

## 損害賠償金の使途の自由

### —ドイツ民法第249条第2項第1文に基づく損害賠償—

青 野 博 之

- 1 はじめに
  - (1) ドイツ民法における原則としての原状回復主義
  - (2) 処分自由と目的拘束
  - (3) 本稿の目的
- 2 不法行為に基づく損害賠償請求
  - (1) 物損
  - (2) 人損
  - (3) 検討
- 3 瑕疵に基づく損害賠償請求
  - (1) 判例
  - (2) 検討
- 4 瑕疵に基づく費用前払請求
  - (1) 判例
  - (2) 検討
- 5 おわりに

## 1 はじめに

### (1) ドイツ民法における原則としての原状回復主義

ドイツ民法では、原則として、損害賠償について原状回復主義を採用している。すなわち、BGB第249条第1項により、被害者は、原状回復を加害者に請求することができ、同条第2項第1文により、被害者が原状回復をするために必要な費用の支払いを加害者に請求することができる。例外的に、BGB第250条<sup>(1)</sup>

---

(1) 債権者は、賠償義務者に対し、原状回復のために相当の期間を指定して、その期間経過後は原状回復を拒絶する旨の意思表示をすることができる。適時の原状回復がない場合には、債権者は、その期間経過後において、金銭賠償を請求することができる；この場合においては、原状回復を請求することができない。

又は第251条<sup>(2)</sup>に基づき、損害賠償は金銭賠償によりなされる。原則として原状回復主義が採用されているため、物損の場合において、物によっては、損傷した物の修理費がその物の価値を超えるときも、その修理費は原状回復に必要な費用とされ、これを請求することができる<sup>(3)</sup>。

BGB第249条は、次のとおり定める<sup>(4)</sup>。

#### 第1項

損害を賠償する義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかったならば存在したであろう状態を回復しなければならない。

#### 第2項

人に対する侵害又は物に対する損傷によって損害賠償をしなければならないときは、債権者は、原状回復に代えて、これに必要な金額を請求することができる。物に対する損傷については、第1文にいう必要な金額には、実際に発生し、かつ、発生した範囲における消費税を含む。

#### (2) 処分自由と目的拘束

後述するように、判例通説によると、物損については、BGB第249条第2項第1文にいう原状回復に必要な金額といっても、被害者は、原状回復を義務づ

- 
- (2) 第1項 原状回復が可能でなく、又は債権者に対する賠償として十分でないときに限り、賠償義務者は、債権者に金銭賠償をしなければならない。
- 第2項 賠償義務者は、原状回復が過分の費用によってのみ可能であるときは、債権者に金銭賠償することができる。損傷された動物の治療のためにかかる費用が動物の価値を著しく超えるというだけでは、費用が過分であるとするは、
- (3) 自動車について、BGHは、修理費が再調達価値の130%を超えないときは、原状回復に必要な費用として、その損害賠償を認める、いしかえれば、修理費が再調達価値の130%を超えるときは、原状回復に過大な費用がかかるので、BGB第251条第2項第1文により、金銭賠償になり、再調達価値から残存価値を差し引いた、再調達費用の賠償になる (BGH1991年10月15日判決 (BGHZ 115,364=NJW 1992,302))。この130%基準は、今なお維持されている (BGH2011年2月8日判決 (BGH NJW 2011,1435))。乗り慣れている自動車だからこその判断であり、事故車と同等の中古車を手に入れてもその自動車に乗るのははじめてであるという危険性を考慮すれば、今までの自動車を修理して、使用を続けた方がよいとする被害者を保護するためと考えられる。この判断は、自動車に対する愛着の念が強いゆえかもしれない。
- (4) 当初、BGB第249条は同条第1項及び第2項第1文のみであり、項は分かれておらず、前者が同条第1文、後者が同条第2文であった。2002年7月19日の第2次損害賠償法改正法 (2002年8月1日施行) によって、本文のとおりとなった。

けられているわけではない。すなわち、損害賠償金を原状回復に使わなければならないというわけではなく、損害賠償金は、原状回復という目的に拘束されず、その使途は自由であり、被害者は損害賠償金を自由に処分することができる。

### (3) 本稿の目的

本稿においては、被害者が損害賠償金を自由に処分することができる根拠、及びその射程をめぐるドイツ法の状況について、主たる判例を取り上げ、検討し、日本法への示唆を得たい。

