



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（6）：損害論の視角からの分析
Author(s)	林, 耕平
Citation	北大法学論集, 76(1-2), 127-176
Issue Date	2025-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/95800
Type	departmental bulletin paper
File Information	04_Hayashi_lawreview_76_1_2.pdf



契約責任法における 責任内容確定の構造と方法（6）

—— 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、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（以上、75巻5 = 6号）
- 第3節 損害賠償分類論
 - 1 はじめに
 - （1）BGBの規定の確認
 - （2）問題の所在——損害賠償分類論
 - 2 早すぎた填補購入
 - （1）問題の所在
 - （2）学説
 - ア 紹介
 - イ 分析
 - （3）判例——BGH 2013年7月3日判決
 - ア 事案
 - イ 判旨とその評価（以上、本号）
 - 3 利用利益喪失損害の検討
 - 4 まとめ
- 第3章 日本法の検討
- 第4章 おわりに

第3節 損害賠償分類論

以上で、責任内容論をめぐるドイツの議論の紹介・分析を終える。続いて、本節では、損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析す

る¹。

¹ 損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析するものとしては、すでに、福田清明「改正民法415条の『履行に代わる損害賠償』と『その他の損害賠償』について——双務契約上の債務の不履行による損害賠償に関連して」名城法学69巻1＝2号(2019年)147頁、同「双務契約上の役務提供債務の不完全な履行による2種類の損害賠償(民法415条)と追完請求の優位性」宮本健蔵先生古稀記念『民法学の伝統と新たな構想』(信山社・2022年)99頁以下、高田淳「損害賠償種類論における時期的区分説の検証——早期代替取引費用の賠償対象性を素材として」法学新報127巻3＝4号(2021年)265頁、同「損害賠償種類論における時期的区分説の骨子」新井誠先生古稀記念論文集『高齢社会における民法・信託法の展開』(日本評論社・2021年)272頁、同「履行に代わる損害賠償(填補賠償)の識別」小賀野晶一先生古稀祝賀『民法の展開と構成』(成文堂・2023年)272頁以下、同「損害賠償種類論における損害現象論的区分説の骨子」小野秀誠先生古稀記念論文集『社会の多様化と私法の展開』(法律文化社・2024年)42頁、同「損害現象論的区分説における給付に代わる損害賠償の識別」法学新報131巻3＝4号(2024年)69頁、藤田寿夫「契約不適合による損害賠償」香川法学40巻3＝4号(2021年)1頁、同「追完に代わる損害賠償と追完とともにする損害賠償」香川法学43巻1＝2＝3＝4号(2024年)159頁がある。とりわけ、高田の諸論文は、本稿が以下取り上げる「時的区分説」と「損害類型的区分説」(高田においては、「損害現象論的区分説」という呼称が採用されている)を中心に、ドイツの学説(および判例)の議論を詳細に検討するものであることから、本稿が高田の諸論文とどのような関係に立つのかという点をあらかじめ説明しておく必要がある。

高田は、「時的区分説」と「損害類型的区分説」の内容を詳細かつ明快に分析したうえで、結論としては「損害類型的区分説」を支持する(高田・前掲注(1)「識別」276頁、同・前掲注(1)「損害現象論的区分説の骨子」50頁以下)。そのうえで、日本法の解釈論としても、同説を基礎としつつ、填補賠償該当性の判断(を含めた損害賠償の分類)は「当該損害項目の内容に照らして」行われるべきであるという立場(高田は、自説を「損害内容基準説」と称する)を採る(高田・前掲注(1)「識別」272頁、同・前掲注(1)「損害現象論的区分説の骨子」52頁)。こうしたアプローチは、損害論の視角から損害賠償分類論を分析しようとする本稿とも共通の方向性にある。実際、高田が最終的に日本法の解釈論として具体的な損害項目ごとに示す結論も、本稿が示す結論とはほぼ合致する(高田の日本法の解釈論の内容およびその評価については、第3章で取り上げる予定である)。

こうした重要な先行研究が存在するにもかかわらず、本稿が改めてドイツの

1 はじめに

まず、BGBの規定を確認したうえで、問題の所在を示しておく。

（1）BGBの規定の確認

改正BGB²280条1項³によると、「債務者が債務関係から生じる義務に

議論を詳細に検討する理由は、(先取りにはなるが、)主として次の2点にある。

第1に、高田の論文と本稿の間には、ドイツの議論の整理の仕方において重要な違いが存在する。ドイツでは、一般に、「時的区分説」と「損害類型の区分説」が、異なる種類の損害賠償の「区別基準」に関する2つの大きく異なるアプローチとして取り上げられ、両者のアプローチの違いが、特に「早すぎた填補購入」という場面において、具体的な分類結果の違いをもたらす（やや単純化して整理すると、「早すぎた填補購入」の場面における填補購入費用の賠償につき、前者のアプローチからは遅延賠償、後者のアプローチからは填補賠償という分類結果が導かれる）と理解されている。高田も、基本的にはこうしたドイツの一般的な理解を前提としつつ、両見解の「区別基準論」の次元での相違点を強調する形で学説の分析・評価を行い、最終的には「損害類型の区分説」を支持するに至る（例えば、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」298頁以下、同・前掲注（1）「識別」272頁以下を参照）。これに対して、本稿は、——ドイツの一部の学説からの指摘を手がかりとしつつ——「早すぎた填補購入」をめぐる議論の真の対立点は、「区別基準論」ではなく「損害論」にあるという理解の仕方を提示する。こうした見方は、一方で、「早すぎた填補購入」以外の場面も含めた）損害賠償分類論における「区別基準論」について、「時的区分説」と「損害類型の区分説」に共通する基本的発想に目を向けようとするものであるとともに、他方で、損害賠償分類論において「損害論」が担う役割の重大さを、ドイツの議論の分析を通じて浮き彫りにしようとするものである。

第2に、本稿では、「損害賠償分類論」の検討から得られる「損害論」に関する知見を、本稿がすでに「責任内容論」の検討から得ている「損害論」に関する知見と結びつける。まさにこの点に、本稿があえて「責任内容論」に加えて「損害賠償分類論」を取り上げることとした理由がある。

² なお、改正前 BGB のもとでも、改正 BGB のもとでの損害賠償分類論と類似の問題があった。まず、「不履行に基づく損害賠償 (Schadensersatz wegen Nichterfüllung)」(改正前 BGB326条1項2文)と遅滞損害の賠償 (Ersatz des Verzugsschadens) (改正前 BGB286条1項) の関係をめぐって、議論が行われていた(議論状況につき、Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 301 ff. を参照)。また、改正前 BGB459条以下の瑕疵担保責任を根拠とする賠

違反した場合」には、「その義務違反を債務者の責めに帰すべきでない場合」を除き、債務者は、損害賠償責任を負う。ここで、改正BGB280条は、3種類の損害賠償を区別している。

ア 給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕（改正BGB280条3項）

まず、改正BGB280条3項によると、債権者は、「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」（以下、原則として「填補賠償」と呼ぶ）を「第281条、第282条又は第283条の付加要件のもとでのみ請求することができる」。この填補賠償付加要件のうち最も重要なのは、改正BGB281条が定める付加要件である。同条によると、債権者は、原則として、「債務者に対して給付又は追完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場合」（改正BGB281条1項1文）にはじめて填補賠償を請求することができる。

イ 給付とともにする損害賠償

（ア）遅延賠償（改正BGB280条2項）

次に、改正BGB280条2項によると、債権者は、「給付の遅延に基づく損害賠償（Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung）」（以下、「遅延賠償」と呼ぶ）を「第286条の付加要件のもとでのみ請求することができる」。その改正BGB286条によると、債務者は、原則として、「債権者が履行期到来後に催告をしたにもかかわらず債務者が給付をしない場合」（改正BGB286条1項1文）にはじめて「遅滞（Verzug）」に陥る。すなわち、遅延賠償の請求は、債務者の義務違反——ここで義務違反に

償のみが認められる「瑕疵損害（Mangelschaden）」と、「積極的契約侵害（positive Vertragsverletzung）」を根拠とする賠償も認められる「瑕疵結果損害（Mangelfolgeschaden）」の区別基準をめぐっても、議論が行われていた（議論状況につき、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-432, 4. Aufl., 2001, Vor Rn. 212 ff.（-Volker Emmerich）を参照）。しかし、日本法の「債務の履行に代わる損害賠償」（改正民法415条2項）と最も近いのが改正BGBの「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」（改正BGB280条3項）であること、本稿の分析視角である損害論について最も有益な示唆を提供するのが改正BGBのもとでの議論であることから、以下では、改正BGBのもとでの議論のみを取り上げる。

³ 改正BGB280条以下の条文については、連載第1回の注（79）を参照。

あたるのは、履行期が経過したにもかかわらず履行を行わないこと、つまり給付の「遅延（Verzögerung/Verspätung）」である——と帰責事由という基本要件に加えて、「遅滞（Verzug）」という付加要件を満たして——そのためには、原則として催告が必要となる——はじめて可能となるわけである（以下、遅延賠償の請求のために必要な付加要件のことを「遅延賠償付加要件」と呼ぶ）。

（イ）単純賠償（改正BGB280条1項）

最後に、改正BGB280条2項・3項のいずれも適用されず、同条1項のみが適用される損害賠償——付加要件がかからない損害賠償——がある。この損害賠償は、講学上、「単純な損害賠償（einfacher Schadensersatz）」と呼ばれている⁴（以下、「単純賠償」と呼ぶ）⁵。

「単純賠償」と「遅延賠償」は、「填補賠償」とは異なり、債権者が（現実）給付を受領したうえで、それに加えて請求することができるものである。そのため、講学上、「単純賠償」と「遅延賠償」は、併せて「給付とともにする損害賠償（Schadensersatz neben der Leistung）」と呼ばれている⁶。

（2）問題の所在——損害賠償分類論

ここで、ある一定の損害賠償が填補賠償・遅延賠償・単純賠償のいずれに分類されるのかという問題——本稿が「損害賠償分類論」と呼ぶ問題——が生じる。

すでに述べたところから明らかなように、この3種類の損害賠償の区別は、次の2つの観点に基づくものである。

1つは、給付の受領との両立可能性の観点である。この観点からは、給付の受領と両立しない損害賠償としての給付に代わる損害賠償「填補

⁴ 例えば、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 9. Aufl., 2022, § 280 Rn. 5（-Wolfgang Ernst）。

⁵ 後述するように、どのような損害（の賠償）が「単純賠償」に分類されるのかという点自体に争いがあるが、例えば、ある考え方によると、完全性利益ないし保持利益の賠償が「単純賠償」にあたる。

⁶ 例えば、Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl., 2021, S. 146.

