



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（3）：損害論の視点からの分析
Author(s)	林, 耕平
Citation	北大法学論集, 75(1-2), 69-139
Issue Date	2024-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/92901
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_75_1-2_03_Hayashi.pdf



契約責任法における 責任内容確定の構造と方法（3）

—— 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 of 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. クニユーテルの見解

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、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、本号）

2 析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討

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

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

以上、2018年の判例変更までの判例の展開を、学説の議論とともにみてきた。すでにみたように、BGH 2018年判決は、その射程を請負に限定していた。では、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は、どのように考えるべきだろうか。ここでは、請負と売買の間で仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する結論を揃えるべきなのか、それとも結論を分けるべきなのかということが問題となる。以下では、この点をめぐる判例・学説の議論をみたうえで、分析を行うこととしたい。

なお、以下でみていくように、この点をめぐる判例・学説の議論からは、必ずしも、損害論についての新たな知見が数多く得られるわけではない。しかし、この点をめぐる議論を検討することは、ここまでの検討で得られた知見を再確認する意味を持つとともに、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という、本稿の直接の検討対象である責任内容論に属する重要問題について、現在のドイツの議論の到達点を確認する意味も持つ。本稿が、以下、判例・学説（特に判例）の議論を詳細に紹介しているのは、このような理由によるものである。

（ア）判例

まず、判例をみていこう。以下では、請負における2018年の判例変更を受けて、売買についてBGHがどのような判断を示したかという点を中心にみていくことになるが、これを見る前に、まず、BGH 2018年判決以前に、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判例がどのような立場を採っていたのかという点を簡単に確認しておきたい。

売買については、もともと、2002年債務法改正の前後でBGHの判断が大きく異なっていた。

a 2002年債務法改正前——売買における瑕疵除去費用の賠償の否定

2002年債務法改正前において、BGHは、買主に、瑕疵に基づく損害賠償（特定物売買につき改正前BGB463条、種類売買につき改正前BGB480条2項¹）として、減価分の賠償を認めていた²。そして、BGHによると、「この差額を算定する際に、売買目的物を瑕疵のない状態に修復するための費用に依拠することが、原則として許される」。「しかし、そこで行われているのは、補償されるべき減価分を簡易な方式によって算定するというにすぎない。この方式の基礎には、瑕疵の除去ないし保証された性質の修復のために必要な費用は、ほとんどの場合、より容易に明らかにすることができ、かつ通常は瑕疵に起因する目的物の減価分と一致するか、あるいは少なくともそれに近い値を示すという考慮がある」³。

これに対して、「製作費用（Herstellungskosten）の賠償に直接向け

¹ 【改正前 BGB 第463条】

売買目的物が売買の時ににおいて保証された性質を欠く場合には、買主は、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。売主が欠陥を悪意で黙秘した場合も、同様とする。

【改正前 BGB 第480条】

（1）種類のみによって定められた物の買主は、瑕疵担保解除又は代金減額の代わりに、瑕疵ある物に代えて瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。この請求権については、瑕疵担保解除について適用される第464条から第466条まで、第467条第1文、及び第469条、第470条、第474条から第479条までの規定を準用する。

（2）危険が買主に移転する時ににおいてその物が保証された性質を欠く場合、又は売主が欠陥を悪意で黙秘した場合には、買主は、瑕疵担保解除、代金減額又は瑕疵のない物の引渡しに代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

² BGH, NJW 1983, 1424 (1425); BGHZ 108, 156 (159)=JZ 1990, 143=NJW 1989, 2534; BGH, NJW 2008, 436 Rn. 11.

³ BGH, NJW 2008, 436 Rn. 11 f.

られた独立の損害賠償請求権は、それと対応する一次的請求権を欠くため、買主には認められない」。すなわち、改正前BGBにおいては買主に瑕疵除去請求権〔修補請求権〕が認められない⁴ので、瑕疵除去費用の賠償も認められない⁵。したがって、瑕疵除去費用が減価分を明らかに超過する場合には、原則として、瑕疵除去費用による算定は認められない⁶。

b 2002年債務法改正後

2002年債務法改正により、買主には、瑕疵除去請求権が認められるようになった（改正BGB437条1号・439条1項）。これにより、BGHが瑕疵除去費用の賠償を否定する際に持ち出していた根拠はもはや妥当しないことになった。

（a）BGH 2018年判決前——売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

それに伴い、BGHは、売買についても、請負に関する判例にならい、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するようになった⁷。

（b）BGH 2018年判決後

しかし、BGH 2018年判決が請負について判例変更を行ったことにより、売買についても、賠償を肯定するという判例法理を維持すべきかどうかが改めて問われることとなる。

実際、下級審のレベルにおいては、BGH 2018年判決以降、依然とし

⁴ この点について補足しておく、まず、特定物売買については、そもそも追完請求権を認める規定が置かれていなかった。また、種類売買については、代物請求権を認める規定は置かれていた（改正前 BGB480条1項1文）ものの、修補請求権を認める規定は置かれていなかった。改正前 BGBのもとでの買主の修補請求の可否をめぐる議論を詳細に紹介・分析するものとして、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』（商事法務・2019年）28頁以下。

⁵ なお、BGH が否定する「製作費用の賠償」に、仮定的瑕疵除去費用の賠償だけでなく事実的瑕疵除去費用の賠償も含まれるのかどうかは、判決文からは必ずしも明らかではない。

⁶ BGH, NJW 2008, 436 Rn. 12.

⁷ BGHZ 193, 326 Rn. 31=NJW 2012, 2793; BGH, BauR 2016, 1035 Rn. 21.

で肯定の立場を維持する判決と、判例変更の影響を受けて否定の立場に転じる判決に二分されるという状況が生じていた⁸。

この状況に終止符を打ったのが、2020年から2021年にかけてのBGHの一連の判例（計3つの判例）である。詳しい紹介に入る前にあらかじめ簡単に全体の流れを説明しておく、まず、BGH第5民事部——不動産売買等を担当する民事部——が、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否が争点となる事案を担当することとなった。第5民事部は、（少なくとも）売買においては仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきだと考えた。ところが、第5民事部は、第7民事部——請負等を担当する民事部——がBGH 2018年判決において請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する際に依拠した論拠が、売買において仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する際の妨げになると考えた。そこで、第5民事部は、ドイツ裁判所構成法（GVG）132条3項⁹に基づき、民事拡大部への呈示（Vorlage）の前提となる手続として、BGH 2018年判決を維持するかどうかを第7民事部に照会するという決定（以下、「BGH 2020年3月決定」と呼ぶ）を下した。これに対して、第7民事部は、BGH 2018年

⁸ 売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するものとして、OLG Düsseldorf, BauR 2019, 549 (552). これに対して、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するものとして、LG Darmstadt, NZV 2019, 91 (Juris-Rn. 55 ff.); LG Ravensburg, BeckRS 2018, 45092 Rn. 28 ff.; OLG Frankfurt a. M., BauR 2019, 866 (869 f.).

⁹ 【GVG 第132条】

（1）連邦通常裁判所には、民事拡大部及び刑事拡大部が置かれる。両拡大部は、連合拡大部を形成する。

（2）ある民事部がある法的問題について他の民事部又は民事拡大部の判断とは異なる判断を下したい場合には、民事拡大部が判断を下す。（以下略）

（3）拡大部又は連合拡大部への呈示は、自らの判断とは異なる判断が下されようとしている当該他の部が、判決を下す部からの照会に対して、自らの法的理解を維持すると表明した場合にのみ許される。（以下略）

（4）判決を下す部は、自らの理解に照らして法の継続形成又は統一的な判例の確保のために必要であると認める場合には、根本的な意義を有する問題を拡大部に呈示し、その判断を求めることができる。

（5）・（6）（略）

判決で示した立場、つまり、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという立場を維持するという決定（以下、「BGH 2020年10月決定」と呼ぶ）を下したが、その際、第7民事部は、BGH 2018年判決よりもさらに請負契約の特殊性（ないし請負と売買の違い）に力点を置いた理由づけを行った。それを受けて、第5民事部は、もはや民事拡大部への呈示の必要はないと判断し、売買について、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという判決（以下、「BGH 2021年3月判決」と呼ぶ）を下した。

以下、これらの3つの決定・判決を詳しくみていこう。

1）BGH 2020年3月13日決定（第5民事部）

まず、BGH 2020年3月決定¹⁰をみていく。

ア）事案

本決定が扱った事案は、次のようなものであった。

買主である原告は、売主である被告との間で、（集合住宅の中の）一住居を購入するという売買契約を締結した。その際、物の瑕疵に関する売主の責任は（原則として）排除することとされたが、この住居では過去に寝室の壁に湿気が生じたことがあったことから、「2015年12月31日までに新たに寝室に湿気が生じた場合には、売主は、自らの費用でそれを除去する義務を負う」という契約条項が設けられた。

住居の引渡し後、2014年末に寝室に湿気が生じたことから、原告は、被告に対して、期間を設定して湿気の除去を請求したが、湿気が除去されないまま期間が経過した。そこで、原告は、本件訴訟において、（売上税の分を除いた）予想される瑕疵除去費用の賠償を請求した。

第一審は原告の請求を（一部）認容し、控訴審もその判断を維持したため、被告が上告した。

イ）判旨——BGH 2018年判決を維持するかどうか
を第7民事部に照会

BGH第5民事部は、第7民事部に対して、同部がBGH 2018年判決で示した立場、つまり、改正BGB280条・281条1項の給付に代わる小さな損害賠償においては仮定的瑕疵除去費用による算定は認められないと

¹⁰ BGH, ZIP 2020, 1073=MDR 2020, 718.

いう立場を維持するかどうかを照会するという決定を下した。

第5民事部は、次のように述べる。「第5民事部は、売買契約法については、こうした考え方〔引用者注：第7民事部がBGH 2018年判決で示した考え方〕に従うのではなく、第5民事部の従来判例を維持することを望む。しかし、第7民事部が判例変更の際に依拠した論拠が、その妨げになると考えられる」(Rn. 10)。

a) 売買と請負で判断を統一する必要性

aa) 小さな損害賠償の算定を規律する条文——
改正BGB280条・281条（一般給付障害法の
条文）（論拠①¹¹）

「給付に代わる小さな損害賠償の算定の手がかりとしては、以下の3つの候補がある。第1は、BGB249条以下、第2は、個別の債務関係に関する債務法各則の規定、第3は、一般給付障害法におけるBGB280条、281条である」(Rn. 11)。

「第5民事部と第7民事部は、——〔判示から〕分かる限りでは——BGB249条以下を援用してもここでの法的問題を解決することができないという点において、見解が一致している。この点については、確かに一部異論（ハルフマイヤー、ピッカー、モーア（*Jochen Mohr*）などの引用）もみられるが、この異論は当を得ない」(Rn. 12)。

「BGB249条以下は損害賠償請求権一般に適用可能な規定ではある……が、これらの規定は、とりわけ完全性利益〔引用者注：本稿でいう「保持利益」〕の補償について規律するものである。これに対して、BGB281条1項による給付に代わる損害賠償は、等価性利益〔引用者注：本稿でいう「履行利益」〕を補償するものである」。「給付障害の補償方法は、まず第一に、給付障害に関する規範から導かれるべきである。債務法が改正され、一般給付障害法の規律が詳細になったことによって、給付義務に関してBGB249条以下を補充的に参照する必要は、少なくとも部分的にはなくなった（BGB275条と251条2項の関係に関する判例の引用）」(Rn. 13)。

¹¹ 以下、便宜上、BGH 2020年3月決定の主張を支える論拠に対して、①から順に番号を付していく。

「内容的に〔も〕、BGB249条以下からは、改正後の債務法における給付に代わる損害賠償の算定方法は導かれない」（Rn. 14）。「BGB249条1項は、自然的原状回復の優先を定めている。BGB249条2項、250条、251条2項は、それぞれ、自然的原状回復が可能であるにもかかわらず、それに代えて金銭賠償を請求できる場合を定めている」。「〔しかし、〕こうした規範は、いずれも、給付に代わる損害賠償に対して何ももたらさない。〔というのも、〕債権者が期間経過後に給付に代わる損害賠償を請求した場合、一次的給付請求権はBGB281条4項により排除される……。その結果、自然的原状回復は問題とならない。給付に代わる損害賠償請求権は、最初から、BGB249条以下に立ち返るまでもなく、金銭賠償に向けられる」（Rn. 15）。

そうすると、残る候補は、債務法各則の規定と一般給付障害法の規定である（Rn. 18）。第5民事部が支持するのは、このうち、後者を算定の手がかりとする考え方である。

「確かに、第7民事部は、表面的には、ここでの法的問題を債務法各則の問題として位置づけている（『BGB634条の趣旨』、『請負契約法の特殊性』。BGH 2018年判決の引用）。しかし、第7民事部は、内容的には、請負契約特有の規律というよりも、むしろ、損害概念と過剰賠償の危険という一般化可能な考慮を根拠としている……。これは、本質的には、一般給付障害法、とりわけBGB280条、281条の解釈の問題である」（Rn. 19）。

「これらの規範は、売買契約上の給付に代わる損害賠償の算定においても重要な意味を持つ」。というのも、債務法改正により、瑕疵に基づく買主や注文者の権利は、解除や損害賠償に関しては一般給付障害法において統一的に定められることとなった（債務法各則には補完的な規定が置かれているにすぎない）。実際、売買に関する改正BGB437条3号や請負に関する改正BGB634条4号も、損害賠償に関する独自の規律ではなく、改正BGB280条・281条を参照している。したがって、「これらの規範こそが、売買契約および請負契約上の給付に代わる損害賠償請求権の真の根拠規定である」（Rn. 20）。

bb) BGH 2018年判決による判例変更の射程—
—請負に限定されない

「判例変更〔の射程〕は、少なくともこれまで第7民事部が示した論拠に照らすと、請負契約法に限定されない。第7民事部は、主として2つの論拠をもって〔請負と売買の間の〕不整合を否定しているが、第5民事部からみると、いずれの論拠も説得的なものではない」(Rn. 23)。

aaa) 請負契約法の特异性という論拠に対する反論

「このことは、第1に、〔第7民事部が〕『請負契約法の特异性』に依拠している点についていえる」(Rn. 24)。

i) 売買契約法と請負契約法の内容を揃えることが債務法改正の明確な目的であったこと（論拠②）

（第7民事部の考え方に反して、）「売買契約法と請負契約法の内容を揃えることが、債務法改正の明確な目的であった」。債務法改正での買主の追完請求権の導入（改正BGB437条1号・439条）に伴って、売買契約法と請負契約法の内容は非常に近いものとなった。それに対応して、第5民事部も、売買における追完請求権を、請負における追完請求権と同じ内容のものとして扱ってきた。「給付に代わる損害賠償請求権についても、履行（追完）請求権に代わるものである以上、同じことが妥当する〔引用者注：売買と請負の扱いを揃えるべきである〕」(Rn. 25)。

ii) 事前償還請求権の規定の有無は売買と請負の扱いを変える根拠とはならないこと（論拠③）

第7民事部は、BGH 2018年判決において、「請負契約法では売買契約法とは異なり前払請求権が規定されている」ことを指摘している。「しかし、設計に欠陥があった建築家との関係でも、〔売買の場合と同様に、〕……BGB637条3項に基づく前払請求をすることはできない。この限りにおいては、第7民事部は、注文者の前払請求権を一般損害賠償法から導き出している。損害賠償請求権は、買主も有している。そうであれば、買主が自己追完権〔引用者注：買主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売主に請求するという権利〕を有していないからといって、それは、売買契約における責任の体系と請負契約における責任の体系が異なることの根拠にはならない」(Rn. 26)。

以上の第5民事部の説示は、BGH 2018年判決において第7民事部が建築家の責任について判断を示した部分を念頭に置いたものである。当該部分については、先に同判決について取り上げた箇所では紹介を省略していたため、ここで補足しておきたい。

BGH 2018年判決の訴訟においては、施工者と並んで、設計・監理を請け負った建築家も被告とされていた。そして、第7民事部は、建築家の設計または監理に欠陥があり、それによって建物に瑕疵が生じたという場合について、注文者は、建築家に対して、建物に関する仮定的瑕疵除去費用の賠償を請求することができないという判断を示した¹²。これにより、施工者との関係でも建築家との関係でも仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されることになったわけであるが、ここで注意を要するのは、対施工者と対建築家では、仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定が持つ意味が異なりうるということである。すなわち、施工者との関係では、注文者は、改正BGB637条3項により瑕疵除去費用の事前償還請求（前払請求）をすることができるので、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されたとしても、先払の負担——（第三者を介して）瑕疵を除去しようとする注文者が、施工者から費用分の金銭を支払ってもらう前に費用を支出しなければならないという負担——を負わずに済む。これに対して、建築家は建物を建築する債務を負っているわけではないため、建築家との関係では、注文者は、改正BGB637条3項により建物の瑕疵を除去するための費用の前払を請求することができない。そのため、建築家との関係では、注文者は、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されることによって、先払の負担を負うことになってしまうのではないかという問題が生じるわけである。

この点について、第7民事部は、次のような判断を示した。すなわち、注文者は、建築家に対して、（確かに改正BGB637条3項の前払請求をすることはできないが、）改正BGB634条4号・280条1項の損害賠償（給付とともにする損害賠償）として、「目的に拘束され、かつ清算を要する金銭を注文者に前もって支払う」ことの請求——本稿でいう事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求——をすることができる。したがって、対施

