を売主負担とすることは、契約不適合の判断基準時を引渡し時とすること（五六七条・五六二条参照）と矛盾する、との批判が想定される。もっとも、この批判は必ずしも当たらない。引渡し後に生じた滅失等であっても、それが契約不適合（瑕疵）から生じた場合には例外的に売主負担とすることについて議論が一致するところ、本文で見た定式は、ここで滅失等の原因を「不適合」自体に限定せずに、「不適合物の引渡し」に広げるにすぎず、引渡し後に生じた滅失等を売主負担とする例外の一つであって良いからである。問題は、本文で検討するように、買主が修補請求など客体承認を伴う

救済手段を選択した場合にも右定式が妥当して良いか否かにある。

- (31) Stephan LORENZ, *Recht des Käufers zur Zurückweisung einer mangelhaften Sache—Voraussetzungen und Grenzen*, NJW, 2013, S.1341ff.; Brigitta JUD, *Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht*, JuS., 2004, S.841ff. 「もし買主が引渡しを拒絶していたなら危険を負わなかったはずであるという仮定が、引渡し後にもどこまで貫徹できるのかという観点」から、買主の認容拒絶の可否を意識しつつリスク配分を検討するのは、北居功「買主の正当な認容拒絶——商法五二七条の沿革および比較考察を契機に」法研九一卷二号 (二〇一八年) 一七三頁以下 (一九九頁の注(55)も参照)。

- (32) 軽微な不適合の場合にも認められる代物請求権が行使された場合に、常に危険の回帰を認めることには疑問もあり得る。しかし、民法は、買主の代物請求に対し、買主に不相当な負担をかけない範囲で売主の修補による追完を認める (五六二条一項ただし書)。買主の代物請求にもかかわらず、売主は修補による追完を選択することで、売主が責任を負う範囲を引渡し時に存在した当該軽微な不適合部分に限定することができる。売主にこうした修補機会がありつつも、代物給付による追完を受け入れた場合には、引渡し後の双方無責での損傷等を売主負担とすることも不当とまではいえないのではないか。

- (33) 結果として、受領遅滞による危険移転はなくとも、本件定式が妥当せず、買主負担となり得ることを意味する。受領遅滞中の偶然滅失等を買主負担とする論理は、売主の許で生じた滅失等にもかかわらず、本来それ以前に買主が受け取るべきであり、受け取っていれば生じなかった滅失等であることに着目して買主負担とする論理である。買主は受け取るべき局面であったことが重要である。これに対し、買主の許で生じた滅失等を例外的に売主に転嫁することを認める本件定式は、買主の許で生じた滅失等にもかかわらず、買主が受け取らなければ生じなかった滅失等であることに着目して売主負担とする論理である。適合物が引き渡された場合にも買主の許で生じたであろう滅失等である以上、売主の義務違反と買主の許での滅失等の因果関係はもとより弱い。買主の許で生じた滅失等を転嫁できるほどの事情が、買主だけでなく売主にもあるのかを考慮すべきことを示している。

- (34) ドイツにおける議論については、拙稿「ドイツ法における買主による解除前の使用行為——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して」日本法学八四卷一号 (二〇一八年) 一三七頁以下を参照されたい。

(35) 潮見・前掲注(1)二二六頁、潮見・前掲注(8)一九二頁以下、磯村・前掲注(8)八七頁、山本敬三『契約法の現代化Ⅲ——債権法改正へ』(商事法務・二〇二三年)二八八頁・三二二頁〔初出二〇一六年〕、中舎寛樹『債権法——債権総論・契約』(日本評論社・二〇一八年)一八〇頁、下森定「新給付障害法に関する一考察——修正法定責任説から見た新給付障害法」法学志林一一八巻二号(二〇二〇年)九五頁。法制審議会民法(債権関係)部会第九六回会議事録四八—四九頁〔住友関係官発言〕も参照。

(36) 奥田昌道編『新版注釈民法⑩Ⅰ債権(1)』(有斐閣・二〇〇三年)二四六頁以下〔金山正信Ⅱ金山直樹〕参照。そのうえで、瑕疵物の引渡しを受けた買主がする「履行としての受領」(客体承認)に、当事者の合意による特定を認める見解が主張されてきた。北居・前掲注(4)二五四頁参照。

(37) 山野目章夫「新しい民法の債権関係規定のもとにおける種類物売買の法律関係」法の支配一九〇号(二〇一八年)八二頁以下、中田・前掲注(8)三二五—三二六頁。法制審議会民法(債権関係)部会第九六回会議事録四九頁〔内田貴委員発言〕も参照。

(38) 森田(宏)・前掲注(17)二八八頁以下(特に二九八頁・三〇〇頁)、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)四一頁〔宮本〕、丸山・前掲注(2)二九三—二九五頁、益井公司「種類債権の特定に関する一考察」宮本健蔵先生古稀記念『民法学の伝統と新たな構想』(信山社・二〇二三年)五九頁・六四—六五頁。

(39) 野澤正充「売買——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」法セミ七七三九号(二〇一六年)三八頁以下、野澤・前掲注(4)四五八頁〔初出二〇一七年〕、拙稿・前掲注(23)一一〇—一一一頁・一一八頁、拙稿・前掲注(16)一一二—一二三頁注(95)、松岡ほか編・前掲注(1)七七三頁および七七五頁〔北居〕、曾野ほか・前掲注(1)二〇一頁〔曾野〕、渡邊・前掲注(18)四五三頁以下。また、平野も、前掲注(12)の『債権各論Ⅰ契約〔第2版〕』では、このB説に立つ(同二七九頁)。ただし、解除されるほど重大な不適合の場合に適用を制限し、危険移転を否定する点では、A-1説と同様である(この点は前掲注(12)を参照)。

(40) 同様の指摘は、森田(宏)・前掲注(17)二九二頁、松岡ほか編・前掲注(1)七七五頁〔北居〕、渡邊・前掲注(18)四五〇—

四五二頁。渡邊は、同項の反対解釈によれば、「救済方法の格上げの問題」と「価値賠償の問題」とが生じるものの（四三七頁）、適用否定説が救済方法の格上げや価値賠償義務が否定される結論を支持しているわけでないことを指摘する（四五〇頁）。

(41) 曾野ほか・前掲注(1)一三六頁〔曾野〕。

(42) 法制審議会において特定物と種類物とでの区別案は審議最終盤に俎上に載った。当初、特定物と種類物とを問わず、適合物と不適合物による区別がなされたが（部会資料七五A・三〇頁）、その後、契約不適合物であっても引渡しにより支配が移転することから、引渡し後の売主無責の滅失・損傷」を理由とする履行の追完請求等はすることができないとするのが公平の観点から相当である」と理解され（部会資料八一―三・一〇頁）、特定物と種類物、また適合物と不適合物を問わない規律が提案された（部会資料八一―一・八頁）。しかし、さらにその後、現行五六七条一項に繋がる括弧書が挿入され（部会資料八三―一・五〇頁）、第九六回会議において、ここという「特定」の意義が取り上げられた（法制審議会民法（債権関係）部会第九六回会議事録四八頁以下）。

(43) 下森・前掲注(35)九一―九六頁（とりわけ九六頁）。

(44) 潮見・前掲注(1)二一六頁、潮見・前掲注(8)一九三頁、藤岡康宏Ⅱ磯村保Ⅱ浦川道太郎Ⅱ松本恒雄『〈Sシリーズ〉民法Ⅳ債権各論〔第5版〕』（有斐閣・二〇二三年）一一三頁〔浦川〕、山城・前掲注(2)三八五頁注(30)〔初出二〇二三年〕など。

(45) たとえば、道垣内弘人Ⅱ中井康之編『債権法改正と実務上の課題』（有斐閣・二〇一九年）三二三頁〔中井発言〕（初出二〇一八年）など。

(46) 磯村・前掲注(8)八七頁。なお、「仮に契約に不適合な物では特定しないとすれば、契約不適合責任に関する規定の適用はなく、買主は売主に対して、一般の債務不履行責任（民四一五条）を問うこととなり、例えば短期の期間制限の規定（民五六六条）は適用されない。」と説くのは、野澤・前掲注(4)三八〇頁（三八五頁も参照）。もっとも、五六七条一項が適用されないとは解したとしても、五六二条以下の規律も適用外とする必然性はない。

(47) 拙稿・前掲注(23)六七頁以下のほか、たとえば近時でも森田（宏）・前掲注(17)二九二頁、渡邊・前掲注(18)四三七頁・四五二頁など。

【注54関連）種類物売買で履行地説による特定で調達義務からの解放を認めた場合における滅失・損傷の給付危険】

	給付危険の意義	
	調達義務の負担	修補義務・損害賠償義務も含めた給付義務の負担
特定後の滅失	買主負担（※1）	買主負担（※1）
〃 損傷	売主負担（※2）	売主負担

- ※1）特定後の滅失の場合にも買主の本来的履行請求による代物請求を認めるならば、売主負担となる。
- ※2）仮に特定後の代物請求を否定すれば、狭義の給付危険は買主負担となる（売主は調達義務から解放される）。これに対し、修補義務は当然存する以上、広義の給付危険は売主負担となる。

(48) 拙稿・前掲注(16)一一二―一一三頁の注(95)および注(97)を参照。丸山・前掲注(2)二九六頁、渡邊・前掲注(18)四五一頁も参照。

(49) 先に本文で見た磯村論文では、本来五六七条一項は②まで規定するものとの理解を前提に、そう理解した場合の適用否定説からの帰結の不合理を意識して、解釈によつて買主に価額償還義務を課すことで同項のリスク配分を修正することが意識されているように思われる。併せて磯村保『事例でおさえる民法改正債権法』（有斐閣・二〇二一年）二九六頁も参照。

(50) 拙稿・前掲注(23)六七頁以下。

(51) 本稿でいうB説をとる場合、「引き渡された目的物の所有権はどうなるのかという点が問われる」とするのは、潮見・前掲注(8)一九二頁。

(52) 森田（宏）・前掲注(17)二九七頁。

(53) 森田（宏）・前掲注(17)二九六頁。

(54) 特定後の代物請求をめぐる議論をここで整理する。四〇一条二項前段の「給付必要行為の完了」の解釈として従来の通説である履行地説かつ契約適合物（瑕疵がないこと）必要説を堅持し、これによる調達義務からの解放を認める見解からは、特定後に滅失しても売主に調達義務はない。履行地説による特定Ⅱ調達義務からの解放Ⅱ狭義の給付危険の移転という定式となる（上掲の表も参照）。他方、特定後に損傷した場合には、四〇一条二項の効果と五六二条とが規範衝突する。契約不適合物の引渡しを受けた買主に代物請求権を認める五六二条を尊重すれば、履行地説に従った特定により調達義務からの解放という意味での給付危険が移転するといっても、それは特定後の滅失の給付危険のみであり、損傷の給付危険は移転していないことになる（磯村

編・前掲注(5)一一八頁〔北居〕。言い換えれば、「履行地説による特定Ⅱ調達義務からの解放」とする理解は、その特定時から引渡しまでの間の損傷につき、売主が契約不適合責任を負い、代物給付義務を負うことと矛盾する。

もちろん、この矛盾は、種類債権の特定を重視・優先し、特定後の代物請求を否定することで解消する可能性もあり、現に少数ながらこうした見解も現れている（山本・前掲注(35)二八九頁・三一二頁、中田・前掲注(6)五一―五二頁、中田・前掲注(8)三二六―三二八頁。平野裕之『債権総論〔第2版〕』（日本評論社・二〇一三年）三〇頁も参照）。特定後の代物請求を否定するならば、引渡し前の特定によって損傷の場合も含めて調達義務から解放される。しかし、五六二条および五六七条は引渡し時を基準に契約不適合を判断することを明確にしているのに対し、履行地説はあくまで「給付必要行為の完了」の一解釈にすぎない。調達義務からの解放の時点として履行地説を採るがゆえに、五六二条一項の規律との矛盾が生じている。何より、ひとくちに種類債権の特定とは言っても、「給付必要行為の完了」による特定は、合意による特定や四〇一条二項後段による特定と異なり、債務者の一方的行為による特定であり、取立債務で目的物を分離して準備し、これを債権者に通知したとはいえ、未だ買主に受領遅滞がない段階、しかも売主の許で滅失等した場合が問題とされている。このリスクを買主に負わせることには相当に慎重であるべきはずである。この観点からは、契約不適合物の引渡しを受けた買主には、五六二条にあるとおり、代物請求が認められるべきことになる。仮に履行地説によるとしても、少なくとも特定後の損傷ケースで売主は調達義務を免れない。

もっとも、引渡し前の特定（四〇一条二項）を認めつつ、特定後・引渡し前に損傷が生じた場合に、売主の代物給付義務を認めるならば、これは先述のとおり、四〇一条二項と五六二条との規範抵触がある中で、五六二条を優先した解決を図ることを意味する。これを認めることは種類債権の特定の効果と矛盾しないのか。この問題へのひとつの解答を与えるのが森田論文である（同じくA・2説に立つ益井・前掲注(38)は、種類債権の特定には調達義務からの解放がないと考えるため、矛盾とならない。ただし、同七三頁で自認するとおり、特定の存在意義が乏しくなり、同規定の文言とも乖離する。もっともこの批判は、種類債権の特定と給付危険の移転時期を切り離す点で、後掲注(60)に挙げた文献にも妥当する）。他方で、「給付必要行為の完了」に引渡しを要求する見解（後掲注(56)の北居説を参照）に立ちつつ、適合物であることも必要と解すれば、「特定後

の代物請求」という現象自体がそもそも生じない。

(55) 森田(宏)・前掲注(17)三〇〇頁。

(56) 近時、別の角度からの引渡し説が北居功により主張されている。四〇一条二項の効果として調達義務からの解放(狭義の給付危険の移転)を認めつつ、履行地説を維持する見解によれば、特定により滅失の給付危険は買主に移転するが、(特定後の代物請求を否定しない限り)損傷の給付危険は売主が負ったままとなる(五六二条)。しかし、特定後から引渡しまでの間に生じたのが滅失なのか損傷なのかで給付危険の所在が異なる合理性は乏しい。そもそも、当事者の合意による特定ではなく、債務者の一方的な行為である「給付必要行為の完了」による特定は、相当に慎重であるべきである。こうして北居は、五六二条の存在および滅失と損傷の給付危険が同一であるべきことを根拠に、四〇一条二項前段の特定には引渡しまでが必要であると説く。北居・前掲注(19)三五頁、磯村編・前掲注(5)一二〇頁以下〔北居〕。もちろん、この見解に立つても、種類債権の特定という制度の存在意義は従来と比べ格段に低下する。しかし、四〇一条二項がその効果として調達義務からの解放を指示している点を軽視せず、なおかつ五六二条・五六七条を尊重するならば、「給付必要行為の完了」に引渡しを求める理解は説得的である。

なお、改正前民法下で、引渡し(交付)によってはじめて四〇一条二項前段の種類債権の特定を認め、四〇一条二項の特定時点と改正前五三四条二項による対価危険の移転時点とを一致させたのは、新田孝二『危険負担と危険配分』(信山社・一九九八年)一一六頁〔初出一九六八年〕。

(57) 所有権の所在を根拠に使用利益返還義務を否定する(所有権者に利益とリスクを帰属させる)論理は、森田が指摘するように解除の原状回復の場合にも及ぼすならば、ときに不当な結論に至るように思われる。利益とリスクの同一帰属論については、拙稿・前掲注(34)一一三―一一五頁および一二四―一二五頁。売主解除の場合を想定すると同理論に難点があることについては同一四八―一四九頁。代物請求や契約不適合解除の場合における買主の使用利益返還義務の否定は、買主の使用利益喪失損害の賠償請求との損益相殺により実現されるべきである。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」日本法学八八巻三号(二〇二三年)二四七頁以下。

(58) 丸山・前掲注(2)二八九頁は、「調達義務を負い続けると考えるならば、特定によって所有権が移転したとは言えないことになる」とする。

(59) 前掲注(56)を参照。

(60) 曾野・前掲注(6)九二頁以下、山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」曹時六八巻一号（二〇一六年）一七頁、潮見・前掲注(1)二〇五・二二三頁、潮見・前掲注(8)一九一頁、大村敦志Ⅱ道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣・二〇一七年）四一五頁〔石川博康〕、潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』（商事法務・二〇一八年）四三七頁〔石川博康〕および一〇二頁〔橋口祐介〕。この点については、石月真樹「種類物の特定による給付危険の移転」北海学園大学法学研究五五巻一号（二〇一九年）一頁以下も参照。

なお、契約不適合物の引渡しによる種類債権の特定を認めるA・2説からしても、本来的履行義務に限った給付危険を想定すれば格別、こうした限定をせずに給付危険を理解するならば、やはり契約不適合物の引渡しでは給付危険は完全には移転しない。本稿Ⅱ章1節(2)の最終段落を参照されたい。

(61) 契約に適合しない種類物が引き渡された場合に適用否定説に立つ潮見も、そもそも五六七条一項で危険移転が生じる根拠を、「売主が買主に特定された個物を引き渡したこと（正確には、買主が特定された個物の引渡しを受領したこと）」に求める（潮見・前掲注(1)二二五頁）。ここで「受領」は、買主の支配領域に入ったという受取りの意味で用いられている（同二〇四―二〇五頁参照）。重要なのは、対価危険でなく、給付危険の移転でも引渡しによる支配の移転が根拠とされていることである。

(62) 潮見・前掲注(1)二二三頁、中田・前掲注(6)五一頁。

(63) 本稿は現行法である五六七条一項を前提に危険移転を論じてきたが、本稿の論理は改正前民法にも妥当する。瑕疵ある種類物の引渡しを受けた買主が契約の解除をしたものの受領物を返還できない場合に価額償還義務を負うとされたのは、引渡しによって給付危険と対価危険の部分的移転があるからである。

那須雪崩遭難事件の指導者教員の過失責任

——学校スポーツ事故の一側面——

船 山 泰 範

〔業務上過失致死傷事件、宇都宮地裁令四(わ)五六号、令和六年五月三〇日判決、有罪、被告人三人とも控訴、LEX/DB インターネットTKC 法律情報データベース・文献番号25621013〕

〔事実〕

被告人三名が関わる本件事故は、次のようなものであった。平成二九年（二〇一七）三月二七日午前八時半

すぎ、栃木県高体連が主催する「春山安全登山講習会」の深雪歩行訓練中、茶臼岳（一九一五メートル）の中腹の第二ゲレンデ¹西方の上部斜面において、結合力の弱い新雪による弱層の崩落等に伴って生起した幅約六五メートルないし約百メートルに及ぶ表層雪崩の急襲により、生徒等二二名を雪崩に巻き込ませて流下させ、一二名を雪中に埋没させて自力による脱出が不可能な状態に至らせたものである。その結果、雪崩に巻き込まれた生徒七人と教員一人を圧死あるいは外傷性窒息により

死亡させ、五人に重傷を負わせたものである。

被告人とされたのは、本講習会の責任者であったI、死亡した一班参加生徒等（死亡した教員・K一名を含む）を引率したS、二班参加生徒を引率したWであり、業務上過失致死傷罪で起訴されている。

令和六年五月三〇日、宇都宮地裁は、以下のような理由を示して、被告人I・S・Wの三人に禁錮二年（いずれも実刑）の有罪判決を言い渡した。

〔判旨〕

一 判決の構成

本判決はおおむね、次のような構成になっている（以降、〔1〕などの評釈者のつけた表記番号は、後の解説に対応する。）。

〔1〕三名は、本講習会の実施にあたって、安全確保の業務に従事していた。本件で問題となる行為は、三名の合議による計画変更の段階と、SおよびWが直接引率している場面に存在する。

〔2〕三名は、当日の計画変更に当たって、訓練の安

全区域を限定して周知する義務があった

〔3〕Sは、一班生徒等に、上部斜面における登山をやめさせ、退避を指示する義務があり、かつ、他の班にも連絡して情報を共有して、安全確保のための措置を講ずる注意義務があった。

〔4〕Wは、二班生徒に、第二ゲレンデ西方斜面から下山して退避するよう指示する義務があり、かつ、他の班にも、連絡して情報を共有して、安全確保のための措置を講ずる注意義務があった。

〔5〕弁護人の無罪主張に対して、裁判所として詳細な反論を示している。

〔6〕量刑に関する詳しい検討がある。

二 七つの回避措置

本判決には特色がある。それは、雪崩の危険を回避するための「回避措置」がいくつかの場面において存在することを踏まえ、「……」義務と名付けて示すとともに、後の事実認定の補足説明（〔5〕部分）において、その用語を用いて弁護人主張を論駁している点である。私見の「回避措置重心説」^②の思考からすれば当然であるとい

えるが、一般の判例には見受けられないので、前述のどの段階（2）などに現れているかを示すこととする。

〔2〕安全区域限定義務

安全確保措置設定義務

計画内容周知義務

〔3〕即時退避指示義務1

適時情報共有措置義務1

〔4〕即時退避指示義務2

適時情報共有措置義務2

三 判決の重要な点

それでは、判決の個々の部分について、重要な点を整理していこう。

〔1〕被告人三名の立場は、次の通りである。

Iは、本件講習会の会長であって、現場において、最終的な意思決定を行う権限を備えた責任者である。Sは、本件講習会の副会長兼主任講師であって、Iを補佐し、現場における実技指導等を指揮する立場にあった者である。Wは、過去の豊富な経験（講習会会長など）により、Iから助言を求められると、意思決定に重大な影響を及

ぼし得る立場にあった者である。

そして、実際に、三月二十七日、三名の合議により計画変更を行い、さらに、SとWは生徒等を直接引率しているから、当日参加の七名の教員のうち三名が起訴されている根拠にはなる。

ただし、後で検討することに関わるが、本件事故において、外部からの救難が大幅に遅れた（約三時間^{③④}後）理由として、遭難したときの救難依頼のための多重的な情報手段の確保などが不備であったことを過失責任の一翼に入れていくことになる。現場の三人だけでなく、登山専門部の担当者などにも追及の手を広げる必要もあることを指摘しておこう。

〔2〕この部分は、計画変更における三名の過失の問題である。端的に言う、判決文通例の切れ目のない長い文（約二一〇〇字）であり、論理関係がわかりにくい^⑤、いわゆる悪文である。

ただし、次の点は明らかである。（ア）被告人三名は、「植生が疎らで新たな積雪のある急斜面では雪崩が発生する危険があるとの知識を備えていた」^⑥。（イ）「本件スキー場一帯で現に新たに大量の積雪があったことを認識

していた」。(ウ)「安全確保のための情報」は、「前もって十分に把握し得べき状況に臨んでいた」(ここでは、実際に、大雪注意報・雪崩注意報の存在、Iが宿泊していた旅館の経営者「かつて那須山岳救助隊長をしていた」、昭和四四年の上部斜面での雪崩死亡事故を知っていた)に情報を聴取することの可能性を述べるのみで、その存否を明確にせず、また、情報収集を怠っていたことを論難しているわけではない不徹底さがある。これらのことを前提として、「そうであれば」上部斜面と第二ゲレンデ西方斜面で雪崩が発生し、重大な死傷事故発生のおそれが容易に予見できたので「あるから」、「安全区域限定義務」、「安全確認措置設定義務」、「計画内容周知義務」という回避措置(判決は、「6」において、それらを基本的な回避措置と述べる)が認められ、「共同して雪崩により参加生徒等に危害が発生する事態を回避してその死傷事故を未然に防止すべき業務上の注意義務があったのに、いずれもこれを怠」ったというのである。そして、実際には、「本件スキー場周辺で深雪歩行訓練を行う旨の漠然とした内容による本件計画変更を行」い、その上、「全体説明の際に参加生徒等に対して茶臼

岳登山を中止して深雪歩行訓練を行う旨のより一層漠然とした内容による説明を行って的確な周知をも行わないまま」、「二七日午前七時四〇分頃から深雪歩行訓練をさせたというのである。

〔3〕被告人Sの過失の部分である。

Sは、一班参加生徒等合計一三名を直接引率していたが、午前八時二〇分頃には、天狗岩に至る上部斜面の直下に到達し、「その斜面の存在を間近に認識したのであるから」、「当該斜面における登山を継続することなく速やかに退避」させる必要があった。さらに、当該斜面で雪崩が発生した場合には、第二ゲレンデ西方斜面上部及びその沢筋付近が雪崩の走路になりうることから、他班へも影響が及ぶ。したがって、一班参加生徒等の全部に明確な指示を出すこと(即時退避指示義務1)に加え、二班ないし四班の参加生徒等にもその旨無線で連絡して情報を共有して安全確保のための措置を講じる(適時情報共有措置義務1)べき業務上の注意義務があった。しかし、それらを怠って、「登山行動を継続させた過失」があったのである。

〔4〕被告人Wの過失の部分である。

Wは、二班参加生徒合計八名を直接引率していたが、午前八時二〇分頃には、上部斜面直下に至り、その斜面の存在を間近に認識したのであるから、「直ちに第二ゲレンデ西方斜面から下山して退避するように明確な指示を出す」義務（即時退避指示義務²）があつた。さらに、一班、三班及び四班の参加生徒等にも、その旨無線で連絡をして情報を共有して安全確保のための措置を講じるべき（適時情報共有措置義務²）業務上の注意義務があつた。しかし、それらを怠つた。

以上のような〔2〕、〔3〕、〔4〕を含む「過失の競合により」、その頃、上部斜面において発生した雪崩（面発生乾雪表層雪崩）の急襲により、一班参加生徒等（教員一名を含む）及び二班参加生徒の全員である二一名をして当該雪崩に巻き込まらせて流下させた。そして、そのうちの一二名を「雪中に埋没させて自力による脱出が不可能な状態に至らせ」、うち二名を外傷性窒息により、六名を圧死により、死亡させた。そのほか五名に、肺挫傷、低体温症などで、六日から三週間の入院加療を要す

る傷害を負わせたのである。

〔5〕判決が、（事実認定の補足説明）として相当部分を費やしているのは、弁護人が被告人三名につき、訓練開始時点で、当該訓練範囲において雪崩を原因とする死傷事故の予見可能性がなく、かつS・Wにつき、上部斜面における雪崩死傷事故の予見可能性がないとの論点を指摘し、無罪主張を行なっていることに対して、裁判所として反論するためである。以下、順次検討する。

1 前提となるべき事実等について

特に争いがある事項に関する事実認定として、①少なくとも三〇センチメートルの新雪が確認されていた、②計画変更時の訓練区域は、不明確であり、周知も不十分である、③Sは、上部斜面直下において、下山指示をせず、深雪歩行訓練を継続させた、④Wは、上部斜面直下において下山指示をせず、かえって一班生徒の経路に近づくような登山行動を継続させた、⑤被告人三名は、参加者全員について安全確保義務がある、などとしている。

2 共同過失の成否について

判決は、まず、被告人三名について、①雪崩の危険が懸念される外形的な状況にあつたこと、②学校安全関係

法令等の内容、③積雪期登山をめぐる教育行政上の指導及びその実情等も踏まえる必要があるとする。

その上で、講習会の「主催側に求められる平均的な注意の水準等に照らし」た場合に、安全区域限定義務、安全確保措置設定義務、計画内容周知義務という、「回避措置がその危険を回避するために可能なものとして想定される」とする。そして、「このように相互に密接に関連し合った措置を講じて当該危険の回避が共同して具体的に義務付けられるものであったのに」、被告人三名は、これらの措置を講じることなく、その義務に違反したと認定している。

3 被告人S及びWの各個別過失について

S及びWについて、それぞれの上部斜面直下に至った時点で、「上部斜面ないしその付近の区域における雪崩の危険はもとより、同所で引き続きこのような集団による歩行訓練を行えば、発生した雪崩の直下やその流路で引率する自班の参加生徒等のもとより他班の参加生徒等がその急襲に巻き込まれかねない危険が懸念されるような客観的な状況にあったことが明らかである。」とした上で、それぞれ、個別の検討を加えている。

4 結語

被告人三名による共同過失並びに被告人S及びWの個別過失の競合により、一班及び二班生徒等に対する死傷結果を生じさせたものと認定している。

〔6〕量刑の理由について

判決は、禁錮の実刑を選択した理由として、①被害結果の重大性、②「基本的な回避措置」を講じていないこと、③相当に重い不注意による人災、④共同過失の危険の現実化、⑤個別過失は、具体的状況下で軽視し難いこと、などをあげている。

なお、（ア）県による対応の金銭的な被害回復が図られていること、（イ）被告人三名につき前科がないこと、（ウ）被告人Iは起訴前に事実関係を認めていたことなどを勘案しても、執行猶予の余地はないとしている。

ちなみに、では、検察官の求刑・禁錮四年に対し、なぜ二年とするかについては、積極的な理由は説明されていない。

〔評釈〕

一 本件の論点

本件に関しては、事件に関わった者のうち、誰にどの範囲で過失責任を問うべきであったか、という基本的な論点がある。

というのは、本雪崩遭難事件は、県高校体育連盟が開いた登山講習会中に発生したものであることによる。二つの論点（人的範囲ならびに回避措置の範囲）を指摘したい。

第一に、講習会そのものに参加した七名の教員のうち、講習会の会長I、講習会の副会長兼主任講師のS、これまで講習会会長の経験があり、かつIの意思決定に重大な影響を及ぼし得る立場であったWの、三名のみに過失責任を問うのがふさわしいか、という問題である。すなわち、本件事故の発端となった三月二七日朝の計画変更を合議したのはこの三名であるが、深雪歩行訓練の範囲を明定しなかった計画変更に対して、他の四名の教員は、訓練そのものを中止するとか、訓練範囲をより安全な区域に限定するとかの提案をするなどして、生徒等の安全