賠償」と、給付の受領と両立する損害賠償としての給付とともにする損害賠償が区別される。

もう1つは、付加要件の観点である。この観点からは、填補賠償付加要件を要する損害賠償としての填補賠償、遅延賠償付加要件を要する損害賠償としての遅延賠償、付加要件を要しない損害賠償としての単純賠償が区別される。

以上のことを踏まえると、損害賠償分類論において問われているのは、ある一定の損害賠償が、「給付の受領と両立せず、かつ填補賠償付加要件を要する損害賠償」・「給付の受領と両立し、かつ遅延賠償付加要件を要する損害賠償」・「給付の受領と両立し、かつ付加要件を要しない損害賠償」のいずれに分類されるのかという問題であるといえることができる。

2 早すぎた填補購入

この問題の解決が困難となる場面の1つが、いわゆる「早すぎた填補購入 (vorzeitiger Deckungskauf)」の場面である。

(1) 問題の所在

まず、この場面における問題の所在を具体的なケースに即して明らかにしておく。

ア ケースの設定

例えば、バイオディーゼル燃料100万リットルを代金33万ユーロで購入するという売買契約が締結されたとする。売主が履行期に履行を行わなかったため、買主は、自ら100万リットル分の填補購入を行った。市場価格が騰貴していたため、その際の代金額は、40万ユーロであった。買主は、売主に対して、事後的填補購入費用（厳密には、増加費用の7万ユーロ）の賠償を請求することができるか。それは、填補購入の時期によって左右されるか。

イ 解決のあり方

(ア) 履行請求権消滅後の填補購入の場合——争いなく填補賠償に分類

まず、填補購入が履行請求権消滅後——ケースに即していうと、買主による（猶予期間の設定および経過という要件を満たしたうえでの）填

補賠償請求後（改正BGB281条4項）または解除後——に行われた場合には、事實的填補購入費用の賠償を填補賠償として請求することができるという点に争いはない⁷。

（イ）履行請求権消滅前の填補購入〔早すぎた填補購入〕の場合

a 分類をめぐる争いの存在

これに対して、填補購入が履行請求権消滅前——ケースに即していうと、猶予期間経過前（これには、買主がそもそも猶予期間を設定せずに填補購入を行った場合と、猶予期間を設定したものの、その経過前に填補購入を行った場合が含まれる）か、あるいは猶予期間経過時と填補賠償請求または解除の時点の間——に行われた場合、すなわち、「早すぎた填補購入」が行われた場合には、事實的填補購入費用の賠償が給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕に分類されるのか、それとも給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）に分類されるのかについて争いがある。

b 分類による結論の違い

いずれに分類されるかによって、以下のような結論の違いが生じることになる（ただし、実際にドイツにおいて以下で示すような結論が導かれているかという点、必ずしもそうとは限らない。以下で示すのは、あ

⁷ *Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), S. 737; *Florian Faust*, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S. 254; *Stephan Lorenz*, Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder – Was taugt die „Zauberformel“?, in: Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, 2012, S. 152 ff.; *Beate Gsell*, Mehrkosten eines frühzeitigen Deckungskaufs als Schadensersatz statt der Leistung, LMK 2013, 353035; *Christoph Hirsch*, Schadensersatz statt oder neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, S. 101; *Stefan Korch/Teoman Hagemeyer*, Die ewige Frage: Schadensersatz statt oder neben der Leistung? – Die Abgrenzung vor dem Hintergrund des Biodiesel-Urteils des BGH, Jura 2014, S. 1083; *Ulrich G. Schroeter*, Befriedigung des Leistungsinteresses in Geld – Der »statt der Leistung« verlangte Schadensersatz im modernisierten Schuldrecht, AcP 220 (2020), S. 273 f. など。

くまで、何らの理論的な修正も加えずに単純に考えた場合にどのような結論の違いが生じるかということである)。

(a) 遅延賠償構成

1) 付加要件——遅延賠償付加要件

まず、遅延賠償に分類された場合には、遅延賠償付加要件——原則として、催告——が満たされた時点以降に（事實的）填補購入費用が支出されている限り、——「早すぎた填補購入」であったとしても——その賠償が認められることになる。

2) 給付を受領したうえでの賠償の可否——肯定

このとき、債権者は、給付を受領したうえで、それに加えて事實的填補購入費用の賠償を請求することもできる。

(b) 填補賠償構成

1) 付加要件——填補賠償付加要件

これに対して、填補賠償に分類された場合には、次のようになる。填補賠償は、填補賠償付加要件——原則として、猶予期間の設定および経過——が満たされてはじめて請求が可能となるものである⁸。「早すぎた填補購入」の場合にも、このことに変わりはない。

したがって、填補賠償付加要件が満たされていない段階では、事實的填補購入費用の賠償を請求することはできない。

これに対して、填補賠償付加要件が満たされた場合には、事實的填補購入費用の賠償を請求することができるかどうかは、費用の支出が填補賠償付加要件の充足前に行われたこと、あるいは、填補賠償付加要件の充足後ではあるものの、履行請求権の消滅前に行われたことをどのように評価するかという点にかかってくる⁹。例えば、費用の支出が填補賠償

⁸ ここでは、遅延賠償付加要件と填補賠償付加要件の作用の仕方が異なる——遅延賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を終局的に否定するという形で作用するのに対して、填補賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を一時的に阻止するという形で作用する——ことが前提とされている。これについては、後述する。

⁹ 高田淳「早期代替取引費用の賠償対象性（試論）」金井貴嗣先生古稀祝賀論文集『現代経済法の課題と理論』（弘文堂・2022年）538頁以下も、（日本法についてではあるが）「早すぎた填補購入」の場面においては、填補賠償付加要件が

付加要件の充足前に行われた場合には、その後填補賠償付加要件が満たされたとしても、事後的填補購入費用の賠償は認められず、給付の客観的価値の賠償など、他の形で填補賠償しか認められないとする考え方がありうる。

2）給付を受領したうえでの賠償の可否——否定

仮に事後的填補購入費用の賠償を（場合によっては）認めるという考え方を採る場合であっても、債権者は、給付を受領したうえで、それに加えて事後的填補購入費用の賠償を請求することはできない。

（2）学説

では、ドイツの学説がこの問題についてどのように考えているのかをみていこう。以下では、ドイツの学説——遅延賠償構成と填補賠償構成——を紹介した後、その分析を行うこととする。

ア 紹介

学説は、遅延賠償構成——「早すぎた填補購入」の場合の事後的填補購入費用の賠償は遅延賠償に分類されとする立場——と、填補賠償構成——「早すぎた填補購入」の場合の事後的填補購入費用の賠償は填補賠償に分類されとする立場——に分かれる。

（ア）遅延賠償構成（ファウスト、ローレンツ）

遅延賠償構成を代表するのは、ファウスト（*Florian Faust*）とローレンツ（*Stephan Lorenz*）である。以下では、彼らの見解を、損害賠償分類論に関する部分——「早すぎた填補購入」の場合の事後的填補購入費用の賠償は遅延賠償に分類されとする部分——と、賠償の可否に関する部分——（遅延賠償に分類された）事後的填補購入費用の賠償は認められるかという点に関する部分——に分けてみていく。

a 損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論についてみていく。

（a）区別基準——時的区分説

彼らは、異なる種類の損害賠償の区別基準につき、「時的区分説

満たされたとしても直ちに事後的填補購入費用の賠償が認められることにはならず、賠償の可否については別途検討を要することを指摘する。

(zeitliche Abgrenzung)』¹⁰と呼ばれる見解¹¹を採用。

1) 給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕——ある一定の時点における給付により除去することができる損害の賠償

これによると、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は、(ある一定の時点における)給付によってなお除去することができる損害の賠償である¹²。

ファウストとローレンツは、その想定される給付の時期を、給付が行われうる最終時点、つまり履行請求権消滅時とする。これによると、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の対象は、「給付の終局的な脱落に起因する損害のみ」であるということになる。「給付が終局的に脱落するのは、給付が不能である場合 (BGB275条1項)、もしくは債務者がBGB275条2項および3項の抗弁権を正当に行使した場合、または債権者が解除し、かつ／あるいは給付に代わる損害賠償を請求した場合 (BGB281条4項を参照) である」¹³。

2) 給付とともにする損害賠償——ある一定の時点における給付により除去することができない損害の賠償

これに対して、給付とともにする損害賠償は、(ある一定の時点にお

¹⁰ この呼称を用いるものとして、例えば、*Ivo Bach*, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung, ZJS 2013, S. 2.

¹¹ この見解を紹介するものとして、福田・前掲注(1)「『履行に代わる損害賠償』と『その他の損害賠償』」154頁以下、同・前掲注(1)「2種類の損害賠償と追完請求の優位性」99頁以下、藤田・前掲注(1)「契約不適合による損害賠償」5頁、同・前掲注(1)「追完に代わる損害賠償」160頁以下、高田・前掲注(1)「時期的区分説の検証」272頁以下、同・前掲注(1)「時期的区分説の骨子」281頁以下・285頁、同・前掲注(1)「識別」273頁以下、同・前掲注(1)「損害現象論的区分説の骨子」45頁。

¹² *Lorenz*, aa.O. (Fn. 7), S. 149.

¹³ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 7), S. 151 f. 同様の見解として、*Faust*, aa.O. (Fn. 7), S. 254; *Lars Klöhn*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11. 2. 2009, JZ 2010, S. 47; *Michael Nietsch*, Schadensersatz beim Deckungskauf trotz Erfüllung, NJW 2014, S. 2387.

ける）給付によってはもはや除去することができない損害の賠償である¹⁴。

想定される給付の時期を履行請求権消滅時とするファウストとローレンツの考え方によると、給付とともにする損害賠償の対象は、「この時点〔引用者注：給付が終局的に脱落した時点〕より前にすでに終局的に発生している損害」であるということになる¹⁵。

（b）事実的填補購入費用が問題となる場合

では、この区別基準を、事実的填補購入費用の賠償が問題となる場合に適用するとどうなるであろうか。

1）履行請求権消滅前の填補購入〔早すぎた填補購入〕
の場合——遅延賠償

ファウストとローレンツによると、履行請求権消滅前の填補購入——「早すぎた填補購入」——の場合には、事実的填補購入費用の賠償は、給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）に分類される¹⁶。なぜなら、履行請求権消滅時に給付がされたとしても、その前にすでに債権者のもとで填補購入費用が発生しているという事実は変わらないからである¹⁷。

2）履行請求権消滅後の填補購入の場合——填補賠償

これに対して、履行請求権消滅後の填補購入の場合には、事実的填補購入費用の賠償は、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕に分類される¹⁸。なぜなら、費用の発生が履行請求権の消滅に起因するからである¹⁹。

b 早すぎた填補購入の場面における事実的填補購入費用
の賠償の可否——ローレンツの見解

続いて、「早すぎた填補購入」の場面における事実的填補購入費用の

¹⁴ Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 149. なお、時的区分説の論者が、給付とともにする損害賠償の内部において遅延賠償と単純賠償をどのように区別するかについては、後述する（連載第7回の第2章第3節3（2）ア（イ）aを参照）。

¹⁵ Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 152. 同様の見解として、Faust, aa.O. (Fn. 7), S. 254; Klöhn, aa.O. (Fn. 13), S. 47; Nietsch, aa.O. (Fn. 13), S. 2387.

¹⁶ Faust, aa.O. (Fn. 7), S. 254; Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 156, 158. 同様の見解として、Klöhn, aa.O. (Fn. 13), S. 47; Nietsch, aa.O. (Fn. 13), S. 2388.

¹⁷ Faust, aa.O. (Fn. 7), S. 254; Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 158.

¹⁸ Faust, aa.O. (Fn. 7), S. 254; Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 152 ff.

¹⁹ Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 153.

賠償の可否についてみていく。単純に考えると、遅延賠償構成を採る以上、遅延賠償付加要件——原則として、催告——が満たされた時点以降に（事實的）填補購入費用が支出されている限り、その賠償が認められることになりそうである。しかし、そうすると、債権者は、債務者から給付を受領した場合に、それに加えて、遅延賠償としての事實的填補購入費用の賠償を請求することができることになってしまう。これは、（少なくとも単純に考える限りでは、）債権者が「原契約の代金額において給付を取得する」という利益を二重に享受することを意味するため、不当な結論であると考えられる。

もっとも、ファウストとローレンツは、——それぞれ異なるアプローチに基づいて——賠償が否定される場面を広範に認めるため、こうした結論は、（基本的には）回避されている。例えば、ローレンツ²⁰は、以下のようなアプローチを採る²¹。

（a）アプローチ——心理的に媒介された因果関係アプローチ

ローレンツによると、「早すぎた填補購入」の場面における事實的填補購入費用の賠償の可否は、「心理的に媒介された因果関係（psychisch vermittelte Kausalität）」の問題として解決されるべきである。

「BGB280条1項によると、債務者は、自らの義務違反により生じた損害（のみ）を賠償しなければならない。これは、BGB280条1項・2項・286条の給付の遅延に基づく損害賠償でいうと、遅延により生じた

²⁰ ローレンツのアプローチを紹介するものとして、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」277頁以下。

²¹ なお、ファウストは、「共働過失アプローチ」とも呼ぶべきアプローチを採る。これによると、「早すぎた填補購入」の実施を通じた債権者の原因寄与（Verursachungsbeitrag）は、原則として、給付の遅延を通じた債務者の原因寄与を大幅に上回るため、「早すぎた填補購入」の場合——ここには、猶予期間経過前の填補購入の場合だけでなく、猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合も含まれる——の事實的填補購入費用の賠償は、原則として、254条により、完全に排除される（Faust, aa.O. (Fn. 7), S. 255 f.）。このファウストのアプローチを紹介するものとして、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」275頁以下。

損害のことである。早すぎた填補取引の場合には、債務者の義務違反と填補取引費用の形をとった損害の間に、等価因果関係（äquivalente Kausalität）〔引用者注：条件関係〕²²および相当因果関係（adäquate Kausalität）が存在することに疑いはない。しかし、なお考慮に入れなければならないのは、損害が（まだ可能な給付の遅延という）ここで問題となる債務者の義務違反に直接に起因しているわけではなく、填補取引の実施という形をとった債権者の行為、つまり被害者自身の行為が介在しているということである。この行為があってはじめて、債権者が遅延損害として主張する財産的損害が惹起されるのである。したがって、これは、損害法上の誘発事例（schadensrechtlicher Herausforderungsfall）、つまり心理的に媒介された因果関係（psychisch vermittelte Kausalität）の事例にあたる。一般に認められているように、この種の事例においては、相当性に加えて、さらに等価因果関係に対する評価的修正を行う必要がある。ここでは、周知のように、責任を基礎づける他者の行動に反応して被害者自身が直接に惹起した損害結果が〔加害者に〕帰責されるのは、被害者がそうした反応をするように誘発されたと感じててもやむをえない（sich herausgefordert fühlen dürfen）場合に限られる〕²³。

（b）結論

ローレンツは、こうしたアプローチのもとで、以下のような結論を導く。

1）猶予期間経過前の填補購入の場合

まず、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合には、以下のようになる。

ア）原則——賠償否定

この場合、原則として、事実的填補購入費用の賠償は否定される。これは、債権者は、猶予期間経過前においては、原則として、債務者が給付を提供した場合にはその給付を受領しなければならないため、填補購

²² 条件関係においては、結果に対して「あればこれなし」の関係に立つあらゆる条件を等価値のものとして扱うことになるため、条件関係は、ドイツにおいて、「等価因果関係（äquivalente Kausalität）」と呼ばれている（例えば、*Medicus/Lorenz*, aa.O. (Fn. 6), S. 316を参照）。

²³ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 7), S. 160.

