

論 説

代替物の引渡しによる追完と買主による 使用利益返還の要否について

萩原基裕

目 次

- I はじめに
- II BGBにおける規定の概要と立法理由
- III ドイツにおける判例の状況
- IV ドイツにおける学説の状況
- V 日本法への示唆
- VI 結びに代えて

I はじめに

一 追完請求権の導入と今後の課題

2020年4月1日より施行される改正民法典では、売買契約の節において新たに追完請求権に関する規定を導入する。改正562条1項本文によれば、目的物に契約不適合がある場合、買主は売主に対して、修補、代替物の引渡し、不足分の引渡しによる追完を求めるとされている。法制審議会における審議を参照すると、追完請求権は、現行民法におけるいわゆる瑕疵担保責任の法的性質をめぐる論議につき、改正民法では契約責任説を採用するがゆえに、この点を明確にするためにも追完請求権を導入することにしたという。この規定により、契約不適合のある目的物を引き渡された買主は、目的物が特定物であると否とを問わず、そして売主が契約不適合につき責めに帰すべき事由を有していなくとも、先の方法で追完を求めることがで

きることになる。

不完全な給付を完全な給付にするように求める債権者の権利としての追完請求権は、現行民法でもたとえば634条において、注文者の瑕疵修補請求権というかたちで規定されている。しかし改正562条では、現行634条よりも包括的に、さらには売買の節に規定されることで売買以外の有償契約にも準用可能というかたちで追完という法的救済を新たに規定していると評価できる。その限りでは現行の民法には存在しなかった規定といえ、追完請求権という新たな法的救済が裁判実務においてどのように運用されるのかは未知数である。さらに、すでに2002年の債務法改正によって、追完請求権と同趣旨の法的救済である追履行請求権Nacherfüllungsanspruchを導入したドイツ民法の経験を鑑みるに、この新たな法的救済をめぐって実務的、理論的な問題の双方が新たに生ずるものと予測される²⁾。本稿は、改正562条において新たに規定される追完請求権という法的救済をめぐり今後生じるであろう問題群の一つを検討することを試みる。

二 本稿の問題意識

本稿で扱う追完請求権をめぐって今後生じうるであろう問題は、代替物の引渡しによる追完に伴う問題である。すでに見たように改正562条1項本文によれば、契約不適合のある物の買主は、修補、代替物の引渡し、そして不足分の引渡しを選択的に請求できることになる。このとき買主が代替物の引渡しを選択したとしよう。売主は買主の追完請求に対し、契約に適合する目的物を改めて引き渡すことになる。このとき買主の下には、当初引き渡された契約不適合のある物と、改めて引き渡された契約に適合する物が存在することになる。売買契約に基づく買主の債権の対象は、契約に適合する物であるため、契約不適合のある物については債権の対象ではなかったことになり、その財産権も買主に帰属することはない。そのため、代替物の引渡しを受けた買主は、当初引き渡された契約不適合のある物を売主に返還する必要

があることになる。しかし代替物の引渡しに伴う契約不適合のある物の返還について、改正民法は規定を置いていない。

契約不適合のある物の買主が代替物の引渡しによる追完を受けた場合、当初引き渡された契約不適合のある物を返還すべきことは改正民法では規定されていないものの、理論的には正当なものとして当然の前提とされるべきであろう。しかし、代替物の引渡しを受けるまでに買主が契約不適合のある物を使用して利益を得ていたような場合はどうであろうか。たとえば次のような事例が考えられる。

事例：Xは自動車ディーラーYから新車の自動車甲を購入した。代金の支払いと引渡し済み、Xは甲を利用して通勤やドライブに出かけることがあった。運転中、たびたびブレーキの利きが不安定になることがあったため、Yの修理工場で調べてもらったところ、甲にはブレーキシステムの欠陥があり、修補は困難であることが分かった。そこでXはYに対し、同種の別の自動車を代替物として引き渡すように請求した。

自動車や家電のような耐久財の場合には、買主が契約不適合に気づき、代替物の引渡しを請求する以前に、目的物の使用によっていわゆる使用利益を得ることがある。目的物の性質や種類によっては、使用してはじめて契約不適合が明らかになるということもあるだろう。こうした利益も代替物の引渡しを受けるのと引き換えに返還すべきことになるであろうか。

以上のような場面を想定すると、先に述べたように代替物の引渡しに伴って当初引き渡された契約不適合のある物を返還すべきことは率直に首肯できそうであるが、返還すべき物を返還までに利用し、使用利益を得ている場合には、この利益をどのように扱うべきかについては検討を要するようと思われる。というのも、買主が売買契約に基づいて有する債権の対象が契約に適合する目的物に向けられているとすれば、契約不適合のある物が引き渡

されてもそれは債権の対象ではない以上、買主にはいかなる権利も帰属しないからである。そのため、契約不適合のある物を使用することで利益を得たという場合には、それに伴って他人の財産的価値を減少させ、あるいは他人の財産権から利得を得たことになるので、これを含めて返還するべきとも考えられるからである。他方で買主からしてみれば、売主は売買契約に基づいて負う債務に従い、契約に適合する物を引き渡すべきことが当然の前提である。そうであるとすれば、一見して明らかに契約に適合しない物の場合であれば格別、使用をしてはじめて契約不適合が判明するような物である場合には、契約不適合に気付かずに物を利用してしまった買主に、これによって得た使用利益も含めて返還義務を課すことは酷であるようにも思われる。この問題は、代替物の引渡しによる追完を受けた買主が、どのような根拠でかつどのような範囲で返還義務を負うべきであるのか、にかかわってくる。果たして改正民法では扱われないこの問題は、いかに解決されるべきであろうか。³⁾

三 検討の方法と順序

そこで以下本稿では、この問題の解決方向性を得るためにドイツ民法における議論を参照することにした。周知のとおりドイツ民法典（以下BGB）は、2002年に債務法部分の改正を受けており、それに際して改正民法の追完請求権と機能を同じくする、追履行請求権がBGB437条および439条において導入された。そして本稿で扱う問題である、代替物の引渡しによる追履行を受けた買主の返還義務の根拠と範囲について、明文で規定を置いている。改正民法では規定されていない問題に対して、BGBではすでに債務法改正時に明文規定でもって対応することとされたのである。しかしこの規定をめぐっては判例および学説の一部から批判が提起されている。このような経緯からすれば、改正民法において明文で扱われていない問題についてすでに明文を置きつつ、さらにその規定をめぐって論議が交わされているドイツ法の

状況を参考にすることは、今後の改正民法における追完請求権をめぐる問題の一つである本稿の問題を解決するにあたっても有益であろうと目される。本稿では、まずこの問題に対応するBGB規定の概要と立法理由を整理する(Ⅱ)。ついでこの規定に対する判例法理の展開を見ていく(Ⅲ)。さらに学説における議論状況を概観する(Ⅳ)。そしてこれらを踏まえたうえで、改正日本民法において同様の問題が生じた場合に取るべき解決の方向性を探ることとする(Ⅴ)。

Ⅱ BGBにおける規定の概要と立法理由

一 規定の概要

この問題に関するドイツの判例の状況を整理する前に、まずはBGBの規定を概観することにする。BGB437条では、売買契約において目的物に瑕疵があった場合に買主が行使できる法的救済が列挙されている。その一つが追履行請求権であるが、この法的救済についてはBGB439条が規定をしている。そして同条5項によれば、「売主が追履行の目的で瑕疵のない物を引き渡した場合、売主は買主に対して346条ないし348条の基準に従って瑕疵ある物の返還を請求することができる」とある⁴⁾。BGB346条ないし348条は双務契約の解除の効果に関する諸規定になっているが、本稿の問題にとって重要であるのは、BGB346条1項および2項の規定である。まず1項によると、「契約当事者の一方が約定解除権を留保した場合、あるいは法定解除権が認められる場合、解除に際して受領した給付が返還され、取得した利益が引き渡される必要がある」とされる。そしてBGB100条によれば、利益には使用利益Gebrauchsvorteilも含まれるため、BGB437条および439条に基づいて代替物の引渡しによる追履行を請求した買主が代替物の引渡しを受けた場合、当初引き渡された瑕疵ある物のみならず、当該瑕疵ある物の利用によって使用利益を得ていた場合には、この利益をも引き渡すべきことになる。そして返還すべき瑕疵ある物を消費してしまっていた場合、BGB346条2項2号

において、買主には価値賠償義務が課されることになる。⁵⁾そのため、BGB 346条3項によってこの価値賠償義務が排除される場合を除き、⁶⁾返還するべき瑕疵ある物を買主がすでに消費するなどしてしまい返還が不可能である場合には、買主はその部分に対応する金銭的価値を賠償する必要があることになる。

BGB439条5項は、このBGB346条の規定を代替物の引渡しに伴う当初引き渡された瑕疵ある物の返還に際して準用するため、買主はいわば契約解除の場合と同様に原状回復義務を負う結果、瑕疵ある物それ自体の返還のみならず、瑕疵ある物の利用から得た利益や、消費や加工によって返還が不可能な部分があればその部分に対応する金銭的価値の返還までも義務付けられることになる。

二 立法理由

それでは、債務法改正に際してなぜこのような規定がBGBでは採用されたのか。立法理由を見るに以下のような理由で解除の規定を準用することになったようである。⁷⁾すなわち、代替物の引渡しによる追履行を受けた買主が、瑕疵ある物を売主に返還する根拠については、規定を定める必要がある。そこで旧BGB467条1文および480条1項2文と同様に、⁸⁾売主に解除の規定に基づく返還請求権を認めることにした。よって買主は、瑕疵ある物の返還のみならず、BGB100条に従い使用利益も引き渡す必要がある、という。そしてこのように解除の効果に関する規定を準用して買主に使用利益の返還や価値賠償義務も含めた包括的な返還義務を課すことについては、以下のような理由で正当化されるといえる。⁹⁾買主は代替物の引渡しによって瑕疵のない物を得るが、それにもかかわらず返還するべき瑕疵ある物を無償で利用してよく、また瑕疵ある物を利用することで利益さえも取得してよいということとは疑わしいといえるためという。

