

れた存在を獲得しているように見える。その結果、国家による評価の契機が強調されることになり、この点で我妻民法学はサレイユ民法学と対照をなすと思われる。

サレイユ民法学における意思概念の構成は、このように日本民法学における意思概念の内容について再考を促しているとともに、概念の構成という作用が持つ意味についても再考を促していると考えられる。法学の自律性が問われるなかで、法学固有の作用として、また、社会問題を離れた技術的な概念構成への偏重が指摘されるなかで、法的世界観の提示という価値的な意義を有するものとして、概念構成を捉える可能性が、示唆されていると考えられる。

五 残された課題

以上が本研究の課題とそれに対する解答の概要であるが、残された課題として、通時的なコンテキストや非法学的なコンテキストと対比することや、(サレイユ民法学における法学的なもの)という上位の問題に展開すること、物や、行為によらない権利義務、そして権利義務以外のものについて検討すること、といった課題を、そしてサレイユ民法学の理解に基づいて日本民法学を实践するという課題を、ひとまず挙げることができる。

【参考文献】

拙稿「事実的基礎としての意思とその法的構成——サレイユ民法学における法学的なもの(一)——(一〇・完)」法学協会雑誌一三七

卷九号一六四四頁以下、一〇号一八六五頁以下、一一号二一〇六頁以下、一二号二二二八頁以下(以上、二〇二〇年)、一三八卷二号四三九頁以下、三号六三〇頁以下、四号七一五頁以下、五号九三七頁以下、六号一〇六九頁以下、七号一二六三頁以下(以上、二〇二一年)。

* 本研究はJSPS科研費1919K3556の助成を受けたものである。

(東北大学准教授)

ドイツ売買論の現在

——判例・学説・立法の三位一体

田中宏治

一 はじめに

今般上梓した拙著『ドイツ売買論集』(信山社、二〇二二年)は、現代ドイツ民法学に関する、ディーター・ライボルト教授との共同研究である。二〇二一年一〇月九日の私法学会個別報告では、拙著中の一〇の論点から、五つを紹介した。

本稿は、予めネット上で配布し、オンライン生中継で読み上げた四〇分間の報告原稿(本文約一万二千字、注釈含め約二万

八千字)のうち、本文を半分に短縮したものである。

二 特定物と種類物の区別 (拙著五九頁)

1 問 題

新刊書の書店、コンビニエンスストアなど、セルフサービスの店舗で、客が商品をレジへ持つて行く場合である。たとえば、家具量販店で机と椅子を購入する場合に、机は大きいのでレシートを持つて商品引渡所で受け取り、椅子は小さいのでレジに直接持つて行って代金を払ったとしよう。このとき机が種類物であることについては異論がない。では、椅子は特定物・種類物のどちらか？

2 ド イ ツ

一応多数説は種類物説であるが、特定物・種類物の区別は困難だということが民法の規定や学説の基礎にある、という点こそが重要である。

3 日本 (拙著四〇八頁)

問題自体が意識されることがなかったけれども、本稿では、ドイツの多数説にならない、種類物説を探る。

三 異なる物の給付保持 (拙著一〇七頁)

1 問 題

フォルクスワーゲン社製のゴルフを売却したところ、誤ってBMW社製の三一八を引き渡してしまったときは、買主は、BMWを保持できるか否か？

2 ド イ ツ

多数説は、特定物売買・種類売買を問わず、異なる物の給付保持を肯定する。こう考えるからである。――

(1) 不当利得の問題であること

まず、仮に、買主の給付保持が認められない＝売主の返還請求が認められる、とすれば、その請求権の発生原因は、不当利得である(ドイツ民法八一二条一項)。

(2) 「法律上の原因なく」が満たされないこと

しかし、不当利得の要件としての「法律上の原因なく」は満たされない、と考える。なぜならば、ドイツ民法四三三・四三三項が「売主が引き渡した物が異なる場合または不足する場合にもまた物の瑕疵がある」と規定するからである。この規定は、売買においては異なる物の給付を瑕疵ある物の給付として扱い、とりわけ種類売買において困難な、両者の区別――たとえば、不正添加物入りワインは「ワインとは異なる物」か「瑕疵あるワイン」か――を無用とすることを趣旨としている。

