HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（４）：損害論の視角からの分析
Author(s)	林, 耕平
Citation	北大法学論集, 75(3-4), 173-218
Issue Date	2024-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93699
Type	departmental bulletin paper
File Information	05_Hayashi_lawreview_75_3-4.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（4）

―― 損害論の視角からの分析 ――

林　　耕平

目　次

第1章　はじめに
第2章　ドイツ法の検討
　第1節　ドイツ損害賠償法の問題構造
　第2節　責任内容論
　　1　損害概念の析出
　　（1）一般債務不履行責任における責任内容論
　　ア　問題の所在――「抽象的損害計算」の基礎づけ
　　イ　19世紀の判例・学説――市場価格ルールの適用
　　ウ　20世紀以降の判例・学説
　　（ア）前提――制定法の状況
　　（イ）転売利益限定説
　　（ウ）転売利益非限定説
　　a　R. ノイナーの見解
　　b　ラーベルの見解　（以上、73巻6号）
　　c　Chr. クニューテルの見解
　　d　リームの見解
　　e　J. W. フルーメの見解
　　エ　小括
　　（2）瑕疵担保責任における責任内容論
　　ア　問題の所在――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否
　　イ　請負における判例変更とそれをめぐる学説の議論
　　（以上、74巻4＝5＝6号）

ウ　請負における判例変更の射程（売買への影響）に関する判例の展開とそれをめぐる学説の議論
（３）まとめ――一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論の接合　（以上、75巻１＝２号）
２　析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
（１）各損害概念に妥当する規範内容
ア　損害概念ごとの考察
（ア）損害＝現実給付の不取得（履行状態実現費用の賠償）
ａ　「不均衡な費用」の場合の賠償の制限
ｂ　債権者が行う措置の合理性
（イ）損害＝給付の客観的価値の喪失
ａ　問題の所在――客観的価値の評価基準
ｂ　学説
ｃ　分析
（ウ）損害＝給付の利用利益の価値の喪失
イ　３種類の損害概念をまとめて取り上げた考察
（ア）基準時
ａ　はじめに――留意点――2002年債務法改正の影響
ｂ　判例・学説
ｃ　分析　（以上、本号）
（イ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算
（２）損害概念相互の序列関係
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

２　析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討

ここまで、ドイツ法の検討を通じて、３種類の損害概念を析出してきた。以下では、このように損害概念としては３種類のものを観念することが可能であるということを踏まえたうえで、責任内容の確定方法に関する様々な規範をめぐるドイツの議論を紹介・分析していく[1]。こうした

[1] ただし、以下で取り上げる議論の中には、本稿が析出した各種類の損害概念を前提としているかどうかが必ずしも明らかではない論者も含まれている。とりわけ、第１の損害概念である現実給付の不取得に妥当する規範を論じる際に

規範は、各損害概念に妥当する規範――ある損害概念を基礎とした損害賠償が請求された場合に、その責任内容を確定するための規範――と、損害概念相互の序列関係に関する規範――そもそもある損害概念を基礎とした損害賠償を他の損害概念を基礎とした損害賠償に先立って請求することが認められるかという点に関する規範――の２つに分かれる。そこで、この２つを順に検討していく。

（１）各損害概念に妥当する規範内容

まずは、各損害概念に妥当する規範内容を検討する。その際、基本的には、３種類の損害概念を順に取り上げて、そこに妥当している規範内容を検討していくが、なかには、――基準時問題や人的基準の問題のように――３種類の損害概念をまとめて取り上げたほうが理解しやすい問題も存在するので、そうした問題については、３種類の損害概念を順に取り上げた後に取り上げることとする。

ア　損害概念ごとの考察

では、３種類の損害概念を順に取り上げていく。

（ア）損害＝現実給付の不取得（履行状態実現費用の賠償）

第１に、現実給付の不取得が損害となる場合について検討していく。ここでは、填補購入費用の賠償や瑕疵除去費用の賠償といった、（履行状態実現費用の賠償を観念する立場からは）履行状態実現費用の賠償に位置づけられる損害賠償の責任内容をめぐる議論を取り上げる。

a　「不均衡な費用」の場合の賠償の制限

ここで問題となる規範のうち、判例・学説において最もよく論じられているのは、――すでに少し取り上げたが――「不均衡な費用」の場合

は、現実給付の不取得という損害概念（履行状態実現費用の賠償という賠償方法）を観念しているかどうかが必ずしも明らかではない論者も含めて、填補購入費用の賠償や瑕疵除去費用の賠償の責任内容を論じるものを広く取り上げている。これは、さしあたりは履行状態実現費用の賠償の採否を問わず、議論の全体像を把握しておくことにも意味はある――履行状態実現費用の賠償を観念する立場からそうした議論がどのように評価されるかは、その後に別途検討すればよい――と考えたことによる。

の賠償の制限である[2]。以下、問題の所在をやや詳しめに説明しておく。

（ａ）問題の所在

改正BGB275条２項１文[3]によると、給付が「債権者の給付利益と著しい不均衡にある負担」を要する場合には、債務者は、給付を拒絶することができる。また、改正BGB635条３項[4]は請負につき、改正BGB439条４項１文[5]は売買につき、「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・売主が追完を拒絶することができることを定めている。

これらの規定は、履行・追完に必要な費用の不均衡性を要件として、債務者に履行・追完の拒絶権を認めるものである点において共通している。他方、これらの規定には、――改正BGB275条２項１文は履行と追完の両方に適用されるのに対して、改正BGB635条３項・439条４項１文は追完のみに適用されるという点のほか――要求される不均衡性の程度に違いがあるとされる。すなわち、改正BGB275条２項１文においては、「著しい不均衡（grobes Missverhältnis）」が要求されるのに対して、改正BGB635条３項・439条４項１文においては、「不均衡な費用（unverhältnismäßige Kosten）」がかかることを要求するにとどまっている。後者のほうが、要求される不均衡性の程度が低いというわけである[6]。

---

[2] この点に関するドイツの議論を紹介するものとして、青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求――ドイツ請負法及び売買法」駒澤法曹12号（2016年）77頁。

[3] 条文については、連載第２回の注（54）を参照。

[4] 条文については、連載第２回の注（90）を参照。

[5] 条文については、連載第２回の注（91）を参照。なお、連載第３回の注（41）において、改正 BGB439条４項の不均衡性としては「絶対的不均衡性」と「相対的不均衡性」の２つが区別される旨を述べたが、以下で念頭に置かれるのは「絶対的不均衡性」のほうである。「相対的不均衡性」については、次に取り上げる「債権者が行う措置の合理性」という規範に関わるため、そこで取り上げる（後掲注（42）を参照）。

[6] Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 232, 265. 以上につき、詳しくは、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）99頁以下を参照。なお、すでに仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題との関係で取り上げた BGH 2020

さて、請負人・売主がこれらの規定により追完を拒絶することができる場合に、注文者・買主は、瑕疵に基づく損害賠償[7]として、（事実的・仮定的[8]）瑕疵除去費用の賠償を（全額）請求することができるだろうか[9]。ここでは、仮に請求できるとすると、追完の拒絶が認められることとの間に評価矛盾を生じるのではないかが問題となる。

（b）判例・通説――251条2項1文準用による賠償の制限

判例・通説は、請負と売買のいずれにおいても、「原状回復が不均衡

年10月決定（および2021年3月判決）は、改正BGB635条3項（請負）と改正BGB439条4項（売買）を比較した場合には、前者のほうが要求される不均衡性の程度が高いという考え方を示していた（第2章第2節1（2）ウ（ア）b（b）2）を参照。なお、この考え方に対しては批判も強い。例えば、*Mark Seibel*, Das wiederholte Märchen des VII. Zivilsenats des BGH von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts", MDR 2021, S. 83; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249–254, 2021, § 249 Rn. 233（–*Clemens Höpfner*）など）。同決定が、改正BGB635条3項について、改正BGB275条2項1文と同程度に厳しい基準で不均衡性を判断すべきとする趣旨かどうかは、判示からは必ずしも明らかではない。

[7] 根拠条文は、以下のとおりである。

第1に、請負人・売主が改正BGB275条2項に基づき追完を拒絶した［追完拒絶権を行使した］場合には、根拠条文は、改正BGB634条4号（売買の場合は改正BGB437条3号）・280条3項・283条となる。

第2に、請負人・売主が改正BGB635条3項ないし439条4項に基づき追完を拒絶した［追完拒絶権を行使した］場合には、根拠条文は、改正BGB634条4号（売買の場合は改正BGB437条3号）・280条3項・281条1項1文・636条（売買の場合は440条）となる。

第3に、請負人・売主が（追完を拒絶することができる状態ではあるものの）追完を拒絶していない場合には、根拠条文は、改正BGB634条4号（売買の場合は改正BGB437条3号）・280条3項・281条1項1文となる。

[8] もちろん、仮定的瑕疵除去費用の賠償をそもそも認めない立場に立つ場合には、その賠償の制限は問題となる余地がない。

[9] 理論的には、瑕疵担保の場面だけではなく、一般債務不履行の場面においても、債務者が改正BGB275条2項により履行を拒絶することができる場合に（事実的・仮定的）填補購入費用の賠償を（全額）請求することができるかという問題を考えることができる。しかし、填補購入費用の賠償が制限されるべき場面は実際には想定しがたく、この問題はあまり論じられていない。

な費用によってのみ可能である場合には、賠償義務者は、債権者に対して、金銭による賠償をすることができる」と定める251条２項１文を準用（ただし、論者によっては直接適用）することにより、不均衡な瑕疵除去費用の賠償を否定している[10]。この規定は、本来は、自然的原状回

[10] 判例として、BGHZ 59, 365 (366)=JZ 1973, 220=NJW 1973, 138; BGHZ 154, 301 (305); BGH, NJW-RR 2005, 1039=BauR 2005, 1014; BGH, NJW 2013, 370 Rn. 11（以上は、請負に関するもの）; BGHZ 200, 350 Rn. 36=NJW 2015, 468（売買に関するもの）。学説として、*Hannes Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 281; *Thomas Riehm*, Schuldrecht: Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten – Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung, JuS 2014, S. 834（ただし、直接適用）; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 8. Aufl., 2019, § 251 Rn. 36（-*Hartmut Oetker*）; § 281 Rn. 138（-*Wolfgang Ernst*）; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, 2019, § 280 Rn. E 38（-*Roland Schwarze*）（以上は、ある特定の契約類型ではなく、給付の填補や瑕疵除去に要する費用の賠償一般に関するもの）; *Wolfgang Zepp*, Höhe des Schadensersatzes bei unverhältnismäßiger Mängelbeseitigung, NJW 2013, S. 373; *Michael Jaensch*, Schadensersatz wegen berechtigter Leistungsverweigerung, NJW 2013, S. 1123; *Dirk Looschelders*, Schadensersatz statt der Leistung für Mängel der Werkleistung bei berechtigter Verweigerung der Nacherfüllung durch den Unternehmer wegen Unverhältnismäßigkeit, JA 2013, S. 630; *Martin Schwab*, Schuldrecht: Schadensersatz statt der unverhältnismäßigen Mangelbeseitigung, JuS 2013, S. 1134; *Frank Peters*, Schadensersatzanspruch des Bestellers bei Weigerung des Unternehmers, JR 2014, S. 119; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631-650v, 2019, § 634 Rn. 154（-*Frank Peters*）; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631-704, 8. Aufl., 2020, § 634 Rn. 47（-*Jan Busche*）（以上は、請負に関するもの）; *Jaensch*, a.a.O. (Fn. 10), S. 1124; *Martin Gutzeit*, Unverhältnismäßige Verkäuferhaftung beim „kleinen" Schadensersatz, NJW 2015, S. 446; *Dirk Looschelders*, Beschränkung des Schadensersatzes statt der Leistung bei Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung, JA 2015, S. 232（以上は、売買に関するもの）。