また、買主による濫用的な代替物の引渡し請求の恐れも指摘されている。

BGB346条による返還義務の範囲に関する立法理由の個所において、些細な瑕疵のある中古車の買主が、この瑕疵のある自動車を利用しつつ、かつその後改めて瑕疵のない自動車を得るという目的で、追履行請求権の行使期限（消滅時効期間）の経過直前まで瑕疵ある自動車を利用してから代替物の引渡しを請求するという濫用的な権利行使の防止という観点から、BGB 346条において使用利益返還義務が明記されたという（BT-Drucks. 14/6040, S.194）。

以上の理由から、BGB439条5項においてBGB346条以下の規定が準用された理由、そして瑕疵ある物の返還に際して使用利益等も含めた原状回復義務が買主に課される理由は、①買主によって支払われた対価は瑕疵のない物＝代替物にのみ向けられることになるため、瑕疵のある物の利用は不当な利用になるということ、②買主に使用利益の返還義務を課さなければ、法的救済の行使期限直前まで瑕疵ある物の利用をしてその後改めて瑕疵のない物の請求をするという、濫用的な権利行使の余地を認めてしまう恐れがあることが主な理由であったことがわかる。

Ⅲ ドイツにおける判例の状況¹⁰⁾

以上のような理由で、債務法改正に伴って新たに導入された法的救済である追履行請求権につき、代替物の引渡しによる追履行が選択された場合には、買主には当初引き渡された瑕疵のある物をBGB346条ないし348条に従って返還すべき義務が課されることになった。この瑕疵ある物の返還義務をめぐっては、ドイツにおいて2005年にある裁判で争われたことがある。この裁判は欧州裁判所（EuGH）への付託にまで及ぶほどに発展したが、特徴的であるのは各審級での判決が一貫して、BGB439条5項の規定内容を疑問視しているという点である、以下、事例の概要と判決の概要を第一審から順次整理していく。

一 ニュルンベルク・フルト地裁¹¹⁾2005年4月22日判決

〔事案の概要〕

2002年夏、原告であるAはその私的な使用のために、Y（通信販売業者）の下でいわゆる「オープンセットHerd-set」を524,90ユーロで購入した。商品は2002年8月に引き渡された。2004年1月、Aは、「システムレンジ」の内部にあるオープンで、エナメル層Emaillenschichtが剥離していることを確認した。機器の修補は不可能であったため、Yはオープンを合意に従って2004年1月に交換した。最初に引き渡された機器はAからYに返還された。Yはオープンの交換後、Aに対して当初は119,97ユーロの使用利益返還を請求し、のちにYはこの額を50ユーロ分減額した。AとYの間では、膨大な量のやり取りがあった。Aは最終的に、請求された金額を支払った。2004年6月2日、その後Aは消費者団体であるXにその訴訟に関する権利を譲渡した。XはYに対して67,86ユーロの返還を要求したが、Yはこれに応じなかった（本来の差額は69,97ユーロであるが、主張されていない）。Xは、支払いには法律原因がないなどとして利息を含めて67,86ユーロの額でこの金銭の返還を求めている¹²⁾。

〔判旨〕

ニュルンベルク・フルト地裁は、代替物の引渡しに伴って使用利益を返還すべきか否かという問題につき学説上争いがあるということを確認したうえで、BGBの規定（BGB439条5項）および立法者の意思には反対するという立場をとると述べる。つまり地裁は売主に対する使用利益の返還義務を否定する。

否定の根拠は、①条文の文言、②法律の体系、そして③売主に契約に適合する給付を促すという瑕疵担保規定の目的であるという。

まず条文の文言について、BGB439条5項の文言によれば、売主は買主に対してBGB346条ないし348条の規準に従い、売主が追履行の目的で瑕疵の

ない物を引き渡す場合には瑕疵ある物の返還を請求できるとある。しかし文言に純粹に従うと、BGB346条ないし348条への参照指示は、必ずしも取得した利益の引渡義務への参照指示にも関係するというわけではない。この点において、取得した利益の返還も買主の義務に含まれるとする立法者の意思が、条文上明確には表現されていないことになる、という。

次に法律体系に基づいて二つの点を指摘する。第一にBGB446条によれば、¹³⁾ 売買目的物の移転でもって危険は買主に移転するが、それと同時に利益も買主に帰属する。そのため、瑕疵はあるものの物の引渡しがあった以上、物から生ずる利益も買主に移転するべきであり、代替物の引渡しという追履行の請求があったからといって、これを返還するべきとしてしまうと、解決不能の矛盾が生じてしまうという。第二に、BGB439条5項は解除の規定を参照させて代替物の引渡しに伴う買主の返還義務を基礎づけているが、解除の規定は給付の双方向的返還に合わせて調整されている一方で、代替物の引渡しに伴う返還は、契約に忠実であった買主側のみが返還義務を負うという場面であり、相違がみられる。そのため、これは利益に関しては、契約に忠実でない当事者＝売主はたしかに利益（利息利益）を伴う売買代金すべてを保有してよいであろうが、しかし契約に忠実であった当事者＝買主は本来約束されていた利益を引き渡さなければならないということになってしまうであろう。そのため、たとえ買主が代替物の引渡しによって、新たな物を得ているために利益を有しているというべきであるとしても、この利益は使用利益と同一のものではないであろうし、そして売主の過誤に起因しているといえるであろう。それゆえにこのリスクは売主が負担するべきであるという。

最後に瑕疵担保規定の目的に関して、瑕疵担保規定の目的は売主に契約にとって適切である給付を促すということに奉仕するという。売主に対して瑕疵ある物の引渡しのために使用利益の引渡請求を認めることはこの目的に矛盾するが、それはこれを認めると瑕疵ある物からそのようにして利益を得ることを買主に認めてしまうからである、という。また、使用利益等と返還を

受けずに追履行をしなければならぬ売主の負担が過大となるのであれば、BGB439条3項によって売主は追履行を拒絶できるという。

二 ニュルンベルク上級地裁2005年8月23日判決¹⁴⁾

〔判旨〕

本判決は一で扱った地裁判決の控訴審である。ニュルンベルク上級地裁は、地裁の判決に全面的に同意するという。まずBGB439条5項が利益の引渡義務への参照指示も含むか、については地裁判決に全面依拠している。この点については、BGB346条そのものが物の返還と利益の引渡しを区別していることから、利益の引渡しについて言及しないBGB439条5項の文言からは、使用利益の返還義務は導かれぬという。

次いで立法者意思について、地裁の見解に対して若干補足的に以下のように批判する。立法者はBGB439条5項において代替物の引渡しを受けた買主に、解除の規定に基づく返還義務を課しているが、そこで用いられている根拠(=買主が代物引渡しでもって新たな物を受領するところ、買主が返還すべき物をそれ以前の時点では無償で利用できるというべきでありそしてそのようにして瑕疵から利益を得られるべきとすることは理解できない)は、買主が代替物の引渡しを選択しない場合と選択した場合とで、それぞれについて買主の置かれる利益状況を比較してしまっており、解除の規定を代替物の引渡しに伴う瑕疵ある物の返還の場面に当てはめてよいかどうかを検討するために本来必要な売主側の利益状況を含めた比較を欠いてしまっている。すなわち本来であればBGB437条1号における追履行の一つとしての代替物の引渡しと、BGB437条2号における解除の場面が比較されなければならないはずであるという。そこで解除の場面と代替物の引渡しの場面を比較すると、後者についてたしかに買主は新たな瑕疵のない代替物を、新たな瑕疵担保に基づく権利の行使期間とともに受け取る一方で、売主は瑕疵のある物を引き取らざるを得ないことになる。これは買主側に有利で売主側に不利な結

果となりうるが、売主は完全な売買代金を保持しているということ、そもそも売主が瑕疵ある物を引き渡したということ、そして従って売買契約を完全には履行しなかったということ、さらに買主にとっては彼の側でその瑕疵担保請求権の貫徹がたびたび負担と結びつけられているということが売主の負担として考慮される必要がある。以上のことから、代替物の引渡しに伴う瑕疵ある物の返還義務において、使用利益を買主に課さないことは必ずしも不当ではないと述べる¹⁶⁾。

三 BGH2006年8月16日判決¹⁷⁾

ニュルンベルク上級地裁の判決を受けて、原告はさらに上告をし、この上告は認められることになる。後述する判旨でも述べることであるが、BGHはこの問題についていったん訴訟を破棄し、欧州裁判所への付託をすることを決定する。その理由は、代替物の引渡しに伴う瑕疵ある物の返還について、使用利益の返還も買主に義務付けるBGB439条5項の規定が、消費動産売買指令1999/44/EGの定め反しないのかどうかについて欧州裁判所に確認をするためであった。

[判 旨]

ただしBGHも基本的にはBGB439条5項の規定には疑問を呈しており、方向性としては二つの下級審判決と同様である。解除の場合と異なって、代替物の引渡しの場合には買主にのみ一方的に利益の引渡しも含む返還義務が課されてしまうことになる以上、買主側に不当な不利益が生じてしまうと批判する。またBGB446条2文の規定についても、「売買目的物の利用はBGB446条2文により、引渡しの時点から買主に認められる。これは瑕疵ある(契約に適合しない)売買目的物の場合、瑕疵のない売買目的物の場合と何ら変わらないといいうる。売主に対する瑕疵ある物の返還を独立的に考察する場合、なぜ買主がBGB446条2文とは反対に彼に属する利用に対して売主

に価値賠償を給付しなければならないというべきであるのかについて、理由は見出しえないであろう。買主が代物引渡しによってまだ利用されていない新たな物を受領するということは、買主が当初引き渡された、それに対して反対給付として一売主にその全部の利用がゆだねられている一売買代金を支払った瑕疵ある物を無償で売主の費用で利用したという結果にはならない」という。

