



Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（2）：損害論の視角からの分析
Author(s)	林, 耕平; Hayashi, Kohei
Citation	北大法学論集, 74(4・5・6), 203-268
Issue Date	2024-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/91425
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_4・5・6_05_Hayashi.pdf



契約責任法における 責任内容確定の構造と方法（2）

—— 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. フルーマの見解

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、本号)

- 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
- 2 析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
- 第3節 損害賠償分類論
- 第3章 日本法の検討
- 第4章 おわりに

c Chr. クニューテルの見解

以上でみてきた1930年代のノイナーとラーベルの研究の後、1950年代から2000年代にかけて、損害論の視角から「抽象的損害計算」の基礎づけについて論じる（ものと理解することができる）重要な研究がいくつか現れた¹。それらはいずれも、転売利益非限定説に属するといえるものであるが、本稿では、そのうち、2002年債務法改正の直後に現れたChr. クニューテル (*Christian Knütel*) の研究を取り上げることとしたい。これは、それらの研究の中で、クニューテルが最も洗練された形で契約責任法における損害概念（ないし利益概念）の理解を提示していることと、ドイツの学界からの評価をみたときに、契約責任法における損害概念（ないし利益概念）に関する研究全体の中でも、クニューテルの研究が特に重要な研究の1つとして評価されている²ことによる。

¹ *Ernst Steindorff*, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/1960), S. 431; *Brigitte Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972; *Ulrike Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 231 ff.; *ders.*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 725; *Christian Knütel*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 555. このほか、*Nils Jansen*, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, S. 164 f. も参照。

² 例えば、Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 241-304, 2007, §§

(a) 紹介

1) 利益概念の理解

クニユーテルの見解の最大の特徴は、不履行に基づく損害賠償 (Schadensersatz wegen Nichterfüllung) (改正 BGB280条・281条・283条³⁾) には、厳密には「損害賠償」ではないものが含まれているとする点にある。クニユーテルによると、不履行に基づく損害賠償は、「積極的利益 (positives Interesse)」を賠償するものである⁴。この「積極的利益」は、以下の2つに分かれる⁵。

ア) 一般利益——損害ではない

第1は、「一般利益 (allgemeines Interesse)」である。これは、「買主が目的物の取得自体に有する利益 (Vorteil)」(傍点は原文ではイタリック体。以下、引用箇所では特記なき限り同様) である⁶。クニユーテルによると、実は、この「一般利益」は「損害」ではなく、したがって、「一般利益」の給付は損害賠償ではない。「一般利益」の給付は、契約上の履行義務の金銭による履行である⁷。

a) 一般利益 ≠ 損害説の根拠

クニユーテルは、この見解を、「一般利益」を「損害」と等置する一般の見解——この中には、ノイナーらの客観的損害論も含まれる⁸——が

280-285 Rn. 64 ff. (-Martin Josef Schermaier) においては、——モムゼン、ノイナー、ラーベルとともに——クニユーテルの名前が本文で挙げられ、その見解が紹介されている。

³ クニユーテルは、不履行に基づく損害賠償の根拠条文として改正 BGB の条文のみを挙げている (Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 575など)。しかし、以下で紹介していく彼の見解は、債務法改正の前後を通じて変わらず妥当するものとして主張されているとみられる (S. 580などを参照)。

⁴ Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 571.

⁵ Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 573.

⁶ Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 575.

⁷ Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 558.

⁸ なお、クニユーテルは、客観的損害論のほか、(金額)差額説もこの一般の見解に含めている (Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 581) が、これは、金額差額説が「一般利益」的な損害概念を觀念する立場に立っているという趣旨ではなく、金額差額説が不履行に基づく損害賠償の中に「損害賠償」でないものを含めない立

抱える3つの問題点を指摘することによって根拠づけている。

aa) 歴史の観点——「債務の永久化」の考え方

1点目として、一般的見解は、歴史的にみて誤っている。古典期ローマ法の方式書訴訟においては、「金銭判決の原則 (Prinzip der *condemnatio pecunaria*)」が妥当していた。そのため、物の引渡しを求める訴えにおいては、常に、物ではなく、——少なくとも「物の価値」分に相当する——一定の金額を給付することを命じる判決が下されていた。こうした「価値賠償請求権」は、金銭の形をとった履行請求権にはかならず、損害賠償請求権ではない。というのも、そこでは、「債務の永久化 (*perpetuatio obligationis*)」の考え方⁹——物が訴え提起時に滅失していた場合であっても、その滅失が債務者の過失または遅滞に基づくときは、物が訴え提起時になお存在していると擬制することにより、価値の給付義務という形で債務を存続させるという考え方——が採られていたからである。こうした「債務の永久化」の考え方は、普通法学下において「債務転形論」へと発展していき、1900年に施行されたBGBにも基本的には受け継がれている¹⁰。したがって、「一般利益」を「損害」と等置するのは、歴史的にみて誤っている¹¹。

bb) 解釈学の観点——給付目的物の不取得自体による損害の不発生

2点目として、一般的見解は、解釈学的にも誤っている。というのも、売主の責めに帰すべき不能が生じた場合には、債務内容の転形が生じるにすぎないため、買主の財産に増減はない。つまり、「買主は、売買目的物を取得しなかったということのみによっては、損害を被っていない」のである¹²。

cc) 結論的妥当性の観点

場に立っているという趣旨であると考えられる。

⁹ この考え方につき、詳しくは、森田修「ドイツにおける債務転形論の成立——ドイツ民法典における不能・遅滞二分法成立史の再検討」同『契約責任の法学的構造』30頁（有斐閣・2006年・初出1986年）などを参照。

¹⁰ 以上につき、*Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 576 ff.

¹¹ *Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 581 f.

¹² *Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 581 f.

3点目として、一般的見解によると、不当な結論が導かれる。というのも、一般的見解に従った場合、請求権の内容を「確かに損害賠償の給付には妥当するが、一般履行利益の給付には妥当しない原則」——例えば、254条の共働過失——に従って判断することになってしまうからである¹³。

b) 一般利益 ≠ 損害説の帰結

以上の3点から、「一般利益」は「損害」ではないといえる。「一般利益」の給付は、契約上の履行義務の金銭による履行である。すなわち、「現実に給付する義務と、一般利益の範囲において金銭の形で給付する義務は、契約上の履行請求権というまったく同一のものの2つの現象形態である」¹⁴。このことから、以下の帰結が導かれる。

まず、「一般利益」の給付義務は、契約締結によってすでに基礎づけられているのであって、ただその義務に条件が付されているにすぎない。したがって、「損害」の発生とその証明は不要であるし、債務者の帰責事由も不要である¹⁵。ただし、債務者の責めに帰すべきでない不能が生じた場合には、債務者は——現実給付義務と「一般利益」給付義務を併せた意味における——履行義務から解放される¹⁶。

また、共働過失を定めた254条も含め、249条以下の規定は適用されない¹⁷。

イ) 特別利益——損害

第2は、「特別利益 (besonderes Interesse)」である。これは、「まさにその1人の特別な債権者にとって重要な、さらなる利益 (Vorteile) (例えば、逸失転売利益) と、不利益 (Nachteile) (例えば、違約金の徴収)

¹³ Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 582.

¹⁴ Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 576.

¹⁵ 帰責事由の要否については、Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 555においては明言されていないが、ders., Wider die Ersatzfähigkeit „fiktiver“ Mängelbeseitigungskosten, BauR 2004, S. 592において、「BGB280条1項2文……の文言に反して、……過失 (Verschulden) を要件としない」と明言されている。

¹⁶ 以上につき、Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 575.

¹⁷ Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 575, 586.

の不発生」である¹⁸。この「特別利益」の給付は、「一般利益」の給付とは異なり、損害賠償である。したがって、「損害」の発生が要件となるし、249条以下の規定も適用される¹⁹。

この「特別利益」の例としては、すでに挙げた転売利益や違約金のほか、「共通価値」の騰貴分、事後的填補購入費用などが挙げられている²⁰。このうち、「共通価値」の騰貴分については、説明を要しよう。

クニューテルは、「共通価値」の騰貴分について、以下のように説く。すなわち、「売買目的物の共通価値が一般利益の算定基準時〔引用者注：現実給付請求権消滅時²¹〕から最終口頭弁論時まで騰貴した場合には、買主は、原則として、この騰貴分を逸失利益として主張することができる」。その際には、「買主は、最終口頭弁論時になお売買目的物の所有者であったらうことを示す事情を主張しなければならない。このことは、買主が転売のために取得したわけではなく、かつ目的物が——すでに消費されているのが通常である——消費財ではない場合には、常に『事物の通常の経過』にあたるだろう」²²。

これは、まさに先にみた²³「現有価値」構成にほかならない。しかも、最終口頭弁論時までの消費の有無、つまり最終口頭弁論時までの価値の減少の有無が考慮されている²⁴点において、この構成を採用する他の論者とは異なり、金額差額説（の基礎にある主体関連の損害把握）²⁵との整

¹⁸ *Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 573.

¹⁹ *Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 575, 586.

²⁰ *Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 588.

²¹ 基準時問題に関するクニューテルの見解については、第2章第2節2で取り上げる。

²² *Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 588.

²³ 第2章第2節1(1)ウ(イ)c(b)2)を参照。

²⁴ *Knütel*, aa.O. (Fn. 1), S. 562 f. も参照。

²⁵ クニューテルにおいて「特別利益」（の喪失）が主体関連的な損害として把握されていると考えられることについては、後述する。もっとも、「特別利益」（の喪失）には、金額差額説における損害概念とは異なる部分があり、全体としては、クニューテルが「特別利益」について金額差額説を採用しているということとはできない。これについても、後述する。

合性も維持されている。このように、「現有価値」構成は、転売利益構成と並んで、「主観的損害計算」によって「抽象的損害計算」を基礎づけることのできるもう1つの構成であるということが出来る。もっとも、この構成は、目的物が消費財の場合には適用が難しいこともあってか、転売利益構成とは異なり一般化することはなかった。

2) 利益概念の構成要素

では、以上の2つの利益概念を構成要素ごとに分解するとどうなるか。

ア) 一般利益

まず、「一般利益」をみていく。

a) 個別的利益把握の採否——個別客体着目説

「一般利益」は、給付目的物という個別客体の取得を利益と捉えるものである。

b) 人的基準——客観的利益計算

また、「あらゆる買主には、不履行に基づく損害賠償として、最低限……売買目的物の共通調達価値²⁶の分の賠償が認められる」とされている²⁷。したがって、クニューテルは、「一般利益」の賠償（給付）という形で、賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的利益計算」を認めているということが出来る²⁸。

また、そこでは、次のように、ノイナーらと同様の理由づけが持ち出されていることが注目される。『買主が目的物を贈与または消費しようとしているため、売主は履行の必要がない』という抗弁を売主に許すという考えに至る者などいない。他方で、買主が積極的利益を請求したとき、つまり契約に従って履行されたとすれば置かれていたであろう状態に置かれることを請求したときにはそうした抗弁（引用者注：『買主が目的物を贈与または消費しようとしていたため、売主は「一般利益」の

²⁶ 「共通調達価値」とは、調達価値——債権者が給付目的物（の代替品）を調達する場合に支払わなければならない代金額——によって評価される「共通価値」（ないし「物の価値」）のことであると考えられる。クニューテルが給付の客観的価値の評価基準を（売却価値ではなく）調達価値に求める見解に立っていることについては、第2章第2節2を参照。

²⁷ Knütel, a.a.O. (Fn. 1), S. 583.

²⁸ Knütel, a.a.O. (Fn. 1), S. 590も参照。

給付による履行を行う必要がない』という抗弁を許すことができるというのであれば、その理由を理解することはできない²⁹。

イ) 特別利益

次に、「特別利益」をみていく。クニューテルによると、「特別利益は、一般利益と同様、差額説によって確定されるものではない³⁰。

a) 個別的損害把握の採否——個別客体着目説

クニューテルは、コイク (*Brigitte Knobbe-Keuk*) の見解——本稿では独立には取り上げていないが³¹、コイクは、1970年代に、金額差額説（メルテンスの見解も含まれる）を批判して、個別客体に着目した損害把握を採用すべきことを説いた論者である³¹——に依拠しつつ、「特別利益は、不履行との間に相当因果関係のある個別損害の総和」であると説く³²。

b) 人的基準——主観的損害計算

人的基準については、「特別利益」の定義にも表れているように、「主観的損害計算」が行われることになると考えられる。

c) 金額包含的損害把握の採否——金額非包含的損害把握

「特別利益」が金額を含むかどうかについて、クニューテルは明示的には言及していない。しかし、彼が依拠するコイクは、「損害」には「事実としての損害 (realer Schaden)」と「計数としての損害 (rechnerischer Schaden)」の2つがあるとしたうえで、両者の関係について、金銭賠償が行われる際に前者を金額に評価したものが後者であるとしている³³。したがって、——「損害」とは「金銭的評価の対象となる不利益」のことであるという——本稿の用語法³⁴に照らすと、コイクは、損害を前者の意味で理解しているといえる。そのため、「特別利益」に関してコイク

²⁹ *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 582.

³⁰ *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 587.

³¹ *Keuk*, a.a.O. (Fn. 1), S. 20 ff.

³² *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 587.

³³ *Keuk*, a.a.O. (Fn. 1), S. 21 ff.

³⁴ 第1章2(2)ア(ア)bを参照。

の損害概念理解に依拠しているクニューテルも、「特別利益」には金額が含まれないという理解に立っているものと推測される。

(b) 評価——R. ノイナーらの客観的損害論との比較

では、以上のようなクニューテルの見解は、どのように理解されるべきだろうか。以下では、ノイナーらの客観的損害論との比較を通して、この見解を評価していこう。

1) 客観的損害論との共通点——直接損害と一般利益の共通性

客観的損害論との共通点として挙げることができるのは、ノイナーの「直接損害」(ないしラールの「抽象的算定」の基礎にある損害概念)とクニューテルの「一般利益」の共通性である。いずれにおいても、給付目的物という個別客体に着目して損害(ないし利益)が把握されていたほか、賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的損害(ないし利益)計算」が認められていた。その「客観的損害(ないし利益)計算」を認める理由についても、履行請求の場合との比較に依拠した同じ理由づけがされていた。

こうした共通性は、損害賠償請求権には「権利追求の性質」があるというノイナーの見解を、クニューテルが基本的には好意的に紹介している³⁵ことにも表れている。このことを踏まえると、「一般利益」給付請求権は、「直接損害」賠償請求権と同様に、給付に向けられた債権者の「債権」という「権利」自体を保護する目的で認められるものであるとみることもできる。

2) 客観的損害論との相違点

とはいえ、客観的損害論との間には、相違点も多い。

ア) 一般利益≠損害説の採用

第1に、ノイナーの「直接損害」(ないしラールの「抽象的算定」の基礎にある損害概念)が「損害」として構成されていたのに対して、クニューテルの「一般利益」は「損害」ではないとされていた。この対立の基礎にあるのは、「債務」の内容に関する理解の違いであると考えられる。

クニューテルは、「債務の永久化」の考え方に依拠し、「一般利益」の

³⁵ Knütel, a.a.O. (Fn. 1), S. 583.

