



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（7）：損害論の視角からの分析
Author(s)	林, 耕平
Citation	北大法学論集, 76(3), 33-73
Issue Date	2025-09-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/96041
Type	departmental bulletin paper
File Information	02_Hayashi_lawreview_76_3.pdf



契約責任法における 責任内容確定の構造と方法（7）

—— 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（以上、75巻5＝6号）

第3節 損害賠償分類論

1 はじめに

2 早すぎた填補購入（以上、76巻1＝2号）

3 利用利益喪失損害の検討

（1）利用利益喪失損害の分類——填補賠償と遅延賠償の区別

ア 転売利益以外の利用利益喪失損害

イ 転売利益

（2）利用利益喪失損害の外延——「填補賠償または遅延賠償」と単純賠償の区別

ア 学説

イ 分析

4 まとめ

（1）損害の分類方法

（2）責任内容論をめぐる議論から析出した3種類の損害概念の
有用性（以上、本号）

第3章 日本法の検討

第4章 おわりに

3 利用利益喪失損害の検討

ところで、先に紹介したドイツの学説からは、「早すぎた填補購入」以外の場面についての示唆、とりわけ（本稿のいう）利用利益喪失損害についての示唆をも得ることができる。そこで、以下では、適宜学説の

紹介を補充しつつ、利用利益喪失損害について検討していく。

その際には、便宜上、債権者が給付を利用することにより取得したであろう利益（の喪失）のうち、填補賠償または遅延賠償の対象とされるもののみを「利用利益喪失損害」と呼ぶこととしたい。そうすると、検討すべき問題は、利用利益喪失損害の分類に関する問題——ある利用利益喪失損害の賠償が填補賠償と遅延賠償のいずれに分類されるのかという問題——と、利用利益喪失損害の外延に関する問題——ある損害賠償が填補賠償または遅延賠償に分類されるのか、それとも単純賠償に分類されるのかという問題——の2つだということになる。

（１）利用利益喪失損害の分類——填補賠償と遅延賠償の区別

では、利用利益喪失損害の分類に関する問題を検討していく。以下では、まず、転売利益（の喪失）以外の利用利益喪失損害——例えば、営業利益（の喪失）——について検討し、その後に、転売利益（の喪失）について検討することとする。これは、転売利益については、その特殊性¹ゆえに他の利用利益喪失損害と同じ方法——具体的には、時的区分説——によって損害の分類を行うことができないのではないかということが問題となるため、検討を後回しにしたほうがよいと考えられることによる。

ア 転売利益以外の利用利益喪失損害

まず、転売利益（の喪失）以外の利用利益喪失損害について検討する。

（ア）問題の所在——想定される給付の時期

すでに明らかにしたとおり、填補賠償に分類されるかどうかの基準は、（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である。では、転売利益以外の利用利益喪失損害について、利益重複の有無はどのように判断されるべきであろうか。

ここでは、どの時点における「給付（の受領）」を想定するかによって、利益重複の有無の判断が変わってくるということを考慮に入れなければ

¹ 転売利益の特殊性をどこに見出すべきかは一定の検討を経てはじめて明らかになることであるが、ここで先に結論を述べておくと、転売利益の特殊性は、給付の処分を前提として取得される利益であるという点にある。

ならない。例えば、猶予期間経過時の給付を想定した場合には、それより前に発生した営業利益の喪失という損害については、もはや給付によって除去することができない以上、給付との利益重複は認められないことになる。他方、それより後に発生した（するであろう）営業利益の喪失という損害については、給付によって除去（回避）することができるため、給付との利益重複が認められることになる。これに対して、履行請求権消滅時——例えば、填補賠償請求時——の給付を想定した場合には、同じように考えると、履行請求権消滅前に発生した損害については利益重複が認められず、履行請求権消滅後に発生した（するであろう）損害については利益重複が認められることになる。このように、（転売利益以外の）利用利益喪失損害については、——給付の不取得が損害として捉えられる場合にはあえて時的区分説を用いるまでもなく利益重複を認めることができるのとは対照的に——利益重複の有無の判断方法としてまさに時的区分説が必要不可欠となり、それゆえ、どの時点における給付を想定するかという問題が生じることになるわけである²。

（イ）履行請求権消滅時説の根拠

この点について、時的区分説の内部においては、少数ながら猶予期間経過時の給付を想定する論者がいる³ものの、すでに述べたように、通説は、履行請求権消滅時の給付を想定している。他方で、損害類型別的区分説を採るグリゴライト＝リームにおいては、確かに、時的区分説にお

² Hans Christoph Grigoleit/Philip Bender, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZfPW 2019, S. 29も、「給付本体の不取得による損害 (Schäden infolge des Ausbleibens der Leistungssubstanz)」——本稿でいう「本体喪失損害」に概ね対応する（ただし、転売利益の喪失も含む）——と「利用価値損失 (Nutzwerteinbußen)」——本稿でいう「(転売利益の喪失以外の) 利用利益喪失損害」に概ね対応する——を区別したうえで、時的区分説が後者に対してのみ適合することを指摘する。

³ Klaus Tiedtke/Marco Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, S. 617; Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl., 2018, S. 203.

けるように、どの時点における給付を想定するかという問題が明示的に提起されていたわけではない。しかし、彼らは、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利用利益喪失損害のうち、損害の発生が履行請求権消滅後の場合を終局的利用利益喪失損害として填補賠償の対象とし、損害の発生が履行請求権消滅前の場合を一時的利用利益喪失損害として遅延賠償の対象としていた。これは、——リーム自身も認める⁴ように——実質的には、時的区分説のうち、履行請求権消滅時の給付を想定する見解と重なる。このように損害類型の区分説も結局は時的区分説に接近しているという事実は、この種の損害において「想定される給付の時期」という問題を避けて通ることができないということを示しているといえる。

以上のように、ドイツにおいては、履行請求権消滅時の給付を想定する見解が支配的である。では、この見解の根拠はどこに求められるだろうか。ドイツでは、特に根拠が挙げられることなくこの見解が主張されることも多く、この点に関する議論が深まっているとはいいがたいが、以下では、ドイツにおいてわずかにみられる議論を手がかりとしつつ、分析を試みる。

a 形式的根拠——遅滞損害は履行請求権の存在が前提——履行請求権消滅後の給付を想定する見解を排除

まず、形式的根拠として、遅滞 (Verzug) は履行請求権の存在を前提とするため、履行請求権消滅後に遅滞損害は発生しえないという点が挙げられることがある⁵。これは当を得た指摘であり、これにより、履行請求権消滅時より後の給付を想定する見解——そのような見解は実際には主張されていないが——が排除されることになる。

b 実質的根拠

次に、実質的根拠としては、以下の点を検討する必要がある。

(a) 填補賠償制度の趣旨

まず、填補賠償の定義を填補賠償制度の2つの趣旨から導くことがで

⁴ Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, 1. 8. 2023, § 280 Rn. 278 (-Thomas Riehm). このほか、Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 25, 28も参照。

⁵ BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 276 (-Riehm)。

きたように、ここでも、填補賠償制度の2つの趣旨が根拠となる可能性がある。そこで、2つの趣旨について、1つずつ検討していく。

1) 填補賠償付加要件の観点——無意味

第1に、填補賠償に分類されると填補賠償付加要件がかかることになるという点については、想定する給付の時期を決定するうえで意味を持たないと考えられる。

ア) 時的区分説に対する批判——填補賠償付加要件の意味の喪失

このことは、時的区分説に対して投げかけられることのある次のような批判に表れている。それは、時的区分説を採ったうえで、猶予期間経過時（少数説）または履行請求権消滅時（通説）における給付を想定した場合、填補賠償付加要件が無意味なものになってしまうという批判である。

すなわち、一方で、債権者は、猶予期間の設定をしないままにしておくことにより——通説を前提とした場合には、填補賠償の請求をしないままにしておくことによっても——、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〕の分水嶺としての意味を持つ「想定される給付の時期」を先延ばしにすることができる。これにより、先延ばしにされた「想定される給付の時期」よりも前に（終局的に）発生した損害の賠償を、給付とともにする損害賠償として、填補賠償付加要件とは無関係に請求することができるようになる。

他方で、債権者が猶予期間を設定し、それが経過した場合——通説を前提とした場合には、その後、填補賠償を請求した場合——には、確かに、猶予期間経過時（少数説）または履行請求権消滅時（通説）よりも後に（終局的に）発生した損害は、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の対象となる。しかし、債権者がその損害の賠償を請求する段階においては、すでに猶予期間が経過しているため、填補賠償付加要件は必然的に満たされていることになる。

以上をまとめると、時的区分説を採った場合、填補賠償付加要件の充足が必要となるのは、債権者が猶予期間を設定した場合に限られるが、その場合には、填補賠償を請求する段階において必ず填補賠償付加要件が充足されている。要するに、時的区分説を採ると、填補賠償の請求に

付加要件を要することとした意味が失われてしまうというわけである⁶。

イ) 批判の評価

a) 意義——利用利益喪失損害が問題となる場面 についての指摘としての正当性

この批判は、利用利益喪失損害が問題となる限りにおいては、当を得た指摘を含んでいる。利用利益喪失損害については、批判論者が指摘するように、猶予期間経過時の給付を想定する見解と履行請求権消滅時の給付を想定する見解のいずれを採った場合でも、填補賠償付加要件は意味を持たない。したがって、想定する給付の時期を決定するにあたって、填補賠償付加要件の観点は意味を持たない。