入を行うように誘発されたと感じてはならないからである²⁴。

もっとも、債権者の填補購入によって遅延損害——例えば、営業利益の喪失——の発生が回避された場合には、——填補購入がなければ認められていたはずの——そうした遅延損害の賠償は認められる²⁵。

イ) 例外——賠償肯定

ただし、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合であっても、例外的に事後的填補購入費用の賠償が認められる場合がある。それは、事後的填補購入費用の額が、填補購入が行われなければ発生していたはずの遅延損害——例えば、営業利益の喪失——の額を下回る場合である。これは、この場合に債権者が填補購入を行わずに遅延損害の賠償を請求したとすると、254条2項の共働過失の抗弁を受けることになるため、填補購入を行うように誘発されたと感じててもやむをえないからである²⁶。

なお、債権者が填補購入を行った後、猶予期間が経過するまでに債務者が給付を提供した場合には、債権者は、その給付を受領し、代金を支払わなければならない。そうすると、単純に考える限り、債権者は、給付と、遅延賠償としての事後的填補購入費用の賠償の両方を受けることができることになる。これは、前述のように、(少なくとも単純に考える限りでは、) 債権者が「原契約の代金額において給付を取得する」という利益を二重に享受することを意味するため、不当な結論であると考えられる。

そこで、ローレンツは、次のように考える。すなわち、債権者は、遅延賠償として、事後的填補購入費用の全額——前述のケースに即していうと、7万ユーロではなく40万ユーロ——の賠償を請求することができる。ただし、債務者が給付を行った場合には、損益相殺として、填補購入により取得した代替品を債務者に引き渡すか、または遅延損害——例えば、営業利益の喪失——の回避後もなお残存する代替品の使用利益 (Gebrauchsvorteil) の額を賠償額から差し引かなければならない²⁷。

²⁴ Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 161.

²⁵ Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 163.

²⁶ Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 162.

²⁷ Lorenz, aa.O. (Fn. 7), S. 162, 164.

こうしたローレンツの考え方は、填補購入をいわば代替品の賃借と同じように扱うものであるといえる。すなわち、この考え方を採ることにより、債権者が、遅延損害——例えば、営業利益の喪失——を回避するために代替品を賃借した後に、賃料（相当額）の賠償および給付を受けた場合と同じ利益状態が実現されるわけである²⁸。

2）猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合——賠償肯定

次に、猶予期間経過後・履行請求権消滅前に填補購入が行われた場合には、事後的填補購入費用の賠償は認められる²⁹。これは、債権者は、猶予期間経過後においては、債務者から提供された給付の受領を拒絶することができるからである³⁰。

（イ）填補賠償構成（通説）

これに対して、通説は、填補賠償構成を採る³¹。以下では、この見解を、先ほどと同様に、損害賠償分類論に関する部分——「早すぎた填補購入」の場合の事後的填補購入費用の賠償は填補賠償に分類されるところの部分

²⁸ これと類似の発想は、近時のBGHの判決（2023年4月20日判決）にも垣間見られるところである。これについては、後掲注（104）を参照。

²⁹ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 7), S. 161. なお、ローレンツは、この場合にも、事後的填補購入費用の全額の賠償を認めるものとみられる。ただし、填補賠償の請求または解除がされた時点で、賠償額から原契約の代金額が控除されることになると考えるものとみられる（S. 162を参照）。

³⁰ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 7), S. 161.

³¹ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 737; *Patrick Ostendorf*, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, S. 2838; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 31. Ed., 2011, § 286 Rn. 69 (–*Hannes Unberath*); *Hirsch*, aa.O. (Fn. 7), S. 101; *Martin Schwab*, Schuldrecht AT: Schadensersatzrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines Deckungskaufs, JuS 2014, S. 167; *Korch/Hagemeyer*, aa.O. (Fn. 7), S. 1081; *Johannes W. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 189 ff.; *Schroeter*, aa.O. (Fn. 7), S. 273, 276; Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, § 286 Rn. 41 (–*Christian Grüneberg*); Münchener, aa.O. (Fn. 4), § 286 Rn. 145 (–*Ernst*); Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, 1. 8. 2023, § 280 Rn. 245 ff. (–*Thomas Riehm*).

——と、賠償の可否に関する部分——（填補賠償に分類された）事実的填補購入費用の賠償は認められるかという点に関する部分——に分けてみていく。

a 損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論についてみていく。填補賠償構成の内部においては、異なる種類の損害賠償をどのような区別基準によって区別するのかという点につき、様々な見解が主張されている³²が、以下では、その

³² ここで、「早すぎた填補購入」の場面からいったん離れ、一般論として、本文で取り上げる時的区分説と損害類型的区分説のほかにもどのような区別基準が主張されているのかを簡潔に紹介しておく。

第1に、瑕疵ある給付の場合につき、改正前 BGB のもとでの「瑕疵損害 (Mangelschaden)」と「瑕疵結果損害 (Mangelfolgeschaden)」の区別が、改正 BGB のもとでも填補賠償と単純賠償の区別基準として機能するとする見解がある（立法者の見解である (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 224 f.)。同様の見解として、*Claus-Wilhelm Canaris*, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, 2003, S. 40; *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker*, *Allgemeines Schuldrecht*, 46. Aufl., 2022, S. 329, 334 など）。

第2に、すでに履行がされた場合、または履行請求権が存続しているにもかかわらずまだ履行がされていない場合に請求されるのが遅延賠償、まだ履行がされておらず、かつ履行請求権が消滅している場合に請求されるのが填補賠償であるとする見解がある (*Ulrich Huber*, Schadensersatz statt der Leistung, AcP 210 (2010), S. 340 ff.; *Thomas Ackermann*, Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2012, S. 872)。これによると、遅延賠償請求権を填補賠償請求権と独立に行使することはできない。つまり、いったん基礎づけられた遅延賠償請求権は、填補賠償が請求される段階で、填補賠償請求権に組み込まれる。

第3に、填補賠償は、損害賠償請求が事実として契約の巻戻しを内包する場合の損害賠償であるとする見解がある (*Bach*, aa.O. (Fn. 10), S. 6)。

第4に、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は「給付利益 (Leistungsinteresse)」の実現が請求されている場合の損害賠償、給付とともにする損害賠償はそれ以外の場合の損害賠償であるとする見解がある (*Schroeter*, aa.O. (Fn. 7), S. 252)。この見解については、後に取り上げる（連載第7回の第2章第3節3(1)イ(イ)b(b)を参照）。

第5に、時的区分説と損害類型的区分説も含めた他の見解と根本的に異なる

うち、主要な見解として2つの見解を取り上げる。

（a）時的区分説

まず、ここでも、時的区分説を採る論者がいる。時的区分説は、遅延賠償構成と填補賠償構成の両方にまたがって採用されていることになるわけであり、区別基準としては、通説を形成しているとされる³³。

1）区別基準——時的区分説

これによると、前述のように、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は、ある一定の時点における給付により除去することができる損害の賠償、給付とともにする損害賠償は、ある一定の時点における給付により除去することができない損害の賠償である。想定される給付の時期について、（ファウストとローレンツも属する）通説は、履行請求権消滅時とする³⁴。

2）事実的填補購入費用が問題となる場合——常に填補賠償

このように、ここでは、ファウストやローレンツと同じ区別基準が採用されている。しかし、（ファウストやローレンツ以外の）時的区分説

見解として、区別基準を設けることをせず、損害算定の問題に解消する見解がある（Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 243-304, 13. Aufl., 2014, § 280 Rn. 285 ff. (-*Christoph Benicke*/*Jan F. Hellwig*); *dies.*, Das System der Schadensersatzhaftung wegen Leistungspflichtverletzung, NJW 2014, S. 1702; *dies.*, Vorzeitiges Deckungsgeschäft und Schadensersatz – Eine dogmatische Aufarbeitung, ZIP 2015, S. 1109 ff. この見解を紹介するものとして、高田・前掲注（1）「識別」274頁以下、同・前掲注（1）「損害現象論的区分説の骨子」45頁以下）。

³³ 時的区分説を「支配的」な学説と評するものとして、例えば、*Ostendorf*, aa.O. (Fn. 31), S. 2834 f.; *Johann Kindl*, Einfacher Schadensersatz, Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung (Teil 1), Jura 2020, S. 781. もっとも、近時は損害類型的区分説を支持する論者も増加している（後掲注（40）を参照）ため、現時点においてもなお時的区分説が通説ないし支配的学説であると評価してよいかどうかは必ずしも明らかではない。

³⁴ BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 27 f. (-*Unberath*); *Hirsch*, aa.O. (Fn. 7), S. 98 f.; *Korch/Hagemeyer*, aa.O. (Fn. 7), S. 1081; *Grüneberg*, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 18 (-*Grüneberg*); *Münchener*, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 75 (-*Ernst*).

を採る論者は、事實的填補購入費用の賠償は、——填補購入の時期にかかわらず——常に填補賠償に分類されとする³⁵。これにより、同じ区別基準が採用されているにもかかわらず、「早すぎた填補購入」の場面について異なる分類結果が導かれることとなっている。

ア) 従来の見解——明確な理由づけの欠如

従来の見解——例えば、エルンスト (*Wolfgang Ernst*) ——は、なぜ時的区分説を適用した結果、事實的填補購入費用の賠償が常に填補賠償に分類されることになるのかという点につき、明確な説明をしてこなかった³⁶。

イ) 近時の見解——損害 = 給付の不取得

これに対して、近時、少数ながら、この点につき明確な説明をする見解が現れている。それが、ヒルシュ (*Christoph Hirsch*) とコルヒ＝ハーゲマイヤー (*Stefan Korch/Teoman Hagemeyer*) の見解である。

これによると、填補購入の場面においては、支出された費用が損害にあたるのではなく、給付がされなかったこと (*Nichtleistung*) が損害にあたる。損害をこのように捉えたうえで時的区分説を適用すると、事實的填補購入費用の賠償は、(常に) 填補賠償に分類されることになる。なぜなら、給付がされなかったこと (*Nichtleistung*) という損害は、履行請求権消滅時の給付によって除去することができるからである³⁷。

³⁵ BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 69 (*-Unberath*); *Hirsch*, aa.O. (Fn. 7), S. 101; *Korch/Hagemeyer*, aa.O. (Fn. 7), S. 1081; *Grüneberg*, aa.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 41 (*-Grüneberg*); *Münchener*, aa.O. (Fn. 4), § 286 Rn. 145 (*-Ernst*). ただし、後掲注 (81) を参照。

³⁶ BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 69 (*-Unberath*); *Grüneberg*, aa.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 41 (*-Grüneberg*); *Münchener*, aa.O. (Fn. 4), § 286 Rn. 145 (*-Ernst*) を参照。