を確保する注意義務があったと思われるからである。

第二に、雪崩事故に関して問われるべきことは、仮に雪崩に遭難したときに、被災者を掘り起こし、救命するための直接的な救難体制が用意されていたか、という問題である。雪山登山では、万一の雪崩発生を想定し、①ビーコン、②プロップ（ゾンデ）、③スコップの救助用具を用意する安全配慮が不可欠である。むろん、それらと共に、適確・迅速な救助要請が可能な情報連絡手段の確保である。本件に関する民事裁判では、これらが論点として取り上げられたのであるが、刑事訴追の対象として、事故に遭遇した場合の救難体制の不備が問題とされていないのは疑問である。むろん、その場合には、高体連の登山専門部の中で、本講習会に向けた準備において、装備担当教員の準備不足が問われることになる。

過失犯罪に関しては、起訴された本人が、本当に責任を問われるべき人であったかという問題は、過去にも繰り返されてきたことであった。私は何度も指摘してきたことであるが、あずみの里事件^⑦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、現場の准看護師ではなく、むしろ、施設管理者において、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と思われるのである。この問題は、真の責任者を割り出すことを通して、いかなる回避措置が必要かを明らかにし、ひいては、安全な社会を構築することに繋がるはずである。

以上の二点は、いずれも、検察官が訴追しなかったという問題である。とくに、後者では、刑事裁判が、当該事案との関係で、規範とは何かということを一般国民に示す契機となる⁽⁸⁾という点で、今後も検討の余地があるといわなければならない。

二 回避措置を中核とする構成

本判決は、過失犯の要素の一つである回避措置を中核とする構成を展開している。被告人側が、被告人はいずれも、雪崩を原因とする死傷事故の予見可能性がなかったという点を論議の基本軸としただけに、真っ向からそれを斥ける判決論理を示していることで、極めて対照的と言ってよい。その部分は、〔判旨〕の〔5〕に当たるところである。

ここでは、過失犯について回避措置を中核とする判決

論理がなぜ可能か（適切か）という点について、考察することにしよう。

過失犯を構成する要素が予見可能性と結果回避措置であることは、つとに最高裁判例（最決昭四二・五・二五刑集二一・四・五八四、弥彦神社事件）が明確にしていたことである⁽⁹⁾。ところが、具体的予見可能性説の見解では、とかく、予見可能性のみに焦点を当てて議論をしようとする傾向が見受けられる。その根拠とするのは、予見可能性があつてこそ人は回避措置を思いつくものであるという、論理的順序についての理屈が第一である。そして、次に、事案に関して結果に対する具体的予見可能性がなかったから回避措置を検討するまでもないという、いわば逃避作戦が第二である。この見解の後ろ盾になっているのは、それが責任主義という刑法の基本原則に則った考え方であるというものである。

右の第一の論理の背景にあるのは、過失犯を、故意犯についての構成とパラレルに捉えるという筋書きである。故意犯も過失犯も、まずは予見可能性の点では共通している。ところが、次の段階で、故意の場合はあえてその結果の発生を意図して、結果を実現しうる手段を取るの

である。それに対し、過失の場合は、結果を惹き起こさないよう注意する義務があるのに、その義務の履行を怠ったのである。たとえば、自動車を運転していてカーブに差し掛かったときは、事故を回避するため減速すべきなのに、それを怠ってカーブを回り切れず、自動車を道路から転落させ、同乗者にけがをさせるという結果を惹起してしまったというわけである。このように理屈を分析すると、予見可能性がないときは、それ以降は検討する必要がないのだから、予見可能性の判断が第一だとする論理が正当なようにも思われる。その応用が次のような例に現れる。一五・七メートルを超える津波が原発を襲うという予知は具体的根拠に欠けるから、それに対する回避措置は検討する必要がないとする見解である。

しかし、そもそも過失犯とは、そのようなものであるか。森永ドライミルク砒素中毒事件（徳島地判昭四八・一一・二八判時七二一・七）を用いて考えてみよう。この事件の発生原因は、ドライミルクの中に砒素が混入していたため、それを飲んだ乳幼児に砒素中毒症状が現れたというものであった（昭和三〇年夏頃、西日本

一帯で人工栄養乳児に奇病が集団的に発生し、一一〇名余の死者と一万名以上の罹病者を数えるに至った）。では、森永乳業徳島工場の担当者（製造課長）は、そのようなことを予測できたかという、それは不可能だというしかない。事件の本体は何かというと、ミルクの安定剤として添加することにした第二燐酸ソーダを注文したのに、納入業者は、外見が類似していた松野製剤（実際には、第二燐酸ソーダとは全く異なる物質で、アルミナの製造過程で産出する産業廃棄物〔砒素が入っていた〕であった）を納入したことにより、それを第二燐酸ソーダでないとは思ってもせず、ドライミルクと混ぜ合わせた結果、ということであった。

それは、製造課長には予見できなかったことである。では、予見可能性がなかった以上、製造課長は過失責任を負わないと言えるであろうか。それは許されない。

その理由は、次の通りである。ドライミルクを製造・販売する工場は、どのような責任を負っているか。それは、ドライミルクを必要とする乳幼児に対し、その生命・健康を担保する製品を提供することである。そのため、原材料のミルクに新鮮な物を用意するとともに、

添加物があるときは、その添加物に毒物などが混入しないよう品質保証のある物⁽¹¹⁾（局方品あるいは試薬）を使用し、さらに、出荷前に、一つ一つの製品について化学的検査などを行うことによつて、安全性を確保しなければならぬはずである。

このように、ドライミルクの製造・販売をするということは、万が一にもその中に毒物などが混入しないようにするという「基本的な義務」が存在するのであるから、結果を回避するための措置をする必要があるのであり、その措置義務は結果の予見可能性とは関係なく（別に）生ずるものである。わけでも、ドライミルクを必要とする乳幼児においては、母乳が十分ではないために、ドライミルクを欠かせないという場合も少なくないであり、まさにドライミルクが生命^{いのちのかた}の糧なのであるから、その責任は重いのである。事件の頃の実際の事例として伝えられる中には、乳児は砒素中毒のために具合がわるくなつていたのであるが、母親はミルクが足らないためと思つて、砒素入りのミルクを飲ませたため症状が悪化したと思われる例もあつたということである。

以上の検討から明らかなように、回避措置は、予見可

能性とは別に、その人が大切な法益を保障する立場にあるときは、いわば自然と、当然に生ずるものなのである。このことでわかるように、過失犯は、予見可能性から次の要件を考えると故意犯類似の枠組みになじまないのである⁽¹²⁾。回避措置と予見可能性の関係について、前述の徳島地裁判決は、次のように判示していた。「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のないよう配慮して、論ずる前提としての予見可能性を考へるのである。」

ところで、JR福知山線の脱線事故に関して起訴された三社長関係の判例については、小貫芳信裁判官の補足意見⁽¹³⁾が、予見可能性と結果回避義務との関係について言及しているので見ておこう（最決平二九・六・一二判時二四〇二・一〇一）。補足意見によると、「どの程度の予見可能性があれば過失が認められるかは、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である。」とする。

予見可能性と回避措置が「相対的な関係」¹⁴にあるということは、予見可能性があるから回避措置が必要とされるというような順序で捉えたりするのではなく、回避措置との関係性の中で予見可能性も設定されるという相互関係にあることを語るもの解される。¹⁵これをドライミルク事件との関係で見ると、製造工場では、納入品が局方品かどうかを調べたり、化学的検査を何回か実施することとは格別困難なわけではないことから、回避措置として、毒物が混入しないように検査する義務が課せられることになり、その関係から、予見可能性としては、ミルク製造工場は、万が一にも毒物が混入されることを予見すべきという論理構成が可能になる。

さて、本判決に立ち戻って考えてみると、「判旨」の二に関して確認したように、本事案に沿って七つの回避義務の存在が示されている。なお、前述の小貫補足意見によると、具体的判断にあたっては、「一定の義務発生の基礎となる事情が存在する」か否かが要点となるとするが、その点に関して、本判決は、本件がそもそも「安全最優先を求められる学校教育活動等の一環」であることと、「三〇センチメートルの新雪」という基礎事情の

存在を、何度も繰り返して指摘している。

三 回避措置の特色

(1) 共同過失と個別過失の関係

本判決は、三名による計画変更時の共同過失と、上部斜面におけるSとWのそれぞれの個別過失との関係をどう捉えているのか。その点について、判決文が「共同過失の危険が（個別過失において）基本的に現実化」（カッコ内は筆者）したという表現を用いているように、共同過失が原因となつて個別過失の結果を惹き起こしたと捉えている。その意味では、Iは上部斜面に登行しているわけではないが、個別過失に関しても責任があると捉えられているのである。

その点で、判決文は各過失について「競合」したと述べているが、私は実態としては、むしろ、三人は過失の共同正犯の関係にあったというべきであると思う。過失の共同正犯が認められた電話ケーブル失火事件¹⁶では、共同正犯の関係を次のように捉えている。「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

同業者が現に存在する」（東京地判平四・一・二三判時一四一九・一三三）というのである。本件の三人はまさにそのような例に当たるといえよう。そう捉えてこそ、本判決が量刑の部分で、「各被告人の刑事責任の軽重につき格段の違いはない」とする評価とも符合すると思われる。

さて、このように、（一部、前倒しの議論になるが）量刑に関して賛同しながら、言い足りない点がある。それは、本件当日のIとWの雪崩予測に関して、Sとは異なる部分があるからである。というのは、IとWは、本件当日と同じ「三月二十七日」に特別の記憶があるはずだからである。本事件の七年前の平成二三年（二〇一〇）三月二十七日、IとWは那須岳郭公沢最上部において、高体連の春山安全登山講習会の実技演習中に雪崩事故に遭難しているのである¹⁷。

日本人は、三・一一など大きな災害・事件などに関して月日で記憶して忘れないようにする慣行¹⁸があり、同じ講習会、同じ三月二十七日であるとすれば、私見によると、IとWは、当日朝の積雪を踏みしめたとき、七年前の記憶がよみがえったのではないだろうか。その記憶が、I

とWの二人については、雪崩発生の予見可能性に結びつかなかったことではないと思われる。平成二三年の雪崩事故は、高体連や教育委員会に「報告されず、隠蔽された」（令和四年二月二日の民事裁判の「訴状」）が、そうであればこそ、IとWの心の奥底から、二人の規範意識に働きかけるものがあつたのではないだろうか。

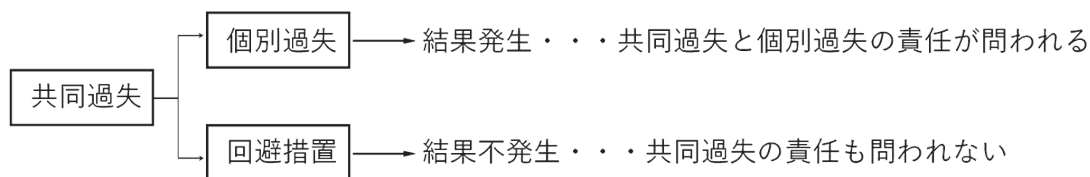
（2）回避措置の多重性

ここで、回避措置の特色を洗い出してみよう。

（ア）予見可能性は、本来、一人ひとりのものであるが、回避措置は外形的行為として他者が察知ないし理解しうるところから、他者との協働ということもありうる。ドライミルク事件では、製造課長の過失としてとりあげられたが、実際の場面では、製造課長は、部下を適切に指示・命令して化学的検査態勢を整備させ、結果回避を図るべき監督責任があつたのである。

なお、ドライミルク事件の当該裁判では、工場長は、起訴されたものの、事務系工場長である故をもって無罪とされているが、疑問である。安全な食品を製造・販売する工場の最高責任者として、管理責任¹⁹を問うべきであつたと思う。

図1 共同過失と個別過失の関係



(イ) 当初の段階では適切な回避措置がなされなかったとしても、後の段階での回避措置によって安全を取り戻すことも可能なのである。本件では、三名が決めた「行動範囲等が不明確な計画変更」は、事故の回避措置になっていない（それどころか、危険を孕む）のである。SおよびWの指導する班が上部斜面において雪崩の危険に直面した段階で、登山の中止ならびに引き返しの指示を生徒等に対して行なっていれば、回避措置として機能する可能性があつたのである（図1参照）。

このように、回避措置の多重性は、後の回避措置によって、前の段階において回避措置がなされなかったことを打消す効果があることを示している。本件では、SおよびWがそれぞれ上部斜面において引き返すなどの回避措置をとっていれば、雪崩被害を受けずに

済んだ可能性がある。その場合には、「共同過失の危険が……現実化」することなく、当初の共同過失も問われないことになる。その意味において、後の回避措置が前の回避措置がなされなかったこと（回避措置懈怠）を消去する遡及力（あるいは回復力）がある、と表現することができる。

(ウ) 他者の回避措置に関して失敗があつたとしても、別の者が回避措置をとることによって、結果回避を図ることが可能である。

患者取り違い事件をとりあげてみよう。患者を取り違えて手術した医療事故に関しては、もともと病院全体が組織的なシステムを構築していなかったという状況の中で（管理者に管理過失の問題がある）、一人の看護師が二人の患者のストレッチャーを両手で手術室に運ぶ危険極まりないことをするという、回避措置を全く無視した行為に出ているのである。⁽²⁰⁾ この事案につき、裁判所は、手術に関与する医師、看護師等の関係者は、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任をもって患者の同一性を確認する義務があつたとの判断をしている（最判平一九・三・二六刑集六二・二一・一二二）。医療関

係に安易な信賴の原則の適用を禁じたものとして着目すべきである。⁽²¹⁾

回避措置の多重性は、山岳遭難でも当てはまる。たとえば、山行において道を誤るという過誤があつたとき、引き返す勇氣が必要とされるのは、役に立つ格言である。

さて、後の回避措置によつて事故を防止できた場合、後の回避措置は、重大な結果に進みつつあつた過程から引き返すために架けられた虹の橋とも言えよう。一三人の若者の生命を含む一五人の犠牲者を出した軽井沢バス転落事件⁽²²⁾にも、その可能性があつたのである。大型バスの運転に不慣れな運転手によつて走行していた事故必至の危険なバスにおいても、カーブの多い深夜の碓氷バイパスに入る前に、助手席に搭乗していたベテラン運転手にハンドルを交替していたとすれば、事故を防げたことはまちがいない。

（エ）回避措置には独自のものもある。たとえば、業界の回避措置の基準が不適切な場合⁽²³⁾において、独自の回避措置をとることによつて結果を回避する例もある。

東北電力では、女川原発に関して、元副社長H氏が、地盤高を津波に備えて十一五メートルに設定する案を提

案し、社内の反対を押し切つて建設を決めた⁽²⁴⁾。そのことによつて、東京電力福島原発が回避措置をとろうとしなかつたために爆発事故を起こしたのと対照的な結果になつたのであつた。

ちなみに、H氏は、地元の千貫神社において、貞観津波⁽²⁵⁾（八六九年五月二六日）がどこまで到達していたかを参考にしていたとのことである。⁽²⁶⁾

（3）指摘されなかつた回避措置

以上の回避措置の検討から導き出されるのは、回避措置が多重的なものであるという点である。しかも、そのことによつて、危険が、増大した状況においても、安全を回復するきっかけになることがあるということである。この点に関して、本判決が回避措置の重要なものについて見逃しているものがあると思われる。

それは、（事実認定の補足部分）の共同過失の成否に関する部分で、判決はカッコ書きをして、検察官が公訴事実で指摘した安全確保のための情報収集義務違反に関して、「この点の義務違反を殊更に指摘することなく」としている点である。そのような判断をした理由は、被告人三名は、「相応の情報を持ち得ていたとも考えられ

る」からだというのである。

しかし、この点については、筆者は立場を異にする。というのは、本件では、前日から、気象台より、栃木県北部に大雪・雪崩注意報が発令されていて、それを認識し、その上で、それに沿った行動選択をしたかどうかは、今後の社会規範として刑事裁判が明確にすべきことと思うからである。

大切なことは、情報を収集するばかりでなく（収集するだけではならず）、その情報を行動に活かすこと²⁷であり、その事項を「殊更に指摘する」までもない、という裁判所の姿勢は、裁判所の役割に対する意識不足といわざるを得ない。

四 量刑に関して

被告人の量刑に関しては、全くの別事象であるが、多くの若者が亡くなったという点で、軽井沢バス転落事件が思い出される。この事件については、令和五年六月八日、業務上過失致死傷罪で、バス運行会社の社長に禁錮三年、運行管理者に禁錮四年（いずれも実刑）の有罪判決²⁸が言い渡されている。

一旦バスに乗ったら生命の危険から逃れられないということと、春山安全登山講習会に参加したら生きて戻つてはこれないという事象が、たまたまほぼ一年の間に刑事裁判において表面化したのであろうが、両者とも、被害を受けた参加者が、自ら安全を取り戻しにくいという点に共通点が見られる²⁹。

結論から言うなら、那須雪崩遭難事件の被告人が、軽井沢バス転落事件の被告人と比べて、刑罰が二分の一というのは、どのような理屈によるのか、疑問である。

那須雪崩遭難事件は、学校教育活動の中で発生したものである。生徒らの安全が、部活動³⁰における「教員」という、生徒から見れば一種の権力者に握られているのである。生徒らの中には、深雪歩行訓練などは止めて、雪崩遭難に遭ったら、どうやって身を守り、かつ他者を助けるかという救難訓練を提案したかった人もいたであろう。それだけに、講習会の教員は、被告人の三名ばかりでなく、七名全員が生徒の生命の尊重を第一とした安全配慮義務があったというべきである。生徒達の親からすれば、子ども達の生命を学校に預けたという気持であつたろうと思われる。

生命を預けたという点では、山岳夜行バスに乗車した若者達も同じ状況に置かれていたのである。そこで、二つの事件を比べる表（表1）を作成してみた。構造的に類似の部分が多いという感想を抱く。たとえば、回避措置の多重性である。雪上訓練をしたら、もう助からないということではなく、雪崩の危険な場所に近づいたら引き返すという選択肢が残されていたのである。繰り返しになるが、危険なバスの場合も、確氷バイパスに入る前に、未熟な運転手は、搭乗していたベテラン運転手に交替してもらうことはできたのである。

五 学校スポーツ事故の課題

本件は、被告人三人に刑事責任としての過失があったといえるかどうかを論点とするものであるが、法的視点以外の分野も関わるものとして、スポーツに関わる学校事故という部面が存在する。

問題を絞ると、とくにチーム・スポーツについては、指導者の教員による「みえない権力」の作用に伴う事件・事故という課題がある。また、運動部など部活の領域において、いわゆる「やりたがり」の指導者による暴

表1 2つの事件を比べる

		軽井沢バス転落事件	那須雪崩遭難事件
被害者と行為者との関係		バス運行会社（社長・運行管理者・運転手）は、乗客を安全に目的地まで輸送する義務を負う。	指導教員は、生徒達の安全を第一として講習会を実施し、生徒達の生命・身体に危害が加わらぬよう注意する。
過失犯の要件	事故発生の合理的危惧感	大型バスの運転に不慣れな運転手に山岳夜行バスを運転させれば、事故発生の可能性は高い。	①前夜からの30cmを超える新雪、②気象台は、前日から大雪・雪崩注意報を発令していた、③上部斜面への登行は雪崩に遭う危険大。
	結果回避措置の内容	運転手が大型バスの訓練を受けるまで、乗客を乗せた運行をさせない。	茶臼岳登山を中止し、深雪歩行訓練を行うにしても上部斜面への登行は禁止、範囲を明確に限定する。
	回避措置の多重性	未熟な運転手が運転をするとしても、カーブの多い深夜の確氷バイパスに入る前に、搭乗していたベテラン運転手にハンドルを交替する。	①上部斜面へ生徒達が登行しようとしたら、引き返させる。②雪崩に被災した場合の救難対策の準備、情報連絡手段の確保。
行為者が重い責任を負う根拠		運行管理者は、運転手が大型バスの運転に不慣れなのを承知で雇い、社長も知っていた。	IとWの2人は、平成22年3月27日、那須岳の別の場所で、高体連の訓練日に雪崩遭難を経験している。

走を指摘する論者もいる。⁽³¹⁾

三名の被告人と他の教員ならびに生徒の関係について見ておこう。本件では、既述のように、①訓練計画の変更、②上部斜面の登行、③雪崩救難体制（私見）という三つの場面での過失の有無が問われている。①と③に関しては、本件講習会の幹部である三名の教員が全体を仕切っていて、他の教員や生徒の意見が聞き入れられることはなかったようである。他の教員や生徒の中には、前夜からの新雪をテントの中で体験して、三日目の訓練の全面中止を予想したり、スマホで大雪注意報・雪崩注意報を入手した者があったようであるが、そのような意見・情報は講習会の実施場面に活かされなかったようである。③については、講習会本部が予め用意しておくべき筋合いであって、当日における対処には限界があったであろう。なお、②に関して、生徒に押し切られた面があつて登山の継続を止められなかった部分があるとすれば、教員は、生徒全員の生命を預る指導者として、もつてのほかといわざるを得ない。

ちなみに、これらのことは、学校におけるチームスポーツや集団行事について、戦前から連綿として続く集

団訓練の見直しが行われていない風潮とも関連することである。

スポーツは、目標を持つことによって、個人の体力ならびに人間力の向上に資するところに価値があるが、指導者の権力作用という別次元の存在が暗い影を投げかけていることを見逃さないことが肝要である。学校スポーツの最重要課題は、個人の主体性の尊重である。集団的スポーツにおいて、個人の意思が尊重されるためには、これも「民主主義の学校」⁽³²⁾の一つであることが了解される必要がある。

(1) 「弱層」とは、積雪内で、上下の層に対し相対的に弱い層をいう。弱層の上に、多くの雪が積もると、積雪が不安定になり、面発生表層雪崩が起きやすくなるという（阿部幹雄『那須雪崩事故の真相』山と溪谷社、令和一年、用語解説より）。

(2) 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。結果回避措置が本来的に予見可能性とは独立であり、むしろ回避措置に重心を移して捉えるべきことを論じた。

（3） 民事裁判の訴状（令和四年二月二日）によると、那須山岳救助隊が救助要請を受けたのは午前九時二二分頃であり、救助隊の現場到着は午前十一時四五分頃であったという。

（4） 雪崩による埋没から一八分後で生存率は九〇パーセントであるが、これを経過すると急激に下がっていき、三五分後では二〇パーセントだという（阿部・前掲注（1）の文献二〇一頁）。

（5） 岩淵悦太郎編著『第三版 悪文』日本評論社、昭和五四年、七五頁。なお、この記述は第一版（昭和三五年）から存在している。

（6） 同様の指摘は、従前の判例にも存在する。雪上散策ツアーガイドが、樹木のほとんどない地点で、参加者を引率して休憩させたところ、上部から発生し落下してきた表層雪崩に巻き込ませ、一人を死亡させた事件に関して、「上方で発生した雪崩の通過地域となるような樹木の疎らな沢筋を避け」る回避措置が必要であったとしている（札幌地小樽支判平一二・三・二一・判時一七二七・一七二）。この判決に対する私の評釈として、「雪崩事故と過失責任―ニセコアンヌプリ『春の滝』雪崩遭難事件」船山泰範『刑法の役割と過失犯罪』北樹出版、平成一九年、二三四頁。初出は、「判例評論」五〇九号、判時一七四六。

（7） 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、本来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。この件では、平成三十一年三月二五日、長野地裁松本支部は、被告人に罰金二〇万円の有罪を言い渡したが、控訴審の東京高裁は、令和二年七月二八日、無罪を言い渡している（判時二四七一・一二九）。一審判決に対する私の評釈として、「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―」日本法学八五巻二号二八九頁。

（8） 刑事裁判の前提となる捜査においては、民事裁判やその他の調査委員会と異なり、強制捜査が可能である。また、近時は、刑事裁判においても、被害者の遺族などが被害者参加人として意見陳述が可能になったこと（刑訴三一六条の三三以降）と関係して、「規範」という視点が注目されている。

（9） 当該判決は、過失の要件について、「結果の発生を予見することの可能性とその義務および右結果の発生を未然に防止することの可能性とその義務」であるとしている。ただし、この判決は、二つの要件の関係性までは踏み込んでいない。

（10） 東電福島第一原発事件に係る第一審判決は、『長期評価』の見解は具体的な根拠が示されておらず信

「頼性に乏しい」との見解を示している（東京地判令一・九・一九判時二四三一・二四三二合五）。

(11) この点に関して、徳島地裁判決を引用する。薬品販売業者、食品製造業者が、第二燐酸ソーダの非規格品について、食品用としての無害性に不安感を抱き、食品に添加使用することに危惧感を持つというのであれば、「それが結果の予見可能性を意味し、したがってこの不安感を払拭するに足りる程度の回避措置を命ずることに合理性が認められる」としている。

(12) このような差異がなぜ生ずるかを考察すると、一書を要するであろう。基本的な違いは、故意犯が、法益侵害をあえて惹起しようとする、ある意味で逸脱的行為であるのに対し、過失犯は、生活活動の中で誰もが関わり合うことであり、かつ、危険社会においては、回避措置を講じないと危険が惹起する情状が形成されてしまっていることによる。すなわち、犯罪に関して、パラダイムの異なる二つの領域を抱える可能性を持つている存在こそ、人間であるといわなければならない。

(13) ただし、小貫補足意見が述べているところには、事件との関係ではないが、若干の異論がある。

補足意見は、JR西日本に対して、ATSを同時に二〇〇〇機整備することを、「刑罰をもって強制すること」とは、「過大な義務を課すものであって相当でない」としているが、はたしてそうであろうか。第一に、乗客等

那須雪崩遭難事件の指導者教員の過失責任（船山）

の生命を何だと思っているのかという点である。かつて最高裁大法廷は、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。」（最大判昭二三・三・一二刑集二・三・一九一）と言ったではないか（もつとも、そう言いつつ、死刑を合憲としているが）。JR福知山線脱線事故では、乗客一〇六名が死亡し、四九三名が傷害を負っているのである。第二に、JR西日本のような大企業にとっては、ATS二〇〇〇機に関わる費用の点でも労力の点でも、さしたる苦痛にはならないはずである。

(14) ちなみに、「相対的な関係」という言葉は、近接領域では、危険な行為とその社会的効用との関係でも用いられ、許される根拠ともされる（団藤重光『刑法綱要総論第三版』創文社、平成二年、二二二頁）。したがって、用法に注意を要する。ついでながら、管見を述べれば、仮に許された危険な行為であっても、行為の時点において、危険であるがゆえに注意すべき義務を尽くしていたかの審査を受けるのは当然である。

(15) 回避措置と予見可能性を相互関係（相関関係）として捉える立場に立つと、(Ⅰ) 行為時に法令等により、とるべき行為準則が明確な場合と、(Ⅱ) 危険への対応策が一般に確立していない場合に区別ができ、(Ⅰ) では、結果発生の可能性が低くても予見可能性を認めるのが容易であり、(Ⅱ) では、回避措置の内容が定まる程度に予見可能性が具体的である必要がある、との見解がある（北

川佳世子「注意義務の存否・内容(4)」『刑法判例百選 I 〔第八版〕令和二年・一一六頁』。その上、その基準によると、JR福知山線脱線事故(三社長関係)について、(II)の類型に当たるとしている。

なお、筆者ならば、本件は(I)の類型に位置付けられると思われるし、そもそも結果発生の可能性が低い状況でさえない。

(16) 事案は、二人が作業をしていた地下洞道から出るにあたって、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、相手方のものも確かめずに出たため、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。

(17) 阿部・前掲注(1)の文献一〇四頁。

(18) 縁日(仏教語)、厄日(陰陽道)などの影響を受けた、いわゆる世間の慣習の一つであろう。

(19) 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」(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)とされる。

(20) その結果、心臓手術を受ける患者と肺手術を受ける患者が取り違えられ、両者がまちがった手術を受けたのである。

(21) 判例の中には、執刀医に関して信頼の原則を適用し

て無罪とし、医師の下で働く看護師のみに過失責任を問うた例がある(札幌高判昭五一・三・一八判時八二〇・三六、電気メス事件)。信頼の原則についての安易な引用であり、批判されるべきである。この点に関する私の主張として、「北大電気メス事件」『医事法判例百選』(別冊ジュリスト一八三号、平成一八年)一八六頁。