ドイツでは、不法行為に基づく損害賠償請求権であれ、債務不履行に基づく損害賠償請求権であれ、BGB第249条以下の規定が適用されることから、不法行為だけでなく、債務不履行の事案も検討対象とする。前者については、ドイツの判例では、物損と人損が区別されているので、この2つを分ける。後者については、日本法との比較のために請負契約における瑕疵に基づく損害賠償請求権を対象とする。さらに、BGB第637条第3項<sup>(5)</sup>に基づく費用前払請求権については、特殊な問題があるので、これについても検討する。

## 2 不法行為に基づく損害賠償請求

### (1) 物損

#### ア 自動車

(ア) BGH1976年3月23日判決<sup>(6)</sup> (BGHZ 66,239=NJW 1976,1396)<sup>(7)</sup>

#### 【事実の概要】

Xは、1974年5月28日に発生した交通事故によって、所有する自動車を損傷

---

(5) BGB第637条第3項は、「注文者は、請負人に対し、瑕疵の除去のために必要な費用の前払を請求することができる。」と規定し、この規定は、2002年1月1日に施行された債務法現代化法によって新設されたものである。しかし、債務法現代化法の前から、BGHによって、前払請求権は認められていた (BGH1967年3月2日判決 (BGHZ 47,272))。

(6) この判決は、田上富信「車両損害の賠償をめぐる諸問題 (上)」判時1218号 (1987年) 151頁 = 判評337号 5頁、菅谷元彦「利用利益の侵害に対する損害賠償について (1)」六甲台論集34巻3号 (1987年) 91頁において紹介されている。

(7) たとえば、BGH1985年3月5日判決 (BGH NJW 1985,2469)、BGH1989年6月20日判決 (BGH NJW 1989,3009) は、この判決と同旨である。

された。Yが損害賠償責任を負うことについては争いがなかった。Xは、Yに対し、鑑定人による評価に基づく修理費（仮定的修理費）の賠償を求めた。実際には、事故車は修理されることなく、新車購入の下取りとして代金の一部に充当されていた。

第1審は、Xの請求を棄却した。Xが控訴したところ、控訴審は、第1審の判決を取り消し、Xの請求を認容した。Yが上告したが、BGH民事第6部は、仮定的修理費については、次のとおり判示して、上告を棄却した。

### 【判旨】

BGB第249条第2文（現同条第2項第1文）により、被害者が原状回復のための金銭賠償を選んだときは、賠償金を原状回復の目的に使うか、他の目的のために使うかは、被害者の自由である。これは、判例であり(最近のものとして、BGH1974年10月29日判決 (BGHZ 63,182))、立法者の意図 (Prot. I,296) に沿う。したがって、被害者に賠償金を修理のために使う意思があること（その意思があることを立証するのは実際には難しいが）は、損害賠償請求権の成立要件ではない。

原状回復のために必要な修理費の賠償が認められるのは、原状回復が可能であることが前提である。Xが事故車を売却したことにより原状回復が不能になるわけではない。損傷された目的物を原状に回復することができることを前提とした損害賠償請求では、被害者は、賠償金の用途を自由に決めることができる。損傷された目的物が滅失してしまった場合には、修理費を請求することは認められない。しかし、まだ修理されていないが、修理に値する事故車をXが第三者に譲渡した場合において、譲渡だけでXが修理費を求めることができなくなると考えるのは相当ではない。この場合には、事故車は修理を要するので、その分だけ金額が下がっており、被害者の財産にその分だけ影響を与えている。財産の内容が変化した。修理費として賠償金を受け取りながら修理をしないで事故車をそのまま使い続けた被害者よりも、事故車を売ってしまった被害者を不利に扱う理由はない。被害者の財産を加害者の賠償により回復することで、物の損傷は償われる。

(イ) BGH2003年4月29日判決 (BGHZ 154,395=NJW 2003,2085)

### 【事実の概要】

交通事故によりXの自動車が損傷したが、自動車の車体整備士であるXは、

自分でその事故車を修理した。Xは、責任保険会社Yに、鑑定人による評価に基づく修理費の支払いを求めた。

第1審は、Xの請求を認容し、Yが控訴したが、第2審は、その控訴を棄却した。Yが上告したが、BGH民事第6部は、次のとおり判示して、上告を棄却した。

#### 【判旨】

修理し、使っている場合における原状回復に必要な額は、残存価値を控除しない、事故がなかったとすれば有していた価値（再調達価値）を基準とする。損害賠償額の算定の際に残存価値を考慮すると、被害者の処分自由に介入することになるからである。