¹² BGHZ 218, 1 Rn. 60=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

工者の場合と同様、注文者は建物に関する瑕疵除去費用を先に支出しなければならないという不利益とリスクを負わなくて済む¹³。

上記の第5民事部の説示は、こうした第7民事部の判断を踏まえたものである。つまり、第7民事部は、事前償還請求が認められない対建築家の場合でも、(事實的瑕疵除去費用の事前賠償請求を認めることによって)結局は仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定している。そうであれば、(第7民事部の考え方によると売買についても事實的瑕疵除去費用の事前賠償請求を認める可能性がある¹⁴以上、)事前償還請求権の規定の有無は仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する売買と請負の扱いを変える根拠とはならないと説いているわけである。

bbb) 請負においては売買におけるよりも著しい過剰賠償の危険が大きいという論拠に対する反論——経験的裏づけがないこと(論拠④)

先の説示に続いて、第5民事部は、次のように述べる。「BGB280条、281条の解釈を〔売買と請負で〕分けるという考え方は、第7民事部の第2の論拠、つまり、請負契約法における『著しい過剰賠償』の危険は売買契約法におけるそれよりも大きいという論拠……をもってしても根拠づけることができない」。「第5民事部は、これが経験的に裏づけられるかどうかは疑わしいと考えている」。例えば、BGHの判例によると、施工者からの住居の取得は、少なくとも、建築後3年程度経過した後で住居が譲渡された(それまでは賃貸されていた)場合には、売買契約として扱われる。しかし、「この〔3年程度という〕時間的限界を超えているかどうかによって、『過剰賠償』の危険に何か違いが生じるわけではないだろう。まさに、比較的新築の不動産が譲渡された場合のことを考えて、〔2002年債務法改正の〕立法者は、請負契約法と売買契約法のいずれに分類するかという点が意味を持たないようにしようとしたので

¹³ BGHZ 218, 1 Rn. 67=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

¹⁴ もっとも、後で紹介するように、第5民事部自身は、本決定において、売買における事實的瑕疵除去費用の事前賠償請求を否定すべきだという立場に立っている(Rn. 43 f.)。

ある」（Rn. 27）。

b）（少なくとも売買において）仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性

「以上で述べてきた観点からは、判例の統一性〔の確保〕のためにこの点〔引用者注：仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否〕に関する民事部の判例を描える必要があるという考え方が支持される」（Rn. 29）。

継続性のある判例法理を変更するためには、その判例変更を支持する「明らかに優位な根拠（deutlich überwiegende Gründe）またはまったくもって必然的な根拠（schlechthin zwingende Gründe）」がなければならない。しかし、「第5民事部からみると、この要件は売買契約法については満たされていない。〔むしろ、〕この点においては、従来の解決を支持する論拠のほうがはるかに優位に立つ」（Rn. 33）。

aa）追完請求権を基点とした積極的利益の算定（論拠⑤）

「BGB437条3号、280条、281条の損害賠償が『給付に代わる』ものとして認められるものである以上、債権者は、債務者が契約に従って履行したとすれば置かれていたであろう経済状態に置かれること（いわゆる積極的利益）を請求することができる……。積極的利益を算定する際の決定的な手がかりとなるのは、追完請求権である」。つまり、「損害賠償は、——（売主が行わなかったために）いまや買主自身が〔第三者を介して〕行わなければならなくなった——代物給付または修補のための費用を手がかりとして算定することができる。こうした費用を適切に表すのが瑕疵除去費用であるが、その際、瑕疵除去費用が実際に支出されたかどうかは意味を持たない。というのも、瑕疵除去費用は、損害賠償が請求された時点ですでに買主の貸借対照表の借方に計上されているからである」。第7民事部がBGH 2018年判決において仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する考え方（さしあたりは減価分の賠償のみを認める考え方）に至ったのは、「第7民事部が、請求権の成立のために必要となる（にすぎない）義務違反（物の瑕疵）に焦点を当てたからである。しかし、少なくとも売買契約法においては、追完を基点とみるほうが正しい。なぜなら、売主は追完について優先的な義務を負うのであるし、ここでの損害賠償請求権が補償すべきは追完の欠如だからである」（Rn.

34)。

bb) 減価分は給付利益を常に適切に反映する
わけではないこと（論拠⑥）

「売買契約法において瑕疵除去費用を手がかりとした損害の算定を行うことが適切であるといえる他の理由としては、瑕疵に起因する目的物の減価分が買主の給付利益を常に適切に反映するわけではないということを挙げることができる。例えば、乗用車の売買において、けばけばしい色合いの車を発注したにもかかわらず、売れ行きのよい一般的な色の車が引き渡されたという場合を考えてみよう。このような物の瑕疵は、市場価値の減少ではなく、増加をもたらす可能性がある。〔この場合、〕乗用車の減価分は存在しないが、買主は、——自分は給付の対価として反対給付を行ったにもかかわらず——発注した給付を取得できていない。売主が修補（再塗装）をしなかった場合、買主が得られなかった給付（再塗装）の価値は、それに必要な費用を手がかりとして算定することができる。その際、その費用がすでに支出されたかどうかは意味を持たない」（Rn. 35）。

cc) 債務法改正の立法者の理解との整合性（論拠⑦）

「従来の判例法理は、債務法改正の立法者の理解と整合する」（Rn. 36）。

債務法改正の重要な特徴の1つは、給付に代わる損害賠償・解除について（履行のための）期間設定の要件が設けられたことによる「履行請求権の優先」¹⁵である。これによると、物の瑕疵の場面では、まず追完による瑕疵の除去が優先的に行われ、給付に代わる損害賠償・解除・代金減額による救済は、（追完が行われない場合に）二次的に行われるものにすぎないとされる（改正BGB281条1項・323条1項¹⁶・441条1

¹⁵ これについては、第2章第2節2・第2章第3節で詳しく取り上げる。

¹⁶ 【改正 BGB 第323条（給付が行われなかったこと又は給付が契約に適合するように行われなかったことに基づく解除）】

（1）双務契約において債務者が履行期の到来した給付を行わず、又は契約に適合するに行わない場合において、債権者が債務者に対して給付又は追完

項¹⁷を参照）（Rn. 39）。「追完請求権の優先を導入することによって買主に……給付を取得させる……という〔債務法改正の〕目的は、第7民事部の新たな判例を引き継ぐと妨げられてしまう。というのも、もし……小さな損害賠償請求権が瑕疵に起因する減価分または実際に支出された費用に制限されるとなると、売主にとっては追完を行わないというインセンティブが生じてしまうからである」。また、買主が(第三者を介した)修補を行わない場合には、減価分の賠償のみが認められることとなるが、そうすると、「給付に代わる損害賠償請求権は、目的物の減価分だけでなく、実現されていない履行結果（Erfüllungserfolg）も補償するものであるとする債務法改正の構想が、無視されることになってしまう。支出の有無にかかわらず瑕疵除去費用の賠償を認めることによって、履行請求権の優先がいわば損害法上も実現されることになる」（Rn. 40）。

dd) 買主が先払をしなければならないという
結論の不当性（論拠⑧）

「当部（der Senat）は、物の買主が瑕疵除去をしようとする場合に先に〔引用者注：売主から費用分の金銭を支払ってもらう前に〕費用を支出しなければならないという結論は、採用できないと考える」（Rn. 41）。

請負における改正BGB637条3項の前払請求権に相当するものは、売買においては認められない（Rn. 42）が、「前払請求権は、とりわけ、BGB437条3号、280条、281条1項の損害賠償請求権から〔も〕導き出すことはできない」。ところが、第7民事部は、BGH 2018年判決において、被害者（債権者）が先に支出しなければならないという事態を同じように回避しようとして、建築家の責任についてはこの考え方を採った（Rn. 43）。

のための相当な期間を設定したにもかかわらずそれが徒過したときは、債権者は、契約を解除することができる。

（2）～（6）（略）

¹⁷ 【改正 BGB 第441条（代金減額）】

（1）買主は、解除に代えて、売主に対する意思表示により売買代金を減額することができる。（以下略）

（2）～（4）（略）

「第5民事部は、給付障害法一般についても、各論としての売買契約法についても、こうした立論には賛成できない¹⁸……。一般給付障害法の基礎にある解釈学的構想に照らすと、給付とともにする損害賠償請求権・給付に代わる損害賠償請求権は、目的に拘束されるものではない……。被害者の処分自由は物損についてはドイツ損害賠償法上承認された原則となっている」。まさにこの点において、損害賠償請求権は改正BGB637条3項で認められるような前払請求権と区別される。「売買契約法についていうと、仮に、目的に拘束され、かつ清算を要する前払請求権をBGB437条3号、280条、281条1項から導き出した場合、〔債務法改正の〕立法者が〔売買において〕前払請求権を伴った自己追完権を意図的に導入しないこととしたことと真っ向から矛盾してしまう」(Rn. 44)。

ee) 売買における過剰賠償の不存在(論拠⑨)

「第5民事部の認識によると、売買契約法においては、従来の判例法理が過剰賠償をもたらしてきたという事実も認められない」(Rn. 45)。

「まず、『仮定的 (fiktiv)』瑕疵除去費用という概念は、仮定的 (fiktiv) な損害、つまり存在しない損害について賠償しなければならないという意味で誤解されてはならない。そのような理解は、そもそも出発点からして正しくない。なぜなら、給付と反対給付の関係が〔瑕疵がある時点で〕損なわれているからである。仮定性 (Fiktion) が入り込むのは、追完という形で給付が行われなかったことに対する評価においてのみである」(Rn. 46)。

ff) 不法行為法に関する判例との整合性(論拠⑩)

不法行為法における物損事例については、BGH第6民事部が被害者の処分自由を認める判例法理を形成している。このことを踏まえると、「法秩序の一貫性」という観点からも、第7民事部の新しい判例を引き

¹⁸ そのため、本決定の主文においては、第7民事部への照会事項として、——仮定的瑕疵除去費用による算定の否定を維持するかどうかという点(照会事項1点目)に加えて——一般給付障害法上の損害賠償請求として「目的に拘束され、かつ清算を要する金銭を前もって支払う」ことの請求をすることができるという立場を維持するかどうかという点(照会事項2点目)も挙げられている。

継ぐべきではない（Rn. 49 ff.）。

ウ）分析と小括

以上、BGH 2020年3月決定の判旨をみてきた。以下では、本決定について、分析も交えながら小括しておきたい。具体的には、まず、これまでの本稿の方針どおり、本決定について、損害論の視角からの分析を行う。そのうえで、本決定が挙げた仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる様々な論拠について、その相互関係を整理しておく。

a）損害論に関する本決定の立場——実質的には
履行状態実現費用賠償構成を採用？

まず、損害論について、本決定はどのような立場を採用しているのだろうか。つまり、本決定は、純粋金銭賠償構成に立つのか、それとも履行状態実現費用賠償構成に立つのか（あるいは、まったく別の考え方に立つのか）¹⁹。

本決定は、給付に代わる小さな損害賠償の算定に関する適用条文について、ピッカーらの見解に明示的に反対し、249条以下の適用を否定すべきだと説いていた（論拠①・Rn. 12）。その理由は、以下の2点に求められていた。第1は、給付障害の補償方法については、249条以下よりもまず（「等価性利益」の補償について定めた）給付障害法が優先的に適用されるべきだという理由である（Rn. 13）。第2は、給付に代わる損害賠償が請求された場合、改正BGB281条4項により履行請求権が排除され、（履行と内容的に重なる）自然的原状回復（直接的履行状態実現）も排除されるため、自然的原状回復の優先および例外的な金銭賠償の承認を定めた249条以下を適用する意味がないという理由である（Rn. 14 f.）²⁰。

¹⁹ なお、本決定が給付に代わる損害賠償請求権について売買と請負の扱いを揃えるべきであると説いている（論拠②・Rn. 25）ことに照らすと、本決定は、少なくとも、損害論について売買と請負で考え方を分けるという発想には立っていないと考えられる。そのため、以下では、本決定がそうした発想に立っている可能性を除外して検討を進める。

²⁰ なお、これらの2つの理由づけについては、いずれに対しても疑問がある。

まず、第1の理由づけについては、確かに、給付障害法（特に改正BGB280条以下）に給付に代わる損害賠償の算定（ないし責任内容論）に関する規定が

ここで注意すべきことは、本決定は、学説における通説のように、給付に代わる損害賠償に対しては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見解を採っているわけではないということである。本決定は、251条も含めて、249条以下の規定全体の適用を否定している（その代わりに、改正BGB280条・281条を算定の手がかりとすべきだと主張している）。そのため、適用条文の観点から、本決定が純粹金銭賠償構成を採っていると即断することはできない。

そもそも、本決定は、結論として、（少なくとも売買においては）仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきだという立場を採っていた。そうである以上、本決定が純粹金銭賠償構成を採用しているとは考えがたい。なぜなら、純粹金銭賠償構成からは、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという帰結が導かれるはずだからである。

では、履行状態実現費用賠償構成についてはどうか。つまり、本決定は——形式的には249条2項（も含めた249条以下全体）の適用を否定しているものの——実質的には履行状態実現費用賠償構成を採用したものであると理解することはできないだろうか。実は、以下で示すように、本決定には、こうした理解を支える説示がいくつかみられる。

まず注目すべきは、追完請求権を基点とした積極的利益の算定²¹を説いていた箇所である（論拠⑤・Rn. 34）。これによると、売買における給付に代わる損害賠償においては、——売主が行わなかったためにいま

あるのであれば、249条以下に優先してそれらが適用されるべきであろう。しかし、改正BGB280条以下は、債務不履行責任の要件（ないし責任成立論）に関する規定であるため、これによって249条以下の適用が排除されることにはならないはずである（後に紹介するBGH 2020年10月決定のRn. 21も同旨）。

また、第2の理由づけについては、改正BGB281条4項によって履行請求権および自然的原状回復（直接的履行状態実現）が排除されたとしても、それだけで直ちに249条以下を適用する意味がなくなるとはいえない。というのも、金銭賠償の内部において、249条2項・250条の原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）と251条の純粹金銭賠償を区別することは、給付に代わる損害賠償の算定において有用な視点を提供する可能性があるからである。

²¹ 類似の考え方として、*Friedhelm Weyer, Werkvertraglicher Schadensersatz nur in Höhe der tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten?*, NZBau 2013, S. 271.

や買主自身が（第三者を介して）行わなければならなくなった——「追完」（瑕疵除去）のために必要な費用を手がかりとした算定が認められるとされる。では、本決定が、このように買主の「追完」措置に要する費用の賠償を認めるべきだと考えた理由はどこにあるのか。これは、本決定が、こうした買主の「追完」措置によって実現される利益——要するに、瑕疵部分についての（単なる価値利益ではない）現実的利益——を、買主の「積極的利益」を構成する利益——給付に代わる損害賠償によって実現されるべき利益——として認めたためであると考えられる。このようにみると、「追完」を基点とした積極的利益の算定という考え方は、瑕疵部分についての現実的利益を実現するために必要な費用——要するに、（仮定的）瑕疵除去費用——については賠償を認めるべきであることを説くもの²²と理解することができるようになる。そうであるとするならば、ここで示されている考え方は、実質的には履行状態実現費用賠償構成の考え方と重なるものであるということになる²³。

また、本決定は、仮定的瑕疵除去費用の賠償は存在しない損害について賠償するものではないとし、その理由として、「給付と反対給付の関係が〔瑕疵がある時点で〕損なわれている」ことを挙げている（論拠⑨・Rn. 46）。これは、瑕疵自体が損害にあたるという考え方を採用したものとみることができる²⁴。この考え方も、費用そのものではなく、その

²² ただし、この考え方からは、費用支出が不要となる理由（「仮定的」瑕疵除去費用の賠償が正当化される理由）までは出てこないため、この点については別途論拠が必要となる。本決定は同箇所（Rn. 34）においてこの点についても論拠を示しているが、これについては次項で触れる。

²³ 山田孝紀「売買契約・請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償——ドイツ法における近時の展開」日本法学87巻3号（2021年）110頁は、本決定のこの箇所について、「BGH2020年3月決定は、追完請求権が代物給付や瑕疵除去を通じて瑕疵のない物の状態を確立する権利であることから、瑕疵除去費用を基準に追完に代わる損害賠償額を算定した。そこでは瑕疵のない状態を買主に実現させ、買主の給付利益を満足させるためにはどこまでの損害賠償額が認められるべきかという規範的評価を踏まえ、瑕疵除去費用相当額の仮定的損害賠償を認める判断がとられた可能性がある」と分析している。この分析も、本稿の分析と近いと考えられる。

²⁴ 同様の理解として、山田・前掲注（23）105頁。

費用を用いて除去されるべき瑕疵のほうを損害とみている点において、履行状態実現費用の賠償を認める考え方と親和性が高いといえることができる。

以上を踏まえると²⁵、本決定は、——確かに、適用条文の点では、ピッカーラとは異なり249条2項（も含めた249条以下全体）の適用を否定する立場に立つものの——実質的には、履行状態実現費用賠償構成を採用したものであると理解することも十分に可能であるように思われる²⁶。

b) 仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠の整理

さて、本決定は、結論として、少なくとも売買においては仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきであるとしていた。他方で、請負については（第5民事部の担当範囲外であることから）明示的には判断を下していないが、売買と請負で判断を統一すべき旨を説いていることや、（後述するように）本決定が示した賠償肯定説の論拠の中には売買・請負の両方に妥当しうる論拠が含まれていることからすると、本決定は、売買・請負のいずれにおいても仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきであるという立場に立っているものと考えられる²⁷。

こうした結論を導くに当たって、本決定は数多くの論拠を挙げていた²⁸。そこで、これらの論拠が相互にどのような関係に立つのかを簡単に整理しておきたい（なお、ここでは基本的には論証構造の把握に努めることとし、個々の論拠に対する分析は、学説もみた後の「分析」の箇

²⁵ このほか、「給付に代わる損害賠償請求権は、目的物の減価分だけでなく、実現されていない履行結果 (Erfüllungserfolg) も補償するものである」とするのが「債務法改正の構想」であると述べていた箇所 (Rn. 40) も参照。

²⁶ こうした理解に立つとみられるものとして、Thomas Riehm, Fiktive Mängelbeseitigungskosten auf dem Weg zum Großen Zivilsenat, NJW 2021, S. 30.