しかしBGHは、BGB439条5項によるBGB346条ないし348条への参照指示が、利益の引渡しをも対象としているかについて、下級審判決とは異なってこれを肯定する。すなわち、「この参照指示は、その文言と立法資料に表れている明確な立法者の意思によれば、BGB346条1項に規定されている取得した利益の引渡し請求権、ないしは一取得したものの本来の引渡しが排除される限りで—BGB346条2項1号による価値賠償をも含んでいる。国内の学説でも、この参照指示は主としてこの意味で理解されている」という。そして立法理由に明確に示されている立法者の意思、つまり代替物の引渡しに伴う瑕疵ある物の返還に際して買主に利益の返還も義務付けるという法理は、BGB439条5項の文言において十分に明確に表されているという。したがって、解除の諸規定への参照指示は売主の利用利益賠償請求権も根拠づけるというわけではないという内容でBGB439条5項を限定的に解釈することは、文言と立法者の明確に表明されている意思とに矛盾するであろう。そのような解釈は法と法律への判例の拘束（GG20条3項）を考慮すると許されない、という。

このようにBGHは、BGB439条5項による参照指示の範囲の解釈につき、下級審判決とは異なって、立法者の意思がBGB439条5項に明確に示されている以上、この条文をことさらに限定的に解釈するということは基本法に反する解釈となってしまう、許されないという立場をとる。つまり、買主に使用利益の返還を認めることは、解除の場合との利益状況の違いから買主側に不当な不利益をもたらさうるために疑問であるが、条文解釈としては使用利

益の返還を否定するように限定的に解釈をすることは認められないという。しかしBGHは、本事例が消費者と事業者との取引であることから、消費用動産売買指令との関係を精査する必要があるという。消費用動産売買指令3条（特に2項と3項）によれば、消費用動産の契約に適合する状態の完成のための修補や代替物の引渡しは無償で行われなければならないことになる¹⁸⁾。代替物の引渡しに対する瑕疵ある物の返還に際し、それまで買主（消費者）が使用利益を得ていたならばこれをも引き渡す必要があるとする規定が、指令3条の定める無償の追履行の原則に反しないかどうかについて、BGH自体は指令に反するものと推測している。以上から、この問題について指令にBGB規定が一致するかを確認するため、EG234条に基づいて欧州裁判所に付託をするとした。

四 その後の経過—欧州裁判所における決定とそれを受けての改めたのBGH判決

本稿の問題関心は、改正562条における追完としての代替物の引渡しに際して、買主が物そのものの返還以上の返還義務を負うかどうか、である。したがって代替物の引渡しという追完請求権が行使された売買契約が、消費者契約であるか否かは関心外である。そのため、上記以降のドイツ裁判例の経過では、もっぱら消費用動産売買指令の適用領域、つまり消費者契約たる売買契約において、代替物の引渡しに際して買主たる消費者に使用利益の返還等までも義務付けることが妥当かどうか問題となっている。そのことから、ここではその後の経緯を簡潔に整理することとしたい。

1 欧州裁判所の決定

BGHから付託を受けた欧州裁判所は、2008年4月17日にこの問題に対する見解を示す¹⁹⁾。欧州裁判所はBGHの推測通り、BGB439条5項における買主に対する使用利益返還義務は、消費用動産売買指令3条の規定に反している

という。すなわち「3条3項は、売主による契約に反する消費財の修繕のみならず、場合によっては契約に適合する消費財によるこの財の交換もまた、消費者にとって無償で実施される必要があるということを明記する。無償性という要件は、買主がその権利の主張をすることを妨げる可能性があるであろう、買主に差し迫る金銭的負担から買主を保護するべきとされている全体として不可分のものである」という。また「修繕によってであれ契約違反の消費財の交換によってであれ、消費財の契約に適合する状態の発生を無償で実現するというこの売主に課される義務は、…そのような保護が欠けていることでその請求権を主張することを躊躇してしまうという差し迫る金銭的負担から消費者を保護するものとされている。欧州立法者によって意図されたこの無償性の保障は、契約が関連している消費財の契約に適合する状態の発生のためのその義務履行の枠内における、売主のあらゆる金銭的要求を排除することを意味する」。以上のように欧州裁判所は、消費財動産売買指令3条において無償の修繕、無償の代替物の引渡しが要求されている理由は、これらの法的救済に伴って消費者に何らかの金銭的負担が生じてしまう場合、この負担が枷となって消費者が権利行使を取りやめてしまうという恐れをなくすためであるという。そのことからBGB439条5項において瑕疵ある物そのものの返還だけでなく、使用利益等の返還までも消費者（買主）に義務付けてしまっている²⁰⁾ということは、消費者の保護を目的とする消費財動産売買指令3条の理念に反してしまうとした。

2 BGHの再度の判決

欧州裁判所の判断を受けて、BGHは改めてこの事件に対して判決を下すこととなった²¹⁾。BGHは以前の判決では、BGB439条5項による買主の返還義務の定めについては疑問はあるものの、立法者の意思が条文上明確に表されているためにこれを解釈の方法で操作することはできないという立場であった。しかし今や欧州裁判所が、BGB439条5項の規定が消費財動産売買指令

= 欧州法に違反していると示した。そこでBGHは、BGB439条5項をめぐる立法者意思について、立法者は買主に使用利益の返還等もその義務とするという意図については矛盾なく立法化されているが、この規定が消費者契約、つまり消費動産売買指令の適用領域においても問題なく妥当するという意図については、欧州法との矛盾があるとする。²²⁾ そのためこの点において、法律の改正によって補充されるべき隠れた欠缺が存在するという。法律が改正されるまでは、消費者契約の場面では限定的解釈をする必要があり、その結果として少なくとも消費者契約においては、買主としての消費者が代替物の引渡しを請求する場合、瑕疵ある物そのものの返還義務のみを負い、使用利益等は返還しなくともよい、と示されることとなった。

3 BGB474条の改正

このBGH判決を受けて、ドイツの立法府はBGB474条の一部を改正した。現行のBGB474条2項1文は、消費者契約としての売買契約では、「BGB439条5項の規定は、利益の引渡しの必要はなく、またその価値による賠償の必要もない」と規定するに至った。そのため少なくともBGB474条1項の規定する消費者契約たる売買契約では、消費者としての買主が代替物の引渡しによる追履行を請求する場合には、単に瑕疵ある目的物の返還のみを義務付けられるということとなった。

しかしBGB439条5項自体は残されているため、消費者契約ではない一般の売買契約において、代替物の引渡しによる追履行に伴う瑕疵ある物の返還に際して、これとともに使用利益等の返還もなお課されるのかどうかは、今後も解釈上の問題として残されていることとなる。²³⁾

五 ドイツ裁判例のまとめ

以上、BGB439条5項による代替物の引渡しに際しての使用利益の返還義務の当否にかかるドイツ裁判例を概観した。判例では下級審、BGHともに

一貫してBGB439条5項への疑問が提起されていた。主な理由は、①BGB439条5項自体には、瑕疵ある物の返還という文言はあるものの、利益の返還については文言として明確に表されているわけではないこと、②契約の双方向的清算のための制度である解除に関する規定を、契約の履行に向けられる制度である追履行としての代替物の引渡しにのみ当てはめてしまっており、かつ買主にのみ返還義務を課すことで、買主側にのみ使用利益等も含めた全面的返還義務が課される一方で、売主は代金やそこから得られた利益を全く引き渡す必要はないという非対称性が生じてしまっていること、③使用利益の返還を認めることは、結果として瑕疵ある物を給付した売主を利する結果になる恐れもあること、④そもそも売主が瑕疵ある給付をしたことに原因があるというべきこと、などである。しかしBGHは、下級審判決とは異なって、立法者意思が明確にBGB439条5項に表現されている以上（したがって上記①に関しては下級審とBGHとで立場が異なっている）、これを解釈の方法で覆すことは困難であるとして、消費動産売買指令に対する違反の有無に着目して欧州裁判所に付託をした。

四でみたように、結果として欧州裁判所はBGB439条5項を消費者としての買主にも適用することは、消費動産売買指令3条が求める無償の修繕・代替物の引渡しという原則に悖り、許されないとの判断を基に、BGHも同様にBGB439条5項は消費動産売買の領域では適用されないと判時するに至った。

IV ドイツにおける学説の状況

以上のように、BGB439条5項の解釈が争われた一連の裁判例では、欧州裁判所への付託も含みつつ、判例は一貫して、代替物の引渡しに際して使用利益等の返還までも義務付けることは、さまざまな観点から理由が述べられ、買主を不当に不利益扱いし、売主に有利となる結果を生むとして問題視されている。ただしすでに見たように、最終的な結果としては消費者契約の

場面に関しては消費動産売買指令との関係もあって、BGB439条5項による使用利益等の返還は課されるべきではないということに落ち着いた。以下では学説からはどのような見解があらわされているのかを整理することにした。

一 使用利益返還肯定説

立法者の意思と同様に、買主に対して使用利益の返還までも義務付けるべきとの見解は多くみられる。しかし、その多くは単に立法者意思を紹介するにとどめるにすぎず、²⁴⁾ 自身の見解や一定の理論展開に基づいて、BGB439条5項による使用利益等の返還義務を正当化するというものは少ないようである。そのような中でも以下のような見解に注目できる。

1 フェストの見解²⁵⁾

フェストはとりわけ、先述したニュルンベルク上級地裁の判決に対して批判的見解を述べる。まずニュルンベルク上級地裁はBGB439条5項の文言について、同項は物の返還については述べているが利益の引渡しについては述べていないとして使用利益返還義務を否定している点を批判する。²⁶⁾ フェストによれば439条5項は346条ないし348条を包括的に参照指示しており、この点において使用利益の返還も買主に義務付けるという立法者の意思が明確に規範化されているという。