これに対して、251条２項１文の準用を否定し、251条１項の適用による解決を図る見解として、*Anne Christin Wietfeld*, Der Umfang von Schadensersatzansprüchen statt der Leistung nach berechtigter Erfüllungsverweigerung, AcP 215 (2015),

復に不均衡な費用を要する場合にその自然的原状回復を拒絶する権利を賠償義務者に認めたものであるが、自然的原状回復だけでなく、（不法行為法における）原状回復費用賠償にも同様の規律を及ぼすべきことが一般に認められている[11]。判例・通説は、この規律をさらに瑕疵除去費用の賠償にも及ぼすこととしたわけである。

その理由につき、BGHは、請負を扱った事案において、「請負人がBGB635条３項により瑕疵の除去をそれにかかる不均衡な費用を理由として拒絶することができる場合において、それにもかかわらず請負人に対してその代償として損害賠償の方法により瑕疵除去費用の賠償を請求することには、合理的な根拠がない」と述べる[12]。学説も、同様に、追完の拒絶が認められることとの間の評価矛盾の回避を理由に挙げる[13]。

１）要件

では、賠償の制限はどのような要件のもとで認められるのか。

ア）比較の対象――瑕疵除去により実現される結果と瑕疵除去費用の額

まず、何と何の不均衡性をみるのかが問題となる。

この点について、BGHは、瑕疵除去費用が不均衡となるのは、「瑕疵が全部または一部除去されるという結果が、個別の事案におけるすべての事情を勘案したときに、そのために行われる金銭的出費の額と合理的な均衡を保っていない場合」であると述べる[14]。

イ）要求される不均衡性の程度――追完拒絶の場面との比較

次に、要求される不均衡性の程度が問題となる。ここでは、251条２

S. 724, 727 ff.

[11] 判例として、RGZ 71, 212 (214); BGHZ 63, 295 (297)=JZ 1975, 225=NJW 1975, 640など。学説として、Münchener, a.a.O. (Fn. 10), § 251 Rn. 36 (-*Oetker*) など。

[12] BGH, NJW 2013, 370 Rn. 12. 売買に関して同旨を説くものとして、BGHZ 200, 350 Rn. 36=NJW 2015, 468.

[13] 例えば、*Looschelders*, a.a.O. (Fn. 10) JA 2013, S. 630.

[14] BGHZ 59, 365 (366)=JZ 1973, 220=NJW 1973, 138; BGH, NJW 2013, 370 Rn. 11.

項１文のもとで要求される不均衡性の程度が、（とりわけ、改正BGB635条３項ないし439条４項１文による）追完の拒絶のために要求される不均衡性の程度と同じかどうかが議論されている。

ａ）厳格基準説

この点については、少数ながら、251条２項１文のもとで要求される不均衡性の程度のほうが高いという見解が主張されている。これは、追完請求とは異なり損害賠償請求においては請負人・売主に帰責事由があることが前提となるため、より厳しい責任を課すことが正当化されるという理由による[15]。

ｂ）同一基準説（判例）

これに対して、判例は、請負・売買のいずれについても、251条２項１文における不均衡性の判断基準は、改正BGB635条３項（請負の場合）ないし改正BGB439条３項（現４項）（売買の場合）における不均衡性の判断基準と一致するとする[16]。判例によると、損害賠償請求においては帰責事由が要求されるという事情も、こうした見解の妨げにはならない。というのも、BGHの確立した判例法理によると、改正BGB635条３項の不均衡性を判断する際には、請負人の過失が考慮されなければならない。そうすると、請負人に過失がある場合には、251条２項１文におけるのと同じように、改正BGB635条３項においてその過失が考慮されることになるのであり、不均衡性の基準に差を設ける必要は生じないというのである[17]（売買についても、同じことが妥当するとされる[18]）。

追完請求の場面においても請負人・売主に帰責事由がある場合がある以上、不均衡性の基準自体に差を設けるのではなく、基準へのあてはめの段階で帰責事由の有無を考慮すべきであると考えられる。したがって、

---

[15] *Gutzeit*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 445 f.（ただし、売買に関するもの）。

[16] 請負につき、BGH, NJW 2013, 370 Rn. 12（これを支持するものとして、*Zepp*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 373; *Jaensch*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 1124; *Looschelders*, a.a.O.（Fn. 10）JA 2013, S. 630; *Peters*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 119）。売買につき、BGHZ 200, 350 Rn. 39=NJW 2015, 468（これを支持するものとして、*Riehm*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 835; *Looschelders*, a.a.O.（Fn. 10）JA 2015, S. 232）。

[17] BGH, NJW 2013, 370 Rn. 12.

[18] BGHZ 200, 350 Rn. 36=NJW 2015, 468.

この論点については、少数説よりも判例の立場のほうに優位性がある。

2）効果――認められる賠償額

では、賠償の制限の要件が満たされたとして、注文者・買主にはどのような額の賠償が認められることになるだろうか。

ア）相当瑕疵除去費用賠償説

この点については、まず、相当（angemessen/verhältnismäßig）な瑕疵除去費用の賠償が認められるとする見解がある。これによると、瑕疵除去により実現される結果との間で均衡を保っている費用額――これは、減価分よりも大きい――の限度で賠償が認められることになる[19]。これは、以下の理由によるとされる。

a）請負人・売主が不当に有利な地位に置かれることの回避

まず、瑕疵除去費用が不均衡性の限界を超えた途端に減価分の賠償に制限されるというのでは、請負人・売主が不当に有利な地位に置かれることとなるとされる[20]。

b）注文者・買主が不均衡性の判断リスクを負うことの不当性

また、減価分の賠償に制限する見解を採ると、瑕疵を除去しようとしている注文者・買主が、実際にかかる瑕疵除去費用の額がいくらになるかという点と、当該事案においてどの額から不均衡と評価されることになるのかという点に関して判断リスクを負うこととなり、不当であるとされる[21]。

イ）減価分賠償説（判例）

これに対して、判例は、請負・売買のいずれについても、減価分の賠

---

[19] *Jaensch*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 1125（ただし、売買についてのみ。請負については、減価分の賠償のみを認める（S. 1123）。このように結論が分かれるのは、売買については消費用動産売買指令を踏まえた指令適合的解釈が要請されると考えるためであるが、詳細については省略する）; *Schwab*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 1135（請負に関するもの）; *Gutzeit*, a.a.O.（Fn. 10）, S, 446（売買に関するもの）; Staudinger, a.a. O.（Fn. 10）, § 280 Rn. E 38（–*Schwarze*）.

[20] *Schwab*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 1135（ただし、請負に関する記述）。

[21] *Gutzeit*, a.a.O.（Fn. 10）, S, 446（ただし、売買に関する記述）。

償に制限されるとする[22]。これは、不法行為責任の場面において、判例・通説が251条２項１文の効果として相当な原状回復費用の賠償ではなく純粋金銭賠償のみを認めている[23]のと整合する。そこでは、相当な原状回復費用の賠償を認めると、経済的に不合理な修補を行うインセンティブが被害者に生じてしまうということが懸念されている[24]。

（ｃ）要件をめぐる議論の分析――追完請求権の限界法理との比較

では、瑕疵除去費用の賠償の制限をめぐる以上の議論を分析していこう。以下では、要件をめぐる議論に絞って分析を行うこととしたい。これは、要件をめぐる議論について、追完請求権の限界法理（改正BGB635条３項ないし439条４項）と瑕疵除去費用の賠償の制限法理がどのような関係に立っているのかという観点から分析を行うことにより、追完請求権と瑕疵除去費用賠償請求権の関係、ひいては履行状態実現費用の賠償を観念することの要否について、重要な知見を得ることができることによる。

１）基礎にある評価の同一性

まず、賠償の制限の根拠として判例・学説から指摘されていた評価矛盾という点に関連して、それぞれの法理の基礎にある評価を明らかにする。以下で述べるように、両法理の基礎にある評価は、――類似しているというレベルではなく――まったく同じであるということができる。

ア）追完請求権の限界法理の基礎にある評価

まず、改正BGB635条３項と439条３項（現４項）の追完請求権の限界法理の基礎にある評価は、――改正BGB275条２項と同じく――「一

---

[22] 請負につき、BGH, NJW 2013, 370 Rn. 12（これを支持するものとして、*Jaensch*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 1123; Staudinger, a.a.O.（Fn. 10）, § 634 Rn. 154（-*Peters*））。売買につき、BGHZ 200, 350 Rn. 37=NJW 2015, 468.

[23] 判例として、BGH, NJW 1972, 1800（1800 f.）; BGHZ 115, 375（380）= JZ 1992, 481= NJW 1992, 305など。学説として、*Hermann Lange/Gottfried Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 241 f.; Münchener, a.a.O.（Fn. 10）, § 251 Rn. 43（-*Oetker*）など。

[24] BGHZ 115, 375（380）= JZ 1992, 481= NJW 1992, 305. こうした考慮を請負にも推し及ぼすものとして、*Jaensch*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 1123.

般的な法思想（allgemeiner Rechtsgedanke）」であるとされる[25]。この「一般的な法思想」によると、「それ自体としては要請される状態の実現を請求することは、その請求を受けた者が、不均衡で合理的には期待することができない費用のもとでしかその請求に応じることができないであろう場合には、権利濫用である」とされる[26]。

このように権利濫用であるという評価が下されるのは、費用の不均衡性が認められる場合である。その判断基準については、判例により、「修補によって実現される結果が、個別の事案におけるすべての事情を勘案したときに、そのために必要となる金銭的出費の額と合理的な均衡を保っていない場合」という基準が示されている[27]。一般的な理解によると、ここで費用額と比較される「結果」というのは、給付（修補）を「現実に（in Natur）」取得することに対する債権者の利益のことであり、ここでは、財産的利益だけでなく、非財産的利益も考慮される[28]。

このことを、請負事例に即して敷衍しよう。例えば、スイミングプールの設置を内容とする請負契約において、深さ２メートル30センチの潜水エリアを設けることが合意されたとする。しかし、請負人が製作したプールにおける潜水エリアの深さは、１メートル85センチにすぎなかった。とはいえ、この深さは客観的にみて潜水用には十分であり、契約上

---

[25] BT-Drucks., a.a.O.（Fn. 6）, S. 232, 265.

[26] BT-Drucks., a.a.O.（Fn. 6）, S. 130が引用するBGHZ 62, 388（390 f.）=NJW 1974, 1552.

