HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（１）：損害論の視角からの分析
Author(s)	林, 耕平
Citation	北大法学論集, 73(6), 55-121
Issue Date	2023-03-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/88684
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_73_6_03_Hayashi.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（1）

―― 損害論の視角からの分析 ――

林　　耕平

目　次

第1章　はじめに
　1　問題の所在
　2　検討の対象・方法・手順
第2章　ドイツ法の検討
　第1節　ドイツ損害賠償法の問題構造
　　1　責任設定と責任充足の区別――責任成立論と責任内容論の区別に対応
　　2　賠償範囲論と金銭的評価論の区別の存在
　　3　小括
　第2節　責任内容論
　　1　損害概念の析出
　　（1）　一般債務不履行責任における責任内容論
　　ア　問題の所在――「抽象的損害計算」の基礎づけ
　　イ　19世紀の判例・学説――市場価格ルールの適用
　　ウ　20世紀以降の判例・学説
　　（ア）　前提――制定法の状況
　　（イ）　転売利益限定説
　　a　内容
　　b　批判――理論と結論との不整合
　　c　分析――金額差額説と転売利益限定説の関係
　　（ウ）　転売利益非限定説
　　a　R. ノイナーの見解

b　ラーベルの見解　（以上、本号）
c　Chr. クニューテルの見解
d　リームの見解
e　J. W. フルーメの見解
エ　小括
（2）　瑕疵担保責任における責任内容論
（3）　まとめ――一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論の接合
2　析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
第3節　損害賠償分類論
第3章　日本法の検討
第4章　おわりに

第1章　はじめに

1　問題の所在

（1）責任内容論

契約責任の領域における損害賠償法（以下、単に「契約責任法」と呼ぶ）は、大きく分けて、「責任成立論」――どのような場合に契約（債務）不履行に基づく損害賠償責任の成立を認めるべきかという問題（具体的には、本旨不履行要件（改正前民法[1]415条前段・改正民法415条1項本文）の解釈論と、帰責事由ないし免責事由要件（改正前民法415条後段・改正民法415条1項ただし書）の解釈論）――と、「責任内容論」――債務者は、成立が認められた損害賠償責任につき、どのような内容の責任を負うべきかという問題――の2つからなるということができる[2]。本稿

[1] 本稿では、「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）による改正後の民法典を「改正民法」、改正前の民法典を「改正前民法」と呼ぶ。ただし、当該条文が改正の対象となっていない場合や、改正の対象とはなっていても、文脈上特に改正の前後で区別する必要がない場合には、単に条数のみを記す。

[2] 「責任成立論」・「責任内容論」に代えて、「要件論」・「効果論」と呼ぶことも考えられる。しかし、その用語法の場合、何が認められるための「要件」を問題にするのか（何が認められた場合の「効果」を問題にするのか）によって、そ

は、そのうち、後者の「責任内容論」に取り組むものである。この責任内容論は、以下のように、総論的な問題と各論的な問題に分けることができる。

ア　総論的な問題――責任内容論の問題構造と各問題領域の相互関係

総論的な問題としては、そもそも責任内容論はどのような問題領域から構成され、各問題領域は相互にどのような関係に立っているのか――責任内容の確定はどのような（複数の）作業から構成され、各作業は相互にどのような関係に立っているのか――という問題を挙げることがで

れぞれの意味内容が変わってしまう（不法行為責任について同旨の指摘をするものとして、窪田充見編『新注釈民法(15)』（有斐閣・2017年）275頁［橋本佳幸］）。例えば、①「当該事案において賠償されるべき損害についての損害賠償義務」が認められるための「要件」を問題にするのであれば、「賠償されるべき損害の発生」が「要件」とされることになる。これに対して、②（賠償されるべき損害の発生の有無を捨象した）「観念的な意味における損害賠償義務」が認められるための「要件」を問題にするのであれば、「賠償されるべき損害の発生」は「要件」には含まれない。賠償されるべき損害の発生の有無は、むしろ、「観念的な意味における損害賠償義務」が認められた場合の「効果」の問題として扱われることになる。こうした多義性を避けるため、本稿では、責任の基礎づけ［帰責］と責任の内容の区別の観点から、「責任成立論」・「責任内容論」という用語法を採用したわけである（これは、今挙げた「要件論」・「効果論」の捉え方の例でいうと、②の例を採用したことになる）。

こうした本稿の用語法は、不法行為法において橋本佳幸が提唱し、その後、長野史寛が支持することとなった「責任成立論」・「責任範囲論」・「責任内容論」の三分法（橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『民法Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為（LEGAL QUEST）』（有斐閣・2011年）90頁［橋本佳幸］、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）6頁以下）に示唆を受けたものである。なお、不法行為法における「責任範囲論」――「加害者がどこまでの権利侵害について帰責されるかという問題」（長野史寛「不法行為法における責任内容確定規範の考察」私法76号（2014年）183頁）――は、加害行為と権利侵害を区別して観念するからこそ生じる問題であり、そのような区別を観念しない契約責任法においては、本旨不履行の有無の問題に解消される（奥田昌道編『新版注釈民法（10Ⅱ）』（有斐閣・2011年）325頁［潮見佳男］も参照）。そのため、「責任範囲論」を「責任成立論」とは独立に観念する必要はない。

きる。

（ア）学説の展開――賠償範囲論・金銭的評価論融合説から分離説へ

この点については、伝統的通説とそれを批判する平井宜雄の間に見解の対立がある。伝統的通説は、416条は相当因果関係の考え方を定めたものであると理解したうえで、債務不履行に基づく損害賠償責任の内容は、その相当因果関係の基準により（一元的に）判断されるとしてきた[3]。これに対して、平井は、伝統的通説が相当因果関係の問題としてきたものの中には、事実的因果関係・保護範囲・金銭的評価という３つの異なる問題が含まれていると主張した[4]。この対立を整理すると、伝統的通説が責任内容の判断に際して賠償範囲論――どこまでの損害が賠償されるべきかという問題――と金銭的評価論（算定論）――賠償されるべき損害をどのように金額に評価すべきかという問題――を区別していなかったのに対して、平井は、（事実的因果関係・）保護範囲と金銭的評価の分離という形で、この２つの問題領域が区別されるべきであることを説いたということになる[5]。

---

[3] 鳩山秀夫『日本債権法 総論』（岩波書店・増訂改版・1925年）74頁・80頁以下、我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964年）120頁・124頁以下、於保不二雄『債権総論』（有斐閣・新版・1972年）139頁・142頁以下。このほか、近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法 債権編 総則 上巻』（巌松堂書店・1934年）186頁以下・197頁以下、田島順『債権法』（弘文堂書房・1940年）53頁以下・59頁も参照。

[4] 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971年）135頁以下。

[5] なお、伝統的通説に対する平井の批判は、契約責任法だけではなく不法行為法も含めた損害賠償法全体にわたるものとして展開されているが、ここではそのうち契約責任法についてのみ取り上げている。これは、平井の批判が、（平井において自覚されているかは必ずしも明らかではないものの、）契約責任法と不法行為法で異なる意味合いを有しているからである。というのも、不法行為法において、平井は、権利侵害を損害とみる立場に立っていると考えられる（これについては、第3章で言及する）。そうすると、不法行為法における「保護範囲」と「金銭的評価」の区別は、――もちろん「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の分離としての意味を持たないわけではないが、それ以上に――（加害者がどこまでの権利侵害について帰責されるべきかという）「責任範囲論」と「責

a　前提――賠償範囲論と金銭的評価論の観念上の区別

しかし、注意を要するのは、伝統的通説においても、賠償範囲論と金銭的評価論が観念的には区別されること――責任内容論が賠償範囲論と金銭的評価論という２つの問題領域から構成されること――は認識されていたということである。例えば、伝統的通説を代表する於保不二雄は、「損害賠償額の算定には、如何なる範囲までの損害を賠償すべきかということと、賠償すべき損害を如何にして計算するかということとを含む」としている[6]。

b　対立点――金額包含的損害把握の採否

このように、２つの問題領域の観念上の区別という点においては見解が一致していたにもかかわらず、実際に責任内容を判断するにあたっての判断枠組みにおいて伝統的通説と平井が対立することとなった原因はどこにあるのか。それは、両者の基礎にある損害概念の理解の違いだと考えられる。

（ａ）金額差額説――金額包含的損害把握――賠償範囲論・金銭的評価論融合説

伝統的通説においては、損害概念には金額が含まれるとする金額差額説[7]が採られていた。例えば、於保は、「債務の不履行による損害は、債務の本旨にしたがった履行がなされたならば債権者がうくべかりし利益と不履行によって債権者がうけている利益との差額」であるとする[8]。こ

任内容論」の分離としての意味を持つことになる。このように、同じ「保護範囲」と「金銭的評価」の区別という言葉が使われていても、平井の批判は、契約責任法と不法行為法で異なる意味を持つことになるわけである。

[6] 於保・前掲注（3）141頁。すでに、勝本正晃『債権総論 上巻』（巖松堂書店・訂正3版・1934年）386頁に同旨の指摘がみられる。

[7] 本稿では、（引用箇所を除き、）単なる「差額説」という名称を避け、「金額差額説」という名称を用いる。これは、単に「差額説」と呼んだ場合には、事実状態の差を損害とみる「事実状態比較説」も含まれるとの誤解を招くおそれがあるからである（潮見佳男「不法行為における財産的損害の『理論』――実損主義・差額説・具体的損害計算」法曹時報63巻１号（2011年）５頁注（６）を参照）。

[8] 於保・前掲注（３）135頁。同様の見解として、近藤＝柚木・前掲注（３）172頁、田島・前掲注（３）46頁。

のように考えた場合、賠償範囲を画定する作業は、必然的に損害額を確定する作業を包含することになる[9]。

（ｂ）損害事実説――金額非包含的損害把握――賠償範囲論・金銭的評価論分離説

これに対して、平井は、損害概念には金額が含まれないとする損害事実説を採ることにより、賠償範囲論と金銭的評価論を分離した[10]。

（イ）賠償範囲論・金銭的評価論分離説に対する疑問

賠償範囲論と金銭的評価論を分離すべきであるという平井の主張は、大きな反対を受けることなく、概ね受容されているということができる[11]。しかし、この見解に対しては、以下の問題点を指摘することができる。

ａ　賠償範囲論と金銭的評価論の棲み分けを決定づける損害事実の抽象度に関する考え方が不明であること

すでに述べたところからも示唆されているとおり、平井の見解に立った場合に、分離された賠償範囲論と金銭的評価論の棲み分けを決定づけることになるのは、損害事実の捉え方――より具体的には、どのような抽象度において損害事実を捉えるか――である。一例を挙げると、100万円の商品の売買契約において、売主が不履行に陥ったため、買主が解除のうえ市場から代替品を150万円で調達したとする。買主がその150万円（あるいは代金額との差額50万円）の賠償を請求した場合に、150万円という金額に対する評価は、どちらの問題領域において行われることに

[9] 平井・前掲注（４）261頁も、金額差額説の必然的な帰結として２つの問題領域の融合が生じたことを指摘する。

[10] 平井・前掲注（４）259頁以下、同『債権総論』（弘文堂・第２版・1994年）50頁以下・68頁。

[11] 石田穣『損害賠償法の再構成』（東京大学出版会・1977年）163頁注（１）、星野英一『債権総論（民法概論Ⅲ）』（良書普及会・1978年）70頁、奥田昌道編『注釈民法（10）』（有斐閣・1987年）561頁・562頁［北川善太郎］、林良平（安永正昭補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論』（青林書院・第３版・1996年）150頁以下［林良平＝安永正昭］、淡路剛久『債権総論』（有斐閣･2002年）167頁、潮見佳男『債権総論Ⅰ　債権関係・契約規範・履行障害』（信山社・第２版・2003年）326頁。

なるだろうか。仮に、「代替品購入のための150万円の支出」を損害事実とみると、その評価は、150万円という金額に対する予見可能性の有無の審査という形で、賠償範囲論において行われることになる。これに対して、損害事実の抽象度を上げて、「商品の引渡しを受けなかったこと（要するに、給付の不取得）」を損害事実とみると、150万円での調達は金銭的評価のための資料という位置づけになり、150万円という金額に対する評価は金銭的評価論において行われることになる。

平井の枠組みにおいて損害事実の抽象度がこうした重要な役割を担っていることに照らすと、平井は、損害事実の抽象度に関する考え方を明らかにしておく必要があったはずである。ところが、平井は、損害事実の定義――「損害の事実とは、原告にとって何らかの不利益を受けたと観念される一定の事態である」[12]――においても、損害事実に関するその他の記述[13]においても、損害事実の抽象度に関する考え方を明らかにしていない。その結果、平井の見解は、分離された賠償範囲論と金銭的評価論の棲み分けについてどのように考えるのかが明らかにされていないという問題点を抱えることとなっている[14]。

b　根拠づけの問題性

---

[12] 平井・前掲注（4）162頁。

[13] 平井は、損害事実の具体例として「他から代物を購入するために金銭を支払った」という事実を挙げている（平井・前掲注（10）69頁）ため、本文の例においては「代替品購入のための150万円の支出」を損害事実とみている可能性がある。しかし、仮にそうだとしても、なぜそのような抽象度において損害事実を捉えるかという肝心の部分が明らかにされていないため、結局、損害事実の抽象度に関する考え方が明らかにされているとはいえない。

[14] 賠償範囲論と金銭的評価論を分離する立場に立った場合に両者の棲み分けについて難しい問題が生じることを指摘するものとして、奥田昌道『債権総論』（悠々社・増補版・1992年）183頁以下、前田達明『口述債権総論』（成文堂・第3版・1993年）188頁以下、中田裕康『債権総論』（岩波書店・第4版・2020年）206頁、大村敦志『新基本民法4 債権編』（有斐閣・第2版・2019年）114頁、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（東京大学出版会・第4版・2020年）189頁。なお、債権法改正の審議においても、同様の指摘はされていた（法制審議会民法（債権関係）部会第3回会議議事録（http://www.moj.go.jp/content/000047261.pdf・2022年10月23日最終アクセス）42頁以下［山本敬三幹事］）。

以上の指摘は、賠償範囲論と金銭的評価論を分離するという考え方を受け入れたうえでの指摘であった。これに対して、そもそも分離を行うこと自体についても、疑問を差し挟む余地がある。というのも、以下のとおり、平井による分離の根拠づけには問題があるからである。

（ａ）「理論的根拠」とその問題性

まず、分離の「理論的根拠」[15]となりうるのは以下の２点であるが、いずれにも問題がある。

１）金銭賠償主義が自明の法技術ではないこと――観念上の区別までしか導かれない

１点目は、金銭賠償主義（417条）は自明の法技術ではなく、例えば（自然的）原状回復主義を定めるドイツ民法典（BGB249条１項）[16]のように、それと異なる法技術が他の多くの国で見出せるということである[17]。しかし、ここから導かれるのは、賠償範囲論と金銭的評価論が観念的に区別されることまでであって、損害概念に金額を含めるべきではないということまでは導かれない。

２）制限賠償原則と金額差額説が相容れないこと――制限賠償原則と金額包含的損害把握は両立しうる

２点目は、損害概念に着目した根拠づけであり、本稿の関心からはより重要であるといえる。平井によると、金額差額説は、「完全賠償の原則の法技術的表現」[18]である。ところが、日本民法は416条において制限賠償原則を採用しているから、「差額説を受け入れるべき法技術的基盤は存在しない」[19]。

確かに、金額差額説は、歴史的には、19世紀中頃のドイツ普通法学において、完全賠償原則――（債務不履行・不法行為と因果関係を有する）すべての損害が賠償されるべきであるという考え方――を実現するため

---

15 平井・前掲注（４）209頁。

16 条文については後掲注（82）、（自然的）原状回復主義については第２章第１節２（１）を参照。

17 平井・前掲注（４）140頁以下。同261頁も参照。

18 平井・前掲注（10）67頁。

19 平井・前掲注（４）261頁以下。

の損害概念として登場した[20]。しかし、完全賠償原則の実現と論理的な関係を有するのは、金額差額説の主張内容のうち、債務不履行・不法行為と因果関係を有する損害[21]であれば賠償可能であり、予見可能性などによる制限はかからないという部分[22]のみである。この部分は、厳密には、賠償範囲論に関する主張であって、金額差額説を構成する他の主張――とりわけ、損害概念は金額を含むかどうかといった、損害把握に関する主張――との間に論理必然的な関係を有しない。したがって、制限賠償原則を採りつつ損害概念に金額を含めることは、十分にありうるわけである。それにもかかわらず、平井は、制限賠償原則の採用は、賠償範囲論に関する主張に限られない金額差額説を構成するすべての主張と相容れないとの前提のもと[23]、損害概念に金額を含めない損害事実説を導いており、ここに論理の飛躍がある。損害概念に金額を含めるべきかどうかという問題については、これを賠償範囲論から切り離したうえで、損害把握に関する問題として正面から取り組まなければならない。

