

タイトル	ドイツ民法最新判例紹介（4）
著者	内山，敏和；UCHIYAMA, Toshikazu
引用	北海学園大学法学研究，55(4)：86-67
発行日	2020-03-30

資 料

ドイツ民法最新判例紹介（４）

内 山 敏 和

1. 請負契約としての設備供給契約
2. BGB 642 条による受領遅滞損害賠償
3. 相関的夫婦遺言における最終相続人の離脱
4. 売買契約の解除の際の使用利益賠償の額

（はじめに）

今回は、JuS 2018 年 6 号から 7 号までに紹介されている、合計 4 件を取り上げる。

1. 請負契約としての設備供給契約 (JuS 2018, 580 — Prof. Dr. Gerald Mäsch)

BGH, Urt. v. 7.12.2017-VII ZR 101/14, ZIP 2018, 130 = BGHZ 217, 103

1. 国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）39 条 1 項により、買主には、物品の瑕疵を相当な期間内に通知する責務がある。CISG 3 条 2 項によれば、物品を供給する当事者の義務の主要な部分が労働その他の役務の提供から成る契約の場合には、この責務は、存在しない。「労働及びその他の役務提供」が供給者にとって認識可能な取得者の観点から見て中心をなしている場合、すでに「主要」とであると認められ、その場合、この役務提供の価値が物品の価値に達するかどうかは、関係ない。決定的なのは、契約内容に従って材料の調達の主目的の実現のために付随的にのみ義務付けられていることであり、このことは、施設供給契約においてしばしばなされてよいことである⁽¹⁾。

⁽¹⁾ （訳注）なお、以下では、CISG に関する部分については、Ware を「物品」と訳し

２．技術的設備（本件では、ポテトチップスの生産設備）は、それ自体、時効法の意味における工作物として性質決定される。その前提は、当該技術的設備が土地に直接または間接に建物を通じて定着していることであり、本質的構成部分（BGB 93 条、94 条）である必要はない。当該設備の土地又は建物との結合は、単にその重さによるものであり、その結果、分離が巨額の費用でのみ可能であることで充分である。さらに、技術的設備の永続的利用が意図されたものでなければならない。この要件の判断のために決定的に着目されるべきなのは、契約目的がより長い時効期間についての法律上の規律の前提となる特別な工作物リスクを伴う巨大で場所に固定される設備の設置であるか、である（BGH, BauR 2016, 1478 = NZBau 2016, 558 に倣って）。

３．被告当事者の財産についての破産手続の開始を理由とした法的争訟の中断の後に、原告当事者は、それが反訴棄却の申立てを ZPO 717 条 2 項に基づく支払申立てと結びつけている場合、当該法的争訟を反訴に關して受動訴訟として開始させることができる。

【事案の概要】

ポテトチップス製造業者 X は、2000 年 6 月、オランダの機械製造業者 A との間で、新しい生産ラインの設計、供給及び組立て及び既存の生産ラインの拡張のための部品の組立てを 590 万ユーロで委託した。そこでは、「保証条項」が契約内容となっており、A が設備の特定の性質及び使用価値について保証していた。この組立ての後に、X が本件設備の瑕疵を主張し、瑕疵の除去を請求し、受取を拒否した。X は、2001 年 6 月 13 日付書面で、同様の主張をしたうえで、2001 年 8 月 31 日までの追完期間を設定した。期日までに追完措置がなされなかったため、X は、2001 年 9 月 4 日付書面をもって、不履行を理由とする損害賠償を請求した。これに対して、A は、残代金の支払いを求めて反訴を提起した。

マクデブルク地方裁判所は、X の請求を棄却し、A の反訴請求の一部を認容した。ナウムブルク上級地方裁判所は、2009 年 6 月 25 日に、X の控訴と A の敗訴部分についての控訴を棄却した。上告手続き中、2012 年 4 月 3 日、ユトレヒト区裁判所の決定により A の財産について破産手続が開始され、Y が破産管財人となった。

ているが、それ以外の文脈では、「商品」と訳している。

【判旨】破棄差戻

1. 第一に、X が本件設備の引渡し後に相当な期間内に瑕疵の存在を A に通知する義務があったかが問題となる。まず、CISG 39 条 1 項の通知義務があるのか。ここでは、本件契約が CISG の適用がある契約類型に当たるか、すなわち、同 3 条 2 項の「物品を供給する当事者の義務の主要な部分が労働その他の役務の提供から成る契約」に当たるかが、問題となる⁽²⁾。

「『労働及びその他の役務の提供』の価値が制作され供給されるべき物品の価値を（明らかに）上回っている場合には、常に『主要』であると認められる。両契約当事者の意思は付加的であり、その者らの利益が本質的に重要である。供給者にとって認識可能な取得者の観点から見て『労働及びその他の役務』が中心をなしている場合、その労働の価値が物品の価値に達していることは、必要ではない。決定的なのは、契約内容に従って材料の調達の主目的の実現のために付随的に義務付けられているに過ぎないことであり、このことは、施設納品契約においてしばしばなされているといってよいことである。」

本件では、この要件が満たされていない。本件「保証条項」からは、本件契約が物品の交換に向けられたものでないことが導かれる。買主にとって重要であったのは、設備の稼働性能であり、その個々の要素の供給ではない。