(22) 長野地判令五・六・八LEX/DBインターネットTKC裁判所ウェブサイト文献番号25573141。

(23) 柔道指導事故事件は、柔道界の一般的な知見が適切であった事例である。柔道指導者(講道館柔道四段)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いうのである。そして、指導者は、小学六年の乱取り稽古をした際、「片襟体落とし」の技をかけ、背中や腕の辺りを畳に打ち付けたというものであった。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、頭を直接畳に打ち付けなくても、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(長野地判平二六・四・三〇LEX/DBデータベース文献番号25503851)。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して考えるべきことを確認したものといえる。

(24) 大島達治「技術放談(半寿の娑婆に学ぶ)——女川原

子力が何故大難を免れ得たのか―」青葉工業会報
二〇一二・七四頁。

(25) 貞観津波は、貞観十一年（八六九年）に東北地方の太平洋中で発生した大地震によるもので、津波堆積物の分布から、津波の遡上範囲は、二〇一二年三月一日の東北地方太平洋沖地震と近いといわれている（藤原治「貞観地震」『日本大百科全書』（小学館・平成二十九年）JapanKnowledge, <http://com/lib/display/?lid=1001000329475>,（参照2024-11-9））。『日本三代実録』（藤原時平、大蔵善行らにより延喜一年（九〇一）撰上）によると、多賀城に大津波が押し寄せ、溺死者は、千人ほどと記録されている。

(26) 大島・前掲注(24)

(27) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、昭和五〇年）によれば、「安全性に関する資料の収集……により安全性に疑義が生じたときは、その行為を一時差し控える等の注意義務」が必要とする（二四二頁）。

(28) 長野地判令五・六・八は、社長について監督過失とする理論構成をしているが、私は監督過失を包含した管理過失であると考えている。この判決に対する私の評釈として、「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―」日本法学八九巻四号一〇三頁。

(29) 令和四年四月二三日に発生した「しれとこ遊覧船事件」（二六名死亡）は、ハッチのふたが空いていたという点で、輸送機関に安全管理体制が欠如していた事例であ

り、令和六年一〇月九日、運航会社社長が業務上過失致死罪で起訴された。

(30) 権力関係の実質は、立場を変えることができない人間関係ということである。中井久夫は、権力関係の例として「いじめ」をとりあげ、相互性（たがいにかわりうること）がなければ、いじめであるとする（中井久夫『アリアドネの糸』みすず書房、平成九年、四頁）。

(31) 内田良・名古屋大学准教授の指摘が、前掲注(3)の「訴状」に紹介されている。

(32) この言葉は、ジェームス・ブライスの次の表現によっている。「地方自治は民主政治の最良の学校」（ブライス著、松山武訳『近代民主政治』第一巻、岩波文庫、昭和四年、一六〇頁）。なお、原本は一九二〇年に書かれたものである。

続的供給の場合であっても同様に瑕疵なき給付をなさなければならないことを前提に解釈しなければならないことが指摘されている（*Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.20.）。

- (31) BGB 535条1項2文も参照されたい。*Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.20.
- (32) ここで言及するものの他、デジタル製品等が中古品であった場合の処理、情報提供義務との関係性などに問題があることが指摘されている（*Katharina/Daniel*, a.a.O. (Fn.22), S.1253.）。
- (33) *Christoph*, a.a.O. (Fn.16), Rn.2.
- (34) *Christoph*, a.a.O. (Fn.16), Rn.2.
- (35) *Christoph*, a.a.O. (Fn.16), Rn.2; *Katharina/Daniel*, a.a.O. (Fn.22), S.1253.
- (36) *Katharina/Daniel*, a.a.O. (Fn.22), S.1253.
- (37) *Paul*, a.a.O. (Fn.18), S.5.
- (38) *Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.22f.; *Axel*, a.a.O. (Fn.2), Rn.9-14.
- (39) *Elena*, a.a.O. (Fn.18), S.6.
- (40) *Lydia*, a.a.O. (Fn.18), S.12.
- (41) *Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.22f..
- (42) Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 12. März 2024 im Hinblick auf den Erlass der Verordnung (EU) 2024/... des Europäischen Parlaments und des Rates über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnungen (EU) 168/2013 und (EU) 2019/1020 und der Richtlinie (EU) 2019/1020 (Cyberresilienz-Verordnung), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0130_DE.html, (最終閲覧2024年8月5日)、前文1、24。
- (43) 前掲注(42)・前文127。
- (44) 前掲注(42)・前文1。
- (45) *Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.20.
- (46) *Paul*, a.a.O. (Fn.18), S.9; *Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.20f..
- (47) ドイツにおいてこの点については問題提起がされているものの、その方向性は示されているとはいい難い。この点につき、特に連鎖的取引において履行補助者理論や多角的法律関係論は有益であるのではないであろうか。

- 2021, S.1252.)。
- (23) Lorenz は、アップデート義務の存続期間を決めるにあたって、デジタル製品等の品質が高ければ高いほどアップデート義務の存続期間が長くなり、さらにデジタル製品等の使用期間（ライフサイクル）もまた重要な役割を果たすと指摘している（*Stephan Lorenz*, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, NJW 2021, Rn.37.）。
- (24) *Hendrik*, a.a.O. (Fn.22), S.688; *Lorenz*, a.a.O. (Fn.23), Rn.55f.. なお、BGB 327h 条及び476条1項においては、BGB 327f 条1項又は475b 条4項と異なる内容であることを契約締結前に具体的に消費者に通知され、かつ、当該相違が契約において明示的かつ個別に合意されなければならないことが示されている。具体的にどのようにこの異なる合意を行えば良いのかについて、オフラインの場合にはデジタル製品等の供給契約締結前に当該相違を明確に示した別紙を提示しそれに消費者が署名するという手続き、オンラインの場合には当該契約締結前に当該相違の事実と言及し太字等の強調表示をすることで十分に目立つ告知文を示し、消費者が明示的かつ個別的に合意することを示すために個別に有効にするチェックボックスを利用することとなるであろうとされる（*Hendrik*, a.a.O. (Fn.22), S.688; *Lorenz*, a.a.O. (Fn.23), Rn.57.）。
- (25) *Lydia*, a.a.O. (Fn.18), S.12; *Axel*, a.a.O. (Fn.2), Rn.5.
- (26) 瑕疵なき給付を維持するためにアップデート義務が必要とされている点に着目し、特に BGB 475b 条3項2号及び同条4項1文2号に定められているアップデート義務は、従来は一回的な給付交換であった売買契約を継続的債務関係として認めることとなるという指摘がある（*Florian Niermeier*, EU-Regeln zu digitalen Inhalten und zum Verkauf von Waren, EuZW 2022, S.50.）。
- (27) *Elena*, a.a.O. (Fn.18), S.5; *Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.20.
- (28) Axel は、特にセキュリティアップデートについては取引慣習の中で行われてきたものであり、契約上の義務であることを示している（*Axel*, a.a.O. (Fn.2), Rn.4.）。なお、アップデート義務が当事者間の合意に拠らない場合、その根拠が欠けており、アップデートが為されないために物の瑕疵が認められる結果、追完としてアップデートを求めることができるに過ぎない、換言すれば、一次的履行請求がないという問題点を指摘するものもある（*Paul*, a.a.O. (Fn.18), S.9; *Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.20f..）。
- (29) *Johannes/Julian/Jonas*, a.a.O. (Fn.22), S.20.
- (30) 危険移転時に既にデジタル製品等に物の瑕疵がある場合には、アップデートの問題ではなく、追完の問題として処理されることとなろう。なお、BGB 433条1項2文は、一回的供給のみを対象としているのではなく、継

を主観的要件の一つとして掲げているが、BGB 434条2項3号では掲げられていない点に相違がある点には注意が必要である。

- (14) より正確に言えば、BGB 434条3項1文2号a)までの内容がBGB 327e条3項1文2号とほぼ同様の内容であるといえ、BGB 434条3項1文2号b)の内容は「広告又はラベルで行われた公の表示」とされているが、提供されるものが「デジタル要素を備えた物品」であるか「デジタル製品」であるかの違いからBGB 327e条3項1文2号が直ちに同じであるということはできない。しかし、事前に公にされている内容という点では同様の内容であると理解することができよう。これに対し、BGB 434条3項1文3号の内容はBGB 327e条3項1文3号とほぼ同様の内容であるといえる。
- (15) B2B契約の場合には、消費者に対してデジタル製品等の供給を行った者である事業者がアップデート義務の履行に係る費用等をそれらの供給者へ求償を求めることができるという点においては考慮しなければならないが、本稿ではアップデート義務それ自体に焦点を当てており、アップデート義務履行後の事業者と供給者との間の処理等については取り上げないこととする。
- (16) *Christoph Kern*, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., 2023, § 327f, Rn.2.
- (17) デジタルコンテンツ指令の前文47、古谷・55巻2号218頁。
- (18) *Elena Dubovitskaya*, Kauf von Waren mit digitalen Elementen, MMR 2022, S.6; *Paul T. Schrader*, Die neue vertragliche Haftung für smarte Produkte, JA 2022, S.8f.. また、この点について詳細に、機能性、互換性、継続性及び安全性の保持又は回復を目的としていること等も示されている (*Lydia Bittner*, Verträge über digitale Produkte –der Beginn des digitalen Zeitalters im BGB, VuR 2022, S.12; *Axel*, a.a.O. (Fn.2), Rn.5.)。
- (19) *Elena*, a.a.O. (Fn.18), S.5f..
- (20) *Paul*, a.a.O. (Fn.18), S.8.
- (21) セキュリティアップデートについては、絶対的なセキュリティを確保しなければならないのではないことが指摘されている (*Elena*, a.a.O. (Fn.18), S.5f..)。
- (22) *Johannes Claudio Felsch/Julian Kremer/Jonas Wagener*, Handhabung der neuen Aktualisierungspflicht bei digitalen Produkten, MMR 2022, S.21. また、Hendrikはアップグレードについては、BGB 327r条の定める「変更」に関連することを指摘している (*Hendrik Schöttle*, Software als digitales Produkt, MMR 2021, S.686.)。なお、当事者間の合意によってアップグレードもまたアップデートに含めることができることが指摘されている (*Katharina Gelbrich/Daniel Timmermann*, Der Mangelbegriff im Kaufrecht nach Umsetzung der WKRL und DIRM, NJOZ

- (4) EU 指令の発布及び BGB 改正の経緯等については、古谷貴之「デジタルコンテンツ及びデジタルサービスの供給契約に関する EU 指令の分析」産大法学54巻2号（2020年）271頁、同「ドイツにおける EU 物品売買指令の国内法化——連邦司法・消費者保護省（BMJV）参事官草案の検討——」産大法学55巻（2021年）1号93頁、同「ドイツにおける EU デジタルコンテンツ指令の国内法化——連邦政府法律草案の検討——」産大法学55巻（2021年）2号161頁、が詳しい。
- (5) 2022年に改正された BGB、特にデジタルコンテンツ及びデジタルサービスについて言及する論文は多く、例えば、松本・前掲注(3)、マーティン・シュミット＝ケッセル／藤原正則（翻訳）「デジタルコンテンツに関する（EU）指令——契約類型と瑕疵に関する責任——」東洋法学61巻2号（2017年）162頁、古谷・前掲注(4)、芦野訓和「ドイツにおける EU デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス指令の国内法化」NBL1202号（2021年）31頁、等がある。
- (6) デジタルコンテンツ指令の前文19、Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, S.38f.（以下、同草案を RegE として引用する。）；古谷・前掲注(4)55巻2号178頁を参照。
- (7) デジタルコンテンツ指令の前文19、RegE., S.39; 古谷・前掲注(4)55巻2号179頁を参照。
- (8) RegE., S.39; 古谷・前掲注(4)55巻2号179頁を参照。
- (9) BGH NJW 1988, 406; フォルカー・ミヒャエル・イエーニヒ＝デニゼ・パウアー／蓮田哲也（翻訳）「デジタル製品に関する契約」日本法学90巻（2024年）1号29-31頁。
- (10) 古谷・前掲注(4)55巻2号164、165頁脚注5を参照。なお、この条文構造から事業者間契約（以下では、B2B 契約と呼ぶ。）はその適用対象から外されることが明らかであり、従来の契約類型の問題はなお残存することとなっている点には注意が必要である。
- (11) デジタルコンテンツ指令の前文21、フォルカー・前掲注(9)36、37頁、古谷・前掲注(4)55巻2号190、191頁脚注76を参照。なお、アップデート義務が問題となるのは、デジタル製品を含む物品又はそれに接続された物品それ自体ではなく、当該物品に搭載されている「デジタル要素」のみである点には注意が必要である。
- (12) 売買契約とは、代金を対価とした売買目的物の一回的給付を目的としているが（BGB 454条）、BGB 474条1項2文では、事業者による役務の提供を目的とするものの消費動産売買契約に含まれると定義づけられている点には注意が必要である。
- (13) BGB 327e 条2項1文2号ではカスタマーサービスが供給されること

客観的要件と相違することを具体的に通知したとき。

2. 第1号の意味でのこの相違が契約で明示的かつ個別に合意されたとき。

(2) 437条に定める請求権の消滅時効は、時効期間の合意が法定の消滅時効の進行開始から2年未満となるとき、中古物品の場合には1年未満となるときは、事業者への瑕疵の通知前に法律行為によって短縮することはできない。合意は、次の各号に掲げるいずれにも該当するときのみ、有効である。

1. 消費者が、契約の意思表示を行う前に、消滅時効期間の短縮について具体的に通知されたとき。

2. 消滅時効期間の短縮が契約で明示的かつ個別に合意されたとき。

(3) 1項及び前項の規定は、損害賠償請求権の排除又は制限については適用しない（307条から309条までの規定の適用を妨げない。）。

(4) 1項及び2項に定める規定は、これが他の取決めによって回避される場合にも適用する。

(1) 総務省『令和5年版 情報通信白書』（2023年）7-16頁、<https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/r05/pdf/00zentai.pdf>（最終閲覧2024年8月5日）。

(2) ドイツ語版のデジタルコンテンツ指令の前文44では、「Aktualisierung」と「Update」とが同一視されているが、「アップデート」という用語それ自体は明確に定義されているものでない。ここで求められているのはコンピュータプログラムの技術的改良やバグの修正（いわゆるパッチ）だけではなく、ウェブサイトや個々の記事を最新情報に改めるなど、一般的な性質を含むものである（Axel Metzger, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2022, § 327f, Rn.3.）。「Aktualisierung」と「Update」については、「更新」と訳されることがあるものの、本稿では日本の法制度において既に存在している更新（例えば、民法147条などで定められている時効の更新や民法256条2項などで定められている契約の更新がある。）との誤解を避けることを目的として「アップデート」と呼ぶこととする。

(3) 松本教授は、日本における法状況を端的に説示されている（松本恒夫「日本におけるデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスの供給契約法制 -EU との比較と課題」Law and Technology 89号（2020年）96頁以下）。

- a) デジタル要素のインストールが適切に実行されたとき。
- b) インストールが適切に実行されなかったが、これが事業者による不適切なインストールに基づくものでも、事業者又はデジタル要素の供給者が引き渡した手順書の瑕疵に基づくものでもないとき。

BGB 475e 条 消滅時効に関する特則

- (1) 475c 条 1 項 1 文に基づくデジタル要素の継続的供給の場合において、デジタル要素の瑕疵を理由とする請求権は、供給期間の満了後 12 か月を経過するまでは、時効によって消滅しない。
- (2) 475b 条 3 項又は 4 項に基づくアップデート義務の違反を理由とする請求権は、アップデート義務の期間の満了後 12 か月を経過するまでは、時効によって消滅しない。
- (3) 消滅時効期間内に瑕疵が現れたときは、瑕疵が最初に現れた時点から 4 か月を経過するまでは消滅時効にかからない。
- (4) 消費者が、追完又は保証に基づく請求権の履行のために、物品を事業者又は事業者の指示に基づいて第三者に引き渡したときは、その主張する瑕疵を理由とする請求権は、修補又は取り替えられた物品が消費者に引き渡された時から 2 か月を経過するまでは、時効によって消滅しない。

BGB 476 条 異なる合意

- (1) 事業者は、事業者に対して瑕疵を通知する前に行われた消費者に不利となる第 433 条乃至第 435 条、第 437 条、第 439 条乃至第 441 条及び第 443 条、並びにこの款の規定と異なる合意を援用することができない。次の各号に掲げるいずれにも該当するときは、事業者への瑕疵の通知前に契約によって第 434 条第 3 項又は第 475b 条第 4 項に基づく要件を逸脱することができる。

- 1. 消費者が、その契約の意思表示を行う前に、物品のある特徴が

観的要件、組立要件及びデジタル要素に関してインストール要件に適合するときは、物の瑕疵がないものとする。

- (3) デジタル要素を備えた物品は、次の各号に掲げる場合の全てに該当するときは、主観的要件に適合する。
1. デジタル要素を備えた物品が434条2項の要件に適合するとき。
 2. デジタル要素について、売買契約上合意した更新が契約に基づく相当の期間提供されるとき。
- (4) デジタル要素を備えた物品は、次の各号に掲げる場合の全てに該当するときは、客観的要件に適合する。
1. デジタル要素を備えた物品が434条3項に適合するとき。
 2. 物品及びデジタル要素の種類及び目的に基づいて、並びに、諸般の事情及び契約の種類を考慮して消費者が期待できる期間、消費者に対し、物品の契約適合性を維持するために必要なアップデートを提供し、かつ、消費者がこのアップデートについて通知されるとき。
- (5) 事業者は、消費者が4項に従って提供されたアップデートを相当期間内にインストールしない場合において、次の各号に掲げる場合の全てに該当するときは、専らこのアップデートの欠如に起因する物の瑕疵に対して責任を負わない。
1. 事業者が消費者に対しアップデートの利用可能性及び消費者がこれをインストールしない場合の結果について通知したとき。
 2. 消費者がアップデートをインストールをせず、又は不適切にインストールをした場合において、それが消費者に提供された瑕疵あるインストール手順書に基づくものでないとき。
- (6) デジタル要素を備えた物は、次の各号に掲げる場合の全てに該当するときは、組立要件及びインストール要件に適合するものとする。
1. 組立要件 434条4項の要件に適合する場合
 2. インストール要件 次のa)又はb)のいずれかに該当する場合

文並びに475条4項に基づいて買主との関係において負担した費用の賠償をその物を自己に売却した売主（供給者）に対して請求することができる。

- (2) 437条に定められた売主の供給者に対する権利は、売主がその瑕疵のために新規製造物を引き取らなければならなかったとき、又は買主が代金減額したときは、買主が主張する瑕疵のために通常必要とされる期限を設定することを要しない。
- (3) 前2項の規定は、債務者が事業者であるときは、供給者及びサプライチェーンにおける他の買主のそれぞれの売主に対して有する請求権について準用する。
- (4) 商法典377条は、その適用を妨げない。

BGB 474条 消費用動産売買

- (1) 消費用動産売買とは、消費者が事業者から物品（241a条1項）を購入する契約をいう。その契約が物品の販売のほかに事業者による役務の提供を目的とする場合も、消費用動産売買とする。
- (2) この款に定める規定は、消費用動産売買について補充的に適用する。ただし、公の競売（312g条2項10号）で売却される中古品について、この款の規定が適用されないことについて消費者が明確かつ包括的な情報を容易に利用することができたときは、適用しない。

BGB 475b条 デジタル要素を備えた物品に関する物の瑕疵

- (1) この規定の準則は、事業者が自ら又は第三者をしてデジタル要素を提供することを約するデジタル要素を備えた物品の売買（327a条2項1文）について補充的に適用する。事業者の義務がデジタルコンテンツまたはデジタルサービスの供給を含むか否かについては、327a条3項2文が適用される。
- (2) デジタル要素を備えた物品は、危険移転時、アップデート義務に関しては3項2号及び4項2号に基づく期間中に、主観的要件、客

ンストール手順書その他の説明書を含む。)とともに引き渡すとき。

1文2号に基づく普通の性状には、物の数量、品質その他の特性（耐久性、機能性、互換性及び安全性を含む。）が含まれる。売主は、1文2号b)に定める公の表示を知らず、又はそれを知ることができなかったとき、契約締結時にその表示が同じ方法又は同等の方法で訂正されていたとき、又はその表示が購入決定に影響を及ぼし得なかったときは、その表示に拘束されない。

- (4) 物は、次の各号のいずれかに該当する場合には、組立要件に適合する。
 - 1. 組立が適切に行われたとき。
 - 2. 組立が不適切に行われたが、それが売主による不適切な組立又は売主が引き渡した説明書の瑕疵のいずれによるものでもないとき。
- (5) 売主が契約上義務を負う物と異なる物を引き渡すときは、物の瑕疵と同様とする。

BGB 437条 瑕疵がある場合の買主の権利

物に瑕疵がある場合、買主は以下の規定の要件を満たし、かつ、別段の定めがない限り、以下のことを行うことができる。

- 1. 439条に従い、追完を請求する。
- 2. 440条、323条及び326条5項に基づき、契約を解除するか、売買代金を減額する。
- 3. 440条、280条、281条、283条及び331a条に基づき損害賠償又は284条に基づき無駄になった費用の賠償を請求する。

BGB 445a条 売主の求償

- (1) 売主は、新規製造物の売却において、買主が主張する瑕疵が売主に危険移転時に既に存在したとき、又はそれが475b条4項に従ったアップデート義務の違反にあるときは、439条2項、3項及び6項2

BGB 433条 売買契約における典型的な契約上の義務

- (1) 売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、物の所有権を移転する義務を負う。売主は、買主に対し、物の瑕疵及び権利の瑕疵のない物を提供しなければならない。
- (2) 買主は、合意した売買代金を売主に支払い、購入した物を受け取る義務を負う。

BGB 434条 物の瑕疵

- (1) 物が危険移転時にこの規定の主観的要件、客観的要件及び組立要件に適合するときは、その物には物の瑕疵がないものとする。
- (2) 物は、次の各号に掲げる場合には、主観的要件に適合する。
 1. 合意された性状を備えるとき。
 2. 契約上前提とした使用に適するとき。
 3. 契約上合意した付属品及び説明書（組立説明書及びインストール手順書を含む。）とともに引き渡されるとき。

第1文第1号に基づく性状には、当事者が契約上要求を合意した物の種類、数量、品質、機能性、互換性、相互運用性その他の特性が含まれる。

- (3) 物は、次の各号に掲げる場合には、客観的要件に適合する。
 1. 通常の使用に適するとき。
 2. 同種の物につき普通であり、次に掲げる事情をいずれも考慮して買主が期待できる性状を備えるとき。
 - a) 物の種類
 - b) 売主によって、若しくは売主からの委託を受けて、又は販売連鎖上の前主によって、特に広告又はラベルで行われた公の表示
 3. 売主が契約締結前に買主に提供した見本又はモデルの性状に適合するとき。
 4. 買主が受け取ることを期待できる付属品（包装、組立説明書又はイ

を経過するまでは時効によって消滅しない。

- (3) アップデート義務の違反に基づく請求権は、アップデート義務の基準となる期間の満了時から12か月を経過するまでは時効によって消滅しない
- (4) 消滅時効期間内に瑕疵が現れたときは、消滅時効は、瑕疵が最初に現れた時から4か月を経過するまで完成しない。
- (5) 218条の規定は、327i 条2号に定める権利について準用する。

BGB 327u 条 事業者の求償

- (1) 事業者は、自己にデジタル製品の供給の義務を負う事業者（販売相手方）に対し、販売相手方が供給すべきデジタル製品が供給されなかったために消費者に対して327c 条1項1文に基づいて負担しなければならなかった費用の賠償を求めることができる。消費者が事業者に対して主張した瑕疵が販売相手方から供給された時に存在したとき、又は販売相手方に起因する327f 条1項による事業者の更新義務の違反にあるときは、327l 条1項に基づいて事業者が負担すべき費用についても同様とする。
- (2) 前項に基づく費用賠償請求権は、6か月の消滅時効にかかる。消滅時効は、事業者が327c 条1項1文又は327l 条1項に基づく消費者の請求を履行した時から進行を開始する。
- (3) 期間は消費者への供給によって進行を開始するとした上で、327k 条1項及び2項の規定を準用する。
- (4) 販売相手方は、1項に定める費用賠償請求権を行使する前に事業者と行った、事業者の不利に1項から前項までの規定を変更する合意を援用することができない。
- (5) 商法典377条の規定の適用を妨げない。
- (6) 1項から前項までの規定は、債務者が事業者であるときは、販売相手方の請求権及び供給義務を負う各販売相手方に対する販売連鎖上のその他の契約相手方に準用する。

(2) 事業者は、消費者が前項の規定に従って提供されたアップデートを相当期間内にインストールしない場合において、次の各号に掲げるいずれにも該当するときは、専らこのアップデートの欠如に起因する製品の瑕疵について責任を負わない。

1. 事業者が消費者に対しアップデートの利用可能性及びこれをインストールしない場合の結果について通知したとき。
2. 消費者によるインストールの不実施又は不適切なインストールが消費者に提供された瑕疵あるインストール手順書に起因するものでないとき。

BGB 327h 条 製品の特徴に関する別段の合意

327e 条 3 項 1 文 1 号乃至 5 号、同項 2 文、327f 条 1 項及び 327g 条に基づく客観的要件は、消費者が、デジタル製品の一定の特徴がこの客観的要件と異なることを明確に通知され、かつ、その相違が契約において明示的かつ個別に合意された場合に限り、逸脱することができる。

BGB 327i 条 瑕疵がある場合の消費者の権利

消費者は、デジタル製品に瑕疵があるときは、次の各号に掲げる権利を行使することができる。

1. 327l 条による追完請求権
2. 327m 条 1 項、2 項、4 項及び 5 項による契約終了権又は 327n 条による代金減額権
3. 280 条 1 項又は 327m 条 3 項による損害賠償請求権又は 284 条による無駄になった費用の賠償請求権

BGB 327j 条 消滅時効

- (1) 327i 条 1 号及び 3 号に定める請求権は、2 年で時効によって消滅する。消滅時効は供給をもって開始する。
- (2) 継続的供給の場合には、請求権は、供給期間の終了時から 12 か月

言明、特に、広告又はラベル表示に基づいて期待できる要求も含む。ただし、事業者がその表示を知らず、かつ、知ることができなかったとき、その表示が契約締結時に同様の若しくは同種の方法で訂正されていたとき、又は、その表示がデジタル製品を取得する決定に影響を及ぼし得なかったときは、この限りでない。

- (4) デジタル製品は、次の各号のいずれかに該当する場合には、統合要件に適合し、統合が行われている。

1. 統合が適切に行われたとき。
2. 統合が不適切に行われたが、それが事業者による不適切な統合又は事業者が提供した説明書の瑕疵によるものでないとき。

統合とは、デジタル製品を消費者のデジタル環境のコンポーネントに接続し、又は組み込むことで、この款の規定に基づく要件に従ってデジタル製品を利用することができるようにすることをいう。デジタル環境とは、デジタル製品にアクセスし、又はデジタル製品を利用するために消費者が使用するあらゆる種類のハードウェア、ソフトウェア又はネットワーク接続をいう。

- (5) 事業者が契約上供給を義務づけられるデジタル製品とは異なるデジタル製品を供給するときは、製品の瑕疵と同様に扱われる。

BGB 327f 条 アップデート

- (1) 事業者は、基準となる期間内に、消費者に対し、デジタル製品の契約適合性を維持するために必要なアップデートを提供し、かつ、そのアップデートを消費者に通知しなければならない。必要なアップデートは、セキュリティアップデートも含む。1文に基づく基準となる期間は、次の各号に掲げる内容に応じて定まる。

1. デジタル製品の継続的供給契約の場合には、供給期間である。
2. その他の場合には、デジタル製品の種類及び目的に基づいて、かつ、諸般の事情及び契約の性質を考慮した上で消費者が期待できる期間である。

備えたとき。

b) 契約上前提とした使用に適するとき。

2. 契約において合意されたとおりに、付属品、説明書及びカスタマーサービスとともに供給されるとき。
3. 契約において合意されたアップデートが、契約に従って定められた期間中、提供されるとき。

機能性とは、デジタルコンテンツがその目的に従ってその機能を果たすことができることをいう。互換性とは、デジタル製品が、同種のデジタル製品で通常用いられるハードウェア又はソフトウェアで変換を要することなく機能することをいう。相互運用性とは、デジタル製品で通常用いられる他のハードウェア又はソフトウェアで機能することという。

(3) デジタル製品は、次の各号のいずれにも該当する場合には、客観的要件に適合する。

1. 通常の使用に適するとき。
2. 同種のデジタル製品につき普通であり、かつ、そのデジタル製品の種類を考慮した上で消費者が期待することができる性状（量、機能性、互換性、アクセシビリティ、継続性及び安全性を含む。）を備えるとき。
3. 事業者が契約締結前に消費者に提供した試用版又はプレビューに適合するとき。
4. 消費者が受け取ることを期待できる付属品及び説明書が付属するとき。
5. 消費者が第327f 条に従ってアップデートについて通知され、かつ、これが提供されるとき。
6. 当事者間に別段の合意がない場合において、契約締結時に利用可能な最新のバージョンで供給されるとき。

