HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（5）：損害論の視角からの分析
Author(s)	林, 耕平
Citation	北大法学論集, 75(5-6), 137-163
Issue Date	2025-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/94404
Type	departmental bulletin paper
File Information	06_Hayashi_lawreview_75_5・6.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（5）

―― 損害論の視角からの分析 ――

林　　耕平

目　次

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

ウ　請負における判例変更の射程（売買への影響）に関する判例の展開とそれをめぐる学説の議論
（３）まとめ――一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論の接合　（以上、75巻１＝２号）
２　析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
（１）各損害概念に妥当する規範内容
ア　損害概念ごとの考察
イ　３種類の損害概念をまとめて取り上げた考察
（ア）基準時　（以上、75巻３＝４号）
（イ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算
a　抽象的損害計算・具体的損害計算の意味と適用場面
b　抽象的損害計算と具体的損害計算の関係
（２）損害概念相互の序列関係
ア　問題の所在――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存否
イ　判例・学説
ウ　小括――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存在　（以上、本号）
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

（イ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算

続いて、人的基準の問題を検討する。

a　抽象的損害計算・具体的損害計算の意味と適用場面

まず、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」の意味と適用場面についてみていく。

本稿では、ドイツの議論を検討するにあたって、「抽象的損害計算」を、さしあたり、市場価格（と代金額の差額）による算定と定義した。そして、この「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐって、（市場価格依拠型）転売利益の賠償により基礎づける転売利益限定説と、本体喪失損害の賠償により基礎づける転売利益非限定説の間に対立があることをみてきた。

ドイツにおいては、こうした基礎づけをめぐる対立に伴い、「抽象的損害計算」という概念が論者によって異なる意味で用いられていること

が指摘されている[1]。

（ａ）転売利益限定説――「抽象的損害計算」を訴訟法的に理解

すなわち、前者の立場に立つ論者は、「抽象的損害計算」は単なる推定であり、被告（債務者）には、債権者の具体的事情を踏まえた推定の覆滅が認められる（つまり、「抽象的損害計算」は本稿のいう「主観的損害計算」にあたる）と考える[2]。これは、「抽象的損害計算」を訴訟法的に理解する立場であるといえる。

（ｂ）転売利益非限定説――「抽象的損害計算」を実体法的に理解

これに対して、後者の立場[3]に立つ論者は、「抽象的損害計算」は債権者の具体的事情を考慮しない算定方法（つまり本稿のいう「客観的損害計算」）であり、被告（債務者）には、債権者の具体的事情を踏まえた反論が認められないと考える[4]。これは、「抽象的損害計算」を実体法的に理解する立場であるといえる。

１）抽象的損害計算――債権者の具体的事情を考慮することなく行われる算定［客観的損害計算］

さて、ドイツ法の検討の結果、このように実体法的に理解された「抽象的損害計算」の基礎づけには、以下の２つがあることが明らかとなった。

---

[1] *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S. 511 ff.; *Christian Knütel*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 557; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 8. Aufl., 2019, Vor § 281 Rn. 24 f. (-*Volker Emmerich*).

[2] 転売利益限定説の中でも、「抽象的損害計算」についてこのような理解に立つことを特に明確に示しているものとして、例えば、Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002, § 325 Rn. 16 (-*Helmut Heinrichs*) を参照。

[3] すでに述べたように、本稿は、（さしあたりドイツ法について）転売利益非限定説を支持する。

[4] 転売利益非限定説の中でも、「抽象的損害計算」についてこのような理解に立つことを特に明確に示しているものとして、例えば、*Robert Neuner*, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931), S. 293 f., 302を参照。

ア）仮定的填補購入費用の賠償

１つは、仮定的填補購入費用の賠償[5]である。――仮定的填補購入費用の賠償を認めるかどうかについては立場が分かれうるが、仮に認める立場に立った場合には――この賠償は、当該目的物について填補購入を想定することができる（当該目的物が代替物である）限り、常に認められる。

イ）目的物の客観的価値の賠償

もう１つは、目的物の客観的価値の賠償[6]である。この賠償も、常に認められる。

２）具体的損害計算――債権者の具体的事情を考慮して行われる算定［主観的損害計算］

「抽象的損害計算」が以上のような意味で理解される限り、それと対置される「具体的損害計算」は、本稿のいう「主観的損害計算」と同じ意味、すなわち、債権者の具体的事情を考慮して行われる算定という意味において理解されることになる。ドイツ法の検討の結果、この意味における「具体的損害計算」の基礎づけには、以下の２つがあることが明らかとなった。

ア）事実的填補購入費用の賠償

１つは、事実的填補購入費用の賠償[7]である。この賠償は、填補購入が実際に行われた場合に限って認められる。

イ）給付の利用利益の価値の賠償

もう１つは、給付の利用利益の価値の賠償である。この賠償は、仮に履行がされたならば当該債権者が実際に(賠償請求の対象となっている)

---

[5] ここでは一般債務不履行の場面を念頭において仮定的填補購入費用の賠償を取り上げたが、瑕疵担保の場面における仮定的瑕疵除去費用の賠償も、この意味における「抽象的損害計算」にあたるとみてよいであろう。

[6] ここでは一般債務不履行の場面を念頭において目的物の客観的価値の賠償を取り上げたが、瑕疵担保の場面における目的物の減価分の賠償も、この意味における「抽象的損害計算」にあたるとみてよいであろう。

[7] ここでは一般債務不履行の場面を念頭において事実的填補購入費用の賠償を取り上げたが、瑕疵担保の場面における事実的瑕疵除去費用の賠償も、この意味における「具体的損害計算」にあたるとみてよいであろう。