²⁷ 同様の理解として、例えば、Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 28.

²⁸ なお、仮に本決定が履行状態実現費用賠償構成に立っているという理解を採った場合には、これらの論拠は、処分自由論の採否という——履行状態実現費用賠償構成を採ったうえで別途生じる——問題について、売買・請負においては肯定説を採るべきことを導く論拠として理解されることになる。

所で、特に重要な論拠に絞って行うこととしたい。

本決定の挙げた論拠は、（賠償の可否はともかくとして）売買と請負で判断を統一すべきことを導く論拠と、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきことを導く論拠の2つに大別される。

aa) 売買・請負統一説の論拠

まず、（賠償の可否はともかくとして）売買と請負で判断を統一すべきことを導く論拠としては、債務法改正により売買契約法と請負契約法の内容が揃えられたこと²⁹（論拠①中のRn. 20、論拠②・Rn. 25）と、売買と請負の区別が相対的であること³⁰（論拠④中のRn. 27）が挙げられていた。

bb) 賠償肯定説の論拠

次に、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきことを導く論拠をみていく。これは、賠償を肯定することの必要性を基礎づける論拠と、賠償を肯定することの許容性（賠償を否定する必要性の不存在）を基礎づける論拠に分かれる。

aaa) 賠償を肯定することの必要性を基礎づける論拠

賠償を肯定することの必要性を基礎づける論拠としては、次のものが挙げられていた。

i) 売買・請負の両方に妥当しうる論拠

まず、本決定は、追完請求権を基点とした積極的利益の算定を説いていた箇所（論拠⑤）において、費用支出の有無にかかわらず瑕疵除去費用の賠償を認めるべき理由として、「瑕疵除去費用は、損害賠償が請求された時点ではすでに買主の貸借対照表の借方に計上されている」とい

²⁹ 同様の論拠として、*Jürgen Lauer*, Die fiktive Schadensberechnung im Kauf- und Werkvertrag – ein Fall für den Großen Zivilsenat des BGH, BauR 2021, S. 625.

³⁰ 同様の指摘として、*Markus Wessel*, Schäden im Schadensersatzrecht – Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH auf das Schadensersatzrecht, DAR 2019, S. 184; *Lauer*, aa.O. (Fn. 29), S. 625; *Hans Christian Schwenker*, Fiktiver Schadensersatz im Werkvertrags-, Kaufvertrags- und Deliktsrecht, MDR 2021, S. 1042.

う理由³¹を挙げている（Rn. 34）。これは、損害賠償請求時にはすでに（瑕疵除去費用によって算定される）損害——つまり、目的物の瑕疵——が発生しているという趣旨であると考えられる³²。

このほか、本決定は、——例えば瑕疵によって減価が生じない場合のように——減価分は給付利益を適切に反映しない場合があること（論拠⑥・Rn. 35）、債務法改正の立法者の理解との整合性（追完をしないインセンティブが生じることの不当性）（論拠⑦・Rn. 36 ff.）、不法行為法に関する判例との整合性（論拠⑩・Rn. 49 ff.）といった論拠を挙げている。

以上の論拠は、売買だけでなく、請負にも妥当しうる論拠であると考えられる。

ii) 売買にのみ妥当する論拠

また、本決定は、買主が先払をしなければならないという結論は採用できないという論拠³³も挙げている（論拠⑧・Rn. 41 ff.）。すなわち、確かに、請負においては、改正BGB637条3項の事前償還請求により先払を回避できるかもしれないが、）売買においては、事前償還が認められず、また、損害賠償として事後的瑕疵除去費用の事前賠償を認めることもできないため、上記結論を回避す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いうわけである。この論拠は、売買にのみ妥当する（請負には妥当しない）論拠であると考えられる。

bbb) 賠償を肯定することの許容性（賠償を否定する必要性の不存在）を基礎づける論拠

他方で、賠償を肯定することの許容性（賠償を否定する必要性の不存在）

³¹ 類似の論拠として、Weyer, aa.O. (Fn. 21), S. 271.

³² 本決定のこの箇所について同様の理解を採るものとして、山田・前掲注(23) 129頁注(99)。なお、本決定のこの論拠は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性を基礎づける論拠としては説得力に欠ける。なぜなら、瑕疵自体を損害とみる立場に立ったとしても、その損害を仮定的瑕疵除去費用によって算定すべきことは直ちには導かれないからである（履行状態実現費用賠償構成の考え方を採るのだとしても、ピッカーのように処分自由を否定する立場がありうる以上、処分自由を肯定すべき理由を別途提示しなければならない）。

³³ 同様の論拠として、Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 31.

在）を基礎づける論拠としては、過剰賠償の不存在を説いていた部分を挙げることができる。そこでは、「過剰賠償」が、存在しない損害を賠償するものという意味で捉えられたうえで、「給付と反対給付の関係が〔瑕疵がある時点で〕損なわれている」、つまり、瑕疵自体が損害にあたるため、仮定的瑕疵除去費用の賠償は過剰賠償にはあたらないという論拠³⁴が示されていた（論拠⑨・Rn. 45 f.）。なお、この論拠は、請負にも妥当しうるものであると考えられる。

2）BGH 2020年10月8日決定（第7民事部）・BGH
2021年3月12日判決（第5民事部）

続いて、BGH 2020年10月決定とBGH 2021年3月判決について、その判旨を順に確認したうえで、——両判例が基本的には同様の考え方に立つものであることから——両判例についてまとめて「分析と小括」を行う。

ア）判旨

a）BGH 2020年10月8日決定（第7民事部）——
BGH 2018年判決を維持

第5民事部の照会に対して、第7民事部は、BGH 2020年10月決定³⁵において、同部がBGH 2018年判決で示した立場、つまり、改正BGB634条4号・280条・281条1項の給付に代わる小さな損害賠償においては仮定的瑕疵除去費用による算定は認められないという立場を維持すると応答した³⁶。

³⁴ 同様の論拠として、*Frank Peters*, Schadensbemessung beim Werkvertrag, JR 2019, S. 340（ただし、請負に関する記述）；*Riehm*, aa.O. (Fn. 26), S. 29 f.

³⁵ BGH, NJW 2021, 53.

³⁶ なお、照会事項2点目に対しても、第7民事部は、建築家の設計または監理に欠陥があり、それによって建物に瑕疵が生じたという場合について、注文者は、建築家に対して、改正BGB634条4号・280条の損害賠償請求として、「目的に拘束され、かつ清算を要する金銭を前もって支払う」ことの請求をすることができるという立場を維持すると応答している。ただし、第7民事部によると、BGH 2018年判決は、あくまで対建築家（および技術者）の場面に限って、特別に、損害賠償請求としての前払請求を認めたのであり、一般給付障害法においてこうした前払請求を認めたわけではないとされる（Rn. 74 ff.）。

aa) 論拠①に対する反論

「仮定的瑕疵除去費用による損害算定は、BGB280条、281条という一般規定によってすべての契約類型について定められているというものではない」(Rn. 20)。

aaa) 改正BGB280条・281条——要件の規定であり、損害の算定方法については定めていない(論拠⑦³⁷⁾)

「BGB280条、281条は、給付に代わる損害賠償請求権の一般的要件を定めている。これに対して、これらの規定の文言からは、給付が行われなかった場合または給付が債務の内容に従って行われなかった場合にどのような方法で損害が算定されるべきかという点については明らかにならない」(Rn. 21)。

「給付に代わる損害賠償請求権の法律効果は、BGB249条……を……援用しても確定できない。そのため、仮定的瑕疵除去費用による損害算定についても、BGB249条2項1文にその根拠を求めることはできない」。「というのも、給付に代わる損害賠償が請求されると、BGB281条4項によって給付請求権が排除され、その結果、自然的原状回復はもはや問題とならなくなるからである。さらに、BGB280条、281条の給付に代わる損害賠償請求権は、完全性利益〔引用者注：本稿でいう「保持利益」〕ではなく、給付利益を補償するものである……。以上の点については、第5民事部と第7民事部は見解が一致している」(Rn. 22)。

bbb) 差額説と並ぶ損害算定方法としての信義誠実に基づく規範的評価——各契約類型の特殊性を考慮に入れる必要性(論拠④)

「財産的損害の算定については、BGBの施行以来、判例上、二元的損害概念が形成されてきた。これは、差額説と、信義誠実に基づく規範的評価の2つからなる……。後者においては、常に損害法上の評価が必要となる。その際には、一般原則だけでなく、各契約類型の特殊性も考

³⁷ 以下、便宜上、BGH 2020年10月決定の主張を支える論拠に対して、⑦から順に記号を付していく。

慮に入れなければならない（規範的損害）」。「問題となる法律関係の多様性に照らすと、一般に、あるいは給付に代わる損害賠償（小さな損害賠償）との関係で財産的損害の算定を行う際に、各分野における規範的評価を考慮することなくすべての法分野について統一的に算定を行うのは、望ましくないし可能でもない。こうした点を考慮したからこそ、立法者も、これまで損害の算定に関する規定を設けることに慎重な態度を採ってきたわけである」（Rn. 25）。

bb) 契約類型にかかわらず仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する立場の論拠に対する反論

aaa) 論拠⑤に対する反論——注文者が自ら瑕疵を除去しない場合、注文者が瑕疵ある仕事を保持しているという結果を給付利益算定の基点とすべき（論拠⑦）

「もっとも、第5民事部と第7民事部は、瑕疵ある給付がされた場合における……財産的損害の算定が、債権者の給付利益〔の実現〕を志向するものでなければならないという点においては、見解が一致している」（Rn. 26）。

「注文者は、〔第三者に〕瑕疵を除去してもらった場合には、支出した費用について、〔費用償還として請求できるほか、〕BGB634条4号、280条、281条による財産的損害〔の賠償〕として（も）請求することができる」（Rn. 28）。

「しかし、債権者が〔給付〕結果を自ら実現する〔引用者注：自ら瑕疵を除去する〕という形で自分の給付利益を保護していない場合に、いったいなぜ、BGB280条、281条により、一般的に——すべての契約類型について——仮定的瑕疵除去費用による財産的損害の算定を認める必要があるのかが分からない。この場合、注文者の手元には、瑕疵のない仕事の代わりに瑕疵ある仕事があるという状態のままである。したがって、財産的損害の算定においても、この結果を基点として算定するのが——少なくとも請負契約法については——正しい」。このとき、「自己追完がされていないため支出されていない、つまり仮定的な瑕疵除去費用は、第7民事部からみると、……注文者の貸借対照表の借方には計上されな

い」。したがって、減価分を超過する仮定的瑕疵除去費用の賠償は、「過剰賠償ないし利得の禁止という損害法上の原則に抵触する」(Rn. 29)。

もっとも、第7民事部は、売買に関する第5民事部と同様、——仮定的瑕疵除去費用の額が減価分の近似値を示していない場合を除いて——減価分を簡易に評価する方法として仮定的瑕疵除去費用を用いることについては認める (Rn. 30)。

bbb) 論拠⑥に対する反論——注文者は自己追完をすればよい (論拠④)

第5民事部は、瑕疵によって減価が生じない場合には、減価分は給付利益を適切に反映しないと指摘していた。しかし、「こうした——売買契約法よりも、給付の内容が個々の契約ごとに異なる点に特徴のある請負契約法においてより多く生じる——状況においては、注文者が自己追完〔および費用償還請求または事後的瑕疵除去費用の賠償請求〕をすれば、……注文者に不利益が生じずに済む」(Rn. 31)。

ccc) 処分自由論という論拠に対する反論——処分自由論は一定の損害賠償請求権が存在することを前提とするもの (論拠④)

249条2項1文との関係で発展してきた処分自由という原則も、「仮定的瑕疵除去費用による損害算定を要請するものではない」。「処分自由論は、BGB249条2項1文により算定されるべき損害の賠償を求める請求権が一定の額において存在することを前提とするものである。第7民事部の判例変更は、この〔処分自由という〕原則と整合する」。というのも、損害賠償請求権が存在する限り、注文者は請負人から支払われる損害賠償金の使用について自由だからである (Rn. 33)。

ddd) 論拠⑦に対する反論——追完をしないというインセンティブは生じない (論拠⑦)

「最後に、請負契約法については、第7民事部の判例変更により請負人にとって追完を行わないインセンティブが生じたという事実もみられない」。注文者は自己追完をすれば減価分を大幅に超える瑕疵除去費用の償還ないし賠償を請求することもできるので、「——第5民事部の理解には反して——契約に従った履行をしなかった請負人には、追完請求

権を履行しないインセンティブは生じない」(Rn. 37)。

cc) 請負における判例変更の必要性——請負における著しい過剰賠償の危険（論拠⑤）

「第7民事部による従来判例法理の放棄は、——少なくとも請負契約法においては——従来判例法理が原因で事態が誤った方向に展開していたのを終わらせるために必要なこととなっていた」(Rn. 38)。

請負における仮定的瑕疵除去費用による算定は、「第7民事部の長年にわたる経験に照らすと、数多くの事例において注文者に著しい過剰賠償をもたらしてきた」(Rn. 39)。

例えば、次のような事例を考えてみる。注文者は、請負人との間で、報酬4万ユーロで住居の床に白い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、請負人はライトグレーの自然石タイルを敷いた。タイルを交換するとなると、キッチンの再解体、家具の運び出し、敷いたタイルの取外し、新しいタイルの取付け、注文者一家の一時的なホテル宿泊が必要となるため、約6万ユーロがかかってしまう(Rn. 42)。

「注文者がライトグレーの自然石タイルを〔交換せずに〕保持すると決めた場合、従来判例法理によると、注文者は、——実際には支出していない——6万ユーロの瑕疵除去費用をすべて請求することができる³⁸。そうすると、注文者は、経済的にみれば、結果として、……4万ユーロの報酬を支払わずに済み、また、——望んでいた色ではないとはいえ——新しい自然石タイルを手に入れたうえに、さらに追加で2万ユーロの金銭を手に入れたことになる」(Rn. 44)。

「これは、第7民事部の評価に照らすと、瑕疵ある仕事に対する適切な損害補償ではなく、利得禁止に反する過剰賠償にあたる」(Rn. 45)。

³⁸ 本決定は、この事例においては——251条2項1文の準用による瑕疵除去費用の賠償の制限法理の適用要件である——費用の不均衡性が認められないという立場に立っているとみられる。というのも、本決定は、この事例においては改正 BGB637条の前払請求または費用償還請求は可能である——費用の不均衡性によってそうした請求が妨げられる（改正 BGB637条1項・635条3項を参照）こともない——と述べている（Rn. 43）からである。この点については、すぐ後に紹介する論拠⑦も参照。

「請負契約法においては、——もしかするとここは売買契約法と異なる点かもしれないが——こうした問題は決して少数の事例でのみ生じるというのではなく、むしろよく起こる。というのも、製作すべき仕事の性状について個々の契約ごとに独自の合意がされるというのは、請負契約に特有〔の現象〕だからである」。そして、そのように独自に合意された性状について瑕疵がある（にすぎない）ときには、（多くの場合、）注文者は、瑕疵を抱えたままでも、つまり自己追完をしなくても、（十分に）「生活していくことができる」（Rn. 46）。しかも、「請負契約法における瑕疵の除去においては、多くの場合、他の専門業者を巻き込む必要があり、これは、通常、瑕疵除去費用が非常に高額になる原因となる」（Rn. 47）。

dd) 論拠②に対する反論——瑕疵担保に関する売買と請負の規律の違い

「瑕疵に基づく責任が追及される場合における損害の算定について、請負契約法と売買契約法を揃える必要はない。なぜなら、瑕疵に基づく権利、とりわけ前払請求権と追完請求権について、法律上の規定の内容が異なっているからである」（Rn. 58）。

aaa) 追完請求権に関する規律の違い——請負のほうが費用の不均衡性が認められにくい（論拠⑦）

請負における追完請求権は、「内容的には……契約上の履行請求権を延長したものにすぎない。そのため、請負における追完請求権に対しては、原則として、——履行請求権の場合と同様に——請負契約特有の結果責任が妥当する。これによると、原則として、請負人は、約束した給付の履行リスクを、それに要する費用にかかわらず負担することになる」。これを踏まえると、改正BGB635条3項³⁹（「追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合」には請負人が追完を拒絶することができることを定める規定）による請負人の追完拒絶は、例外的な場合にのみ認められるべきである（Rn. 64）。

³⁹ 条文については、連載第2回の注（90）を参照。

これに対して、売買に関する改正BGB439条4項⁴⁰（「追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合」には売主が追完を拒絶することができることを定める規定）については、同項2文で挙げられた考慮要素に鑑みても、請負よりも緩やかな基準で不均衡性が認められる⁴¹（Rn. 65）。

⁴⁰ 条文については、連載第2回の注（91）を参照。なお、当該脚注においては、2018年瑕疵担保法改正（のみ）を反映した439条を掲げていた（BGH 2018年判決や、本決定も含めた2020年以降の3つの判例の判決・決定文において引用されているのは、この状態における439条である）が、439条は、その後、2022年にさらに改正を受けている。本稿にとって重要な改正ではないが、以下、当該脚注で示した条文内容からの変更点を示しておく。

【2022年改正後 BGB 第439条（追完）】

- (1) （改正による変更なし）
- (2) （改正による変更なし）
- (3) 瑕疵が明白になる前に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。（第2文削除）
- (4) （改正による変更なし）
- (5) （改正により追加。内容略）
- (6) （改正前の（5）に第2文を追加。内容略）