そして使用利益返還義務を課すことそれ自体の正当事由については、修繕という追履行が選択された場合の当事者の利益状況と、代替物の引渡しの場合のそれとを比較すれば明らかであるという。²⁷⁾ 仮に買主が修繕という追履行を選択した場合、修繕がなされるまでに買主が目的物を利用したことで目的物に価値の喪失が生じたとしても、これを売主に転嫁することはできない。他方で代替物の引渡しを選択する場合には、代替物の引渡しまでに瑕疵ある物を利用したことでこの物に生じた価値の喪失は、売主に返還されることに

より売主に転嫁されてしまうことになる。使用利益の返還義務を課さなければ、追履行の方法を選択する権利を有する買主に対し、追履行実施までの目的物利用により生じた物の価値的損耗を売主に転嫁するかどうかを選択することまでも認めてしまうことになり、この点に買主と売主との間で不平等扱いが生じてしまうという。これを防止するためにも、BGB439条5項によって解除の効果に関する規定を用いて買主に利益の返還義務を課すことは正当であるという。

また、解除の場合には双方向的な原状回復義務が課される一方で、代替物の引渡しの場合には買主にのみ原状回復義務が課されるという非対称性に対する批判については次のように指摘する²⁸⁾。買主が売買契約に従って支払いを義務付けられる代金は、代替物の引渡しの場合、最終的に引き渡された瑕疵のない物への対価となる。代替物の引渡しの場合において、瑕疵ある物に対しては対価の支払いがないことになる。そのため買主に対する利益返還義務は、この不当な利得を吐き出させることが目的となり、まさに正当な義務となる、という。

そして瑕疵ある物が引き渡されたという事実についてそもそも売主側に問題があるという点については、不完全履行という事実でもってあらゆる負担を売主側に課すことまでは正当化されないとする²⁹⁾。

以上のようにフェストは、ニュルンベルク上級地裁がBGB439条5項による使用利益返還義務を否定する際に用いた理由付けを一つ一つ批判していく。

2 フォイアーゼンガーの見解³⁰⁾

フォイアーゼンガーは、売主が契約上義務付けられていたものよりも多くのものを過剰に給付した場合に利益の返還義務が正当化されるという立場から、BGB439条5項の規定を肯定する³¹⁾。売主が買主の代替物の引渡請求に応じて瑕疵を除去する場合、交換される物を買主がそれまで使用していたとい

うことを考慮すれば、全体として耐用年数がより長くなるという事態が発生する。したがって売主は契約上の義務よりも多くのものを給付していることになる。買主はこれを補填する必要がある。法律に従えば、代替物の引渡しとそこから得られたより長い耐用年数は、契約を超える利得、したがって不当な利得を導く。そのため買主は売主に対してこの利得を価値賠償というかたちで返還する義務を負う、という。注意が必要であるのは、フォーイアーゼンガーが返還の対象としている利益は、瑕疵ある物を使用して得た利益ではなく、代替物の引渡しに伴って結果として将来的な使用期間が延長したということに伴う利益という点である。その意味で、瑕疵ある物を利用したことに伴う使用利益を返還すべきとの立法者意思や、先のフェストの見解とは若干の相違がみられる。

ただし、買主が修繕による追履行を請求したが、売主がBGB439条4項に従ってこれを拒絶し、代替物の引渡し売主によって選択され実行されたという場合には、買主に使用利益の返還義務はないという。修繕という追履行が拒絶され代替物の引渡し売主により選択される場合、ここに買主の承認や自律意思に基づく決定はない。つまりこのとき買主が結果として代替物の引渡しまでの物利用により利得をしてしまっているという事態は、売主による修繕の拒絶と代替物の引渡しの再選択の反射的事態であり、いわば押し付けである。このような場合にも買主に使用利益の返還を求めてよいとすることは、当事者間の利得調整にとって適切ではないという。そのため、このように当初は修繕を求めていた買主が、BGB439条4項によって修繕を拒絶され、代替物の引渡しを選択しなおされた結果、対価の対象となっていない物利用による利得が生じてしまったという場合には、使用利益返還の必要がないという。

3 シュミットの³²⁾見解

シュミットは、BGB439条5項の解釈について欧州裁判所への付託が決定

された2006年のBGH判決について批判的見解を述べる。シュミットは、BGHがBGB439条5項において立法者の明確な意思が十分に表されているために、解釈によって使用利益返還義務を否定しがたいとした点については妥当とする。しかし、使用利益返還義務それ自体を疑問視する態度については、当該義務はまさに正当なものであると擁護する。³³⁾

まず法律体系の観点からは、BGB346条ないし348条という解除の効果に関する規定については、439条5項以外でもこれを一括して参照指示する条文がみられる。³⁴⁾ こうした条文についてはBGB346条ないし348条の全面準用を認めておきながら、BGB439条5項についてのみ、限定的な解釈をすることは法律の体系に反するという。また、BGB439条5項は346条以下のうちの特に346条ないし348条を選び出しており、この点においてもこれら条文が包括的に参照指示されているという理解が体系に一致するという。

また、買主による遅延損害賠償との関連についても言及する。³⁵⁾ シュミットは買主に対する使用利益の返還義務がなければ、買主の側で遅延賠償請求権の要件を回避できてしまうという事態が発生してしまうという。これを防止するためにも、買主には使用利益返還義務を課すべきであるという。つまり、仮に買主が代替物の引渡しを選択したが、追履行までに瑕疵ある物の利用をしなかったという場合、買主は使用利益を得ておらず、また追履行までに瑕疵のない物の利用ができなかったという損害＝履行遅滞に基づく損害については、当該損害賠償請求権の要件を満たす限りで請求可能である。しかし瑕疵の性質や種類、程度によっては、瑕疵はあるものの瑕疵のない物と同様に使用可能であったり、あるいは瑕疵のない物には及ばないものの、ある程度利用可能であるという場合も想定できる。そのような場合、買主は瑕疵ある物を利用することで、瑕疵のない物を利用できなかったことによる損害の発生を（場合によっては完全に）回避できることになる。損害の発生はそれ自体としては望ましくないので、瑕疵のある物であってもこれを利用することによって買主側の損害を極小化するように努めることはむしろ必要であ

るようにも思える。しかし瑕疵のない物が利用できなくなったことによる損害は、本来であれば遅延損害の賠償請求権の要件を満たしたうえでのみ請求可能となる。そこで、BGBにおける同損害の賠償請求権の要件を見てみると、BGB281条各号において、弁済期の到来や催告、そして債務者の責めに帰すべき事由などとされている。しかし買主が瑕疵ある物から使用利益を得てよく、これを返還する必要がないとすることで、本来であれば損害賠償請求要件を満たしたうえで請求可能になる遅延損害を補てん可能にしてしまうと、BGB281条の要件の回避が認められてしまうことになる。シュミットはこの点で、BGB281条の要件を無意味にしないためにもBGB439条5項による使用利益返還義務は正当であるという。

二 使用利益返還否定説

他方で一連の判例法理と同様に、BGB439条5項による代替物の引渡しに際しての使用利益等の返還義務を不当とする学説も多くみられる。以下の見解が代表的なもの目される。

1 グセルの見解³⁶⁾

グセルはBGB439条5項による使用利益返還の問題について、すでに債務法改正直後の2003年において、これを不当とする見解を表明していた。そしてBGHの判決が下された2006年にもこの問題に対して意見を述べている³⁷⁾。

まず、解除の場合とは異なって買主のみが全面的な返還義務を課されることについて、「法律が今や、政府草案理由書が述べているように買主が瑕疵ある物を『無償で』利用してはならないというべきであるために、使用利益返還を代替物の引渡しの場面にも拡大しているならば、売主に関して同様のことが当てはまるという必要はないのであろうか？ 売買契約の履行に関して代物引渡しの時点がまず基準となるのであれば、なぜこのとき売主に対してそれ以前の時期に関して売買代金の利息を得ることを認めるのか？ な

ぜ売主は売買代金をこの期間の間は無償で利用してよいというべきであり、しかし他方で買主は瑕疵ある売買目的物をこの期間について無償利用してはならないというべきなのか？」と買主にのみ負担を課すような規定態様となっている点に疑問を呈する。さらにはBGB446条2文によれば利益は引渡しから買主に属するため、売買契約の履行が代替物の引渡しではじめて完了するというように考える場合にのみ、それ以前の瑕疵ある物の利用は不当な利用となるという³⁹⁾。

そしてBGB439条5項の規定意図には、契約を部分的に清算するべきとの意図も含まれているのでは、とする。つまり「売買目的物の給付がすでに瑕疵ある商品の引渡し時に弁済期になっていたにもかかわらず、売買契約は、あたかも代替物の引渡しでもってはじめて決定的な履行段階に移行するかのよう、したがってあたかも瑕疵ある物が不完全な給付であるのみならず、債務の対象となる給付では全くないかのように考えられていることになる。このとき瑕疵ある物の利用はいずれにせよ後から考えれば一法律原因のないもののように考えられている」という。使用利益返還肯定説でも見られたように、買主から見た契約の目的物は瑕疵のない物であり、目的物に瑕疵があつてかつ代替物の引渡しによる追履行が請求され、これが実行される場合、当初引き渡された瑕疵のある物は契約の目的物ではなかったことなる。これに伴って、いわば契約を解除することと同様に考えれば、BGB439条5項のように代替物の引渡しによる追履行を受ける買主には、全面的な返還義務を課すことにしたのではないかと規律意図を推測する。しかしグセルはこのような扱いをまさに不当として⁴⁰⁾いる。すなわち買主は、引き渡される目的物を引渡しの時点から時間的に利用可能であるということを期待して契約を締結し、代金を支払っている。支払われた代金が、瑕疵のある目的物を代替物の引渡しまでの間に利用することによって得られる使用利益に対する対価ではない、とする考え方は誤りである。買主にとって期待することが許された物の利用によって得られる使用利益を、事後的な追履行、代替物の引渡