(ウ) BGH2003年4月29日判決 (BGHZ 155,1=NJW 2003,2086)

#### 【事実の概要】

Xのポルシェが2000年5月18日の交通事故により損傷を受けた。Xはポルシェ代理店に修理費について査定を依頼したところ、30683.30マルクの金額が示された。Xは車を修理しないままに2000年5月29日に10200マルクで売却し、交通事故の加害者であるY1及びその責任保険会社であるY2に対し、仮定的修理費の支払いを請求したが、Yらは、この代理店での従業員の人件費が高いことを理由に、25425.60マルクしか払わなかった。Xは、Yらに対し、差額である5257.70マルク（2688.22ユーロ）の支払いを請求した。

第1審は、Xの請求を認容した。Yらが控訴したところ、控訴審は、第1審の判決を取り消し、Xの請求を棄却した。Xが上告したところ、BGH民事第6部は、次のとおり判示して、原判決を破棄し、Yらの控訴を棄却し、Xの請求を認容した。

#### 【判旨】

被害者が具体的にどのような行為をしたかは、経済的合理性を考慮し、不当利得にならない限度において、損害額に影響を与えない。この範囲において、被害者は、原則として、損害賠償として受け取った金銭を自由に使うことができる。

(エ) BGH2006年5月23日判決 (BGHZ 168,43=NJW 2006,2179)<sup>(8)</sup>

---

(8) BGH2010年11月23日判決 (BGH NJW 2011,667) は、この判決と同旨である。

**【事実の概要】**

2003年5月2日、交通事故によって、Xの自動車が損傷したが、運行の用に供するには十分であったため、修理せずにそのまま4ヶ月の間利用した後、売却した。Xは、責任保険会社であるYに、鑑定人による評価に基づく修理費の支払いを求めたところ、Yは、再調達価値から残存価値を控除した再調達費用の賠償しか応じなかった。そこで、Xは、Yに鑑定人による評価に基づく修理費の支払いを求めた。

第1審判決及び第2審判決は、Xの請求を棄却した。Xが上告したが、BGH民事第6部は、次のとおり判示して、Xの上告を棄却した。

**【判旨】**

事故後すぐに事故車を売却したときは、BGH2003年4月29日判決（BGHZ 154,395）において判示したことは、妥当しない。被害者は、完全性利益を放棄し、売却によって残存価値が現実のものとなるから、原則として残存価値を考慮しなければならないからである。

事故後なお利用し続けるというのをどのくらいの期間とするかが問題である。両当事者の利益を考慮し、実際に損害を算定することを容易にするため、原則として6ヶ月とし、これで必要、かつ、十分である。

イ 不動産

（ア）BGH1981年10月2日判決（BGHZ 81,385=NJW 1982,98）<sup>(9)</sup>

**【事実の概要】**

Xの隣地の所有者であるYが、地下駐車場を作るためにその所有地を掘り下げたため、Xの土地に亀裂が生じた。その後、Xは、その土地を売却した。Xは、Yに対し、仮定的修補費について損害賠償を請求した。

第1審及び第2審は、Xの請求を認容した。Yが上告したところ、BGH民事第5部は、次のとおり判示して、原判決を破棄し、差し戻した。

**【判旨】**

物が損傷した場合において原状回復に必要な費用の賠償を求める請求は、原状回復が可能であることを前提とするところ、譲渡すると、原状回復は不能になるから、認められない。

---

(9) BGH1993年3月5日判決（BGH NJW 1993,1793）は、この判決と同旨である。

(イ) BGH2001年5月4日判決 (BGHZ 147,320=NJW 2001,2250)

**【事実の概要】**

Aが所有する土地の隣にある土地を所有するYがその所有地を不適切に掘り下げたため、A所有地に亀裂が生じたとして、不法行為に基づく損害賠償請求権をAから譲り受けたXは、Yに対して、原状回復に必要な費用を賠償として支払うよう請求した。

第1審及び第2審は、その請求を棄却した。Xが上告したところ、BGH民事第5部は、次のとおり判示して、上告を認容し、原判決を破棄し、差し戻した。

**【判旨】**

Xへの損傷物の譲渡によってBGB第249条第2文(現同条第2項第1文)に基づく請求を原判決が否定したのは、BGH1981年10月2日判決 (BGHZ 81,385) に従っているが、これを変更すべきである。