⁴¹ 具体的には、次の2点が指摘されている。

第1に、改正 BGB439条4項2文で、不均衡性の有無を判断する際の考慮要素として「瑕疵のない状態における物の価値」と「瑕疵の重要性」が挙げられていることから、第5民事部の判例（BGHZ 200, 350）は、まず第一に依拠することができる手がかりとして、「瑕疵除去費用が瑕疵のない状態における不動産の取引価値を超過するか、または瑕疵に起因する減価分の200%を超過する場合には、その瑕疵除去費用は不均衡である」という定式を立てていると指摘される。

第2に、改正 BGB439条4項2文・3文によると、買主の選択した追完方法が他の追完方法と比較して不均衡な費用をもたらす場合にも、買主の選択した追完方法の拒絶が可能になることが指摘される。

なお、売買においては、請負とは異なり、追完方法の選択権が債権者にある（改正 BGB439条1項）ことから、改正 BGB439条4項の不均衡性の判断にあ

このように、請負におけるほうが、売買におけるよりも費用の不均衡性が認められにくい。したがって、請負におけるほうが、(251条2項1文の準用による) 瑕疵除去費用の賠償の制限が認められにくく、仮定的瑕疵除去費用の賠償による過剰賠償の危険が大きい (Rn. 66)。

bbb) 事前償還請求権に関する規律の違い——
—改正BGB637条3項の存在 (論拠⑦)

もう1つの重要な違いは、請負については、売買の場合とは異なり、改正BGB634条2号・637条(3項)において注文者の自己追完権および前払請求権が定められているということである。この前払請求権があることによって、(第三者に) 瑕疵を除去してもらおうと考えている注文者は、(仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められなくても) 先に費用を支出せずに済む (Rn. 67)。

もし請負において仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのならば、「何のために〔債務法改正の〕立法者が前払請求権および費用償還請求権を伴った自己追完権を請負契約法において定めたのかが理解できなくなってしまう。前払や費用償還であれば——損害賠償とは異なり——請負人の過失がなくても請求が可能となるという説明は考えられるが、この説明は、過失の有無にかかわらず義務づけられる追完について〔債務者が〕履行しなかった場合、損害賠償請求権を正当化する過失が常に導かれるとするBGHの判例がある時点ですでに説得的ではない」 (Rn. 68)。

第5民事部がBGH 2020年3月決定において従来の判例法理を維持した際の主たる論拠は、「買主には瑕疵除去費用を先に支出することを期待できない」という考慮であった。「この論拠は、——第7民事部にはこの点について判断する権限はないが——売買契約法においては成り立つかもしれない」が、請負契約法においては成り立たない (Rn. 69)。

たっては、買主の選択した追完方法がそれ自体として不均衡な費用をもたらす場合(「絶対的不均衡性」と呼ばれる)と、買主の選択した追完方法が他の追完方法と比較して不均衡な費用をもたらす場合(「相対的不均衡性」と呼ばれる)の2つが区別される(詳しくは、田中洋・前掲注(4)102頁以下を参照)。上記第1における判例の定式は「絶対的不均衡性」に関するものであり、上記第2において指摘されているのは「相対的不均衡性」のことである。

b) BGH 2021年3月12日判決（第5民事部）——
——売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

第7民事部の応答を受けて、第5民事部は、BGH 2021年3月判決⁴²において、民事拡大部への呈示をすることなく、売買について、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという判断を下した。

請負と売買で判断が分かれる主たる理由は、事前償還請求権の規定の有無と過剰賠償の危険の大きさの2点に求められている。

まず、売買においては、請負とは異なり、事前償還請求権の規定がない⁴³。そうすると、——瑕疵除去費用を先に支出するという負担を買主に課すべきではない以上——売買においては、請負とは異なり、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（Rn. 11, 17, 21, 29）。

次に、（とりわけ中古不動産の）売買においては、不動産が現状のまま売却されるのが通常であることから、請負とは異なり、給付の内容について独自の合意がされることが少ない。そのため、湿気のように、契約上前提とされた使用または通常の使用に支障を生じさせるような瑕疵が問題となることが多く、そうした場合には、通常、買主はその瑕疵を抱えたまま「生活していく」ことができないか、少なくとも、瑕疵がない場合よりも生活の質が明確に悪くなる。また、費用の不均衡性による瑕疵除去費用の賠償の制限も、請負の場合よりも緩やかな基準で認められる。したがって、売買においては請負におけるよりも過剰賠償の危険が小さいとされる（Rn. 26 ff.）。

イ）分析と小括

以上、BGH 2020年10月決定および2021年3月判決の判旨をみてきた。先ほどと同じように、以下では、両判例について、分析も交えながら小

⁴² BGHZ 229, 115=JZ 2021, 626=NJW 2021, 1532. その後、BGH 第8民事部が、動産売買の事案においても、第5民事部と同様の論拠（事前償還請求権の規定の不存在）により、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという判断を示している（BGHZ 232, 1 Rn. 95=NJW 2022, 686）。

⁴³ また、売買において、損害賠償として、事後的瑕疵除去費用の事前賠償を認めることもできないとされる（Rn. 21）。

括しておきたい。具体的には、まず、両判例について、損害論の視点からの分析を行う。そのうえで、両判例が挙げた仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる様々な論拠について、その相互関係を整理する。

a) 損害論に関する両判例の立場——不明

まず、損害論について、BGH 2020年10月決定および2021年3月判決はどのような立場を採用しているのだろうか。

以上でみてきたように、BGHは、最終的に、請負においては賠償を否定し（第7民事部）、売買においては賠償を肯定する（第5民事部）という立場を示した。これを踏まえると、損害論に関する両民事部の立場の理解ないし説明としては、（少なくとも）次の2つの候補が考えられる。

第1の候補は、売買においては履行状態実現費用賠償構成を採用した（第5民事部）のに対して、請負においては純粋金銭賠償構成を採用した（第7民事部）というものである。第2の候補は、請負・売買いずれにおいても履行状態実現費用賠償構成を採用したうえで、処分自由論の採否について請負（第7民事部）と売買（第5民事部）で結論を分けたというものである。

このうち、第1の候補の手がかりになりうるものとしては、BGH 2018年判決の中で示された論拠を挙げることができる。すなわち、第7民事部は、BGH 2018年判決において、請負について仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する際に、仮定的瑕疵除去費用の金額分の財産減少がないことと、瑕疵自体は損害にはあたらないことを論拠としていた。ここには、純粋金銭賠償構成の考え方が表れているとみることもできる。そして、第7民事部は、BGH 2020年10月決定においても、（請負について）こうした純粋金銭賠償構成の考え方を引き継いでいるとみるわけである。

しかし、第7民事部は、BGH 2020年10月決定においては、もはや上記のような純粋金銭賠償構成に親和的な論拠を挙げていない⁴⁴。そうし

⁴⁴ その理由の1つとして考えられるのは、BGH 2020年3月決定における第5民事部の指摘、すなわち、第7民事部（BGH 2018年判決）の依拠した「損害概念」は請負契約特有の考慮ではなく「一般化可能な考慮」であるという指摘（Rn. 19）である。つまり、第7民事部は、この指摘を踏まえて、請負と売買の結論

た論拠に代わって、同決定は、財産的損害の算定については、BGBの施行以来、判例上、「差額説」と「信義誠実に基づく規範的評価」からなる二元的損害概念が形成されてきたとしたうえで、後者の「規範的評価」においては、「各契約類型の特殊性」を考慮に入れる必要があるという考え方を示している（論拠④・Rn. 25）。こうした考え方は、同決定において、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について請負と売買の結論が分かれうることを理論的に正当化する役割を担っている⁴⁵。このことを踏まえると、同決定は、請負と売買のいずれについても、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題を「信義誠実に基づく規範的評価」の枠組みの中に位置づけたうえで、請負と売買でその「規範的評価」が分かれうることを示したものと理解することができる（なお、BGH 2021年3月判決も、損害論に関するこのような同決定の考え方を引き継いでいるものとみられる⁴⁶）。

このように、同決定が仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題を（信義誠実に基づく規範的評価を行わない純粋な）「差額説」の枠組みで処理していないことを踏まえると、同決定は、純粋金銭賠償構成を採用していないとみるべきであろう（つまり、第1の候補は排除される）。なぜなら、純粋金銭賠償構成は、費用の支出による財産（の価値）の減少を損害とみる見解であり、瑕疵除去費用の賠償について（金額）差額説的な損害把握を行うものだからである。

では、同決定のいう「信義誠実に基づく規範的評価」は、どのような損害把握を前提とするものか。この点については、同決定の説示の中に明確な手がかりがあるわけではないため、必ずしも明らかではないというべきである。もっとも、——上記のように同決定が純粋金銭賠償構成を採っていないとみられるのに対して——同決定が履行状態実現費用賠

が分かれることを正当化できるように、仮定的瑕疵除去費用の賠償における損害概念の理解を変化させた（あるいは、もともと BGH 2018年判決の時点で純粋金銭賠償構成を採用していなかったのだが、そのように誤解されてもやむをえない表現ではあったため、BGH 2020年10月決定では同様の表現を避けた）可能性がある。

⁴⁵ Rn. 59も参照。

⁴⁶ Rn. 20 f. を参照。

償構成を採っている（第2の候補）と仮定したとしても、少なくとも同決定の説示との間に不整合をきたすわけでないということまでは指摘することができる。

すなわち、このような仮定のもとでは、同決定のいう「信義誠実に基づく規範的評価」は、次のような意味で理解されることになる。同決定は、まず、買主や注文者が瑕疵のない状態を（価値的ではなく）現実実現するために必要な費用については賠償を認めるべきであるという「規範的評価」——要するに、履行状態実現費用については賠償を認めるべきであるという「規範的評価」——を下している。そのうえで、請負と売買の間にいくつかの重要な違いが存在することを踏まえて、仮に売買においては処分自由を認めるべきだとしても、請負においては処分自由を認めるべきではないという「規範的評価」を下しているとみるわけである⁴⁷（また、BGH 2021年3月判決についても、売買について処分自由を認めるべきであるという「規範的評価」を下した判決として理解される）。

このように、同決定（およびBGH 2021年3月判決）は、仮に履行状態実現費用賠償構成を採っていると仮定した場合には、一応矛盾なく説明することが可能である⁴⁸（もっとも、両判例が履行状態実現費用賠償

⁴⁷ 山田・前掲注(23) 110頁も参照。

⁴⁸ なお、BGH 2020年10月決定における他の箇所の説示も、履行状態実現費用賠償構成との間に不整合を生じるものではない。

まず、確かに、同決定は、給付に代わる損害賠償の算定に関する適用条文について、第5民事部（BGH 2020年3月決定）と同様の理由により、249条（以下）の適用を否定する立場に立っている（論拠㊦中のRn. 22）。しかし、すでにBGH 2020年3月決定との関係で述べたとおり、このことは、第7民事部が純粋金銭賠償構成を採っている——履行状態実現費用賠償構成を否定している——ことを必ずしも意味しない。

また、BGH 2020年10月決定は、第5民事部（BGH 2020年3月決定）が追完請求権を基点とした積極的利益の算定を説いていたのに対して、「債権者が〔給付〕結果を自ら実現する〔引用者注：自ら瑕疵を除去する〕という形で自分の給付利益を保護していない場合」には、注文者が瑕疵ある仕事を保持しているという結果を給付利益算定の基点とすべきだと反論し、（少なくとも請負においては）仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべきだと説いている（論拠㊦・Rn.

構成を採用していることを示す積極的な手がかりも存在しないため、結局のところ、損害論に関する両判例の立場は不明であると評価しておくのが妥当であろう）。

b) 仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論
拠の整理

さて、BGH 2020年10月決定および2021年3月判決は、結論として、請負においては賠償を否定し（第7民事部）、売買においては賠償を肯定していた（第5民事部）。こうした結論を導くにあたって、両判例（特にBGH 2020年10月決定）は数多くの論拠を挙げていた。そこで、先ほどと同じように、これらの論拠が相互にどのような関係に立つのかを簡単に整理しておきたい。その際、基本的には、BGH 2020年10月決定の挙げた論拠の構造を示すこととし、BGH 2021年3月判決の挙げた論拠については、その構造の中の適切な箇所に位置づける形で整理を行うこ

29)。この反論については、確かに、この箇所だけを読めば、純粋金銭賠償構成を前提とした反論——注文者がまだ瑕疵を除去していない場合には、費用が支出されていない以上、損害は生じていないという反論——として理解することができないわけではない（このように理解するものとして、*Mark Seibel*, Das wiederholte Märchen des VII. Zivilsenats des BGH von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“, MDR 2021, S. 82)。しかし、本文で述べたとおり、BGH 2020年10月決定が損害論について述べた箇所を読めば、同決定が純粋金銭賠償構成を採用していないことが分かる。むしろ、同決定が、この反論の箇所で、注文者が自ら瑕疵を除去することが給付利益の保護につながるとみていることからすると、同決定は、瑕疵除去費用の賠償は瑕疵のない状態の実現——つまり、現実的利益の実現——を目的とするものであると考えたうえで、実際に瑕疵のない状態が実現された場合に限ってそれに要した費用の賠償を認めるべきであるという立場に立っているとみる余地がある。

さらに、本決定は、第5民事部（BGH 2020年3月決定）が、瑕疵によって減価が生じない場合には、減価分は給付利益を適切に反映しないと指摘していたのに対して、そうした場合には、「注文者が自己追完〔および費用償還請求または事後的瑕疵除去費用の賠償請求〕をすれば、……注文者に不利益が生じずに済む」と応接している（論拠⑤・Rn. 31）。これは、履行状態実現費用賠償構成に立ったうえで、減価分がゼロの場合であっても、事後的瑕疵除去費用の賠償を認めておけば注文者の給付利益（ここでは現実的利益）は十分に保護されるということを述べたものとして理解する余地がある。

としたい。これは、BGH 2021年3月判決が売買に関して判断を下す際にも、基本的にはBGH 2020年10月決定の挙げた論拠（ないしそこに示された考え方）が前提とされていることによる。

BGH 2020年10月決定が挙げた論拠は、賠償を否定することの必要性を基礎づける論拠と、賠償を否定することの許容性（賠償を肯定する必要性の不存在）を基礎づける論拠に分かれる。便宜上、後者からみていく。

aa) 賠償を否定することの許容性（賠償を肯定する必要性の不存在）を基礎づける論拠

賠償を否定することの許容性を基礎づける論拠（賠償を肯定する必要性を説く論拠に対する反論）としては、次のものが挙げられていた。

aaa) 請負・売買の両方に妥当しうる論拠（反論）

まず、BGH 2020年3月決定が挙げていた、減価分は給付利益を適切に反映しない場合があるという論拠（論拠⑥）に対しては、注文者は自己追完をすればよいという反論が挙げられていた（論拠⑤・Rn. 31）。

また、同じくBGH 2020年3月決定が挙げていた、債務法改正の立法者の理解との整合性（追完をしないインセンティブが生じることの不当性）（論拠⑦）という論拠に対しては、事実に瑕疵除去費用の賠償請求（または費用償還請求）の可能性がある以上、追完をしないという請負人のインセンティブは生じないという反論⁴⁹が挙げられていた（論拠⑦・Rn. 37）。

これらの反論は、請負だけでなく、売買にも妥当しうる反論であると考えられる。

bbb) 請負にのみ妥当する論拠（反論）

次に、BGH 2020年3月決定が挙げていた、債権者が先払をしなければならないという結論は採用できないという論拠（論拠⑧）に対して、BGH 2020年10月決定は、請負については事前償還が可能なので仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要がないという趣旨の反論を加えていた

⁴⁹ 同様の指摘として、Gottfried Schieman, Schadensersatz statt der Nacherfüllung, JZ 2021, S. 945.