利用利益を取得したであろうと認められる場合に限って認められる。

b　抽象的損害計算と具体的損害計算の関係

次に、抽象的損害計算と具体的損害計算の関係をめぐる問題を検討する。ここでは、具体的損害計算による賠償額が抽象的損害計算による賠償額よりも低い場合の処理に関して、２つの問題を取り上げることとしたい。

なお、以下の検討においては、「抽象的損害計算」を――実体法的な理解と訴訟法的な理解の対立からはいったん距離を置き――単に市場価格（と代金額の差額）による算定という意味で用いる（それに伴い、「具体的損害計算」も、当該債権者に固有の指標に基づく算定という意味で用いることになる）。これは、以下で明らかにするように、抽象的損害計算と具体的損害計算の関係をめぐる問題――その中でも、とりわけ2つ目に取り上げる問題――における見解の対立が、まさに「抽象的損害計算」を実体法的に理解するか訴訟法的に理解するかという点に関する立場の違いを反映したものであることによる。

（ａ）事実的填補購入費用が抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額の場合の処理

まずは、事実的填補購入費用が抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額の場合に、債務者はどのような内容の責任を負うべきかという問題を検討する。

１）問題の所在

そうした債権者に有利な填補購入が行われる原因としては、様々なものが考えられる。例えば、そもそも市場価格は平均値にすぎず、ほとんどの場合、実際の代金額はそこから上下に（若干）ぶれるという事情に起因する場合がある。また、債権者が大売出し等の特別な機会を利用したことによる場合や、債権者の特別な才覚・努力による場合も考えられる。このほか、抽象的損害計算の基準時の後、市場価格が下落してから債権者が填補購入を行う場合も考えられる[8]。以上の各場合に、債権者は、

[8] 以上につき、*Ulrike Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989, S. 113 f.; *Ulrich Huber*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 737を参照。

なお抽象的損害計算に依拠することができるのか、それとも事実的填補購入費用による算定に限定されるのかが問題となる。

２）学説

学説は、以下の２つに分かれる。

ア）抽象的損害計算選択可能説（通説）

通説は、債権者は抽象的損害計算を選択することができるとする[9]。抽象的損害計算を実体法的に理解する論者のほとんどは、この見解を採る。彼らは、抽象的損害計算においては、債権者の具体的事情にかかわらず、市場価格による算定が常に認められると考えるわけである（なお、抽象的損害計算を訴訟法的に理解する論者も、有利な填補購入を行った債権者に抽象的損害計算の選択を認める[10]）。

イ）具体的損害計算限定説（バルドー）

これに対して、抽象的損害計算を実体法的に理解する論者の中でも、バルドーは、具体的損害計算、すなわち事実的填補購入費用による算定に原則として限定されるとする[11]。

---

[9] *Ernst Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936, S. 459; *Brigitte Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 115, 118; *Herbert Wiedemann*, Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, 1984, S. 721; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 251 f.; *Knütel*, a.a.O.（Fn. 1）, S. 586.

[10] Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, §§ 343-375, 12./13. Aufl., 1926, Anh. zu § 374 Anm. 60（-*Heinrich Koenige*）など。この立場において抽象的損害計算の選択が認められるのは、有利な填補購入により取得した商品を転売することにより転売利益を得たとしても、そのことが抽象的損害計算――債務者の引き渡すべき目的物に関する転売利益の賠償――の妨げにならないからであるとされる。というのも、債権者は、仮に債務者が履行していたとしても、債務者が引き渡した目的物に加えて（填補購入により取得した）その商品をも転売し、二重に転売利益を得ることができただろうといえるからである。

[11] 抽象的損害計算を訴訟法的に理解する立場に立ったうえで、抽象的損害計算を「事実的填補購入費用の推定」という構成（連載第１回の注（107）を参照）により基礎づける場合にも、当然のことながら、事実的填補購入費用による算定に限定されることになる（判例として、BGH, WM 1998, 931（931 f.）. 学説として、*Josef Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1, Teilband 2, 8. Aufl., 2000, S.

この考え方の基礎には、事実的填補購入費用の位置づけに関するバルドーのある特徴的な理解がある。バルドーによると、「填補購入において賠償されるのは、〔原契約の代金額と比べて〕より高額の調達価格を支払ったことによる損失ではなく、その調達価格によって確定される目的物の調達価値である」[12]。このうち、前半部分は、事実的填補購入費用（ないしその支出）自体を損害とみるべきではないことを説くものであり、事実的填補購入費用の賠償を履行状態実現費用の賠償として位置づける見解とも共通する。これに対して、後半部分は、事実的填補購入費用を給付の客観的価値の尺度とみるべきことを説くものであり、バルドー特有の理解であるといえる。

バルドーによると、このように客観的価値を測る方法として填補購入を理解する以上、事実的填補購入費用が市場価格を下回る場合にも、市場価格よりも事実的填補購入費用が客観的価値の尺度として優先されるべきである[13]。ここには、単なる平均値にすぎない市場価格よりも、実際の填補購入において支払われた代金額のほうが、客観的価値をより的確に表しているという理解をうかがうことができる。

ただし、バルドーは、有利な填補購入が、損害軽減義務として要求される程度を超える債権者の努力に基づく場合には、損害軽減義務を超えたことによる節約分の賠償も認める（これと同様の考え方は、判例においてもみられる[14]）。債権者の努力が義務の範囲を超えるといいつつ、それによって生じた利益を債務者に享受させるのは一貫していないというのである。そのような債権者の努力の例としては、市場価格の下落を

130; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 315-327, 2001, § 325 Rn. 64 (-*Hansjörg Otto*); Münchener, a.a.O. (Fn. 1), Vor § 281 Rn. 34 (-*Emmerich*))。

[12] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 104.

[13] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 112 f.

