HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第77巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 77(3)
Issue Date	2026-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/100482
Type	journal
File Information	01_ lawreview_77_3.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 77 巻　　第 3 号

論　　説

少数支配構造のガバナンス問題と規制措置に関する研究：
複数議決権構造を中心として（1）
—— 支配的株主の信認義務責任と2025年DGCL第144条改正 ——
…… 姜　　富　超　　1

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（9）
—— 損害論の視角からの分析 —— …… 林　　耕　平　　53

2026（令和８）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
上田信太郎（刑事訴訟法）
臼杵知史（国際法）
遠藤乾（国際政治）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
加藤智章（社会保障法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
権左武志（政治思想史）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
田口正樹（法史学）
田村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
畠山武道（行政法）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
藤原正則（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
宮脇淳（行政学）
山口二郎（行政学）
山下竜一（行政法）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田悠（労働法）
岩谷將（政治史）＊
宇野二朗（行政学）＊
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
川久保寛（社会保障法）
岸本太樹（行政法）＊
木下和朗（憲法）
桑原朝子（日本法制史）
小濵祥子（アメリカ政治史）
児矢野マリ（国際法）
齊藤正彰（憲法）
齋藤由起（民法）
佐々木雅寿（憲法）
佐藤修二（行政法）
徐行（アジア法）
鈴木敦（憲法）
曽野裕夫（民法）
辻康夫（政治学）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中村督（ヨーロッパ政治史）
中山一郎（知的財産法）
○根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
林誠司（民法）
藤澤尚江（国際私法）
眞壁仁（日本政治思想史）
牧佐智代（民法）
松尾誠紀（刑法）
水野浩二（法史学）
○三宅新（商法）
村上裕一（行政学）
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山崎幹根（行政学）＊
山本周平（民法）
山本哲生（商法）
横路俊一（民事訴訟法）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）

特任教授

池田清治（民法）
上田信太郎（刑事訴訟法）
大崎康二（法実務基礎）
綱森史泰（民事実務）
濱岡恭平（民事実務）
林順敬（刑事実務）
松本貴一朗（刑事実務）
渡邉宙（法実務基礎）

准教授

伊藤隼（民事訴訟法）
開出雄介（国際法）＊
郭薇（法哲学・法社会学）
上條諒貴（政治学）＊
川端倖司（行政法）
クォン・キ・ジュン（知的財産法）
千坂知世（比較政治）＊
○津田智成（行政法）
土井翔平（国際政治）＊
中田翔太（刑法）
林耕平（民法）
○氷見哲洋（民法）
松本洵（日本政治史）＊
○村木数鷹（西洋政治思想史）
横濱和弥（刑法）

助教

呉子迪（知的財産法）
姜富超（商法）
渡口紘子（法社会学）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　　説

少数支配構造のガバナンス問題と規制措置に関する研究：複数議決権構造を中心として（1）※

―― 支配的株主の信認義務責任と2025年 DGCL 第144条改正 ――

姜　　富超

目　次

はじめに
一、支配的株主規制の理論的背景
二、判例法における支配的株主の信認義務責任
（一）支配的株主の信認義務と責任
（二）信認義務違反の責任の判断基準
（三）支配的株主の信認義務責任に関する判例法の発展
1、Weinberger v. UOP判決
2、Kahn v. Lynch判決
3、Kahn v. MFW判決
4、適用範囲の拡張と制限
三、2025年DGCL改正の背景と改正内容
（一）DGCLの2025年改正の背景

※ 本連載は北海道大学審査博士（法学）学位論文（2026年３月25日授与）「少数支配構造のガバナンス問題と規制措置に関する研究：複数議決権構造を中心として」に加筆・修正を施し、公表するものである。もっとも、同博士論文の第６章及び第７章は、近時のデラウェア州会社法における会社支配をめぐる規律の新たな展開を扱うものであり、その時宜性に鑑み、本稿は主として第７章を、次稿は第６章をそれぞれ基礎として加筆・修正したうえで、他の部分に先行して公表することとする。なお、執筆にあたり、文部科学省国費奨学金プログラムの助成を受けた。

（二）DGCL第144条の2025年改正
1、「支配的株主」の定義に関する改正
2、取締役・役員と会社との利害関係取引について
3、支配的株主による利害関係取引について
四、支配的株主規制の検討――米国法の議論と示唆
（一）支配的株主を規制する方向性
（二）誰を支配的株主として定義すべきか
1、問題の提起：2025年改正後のDGCL第144条に関わる解釈論の問題
2、2025年改正後のDGCL第144条の解釈に関する学説
3、小括
（三）支配的株主規制における独立取締役の役割
1、問題の提起
2、証券取引所による独立取締役の要求
3、小括
おわりに　（以上、本号）

はじめに

現代のガバナンス理論において、所有集中型の株式会社では、支配的株主と少数株主との間の利益相反がコーポレートガバナンス上の重要なエージェンシー問題として位置づけられる。そこでは、支配的株主による少数株主の利益侵害をいかに防止・抑制するかが中心的課題となる。[1] この問題に対して、会社法制は支配的株主に対する監視監督や少数株主の権利強化又は事後的な司法審査による責任規制など複数のアプローチを通じて対応している。その中でも、支配的株主に対して一定の場合に信認義務責任を認めることは支配的株主と少数株主との利益相反を実体的に規律するための中心的手法として重要な意味を有する。

もっとも、近年のデラウェア法においては、支配的株主に対する規律の在り方が大きく揺れ動いている。従来のデラウェア判例法において、

[1] Kraakman R, Armour J, Davies P, Enriques L and Hansmann H, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3rd edn, Oxford Univ Pr, Oxford, United Kingdom, 2017) pp 29–30.

株主は過半数の持株を保有する場合又は少数株主であっても会社の業務運営に対して実質的な支配力を有する場合に、支配的株主としての信認義務を負うものとされてきた。特に、支配的株主による利益相反的な合併取引においては、完全な公平性（entire fairness）の審査基準が適用され、当該支配的株主は取引の公正性を証明する責任を負う。[2] もっとも、近時の判例法において、支配的株主であるかどうかを認定する際に、従来から重視されてきた重要な議決権割合（significant voting power）又は相当な持株割合（substantial share ownership）という要素の重要性が弱められ、その結果として完全な公平性の審査基準は不確実性の伴う適用が拡大する恐れがあると指摘されている。[3] つまり、近時のデラウェア判例法においては、支配的株主の信認義務法理の適用範囲が拡張する方向にあったとみることができる。

その背景には、米国の会社法学において支配的株主が私的利益のために少数株主の利益を害し得ることが強く警戒されてきたことがある。[4] 支配的株主と少数株主とのエージェンシー問題への対応策として、デラウェア判例法は支配的株主に対する信認義務責任に強い規範的負荷を担わせてきたと言える。[5] このような負荷の強化は2024年のMatch Group判決による支配的株主の信認義務責任の適用範囲の拡張を通じて一段と明確化された。[6]

他方で、その適用範囲の拡大に対する実務上の懸念も高まることとなった。それを受けて、デラウェア州は2025年にDGCL第144条の改正によって支配的株主取引（controlling stockholder transaction）に関するセーフハーバー規定を整備した。改正後の第144条は支配的株主の定義を明文化するとともに、支配的株主取引について、一定の手続を満たす場合には衡平法上の救済又は損害賠償を免れ得る構造を採用してい

---

[2] Kahn v. Lynch Commc'n Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1113-17 (Del. 1994).

[3] "Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards"(2020) 133 Harvard Law Review 1706 at 1707,1712-1716.

[4] 以下の「一、支配的株主規制の理論的背景」を参照。

[5] Bainbridge SM,"A Course Correction for Controlling Shareholder Transactions" (2025) 49 Del. J. Corp. L. 525 at 529-536.

[6] In re Match Grp., Inc. Derivative Litig., 315 A.3d 446, 463-70 (Del. 2024).

る。[7] このように、近時のデラウェア法の動きは支配的株主責任の一方的強化としてではなく、判例法による厳格化と立法による再調整とが交錯する過程として把握することができる。

そこで本稿は、デラウェア州会社法における支配的株主の信認義務責任について、近時の判例法の展開と2025年のDGCL第144条改正を素材として、その新たな発展を考察する。以下では、まず、支配的株主規制の理論的背景について考察を行う。そして、判例法における支配的株主の信認義務責任の内容と判断基準を整理する。次に、2025年改正の背景を把握する上で、第144条の改正内容、とりわけ支配的株主の定義、支配的株主取引に関する規制の仕組みを考察する。最後に、米国法の検討を踏まえて、日本法への示唆として、支配的株主を規制する方向性、支配的株主の定義、及び証券自主規制において支配的株主に対する規制における独立取締役の役割という三つの問題を検討することとしたい。

一、支配的株主規制の理論的背景

現代のガバナンス理論において、コーポレートガバナンス体制の有効性は会社の所有構造に依存する。[8] 分散所有型の会社においては、所有と経営の分離に由来する株主と経営者との間のエージェンシー問題、いわば「縦のエージェンシー問題」が中心的課題となる。そこでは、経営者が自己の私的利益ではなく、株主利益のために行動することをいかに確保するかがコーポレートガバナンス上の核心となる。[9] これに対し、集中所有型の会社においては、少数株主が株式を有するものの、会社が実質的に支配的株主によって支配されている。それで、支配的株主は少数株主の代わりに会社の経営者を効果的に監視監督することができる一方、少数株主の利益を収奪する権力とインセンティブを有するため、支

[7] Del. Code Ann. tit. 8, § 144 (2025).

[8] Bebchuk LA and Hamdani A,"The Elusive Quest for Global Governance Standards" (2009) 157 U. pa. L. rev. 1263 at 1280.

[9] Kraakman et al, n 1, pp 29-31.

配的株主と少数株主の間に利益の相反する問題も顕在化する。[10] 一般的に、学説においては、支配的株主と少数株主との間の利害関係がエージェンシー関係、両者間の利益相反問題が「横のエージェンシー問題」と定義され、支配的株主による非支配株主の利益の侵害を防止・阻止することは横のエージェンシー問題の核心と位置付けられている。[11]

もっとも、以上のような整理は主としてエージェンシー理論に基づいて実質的な支配者（分散所有構造における経営者又は所有集中構造における支配的株主）と非支配の株主との関係を把握するものである。[12] 現代のエージェンシー理論は、1970年代以降、JensenとMecklingをはじめとするシカゴ学派の研究者によって株式会社における所有と支配の分

---

[10] La Porta R, Lopez-de-Silanes F and Shleifer A,"Corporate Ownership around the World" (1999) 54 The Journal of Finance 471 at 511-513; Shleifer A and Vishny RW,"Large Shareholders and Corporate Control" (1986) 94 Journal of Political Economy 461 at 461; Bebchuk LA, Kraakman R and Triantis G,"Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash-Flow Rights", *Concentrated corporate ownership* (University of Chicago Press, 2000) pp 295-314; Gilson R and Gordon J, "Controlling Controlling Shareholders" (2003) 152 University of Pennsylvania Law Review 785 at 785-786; Gilson RJ, "Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy" (2006) 119 Harv. L. Rev. 1641 at 1651.

[11] Gilson and Gordon, n 10 at 785; Kohler M, "Ownership Structure, Regulation and the Market for Corporate Control in the EU Banking Sector" (2012) 34 Eur. J.L. & Econ. 173 at 174-175; Enriques L and Volpin P, "Corporate Governance Reforms in Continental Europe" (2007) 21 Journal of Economic Perspectives 117 at 117. Kraakman et al, n 1, pp 29-30.

[12] より広義的に定義すれば、エージェンシー関係は会社の経済的な持ち分の全部を有していないものの会社の経営を支配できる者と経済的な持ち分の一部を有しながら会社の経営を支配できない者の間に成立する関係と定義することができる。Pacces A, *Rethinking Corporate Governance: The Law and Economics of Control Powers* (Taylor and Francis, Hoboken, 2012) p 26. そのように広範的な定義からすると、支配権を有しない株主がプリンシパルで、株主であるかもしれない支配者（持ち株を有しない経営者又は支配的株主）がエージェントとなる。

離に伴うエージェンシー・コストを分析する理論枠組みとして体系化されたのである。[13] それで、支配的株主と少数株主との間のエージェンシー関係からすれば、いずれの者が自らの効用を高めたいし、利益の不一致性と情報の非対称性[14]が内在するため、監視監督の実施や利益の一致性の強化などによりエージェンシー・コストが必然的に生じるし、当該コストをゼロにすることはほぼ不可能であると考えられる。[15] ゆえに、エージェンシー・コストの抑制は自然にコーポレートガバナンスの方向性と

---

[13] Ross SA, “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem” (1973) 63 The American Economic Review 134; Jensen MC and Meckling WH, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure” (1976) 3 Journal of Financial Economics 305; Fama EF and Jensen MC, “Separation of Ownership and Control” (1983) 26 The Journal of Law and Economics 301. エージェンシー理論は1976年に Jensen と Meckling の論文によって本格的に確立されていたと言われている。この論文はコーポレート・ガバナンスの分野において最も多く引用されるものの一つと言われる。Cheffins BR, “What Jensen and Meckling Really Said About the Public Company” (2020), Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 29/2020, at 2-3, available at https://ssrn.com/abstract=3679405.

[14] 事業経営に関する情報を詳細に把握できるのは会社の中心にいる経営者であり、株主が会社の経営や経営者の行動を随時に知る由もないため、経営者と株主との間に情報の非対称性の問題が生じる。神田秀樹・小野傑・石田晋也編『コーポレート・ガバナンスの展望』（中央経済社 2011），107-108頁。支配的株主が存在する場合、情報の非対称性の問題は同様に生じる。

[15] Jensen & Meckling (1976) の定義では、エージェンシー・コストは (1) 監視監督のコスト (monitoring expenditures) (2) インセンティブ・コスト (bonding expenditures) 及び (3) 最適な意思決定とずれたことによる残余損失 (residual loss) という三つのコストから構成される。Jensen and Meckling, n 13 at 308. さらに、エージェンシー理論の発展とともに、エージェンシー・コストの定義も拡張されるようになった。例えば、Hwang JH and Hu B, “Private Benefits: Ownership Versus Control” (2009) 32 Journal of Financial Research 365 at 366. Pacces, n 12, p 17. Cronqvist H and Nilsson M, “Agency Costs of Controlling Minority Shareholders” (2003) 38 Journal of Financial and Quantitative Analysis 695 at 697.

なり、ガバナンス理論に大きな影響を及ぼした。21世紀初頭の十年に、米国の会社法学及び金融理論において、「法が重要である」理論[16]や支配権による利益収奪説[17]又は監督コスト説[18]などの学説が提唱され、支配的株主を私的利益の搾取と関連付け、支配的株主を消極的に見なしていることが多かった。

一方、前述した通り、支配的株主は経営者に対する監視監督の機能と少数株主から利益を収奪し得る危険性という、いわば「諸刃の剣」としての性格を有する。にもかかわらず、エージェンシー理論に依拠して支配的株主の役割を専ら少数株主に対する利益収奪の危険から捉えることは支配的株主の有する「諸刃の剣」としての性格の一側面を捉えるにとどまる。すなわち、支配的株主は少数株主に対して私的利益を収奪する危険を有するものの、必ずしも私的利益を追及するとは限らず、少数株主に代わって経営者を監視監督することもできる。エージェンシー理論

[16]「法が重要である」理論によれば、ある法域において支配的株主が存在するや否やは法による少数株主の保護が良いかどうかに密接な相関性を有し、英米のような法による少数株主の保護が良い法域において株式が分散所有される傾向があり、法による株主の保護が良くない法域において家族・政府によって支配されている会社の割合が比較的に高いと唱えられている。La Porta et al, n 10 at 491–497,511–513; Porta RL, Lopez-de-Silanes F, Shleifer A and vishny robert w., "Law and Finance" (1998) 106 Journal of Political Economy 1113 at 1113–1117,1151–1152.

[17] 利益収奪説によれば、上場前に会社を支配している株主（「既存株主」）が会社の上場時に支配権を維持すればその後に行われうる支配権取引からより大きな割合のプレミアムを獲得することができる。支配権の私的利益が大きければ、上場後に支配権奪取の防止と支配プレミアムの追求のために、既存株主が支配的な構造を維持することを選択するだろうと主張されている。つまり、利益収奪説も支配権の取得が私的利益を追求するために行われるという前提に基づいて展開されていると言える。Bebchuk LA, "A Rent-Protection Theory of Corporate Ownership and Control" (1999) EFA 0285, 1999, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 260 at 1–6, available at https://ssrn.com/abstract=168990.

[18] 支配的株主はその支配の地位を維持するためには監視監督の役割の履行などにより様々なコストを負担しなければならず、このようなコストを負担して支配的株主としての役割を引き受けさせるためには、一定の私的利益の取得を認める必要があるとの主張である。Gilson, n 10 at 1650–1652.

は長らくコーポレート・ガバナンス研究における中心的理論枠組みとして大きな影響力を有してきた。[19] もっとも、近年の学説においては、自己利益追求、エージェンシー・コスト、監視・統制メカニズムを中心とするエージェンシー理論だけでは、企業組織を取り巻く外部・内部環境、所有構造、利害関係の多様化などを十分に説明できないところがあるという限界も指摘されている。[20] 実際、近年に、エージェンシー理論の枠組みを超えて、支配的株主が短期的な市場圧力に左右されずに長期的な経営方針を実現することを保障できることを強調する長期利益保障説[21]や、支配的株主が自分の事業戦略を適切に実施すれば市場平均を上回る収益が得られるという信念いわば独特なビジョンを有することを強調する支配的株主の独特なビジョン説[22]などの学説も提唱され、有力と考え

---

[19] Raelin JD and Bondy K, “Putting the Good Back in Good Corporate Governance: The Presence and Problems of Double-Layered Agency Theory” (2013) 21 Corporate Governance: An International Review 420 at 421; Pargendler M, “Controlling Shareholders in the Twenty-First Century: Complicating Corporate Governance beyond Agency Costs” (2020) 45 J. Corp. L. 953 at 956.

[20] Christopher J, “Corporate Governance — A Multi-Theoretical Approach to Recognizing the Wider Influencing Forces Impacting on Organizations” (2010) 21 Critical Perspectives on Accounting 683 at 683-686, 692-693. Pargendler, n 19 at 956.

[21] Jordan BD, Kim S and Liu MH, “Growth Opportunities, Short-Term Market Pressure, and Dual-Class Share Structure” (2016) 41 Journal of Corporate Finance 304 at 305, 324-327; Lukomnik J and Quinn S, “Controlled Companies in the Standard and Poor’s 1500: A Ten Year Performance and Risk Review” (2012) Investor Responsibility Research Center Institute and Institutional Shareholder Services at 3, https://www.pii.law.harvard.edu/materials/7_Dual % 20Class % 20- % 20ISS % 20Report % 20 % 28dual % 20class % 29.pdf viewed 15 September 2025. 従来から内部者による支配のメリットいわば長期利益の保障を強調する見解として、Fischel DR, “Organized Exchanges and the Regulation of Dual Class Common Stock” (1987) 54 The University of Chicago Law Review 119 at 138.

[22] Goshen Z and Hamdani A, “Corporate Control and Idiosyncratic Vision” (2016) 125 Yale L. J. 560 at 577.

られる。

以上を踏まえて、支配的株主に対する法的規律は少数株主保護を重視するエージェンシー理論の発想と支配的株主の監視機能・長期利益保障・独特なビジョン実現の確保を評価する見解との緊張関係の中に、方向性が揺れている。このような評価の対立は支配的株主に対する信認義務責任法理の適用をどこまで拡張すべきかという問題に直結する。支配的株主に対する法的規律は少数株主保護の観点からその責任を一方的に拡張すれば足りるか、それとも支配的株主による利益収奪の危険を抑制しつつ、その監視機能および長期利益の保障・独特なビジョンの実現を過度に阻害しないほうがより合理的であるか。このような理論的緊張関係は近時のデラウェア法における支配的株主の信認義務責任の拡張とその後の再調整を理解するうえでも重要な視角を提供する。

二、判例法における支配的株主の信認義務責任

（一）支配的株主の信認義務と責任

支配的株主は少数株主と信認関係にある。ある者が他人の財産をあたかも自己のものであるかのように管理・支配する権限を有する場合に、その者が受託者として他人との間に信認関係が成り立つ。[23] 支配的株主は会社に対する支配を通じて少数株主の財産も管理・支配しているため、少数株主の信認義務者（fiduciary）となり[24]、少数株主に対して信認義務を負うこととなる。[25] もっとも、支配的株主が負うべき信認義務の

[23] Wilmington Leasing, Inc. v. Parrish Leasing Co., L.P., No. CIV. A. 15202, 1996 WL 752364, at *14 (Del. Ch. Dec. 23, 1996). Sokol Holdings, Inc. v. Dorsey & Whitney, LLP, No. CIV.A. 3874-VCS, 2009 WL 2501542, at *3 (Del. Ch. Aug. 5, 2009).

[24] Thermopylae Capital Partners, L.P. v. Simbol, Inc., No. CV 10619-VCG, 2016 WL 368170, at *14 (Del. Ch. Jan. 29, 2016)

[25] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 958 (Del. 1985), holding modified by Coster v. UIP Companies, Inc., 300 A.3d 656 (Del. 2023). In re Pattern Energy Group Inc. Stockholders Litig., No. CV 2020-0357-MTZ, 2021 WL 1812674, at *40 (Del. Ch. May 6, 2021).

範囲については、まずは取締役等の信認義務と異なり、支配的株主が自分の利益のために会社そのものを不正に利用しない限り、少数株主と同じく信認義務の束縛を受けずに自分の利益のために議決権等の株主権を自由に行使・処分する権利を有し、支配的株主が自分の利益のために会社そのものを不正に利用する場合に、少数株主の財産にもその支配力が及ぶため、少数株主に対して信認義務を負うとすべきとの判例法上のアプローチが存在する。[26] そして、学説上に、支配的株主が少数株主に対して常に信認義務を負うこととすべき、負う場合と負わない場合とを区別すべきではないと主張する意見もある。[27] 支配的株主に少数株主に対

[26] Gilbert v. Perlman, No. CV 2018-0453-SG, 2020 WL 2062285, at *1 (Del. Ch. Apr. 29, 2020).

[27] Bainbridge, n 5 at 526. また、支配的株主が少数株主に対する信認義務を負う場合、取締役等と同等内容の信認義務を負うかという問題に関しては、それを肯定する意見がある。例えば、Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., No. CIV. A. 8358, 1991 WL 111134, at *19 (Del. Ch. June 24, 1991), aff'd in part, rev'd in part sub nom. Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1993), decision modified on reargument, 636 A.2d 956 (Del. 1994), abrogated by Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110 (Del. 1994), (「株式所有に基づいて権力を取得した株主がその権力を行使して会社の行為を指図する場合、当該株主は会社の取締役と同じく注意義務及び忠実義務を負う。これに対し、過半数株主がそのような権力を行使しない場合には、一般的に特別の義務は課されない」) "Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards", n 3 at 1710. 一方、同等内容の信認義務を負うこととすべきではないとの主張もある。例えば、*Delaware Vice Chancellor J. Travis Laster Argues That Controlling Shareholders Have Surprisingly Limited Fiduciary Duties* (15 November 2023), https://www.law.nyu.edu/news/distinguished-juror-lecture-travis-laster-delaware viewed 27 November 2025.(「デラウェア法は支配的株主が取締役と同一の信認義務を負うものと位置づけている…しかし、実際に両者の義務内容は同一ではなく、その差異は大きい。究極的には、支配的株主が負うのは他者に損害を与えてはならないという義務にとどまる。したがって、支配的株主は信認関係に位置するものの、他者に対して最小限度の義務のみを負い、いわば最小限度の信認義務者である。」) また、Jens Dammann, "*The Controlling Shareholder's General Duty of Care: A Dogma That Should Be Abandoned*", 2015 U. Ill. L. Rev. 479, 506(2015) 支配的株主が少数株主に対し

する信認義務を負わせる政策上の理由としては、少数株主が支配的株主の意思に従わないと支配的株主から報復を受ける恐れがあるためである。[28] いずれにせよ、支配的株主によるフリーズアウトなどの関連者取引において支配的株主が少数株主に対して信認義務を負うことについては異論がないだろう。[29]

信認法の下で、信認義務の内容としては、一般的に注意義務と忠実義務に分けられる。[30] 支配的株主が取締役と同じく少数株主に対して注意義務と忠実義務を負うという意見があるが[31]、支配的株主を巻き込んだ判例において裁判所は主として支配的株主の機会的な行動から少数株主を保護するための忠実義務に焦点を当ててきた。[32]

（二）信認義務違反の責任の判断基準

デラウェア州では、取締役の信認義務責任が問われる際に、取締役の行動を審査するにあたって、経営判断の原則（business judgment rule、「BJR」）、強化審査基準（enhanced scrutiny）、及び完全な公平性の基準（entire fairness）という三つの基準がある。[33]

まず、経営判断の原則の下では、経営者が行った経営判断は「十分な情報に基づき、誠意をもって、かつ、その行動が会社の最善の利益となると誠実に信じて行われた」と推定され、当該推定を覆す立証がなされ

て原則として注意義務を負わないとすべきと主張している.

[28] Bainbridge, n 5 at 552.

[29] Bainbridge, n 5 at 531–532. Americas Mining Corp. v. Theriault, 51 A.3d 1213, 1239 (Del. 2012).

[30] Claire A. Hill & Brett H. McDonnell, *Chapter 8: Fiduciary Duties: The Emerging Jurisprudence, in* Research Handbook On The Economics Of Corporate Law, 133 (2012).

[31] Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., No. CIV. A. 8358, 1991 WL 111134, at *19 (Del. Ch. June 24, 1991), aff'd in part, rev'd in part sub nom. Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1993), decision modified on reargument, 636 A.2d 956 (Del. 1994), abrogated by Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110 (Del. 1994). Dammann, n 27 at 481.

[32] Dammann, n 27 at 481–482 note 8 and accompanying text.

[33] Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp., 28 A.3d 442, 457 (Del. Ch. 2011).

ていない限り、裁判所もそれを尊重する。[34] 従って、経営判断に信認義務の違反があると原告株主が立証できない限り、裁判所は自らの判断をもって経営者の経営判断を代替させることはしない。[35] 一方、そのような立証ができた場合、立証責任が転換され、争われている取引が原告株主にとって「完全に公正」であると経営者は立証しなければならない。[36]

そして、強化審査基準の下では、裁判所がBJRの下での推定を堅持しなく、被告の経営者が行った経営判断は「その動機が私利的ではなく適切であったこと」及び「その行動が正当な目的のために合理的であったこと」と経営者が立証しなければならないと求められている。[37] 強化審査基準は経営者による経営判断が「利益相反の可能性がある、特定的、反復的、かつ容易に識別し得る場合」、すなわち、「たとえ独立かつ利害関係のない取締役の決定であっても、その意思決定の文脈にある現実が当該判断を微妙に損ない得るような場合」に適用される。[38] 例えば、Unocal事件[39]のように取締会が敵対的買収に対抗するための防御策を採用した場合、又はRevlon事件[40]のように会社の売却又は支配権移転を伴

---

[34] Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984). Maffei v. Palkon, 339 A.3d 705, 728 (Del. 2025).

[35] Welch EP, Saunders RS, Land AL, Voss JC and Turezyn AJ, *Folk on the Delaware General Corporation Law 2019: Fundamentals* (Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2018) pp 165-166.

[36] Emerald Partners v. Berlin, 787 A.2d 85, 91 (Del. 2001).

[37] Mercier v. Inter-Tel (Del.), Inc., 929 A.2d 786, 810 (Del.Ch.2007).

[38] In re Trados Inc. Shareholder Litig., 73 A.3d 17, 43 (Del. Ch. 2013).

[39] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 953-956 (Del. 1985)（取締役が買収防衛策を採用する場合、その買収防衛策に関して取締役会に「会社の政策及び効率性に対する危険」を信じる合理的根拠と、当該脅威との関係での防衛策の合理性を要求する）.

[40] Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173, 182-84 (Del. 1986)（会社の売却が問題となる局面において、取締役の役割が会社の防衛者から株主のために最良価格を得る競売人へと変化するとする）. Paramount Commc'ns Inc. v. QVC Network Inc., 637 A.2d 34, 44-46 (Del. 1994)（支配権売却局面において、取締役は株主にとって合理的に取得可能な最良の価値をもたらす取引を合理的に追求する義務を負う。そして、強化審査基準の下では、取

う取引の場合に強化審査基準が典型的に適用される。それで、強化審査基準は経営判断の原則と完全な公平性の基準との間に位置づけられる「中間的な審査基準」とも呼ばれる。[41]

また、完全な公平性基準は最も立証のハードルの高い基準であり、適用されれば被告は係争取引が「完全に公正」であると立証しなければならない。[42] 当該基準の適用範囲について、従来からは支配的株主が存在するだけでは必ず適用されるわけではなく、支配的株主が自己取引などの利益相反取引に関与した場合に適用されることとなり、被告者の支配的株主が立証責任を負う。[43]

（三）支配的株主の信認義務責任に関する判例法の発展

1、Weinberger v. UOP 判決

Weinberger v. UOP事件は支配的株主が親子会社の合併を通じて少数株主を締め出す事件である。当該事件において焦点の一つとなるのは支配的株主の主導で行われた親子会社の合併取引が「完全に公正」であるや否やである。[44]

支配的株主は親子会社の合併のような自己取引を行う場合、少数株主に対する信認義務責任を免れるために当該取引が「完全に公正」であると立証しなければならない。[45] そして、係争取引が「完全に公正」であ

締役は十分な情報に基づき、かつ合理的に行動したことを立証しなければならない).

[41] Brauerman SB, "When Business Judgment Isn't Enough: The Impact of the Standard of Review on Deal Litigation Delaware Insider" (2014) 2014 Bus. L. Today 1 at 1. In re Trados Inc. Shareholder Litig., 73 A.3d 17, 43-44 (Del. Ch. 2013).

[42] Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp., 28 A.3d 442, 459 (Del. Ch. 2011).