（論拠㉔・Rn. 67, 69）（もっとも、BGH 2020年3月決定においても、この論拠が請負に及ばないことについては自覚されていた可能性が高い）。他方で、BGH 2020年10月決定は、事前償還が認められない売買については、BGH 2020年3月決定の論拠（論拠㉕）が成り立つ余地があると認めていた（Rn. 69）。実際、BGH 2021年3月判決は、売買においては事前償還の規定がないことを指摘したうえで、買主に先払をさせない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した（Rn. 11, 21）。

bb) 賠償を否定することの必要性を基礎づける論拠

他方で、賠償を否定することの必要性を基礎づける論拠としては、次のものが挙げられていた。

aaa) 請負にのみ妥当する論拠

まず、請負においては、著しい過剰賠償を回避するために仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する必要があるとされていた（論拠㉖・Rn. 38 ff.）。そこでは、注文者が仮定的瑕疵除去費用の賠償として報酬額を（大幅に）超える損害賠償金を受けとったうえで、それを瑕疵の除去に用いることなく、瑕疵ある仕事をそのまま保持するという状況が念頭に置かれていた。BGH 2020年10月決定は、こうした状況においては、経済的にみて、注文者が、「瑕疵ある仕事+報酬超過分の金額」を一方的に取得することになることを指摘し、このことをもって「過剰賠償」と評価している。このような同決定の「過剰賠償」の理解に照らせば、仮に注文者が報酬額を（大幅に）超える損害賠償金を受けとったとしても、注文者がそれを瑕疵の除去に用いた場合には、経済的にみて、「報酬額」と引換えに「瑕疵のない仕事」を取得したことになるため、この意味での「過剰賠償」は生じていないということになるだろう⁵⁰。だからこそ、同決定は、請負の特徴として、——他の専門業者を巻き込むことによっ

⁵⁰ 実際、同決定は、色違いの自然石タイルの事例（前述）に即して、瑕疵除去費用が報酬額を（大幅に）超える場合であっても、改正 BGB637条の前払請求または費用償還請求は可能である（費用の不均衡性も認められない）としている（Rn. 43）。

て瑕疵除去費用が高額化しやすいことに加えて——性状について独自の合意がされることが多いため、注文者が瑕疵を抱えたまま生活できる場合が多いことを指摘し、それゆえ、請負においては上記の意味での「過剰賠償」が生じやすいとしたわけである。これに対して、BGH 2021年3月判決は、売買については、買主が瑕疵を抱えたまま生活できる状況が多くないため過剰賠償の危険は小さいと指摘し、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めた（Rn. 26 ff.）。

なお、過剰賠償に対しては、251条2項1文による対処も考えられるが、BGH 2020年10月決定は、売買と比べて請負においては不均衡性の基準が厳しいことを指摘し（論拠㉟・Rn. 64 ff.）、BGH 2021年3月判決もこれに同調している（Rn. 29 ff.）。

次に、BGH 2020年10月決定は、もし請負において仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのならば、債務法改正で事前償還請求権を定めた理由を説明できなくなるという論拠も挙げていた（論拠㊱・Rn. 68）。この論拠も、当然ながら、請負にのみ妥当すると考えられる。

bbb) 射程が不明な論拠

このほか、BGH 2020年10月決定は、注文者が自ら瑕疵を除去していない場合には、注文者が瑕疵ある仕事を保持しているという結果を給付利益算定の基点とすべきだという論拠も挙げていた（論拠㊲・Rn. 29）。もっとも、この論拠については、これ以上の実質的な基礎づけが示されていないということもあり、その射程が必ずしも明らかではない⁵¹。

（イ）学説

以上、請負に関する2018年の判例変更の射程をめぐる判例の展開をみてきた。では、学説においては、仮定的瑕疵除去費用の賠償における請負事例と売買事例の関係について、どのような議論がされてきたのだろうか。以下では、BGH 2020年3月決定以降の判例の展開に対する学説

⁵¹ 前掲注(48)で述べたとおり、この論拠は、履行状態実現費用賠償構成を採ったうえで、処分自由を否定すべきことを説いたものとみる余地がある。しかし、仮にそうだとした場合、なぜ処分自由を否定すべきなのかという点は明らかにされていない。

の反応（およびそれ以前の学説の状況）をみていく。

学説は、請負と売買の間で仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する結論を分けるべきであるという立場と、結論を揃えるべきであるという立場の2つに分けることができる。

a 請負・売買区別説（プロイスナー）

まず、請負と売買の結論を分けるべきである——つまり、請負においては賠償を否定し、売買においては賠償を肯定すべきである——という立場に立つとみられるのが、プロイスナー（*Mathias Preussner*）である⁵²。この立場からは、BGH第7民事部と第5民事部が最終的に採用した立場——BGH 2020年10月決定と2021年3月判決の立場——が支持されることになる⁵³。

プロイスナーにおいては、損害論については特に言及はなく、請負と売買の結論を分けるべき（損害論以外の点に関する）理由がいくつか挙げられている⁵⁴。そこでは、例えば、——BGH 2020年10月決定や2021年3月判決も指摘していた——事前償還請求権に関する請負と売買の規律の違い、つまり、請負では改正BGB637条3項で瑕疵除去費用の事前償還が認められるが、売買ではこれに対応する規定がないという点が挙げられている⁵⁵。

b 請負・売買統一説（多数説）

しかし、このように判例の（最終的な）立場を支持する見解は、少数にとどまっている。むしろ、学説の多数は、請負と売買の結論を揃えるべきであるという立場に立つ。この立場からは、第7民事部の応答（BGH 2020年10月決定）を受けた第5民事部は、第7民事部の考え方に同調せず、当初の方針（BGH 2020年3月決定での方針）どおり、民事拡大部

⁵² *Mathias Preussner*, Die systemische Bedeutung der Versagung fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht, NZBau 2021, S. 11 ff.

⁵³ ただし、プロイスナーの論文においては、公表時期の関係上、BGH 2020年10月決定・BGH 2021年3月判決への言及はない。

⁵⁴ プロイスナーの見解を詳しく紹介するものとして、山田・前掲注(23) 99頁以下。

⁵⁵ *Preussner*, a.a.O. (Fn. 52), S. 12.

への呈示を行うべきであったと評価されることになる⁵⁶。

このように請負と売買の結論を揃えるべきであるという立場は、請負・売買のいずれにおいても賠償を否定すべきだという立場と、いずれにおいても賠償を肯定すべきだという立場に分かれる⁵⁷。

(a) 請負・売買賠償否定説

まず、請負・売買のいずれにおいても賠償を否定すべきだという立場⁵⁸についてみていく。損害論の視角から分析すると、この立場は、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けることができる。

1) 純粋金銭賠償構成

まず、純粋金銭賠償構成の立場から請負・売買賠償否定説を採る（とみられる）論者をみていく。

ア) Chr. クニューテルの見解

純粋金銭賠償構成に立つ論者としては、すでにクニューテルを取り上げたところである。クニューテルは、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題を請負との関係でのみ論じているため、売買については必ずしも立場を明確に表明していない。しかし、クニューテルが純粋金銭賠償構成を採用していることを踏まえると、——クニューテルが契約類型に

⁵⁶ *Riehm*, aa.O. (Fn. 26), S. 28 f., 32; *Seibel*, aa.O. (Fn. 48), S. 84; *ders.*, Das wiederholte Märchen des VII. Zivilsenats des BGH von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“, in: Festschrift für Jürgen Lauer zum 65. Geburtstag, 2021, S. 416, 426 f.; *Lauer*, aa.O. (Fn. 29), S. 626; *Schiemann*, aa.O. (Fn. 49), S. 946; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249–254, 2021, § 249 Rn. 230 (–*Clemens Höpfner*).

⁵⁷ 賠償の可否には触れず、請負と売買の結論を揃えるべきであるという立場のみを示すものとして、*Lauer*, aa.O. (Fn. 29), S. 626. このほか、*Susanne Heinemeyer*, Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?, NJW 2018, S. 2444も参照。

⁵⁸ 以下で紹介するもののほか、この立場に立つものとして、*Walter Müller*, Rückkehr fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Baurecht? – Zur Anfrage des V. Zivilsenates vom 13. 3. 2020, in: Festschrift für Jürgen Lauer zum 65. Geburtstag, 2021, S. 337 ff.; *Felix Andreas Kiefner*, Ersatz fiktiver Schäden im Kaufrecht?, Jura 2021, S. 1082 ff.

よって損害概念の理解を変える（請負と売買で異なる損害概念の理解を採る）という考え方に立っていない限り——クニユートルは、請負だけでなく売買においても、瑕疵除去費用が実際に支出されてはじめて損害が生じるという理由から、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するものと推測される。

イ）メッシュの見解

実際、純粋金銭賠償構成の立場から、請負・売買賠償否定説を採ることを明言する論者も存在する。それが、メッシュ（*Gerald Mäsch*）である⁵⁹。

ａ）紹介

メッシュは、請負・売買賠償否定説の根拠を改正BGB281条4項に求める。すなわち、請負と売買のいずれにおいても、改正BGB281条4項により、（債権者が小さな損害賠償を請求した時点で）履行（追完）請求ができなくなる。ここで、仮に249条1項の自然的原状回復（履行状態実現）として債務者に対する瑕疵除去の請求を認めると、履行（追完）請求を認めたのと同じことになってしまう。したがって、小さな損害賠償においては、249条1項の自然的原状回復（履行状態実現）は認められず、その自然的原状回復を基礎とする249条2項の原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）も認められない。そのため、小さな損害賠償請求権は、最初から、251条の金銭による賠償に向けられる。ここでは、「差額説」が適用される。これによると、債権者が（第三者に）瑕疵を除去してもらっていない場合には、瑕疵除去費用の金額分の財産減少、つまりその金額分の損害がないことになる。そのため、請負・売買においては、仮定的瑕疵除去費用の賠償は認められず、減価分の賠償が認められるにとどまるとされる⁶⁰。

⁵⁹ 同様の見解として、*Maximilian Lotz*, Die Ersatzfähigkeit „fiktiver Mängelbeseitigungskosten“ im Rahmen des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung im Werk- und Kaufrecht, JuS 2019, S. 750 ff.; *Benedikt Walesch/Marem-Lisa Athie*, Schadensersatz wegen Verletzung einer Primärpflicht im Werkvertragsrecht – Eine vom Vertragstyp überlagerte schadensrechtliche Besonderheit?, NZBau 2020, S. 138 f., 141.

⁶⁰ *Gerald Mäsch*, Schuldrecht BT: Differenzhypothese statt fiktiver

これに対して、不法行為責任（物損事例）においては、改正BGB281条4項の適用がなく、249条2項1文が適用されるので、修補のために「必要な」金額の請求が可能である。そして、「必要な」金額という同項1文の文言および売上税に関する同項2文の反対解釈から、仮定的修補費用の賠償は認められるとされる⁶¹。

b) 評価

こうしたメッシュの見解は、純粋金銭賠償構成の立場から仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定を導く点において、クニューテルと共通している。

もっとも、クニューテルにはみられない特徴として、メッシュは、純粋金銭賠償の根拠を改正BGB281条4項に求めている⁶²。その結果、——クニューテルが、不法行為法にお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たのに対して——メッシュにおいては、純粋金銭賠償構成（ひいては仮定的賠償の否定）の妥当範囲は契約責任法（給付に代わる損害賠償）に限られることとなっている。

2) 履行状態実現費用賠償構成

次に、履行状態実現費用賠償構成の立場から請負・売買賠償否定説を採る（とみられる）論者をみていく。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、契約責任法と不法行為法の別を問わず、損害賠償法全体にわたって処分自由論を否定すべきであるという考え方を採るのが、すでに取り上げたピッカーである。すなわち、ピッカーは、原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償も含む）という賠償方法を観念したうえで、その原状回復費用賠償においては、現実的利益を実際に実現するという原状

Mängelbeseitigungskosten – Schadensersatz wegen Mängeln an den im Außenbereich eines Einfamilienhauses verlegten Natursteinplatten, JuS 2018, S. 908 f.; ders., Schuldrecht BT: Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Kaufrecht, JuS 2021, S. 793 ff.

⁶¹ Mäsch, aa.O. (Fn. 60) JuS 2018, S. 909.

⁶² このような考え方は、Lotz, aa.O. (Fn. 59), S. 750; Walesch/Athie, aa.O. (Fn. 59), S. 138にもみられる。なお、改正 BGB281条4項を根拠に249条2項の適用を否定する考え方に説得力がないことについては、すでに述べたとおりである。

回復（履行状態実現も含む）の目的に適合する限度でのみ、つまり、事実的原状回復費用の賠償（事後的履行状態実現費用の賠償も含む）に限って賠償が認められるべきであるという考え方を採っていた。こうした考え方からすると、——ピッカー自身が仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題として明示的に論じているのは請負の場合に限定されているものの——ピッカーは、売買についても、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する立場に立っているものと推測される（なお、ピッカーの後も、損害賠償法全体にわたって処分自由論を否定すべきであるという立場に立つとみられる論者は現れている⁶³ものの、以上のようなピッカーの「考え方」——原状回復の目的を考慮して仮定的賠償の全面的否定を導くという考え方——を明確に引き継いでいるといえる論者は、管見の限りは現れていない）。

イ）処分自由論部分的否定説

ａ）ハーフマイヤーの見解

これに対して、契約責任法においてのみ処分自由論を否定すべきであるという考え方を採るとみられるのが、すでに取り上げたハーフマイヤーである。すでに述べたとおり、ハーフマイヤーは、原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償も含む）では現実的利益を実際に実現するという原状回復（履行状態実現も含む）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みることができる。そのうえで、ハーフマイヤーは、請負事例と不法行為事例の間に、現実的利益（の内容）に対する賠償権者（債権者ないし被害者）の意思的関与の有無という違いを見出し、例外的に不法行為事例については利益の再定義権限ひいては仮定的原状回復費用の賠償を認めるという考え方を採っていた。こうした考え方からすると、先にも述べたとおり、——ハーフマイヤー自身は売買については立場を明言していないものの——ハーフマイヤーは、請負に限らず、

⁶³ 例えば、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.

売買も含めた契約責任全般について、処分自由を否定するものと推測される。

b) ヴァイスの見解

こうしたハルフマイヤーの見解を引き継いでいるとみられるのが、ヴァイス (Alexander Weiss) である⁶⁴。

aa) 紹介

ヴァイスも、ハルフマイヤーと同様、不法行為責任と契約責任で結論を分ける立場に立つ。すなわち、不法行為責任においては仮定的賠償を認めるのに対して、契約責任においては仮定的賠償を否定する (ヴァイスにおいては、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する際に請負・売買のいずれも念頭に置いていることが明確である)⁶⁵。不法行為責任と契約責任で結論が分かれる理由としてヴァイスが挙げるもののうち、特に重要だと考えられるのは、以下の2つである。

第1の理由は、加害者ないし債務者との接触が生じた原因に違いがあるというものである。つまり、不法行為において、被害者と加害者が接触した原因は、加害者が違法行為をしたこと (のみ) にあるが、その違法行為によって、加害者に、被害者の損害賠償金の使い方について指示できる権限が生じるとすれば、それは不当である。これに対して、契約責任が問題となる場面においては、(当然のことながら、) 債権者と債務者は契約を締結している。この契約の締結により、当事者は、自らの処分について給付関係の内部に拘束されると考えられる。これは、以下のような意味である。すなわち、給付関係においては、債権者は等価性利益 (Äquivalenzinteresse) を有している。その等価性利益は、「財産」だけでなく、「債権者が債務者から約束されたものを取得する利益」も保護するものである。裏を返すと、等価性利益の侵害は、貸借対照表上の不利益を被った場合にのみ認められるのではなく、債務者が約束したものを引き渡さなかったというだけで済んで認められる。後者の場合

⁶⁴ 同様ないし類似の見解として、Julian Christmann, Wann fiktive Herstellungskosten real oder nur Fiktion sind, JuS 2019, S. 846 f.

⁶⁵ Alexander Weiss, Fiktive und abstrakte Schadensberechnung in neuem Licht, NJW 2021, S. 1048 ff.

の給付に代わる損害賠償は、「給付義務ないし追完義務を論理的に延長したもの」である。このように、債権者は、「債務者から約束されたものを取得する利益」を基礎として賠償を請求することができる。しかし、他方で、この損害賠償請求においては、（債権者が債務者との合意によって設定した）「債務者から約束されたものを取得する利益」が限界をも画する。つまり、この利益が実現されるのは、（第三者を介した）給付ないし追完が実際に行われた場合に限られる以上、そうした給付ないし追完が行われない場合の仮定的賠償は認められないとされる⁶⁶。

第2の理由は、契約責任においては、仮定的賠償は等価関係の破壊をもたらすというものである。つまり、等価関係が保たれるのは、目的物の現実の給付と金銭給付が対峙する場合か、目的物の客観的価値と金銭給付が対峙する場合に限られる。第三者を介した給付（ないし追完）の費用が賠償される場合のうち、給付（ないし追完）が実際に行われた場合は、前者にあたるので、等価関係が保たれる。これに対して、そうした給付（ないし追完）が行われない場合に給付（ないし追完）に要する費用の賠償を認めることは、もはや契約中に基礎を持たない特別な経済的項目の賠償を認めることになってしまうとされる⁶⁷。

bb) 評価

こうしたヴァイスの見解は、——ヴァイス自身はハーフマイヤーを引用していない⁶⁸もの——上記第1の理由をみる限り、ハーフマイヤーの考え方を引き継ぐものであると評価することができる⁶⁹。

まず、損害論については、実質的にみれば履行状態実現費用賠償構成

⁶⁶ Weiss, aa.O. (Fn. 65), S. 1048 f., 1051.

⁶⁷ Weiss, aa.O. (Fn. 65), S. 1051.