[14] 判例は、事実的填補購入費用による算定に限定されるという立場に立ちつつ（前掲注(11)を参照）も、債権者の「義務の範囲を超える努力（überobligationsmäßige Bemühungen）」に基づく有利な取引が債務者の利益になることがあってはならないとする（BGH, WM 1998, 931 (932)）。

期待した投機が挙げられている[15]。

３）分析――両見解の違いが大きくないこと

では、以上の議論を分析していこう。以下で示すように、通説とバルドーの見解の違いは、見かけほど大きくないということができる。

ア）結論面

まず、結論面に関して述べると、バルドーの見解の主眼は、平均値としての市場価格と実際の代金額との間に不可避的な差異が生じた場合に後者を客観的価値の尺度とする点にあると考えられる。しかし、そもそもその差異はそれほど大きくはならないであろうし、また、通説においても､最初から市場価格を変動幅を持つものとして理解する[16]場合には、実際の代金額を市場価格とみて抽象的損害計算を行う限り、バルドーの見解との違いは生じない。

また、バルドーのいう損害軽減義務の範囲を超える努力が行われた場合には、通説においては市場価格による算定、バルドーの見解においては「事実的填補購入費用＋節約分」による算定が行われるということになり、若干の違いはあるものの、結論が大きく異なることはほぼないと考えられる。

そうすると、唯一両見解の結論が大きく異なることになるのは、損害軽減義務の範囲を超える努力が行われていないにもかかわらず、市場価格の変動幅の下限を下回る代金額で填補購入が行われた場合である。しかし、そのような填補購入が実際にありうるのかは疑わしく、結局、両見解の結論はあまり変わらないものと考えられる。

イ）理論面

次に、理論面に関して述べると、確かに、両見解は、抽象的損害計算の選択の可否という点で対立している。しかし、その対立は、あくまでバルドーが事実的填補購入費用を客観的価値の尺度として理解していたことに起因するものであって、損害論の観点からみると、両見解は、有利な填補購入があったとしても客観的価値の賠償を認めるという限度において共通している。これは、抽象的損害計算を実体法的に理解する立

[15] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 114 f.

[16] *Johannes W. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 181を参照。

場に共通の特徴であるということができる。

（b）抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額で転譲渡（転売・転贈与）したであろうと認められた場合の処理

続いて、仮に履行が行われたとすると、抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額で転譲渡（転売・転贈与）したであろうと認められた場合（すでに具体的な転売・転贈与契約が締結されている場合も含む）に、債務者はどのような内容の責任を負うべきかという問題を検討する。ここでは、債権者が、なお抽象的損害計算に依拠することができるのか、それともその低額での転売による転売利益の賠償に限定される（転売価格が原契約の代金額を超えない場合や転贈与の場合には、それすら認められない）のかが問題となる。

この点については、――議論は決して活発ではないものの――以下の２つの見解が対立している。

1）抽象的損害計算選択可能説

まず、債権者は抽象的損害計算を選択することができるとする見解がある。

これを明示的に主張するのは、バルドーである[17]。その根拠としては、「仮に買主が目的物を取得したとすると、買主の財産は――さしあたり（zunächst）――価値の差〔引用者注：目的物の客観的価値と代金額の差〕の分だけ拡大しただろう」[18]ということや、債務者の履行により生じる債権者の財産の拡大が（転譲渡により）長続きしない場合であっても、債権者は履行を請求することができる[19]ということが述べられている。要するに、ここでは、給付目的物を受領した後に債権者がそれをどのように利用するか――転譲渡するのか、それとも保持するのか――にかかわらず履行請求をすることができる以上、不履行に基づく損害賠償においても、債権者の利用態様にかかわらず、債権者がさしあたり取得したであろう給付の客観的価値（と代金額の差）の賠償を請求すること

[17] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 120 ff.
[18] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 120.
[19] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 121.

ができると考えられているわけである。

これと同じ考え方は、ノイナーやラーベルなどにおいてもみられた。すなわち、彼らは、本体喪失損害の賠償においては賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的損害計算」が認められるということを根拠づける際、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を持ち出していた。彼らにおいては必ずしも明示的に述べられていたわけではないが、今ここで問題としている（市場価格よりも低額での）転譲渡は、債権者による給付の利用の典型例であるといえるため、彼らも、バルドーと同じく、抽象的損害計算の選択を認める見解に立っているものと推測することができる。

このように、本体喪失損害という概念を承認する限り、つまり、抽象的損害計算を実体法的に理解する立場に立つ限り、市場価格よりも低額で転譲渡したであろうと認められた場合にも抽象的損害計算の選択を認める見解を採ることになると考えられる。

２）具体的損害計算限定説

これに対して、抽象的損害計算を訴訟法的に理解する立場に立った場合には、市場価格よりも低額で転譲渡したであろうということが認められることにより、市場価格で転売したであろうという推定が覆されることになるため、抽象的損害計算は認められず、具体的損害計算に限定されることになる[20]。

（２）損害概念相互の序列関係

以上で、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――の検討を終える。ここからは、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――について検討していく。

---

[20] RGZ 100, 112 (113). 本判決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）111頁。

ア　問題の所在――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存否

ここで問題となるのは、利用利益喪失損害の賠償を履行状態実現費用の賠償（現実給付の不取得という損害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問題である。例えば、代替物の売買契約において売主が引渡しを行わなかったという事例において、買主は、自ら履行状態実現措置（填補購入）を行うことなく、利用利益喪失損害（転売利益の喪失や営業利益の喪失など）の賠償を請求することができると考えるべきか。それとも、そうした利用利益喪失損害は、買主が履行状態実現措置（填補購入）を行うことにより自ら回避すべきものであるため、買主は、履行状態実現措置に要する費用の賠償を請求することはできるものの、利用利益喪失損害の賠償は履行状態実現措置をとることができない場合（不代替物の場合など）を除き請求することができないと考えるべきか。