損傷物の譲渡によってBGB第249条第2文(現同条第2項第1文)に基づく請求が否定されるのは、物の譲渡により被害者の法益の完全性を原状回復することができず、同条の目的である原状回復を達成することができなくなってしまうからである。これは、被害者が損傷物を譲渡しながらも、損害賠償を求める場合にだけ該当する。

(2) 人損

BGH1986年1月14日判決 (BGHZ 97,14=NJW 1986,1538)<sup>(10)</sup>

**【事実の概要】**

Xは、Y1が所有し、運転する自動車による交通事故によって、負傷した。Y2は、その自動車についての責任保険会社である。Y1及びY2に損害賠償責任があることについて、争いはなかった。問題となったのは、交通事故の直接の結果である腸の手術の後に残る下腹部の傷跡を取り除くために必要となる費用をXはYに請求することができるかであった。腹部の傷跡を取り除くための手術が成功するかどうか分からないため、Xは、その手術を受けることをまだ決めていなかった。Xが依頼した鑑定人によると、傷跡を取り除くために必

---

(10) なお、BGH民事第6部は、被害者が無資力のため治療を受けない事案については、仮定的治療費の請求を認めていた (BGH1957年10月29日判決 (BGH NJW 1958,627))。

要となる費用は、10668DMであった。Yらは、傷跡を取り除くために必要となる費用を払うことには同意したが、Xが仮定的手術費用を求めることはできないとして、その費用をあらかじめ払うことを拒んだ。

第1審及び控訴審は、仮定的手術費用の賠償の請求を否定した。Xが上告したが、BGH民事第6部は、次のとおり判示して、上告を棄却した。

### 【判旨】

BGB第249条第2文（現同条第2項第1文）において原則として事故によって生じた傷跡を美容上の観点から取り除く費用もまた損害賠償請求の対象となると控訴審が判断したのは正当である。BGH1974年12月3日の判決において判示したように（BGHZ 63,295）、できるだけ身体の完全性を回復するために必要なことがなされるべきである。Xが求めているのは、原状回復に必要な費用の賠償であり、そのためにはXがその原状回復に必要な手術を受けるとのはっきりとした、認識することができる意思がなければならぬところ、本件ではその要件を欠いている。したがって、本件において、控訴審は、Xの請求を否定した。

Xは、損害賠償金をどのように使うかは被害者に委ねられており、実際に原状回復のために賠償金を使わなくとも損害賠償は認められるべきであるから、仮定的手術費用も肯定されるべきである、と上告する。

しかし、この主張には同意することができない。

自動車の損傷については、BGH1976年3月23日判決は、仮定的修理費の賠償を肯定している（BGHZ 66,239）。BGHは、人身損害については、仮定的費用の賠償について判断したことはない。下級審の裁判例も学説も分かれている。

Xの損害賠償請求の根拠条文は、BGB第249条第2文（現同条第2項第1文）である。この規定によれば、人に対する侵害又は物に対する損傷によって損害賠償をしなければならないときは、債権者は、原状回復に代えて、これに必要な金額を請求することができる。

BGHZ 66,239は、事故車を修理する意思が最初から存在しない場合であっても、被害者は、仮定的修理費の賠償請求が可能である、と判示した。ここでは、立法者の意図（Prot. I,296）に沿うこと、被害者に用途の自由を認めるべきことが仮定的修理費を認める根拠とされている。

BGHが被害者に用途の自由を認めてきたのは、物損に関する事案である。



次のとおり、物損の場合においては、被害者の財産の中での変化に過ぎない。事故車を修理すれば、その費用に賠償金を使う。事故車を修理せずに、これを売れば、修理して売った場合よりも安く売ることができるに過ぎない。事故車をそのまま使用し続けられれば、価値の下がったままの自動車を所有するに過ぎない。賠償金をどのように使うかは、被害者の問題であり、加害者には関係しない。

物損における損害賠償金の使途の自由は、人損には妥当しない。原状回復は、被害者の身体の完全に関するものであり、原状回復により非財産的損害が取り除かれる。これは、物損における経済的判断でない。被害者が手術の成功を疑って、手術を受けないにもかかわらず、被害者に仮定的手術費用の賠償を肯定すれば、実質的には慰謝料を認めたのと同じである。しかし、慰謝料請求が可能である場合は、限定されている。そこで、人損の場合には、損害賠償金は、目的に拘束されている。したがって、被害者は、手術を実際に受ける意思があるときに限って、BGB第249条第2文（現同条第2項第1文）に基づき手術費用を請求することができる。