⁶⁸ なお、ヴァイスはクリストマン (*Julian Christmann*) を引用している (Weiss, aa.O. (Fn. 65), S. 1049 Fn. 37, S. 1051 Fn. 60など) が、そのクリストマンはハーフマイヤーを引用しており (*Christmann*, aa.O. (Fn. 64), S. 847 Fn. 33)、少なくとも間接的にはハーフマイヤーがヴァイスに影響を与えていることが分かる。

⁶⁹ なお、ヴァイスの見解の特徴は、処分自由論の採否の問題を、現実履行（ないし自然的原状回復）と金銭賠償の間の優先関係の問題と関連づけながら論じる点にあるのだが、ここでは立ち入らない。

が採用されていると理解することができる。なぜなら、ヴァイスのいう「債務者から約束されたものを取得する利益」は、それが「財産」と対置されていることや、その利益の賠償が「給付義務ないし追完義務を論理的に延長したもの」であるとされていることを踏まえると、現実的利益を意味していると理解することができるからである⁷⁰。

また、この「債務者から約束されたものを取得する利益」が損害賠償の限界を画するという考え方は、ピッカーが主張していた考え方、つまり、原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）では現実的利益を実際に実現するという原状回復（履行状態実現）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考え方と共通するものとみることができる。

そのうえで、ヴァイスは、不法行為責任と契約責任で結論が分かれる理由を賠償義務者との接触の原因の違い、具体的には賠償義務者との契約締結の有無に求め、債務者と契約を締結した債権者は、自らの処分について給付関係の内部に拘束されるとする。ここには、債権者は給付関係ないし等価性利益（ここでは特に「債務者から約束されたものを取得する利益」）を自らの意思で設定した以上、そこから離脱できないこととされても仕方がないという考え方をうかがうことができる。

このようにみると、ヴァイスの見解は多くの点でハーフマイヤーの考え方を引き継ぐものであると評価することができるだろう。

なお、第2の理由については、過剰賠償の回避という論拠と関連するため、その分析を行う箇所でも改めて触れる。

（b）請負・売買賠償肯定説（リーム）

次に、請負・売買のいずれにおいても賠償を肯定すべきだという立場をみていく。これによると、BGH 2020年3月決定の立場が支持される

⁷⁰ もっとも、ヴァイスは、別の論文では、通説と同じように、改正 BGB281条4項を根拠として給付に代わる損害賠償に対する249条2項の適用を否定している。しかし、そこでは、251条の金銭賠償の枠内で、「減価分」の賠償だけではなく、「債権者の契約上の地位」の保護を目的とした（実際に支出された）自己追完費用の賠償も認められるとされており、実質的には履行状態実現費用賠償構成に親和的な考え方が示されている（Alexander Weiss, Die Rechtsfolgenmechanik des Schadensersatzes statt der Leistung, NJOZ 2024, S. 354 ff.）。

ことになる。この立場を主張する代表的な論者としては、リームを挙げることができる⁷¹。

先にも述べたとおり、リームは、瑕疵除去費用の賠償を履行状態実現費用の賠償として位置づけたうえで、（不法行為法だけでなく）契約責任法においても処分自由を肯定する立場に立つ。処分自由を肯定すべき理由としては、249条2項2文の反対解釈という形式的理由のほか、実質的理由として、251条2項1文の適用により過剰賠償の危険に対処可能であることや、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できることなどが挙げられていた。

リームは、BGH 2020年3月決定および10月決定が出た後に、判例の展開も踏まえた新たな論文⁷²を公表している。その論文における主張は、従来のリームの主張と基本的には変わらないが、その主張を支える論拠については一部補強がみられるため、以下、これをみていきたい。

リームは、BGH 2020年3月決定と同じように、まず論証の前半で、請負と売買で判断を統一する必要があることを基礎づけた後、論証の後半で、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要があることを基礎づけるというスタイルを採っている。

1）請負と売買で判断を統一する必要性

まず、リームは、請負と売買の間で、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する判断を統一する必要があると説く⁷³。その主たる理由は、（BGH 2020年3月決定でも挙げられていた）以下の2点に求められて

⁷¹ *Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 28 f., 32. 同様の見解として、*Peters*, a.a.O. (Fn. 34), S.340, 342; *Johannes Meier*, Fortgeschrittenenhausarbeit – Zivilrecht: Käuferwahlrecht und Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten im Kaufrecht, JuS 2020, S. 760; *Barbara Dauner-Lieb*, Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch!, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, 2020, S. 113 f.; *Seibel*, a.a.O. (Fn. 48), S. 81 ff.; *Stephan Lorenz*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 12. 3. 2021, JZ 2021, S. 631 f.; *Staudinger*, a.a.O. (Fn. 56), § 249 Rn. 230 (–*Höpfner*); *Erik Schlereth/Fritz Stenger*, Die fiktive Mängelbeseitigung – ein dogmatischer Kraftakt, r+s 2022, S. 382 ff.

⁷² *Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 27.

⁷³ *Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 28 f.

いる⁷⁴。

ア) 過剰賠償の危険の同等性

第1に、第7民事部は、判例変更の射程を請負に限定する際に、請負における著しい過剰賠償の危険を論拠としていた。しかし、施工者から住居を購入する場合や売主が組立義務を負う場合を考えると、請負と売買の区別は非常に流動的なものとなりうる。こうしたことも踏まえると、過剰賠償の危険は請負と売買で変わらないと考えられる。

イ) 債務法改正により売買契約法と請負契約法の内容が揃えられたこと

第2に、2002年債務法改正によって売買契約法と請負契約法の内容が基本的に同じものとされたので、小さな損害賠償の算定方法についても揃えるべきである⁷⁵。

2) 仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性

続いて、リームは、(請負・売買のいずれにおいても)仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めるべきであると説く⁷⁶。その主たる理由は、以下の4点に求められている。

ア) 過剰賠償の不存在——損害＝瑕疵自体説の採用

第1に、そもそも、仮定的瑕疵除去費用の賠償は(基本的には)過剰賠償にはあたらない。というのも、(請負事例に即して説明すると、)仮に注文者の損失(Einbuße)が、瑕疵による仕事の減価分のみにあるのだとすると、瑕疵除去費用がその減価分を超える場合には、仮定的瑕疵除去費用の賠償は過剰賠償になってしまう。しかし、注文者の損失は、減価分だけではなく、追完がされていないこと、つまり、仕事の実際の性状に瑕疵があるという点にも存する⁷⁷。そして、注文者は、まさに瑕疵除去費用を用いることによってのみ、請負人が実現すべきであった性状を(第三者を介して)実現することができるのであるから、瑕疵除去費用は、性状に瑕疵があるというこの損失を適切に反映するものである。

⁷⁴ Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 29.

⁷⁵ 同様の理由づけとして、Seibel, aa.O. (Fn. 48), S. 81 f.

⁷⁶ Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 29, 32.

⁷⁷ 同様の理解として、Peters, aa.O. (Fn. 34), S. 340.

したがって、仮定的瑕疵除去費用の賠償は（基本的には）過剰賠償にはあたらない⁷⁸。

このように、リームは、瑕疵自体が損害にあたるという立場を前提として、その損害を（現実）に除去する——つまり、本来は請負人によって実現されるべきであった利益を（現実）に実現する——ために必要な費用としての（仮定的）瑕疵除去費用の賠償を認めるという考え方を採っている。ここには、リームが採用する履行状態実現費用賠償構成の考え方がよく表れているといえることができる⁷⁹。

イ）251条2項による過剰賠償の危険への対処可能性

第2に、個別の事例においては仮定的（または事實的）瑕疵除去費用の賠償によって過剰賠償の危険が生じることはあるが、これに対しては、251条2項により瑕疵除去費用の賠償を否定するという方法で対処することが可能である⁸⁰。

ウ）先払のリスクの回避

第3に、（請負以外の契約類型において）仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すると、瑕疵を除去したい債権者は瑕疵除去費用を先に（債務者から費用分の金銭が支払われる前に）支出するというリスクを負うこととなるが、これは不当である。すなわち、まず、売買をはじめとする請負以外の契約類型においては、請負における改正BGB637条3項のような事前償還請求権を認める規定がない。また、仮に損害賠償の枠内で清算義務のある前払請求権（本稿でいう事實的瑕疵除去費用の事前賠償請求権）を認めることができるのなら、請負以外の契約類型においても債権者は上記リスクを負わなくて済むが、そのような損害賠償を認めることは、「損害算定の体系（Systematik der Schadensabrechnung）」⁸¹に

⁷⁸ Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 29 f.

⁷⁹ リームの見解を支持し、明確に履行状態実現費用賠償構成を採用するものとして、Dauner-Lieb, aa.O. (Fn. 71), S. 112 f.; Staudinger, aa.O. (Fn. 56), § 249 Rn. 230 f. (-Höpfner).

⁸⁰ Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 30 f. 同様の理由づけとして、Staudinger, aa.O. (Fn. 56), § 249 Rn. 232 (-Höpfner). このほか、Lorenz, aa.O. (Fn. 71), S. 631も参照。

⁸¹ ここでいう「損害算定の体系」の意味は、必ずしも明らかではない。リーム

対する重大な侵害」となる⁸²。

エ) 事前償還と給付に代わる損害賠償の役割分担

第4に、第7民事部は、もし請負において——清算義務がない点で事前償還のいわば上位互換といえる——仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのならば、事前償還は実務上の意味を失ってしまうとする。しかし、このような見方は必然的なものではない。というのも、事前償還は、仮定的瑕疵除去費用の賠償とは異なり、請負人の帰責事由の有無にかかわらず認められるものであり——もっとも、この点が実務上あまり意味を持たないということは認めざるをえない——、この点において、事前償還のほうが注文者にとって有利だからである。

むしろ、請負における事前償還請求権の存在は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべき根拠となる。というのも、請負における給付に代わる損害賠償の独自の意義は、——請負人の帰責事由の分、厳格な要件が課される代わりに——仮定的瑕疵除去費用の賠償という事前償還を上回る法律効果が認められるという点にある。つまり、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すると、請負における給付に代わる損害賠償は大幅に意味を失ってしまうわけである⁸³。

(ウ) 分析

では、以上でみてきた、請負事例と売買事例の関係をめぐる判例・学説の議論を分析していこう。以下でも、これまでと同様、まずは損害論の視角からの分析を行い、その後、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠の分析を行う。

a 損害論の視角からの分析——議論の全体的な傾向

まず、損害論の視角からの分析を行う。損害論に関する個々の判例・学説の立場については、すでにそれぞれの箇所ので分析を示したので、こ

においては、損害賠償金には用途の限定が付されない(清算義務がない)こと——そして、まさにその点に、損害賠償請求と費用償還請求の違いがあること——が、ほぼ所与の前提とされているのかもしれない(BGH 2020年3月決定のRn. 44も参照)。

⁸² Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 31. 同様に事後的瑕疵除去費用の事前賠償を否定するものとして、Schlereth/Stenger, aa.O. (Fn. 71), S. 383.

⁸³ Riehm, aa.O. (Fn. 26), S. 32.

ここでは、判例・学説の議論の全体的な傾向について簡単に述べることにしたい。

以上でみてきたところからも分かるように、請負と売買の関係をめぐる新たな判例の展開があった2020年以降、損害論に関する議論はさほど進展をみせていない。すなわち、まず、判例については、——損害論に関する判例の立場を推測するための手がかりはいくつか示されているものの——BGH自身が損害論について明確に立場を表明したり、従来の学説の議論にはない新たな視点を提示したりしているわけではない。また、学説についても、純粋金銭賠償構成と履行状態実現費用賠償構成の対立という従来からみられた構図が引き続きみられることは確認されたものの、そのいずれに優位性があるかといった点について議論の進展があったわけではない。さらに、後者の立場に立った場合には、原状回復（履行状態実現）の目的から処分自由を否定すべきであるという、それ自体としては非常に説得的なピッカーの指摘について、これをどのように評価し、（場合によっては）どのように対処・克服するのかという点⁸⁴を論じる必要があるが、この点についても、ほとんど議論の進展がない。

このような状況が生じている原因としてまず考えられるのは、2020年以降は請負事例と売買事例の関係が議論の中心に据えられたという点である。つまり、請負と売買で結論を分けるべきかどうかという点——例えば、事前償還請求権の規定の有無をどのように評価すべきか、過剰賠償の危険について請負と売買の間に違いがあるとみるべきか、債務法改正の立法者意思をどのように理解すべきかといった点——に注目が集まった結果、必ずしも請負と売買の関係に直接的に結びつくわけではない損害論に対する関心が（以前よりもさらに）薄れてしまったと推測される。

しかし、損害論が軽視されている「より根本的な原因」は、おそらく、「給付に代わる損害賠償においては、改正BGB281条4項によって直接

⁸⁴ この点は、厳密には、損害論そのものというよりも、次項で扱う「仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠」の問題であるが、便宜上ここで触れておく。

の履行状態実現（249条1項）が否定されるため、それに伴って履行状態実現費用の賠償（249条2項1文・250条）も否定される」という形式論⁸⁵が通説化してしまっていることにあって考えられる。すなわち、本来、BGBには、249条以下に責任内容論に関する詳細な規定が置かれ、そこには原状回復費用賠償と純粋金銭賠償の二元構造も規定されていることから、責任内容論を損害論（ないし利益論）の視角から考察する契機が十分に存在しているはずである。実際、不法行為法においては、仮定的原状回復費用の賠償の可否について、従来から、249条以下の二元構造を踏まえた議論が展開されている⁸⁶。契約責任法（給付に代わる損害賠償）においても、上記のような説得力を欠いた形式論によって最初から249条2項1文の適用を排除するのではなく、履行状態実現費用の賠償という賠償方法と純粋金銭賠償構成という賠償方法を並置するという発想がありうることを認識したうえで、契約責任法において本当にそのような発想を採るべきかどうかを実質的な観点から——場合によっては不法行為法における膨大な議論の蓄積も参照しながら——検討していくという議論のあり方が望ましいというべきであろう。

b 仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠の分析

以上のとおり、請負事例と売買事例の関係をめぐる議論は、損害論の観点からはあまり実りのある議論とはいえないものであった。とはいえ、

⁸⁵ こうした形式論——給付に代わる損害賠償には251条のみが適用されるという見解——を貫徹するならば、純粋金銭賠償構成の立場から仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという方向に向かうことになるだろう。実際、そのような論者としてメッシュを紹介したところである。しかし、このような考え方を採る論者は、——249条2項適用否定説自体は通説であるにもかかわらず——実はそれほど多くはない（前掲注（62）を参照。多くの論者は、給付に代わる損害賠償の責任内容を考察するにあたっては、251条も含めた249条以下の規定全体を重視していないとみられる）。その原因は必ずしも明らかではないが、249条2項適用否定説を支える形式論が、損害論においては仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否についての実質的な態度決定に結びついてしまうことを避けようとする傾向がみられるのかもしれない。

⁸⁶ 日本での紹介として、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）67頁以下。

この議論を通じて、請負・売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠は数多く示されてきた。——請負事例と売買事例の関係も含めて——仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について最終的に結論を出すためには、こうした論拠の相互関係を的確に把握したうえで⁸⁷、個々の論拠の当否や重みづけについて丁寧に検討していく必要があるだろう⁸⁸。もっとも、検討すべき論拠の多さや、この問題の理論的な広がり——請負事例や売買事例だけでなく、賃貸借⁸⁹をはじめとする他の契約類型や、不法行為事例⁹⁰においても同種の問題が存在する——を踏まえ

⁸⁷ 本稿では、すでに、2020年以降の新たな判例について、ごく簡単にではあるがこの作業を行った。

⁸⁸ なお、純粋金銭賠償構成に立った場合には、損害論の段階で仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定という結論が出ることになるため、理論的には、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる様々な論拠についてあえて検討する必要はないことになる。しかし、その場合でも、賠償を否定することの必要性や許容性を基礎づける論拠は、賠償を否定すべき補完的な理由にはなりうる。実際、純粋金銭賠償構成に立つ論者の多くは、そうした補完的な理由を挙げている（例えば、*Christian Knütel*, *Wider die Ersatzfähigkeit „fiktiver“ Mängelbeseitigungskosten*, *BauR* 2004, S. 594は、改正 BGB637条 3項の前払請求権の存在により、注文者が請負人の倒産リスクを負わなくてよい旨を指摘している）。

⁸⁹ BGH 第8民事部は、建物の賃貸借契約の終了後に賃借人が美観修復（*Schönheitsreparatur*）および設置した物の撤去（*Rückbau*）を行わなかったという事案において、仮に賃借人がそれらの措置を行うとすれば要するであろう費用の賠償を肯定し、請負に関するBGH 第7民事部の判例変更（BGH 2018年判決）後も従来の判例法理を維持することを明らかにした（また、当該事案では賃借物が毀損されていたため、仮定的修補費用の賠償も肯定した）。その理由は、BGH 2018年判決において示された考慮がもっぱら「請負契約法の特异性」に基づくものであり、こうした賃貸借の場面には及ばないという点に求められている（BGH, NJW-RR 2023, 991=MDR 2023, 901=NZM 2023, 498 Rn. 23 ff.）。

⁹⁰ BGH 第6民事部は、請負に関するBGH 第7民事部の判例変更（BGH 2018年判決）後も、当該判決に特に触れることなく、不法行為事例（物損事例）における被害者の処分自由を肯定する（仮定的修補費用の賠償を肯定する）従来の判例法理を維持している（BGH, NJW 2019, 852 Rn. 6; BGH, NJW 2020, 236 Rn. 9など）。

ると、本稿でこの問題について本格的な検討を行う余裕はない。また、本稿は、あくまで損害論を分析視角とした責任内容論の理論枠組みを獲得することを目的とするものであって、責任内容論に属する諸論点について、損害論以外の考慮要素も吟味したうえで最終的な結論を出すことを目的とするものではない。そこで、本格的な検討は別の機会に委ねることとし、以下では、請負と売買の関係を考察するうえで特に重要であると考えられる2つの論拠——先払に伴う負担・リスクからの解放と、過剰賠償の回避——に絞って、簡単な分析を示すにとどめることとした。

(a) 賠償を肯定する必要性を基礎づける論拠——先払に伴う負担・リスクからの解放

まず、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性を基礎づける論拠として、先払に伴う負担・リスクを債権者に負わせるべきではないという論拠について分析していく。

1) 各契約類型における分析

ア) 請負——事前償還請求が可能——仮定的瑕疵除去費用の賠償は不要

まず、請負については、事前償還請求権に関する規定——改正BGB637条3項——が存在する。そのため、——対建築家の場合のように瑕疵除去費用の事前償還を請求することができない場合を除いて——注文者は、事前償還請求に依拠すれば、先払を回避することができる。したがって、少なくとも先払の負担・リスクという観点からみると、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めることは不要であるということになる。

BGH 2020年10月決定（論拠⑦・Rn. 67, 69）は、まさにこのような理由を挙げて請負における賠償否定説を導いていた。

逆に、請負において賠償肯定説に立つ場合には、先払リスクからの解放という論拠には依拠できないため、別の論拠を挙げる必要がある。実際、請負（および売買）について賠償肯定説に立つリームは、別の論拠として、事前償還と給付に代わる損害賠償の役割分担や、事件処理の効率化に関する論拠を挙げていた⁹¹。