1 文 2 号に基づく普通の性状には、消費者が事業者又は販売連鎖の前にいる他の者が自ら行った又はその者に代わって行われた公の

BGB 327a 条 パッケージ契約及びデジタル要素を備えた物品に関する契約への適用

デジタル製品等のアップデート義務（蓮田）

- (1) この款の規定は、同一契約当事者間において、デジタル製品の供給に加えて、他の物の提供又は他のサービスの提供を目的とする消費者契約（パッケージ契約）にも適用する。ただし、この款の規定は、別段の定めがない限り、パッケージ契約のデジタル製品に関する部分のみに適用する。
- (2) この款の規定は、デジタル製品を含む物又はそれに接続された物に関する消費者契約にも適用する。ただし、この款の規定は、別段の定めがない限り、その契約のデジタル製品に関する部分のみに適用する。
- (3) 前項の規定は、デジタルコンテンツがなければ物品がその機能を実行することができないデジタル製品を含む物品又はそれに接続された物品（デジタル要素を備えた物品）に関する売買契約には適用しない。デジタル要素を備えた物品の売買について、疑義が生じるときは、売主の義務にはデジタルコンテンツ又はデジタルサービスの供給が含まれるものとみなす。

BGB 327e 条 製品の瑕疵

- (1) デジタル製品は、その基準となる時点において、この款の規定に基づいて、主観的要件、客観的要件及び統合要件に適合するときは、製品の瑕疵がないものとする。以下に掲げる規定に別段の定めがないときは、基準時は、327b 条に基づく供給時とする。事業者がある期間の一連の供給（継続的供給）に関する契約によって義務を負う場合、基準となる期間は合意された供給の全期間（供給期間）である。
- (2) デジタル製品は、次の各号に掲げる場合には、主観的要件に適合する。
 1. デジタル製品が、
 - a) 合意された性状（量、機能性、互換性及び相互運用性を含む。）を

八一（二〇二二）

- (4) この款の規定は、消費者の仕様に従って開発されるデジタル製品を目的とする消費者契約についても適用する。
- (5) この款の規定は、327b 条及び327c 条の規定の適用を除き、専らデジタルコンテンツのキャリアとして機能する有形のデータ記録媒体の供給を目的とする消費者契約についても適用する。
- (6) この款の規定は、次の各号に掲げる場合には、適用しない。
1. デジタルサービス以外のサービスに関する契約（事業者がサービスの成果を生成する、若しくは、それを消費者に供給又は伝送するためにデジタルフォーム又はデジタル手段を使用するかどうかを問わない。）
 2. 2021年6月23日の遠距離通信法（BGBI. I S.1858）第3条61号の意味における遠距離通信サービスに関する契約（遠距離通信法3条40号の意味における番号によらない人相互間の遠距離通信サービスを除く）
 3. 630a 条に基づく診療契約
 4. 金銭を投入し、かつ、受領者の個別の要求に応じて電子的その他の通信技術を介して提供される賭博サービス契約
 5. 金融サービス契約
 6. 消費者が代金を支払わず、かつ、事業者がオープンソースライセンスで提供するソフトウェアの供給契約（消費者が提供する個人情報事業が専らその提供するソフトウェアの安全性、互換性又は相互運用性を向上させるために提供する場合に限る。）
 7. デジタルコンテンツがパフォーマンス又はイベントの一部として信号送信以外の方法で一般に公開される場合のデジタルコンテンツの供給契約
 8. 2006年12月13日の情報再利用法（BGBI. I S.2913）（2015年7月8日法律第1条による改正（BGBI. I S.1162））の意味での情報の提供に関する契約

これらを網羅的に規律することができるのか、規律するならばどのような法整備が望ましいのかは他国の法整備、運用状況を整理分析することはもちろん、法整備がなされていない現在における処理方法を検討する際に必要な研究といえるのではないであろうか。

本稿ではデジタル製品等のアップデートについて取り上げたが、その概要を整理分析するに止まり、問題が多く残されていることを示したに過ぎない。日本だけでなく、世界的にみてデジタル製品等の取引は非常に多く、デジタル製品等の使用にはアップデートは決して欠かすことのできないものであるところ、本稿が研究の必要性を喚起する契機となれば幸いである。

参照 BGB 和訳

BGB 327条 適用範囲

- (1) この款の規定は、代金の支払と引き換えに行われる事業者によるデジタルコンテンツ又はデジタルサービス（デジタル製品）の供給を目的とする消費者契約について適用する。この款の意味における代金には、価値のデジタル表現もある。
- (2) デジタルコンテンツとは、デジタル形式で作成及び提供されるデータをいう。デジタルサービスとは、次の各号に掲げるサービスをいう。
 1. 消費者がデジタル形式でデータを作成し、処理若しくは保存し、又は、そのデータにアクセスすることができるサービス
 2. 消費者が、当該サービスの消費者又は他のユーザーによってデジタル形式でアップロード若しくは作成されたデータを共有し、又はそのデータを使用してその他のやり取りができるサービス
- (3) この款の規定は、消費者が事業者に対して個人データを提供し、又はその提供を約するデジタル製品の供給に関する消費者契約についても適用する。ただし、312条1a 項2文の要件を満たすときは、この限りでない。

しかし、既に述べたようにデジタル製品等の供給に係る契約におけるアップデート義務は消費者契約に限定されており、その他少くない問題が散見されている。また、本稿で取り上げることのできなかった、アップデートと変更や情報提供との関係性、中古品の取り扱いといった問題も散在しており、これらの問題についてどのように対処すべきかはドイツに置いて注視すべきものといえよう。

このようなドイツにおけるデジタル製品等の供給に係る消費者契約におけるアップデート義務に係る法整備は日本に対しても多くの示唆を含むものといえよう。

今後の検討課題として残されるであろうが、特に消費者が供給者に対してアップデートを求めることができるのかについては、喫緊の問題となるのではないかと考える。ドイツにおいては、事業者から供給者への求償をもって対応するよう法定されているものの、消費者が求めるものは、確実なアップデートの実施であることは想像に難くない。そのような中であって、消費者救済をどのように図っていくかは日本における将来の紛争処理においても参考となる領域であるといえる⁽⁴⁷⁾。

また、BGB ではデジタル製品等の供給に係る消費者契約に限定してアップデート義務が法定されたが、その他の取引類型においてもアップデート義務のようなアフターサービス義務というべきものが存在し得るのかという点も問題である。既に述べたように、取引慣習の中でアップデート義務のみならず、他にもアフターサービス義務というべきものが存在するものであり、それは契約余後効論の中で論じられてきたものである。そのため、本稿で取り上げたアップデート義務についても契約余後効論の中でどのように論じられるべきかは残された課題であるといえる。

今日、日本においてデジタル製品等にかかるアップデートは従来のドイツと同じく取引慣習や個々の契約によって対応しているといえるが、判例という段階まで至っておらず、約款や契約解釈を通じて個々別々に対応しているのではないかと考えられる。このような状況の中、

されることがある⁽⁴⁵⁾。アップデート義務は、デジタル製品等の供給に係る契約の中で明確な合意によって根拠づけられている場合とそうでない場合とに峻別することができ、いずれの場合であっても契約上の義務と解することができるものの、いずれの場合であったとしても、消費者が当該契約相手方である事業者に対してアップデート義務の履行を求めることができるのか、換言すれば、アップデート義務の一次的履行請求が認められるのかについては明らかではない⁽⁴⁶⁾。すなわち、実際にアップデートが行われるべき場面において、アップデート義務が適切に履行されていないことから、物の瑕疵が存在することとなるが、その場面においては、瑕疵担保責任に係る一次的請求である追完の問題としてアップデートを求めることができるのか、契約上の義務の一次的履行請求の問題としてアップデートを求めることができるのかについては明らかではない。

このように、アップデート義務は契約上の義務として位置付けられると解され、アップデート義務と追完とは相違が認められるものの、アップデート義務の一次的履行請求が認められるのか否かは明らかではない。この点は、現行 BGB における瑕疵概念が伝統的理解を離れ、期間に関連して理解されるべきであるという点と密接にかかわっており、アップデート義務の法的性質及び瑕疵担保責任との関係について改めて分析が必要となる。

4. 結びにかえて

2022年に改正・施行された BGB では瑕疵担保責任に関する改正のみならず、デジタル製品等に係る契約につき新规定が創設されるなど、多くの見直しがなされた。そのなかで、本稿で取り上げたアップデート義務はこれまで取引慣習に依存していた部分を法定したことはデジタル製品等が多く取引されている今日において大変意義のあるものであるといえる。

で新たな動きが存在する。欧州議会は2024年3月12日、デジタル要素を有する製品に対するサイバーセキュリティの水平的要件に関する欧州議会および理事会の規則の提案と規則（EU）2019/1020の改正を決議した。いわゆるサイバーレジリエンス法（Cyberresilienz-Verordnung）の改正を欧州議会で承認したのであり、その中で、デジタル要素を備えた製品をEU市場に流通させるために適切なサイバーセキュリティ対策を講じることが求められることから、インターネットに接続可能なすべてのハードウェアおよびソフトウェア製品については、セキュリティアップデートに係る最低限度の期間を定めることとした⁽⁴²⁾。改正サイバーレジリエンス法13条8項によれば、製造業者はセキュリティアップデートについて契約から最低5年間または当該製品の使用期間が5年未満であると予想される場合には予想される耐用年数に対応して応じなければならないとしている。また、同条9項では、当該製品が市場に流通してから10年間または同条8項の期間と比して長い期間はセキュリティアップデートが利用可能な状態にしなければならないことを定めている。

欧州議会で承認された改正サイバーレジリエンス法は、今後所定の手続きを経て成立することとなり、成立後36カ月後に適用されることとなるとされている⁽⁴³⁾。同法はデジタル要素を備えた製品に係るサイバーセキュリティ要件に関する調和の取れた法的枠組みを確立し、市場機能を向上させることに取り組んでいる⁽⁴⁴⁾。その中でセキュリティアップデートに限定しているものの明確に最低期間を定めたことは有意義であるといえる。

（4）アップデート義務の法的性質及び瑕疵担保責任との関係

アップデート義務と瑕疵担保責任とは密接に関連するものの、瑕疵担保責任に係る一次的請求である追完とは、瑕疵判断基準時、目的及び消滅時効という点に相違が認められ、この点に着目し、アップデート義務は瑕疵担保責任に係る追完と同一視すべきではないことが指摘

(3) アップデート義務の存続期間

アップデート義務の存続期間は、合意によって定められている場合 (BGB 327e 条 2 項 1 文 3 号、327h 条、475b 条 3 項 2 号、476 条 1 項)、継続的供給契約の場合 (BGB 327f 条 1 項 1 号)、その他の場合 (BGB 327f 条 1 項 3 文 2 号、475b 条 4 項 2 号) と 3 つに分類することができる。その中でも、特に最後に該当する場合、消費者が期待できる期間がアップデート義務の存続期間として認められることとなるが、その期間を決定するのは困難であるという点である。アップデート義務の存続期間について消費者はより長期を望み、事業者はより短期を望むことが考えられるため、対立が存在し混乱が生じうることとなる⁽³⁸⁾。この点については、デジタル製品等の種類や技術的進歩速度に違いがあるため、一様に扱うのはむしろ不適切であるという指摘があり⁽³⁹⁾、また合意によってアップデート義務の存続期間を具体化するように努めることを想定しているという指摘もある⁽⁴⁰⁾。

では、BGB 327h 条又は476条 1 項に基づく合意によって BGB 327f 条 1 項 3 文 2 号又は475b 条 4 項 2 号のアップデート義務の存続期間を具体化することは容易なのであろうか。この点について、契約の意思表示をする前に事業者が逸脱することを消費者に通知し、消費者と別途合意する必要があるが、逸脱を明らかにしなければならないので、アップデート義務の存続期間について逸脱するならば、参照すべき相当の期間が明らかでなければならないとされる⁽⁴¹⁾。これは、アップデート義務が契約適合性の維持にのみ向けられているという点に焦点を当てると、参照されるのは技術的耐用年数であり、従来の判例の中で、自動車の場合には12年半～15年の期間が想定される。なお、自動車関連のデジタル要素についてはこれで足るかと思われるが、判例のない領域、例えばコンピューターゲームの場合には実際の供給期間が参照されることが想定されるが、それでもなお存続期間の具体化は困難であると考えられる。

このようなアップデート義務の存続期間の問題について EU におい

ならないことは BGB 327f 条 1 項から明らかであるが、その内容は個別具体的に検討しなければならない。

合意によってアップデートの内容を定めた場合 (BGB 327e 条 2 項 1 文 3 号、327h 条、475b 条 3 項 2 号、476 条 1 項)、アップデート義務の内容は当該合意に従えば良いこととなる。しかし、合意によらないアップデート義務の場合、その判断基準となるのは、契約適合性の維持、すなわち、消費者の期待に沿った性状の維持又は回復であることとなる。そのため、デジタル製品等毎に、その種類、数量、品質に加え、機能性、互換性、相互運用性、継続性及び安全性を総合的に検討し、行うべきアップデートの内容を確定しなければならず⁽³⁷⁾、具体的な内容は個々別々に異なる可能性がある。

また、同様の機能を備えたデジタル製品等は多く存在しているなかで、実質的アップデート供給者となるデジタル製品等の供給者が同一の経済的資本、技術的資本を当然有するとはいえない。そのような状況下において、実質的アップデート供給者側では、どの程度の内容を実現すれば契約適合性を維持するアップデートとなるのか不明確であり、アップデートの技術水準が同様の機能を備えたデジタル製品等の供給者の業界内における最高水準としなければならないならば、当該業界への新規参入は著しく困難であり、かつ、市場の寡占ないし独占を導く結果となってしまうおそれがある。また、アップデートに求めることのできる技術水準が不明確であることで、アップデートにより利益を享受することとなる消費者側では、どの程度の内容までアップデートを期待することができるのか不明確であり、一方では高次のアップデートが認められ他方では低次のアップデートしか認められないという事態を招きかねない。

このように、アップデート義務の内容は個別具体的に定めざるを得ないという問題は、アップデートにより利益を享受することとなる消費者のみならず、アップデート義務を負う事業者さらには実質的アップデート供給者にとっても大きな影響を及ぼすこととなる。

供給せずともアップデートの対象となるものの供給者等の実質的アップデート供給者に供給させることを保証すればよいとされている⁽³³⁾。しかし、実質的アップデート供給者を通じて保証したアップデートを供給すべき立場にある事業者は、実質的アップデート供給者から個別的にアップデートに係る承認を得ることや、実質的アップデート供給者に対してアップデートに係る指示を出す権限が当然に認められるのではないとされる⁽³⁴⁾。そのため、事業者はアップデートの不実施につき実質的アップデート供給者によるアップデートが行われないことによる不能の抗弁が排除されることとなり、事業者のアップデート義務の履行は最終的に実質的アップデート供給者に頼る他ないということが指摘されている⁽³⁵⁾。

また、消費者に目を向けると、アップデート義務を負う者は契約当事者である事業者であることから、実質的アップデート供給者に対してアップデートの供給を求めることはできない⁽³⁶⁾。確かに、BGB 327u 条1項では事業者から実質的アップデート供給者に対する求償権を定めているが、消費者が実質的アップデート供給者に対してアップデートの供給を求めることの直接的な根拠とはなり得ない。そのため、これまでは実質的アップデート供給者を通じてアップデートが行われてきたものの、デジタル製品等の供給に係る契約当事者である事業者が倒産した等の事情が生じた場合、消費者は実質的アップデート供給者に対してはアップデートの供給を受けることができないという事態を生じさせかねないという問題がある。

このように、アップデート義務を負う者である事業者自身がアップデートを行うのではなく、実質的アップデート供給者によってアップデートが行われることとなっている場合、アップデートが適切に行われないという危険性を消費者は常に負うという問題が認められる。

(2) アップデート義務の内容

アップデートは契約適合性を維持するために必要な内容でなければ

b) 目的

追完は危険移転時に存在する瑕疵に向けられており、追完が為されることで契約適合性を回復することを目的としているのに対し、アップデート義務は危険移転時には存在していなかったものの、技術的發展等により契約適合性を損なわないように維持することを目的としている。つまり、契約適合性の回復に向けられているか、維持に向けられているかという相違も存在する⁽³¹⁾。

c) 消滅時効

追完は、デジタル製品等が一回的供給である場合には供給が為されてから2年、継続的供給である場合には供給期間満了後12か月を経過すると消滅時効が完成する (BGB 327j 条1項、同条2項、475e 条1項)。これに対し、アップデート義務はアップデート義務の期間満了後12か月を経過するまでは時効が完成しない (BGB 327j 条3項、475e 条2項)。この点については、物の瑕疵に係る各要件の判断基準時にあわせて理解することができ、瑕疵担保責任による請求の一種である追完とアップデート義務に係る消滅時効についても相違が認められている。

3. アップデート義務の問題点

アップデート義務は、物の瑕疵概念と密接に関わっており、伝統的な理解を刷新する契機となったといえよう。デジタル製品等の供給は今日広く行われており、アップデート義務の重要性は確かに認められるべきものである。しかし、BGBにおいて法定されたアップデート義務は大きな問題を抱えていることが指摘されている⁽³²⁾。

(1) アップデート義務を負う者

BGBにおいて、デジタル製品等に係るアップデート義務は、デジタル製品等の供給に係る契約当事者である事業者のみが負うこととなる。

確かに、アップデート義務を負う事業者は、自身がアップデートを

て根拠づけられるのではないが、法定されていることで根拠づけられている（BGB 327e 条 3 項 1 文 5 号、327f 条 1 項、475b 条 4 項 2 号）。ここでのアップデート義務の法的基礎について、特に BGB 327f 条 1 項 3 文 2 号及び 475b 条 4 項 2 号に定められているアップデート義務の存続期間に着目すると、契約の性質や消費者の期待可能性が考慮されることが明らかであり、契約解釈を通じて認められるべき義務、換言すれば、契約上の義務であると解することができる⁽²⁸⁾。

⑥ アップデート義務と瑕疵担保責任

物の瑕疵が存在する場合、BGB 327i 条又は 437 条に基づき、デジタル製品等の消費者は事業者に対して、追完、契約の終了、代金減額、損害賠償、無駄になった費用の賠償を請求する権利を得ることができる。適切にアップデートがなされない場合には物の瑕疵が存在することとなるため、アップデートがなされるべき場面においては瑕疵担保責任による一次的請求である追完が問題となり得る。そこで、アップデート義務が契約上の義務と解されることから、瑕疵担保責任による追完との相違点を明らかにすることとする。

a) 瑕疵判断基準時

瑕疵概念について、立法者はアップデート義務が危険移転に伴う瑕疵からの開放という伝統的理解と調和しないことを認識しており、アップデート義務は危険移転時ではなく、期間に関連する瑕疵概念によって理解されるとしている⁽²⁹⁾。そのため、特に売買契約において、伝統的理解に基づく追完は危険移転時において瑕疵なき給付を行うことができなかったことが前提となるのに対し、アップデート義務は危険移転時において瑕疵なき給付を行っていることが想定される（BGB 433 条 1 項 2 文）⁽³⁰⁾。このように、前提として危険移転時に瑕疵なき給付がなされたか否かという相違がアップデート義務と追完との間には認められる。

と他の物の瑕疵とには大きな相違がある。BGB 327e 条 1 項又は 475b 条 2 項によれば、原則として、物の瑕疵に係る各要件の判断基準時は、デジタル製品等の一回的供給に関する契約である場合には供給時であるとされ（BGB 327e 条 1 項 2 文、475b 条 2 項）、デジタル製品の継続的供給契約である場合にはその供給期間であるとされる（BGB 327e 条 1 項 3 文）。これに対し、アップデートに係る物の瑕疵の判断基準時は、アップデート義務の存続期間の間とされる（BGB 327e 条 2 項 1 文 3 号、同条 3 項 5 号、475b 条 2 項）。

このように、アップデートに関わらない物の瑕疵については、デジタル製品等の供給に係る契約が一回的供給を目的としているか、継続的供給を目的としているかによって物の瑕疵に係る各要件の判断基準時が異なるのに対し、アップデートが適切に行われないことで認められる物の瑕疵については、デジタル製品等の供給に係る契約が一回的供給を目的としているか、継続的供給を目的としているかに関わらず、アップデート義務の全存続期間が物の瑕疵に係る各要件の判断基準時とされる点に相違が認められる。

⑤ アップデート義務の法的性質

アップデート義務は、デジタル製品等の契約適合性を維持するために一定期間継続的にアップデートをなす義務である。そのため、特定の時点において瑕疵なき給付を為すという義務とは異なり、瑕疵なき給付を維持するために必要な義務であるといえる⁽²⁶⁾。既に言及したとおり、アップデート義務はデジタル製品等の物の瑕疵に関する条文で定められており、デジタル製品等の物の瑕疵に係る主観的要件又は客観的要件において問題となる。当該主観的要件で問題となるアップデート義務は、デジタル製品等の供給契約における合意によって定められていることから（BGB 327e 条 2 項 1 文 3 号、327h 条、475b 条 3 項 2 号、476 条 1 項）、契約上の債務であるといえる⁽²⁷⁾。これに対し、当該客観的要件で問題となるアップデート義務は、明確な合意によっ

められていない場合に妥当するという相違がある。

この相違によってアップデート義務の存続期間について問題が生じる場面が想定される。例えば、デジタル製品の継続的供給契約であっても、アップデート義務が合意によって定められており、供給期間中であるにもかかわらず一定期間のみアップデート義務を負うという合意がなされた場合である。この場合、アップデートの存続期間は i) において想定されている「合意によって定められる期間」に限定されるのか、ii) において想定されている「継続的供給契約における供給期間」となるのかという点が問題となる。

この点について、BGB 327h 条及び476条1項はその解決方法を提示している。すなわち、ii) 又は iii) で想定されているアップデート義務の存続期間とは異なる内容の合意を認め、i) で想定されている合意によるアップデート義務の存続期間に置き換えることを認めている。これは、特に iii) においてはアップデート義務の存続期間は個別具体的な判断にならざるを得ず、その結果、義務を負う事業者のみならずアップデートによって利益を受ける消費者にとっても著しい法的不確実性が発生してしまうこととなるため、当事者間の合意によってアップデート義務の存続期間を明確に定めることができるようにしたとされる⁽²⁴⁾。

④ アップデート義務と物の瑕疵

アップデート義務の制度趣旨のなかで示されている「契約適合性」は、デジタル製品等の物の瑕疵と密接に関連している。アップデート義務は契約適合性の維持を目的としており、アップデートによって、デジタル製品等の機能性や互換性等が維持されることとなる⁽²⁵⁾。換言すれば、アップデートが適切に行われなければデジタル製品等の物の瑕疵に係る主観的要件又は客観的要件を充足しないこととなり、物の瑕疵があるとみなされることとなる。

なお、アップデートが適切に行われないうことで認められる物の瑕疵

タル製品等を用いた情報等が消費者の想定している者以外に漏洩する可能性があるためである。これを防がなければデジタル製品等の通常の使用に適さないこととなってしまうこととなるため、セキュリティアップデートもまた必要であるとされる（BGB 327f 条1項2文）⁽²⁰⁾。

このように、ここで問題となるアップデートの内容は、機能性を維持することを目的として行われるアップデートと、不正アクセス等から保護するためのセキュリティアップデートの2種類であるということとなる。なお、アップデートは最新技術に基づく適切かつ必要なものであることが求められており、原則として、契約適合性を超える新機能を提供する必要はないとされる⁽²¹⁾。すなわち、契約適合性を超える新機能を提供が行われた場合、従前の給付目的がアップデートされたのではなく、むしろ新しいものになってしまうのであり、これは世間一般の認識によれば「アップグレード」としてもはや新製品として扱われることとなるとされる⁽²²⁾。

b) アップデート義務の存続期間

アップデート義務の存続期間は、i) デジタル製品等の供給に関する契約においてアップデート義務が定められている場合にはそこで定められた全期間中（BGB 327e 条2項1文3号、475b 条3項2号）、ii) デジタル製品の継続的供給契約の場合にはその供給期間（BGB 327f 条1項3文1号）、iii) その他の場合にはデジタル製品等の種類及び目的に基づいて、かつ、諸般の事情及び契約の性質を考慮した上で消費者が期待できる期間（同文2号、475b 条4項2号）、と3つに分けて法定されている。また、iii) の場合におけるアップデート義務の存続期間については、宣伝文句、デジタル製品等の製造に使用された材料、デジタル製品等の供給に対する対価が決定的な役割を果たすことが指摘されている⁽²³⁾。

なお、このアップデート義務の存続期間に係る i) と ii)・iii) と関係性には注意が必要である。i) はアップデート義務が合意によって定められている場合に妥当するのに対し、ii)・iii) は合意によって定

自身がアップデートそれ自体を供給せずとも、第三者（アップデートの対象となるものの供給者等であり、以下、「実質的アップデート供給者」と呼ぶ。）が供給することも認められている⁽¹⁶⁾。これは、事業者自身が供給者でない場合、当該アップデートそれ自体を供給することは事実上不可能であり、そのものの供給者がアップデートを供給する他ないためであるとされる。

② アップデート義務の目的（制度趣旨）

アップデート義務の目的（制度趣旨）は、BGB 327f 条1項1文によれば「契約適合性を維持する」ためであるとされる。すなわち、当該事業者はデジタル製品等の契約適合性と安全性を保つために消費者に対してアップデートをしなければならないということが言及されている⁽¹⁷⁾。このことは、デジタル製品等におけるデジタル要素は、当初の供給時点においては契約適合性又は安全性が認められるとしても、技術的な進歩が著しく現時点においては不十分であることが少なくなく、物の瑕疵に係る客観的要件における「消費者の期待」に沿った「性状」を維持又は回復しなければならないために、アップデート義務が存在するといえることができる⁽¹⁸⁾。

③ アップデート義務の内容と存続期間

アップデート義務は契約適合性の維持を目的として法定されているが、どのように契約適合性を維持するのか、換言すれば、アップデート義務の内容及び存続期間が問題となる。

a) アップデート義務の内容

アップデートの内容は、デジタル製品等が引き続き通常の使用に適し、通常の性質を満たすためのものでなければならない⁽¹⁹⁾。また、デジタル製品等については、その製品の性質上ライフサイクルは非常に短いことが指摘されている。これは、デジタル製品等の使用環境の変更やウイルスやその他マルウェアなど外部からの影響によってデジ

d) インストール要件（同条6項2号）

最後に、インストール要件については、BGB 475b 条6項2号に法定されている。同項1号に法定されている組立要件とほぼ同様の内容であるといえるが、組立要件は目的物であるデジタル要素を備えた物品の「組立」が適切に行われているかを問題としているのに対し、インストール要件はデジタル要素を備えた物品のうち「デジタル要素」が当該物品に適切にインストールされているかを問題としているのであり、その対象が異なる点に注意が必要である。

(3) アップデート義務

これまで、アップデート義務が密接に関連しているデジタル製品等に係る物の瑕疵について概観したが、以下ではアップデート義務に焦点を当てて、整理・分析を行うこととする。以下では、アップデート義務を負う者 (①)、アップデート義務の目的 (制度趣旨) (②)、アップデート義務の内容と存続期間 (③)、アップデート義務と物の瑕疵 (④) アップデート義務の法的性質 (⑤)、アップデート義務と瑕疵担保責任 (⑥)、の6点について整理を行うことで、アップデート義務について分析を行うこととする。

① アップデート義務を負う者

アップデート義務についてその内容等を定めているのは BGB 327f 条であるといえる。既に述べたところではあるが、アップデート義務が問題となるのはデジタル製品等の供給に係る消費者契約であることから、デジタル製品等の供給が B2B 契約による場合には契約当事者間において契約当事者によるアップデート義務の履行の有無等は問題とならない⁽¹⁵⁾。このように、アップデート義務はデジタル製品等の供給に係る消費者契約の当事者である消費者と事業者との間でのみ認められる義務であることとなる。

なお、アップデート義務は当該事業者が負うものであるが、事業者

せず、物の瑕疵があることが認められることとなる。なお、同項1号では、BGB 434条2項に定められている要件に適合することが求められているが、BGB 434条2項1号及び2号の内容は上述した BGB 327e 条2項1文1号と、BGB 434条2項3号の内容は上述した BGB 327e 条2項1文2号とほぼ同様の内容であるといえよう⁽¹³⁾。

b) 客観的要件 (同条4項)

ついで、客観的要件については、BGB 475b 条4項に法定されている。その内容は、デジタル製品に係る物の瑕疵の客観的要件と同じく、総じて契約目的物であるデジタル要素を備えた物品について通常備えることが想定されている内容を備えていない場合には客観的要件を充足せず、物の瑕疵があることが認められることとなる。なお、同項1号では、BGB 434条3項に定められている要件に適合することが求められているが、BGB 434条3項1文1号の内容は上述した BGB 327e 条3項1文1号と、BGB 434条3項1文2号及び3号の内容は上述した BGB 327e 条3項1文2号及び4号、BGB 434条3項1文4号の内容は上述した BGB 327e 条3項1文4号の内容とほぼ同様の内容であるといえる⁽¹⁴⁾。また、BGB 475b 条4項2号の内容は上述した BGB 327e 条3項1文5号の内容とほぼ同様であるといえる。

c) 組立要件 (同条6項1号)