[43] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 710-711 (Del. 1983); In re Crimson Expl. Inc.Stockholder Litig., No. CIV.A. 8541-VCP, 2014 WL 5449419, at *12 (Del. Ch. Oct. 24, 2014); Americas Mining Corp. v. Theriault, 51 A.3d 1213, 1239 (Del. 2012).

[44] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 702-04 (Del. 1983).

[45] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 710 (Del. 1983).

るかどうかは当該取引が公正な取引（fair dealing）かつ公正な価格（fair price）で行われていたという２つの要件を充足するかに関する立証によって判断される。「公正な取引」という要件が満たされているや否やは係争取引が「何時行われ、どのように開始され、計画され、交渉され、取締役会へと開示され、さらに取締役および株主からの承認がどのように獲得されたか」などの問題に基づいて判断される。「公正な価格」という要件が満たされているや否やは係争取引に関わる経済的・金融的側面、すなわち「資産、市場価値、収益、将来の見通し、会社株式の本質的または内在的価値に影響を与えるあらゆるその他の要素」に基づいて判断される。もっとも、完全な公平性基準の下では、公正な取引と公正な価格という二つの要件のいずれかが満たされればよいものではなく、完全な公平性が全体として充足されるかどうかが中心であるため、関わる全ての側面を全面的に考察しなければならないと強調されている。[46]

一方、Weinberger事件において、UOP社の50.5％の持株を有するSignal社がUOP社を完全に子会社化する親子会社の合併取引についてはその取引の発起から価格の確定、取引スケジュールの設定と推進、取引の交渉と承認のプロセス、関連情報の開示などの取引の諸要素まで支配的株主であるSignal社によって完全に主導されていた。[47] もっとも、Signal社の取締役である同時にUOP社の取締役でもあるArledgeとChitieaが作成した合併取引の実現可能性に関する調査報告書はUOP社と同社の株主にとっても重要であるにもかかわらず、完全にSignal社に利する方向に向けて作成され、その中にUOPのデータに基づいて１株あたり21ドルから24ドルの価格帯でUOPの少数株主を締め出すことがSignal社に利することすら明確に記載され、結局UOP社の独立取締役に開示されず、同社の取締役会でも議論されなかった。[48] ゆえに、裁判所は当該取引が「公正な取引」と言えないと判じた。[49]

---

[46] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del. 1983).

[47] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711-12 (Del. 1983).

[48] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 705,707-709 (Del. 1983).

[49] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 712 (Del. 1983). Weinberger v. UOP判決において、もう一つの焦点は「公正な価格」に関する判断である。

同時に、裁判所はもしUOP社が社外取締役からなる独立の特別委員会を設置することを通じてアームズ・レングスの関係でSignal社と取引するならば、「公正な取引」になりうると強調している。すなわち、そのような親子会社の合併取引が「公正な取引」であるかどうかを判断するにあたって、関連者がアームズ・レングス原則に基づいてそれぞれの交渉能力を活用することを通じて取引を成立させた事実の有無が重要な要素であり、もし社外取締役からなる独立の交渉委員会を介して独立の第三者間で行われる取引と同様の条件で関連者取引を行ったならば、「公正な取引」という要件が充足する可能性が高くなるだろうと強調されている。[50]

2、Kahn v. Lynch 判決

Kahn v. Lynch事件では、Lynch社の43.3％の持株を有するAlcatel社はLynch社の経営管理を実際に支配していることでLynch社の支配的株主であると認定され、Lynch社の少数株主を締め出し同社を完全に子会社化することを目的とする親子会社の合併取引を行わせていた。当該取引において、子会社たるLynch社は独立委員会を設置していた。支配的株主のAlcatel社はLynch社の少数株主に対して一株当たりに15.5ドルの買付け価格をオファーし、独立委員会がこの買い付け価格を推奨せず、同社の取締役会も承認しない場合に、より低い価格で敵対的買収を行うと脅した。それを受けて、独立委員会がその価格での買付けを受けることを推奨し、取締役会も承認決議を出した。[51]

デラウェア最高裁判所はAlcatel社がLynch社の支配的株主として同社の少数株主に対して信認義務を負うと確認するうえで、そのような親子会社の合併取引において支配的株主が当該取引の完全公正性を立証する責任を負うというWeinberger判決に確立されていた完全な公平性基準を維持していた。[52]

Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 712-15 (Del. 1983).

[50] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 709 n.7 (Del. 1983).

[51] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1112-1115 (Del. 1994).

[52] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1115 (Del. 1994).

それに、独立取締役からなる特別委員会が前述の合併取引を承認したことは支配的株主による完全な公平性の立証責任に与えうる影響に関しては、最高裁判所は衡平裁判所の指摘を踏まえて、Weinberger判決以降の判例法を考察するうえで、その特別委員会による承認があった場合に①立証責任が原告に転換され係争取引が不公正であったと原告による立証を求めるアプローチと②経営判断原則が適用されるアプローチという二つの判例法上のアプローチが存在すると考案していた。[53] 立証責任はともかく、いずれのアプローチも支配的株主の信認義務責任の司法判断基準をどのように設定すべきかという従来からの問題に関わるものである。ここで特別化された点としては、親子会社の合併による少数株主の締め出しの取引に関して、独立取締役からなる特別委員会が当該取引を承認したとの要素を考慮すると、支配的株主の信認義務責任の司法判断基準を完全な公平性基準に維持するか、それとも経営判断原則の基準に下げるかという問題である。

それに関して、最高裁判所はその①のアプローチを堅持するCitron v. DuPont判決[54]を援用し、親子会社の合併取引において支配的株主が少数

[53] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1115-16 (Del. 1994).

[54] Citron v. DuPont 判決において、衡平裁判所は「完全な公平性基準」を堅持する理由を以下のように述べた。

親子会社の合併取引は少数株主による反対があるとしても、支配的株主が自ら提案できる。そして、当該取引が少数株主による承認が必要であるとされているとしても、支配的株主が自分の影響力を使って少数株主による議決権行使に微妙に影響を与えうる。しかし、支配的株主が存在しない場合に、このような微妙な影響がない。

少数株主による議決権行使に関して、支配的株主が無理強いをすることがなくても、少数株主は自分が取引を賛成しないと配当分配の停止や更なる低い価格で締め出されることなど支配的株主からの報復を受けることを恐れるかもしれない。少なくともその可能性と影響を完全に排除することができない。その結果、親子会社の合併取引が独立取締役による交渉を経たとしても、当該取引が利害衝突のない取引者の間にアームズ・レングスの立場での交渉を経た取引と近似しているかについて、いかなる裁判所も確信できない。この不確実性を考慮すると、親子会社の合併取引が少数株主による承認を経たとしても、情報開示の強化による少数株主に対する保護策のほかに、より厳格な「完全な公平

株主の利益を侵害するリスクが常にあるためより厳格な司法審査基準が必要であると強調し、上述の②経営判断原則の適用のアプローチがWeinberger判決と矛盾することを理由として①のアプローチを支持していた。[55] つまり、支配的株主による利益相反のある親子会社の合併取引において、完全な公平性基準が支配的株主の信認義務責任を判断するための唯一の基準とすべき、係争取引が少数株主にとって完全に公平であることを立証する責任はまず支配的株主に負わせるべきが、支配的株主が①独立取締役から構成される特別委員会が実際に適切に機能し係争取引を承認したことを立証できた場合、又は②少数株主が十分な情報に基づいて過半数の議決権をもって承認したことを立証できた場合、係争取引が不公平であったとの立証責任はまた少数株主に移転されることとなると判じた。[56]

特にその①に関して、独立委員会の設置だけでは足りず、支配的株主が係争取引の条件・条項を一方的に設けてはならないこと、及び独立委員会がアームズ・レングスの立場で支配的株主と交渉できる真の能力を有することという二つの条件を充足しなければならない。[57]

それで本事件では、Lynch社に独立委員会が設置されていたものの、支配的株主のAlcatel社からの脅しを受けて、着実に独立で、十分な情報に基づいて、かつアームズ・レングスの立場で関連者取引を行っていたとは言えないため、係争取引が完全に公平であることを立証する責任は依然としてAlcatel社が負い、原告に移転することに至らないと裁判所は判じた。[58]

性基準」に基づく司法審査も必要である。Citron v. E.I. Du Pont de Nemours & Co., 584 A.2d 490, 502 (Del. Ch. 1990).

[55] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1116-17 (Del. 1994).

[56] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1116-17 (Del. 1994).

[57] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1117 (Del. 1994). このテストを最初に提唱した判例は Rabkin v. Olin 判決である。Rabkin v. Olin Corp., No. C.A. 7547, 1990 WL 47648, at *6 (Del. Ch. Apr. 17, 1990), aff'd, 586 A.2d 1202 (Del. 1990). Kahn v. Lynch 判決において、デラウェア州最高裁判所は Rabkin v. Olin 判決の立場を支持していた。

[58] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1118-22 (Del. 1994).

3、Kahn v. MFW 判決

Kahn v. MFW事件では、MFW社の43.4％の持株を有するM&F社はMFW社の経営管理を実際に支配し同社の支配的株主であり、少数株主からすべての株式を買付けることで、MFW社の非公開化合併（going-private merger）を行っていた。M&F社は非公開化合併を提案した当初から、買付けの価格などの取引要素の提案のほかに、①当該取引がMFWの独立取締役からなる特別委員会によって交渉かつ承認されなければならないこと、及び②当該取引がM&F社と利害関係のない株主の過半数によって承認されなければならないことという株主保護のための２つの手続き要件も求めていた。それに従い、MFW社の非公開化合併は特別委員会の全会一致と少数株主の65.4％の賛成投票によって承認され、2011年12月に完成されていた。[59]

Kahn v. Lynch事件と異なり、本事件においては親子会社の合併取引が行われる際に①独立取締役からなる特別委員会による交渉・承認及び②少数株主の議決権の過半数による承認という二つの要件が同時に充足されたため、支配的株主の信認義務責任を判断するにあたって、どのような司法審査基準を採用すべきかという新しい問題が現れる。[60] 一方、Kahn v. Lynch事件では、親子会社の合併取引に関する支配的株主の信認義務責任が問われる際に完全な公平性基準が適用されるが、支配的株主は係争取引がその①又は②のいずれかを充足したと立証できれば、係争取引が不公平であったとの立証責任はまた少数株主に移転されることとなるとされていた。[61] その「①又は②」のアプローチと「①及び②」のアプローチに関する最も重大な相違点は親子会社の合併取引が行われる際に支配的株主が自らの支配力（議決権）の行使を放棄したかどうかという点である。このような相違点がどのような法的影響をもたらしたかは上述の新問題の核心である。[62]

デラウェア州最高裁判所は親子会社の合併取引に関して、①十分な権

[59] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 638-641,653 (Del. 2014).
[60] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 642 (Del. 2014).
[61] Kahn v. Lynch Commun. Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1116-17 (Del. 1994).
[62] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 642 (Del. 2014).

限と独立性を有するかつ注意義務を尽くす特別委員会が承認したこと、及び②少数株主が強制されることなく十分な情報に基づいて過半数の議決権をもって承認したことという二つの条件が取引提案の最初から満たされた（「ab initio要件」）場合、支配的株主の信認義務責任が問われる際に経営判断原則が司法審査基準となると判じた。この理由としては、以下の四つがあげられている。第一、親子会社の合併において、利害関係のない取締役会と株主の承認という二の少数株主保護措置が支配的株主による影響を受けて適切に機能できない恐れがあるため、会社法における最も厳格な司法審査基準としての完全な公平性基準は少数株主を保護するための補強措置として適用されている。しかしながら、その「①及び②」の措置が同時に採用され、支配者が取引交渉の結果と株主の承認を左右する支配力の行使を放棄した場合の合併取引はアームズ・レングスの立場で交渉された取引の属性を有するようになる。後者の取引は通常経営判断原則に基づいて審査される。第二、その「①及び②」の措置が同時に採用されていることは支配的株主の機会的な行動を強く制限し少数株主の利益を強力に保護することができる。第三、その「①及び②」の措置が同時に採用されている場合に経営判断原則の基準を適用することは、取締役と少数株主の取引決定を尊重できるし、取引の構造と手続きから少数株主の利益を事前に保護することを推進することもできる。第四､その「①及び②」のアプローチは完全な公平性基準と同じく、取引の公正価格を確保することを根本的な目的としている。[63]

結論として、最高裁判所は親子会社の合併取引に関して、「(ⅰ)支配的株主が取引の進行を特別委員会の承認と少数株主の過半数の承認に条件付けていること、(ⅱ)特別委員会が独立していること、(ⅲ)特別委員会が自らの顧問を自由に選任し、明確に拒否する権限を有していること、(ⅳ)特別委員会が公正な価格の交渉において注意義務を果たしていること、(ⅴ)少数株主の投票が十分な情報に基づいていること、(ⅵ)少数株主に対する強制がないこと」という六つの条件がすべて満足されている場合に限って経営判断原則の基準が適用されることとなると判じた。[64]

---

[63] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 644-645 (Del. 2014).

[64] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 645 (Del. 2014).

「経営判断原則の下では、裁判所は合併取引の実質的公平性を審査することを差し控え、当該合併の条件が極めて異質で少数株主にとって公平であると考える善意かつ合理的な人もいない場合を除き、合併に対する異議申立てを却下しなければならない」。[65] このような取り扱いは上述のWeinberger判決とKahn v. Lynch判決と矛盾することなく、むしろ整合性がある。それで、親子会社の合併取引に関して、その「①又は②」のアプローチの場合、支配的株主の信認義務責任を判断する際に適用される基準は依然として完全な公平性基準であり、支配的株主が当該条件の充足を立証できたときに立証責任が原告に転換される。つまり、訴訟の前にその「①及び②」のアプローチに従って少数株主保護措置を備えていた場合を除き、支配的株主によるバイアウトにおける支配的株主の信認義務責任を判断するにあたって完全な公平性基準は依然として適用されつつある。[66]

本事件においては、上述の条件が満たされたため、経営判断原則の基準が適用されることとなる。それで、当該取引が少数株主にとって有利であると信じる合理的な人がいないとは言えないゆえに、支配的株主に対する訴えが却下されることとなる。[67]

4、適用範囲の拡張と制限

上述した通り、Kahn v. MFW事件に関する州最高裁の判決は会社の支配的株主が少数株主を締め出すことを目的とする親子会社の合併（具体的に非公開化合併）という取引場面での支配的株主の信認義務責任を判じたものである。Weinberger事件とKahn v. Lynch事件も親子会社の合併に関わる判決である。一方、Kahn v. Lynch判決後のKahn v. Tremont事件において、デラウェア州最高裁判所はWeinberger判決を援用しつつ、「支配的株主による自己取引（「self-dealing」）が争われる場合に完全な公平性が実質的な法的基準となり、被告が立証責任を負う」

[65] In re MFW Shareholders Litig., 67 A.3d 496, 500 (Del. Ch. 2013), aff'd sub nom. Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635 (Del. 2014).

[66] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 646 (Del. 2014).

[67] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 654 (Del. 2014).

と判じた。[68] この判示はWeinberger判決に由来する完全公平性審査の適用範囲を親子会社の合併取引に限定せず、非合併型の自己取引にも及ぶと読むことができる。[69] そして、Kahn v. MFW判決の後、Bainbridgeの考察によれば、デラウェア州衡平裁判所は数多くの判例を通じて当該判決の適用範囲を親子会社の合併から支配的株主によるほかの種類の利益相反取引まで拡張したと考案されている。[70] もっとも、Match Group 事件の判決において、デラウェア州最高裁判所はKahn v. MFW判決の適用範囲をフリーズアウト合併に限定せず、支配的株主による非比例的利益の配分が伴う利益相反取引であれば、完全な公平性審査が推定的に適用されることを明確化した。[71]

しかしながら、Kahn v. MFW判決から見れば、州最高裁は「支配的株主とその子会社間の合併に関する審査基準はどのようなものとすべきか」[72]、「完全な公平性基準が支配者による合併の場面に利害関係のない取締役会と株主の承認という二重の法定保護措置の代替措置として適用される」[73]と繰り返して強調し、同判決は非公開化合併に限定して判じられたものであると読める。学説上に、Kahn v. MFW判決は非公開化合併において支配的株主の特有の不当インセンティブとこれにより助長された無益な訴訟を是正するための特別な仕組みであり、同判決のルールを支配的株主と会社との間のあらゆる取引に適用させることがそもそも想定されていないため、同判決を非公開化合併に限定して適用すべきと主張されている。[74] Kahn v. MFW判決の適用範囲について、2025年に

---

[68] Kahn v. Tremont Corp., 694 A.2d 422, 428 (Del. 1997).

[69] 学説上に、それに関する考察について：Greco RB, "A Corporate Governance Solution to the Inefficiencies of Entire Fairness" (2024) 79 The Business Lawyer 993 at 998-999.

[70] Bainbridge, n 5 at 584, n.324.

[71] In re Match Group, Inc. Derivative Litig., 315 A.3d 446, 451-52 (Del. 2024).

[72] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 642 (Del. 2014).

[73] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 644 (Del. 2014).

[74] Hamermesh LA, Jacobs JB and Strine LEJr, "Optimizing the World's Leading Corporate Law: A Twenty-Year Retrospective and Look Ahead" (2022) 77 Bus. Law. 321 at 339.

DGCL第144条の改正は学説と類似する立場を取っていた。続いては、2025年DGCL改正の背景と改正内容を考察する。

三、2025年 DGCL 改正の背景と改正内容

（一）DGCL の2025年改正の背景

既述した通り、米国においてエージェンシー理論を中心とする会社法理論は支配的株主が存在する場合に支配権の取得を私的利益の追求と結び付け、横のエージェンシー問題を決まり文句とするほど強調し、長い間に支配的株主の存在を消極的に見ることが多い。特に、近年、デラウェア州の一連の判例は裁判所が支配的株主を有する会社の行動に対して常に懐疑的な態度を呈している。[75]

2025年DGCL改正前に、DGCLにおいて支配的株主に関する一般的な定義条項が設けられていなかったが、判例法では50％超の議決権を基準とする出資・形式基準と実質的な支配力に基づく支配力・実質基準が採用され、特にこの支配力・実質基準の下で支配的株主に該当するかに関する判断は裁判所の裁量に委ねられていた。[76] 一方、デラウェア州法の下では、一旦支配的株主として認定されると、少数株主に対して信認義務を負うこととなり、利益相反取引等について支配的株主が信認義務責任を免れるために当該取引が完全に公正であると立証しなければならないという厳格な司法審査基準が適用される。[77] このような制度の下では、50％未満の議決権を有する株主が支配的株主と認定されやすくなるほど、当該株主に対する重い責任の追及も容易になる。

もっとも、近年、上述の制度は拡張傾向にある。DGCL第144条の2025年改正に先立ち、デラウェア判例法において支配的株主の認定範囲及びその信認義務責任法理の適用範囲が拡張してきたと指摘されている。具

---

[75] Fisch JE and Solomon SD, “Control and Its Discontents” (2025) 173 U. Pa. L. Rev. 641 at 641-646; Bainbridge, n 5 at 534.

[76] 本稿の三、（二）の1を参照。

[77] Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Corp., 535 A.2d 1334, 1344 (Del. 1987). また、本稿の二を参照。

体的に言えば、判例法上の拡張は以下の三つの側面に現れている。第一に、50％超の議決権保有の有無という形式的判断基準と異なり、50％未満の議決権保有の場合に裁判所が支配権の有無を判断するにあたっては実質的な支配力に照らしてケースバイケースで柔軟に判断を行うようになった。第二に、厳格な司法審査を要する「支配的株主に関わる取引」の範囲が従来の締め出し合併取引から支配的株主に関わる広範な取引へと拡張され、支配的株主がそのような取引において非按分的利益を受けるならば支配的株主の信認義務責任が適用するようになった。第三に、MFW判決に確立された手続的要件が締め出し合併取引を超えて支配的株主が関わる一般取引にも拡張適用されるようになった（いわゆる「MFW creep」）。[78]

上述した判例法上の拡張傾向に対し、実務界は強い懸念を示した。その象徴として当時大きな注目を集めたのがTornetta v. Musk事件である。2024年にTornetta v. Musk判決においては、Muskがテスラ社の21.9％の株式を有するものの、同氏が「スーパースターCEO」として会社に対する強い影響力を有することを理由として少なくとも本件報酬プランの承認に関してテスラ社を実質的に支配している支配的株主であると裁判所は認定した。それに、裁判所はMuskの高額な報酬プランが支配的株主による利益相反取引に該当するため、Muskが当該取引が完全に公正であると立証する責任を負うが、Muskがこの完全な公正性に関する立証ができなかったことを理由として当該報酬プランが無効であると判じた。[79] その後、2024年6月に、前述の無効とされていたMuskに対する高額な報酬プランに関する事後承認が株主総会において約77％の賛成投票をもって決議されていた。[80] そして、テスラ社は報酬プランを

[78] Fisch JE and Davidoff Solomon S, “Contract Rights and Control” (2025) U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 25-04, 27 University of Pennsylvania Journal of Business Law, Volume 27 (2026), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 844/2025 at 109-113, available at https://papers.ssrn.com/abstract=5218520.

[79] Tornetta v. Musk, 310 A.3d 430, 445-446, 497-513, 544-548 (Del. Ch. 2024). Tornetta v. Musk, 326 A.3d 1203, 1212 (Del. Ch. 2024).

[80] Tesla, Inc., Current Report (Form 8-K) (June 13, 2024), https://www.sec.

事後承認した当該決議をもって衡平裁判所にTornetta v. Musk判決を覆すことを申請したが、結局裁判所は審理手続きの制約等を理由に申請を却下し前判決を維持していた。[81] こうした一連の判断は企業実務に衝撃を与えた。その影響を受けて、デラウェア州に登記されている会社が同州から撤退するという“DExit”の動きが現れている。[82]

以上を背景として、デラウェア州議会は2025年2月に法改正案（Senate Bill 21、「S.B. 21」）を提出し、2025年3月25日にDGCL第144条を含む一連の条文を改正した。[83] 続いて、DGCL第144条の2025年改正の内容について考察を行う。

（二）DGCL 第144条の2025年改正

1、「支配的株主」の定義に関する改正

1）2025年法改正前における支配的株主の定義

米国の公開会社にとって優位性のあるデラウェア州においては、DGCLは2025年に改正される前に、第144条に支配的株主の定義が設けられていなかったが[84]、第203(c)(4)条は会社の発行済み議決権株式の20％以上を有する者が会社に対する支配権を有すると推定されると定義している[85]。しかしながら、第203(c)条の条文の冒頭にはその定義が「本

---

gov/Archives/edgar/data/1318605/000110465924071439/tm2413800d31_8k.htm viewed 30 May 2026.

[81] Tornetta v. Musk, 326 A.3d 1203, 1212 (Del. Ch. 2024), judgment entered, (Del. Ch. 2024).

[82] Bainbridge SM, “DExit Drivers: Is Delaware’s Dominance Threatened?” (2024) at 823-827, available at https://papers.ssrn.com/abstract=4909689; Jetley G and Mulford N, “DExit: Reincorporation Data Seem to Support the Hype”, https://corpgov.law.harvard.edu/2025/09/23/dexit-reincorporation-data-seem-to-support-the-hype/ viewed 3 December 2025.

[83] S.B. 21, 153rd Gen. Assemb. § 1 (Del. 2025), S.S. 1 for S.B. 21, 153rd Gen. Assemb., § 1 (Del. 2025).

[84] Del. Code Ann. tit. 8, § 144 (effective Aug. 1, 2010 – Mar. 24, 2025).

[85] *1995 Del SB 175* (Unreported, Enacted, June 23, 1995). Del. Code Ann. tit. 8, § 203(c)(4)(2024). see also *id.* (same text in effect in 2024 and unchanged through 2025).

条のみに適用する」と限定されること及び同条文が企業買収の規制を目的としていることなどの要素[86]から考えれば、同条における20％の支配基準は限定性があると考える。

一方、従来からの判例法においては出資・形式基準と支配力・実質基準の両方から構成されるテストによって行われる。具体的に言えば、株主が①会社の議決権の50％超を有している場合、または②50％未満の議決権をしか所有していないものの、会社の事業運営に対する実質的な支配を行使している場合のいずれかを満たせば、会社に対する支配権を有するとされている。[87] もっとも、事実上の支配の有無をめぐる判断については、近年のデラウェア州裁判所において、支配的株主による自己取引に対する司法上の警戒感を背景として、支配的株主の概念を拡張する傾向が見られる。すなわち、裁判所は議決権の割合それ自体にとどまらず、議決権以外の支配に関する要素（例えば支配を実現し得る潜在的能力やスーパースターCEOの影響力など）を強調することで、過半数以上の議決権を有しない者についても支配権の所有を認定しうる方向へと展開してきた。[88] 従来の判例では、過半数以上の議決権を有する場合がもちろん過半数の議決権を有しないものの会社の行動や意思決定に対して「実質的な支配と統制」を及ぼしている者も支配権を有するという過去から堅持されていた「実際の支配と統制」の基準は[89]、実際の支配が存在しないものの株主が会社を支配したがるならば「株式の議決権と管理的権限の組み合わせを有している」ことを通じて会社に対する支配を

---

[86] Del. Code Ann. tit. 8, §203(2025) “Business combinations with interested stockholders”, §203(c)“As used in this section only”. これに関する判例の解釈について、Amadeus Glob. Travel Distribution, S.A. v. Orbitz, LLC, 302 F. Supp. 2d 329, 335 (D. Del. 2004).

[87] In re KKR Fin. Holdings, LLC S'holder Litig., 101 A.3d 980, 991 (Del. Ch. 2014) (citing Kahn v. Lynch Commc'n Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1113-14 (Del. 1994)). In re Crimson Expl. Inc.Stockholder Litig., No. CIV.A. 8541-VCP, 2014 WL 5449419, at *10 (Del. Ch. Oct. 24, 2014).

[88] Bainbridge, n 5 at 536-542.

[89] Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp., Del.Supr., 569 A.2d 53, 70 (1989).

実現しうる場合に支配権が存在するという「望めば支配できる」の基準へ[90]、さらに「スーパースター CEO」としての地位や影響力を支配権の存在を基礎づける中核的な根拠とする広範的な基準[91]へと進展してきた。

特に実質基準に関して、ここでの議論と関連する問題としては、過半数に至らない一定の割合の議決権を有する場合に当該割合の議決権が支配権の存否に関する判断においてはどのような影響力を有するかということである。判例法上に、裁判所は支配権の存否を判断する際に所有される議決権が考慮される複数の要素の単なる一つに過ぎないし[92]、50％により近い比率によって支配権を有すると認定される可能性が実質高まると示されていないと強調していた。[93] にもかかわらず、過半数の議決権を有しない少数株主が支配権を有するかを判じる諸判例に対する考察に基づいてみれば、議決権付き株式の35％以上を有する株主が存在する19件の事例のうち、そのような株主が支配的株主と認定されていたのが13件で、約68％を占めている。一方、議決権の所有比率が35％未満と25％以上35％未満のそれぞれ18件と 6 件の事例をサンプルとする調査結果によれば、そのような少数株主が支配的株主と認定されていた件数がただ約33％を占めるに過ぎない。つまり、議決権付き株式の35％以下を有する株主と比べて、35％以上を有する株主は支配的株主と認定される率が 2 倍以上高いであった。[94]

---

[90] In re Cysive, Inc. S'holders Litig., 836 A.2d 531, 553 (Del. Ch. 2003).

[91] Tornetta v. Musk, 310 A.3d 430, 445-46, 506-08, 511 (Del. Ch. 2024).

[92] In re GGP, Inc. Stockholder Litig., No. CV 2018-0267-JRS, 2021 WL 2102326, at *21 (Del. Ch. May 25, 2021), aff'd in part, rev'd in part and remanded, 282 A.3d 37 (Del. 2022).

[93] Voigt v. Metcalf, No. CV 2018-0828-JTL, 2020 WL 614999, at *17 (Del. Ch. Feb. 10, 2020). In re Crimson Expl. Inc.Stockholder Litig., No. CIV.A. 8541-VCP, 2014 WL 5449419, at *10 (Del. Ch. Oct. 24, 2014).

[94] Chuff CB, Cline JJ, Greenberg MM and Bartholomew TB, *Controlling Stockholder or Member Status under Delaware Law — A Table of Key Decisions* (2021) at 3-4, accompanying table, available at: https://www.americanbar.org/groups/litigation/resources/newsletters/business-torts-unfair-competition/controlling-stockholder-member-status-delaware-law, or https://www.troutman.com/wp-content/uploads/2025/03/chuff-et-al.pdf

2）「支配的株主」の定義条項の新設

DGCLの2025年改正で、「支配的株主」の定義条項が新しく設けられていた。同条文の定めからすると、従来からの判例法上に過半数議決権の形式基準と実際に支配力を有するという実質基準のアプローチが維持されているように見えるが、「支配的株主」は以下のように三分法をもって定義されている。

支配的株主というのは、その者の関連会社および関係者とともに、a. 取締役の選任又は取締役会におけるすべての取締役が有する総投票権数の過半数を有する取締役の選任について会社の発行済みで議決権を有する株式の過半数議決権を所有または支配する者、b. 契約等により自己の裁量で選定した候補者を取締役会構成員の過半数又は取締役会における全ての取締役が有する総投票権の過半数を行使できる取締役として選任させる権利を有する者、若しくは c. 取締役の選任又は取締役会におけるすべての取締役が有する総投票権数の過半数を有する取締役の選任について会社の発行済みで議決権を有する株式の総議決権の三分の一以上を有し、かつ会社に対する経営権を有することにより上記 a. と機能的に同等的な権限を有する者を指す。[95]

そして、改正後の第144条において、「支配的株主」のほかに、「支配グループ」の定義も設けている。「支配グループ」というのは、支配的株主ではない 2 人以上の間に契約や合意を通じて支配的株主を構成したグループである。[96]

もっとも、いかなる者も、改正後の第144条(e)(2)の基準を満たさない限り、支配的株主とはみなされないとも規定されている。[97]

それで、従来から過半数議決権に基づく支配的株主という形式基準が維持されている同時に、実質基準の下での支配的株主は株主契約等に定める株主権利の行使を通じて取締役会の構成を支配できる者と三分の一以上の議決権を有しかつ会社に対する経営権を有する者に限定され、そ

---

viewed 30 May 2026.