⁹¹ 以上のような整理に対しては、1点留保を付しておく必要がある。という

イ）売買

次に、売買については、事前償還請求の規定がない。もっとも、「費用償還」としての事前償還請求は認められないとしても、「損害賠償」の枠内で事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求——これによると、買主は、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、仮定的瑕疵除去費用の賠償の場合とは異なり、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（したがって、買主が瑕疵除去を行わなかった場合や、瑕疵除去を行ったものの前払金が余った場合には、清算義務が生じる）——を認めることができるのではないかという点⁹²に争いがあり、この点に関する立場の違いが、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否（ひいては可否）に関する立場の違いにつながっている。

a）事前賠償否定説——仮定的瑕疵除去費用の賠償の必要性

まず、事前賠償を否定する見解がある。これによると、少なくとも先払の負担・リスクという観点からは、売買における仮定的瑕疵除去費用

のも、学説の中には、改正 BGB637条の費用償還請求権は追完請求権の存続を前提とするものであるなどの理由から、注文者がいったん小さな損害賠償を請求した後は、改正 BGB281条 4 項により費用償還請求（事前償還請求も含む）が不可能になるとする見解があるからである（例えば、*Lotz*, aa.O. (Fn. 59), S. 752; *Walesch/Athie*, aa.O. (Fn. 59), S. 140; *Lorenz*, aa.O. (Fn. 71), S. 630; *Schlereth/Stenger*, aa.O. (Fn. 71), S. 382 f.）。こうした見解を前提とすると、（売買だけでなく）請負においても、先払の負担・リスクという観点から仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要性を基礎づける可能性が出てくることになる。

これに対して、BGH（第 7 民事部）は、注文者がいったん小さな損害賠償を請求した後でも、改正 BGB637条 3 項の事前償還請求は可能であるという立場に立っている（BGH 2018年判決の Rn. 49を参照。本稿では紹介を省略したが、同判決は、Rn. 50 ff. でこの点について詳細な理由づけを行っている）。

このように、（請負における）仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について最終的な結論を出すためには、改正 BGB281条 4 項によって費用償還請求権が消滅するかどうかという論点についても検討する必要がある。

⁹² この点は、請負をはじめとする売買以外の契約類型においても問題となりうるが、以下ではさしあたり売買の場面を対象として論述する。

の賠償を認める必要があるということになる。判例としては、BGH 2020年3月決定（論拠⑧）およびBGH 2021年3月判決（Rn. 21）⁹³、学説としては、例えばリームがこうした考え方に立っていた。また、このように事前賠償を否定しつつ、先払の負担・リスクという観点での請負と売買の違いを強調していくと、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について請負と売買の結論を分けるという考え方にも至りうる（BGH 2020年10月決定・2021年3月判決）。

b) 事前賠償肯定説——仮定的瑕疵除去費用の賠償の不要性

これに対して、事前賠償を肯定する見解がある。例えば、ピッカーがこの見解を採っていた⁹⁴。これによると、事前賠償によって先払を回避できるので、少なくとも先払の負担・リスクという観点からは、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要はないということになる⁹⁵。

2) 議論のまとめ

以上の整理からは、以下のことが明らかとなる。

ア) 前提——先払に伴う負担・リスクを債権者に負わせるべきではないという価値判断の共有

まず、先払に伴う負担・リスク——とりわけ、債権者が先払した後に債務者が倒産し、瑕疵除去費用を回収できなくなるリスク——を債権者に負わせるべきではないという価値判断自体は、（請負や売買における）仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する立場のみならず、否定する立場からも受け入れられている。例えば、BGH 2020年10月決定は、注文者は事前償還請求が可能であるため先払をせずに済むという理由を挙げて賠償否定説を導いていたのであり、上記価値判断自体を否定していたわけ

⁹³ なお、BGH 2020年10月決定の立場については、前掲注（36）を参照。

⁹⁴ 第2章第2節1（2）イ（イ）を参照。このほか、クニユーテルとハルフマイヤーも、（請負についてではあるが）この見解を採っていた。また、Lotz, a.a.O. (Fn. 59), S. 752 f.; Mäsch, a.a.O. (Fn. 60) JuS 2021, S. 794; Schiemann, a.a.O. (Fn. 49), S. 945 f. も、この見解を採る。

⁹⁵ Mäsch, a.a.O. (Fn. 60) JuS 2021, S. 794; Schiemann, a.a.O. (Fn. 49), S. 946.

ではなかった。また、ピッカーが事前賠償を認めていたのも、まさに上記価値判断を理由とするものであった⁹⁶。

イ）対立点——事後的瑕疵除去費用の事前賠償の可否

むしろ、立場の分かれ目は、損害賠償の枠内で事後的瑕疵除去費用の事前賠償を認めるかどうかという点にあり、この点に関する立場の違いが、売買において仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要があるかどうか（ひいては、結論として認めるかどうか）に関する立場の違いにつながっている。そのため、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について最終的な結論を出すためには、事後的瑕疵除去費用の事前賠償の可否という前提問題について検討を深める必要がある⁹⁷。

⁹⁶ 第2章第2節1（2）イ（イ）b（b）1）ア）を参照。

⁹⁷ この点を早くから指摘していたものとして、*Rolf Kniffka/Wolfgang Koebler* (Hrsg.), *Kompendium des Baurechts*, 4. Aufl., 2014, 6. Teil Rn. 253 (–*Rolf Kniffka*).

従来のドイツの議論では、事前賠償否定説の論拠として、「一般給付障害法の基礎にある解釈学的構想」（BGH 2020年3月決定）、「損害算定の体系」（リーム）といった、必ずしもその含意が明確とはいえない論拠のほか、（仮定的瑕疵除去費用の賠償までは認めず）事後的瑕疵除去費用の事前賠償を認めるにとどまった場合、事後的な清算が必要となり、それが新たな紛争の種ともなりかねないことから、損害賠償が有する実務上の利点が失われてしまうといった論拠（*Weyer*, aa.O. (Fn. 21), S. 270）が挙げられている。これに対して、事前賠償肯定説の論拠としては、仮に債務者が契約に従った履行をしていれば債権者は先払に伴うリスクを負わずに済んだ以上、債権者にはそうしたリスクを負わせるべきではないという論拠が挙げられている（*Claus Halfmeier*, *Grundstrukturen des bauvertraglichen Schadensersatzes*, *BauR* 2013, S. 324; *Ulrike Picker*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018, *JZ* 2018, S. 679; *Lotz*, aa.O. (Fn. 59), S. 752; *Schiemann*, aa.O. (Fn. 49), S. 945 f.）。

では、本稿の分析視角である損害論の観点からは、事前賠償の可否についてどのように考えることになるか。以下、若干の見通しを示す（なお、念のため述べておくと、本稿は、必ずしも損害論の観点だけで事前賠償の可否に関する結論が決まると考えているわけではない）。

まず、履行状態実現費用賠償構成に立った場合について検討する。そもそも、履行状態実現費用の賠償は、（債権者の履行状態実現措置を通じて、）「債務が

(b) 賠償を否定する必要性を基礎づける論拠——過剰賠償の回避

次に、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する必要性を基礎づける論拠

履行されたとすれば存在するであろう状態」を現実実現することを目的とするものである。ここで、「債務が履行されたとすれば存在するであろう状態」とは、——(代金・報酬等の対価を除けば)特に債権者側の「負担」なく——瑕疵のない給付を取得した状態のことである。履行状態実現費用の賠償は、そうした状態を実現するために必要な限りで、債権者が債務者に「負担」を転嫁することを認めるものであると考えることができる。そうした「負担」としては、まず、履行状態実現費用(ここでは瑕疵除去費用)そのものを挙げることができる。しかし、このような履行状態実現費用の賠償の目的を貫くのであれば、費用そのものだけでなく、債権者が費用を先払することに伴う「負担」——とりわけ、債務者の無資力リスク——についても、債権者が本来負うはずのなかったものである以上、債務者への転嫁を認めるべきだと考えられる(長野・前掲注(86)94頁も、不法行為法における「権利回復説」(連載第2回の注(167)を参照)との関係で概ね同旨を指摘する)。なお、債権者を先払に伴う「負担」から解放するためには、事後的瑕疵除去費用の事前賠償を認めればそれで十分であり、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める——つまり、債権者に処分自由を認める(清算義務から解放する)——ことまでは不要(過剰)である(この点を指摘するものとして、*Schiemann*, aa.O. (Fn. 49), S. 946)。

以上のように、履行状態実現費用賠償構成に立った場合には、事前賠償を認める方向に向かうのが自然であるように思われる。ピッカーやハーフマイヤーの見解は、まさにこうした考え方を採るものとして理解することができる。他方で、リームが事前賠償否定説を採っていることについては、単に損害論の観点だけを考えると説明が難しい。

これに対して、純粋金銭賠償構成に立った場合、瑕疵除去費用がまだ実際に支出されていない段階では財産の減少がないわけであるから、事前賠償を正当化するのは困難であるように思われる(長野・前掲注(86)67頁・94頁も、不法行為法における「現実的支出説」(連載第2回の注(167)を参照)との関係で概ね同旨を指摘する)。したがって、クニユーテルやメッシュなどが事前賠償肯定説を採っていることについては、理論的一貫性の観点から疑問がある。他方で、*Walesch/Athie*, aa.O. (Fn. 59), S. 140は、純粋金銭賠償構成の立場から事前賠償否定説を採っており、この限りで一貫している。

事前賠償の可否を検討するにあたっては、こうした損害論との関係も含めた実質的な検討が必要となろう。

として、著しい過剰賠償を回避するためには仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する必要があるという論拠について分析していく。

先にも述べたとおり、「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ず、それゆえ、「過剰賠償」
の意味は論者（ないし判例）によって異なりうる。したがって、過剰賠
償の回避という論拠の当否や射程を検討するためには、まず、各論者（な
いし判例）がどのような意味で「過剰賠償」という用語を用いているの
かを明らかにしなければならない。

以上でみてきた議論において、「過剰賠償」は、少なくとも以下の3
つの異なる意味で用いられている。

1) 過剰賠償＝費用額が減価分を少しでも超過した場
合

第1に、仮定的瑕疵除去費用の額が減価分を少しでも超過すれば「過
剰賠償」にあたるとされることがある。例えば、クニユーテルやピッカー
は、この意味での「過剰賠償」の不当性を指摘して、仮定的瑕疵除去費
用の賠償を否定していた⁹⁸。もっとも、これらの論者において、「過剰賠
償」は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する「論拠」になっていると
いうよりも、むしろ、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する——瑕疵除
去が行われない限り減価分の賠償のみを認める——ことの「帰結」とし
て導かれる評価にすぎないとみるべきであろう（仮定的瑕疵除去費用の
賠償を否定すべき「論拠」は、クニユーテルにおいては純粹金銭賠償構
成の採用、ピッカーにおいては原状回復の目的との整合性という別の点
にあるとみるべきである）⁹⁹。

2) 過剰賠償＝費用額が減価分を明らかに超過した場
合

⁹⁸ 第2章第2節1（2）イ（イ）を参照。

⁹⁹ なお、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する立場から、「過剰賠償」とは存
在しない損害を賠償するものであるという理解を前提として、「瑕疵自体が損
害にあたるため、（減価分を超過する）仮定的瑕疵除去費用の賠償がされても
過剰賠償にはならない」という主張がされることがある（BGH 2020年3月決定
の論拠⑨、リーム）。こうした主張においても、この第1の意味での「過剰賠償」
が（反論の対象として）前提とされているとみることができる。

第2に、仮定的瑕疵除去費用の額が減価分を明らかに超過したことをもって「過剰賠償」にあたると評価されることがある。「過剰賠償」をこの意味で用いていたのは、賠償否定説ではなくむしろ賠償肯定説のほうである。具体的には、リームが、「過剰賠償」には251条2項の適用により対処可能であると説く際に念頭に置いていたのが、この意味での「過剰賠償」であった¹⁰⁰。

3) 過剰賠償＝費用額が報酬額を明らかに超過した場合

第3に、仮定的瑕疵除去費用の額が報酬額（ないし代金額）を明らかに超過したことをもって過剰賠償にあたると評価されることがある。これは、もともとはBGH 2018年判決にみられた理解であるが、その後、BGH 2020年10月決定（および2021年3月決定）においてもこうした理解が前提とされていた。とりわけ、BGH 2020年10月決定では、請負と売買で過剰賠償の危険に違いがあるかどうかが問題となっていたことから、BGH 2018年判決におけるよりも「過剰賠償」の意味が明確化されていた¹⁰¹。これによると、報酬額を（大幅に）超える瑕疵除去費用の賠償を受けることそのものというよりも、注文者がその費用を瑕疵除去に用いずに、瑕疵ある仕事を保持することによって、「報酬額」と引換えに「瑕疵ある仕事+報酬額を（大幅に）超える瑕疵除去費用額」を取得できてしまうこと——要するに、経済的にみれば（報酬分を控除すれば）、注文者が「瑕疵ある仕事+報酬超過分の金額」を一方的に取得できてしまうこと——が問題視されていた。

この意味における「過剰賠償」は、費用額があまりにも大きいことを問題視する点においては上記第2の意味における「過剰賠償」と類似するともいえるが、両者は、その基礎にある考え方や適用場面において、

¹⁰⁰ 第2章第2節1(2)イ(イ)b(b)2)を参照。

¹⁰¹ なお、BGH 2018年判決の段階では、「過剰賠償」の意味として上記第1の意味を想定しているようにみえる箇所もあり、「過剰賠償」の意味が一義的ではなかったが、BGH 2020年10月決定においては、もっぱら第3の意味において「過剰賠償」が用いられており、BGH 2018年判決でみられた「過剰賠償」の多義性は解消されている。

大きく異なるものであると考えられる。

まず、上記第2の意味における「過剰賠償」は、瑕疵によって債権者が被った不利益——裏を返せば、瑕疵除去によって債権者が得られる利益——と、瑕疵除去費用額の間に不均衡がある場合を指すものとみることができる。この意味での不均衡は、——後に取り上げる議論を先取りする形になるが——251条2項1文の準用による瑕疵除去費用の賠償の制限法理が想定している費用の不均衡と同じものである（だからこそ、リームはこの意味での「過剰賠償」については251条2項により対処可能であると説いているわけである）。この意味での不均衡がある場合に瑕疵除去費用の賠償が否定されるべき理由は、251条2項1文をめぐる議論においては、「瑕疵除去によって実現される債権者の利益¹⁰²との関係で不均衡な費用を債務者に負担させることは権利濫用にあたる」という考え方に求められている（この点についても、後述する）。したがって、第2の意味における「過剰賠償」は、「権利濫用」の考え方に基づくものであると理解することができる。

このような意味での「過剰賠償」は、債権者が受けとった費用を実際に瑕疵除去のために用いた場合にも問題となりうるものである。また、こうした「権利濫用」の考え方は、契約責任の場面だけでなく、不法行為の場面——例えば、物の毀損における修補費用の賠償の場面——にも妥当しうると考えられる。

これに対して、BGHが前提としている第3の意味における「過剰賠償」は、債権者（注文者・買主）が債務者（請負人・売主）から（最終的に）¹⁰³取得する利益と、債務者が債権者から取得する利益の間の不均衡を問題にするものである。したがって、この第3の意味における「過剰賠償」は、「等価関係の破壊」という観点から理解すべきものである

¹⁰² なお、後述するように、251条2項1文の準用において費用額と比較される債権者の利益は、厳密には（価値利益ではなく）現実的利益であるため、必ずしも減価分に対応するとは限らない（リームも、2021年の新たな論文ではこの点に明示的に言及している。Riehm, aaO. (Fn. 26), S. 30 f. を参照）のだが、ここでは措いておく。

¹⁰³ 「最終的に」と付記した意味については、すぐ後で触れる。

と考えられる。この点において、BGHのいう「過剰賠償」は、ヴァイスが仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべき第2の理由として挙げていた「等価関係の破壊」と共通の考え方に基づくものとみることができる¹⁰⁴。

こうした「等価関係の破壊」は、対価関係に立つ給付と反対給付の存在を前提とするものであるから、不法行為の場面には妥当しないと考えられる（実際、ヴァイスは、不法行為の場面では仮定的賠償を肯定する立場に立っていた）。また、BGH（およびヴァイス）の考え方は、あくまで債権者が「最終的に」取得した利益を踏まえて——つまり、債権者が債務者から受けとった費用を瑕疵除去のために用いたかどうかを踏まえて——、「過剰賠償」（等価関係の破壊）の有無を判断するというものである。そのため、債権者が費用を用いて実際に瑕疵除去を行った場合には、——「報酬額（ないし代金額）」と引換えに「瑕疵のない目的物」を取得したにすぎないことから——「過剰賠償」とは評価されないと考えられる。BGH 2020年10月決定と2021年3月判決の間で、請負と売買における「過剰賠償」の危険についての判断、ひいては仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する判断が分かれた理由も、まさにこの点にあった（請負と売買では、給付内容について独自の合意がされることが多いかどうか、つまり、債権者が瑕疵を抱えたまま生活できる場合が多いかどうかという点に違いがあると判断され、この点が、「過剰賠償」の危険について判断が分かれた理由となっていた）¹⁰⁵。

¹⁰⁴ ただし、ヴァイスが、（減価分を超える）仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めた時点で——つまり、契約で前提とされた等価関係から外れる利益を取得した時点で——等価関係の破壊を認めるのに対して、BGHは、仮定的瑕疵除去費用の額が報酬額を（明らかに）超過してはじめて等価関係の破壊を認めるものとみられ、この点には違いがある。

¹⁰⁵ なお、この第3の意味における「過剰賠償」については、第2の意味における「過剰賠償」と判断基準が異なる以上、251条2項1文の準用によっては対処できない場合が残ると考えられる。BGH 2020年10月決定が、売買と比べて請負においては不均衡性の基準が厳しく、瑕疵除去費用の賠償の制限が認められにくいことを指摘していたのも、このことを踏まえると理解しやすくなる。