この問題は、ドイツにおいては、特に転売利益の賠償において、債権者に損害軽減義務（254条２項）としての填補購入義務が原則として認められるかどうかという形で議論されている（なお、ここでの「損害軽減義務」は、先に紹介した、債権者が行う措置（履行状態実現措置）の合理性が問題になる場合の「損害軽減義務」とは意味が異なることに注意を要する）。

イ　判例・学説

以下では、この問題に関する判例・学説の紹介・分析を行う。以下のように、この問題については、抽象的損害計算を実体法的に理解するか訴訟法的に理解するかに応じて、２つの見解が対立している。

（ア）転売利益限定説――填補購入義務原則的否定説

まず、判例・伝統的通説のように、転売利益限定説を採り、抽象的損害計算を訴訟法的に理解する立場に立った場合、填補購入義務は原則として認められるだろうか。なお、転売利益限定説は損害概念を多元的に把握する立場に立つものではないため、填補購入義務が原則として認められるかという問題は、転売利益限定説においては、損害概念相互の序列関係の問題という性質を持ちえないことをあらかじめ断っておく。

a　内容

判例・伝統的通説は、極めて大きな損害が生じる危険性があるなどの特段の事情がある場合を除き、填補購入義務は認められないとする[21]。

b　分析――転売利益限定説と填補購入義務原則的否定説の連関

判例・伝統的通説がこのように填補購入義務を原則として認めないのは、転売利益限定説を採っていることと関係があると指摘されている。すなわち、判例・伝統的通説は、抽象的損害計算を転売利益の賠償によって基礎づけている。そして、その転売利益の賠償は、市場性のある商品（marktgängige Ware）が問題となっている場合に認められる。ここで、市場性のある商品の場合に填補購入義務を認めると、抽象的損害計算が常に認められないことになってしまう。そのため、自らの抽象的損害計算の基礎づけと一貫性を保とうとするならば、填補購入義務を広範に認めるわけにはいかないというわけである[22]。

（イ）転売利益非限定説――填補購入義務原則的肯定説（現在の通説）

これに対して、転売利益非限定説を採り、抽象的損害計算を実体法的に理解する立場に立った場合には、目的物が不代替物の場合など填補購入が不可能な場合を除き、填補購入義務を認めるのが一般的であり、これが現在の通説となっている[23]。なかでも、リームはその実質的根拠を

---

[21] 判例として、RG, LZ 1909, Sp. 143 Nr. 19; RG, LZ 1909, Sp. 321 (322); RG, JW 1910, 613 Nr. 4 (614); RG, LZ 1914, Sp. 475 Nr. 4; RG, Recht 1921, Sp. 228 Nr. 1603; BGHZ 62, 103 (107) など。学説として、Staub, a.a.O. (Fn. 10), Anh. zu § 374 Anm. 61 (-*Koenige*); Palandt, a.a.O. (Fn. 2), § 325 Rn. 17 (-*Heinrichs*) など。

[22] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 134.

[23] *Ernst Steindorff,* Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/1960), S. 461; *Keuk*, a.a.O. (Fn. 9), S. 184 ff.; *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 139; *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 589; *Huber*, a.a.O. (Fn. 8), S. 743; *Thomas Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 20 ff., 387 ff.; *ders.*, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 365 ff.; *Flume*, a.a.O. (Fn. 16), S. 184 f.; *Barbara Dauner-Lieb*, Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch!, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, 2020, S.

提示しているため、以下では、リームの見解を詳しく取り上げることとする。

a　内容――リームの見解

リームは、その教授資格論文[24]において、「現実履行原則（Grundsatz der Naturalerfüllung）」――「物の給付を求める請求権については、その現実履行（in Natur zu erfüllen）が優先されるべきであるという原則」[25]――をそもそも認めるべきか、認めるとして、どのような内容において認めるべきかという問題に取り組んだ。リームの研究対象は広範であり、契約上の請求権だけでなく、不法行為法、不当利得法、物権法などにおける法律上の請求権にも及ぶ[26]。また、実体法だけでなく、訴訟法と執行法も研究対象とされる[27]。リームの研究の主眼は、こうした広範な領域において妥当すべき「現実履行原則」の内容を明らかにすることにあるのだが、以下では、本稿の関心に即して、リームの研究のうち契約上の請求権に関する部分を中心に紹介することとする。

（a）3段階の給付利益実現手段

まず、リームによると、債権者の給付利益（Leistungsinteresse）[28]を満足させる手段は、以下の3段階に分かれる[29]。

115.

[24] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz. また、この教授資格論文で示した理論枠組みを特に給付に代わる損害賠償において展開したものとして、*ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 363. 以下の紹介では、この論文も補充的に参照する。

[25] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 529の定義である。ただし、リームの研究対象は、物の給付を求める請求権に限定されるものではなく、作為請求権および不作為請求権をも含めた現実給付請求権一般に及ぶ（S. 1）。

[26] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 2 ff.

[27] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 6 f.

[28] リームのいう「給付利益（Leistungsinteresse）」は、履行利益――債務が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益――と（概ね）同義であると考えられる。ただし、以下で紹介するリームの記述に照らすと、ここでリームが念頭に置いているのは、履行利益全体というよりも、むしろ、履行利益のうち給付に代わる損害賠償の対象となるもののみであると考えられる。

[29] なお、先に述べたように、リームは、給付に代わる損害賠償においても直

１）第１段階――履行請求権

第１段階は、「債務者による現実履行」である[30]。契約上の請求権の場合、これは、改正BGB241条１項[31]の履行請求権により実現される[32]。

２）第２段階――填補取引費用の賠償

第２段階は、「債務者の費用における第三者による現実履行」である。これは、債権者が債務者以外の者に現実履行を委託し（つまり、填補取引を行い）、その現実履行の費用を債務者に請求するというものである[33]。契約上の請求権の場合、これは、改正BGB280条３項の給付に代わる損害賠償の形をとり、損害法上は、履行状態実現費用の賠償（249条２項準用）にあたる[34]。