しに際して返還させるのであれば、この期待は裏切られることになるという。

しかしグセルは、代替物の引渡しによって結果として買主に一定の利得が生じてしまうことがあり、その場合にはこの利得を返還するべきとも説く⁴¹⁾。この利得は、代替物の引渡し以前に瑕疵ある物の利用から得た使用利益ではなく、改めて瑕疵のない代替物が引き渡されたことによって、将来的に当該物を利用できる期間が延長した、ということに伴う利益であるという。たとえば耐用年数2年の機器を購入した買主が、当該機器を1年半使用し、その時点ではじめて瑕疵が明らかになったために代替物の引渡しを売主に請求したとしよう。売主が代替物を引き渡すと、買主は改めて瑕疵のない代替物の引渡しを受けることになる。当初引き渡された物に瑕疵がなければ、買主は当該物の引渡しから2年間の使用が可能であったところ、1年半後に瑕疵が発覚したことで、1年半の利用期間からさらに代替物の使用が可能になることになる。この使用期間、耐用年数の事実上の延長が買主にとって契約において予定されていない不当な利得となり、損害賠償法における原則である差額控除 *Abzug neu für alt* に準じて売主に利得を返還するべきという。しかしグセルは、技術的に短命で革新の多い分野の商品や製品の場合には、将来的な使用期間が事実上伸びたとしても、買主にとってそれが必ずしも利益であるとは言えないため、実際には差額控除による利得返還が認められるべき場面は少ないとも指摘する⁴²⁾。

2 ベックの見解⁴³⁾

ベックはニュルンベルク上級地裁の判決を全面的に支持している。まず、BGB439条5項の立法理由によれば、瑕疵ある物を無償で利用した買主の優遇扱いを回避するために、使用利益等についても返還義務を課しているが、追履行が単なる義務履行にすぎないという点を見落としているという⁴⁴⁾。代替物の引渡しに際して買主に生じる利益は、瑕疵ある物を代替物の引渡し以前

の段階で使用できたという利益ではなく、改めて瑕疵のない新品の物を受領することによる、結果としての耐用年数、使用期間の延長という利益であるという。そのため、買主に生じた（不当な）利得を調整するというのであれば、使用利益の返還ではなく将来的に物の利用期間が延長することによって買主が享受するであろう利益の調整が必要になるというべきという。

また、グセルと同様にBGB446条2文によって引渡しから利益が買主に帰属するという点に着目する。買主が物を利用可能である⁴⁵⁾のは、物を利用することができるという権利に対して対価を支払っているからであるという。そのため、代替物の引渡しに伴う使用利益の返還義務によって後発的にこの買主の権利が損なわれることがあってはならないという。もしこれを認めるのであれば、適切な履行が行われていた場合に比べて買主の立場が不当に損なわれるという。

また、BGB439条5項によって346条ないし348条の規定を準用することにした立法者が、評価矛盾に陥ってしまっていると指摘する。この参照指示によって立法者は結果として解除における当事者の利益状況と、代替物の引渡しという追履行における当事者の利益状況を類似のものにとらえたことになるが、前者は契約の完全な清算に向けた制度であり、後者は契約の貫徹が問題となる制度であるという。そのため、解除の場合には当事者双方の原状回復義務が正当化される一方で、代替物の引渡しの場合には、むしろ買主ははじめから瑕疵ある物（その瑕疵がのちになってはじめて明らかになった）をも利用するという権利も有しているという。立法理由は代替物の引渡しでもってはじめて履行が完成するととらえるようであるが、代替物の引渡しは追「履行」にすぎないのである。そのために売主側では代金から得られる利息等はそのまま保持することが許される。それにもかかわらず、買主にのみ使用利益等の返還義務を課すのであれば、それ以上の理由付けが必要であろうという。

3 ブルンスの見解⁴⁶⁾

ブルンスはBGH2006年判決とグセルの見解を紹介しつつ、BGB439条5項にかかる立法理由を批判する。まず立法者の述べる代替物の引渡しの場合には、買主は瑕疵ある物を無償で利用してしまっていたことになるとの見解については、BGB446条2文の存在、そして瑕疵ある物の利用も売買代金の対象であることから無償の利用ではないという⁴⁷⁾。もし買主に代替物の引渡しによって利得が生ずるとすれば、新たに引き渡される代替物から得られる（契約を超える）利益が想定できるが、立法者はそう述べてはいないという。また、代替物の引渡しによって将来的な使用期間が延長するというかたちでの利益の問題についても、グセルのように差額控除という損害賠償法の原則を持ち出すのであれば、追履行と損害賠償という二つの法的救済を同一視してしまうことになるがゆえに不当であり、また、このような利得は結局のところ、代替物の引渡しという追履行に伴って売主から押し付けられた利得であるため、これをはき出させる必要はないという⁴⁸⁾。

さらに立法者が懸念していた買主による濫用的な追履行請求権行使の問題については次のように言う⁴⁹⁾。買主が目的物に瑕疵があることに気づき、目的物を使用しつくした後で代替物の引渡しを請求するような場合、BGB439条4項による追履行の拒絶要件が満たされる可能性が高い。そのため、このような濫用的権利行使という事態に対して使用利益返還義務を課すことによって対応する必要はなく、BGB439条4項による追履行の拒絶権を用いれば足りるという。

4 ムートホルストの見解⁵⁰⁾

ムートホルストは、まず、売主の瑕疵なき給付の遅滞によって、その本来的な履行義務に変わるところはないという⁵¹⁾。売主の瑕疵ある物の引渡しによって、買主は売主に対してまず追履行を請求することになるが、これによって買主は、①法的救済が修繕あるいは代替物の引渡しに限定され、②売

主は追履行の拒絶をBGB439条4項の要件の下で主張でき、そして③追履行の消滅時効がBGB438条によることになる、という状況に置かれることになる。しかし、瑕疵のない物を買主に提供するという本来的な売主の義務に変更はないままであり、もし使用利益の返還を買主に課するのであれば、給付前の状態を買主の費用によって生じさせるという事態となってしまう、不当であるという。そのため、BGB439条5項は目的論的に縮小される必要があるという。

5 ズーチェットの⁵²⁾見解

ズーチェットは、BGB439条5項や規定成立までの経緯（歴史）といった観点からは、代替物の引渡しに際して買主の使用利益返還義務を否定するという解釈の根拠は導き出せないという⁵³⁾。しかし交換的正義と消費動産売買指令との一致という観点から、使用利益の返還義務は否定されるべきという。

まず交換的正義について、たとえばソフトウェアのような消費や損耗の概念になじまない商品の場合には、買主は契約に基づいてもともと無期限の利用権が認められているのであり、瑕疵あるものであっても当初から同商品の利用は買主の権利であるという⁵⁴⁾。そのため、これによって得た使用利益の返還を義務付けることは不当という。他方で、あと300キロメートル走行可能である中古車を購入したという場合には、買主は300キロメートルの走行に対して対価を支払っている。このとき、30キロメートル走行した後で瑕疵に気づき、代替物の引渡しによってあたためて残り300キロメートル走行できる同種の中古車を受領する場合、買主は30キロメートルの走行分利得してしまっていることになるという。しかしここでも、交換的正義という観点から使用利益の返還義務を認めることは問題であるという。BGB439条5項では、解除の場合と異なって買主にのみ利益を含めた返還義務を課している。解除の場合では当事者双方に返還義務が課されることで、交換的正義が維持

されているが、BGB439条5項による買主に対する一方的な義務付けは、まさにこの正義において問題となる。そのため使用利益の返還義務は否定されるべきという⁵³⁾。

三 ドイツ学説のまとめ

以上、BGB439条5項による使用利益返還義務の要否をめぐるのは、賛成の立場と反対の立場とがみられる。賛成の立場の中には単に立法者意思を紹介するだけにとどまるものもあるが、もちろん詳細な理由を述べるものもある。主な理由としては、①修繕の場合と比較すると、修繕の場合には瑕疵ある物の使用に伴う損耗は買主に帰属したままになるのに対し、代替物の引渡しの場合には、瑕疵ある物が返還されるためにその損耗は売主の負担となってしまう。これを回避するために、代替物の引渡しの場合には使用利益の返還を課す必要がある。②買主が支払っている対価は、代替物の引渡しの場合には瑕疵のない代替物に向けられている。したがってこの場合には瑕疵ある物は買主の対価の対象ではなく、仮に瑕疵ある物を利用してたとすれば、それは法律上原因のない利用になる。そのためそこから得た利益も不当な利得となり、売主に返還するべきである。③体系的に見れば、他の条文でも参照指示されているBGB346条ないし348条という規定につき、BGB439条5項の場合にのみ限定的に解釈することは矛盾を来すこと、④使用利益の返還を認めずにこれを買主が取得してよいとすれば、本来であれば遅延損害の賠償請求要件を満たして請求すべき、利用が遅れたことによる損害の補てんを、使用利益の取得でもって賄ってしまう。遅延賠償の要件回避を避けるためにも、使用利益の返還義務が求められる。

これに対して、判例と同様にBGB439条5項による使用利益返還義務を否定する見解も有力である。①立法者や使用利益返還義務肯定説は、買主の代金の対象が代替物の引渡しの場合には瑕疵のない代替物であるとするが、買主はそもそも物を一定の期間にわたって利用可能であるという前提で、そし

てそれを期待して契約を締結し、代金を支払っている。したがって仮に売主の給付した物に瑕疵があったとしても、その利用も含めて買主は代金を支払っているのである。したがって買主が代替物の引渡し以前に瑕疵ある物を利用していても、それは契約に基づく正当な利用であり、「無償の利用」などではない。②買主は代替物の引渡しによって、せいぜい将来的な利益、つまり改めて瑕疵のない代替物が引き渡されるということで、予定よりも長期にわたって物を事実上利用できるという利益を受ける。これが不当な利得であると判断される場合にはこの利益が買主の返還すべき利益となるが、立法者はこのような場面を想定していなかった。③契約の双方向的清算に向けた制度である解除の規定を、契約の履行に向けられた追履行としての代替物の引渡しの場面に適用することは問題である。そして買主にのみこの義務を課しているために、買主のみが利益までも返還する義務を負うという非対称性が生まれてしまっている。④立法者の懸念する買主による濫用的な代替物の引渡請求に対しては、BGB439条4項による追履行の拒絶権で十分に対応できる、といった点が挙げられている。一方で使用利益返還義務を否定する論者の中には、新品たる代替物の引渡しを受けた買主が、結果として目的物の利用期間の延長という利益を受けたという事実を利得と見て、これを損害賠償法における原則である差額控除を適用して返還させるべきとの意見も見られる。しかしこの意見に対しては反対意見も見られている。