ついで、組立要件については、BGB 475b 条6項1号に法定されている。その内容は、BGB 434条4項に定められている要件を充足していない場合には組立要件を充足せず、物の瑕疵があることが認められることとなる。同項では、引き渡された目的物の組立が適切に行われていること (同項1号)、組立が不適切であったとしても、売主による不適切な組立又は売主の引き渡した説明書の瑕疵によるものでないことが掲げられている。この内容から、デジタル製品の物の瑕疵に係る組立要件 (BGB 327e 条4項) のデジタル製品の「統合」が、目的物であるデジタル要素を備えた物品の「組立」に置き換わった内容であるといえ、同様の内容であるといえることができる。

ア又はソフトウェアで機能することというとされる（同項4文）。

b) 客観的要件（同条3項）

客観的要件については、BGB 327e 条3項に法定されている。その内容は総じて契約目的物であるデジタル製品について通常備えることが想定されている内容を備えていない場合には客観的要件を充足せず、物の瑕疵があることが認められることとなる。

c) 組立要件（同条4項）

組立要件については、BGB 327e 条4項に法定されている。その内容は「統合」が適切に行われていない場合には組立要件を充足せず、物の瑕疵があることが認められることとなる。なお、ここでの統合とは、デジタル製品を消費者のデジタル環境のコンポーネントに接続し、又は組み込むことで、この款の規定に基づく要件に従ってデジタル製品を利用することができるようにすることをいうとされる（同項2文）。また、「デジタル環境」とは、デジタル製品にアクセスし、又はデジタル製品を利用するために消費者が使用するあらゆる種類のハードウェア、ソフトウェア又はネットワーク接続をいうとされる（同項3文）。

d) 同種物要件（同条5項）

同種物要件については、BGB 327e 条5項に法定されている。いわゆる異種物給付を行った場合には、物の瑕疵があるとみなされる。

② デジタル要素を備えた物品に係る物の瑕疵（BGB 475b 条）

続いて、デジタル要素を備えた物品に係る物の瑕疵については、BGB 475b 条に法定されている。同条によれば、デジタル要素を備えた物品は、主観的要件、客観的要件、組立要件、インストール要件のいずれ一つでも充足しないならば物の瑕疵があるとみなされる。

a) 主観的要件（同条3項）

主観的要件については、BGB 475b 条3項に法定されている。その内容は、デジタル製品に係る物の瑕疵の主観的要件と同じく、総じて契約において合意された内容に適合しない場合には主観的要件を充足

マートウォッチ、スマートテレビ等が該当することが示されている⁽¹¹⁾。

b) 契約類型の限定 ―消費用動産売買契約―

第二に、契約類型が「消費用動産売買契約」に限定されているという点である。消費用動産売買契約とは、消費者が事業者から物品を購入する契約（BGB 474条1項1文）、又は物品の販売のほかに事業者による役務の提供を目的とする契約である（同項2文）⁽¹²⁾。

(2) デジタル製品等の「物の瑕疵」

アップデート義務はデジタル製品等に係る物の瑕疵と密接に関連している。アップデート義務に係る物の瑕疵について言及するにあたって、まずはデジタル製品等に係る物の瑕疵がどのような場合認められるのかについて概観することとする。

① デジタル製品に係る物の瑕疵（BGB 327e 条）

まず、デジタル製品に係る物の瑕疵については、BGB 327e 条に法定されている。同条によれば、デジタル製品は、主観的要件、客観的要件、組立要件、同種物要件のいずれ一つでも充足しないならば物の瑕疵があるとみなされる。

a) 主観的要件（同条2項）

主観的要件については、BGB 327e 条2項に法定されている。その内容は総じて契約において合意された内容に適合しない場合には主観的要件を充足せず、物の瑕疵があることが認められることとなる。なお、同項1文1号で定められている「機能性」、「互換性」及び「相互運用性」については、同項2文乃至4文で定義づけされている。まず、機能性とは、デジタルコンテンツがその目的に従ってその機能を果たすことができることをいうとされる（同項2文）。互換性とは、デジタル製品が、同種のデジタル製品で通常用いられるハードウェア又はソフトウェアで変換を要することなく機能することをいうとされる（同項3文）。相互運用性とは、デジタル製品で通常用いられる他のハードウェア

されることとなった。BGB がパンデクテン体系を採用していることはいうまでもないが、BGB 327条乃至327s 条（更には BGB 327t 条及び327u 条）は BGB 第2編第3章第2a 節に位置しており、いわゆる債務法総則領域に定められている。これにより、債務法各則の個別の契約のいずれかに属するかを問題とすることなく適用されることを明らかにしている⁽¹⁰⁾。

② 消費者に対し事業者が自ら又は第三者をしてデジタル要素を提供することを約するデジタル要素を備えた物品に係る消費動産売買契約

これらに対し、BGB 475b 条及び475e 条の2 条は、「消費者に対し事業者が自ら又は第三者をしてデジタル要素を提供することを約するデジタル要素を備えた物品に係る消費動産売買契約」に適用領域が限定されている（BGB 475b 条1 項による327a 条2 項1 文への補充的適用）。BGB 445a 条は、新規製造物売買において、当該契約目的物に係る危険が消費者へと移転した時に既に存在していた瑕疵、又は BGB 475b 条4 項に基づくアップデート義務違反によって、消費者と契約した事業者が当該契約によって消費者に対して負担した費用について当該契約の目的物の供給者への求償権に係る規定である。BGB 445a 条において、アップデート義務に係る部分に着目するならば、デジタル要素を備えた物品に係る消費動産売買契約の存在を前提にした内容となっている。

ここで問題となる契約において特徴的であるのは、2 点である。

a) 契約の目的物の限定 —デジタル要素を備えた物品—

第一に、契約の目的物が「デジタル要素を備えた物品」に限定されているという点である。デジタル要素を備えた物品とは、デジタルコンテンツがなければ物品がその機能を実行することができないデジタル製品を含む物品又はそれに接続された物品であることが BGB 327a 条2 項1 文に定められている。その具体例として、スマートフォン、ス

は保存し、又は、そのデータにアクセスすることができるサービス（同項2文1号）、又は消費者が、当該サービスの消費者又は他のユーザーによってデジタル形式でアップロード若しくは作成されたデータを共有し、又はそのデータを使用してその他のやり取りができるサービスである（同項2文2号）。その具体例として、動画又は音声コンテンツ、クラウドコンピューティング環境、ソーシャルメディアで提供されるファイルホスティング、ワードプロセッシング、ゲームが該当することが示されている⁽⁷⁾。なお、「デジタルコンテンツ」と「デジタルサービス」とは具体例からも明らかなように、技術的に厳密に分類することは困難であり、両者は将来の適用領域の拡大を意識した相互補完的な内容となっていることが窺える⁽⁸⁾。

b) 契約類型の限定 ―消費者契約―

第二に、契約類型が「消費者契約」に限定されているという点である。2022年に BGB が改正・施行される以前においては、契約の目的物がいかなる「物」であるのかが大きな関心事であったとされる。すなわち、供給される契約の目的物がソフトウェアであったとき、当該ソフトウェアが顧客のために特別に開発されたものであれば請負契約、そうではなく多くのユーザーのニーズに合致することを目的に開発されたものであれば売買契約となることが意識されていた⁽⁹⁾。さらに、一回的供給、すなわち、デジタル製品を1回限りの対価の支払いをもって永続的に譲渡することを内容としているか、継続的供給、すなわち、デジタル製品につき定期的に対価を支払うことで継続的に使用を認めることを内容としているかという点も、契約類型の決定に大きな影響を及ぼしていた。また、そもそもデジタル製品が売買契約や請負契約において想定されている「有体物」であるか否かという点も議論されていた。しかし、2022年に BGB が改正・施行されると上述した問題は解消されることとなった。すなわち、BGB 327条乃至327s 条の適用対象は、代金の支払い又は個人情報提供と引き換えに行われるデジタル製品の供給に係る消費者契約という包括的な契約類型が創設

引き換えに行われるデジタル製品の供給に係る消費者契約（①）、BGB 445a 条、475b 条及び475e 条では、消費者に対し事業者が自ら又は第三者をしてデジタル要素を提供することを約するデジタル要素を備えた物品に係る消費動産売買契約（②）に係る規定であり、それぞれの契約類型において特徴的な点が存在することから、以下で整理することとする。

① 代金の支払い又は個人情報の提供と引き換えに行われるデジタル製品の供給に係る消費者契約

BGB 327e 条、327f 条及び327j 条では、「代金の支払い又は個人情報の提供と引き換えに行われるデジタル製品の供給に係る消費者契約」に適用領域が限定されている（BGB 327条1、3項）。BGB 327u 条では、BGB 327条乃至327s 条で消費者と契約した事業者が当該契約によって消費者に対して負担した費用について、当該契約の目的物であるデジタル製品の供給者への求償権に係る規定であり、デジタル製品の供給に係る消費者契約に基づくアップデート義務等の存在を前提にした内容となっている。

ここで問題となる契約において特徴的であるのは、2点である。

a) 契約の目的物の限定 —デジタル製品—

第一に、契約の目的物が「デジタル製品」に限定されているという点である。デジタル製品とは、「デジタルコンテンツ」と「デジタルサービス」の2つからなることが BGB 327条2項に定められている。まず、デジタルコンテンツとは、デジタル形式で作成及び提供されるデータである（同項1文）。その具体例として、コンピュータープログラム、動画ファイル、音声ファイル、音楽ファイル、デジタルゲーム、電子書籍、その他の電子出版物等が該当し、デジタルコンテンツといえるためには、コンピュータープログラムを用いてデータをデジタル形式で認識できればよいことが示されている⁽⁶⁾。ついで、デジタルサービスとは、消費者がデジタル形式でデータを作成し、処理若しく

売及びその他の売買契約の側面を規律するための法律」及び「デジタルコンテンツ及びデジタルサービスの供給の一定の契約法の側面に関する指令を実施するための法律」が2021年に成立し、これらによって2022年1月1日にドイツ民法典（以下、BGBと呼ぶ。）が改正・施行された⁽⁴⁾。そこでは、瑕疵担保責任に関する規定が改正されるとともに、デジタルコンテンツ及びデジタルサービスの取引に関連する規定や、アップデートに関する規定が設けられた等、その内容については日本においても多くの関心が寄せられている⁽⁵⁾。

上述したように、日本においてはアップデートに係る法整備が整っておらず、かつ、伝統的にドイツ法の影響を受けてきたことを鑑みれば、ドイツにおいてアップデートにつきどのような法整備がなされたのかは参照に値するものであるといえよう。

本稿では、BGBにおいてアップデート義務がどのように法整備されたのかについて整理分析を行うとともに、その問題点を明らかにし、日本におけるアップデート義務の取扱いについて示唆を得ることを目的とする。

そこで、BGBにおけるアップデート義務について、アップデート義務が認められる契約、物の瑕疵、アップデート義務の主体、目的、内容・存続期間、物の瑕疵との関係性、法的性質、瑕疵担保責任との関係性という視点で整理分析を行い、BGBにおけるアップデート義務の問題点を明らかにすることとする。

2. BGBにおけるアップデート義務

(1) アップデート義務が問題となる契約

アップデート義務はあらゆる物の取引において認められるものではない。アップデート義務は、BGB 327e 条、327f 条、327j 条、327u 条、445a 条、475b 条及び475e 条で主に法定されている。BGB 327e 条、327f 条、327j 条及び327u 条では、代金の支払い又は個人情報の提供と

デジタル製品等のアップデート義務

——BGBにおける新たな取扱い——

蓮 田 哲 也

1. はじめに ―問題の所在―

通信インフラの高度化やデジタルサービス等が広く普及し多様化する今日の社会においては、企業活動のみならず、教育、医療領域においてもそれらを活用する場面が多く、我々の生活に欠かすことのできないものとなっている⁽¹⁾。情報化社会の発展は日進月歩であり、数年を待たずして新しいデジタルサービス等や情報端末が開発され市場に展開されている。

このような著しい発展を遂げているといえる情報通信技術（ICT）産業において、既存のデジタルサービス等における情報の陳腐化や新たな情報末端への適応のみならず、デジタルサービス等への不正アクセス等の危険に対処するためには、常にアップデートすることが望ましいことは想像に難くない⁽²⁾。このアップデートについて、日本においては法整備が整っておらず、どのように法的紛争を処理すべきかについて明確であるとは言い難い⁽³⁾。

ドイツにおいては、2019年に成立した「物品の売買契約に関する指令」（2019/771/EU）（以下、「物品売買指令」と呼ぶ。）及び「デジタルコンテンツ及びデジタルサービスの供給の一定の契約上の側面に関する欧州議会及び理事会指令」（2019/770/EU）（以下、「デジタルコンテンツ指令」と呼ぶ。）の準則を国内法化するために「デジタル要素を備えた物の販

語文献として、原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（成文堂、2017年）76頁以下〔初出2012年〕、115頁以下〔初出2013年〕、古谷・前掲注（1）168頁以下、176頁以下〔初出2013年に加筆〕参照。

された事例として、鉄道線路敷築堤事件（大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）、板付飛行場事件（最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁）。

- (99) 潮見佳男『基本講義 債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得〔第2版〕』（新世社、2009年）235頁は、改正前民法634条1項ただし書につき、「瑕疵が修補されることについての債権者の利益」と「瑕疵を修補することに要する債務者の費用」との間に著しい不均衡が存在することを理由に、修補請求権の限界が定められており、その思想を履行請求権に関する一般理論へと展開すべきことを説いていた。この改正前民法634条1項ただし書はBGB275条2項と同様の法構造であり、そこでは比例原則が採用されていたと考えられる。
- (100) 山田・前掲注(2)183頁、187頁以下。なお、拙稿では、BGB439条4項の相対性不相当性の場面では権利濫用の禁止が根拠とならない可能性があるとの留保をして、根拠を信義則に基づく配慮義務に求めた。しかし、本稿のドイツ法の判例を見た結果、BGB275条2項、439条4項、635条3項に基づく給付拒絶の場面では、信義則と権利濫用の禁止が同様の意味として用いられていることから、権利濫用の禁止も根拠になると考える。
- (101) 坂口・前掲注(2)215頁。この場面を不能に位置づけることに懐疑的な見解として、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」同『契約法の現代化Ⅲ——債権法改正へ』（商事法務、2022年）260頁〔初出2016年〕。
- (102) 引用部分は、原著論文である坂口甲「ドイツ法における後発的不能論の成立と展開（4・完）」64巻3号（2018年）57頁～58頁。坂口・前掲注(2)216頁では、民法412条の2第1項は、「債務の内容に照らして債権者が現実的履行を請求することができない場合を規律している」との表現になっている。
- (103) 田中宏治・前掲注(1)445頁。
- (104) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002年）241頁以下。同「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣、2019年）287頁は、この観点から、追完請求権を「『現実賠償』（金銭給付以外の現実給付の方法による損害賠償）としての法的性質を有する」ものと捉える。
- (105) 例えば、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』（商事法務、2019年）310頁はドイツ法の詳細な分析をふまえて、買主の追完請求権は、売主の瑕疵なき給付義務「に加えて、『目的物の契約不適合に対する救済手段として買主の追完請求権を認めることが、当該売買契約の類型に適合的な規律として正当化されるか』という法秩序の観点からの実質的考慮（評価）を経ることによってはじめて導き出されるものである」と説く。古谷・前掲注(1)326頁も参照。
- (106) BGH, EuGH-Vorlage v.14.1.2009-VIII ZR 70/08. 同事件を紹介する邦

- 2114, 2121f. は、瑕疵のない目的物の価値の150%、欠陥に起因する価値の減少分の200%を基準とし、これらの限界値を超えている場合に瑕疵について帰責事由がない売主は追完を拒絶できるとする。この見解の紹介として、今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関法53巻4・5号(2004年)288頁以下も参照。BGHは、判旨において、瑕疵のない目的物の価値の100%を絶対的不相当性の基準に据えつつ、売主の帰責事由の程度によって130%から150%の数値を定める見解(Reinking, ZfS 2003, 57, 62; Huber, NJW 2002, 1004, 1008; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2060, 2064)、瑕疵を原因とする価値の減少額を基準に据えつつ、売主の過失により限界値を高める見解(Schultz, Zu den Kosten der Nacherfüllung beim Kauf, 2005, 182 ff.)、特定物売買の場合にはBGB275条2項に基づく売主の給付義務の限界に基づき、追完費用が減額分を上回る場合に売主が追完を拒絶できるとする見解(Ackermann, JZ 2002, 378, 382 ff.)をあげる。
- (90) BGHは、以下の見解をあげる。Graf von Westphalen in Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., § 439 Rn.27; Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kapitel5 Rn.158; Jakobs in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht, 2002, S.384, 386.
- (91) BGHは、Beschluss vom 14.1.2009—VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 Rn.15 f.を参照する。
- (92) BGHは、故意の義務違反の事例としてBGH, Urteil vom 23.3.2006—VI ZR 259/04, NZM 2010, 442 Rn. 24; Urteil vom 2.10.1987—V ZR 140/86, NJW 1988, 699, 700; Urteil vom 21. Juni 1974—V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 394.を、重過失の事例としてUrteil vom 24.4.1970—V ZR 97/67, NJW 1970, 1180, 1181; Urteil vom 26.10.1972—VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365, 368.をあげる。
- (93) Lobach, a.a.O. (Fn.68), S.148.
- (94) Ivo Bach, Leistungshindernisse, Mohr Siebeck, 2017, S.438. この主張に続いて、債権者の追完利益と債務者の追完費用との差について、売主が軽過失の場合には120%、重過失の場合には130%、故意の場合には140%の差を超えると、売主の追完拒絶が認められるとする。
- (95) Jakobs, in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 384, 386.
- (96) 潮見佳男「債権者の責めに帰すべき事由」『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』(有斐閣、2021年)324頁以下。
- (97) 小林秀文「不動産二重譲渡の『法と経済学』」中京法学48巻3・4号(2014年)161頁以下、特に165頁以下。
- (98) 佐久間毅『民法の基礎1 総則〔第5版〕』(有斐閣、2020年)448頁。そのような既成事実が作られた後に、物権的妨害排除請求権の行使が制限

- Rn.418.; Bamberger/Roth/Voit BGB, 2.Aufl. 2008, § 635 Rn.14; Englert/Motzke/Wirth-Fuchs, Komm. zum BGB-Bauvertragsrecht 2007, § 635 Rn.22.
- (76) BGH は、以下の文献を列挙する。Mandelkow, a.a.O. (Fn.29), S.658; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12th ed., para.1576; Ingenstau/Korbion-Wirth, 16th ed. 2007, VOB/B § 13 no.6 para.48
- (77) BGH, Urteil vom 11.10.2012— VII ZR 179/11, NJW 2013, 370.
- (78) Hans-Christian Schwenker, BGB § 633 Abs. 3 a.F.Berufung auf Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung bei vorsätzlich herbeigeführtem Mangel, ZfIR 2009, 463.
- (79) Merl/Humme, a.a.O. (Fn.70), S.1071. 他の見解として、Petermann, in:Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 2018, S.192.
- (80) BGH NJW 2019, 292 Rn.97; NJW 2022, 1238 Rn.112.
- (81) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Auflage 2009, Rn.399. によれば、BGB446条又は447条により、「物が買主に引き渡される時又は買主が受領遅滞になる時、若しくは、送付売買の場合には売主が物を輸送者に引き渡す時に危険が移転する」とする。この学説については、田畑・前掲注(4)21頁。
- (82) ドイツ法の状況を参照し、この立場を説得的とみる見解として、田畑・前掲注(4)22頁。
- (83) 危険移転時をドイツの通説と評価する見解として、岡孝「ドイツ契約法の最前線」加藤雅信ほか編『野村豊弘先生還暦記念論文集 二一世紀 判例契約法の最前線』（判例タイムズ社、2006年）524頁。
- (84) Matthias Jacobs, Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente - Brennpunkte - Ausblick- (Hrsg) von Barbara Dauner-Lieb, Horst Konzen, Karsten Schmidt, C. Heymann, 2003, S.383.
- (85) この二次的請求権とは、買主の損害賠償・代金減額のことと思われる。Konstantin Nitze und Thomas Grädler, Das Verweigerungsrecht des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 Abs. 3 BGB vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, GPR 2011, S23. これに対して、追完拒絶も BGB275条2項の期待可能性を具体化した規定であり、債権者の給付利益を重視する観点から、BGB439条4項の要件を BGB275条2項より緩和することに反対する見解として、Tobias Tröger, Arbtiesteilung und Vertrag, Mohr Siebeck, 2012, S.343. ドイツ法の見解について、山田・前掲注(2)159頁も参照。
- (86) BGH, Urteil vom 4.4.2014— V ZR 275/12, BGHZ 200, 350. 同判決の紹介として、青野・前掲注(4)87頁以下を参照。
- (87) BT-Drucks. 14/6040, S.232が参照されている。
- (88) VII ZR 179/11, Rn.12.
- (89) BGH は、判旨の中で以下の学説に言及する。Bitter/Meidt, ZIP 2001,

- (62) BGH, Beschluss vom 14.11.2013— V ZR 302/12, IBR 2014, 86.
- (63) BGH, Urteil vom 21.04.2010— VIII ZR 131/09, NJW 2010, 2050.
- (64) 判例⑧の下線は、判例⑨の判旨を紹介するために筆者が付したものである。
- (65) なお、BGH は判旨の Rn.27において「原告」が BGB275条 2 項の抗弁を援用できないとしているが、「被告」の誤りではないかと思われる。
- (66) BGH, Beschluss vom 22.01.2014— VIII ZR 135/13, WM2014, 277.
- (67) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.179f.
- (68) Faust, a.a.O. (Fn.8), Rn.67f. は、債務者に帰責事由がない場合は110%、過責のない帰責事由（Vertretenmüssen ohne Verschulden）の場合は120%、軽過失の場合は130%、重大な過失の場合は140%、故意の場合は150%といった具体的な数値を設定する。これに対して、例えば、Helm は、Faust の見解は特定の経験値に基づくものではなく、方法論的に追体験できず、帰責事由が BGB275条 2 項において唯一の決定的な基準であるかのように捉えるものだとする。Quincy C. Lobach, Inhalt und Grenzen des Erfüllungsanspruchs, Mohr Siebeck, 2022, S.146. によれば、通説は数値による詳細化によって基準を固定化すべきではないとする。
- (69) この点に関するドイツ法の状況について、永岩慧子「請負における契約不適合責任規定の位置づけ」私法84号（2023年）98頁以下が詳しい。
- (70) Merl/Humme, in: Handbuch des privaten Baurechts, Heinrich Merl (Hrsg), 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2019, S.1070, Rn.410.
- (71) Merl/Humme, a.a.O. (Fn.70), S.1071.
- (72) BGH, Beschluss vom 16.4.2009— VII ZR 177/07, NJW 2009, 2123. 適用条文は BGB 旧633条 2 項であるが、BGB635条 3 項も参照されている。このほか BGH, Urteil vom 10.11.2005— VII ZR 64/04も「請負業者に瑕疵についてどの程度の責任があるかどうか、事情を総合的に判断する上で重要である」と述べる。同判決は、請負人の帰責事由が主な争点となっているわけではないため、ここでは省略する。
- (73) OLG Koblenz, Urteil vom 3.9.2007—12 U 333/06.
- (74) BGH が指摘する判例は、以下の通りである。BGH, Urteil vom 23.2.1995 - VII ZR 235/93, BauR 1995, 540 = ZfBR 1995, 197; Urteil vom 10.4.2008 - VII ZR 214/06; Urteil vom 10.11.2005— VII ZR 64/04.
- (75) 本件では債務法改正前の BGB 旧633条 2 項が適用されているが、BGH が判旨において言及する以下の文献は BGB635条 3 項である。Messerschmidt/Voit-Moufang, § 635 Rn.112.; Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 635 Rn.13.; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3.Aufl., 6. Teil Rn.41; PWW/Leupertz, 3. Aufl., § 635 Rn.8; Kuffer/Wirth-Drossart, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, S.425; Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3.Aufl., § 12

- Ansprüche?, in: Peine/Wolff (Hrsg.), Nachdenken über Eigentum, FS für Alexander v. Brünneck zur Vollendung seines siebzigsten Lebensjahres, Nomos-Verlag, Baden Baden 2011, S.363. (zit: § 275 Abs.2 BGB)
- (48) Stürner, a.a.O. (Fn.47), JURA, S.167.; ders, a.a.O. (Fn.47), § 275 Abs.2 BGB, S.369, 371. 同様の見解として、Thomas Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Mohr Siebeck, 2015, S.420.
- (49) Riehm, a.a.O. (Fn.48), S.420. Stürner, a.a.O. (Fn.47), § 275 Abs.2 BGB, S.370は、BGB242条（信義則）が物権的請求権に一般的に適用されることは、支配的な見解であるとする。
- (50) Riehm, a.a.O. (Fn.48), S.420f.
- (51) Riehm, a.a.O. (Fn.48), S.423ff.; Thole, a.a.O. (Fn.43), Rn.388.
- (52) 以上とは別の視点から BGH2008年5月判決の結論に疑問を示す見解として、Gsell, a.a.O. (Fn.41), LMK 2008, 266937. Gsell は、本件の解決にあたっては土地の購入時点でXがどれだけ高額の撤去費用が生じるかであろうかを知りえたかどうかが重要であるところ、Xが撤去費用を知っていたかどうかは疑わしく、XがYと賃貸借契約の締結を拒否したことは帰責事由があるとはいえないのではないかと疑問を提起する。
- (53) 以下の判例を選定する際には、Gerhard Dannemann, Unerschwinglichkeit als Grenze der primären Leistungspflicht im BGB, in: Antje.G.I.Tölle etw. (Hrsg), Selbstbestimmung: Freiheit und Grenzen, FS für Reinhard Singer zum 70.Geburstag, S.117ff. を参照した。
- (54) BGH, Urteil vom 18.7.2008— V ZR 171/07, NJW 2008, 3123.
- (55) 判旨では Urteil vom 24.4.1970— V ZR 97/67, NJW 1970, 1180, 1181が参照されている。
- (56) BGH, Urteil vom 23.10.2009— V ZR 141/08, NJW-RR 2010, 315.
- (57) BGH は Picker の見解として以下の文献をあげる。Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 162 f.; ders. AcP 1976, 28, 53 ff.; ders. Festschrift H. Lange, 625, 660 ff.; ders, a.a.O. (Fn.44), S.693, 718 ff.; ders, FS für Bydliniski, 269 ff.
- (58) BGH は参照裁判例として BGHZ 62, 388, 391; 143, 1, 6; Urteil vom 10.3.2006— V ZR 48/05, NJW-RR 2006, 960, 962を指摘する。
- (59) Gsell, a.a.O. (Fn.41), LMK 2008, 266937. 同見解は、BGH2008年5月判決への3つ目の批判である。
- (60) その費用として BGH は、Yの土地上への車の駐車場の設置及び消防車の自動車の進入路、住居家屋郡の裏側の窓の拡張に伴う費用、シラカバが生えていた場合には必要となりうる代わりの植込み費用、Yの土地上の新しい道の設置に伴う費用を指摘する。
- (61) BGH, Urteil vom 21.5.2010— V ZR 244/09, NJW 2010, 2341. 同判決の紹介として、田中宏治・前掲注(1)377頁～378頁を参照。

- (30) 請負人の重過失の事例として、OLG Düsseldorf, Urteil vom.24.2.1987, BauR 1987, 572. 故意の事例として OLG Hamburg, MDR 1974, 489. があげられる。
- (31) BGH, Urteil vom 4.7.1996— VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269.
- (32) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drucks) 14/6040, S.129f.
- (33) BT-Drucks, 14/6040, S.130.
- (34) BT-Drucks, 14/6040, S.131.
- (35) II 3 (1)(b)の判例②のほか、NJW1996, 3269, 3270が指摘される。
- (36) II 3 (1)(b)の判例①のほか、参照判例として BGHZ 62, 388, 393 f. があげられる。
- (37) 帰責事由がない債務者も第三者から契約の対象物を取り戻す努力を負う理由について、債務者は客観的には債務関係に基づく義務を果たしておらず、当該給付障害は債務者の領域にある瑕疵に基づいているからと説明される。
- (38) BGH, Urteil vom 30.5.2008— V ZR 184/07, NJW 2008, 3122.
- (39) その際には、BT-Drucks. 14/6040, S. 130において BGHZ 62, 388 ff. (BGH1974年 6 月21日判決) が参照されているとする。
- (40) なお、判旨には表れていないが、債務者の帰責事由の立証責任の所在については、債務者が故意や過失を負わないことの主張・立証責任を負うとされる。この点は、2024年 8 月21日に行ったベルリン自由大学の Christian Armbrüster 教授とのインタビューの際にご教示頂いた。
- (41) Beate Gsell, Unzumutbarkeitseinrede gegen Beseitigungsanspruch, LMK 2008, 266937ff.
- (42) Sebastian Kolbe, Unzumutbarer Beseitigungsaufwand?, NJW 2008, 3618.
- (43) Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2012, Rn.155. 結論として肯定説であるが、否定説の論拠の要約として vgl. Christoph Thole, in: Staudinger Kommentar, 2019, BGB § 1004, Rn.385.
- (44) Gursky, a.a.O. (Fn.43), Rn.155. 債務法改正前から物権的妨害排除請求権に対して債務法の規定を適用することに反対していた見解として Vgl. Eduard Picker, Der vindikatorische Herausgabeanspruch, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, C.H.Beck, 2000, S.693,718ff.
- (45) Gsell, a.a.O. (Fn.41), LMK 2008, 266937.; Gursky, a.a.O. (Fn.43), Rn.155.
- (46) Thole, a.a.O. (Fn.43), Rn.386.
- (47) Stürner, Leistungerschwerungen bei negatorischen Ansprüchen, JURA, 2015, S.164ff. (zit:JURA) ; ders, Grenzen des privatrechtlichen Eigentumsschutzes § 275 Abs. 2 BGB als Schranke negatorischer

- (15) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.391ff.,401ff.
- (16) 同条の制定過程につき、Vgl. Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.168ff. この一般的な法思想を用いた判例として、BGHZ 62, 388, 391; BGH NJW 1988, 699, 700. 大原寛史「ドイツにおける事実的不能の位置づけ——ドイツ民法275条2項をめぐる議論を中心に——」同志社法学61巻6号（2010年）80頁、91頁～92頁、山田・前掲注（2）136頁～143頁を参照。
- (17) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.187.
- (18) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.378f.
- (19) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.185f., S.380f.
- (20) この主張の際には、Canaris, JZ 2001, S.499が参照されている。
- (21) Andreas Helm, Die Einordnung wirtschaftlicher Leistungerschwerungen in das Leistungsstörungenrecht nach der Schuldrechtsreform : Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 BGB sowie zur Klärung des Verhältnisses von § 275 Abs. 2 BGB zu § 275 Abs. 1 BGB und zur Störung der Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 BGB, Peter Lang, 2005, S.109. このことを述べる際には、2002年施行のドイツ債務法改正の立法資料（BT-Drucks.14/6040, S.129）が指摘されている。
- (22) BGB162条（条件成就の阻止又は実現）
「(1) 条件の成就が不利益を被る当事者によって信義及び誠実の原則に反して妨げられた場合、条件は成就したものとみなされる。(2) 条件の成就が、信義誠実の原則に反する行為によって、その当事者の利益となるようにもたらされた場合、その条件は成就しなかったものとみなされる。」
- (23) 以上について、Helm, a.a.O. (Fn.21), S.110.
- (24) 条文訳は、E. ドイチュ /H.-J. アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008年）331頁より引用。
- (25) BGH, Urteil vom 2.10.1987— V ZR 140/86, NJW 1988, 699. 同判決はすでに山田・前掲注（2）141～142頁にて紹介しているが、後にみる立法資料において同判決が紹介されているため、一部の表現を修正した上で再掲する。
- (26) BGH, Urteil vom 23.2.1995— VII ZR 235/93, NJW 1995, 1836.
- (27) BGH, Urteil vom 26.10.1972— VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365. 注文者が請負人に瑕疵修補に代わる損害賠償を求めたという事案である。BGHは、BGB251条2項を準用して、請負人の重過失や瑕疵の程度を考慮して、瑕疵除去費用が同条にいう不相当にはあたらないと判断した。
- (28) BGH1987年10月2日判決の他、BGH1974年6月21日判決（V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 394）があげられる。
- (29) Dieter Mandelkow, Die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung, BauR5/96, 658.