３）第３段階――純粋金銭賠償

第３段階は、「純粋金銭賠償」である。ここでは、債権者は、第１段階・第２段階とは異なり、現実給付を取得するのではなく、その金銭等価物を取得するにすぎない[35]。この「純粋金銭賠償」には、「本体価値」の賠償だけでなく、「利用利益喪失損害」の賠償も含まれる[36]。契約上の請求権の場合、「純粋金銭賠償」は、填補取引費用の賠償と同じく改正BGB280条３項の給付に代わる損害賠償の形をとるが、填補取引費用の賠償とは異なり損害法上は251条の金銭による賠償にあたる[37]。

接的履行状態実現が認められうるという立場に立つ（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｄを参照）のであるが、以下では、直接的履行状態実現については扱わない。

[30] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 20.

[31] 【改正 BGB 第241条（債務関係から生じる義務）】

(1) 債権者は、債務関係に基づき、債務者に対して給付を請求する権利を有する。給付は、不作為であることもある。

(2) 債務関係は、その内容に応じて、各当事者に、相手方の権利、法益及び利益の顧慮を義務づけることがある。

[32] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

[33] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 22.

[34] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25 f.

[35] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 23.

[36] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 23 f.; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 378.

[37] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26.

（b）給付利益実現手段相互の序列関係――現実履行原則

リームによると、こうした3段階の給付利益実現手段には、序列関係（Rangfolge）が存在する。すなわち、これらの3つの手段の間には、第1段階・第2段階・第3段階の順に優先されるべきであるという「現実履行原則」が妥当しているとされる[38]。この「現実履行原則」は、厳密には、債権者を拘束するもの――そこでは、債権者が、債務者に対して、上位の段階に属する手段に代えて下位の段階に属する手段に依拠した請求をすることができるかが問題となる――と債務者を拘束するもの――そこでは、債権者が上位の段階に属する手段に依拠して請求してきた場合に、債務者が下位の段階に属する手段に依拠することによりその請求から解放されることができるかが問題となる――の2つに分かれる[39]のだが、以下では、本稿の関心に即して、前者のみをみていく。

1）第1段階と第2段階の間の序列関係

まず、第1段階――履行請求権――と第2段階――填補取引費用の賠償――の間の序列関係についてみていく。

ア）現象形態――填補賠償付加要件（改正BGB281条～283条）

リームによると、この序列関係は、給付に代わる損害賠償の請求のために必要な要件に表れている。すなわち、債権者は、さしあたり、履行請求しかすることができない。給付に代わる損害賠償は、――帰責事由のほか――改正BGB281条から283条までに定められた付加要件、とりわけ、改正BGB281条1項の猶予期間の設定という要件を満たしてはじめて請求することができる。こうした規律により、債務者による現実給付の原則的な優先が確保されている[40]。

イ）根拠

こうした序列関係が認められるべき実質的根拠は、以下の点に求められている。

---

[38] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 24 f.

[39] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 18 f. を参照。

[40] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26.

ａ）両当事者の利益状況の観点

まず、両当事者の利益状況の観点が論じられる。

「債権者の視点からみると、第１段階と第２段階は、ほぼ同じである。なぜなら、いずれの場合においても、債権者の現実給付利益が満たされるからである。――ドイツ法では通常そうであるように――債権者が填補取引費用自体に加えて遅延損害と追加的な取引費用を債務者から賠償してもらえるとすると、債権者にとっての違いは、債権者が填補取引の苦労を引き受けなければならず、この不快さについて、また、場合によっては、容易に証明することができないその他の損害項目について、賠償を受けることができないという点にしかない」[41]。

「これに対して、債務者の視点からみると、第１段階と第２段階の間には重大な違いがある。すなわち、ここでは、債務者は、すでに第２段階（債務者の費用における第三者による現実履行）において、現実に履行を行うことに対する利益――契約上の債務の場合には、自らの給付費用と契約代金との差額――をもはや実現することができず、その代わりに、第三者の利益の資金を出さなくてはならないことになる」[42]。例えば、ある商品を代金30万円で売却するという売買契約において、売主がその商品を給付するのに20万円の費用がかかるとする。そうすると、売主は、現実に履行を行うことにより、10万円のマージンを取得できることになる。これに対して、買主が第三者から例えば代金35万円で填補購入を行い、その費用を売主に請求した場合には、売主は、10万円のマージンを取得することができないどころか、填補購入による増加費用の５万円を賠償しなければならない――第三者のマージン（の一部）の資金を出さなければならない――ことになるというわけである。

以上を踏まえると、第２段階よりも第１段階のほうが優先されるべきだといえる。したがって、第２段階に進むことができるのは、第１段階が不可能か、または一方当事者にとって期待不可能である場合に限られる（債権者が第２段階に依拠して請求することができるのは、第１段階が不可能か、または債権者にとって期待不可能である場合に限られ

[41] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 24.