[27] BGH, NJW-RR 2002, 661（663）（ただし、改正BGB635条３項に対応する改正前BGB633条２項３文に関するもの）。

[28] 改正BGB275条２項（における「債権者の給付利益」）について、Münchener, a.a.O.（Fn. 10）, § 275 Rn. 83 ff.（-*Ernst*）; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 62. Ed., 2022, § 275 Rn. 59（-*Stephan Lorenz*）など。改正BGB635条３項ないし439条４項について、*Felix Maultzsch*, Der Schutz von Affektionsinteressen bei Leistungsstörungen im englischen und deutschen Recht, JZ 2010, S. 940; *Thomas Riehm*, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 378; *Stephan Lorenz*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 12. 3. 2021, JZ 2021, S. 631; BeckOK-BGB, a.a.O.（Fn. 28）, § 439 Rn. 79（-*Florian Faust*）など。

合意された深さに足りないことによる市場価格の減少はなかった[29]。注文者が修補を請求した場合に、修補費用と比較される債権者の利益はいくらになるだろうか。仮に財産的利益のみを考慮するのであれば、市場価格の減少がなく、その他の財産的利益の減少――例えば、営業利益の減少――も生じていない以上、債権者の利益はゼロになるであろう。しかし、非財産的利益をも考慮した場合には、深さの差45センチに対する注文者のこだわりも何らかの金額に評価され、これが修補費用の額と比較されることになる[30]。

このように、追完請求権の限界法理において費用額と比較されるのは、給付（修補）を現実に取得することに対する債権者の利益である。これは、本稿のいう「現実給付取得利益」にあたる[31]。

以上をまとめると、追完請求権の限界法理の基礎には、「追完請求は、追完がそれによって実現される現実給付取得利益との関係で不均衡な費用を要する場合には、権利濫用である」との評価があるということができる。

イ）瑕疵除去費用の賠償の制限法理の基礎にある評価

判例・学説が評価矛盾の観点を指摘していたことを踏まえると、瑕疵除去費用の賠償の制限法理の基礎にも権利濫用の考え方があるとみるこ

---

[29] *Maultzsch*, a.a.O.（Fn. 28）, S. 938に挙げられている事例（「ラクスリー（Ruxley）事件」と呼ばれるイギリスの事件）を参照した。

[30] *Maultzsch*, a.a.O.（Fn. 28）, S. 940を参照。

[31] なお、追完請求権の限界法理（および次にみる瑕疵除去費用の賠償の制限法理）において瑕疵除去費用の額と比較される金額と、履行状態実現費用の賠償としての瑕疵除去費用の賠償において認められる賠償額は、――現実給付取得利益を金額に評価したものであるという点で共通であるとはいえ――通常は一致しないことに注意を要する。すなわち、前者は、減価分をはじめとする財産的利益（の減少）と、非財産的利益（の減少）の両方を考慮して導き出される一定の金額である。これに対して、後者は、債権者が瑕疵除去に要する費用額である（不均衡な費用を要する場合については、相当瑕疵除去費用賠償説と減価分賠償説が対立している）。

とができる[32]。問題は、この権利濫用との評価を導く費用の不均衡性の判断基準である。

この点については、判例により、「瑕疵が全部または一部除去されるという結果が、個別の事案におけるすべての事情を勘案したときに、そのために行われる金銭的出費の額と合理的な均衡を保っていない場合」という、追完請求権の限界法理とほぼ同様の基準が提示されていた。そして、判例において、251条２項１文における不均衡性の判断基準が追完請求権の限界法理における不均衡性の判断基準と一致することが明示的に認められていたことを踏まえると、ここでいう「瑕疵が全部または一部除去されるという結果」は、追完請求権の限界法理と同じく、現実給付取得利益のことであると理解することができる[33]。

そうすると、瑕疵除去費用の賠償の制限法理の基礎には、「瑕疵除去費用の賠償請求は、瑕疵除去がそれによって実現される現実給付取得利益との関係で不均衡な費用を要する場合には、権利濫用である」との評価があるということができる。これは、「瑕疵除去によって実現される現実給付取得利益との関係で不均衡な瑕疵除去費用を請負人・売主に負担させることは、権利濫用となる」という意味において理解する限り、追完請求権の限界法理の基礎にある評価とまったく同じである。

このように瑕疵除去費用の賠償の制限法理も追完請求権の限界法理と同じ評価を基礎に置いているということは、履行状態実現費用の賠償という賠償方法を観念する立場に立ってはじめて的確に説明することができる。というのも、履行状態実現費用の賠償を観念しない場合には、瑕疵除去費用の賠償においては、瑕疵除去費用（ないしその支出）が損害であり、価値利益が実現されることになると考えるほかない。これでは、

---

[32] 判例は、不均衡な瑕疵除去費用を請負人に負担させることができるとすると、「信義誠実」に反することになると述べる（BGHZ 59, 365 (366)=JZ 1973, 220=NJW 1973, 138）。

[33] *Thomas Riehm*, Fiktive Mängelbeseitigungskosten auf dem Weg zum Großen Zivilsenat, NJW 2021, S. 30 f. も、瑕疵除去費用の賠償の制限法理において費用額と比較されるのは、（単なる財産的な侵害ではなく、）瑕疵によって買主ないし注文者に生じた「現実の侵害（reale Beeinträchtigung）」であると述べる。

瑕疵除去費用の額と比較されるのが現実給付取得利益であることを説明することは難しくなる。これに対して、履行状態実現費用の賠償を観念する場合には、瑕疵除去費用の賠償においては、追完請求と同じく現実給付取得利益が実現されることになる（瑕疵除去費用の賠償は、現実給付取得利益の実現を目的とするものである）と考えることができる。そうすると、瑕疵除去費用の額と比較されるのが追完請求の場合と同じく現実給付取得利益であることを､的確に説明できるようになるのである。以上により、本稿が検討を保留していた、履行状態実現費用の賠償を観念する立場と観念しない立場のいずれに優位性があるかという問題について、履行状態実現費用の賠償を観念する立場の優位性（の１つ）が明らかになったということができる。

２）費用額が異なる場面の存在

このように、両法理の基礎にある評価が同じであることが明らかとなったわけであるが、実は、両法理の適用結果は必ずしも同じになるとは限らない。これは、現実給付取得利益と比較される瑕疵除去費用の額が、追完請求の場合には請負人・売主が瑕疵除去を行うのに必要となる費用額であるのに対して、瑕疵除去費用の賠償請求の場合には注文者・買主（の委託を受けた第三者）が瑕疵除去を行うのに必要となる費用額であることによる[34]。したがって、例えば請負人が瑕疵を除去するよりも注文者（の委託を受けた第三者）が瑕疵を除去するほうが費用を抑えられる場合には、追完請求は認められないけれども、瑕疵除去費用の賠償請求は認められるということが起こりうることになる。

b　債権者が行う措置の合理性

以上の「不均衡な費用」の場合の賠償の制限とは別の観点から、填補購入費用の賠償や瑕疵除去費用の賠償における責任内容を規律する規範として、債権者が行う措置（履行状態実現費用の賠償を観念する立場からは履行状態実現措置として位置づけられるもの）の合理性を挙げることができる。これは、一般債務不履行の場面における事実的填補購入費

[34] このことを指摘するものとして、*Gutzeit*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 445; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241–432, 7. Aufl., 2016, § 281 Rn. 136（–*Wolfgang Ernst*）.

用の賠償との関係で論じられることが多い。そこで、以下では、その議論を紹介した後、その分析を行うこととする。

（a）通説――損害軽減義務による合理的な填補購入費用額への賠償額の制限

通説によると、填補購入を行う債権者は、必要な注意をもって、つまり合理的にそれを行わなければならない。合理性を欠いた場合には、損害軽減義務（254条2項）に対する違反となり[35]、（事実的）填補購入費用の賠償において、合理性を欠いたことにより増加した費用額の分だけ賠償額が減額される[36]。ラーベルによると、こうした義務が認められる実質的根拠は、信義誠実の原則である[37]。

損害軽減義務違反が認められるのは、例えば、急速に市場価格が騰貴しているにもかかわらず填補購入を迅速に行わなかった場合[38]、給付の受領地とは別の場所における市場で填補購入を行ったことにより費用額が増加した場合[39]、市場価格よりも高額での填補購入が行われた場合[40]などであるとされる。ただし、これらの事情があったとしても常に損害軽減義務違反が認められるわけではなく、最終的には、そのような填補購入を行ったことに合理的理由が存在するかどうかが基準になるとされ

---

[35] *Ernst Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936, S. 470 f.（ただし、損害軽減義務という法律構成を明示的には採用していない）; *Ulrike Bardo*, Die „abstrakte" Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989, S. 106 ff.; *Ulrich Huber*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 744; *Johannes W. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 183; Münchener, a.a.O.（Fn. 10）, Vor § 281 Rn. 46（-*Volker Emmerich*）; Staudinger, a.a. O.（Fn. 10）, § 280 Rn. E 101（-*Schwarze*）.

[36] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 108. ただし、損害軽減義務違反が認められた場合の賠償額については、これとは異なる見解も主張されている（後掲注（44）を参照）。

[37] *Rabel*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 471.

[38] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 117 f.; Staudinger, a.a. O.（Fn. 10）, § 280 Rn. E 101（-*Schwarze*）.

[39] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 118.

[40] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 107.

る[41]。

（ｂ）分析

以下では、通説が採用する以上のような規範について分析していきたい。

１）規範の内容

まず、規範の内容について分析する。

ア）「不均衡な費用」の場合の賠償の制限との違い

合理性基準による賠償額の制限は、「不均衡な費用」の場合の賠償の制限と同じく、（填補購入や瑕疵除去といった）債権者の措置にかかる費用の額が過大であることを理由として、賠償額に制限をかけるものである。しかし、両者の間には、その過大性の判断方法に違いがある。「不均衡な費用」の場合には、費用額が債権者に実現される現実給付取得利益との関係で不均衡であるかどうかが基準とされていた。これに対して、ここで問題となっている合理性基準においては、債権者が行うべきであった措置と比較して費用が大きくなっているかどうかが基準となる。ここでは、問題となる費用額が現実給付取得利益との関係では均衡を保っていたとしても、他に考えうる合理的な措置との関係で過大であるといえれば、賠償額の制限が認められるわけである。単純化すると、「不均衡な費用」の場合には、現実給付取得利益の実現という「目的」との関係で当該「手段」（措置）が相当であるかどうかが問題とされるのに対して、合理性基準においては、複数の「手段」（措置）の間での比較によって当該「手段」（措置）が相当であるかどうかが問題とされるという違いがあるということができる。

イ）賠償額軽減義務としての理解

また、合理的な填補購入を行う義務は、ドイツの議論においては、“損害軽減義務”であると理解されていた。しかし、履行状態実現費用の賠償を観念する立場からは、ここで問題となっているのは、現実給付の不取得という損害を算定する際に資料とされる事実的填補購入費用の額を軽減する義務であるから、“損害軽減義務”ではなく「賠償額軽減義務」とでも呼ぶべき義務として理解すべきことになる。

---

[41] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 35), S. 117 f.