[95] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(e)(2)(2025).

[96] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(e)(1)(2025).

[97] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(d)(4)(2025).

のｂとｃに該当しない株主が以前に支配的株主と認定されうるが、現在の定義条項の下では支配的株主と認定できなくなるように読める。

2、取締役・役員と会社との利害関係取引について

1）2025年改正前のDGCL第144条

伝統的に、コモンローにおいては取締役・役員と会社との利害関係取引が無効であると取り扱われていた。[98] 2025年に改正される前のDGCL第144条は取締役及び役員との利害関係を有する特定の取引の効力性に関してセーフハーバー保護を提供する規定である。改正前の第144条によれば、同条の適用範囲は取締役・役員と会社との取引、及び取締役・役員と利害関係を有する組織と会社との取引に限定され、支配的株主と会社との取引が含まれていなかった。[99] そして、この二つの類型の利害関係取引のいずれかに該当する取引について、①取締役会又は委員会が取締役・役員による十分な情報開示に基づいて利害関係のない取締役の過半数の賛成投票をもって当該取引を誠実に承認した、又は②議決権を有する株主が取締役・役員による十分な情報開示に基づいて議決権の行使をもって当該取引を誠実に承認した、又は③当該取引が取締役会・委員会又は株主によって承認された時点において会社にとって公正であったという三つの条件のいずれかを満たした場合、単に利害関係取引に該当することを理由にして当該取引を無効にすることはできない。[100] 改正前の第144条の立法目的は同条のセーフハーバー条件を満たす利害関係取引の効力性をコモンローに基づく当然無効性からカーブアウトするためだけで、同条のセーフハーバー条件を満たす利害関係取引が有効となるわけでもなく、単に取締役・役員の利害関係のみを理由として当該取引を無効とすることを防止するためであって[101]、当該利害関係取引に関

---

[98] Rohrbacher B, Zeberkiewicz JM and Uebler TA, “Finding Safe Harbor: Clarifying the Limited Application of Section 144” (2008) 33 Del. J. Corp. L. 719 at 719,722-724. In re Cox Commun., Inc. Shareholders Litig., 879 A.2d 604, 614-15 (Del. Ch. 2005).

[99] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(a)(2024).

[100] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(a)(1)(2)(3)(2024).

[101] Rohrbacher et al, n 98 at 719-720,734-736. Benihana of Tokyo, Inc. v.

して取締役・役員の信認義務責任を免除するものでもない。利害関係取引に関する取締役・役員の信認義務責任の有無はコモンロー上の司法審査によって判断される。[102] つまり、取締役・役員による利害関係取引は改正前の第144条に定めるセーフハーバー条件を満たした場合、その利害関係だけで無効とはならず、当該取引に関する取締役・役員の信認義務責任はコモンローに基づいて判断されることとなり、同条がこれに関してそれ以上関与しない。一方、当該取引が同条のセーフハーバー条件を満たしていない場合、取引が無効であるや否や及び取締役・役員の信認義務責任の有無は両方もコモンローに基づいて判断されることとなる。[103]

2）2025年改正後のDGCL第144条

上述した通り、改正前の第144条は取締役・役員と会社との利害関係取引の効力性に関してセーフハーバーを提供する規定であり、取締役・役員の信認義務責任についてセーフハーバーを提供する規定ではない。しかしながら、改正後の第144条(a)によると、そのような利害関係取引はセーフハーバー条件を満たした場合、取締役・役員の損害賠償等の責任が生じないとされている。[104]

3、支配的株主による利害関係取引について

既述した通り、2025年改正前のDGCL第144条は支配的株主と会社との利害関係取引を取り扱う規定ではなかったが、2025年改正後の第144条は支配的株主による非公開化取引とそれ以外の支配的株主による利害関係取引とを分けて、それぞれのセーフハーバー条件を設けるようになっている。

Benihana, Inc., 891 A.2d 150, 185 (Del. Ch. 2005), aff'd, 906 A.2d 114 (Del. 2006).

[102] In re Cox Commun., Inc. Shareholders Litig., 879 A.2d 604, 614-615 (Del. Ch. 2005).

[103] Rohrbacher et al, n 98 at 721.

[104] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(a)(2025).

まず、支配的株主による利害関係取引（非公開化取引を除く）については、①取締役会が明示的に当該取引を交渉（又は交渉を監視監督）すると拒否する権限を授権した特別委員会のすべての構成員に対して当該取引に関する重要な事実が開示され、取締役会により当該取引について利害関係のない取締役であると判断された２名以上の取締役から構成される当該特別委員会に在任する利害関係のない取締役の過半数によって誠実かつ重過失なく承認された場合、又は②当該取引が利害関係のない株主による承認又は追認を条件としており、かつ、利害関係のない株主が強制を受けずに十分な情報に基づいて投じた議決権の過半数により追認または承認した場合、又は③当該取引が会社と株主によって公正である場合という三つの条件のいずれかを満たしたならば、支配的株主や取締役・役員等による信認義務違反を理由とする衡平法上の救済や損害賠償責任が生じないとされている。[105]

そして、支配的株主による非公開化取引については、上記の①及び②を同時に満たした場合、又は③だけを満たした場合、いずれの場合においても、支配的株主や取締役・役員等による信認義務違反を理由とする衡平法上の救済や損害賠償責任が生じないと規定されている。[106]

改正後の第144条(b)(c)の規定を前述の判例法の立場と比べて見れば、支配的株主による利害関係取引（非公開化取引を除く）については、改正後の第144条(b)は判例法における「①又は②」のアプローチ、Hamermesh等の学説と類似する立場を取っていると同時に[107]、条文解釈の柔軟性を確保するためのキャッチオール条項規定も設けている。支配的株主による非公開化取引については、改正後の第144条(c)はKahn v. MFW判決における「①及び②」のアプローチと相当する立場を取るうえで、キャッチオール条項規定も設けている。

そして、Kahn v. MFW判決はその「①及び②」のアプローチに関し

[105] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(b)(2025).

[106] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(c)(2025).

[107] S.B. 21, 153rd Gen. Assemb. § 1 (Del. 2025), S.S. 1 for S.B. 21, 153rd Gen. Assemb., § 1 (Del. 2025). Hamermesh 等の見解に関しては、前掲注74及び本文を参照。

て「①及び②」の措置が合併取引提案の最初から採用されていなければならないという「ab initio要件」も要求しているが[108]、改正後の第144条(c)はこのような「ab initio要件」を設けていない。「ab initio要件」が課されないならば、支配的株主はその「①及び②」の措置を採用する前に、実質的な交渉を行うことが可能となる。[109] そのほか、Match Group判決において、州最高裁は取締役会における特別委員会のすべてのメンバーが独立取締役でなければならないと求めている。[110] 改正後の第144条は2名以上の独立取締役（厳密には「利害関係のない取締役」）から構成される特別委員会による関連者取引の承認において独立取締役の過半数の賛成を必要としている。[111]

さらに、支配的株主又は支配グループの構成員である者は、「a. 会社または他の株主に対する忠実義務違反、b. 誠実に基づかない作為または不作為あるいは故意の不正行為または故意の法律違反を伴う作為または不作為、c. 不正な個人的利益を得たいかなる取引」という三つの場合を除き、単にその支配的な地位を理由として会社またはその株主に対して信認義務違反による金銭的損害賠償の責任を負うことはないとされている。[112]

また、上述の判例法の発展から見れば、支配的株主による利益相反取引において独立取締役からなる特別委員会の設置は支配的株主が信認義

---

[108] Kahn v. M & F Worldwide Corp., 88 A.3d 635, 644 (Del. 2014).「ab initio要件」の趣旨は、「支配的株主に対し、実質的な経済条件に関する交渉が開始される前に、自らの支配力を行使して交渉結果を左右し得る地位を放棄・制限させること、及び支配的株主及び特別委員会の双方が保護措置による規律の下で交渉することを求める点にある」Flood v. Synutra Intl., Inc., 195 A.3d 754, 763 (Del. 2018).

[109] Bainbridge, n 5 at 599-600.

[110] In re Match Group, Inc. Derivative Litig., 315 A.3d 446, 452 (Del. 2024).

[111] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(b)(1), (c)(1)(2025); S.S. 1 for S.B. 21, 153rd Gen. Assemb., Synopsis to § 1 (Del. 2025). 当初提出されたS.B. 21の下では、特別委員会の過半数のメンバーが独立取締役であると求めていたが、S.S.1はその要求を高めた。

[112] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(d)(5)(2025).

務責任を免れることを可能とする条件の一つに過ぎない。つまり、特別委員会の設置は最善慣行（best practice）であるが、法によって義務付けられていることではない。[113]

四、支配的株主規制の検討——米国法の議論と示唆

（一）支配的株主を規制する方向性

日本法において、支配株主に対する責任規制の立法論は1980年代から検討され続けてきて、数多くの成果ができあがった。[114] 一方、日本法においては、支配株主に対する責任規制はまだ設けられていない。学説上に従来からは、親会社と子会社の取締役の共同不法行為に基づく取締役責任の拡張論、支配株主を会社の事実上の取締役として取締役の責任規制を支配株主に類推適用させると主張する事実上の取締役説、ドイツ法を参考にした株主の誠実義務説及びアメリカ法を参考にした支配株主の信認義務説などの諸説が提唱されている。[115]

もっとも、平成26年の会社法改正で支配株主たる親会社が子会社との利益相反取引によって子会社に損害を与えた場合における親会社の損害賠償責任を定める「親会社等の責任」規定が「会社法制の見直しに関する中間試案」に提案されていたが[116]、経済界からの多数の反対意見で、結局その規定が法にならなかった。[117] 経済界の反対意見の一つとしては日本において支配株主たる親会社による子会社と少数株主の利益への侵害という支配株主問題を立法事実の前提とすることに関して疑問がある

---

[113] In re Tesla Motors, Inc. Stockholder Litig., 298 A.3d 667, 709 (Del. 2023).

[114] 例えば、高橋英治，『企業結合法制の将来像』（中央経済社，2008）；江頭憲治郎，『結合企業法の立法と解釈』（有斐閣，1995）；舩津浩司，『「グループ経営」の義務と責任』（商事法務，2010）。

[115] 舩津，前掲注114、83-91頁。

[116] 法務省法制審議会会社法制部会「部会資料23 親子会社に関する規律に関する残された論点の検討」（第20回会議、平成24年５月16日）５－７頁、https://www.moj.go.jp/content/000098296.pdf（2025年１月13日最終閲覧）。

[117] 法務省法制審議会会社法制部会「第23回会議（平成24年７月18日開催）」https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900145.html（2025年１月13日最終閲覧）。

ことである。[118] すなわち、日本においては、支配的株主に対する会社法上の責任規制を設けるべきかについては、なお見解が分かれている。

本稿で考察してきたデラウェア州会社法の展開は日本法に対して直ちに支配的株主の信認義務責任を導入すべきことを示すものではない。現在の段階では、デラウェア州判例法の発展とDGCL第144条の改正から得られる支配的株主の規制の方向性に関する示唆として、むしろ重要なのは支配的株主の存在が少数株主の利益の侵害という危険を伴う一方で、常に少数株主利益を害するものとしてのみ把握されるべきではなく、支配的株主に対する責任規制も一方的に強化すれば足りるものではないという点である。

実際に、伝統的に株式会社の所有分散と経営者支配によって特徴づけられる米国の分散所有構造と異なり[119]、日本を含む東アジアの法域においては、支配的株主又は大株主が存在する所有集中型の上場会社が数多

---

[118] 経済界の反対意見のもう一つとしては企業グループにおいて支配株主たる親会社と子会社の間に子会社の経営はグループの「全体の最適」のために行われるべきという点である。朱大明・行岡睦彦,「控制股東濫用影響力的法律規制――以中日公司法的比較為視角」(2019) 13 清華法学 68, 80-82頁。

[119] 米国では、19世紀末から20世紀初頭にかけて株式の分散所有の基盤が形成され、1930年代以降、ピラミッド型企業グループに対する規制や法人間配当課税の強化等を通じて所有集中の解体が進んだ。その結果、1960年代には、分散所有の下で経営者が実質的支配を担う「経営者資本主義」が米国大企業の主流的な構造となった。John C. Coffee "Dispersed Ownership: The Theories, the Evidence, and the Enduring Tension Between 'Lumpers' and 'Splitters'" (2010) Columbia Law and Economics Working Paper No. 363, ECGI - Law Working Paper No. 144/2010 at 24-25, available at https://ssrn.com/abstract=1532922. Kandel E, Kosenko K, Morck R and Yafeh Y, "The Great Pyramids of America: A Revised History of U.S. Business Groups, Corporate Ownership, and Regulation, 1926-1950" (2019) 40 Strategic Management Journal 781 at 783-784. Larner RJ, *Management Control and the Large Corporation* (Dunellen, New York, NY, 1970) pp 16-17. Larner RJ, "Ownership and Control in the 200 Largest Nonfinancial Corporations, 1929 and 1963" (1966) 56 The American Economic Review 777 at 786-787.

くある。[120] もっとも、支配的株主の存在は直ちに少数株主利益の侵害の実在性を意味するものではない。支配的株主が長期的な企業価値の向上に関心を有し、経営陣に対する継続的な監督を行う場合には、企業価値に積極的な影響を及ぼすことができるため、支配的株主及び少数株主の双方がその利益を享受し得る。[121]

他方で、支配的株主の存在が少数株主の利益を侵害する危険を内包することも否定できない。近年、日本においては、上場会社において支配的株主と少数株主との間に構造的な利益相反が生じ得ることが改めて問題視されている。東京証券取引所も支配株主又は実質的な支配力を持つ株主を有する上場会社について少数株主保護が適切に機能していないと考えられる事例が散見されることを指摘している。[122] ゆえに、支配的株主規制の方向性としては、私的利益の追求を抑止しつつ、支配的株主の監督機能や長期的経営機能を過度に萎縮させないように設計すべきと考えられる。

もっとも、この課題は会社法上の責任法理、証券取引所規則、コーポレートガバナンス・コード、情報開示規制、独立取締役及び特別委員会

---

[120] van Essen M, van Oosterhout JH and Carney M, “Corporate Boards and the Performance of Asian Firms: A Meta-Analysis” (2012) 29 Asia Pac J Manag 873 at 873,876-877.

[121] van Essen et al, n 120 at 877; Heugens PPMAR, van Essen M and (Hans) van Oosterhout J, “Meta-Analyzing Ownership Concentration and Firm Performance in Asia: Towards a More Fine-Grained Understanding” (2009) 26 Asia Pac J Manag 481 at 481,506; Kang HC, Anderson RM, Eom KS and Kang SK, “Controlling Shareholders’ Value, Long-Run Firm Value and Short-Term Performance” (2017) 43 Journal of Corporate Finance 340 at 340-353; Hu Y and Izumida S, “Ownership Concentration and Corporate Performance: A Causal Analysis with Japanese Panel Data” (2008) 16 Corporate Governance: An International Review 342 at 342-358.

[122] 従属上場会社における少数株主保護の在り方等に関する研究会・株式会社東京証券取引所，「支配株主及び実質的な支配力を持つ株主を有する上場会社における少数株主保護の在り方等に関する中間整理」（2020年９月１日）４－５頁，https://www.jpx.co.jp/equities/improvements/study-group/nlsgeu000004acah-att/nlsgeu000004x9ug.pdf（2025年３月２日最終閲覧）。

制度など多様な制度領域に関わるものであり、本稿においては主として以下の二つの問題に集中して議論する。第一に、2025年改正後のDGCL第144条における支配的株主の定義規定をめぐる米国法上の学説上の議論を素材として、誰を支配的株主として定義すべきかを議論する。第二に、日本会社法上、支配的株主に対する責任規制がなお明文化されていないことを踏まえ、証券取引所規則やコーポレートガバナンス・コードなどを介したソフトローに基づく規律、とりわけ独立取締役及び特別委員会を通じた少数株主保護の在り方を検討する。

（二）誰を支配的株主として定義すべきか

理論上に会社に対する支配権は出資・形式基準に基づく支配と支配力・実質基準に基づく支配にも分けられている。[123]

まず、出資・形式基準の下では、持ち株による議決権の所有だけに頼って会社に対して支配権を維持することを必要とする議決権の割合を満たせば支配権を有するとされている。伝統的には資本多数決の原則の下で直接又は間接的に過半数以上の出資を行えば支配権を有するとされているが[124]、一株一議決権原則からの乖離が認められるようになるに伴い、過半数以上の議決権を有することで支配権を有することとなる。[125]

そして、事実上の支配は一定割合の持ち株や経営への参与又は重要な外部環境の整備などを通じて戦略的地位の確保によって確立される支配であり、少数の持株による支配（例えば少数株主の委任状勧誘による支配力の取得）と経営者による支配を含む。[126] 支配力・実質基準の下では、

---

[123] 朱大明，「支配株主の範囲とそれに応じる規制の構築」96（1）『法學研究：法律・政治・社会』433，439-440頁（2023年）。

[124] 朱，前掲注123，440頁。

[125] American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*（Amer Law Inst, St. Paul, Minn.: American Law Institute Publ, 1994）p 141.10(a)．株主が自ら直接的に過半数以上の議決権を有する場合はもちろん、持ち株会社等を通じて過半数以上の議決権を間接的に有する場合も支配権を有すると考えられる。また、支配権に必要な議決権の割合は30％以上と設定する立場もある。後掲注148と149を参照。

[126] Berle AA and Means GC, *The Modern Corporation and Private Property*

支配権の存在を立証するには会社の行動を実質的に支配していると証明しなければならない。[127]

2025年改正の前に、判例法上に50％超の議決権を有する者と50％未満の議決権を有しかつ会社の事業運営に対する実質的な支配を行使できる者は支配的株主と認定できるとされている。[128] 一方、2025年にDGCL第144条の改正において支配的株主の定義規定を新しく設けたが、解釈の問題が依然として残されている。

1、問題の提起：2025年改正後の DGCL 第144条に関わる解釈論の問題

2025改正後のDGCL第144条(e)(2)において、支配的株主は三つの類型に分類され、すなわち、第一に取締役選任について会社の議決権の過半数を所有又は支配する者、第二に契約その他により自己の裁量で選定した候補者を取締役会の構成員の過半数又は取締役会における議決権の過半数を有する取締役として選任させる権利（「取締役会の過半数を選任させる権利」）を有する者、第三に少なくとも三分の一以上の議決権を所有又は支配しかつ会社の業務及び事務に対して経営的支配（managerial authority）を行使し得ることにより議決権の過半数を所有又は支配する株主と機能的に同等の権限を有する者という三つのカテゴリーに限定列挙されている。[129] 従って直ちに問題となるのはこのような限定列挙は、従来の判例法上に支配的株主として認定されうる者のうちいかなる者を新たな第144条(e)(2)に定める支配的株主の定義から排除したかという点である。学説上に、DGCL第144条(e)(2)における支配的株主に関する定義の定め方は少なくとも二つの問題があると唱えられている。

第一に問題となるのは、議決権が三分の一に満たないにもかかわらず、創業者・経営者としての地位、現在あるいは過去の経営関与や経営陣と

(2009 10th print, Transaction Publishers, New Brunswick, N.J, 1933) pp 66-67,74-75.

[127] Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp., 569 A.2d 53, 70 (Del. 1989).

[128] 本稿の三、（二）の１の１）を参照。

[129] Del. Code Ann. tit. 8, § 144(e)(2)(2025).

の関係などの要素に基づく影響力を通じて、会社の意思決定に実質的影響を及ぼす株主（「創業者型株主」と称する）をどのように位置づけるかという点である。[130]

2025年のDGCL第144条改正の背景には、近時のデラウェア判例法において支配的株主の認定範囲及びその信認義務責任法理の適用範囲が拡張してきたこととその拡張に対する実務上の懸念があった。[131] そのような懸念の中で、とりわけ顕在化したのはMuskのように三分の一未満の議決権しか有しないにもかかわらず、創業者型株主・経営者としての地位・影響力を通じて会社を実質的に左右し得る株主を支配的株主として扱うべきかという問題であった。Tornetta v. Musk事件において創業者株主のMuskが21.9％の議決権と「スーパースター CEO」の影響力をもって争点となる報酬プランの承認に関して支配的株主として認定されていた。[132] これに対して、Oracle事件において、EllisonがOracleの創業者株主でおよそ四分の一の議決権を有し、同社のCEOを長く務めた後の現在においてCTOとして依然に強い影響力を有しているにもかかわらず、裁判所はEllisonがOracle又は当該合併取引を実際に支配していないと認

[130] Rock E and Kahan M, “What Newly Amended DGCL § 144 Says (and Does Not Say) about Controlling Stockholder Transactions”, https://corpgov.law.harvard.edu/2025/06/05/what-newly-amended-dgcl-§144-says-and-does-not-say-about-controlling-stockholder-transactions/ viewed 3 May 2026. Kahan & Rock の設例では、創業者株主が28％の持株を有し会社の取締役や役員等を務めないが、過去に会社の経営に関与したことや現経営陣との関係などを通じて、会社に対して実質的な支配力を有する。また Tornetta v. Musk 事件においては、Musk がテスラ社の21.9％の議決権を有すると同時に、「スーパースター CEO」として会社に対する絶大な影響力を有するため、少なくとも本件報酬プランの承認に関して実質的な支配権を有すると裁判所が認定していた。Tornetta v. Musk, 310 A.3d 430, 445-46 (Del. Ch. 2024). この二つの設例においては創業者株主が三分の一未満の議決権を有するが会社の経営に対して強い影響力を有している。ここでは、これらを総称して「創業者型株主」と呼ぶ。

[131] Fisch and Davidoff Solomon, n 78 at 108-113.

[132] Tornetta v. Musk, 310 A.3d 430, 445-446, 497-513 (Del. Ch. 2024).

定した。[133] このように支配的株主に該当するかに関する判断が個別事案ごとに行う枠組みは柔軟性を有する一方で、類似する事案において異なる判断をもたらし得るため、支配的株主の該当性判断についての事前予測可能性を低下させる恐れもある。したがって、2025年の第144条改正が少なくとも三分の一以上の議決権保有を支配的株主の認定要件の一つとし、より明確で予測可能な線引きを設けようとする立法的対応として位置づけられる。[134]

もっとも、改正後第144条(e)(2)の文言上、Muskのような創業者型株主は取締役会の過半数を選任させる契約上その他の権利を有しない限り、同条(e)(2)に定める支配的株主の定義を満たさないことになる。すなわち、議決権が三分の一に満たない株主はたとえ創業者としての地位、経営者としての影響力、取締役・経営陣との関係等を通じて会社の経営を事実上左右し得る場合であっても、少なくとも第144条(e)(2)の文言上は同条に定める支配的株主には該当しないことになる。前述したように、そこで問題となるのは、三分の一未満の議決権しか有しないにもかかわらず、その議決権比率と会社内外における影響力を通じて会社の経営を実質的に左右し得る創業者型株主が利益相反取引を行う場合又は行わせる場合、いかなる審査基準又は責任法理によって当該株主を規律すべきかという点である。

第二に問題となるのは、改正後第144条(e)(2)(b)が「取締役会の過半数を選任させる権利」を契約規定に基づく支配の核心的な要素とするが、株主契約において「取締役会の過半数を選任させる権利」が設けられていないとしても、株主がDGCL第122条(18)に基づいて会社の重要事項について広範な承認権、拒否権、又は直接的に経営関与権力を取得する場合にその株主をどのように位置づけるかという点である。[135]

改正後第144条(e)(2)(b)は契約規定に基づく支配を支配的株主の定義に取り込んでいるものの、その中心が「取締役会の過半数を選任させる権利」に置かれている。しかし、DGCL第122条(18)に基づく契約上

[133] In re Oracle Corp. Derivative Litig., 2023 Del. Ch. LEXIS 114, *6.

[134] Fisch and Davidoff Solomon, n 78 at 110,116.

[135] Fisch and Davidoff Solomon, n 78 at 116-122.

の支配は必ずしも取締役会の構成を支配する形をとるとは限らない。むしろ、取締役会の構成を支配しなくても、特定の会社行為を強制・禁止し、又は取締役会の裁量を実質的に左右するような権限を通じて支配を維持しうる。換言すれば、第144条(e)(2)のｂに定める契約規定に基づく支配的株主の定義は契約規定に基づく支配的株主のあらゆる類型を包含しきれないところがある。[136] したがって、このような契約上の権限を有する株主は取締役会の過半数を選任させる権利を有しない限り、第144条(e)(2)(b)に定める支配的株主の定義を満たさない。また、議決権が三分の一に満たない場合には、第144条(e)(2)(c)に定める支配的株主にも該当しないことになる。結果としては、株主契約を通じて会社の重要事項について広範な承認権、拒否権又は直接的な経営関与権を取得し、実質的には会社の意思決定を左右し得る株主が利益相反取引を行う場合、当該株主に対していかなる審査基準又は責任法理を適用すべきかが問題となる。

学説上、改正後第144条(e)(2)は従来のデラウェア判例法において採られてきた実質的支配力を支えうる諸要素を総合的に考慮してケースバイケースで支配的株主該当性を判断するアプローチを置き換えたものとして評価されている。すなわち、同条は支配的な株主の範囲について法定の線引きを設けることにより、従来の個別事案ごとに支配的株主該当性を判断するに伴う不確実性を低減しようとするものと理解される。[137] 他方、上述した三分の一未満の議決権を有する創業者型株主や「取締役会の過半数を選任させる権利」を有しないものの契約上の支配権を有する株主が利益相反取引を行う場合に当該株主に対していかなる審査基準又は責任法理を適用すべきかに関して改正後第144条がどこまで対応し得るのかは改正後の解釈論における重要問題となる。その問題に関しては、学説上に主として第一の問題点をめぐって論争が行われ、なお意見が分かれている。

---

[136] Fisch and Davidoff Solomon, n 78 at 118-120,122.

[137] Fisch and Davidoff Solomon, n 78 at 115-116.

2、2025年改正後の DGCL 第144条の解釈に関する学説

1）Kahan & Rockのセーフハーバー限定説

KahanとRockは改正後第144条を従来のコモン・ロー上のルールを全面的に置き換える規定ではなく、一定の要件を満たす取引に法的確実性を与えるセーフ・ハーバー規定（safe harbor provision）として理解している。そのうえで、セーフ・ハーバーはその条件を満たす場合に法的保護を与えるにとどまり、条件を満たさない場合に直ちに従来のコモン・ロー上の法理が排除されることを意味するものではないと主張している。[138]

改正後第144条(b)及び(c)は支配的株主取引（controlling stockholder transaction）が一定の要件を満たす場合に、支配的株主又は支配グループの構成員等の信認義務違反に基づく衡平法上の救済又は損害賠償の対象とならないことを定める規定である。そして、同条(e)は「本条の目的上」(for purposes of this section)、支配的株主（controlling stockholder）を定義している。さらに、同条(d)(4)は「いかなる者も、同条(e)(2)の基準を満たさない限り、支配的株主とみなされない」と定めている。

もっとも、KahanとRockの理解によれば、同条(d)(4)に用いられている「支配的株主」という用語も同条(e)において「本条の目的上」の下で定義された支配的株主を意味する。したがって、同条(d)(4)は第144条上のセーフ・ハーバーの保護対象が同条(e)(2)の法定定義を満たす者に限られることを確認する規定にとどまる。このため、第144条(e)(2)の定義はデラウェア会社法全体又はデラウェア・コモン・ロー全体における支配的株主の概念を一般的・排他的に定義するものではなく、第144条上のセーフ・ハーバーの適用対象を画するための限定的な定義規定として解される。[139]

この理解からすれば、第144条(b)及び(c)の保護は第144条(e)(2)の定

---

[138] Rock E and Kahan M, “What Newly Amended DGCL §144 Says（and Does Not Say）about Controlling Stockholder Transactions”, https://corpgov.law.harvard.edu/2025/06/05/what-newly-amended-dgcl-§144-says-and-does-not-say-about-controlling-stockholder-transactions/ viewed 3 May 2026.

[139] Rock and Kahan, n 138.

義を満たす支配的株主、すなわち法定の支配的株主（statutory controller）に限られる。第144条(e)(2)に該当しない者は同条(b)又は(c)のセーフ・ハーバーを利用できない。しかし、そのことから直ちに当該者がコモン・ロー上の支配的株主として扱われる余地が否定されるわけではない。むしろ、KahanとRockによれば、第144条は法定定義から外れるものの、事実上会社を支配している者が関与する利益相反取引については何も定めていないゆえに、そのような者に関する信認義務責任はなお従来のコモン・ローに委ねられることになる。[140]

以上の解釈からすれば、改正後第144条の下で、法定の支配的株主とコモン・ロー上の支配的株主とが区別されるようになる。前者は第144条(e)(2)の定義を満たすため、同条(b)又は(c)のセーフ・ハーバー規定によって保護されうる。これに対し、後者は同条の法定定義から外れるためセーフ・ハーバー規定を利用できないが、会社に対する実質的支配が認められる限り、従来のコモン・ロー上の支配的株主として処理される余地が残る。そのような解釈によって、Muskのような創業者型株主が第144条(e)(2)に定義される支配的株主に該当しないとしても、コモン・ロー上の支配的株主として、従来のコモン・ローにおける支配的株主の信認義務責任法理によって規制される余地が残る。しかし、そのような二分法の解釈の下では、Muskのような創業者型株主に対する規律は実質的には第144条の改正前と大きく変わらないのではないかという疑問が生じる。

２）Mirvisの包括的セーフハーバー説

MirvisはKahanとRockのセーフハーバー限定説が第144条の文言、体系及び立法目的に反するものとして批判する。Mirvisの理解によれば、改正後第144条は単に一定の法定の支配的株主にセーフハーバー保護を提供するにとどまるものではなく、支配的株主の該当性及びその責任排除について包括的な制度（「comprehensive liability exculpation scheme」）を設けるものである。したがって、第144条(e)(2)に該当しない者をなおコモン・ロー上の支配的株主として扱うKahanとRockの解釈は採り

[140] Rock and Kahan, n 138.