給付も契約上の「債務」の内容に含まれると考えている。だからこそ、「一般利益」の給付は「債務」の履行であって「損害」の賠償ではないと考えることになるわけである。

これに対して、客観的損害論は、クニューテルのいう「特別利益」の給付に相当するものはもちろんのこと、「一般利益」の給付に相当するものも、契約上の「債務」の内容には含まれないと考えている。すなわち、契約上の「債務」の内容は、現実給付に限定されると考えている³⁶。だからこそ、「一般利益」および「特別利益」の給付に相当するものは、「債務」の履行ではなく「損害」の賠償であると考えていることになるわけである。

このようにみると、客観的損害論とクニューテルの間に帰責事由の要否という点において対立があることについても説明がつく。

客観的損害論においては、「一般利益」（および「特別利益」）の給付に相当するものは、「債務」の内容を超えた負担、つまり「約束」の範囲を超えた負担であることになる。だからこそ、そうした「約束」の範囲を超えた負担を債務者に課すことの正当化根拠として、帰責事由が必要となるわけである。

これに対して、クニューテルにおいては、「一般利益」の給付は、「債務」の内容に含まれている負担、つまり「約束」の範囲内の負担であることになる。だからこそ、正当化根拠としての帰責事由は必要とはならないわけである。

以上により、「一般利益」（に相当するもの）が「損害」として構成されるかどうかという点をめぐる客観的損害論とクニューテルの対立について、その立場の分かれ目が明らかとなった。では、責任内容論を検討対象とする本稿にとって、この対立は重要な意味を持つのだろうか。結論から述べると、本稿においては、この対立を重視する必要はないと考えられる。というのも、本稿の関心は、あくまで、債務者が現実給付義務

³⁶ なお、この理解に立つ場合には、「債務転形論」が否定されているか、あるいは少なくとも徹底されていないといえることができる。なぜなら、「債務」が同一性を保ったままその内容を変えるというのが「債務転形論」の主張であるのに対して、この理解においては、履行に向けられた債務と損害賠償債務は別の「債務」であることが前提とされているからである。

を履行しない場合に、債務者がどのような内容の金銭給付義務を負うべきかという点にある。その金銭給付義務が「損害」賠償義務として構成されるかどうかという点は、帰責事由の要否という責任成立論に属する問題を検討するにあたっては重要な意味を持つが、責任内容論の検討にあたっては（少なくともさしあたりは）重要な意味を持たないと考えられる。

イ) 特別利益概念の理解——個別客体着目説および
金額非包含的損害把握

第2に、ノイナーの「間接損害」およびラーベルの「具体的損害」においては、メルテンスの見解と整合的な損害概念の理解が示されていたのに対して、クニューテルの「特別利益」においては、メルテンスとは異なる損害概念の理解が示されていた。つまり、クニューテルの「特別利益」の理解をメルテンスの見解と比較すると、——「主観的損害計算」が行われるという点においては共通しているもの——損害が個別客体の喪失として把握される点と、損害概念に金額が含まれない点において異なっている。

そもそも、クニューテルにおいて、「特別利益」は、「まさにその1人の特別な債権者にとって重要な、さらなる利益（例えば、逸失転売利益）と、不利益（例えば、違約金の徴収）の不生」とであるとされていた。こうした定義や具体例をみる限り、クニューテルの「特別利益」（の喪失）も、メルテンスの損害概念と同じように、主体関連的な損害であると考えられる。メルテンスの分析（ないしそれを手がかりとした本稿の分析）³⁷を踏まえると、仮にこうした主体関連的損害把握を貫くのであれば、クニューテルにおいても、「特別利益」（の喪失）は総体財産の減少であり、金額を含む損害概念であるという理解が示されることになるはず（少なくとも、そうした理解が導かれやすいはず）である。ところが、前述のように、実際にはそうした理解は示されていない。これはなぜだろうか。

その原因は、クニューテルが依拠するコイクの損害概念理解にあると考えられる。そこで、まずはそのコイクの損害概念理解を確認しておこ

³⁷ 第2章第2節1(1)ウ(イ)c(a)2(イ)を参照。

う。前述のとおり、コイクは、金額差額説（メルテンスの見解も含まれる）を批判して、個別客体に着目した損害把握を採用すべきことを説いた論者である。ここで注目すべきは、コイクが、損害概念は一元的なものであるという理解、つまり、損害概念には（性質の異なる複数の種類のものがあるわけではなく）1種類のものしかないという理解に立っている³⁸ということである。確かに、ドイツ法のもとでこの理解に立った場合には、金額差額説的な損害概念——金額を含んだ総体財産の減少としての損害概念——を観念することは難しい。なぜなら、そうした金額差額説的な損害概念が唯一の損害概念であるということになると、249条1項で採用されている自然的原状回復を説明することが困難になるからである。コイクが金額差額説を批判したうえで、金額を含まない個別客体の喪失としての損害概念を観念する主たる理由の1つは、ここにあるとみることができる³⁹。

しかし、コイクにおいては、なぜ損害概念は一元的なものであると考えるべきなのかという肝心の部分が十分に論証されていない。また、そもそもクニューテルは「一般利益」と「特別利益」という2種類の損害概念——「一般利益」は「損害」ではないとされているので、正確には、2種類の利益概念だが——を観念する立場に立っているのだから、コイクと前提を異にしており、金額差額説的な損害概念を観念することに今述べたような意味での障害はないといえる。したがって、クニューテルにおいて「特別利益」（の喪失）が個別客体の喪失かつ金額を含まない損害概念として理解されていることについては、必ずしも十分な根拠がないということができるだろう。

ウ) 事実的填補購入費用の位置づけ——特別利益

第3に、ラールが事実的填補購入費用を客観的算定に位置づけていたのに対して、クニューテルは事実的填補購入費用を「特別利益」に位

³⁸ Keuk, a.a.O. (Fn. 1), S. 23.

³⁹ Keuk, a.a.O. (Fn. 1), S. 23を参照。なお、クニューテルも、「特別利益」に関してコイクの損害概念理解に依拠する理由として、「差額説は、すでに、我々の損害賠償法の原則である自然的原状回復を説明することができない」という点を挙げている (Knütel, a.a.O. (Fn. 1), S. 587 Fn. 140)。

置づけていた。この違いが何に起因するのかについては、この段階では十分に明らかにすることができないため、瑕疵担保責任における責任内容論を検討するなかで明らかにすることとしたい⁴⁰。

d リームの見解

2010年代に入ると、それまでの見解とはまったく異なる観点から契約責任法における責任内容論を論じる見解が現れた。それが、249条以下の基本構造を踏まえた理論枠組みを提示するリーム (*Thomas Riehm*) の見解である。

(a) 249条以下の基本構造

まず、249条以下の規定⁴¹は、以下のような「原状回復」と「純粋金銭賠償」の二層構造を有する⁴²。

1) 原状回復

第1に、249条(および250条)は、「原状回復 (Restitution)」⁴³という賠償方法を定めている。これは、賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を現実に戻すことを目的とする賠償

⁴⁰ 第2章第2節1(2)イ(イ)a(a)2)を参照。

⁴¹ 条文については、連載第1回の注(82)を参照。

⁴² *Thomas Riehm*, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 364 f. また、*ders.*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 20 ff. も参照。なお、念のため述べておくと、249条以下の基本構造に関する以下の記述は、リーム独自の見解ではなく、現在の一般的な見解である。

⁴³ なお、「原状回復 (Restitution)」と「自然的原状回復 (Naturalrestitution)」という用語の使い分けについては、ドイツにおいて揺れがみられる。一方で、両者を区別せず、249条1項による賠償と249条2項・250条による賠償を併せて「原状回復」ないし「自然的原状回復」と呼ぶ立場がある (*Riehm*, aa.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 364; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 62. Ed., 2022, § 249 Rn. 58 f. (*Johannes W. Flume*))。他方で、両者を区別し、249条1項による賠償のみを「自然的原状回復」と呼び、それと249条2項・250条による賠償を併せて「原状回復」と呼ぶ立場がある (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 241-310, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 320, § 251 Rn. 1 (*Hartmut Oetker*) など)。本稿では、便宜上、——原典で前者の用語法が採用されている場合も含めて——後者の用語法で統一している。

方法である。別の言い方をすると、「原状回復」により回復・実現されるのは、賠償権者の「完全性利益 (Integritätsinteresse)」である⁴⁴。

ここでいう「完全性利益」は、「(価値的ではなく) 現実的な利益」という意味であり、「履行利益」(・「信頼利益」)と並び立つ概念としての「完全性利益」とは異なる概念である⁴⁵。そこで、本稿では、2つの概念の混同を避けるため、前者の意味における「完全性利益」に代えて(本稿独自の用語である)「現実的利益」、後者の意味における「完全性利益」に代えて(ドイツでも用いられることのある⁴⁶)「保持利益(Erhaltungsinteresse)」という語を用いることとしたい。

さて、「原状回復」は、さらに以下の2つに分かれる。

ア) 249条1項——自然的原状回復

1つ目は、249条1項が定める「自然的原状回復 (Naturalrestitution)」である。これは、「原状回復措置」——現実的利益の回復・実現のための措置——を講じることを賠償義務者に対して直接請求するという方法である。例えば、損傷を受けた自動車の修理を加害者に対して請求する場合はこれにあたる。

イ) 249条2項・250条——原状回復費用賠償

2つ目は、249条2項(および250条⁴⁷)が定める「原状回復費用賠償

⁴⁴ J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-254, 2021, § 251 Rn. 2 (-Clemens Höpfner); Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, § 251 Rn. 10 (-Christian Grüneberg).

⁴⁵ 「完全性利益」という用語が、「履行利益」(・「信頼利益」)と並び立つ概念として用いられる場合には、債務の履行により得られる利益といえるかどうかという観点から区別がされている(この点については、第2章第3節で詳しく取り上げる)。これに対して、ここで問題となっている「完全性利益」は、(後に説明する)「価値利益」と並び立つ概念として用いられており、この場合には、現実的な利益か価値的な利益かという観点から区別がされている。このように、2つの「完全性利益」は、対立概念との区別の観点という点において異なる概念である。以上につき、長野史寛『不法行為責任内容論序説』(有斐閣・2017年)75頁注(102)も参照。

⁴⁶ 例えば、Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., 2021, S. 10.

⁴⁷ 250条2文により認められる責任の内容が「原状回復費用賠償」と「純粋金銭

(Ersatz der Restitutionskosten)」である。これは、賠償権者自身(ないしその委託を受けた第三者)が「原状回復措置」を講じるために必要となる費用を賠償義務者に対して請求するという方法である。

この「原状回復費用賠償」については、「処分自由論」の採否——賠償権者は賠償義務者から支払われた原状回復費用を原状回復のために用いる必要があるのか——をめぐる争いがある⁴⁸。物損に関する限り、判例・通説は、「処分自由論」を肯定する⁴⁹。

2) 251条——純粋金銭賠償

第2に、251条は、「純粋金銭賠償 (reiner Geldersatz)」⁵⁰という賠償方法を定めている。これは、賠償義務を基礎づける事情により生じた賠償権者の財産の価値の減少を回復することを目的とする賠償方法である。別の言い方をすると、「純粋金銭賠償」により回復・実現されるのは、賠償権者の「価値利益 (Wertinteresse)」である⁵¹。

(b) 一般債務不履行の場面における適用のあり方

続いて、リームは、以上の基本構造を持つ249条以下の規定が、「給付に代わる損害賠償」が問題となる場面においてどのように適用されるのかを論じる。つまり、不法行為責任については、「自然的原状回復」・「原

賠償」のいずれであるかについては争いがあるが、通説は前者だとする(議論状況につき、Münchener, a.a.O. (Fn. 43), § 250 Rn. 12 (-Oetker)を参照)。

⁴⁸ この点に関するドイツの議論を詳しく紹介するものとして、長野・前掲注(45) 67頁以下。

⁴⁹ 判例として、BGHZ 61, 56 (58)=NJW 1973, 1647など。学説として、Hermann Lange/Gottfried Schieman, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 228; Münchener, a.a.O. (Fn. 43), § 249 Rn. 377 (-Oetker)など。なお、判例法理については、その実質に着目した場合には別の理解も成り立ちうる事が示されている(長野・前掲注(45) 94頁以下)が、ここでは立ち入らない。

⁵⁰ 「純粋金銭賠償」は、Riehm, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 23で用いられている用語である。「純粋」という修飾語は、「金銭賠償」から、「自然的原状回復」との共通性が高い「原状回復費用賠償」を除いたものという意味で付されたものであると考えられる。なお、リームのいう「純粋金銭賠償」は、他の論者においては、「補償 (Kompensation)」と呼ばれることが多い。

⁵¹ Staudinger, a.a.O. (Fn. 44), § 251 Rn. 3 (-Höpfner); Grüneberg, a.a.O. (Fn. 44), § 251 Rn. 10 (-Grüneberg)。

状回復費用賠償」・「純粋金銭賠償」という3つの賠償方法が認められることに特に異論はないが、では「給付に代わる損害賠償」についてはどうなるのかということが問題とされているわけである。リームの見解の特徴は、後に詳しくみるように⁵²、「給付に代わる損害賠償」においては（少なくとも原則として）「純粋金銭賠償」を定める251条のみが適用されるとする通説に反し、「給付に代わる損害賠償」においても、不法行為責任と同様に、「自然的原状回復」・「原状回復費用賠償」・「純粋金銭賠償」のすべてが問題となる点にある⁵³。

1) 原状回復（履行状態実現）

まず「原状回復」についてみていくが、ここで用語法について一言しておく。

「原状回復 (Restitution)」は、「元の状態に戻す」という意味合いを持つ言葉である。これは、確かに、不法行為責任においては、「賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を現実に回復すること」を的確に言い表した用語であるということが出来る。

しかし、本稿が検討対象とする契約責任においては、「賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を現実に回復すること」とは、「債務が履行されたとすれば存在するであろう状態を現実に実現すること」を意味する。ここでは、将来存在したであろう状態を実現することが問題となっているのであって、過去に存在していた状態を回復することが問題となっているのではないから、「原状回復 (Restitution)」という用語にはやや違和感がある。それどころか、「原状回復」という用語は、——とりわけ不当利得や解除の場面において——「契約が締結されなかったのと同じ状態を回復する」というまったく別の意味で用いられることがあり、これとの混同を招く危険すらある。

そこで、以下では、必要な限りにおいて、「原状回復 (Restitution)」

⁵² 第2章第2節1(2)イ(イ)bを参照。

⁵³ 以下で紹介するリームの見解をほぼ全面的に支持するものとして、*Barbara Dauner-Lieb*, Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, 2020, S. 110 ff.

に代えて、——契約責任に特化した用語となる点において必ずしも一対一対応していない点を自覚しつつも——「履行状態実現」という用語を用いることとしたい。同様に、「自然的原状回復」、「原状回復費用賠償」、「原状回復措置」も、必要な限りにおいて、それぞれ、「直接的履行状態実現」、「履行状態実現費用の賠償」、「履行状態実現措置」と言い換えることとする。

ア) 自然的原状回復（直接的履行状態実現）

リームによると、「給付に代わる損害賠償」においても、（特定後の）種類債務および代替物に関する特定物債務については、「直接的履行状態実現」が認められうる。すなわち、これらの場合には、不能（改正 BGB275条 1 項⁵⁴）や債権者による給付に代わる損害賠償の請求（改正 BGB281条 4 項）により、給付目的物そのものを求める履行請求権が消滅したとしても、それと同種ないし同等（vergleichbar）の物を求める「直接的履行状態実現」請求権が認められる余地は残る⁵⁵。

イ) 原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）

また、同種ないし同等の物の給付を「直接的履行状態実現」とみた場合、債権者が填補取引のために必要となる費用を「履行状態実現費用」とし

⁵⁴ 【改正 BGB 第275条（給付義務の排除）】

（1）給付請求権は、給付が債務者又はあらゆる者にとって不能である限り、排除される。

（2）債務者は、給付が、債務関係の内容及び信義誠実の要請に鑑みて債権者の給付利益と著しい不均衡にある負担を要する限り、給付を拒絶することができる。債務者に期待することができる努力を確定する際には、給付障害が債務者の責めに帰すべきものであるかどうかも考慮しなければならない。

（3）債務者は、債務者が自ら給付を行わなければならない場合で、かつ、債務者の給付を妨げている障害と債権者の給付利益を衡量して、債務者に給付を期待することができない場合にも、給付を拒絶することができる。

（4）債権者の権利は、第280条、第283条から第285条まで、第311a 条及び第326条によって定まる。

⁵⁵ *Richm.*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 365 ff. なお、2002年債務法改正前の「不履行に基づく損害賠償」における「直接的履行状態実現」の可能性につき詳細に論じるものとして、*Peer Gebauer*, Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung, 2002.

て債務者に請求することができるということも、そこから容易に導かれる⁵⁶。こうした填補取引としては、例えば、売主が引渡しを行わなかった場合の買主の填補購入のほか、売主が瑕疵ある給付をした場合の買主自身（ないしその委託を受けた第三者）による瑕疵除去がある⁵⁷。

リームは、判例・通説と同様、一般原則として「処分自由論」を認めたいうえで、その一般原則を填補購入の場面にも適用して、事後的填補購入費用だけでなく仮定的填補購入費用の賠償も認められるという帰結を導く。そして、一般債務不履行の場面における「抽象的損害計算」は、この仮定的填補購入費用の賠償として認められるものであるとする⁵⁸。

2) 純粹金銭賠償

リームによると、「純粹金銭賠償」としては、以下の2つが認められる。

ア) 本体価値の賠償

第1は、「本体価値 (Substanzwert)」の賠償である⁵⁹。これは、目的物の客観的価値を賠償するものである。リームは、「履行状態実現費用の賠償」とこの「本体価値」の賠償を併せて、「本体喪失損害 (Substanzausfallschaden)」——「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]」⁶⁰——の賠償と呼ぶ⁶¹。そして、この両者の関係について、通常は「填補取引費用」と「本体価値」は一致するのだが、瑕疵ある給付がされた場合には、前者が修補費用、後者が目的物の減価分ということになり、これらは必ずしも一致しないとする⁶²。

イ) 利用利益喪失損害の賠償

⁵⁶ Riehm, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 369.

⁵⁷ Riehm, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 397.

⁵⁸ Riehm, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 373 f.

⁵⁹ Riehm, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 378.

⁶⁰ Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, 1. 7. 2022, § 280 Rn. 221 (-Thomas Riehm).

⁶¹ Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), S. 736.