もっとも、批判論者が、填補賠償付加要件が意味を持たないという指摘にとどめることなく、それを時的区分説に対する批判に結びつけている点については、反対すべきである。というのも、すでに述べたように、（転売利益以外の）利用利益喪失損害については、利益重複の有無の判断方法として時的区分説が必要不可欠である。時的区分説を採った場合に填補賠償付加要件が意味を失うことになってしまうのは、——債権者が事態を放置しておけば自ずと（終局的に）発生するという——利用利益喪失損害の性質によるものであり、致し方ないことであると考えべきである。なお、このように考えた場合、想定する給付の時期を填補賠償付加要件とは別の観点から決定する必要があることになる。その別の観点として何が考えられるのかについては後述する。

b) 問題点——本体喪失損害が問題となる場面 についての指摘としての不当性

このように、前述の批判は、確かに、利用利益喪失損害については—

⁶ Patrick Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, S. 2835; Ivo Bach, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung, ZJS 2013, S. 3; Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 243–304, 13. Aufl., 2014, § 280 Rn. 316 (–Christoph Benicke/Jan F. Hellwig); Ulrich G. Schroeter, Befriedigung des Leistungsinteresses in Geld – Der »statt der Leistung« verlangte Schadensersatz im modernisierten Schuldrecht, AcP 220 (2020), S. 248.

—反対すべき点もあるものの——当を得た指摘を含んでいる。しかし、この批判は、性質の異なる損害を区別することなく、一律に填補賠償付加要件の意味が失われると指摘している点において、適切ではない。

すなわち、本体喪失損害は、債権者が事態を放置しておけば自ずと終局的に発生するという性質を持たない。むしろ、本体喪失損害は、不履行により不確定的に発生し、履行請求権が消滅してはじめて終局的（ないし確定的）に発生するという性質を持つ。この性質に照らすと、本体喪失損害は、（時的区分説を適用したとしても、）債権者が猶予期間を設定するとしないとにかかわらず、常に填補賠償の対象となる。したがって、填補賠償付加要件は、本体喪失損害との関係においては、不確定的に発生した損害の賠償を付加要件が満たされるまで一時的に阻止するという形で作用することができる。

このように、填補賠償付加要件の意味が失われるという指摘は、本体喪失損害については妥当しない。

2）給付の受領との両立可能性の観点——（少なくとも）実際の給付後の給付を想定する見解を排除

では、第2に、給付と填補賠償を両方受けることを禁止するという填補賠償制度の趣旨は、想定する給付の時期を決定するうえで意味を持つだろうか。

ア）猶予期間経過時説に対する批判——猶予期間経過後・実際の給付前に発生した損害の賠償が給付の受領と両立しないことになる

これについては、猶予期間経過時の給付を想定する見解に対して投げかけられることのある次のような批判をみておく必要がある。それは、この見解を採ると、猶予期間経過後に結局債務者による給付がされたという場合に、猶予期間経過後・給付前に（終局的に）発生した損害の賠償が填補賠償に分類されることになるため、履行を受領したうえでその賠償を請求することができなくなるという批判である⁷。

⁷ 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. 153; BeckOGK, a.a.O. (Fn. 4), § 280 Rn.

イ) 批判の分析

a) 2通りの理解の可能性

この批判には、2通りの理解の可能性がある。

aa) 純粹に給付の受領との両立可能性の観点のみに着目した批判として理解する可能性

1つは、純粹に給付の受領との両立可能性の観点のみに着目した批判として理解する可能性である。これによると、この批判は、次のようなことを説くものとして理解される。債務者による給付が実際に行われた場合には、その給付後に（終局的に）発生する利用利益喪失損害の賠償は給付の受領と両立しないが、その給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償は給付の受領と両立する。したがって、前者は填補賠償、後者は遅延賠償に分類されるべきである。要するに、債務者による給付が実際に行われた場合には、まさにその（時点における）給付を想定して時的区分説を適用すべきである。

ここでは、猶予期間經過後・債務者の給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償が、その最終的な賠償の可否——具体的には、損害軽減義務によって賠償が否定されないかどうか——にかかわらず、もっぱら給付の受領との両立可能性の観点から、遅延賠償に分類されることになる。

bb) 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観点にも着目した批判として理解する可能性

もう1つは、給付の受領との両立可能性の観点だけでなく、——責任内容論の箇所⁸で取り上げた——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観点にも着目した批判として理解する可能性である。これによると、この批判は、次のようなことを説くものとして理解される。債務者による給付が実際に行われた場合には、その給付後に（終局的に）発生する利用利益喪失損害の賠償は、給付の受領と両立しない。したがって、この賠償は（すでに給付の受領との両立可能

278 (—Riehm).

⁸ 連載第5回の第2章第2節2(2)(146頁以下)を参照。

性の観点から）填補賠償に分類されるべきである。これに対して、その給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償は、給付の受領と両立する。そのうえ、この賠償は、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の観点からも否定されない（ここでは、例えば、履行状態実現措置を講じる義務は履行請求権消滅時に生じるという見解を採っていることが想定される）。したがって、この賠償は遅延賠償に分類されるべきである。

ここでは、猶予期間経過後・債務者の給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償が、給付の受領との両立可能性の観点だけでなく序列関係の観点からも否定されないといえてはじめて、遅延賠償に分類されることになる。逆にいうと、仮に履行状態実現措置を講じる義務が不履行時に生じるという見解を採った場合には、この賠償は、——給付の受領との両立可能性の観点からは否定されないにもかかわらず——填補賠償に分類されることになる。

b) 2つの考え方の対立点——序列関係という問題の捉え方の採否

以上で示した2つの考え方の分かれ目は、（利用利益喪失損害に関する）損害軽減義務の問題を、——リームのように——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問題として位置づけるかどうかという点にある。

序列関係の問題として位置づけた場合には、損害軽減義務による賠償の否定が問題となるのは、利用利益喪失損害の賠償の中でも、履行状態実現費用の賠償と両立しない利益を実現するもの、つまり填補賠償に分類されるものに限られるということになる。そうすると、利用利益喪失損害が填補賠償と遅延賠償のいずれの対象となるかは、損害軽減義務（履行状態実現措置を講じる義務）によって（原則として）賠償が否定されることになるかどうかという点に影響を及ぼすことになる。要するに、損害賠償分類論においてどの時点の給付を想定するかということが、履行状態実現措置を講じる義務をどの時点から課すべきかという責任内容論の問題に関する態度決定としての意味を持つことになるわけである。

これに対して、序列関係の問題として位置づけない場合には、遅延賠償に分類された利用利益喪失損害の賠償についても、損害軽減義務によ

る賠償の否定を問題にすることができることになる。

c) 想定される給付の時期の問題において給付の
受領との両立可能性の観点が持つ意味

このようにみると、想定する給付の時期を決定するうえで給付の受領との両立可能性の観点が持つ意味は、序列関係という問題の捉え方を採用するかどうかによって変わってくるということができる。

aa) 序列関係という問題の捉え方を採用しない
立場——実際に給付が行われた場合にまさに
その給付を想定することを要請

採用しない場合には、給付の受領との両立可能性の観点から、「債務者による給付が実際に行われた場合には、まさにその（時点における）給付を想定して時的区分説を適用すべきである」ということまで導くことができる。

bb) 序列関係という問題の捉え方を採用する
立場——実際の給付後の給付を想定する見
解を排除

これに対して、採用した場合には、給付の受領との両立可能性の観点から導くことができるのは、せいぜい、「債務者による給付が実際に行われた場合には、その時点よりも後の時点の給付を想定してはならない」ということまでである。

(b) 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観点——想定される給付の時期に関する履行請求権消滅時説と填補購入義務の発生時期に関する履行請求権消滅時説の間の対応関係の存在？

序列関係という問題の捉え方を採用した場合には、むしろ、その序列関係の観点——履行状態実現措置を講じる義務をどの時点から課すのかという点——が想定される給付の時期にとって決定的な意味を持つことになる（なお、このことは、債務者による給付が行われなかった場合——典型的には、債権者が填補賠償と遅延賠償の両方を請求する場合——でも変わらない）。具体的には、履行状態実現措置を講じる義務を不履行時から課す見解を採る場合には、不履行時の給付を想定する見解を採

ることになり、履行状態実現措置を講じる義務を履行請求権消滅時から課す見解を採る場合には、履行請求権消滅時の給付を想定する見解を採ることになる。そうすると、ドイツにおいて支配的となっている履行請求権消滅時の給付を想定する見解の実質的根拠も、こうした序列関係の観点にある可能性があるといえる。つまり、損害賠償分類論におけるこの見解は、責任内容論における、填補購入義務を履行請求権消滅時から課す見解⁹と対応関係にある可能性がある¹⁰。

なお、序列関係という問題の捉え方を採用しない場合には、債務者による給付が実際に行われた場面については、先に述べたように、まさにその（時点における）給付を想定しなければならない。これに対して、債務者による給付が行われなかった場面については、——履行請求権消滅時より後でない限り——どの時点における給付を想定してもよい（猶予期間経過時の給付を想定するか履行請求権消滅時の給付を想定するかによって、何らかの結論の違いが生じることはない）ということになる。