得ないと解される。[141] 具体的に言うと、Mirvisは以下のように反論を展開している。

第一に、Mirvisは第144条(d)(4)の文言を重視する。同条はある者が第144条(e)(2)の基準を満たさない限り、支配的株主とみなされないと規定している。Mirvisによれば、この規定は「本条の目的上」（for purposes of this section）という限定を付されておらず、むしろ支配的株主の該当性に関する一般的かつ排他的な判断基準を設けるものとして読まれるべきである。[142]

確かに、第144条(d)(4)に用いられている「支配的株主」という用語は①総括的な言葉としての支配的株主を意味するか、それとも②第144条(e)(2)に定義されている支配的株主を意味するかが明確にされていない。前述した通り、KahanとRockは当然に②の解釈し方を採用した。しかし、②の解釈し方の下では、第144条(d)(4)は単に第144条(e)(2)に定めている内容を再確認することとなるのではないかという問題が生じる。これに対し、Mirvisは②のように解すると、第144条(d)(4)は第144条(e)(2)の無意味な重複となってしまうと批判する。すなわち、条文中の各文言には独立の意味が与えられるべきであり、第144条(d)(4)は支配的株主の定義を排他的に定める規定として読むべきである。[143] この点について、Mirvisの解釈は文言解釈に加えて、条文全体の整合性を重視する体系的解釈に基づくものといえる。

第二に、MirvisはS.B. 21の立法説明を重視する。同説明は第144条を支配的株主が負う信認義務に関する包括的な責任免除制度として位置づけている。さらに、支配的株主又は支配グループに該当しない株主についてセーフハーバーが設けられていない理由はそのような株主が会社又は他の株主に対して信認義務を負わないからであると解されている。[144]

---

[141] Mirvis TN, “SB 21’s § 144 and Controlling Stockholders: Back to the Future?”, https://corpgov.law.harvard.edu/2025/11/05/sb-21s-§-144-and-controlling-stockholders-back-to-the-future/ viewed 4 May 2026.

[142] Mirvis, n 141.

[143] Mirvis, n 141.

[144] S.S. 1 for S.B. 21, 153rd Gen. Assemb., Synopsis to § 1 (Del. 2025).

Mirvisはこの立法説明を根拠として第144条が支配的株主該当性及びその責任排除について包括的な制度を設けたものと解すべきであると主張し、同条(e)(2)のほかにコモン・ロー上の支配的株主という類型を存続させる解釈は立法目的に反すると唱えている。[145]

第三に、MirvisはKahanとRockの解釈が制度上不合理な帰結をもたらすと指摘する。すなわち、三分の一以上の議決権を有し、第144条(e)(2)に該当する支配的株主は第144条(b)又は(c)のセーフハーバーを利用し得る。これに対し、三分の一未満の議決権しか有しないにもかかわらず、事実関係に基づいてコモン・ロー上の支配的株主とされる者はそのセーフハーバーの保護から排除され、かえってコモン・ロー上の完全な公平性審査などより厳格な規律に服することになる。このように、より低い持株比率の者に対してより重い規律を課す結果は第144条の体系及び予測可能性確保という目的と整合しないと批判される。[146]

第四に、Mirvisは三分の一未満の議決権を有し問題のある株主を規制するために、コモン・ロー上の支配的株主という類型を復活させる必要がないと主張する。なぜなら、そのような株主との取引については、取締役会が当該取引を承認すること自体がなお取締役の信認義務上の判断として司法審査の対象となり得るし、当該株主が取締役の信認義務違反に関与した場合には信認義務違反の幇助責任（aiding and abetting liability）によって対応する余地があるからである。ゆえに、少数株主保護のために、あえて第144条(e)(2)のほかにコモン・ロー上の支配的株主を残す必要はないとの主張である。[147]

以上からすれば、Mirvisの見解は改正後の第144条を単に一定の支配的株主にセーフハーバーを提供する限定的規定としてではなく、第144条(e)(2)を支配的株主に関する排他的定義の規定として位置づけ、その定義を満たす支配的株主又は支配グループについて、第144条(b)及び(c)によりセーフハーバー制度を設けるものと読む立場である。

---

[145] Mirvis, n 141.

[146] Mirvis, n 141.

[147] Mirvis, n 141.

3、小括

まず、DGCL第144条をめぐる解釈論の問題に関しては、当該改正が近年のデラウェア判例法における支配的株主の信認義務責任法理の拡張傾向に対する実務上の懸念を背景としていたことを踏まえると、Mirvisの解釈は同改正の立法目的により整合的であると言えよう。すなわち、三分の一未満の議決権しか有しないものの、創業者又は経営者として強い影響力を有する株主については、第144条(e)(2)の定義を満たさない限り、支配的株主としての信認義務責任を負わないと解することが同条による明確性及び予測可能性の確保という趣旨に合致する。もっとも、このように第144条(e)(2)を排他的定義の規定として理解する場合にも、なお問題が残る。とりわけ、DGCL第122条（18）に基づき、株主契約によって取締役会の過半数を選任させる権利を有しないまま、会社の重要事項について広範な承認権や拒否権又は直接的に経営に関与する権利を取得する株主をどのように扱うべきかはなお十分に明確されていない。したがって、Mirvisの解釈論を採るならば、このような株主は第144条(e)(2)上の支配的株主に該当せず、支配的株主としての信認義務責任も負わないことになる。それで、利益相反取引を行った場合でも第144条(b)又は(c)に定めるセーフハーバーを利用することができないことも言うまでもない。ただし、上述したように、その場合は取締役の信認義務違反の幇助責任が問題となり得る。とは言え、このような解釈論を採る場合には、なお検討すべき問題が残る。すなわち、第144条(e)(2)の定義を満たす者については、支配的株主としての信認義務責任法理によって直接に規律される一方で、同定義を満たさないものの、実質的に会社を支配する者については、取締役の信認義務違反に対する幇助責任を通じて間接的に規律されることになる。両者はいずれも会社に対する支配権を有する点で機能的に類似し得るにもかかわらず、異なるアプローチで規制される規範的意味を認めるべきか、また、その区別による実益がどこまで残されるのかはなお検討を要する課題である。

そして、支配的株主をいかに定義すべきかという問題に関しては、近時のデラウェア判例法の展開、2025年のDGCL第144条改正、及び同改正後の学説上の議論を踏まえると、改正後第144条は支配的株主の類型を明確に列挙することを通じて支配的株主の定義に明確な法定基準を導

入しようとする点で重要な意義を有する。しかしながら、中国大陸[148]や香港法[149]における支配的株主の定義の範囲と比べれば、第144条(e)(2)に定める支配的株主の範囲は相対的に限定的であると見える。近年のデラウェア判例法における支配的株主の信認義務責任法理の拡張適用及びそれに対する実務上の懸念に対応するために第144条(e)(2)の定義規定を新しく設けたことからすれば、同条は支配的株主の定義を過度に広く設けることを抑制しようとする性格を有すると考えられる。そのため、改正後第144条(e)(2)における支配的株主の定義は明確性と予測可能性を高める一方で、実質的支配を包含する柔軟性を低下させるおそれも伴う。ゆえに、同条における支配的株主の定義は判例法上の拡張傾向及びそれに伴う実務上の懸念に対応するために設けられた政策的な線引きとして理解することができるだろう。もっとも、そのような政策的線引きが少数株主保護と取引の予測可能性との均衡という観点からどこまで妥当であるかはなお今後の運用を通じて検証されるべき問題である。特に、同条の定義から外れるものの、契約上の権利又は事実上の影響力を通じて会社を実質的に支配し得る者をどのように処理するかについては、今後のデラウェア裁判所の判断及び学説上の議論を注視する必要がある。

（三）支配的株主規制における独立取締役の役割

1、問題の提起

デラウェア州会社法の新展開から得られるもう一つの示唆は支配的株主に対する責任規制は利益相反取引を単なる事後的責任追及の問題とし

---

148 中国会社法（2023年改正）第265条. また、上場会社買収管理規則（2025年改正）（中国証券監督管理委員会令第227号）の第84条において、投資家は、①50％超の持株を有すること、②30％超の議決権を実質的に支配できること、③議決権を実質的に支配することにより会社の取締役会の過半数のメンバーの選任を決定できること、④実質的に支配できる議決権に基づいて株主総会の決議に重大な影響を及ぼしうること、⑤CSRCが認めるその他の場合のいずれかを満たせば、支配権を有するとされている。

149 Companies Ordinance（Cap. 622）of Hong Kong, Schedule 1 Parent Undertakings and Subsidiary Undertakings, 2 Parent undertaking,(1),(2),(3). HKEX, Main Board Listing Rules, Rule 1.01, 19A.14.

てではなく、取引決定の独立性や少数株主の承認又は情報開示など複数の法的メカニズムを総合的に機能させることも重要であるという点である。とりわけ、日本会社法上に支配的株主に対する責任規制がまだ明文化されていないことを踏まえると、直ちに支配的株主の信認義務責任の法理を導入するのではなく、証券取引所規則やコーポレートガバナンス・コードなどを介するソフトローに基づく規律の役割を一層重視すべきと考えられる。

実際、近年の日本においても、支配的株主に対する規制はこの方向での検討が進みつつある。東京証券取引所は上場会社において支配的株主と少数株主との間に構造的利益相反が生じ得ることを踏まえ、2020年に「従属上場会社における少数株主保護の在り方等に関する研究会」を設置し、支配的株主を有する上場会社における情報開示の強化、少数株主保護の枠組み、ガバナンスの向上、規律対象の範囲等について検討を行ってきた。[150] これは会社法上の明文責任規定を設けることなく、上場規則・ソフトローを通じて、支配的株主に関わる取引に対する事前的・構造的な監督を確保しようとするものと理解することができる。[151]

ここでは、証券取引所による独立取締役の要求がとりわけ重要な意味を持つ。支配的株主に関わる取引の監督を実効化するためには、独立取締役の人数や形式的独立性のみならず、その選任過程において少数株主の利益がどのように反映されるかを検討する必要がある。この問題は米国だけでなく日本法においても共通する課題である。

2、証券取引所による独立取締役の要求

従来、独立取締役が取締役会の監視監督機能を向上させるには不可欠な役割を果たすことができると期待され、独立取締役からなる取締役会

---

[150] 従属上場会社における少数株主保護の在り方等に関する研究会・株式会社東京証券取引所，「支配株主及び実質的な支配力を持つ株主を有する上場会社における少数株主保護の在り方等に関する中間整理」（2020年９月１日），https://www.jpx.co.jp/equities/improvements/study-group/nlsgeu000004acah-att/nlsgeu000004x9ug.pdf（2025年３月２日最終閲覧）

[151] 例えば、東京証券取引所『コーポレートガバナンス・コード』（2021年６月11日）補充原則４－８③。その内容については、後掲注165および本文を参照。

は株主の利益を保護するための重要な措置として位置付けられている。現代会社法の発展に大いに貢献してきた数多くの法制改革も取締役の独立性を強化する方向で行われてきたのである。[152]

1970年代のPenn Central Railroad倒産などの事件は助言型取締役会から監督型取締役会への再概念化を推進した。[153] そして、2000年代のEnronなどの事件において取締役会の無機能化が注目され、それをきっかけに取締役の独立性の強化が益々重視されるようになってきた。[154] 特に、取締役会の組織内における委員会の設置と取締役の独立性について、2002年のサーベインズ・オクスリー法第301条の制定により、上場会社に監査委員会の設置が義務付けられ、これによって、証券取引所に公開上場しようとする会社が監査委員会を設置しなければならない。監査委員会というのは、「発行者の取締役会によって設置され、発行者の会計および財務報告プロセスならびに発行者の財務諸表の監査を監督する目的で設けられた委員会（または同等の機関）」であると定義されている。[155] また、監査委員会の各メンバーは規定された基準に従って独立

---

[152] Sharpe NF, “The Cosmetic Independence of Corporate Boards” (2011) Seattle University Law Review, Vol. 34, pp. 1435-1456, 2011, Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LBSS11-23, Illinois Public Law Research Paper No. 10-36 at 1444-1445, available at https://ssrn.com/abstract=1856698.

[153] Gordon JN, “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices” (2007) 59 Stanford Law Review 1465 at 1515-1520.

[154] Gordon JN, “Governance Failures of the Enron Board and the New Information Order of Sarbanes-Oxley” (2003) 35 Conn. L. Rev. 1125 at 1125-1129; Gillan SL and Martin JD, “Corporate Governance Post-Enron: Effective Reforms, or Closing the Stable Door?” (2007) 13 Journal of Corporate Finance 929 at 930.

[155] 15 U.S. Code § 78c(a)(58). また、監査委員会の職務としては、「各発行人の監査委員会は、取締役会の委員会として、当該発行人が監査報告書の作成または発行または関連業務の目的で雇用するすべての公認会計士事務所の選任、報酬支払いおよび業務監督（財務報告に関する経営陣と監査人との意見の相違の解決を含む）を直接担当し、各公認会計士事務所は直接監査委員会に報告し

性を保持しなければならないと求められている。[156]

ニューヨーク証券取引所の「上場会社マニュアル」第303A条によれば、上場会社は監査委員会、指名委員会、報酬委員会という三つの委員会を設置しなければならず、上場後の90日までにそれらの委員会に半数以上の委員取締役は独立取締役でなければならず、上場後の一年までにそれらの委員会のメンバーはすべてが独立取締役でなければならないとされている。ナスダック証券取引所の上場規則によれば、取締役会はその過半数のメンバーが厳格な独立性基準を満たす独立取締役で構成される必要があり[157]、厳格な独立性基準を満足する少なくとも３名のメンバーから構成される監査委員会を設置しなければならず[158]、少なくとも２名からなる報酬委員会を設置しかつ各メンバーが厳格な独立性基準を満たす独立取締役でなければならず[159]、指名委員会の設置について柔軟性が認められ、取締役候補者が独立取締役のみで構成される指名委員会または取締役会の独立取締役の過半数によって選出または推薦されることが義務付けられている[160]。

独立取締役の選任と解任は通常株主総会の決議によることである。例えば、デラウェア会社法の下で、独立取締役の選任と解任は非独立取締役と区別されておらず、原則としては、その選任が株主総会において株主の議決権の行使（定足数が総議決権の過半数で、決議要件が相対多数である）によって決定され[161]、その解任についても選任の場合と同じく、株主総会の決議によって決定される（ただし、解任の決議は取締役の選任について議決権を有する発行済株式の過半数を有する株主によって決定され、期差任期取締役会と累積投票の場合を除き、解任理由を要しな

なければならない」、「各監査委員会は、その職務を遂行するために必要と判断する限り、独立した弁護士およびその他の顧問を雇う権限を有する」などの職務を負うとされている。15 U.S. Code § 78j-1

156 15 U.S. Code § 78j-1, SEC Rule 10A-3.

157 Nasdaq Listing Rule 5605(b)(1), IM-5605-1.

158 Nasdaq Listing Rule 5605(c)(2)(A), IM-5605-3&4.

159 Nasdaq Listing Rule 5605(d)(2)(A), IM-5605-6.

160 Nasdaq Listing Rule 5605(e)(1)(A)-(B), IM-5605-7.

161 Del. Code Ann. tit. 8, § 216 (2025).

い）とされている[162]。従って、支配的株主が存在する場合、独立取締役の選任と解任は最終的には支配的株主によって決定される。既述した通り、独立取締役は取締役会の監視監督機能を向上させることに期待できるという仮定に基づいて設置されるようになってきたのである。しかしながら、独立取締役が支配的株主によって選任される場合、取締役会の監視監督機能がどれだけ期待できるかは疑問視されるようになる。結局、独立取締役は支配的株主の意向に従う傾向があるのではないか、少なくとも少数株主を保護するインセンティブが十分であると言えないのではないかと批判する意見もある。[163]

にもかかわらず、ニューヨーク証券取引所とナスダックのいずれも取締役選任に関する議決権の50％超が支配的株主によって保有されている「被支配会社」については、監査委員会の強制設置を除き、取締役会の過半数が独立取締役であることや独立取締役からなる報酬委員会の設置又は独立取締役からなる指名委員会の設置に関する強制遵守を求めないこととし、それを遵守しない場合に規則S-K（コーポレートガバナンス）の項目407(a)に沿って情報開示しなければならないと求めている。[164]支配的株主が存在する場合、独立取締役に期待しうる役割について制限があると言っても、その制限を取り除いて独立取締役の地位をさらに強化するのではなく、直接的にこの地位を強化する目的とするルールの強制遵守を求めないことが合理的な規制のアプローチであるかについては疑問が残る。

日本において、東京証券取引所は2021年にコーポレートガバナンス・コードを改正し、支配株主を有する上場会社が取締役会の構成について、①取締役会に一定数以上の独立社外取締役を選任するアプローチと②取締役会に特別委員会を設置するアプローチのいずれかを選択するよう求めるようになった。その①のアプローチというのは、プライム市場上場

[162] Del. Code Ann. tit. 8, § 141 (k) (2025).

[163] Bebchuk LA and Hamdani A, “Independent Directors and Controlling Shareholders” (2017) 165 U. Pa. L. Rev. 1271 at 1274.

[164] NYSE Listed Company Manual Section 303A. NASDAQ Corporate Governance Requirements 5615.

会社は取締役会において支配株主からの独立性を有する独立社外取締役を過半数以上選任し、それ以外の場合において少なくとも３分の１以上を選任することである。その②のアプローチというのは、「支配株主と少数株主との利益が相反する重要な取引・行為について審議・検討を行う、独立社外取締役を含む独立性を有する者で構成された特別委員会を設置すべき」ことである。[165] しかしながら、独立取締役の選任・解任が支配的株主によって決定されることは米国と共通する問題である。[166]

ゆえに、学説上に、支配的株主が存在する場合、独立取締役による監視監督の機能の発揮を確保するために、少数株主による一部の独立取締役の選任と解任を可能とする、又は少数株主が実質的に影響を与えうる「強化された独立性」を有する取締役から構成される取締役会を設置すべきと主張されている。それで、少数株主に対して過半数以上の独立取締役を選任する権利を与えるわけではなく、支配的株主は依然として取締役会の過半数のメンバーを選任する権利を有し会社の経営を支配し続けられる。同時に、取締役会の一部のメンバーを選任する権利を少数株主に与えることを通じて、支配的株主と少数株主との利害相反に関して独立取締役による監視監督と少数株主の利益保護の機能の発揮が期待できる。[167]

支配的株主による長期経営利益と独特なビジョンの追求を尊重することがまず重要であるが、支配的株主の強い支配力とその支配権を濫用・悪用する場合の危険性を考えると、その経営の自由が外部者によって干渉されないようにすると同時に、支配的株主の機会的な行動を監視監督することができ少数株主の利益保護の強化ができる措置として、取締役会の独立取締役のうち、一定数の独立取締役の選任・解任について少数

---

[165] 東京証券取引所『コーポレートガバナンス・コード』（2021年６月11日）補充原則４－８③.

[166] 日本会社法第329条。加藤貴仁,「支配株主と少数派株主のエージェンシー問題に関する覚書：社外取締役などにどこまで期待できるのか？」11『東京大学法科大学院ローレビュー』222, 232-233頁（2016年）.

[167] Bebchuk and Hamdani, n 163 at 1290-1292; Ringe W-G, “Independent Directors: After the Crisis”, Oxford Legal Studies Research Paper No. 72/2013, at 22-26, available at https://papers.ssrn.com/abstract=2293394.

株主が決定できるとしたほうが合理的であると考えられる。

3、小括

以上の検討からすれば、支配的株主規制の核心は支配的株主の存在自体を問題視することではなく、その支配権の濫用を抑止し、利益相反取引における少数株主保護を実効化する点にあると考えられる。したがって、日本法においては、直ちに支配的株主の責任規定を明文化することが容易ではないのであれば、まずは証券取引所規則やコーポレートガバナンス・コードを介するソフトローに基づく規律を重視することが現実的である。とりわけ、独立取締役は支配的株主と少数株主との利益相反が生じ得る取引において、取引条件の公正性を審査し、取締役会の意思決定過程に少数株主保護の観点を反映させるための重要な制度的装置として位置づけられる。

もっとも、独立取締役の選任・解任が株主総会の決議に依存する以上、支配的株主が存在する会社では、独立取締役が少数株主保護のためにどこまで実効的に機能し得るかという問題が残る。今後は形式的な独立性や人数の確保にとどまらず、少数株主が一定数の独立取締役の選任・解任に実質的に関与し得る制度を検討することが支配的株主の正当な経営関与を尊重しつつ、利益相反取引に対する監視を強化するための重要な課題となる。

おわりに

支配的株主の信認義務責任法理は支配的株主が私的利益のために支配力を濫用し、少数株主の利益を侵害することをいかに抑止するかという問題をめぐる事後的責任規制として発展してきた。しかし、その判例法の展開をみれば、同法理の制度的意義は事後的な司法審査による責任追究に尽きるものではない。とりわけ、Weinberger v. UOP判決における完全公平性基準、Kahn v. Lynch判決における独立の特別委員会又は少数株主による承認を通じた立証責任の転換、さらにKahn v. MFW判決における独立の特別委員会及び少数株主による二重の承認要件を通じて、支配的株主に対する責任規制は事後的な責任追及の枠組みにとどま

らず、利益相反取引の開始、交渉及び承認の過程における手続的保障を重視する事前・事中からの規律制度へと展開してきたとみることができる。Match Group判決及びTornetta v. Musk判決にみられる判例法上の拡張傾向及びこれをめぐる実務上の懸念を背景として2025年DGCL第144条改正による立法上の再調整を経て、第144条上の支配的株主の定義及び利益相反取引の類型ごとのセーフハーバーが整理され、信認義務違反を理由とする衡平法上の救済又は損害賠償の可否に関わるセーフハーバー要件が明文化された。

もっとも、この新展開の下でも、支配的株主の定義の範囲及び独立取締役の実質的独立性をめぐる問題はなお残されている。支配的株主による関連者取引における独立取締役又は特別委員会の役割を重視する以上、その独立性を誰が、いかなる手続を通じて確保するかも重要となる。また、契約上の権限を通じて会社の重要な意思決定に実質的影響を及ぼし得る株主を支配的株主としていかに位置づけるべきかは今後の検討課題である。特に、2024年のDGCL第122条（18）に基づく株主契約を通じて会社の重要事項に関する広範な承認権、拒否権又は経営への実質的関与を可能にする権限を取得し、会社の意思決定を左右しうる株主を第144条上の支配的株主としてどのように位置づけ、いかなる責任規制又は利益相反取引規制の対象とすべきかはなお明らかではない。株主契約による支配権配分及びその規制ならびにDGCL第122条（18）改正が会社法に及ぼす影響については次稿において検討することとしたい。

論　　説

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（9）

―― 損害論の視角からの分析 ――

林　　耕平

目　次

第1章　はじめに
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
　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
　　（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、73巻6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
　　ア　問題の所在――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否
　　イ　請負における判例変更とそれをめぐる学説の議論
　　（以上、74巻4＝5＝6号）

ウ　請負における判例変更の射程（売買への影響）に関する判例の展開とそれをめぐる学説の議論
（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　（以上、75巻1＝2号）
2　析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
（1）各損害概念に妥当する規範内容
ア　損害概念ごとの考察
イ　3種類の損害概念をまとめて取り上げた考察
（ア）基準時　（以上、75巻3＝4号）
（イ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算
（2）損害概念相互の序列関係　（以上、75巻5＝6号）
第3節　損害賠償分類論
1　はじめに
2　早すぎた填補購入　（以上、76巻1＝2号）
3　利用利益喪失損害の検討
4　まとめ　（以上、76巻3号）
第3章　日本法の検討
第1節　ドイツ法からの示唆に基づく理論枠組みの提示
1　分析視角――損害論
2　責任内容論
（1）各履行利益実現手段における責任内容の確定方法　（以上、77巻1号）
（2）履行利益実現手段相互の序列関係
（3）補論――“損害軽減義務”の理解
3　損害賠償分類論
（1）損害賠償の種類
ア　履行・追完に代わる損害賠償［填補賠償］
イ　履行・追完とともにする損害賠償
（ア）遅延賠償
（イ）単純賠償
（2）　損害の分類方法
ア　区別基準の定立
イ　区別基準へのあてはめ――損害論を踏まえた損害分類の必要性
4　補論
（1）表による整理
（2）「新しい契約責任論」との関係

（3）責任成立論への影響
第2節　先行学説・判例の分析
1　損害論
（1）金額差額説（伝統的通説）
（2）損害事実説（平井、奥田、淡路、高橋）
（3）規範的損害論
ア　純粋金銭賠償一元説（潮見）
イ　原状回復費用賠償・純粋金銭賠償二元説（長野）
2　責任内容論
（1）各履行利益実現手段における責任内容の確定方法（に相当する問題）
ア　総論的な問題――賠償範囲論と金銭的評価論の分離／融合　（以上、本号）
イ　各論的な問題――金銭的評価論
（2）履行利益実現手段相互の序列関係（に相当する問題）
3　損害賠償分類論
第4章　おわりに

（2）履行利益実現手段相互の序列関係

続いて、履行利益実現手段相互の序列関係――そもそもある履行利益実現手段（履行利益の実現に向けられた請求権）を他の履行利益実現手段（履行利益の実現に向けられた請求権）に先立って行使することが認められるかという問題――について論じる。これは、ドイツ法の検討の箇所[1]で「損害概念相互の序列関係」として取り上げた問題に相当する[2]。

---

[1] 連載第5回の第2章第2節2（2）(146頁以下）を参照。

[2] なお、ここであえて「損害概念相互の序列関係」ではなく「履行利益実現手段相互の序列関係」という言い方をしているのは、3種類の損害概念のそれぞれを基礎とする損害賠償請求権だけでなく、履行請求権も含めて序列関係を論じていくからである。ここで考慮したのは、以下の2点である。第1に、履行請求権においては、損害の賠償が行われるわけではない。第2に、より重要な点として、履行請求権と履行状態実現費用の賠償の間の序列関係が問題とされる際、この2つの履行利益実現手段によって実現されるべき利益は、同じ現実給付取得利益である。したがって、両者の間に序列関係があるとするならば、それは損害概念（利益概念）の違いから生じるものではなく、むしろ利益の実現

この問題については、ドイツ法の検討――とりわけ、リームの見解の検討――を踏まえると、以下のように考えるべきである。

ア　3段階の履行利益実現手段

まず、履行利益実現手段は、以下の3段階に分かれる。

（ア）第1段階――履行請求権

第1段階は、履行請求権である。

（イ）第2段階――履行状態実現費用賠償請求権

第2段階は、履行状態実現費用賠償請求権である。

（ウ）第3段階――純粋金銭賠償請求権

第3段階は、純粋金銭賠償請求権である。

イ　その序列関係――現実履行原則

問題は、こうした3段階の履行利益実現手段の間に序列関係があるかどうか、つまり現実履行原則が妥当するかどうかである。

（ア）第1段階と第2段階の間の序列関係（第1の現実履行原則）――改正民法415条2項

まず、第1段階と第2段階の間の序列関係（第1の現実履行原則）について論じる。ここでは、債権者が救済手段を行使する際、「履行（・追完）請求権」と、「履行状態実現費用賠償請求権（を含む履行・追完に代わる損害賠償請求権）」の間に優劣関係があるのか（前者を先に行使しなければならないという拘束が課されるのか）という点が問題となる。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、まさにこの第1の現実履行原則に関わる規定である。そこで、以下では、この規定について論じていく。

a　「履行に代わる損害賠償」

（a）改正民法415条2項の規定内容――「履行に代わる損害賠償」請求のために必要な付加要件

改正民法415条2項が規定するのは、「履行に代わる損害賠償」請求のために必要な付加要件である。すなわち、「履行に代わる損害賠償」は、改正民法415条1項に定められた債務不履行に基づく損害賠償の基本要件を満たしただけでは請求することができない。「履行に代わる損害賠

方法の違いから生じるものである。

償」は、同条２項各号のいずれかの付加要件も満たしてはじめて請求することができるとされている。

その付加要件の内容は、以下のとおりである。１号の付加要件は履行不能であり、これは改正BGB283条の付加要件に対応する。２号の付加要件は債務者による明確な履行拒絶であり、これは改正BGB281条２項前半部分の付加要件に対応する。３号の付加要件は、契約の解除または債務不履行による契約解除権の発生である。債務不履行による契約解除権の発生要件については、改正民法541条以下が定めており、そこでは、解除権の発生要件が催告解除（改正民法541条）と無催告解除（改正民法542条）に分けて規定されている。このうち、催告解除における解除権の発生要件は履行の催告および相当期間の経過であり、これは改正BGB281条１項１文の付加要件に対応する。このようにみてくると、日本の改正民法の定める「履行に代わる損害賠償」請求のために必要な付加要件は、――細部には違いがある[3]ものの――ドイツの改正BGBの定める填補賠償付加要件に概ね対応していることが分かる[4]。

（ｂ）その基礎にある考え方――履行請求権と「履行に代わる損害賠償」請求権の間の序列関係［現実履行の優先］の承認

このような、「履行に代わる損害賠償」請求に付加要件を課すという規律の基礎には、改正BGBと同じように、履行請求権と「履行に代わる損害賠償」請求権の間に序列関係を認めるという考え方があるとみることができる。債務者の側からみると、この考え方を採用することは、現実履行の優先の考え方が採用されていることを意味する。つまり、付加要件――とりわけ、履行の催告および相当期間の経過――が満たされるまで債権者による「履行に代わる損害賠償」請求が阻止されることにより、債務者には（二度目の）現実履行の機会が与えられる。債務者は、