通常は、受けた被害に対する手術の必要性及びその手術の内容から、その意思が推認される。本件では、Xに傷跡を取り除く手術を受ける意思が実際にあることを控訴審は確認することができなかった。控訴審の口頭弁論では、Xは、まだ手術を受けるかどうか決めていない、と陳述している。このような状況では、控訴審がXの請求を否定したのは正当である。Xが手術を受ける確実な意思を有し、その意思を有することを証明しない限り、Xは、手術費用の賠償請求をすることができない。

### (3) 検討

ア 判例・通説は、物損については仮定的修理費の損害賠償を肯定しつつも、人損については仮定的治療費の損害賠償を否定するという、二分法に立っている<sup>(11)</sup>。これに対して、一方では、損害賠償は侵害された権利の回復のために使

---

(11) た と え ば、Wolfgang Grunsky, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2465; Johannes Karakatsanes, Zur Zweckgebundenheit des Anspruchs aus § 249 S.2 BGB bei noch nicht durchgeführter Herstellung, AcP 189 (1989) 19; Reinhold Weber, Dispositionsfreiheit des Geschädigten und fiktive Reparaturkosten, VersR 1990, 934; Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. Rn. 821 (1999); MüKo-Hartmut Oetker, 5. Aufl. BGB § 249 Rn. 353 (2007).

われるべきであり、目的に拘束され、損害賠償金の使途の自由は被害者になく、物損についても人損についても仮定的費用の賠償を否定すべきであるとする有力説がある<sup>(12)</sup>。他方では、以前は、物損であれ、人損であれ、被害者に損害賠償金の使途の自由が認められるべきであるとする説もあった<sup>(13)</sup>。

イ 仮定的修理費を認めることと被害者に損害賠償金の使途の自由を認めることは、表裏一体である<sup>(14)</sup>。損害賠償金の使途は被害者の自由意思に委ねられているということは、修理するかどうか、どこで修理するかを被害者が自由に決めることができることを意味する<sup>(15)</sup>。

ウ 修理費の賠償請求は、仮定的でも認められる、つまり、修理費の算定は抽象的損害算定である。なお、2002年7月19日の第2次損害賠償法改正法(2002年8月1日施行)によって、損害賠償として仮定的修理費を請求する場合には、BGB第249条第2項第2文により、消費税は含まれない<sup>(16)</sup>、こととされた。

---

(12) Helmut Köhler, Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB? in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag (1983), 349; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I 14. Aufl. 471 (1987); Richard Haug, Die Rechtsprechung des BGH zur Dispositionsfreiheit, NZV 2003, 545. Staudinger/Gottfried Schiemann, § 249 Rn.224(2004).

(13) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I 13. Aufl. 433(1982).

(14) Wolfgang Grunsky, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2468.

(15) Erich Steffen, Die Rechtsprechung des BGH zur fiktiven Berechnung des Fahrzeugschadens, NZV 1991, 2.

(16) 損害賠償金を他の目的で使っても消費税が課せられるとして、損害賠償金を原状回復に使わない場合に、消費税を損害賠償に含まないとするBGB第249条第2項第2文に反対する説がある(Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I. 18. Aufl. Rn. 665(2008))。

なお、1998年草案(BT-Dr 13/10435,4)では、物損について抽象的損害算定から具体的損害算定へと変更されることが提案されていた。これに対して、被害者は損害賠償金をどのように使ってもよく、1998年草案はこの自由を侵害するとの批判があり、原則として抽象的損害算定を維持し、被害者に損害賠償金の使途の自由を認めて(BT-Dr 14/7752,23)、2002年7月19日の第2次損害賠償法改正法では消費税相当額についてのみ具体的損害算定とすることとされた(潮見佳男「ドイツにおける損害賠償法規定の改正と交通事故賠償法の課題」民商125巻2号(2001年)175頁参照)。

損害賠償金の使途の自由 — ドイツ民法第249条第2項第1文に基づく損害賠償—

エ 被害者は、原則として、損害賠償金の使途を自由に決めることができる。そして、この自由は、損害賠償法における被害者のためのマグナ・カルタといわれてきた<sup>(17)</sup>。しかし、この処分自由は、修理費用のより安価な方法を選ぶべきであるという経済的合理性<sup>(18)</sup>及び不当利得の禁止<sup>(19)</sup>により、制限される。

オ 重要なのは、BGH民事第6部は、道路交通に支障がない場合において、事故車を使用しているときは、仮定的修理費の賠償請求を肯定している点である。

### 3 瑕疵に基づく損害賠償請求

#### (1) 判例

ア BGH1986年11月6日判決 (BGHZ 99,81=NJW 1987,645)