イ 転売利益

続いて、検討を後回しにしていた転売利益についてみていく。

（ア）問題の所在——履行請求権消滅前に失われた転売利益の分類

まず、転売利益が履行請求権消滅後に（転買主の解除などにより）失われた場合には、その転売利益が填補賠償の対象となることに争いはない¹¹。問題は、転売利益が履行請求権消滅前に失われた場合である。こ

⁹ 責任内容論の箇所では、リームが、填補購入義務の発生時期を、給付に代わる損害賠償の請求可能時（猶予期間経過時）と履行請求権消滅時（給付に代わる損害賠償の請求時）のいずれと考えているのかが必ずしも明らかではないことを指摘したが、本文のような見方からは、リームは、——損害賠償分類論において、履行請求権消滅時の給付を想定する見解に立っている以上——填補購入義務の発生時期についても、履行請求権消滅時説を採用していると推測されることになる。

¹⁰ もっとも、ドイツにおいてリーム以外の論者が序列関係という問題の捉え方を採用しているのかが必ずしも明らかではないため、現時点ではあくまで「可能性」の指摘にとどまる。

¹¹ *Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm, Die Kategorien des*

の場合、時的区分説（のうち履行請求権消滅時の給付を想定する見解）をそのまま適用すると、転売利益は、給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）の対象となる。しかし、このように転売利益を他の利用利益喪失損害と同じように扱ってよいのかという点がまさに問題であり、ドイツの学説も、遅延賠償構成と填補賠償構成に分かれている。以下では、ドイツの学説を紹介した後、その分析を行うこととする。

（イ）学説

学説は、遅延賠償構成と填補賠償構成に分かれる。

a 遅延賠償構成

まず、遅延賠償構成¹²をみていく。

（a）内容

1）区別基準——時的区分説

その代表者であるローレンツは、すでに何度も述べているように、区別基準として、時的区分説（のうち履行請求権消滅時の給付を想定する見解）を採用している¹³。

2）転売利益が問題となる場合

ア）転売利益が履行請求権消滅前に失われた場合——遅延賠償

これによると、転売利益が履行請求権消滅前に失われた場合には、その転売利益は、給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）の対象となる¹⁴。

Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), S. 741; *Stephan Lorenz*, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149 f.; *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 270; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 270 (*-Riehm*).

¹² *Volker Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, S. 266; *Lorenz*, aa.O. (Fn. 11), S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149; *Arnd Arnold*, Die Abgrenzung der Schadensarten nach § 280 BGB, ZJS 2009, S. 23; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255–304, 2019, § 280 Rn. E 10 (*-Roland Schwarze*).

¹³ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 11), S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149.

¹⁴ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 11), S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149.

イ）転売利益が履行請求権消滅後に失われた場合——
—填補賠償

これに対して、転売利益が履行請求権消滅後に失われた場合には、その転売利益は、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の対象となる¹⁵。

（b）批判——過剰賠償の惹起

しかし、遅延賠償構成に対しては、次のような批判がある。すなわち、債権者は、仮に債務者が適時に給付を行ったとすると、目的物を転売して、転売利益を取得していたはずである。この場合、債権者の手元に残るのは転売利益のみである。ところが、債務者が適時に給付を行わなかったために債権者が転売利益を取得することができなかったという場合に、その転売利益を遅延賠償の対象とすると、債権者は、転売利益の賠償に加えて、給付または填補賠償を受けることができることになる。これは、過剰賠償にあたるというわけである¹⁶。

b 填補賠償構成（グリゴライト＝リーム、シュレーター）

そのため、ドイツにおいては、反対説として、填補賠償構成が主張されている。これによると、転売利益の賠償は、転売利益の喪失の時期にかかわらず、常に填補賠償に分類される。この立場を代表するのは、グリゴライト＝リームとシュレーター（Ulrich G. Schroeter）である。グリゴライト＝リームとシュレーターは、それぞれ異なる理由に基づき、転売利益の賠償を常に填補賠償に分類する。

（a）損害類型的区分説（グリゴライト＝リーム）

まず、グリゴライト＝リームの見解をみていく。

1）区別基準——損害類型的区分説

すでに述べたように、彼らは、区別基準として、損害類型的区分説を採用している。

¹⁵ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 204; ders., aa.O. (Fn. 7), S. 149 f.

¹⁶ Thomas Ackermann, Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2012, S. 870; Soergel, aa.O. (Fn. 6), § 280 Rn. 310 f. (–Benicke/Hellwig); Schroeter, aa.O. (Fn. 6), S. 270; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 269 (–Riehm).

2) 転売利益が問題となる場合——終局的利用利益喪失損害——常に填補賠償

そして、これもすでに述べたように、彼らによると、転売利益の喪失は、瞬間的な出来事によって利用計画（全体）の挫折が生じる場合にあたる。そのため、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——債権者の利用計画が全体にわたって挫折する場合の利用利益喪失損害——にあたる。したがって、転売利益の喪失は、常に填補賠償の対象となる。

(b) 「給付利益」該当性基準説（シュレーター）

続いて、シュレーターの見解¹⁷をみていく。

1) 区別基準——「給付利益」該当性基準説

シュレーターによると、区別基準は、以下のとおりである。

ア) 給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕——「給付利益」の実現が請求されている場合

まず、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である¹⁸。「給付利益」とは、「債務者から約束された給付に対して債権者が有する利益」である。これは、第一次的には現実給付の取得により、第二次的には金銭での損害賠償により実現される¹⁹。

¹⁷ この見解を紹介するものとして、高田淳「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）276頁以下、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）81頁注（29）。

¹⁸ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 252. なお、シュレーター自身は、「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」という特別な損害賠償の種類があるわけではないため、「給付に代わる損害賠償」を請求していると考えてのではなく、「損害賠償を給付に代えて請求（"statt der Leistung Schadensersatz" verlangen）」していると考えてべきであるとする（S. 251 f.）。しかし、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は、給付の受領との両立可能性と填補賠償付加要件の2点において特別な規律が妥当する損害賠償であり、その意味においては特別な損害賠償の種類とみるべきであろう。

¹⁹ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 252 f.

イ）給付とともにする損害賠償——それ以外の場合

これに対して、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²⁰。

2）転売利益が問題となる場合——常に填補賠償

こうした区別基準をもとに、シュレーターは、（売買契約の不履行の場面における）転売利益の賠償を、（常に）填補賠償に分類する²¹。その理由は、以下のとおりである。

ア）損害＝給付目的物を終局的に処分する可能性の侵害

彼によると、ここで損害として捉えられるべきなのは、給付目的物を終局的に処分（endgültige Verfügung）する可能性の侵害である。したがって、転売利益の賠償が填補賠償に分類されるかどうかは、給付目的物を終局的に処分する可能性が「給付利益」にあたるかどうかによることになる²²。

イ）転売利益の取得の一回性

シュレーターによると、給付目的物を終局的に処分する可能性は、（売買契約の不履行の場面においては）「給付利益」にあたる。そこで彼が強調するのは、債権者は、債務者との約束により、給付目的物を1回転売する可能性までは有することになるが、複数回転売する可能性まで有することにはならないということである²³。もっとも、彼の記述においては、このことが「給付利益」への該当性の判断にどう結びつくのかという点が判然としない。

（ウ）分析

では、以上で紹介した学説を分析していこう。

²⁰ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 252. なお、シュレーター自身は、「給付とともにする損害賠償（Schadensersatz neben der Leistung）」という表現は、解除により給付請求権が消滅した場合には問題にならない損害賠償であるとの誤解を招くため、問題があるとする（S. 280）。

²¹ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 270.

²² *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 267, 270.

²³ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 270. 同様の考え方として、*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 38.

a 遅延賠償構成の問題点——過剰賠償の惹起

まず、時的区分説をそのまま適用した場合に導かれる遅延賠償構成に対しては、転売利益の賠償に加えて給付または填補賠償を受けることができるという意味での過剰賠償がもたらされるとの批判が投げかけられていた。この批判は正当であり、この過剰賠償の問題が生じる限りにおいても²⁴、転売利益の賠償は、(損害の発生が履行請求権消滅前であったとしても、)遅延賠償ではなく、填補賠償に分類されるべきである。

b 填補賠償構成の正当化

問題は、転売利益の賠償が損害の発生時期にかかわらず常に填補賠償に分類されるという結論をどのように理論的に正当化するかということである。以下では、グリゴライト＝リームとシュレーターの見解を手がかりとして、この点を検討していく。

ここでも、「早すぎた填補購入」の場面と同様、区別基準論と損害論

²⁴ 転売利益の賠償が遅延賠償に分類される場面があることを認める見解を採ったとしても、債権者が遅れた給付を受けてから(遅延により逃した転売の価格よりも低い価格で)転売することによって取得する転売利益を除いた分のみを遅延賠償の対象とする考え方に立った場合には、債権者は、全体として、遅延により逃した高い価格での転売による転売利益を取得することになるから、過剰賠償の問題は回避される。実際、ドイツにおいても、この考え方に立つ論者が存在する(AnwaltKommentar BGB, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 74 (-Barbara Dauner-Lieb); Soergel, aa.O. (Fn. 6), § 280 Rn. 403 f. (-Benicke/Hellwig))。しかし、この考え方に立つ場合には、遅れた給付を受けてから転売することによって取得する転売利益の額をどのように確定するのかという難問を解決しなければならない。一方で、例えば給付が行われた時の市場価格による転売を擬制するなどして、実際に債権者が転売を行うまでにその額を確定するという考え方に立つ(Soergel, aa.O. (Fn. 6), § 280 Rn. 403 f. (-Benicke/Hellwig)はこの考え方に立つものと理解することができる)のであれば、実際の転売利益の額とずれが生じる可能性があり、転売利益の取得の一回性との関係で疑義が生じる。他方で、実際に債権者が転売を行ってからその額を確定するという考え方に立つ(AnwaltKommentar, aa.O. (Fn. 24), § 280 Rn. 74 (-Dauner-Lieb)はこの考え方に立っている可能性がある)のであれば、その実際の転売が行われるまでは遅延賠償の額を確定することができないことになってしまう(最後の点につき、概ね同旨の指摘として、Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 38)。