（b）「実際上の根拠ないし『実益』」とその問題性

平井は、以上の「理論的根拠」に加えて、賠償範囲論と金銭的評価論を分離することの「実際上の根拠ないし『実益』」[24]を論じているが、これをもってしても、分離するという考え方を十分に根拠づけることはできていない。

1）基準時に関する判例法理を整合的に説明できるようになること――平井とは異なる立場から整合的に

---

[20] 損害概念をめぐるドイツの学説史については、北川善太郎「損害賠償論の史的変遷」法学論叢73巻4号（1963年）1頁以下、平井・前掲注（4）31頁以下などを参照。

[21] 付言すると、金額差額説は損害の定義中に因果関係の要素を取り込んでいるため、「賠償されるべき損害」と「賠償されるべきでない損害」の区別は生まれず、「損害」にあたればすべて賠償されるべきことになる。

[22] この主張が相当因果関係説につながっていくこととなる。

[23] 平井におけるこの前提は、平井宜雄「『損害』概念の再構成（1・未完）」法学協会雑誌90巻12号（1973年）2頁の記述に特に顕著に表れている。同・前掲注（4）25頁以下・139頁以下・261頁以下、同・前掲注（10）67頁以下も参照。

[24] 平井・前掲注（4）209頁。

説明する可能性を排除しきれていない

まず、基準時問題について、賠償範囲の画定作業と金銭的評価の作業は融合する――基準時は416条の適用によって決まる――という立場に立つと、説明できない判例が残ってしまう――例えば、予見可能性の有無を問うことなく解除前や解除後の一定の時点を基準時とした判例を説明できない――こと[25]、これに対して、平井のように両作業を分離する立場に立つと判例法理を整合的に説明できること[26]が示される。具体的には、平井の立場に立った場合、判例が基準時問題においても弁論主義の適用を肯定していることも併せて考えると、債権者の選択した基準時が（金銭的評価において妥当する一定の実体的基準[27]を満たす限り）裁判官によりそのまま採用されるべきことになる。それゆえ、判決に現れる基準時が債権者の選択に応じて多種多様なものになるのだという。

確かに、予見可能性の有無を問うていない判例については、両作業が融合するという考え方から説明することは難しいだろう。したがって、平井は、両作業が常に融合すると考える立場が判例法理と相容れないことまでは論証することができているといえる。しかし、判例の中には、転売利益――買主が締結していた具体的な転売契約から得られたはずの転売利益――の賠償が請求された事案において、明示的に転売代金の額に対する予見可能性を要求しているものがある[28]。こうした判例については、むしろ両作業が融合するという考え方からのほうが説明しやすい。このようにみると、平井は、場面によって――例えば、賠償請求の対象となっている損害の種類によって――両作業は融合することも分離することもあるという立場までは排除しきれていない（そのような立場が判例法理と相容れないことまでは論証することができていない）ということができる。つまり、平井は、自らと異なる立場から判例法理を整合的に説明する可能性を完全には排除しきれていないわけである。したがっ

[25] 平井・前掲注（４）212頁以下。

[26] 平井・前掲注（４）213頁以下・251頁以下。

[27] 平井はこれを「全額評価の原則」と呼んでいる（平井・前掲注（４）263頁など）。詳しくは、第３章で取り上げる。

[28] 例えば、大判昭和４年４月５日民集８巻373頁。

て、この論拠によっては、両作業を（常に）分離するという平井の立場は十分には根拠づけられていないということができる。

2）自由裁量肯定説を採用できるようになること――自由裁量肯定説自体に対する批判が強い

また、平井は、金銭的評価につき、裁判官の自由裁量を肯定すべきである――例えば、弁論主義の適用を否定すべきである――と主張している[29]。そして、賠償範囲論と金銭的評価論を分離することによってこの自由裁量肯定説を採用できるようになることも、分離の実益の１つだと考えているようである[30]。しかし、自由裁量肯定説に対しては、周知のとおり、民事訴訟の当事者主義の観点などから強い批判がある[31]。

イ　各論的な問題

以上でみてきたように、責任内容論のうち、総論的な問題――賠償範囲論と金銭的評価論の相互関係――については、再検討の必要があると考えられる。続いて、各論的な問題、つまり、賠償範囲論内部の問題および金銭的評価論内部の問題についてみていこう。

（ア）賠償範囲論――検討対象外

このうち、賠償範囲論内部の問題――416条の理解をめぐる相当因果関係説と保護範囲説の対立や、416条２項の「当事者」の意味、予見可能性の判断時期など――については、本稿は直接の検討対象とはしない。これは、賠償範囲論については従来から活発に議論が展開され、――あくまで金銭的評価論と比べるとではあるが――研究が進展していることを考慮に入れると、まずは金銭的評価論に優先的に取り組み、賠償範囲論についてはその後その成果も踏まえて改めて検討するという手順を踏むことも許されるだろうと考えたためである。

（イ）金銭的評価論

他方の金銭的評価論には、大きな問題が残されている。

a　一般理論――いまだに提示されず

まず、従来の議論は、次項で述べる基準時問題に偏っており、契約責

[29] 平井・前掲注（４）489頁以下。

[30] 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂・1992年）76頁を参照。

[31] 前田・前掲注（14）204頁など。

任法における金銭的評価論全体を視野に入れた一般性の高い理論はいまだに提示されていない[32]。

すなわち、基準時問題では、主として、①売買契約において②売主が目的物を引き渡さなかった場合の③市場価格による算定の④基準時が検討対象とされてきた[33]。

その反面、①′売買契約以外の契約類型――例えば、請負契約などの役務提供契約――における金銭的評価や、②′無履行ではなく契約不適合の場合――例えば、請負人が契約に適合しない仕事をした場合[34]――の金銭的評価、また、③′市場価格に依拠しない場合――例えば、営業利益による場合――の金銭的評価については、研究が手薄であったといえる。さらに、④′市場価格に依拠する場合でも、特に買主が商人の場合には、調達のための市場と転売のための市場で市場価格が異なる可能性がある。しかし、この点を意識して基準となる市場を論じたものも少ない[35]。

このように、従来の議論は、射程が狭いものであるうえ、取り上げる論点も限定的であり、一般理論の構築が学界に残された大きな課題であるといえる。

b　一定の側面に焦点を当てた検討

金銭的評価の一般理論は構築されていないとはいえ、一定の側面に焦

---

[32] 同様の指摘として、笠井修「損害賠償額算定の理論と規範」同『契約責任の多元的制御』（勁草書房・2017年・初出2015年）167頁。笠井自身は、契約責任法における金銭的評価論について、アメリカ法を素材とした比較法的検討を行っている（同176頁以下）。日本法に妥当すべき一般理論の提示には至っていないものの、笠井がアメリカ法から得た示唆は、一般理論の構築を目指すうえで参考になるものである（これについては、第３章で取り上げる）。

[33] 同様に、基準時問題に関するものとしてこれまでわが国で取り上げられてきた判例法理の射程の狭さを指摘するものとして、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017年）485頁。

[34] 笠井・前掲注（32）208頁以下は、この場合における金銭的評価をめぐるアメリカ法の議論を紹介・分析している。

[35] この点に関して、笠井・前掲注（32）188頁は、履行の「市場価値」という場合の「市場」の意味をめぐるアメリカ法の議論を紹介している。

点を当てた検討は行われてきている。すでに触れた基準時問題もその１つであるが、ここでは、それに加え、人的基準の問題を取り上げることとする。

（ａ）基準時

金銭的評価論を時間の観点から考察するのが、基準時問題である。

１）学説の展開

これについては、主として判例法理の理論的説明を行うという意図のもと、次のような議論が展開されてきた。かつては、判決時[36]や責任原因発生時[37]など、基準時を１つの時点に固定する見解が支配的であった。しかし、それでは多種多様な基準時を採用する判例法理を説明できないことから、その後、基準時を多元的に理解する見解が広まった。その代表例が、債権者に複数の時点からの選択を認める実体的多元説[38]である[39]。さらにその後、こうした多元的な理解に対して、損害軽減義務という新たな観点から、代替物の売買においては「代替取引をすべき時」が基準時となるとの見解も現れており[40]、基準時をめぐる議論はいまだに決着をみていない。

２）先行学説の問題点――損害論の視角からの分析の不足

ところで、基準時問題に限らず、金銭的評価の問題においては、（賠償されるべき）損害を金額に評価する作業が問題になっているわけであるから、そこで評価の対象となる「損害」とは何かを的確に理解することが不可欠の前提となるはずである。ところが、従来の基準時をめぐる議論においては、この点に対する意識が十分ではなかったと思われる[41]。

---

[36] 石坂音四郎『日本民法 債権総論 上巻』（有斐閣・1916年）351頁以下。

[37] 於保・前掲注（３）142頁以下。

[38] 北川善太郎「損害賠償額算定の基準時」法学論叢88巻４～６号（1971年）152頁以下。

[39] このほか、先に触れた平井の見解も、多元的な理解に含めることができる。詳しくは、第３章で取り上げる。

[40] 内田貴「契約の拘束力――強制履行と損害賠償」同『契約の時代――日本社会と契約法』170頁（岩波書店・2000年・初出1990年）194頁。

[41] 北川善太郎は、「基準時の問題は、損害概念と一つの接点をもっている」と

例えば、実体的多元説と、「代替取引をすべき時」を基準時とする見解とで、前提とする損害概念は本当に一致しているのかといった観点からの分析はみられない。基準時問題を解明するためには、何よりもまず、各場面で賠償請求の対象となっている「損害」は何なのかという点を明らかにしなければならない。従来の議論についても、各見解はどのような損害概念を基礎に置いているのかという観点から整理しなおす必要があるだろう。

（ｂ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算

他方、金銭的評価論を人の観点――当該債権者に着目して損害を算定するかどうかという観点――から考察するのが、人的基準の問題である。

１）北川による先駆的な研究――損害論への着目

これについては、北川善太郎による先駆的な研究がある[42]。これによると、損害の算定方法には、「抽象的損害計算」――「被害者の具体的事情を捨象して客観的な方法で調査・確定する方法」――と、「具体的損害計算」――「被害者の具体的事情を顧慮して算定する方法」――がある[43]。より具体的に述べると、「債権者がその目的物について転売行為をしていたか、あるいは他から必要な目的物を調達するために填補行為をしていたかどうかといった具体的事情を捨象して、一定の基準時の時価により賠償額が算定される」場合が、「抽象的損害計算」である。これに

して、本稿の視点とも通ずる視点を示唆していた（北川・前掲注（38）154頁。同153頁も参照）のだが、この示唆の意味が真に理解され、理論的に深められることのないまま約半世紀が経過してしまった。もっとも、近時、潮見佳男が公表した基準時問題に関する論文（潮見佳男「価格騰貴と履行に代わる損害賠償――売主による給付義務の不履行の場合」法曹時報72巻12号（2020年）１頁）は、北川の示唆を受け止め、損害論の視角から基準時問題を分析した（とみることができる）ものとなっている。潮見の見解については、本稿の検討結果を示した後で、本稿の立場との違いにも触れつつ第３章で詳しく取り上げることとする。

[42] ドイツにおける抽象的損害計算をめぐる議論については、すでに、北川善太郎「損害賠償論序説（１）・（２・完）――契約責任における」法学論叢73巻１号20頁以下・３号37頁（1963年）に紹介がある。

[43] 奥田編・前掲注（11）571頁［北川］。

対して、「債権者が債務不履行のために他から同種同類のものを購入した場合の填補購入額と約定代価との差、あるいは、債権者が他にその目的物を転売していた場合は、その転売価格と約定代価との差、あるいは、それに転売契約の不履行に対する賠償額を加えたものをもって損害賠償額とする場合」が、「具体的損害計算」である。そして、２つの方法のうち「いずれによるかは債権者が選択しうる」[44]。

さらに、本稿の関心に照らして重要なのは、北川が「抽象的損害」・「具体的損害」という概念を立てているということである[45]。これは、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」の区別が、（同じ損害についての）単なる算定方法の違いではなく、そもそも基礎に置かれる損害概念の違いを反映したものであるとの考えをうかがわせるものである[46]。金銭的評価が（賠償されるべき）損害を金額に評価する作業であることを踏まえたとき、まず評価の対象となる「損害」が何であるかを明らかにしようとするこうした姿勢は、正当なものであると評価できる。

２）その後の学説の問題点――損害論の視角からの分析の不足

北川の研究の後、契約責任法において、人的基準の問題に対する関心は必ずしも高まりをみせていない[47]。もっとも、基準時問題が論じられ

---

[44] 奥田編・前掲注（11）573頁以下［北川］。

[45] 奥田編・前掲注（11）571頁・577頁［北川］、奥田編・前掲注（２）315頁［北川＝潮見］。

[46] 北川・前掲注（38）153頁も、損害論と人的基準の問題の連関を示唆する。また、奥田編・前掲注（11）577頁［北川］は、「抽象的損害計算」が「差額説に対する伝統的な『物の価値』と系譜的につながる」ことを指摘する。

[47] 体系書・教科書においても、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」を取り上げるものは少ない。例外的にこの問題につき詳論するものとして、加藤雅信『債権総論（新民法大系Ⅲ）』（有斐閣・2005年）135頁以下、潮見・前掲注（11）313頁以下、同・前掲注（33）442頁以下、同『新契約各論Ⅰ』（信山社・2021年）158頁以下。なお、不法行為法においては、周知のとおり、1960年代以降、損害論と結びつけた形で人的基準につき新たな見解を打ち出す死傷損害説（西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号（1965年）114頁以下、同「人身事故における損害賠償額の法理」ジュリスト339号（1966年）26頁以下）や労働能力喪失説（楠本安雄『人身損害賠償論』（日本評論社・1984年）127頁以下）

る際に、目的物の時価による算定が当然のように認められていることを踏まえると、契約責任法において「抽象的損害計算」が認められることは、すでに当然視されているとみることもできる[48]。しかし、そこでは、損害概念に立ち返った分析はほぼ行われていない[49]。このことは、必ずしも理論的な根拠が明らかにされないままに「抽象的損害計算」が用いられてしまっているということを意味する。こうした問題を解消するためには、北川の方向性をさらに推し進め、「抽象的損害」・「具体的損害」という概念をその当否も含め検証し、より精緻な損害概念を立てることにより、人的基準の問題に理論的基礎を与えることが必要となろう。

（2）損害賠償分類論

本稿は、ここまでみてきた責任内容論を中心的な検討対象とするものである――本稿のタイトルがもっぱら責任内容論を念頭に置いたものとなっているのも、そのためである――が、これと並んで、「損害賠償分類論」とも呼ぶべき問題をも検討対象とする。

ア　填補賠償をめぐる従来の議論

債務不履行に基づく損害賠償は、填補賠償と遅延賠償に分かれるといわれる。前者は、「債務が履行されたのに等しい地位を回復させるに足るだけの損害賠償」であるとされ、典型例としては、目的物の価格相当額の賠償が挙げられる。後者は、「履行が遅延したことによる損害の賠償」であるとされ、典型例としては、金銭債務の不履行における遅延損害金の賠償が挙げられる。そして、填補賠償と遅延賠償の間には、履行請求に加えて請求できるかどうかという点に違いがあるとされる[50]。

（ア）主たる議論の対象――填補賠償付加要件論

が登場し、その後も議論が蓄積している。

[48] 同様の見方を示していると考えられるものとして、潮見・前掲注（7）7頁注（9）。

[49] 例外的に、潮見は、「抽象的損害計算」や「具体的損害計算」が行われる際には何が「損害」として捉えられているのかという点に言及している（潮見・前掲注（41）8頁注（18）・46頁・47頁、同・前掲注（47）158頁以下）。潮見の見解については、第3章で詳しく取り上げる。

[50] 以上につき、平井・前掲注（10）70頁。

このうち、填補賠償に関して主として議論されてきたのは、履行不能が生じておらず、かつ解除がされていない場合であっても填補賠償を請求することができるのか、できるとしてそれはどのような要件を満たした場合なのかという問題である[51]（以下、履行不能・解除も含め、填補賠償の請求のために必要な要件のことを、本旨不履行と帰責事由という基本要件に加えて必要な要件という意味で「填補賠償付加要件」、この問題自体のことを「填補賠償付加要件論」と呼ぶ）。債権法改正により新設された「債務の履行に代わる損害賠償」に関する改正民法415条２項は、まさにこの点について定めるものである。もっとも、同項については、契約不適合の場合の追完に代わる損害賠償にも類推適用されるのか[52]という点が未解決の問題[53]として残されている。