³⁷ *Hirsch*, aa.O. (Fn. 7), S. 101; *Korch/Hagemeyer*, aa.O. (Fn. 7), S. 1081. 同様の考え方として、*Gsell*, aa.O. (Fn. 7), 353035 (もっとも、*dies.*, Die schadensrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines Deckungskaufes nach der „Zauberformel“ als Beispiel für die Leistungsfähigkeit der Dogmatik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 466 f. では、「早すぎた填補購入」の場合の事實的填補購入費用の賠償につき、給付とともにする損害賠償に分類される場合と給付に代わる損害賠償 [填補賠償] に分類される場合の両方があ

（b）損害類型的区分説（グリゴライト＝リーム）

以上の時的区分説に対して、区別基準につき、「損害類型的区分説（schadenstypologische Abgrenzung）」³⁸と呼ばれる見解³⁹を採るのが、グリゴライト＝リーム（*Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm*）である⁴⁰。

1）区別基準——損害類型的区分説

これによると、3種類の損害賠償の区別は、以下のように、損害の類型の違いを踏まえて行われるべきである⁴¹。

るとする）。

³⁸ この呼称を用いるものとして、例えば、*Bach*, aa.O. (Fn. 10), S. 2. なお、グリゴライト＝リーム自身は、自説を「損害現象論的区分説（schadensphänomenologische Abgrenzung）」と称している（*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 730）。

³⁹ この見解を紹介するものとして、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」269頁、同・前掲注（1）「時期的区分説の骨子」278頁、同・前掲注（1）「識別」276頁、同・前掲注（1）「損害現象論的区分説の骨子」46頁以下、同・前掲注（1）「損害現象論的区分説における識別」75頁以下、福田・前掲注（1）「2種類の損害賠償と追完請求の優位性」99頁注（12）、藤田・前掲注（1）「追完に代わる損害賠償」160頁以下。

⁴⁰ 同様ないし類似の見解として、AnwaltKommentar BGB, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 53 ff.（-*Barbara Dauner-Lieb*）; *Johann Kindl*, Einfacher Schadensersatz, Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung (Teil 2), Jura 2020, S. 883; *Stefan Greiner/Patrick Baumann*, Die Abgrenzung der drei Schadensersatzkategorien des § 280 BGB – eine didaktische Strukturierung – Teil II, JA 2023, S. 91 ff.; *Alexander Weiss*, Die Rechtsfolgenmechanik des Schadensersatzes statt der Leistung, NJOZ 2024, S. 357. なお、*Ostendorf*, aa.O. (Fn. 31), S. 2836 f. は、損害を類型化する点においてはグリゴライト＝リームと共通するものの、統一的な区別基準を設けず、損害類型ごとに別の区別基準を用いる点においてこれと異なる。

⁴¹ 以下では、グリゴライト＝リームの見解がはじめて示された *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 727 ff. のほか、コンメンタールにおけるリームの記述（BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 207 ff.（-*Riehm*））およびグリゴライトとベンダーの共著論文（*Hans Christoph Grigoleit/Philipp Bender*, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZfPW 2019, S. 1 ff.）も参照

まず、債権者の利益は、「履行利益」と「完全性利益〔引用者注：本稿でいう「保持利益」〕」に分かれる⁴²。

ア) 履行利益

「履行利益 (Erfüllungsinteresse)」⁴³とは、「債権者が債務者の義務の履行によって財産の増加ないし変更として得られることを期待するもの」である⁴⁴。この履行利益の賠償は、填補賠償に分類されるものと遅延賠償に分類されるものとに分かれる。

a) 填補賠償

填補賠償の対象は、「債権者およびその利用計画 (Verwendungsplan) からみて、経済的に、終局的に行われない現実履行に代わるあらゆる損害項目」である⁴⁵。

この定義は、填補賠償付加要件の目的から導かれる。すなわち、填補賠償付加要件を定める改正BGB281条から283条までのうち、中心となるのは、猶予期間の設定および経過を要求する改正BGB281条1項1文である（その他の規定（改正BGB281条2項・282条・283条）は、例外的にそれが要求されない場合を定めているにすぎない）。猶予期間の設定および経過が要求されることにより、債務者には現実履行を行う最後の機会が与えられることとなり、現実履行の優先 (Vorrang der Naturalerfüllung) が確保される。こうした填補賠償付加要件の目的に

する。

⁴² 一般債務不履行責任における責任内容論を検討した箇所（連載第2回の第2章第2節1（1）ウ（ウ）d（b）（217頁以下）を参照）で紹介したリームの見解——給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は、履行状態実現費用の賠償、本体価値の賠償、利用利益喪失損害の賠償などに分けられるという見解——は、履行利益と保持利益の区別との関係では、もっぱら履行利益の賠償——リームの記述に忠実に従うならば、その中でも給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕——に関するものとして理解することができる。

⁴³ 「給付利益 (Leistungsinteresse)」・「等価性利益 (Äquivalenzinteresse)」・「積極的利益 (positives Interesse)」とも呼ばれている (Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 41), S. 11 ff.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 223 (-Riehm))。

⁴⁴ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 223 (-Riehm)。

⁴⁵ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 228 (-Riehm). Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 735も参照。

照らすと、填補賠償の対象となるのは、現実履行の優先（という考え方）に服させるべきすべての損害項目であることになる。これを言い換えたのが、先に示した定義だというわけである⁴⁶。

この填補賠償の対象となる損害は、「本体喪失損害」と「終局的利用利益喪失損害」に分かれる。

aa) 本体喪失損害

「本体喪失損害 (Substanzausfallschaden)」⁴⁷とは、——責任内容論に関するリームの見解を扱った箇所ですすでに紹介したとおり——「債務の内容となっている給付自体を取得する利益〔の喪失〕」である⁴⁸。この本体喪失損害の賠償が（常に）填補賠償に分類されるのは、本体喪失損害が給付の本体 (Sachsubstanz) の喪失を内容とするものであり、それゆえ必然的に現実履行と選択的にしか請求することができないものだからである⁴⁹。

aaa) 履行状態実現費用の賠償

本体喪失損害の賠償は、一方で、249条2項1文の履行状態実現費用の賠償によって行われうる⁵⁰。例えば、(事實的・仮定的) 填補購入費用の賠償や (事實的・仮定的) 瑕疵除去費用の賠償がこれにあたる⁵¹。

本体喪失損害の賠償が（常に）填補賠償に分類される理由については前述のとおりであるが、特に履行状態実現費用の賠償について述べるならば、履行状態実現費用によって、「債権者の現実給付利益が終局的に〔債務者による給付とは〕別の方法で満足を受ける」ことになるというのが理由となる⁵²。

⁴⁶ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 733 f.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 228 (–*Riehm*).

⁴⁷ 高田・前掲注(1)「損害現象論的区分説における識別」76頁では、「実体不発生損害」と訳されている。

⁴⁸ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 223 (–*Riehm*).

⁴⁹ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 229 (–*Riehm*).

⁵⁰ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 736.

⁵¹ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 737; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 243.1 (–*Riehm*).

⁵² *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 737.

bbb) 本体価値の賠償

他方で、本体喪失損害の賠償は、251条の純粋金銭賠償によっても行われうる⁵³。この場合に賠償されるのは「本体価値 (Substanzwert)」⁵⁴であり、例えば、給付目的物の (市場) 価値や、瑕疵に起因する減価分がこれにあたる⁵⁵。

bb) 終局的利用利益喪失損害

以上の本体喪失損害と並んで填補賠償の対象となる損害として、「終局的利用利益喪失損害 (endgültiger Ertragsausfallschaden)」がある⁵⁶。

まず、「利用利益喪失損害 (Ertragsausfallschaden)」⁵⁷とは、——責任内容論に関するリームの見解を扱った箇所ですすでに紹介したとおり——「計画された給付目的物の利用 (Verwendung) から生じる財産的利益の逸失」である⁵⁸。換言すると、債権者の利用計画 (Verwendungsplan) によって範囲が決まる利用利益の逸失が「利用利益喪失損害」である⁵⁹。この利用利益喪失損害は、填補賠償の対象となる「終局的利用利益喪失損害」と、——後に紹介する——遅延賠償の対象となる「一時的利用利益喪失損害」に分かれる⁶⁰。

このうち、「終局的利用利益喪失損害 (endgültiger Ertragsausfallschaden)」が問題となるのは、利用利益喪失損害が問題となる場合のうち、「現実履行が行われないことによって、利用利益 (Ertrag) をもはや終局的 (endgültig) に取得することができなくなる」

⁵³ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 738.

⁵⁴ この用語については、Thomas Riehm, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 378を参照した。

⁵⁵ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 738.

⁵⁶ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 229 (-Riehm).

⁵⁷ 高田・前掲注(1)「損害現象論的区分説における識別」77頁では、「利得不発生損害」と訳されている。

⁵⁸ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 739.

⁵⁹ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 740を参照。

⁶⁰ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 230 (-Riehm).

場合である⁶¹。これは、債権者の利用計画が全体にわたって挫折する場合を意味する⁶²。この終局的利用利益喪失損害には、以下の2つのタイプの損害が含まれる。

aaa) 損害の発生時期に左右されないもの——
瞬間的な出来事により利用計画が挫折
する場合の利用利益喪失損害

1つは、損害の発生時期にかかわらず、常に終局的利用利益喪失損害にあたる、つまり填補賠償の対象となるものである。瞬間的な出来事（*punktueller Ereignis*）によって利用計画（全体）の挫折が生じる場合が、これにあたる⁶³。例えば、（転買主の解除などによる）転売利益の喪失は、常に——損害の発生が履行請求権消滅前であったとしても——填補賠償の対象となる⁶⁴。

bbb) 損害の発生時期に左右されるもの——
時間の経過に伴い利用計画が挫折する場
合における、履行請求権消滅後に発生す
る利用利益喪失損害

もう1つは、損害の発生時期によって、終局的利用利益喪失損害にあたるかどうか、つまり填補賠償の対象となるかどうかが変わるものである。時間の経過に伴って、つまり時々刻々と利用計画の挫折が生じていく場合が、これにあたる⁶⁵。この場合には、損害の発生が履行請求権消滅後である場合に限り、填補賠償の対象となる⁶⁶。例えば、債権者が、給付目的物である機械を利用して営業利益を取得することを計画してい

⁶¹ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 230 (–*Riehm*).

⁶² BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 270, 274 (–*Riehm*) を参照。

⁶³ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 741.

⁶⁴ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 741; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 270 (–*Riehm*). ただし、債権者の利用計画が全体にわたって挫折するわけではない場合には、転売利益（の一部）は遅延賠償の対象となるとされる。これについては、後述する（連載第7回の第2章第3節3（1）イ（ウ）を参照）。

⁶⁵ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 742.

⁶⁶ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 751; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 275 (–*Riehm*).

た場合において、その機械が履行期に引き渡されなかったときには、営業利益の喪失は、時々刻々と発生することになる。このとき、履行請求権がなお存続している段階においては、将来的に給付が行われることにより、利用計画（の一部）がなお実現される可能性が残っている。これに対して、履行請求権が消滅すると、その可能性もなくなり、利用計画が完全に挫折することになる。したがって、填補賠償の対象となるのは、履行請求権消滅後に失われた営業利益に限られるというわけである⁶⁷。

b) 遅延賠償———時的利用利益喪失損害———
 時間の経過に伴い利用計画が挫折する場合における、
 履行請求権消滅前に発生する利用利益喪失
 損害

以上の填補賠償に対して、遅延賠償の対象は、「適時の給付に対する債権者の利益〔の喪失〕」である⁶⁸。

この定義は、遅延賠償付加要件の目的から導かれる。すなわち、遅延賠償付加要件を定める改正BGB286条のうち、中心となるのは、催告を要求する改正BGB286条1項1文である（その他の規定（改正BGB286条2項・3項。例えば、改正BGB286条2項1号によると、履行期が「暦に従って定められているとき」は催告を要しない）も、改正BGB286条1項1文と同じ目的に向けられている）。催告は、債務者を保護するために、2つの機能を果たしている。1つは、「情報提供機能（Informationsfunktion）」である。これは、債務者に対して請求権の存在およびその履行期に関する情報を提供するという機能である。もう1つは、「注意喚起機能（Appellfunktion）」である。ここには、今後は債務者の給付の遅延が損害賠償責任を生じさせることになるとの「警告（Warnung）」の機能が含まれている。こうした遅延賠償付加要件の目的に照らすと、遅延賠償の対象となるのは、催告による情報提供および警告が行われてはじめて賠償が認められるべき損害項目、すなわち、給付の適時性に関わる損害項目であることになる⁶⁹。

⁶⁷ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 275 (-Riehm).