⁶² Riehm, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 379. また、ders., a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 397も参照。

第2は、「利用利益喪失損害 (Ertragsausfallschaden)」⁶³の賠償である⁶⁴。「利用利益喪失損害」とは、「計画された給付目的物の利用 (Verwendung) から生じる財産的利益の逸失」のことであり⁶⁵、例えば、転売利益 (の喪失)⁶⁶や営業利益 (の喪失)⁶⁷がここに含まれる。

e J. W. フルーメの見解

以上でみてきたリームとはほぼ同時期に、「給付に代わる損害賠償」が問題となる場面における損害の算定方法を、経済学的な観点も容れつつ論じたのが、J. W. フルーメ (*Johannes W. Flume*) である。

(a) 責任内容の確定方法の概観

フルーメは、買主が依拠することのできる構成として、以下のものを挙げている。

1) 填補購入費用

ア) 仮定的填補購入費用

まず、仮定的填補購入費用を挙げている⁶⁸。仮定的填補購入費用の賠償を認めると、必然的に「抽象的損害計算」——市場価格 (と代金額の差額) による算定——を認めることになることから、フルーメは、——彼自身は必ずしも明言していないものの——「抽象的損害計算」の基礎づけをこの仮定的填補購入費用という構成に求めるものとみられる。

イ) 事實的填補購入費用

⁶³ “Ertragsausfallschaden” は、原語に忠実に訳すならば、「収益喪失損害」などとなる。しかし、“Ertragsausfallschaden” は、目的物が収益目的で利用される場合に限られるわけではなく、目的物が自らの需要を満たす目的で利用される場合にも認められる (BeckOGK, a.a.O. (Fn. 60), § 280 Rn. 269 (-Riehm) を参照) こと、後にも述べるようにリームにおいては「利用 (Verwendung)」という概念が重要な役割を果たしていることから、「利用利益喪失損害」と訳すこととした。

⁶⁴ Riehm, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 24.

⁶⁵ Grigoleit/Riehm, a.a.O. (Fn. 61), S. 739.

⁶⁶ BeckOGK, a.a.O. (Fn. 60), § 280 Rn. 221 (-Riehm).

⁶⁷ BeckOGK, a.a.O. (Fn. 60), § 280 Rn. 228 (-Riehm).

⁶⁸ Johannes W. Flume, Markttausch, 2019, S. 161.

次に、事実に填補購入費用を挙げている⁶⁹。

2) 転売利益

さらに、転売利益を挙げている⁷⁰。

(b) 仮定的填補購入費用構成の正当化

ここまでは、すでに見てきたラベルやリームの見解とあまり変わらない。フルーメの見解の意義は、以上のうち「仮定的填補購入費用」という構成がどのように正当化されるのかを、経済学的な観点も踏まえつつ明らかにしたことにある。

1) 売買契約の機能——「利得」の取得

フルーメは、まず、売買契約が正常に履行される場面を念頭に、売買契約の機能を分析する。

彼によると、売買契約によって、両当事者は、「利得 (payoff)」を得ることになる。「利得」は、売買代金額と（履行時＝履行期における）目的物の市場価格の相対的な関係によって定まる⁷¹。すなわち、買主の「利得」は「市場価格－代金額」により、売主の「利得」は「代金額－市場価格」により定まる。この「利得」は、正の値になることもあれば、負の値になることもある。例えば、代金額を100とする売買契約において、買主の「利得」は、市場価格が110の場合は+10、市場価格が100の場合は0、市場価格が90の場合は-10となる⁷²。

売買契約によって得ることのできるこうした「利得」には、以下の2つの側面がある。

ア) 「利得」の静的な側面——売買契約の「良さ」

第1に、「利得」は、売買契約が当事者にとってどの程度「良い」取引なのか、あるいは「悪い」取引なのかという売買契約の「良さ (Güte)」を表している⁷³。この第1の側面は、（履行時という）一定の時点を基準

⁶⁹ Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 161.

⁷⁰ Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 185を参照。なお、買主が填補購入をすることにより回避することのできた転売利益の喪失について賠償が認められるかという問題については、第2章第2節2で検討する。

⁷¹ Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 115.

⁷² Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 115 ff.

⁷³ Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 115 ff.

とした売買契約の「良さ」を問題にしている点において、静的な側面だということができる。

イ) 「利得」の動的な側面——価格変動リスクからの保護

他方で、売買契約が——時間の経過に伴い市場価格が変動するという意味において——動的な環境において締結されるという点を踏まえると、第2に、「利得」の動的な側面を語ることができる。それは、「利得」は、「売買契約の締結により市場価格との関係において価格が保全されること、つまりいわゆるヘッジングを表すものでもある」ということである⁷⁴。すなわち、買主は、履行時における市場価格が売買代金額を上回った場合には、その市場価格で購入せずに済んだという意味において価格変動リスクから保護されたことになる。他方、売主は、履行時における市場価格が売買代金額を下回った場合には、その市場価格で売却することを回避できたという意味において価格変動リスクから保護されたことになる。その反面、買主は、市場価格が売買代金額を下回った場合には、節約できたはずの出費をしたことになり、売主は、市場価格が売買代金額を上回った場合には、得られたはずの収益を得られなかったことになる。このように、両当事者は、売買契約の締結により、売買代金額を境界線とした価格変動リスクの分配を行っている。「利得」は、当事者がこうしたリスク分配により保護された程度（あるいは損失を受けた程度）を示す指標であるということができるのである⁷⁵。

こうした「ヘッジ効果」は、複雑な金融取引だけではなく、「あらゆる売買契約に内在している」。というのも、あらゆる売買契約において、売買代金額が確定され、かつ契約締結時と履行時に——ときとして極小の——時間的間隔が空いているからである⁷⁶。

2) 給付に代わる損害賠償の目的——現実給付交換の再現

こうした売買契約の機能を踏まえて、フルーメは、次に、売買契約が

⁷⁴ Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 121.

⁷⁵ Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 122.

⁷⁶ Flume, a.a.O. (Fn. 68), S. 123.

正常に履行されない場面を念頭に、「給付に代わる損害賠償」における損害の算定問題を論じる。

フルーメによると、「正の利得価値 (*positive payoff-Werte*) ——これは、市場価格と売買代金額の関係に応じて、売主が得る場合もあれば買主が得る場合もある——は、BGB280条3項・281条により賠償されるべき金銭的利益と一致する」。このルール、すなわち市場価格ルールは、現実の給付交換の結果を金銭によって「再現 (*replizieren*)」する意味を持つ⁷⁷。すなわち、市場価格ルールに従った賠償を受けることにより、被不履行当事者は、「目的物を契約上合意された売買代金額で取得したのと同じ状態に置かれる」。例えば、売主不履行事例において、代金額が100で市場価格が120の場合には、買主の不履行損害の額は20となる。買主は、この20によって、合意された100という価格において目的物を市場から調達することが可能となり⁷⁸、先にみた「ヘッジ効果」が「再現」される⁷⁹というわけである。

こうした現実の給付交換の「再現」という考え方と関連して、フルーメは、「給付に代わる損害賠償」は、「病理的 (*pathologisch*) で道徳に反した (*amoralisch*) 状態に対処する」ものではなく、「現実履行と並ぶ契約履行の一形態」、すなわち「金銭履行 (*Pekuniarerfüllung*)」であるとも述べている⁸⁰。「履行」という語はクニューテルの見解を想起させるが、フルーメにおいては「給付に代わる損害賠償」を請求するために帰責事由が必要であることが前提とされている⁸¹ため、ここで意図されているのは、「給付に代わる損害賠償」は損害賠償ではなく履行請求であるということではないと考えられる。フルーメが現実の給付交換の「再現」という考え方を採っていることを踏まえると、この記述は、現実履行によって実現される利益と「給付に代わる損害賠償」によって実現される

⁷⁷ *Flume*, aa.O. (Fn. 68), S. 173.

⁷⁸ *Johannes W. Flume*, Der monetäre Wert des (Kauf-) Vertrags – Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens, *AcP* 215 (2015), S. 290.

⁷⁹ *Flume*, aa.O. (Fn. 68), S. 173.

⁸⁰ *Flume*, aa.O. (Fn. 68), S. 156.

⁸¹ *Flume*, aa.O. (Fn. 78), S. 342を参照。

利益は一致する、あるいは少なくとも共通の性質を有するという意味において理解されるべきであろう。この限りにおいて、フルーメの見解は、これまでみてきた、ノイナーの「直接損害」、ラーベルの「給付目的物の代償物」としての損害賠償、クニューテルの「一般利益」、リームの「本体喪失損害」において示されていた考え方と方向性を同じくしていることができる⁸²。もっとも、フルーメにおいては、これらの論者とは異なり、契約責任法における損害概念を2種類に分けるという発想が明確には示されていない。そのため、——遅延賠償が「金銭履行」であるとは考えられていないことについては推測がつくものの——あらゆる「給付に代わる損害賠償」が「金銭履行」なのか、それとも「金銭履行」ではない「給付に代わる損害賠償」も存在するのかという点がはっきりしないこととなっている。

イ 小括

以上、転売利益限定説に続いて、転売利益非限定説に属する5人の論者の見解をみてきた。ここで、一般債務不履行の場面における責任内容論を対象とした検討を小括しておこう。

(ア) ここまでの検討から得られる示唆——本体喪失損害と利用利益喪失損害の二元的把握の可能性および必要性

ここまでの検討からは、まず、契約責任法においては2種類の異なる損害概念が存在するという発想がありうる——2種類の損害を観念するという考え方を採ることが少なくとも理論的には「可能」である——ということが明らかとなったといえる。その2種類の損害概念とは、以下

⁸² もっとも、フルーメ自身は、給付交換の「再現」という考え方はノイナーの「最小限の損害」の考え方とは異なると述べている (*Flume*, aa.O. (Fn. 68), S. 173)。そこでは、不履行損害の額は市場価格に応じて変化するものであり、額が0になることもあるのだから、「最小限の損害」を語ることはできないとの批判がされている (S. 258も参照)。しかし、この批判は、債権者が負う反対債務の価額が控除されるかどうかという問題 (連載第1回の注 (51) を参照) に関わるものであり、本稿の扱う算定の問題とは別問題について述べるものとみるべきである。したがって、純粹に算定の問題に絞って見た場合には、フルーメの見解と「最小限の損害」の考え方は方向性を同じくしているということができるだろう。

の2つである。

a 本体喪失損害

(a) 共通に観念されるある損害概念の析出——損害＝給付（ないしその客観的価値）を取得しなかったこと自体〔本体喪失損害〕

第1は、ノイナーにおける「直接損害」、ラベルにおける「給付目的物の代償物」としての損害賠償（の基礎にある損害概念）、クニューテルにおける「一般利益」（の喪失）、リームにおける「本体喪失損害」、フルーメにおける「金銭履行」としての損害賠償（の基礎にある損害概念）である。これらの論者においては、要するに、「給付（ないしその客観的価値）を取得しなかったこと自体」が損害として把握されているとすることができる⁸³。以下では、この損害概念を、その性質を最も的確に言い表していると考えられるリームの「本体喪失損害」という語で呼ぶこととしたい。

(b) その特徴

この「本体喪失損害」は、以下のような性質を有していた。

1) 人的基準——客観的損害計算

まず、人的基準については、賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的損害計算」が認められていた⁸⁴。その際には、多くの論者において、履行請求の場合には「利益 (Interesse)」（つまり、次に説明する「利用利益喪失損害」）が市場価格を下回るという債務者の抗弁が許されないにもかかわらず、損害賠償請求の場合にその抗弁を許してしまうと、履行請求の場合と比較して不当に債務者を有利な地位に置くこととなるという理由が持ち出されていた。

こうした「客観的損害計算」を認める必要性は、転売利益限定説がその基礎にある理論からすると本来認められない場面についても「抽象的損害計算」を認める傾向にあったという事実裏づけられているといえ

⁸³ ただし、前述のとおり、クニューテルにおいては、これが「損害」ではなく「利益」として構成されていた（第2章第2節1(1)ウ(ウ)c(a)1)ア)を参照。

⁸⁴ なお、論者によっては、事実的填補購入費用も「本体喪失損害」に位置づけられていた。このような考え方のもとでは、「本体喪失損害」の賠償においては、「客観的損害計算」だけでなく「主観的損害計算」も認められるということになる。

る。というのも、(市場価格依拠型) 転売利益の賠償が認められないはずの場面においても「抽象的損害計算」を認めるというのは、実質的には「客観的損害計算」を認めているのと変わらない。「本体喪失損害」を観念しない転売利益限定説すら(実質的には)「客観的損害計算」を認めているという事実は、「客観的損害計算」を認める必要があるという評価が立場の違いを超えて共有されていることを示しているわけである。

このように「客観的損害計算」を認める必要があることを踏まえると、「本体喪失損害」を観念することは、単に「可能」であるというだけでなく、「必要」である——要するに、転売利益非限定説を支持すべきである——ということができる。

2) 金額包含的損害把握の採否——金額非包含的損害把握

また、「本体喪失損害」においては、損害概念に金額が含まれておらず、金銭的評価論が独立に観念されていた。

b 利用利益喪失損害

- (a) 本体喪失損害と並び立つ概念として共通に観念される損害概念の析出——損害 = 債権者が給付を利用することにより取得したであろう利益(の喪失) [利用利益喪失損害]

他方で、転売利益非限定説においても、損害概念がこの「本体喪失損害」に尽きると考えられていたわけではなかった。例えば、ノイナーにおいては「間接損害」、ラベルにおいては「具体的損害」として、金額差額説に従った(あるいはそれと整合的な)損害把握も同時に行われていた。また、リームの「利用利益喪失損害」も、債権者の利用によって得られる利益(の喪失)を損害とみる点において、主体の活動に着目していたメルテンスの財産把握(ひいては損害把握)との共通性をうかがわせる。さらに、クニューテルの「特別利益」(の喪失)も、——クニューテル自身は金額差額説に従った損害把握ではないとしていたものの——メルテンスの損害概念と同じように、主体関連的な損害であるとみることができるといった。これらの論者においては、要するに、「本体喪失損害」と並んで、「債権者が給付を利用することにより取得したであろう利益(の喪失)」が損害として把握されているということが出来る。以下では、

この第2の損害概念を、ここでもリームにならない、「利用利益喪失損害」と呼ぶこととしたい。

（b）その特徴

この「利用利益喪失損害」は、以下のような性質を有していた。

1）人的基準——主観的損害計算

まず、人的基準については、「主観的損害計算」が行われていた。

2）金額包含的損害把握の採否——金額包含的損害把握

また、「利用利益喪失損害」においては、一部の例外⁸⁵を除き、損害概念に金額が含まれていた⁸⁶。これにより、——論者において自覚されているかは必ずしも明らかではないが——金銭的評価論が賠償範囲論と融合することになる。

3）賠償範囲論を論じる必要性

さらに、その賠償範囲論について、ラーベルは、もっぱら「利用利益喪失損害」（「具体的損害」）においてのみ論じており、「本体喪失損害」においては論じていなかった。ここには、前述したように、「本体喪失損害」においては給付内容さえ確定されていれば賠償範囲論をそれとは別に論じる必要がないという理解をうかがうことができる。

（イ）未解決の問題——仮定的填補購入費用と客観的価値の意味と位置づけ

ところで、「本体喪失損害」には、厳密には、2通りの理解が存在していた。すなわち、仮定的填補購入費用と客観的価値である。しかし、この2つを挙げるラーベルにおいても、これらが相互にどのような関係に立つのかについては言及がなかった。また、ノイナーのように片方の理解しか示さない論者や、クニューテルのようにいずれの理解であるか

⁸⁵ 前述のとおり、クニューテルは、損害概念に金額が含まれないという理解に立っているものと考えられる（第2章第2節1（1）ウ（ウ）cを参照）。しかし、そこでも述べたとおり、このようなクニューテルの理解には必ずしも十分な根拠がない。

⁸⁶ 主体関連の財産把握を採用した場合には、損害概念に金額を含める考え方が導かれやすいということについても、すでに説明したとおりである（第2章第2節1（1）ウ（イ）c（a）2（イ）c）bbを参照）。

を確定することが困難な論者⁸⁷もいる。このように、ここまでの検討からは、仮定的填補購入費用と客観的価値という2つの理解の意味と位置づけについては十分に明らかにすることができていない。

もっとも、唯一、リームは、「履行状態実現費用の賠償」としての仮定的填補購入費用の賠償と、「純粋金銭賠償」としての「本体価値」の賠償を区別していた。そこでは、両者の額は通常は一致するのだが、瑕疵ある給付の場合には必ずしも一致しないことが説かれていた。この指摘を踏まえると、一般債務不履行の場面において仮定的填補購入費用と客観的価値の意味と位置づけが十分に論じられていなかったのは、両者から導かれる賠償額が一致するため、区別の実益に乏しかったからではないかという推測が成り立つ。裏を返せば、賠償額が必ずしも一致しない瑕疵担保の場面においては、両者の意味と位置づけについて何らかの議論があることが期待される。そこで、次に、瑕疵担保責任における責任内容論をめぐる議論をみていこう⁸⁸。