（イ）どのような損害賠償が填補賠償にあたるのかという問題をめぐる議論

こうした填補賠償付加要件論が改正前後を通じて活発に議論されてきたのに対して、「そもそも填補賠償にあたるのはどのような損害賠償なのか」という問題については、十分に議論が行われてきたとはいえない状況にある。以下では、この問題をさらに２つに分けて、従来の議論状況をみていきたい。

---

[51] このほかにも、例えば、双務契約における填補賠償の内容は債権者が負う反対債務の価額を控除したものとなるのか（ドイツでは「差額法（Differenzmethode）」と呼ばれる）、それとも控除はされずに反対債務が存続するのか（ドイツでは「代償法（Surrogationsmethode）」と呼ばれる）という問題が議論されている。

[52] これについては、第３章で取り上げる。

[53] 未解決の問題は、他にもある。まず、填補賠償付加要件論について述べると、改正民法415条２項のもとで争いの余地があるのは、追完に代わる損害賠償の場合に限られない。同項の本来の適用場面である「履行に代わる損害賠償」についても、填補賠償の請求を可能とする事由は同項に列挙された事由に限定されるのか、それとも、同項に列挙された事由はあくまで例示であって、他にも事由が存在するのかにつき、議論の余地が存在する。また、填補賠償付加要件論以外の問題に目を向けると、「填補賠償付加要件充足後・填補賠償請求前」または「填補賠償請求後・解除前」に債務者による履行・追完を債権者が拒絶することができるかという問題や、填補賠償請求後に債権者が（翻意して）履行請求をすることができるかといった問題が残されている。

a　区別基準そのものに関する問題――履行の受領との両立可能性の有無を基準とする近時の見解の妥当性

まず問題となるのは、填補賠償（履行に代わる損害賠償）とそれ以外の損害賠償（遅延賠償に代表される、履行とともにする損害賠償）の区別基準はどこにあるのかという点である。要するに、ここでは、填補賠償の意味ないし定義が問題となる。

債権法改正前は、――体系書・教科書で前述のようなごく簡単な定義が示されることはあったものの――填補賠償の意味について取り立てて議論されることはほぼなかったものとみられる。

これに対して、債権法改正後は、改正民法415条２項が新設されたことに伴い、填補賠償の意味について詳しく論じる論文がいくつか現れている[54]。そのうちの１つによると、「『履行に代わる損害賠償』は、本来の債務の履行を受けることと両立しないという点に着目したものであ」り、その内容は、「本来の債務の履行を受けることと両立しない利益の賠償」であるとされる[55]。

填補賠償の意味を検討する際には、填補賠償（履行に代わる損害賠償）とそれ以外の損害賠償（履行とともにする損害賠償）の区別がどのような「観点」に基づくものなのかという点に立ち返る必要があると考えられる。すでに述べたところからも示されているとおり、区別の「観点」としては、履行の受領との両立可能性の観点と、付加要件の観点の２つを挙げることができる[56]。つまり、填補賠償（履行に代わる損害賠償）については、履行とともにする損害賠償とは異なり、履行を受領したうえで、それに加えて賠償を受けることができない。また、填補賠償（履行に代わる損害賠償）については、履行とともにする損害賠償とは異なり、

[54] 福田清明「改正民法415条の『履行に代わる損害賠償』と『その他の損害賠償』について――双務契約上の債務の不履行による損害賠償に関連して」名城法学69巻１＝２号（2019年）147頁、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』（１）」NBL1173号（2020年）６頁以下、高田淳「損害賠償種類論における時期的区分説の骨子」新井誠先生古稀記念論文集『高齢社会における民法・信託法の展開』（日本評論社・2021年）272頁など。

[55] 田中洋・前掲注（54）７頁。

[56] この２つの観点を指摘するものとして、高田・前掲注（54）273頁。

填補賠償付加要件――改正民法のもとでは、415条２項に定められた付加要件――を満たしてはじめて請求することができる。要するに、填補賠償は、「履行の受領と両立せず、かつ填補賠償付加要件を要する損害賠償」と言い換えることができる。したがって、填補賠償の意味・定義については、履行の受領と両立せず、かつ填補賠償付加要件を要するのはどのような損害賠償なのかという視角から検討する必要がある。

このようにみたとき、先ほどみた債権法改正後の見解が、履行の受領との両立可能性という区別の「観点」に着目して、――ほぼ同語反復であるとはいえ――「本来の債務の履行を受けることと両立しない利益の賠償」という定義を導き出しているのは、妥当なものと評価することができる[57]。このように、填補賠償とそれ以外の損害賠償の区別基準そのものについては、それほど大きな問題は残されていない。

b　区別基準へのあてはめに関する問題――損害論の視角からの分析の不足

しかし、填補賠償該当性を判断するためには、区別基準を明らかにするだけでは十分ではない。具体的な事案において債権者が請求している損害賠償が填補賠償にあたるかどうかを判断するためには、それに加えて、当該具体的な損害賠償をその区別基準にあてはめるという作業が必要となる。先ほどの「本来の債務の履行を受けることと両立しない利益の賠償」という定義を採用した場合、あてはめの作業としては、「履行によって債権者のもとに実現される利益」と「当該損害賠償によって債権者のもとに実現される利益」を比較して、両利益の両立可能性の有無を判断するという作業が必要になる。このようにみると、填補賠償該当性の判断においては、当該損害賠償によって債権者のもとに実現される利益はいったいどのようなものなのか――裏を返すと、当該損害賠償によって賠償される損害はどのようなものなのか――という点を的確に把握することが必要不可欠であるということができる。

例えば、100万円の商品の売買契約において、売主が不履行に陥ったため、買主が市場から代替品を150万円で調達したとする。買主がその

[57] 実は、同様の定義は、付加要件の観点からも導き出すことができる。これについては、第２章第３節で説明する。

150万円（あるいは代金額との差額50万円）の賠償を請求した場合、この損害賠償は、填補賠償にあたるだろうか。先ほども少し触れたが、ここでは、どのように損害を把握するかという点について複数の考え方がありうる。仮に、「商品の引渡しを受けなかったこと（要するに、給付の不取得）」を損害とみた場合、当該損害賠償（および買主による代替品の調達）によって実現される利益は、「商品の引渡しを受けたのと同じ利益状態」だということになる。この利益は、もちろん、履行（商品の引渡し）によって実現される利益と両立しない（両取りが許されない）ものであるため、この考え方によると、当該損害賠償は填補賠償に分類されることになる。これに対して、「代替品購入のための150万円の費用（の支出）」を損害とみた場合、売主が遅れて履行をしたとしても買主がすでに支出した費用が戻ってくるわけではないということを踏まえると、当該損害賠償によって実現される利益――「150万円を支出せずに済む」という利益――は、履行によって実現される利益と両立する（両取りが許される）ものであるとみることもできる。したがって、この考え方によると、当該損害賠償は、むしろ履行とともにする損害賠償に分類されるということにもなりそうである。

以上、填補購入費用の賠償の例に即して説明したが、その他の場合――例えば、買主が当該商品を利用した営業を予定していた場合の営業利益の賠償や、買主が当該商品の転売を予定していた場合の転売利益の賠償――においても、填補賠償該当性を判断する際に損害（利益）の的確な把握が重要となるということに変わりはない。

ところが、填補賠償該当性に関する（債権法改正後も含めた）従来の議論をみてみると、――そもそも填補賠償該当性については議論が少ないということもあるのだが――こうした損害概念（利益概念）に立ち返った分析はほとんど行われていない[58]。填補賠償該当性の問題が、履行の受領との両立可能性、填補賠償付加要件の賦課という２つの点で結論に影響を与えうる問題であることを踏まえたとき、この問題について損害

[58] 例外的に、田中洋・前掲注（54）７頁は、填補賠償該当性を判断するにあたって、損害賠償によって実現される利益の内容に着目している。田中の見解の意義（と問題点）については、第３章で取り上げる。

概念（利益概念）という視角から分析を行うことは、債権法改正後に残された重要な課題の１つだということができる。

イ　損害賠償分類論の位置づけと検討の意義

（ア）損害賠償分類論の位置づけ――責任成立論の前提問題

本稿では、「どのような損害賠償が填補賠償にあたるのか」という問題も含め、「ある一定の損害賠償が填補賠償・遅延賠償・それ以外の（債務不履行に基づく）損害賠償[59]のいずれに分類されるのか」という問題を「損害賠償分類論」と呼ぶ。ここでは、債務不履行に基づく損害賠償がある一定の観点から3種類に「区別」されることを前提として、具体的な事案において債権者が請求している損害賠償がそのうちいずれに「分類」されるのかを検討することになる[60]。

ここでいう３種類の損害賠償の区別の「観点」とは、履行の受領との両立可能性の観点と、付加要件の観点である（詳しくは第３章で取り上げるが、実は、遅延賠償についても、理論上は、本旨不履行――履行の「遅延」――とは別に、412条の「遅滞」という付加要件がかかっているとみることができる）。すなわち、履行の受領との両立可能性の観点からは、履行に代わる損害賠償（填補賠償）と履行とともにする損害賠償が区別される。また、付加要件の観点からは、改正民法415条２項の付加要件を要する填補賠償、412条の付加要件を要する遅延賠償、付加要件を要しない「それ以外の損害賠償」が区別される。

このように、「損害賠償分類論」が、（ある具体的な損害賠償が）一定の付加要件を要する損害賠償にあたるかどうかを（も）扱う問題だということを踏まえると、「損害賠償分類論」は、本稿の採用する「責任成立論」と「責任内容論」の区別との関係では、強いていうならば、「責任成

[59] ドイツ法では、「単純な損害賠償（einfacher Schadensersatz）」と呼ばれている。これについては、第２章第３節で取り上げる。

[60] 本稿では、債務不履行に基づく損害賠償が填補賠償・遅延賠償・それ以外の損害賠償の３種類に分かれることを指して、損害賠償の「区別」と呼ぶ。これに対して、具体的な事案において債権者が請求している損害賠償がこの３種類の損害賠償のうちいずれにあたるのかを判断する作業を指して、損害賠償の「分類」と呼ぶ。つまり、「分類」という用語は、常に具体的な損害賠償を念頭に置いて用いられる。

立論」に属する――より厳密には、「責任成立論」の前提問題にあたる――ということができる。

（イ）損害賠償分類論を検討する意義――責任内容論と共通の分析視角を設定し、両者を併せて検討することによる相乗効果への期待

そうすると、「損害賠償分類論」は、本稿の中心的な検討対象である「責任内容論」とは異なる次元にある問題だということになる。それにもかかわらず本稿が「損害賠償分類論」をも併せて検討対象とする理由は、先ほど述べたように、「損害賠償分類論」の検討に際しても、やはり損害概念に立ち返った分析が必要であるということにある。

すなわち、本稿では、「責任内容論」と「損害賠償分類論」について、「損害論」という共通の分析視角を設定して検討を行う。これにより、「責任内容論」と「損害賠償分類論」のいずれか一方の検討によっては得られないような「損害論」に関する知見を獲得したり、あるいは、いずれか一方の検討によって得た「損害論」に関する知見をもう一方の検討に際して再検証したりすることが可能になると期待される。つまり、「責任内容論」と「損害賠償分類論」の両方を併せて検討することにより、「損害論」に対する理解をより深めることができ、それがひいては「責任内容論」と「損害賠償分類論」のいずれの検討にもメリットをもたらすと期待されるわけである。こうした相乗効果への期待こそが、本稿があえて「責任内容論」に加えて「損害賠償分類論」を取り上げることとした理由である。

2　検討の対象・方法・手順

（1）検討の対象――履行利益の賠償への限定

本稿の検討対象は、履行利益の賠償――債務が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益の賠償――に限定される。すなわち、信頼利益の賠償――契約が不成立または無効となる（である）にもかかわらず、契約が有効に成立する（した）と信頼したことによって債権者が被った損害の賠償――や、費用賠償[61]――有効に成立した契約において、債務

[61] 費用賠償につき論じるものとして、福田清明「ドイツ新民法典284条の費用

が履行されることを信頼して債権者が支出したものの、債務が履行されなかったことにより無駄になった費用の賠償――、完全性利益ないし保持利益[62]の賠償――債権者の生命・身体・健康・所有権その他の利益の賠償――は、検討対象から外れる[63]。これは、履行利益の賠償が契約責任法における最も基本的な賠償の類型であり、まずはその内容を明らかにする必要があると考えたことによる。

（2）検討の方法

ア　分析視角――損害論

すでに述べたとおり、本稿は、直接の検討対象である「責任内容論」と「損害賠償分類論」を検討するにあたって、「損害論」を共通の分析視角とする。

（ア）前提――「損害論」の意味

賠償請求権」明治学院論叢685号（2002年）１頁、同「費用賠償請求権について――債務不履行に基づく損害賠償のもう一つの可能性」山田卓夫先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社・2008年）527頁、同「費用賠償請求権の視点から見たプリンスホテル日教組大会事件」明治学院大学法科大学院ローレビュー17号（2012年）61頁、上田貴彦「ドイツ給付障害法における費用賠償制度の概観――契約利益賠償論の再構築を見据えて」同志社法学57巻５号（2006年）127頁、同「遅滞責任としての費用賠償の可否とその特異性――契約の巻戻しを目的としない原状回復的損害賠償」中京法学54巻３＝４号（2020年）47頁、金丸義衡「契約法における支出賠償の構造」姫路法学47号（2007年）33頁、同「契約清算局面における支出賠償の意義と機能」私法73号（2011年）175頁、同「支出賠償請求権の現状と課題」甲南法学54巻３＝４号（2014年）39頁、同「支出賠償における支出概念と賠償範囲」甲南法学60巻１～４号（2020年）125頁、藤田寿夫「民法416条と無駄になった出費の賠償」ゲルハルト・リース教授退官記念論文集『ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社・2009年）279頁など。

[62] 連載第２回（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｄ）で説明するように、「完全性利益」という用語は、ここで示した意味とはまったく別の意味で用いられることがある。そこで、本稿では、２つの「完全性利益」の混同を避けるため、ここでの「完全性利益」のことを「保持利益」と呼ぶこととする。

[63] ただし、「損害賠償分類論」の箇所では、保持利益の賠償も取り上げることになる（第２章第３節を参照）。

a　従来の議論における“損害論”の多義性

ここでまず確認しておかなければならないのは、本稿における「損害論」の意味である。「損害論」は、「『損害』とは何か」という問題である。しかし、そこでいう「損害」をどのレベルで用いるかによって、「損害論」という問題の意味も変わってくる[64]。すなわち、従来、“損害論”という問題設定のもとで行われてきた議論においては、賠償範囲論と金銭的評価論の観念上の区別に対応して、次のようなレベルの“損害”概念が混在していたということができる。

① 賠償範囲の判断を受ける前の不利益（事実的因果関係と保護範囲を区別する立場からは、さらに、㋐事実的因果関係の判断を受ける前の不利益[65]と㋑事実的因果関係ありと判断されたことにより、保護範囲の判断対象となった不利益が区別されることになる）

② 賠償範囲に含まれると判断されたことにより、金銭的評価の対象となった不利益[66]

③ 金銭的評価の結果として導かれた金額[67]

b　本稿における「損害論」の意味――金銭的評価の対象

---

[64] 同じく「損害」概念の多層性を指摘するものとして、中田・前掲注（14）172頁以下。

[65] 損害事実説のいう「損害」概念は、このレベルのものである（平井・前掲注（4）135頁以下を参照）。

[66] 金額差額説のいう“損害”概念は、損害の定義（「債務の本旨にしたがった履行がなされたならば債権者がうくべかりし利益と不履行によって債権者がうけている利益との差額」）の中に因果関係の要素を取り込んでいるため、このレベルのものである。

[67] 例えば、中島玉吉『民法釈義 巻之三 債権総論 上』（金刺芳流堂・訂正4版・1924年）503頁が一方で「損害其ノモノハ具体的損害〔引用者注：「加害原因ニヨリ被害者カ其財産又ハ身体等ニ受ケタル損害其ノモノ」（同502頁）のこと〕ヲ意味スルハ疑ナキ所ナリ」としつつ、他方で「本法於テハ……金銭賠償主義ヲ取ルカ故ニ原則トシテ損害ト云ヘハ被害前後ノ差額ヲ意味スルモノト解スヘシ」と述べるとき、後半の記述で念頭に置かれている“損害”概念は、この③のレベルのものである。中島の記述について同様に理解するものとして、高橋眞「損害論――日本における学説史と現状」同『損害概念論序説』136頁（有斐閣・2005年・初出1990年）。

となる不利益をどのように把握すべきかという問題

では、本稿では、このうちどのレベルの「損害」概念を前提とすべきだろうか。本稿では、ここまで、様々な問題について、損害概念に立ち返った分析が必要であることを説いてきた。そこで、それぞれの問題について、どのような意味での「損害論」を分析視角とすべきかを確認しておこう。