- 年）博士学位論文149頁注545。
- (7) 本稿は、「債務者の責めに帰すべきでない」給付障害において債務者が免責されるかを主な検討対象とするものではない。この点は、大原寛史「契約責任法の改正と履行不能——履行不能の判断基準と契約規範との関係性」加藤新太郎ほか編『21世紀民事法学の挑戦——加藤雅信先生古稀記念（下巻）』（信山社、2018年）63頁が詳しい。
- (8) Florian Faust, in: Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, C.H.Beck, 2002, 2.Kapitel. Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275, Rn.44.
- (9) Faust, a.a.O. (Fn.8), Rn.47. Anm.35は、「債務者の保護も BGB275条2項の関心事（Anliegen）であることは同条2文から明らかとなる。もし BGB275条2項の枠組みの中で債務者の保護の必要性が無関係であるならば、債務者が給付障害について責めに帰すべき事由を負うかどうかは問題となりえない」と述べる。
- (10) Faust, a.a.O. (Fn.8), Rn.65.
- (11) Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht : Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Mohr Siebeck, 2009, S.185ff. 以下の主張について山田・前掲注(2)149頁以下も参照。
- (12) Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S.15. 石川博康「継続的契約関係と法」田中亘ほか編『企業統治の法と経済』（有斐閣、2015年）95頁は、BGB275条2項の討議草案整理案につき、「事実上の不能に関する規律の基礎にあるのは、履行請求権の行使がその目的達成のための手段としての均衡性を失するものであってはならないという比例原則及び権利濫用の思想である」とする。ここにいう比例原則とは、利益と不利益・義務と制裁など、比べる対象の間に不相当（不均衡）な関係があってはならないことを要請する考え方であることについて、山田・前掲注(2)171頁以降を参照。吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣、2014年）〔初出2003年～2004年〕249頁は、比例原則について「法律上の権利行使が、権利の目的を達するために必要な手段であること、また、その目的と手段が均衡を逸していないこと、つまり、ある権利行使が他者に対して過度の損害を及ぼすものであってはならないことを要請する私法の基本原則」と定義する。BGB275条2項が比例原則を用いた権利濫用の禁止の具体化であることにつき、田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社、2021年）27頁も参照。
- (13) Stürner, a.a.O. (Fn.11), S.330ff.
- (14) BGB242条（信義誠実に基づく給付）
「債務者は、取引慣行を顧慮して信義誠実に従って、給付を実現することが義務づけられる。」

233頁以下。

追完不能について、中舎寛樹『債権法 債権総論・契約』（日本評論社、2018年）284頁、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社、2020年）326頁、山野目章夫『民法概論4 債権各論』（有斐閣、2020年）112頁、244頁、原田剛『債権各論講義』（成文堂、2021年）133頁、中田裕康『契約法 新版』（有斐閣、2021年）310頁、511頁、曾野裕夫ほか『民法Ⅳ 契約』（有斐閣、2021年）180頁、野村豊弘ほか『民法2 債権法〔第4版〕』（勁草書房、2022年）487頁～488頁、浦川道太郎ほか『民法Ⅳ－債権各論〔第5版〕』（有斐閣、2023年）220頁～221頁など。これに対して、田中宏治『代償請求権と履行不能』（信山社、2018年）445頁は、「通常は、契約その他の債務の発生原因の解釈としてそもそも、給付のためにそのような費用を現実に支出するべきという債務が発生していない」とみて、債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大な費用を要する場面の不能への位置づけに反対する。

- (2) 潮見・前掲注(1)『新債権総論Ⅰ』286頁は、「給付に伴う債務者の負担と給付から受ける債権者の利益とが重大な不均衡にあるときは」、履行請求が「権利の濫用である」とも捉える。坂口甲『履行不能法の形成と発展』（有斐閣、2024年）215頁〔初出2018年〕もこの場面について「債権者の履行請求権は権利濫用を理由に認められないと解する余地がある」とする。同見解はⅣ章2(2)にてとりあげる。山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」法と政治67巻4号（2017年）187頁以下も参照。
- (3) 賃貸人の修繕義務に関して、星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）620頁は、「経済的な公平の見地から修繕義務がない」とする。幾代通ほか編『新版 注釈民法(15)債権(6)』（有斐閣、1989年）213頁〔渡辺洋三＝原田純孝〕。費用便益分析の観点から履行不能の判断を分析するものとして、山口・前掲注(1)64頁以下。
- (4) 田畑嘉洋「ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について」九大法学109号（2014年）33頁、37頁以下、青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求—ドイツ請負法及び売買法—」駒澤法曹12号（2016年）87頁～92頁、田中宏治・前掲注(1)343頁、378頁など。なお、BGB275条2項ではなく、「3項」における債務者の帰責事由については、大原寛史「履行不能と債務者の帰責性——債務者自身が履行しなければならない場面を中心として」中京法学54巻3・4号（2020年）369頁以下が詳しい。
- (5) 原田剛『請負における瑕疵担保責任〔補訂版〕』（成文堂、2009年）〔初出1997年～1998年〕52頁。
- (6) 田畑嘉洋「売買目的物の品質の契約内容への取込みについて：ドイツ売買法の合意説からの展開を手がかりに」九州大学 web リポジトリ（2023

要がある。

〔追記〕脱稿後、森田修「履行請求権の意義とその限界事由」鎌田薫＝加藤新太郎＝松本恒雄編『債権法改正講座 第2巻：債権総論』（日本評論社、2024年）2頁以下に接した。同書30頁は、「社会的不能」論（同書13頁によれば、債務者の給付にかかる費用が、債権者の契約利益と比較して著しく過大となる場合のこと）による不能の柔軟化の構想を「広い道」と称した上で、この道は「BGB旧規定下のドイツ法学説と酷似した『袋小路』に日本の民法学が再び追い込まれていく道でもある」と指摘する。これに対して、本稿の立場は、同書の表現を用いれば、民法「412条の2第1項を離れて不能理論の外部に信義則・権利濫用法理の具体化として履行請求権排除制度を別途用意する『狭い道』」を採用するものである。

*付記：本稿は、JSPS 科研費 20K13380 の助成を受けた研究成果の一部です。

- (1) 履行不能について、「法制審議会民法（債権関係）部会第90回会議議事録」45頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）281頁～282頁、285頁～287頁、山口幹雄「改正民法の『不能』に関する一考察」広島法学40巻3号（2017年）43頁、特に59頁以下、潮見佳男＝北居功ほか編『Before/After 民法改正』（弘文堂、2017年）111頁〔松井和彦〕、筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）341頁、松井和彦ほか『新ハイブリッド民法3 債権総論』（法律文化社、2018年）36頁～37頁、中田裕康『債権総論〔第4版〕』（岩波書店、2020年）99頁、奥田昌道ほか『新版 債権総論 上巻』（判例タイムズ社、2020年）197頁、磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』（有斐閣、2022年）265頁～266頁〔潮見佳男〕、白石大ほか『民法4 債権総論〔第2版〕』（有斐閣、2023年）110頁、荻野奈緒ほか『債権総論〔第2版〕』（日本評論社、2023年）72頁、平野裕之『債権総論〔第2版〕』（日本評論社、2023年）93頁など。改正法案当時の論稿として、大原寛史「民法改正法案における『履行請求権の限界』と『不能』——「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面」を中心に——」神戸学院法学46巻3・4号（2017年）217頁、

は、すでに債務法改正前の判例法理においてみられていたところ、ドイツ債務法改正により BGB275条 2 項 2 文に明文化された（Ⅱ章）。

ドイツ債務法改正後、BGB275条 2 項は権利濫用の禁止が具体化された規定であることから、物権的妨害排除請求権の制限や賃借人の修繕請求権の制限の際に用いられている。そこでは、故意や重過失のある債務者による給付拒絶が原則として否定されるとの帰結に至っている。さらに、ドイツでは BGB439条 4 項や635条 3 項において債務者の追完拒絶の規定を有するところ、これらの場面でも債務者の故意や過失が考慮される。確かに、一部の判例では、故意で給付障害を引き起こした債務者による給付拒絶が肯定されている。もっとも、その判断においては、単に費用の過大性のみならず、債権者の権利行使の懈怠や債権者の給付利益の侵害が小さいこと、さらに債務者が債権者に損害を賠償していることなどの事情が考慮される。したがって、個別事例の特殊性を考慮した上での判断であり、故意や重過失のある債務者が給付を拒絶しうるのは例外的な場面に限られている（Ⅲ章）。

以上のドイツ法の状況を参照し、日本法のあり方を検討した結果、日本法においても債務者の機会主義行動の抑止などの観点から履行・追完請求権の制限の判断にあたっては債務者の矛盾行為が考慮されるべきであるとの結論に至った。この主張を敷衍すると、過大な履行・追完請求権の行使から債務者を保護する制度目的に鑑みて、故意や重過失によって履行・追完に過大な費用が必要となる状況を作出した債務者は保護の必要性に乏しく、そのような債務者との関係では債権者の履行・追完請求権は原則として制限されないということになる。また、この結論を正当化する際には、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限を民法412条の 2 第 1 項よりも信義則違反・権利濫用の禁止の問題として位置づけるべきであると主張した（Ⅳ章）。

最後に、履行請求権と追完請求権を異なる権利として理解した場合の判断基準の概要を付言した。もっとも、両者の関係性については日独法において各種の見解が林立しているため、今後も検討を進める必

個の付加的負担を課すものと捉えるなど⁽¹⁰⁴⁾、履行請求権と追完請求権を区別する見解も有力に主張されている⁽¹⁰⁵⁾。この立場からは、追完請求権の限界事由を独自に考える方向性がありうる。例えば、契約に適合しない床タイルを買主が契約不適合に気づかずに取りつけた場合に、売主が床タイルの取外し及び新たな床タイルの取付け義務を負うことは⁽¹⁰⁶⁾、売主に当初想定していなかった義務を課すことになる。そのため、追完請求権は、追完によって得られる債権者の追完利益と債務者の追完費用との間が「単に」不相当・不均衡である場合に制限される可能性がある。このときに売主や請負人の矛盾行為を考慮することは、特に故意や重過失がある売主や請負人が負う追完義務の程度を高くする結果を生じさせる。つまり、そのような債務者との関係では、債権者の追完利益と債務者の追完費用との間に単なる不相当・不均衡な関係では足らず、両者の間に「著しく」不相当・不均衡な関係がある場合に限り、追完請求権の行使が制限されると考えられる。

V 結論

本稿は、債務者の矛盾行為が履行・追完請求権の制限において考慮されるのかという問題について検討した。本稿の検討結果は次のようにまとめられる。

ドイツでは、給付から得られる債権者の利益と給付に要する債務者の費用との間に著しく不相当・不均衡がある場合に、債務者は給付を拒絶することができる (BGB275条2項)。給付拒絶の制度目的については、経済的な資源の効率性に求める見解もあるが、債権者の濫用的な履行請求権の行使から債務者を保護することを重視する見解が有力であるとみられる。後者の立場は、給付に過大な費用が必要となる状況を自ら惹起しておきながら、給付を拒絶するという矛盾行為をした債務者を保護する必要性は乏しいという判断と結びつく。このような論理に基づき、給付拒絶の判断において債務者の矛盾行為を考慮することが正当化される。給付・追完拒絶における債務者の矛盾行為の考慮

債務者を保護する必要性は乏しい。かかる債務者は①の通りに履行・追完義務を拒むことができず、債権者の履行・追完請求権の行使は原則として制限されないと解される。

日本法では物権的請求権の行使によって権利者が得る利益に対して相手方に過大な不利益が生じるときには、信義則違反・権利濫用の禁止に基づき当該権利行使が制限されてきた。上記のように履行・追完請求権の制限を信義則違反・権利濫用の禁止に求める考え方は、物権的請求権の制限の場面とも整合性のとれた解釈であると考えられる。

(3) 債務者の矛盾行為の考慮の意味——履行請求権と追完請求権の関係性

では、履行・追完請求権の制限を判断する際に、債務者の矛盾行為を考慮することがどのような意味を持つのか。履行請求権と追完請求権に分けて考えてみる。

まず、履行請求権が制限される際には、履行から得られる債権者の利益と履行に要する債務者の費用との間に「著しく不相当・不均衡」な関係が必要であると理解されている。つまり、履行請求権が制限される場面はもともと限定的に捉えられている。したがって、債務者の矛盾行為（故意・重過失）を考慮した場合には、履行請求権が制限される場面がより一層限定され、履行請求権の制限がほぼ認められないとの帰結に至るであろう。

次に、追完請求権の限界事由をどのように理解するべきか。ここで、履行請求権と追完請求権の関係性が問題となる。

追完請求権を履行請求権と同一の権利とみた場合、その限界事由も同様に理解する方向性が考えられる。この立場によれば、追完請求権が制限されるのは、履行請求権と同様に、債権者の追完利益と債務者の追完費用との間に著しく不相当・不均衡な関係がある場合に限定されることになる。

これに対し、近時は、追完義務を、当初の履行義務とは異なって別

根拠は明らかにならない。そのため、この立場からは、履行・追完請求権の制限に際して債務者の矛盾行為が考慮されるのかという問いにも明確に答えることができない。

また、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限については、民法412条の2第1項の履行不能の問題ではなく、契約解釈として解決できるとする立場もある⁽¹⁰³⁾。確かに、売主が買主に渡すべき指輪を湖に落としたという有名な事例であれば、契約の内容に照らして債務者が当該指輪を湖から探して買主に届けるという債務を負っていないと理解できる可能性はあるかもしれない。しかし、債務者が故意や重過失で給付義務に違反したBGHの事例のような場合（例えば、判例⑨・⑩）もすべて契約解釈の問題として処理できるのだろうか。これらの事例では、契約解釈に照らすと故意・重過失で給付障害を引き起こした債務者は本来であれば給付義務を負っていると理解することができる。それにもかかわらず債務者の給付拒絶が例外的に認められるのは、契約解釈から導かれた結果ではなく、経済的効率性や債権者の権利行使の懈怠、債権者利益の侵害の程度などの事情を考慮して、債権者による権利行使が信義則違反・権利濫用の禁止にあたると評価されたからではないだろうか。

他方で、以上の不能や契約解釈による位置づけとは異なり、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限を信義則及び権利濫用の問題と位置づけた場合、その判断において債務者の矛盾行為が考慮されるとの帰結をスムーズに導くことが可能となる。この立場を敷衍すると、次のようになる。①債務者は、債権者との契約に基づいて履行・追完義務を負う。これが原則である。②ただし、履行・追完から得られる債権者の利益に比して債務者に過大な費用が生じるときには、債権者の履行・追完請求権の行使が例外的に信義則・権利濫用法理によって制限される。別の言い方をすれば、債権者による濫用的な権利行使から債務者を保護するために履行・追完請求権が制限される。③もっとも、故意や重過失によって過大な費用が必要となる状況を作出した債

されうること、そして、債務法改正前の判例や立法趣旨に遡った上で、同条を比例原則に支えられる権利濫用の禁止として位置づける学説も強く主張されている。この見解に示唆を得て、筆者は以前の論稿において、改正前民法634条1項ただし書を参照し⁽⁹⁹⁾、日本法においても履行・追完請求権の制限の際には比例原則に基づく衡量が行われること、そして同原則が信義則を媒介として機能しうると主張した。その見解によれば、債権者であっても債務者に配慮した行動をとらねばならず、債権者の履行・追完利益がわずかであるのに対して債務者に過大な不利益が生じるときには、履行・追完請求権の行使が信義則違反・権利濫用の禁止を理由に制限されることになる⁽¹⁰⁰⁾。この見解と方向性を同じくするものとして、「債権者の受ける利益に比して債務者の履行に過大な費用を要するときは、債権者の履行請求権は権利濫用を理由に認められないと解する余地がある」と説く見解が注目される⁽¹⁰¹⁾。その指摘によれば、「この例外則は、債権者の受ける利益を判断する際に債務の内容を考慮に入れるものの、その結論自体が債務の内容から直接に導かれるものではな」く、民法412条の2第1項の枠内で認められないとする。そして、両規範のすみ分けについて、この例外則は、債務の内容に照らして債務者が障害を本来克服しなければならないにもかかわらず、それが権利濫用として例外的に認められない場合を規律している一方、民法「412条の2第1項は、債務の内容に照らしてそもそも債務者が障害を克服する必要がない場合を規律している」と説明する⁽¹⁰²⁾。

一方、I章にて示したように、日本法の多数説は、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限の問題を民法412条の2第1項の履行不能（追完不能）と捉える。この立場は、不能概念の範囲を広く捉えることによって過大な費用に基づく給付障害も不能概念に包摂されうるとの理解による。しかし、債務者が過大な費用を支出すれば履行・追完を行うこと自体は可能ではあるため、不能というだけでは、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限がなぜ制限されるのかという実質的

を作ってしまうと、権利者はそれを否定することができない…ことになりかねない」という問題も指摘されている⁽⁹⁸⁾。

これらの見解を考慮すると、I章で示したような事例において履行・追完請求権の制限の際に債務者（請負人）の故意・重過失の存在を考慮することは、債務者の機会主義的行動を抑止する効果をもつと考えられる。それに加えて、過大な費用が必要となる状況を惹起させた債務者がその状況を盾にとり履行・追完義務を免れるという不都合な結果を回避する利点を有する。そのため、日本法においても、故意や重過失がある債務者による履行・追完拒絶は否定され、債権者の履行・追完請求権が原則として制限されないと考えるべきであろう。もっとも、ドイツ法の議論を参照すると、故意や重過失のある債務者に対しても債権者の履行・追完請求権が制限される場合があることは否定できない。ただし、そのような場面は、ドイツ法でみられたような経済的な資源の浪費の観点のほか、債権者が権利行使を怠って過大な費用が必要となる状況に寄与した場合、債権者の給付利益の侵害の程度がわずかである場合など、あくまでも極めて例外的な場面に限られるべきである。

(2) 債務者の矛盾行為の考慮の正当化——履行・追完請求権の限界事由の位置づけ

上記のように履行・追完請求権の制限を判断する際に債務者の矛盾行為の存在を考慮することが望ましいとしても、そのことが理論的にどのように正当化できるのかが問題となる。この問題と関連するのが、過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限の位置づけや制度目的である。

ドイツではBGB275条2項の位置づけに関して争いがある。確かに、政府草案はBGB275条2項を事実的不能の規定と捉える。しかし、II章1(2)で参照した通り、BGB275条2項のタイトルが給付義務の排除であること、債務者の給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮

脈では「債務者の帰責事由」＝「債務者の過失」と説明すべきではない（有害無益）との指摘がなされる⁽⁹⁶⁾。このような指摘を参照すると、履行・追完請求権の制限の文脈でも「帰責事由」を「債務者の故意・過失」と結びつけることは混乱を招くおそれがある。そこで、以下の検討では帰責事由の用語を避け、履行・追完を行うために過大な費用が必要となる状況を自ら作出した債務者が当該履行・追完義務を拒絶する場面を、債務者の「矛盾行為」と表現する。

では、このような債務者の矛盾行為を履行・追完請求権の制限の際に考慮すべきか。まずは結論の妥当性の観点から考えてみよう。ここで再びドイツ法の視点を参照すると、「何人も信義に反する行動からは利益を得てはならない」との考えから、特に故意や重過失がある債務者の給付拒絶を原則として否定するとの考え方が採用されていた。さらに、ドイツの請負契約における一部の学説では、瑕疵に関して故意がある請負人に追完拒絶を認めることは、請負人が契約違反の投機的行為を実現させる結果となり、請負人に契約の基準を下回るインセンティブを与えたとの指摘がなされていた。

このような理解と軌を一にする指摘は、すでに日本法でもみられる。例えば、不動産の二重譲渡における社会通念上の不能の文脈ではあるものの、当該不能の判断にあたっては、「債務者の負担する費用と債権者にもたらされる利益との不均衡という点だけでなく」、債務者の故意・過失なども考慮されると説く見解がある。なぜなら、行為者にサンクションを課すことによって、債務者の機会主義的行動・損害の抑止が達成されるからである⁽⁹⁷⁾。

さらに、BGB275条2項は物権的妨害排除請求権の場面で用いられていたことから、日本法における同種の事例にも目を向けてみる。ここでは、物権的請求妨害排除請求権の可否を判断する際に、権利者の得られる利益と権利行使の相手方が被る不利益という客観的基準が採用されている。しかし、こうした客観的基準のみで権利行使の制限を判断した場合には、「ある者が権利者の権利を侵害して大規模な既成事実

均衡が存在する。さらに、BGHでは、その帰結に至る際に、債権者が権利行使を怠って給付障害を拡大させたことや、債権者の給付利益の侵害の程度が小さいことなどの事情も考慮されている。したがって、故意・重過失のある債務者の給付拒絶が認められるのは、経済的資源の浪費を回避する観点だけでなく、上記の様々な事情を考慮した上で例外的な場面に限定されているといえる。

(4) BGB439条4項・635条3項の判例法理

請負契約では、債務法改正前の判例と同様に請負人の追完拒絶を判断する際に請負人の故意や過失の有無が考慮されている。この考え方は、売主の追完拒絶の判断にも影響を及ぼしている。その理由について判例は明確に述べていないが、BGB275条2項と同様に、追完拒絶が債務者の保護を目的とした制度であるために、帰責事由のある債務者が保護の必要性に乏しいとの価値判断が反映されているとみられる。

他方で、請負契約では、給付障害に故意を有する請負人の追完拒絶も認められている。その判断においても、単に追完費用の過大性だけでなく、注文者が権利行使を怠ったこと、瑕疵によって仕事の目的物の機能性が失われたわけではないこと、請負人が瑕疵による損害を注文者に賠償していたことなどの事情も考慮されていた点に注意が必要である。

2 日本法の若干の検討

(1) 債務者の矛盾行為を考慮する必要性

以上のドイツ法をふまえて、日本法のあり方を検討したい。まず、その前提として用語の使用方法を整理する。ドイツでは、債務者の帰責事由を「故意・過失」概念と結びつける考え方が維持されている。これに対して、日本では、債務者の契約上の債務不履行を理由とする損害賠償義務の有無は、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」に照らして判断される。したがって、損害賠償及び免責の文

BGB275条2項2文が債務者の帰責事由に言及しているため、同制度の目的は②債務者の保護にもあることを認める。これに対して、Stürnerは、BGB275条2項の最も重要な目的は②債務者の保護にあると捉える。

(2) 矛盾行為の考慮とドイツ債務法改正の経緯

上記(1)の給付拒絶の制度目的のうち、給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮されることは②の立場から正当化される。Helmの見解によれば、給付障害を惹起させた債務者が、給付義務に過大な費用が必要となる状況を作成しておきながら抗弁を提起することは「矛盾行為の禁止」にあたる。「何人も信義に反する行動からは利益を得てはならない」ため、給付に過大な費用が必要となる状況を自ら作出した債務者を保護する必要性は乏しい。こうした法思想は債務法改正前の判例によって採用されていた考え方であり、ドイツ債務法改正を通じて明文化されるに至った。

(3) BGB275条2項の判例法理

BGB275条2項は、比例原則ないし権利濫用の禁止の具体化であることなどを根拠として、BGB1004条1項に基づく物権的妨害排除請求権の場面で用いられている。そこでは、BGH2008年5月判決（判例③）以降、越境建築や土壌汚染などに帰責事由を有する債務者による給付拒絶を否定する判決が相次いだ。このことは、BGB275条2項の制度目的が債務者の保護であることから、帰責事由がある債務者は保護の必要性に乏しいとする価値判断を反映したものと考えられる。一方、賃貸借契約の事例（判例⑨）では、BGH2008年5月判決は特に故意・重過失のある債務者が一般的には給付を拒絶できないと述べているにすぎないとして、給付障害について故意がある債務者の給付拒絶を例外的に肯定した。

帰責事由のある債務者に給付拒絶を認めた BGB275条2項の判例では、給付から得られる債権者の利益と債務者の費用との間に著しい不

見解がみられる⁽⁹³⁾。他方で、学説では、債務者の帰責事由の考慮が実務において重要なのは履行請求権よりも追完請求権の制限であると説く見解がある。その見解によれば、この問題において考慮されるべきことは、給付障害に責任を有する債務者は責任がない債務者よりも保護に値しないことであると説明される⁽⁹⁴⁾。

これらの学説の見解もふまえると、BGB439条4項も売主を保護する規定であるために、給付障害に帰責事由のある売主は保護の必要性に乏しいと理解されているとみうる。そして、BGB439条4項の追完拒絶が認められる基準が条文上 BGB275条2項よりも低く設定されているところ⁽⁹⁵⁾、売主の帰責事由の程度に応じて追完拒絶が認められるための基準が高くなることは、売主の追完拒絶の可否に影響を与える点で重要な意味をもつと考えられる。

IV ドイツ法のまとめと日本法の検討

本章では、以上のドイツ法の状況を整理した後、I章で示した問題背景をふまえて日本法における若干の検討を行う。

1 ドイツ法のまとめ

(1) 給付拒絶の目的

債務者の給付拒絶の可否を判断する際には、一見すると、給付から得られる債権者の利益と債務者の負う費用との間に著しい不均衡があるか否かを基準とすれば足りるようにも思われる。そのため、債務者の帰責事由の考慮が BGB275条2項の目的との関係でどのように正当化されるのかが問題となる。

この点について、BGB275条2項の目的を大別すると2つの立場が確認された。①経済的な資源の浪費（経済的効率性）の観点と、②給付義務によって生じる過大な費用から債務者を保護する観点である。①の立場である Faust は、過大な費用を生じさせる給付義務を債務者に課すことが資源の浪費につながると指摘する。もっとも、Faust も