2）規範の射程――履行状態実現費用軽減義務としての理解

次に、規範の射程について分析する。以下で述べるように、ここで問題となっている賠償額軽減義務は、「事実的」「填補購入費用」の賠償についてのみ妥当するものではなく、「仮定的」賠償や「瑕疵除去費用」の賠償にも妥当しうるものである。したがって、この義務は、履行状態実現費用の賠償を観念する立場からは、履行状態実現費用の賠償一般に妥当する、合理的な履行状態実現措置をとる義務――「履行状態実現費用軽減義務」――として位置づけられるべきものである。

ア）瑕疵除去費用の賠償への拡張可能性

まず、先に述べたように、ドイツにおいては、主として、一般債務不履行の場面における事実的填補購入費用の賠償との関係で合理性基準が論じられている。しかし、瑕疵担保の場面においても債権者による瑕疵除去の合理性を問題にすることは可能であるから、合理性基準の射程は、（事実的）瑕疵除去費用の賠償にも拡張することができると考えられる[42]。

イ）仮定的履行状態実現費用の賠償における適用のあり方

また、ドイツにおいては、填補購入費用の賠償のうち事実的填補購入費用の賠償との関係で合理性基準が論じられていた。しかし、これは、仮定的填補購入費用（より一般的には、仮定的履行状態実現費用）の賠償においては合理性が問題とならないということを意味するものではないと考えられる。というのも、損害軽減義務違反が認められる例をみる

[42] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 33), S. 30も、「被害者は、損害を除去する方法として考えうる様々な方法の中から最も安価なものを選択しなければならない」という損害法上の要請が、(事実的・仮定的)瑕疵除去費用の賠償にも妥当すると述べる。

なお、瑕疵担保の場面で問題となる債権者の措置の合理性としては、瑕疵除去［修補］か代替品の購入かという、異なる追完方法（債権者側の自己追完の方法）の間での選択に関する合理性も想定しうる。BGH 2020年10月決定が、「相対的不均衡性」を理由として売買における瑕疵除去費用の賠償を制限する可能性を示唆していた（連載第３回の注（41）を参照）のは、まさにこの点に関する合理性を問題とするものとみることができる。

と分かるように、合理性基準においては、時期の合理性（履行状態実現措置を行う時期の合理性）・市場の合理性（履行状態実現措置を行う市場の合理性）・金額の合理性（一定の時期・市場を所与とした場合の履行状態実現費用の額の合理性）が問題とされている[43]。これらのうち、時期の合理性と市場の合理性は、仮定的履行状態実現費用の賠償においては、それぞれ、基準時問題（後述）と基準となる市場の問題に吸収されていると考えられる。また、金額の合理性については、市場価格により算定されることから、改めて合理性を問題にする必要はないといえる。このようにみると、合理性基準は、仮定的履行状態実現費用の賠償も含め、履行状態実現費用の賠償一般に適用される基準であるということができる[44]。

（イ）損害＝給付の客観的価値の喪失

以上、損害概念ごとの考察の１つ目として、現実給付の不取得が損害

---

[43] このほか、必ずしも損害軽減義務という法律構成のもとで論じられているわけではないが、代替品の合理性も問題とされている。これは、債権者が購入した代替品が原契約の目的物と（機能や質などにおいて）比較可能なものであるかどうかという問題である（*Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 104 f.）。

[44] ここで、損害軽減義務違反が認められた場合の賠償額について付言しておく。これについては、合理性を欠いたことにより増加した費用額の分だけ賠償額が減額される、つまり、合理的な填補購入費用額が賠償額となるとする論者（*Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 108）と、市場価格（仮定的填補購入費用）による算定に依拠するほかなくなるとする論者（*Flume*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 183）に分かれる。もっとも、「不均衡な費用」の場合に関する相当瑕疵除去費用説と減価分賠償説が（ドイツにおいて）相対立する見解として取り上げられているのとは異なり、この両見解が対立したものとして取り上げられることはないようであり、両見解は結局同じ賠償額に帰すると理解されているように見受けられる。しかし、仮定的填補購入費用（より一般的には、仮定的履行状態実現費用）の賠償においては、後述するように、基準時問題の中で、時期の合理性だけでなく、他の要因（債権者の投機の排除）も考慮されることになると考えられる（第２章第２節２（１）イ（ア）を参照）ことから、合理的な填補購入費用額（より一般的には、合理的な履行状態実現費用額）と異なる賠償額が導かれる可能性がある。そのため、――本稿では立ち入らないものの――厳密には、いずれの見解が妥当であるかを論じる必要がある。

となる場合についての検討を行ってきた。続いて、第２に、給付の客観的価値の喪失が損害となる場合について検討していく。給付の客観的価値は、給付目的物に市場価格がある場合（代替物の場合）には市場価格によって、市場価格がない場合（不代替物の場合）には評価額によって測られる[45]。前者の場合において問題となるのは、市場価格が市場や時期によって変わりうるなかで、どの市場や時期を基準とするのかという点である。後者の場合において問題となるのは、そもそも何を手がかりとして評価額を導き出すのかという点である。両者の問題ともに、その基礎には、「給付の客観的価値」とはいったい何なのか――とりわけ、「客観的」とはどのような意味か、「価値」とはどのようにして確定されるべきものか――という根本的な問題が存在する。もっとも、後者の場合には、こうした理論的な問題に加えて、――市場価格のような直ちに依拠可能な指標が存在しないことから――給付の客観的価値を実際に確定するための手がかりをどこに求めればよいのかという実務的な問題にも取り組む必要が出てくる。そこで、以下では、さしあたり前者の問題のみを取り上げ、給付の客観的価値の確定方法について理論的な観点から検討を行うこととしたい[46]。前者の問題のうち、基準となる時期の問題、つまり基準時問題に関しては、――給付の客観的価値の喪失以外の損害概念についても併せて――後に取り上げる[47]こととし、ここでは、基準となる市場の問題を取り上げる。

a　問題の所在――客観的価値の評価基準

給付の客観的価値を市場価格によって評価する場合に基準となりうる市場には、調達市場――当該債権者が給付目的物（と同種の物）を調達するために利用する市場――と売却市場――当該債権者が給付目的物（と同種の物）を売却（転売）するために利用する市場――の２つがある。以下でみていくように、客観的価値は調達価値――債権者が給付目

[45] 例えば、*Flume*, a.a.O. (Fn. 35), S. 72 f. を参照。

[46] こうした理論的な検討を通じて、「給付の客観的価値」という概念をより明確化することができれば、それは、後者の問題を考察するうえでも有用な知見となりうると考えられる。

[47] 第２章第２節２（１）イ（ア）を参照。

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べきであるという立場に立つ論者は、調達市場価格を基準とすべきとする。これに対して、客観的価値は売却価値――債権者が給付目的物を売却することにより得られる売上額――によって評価されるべきであるという立場に立つ論者は、売却市場価格を基準とすべきとする[48]。

調達市場価格と売却市場価格は一致する場合もあるが、常に一致するわけではない。例えば、買主が（給付目的物と同種の物を販売する）商人である場合には、調達市場価格よりも、売却市場価格のほうが、マージンの分だけ高くなる。このように、調達市場価格と売却市場価格が一致しない場合がある以上、いずれを基準として客観的価値を評価すべきかを論じる必要があるわけである。

以下では、こうした客観的価値の評価基準の問題をめぐる学説の議論を紹介したうえで、その分析を行う（なお、以下で取り上げる論者は、すべて、本稿のいう本体喪失損害を観念する立場に立つ論者である）。

b　学説

学説は、以下の２つに分かれる。

（ａ）調達市場価格説

まず、客観的価値の評価基準を調達価値に求め、（市場価格がある場合には）調達市場価格を基準とすべきとする見解がある[49]。

例えば、バルドー（*Ulrike Bardo*）は、次のように述べて、売却市場

[48] ただし、後述するように、売却価値と売却市場価格の間のこうした結びつきは、必ずしも論理必然的なものではない可能性がある。

[49] *Brigitte Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 112 ff.; *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 96, 98; *Christian Knütel*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 575. なお、市場価格による算定においては売却市場ではなく調達市場を基準とすべきであると説くものの、それが単に仮定的填補購入費用による算定を認めるべきであることを述べる趣旨なのか、それとも客観的価値の評価基準として調達市場価格説を採るべきであることを述べる趣旨なのかが明らかではないものとして、*Rabel*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 461 f.

価格説（の基礎にある売却価値の考え方）の不当性を説く。「売買契約は、買主に目的物を取得させることを目的としている。買主がその目的物をもって何をするかは、売主にとっては重要なことではない」。そして、「商人の売却価格は、物の価値だけではなく、それよりも低い調達価格との差額の形で、商人が転売により得る利益〔の額〕をも表す」。「契約代金と目的物の価値の差をもって賠償されるべきは逸失された転売利益ではないのだから、転売価格を基準とするのは、BGB252条２文という特別の規律に任せるべきである」[50]。

そのうえで、調達市場価格説（の基礎にある調達価値の考え方）を採るべき理由については、次のように述べる。「物の価値を調達価格をもって評価することには、BGB249条１文〔引用者注：現１項〕において確固たるものとされた立法者の目的に最もよく沿うものであるという利点がある。すなわち、売主は、仮に履行を行っていたとすると、買主に売買目的物の占有を取得させていたことになる。調達価格の助けを借りることにより、買主は、目的物を他から調達するという方法でこの状態を実現することができるようになる。これは、BGB249条２文〔引用者注：現２項１文〕の考え方にも沿うものである」[51]。

（ｂ）売却市場価格説

これに対して、客観的価値の評価基準を売却価値に求め、（市場価格がある場合には）売却市場価格を基準とすべきとする見解もある[52]。例えば、ピッカーは、不法行為法における物損事例を念頭に、「あらゆる者の物的財産は、貨幣経済が機能している状況のもとでは、実質的には（*materiell*）常に、その者がそれによって得ることができる（*erlangen* können）金銭的価値に相当するだけの価値しか有しない」ため、「ある客体の価値は、市場においてそれと引換えに得られる価格、すなわち売

[50] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 95 f.

[51] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 96.

[52] *Ulrike Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, 2003, S. 124 Fn. 66; *dies.*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018, JZ 2018, S. 676（請負事例における減価分の評価基準に関するもの）; *Huber*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 739 f.; *Gottfried Schiemann*, Schadensersatz statt der Nacherfüllung, JZ 2021, S. 943.

却価値にほかならない」とする[53]。そのうえで、契約責任法における不履行損害の場面でも、不法行為法における物損事例と同様の理由により、目的物の価値は売却価値により評価されるべきであるとする[54]。

c　分析

以下では、こうした議論の分析を試みる。

（ａ）不法行為法における物損事例との前提の違い

まず指摘しておきたいのは、不法行為法における同種の議論との関係についてである。ドイツでは、不法行為法においても、物損事例――典型的には、中古車が交通事故により損傷したという事例――をめぐって、客体の客観的価値をどのように評価すべきかという問題が議論されている[55]。しかし、同じ客観的価値の評価基準が問題となっていても、不法行為法と契約責任法では、議論の前提が大きく異なる。

１）不法行為法における物損事例――「調達市場価格＞売却市場価格」

不法行為法における物損事例においては、調達市場価格が売却市場価格を上回ることを前提として議論がされている。これは、調達市場価格には売上税が含まれるほか、商人が取得するマージンの分の上乗せがあるのが通常であるという事情による[56]。後者の点は、中古車損傷事例に即していうならば、被害者が中古車を中古車商人に対して売却する際の価格よりも、被害者が同じ中古車を同じ中古車商人から購入する際の価格のほうが、マージンの分だけ高くなるという意味である。

このように、不法行為法においては、調達市場価格が売却市場価格を上回ることを前提として、客体の客観的価値は売却市場価格に限定されるのか、それとも調達市場価格にまで及ぶのかが問題とされているということができる。

---

[53] *U. Picker*, a.a.O.（Fn. 52）Naturalrestitution, S. 122. この箇所については、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）202頁以下に紹介がある。

[54] *U. Picker*, a.a.O.（Fn. 52）Naturalrestitution, S. 124 Fn. 66.

[55] この問題をめぐるドイツの議論を紹介するものとして、長野・前掲注（53）198頁以下。

[56] *U. Picker*, a.a.O.（Fn. 52）Naturalrestitution, S. 121 f. Fn. 61; Münchener, a.a.O.（Fn. 10）, § 251 Rn. 18（-*Oetker*）.

2）契約責任法――「調達市場価格≦売却市場価格」

これに対して、契約責任法においては、多くの場合、売却市場価格が調達市場価格を上回るか、少なくとも両者が一致する場面が念頭に置かれているといえる。このことは、売主が買主に目的物の引渡しをしなかったという事例――しかも、多くの場合、買主がその目的物（と同種の物）の転売を行う商人であるという事例――が想定され、それゆえ売却市場価格として転売価格が想定されている[57]ことに表れている。ここでは、物損事例とは逆に、調達市場価格にマージンの分が上乗せされたものが売却市場価格となる[58]。

このようにマージンの存在により調達市場価格と売却市場価格に差が生じるという現象を指して、両市場は「市場段階（Marktstufe）」が異なるといわれる[59]。例えば、製造者から消費者までの商品の流通過程においては、製造者が卸売業者に売却する「製造者市場」、卸売業者が小売業者に売却する「卸売業者市場」、小売業者が消費者に売却する「消費者市場」を観念することができる。こうした「市場段階」の違いが生じるのは、市場への到達可能性（Zugangsmöglichkeit）が人により異なるからであるとされる[60]。

このように、契約責任法においては、売却市場価格が調達市場価格以上であることを前提として、目的物の客観的価値は調達市場価格に限定されるのか、それとも売却市場価格にまで及ぶのかが問題とされているということができる。

（b）前提の違いを踏まえた分析

では、こうした前提の違いを踏まえて、契約責任法においてはどのように考えるべきかを分析していきたい。

1）各見解の基礎にある考え方

---

[57] 例えば、*Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 95を参照。

[58] なお、売上税は、契約責任の場面においては重視されていないようである。その理由は必ずしも明らかではないが、売上税を考慮したとしても売却市場価格のほうが大きくなるのが通常であるという事情によるのかもしれない。

[59]「市場段階」につき、詳しくは、*Flume*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 74 ff. を参照。

[60] 以上につき、*Flume*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 75 f.