⁶⁸ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 747.

⁶⁹ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 743 ff.

なお、グリゴライト＝リームが填補賠償付加要件の目的について述べたことと遅延賠償付加要件の目的について述べたことを比較すると、両付加要件の間には、作用の仕方という点において決定的な違いがあることが明らかとなる。すなわち、填補賠償付加要件の目的は、猶予期間が設定され、それが経過するまで填補賠償の請求を止めておくことにより、現実履行に優先性を認めることにある。換言すると、填補賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を一時的に阻止するという形で作用する。これに対して、遅延賠償付加要件の目的は、催告による情報提供および警告が行われるまでに生じた遅延損害の賠償を認めないことにより、債務者を保護することにある。換言すると、遅延賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を終局的に否定するという形で作用する。

さて、この遅延賠償の対象となる損害にあたるのは、「一時的利用利益喪失損害（vorübergehender Ertragsausfallschaden）」⁷⁰である。これが問題となるのは、利用利益喪失損害が問題となる場合のうち、「義務違反により債権者の利用計画が一時的（vorübergehend）にのみ妨げられる」場合である⁷¹。この一時的利用利益喪失損害にあたるのは、時間の経過に伴って、つまり時々刻々と利用計画の挫折が生じていく場合のうち、損害の発生が履行請求権消滅前である場合である。例えば、先の営業利益の例でいうと、履行請求権がなお存続している段階における営業利益の喪失がこれにあたる⁷²。

イ）保持利益——単純賠償

以上の履行利益に対して、「完全性利益（Integritätsinteresse）〔引用者注：本稿でいう「保持利益（Erhaltungsinteresse）〕」⁷³とは、「債務の

⁷⁰ 厳密には、（グリゴライト＝）リームにおいて“vorübergehender Ertragsausfallschaden”という用語は使われていないが、“endgültiger Ertragsausfallschaden”という用語が使われていることとの関係で、便宜上、このように紹介する。

⁷¹ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 230 (–Riehm).

⁷² Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 747; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 279 (–Riehm).

⁷³ なお、責任内容論の箇所でも述べたが、ここでの「完全性利益」は、原状

内容となっている給付がされないならば存在するであろう財産状態を保持することに対する債権者の利益」である⁷⁴。この保持利益の賠償は、単純賠償に分類される⁷⁵。

履行利益と保持利益の区別は、問題となる法益が既存のものであるかどうかによって行われるのではない。債権者の利用計画に照らすと給付義務の履行によってどのような財産の変更がもたらされるべきであるかに応じて、区別が行われる。例えば、屋根の修理を請け負った屋根ふき職人が履行期を経過しても修理を行わなかったため、雨が降った際に屋根の下にある家具が損傷したという事例を想定すると、確かに、家具の所有権は既存の法益ではある。しかし、債務者の履行に対して債権者が期待しているのは、まさに屋根の下での家具の損傷を回避することであるので、ここで問題となるのは、保持利益ではなく履行利益（のうち遅延賠償）である。これに対して、屋根ふき職人が屋根の修理中に家具を損傷してしまった場合には、給付義務の履行・不履行とは関係なく家具が損傷されているので、保持利益が問題となる⁷⁶。

2) 事実的填補購入費用が問題となる場合——履行状態実現費用の賠償——常に填補賠償

以上のような区別基準をもとに、グリゴライト＝リームは、事実的填補購入費用の賠償を、常に——填補購入の時期にかかわらず——填補賠償に分類する。なぜなら、事実的填補購入費用の賠償は、履行状態実現

回復ないし履行状態実現との関係で登場した、「価値利益」と並び立つ概念としての「完全性利益」とは異なる概念である。そのため、本稿では、前者の「完全性利益」に代えて「保持利益」、後者の「完全性利益」に代えて「現実的利益」という語を用いることとしている（連載第2回の第2章第2節1（1）ウ（ウ）d（a）1）（215頁以下）を参照）。

⁷⁴ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 223 (–Riehm). *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 752も参照。なお、*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 41), S. 21では、「等価性利益に分類されない損失」と消極的な形で定義されている。

⁷⁵ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 751; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 222 (–Riehm)。

⁷⁶ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 752 f.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 224 ff. (–Riehm)。

費用の賠償にあたるからである⁷⁷。

b 早すぎた填補購入の場面における事実的填補購入費用
の賠償の可否

続いて、「早すぎた填補購入」の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否についてみていく。

まず、填補賠償構成を採る場合、請求の前提として、填補賠償付加要件——原則として、猶予期間の設定および経過——が満たされていなければならない。

したがって、例えば、債権者が「早すぎた填補購入」を行った後、猶予期間が経過するまでに債務者が給付を行った場合——債権者は、給付目的物（ないしその代替品）を二重に取得することになる——には、債権者は、事実的填補購入費用の賠償を請求することができない。

これに対して、填補賠償付加要件が満たされた場合には、事実的填補購入費用の賠償を請求することができるかどうかは、費用の支出が填補賠償付加要件の充足前に行われたこと、あるいは、填補賠償付加要件の充足後ではあるものの、履行請求権の消滅前に行われたことをどのように評価するかという点にかかってくる。

(a) アプローチ——金銭的評価アプローチ

この点について、填補賠償構成を採る論者——具体的には、ヒルシュとリーム——においては、「損害算定 (Schadensberechnung)」——本稿の用語では、金銭的評価——の問題として解決するべきであるという考え方がみられる⁷⁸。すなわち、債権者は、填補賠償付加要件を満たしたうえで填補賠償を請求した場合には、少なくとも、基準時における市場価格による算定に依拠することはできる。ここでは、それとは別に、履行請求権消滅前に支出された事実的填補購入費用——基準時における市場価格よりも高額の場合が想定される——による算定に依拠すること

⁷⁷ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 7), S. 737; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 245 ff. (-Riehm).

⁷⁸ Hirsch, aa.O. (Fn. 7), S. 101; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 219, 263, 265 (-Riehm). 同様のアプローチとして、Schroeter, aa.O. (Fn. 7), S. 267, 273.

ができるかどうかの問題となるわけである⁷⁹。

(b) 結論

リームは、このアプローチのもとで、以下のような結論を導く。

1) 猶予期間経過前の填補購入

まず、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合には、以下のようになる。

ア) 原則——賠償否定

この場合、原則として、事實的填補購入費用の賠償——より正確には、事實的填補購入費用による算定——は否定される。これは、「債権者が行使することができるのがまだ現実履行請求権に限られており、それゆえ債務者が填補取引の実施を覚悟する必要がなかった時点」において費用が生じたからである⁸⁰。

イ) 例外——賠償肯定

ただし、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合であっても、事實的填補購入費用の額が、填補購入が行われなければ発生していたはずの遅延損害——例えば、営業利益の喪失——の額を下回る場合には、——ローレンツにおけると同様に——例外的に事實的填補購入費用の賠償——より正確には、事實的填補購入費用による算定——が認められる。リームは、この場合には、改正BGB281条2項——猶予期間の設定および経過（同条1項1文）がなくとも填補賠償を請求することができる場合を定める規定——の後半部分にいう「両当事者の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当化する特別の事情」が存在するため、填補賠償付加要件がすでに充足された後に填補購入が行われたことにな

⁷⁹ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 219 (–Riehm) を参照。

⁸⁰ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 263 (–Riehm). これに対して、BGH は、改正前 BGB のもとで、債権者が猶予期間経過前に填補購入を行った場合であっても、（その後給付が行われることなく猶予期間が経過したときには、）不履行に基づく損害賠償としての事實的填補購入費用の賠償が認められるという立場に立っていた (BGH, NJW 1998, 2901 (2903)=BB 1998, 1499)。Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 41), S. 30 も、（改正 BGB のもとで）BGH と同様の立場に立つ。この点については、後に分析を行う（後掲注 (96) を参照）。

るとする⁸¹。したがって、事實的填補購入費用による算定が認められる理由も、次で述べる猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合と同じになるものと考えられる。

2) 猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入——賠償肯定

次に、リームによると、猶予期間経過後・履行請求権消滅前に填補購入が行われた場合には、事實的填補購入費用の賠償——より正確には、事實的填補購入費用による算定——は認められる。これは、填補賠償請求権発生時から履行請求権消滅時までの期間においては、——反対説も存在するものの——「債務者の現実履行権がもはや保護に値しない」、すなわち、債権者は給付の受領を拒絶することができるからである⁸²。

（ウ）小括と補足——填補賠償構成の遅延賠償構成に対する批判の要点

以上、遅延賠償構成と填補賠償構成の内容を紹介してきた。以下では、以上の紹介を——若干の補足を加えつつ——小括する。その際には、填補賠償構成から遅延賠償構成に対して行われている批判の要点は何なのかという点に焦点を当てることとする。

a 賠償の可否に関する結論——大きな違いはない

まず、最終的な結論、すなわち、「早すぎた填補購入」の場面におけ

⁸¹ BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 252, 254 (–*Riehm*). なお、填補賠償構成を採る論者の中には、別の考え方を採る者もいる。これによると、「差し迫った遅延損害が填補取引費用よりも大きい場合には、254条2項から損害軽減義務が生じることが考慮され、債権者は、例外的に、280条1項・2項・286条1項により、給付に代わる損害賠償（例えば、填補取引費用）を281条とは無関係に請求することができる」(Münchener, aa.O. (Fn. 4), § 286 Rn. 145 (–*Ernst*)). 同様の考え方とみられるものとして、BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 69 (–*Unberath*); Grüneberg, aa.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 41 (–*Grüneberg*)). これは、実質的には、こうした例外的な場合に限り事實的填補購入費用の賠償を遅延賠償に分類する考え方であるといえる。しかし、リームは、分類の一貫性という観点から、こうした考え方には批判的である (BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 247 f., 254 (–*Riehm*)).

⁸² BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 265 (–*Riehm*).

る事実的填補購入費用の賠償の可否に関する結論については、2つの立場の間に大きな違いはなかった。いずれの立場においても、猶予期間経過前の填補購入の場合には、原則として賠償が否定されていたが、事実的填補購入費用の額が、填補購入が行われなければ発生していたはずの遅延損害の額を下回るときには、例外的に賠償が肯定されていた。また、猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合には、賠償が肯定されていた⁸³。

なお、債権者が債務者からの給付を受領した場合については、2つの立場の間に若干の結論の違いがみられる。填補賠償構成によると、この場合には、事実的填補購入費用（増加費用）の賠償を請求することはできない。これに対して、遅延賠償構成によると、この場合にも事実的填補購入費用（増加費用ではなく全額）の賠償を請求することができるが、損益相殺が必要となるのであった。このように、2つの立場の間には結論の違いがあるのではあるが、遅延賠償構成を採ったからといって、債権者が「原契約の代金額において給付を取得する」という利益を二重に享受するという結論が導かれるわけではないという点に着目するならば、その違いはそれほど大きいものとはいえない。

b その結論を導く理論

むしろ、填補賠償構成が批判するのは、遅延賠償構成がそうした結論を導く際に依拠する理論である。

（a）遅延賠償に分類することの不当性——填補購入が給付を代替する意味を持つことへの背馳

填補賠償構成を採る論者は、填補購入が給付を代替する意味を持つ以上、その費用の賠償は——填補購入の時期がいつであったとしても——給付とともにする損害賠償に分類されるべきではないと批判する⁸⁴。

⁸³ もっとも、ファウストは、猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合についても、原則として賠償を否定していた（前掲注（21）を参照）。

⁸⁴ Hirsch, aa.O. (Fn. 7), S. 101; Korch/Hagemeyer, aa.O. (Fn. 7), S. 1080. このほか、Dirk Looschelders, Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers als Schadensersatz statt der Leistung, JA 2013, S. 866も参照。

（b）不当性の裏づけ——賠償の可否に関する理論的な修正の必要性

また、填補賠償構成を採る論者は、遅延賠償構成を採った場合、その分類結果の不当性を裏づけるように、賠償の可否に関して理論的な修正を余儀なくされることになる」と指摘する。この指摘によると、ローレンツは、「早すぎた填補購入」の場合の事實的填補購入費用の賠償を遅延賠償に分類した結果、賠償が認められる場面が広くなりすぎたことから、結論的妥当性を確保するために、「心理的に媒介された因果関係」という理論構成を介して、本来であれば填補賠償に妥当すべきはずの評価——猶予期間の設定および経過を要求する改正BGB281条1項1文の評価——を遅延賠償に持ち込んでしまっている⁸⁵。