(2) 瑕疵担保責任における責任内容論

以下では、瑕疵担保責任をめぐる議論をみていく。

ア 問題の所在——仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否

瑕疵担保の場面においては、請負契約や売買契約を念頭に、仮定的瑕疵除去費用 (fiktive Mängelbeseitigungskosten) の賠償の可否をめぐる議論が行われている⁸⁹。これは、請負人の仕事 (売主が引き渡した目的

⁸⁷ 実は、瑕疵担保責任に関するクニューテルの見解をみると、彼が「本体喪失損害」(「一般利益」)を客観的価値として理解していることが明らかとなるのだが、これについては後述する(第2章第2節1(2)イ(イ)a(a)1)を参照)。

⁸⁸ なお、事後的填補購入費用については、「本体喪失損害」に位置づける論者(ラーベル、リーム)と「利用利益喪失損害」に位置づける論者(クニューテル)に分かれていたが、この対立をどのように理解すべきかについても、瑕疵担保の場面における議論をみることで明らかとなる。

⁸⁹ 仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐるドイツの議論を紹介・分析するものとしては、すでに、永岩慧子「請負の瑕疵責任における給付に代わる損害賠償額の算定——ドイツ連邦通常裁判所2018年2月22日判決の検討を中心に」名経法学44号(2020年)69頁、山田孝紀「売買契約・請負契約の給付に代わる

物)に瑕疵があった場合に、注文者(買主)は、瑕疵に基づく損害賠償(改正 BGB634条 4号⁹⁰(売買の場合は改正 BGB437条 3号⁹¹)・280条 3項・

仮定的損害賠償——ドイツ法における近時の展開」日本法学87巻3号(2021年)65頁がある。とりわけ、山田の論文は、2020年以降の新たな判例の展開も含めて、ドイツの判例・学説の議論を詳細にフォローするものであることから、本稿が同論文とどのような関係に立つのかという点をあらかじめ説明しておく必要がある。

後述するように、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐるドイツの議論は、近時判例に動きがあったことから非常に活発化しており、そこでの論点は極めて多岐にわたっている。山田の論文は、そうした多岐にわたる論点に関する議論を幅広くフォローするものであり、そのような意味において、重要な先行研究として位置づけられるべきである。これに対して、本稿は、損害概念を析出する素材として仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐるドイツの議論を取り上げていることから、そうした多岐にわたる論点の中でも、特に損害論に重きを置いて紹介・分析を行っている。より具体的には、山田の論文と比較したときの本文稿の特徴は、(先取りにはなるが)次の3点にまとめられる。

第1に、本稿は、学説を網羅的に取り上げるのではなく、損害論について重要な知見をもたらすと考えられる学説を中心に取り上げる。そのため、特に損害論に関わる部分について、本稿は、山田による学説紹介を補充する意味を持つ(例えば、山田の論文では、U.ピッカー、ハルフマイヤー、リームといった論者の損害論に関わる主張の核心部分がほぼ紹介されていない)。

第2に、本稿は、ドイツの議論を検討することにより、損害論について2つの立場が対立し、この対立が仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に一定の影響を及ぼしていることを明らかにする。山田の論文でも、損害論は、多数の論点のうちの1つとして取り上げられ、ドイツの議論について一定の整理が行われているが、本稿では、より詳細かつ正確にこの点の分析を行うことを目指す(この点については、後掲注(167)も参照)。

第3に、本稿は、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐる議論の検討を終えた後、そこから得られた損害論に関する知見を、一般債務不履行の場面をめぐる議論——「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐる議論——から得られた知見と接合するというを試みる。

なお、山田は、ドイツ法の検討を踏まえて、日本法についても一定の検討を行っているが、これについては第3章で取り上げる予定である。

⁹⁰ 以下、請負における瑕疵担保責任に関する規定を必要な限りで掲げておく。

なお、本稿では2002年債務法改正前の議論も併せて取り上げているが、改正前

281条1項1文)として、実際には自ら瑕疵を除去することなく、仮に瑕疵を除去するとすればそれに要するであろう費用の賠償を請求するこ

BGBの規定については、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐる議論に影響を及ぼしうる改正に関わる部分に限り、後に紹介する(後掲注(109)を参照)。

【改正 BGB 第634条(瑕疵がある場合における注文者の権利)】

仕事に瑕疵がある場合には、別段の定めがない限り、注文者は、次の各号に掲げる権利を有する。

1. 第635条により追完を請求する権利
2. 第637条により瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求する権利
3. 第636条、第323条及び第326条第5項により契約を解除し、又は第638条により報酬を減額する権利
4. 第636条、第280条、第281条、第283条及び第311a条により損害賠償を請求し、又は第284条により無駄になった費用の賠償を請求する権利

【改正 BGB 第635条(追完)】

(1) 注文者が追完を請求する場合には、請負人は、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は新たな仕事を製作することができる。

(2) 請負人は、追完の目的のために必要な費用、とりわけ、輸送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。

(3) 請負人は、追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、第275条第2項及び第3項の適用を妨げることなく、それを拒絶することができる。

(4) (略)

【改正 BGB 第636条(解除及び損害賠償に関する特則)】

第281条第2項及び第323条第2項に定める場合のほか、請負人が第635条第3項により追完を拒絶する場合又は追完が失敗に終わった場合若しくは追完の請求を注文者に期待することができない場合にも、期間設定を要しない。

【改正 BGB 第637条(自己追完)】

(1) 注文者は、請負人が追完を正当に拒絶したのではない限り、追完のために設定した相当な期間が徒過した後に、瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。

(2) この場合においては、第323条第2項を準用する。追完が失敗に終わった場合又は追完の請求を注文者に期待することができない場合にも、期間設定を要しない。

(3) 注文者は、請負人に対して、瑕疵を除去するために必要な費用の前払を請求することができる。

とができるかという問題である。

⁹¹ 以下、売買における瑕疵担保責任に関する規定を必要な限りで掲げておく。なお、改正 BGB439条3項は、2018年瑕疵担保法改正によって追加されたものである。改正前 BGBの規定については、後に紹介する（連載第3回の脚注を参照）。

【改正 BGB 第437条（瑕疵がある場合における買主の権利）】

物に瑕疵がある場合には、別段の定めがない限り、買主は、次の各号に掲げる権利を有する。

1. 第439条により追完を請求する権利
2. 第440条、第323条及び第326条第5項により契約を解除し、又は第441条により売買代金を減額する権利
3. 第440条、第280条、第281条、第283条及び第311a条により損害賠償を請求し、又は第284条により無駄になった費用の賠償を請求する権利

【改正 BGB 第439条（追完）】

（1）買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。

（2）売主は、追完の目的のために必要な費用、とりわけ、輸送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。

（3）買主が瑕疵ある物をその種類及び利用目的に従って他の物に組み込んだ場合又は他の物に取り付けた場合には、売主は、追完の枠内において、買主に対して、瑕疵ある物の取外しのために必要な費用及び修補された物又は引き渡された瑕疵のない物の組込み又は取付けのために必要な費用を償還する義務を負う。この場合において、第442条第1項中買主の認識に関して「契約の締結」とあるのは、「買主による瑕疵ある物の組込み又は取付け」と読み替えるものとする。

（4）売主は、買主が選択した種類の追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、第275条第2項及び第3項の適用を妨げることなく、それを拒絶することができる。その際には、とりわけ、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重要性及び買主に著しい不利益を与えることなく他の種類の追完を行うことができるかどうかという問題を考慮しなければならない。この場合には、買主の請求権は、当該他の種類の追完に限定される；第1文の要件のもとで当該他の種類の追完をも拒絶する売主の権利は、妨げられない。

（5）(略)

【改正 BGB 第440条（解除及び損害賠償に関する特則）】

第281条第2項及び第323条第2項に定める場合のほか、売主が第439条第4項により両方の種類の追完を拒絶する場合又は買主に認められる種類の追完が

ところで、請負については、瑕疵に基づく注文者の権利として、損害賠償請求権とは別に、「自己追完 (Selbstvornahme)」を行う権利が認められている (改正 BGB634条 2号・637条。なお、売買については、同様の規定は存在しない)。これは、注文者が瑕疵を自ら除去したうえで、それに必要な費用の償還を請求するという権利であり、事前の償還請求も認められる (改正 BGB637条 1項・3項)。事前償還請求は、請求時点で瑕疵を除去しておくことを要しない点において仮定的瑕疵除去費用の賠償と共通しているが、以下の2点において異なる。第1に、費用償還請求は損害賠償請求ではないので、請負人の帰責事由が不要である⁹²。第2に、事前償還請求はあくまで将来実際に支払われることになる瑕疵除去費用の前払にすぎないから、注文者は、請負人から支払われた瑕疵除去費用を瑕疵除去のために用いなければならない⁹³。したがって、注文者が (相当期間内に) 瑕疵除去を行わなかった場合には全額を、瑕疵除去を行ったものの前払金が余った場合にはその残額を、請負人に返還しなければならない⁹⁴。逆に、瑕疵除去を行ったところ前払金が足りなかったという場合には、追加の費用償還請求が可能である⁹⁵。仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題は、この第2の点において事前償還よりも注文者に有利な仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めることができるかどうかという問題として理解することができる。

この問題に関しては、従来、請負・売買のいずれについても仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという連邦通常裁判所 (BGH) の確立した判例が存在していた⁹⁶。ところが、2018年に、BGH 第7民事部は、請負

失敗に終わった場合若しくはその追完の請求を買主に期待することができない場合にも、期間設定を要しない。修補を2回試みても成功しなかった場合には、物又は瑕疵の種類その他の事情からそうでないといえない限り、失敗に終わったものとする。

⁹² Grüneberg, aa.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 2 (-Björn Retzlaff).

⁹³ Grüneberg, aa.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 10 (-Retzlaff).

⁹⁴ Grüneberg, aa.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 11 (-Retzlaff).

⁹⁵ Grüneberg, aa.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 9 (-Retzlaff).

⁹⁶ ただし、売買については、この判例法理が形成されたのは2002年債務法改正後のことである。債務法改正前の状況も含めて、詳しくは後ほど説明する。

についてこの判例を変更し、賠償を否定するという立場に転じた。この判例変更を受けて、BGH 第5民事部は、2020年から2021年にかけて、売買についても仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべきかという問題に取り組むこととなった。その過程では、第5民事部から第7民事部に対して2018年の判決（判例変更）を維持するかどうかについて照会も行われたが、最終的には、第7民事部が請負について仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという2018年の判決の立場を維持したのに対して、第5民事部は、売買については仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する従来の判例法理を維持するという判断を下し、BGHの内部において、請負事例と売買事例の判断が分かれることとなった。こうした判例の展開を受けて、近時、ドイツにおいて、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題はますます注目を集めることとなっている。そこで、以下では、判例の展開を、2018年の請負事例に関する判例変更までと、その後の請負事例と売買事例の関係をめぐる判例の展開の大きく2つに分けて、学説の反応とともにみていくこととしたい。

イ 請負における判例変更とそれをめぐる学説の議論

（ア）判例

まずは、2018年の判例変更に至るまでの請負に関する判例をみていく。

a 従来の判例——請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

従来、BGHは、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定していた⁹⁷。その中には、（賠償時において注文者による瑕疵除去がなお可能ではあるけれども、）請負人から支払われた瑕疵除去費用を瑕疵除去のために用いる必要がないことを認めたもの⁹⁸もあれば、注文者が仕事の対象を売却したことにより賠償時において注文者による瑕疵除去がもは

⁹⁷ BGHZ 61, 28 (30)=NJW 1973, 1457; BGHZ 61, 369 (372)=NJW 1974, 143; BGHZ 74, 258 (265)=NJW 1979, 2207; BGHZ 99, 81 (84 ff.)=JZ 1987, 247=NJW 1987, 645; BGH, NJW-RR 2003, 878= BauR 2003, 1211; BGH, NJW-RR 2004, 1462 (1463)= BauR 2004, 1617; BGH, NJW-RR 2005, 1039=BauR 2005, 1014; BGHZ 186, 330 Rn. 11=NJW 2010, 3085.

⁹⁸ BGHZ 61, 28 (30)=NJW 1973, 1457; BGHZ 74, 258 (265)=NJW 1979, 2207; BGH, NJW-RR 2003, 878= BauR 2003, 1211.

や不可能となっているにもかかわらず、瑕疵除去に要する費用の賠償を認められたもの⁹⁹もある。

賠償を認める際、BGHは、「瑕疵自体がすでに損害である」という理由を挙げることが多い¹⁰⁰。

b 判例変更の萌芽

BGHは、こうした判例法理を維持しつつも、2007年と2010年に、判例変更の萌芽とも評しうる判決を下している。

(a) BGH 2007年6月28日判決

まず、BGHは、2007年6月28日に、仮定的瑕疵除去費用に関する2つの類似の事案のそれぞれにつき、共通の考え方を基礎とした判決を下している（以下、NJWへの掲載順に「第1事件」・「第2事件」と呼び、両判決を併せて「BGH 2007年判決」と呼ぶ）¹⁰¹。

1) 事案

事案は、簡略化すると、次のようなものであった。いずれの事件においても、建築主Aを起点としてB、C、Dへと続く請負契約の連鎖において、Dの仕事に瑕疵があったことを理由として、Cが、Dに対して、仮定的瑕疵除去費用によって算定された損害の賠償を請求した。第1事件においては、(AのBに対する瑕疵担保に基づく請求権および)BのCに対する瑕疵担保に基づく請求権について、消滅時効期間がすでに満了していた。第2事件においては、BとCの間で、CがBとの関係で損害の補償として負担すべき金額は瑕疵除去費用の全額ではなく、そこから減額された額であるという旨の合意がされていた。

2) 判旨——損益相殺による仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

⁹⁹ BGHZ 99, 81 (84 ff.)=JZ 1987, 247=NJW 1987, 645; BGH, NJW-RR 2004, 1462 (1463)= BauR 2004, 1617.

¹⁰⁰ BGH, NJW-RR 2003, 878= BauR 2003, 1211; BGHZ 173, 83 Rn. 15=NJW 2007; BGH, NJW 2007, 2697 Rn. 12. さらに、BGH, NJW-RR 2005, 1039=BauR 2005, 1014も参照。

¹⁰¹ BGHZ 173, 83=NJW 2007, 2695; BGH, NJW 2007, 2697. 第1事件を紹介するものとして、青野博之「損害賠償金の用途の自由——ドイツ民法第249条第2項第1文に基づく損害賠償」駒澤法曹8号(2012年)102頁。

BGH は、いずれの事件においても、賠償を否定すべきであるという立場を示した（第2事件においては、BC間で合意された金額を超える限りにおいて賠償を否定すべきであるという立場を示した）。その理由は、いずれの事件においても、損益相殺の考え方に求められている。すなわち、「瑕疵に基づく損害賠償を連鎖の終点側にいる契約相手方に対して主張する者がいる場合において、その者自身がこの瑕疵を理由として連鎖の起点側にいる契約相手方から請求を受けることがもはやありえないことが認められたときは、損益相殺の考え方を援用することができる」¹⁰²。

3) 評価——仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場との親和性

以上の両判決は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定したものではない。むしろ、従来の判例と同じく、仮定的瑕疵除去費用の賠償が可能であることは明示的に認められている¹⁰³。したがって、形式的には、両判決は、損益相殺という特別の考慮によって例外的に仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定される場合があることを示した判決であると評価されることになる。

しかし、実質的にみると、両判決は、単に例外を認めたというだけではなく、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般的に否定する考え方とかなり接近しているといえる¹⁰⁴。というのも、CがBから瑕疵に基づく請求を受ける可能性がないということは、Dから支払われる瑕疵除去費用をCが瑕疵除去（のために用いられる損害賠償金の支払）のために用いる可能性がもはやなくなったということの意味する。この点において、両判決の事案は、通常の二当事者間の請負において、注文者が仕事の対象を売却したことにより賠償時において注文者による瑕疵除去がもはや不可能となっている場合と共通であるといえる。したがって、両

¹⁰² BGHZ 173, 83 Rn. 20=NJW 2007, 2695. BGH, NJW 2007, 2697 Rn. 19も同旨。

¹⁰³ BGHZ 173, 83 Rn. 16=NJW 2007, 2695; BGH, NJW 2007, 2697 Rn. 13.