[3] 例えば、改正 BGB には保護義務違反の場合の付加要件について定めた規定がある（改正 BGB282条）のに対して、日本の改正民法にはそうした規定はない。

[4] 同様の指摘として、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）161頁。

その機会を活用して現実履行を行うことにより、「履行に代わる損害賠償」を行うことを回避することができる――この意味において、「履行に代わる損害賠償」よりも現実履行が優先されている――わけである[5]。

こうした現実履行の優先の考え方が採用されるべき実質的根拠については、リームの見解が参考になる。すなわち、――なお検討の必要はあるものの――彼が挙げていた両当事者の利益状況の観点や効率性の観点は、日本法のもとでも、現実履行の優先の考え方の実質的根拠を提供する可能性がある[6]。

b　追完に代わる損害賠償

（ａ）問題の所在――付加要件の要否と内容

他方で、契約に適合しない給付がされた場合の追完に代わる損害賠償[7]については、現在の一般的な理解によると、改正民法415条２項の直

---

[5] 同様の理解として、福田・前掲注（４）159頁以下、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』（２）」NBL1175号（2020年）33頁以下、高田淳「早期代替取引費用の賠償対象性（試論）」金井貴嗣先生古稀祝賀論文集『現代経済法の課題と理論』（弘文堂・2022年）542頁、同「履行に代わる損害賠償（填補賠償）の識別」小賀野晶一先生古稀祝賀『民法の展開と構成』（成文堂・2023年）278頁。「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf・2026年５月31日最終アクセス）117頁でも、催告および相当期間の経過が付加要件とされるのは、「債務者が履行の追完をする利益に配慮する観点」からであると説明されている。

[6] 以上の記述は、改正民法415条２項各号の付加要件は限定列挙されたものであるという理解――同項各号の付加要件が満たされない限り、「履行に代わる損害賠償」を請求することはできないという理解――を前提としている（なお、改正 BGB はこの立場である。改正 BGB280条３項を参照）。しかし、改正の過程では、限定列挙なのか例示列挙なのかという点については十分に検討されておらず、また、最終的に成立した改正民法の条文の文言も、いずれの解釈をも許すものとなっている。そのため、同項各号の付加要件は例示列挙されたものであるという理解――同項各号の付加要件が満たされなくても、一定の場合には「履行に代わる損害賠償」を請求することができるという理解――を採ることも不可能ではないこととなっている。いずれの理解を採るべきかについては、現実履行の優先の考え方が採用されるべき実質的根拠に照らして検討していく必要があるだろう。

[7] ここでいう追完に代わる損害賠償は、ドイツ法でいう「小さな損害賠償

接適用は否定される[8]。もっとも、――同項の付加要件をそのままの形では課さないとしても――何らかの別の付加要件を課すことは必要か、必要として、その内容はどのようなものかという点が、学説上活発に議論されている[9]。付加要件不要説によると、追完に代わる損害賠償は、改正民法415条１項に定められた債務不履行に基づく損害賠償の基本要件を満たしただけで請求することができる[10]。これに対して、付加要件必要説によると、追完に代わる損害賠償請求も、一定の付加要件――原則として追完の催告および相当期間の経過――を満たしてはじめて請求することができるとされる。なお、付加要件の基礎づけについては、履行に代わる損害賠償に関する改正民法415条２項を類推適用する見解[11]と、

(kleiner Schadensersatz)」(連載第２回の注(110)を参照)にあたるものである。つまり、「『追完に代わる損害賠償』とは、債権者がすでに行われた不完全な給付（引き渡された契約不適合のある目的物）を保持しつつ、目的物の修補などの追加的な給付に代えて請求する損害賠償を意味し、本来の給付のやり直し〔引用者注：例えば、代物給付〕に代わる損害賠償を含まない」(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）９頁)。

[8] 田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(３)」NBL1177号(2020年)31頁以下を参照。

[9] 議論状況につき、詳しくは、田中洋・前掲注(８)32頁以下、磯村保編『新注釈民法(８)』(有斐閣・2022年) 562頁以下［小粥太郎］、中田裕康『債権総論』(岩波書店・第５版・2025年) 201頁以下などを参照。

[10] 立案担当者は、請負における修補に代わる損害賠償につき、付加要件不要説を採るものとみられる（筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』(商事法務・2018年) 341頁注(２)を参照)。学説としては、荻野奈緒「債務不履行による損害賠償(１)――要件」潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野目章夫編『詳解 改正民法』(商事法務・2018年) 149頁、石田剛＝荻野奈緒＝齋藤由起『債権総論（日評ベーシック・シリーズ)』(日本評論社・第２版・2023年) 90頁［荻野奈緒］、道垣内弘人＝岡正昌「請負契約の契約不適合責任」道垣内弘人＝中井康之編著『債権法改正と実務上の課題』324頁以下［道垣内弘人］(有斐閣・2019年・初出2018年)、曽野裕夫＝松井和彦＝丸山絵美子『民法Ⅳ 契約（LEGAL QUEST)』(有斐閣・2021年) 183頁［曽野裕夫］、中田・前掲注(９) 201頁以下などが付加要件不要説を採る。

[11] 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』(信山社・2017年) 483頁、福田・前掲注(４) 162頁など。

代金減額に関する改正民法563条を類推適用する見解[12]に分かれる。

（ｂ）付加要件必要説と不要説の対立点――追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の間の序列関係［追完の優先］の採否

「履行に代わる損害賠償」について述べたことに照らすと、ここでの付加要件必要説と不要説の対立点は、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の間の序列関係を認めるかどうか、つまり追完の優先の考え方を認めるかどうかにあるとみることができる[13]。そのうえで、付加要件の基礎づけをめぐる議論においては、「（現実の）履行＞履行に代わる損害賠償」という優劣関係（改正民法415条２項）から「追完＞追完に代わる損害賠償」という優劣関係を導くことができるか[14]、また、「追完＞代金減額」という優劣関係（改正民法563条）から「追完＞追完に代わる損害賠償」という優劣関係を導くことができるか[15]といった点が議論されているわけである[16]。

---

[12] 田中洋・前掲注（８）34頁以下など。

[13] 同様の理解として、田中洋・前掲注（８）35頁など。

[14] ここでは、そもそも改正民法415条２項で履行の優先の考え方が採用されている根拠や、履行請求権と追完請求権の同質性の有無（潮見・前掲注（11）483頁を参照）などが問題となる。

[15] ここでは、改正民法563条が代金減額に「追完の催告および相当期間の経過」などの要件を課している目的――本当に追完の優先の考え方を採用したものと理解してよいか、代金減額の要件は（解除の要件と同様に）債権者に契約の拘束力ないし履行義務（の一部）からの離脱が認められるのはどのような場合かという観点から定められたものと理解する余地はないか（要するに、追完の優先は、同条の「目的」ではなく単なる「反射的効果」であると理解する余地はないか）――や、（仮に同条の目的が追完の優先の承認にあるとしても、）代金減額と追完に代わる損害賠償を同様に扱ってよいかという点（中田・前掲注（９）203頁）などが問題となる。

[16] なお、ドイツの改正 BGB においては、売主・請負人が瑕疵ある給付をした場合に、買主・注文者は、原則として、追完のための猶予期間を設定し、それが経過してはじめて解除（改正 BGB437条２号・323条１項／改正 BGB634条３号・323条１項）、代金・報酬減額（改正 BGB437条２号・441条１項１文／改正 BGB634条３号・638条１項１文）または給付に代わる損害賠償（小さな損害賠

（イ）第２段階と第３段階の間の序列関係（第２の現実履行原則）

次に、第２段階と第３段階の間の序列関係（第２の現実履行原則）について論じる。ここでは、債権者が損害賠償を請求する際、履行状態実現費用賠償と純粋金銭賠償の間に優劣関係があるのか（履行状態実現措置を行うことが不可能または債権者にとって期待不可能である場合に限って純粋金銭賠償の請求を認めるべきか）という点が問題となる。こうした優劣関係については、以下のとおり、日本法のもとでも認めるべきであると考えられる。

a　根拠

その根拠は、以下のとおりである。

（a）形式的根拠――損害軽減義務（418条）

まず、日本の民法典には、ドイツのBGB251条１項のように、純粋金銭賠償の請求のために必要な付加要件を定めた規定はない。しかし、ドイツにおいては、第２段階と第３段階の間の序列関係（に相当するもの）を認める見解は、一般的には、BGB254条２項の損害軽減義務を根拠としていた。このことを踏まえると、日本においても、こうした序列関係の形式的根拠を民法418条の損害軽減義務[17]に求めることは十分に可能であると考えられる。

（b）実質的根拠――利用リスクの適切な分配

次に、実質的根拠については、リームが挙げていた「利用リスク」の

償も含む）の請求（改正BGB437条３号・280条３項・281条１項１文／改正BGB634条４号・280条３項・281条１項１文）をすることができるという規律が採用されている。つまり、改正BGBは、無履行の場合だけでなく、瑕疵給付がされた場合についても、現実履行の優先の考え方――瑕疵給付の場面では「追完の優先（Vorrang der Nacherfullung）」と呼ばれる――を採用している（Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 92 f. も参照）。

[17] なお、418条については、債権法改正により、「損害の発生若しくは拡大」に関する債権者の過失も考慮されるという一般的な理解が明文化された（筒井＝村松編著・前掲注（10）69頁）。これにより、同条が損害軽減義務違反についても定めた規定であることがより明確になったといえる。

適切な分配――「債権者が給付目的物の利用による利益を取得することができないというリスク」の適切な分配――に求めることができる。すなわち、現実履行が行われた場合に利用リスクを負うのはもちろん「債権者」である。また、履行状態実現費用の賠償においても、履行状態実現措置によって給付結果を実現した――例えば、給付目的物の代替物を入手した――債権者が、その給付結果を利用して自ら利用利益を得ようとするわけであるから、利用リスクを負うのはやはり「債権者」である。これに対して、純粋金銭賠償においては、逸失利益が一定の蓋然性をもって証明された場合には、債権者は、その賠償を、固定された金額として取得するため、利用リスクを負うのは「債務者」である。このとき、損害賠償においてはできる限り現実履行が行われたのと同じ状態が実現されるべきであるということを踏まえると、純粋金銭賠償よりも履行状態実現費用の賠償のほうが優先されるべきである。

b　内容

ドイツ法の検討の箇所でも述べたとおり、第2段階と第3段階の間の序列関係は、子細にみると、以下のような内容を持つ。

（a）序列関係の対象――履行状態実現費用賠償請求権と利用利益喪失損害賠償請求権

まず、第2段階の履行状態実現費用賠償請求権との関係で劣後することになるのは、第3段階の純粋金銭賠償請求権のうち、利用利益喪失損害賠償請求権である。換言すると、第2段階と第3段階の間の序列関係を認めることは、「履行状態実現措置をとることによって利用利益喪失損害の発生を回避する」という内容の損害軽減義務を（原則として）認めることを意味する（以下、この損害軽減義務のことを「履行状態実現措置義務」と呼ぶ）。

（b）履行状態実現措置義務の発生時期――履行請求権への固執の許容の要請を重視するかどうかという問題と連関

次に、履行状態実現措置義務の発生時期について、ドイツでは、履行請求権への固執の許容の要請を重視するという考え方に基づき、一定の時点――給付に代わる損害賠償の請求が可能になる時点（猶予期間経過時）または履行請求権が消滅する時点（給付に代わる損害賠償を請求した時

点)――までは填補購入義務は発生しないという見解が主張されていた。

これを踏まえると、日本法のもとでも、履行状態実現措置義務の発生時期は、履行請求権への固執の許容の要請を重視するかどうかという問題についてどのような立場を採るかによって決まってくると考えられる。重視する立場に立った場合には、発生時期は、債権者がもはや履行請求権に固執しないという意思を表明した時点、つまり填補賠償請求時[18]または解除時になると考えるのが自然であろう[19]。これに対して、重視しない立場に立った場合には、発生時期は債務不履行時になると考えられる[20]。

---

[18] 例えば、債権者が（契約を解除せずに）給付の客観的価値の賠償を請求した場合を考えてみると、債権者は、その請求後に失われた転売利益や営業利益の賠償を請求することができないということになる。なお、債権者は、給付の客観的価値の賠償を請求した後に履行状態実現措置を行った場合には、請求の内容を給付の客観的価値の賠償から事実的履行状態実現費用の賠償に変更することもできる。

[19] もっとも、履行に代わる損害賠償の請求が可能になった時点（催告後の相当期間の経過時）ですでに履行請求権への固執は許されなくなるとみて、その時点から履行状態実現措置義務が発生するという考え方もありうるだろう。

[20] ここで、第２段階と第３段階の間の序列関係の内容について以上で述べてきたことを、具体例に即して確認しておく。

まず、土地の売買において、売主が履行期に引き渡さなかったため、買主が（必要な要件を満たしたうえで）契約を解除したという事例を考えてみよう。この場合、目的物が土地という不代替物であり、（原則として）填補購入が不可能であるため、履行状態実現措置義務としての填補購入義務は発生しない。したがって、買主は、（当該土地の客観的価値の賠償のほか、それに代えて、）転売利益の賠償や営業利益の賠償を請求することができる（もちろん、それらの利益が賠償範囲に含まれる場合に限られる）。

次に、機械の売買において、売主が履行期に引き渡さなかったため、買主が（必要な要件を満たしたうえで）契約を解除したという事例を考えてみよう。この場合、市場で同種の機械を調達することが可能である限り、履行状態実現措置義務としての填補購入義務は発生する。仮に履行状態実現措置義務の発生時期は填補賠償請求時または解除時であるという見解に立ったとすると、この事例では、解除時に填補購入義務が発生することになる。買主がその義務を履行しなかった場合、買主は、解除後に失われた転売利益や営業利益の賠償を請

（３）補論――“損害軽減義務”の理解

以上、責任内容論について論じてきたが、以下では、補論として、以上で述べてきた本稿の立場を前提とした場合に、従来“損害軽減義務”と呼ばれてきたものがどのように理解されることになるのかという点を確認しておく。というのも、本稿のように「損害」概念について新たな理解を採用する場合には、その「損害」を軽減する義務である「損害軽減義務」についても新たな理解を採用することになるはずだからである[21]。

本稿の理解によると、従来“損害軽減義務”と呼ばれてきたものの中には、（少なくとも）以下の３つ（細かくみれば４つ）の異なる種類の義務が含まれている。

ア　損害軽減義務――利用利益喪失損害回避・軽減義務

第１は、本稿の理解からも「損害軽減義務」と呼ぶべき義務である。ここで「損害」として想定されるのは、利用利益喪失損害である。なぜなら、本体喪失損害の発生を回避する義務（に相当するもの）については、“損害軽減義務”――損害の発生・拡大についての債権者の過失――としてではなく、債務不履行についての債権者の過失として扱われてきたと考えられるからである。

こうした「損害軽減義務」としての「利用利益喪失損害回避・軽減義務」は、さらに以下の２つに分かれる。

（ア）履行状態実現措置義務

１つ目は、すでに述べた「履行状態実現措置義務」である。これは、

求することができない。もっとも、転売利益が解除前に失われた場合には、その賠償を請求することができるし、時々刻々と失われる営業利益のうち、解除前に失われた分についても、その賠償を請求することができる。このほか、買主は、（転売利益の賠償が問題となる事例ではそれに代えて、営業利益の賠償が問題となる事例ではそれに加えて、）本体喪失損害の賠償――解除後に填補購入をした場合の事実的填補購入費用の賠償、処分自由論肯定説を採る場合の仮定的填補購入費用の賠償、または当該機械の客観的価値の賠償――を請求することができる。

[21] なお、本稿がドイツの議論から「損害」概念を析出してきたことを踏まえると、「損害軽減義務」の検討においても、本来であればドイツの議論の詳細な検討を行うのが望ましいと考えられるが、これについては今後の課題としたい。

履行状態実現措置をとることによって利用利益喪失損害を回避・軽減する義務のことである。その典型例は売主無履行の場合の買主の填補購入義務であるが、このほかにも、(売買・請負における)契約不適合の場合の、債権者自身(ないしその委託を受けた第三者)による修補の義務を想定することができる。もしこのような義務が認められる場合、その義務に違反した債権者は、仮に履行状態実現措置(填補購入や修補)を行っていれば回避・軽減することができたであろう利用利益喪失損害(転売利益や営業利益の喪失)について、賠償を請求することができない[22]。

---

[22] こうした履行状態実現措置義務違反による賠償額の減額の体系的な位置づけについては、賠償範囲の画定が終わった後の過失相殺(418条)の問題とする立場も考えられる。しかし、この点については、賠償範囲の画定問題――416条1項と2項の関係に関する本稿の立場を前提とした場合には、2項の適用問題――であると考えるべきである(賠償範囲の画定と損害軽減義務違反による減額の融合)。なぜなら、不履行に直面した債権者が何らかの措置(この場合、履行状態実現措置)により自ら実現すべき利用利益については、債権者が(債務者との関係で)契約上確保した利益とはいえない――債務者が予見(・回避)すべき損害とはいえない――と考えられるからである(なお、以上の記述は、次に扱う「それ以外の利用利益喪失損害回避・軽減義務」も含めた「利用利益喪失損害回避・軽減義務」全体に妥当する)。

これに対して、「本体喪失損害」の発生を回避する義務の違反――本文で述べたとおり、これは、債務不履行についての債権者の過失と重なる――については、賠償範囲の画定(および金銭的評価)が終わった後の、過失相殺(418条)による割合的減額の問題として位置づけられるべきである。なぜなら、本体喪失損害の賠償範囲は、債務内容(給付結果の内容)――および、債務者が契約不適合給付をした場合には、その給付の内容――を確定することによって直ちに決まる――つまり、賠償対象となる損害・利益が、債権者のとるべき行動を踏まえて決定されるわけではない――からである。

なお、潮見佳男によると、(債務不履行または不法行為に基づく損害賠償において、)明確な外延を持たない権利(「相関的権利」)――例えば、営業上の利益や人格的利益――が保護法益となる場合については、自己の権利・法益の管理に対する権利者の合理的行動への要請は、すでに財産的損害の確定(契約利益の確定)にあたって考慮されるべきものであるとされる。これに対して、明確な外延を持つ権利――例えば、生命・身体・健康や所有権――の侵害が問題になる場合には、権利・法益該当性を判断するために権利者の具体的な行為態

こうした履行状態実現措置義務は、前述のとおり、利用リスクの適切な分配という考慮に基づき、原則として認められるべきである。もっとも、履行状態実現措置義務を課すことは、債務者に対する履行請求（または追完請求）を断念することを債権者に求めるものであることから、履行請求権（または追完請求権）への固執の許容の要請と衝突する。したがって、例えば、無履行の場面で履行請求権への固執の許容の要請を重視する立場に立つ場合は、債権者がもはや履行請求権に固執しないという意思を表明した時点――填補賠償請求時または解除時――にはじめて履行状態実現措置義務（填補購入義務）が発生すると考えることになろう。これによると、上記時点より後に失われた転売利益や営業利益の賠償の請求は否定されるものの、上記時点より前に失われた転売利益や営業利益の賠償は否定されないこととなる[23]。

様についての評価を要しないため、権利者の合理的行動への要請は、財産的損害を確定する段階ではなく、過失相殺制度のもとで考慮されることになるとされる（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）47頁以下、同・前掲注（11）508頁以下）。本稿の考え方は、この潮見の考え方を、履行利益賠償の領域（のうち売買・請負法）において――「本体喪失損害」と「利用利益喪失損害」の区別を手がかりとしつつ――展開したものと位置づけられる。

[23] なお、――本稿では立ち入った検討は行わないものの――最判平成21年1月19日民集63巻1号97頁において問題となった、「カラオケ店の営業を別の場所で再開する等」の措置をとることによって営業利益の喪失を回避・軽減するという賃借人の義務は、この「履行状態実現措置義務」にあたると理解する可能性がある。

すなわち、本判決の事案――賃貸人による修繕義務の不履行――は、売買の事案でいうと、売主が契約に適合しない目的物を引き渡した後、買主の修補請求に応じないという事案と類似する。この売買事例における買主の「履行状態実現措置義務」としては、債権者が自ら（第三者に委託して）修補を行う義務のほか、場合によっては、填補購入義務――市場で代替品を購入することによって履行状態を実現する義務（買主は、売主に対して、契約不適合物の返還と引換えに填補購入費用の賠償を求めることとなる）――をも想定することができる。これと比較すると、本件事案においては、賃借人が自ら修繕を行う義務が前者の修補義務に、（賃借物と同種の物を賃借することによって）「カラオケ店の営業を別の場所で再開する等」の措置をとる義務が後者の填補購入義務にそ

（イ）それ以外の利用利益喪失損害回避・軽減義務

利用利益喪失損害回避・軽減義務の２つ目は、「それ以外の利用利益喪失損害回避・軽減義務」、つまり、履行状態実現措置以外の方法によって利用利益喪失損害を回避・軽減する義務である。例えば、売主が契約に適合しない機械を引き渡した後、買主の修補請求に応じて修補を開始したとする。このとき、修補が完了するまでに発生する営業利益の喪失を回避・軽減するために代替品を賃借する義務というものを想定することができる。この義務は、「それ以外の利用利益喪失損害回避・軽減義務」として位置づけられることになる。

こうした「それ以外の利用利益喪失損害回避・軽減義務」においては、「履行状態実現措置義務」とは異なり、債権者に義務を課すことが履行請求を断念させることを意味しないため、義務の発生時期を考えるにあ

れぞれ対応するとみる可能性があろう。

こうした「履行状態実現措置義務」としての理解は、「カラオケ店の営業を別の場所で再開する等」の措置をとる義務が、履行請求権ないし追完請求権への固執の許容の要請と衝突しうることを示唆している。つまり、こうした義務が課されることにより、賃借人は、履行状態――この場合、不動産が使用収益に適した状態に置かれること――を、賃貸人の修繕によってではなく、自ら別の不動産を賃借することによって実現することを求められる――要するに、賃貸人に対する修繕請求を断念することを求められる――ため、こうした義務を課すにあたっては、賃借人が修繕請求に固執することをどこまで許容するかという観点からの考察が必要となると考えられる（なお、賃借人は、別の場所での営業再開後に元の賃貸人が修繕を行った場合、賃料の二重払いを余儀なくされる可能性がある。そうしたリスクを避けるためには、別の場所を賃借する際に、元の賃貸借契約を解除しておくのが望ましい。そのような意味において、本件事案においては、修繕請求権への固執というよりも、賃貸借契約そのものへの固執をどこまで許容するかが問題となっているとみることもできよう。本件事案において、修繕請求権ないし契約への固執の観点が重要な問題となることを示唆・指摘するものとして、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務――履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会・2010年）371頁［内田貴執筆部分］、住田英穂「損害軽減義務に関する一考察――最高裁平成21年１月19日判決を素材として」甲南法学51巻２号（2010年）24頁以下、程坦「代替取引義務（損害軽減義務）による履行請求権の限界づけ（１）――履行遅滞の場合についての比較法的考察」北大法学論集75巻３＝４号（2024年）133頁・137頁以下など）。

たって履行請求権への固執の許容の要請を考慮に入れる必要がない。「履行状態実現措置義務」と「それ以外の利用利益喪失損害回避・軽減義務」を区別する意味は、まさにこの点にある。

イ　賠償額軽減義務――履行状態実現費用軽減義務

従来“損害軽減義務”と呼ばれてきたものの第２は、本稿の理解からは“損害軽減義務”ではなく「賠償額軽減義務」と呼ぶべき義務である。すでに述べた「履行状態実現費用軽減義務」がこれにあたる。その典型例は、合理的な填補購入を行う義務や合理的な修補を行う義務である。合理性としては、時期の合理性（履行状態実現措置を行う時期の合理性）・市場の合理性（履行状態実現措置を行う市場の合理性）・金額の合理性（一定の時期・市場を所与とした場合の履行状態実現費用の額の合理性）の３つが問題となりうる。債権者の履行状態実現措置がいずれかの観点から不合理なものであった場合には、履行状態実現費用の賠償において、合理性を欠いたことにより増加した費用額の分だけ賠償額が減額される（この作業は、金銭的評価の段階で行われる）。なお、（処分自由論肯定説を採る場合の）仮定的履行状態実現費用の賠償においては、時期の合理性の問題は、基準時問題に吸収される。

ウ　債権者の投機の排除

第３に、本稿でも論じてきた「債権者の投機の排除」の観点からの基準時の制約が、“損害軽減義務”による基準時の制約として扱われることがある[24]。この「債権者の投機の排除」は、本稿においては、「損害軽減義務」にも「賠償額軽減義務」にもあたらない第３の義務として位置づけられることになる。

3　損害賠償分類論

続いて、損害賠償分類論についての考え方を示す。

（1）損害賠償の種類

まず、損害の分類方法について論じる前に、日本法のもとでも、ドイ

[24] 潮見・前掲注（11）498頁以下。ただし、「損害軽減義務」という表現を用いるかどうかは「用語の問題である」とされている（同499頁注（187））。

ツ法と同様に3種類の損害賠償を観念することができることを確認しておかなければならない。

ア　履行・追完に代わる損害賠償［填補賠償］

まず、日本法のもとでも、給付の受領と両立しない損害賠償として、填補賠償という概念を観念することができる。この意味における填補賠償には、履行に代わる損害賠償（債務全部の履行に代わる損害賠償）のほか、追完に代わる損害賠償も含まれる。なぜなら、給付と填補賠償を両方受けることの禁止という填補賠償制度の趣旨は、追完に代わる損害賠償にも妥当するからである。

なお、この填補賠償については、給付と填補賠償を両方受けることの禁止という趣旨に加えて、法体系によっては、現実履行の優先という趣旨が妥当することがある[25]。日本法のもとでも、先にみたように、改正民法415条2項により「債務の履行に代わる損害賠償」の請求には付加要件が課されており、少なくとも、（同項が直接適用される）債務全部の履行に代わる損害賠償については現実履行の優先の考え方が妥当するということができる。これに対して、追完に代わる損害賠償についても現実履行の優先（追完の優先）の考え方が妥当するかどうかについては、改正民法415条2項または563条の類推適用により一定の付加要件――原則として、追完の催告および相当期間の経過――を課すことができるかどうかという形で、学説による議論の対象となっている。

イ　履行・追完とともにする損害賠償

次に、このような履行・追完に代わる損害賠償［填補賠償］の対立概念として、給付の受領と両立する損害賠償である、履行・追完とともにする損害賠償を観念することができる。

（ア）遅延賠償

この履行・追完とともにする損害賠償には、まず、遅延賠償が含まれる。これは、412条が定める要件を満たしてはじめて請求することができる損害賠償を意味する。つまり、履行の「遅延」がある――履行期が経過したにもかかわらず履行が行われない――だけでは、遅延賠償を請

[25] これについては、連載第6回の第2章第3節2（2）イ（ア）b（a）1）イ）（162頁）も参照。

求することはできない。412条の要件を満たすことにより履行の「遅滞」が発生してはじめて、遅延賠償を請求することができるわけである[26]。

なお、履行の「遅延」は、履行期に履行を行うという「債務の本旨に従った履行」が行われていないことを意味するため、「遅延」があるだけでも本旨不履行（改正民法415条１項本文）にはあたるはずである。そうすると、――理論的な整理の問題にすぎないが――412条の「遅滞」は、改正BGB286条の「遅滞（Verzug）」と同様に、遅延賠償の請求のために必要な付加要件であると理解することが可能である[27]。

（イ）単純賠償

履行とともにする損害賠償は、遅延賠償に尽きるわけではない。例えば、売主から引き渡された食料品を食した買主が健康を害したため、保

[26] なお、「債務の履行について確定期限があるとき」は、履行の「遅延」があることによって直ちに履行の「遅滞」が認められることになる（412条１項）。

[27] 付加要件の趣旨については、単なる履行遅延だけで遅延賠償責任を問うのが債務者にとって酷となりうることから、履行遅延に関する債務者の帰責性が確保されてはじめて遅延賠償責任を問うこととしたと説明することができよう。

なお、この点に関連して、412条の「遅滞」が催告解除（改正民法541条）の要件でもあるかどうかという問題がある。一般的には、催告解除についても412条は適用されると理解されている（中舎寛樹『債権法――債権総論・契約』（日本評論社・2018年）134頁以下、中田裕康『契約法』（有斐閣・新版・2021年）199頁。なお、付遅滞のための催告によって解除権発生のための催告を兼ねることが可能とする大判大正６年６月27日民録23輯1153頁も参照）。しかし、債権法改正により、解除には債務者の帰責事由を要しないこととされ、解除はもはや債務者の「責任」追及を目的とする制度ではなくなったと理解されている（潮見・前掲注（11）555頁以下）。このことを踏まえると、催告解除において412条の付加要件がかかるという理解については、再考の余地があるように思われる（磯村編・前掲注（９）235頁以下［潮見佳男］は、「用語法の問題」としつつ、現民法下での解除が「債務者に対する『責任』を追及するための手段としては捉えられていない」ことを踏まえると、「本条〔引用者注：412条〕にいう『遅滞の責任』として解除権の発生を説くのは、現民法の規律体系全体の見地からは違和感がある」と指摘する）。もっとも、改正民法541条に定められた催告および相当期間の経過という要件を満たしている場合には必ず412条に定められた要件も満たしていると考えられるため、見解によって結論が変わるわけではない。

護義務の違反――買主の健康を侵害しないように配慮して行動するという債務の不履行――を理由として損害賠償を請求したとする。この損害賠償請求においては、売主がその債務につき遅滞に陥っていることは要件とはならないだろう。このように、履行とともにする損害賠償の中には、412条が定める要件を満たすことなく請求することができる損害賠償も含まれている[28]。このような損害賠償のことを、ドイツ法にならって「単純賠償」と呼ぶこととする。

（2）損害の分類方法

では、損害の分類方法について論じていこう。ドイツ法の検討結果[29]に照らすと、日本法のもとでの損害の分類は、以下のように行われるべきである。結論としては、日本法においても、基本的にはドイツ法と同様に考えることができるが、履行利益の外延の問題と、時的区分説を適用する際に想定する給付の時期の問題については、ドイツ法との前提の違いに留意する必要がある。