ア）調達市場価格説の基礎にある考え方――調達価値説

まず、ドイツにおいて、調達市場価格説は、給付の客観的価値は調達価値――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べきであるという考え方を基礎として主張されている[61]。これによると、調達市場価格は、調達価値の指標として位置づけられることになる。

こうした調達価値の考え方は、あくまでも給付の客観的価値の評価基準に関するものである以上、仮定的填補購入費用の考え方とは明確に区別されるべきである。つまり、仮定的填補購入費用の賠償は、（少なくともさしあたりは[62]）現実給付取得利益（現実的利益）の実現を目的として、債権者に、填補購入という措置をとるために必要な費用の賠償を認めるものである。これに対して、調達価値の考え方は、給付の客観的価値（価値利益）の実現を目的とする賠償において、その価値の評価基準を調達価格に求めるという考え方である。このようにみると、バルドーが調達価値の考え方を基礎づけるにあたって249条の仮定的填補購入費用の考え方を持ち出していたのは、厳密には、異なる目的を持った２つの損害賠償を混同するものとして不適切と評価されるべきである[63]。

こうした調達価値の考え方は、それ自体としては成り立ちうるものである。しかし、この考え方には、大きな難点がある。それは、調達が不

---

[61] *Keuk*, a.a.O. (Fn. 49), S. 112; *Knütel*, a.a.O. (Fn. 49), S. 575. バルドーも、すでに紹介したとおり、客観的価値を「調達価格」によって評価することは249条の原状回復の趣旨に適合するという旨を述べていた。後述のとおり、バルドーがここで249条を持ち出していることには問題があるのだが、少なくとも、ここからは、バルドーが、客観的価値の評価基準を、債権者が調達のために支払わなければならない代金額に求めていることが分かる。

[62] この留保の意味については、連載第２回の注（158）を参照。

[63] もっとも、すでに述べたように、一般債務不履行の場面では仮定的填補購入費用の賠償と客観的価値の賠償それぞれの賠償額が（ほぼ）一致する――調達価値の考え方を採ればなおさらそうである――ため、ドイツでは、両者の区別が明確には意識されない傾向にある。バルドーのこの部分の記述も、そうした傾向の一例として位置づけることができる。

可能な物については価値を測ることができないという点である[64]。例えば、瑕疵給付が行われた場合[65]には、「瑕疵のない状態の目的物の価値」と「瑕疵のある状態の目的物の価値」の差によって目的物の減価分を判断することになる。このとき、「瑕疵のある状態の目的物」については、――（債権者による）売却は想定しうるとしても――（債権者による）調達は想定できない以上、調達価値の考え方からは価値を測ることができない。こうした場合には例外的に売却価値に依拠するということも考えられる[66]が、このような使い分けに合理的な理由があるかは疑わしい。

イ）売却市場価格説の基礎にある考え方――売却価値説

これに対して、売却市場価格説の基礎にあるのは、給付の客観的価値は売却価値――債権者が給付目的物を売却することにより得られる売上額――によって評価されるべきであるという考え方である。

ここでは、客観的価値の評価基準を売却価値に求めることと、転売利益の賠償を認めることの違いに注意する必要がある。つまり、転売利益の賠償は、（本稿でいう）利用利益喪失損害の賠償として認められるものであり、（仮に履行がされたならば）当該債権者が（実際に）転売したであろうかという点を踏まえて――つまり、当該債権者による給付の利用態様に即して――賠償を認めるものである。これに対して、売却価値の考え方は、債権者に対して常に認められる――つまり、当該債権者による給付の利用態様にかかわらず認められる――給付の客観的価値の賠償において、その客観的価値の評価基準を、「仮に」債権者が給付目的物を売却したとすれば得ることが「可能」な利益の額に求めるという

---

[64] 同様の指摘として、*U. Picker,* a.a.O.（Fn. 52）Naturalrestitution, S. 129（ただし、不法行為法の物損事例に即した指摘）。

[65] なお、不代替物の売買において引渡しが行われなかったという場合には、当該債権者（買主）が当該債務者（売主）から購入した際の価格（要するに、代金額）を調達価値とみることが一応は可能である。

[66] 実際、*Christian Knütel,* Wider die Ersatzfähigkeit „fiktiver" Mängelbeseitigungskosten, BauR 2004, S. 592は、（請負における）目的物の減価分を導くにあたって、「瑕疵のない状態の目的物の価値」については調達価格、「瑕疵のある状態の目的物」については売却価格に依拠している。

ものである。ピッカーが、あらゆる者の物的財産は、「その者がそれによって得ることができる（*erlangen* können）金銭的価値に相当するだけの価値しか有しない」としていたのも、こうした考え方に立つものとみることができる。

2）売却価値説に対する評価

ア）給付の客観的価値の賠償の趣旨との整合性

こうした売却価値の考え方は、給付の客観的価値の賠償の趣旨とも整合的であると考えられる。

すでに述べたように、（本体喪失損害を観念する立場において、）給付の客観的価値とは、「当該債権者の利用にかかわりなく給付が有する価値」のことである。このうち、ここで重要となるのは、「当該債権者の利用にかかわりなく」という部分である。この部分は、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基づくものであった。つまり、給付の客観的価値の賠償は、当該債権者の利用態様を考慮する利用利益喪失損害の賠償とは異なり、最低限の賠償として、給付が行われること自体により得られる利益の賠償、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賠償を認めるという趣旨に基づくものである。

そうすると、問題は、「給付が行われること自体により得られる利益」ないし「債権者の立場にあれば誰でも得ることのできる利益」とはいったいどのような利益なのかという点である。以下、この点の分析を試みる。

そもそも、同じ債権であっても、債権者が誰であるかによって給付の利用態様――ひいては、その結果として得られる利用利益の内容・大きさ――が変わってくるのは、給付をどのような態様で利用するかという点に関する「意思」の内容と、給付の利用によって利益をあげる「能力」の程度が人によって異なるからであると考えられる。このことを踏まえると、「債権者の立場にあれば誰でも得ることのできる利益」とは、こうした「意思」や「能力」の違いを捨象した「給付（より厳密には、給付結果）の利用可能性」――要するに、仮に（給付をある一定の態様で利用するという）「意思」さえ持てば、その「能力」に応じて利用利益

をあげることができるという「可能性」――であると考えられる[67]。

このように考えると、給付の客観的価値――つまり、給付の利用可能性の価値――は債権者が給付の利用（例えば、売却[68]）により得ることが「可能」な利益の額によって評価されるという考え方――要するに、売却価値の考え方――には、一定の説得力が認められる。

なお、調達価値の考え方を採るバルドーは、「契約代金と目的物の価値の差をもって賠償されるべきは逸失された転売利益ではない」という理由で、転売価格を基準とした算定を逸失転売利益の賠償としてのみ認めるべきことを主張していた。もちろん、バルドーの指摘するとおり、給付の客観的価値の賠償――本稿では本体喪失損害の賠償として位置づけられる――と、逸失転売利益の賠償――本稿では利用利益喪失損害の賠償として位置づけられる――は、相互に区別されるべきものである。しかし、以上でみてきたように、両者の違い――当該債権者の利用態様を考慮するかどうかという点に関する違い――を前提としたとしても、「給付の利用（売却）可能性」に価値を見出すというアプローチを採れば、――逸失転売利益の賠償とは区別された――客観的価値の賠償として売却（転売）価格の賠償を認めることは十分に可能であるし、むしろ、このような考え方には、給付の客観的価値の賠償の趣旨に整合するという意味で説得力が認められる。

イ）売却価値説を採りつつ調達市場価格説を採る可能性？

---

[67] メルテンスも、物損などの場面において、「物を自分の好きなように投入することができるという主体の可能性」に「物の価値」を見出すという考え方を示している（連載第1回の注（143）を参照）。もっとも、メルテンスは、最終的には、物の価値の評価基準を再調達価値に求める見解を採用している（*Hans-Joachim Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 145 ff.）。この点については、長野・前掲注（53）199頁以下を参照。

[68] 債権者が売却以外の利用態様――例えば、給付を営業に供して営業利益をあげるという利用態様――をとった場合に得ることが「可能」な利用利益の額に依拠して給付の利用可能性の価値を評価することも考えられる。しかし、その場合、市場価格のような直ちに依拠可能な指標がないため、客観的価値の評価は非常に困難な作業となる。

もっとも、バルドーらが結論として調達市場価格説を採用していることは、先にみた不法行為法と契約責任法の間の前提の違いを踏まえると、理解できないものではない。その理由は、以下のとおりである。

先にみたように、売却価値の考え方を採用した場合には、個別の債権者の「意思」や「能力」の違いを捨象した「給付の利用可能性」の価値を探求することになる。そうすると、給付の客観的価値は債権者の売却可能価格によって評価されるといったとき、そこでいう債権者の売却可能価格は、より厳密には、個別の債権者の「意思」や「能力」の違いを捨象したものでなければならない。したがって、給付の客観的価値は、一般的な「能力」を備えた債権者が、仮に給付を利用（売却）する「意思」を有するとするならば、給付の利用（売却）により得ることが「可能」な利益の額によって評価されなければならないと考えられる[69]。

問題は、契約責任法における客観的価値の評価基準をめぐる議論が典型的に想定している場面の特徴を踏まえたときに、売却市場価格が本当に「一般的な債権者の売却可能価格」といえるかどうかという点である。

契約責任法において想定されているのは、すでに述べたように、当該買主が商人であり、調達市場価格にマージンの分が上乗せされたものが

[69] U. フーバー（*Ulrich Huber*）も、目的物の客観的価値は、「一般的に到達可能な市場（allgemein zugänglicher Markt）」での売却によって取得することのできる価格――「原則として誰にでも取得可能な価格」――によって評価されるべきであると説く（*Huber*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 740）。

これに対して、ピッカーにおいては、当該具体的な被害者がどのような価格でその物を売却可能かが客観的価値の基準とされているようである（*U. Picker*, a.a.O.（Fn. 52）Naturalrestitution, S. 122, 124, 126. 直接的には不法行為法の物損事例に関する記述であるが、契約責任法にも妥当する記述とみられる）。しかし、こうした考え方を推し進めると、目的物を売却することができない（あるいは非常に低い価格でしか売却することができない）――この意味で、目的物を売却する「能力」が著しく低い――債権者に対しては、客観的価値の賠償を認めることができない（あるいは非常に低額の賠償しか認めることができない）ということになる。給付の客観的価値の賠償の趣旨を、個別の債権者の利用態様を問わず、「給付」ないし「債権」そのものに認められる価値について最低限の賠償を認めるという点に求めるのであれば、こうした帰結は認められるべきではないだろう。