¹⁰⁴ BGH 2007年判決の採る考え方が仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定してきた従来の判例法理と整合しないことを指摘するものとして、*Claus Halfmeier*, Grundstrukturen des bauvertraglichen Schadensersatzes, BauR 2013, S. 325など。

判決は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場と親和性のある判断を示したことになるのである。

(b) BGH 2010年7月22日判決

続いて、BGHは、2010年に、以下のような判決（以下、「BGH 2010年判決」と呼ぶ）を下している¹⁰⁵。

1) 判旨——売上税に関する処分自由の否定

BGHによると、仮定的瑕疵除去費用には、注文者から第三者（注文者の委託を受けて瑕疵を除去する者）に支払われるべき売上税は含まれない。すなわち、売上税については、実際に支払われた場合のみ賠償を請求することができる。その理由は、以下のとおりである。

確かに、249条2項2文（物損の場合には、売上税は実際に課されない限り原状回復費用賠償の対象に含まれないとする規定）は、請負契約上の損害賠償請求権に対しては適用されない。これは、規定の文言および体系的位置に照らすと適用対象が物損事例に限定されることと、249条2項2文は明示的に「第1文に定める必要な金額」のみを対象としているが、仕事の瑕疵に基づく損害賠償は249条2項1文（原状回復費用賠償を定める規定）を根拠として認められるものではないことによる。

しかし、2002年損害賠償法改正により249条2項2文を導入した立法者の考慮に照らすと、請負契約上の給付に代わる損害賠償においても、仮定的瑕疵除去費用に売上税を含めるのは、「注文者の損害の過剰賠償」にあたると思われる。というのも、まさに建築請負契約法における〔実務〕経験が示しているように、仮定的瑕疵除去費用による算定は、過剰賠償をもたらすことが多い。したがって、249条2項2文が導入された趣旨である、「損害賠償の範囲を、従来よりも強く、被害者が損害除去のために実際にどのような処分（Dispositionen）を行ったかということとも対応させること」が正当化される。そして、売上税の範囲の明確さなどに照らすと、少なくとも売上税については、実際に支払われた場合に限って賠償を認めることが正当化されるというわけである。

2) 評価——仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場との親和性

¹⁰⁵ BGHZ 186, 330=NJW 2010, 3085.

この判決は、249条2項2文の直接適用を否定しつつも、過剰賠償の回避という同規定の趣旨は請負契約上の給付に代わる損害賠償にも妥当するとして、売上税は仮定的瑕疵除去費用に含まれないという判断を示したものである。これにより従来よりも仮定的瑕疵除去費用として賠償が認められる範囲が狭くなったこと、しかも、その理由が過剰賠償の回避という仮定的瑕疵除去費用一般に妥当する考慮に求められていることから、BGHは、BGH 2007年判決に続いて、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場と親和性のある判断を示したということができ¹⁰⁶。

c 判例変更——BGH 2018年2月22日判決

こうしたなか、BGH（第7民事部）は、2018年に、従来の判例を変更し、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという判決（以下、「BGH 2018年判決」と呼ぶ）を下した¹⁰⁷。

（a）事案

事案は、次のようなものであった。注文者である原告は、施工者である被告との間で、自宅の敷地内に自然石タイルを敷くという内容の請負契約を締結した。ところが、被告の敷いた自然石タイルには亀裂等の瑕疵があった。

そのため、原告は、まず、第一審において、瑕疵除去費用の事前償還を請求し、これは認容された。

控訴審においては、原告がその係属中に本件不動産を売却したことに伴い、事前償還請求から、仮定的瑕疵除去費用によって算定される損害賠償請求に訴えが転換された。控訴審は、売上税分の賠償を認めないという限りにおいて、第一審判決を変更した。

上告審においては、注文者が瑕疵除去の可能性を手放した場合の損害の算定方法が争点となった¹⁰⁸。

¹⁰⁶ 本判決が仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定してきた従来の判例法理と整合しないことを指摘するものとして、*Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 325など。

¹⁰⁷ BGHZ 218, 1=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

¹⁰⁸ なお、本件においては、設計・監理を請け負った建築家に対しても、仮定的瑕疵除去費用によって算定される損害賠償請求が行われているが、ここでは

(b) 判旨

BGH は、原判決を、仮定的瑕疵除去費用による算定を認めた部分について破棄し、差し戻した。

1) 仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

BGH によると、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定してきた従来の判例法理は、「少なくとも2002年1月1日〔引用者注：債務法改正の施行日〕以降に締結された請負契約に対しては¹⁰⁹、もはや維持されない。このこ

ひとまず省略し、後に改めて取り上げる。

¹⁰⁹ なお、後の判例により、BGH 2018年判決による判例変更の射程が「2002年1月1日より前に締結された契約」には及ばないことが確認されている (BGH, NJW-RR 2020, 269 Rn. 28=NZBau 2020, 155)。これは、BGH 2018年判決が、(後ほど紹介するように、) 請負において仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要がない理由として、(費用の前払をしてほしい) 請負人は事前償還請求権 (改正 BGB637条3項) により十分に保護されているという点を挙げていることと関係している。すなわち、当該後の判例によると、判例変更の射程が「2002年1月1日より前に締結された契約」に及ばないのは、主として、次のような理由によるものであるとされる (BGH, NJW-RR 2020, 269 Rn. 29=NZBau 2020, 155)。

まず、改正前 BGB のもとでは、注文者が仕事の瑕疵を理由として例えば不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、原則として、請負人の瑕疵除去のための猶予期間を設定する必要がある (改正前 BGB635条・634条1項1文・3文前段)。この期間が経過した後は、注文者は、請負人に対して、瑕疵除去を請求することができない (改正前 BGB634条1項3文後段)。そして、瑕疵除去請求権が消滅した後は、注文者は、もはや瑕疵除去費用の償還請求 (改正前 BGB633条3項) ——ここには、判例法理として認められていた事前償還請求も含まれる——をすることができなくなる (これは、改正前 BGB633条3項が、瑕疵除去費用の償還請求の要件として瑕疵除去の遅滞を要求していることによる。すなわち、瑕疵除去請求権が消滅すると、瑕疵除去の遅滞もなくなるため、事前償還請求も含めた瑕疵除去費用の償還請求ができなくなるというわけである。この点については、BGH, NJW 2021, 53 Rn. 55を参照)。このように、改正前 BGB のもとでは、注文者が、事前償還請求による保護を十分に受けることができない。そのため、(注文者に十分な保護を与えるためには、) 仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要があるとされる。

【改正前 BGB 第633条】

(1) 請負人は、仕事が保証された性質を備え、かつ、その価値又は通常の使用若しくは契約上想定された使用にあたっての有用性を消滅又は減少させる欠

とは、以下の考慮に基づく」（Rn. 31）。

ア）仮定的瑕疵除去費用の金額分の財産減少の不在

「瑕疵除去のための費用を支出していない注文者は、この（仮定的にすぎない）費用の形および額における財産的損害を被っていない。注文者の財産は、請負人による瑕疵のない給付〔があった場合〕と比較して、そのような（仮定的な）費用の金額分減少したわけではない。注文者が瑕疵を除去してもらい、そのための費用を支払ってはじめて、支出された費用額における財産的損害が注文者に生じる」（Rn. 32）。

イ）損害＝瑕疵自体説の否定

「従来の理解とは異なり、仮定的瑕疵除去費用による損害算定は、瑕疵自体がこの費用の額における財産的損害であるということをもっては基礎づけられない。仕事の瑕疵は、さしあたっては、給付の不足にすぎない」。「等価関係の破壊という結果を伴ったこうした給付の不足がすでに注文者に生じた財産的損害として評価されるということが正当化されたとしても、それをもっては、まさに、そうした財産的損害がどの程度

陥を抱えないように、仕事を製作する義務を負う。

（2）仕事が前項に規定する性状を備えていない場合には、注文者は、瑕疵の除去を請求することができる。（以下略）

（3）請負人が瑕疵の除去につき遅滞に陥っている場合には、注文者は、瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。

【改正前 BGB 第634条】

（1）注文者は、請負人に対して、第633条に定める種類の瑕疵を除去するための相当の期間を定めて、その期間の経過後は瑕疵の除去を拒絶する旨の意思表示をすることができる。（第2文略）瑕疵が適時に除去されなかった場合には、注文者は、期間の経過後に、契約の解消（瑕疵担保解除）又は報酬の引下げ（代金減額）を請求することができる；この場合においては、瑕疵除去請求権は排除される。

（2）～（4）（略）

【改正前 BGB 第635条】

仕事の瑕疵が請負人の責めに帰すべき事情に基づく場合には、注文者は、瑕疵担保解除又は代金減額に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

の額において存在するののかという点が明らかにされていない」(Rn. 33)。

ウ) 過剰賠償の回避

「仮定的瑕疵除去費用による損害算定は、評価的な観点からみても、請負契約法——とりわけ建築請負契約法——における給付の不足を適切に反映するものではない。むしろ、多くの場合、過剰賠償と、それに伴い、損害法上の一般原則に照らして……正当化されない注文者の利得を招く。というのも、(仮定的) 瑕疵除去費用は、例えば仕事の種類、瑕疵除去の方法、他の専門業者を巻き込む必要性といった様々な事情に依存しており、合意された報酬——両当事者はこれをもって瑕疵のない仕事を評価したのである——を(例外的な場合以外にも)明らかに超過する可能性があるからである。したがって、(仮定的) 瑕疵除去費用は、瑕疵除去をしていない注文者のもとに依然として残る給付の不足とそれによって生じた等価関係の破壊を金額に評価するのに適していない」(Rn. 34)。

「こうした判例〔引用者注：BGH 2007年判決やBGH 2010年判決など〕をさらに推し進めて、BGB634条4号、280条、281条の給付に代わる損害賠償の範囲を、注文者が瑕疵除去のために実際にどのような処分(Dispositionen)を行ったかということとより強く対応させることが必要である」(Rn. 36)。

2) 代金減額における減額分算出方法に依拠した減価分の評価の肯定

「注文者は、損害法上の一般原則に照らして、次のような方法で損害を算定することができる。それは、貸借対照表の要領で、仕事により作り出され、あるいは加工され、注文者の所有物となっている物が瑕疵がなければ有したであろう仮定的な価値と、瑕疵があるために実際に有する価値の差額を確定するという方法である」(Rn. 27)。

ところで、「注文者は、瑕疵除去をしないことにした場合には、BGB634条3号、638条により、給付利益の侵害に対する補償として、報酬を減額することができる。この評価は、BGB634条4号、280条、281条による小さな損害賠償(kleiner Schadensersatz)¹¹⁰の形での給付に

¹¹⁰ 「小さな損害賠償」とは、瑕疵給付や一部給付が行われた場合における追完

代わる損害賠償における損害算定に際して考慮されなければならない。というのも、注文者は、この点について、——過失が必要となる分、より厳格な要件に服する——損害賠償請求権を選択したことにより、BGB634条3号、638条の代金減額権を行使した場合よりも不利な地位に置かれるべきではないからである」(Rn. 40)。「したがって、損害を算定するにあたっては、BGB634条3号、638条に依拠して、次のような方法を採用することができる。それは、仕事について合意された報酬を出発点として、(除去されていない) 瑕疵による仕事の減価分を評価するという方法である。これによると、基準となるのは、仕事の瑕疵により生じた等価関係の破壊である」(Rn. 41)。

3) 減収分の賠償の肯定

「注文者は、仕事により作り出され、あるいは加工された物を——本件のように、法的紛争の途中で——瑕疵を除去しないまま売却した場合には、物の瑕疵を理由とする具体的な減収分によって損害を算定することができる。減収分は、典型的には、瑕疵がなければその物が有したであろう仮定的な価値と、〔買主から売主＝注文者に〕支払われた売買代金額の差額を手がかりとして確定することができるだろう。売買代金額は物の実際の価値を示すものなので、そのようにして確定された減収分は、通常は、その物の減価分と一致する」(Rn. 28)。

「注文者は、物を売却した場合であっても、取得した売買代金額が物の実際の価値を超えることを証明したときは、——具体的な減収分を超える——減価分によって損害を算定することができる」(Rn. 29)。

4) 事実的瑕疵除去費用の賠償の肯定

「注文者が瑕疵を除去してもらった場合には、注文者が支出した瑕疵除去費用——合理的に評価した場合に、必要であるとみてよかったもの——は、BGB634条2号、637条によってのみ償還されるべきものでは

に代わる損害賠償のことである。これに対して、瑕疵給付や一部給付が行われた場合において、債権者が受領した給付を返還して、給付全体に代わる損害賠償を求めるときの損害賠償は、「大きな損害賠償 (großer Schadensersatz)」や「給付の全部に代わる損害賠償 (Schadensersatz statt der ganzen Leistung)」と呼ばれる (改正 BGB281条1項2文・3文・5項を参照)。

ない。この場合において、注文者は、支出した瑕疵除去費用を BGB634 条 4 号、280 条、281 条の損害としても賠償請求することができる。「注文者は、〔支出した瑕疵除去費用よりも〕低額の減価分の賠償による必要はない」(Rn. 46)。

5) 瑕疵除去費用の事前償還の肯定

「さらに、BGB634 条 4 号、280 条、281 条により小さな損害賠償の形で給付に代わる損害賠償を請求した注文者は、瑕疵を除去する意思を有する場合には、原則として、BGB634 条 2 号、637 条の前払を請求する権利を有する」(Rn. 48)。「BGB281 条 4 項〔引用者注：債権者が給付に代わる損害賠償を請求した時に給付請求権が消滅することを定める規定〕は、このことを妨げない」(Rn. 49)。

6) 本判決の射程——請負に限定

最後に、BGH は、本判決による判例変更の射程が売買事例にも及ぶかという問題につき、これを否定している。BGH によると、その理由は、「判例変更が、請負契約法の特殊性に基づくものだからである」(Rn. 70)。

「一方で、請負契約法における注文者の損害に関する著しい過剰賠償の危険は、——数多くの事例で示されているように——売買契約法における買主の損害に関するものよりも明らかに大きい。これは、とりわけ、請負契約法においては、通常、仕事の瑕疵を除去するよりも安い費用で新たな仕事を製作することがすでに事実上不可能であることによる」(Rn. 71)。

「他方で、請負契約法においては、瑕疵を（なお）請負人の費用において除去する処分自由を注文者に与えるという目的との関係でも、仮定的瑕疵除去費用賠償請求権を認める必要はない。請負契約法においては、注文者は、——売買契約法には対応する規定が存在しない——BGB637 条の規定が認める権利、とりわけ BGB637 条 3 項の前払請求権により、十分に保護されている」(Rn. 72)。

(イ) 学説

では、請負（および売買）における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について、学説ではどのような議論がされてきたのだろうか。以下では、BGH 2018 年判決に対する学説の反応（および同判決以前の学説の状況）

をみていく。その際、本稿では、各論者が瑕疵除去費用の賠償の基礎に置いている損害概念がどのようなものであるかという観点からの分析を行う。とはいえ、——仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否を扱う論稿が多数にのぼるにもかかわらず——基礎に置かれる損害概念という観点を意識する論稿は、決して多くはない。しかし、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐる議論を単なる価値判断の主張の応酬に終わらせないためには、瑕疵担保の場面において、そもそもどのような内容の損害が賠償されるべきなのか——裏を返せば、どのような内容の利益が実現されるべきなのか——を明らかにしたうえで、その損害概念ないし利益概念に照らして仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのかを論じるべきである。そこで、以下では、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否を論じる学説を網羅的に取り上げることはせず、（場合によっては暗黙のうちに）瑕疵除去費用の賠償の基礎に置かれている損害概念を読み取ることができると絞って取り上げることとする。

損害概念の観点から分析すると、学説は、「純粋金銭賠償構成」と「履行状態実現費用賠償構成」の2つに分かれる。

a 純粋金銭賠償構成 (Chr. クニユーテル)

まず、純粋金銭賠償構成をみていく。この立場に立つのは、一般債務不履行の場面でも紹介したクニユーテルである¹¹¹。

¹¹¹ 類似の見解として、*Gerald Mäsch*, Schuldrecht BT: Differenzhypothese statt fiktiver Mängelbeseitigungskosten – Schadensersatz wegen Mängeln an den im Außenbereich eines Einfamilienhauses verlegten Natursteinplatten, JuS 2018, S. 908 f.; *Maximilian Lotz*, Die Ersatzfähigkeit „fiktiver Mängelbeseitigungskosten“ im Rahmen des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung im Werk- und Kaufrecht, JuS 2019, S. 750; *Benedikt Walesch/Marem-Lisa Athie*, Schadensersatz wegen Verletzung einer Primärpflicht im Werkvertragsrecht – Eine vom Vertragstyp überlagerte schadensrechtliche Besonderheit?, NZBau 2020, S. 138 f. このほか、*Paul Popescu*, Zum Baumangel als Schaden im Schutzsystem relativer Rechte, BauR 2014, S. 1690 ff.; *ders.*, Das Ende der fiktiven Schadensabrechnung im Werkvertragsrecht, BauR 2018, S. 1601 f. も参照。

(a) 瑕疵除去費用の賠償の位置づけ——純粹金銭賠償
[価値利益の実現を目的とする賠償]

クニューテルにおいて、瑕疵除去費用の賠償は、——そのような形で明言されているわけではないものの——純粹金銭賠償、すなわち価値利益の実現を目的とする賠償として位置づけられていると考えられる。このことは、請負人の瑕疵担保責任の内容に関する彼の考え方から読み取ることができる。

すでに述べたとおり、クニューテルにおいて、不履行に基づく損害賠償において賠償される「積極的利益」は、「一般利益」と「特別利益」の2つに分かれる。

1) 一般利益——減価分

まず、請負人の瑕疵担保責任が問題となる場面において「一般利益」にあたるのは、仕事の減価分である¹¹²。

ところで、一般債務不履行の場面においては、「本体喪失損害」の理解として、仮定的填補購入費用と客観的価値の2つがありうるのであった。しかし、クニューテルがいずれの理解を採っているのかについては、そこでは明らかとなっていなかった。

ここで、瑕疵担保の場面において「一般利益」が減価分を意味することが明らかとなったことで、一般債務不履行の場面においても、「一般利益」は仮定的填補購入費用ではなく客観的価値として理解されていることが明らかとなったといえる。なぜなら、仮に仮定的填補購入費用として理解されているならば、ここでも「一般利益」の枠内で仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められることになるはずだからである。

2) 特別利益——事實的瑕疵除去費用

他方の「特別利益」としては、事實的瑕疵除去費用の賠償が認められている¹¹³。これは、一般債務不履行の場面において事實的填補購入費用

¹¹² *Knütel*, aa.O. (Fn. 15), S. 592.