ア　区別基準の定立

異なる種類の損害賠償の区別基準は、以下のとおりである。

（ア）「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準

まず、以下のようにして「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償を区別すべきである。

a　「填補賠償＋遅延賠償」――履行利益の賠償

「填補賠償＋遅延賠償」は、履行利益――債務が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益――の賠償である。

b　単純賠償――保持利益の賠償

これに対して、単純賠償は、保持利益の賠償である。保持利益とは、

---

[28] 田中洋・前掲注（7）6頁も、「履行とともにする損害賠償」には「遅延賠償」だけでなく「債務の履行の際に債権者の生命・身体・財産等の完全性利益〔引用者注：本稿でいう「保持利益」〕を侵害したことによる損害の賠償」も含まれるとしている。

[29] ドイツ法の検討のまとめにつき、連載第7回の第2章第3節4（1）(68頁以下）を参照。

債権者の利益（債権者が債務者との関係で確保している利益全体）から履行利益を除いたものであるから、履行利益と保持利益の区別は、履行利益の外延を確定することにより行われる。ドイツ法の検討の箇所[30]で指摘したように、履行利益の外延は、給付義務違反を基礎とする損害賠償の賠償範囲――要するに、給付義務の保護範囲――がどこまでの利益に及ぶのかによって画される。日本法は、416条において予見可能性基準を採用している以上、日本法のもとでは、履行利益の外延は予見可能性基準によって画される。

（イ）填補賠償と遅延賠償の区別基準

次に、以下のようにして填補賠償と遅延賠償を区別すべきである。

ａ　填補賠償――給付の受領と両立しない利益の賠償

填補賠償は、給付の受領と両立しない利益の賠償である。この定義は、給付と填補賠償を両方受けることの禁止という填補賠償制度の趣旨から導くことができる。なお、ドイツ法とは異なり、日本法においては、填補賠償制度のもう１つの趣旨である現実履行の優先が追完に代わる損害賠償についても妥当するかどうか、つまり追完の優先の考え方が認められるかどうかに争いがある。しかし、仮に追完の優先の考え方が認められないという立場に立ったとしても、前記の定義が――「追完の受領と両立しない利益の賠償」という形で――追完に代わる損害賠償にも妥当することに変わりはない。なぜなら、前記の定義は、給付と填補賠償を両方受けることの禁止という、追完に代わる損害賠償にも争いなく妥当する趣旨からすでに導かれるからである。

さて、給付の受領と両立しない利益の賠償には、次の２つのパターンがある（それぞれのパターンに該当する具体例については後述する）。

（ａ）第１のパターン――給付（の受領）と重複する利益の賠償

第１のパターンは、給付（の受領）と重複する利益の賠償である。

（ｂ）第２のパターン――給付と交換関係にある利益の賠償

第２のパターンは、給付と交換関係にある利益の賠償である。

[30] 連載第７回の第２章第３節３（２）イ（イ）（66頁以下）を参照。

b　遅延賠償――給付の受領と両立する履行利益の賠償

これに対して、遅延賠償は、それ以外の履行利益の賠償、つまり給付の受領と両立する履行利益の賠償である。

イ　区別基準へのあてはめ――損害論を踏まえた損害分類の必要性

続いて、具体的な事案において問題となっている損害を以上の区別基準にあてはめていくことになる。この作業は、以下のように、損害論を踏まえて行わなければならない。

（ア）利益重複を理由とする両立可能性の否定が問題となる場合

第１に、給付（の受領）との利益重複が認められることを理由として給付との両立可能性が否定されるかどうかを検討すべき場合として、以下の２つがある。

a　本体喪失損害――常に填補賠償

１つ目は、本体喪失損害――「債務の内容となっている給付自体を取得する利益〔の喪失〕」――が問題となる場合（つまり、現実給付の不取得または給付の客観的価値の喪失が損害となる場合）である。給付と「給付自体を取得する利益」の間には（常に）利益重複が認められるから、本体喪失損害は、常に填補賠償の対象となる。

b　使用型利用利益喪失損害――時的区分説に従って填補賠償と遅延賠償を区別

２つ目は、使用型利用利益喪失損害――給付の処分を前提としない利用利益の喪失――が問題となる場合である。その典型例は、営業利益（の喪失）である。

使用型利用利益喪失損害については、利益重複の有無の判断方法として時的区分説が必要不可欠となる。これによると、ある一定の時点の給付によって除去することができない使用型利用利益喪失損害は遅延賠償の対象となり[31]、除去（回避）することができる使用型利用利益喪失損

[31] なお、給付の使用が給付の「損耗」や「費消」をもたらす場合には、理論的には、遅延賠償の枠内において、損益相殺が行われるべきである。これについては、連載第７回の注 (32) を参照。

害は填補賠償の対象となる。

時的区分説を適用するにあたっては、想定する給付の時期が問題となる。これについては、――履行状態実現措置義務の問題を、履行状態実現費用賠償請求権と利用利益喪失損害賠償請求権の間の序列関係の問題として位置づける限り（つまり、同じ填補賠償どうしの優劣関係の問題として位置づける限り）――履行状態実現措置義務の発生時期の給付を想定すべきである。つまり、履行状態実現措置義務の発生時期は填補賠償請求時または解除時であるとする見解を採った場合には、時的区分説の適用に際しても、填補賠償請求時または解除時の給付を想定する見解を採ることになる。これに対して、履行状態実現措置義務の発生時期は債務不履行時であるとする見解を採った場合には、時的区分説の適用に際しても、債務不履行時の給付を想定する見解を採ることになる（その場合、使用型利用利益喪失損害はすべて填補賠償の対象とされることになる）。

（イ）交換関係を理由とする両立可能性の否定が問題となる場合――処分型利用利益喪失損害――常に填補賠償

第2に、両立可能性の否定が給付と交換関係にあることを理由とする場合として、処分型利用利益喪失損害――給付の処分を前提とする利用利益の喪失――が問題となる場合を挙げることができる。その典型例は、転売利益（の喪失）である[32]。

処分型利用利益喪失損害の賠償は、給付と交換関係にある利益の賠償であるから、損害の発生時期にかかわらず、常に、給付の受領と両立しない利益の賠償、つまり填補賠償にあたる[33]。

---

[32] なお、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償については、債権者の転買主に対する責任が填補賠償責任の場合には、処分型利用利益喪失損害として填補賠償に分類されるべきである。これに対して、債権者の転買主に対する責任が遅延賠償責任の場合には、使用型利用利益喪失損害として、（給付が想定される一定時点より前に損害が発生したときには）遅延賠償に分類されるべきである。これについては、連載第7回の注（33）を参照。

[33] そうすると、使用型利用利益喪失損害の場合とは異なり、処分型利用利益喪失損害においては、損害を分類するにあたって、履行状態実現措置義務の発生時期が意味を持たないということになる。しかし、だからといって、履行状

4　補論

（1）表による整理

以上で示した理論枠組みを表にまとめると、次のようになる。

<table>
<tr><th rowspan="2"></th><th colspan="4">損害論</th><th rowspan="2">損害賠償分類論</th><th colspan="2">責任内容論</th></tr>
<tr><th rowspan="2">損害概念の種類</th><th colspan="2">損害概念の性質</th><th rowspan="2">利益の現実性の有無</th><th rowspan="2">賠償範囲論</th><th rowspan="2">金銭的評価論</th></tr>
<tr><th colspan="2">給付結果との関係</th></tr>
<tr><td>履行請求権（*1）</td><td>利益＝現実の給付結果</td><td colspan="2">（本体喪失損害）（*2）</td><td>利益＝現実的利益</td><td></td><td>債務内容（給付結果の内容）の確定</td><td>債務内容（給付行為の内容）の確定</td></tr>
<tr><td rowspan="4">損害（履行利益）賠償請求権</td><td>損害＝現実給付の不取得（利益＝現実の給付結果）</td><td colspan="2" rowspan="2">本体喪失損害</td><td>損害＝現実的利益の喪失［履行状態実現費用の賠償］</td><td rowspan="3">常に填補賠償</td><td rowspan="2">債務内容（給付結果の内容）の確定＝416条1項</td><td>履行状態実現費用による算定（処分自由論の採否につき争いあり／履行状態実現措置の妥当性基準／「過分の費用」の場合の賠償の制限）</td></tr>
<tr><td>損害＝給付の客観的価値の喪失（利益＝給付の客観的価値）</td><td rowspan="3">損害＝価値利益の喪失［純粋金銭賠償］</td><td>給付の客観的価値による算定（評価基準＝売却価値説）</td></tr>
<tr><td rowspan="2">損害＝給付の利用利益の価値の喪失（利益＝給付の利用利益の価値）</td><td rowspan="2">利用利益喪失損害</td><td>処分型利用利益喪失損害</td><td rowspan="2">予見可能性基準＝416条2項</td><td rowspan="2">賠償範囲論で判断済み（*3）</td></tr>
<tr><td>使用型利用利益喪失損害</td><td>時的区分説に従って填補賠償と遅延賠償を区別</td></tr>
</table>

態実現措置義務の適用範囲が使用型利用利益喪失損害の賠償に限られるということになるわけではない。つまり、処分型利用利益喪失損害の賠償においても履行状態実現措置義務が課されることはありうるのであり、債権者がその義務を履行しなかった場合には、履行状態実現措置義務の発生後に生じた処分型利用利益喪失損害の賠償は否定される（これに対して、履行状態実現措置義務の発生前に生じた処分型利用利益喪失損害の賠償は、填補賠償に分類されるものの、否定されることはない）。

（*1）なお、履行請求権においては、（金銭による）損害の賠償が行われるわけではないため、「損害論」、「賠償範囲論」、「金銭的評価論」といった表題は厳密には適切ではないが、履行請求権と損害賠償請求権の比較が有益な知見をもたらすことに鑑みて、損害賠償請求権と同様の表題のもとで両者を並べて扱うこととする。
（*2）「本体喪失損害」にかっこを付しているのは、履行請求権においては損害の賠償が行われるわけではないからである。
（*3）ただし、「債権者が目的物を（収益目的ではなく）自らの需要を満たす目的で利用する予定であった場合（例えば、売買目的物である自動車を自分で用いる予定であった場合）の利用利益喪失損害」については、賠償範囲の画定作業とは独立に金銭的評価の作業を行うべきかどうかにつき、なお検討の余地がある。

（２）「新しい契約責任論」との関係

ア　問題の所在

ところで、契約責任法においては、1990年代以降、契約責任――債務不履行に基づく損害賠償のほか、履行請求や契約解除も含む――の根拠を「契約の拘束力」に求めたうえで、契約責任の成否や内容は「契約」を基準として判断されるべきであるとする考え方――「新しい契約責任論」と呼ばれることが多いため、以下でもこの呼称を採用する[34]――が有力化し、債権法改正にも大きな影響を与えるに至っている[35]。

他方で、本稿の理論枠組みは、債務者の損害賠償責任の内容を確定するための「実体的規範」を定立しようとするものである。こうしたアプローチは、一見すると、「契約と切り離された他律的規範」によって責任内容を確定するという方向性を志向するものであるようにもみえる。そこで、以下では、本稿が、責任内容の確定における「契約」の役割に

[34] もっとも、こうした考え方が有力に主張されるようになってからはすでに長期が経過しており、もはや「新しい契約責任論」という呼称は適切ではないとも考えられる。この点も踏まえ、吉永一行「『契約の拘束力』を根拠とした帰責構造論の到達点――森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002年〔初出1990－1997年〕）（連載 平成民法学の歩み出し）」法律時報93巻８号（2021年）92頁は、特に損害賠償責任について、――「過失責任主義」と対置する形で――「契約拘束力主義」という呼称を採用している。

[35]「新しい契約責任論」の考え方を主張ないし紹介する文献は枚挙にいとまがないが、代表的なものとして、「特集 契約責任論の再構築（2006年日本私法学会シンポジウム資料）」ジュリスト1318号（2006年）81頁以下に寄せられた諸論稿を参照。

ついてどのような考え方に立っているのか――本当に上記のような方向性を志向するのか、それとも、「実体的規範」を前提としつつもなお「契約」に重要な役割を与えるのか――という点について論じることとしたい。これは、「新しい契約責任論」がもたらした成果と本稿の検討結果の関係を明らかにすることにつながる作業である。

イ　「新しい契約責任論」の主張内容

まずは、「新しい契約責任論」の主張内容を確認することから始める。

「新しい契約責任論」が、契約責任の成否や内容は「契約」を基準として判断されるべきだと主張するとき、そこでは、必ずしも、契約責任の成否または内容それ自体について契約上の合意がある場合――例えば、賠償額の予定がある場合――が念頭に置かれているわけではない。むしろ、そうした合意がない場合にも契約責任の成否や内容は（可能な限り）「契約」を手がかりとして判断されるべきだと主張する点に、「新しい契約責任論」の主眼がある。

例えば、改正民法415条１項ただし書を、「不履行原因が発生するリスクを債務者が引き受けていない場合には、債務者は免責される」というルールを定めたものとして解釈する場合[36]には、不履行原因が発生するリスクを債務者が引き受けたかどうかを、「契約」を手がかりとして判断することになる。また、416条を、「債権者が債務者との関係で確保した利益（契約利益）については、賠償範囲に含まれる」というルールを定めたものとして解釈する場合[37]には、債権者がどのような利益（契約利益）を確保したのかを、「契約」を手がかりとして判断することになる。

このように、「新しい契約責任論」は、契約責任の成否や内容について一定の（デフォルト）ルールが存在することを前提として、そのルールに従った責任判断を、（可能な限り）「契約」を手がかりとして行うべきことを主張しているとみることができる。換言すると、契約責任の成否や内容は、（それに関する当事者の特段の合意がない限り、）直接的には、他律的規範――上記の例でいうと、改正民法415条１項ただし書や416条に定められたルール――の適用により導かれる。しかし、そうし

[36] 潮見・前掲注（11）380頁以下。
[37] 潮見・前掲注（11）461頁以下。

た他律的規範（の要件・効果）には、「不履行原因が発生するリスク」、「債権者が確保した利益」といった、契約によってその所在や内容が判断されるべき概念が組み込まれている。その結果、適用規範それ自体は他律的規範である――つまり、「契約」を根拠とするものではない[38]――にもかかわらず、責任の成否や内容に関する判断は「契約」を基準として行われることになるわけである[39][40]。

---

[38] ただし、「制度的行為」の考え方――契約当事者は、契約制度を構成する様々な他律的規範によって内容を規定された行為を行うことを自ら決定している以上、当事者の自律的な合意の確定と、そうした他律的規範の適用は、一体のものとして融合的に捉えられるとする考え方（山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開（特集 契約責任論の再構築）」ジュリスト1318号101頁以下（2006年、山本敬三『契約法の現代化Ⅱ――民法の現代化』（商事法務・2018年）329頁所収））――を採用した場合には、契約責任の成否や内容に関して適用される他律的規範も、「契約内容」を構成するものとして捉えることになるとみられる。もっとも、仮にそのような理解を採る場合でも、そうした規範がそれ自体としてみたときには他律的な規範である以上、そうした規範の内容を明らかにすることが重要な課題となることに変わりはない。

[39] 以上と（少なくとも部分的に）同旨の指摘は、すでに複数の論者にみられる。

まず、潮見佳男は、賠償範囲論との関係で、「ある損害を債務者に帰属させることを正当化する基礎となるのが『契約上の合意』であるということの意味は、『債務不履行を理由としてどこまでの損害が賠償されるべきかが、当事者の意思ないし合意によって決定される』ということではない。もちろん、当事者が賠償範囲を合意で決定することができるのは言うまでもないが（損害賠償額の予定）、保護範囲論・契約利益説が『契約上の合意』を持ち出すのは、このような賠償範囲の合意がない場面で、債務不履行を理由とする損害賠償の範囲を確定するためのルールを立てたり、既存のルールを解釈したりするにあたって、『両当事者の合意に基づき設定された契約規範により保護された利益を規準として、これに代わる状態を価値的に実現するためにはどの範囲での賠償を認めるのがよいか』という観点――債務不履行を理由とする損害賠償の範囲に関するデフォルト・ルールをいかなるものとして構築するかという観点――から問題を捉えていくべきであるという主張なのである（債務不履行の場合に、この客観的なルールが適用されて、賠償範囲が決定されるのである）」と指摘する（潮見佳男「損害賠償責任の効果――賠償範囲の確定法理（特集 契約責任論の再構築）」ジュリスト1318号131頁注（16）（2006年、潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社・2010年）187頁所収））。ここで、潮見は、「保護範囲論・

ウ　本稿の理論枠組みの意義とそこでの「契約」の役割

契約利益説」の提示する賠償範囲画定ルールが、損害賠償の範囲それ自体について契約（合意）が存在しない場合に適用される「デフォルト・ルール」であることを指摘している。もっとも、潮見においては、その「デフォルト・ルール」と「契約」の関係が必ずしも明確には示されていない（本稿では、「デフォルトルール（の要件・効果）の中に、契約に照らして判断されるべき概念が組み込まれている」という構造を提示したが、それに相当するものが潮見においては示されていない）。そのため、「本来任意規定は合意がない場面でこそ必要となるものであるにもかかわらず、潮見の見解では、任意規定である416条の内容が、『合意によって賠償範囲が決まる』というものになっており、416条の存在意義が損なわれる（あるいは、このような考え方は背理である）」という趣旨の批判（笠井修「損害賠償法における予見可能性の基礎付け」同『契約責任の多元的制御』113頁以下（勁草書房・2017年・初出2012年）、米村滋人「損害賠償の範囲」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約（１）』（商事法務・2018年）79頁以下）を招くこととなっている（なお、本稿が示した理解に対しても、類似の批判は想定されうる。この点については、次注（40）で論じる）。

次に、池田悠太は、「契約の解釈」に関連する従来の議論の分析を目的とした論稿の中で、「契約の解釈」という営みに関連する議論空間を、「設問を置く側の議論空間」――契約責任論や債務不履行責任論のように、契約の解釈によって解かれるべき問いを明らかにする議論空間――と、「解答方法を用意する側の議論空間」――狭義の契約解釈論（契約解釈方法論）――に分けるという構想（「設問＝解答方法モデル」）を提示する（池田悠太「設問としての『契約の解釈』――契約をめぐる議論空間の整序にむけて」東京大学法科大学院ローレビュー11号（2016年）６頁以下・68頁）。また、山本敬三も、「契約の解釈」の意義と構造に関する論稿の中で、――上記の池田の論稿を引用しつつ――次のように述べる。すなわち、契約上の権利が実現されない場合や義務が履行されない場合には、民法が定める救済手段の行使の可否が問題となる。――契約制度を構成する最も基本的なルールとして、「当事者が契約をしたときは、その内容にしたがった法律効果が認められる」というもの（「承認規範」）があるが――「契約の内容にしたがって認められる法律効果は、そうした救済手段を定める法規範ないし法制度が規定する要件や法律効果の中に組み込まれているため、そうした救済手段を定める法規範ないし法制度によって、『契約の内容』が持ちうる意味も異なる可能性がある」とする。そして、このような、救済手段を定める法規範ないし法制度による、「契約の内容」の「枠づけ」について、履行請求・追完請求の基礎づけと限界、債務不履行による損害賠償請求の基礎づけ（本旨

ところが、契約責任法の中でも特に損害の金銭的評価の分野においては、「新しい契約責任論」の考え方を適用する前提となる「ルール」の内容自体――「契約」を手がかりとして何を判断すればよいのか――が、これまで十分に明らかにされてこなかったということができる。本稿は、3種類の損害概念を区別するという発想に基づき、まさにその金銭的評価論に妥当すべき「ルール」の内容――さらには、賠償範囲論も含めた責任内容論全体における諸ルールの相互関係――を明らかにしようとするものにほかならない。

不履行要件、免責事由要件）と効果（損害賠償の範囲）を例としつつ、具体的に論じている（山本敬三「『契約の解釈』の意義と事実認定・法的評価の構造――債権法改正の反省を踏まえて」法曹時報73巻4号（2021年）36頁以下・45頁（注（71）も含む）・116頁以下、同「『契約の解釈』の意義と構造――事実認定・法的評価との関係（特集 契約解釈の理論と実践）」民商法雑誌160巻1号（2024年）23頁以下）。こうした池田・山本の考え方は、まさに、契約責任法においては、単に、「契約責任の成否や内容は『契約』に従って判断されるべきである」と説くだけでは不十分であり――したがって、総論的な「契約解釈方法論」を論じるだけでは不十分であり――、個々の救済手段において、責任の成否・内容を判断するためのルール（要件・効果）を明らかにし、それを通じて、各救済手段ごとに、「『契約』を手がかりとして何を判断すればよいのか」を明らかにすることが重要な課題となることを示唆・指摘するものとみることができよう。

[40] 本文で示した理解に対しては、次のような疑問・指摘が想定される。すなわち、デフォルトルール（任意規範・他律的規範）は、本来、当該事項に関する契約（合意）がない場面でこそ必要となるものであるが、デフォルトルールに組み込まれた概念について契約（合意）が存在する場合には、結局、責任の成否や内容それ自体についても契約（合意）があることになるのではないか（例えば、「債権者が確保した利益」の範囲について合意があるならば、結局、「債務者が賠償すべき利益・損害の範囲」についても合意があることになるのではないか）。そうだとすると、結局のところ、デフォルトルールは不要なものということになるのではないかという疑問・指摘である（笠井・前掲注（39）114頁も参照）。

しかし、この疑問・指摘に対しては、以下のように応接することが可能であろう（以下、賠償範囲論を例として論じる）。賠償範囲に関する416条（2項）は、例えば、「債務者が不履行時に予見し、回避すべきであった損害（裏を返すと、債権者が不履行時に確保していた利益）については、賠償範囲に含まれる」と

例えば、本体喪失損害の賠償（履行状態実現費用の賠償および給付の客観的価値の賠償）においては、賠償範囲を画定するためには、債務内容（給付結果の内容）さえ確定すればよい。そして、この債務内容（給付結果の内容）は、もちろん、「契約」に基づいて判断されるべきである（「契約」が、債務内容についてどのように規律しているのかを判断する）。また、金銭的評価の次元では、履行状態実現費用の賠償と給付の客観的価値の賠償で、異なるルールが妥当する。まず、履行状態実現

いうデフォルトルールを定めたものと理解できる（予見の主体につき債務者説、予見の時期につき不履行時説を採用した場合。潮見・前掲注（11）466頁以下を参照）。これによると、賠償範囲を画定するためには、「債務者が不履行時にどこまでの損害を予見・回避すべきであったか（債権者が不履行時にどこまでの利益を確保していたか）」を、「契約」を手がかりとして判断すべきことになる。このとき、「債務者の不履行時の損害予見・回避義務の範囲（債権者が不履行時に確保していた利益の範囲）」に関する合意があることをもって、「債務者が賠償すべき利益・損害の範囲」についても合意があるとみるべきかどうかについては、確かに検討の余地がある（前掲注（38）の「制度的行為」の考え方によるなどして、後者のような合意を認める考え方もありうるだろうし、後者のような合意までは認めず、あくまで賠償範囲は契約規範外の他律的規範（416条）の適用によって決まるという考え方もありうるだろう。こうした契約規範の射程をめぐる問題については、次の「責任成立論への影響」の項目でも触れる）。しかし、この点についていずれの考え方に立ったとしても、416条（２項）が定めた――より正確には、その解釈により導かれる――デフォルトルールには、ある重要な意味がある。それは、賠償範囲を画定するために、「契約」を手がかりとして何を判断すればよいのか――どのような事項についての契約上の規律を明らかにすればよいのか――を指示するという意味・機能である。416条（２項）でいうならば、――単に、「賠償されるべき損害（利益）の範囲」に関する契約上の規律を明らかにするのではなく――「債務者の不履行時の損害予見・回避義務の範囲（債権者が不履行時に確保していた利益の範囲）」に関する契約上の規律を明らかにすることが求められる（予見の主体につき債務者説、予見の時期につき不履行時説を採用した場合）。要するに、――「新しい契約責任論」の考え方のもとでは――契約責任に関するデフォルトルールは、「契約」を手がかりとした「判断の対象」を明確化・具体化するという役割を（も）担っているということができる（したがって、契約責任法学の重要な課題（の１つ）は、契約責任における各論点について、「契約」を手がかりとした「判断の対象」をより明確化・具体化していくことにある）。

費用の賠償においては、履行状態実現措置の妥当性基準や、「過分の費用」の場合の賠償の制限というルールが妥当する。妥当性基準においては、例えばその下位基準の１つとして合理性基準（時期の合理性・市場の合理性・金額の合理性）が問題となるが、ここでも、どこまでの履行状態実現措置を「合理的」と評価するかという点について、当該「契約」の趣旨を見出すことができる場合には、それが尊重されるべきである[41]。また、「過分の費用」ルールにおいては、「履行状態実現措置によって実現される債権者の利益」との関係で「債権者が履行状態実現措置に要する費用額」が過分であるかどうかが問われることとなるが、ここで「費用額」と比較される「債権者の利益」[42]は、「契約」に照らしてその範囲が画されるべきである。他方、給付の客観的価値の賠償においては、「債権者の投機の排除」の観点からの基準時の制約が重要な問題となる[43]。ここで、仮に基準時の「個別的排除」の考え方を採用した場合には、債権者が信義誠実に反する形で基準時を先延ばしにした場合――例えば、債権者が投機目的で履行に代わる損害賠償の請求を遅らせた場合――に例外的にその基準時が排除されるが、ここでも、どこまでの先延ばしが許されるかについて、当該「契約」の趣旨を見出すことができる場合には、それが尊重されるべきであろう。

さらに、利用利益喪失損害の賠償においては、予見可能性基準による賠償範囲の画定（416条２項）が行われる。ここでは、「債権者が（債権の内容として）債務者との関係で確保した利益については、賠償範囲に

[41] 例えば、目的物の市場価格が騰貴している場合に、不履行に直面した債権者がどの程度迅速に填補購入を行わなければならないのかという点は、目的物の種類等によっても変わってくると考えられる。こうした点は、補充的契約解釈や、取引上の社会通念等による契約内容の補充を通じて、合理性基準に反映されることになろう。

[42] より正確にいうと、ここでいう「債権者の利益」とは、「現実給付取得利益」のことである。そのため、「現実給付取得利益」を費用額と比較するためには、「現実給付取得利益」を一定の金額に評価するという作業が必要となる。この点については、連載第８回の注（77）を参照。

[43] なお、「債権者の投機の排除」の観点からの基準時の制約は、（処分自由論肯定説を採る場合の）仮定的履行状態実現費用の賠償においても問題となる。

含まれる」というルールが適用されるが、その際、「債権者が確保した利益」の範囲は、「契約」に照らして画定されるべきである（この点において、保護範囲説・契約利益説の考え方が支持されるべきである）[44]。

以上のとおり、本稿の提示する理論枠組みは、「新しい契約責任論」と対立するものではない。むしろ、本稿は、「新しい契約責任論」の考え方を、金銭的評価の分野[45]においても推し進めていくための基盤を提

---

[44] このようにみると、（利益としての）「債権」には、結局、２つのレベルのものがあるとみることができる。

１つは、「給付結果」である。売買における目的物の取得や、請負における仕事の完成がこれにあたる。この「給付結果」は、一方で、債権者に与えられる各種の救済手段の基礎となる権利としての意味を持つ。つまり、「給付結果の不実現」という意味での債務不履行を要件として、各種の救済手段が発動する。他方で、この「給付結果」は、損害賠償の枠内においては、「現実的な保護」（履行状態実現費用の賠償）および「価値的な保護」（給付の客観的価値の賠償）の対象となる。

もう１つは、「保護範囲に含まれた利用利益」である（なお、これが債権の内容を構成することについては、連載第８回の第３章第１節１（２）ア（イ）ｂ（ｂ）（101頁以下）を参照）。（予見すべき）転売利益や営業利益がこれにあたる。この「保護範囲に含まれた利用利益」は、それ自体としては救済手段の基礎となる権利ではない。つまり、いうまでもなく、債務者が給付をしたにもかかわらず債権者が利用利益の実現に失敗したという場合には、債務不履行は認められず、各種の救済手段は発動しない。他方で、この「保護範囲に含まれた利用利益」は、１つ目の意味での「債権」（＝「給付結果」）について不履行があった場合には、損害賠償の枠内で、「価値的な保護」（給付の利用利益の価値の賠償）の対象となる。

以上の２つのレベルの「債権」は、いずれも、「契約」に照らして（「契約」を手がかりとして）その内容が確定されるべきである。このとき、「契約」が「給付結果の内容」についてどのように規律しているのかという判断と、同じ「契約」が「利用利益の保護範囲」についてどのように規律しているのかという判断は、「判断の対象」が異なる以上、明確に区別して行われなければならない。

[45] なお、そもそも「新しい契約責任論」の考え方を金銭的評価論にも適用してよいのかという点も問題となるが、金銭的評価論においても――契約責任の他の分野と同様――私的自治の尊重という観点から、「契約の趣旨」が見出される場合にはそれを可能な限り尊重すべきであろう（もっとも、賠償範囲論と比べると、金銭的評価論において、当該契約特有の趣旨が見出されることは少な

供しようとするものである（要するに、本稿の理論枠組みと「新しい契約責任論」は、いわば「相補関係」にある）。なお、本稿の提示した理論枠組み――責任内容確定のための諸ルール――も、それ自体として任意規範である以上、当事者が別段の合意――例えば、賠償額の予定――によってその内容を修正することができることはいうまでもない。

（３）責任成立論への影響

最後に、責任内容論に関する本稿の理論枠組みが、責任成立論に対して何らかの影響をもたらすのかという点について簡単に論じておきたい。というのも、損害論について本稿の理解に立った場合、一見すると、「本旨不履行要件（改正民法415条１項本文）と帰責事由ないし免責事由要件（改正民法415条１項ただし書）の関係」という論点について、論理必然的に、ある一定の立場が導かれるようにもみえるからである。すなわち、一般的な理解によると、履行請求においては、債務者の帰責事由の不存在[免責事由の存在]による免責が認められないのに対して、損害賠償請求においては、――本旨不履行要件を充足する場合でも――帰責事由の不存在［免責事由の存在］による免責が認められる[46]。こうした両請求における要件のずれの根拠についてはなお議論の途上にある[47]が、例えば、次のような説明が考えられよう。つまり、債務の履行請求は、「約束」の範囲内の負担を債務者に課すものにすぎないのに対して、損害賠償請求は、「約束」の範囲を超えた負担を債務者に課すものである。したがって、そうした「約束」の範囲を超えた不利益賦課の