#### 【事実の概要】

建築請負契約の請負人Xが注文者Yに対し未払報酬の支払いを求めたところ、Yは、仕事の瑕疵を理由とする損害賠償請求権を有し、これをもって相殺するとの抗弁を提出し、未払報酬を超える分について反訴を提起した。

第1審は、相殺の抗弁を認め、Xの請求を棄却し、Yの反訴を認容した。Xが控訴したところ、その手続きが進行している間に、Yの不動産について強制執行が行われた。控訴審は、Xの請求を認め、Yの反訴を棄却した。Yが上告したところ、BGH民事第7部は、次のとおり判示して、原判決を破棄し、相殺の抗弁を認め、Xの請求を棄却し、Yの反訴を認容した。

#### 【判旨】

自動車の損傷の場合において、被害者は、その自動車を売却しても損害賠償請求が認められるところ (BGH1976年3月23日判決 (BGHZ 66,239))、請負契約の注文者についても、この処分の自由が認められる。注文者の請負人に対する瑕疵修補費用を求める損害賠償請求権が物を譲渡することによって消滅する

---

(17) Erich Steffen, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2059.

(18) BGH1991年10月15日判決 (BGHZ 115,364=NJW 1992,302)、BGH1991年10月15日判決 (BGHZ 115,375=NJW 1992,305)。

(19) 損害は加害行為がなかったとすればあったであろう状態と差であるとする差額説と、損害賠償によって被害者は利得を得てはならないという不当利得の禁止は、同じことを意味する (Wolfgang Grunsky, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2467)。

とすれば、注文者は瑕疵ある物でも譲渡する自由を有するところ、その自由が侵害されるからである。

イ BGH2007年6月28日判決 (BGHZ 173,83=NJW 2007,2695)

### 【事実の概要】

Xは、引き渡された窓に瑕疵があることを理由とする損害賠償請求権をAから譲り受け、Yに対し損害賠償を請求した。

第1審判決及び第2審判決は、Xの請求を棄却した。Xが上告したが、BGH民事第7部は、次のとおり判示して、Xの上告を棄却した。

### 【判旨】

Xは、原則として、通常の瑕疵除去に必要な費用を損害賠償として請求することができる (BGH2005年3月10日判決 (BGH NJW-RR 2005,1039))。

BGB第249条第1文 (現同条第1項) と異なり、損害は瑕疵除去に必要な額である (BGH2003年4月10日判決 (BGH NJW-RR 2003,878))。瑕疵除去に必要な額を損害とする損害算定は、被害者である注文者に処分自由を認めることと合致する。すなわち、瑕疵を実際に除去するかどうか、どの範囲において除去するかは、注文者に委ねられている。注文者は、修補を義務づけられていないし、損害賠償金を他の目的に使ってもよい。注文者が瑕疵ある仕事を譲渡しても、損害賠償を請求することを妨げられない (BGH1986年11月6日判決 (BGHZ 99,81))。

しかしながら、下請負人とXとの間においては、結果として、瑕疵を理由とする損害は発生していないので、Xの損害賠償請求は認められない。

### (2) 検討

物損の場合において不法行為に基づき損害賠償として仮定的修理費を請求するときは、BGB第249条第2項第2文により、消費税は含まれない。たしかに、瑕疵に基づく損害賠償請求は、原状回復請求ではないので、同項第2文は適用されない。しかし、BGH2010年7月22日判決 (BGHZ 186,330=NJW 2010, 3085) は、目的物に瑕疵がある場合には履行請求権があるので、原状回復請求権はなく、したがって、同項第2文は、直接適用されることはないが、同項第2文の考え方は、ここでも妥当する、と判示して、その類推適用を肯定した。

なお、原則として、注文者は、期間を指定して請負人に瑕疵修補を請求し、その後において損害賠償請求することになるが、指定した期間の経過前であつ

ても、その期間内に瑕疵修補がされないと認められるときは、損害賠償を請求することができる<sup>(20)</sup>。

## 4 瑕疵に基づく費用前払請求

### (1) 判例

BGH2010年1月14日判決 (BGHZ 183,366=NJW 2010,1192)

#### 【事実の概要】

Xは、1993年4月3日の建築契約に基づき、Yのために、ガレージ付の居宅を建築した。多くの瑕疵があったため、Yは、Xに対し、瑕疵除去費用の前払いを求めたところ、裁判所は、税込み37581.18ユーロの支払いを認めた。