（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、一般債務不履行の場面における責任内容論と、瑕疵担保の場面における責任内容論を順に検討してきた。以下では、この2つの場面をめぐる議論の接合を試みる。これにより、ドイツ法の検討から結局どのような損害概念を析出することができたのかという点と、仮定的費用の賠償の可否に関して、両場面における議論がどのような関係に立っているのかという点を明らかにしたい。もっとも、ドイツでは、そもそも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がそれぞれ独立に取り上げられることが多く、2つの議論の接合などということはほとんど行われていない¹⁰⁶。しかし、以下で示すように、この2つの議論は接合可能なものであるし、接合することにより契約責任法における責任内容論全体に有益な視点が提供されることになることから、本稿では、これを試みることにしたい（なお、念のため述べておくと、以下の記述は、日本法ではなくドイツ法を前提としたものである）。

ア 多元的損害把握の可能性——3種類の損害概念

結論から述べると、ドイツ法の検討からは、結局、3種類の損害概念が析出されたということができる。そこで、以下、これらの3種類の損害概念を順にみていきたい。なお、念のため確認しておくと、以下で述べようとしているのは、あくまで、ドイツの議論の中に3種類の損害概

¹⁰⁶ その原因は必ずしも明らかではないが、1つ考えられるのは、議論が活発に行われていた（行われている）時期が異なるという点である。すなわち、一般債務不履行の場面における「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐる議論は、非常に古い歴史を持つ。議論が活発に行われていたのはせいぜい20世紀までであり、21世紀に入ってから、この問題を論じる論者は少なくなっている。これに対して、瑕疵担保の場面における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題は、BGH 2018年判決を契機として、つまり比較的最近になって活発に論じられるようになったものである。このように議論が活発に行われていた（行われている）時期が異なることにより、2つの議論を接合するという発想が出てきにくいこととなっている可能性があるわけである。

なお、すでに紹介したクニューテルやリームは、両場面を視野に入れたうえで一貫した理論を展開するごく少数の例外であるということができる。

念が見出されること、そして、そうした3種類の損害概念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」であることまでである。そのような考え方を採る「必要」があるかどうかという点——より具体的には、以下で挙げる第1の損害概念について、それを観念する立場と観念しない立場のいずれに優位性があるかという点——については、まだこの段階では明らかにならない。

(ア) 損害＝現実給付の不取得

第1の損害概念は、現実給付（より厳密には、現実の給付結果¹⁰⁷）の不取得である（この損害概念に対応する利益概念は、現実給付取得利益ないし現実の給付結果である）。

a 2つの側面

この損害概念は、2つの側面を持つ。

(a) 本体喪失損害としての側面

1つは、——次にみる給付の客観的価値の喪失と共通の側面であるが——本体喪失損害としての側面である¹⁰⁸。

(b) 現実的利益の喪失〔履行状態実現費用の賠償〕としての側面

もう1つは、現実的利益の喪失としての側面である。すなわち、この損害は、履行状態実現費用の賠償という方法により賠償される。これによると、債権者が履行状態実現措置——例えば、填補購入や瑕疵除去——を行うのに必要な費用を債務者が支払うという形で賠償が行われる。

¹⁰⁷ 本稿のいう「給付結果」とは、債務者の給付行為（自体）によって債権者が得る利益のことである。商品の売買におけるその商品や建物建築請負におけるその建物のように、給付目的物を観念することができる場合には、債権者がその給付目的物を取得すること（自体）によって得る利益が「給付結果」にあたる。

¹⁰⁸ なお、現実給付の不取得は、本体喪失損害——給付（ないしその客観的価値）を取得しなかったこと自体——と定義上は類似している。しかし、現実給付の不取得は、あくまで本体喪失損害に含まれる2種類の損害概念——現実給付の不取得と給付の客観的価値の喪失——のうちの1つであり、本体喪失損害と同一の概念ではない。両者の違いは、本文で次に述べるように、現実給付の不取得という損害概念には（価値利益の対立概念としての）現実的利益の喪失としての意味が込められているという点にある。

ここでは、直接的に債権者の利益を実現するのは債務者の損害賠償金の支払ではなく債権者の履行状態実現措置であり、そこで実現される利益は、価値利益ではなく現実的利益である。

b 具体例

この現実給付の不取得という損害概念の例としては、一般債務不履行責任における（事實的・仮定的¹⁰⁹）填補購入費用の賠償の基礎にある損害概念と、瑕疵担保責任における（事實的・仮定的）瑕疵除去費用の賠償の基礎にある損害概念を挙げることができる。そして、（事實的・仮定的）填補購入費用や（事實的・仮定的）瑕疵除去費用は、現実給付の不取得という損害を金額に評価する際の算定資料として位置づけられることになる。

（イ）損害＝給付の客観的価値の喪失

第2の損害概念は、給付（より厳密には、給付結果）の客観的価値の喪失である（この損害概念に対応する利益概念は、給付の客観的価値である）。

a 2つの側面

この損害概念も、2つの側面を持つ。

（a）本体喪失損害としての側面

1つは、本体喪失損害としての側面である。すなわち、この損害概念は、債権者が給付の利用にかかわりなく、給付が行われること自体により取得したであろう利益（の喪失）、換言すれば、債権者の立場にあれば誰でも得ることのできる利益（の喪失）であるという性質を有する。「客観的価値」という概念に含まれる「客観」の要素は、ここに存する。こうした「客観的」価値の賠償を認める「必要」があることは、これまでも何度か述べたように、債権者による給付の利用態様を考慮することによって債務者が履行請求の場合よりも有利な地位に置かれるべきではないという考え方によって基礎づけられる。

（b）価値利益の喪失〔純粹金銭賠償〕としての側面

¹⁰⁹ もちろん、（仮定的填補購入費用の賠償や仮定的瑕疵除去費用の賠償といった）仮定的履行状態実現費用の賠償が認められるかどうか、つまり処分自由論の採否については、別途問題とされなければならない。

もう1つの側面は、「客観的価値」という概念に含まれる「価値」の要素に関わる。それは、価値利益の喪失としての側面である。すなわち、この損害は、——次にみる給付の利用利益の価値の喪失と同じく——純粋金銭賠償という方法により賠償される。これによると、債務者による損害賠償金の支払により、直接的に債権者の価値利益が実現される。ここでは、給付が行われたのと同じ状態が現実実現されるわけではない。

ところで、一般債務不履行責任をめぐる議論においては、本体喪失損害の内部における仮定的填補購入費用と客観的価値の違いがあまり意識されておらず、それゆえに、本稿にとって両者の意味と位置づけが未解決の問題として残されていた。しかし、瑕疵担保責任をめぐる議論を検討することで、仮定的填補購入費用の賠償は履行状態実現費用の賠償として位置づけられ、現実給付取得利益の（仮定的な）実現を目的とするものである¹¹⁰のに対して、客観的価値の賠償は純粋金銭賠償として位置づけられ、価値利益の実現を目的とするものであるという違いがあることが明確になったといえる。

b 客観的価値の意味——当該債権者の利用にかかわりなく給付が有する価値

給付の客観的価値の喪失という損害概念が以上の2つの側面を持つことを踏まえて、改めて「客観的価値」の意味を確認しておくと、「客観的価値」は、「当該債権者の利用にかかわりなく給付が有する価値」を意味するものであるということが出来る。

c 具体例

この損害概念の例としては、一般債務不履行責任における目的物の客観的価値（の喪失）のほか、瑕疵担保責任における目的物の減価分を挙げることができる。

（ウ）損害＝給付の利用利益の価値の喪失

¹¹⁰ ただし、処分自由論の採否の問題まで視野に入れた場合には、仮定的填補購入費用の賠償の意味と位置づけについて必ずしもこのようにいうことはできなくなる。というのも、そこでの考え方によっては、仮定的填補購入費用の賠償を、もはや現実給付取得利益の実現を目的としない賠償方法として位置づける可能性があるからである（連載第2回の注（158）を参照）。

第3の損害概念は、給付（より厳密には、給付結果）の利用利益の価値の喪失である（この損害概念に対応する利益概念は、給付の利用利益の価値である）。

a 2つの側面

この損害概念も、2つの側面を持つ。

（a）利用利益喪失損害としての側面

1つは、利用利益喪失損害としての側面である。すなわち、この損害概念は、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）であるという性質を有する。つまり、ここでは、当該債権者が給付を利用することによってはじめて生じる利益、換言すれば、当該債権者に固有の利益が問題となっているわけである¹¹¹。

（b）価値利益の喪失〔純粋金銭賠償〕としての側面

もう1つは、価値利益の喪失としての側面である。すなわち、この損害は、純粋金銭賠償という方法により賠償される¹¹²。

b 具体例

この損害概念の例としては、一般債務不履行責任における転売利益（の喪失）や営業利益（の喪失）、転買主への損害賠償金の支払、瑕疵担保責任における、瑕疵ある物を売却したことに伴う減収分などを挙げるこ

¹¹¹ こうした性質を踏まえると、給付の利用利益の価値の喪失という損害概念については、給付の「主観的価値」（の喪失）として把握するという理解も成り立つ可能性があると考えられる。

¹¹² なお、利用利益喪失損害の賠償は、一見すると、現実的利益の賠償として位置づけることができるようにも思われる。すなわち、例えば転売利益の賠償や営業利益の賠償について考えてみると、これらの利益は、もともと金銭の形で得られる利益であるため、これらの利益の逸失に対する金銭での賠償は、現実の給付を取得すること（およびその給付を利用すること）により得られたであろう利益をそのままの形で実現するものであるとみることもできそうである。しかし、このように目的物が収益目的で利用される場合ではなく、自らの需要を満たす目的で利用される場合について考えてみると、その場合の利用利益の賠償——このような損害賠償を認めるべきかどうかはそれ自体として問題であるが、それは措くとして——は、価値利益の賠償でしかありえない。このようなことも考慮に入れると、利用利益喪失損害の賠償は価値利益の賠償として位置づけておくべきであろう。

とができる。

イ 仮定的費用の賠償の可否

続いて、仮定的費用——一般債務不履行責任における仮定的填補購入費用と瑕疵担保責任における仮定的瑕疵除去費用——の賠償の可否に関して、一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論がどのような関係に立っているのかという点を検討したい。

(ア) 同一論者内部における不整合の不存在

まず確認しておくべきことは、両場面について論じる論者においては、(当然のことながら) 両場面において一貫した理論が展開されており、不整合は存在しないということである。

例えば、リームは、一般債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれにおいても、処分自由論を肯定し、仮定的履行状態実現費用の賠償を認めていた。

ピッカーについては、——一般債務不履行責任の場面については瑕疵担保の場面ほど詳しく論じているわけではないため、その見解を紹介していなかったが——一般債務不履行責任においても仮定的填補購入費用の賠償を否定すべきことを主張しており¹¹³、この限りで一貫している。

クニューテルについては、一般債務不履行の場面において、「一般利益」が仮定的填補購入費用と客観的価値のいずれの意味において理解されているのかを確定することが困難であった。しかし、瑕疵担保の場面における彼の見解をみることにより、「一般利益」が客観的価値の意味で理解されていること、それゆえ、一般債務不履行責任における仮定的填補購入費用と瑕疵担保責任における仮定的瑕疵除去費用のいずれについても賠償が否定されていることが明らかとなった。このように、クニューテルについては、一般債務不履行の場面と瑕疵担保の場面で明示的に一貫した主張がされているというよりも、一貫性があるはずだという前提のもとで本稿が彼の見解の明らかではない部分を推測したのではあるが、その推測の正しさは、彼が事實的填補購入費用や事實的瑕疵除去費用の賠償を「特別利益」に位置づけていることにより裏づけられるので

¹¹³ Ulrike Picker, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, 2003, S. 157 f. Fn. 145.

あった。

（イ）判例内部における整合性の有無

続いて、判例内部における整合性の有無を検討しておく。

a 本体喪失損害を承認するかどうかという点に関する整合性の有無

（a）一見、不整合があるようにみえること

一般債務不履行責任における判例は、転売利益限定説を採っていた。これによると、仮定的填補購入費用の賠償はもちろんのこと、そもそも本体喪失損害の賠償自体が認められない。しかし、これは、瑕疵担保責任における判例が減価分の賠償を認めている¹¹⁴ことと相容れない。そうすると、判例内部には、——仮定的費用の賠償の可否という点以前に——本体喪失損害を承認するかどうかという点において不整合があるということになりそうである。

（b）不整合があるとは断言できないこと

しかし、ここで注意しなければならないのは、一般債務不履行責任において転売利益限定説を採る判例は、20世紀前半のものが中心であるという点である¹¹⁵。しかも、転売利益以外の構成による「抽象的損害計算」の基礎づけが否定されていることを確認するうえで重要となる、転売利益の賠償が否定された例に絞ると、1920年代までに集中している¹¹⁶。そうすると、判例が一般債務不履行責任において転売利益限定説を現在に至るまで維持しているかどうかは必ずしも明らかではないといえることができる。

実際、J. W. フルーメは、2014年にBGHが下したある判決¹¹⁷をもって、判例は、市場価格ルールを適用していた19世紀の立場に回帰したと評している。

¹¹⁴ なお、この減価分の賠償が「現有価値」の賠償としてではなく本体喪失損害の賠償として認められていることは、注文者が瑕疵ある物を売却した場合においても減価分によって算定することができるとされている（BGH 2018年判決の Rn. 29）ことから明らかとなる。

¹¹⁵ 連載第1回の注（99）を参照。

¹¹⁶ 連載第1回の注（102）・（107）を参照。

¹¹⁷ BGH, NJW 2015, 548.

事案は、次のようなものであった。原告がインターネットオークションで中古車を1ユーロで落札したものの、出品者である被告が履行を拒絶した。原告は、当該中古車の価値は5,250ユーロであったとして、給付に代わる損害賠償として落札額との差額5,249ユーロの賠償を請求した。BGHは、被告の上告を棄却して、原告の請求を認めた原判決を維持した。

上告審での争点は、主として、給付（5,250ユーロの価値を有する中古車）と反対給付（原告が設定した最高入札額555.55ユーロ）に著しい不均衡があるために、売買契約が良俗違反（138条1項）により無効になるか、または原告に権利濫用（242条）が認められるのではないかという点であり、一般的にも、その点について——良俗違反も権利濫用も認められないという——判断を示した判例として（のみ）受け止められている¹¹⁸。

これに対して、フルーメは、非人間での取引であり、かつ買主が填補購入を行っていない事案であるにもかかわらず、BGHが市場価格（と代金額の差額）による算定（すなわち「抽象的損害計算」）を認めたことに着目し、判例は市場価格ルールを適用していた19世紀の立場に回帰したと評しているのである¹¹⁹。もっとも、BGH自身がこの点について立ち入って論じたわけでもないため、現在の判例の立場をどのように理解すべきかについては、なお慎重な検討が必要であろう。しかし、少なくとも、本体喪失損害を承認するかどうかという点について、一般債務不履行責任と瑕疵担保責任の間で判例に不整合があると断言できる状況で

¹¹⁸ *Astrid Stadler*, Pkw für 1 EUR: Ein rechtmäßiges eBay-Schnäppchen, JA 2015, S. 229 f. など。

¹¹⁹ *Johannes W. Flume*, Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags – Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens, AcP 215 (2015), S. 282, 285 f.; *ders.*, Marktaustausch, 2019, S. 161. フルーメは、同種の事案で同様の判断を下した判決として、さらに、BGH, NJW 2015, 1009 Rn. 13; BGHZ 211, 331 Rn. 18=NJW 2017, 468を引用している。同じくこれらの判決を手がかりとしつつ、判例はもはや転売利益限定説を維持していないという理解を示唆するものとして、*Dauner-Lieb*, aa.O. (Fn. 71), S. 106.

はなくなっているのは確かである¹²⁰。

b 仮定的費用の賠償の可否という点に関する整合性の有無

仮に本体喪失損害を承認するかどうかという点について不整合がないとするならば、次に、仮定的費用の賠償の可否という点について一般債務不履行責任における判例と瑕疵担保責任における判例の間に不整合が存在するかどうかという点が、理論上は問題となる¹²¹。しかし、この点を明らかにすることは、実際上は不可能であり、かつ無意味でもある。というのも、一般債務不履行責任においては、瑕疵担保責任の場合とは異なり、客観的価値の賠償により、仮定的填補購入費用の賠償と（ほぼ）同じ¹²²内容の責任が認められる。そのため、（仮定的填補購入費用の賠償の可否に関する立場を明示的に表明する判例が現れない限り、）判例が仮定的填補購入費用の賠償の可否についてどのような立場に立っているかを確定することはできないし、仮に確定できたとしてもそのことに

¹²⁰ なお、20世紀後半から2014年までの期間については、（数は少ないものの）転売利益限定説を採る判例が存在する（連載第1回の注（99）を参照）ほか、「事実的填補購入費用の推定」という構成により「抽象的損害計算」を基礎づける判例（連載第1回の注（107）を参照）が1997年と1998年に1件ずつ出ている。これらの判例をみる限り、表面的には、本体喪失損害を承認しない判例の立場は比較的最近まで維持されてきたとみることもできる。しかし、いずれも結論として「抽象的損害計算」を否定したものではない——それゆえ、本体喪失損害を承認しない立場に立つと断言できるものではない——こと、BGHが2014年の判決で特に理由を付さず本体喪失損害を承認する立場に親和的な判断を下したことを踏まえると、判例は、上記期間のいずれかの時点で、すでに暗黙のうちに本体喪失損害を承認する立場に切り替わっていたとみる余地もある。現在の判例の立場を明らかにするためには、こうした可能性も考慮に入れながら、20世紀後半以降の個々の判決をさらに精査していく必要があるだろう。

¹²¹ つまり、「BGH 2020年10月決定および2021年3月判決で示された論拠に照らすと、BGHは仮定的填補購入費用の賠償の可否についてどのような立場に立つべきか」を論じることは、理論上は可能である。

¹²² 「ほぼ」という留保を付しているのは、厳密には、（調達市場価格ではなく）売却市場価格を客観的価値の評価基準とする立場がありうるからであるが、この問題については後に検討する。

実践的な意味は（ほぼ）認められない。

* 本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。