[42] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

る）[43]。

b）効率性の観点

また、現実履行請求権と金銭給付請求権の間の序列関係は、経済学的な効率性の観点からも基礎づけられる。

aa）現実履行請求権の原則的な優先の正当化

まず、現実履行請求権が原則として優先されるべきことについては、主として、以下の３点から正当化される。

aaa）契約の遂行によるパレート改善の実現

第１は、現実履行請求権が行使され、契約が遂行されることによって、両当事者が契約の締結により志向したパレート改善[44]がそのまま実現されることになるという点である[45]。

bbb）契約違反前に交渉を行うインセンティブの設定

第２は、給付障害の場合にも現実履行請求権が一次的な債権者の権利であることにより、債務者の契約違反が生じる前に両当事者が交渉を行うインセンティブが設定されるという点である[46]。

給付障害の場合に債権者が現実履行請求権を行使することができるという前提のもとでは、（合理的な）債務者は、もはや契約の履行を望まない場合――例えば、製造費用が増加した場合や、より有利な価格での購入を申し出る第三者が現れた場合――であっても、債権者との交渉をせずに一方的に契約に違反することはない。なぜなら、契約違反後に債

---

[43] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

[44] パレート改善も含め、法と経済学の基本的な考え方については、スティーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』（日本経済新聞出版社・2010年）などを参照。なお、リーム自身は、法と経済学の基本的な考え方を説明している箇所（*Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 150 ff.）において、*Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., 2005; *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., 2012などを参照している。

[45] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208.

[46] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208.

権者から現実給付を請求されるおそれがあるからである。つまり、債務者は履行可能な状態を保っておく必要があるのである。ここで、債務者が給付目的物を他の目的――例えば、より有利な価格での購入を申し出る第三者への売却――に利用しようとするならば、債権者との間で、事前に、（場合によっては補償金の支払と引換えに）現実履行義務からの解放を求める交渉をしておく必要がある。この交渉において、債権者は、自らの給付利益を開示することになる。なぜなら、給付利益は、合理的な債権者が現実給付請求権の放棄と引換えに要求する補償金の下限を画するからである。こうして情報が開示されることにより、理想的な場合には、両当事者間にパレート改善を導く合意が形成されることになる。この合意の内容は、（場合によっては補償金の支払と引換えの）契約の解消であることもあれば、反対給付その他の契約条件の修正であることもあれば、当初合意された条件のままでの契約の遂行であることもある。このような合意に至らなかった場合にはじめて、（費用が高くつく）訴訟手続が必要となる[47]。

これに対して、給付障害の場合に債権者が金銭給付のみを請求することができるという前提のもとでは、これと同じような交渉のインセンティブは存在しない。なぜなら、契約違反後に債権者から現実履行を請求されることを恐れる必要がないからである。したがって、債務者は、もはや現実給付を行うことができる状態を保っておく必要はなく、一方的に契約に違反して、給付目的物を他の目的に利用することができる[48]。

ccc）填補取引費用の賠償との比較における効率性の高さ

第３は、現実履行のほうが填補取引費用の賠償よりも効率的であるという点である。確かに、代替性のある給付の場合には、市場において代替品を容易に取得することができるので、現実履行請求権は債権者の利益を実際上満足させるためには不要であるかもしれない。しかし、債務者が現実給付を自ら行ったほうが、さしあたっては効率的である。なぜなら、債務者が自らのマージンを実現することができるうえに、填補取

[47] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 201.

[48] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 202.

引に関する取引費用が生じないからである。填補取引が経済的に望ましい解決となるのは、（さらなる）給付の遅延による債権者の損失が填補取引を原因とする効用の喪失よりも大きくなるときに限られる[49]。

bb）猶予期間の設定による金銭給付請求への移行の正当化

しかし、現実履行が非効率的となってしまう場合には、現実履行請求権の優先を貫くべきではない。したがって、何らかの要件のもとで、現実履行請求権から金銭による損害賠償の請求権への移行を認める必要がある[50]。

ドイツ法は、猶予期間の設定（および経過）を基本的な移行の要件とする規律を採用している（改正BGB281条１項）。この規律は、以下のように正当化される。

aaa）債権者に一方的な移行の決定権を認める必要性――給付利益に関する情報の偏在

まず、債権者が猶予期間の設定という形で一方的に移行を決定する権利を有することについては、給付利益に関する情報の偏在により正当化される。

すなわち、債権者の給付利益――ここには、「利用利益（Verwendungsinteresse）」、すなわち、「給付を計画どおりに利用することに対する利益」[51]も含まれる――を完全に知っているのは、債権者のみである。というのも、債権者以外の者――債務者、立法者または裁判官――は、債権者の利用計画（Verwendungsplanung）に関する情報を（完全には）有していないからである。したがって、債権者のみが、自らの利用計画を手がかりとして、債務者の現実給付を待ちつづけることや、債務者の給付能力・給付意思が不確かであることに伴う損失が、金銭給付に移行したほうが有利になりそうだといえるほどに大きいもの

[49] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208.
[50] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208 f.
[51] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 46.

かどうかを判断することができる[52]。

そうすると、――こうした情報の問題に対する最適の解決である――契約違反前の交渉が不可能であるか、あるいは失敗に終わった場合には、原則として、債権者に一方的な移行の決定権を認めるべきであることになる。法律により、あるいは裁判官により移行が指示されるという規律は、――給付障害の発生により直ちに移行するというものであれ、法律または裁判官により設定された期間の経過後に移行するというものであれ――債権者に決定権を認める規律よりも劣る[53]。

bbb）猶予期間の必要性――債務者の投資の保護

しかし、債権者の一方的な決定権は、債務者がすでに行った、当該契約に特有の投資（vertragsspezifische Investitionen）が無駄になってしまうというリスクを伴う。そのため、社会全体にとって最適な資源配分を達成するためには、この債務者の投資の保護という点も考慮に入れなければならない。このことは、債務者が瑕疵ある給付をした場合に特によくあてはまる[54]。

とはいえ、債務者がどの程度の投資をすでに行ったのかということについて、債権者は関知しない。したがって、ここでも、契約を今後どのようにするかについての交渉が、最適の解決となる[55]。

こうした交渉が不可能であるか、あるいは失敗に終わった場合には、債権者の一方的な決定権を制限する必要がある。そのための規律が、ドイツ法が採用する債権者による猶予期間の設定の要請である。このメカニズムにより、債権者の一方的な決定権と債務者の投資の保護が結びつけられることになる。すなわち、債権者が債務者に対して給付のための猶予期間を設定することにより、債権者は、――それまで債務者には明かされていなかった――自らの給付利益に関する情報を伝達することになる。つまり、一方で、債権者が債務者による現実給付に対してそもそ

[52] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 209 f.
[53] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210.
[54] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210.
[55] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210.