そうすると、異なる物が給付された場合は、瑕疵ある目的物が給付された場合と法律上は同じ扱いになる。そして、瑕疵ある物が給付された場合に目的物の返還義務が生じるのは、買主が代物請求するときだけである(ドイツ民法四三三・四三三項の規定に従って、代物給付と引換えに返還する義務が生じるからである(ドイツ民法三四六条一項・三四八条))。そして、代物請求は、代物請求権という買主の権利行使であるので、それをするか否かは権利者の自由である。したがって、買主には、権利

行使をしないで給付を保持する自由もある。つまり、給付保持に「法律上の原因」があるので、不当利得が成立せず、買主は「異なる物」を所有物として保持し続けることができる、というのが多数説（肯定説）の論理である。

もつとも、この肯定説はいささか売主に酷であるため、信義則によってその結論を是正することが主張されている。

(3) 錯誤規定の不適用

なお、肯定説を採るときは、弁済を売主が取り消すことに付いて錯誤規定（ドイツ民法一九九条）の適用についても否定しなければならぬ。さもなければ、錯誤による取消の効果として弁済が遡及的に無効となり（ドイツ民法一四二条一項）、「弁済としての異なる物の給付」ではなくなってしまう。そうすると、買主の追完請求権が発生しないので、給付保持に「法律上の原因」が無くなってしまい、不当利得が成立して、給付保持が否定されてしまうからである。

3 日本（拙著三八三頁）

わが国でも、平成二九年改正によって、一方で契約不適合責任として追完請求権が規定され、他方で錯誤の効果が取消しとなったことから、ほぼ同様に論じることができる。

そして、ドイツの多数説に従い、買主の追完請求権（民法五六二条一項）を理由に、不当利得における「法律上の原因」（民法七〇三条）を肯定し、不当利得の成立を否定し、異なる物の給付保持を肯定するべき、と考える。また、弁済は、錯誤の規定（民法九五条）の「意思表示」には含まれない、と解す

るべきである。

なお、ドイツ法にならない、結論が妥当性を欠く場合には一般条項の規定の適用を特にこの論点では考慮するべきである。

四 買主自身の瑕疵修補（拙著一三三頁）

1 問題

X（買主）が自動車販売業者Y（売主）から新車一台を購入した。翌月に目的物が引き渡されたけれども、半年後にエンジンが故障した。そこで、Xは、——Yに追完の催告をすることなく——第三者Aにエンジンを交換してもらった。Xは、Yに対し、危険負担における利益償還請求権の規定（ドイツ民法三二六条二項後段）を根拠に、その修理費用相当額の全部または一部の償還を求めたいが、認められるか否か？

2 ドイツ

肯定説によれば、契約総則の規定の適用（または類推適用）によってこの請求権は生じる余地がある。それに対し、否定説は、利益償還請求権が売買の節に規定されていないことは総則の規定を根拠にすることもできない趣旨なので、この請求権は発生しないと解釈する。

ドイツでは、——売買の規定と契約総則の規定を一本化する——前者を一車線（単線）、——両者の規定の適用を分ける——後者を二車線（複線）の思考様式、と言う。そして、判例は後者の立場を採っていることが明確である。

3 日本（拙著四一五頁）

日本法でも、契約不適合を買主自身が修補した場合における民法五三六条二項後段の規定の適用または類推適用の可否、という形で問題とすることができる。

学説としては、ドイツ法とは逆に、肯定説（磯村保説）だけが主張されている。しかし、本稿では、ドイツ法にならい、利益償還請求権が「契約不適合責任」の一環として売買の節に規定されていないということは、買主がそれを契約総則の規定（危険負担の民法五三六条二項後段）を根拠にして取得することは許さない趣旨と解釈し、買主は利益償還請求をすることができない、と考へる。

五 代物給付における使用利益返還（拙著一九七頁）

1 問 題

二〇〇二年夏、X（買主）は、大手通信販売業者Y（売主、クヴェレ）に対し、電気レンジセットを五二四、九〇ユーロ（六万円余り）で注文し、二〇〇二年八月、引渡しを受けた。二〇〇四年一月に、Xは、電気レンジセット下部の電気オープン内部のホウロウが剥がれ落ちていることを知った。同月、それを知らされたYは、オープンの代物を引き渡した（ドイツ民法四三七条一号・四三九条一項）。その際、Xは、Yに対し、それまで使用していた瑕疵あるオープンを返還した（ドイツ民法四三九条五項・三四六条一項）。それに加えて、Yは、Xに対し、