いずれの立場もさまざまな面から考察を試みているが、注目できるのは、売買契約において買主の対価の対象がなんであるのか、という点に相違がみられることである。立法者や使用利益返還義務肯定説は、代替物の引き渡しの場合には瑕疵ある物ではなく瑕疵のない代替物が対価の対象となるため、瑕疵のある物の利用は対価なき利用となり、そこから得られる利益も不当な利得になるとみる。一方で使用利益返還義務否定説は、買主は瑕疵ある物であろうとも引渡しからBGB446条2文によって利益を得られるのであり、また契約において買主が期待することは定められた期間にわたって物が使用で

きることである。したがって瑕疵ある物であろうともその利用が可能
ということを期待して契約を締結し、かつ対価を支払っているために、瑕疵
ある物の利用も法律上の原因のある仕様であるという³⁶⁾。

V 日本法への示唆

一 前提状況の整理

Ⅱ～Ⅳで整理したドイツ民法における代替物の引渡しに際しての使用利益
返還義務の当否をめぐる論議は、改正民法における追完請求権の理解にとっ
てどのような示唆を与えるのであろうか。まず、Ⅰ二で扱った事例を想定し
てみる。

買主が購入した自動車に契約不適合がある場合、買主は改正562条1項に
従って追完を請求できる。このとき買主が代替物の引渡しを請求し、売主が
これに応じて契約に適合する代替物を引き渡せば、買主は本来の契約目的物
を取得することになる。買主が購入した契約不適合のある自動車をそのま
まの状態で開催していれば、これを返還し、契約に適合する自動車の引渡し
が遅れたことによって生じた遅延損害を改正415条1項の規定に従って請求
することになる。このように、代替物の引き渡しによる追完に際して、返還
すべき契約不適合のある目的物がそのままの状態に残されているならば、買
主からの物の返還と、売主による代替物の引き渡し（そして改正415条1項
の要件を満たす限りで遅滞に基づく損害賠償）がなされ、売主は本来の債務
内容を果たしたことになる。

問題となるのは、買主が目的物を利用することで、一定の使用利益を得て
いる場合である。買主はこの使用利益も返還する必要があるのだろうか。

二 返還義務の範囲

1 追完請求権の意義

ドイツ法ではすでに見たように、代替物の引き渡しに伴う物の返還の根拠

と範囲とについて、BGB439条5項という法律規定で対応することとされていた。当該規定ではBGB346条ないし348条という解除の効果に関する規定が準用され、買主は物の返還のみならず、価値賠償や使用利益の返還も義務付けられていた。ただしこれについては賛否がみられている。

まず想起する必要があるのは、追完請求権という法定救済は、第一次的には買主の法的救済として位置づけることができるが、損害賠償や解除といった他の法的救済に比べ、買主と売主双方にとってより有利な法的救済となるという点である⁵⁷⁾。この点からみれば、追完請求権をめぐって生じうる解決を探るにあたって、当事者双方にとってより負担がなく、より望ましい利益調整が実現できる解決を目指すべきである。

2 返還義務の範囲に関する検討

では、BGBと同様に代替物の引渡しを受ける買主に改正545条にいうような原状回復義務を課し、物のみならず利息や果実、使用利益なども含めた包括的返還義務を課す場合にはどうなるであろうか。ドイツの立法者などが指摘していたように、売買契約に基づく買主の債権の目的が、「契約に適合する目的物」であれば、契約に適合しない目的物は債権の対象ではなく、仮にそれが引き渡されたとしても買主は契約不適合のある目的物について権利を有しないことになる。そうであれば、代替物の引渡し以前に買主が契約不適合のある目的物を使用したという場合、この使用は法律上原因のない使用となり、それによって得た利益は不当利得として返還の対象になると考えられる。

しかし、契約不適合が使用によってはじめて明らかになるという可能性もありうること、つまり買主が契約不適合を知らずに目的物を使用してしまい、結果として使用利益を意図せずに得てしまうという可能性があることを考えると、そのような買主に全面的な返還義務を課すことは過大な負担を課すことであるように思える。また、物の種類や性質などによっては、使用利

益が多く算定されることもあり得よう。そのような場合、買主は代替物の引渡しが自分にとって望ましいと考えても、使用利益等も返還する必要があるという金銭的負担のために、代替物の引渡しや、それどころか追完という法的救済そのものの行使を躊躇してしまうという事態も想定される。他方で使用利益の返還を認めることで売主において保護される利益は、契約に適合せず自身の所有のままとなる物につき、そこから得られたであろう使用利益を取得できるということである。

ひいては改正562条1項ただし書によれば、売主は買主にとって相当の負担でない限り、追完方法を選択しなすことができる。仮に使用利益等の返還も代替物の引渡しを受ける買主にとって当然の義務であるとすれば、本来は契約不適合があるために売却に適しない商品を、これに気付かない買主にあえて押し付けて利益を得ようとする悪質な売主にインセンティブを与えてしまいかねない。このように考えると、(改正民法の解釈として解除の規定を準用・類推するかどうかは別として) BGB439条5項のように代替物の引渡しを受ける買主に全面的返還義務を課すことには買主側に過大な負担をかける結果となりかねず、問題があるように思える。

そしてドイツにおける使用利益返還義務否定説の言うように、売買契約に基づいて買主は引き渡された目的物を使用する権利を取得していると考えられる。仮に買主の債権の本来の目的が「契約不適合のない目的物」であるとしても、契約に基づいて契約不適合のある目的物を使用する権限があると考えられる³⁸⁾。

以上のように考えると、使用利益の返還を買主に義務付ける場合、買主に生ずるであろう不利益やリスクに比べ、売主に生ずるであろう利益は乏しいとわかる。当事者双方の適切な利益調整という観点からは、買主に対して代替物の引渡しに伴う契約不適合物の返還に際し、使用利益の返還を義務付けるべきではないといえよう。

しかし、使用利益の返還不要という基本原則をどのような場面でも妥当さ

せようとする、売主に不利な結果を招くことになりかねない。ドイツにおける債務法改正の立法者が懸念していたように、日本でも、買主による濫用的な追完請求権行使の可能性はあり得る。買主が契約不適合に気付いたが、代替物の引渡しを請求する前に目的物を利用しつくし、使用利益を豊富に得た後に改めて契約に適合する新品としての代替物を求める、というような意図のもとでの追完請求権が行使されるということも想定できる。このような権利行使はいかにも不当である。契約に適合しない物である以上、買主としては自分の要求する物ではないことがわかる。修繕を選択するならまだしも、代替物の引渡しを行使しようと考えていながらも、売主の不履行に乗じて、さらには改正民法に新たに規定される追完請求権という法的救済をいわば利己的に利用して利を得ようとする態度は正義ではない。そうであるとすれば、代替物の引渡しという追完に際して買主に課すべき返還義務のルールにも工夫を設ける必要がある。

3 返還義務の範囲を決定するためのルール

そこで、①原則として契約不適合を知らない（善意である）買主が契約不適合のある物を使用することで利益を得てしまったとしても、代替物の引渡しに際して買主はこの利益を返還する必要はない。しかし②契約不適合に気付き、かつ追完方法として代替物の引渡しを選択する意図が買主にあるのであれば、契約不適合のある物は売主に返還されることが前提となるため、使用が許されず、仮に使用してしまった場合にはそれによって得た利益を返還する必要がある。このとき使用態様がその目的物にとって通常期待されるような使用の程度を超えているなど、悪質な態度が買主にみられるのであれば、そもそも追完請求権という法的救済の行使が許されず、場合によっては売主から財産権侵害等を理由として損害賠償を認めてよいというべきである。

以上のルールを明確にするためには、民法703条および704条を参考にする

ことが妥当と思われる。すなわち契約不適合について買主が善意であれば、仮に当該物の使用によって利益を得たとしても、それを返還する必要はなく不適合物それ自体のみを返還すれば足りる。契約不適合に気付いた後でなお目的物を利用してことさらに使用利益を得るような場合、あるいは必要以上に利用するような場合、704条に準じ、契約不適合物それ自体のみならず、使用利益の返還や、場合によっては売主の財産権侵害を理由として損害賠償義務が生じる可能性もある。このように、契約不適合に関する買主の善意・悪意によって返還の範囲を区別することが妥当ではないだろうか。⁵⁹⁾

三 その他の問題—ドイツの学説で見られる差額控除について

ドイツの学説の中には、代替物の引渡しによって買主が改めて瑕疵のない代替物を受領することで、事実上、物利用が可能となる期間が延長するという利益が発生するので、これを契約を超える利得として売主に返還させるべき、との主張をするものがあつた。⁶⁰⁾このような場面は当然改正民法下でも生じうるところ、どのように扱われるべきか。

思うにこのような利得は、代替物の引渡しという追完方法から生ずる不可避の利得である。たしかに損害賠償においては、債権者や被害者は被った損害以上の賠償を得る必要はない。しかし追完はいわば遅滞した完全な履行である。また仮に買主が契約不適合に気付かずに物を利用し、その後代替物の引渡しを受けて、結果として事実上予定していた期間よりも長く物の利用が可能になってしまったということも、そもそも売主が契約不適合のある物を引き渡したことに起因するといえる。そうであれば、売主の不完全履行に端を発して買主にいわば押し付けられるかたちで生ずる、物の利用期間の事実上の延長という利益は、買主に返還させるべきではない。もしこの利益の返還を認めるのであれば、このような利益の返還をもくろんで、あえて契約不適合のある物を買主に売りつけるといった悪質な売主を利する恐れが発生といった、使用利益等の返還を認めることと同様の問題を生じさせてしまう