¹¹³ *Knütel*, aa.O. (Fn. 15), S. 593. なお、クニューテルは、「特別利益」としての位置づけにもかかわらず、事實的瑕疵除去費用の賠償において帰責事由は不要であるとするが、これは、改正 BGB637条で帰責事由を要しない費用償還請求権が認められていることとの均衡を考慮したものである (S. 593)。

が「特別利益」に位置づけられていたことと整合する。クニューテルにおいて、このように事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償が「特別利益」に位置づけられている理由は、「一般利益」が客観的価値を意味することを踏まえると、よく理解することができる。

というのも、仮に事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償を「一般利益」——「買主が目的物の取得自体に有する利益」——に位置づけようとするならば、それらの費用（ないしその支出）自体を損害とみるのではなく、現実の給付を取得することにより（現実）得られる利益（契約責任における現実的利益。以下では、「現実給付取得利益」と呼ぶ）の喪失を損害とみて、それらの費用は現実給付取得利益を実現するための手段であると理解することになると考えられる。リームにおいては、事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償が履行状態実現費用の賠償として位置づけられていたことから、こうした理解が採用されているとみることができる。また、ラーベルも、抽象的算定の基礎づけとして仮定的填補購入費用をも採用したうえで、事実的填補購入費用を「具体的損害」ではなく客観的算定のほうに位置づけていたことから、こうした理解を採用している可能性が高い。

ところが、クニューテルにおいては、「一般利益」が客観的価値として（のみ）理解されている。そのため、（「特別利益」と同様に、）「一般利益」は、現実給付取得利益ではなく、価値利益であるということになる¹¹⁴。そうすると、事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用は現実給付取得利益を実現するための費用であるという理解を採る可能性は断たれる。したがって、それらの費用の支出による財産（の価値）の減少を損害とみることになる。こうして、ラーベルやリームとは異なり、事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償が純粹金銭賠償として理解され、「特別利益」に位置づけられることになるわけである。クニューテルは、「——BGHの理解とは異なり——支出自体が損害なのであつ

¹¹⁴ クニューテルの「一般利益」につき同様の理解を示すものとして、*Gunter Deppenkemper, Keine fiktiv berechneten Mängelbeseitigungskosten – zurück zum BGB vor anno 1900?*, jM 2018, S. 226.

て、瑕疵が損害なのではない」と述べている¹¹⁵が、これは、以上のような意味で理解されるべきであろう。

(b) 帰結——仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

以上のように瑕疵除去費用の賠償を純粋金銭賠償に位置づけることの必然的な帰結として、クニューテルは、——BGH 2018年判決が出る10年以上も前であり、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する判例が確立していた当時において——仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべきであるとの主張を行っている¹¹⁶。すなわち、損害は瑕疵除去費用が実際に支出されてはじめて生じるのだから、瑕疵除去の有無にかかわらない仮定的瑕疵除去費用の賠償は認められないというわけである（もっとも、事実的瑕疵除去費用の事前賠償については認めている¹¹⁷。つまり、注文者は、実際に瑕疵除去を行う前に瑕疵除去費用の賠償を受けることができるが、改正 BGB637条3項の事前償還の場合と同様に、受けとった費用を瑕疵除去のために用いなければならない。そして、瑕疵除去を行ったものの前払金が余った場合には、残額を返還しなければならない）。

また、クニューテルは、仮定的瑕疵除去費用の賠償が過剰賠償を招くという理由も挙げている。そこでは、仮定的瑕疵除去費用が減価分を超過するという意味での過剰賠償が危惧されている¹¹⁸。これは、(履行状態実現費用の賠償を観念せず) 純粋金銭賠償に一元化するという彼の立場からは、挙げられて当然の理由であるといえる。

なお、こうしたクニューテルの主張は、請負に限定されているわけではない。クニューテルは、不法行為法についても、仮定的原状回復費用の賠償を否定すべきだという立場を採っている¹¹⁹。

¹¹⁵ *Knütel*, aa.O. (Fn. 15), S. 593.

¹¹⁶ *Knütel*, aa.O. (Fn. 15), S. 593.

¹¹⁷ *Knütel*, aa.O. (Fn. 15), S. 593.

¹¹⁸ *Knütel*, aa.O. (Fn. 15), S. 594.

¹¹⁹ *Christian Knütel*, Umsatzsteuer ade? – Zur Neufassung des § 249 BGB, ZGS 2003, S. 17 f. ただし、クニューテルは、2002年損害賠償法改正で249条2項2文が追加されたことにより、売上税以外の原状回復費用については仮定的賠償が法律上承認されたとみている。そのため、2002年損害賠償法改正後については、仮定的原状回復費用の賠償を否定すべきだという主張はあくまで立法

b 履行状態実現費用賠償構成

以上の純粹金銭賠償構成と対置されるのが、履行状態実現費用賠償構成である。

(a) 瑕疵除去費用の賠償の位置づけ——履行状態実現費用の賠償〔現実給付取得利益の実現を目的とする賠償〕

これによると、瑕疵除去費用の賠償は、履行状態実現費用の賠償、すなわち現実給付取得利益（契約責任における現実的利益）の実現を目的とする賠償として認められるものである。

1) 明らかに履行状態実現費用賠償構成を採用の見解（リーム、U. ピッカー）

この立場を代表するのは、すでに一般債務不履行の場面において紹介したリームと、U. ピッカー（*Ulrike Picker*）¹²⁰である。

ア) 給付に代わる損害賠償への249条2項1文・250条の適用の有無——適用肯定説

この立場からは、まず、給付に代わる損害賠償の責任内容に関する適用条文について、通説とは異なる理解が示される。

一般に、給付に代わる損害賠償に対して、債務法総則の規定である249条以下が適用されることは認められている¹²¹。しかし、249条以下の個別の条文に目を向けたとき、通説は、少なくとも原則としては、給付に代わる損害賠償に対して249条（と250条）——原状回復（履行状態実現）を定める規定——は適用されず、251条——純粹金銭賠償を定める規定——のみが適用されるとする¹²²。これは、主として次のような考慮に基

論だということになる。

¹²⁰ 不法行為法における責任内容論に関するピッカーの見解を紹介するものとして、長野・前掲注(45)114頁以下・202頁以下。

¹²¹ Münchener, a.a.O. (Fn. 43), § 249 Rn. 2 (-*Oetker*); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, 2019, § 280 Rn. E 36 (-*Roland Schwarze*) など。

¹²² *Dagmar Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000, S. 18; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 45. Ed., 2011, § 281 Rn. 36 (-*Hannes Unberath*); *Mäsch*, a.a.O. (Fn. 111), S.

づくものとみられる。すなわち、直接的履行状態実現の請求は、履行請求とその内容において重なっている。その履行請求権は、改正 BGB281条4項により、給付に代わる損害賠償を請求した時に消滅する。そうすると、直接的履行状態実現の請求を肯定することは、給付障害法において消滅したはずの履行請求権を損害法において復活させることを意味することになる。したがって、直接的履行状態実現の請求は認められない¹²³。そして、履行状態実現費用の賠償を定める249条2項1文(・250条)は、249条1項の直接的履行状態実現が認められることを前提としているため、給付に代わる損害賠償に対しては適用されない¹²⁴。

これに対して、リームやピッカーに代表される履行状態実現費用賠償構成の論者は、給付に代わる損害賠償に対する履行状態実現費用の賠償の規定の適用を認める¹²⁵。その理由は、以下の2点に求められている。

908; *Wolfgang Voit*, Die neue Berechnung des Schadensersatzanspruchs bei Werkmängeln – Das Ende der „dritten Säule“ zur Finanzierung eines Bauvorhabens?, NJW 2018, S. 2166; *Lotz*, aa.O. (Fn. 111), S. 750; *Staudinger*, aa.O. (Fn. 121), § 280 Rn. E 37, § 281 Rn. B 128 (-*Schwarze*); *Walesch/Athie*, aa.O. (Fn. 111), S. 138など。

¹²³ *Kaiser*, aa.O. (Fn. 122), S. 18 f. (ただし、改正前 BGB に関する記述) ; *Mäsch*, aa.O. (Fn. 111), S. 908; *Staudinger*, aa.O. (Fn. 121), § 280 Rn. E 37 (-*Schwarze*); *Walesch/Athie*, aa.O. (Fn. 111), S. 138.

¹²⁴ *Voit*, aa.O. (Fn. 122), S. 2166; *Walesch/Athie*, aa.O. (Fn. 111), S. 138; *Gerald Mäsch*, Schuldrecht BT: Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Kaufrecht, JuS 2021, S. 794.

¹²⁵ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 61), S. 736; *Ulrike Picker*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018, JZ 2018, S. 679; *Jochen Mohr*, Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht, JZ 2019, S. 920; *Dauner-Lieb*, aa.O. (Fn. 53), S. 112 f. ; *Staudinger*, aa.O. (Fn. 44), § 249 Rn. 230 f. (-*Höpfner*). また、*Münchener*, aa.O. (Fn. 43), § 281 Rn. 134 (-*Wolfgang Ernst*) も参照。なお、BGB では、自然的原状回復(直接的履行状態実現)の原状回復費用賠償(履行状態実現費用の賠償)に対する優先が認められており、賠償権者は、人損・物損の場合を除き、まず自然的原状回復(直接的履行状態実現)のための期間を設定し、それが経過した後でなければ原状回復費用賠償(履行状態実現費用の賠償)を請求することができないことになっている(249条2項1文・250条1文)。しかし、給付に代わる損害賠償の場合には、すでに給付障害法に

a) 改正 BGB281条 4 項が適用肯定説の障害にならないこと

第 1 に、通説の論拠として持ち出されていた改正 BGB281条 4 項は、給付に代わる損害賠償に対して履行状態実現費用の賠償の規定を適用することの障害にはならないとされる。確かに、同項は、給付に代わる損害賠償における直接的履行状態実現の請求を否定する根拠にはなりうる¹²⁶。しかし、同項の趣旨は、給付に代わる損害賠償だけでなく（債権者が翻意して履行請求に切り替えた場合の）履行にも備えておかなければならないという二重の負担から債務者を解放することにあるため、履行と内容的に重なる直接的履行状態実現のみを否定すれば十分であり、履行状態実現費用の賠償を否定する理由はない¹²⁷。特に請負については、改正 BGB637条により請負人の費用において瑕疵除去を行う権利が注文者に認められていることと平仄を合わせるためにも、履行状態実現費用の賠償が認められるべきである¹²⁸。

において債務者の履行ないし追完の機会が与えられている（改正 BGB281条 1 項 1 文を参照）ことから、給付に代わる損害賠償の要件が備わったときには、改めて 250条 1 文の期間設定をすることなく、249条 2 項 1 文の類推適用ないし準用により直ちに履行状態実現費用の賠償を請求することができる（*Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) *Gedächtnisschrift*, S. 368, 371; *ders.*, *Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht*, NZM 2019, S. 279）。

¹²⁶ なお、前述のように、リームは、このような譲歩すらせず、給付に代わる損害賠償における直接的履行状態実現を認める（第 2 章第 2 節 1（1）ウ（ウ）d（b）1）ア）を参照）。

¹²⁷ *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 61), S. 736; *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 279; *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 920. この点について、ピッカーは、次のように説明している。すなわち、改正 BGB281条 4 項による履行請求権の排除は、債務者が行うべき給付（*Leistung*）の内容にのみ関わるものであり、債権者のもとに実現されるべき結果（*Erfolg*）に関わるものではない。同項の趣旨は、債務者を現実給付（*Naturalleistung*）の義務から解放して金銭給付（*Geldleistung*）の義務のみを負わせる点にある。そうである以上、債権者が一次的給付結果（*Primärleistungserfolg*）を債務者の費用において自ら実現することは妨げられない（*U. Picker*, a.a.O. (Fn. 125), S. 679）。

¹²⁸ *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 920.

b) 判例法理の理論的基礎づけが容易になること
第2に、給付に代わる損害賠償に対する履行状態実現費用の賠償の規定の適用を認めることにより、以下のように、判例法理の理論的基礎づけが容易になるとされる。

aa) 売上税につき処分自由を否定する判例法理
まず取り上げられるのは、売上税は実際に支払われた場合に限り賠償されるとしたBGH 2010年判決である。

BGHは、仕事の瑕疵に基づく損害賠償は249条2項1文を根拠として認められるものではないとして、同項2文——物損の場合には、売上税は実際に課されない限り原状回復費用賠償の対象に含まれないとする規定——の直接適用を否定しつつも、同規定の趣旨は請負の場面においても妥当するという理由により、前記の結論を導いていた。

これに対して、履行状態実現費用賠償構成からは、249条2項2文の適用¹²⁹を認めることが可能であるため、あえて趣旨に立ち返るまでもなく、容易に前記の結論を導くことができるとされる¹³⁰。

bb) 不均衡な瑕疵除去費用の賠償を否定する
判例法理

また、後に詳しく取り上げるが¹³¹、BGHは、請負と売買のいずれについても、瑕疵除去費用が瑕疵除去により実現される結果との関係で不均衡に高額である場合には、251条2項1文——「原状回復」に不均衡な費用を要する場合に、その「原状回復」を拒絶する権利を賠償義務者に認める規定——の準用により、その瑕疵除去費用の賠償を否定するという判例法理を確立している¹³²。しかし、判例は、BGH 2010年判決で明言しているように、瑕疵除去費用の賠償に対する249条2項1文の適用を認めていないので、それとの一貫性を保ちつつ、251条2項1文の準用を

¹²⁹ なお、249条2項2文は直接には物損のみを適用対象としているので、厳密には直接適用ではなく類推適用ないし準用という形になる (*Riehm*, aa.O. (Fn. 42) *Gedächtnisschrift*, S. 368; *ders.*, aa.O. (Fn. 125), S. 279を参照)。

¹³⁰ *Riehm*, aa.O. (Fn. 125), S. 280。

¹³¹ 第2章第2節2を参照。

¹³² 請負につき、BGHZ 59, 365 (366)=JZ 1973, 220=NJW 1973, 138など。売買につき、BGHZ 200, 350 Rn. 34 ff.=NJW 2015, 468など。

認めることは困難となる。

これに対して、履行状態実現費用賠償構成からは、理論的一貫性を保ちつつ251条2項1文の（直接）適用を認めることが可能であるとされる¹³³。

イ）責任内容の確定方法

こうした履行状態実現費用賠償構成によると、責任内容を確定する方法には、以下の2つがあることになる¹³⁴。

a) 履行状態実現費用の賠償——瑕疵除去費用の賠償

第1は、履行状態実現費用の賠償（249条2項1文・250条）である。これは、「現実給付取得利益」¹³⁵（契約責任における現実的利益）を実現することを目的とした賠償方法である。BGH 2018年判決前の判例が瑕疵自体を損害とみていたのも、こうした賠償方法を認める考え方と親和性があるといえるだろう。

この賠償方法において、事実的瑕疵除去費用の賠償が認められることには争いの余地がない。これに対して、仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるかどうかは、（履行状態実現費用賠償構成を採ったうえで）別途論じられるべき問題となる。この問題については、後述する。

b) 純粋金銭賠償——減価分の賠償

第2は、純粋金銭賠償（251条）である。これは、「価値利益」を実現することを目的とした賠償方法である¹³⁶。この賠償方法においては、減価分の賠償が認められる。

2) ハルフマイヤーの見解

この履行状態実現費用賠償構成との関連で、もう1人、ハルフマイヤー

¹³³ Riehm, aa.O. (Fn. 125), S. 280 f.