も利益を有しているという情報が伝達されるとともに、他方で、どの時点までこの利益が存続するか、つまり、どの時点から債務者による現実履行を拒絶して填補取引を行うことが債権者にとって有利となると予想されるかという期限に関する情報が伝達される。これにより、債務者は、期間内に現実履行を行って自らの投資を活かすか、それとも填補取引の費用を負担するか（あるいは他の形で損害賠償を給付するか）を決定することができる。債務者は、すでに行った投資の価値を考慮してこの決定を下すことになる[56]。

2）第2段階と第3段階の間の序列関係

次に、第2段階――填補取引費用の賠償――と第3段階――純粋金銭賠償――の間の序列関係についてみていく。

ア）現象形態――純粋金銭賠償付加要件（251条1項）

リームによると、この序列関係は、純粋金銭賠償の請求のために必要な付加要件に表れている。すなわち、リームのように填補取引費用の賠償を249条2項に位置づけた場合、純粋金銭賠償は、251条1項により、填補取引が不可能であるか、または填補取引費用の賠償が債権者に対する賠償として不十分であるという付加要件を満たしてはじめて請求することができることになる[57]。

リームは、給付に代わる損害賠償を常に251条に位置づける立場に立った場合[58]でも、こうした序列関係は、254条2項の損害軽減義務により導かれるとする[59]。もっとも、251条1項の適用問題とする自身の見解のほうが、より精緻であり、損害法上の規律体系とより整合するものであると述べる[60]。

イ）根拠

こうした序列関係が認められるべき実質的根拠は、以下の点に求めら

---

[56] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210 f.

[57] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372.

[58] 給付に代わる損害賠償の責任内容に関する適用条文をめぐる議論については、第2章第2節1（2）イ（イ）b（a）1）ア）を参照。

[59] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26.

[60] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373.

れている。

ａ）両当事者の利益状況の観点

まず、両当事者の利益状況の観点が論じられる。

第１段階・第２段階と比べて、「第３段階は、債権者にとって、多くの場合、不利である。なぜなら、ここでは、もはや現実給付利益は満足を受けず、財産的利益が満足を受けるにすぎないからである」[61]。この違いは、とりわけ、非財産的利益の扱いにおいて大きな違いをもたらす。例えば、債権者が給付目的物に対して何らかの愛着利益（Affektionsinteresse）を有しているとする。このとき、第１段階・第２段階においては、債権者が給付目的物（またはその代替品）を現実に取得することにより、その愛着利益も実現される。これに対して、第３段階においては、253条１項により非財産的損害の賠償が禁止されるため、その愛着利益の分は賠償されないことになる[62]。

また、「債務者の視点からみて、第２段階と第３段階の間には、債務者が給付目的物自体の価値だけでなく逸失利益の価値をも賠償しなければならないという点にしか違いはない（が、少なくともその点に違いはある）」[63]。

以上を踏まえると、第３段階よりも第２段階のほうが優先されるべきだといえる。したがって、第３段階に進むことができるのは、（第１段階だけでなく）第２段階も実現不可能である場合に限られる[64]。

ｂ）効率性の観点

また、填補取引費用の賠償と純粋金銭賠償の間の序列関係は、経済学的な効率性の観点からも基礎づけられる。

aaa）債権者の利用計画が現実に実現されることによる価値創出

まず、填補取引費用の賠償においては、純粋金銭賠償とは異なり、債

---

[61] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 24.

[62] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 23 f.; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 364.

[63] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

[64] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

権者の利用計画が現実に実現されることにより、価値創出が生じる[65]。

bbb）利用リスクの適切な分配

次に、填補取引費用の賠償においては、純粋金銭賠償とは異なり、利用リスク（Verwendungsrisiko）が適切に分配されることになる[66]。この点については、リーム自身が最も重視する根拠であるとみられる[67]ため、以下、やや詳しめに取り上げる。

利用リスクとは、債権者が給付目的物の利用による利益を取得することができないというリスクのことである[68]。例えば、計画していた転売が何らかの理由により失敗に終わる場合がこれにあたる[69]。

債務者が現実履行を行う場合には、利用リスクを負担するのは債権者である。例えば、債権者は、債務者から受領した給付目的物の転売に失敗して、転売利益を取得することができないというリスクを負っている。換言すると、債権者が有しているのは、利用チャンス（Verwendungschance）――給付目的物の利用による利益を取得することができるというチャンスないし可能性――にすぎない[70]。

ところで、損害賠償においては、債務者が契約に従った履行をしたとすると債権者が置かれたであろう状態が実現されるべきであり、債権者にそれ以上のものが認められるべきではない[71]。この観点から填補取引費用の賠償と純粋金銭賠償を比較すると、以下のようになる。

まず、填補取引費用の賠償においては、債権者が現実に給付（の代替品）を取得するわけであるから、現実履行の場合と同様に、債権者が利用リスクを負担することになる[72]。

これに対して、純粋金銭賠償においては、逸失利益（252条）が一定

---

[65] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 213.

[66] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 213.

[67] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372 f. では、この根拠のみが挙げられている。

[68] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204を参照。

[69] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204.

[70] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204.

[71] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372.

[72] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204.