まず、総論的な問題――賠償範囲論と金銭的評価論の相互関係をめぐる問題――について考えると、ここでは、賠償範囲の判断対象となる「損害」に金額が含まれるかどうかによって賠償範囲の画定作業と金銭的評価の作業が融合するか分離するかが決まるわけであるから、①（①㋐）の「損害」概念を採用すべきだということができる。

次に、各論的な問題――基準時問題や人的基準の問題といった、金銭的評価論内部の問題――について考えると、ここでは、金銭的評価の対象となる「損害」とは何かを的確に理解することが不可欠の前提となるわけであるから、①または②の「損害」概念を採用すべきだということができる（なお、①でもよいのは、仮に賠償範囲に含まれると判断されれば金銭的評価の対象となる「損害」、つまり、金銭的評価の対象となりうる「損害」がどのようなものかを把握できれば十分だからである）。

最後に、損害賠償分類論について考えると、ここでは、当該損害賠償によって債権者のもとに実現される「利益」はどのようなものなのかを的確に把握することが必要不可欠となるわけであるから、債権者に生じた「不利益」――「利益」の不取得ないし喪失――を問題にしている①または②の「損害」概念を採用すべきだということができる。

以上を踏まえると、すべての問題について共通の「損害」概念を採用するのであれば、①（①㋐）の「損害」概念を採用すべきだということができる。そうすると、本稿において、「損害論」は、「賠償範囲の判断対象となる（そして、賠償範囲に含まれると判断されれば金銭的評価の対象となる）不利益をどのように把握すべきか」という問題を意味することになる。

もっとも、これは、「損害」は事実的に把握することができる――したがって、損害の把握という作業と賠償範囲の画定という作業を区別することができる――という前提のもとでの定義である。これに対して、

そもそも「損害」を事実的に把握することはできないのであって、賠償範囲の画定という規範的判断によってはじめて「損害」が確定されると考える立場もありうる[68]。この立場をも取り込んだ形で「損害論」を再定義するならば、「（賠償範囲に含まれると判断されれば）金銭的評価の対象となる不利益をどのように把握すべきか」という問題となる。

以上のように「損害論」の意味を特定することにより、従来“損害論”の名のもとで行われてきた議論について、その争点を明確化することが可能となるとともに、必ずしも「損害論」という形をとっていない議論であっても、実質的に金銭的評価の対象となる不利益（裏を返すと、金銭的評価の対象となる利益）について論じていると考えられるものであれば、それをも「損害」概念について論じたものとして理解することが可能となる。

（イ）契約責任法における損害論をめぐる議論の乏しさとその原因――議論の実益が見出されてこなかったこと

ところで、損害論をめぐっては、これまで、体系書・教科書において債務不履行・不法行為に共通の、あるいはそれぞれの損害の定義が示されることがあるのを別とすると、主として不法行為法において――それも、交通事故や公害・薬害といった人損事例を中心として――議論が展開されてきた[69]。そこでは、伝統的な金額差額説を基礎とした金銭的評

[68] 潮見・前掲注（33）433頁以下は、この立場に立つものと理解することができる。

[69] 議論が活発になった1960年代以降の代表的な文献は、以下のとおりである。西原・前掲注（47）私法107頁、同・前掲注（47）ジュリスト25頁、平井・前掲注（４）、同・前掲注（23）１頁、吉村良一「ドイツ法における財産的損害概念」立命館法学150 ～ 154号（1981年）494頁、同「ドイツ法における人身損害の賠償」立命館法学159＝160号（1982年）１頁、同『人身損害賠償の研究』（日本評論社・1990年）、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣・1984年）、同「差額説・相当因果関係説による不法行為損害論の近時の動向――損害論に関する新たな議論への準備的考察」同編『新・現代損害賠償法講座６ 損害と保険』（日本評論社・1998年）１頁、楠本・前掲注（47）、潮見佳男「財産的損害概念についての一考察――差額説的損害観の再検討」判例タイムズ687号（1989年）４頁、同「人身侵害における損害概念と算定原理（１）・（２・完）――『包括請求方式』の理論的再検討」民商法雑誌103巻４号１頁・５号43頁（1991年）、同・前掲注（７）１頁、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義（１）

価のあり方に問題があることが指摘され、新たな金銭的評価のあり方を理論的に基礎づけるために、金額差額説に代わる損害概念が主張されてきたということができる[70]。これに対して、契約責任法においては、これまで、損害論をめぐって議論がされることはあまりなかった[71]。これは、不法行為法において新たな金銭的評価のあり方が模索されてきたのとは対照的に、契約責任法においては、それに対応するような損害論を論じる実益が見出されてこなかったことによるものと推測される。

（ウ）本稿の目的――損害論をベースとした責任内容論・損害賠償分類論の理論枠組みの定立

このこととの関係では、本稿は、まさに契約責任法において損害論を論じる実益があることを明らかにしようとする試みにほかならない。すなわち、本稿は、損害論は責任内容論と損害賠償分類論を検討するにあたって避けては通れない問題であるという認識のもと、その損害論に徹

～（3・完）――ドイツにおける判例の検討を中心に」立命館法学248号（1996年）108頁・251号（1997年）105頁・252号（1997年）62頁、岡本詔治「人身事故損害賠償のあり方」淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座6　損害と保険』（日本評論社・1998年）129頁、山口成樹「人身損害賠償と逸失利益（総論）」淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座6 損害と保険』（日本評論社・1998年）159頁、水野謙「損害論のあり方に関する覚書――近時の最高裁判決を手掛かりに」ジュリスト1199号（2001年）2頁、同「損害論の現在――権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリスト1253号（2003年）192頁、高橋眞『損害概念論序説』（有斐閣・2005年）、窪田充見「損害概念の変遷」日弁連交通事故相談センター編『交通賠償論の新次元』（判例タイムズ社・2007年）75頁、同「〔講演〕損害賠償法の今日的課題――損害概念と損害額算定をめぐる問題を中心に」司法研修所論集120号（2010年）1頁、難波譲治「損害の抽象性と具体性――損害の段階構造に関する覚書」立教法務研究1号（2008年）105頁、長野・前掲注（2）。

[70] 議論の概観として、高橋・前掲注（67）159頁以下など。

[71] 高橋・前掲注（67）156頁も、「北川論文〔引用者注：北川・前掲注（42）および同・前掲注（20）〕においては債務不履行責任における損害概念が扱われた。この問題は、『序説』論文に見るように、相当因果関係論とともに賠償範囲論の一環をなす。しかし以後の賠償範囲論は、民法416条の構造と賠償原理、これと相当因果関係論との関係等を中心に展開し、直接には損害概念の分析をあまり行っていない」とする。

底的に取り組み、契約責任法においてはどのような損害概念（利益概念）を観念すべきなのかを明らかにしたうえで、その検討結果――本稿は、最終的に、契約責任法においては3種類の異なる損害概念（現実給付の不取得、給付の客観的価値の喪失、給付の利用利益の価値の喪失）を観念すべきであることを明らかにする予定である――を共通の基盤として、責任内容論と損害賠償分類論について一貫した理論枠組みを定立することを目的とするものである[72]。

イ　素材

（ア）素材とする外国法――ドイツ法

本稿は、そのための素材をドイツ法に求める。

a　素材としてのドイツ法の有用性

（a）責任内容論・損害賠償分類論をめぐる議論の豊富さ

ドイツ法を素材とするのは、まず第1に、ドイツにおいては、本稿の直接の検討対象である責任内容論と損害賠償分類論をめぐる議論が豊富だからである。

まず、責任内容論――債務者に損害賠償責任が成立する場合における責任内容の確定方法に関する問題――については、一方で、売主が引渡しをしなかった場合の買主による損害賠償請求において「抽象的損害計

[72] 笠井・前掲注（32）172頁以下は、契約責任法における算定論についてわが国では従来十分な検討が行われてこなかったことを指摘したうえで、「この状況をのりこえるひとつの鍵は、損害賠償によって保護されるべき利益論から説き起こした算定論を探求することではないかと考える。すなわち、債務不履行による損害賠償によって保護されるべき利益の性質・内容を起点とすることにより、その金銭的評価において取り込まれるべき要素やその処理についてもそれを具体化する方向が見出されるように思われる」と述べており、この限りで、本稿と同じ方向性にあるものとみることができる。もっとも、笠井が「利益論」として想定しているのは、主として、「期待利益（expectation interest）」・「信頼利益（reliance interest）」・「原状回復利益（restitution interest）」という3種類の利益概念の区別のことのようであり（同176頁などを参照）、あくまで履行利益（の賠償）――「期待利益（の賠償）」に相当する――の中で3種類の損害概念を観念しようとする本稿とは力点の置き方が異なる。

算」をどのように基礎づけるかという問題――この問題は、損害の算定方法を扱うものであるから、いうまでもなく責任内容論に属する――をめぐって、古くから議論がされてきた。他方で、瑕疵担保責任については、近時、請負の領域において、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題――この問題も、債務者（請負人）の責任内容として「仮定的瑕疵除去費用の賠償」が認められるかどうかを扱うものであるから、責任内容論に属する――に関する判例変更があったほか、それに続いて売買の領域においても同様の問題に関する判例が登場しており、これらをめぐって議論が活発化している。

次に、損害賠償分類論については、「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」をはじめとする３種類の損害賠償の区別が導入された2002年債務法改正以降、そうした３種類の損害賠償の区別を前提として、様々な場面における（具体的な）損害賠償をそのうちいずれに分類すべきかをめぐって議論が重ねられてきたうえ、近時、「早すぎた填補購入」という場面について重要な判例が現れており、損害賠償分類論をめぐる議論はさらに活発化することとなっている。

（ｂ）そうした議論を損害概念析出の手がかりとすることができること

もっとも、ドイツにおいて、責任内容論と損害賠償分類論が本稿と同じように損害論の視角から分析されているかというと、（「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐる議論を除き、）必ずしもその傾向は強くない。しかし、責任内容論や損害賠償分類論が論じられる際に、それぞれの論者において、金銭的評価の対象としてどのような不利益が想定されているのか、あるいは、債権者に実現されるべき利益としてどのようなものが想定されているのかといった観点から議論を眺めてみると、ドイツの議論は損害概念を析出する格好の素材であるということが分かる。これが、本稿がドイツ法を素材とする第2の理由である。

ｂ　ドイツ法を素材とすることの許容性――完全賠償原則と制限賠償原則の違いが必ずしも妨げとはならないこと

ところで、損害賠償法（のうち責任内容論）に関しては、周知のとおり、ドイツ法と日本法で大きく異なる点がある。それは、ドイツ法がBGB249条１項において完全賠償原則――（債務不履行・不法行為と因

果関係を有する）すべての損害が賠償されるべきであるという考え方――を採用している[73]のに対して、日本法は（現在の一般的な理解によると）416条において制限賠償原則――賠償されるべき損害の範囲は（予見可能性という基準によって）制限されるべきであるという考え方――を採用している[74]という点である。本稿がドイツの損害賠償法の分析から日本法への示唆を得ようとするものである以上、こうした両法の前提の違いがその妨げにならないかという点をまず確認しておく必要がある。

これについては、以下の理由から、上記のような前提の違いは必ずしも本稿がドイツ法を素材とした検討を行うことの妨げにはならないと考えられる。

（a）本稿が賠償範囲論を検討対象とするものではないこと

まず、完全賠償原則と制限賠償原則の対立は、あくまで賠償範囲論に関するものである。これに対して、本稿が取り組むのは、責任内容論の中でも特に金銭的評価論であり、賠償範囲論は検討対象から外れている。したがって、――もちろん、後述するように、賠償範囲論に関する前提の違いが金銭的評価論に及ぼしうる影響については慎重に検討する必要があるものの――さしあたり、金銭的評価論に関するドイツの議論を参照すること自体には問題はないといってよいだろう。

では、（本稿が分析視角として設定した）損害論に関する示唆を得るためにドイツの議論を参照することについては、問題はあるだろうか。前述のように、平井は、金額差額説は完全賠償原則を前提としたものであり、制限賠償原則を採用している日本法のもとでは金額差額説を採りえないと述べていた。仮に、平井のいうように賠償範囲論と損害論の間に論理必然的な関係があるのだとすると、賠償範囲論について根本的に

---

[73] *Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl., 2021, S. 310; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-254, 2021, § 249 Rn. 1 (*-Clemens Höpfner*); Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, Vor § 249 Rn. 3 (*-Christian Grüneberg*).

[74] 平井・前掲注（4）146頁以下、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社・1968年）74頁、星野・前掲注（11）69頁、奥田・前掲注（14）173頁、淡路・前掲注（11）164頁以下、内田・前掲注（14）183頁以下など。

異なる立場を採用しているドイツ法を参照することには問題があるということになりそうである。しかし、先にも指摘したとおり、完全賠償原則と論理的な関係を有するのは、金額差額説の主張内容のうち、債務不履行・不法行為と因果関係を有する損害であれば賠償可能であり、予見可能性などによる制限はかからないという部分のみである。この部分は、厳密には、賠償範囲論に関する主張であって、金額差額説を構成する他の主張――とりわけ、損害概念は金額を含むかどうかといった、（純粋な）損害論に関する主張――との間に論理必然的な関係を有しない。例えば、制限賠償原則を採りつつ金額差額説（損害概念に金額を含める見解）を採ることも、完全賠償原則を採りつつ損害事実説（損害概念に金額を含めない見解）を採ることも、十分にありうるわけである。したがって、損害論との関係でも、ドイツの議論を参照することにさしあたり問題はないといってよいだろう。

（b）賠償範囲論に関する前提の違いが金銭的評価論や損害論に及ぼしうる影響については、日本法に妥当すべき理論枠組みを考察する際に入念に検討すれば十分であること

以上で述べたのは、両法で前提が異なる賠償範囲論と、本稿が検討する金銭的評価論・損害論は一応別問題だということにすぎないのであって、賠償範囲論における前提の違いが金銭的評価論や損害論に何らかの影響を及ぼす可能性は、もちろん残されている。しかし、この点については、ドイツ法の検討を終えた後、日本法に妥当すべき理論枠組みを考察する際に入念に検討すれば足りると考えられる。すなわち、本稿は、ドイツ法の分析から得られた検討結果をそのまま日本法に妥当させようとするものではない。あくまで、ドイツ法の検討結果を１つの「手がかり」としつつ、ドイツ法と日本法の間に存在する前提の違いに留意しながら、改めて日本法に妥当すべき理論枠組みを考察しようとするもの――この意味において、ドイツ法を１つの「素材」として利用しようとするもの――である。したがって、検討の過程で、両法の前提の違いが金銭的評価論や損害論に影響を及ぼすことが判明した場合には、その違いを日本法の理論枠組みに反映する予定である。そうであるならば、ひとまずその「手がかり」を得るためにドイツ法を参照することは許されるであろう。

（イ）素材とする事案類型

また、本稿で素材とする事案類型は、以下の２つの観点から限定される。

a　現実給付債務の不履行への限定

第１に、金銭債務の不履行は検討対象としない。すなわち、検討対象は、現実給付債務――金銭債務以外の債務――の不履行に限定される。これは、ドイツでの議論の乏しさを理由とするものではない（むしろ、ドイツでは、買主不履行事例における責任内容論をめぐる議論が多くみられる）。そうではなくて、その理由は、金銭債務の不履行の特殊性にある。例えば、金銭債務の不履行における責任内容論について、日本法には419条１項・２項という特則があり、その趣旨や規律内容、射程をめぐって議論がされている[75]。こうした特殊性を踏まえると、まずは売主不履行事例をはじめとする現実給付債務の不履行を検討し、次に、それにより得られた理論枠組みを金銭債務の不履行にも応用することができるかどうかを検討する――そのなかで、419条１項・２項の位置づけも明らかにする――という順をたどるのが適切であると考えられる。

b　売買・請負を中心とした検討

第２に、契約類型については、売買と請負を中心として検討することになる。これは、ドイツの議論がこの２つの契約類型を中心に展開されており、その他の契約類型については議論が乏しいことによる。とはいえ、その他の契約類型についても、責任内容論（・損害賠償分類論）の理論的・実務的な重要性は否定されるものではなく、本稿の検討結果を踏まえて、改めて検討していく必要があることはいうまでもない。

（3）検討の手順

以下では、まず、第２章において、責任内容論と損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析する。次に、第３章において、ドイツ法からの示唆に基づき責任内容論と損害賠償分類論の理論枠組みを提示し

[75] 419条をめぐる議論を詳しく紹介するものとして、窪田充見「金銭債務の不履行と損害賠償――問題分析の視角」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題（下）』（成文堂・1995年）327頁。

た後、その理論枠組みに照らして、日本の先行学説・判例を分析する。最後に、第４章において、本稿を総括した後、残された課題を指摘する。

第２章　ドイツ法の検討

本章では、責任内容論と損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析する。

第１節　ドイツ損害賠償法の問題構造

まず、責任内容論・損害賠償分類論の検討に入る前に、（不法行為法も含めた）ドイツの損害賠償法がどのような問題領域から構成されているのかをみることとする。

１　責任設定と責任充足の区別――責任成立論と責任内容論の区別に対応

ドイツ損害賠償法の問題構造に関してまず言及されるべきは、「責任設定（Haftungsbegründung）」と「責任充足（Haftungsausfüllung）」の区別である[76]。

（１）責任設定

「責任設定」とは、損害賠償義務の「原因（Grund）」に関わる問題領域のことである[77]。これは、本稿のいう「責任成立論」に対応する。BGB では、債務不履行責任につき改正 BGB[78]280条以下、不法行為責任につき

---

[76] Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 1 (*-Hartmut Oetker*); *Medicus/Lorenz*, a.a.O. (Fn. 73), S. 309; Staudinger, a.a.O. (Fn. 73), Vor §§ 249 ff. Rn. 4 (*-Höpfner*).