¹³⁴ Riehm, aa.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 22 ff.; U. Picker, aa.O. (Fn. 125), S. 678; Deppenkemper, aa.O. (Fn. 114), S. 227; Mohr, aa.O. (Fn. 125), S. 920.

¹³⁵ Riehm, aa.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 24では「現実給付利益 (naturales Leistungsinteresse)」、Deppenkemper, aa.O. (Fn. 114), S. 226では「履行利益 (Erfüllungsinteresse)」、Mohr, aa.O. (Fn. 125), S. 920では「実現・回復利益 (Herstellungsinteresse)」と呼ばれている。

¹³⁶ Deppenkemper, aa.O. (Fn. 114), S. 226; Mohr, aa.O. (Fn. 125), S. 920.

(*Claus Halfmeier*) の見解を取り上げておきたい。ハーフマイヤーは、2007年にBGHの裁判官に就任した後、2013年に、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されるべきことを主張する論文を公表した¹³⁷。この論文は、BGH 2018年判決でも直接的に参照されており¹³⁸、判例変更に大きな影響を与えた（なお、ハーフマイヤー自身は、当該事件の担当裁判官ではなかった）。

ア) 紹介

a) 給付に代わる損害賠償への249条2項1文・250条の適用の有無——適用否定説

まず、ハーフマイヤーによると、給付に代わる損害賠償に対して249条2項・250条は適用されず、251条のみが適用される。その理由は、先にみた通説と同じく、給付に代わる損害賠償においては改正BGB281条4項により249条1項の自然的原状回復（直接的履行状態実現）が認められないため、自然的原状回復（直接的履行状態実現）を前提とする原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）も認められないということに求められている¹³⁹。

b) 責任内容の確定方法

では、ハーフマイヤーにおいて、請負人の瑕疵担保責任としての損害賠償責任の内容はどのように確定されることになるか。

aa) 瑕疵除去費用の賠償

彼は、瑕疵除去費用の賠償について、次のように論じている。

aaa) 出発点

i) 損害＝瑕疵自体説の支持

まず、当時の判例法理が瑕疵自体を損害とみていたことについて、給付に代わる損害賠償請求権はまさに追完請求権に「代わる」ものであるというのが改正BGB281条1項の文言に表れた立法者意思であるとの理由から、支持している¹⁴⁰。

¹³⁷ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 320 ff.

¹³⁸ BGHZ 218, 1 Rn. 13, 32=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

¹³⁹ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 321.

¹⁴⁰ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 322 f.

ii) 利益＝現実的利益説の支持

また、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する見解の論拠として持ち出されることのある、注文者の履行利益ないし給付利益は「財産的利益」に限定されるわけではなく、「完全性利益〔引用者注：本稿でいう「現実的利益」〕」にも及ぶという理解についても、支持している¹⁴¹。

bbb) 結論

i) 仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

しかし、ハルフマイヤーによると、損害概念ないし利益概念について以上のような理解に立ったからといって、仮定的瑕疵除去費用の賠償は正当化されない。その理由は、大きく分けて、以下の2点に求められている。

α) 249条以下の体系

第1に、ハルフマイヤーは、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める判例を、「BGB249条以下の体系から乖離している」として批判する¹⁴²。これは、249条2項・250条の適用が否定される以上、仮定的瑕疵除去費用の賠償を基礎づける条文は存在しないという趣旨の批判であると考えられる。

β) 処分自由論の否定

第2に、ハルフマイヤーは、注文者の処分自由を否定し、注文者は請負人から支払われた瑕疵除去費用を瑕疵除去のために用いる必要があるとする¹⁴³。この点については、後に詳しく取り上げることとする。

ii) 事実的瑕疵除去費用の賠償の肯定

他方、ハルフマイヤーは、事実的瑕疵除去費用の賠償については肯定する。そして、「費用賠償請求権は本来的履行請求権ではないため、BGB281条4項はここでは妨げにならない」として、この賠償を原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）として位置づける¹⁴⁴。

なお、この事実的瑕疵除去費用については、——改正 BGB637条3項

¹⁴¹ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 323.

¹⁴² *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 322. また、S. 323も参照。

¹⁴³ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 324.

¹⁴⁴ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 323.

の事前償還請求権とは別に——事前賠償も認められるとする。これは、仮に注文者が先に費用を支出しなければならないこととすると、とりわけ請負人の倒産リスクを負うことになる点において、請負人が契約に従った履行をした場合よりも不利な地位に置かれてしまうからであるとする¹⁴⁵。

bb) 減価分の賠償

また、ハルフマイヤーも、他の論者と同じく、251条の純粹金銭賠償として、減価分の賠償を認める¹⁴⁶。

イ) 評価——実質的には履行状態実現費用賠償構成を採用

こうしたハルフマイヤーの見解は、どのように評価されるべきであろうか。

確かに、ハルフマイヤーにおいては、給付に代わる損害賠償に対する249条2項・250条の適用が明示的に否定されている。しかし、そこで挙げられているのは、履行状態実現費用の賠償は直接的履行状態実現が認められることを前提とするという形式論であり、リームらが適切に反駁しているように、これは説得力を欠く¹⁴⁷。実際、ハルフマイヤー自身も、

¹⁴⁵ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 324.

¹⁴⁶ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 321 f.

¹⁴⁷ 特に、前掲注(127)のピッカーの指摘——債務者が行うべき給付(Leistung)と、債権者のもとに実現されるべき結果(Erfolg)を区別すべきであるという旨の指摘——は重要である。この指摘は、一般に、債権者の救済手段(履行請求権も含めた広い意味での救済手段)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ことを示唆している。このようなアプローチから、今問題となっている、直接的履行状態実現と履行状態実現費用の賠償の関係について考えてみると、次のように考えることができるだろう。すなわち、両者は、いずれも債権者の現実給付取得利益(現実的利益)の実現を目的とするものである。そのため、確かに、「利益」の観点に絞って考えれば、履行状態実現費用の賠償は直接的履行状態実現が認められることを前提とする(一定の現実給付取得利益が認められないことを理由として直接的履行状態実現が否定される場合には、それに伴って履行状態実現費用の賠償も否定される)ということもできる。しかし、「行為」の観点から考えてみると、債

瑕疵除去費用賠償請求権は履行請求権ではないから改正 BGB281条4項の存在は妨げにはならないというリームらと同じ論拠に基づき、事後的瑕疵除去費用の賠償については履行状態実現費用の賠償として位置づけられており、249条2項・250条の適用の否定を貫ききれていない。

また、ハルフマイヤーの損害概念理解をみると、瑕疵自体を損害とみる理解や（価値利益だけでなく）現実的利益も実現されるべきであるという理解が支持されており、これは、「現実給付取得利益」の実現を目的とする履行状態実現費用の賠償を観念する考え方と合致するといえる。

このように、ハルフマイヤーにおいては、——形式論にとらわれた結果、249条2項・250条の適用が（部分的に）否定されてはいるもの——実質的には、履行状態実現費用賠償構成が採用されているとすることができる。そうすると、ハルフマイヤーが仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定した決定的な理由も、1点目の249条以下の体系にあるのではなく、2点目の処分自由論の否定にあるとみるべきである。

（b）処分自由論の採否

では、その処分自由論の採否という問題について、詳しくみていこう。なお、以下で取り上げる論者においては、請負事例と売買事例で処分自由論の採否が分かれるという考え方は特に採られていない。そのような考え方を採る学説も含めて、請負事例と売買事例の関係をどのように考えるべきかという点をめぐる学説の議論については、まさにその点を扱った2020年以降のBGHの判例の展開とともに、改めて取り上げることにする。

務者に履行状態実現措置を課す直接的履行状態実現と、債務者に損害賠償金の支払を課す履行状態実現費用の賠償はまったく異なるものであり、また、後者が前者を前提とするという関係にもない。そして、改正 BGB281条4項による履行請求権の排除が、履行請求権の「行為」の側面に関わるものである以上、同項によって直接的履行状態実現が否定されるべき理由も、その「行為」の側面に求められるべきである。そうであるならば、直接的履行状態実現が目的とするところの債権者の「利益」——現実給付取得利益——自体は、依然として保護されるべきであるといえることができる。したがって、その「利益」を別の「行為」によって実現する履行状態実現費用の賠償については、（少なくとも改正 BGB281条4項を理由としては）否定すべきではないと考えられる。

1) 処分自由論否定説——仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

まず、注文者（・買主）の処分自由を否定する見解をみていく。すでに紹介した論者の中では、ピッカーとハルフマイヤーがこれに属する。

これによると、請負（・売買）における仮定的瑕疵除去費用の賠償は否定される。もっとも、子細にみると、この見解は、処分自由論の否定を不法行為法にも及ぼすかどうかという点において、2つに分かれる。

ア) 処分自由論全面的否定説（U. ピッカー）

まず、不法行為法も含め、損害賠償法全体にわたって処分自由論を否定するのが、ピッカーである¹⁴⁸。

a) 紹介

ピッカーによると、249条以下が定める「原状回復 (Restitution)」と「補償 (Kompensation)」(本稿のいう「純粋金銭賠償」という2つの賠償方法のうち、「原状回復」は、損害のない状態を現実に戻すことを目的とするものであるから、原状回復費用賠償も、その「原状回復」の目的に適合する場合および限度においてのみ、すなわち、賠償権者の「完全性利益〔引用者注：本稿でいう「現実的利益」〕が実際に実現される場合および限度においてのみ認められる。したがって、(損害賠償法全体において、) 仮定的原状回復費用の賠償は、——その費用額が251条により賠償が認められる財産価値減少分を超過する限り——過剰賠償にあたり、認められない¹⁴⁹。なお、「補償 (Kompensation)」の側からみると、このような賠償を認めることは、251条により賠償が認められる財産的損害を超過して賠償を認めることを意味するため、253条に定められた

¹⁴⁸ Ulrike Picker, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, 2003, S. 62 ff.; dies., a.a.O. (Fn. 125), S. 679. このほか、Reinhard Greger, Das Geschäft mit dem Unfall – Kippt die fiktive Reparaturkostenabrechnung?, MDR 2019, S. R5 f.; ders., Die fiktive Schadensabrechnung zwischen Dispositionsfreiheit und Überkompensation – Zum Arbeitskreis II des 58. Deutschen Verkehrsgerichtstags, NZV 2020, S. 6; Björn Retzlaff, Der Schaden und seine Beseitigung – oder: Warum das Februar-Urteil des VII. Zivilsenats dogmatisch richtig ist, BauR 2019, S. 873, 876も参照。

¹⁴⁹ U. Picker, a.a.O. (Fn. 148), S. 66 f.

非財産的損害の賠償の禁止に対する抵触にあたる¹⁵⁰。

他方、249条2項と250条2文による事実的原状回復費用の賠償においては、事前賠償も認められる。これは、主として、先に費用を支出しなければならないことによる負担やリスクから賠償権者を解放するためである¹⁵¹。

b) 評価

aa) 原状回復の目的に立ち返った立論の説得力の高さ

こうしたピッカーの見解は、原状回復の目的に立ち返って、それと適合するような責任内容の確定方法を導くものであり、強い説得力を持つ。

bb) 過剰賠償の回避という論拠の分析

ところで、ピッカーも含め、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定される際には、「過剰賠償の回避」（ないし損害法上の利得禁止）という論拠が持ち出されることが多い。「過剰賠償」と評価されるのは、何らかのあるべき責任内容が前提とされたうえで、賠償義務者が実際に負う責任内容がそれを超過する場合である。そうすると、「過剰賠償」であるという評価は、何らかのあるべき責任内容を前提とした場合の帰結にすぎないといえる。むしろ重要なのは、どのような責任内容があるべきと考えるのか、そしてその根拠は何なのかということである¹⁵²。

このことを踏まえてピッカーの見解をみると、過剰賠償にあたるもの帰結だけではなく、その前提として、原状回復費用賠償においては事実的原状回復費用の賠償のみが認められるべきであること、そしてそれが原状回復の目的から導かれることまで述べられている。

これに対して、同じく過剰賠償の回避を論拠とするBGH 2018年判決においては、前提とされるあるべき責任内容とその根拠が必ずしも明ら

¹⁵⁰ *U. Picker*, aa.O. (Fn. 148), S. 67 f.

¹⁵¹ *U. Picker*, aa.O. (Fn. 148), S. 230 ff.; *dies.*, aa.O. (Fn. 125), S. 679.

¹⁵² ピッカーも、「利得禁止に対する抵触は、超過した金額が法律上許される『補償 (Ausgleich)』に役立つことがもはやありえないという法律上の評価を取り込むことによってのみ基礎づけることができる」と指摘している (*U. Picker*, aa.O. (Fn. 148), S. 67 Fn. 72)。

かではない。というのも、一方では、仮定的瑕疵除去費用の額が「合意された報酬……を……明らかに超過する」ことが危惧されていた (Rn. 34)。しかし、他方では、「BGB634条4号、280条、281条の給付に代わる損害賠償の範囲を、注文者が瑕疵除去のために実際にどのような処分を行ったかということとより強く対応させることが必要である」ともされていた (Rn. 36)。ここには、ピッカーと同じように、仮定的瑕疵除去費用の賠償が(少しでも)認められた時点で過剰賠償にあたる——減価分の賠償として正当化される部分があることを考慮に入れるならば、仮定的瑕疵除去費用の賠償による賠償額が減価分を(少しでも)超過した時点で過剰賠償にあたる——との理解が示されているようにもみえる(もっとも、その場合でも、ピッカーとは異なりその根拠は示されていない)。このように、BGH 2018年判決のいう過剰賠償の回避は一義的ではない。もっとも、BGH (第7民事部)は、請負事例と売買事例の関係が問題となった2020年以降の新たな判例の展開の過程で、特に請負においては過剰賠償の危険が大きいということを基礎づけるために、過剰賠償の意味を(BGH 2018年判決と比べると)明確化している。そこで、過剰賠償の回避という論拠については、2020年以降の新たな判例の展開をみていく際に改めて分析を行うこととする。

イ) 処分自由論部分的否定説 (ハーフマイヤー)

以上のピッカーの見解に対して、契約責任に限定して処分自由論を否定していると考えられるのが、ハーフマイヤーである¹⁵³。

a) 紹介

ハーフマイヤーも、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されるべき根拠として、ピッカーと同じように、損害法上の利得禁止と253条による非財産的損害の賠償の禁止を挙げる¹⁵⁴。

そのうえで、ハーフマイヤーは、判例が不法行為法において展開してきた処分自由論も、その適用範囲は不法行為法に限定されるため、請負

¹⁵³ 同様の見解として、*Julian Christmann*, Wann fiktive Herstellungskosten real oder nur Fiktion sind, JuS 2019, S. 846 f.; *Alexander Weiss*, Fiktive und abstrakte Schadensberechnung in neuem Licht, NJW 2021, S. 1051 f.

¹⁵⁴ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 323 f.

における仮定的瑕疵除去費用の賠償を基礎づけることはできないとする。その理由は、以下のとおりである。

不法行為法の人損¹⁵⁵・物損事例においては、被害者は、自らの関与なしに加害者の過失により強制的に新たな状況に置かれる。これに対して、注文者は、瑕疵のない仕事という内容の給付利益を請負契約によって決定している。「注文者は、『瑕疵がある場合には、その利益に代えて、この瑕疵ある仕事と、それに加えて自由に用いることのできる金銭を取得する』というように、その利益を後になってから再定義 (umdefinieren) することはできない」¹⁵⁶。

b) 評価

このように、ハルフマイヤーは、不法行為事例について処分自由を肯定しつつ、請負事例について処分自由を否定する。ハルフマイヤーの特徴は、その理由を賠償権者（被害者ないし注文者）の自らの利益に対する関与の仕方の違いに求めている点にあるのだが、以下では、説明の便宜上、まずは、ハルフマイヤーが最後の箇所而言及している利益の再定義という考え方について検討を加えておきたい。

aa) 利益の再定義権限による処分自由の正当化の可能性

ハルフマイヤーの見解においては、結論として、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されているが、その際、ハルフマイヤーは、注文者は自分の給付利益を再定義できないという理由を挙げている。ここからは、次の2つの推測が成り立つ。まず、1点目として、ハルフマイヤーは、利益の再定義が認められない限り——つまり、原則としては——賠償権者の処分自由を否定すべきであるという立場に立っていると考えられる。次に、2点目として、ハルフマイヤーは、例外的に利益の再定義が認められれば賠償権者の処分自由を正当化できるという考え方に立っていると考えられる（注文者については、その利益の再定義が認

¹⁵⁵ なお、ハルフマイヤーにおいては人損と物損が同列に扱われているが、判例においては、人損事例における処分自由は否定されている (BGHZ 97, 14 = JZ 1986, 638 = NJW 1986, 1538)。

¹⁵⁶ *Halfmeier*, aa.O. (Fn. 104), S. 324.