の蓋然性をもって証明された場合には、債権者は、その賠償を、固定された金額として取得することになる。これにより、債権者は、実際にはその逸失利益を取得することができなかった可能性があるにもかかわらず、それに相当する金額を確実に取得することができることになる。これは、利用リスクが債権者から債務者に転嫁されていることを意味する（その反面、一定の蓋然性に達しなかった場合を考えると、債権者から利用チャンスが奪われることになる）[73]。

以上の比較を踏まえると、純粋金銭賠償は填補取引費用の賠償に劣後すると考えるべきである[74]。

ウ）内容

第２段階と第３段階の間の序列関係は、子細にみると、以下のような内容を持つ。

ａ）序列関係の対象――填補取引費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償

リームは、第３段階においては、「本体価値」の賠償と「利用利益喪失損害」の賠償の２つが問題となるとしていた。このうち、第２段階との関係で劣後する――填補取引が不可能である場合などを除き認められないことになる――とリームが考えているのは、「利用利益喪失損害」の賠償のみであるとみられる[75]。なぜなら、利用リスクの適切な分配という根拠は、「本体価値」の賠償とは無関係だからである。

ｂ）填補購入義務の発生時期――給付に代わる損害賠償請求権の発生時

また、リームによると、填補購入義務の発生時期は、給付に代わる損害賠償請求権の発生時である。すなわち、給付に代わる損害賠償請求権が発生するまでは、債権者は、填補購入義務を負わないとされる[76]。こ

---

[73] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204 f.; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372.

[74] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373.

[75] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 523も参照。

[76] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373 Fn. 45.

こで、リームが、給付に代わる損害賠償請求権の発生時として、給付に代わる損害賠償の請求が可能になる時点（猶予期間経過時）を想定しているのか、それとも履行請求権が消滅する時点（給付に代わる損害賠償を請求した時点）を想定しているのかは、必ずしも明らかではない。しかし、少なくとも、リームが、不履行時に直ちに填補購入義務の発生を認めるという考え方を採っていないことは注目に値する。

そして、リームは、その根拠を、「ドイツ債務法における一次的履行請求権の優先」に求める[77]。これは、ドイツ債務法が、履行請求権を優先的な救済手段として位置づけている以上、債権者は一定の時点――給付に代わる損害賠償の請求可能時または履行請求権消滅時――まで履行請求権に固執してよい（履行請求を断念して填補購入を行うということをしなくてよい）旨を説くものとみることができる[78]。

なお、履行請求権への固執の許容という観点は、基準時問題においても問題となっていた。そこでは、履行請求権消滅時説が通説になっていることは、ドイツ法が履行請求権への固執を認める立場に立っていることとの関係で理解することができることが明らかとなった[79]。このように、基準時問題と、填補取引費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の問題という２つの異なる問題にまたがって、履行請求権への固執の許容という共通の要請が問題になっているとみることができる。

b　分析

以上、填補購入義務を原則として認める見解をみてきた。以下では、この見解を分析していく。

（a）第１の現実履行原則と第２の現実履行原則の関係
――必ずしも連動しない

リームは、給付利益実現手段を履行請求権・填補取引費用の賠償・純粋金銭賠償の３段階に分けたうえで、第１段階と第２段階、第２段階と

---

[77] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373 Fn. 45.

[78] 改正前 BGB のもとで、このような根拠に基づき、填補購入義務の発生時期を履行請求権消滅時（猶予期間経過時）とするものとして、*Huber*, a.a.O.（Fn. 9）, S. 243, 256.

[79] 第２章第２節２（１）イ（ア）c（b）２）イ）b）を参照。

第３段階の間にそれぞれ序列関係を認める。リームの見解の特徴は、履行請求権と給付に代わる損害賠償請求権の関係――リームにおいては、第１段階と第２段階の関係がこれにあたる――だけでなく、給付に代わる損害賠償の内部における填補取引費用の賠償と純粋金銭賠償の関係をも「現実履行原則」として扱う点にあるといえる。

もっとも、第１段階と第２段階の間の序列関係（以下、「第１の現実履行原則」と呼ぶ）と第２段階と第３段階の間の序列関係（以下、「第２の現実履行原則」と呼ぶ）は、必ずしも連動するものではないと考えられる。すなわち、「第１の現実履行原則」と「第２の現実履行原則」が必ずしも共通の根拠に基づくものではないことを踏まえると、例えば、「第２の現実履行原則」のみを採用し、「第１の現実履行原則」は採用しないという立場も成り立ちうるものと考えられる。そこで、以下では、本稿の検討対象である「第２の現実履行原則」に絞って、その妥当性を考察することとする。

（ｂ）第２の現実履行原則の妥当性――利用リスクの適切な分配という根拠の説得力の高さ

「第２の現実履行原則」の最も重要な根拠である利用リスクの適切な分配は、要するに、損害賠償においてはできる限り現実履行が行われたのと同じ状態が実現されるべきであるという考え方が、利用リスクの所在についても妥当することを説くものである。これは、法の経済分析を受け入れるかどうかにかかわらず採用可能な、強い説得力を持った根拠であるといえる。填補購入義務を原則として認める見解が現在の通説を形成しているのも、この説得力の強さを裏づけているように思われる[80]。

[80] J. W. フルーメは、填補購入義務を原則として否定し、それゆえ転売利益の賠償を原則として認める見解は、過剰賠償を招くと批判する。すなわち、買主には填補購入費用を賠償すれば十分であり、買主がその費用を用いて填補購入をし、転売契約を履行して転売利益を取得するかどうかは、現実履行の場合と同じく、買主の決定に委ねられるべきであると述べる（*Johannes W. Flume*, Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags – Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens, AcP 215 (2015), S. 285. また、*ders.*, a.a.O. (Fn. 16), S. 184も参照）。ここには、リームのいう利用リスクの適切な分配とも通ずる視点が表れている。

ウ　小括――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存在

以上の検討を踏まえると、抽象的損害計算を実体法的に理解する立場に立つ場合には、履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係を認めるべきであると考えられる。

＊　本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。