裁判所による鑑定人は、浴室の屋根は、耐火基準に合致していないと判断した。鑑定人は、屋根を外し、その開口部を閉じ、換気口を作ることが必要と判断した。その費用は、税抜き2000DM (1022.58ユーロ)であった。ほかに、備えられるべき窓がないことによる減額として、4740DM (2423.52ユーロ)と判断された。裁判所は、これらの金額の支払いをYに対して認めた。

これらの金額及び瑕疵除去費用のうちの一部について、Yは留保したが、2004年7月30日、Xは、Yに対して、残額について利息も含めて42712.57ユーロを支払った。

2005年4月5日、Yは、瑕疵除去の計画と実行を建築士に依頼した。建築士は、いくつかの会社に申込みをし、瑕疵除去の仕事を依頼した。その会社は、2008年4月3日の控訴審最終口頭弁論期日までに、まだその仕事を終えていなかった。その時まで、Yは、建築士に5160ユーロを報酬として支払い、工事について25650.53ユーロの支払明細書を有していた。Yの主張によると、合計30810.63ユーロの報酬を支払ったとのことであった。その金額の中に、浴室の瑕疵除去の費用として、1635.60ユーロが含まれている。たしかにYは古い浴槽の窓を取り除いたが、屋根の開口部を閉じないで、Yの主張によると他の適切な窓を取り付けた。

Xは、瑕疵除去費用の前払いとして支払った金額の返還を求めて、合計48362.84ユーロの支払いを求めた。

---

(20) BGH2002年9月12日判決 (BGH NJW-RR 2003,13)。

第1審は、45015.27ユーロ及び利息の支払請求を認めた。Yが控訴したところ、控訴審は、38656ユーロ及び利息の支払請求を認めた。Yが上告したところ、BGH民事第7部は、次のとおり判示して、上告を認容し、原判決を破棄し、差し戻した。

### 【判旨】

瑕疵修補に必要な費用の前払いを受けた際の前払金は、目的に拘束され、注文者は瑕疵修補のために用いなければならない。注文者は、瑕疵除去のためにかけた費用を証明し、前払金の充当について報告し、瑕疵修補に必要でなかった金銭を返還しなければならない (BGH1988年7月7日判決 (BGHZ 105,103))。したがって、前払金のうち目的に相応せず消費した金銭について、請負人に返還請求権が発生する。この請求権は、不当利得に基づく返還請求権ではなく、契約関係から発生し、信義則に基づくものである。

BGHは、前払金返還請求権の成立要件について判断したことはない。学説も様々である。特に、どのような場合に注文者が相当期間内に前払金を瑕疵除去のために使用しなかったとすべきかについて、明らかでない。

前払金の目的が消滅すれば返還請求権が成立するという点が重要である。注文者が瑕疵除去の意思を放棄した場合には、返還請求権が成立する。注文者が瑕疵除去の意思を放棄したことは、請負人が主張し、立証しなければならない。また、注文者が相当期間内に瑕疵除去をしない場合にも、返還請求権が成立する。さらに、注文者が相当期間内に瑕疵除去を始めたが、完結しない場合にも、返還請求権が成立する。

Yがいつ瑕疵除去をしたのかが明らかでないので、原判決は破棄を免れない。前払金の返還請求権の成否について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

### (2) 検討

瑕疵に基づく損害賠償は、瑕疵に基づく費用前払請求と異なる。また、不法行為に基づく損害賠償請求は、瑕疵に基づく費用前払請求と異なる<sup>(21)</sup>。

そこで、注文者が請負人から瑕疵に基づく費用の前払いを受けたにもかかわらず、相当期間内に、瑕疵修補をしないときは、請負人は、注文者に対して、

---

(21) BGH1996年10月25日判決 (BGH NJW 1997,520)。

その返還を求めることができる。相当期間とはどのくらいの期間をいうかについては、個々の事案によって異なるが、1年間といわれることがある<sup>(22)</sup>。請負人からの返還請求に対して、注文者は、BGB第634条第4号の損害賠償請求権によって相殺することができる。

## 5 おわりに

ドイツ法では、第1に、損害賠償について原則として原状回復主義が採用されており、損傷した物の修理費がその物の価値を超えても、それだけでは修理費の賠償請求が否定されることはない。第2に、物損については仮定的修理費の賠償が肯定されている。第3に、被害者に損害賠償金の使途の自由が認められているので、損傷された物の所有者がその物を譲渡しても、仮定的修理費の賠償請求権は消滅せず、修理が義務づけられるわけではなく、第4に、賠償請求権は修理が条件ではない。