い――取引上の社会通念や信義則に依拠すべき場面が比較的多くなる――ようにも思われる）。なお、契約責任における私的自治の妥当範囲については、笠井・前掲注（39）112頁も参照。

[46] 例えば、潮見・前掲注（11）379頁、磯村編・前掲注（９）533頁［小粥］。ただし、手段債務においては免責事由の有無の判断が本旨不履行の有無の判断に吸収されるため、免責事由の有無について別途判断が要求されるのは、もっぱら結果債務の場合であるとされる（潮見・同380頁以下）。

[47] 例えば、中田裕康「損害賠償における『債務者の責めに帰することができない事由』」瀬川信久＝能見善久＝佐藤岩昭＝森田修編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣・2019年）268頁以下、磯村編・前掲注（９）538頁以下［小粥］を参照。

正当化根拠として、「懈怠」――「なすべきことを怠ったこと」――が必要である。その懈怠を確保するための要件として、――本旨不履行とは別に――帰責事由が要求されるという説明の仕方である[48]。こうした見方を前提としたとき、本稿が観念する３種類の異なる損害（賠償）のうち、特に「履行状態実現費用の賠償」においては、帰責事由要件が不要となるようにもみえる。なぜなら、履行状態実現費用の賠償は、――履行請求と同じく――「現実の給付結果」という利益の実現を目的としており、「約束」の範囲内の負担を債務者に課すものにすぎないようにもみえるからである[49]。

確かに、債務者が賠償すべき「損害」の観点――裏を返すと、損害賠償によって債権者のもとに実現される「利益」の観点――のみに着目し

---

[48] 山本敬三「債務不履行責任における『帰責事由』」同『契約法の現代化Ⅱ――民法の現代化』381頁以下（商事法務・2018年・初出2011年）によると、「新たな契約責任論」は債務不履行に基づく損害賠償責任の根拠を「契約の拘束力」に求めるが、これは厳密にいうと２つの考え方に分かれる。１つは、「懈怠責任（違約帰責）構成」である。これは、「なすべきことを怠った者は、責任を課せられても仕方がない」という「懈怠責任」の考え方を前提とし、その「なすべきこと」が「契約の拘束力」により基礎づけられるとする考え方である（なお、不法行為における過失責任も懈怠責任であるが、「なすべきこと」が「社会生活において要求される注意を尽くすこと」であるという点で異なる）。もう１つは、「契約効果構成」である。これは、「債務者は特定の行為をすることを契約で約束した以上、それをしなかったときに責任を負うことまで約束した」とみる考え方である（なお、山本自身は、「契約効果構成」の考え方を示している。同383頁注（６）、同・前掲注（38）92頁）。

本文で挙げたのは、このうち「懈怠責任（違約帰責）構成」を前提として、履行請求と損害賠償請求の要件のずれを説明する考え方である（潮見・前掲注（11）378頁注（38）も参照）。

[49] なお、履行状態実現費用の賠償以外の２種類の損害賠償――給付の客観的価値の賠償および利用利益喪失損害の賠償――についても、見方によっては、――賠償対象となる「給付結果（の客観的価値）」の範囲および「利用利益」の範囲（契約利益の範囲）が契約によって画されることから――「約束」の範囲内の負担を債務者に課すものにすぎないとみる余地がある。しかし、これらの損害賠償についても、本文で以下述べるのと同様の理由により、こうした見方は論理必然的なものではない。

た場合には、履行請求と履行状態実現費用の賠償の間には違いがない。しかし、損害賠償という救済手段が債務者に課す「行為」の観点にも着目した場合には、両者の間には大きな違いがある[50]。すなわち、履行請求においては、債務者に課される行為は「（現実の）給付行為」――売買目的物の引渡しや仕事の完成――であり、これは、契約によって基礎づけられるものとして、「約束」の範囲内の負担であるとみることができよう。これに対して、履行状態実現費用の賠償においては、債務者に課される行為は「損害賠償金の支払」であり、これは、本来の「給付行為」とはまったく性質の異なる行為である以上、あくまで法によって基礎づけられた、「約束」の範囲を超える負担であるとみることが十分に可能である。もちろん、どこまでを契約ないし約束の範囲とみるかはそれ自体極めて難しい問題であり[51]、ここでその結論を出すことはできないが、少なくとも、本稿のような損害論の理解を採ったからといって、論理必然的に、履行状態実現費用の賠償について帰責事由不要説が導かれるわけではないということを確認しておくことは重要であろう[52]。

---

[50] 債権者の救済手段について考察する際には、当該救済手段が債務者に課す「行為」と、その行為によって債権者のもとに実現される「利益」という2つの観点を区別することが重要であると考えられる。この点については、連載第2回の注（147）も参照。なお、「債務」（「債権」）という概念における「利益」の観点と「行為」の観点の区別については、連載第8回の注（67）を参照。

[51] この点については、特に、山本・前掲注（38）99頁以下を参照。

[52] 履行状態実現費用の賠償に限らず、債務不履行に基づく損害賠償一般について、本旨不履行要件と帰責事由（ないし免責事由）要件の関係を検討するにあたっては、改正民法415条1項の規定の仕方――文言上は、本文の本旨不履行要件と、ただし書の帰責事由（ないし免責事由）要件が別個独立の要件として定められていると解釈するのが自然であること（潮見・前掲注（11）379頁を参照）――のほか、解除においては帰責事由が不要とされていること――要するに、損害賠償において帰責事由要件不要説（本旨不履行要件と帰責事由要件を統合する見解）を採った場合、解除の要件論において不都合が生じる可能性があること（道垣内弘人「債務者の帰責事由の位置づけ」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約（1）』（商事法務・2018年）50頁以下を参照）――に留意する必要があろう。

他方で、履行状態実現費用の賠償について、帰責事由要件必要説を採用する

第2節　先行学説・判例の分析

本節では、以上で示した理論枠組みに照らして、先行学説・判例を分析する。本節の目的は、本稿の立場と先行学説・判例の間の共通点およ

にあたっては、次のような問題に取り組む必要がある。すなわち、履行請求・追完請求の強制執行としての代替執行(民事執行法171条1項1号)においては、債務者の帰責事由が不要であるにもかかわらず、経済的にみれば、履行状態実現費用の賠償の場合と同様の負担――要するに、約束の範囲を超える負担――を債務者に課す結果となる。これは、両救済手段の間でバランスを欠くことになるのではないかという問題である。学説では、特に、契約不適合給付が行われた場合の「修補請求」と「修補費用の賠償請求」の関係を念頭にこの問題が論じられている。そこでは、一方で、修補費用相当額の請求につき、賃貸借に関する607条の2・608条1項の類推適用または不当利得(費用利得)により基礎づけることで、帰責事由を不要とする見解が主張されている(磯村保「売買契約法の改正――『担保責任』規定を中心として」Law&Practice10号(2016年)71頁、同『事例でおさえる民法 改正債権法』(有斐閣・2021年)277頁以下・328頁。松岡久和＝松本恒雄＝鹿野菜穂子＝中井康之編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社・2020年)754頁〔北居功〕も参照)。他方で、「現実賠償」の考え方に基づき、修補請求に帰責事由を必要とする見解も示されている(磯村編・前掲注(9)534頁〔小粥〕は、森田宏樹の「現実賠償」の考え方によると、修補請求においても「免責事由の抗弁が許容されることにもなりそうである」と指摘する。ただし、森田宏樹自身は、追完請求権の要件判断において不適合の「帰責原因や非難可能性の程度」が考慮されることを指摘し、改正民法562条2項をその観点から説明するものの、損害賠償と同様の意味での免責事由の抗弁を認めるとまでは明言していない(森田宏樹「売買における契約責任――契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久＝能見善久＝佐藤岩昭＝森田修編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣・2019年)283頁・287頁以下。同『契約責任の帰責構造』(有斐閣・2002年)244頁以下・251頁以下も参照))。この問題については慎重な検討を要するが、①修補請求の代替執行においては、確かに帰責事由は不要であるが、民事執行法所定の手続を踏む必要があり、帰責事由の要否のみに着目して両救済手段のバランスを論じることは必ずしも適切ではないのではないかという観点や、②追完に代わる損害賠償について付加要件必要説を採ると、付加要件の要否という点にもずれが生じるが、付加要件に関する要件のずれと、帰責事由要件に関する要件のずれという2つの問題の間に何らかの連関があるのかという観点などからの考察が必要であるように思われる。

び相違点を明らかにすることにある。

1　損害論

まず、損害論についてみていく。

（1）金額差額説（伝統的通説）

伝統的通説は、金額差額説を採る。

ア　内容

（ア）損害の定義

この見解を代表する於保不二雄によると、「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[53]。

（イ）損害概念の構成要素

この損害概念を構成要素ごとに分解すると、以下のようになると考えられる。

a　多元的損害把握の採否――一元的損害把握

まず、金額差額説は、契約責任法においては性質の異なる複数の種類の損害概念がある――そして、そのそれぞれにおいて責任内容の確定方法が異なる――という、本稿のような考え方を採っていない。前記の定義に示された（1種類の）損害概念のみを観念する立場に立っている。

b　規範的損害把握の採否――事実的損害把握

次に、損害は事実的に[54]把握することができる――したがって、損害

---

[53] 於保不二雄『債権総論』（有斐閣・新版・1972年）135頁。同様の見解として、近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法 債権編 総則 上巻』（巖松堂書店・1934年）172頁、田島順『債権法』（弘文堂書房・1940年）46頁。また、鳩山秀夫は、「財産的損害ハ損害ノ原因タル事実ガ発生セザリシモノト仮定シタル財産状態ト現実ノ状態トノ差異ノ全部ナリ」としており（鳩山秀夫『日本債権法 総論』（岩波書店・増訂改版・1925年）65頁）、損害概念に金額を含める立場かどうかが定義上は明確ではない。しかし、彼が賠償範囲論と金銭的評価論を融合する立場に立っている（同80頁以下）ことを踏まえると、彼もまた、損害概念に金額を含める立場、つまり金額差額説を採用しているものとみることができる。

[54] ここでいう「事実的に」とは、「賠償範囲の画定という規範的判断を容れずに」

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――と考えるべきか、それとも、損害は規範的にしか把握することができない――つまり、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――と考えるべきかという問題がある。

これについて、金額差額説は、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している[55]ことから、前者の立場に立っているものとみられる。なお、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が、これは、損害の把握と賠償範囲の画定という異なる２つの作業を損害の定義中に取り込んだものとみるべきであり、後者の立場に立っているものとみるべきではない。

c　個別的損害把握の採否――総体財産着目説

続いて、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。これについて、金額差額説は、損害の定義からして、前者の立場に立っているものとみられる[56]。

d　金額包含的損害把握の採否――金額包含的損害把握

最後に、損害概念に金額を含めるかどうかという問題がある。これについて、金額差額説は、損害の定義からして、損害概念に金額を含める立場に立っている。本稿の冒頭でも述べたとおり、だからこそ、金額差額説においては、賠償範囲論と金銭的評価論が融合することになるわけである。

イ　評価

以上のような内容を持つ金額差額説は、本稿の立場からは、以下のように評価されることになる。

という意味であり、「一切の法的評価を容れずに」という意味ではない。

[55] 近藤＝柚木・前掲注（53）182頁、田島・前掲注（53）52頁を参照。

[56]（金額）差額説の定義が意味しているのが仮定上の財産の総額と実際上の財産の総額の差額であることにつき、石坂音四郎『日本民法 債権総論 上巻』（有斐閣・1916年）284頁を参照。なお、総体財産に着目する見解と、「個別損害項目積算方式」は相容れないものではない（総体財産の減少としての損害を、「個別損害項目積算方式」によって把握するということは十分に考えられる）。

（ア）意義――利用利益喪失損害についての正当な損害把握

一方で、金額差額説は、本稿が観念する損害概念のうち、利用利益喪失損害についての正当な損害把握を示した点に意義があるといえる。というのも、損害が総体財産の喪失（ないし減少）として把握され[57]、また、損害概念に金額が含まれる[58]というのは、まさに利用利益喪失損害の特徴と一致しているからである。このことは、そもそも本稿が観念する利用利益喪失損害が、ドイツの金額差額説が観念する損害概念に由来するものであることを踏まえると、当然のことであるといえる。

（イ）問題点――本体喪失損害概念の不承認

他方で、金額差額説は、本稿が観念する損害概念のうち、本体喪失損害を承認していない。このことは、金額差額説が、債務不履行に基づく損害賠償の枠内で、（債権者による給付の具体的な利用態様にかかわらず）債権自体を保護することを目的とした損害賠償を認めることができない――とりわけ、「客観的損害計算」を認めることができない――ことを意味する。この点において、金額差額説には問題がある。

（2）損害事実説（平井、奥田、淡路、高橋）

次に、損害事実説をみていく。この見解を代表するのは平井宜雄であり、その後の論者としては、奥田昌道、淡路剛久、高橋眞といった論者がこの見解に属するものと考えられる。

ア　内容

（ア）損害の定義

平井によると、「損害とは、損害の事実を言うと考えるべき」であり[59]、その「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

---

[57] 本稿では、これが利用利益喪失損害の特徴であるとは明示的には述べてこなかったが、これはドイツの金額差額説が観念する損害概念の特徴である（連載第1回の第2章第2節1（1）ウ（イ）c（a）（101頁以下）を参照）ことから、利用利益喪失損害の特徴でもあると考えることができる。

[58] これが利用利益喪失損害の特徴であることにつき、連載第2回の第2章第2節1（1）エ（ア）b（b）2）（228頁）を参照。

[59] 平井宜雄『債権総論』（弘文堂・第2版・1994年）68頁。

観念される一定の事態」である[60]。平井は、損害の具体例として、「履行期に目的物の引渡がなかったという事実」、「そのために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、「転売先に違約金を支払った」という事実を挙げている[61]。

（イ）損害概念の構成要素

この損害概念を構成要素ごとに分解すると、以下のようになると考えられる。

a　多元的損害把握の採否――一元的損害把握

まず、平井においては、損害事実には性質の異なる複数の種類のものがあり、そのそれぞれにおいて責任内容の確定方法が異なるという考え方が採られているわけではない。したがって、平井も、――本稿の立場とは異なり――1種類の損害概念のみを観念する立場に立っているといえる[62]。

---

[60] 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971年）162頁。なお、奥田は、損害を、「給付の欠如が債権者にもたらしている財産的不利益の総体」と定義する（奥田昌道『債権総論』（悠々社・増補版・1992年）171頁、奥田昌道＝佐々木茂美『新版 債権総論 上巻』（判例タイムズ社・2020年）274頁）。奥田においては、非財産的損害をも含めた定義として、「ある人が被った不利益」という定義も示されており（奥田・同171頁）、高橋はこの定義をそのまま採用する（高橋眞「損害賠償と損害の表象」同『民事判例の観察と分析』113頁（成文堂・2019年・初出2014年））。淡路は、損害を、「個々の法益に生じた不利益そのもの（現実的損害説）あるいは損害の事実そのもの（損害＝事実説）」と定義する（淡路剛久『債権総論』（有斐閣・2002年）167頁）。

[61] 平井・前掲注（59）68頁以下。

[62] もっとも、損害事実説と、1種類の損害概念のみを観念する立場との間には、論理必然的な結びつきはない。例えば、北川善太郎は、奥田の定義を参考にしつつ、損害を、「一定の侵害原因事実によってもたらされた債権者の財産的不利益」と定義しており（奥田昌道編『注釈民法（10）』（有斐閣・1987年）474頁［北川善太郎］）、損害事実説に属するものとみることができる。しかし、北川は、「損害項目」――「損害の発生、賠償範囲の決定や損害額の算定において独立の単位として法的な判断の対象となる個別の損害」（同486頁）――という概念を導入したうえで、損害項目ごとの特性を踏まえて賠償範囲論や金銭的評価論を考えるべきことを示唆している（同487頁以下）。その損害項目としては、「給付価値損害」と「給付価値を前提にして入手しえた利益が取得しえなかったい

b　規範的損害把握の採否――事実的損害把握

次に、平井は、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している[63]ことから、損害は事実的に把握することができると考える立場に立っているものとみられる[64]。

c　個別的損害把握の採否――不明

続いて、平井は、（契約責任法における）損害概念の内容について、定義と具体例を示す以上に立ち入った説明を加えていないため、平井が、損害を総体財産の減少（を構成する個別損害項目）として把握しているのか、それとも個別客体の喪失として把握しているのかは、必ずしも明らかではない[65]。

d　金額包含的損害把握の採否――金額非包含的損害把握

最後に、平井は、損害概念に金額を含めない立場に立っている[66]。本稿の冒頭でも述べたとおり、だからこそ、平井の損害事実説においては、

わゆる得べかりし利益」が区別されている（同488頁）。このようにみると、北川の見解は、――具体的に損害項目ごとに責任内容の確定方法がどのように異なるのかについては明らかではない点も多いものの――複数の種類の損害概念を観念する立場（とりわけ、後に紹介する潮見佳男の見解）の萌芽として評価することもできる。

[63] 平井・前掲注（59）50頁を参照。奥田・前掲注（60）172頁、高橋・前掲注（60）73頁も同様。

[64] もっとも、平井は、「日本民法の解釈論としては、損害概念一般を定義する法技術的必要は乏しく、損害賠償の内容に解消されると考えるべきである」とも述べており（平井・前掲注（59）68頁。同様の問題意識は、すでに同「『損害』概念の再構成（１・未完）」法学協会雑誌90巻12号（1973年）２頁にみられる）、損害は規範的にしか把握することができないと考える立場に接近しているとみることもできる。

[65] これに対して、淡路においては、先に述べたように、「個々の法益に生じた不利益そのもの（現実的損害説）」という定義が採用されている（前掲注（60）を参照）ため、損害が個別客体の喪失として把握されていることが明らかである（淡路・前掲注（60）167頁注（11）も参照）。他方、奥田や高橋においては、損害が総体財産（総体利益）の減少として把握されているものとみられる。

[66] 平井・前掲注（60）259頁以下、同・前掲注（59）50頁以下・68頁。

賠償範囲論と金銭的評価論が分離されることになるわけである。

なお、後に述べるとおり、平井も、具体的な事案においては、抽象度の低い［具体度の高い］損害事実――例えば、転買主への100万円の損害賠償金の支払――を損害として捉えることがある。その場合、確かに、実質的には賠償範囲論と金銭的評価論が融合することになる。しかし、今ここで問題としているのは、あくまで一般論として、損害概念に金額を含めるかどうかであり、平井が一般論として損害概念に金額を含めない立場に立っているということに変わりはない。

イ　評価

以上のような内容を持つ損害事実説は、本稿の立場からは、以下のように評価されることになる。

（ア）意義――金額非包含的損害把握がされる損害概念の承認

一方で、平井の見解は、金額が含まれない損害概念を認めた点に意義がある。本稿においても、金額が含まれない損害概念として本体喪失損害を観念しているように、契約責任法においては、（金額が含まれる損害概念だけでなく、）金額が含まれない損害概念を認めるべきである。平井の見解は、このことを示したものとして評価すべきである。

（イ）問題点――金額差額説からの過度の脱却

他方で、平井の見解には、以下のような問題がある。

平井の見解は、金額が含まれない損害概念を認めるのと引換えに、金額差額説において観念されていた損害概念を放棄している。しかし、ドイツにおける転売利益非限定説が金額差額説に従った損害把握を放棄していなかったように、日本においても、金額差額説から完全に脱却すべきではない。つまり、金額が含まれない損害概念を認めるのであれば、金額差額説が観念する損害概念――利用利益喪失損害に適合的な損害概念――に加えて認めるという形をとるべきである。その理由は、以下の２点にまとめられる。

第１に、前述のように、本体喪失損害と利用利益喪失損害は根本的に賠償目的を異にする損害概念であり（債権自体の保護／給付の利用の自由の保護）、理論的には明確に区別されるべきものである。

第２に、両損害概念を明確に区別しないことは、実践的な問題も引き

起こしうる。

確かに、損害事実説のもとでも、本体喪失損害（に相当するもの）が問題となる場面（目的物の客観的価値の賠償や、填補購入費用の賠償など）では抽象的に損害事実を捉え（損害＝給付の不取得）、利用利益喪失損害（に相当するもの）が問題となる場面（転売利益・営業利益の賠償や、転買主への違約金相当額の賠償など）では具体的に損害事実を捉える（損害＝転売利益○○円の喪失）ことによって、本稿と同様の責任内容の判断方法を採ることは一応可能である。

しかし、平井の損害事実説のもとでは、損害事実の捉え方に明確なルールがないために、損害事実の捉え方が安定せず、必ずしも望ましくない方法で責任内容が判断されてしまうおそれが残る。すなわち、この見解のもとでは、本体喪失損害（に相当するもの）であるにもかかわらず、金額も含めて具体的に損害事実を捉えてしまう――その結果、例えば、予見不可能な価格騰貴に伴って高額化した損害額を賠償範囲から外してしまう――といった問題や、逆に、利用利益喪失損害（に相当するもの）であるにもかかわらず、金額を捨象して抽象的に損害事実を捉えてしまう――その結果、例えば、債権者が取得していたであろうとは認められない利益額や、予見すべきとはいえない利益額の賠償を認めてしまう――といった問題が生じかねない[67]。これこそが、損害論の段階で本体喪失損害と利用利益喪失損害を明確に区別しておかないことの、決定的な問題である。

（３）規範的損害論

続いて、規範的損害論をみていく。

ア　純粋金銭賠償一元説（潮見）

まず、規範的損害論を代表する潮見佳男の見解をみていく[68]。

---

[67] なお、平井自身がそのような損害事実の捉え方および責任内容の判断方法を採用しているという趣旨ではない。平井自身の理解については、後ほど取り上げる（本節２（１）ア（ア）ｂおよび連載第10回の基準時問題の箇所を参照）。

[68] なお、以下でみていく潮見の見解は、不法行為法における損害概念に関する彼の見解を契約責任法における損害概念にも及ぼしたものである。不法行為

（ア）内容

a　損害の定義――事実状態比較説

潮見によると、損害とは、「債務不履行がなければ債権者が置かれたであろう仮定的な事実状態と、債務不履行の結果として債権者が現実に置かれている事実状態との『差』」である[69]。

b　損害概念の構成要素

この損害概念を構成要素ごとに分解すると、以下のようになると考えられる。

（a）規範的損害把握の採否――規範的損害把握

潮見によると、――不法行為法における損害だけでなく――債務不履行に基づく損害賠償における損害も、「規範的評価に彩られたもの」であり、「損害とは何か」が論じられる際には、「同時に、賠償されるべき損害の範囲がどこまでか……が論じられる」ことになる[70]。つまり、「賠償範囲の問題……と切り離された損害概念に独自の法技術的意味はなく、賠償されるべき損害とは何かを端的に論じれば足りる」[71]。

先に述べた損害の定義に照らすと、仮定的事実状態がどのようなものか、および現実の事実状態がどのようなものかを確定する際に、規範的評価が介在することになる[72]。

法における損害概念に関する彼の見解については、潮見・前掲注（22）1頁を参照。

[69] 潮見・前掲注（11）440頁。

[70] 潮見・前掲注（11）433頁以下。

[71] 潮見・前掲注（11）434頁。もっとも、潮見は、損害概念の法技術的意味を否定するだけであって、損害論を論じることの意味が完全に否定されると考えているわけではない。すなわち、潮見は、「損害論や損害概念を語ることに意義を見出すとすれば、それは、債務不履行を理由とする損害賠償の制度は何を目的としたものであるかという損害賠償制度の目的や理念を個々の債務不履行事例に投影し、賠償されるべき損害の範囲の決定に正当性を与え、損害賠償制度全体、ひいては契約制度や権利体系全体に体系的一貫性をもたらす点に求められるべきである」とする（同435頁）。

[72] 潮見・前掲注（11）441頁以下。

１）規範的評価の視点――損害賠償請求権の権利追求機能

その規範的評価は、損害賠償請求権の「権利追求機能（権利保護機能）」という視点から行われる。すなわち、債務不履行に基づく損害賠償請求権は、「『契約上の地位』ないしは『債権』という権利」を金銭によって価値的に実現するものである[73]。

２）権利追求機能の現れ方

この権利追求機能の現れ方には、以下の２つがある[74]。

ア）第１の現れ方――給付の客体それ自体の価値の保障

第１に、権利追求機能は、「契約により得ようとした利益（給付利益）それ自体のもつ金銭的価値を保障するものとしてあらわれる（給付の客体それ自体の価値の賠償）」。

イ）第２の現れ方――給付の客体を用いた人格の展開により得られたであろう財産的利益の保障

第２に、権利追求機能は、「債権者がその保持したであろう給付利益を用いて社会生活のなかで人格的活動を展開することにより得るであろう財産的利益を保障するもの、すなわち、被害者が社会生活のなかで権利・法益の客体を用いて自己の人格を自由に展開すること（人格権・自己決定権に由来する人格の展開の自由。財産管理・処分の自由を含む）によって享受することができた財産状態を被害者に実現することを目的とした賠償（人格の展開の自由が侵害されたことにより、被害者の総体財産に生じた損害の賠償）としてあらわれる」。

（ｂ）多元的損害把握の採否――多元的損害把握

このようにみると、潮見は、性質の異なる２種類の損害概念を観念しているものとみることができる[75]。

---

[73] 潮見・前掲注（11）433頁・441頁。

[74] 潮見・前掲注（11）441頁。

[75] 潮見・前掲注（11）441頁のほか、潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社・2021年）158頁以下も参照。なお、この２種類の損害概念の間での責任内容の確定方法の違いとしては、とりわけ、人的基準の違いが問題となる。この点については、

1）第1の損害概念――給付の客体それ自体の価値（の喪失）

第1の損害概念は、給付の客体それ自体の価値（の喪失）である[76]。この第1の損害概念を基礎とする賠償は、権利の追求を直接的に実現するもの――本稿の用語を用いるならば、債権自体を保護する機能を有するもの――として理解されていると考えられる。

2）第2の損害概念――給付の客体を用いた人格の展開により得られたであろう財産的利益（の喪失）

第2の損害概念は、給付の客体を用いた人格の展開により得られたであろう財産的利益（の喪失）である[77]。この第2の損害概念を基礎とする賠償も、権利追求機能を有するものであるとされているが、この賠償は、直接的には、給付の客体を用いた人格の展開の自由を保護するもの――本稿の用語を用いるならば、給付の利用の自由を保護する機能を有するもの――として理解されていると考えられる。権利の追求は、そうした自由を保護することを通じて――いわば間接的に――実現されるものとして理解されているとみるべきであろう[78]。

（c）個別的損害把握の採否

この2種類の損害概念は、総体財産の減少として把握されるのか、それとも個別客体の喪失として把握されるのかという点において異なると考えられる[79]。

連載第10回で取り上げる。

[76] 潮見・前掲注（75）158頁では、「客体損害（給付結果の保持、すなわち、給付保持力に関係する損害）」と呼ばれている。

[77] 潮見・前掲注（75）159頁では、「総体財産損害（自己の保有する財産に対する管理・処分権限の行使に結び付けられた財産損害）」と呼ばれている。同159頁以下によると、この中には、営業利益・転売利益の喪失のような消極的損害だけでなく、填補購入費用、修補費用、転売先への違約金の支払といった積極的損害も含まれる。

[78] 本稿が採用した「債権の主観的価値」という考え方（連載第8回の第3章第1節1（2）ア（イ）b（100頁以下）を参照）も、こうした理解の一例であるということができる。

[79] この点は、不法行為法における損害概念に関する潮見の記述（潮見・前掲注

1）第1の損害概念――個別客体着目説

まず、第1の損害概念は、給付の客体それ自体の価値の喪失であるから、個別客体の喪失として把握されているといえる。

2）第2の損害概念――総体財産着目説

これに対して、第2の損害概念は、潮見自身が「被害者の総体財産に生じた損害の賠償」と述べていることからも分かるように、総体財産の減少として把握されているといえる。

（d）金額包含的損害把握の採否――金額非包含的損害把握

もっとも、潮見は、この2種類の損害概念が金額を含むものであるかどうかという点において異なるとは考えておらず、――少なくとも一般論としては――いずれの損害概念にも金額は含まれないと考えているものとみられる[80]。

（イ）評価

以上のような内容を持つ潮見の見解は、本稿の立場からは、以下のように評価されることになる。

a　私見との共通点――本体喪失損害と利用利益喪失損害の二元的把握

一方で、潮見の見解は、本稿と同じように、本体喪失損害と利用利益喪失損害という2種類の損害概念を認めたものと評価することができる。というのも、潮見が観念している（とみられる）2種類の損害賠償の内容や機能をみる限り、潮見における第1の損害概念は本稿における本体喪失損害（のうち給付の客観的価値の喪失）、潮見における第2の損害概念は本稿における利用利益喪失損害に対応するものとみることができるからである[81]。複数の種類の損害概念を観念するという考え方を

(22) 34頁）においてはより明瞭に表れている。

[80] 奥田昌道編『新版注釈民法（10Ⅱ）』（有斐閣・2011年）278頁以下［潮見佳男］を参照。

[81] このことは、潮見が第1の損害概念を個別客体の喪失として把握し、第2の損害概念を総体財産の減少として把握している点にも裏づけられる。もっとも、損害概念に金額を含めるかどうかという点については――潮見においてこの観点はさほど重視されていないと思われるが――本稿とは異なる理解が示さ