当初の引渡し（二〇〇二年八月）から代物引渡し（二〇〇四年一月）まで一年五箇月にわたるAの使用利益相当額一一九、九七ユーロを請求した。認められるか否か？

2 ドイツ

判例は、結局、否定説を採るに至る。ここではその判断に至る過程が重要である。

まず、右のクヴェレ事件の第一審・控訴審は、使用利益相当額の償還請求権を否定した（否定説）。ドイツ民法四三九条五項の規定が、瑕疵ある目的物の返還だけを命じ、（使用）利益には言及していない点を重視したのである。それに対し、上告審の連邦通常裁判所は、同じドイツ民法四三九条五項の規定が使用利益の返還も命じている、と解釈した上で（つまり、肯定説）、その解釈が、消費者の売主に対する無償の代物請求権を規定する欧州共同体消費財売買指令三条三項の規定に反するか否かの判断を求め、欧州裁判所に先決判決手続を申し立てた。

それを受けて欧州裁判所は、消費財売買指令三条の規定が使用利益相当額償還を否定しているという解釈を示した。連邦通常裁判所は、それに従って否定説を採った。さらに、立法府は、二〇〇八年一月、否定説に従った法改正を実現した（ドイツ民法旧四七四条五項Ⅱ現行四七五条三項）。

3 日本（拙著四二三頁）

わが国では、この周辺の条文が欠けている。

(1) 目的物返還義務

まず、民法五六二条一項の規定に従って買主が代物請求する

場合において、引き渡された契約不適合物の返還を命じる明文の規定が欠けているけれども、ドイツ民法四三九条五項・三四六条一項の規定と同様、これを肯定するべきである（私見によれば、根拠条文は、民法七〇三条ではなく、民法五六二条一項である）。そしてその際には、ドイツ民法三四八条の規定と同様、代物給付と同時に履行の關係に立ち、引換給付となる、という主張（潮見説）が既に有力である。

(2) 使用利益相当額返還義務

だが、使用利益相当額の返還義務は、否定するべきである。たしかに、解除の効果としての原状回復に使用利益返還が含まれるという判例があり（最判昭和五一・二・一三民集三〇巻一頁一頁）、それが参考になりそうである。

しかし、問題は、代物給付によって買主が使用利益を得たとしても、それが売主によって奪われるほどに不当なものか否かである。というのは、そもそもそうならなかったのは、売主が不適合物を給付したことに起因するからである。そして、わが国では、先に述べたように、代物給付の際における不適合物自体の返還についてすら明文の規定が欠けている。しかも、右判例も、事案が特殊であつたことが当初から指摘され（瀬川説）、賛否も分かれ、反対説（加藤雅信説）も強い。

これらを考え合わせると、わが国では、売主の代物給付において使用利益返還までは買主は義務づけられない、と解するべきである（結論においてドイツの消費財売買と同じ）。

六 目的物取付け後の追完（拙著二二四頁）

1 問題

X（買主）は、Y（売主）から代金五〇〇ユーロでタイルを一〇㎡分購入し、それを自宅の浴室に敷き詰める工事を職人Aに代金二、〇〇〇ユーロで請け負わせた。ところが、工事終了後まもなくタイルが変色して欠陥品であることが判明した。Xは、Yに対して、タイルの代物給付に加え、**④**不適合タイルを剥がす費用（取外費用）、**⑥**代物タイルを敷く費用（取付費用）を求めたい。認められるか否か？

2 ドイツ

(1) 誰が費用負担するのか？

要するに、引き渡された売買目的物が他の物に取り付けられた後に瑕疵が判明した場合において、買主が代物請求をするときは、**④**不適合物の取外しと**⑥**代物の取付けの費用を誰が「負担」するのか、という問題である（**④**をXが支払済であれば費用「償還」請求、未払であれば費用「支払」請求となるが、その違いは重要ではない）。