の区別を前提として分析を行う。

（a）区別基準論の次元——有益な示唆の不存在

まず、区別基準論の次元をみていく。

一方で、すでにみたように、グリゴライト＝リームの損害類型的区分説は、給付の受領との両立可能性の有無を区別基準とするものと理解することができる。

他方で、シュレーターの見解においては、「給付利益」という概念が用いられている。しかし、——「債務者から約束された給付に対して債権者が有する利益」という定義は示されているものの——この概念の意味は明確にされておらず、彼においてどのような区別基準が採用されているのかは必ずしも明らかではない。

結局、区別基準論に関する彼らの記述からは、転売利益の分類に関して特に有益な示唆を得ることはできない。

（b）損害論の次元

むしろ、転売利益の分類に関して有益な示唆を提供するのは、損害論に関する彼らの考え方である。以下では、互いに異なるそれぞれの考え方を評価したうえで、転売利益の賠償が常に填補賠償に分類されるという結論をどのように理論的に正当化するかという点に関して、2つの見解からどのような示唆が得られるかを明らかにしたい。

1）填補賠償構成に属する2つの見解の評価

ア）グリゴライト＝リームの見解の評価

まずは、グリゴライト＝リームの見解を評価していく。

a）損害＝転売利益（の喪失）——問題となっているのが利用利益喪失損害であるという理解の適切さ

グリゴライト＝リームは、本体喪失損害と利用利益喪失損害の区別を前提として、転売利益の賠償においては利用利益喪失損害としての転売利益（の喪失）が損害にあたるという理解に立っている²⁵。この理解は適切なものであり、本稿もこれに従うものである。

²⁵ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 739を参照。

b) 利益喪失の終局性への着目——両立可能性の有無の判断方法としての不適切さ

そのうえで、グリゴライト＝リームは、その転売利益（の喪失）が常に填補賠償の対象となる理由を、転売利益が失われる場面では瞬間的な出来事によって利用計画全体の挫折が生じるため、転売利益（の喪失）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——債権者の利用計画が全体にわたって挫折する場合の利用利益喪失損害——にあたるという点に求めていた。しかし、このように利益喪失の終局性に着目する考え方には、——利用計画が「全体」にわたって挫折することを「終局的（endgültig）」な利益喪失と表現することの妥当性について疑問があるほか——給付の受領との両立可能性の有無を必ずしも適切に判断することができないという問題点がある。

なお、利益喪失の終局性に着目する考え方のもとでも、転売利益（の喪失）は結果的には常に填補賠償の対象とされるため、この問題点は、転売利益が問題となる場面においては顕在化しない。この問題点が顕在化するのとは、むしろ、転売利益（の喪失）以外の利用利益喪失損害が問題となる場面である。

例えば、給付目的物を投入してある特定の委任を遂行することが債権者の（唯一の）利用計画であるという状況のもとで、その委任の遂行が挫折したという場面を考えてみよう。このとき、利益喪失の終局性に着目する考え方によると、瞬間的な出来事によって利用計画全体の挫折が生じている以上、その委任に関する逸失利益は、損害の発生時期にかかわらず、常に填補賠償の対象となる²⁶。

しかし、ある一定の時点（例えば、履行請求権消滅時）の給付を想定した場合に、委任の遂行が挫折したのがその時点よりも前であれば、逸失利益と給付の間に利益重複は認められない。この点において、この委任に関する逸失利益の例は、営業利益が時々刻々と失われる場合と変わらない。営業利益が時々刻々と失われる場合と異なるのは、当該時点における給付によって除去（回避）される利用利益喪失損害、つまり給付

²⁶ 実際、グリゴライト＝リームもそのように考えているものとみられる（*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 740を参照）。

との利益重複が認められる利用利益喪失損害があるかどうかという点であるが、この点は、当該時点よりも前に生じた利用利益喪失損害と給付の間に利益重複が認められるかどうかという点とは無関係である。

給付との利益重複が認められないとしても、給付の受領との両立可能性がないことを基礎づける何らかの他の事情があれば、委任に関する逸失利益を損害の発生時期にかかわらず填補賠償の対象とすることを正当化することができる。しかし、この委任の例においては、——（結論の先取りにはなるが）委任の遂行のために給付目的物の処分が必要となるのでない限り——そうした事情はない。

要するに、利益喪失の終局性に着目すると、ある一定の時点よりも前に委任の遂行が挫折した場合の逸失利益を、給付の受領との両立可能性があるにもかかわらず填補賠償の対象とすることになってしまう。このように、利益喪失の終局性に着目する考え方によっては、給付の受領との両立可能性の有無を必ずしも適切に判断することができない²⁷。

²⁷ このほか、利益喪失の終局性に着目すると、転売利益についても、以下のような問題が生じる。すでに述べたとおり、（グリゴライト＝）リームは、転売利益（の喪失）を常に填補賠償の対象とする。ただし、これには例外があるとされる。リームによると、転売利益が失われるとしても、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——ここでは、債権者が遅れた給付を受けてから（遅延により逃した転売の価格よりも低い価格で）転売することによって転売利益を取得することができる場合（①とする）が想定されているとみられる——には、失われる転売利益——遅延により逃した高い価格での転売による転売利益から、低い価格での転売による転売利益を差し引いた分——は、遅延賠償の対象となる（BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 270 (-Riehm)）。これ自体は、——前掲注（24）で指摘した難問は生じるものの——ありうる考え方である。しかし、リームは、そのような例外的な事情がない場合、つまり遅れた給付を受けてから転売することによって転売利益を取得することができない場合（②とする）には、遅延により逃した高い価格での転売による転売利益の全額を遅延賠償の対象とするのではなく、填補賠償の対象とする。そうすると、①の場合には、給付を受領したうえで、それに加えて、遅延により逃した高い価格での転売による転売利益（の一部）の賠償を請求することができるのに対して、②の場合には、——①の場合よりも遅延によって失う転売利益が多いにもかかわらず——給付を受領したうえで、それに加えて、

イ) シュレーターの見解の評価

続いて、シュレーターの見解を評価していく。

- a) 損害＝給付目的物を終局的に処分する可能性の侵害——本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別するという発想の欠如

シュレーターは、転売利益の賠償においては給付目的物を終局的に処分する可能性の侵害が損害にあたるという理解に立っていた。彼は、営業利益の賠償についても、給付目的物を一時的に使用 (vorübergehende Nutzung) する可能性の侵害を損害とみている²⁸。仮に彼が本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別するという発想に立っているならば、転売利益や営業利益については（少なくとも、後者については）利益取得の可能性（の喪失）ではなく利益（の喪失）自体を損害とみるはずであるから、彼は、そうした発想に立っていないものと考えられる。

しかし、すでに責任内容論の検討を通じて明らかにしたように、債権者による給付の利用態様に依存しない客観的な損害としての本体喪失損害と、債権者による給付の利用態様に依存する主観的な損害としての利用利益喪失損害は、損害の性質を大きく異にしており、両者は明確に区別されるべきものである。したがって、損害の捉え方については、グリゴライト＝ルームのように、転売利益（の喪失）を損害とみる立場に立つべきである²⁹。

遅延により逃した高い価格での転売による転売利益の賠償を請求することができないことになる。これは、明らかに均衡を欠いている。

²⁸ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 267, 280.

²⁹ なお、グリゴライト＝ベンダーは、転売利益の賠償（および転買主への填補賠償金の支払による損害の賠償）を「給付本体の価値の賠償 (Wertersatz für die Leistungssubstanz)」——したがって、本体喪失損害の賠償——として位置づける考え方を示す (*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 15 f., 35 f. その紹介として、高田・前掲注 (17)「損害現象論的区分説における識別」83頁以下・90頁)。しかし、責任内容論に関する本稿の検討結果からも明らかなように、転売利益という損害（利益）は、営業利益と同様に、個別の債権者の給付の利用態様に依存する主観的な損害（利益）であり、この点で、給付本体を対象とする本体喪失損害とは大きく性質を異にするものである。こうした転売利益の「具体的」

b) 転売利益の取得が給付目的物の処分を前提とするものであることへの着目——両立可能性の有無の判断方法としての適切さ

このように損害の捉え方については問題があるものの、シュレーターは、転売利益（取得の可能性）という利益ないし損害の性質については的確な理解を示している。

彼は、転売利益の賠償が（常に）填補賠償に分類されることを理由づけるなかで、債権者は、給付目的物を1回転売する可能性までは有することになるが、複数回転売する可能性まで有することにはならないと指摘していた。このように転売利益の取得が一時的なものであるのは、——シュレーター自身も強調する³⁰ように——転売が、（給付目的物の一時的な使用（vorübergehende Nutzung）と対置されるところの）給付目的物の終局的な処分（endgültige Verfügung）としての性質を有するからである。つまり、転売利益を取得するためには、給付目的物を処分しなければならない。給付目的物が処分されると、債権者のもとに給付目的物は残らない。だからこそ、転売利益の取得は一回的なものとなるわけである。

このような、処分を前提として取得される利益としての転売利益の性質を踏まえると、転売利益の賠償が常に填補賠償に分類されるという結論は、次のように正当化することができると考えられる。すなわち、転

「主観的」性質は、損害賠償分類論においても、「（転買主の解除等により）逸失された転売利益は、債務者から遅れた給付がされてももはや回復されえない」という特徴として顕在化する（もちろん、他の転売先をみつけて別途転売利益を取得することはありうるが、その場合でも、逸失された転売利益自体が回復されるわけではない）。こうした性質を踏まえると、転売利益は、営業利益などとともに、利用利益喪失損害に位置づけておくのが妥当であろう。グリゴライト＝ベンダーの上記見解は、「転売利益（および転買主への填補賠償金）は給付本体の価値を表す」という考え方に基づくものであるが、これは、転売利益が本体喪失損害の性質を有することを主張するものというよりは、「填補賠償該当性を判断する場面においては、転売利益と給付本体を同価値とみなすことができる」という主張として理解しておくのがよいように思われる。

³⁰ 特に、Schroeter, aa.O. (Fn. 6), S. 267を参照。

売利益が給付の処分を前提として取得される利益であるということは、債権者は給付と転売利益を両方とも保有することはできない、つまり、転売利益は給付と交換関係にある利益であるということを意味する。そうすると、転売利益の賠償は、給付と交換関係にある利益の賠償であるということになり、——損害の発生時期にかかわらず——給付の受領と両立しない利益の賠償、つまり填補賠償にあたることになるわけである。

このように、給付目的物の処分を前提とするという転売利益の性質に着目することにより、転売利益には常に給付の受領との両立可能性がないという判断を適切に導くことができる。もっとも、シュレーター自身がこのような論理をたどって転売利益の賠償が（常に）填補賠償に分類されるという結論を導いているのかどうかは、「給付利益」の意味が不明確であるということもあり、必ずしも明らかなではない。

2) 填補賠償構成に属する2つの見解からの示唆

ア) 利用利益喪失損害の2つの類型

以上の評価を踏まえると、2つの見解からは、利用利益喪失損害には次の2つの類型があるという示唆を得ることができる。

a) 処分型利用利益喪失損害——給付の処分を前提とする利用利益の喪失——常に填補賠償

第1は、給付の処分を前提とする利用利益の喪失（以下、「処分型利用利益喪失損害」と呼ぶ）である。その典型例は、転売利益（の喪失）である。

処分型利用利益喪失損害の賠償は、給付と交換関係にある利益の賠償であるから、損害の発生時期にかかわらず、常に、給付の受領と両立しない利益の賠償、つまり填補賠償にあたることになる。

b) 使用型利用利益喪失損害——給付の処分を前提としない利用利益の喪失——時的区分説に従って填補賠償と遅延賠償を区別

第2は、給付の処分を前提としない利用利益の喪失（以下、「使用型利用利益喪失損害」と呼ぶ）である。その典型例は、営業利益（の喪失）³¹

³¹ ただし、給付の処分を前提とする営業利益（の喪失）は、処分型利用利益喪失損害となる。例えば、給付目的物を加工・販売することにより取得される営

である。

使用型利用利益喪失損害については、時的区分説に従って分類が行われる。これによると、ある一定の時点（例えば、履行請求権消滅時）の給付によって除去することができない使用型利用利益喪失損害は給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）の対象となり³²、除去（回避）

業利益（の喪失）がこれにあたる。

³² これによると、例えば、当該一定の時点より前に終局的に発生した営業利益の喪失は、遅延賠償の対象とされる。そうすると、後に遅れた給付がされた場合にも、それに加えて、当該営業利益の賠償が認められることになる。しかし、厳密に考えると、これは、給付の「損耗」を前提とする利用利益の喪失が問題となる場合には、債権者に過剰な利得をもたらしてしまう。すなわち、債権者は、債務者から適時に給付がされた場合には、給付を「損耗」させながら使用して営業利益をあげることによって、「営業利益および損耗後の給付目的物」を手元に有することになる。そうであるならば、債務者から遅れて「損耗のない給付目的物」が引き渡された場合において、遅延賠償として営業利益の賠償が請求されたときには、理論的には、損益相殺により、当該営業利益の額から「給付目的物の損耗部分」に対応する利益を控除した額の賠償のみが認められるべきであろう（*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 750 f.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 280 f. (–*Riehm*)）。リームは、債権者が、遅れて引き渡された給付目的物につき、その耐用年数の全期間にわたって利用することが可能な場合には、債権者は、耐用年数の終盤で、「追加の利用可能性」——本来の予定を超える利用可能性——を享受することとなりうるが、こうした利益は理論的には損益相殺によって控除されなければならないとする。ただし、リームは、その「追加の利用可能性」についての証明責任が債務者側にあることを指摘する。これによると、理論上は損益相殺が認められうる事案でも、実際には、債務者による証明の不存在または失敗により損益相殺が行われない場合が多くなるものと考えられる。以上に対して、*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 19は、処理の簡便化などの観点から、損益相殺を少なくとも原則として不要とする）。

なお、給付の「費消」（給付を完全に使い果たしてしまうこと）を前提とする利用利益の喪失が問題となる場合については、処分型利用利益喪失損害として処理することも考えられるが、「損耗」と「費消」の違いが相対的であることを踏まえると、使用型利用利益喪失損害として処理したうえで、遅れた給付が行われた場合には、「給付目的物全体」に対応する利益の控除を認めればよいのではない（多くの場合、損害額の大部分または全額につき控除が認められる

することができる使用型利用利益喪失損害は給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の対象となる³³。

であろう)。

³³ なお、以上の検討を踏まえると、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償については、次のように、債権者が転買主に対して負う損害賠償責任の内容に応じて、分類結果が変わってくると考えられる。

まず、債権者の転買主に対する填補賠償責任(による損害)については、債権者が給付を処分してはじめて免れることのできる責任であることから、処分型利用利益喪失損害として、填補賠償の対象とされるべきである(*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 16も結論として同旨。前掲注(29)を参照)。これによると、「転売利益の賠償」と「転買主への填補賠償金の支払による損害の賠償」がいずれも填補賠償に分類されることになるが、だからといって、両者の賠償が両立しないわけではない。債権者は、債務者から給付を受けた場合には、その給付を処分(転売)することによって、「転売利益」と「転買主に対する填補賠償責任の回避」の両方の利益を享受するわけであるから、債務者の不履行を理由として損害賠償を請求する場合も、填補賠償の枠内で、この両方の利益を併せて請求することができる。

これに対して、債権者の転買主に対する遅延賠償責任(による損害)については、確かに、債権者が給付を適時に転買主に引き渡してはじめて免れることのできる責任ではあるが、遅延賠償責任(の回避)は、給付そのものと交換関係にあるわけではなく、給付の一時的な利用可能性と交換関係にあるにすぎない。したがって、転買主に対する遅延賠償責任(による損害)は、給付の(終局的な)処分を前提としない利用利益の喪失、すなわち使用型利用利益喪失損害として、(給付が想定される一定時点より前に損害が発生した場合には)遅延賠償の対象とされるべきである(転売の例ではないが、連載第6回の注(104)で取り上げたBGH 2023年4月20日判決においては、運送給付の債権者の第三者(製造業者)に対する遅延賠償責任による損害の賠償が遅延賠償にあたることが前提とされている(BGH, JZ 2023, 881=NJW 2023, 3285 Rn. 49))。これによると、例えば、債務者が遅れた給付をしたために、債権者が転買主に対して遅延賠償責任を負うだけで済んだという事例においては、債権者は、債務者に対して、遅れた給付に加えて、遅延賠償として、転買主への遅延賠償金の支払による損害の賠償を請求することができる。

なお、違約金についても、以上と同様に、給付の(終局的な)処分によってはじめて回避されるものかどうかという基準によって損害賠償の分類を判断すべきであろう。

イ）処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると不当な分類結果が導かれることになる原因——両立可能性が否定される理由が利益重複とは別の点にあること

以上のように、利用利益喪失損害の中でも、時的区分説の適用範囲は使用型利用利益喪失損害に限られる。すでにみたように、処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると、本来填補賠償に分類されるべきであるにもかかわらず遅延賠償に分類されるという場面が発生し、過剰賠償がもたらされることになる。では、処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると不当な分類結果が導かれることになる原因は、どこにあるのだろうか。