であろう。

なお、本稿では扱わなかったもう一方の追完方法である修繕の場合にも、この差額控除が問題となりうる。目的物の契約不適合を修繕という方法で除去する場合、たとえば瑕疵ある部品の交換という方法が実施されることが考えられる。このとき、当該部品が目的物の耐用年数や使用期間を決定づけるような性質を持つ場合、当該部品が新品の部品と交換されることで修繕が行われると、結果として目的物それ自体の耐用年数が刷新されるということも考えられる。この場合にも、買主は修繕によっていわば目的物の使用期間が延長されるという利益を得ることになる。しかし修繕も代替物の引渡しと同じく追完という法的救済の一態様である以上、遅滞した完全な履行を意味することになる。そして売主の契約不適合給付にそもそも原因があると考えられる以上、修繕であれ代替物の引渡しであれ、追完の結果として買主が得るこの種の利益を返還させるべきとすることには問題がある。そのため、修繕の場合も代替物の引渡しと同様に、結果として目的物の利用期間が延長するという利益を買主が受けたとしても、これを返還させる必要はないというべきである。

VI 結びに代えて

以上、本稿では改正562条において導入される予定である追完請求権という新たな法的救済につき、追完請求権が今後もたらしうるであろう種々の問題の一つである、代替物の引渡しに際しての買主の使用利益返還の要否という問題を扱った。本稿では、代替物の引渡しに伴う契約不適合物の返還に際して、買主が契約不適合物をすでに利用しており使用利益を得ているという場合、703条および704条に準じて、買主が契約不適合の存在について善意で使用したのか悪意で使用したのかに応じて、使用利益の返還の要否を区別するべきとの結論に至った。目的物の返還義務それ自体はおそらくは改正562条による代替物の引渡しという法的救済の性質から、当然のこととして導か

れるが、返還義務の範囲については703条および704条に準じて買主の態様によって区別することが望ましいと考える。⁶¹⁾

改正562条によって新たに導入される追完請求権は、理論的には瑕疵担保責任を契約責任とみる学説に連なるものである。そのため、契約責任説を支持する学者らにとっては、その考え方・構想を法典化したものと評価することができよう。しかしはじめに述べたように、追完請求権は民法典に新たに規定される法的救済であり、当該制度が法的救済としてどのように運用されるのか、具体的契約当事者の行動にどのように影響を与えるのかは未知数である。幸い、追完請求権に機能的に類似する法的救済である追履行請求権を、2002年にすでに導入したドイツ民法の経験という先行事例が存在する。改正民法施行後に生じてくるであろうと予測される追完請求権をめぐる数々に対して、いち早く理論的な解決方向性を示していくことこそが、現在の課題であるといえる。引き続き、追完請求権の持つ論点について検討を進めていくことにしたい。

注

- 1) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017）257頁、山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（岩波書店、2017）123-124頁、筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018）274頁。
- 2) ドイツ債務法における追履行請求権をめぐる各種の問題を手掛かりに、追完請求権について総合的に検討する近時の研究として、たとえば原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（成文堂、2017）、古谷貴之「民法改正と売買における契約不適合給付」産大法学51巻3・4号（2018）303頁以下、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）などがある。いずれもドイツ債務法における論議を手掛かりに追完請求権にかかわる基礎的考察を試みる先行研究であるといえる。
- 3) この問題につき、古谷・前掲注（2）325頁以下は、従来の解除に関する判例法理を前提とするのであれば使用利益の返還は肯定されるとも考えられるが、追完と解除とが別個の法的救済であることからすれば、この問題について同様の扱いをするべきかは問題であり、さらに消費者保護という面からみれば、使用利益賠償が足かせとなりうると指摘される。そしてこの問題については今後の解釈に委ねられているという。

- 4) なおBGB439条5項は、同条が2018年に改正を受けて新たに新3項が挿入されたことに伴って、それまでは3項であったものが新4項となり、4項であったものが新5項になった。そのことからドイツにおける2018年以前の判決文や論文、教科書類などでは、原文において、当然本稿でいうBGB439条5項を439条4項と表記している。本稿では紛らわしさを回避するため、ドイツ語の原文でBGB439条4項と表記されている場合でも、BGB439条5項との表記で統一することにする。かつては3項であった新BGB439条4項（追履行の拒絶）についても同様とする。
- 5) BGB346条2項は以下のとおりである。2項：「解除あるいは引渡しに代えて、債務者は以下の各号に定められている限りで価値賠償義務を負う。
 - 1号 返還あるいは引渡し取得物の性質によって排除される場合
 - 2号 債務者が受領した目的物を消費し、売却し、担保化し、加工し、あるいは改造した場合
 - 3号 受領した目的物が劣化し、あるいは滅失した場合；ただし通常の使用によって生じた劣化は問題とならない。
 契約において反対給付の定めがある場合、反対給付は価値賠償の算定に際して基礎とされる必要がある。消費貸借の使用利益に対して価値賠償が給付される必要がある場合、使用利益の価値の方が低額であったことを証明できる」。
- 6) 排除される要件は、瑕疵が加工等の間にはじめて明らかになった場合（1号）や、受領物の劣化や滅失が債権者の責めに帰すべき事由によるものである場合（2号）などとなっている。
- 7) BT-Drucks. 14/6040, S.232.
- 8) 旧BGB480条1項1文は、種類物の売買において目的物に瑕疵がある場合、買主は瑕疵に基づく解除Wandelungあるいは代金減額に代えて、瑕疵のない代替物を引き渡すことも請求することができるという規定である。同項2文では、種類物に瑕疵がある場合の代替物の引渡しについては、旧BGB467条1文が準用されるという規定となっている。旧BGB467条1文は、瑕疵に基づく解除については約定解除に関する諸規定が準用されるという内容となっている。
- 9) BT-Drucks. 14/6040, S.232f.
- 10) 本稿の問題始期にとって重要である以下の一連の判決を扱う先行研究として、円谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横浜国際経済法学17巻3号（2009）23頁以下（特に43頁から45頁）、「田中宏治「ドイツ新債務法における目的論的縮小クヴェレ事件」」千葉大学法学論集24巻3・4号（2010）175頁以下、同「ドイツ新債務法の2017年瑕疵担保法改正」川上正二＝大澤彩編『廣瀬久和先生古希記念人間の尊厳と法の役割』（信山社、2018）113頁以下、原田・前掲注（2）22頁以下、田中・前掲注（2）104-105頁および105頁注96などがある。
- 11) LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 22.4.2005 - 7 O 10714/04 = NJW 2005, 2558ff.
- 12) 先述したようにこの事例は上級地裁、BGH、そしてEuGHへの付託を経て、最終的に再びBGHで判決を得ている。そのため本稿では事案の概要については以下では省略することにする。
- 13) BGB446条（危険と負担の移転）：「売買目的物の移転でもって、偶然の滅失と偶然の劣化の危険は買主に移転する。引渡しから利益は買主に帰属し、買主は物の負担を担う。買主が受領遅滞にある場合、移転と同視される」。
- 14) OLG Nürnberg Urt. v. 23.8.2005 - 3 U 991/05 = NJW 2005, 3000ff.
- 15) この点については、Peter Rott, Austausch der fehlerhaften Kaufsache nur bei Herausgabe von Nutzungen?, BB 2004, 2478ff. の見解を引用する。
- 16) なお、ニュルンベルク・フルト地裁およびニュルンベルク上級地裁の判決を全面的

- に支持する批評として、*Christopher Woitkewitsch*, Anmerkung des OLG Nürnberg, Beschluss v. 23.8.2005, 3 U 991/05, VuR 2006, 36f.がある。
- 17) BGH, Urt. V.16.8.2006 – VIII ZR 200/05 = NJW 2006, 3200ff. 本判決の評釈として、BGH EWIR § 439 BGB 2/06, 675 (*Patrick Burns*), 675f. がある。
- 18) 消費費用動産売買指令3条（「消費者の権利」）の1項から3項は以下のように規定する。1項：「売主は消費者に対し消費費用動産の引渡しの時点で存在するあらゆる契約違反のために責任を負う」。2項：「契約違反がある場合、消費者は3項の基準に従って修繕あるいは代替物の引渡しによる消費費用動産の契約に適合する状態の無償の発生を求める請求権と、5項および6項の規準による当該消費費用動産に関する適切な売買代金の減額あるいは契約解消の請求権を有する」。3項1文：「まず第一に消費者は、それが不能でないか不釣り合いでない限りで、売主に消費費用動産の無償の修繕あるいは無償の代替物の引渡しを要求できる」。なお、3項2文は消費者の選択した救済方法が、売主にとってもう一方の救済方法と比較して期待不能である費用を生じさせる場合には、不釣り合いとみなされるという。また3文では、売主による救済は適切な期間内に、かつ買主にとって受忍不能なくして実施される必要があるとする。
- 19) EuGH, Urt. v.17.04.2008 – C-404/06 = NJW 2008, 1433ff.
- 20) なお、消費費用動産売買の場合に限定して、BGB439条5項の使用利益返還義務を否定する見解として、*Reiner Schulze/Martin Ebers*, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 366ff., 369; *Hannes Unberath*, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, ZeuP 2005, 5ff., 33ff. がある。とりわけ後者は使用利益返還義務を課すことの問題について、消費費用動産売買指令との関係、つまり消費者契約の領域に限定してではあるが、詳細に検討している。
- 21) BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 = VersR 2009, 1504ff.
- 22) 立法者はBGB439条5項と消費費用動産売買指令の関係について、たしかに消費費用動産売買指令は無償の修繕や無償の代替物の引渡しを要求しているが、これは消費者としての買主が追履行を請求する際に、たとえば送料等を負担することがあってはならないという意味であると理解していた。そのため、瑕疵ある物を利用したことによって得た使用利益等は消費者の（不当な）利得を返還させるにとどまり、何らかの費用的負担を求めるものではないために、消費費用動産売買指令と矛盾しないとしていた。BT –Drucks. 14/6040, S.232f.
- 23) ただし、BGB474条2項1文において消費者契約では使用利益等の返還は必要ない、と定められていることを反対に解釈すれば、少なくとも形式的には非消費者契約においてはBGB439条5項がそのまま適用され、買主は代替物の引渡しに際して物の返還に加えて使用利益等も返還する義務を負うとの解釈が素直であると考えられようか。
- 24) たとえば*Peter Huber*, in: *Peter Huber/Florian Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, C.H.Beck, Kap.13, Rn.55; *Gert Brüggemeier*, Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch, WM 2002, 1376ff., 1379; *Klaus Reischl*, Grundfälle zum neuen Schuldrecht, JuS 2003, 667ff., 667; *Klaus Tiedtke/Macro Schumitt*, Probleme im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs (Teil II), DStR 2004, 2060ff., 2060を挙げることができる。
- 25) *Timo Fest*, Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz bei Nachlieferung?, NJW 2005, 2959ff.
- 26) *Fest*, a.a.O. (Fn.25), 2959f.
- 27) *Fest*, a.a.O. (Fn.25), 2960.
- 28) *Fest*, a.a.O. (Fn.25), 2960f.
- 29) *Fest*, a.a.O. (Fn.25), S.2961. なお、フェストは消費費用動産売買指令との関係について、