[77] *Medicus/Lorenz*, a.a.O. (Fn. 73), S. 309.

[78] 本稿では、2002年債務法改正後のドイツ民法典を「改正 BGB」、改正前のドイツ民法典を「改正前 BGB」と呼ぶ。ただし、当該条文が改正の対象となっていない場合や、改正の対象とはなっていても、文脈上特に改正の前後で区別する必要がない場合には、単に条数のみを記す。

823条以下にそれぞれ規定がある[79]。

---

[79] 以下、本稿の検討対象である債務不履行責任につき、主要な規定を掲げておく。

【改正 BGB 第280条（義務違反に基づく損害賠償）】

（１）債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その義務違反を債務者の責めに帰すべきでない場合には、この限りでない。

（２）債権者は、給付の遅延に基づく損害賠償を、第286条の付加要件のもとでのみ請求することができる。

（３）債権者は、給付に代わる損害賠償を、第281条、第282条又は第283条の付加要件のもとでのみ請求することができる。

【改正 BGB 第281条（給付が行われなかったこと又は給付が債務の内容に従って行われなかったことに基づく給付に代わる損害賠償）】

（１）債務者が履行期の到来した給付を行わず、又は債務の内容に従って行わない限り、債権者は、債務者に対して給付又は追完のための相当な期間を設定したにもかかわらずそれが徒過した場合には、第280条第１項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が一部給付を行った場合、債権者は、その一部給付に利益を有しないときに限り、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付を債務の内容に従って行わなかった場合、債権者は、その義務違反が軽微であるときには、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができない。

（２）債務者が給付を真剣かつ終局的に拒絶し、又は両当事者の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当化する特別の事情がある場合には、期間設定を要しない。

（３）（略）

（４）債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、直ちに排除される。

（５）債権者が給付の全部に代わる損害賠償を請求する場合には、債務者は、第346条から第348条までに従い既に給付したものの返還を請求することができる。

【改正 BGB 第282条（第241条第２項の義務に違反したことに基づく給付に代わる損害賠償）】

債務者が第241条第２項の義務〔筆者注：保護義務〕に違反した場合において、債権者が債務者からの給付をもはや期待することができないときは、債権者は、第280条第１項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

【改正 BGB 第283条（給付義務が排除される場合における給付に代わる損害賠

（2）責任充足

これに対して、「責任充足」とは、損害賠償義務の「内容（Inhalt）」に関わる問題領域のことである[80]。これは、本稿のいう「責任内容論」に対応する[81]。BGB では、249条以下に規定がある[82]。249条以下は、債務不履

償）】

債務者が第275条第１項から第３項までにより給付をする必要がない場合には、債権者は、第280条第１項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。この場合においては、第281条第１項第２文及び第３文並びに第５項を準用する。

【改正 BGB 第286条（債務者の遅滞）】

（１）債権者が履行期到来後に催告をしたにもかかわらず債務者が給付をしない場合には、債務者は、催告により遅滞に陥る。給付の訴えの提起及び督促手続における支払督促の送達も、催告と同様とする。

（２）次の各号に掲げる場合には、催告を要しない。

１．給付をすべき時期が暦に従って定められているとき

２．ある出来事が給付に先行すべき場合において、給付をすべき相当な時期がその出来事を起点として暦に従って計算されることにより定められているとき

３．債務者が給付を真剣かつ終局的に拒絶するとき

４．両当事者の利益を衡量して、特別の理由から、即時に遅滞に陥ることが正当化されるとき

（３）～（５）（略）

[80] *Medicus/Lorenz,* a.a.O. (Fn. 73), S. 309.

[81] なお、不法行為法における「責任範囲論」（前掲注（２）を参照）は、「権利侵害」としての「後続侵害」の「帰責範囲」の問題と捉えれば、どちらかといえば「責任充足」ではなく「責任設定」の問題であるともいえそうである。しかし、ドイツでは、後続侵害の問題は、「損害」としての「後続損害（Folgeschaden）」の「賠償範囲」の問題として論じられている。そのため、ドイツにおいては、「責任範囲論」は、「責任充足」の問題、つまり「責任内容論」に吸収されることとなる。以上につき、長野・前掲注（２）18頁を参照。

[82] 以下、規定を掲げておく。なお、249条２項２文は、2002年損害賠償法改正によって追加されたものである。また、253条２項に相当する規定は、もともと不法行為法に関する特則として847条に置かれていた。しかし、非財産的損害の賠償を不法行為の場合に限るのは妥当ではないとの批判を受けて、2002年損害賠償法改正により債務法総則に移されることとなった。さらにその際、併

行責任と不法行為責任に共通に適用される規定である。

せて保護法益として性的な自己決定が追加された。

【第249条（損害賠償の方法と範囲）】

（1）損害賠償の義務を負う者は、賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならない。

（2）身体の侵害又は物の毀損に基づき損害賠償をすべきときは、債権者は、原状回復に代えて、そのために必要な金額を請求することができる。物の毀損の場合には、第1文に定める必要な金額が売上税を含むことになるのは、それが実際に課される場合及び範囲に限られる。

【第250条（期間設定後の金銭による損害賠償）】

債権者は、賠償義務者に対して、原状回復のための相当の期間を定めて、その期間の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。適時に原状回復が行われない場合には、債権者は、その期間の経過後に、金銭賠償を請求することができる；この場合においては、原状回復を求める請求権は排除される。

【第251条（期間設定によらない金銭による損害賠償）】

（1）原状回復が不能であり、又は債権者に対する賠償として不十分である場合には、賠償義務者は、債権者に対して、金銭による賠償をしなければならない。

（2）原状回復が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、賠償義務者は、債権者に対して、金銭による賠償をすることができる。（以下略）

【第252条（逸失利益）】

賠償されるべき損害は、逸失利益も含む。事物の通常の経過に照らして、又は既に行われた措置及び準備その他の特別の事情に照らして、蓋然性をもって期待することができた利益は、逸失利益とする。

【第253条（非財産的損害）】

（1）財産的損害以外の損害については、法律に定める場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。

（2）身体、健康、自由又は性的な自己決定の侵害を理由として損害賠償をすべき場合には、財産的損害以外の損害についても、金銭による適切な賠償を請求することができる。

【第254条（共働過失）】

（1）損害の発生に際して被害者の過失が共働した場合には、賠償の義務及び行われるべき賠償の範囲は、一方又は他方の当事者が主として損害を惹起した範囲その他の事情によって定まる。

（2）被害者の過失が、債務者が知らず、かつ知る必要もなかった異常に大き

2　賠償範囲論と金銭的評価論の区別の存在

もっとも、「責任充足」といわれるとき、そこに「賠償範囲論」が含まれること[83]は明らかであるとしても、「責任充足」が「賠償範囲論」と「金銭的評価論」という２つの異なる問題領域から構成されると明示的に述べられることはあまりない[84]。しかし、それにもかかわらず、ドイツにおいても、「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の（観念上の）区別は（暗黙のうちに）前提とされていると考えられる。その理由は、以下のとおりである[85]。

（1）（自然的）原状回復主義の採用

249条１項によると、賠償義務者は、「賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならない」。これは、損害賠償の方法が原則として金銭賠償ではなく「自然的原状回復（Naturalrestitution）」――詳しくは後ほど説明する[86]が、「原状回復

な損害についての危険を債務者に知らせなかったこと、又は損害を回避若しくは軽減しなかったことに限られる場合も、前項と同様とする。この場合においては、第278条〔筆者注：履行補助者責任〕の規定を準用する。

[83] *Medicus/Lorenz*, a.a.O. (Fn. 73), S. 309を参照。このことは、賠償されるべき損害の範囲を画する因果関係を指して「責任充足的因果関係（haftungsausfüllende Kausalität）」と呼ばれる（Münchener, a.a.O. (Fn. 76), § 249 Rn. 105 (*-Oetker*)）ことからも明らかであるといえる。

[84] その原因については、ドイツ法の検討を終えた後で考察することとする。なお、「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の区別に明示的に言及する数少ない例外として、*Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl., 2017, S. 397, 357.

[85] 以下本文で指摘する２点を同じく指摘するものとして、平井・前掲注（４）287頁。もっとも、平井は、この２点を、ドイツにおいて「賠償範囲論」と「金銭的評価論」が（観念的に区別されているだけでなく）実際の判断においても分離されている（すなわち、金額は損害に含まれないと理解されている）とみることができる理由として挙げている。しかし、仮に、損害が金額を含まない場合があると理解されていることまでは導けたとしても、あらゆる損害概念が金額を含まないものであると理解されていることまでは導けないだろう。

[86] 連載第２回（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｄ）を参照。

措置」を講じることを賠償義務者に対して直接請求するという方法であり、例えば、損傷を受けた自動車の修理を加害者に対して請求する場合がこれにあたる――であることを定めたものである。ここには、（金額を含まない）事実としての損害を――実際に観念するかどうかは別として――観念しうること、そして金銭賠償の際にはその損害を金額に評価する作業が必要となることを認識する契機があるといえる。

（2）「損害算定」という問題の捉え方

こうした認識の存在を裏づけるのが、多くの体系書・教科書において、賠償範囲論を意味する「損害帰責（Schadenszurechnung）」とは別に「損害算定（Schadensberechnung）」という項目が立てられ、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」の問題などが論じられているということである[87]。

3　小括

以上のように、ドイツにおいても、「責任成立論」と「責任内容論」の区別、そして「責任内容論」内部における「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の区別がされており、その点において本稿の前提とするところと異ならないと考えられる。それでは、このことも踏まえつつ、次節では、「責任内容論」の検討に入ることとしたい。

第2節　責任内容論

本節では、責任内容論をめぐるドイツの議論を紹介・分析する。まず、前半では、ドイツの議論において（しばしば暗黙のうちに）前提とされ

[87] *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S. 511 ff.; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 231 ff.; *Josef Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1, Teilband 2, 8. Aufl., 2000, S. 216 ff.; *Hermann Lange/Gottfried Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 248 ff.; *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 46. Aufl., 2022, S. 413 ff. など。

ている損害概念を析出することを試みる（1）。続いて、後半では、そうして析出された（複数の）損害概念を踏まえつつ、責任内容論をめぐる議論を紹介・分析する（2）。

1　損害概念の析出

以下では、損害概念の析出を試みる際の素材として、一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論の2つを取り上げる。

（1）一般債務不履行責任における責任内容論

まず、一般債務不履行責任をめぐる議論をみていく。

ア　問題の所在――「抽象的損害計算」の基礎づけ

一般債務不履行の場面においては、「抽象的損害計算」をめぐって議論が展開されてきた。以下では、ケースに即してその問題の所在を確認しておく。

（ア）ケースの設定

例えば、新車の売買契約において、売主が履行期に引渡しをしなかったため、買主が（必要な要件を満たしたうえで）給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）（改正BGB280条3項・281条1項1文）――填補賠償のことであり、債務法改正前においては、不履行に基づく損害賠償（Schadensersatz wegen Nichterfüllung）（改正前BGB326条1項1文・2文[88]）がこれに相当する――を請求したとする。このとき、その損害額はどのように算定されるべきか。

---

[88] 【改正前BGB第326条】
（1）双務契約において一方当事者が自らに義務づけられた給付につき遅滞に陥っている場合には、他方当事者は、相手方に対して、給付を行うための相当の期間を定めて、その期間の経過後は給付の受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。給付が適時に行われなかった場合には、他方当事者は、期間の経過後に、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除する権利を有する；この場合においては、履行請求権は排除される。期間が経過するまでに給付の一部が行われない場合には、第325条第1項第2文の規定を準用する。
（2）遅滞の結果、契約の履行が他方当事者の利益とならない場合には、他方当事者は、期間設定を要することなく、第1項に定める権利を有する。

（イ）解決のあり方

a　「具体的損害計算」――争いなし

まず、買主が市場において実際に代替品を購入するのに要した費用（以下、「事実的填補購入費用」と呼ぶ）（と代金額の差額）による算定や、買主が締結していた具体的な転売契約の代金額（と原契約の代金額の差額（以下、「具体的代金額依拠型転売利益」と呼ぶ））による算定のように、当該債権者に固有の指標に基づく算定（以下では、さしあたり、これを「具体的損害計算」と呼ぶ[89]）が認められることに争いはない[90]。

b　「抽象的損害計算」――基礎づけにつき争いあり――損害論との関連性

他方、「具体的損害計算」とは別に、市場価格（と代金額の差額）による算定（以下では、さしあたり、これを「抽象的損害計算」と呼ぶ[91]）の可能性があることについても、一般に認められている。しかし、①そうした算定方法は買主が商人の場合に限り認められるのか、それとも買主が商人以外の場合にも認められるのか、②事実的填補購入費用が市場価格より低額の場合には事実的填補購入費用による算定に限定されるのか、それとも市場価格による算定も許されるのか、③調達のための市場と転売のための市場のいずれを基準とすべきか――特に買主が商人の場合には、両者で市場価格が異なる可能性がある――といった点については、争いがある。以下で示すように、これらの問題の基礎には、そもそも「抽象的損害計算」はどのように正当化されるのかという「抽象的損害計算」の基礎づけの問題がある。そして、この基礎づけの問題をめぐる議論は、損害論と密接に結びついた形で展開されており、損害概念を析出する格好の素材を提供している。そこで、以下では、この点に関す

---

[89]「具体的損害計算」をどのような意味において理解すべきかについては、第2章第2節2で改めて検討する。

[90] *Huber*, a.a.O. (Fn. 87), S. 242 f.; Münchener, a.a.O. (Fn. 76), Vor § 281 Rn. 45 (-*Volker Emmerich*); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, 2019, § 280 Rn. E 98 ff. (-*Roland Schwarze*); Grüneberg, a.a.O. (Fn. 73), § 281 Rn. 26 (-*Grüneberg*).