売却市場価格（転売価格）となっているという場面である。このとき、マージンが生じる理由は、当該売却市場への到達可能性が、あらゆる者に認められるわけではなく、特に当該買主（を含めた同種の商人）に認められるものであるという点にある。つまり、マージンは、いわば、当該買主（を含めた同種の商人）が有する高い「能力」の反映にほかならない。このようにみると、マージンが上乗せされた転売価格を「一般的な債権者の売却可能価格」とみることは、必ずしも適切とはいえない可能性がある。

これに対して、不法行為法の物損事例においては、売却市場として、非商人でも到達可能性を有する市場が念頭に置かれる。したがって、ここでは、売却市場価格が、「一般的な被害者の売却可能価格」を適切に表しているとみることができる[70]。むしろ、調達市場価格は、商人のマージンを含んでいることから、「一般的な被害者の売却可能価格」の指標として適していないと考えられる。

このようにみると、客観的価値の評価基準を売却価値に求めるべきであるという考え方自体には説得力があるとしても、契約責任法――とりわけ、買主が商人であり、売却市場価格がマージンを含んだ転売価格となる場面――においては、売却価値――「一般的な債権者の売却可能価格」――の指標として、マージンを含まない調達市場価格のほうが適していると考える余地もある。結局、調達市場価格と売却市場価格のいずれを採用すべきかについては、一義的に結論を決めるのではなく、「一般的な債権者の売却可能価格」の指標としていずれが「より」適切かを、事案の特徴に応じて――とりわけ、売却市場価格に、当該買主の高い「能力」の反映としてのマージンがどの程度含まれているかを考慮して――決定していくのが妥当ではないかと思われる[71]。

---

[70] 長野・前掲注（53）203頁は、「処分価値とは権利者がその気になればいつでも利用・処分権限の行使としての処分によって取得できたはずの価値であり、その意味で当該権利によってこの者に対しまさに保障され、割り当てられていたものと言うことができる」という理由から、（ドイツ法における）物の本体価値の基準として、（再調達価値を一定程度下回る）処分価値を採用すべきであるという立場に立つ。

[71] なお、こうした考え方は、瑕疵給付を理由として目的物の減価分の賠償が

（ウ）損害＝給付の利用利益の価値の喪失

以上、第１の損害および第２の損害について、損害概念ごとに責任内容論の検討を行ってきた。本来は、ここで、第３の損害として給付の利用利益の価値の喪失を取り上げ、これが損害となる場合についての責任内容論の検討を行うことになるはずである。しかし、すでに明らかにしたように、利用利益喪失損害を観念する論者として本稿で取り上げた論者は、一部の例外を除き、利用利益喪失損害を、金額を含む損害概念として把握していた（また、こうした傾向は、主体関連的財産把握との親和性という観点から、理論的にも説明可能なものであると考えられる）。こうした考え方によると、利用利益喪失損害においては、賠償範囲論と金銭的評価論が融合する――責任内容を確定するためには賠償範囲を画定する作業を行うだけでよい――ことになる。そのため、本稿では、第３の損害における責任内容論についてこれ以上（独立に）検討を行うことはしない[72]。

イ　３種類の損害概念をまとめて取り上げた考察

続いて、基準時問題と人的基準の問題の検討に移る。これらの問題を検討するにあたっては、３種類の損害概念をまとめて取り上げることとする。これは、これらの問題については、（ある特定の１種類の損害概念の枠内においてではなく）３種類の損害概念にまたがった形で議論が展開されてきた（と分析することができる）ため、３種類の損害概念をまとめて取り上げたほうが理解しやすいと考えられることによる。

（ア）基準時

まず、基準時問題についてみていく。ここでは、一般債務不履行の場

請求される場面や、不代替物について客観的価値の賠償が請求される場面にも妥当しうる。もっとも、「瑕疵のある状態の目的物」（前者の場合）や不代替物（後者の場合）については、（ほとんどの場合）市場価格のような直ちに依拠可能な指標が存在しないことから、「一般的な債権者の売却可能価格」をどのようにして確定するのかという難問に別途取り組む必要がある。

[72] もちろん、賠償範囲論の枠内で具体的にどのように責任内容（賠償額）を確定すればよいのかという点は、例えば営業利益の賠償の場合を考えると、極めて重要かつ難解な問題であるが、この点の検討は別の機会に委ねることとしたい。

面において、給付目的物の市場価格による算定が行われる場合に、その算定の基準とされるべき時点はいつかという問題が議論されている。

a　はじめに――留意点――2002年債務法改正の影響

基準時問題においては、2002年債務法改正の前後において議論の前提がやや異なっているため、まずはこれについて説明しておく。

（a）2002年債務法改正前――履行請求権消滅時は猶予期間経過時

債務法改正前においては、債権者が債務者に対して履行のための猶予期間を設定して不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、履行請求権が消滅するのは、その猶予期間が経過した時であるとされていた（改正前BGB326条1項2文後段[73]）。

（b）2002年債務法改正後――履行請求権消滅時は給付に代わる損害賠償の請求時

これに対して、債務法改正後は、債権者が債務者に対して履行（または追完）のための猶予期間を設定して給付に代わる損害賠償を請求する場合には、履行請求権が消滅するのは、債権者が給付に代わる損害賠償を請求した時であるということになった（改正BGB281条4項）。この改正により、債権者は、猶予期間が経過した後も、給付に代わる損害賠償の請求に限定されず、履行請求をも選択することができるようになった。

さて、この改正を踏まえると、改正前BGBのもとで、履行請求権消滅時（の1つ）としての猶予期間経過時を基準時とする見解が主張されていた場合、その見解は、改正BGBのもとでは、履行請求権消滅時（の1つ）としての給付に代わる損害賠償の請求時を基準時とする見解として理解されなければならない可能性がある。このように、債務法改正が基準時問題に対して若干の影響を及ぼしている。

そこで、以下では、債務法改正の前後に分けて判例・学説を紹介した後、その分析を行う。

b　判例・学説

では、判例・学説を紹介していく。

---

[73] 条文については、連載第1回の注（88）を参照。

（ａ）2002年債務法改正前

まずは、債務法改正前の議論状況をみていく。

１）多元説（RG時代の判例）

RG時代[74]の判例[75]は、債権者に複数の時点からの選択を認めていた。

ア）内容

これによると、債権者は、遅滞発生時と履行請求権消滅時のいずれかの時点を基準時として選択することができる[76]。履行請求権消滅時として最も典型的なのは猶予期間経過時[77]であるが、そのほかにも、（遅滞中の）不能発生時[78]と、債務者が真剣かつ終局的に履行を拒絶したとい

---

[74] なお、BGH の判例としては、履行期時が基準時となることを示唆するもの（BGH, NJW 1998, 2901 (2903)=BB 1998, 1499; BGH, JZ 2010, 44 Rn. 20（ただし、後者は改正 BGB に関するもの））や、不能発生時が基準時となることを認めるもの（BGHZ 2, 310 (313)）があるが、その立場は（債務法改正の前後を通じて）完全には明らかでないと評価されている（*Flume*, a.a.O.（Fn. 35), S. 179)。

[75] RG 時代の判例の立場を紹介するものとして、北川善太郎「損害賠償の範囲――抽象的損害算定」『ドイツ判例百選』（有斐閣・1969年）110頁、田中稔「損害賠償額の算定時期」六甲台論集41巻３号（1994年）76頁、姫野学郎「契約解除における損害賠償額算定基準時（１）――ドイツ法における『債務者の費用における投機行為』を手がかりに」法学論叢144巻６号（1999年）85頁。

[76] RGZ 91, 30 (31 f.); RGZ 98, 213 (214). この判例法理を支持するものとして、Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. 2, Teil 1, 12. Aufl., 1976, § 325 Rn. 19（-*Werner Ballhaus*); Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl., 2000, § 325 Rn. 13, § 326 Rn. 41（-*Robert Battes*); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 315-327, 2001, § 325 Rn. 91, § 326 Rn. 162 f.（-*Hansjörg Otto*); Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002, § 325 Rn. 19（-*Helmut Heinrichs*).

[77] RGZ 90, 423 (425).

[78] RGZ 91, 99 (102); RGZ 96, 158 (160). なお、不能の場合の不履行に基づく損害賠償請求の根拠条文は、改正前 BGB326条１項１文・２文ではなく、改正前 BGB325条１項１文となる。

【改正前 BGB 第325条】

（１）双務契約により一方当事者に義務づけられた給付がその責めに帰すべき

う場面において、債権者が給付の受領を拒絶する旨の意思表示をした時[79]がある。

イ）批判――債権者の投機可能性

こうした判例法理に対しては、学説から強い批判が投げかけられた。その要点は、債権者に基準時の選択可能性を認めると、債権者が投機可能性を有することになり不当であるという点にある。すなわち、債権者は、猶予期間を設定するタイミングを自ら決定することができるので、基準時である猶予期間経過時もコントロールすることができる。そうすると、債権者は、市場価格が騰貴することを期待して猶予期間の設定を遅らせるという手法を採ることが可能になる。仮にその期待が裏切られ、市場価格が下落したとしても、遅滞発生時の市場価格は最低限確保されているので、リスクはその限りで回避される。こうして、債権者は、価格変動のリスクを回避しつつ（つまり、債務者の負担において）、投機を行うことができる[80]。しかし、こうした投機可能性は、債権者が本来

事由により不能となる場合には、他方当事者は、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除することができる。一部不能の場合において、契約の一部履行が他方当事者にとって利益とならないときは、他方当事者は、第280条第２項に従い債務の全部の不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約の全部を解除する権利を有する。他方当事者は、損害賠償請求権及び解除権に代えて、第323条に定める権利も行使することができる。

（２）第283条の場合において、期間が経過するまでに給付が行われず、又はその一部が行われないときも、前項と同様とする。

[79] RGZ 91, 30 (31 f.); RGZ 103, 292 (293). なお、債務者が真剣かつ終局的に履行を拒絶した場合には、改正前 BGB326条１項１文による（受領拒絶の意思表示を伴う）猶予期間の設定は不要となる。もっとも、不履行に基づく損害賠償請求または解除のために受領拒絶の意思表示をする必要がなくなるというわけではなく、その意思表示が行われた時に履行請求権が消滅することになる（RGZ 91, 30 (31 f.)）。

[80] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 35), S. 464; *Arwed Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., 1969, S. 193; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 849 f. (*ders.*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 246 Fn. 56も参照); *Bardo*, a.a.O. (Fn. 35), S. 101; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen

受けるに値しない利益にあたるため、できる限り回避されなければならないというわけである[81]。

２）一元説

学説においては、以上の判例法理に代えて、基準時をある１つの時点に固定する考え方が有力に主張された。この考え方は、その１つの時点をどこに求めるかという点において、以下の３つに分かれる。

ア）履行期時説

第１は、基準時を履行期時に固定すべきであるという見解である[82]。コイクは、その根拠につき、次のように述べる。すなわち、不履行に基づく損害賠償においては、債務者が契約に従って行動していれば債権者が取得したであろう価値が給付されるべきである。契約上給付が行われるべき時点は履行期であるから、不履行に基づく損害賠償においても、その時点における価値が給付されるべきであるというわけである[83]。

イ）不履行に基づく損害賠償の請求可能時説

第２は、基準時を、不履行に基づく損害賠償を請求することができるようになった時に固定すべきであるという見解であり、ラーベルがこれを採用する。これによると、猶予期間の設定が必要な場合には猶予期間経過時、それが不要な場合（債務者が真剣かつ終局的に履行を拒絶した場合など）には契約違反時（の翌日）が基準時となる[84]。

ウ）履行請求権消滅時説

第３は、基準時を履行請求権消滅時に固定すべきであるという見解である[85]。バルドーは、――市場価格による算定の基礎づけを仮定的填補

Gesetzbuch, §§ 241-432, 4. Aufl., 2001, § 325 Rn. 92 (-*Volker Emmerich*).