BGB439条5項の規定は同指令に反するものではないという。フェストは、「反対解釈に基づいて、指令立法者は消費者に対して費用についてのみ負担させず、しかし追履行から生ずる全体的な不利益や負担からは免れさせるつもりではないことが明らかである。これによれば代物引渡しの場合における使用利益返還義務は、指令に一致している」という。そして仮にBGHや欧州裁判所がBGB439条5項が消費費用動産売買指令に違反していると判示する場合でさえ、BGB439条5項が同指令に一致すると解釈は可能であるという。

- 30) *Klaus Feuersänger*, Das Nacherfüllungsrecht des Käufers bei Mängeln an geringwertigen Wirtschaftsgütern, MDR 2004, 922ff.
- 31) *Feuersänger*, a.a.O. (Fn. 30), 924.
- 32) *Patrick Schmidt*, Nutzungsentschädigung bei Nacherfüllung durch Ersatzlieferung, ZGS 2006, 408ff.
- 33) *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 32), 409f.
- 34) シュミットは例として、BGB281条5項や326条4項を挙げている。
- 35) *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 32), 411.
- 36) *Beate Gsell*, Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?, NJW 2003, 1969ff.
- 37) *Beate Gsell*, Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache, JuS 2006, 203ff.
- 38) *Gsell*, a.a.O. (Fn. 36), 1970.
- 39) *Gsell*, a.a.O. (Fn. 37), 204.
- 40) *Gsell*, a.a.O. (Fn. 37), 204も参照。
- 41) *Gsell*, a.a.O. (Fn. 36), 1971.
- 42) *Gsell*, a.a.O. (Fn. 36), 1971ff.; dies., a.a.O. (Fn. 37), 204f.
- 43) *Simon Marukus Beck*, Nutzungsherausgabe bei kaufrechtlicher Ersatzlieferung, JR 2006, 177ff.
- 44) *Beck*, a.a.O. (Fn. 43), 178.
- 45) *Beck*, a.a.O. (Fn. 43), 178.
- 46) *Patrick Bruns*, Kaufrechtliche Ersatzlieferung nur gegen Nutzungsentschädigung?, NZV 2006, 640ff.
- 47) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 46), 640f.
- 48) ワーグナー＝ミヒャルも、差額控除を認めることに反対する。彼らは不法行為に基づく加害者の損害賠償義務と、売買契約に基づく売主の債務との違いに言及する。すなわち、不法行為に基づく損害賠償義務は損害の調整を目的とするが、契約上の債務は終局的に契約に適合する状態を発生させることを目的とするために、差額控除を認めるのであれば、買主は契約に適合する目的物の受領が不可能になってしまう恐れがあるからという。ただし、整備や更新のための費用といった、目的物の瑕疵の有無にかかわらずいずれにせよ買主に生じた費用 *Sowiso-Kosten* については、代替物の引渡しによって買主がこれを免れている場合には、不当利得に基づく返還請求の対象になりうるという。*Britta Wagner/Uwe Michal*, Nachlieferung nur gegen Nutzungsersatz?, ZGS 2005, 368ff., 373f. なお、*Christopher Woitkewitsch*, Nutzungsersatzanspruch bei Ersatzlieferung?, VuR 2005, 1ff., 5f. も同旨。また、メルスドルフも、消費費用動産売買に関してであるが、「新たに引き渡された売買目的物の耐用年数がより長くなっていることは、いずれにせよ先に挙げた消費者の不利益、すなわち売主による瑕疵のない給付の受領についてより遅れていることと関連して消費者が被っている不利益を補う」意味を持つがゆえに、この利益を返還させることは不当という。

Oliver Mörsdorf, Verpflichtung des Käufers zur Zahlung eines Nutzungsentgelts im Rahmen der Neulieferung einer mangelhaften Kaufsache, ZIP 2008, 1409ff.

- 49) *Bruns*, a.a.O. (Fn. 46), 641.
- 50) *Olaf Muthorst*, Keine Nutzungsherausgabe bei Ersatzlieferung, ZGS 2006, 90ff., 94f.
- 51) *Muthorst*, a.a.O. (Fn. 50), 94.
- 52) *Holger Sutschet*, Probleme des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, JA 2007, 161ff.
- 53) *Sutschet*, a.a.O. (Fn. 52), 163.
- 54) *Sutschet*, a.a.O. (Fn. 52), 163f.
- 55) *Sutschet*, a.a.O. (Fn. 52), 164. なお消費用動産売買指令との一致に関しては、同指令は契約解除の場合に消費者に対して使用利益等を返還させることに問題はないと述べるにとどまり、代替物の引渡しといったその他の法的救済についてはこれを認めていないと指摘する。*Sutschet*, a.a.O. (Fn. 52), 164. なお、コーラーもBGB439条5項によって買主のみ一方的に利益等の返還義務を課している点を問題視する。コーラーは交換的契約ではシナラグマ、つまり給付と反対給付との牽連関係が重要であるが、BGB 439条5項による買主に対する一方的義務付けは、この牽連関係を破壊してしまうという。そのため、BGB439条5項は限定解釈されるべきであるという。*Jürgen Kohler*, Nutzungsvergütung in Fällen der §§ 439 Abs.4 und 635 Abs.4 BGB?, ZGS 2004, 48 ff., 49.
- 56) なお、BGHのように消費用動産売買指令との整合について言及する学説もある。たとえばロットは、代替物の引渡しに対して使用利益の返還を義務付けることが無償の法的救済を求める同指令に反することなどを根拠に、BGB439条5項の指令に一致する解釈からは、使用利益賠償が否定されるべきという。*Rott*, a.a.O. (Fn.15), 2478f. また、*Mörsdorf*, a.a.O. (Fn. 48), 1412; *Thomas M.J. Möllers/Alexandra Möhring*, Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers, JZ 2008, 919ff. も参照。なお、債務法改正以前にすでに(当時は政府草案439条4項であった)BGB439条5項が、消費用動産売買指令3条に適合しないであろうことを指摘していたものとして、*Jan Hoffmann*, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 347 ff., 349がある。
- 57) これについては拙稿「追完請求権の制度的意義」大東法学28巻1号43頁以下、64頁以下参照。
- 58) 契約解除の場合には、改正545条に基づく原状回復義務が双方に課される結果、契約前の状態に復帰する過程で契約関係があることを前提に取得したものがすべて返還されあうため、使用利益も当然返還の対象になる。代替物の引渡しはあくまで不完全に履行された契約の追完であるため、買主の契約上の地位や権利が失われることはない。
- 59) なお、買主が契約不適合に気付きつつ、代替物の引渡しまで契約不適合物を使用することを認めるべき場合も存在するように思われる。たとえば、建設工事のために購入した建築用の重機に、出力に不備があるために予定されている作業の8割までしか完遂できないという瑕疵がある場合を想定しよう。このとき本文で述べたルールに従えば、買主が契約不適合に気付いた場合、契約不適合=瑕疵のない重機の引渡しまで瑕疵のある重機を使うべきではないことになる。他方で、建設工事のように遅延損害が膨大になりうるような場面前提となる場合には、買主にとっても売主にとってもなるべく遅延損害を減らすことが望ましいといえる。特に損害軽減義務のような考え方を前提とすれば、瑕疵があるとしても使用不可能ではなく、さらに使用しないことで膨大な損害が生じる恐れがある場合、この損害を売主に転嫁可能であるとしても、瑕

疵ある物の利用によりなるべく損害を減らすべきであるといえよう。そのような場合であれば、例外的に買主に瑕疵のある物の利用を認め、使用利益の取得を認めるとともに、これによって売主に請求可能な遅延賠償額の減少を促し、これでもって当事者間で生ずる損害リスクの極小化に向かわせるべきであろう。

- 60) フォイアーゼンガーやゲセルなど。IVを参照。
- 61) 本稿では使用利益を中心に検討し、目的物を消費した場合の返還の問題については触れなかった。これは目的物を消費した場合の消費分の価値と使用利益との関係をどう見るのかという問題にもかかわるが、原則として使用利益の場合と同様に、買主が契約不適合を知りつつ消費したのかどうかによって、つまり703条および704条のルールに準じて返還義務の有無を判断するべきと思われる。油納健一「不当利得法における「使用利益」の範囲（8・完）」広島法学41巻2号（2017）1頁以下、6頁以下も参照。なおコーラーはBGB439条5項における買主の利益返還義務について、同項が参照を指示するBGB347条では、消費した価値を償還する義務も規定されているところ、買主はこの償還義務を負うべきではないとする。*ders.*, a.a.O. (Fn. 55), 48ff., 53.