（c）不当な分類結果が導かれる原因

このように填補賠償構成は遅延賠償構成を批判しているが、遅延賠償構成において不当な分類結果が導かれる原因がどこにあるのかという点については、填補賠償構成を採る論者の中でも、理解が分かれている。

1）時的区分説に問題があるという理解

まず、時的区分説に問題があるという理解がある。損害類型の区分説を採るリームのように、時的区分説以外の見解を採る填補賠償構成の論者は、一般にこの理解に立っている。この理解においては、時的区分説を採ると、「早すぎた填補購入」の場合の事實的填補購入費用の賠償を填補賠償に分類することはできず、遅延賠償に分類せざるをえないことになるということが前提とされている⁸⁶。

2）損害＝事實的填補購入費用説に問題があるという理解

これに対して、時的区分説自体には問題はない——むしろ時的区分説

⁸⁵ Hirsch, aa.O. (Fn. 7), S. 101; Korch/Hagemeyer, aa.O. (Fn. 7), S. 1080 f.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 218 (-Riehm); Schroeter, aa.O. (Fn. 7), S. 275. このほか、Ackermann, aa.O. (Fn. 32), S. 869も参照。

⁸⁶ Ostendorf, aa.O. (Fn. 31), S. 2835 f.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 249 (-Riehm). このほか、Ackermann, aa.O. (Fn. 32), S. 869; Soergel, aa.O. (Fn. 32), § 280 Rn. 366 (-Benicke/Hellwig)も参照。

を採用すべきである——が、事後的填補購入費用を損害として捉えたことに問題があるという理解がある。先に紹介したように、この理解に立つのが、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーである。彼らによると、時的区分説を採用したとしても、給付がされなかったこと（Nichtleistung）自体を損害として捉えた場合には、事後的填補購入費用の賠償は、常に填補賠償に分類されることになる。

イ 分析

では、以上で紹介したドイツの学説を分析していこう。ここでも、損害賠償分類論に関する分析と賠償の可否に関する分析を分けて行っていく。

（ア）損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論に関する分析を行う。

a 問題の捉え方——2つの異なる問題を区別する必要性
分析の前提として、——本稿の冒頭でも述べたことではあるが——損害賠償分類論をめぐる議論を分析するにあたっては、2つの異なる問題を区別する必要があるということを確認しておく。

（a）区別基準論——填補賠償・遅延賠償・単純賠償相互の区別基準はどこにあるのかという問題

まず、当然のことながら、填補賠償・遅延賠償・単純賠償相互の区別基準はどこにあるのかということが問題となる（以下、「区別基準論」と呼ぶ）。

（b）損害論——（その区別基準へのあてはめの前提として）どのような損害が問題となっているのかという問題

しかし、損害賠償分類論は、区別基準論に尽きるものではない。ある一定の損害賠償が填補賠償・遅延賠償・単純賠償のいずれに分類されるのかを確定するためには、区別基準を明らかにしたうえで、それに加えて、具体的な事案において問題となっている損害をその区別基準にあてはめるという作業が必要となる。そして、そのあてはめの前提として、その事案においてどのような損害が問題となっているのかという問題——ここには、そもそも何を損害として捉えるべきかという問題と、その損害をどのような性質を有するものとして理解すべきかという問題が含

まれる——に取り組む必要がある。つまり、損害の分類を行うためには、損害論に取り組まざるをえないわけである⁸⁷。

b 早すぎた填補購入の場面の検討

では、この2つの異なる問題の区別を前提として、「早すぎた填補購入」をめぐるドイツの議論を分析していく。

(a) ドイツにおける議論の真の対立点

以下では、ドイツにおける議論の真の対立点は、区別基準論の次元ではなく損害論の次元にあること、それにもかかわらず、ドイツのほとんどの論者——ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の論者——はこのことを認識していないために、議論に無用の混乱が生じていることを明らかにしたい。

1) 区別基準論の次元——時的区分説と損害類型的区分説の対立の不存在

まず、区別基準論の次元においては、——少なくとも事実に填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り——時的区分説と損害類型的区分説の間には対立がないということを明らかにする。

ア) 区別基準——給付の受領との両立可能性の有無
——給付（の受領）との利益重複の有無

給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は、給付に「代わる（statt）」ものであるから、その対象となる損害は、実現される利益という観点からみて給付の受領と両立しないものである。すなわち、ある損害を賠償したときに債権者のもとに実現される利益が、給付によって債権者のもとに実現される利益と（両取りが許されないという意味において）両立しない場合に、その損害賠償は、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕に分類されることになる。その典型的なパターンは、損害賠償によって給付（の受領）と重複する利益が実現される場合である（実は、給付の受領と両立しない利益の賠償にはもう1つのパターンがあるのだが、これに

⁸⁷ なお、——些末な点ではあるが——本稿における「損害論」の位置づけについて補足しておくと、本稿において、「損害論」は、「損害賠償分類論」の一部を構成するものというよりも、「責任内容論」と「損害賠償分類論（の一部を構成するあてはめの問題）」の共通の前提問題として位置づけられる。

については後に明らかにする)。

以下では、時的区分説と損害類型的区分説においても、同じように、(給付の受領との両立可能性の有無の下位基準としての)給付(の受領)との利益重複の有無が区別基準とされているとみることができることを示す。

まず、時的区分説を代表するローレンツは、「給付に代わる損害賠償は債権者の等価性利益 (*Äquivalenzinteresse*) を満足させるものであるということについては、一致があるだろう」と述べている⁸⁸。これは、時的区分説においても、給付との利益重複の有無が区別基準とされていることを示すものであるといえる。そうすると、時的区分説が填補賠償を(ある一定の時点における)給付によってなお除去することができる損害の賠償とみているのは、損害を給付によって除去することができるかどうかを問うことによって、給付との利益重複の有無を判断するためであるとみることができる。つまり、区別基準はあくまで給付との利益重複の有無であり、除去可能性の審査は、給付との利益重複の有無を判断する手段にすぎないわけである。

次に、損害類型的区分説は、填補賠償の対象を、「債権者およびその利用計画 (*Verwendungsplan*) からみて、経済的に、終局的に行われない現実履行に代わるあらゆる損害項目」とみていた。この「現実履行に代わる」かどうかという区別基準は、「給付に代わる」の同語反復にすぎないともいえるが、要するに、給付の受領との両立可能性の有無を判断するものとみることができる。そのうえで、損害類型的区分説は、事実的填補購入費用の賠償を含めた履行状態実現費用の賠償が(常に)填補賠償に分類される理由を、履行状態実現費用によって「現実給付利益が……〔債務者による給付とは〕別の方法で満足を受ける」ことに求めていた。したがって、損害類型的区分説においては、——少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り——(給付の受領との両立可能性の有無の下位基準として)給付(の受領)との利益重複の有無が区別基準とされているとみることができる。

このように、時的区分説と損害類型的区分説のいずれにおいても、—

⁸⁸ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 7), S. 148.

一少なくとも事實的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り——給付（の受領）との利益重複の有無が區別基準とされている。つまり、區別基準論の次元においては、両見解の間には対立がない。

イ）填補賠償制度の趣旨

なお、給付の受領との両立可能性の有無が區別基準となることは、以下のように、（ドイツの改正BGBが定める）填補賠償制度の趣旨から導くことができる。

a）給付の受領との両立可能性の観点

填補賠償制度の趣旨としては、第1に、基本的な趣旨として、給付と填補賠償を両方受けることの禁止を挙げることができる。そして、この趣旨から、——同語反復にすぎないのではあるが——給付の受領と両立しない利益の賠償という填補賠償の定義を導くことができる。

b）填補賠償付加要件の観点——現実履行の優先

填補賠償制度の趣旨としては、第2に、填補賠償付加要件を課すことによる現実履行の優先を挙げることができる。ある損害の賠償との関係で現実履行が優先されるかどうかを問題としなければならないのは、当該損害の賠償を受けることが現実履行（給付）の受領と両立しないからこそである。したがって、この趣旨からも、給付の受領と両立しない利益の賠償という填補賠償の定義を導くことができる。すでに紹介したように、グリゴライト＝リームも、同じように、現実履行の優先という趣旨から填補賠償の対象となる損害の定義を導いていた。

ところで、ドイツにおいては、區別基準を論じる際に、第1の給付の受領との両立可能性の観点に着目せず、もっぱら第2の填補賠償付加要件の観点、つまり現実履行の優先という趣旨に着目する論者が多くみられる⁸⁹。こうした見方は、ドイツ法とは異なり現実履行を優先しない法⁹⁰——例えば、英米法——においては填補賠償概念を観念する必要はないという理解につながりやすい。しかし、現実履行を優先しない法におい

⁸⁹ 例えば、*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 7), S. 733 f.; *Hirsch*, aa.O. (Fn. 7), S. 98; *Gsell*, aa.O. (Fn. 37), S. 453を参照。

⁹⁰ ここでいう現実履行の優先とは、「第1の現実履行原則」（連載第5回の第2章第2節2（2）イ（イ）b（a）（161頁以下）を参照）のことである。

でも、給付の受領と両立しない損害賠償という概念は存在しうるのであり、その限りにおいて、填補賠償という概念ないし制度が必要であることとはいうまでもない。

2) 損害論の次元——損害＝事實的填補購入費用説と 損害＝給付の不取得説の対立の存在

さて、区別基準論の次元において対立がないとすると、遅延賠償構成と填補賠償構成の対立点はどこにあるのだろうか。それは、損害論の次元であると考えられる。以下では、事實的填補購入費用を損害として捉えるか、それとも給付の不取得を損害として捉えるかが遅延賠償構成と填補賠償構成の立場の分かれ目となっていることを明らかにする。

まず、遅延賠償構成においては、時的区分説の区別基準へのあてはめを行う際に、——必ずしも論者自身が強調しているわけではないものの——事實的填補購入費用を損害とみることが前提とされている。このことは、「填補取引費用の形をとった損害 (Schaden in Gestalt der Kosten des Deckungsgeschäfts)」という表現⁹¹に表れている。このように事實的填補購入費用を損害とみているからこそ、填補購入が履行請求権消滅の前か後かによって損害の除去可能性が変わり、ひいては、給付とともにする損害賠償と給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕のいずれに分類されるかが変わるわけである。

これに対して、填補賠償構成においては、まず、時的区分説を採るヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーが、まさに損害の捉え方が遅延賠償構成と填補賠償構成の立場の分かれ目になることを意識したうえで、給付の不取得を損害として捉えていた。他方、損害類型的区分説を採るリームは、「早すぎた填補購入」の場合の事實的填補購入費用の賠償が遅延賠償に分類されてしまうのは、区別基準として時的区分説を採用するからだという理解に立っていた。だからこそ、時的区分説とは別の区別基準として、自らの損害類型的区分説を提唱したわけである。ここでは、事實的填補購入費用を損害とみる遅延賠償構成の前提を、リームも共有してしまっているとみることができる。しかし、損害類型的区分説の内容をみると、(グリゴライト＝) リームは、事實的填補購入費用の賠償

⁹¹ Lorenz, a.a.O. (Fn. 7), S. 160.

を本体喪失損害の賠償のうち履行状態実現費用の賠償として位置づけていた。これは、むしろ、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーと同じように、給付の不取得を損害とみるものであると評価することができる。そうすると、（グリゴライト＝）リームにおいて事実的填補購入費用の賠償が常に填補賠償に分類されることになるのも、——ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーにおけると同様に——給付の不取得を損害とみるという損害の捉え方に起因するものであるとみることができる（逆に、「現実履行に代わる」かどうかという（グリゴライト＝）リームの区別基準を前提としたとしても、事実的填補購入費用を損害として捉えた場合には、常に填補賠償に分類されることにはならないはずである）。要するに、リームは、時的区分説を批判する際には事実的填補購入費用を損害とみることを前提としているものの、自説を展開する際には給付の不取得を損害とみることを（実質的には）前提としており、一貫していない。

以上により、遅延賠償構成と填補賠償構成の立場の分かれ目は、区別基準論の次元ではなく損害論の次元にあるということが明らかとなった⁹²。それと同時に、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の論者がそのことを認識していないということ、そしてそれが議論に無用の混乱を生じさせていることも明らかになったといえる。すなわち、一方で、遅延賠償構成の論者は、特に損害の捉え方につき立ち入って論じることなく、事実的填補購入費用を損害とみるべきであることを所与の前提として時的区分説へのあてはめを行っている。その結果、「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償は遅延賠償に分類されるという帰結が導かれ、結論的妥当性を確保するための理論的な修正を余儀なくされることとなっている。他方で、リームに代表される、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の填補賠償構成の論者は、遅延賠償構成において遅延賠償という分類結果が導かれる原因が損害の捉え方にあることに気がつかなかった結果、時的区分説自体には——少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り——問題がないにもかかわらず

⁹² *Schroeter*, aa.O. (Fn. 7), S. 258も、損害賠償分類論における立場の分かれ目は、区別基準論自体というよりもむしろその区別基準に照らした具体的な損害の分類にあることを指摘する。

らず、それを批判することとなっている。要するに、遅延賠償構成の論者も、それを批判する（ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の）填補賠償構成の論者も、事実に填補購入費用を損害とみるという理解を疑うことなく前提としたために、時的区分説を採れば必然的に遅延賠償構成が導かれることになることと誤解してしまったわけである。

（b）損害＝給付の不取得説の優位性——遅延賠償構成における理論的な修正の必要性

さて、ドイツにおける議論の真の対立点が損害論の次元にあることが明らかになったところで、事実に填補購入費用を損害とみる見解と給付の不取得を損害とみる見解のいずれに優位性があるかを検討していきたい。

ドイツ法の検討を通じて明らかとなったのは、填補賠償構成を採った場合、賠償の可否に関して特に理論的な困難は生じないのに対して、遅延賠償構成を採った場合、結論的妥当性を確保するための理論的な修正を余儀なくされるということである。すなわち、遅延賠償構成は、「心理的に媒介された因果関係」のような理論構成を介して、本来であれば填補賠償に妥当すべきはずの評価を遅延賠償に持ち込んでしまっており、この点が填補賠償構成の論者から批判されていた。遅延賠償構成の論者がこのような理論的な修正を行うのは、彼ら自身も、填補購入が給付を代替する意味を持つこと——要するに、填補購入によって債権者のもとに給付（行為）が行われたのと同じ利益、つまり給付結果（と同じ利益）が実現されること——を認識したうえで、そのことを損害賠償の枠内において考慮しなければならないと考えているからにほかならない。つまり、遅延賠償構成の論者は、事実に填補購入費用を損害とみる見解から出発しつつも、給付（結果）の不取得を損害とみる必要があることを（暗黙のうちに）自ら認めてしまっていると考えられる。このように給付の不取得を損害とみる必要があるという評価が立場の違いを超えて共有されていることは、給付の不取得を損害とみる見解に優位性があることを示しているように思われる。

ところで、本稿は、責任内容論の検討を通じて、履行状態実現費用の賠償を観念することが少なくとも理論的には可能であることを明らかにした。もっとも、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については、いったん検討を保留していた。履行状態実現費用の賠償を觀念する立場の優位性の1つは、すでに「不均衡な費用」の場合の賠償の制限をめぐる議論の分析の箇所⁹³で明らかにしたが、以上の損害賠償分類論の検討を通じて、この立場の別の優位性が明らかになったといえることができる。すなわち、履行状態実現費用の賠償を觀念する立場に立った場合、事実に填補購入費用の賠償は履行状態実現費用の賠償に位置づけられることになり、（現実）給付の不取得が損害として捉えられることになる。そうすると、今ここで問題となっている損害賠償分類論においても、事実に填補購入費用の賠償における損害は（現実）給付の不取得であると考えられることになる。これに対して、履行状態実現費用の賠償を觀念しない立場に立った場合、事実に填補購入費用の賠償は利用利益喪失損害の賠償に位置づけられることになり、給付の利用利益の価値の喪失——具体的には、事実に填補購入費用（の支出）——が損害として捉えられることになる。そうすると、今ここで問題となっている損害賠償分類論においても、事実に填補購入費用の賠償における損害は事実に填補購入費用であると考えられることになる。したがって、損害賠償分類論において給付の不取得を損害とみる見解に優位性があることは、履行状態実現費用の賠償を觀念する立場に優位性があることを意味することになるわけである。

（イ）早すぎた填補購入の場面における事実に填補購入費用の賠償の可否——損害＝給付の不取得説を前提とした場合

以上、損害賠償分類論に関する分析を行ってきた。以下では、事実に填補購入費用の賠償の可否に関する分析を行う。その際には、事実に填補購入費用の賠償においては給付の不取得を損害とみるべきであるという見解に立つことを前提とする。

a アプローチ——金銭的評価アプローチ

この点については、遅延賠償構成に立つローレンツが「心理的に媒介された因果関係」の問題として解決すべきであるという考え方を採っていたのに対して、填補賠償構成に立つヒルシュとリームは、「損害算定」

⁹³ 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）a（c）1）イ（184頁以下）を参照。

——本稿の用語では、金銭的評価——の問題として解決すべきであるという考え方を採っていた。ヒルシュとリームがこのような考え方を採っていることは、彼らが給付の不取得を損害とみている（あるいは、少なくともそのように理解することができる）ことと関係があると考えられる。すなわち、給付の不取得を損害とみた場合、事実的填補購入費用は、その損害を算定するための資料として位置づけるほかない。そうすると、「早すぎた填補購入」の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否は、「早すぎた填補購入」により支出された事実的填補購入費用を給付の不取得という損害の算定資料として用いることができるかどうかという問題として解決されざるをえないわけである。

そこで、以下でも、この金銭的評価の問題として解決する考え方に立って賠償の可否を検討していく。

b 結論

この考え方を採った場合、以下のような結論が導かれる。

（a）填補賠償付加要件充足前の填補購入——賠償否定

まず、リームは、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合のうち、改正BGB281条2項後半部分の「特別の事情」が認められない場合には、事実的填補購入費用による算定を否定していた。このように、リームによると、填補賠償付加要件が満たされる前に填補購入が行われた場合には、事実的填補購入費用による算定は否定される。

1）理由——現実履行の優先という評価との整合性

その理由につき、リームは、「債権者が行使することができるのがまだ現実履行請求権に限られており、それゆえ債務者が填補取引の実施を覚悟する必要がなかった時点」において費用が生じたからであると述べていた。これは、次のようなことを説くものとして理解することができる。すなわち、填補賠償付加要件が満たされるまでは、債権者は、填補賠償を請求することができず、債務者による給付を受領しなければならない。填補賠償付加要件は、このようにして、現実履行の優先を確保している。ここで、填補賠償付加要件充足前の填補購入により支出された事実的填補購入費用に依拠して算定することを認めると、この現実履行の優先という評価と矛盾してしまう。なぜなら、「填補賠償付加要件が満たされるまでは給付の受領義務がある」という評価の中には、「債権

者は填補賠償付加要件が満たされるまでは給付を代替する意味を持つ填補購入を行ってはならない（あるいは、少なくとも、そのような填補購入を行うことは不要である）」という評価も含まれているはずだからである。

ところで、本稿は、すでに、履行状態実現費用の賠償においては、履行状態実現措置の合理性という規範が妥当することを明らかにしている⁹⁴。それとの関係では、現実履行の優先という評価に照らし、填補賠償付加要件充足前の填補購入に要する填補購入費用による算定が排除されるという規範⁹⁵は、履行状態実現費用の賠償においてはどのような履行状態実現措置が算定の基礎に置かれるべきか、すなわち、債権者はどのような履行状態実現措置を行うべきかという点——その中でも、債権者はどの時期に履行状態実現措置を行うべきかという点——に関する新たな規範として位置づけることができる。

2）注意点——仮定的填補購入費用または客観的価値による算定の可能性

このように、リームによると、填補賠償付加要件が満たされる前に填補購入が行われた場合には、事後的填補購入費用による算定は否定される。もっとも、すでに述べたように、この場合にも、基準時における市場価格による算定は認められる。このことを本稿の検討結果を踏まえて言い換えると、填補賠償付加要件が満たされる前に填補購入が行われた場合であっても、基準時における仮定的填補購入費用（ただし、処分自由論肯定説を前提とする）または客観的価値による算定は認められるということになる⁹⁶。

⁹⁴ 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）b（186頁以下）を参照。

⁹⁵ この規範は、事後的填補購入費用の賠償だけではなく、仮定的填補購入費用の賠償にも妥当すると考えられる。もっとも、後者においては、基準時問題に吸収されると考えられる。

⁹⁶ 以上のような見解に対して、高田・前掲注（9）546頁以下は、——前掲注（80）のグリゴライト＝ベンダーの見解などを参照しつつ、日本法の解釈論として——「催告期間要件」充足前に生じた填補購入費用でも、後に「催告期間要件」充足が起これば、賠償対象となるという見解を主張する。その理由は、「催告期間要件制度とは、履行遅滞発生後でも、催告期間要件充足までは弁済・弁済提

供の機会が一方的に突然奪われないことだけを保障する制度である」という点に求められている。つまり、催告期間の経過まで債権者の解除権・填補賠償請求権の行使が封じられればそれで十分なのであって、上記填補購入費用の賠償対象性自体まで否定してしまうと、「すでに履行遅滞にあり、かつ、弁済提供すら行わない債務者に対して、過剰な保護を与える」ことになるというわけである。

確かに、債務者側には、猶予期間が経過してもなお履行をしなかったという懈怠がある。しかし、だからといって、債権者は、債務者に対して、填補購入にかかった費用であればどのようなものでも請求できるわけではない。債権者は、あくまで（現実の給付結果の実現に）「必要な」費用の賠償しか請求することができない。もちろん、どのような費用を「必要」とみるかという点については評価が分かれうるが、少なくとも、この点についてすでに制定法上何らかの評価が下されている場合には、その評価は可能な限り尊重されるべきであろう。ここで、BGB281条以下は、（少なくとも）填補賠償付加要件充足時——原則として、猶予期間経過時——まで債権者に受領義務を課すことにより、債務者に履行の機会を与えている。これによると、債権者は、付加要件充足時までには、今後債務者から履行の提供がされ、それを受領することになる可能性があること——要するに、履行を代替する意味を持つ填補購入をしなくてもよくなる可能性があること——を考慮に入れて行動しなければならないはずである。そうであるとするならば、BGB281条以下は、付加要件充足前の填補購入という債権者の行為が「不要」であるという評価を下しているとみてよいのではないか。もちろん、填補購入を行った後でも債務者からの履行の受領自体は可能であるから、債権者は、付加要件充足前に填補購入を行うこと自体は許される。しかし、その填補購入は、BGBの評価上はあくまで「行う必要のない時期に行われた行為」であり、それにかかった費用を債務者に「転嫁」することまでは認められない。要するに、債権者は、付加要件充足前の填補購入を自由に行うことができるが、もしそれを行う場合には、以下の2つのリスクを引き受けなければならない。第1は、付加要件充足前に履行の提供がされた場合に、それを受領しなければならない——そして、それに伴い、填補賠償を請求することができなくなる——というリスクである。第2は、付加要件充足前に履行の提供がされなかった場合——つまり、填補賠償の請求が可能となった場合——であっても、基準時の市場価格が填補購入費用を下回ったときには、その差額分を自ら負担しなければならないというリスクである。

高田の主張に応接する形で以上をまとめると、以下のとおりである。確かに、BGB281条以下は、「債権者が付加要件充足前に填補購入をしないことを期待す

（b）填補賠償付加要件充足後・履行請求権消滅前の填補購入——賠償肯定

これに対して、リームは、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合のうち、改正BGB281条2項後半部分の「特別の事情」が認められる場合、および猶予期間経過後・履行請求権消滅前に填補購入が行われた場合には、事後的填補購入費用による算定を認めていた。このように、リームによると、填補賠償付加要件が満たされた後に填補購入が行われた場合には、事後的填補購入費用による算定は認められる。

その理由につき、リームは、債権者が給付の受領を拒絶することができる時期において填補購入が行われたからであると述べていた。すなわち、填補賠償付加要件充足時から履行請求権消滅時までの期間において債権者に受領義務があるかどうかについては争いがある⁹⁷ものの、リームは、受領義務がないという見解を採っている。そうすると、填補賠償付加要件充足後はもはや現実履行の優先が確保されないことになるから、填補賠償付加要件充足後の填補購入により支出された事後的填補購入費用に依拠して算定することを認めたとしても、現実履行の優先という評価との矛盾をきたすことはないわけである。

このようにみえてくると、リームとは異なり、填補賠償付加要件充足後も履行請求権が消滅するまでは債権者に受領義務があるという見解を採った場合には、この期間における填補購入により支出された事後的填補購入費用による算定を否定するべきであるといえる。実際、ファウストは、——遅延賠償構成に立ち、それゆえ賠償の可否の問題を金銭的評

ることができる」という債務者の利益を直接的な保護目的とするものではないかもしれない。しかし、BGB281条以下からは、少なくとも、「付加要件充足前の填補購入は不要である」という評価までは導くことが可能であり、債務者への費用転嫁を否定するためには、それで十分である。

⁹⁷ 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「債務不履行における不履行者の保護——ドイツ債務法現代化法がもたらしたもの」駒澤法曹3号（2007年）11頁以下、森田修「履行請求権と填補賠償請求権との併存——新債権法と『浮動状態』（Schwebzustand）論」瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集『社会の変容と民法の課題（上）』（成文堂・2018年）417頁以下、高田・前掲注（9）547頁以下注（49）・（50）・（51）。

価の問題として捉えるわけではない⁹⁸という点に違いはあるものの——填補賠償付加要件充足後も履行請求権が消滅するまでは債権者に受領義務があるという見解を採った⁹⁹うえで、履行請求権が消滅してはじめて債権者は填補購入を行うことが認められるという改正BGB280条から283条までの評価に照らして、填補賠償付加要件充足後・履行請求権消滅前の填補購入により支出された事実的填補購入費用の賠償を否定しており¹⁰⁰、この限りで一貫しているといえる。

(3) 判例——BGH 2013年 7 月 3 日判決

続いて、「早すぎた填補購入」に関してBGHが2013年に下した判決¹⁰¹を紹介・分析する。本判決は、学説上議論が活発に行われていた「早すぎた填補購入」に関してBGHの立場を表明するものであるうえ、本判決の登場以降、「早すぎた填補購入」をはじめとする損害賠償分類論をめぐる学説の議論はさらに活発化することとなっている（以上で紹介した文献の多くも、本判決を受けて書かれたものである）。この意味において、本判決は、損害賠償分類論に関するドイツの判例の中でも最も重要なものであるといえる。

ア 事案

事案は、簡略化すると、次のようなものであった。原告は、被告から、バイオディーゼル燃料200万リットルを購入した。被告は、その約6分の1の分量を引き渡した後、原告に対して、自らにバイオディーゼル燃料を供給していた者が倒産し、供給を停止してしまったことを伝え、残部の履行を（真剣かつ終局的に）拒絶した。この履行拒絶の前後にわたって、原告は、残部についての填補購入を行った。この填補購入により、原告は、原契約の代金額よりも約47万5000ユーロ多く支払うことを余儀

⁹⁸ 前掲注(21)を参照。

⁹⁹ *Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 248.

¹⁰⁰ *Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 255.

¹⁰¹ BGHZ 197, 357=NJW 2013, 2959. 本判決を紹介するものとして、藤田・前掲注(1)「契約不適合による損害賠償」8頁以下、高田・前掲注(1)「時期的区分説の検証」291頁以下、同・前掲注(1)「時期的区分説の骨子」292頁。

なくされた。そこで、原告は、この増加費用の賠償を請求した。

ところで、本件は、次のようなやや特殊な経緯をたどるものであった。原告は、填補購入を行った後、本件訴訟に先立って、別訴において残部の履行を請求し、これは認容された。そのため、被告は引渡しを再開し、その後引渡しを完了した¹⁰²。したがって、本件においては、債権者が、給付を受領したうえで、それに加えて、「早すぎた填補購入」により支出された事實的填補購入費用の賠償を請求することができるかどうかの問題となっているわけである。

イ 判旨とその評価

BGHは、請求を棄却した。

（ア）損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論については、BGHは、以下のように判示している。

a 学説の紹介

「学説においては、買主が自らの填補購入の費用を遅延損害として請求することができるかどうかについて、見解の対立がある」。

（a）遅延賠償構成

「若干の論者は、買主が填補取引を履行請求権消滅前に行った場合には、填補購入費用を遅延損害として位置づける。彼らによると、給付に代わる損害賠償の対象は、例えば、買主が解除の意思表示または給付に代わる損害賠償の請求の後に填補購入を行った場合のように、給付の終局的な脱落に起因する損害のみである（ファウスト、ローレンツなどの引用）」。

（b）填補賠償構成

「学説上支配的な見解によると、填補取引の増加費用は、原則として、給付に代わる損害にしかなりえず、それゆえBGB280条1項・3項・281

¹⁰² なお、本判決の判決文においては、被告が引渡しを再開したことまでは摘示されている（Rn. 5）ものの、引渡しを完了したことについては摘示されていない。しかし、以下で紹介する判決理由に照らすと、BGHは、引渡しの完了を前提として判断を下しているものとみられる（このことを指摘するものとして、Schwab, aa.O. (Fn. 31), S. 168）。

条の要件のもとでのみ請求することができる（グリゴライト＝リーム、エルンストほか多数の引用）」。

そのうち一部の論者によると、「給付に代わる損害賠償と『給付とともにする』損害賠償を区別するにあたっては、追完が行われたとすると発生した損害が除去されたであろうかということ問うべきである（オットー（*Hansjörg Otto*）などの引用。また、類似の見解として、グリゴライト＝リームの引用）」。

ここで注目されるのは、BGHがグリゴライト＝リームの見解を時的区分説に類似した見解として理解していることである。この理解は、区別基準論の次元においては——少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り——時的区分説と損害類型的区分説の間には対立がないという本稿の理解と整合する。

b BGHの立場——填補賠償構成

「当部（der Senat）は、後者の見解に従う。買主自身の填補購入の増加費用は、BGB280条1項・2項・286条の遅延損害として賠償することができるものではない」。

「仮に契約履行——これについては、原告が前訴において請求し、その請求が認容されている——と並んで自らの填補購入の増加費用の賠償を求める請求権が原告に認められたとすると、原告は、被告に不利益を与える形で、発注したディーゼル燃料の分量を契約上合意した価格において二重に請求することができるかのような¹⁰³状態に置かれることになるだろう。ここにおいて、売主に義務づけられた給付を代替する買主自身の填補購入の費用を、この給付とともに遅延損害として請求することができないことが、特に明確になる」。

このように、BGHは、「早すぎた填補購入」に関して填補賠償構成に立つことを明らかにした。その際、BGH自身は、どのような区別基準を採用するのかという点、および何を損害とみるのかという点について

¹⁰³ なお、この部分は、判決文においては、「請求しなければならないかのような（zu beanspruchen hätte）」と書かれている（Rn. 28）。しかし、それでは意味が通らないため、「請求することができるかのような（beanspruchen könnte）」の意味合いで書かれたものと判断した。同じ読み方をするものとして、*Benicke/Hellwig*, aa.O. (Fn. 32) Vorzeitiges Deckungsgeschäft, S. 1107.

明言していない。しかし、BGHは、填補賠償構成の根拠として、給付と事後的填補購入費用（厳密には、増加費用）の賠償の両取りが給付目的物の二重取り（厳密には、代金支払との引換えにおける目的物の給付が2回行われた状態）と同じような状態をもたらすことを挙げている。したがって、BGHは、給付と重複する利益が実現されることになるかどうかを填補賠償にあたるかどうかの基準としたうえで、「早すぎた填補購入」の場面も含め、事後的填補購入費用の賠償は給付と重複する利益を実現するものであるとの判断を示したものと理解することができる。少なくともこの限りにおいて、本判決は、本稿が学説の分析を通じて得た示唆と整合するものである。

（イ）事後的填補購入費用の賠償の可否

次に、事後的填補購入費用の賠償の可否については、BGHは、以下のように判示している。

「原告は、填補購入費用の賠償を求める請求権を、BGB280条1項・3項・281条を根拠として主張することもできない。確かに、控訴審の確定したところによると、被告は契約履行を終局的に拒絶し、それゆえもはや期間設定は必要ではなかったため、給付に代わる損害賠償請求権の要件は、さしあたっては満たされていた。また、債権者は、原則として、給付に代わる損害賠償を請求するか契約履行に固執するかを選択することもできる。さらに、債権者は、履行を請求したとしても、依然として給付に代わる損害賠償請求権に再び移行することができるのが原則である（BGH 2006年1月20日判決の引用）。しかし、債権者は、——当然のことながら——その両方を請求することはできない。債権者が給付に代わる損害賠償を請求した場合に給付請求権が消滅する（BGB281条4項）のは、そのためである。裏を返すと、履行——これについては、原告が被告に対して請求し、その請求が認容されている——によっても、自ら前もって行った填補取引の（増加）費用の賠償を求める請求権は排除される」。

BGHは、被告が残部の引渡しを完了したことを理由として、填補賠償としての事後的填補購入費用の賠償を否定したものとみられる。したがって、本判決は、債権者が給付を受領していない場合の賠償の可否——填補購入が填補賠償付加要件充足（本件では債務者の履行拒絶）の前

に行われた場合と後に行われた場合のそれぞれにおける賠償の可否——については判断を下していないことになる¹⁰⁴。

¹⁰⁴ ドイツでは、近時、「早すぎた填補購入」に類似した事案において、遅延賠償構成を採る判例が現れた(BGH 2023年4月20日判決(BGH, JZ 2023, 881=NJW 2023, 3285)。その紹介として、高田・前掲注(1)「損害現象論的区分説における識別」82頁以下注(31)・91頁注(47)・107頁注(71))。

事案は、簡略化すると、次のとおりである。乗用車の部品を、ドイツから、メキシコの自動車製造業者の工場に運送するという内容の契約において、運送給付の債権者は、債務者から、船の故障により部品の海上輸送が約2週間遅延する旨を伝えられた。そこで、債権者は、運送の遅延による製造業者の製造停止およびそれに伴う自らの製造業者に対する遅延賠償責任の発生を回避するため、運送給付の履行期前に、「債務者に(遅れて)運送してもらう予定の部品と同一モデルの部品」の航空輸送を別で手配し(以下、「本件措置」と呼ぶ)、それに要した費用(から、債務者による海上輸送に要する費用を控除した額)の賠償を債務者に請求した。

BGHは、債権者が航空輸送の費用を支出した目的は、運送給付自体を取得するためではなく、製造業者に対する遅延賠償責任の発生を回避するためであったという点に着目し、この点にBGH 2013年判決の事案との違いを見出したうえで、本件賠償を遅延賠償に分類し、結論として賠償を認めた。

本判決については今後慎重に検討を行う必要があるが、さしあたり、次の1点のみ指摘しておく。すなわち、仮に、本件措置を、給付結果そのもの(部品がメキシコに運搬されるという給付結果そのもの)を実現するための措置と捉えれば、それに要する費用の賠償は、填補賠償に分類されるべきことになるであろう。これに対して、本件措置を、給付結果を「適時に」実現することによって(債権者の)遅延損害の発生を回避するための措置(つまり、部品がメキシコに運搬されるという給付結果を「履行期に」実現しておくことによって、債務者が後に遅れた給付をするまでの間、一時的に、製造業者に対する遅延賠償責任の発生を回避しておくための措置。いわば、時間稼ぎのための措置)と捉えれば、それに要する費用(本件措置にかかる費用全体ではなく、そのうち、給付結果の「適時な」実現に資する部分)については、遅延賠償の対象とみる余地が出てくる(これと類似の発想は、すでに、「早すぎた填補購入」との関係で、「填補購入を代替品の賃借と同じように扱う考え方」として主張されている(前掲注(28)およびその箇所の本文の記述を参照。なお、前掲注(81)も参照))。本判決は、こうしたアプローチから理論的に正当化される「可能性」がある。

* 本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。

このように、本判決は、——損害論に関する本稿の検討結果そのものに修正を迫るものではないと考えられるが——BGH 2013年判決で示された判例法理に対して、新たに重要なルールを付け加えようとするものと評しうる（実際、ドイツでは、この判決の登場を受けて、損害賠償分類論に関する議論がさらに活発化している）。そのため、本判決については、他の論点も含めて、今後改めて検討を行うこととしたい。