[81] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 35), S. 102.

[82] *Keuk*, a.a.O. (Fn. 49), S. 131. この見解を紹介するものとして、田中稔・前掲注 (75) 78頁。

[83] *Keuk*, a.a.O. (Fn. 49), S. 131.

[84] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 35), S. 464 f. なお、フーバーは、立法論として、基準時を、解除することができるようになった時に固定すべきであるとする（*Huber*, a.a.O. (Fn. 80) Gutachten, S. 847, 850)。

[85] *Konrad Cosack*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 4. Aufl., 1903, S. 424 f.; *Blomeyer*, a.a.O. (Fn.

購入費用に求めることを前提として――その根拠につき、次のように述べる。「市場価格の基準時については、合理的な買主であればいつ調達したであろうかということを考慮すべきである。目的物を他から購入することは、売主から引き渡されるべき目的物を買主がもはや受領する必要がないことが確定してはじめて、すなわち買主の履行請求権が消滅してはじめて、合理的となる」[86]。

もっとも、この見解を採るU. フーバー（*Ulrich Huber*）は、この見解のもとにおいても、事実上、債権者に基準時の選択権が生じてしまうことを認める。というのも、一方で、遅滞発生時から猶予期間経過時までの間に市場価格が騰貴した場合には、債権者は、仮定的填補購入費用による算定の基準時として、猶予期間経過時を選択することができる。他方で、遅滞発生時から猶予期間経過時までの間に市場価格が下落した場合には、債権者は、確かに、仮定的填補購入費用による算定の基準時として遅滞発生時を選択することはできない。しかし、適時に履行がされていれば直ちに市場価格において転売したであろうことを主張することができる場合には、252条２文の逸失利益の賠償として、遅滞発生時の市場価格による算定を求めることができる。このように、債権者は、逸失利益と仮定的填補購入費用のいずれを基礎とするかによって、基準時の選択権を有することになってしまうというわけである[87]。

（ｂ）2002年債務法改正後

続いて、債務法改正後の議論状況をみていく。

１）多元説

一部の学説は、債権者に複数の時点からの選択を認める。これによると、債権者は、履行期時、遅滞発生時、猶予期間経過時、不能発生時、損害賠償請求権行使時のうちいずれかの時点を基準時として選択するこ

---

80), S. 193; *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35), S. 102 f.; *Huber*, a.a.O.（Fn. 80）Leistungsstörungen, S. 250 f.

[86] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35), S. 102. この見解を紹介するものとして、田中稔・前掲注（75）78頁。

[87] *Huber*, a.a.O.（Fn. 80）Leistungsstörungen, S. 250 f.

とができる[88]。ここでは、――債務法改正の影響により、債権者の選択肢に若干の変化がみられるものの――RG時代の判例の考え方が基本的には維持されているということができる。

2）一元説

これに対して、一般的には、基準時をある1つの時点に固定する考え方が採られている。この考え方は、以下の3つに分かれる。

ア）履行期時説

第1は、基準時を履行期時に固定すべきであるという見解である[89]。フーバーは、不履行に基づく損害賠償の請求可能時説と履行請求権消滅時説のもとでは、前述のように債権者が事実上の選択権を有することとなってしまうことを指摘したうえで、それにより債権者に生じる一方的な投機可能性を回避するためには、基準時を履行期時に固定するほかないと述べ、債務法改正前の自身の見解を（改正とは無関係の理由により）改める[90]。

イ）猶予期間経過時説

第2は、基準時を猶予期間経過時に固定すべきであるという見解である。改正前BGBのもとでのラーベルの不履行に基づく損害賠償の請求可能時説は、改正BGBのもとではこの見解になるであろうことが指摘されている[91]。なお、改正BGBのもとで実際にこの見解を採るエメリッヒ（*Volker Emmerich*）は、債務者による履行拒絶の場合には、履行拒絶時ではなく債権者が給付に代わる損害賠償を請求した時を基準時としており[92]、むしろ次の履行請求権消滅時説を志向するものとみられる。そのため、（猶予期間の設定が必要な場合にも）猶予期間経過時ではなく給付に代わる損害賠償の請求時を基準時とすべきことになるはずであり、改正による履行請求権消滅時の変更に対応できていないとの批判を

---

88 Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, § 281 Rn. 34（-*Christian Grüneberg*）.

89 *Huber*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 736.

90 *Huber*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 736.

91 *Huber*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 735.

92 Münchener, a.a.O.（Fn. 10）, Vor § 281 Rn. 38（-*Emmerich*）.

受けている[93]。

ウ）履行請求権消滅時説（通説）

第３は、基準時を履行請求権消滅時に固定すべきであるという見解であり、これが通説となっている。これによると、改正BGB281条による請求の場合――給付の遅延の場合――には給付に代わる損害賠償の請求時（または解除時）、改正BGB283条による請求の場合――給付の不能等の場合――には不能発生時（改正BGB275条１項）または債務者による履行拒絶権行使時（改正BGB275条２項・３項）が基準時となる[94]。その根拠は、市場価格による算定の基礎づけに応じて、以下の２つに分かれる。

a）客観的価値による基礎づけ

まず、市場価格による算定を客観的価値により基礎づけるクニューテルは、「一般利益」給付請求権が、現実給付請求権からの転形が生じる時点におけるその等価物であるということを根拠とする[95]。ここでは、「債務転形論」を前提として、給付に代わる損害賠償においては転形時の給付の客観的価値が実現されなければならないと考えられているわけである。

b）仮定的填補購入費用による基礎づけ

これに対して、市場価格による算定を仮定的填補購入費用により基礎づけるJ. W. フルーメは、給付に代わる損害賠償においては、債権者が「転形の決定（Umwandlungsentscheidung）」を行った時点において債務者が現実に履行を行っていたならばあったであろう状態と同じ状態が実現されなければならないということを根拠とする。すなわち、債権者がこの時点において費用の補償を受けつつ（kostendeckend）填補取引を行

---

[93] *Richard Giesen*, Verhältnis des Verzögerungsschadens zum Schaden statt der Leistung, in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S. 281 Fn. 58; *Flume*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 180 Fn. 389.

[94] *Knütel*, a.a.O.（Fn. 49）, S. 584; *Giesen*, a.a.O.（Fn. 93）, S. 281 ff.; *Lars Klöhn*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11. 2. 2009, JZ 2010, S. 47; *Flume*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 180.

[95] *Knütel*, a.a.O.（Fn. 49）, S. 584. これを支持するものとして、*Giesen*, a.a.O.（Fn. 93）, S. 281 ff. また、*Klöhn*, a.a.O.（Fn. 94）, S. 47も、同様の方向性と考えられる。

えるということが保証されなければならないというのである[96]。ここでは、クニューテルと同じく「債務転形論」が前提とされつつも、そこから、給付に代わる損害賠償においては転形時に現実給付が行われたのと同じ状態が実現されなければならないという考え方が導かれている点が注目される。

c　分析

以下では、以上の議論を分析していく。その際には、――本稿を通じてそうであるように――損害論を分析視角とする。具体的には、3種類の損害概念ごとに基準時を考察するということを試みたい。

（a）ドイツにおける損害論に対する意識の程度

その前に、ドイツにおいて、基準時問題の考察に際して損害論がどの程度意識されているのかという点を確認しておく。

1）本体喪失損害と利用利益喪失損害の区別を意識した考察――存在する

まず、本体喪失損害と利用利益喪失損害の区別を意識した考察は、ドイツにおいても存在する。このことは、フーバーが仮定的填補購入費用による算定の場合と（市場価格依拠型）転売利益の賠償の場合のそれぞれについて基準時を観念していたことに表れている。こうした考察は、フーバーに限られるものではなく、本体喪失損害を観念する論者においてはしばしば行われている[97]。

2）仮定的填補購入費用の賠償と客観的価値の賠償の区別を意識した考察――ほぼ存在しない

これに対して、本体喪失損害の内部における区別、すなわち仮定的填補購入費用の賠償と客観的価値の賠償の区別を意識した考察は、ほぼ行われていない。確かに、先に紹介したクニューテルやフルーメのように、仮定的填補購入費用と客観的価値のいずれかの観点から基準時問題を考察する論者は存在する。しかし、両者が異なるものであることを意識し

---

[96] *Flume*, a.a.O. (Fn. 35), S. 180.

[97] 本体喪失損害に関する基準時と転売利益に関する基準時を別々に観念するものとして、*Bardo*, a.a.O. (Fn. 35), S. 102 f., 131; *Knütel*, a.a.O. (Fn. 49), S. 584, 589 f. など。

たうえで、それぞれにつき基準時を観念する論者は存在しない。これは、基準時問題が主として取り上げられる一般債務不履行の場面において、――両者から導かれる賠償額が（ほぼ）一致するため――両者の区別がほぼ意識されていないという事情に起因するものと推測される。

その結果として、ドイツにおいては、３種類の損害概念ごとに基準時を考察するなどということはまったく行われていない。

（ｂ）損害概念ごとの考察の試み

しかし、このことは、３種類の損害概念ごとの考察の必要性を否定するものではない。なぜなら、ドイツ法の検討から３種類の損害概念が析出されることはすでにみてきたとおりであるし、基準時問題が、損害をどのように金額に評価すべきかという金銭的評価論の一部である以上、基礎に置かれる損害概念に応じて基準時を導く際の考慮は異なりうると考えられるからである。そこで、以下では、ドイツの議論を手がかりとして、３種類の損害概念ごとの考察を試みたい。

１）利用利益喪失損害――市場価格依拠型転売利益――推定上の転売契約締結時

まず、比較的単純な利用利益喪失損害からみていく。利用利益喪失損害（利用利益の価値の喪失）でありながらも市場価格による算定を基礎づけることができるのは、市場価格依拠型転売利益であるから、ここでは、この市場価格依拠型転売利益（の喪失）という損害概念を基礎とした場合にどの時点の市場価格により算定されることになるのかを検討することになる。

これについては、先に述べた、本体喪失損害と利用利益喪失損害の区別を意識して基準時を考察する論者の見解を参考にすることができる。それらの論者が共通して述べるのは、転売利益が問題となる場合の基準時は、債務者が適時に履行したとすると債権者が転売したであろう時点であるということである[98]。すなわち、252条２文――この規定は、逸失利益の存在および範囲についての推定ルールを定めた規定であると理解

[98] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 131; *Huber*, a.a.O.（Fn. 80）Leistungsstörungen, S. 250 f.（*ders.*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 736も参照）; *Knütel*, a.a.O.（Fn. 49）, S. 590.

されている[99]――の推定上、債権者が転売契約を締結したであろう時点が基準時となるというわけである。もっとも、それが具体的にどの時点であるかという点をめぐっては、対立がみられる。バルドーとフーバーが遅滞発生時とする[100]のに対して、クニューテルは、推定上の転売契約締結時は一概には決められず、買主や商品によって異なりうるとする[101]。

ともあれ、市場価格依拠型転売利益の賠償においては、――推定に依拠しているとはいえ――債権者が実際に逸失した利益の賠償が問題となっていることを踏まえると、推定上の転売契約締結時が基準時となるとするこれらの見解は、妥当なものということができる。

2）本体喪失損害――仮定的填補購入費用の賠償・客観的価値の賠償

続いて、本体喪失損害をみていく。ここでは、仮定的填補購入費用に関する基準時と客観的価値に関する基準時が問題となる。

ア）一般論

一般論としては、それぞれの基準時は以下のようになるということができる。

a）仮定的填補購入費用の賠償――債権者が填補購入を行うべき時点

まず、仮定的填補購入費用に関する基準時はどうなるか。フルーメにおいては、どの時点における現実給付と同じ状態が実現されなければならないかという点が問題とされていた。バルドーが合理的な買主であればいつ調達したであろうかという点を問題としていたのも、これと方向性を同じくする。このように、仮定的填補購入費用の賠償においては、債権者が填補購入を行うべき時点が基準時となるということができる。

b）客観的価値の賠償――どの時点の客観的価値が実現されるべきか

---

[99] これについては、第2章第2節1（1）ウ（イ）a（a）2）を参照。

[100] *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 131（なお、遅滞がない場合には履行期時とする）; *Huber*, a.a.O.（Fn. 80）Leistungsstörungen, S. 250.