められなかったために原則どおり処分自由が否定されたのだと考えられる)。

まず、1点目からみていくと、ハーフマイヤーは、この点において、ピッカーと共通の考え方を採用しているとみることができる。すなわち、一方で、ピッカーにおいては、(損害賠償法一般について、)現実的利益を実際に実現するという原状回復の目的に適合するような形で原状回復費用賠償を認めるべきであるという考え方が採られていた。他方で、ハーフマイヤーも、利益の再定義が認められない限り処分自由を否定すべきであるという考え方に立っている(とみられる)ことに照らすと、(損害賠償法一般について、)賠償権者の当初の現実的利益の内容がそのまま維持される限り、賠償権者は原状回復費用賠償(履行状態実現費用の賠償も含む)として受けとった損害賠償金をその現実的利益の実現のために用いなければならないという考え方に立っていると推測される。要するに、ハーフマイヤーも、原状回復費用賠償では現実的利益を実際に実現するという原状回復の目的に適合する限度でのみ賠償が認められるべきであるという原則論を採用する点においては、ピッカーと共通であると考えられるわけである¹⁵⁷。

次に、2点目について述べると、ハーフマイヤーは、利益の再定義が認められれば例外的に原状回復の目的による拘束を乗り越えることができるという考え方に立っていると考えられる。これは、1点目とは異なり、ピッカーにはみられない考え方である。すなわち、ピッカーは、損害賠償法一般について、(利益の再定義を認めるといった形で例外を認めることをせず、)原則としての仮定的原状回復費用の賠償の否定を貫くという考え方に立っていた。これに対して、ハーフマイヤーは、不法行為事例と請負事例を対比したうえで、不法行為の場合に限っては、利益の再定義を認めるものと考えられる。

では、利益の再定義とはいったいどのような考え方なのか。この点についても、ハーフマイヤーにおいては詳しく論じられていないため推測するほかないが、ありうる理解の1つは、以下のようなものである。すなわち、賠償権者が損害賠償金として受けとる原状回復費用(履行状態

¹⁵⁷ Weiss, aa.O. (Fn. 153), S. 1051も、この点についてハーフマイヤーと同様の考え方を採るものとみられる。

実現費用も含む)には、本来は、「現実的利益の回復・実現のために使わなければならない」という用途の限定が付いている。仮定的原状回復費用の賠償を認めるということは、賠償権者に、その用途の限定を外す権限、つまり、本来は手段にすぎないはずの「原状回復費用分の金銭」について、その金銭を得ること自体を自己目的化する権限を認めることを意味する。これは、当該損害賠償によって賠償権者のもとに回復・実現されるべき利益の内容を、「もともと保持していた現実的利益」から、「加害行為後に保持している現実的利益+原状回復費用分の金銭」に(不法行為責任の場合)、あるいは、「契約において実現が約束された現実的利益(現実給付取得利益)」から、「不履行(瑕疵ある給付)後に実現されている現実的利益(現実給付取得利益)+履行状態実現費用分の金銭」に(契約責任の場合)、変更する権限を認めるということにほかならない。したがって、もしこのような形で自分の利益を再定義する権限を賠償権者に認めることができるならば、仮定的原状回復費用の賠償を正当化することができると思われるわけである¹⁵⁸。

このように、ハルフマイヤーの利益の再定義の考え方は、当初の現実的利益の内容自体に変更を加える権限を認めることによって、原状回復の目的による拘束を乗り越えようとする考え方であるとみることができる。

¹⁵⁸ なお、このように再定義された利益の実現を目的とする賠償は、もはや原状回復(履行状態実現も含む)——つまり、当初の現実的利益の回復・実現——を目的としていない、つまり原状回復費用賠償(履行状態実現費用の賠償も含む)とは異なる賠償方法であるといえる。とはいえ、財産の価値の減少の回復を目的としているわけでもないため、純粋金銭賠償とも異なる。利益の再定義の考え方は、本来は用途の限定が付いている原状回復費用につき、その用途の限定を外す権限を認めるという考え方であるから、まずそもそも用途の限定付きの原状回復費用賠償——しかも、事前賠償——が認められることを前提としているといえる。そうすると、利益の再定義の考え方に基づく仮定的原状回復費用の賠償は、原状回復費用賠償そのものとは異なるものの、原状回復費用賠償を基礎としつつ、その派生形として認められる賠償方法であるとみるべきであろう(そのため、本稿では、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する見解について、この見解が利益の再定義の考え方により正当化される余地があることを認識しつつも、引き続き、履行状態実現費用賠償構成に属する見解として整理することとする)。

bb) 請負と不法行為の違い——現実的利益（の内容）に対する賠償権者の意思的関与の有無

では、ハルフマイヤーにおいて、利益の再定義権限が不法行為事例においてのみ認められたのはなぜか。ハルフマイヤーは、その理由を、現実的利益（の内容）に対する賠償権者の意思的関与の有無の違いに求められていると考えられる¹⁵⁹。すなわち、請負事例では、債権者（注文者）は自らの現実的利益（現実給付取得利益）の内容を債務者（請負人）との契約において自ら決定している以上、債権者は、その現実的利益（現実給付取得利益）の内容に拘束されても仕方がない（再定義権限が認められなくても仕方がない）。これに対して、不法行為事例では、被害者は自らの現実的利益の内容（例えば、身体や所有権という権利の内容）を加害者との契約において自ら決定したわけではない。そのため、被害者は、（加害者との関係において、）その現実的利益の内容から離脱することが認められてよい（再定義権限が認められてよい）。このようにみると、ハルフマイヤー自身は明言していないものの、ハルフマイヤーは、請負に限らず、契約責任全般——債権者の意思的関与があることが重要であることを踏まえると、より正確には、契約責任の中でも履行利益賠償全般——について、処分自由を否定するものと考えられる。

2) 処分自由論肯定説（リーム）——仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

以上の処分自由論否定説と対立するのが、（損害賠償法全体にわたって）処分自由論を肯定する見解である。すでに紹介した論者の中では、リームがこれに属する。

ア) 紹介

これによると、請負・売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償は肯定される¹⁶⁰。その理由は、以下の点に求められている。

¹⁵⁹ 同様ないし類似の考え方を示すものとして、Christmann, aa.O. (Fn. 153), S. 846 f.; Weiss, aa.O. (Fn. 153), S. 1048 f.

¹⁶⁰ Riehm, aa.O. (Fn. 125), S. 281; Mohr, aa.O. (Fn. 125), S. 923（ただし、請負のみに関する記述）; Dauner-Lieb, aa.O. (Fn. 53), S. 108 f., 113 f. このほか、Friedhelm Weyer, Werkvertraglicher Schadensersatz nur in Höhe der

a) 形式的理由——249条2項2文反対解釈

まず、形式的理由として、249条2項2文の反対解釈が挙げられる。すなわち、249条2項2文は売上税に関する処分自由のみを否定しているから、逆にいうと、売上税を除く原状回復費用については処分自由が肯定されるというのが立法者意思であるとみるべきであるとされる¹⁶¹。

b) 実質的理由

また、実質的理由として、以下の2点が挙げられる。

aa) 過剰賠償の危険の不存在

第1に、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定される際には主として過剰賠償の危険が論拠とされるが、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定したとしても、以下のように、過剰賠償の危険はないとされる。

aaa) 予想される瑕疵除去費用に依拠して減価分を評価するという方式の存在

そもそも、多くの場合において、予想される修補費用の額に依拠して減価分が評価されるため、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めても、損害法上正当化されない利得は生じないとされる¹⁶²。

bbb) 251条2項1文の適用

また、仮定的瑕疵除去費用が減価分を明らかに超過する場合には、251条2項の適用により対処することができる¹⁶³。

bb) 事件処理の効率化

tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten?, NZBau 2013, S. 273; *Mark Seibel*, Die BGH-Entscheidung VII ZR 46/17 und das Märchen von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“, NZBau 2019, S. 81 f.; *ders.*, Die BGH-Entscheidung VII ZR 46/17 und die unzulässige Umgehung des Großen Senats für Zivilsachen, MDR 2019, S. 263 ff.; *ders.*, Das wiederholte Märchen des VII. Zivilsenats des BGH von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“, MDR 2021, S. 82も参照。

¹⁶¹ *Riehm*, aa.O. (Fn. 125), S. 281. このほか、*Weyer*, aa.O. (Fn. 160), S. 273; *Susanne Heinemeyer*, Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?, NJW 2018, S. 2443; *Seibel*, aa.O. (Fn. 160) MDR 2021, S. 82も参照。

¹⁶² *Riehm*, aa.O. (Fn. 125), S. 280.

¹⁶³ *Riehm*, aa.O. (Fn. 125), S. 280 f.; *Mohr*, aa.O. (Fn. 125), S. 921, 923.

第2に、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めることにより、事件の処理を効率化することができる。というのも、(すでに支出された) 事実的瑕疵除去費用の算定においては、あらゆる個別損害項目の額をめぐって争いが生じうる。また、事実的瑕疵除去費用の事前賠償あるいは瑕疵除去費用の事前償還が請求された場合には、前払金の清算をめぐる第2訴訟が提起されうる¹⁶⁴。さらに、(予想される瑕疵除去費用に依拠することなく) 減価分によって算定される場合においても、多くの場合、一般に承認された算定方法が存在しないことから、鑑定費用がかさむことになる。このように、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めない場合、損害算定や訴訟追行に追加的な費用がかかり、事件処理の効率性が低下するというわけである¹⁶⁵。

イ) 評価

a) 過剰賠償の意味をめぐる処分自由論否定説との理解の不一致

リームにおいては、「過剰賠償」として、仮定的瑕疵除去費用が減価分を明らかに超過する場合が念頭に置かれているといえる。これに対して、処分自由論否定説を採るピッカーにおいては、仮定的瑕疵除去費用が減価分を少しでも超過すれば「過剰賠償」にあたるとされていた。このように、「過剰賠償」の意味が共有されていないという点において、「過剰賠償」の危険の有無に着目した処分自由論肯定説と否定説の議論は噛み合っているとはいえない。

b) 原状回復(履行状態実現も含む)の目的に関する検討の欠如

また、ピッカーのように、原状回復(履行状態実現も含む)の目的は現実的利益(現実給付取得利益も含む)を実際に実現することにあると理解したうえで、その目的と適合するような責任内容の確定方法を導くこと(のみ)を考えた場合には、処分自由論(全面的)否定説が導かれることになる。このことを踏まえると、処分自由論肯定説を採るのであれ

¹⁶⁴ この点に言及するものとして、*Mohr*, aa.O. (Fn. 125), S. 923.

¹⁶⁵ 以上につき、*Riehm*, aa.O. (Fn. 125), S. 280. このほか、*Weyer*, aa.O. (Fn. 160), S. 269 f. も参照。

ば、原状回復（履行状態実現も含む）の目的についてピッカーと同様の理解を採るのかどうかを検討したうえで、ピッカーと同様の理解を採る場合には、原状回復（履行状態実現も含む）の目的による拘束をどのように乗り越えるのかを検討する必要があるといえる。先にみたように、ハルフマイヤーは、——原状回復（履行状態実現も含む）の目的についてピッカーと同様の理解に立ちつつも——不法行為責任について、賠償権者（被害者）が現実的利益の内容を自ら決定していないという点に着目し、被害者に利益の再定義権限を認めることによって、原状回復の目的による拘束を乗り越えているとみることができる。

ところが、リームにおいては、こうした原状回復（履行状態実現も含む）の目的に関する検討を欠いたままに処分自由論肯定説が採られており、ここに問題があるといえる。

（ウ）小括——履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償の二元的把握の可能性

以上、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題について、請負に関する2018年の判例変更（までの判例の展開）とそれをめぐる学説の議論をみてきた。次項では、その後の判例の展開——具体的には、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をみていくが、その前に、ひとまず、ここまでの議論を小括しておこう。

学説は、履行状態実現費用の賠償という賠償方法を観念しない純粋金銭賠償構成と、履行状態実現費用の賠償という賠償方法を観念し、瑕疵除去費用の賠償をそこに位置づける履行状態実現費用賠償構成の2つに分かれていた。基礎に置かれる損害概念ないし利益概念を読み取ることができる学説に限って取り上げているという事情はあるものの、取り上げた学説の中では、比較的多数が後者を支持しているといえる。また、判例も、履行状態実現費用賠償構成によるとその理論的基礎づけが容易になるという点を踏まえると、（2018年の判例変更の前後を通じて）この構成と親和性があるとみることでもできる。

とはいえ、——基礎に置かれる損害概念ないし利益概念を読み取ることができる学説という縛りを取り払って——仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否を論じる学説全体を見渡した場合には、履行状態実現費用賠償構

成を明示的に主張する論者は少数派であるというのもまた事実である。しかし、これは、——ハルフマイヤーにおいて顕著にみられたように——履行状態実現費用の賠償は直接的履行状態実現が認められることを前提とするという形式論に基づき、給付に代わる損害賠償に対する249条2項1文・250条の適用を否定するという、説得力を欠いた理解が通説化してしまっていることにその根本的な原因があると考えられる。

ともあれ、この段階では、履行状態実現費用賠償構成という発想がありうること——履行状態実現費用賠償構成という考え方を採ることが少なくとも理論的には「可能」であること——を確認しておけば足りる。履行状態実現費用賠償構成を採ることが「必要」であるかどうかという点、つまり純粋金銭賠償構成と履行状態実現費用賠償構成のいずれに優位性があるかという点については、後に改めて検討することとしたい¹⁶⁶。

ここでは、さしあたり、履行状態実現費用賠償構成の主張内容がどのようなものであったかを簡単に確認しておこう。履行状態実現費用賠償構成によると、契約責任法における責任内容論は、以下のように、二元的な構造を有することになる。

a 履行状態実現費用の賠償——損害＝現実給付取得利益
(の喪失)

第1に、履行状態実現費用の賠償という賠償方法がある。ここでは、「現実給付取得利益」(契約責任における現実的利益)が実現されるべき利益となる(裏を返せば、「現実給付取得利益」の喪失、すなわち現実給付の不取得が賠償されるべき損害となる)。

瑕疵担保の場面においては、瑕疵除去費用の賠償がここに位置づけられる。事実的瑕疵除去費用の賠償が争いなく認められるのに対して、仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるかどうかは、処分自由論の採否という——履行状態実現費用の賠償という位置づけが与えられたうえで別途生じる——問題として争われている¹⁶⁷。

¹⁶⁶ 第2章第2節2および第2章第3節の中で検討を行う予定である。

¹⁶⁷ 山田・前掲注(89)77頁以下・105頁・119頁は、ドイツの議論を以下のように整理している。すなわち、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する見解は、瑕疵自体が損害にあたるという考え方(本稿のいう履行状態実現費用賠償構成に

b 純粋金銭賠償——損害 = 価値利益（の喪失）

第2に、純粋金銭賠償という賠償方法がある。ここでは、「価値利益」が実現されるべき利益となる（裏を返せば、「価値利益」の喪失が賠償されるべき損害となる）。

瑕疵担保の場面においては、減価分の賠償がここに位置づけられる¹⁶⁸。なお、BGH 2018年判決が認めていた減収分の賠償も、現実給付取得利益の実現を目的とするものではなく、給付を取得することにより財産（の価値）の増加として得られる利益の実現を目的とするものであるため、ここに位置づけることができる。

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

対応する)を前提としている。これに対して、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する見解は、瑕疵自体は損害ではなく、実際に支出された費用が損害にあたるという考え方(本稿のいう純粋金銭賠償構成に対応する)を前提としているとする。こうした整理は、損害論に着目した分析である点において本稿と同様の方向性にある。しかし、本稿でこれまで示してきたように、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する見解は、履行状態実現費用賠償構成からも十分に導きうるものである(その代表例が、ピッカーである)。この点において、上記の整理はやや正確性に欠ける。

なお、こうした本稿の分析——仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する見解は、純粋金銭賠償構成を前提とするものと履行状態実現費用賠償構成を前提とするものに分かれるという分析——は、長野・前掲注(45)93頁以下が、不法行為(の物損事例)における処分自由論(長野のいう仮定的費用論も含む)の採否をめぐるドイツの議論について示した分析——処分自由を否定する見解(判例批判理論)は、「現実的支出説を基礎とするものと権利回復説を基礎とするものの2つの系統に分かれる」という分析——とも整合的である。処分自由論の採否をめぐる契約責任と不法行為責任の関係は極めて重要な問題であるが、本稿ではハルフマイヤーの見解を紹介する程度にとどまった。この点についての本格的な検討は、別の機会に行うこととしたい。

¹⁶⁸ 永岩・前掲注(89)92頁も、ドイツの議論の検討結果として、瑕疵除去費用の賠償と減価分の賠償という2つの賠償方法が見出されることを指摘したうえで、「前者が、本来の契約内容の実現を目的とし、後者が、瑕疵をそのままにした場合の対価的均衡の回復であるという点で、両者は異なる性格を有するものである」と指摘している。