(2) 肯定説（現行法）

肯定説の基礎は、買主は、売主の代物給付によって、目的物が契約内容に適合するものであればそうであつたであろう立場に置かれるべきである、という考え方である。そのためには、**④**不適合物の取外しと**⑥**代物の取付け双方の費用が必要であるので、**④****⑥**双方を代物給付（ドイツ民法四三九条一項）が含む、

と解することになる。現行法は、法改正を経てこの立場を明確にしている（ドイツ民法四三九条三項）。

(3) 否定説

それに対し、否定説は、当事者意思を基礎に置いている。すなわち、XYの契約は、あくまで売買であつて請負ではないのだから、取外し・取付けまでは「代替物の引渡し」に含まれない、と解するのである。

もつとも、否定説を採つた場合にも、取外し・取付けの費用相当額は、損害賠償としては認められる可能性があり、すなわち、瑕疵ある物を引き渡すだけでは売主の帰責事由は肯定されないけれども、例外的に売主に帰責事由があれば（たとえば、売主が自ら製造した物を納入する場合）、それを請求することができる（ドイツ民法二八〇条一項後段）、と解するのである。

(4) 判例と法改正の経緯

まず、①フローリングブロック事件判決（二〇〇八年）では、連邦通常裁判所は右否定説を採用する。しかし、②タイル事件において、二〇〇九年の連邦通常裁判所の先決判決手続申立てを受けた欧州裁判所は、二〇一一年、取外し（a）・取付け（b）双方について肯定説を採用した（つまり、フローリングブロック事件判決を否定した）。同年、それを受けた連邦通常裁判所は、それに沿うよう判例を肯定説に変更した。さらに、③ゴム事件判決（二〇一二年）と棧事件判決（二〇一四年）において、連邦通常裁判所は、タイル事件の消費財売買についての解釈が消費財以外の売買にも及ぶことを否定した。こうして、

取外し・取付けの費用が追完請求権の範囲に含まれるか否かについて、売買の目的物が消費財であれば肯定し、そうでなければ否定する、という判例の分裂が生じた。

その分裂を解消して、全面肯定説を採つたのが、二〇一七年改正によるドイツ民法四三九条三項の新規定である。

(5) まとめ

引き渡された売買目的物が他の物に取り付けられた後に瑕疵が判明した場合において、買主が代物請求をするときは、それに伴って発生するa)不適合物の取外しとb)代物の取付けの費用を売主に請求できるか、という問題について、結局、現行法は、全面肯定説を明文で規定している。

代物給付における使用利益返還（五）の論点がクヴェレ事件という単独の事件を巡る論争であり、立法まで二年余りで解決したのに対し、この論点は、フローリングブロック事件（二〇〇八年）に始まり四つの連邦通常裁判所判決を経て法改正（二〇一七年）に至るまで、一〇年の長きにわたり新債務法の花形であった。いずれの論点も、判例・学説・立法が協同して論点を発見し解決するという法発展のプロセスが顕著である。

3 日本（拙著四二五頁）

日本でも、同様の問題を提起できる。すなわち、引き渡された売買目的物が他の物に取り付けられた後に契約不適合が判明した場合において、民法五六二条一項の規定する「代替物の引渡し」は代物引渡しに加えて、a)不適合物の取外しとb)代物の取付けの費用負担も含むか、という問題である。

売買契約当事者の利害状況はドイツと同様であるので、買主は、売主の代物給付によって、目的物が契約内容に適合するものであればそうであったであろう立場に置かれるべきであり、肯定説を採るべき、と考えることができる。

七 おわりに（拙著四七七頁）

この個別報告で私がお伝えしたかったことは、ドイツの学説が日本でもそのまま通用する、ということではもちろんない。また、ドイツで生じたこれらの問題が日本でも論じられるべきである、ということでもない。

私は、幸い、一九九一（平成三）年に研究を開始した当初から、ドイツ民法学を専攻し、債務法改正を含むドイツ民法の発展に三〇年間リアルタイムで接することができた。その中でも印象的だったのは、二〇〇一年に新債務法が立法された後の議論の盛り上がりようである。新法の欠点を学説が指摘したり（↓三）、裁判実務で思いも寄らない事実が現れたり（↓四、五、六）、欧州裁判所の判断にドイツの司法・立法が振り回されたり（↓五、六）、幾多の論点が債務法改正後の二〇年間（特に直後の一〇年間）を彩ってきた。そして、それらの論点を判例・学説・立法が三位一体となって解決してゆく中で、ドイツの売買論の明確性と安定性は、二〇〇一年の債務法改正当時を是るかに凌ぐ水準に達したのである。