[91]「抽象的損害計算」をどのような意味において理解すべきかについては、第2章第2節2で改めて検討する。

る議論をみていくこととする。

イ　19世紀の判例・学説――市場価格ルールの適用

BGB 制定・施行前の19世紀において、判例・学説は、主として商取引の場面で、市場価格ルール（Marktpreisregel）による不履行損害の算定を認めていた。これによると、買主には、（不履行損害の賠償の要件を満たす限り、）市場価格と代金額の差額の賠償が直ちに――例えば、その市場価格における転売可能性などを証明することなく――認められることになる[92]（なお、1861年に一般ドイツ商法典（ADHGB）の草案が完成して以降は、定期商事売買につき市場価格ルールを定めるADHGB357条３項[93]の規定内容が定期売買以外の商取引にも妥当するかどうかという形で議論が行われていた）。

こうした算定方法の基礎づけについては、――必ずしも活発に議論がされていたわけではないが――大きく分けて、売主が履行していれば買

---

[92] 学説として、*Heinrich Thöl*, Das Handelsrecht, Bd. 1, 1841, S. 275; *Büff*, Ueber den Zeitpunkt der Schätzung beim Werthersatz, AcP 33 (1850), S. 115; *Karl Adler*, Zum Rechte des Termingeschäftes, ArchBürgR 17 (1900), S. 137. 判例として、ROHG 3, 94 (96); ROHG 11, 182 (183); ROHG 14, 140 (142) など。

[93] 【ADHGB 第357条】

（１）商品が定められた時期又は定められた期間を厳守して引き渡されるべきことが約定された場合には、第356条は適用されない。買主及び売主は、第354条又は第355条により認められる権利を、自らの選択に従って行使することができる。ただし、あくまで履行を求めようとする場合には、その旨を上記の時期又は期間の経過後遅滞なく相手方に通知しなければならない；通知をしなかった場合には、買主又は売主は、後になってから履行を求めることができない。

（２）売主が履行に代えて遅滞に陥っている買主の計算において売却しようとする場合において、商品が市場価格又は取引所価格を有するときは、売主は、前項に規定する時期又は期間の経過後遅滞なく売却しなければならない。売却が遅れた場合には、その売却は、買主の計算において行われたものとはされない。（以下略）

（３）買主が履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求する場合において、商品が市場価格又は取引所価格を有するときは、売主が行うべき損害賠償の金額は、売買代金額と、引渡しを行うべき時期と場所における市場価格又は取引所価格との差額となるが、このことは、買主が証明可能なより高額の損害を主張することを妨げない。

主が得られるはずであった目的物の価値（以下、給付の「客観的価値」と呼ぶ）を示すものとして市場価格による算定を認めるもの[94]と、仮に填補購入をするとすれば要するであろう費用（以下、「仮定的填補購入費用」と呼ぶ）を示すものとして市場価格による算定を認めるもの[95]の２つがあった。

ウ　20世紀以降の判例・学説

こうした判例・学説の状況は、20世紀に入ると大きく変わっていく。

（ア）前提――制定法の状況

まず、20世紀が開始した時点における制定法の状況を確認しておく。

a　HGB――定期商事売買につき市場価格ルールを規定

定期商事売買につき市場価格ルールを定めていた前述の ADHGB357条３項は、ADHGB に代わって1900年に施行されたドイツ商法典（HGB）376条２項[96]に引き継がれている[97]。

---

[94] 学説として、*Thöl*, a.a.O. (Fn. 92), S. 275（*Adler*, a.a.O. (Fn. 92), S. 137も参照）。判例として、ROHG 14, 140 (141, 142).

[95] ROHG 11, 182 (183); ROHG 14, 140 (142).

[96] 【HGB 第376条】

（１）一方当事者の給付が定められた時期又は定められた期間を厳守して行われるべきことが約定された場合において、給付が定められた時期又は定められた期間内に行われなかったときは、他方当事者は、契約を解除するか、債務者が遅滞に陥っている場合には履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。他方当事者が履行を請求することができるのは、上記の時期又は期間の経過後直ちに相手方に対しあくまで履行を求める旨を通知した場合に限られる。

（２）不履行に基づく損害賠償が請求された場合において、商品が取引所価格又は市場価格を有するときは、売買代金額と、給付すべき時期と場所における取引所価格又は市場価格との差額を請求することができる。

（３）他で行われた売却又は購入の結果については、商品が取引所価格又は市場価格を有する場合には、その売却又は購入が約定の給付時期又は給付期間の経過後直ちに行われたときに限り、賠償請求権の基礎とすることができる。（以下略）

（４）（略）

[97] 買主の請求に関する限りにおいて、ADHGB357条３項からの変更はない。変更点は、ADHGB357条３項が買主の請求に限って市場価格ルールを定めて

b　BGB――市場価格ルールは規定されず

これに対して、同じく1900年に施行されたBGBにおいては、市場価格ルールを定めた条文が設けられなかった。

（イ）転売利益限定説

以上のような制定法の状況を前提として、多くの判例が採用し、学説においても伝統的通説を形成することとなったのが、「転売利益限定説」とも呼ぶべき考え方[98]である。

a　内容

（a）転売利益構成による「抽象的損害計算」の基礎づけ

これによると、「抽象的損害計算」は、転売利益の賠償として認められるものである[99]。すなわち、「売主による履行が行われていれば、買主は、市場価格を代金額として転売契約を締結し、その代金額と原契約の代金額の差額を転売利益（以下、「市場価格依拠型転売利益」と呼ぶ）として取得していたであろう」ということが認められる事案において、その市場価格依拠型転売利益の賠償を認めると、市場価格と（原契約の）代金額の差額による算定、つまり「抽象的損害計算」が認められたこと

いたのに対して、HGB376条２項では買主の請求と売主の請求を区別することなく市場価格ルールを定めたことにある。

[98] この考え方を紹介するものとして、北川・前掲注（42）「序説（１）」20頁以下。

[99] 判例として、RGZ 68, 163 (164 f.); RGZ 90, 305 (306)=JW 1917, 901 Nr. 4; RGZ 91, 99 (103); RGZ 99, 46 (48 f.); RGZ 101, 217 (218)=JW 1921, 333 Nr. 2; BGHZ 2, 310 (313); BGHZ 29, 393 (399)= NJW 1959, 1079; BGHZ 62, 103 (105 f.) など。学説として、Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, §§ 343-375, 12./13. Aufl., 1926, Anh. zu § 374 Anm. 59 f. (*-Heinrich Koenige*); *Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, S. 227 f.; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-327, 10./11. Aufl., 1967, § 252 Rn. 21 (*-Alfred Werner*); *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 87), S. 129 f.（ただし、買主の具体的事情を理由とする推定の覆滅が可能であることを踏まえ、「抽象的損害計算」と呼ぶことを避けている (S. 130)）; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 315-327, 2001, § 325 Rn. 58, 65 f. (*-Hansjörg Otto*); Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002, § 325 Rn. 16 f.（*-Helmut Heinrichs*）; *Fikentscher/Heinemann*, a.a.O. (Fn. 84), S. 405; Münchener, a.a.O. (Fn. 76), Vor § 281 Rn. 25 f., 35 (*-Emmerich*) など。

になる。要するに、転売利益限定説は、市場価格依拠型転売利益という構成（損害把握）によって、「抽象的損害計算」を基礎づけるわけである。

１）根拠条文――BGB252条２文

転売利益は逸失利益の一種であるから、転売利益限定説において、「抽象的損害計算」の根拠条文は、逸失利益につき規定するBGB252条２文に求められることになる。

２）要件

その252条２文によると、逸失利益として賠償されるためには、「事物の通常の経過に照らして、又は既に行われた措置及び準備その他の特別の事情に照らして、蓋然性をもって期待することができた利益」にあたらなければならない。これは、逸失利益の存在および範囲についての証明負担を軽減した規定であると理解されている[100]。すなわち、逸失利益の証明は積極的損害と比べて困難であることから、「（ある範囲において）利益を取得したであろう」という事実を直接に証明しなくとも、その「蓋然性」を基礎づける事実さえ証明すれば、利益取得の事実が推定される。これに対して、賠償義務者は、請求権者が取得したであろう利益が推定よりも少ないこと、あるいは請求権者が利益を取得しなかったであろうことを証明することにより、推定を覆すことができる。

ア）推定を生じさせる事実――買主が商人であること

判例・伝統的通説によると、「買主が商人である」という事実があれば、「事物の通常の経過に照らして」、買主が目的物を市場価格[101]において転売したであろうという蓋然性が基礎づけられ、推定が生じる。逆に、買主が商人ではない場合（例えば、末端の消費者である場合）には、この推定は生じない。

---

[100] 判例・通説である。判例として、BGHZ 29, 393 (397 ff.)=NJW 1959, 1079; BGH, NJW-RR 1996, 1077など。学説として、*Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 87), S. 212 f.; Münchener, a.a.O. (Fn. 76), § 252 Rn. 31 (*-Oetker*); *Medicus/Lorenz*, a.a.O. (Fn. 73), S. 336など。BGB252条２文の理解をめぐる議論については、平井・前掲注（４）196頁以下に詳しい紹介がある。

[101] 市場価格が存在しない場合には、「売却可能価値（Verkäuflichkeitswert）」が基準となる（RGZ 68, 163 (165)）。

イ）推定を覆す事実――転売意思または転売可能性がないこと

理論的には、推定が生じた場合でも、買主に転売意思または転売可能性がないこと（あるいは、買主が市場価格よりも低額で転売した（であろう）こと）を売主が証明した場合には、推定が覆されるはずである。しかし、判例は、推定の覆滅を容易には認めない傾向にある。

a）推定の覆滅が肯定された例

まず、推定の覆滅が肯定されたのは、例えば、当該市場価格（騰貴価格）での転売が法律上禁止されている場合である[102]。

b）推定の覆滅が否定された例

これに対して、買主が転売目的で目的物を購入したのではない場合――例えば、自ら消費する[103]、加工する[104]、営業に使用する[105]といった目的で目的物を購入した場合――には、推定の覆滅が否定されている。その際には、買主はそうした場合であっても翻意して転売することができたという理由が持ち出されることが多い[106]。

（b）転売利益以外の構成による「抽象的損害計算」の基礎づけの否定

転売利益限定説は、市場価格依拠型転売利益以外の構成（損害把握）によって「抽象的損害計算」を基礎づけることはできないということを前提としている[107]（「転売利益限定説」と呼んでいるのも、そのためであ

---

[102] RGZ 96, 284 (285 f.); RG, JW 1918, 225 Nr. 15など。

[103] RGZ 101, 421 (423) など。

[104] RGZ 101, 217 (219 f.)=JW 1921, 333 Nr. 2.

[105] RG, LZ 1909, Sp. 320 (320 f.).

[106] RGZ 101, 217 (219 f.)=JW 1921, 333 Nr. 2; RGZ 101, 421 (423).

[107] RGZ 99, 46 (49); Staub, a.a.O. (Fn. 99), Anh. zu § 374 Anm. 60 (-*Koenige*); Staudinger, a.a.O. (Fn. 99), § 252 Rn. 22 (-*Werner*); *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 87), S. 130などを参照。

ただし、厳密にいうと、転売利益限定説は、「抽象的損害計算」を基礎づけるもう１つの構成を認めている。それは、「事実的填補購入費用の推定」という構成である（判例として、BGH, WM 1998, 931; BGH, NJW 1998, 2901 (2902)=BB 1998, 1499. 学説として、*Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 87), S. 130; Staudinger, a.a.O.

る）。これは、市場価格依拠型転売利益の取得が認められない場合――例えば、買主が末端の消費者である場合――には、買主が（填補）賠償を受けるためには、（具体的代金額依拠型転売利益によることができる場合を除き、）填補購入を行って（事実的）填補購入費用の賠償を請求せざるをえないということを意味する。

b　批判――理論と結論との不整合

以上のような転売利益限定説に対しては、学説から強い批判が投げかけられてきた。批判の要点は、転売利益限定説が基礎に置く理論――「抽象的損害計算」は転売利益の賠償として（のみ）認められるものであるという考え方――と、その理論に基づいて実際に導かれる結論との間に不整合があるという点にある[108]。

まず、推定を生じさせる段階についてみると、転売利益限定説の考え方からすると、買主が商人でなければ推定は生じず、「抽象的損害計算」

(Fn. 99), § 325 Rn. 64 (-*Otto*); Palandt, a.a.O. (Fn. 99), § 325 Rn. 17 (-*Heinrichs*); Münchener, a.a.O. (Fn. 76), Vor § 281 Rn. 26 (-*Emmerich*))。これによると、買主が商人であれば、商品を転売し、かつ、（売主の不履行に直面した現実において、）その転売契約を履行するために市場価格において事実的填補購入をしているはずであるという推定が働く。そうすると、結局、買主の損害は、（事実的填補購入費用としての）市場価格と原契約の代金額の差額に存することになる。この構成は、買主の事実的填補購入という措置により、逸失利益が転売利益相当額から事実的填補購入費用相当額（と代金額の差額）にまで縮減するという考え方に基づいており、転売利益構成と同じく252条２文を根拠条文として――転売利益構成と選択的に――認められるものである（ただし、Staudinger, a.a.O. (Fn. 99), § 325 Rn. 64 (-*Otto*) は積極的損害として構成する）。この構成が買主にメリットをもたらすのは、転売のための市場における市場価格を確定することはできないが、調達のための市場における市場価格を確定することはできる場合や、商品が加工された状態で転売されることになる場合であるとされる（*Huber*, a.a.O. (Fn. 87), S. 247）。

[108] *Robert Neuner*, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931), S. 285; *Brigitte Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 180 ff.; *Ulrike Bardo*, Die „abstrakte" Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989, S. 57 ff.; *Christian Knütel*, Die Schwächen der „konkreten" und „abstrakten" Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 570 f.

は認められないことになるはずである。ところが、判例は、軍事国庫（Militärfiskus）がエンドウマメを購入したという事例につき、軍事国庫が商人ではないことは認めつつも、売主が商人であるため商事売買にあたるという理由から推定を認めた原審の判断を支持している[109]。

また、推定を覆す段階についてみると、先にみたように、転売利益限定説の考え方からすると、買主に転売意思がなければ推定が覆り、「抽象的損害計算」が否定されるはずである。ところが、判例は、推定の覆滅を認めていない[110]。

このように、転売利益限定説は、その基礎にある理論からすると本来認められない場面についても、「抽象的損害計算」を認める傾向にある。そこで、批判論者は、転売利益限定説に代わる新たな理論を打ち立てていくことになるわけだが、これをみる前に、そもそも（伝統的通説において）転売利益限定説という考え方が採られるのはなぜなのかという点を明らかにするため、転売利益限定説を損害論の視角から分析しておく。

c　分析――金額差額説と転売利益限定説の関係

結論から述べると、転売利益限定説は、（論理必然的とまではいえないものの、）金額差額説の帰結であると考えられる。以下、このことを敷衍する。

（a）金額差額説の内容

まず、（不法行為責任も含めた損害論一般に関する見解としての）金額差額説の主張内容を分析することから始める[111]。

1）損害概念の構成要素――モムゼンらの見解

19世紀中頃のモムゼン（*Friedrich Mommsen*）[112]に端を発する金額差額説によると、「利益（Interesse）」とは、「侵害事態後におけるある人

---

[109] RGZ 101, 217=JW 1921, 333 Nr. 2.

[110] ただし、例外的に、RGZ 99, 46 (49) は、転売利益限定説の考え方を貫徹して、買主に転売意思がない事例につき、推定の覆滅を認めている。

[111] 以下では、単に「損害」といった場合でも「財産的損害（Vermögensschaden）」のみを指すことがある。

[112] モムゼンの見解を紹介するものとして、北川・前掲注（20）31頁以下、樫見由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開――ドイツ民法典成立前史」金沢法学38巻1＝2号（1996年）213頁以下など。

の現在の財産と、その事態の介入がなければ達していたであろう財産の額との差」であり、これが損害賠償の対象となる[113]。このように理解された損害概念は、以下のように、複数の構成要素に分解することができる。

ア）個別的損害把握の採否――総体財産着目説

第1に、損害を総体財産の喪失（ないし減少）として把握するのか、それとも個別客体の喪失として把握するのかという問題がある。周知のとおり、金額差額説は前者を採っている[114]。

イ）金額包含的損害把握の採否――金額包含的損害把握

第2に、損害概念に金額を含めるかどうかという問題がある。この点について、例えば、20世紀初頭における金額差額説の代表的な論者であるフィッシャー（*Hans Albrecht Fischer*）は、「ある主体に帰属するすべての財貨は、その金銭的価値に従って評価され、そして合算される。……そのようにして、純粋財産が明らかにされる。Aが20,000マルクの財産を有するといわれるときの財産は、この意味において用いられているのである。……こうした価値統一体としての財産に合致するのが、損害賠償法における利益である。損害は、計算上の操作によって確定される」と述べる[115]。このように、金額差額説は、損害概念に金額を含める立場に立っている[116]。

---

[113] *Friedrich Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 4, 60. 損害賠償の対象となる「利益」ないし「財産的損害」について概ね同様の定義を示すものとして、*Hans Albrecht Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1903, S. 21; *Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn. 99), S. 58; Staudinger, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 9 (-*Werner*).

[114] *Fischer*, a.a.O. (Fn. 113), S. 25 f.; Staudinger, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 86 (-*Werner*) など。

[115] *Fischer*, a.a.O. (Fn. 113), S. 20 f.

[116] 同様の見解として、Staudinger, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 9 (-*Werner*). もっとも、金額差額説の創始者であるモムゼンは、「評価（Schätzung）が行われることは利益概念にとっては必要ではないし、利益がもっぱら金銭の形で存することも必要ではない」としたうえで、「他方で、利益の算定の際に考慮の

ウ）人的基準――主観的損害計算一元説

第３に、厳密には損害把握の問題を超えて金銭的評価の問題にまで射程を広げることになるが、人的基準の問題――損害の算定にあたって請求権者の具体的事情を考慮すべきかどうかという問題――がある。

この点について、モムゼンは、「物の価値」と「利益」という２つの概念を異なる概念として峻別すべきであると説いた[117]。

モムゼンによると、「物の価値（Sachwert）」（「共通価値（gemeiner Wert）」と呼ぶ論者もいる）とは、「客体があらゆる者に対して有する価値」のことである。この「物の価値」の算定は、客体がある人にもたらしうる「特別の利益」を考慮することなく、「完全に客観的な基準」によって――例えば、市場価格によって――行われる[118]。要するに、モムゼンは、「物の価値」の賠償においては請求権者の具体的事情を考慮しない算定（以下、「客観的損害計算」と呼ぶ[119]）が行われることを述べているとみることができる。

これに対して、「利益（Interesse）」[120]の賠償においては、「物が債権者

対象となりうるように、あらゆる損害――損害がすでにある一定の金額の喪失という形をとっている場合を除く――について、金銭への評価が許されなければならない」としており（*Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 14. また、S. 12 f. も参照）、一定の場合を除き、損害概念には金額が含まれないという立場に立っていたものとみられる（モムゼンの見解につき同様の理解を示すものとして、*Hans Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 1973, S. 16）。しかし、本稿の関心からすると、転売利益限定説が主張されはじめた20世紀前半に通説となっていた金額差額説の内容を確認することが重要であるため、この論点に関しては、モムゼンの見解を本文で取り上げることはしなかった。

[117] *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 18.