そこで、次に、本件契約が制作物供給契約に当たり、売買法が適用されるのか問題となる。請負に当たる場合には、買主の検査通知義務を課している HGB 377 条 1 項は、適用されないからである⁽³⁾。本件が適用

⁽²⁾ この前提として、当事者は、準拠法としてドイツ法を選択しているが、それによって CISG の適用が排除されるかが問題となる（同 6 条）。これについては、国連売買法の適用を排除する当事者の意思を推認するためには、法選択を超える根拠が必要であるという。したがって、本件では、当事者の意思で同条約の適用は、排除されていない。

⁽³⁾ HGB 377 条 1 項「売買が双方のために商行為であるときは、買主は通常の営業活動に照らして適切である限り、商品を売主による引渡しの後遅滞なく検査し、瑕疵を発見したときは売主に遅滞なく通知しなければならない。」訳文は、『ドイツ商法典（第 1 編～第 4 編）』（法務資料第 465 号）223 頁に拠る。同規定は、「請負人から提供されるべき材料によって代替不能な動産が制作されるべき場合にも、適用され

される「旧債務法についてのBGHの判例によれば、制作物供給契約と請負契約は、互いに類型的に区別されるものである。それによれば、決定的なのは、いかなる義務が契約関係の中心をなしているのかである。両契約当事者にとって商品交換が中心をなしている場合、すなわちその価値の創出が物の制作及び供給にある場合、それは、制作物供給契約である。これに対して、契約内容の重点が制作されるべき物の供給になく、むしろ、物の制作及び供給が前提となっているとしても、労務の創出にある場合、それは、純然たる請負契約である。」このことからすれば、本契約は、請負契約である。

3. 第二に、原審は、本契約については、旧BGB 638条1項1文⁽⁴⁾により6か月の時効期間に服しており、Xの請求権は、既に時効によって消滅しているとしている。しかし、これは、むしろ、工作物への労務に当たるため、5年の時効期間に服する。

「BGHの判例によれば、技術的設備は、それ自体、工作物として見られ得る。その前提は、当該技術的設備が土地に直接または間接に建物を通じて定着していることであり、本質的構成部分（BGB 93条、94条）である必要はない。当該設備の土地又は建物との結合は、単にその重さによるものであり、その結果、分離が巨額の費用でのみ可能であることで充分である。さらに、技術的設備の永続的利用が意図されたものでなければならぬ。この要件の判断のために決定的に着目されるべきなのは、より長い時効期間についての法規定を基礎づける特別な工作物リスクを伴う巨大で場所に固定される設備の設置が契約目的であるか、である。」この原則からすると、本件設備は、工作物に当たる。

【コメント】

1. まず、本件では、前提として訴訟法上の問題が存在している。要旨3は、これに関するものである。オランダ企業の破産手続開始の本件

る。」（HGB旧381条2項。現在〔2002年1月1日以降〕では、「上記の規定は、製作されるべき又は生産されるべき動産の供給を目的とする契約にも適用される。」と）。

⁽⁴⁾ 「注文者の……〔中略〕……減額又は損害賠償の請求権は、請負人が悪意で瑕疵を沈黙しなかった場合に限り、6か月をもって……〔中略〕……工作物の場合、5年をもって時効によって消滅する。」

訴訟への影響が問題となっているため、手続きの準拠法が問題となった。ドイツ法が適用されるものとされている。

2. CISG の適用が問題となった事件であり、その点では、日本法にも参考になりそうな判決だといえる。ただし、それは、同条約 3 条 2 項の解釈の限りにおいてである。判決文からは、この種の設備供給契約は、原則として同項の適用があることになりそうである⁽⁵⁾。

2. BGB 642 条による受領遅滞損害賠償 (JuS 2018, 582 — Prof. Dr. Martin Schwab)

A) BGH, Urt. v. 20.4.2017-VII ZR 194/13, NJW 2017, 2025 = BGHZ 214, 340

【要旨】

別段の合意がある場合を除き、実施過程の期間中に、予見され得ない、寒気、凍結及び雪といった形での異常な悪天候による工事目的地への影響を阻止すべき、BGB 642 条⁽⁶⁾ の意味における必要的協力行為は、依頼人には課せられない。

【事案の概要】

X は、2009 年 9 月 1 日、Y からベルリン・ドレスデン間のアウトバーン A 13 号線のランプを含む道路橋の建設を請け負った。その際に、建設工事発注契約規程 B 編 (VOB/B) 及び特約事項が契約内容として取り入れられている。その際、Y は、X から 984,978.60 ユーロの仮払金を受けている。本件工事は、2010 年 5 月 15 日までは完了するものとされていた。しかし、2010 年 1 月及び 2 月に、過去 30 年の平均を明ら

⁽⁵⁾ Patrick Ostendorf, Anmerkung zu diesem Urteil, GWR 2018, 32 は、そのように解している。

⁽⁶⁾ (訳注)「仕事の実施 (Herstellung) に際して注文者の行為が必要な場合、請負人は、注文者がその行為の不作為によって受取を遅滞させた場合、相当の補償を請求することができる。

前項の補償の額は、一方で、遅滞の継続期間及び約定の報酬額に応じ、他方で、請負人が遅滞によって費用を節約した分又は自己の労力を他に使用したことにより取得し得た分に応じて、定められる。」

かに超える寒気、凍結及び降雪が異常に長期間発生した。そのため、本件工事は、１月４日、安全上の理由で中断され、Ｙは、工期を延長した。工事は、３月８日に再開された。Ｙは、気象状況による工事の遅延に基づく費用の支払いを求める追加提案を行なったが、Ｙがこれを拒否したため、その費用 95,438.67 ユーロの支払いを求めて訴えを提起した。

コトブス地方裁判所は、訴えを棄却し、ブランデンブルク上級地方裁判所も、控訴を棄却した。このため、Ｙが上告した。

【判旨】 上告棄却

１．まず、契約上このような報酬増額請求権の存在を否定した原審の判断は、妥当である。第一に、当事者間では、異常な悪天候のため工事が中断し、工期が伸びた場合の報酬請求権の調整について合意していない。次いで問題となるのが、BGB 642 条に関連して VOB/B 6 条 6 項 2 文⁽⁷⁾ に基づく請求権が認められるか、である。しかし、「別段の合意がある場合を除き、実施過程の期間中に、予見され得ない、寒気、凍結及び雪といった形での異常な悪天候による工事目的地への影響を阻止すべき、BGB 642 条の意味における必要的協力行為は、依頼人には課せられない。」

このような必要的協力行為は、それがなければ仕事の提供がなされえないものであることが決定的に重要であり、それは、当該契約に基づいてのみ探求され得る。「それによれば、注文者に課される必要的協力義務の種類と範囲は、BGB 133 条、157 条に従って当事者の契約上の合意の解釈を通じて個別事案の諸事情、とりわけ請負人によってなされるべき仕事及び請負人によって引き受けられた給付義務の種類及び性質を考慮して決定されるものである。これと並んで、取引慣行も重要となり得る。」これによれば、確かに、ＹがＹの仕事の提供のために建設用地を利用できるようにすべき義務を負っていたことは、導かれる。しかし、「寒気、凍結及び雪といった外的作用から、利用できるようにされた建設用地を守るべき義務を負っていたとは推認できない。このことは、これらの作用の防止が工事の継続のために必要であったという事情があつて

⁽⁷⁾ 「そのほか、１項１文に基づく通知がなされ、または１項２文に基づいて周知の事実である限りは、BGB 642 条に基づく相当な賠償を求める請負人の請求権は、妨げられない。」

も、当てはまる。この種の協力行為について明示的規律を両当事者はしていない。この規律は、誠実な（redlich）当事者の理解に鑑みて契約から推断的に推認され得るものではない。寒気、凍結及び雪は、当事者によって影響され得る事情ではない。さらに、X の工期の決められた給付が可能となるように、建設用地へのこれらの作用を保護措置によって排除することは、事実上も不可能であるし、又は少なくとも経済的に合理的な手段によってはなしえない。」

2. さらに、補充的契約解釈によっても X の請求権は、基礎づけられない。それは、本契約には構想に反した規律の欠缺が存在しないからである。すなわち、VOB/B では 6 条に工事の妨害と中断についての規定を設けて、このような場合におけるリスク配分を定めているのである。また、BGB 313 条に基づいて行為基礎の喪失を主張することもできない。両当事者は、契約において、工期の延長から生じる金銭的リスクを原則として請負人に負わせており、契約上割り当てられたリスクを超え、契約をそのままの形で維持することが期待できない特別な事情も存在しない。

B) BGH, Versäumnisurt. v. 26.10.2017–VII ZR 16/17, NZBau 2018, 25 = NJW 2018, 544 = BGHZ 216, 319

【要旨】

1. BGB 642 条が請負人に与えている相当な補償は、請負人が注文者の受取遅滞の期間中に後者に課せられている協力行為の不作为のために人員、機器及び資本、すなわち労務提供の実施のための生産手段を待機させたことについて生じるものである。

2. 注文者の受取遅滞に基づいてはいるが、その終了の後になって初めて生じる人件費及び材料費の上昇といった追加費用は、BGB 642 条に基づく補償請求権には含まれない。

【事案の概要】

X は、連邦公文書館の新築の雑誌棟へのスプリンクラー設備の設置を請け負った。その際、VOB/B（2006 年版）及び Y の特約条項が契約に組み入れられた。その仕事は、契約により 2008 年の第 50 週までに仕上

げることになっていた。X は、注文者である Y（連邦政府）に本件雑誌棟をスプリンクラー設置に適した状態にすることを求めた。しかし、別の業者の倒産などによる工事の遅れのため、2012 年 2 月以降、X は、工事を行なうことができなくなった。この時点で、全体の 40% まで工事が完了していた。X は、2012 年 11 月 27 日付の書面により契約を解除した。X は、2013 年 2 月 4 日の最終請求書で、総額で 223,373.44 ユーロを請求し、その中で 2011 年の期間の工期延長による価格の上昇を理由に 7132.03 ユーロを計上した。これは、2011 年になって初めて工事に着手できたことによって生じた賃金・材料費の増加分である。Y は、X の請求に対して、100,054.88 ユーロを支払った。そこで、X は、Y に対して差額の 123,318.56 ユーロの支払を求めて訴えを提起した。

ベルリン地方裁判所は、訴えを棄却し、ベルリン上級地方裁判所は、2280.19 ユーロ及び利息の限度で請求を認容し、その余を棄却した。BGH は、Y による上告を容れ、請求を棄却した。

【判旨】破棄自判

「注文者に課せられる協力行為の懈怠による注文者の受取遅滞に基づいてはいるが、その終了の後になって初めて、すなわち延期になっていた仕事の提供の際に生じる人件費及び材料費の上昇といった追加費用は、BGB 642 条に基づく補償請求権には含まれない。」

確かに、Y の必要的協力義務の懈怠により X の納期が遅れることになっており、BGB 642 条の補償請求権の要件を満たしている。しかし、BGB 642 条の請求権が、注文者の受領遅滞及びそれによってもたらされた約定の給付の実施の際の遅延によってその受領遅滞後に請負人に生じた賃金の増額費用をも含むかどうかは、下級審裁判例及び学説上、争いがある。そして、否定説が妥当である。「BGB 642 条の文言、体系、趣旨及び歴史的解釈からは、請負人は、注文者に対し、BGB 642 条に基づいて、注文者に課せられる協力行為の懈怠による注文者の受領遅滞によるが、その終了後に初めて生じている賃金及び材料費の増額分について請求することはできない、ということが導かれる。」

まず、BGB 642 条 1 項の「相当の補償」という概念は、同条の請求権が包括的な損害賠償請求ではなく、無過失の特殊な請求権であり、損害賠償額の算定についての BGB 249 条以下の規定が適用されないことを示している。そして、補償額の算定の時間的基準は、同条 2 項の文言に

よれば、遅滞の期間のみであり、それ以降の施工への影響を含むものではない。このことが示しているのは、同条の補償が受領遅滞の期間についてのみ請求されるものだということである。このことから、相当の補償が請負人の待期期間について支払われ、人員、機器及び資本の用意についても埋め合わせとなるべきものだということになる。上記の増額費用は、これに当たらない。

次に、BGB 642 条は、644 条、645 条の危険負担の規定を補充するもので、645 条同様、当事者の一方の帰責性に関係なく、注文者によってなされるべき協力行為のため請負人による給付の実施が妨げられる場合における契約上のリスクを配分するものである。そして、BGB 643 条は、注文者が協力行為を設定された期間内に行わない場合に、請負人に解除権を付与しているが、注文者の受領遅滞によって生じる増加費用についてほとんど完全な補償を得ることができるとすると、この規定が無意味になってしまう。また、BGB 642 条は、304 条⁽⁸⁾とは異なる利益をカバーしており、642 条によって 304 条に含まれない増加費用の補償がなされるとは言えない。

さらに、BGB 642 条は、注文者の帰責事由を前提としないものであり、注文者の受領遅滞によって生じる全ての不利益を請負人に補償することは、正当化されない。このように解しても、不当な結論になるわけではない。注文者の協力行為が付随義務と解釈される場合、増加費用は、280 条、286 条に基づいて賠償請求できるし、そのような損害賠償の要件を満たしていない場合でも、契約の維持が期待されない場合には、313 条（事情変更の原則）により契約適応がなされる。また、契約によって注文者が賃金・材料費の増加リスクを負担することもできる。さらに、請負人は、643 条に基づいて注文者の受領遅滞を理由として契約を解除し、これによって賃金・材料費の増加から生じる不利益を回避することができる。

最後に、同条の歴史的解釈も、これと異なる結論をもたらすものではない。すなわち、立法者が BGB 642 条の規定を設けたのは、一方では、304 条の費用賠償を不十分であると考え、他方で損害賠償請求権を認め

⁽⁸⁾ 「債務者は、債権者の遅滞の場合に、債務者が不首尾に終わった提供並びに負担している目的の保管及び保存のためになさなければならなかった増加費用の賠償を請求することができる。」

るのは、広範に過ぎると考えたからであった。

さらに、別の法的根拠によっても X の請求は認められない。すなわち、VOB/B 6 条 6 号 1 文、BGB 280 条 1 項及び 286 条を理由とする損害賠償も、Y に義務違反がないため、認められず、304 条の受領遅滞における増加費用にも当たらない。VOB/B 2 条 5 号又は 6 号の適用もなく、補充的契約解釈や BGB 313 条による行為基礎の喪失の要件も満たさない。

【コメント】

1. 本件の評釈者（Helmuth Duve）は、〈悪天候によって工事が延長した場合、その費用について発注者に当然に請求できる〉という誤解が一般に広まっている、と指摘している。同様の問題は、日本でも当然起こり得るが、基本的には契約解釈の問題、多くは取引慣行によることになる。

A 事件について判例は、上告理由に応接して、先例との関係を論じている。まず、BGHZ 143, 32 = NJW 2000, 1336 との関係では、両者では事案が異なると指摘する。すなわち、契約上請負人の債務となっている仕事が生前準備が適時にされることが必要となっており、それが注文者に課せられる協力行為に当たるという事情から、BGB 642 条に基づく補償請求権が認められているのであり、工事の中断が悪天候によるものではない。次に、BGH, NJW-RR 2006, 306（Schürmann-Bau 事件）との関係であるが、この事件では、洪水によって工事が中断したのであるが、注文者による洪水対策が不十分だったのが現場の浸水の原因であった。その点では、やはり本件とは事案が大きく異なる。

判決からは、悪天候による工事中断の場合、契約上のリスク配分が決定的な役割を果たしており、多くの建設請負契約において採用されている VOB/B 6 条の規定が原則として意味を持つてくることがわかる。

2. B 事件は、補償請求権の範囲に関するものである。下級審裁判例及び学説上争いのあった点について、BGH の立場を明らかにしたものであり、意義は大きい。肯定説は、デュッセルドルフ上級地方裁判所（BauR 1983, 473）のほか、多くの学説が支持しており、否定説は、イエナ上級地方裁判所（NZBau 2006, 510 = NJOZ 2006, 1904）及びケルン上級地方裁判所（NJW-RR 2004, 818）のほか、これも多くの学説が支持している。判決文の引用からすると、否定説のほうが賛同者は、多いよう

である。原審は、肯定説に立ったが、BGH は、否定説を採用した。

3. 建設工事においては、一つのプロジェクトの過程の中で複数の業者に様々な内容の工事が依頼され、それが積み重なる形で行なわれていく。つまり、先行作業が遅れる場合には、これを前提として後に行なわれる作業の工期が遅れることになる。Schwab によると、BGH は、注文者の地位を強くしている。すなわち、一方で、先行作業についての建設業者は、注文者の履行補助者ではなく、それ故、この業者の失敗に基づいて不利益を受けた別の建設業者が注文者に対して債務不履行を理由とする損害賠償を請求することはできない (BGHZ 95, 128 = NJW 1985, 2475)。他方で、先行作業の障害は、注文者の責任領域にはない。したがって、BGB 645 条を類推した部分報酬請求権が認められることはない (BGHZ 78, 352 = NJW 1981, 391)。ただし、河川近くの建設計画において或る業者に依頼した洪水対策に瑕疵があり、その結果、別の業者に不利益が生じた場合には、645 条に基づく請求権が認められる (BGHZ 136, 303 = 3018)。この場合の洪水対策は、注文者の固有の責任領域にあるというわけである。

その上で、Schwab は、次のように指摘している。すなわち、A 事件では、注文者が影響を及ぼせない天候により協力行為ができなかった場合に請負人の補償請求権を認めなかったのであるが、注文者が影響を及ぼせない給付障害は、ほかにも考えられ、B 事件における先行作業の業者の倒産やデモなどがそれにあたる。確かに、BGB 642 条は、注文者の過失を要件としていないが、協力行為の懈怠を言うことができるのは、少なくとも、それを行なうことについて物理的・現実的な可能性がある場合である。そして、この物理的・現実的な可能性の有無は、評価問題である。したがって、建築契約のリスク構造については、極端な場合を除けば、注文者は、建設工程の進捗を操縦することができる、ということができ、642 条により先行作業の遅滞のリスクは、注文者が負担することになる。ただ、建設工程の質については同じように操縦できるわけではない。そして、B 判決が 642 条の文言に依拠している点については、納得できないという。というのも、価格の上昇も遅延期間の増大によって定型的に深刻化するからである。さらに、643 条の解除によって不利益を避けるように差し向けるのも十分ではないという。

３． 相関的夫婦遺言における最終相続人の離脱

（JuS 2018, 585 — Prof. Dr. Marina Wellenhofer）

OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.4.2017-1 W 642/17, ZEV 2017, 642

【要旨】

夫婦共同遺言において指定された二人の最終相続人（Schlusserben）のうちの一人が子孫を残すことなく離脱した場合、BGB 2270 条 2 項⁽⁹⁾の規律を適用したとき、追増の効力（BGB 2094 条 1 項）は、相関性に含まれる。

【事案の概要】

M とその妻 E は、1991 年 9 月 10 日、共同して遺言を作成し、その中で、一方が死亡した場合、他方がこれを相続したうえで、その他方が死亡した場合には、M とその前妻との子である B₁ 及び G がこれを均等に相続するものとされていた（以下、これを 1991 年遺言という）。M は、2013 年に死亡し、E は、2014 年に改めて公正証書遺言を作成し、B₁ 及び G を相続人としたうえで、B₁ の補充相続人をその妻に、G の補充相続人をその夫 B₂ に指定した。G が 2016 年 7 月 4 日に死亡した後、E が同月 9 日から 10 日にかけて死亡した。

B₁ は、自らが E の唯一の相続人である旨の相続証書の交付を求めて、区裁判所に申し立てた。区裁判所も、これを認めたことから、B₂ が抗告した。

【コメント】

抗告を受けたニュルンベルク上級地方裁判所は、B₂ による抗告を棄却し、B₁ を E の唯一の相続人とする相続証書の交付を認めた。

日本法とは異なり、ドイツでは相関的夫婦遺言としていわゆる共同遺

⁽⁹⁾ 「配偶者が互いに出捐した場合、または一方配偶者に対して他方配偶者によって寄与（Zuwendung）がなされ、被出捐者が遺されたときにその他方配偶者の近親者、あるいはその他の縁故者の利益のために処分がなされている場合、疑わしい場合、処分相互について前項の関係が認定されるものとする。」訳出の際には、近藤英吉（福地陽子 [補遺]）『獨逸民法（V）相續法』（有斐閣、1955 年）346 頁も参考にした。

言が有効とされている。この種の遺言は、一般に「ベルリン式遺言」と呼ばれているようである⁽¹⁰⁾。

BGB 2094 条 1 項は、「法定相続を排除して、多数の相続人が指定され、その相続人の一人が相続の開始前又は開始後に離脱したときは、その者の相続分は、相続分の割合に応じて他の相続人に帰属する。相続人のうち数人が共同相続分につき指定された場合には、まずこれらの者の間に相続分の追増が生じる。」と規定している。本件では、G の死亡により B₁ にこのような追増が生じるのかが問題となっている。もっとも、2014 年遺言では、G の補充相続人として G の夫である B₂ が指定されているため（以下、本件指定という）、この指定の有効性が前提問題となる。この本件指定の効力が問題となり得るのは、E が亡夫 M と共同して作成した 1991 年遺言では、補充相続人の定めがないからである。M の死亡後は、E は、共同遺言においてなされた最終相続人指定を撤回し、又は最終相続人の権利に影響を与える処分をなすことはできない。共同遺言における E への相続人の指定と M の子らへの最終相続人の指定は、BGB 2077 条 1 項の意味における相関的処分であり、一方配偶者の処分が他方の処分なしにはなしえないとされているものである。処分の相関性は、BGB 2270 条 2 項を適用した場合でも、追増の効力も含む。同条 3 項は、相続人の指定、遺贈、相続人の引き受ける負担及び寄与されるべき相続上の権利の選択以外の処分については、相関的処分とはならないとしている。しかし、追増は、相続人指定の法律上の調整に当たるので、相続人指定と区別して判断されえない。したがって、B₁ に追増が生じるとする 1991 年遺言の該当部分を 2014 年遺言で変更することはできない、と判断された。

本決定は、この判断が BGHZ 149, 363⁽¹¹⁾ に違背するものではない、と述べる (Rn. 26f.)。同決定で問題となったのは、BGB 2069 条による補充相続人指定が、もともとの最終相続人指定と同じく、相関性があるもの

⁽¹⁰⁾ 藤原正則「最近 30 年間の遺留分をめぐるドイツの法改正議論 (1) — 高齢社会の下の遺留分の存在論」北法 55 巻 3 号 (2004 年) 992 頁以下。

⁽¹¹⁾ 事案としては、1957 年に死亡した夫と 1954 年に作成した共同遺言の内容について被相続人 (1998 年 12 月死亡) が 1994 年に変更を加え、それまでの最終相続人であった子から二人いる孫のうちの一人を単独相続人として指定した、というものがある。

とされ、その変更が許されないのか、ということである。そして、BGHは、補充相続人指定に相関性が認められるのは、その指定に向けた遺言者の意思を認めるに足る事実が存在している場合、すなわち指定がBGB 2069条による推定のみによるものではない場合であるとした。これは、自らの近親者や縁故者を排除しつつ配偶者を単独相続人として指定することとその近親者らを最終相続人と指定することの間には、一方がなされるがゆえに他方がなされるという相互関係が定型的に存在しているという考え方を前提としている。したがって、特定人を相続人とするということが当該共同相続においては動かしえない、拘束力のある決定となる。法律上の推定以上に補充相続人に指定される根拠がないとすれば、そのような相続人指定は、当該共同遺言において動かしえない決定とは言えないわけである。このような立場からすると、追増の場合、BGB 2270条2項は、もともと共同遺言においてなされた最終相続人指定、すなわち特定の近親者を最終相続人に指定することに結び付けられたものである。追増は、残された相続人の相続分を直接的に変更するものである。つまり、その有無については、特定人への相続人の指定に関わり、当該共同遺言における動かしえない決定を構成するといえるのである。

4. 売買契約の解除の際の使用利益賠償の額

(JuS 2018, 708 m.Anm. Prof. Dr. Martin Schwab)

BGH, Urteil vom 30.6.2017-V ZR 134/16, NJW 2017, 3438
mAnm Markworth = BGHZ 215, 157

【要旨】

1. 同一の事案から生じる被告の独立した請求権を初めて主張することは、前訴における原告の請求権についての確定判決によって遮断されない。このような請求権については、そこで主張されている請求権についての判決によって確定的に決定されるのは、ZPO 322条の前提、すなわち反訴又は相殺の場合のみである。

2. 受けた使用利益について BGB 346条1項1文に基づく価値賠償の算定にあたって、売買契約のような双務契約においては、その客観的価値ではなく、反対給付、したがって売買契約の解除ではそこから価値

賠償が期間に比例して直線的に導き出される取得価格が決定的である。

3. 買主が売買契約の正当な解除に基づいて巻き戻し給付に並んで融資費用又は事業費用のような賠償を請求し、それによって売買目的物から得た利益について BGB 346 条 2 項 1 文に基づいて義務付けられた価値賠償を超える使用利得を得た場合、この超過利得は、それに算入される。

【事案の概要】

X は、Y に住居所有権の形でテラス付きの住居を売却した。Y は、テラスが無許可のものであったため、本件契約を解除した。前訴において Y は、本件住居の返還と引き換えに、売買代金 124,000 ユーロの返還並びに取得付随費用（契約費用、引越費用、改装費用）についての損害賠償及び賃貸費用の賠償 11,901.02 ユーロの支払を求め、地方裁判所は、2013 年 7 月 11 日、改装費用、賃貸費用を除いて訴えを認容し、この判決が確定した。本件住居は、同年 12 月 30 日、X に引き渡された。後訴である本件において、X は、Y に使用利益の賠償を求めており、客観的資料である 26,862 ユーロの支払を請求している。

ヴッパータール地方裁判所は、X の訴えを認容したが、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、1,421 ユーロを除いてこれを棄却した。X による上告。

【判旨】 破棄差戻

1. まず、前訴において主張されなかった Y の使用利益の賠償について後訴において請求し得るか。

「訴訟物の限界の外では、新たな訴えによって経済的に同一の目的が追求されており、事実が重複している場合であっても、遮断はされない。それ故、後訴において、前訴の対象であった生活事態に属する事実が一概に排除されることはなく、それが前訴で確定的に判断された請求権に関係している限りでのみ、排除される。」「そこで、無効な売買契約の不当利得法上の巻き戻しについての確定的な有責判決をすることは、売主が後訴において前訴において主張されなかった利得で、買主が巻き戻されるべき売買契約から受けた利得の返還を請求することを、妨げるだろう。というのも、無効な売買契約の巻き戻しにおいては、独立した双方的な不当利得返還請求権が存在しないからである。むしろ、存在してい

るのは、双務的な利得と損失の差引計算をして生じる差額について単一の請求権だけである。」「これに対して、同一の事態に基づく被告の独立した請求権を初めて主張することは、前訴における原告の請求権について確定的な判断によって遮断されない。そのような請求権について、この判断によって、ZPO 322 条の要件の下でのみ——すなわち反訴や相殺の場合で——確定的な判断がされる。」（Rn. 11）

しかし、本件で X が主張している使用利益賠償請求権については、「売買代金の払戻及び契約費用・引越し費用の賠償に向けられた Y の請求権が〔Y の〕受けた利得の賠償に向けられた X の請求権と自動的に差引計算されるべきものであった場合にのみ、前訴の訴訟物となる。」しかし、そのような関係にはなく、X の請求権は、前訴の訴訟物には当たらない。不当利得返還請求権のように差額説（Saldotheorie）によった場合、独立した双務的請求権も自動的に差引計算されることになる。しかし、「BGB 346 条に基づく一方当事者の解除後の双務的な返還請求権においてにおいては、異なる。これらは、相互に無関係に存在しており、BGB 348 条 1 文により同時に履行されるべきものであり、これは、自動的に差引計算を排除する。したがって、それらは、別々の訴訟で主張される。契約当事者の一方が他方による彼に対する返還訴訟において自らの返還請求権を主張しない場合、彼は、これを後訴において事後的に取り上げることができる。差引計算されるのは、相殺が明示的又は対応する申立てにより推断的に意思表示される場合、又は買主が自らの損害を売主の反対債権の相殺の下で算定している場合のみである。」が、前訴でそのようなことはなされてない（Rn. 12～13）。

原審は、BGHZ 167, 108⁽¹²⁾ に依拠して、売買契約が解除され、買主から契約費用・引越し費用が請求された場合には、買主が受けた利用利益は、損益相殺における利得として位置づけられるため、前訴の訴訟物の一部となる、とする。しかし、この判例は、解除と損害賠償の択一性を前提としていた旧債務法が適用されるものであり、本件に適用される現行債

(12) 同判決は、買主が BGB 旧 463 条に基づいて売買契約の巻き戻しを不履行を理由とする大きな損害賠償の仕方でも請求する場合、被害者の受けた使用利益の価値は、差額計算における利得として位置づけられ、損益相殺の対象となる、としたものである。その理由は、「被害者が売買契約に基づいて売買目的物の占有を、そしてそれによって目的物を利用する可能性を取得したから」である。

務法の下では妥当しない。旧法下では、悪意の黙秘又は保証された性質の不存在を理由に契約の巻き戻しと並んでこれを超える損害の賠償を請求する場合、(解除と損害賠償の択一性により) 解除の意思表示を行わずに、いわゆる大きな損害賠償の形でなすことになる。そして、そのような場合に、給付された目的物の使用利益は、損益相殺の枠内で自動的に差引計算される利得とされた。これに対して、BGB 325 条は、解除と損害賠償の択一性を廃止し、「売買目的物の利用による利得の調整がもはや損害賠償法的にではなく、解除法的に調整されることになる」ことになった。そこで、目的物の使用利益賠償は、BGB 346 条 2 項により独立した請求権となったが、これを損益相殺により自動的に差引計算されるとすると、これを二重に顧慮したことになる。「したがって、解除法が適用される使用利得の清算は、損益相殺の枠内での算入及びその結果として両当事者の前訴の訴訟物に使用利得を含めることを、債権者（本件では買主）が売買目的物の瑕疵のために挫折した売買契約の損害賠償法的巻き戻しを選択し、履行全体に代わる損害賠償を請求した場合にも、排除される。」(Rn. 15～22)

2. 次に、原審が Y の受けた使用利益を賃料相当額によって決定するのではなく、取得価格から期間に比例して直線的に導き出した点は、正当である。ただし、原審は、当民事部の判例を前提としている点には、問題がある。この判例によれば、買主が売買代金の返還及び契約締結に付随する費用の賠償のみを求めている場合には、使用利益は、取得価格から期間に比例して直線的に導き出されるのに対して、これに加えて、代金の使用利益・融資費用・事業費用の賠償を求めて、投資決定の返還を求めている場合には、使用利益は、客観的な賃料相当額に基づいて決定される。しかし、この区別は、解除と損害賠償の択一性を前提としたもので、それが廃されている現行法においては、維持しえない。使用利益賠償についても、一律に解除法に服する。つまり、「受けた使用利益について BGB 346 条 2 項 1 号に基づいて義務付けられた価値賠償の算定の際、売買契約のような双務契約の場合には、その客観的価値ではなく、反対給付、それ故売買契約の解除の場合には、取得価格が決定的であり、そこから価値賠償が期間に比例して直線的に導き出されることとなる。」

「BGB 433 条 1 項によれば、売主は、買主に対して売買目的物の所有権を得させるだけでなく、その占有も得させなければならない。それ故、売買代金は、売買目的物の占有と買主によるその使用に対する反対給付

でもある。それ故、それが使用利益の価値の計算のために考慮されるべきことになる。それ故、土地を購入するのであって賃借するのではないという買主の決定は、賃料相当額を〔基準として〕取り上げることを排除するのである。」（Rn. 28）

「もっとも、債務者（本件では売主）の返還請求は、債権者（本件では買主）が超過的な損害を主張することを妨げない。そのような超過的な損害の賠償は、超過的な利得を生じさせることがあり、それは、賠償されるべき損害と一致しており、そのため、差額説（Differenzhypothese）に基づいて差引計算されるべきことになる。買主が売買契約の適法な解除の後にその原状回復と並んで、たとえば融資費用及び／又は事業費用の賠償を請求し、そして、それによって、BGB 346 条 2 項 1 文に基づいて負担される売買目的物から受けた使用利益についての価値賠償を超える使用利得を請求する場合、これにこの超過的な利得が算入されるべきことになる。これは、経済的帰結においては、当民事部が 2001 年 12 月 31 日まで適用された給付障害法及び売買法に基づいて、買主が自らの投資決定の返還を請求し、融資費用や事業費用の賠償を求めた事例について行っていた損益相殺に対応する。もっとも、債務者（本件では売主）は、売買契約が瑕疵に基づいて原状回復される場合、そのような利得の賠償の固有の請求権を有していない。むしろ、債権者が——本件でもそうであるように——超過的な損害を主張していない限り、受けた使用利益について取得価格に基づいて算定されるべき価格賠償にとどまる。」

3. 以上のように、2013 年 7 月 12 日以降の使用利益の賠償については、原審が認めた 1,421 ユーロの支払が妥当である。これに対して、2011 年 4 月 1 日から 2013 年 7 月 11 日までの使用利益については、原審の認定するところではないので、これについて判断させるために、事案を差し戻す。

【コメント】

1. まず、要旨第 1 点は、手続法上の問題であるが、使用利益賠償が独立した請求権となるかによって、結論が異なっており、実体法の解釈が決め手となる問題である。判決は、無効な契約の場合には、不当利得返還請求権は、自動的に差引計算されるため使用利益賠償が独立した請求権となることはないが、有効な契約の解除の場合には、双方の請求権がそれぞれ独立して認められるとする。これについては、Schwab は、

契約の有効性がそのような差異を根拠づける理由はないとして、不当利得法における差額説 (Saldotheorie) の弱点を示すものとであると指摘する。

なお、契約の巻き戻しの際に債権者が受けた使用利益が債務者の支払うべき損害賠償と自動的に差引計算されることはないという原則は、巻き戻しが解除によってなされる場合だけでなく、これが損害賠償によってなされる場合にも妥当するという。そして、本判決は、その反対説として Beate Gsell と Jan Lieder の見解を検討している。この見解は、履行に代わる損害賠償請求権について解除の規定を準用する BGB 281 条 5 項の適用範囲を第一次的返還請求権に限定し、価値賠償については、損害賠償法を適用する（その結果として、旧法化と同様に損益相殺がされることになる）。BGB 325 条は、解除と損害賠償の両立を認めているが、両者は、異なる目的を有するものである。その相違が際立つのは、使用利益に関してである。すなわち、売主は、解除の際に物の使用利益賠償を請求できる一方で、買主は、目的物を使用できなかったことについての損害 (Nutzungsausfallsschaden) の賠償を請求することができる。これについて判例は、解除が請求されても、買主は、上記の損害賠償を請求できるとしている (BGH, NJW 2010, 2426 = ZIP 2010, 1449)。このように解した場合、目的論的縮減の必要性は、存しないし、「立法者がこの規定を設けたのは、どのような方法で大きな損害賠償に際して使用利益と引き渡された物の損傷が調整されるのかについて、旧法下で存在した不安定性を排除するためであり、まさに使用利益の賠償を解除法に服せしめるつもりだったのである。」(Rn. 20)

2. 要旨第 2 は、価値賠償の価格の算定基準という実体法上の問題に関係している。ただし、この論点も、債権法改正による判例準則の変更に関わる。

本件では、当事者間に取得価格から算出した使用利得の額について争いがなかったため問題とならなかったが、具体的な算出方法については、次の指摘がされている。

すなわち、期間に応じて直線的に算出する点について、本判決評釈者の Markworth が存続期間の不明瞭な目的物については、事実審裁判官は、賃料相当額に基づいた評価に頼ることになる。

また、瑕疵を理由に契約を解除した場合、その売買目的物は、その価値に見合うものではない。それ故、その売買価格は、価値賠償の算定の

基礎とはなり得ない。そこで、Schwab は、BGB441 条 3 項を類推して減額した価格に基づいて算定している、劣化の場合の価値賠償（BGB346 条 2 項 3 号）と同じことが（BGH, NJW2011, 3085）、あてはまらなければならないという。

3. ところで、興味深いのは、Schwab が本判決の文体について苦言を呈している点である。すなわち、本判決では、名詞文体（Nominalstil）が過剰に用いられており、読解を困難にしている。また、要旨第 3 は、一読して理解できるものでない一方で、判決理由も、要旨を繰り返しているにすぎず、「—— 教育上も、試験上も、実務上も —— 読者にとって何の役にも立たない」、と。