これに対して、一般には、日本民法では、損傷した物の修理費がその物の価値を超えるときは、その物の価値の賠償にとどまるとされているようである。原状回復主義ではないからである。

しかし、第1に、最近の建物の瑕疵に基づく損害賠償請求に関する判例の中には、原状回復主義に立っているかに見えるものがある<sup>(23)</sup>。日本民法第416条第1項の通常損害とは、被害者に通常生じる損害であるから、被害者は通常どうするかという観点から判断される。自動車の場合は、乗ることができなくなったわけではないので、修理するとしても、事故前の同じくらいの自動車より修理費がかかるときは、事故前の自動車に買い換えるという前提で判断されるから、原則として、修理費が事故前の自動車の価値（再調達価値）を上回らないことが必要である<sup>(24)</sup>。しかし、建物の場合には、そこで住み続けるのが通常だ

---

(22) Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby, § 634 Rn.96 (2008).

(23) 最判平成14年9月24日判時1801号77頁、判タ1106号85頁。

(24) 「時価を超えて修理費を請求する場合は、交換価値を超えた賠償を求めるのであるから、現実に修理を行ったことを要すると考えることができるのではなからうか。他の自動車ではなくどうしてもこの自動車を使いたいと主張する以上は、リスクをおかしてもまず修理をしておくべきだと要求しても被害者に酷とはいえないであろう」（園高明「物損事故の原状回復」東京三弁護士会交通事故処理委員会編・交通事故訴訟の理論と展望（1993年）378頁）。



から、建て替えるという前提で判断され、修繕費が建物の価値を上回るというだけではその損害賠償請求が否定されることはない。

第2に、「自動車が事故にあつて損傷があつた場合に自動車を原状にもどす方法として修理が行われ、修理費が損害賠償額となる。この場合には現実に修理を実施したかどうかは問題ではないし、仮に修理費を修理以外の目的に使用しても何ら問題はない……。修理しないで買い替えた場合に修理費を現実に支出していないから修理費相当額を損害賠償として認めないというのは困難である<sup>(25)</sup>」。

不法行為構成を採用した、最近の建物の瑕疵に関する最高裁判例は、画期的なものである<sup>(26)</sup>。第3に、この判例は、瑕疵修補に代わる損害賠償請求について、その賠償金を修補に使うかどうかを問題にしておらず、被害者に損害賠償金の用途の自由を認めている。不法行為によって損害賠償請求権は発生しているから、建物の所有権を不法行為後に譲渡しても、これによって損害賠償請求権は影響されず、また被害者に損害賠償金の用途の自由を認めことからしても、この結論は妥当である。被害者のもとで物が損傷した以上は、損害賠償請求権は発生しており、被害者が物を譲渡したとしても、損害賠償請求権が消滅する理由はない<sup>(27)</sup>。言い換えれば、不法行為後の売却が不法行為に基づく損害賠償請求権に影響を与えないのは、「損害は、原則として、権利侵害行為によって発生しており、被害者がその損害を賠償金によって償うかかどうかは、その自由に委ねられている」<sup>(28)</sup>からである。

第4に、最判平成22年6月17日民集64巻4号1197頁の原判決である名古屋高判平成21年6月4日では、控訴人らが、「建替費用に係る損害賠償金につい

---

(25) 園高明「物損事故の原状回復」東京三弁護士会交通事故処理委員会編・交通事故訴訟の理論と展望（1993年）368頁。

(26) 最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁。

(27) 「建物の所有者は、自らが取得した建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある場合には、第1次上告審判決にいう特段の事情がない限り、設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができるものと解され、上記所有者が、当該建物を第三者に売却するなどして、その所有権を失った場合であっても、その際、修補費用相当額の補填を受けたなど特段の事情がない限り、一旦取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない」（最判平成23年7月21日判時2129号36頁）。

(28) Ulrich Magnus, Schaden und Ersatz, 12(1987).



ては、被控訴人らが本件建物を解体することを条件として、その支払を命ずるべきである」、との主張をしたところ、原判決は、「被控訴人らには建物の新築費用相当額の損害が既に発生しているのであるから、控訴人らに対し、建替費用に係る損害賠償金の支払を命ずるに当たり、被控訴人らが本件建物を解体することを条件とすることはできない」、と判示した。この意味において、被害者には、損害賠償金の使途の自由が認められている。