採る論者が数少ないなかで、潮見の見解は、そうした考え方を採るものとして大きな意義を持っているといえる。

b　私見との相違点――履行状態実現費用の賠償の不承認

他方で、潮見の見解には、本稿の立場と異なる点もある。それは、潮見が履行状態実現費用の賠償を観念していない点である。これは、潮見が債務不履行に基づく損害賠償請求権は「『契約上の地位』ないしは『債権』という権利」を金銭によって価値的に実現するものであるとしている点に表れている。要するに、潮見においては、本稿でいう純粋金銭賠償にあたるもののみが観念されているわけである[82]。先ほど本体喪失損害に対応するものであると指摘した第1の損害概念――給付の客体それ自体の価値の喪失――が、本体喪失損害のうち給付の客観的価値の喪失とのみ対応するものであるのも、そのためである。

とはいえ、履行状態実現費用の賠償を観念しないことは、（事実的）填補購入費用の賠償や（事実的）瑕疵除去費用の賠償を認めないことを意味するわけではない。というのも、ドイツ法の検討から明らかであるように、履行状態実現費用の賠償を観念しない立場においても、事実的填補購入費用の賠償や事実的瑕疵除去費用の賠償を利用利益喪失損害の賠償として認めることができるからである[83]。実際、潮見も、填補購入費用や修補費用の賠償を、第2の損害概念を基礎とする賠償として認めている[84]。

れている。

[82] 不法行為法に関する潮見の見解につき同様の理解を示すものとして、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）294頁以下。

[83] 連載第2回の第2章第2節1（2）イ（イ）a（a）2）（245頁以下）を参照。

[84] 潮見・前掲注（11）436頁、同・前掲注（75）160頁。ただし、同・前掲注（75）161頁では、売主が契約不適合給付を行った場合の「追完に代わる損害賠償」の内容につき、填補の方法の観点からは、（a）不適合があることによる買主の状態の差を金銭で填補するという観点から「買主の契約利益の価値的実現をめざすもの」――減価分の賠償が想定されていると考えられる――と、（b）「給付価値の補充という観点から、契約の内容に適合しない給付がされた状態を契約の内容に適合した給付がされた状態へと補正するために必要な費用相当額を

しかし、すでに詳細に論じたように[85]、履行状態実現費用の賠償を観念する立場と観念しない立場とでは、「賠償の根拠との整合性」、「具体的な論点の検討ないし説明に際しての有用性」という2点において、前者の立場に優位性が認められる。

イ　原状回復費用賠償・純粋金銭賠償二元説（長野）

次に、長野史寛の見解をみていく。長野が検討対象としたのは、不法行為法における「責任内容論」――「一定の事実（権利侵害）が加害者に帰責されたときに、加害者が当該事実について負うべき損害賠償責任の内容はいかにして定まるか」という問題[86]――であり、契約責任法における損害論や責任内容論は、検討対象から外れている。しかし、長野が不法行為法において示した理論枠組みは、本稿が契約責任法において示した理論枠組みと共通する部分が大きいため、以下で取り上げることとした。

（ア）内容

長野は、不法行為法において潮見らの規範的損害論が責任内容論における規範的評価を明らかにしようとした姿勢に賛意を示す。そして、従来重視されてきた損害論からはあえて距離を置き、「損害賠償責任の内容はどのような規範に基づいて確定されるのか」という点を直接的に検討するという方法を採る[87]。

a　責任内容確定規範

長野がドイツ法の検討を通じて獲得した責任内容確定規範は、以下のとおりである。

（a）対抗措置規範

まず、「対抗措置規範」――不法行為に対して被害者が対抗措置をと

売主から取得するもの」――修補費用の賠償が想定されていると考えられる――の2つのタイプを区別することができるとされている。このうち（b）は、見方によっては、履行状態実現費用の賠償の発想にもつながりうるように思われる。

[85] 連載第8回の第3章第1節1（2）イ（イ）b（105頁以下）を参照。

[86] 長野・前掲注（82）9頁。

[87] 長野・前掲注（82）14頁以下。

ることに向けられた規範――というものを観念することができる[88]。この「対抗措置規範」は、「侵害された権利ないしそこから得られる『利益』を現実に回復ないし保全することを目指す」ものである[89]。これには、以下の３つの規範が含まれる。

１）権利回復規範

第１は、「権利回復規範」である。これによると、「侵害された権利の完全性を回復するために支出された費用は、被害者の立場から見て合理的に必要な限度において、その費用が賠償される」[90]。この規範に位置づけられる損害項目の典型例は、物損における修補費用[91]や人損における治療費[92]である。

２）権利保全規範

第２は、「権利保全規範」である。これによると、「権利の侵害を回避するために支出された費用」についても、「権利回復規範」の場合と同様に賠償される[93]。この規範に位置づけられる賠償の具体例としては、判例[94]において認められた、建物設計・施工者の当該建物所有者に対する修補費用の賠償が挙げられている[95]。

３）利益保全規範

第３は、「利益保全規範」である。これによると、「侵害された権利が保障する『権限』の行使によって得られる『利益』の喪失を回避するために支出された費用」についても、「権利回復規範」の場合と同様に賠償される[96]。この規範に位置づけられる損害項目の典型例は、物損における代物賃料である[97]。

---

88 長野・前掲注（82）207頁。
89 長野・前掲注（82）226頁。
90 長野・前掲注（82）225頁。
91 長野・前掲注（82）277頁。
92 長野・前掲注（82）284頁。
93 長野・前掲注（82）225頁。
94 最判平成19年７月６日民集61巻５号1769頁。
95 長野・前掲注（82）286頁以下。
96 長野・前掲注（82）226頁。
97 長野・前掲注（82）282頁。

（ｂ）価値補償規範

以上の「対抗措置規範」に対して、「侵害された権利ないしそこから得られる『利益』」について「金銭による価値的な回復を目指す」のが、「価値補償規範」である[98]。これによると、「侵害された権利によって保障される『権限』またはその行使により得られる『利益』が損なわれた場合には、それらの価値が賠償される」[99]。この規範に位置づけられる損害項目の典型例は、物損における物の交換価値[100]や転売利益[101]、人損における逸失利益[102]である。

ｂ　損害概念の要否――不要（かつ有害）

以上のことを踏まえたうえで、長野は、「責任内容論の体系において『損害』要件を独立に立てることは有害無益」であるとする。というのも、損害要件の役割は、「賠償の目的と、賠償によって実現されるべき状態とを明らかにする」ことにあるが、その役割は、長野が示した「責任内容確定規範によってよりよく達成され」る。また、損害要件を独立に立てると、その「統一的理解……を志向しがちになるが、これにはそれぞれの責任内容確定規範の内容の違いを見えにくくしてしまうという問題点がある」[103]。

（イ）評価

以上のような内容を持つ長野の見解は、本稿の立場からは、以下のように評価されることになる。

ａ　私見との共通点――原状回復費用賠償と純粋金銭賠償の二元的把握

一方で、長野の見解は、以下で示すように、原状回復費用賠償と純粋金銭賠償という２種類の賠償方法を観念するものであり、――契約責任

98 長野・前掲注（82）226頁。

99 長野・前掲注（82）225頁。

100 長野・前掲注（82）277頁。ただし、価値補償規範に位置づけられるのは、処分価値によって定められた交換価値である。これに対して、再調達価値は、利益保全規範に位置づけられる。これについては、連載第４回の注(70)も参照。

101 長野・前掲注（82）279頁以下。

102 長野・前掲注（82）284頁。

103 長野・前掲注（82）305頁以下。

法と不法行為法の違いこそあるものの――この点において、本稿の立場――本稿では、「原状回復費用賠償」という語に代えて、契約責任に特化した「履行状態実現費用の賠償」という語を用いてきた――と共通しているということができる。

（a）権利回復規範――原状回復費用賠償

まず、4つの責任内容確定規範のうち、「権利回復規範」は、被害者が権利の完全性を回復する、つまり、「完全性利益」[104]（本稿でいう「現実的利益」）を回復するための措置を講じるために必要となる費用を加害者に対して請求することを認めるものである。したがって、ここで認められているのは、原状回復費用賠償にほかならない[105]。

（b）価値補償規範――純粋金銭賠償

これに対して、「価値補償規範」は、（「権限」または「利益」の）価値の賠償、つまり価値利益[106]の回復を目的とする賠償を認めるものである。したがって、ここで認められているのは、純粋金銭賠償にほかならない[107]。また、「価値補償規範」において認められる賠償のうち、「侵害された権利によって保障される『権限』」の価値の賠償は、本稿でいう給付の客観的価値の賠償、「その行使により得られる『利益』」の価値の賠償は、本稿でいう給付の利用利益の価値の賠償にそれぞれ対応するものとみることができる。したがって、潮見においてみられた、本体喪失損害と利用利益喪失損害という2種類の損害概念を認めるという考え方は、――契約責任法と不法行為法の違いこそあるものの――長野におい

[104] 長野自身も、ドイツの議論を紹介・分析するなかで「完全性利益」の語を用いている（長野・前掲注（82）102頁など）。

[105] 長野が「権利回復規範」を獲得する際の素材としたのが、BGB249条2項1文の「原状回復費用賠償」に関するドイツの議論である（長野・前掲注（82）118頁を参照）から、これは当然のことである。

[106] 長野自身も、ドイツの議論を紹介・分析するなかで「価値利益」の語を用いている（長野・前掲注（82）76頁以下など）。

[107] 長野が「価値補償規範」を獲得する際の素材としたのが、BGB251条の「補償」――「純粋金銭賠償」と同義である――に関するドイツの議論である（長野・前掲注（82）207頁を参照）から、これは当然のことである。

ても維持されているとみることができる[108]。

b　私見との相違点――損害概念は不要（かつ有害）

他方で、長野の見解は、損害要件を有害無益なものであるとする点において、損害論を論じることの有益性を説く本稿と異なる。

この違いが生じたのは、損害概念が一元的なものか多元的なものかについて、長野が採る前提と本稿が採る立場が異なるためであると考えられる。すなわち、長野は、損害概念には１種類のものしかないという従来の考え方を前提とする（批判の対象に据える）からこそ、「賠償の目

[108] なお、「権利保全規範」については、契約責任法においてこの規範（に対応するもの）が問題となりうる具体例として、履行期前の段階ですでに債務者が履行期に履行しない危険が生じている場合において、履行期前に債権者が填補購入をして、それに要した（事実的）填補購入費用の賠償を請求するという事例を想定することができる。しかし、不法行為法とは異なり、契約責任法においては、債務者の現実履行権を考慮に入れる必要がある。債権者が債務者の債務不履行前に行った填補購入に要した費用の賠償を認めると、――現実履行の優先の考え方を採るかどうかにかかわらず、少なくとも債務不履行時までは保障されている――債務者の現実履行権を無に帰することとなってしまう。したがって、契約責任法においては、「権利保全規範」に対応するものを観念すべきではない。なお、債務者が履行期に履行しない危険が高度である場合――例えば、債務者が履行期前に真剣かつ終局的に履行を拒絶した場合――には、そのこと自体を債務不履行と評価することができる（これについては、「契約の危殆化」を理由とする履行期前の解除について論じた松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』（有斐閣・2013年）221頁以下も参照）ため、「権利保全規範」（に対応するもの）ではなく、「権利回復規範」（に対応するもの）、つまり履行状態実現費用の賠償によって処理することができると考えられる。

また、「利益保全規範」については、契約責任法においてこの規範（に対応するもの）が問題となりうる具体例として、履行期が経過しても債務者が売買目的物を引き渡さない場合において、債権者が代替品を賃借して、賃料（相当額）の賠償を請求するという事例を想定することができる。この賠償によって債権者に実現される利益は、一時的な（賃貸借期間限りの）現実給付取得利益であるとみる可能性がある。こうした一時的な現実給付取得利益という概念を観念することができるかどうかは、今後検討すべき課題の１つであるが、仮に観念することができるとすると、「利益保全規範」は、契約責任法においては、いわば履行状態実現費用の賠償の特殊形態として位置づけられることになろう。

的と、賠償によって実現されるべき状態とを明らかにする」という損害要件の役割が「責任内容確定規範によってよりよく達成され」、また、損害要件を独立に立てるとその「統一的理解……を志向しがちになる」と考えるものとみられる。これに対して、損害概念には複数の種類のものがあるという本稿の立場に立つと、まず、前者の点については、現実の給付結果、給付の客観的価値、給付の利用利益の価値という形で、「賠償によって実現されるべき状態」を――少なくとも責任内容確定規範と同程度に――明らかにすることができる。また、後者の点についても、複数の種類の損害概念を観念すれば、損害概念の「統一的理解」が志向されることはない。このように、本稿の立場に立った場合には、損害概念は、長野が説く意味において有害無益なものであるとはいえない。

それどころか、損害論を論じることには、責任内容確定規範を定立することによっては得られない実益がある。というのも、責任内容確定規範は、当然のことながら、責任内容論のみを念頭に置いたものである。これに対して、損害論は、本稿において明らかにしてきたように、責任内容論だけでなく、損害賠償分類論を検討する際にも有益な視点を提供するものである[109]。したがって、――不法行為法とは異なり[110]――損害

[109] 連載第７回の第２章第３節４（２）（71頁以下）を参照。

[110] 不法行為法においても、理論上は損害賠償分類論を問題とする余地はあるが、問題としての重要性が低いことから、議論の対象とはされていない。以下、このことを敷衍しよう。

そもそも、契約責任法における３種類の損害賠償――填補賠償・遅延賠償・単純賠償――の区別は、①給付の受領との両立可能性の観点と、②付加要件の観点という２つの観点に基づくものであった。これらの２つの観点は、不法行為法においても問題になるものだろうか。

まず、①の観点について述べると、不法行為法においては、給付は問題にならないので、給付の受領との両立可能性は問題にならない。もっとも、不法行為法においても、侵害された権利について現実に回復を受けることとの両立可能性を問題にすることは可能である。例えば、妨害物の放置により被害者の土地所有権を侵害している加害者が土地上の妨害物を除去した場合や、物損における加害者が物の修理を行った場合、あるいは、人損における加害者が被害者の治療を行った場合において、このような権利の現実的な回復と両立する損害賠償と、それと両立しない損害賠償の区別を問題にすることは可能である。し

賠償分類論も重要な問題となる契約責任法においては、責任内容論だけに有用な責任内容確定規範よりも、責任内容論と損害賠償分類論の共通の分析視角として機能する損害論のほうが優れているわけである。

2　責任内容論

次に、責任内容論についてみていく。

（1）各履行利益実現手段における責任内容の確定方法（に相当する問題）

まず、各履行利益実現手段における責任内容の確定方法（に相当する問題）についてみていく。

ア　総論的な問題――賠償範囲論と金銭的評価論の分離／融合

総論的な問題については、先行学説が、実際に責任内容を判断するにあたって、賠償範囲論と金銭的評価論を分離しているのか、それとも融合させているのかを――事実的填補購入費用の賠償や転売利益の賠償、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償といった具体的な場面に即して――みていきたい。

たがって、不法行為法においても、理論上は、「履行に代わる損害賠償に相当するもの」と「履行とともにする損害賠償に相当するもの」の区別を観念することは可能である。しかし、この区別が問題となる場面は契約責任法と比べると少なく、この区別をめぐって活発な議論が行われるという状況にはない。

次に、②の観点について述べると、不法行為法においては、履行期（に相当するもの）――それを徒過すると権利侵害になるという一定の期限――は通常問題にならないので、遅延賠償付加要件は問題にならない。したがって、不法行為法においては、遅延賠償は観念されない。他方で、不法行為法においても、現実履行の優先に相当する考え方を採用する余地はないわけではない。これによると、填補賠償（に相当するもの）の請求には付加要件――原則として、催告および相当期間の経過――が課され、加害者には、被害者の権利を現実に回復する行為――例えば、妨害物の除去、物の修理、被害者の治療――を行う機会が与えられることになる。しかし、実際にこのような考え方を採用する論者はみられない。

（ア）先行学説

a　金額差額説（伝統的通説）

まず、伝統的通説が採る金額差額説をみていく。

（a）一般論――融合

すでに述べたとおり、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。したがって、金額差額説においては、一般論として、賠償範囲論と金銭的評価論が融合することになる。

（b）具体的な場面――融合

この一般論は、具体的な場面においてもそのまま妥当すると考えられる。すなわち、事実的填補購入費用の賠償においては、金額も含めた事実的填補購入費用が損害となるため、事実的填補購入費用の金額に対する評価が賠償範囲論において行われることになると考えられる。同様に、転売利益の賠償や転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償においても、金額も含めた転売利益（の喪失）や、金額も含めた転買主への損害賠償金（の支払）が損害となるため、転売利益の金額や損害賠償金の金額に対する評価が賠償範囲論において行われることになると考えられる。

b　損害事実説（平井）

次に、平井が採る損害事実説をみていく。

（a）一般論――分離

すでに述べたとおり、平井は、損害概念に金額を含めない立場に立っている。したがって、平井においては、一般論として、賠償範囲論と金銭的評価論が分離されることになる。

（b）具体的な場面

しかし、こうした考え方は、具体的な損害項目に即してみたときには、必ずしもそのままの形で貫かれているわけではない。

1）事実的填補購入費用の賠償――実質的には融合

まず、平井は、金銭的評価論について論じるなかで、事実的填補購入費用の賠償においては、「金銭支出」を損害事実とみたうえで、その損害事実が「保護範囲に入るかどうかという問題として処理」すべきであると述べる[111]。これは、事実的填補購入費用の賠償においては、例えば

[111] 平井・前掲注（60）295頁。また、平井が損害の具体例として「他から代物

100万円の事実的填補購入費用の支出が損害事実となるため、100万円という金額に対する評価が賠償範囲論において行われることになることを述べるものと理解することができる[112]。要するに、平井においては、一般論としては賠償範囲論と金銭的評価論が分離されるとしても、事実的填補購入費用の賠償という具体的な場面においては、損害事実の抽象度の低さ［具体度の高さ］ゆえに、実質的に両者が融合するわけである。

2）転売利益の賠償――実質的にも分離

次に、転売利益の賠償については、平井は、「転売利益の抽象的取得可能性」が保護範囲内にあるかどうかを問題にしたうえで、それが保護範囲内にある場合には、ある一定の時点における時価または「具体的転売代金」を金銭的評価の基準として採用するという考え方に立っている[113]。これは、転売利益の賠償においては、金額を捨象した「転売利益の抽象的取得可能性〔の喪失〕」が損害事実となり、転売利益の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ことを述べるも

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た（同・前掲注（59）69頁）ことも参照。

112 なお、本文で紹介した平井の記述だけを読む限り、平井が、金額を捨象した「事実的填補購入費用の支出」を損害とみて、100万円という金額に対する評価を金銭的評価論において行う立場に立っている可能性も残されているようにみえる。しかし、平井は、別の箇所で、次のように述べている。すなわち、損害事実は、「金銭に表示された形で生ずることがある。たとえば、銅鉄商間の売買において売主が買主の代金支払義務不履行のために契約を解除せざるを得なくなって仕入先に示談金を支払った、という場合においては、買主の義務不履行によって生じた買主〔引用者注：「売主」の誤りであると考えられる〕の不利益が示談金という一定の金銭の支払という具体的な事実によって表示されるのであり、この具体的事実にもとづく不利益を賠償させるべきかどうか、という問題が――金銭的評価ではなく――保護範囲の問題なのである」（平井・前掲注（60）169頁）。この記述では直接的に事実的填補購入費用の例が挙げられているわけではないが、この記述を踏まえて本文で紹介した記述を読む限り、平井は、金額を捨象した「事実的填補購入費用の支出」ではなく、金額も含めた「100万円の事実的填補購入費用の支出」を損害とみていると理解するのが自然であるといえる。

113 平井・前掲注（60）187頁・190頁以下。

のと理解することができる。要するに、平井においては、転売利益の賠償の場面では、損害事実の抽象度の高さゆえに、一般論としてだけでなく、実質的にも賠償範囲論と金銭的評価論が分離されるわけである。

3）転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償――実質的には融合

そして、平井は、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償については、（ある判例の事案に対する分析として、）「1,200円の損害賠償を現実になし」たことを損害事実とみたうえで、その損害事実が「保護範囲内にあるかどうか」を問題にすべきであると述べる[114]。これは、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償においては、事実的填補購入費用の賠償の場合と同じように、1,200円という金額に対する評価が賠償範囲論において行われることになることを述べるものと理解することができる。

c　規範的損害論（潮見）

続いて、潮見が採る規範的損害論をみていく。

（a）一般論――分離

すでに述べたとおり、潮見は、損害概念に金額を含めない立場に立っている。したがって、潮見においては、一般論として、賠償範囲論と金銭的評価論が分離されることになる。

（b）具体的な場面

では、この一般論は、具体的な場面においてもそのまま妥当しているだろうか。

1）事実的填補購入費用の賠償――実質的にも分離

まず、潮見は、金銭的評価論について論じるなかで、事実的填補購入費用の賠償について、「代替取引に要した額が不合理な場合には、具体的損害計算により算定された額を損害軽減義務の法理により減額し（民法418条）、また、そもそも代替取引自体が不合理な時期にされた場合には、代替取引を基準とした具体的損害計算は妥当せず、もっぱら抽象的損害計算によって処理をすべきである」と述べている[115]。ここからは、

[114] 平井・前掲注（60）218頁。
[115] 潮見・前掲注（11）500頁。

潮見が（合理性基準を通じた）事実的填補購入費用の金額に対する評価を金銭的評価論において行う立場に立っていることを読み取ることができる。要するに、潮見においては、事実的填補購入費用の賠償という具体的な場面においても、賠償範囲論と金銭的評価論が分離されているわけである。

2）転売利益の賠償および転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償――不明

次に、転売利益の賠償および転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償については、潮見の記述の中に明確な手がかりがなく、分離の有無に対する潮見の考え方は明らかではない[116]。

（イ）評価

以上の先行学説は、本稿の立場からは、以下のように評価されることになる。

a　具体的な場面に関する評価――私見との相違点

まず、具体的な場面における先行学説の考え方を――本稿の立場との相違点に焦点を当てつつ――評価する。

（ａ）事実的填補購入費用の賠償――融合（伝統的通説、平井）

まず、事実的填補購入費用の賠償については、本稿は、現実給付の不

[116] 潮見は、基準時問題に関する判例法理の分析において、「（ⅰ）買主が実際に第三者との間で転売その他の処分をしていたか、またはそのような処分をしていたと仮定したならば、買主はどのような状態に置かれたかが争点を成す事案」と「（ⅱ）債務の履行を受けなかったことにより買主が保有できなかった売買目的物の価値を、いつの時点での金銭的価値を基準に評価すべきかが争点を成す事案」の区別という分析視角を導入したうえで、（ⅰ）は賠償範囲の画定問題、（ⅱ）は金銭的評価の問題であるという整理を示す（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）10頁以下。こうした潮見の分析については、基準時問題の箇所で改めて取り上げる）。これによると、潮見は、転売利益の賠償が問題となる場面では金銭的評価の作業が賠償範囲の画定作業に吸収解消されるという理解に立っているようにもみえる。しかし、同論文では、転売利益の金額に対する予見可能性の要否については明確な言及がないことから、この点に関する潮見自身の見解は不明であるとみておくのが穏当であろう。

取得が損害であり、事実的填補購入費用はその損害の算定資料であるという理解に立っていた。これによると、事実的填補購入費用の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。

以上でみてきた先行学説のうち、潮見は本稿と共通の立場に立っているといえるのに対して、伝統的通説と平井は、事実的填補購入費用の金額に対する評価を賠償範囲論において行う考え方に立っている。すでに述べたように[117]、こうした考え方は、予見不可能な価格騰貴に伴って事実的填補購入費用の額も高額化したという事案を処理するにあたって、困難に直面する。すなわち、売主は、予見可能性の有無を問わず価格騰貴リスクを引き受けていると考えられるが、こうした考え方のもとでは、価格騰貴に対する予見可能性（416条）が要求されるため、そうした売主のリスク引受けを適切に反映した解決を導くことが困難となる（少なくとも、迂遠な説明を余儀なくされる）。

（b）転売利益の賠償――分離（平井）

次に、転売利益の賠償については、本稿は、利用利益喪失損害の賠償として位置づけたうえで、その利用利益喪失損害には金額が含まれるという理解に立っていた。これによると、転売利益の金額に対する評価は、賠償範囲論において行われることになる。

以上でみてきた先行学説のうち、伝統的通説は本稿と共通の立場に立っているといえるのに対して、平井は、転売利益の金額に対する評価を金銭的評価論において行う――それゆえ、価格騰貴に対する予見可能性を要求しない[118]――考え方に立っている。こうした考え方には、価格騰貴リスクの分配の観点からみて、疑問がある。すなわち、そもそも、売主が予見可能性の有無を問わず価格騰貴リスクを引き受けていると認められる根拠は、金額の観点が捨象された「給付本体」の引渡債務を負った点にある。そのため、こうした売主のリスク引受けは、本体喪失損害の賠償との関係でのみ認められるべきである。これに対して、転売利益は利用利益であり、給付本体から派生した、給付本体とは別の利益であ

[117] 連載第８回の第３章第１節１（２）イ（イ）b（b）２）イ）c）(113頁以下）を参照。
[118] この点も含め、平井の見解については、連載第10回の基準時問題の箇所でさらに詳しく取り上げる。

る以上、価格騰貴がその利益額の高騰をもたらすリスクを直ちに売主負担とすることは許されない。むしろ、転売利益の賠償においては、他の利用利益喪失損害の賠償（例えば、営業利益の賠償）と同様に、賠償範囲の画定の段階で、金額に対する予見可能性も要求されると考えるべきであり、それゆえ、価格騰貴に対する予見可能性があってはじめてその騰貴価格における転売利益の賠償が認められると考えるべきである[119]。

b　従来の賠償範囲論・金銭的評価論分離説の問題点――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の抽象度に関する考え方が不明であること

さらに、平井および潮見の見解に対しては、より根本的な問題として、損害の抽象度に関する考え方ないしルールが明らかにされていないという点を指摘することができる。本稿の冒頭でも平井の見解との関係で指摘したように、一般論として賠償範囲論と金銭的評価論を分離する立場――損害事実説または規範的損害論――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を捉えるか――である。そうすると、一般論として両者を分離する立場に立つ場合には、損害の抽象度に関する考え方を明らかにしておく必要があるが、以上でみてきた平井と潮見においては、この点が明らかにされていない。

まず、平井は、確かに、結果的には、事実的填補購入費用や転買主への損害賠償金の支払については、金銭の支出という抽象度の低い［具体度の高い］損害事実、転売利益については、金額を捨象した「転売利益の抽象的取得可能性〔の喪失〕」という抽象度の高い損害事実を選択し

[119] 以上については、連載第8回の注（47）を参照。また、こうした考え方は、損害論の観点からも基礎づけることが可能である。すなわち、利用利益喪失損害の賠償においては、債権者の固有性・個別性を尊重する（ことにより給付の利用の自由を最大限に尊重する）べき――それゆえ、金額が異なれば「異なる利益」として扱うこととするべき――であり、これによると、金額の観点も含めてどこまでの利益を確保したのかを審査すべき――つまり、価格騰貴に対する予見可能性を要求すべき――であるということになる（連載第8回の第3章第1節2（1）ア（イ）b（a）（121頁以下）を参照）。

たことになっている。しかし、これらの選択の理論的根拠は必ずしも明らかではない。

次に、潮見においては、――後に基準時問題の箇所でみるように、第１の損害概念（給付の客観的価値の賠償）については、金銭的評価の作業を独立に（賠償範囲の画定とは区別された形で）行うという考え方を明確に示しているものの――第２の損害概念（利用利益喪失損害の賠償に対応するもの）については、損害の捉え方について明確な考え方やルールが示されていない。すなわち、一方で、事実的填補購入費用[120]については、賠償範囲論と金銭的評価論を実質的にも分離するという考え方が示されている。ここでは、金額（および填補購入の時期）を捨象した「事実的填補購入費用の支出」が損害として捉えられているものと推測される。他方で、転売利益（および転買主への損害賠償金の支払）については、どのような抽象度において損害を捉えているのかが明確ではない。仮に、潮見がこれらの場面において損害を抽象的に捉え、金銭的評価の作業を独立に行う考え方に立っているのだとすると、先ほど平井に向けたのと同様の批判――価格騰貴リスクの分配に関する批判――が妥当することになる。これに対して、潮見がこれらの場面で損害を具体的に捉え、金銭的評価の作業を賠償範囲の画定作業に吸収解消させる考え方に立っているのだとすると、同じ損害のカテゴリー（第２の損害概念）に属する事実的填補購入費用と転売利益（および転買主への損害賠償金の支払）の間で、なぜ損害の抽象度が異なることになるのか、理論的な説明が求められるだろう。この点については、本稿のように、事実的填補購入費用を利用利益喪失損害の賠償とは別のカテゴリー――履行状態実現費用の賠償――に位置づけておいたほうが、無理のない理論的説明が可能となるように思われる。

＊　本研究は、JSPS科研費JP25K16527、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学金、公益財団法人野村財団国際交流助成（研究者の海外派遣）の助成を受けたものである。

[120] 潮見においてこれが第２の損害概念に位置づけられていることについては、前掲注（77）を参照。

執筆者紹介（掲載順）

姜　　富　超　北海道大学大学院法学研究科助教

林　　耕　平　北海道大学大学院法学研究科准教授

令和８年９月21日　印　刷
令和８年９月28日　発　行

編 集 人　根　本　尚　徳

発 行 人　北海道大学大学院法学研究科長
曽　野　裕　夫

印　　刷　株式会社 正文舎
札幌市白石区菊水２条１丁目
TEL 011(811)7151

発 行 所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 77 September 2026 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Governance Problems and Regulatory Responses in Minority-Control Structures: Focusing on Multiple-Voting Structures (1)
—— Fiduciary Liability of Controlling Stockholders and the 2025 Amendment to DGCL Section 144 ——
..... Fuchao JIANG 1

Die Art und Weise, wie der Inhalt der Vertragshaftung bestimmt werden soll (9)
—— Eine Analyse aus der Sicht des Schadensbegriffs ——
..... Kohei HAYASHI 53

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan