



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任法における責任内容確定の構造と方法（８）：損害論の視角からの分析
Author(s)	林, 耕平
Citation	北大法学論集, 77(1), 91-159
Issue Date	2026-05-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/99537
Type	departmental bulletin paper
File Information	04_hayashi_lawreview_77_1.pdf



契約責任法における 責任内容確定の構造と方法（８）

—— 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

（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

4 まとめ（以上、76巻3号）

第3章 日本法の検討

第1節 ドイツ法からの示唆に基づく理論枠組みの提示

1 分析視角——損害論

（1）ドイツ法の検討から析出された3種類の損害概念の確認

（2）そうした3種類の損害概念を観念する可能性および必要性

2 責任内容論

（1）各履行利益実現手段における責任内容の確定方法
（以上、本号）

（2）履行利益実現手段相互の序列関係

（3）補論——“損害軽減義務”の理解

3 損害賠償分類論

4 補論

第2節 先行学説・判例の分析

第4章 おわりに

第3章 日本法の検討

以上で、ドイツ法の検討を終える。続いて、本章では、ドイツ法の検討を通じて得た示唆をもとに、日本法を検討していく。以下では、まず、

ドイツ法からの示唆をもとに、日本法に妥当すべき理論枠組み¹を提示する（第1節）。その後、その理論枠組みに照らして、先行学説・判例を分析する（第2節）。

第1節 ドイツ法からの示唆に基づく理論枠組みの提示

本節では、ドイツ法からの示唆をもとに、日本法に妥当すべき理論枠組みを提示する。その際には、もちろん、ドイツ法と日本法の間に存在する様々な前提の違いに留意する必要がある。

1 分析視角——損害論

まず、責任内容論と損害賠償分類論の共通の分析視角としての損害論については、以下のように考えるべきである。

（1）ドイツ法の検討から析出された3種類の損害概念の確認

まず、ドイツ法の検討から析出された3種類の損害概念——現実給付の不取得・給付の客観的価値の喪失・給付の利用利益の価値の喪失——の意味や特徴を改めて確認しておく。

契約責任法における損害概念は、ドイツ法の検討の「まとめ」²で述べた「2つの側面」に対応して、以下のように、2つの観点から区別することができる³。

ア 給付結果との関係に着目した区別

第1に、契約責任法における損害概念は、給付結果⁴との関係という観点から、本体喪失損害と利用利益喪失損害に区別することができる。

¹ 本稿が最終的に提示する理論枠組みについては、本号（連載第8回）の末尾に掲げた表も参照。

² 連載第3回の第2章第2節1（3）ア（130頁以下）を参照。

³ 「側面」とは、ある一定の損害概念が有する性質ないし特徴のことであり、「観点」とは、そうした性質ないし特徴を語る際の視点のことである。例えば、現実給付の不取得という損害概念は、給付結果との関係という「観点」からみると、本体喪失損害としての「側面」を有しているといえる。

⁴ 本稿における「給付結果」の意味については、連載第3回の注（107）を参照。

（ア）本体喪失損害

まず、本体喪失損害とは、給付（ないしその客観的価値）——より厳密には、給付結果（ないしその客観的価値）——を取得しなかったこと自体のことである。これには、次の２種類の損害概念が含まれる。

a 損害＝現実給付の不取得

１つは、現実給付（より厳密には、現実の給付結果）の不取得である⁵。この現実給付の不取得という損害概念の例としては、一般債務不履行責任における（事實的⁶・仮定的⁷）填補購入費用の賠償の基礎にある損害概念と、瑕疵担保責任における（事實的・仮定的）瑕疵除去費用の賠償の基礎にある損害概念を挙げることができる。そして、（事實的・仮定的）填補購入費用や（事實的・仮定的）瑕疵除去費用は、現実給付の不取得という損害を金額に評価する際の算定資料として位置づけられる。

b 損害＝給付の客観的価値の喪失

もう１つは、給付（より厳密には、給付結果）の客観的価値の喪失——当該債権者の利用にかかわりなく給付が有する価値の喪失——である。この損害概念の例としては、一般債務不履行責任における目的物の客観的価値（の喪失）のほか、瑕疵担保責任における目的物の減価分を挙げることができる。

（イ）利用利益喪失損害——損害＝給付の利用利益の価値の喪失

これに対して、利用利益喪失損害とは、債権者が給付（より厳密には、給付結果）を利用することにより取得したであろう利益（の喪失）のこ

⁵ なお、現実給付の不取得と本体喪失損害の違いについては、連載第３回の注（108）を参照。

⁶ 「事實的填補購入費用」とは、債権者が実際に填補購入をするのに要した費用のことである。「事實的瑕疵除去費用」についても、（填補購入が瑕疵除去に変わる以外）同様である。

⁷ 「仮定的填補購入費用」とは、債権者が仮に填補購入をするとすればそれに要するであろう費用のことである。「仮定的瑕疵除去費用」についても、（填補購入が瑕疵除去に変わる以外）同様である。なお、こうした仮定的費用の賠償が認められるかどうかについては、「処分自由論の採否」という形で別途問題となる。

とである。給付の利用利益の価値の喪失という損害概念は、給付結果との関係という観点からみると、この利用利益喪失損害にあたる。給付の客観的価値（の喪失）と比較すると、給付の利用利益の価値（の喪失）は、当該債権者が給付を利用することによってはじめて生じる価値（の喪失）であるという特徴を持つ。この損害概念の例としては、一般債務不履行責任における転売利益（の喪失）や営業利益（の喪失）、転買主への損害賠償金の支払、瑕疵担保責任における、瑕疵ある目的物を売却したことに伴う減収分などを挙げることができる。

イ 利益の現実性の有無に着目した区別

第2に、契約責任法における損害概念は、利益の現実性の有無（実現されるのが現実的な利益か価値的な利益か）という観点から、現実給付取得利益（契約責任における現実的利益）の喪失と価値利益の喪失に区別することができる。

（ア）損害＝現実給付取得利益の喪失〔履行状態実現費用の賠償〕——損害＝現実給付の不取得

まず、現実給付取得利益の喪失とは、現実の給付を取得することにより（現実）得られる利益の喪失のことである。この現実給付取得利益の実現を目的とするのが、履行状態実現費用の賠償である。ここでは、債権者が履行状態実現措置——例えば、填補購入や瑕疵除去——を行うのに必要な費用を債務者が支払うという形で賠償が行われる。3種類の損害概念のうち、この現実給付取得利益の喪失にあたるのは、現実給付の不取得である（なお、前述のように、履行状態実現費用は、現実給付の不取得という損害を金額に評価する際の算定資料として位置づけられる）。

（イ）損害＝価値利益の喪失〔純粋金銭賠償〕

これに対して、価値利益の喪失とは、給付を取得することにより価値的に得られる利益の喪失のことである。この価値利益の実現を目的とするのが、純粋金銭賠償である。ここでは、債務者による損害賠償金の支払により、直接的に（債権者の何らかの措置を介することなく）債権者の価値利益が実現される。3種類の損害概念のうち、この価値利益の喪失にあたるのは、次の2種類の損害概念である。

a 損害＝給付の客観的価値の喪失

1つは、給付の客観的価値の喪失である。その意味や具体例については、前述のとおりである。

b 損害＝給付の利用利益の価値の喪失

もう1つは、給付の利用利益の価値の喪失である（つまり、給付の利用利益の価値の喪失という損害概念は、利益の現実性の有無という観点からみると、価値利益の喪失にあたる）。その具体例については、前述のとおりである。

（2）そうした3種類の損害概念を観念する可能性および必要性

本稿では、ドイツ法のもとで、以上の3種類の損害概念を観念することが「可能」であり、かつ「必要」であることを明らかにしてきた。では、日本法のもとでも、以上の3種類の損害概念を観念することは「可能」であり、かつ「必要」であるといえるか。これについては、本体喪失損害と利用利益喪失損害という二元的な把握を行うことが可能かつ必要かという問題と、履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償という二元的な把握を行うことが可能かつ必要かという問題の2つに分けて検討する必要がある。

ア 本体喪失損害と利用利益喪失損害の二元的把握の可能性および必要性

まず、日本法のもとでも、本体喪失損害と利用利益喪失損害という二元的な把握を行うことが「可能」かつ「必要」かという点を検討する。

（ア）各損害概念を基礎とする損害賠償の機能

そのために、まず、それぞれの損害概念を基礎とする損害賠償は（仮に認められたとすると）どのような機能を果たすことになるのかという点を明らかにする。

a 本体喪失損害の賠償の機能——債権自体の保護

まず、本体喪失損害の賠償は、債権自体を保護する機能を果たすことになる。これについては、ノイナーの権利追求的性質の考え方が手がかりとなる。すなわち、ノイナーにおいては、「直接損害」の賠償を求める請求権に権利追求的性質、つまり権利自体を保護する性質が認められていた。契約責任においては、（契約から生じる）債権がここでいう「権

利」にあたるため、本体喪失損害の賠償は、(契約から生じる)債権自体を保護する機能を有するといえることができる⁸。なお、ここであえて債権「自体」の保護という表現を用いているのは、本体喪失損害の賠償が、「債権者が給付の利用にかかわりなく、給付が行われること自体により取得したであろう利益」を実現するものであることを強調するためである。

b 利用利益喪失損害の賠償の機能——給付の利用の自由に対する保護

次に、利用利益喪失損害の賠償の機能について検討する。

利用利益喪失損害の賠償によって債権者に実現されることになる利益は、利用利益——債務者が給付を行った場合に、債権者がその給付を利用することにより取得したであろう利益——である。ここでは、債権者が給付の利用の自由を行使することによって得られる利益が実現されるわけであるから、利用利益喪失損害の賠償は、給付の利用の自由を保護する機能を有するといえることができる。

こうした理解については、本稿で検討したドイツの議論の中に決定的な手がかりがあるわけではない。もっとも、メルテンスにおいては、本稿と同様の理解が採用されている可能性がある。というのも、メルテンスは、財産概念を主体の「生活の展開 (Lebensentfaltung)」と関連づけて理解し、財産は、「主体のあらゆる生活目標を実現するための自由な社会的活動領域を対象として保障するもの」であるとしていた⁹。これによると、財産は、「生活の展開」の自由——契約責任を念頭に置くと、給付を用いた「生活の展開」の自由——を保障するものであることになり、それゆえ、財産に損失が生じた場合、つまり(財産的)損害が生じた場合には、この「生活の展開」の自由が制約されることになる。そうすると、メルテンスは、(財産的)損害の賠償を、まさにこの自由を保護する機能を有するものとして理解している可能性があるといえよう。

⁸ なお、ノイナーにおける「直接損害」は、本体喪失損害のうち給付の客観的価値の喪失とのみ対応関係にあるが、現実給付の不取得についても、権利追求の性質の考え方は(なおさら)妥当するといえる。

⁹ 連載第1回の第2章第2節1(1)ウ(イ)c(a)2(105頁以下)を参照。

（イ）そうした機能を有する損害賠償を認める可能性および
必要性

では、日本法のもとで、以上のような機能を有する損害賠償を認めることは「可能」かつ「必要」か。

a 本体喪失損害の賠償を認める（可能性および）必要性
——履行請求の場面で認められている債権自体の保護を
損害賠償請求の場面でも認める必要性

まず、本体喪失損害の賠償についてみていく。

そもそも、債務不履行に基づく損害賠償が、債務不履行、つまり債権内容の不実現を要件として認められるものであることを踏まえると、債務不履行に基づく損害賠償の枠内で、その債権自体を保護する機能を有する本体喪失損害の賠償を認めることは、少なくとも理論的には「可能」であるといえるだろう¹⁰。

問題は、そうした本体喪失損害の賠償を認めることが、「可能」であるだけでなく「必要」であるとまでいえるかどうかである。つまり、債務不履行に基づく損害賠償には、給付の利用の自由を保護する機能のみを認めておけば足り、あえて債権自体を保護する機能まで認める必要はないのではないかという点が問題となる。

これについては、すでに何度も紹介した、ノイナー、ラーベル、クニューテルといった論者において共通にみられた考え方が手がかりとなる。それは、債権者による給付の利用態様を考慮することによって債務者が履行請求の場合よりも有利な地位に置かれるべきではないという考え方である。つまり、給付の利用利益（の価値）は、常に給付の客観的価値を上回るわけではない。債権者の利用態様によっては、それを下回ることがありうる。このとき、債務者は、履行請求の場面においては、（原則として）そうした事情を主張して履行請求を拒絶することができない。それにもかかわらず、損害賠償請求の場面においてはそうした事情を考

¹⁰ なお、日本法が⁴416条で制限賠償原則を採用していることが、本体喪失損害という損害概念を観念すること——本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別すること——の妨げとならないかという点については、後に検討する（本節2（1）イ（ア）を参照）。

慮して給付の利用利益（の価値）の分までしか賠償が認められないとすると、債務者が履行請求の場合よりも有利な地位に置かれることになる。しかし、債務不履行を犯した債務者をこのように有利に扱うべき理由はないと考えるわけである。

この考え方は、要するに、以下のことを説くものと理解することができる。履行請求の場面では、債権者が給付の利用の自由をどのように行使する（であろう）かにかかわらず、債権自体の保護が認められている。損害賠償請求の場面では、債務者が自らの責めに帰すべき債務不履行を犯しているわけであるから、債務者を履行請求の場合よりも有利に扱うべき理由はない。したがって、損害賠償請求の場面でも、債権者が給付の利用の自由をどのように行使する（はずであった）かにかかわらず、債権自体の保護が認められなければならない。

こうした考え方は説得的であり、かつ日本法にも妥当するものである。したがって、日本法のもとでも、本体喪失損害の賠償を認めることは「必要」であるということができる¹¹。

¹¹ なお、このように本体喪失損害の賠償（と同様の機能を持つ損害賠償）を認めるという立場——要するに、債権者による給付の利用態様等にかかわらず、市場価格等に依拠した最小限の賠償を認めるという立場——は、ドイツ法——正確には、ドイツにおける1930年代以降の有力説（転売利益非限定説）——に特有のものではない。ある論者（*Nils Jansen*, *Konturen eines europäischen Schadensrechts*, JZ 2005, S. 164 f.）によると、18世紀・19世紀にはヨーロッパ全体でこうした損害賠償が認められており（このうち、19世紀のドイツの状況については、連載第1回の第2章第2節1（1）イ（95頁以下）を参照）、また、現代においても、ほぼすべてのヨーロッパの法体系、さらにはCISG76条などの統一ルールにおいて、こうした損害賠償が認められているのであって、むしろ、（市場価格による算定という意味での）抽象的損害計算を商取引の場合に限る法体系のほうが例外であると指摘されている（そうした例外としては、ドイツの伝統的見解のほか、スイス法が挙げられている。もっとも、スイスでも、抽象的損害計算は理論的には買主による転売を前提とするものではなく、商取引以外の場合にも認められるべきであるという見解が広まりつつあると指摘されている）。なお、イギリス法の状況については、後掲注（64）も参照。

- b 利用利益喪失損害の賠償を認める可能性（および必要性）——給付の利用の自由に対する保護が債権（の主観的価値）の保護としての意味も持つこと

次に、利用利益喪失損害の賠償についてみていく。

債務不履行に基づく損害賠償としては、本体喪失損害の賠償（に相当するもの）だけでなく、利用利益喪失損害の賠償（に相当するもの）——例えば、転売利益の賠償や営業利益の賠償——も認める「必要」があるということについては、異論は存在しないと思われる。

むしろ、問題は、利用利益喪失損害の賠償を認めることは「可能」なのか（正当化されるのか）という点にある。この問題が生じるのは、利用利益喪失損害の賠償が給付の利用の自由を保護する機能を有するものであることによる。

- （a）給付の利用の自由に対する保護が当然には正当化されないこと

実は、給付の利用の自由に対する保護は、当然には正当化されない。その理由は、以下のとおりである¹²。

そもそも、給付の利用の自由は、「権利」ではなく「自由」である。「自由」とは、するかしないかについて禁止も命令もされないことを意味する¹³。そうすると、給付の利用の自由は、給付を利用するかしないか（また、どのように利用するか）について禁止も命令もされないことを意味することになる。

ここで、債務不履行によって債権者の給付の利用の自由が制約された

¹² なお、以下で示す考え方（（b）も含む）は、不法行為法における利用利益喪失損害の賠償（に相当するもの）についての潮見佳男と山本敬三の考え方（潮見佳男「不法行為における財産的損害の『理論』——実損主義・差額説・具体的損害計算」法曹時報63巻1号（2011年）34頁以下、山本敬三「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現況と立法的課題」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊 NBL155号）』（商事法務・2015年）113頁以下）に示唆を受けたものである。

¹³ 「自由」の意味については、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（2）——私法関係における憲法原理の衝突」法学論叢133巻5号（1993年）2頁以下を参照。

場合に、それによって生じた利用利益喪失損害の賠償を認めると、債務者に対して、——単なる債務の履行義務に加えて——当該利用利益を侵害してはならないという禁止（当該利用利益を実現しなければならないという命令）を課すことになる。これは、債権者の給付の利用の自由を保護するのと引換えに、債務者の行動の自由を制約することにはほかならない。要するに、ここでは、債権者側の給付の利用の自由と債務者側の行動の自由という「自由」どうしの衝突が問題となっているが、このような場合に、一方の「自由」を保護することによって他方の「自由」を制約することは、直ちには正当化されない。

（b）給付の利用の自由に対する保護が債権（の主観的価値）の保護としての意味も持つ限りでは正当化されること

しかし、債権者の給付の利用の自由に対する保護が、「自由」の保護としての意味を持つにとどまらず、債権という「権利」の保護としての意味も持つ場合には、——「権利」の保護に伴う「自由」の制約は正当化可能であることから——給付の利用の自由に対する保護を正当化することができる¹⁴。