わが国の売買の規定も平成二九年改正の新債権法によって大きく変わった。しかし、二〇二〇（令和二）年に新法が施行さ

れて一件落着、ではない。ドイツと同様に改正後の二〇年、——ドイツにおいては生じる問題は違えども——、判例・学説・立法が協同して債権法を発展させることこそが大切である。日本民法学が国際水準に達することができるかどうかの勝負なのだ、という思いをお伝えしたかったのである。

【参考文献】

拙著「ドイツ売買論集」（信山社、二〇二一年）。

（千葉大学教授）

フランスにおける信託的補充指定
の歴史的考察

足立 公志朗

一 本研究の課題と方法

(1) 本研究の目的は、フランス古法における信託的補充指定 (substitution fidéicommissaire) の分析に基づき、信託的補充指定を用いることによって生じる問題を抽出することである。

(2) 本研究の問題意識を明らかにするために、後継ぎ遺贈に関する議論の概要を説明する。後継ぎ遺贈とは、遺言者Aが、

日本私法学会役員

理事	伊勢田道仁	塩澤一洋
森田宏樹	伊藤栄寿	杉本好央
今尾真	竹中悟人	
今川嘉文	田中裕明	
上田真二	田邊宏康	
遠藤研一郎	手嶋豊	
大久保拓也	徳本穰	
大山和寿	椋川泰史	
沖野眞巳	長谷川義仁	
金丸義衡	林誠司	
金子敬明	藤田友敬	
鹿野菜穂子	松井秀征	
鎌野邦樹	山本敬三	
川地宏行	吉澤卓哉	
川和功子	吉永一行	
久保大作	和田真一	
齊藤真紀	鳥山泰志	
酒井太郎	橋本佳幸	

令和四年四月三〇日発行

編集者 日本私法学会
代表者 森田宏樹

発行所 東京都文京区本郷七丁目
日本私法学会
(東京大学法学部研究室)

発売所 株式会社
有斐閣
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

制作 株式会社
有斐閣学術センター
印刷 萩原印刷株式会社

日本私法学会

私 法

第 83 号

シンポジウム

- 転換期の民法・消費者法……………報告 後藤卷則ほか
担保法の現代的課題……………報告 田高寛貴ほか
——新たな担保法制の構想に向けて
「機関設計」に関する規律の再検討……………報告 野村修也ほか

ミニシンポジウム

- 保険法施行一〇年……………報告 山下典孝ほか
——理論的課題と展望

個別報告

委任契約における受任者の指図遵守義務(栗田 晶)／契約責任決定規範の多元性(木戸茜)／人格権の処分についての本人の承諾の法的意義(石尾智久)／事実的基礎としての意思とその法的構成(池田悠太)／ドイツ売買論の現在(田中宏治)／フランスにおける信託的補充指定の歴史的考察(足立公志朗)／フランスにおける共有物の使用及び管理に関する規律の形成(佐藤康紀)／時効援用権の理論構成に関する比較法的検討(嶋津元)／肖像の商業的利用を目的とする契約の規律(隈元利佳)／債権関係における当事者の交替と旧当事者間における契約の効力(山岡 航)／費用賠償の二元的構造と遅滞責任(上田貴彦)／株主代表訴訟の終了制度(顧 丹丹)／中国における親会社の支配力行使に伴う責任に関する一考察(盧 曉斐)／会社における当事者自治の可能性と限界(三宅新)／金融機関の融資局面における情報提供義務(鬼頭俊泰)／株主総会決議の積極的確認(藤嶋 肇)／合併差止めの要件の検討(木原彩夏)／会社法三五〇条の制度趣旨に関する一考察(高木康衣)／準共有株式についての権利の行使に関する規律(仲 卓真)／日仏の比較からみた「暗号資産」の法的位置づけ(原 謙一)／共同担保概念の民法上の意義(瀬戸口祐基)

大会記事・学会事務局からのお知らせ

欧文抄録

有 斐 閣

2022