[101] *Knütel*, a.a.O.（Fn. 49）, S. 589 f.

次に、客観的価値に関する基準時はどうなるか。コイクやクニューテルにおいては、どの時点の客観的価値が実現されなければならないかという点が問題とされていた。このように、客観的価値の賠償においては、どの時点の客観的価値が実現されるべきかという観点から基準時が決定されるということができる。

イ）具体化

問題は、一般論としてはそのようにいえるとしても、具体的にはどの時点が基準となるのかということである。

a）考慮要素――債権者の投機の排除

その検討にあたっては、一元説が多元説を批判する際に持ち出していた、債権者の投機可能性の観点が手がかりとなる。

aa）排除の方法――画一的排除と個別的排除の対立

一元説は、債権者の投機可能性を排除するため、基準時を１つの時点に固定すべきことを主張していた。ここでは、投機「可能性」の排除という表現にも表れているように、債権者の投機を画一的に排除するという方法、すなわち、債権者が投機を行うことのできる状況をそもそも生じさせないようにするという方法が採られている。しかし、債権者の投機を排除する方法は、これだけではない。原則としては複数の時点からの選択を認めつつ、債権者が信義誠実に反する形で基準時を先延ばしにした場合――例えば、債権者が投機目的で給付に代わる損害賠償の請求を遅らせた場合――には例外的にその基準時を排除するという方法もありうる。このように、債権者の投機の排除には、画一的排除と個別的排除の２つの方法がある[102]。

ドイツにおける一般的な見解である一元説は、このうち、画一的排除を選択したものといえる。画一的排除を採用すべき理由としては、個別的排除では著しい濫用事例にしか対応できないという点が指摘されている[103]。

---

[102] 以上につき、*Rabel*, a.a.O. (Fn. 35), S. 464; *Bardo*, a.a.O. (Fn. 35), S. 102を参照。

[103] *Rabel*, a.a.O. (Fn. 35), S. 464; *Bardo*, a.a.O. (Fn. 35), S. 102.

これに対して、個別的排除を採用した場合には、多元説になる（ただし、判例が採用する多元説については、必ずしもこのような個別的排除の帰結であると断言することはできない[104]）。

bb）適用対象――仮定的填補購入費用の賠償および客観的価値の賠償

ところで、ここで問題となっている債権者の投機とは、基準時の選択権を有する債権者が、先行基準時の市場価格による算定を確保しつつ、市場価格の騰貴を期待して後続基準時を遅らせるというものであった。このような投機は、債権者が選択権を有する基準時が仮定的填補購入費用に関するものであろうと、客観的価値に関するものであろうと、同様に行われうるものである。そのため、債権者の投機の排除という考慮要

---

[104] というのも、ここで問題としている個別的排除と画一的排除の対立は、次にも述べるように、本体喪失損害における基準時に関するものである。これに対して、判例は、先にも述べたように、市場価格による算定を転売利益の賠償として（のみ）正当化する立場を採っている。したがって、基準時に関する判例法理について、個別的排除の帰結であると単純に結論づけることはできない。では、判例法理はどのように理解することができるだろうか。これについては、３つの可能性が考えられる。

第１に、判例は、転売利益に関する基準時として遅滞発生時と履行請求権消滅時の２つを認めたという理解がありうる。これは、判例が基礎に置く損害概念に忠実な理解である。しかし、（市場価格依拠型）転売利益の賠償においては推定上の転売契約締結時が基準時となるはずであり、このことは、複数の基準時からの選択を認めるという考え方と親しまないように思われる（同様の指摘と考えられるものとして、*Huber*, a.a.O.（Fn. 80）Leistungsstörungen, S. 246）。

第２に、判例は、実質的には本体喪失損害の賠償を認めており、転売利益に関する基準時が遅滞発生時、本体喪失損害に関する基準時が履行請求権消滅時であるという理解がありうる。これは、フーバーが指摘していた事実上の選択権を認める考え方と重なる。

第３に、判例は、実質的には本体喪失損害の賠償を認めており、本体喪失損害に関する基準時として遅滞発生時と履行請求権消滅時の２つを認めたという理解がありうる。この第３の場合においてのみ、判例が採用する多元説と学説が採用する一元説を個別的排除と画一的排除の対立図式において理解することができる。

素が問題となる限り、仮定的填補購入費用に関する基準時と客観的価値に関する基準時をまとめて扱うことができる。

b）画一的排除を前提とした場合の具体的な基準時

では、ドイツの一般的な見解に従い画一的排除を採用した場合、どのような考慮に基づいて唯一の基準時が決まることになるのだろうか。実は、ここでも、債権者の投機可能性の排除が考慮されている[105]。すなわち、債権者の投機可能性の排除は、基準時を１つの時点に固定すれば完了するというものではない。その１つの時点を債権者がコントロールできる場合――例えば、基準時が猶予期間経過時あるいは給付に代わる損害賠償の請求時の場合――には、なお投機可能性は残る[106]。こうした投機可能性を排除するという要請を貫徹すれば、基準時は履行期時に固定されるべきことになるだろう。しかし、（債務法改正後の）通説は、履行請求権消滅時説を採用している。このことは、投機可能性の排除と衝突する何らかの要請が考慮されていることを示唆している。

aa）債権者の投機可能性の排除と衝突する要請――履行請求権への固執の許容

その要請を明らかにする手がかりとなるのは、仮定的填補購入費用に関する基準時について履行請求権消滅時説を採用する際にバルドーが基礎に置いていた考慮である。そこでは、債権者が填補購入を行うべき時点が履行請求権消滅時となるのは、その時点で債権者の受領義務[107]がなくなるからであるとされていた。こうした考慮は、基準時――仮定的填

---

[105] *Rabel*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 464 f.; *Huber*, a.a.O.（Fn. 80）Gutachten, S. 850; *Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 101 ff. を参照。

[106] もちろん、この場合には、先行基準時の市場価格による算定を確保しておくことはできないため、基準時の選択権がある場合とは異なり、価格変動のリスクを完全に回避しながら投機を行うことはできない。

[107] なお、ここでいう「受領義務」とは、債務としての受領義務――受領しなかった場合には債務不履行に陥るという意味における債権者の受領義務――のことではなく、受領しなかった場合には受領遅滞に陥るという意味における債権者に対する拘束のことである（Münchener, a.a.O.（Fn. 10）, § 281 Rn. 91（-*Ernst*）を参照）。

補購入費用の場合には、債権者が（仮定上の）填補購入を行う時点――を先延ばしにすることに（類型的な）理由があることを基礎づけるものであり、まさに債権者の投機可能性の排除と衝突する要請を問題とするものであるということができる。すなわち、バルドーは、債権者の投機可能性の排除という要請――基準時を先延ばしにすることをできる限り認めてはならないという要請――を前提としつつも、債権者の受領義務がなお存在する限りにおいて基準時を先延ばしにする理由があるという考慮をも踏まえ、基準時を履行請求権消滅時としたものと考えられる。

もっとも、受領義務の有無に着目したバルドーの論拠には、疑問がないわけではない。というのも、基準時を先延ばしにする理由があるかどうかを考えるにあたっては、厳密には、「基準時を先延ばしにしなければならないか」ではなく、「基準時を先延ばしにしてよいか」を考えなければならない。ところが、受領義務の有無に着目した場合には、受領義務がある段階では債務者への履行請求で満足せざるをえず、受領義務がなくなってはじめて（仮定上の）填補購入に踏み切ることができるようになるというように、「基準時を先延ばしにしなければならないか」が問題とされている。そうではなくて、「基準時を先延ばしにしてよいか」を問題とするのであれば、債権者がどの時点まで履行請求権に固執[108]してよいか――法的に表現するならば、どの時点まで履行請求権の行使が許されるか――を問わなければならない[109]（もっとも、バルドーにおい

[108] なお、一般的には、「固執」という表現は否定的なニュアンスを伴うが、ここでは、「固執」という表現に、債権者の行動に対する否定的な評価――損害賠償請求等に切り替えることなくいつまでも履行請求権を行使しつづけるのは「不合理」であるというような評価――を込める意図はない。「固執」という表現を用いているのは、もっぱら表現としての分かりやすさを重視したことによる。

[109] なお、バルドーにおいては、次のような記述もみられる。「履行請求権が猶予期間の経過により消滅する場合には、債権者は、猶予期間の長さを決めることによる投機可能性を依然として有する。これは、遅滞があったとしても履行請求権を存続させるドイツの規律の帰結である」（*Bardo*, a.a.O.（Fn. 35）, S. 103）。ここでは、履行請求権への固執の許否こそが決定的な問題であることが適切に理解されているようにもみえる。

ては受領義務が消滅するのも履行請求権への固執が認められなくなるのも同じ履行請求権消滅時であると考えられるため、結論に影響はない[110])。

なお、債権者の投機可能性の排除の要請と履行請求権への固執の許容の要請を衡量することにより基準時が決まるというのは、仮定的填補購入費用の場合だけでなく、客観的価値の場合にもいえることである。というのも、この場合には、客観的価値が実現される時点を先延ばしにしてよいかが問われることになる。これはまさに、履行請求権への固執を断念して客観的価値の実現で満足しなければならないようになる時点はいつか――法的に表現するならば、履行請求権の行使が許されなくなる時点はいつか――を問うことにほかならない。したがって、このような衡量のもとで基準時を導き出す限りにおいて、仮定的填補購入費用に関する基準時と客観的価値に関する基準時は一致することになる。

bb）履行請求権消滅時説が通説となっている理由――履行請求権への固執の許容の要請の重視

以上のことを踏まえると、履行請求権消滅時説が（債務法改正後の）通説となっていることにも、理由があることが分かる。というのも、ドイツにおいては、履行請求権に対する損害軽減義務（254条２項）の適用を認めない見解が通説となっている。これによると、履行に要する費用が時間の経過とともに増えていく場合であっても、債権者に給付に代わる損害賠償の請求や解除を行う義務が生じることはなく、債権者は、履行請求に固執しつづけることができる[111]。つまり、債権者は、――給付に代わる損害賠償の請求または解除を通じて――自らの意思により履

[110] これに対して、例えば、改正 BGB のもとで、受領義務が消滅するのは猶予期間経過時、履行請求権への固執が認められなくなるのは履行請求権消滅時であると考えた場合には、２つの時点が異なることになる。改正 BGB のもとで受領義務の消滅時期をめぐって議論があることについては、改めて触れる（第２章第３節を参照）。

[111] *Marc-Philippe Weller*, Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, 2009, S. 416; Grüneberg, a.a.O. (Fn. 88), § 254 Rn. 4 (-*Grüneberg*) など。

行請求権を消滅させない限り、原則として履行請求権に固執しつづけることができるのである。このような形で履行請求権への固執を許容するのであれば、基準時問題において債権者の投機可能性の排除の要請との衡量を行う際にも、履行請求権への固執の許容の要請を重視して履行請求権消滅時説を採るのでないと、一貫しない。このように、履行請求権消滅時が通説となっているのは、履行請求権への固執の許容の要請を重視するというのがドイツの通説的な立場であることを踏まえると、よく理解することができるわけである。

＊本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。