¹⁴ 給付の利用の自由に対する保護の正当化に関しては、本文で以下述べるような、「自由」の保護を「権利」の保護として評価することによって正当化する場合のほかにも、「自由」の保護をそのまま「自由」の保護として正面から正当化する考え方がありうる。すなわち、不法行為責任に関する709条は、「権利又は法律上保護される利益」の侵害によって「損害」が生じた場合に、その賠償を認めている。したがって、709条は、権利侵害によって経済活動の自由の制約が生じた場合には、その限りにおいて、経済活動の自由の保護を認めるという立場を採用しているものと考えられる（このことを指摘するものとして、山本・前掲注(12) 113頁以下）。契約責任についても、これと同じように、権利侵害（債務不履行）によって給付の利用の自由に対する制約が生じた場合には、その限りにおいて、給付の利用の自由に対する保護を認めることができると考えるわけである。

もっとも、この考え方を採用するにあたっては、以下の2つの問題に取り組む必要がある。第1は、なぜ契約責任についても不法行為責任と同じように考えることができるのかという問題である。第2は、「権利侵害（債務不履行）によって給付の利用の自由に対する制約が生じた場合」という要件の中の「よっ

債権者の給付の利用の自由に対する保護が債権という「権利」の保護としての意味も持つ場合とは、要するに、債権者が給付の利用の自由を行使することによって得られる利益——利用利益——が債権の内容に含まれる場合のことであり、これはすなわち、——「当該債権者の利用にかかわりなく給付（ないし債権）が有する価値」のことを「客観的価値」と呼んでいることと対比するならば——利用利益が債権の「主観的価値」を構成する場合のことであるといえることができる。要するに、利用利益の中でも、債権との結びつきが強く、債権の主観的価値を構成しているといえるものに限り、その実現が正当化される——裏を返すと、利用利益喪失損害の中でも、債務不履行との関連性が高く、債権の主観的価値の喪失であるといえるものに限り、その賠償が正当化される——と考えるわけである。

こうした理解からは、利用利益喪失損害の賠償範囲は、どこまでの利用利益が債権（の主観的価値）を構成しているかという観点から画されることになる。また、第１章でも述べたように、ドイツ法と日本法の間には、賠償範囲論に関して、完全賠償原則と制限賠償原則という根本的な立場の違いがあるが、この対立は、まさに、債権（の主観的価値）を構成する利用利益の範囲の画定方法をめぐる対立として理解することが可能であろう¹⁵。

以上を要するに、給付の利用の自由に対する保護は、債権（の主観的価値）の保護としての意味も持つ限りにおいては正当化される。そして、日本法のもとでは、416条において、債権（の主観的価値）を構成する利用利益の範囲の画定方法が定められているとみることができる。このようにみる限り、利用利益喪失損害の賠償を認めることは「可能」であると考えられる。

て」の部分はどうような実質的考慮に基づくものなのか、つまり、この考え方のもとでは利用利益喪失損害の賠償範囲はどうような観点から画されることになるのかという問題である。

¹⁵ 完全賠償原則と制限賠償原則の対立が利用利益喪失損害の賠償範囲の違いとして表れることについては、後にも触れる（本節２（１）イ（ア）を参照）。

イ 履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償の二元的把握の可能性および必要性

次に、日本法のもとでも、履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償という二元的な把握を行うことが「可能」かつ「必要」かという点を検討する。

(ア) 履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償の二元的把握の可能性——ドイツ法との規定上の違いがそうした二元的把握の妨げにならないこと

まず、そうした二元的把握を行うにあたっては、ドイツ法と日本法の規定上の違いが妨げになるのではないかが問題となる。しかし、以下のように、規定上の違いは妨げにはならないと考えられる。

a 原状回復（履行状態実現）と純粋金銭賠償の二元構造を定める規定の不存在

まず、ドイツ法においてはBGB249条以下に原状回復（履行状態実現）と純粋金銭賠償の二層構造が規定されているのに対して、日本法においては、そうした二層構造は規定されていない。しかし、このことは、日本の損害論においてそうした二層構造（を踏まえた損害概念の理解）を採用するかどうか解釈に委ねられるということの意味するにすぎないから、履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償の二元的把握を採用することの妨げにはならない。

b 金銭賠償主義の採用

また、日本法においては、二層構造が規定されていないだけでなく、ドイツ法とは異なり、417条で金銭賠償主義が採用されている。しかし、このことは、履行状態実現費用の賠償を観念することの妨げにはならない。なぜなら、金銭賠償主義は、自然的原状回復（直接的履行状態実現）のような金銭以外の方法による賠償を（原則として）排除するものであって¹⁶、金銭による賠償の一種である原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）を（原則として）排除するものではないからである。

¹⁶ 起草者の理解につき、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 第3巻』（商事法務・1984年）80頁〔穂積陳重〕を参照。

（イ）履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償の二元的把握
の必要性

では、日本法のもとで履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償の二元的把握を行う——つまり、（純粋金銭賠償に加えて）履行状態実現費用の賠償を観念する——ことは、「可能」であるだけでなく「必要」であるとまでいえるか。

a ドイツ法との前提の違い——論拠となる議論の不存在

これを検討するにあたっては、ドイツ法との前提の違いに留意する必要がある。

本稿は、ドイツ法のもとで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際、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¹⁷。しかし、その後、「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¹⁸と、「早すぎた填補購入」をめぐる議論の分析の箇所¹⁹において、履行状態実現費用の賠償を観念する立場の優位性を１つずつ明らかにした。その際に本稿が行った論証は、要するに、ドイツにおける一定の議論の存在を前提として、その議論と整合的な損害概念の理解を導くというものであった。すなわち、瑕疵除去費用の賠償の制限法理については、判例・通説において、瑕疵除去費用の額と比較されるのは現実給付取得利益であるという考え方が採られていた（より正確には、そうした考え方が採られていると理解することができた）。また、「早すぎた填補購入」については、遅延賠償構成と填補賠償構成が対立している——そこでの立場の分かれ目は、事実的填補購入費用を損害とみるか、給付の不取得を損害とみるかという点にあった——なかで、前者の遅延賠償構成は、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ていた。こうした議論状況の存在を前提として、これと整合的な損害概念の理解を検討した結果、履行状態実現費用の賠償を観念する「必要」があるという結論が導かれ

¹⁷ 連載第２回の第２章第２節１（２）イ（ウ）（267頁）を参照。

¹⁸ 連載第４回の第２章第２節２（１）ア（ア）a（c）１（185頁以下）を参照。

¹⁹ 連載第６回の第２章第３節２（２）イ（ア）b（b）（165頁以下）を参照。

たわけである。

ところが、日本においては、こうした、履行状態実現費用の賠償を觀念する必要性の論拠となるような議論が（少なくともドイツと同じような形で）存在しない。

b 実質的論拠の提示

そのため、日本法のもとでは、履行状態実現費用の賠償を觀念する必要性を基礎づける実質的な論拠を改めて検討し、提示する必要がある。以下では、とりわけ「事実的な」（債権者が実際に支出した）填補購入費用・瑕疵除去費用²⁰の賠償を念頭に置きつつ、日本法のもとでも、履行状態実現費用の賠償を觀念する立場のほうが、それを觀念しない立場よりも優位に立つことを論証したい。

まず、事実的填補購入費用・瑕疵除去費用の賠償が（費用額が妥当なものである限り）認められるべきであるということについては、異論は存在しないと思われる。問題は、これらの損害賠償を履行状態実現費用の賠償として位置づけるかどうかという点にある。

事実的填補購入費用・瑕疵除去費用の賠償を履行状態実現費用の賠償として位置づける立場に立つ場合には、これらの損害賠償は、現実給付取得利益の実現を目的とするもの——裏を返すと、現実給付の不取得という損害の填補を目的とするもの——として理解される。

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おいては、事実的填補購入費用・瑕疵除去費用の賠償は、単に、費用の支出による財産の減少（という損害）を填補することを目的とするものとして理解される²¹。

このうち、前者の立場には、以下のように、賠償の根拠との整合性、具体的な論点の検討ないし説明に際しての有用性という2点において、

²⁰ なお、日本法のもとでは、債権法改正により瑕疵担保責任が契約不適合責任に改められたことから、「瑕疵除去費用」という表現は本来であれば避けるべき（「修補費用」と呼ぶべき）であろうが、ドイツ法と用語を揃える趣旨で、以下、日本法についても「瑕疵除去費用」という表現を用いる。

²¹ この損害賠償を、あえて、本稿がドイツ法から析出した損害概念のいずれかに位置づけるならば、利用利益喪失損害の賠償として位置づけられることになる。

優位性が認められる。

（a）賠償の根拠との整合性

第1に、履行状態実現費用の賠償を觀念する立場には、賠償の根拠と整合的な形で利益論・損害論の理論を構築するものであるという点において、優位性が認められる。

すなわち、履行状態実現費用の賠償を觀念する立場は、事實的填補購入費用・瑕疵除去費用の賠償が認められる根拠を、当該費用が現実給付取得利益を実現するために必要な費用であるという点に求める²²。まさに、こうした賠償の根拠論に関する考え方を、——賠償によって実現される利益を現実給付取得利益、填補される損害を現実給付の不取得とみることによって——利益論・損害論の次元にも反映しようとするのが、履行状態実現費用の賠償の考え方にほかならない。

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のもとでは、事實的填補購入費用・瑕疵除去費用の賠償の根拠はどこに求められることになるだろうか。単に費用分の財産減少があったということだけでは、賠償の根拠としては十分ではない。なぜなら、賠償の対象とはならない財産減少も存在するからである。したがって、まさに当該費用（の支出による財産減少）が賠償の対象となること——先ほどの検討結果に照らすと、当該費用分の財産（の維持）が債権（の主観的価値）を構成すること——をさらに根拠づける必要がある²³。そして、その根拠は、これ

²² では、そもそもなぜ、債権者は、損害賠償の枠内において、価値利益にとどまらず、現実給付取得利益の実現をも債務者に求めることができると考えるべきなのか。この点については、履行利益の賠償においては履行がされた場合と同じ状態を実現することが目指される以上、——価値利益と比較したときに履行状態により近い——現実的利益を目指すことが認められるべきであると考えることになる。

²³ もしその根拠が示されなければ、すでにその点をもって、履行状態実現費用の賠償を觀念しない立場には問題があるというべきである。長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）106頁以下は、不法行為責任における原状回復費用賠償の位置づけに関する「権利回復説」（連載第2回の注（167）も参照）が、「自然的原状回復、すなわち侵害された権利・法益に対応する状態の回復を加害者の負担において被害者自ら行うための手段として原状回復費用

らの費用が、給付が行われたのと同じ（あるいはそれと同等の）状態を現実に実現する——本稿の用語を用いるならば、現実給付取得利益を実現する——ために必要な費用であるという点に求めざるをえないように思われる。そうであれば、利益論・損害論についても、そうした賠償の根拠と整合的な形で理論構築することが望ましいのではないか。

（b）具体的な論点の検討ないし説明に際しての有用性

もっとも、利益概念や損害概念は、それ自体として意味を持つものというよりは、むしろ、利益論や損害論を前提問題とする様々な論点を検討ないし説明する際の拠り所として機能する点に大きな意義を持つものである。そこで、次に、履行状態実現費用の賠償を観念する立場には、それを観念しない立場と比較して、具体的な論点の検討ないし説明に際しても優位性が認められることを論じる。

1) 損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論について検討する。ドイツ法の検討²⁴から明らかであるように、賠償によって填補される損害——裏を返すと、賠償によって実現される利益——の捉え方によって損害賠償の分類に関する結論ないし説明の仕方が変わりうる場面としては、「早すぎた填補購入」の場面が挙げられる。

仮に、事後的填補購入費用の賠償によって填補される損害を「費用分の財産減少」とみる立場——賠償によって実現される利益を「費用分の財産」とみる立場——に立てば、「早すぎた填補購入」における事後的填補購入費用の賠償は、——時的区分説の適用にあたって想定する給付の時期（例えば、解除時）よりも前に填補購入が行われている限り——

賠償を位置づけるものであり、それによって、原状回復費用賠償がなぜ認められるべきかという規範的評価を明らかにしている」のに対して、「現実的支出説」——実際の費用支出に財産的損害を見出す立場——は、「いかなる損害項目をなぜ計算に含めるべきかという規範的評価を示すことができない」と指摘しているが、これは、まさに、「現実的支出説」——契約責任と不法行為責任の違いはあるものの、本文でいうところの「履行状態実現費用の賠償を観念しない立場」に対応するとみてよい——が賠償の根拠を示していない（示すことができない）点を突く批判である。

²⁴ 連載第6回の第2章第3節2（133頁以下）を参照。

遅延賠償に分類されることになる。なぜなら、給付によって「費用分の財産減少」という損害を除去することができない以上、当該損害賠償によって実現される利益と、現実の給付によって実現される利益の間に利益重複がなく、当該損害賠償と現実の給付（の受領）が両立するからである。したがって、——何らの理論的な修正も加えずに単純に考えるならば²⁵——「早すぎた填補購入」における事實的填補購入費用の賠償は、遅延賠償付加要件——後述するように、日本法のもとでは、412条の「遅滞」がこの付加要件にあたる²⁶——が満たされた時点以降に費用が支出されている限り、肯定され、かつ、現実の給付を受領することとも両立する²⁷。そして、「費用分の財産減少」を損害とみるという前提を仮に受け入れるならば、こうした帰結は——その前提から論理的に導かれた帰結であるという意味において——まったくもって適切である。

しかし、問題は、そうした損害（ないし利益）の捉え方がはたして適切かという点にある。前述のとおり、事實的填補購入費用の賠償の「根拠」は、それが現実給付取得利益を実現するために必要な費用であるという点に求めざるをえない。それにもかかわらず、損害賠償の分類の場面では、賠償によって実現される利益を「費用分の財産」とみて、その費用によって実現されるべき現実給付取得利益を考慮の外に置く——これにより、当該損害賠償と現実の給付（の受領）は両立するという主張を債権者に許す——のは、「評価矛盾」にあたるといわざるをえないだろう。

²⁵ 前述のとおり、ドイツにおける遅延賠償構成は、こうした単純な帰結に対して一定の修正を加え、結果的に填補賠償構成の帰結に接近することとなっているが、そうした修正には理論的な問題——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いるという問題——があり、この点が填補賠償構成の論者から批判されている（連載第6回の第2章第3節2（2）イ（ア）b（b）（165頁以下）を参照）。

²⁶ 連載第9回を参照。

²⁷ ただし、現実の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受ける際に、費用全額の賠償を受けられるのか、それとも、増加費用（費用全額－原契約の代金額）の賠償のみを受けられるのかについては、考え方が分かれる余地がある。

したがって、損害賠償分類論においては、事実に填補購入費用の賠償によって実現される利益を現実給付取得利益と捉えるべきである。これによると、当該損害賠償と現実の給付（の受領）は——填補購入の時期を問わず——両立せず、「早すぎた填補購入」の場面でも、事実に填補購入費用の賠償は填補賠償に分類される²⁸。

2) 責任内容論

次に、責任内容論について検討する。事実に填補購入費用・瑕疵除去費用の賠償との関係で問題となる責任内容論の論点としては、「不均衡な費用」——日本法のもとでは「過分の費用」と呼ばれる——の場合の賠償の制限をめぐる問題と、債権者が行う措置の合理性をめぐる問題がある。

ア「過分の費用」の場合の賠償の制限

ドイツ法の検討を踏まえると、「不均衡な費用（過分の費用）」の場面における賠償制限法理の基礎には、「ある損害賠償が、その賠償によって債権者のもとに実現される利益との関係で不均衡な負担を債務者に負わせるものである場合には、その賠償は認められない（権利濫用となる）」という考慮があるとみることができる²⁹。したがって、ここでも、当該損害賠償によって債権者のもとにどのような利益が実現されるのか——当該損害賠償はどのような利益の実現を目的としているのか——を検討

²⁸ なお、ドイツ法の検討の箇所（連載第6回の注（104）を参照）でも示唆したように、「早すぎた填補購入」の場面の中でも一定の場合には、填補購入の目的（ひいては事実に填補購入費用の賠償の目的）を、「現実給付取得利益（現実の給付結果）そのものを実現すること」と捉えるのではなく、「現実給付取得利益（現実の給付結果）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こと」と捉える余地があり、これによると、事実に填補購入費用（の一部）の賠償を遅延賠償の対象とみる可能性が出てくることとなるが、この点についてはここではひとまず措く。

²⁹ 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）a（c）（182頁以下）を参照。日本法のもとでも、後述するように、従来から、費用の過分性を理由とする履行（追完）請求権の制限法理が認められてきた（本節2（1）イ（イ）b（a）2）ア（c）を参照）。そうである以上、損害賠償の枠内でも、「実現される利益との関係で不均衡な負担を課することはできない」という法理を認めるのが一貫するであろう。

することが重要となる。以下、事後的瑕疵除去費用の賠償を念頭に置いて論じる。

仮に、事後的瑕疵除去費用の賠償によって実現される利益を「費用分の財産」とみる立場に立てば、当該賠償によって債権者のもとに実現される利益額も、債務者が支払うべき賠償額も、ともに費用額となり同額となるから、上記考慮による賠償の制限はかからないと考えるのが自然である。しかし、ここでもやはり、一方で、事後的瑕疵除去費用の賠償の「根拠」を、現実給付取得利益を実現するために必要な費用であるという点に求めておきながら、他方で、「過分の費用」が問題となる場面では、賠償によって実現される利益を「費用分の財産」とみて、その費用によって実現されるべき現実給付取得利益を考慮の外に置く——これにより、「瑕疵除去によって実現される現実給付取得利益と比べて債務者が負担すべき費用額が不均衡に大きい」という評価から逃れることを債権者に許す——のは、「評価矛盾」にあたるといわざるをえない。

したがって、「過分の費用」が問題となる場面でも、事後的瑕疵除去費用の賠償によって実現される利益は現実給付取得利益であると考えべきである。これによると、瑕疵除去によって実現される現実給付取得利益と比較して瑕疵除去費用額が不均衡に大きい場合には、その費用の賠償は否定される。

イ) 債権者が行う措置の合理性

a) 問題の所在

債権者が填補購入や瑕疵除去といった措置をとった場合において、その措置が合理的なものであったときには、それに要した費用の賠償が認められるべきである。これに対して、その措置が不合理なものであり、そのために費用が高額化した場合——例えば、市場価格よりも（はるかに）高額で填補購入を行った場合——には、その高額な費用の賠償は否定されなければならない（合理性を欠いたことにより増加した費用額の分だけ賠償額が減額されなければならない）³⁰。このように、事後的填補

³⁰ このことは、ドイツ法のもとでは信義誠実の原則を根拠として認められていた（連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）b（a）（187頁）を参照）が、日本法のもとでも、同様の根拠に基づき同様のルールが認められるべきである

購入費用・瑕疵除去費用の賠償においては、債権者の措置の合理性が、賠償が認められるための基準（の1つ）を構成する。では、こうした合理性基準による賠償の制限は、賠償されるべき損害の範囲の画定の段階に位置づけられるべき問題——416条の適用問題——なのか、それとも損害の金銭的評価の段階に位置づけられるべき問題なのか。これは、単なる理論的な位置づけの問題にとどまるものではなく、後述するように、実際上も結論の違いをもたらしうる問題である。以下、事後的填補購入費用の賠償を念頭に置いて論じる。

b) 想定しうる2つの見解

この問題においては、賠償されるべき「損害」の範囲を検討するにあたって「損害」（ないし「利益」）をどのように捉えるかが立場の分かれ目となる。

aa) 履行状態実現費用の賠償を觀念する立場——金銭的評価論構成

まず、事後的填補購入費用の賠償によって填補される損害を現実給付の不取得とみる立場のもとでは、合理性基準は、金銭的評価の基準として位置づけられる。すなわち、賠償範囲を画定する段階では、現実給付の不取得という損害は、債務不履行（債務者による給付結果の不実現）によって当然に生じるものである以上、この損害が賠償範囲に含まれることも当然に（特に予見可能性の有無を検討する必要もなく）認めることができる³¹。したがって、金銭的評価の段階になってはじめて、填補購入の合理性が問題となるわけである。

bb) 履行状態実現費用の賠償を觀念しない立場——賠償範囲論構成

これに対して、事後的填補購入費用の賠償によって填補される損害を

う。

³¹ これが、本体喪失損害に属する損害概念の特徴である。なお、本文で述べたことを「利益」の観点から言い換えると、次のようになる。すなわち、事後的填補購入費用の賠償によって実現される現実給付取得利益という利益は、給付結果そのものに相当し、債権内容に当然に含まれる以上、債権者はこの利益を当然に賠償対象として確保していると認められる。

「費用分の財産減少」とみる立場のもとでは、合理性基準は、賠償範囲の画定基準として位置づけられる。すなわち、「費用分の財産減少」という損害は、債務不履行によって当然に生じるものではない以上、当該損害が賠償範囲に含まれるかどうか——416条に即していうと、当該損害（あるいは、当該損害を生じさせた事情）に対する予見可能性³²が認められるかどうか——を別途判断する必要が生じる³³。

このとき、賠償の根拠について前述したことも踏まえると、ある一定の費用が賠償範囲に含まれるかどうか（当該費用支出に対する予見可能性が認められるかどうか）は、当該費用が、現実給付取得利益を実現するために「必要な」費用であるかどうかにかかってくると考えられる。不合理な填補購入による費用は、現実給付取得利益を実現するために「必要な」費用とはいえないから、費用支出に対する予見可能性が否定され、賠償の対象から外れると説明することになる³⁴。

³² なお、債権法改正によって416条2項の文言が「予見し、又は予見することができた」から「予見すべきであった」に変更されたため、改正後においては「予見可能性」よりも「予見義務」のほうが条文の文言により忠実な用語であるといえる。しかし、この改正は、改正前にすでに「予見し、又は予見することができた」が「予見すべきであった」の意味で解釈されていたところを、その解釈に合うように表現を変更する趣旨で行われたものにすぎない（筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務・2018年）77頁を参照）ため、本稿では、改正の前後を通じて「予見可能性」の語を用いることとする（なお、この点については、後掲注（39）も参照）。

³³ これが、利用利益喪失損害に属する損害概念の特徴である。なお、本文で述べたことを「利益」の観点から言い換えると、次のようになる。すなわち、「費用分の財産」という利益については、当然に債権内容に含まれるとはいえない以上、予見可能性の有無の判断を通じて、当該利益が債権（の主観的価値）を構成し、賠償対象となるかどうかを別途判断する必要がある。

³⁴ 以上においては、「費用分の財産」という損害概念の中に金額（費用額）も含まれること、および、その結果として費用額に対する予見可能性も要求されることを前提としている。これに対して、（予見可能性判断の対象となる）損害を「（何らかの額における）費用支出」と捉えつつ、費用額を損害概念から切り離して、費用額の合理性を金銭的評価において審査するという立場も、一応考えられる。しかし、こうした立場には、利用利益（喪失損害）という利益（ないし損害）の基礎にある考え方——当該債権者の固有性の尊重という発想——

c) 両見解の優劣

こうした2つの見解については、法律構成——金銭的評価か賠償範囲か——は異なるとしても、実質的な判断内容——合理的な費用については賠償を肯定し、不合理な費用については賠償を否定する——は変わらないのだから、いずれを採っても構わない（両者の違いにこだわる必要はない）という理解も考えられないわけではない。しかし、後者の見解には、ある一定の事案において、適切な解決を導けない危険性があるように思われる。このことを、以下の具体例を用いつつ説明しよう。

例えば、新車を代金100万円で購入するという売買契約において、売主が履行期に引渡しをしなかったため、買主が（必要な要件を満たしたうえで）契約を解除し、その後直ちに填補購入を行ったとする。この車種の新車の市場価格は、履行期時においては100万円であったが、その後、原材料費の高騰により、買主の解除の直前に200万円に急騰した。そのため、事後的填補購入費用も200万円であった。この価格騰貴は、（いずれの当事者にとっても）予見不可能なものであった。買主が填補賠償を請求した場合に、200万円の事後的填補購入費用の賠償は認められるか。

まず、前者の見解においては、賠償範囲の画定段階で、事後的填補購入費用の金額に対する予見可能性は要求されない。そのため、このケースにおいて、価格騰貴に対する予見可能性がないことは問題にならない。金銭的評価の段階でも、買主が価格騰貴後速やかに填補購入を行っていることを踏まえると、特に問題なく填補購入の合理性が認められ、200万円の事後的填補購入費用による算定は認められることになろう。

こうした解決は、両当事者のリスク分配のあり方を踏まえても、適切であると考えられる。というのも、J. W. フルーマが述べていたように、売買契約の両当事者は、売買契約の締結により、売買代金額を境界線とした価格変動リスクの分配を行っている³⁵。つまり、売主は、売買契約を締結した段階で、——予見可能性の有無にかかわらず——価格騰貴リ

と相容れないという理論的な問題がある。詳細については後述する（本節2（1）ア（イ）b（a）を参照）。

³⁵ 連載第2回の第2章第2節1（1）ウ（ウ）e（b）1（222頁以下）を参照。

スクを引き受けている³⁶。そうすると、売主は、予見不可能な価格騰貴に伴う事實的填補購入費用の高騰のリスクも引き受けているとみることができわけである³⁷。

これに対して、後者の見解においては、単純に考えると、価格騰貴に対する予見可能性——ひいては、騰貴価格分の財産減少に対する予見可能性——が否定される以上、200万円の賠償は否定されることになるだろう。しかし、こうした解決は、上記のような両当事者のリスク分配のあり方に照らすと、適切とはいえない。

もちろん、ここでも、「売主は売買契約を締結した段階で価格騰貴リスクを引き受けている」という評価を予見可能性の有無の判断に取り込

³⁶ リスク分配について、当事者間に（明示または黙示の）別段の合意がある場合には、それが優先されることはいうまでもない。

³⁷ とはいえ、騰貴価格による算定を認めるにあたって、騰貴の程度をまったく問わないとすると、債務者が過大な責任を負う場合も出てこよう。しかし、この点については、事情変更法理を応用することによって対処することができると考えられる。というのも、従来から、価格騰貴があまりにも激しい場合については、「経済的不能」（あるいは「等価関係の破壊」の一種）として、事情変更法理の適用が問題とされてきた（例えば、谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）』（有斐閣・補訂版・2006年）74頁以下〔五十嵐清〕、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017年）87頁以下）。そこでは、債務者が給付に要する費用と債務者が受ける反対給付の間に著しい不均衡が生じたことを理由として、（契約の改訂や解除などの形で）当初の履行義務からの解放が認められることになる（潮見・同87頁を参照）。これに対して、今ここで問題となっているのは、損害賠償が請求された場面において、騰貴価格による算定が認められるかどうかということであり、当初の履行義務からの解放が認められるかどうかということではない。しかし、事情変更法理の通常の適用場面での考え方を応用すると、ここでも、債務者が受ける反対給付との関係で、騰貴価格による算定が認められた場合の債務者の負担が著しく不均衡であるといえるときには、その騰貴価格による算定を否定すべきであると考えられる（好美清光「判批：大判大正7年8月27日」『民法判例百選Ⅱ 債権』（有斐閣・第3版・1989年）19頁も参照）。このように考えると、結論的妥当性の確保のためには、事情変更法理を応用することで十分であり、価格騰貴の予見可能性を要求する必要はないということができよう。

み、売主はあらゆる価格騰貴³⁸を「予見すべきであった」とみる可能性はないわけではない。しかし、このような迂遠な説明を余儀なくされるよりは、むしろ、端的に価格騰貴に対する予見可能性を不要としたほうが、解決の仕方としてははるかに分かりやすいであろう（また、価格騰貴リスクの引受けがあるからといって、事実として予見不可能な価格騰貴を「予見すべきであった」と評価することが本当に許されるかどうかについても、慎重な検討を要するように思われる³⁹）。

³⁸ 厳密には、「事情変更法理が介入しない範囲におけるあらゆる価格騰貴」を予見すべきであったとみることになる。

³⁹ 確かに、従来から、416条2項の予見（可能性）概念をめぐるのは、単なる「事実」としての予見（または予見可能性）ではなく、「規範」としての予見可能性——予見すべきであったかどうか——を問題とすべきであるという理解が示されており（平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971年）173頁、潮見・前掲注（37）456頁）、債権法改正においても、こうした理解に沿う形で、416条2項の文言が「予見し、又は予見することができた」から「予見すべきであった」に改められた（416条の改正過程の議論を詳細に紹介・分析するものとして、例えば、難波譲治「債務不履行における損害賠償範囲規定の改正について——法制審議会民法部会における議論から」立教法務研究8号（2015年）267頁以下、米村滋人「損害賠償の範囲」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約（1）』（商事法務・2018年）64頁以下）。もっとも、この改正における主たる問題意識は、単なる予見があるだけで直ちに賠償範囲内と認めるべきではない——例えば、買主が売主に高額の違約金（買主が転買主に支払うべき違約金）の存在を告知しただけでは、違約金全額が賠償範囲に含まれることにはならない——という点にあった（民法（債権関係）部会資料68A（<https://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>・2026年1月31日最終アクセス）15頁、筒井＝村松・前掲注（32）77頁を参照。また、難波譲治「契約損害賠償における予見性ルールについての課題（1）」立教法務研究12号（2019年）16頁以下も参照）。これに対して、「事実」としては予見不可能な損害であっても、「規範的」にみれば「予見すべき」（それゆえ賠償されるべき）場合があるのではないかという——規範的評価によって賠償範囲を拡張する方向の——問題意識については、少なくとも改正の主眼ではなかったとみられる。改正民法416条2項のもとで、「事実」としての予見可能性がなお何らかの意味を持ちうるのか、（意味を持ちうるとするならば、）「事実」としての予見可能性と「規範」としての予見可能性（ないし予見義務）はどのような関係に立つのかといった点は、今後も解釈に委ねられており、さらなる研究が求められる。

このように、賠償範囲を検討するにあたって、賠償の根拠——現実給付取得利益を実現するための費用であること——と乖離した損害概念——「費用分の財産減少」——を採用すると、価格騰貴に対する予見可能性という本来は要求されないはずの基準に服することとなり、事案の適切な解決が妨げられる（おそれがある）⁴⁰。以上を踏まえると、債権者が行う措置の合理性という論点との関係でも、履行状態実現費用の賠償を観念する立場のほうが望ましいということが許されよう。

c 結論

以上のとおり、事實的填補購入費用・瑕疵除去費用の賠償については、——賠償の根拠との整合性という観点だけでなく——具体的な論点の検討ないし説明に際しての有用性という観点からも、履行状態実現費用の賠償を観念する立場に優位性があるということができる。

⁴⁰ なお、本文では、416条はもっぱら賠償範囲に関する規定であり、金銭的評価には適用されないという理解を前提としていた。これに対して、416条は金銭的評価にも（類推）適用されるという理解もありうる（林良平（安永正昭補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論』（青林書院・第3版・1996年）151頁〔林良平〕はこの方向性である。また、この論点については、潮見佳男「価格騰貴と履行に代わる損害賠償——売主による給付義務の不履行の場合」法曹時報72巻12号（2020年）37頁以下に詳細な検討がある）。両者の立場の分かれ目は、——売買に関していうならば——本文で述べたような、売主による価格騰貴リスクの引受けを認める考え方——売主は、（事情変更法理が介入しない範囲であれば）予見不可能な価格騰貴のリスクも引き受けているとみる考え方——を採るのか、それとも、価格騰貴についても（賠償範囲論と同じく）一種の懈怠責任の考え方——ある価格騰貴について、売主がそれを予見すべきであり、それゆえ買主に騰貴価格分の損害が発生することを回避すべきであったにもかかわらず、その回避義務を果たさなかった場合には、売主に当該騰貴価格分の損害賠償責任を課すことを正当化できるという考え方——を採るのかという点にあると考えられる（潮見・同39頁以下を参照）。

本稿のように、売主による価格騰貴リスクの引受けを肯定し、416条の適用対象を賠償範囲論に限る立場に立った場合には、まさに、予見可能性基準が適用されるかどうかという点に、賠償範囲論と金銭的評価論の大きな違いが存することとなり、したがってまた、両者の棲み分けを厳密に論じなければならない理由もここにあるということになる。

2 責任内容論

次に、責任内容論についての考え方を示す。以下では、まず、各履行利益⁴¹実現手段——以下では、3種類の損害概念のそれぞれを基礎とする損害賠償請求権のほか、必要に応じて、履行請求権も取り上げる——における責任内容の確定方法について論じる。その後、履行利益実現手段相互の序列関係——ドイツ法の検討の箇所「損害概念相互の序列関係」として取り上げた問題に相当する——について論じる。

(1) 各履行利益実現手段における責任内容の確定方法

まず、各履行利益実現手段における責任内容の確定方法について論じる。この問題は、総論的な問題——賠償範囲論と金銭的評価論の相互関係をめぐる問題——と各論的な問題——賠償範囲論内部の問題および金銭的評価論内部の問題——に分かれる。

ア 総論的な問題——賠償範囲論と金銭的評価論の分離／融合

総論的な問題としては、債務者の責任内容を判断する際に、賠償範囲の画定作業と金銭的評価の作業を分離すべきか、それとも融合させるべきかという点が問題となる⁴²。

これについては、ドイツ法の検討を踏まえると、問題となる損害概念によって——具体的には、本体喪失損害か利用利益喪失損害かによって——責任内容の判断構造が異なると考えるべきである。

(ア) ドイツ法の検討結果の確認

a 本体喪失損害——分離

まず、ドイツ法においては、本体喪失損害（に相当する損害概念）を観念する複数の論者（ノイナー、ラーベル）において、賠償されるべき損害の確定作業とは別に金銭的評価の作業を行うべきであるという考え

⁴¹ 本稿がもっぱら履行利益——債務が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益——の賠償を検討対象とするものであることについては、連載第1回の第1章2(1)(76頁以下)を参照。

⁴² この点については、債権者が行う措置の合理性について論じた箇所ですでに部分的には触れているが、以下改めてまとめた形で論じることとしたい。

方がうかがわれた⁴³。

b 利用利益喪失損害——融合

他方で、これらの論者は、利用利益喪失損害（に相当する損害概念）については、金額を含む概念として損害を把握し（ノイナー）、賠償範囲の画定基準を損害額に対しても適用する考え方——具体的には、賠償範囲論に関する契約利益説を前提に、予見可能性を金額との関係でも要求する考え方——を示していた（ラーベル）⁴⁴。

（イ）日本法のもとでも上記判断構造が妥当すべきこと

こうした責任内容の判断構造は、以下のとおり、日本法のもとでも妥当すべきであると考えられる。

a 本体喪失損害

（a）損害論の観点

まず、損害論の観点から分析すると、本体喪失損害の賠償において、賠償されるべき損害の確定作業と金銭的評価の作業が分離される理由は、本体喪失損害が金額を含まない損害概念として把握されるべきであるという点に求められる。

本体喪失損害は、債権・債務の内容である「給付結果」が実現されないことそれ自体を損害とみるものである。本稿の中心的な検討対象である売買・請負においては、「（種類・品質・数量の観点で契約に適合した）目的物・仕事の取得」が給付結果（債務）の内容を構成する。このとき、種類・品質・数量の観点とは異なり、金額の観点——目的物の調達に要する費用額や、目的物の客観的価値（市場価格）がいくらかという観点——は、給付結果（債務）の内容を構成しない⁴⁵（それらの額がいくら

⁴³ 連載第1回の第2章第2節1（1）ウ（ウ）（112頁以下）を参照。

⁴⁴ 連載第1回の第2章第2節1（1）ウ（ウ）（112頁以下）を参照。ただし、一部の論者（クニューテル）は、利用利益喪失損害（に相当する損害概念）を、金額を含まない損害概念として観念していた。これについては、連載第2回の第2章第2節1（1）ウ（ウ）c（204頁以下）を参照。

⁴⁵ 給付結果ないし債権・債務の内容がこのようなものとなる法理論的根拠は、そのような内容で契約が結ばれたという点に求められるだろう。すなわち、少なくとも、売買・請負においては、契約当事者は、原則として——つまり、別段の合意がない限り——、「金額の観点が捨象された（もっぱら種類・品質・

であろうが、種類・品質・数量の観点で契約に適合した目的物・仕事を給付していれば、債務を履行したことになる⁴⁶⁾。したがって、——少なくとも、売買・請負においては——給付結果（債務）の不実現を意味する本体喪失損害も金額の観点を含むものではなく、賠償されるべき損害の確定作業に金銭的評価の作業が吸収されることはない。本体喪失損害の賠償額を決定するにあたっては、履行状態実現費用の賠償との関係では、「債権者は給付結果を実現するためにいくら費用をかけることが許されるのか」——債務者視点でみると、「債務者は給付結果を実現するための費用として債権者にいくら支払うべきなのか」——という点だが、給付の客観的価値の賠償との関係では、「債務者は、給付結果を価値的に実現するために債権者にいくら支払うべきなのか」という点が問題となる。こうした問題は、損害賠償によって債権者のもとに実現されるべき「利益」に関わる問題ではなく、むしろ、その「利益」を実現するために——つまり、給付結果の実現という損害賠償の「目的」を達成するために——債務者（および債権者）はどのような「手段」をとるべきなのかという問題として位置づけられるべきであり、それゆえ、——損害の把握や賠償範囲の画定とは別枠の——損害の金銭的評価という場において検討されるべきものである。

以上の説明は、(ドイツ法だけでなく)日本法にも妥当するものであり、それゆえ、少なくとも損害論の観点からは、日本法のもとでも、本体喪失損害の賠償において、賠償されるべき損害の確定作業とは別に金銭的評価の作業が行われるべきである。

(b) 結論的妥当性の観点

また、とりわけ日本法のもとでは、本体喪失損害の賠償において金銭的評価の場が独立に設けられることには、価格騰貴事例における基準時

数量によって内容が指示された) 給付本体」と「対価(代金)」の交換を目的として契約を結んでいるとみることができる。こうした契約内容は、経済的にみれば、——フルーメが売買との関係で指摘していたように——契約当事者間において、代金額を境界線とした価格変動リスクの分配を行うという意味・機能を持つ。

⁴⁶⁾ もちろん、価値の変動が極めて大きい場合には、事情変更法理が介入する余地がある。

問題を——賠償範囲画定の段階ではなく——金銭的評価の段階で処理することができるという利点がある。くり返しになるが、フルーメが指摘するように、売主は、売買契約を締結した段階で、——価格騰貴に対する予見可能性の有無にかかわらず——価格騰貴リスクを引き受けていると考えられる。そうすると、売主は、予見不可能な価格騰貴に伴って本体喪失損害の賠償額が高額化するリスクも引き受けていると考えられる⁴⁷。ところが、価格騰貴問題を賠償範囲論で処理するということにな

⁴⁷ この点については、すでに事實的填補購入費用の賠償との関係で前述したところであるが、同様のリスク引受けは仮定的填補購入費用の賠償（処分自由論肯定説を採る場合）や給付の客観的価値の賠償においても認められる——要するに、売主による価格騰貴リスクの引受けは、本体喪失損害の賠償全般との関係で認められる——と考えられる。その理由は、以下のとおりである。

売主による、予見可能性の有無を問わない価格騰貴リスクの引受けは、両当事者の間で、「金額の観点から捨象された（もっぱら種類・品質・数量によって内容が指示された）給付本体」と「対価（代金）」を交換するという合意が結ばれ、これが両当事者の債務内容となったことの帰結として認められるものである（前掲注（45）も参照）。すなわち、このような債務内容になっているからこそ、売主は、履行請求の場面において、給付本体の額が高騰したとしても、（事情変更法理が介入しない限りは）給付本体を買主に引き渡さなければならないわけである。そして、上記の債務内容からは、損害賠償の場面においても、「売主は、給付本体の額が高騰したとしても、（事情変更法理が介入しない限りは）給付本体に相当する利益を（現実に、または価値的に）実現しなければならない」という帰結が導かれる。これによると、売主は、給付本体の額が高騰したとしても、本体喪失損害の賠償として、給付結果の実現に必要な手段をとらなければならない——給付結果の現実的な実現（填補購入）に必要な費用の賠償、または給付結果の価値的な実現に必要な金額（客観的価値相当額）の賠償をしなければならない——ということになる（なお、潮見・前掲注（40）40頁以下も、売主の債務内容に着目しつつ、不履行後の目的物の価格騰貴リスクの引受けを認めている点で、本稿と同様の方向にある）。

なお、以上を踏まえると、利用利益喪失損害の賠償との関係では、上記のような意味での売主のリスク引受けは認めるべきではないと考えられる。すなわち、転売利益の賠償において、市場価格を代金額とした転売が想定される場合——市場価格依拠型転売利益の賠償が問題となる場合——には、確かに、価格騰貴が賠償額に影響を及ぼするという点では本体喪失損害の賠償の場合と同様の状況にある。しかし、売主のリスク引受けは、あくまで、金額の観点から捨

ると、416条により価格騰貴に対する予見可能性が要求されることから、上記のような売主のリスク引受けを適切に反映した解決を導くことは困難となる（少なくとも、迂遠な説明を余儀なくされる）。これに対して、価格騰貴問題を金銭的評価論で処理する立場のもとでは、416条の適用がないことから、上記のようなリスク引受けを踏まえた理論を構築しやすい。

b 利用利益喪失損害

続いて、利用利益喪失損害の検討に移る。なお、以下での検討対象は、——これまでもそうであったように——利用利益喪失損害のうち、「収益」の喪失や「財産の支出」に限られる。つまり、「債権者が目的物を（収益目的ではなく）自らの需要を満たす目的で利用する予定であった場合（例えば、売買目的物である自動車を自分で用いる予定であった場合）の利用利益喪失損害」については、別途検討を要する問題があることから、本稿の検討対象からは外れる⁴⁸ことをあらかじめ断っておく。

（a）損害論の観点

まず、損害論の観点から分析すると、利用利益喪失損害の賠償において、金銭的評価の作業が賠償範囲の画定作業に吸収される理由は、利用利益喪失損害が金額を含む損害概念として把握されるべきであるという点に求められる。

象された「給付本体」の引渡債務を負った点にその根拠を持つ。そのため、転売利益のような利用利益——給付本体から派生した、給付本体とは別の利益——については、価格騰貴が利益額の高騰をもたらすリスクを直ちに売主負担とすることは許されない。むしろ、転売利益の賠償においては、他の利用利益喪失損害の賠償（例えば、営業利益の賠償）と同様に、賠償範囲の画定の段階で、金額に対する予見可能性も要求されると考えるべきであり（この点については本文ですぐ後に述べる）、これによると、価格騰貴に対する予見可能性があればじめて当該騰貴価格を賠償額とすることが認められるべきである（なお、仮に、転売利益の賠償を本体喪失損害の賠償として位置づける立場に立つのであれば、リスク引受けについても本体喪失損害の賠償と扱いを揃えることになるだろうが、そうした立場に問題があることは、損害賠償分類論に関する検討の箇所ですでに指摘したところである（連載第7回の注（29）を参照））。

⁴⁸ この点については、後掲注（57）を参照。

この点については、すでに、ドイツ法の検討の箇所⁴⁹で、主体関連的財産把握という財産概念（ひいては損害概念）の捉え方に着目した説明を加えたところではあるが、ここでも、適宜補足を交えつつ改めて敷衍しておきたい。

利用利益喪失損害の賠償は、債権者が利用利益——債務者が給付を行った場合に、債権者がその給付を利用することにより取得したであろう利益——を得られなかったことを損害とみて、その賠償を認めるものである。つまり、ここでは、債務者が給付を行っていたならば、債権者が給付をどのように利用していたであろうかという点（ここには、そもそも給付を利用していたであろうかという点も含まれる）——要するに、給付の利用態様——に応じて、賠償内容が決まってくる。つまり、債権者が取得していなかったであろう利益については賠償が否定され、取得していたであろう利益については——賠償範囲の画定基準（日本法では416条の基準）をクリアすれば——賠償が認められる⁵⁰。

ここで、利用利益喪失損害の賠償において、賠償対象としての「利益」・「損害」を把握するにあたって、どこまで当該債権者（の利用態様）に関する具体的・個別的事情を取り込むべきかという点が、理論的には問題となりうる⁵¹。

一方で、金額を捨象した「転売利益（の喪失）」、「営業利益（の喪失）」

⁴⁹ 連載第1回の第2章第2節1（1）ウ（イ）c（a）2）イ）c）（108頁以下）を参照。

⁵⁰ すでに論じたことではあるが、ここには、本体喪失損害と利用利益喪失損害の賠償の性質の違いが鮮明に表れている。すなわち、本体喪失損害においては、債権者が給付の利用にかかわりなく、給付が行われること自体により取得したであろう利益（の喪失）、換言すれば、債権者の立場にあれば誰でも得ることのできる利益（の喪失）が賠償の対象となる。これに対して、利用利益喪失損害においては、当該債権者が給付を利用することによってはじめて生じる利益（の喪失）、換言すれば、当該債権者に固有の利益（の喪失）が賠償の対象となる（主体関連的財産把握・損害把握）。

⁵¹ 主として不法行為法の人損事例を念頭に置きつつ、損害概念の「抽象性」と「具体性」について論じるものとして、難波譲治「損害の抽象性と具体性——損害の段階構造に関する覚書」立教法務研究1号（2008年）105頁。

といったレベルで「利益」・「損害」を把握する立場がありうる。すなわち、転売か営業かといった「活動の種類」のレベルで給付の利用態様が賠償内容に反映されていれば十分であり、そうした活動によって得られていたであろう利益の大きさ（金額）については、実態——ここでは、当該債権者が（仮に給付を受けていたとすれば）実際にいくら利益を得られていたであろうかということ——が賠償内容に反映されていなくてもよいと考えるわけである。こうした立場のもとでは、損害の金銭的評価は何らかの別の観点から行われる——例えば、転売利益の場合はある時点の市場価格を（その時点において債権者が転売していたであろうかという点にかかわらず）参照するなどして損害が算定される——ことになる。

他方で、金額も含めて、「150万円の転売利益（の喪失）」、「200万円の営業利益（の喪失）」といったレベルで「利益」・「損害」を把握する立場もありうる。すなわち、「活動の種類」だけでなく、「活動によって得られていたであろう利益の大きさ（金額）」についても、実態が賠償内容に反映されていなければならない——例えば、150万円の転売利益の賠償を認めるためには、当該債権者が（仮に給付を受けていたとすれば）実際に150万円の転売利益を得られていたであろうということが（場合によっては推定を介して）認められる必要がある——と考えるわけである。

このうちいずれの立場を採るべきかは、論理必然的に決まるような問題ではない。しかし、周知のとおり、日本法のもとでは（ドイツ法のもとでも）、一般に、転売利益や営業利益の賠償について、実損主義の考え方に基づく差額計算——具体的にいくら利益を得られたであろうかを計算して、損害額を算出する方法——、要するに、上記のうち後者の立場が採用されている⁵²。この後者の立場の理論的根拠は、利用利益喪

⁵² 差額計算を行う近時の裁判例として、例えば、東京地判令和5年7月18日2023WLJPCA07188026〔売買、転売利益〕、東京地判令和5年9月6日2023WLJPCA09068012〔賃貸借、営業利益〕。奥田昌道編『新版注釈民法（10Ⅱ）』（有斐閣・2011年）269頁以下〔北川善太郎＝潮見佳男〕も参照。

なお、基準時間問題に関する判例の中には、買主による目的物の利用態様を問

失損害という損害概念の基礎にある、債権者（の利用態様）の固有性・個別性の尊重という発想に求めることができると考えられる。

前述のように、利用利益喪失損害の賠償の基礎には、給付の利用の自由を保護するという発想がある。債権者に給付の利用の自由を認めた場合、同じ債権内容であっても、債権者によって、選択する利用態様は異なることとなり、結果として、債権者が取得する利用利益も異なったものとなる。給付の利用の自由を尊重するということは、そうした給付の利用態様・取得利益に関する債権者ごとの違い——当該具体的な債権者の固有性・個性⁵³——を尊重するということにはかならない。このとき、債権者の固有性・個性は、当該債権者が行うであろう「活動の種類」（転売か営業か）だけでなく、その「活動によって得られる利益の大きさ」（どれだけの収益を得られるか）にも表れる。このことを踏まえると、給付の利用の自由を最大限に尊重するためには、利益・損害概念の中に金額の観点を取り込み——つまり、金額が異なれば「異なる利益・損害」として扱うこととし——、金額の観点も含めて当該債権者の利用態様を賠償内容に反映すべきだと考えられるわけである。

もっとも、そのように「利益」・「損害」を具体的・個別的に捉えるとして、日本法のもとでは、さらに、416条の予見可能性基準を金額との関係でも要求するかどうかという問題に取り組む必要がある⁵⁴。しかし、

わずに目的物の市場価格による賠償を認めるもの（例えば、大判明治37年11月7日民録10輯1404頁）もあるが、これは、——利用利益喪失損害の賠償としての転売利益の賠償の枠内において差額計算を不要としたものではなく——（利用利益喪失損害の賠償と並んで）本体喪失損害の賠償を認めたものとして理解すべきであろう。

⁵³ なお、固有性・個性をもたらし要素としては、当該債権者の才覚・努力のほか、必ずしもそうした債権者の能力的要素に帰することができないもの（いわば運）も含まれるであろう。

⁵⁴ というのも、上記のような具体的な「利益」・「損害」の捉え方をしておきながら、予見可能性については「金額を捨象した利用利益の喪失」との関係でのみ要求し、金銭的評価の段階ではじめて、「いくらの利用利益を喪失したのか」を審査するという立場——要するに、「金額も含めた利用利益の喪失」という意味での損害の発生の有無を、金銭的評価にもまたがった形で判断する立場——も論理的には考えられるからである。実際、平井宜雄はこの立場であると考

この点についても、——416条は、予見可能性基準を通じて、賠償範囲を、債権者が債務者との関係で確保した利益（契約利益）に制限する規定であると理解する限り⁵⁵——金額に対する予見可能性は必要であると考えらるべきであろう。なぜなら、債権者の固有性・個別性を尊重する（ことにより給付の利用の自由を最大限に尊重する）という方針を採る——それゆえ、金額が異なれば「異なる利益」として扱うこととする——のであれば、金額の観点も含めてどこまでの利益を確保したのかを審査すべきだと考えられるからである⁵⁶。

（b）結論的妥当性の観点

このように、損害論の観点から分析する限り、日本法のもとでも、利用利益喪失損害の賠償——厳密には、そのうち、「収益」の喪失や「財産の支出」が問題となる場合⁵⁷——において、金銭的評価の作業は、賠

えられる。平井の見解については、基準時問題との関係で、後に取り上げる。

⁵⁵ 保護範囲説（契約利益説）の考え方（潮見・前掲注（37）454頁以下など）を前提としている。416条の理解をめぐる議論状況については、例えば、奥田編・前掲注（52）327頁以下〔北川＝潮見〕、磯村保編『新注釈民法（8）』（有斐閣・2022年）615頁以下〔荻野奈緒〕を参照。

⁵⁶ なお、イギリス法においても、損害の種類（type/kind）に対する予見可能性で足りるか、それとも損害の大きさ（amount/extent）に対する予見可能性も必要かという点をめぐる議論があり、——遠隔性ルールの理解をめぐる近時の判例の展開も含め——極めて興味深い素材を提供している（日本での紹介として、川元主税「ハドレイ対バクセンデル再読」名城法学68巻3＝4号（2019年）134頁以下など）。こうした議論についても、本体喪失損害（に相当する損害概念）と利用利益喪失損害（に相当する損害概念）の区別という分析視角から検討を加える余地があるように思われるが、これについては将来の課題とせざるをえない。

⁵⁷ 「財産の支出」の場合（例えば、転買主への損害賠償金の支払）についても、「収益」の場合と同様に考えることができる。すなわち、まず、「財産の支出」による損害の賠償も、給付の利用によって得られる利益——給付を利用することによって財産を支出せずに済むという利益——を実現するものであるから、利用利益喪失損害の賠償にあたる。したがって、その基礎には、債権者の給付の利用の自由を保護するという発想があり、給付の利用態様・取得利益に関する債権者ごとの違いを尊重することが重要となる。このとき、債務者の不履行を受けて債権者がどのような財産支出を行うか——どのような財産支出を余儀

償されるべき損害の範囲を画定する作業に吸収されると考えるべきである。そして、このように、利用利益喪失損害の金額に対する予見可能性を要求する考え方は、債務者が予測できない特殊な事情——債権者とその取引先の間の契約条件（代金額や違約金額）や、不履行後の債権者の高額な費用支出——により賠償額が過大になることを防ぐことを可能にするという意味で⁵⁸、結論的妥当性の観点からも支持しうるものである。

なくされたか——という点は、（同じ債権内容を前提としたとしても）債権者によって異なりうるものであり、こうした違い——ここには、支出した財産の額の違いも含まれる——には、債権者の固有性・個別性が表れる。これは、まさに、（給付の利用態様の違いに伴う）取得利益の違い——どのような財産支出をせずに済んだかという点に関する違い——であり、こうした違いは、利用利益喪失損害の賠償において可能な限り尊重されなければならない。したがって、「財産の支出」においても、「収益」の場合と同様に、「利益」・「損害」の把握においては金額の観点を含めるべきであり、416条の解釈上も、金額に対する予見可能性を要求すべきである。

なお、利用利益喪失損害としては、「収益」の喪失や「財産の支出」のほかにも、「債権者が目的物を（収益目的ではなく）自らの需要を満たす目的で利用する予定であった場合（例えば、売買目的物である自動車を自分で用いる予定であった場合）の利用利益喪失損害」が考えられる。しかし、この種の利用利益喪失損害については、賠償の可否・要件、損害の算定方法、給付の「利用価値」の賠償——当該債権者の利用態様にかかわらず給付の「利用可能性」そのものに備わる価値の賠償を認めるという考え方——との理論的關係など、別途の検討を要する問題がある（ドイツでは、特に不法行為の物損事例との関係でこれらの点が活発に議論されている。日本における紹介として、例えば、長野・前掲注（23）120頁以下）ことから、賠償範囲の画定作業とは独立に金銭的評価の作業を行うべきかどうかについてこの段階で結論を出すことはできない。なぜなら、この種の利用利益の「金額」に債権者の固有性・個別性が表れているかどうかを判断するためには、この種の利用利益の算定方法をまず明らかにする必要があるからである。

⁵⁸ 平野裕之『債権総論』（日本評論社・第2版・2023年）141頁も、新居として使用予定の建物の売買において、売主の引渡しが遅延したために、浪費家の買主が高級ホテルに宿泊したという例を挙げつつ、416条2項の「予見すべき」という基準は、「損害自体を賠償範囲に入れるかどうかの規範的判断だけでなく、実際の損害のうち相当な範囲に賠償範囲を画することにも用いることができる」と指摘する。

う⁵⁹。

c 結論

以上、賠償範囲論と金銭的評価論の相互関係について、損害論と結論の妥当性の両面から検討を行った。結論としては、日本法のもとでも、本体喪失損害の賠償においては、損害概念に金額の観点を含めるべきではなく、それゆえ、賠償範囲の画定作業とは別に金銭的評価の作業を行うべきである。これに対して、利用利益喪失損害——厳密には、そのうち、「収益」の喪失⁶⁰や「財産の支出」——の賠償においては、損害概念

⁵⁹ もっとも、金銭的評価の段階で何らかの適切な基準を立てることによっても過大な賠償額を防ぐことは可能であるから、この結論的妥当性の観点は、金額に対する予見可能性を要求する立場を採らなければならないこと（他の立場では適切な解決を導けないこと）を基礎づけるわけではない。

⁶⁰ なお、収益の喪失による利用利益喪失損害の賠償の中には、損害額についての明確な資料が存在する場合——例えば、買主が具体的な転売契約をすでに締結している場合の転売利益の賠償——だけでなく、損害額についての明確な資料が存在しない場合——例えば、買主が売買目的物を原材料として製品（特に、新製品）を製造したうえでそれを販売する場合の営業利益の賠償——もある。こうした場合についても、本文で挙げた2つの理由——金額に債権者の固有性が表れる以上、利益・損害の把握においては金額の違いを重視する必要があるという理由（損害論の観点）と、金額に対する予見可能性を要求することによって過大な賠償を防ぐことができるという理由（結論的妥当性の観点）——は妥当する以上、利益・損害概念には金額の観点を含めるべきである。このことは、以下の2つを意味する。

第1に、例えば上記の営業利益の賠償の例で、債権者が200万円の営業利益の賠償を請求しているとするならば、この賠償を認めるためには、「仮に給付を受けていたとすれば、債権者は（少なくとも）200万円の営業利益を得ていたであろう」ということが（場合によっては推定を介して）認められる必要がある。

第2に、同じ例で、200万円の営業利益の賠償を認めるためには、さらに、「仮に給付を受けていたとすれば、債権者は200万円の営業利益を得ていたであろう」ということに対する予見可能性が認められる必要がある。つまり、ここでは、200万円という金額に対する予見可能性も要求される。もっとも、いうまでもなく、200万円という利益（損害）額を「正確に」（ピンポイントで）予見可能（予見すべき）であったかどうかは問われるわけではない。予見可能な（予見すべき）営業利益の額には一定の幅があるはずであり、200万円がその幅の

に金額の観点を含めるべきであり、賠償範囲画定の段階で損害額を確定する作業まで行うべきである。

イ 各論的な問題

続いて、各論的な問題をみていく。これは、賠償範囲論において生じる問題と金銭の評価論において生じる問題に分かれる。

（ア）賠償範囲論——416条の理解

賠償範囲論は、本稿の冒頭でも述べたように、本稿の直接の検討対象ではない。もっとも、本稿がドイツ法を手がかりとして獲得した損害論についての知見は、以下で示すように、416条について新たな理解の可能性を提供するものである。また、こうした検討を通じて、損害論に関する本稿の立場が、日本法が416条において採用している制限賠償原則と整合するのかどうかを確認することもできる。そこで、以下では、——特に416条1項と2項の係に焦点を当てつつ——本稿の立場から416条がどのように理解されることになるのかを検討する。

a 損害概念の種類に応じた賠償範囲の画定方法

この点を検討するためには、本体喪失損害と利用利益喪失損害のそれぞれについて、賠償範囲がどのように画定されるのかを確認しておく必要がある。

（a）本体喪失損害——債務内容の確定で十分

まず、本体喪失損害については、給付本体を得られなかったことが損害である以上、賠償範囲を画定するためには、債務内容（つまり給付結果の内容）さえ確定しておけばよいことになる⁶¹。要するに、本体喪失損害については、債務不履行が認められた時点で賠償範囲の検討は終わっており、後は、金銭の評価論の次元で、填補購入費用の合理性を検討したり、市場価格による算定基準時を決定したりする作業が残るだけとなるわけである。

中に収まっていればそれで十分である。

⁶¹ もちろん、契約不適合給付がされた場合には、債務内容のうちどの部分が実現されたのかの確定も必要となる。

(b) 利用利益喪失損害——別途何らかの基準で賠償範囲を画定する必要

これに対して、利用利益喪失損害については、債権者が給付を利用することにより取得したであろう利益——つまり、給付本体から派生した、給付本体とは別の利益——が問題となる以上、債務内容の確定とは別に、何らかの基準で賠償範囲を画定する必要がある。日本法においては、416条2項の予見可能性がその基準を提供していると考えられる。

b 416条の解釈

以上を踏まえると、416条の解釈⁶²としては、例えば、次のような解釈が考えられる。

(a) 本体喪失損害——通常損害（1項）

すなわち、本体喪失損害は、債務不履行さえ認められれば、あえて予見可能性の有無を判断するまでもなく賠償を認めてよい損害であるため、416条1項の「通常生ずべき損害」（以下、「通常損害」と呼ぶ）として位置づけられる。

(b) 利用利益喪失損害——特別損害（2項）

他方で、利用利益喪失損害は、416条2項の「特別の事情によって生じた損害」（以下、「特別損害」と呼ぶ）として位置づけられ、予見可能性が認められてはじめて賠償範囲に含まれると考えることができる⁶³。

⁶² 416条1項と2項の関係をめぐる従来の議論状況については、例えば、星野英一『債権総論（民法概論Ⅲ）』（良書普及会・1978年）71頁以下、奥田編・前掲注（52）410頁〔北川＝潮見〕を参照。

⁶³ 前述のように、利用利益喪失損害（のうち、少なくとも「収益」の喪失や「財産の支出」）については、——本体喪失損害の場合とは逆に——金銭的評価の作業は不要である。

なお、第2章で述べたように、ドイツにおいては、多くの体系書・教科書において、賠償範囲論を意味する「損害帰責（Schadenszurechnung）」とは別に「損害算定（Schadensberechnung）」という項目が立てられており、「責任充足」が「賠償範囲論」と「金銭的評価論」という2つの異なる問題領域から構成されることが（暗黙のうちに）前提とされていると考えられる。しかし、それにもかかわらず、そのことが明示的に述べられることはあまりない（連載第1回の第2章第1節2（91頁）を参照）。その原因については推測するほかないが、以上で示した理解は、その原因について一応の説明を行うことを可能にする。すな

c 損害論に関する本稿の理解と制限賠償原則の整合性

このようにみると、BGB249条1項の完全賠償原則と日本民法416条の制限賠償原則の対立は、利用利益喪失損害の賠償範囲の画定基準に関する対立として理解することが可能である。したがって、制限賠償原則を採用する日本法のもとでも、ドイツ法から見出された、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別する考え方の採用が妨げられることはないと考えられる。むしろ、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は、416条1項と2項の区別の理由を説明できるという利点すらあるといえよう⁶⁴。

わち、以上で示した理解によると、本体喪失損害が問題となる場面では、賠償範囲の問題について特に検討する必要はなく、金銭的評価の問題だけを検討しておけば足りる。逆に、利用利益喪失損害が問題となる場面（のうち、少なくとも「収益」の喪失や「財産の支出」が問題となる場面）では、賠償範囲の問題だけを検討しておけば足り、金銭的評価の問題について特に検討する必要はない。このように、いずれの損害概念が問題となる場面においても、賠償範囲論と金銭的評価論のどちらか一方だけを検討しておけば足りるのであって、同一場面で賠償範囲論と金銭的評価論の両方を検討する必要は基本的には生じない（ここで「基本的には」と留保したのは、前述のとおり、利用利益喪失損害の中でも、「債権者が目的物を自らの需要を満たす目的で利用する予定であった場合の利用利益喪失損害」については、賠償範囲論と金銭的評価論の両方が問題となる可能性があるからである）。「責任充足」が「賠償範囲論」と「金銭的評価論」という2つの異なる問題領域から構成されると明示的に述べる論者が少ないのは、こうした点に原因がある可能性がある。

⁶⁴ 416条1項と2項の関係について以上で示した理解は、起草過程の議論とも矛盾しない（周知のとおり、416条の起草過程についてはすでに多数の詳細な研究がある。文献紹介も含め、例えば、中田裕康「民法415条・416条（債務不履行による損害賠償）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣・1998年）11頁以下を参照）。すなわち、416条の起草過程では、土方寧委員が、「通常ノ場合」の損害は当事者が予見していたか、少なくとも予見しうべきははずであるとして、1項と2項の区別は不要であるとし、両者を予見可能性基準によって統合する旨の修正案を提示したところ、穂積陳重委員など複数の委員からの反対に遭い、結局この修正案は排斥されている（法典調査会『法典調査会民法議事速記録第18巻』（日本学術振興会・1935年）56丁以下）。したがって、審議過程においては1項と2項の基準は異なると理解されていたとみておくのが穏

(イ) 金銭的評価論

当であり(米村・前掲注(39)58頁以下)、こうした審議過程における理解は、本稿の立場と少なくとも矛盾しないといえる(ただし、本稿の立場からも、「債務内容ないし給付結果の内容は当然に予見すべきであり、1項と2項はいずれも予見可能性を基準とするものである」という理解を採ることは十分に可能である。したがって、本稿の立場に立つ限り、1項と2項の基準が異なるかどうかという議論にはほとんど意味がない)。

また、ドイツ法以外の外国法として、416条の母法(の1つ)であるイギリス法の議論状況についてもここで一言しておく。イギリス法においては、近年、予見可能性ルール(ないし遠隔性法理)の射程——ひいては、契約違反に対する損害賠償の全体構造の捉え方——について、興味深い議論の展開がみられる。すなわち、イギリスでは、近年、契約違反に対する損害賠償において——論者によっては、不法行為における損害賠償においても——、①代替的損害賠償(substitutionary/substitutive damages)と②結果的損失に対する損害賠償ないし補償(damages/compensation for consequential loss)の2種類を区別すべきであるという見解が支持を集めつつある(*Stephen A. Smith*, Substitutionary Damages, in: Charles Rickett (Hrsg.), Justifying Private Law Remedies, 2008, S. 93 ff.; *Robert Stevens*, Damages and the Right to Performance – A Golden Victory or Not?, in: Jason Neyers/Richard Brunaugh/Stephen Pitel (Hrsg.), Exploring Contract Law, 2009, S. 171 ff.; *David Winterton*, Money Awards in Contract Law, 2015など)。②は、契約違反の結果として実際に生じた損失の補償を目的とする損害賠償であり、従来の理解においても観念されていた損害賠償であるが、これと並んで①をも観念する点に、この見解の特徴がある。①の代替的損害賠償は、契約の履行(に対する権利)を代替する意味を持つ損害賠償であり、代替履行(填補購入や修補)の費用額(*Smith*, *Winterton*)または契約された履行と提供された履行の価値の差額(*Stevens*)によって算定される。代替的損害賠償は、損失の補償(compensation of loss)ではないため、実損(factual loss)が生じていなくても認められるうえ、損失の補償に妥当するルール——遠隔性(remoteness)や損害軽減措置(mitigation)に関するルール——は妥当しないとされる。

イギリスにおけるこうした近時の潮流は、ドイツ法(の有力説)から本稿が析出した、「本体喪失損害」と「利用利益喪失損害」を対置する考え方と多くの共通点を有する(実際、リームは、自説に類似する見解として*Smith*の上記論稿を引用している(*Thomas Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 22 Fn. 23など))。また、遠隔性法理の射程を②に限定する考え方は、予見可能性ルールの射程を利用利益喪失損害に限定する本稿の立場と共通する(な

次に、金銭の評価論について論じる。

a 前提——利益の実現方法

賠償範囲論においては、賠償されるべき損害——裏を返すと、実現されるべき利益——の範囲が画定される。賠償範囲論において実現される

お、本稿は、本体喪失損害を通常損害に位置づける理解を採ったが、416条1項・2項は全体として予見可能性ルールを定めているとみたく、本体喪失損害には416条が適用されないという理解を採ることも十分に考えられよう。

ドイツ法だけでなく、イギリス法においてもこうした議論がみられるという事実は、「本体喪失損害」と「利用利益喪失損害」を区別するという考え方が、完全賠償原則・制限賠償原則の違いにかかわらず採用可能なものであるということ——そして、完全賠償原則と制限賠償原則の対立は、「利用利益喪失損害」の賠償範囲の画定方法の違いとして位置づけることが可能であること——を示唆しているといえよう。もっとも、イギリスにおいても、代替的損害賠償の考え方に対しては批判もあるほか、判例はこの考え方を明示的には支持していないと指摘されている（*Katy Barnett/Sirko Harder, Private Law Remedies*, 2025, S. 18, 113）。こうした点も含め、イギリス法の議論についてはなお詳細な検討を要するが、これについては別の機会に委ねざるをえない。

なお、契約違反に対する損害賠償における算定方法をめぐるアメリカ法の議論については、笠井修「損害賠償額算定の理論と規範」同『契約責任の多元的制御』176頁以下（勁草書房・2017年・初出2015年）で詳細な紹介・分析がされている。同230頁は、アメリカの第2次契約法リステイトメント347条に定式化された「期待利益」の算定方法が、日本法における履行利益の算定に際しても有用であると指摘する。同条では、「期待利益」の算定における考慮要素として、契約違反による「履行の価値の損失」、「付随的損失または結果的損失を含むその他の損失」などが挙げられている（同183頁）。笠井によると、「価値の損失」の算定方法には、履行の市場価値と代替的履行費用（例えば、修補費用）の2つがあるが、例えば建築請負人が不完全な履行を行った場面では、両者の算定額に（極めて大きな）差が生じる場合があり、アメリカでは、こうした場合にいずれを算定基準とすべきかが判例・学説における議論の対象となっている（同187頁以下）。また、「その他の損失」においては、個別の契約ごとに多様な要素が算定の基礎とされるが、特に、失われた収益が重要な意味を持つとされる（同191頁）。このようにみると、アメリカ法における「価値の損失」と「その他の損失」の区別も、本稿がドイツ法から析出した「本体喪失損害」と「利用利益喪失損害」の区別といくつかの共通点を有しているように見受けられるところである。イギリス法の議論との関係も含め、今後研究を深める必要があろう。

べきであると判断された利益は、履行利益実現手段ごとに異なる方法で実現されることになる。そこで、まず、金銭的評価の方法を論じる前提として、各履行利益実現手段における履行利益の実現方法を確認しておく。

(a) 履行請求権——債務者の履行による利益の実現

履行請求権においては、もちろん、損害の賠償が行われるわけではないため、賠償されるべき損害というものを観念することはできない。しかし、賠償されるべき損害の裏返しとしての実現されるべき利益というものは、履行請求権においても観念することが可能である。履行請求権によって実現されるべき利益は、履行状態実現費用の賠償の場合と同様に、現実給付取得利益ないし現実の給付結果である。履行請求権を行使した場合、この利益は、当然のことながら、債務者の履行によって実現されることになる。

(b) 損害賠償請求権

次に、損害賠償請求権においては、利益の実現方法は2つに分かれる。

1) 履行状態実現費用の賠償——「債務者の損害賠償金の支払＋債権者の履行状態実現措置」による利益の実現

まず、履行状態実現費用の賠償においては、債務者の損害賠償金の支払だけでは利益（現実給付取得利益）は実現されない。ここでは、債権者の利益を直接的に実現するのは債権者の（事實的または仮定的）履行状態実現措置であるから、債務者の損害賠償金の支払と債権者の履行状態実現措置が合わさることによってはじめて利益が実現されるということが出来る。

2) 純粹金銭賠償——債務者の損害賠償金の支払のみによる利益の実現

これに対して、純粹金銭賠償においては、債務者の損害賠償金の支払のみによって利益（価値利益）が実現される。

b 金銭的評価の方法

では、以上のことを踏まえて、金銭的評価の方法を論じていく。以下では、まず、金銭的評価の方法に関する基本的な考え方を示した後、金銭的評価という問題領域の中でも特に基準時および人的基準という側面

に焦点を当て、検討を行う。

（a）基本的な考え方

まず、金銭的評価の方法に関する基本的な考え方を示す⁶⁵。ここでも、履行利益実現手段ごとにみていく。

１）履行請求権——債務内容の確定

履行請求権⁶⁶においては、もちろん、金銭による損害の賠償が行われるわけではないため、損害の金銭的評価の方法を問題にすることはできない。しかし、履行請求権においても、「債権者の利益を実現する手段としての債務者の責任内容」を導く方法を問題にすることは可能である。履行請求権におけるその方法は、債務内容の確定である。つまり、債務者が負う行為義務の内容——債権者に対して現実の給付結果（現実給付取得利益）を実現するために行わなければならない行為の内容——は、債務内容に照らして判断される⁶⁷。

２）損害賠償請求権

次に、損害賠償請求権においては、以下のように金銭的評価を行うべきである。

⁶⁵ ただし、本稿は売買と請負を中心とした検討を行っていることから、その射程はさしあたりこれらの事案類型に限定される。

⁶⁶ ここでは、さしあたり、無履行の場合の履行請求権のみを念頭に置き、契約不適合給付の場合の追完請求権については措く。

⁶⁷ こうした理解に立った場合、先に示した理解——本体喪失損害については債務内容（＝給付結果の内容）の確定によって賠償範囲（履行請求権の場合も含めて表現するならば、実現されるべき利益の範囲）が画定されるという理解——も併せると、債務内容の確定には、２つの作業が含まれるものと考えことになる。１つは、給付結果の内容を確定する作業である。もう１つは、その給付結果（現実給付取得利益）を実現するための債務者の行為の内容を確定する作業である。前者は、権利利益説からの債権（債務）の理解——債権とは、「債権関係において、債務者から一定の利益（給付結果）を得ることが期待できる債権者の地位」のことでありという理解——、後者は、権利意思説からの債権（債務）の理解——債権とは、「債権者が債務者に対して一定の行為を請求することができる権利」のことでありという理解——に対応している（権利の理解と債権の理解の連関については、潮見・前掲注（37）153頁以下を参照）。

ア) 履行状態実現費用の賠償

まず、履行状態実現費用の賠償についてみていく。

a) 処分自由論の採否

履行状態実現費用の賠償として、事後的履行状態実現費用の賠償が認められることには問題がない。これに対して、仮定的履行状態実現費用の賠償が認められるかどうか、つまり処分自由論の採否については、ドイツ法の検討の箇所⁶⁸でも示したように、——損害論の観点のほかにも多様な考慮要素が複雑に絡み合うことから——なお慎重な検討を要する。ドイツ法の検討を踏まえると、日本法のもとでは（もとでも）、概ね次のような方向性で検討を進めるべきであろう（なお、この問題は、とりわけ、売買・請負契約に適合しない給付が行われた場面において、仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるかどうかという形で問題となるため、以下でもその例に即して説明する）。

まず、損害論の観点からはどのように考えるべきか。この点については、原状回復（履行状態実現）の目的は現実的利益（現実給付取得利益）を「実際に」実現することにあると理解する限り、——費用が実際に債権者（買主・注文者）によって履行状態実現措置（瑕疵除去）のために使われてはじめてその目的が達成される以上——仮定的費用の賠償を否定する方向に向かうのが自然である。もっとも、——ドイツの一部の論者の見解を参考にすると——債権者に、「自らが契約上確保した利益、つまり現実給付取得利益を（不履行を契機として）変更する権限」を認めて、仮定的費用の賠償を正当化する余地もないわけではなく、損害論の観点のみで賠償の可否につき結論を導くことは避けるべきであろう。

損害論以外の考慮要素として、ドイツの議論では様々なものが主張されていたが、とりわけ重要であると考えられるのが、先払リスクの観点である。すなわち、ドイツでは、「費用の先払に伴う負担・リスク（とりわけ、債権者が先払した後に債務者が倒産し、瑕疵除去費用を回収できなくなるリスク）を債権者に負わせるべきではない」という価値判断が、仮定的賠償肯定説だけでなく否定説からも受け入れられていた。そ

⁶⁸ 連載第2回の第2章第2節1（2）（229頁以下）、とりわけ、イ（イ）b（b）（256頁以下）および連載第3回のウ（ウ）b（a）（121頁以下）を参照。

して、こうした価値判断を前提としつつ、売買事例について、「事實的」瑕疵除去費用の「事前賠償」——これによると、買主は、実際に瑕疵除去を行う前に瑕疵除去費用の賠償を受けることができるが、受けとった費用を瑕疵除去のために用いなければならない（したがって、買主が瑕疵除去を行わなかった場合や、瑕疵除去を行ったものの前払金が残った場合には、清算義務が生じる）——を認めるかどうかという点が、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要があるかどうか（ひいては、結論として認めるかどうか）に関する立場の違いをもたらしていた。日本法のもとでも、上記価値判断自体は妥当すると考えられるため、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について論じるならば、まずその前提問題として、事實的瑕疵除去費用の事前賠償の可否について検討を深める必要がある（なお、改正BGB637条3項のような前払請求権の明文規定がない日本法のもとでは、売買だけでなく請負においても、損害賠償の枠内における事前賠償の可否を検討する必要があると考えられる）。

b) 算定基準

では、履行状態実現費用の賠償における損害の算定は、どのような基準によって行われるべきだろうか。

aa) 両算定方法に共通の基準——履行状態実現措置の妥当性

（事實的・仮定的）履行状態実現費用の賠償においては、債権者の履行状態実現措置に要する費用によって損害の算定が行われることになる。とはいえ、算定の基礎に置かれる（実際の、または仮定的な）履行状態実現措置は、どのようなものであってもよいわけではない。そこでは、債権者が行うべき妥当な履行状態実現措置というものが基準として存在し、算定の基礎に置かれる履行状態実現措置がその妥当性基準を満たす場合のみ、それに要する費用を算定資料として用いることができるわけである。もっとも、ここまでは、いわば当然のことを述べているにすぎない。というのも、算定資料として妥当な履行状態実現費用のみを算定資料として認めるべきであると述べているにすぎないからである。問題は、その「妥当性」が何を意味するかである。この点は、とりわけ基準時間問題において重要な意味を持つことから、後に基準時間問題を扱う際にドイツ法からの示唆を踏まえつつ明らかにすることとしたい。

bb) 各算定方法における妥当性基準の現れ方

この妥当性基準は、事實的履行狀態實現費用による算定と仮定的履行狀態實現費用による算定に共通の算定基準である。もっとも、妥当性基準の現れ方は、この2つの算定方法の間で異なる。

aaa) 事實的履行狀態實現費用による算定—
—妥当性基準を満たさない場合の事實的
履行狀態實現費用（全額）による算定の
否定

まず、事實的履行狀態實現費用による算定の場合には、妥当性基準を満たすときは、もちろん事實的履行狀態實現費用による算定がそのまま認められ、妥当性基準を満たさないときは、事實的履行狀態實現費用（全額）による算定が否定されることになる⁶⁹。

bbb) 仮定的履行狀態實現費用による算定——
基準時間問題などに吸収

では、仮定的履行狀態實現費用による算定の場合はどうか。これについては、ドイツ法の検討の箇所⁷⁰で、履行狀態實現措置の合理性という基準との関係ですでに述べたのと同じように考えることができる（なお、妥当性基準と合理性基準の関係については、後述する）。すなわち、妥当性基準においては、時期の妥当性・市場の妥当性・金額の妥当性が問題となる。これらのうち、時期の妥当性と市場の妥当性は、仮定的履行狀態實現費用による算定においては、それぞれ、基準時間問題（後述）と基準となる市場の問題に吸収されていると考えられる。また、金額の妥当性については、市場価格により算定されることから、改めて妥当性を問題にする必要はない。このように、仮定的履行狀態實現費用による算定においては、妥当性基準がそのままの形で現れるわけではない。

⁶⁹ なお、妥当性基準を満たさない場合に、事實的履行狀態實現費用（全額）による算定を否定したうえで、どのような賠償額を認めるべきかについては、別途問題とする余地がある。そこでは、基準とされた妥当な履行狀態實現費用の額による算定を認めるのか、それともその算定すら認めない——債権者は仮定的履行狀態實現費用による算定や客観的価値の賠償に依拠するほかなくなる——のかが問題となる（連載第4回の注（44）を参照）。

⁷⁰ 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）b（b）2）（189頁以下）を参照。

c)「過分の費用」の場合の賠償の制限——制限肯定説

履行状態実現費用の賠償において金銭的評価を行う際には、基本的には、以上の算定基準を適用しておけば足りる。しかし、ドイツ法の検討⁷¹を踏まえるならば、これに加えてさらに、「不均衡な費用」の場合の賠償制限法理の適用が問題となると考えられる。

ドイツ法の検討を通じて得られた示唆は、履行状態実現措置によって実現される現実給付取得利益と履行状態実現費用の額の不均衡性が、履行（追完）請求権の限界事由としての不均衡性の基準を満たす場合には、履行（追完）請求権の限界法理との間の評価矛盾を避けるため、履行状態実現費用の賠償を制限すべき——より正確には、履行状態実現費用（全額）による算定を否定すべき——だということである。

日本法においても、この費用の不均衡性に相当するものとして、費用の過分性という履行（追完）請求権の限界事由が認められてきた。まず、改正前民法634条1項ただし書は、請負について、「瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するとき」は、注文者の修補請求が認められないことを定めていた。そこでは、「過分の費用」にあたるかどうかは、修補に必要な費用と修補によって生じる利益を比較して定めるべきであると理解されていた⁷²。もっとも、この種の規範は請負に特有のものであると理解されていたわけではなく、履行に過大な費用を要することは履行請求権一般の限界事由にあたるとされていた⁷³。こうした改正前民法のもとでの状況を踏まえ、改正民法では、注文者の修補請求権の限界についても、——買主の追完請求権の限界とともに——履行請求権一般の限界事由としての履行不能に関する改正民法412条の

⁷¹ 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）a（175頁以下）を参照。

⁷² 我妻栄『債権各論 中巻二（民法講義V3）』（岩波書店・1962年）634頁以下、幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣・復刊版・2010年）144頁〔内山尚三〕。

⁷³ 柚木馨＝高木多喜男補訂『判例債権法総論』（有斐閣・補訂版・1971年）101頁以下、於保不二雄『債権総論』（有斐閣・新版・1972年）104頁、潮見佳男『債権総論Ⅰ 債権関係・契約規範・履行障害』（信山社・第2版・2003年）166頁など。

2第1項の規定に委ねられることとなった⁷⁴。つまり、請負人の修補に要する費用が過分である場合も含め、履行（追完）によって実現される債権者の利益との関係で債務者の履行（追完）に要する費用が過分である場合は、改正民法412条の2第1項の「不能」として評価されることとなった⁷⁵。それに伴い、請負に関する改正前民法634条1項ただし書は削除された⁷⁶（なお、同項本文も別の理由から不要となったため、同項全体が削除されることとなった）。

このように、日本法においても、ドイツ法における費用の不均衡性に相当するものとして、費用の過分性という履行（追完）請求権の限界事由が認められている⁷⁷。したがって、ドイツ法からの示唆に照らすと、

⁷⁴ 民法（債権関係）部会資料81-3 (<http://www.moj.go.jp/content/000125163.pdf>・2026年1月31日最終アクセス) 18頁。

⁷⁵ 法制審議会民法（債権関係）部会第90回会議議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/001128483.pdf>・2026年1月31日最終アクセス) 45頁〔金洪周関係官〕。筒井＝村松・前掲注(32) 341頁注(1)も参照。

⁷⁶ 前掲注(74) 部会資料81-3・18頁。

⁷⁷ 履行（追完）請求権によって実現される利益が現実給付取得利益であることを踏まえると、日本法のもとでも、履行（追完）請求権の限界法理において費用額と比較される債権者の利益は現実給付取得利益であると考えらるべきであろう。なお、現実給付取得利益を費用額と比較するためには、現実給付取得利益を一定の金額に評価するという作業が必要となる（この点は、履行状態実現費用の賠償の制限法理においても同様である）。しかし、この作業をどのように行うべきかについては、本稿の検討では明らかにすることができていない。すなわち、現実給付取得利益を金額に評価する際の手がかりとしては、例えば、①目的物の客観的価値（契約不適合の場面では減価分）のほか、②目的物の転売による転売利益や目的物を用いた営業による営業利益等の金額（契約不適合の場面では減扣分）が考えられる。また、債権者は現実の給付を取得した場合には財産的利益だけでなく非財産的利益も得るということを踏まえると、ドイツ法の検討の箇所でも述べたように、現実給付取得利益を金額に評価する際には、③非財産的利益（を何らかの金額に評価したもの）も考慮する必要がある。そうすると、まず、①・②・③の手がかりからどのように最終的な評価額を導き出すべきか——①と②と③を足し合わせるのか、それとも、①と②と③のうち最大値を採用するのか、あるいは、①と「②+③」の大きいほうを採用するのか——という点が問題となる。また、①については、どの時点の客観的価値

日本法においても、評価矛盾を避けるため、費用の過分性を理由とする履行状態実現費用の賠償の制限を認めるべきである。このとき、要求される過分性の程度は、履行（追完）請求権の限界法理において要求される過分性の程度と同じであると考えべきである⁷⁸。もっとも、ドイツ法の検討の箇所でも指摘したように、債権者の利益と比較される費用額は、履行（追完）請求権の限界法理においては「債務者」が履行（追完）に要する費用額であるのに対して、履行状態実現費用の賠償の制限法理においては「債権者」が履行状態実現措置に要する費用額であるため、両法理の適用結果は、必ずしも同じになるとは限らない。

イ）純粋金銭賠償

続いて、純粋金銭賠償についてみていく。

a）客観的価値の賠償——客観的価値の評価基準 ＝売却価値説

まず、客観的価値の賠償においては、客観的価値の評価基準が問題となる。ここでは、給付の客観的価値は調達価値——債権者が給付目的物（の代替品）を調達する場合に支払わなければならない代金額——によって評価されるべきであるという考え方（調達価値説）と、給付の客観的

を採用すべきかという基準時の問題、②については、どこまでの転売利益・営業利益等を考慮すべきかという問題、③については、どこまでの非財産的利益を考慮し、それをどのように金額に評価すべきかという問題がそれぞれ生じる。これらの点の検討は、今後の課題となる。

⁷⁸ なお、改正民法は、履行請求権の限界法理において要求される過分性の程度と追完請求権の限界法理において要求される過分性の程度は同じであるという考え方を採用しているとみられる（民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（<http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf>・2026年1月31日最終アクセス）479頁、民法（債権関係）部会資料72A（<http://www.moj.go.jp/content/000117238.pdf>・2026年1月31日最終アクセス）5頁を参照）。そうすると、この点において改正 BGB とは異なる考え方が採用されていることになる。しかし、本稿にとって重要なのは、履行（追完）請求権の限界法理と履行状態実現費用の賠償の制限法理の間において、要求される過分性の程度が一致するという点である。これに対して、履行請求権の限界法理と追完請求権の限界法理の間において要求される過分性の程度が一致するかどうかは、履行（追完）請求権の限界法理の内部の問題であり、本稿の関心からは外れる。

価値は売却価値——債権者が給付目的物を売却することにより得られる売上額——によって評価されるべきであるという考え方（売却価値説）のいずれに優位性が認められるかが問題となる。

ドイツ法の検討結果を簡単にまとめると、以下のとおりである⁷⁹。調達価値説には、調達が不可能な物については価値を測ることができないという難点がある。これに対して、売却価値説は、給付を利用（ここでは、売却）する「可能性」に価値を認めてそれを賠償しようとするものであり、「当該債権者の利用態様にかかわらず最低限認められる給付の価値を賠償する」という客観的価値の賠償の趣旨に適う。したがって、考え方としては、売却価値説のほうがより説得的である。もっとも、売却価値の「指標」をどこに求めるかは別問題である。すなわち、契約責任が問題となる場面——とりわけ、買主が商人であり、「当該買主にとっての売却市場価格」がマージンを含んだ転売価格となる場面——においては、売却価値——「一般的な債権者の売却可能価格」——の指標として、マージンを含まない調達市場価格のほうが適していると考ええる余地がある。最終的には、「一般的な債権者の売却可能価格」の指標として調達市場価格と売却市場価格のいずれが「より」適切かを、事案の特徴に応じて——とりわけ、売却市場価格に、当該買主の高い「能力」の反映としてのマージンがどの程度含まれているかを考慮して——決定していくほかないと考えられる。

以上については、特にドイツ法と日本法の間に重要な前提の違いはないと考えられるため、日本法のもとでも同様に考えるべきであろう。

b) 利用利益の価値の賠償——（基本的には）賠償範囲論で判断済み

次に、利用利益の価値の賠償（利用利益喪失損害の賠償）——厳密には、そのうち、「収益」の喪失や「財産の支出」が問題となる場合——における金銭の評価は、すでに述べたように、賠償範囲の画定作業に吸収される。つまり、賠償範囲を画定した後に改めて金銭の評価の作業を行う必要はない⁸⁰。

⁷⁹ 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（イ）（190頁以下）を参照。

⁸⁰ 本節2（1）ア（イ）bを参照。

（ｂ）一定の側面に焦点を当てた検討

以上が、金銭的評価の方法に関する基本的な考え方である。ここからは、こうした基本的な考え方も踏まえつつ、金銭的評価という問題領域の中でも特に基準時および人的基準という側面に焦点を当てて、検討を行う。

１）基準時

まず、基準時問題——とりわけ、売主無履行の場面における、給付目的物の市場価格による算定の基準時をめぐる問題——についてみていく。ドイツ法の検討を通じて示したように、この問題に取り組むにあたっては、市場価格による算定の基礎に置かれる「損害」概念を意識すること——すなわち、基礎に置かれる損害概念ごとに、基準時を分けて考えること——が重要である⁸¹。以下、日本法のもとで妥当すべき考え方を示す（なお、ドイツ法と日本法で前提が異なる部分については、その都度言及する）。

ア）仮定的履行状態実現費用の賠償・客観的価値の賠償

まず、仮定的履行状態実現費用（仮定的填補購入費用）の賠償または給付（給付目的物）の客観的価値の賠償によって市場価格による算定を基礎づける場合についての考え方を示す。

ａ）一般論

一般論としては、それぞれにおける基準時は以下のようになる。

aa）仮定的履行状態実現費用の賠償——債権者が履行状態実現措置を行うべき時点

まず、仮定的履行状態実現費用の賠償においては、債権者が履行状態実現措置（填補購入）を行うべき時点が基準時となる。これは、前述したように、妥当性基準のうち時期の妥当性が基準時の形で現れたものである。

bb）客観的価値の賠償——どの時点の客観的価値が実現されるべきか

次に、客観的価値の賠償においては、どの時点の客観的価値が実現さ

⁸¹ 連載第４回の第２章第２節２（１）イ（ア）ｃ（ｂ）（211頁以下）を参照。

れるべきかという観点から基準時が決定される。

b) 具体化

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

aa) 基準時の制約要因

債権者は、原則として、(履行期以降の) どの時点で履行状態実現措置(填補購入)を行うかにつき選択の自由を有していると考えられる。また、債権者は、原則として、どの時点の客観的価値を実現するかにつき選択の自由を有していると考えられる⁸²。したがって、債権者は、基本的には、これらの賠償において、基準時を自由に選択することができるはずである。しかし、実際には、これらの賠償における基準時の選択は、いわば例外的に、様々な要因により制約される。ドイツ法の検討を通じて明らかとなったのは、以下の3つの制約要因の存在である。

aaa) 債権者の投機の排除

第1の制約要因は、債権者の投機の排除である。これは、ドイツ法の検討の箇所でもみたように、基準時問題をめぐるドイツの議論において最も重視されている考慮要素である。ここでいう債権者の投機とは、基準時の選択権を有する債権者が、先行基準時の市場価格による算定を確保しつつ、市場価格の騰貴を期待して後続基準時を遅らせるというものだった。そして、ドイツでは、こうした価格変動のリスクを回避した形

⁸² 客観的価値についてこのように考えられる理由は、以下のとおりである(なお、以下の説明は、いわゆる「実体的多元説」にも理論的基礎を提供しうる可能性がある)。

すなわち、給付の客観的価値の評価基準について論述した箇所でも述べたように、給付の客観的価値とは、債権者が(意思さえあれば)給付を「利用(売却)」することができるという「可能性」に認められる価値のことであると理解すべきである。これによると、客観的価値の賠償においては、(一般的な)債権者が(意思さえあれば)給付目的物を売却することが「可能」な時点に基準時としての資格が認められると考えられる。そして、債権者は給付目的物につき利用(売却を含む)の自由を有しており、いつでも自由に給付目的物を売却することが可能である。したがって、債権者は(例外的に制約要因が介入しない限り)基準時を自由に選択することができる应考虑すべきである。

で行われる投機は、債権者が本来受けるに値しない利益にあたるため、できる限り回避されなければならないと考えられていた。この考え方は、日本法のもとでも同様に妥当するものと考えられる。

このような投機は、仮定的履行状態実現費用の賠償における基準時と客観的価値の賠償における基準時のいずれについても生じうるものであるため、第１の制約要因は、この２つの賠償における基準時に共通の制約要因であるといえる（なお、仮定的履行状態実現費用の賠償においては、債権者の投機の排除は、妥当性基準を構成する下位基準の１つとなっているといえる）。

さて、債権者の投機を排除する方法には、個別的排除と画一的排除の２つがあった。このうち、個別的排除を採用した場合には、原則としてはこの第１の制約要因による基準時の制約はなく、債権者が信義誠実に反する形で基準時を先延ばしにした場合にのみ例外的にその基準時を排除するということになる。これに対して、画一的排除を採用した場合には、基準時をどの１点に固定すべきかが問題となる。ドイツ法の検討を通じて明らかにしたように、ここでは、履行請求権への固執の許容の要請を重視するかどうかが立場の分かれ目となる。したがって、日本法のもとでこの点についてどのような考え方を採るべきかを今後検討していく必要がある。仮にドイツ法の（通説的な）立場と同じようにこの要請を重視するのであれば、債権者がもはや履行請求権に固執しないという意思を表明した時点、つまり填補賠償請求時または解除時を基準時とすべきことになると考えられる（なお、履行請求権消滅時としていないのは、日本法のもとでは、填補賠償が請求されたとしても履行請求権は消滅しないと考える余地がある⁸³からである）。これに対して、この要請を重視せず、投機の排除の要請を貫徹するのであれば、履行期時を基準時とすべきことになると考えられる。

bbb) 履行状態実現措置の合理性

第２の制約要因は、履行状態実現措置の合理性である。ドイツ法の検討においては、合理性基準が事実的填補購入費用の賠償との関係で論じ

⁸³ 改正民法415条２項の「債務の履行に代わる損害賠償」に関してこのような考え方を採るものとして、潮見・前掲注（37）482頁。

られていることを紹介したうえで、この合理性基準が事実的履行状態実現費用の賠償と仮定的履行状態実現費用の賠償の両方、つまり履行状態実現費用の賠償一般に適用される基準であることを明らかにした⁸⁴。この検討結果を踏まえると、合理性基準は、事実的履行状態実現費用の賠償と仮定的履行状態実現費用の賠償の両方において、先に述べた妥当性基準を構成する下位基準の1つになっているとすることができる。基準時問題との関係では、仮定的履行状態実現費用の賠償において、時期の妥当性の下位基準としての時期の合理性が問題とされることになる。なお、履行状態実現措置の合理性はあくまで履行状態実現費用の賠償においてのみ問題となるものであるから、第2の制約要因は、第1の制約要因とは異なり、客観的価値の賠償においては問題とならない。

さて、この第2の制約要因は、仮定的履行状態実現費用の賠償における基準時を具体的にはどのように制約することになるだろうか。ドイツにおいては、——事実的填補購入費用の賠償についてではあるものの——合理性が否定される場合の例として、急速に市場価格が騰貴しているにもかかわらず填補購入を迅速に行わなかった場合が挙げられていた。これを踏まえて単純に考えると、履行期の時点で市場価格が急速な騰貴傾向にある場合には、履行期（ないしは、履行期後、履行状態実現措置を行うための相当期間が経過した時点）よりも後に行われる（仮定的）履行状態実現措置には合理性がないということになる。そうすると、仮定的履行状態実現費用の賠償においては、履行期（ないしは、履行期後、履行状態実現措置を行うための相当期間が経過した時点）よりも後の時点が基準時から排除されるということになりそうである。しかし、ドイツにおいては、先の例のような場合でも常に合理性が否定されるわけではなく、最終的には、迅速さを欠いた填補購入を行ったことに合理的理由が存在するかどうかが基準になるとされていた。この合理的理由にあたりうるのが、第1の制約要因においても登場した、履行請求権への固執の許容である。すなわち、履行請求権への固執の許容の要請を重視する立場に立った場合、仮に履行期の時点で市場価格が急速な騰貴傾向にあったとしても、履行請求権消滅時——日本法のもとでは、填補賠償請

⁸⁴ 連載第4回の第2章第2節2(1)ア(ア)b(186頁以下)を参照。

求時または解除時——までは、履行請求権への固執という、履行状態実現措置を行わないことについての合理的理由が存在するといえることができるわけである。これに対して、この要請を重視しない立場に立った場合には、履行期の時点で市場価格が急速な騰貴傾向にあれば、履行期（ないしは、履行期後、履行状態実現措置を行うための相当期間が経過した時点）よりも後の時点が基準時から排除されることになる。

以上をまとめると、第２の制約要因を踏まえた場合、基準時として選択された時点において債権者が（仮定的）履行状態実現措置を行うことに合理的理由が存在するかどうかを（個別的に）判断することになる。その際、履行請求権への固執の許容の要請を重視するかどうかによって、その判断の内容は大きく変わりうる。

ccc) 現実履行の優先

第３の制約要因は、現実履行の優先である。この制約要因は、損害賠償分類論の箇所⁸⁵において検討した、「早すぎた填補購入」をめぐるドイツの議論の中に見出すことができる。ドイツ法の検討を通じて明らかとなったのは、事實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り、事實的填補購入費用の賠償の可否は金銭的評価の問題として解決されるという考え方に立った場合、その金銭的評価にあたっては、現実履行の優先という評価との整合性が決定的な意味を持つということである⁸⁶。すなわち、債権者の受領義務⁸⁷が認められている期間、つまり現実履行の優先が確保されている期間に行われた填補購入により支出された事實的填補購入費用に依拠して算定することは、現実履行の優先という評価との矛盾を生じるため、認められない。具体的には、受領義務が認められるのは填補賠償付加要件充足時までであるという見解に立った場合には、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實的填補購入費用による算定が排除されることになり、受領義務が認められるのは履行請求権消滅時までであるという見解に立った場合には、履行請求権消滅前の填補購入により支出された事實的填補購入費用による

⁸⁵ 連載第６回の第２章第３節２（２）イ（イ）b（a）１（167頁以下）を参照。

⁸⁶ ただし、反対説もある。連載第６回の注（80）・（96）を参照。

⁸⁷ ここでいう「受領義務」の意味につき、連載第４回の注（107）を参照。

算定が排除されることになる。

日本法のもとでも、後述するように、改正民法415条2項において現実履行の優先の考え方が採用されている。もっとも、受領義務が認められるのがどの時点までなのかという点については、考え方が分かれる余地があり⁸⁸、今後検討していく必要がある。

こうした現実履行の優先の考え方との間の評価矛盾は、事後的填補購入費用による算定においてのみ問題になるものではなく、仮定的填補購入費用による算定においても問題となる。また、現実履行の優先の考え方を、無履行の場合だけでなく、契約に適合しない給付がされた場合についても採用する場合、つまり追完の優先の考え方を採用する場合——なお、日本法のもとで追完の優先の考え方を採用すべきかどうかという点は、今後研究が深められなければならない重要問題である⁸⁹——には、同様の評価矛盾は、(事後的・仮定的) 填補購入費用による算定だけで

⁸⁸ 判例は、催告および相当期間の経過によって解除権が発生した後も、債権者が解除権を行使するまでは、債権者は債務者による債務の履行(本来の給付に遅延賠償を加えたもの)を拒絶することができないという立場に立っている(大判大正6年7月10日民録23輯1128頁、大判大正8年11月27日民録25輯2133頁)。本判決を支持するものとして、我妻栄『債権各論 上巻(民法講義V1)』(岩波書店・1954年)167頁、谷口=五十嵐編・前掲注(37)833頁[山下末人]など。この点をめぐる日本(債権法改正前)およびドイツの議論状況を紹介・分析するものとして、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)400頁以下・417頁以下。

改正民法415条2項のもとでも、同様の議論が存在する。原則として、解除までは債務者は履行をすることができるとするものとして、中田裕康『債権総論』(岩波書店・第5版・2025年)200頁。これに対して、填補賠償付加要件充足時(催告後の相当期間経過時)に受領義務が消滅するとするものとして、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(1)～(5・完)」NBL1175号(2020年)36頁以下、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)548頁以下。債権法改正後の日本の議論状況を紹介するものとして、高田淳「填補賠償請求に関する催告期間要件制度(民法415条2項)の趣旨(1)」法学新報132巻3=4号(2025年)14頁以下。

⁸⁹ 連載第9回を参照。

なく、（事實的・仮定的）瑕疵除去費用による算定においても問題となることになる。このように、——追完の優先の考え方を採用する限り——現実履行の優先という評価に照らした算定は、（事實的・仮定的）履行状態実現費用による算定一般において必要となるものであると考えられる（なお、現実履行の優先という評価との整合性は、妥当性基準を構成する下位基準の１つとなっているといえる）。

基準時問題との関係では、第３の制約要因を踏まえた場合、仮定的履行状態実現費用による算定において、債権者の受領義務が認められている期間が基準時から排除されるということになる。なお、第３の制約要因も、第１の制約要因とは異なり、客観的価値の賠償においては問題とならない。

bb) 結論

仮定的履行状態実現費用の賠償における基準時は、以上の３つの制約要因をすべて踏まえたうえで決定されるべきである⁹⁰。また、客観的価値の賠償における基準時は、第１の制約要因を踏まえて決定されるべきである。

イ）利用利益の価値の賠償——市場価格依拠型転売利益の賠償——債権者が転売契約を締結したであろう時点

続いて、利用利益の価値の賠償についての考え方を示す。ドイツ法の検討においてみたように、市場価格依拠型転売利益の賠償——市場価格を代金額とする転売を念頭に置いた転売利益の賠償——は、利用利益の価値の賠償でありながらも、市場価格による算定を基礎づけることがで

⁹⁰ もっとも、その作業は必ずしも容易ではない。とりわけ、３つの制約要因は場合によっては相互に矛盾しうる。例えば、第１の制約要因において、履行請求権への固執の許容の要請を重視せず、基準時を履行期時に固定するという考え方を採ったとする。このとき、第３の制約要因においては、現実履行の優先との整合性という観点から、填補賠償付加要件充足時または履行請求権消滅時までの基準時を排除することが要請される。両制約要因は相互に矛盾することから、いずれの制約要因を優先させるのかを判断しなければならない（あるいは、そもそも、履行請求権への固執の許容の要請を重視しない考え方と、現実履行の優先の考え方が両立しうるのかという観点からの検討が必要である）。

きるものであった。

ドイツでは、その市場価格依拠型転売利益の賠償においては、推定上の転売契約締結時が基準時となるとされていた。日本法のもとでも、——ドイツと同じ推定ルールが妥当するかどうかという問題は残るとしても——少なくとも、債権者が転売契約を締結したであろう時点が基準時となるという限りにおいては同様に考えることができるだろう⁹¹。

2) 人的基準——抽象的損害計算・具体的損害計算

続いて、人的基準の問題についてみていく。

ア) 抽象的損害計算・具体的損害計算の意味と適用場面

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

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

ドイツ法の検討の箇所⁹²で述べたとおり、市場価格（と代金額の差額）による算定を本体喪失損害の賠償により基礎づける転売利益非限定説——本稿がドイツ法・日本法のいずれにおいても支持する見解——を採用する場合、「抽象的損害計算」は、債権者の具体的事情を考慮することなく行われる算定⁹³（つまり本稿のいう「客観的損害計算」）という意味にお

⁹¹ もちろん、日本法のもとでは、416条において予見可能性が要求されているため、最終的に当該時点が基準時として認められるためには、「当該時点において債権者が転売契約を締結したであろうこと」に対する予見可能性が認められる必要がある。

⁹² 連載第5回の第2章第2節2（1）イ（イ）a（138頁以下）を参照。

⁹³ ここでいう「具体的事情」には、本文で次に述べる「具体的損害計算」の2つの基礎づけに対応して、以下の2つのものが含まれている。1つは、債権者による填補購入の実施の有無および内容である。もう1つは、（債務者による履行が行われた場合の）債権者による給付の利用態様である。

また、具体的事情を「考慮することなく」算定が行われるとは、当該損害賠償における「賠償の可否や内容」が、当該債権者の具体的事情（填補購入の実施の有無および内容や、給付の利用態様）に依存せずに決定されるという意味である。

いて理解される。

この意味における「抽象的損害計算」の基礎づけには、以下の2つがあった。

aa) 仮定的填補購入費用の賠償

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

bb) 目的物の客観的価値の賠償

もう1つは、目的物の客観的価値の賠償である。この賠償も、常に認められる。

b) 具体的損害計算——債権者の具体的事情を考慮して行われる算定〔主観的損害計算〕

これに対して、「具体的損害計算」は、債権者の具体的事情を考慮して行われる算定（つまり本稿のいう「主観的損害計算」）という意味において理解される。

この意味における「具体的損害計算」の基礎づけには、以下の2つがあった。

aa) 事實的填補購入費用の賠償

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

bb) 給付の利用利益の価値の賠償

もう1つは、給付の利用利益の価値の賠償である。この賠償は、仮に履行がされたならば当該債権者が実際に（賠償請求の対象となっている）利用利益を取得したであろうと認められる場合に限って認められる。

イ) 抽象的損害計算と具体的損害計算の関係

次に、抽象的損害計算と具体的損害計算の関係についてみていく。ここでは、具体的損害計算による賠償額が抽象的損害計算による賠償額よりも低い場合の処理に関して、2つの問題を検討していく。

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

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

ドイツ法の検討結果⁹⁴に照らすと、日本法のもとでは、この問題について、以下のように考えるべきである。

まず、仮に金額差額説（一元説）を採用し、もっぱら債権者の財産減少を損害賠償の対象と捉える立場に立ったとすると、——填補購入によって給付目的物（と同種の物）が債権者の手元にあることも踏まえるならば——債権者の財産減少は事実的填補購入費用（と原契約の代金額の差額）に存することとなり、債権者が請求できるのは事実的填補購入費用（と原契約の代金額の差額）の賠償に限られるということになりそうである。

aa) 仮定的填補購入費用の賠償・客観的価値の
賠償の肯定

しかし、すでに述べたとおり、契約責任法においては、金額差額説的な損害の賠償に加えて、債権そのものを保護することを目的とした本体喪失損害の賠償も観念すべきである。これによると、——債権者の財産の変動の有無・内容にかかわらず——給付結果そのものを現実にあるいは価値的に実現することを目的とした損害賠償が認められる。

具体的には、債権者が有利な填補購入を行った場合であっても、仮定的填補購入費用の賠償（ただし、処分自由論肯定説を採る場合に限る）および給付目的物の客観的価値の賠償が（選択的に）認められるべきである。

こうした考え方に対しては、「債権者が行った填補購入によって、債権者のもとに現実給付取得利益が実現され、本体喪失損害が消滅する以上、もはや仮定的填補購入費用の賠償や客観的価値の賠償を請求することはできなくなるのではないか」という反論が想定される⁹⁵。しかし、

⁹⁴ 連載第5回の第2章第2節2（1）イ（イ）b（a）（141頁以下）を参照。

⁹⁵ 「すでに填補購入を行っている以上、もはや（二度目の）填補購入は想定で

そもそも履行状態実現費用の賠償というのは、債務者の費用において現実給付取得利益を実現する権限を債権者に認めるものである。そのため、債権者は、同種の物を購入した場合でも、その権限を行使しなければ、その行為を履行状態実現措置（填補購入）として扱わないことができる——裏を返すと、債務者の側からその行為を履行状態実現措置（填補購入）として扱うように要求することはできない——と考えられる。したがって、債権者が填補購入——正確には、債権者が権限を行使した場合には填補購入として扱われることになる行為——を行った場合でも、現実給付取得利益が実現され、それゆえ本体喪失損害が消滅すると考える必要はない⁹⁶。

bb) 義務の範囲を超える債権者の努力に基づく節約分の賠償を肯定する可能性

このように、債権者は、少なくとも本体喪失損害の賠償——客観的価値の賠償（および、処分自由論肯定説を採る場合には仮定的填補購入費用の賠償）——を請求することができる。もっとも、場合によっては、「本来ならば本体喪失損害の賠償よりも高額の賠償額を事実的填補購入費用の賠償として請求できたはずであるのに、債権者が有利な填補購入を行った結果、それができなくなった」という場面も考えられる⁹⁷。こ

きず（あるいは不要であり）、仮定的填補購入費用の賠償を請求することはできないのではないか」という反論も、本文で示した反論と同一に帰すると考えられる。

⁹⁶ なお、債権者が瑕疵除去を行った場合については、填補購入（同種の物の購入）の場合と同じようには考えることができない可能性がある。というのも、瑕疵除去の場合には、債権者が債務者から受領した瑕疵ある物（契約に適合しない物）に対して瑕疵除去が行われるため、債権者の権限行使の有無にかかわらず、現実給付取得利益が実現されたとみざるをえない可能性があるからである。

⁹⁷ 例えば、買主が市場価格150万円のものを100万円で填補購入したが、その後市場価格が下落し、填補賠償請求時には120万円になっていたとする。このとき、仮に、本体喪失損害の算定基準時を填補賠償請求時または解除時に固定するという考え方を採ると、——買主が有利な填補購入をしていなければ、事実的填補購入費用の賠償として150万円の賠償を請求できたはずであるのに——本体喪失損害の賠償として120万円の賠償しか請求できないこととなる。

のとき、債権者は、事後的填補購入費用の賠償に加えて、有利な填補購入を行ったことによる節約分の賠償も請求できるのだろうか。

この点については、バルドーが以下のような考え方を示していた。バルドーによると、事後的填補購入費用が市場価格よりも低額の場合には、原則として、事後的填補購入費用による算定に限定される（この点は、事後的填補購入費用を客観的価値の尺度として理解するというバルドー特有の考え方に基づく）。ただし、有利な填補購入が、損害軽減義務として要求される程度を超える債権者の努力に基づく場合には、損害軽減義務を超えたことによる節約分の賠償も認められる（これと同様の考え方は、判例においてもみられた）。バルドーは、その理由を、債権者の努力が義務の範囲を超えるといいつつ、それによって生じた利益を債務者に享受させるのは一貫していないという点に求めている。

日本法のもとでも、すでに類似の考え方は判例法理の中に垣間見られる。すなわち、交通事故後に比較的軽微な後遺症が残ったという不法行為の事案において、最高裁は、収入減少がなくても「経済的不利益を肯認するに足る特段の事情」の1つとして、「事故の前後を通じて収入に変更がないことが本人において労働能力低下による収入の減少を回復すべく特別の努力をしているなど事故以外の要因に基づくものであつて、かかる要因がなければ収入の減少を来たしているものと認められる場合」を挙げている⁹⁸。そして、この説示については、「〔被害者の特別の〕努力によって加害者が利益を受けるべきいわれはないから、加害者の責任を検討する際にはそうした努力を度外視すべきであつて、そうするとその場合は収入減が生じている場合と同視できるという趣旨」であるという理解が示されている⁹⁹。

こうした、「被害者（債権者）の特別の努力（義務の範囲を超えた努力）によって加害者（債務者）が利益を受けるべき理由はない」という価値判断自体は、契約責任の分野においても十分に受け入れることができる

⁹⁸ 最判昭和56年12月22日民集35巻9号1350頁。

⁹⁹ 長野史寛「判例における差額説とその修正——人身損害における逸失利益に関する判例法理を素材として（連載 点と点をつなぐ不法行為判例）」法学教室519号（2023年）73頁。

ように思われる。仮にこうした考え方を採用するならば、債権者が損害軽減義務——本稿の理解によると、賠償額軽減義務——の範囲を超える努力に基づいて填補購入費用を節約し、事後的填補購入費用の賠償の額を減少させた場合には、その努力を度外視して、「事後的填補購入費用＋節約分」の賠償を認めることになると考えられる。

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

続いて、仮に履行が行われたとすると、抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額で転讓渡（転売・転贈与）したであろうと認められた場合（すでに具体的な転売・転贈与契約が締結されている場合も含む）に、債務者はどのような内容の責任を負うべきかという問題について論じる。

ドイツ法の検討結果¹⁰⁰に照らすと、日本法のもとでは、この問題について、以下のように考えるべきである。

まず、ここでも、仮に金額差額説（一元説）を採用し、もっぱら債権者の財産減少を損害賠償の対象と捉える立場に立つたとすると、債権者の財産減少は、本来であれば転讓渡により得られるはずであった金額（転贈与の場合は０である）を得られなかった点に存することとなり、債権者が請求できるのはその額に限られるということになりそうである。

しかし、ここでも、本体喪失損害の賠償を觀念する本稿の立場からは、仮定的填補購入費用の賠償（ただし、処分自由論肯定説を採る場合に限る）および給付目的物の客観的価値の賠償が（選択的に）認められるべきである。

こうした損害賠償を認めるべきであることは、履行請求の場面と比較するとより明瞭となる。すなわち、買主は、仮に目的物を贈与することを予定していたとしても、売主に対して履行請求をすることが可能である。つまり、履行請求の場面においては、給付の利用態様にかかわらず債権（給付結果）そのものの保護が認められている。そうである以上、損害賠償請求の場面——この場合、債務者は自らの責めに帰すべき債務

¹⁰⁰ 連載第５回の第２章第２節２（１）イ（イ）b（b）（145頁以下）を参照。

不履行を犯している以上、債務者を履行請求の場合よりも有利に扱うべき理由はない——においても、債権（給付結果）そのものを保護することを目的とした損害賠償が認められなければならない。具体的には、——給付目的物がその後に贈与される予定であったとしても——その給付目的物（と同種の物）を取得するために必要な費用として、仮定的填補購入費用の賠償が認められるべきであり（ただし、処分自由論肯定説を採る場合に限る）、また、給付目的物を価値的に代替する損害賠償として、給付目的物の客観的価値の賠償が認められるべきである。

う) 抽象的損害計算・具体的損害計算という概念の
要否——不要（かつ有害）

ここまで、抽象的損害計算・具体的損害計算という概念について論じてきたが、以下では、これらの概念がそもそも必要なものなのかどうかを考えていきたい。結論から述べると、本稿の理論枠組みを前提とした場合には、抽象的損害計算・具体的損害計算という概念は、不要であるどころか、有害ですらあると考えられる。

a) 不要（かつ有害）なものであるといえる理由
aa) 実際の観点からの不要性

まず、これらの概念は、債務者の責任内容を実際に導くに当たって必要であるというわけではない。

すでに示したように、契約責任法においては、3種類の異なる損害概念を観念すべきである。そして、その3種類の損害概念の算定方法は、それぞれ異なっている。債務者の責任内容を実際に導くに当たっては、こうした各損害概念の内容やそれぞれについての算定方法を理解しておけば十分である。

例えば、契約責任法においては、現実給付の不取得が損害となる場合がある。この場合の算定には、仮定的履行状態実現費用による算定と事実的履行状態実現費用による算定の2つがありうる。このうち、前者については、そもそもそれを認めるかが問題となる。また、前者・後者ともに、履行状態実現措置の妥当性が算定基準となるほか、「過分の費用」の場合には賠償に制限がかかる。責任内容を実際に導くに当たっては、こういったことを理解しておけば十分なのであって、あえて仮定的履行状態実現費用による算定を抽象的損害計算と呼び、事実的履行状

態実現費用による算定を具体的損害計算と呼ぶ必要はない。

bb) 理論的な観点からの不要性(および有害性)

次に、これらの概念は、損害の算定方法の理論的な整序にとって有益であるというわけでもない。

確かに、仮定的履行状態実現費用の賠償と客観的価値の賠償においては抽象的損害計算〔客観的損害計算〕が行われ、利用利益の価値の賠償においては具体的損害計算〔主観的損害計算〕が行われるということだけを見ると、人的基準は、基礎に置かれる損害概念を反映したものとして理論的な意義を有するようにもみえる。

すなわち、一方で、仮定的履行状態実現費用の賠償と客観的価値の賠償においては、本体喪失損害が基礎に置かれている。本体喪失損害は、債権者が給付の利用にかかわりなく、給付が行われること自体により取得したであろう利益（の喪失）、換言すれば、債権者の立場にあれば誰でも得ることのできる利益（の喪失）であるという性質を有しており、こうした損害概念の客観性を反映して、その賠償においては抽象的損害計算〔客観的損害計算〕が行われることになる。

他方で、利用利益の価値の賠償においては、利用利益喪失損害が基礎に置かれている。利用利益喪失損害は、当該債権者が給付を利用することによってはじめて生じる利益（の喪失）、換言すれば、当該債権者に固有の利益（の喪失）であるという性質を有しており、こうした損害概念の主観性を反映して、その賠償においては具体的損害計算〔主観的損害計算〕が行われることになるというわけである。

しかし、事實的履行状態実現費用の賠償にも目を向けると、基礎に置かれる損害概念と人的基準の間には論理必然的な関係があるわけではないことが分かる。すなわち、事實的履行状態実現費用の賠償において基礎に置かれる損害は現実給付の不取得であり、これは本体喪失損害である。ところが、その算定は事實的履行状態実現費用に依拠して行われるため、仮定的履行状態実現費用の賠償や客観的価値の賠償とは異なり、ここでは、具体的損害計算〔主観的損害計算〕が行われることになる。このように、具体的損害計算〔主観的損害計算〕は、利用利益喪失損害が基礎に置かれた場合にのみ行われるわけではない。

要するに、具体的損害計算〔主観的損害計算〕は、共通性の乏しい２

つの賠償を括り出す概念となっている。1つは、事実的履行状態実現費用の賠償である。ここでは、基礎に置かれる損害概念は本体喪失損害という客観的なものであるものの、その算定資料が事実的履行状態実現費用という主観的なものであるがゆえに、算定方法は具体的損害計算〔主観的損害計算〕になる。もう1つは、利用利益の価値の賠償である。ここでは、そもそも基礎に置かれる損害概念が利用利益喪失損害という主観的なものであるがゆえに、算定方法も具体的損害計算〔主観的損害計算〕になる。

このように、人的基準は、必ずしも基礎に置かれる損害概念を反映したものとなっておらず、算定方法の理論的な整序にとって有益であるとはいえない。それどころか、具体的損害計算〔主観的損害計算〕（が行われる賠償）として前述の2つの賠償が括り出されることにより、それぞれの賠償の基礎に置かれる損害概念の違いがみえにくくなるおそれすらある。

したがって、抽象的損害計算・具体的損害計算という概念は、不要であるどころか、有害ですらあるといえる。

b) 不要（かつ有害）なものとなる原因——基礎に置かれる損害概念に着目した概念ではないこと

これらの概念が理論的にみて有害無益なものになってしまう原因は、抽象的損害計算・具体的損害計算という語に表れているように、これらの概念がもっぱら損害の算定方法〔金銭的評価の方法〕に着目したものであり、そもそも基礎に置かれる損害概念は何なのかに着目したのではないという点にある。だからこそ、事実的履行状態実現費用の賠償と利用利益の価値の賠償のそれぞれの基礎に置かれる損害概念の違いを看過して、前者における算定資料が主観的なものであるがゆえに算定方法の次元でいわば偶然に生じた共通性のみに着目し、2つの賠償を具体的損害計算〔主観的損害計算〕（が行われる賠償）として括り出すことになってしまうわけである。

損害論の次元での客観／主観の対立軸は、本体喪失損害と利用利益喪失損害という概念によって十分に捉えることができているし、（履行状態実現費用の賠償の内部に存在する）金銭的評価論の次元での客観／主

観の対立軸は、仮定的履行状態実現費用と事実的履行状態実現費用という概念によって十分に捉えることができています。このように、本稿の理論枠組みに従っておけば、あえて抽象的損害計算〔客観的損害計算〕・具体的損害計算〔主観的損害計算〕という概念を用いなくても、客観／主観の対立軸を捉えることができる。しかも、本稿の理論枠組みでは、金銭の評価論の次元だけでなく損害論の次元にも焦点が当てられるため、抽象的損害計算〔客観的損害計算〕・具体的損害計算〔主観的損害計算〕という概念が抱える前述の有害性も解消される。

<本稿が最終的に提示する理論枠組み¹⁰¹⁾>

	損害論			損害賠償分類論	責任内容論		
	損害概念の種類	損害概念の性質			賠償範囲論	金銭的評価論	
		給付結果との関係	利益の現実性の有無				
履行請求権 (*1)	利益 = 現実の給付結果	(本体喪失損害) (*2)	利益 = 現実的利益		債務内容 (給付結果の内容) の確定	債務内容 (給付行為の内容) の確定	
損害 (履行利益) 賠償請求権	損害 = 現実給付の不取得 (利益 = 現実の給付結果)	本体喪失損害		常に填補賠償	債務内容 (給付結果の内容) の確定 = 416 条 1 項	履行状態実現費用による算定 (処分自由論の採否につき争いあり / 履行状態実現措置の妥当性基準 / 「過分の費用」の場合の賠償の制限)	
	損害 = 給付の客観的価値の喪失 (利益 = 給付の客観的価値)					給付の客観的価値による算定 (評価基準 = 売却価値説)	
	損害 = 給付の利用利益の価値の喪失 (利益 = 給付の利用利益の価値)	利用利益喪失損害	処分型利用利益喪失損害	損害 = 価値利益の喪失 [純粋金銭賠償]	時的区分説に従って填補賠償と遅延賠償を区別	予見可能性基準 = 416 条 2 項	賠償範囲論で判断済み (*3)
			使用型利用利益喪失損害				

- (*1) なお、履行請求権においては、(金銭による) 損害の賠償が行われるわけではないため、「損害論」、「賠償範囲論」、「金銭的評価論」といった表題は厳密には適切ではないが、履行請求権と損害賠償請求権の比較が有益な知見をもたらすことに鑑みて、損害賠償請求権と同様の表題のもとで両者を並べて扱うこととする。
- (*2) 「本体喪失損害」にかっこを付しているのは、履行請求権においては損害の賠償が行われるわけではないからである。
- (*3) ただし、「債権者が目的物を(収益目的ではなく) 自らの需要を満たす目的で利用する予定であった場合(例えば、売買目的物である自動車を自分で用いる予定であった場合)の利用利益喪失損害」については、賠償範囲の画定作業とは独立に金銭的評価の作業を行うべきかどうかにつき、なお検討の余地がある。

＊ 本研究は、JSPS科研費JP22K13306、JP25K16527、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学金、公益財団法人野村財団国際交流助成(研究者の海外派遣)の助成を受けたものである。

¹⁰¹ 本来であれば、この表は、すべての論点について本稿の考え方を示した後に掲げられるべきものであるが、字数の関係上、いくつかの論点(とりわけ、損害賠償分類論)の検討を次回連載に回さざるをえないため、本号においても(一部結論を先取りしつつ)この表を掲げることとした(次回連載においても同じ表を掲げる予定である)。