減少価値も制限のための適切な拠り所となる。瑕疵に起因する価値の減少額の200%を超える瑕疵修補費用は、一般的にはもはや釣り合いがとれたものとはみなされない⁽⁹¹⁾。決定的なことは、個別事例の事情の包括的な評価である。その際には、売主が瑕疵についてどの程度責めに帰すべき事情を負うかどうかとも考慮されなければならない。BGHの判例によれば、故意の義務違反又は重大な過失の場合には⁽⁹²⁾、債務者に不相当な費用を要求することが認められている。

原審の事実認定によれば、瑕疵がある状態の不動産の現在の価値は507,202€であり、瑕疵がない場合の不動産の価値は（少なくとも）60万€である。そのことを前提にすれば、瑕疵除去費用は瑕疵による価値の減少額の200%を上回り、不釣り合いであることが考慮される。

(c) 判例のまとめと学説による評価

上記判例⑪は、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権に関する事案である。その判旨の中で、売主がBGB439条3項（現4項）に基づき追完を拒絶しうる場合には、同規定が売主を保護する規定であるために、BGB251条2項を準用して瑕疵修補費用相当額の損害賠償が認められないと示された。

では、どのような場合に売主の追完拒絶が認められるのか。この点につき、BGHは、1つの拠り所として、売主の追完費用が瑕疵のない状態の不動産の流通価値を超えるか、瑕疵を原因とする価値の減少額の200%を上回る場合に追完拒絶が認められるとした。その際に本稿の目的との関係で注目されるのが、追完拒絶の判断において売主が帰責事由を負うことも考慮されると示された点である。もっとも、BGHは、その理由について請負人の追完拒絶の考え方と同様に理解されるとしか述べていない。

そこで、学説に目を転じると、請負契約と売買契約の追完拒絶は機能的にはBGB275条2項と類似し、両者とも契約上の義務を履行した場合の過度な負担から債務者を保護することが目的であると理解する

1 文を準用して、売買目的物の瑕疵を原因とする価値の減少額の賠償に限定される。その理由は、BGB439条3項（現4項）によって意図される売主の保護にある⁽⁸⁷⁾。不相当な費用を理由に瑕疵の除去を拒絶しうる売主は、損害賠償の方法でその費用を引き受けることを義務づけられない。BGHの判例によれば、請負契約のBGB635条3項に基づく不相当性の判断の際には、請負人の過失を考慮しなければならない⁽⁸⁸⁾。売買契約についても同様のことが妥当する。売主が瑕疵について責めに帰すべき事由を負う場合、このことがBGB439条3項（現4項）に基づき行われる衡量の中に取り込まれなければならない。

BGB439条3項（現4項）2文は、不相当性の審査の際に考慮されるべき事情として瑕疵のない状態における物の価値及び瑕疵の重要性を強調している。それゆえに売買価格はとるに足らない。瑕疵のない状態における売買目的物の価値が不相当性を確定する基準として用いられ、これに基づき限界値（Grenzwert）を設定する試みがなされている⁽⁸⁹⁾。しかし、一部の見解は数値を設定することを拒み、個別事例のすべての事情を参照する⁽⁹⁰⁾。後者の見解は、BGHの判例と出発点を同じくする。追完の絶対的不相当性が存在するか否かを審査する際には、個別事例のすべての事情の評価が必要である。この包括的な利益衡量を硬直的な限界値で置き換えることはできない。もっとも、経験則に基づく限界値は最初の拠り所（Anhaltspunkt）となり、法的安定性に資する。

不動産の売買契約では、第一の拠り所として、追完費用が瑕疵のない状態の不動産の流通価値を超えるか又は瑕疵を原因とする価値の減少額の200%を上回る場合に、不相当な費用を理由に追完請求権が拒絶されうる。根拠となるのは、BGB439条3項（現4項）2文である。それは、不相当性の審査のために瑕疵のない状態における目的物の価値及び瑕疵の重大性を強調している。…しかし、瑕疵のない状態での不動産の市場価値は、必ずしも適切な基準点となるとは限らない。BGB439条3項（現4項）2文は、瑕疵の重大性に照準を合わせており、それは瑕疵を原因とする不動産の価値の減少に反映されるため、この

項の規定上は追完費用の「不相当」となっているが、あくまでも追完拒絶は例外的である。買主の追完請求権を弱めることは意図されておらず、その規定を制限的に解釈すべきと理解されている⁽⁸⁴⁾。単なる不相当で足りるとする理由については、二次的な瑕疵担保に基づく権利 (sekundäre Mängelrecht) によって買主の給付利益が保護されると説明される⁽⁸⁵⁾。

以上を確認したうえで、買主の追完に代わる損害賠償が問題となった事案ではあるが、売主の追完拒絶に関する判断枠組みを示した点で重要な BGH の判例をみていこう。

(b) 判例

【BGH2014年4月4日判決—判例⑪】⁽⁸⁶⁾

〔事案の概要〕 XとAがYから賃貸住宅が建てられた不動産を26万€で購入した。しかし、同家屋の引渡し後に屋根にナミダタケが付着し、腐食していることが判明した。先行訴訟では、瑕疵の減少額として45,000€の支払いがYに命じられた。その後、Aから請求権を譲渡されたXは、さらに生じうる改修費用を求めた。原審は、現在の不動産の価値が507,202€、瑕疵がない状態の価値が少なくとも60万€であり、Yには合計639,230€の損害賠償義務があるとした。

〔判旨〕 瑕疵がある場合、買主は BGB437条1号、439条1項によってその選択に従い、瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引渡しの方法で行われうる追完請求権を有する。買主は、小さな損害賠償の枠組みの中で、瑕疵による価値の減少の補償又は瑕疵除去の賠償を要求できる。売主が BGB439条3項 (改正によって現在は4項) に基づき不相当な費用を理由に除去をする必要がないと反論した場合にも、買主は売買目的物の瑕疵に基づく損害賠償請求権を有する。立法者は、このような場合にも BGB280条1項・281条の要件の下で給付に代わる損害賠償請求権を開いている (eröffnen)。ただし、損害賠償請求権は BGB251条2項

(2) 売主の追完拒絶

(a) はじめに

続いて売主の追完拒絶の法状況をみる。売買契約において売主から買主に瑕疵のある目的物が給付された場合、買主は追完請求権の内容として、瑕疵のない代替物の請求か、当該目的物の瑕疵の修補を請求できる (BGB439条1項)。そして、売主は当該追完の目的に必要な費用、特に輸送費や交通費、人件費、材料費を負担する (同条2項)。

しかし、BGB439条4項は、この追完請求権の行使に対して2つの追完拒絶を定める。1つは買主が選択した追完方法が他の追完方法に比べて不相当な費用を生じる場合である。これが相対的不相当性 (不均衡性・過分性) [relative Unverhältnismäßigkeit] と呼ばれる。この場面でも、学説の多数説や判例では修補費用と代物給付との比較に際して売主の帰責事由を考慮する⁽⁸⁰⁾。

もう1つは、2つの追完方法のうち1個の追完方法が不能である場合や、2つの追完方法を比較して、前者が後者に比べて不相当な費用を生じさせるために後者の追完方法に限定された場合に、当該追完方法がなお売主に不相当な費用を生じさせる場合である。これが絶対的不相当性 (不均衡性・過分性) [absolute Unverhältnismäßigkeit] と呼ばれる。本稿では、I章で挙げたように履行・追完不能として議論される場面を対象とするため、後者の場面を中心にみていく。

まず、BGB439条4項はいつ適用されるのか。この点、ドイツ法では、一般給付障害法 (履行請求権) から瑕疵担保責任法 (追完請求権) への移転時を「危険移転時」と理解する立場と⁽⁸¹⁾、買主が物の給付を (部分的に) 履行して承認した時を基準時とする立場に分かれているところ⁽⁸²⁾、前者が通説とされる⁽⁸³⁾。

上記の基準時以降は BGB439条4項と BGB275条2項の適用が重複するが、BGB439条4項の売主の追完拒絶が認められるためには、単に売主の追完費用が買主の追完利益との関係で不相当であれば良い。したがって、前者の規定が優先的に適用される。もっとも、BGB439条4

総合的な評価が必要であり、その際に過失の程度が決定的な役割を果たすことがある。しかし、個別のケースでは請負人が故意に瑕疵を引き起こした場合であっても、費用の不当性が認められうる。これらの判例は、学説によってほぼ支持されている⁽⁷⁵⁾。一部の学説⁽⁷⁶⁾が、請負人が重過失又は故意によって瑕疵を発生させたというだけで BGB 旧 633条 2 項に基づく権利を失うと主張していることは、当部が判例から相違する理由にならない。

(c) 判例のまとめと学説による評価

上記判例は、請負人の追完拒絶を判断する際に瑕疵に関する請負人の帰責事由が常に評価の対象に含まれるとする。この判断枠組みは、その後の BGH の判例においても踏襲されている⁽⁷⁷⁾。請負人に帰責事由があることは、通常、請負人の追完拒絶を否定する方向へ作用する。しかし、上記判例⑩は、故意で瑕疵を引き起こした請負人の追完拒絶を認めた。この結論に対して、学説では「請負人は最高裁の承認を得て、契約違反の投機的行為を実現させることに成功した。本判決によりコストを重視し、契約の基準を下回るインセンティブを請負人に与える結果となる」と批判する見解もある⁽⁷⁸⁾。

確かに、故意で契約に違反した請負人にも追完拒絶が広く認められることは相当ではない。しかし、追完拒絶の判断では単に追完費用だけが重視されているわけではない。すなわち、上記判決では、予定と異なる施工が住宅の機能的な損傷をもたらすものではないこと、さらに請負人が出費を免れたことによる節約費用を注文者にすでに補償しているという事情も重視されている。学説においても、故意や重過失で瑕疵を引き起こした請負人は一般的には追完拒絶を援用できないが、総合考慮の結果としてそのような請負人にも追完拒絶が認められると指摘されている⁽⁷⁹⁾。

ために、民法上の組合を設立した。その後、Yは、同建物の各住居をXらにそれぞれ約59,900€～79,400€の価格で販売した。Xらは、Yが工事説明書に規定された通りに天井の工事を施工しなかったと主張した。さらに貯蔵庫を除いて、ウッドチップの壁紙が貼られ、塗装が施される予定であったが、当該施工が行われなかった。その結果、請負人は仕事にかかるコストを21,410€節約した。Xらは、瑕疵除去にかかる費用として総額158,122.24€の損害賠償を主張した。

原審は、瑕疵の修復費用が不相当に高額であることに加え、以下のように認定して、Xの請求を棄却した。確かに、Yは意図的に予定とは異なる工法による工事を行った。しかし、専門家の観点によれば、天井下部の全体的な視覚的印象は、壁紙の欠如のために「わずかに欠陥がある」に過ぎない。漆喰で塗られた天井板の継ぎ目の縁がわずかに不揃いではあるが、何も知らない人には天井の漆喰や壁紙がないことが分からない。さらに、住居の機能、使いやすさ、価値は基本的に保証されている。別の専門家も、天井には視覚的に問題点がなく、むしろ選択された施工方法には技術的な利点があり、機能面でも不利な点はないと認定した。さらに、Yは施工されなかった壁紙の制作費(15,000€)など節約した費用をすでにXに支払っていると認められた。

〔判旨〕 BGHは原審の判断を肯定した。請負人が瑕疵を故意で引き起こした場合にも、請負人が瑕疵の除去費用の不相当性を理由に瑕疵除去を拒絶しうるか否かという問題は、BGHの判例によって明らかにされる。瑕疵の不相当性の抗弁は、合意した通りの契約の履行を主張することがすべての事情の衡量の下で信義則に違反する場合にのみ正当化される。請負人が瑕疵につき責めに帰すべき事由を負うか、どの程度負うかということも重要である。BGHの判例においては、瑕疵の発生への請負人の過失の程度が総合衡量に含まれる事情として常に評価される⁽⁷⁴⁾。しかし、BGHの判例からは、直ちに請負人が瑕疵除去の費用の不相当性を援用することはできないという結論が導かれない。

2 追完拒絶の法状況

ドイツ法は、BGB275条2項以外にも売主や請負人の追完拒絶の規定を設ける（BGB439条4項・635条3項）。これらの規定には債務者の帰責事由を考慮する旨の文言はない。もっとも、すでに債務法改正前の議論を概観したように、請負人の追完拒絶を判断する際にも請負人の帰責事由が考慮されていた。この傾向は債務法改正後も続いており、売主の追完拒絶に関する議論にも影響を与えている。そこで、以下では請負契約における追完拒絶の議論状況を先にみたのち、売主の追完拒絶の議論状況を概観する。

(1) 請負人の追完拒絶

(a) はじめに

BGB635条3項は、「請負人は、BGB275条2項及び3項に関わらず、追完が不相当な費用によってのみ可能であるときには当該追完を拒絶することができる。」とする。

BGB635条3項の適用時点、すなわち、請負契約における瑕疵担保責任の適用時点については諸説あるものの、仕事の「引取り」（Abnahme）を基準とする説が有力に主張されている⁽⁶⁹⁾。この説に従えば、仕事の引取り以後はBGB635条3項が適用されると想定される。一方、学説では引取り前にもBGB635条3項が適用可能であるとする見解もある⁽⁷⁰⁾。このように両者の区別は明確ではない。もっとも、BGB275条2項の抗弁が認められるためにはBGB635条3項よりも高い基準が要求されるため、請負契約の瑕疵担保法ではBGB275条2項は重要でない指摘されている⁽⁷¹⁾。以上の見解に従い、請負契約ではBGB275条2項ではなく、BGB635条3項の追完拒絶に関する判例をみていく。

(b) 判例の紹介

【BGH2009年4月16日決定—判例⑩】⁽⁷²⁾

〔事実の概要〕⁽⁷³⁾ 1995年、Yは57戸の住居から成る建物を建設する

の給付拒絶を否定する方向へと作用する（判例③・⑤～⑦）。その契機となった BGH2008年5月判決（判例③）は、その後の判例にも影響を与えている（例えば、判例⑦は債務者の帰責事由を考慮する際に判例③・⑤を参照する）。BGH では、債務者の帰責事由が考慮される結果、「重過失（なおさら故意）で建てられた越境建築物の除去請求権に際して、通常の場合には抗弁が拒絶される結果をもたらさう」と判断されている（判例④・⑨）。このような判例の傾向は、BGB275条2項の制度目的（Ⅱ1 参照）を債務者の保護とみる立場と整合的である。すなわち、故意や重過失で給付障害を惹起した債務者の保護の必要性が乏しくなるために、原則として、給付拒絶が認められないとの結論に至っていると考えられる。

このような判例の傾向について学説ではどのように評価されているのか。この点について、Stürner は、BGH2008年5月判決について債務者の帰責事由を強調し過ぎであり、その他の事情も取り込まなければならないということを十分に考慮していないとの懸念を示した⁽⁶⁷⁾。他の学説も債務者の給付拒絶を判断するにあたっては債務者の帰責事由のみを重視せず、あらゆる事情が考慮されると理解する⁽⁶⁸⁾。こうした見解と同様に、その後の BGH も様々な事情を考慮した上で帰責事由のある債務者にも給付拒絶を認める。確かに、その際の重要な基準となっているのは、債権者が得られる利益と債務者の費用との間に著しい不均衡が存在していることである（判例⑨・両者の不均衡の度を重視する判例として判例⑧）。しかし、それ以外にも、債権者が権利行使を怠り、給付障害を克服するために過大な費用が必要となる状況に関与したこと（判例④・⑨）、給付障害によって失われる債権者の利益が小さいといった事情も考慮されている（判例⑨）。これらの判断では経済的な効率性が重視されているほか、債権者の行為態様、他の救済手段により債権者の利益が回復される（例えば、判例⑨では賃借人には損害賠償や代金減額請求が認められうる）ことも給付拒絶の判断において考慮されたとみられる。

賃料の未払金を請求した。Yは反訴で瑕疵の除去及び隣接建物と3 mの間隔を空けるように求めた。原審は、Xの請求を棄却した。

〔判旨〕 BGHは、判例⑧の下線部分と同様の判旨を述べたうえで、以下のように原審が認定した判断を是認した。確かに、賃貸借契約に反して故意によって建てられた新築の築造は、Yの有利になるように想定されよう。しかしながら望まれた瑕疵除去の成果とそのために必要な新築建物の一部取壊しにより少なくとも6桁の相当額に達する瑕疵除去費用が釣り合いの取れた関係にない。したがって、瑕疵除去費用と瑕疵除去の成果との間に著しい不均衡が存在する。特に、その侵害は中心的な居住空間ではなく、機能的な空間のみに影響していた。YがXに不作為を要求することなく、建築の進行を甘受していた点もすべての考察の中に含まれるべきであろう。原審のこの評価には異議が唱えられるべきではない。

上告の見解に対して、Xが賃貸目的物の瑕疵をもたらした事情（敷地の境界に直接新しい建物を建てたこと）を故意で惹き起こしたことは、BGB275条2項に基づく抗弁を喪失させるものではない。BGB275条2項の規定は、給付障害を故意で引き起こした債務者が抗弁を正当に行使できる状況が存在する可能性を排除しない。上告によって引用されたBGH第5民事部は、故意で行動した債務者に抗弁を援用することがいかなる事例においても禁じられるということを示すものではない。第5民事部は、BGB275条2項により要請された衡量が重大な過失（そしてなおさら故意）で建てられた越境建物の除去に向けられた請求の場合に、一般的には抗弁が否定される結果になると述べたにすぎない（判例④）。

（5）判例のまとめと学説による評価

以上の判例によれば、債務者が過大な除去費用が必要となる状況を作出したことに帰責事由を負うことは、BGB275条2項に基づく債務者

Yに53,442.90€の支払いを命じた。

〔判旨〕 いつ期待可能性の限度（Zumutbarkeitsgrenze）を超えるか否かは、ケースバイケースによって双方の当事者の利益衡量の下で確定されなければならない。一方では修繕費用と、他方では賃借人にとっての修繕利益及び賃貸目的物の価値、そしてそこから得られる収益との間に著しく不相当な関係があってはならない⁽⁶⁴⁾（下線は筆者）。また債務者に期待されるべき努力を確定するに際しては、場合によっては債務者の過失も考慮されなければならない。このことは、すでに債務法現代化前にBGHの判例において承認されていた。修繕費用と流通価値との間が極端な場合には期待可能性の限界を超えているという兆候が強くなる。この場合、他にどのような状況があれば異なる衡量が下されるのか、想像するのが難しいほどである（下線は筆者）。本件では、Yの主張によれば不動産の流通価値は2万8,000€である一方、改修費用は約9万5,000€、最悪の場合約17万€になるという。原審は、修繕の遅れをもたらし、修繕費用を高額にさせたとしてYがBGB275条2項の抗弁を援用できないとした⁽⁶⁵⁾。しかし、建物のひび割れの原因となった欠陥は建築当初から存在しており、高額な費用をかけなければ修復できず、Yの対応が遅かったから生じたわけではない。BGHはこのように述べ、Yの帰責事由を否定した。その上で改修費用等の認定のために、事案を原審に差し戻した。

【BGH2014年1月22日決定一判例⑨】⁽⁶⁶⁾

〔事実の概要〕 Yは、2002年以来、土地（以下、「甲地」とする）上にある住居の賃借人である。2009年、Xは甲地を購入し、Yとの間で住居の賃貸借契約を締結した。その後、Xは甲地の隣接地も購入し、この土地の上に家を建築した。この家の外壁が、境界の間隔をあけることなく、甲地上のYの住居の壁に直接接していた。この壁の内側には台所や浴室の窓があった。Yは瑕疵を理由に賃料を減額したため、Xは

Xには水の浸入を防止する義務があると認められた。その後、Xは5万€を超える費用を費やし一定の義務を果たした。しかし、さらなる対策を講じるには約3万€～4万€が必要であった（10万€を要する他の対策は費用が不相当であり、失敗に終わった）。Xは、すでに生じた5万€を超える費用やYの家の現在の市場価格約5万5000€を考慮し、執行不能であると主張した。

〔判旨〕 XはBGB275条2項に表れている原則に基づき、除去費用の不相当性を援用することができない。Xは、除去が経済的に期待不可能な状態を作出した点に帰責事由があるからである（判例③・⑤を指摘）。

（4）BGH2008年5月判決の限定——賃貸借契約の事例

BGB275条2項は、物権的妨害排除請求権のほかに賃貸借契約の場合においても適用されている。そこでは、BGH2008年5月判決に歯止めをかけるような動きがみられる。

【BGH2010年4月21日判決—判例⑧】⁽⁶³⁾

〔事実の概要〕 Xは、旧東ドイツの国営企業であったA社から住宅を借りた。その後、同住宅の所有権がAからYに移された。1965年から75年の間に建てられた住宅の壁にヒビが、煙突や屋根、窓、ドアにも損傷がみられた。Yは1995年9月にはそれらの瑕疵を認識していた。XはYから同住宅を購入するように交渉を進めていたが、結局交渉が決裂したことから2001年に初めて瑕疵の除去を請求した。翌年には浸水が生じた。2004年になってYは屋根の応急修理を行ったほか、玄関ホールの天井を補修した。しかし、その後も瑕疵が生じたため、XはYに修繕の前払い費用としてBGB536a条2項に基づき、47,576€及び利息の支払いを求めた。Yはその金額を費やしてもひび割れやその他の欠陥を永続的に除去することは不可能であると主張した。原審は、

からの飲料水の摂取が中止され、Xらが居住する群は近隣住民のためにPFTをろ過する装置を設置した。Xらは、YにPFTによる汚染がない状態への土地の回復を求めた。原審は、Yには汚染物質の除去義務があるが、土壤汚染について過失がないと認定した。また、土地の流通価格（2万€から3万€）に対して土壤汚染の除去には72万€が生じること、基本法14条に基づく状態に対する責任（Zustandsverantwortlichkeit）が土地の価格に限定されるとしてXらの請求を棄却した。

〔判旨〕 Yは土地からPFTを取り除く義務を負う。その一方、BGB275条2項はBGB1004条に基づく排除請求権に対して給付拒絶権を認めている。この点に原審の誤りはない。Xは、連邦土壤保護法によって敷地からのPFTのさらなる漏出を防止し、土壤を修復する措置を講じる義務を負う。土壤汚染による損害の場合、環境に及ぼす危険の程度や第三者からXに損害賠償請求がなされるリスクが軽視されてはならない。他方で、BGB275条2項の衡量の際には債務者の過失も考慮される。Yが散布物のPFT汚染を認識していなかったという事実は、敷地の汚染についてYに過失がなかったという結論を認めるものではない。賃貸借及び用益賃貸借法（Miet- und Pachtrecht）では、賃借人又は用益賃借人が自身の勧めで賃貸物件に接触した者の行為に対する責任を負わなければならないことが認められている。本件では、Yが土地の施肥を依頼し、肥料の散布を許可した第三者の行動がこれに該当する。なお、Yの陳述が十分尽くされてないために事案を原審に差戻し、Yに提出書類を補足する機会を得させなければならないとされた。

【BGH2013年11月14日決定—判例⑦】⁽⁶²⁾

〔事実の概要〕 地方公共団体Xは、委託によって下水道を設置させた。当該下水道は、Yの家の敷地に沿って設けられた。工事完了後、Yは自宅の湿気の被害を発見し、Xに下水道の撤去を求めて提訴した。先行訴訟では、下水道からYの家屋の地下部分に水が漏れているとし、

製の仕切りのために、長さ約70m、幅約4.5m にわたってAの土地を使用した。2002年、XがAの所有地を購入した。XはYに舗装及び木製の仕切りの撤去及び更地にした状態での土地の明渡しを求めた。

〔判旨〕 BGB2008年5月判決について、学説では肯定説と否定説がある。否定説は、BGB251条2項に現れている原則が、BGB985条、1004条1項に基づく請求権に適用されないとする Picker の見解に遡る⁽⁵⁷⁾。当部はこの見解に従っていない⁽⁵⁸⁾。過去に BGB251条2項1文から導き出された一般原則が BGB275条2項によって規定されたことは、確立された判例法に変更をもたらすものではない。さらに、BGB275条2項を理由とする所有権に基づく請求権の排除により所有者が調整請求権なしに侵害を甘受しなければならない結果をもたらすという問題⁽⁵⁹⁾は、BGH2008年5月判決においても判断する必要がなく、本件でもその問題を立てる必要はない。

BGB275条2項における衡量に際しては、次の点を考慮に入れなければならない。まず他人の土地の利用は、それを利用しなければ必要であった費用⁽⁶⁰⁾を免れるためのものではないということである。さらに、債務者が給付障害につき責めに帰すべきか否かが考慮されなければならない。YがAの土地を利用する際にAの承諾はなく、Xとの地役権の設定や契約もなかった。以上の理由からXの請求を認容した。

【BGH2010年5月21日判決—判例⑥】⁽⁶¹⁾

〔事実の概要〕 農業地の所有者であるX1は、X2のために用益権を設定した。その後、X2は果樹園の利用のためにYに用益権を約6年以上賃貸した。しかし、Yは同土地上でトムロコシの栽培をするようになった。Yは、Wに同土地上へのバイオ肥料の散布を認めた。Wの関連会社であるT社によって届けられた肥料には発がん性物質であるフッ素系界面活性剤（PFT：Perfluorierte Tenside）が含まれていた。X2はYとの賃貸借契約を解約した。住民を保護するために近くの湖

BGB275条2項は、給付義務が契約か法律上の債務関係か、法律上の義務に基づくか否かに関わらず、すべての給付義務に適用される（判例③を指摘）。当部（Senat）は、2001年12月31日まで通用していた法に基づき、BGB1004条1項を根拠とする除去請求権に対しても BGB251条2項の類推適用によりそのような期待可能性の限界を肯定している。立法者は、債務法改正によってこの内容を伴った一般的な法命題を BGB275条2項に規定し、当部の判例はそのことを確認している。

原審は、地役権に基づく請求権の行使がXの土地に与える利益と、少なくとも映画館の一部の取壊しに必要なYの費用とを衡量することを怠った。確かに、BGB275条2項1文に基づく衡量は、重過失（なおさら故意）で建てられた越境建築物の除去請求権に際して、通常の場合には抗弁が拒絶される結果をもたらしうる⁽⁵⁵⁾。そのことは、BGB275条2項2文における期待されるべき努力を確定する際に、債務者の過失も考慮されなければならないということから生じる。しかし、越境建築者の重過失を考慮しても次の場合には状況が異なる可能性がある。それは、BGB912条1項——建築物の越境部分によって作り出された価値を破壊することによって生じる異常に高額な損害から所有者を保護する規定——に関連して、隣人が BGB254条2項1文に基づくオプリーゲンハイトへの非難可能な違反をした場合、すなわち、隣人が除去請求権を延期し、除去による隣人の利益と新築建築物を取り壊す所有者の費用との不均衡に自身で著しく寄与した場合である。このような状況の下では、信義誠実の原則（BGB242条）に基づき行われるべき考慮の結果、所有者は、越境建築の除去を求める隣人の請求を拒みうるという帰結となる。原審はこの点について判断をしていないために破棄され、本件は差し戻される。

【BGH2009年10月23日判決—判例⑤】⁽⁵⁶⁾

〔事実の概要〕 1996年、Yは、Aの所有地の隣接地を取得した。YとAの土地には住宅群がある。Yは住宅を改築し、私道の舗装と木

過剰建築の除去によって価値のある物が破壊されることを避ける点で国民経済的な利益（volkswirtschaftliche Interesse）の保護に資する。同様の規定は、BGB906条2項1文にもある。したがって、物を自由に使用する所有者の権利が制限されることはなじみがないものではない⁽⁵⁰⁾。第4に、BGB275条2項により所有権が制限された場合、妨害者に帰責事由があるときには、債権者はBGB280条1項及び3項、283条に基づき給付に代わる損害賠償を請求しうる。さらに、一定の基準をみたした場合に所有者はBGB906条2項・912条2項・917条2項により妨害者に対して補償請求権を行使しうる⁽⁵¹⁾。

このようにBGH2008年5月判決には賛否がみられたが⁽⁵²⁾、その後の判例も同判決を踏襲する。以下では、それらの判例を通して債務者の帰責事由が給付拒絶の可否にいかなる影響を与えたのかを確認する⁽⁵³⁾。

（3）BGH2008年5月判決以後の判例——物権的妨害排除請求権の事例【BGH2008年7月18日判決⁽⁵⁴⁾——判例④】

〔事実の概要〕 1983年、Xは隣人Aの所有地の一部を購入した。同土地には、当時居住目的で利用された離れがあった。Aは売却した土地の各所有者のために通行地役権を承認し、登記を備えた。1984年、賃借人が転居して以降、離れは利用されずに荒廃し、通行地役権も当時から行使されていなかった。2004年、YがXの隣地を強制競売で取得した。2005年8月から9月にかけて、Yは通行地役権が設定された部分を含む土地に映画館事業のために建物の拡張工事を開始した。同年12月1日になってXがYに建物の取壊しを要求したが、このときには建物の骨組みができあがっていた。原審は、Yは経験豊富なビジネスマンであり、競売の際に通行地役権が継続していることを指摘されていたにもかかわらず、それを無視していた点に重過失があるなどとしてXの請求を認めた。