その原因は、処分型利用利益喪失損害については、給付の受領との両立可能性が否定される理由が利益重複とは別の点にあるということにある。

a) 時的区分説——利益重複の有無の判断方法

そもそも、時的区分説は、ある一定の時点における給付による損害の除去可能性を問うことによって、当該時点における給付と当該損害の間に利益重複があるかどうかを判断するためのものである。そのため、——使用型利用利益喪失損害におけるように——利益重複の有無と両立可能性の有無が連動している限りにおいては、時的区分説は、填補賠償にあたるかどうかを適切に判断することができる。

b) 処分型利用利益喪失損害について両立可能性が否定される理由——処分型利用利益が給付と交換関係にあること

ところが、処分型利用利益喪失損害においては、利益重複の有無と両立可能性の有無が必ずしも連動していない。つまり、処分型利用利益喪失損害について両立可能性が否定されるのは、利益重複が認められるからではなく——もちろん、給付が想定される時点よりも後に発生した（するであろう）処分型利用利益喪失損害については、利益重複が認められるという理由によってすでに両立可能性が否定されるのだが——、処分型利用利益が給付と交換関係にあるからである。そのため、給付が想定される時点よりも前に発生した処分型利用利益喪失損害については、利

益重複が否定されるにもかかわらず、両立可能性が否定されることになるわけである。給付が想定される時点よりも前に発生した処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると不当な分類結果が導かれることになる原因は、まさにここにある³⁴。

(2) 利用利益喪失損害の外延——「填補賠償または遅延賠償」と単純賠償の区別

続いて、利用利益喪失損害の外延に関する問題——ある損害賠償が填補賠償または遅延賠償に分類されるのか、それとも単純賠償に分類されるのかという問題——を検討していく。

ア 学説

まずは、この点について、時的区分説と損害類型的区分説がどのように考えているのかをみておく。

(ア) 損害類型的区分説

a 「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準

損害類型的区分説においては、以下のようにして「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別が行われる。

(a) 「填補賠償＋遅延賠償」——履行利益の賠償

まず、「填補賠償＋遅延賠償」に分類されるのは、履行利益の賠償である。

³⁴ 以上の分析に対して、高田・前掲注(17)「識別」288頁以下、同・前掲注(17)「損害現象論的区分説における識別」102頁以下は、(ドイツの議論の分析を踏まえた日本法の解釈論として、)転売利益の賠償が填補賠償に分類されるべき理由を、転売利益の賠償が、債権者が転買主との契約において自ら給付と同価値であると評価した金銭額を請求するものであるという点に求めている(前掲注(29)で紹介したグリゴライト＝ベンダーの見解を参考にしたものとみられる)。これは、転売利益についてもあくまで利益重複(ないし価値重複)の観点から填補賠償該当性を説明しようとする試みとして理解することができる。なお、日本法に関する高田の見解については、第3章で改めて取り上げる予定である。

すでに述べたように、損害類型的区分説においては、まず、「現実履行の優先」という填補賠償付加要件の目的から、填補賠償は「給付の受領と両立しない利益の賠償」であるという理解が導かれる。また、請求権の存在・履行期に関する「情報提供」および給付遅延に伴う損害賠償責任の「警告」という遅延賠償付加要件の目的から、遅延賠償は「給付の適時性に対する利益の賠償」であるという理解が導かれる。そして、こうして導かれた両方の賠償を併せたものが、履行利益の賠償である。

填補賠償の対象となる利益と遅延賠償の対象となる利益を足し合わせたものが履行利益という概念と一致することは、決して偶然ではない。この点につき、損害類型的区分説の論者は、次のように指摘している。「両方の付加要件〔引用者注：填補賠償付加要件としての期間設定と、遅延賠償付加要件としての催告〕において共通に要求されているのは、（警告的な）給付請求である。したがって、〔「填補賠償＋遅延賠償」と、〕単純な損害賠償という受け皿的なカテゴリーとの区別は、まさにその点を踏まえて行わなければならない。すなわち、給付請求が意味を持つのは、給付の不履行が問題となる場合に限られる」。したがって、填補賠償および遅延賠償においては、「給付の等価物」としての「等価性利益（Äquivalenzinteresse）〔引用者注：本稿でいう「履行利益」〕が賠償の対象とされるべきである³⁵。

（b）単純賠償——保持利益の賠償

これに対して、単純賠償に分類されるのは、保持利益の賠償である。そして、単純賠償の受け皿としての機能——填補賠償付加要件と遅延賠償付加要件のいずれにも服すべきでない損害賠償が単純賠償に分類されるということ——を踏まえると、保持利益は、「等価性利益〔引用者注：履行利益〕に分類されない損失」というように、消極的な形で規定されるべきである³⁶。

b 履行利益と保持利益の区別基準——債権者の利用計画

これによると、履行利益と保持利益の区別は、結局、履行利益の範囲に依存することとなる。ここで、履行利益の中に、給付本体を取得する

³⁵ Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 10 f.

³⁶ Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 21.

という利益（本体喪失損害に対応する利益）が含まれることには問題がない。問題は、給付の利用を通じてもたらされる利益のうち、どこまでが履行利益に含まれ、「填補賠償または遅延賠償」の対象とされるのかという点である。この点につき、グリゴライト＝リームは、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が基準になるという考え方を示していた。これによると、ある利益の取得——ここには、ある不利益の回避も含まれる——が利用計画に含まれている場合が履行利益、含まれていない場合が保持利益であるということになる。

グリゴライト＝リームによると、このとき、債権者は、給付目的物をもって追求する目的を決定することによって、自らの履行利益を「一方的に定義」することができる。そのため、ここでは、債権者の利用計画を債務者が知っているかどうかは問題とされない。また、債権者が利用計画を立てるのは、契約締結の前と後のいずれであってもよいとされる³⁷。

（イ）時的区分説

a 遅延賠償と単純賠償の区別基準

これに対して、時的区分説においては、「填補賠償または遅延賠償」と単純賠償の区別に相当する問題は、遅延賠償と単純賠償の区別基準の問題として論じられている。すなわち、時的区分説においては、まず、損害の除去可能性を基準として、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〕が区別される。そうすると、その次の段階として、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がどのような区別基準によって区別されるべきかが問題となる。このように、時的区分説においては、単純賠償とそれ以外の賠償の区別がまず問題とされる損害類型的区分説とは異なり、填補賠償とそれ以外の賠償の区別がまず問題とされ、その次に、遅延賠償と単純賠償の区別が問題とされる。

³⁷ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 11), S. 740.

（a）遅延賠償——もっぱら給付の遅延に起因する損害
の賠償

時的区分説の論者によると、遅延賠償の対象となるのは、もっぱら（ausschließlich）給付の遅延に起因する損害である³⁸。例えば、履行期が経過しても売主が目的物である自動車を引き渡さない場合において、買主が代車の賃借のために支払った賃料がこれにあたる³⁹。

（b）単純賠償——それ以外の「給付とともにする損害
賠償」

これに対して、単純賠償は、それ以外の「給付とともにする損害賠償」である⁴⁰。その例として通常挙げられるのは、瑕疵ある給付の場合の営業利益の賠償⁴¹である。この場合、営業利益の喪失は、瑕疵のない給付の遅延に起因しているわけではなく（あるいは、少なくともそれだけに起因しているわけではなく）、瑕疵ある給付に起因しているので、単純賠償の対象になるとされる⁴²。

b 履行請求権消滅後の保持利益侵害の場合

（a）時的区分説に対する批判——単純賠償ではなく填
補賠償に分類されてしまう

しかし、こうした時的区分説の考え方に対しては、履行請求権消滅後に侵害された保持利益の賠償が、単純賠償ではなく填補賠償に分類され

³⁸ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 205; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 31. Ed., 2011, § 280 Rn. 29 (-Hannes Unberath). このほか、Looschelders, aa.O. (Fn. 3), S. 203も参照。

³⁹ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 204.

⁴⁰ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 205; BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 38), § 280 Rn. 29 (-Unberath).

⁴¹ この損害賠償の分類をめぐるドイツの議論を紹介するものとして、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）9頁以下、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）162頁以下。

⁴² Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 205. このほか、BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 38), § 280 Rn. 30 (-Unberath) も参照。

ることになってしまうという批判がある⁴³。例えば、犬の売買において、引き渡された犬が病的なほどに攻撃的であったため、買主が咬み傷を負ったとする（なお、瑕疵の追完は原始的に不能であったとする）。このとき、時的区分説によると、買主が被った損害は、履行（追完）請求権消滅後に発生しているため、——保持利益に対する侵害として単純賠償の対象となるべきであるにもかかわらず——填補賠償の対象になってしまうというのである⁴⁴。

批判論者によると、こうした損害が単純賠償の対象となるか填補賠償の対象となるかは、確かに、填補賠償付加要件の観点からみると、結論に影響を及ぼさない。なぜなら、債権者がそうした損害の賠償を請求する段階においては、すでに履行請求権が消滅しているため、填補賠償付加要件は必然的に満たされていることになるからである⁴⁵。しかし、単純賠償と填補賠償では、改正BGB284条⁴⁶の費用賠償——（有効に成立した契約において、）債務が履行されることを信賴して債権者が支出したものの、債務が履行されなかったことにより無駄になった費用の賠償——と併せて請求することができるかどうかという点に違いが出てくる。というのも、費用賠償の請求は、「給付に代わる損害賠償に代えて（*anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung*）」行われるものであり（改正BGB284条）、填補賠償の請求と両立しないからである⁴⁷。

⁴³ Ostendorf, aa.O. (Fn. 6), S. 2836; Bach, aa.O. (Fn. 6), S. 3; Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 40; Alexander Weiss, Die Rechtsfolgenmechanik des Schadensersatzes statt der Leistung, NJOZ 2024, S. 354.

⁴⁴ 具体例については、Bach, aa.O. (Fn. 6), S. 3を参照した。また、実際に時的区分説の適用によりこのような帰結を導くものとして、Tiedtke/Schmitt, aa.O. (Fn. 3), S. 618（ただし、猶予期間経過時の給付を想定する見解）。

⁴⁵ Bach, aa.O. (Fn. 6), S. 3.

⁴⁶ 【改正 BGB 第284条（無駄になった費用の賠償）】

債権者が給付を受けることを信賴して費用を支出し、かつ、その支出が正当な場合には、債権者は、給付に代わる損害賠償に代えて、その費用の賠償を請求することができる。ただし、債務者の義務違反がなかったとしても、支出された費用の目的が達成されなかったであろう場合には、この限りでない。

⁴⁷ Ostendorf, aa.O. (Fn. 6), S. 2836; Bach, aa.O. (Fn. 6), S. 3; Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 40 f.

（b）時的区分説からの応接——「既発生の損害の除去可能性」基準

以上の批判に対しては、時的区分説の一部の論者から、——批判に對する応接という形をとっているわけではないものの——内容的には応接として評価することのできる考え方が主張されている。これらの論者によると、履行請求権消滅後に侵害された保持利益の賠償が填補賠償に分類されてしまうのは、給付によって損害を防止（verhindern）ないし回避（vermeiden）することができるかどうかを問題にしているからである。防止可能性ないし回避可能性を問題にすると、履行請求権消滅後に（終局的に）発生する損害はすべて填補賠償の対象であることになってしまう。そうではなくて、給付によってすでに発生した損害を除去（beseitigen）することができるかどうかを問題にすべきである⁴⁸。このように考えると、履行請求権消滅後に終局的に発生する損害のうち、「履行請求権消滅時においてすでに不確定的には発生しているが、終局的に発生するのは履行請求権消滅後であるために、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損害」は、給付に代わる損害賠償「填補賠償」の対象となる。他方で、「履行請求権消滅時においてそもそもまだ不確定的にすら発生していない損害」は、給付とともにする損害賠償（のうち単純賠償）の対象となる⁴⁹。

要するに、これらの論者は、填補賠償の対象とされるための要件として、損害が「既発生」であることという要件を加えることにより、時的区分説を維持しつつ、履行請求権消滅後の保持利益侵害を填補賠償の対象から外そうとしているわけである。

イ 分析

では、以上で紹介した学説を分析していこう。

⁴⁸ J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, 2009, § 280 Rn. E 24 f. (–Hansjörg Otto); Christoph Hirsch, Schadensersatz statt oder neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, S. 99.

⁴⁹ Hirsch, a.a.O. (Fn. 48), S. 99, 101を参照。

(ア) 損害類型的区分説の優位性

以上の議論を踏まえると、利用利益喪失損害の外延に関する問題については、損害類型的区分説に優位性があるといえることができる。その理由は、以下のとおりである。

a 損害類型的区分説

(a) 基準の明快さ

まず、損害類型的区分説においては、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準が、「履行利益の賠償にあたるかどうか」に求められている。後述するように、(債権者の利用計画を基準とするグリゴライト＝リームの見解の当否も含めて)履行利益の範囲自体をどのように画定すべきかについては別途検討を要するものの、さしあたり、この段階では、「もっぱら給付の遅延に起因する損害であるかどうか」や、「既発生 of 損害の除去可能性」といった基準を用いる時的区分説と比べて、損害類型的区分説のほうが、基準の明快さという点において優れているといえる点指摘することができる。

(b) 付加要件の目的に立ち返った立論

また、損害類型的区分説においては、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準——「履行利益の賠償にあたるかどうか」という基準——が、填補賠償付加要件および遅延賠償付加要件の目的から導かれている。「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別はまさに付加要件の要否という観点に基づくものであるから、付加要件の目的から区別基準を導くという立論には説得力がある⁵⁰。

b 時的区分説

これに対して、時的区分説には次のような問題点がある。

(a) 履行請求権消滅後に終局的に発生する損害——「既発生」要件の不明確さ

一方で、履行請求権消滅後に終局的に発生する損害について、時的区分説の一部の論者は、損害が「既発生」であるかどうかを問うことによ

⁵⁰ 概ね同旨の指摘として、Johann Kindl, Einfacher Schadensersatz, Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung (Teil 2), Jura 2020, S. 883.

り、填補賠償と単純賠償を区別していた。

この「既発生」要件は、履行請求権消滅後に終局的に発生する損害のうち、給付との利益重複が認められるものに限って填補賠償の対象とする意図で要求されているものとみることができ、その意図自体は理解することができる。

しかし、損害が「既発生」であるかどうかという基準は、その不明確さゆえに、基準として機能しない。例えば、履行請求権消滅後に終局的に発生する営業利益の喪失の場合には、この営業利益の喪失が履行請求権消滅時においてすでに不確定的には発生しているのかどうかを問うことになる。しかし、不確定的に発生しているということの意味が不明確である以上、この問いに対して一義的な答えを出すことはできない。

（b）履行請求権消滅前に終局的に発生した損害——「起因」要件が遅延賠償付加要件の目的から導かれていないこと

他方で、履行請求権消滅前に終局的に発生した損害については、損害の除去可能性の審査により給付とともにする損害賠償の対象とされた後、「もっぱら給付の遅延に起因する損害であるかどうか」という基準により、遅延賠償の対象であるか、それとも単純賠償の対象であるかが判断されることになる。

この「起因」要件については、——瑕疵ある給付の場合の営業利益の賠償の例において、営業利益の喪失は瑕疵ある給付に起因するものであって、瑕疵のない給付の遅延に起因するものではないという考え方を採ることには無理があるという点のほか——基準が遅延賠償付加要件の目的から導かれていないという点を指摘することができる。遅延賠償と単純賠償の区別はまさに遅延賠償付加要件の要否という観点に基づくものであるから、遅延賠償付加要件の目的と「起因」要件の結びつきを明らかにしないままでは説得力を欠くといわざるをえない。

（イ）履行利益の外延——給付義務の保護範囲

以上のように、利用利益喪失損害の外延に関する問題については、損害類型的区分説に優位性がある。すなわち、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償は、履行利益の賠償にあたるかどうかという基準によって区別されるべきである。

では、履行利益の賠償にあたるかどうか——特に、給付の利用を通じてもたらされる利益について、そのうちどこまでが履行利益に含まれるか——を、どのように判断すべきか。この点について、グリゴライト＝リームは、当該利益の取得が債権者の利用計画に含まれているかどうかという基準（以下、「利用計画基準」と呼ぶ）を採用していた。そして、この利用計画基準においては、利用計画に関する債務者の知・不知や計画策定の時期は問題とされず、債権者が利用計画ひいては履行利益の範囲を「一方的に定義」することができるとされていた。こうした考え方は、どのように評価されるべきか。

そもそも、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別において履行利益該当性が基準とされるべき理由は、「填補賠償と遅延賠償に共通の付加要件として給付請求が（原則として）要求されているのは、いずれの賠償においても給付義務違反（に基づく損害の賠償）が問題となっているからである」という点に求められる。それぞれの賠償についてこれを敷衍すると、填補賠償においては、給付義務違反が問題になっているからこそ、給付義務を現実に履行する機会を与えることが必要になるわけであるし、遅延賠償においても、給付義務違反（としての給付の遅延）が問題になっているからこそ、給付義務の存在やその履行期を知らない債務者に情報提供を行うことが必要になるわけである。このようにみると、履行利益の賠償にあたるかどうかという問題は、給付義務違反を基礎とする損害賠償として、当該利益の賠償が認められるかどうかという問題にはかならない。要するに、履行利益の範囲は、給付義務違反を基礎とした場合の賠償範囲（給付義務の保護範囲）がどこまでの利益に及ぶのかという問題であると考えられる。

このようにみると、グリゴライト＝リームの利用計画基準は、賠償範囲論に関するドイツ法特有の立場を前提としたものである可能性がある。実際、リームは、（給付に代わる損害賠償としての）転売利益の賠償の賠償範囲について、債権者がいつ転売を利用計画に取り入れたかや、転売意思が契約内容となっているかどうかは問題とならないことを指摘したうえで、その理由として、BGB280条に基づく損害賠償が、具体的な利益取得の意思が契約内容を構成するに至っているかどうかにかかわらず履行利益を保護していること、——CISG74条2文や他の国際ルー

ル（PECL9:503条、PICC7.4.4条、DCFR III-3:703条）とは異なり——ドイツ給付障害法は損害賠償の範囲を予見可能な損害に制限していないことを挙げている⁵¹。以上を踏まえると、（日本法のように）賠償範囲の画定基準として予見可能性を採用する法においては、——「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準を履行利益該当性に求めたうえで——履行利益の範囲を予見可能性基準によって画するのが妥当であると考えられる。

4 まとめ

以上、損害賠償分類論をめぐる学説・判例の議論を紹介・分析してきた。以下では、以上の検討から得られた示唆をまとめておく。

（1）損害の分類方法

まず、検討を通じて、損害の分類は、以下のように行われるべきことが明らかとなった。

ア 区別基準の定立

まず、異なる種類の損害賠償の区別基準は、以下のとおりである。

（ア）「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準

すでに述べたとおり、利用利益喪失損害の外延に関する問題については、損害類型の区分説に優位性がある。これによると、まず、以下のようにして「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別が行われるべきである。

a 「填補賠償＋遅延賠償」——履行利益の賠償

「填補賠償＋遅延賠償」は、履行利益の賠償である。損害類型の区分

⁵¹ BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 268 (–*Riehm*). ただし、(グリゴライト＝) リームにおいては、「債権者は、特に異常な利用計画を立てた結果として特に大きな損害が生じる可能性がある場合には、BGB254条2項1文により、その利用計画について債務者に通知する義務を負うことがある」とされており、損害軽減義務を通じた賠償範囲の調整が図られている (*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 740 Fn. 41. また、*Thomas Riehm*, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, 2015, S. 519 ff.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 268 (–*Riehm*) も参照)。

説において、履行利益は、「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」と定義される。要するに、履行利益とは、債務（給付義務）が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益である。その履行利益の範囲につき、グリゴライト＝リームは利用計画基準を採用するが、賠償範囲論に関するドイツ法の特異性を捨象して一般化するならば、履行利益の範囲は、給付義務違反を基礎とする損害賠償の賠償範囲（給付義務の保護範囲）によって画されると考えるべきである。

b 単純賠償——保持利益の賠償

これに対して、単純賠償は、保持利益の賠償である。損害類型の区分説において、保持利益は、「債務の内容となっていない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」や、「等価性利益に分類されない損失」と定義される。要するに、保持利益とは、債権者の利益から履行利益を除いたものである。したがって、履行利益と保持利益の区別基準の問題は、結局、給付義務違反を基礎とする損害賠償の賠償範囲（給付義務の保護範囲）の問題に帰着する。

（イ）填補賠償と遅延賠償の区別基準

次に、以下のようにして填補賠償と遅延賠償の区別が行われるべきである。

a 填補賠償——給付の受領と両立しない利益の賠償

填補賠償は、給付の受領と両立しない利益の賠償である。これには、次の2つのパターンがある。

（a）第1のパターン——給付（の受領）と重複する利益の賠償

第1のパターンは、給付（の受領）と重複する利益の賠償である。

（b）第2のパターン——給付と交換関係にある利益の賠償

第2のパターンは、給付と交換関係にある利益の賠償である。

b 遅延賠償——給付の受領と両立する履行利益の賠償

これに対して、遅延賠償は、それ以外の履行利益の賠償、つまり給付の受領と両立する履行利益の賠償である。

イ 区別基準へのあてはめ——損害論を踏まえた損害分類の必要性

続いて、具体的な事案において問題となっている損害を以上の区別基準にあてはめていくことになる（なお、本稿の検討対象が履行利益の賠償に限定されることを踏まえ、以下では、填補賠償と遅延賠償の区別が問題となる損害のみを取り上げる）。学説の分析を通じて、この作業を行うにあたっては、損害論に取り組むことが必要不可欠であるということを確認することができた。この損害論には、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。「早すぎた填補購入」をめぐる議論においては、前者が問題になっていた。これに対して、転売利益の分類については、処分を前提とするという転売利益の特殊性に着目するかどうかによって立場が分かれるものと理解することができるため、後者が問題になっていたとみることができる。

さて、学説の分析を通じて得られた示唆をまとめると、損害論を踏まえた損害の分類は、次のように行われるべきである。

（ア）利益重複を理由とする両立可能性の否定が問題となる場合

第1に、給付（の受領）との利益重複が認められることを理由として両立可能性が否定されるかどうかの問題となる場合として、以下の2つがある。

a 本体喪失損害——常に填補賠償

1つ目は、本体喪失損害——「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〕」——が問題となる場合である。給付と「給付自体を取得する利益」の間には（常に）利益重複が認められるから、本体喪失損害は、常に填補賠償の対象となる。

（「早すぎた填補購入」の場面も含めた）事實的填補購入費用の賠償において給付の不取得を損害とみる立場に立った場合には、その給付の不取得という損害はこの本体喪失損害にあたるため、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。

b 使用型利用利益喪失損害——時的区分説に従って填補賠償と遅延賠償を区別

2つ目は、使用型利用利益喪失損害——給付の処分を前提としない利用利益の喪失——が問題となる場合である。その典型例は、営業利益（の喪失）である。

使用型利用利益喪失損害については、利益重複の有無の判断方法として時的区分説が必要不可欠となる。これによると、ある一定の時点（例えば、履行請求権消滅時）の給付によって除去することができない使用型利用利益喪失損害は遅延賠償の対象となり⁵²、除去（回避）することができる使用型利用利益喪失損害は填補賠償の対象となる。

（イ）交換関係を理由とする両立可能性の否定が問題となる場合——処分型利用利益喪失損害——常に填補賠償

第2に、両立可能性の否定が給付と交換関係にあることを理由とする場合として、処分型利用利益喪失損害——給付の処分を前提とする利用利益の喪失——が問題となる場合を挙げることができる。その典型例は、転売利益（の喪失）である⁵³。

処分型利用利益喪失損害の賠償は、給付と交換関係にある利益の賠償であるから、損害の発生時期にかかわらず、常に、給付の受領と両立しない利益の賠償、つまり填補賠償にあたる。

（2）責任内容論をめぐる議論から析出した3種類の損害概念の有用性

また、検討を通じて、責任内容論をめぐる議論から析出した3種類の

⁵² なお、給付の使用が給付の「損耗」や「費消」をもたらす場合には、理論的には、遅延賠償の枠内において、損益相殺が行われるべきである。これについては、前掲注（32）を参照。

⁵³ なお、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償については、債権者の転買主に対する責任が填補賠償責任の場合には、処分型利用利益喪失損害として填補賠償に分類されるべきである。これに対して、債権者の転買主に対する責任が遅延賠償責任の場合には、使用型利用利益喪失損害として、（給付が想定される一定時点より前に損害が発生したときには）遅延賠償に分類されるべきである。これについては、前掲注（33）を参照。

損害概念が、損害賠償分類論においても有用であることが明らかとなった。

ア 本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別することの有用性
まず、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別することは、以下の2点において有用であるといえる。

（ア）両立可能性の有無の判断方法が異なることの解明

第1に、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別する——そして、そのうえで、処分型利用利益喪失損害と使用型利用利益喪失損害を区別する——ことにより、損害概念の種類によって両立可能性の有無の判断方法が異なるということを明らかにすることができる。

すなわち、本体喪失損害については、時的区分説を必要とするまでもなく（常に）利益重複を認めることができる。これに対して、使用型利用利益喪失損害については、利益重複の有無を判断するために時的区分説が必要不可欠となる。以上の2種類の損害概念——要するに、利益重複を理由とする両立可能性の否定が問題となる損害概念——に対して、処分型利用利益喪失損害については、交換関係を理由として両立可能性が（常に）否定される。

このように、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別する——そして、そのうえで、処分型利用利益喪失損害と使用型利用利益喪失損害を区別する——ことにより、損害概念の種類によって両立可能性が否定される理由や時的区分説の要否が異なることを明らかにすることができる⁵⁴。

（イ）填補賠償付加要件の作用範囲の解明

第2に、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別することにより、填補賠償付加要件が作用する範囲を明らかにすることができる。

そもそも、填補賠償付加要件の目的は、猶予期間が設定され、それが

⁵⁴ 高田も、「実体不発生損害〔引用者注：本稿でいう「本体喪失損害」〕という分類は、これに該当すれば、直ちに、常に填補賠償にあたるという点で意義がある」とし、「利得不発生損害〔引用者注：本稿でいう「利用利益喪失損害」〕という分類は、実体不発生損害とは異なり、直ちに常に填補賠償にあたるとは即断できない損害であることを識別する点に意義がありそうである」とする（高田・前掲注（17）「損害現象論的区分説における識別」97頁）。

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とを目的としている。

填補賠償付加要件がまさにこのような形で作用するのが、本体喪失損害との関係においてである。そこでは、填補賠償付加要件は、不確定的に発生した本体喪失損害の賠償を付加要件が満たされるまで一時的に阻止するという形で作用することができる。

これに対して、（使用型）利用利益喪失損害との関係においては、填補賠償付加要件はそのような形で作用することができない。これは、利用利益喪失損害が、債権者が事態を放置しておけば自ずと（終局的に）発生するという性質を持つことによる。つまり、この性質があるために、——時的区分説によって填補賠償と遅延賠償を区別する限り⁵⁵——「填補賠償付加要件の充足が必要となるのは、債権者が猶予期間を設定した場合に限られるが、その場合には、填補賠償を請求する段階において必ず填補賠償付加要件が充足されている」という現象が発生してしまうわけである。

イ 履行状態実現費用の賠償を観念することの有用性——早すぎた填補購入における填補賠償構成の理論的基礎づけ

次に、履行状態実現費用の賠償を観念することは、「早すぎた填補購入」における填補賠償構成に対して理論的基礎を提供することができる点において有用であるといえる。すでに述べたとおり、「早すぎた填補購入」については、給付の不取得を損害とみて、填補賠償構成を採る考え方に優位性がある。ここで、履行状態実現費用の賠償を観念することにより、事後的填補購入費用の賠償においては給付の不取得が損害にあたるという理解に対して理論的基礎を提供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。

⁵⁵ 裏を返すと、時的区分説が適用されない処分型利用利益喪失損害との関係においては、填補賠償付加要件は本来の形で作用することができる。