[118] *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 16.

[119] 「客観的損害計算」（および次に説明する「主観的損害計算」）という用語法は、必ずしもドイツで一般的に採用されているわけではない。しかし、「抽象的損害計算」（・「具体的損害計算」）という用語法との差別化を図るにあたって有用であることから、本稿ではこの用語法を採用することとした。

[120] 「利益（Interesse）」という概念は多義的である（*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 87), S. 28 f. も参照）が、モムゼンをはじめとする金額差額説においては、「物の価値」の対立概念としての意味合いが強いといえる。なお、本稿では、この

の財産に対して有する特別の価値」――これは、多くの場合「物の価値」を超えることになる――の賠償が認められる[121]。要するに、モムゼンは、「利益」の賠償においては請求権者の具体的事情を考慮する算定（以下、「主観的損害計算」と呼ぶ）――典型例は、逸失利益による算定[122]――が行われることを述べているとみることができる。

ここで注意を要するのは、金額差額説における「客観的損害計算」の扱いである。この点について、創始者であるモムゼンにおいては、「物の価値は物があらゆる者に対して有する価値を表すものなので、物は、常に当該債権者に対しても少なくともこの価値を必然的に有している」とされ[123]、「物の価値」に賠償の下限を画する役割が認められていたほか、――「利益」が「物の価値」を上回る場合を念頭に――例外的に「利益」ではなく「物の価値」の賠償に制限される場合もあるとされていた[124]。このように、モムゼンにおいては、損害賠償の枠内で「主観的損害計算」と「客観的損害計算」の両方が認められていた。しかし、その後のヴィントシャイト（*Bernhard Windscheid*）においては、損害賠償と「利益」の賠償が同視されるようになり[125]、「客観的損害計算」の地位が低下しはじめる。さらに、20世紀初頭のフィッシャーに至ると、――損害賠償と「利益」の賠償が同視されたうえで――賠償の対象となる「利益」が「物の価値」を下回る場合があることが明確に認められるようになり[126]、「主観的損害計算」への一元化がより強固なものとなった。こうして、金額

意味における「利益」以外に、「損害」概念の裏返しという程度の意味で「利益」という用語を使う場合がある。

[121] *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 16 f.

[122] 「利益（Interesse）」に「逸失利益（*lucrum cessans*）」が含まれることについては、*Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 11を参照。

[123] *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 17.

[124] *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 66 f.

[125] *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 6. Aufl., 1887, S. 35 ff. モムゼンからヴィントシャイトへの展開については、北川・前掲注（20）48頁以下、奥田編・前掲注（２）264頁［北川＝潮見］を参照。

[126] *Fischer*, a.a.O. (Fn. 113), S. 14, 38. さらに、Staudinger, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 86 (-*Werner*).

差額説においては、徐々に「客観的損害計算」が排除されていくこととなった[127]。

2）各構成要素相互の連関――メルテンスの分析

以上、金額差額説が基礎に置く損害概念の３つの構成要素をみてきた。では、これらの構成要素は、相互にどのような関係に立つのだろうか。つまり、これらの構成要素は、相互に無関係なものなのか、それとも相互に連関しているのか。

この点については、メルテンス（*Hans-Joachim Mertens*）の研究が参考になる[128]。すなわち、メルテンスは、財産的損害概念を論じる前提として、財産概念を論じている。そして、（後述するように、）そこで示される財産概念の理解は、金額差額説の基礎にある財産概念の理解と同じものであるとされていることから、結局、メルテンスにおいては、金額差額説の基礎にある財産概念（ひいては損害概念）の分析が示されているとみることができるわけである[129]。

ア）財産概念の理解――主体関連的財産把握

メルテンスによると、「財産（Vermögen）」という言葉の意味としては、「ある者が『できる（vermögen）』こと」という主観的な意味と、「ある者が対象として（gegenständlich）持っているもの、つまり彼に帰属するもの」という客観的な意味の２つがありうる。

日常用語としては、純粋に客観的な意味で使われる傾向にあり、それに対応して、損害法上も、財産を「ある人に帰属する権利や財貨の総和」とみる「客観的・総和的」な財産把握が通説となっている[130]。しかし、そ

---

[127] こうした流れを概観するものとして、Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 241-304, 2007, §§ 249-253, 255 Rn. 60 (-*Nils Jansen*), §§ 280-285 Rn. 64 (-*Martin Josef Schermaier*).

[128] メルテンスの見解を紹介するものとして、吉村・前掲注（69）「財産的損害」527頁以下、若林・前掲注（69）「『損害』の意義（１）」137頁以下、長野・前掲注（２）131頁以下・199頁以下。

[129] もっとも、ドイツでは、メルテンスの研究のこうした側面――金額差額説の分析としての側面――にはあまり関心が持たれてこなかったようである。

[130] *Hans-Joachim Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 124 f.

のように財産を理解する場合、損害の確定の際には個別の財貨のもとに生じた損害項目を合算すれば足りることになるため、財産概念は損害を論じるにあたって特に必要のない概念だということになってしまう[131]。

そこで、メルテンスは、「財産」の主観的な意味と客観的な意味を統合して[132]、損害法においても、財産を「そこにおいて、またそこを起点として財産的人格を展開することができる対象領域」とみる「主観的・機能的」な財産把握を採用する[133]。そのポイントは、財産が、「経済財の獲得に役立つ主体の活動」をはじめとする、主体の「生活の展開（Lebensentfaltung）」と関連づけられて理解される点にある[134]。つまり、財産は、「主体のあらゆる生活目標を実現するための自由な社会的活動領域を対象として保障するもの」であるとされる[135]。メルテンスは、金額差額説――彼自身の表現によると、「損害の主観的解釈（subjektive Deutung des Schadens）」――の基礎にあるのも、こうした財産把握にほかならないという[136]。

イ）主体関連的財産把握と各構成要素の連関

メルテンスは、以上のような主体関連的財産把握を前提として、そこから導かれる損害法上の様々な帰結を論じている[137]が、本稿では、先にみた３つの構成要素との関係に絞ってみていくこととしたい。

ａ）総体財産着目説との連関

第１に、メルテンスによると、主体関連的財産把握を採用した場合、損害は、必然的に総体財産の減少として把握されることになる。例えば、ある企業の機械が壊れたという事例において、「その機械の個別の価値」のみに依拠して損害を算定した場合、その価値の中では、「必然的に、その機械が企業の全収益に対して有する意味が完全に抜け落ちてしまう」。それを回避しようと、機械とともに「利得の見込み」を独立の財貨

[131] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 45, 126.
[132] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 124.
[133] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 129 f.
[134] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 130.
[135] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 130.
[136] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 128.
[137] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 139 ff.

とみなした場合、今度は「財産的価値を二重に把握することになる」。したがって、「損害は、総体財産と関連づけなければ確定することができない」。換言すると、「財産を主観的・機能的に関連づけた場合、財産は、構造化された統一体（strukturierte Einheit）となる。この統一体は、財産的損害の問題が生じたときには常に考慮（mitdenken）しなければならないものである」[138]。

b）主観的損害計算一元説との連関

第２に、メルテンスは、「抽象的･定型的損害計算（abstrakt-typisierende Schadensberechnung）」と「抽象的･規範的損害計算（abstrakt-normative Schadensberechnung）」を区別する[139]。前者は、単なる定型的な算定であり、具体的な事案をみると債権者は損害を被っていないという反論を債務者に許すものであるとされる。これは、まさに転売利益限定説のいう「抽象的損害計算」そのものである。また、本稿の用語法に照らすと、「抽象的・定型的損害計算」は、「主観的損害計算」に含まれることになる。これに対して、後者は、具体的な状況にかかわらず認められる算定であるとされる。これは、本稿の用語法に照らすと、「客観的損害計算」にあたる。

以上の区別を前提として、メルテンスは、原則として「抽象的・定型的損害計算」のみを認めるという立場に立つ。「抽象的･規範的損害計算」は、「法律を補充する法の継続形成（Rechtsfortbildung praeter legem）」が行われ、そうした算定が慣習法上認められるようになった場合に例外的に認められるものであるとされる[140]。

このようにみると、メルテンスは、（原則として）「主観的損害計算」のみを認める立場に立っているとみることができる。これは、メルテンスが主体関連的財産把握を採用していることの必然的な帰結であると考えられる。なぜなら、主体関連的財産把握によると、主体の「生活の展

---

[138] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 140 f.

[139] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 76 Fn. 76.

[140] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 220 ff. なお、メルテンスは、商事売買において「抽象的・規範的損害計算」を認めるべきかどうかについては、態度決定を保留している（S. 222 Fn. 51）。

開」、すなわち主体の（具体的な）活動との関係で財産概念、ひいては損害概念が規定されることになるからである。

c）金額包含的損害把握との連関

aa）メルテンスの記述

第3に、メルテンスは、「客観的・総和的な理解」においては、「損害賠償が金銭の形で与えられるべき限り」、個別の財貨を「金銭の形で表すことのできる価値に換算することが必要となる」（傍点は引用者）のに対して、「本書の主張する主観的・人的財産理論においては、最初から（von vornherein）価値概念に依拠しなければならない」と述べている。また、「財産の個別の構成部分は、主観的・人的財産理論にとっては常に、財貨を媒介とする経済的項目（die durch ein Gut vermittelte wirtschaftliche Position）である。つまり、財貨そのものではなく、財産的価値としての財貨である。この〔財産的価値という〕概念は、本書においては、必然的に、主観的に把握される。それは、財産的人格にとっての価値を意味する」とも述べている[141]。

bb）本稿の分析

このメルテンスの記述については、――必ずしも明確ではないものの――「客観的・総和的」な財産把握のもとでは、金銭的評価の作業が独立に行われることになる（つまり、賠償範囲論と金銭的評価論が分離されることになる）のに対して、メルテンスの主体関連的財産把握のもとでは、すでに財産概念に金銭的価値の観点が含まれ、それゆえ損害概念にも金額が含まれるために、金銭的評価の作業が独立には行われないことになる（つまり、賠償範囲論と金銭的評価論が融合することになる）ということを述べたものであると理解できるのではないかと思われる。メルテンスの見解をこのように理解すると、彼が最後の部分で財産的価値は主観的に把握されると述べていることについても説明がつく。というのも、主体関連的財産把握のもとで財産概念に金銭的価値の観点を含めた場合、その金銭的価値も主体の活動との関係で規定されることになると考えられるからである。

問題は、なぜ主体関連的財産把握のもとでは財産概念に金銭的価値の

[141] *Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 134.

観点が含まれることになる（それゆえ損害概念にも金額が含まれることになる）のかという点である。この点については、――メルテンスの明示的な記述はないものの――次のように説明することができるのではないかと思われる。

主体関連的財産把握のもとでは、主体の活動との関係で財産概念、ひいては損害概念が規定される。つまり、損害は、主体が財貨――契約責任では、給付――を用いて活動することにより取得したであろう利益の喪失――ここには、主体が財貨を用いて活動していれば免れたであろう不利益の発生も含まれる――として理解されることになる。契約責任におけるその典型例としては、消極的損害として転売利益の喪失や営業利益の喪失、積極的損害として（事実的）填補購入費用の支出や転買主への損害賠償金の支払を挙げることができる。

さて、ここで、例えば市場価格100万円に依拠した転売利益の賠償が請求されているとして、賠償請求の対象となっている「損害」ないし「財産的利益」には、100万円という金額は含まれると考えるべきなのだろうか。すなわち、主体関連的財産把握のもとでは、金額も含めた「100万円の転売利益（の喪失）」を財産（的利益）ないし損害とみる[142]ことになるのか、それとも、より抽象度の高い、金額を捨象した「転売利益（の喪失）」を財産（的利益）ないし損害とみることになるのか。

主体関連的財産把握は、財産概念や損害概念を主観的に把握する点に特徴がある。つまり、当該主体の活動によってはじめて生じる利益（の喪失）、換言すれば、当該主体に固有の利益（の喪失）を財産（的利益）ないし損害とみているわけである。ところが、抽象度の高い財産把握（損害把握）をしてしまうと、その財産概念（損害概念）の主観性が損なわれてしまう。先の例でみると、金額を捨象した「転売利益（の喪失）」を財産（的利益）ないし損害とみた場合、90万円でも110万円でもなく100万円の転売利益であるという点に当該債権者の固有性が発揮されているにもかかわらず、それが財産概念（損害概念）に反映されないこととなっ

[142] 念のため述べておくと、金額も含めた「100万円の転売利益の喪失」を損害とみることと、推定を用いた定型的な算定（損害の認定）を行うことは、両立しうる。

てしまう。

このように財産概念（損害概念）の主観性を薄めてしまうことの不当性は、結論の不当性としても表れてくる可能性がある。先の例でみると、金額を捨象した「転売利益の喪失」を損害とみたうえで、その損害の金銭的評価を客観的に――当該債権者の活動とは無関係に――行った場合には、例えば100万円という評価が導かれたとしても、その金銭的評価は、当該債権者が給付目的物を転売することにより100万円の転売利益を取得したであろうかという点の審査を経たものではないことになる（これに対して、金額も含めた「100万円の転売利益の喪失」を損害とみた場合には、定型的な算定（損害の認定）が行われるときであっても、推定が覆されないかどうかという形で必ずこの点の審査が行われることになる）。これは、金額を捨象した「転売利益の喪失」を損害とみた場合、当該債権者が100万円の転売利益を取得しなかったであろうにもかかわらず100万円の転売利益の賠償が認められるという不当な結論が導かれる可能性があることを意味する。

以上を踏まえると、主体関連的財産把握との親和性がより高い（そして、結論的妥当性の観点からも支持しうる）のは、財産概念に金銭的価値の観点を含める（損害概念に金額を含める）考え方であるということができるだろう。

（ｂ）転売利益限定説との関係――金額差額説の帰結

以上のとおり、金額差額説の３つの構成要素は、すべて、主体の活動と関連づけられた財産把握ないし損害把握から導くことができる――この意味において、３つの構成要素は相互に連関している――と考えられる[143]。ここで、一般債務不履行の場面に話を戻すと、次に問題となるのは、

[143] なお、メルテンス自身は、物損などの場面において、総体財産に着目した損害把握と並んで、個別の財貨の価値に着目した損害把握も必要だと説く。そして、その理由を、「物の価値は、特定の具体的な財産利用のみに着目して構成されているのではなく、物を自分の好きなように投入することができるという主体の可能性からも導き出される」ことに求め（*Mertens*, a.a.O. (Fn. 130), S. 141 f.）、「こうした客観的損害は、主観的利益論の外部ではなく、内部に位置づけられる」という（S. 148）。このメルテンスの考え方につき、詳しくは、長野・前掲注（２）132頁以下を参照。

その金額差額説と転売利益限定説の関係である。

1）転売利益構成が採用される理由

まず、転売利益という構成は、まさに主体である債権者の転売という活動との関係で損害を把握するものであるから、金額差額説と整合的である。伝統的通説は、「主観的損害計算」のみを認めるという立場に立ちつつも、市場価格依拠型転売利益の賠償（において行われる算定）が「主観的損害計算」でありながら「抽象的損害計算」でもあるという点をうまく利用して、「抽象的損害計算」を基礎づけていたわけである。

2）転売利益以外の構成が採用されない理由

また、転売利益以外の構成によって「抽象的損害計算」が基礎づけられない[144]のも、金額差額説の帰結ということができる。

というのも、転売利益以外の構成としては、目的物（ないし市場価格として表れるその客観的価値）を取得しなかったこと自体を損害とみる構成が考えられる[145]。しかし、この構成は、主体である債権者の活動と切り離して損害を把握している点において、金額差額説と相容れないのである。

ただし、転売利益以外にも、金額差額説と整合する構成がないわけではない。それは、「現有価値」[146]とも呼ぶべき構成である。これは、債務者による履行が行われていれば債権者は現在（判決時）に至るまで目的物（の客観的価値）を保有しつづけていたはずであるのに、履行がされなかったことによりそうはならなかったことを損害とみる構成であり、債権者の保有という活動との関係で損害を把握している点において、金額差額説と整合しうる。実際、ドイツにおいても、少数ながら、これにあたるとみられる構成が主張されている[147]。しかし、そのほとんどは、

144　ここでは、すでに紹介した「事実的填補購入費用の推定」という構成（前掲注（107）を参照）については度外視している。

145　後に紹介する転売利益非限定説が採用する構成である。

146「現有」とは、本文ですぐ後に述べるように、「（債務者による履行が行われていれば）現在保有していたであろう」という意味であり、「（債務不履行に直面した現実において）現在保有している」という意味ではない。

147　*Knütel*, a.a.O. (Fn. 108), S. 562 f., 588; *Roland Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., 2021, S. 363 f. また、OLG Hamm, VersR 1996, 1119

金額差額説との整合性を維持しきれていない。というのも、この「現有価値」構成のもとで現在（判決時）の市場価格による賠償が認められるためには、債権者が現在（判決時）に至るまで目的物を保有しつづけていたであろうことだけではなく、その目的物の価値が（債権者の使用などにより）減少しないまま維持されたであろうことまで認められなければならないはずである。なぜなら、金額差額説の考え方に忠実であろうとする限り、債権者の具体的な保有状況が決定的な意味を持つからである。ところが、この「現有価値」構成においては、――「具体的損害計算」による賠償額がこの「現有価値」構成による賠償額を下回る場合には前者が適用されるという留保が付されることはある[148]ものの――（ごく一部の例外[149]を除き）目的物の価値が維持されたであろうかということまでは考慮されておらず、その限りで金額差額説が貫徹されていないのである。

以上のように、転売利益限定説は、金額差額説の帰結であるということができる[150]（ただし、「現有価値」構成を採りうる点において論理必然的とまではいえない）。このことは、モムゼンの損害概念理解から「物の価値」概念が徐々に削ぎ落とされ、純粋な金額差額説が完成した時期と、転売利益限定説が通説化しはじめた時期が、ともに20世紀初頭であるという事実からも裏づけられる。

（ウ）転売利益非限定説

以上のような転売利益限定説に対抗する形で1930年代以降有力化していったのが、「転売利益非限定説」とも呼ぶべき考え方である。

a　R. ノイナーの見解

その嚆矢となったのが、R. ノイナー（*Robert Neuner*）の見解であ

も参照。

[148] *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 147), S. 364.

[149] その例外にあたるのが、連載第２回（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｃ）で紹介するクニューテル（*Christian Knütel*）である。

[150] 同旨の指摘として、*Barbara Dauner-Lieb*, Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch!, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, 2020, S. 105 f. なお、以上の論証は、金額差額説以外の損害概念理解から転売利益限定説を導く可能性を排除するものではない。

る[151]。ノイナーは、不法行為責任も含めた損害論一般につき、「客観的損害論」と呼ばれる見解を提唱した[152]。

（a）損害の定義

これによると、財産的損害は、一元的に把握されるべきものではなく、以下の２種類のものを含むと考えるべきである。

１）直接損害――給付の客観的価値

第１は、「直接損害」である。これは、「財産的価値ある利益、すなわち取引上金銭との交換において取得・譲渡される財貨に対する侵害」であり、この利益は「客観的に評価」される[153]。端的にいうと、「直接損害」とは、「権利または保護された利益の侵害それ自体」である[154]。契約責任においては、「給付の客観的価値」がこれにあたる[155]。

こうした「直接損害」の賠償を求める請求権は、履行請求権や物権的請求権のような「権利追求的な請求権（rechtsverfolgender Anspruch）」――「権利から直接に生じ、権利自体を直接に保護する請求権」――「に代わる、あるいはそれと並ぶ」ものであるとされている[156]。

２）間接損害

第２は、「間接損害」である。これは、「被害者にさらに生じた不利益な結果すべて」であり[157]、ここでは、「損害は差額説により算定されなけ

---

[151] ノイナーの見解を紹介するものとして、北川・前掲注（42）「序説（１）」22頁・「序説（２）」41頁・43頁、吉村・前掲注（69）「財産的損害」517頁以下、潮見・前掲注（69）「人身侵害（１）」11頁以下、若林・前掲注（69）「『損害』の意義（１）」126頁以下、長野・前掲注（２）57頁以下・169頁以下・199頁など。

[152] その淵源は、ヴァルスマン（*Hans Walsmann*）とエルトマン（*Paul Oertmann*）の「具体的損害論」（*Hans Walsmann*, Compensatio lucri cum damno, 1900; *Paul Oertmann*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901）にまで遡る（*Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 277 ff. を参照）。

[153] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 290.

[154] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 314.

[155] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 293, 302, 313.

[156] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 291.

[157] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 314.

ればならない」[158]。この「間接損害」の賠償において行われるのは、権利の追求ではなく、「損害の填補（Wiedergutmachung des Schadens）」である[159]。

（ｂ）損害概念の構成要素

では次に、金額差額説のときと同じ要領で、以上の２種類の損害概念を構成要素ごとに分解していこう。

１）直接損害

「直接損害」の構成要素は、以下のとおりである。

ア）個別的損害把握の採否――個別客体着目説

まず、「直接損害」においては、権利・利益侵害自体を損害とみるわけであるから、総体財産の減少ではなく個別客体の喪失を損害と捉えていることになる。

イ）人的基準――客観的損害計算

次に、前述のとおり、「直接損害」は、「客観的に評価」される。契約責任に関していうと、給付の客観的価値は、「賠償の最小限」を画するものであり、債務者は、「債権者の財産的利益が給付の客観的価値よりも小さい」ことを証明して賠償額を下げることができない。なぜなら、「仮にそれを許した場合、まさに不履行に対するプレミアムとなってしまうからである」。つまり、債務者は、履行請求を受けた場合には、原則として、債権者の利益が給付の客観的価値よりも小さいことを主張することができない。それにもかかわらず、不履行損害の賠償請求を受けた場合にはそうした主張ができるとすると、債務者は、履行請求の場合と比べて不当にも有利な地位に置かれることとなってしまうというわけである[160]。

---

158 *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 296.

159 *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 291を参照。

160 *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 293 f. なお、ノイナーは、履行が不能でない場合の賠償請求について「不履行に対するプレミアムになる」という理由づけを、履行が不能の場合の賠償請求について「債務者が有利な地位に置かれることとなる」という理由づけを持ち出しているが、不能の有無はここでは意味を持たず、２つの理由づけは結局同じ内容に帰すると判断したため、本文のように紹介した。

そして、ノイナーは、「抽象的損害計算は、我々の理論によると、逸失利益の算定……ではなく、行われなかった給付の客観的価値を算定する方法である」という[161]。

要するに、ノイナーにおいては、「直接損害」の算定方法として認められる「客観的損害計算」により「抽象的損害計算」が基礎づけられているということができる。

ウ）金額包含的損害把握の採否――金額非包含的損害把握

また、「給付の客観的価値」を損害とみた場合、「算定の基準となる時点がいつか、そして様々な場面においてその価値をいったいどのようにして測るべきなのかに関するルールが必要となる」という記述[162]からは、損害に金額が含まれておらず、金銭的評価論が独立の問題領域として想定されていることがうかがわれる。

2）間接損害

次に、「間接損害」の構成要素は、ノイナーの記述から確認できる限り、以下のとおりである。

ア）人的基準――主観的損害計算

まず、「間接損害」の賠償においては、「差額説」により、「客観的価値」と対置されるところの「利益（Interesse）」が賠償される[163]。この記述に照らすと、「間接損害」の賠償においては「主観的損害計算」が行われるものと理解することができる。

そして、「〔金額差額説による〕算定の結果、客観的価値を超える金額が導かれた場合、より高いその金額に従って賠償が行われる」[164]。

イ）金額包含的損害把握の採否――金額包含的損害把握

また、「間接損害」は、「現実の財産状態と侵害がなければあったであろう財産状態を比較した際に差として現れる限りにおいて、金銭損害で

[161] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 302.
[162] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 302.
[163] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 302.
[164] *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 296.

ある」という記述[165]からは、損害に金額が含まれていることがうかがわれる。

b　ラーベルの見解

こうしたノイナーの見解を基本的には承継しつつ、契約責任に関してより立ち入った検討を行うのが、ラーベル（*Ernst Rabel*）である[166]。

（ａ）責任内容の確定方法の概観

ラーベルによると、契約責任の内容を確定する方法には、以下の２つがある。

１）客観的算定

第１は、客観的算定[167]である。これは、さらに以下の２つに分かれる。

ア）抽象的算定

１つ目は、抽象的算定である。これは、売買目的物の市場価格と売買代金額の差額によって損害を算定する方法である[168]。

その基礎づけについては、以下のように述べられている。「契約の効果は、具体的な契約または定型的な契約の目的と骨子（Rahmen）から取り出されなければならない」[169]。そして、「債務者の給付すべき目的物は、債権者が契約をもって追求し、債務者がその履行を引き受けた目的を表す」[170]。したがって、給付目的物は、「〔契約〕違反後、それどころか、滅失・損傷後ですら、なお債務の内容形成にとって重要な意味を持ちつづける」[171]。それゆえ、債権者は、「給付目的物の代償物（Surrogat）」としての損害賠償を請求することができる[172]。

ラーベルの記述を子細にみると、こうした「給付目的物の代償物」としての損害賠償という基礎づけの具体的な意味としては、２つのものが

---

165 *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 314.

166 ラーベルの見解を紹介するものとして、北川・前掲注（42）「序説（１）」22頁以下・「序説（２）」37頁、潮見・前掲注（69）「人身侵害（１）」12頁以下。

167 *Ernst Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936, S. 468を参照。

168 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 454.

169 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 452.

170 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 453.

171 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 450. さらに、S. 453も参照。

172 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 453.

挙げられている。

ａ）客観的価値による基礎づけ

まず、客観的価値による基礎づけが挙げられている[173]。ここでは、ノイナーが引用されており、ラーベルの見解は基本的にノイナーの見解を承継するものであるということが分かる。

ｂ）仮定的填補購入費用による基礎づけ

これに加えて、ラーベルにおいては、ノイナーにはみられなかった仮定的填補購入費用による基礎づけが挙げられている[174]。もっとも、２つの基礎づけがどのような関係に立つのかについては､触れられていない。ともあれ、この仮定的填補購入費用という基礎づけは、ラーベル以降、数多くの論者が採用するところとなり、非常に有力化していくこととなる[175]。

イ）填補購入を基礎とする算定

２つ目は､「填補購入を基礎とする算定」である[176]。これは、事実的填補購入費用による算定のことである。ここで注目すべきは、ラーベルにおいては、この算定方法が、抽象的算定と併せて、客観的算定として位

---

[173] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 451.

[174] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 457. なお、ラーベルに先立って､「抽象的損害計算」を仮定的填補購入費用によって基礎づけるという考え方を示していたものとして、*Oskar Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, 1923, S. 189; *Walter Wilburg*, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJB 82 (1932), S. 144 f.

[175] *Ernst Steindorff*, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/1960), S. 460; *Ernst von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962, S. 8; *Arwed Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., 1969, S. 193; *Herbert Wiedemann*, Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, 1984, S. 721, 723; *Huber*, a.a.O. (Fn. 87), S. 248 f.; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 87), S. 348; *Thomas Riehm*, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 373 f.; *Johannes W. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 161.

[176] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 468.

置づけられていることである。すなわち、ラーベルは、「調達価格は、買主の個人的な財産状態とは異なり、客観的な指標（Merkmal）となる」とする[177]。ここには、事実的填補購入費用は、金額差額説的な意味における損害ではなく、客観的な損害算定方法であるとの理解をうかがうことができる。

さらに、ラーベルは、かつての「共通価値」概念が現代において復権しつつあることを説くなかで、それを示す例として、抽象的算定だけでなく事実的填補購入費用による算定も併せて取り上げている[178]。このことも踏まえると、「給付目的物の代償物」という考え方は、――必ずしも明言はされていないものの――実は抽象的算定だけでなく事実的填補購入費用をも射程に収めたものであったと理解することができる[179]。

２）具体的損害［利益］の賠償において行われる算定

以上の客観的算定とは別の算定方法として、第２に、「具体的損害」ないし「利益（Interesse）」の賠償において行われる算定がある。その具体例としては、転売利益や転買主への違約金の支払などが挙げられている[180]。

（ｂ）各算定方法の内容

では、以上の各算定方法の内容を詳しくみていこう。

１）客観的算定

---

177 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 468.

178 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 450.

179 ラーベルにおいては、「商取引においては、また、ほとんどの国の法においては、単に３つの異なる算定があるというだけではなく、２つの異なる損害概念が存在している」という注目すべき記述がみられる。３つの算定とは、抽象的算定・「填補購入を基礎とする算定」・「具体的損害」の賠償において行われる算定を、２つの損害概念とは、「抽象的損害」・「具体的損害」を指すようである（*Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 452）。ここで、ラーベルにおいて事実的填補購入費用が金額差額説的な意味における損害ではないと理解されていることを踏まえると、「填補購入を基礎とする算定」は、「抽象的損害」が問題となる場合に含まれることになると考えられる。このことも、本文で示した理解を裏づけている。

180 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 473.

まず、客観的算定をみていく。

ア）個別的損害把握の採否――個別客体着目説

客観的算定においては、前述のとおり、「給付目的物の代償物」としての損害賠償が問題となっている。したがって、ここでは、給付目的物という個別客体の喪失が損害として捉えられているといえる。

イ）人的基準

また、客観的算定においては、「債権者の個人的な状況とは関係なく」算定が行われる[181]。

a）抽象的算定――客観的損害計算

客観的算定のうち、抽象的算定については、ノイナーと同じく、「買主は、市場価格により算定される損害に対して常に請求権を有する」とされ、賠償の「最小限」を画することが認められている[182]。その理由についても、ノイナーと同じく、利益（Interesse）が抽象的算定により導かれた金額を下回るという主張を売主に許すと、「契約違反に対してプレミアムを与えることになる」ことに求められている[183]。このように、抽象的算定は「客観的損害計算」にあたる。

b）填補購入を基礎とする算定――主観的損害計算

これに対して、「填補購入を基礎とする算定」は、客観的算定としての位置づけを与えられつつも、債権者の填補購入という具体的事情を考慮している点において、本稿の用語法に照らすと「主観的損害計算」であるということになる。したがって、この算定方法は、客観的な側面と主観的な側面を併せ持つものであるとみることができる[184]。

ウ）金額包含的損害把握の採否――金額非包含的損害把握

そして、客観的算定においては、損害概念に金額が含まれておらず、

---

[181] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 450.

[182] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 459.

[183] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 460.

[184] ラーベルも、填補購入は「一般的具体的損害を生じさせる」と述べており（*Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 456）、こうした二面性を強調している。

金銭的評価論が賠償範囲論とは分離されていると考えられる。

というのも、後に詳しくみるように、一方で、抽象的算定においては、債権者の投機可能性の排除という――賠償範囲論とは異質の――考慮に基づき、基準時問題について一定の見解が導かれている[185]。

他方で、「填補購入を基礎とする算定」においても、「信義誠実に従った」填補購入の実施という――賠償範囲論とは異質の――考慮に基づき、賠償額を決定する一定のルールが導かれているのである[186]。

2）具体的損害［利益］

では、具体的損害はどうか。

ア）人的基準――主観的損害計算

具体的損害においては、もちろん、「買主の個人的な財産状況」[187]に着目した「主観的損害計算」が行われることになる。「最小限」としての抽象的算定に対して、具体的損害は賠償額を付加する役割を果たすということについても、ノイナーと同様である[188]。

イ）賠償範囲論を論じる必要性

この具体的損害については、賠償可能な損害を限定することが問題となる。ラーベルは、周知のとおり、契約利益説を採る[189]。本稿の関心に照らして重要なのは、契約利益説そのものというよりも、ラーベルがこうした賠償範囲論を具体的損害についてのみ論じていることである。ここには、客観的算定においては「給付目的物の代償物」としての損害賠償が問題となっているから、給付内容さえ確定されていれば賠償範囲論をそれとは別に論じる必要がないという理解をうかがうことができる。

ウ）金額包含的損害把握の採否――金額包含的損害把握

そして、その契約利益説による賠償範囲の画定に際しては、金額に対

185 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 464 f.
186 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 471.
187 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 468.
188 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 474.
189 *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 496.

する予見可能性も必要であるとされている[190]。ここには、損害概念には金額も含まれるという理解をうかがうことができる。

＊　本研究は、JSPS 科研費 JP22K13306の助成を受けたものである。

[190] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 509.