〔判旨〕 原審がYに重過失があったと認定した点には誤りがない。

そこでは BGB275条 2 項の根拠や位置づけに関する言及もなされているため、概要を紹介する。

物権的妨害排除請求権への BGB275条 2 項の適用を批判する立場は、次のように説明する。第 1 に、BGB275条 2 項が物権的請求権へ適用されるか否かは債務法改正の際に議論されておらず、その際に肯定されていない⁽⁴¹⁾。第 2 に、物権的妨害排除請求権は債務法の請求権とは異なる⁽⁴²⁾。前者の目的は、権利者に当然に帰属する物権的な法的効力が相手方によって篡奪されている状態を終結させ、妨害のない状態を回復することにある⁽⁴³⁾。このような所有者の法的地位の防御に向けられた物権的請求権と財貨の新たな分配を目的とする履行請求権とは目的を異にし、前者がより強い保護を受ける⁽⁴⁴⁾。したがって、BGB275条 2 項は妨害排除請求権の事例に適用されない。第 3 に、所有権を侵害した者にも BGB275条 2 項が適用されうるならば、一般論として妨害者による他人の所有地の持続的な利用が認められる可能性がある。そうすると、補償なくして所有権の一部が剥奪され、所有者にとって受け入れがたい結果が生じる⁽⁴⁵⁾。

これに対して、BGH に賛成する学説は次のように説く。第 1 に、BGB1004条の物権的請求権の性質は請求権 (Anspruch)、つまり債務関係の権利として構成されているため、BGB275条 2 項の適用を排除しない⁽⁴⁶⁾。第 2 に、BGB275条 2 項は、BGB251条 2 項、633条 2 項 3 文に内在する考え方、すなわち、債務者が不相当で合理的には期待不可能な費用でのみ債権者の請求に応じられる場合には当該請求が権利濫用にあたるという一般的な法思想を具体化した規定である⁽⁴⁷⁾。したがって、BGB275条 2 項は、権利濫用の思想が刻印された規定として分類されることが好ましい⁽⁴⁸⁾。権利濫用の効力が物権法にも及ぶことには争いがない⁽⁴⁹⁾。第 3 に、BGB275条 2 項には権利濫用の禁止とともに、資源の無駄使いを生じさせる原状回復を債権者が要求できないとする経済的な基本思想 (Grundgedanke) が表れている。類似の考えは、BGB912条 2 項に基づく過剰建築の忍容義務にもみられる。同規定は、

に基づいて見積もられる利益は19,360€ にすぎないことからYの明渡し請求を拒絶した。Yが上告。

〔判旨〕 かつての判例では、BGB1004条1項に基づく除去請求権は、BGB251条2項1文に現れている期待可能性の原則に基づき、侵害された者の不利益に対して合理的な関係にない費用を伴う場合に排除されていた。BGB1004条1項1文に基づく請求権の制限は、今やBGB275条2項から生じる。BGB275条2項は、契約か法律上の義務に基づくか否かに関らずすべての給付義務に適用される。このことは、債務法現代化法の意図であった。立法提案の理由は、BGB275条2項の適用領域について明確に物権法に基づくすべての給付請求権を指摘している。このような請求権の制限は従来BGB251条2項から得られたものである⁽³⁹⁾。

BGB275条2項1文に基づく給付拒絶権は、債務者が給付障害について責めに帰すべき事由を負うか否かに左右される⁽⁴⁰⁾。Xにはそのような行動がある。Xは、Bから土地を購入する際に建物の一部がYの所有地に越境していることに注意を払わず、その瑕疵を認識していなかった。これに関する懈怠は、Xの責任範囲にある。また、XはBと同様にYと賃貸借契約を締結しえたのに、契約の締結を拒んでYに契約を解約するきっかけを与えた。その結果、経済的に期待不可能とみなされる状況を自ら作り出した。このことは、BGB275条2項に基づく給付拒絶権を排除する。

BGHは以上のように判示し、給付障害について帰責事由のあるXがYによる土地の明渡し請求を拒むことはできないと結論づけた。

(2) BGH2008年5月判決への賛否

上記判決について、学説では賛否が巻き起こった。その主な論点は、BGB1004条1項に基づく物権的妨害排除請求権へのBGB275条2項の適用の可否である。この論争は本稿の主な目的からは外れるものの、

債務法改正後の状況について判例を中心にみていきたい。

Ⅲ ドイツ債務法改正後の給付・追完拒絶の法状況——債務者の矛盾行為に着目して

1 給付拒絶の法状況

以下では、主に債務者の帰責事由が認められた事例を中心に BGB275条2項に関する判例をみていく。まず注目すべきなのが、BGB275条2項2文に関する論争を喚起した BGH2008年5月30日判決である（以下、「BGH2008年5月判決」とする）。同判決では所有権に基づく妨害排除請求権に関して BGB275条2項の適用の可否が争われた。BGH2008年5月判決はその後の賃貸借契約の判例でも言及されていること、同判決に賛成する学説の中には BGB275条2項の根拠や位置づけを論じている見解があるため、同判決をとりあげる。

(1) BGH2008年5月30日判決⁽³⁸⁾【判例③】

〔事実の概要〕 Aは、スーパーマーケットの営業のために自己の所有地に建物を建築した。しかし、同建物が隣人Yの所有地に越境して建てられた。そこで、1973年、Yは延長期間つきで20年間、Aに越境部分を賃貸する旨の賃貸借契約を締結した。その後、Aが有していた越境部分の土地は売却され、新たな所有者BもYと賃貸借契約を締結した。1998年、Bは、越境建築の存在及びYとの賃貸借契約を知らせずに越境部分の土地をXに売却した。Xは当初Yとの賃貸借契約を締結することを拒んだため、Yが賃貸借契約を解約した。しかし、土地を利用したいと考えたXは、月々100€を支払う代わりに越境部分のYの土地を利用することを求める確認の訴えを提起した。それに対し、Yは反訴で越境部分の除去による土地の明渡しを求めた。

一審はYの明渡しの訴えを認めた。これに対して、原審は、越境建築の除去によって約9万€の費用が生じること、スーパーマーケットの賃借人のさらなる不利益が予想されること、越境された土地の価格

である。それは、給付障害の除去が理論的には可能であるが、合理的な債権者ならばそれを期待できない事例である⁽³²⁾。この規定は、現在通用している251条2項・633条2項3文・651c条2項2文の規定と一定の平行な関係にある。これらの規定は一般的な法思想を刻印したものであり、政府草案275条2項1文にも通用する。しかし、政府草案275条2項と上記の規定とは、比例性審査にとって決定的な意義を有する次の点で区別される。まず、給付への債権者の利益が重要であるという点である。それはBGH及び通説に一致する。また、その不均衡が特に過大で、信義則に基づき容認できない程度に達していなければならない。このことは、特に債務者に帰責事由がない不能の場合に債権者が請求権を賠償なくして失うということによって正当化される⁽³³⁾。

これに続いて、政府草案は債務者の帰責事由の意義を次のように説明する⁽³⁴⁾。債務者が給付障害につき責めに帰すべき事由がある場合、その克服のために債務者にはより高い努力が期待される。その例は、債務者が過失のある錯誤に基づいて又は悪意で契約の対象物を第三者に譲渡した場合である。このとき、債務者が主たる給付義務から免責されるためには、通常は物の返還のために市場価格を超える価格を提供しなければならない。BGB633条2項3文の解釈⁽³⁵⁾や、BGB251条2項・633条2項3文に基づきBGH⁽³⁶⁾によって発展されてきた一般的な法思想についても類似の状況がある。一方、債務者にそもそも給付障害について帰責事由がない場合でも、給付障害を克服するために全く努力を負わない、という逆の結論は認められない。むしろこの問題は、債務関係の内容に従って答えられるべきである⁽³⁷⁾。

このように政府草案は、債務者に帰責事由がある場合、給付障害を克服するために債務者が負うべき努力の程度が高くなると説明する。では、BGB275条2項の制定後、債務者の帰責事由の考慮は給付拒絶の可否を判断するにあたって判例上いかなる影響を及ぼしているのか。またドイツ法ではBGB439条4項・635条3項において追完拒絶を定めるところ、そこでも債務者の帰責事由は考慮されているのか。ドイツ

的に釣り合いのとれた関係にない場合に注文者がその費用を請負人に請求できるならば、BGB242条の信義誠実の原則に反する。BGHでは、それ以前の判例において、すべての事情の衡量の下で契約違反の重さや請負人の過失が考慮されると示されている⁽²⁷⁾。BGHは、他の判決でも価値の対比だけでなく、過失の程度も衡量に含まれることを強調している⁽²⁸⁾。原審では、同判決が認めているような請負人の重大な過失が、修繕費用と利益との不合理 (ungünstig) な価値の関係 (Wertrelation) に決定的な影響を与えうる (Ausschlag geben) ことが十分に考慮されていない。そのため、BGHは原審を破棄し、事件を差し戻した。

(c) 小括

上記の2判決では、原状回復請求権や注文者の瑕疵修補請求権の可否を判断するにあたって債務者の故意や過失が考慮された。確かに、①判決ではそのような事情を考慮してもなお、過大な費用を理由に原状回復請求権が制限されるに至った。しかし、②判決は、請負人の重過失の有無が修補請求権の可否を判断する決め手となりうることを指摘した。債務法改正前の学説⁽²⁹⁾にも「BGB633条2項3文の規定は、BGB242条に基づく信義誠実の原則の発露 (Ausfluß) である。そのため、請負人の重大な過失や故意の場合⁽³⁰⁾には、一般的には不相当性の抗弁が排除される」としてBGHと同様の方向性に立つ見解がみられた。①・②判決のように債務者の行為態様を考慮する観点は、その後のBGHの判決でも踏襲されている⁽³¹⁾。さらに上記判決は、2002年のドイツ債務法改正の政府草案にも参照されている。次にこの概要をみていこう。

(2) 政府草案の概要

2002年に施行されたドイツ債務法改正に関する政府草案では、まずBGB275条2項の位置づけや制定経緯が次のように説明される。

政府草案 (RE) 275条2項1文は、いわゆる事実的不能に関する規定

入し、Xから代金を受け取った。しかし、Yは当該土地を商人Aに売却し、その後物権的合意の仮登記がなされた。そこで、XはYに対して仮登記の抹消を請求した。Aは抹消請求に応じる用意はあったが、Yが補償として不動産の流通価格の約33倍の価格を支払うことを条件とした。そのためYはXの請求を拒否した。原審は、Xの請求を認めた。

〔判旨〕 BGHは、次のように判示した。BGB（旧）633条2項3文・251条2項において明確にされている一般的な法思想によれば、契約上義務付けられた状態の回復請求は、請求された者が、不相当で合理的には期待不可能な費用の下でのみその請求に応じることができる場合には権利濫用となりうる。…期待可能性の審査に際しては純粋な価値関係だけではなく、特に故意による契約違反又は重過失が考慮され、その場合に債務者にはさらなる不相当な費用を負うことが期待されうる。しかし、BGB667条に基づく財産の引渡義務を完全に給付するために、Yが財産の価値の33倍の費用を費やすことは妥当ではない。むしろ、XにはBGB280条の類推適用に基づく不履行に対する損害賠償を要求し、Xに生じたであろう金銭的損害の調整（BGB251条・252条による金銭賠償）で満足することが期待される。

【BGH1995年2月23日判決—判例②】⁽²⁶⁾

〔事実の概要〕 建設請負契約において請負人Yが報酬を注文者Xに請求したところ、Xは瑕疵を理由に報酬の支払いを拒否した。当該瑕疵は、Yが杭打ちの基礎工事を行った後、建物とその周囲の地形が沈下し始めたというものであった。XはYに瑕疵の修補を請求した。しかし、原審は、修補費用が不相当に高額であることを理由にYは修補を拒むことができるとし、Xの請求を棄却した。

〔判旨〕 瑕疵修補により達成される結果とそれに要する費用が合理

利を主張することになる。そのような抗弁権の行使は、権利の濫用と評価される。許されない行為によって（筆者補足：給付を拒絶しうる）法的地位が生み出されているが、債務者にはそのような法的地位を行使することが妨げられる。それゆえ、BGB275条2項2文において債務者の有責な行動が考慮されうる⁽²³⁾。

以上のHelmの見解によれば、給付拒絶における債務者の帰責事由の考慮は「矛盾行為の禁止」の法思想に求められる。そのことは、BGB275条2項において初めて登場した考え方ではなく、債務法改正前の判例法理に求められていたという。そこで、次にBGB275条2項2文の制定に影響を与えた債務法改正前の議論をみていこう。

3 債務法改正前の判例法理と立法化

(1) 債務法改正前の判例の影響

(a) はじめに

ドイツ法は、債務法改正前からすでに請負人の追完拒絶に関する規定を設けていた。BGB旧633条2項3文は、注文者による瑕疵除去請求権に対して、「瑕疵の除去に不相当な費用を要するときには、請負人は当該瑕疵の除去を拒絶できる」と定めていた。また、ドイツでは原状回復を原則とするところ（BGB249条1項）、BGB251条2項では「原状回復が不相当な費用を要するとき、賠償義務者は金銭をもって賠償することができる」とする⁽²⁴⁾。

これらの規定に含まれている法思想に基づき、ドイツ連邦通常裁判所（以下、「BGH」とする）では原状回復請求権や修補請求権の可否を判断する際に債務者の帰責事由が考慮されていた。以下ではこの状況を確認する。

(b) 判例紹介

【BGH1987年10月2日判決—判例①】⁽²⁵⁾

〔事実の概要〕 受任者Yは、委任者Xの間接代理人として土地を購

2 矛盾行為の禁止の反映

上記の見解をまとめると、Faust は、BGB275条2項を債権者の過大な履行請求権の行使から債務者を保護するとともに資源の浪費を回避する規定と捉える。このように経済的効率性を重視する立場からは、給付拒絶の際に債務者の帰責事由が考慮されることは自明ではない。

これに対して、Stürner は、BGB275条2項を比例原則ないし権利濫用の考え方が具体化された規定とみた上で、同条の目的は債権者による濫用的な履行請求から債務者を保護することにあると理解する。このように債務者の保護を重視する立場からは、給付障害を自ら惹起させておきながら給付を拒絶するような債務者を保護する必要性は乏しいとの推論が可能である。実際、Helm は、債務者の帰責事由がBGB275条2項において考慮される理由を矛盾行為の禁止の観点から正当化する。その主張は、次の通りである。

確かに債務者の責任のある行為によって給付障害が惹起された場合に、債権者利益それ自体が高くなるわけではない。したがって、一次的請求権の範囲に関する問題の中で債務者の有責な行為を考慮して制裁的な要素を加えることは現行法では正当化されない、という見方もありうるかもしれない。しかし、このような反論は、BGB275条2項の規定の背景を見落としている。この規定は、比例原則の考慮の下での権利濫用の具体化としてみなされている⁽²⁰⁾。BGB275条2項の枠組みの中で帰責事由が考慮されることは、BGB旧633条2項3文に関するBGHの判例やBGB251条2項・旧633条2項3文から発展してきた法思想にも一致し、BGB275条2項にも妥当するにちがいない⁽²¹⁾。

債務者の帰責事由の考慮は、一般的にBGB162条⁽²²⁾・242条から導かれる法思想に起因する。その法思想からは、「何人も信義に反する行動からは利益を得てはならない」ということが導かれる。その考えが英米法においてより顕著に表れているのが「クリーン・ハンズ」の抗弁である。債務者が克服すべき努力の期待不可能性（Unzumutbarkeit）を援用した場合、債務者はそれ以前の契約に違反する行動と関係する権

Stürner は、BGB275条2項の位置づけをこのように捉えた上で、同条の制度目的を次のように説く⁽¹⁸⁾。一見すると、この規定が資源の浪費の回避に資することは明らかであるようにも思われる。なぜなら、債権者がわずかな利益しか得られない給付の提供のために資源（Mittel）を投じても福利を向上させる（wohlfahrtsteigernd）ことにはつながらないからである。しかしながら、より詳細な考察によれば、資源の浪費の回避は BGB275条2項の唯一の目的ではなく、それどころか優先すべき目的ですらない。BGB275条2項の第1の目的は、債権者の信義に反する履行請求から債務者を保護することにある。このことは、まず BGB275条2項2文における帰責事由の考慮から明らかとなる。非効率な給付の回避のみが重要であるならば、債務者の帰責事由の観点は無関係となるはずである。また、BGB275条2項には権利濫用の思想との近接性が読み取れる。契約の相手方に自己の給付利益をはるかに超える費用を支出させるような場合には、債権者の権利の貫徹は信義に反する。そのことは、BGB275条2項が（筆者補足：法律上当然に給付義務が消滅するのではなく）抗弁を採用していることと合致する。同条について純粹に経済的な理解を基礎に据えるならば、経済的に悪影響をもたらす契約の貫徹が債務者の手に委ねられていることと合致しない。

他方で、Stürner は、追完拒絶の規定の位置づけや目的に関して次のように述べる⁽¹⁹⁾。BGB439条4項・635条3項では、債権者の追完利益と債務者の追完費用との間に単に不相当な関係があれば追完拒絶が認められる。そのことは、BGB275条2項と並んでこれらの規定が不能ではなく、統一的に給付拒絶権として位置づけられることを示している。確かに、追完拒絶の規定は BGB275条2項よりも効率性を考慮（Effizienzerwägungen）して作られている。しかし、それらの規定は、BGB275条2項と同様に権利濫用の禁止に遡ることができる。つまり、買主や注文者は自己の利益の主張が無意味であり、売主や請負人に嫌がらせをする（schikanieren）ような追完請求権を使用してはならないのである。

あたっては、給付から生じる債権者の利益と債務者の不利益との間に著しく不均衡な関係があれば足りるはずである。しかし、実際にはBGB275条2項2文において債務者の帰責事由が給付拒絶の判断の際に考慮されることが定められている。そのことは、立法者が当事者の保護の必要性も考慮することを望んでいたことを示している。もっとも、債務者の帰責事由が考慮される余地は相対的に狭い。重要なのは、債権者の給付利益を超えて債務者にどれだけの費用を要求しうるかということである。

(2) 債務者の保護＞経済的効率性

上記の立場に対して、BGB275条2項の制度目的として、経済的効率性よりも債務者の保護を強調する立場がある。この立場の見解として、Stürner はまず BGB275条2項の位置づけを次のように説明する。

BGB275条2項の表題は「給付義務の排除」となっており、その文言上、不能の概念は姿を現していない。また、BGB275条2項において債務者の帰責事由が考慮されることは、同規定が不能に位置づけられることを否定するものである。給付の不能を判断するためには本来であれば客観的考察で足りるはずだが、立法者は明確にそれでは不十分と考えた⁽¹¹⁾。さらに、ドイツ債務法改正の審議過程においては、後のBGB275条2項となるKF (Kommissionsentwurf) 275条2項が「比例原則に遡る (unter Rückgriff) 権利濫用の禁止の具体化」と理解されていた⁽¹²⁾。比例原則とは、債権者の利益と債務者の不利益、義務違反の程度とその効果などを衡量する基準である⁽¹³⁾。この原則は、BGB242条⁽¹⁴⁾ (信義則) 等を介して民法の各種場面において適用され、権利行使の制限として機能する⁽¹⁵⁾。2002年のドイツ債務法改正を通じて比例原則の考えが具体化された各種の規定が誕生した⁽¹⁶⁾。BGB275条2項は、債権者が債務者の相当な出費の下で給付を強制しうるならば権利濫用となりうる事例が対象とされており、比例原則あるいは権利濫用の禁止の具体化として位置づけられることが望ましい⁽¹⁷⁾。

めに帰すべき事由を負うか否かが考慮される。しかし、給付拒絶を判断するにあたっては、給付から得られる債権者の利益と債務者に生じる費用との関係が重要であり、一見すると、債務者の帰責事由の有無はその判断に影響を及ぼさないようにも思われる。そこで、本章では、給付拒絶の制度目的を確認した後、BGB275条2項において債務者の帰責事由が考慮される理由や同条の制定経緯をみていく。

1 給付拒絶の制度目的

債務者の帰責事由の考慮が給付拒絶（BGB275条2項）の制度目的との関係でどのように正当化されるのか。このことを確認する前提として、給付拒絶がいかなる理由から認められるのかをみていこう。

(1) 債務者の保護・経済的効率性

BGB275条2項の制度目的に関しては、債務者の保護と同時に経済的効率性（資源の浪費）を重視する立場がある。この立場の見解として、Faust は次のように主張する⁽⁸⁾。

BGB275条2項では、債務者の費用が反対給付を上回ったときに債務者は免責されない。債務者が負担から免れるのは、債権者の給付利益に対して不均衡がある場合に限られる。このことから、同条は少なくとも債務者の保護⁽⁹⁾と並んで次の考え方を重視している。それは、債務者に債権者よりも多くの出費をさせ、そして経済的に悪影響を及ぼすような給付を債務者に強いることによって、法制度が資源の浪費を助長してはならないという考え方である。

このように Faust は BGB275条2項の目的として資源の浪費の回避を重視した上で、債務者の帰責事由の意義について次のように述べる⁽¹⁰⁾。BGB275条2項2文において帰責事由が考慮されることは自明ではない。なぜなら、BGB275条2項の意味が資源の浪費（Ressourcenvergeudung）を回避することにあるならば、債務者の帰責事由は重要ではない（keine Rolle spielen）からである。債務者の給付拒絶の可否を判断するに

では、ドイツの請負契約における新規製作請求権に関して、瑕疵除去費用の過分性を認定する際には、「この基準の究極の根拠が信義則にある点から…とりわけ、請負人の過責の程度が顧慮され」、「請負人に故意・重過失がある場合には過分性の抗弁を主張しえないというべき」との主張がなされる⁽⁵⁾。他方では、ドイツ法の状況を批判的に捉える見解もある。同見解は、債務者の「第一次的な給付義務の射程の判断ともいえる重大な不均衡性の判断の際に帰責性の有無を考慮することは問題であると思われる。その射程は契約締結時に既に確定しているからである」と説く⁽⁶⁾。

以上のように見解が分かれているところ、ドイツ法において給付障害への債務者の故意・過失（矛盾行為）が給付拒絶を判断する際になぜ考慮され、その判断にどのような影響を与えているのかという法状況に焦点を当てて紹介・検討した研究はないとみられる。そこで、本稿は、このようなドイツ法の状況を詳しく紹介・検討した上で、上記例のような場面における日本法のあり方を示すことを目的とする⁽⁷⁾。より具体的に言えば、ドイツ法の議論を参照して、日本法における過大な費用に基づく履行・追完請求権の制限の位置づけを示すとともに、その判断の際に債務者の矛盾行為が考慮されうることを明らかにしたい。

本稿の構成は、以下の通りである。Ⅱ章では、給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮される理由や BGB275条 2 項 2 文の制定経緯を確認する。Ⅲ章では、2002年に施行されたドイツ債務法改正後の給付拒絶・追完拒絶の議論状況について判例を中心に確認する。Ⅳ章ではドイツ法の議論を整理した上で、履行・追完請求権の制限の際に債務者の矛盾行為が考慮されるのかという問いに関して日本法のあり方を示す。

Ⅱ BGB275条 2 項における債務者の矛盾行為の考慮と立法化

BGB275条 2 項の給付拒絶の判断では、債務者が給付障害について責

履行・追完請求権の制限の目的や位置づけが改めて検討されなければならない。

2 分析の視点と本稿の目的——ドイツ法を比較対象とする意味

1の問題を検討するにあたって、本稿ではドイツ法を比較対象とする。ドイツ民法典（以下、「BGB」とする）275条2項では、以下のように債務者の給付拒絶（Leistungsverweigerung）を定める。

【BGB275条2項】（給付義務の排除）

「債務者は、給付をするために債権者の給付利益に対して著しく不相当な費用を必要とする限りで、債務関係の内容及び信義誠実の考慮の下で、給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定する際には、債務者が給付障害に責めに帰すべき事由があるかどうかも考慮されなければならない。」（下線は筆者）

本稿の検討にとって重要なのは、BGB275条2項2文である。同規定では、債務者に期待されるべき努力を確定する際に債務者の帰責事由が考慮される。Ⅱ章以下からも示される通り、ここでいう帰責事由の意義とはドイツ法では故意・過失のことと理解されている。

Ⅱ章以下の内容をやや先取りすれば、ドイツ法では、BGB275条2項の給付拒絶の判断において債務者の帰責事由が考慮される理由やそれが判例上どのように機能しているのかについて議論の蓄積がある。さらに、ドイツ法では売買契約や請負契約において追完拒絶の規定も設ける（BGB439条4項・635条3項）。これらの規定では、条文上は明らかではないものの、BGB275条2項と同様に判例・学説において追完拒絶の判断の際に債務者の帰責事由が考慮されている。

先行研究では、BGB275条2項や439条4項において債務者の帰責事由が考慮されることに言及しているものはみられる⁽⁴⁾。これに加えて、ドイツ法を参照して日本法の解釈を行う見解もある。すなわち、一方

【例】請負契約において仕事に不適合があった。そこで、注文者が請負人に修補を請求したところ、修補には過大な費用が必要であった。しかし、この給付障害は請負人の故意又は重大な過失によって引き起こされたものであった。

民法412条の2第1項の文言は非常に抽象的である。そのため、上記例において、契約や取引上の社会通念に照らして債務者が過大な費用を支出する債務を負わないとの解釈をする余地がある一方、債務者に故意や重過失がある場合には債務者が当該債務を負うべきとの解釈も成り立ちうる。つまり、その文言からは上記の問題に対する解決策を直ちに導き出すことができない。そこで、履行・追完請求権の制限に関する他の根拠ないし位置づけからこの問題を考えてみると、2つの立場を想定することができる。

一方では、債権者が履行・追完から得られる利益がわずかであるのに対して債務者に過大な費用が生じる場合、債権者の履行・追完請求権の行使を信義則違反や権利濫用の禁止にあたるとみる立場がある⁽²⁾。この立場は、債務者の視点からみると、債権者による過大な履行・追完請求権の行使から「債務者を保護」することも目的としているとみうる。そうすると、履行・追完費用が過大となる状況を自ら作出した債務者を保護する必要性は乏しく、履行・追完請求権が制限されないとの帰結が想定される。

他方では、履行・追完請求権の制限の際に経済的公平・効率性を重視する立場がある⁽³⁾。この立場によれば、債務者による過大な費用の支出は経済的公平・効率性の観点から望ましくない。したがって、債務者の行為態様は考慮されず、履行・追完に過大な費用が必要であるならば、債権者の履行・追完請求権が制限されるとの帰結が想定される。

このようにいずれの立場を重視するのかによって結論が異なりうる。したがって、債務者の矛盾行為が履行・追完請求権の制限にいかなる影響を与えるのかという問題に答えるためには、過大な費用に基づく

履行・追完請求権の制限における 債務者の矛盾行為の考慮

山 田 孝 紀

- I 序論
- II BGB275条2項における債務者の矛盾行為の考慮と立法化
- III ドイツ債務法改正後の給付・追完拒絶の法状況——債務者の矛盾行為に着目して
- IV ドイツ法のまとめと日本法の検討
- V 結論

I 序論

1 問題の所在

例えば、債務者が債権者に目的物を引き渡さない場合や債務者が引き渡した目的物が契約の内容に適合しない場合、債権者は履行・追完請求権を有する。しかし、履行・追完によって債権者が得られる利益がわずかであるのに対して債務者に過大な費用が生じることがある。多くの見解は、こうした状況が「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」（民法412条の2第1項）になりうると理解する⁽¹⁾。そのように評価されると、履行・追完請求権が制限されることになる。

では、次の場合に履行・追完請求権は制限されるのだろうか。

- (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

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。

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

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。

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

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

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

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

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

執筆者紹介
掲載順

野中貴弘 日本大学准教授
船山泰範 日本大学元教授
蓮田哲也 日本大学准教授
山孝紀 日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

柳瀬昇 竹本亨 原山浩 石橋正 大岡聡 大久保也 小野美典 加藤雅之 黒滝真理子 小林聡明 高畑英一郎 友岡史仁 中村明彦 野村和彦 松島雪江 山本直夫 渡辺徳夫 池田直史 杉本竜也 大野垣久敏

日本法学第九十卷第三号

令和六年十二月十日印刷
令和六年十二月二十日発行
非売品

編集責任者
日本大学法学会
小田 司

発行者 日本大学法学会
電話〇三(五二七五)八五三〇番

印刷所 株式会社メディオ
東京都千代田区神田猿樂町二一四 A&Xビル
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. 90 No. 3 December 2 0 2 4

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLE

Takahiro Nonaka, *Teilweiser Übergang der Leistungsgefahr und Preisgefahr*
— Zum Begriff der „Gefahr“ in Art. 567 Abs. 1 ZG —

CASE COMMENT

Yasunori Funayama, *The Criminal Negligence of Teacher in the Nasu Avalanche Accident : An Aspect of School Sports Accidents*

ARTICLES

Tetsuya Hasuda, *Aktualisierungspflicht bei digitalen Produkten: Die neuen Regelungen des BGB*
Takanori Yamada, *Die Berücksichtigung widersprüchlichen Schuldnerverhaltens bei der Einschränkung von Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüchen*