

損害賠償種類論における時期的区分説の検証

——早期代替引費用の賠償対象性を素材として——

高 田 淳

- I はじめに
- II 時期的区分説の概要・早期代替引費用の定義
- III 早期代替引費用の賠償対象性をめぐる時期的区分説の議論
- IV 時期的区分説批判
- V 早期代替引費用をめぐる判例解釈
- VI 検 討
- VII まとめ

I はじめに

(1) 四一五条二項新設に伴う課題

二〇一七年民法改正によって新設された四一五条二項は、従来のいわゆる填補賠償にあたる「履行に代わる損害賠

損害賠償種類論における時期的区分説の検証（高田）

「償請求」⁽¹⁾が認められるための要件を定めて、填補賠償をめぐる改正前の一般的な(判例・学説上の)解釈を明文化した。すなわち、同条二項によれば、履行に代わる損害賠償請求権の成立には、同条一項の要件に加え、履行不能の発生、確定的履行拒絶、解除・解除権発生のいずれか(以下、「付加的要件」と呼ぶ。)が必要である。付加的要件が満たされる主なケースは、催告期間の設定・同徒過であるといえる。⁽²⁾このような付加的要件の定め方は、履行に代わる損害賠償よりも本来の債務の履行を優先し、履行遅滞後もなお履行を行って不履行を解消する機会を債務者に与えるのが適当であるとの考え(以下、この考えを「履行優先原則」と呼ぶ。)に基づくものとの指摘がある。⁽³⁾また、履行に代わる損害賠償は、履行に「代わる」のものだから、履行そのものとは両立しえない。⁽⁴⁾履行があれば、債権者は履行に代わる損害賠償請求をすることができず、逆に、同賠償請求により賠償金を得た債権者は、履行を求めることができない。⁽⁵⁾

(2) ドイツにおける損害賠償種類論

筆者は、その検討の示唆を、ドイツ民法(以下、BGBと表記する。)の解釈論に求めることができると考え、作業を行っている。⁽⁷⁾BGBは、次のように、損害賠償について、履行に代わる損害賠償に相当する「給付に代わる損害賠償」を中心とする三つの種類を定めているからである。

二〇〇一年の債権法改正後のBGBは、二八〇条以下で、債務不履行損害賠償請求について次の種類を定める。⁽⁸⁾⁽⁹⁾同

条は、まず、一項で、「義務違反 [Pflichtverletzung]」および債務者の帰責事由不存在証明がないことを、債務不履行損害賠償請求が成立するための、統一的責任要件として定める⁽¹⁰⁾。そして一方で、債権者が遅延損害 [Verzögerungsschaden] の賠償請求をするときは、統一的責任要件に加えて、督促またはそれに準ずる事由が必要であるとす (二八〇条二項・二八六条。「給付の遅延を理由とする損害賠償 [Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung]」。以下、「遅延賠償」とも表記する)。また他方で、債権者が「給付に代わる損害賠償 [Schadensersatz statt der Leistung]」を求めるときは、原則として猶予期間設定 [Fristsetzung]・同徒過を要することが定められている (二八〇条三項・二八一条。以下、この要件を「猶予期間設定要件」と呼ぶ⁽¹¹⁾)。すなわち、遅延賠償・給付に代わる損害賠償が主張されるときは、督促・猶予期間設定という、統一的責任要件に加えて必要となる要件が加わる (以下、これも付加的要件と呼ぶ)。これに対して、債務不履行損害賠償請求であるが、遅延賠償にも給付に代わる損害賠償にも該当しないものは、付加的要件を要せず、統一的責任要件が存するだけで成立することになる。これは「単純な損害賠償 [einfacher Schadensersatz]」と呼ばれ、付加的要件を要する損害賠償と区別されている。このように、BGBでは、債務不履行損害賠償請求の中でも、三つの種類のどれに該当するかによって、付加的要件を要するか否かが決まる。このうち、とくに給付に代わる損害賠償の識別に力点が置かれている。その理由は、二〇〇一年債権法改正により債務不履行制度において新たに「履行・追完の優先」(以下、これも履行優先原則と呼ぶ)とそれに伴う債務者の履行機会の保障が基本方針として導入されたのだが、給付に代わる損害賠償という損害賠償種類は、まさにその基本方針を、猶予期間設定要件によって体现するものであるからである⁽¹²⁾。すなわち、履行優先原則という基本方針が妥当する場合であるか否かは、給付に代わる損害賠償に該当するか否かで決まるのである。これに加え、給付に代わる損害賠償

償は、その請求時から給付請求権を排除することが、条文上明記されている（BGB二八一条四項）。すなわち、給付に代わる損害賠償と給付請求権とが両立しえないこと、かつ、それを前提に前者の請求の時点で後者が消滅することが規定上明らかなのである。そこで、給付に代わる損害賠償に該当する場合の識別が重視され、遅延損害賠償と単純な損害賠償とを「給付と並存する損害賠償〔Schadensersatz neben der Leistung〕として一括りにして、「給付に代わる損害賠償」と「給付と並存する損害賠償」をどのように区別すべきか、という問題の立て方が行われることが多い。⁽¹³⁾

このように、ドイツにおいて債務不履行損害賠償請求を論じるときは、当該損害賠償請求が三つの種類のどれに該当するか、とりわけ、猶予期間設定要件があり、かつ、給付そのものとは両立しえない、給付に代わる損害賠償を他の損害賠償とどのように区別すべきか、は重要な問題であり、⁽¹⁴⁾二〇〇一年債権法改正以後活発に論じられている。

ドイツでは、上記の債務不履行損害賠償請求の三つの種類は、「損害種類〔Schadensarten〕⁽¹⁵⁾ないし「損害賠償種類〔Kategorien des Schadensersatzes oder Schadensersatzarten〕⁽¹⁶⁾と呼ばれている。本稿では、ドイツにおける、債務不履行損害賠償請求における損害種類ないし損害賠償種類の区別のあり方・区別基準をめぐる議論を、「損害賠償種類論」と呼ぶ。

(3) 損害賠償種類論における学説上の三つの潮流

多様な見解が議論をたたかわせているドイツの損害賠償種類論には、大きく分けて、三つの潮流がある。

多くの論者が基本的な立場としている考え方が、具体的な損害項目が発生した時期によって、損害賠償種類上の分類を行うものである。本稿では、これを「時期的区分説」と呼ぶ。⁽¹⁷⁾時期的区分説は、通説と評されることもあり、ま

た、同説から日本法への示唆を得ようとする試みもすでに⁽¹⁹⁾ある。筆者は、前稿において時期的区分説の骨子をまとめた。

損害賠償種類論において、現在、二つの説が時期的区分説と鋭く対立している。一つは、個別の損害項目について、時期的区分によらない損害賠償種類上の分類を行うべきであるとす理論であり、Grigolet・Riemを代表的論者とし、「損害現象論 [der schadensphänomenologische Ansatz oder schadensphänomenologische Betrachtung]」を称している。⁽²⁰⁾ 同説の基本は、二つの基準によって損害賠償種類上の分類を行うことにある。⁽²¹⁾ すなわち、害されたのが履行利益か完全性利益かの区別と、前者の場合に関しては、給付の確定的不発生によって履行利益が害されたのか、給付の一時的不発生によって履行利益が害されたのかの区別が基本となる。これらの基準を軸に、完全性利益侵害を単純な損害賠償、給付の一時的不発生による履行利益の侵害を遅延賠償、給付の確定的不発生による履行利益(例…転売利益・代替取引費用)の侵害を給付に代わる損害賠償に位置づける。

時期的区分説と損害現象論は、損害賠償種類の分類方法に関しては鋭く対立するが、実際に生じた具体的な損害項目について損害賠償種類上の分類を行う点は、共通の基盤となっている。⁽²²⁾ この基盤すら共有せず、その意味においてさらに深いレベルで時期的区分説・損害現象論と対立するのが、Benicke/Hellwigの「統一的損害算定説 [einheitliche Schadensberechnung]」である。⁽²³⁾ 同説は、そもそも、賠償対象性を個別の損害項目ごとに検討しない。同説によれば、債務不履行における賠償対象は、不履行から生じる現実的事実状態と、不履行がなかったとしたら想定される仮定的状態との差額そのものである(差額仮説による損害算定)。この損害算定においては、給付の有無により、仮定的状態との比較対象である現実的事実状態が変わる。給付が行われなければ、給付が行われないことによって生じてい

る状態が現実的事実状態であり、給付に代わる損害賠償請求権が生じる。給付が行われたのであれば、給付の実現によって生じている状態が現実的事実状態であり、給付と並存する損害賠償請求権が生じる。各損害項目は、どちらの場合でも、賠償対象である、現実的事実状態と仮定的状態の差額を構成する一要素にすぎない。

(4) 本稿の作業(時期的区分説の検証)

筆者は、前稿において、時期的区分説は、一方で基準としての明晰性という利点を持っているが、他方で、同説内で時期的区分が徹底されておらず、また、同説内で個別の損害項目の扱いが一定せず、そのために明晰性が削がれているように思われること、同説と判例との間には懸隔があること、同説への批判として、同説は給付に代わる損害賠償の対象になるのはどの損害項目か、すなわち、履行優先原則が妥当すべき損害項目はどれかを示すべき損害賠償種類論の役割を十分に果たせないとの評価があることを論じた。

このような時期的区分説の中でも、Faust説・Lorenz説は、後述するように、時期的区分を徹底しながらも、BG Bが採用した履行優先原則については、損害賠償種類以外の枠組で配慮することを、損害賠償種類論における最大の個別テーマである早期代替取引費用の賠償対象性に即して、試みている。この試みにより、一方で時期的区分説の基準としての明晰性が保持され、他方で、履行優先原則が、損害賠償種類を用いずに無理なく尊重されるならば、同説は、他説にない明晰性がある分、優位に立つことになる。

このような認識に立ち、本稿は、時期的区分説に立った早期代替取引費用をめぐる解釈論を、Faust説・Lorenz説を中心に跡づけて、検証していく。そして、前稿の関心内容を引き継いで、損害賠償種類論としての時期的区分説の理論的・実質的妥当性を、批判的に検証する。

また、前稿でも紹介したが、ドイツ連邦通常裁判所（以下、BGHと表記する。）は、すでに、バイオディーゼル事件判決と呼ばれる判決（BGHZ 197, 357 (2013.7.3)）において、早期代替取引費用の賠償対象性について判断をしている⁽²⁴⁾。同判決は、早期代替取引費用の損害賠償種類上の分類について詳細に論じ、関連の諸見解を多数引用・検討しながら、同費用の問題についても時期的区分を徹底するFaust説・Lorenz説を明確に斥けて、同費用は、常に、給付に代わる損害賠償に位置づけられるとした。同判決は、損害賠償種類論・早期代替取引費用の賠償対象性の問題にとつて決定的に重要であるので、本稿では、詳しい分析を施してその意義を考へる。

（5）本稿の構成

以上の関心と目的設定を受けて、本稿は、次の構成をとる。

まず、検討の前提として、前稿で骨子をまとめた時期的区分説の概要を示し、同説の妥当性を検証する上で格好の素材を提供する早期代替取引費用の定義を確認する。そして、時期的区分説に立つ各見解の、同費用をめぐる解釈論を詳細に跡づける。その中でも、同費用の賠償対象性の問題においても時期的区分を徹底するFaust説・Lorenz説の分析に力を入れる。その他、時期的区分説の中でも独自の立場を示すG&P説や同費用に関しては時期的区分を行わない見解も取り上げる。このようにして時期的区分説の全体像が明らかになるのを受けて、同説に対する他説からの批判をまとめる。ここでは、同費用の賠償対象性に関する解釈に対する批判だけでなく、それ以外の点の指摘も含めて、幅広く指摘を拾う。そして、バイオディーゼル事件判決を取り上げて、その意義を考察する。最後に、検討結果を踏まえて、損害賠償種類論としての時期的区分説の妥当性を検証する。

Ⅱ 時期的区分説の概要・早期代替取引費用の定義

(1) 時期的区分説の概要⁽²⁵⁾

時期的区分説の基本は、損害項目の損害賠償種類上の分類を、当該損害項目と給付請求権消滅時の前後関係を基準として決めること（以下、この処理を「時期的区分」と呼ぶ）にある。すなわち、同説は、原則として、給付請求権消滅時より前に生じた損害の賠償を、給付と並存する損害賠償に、同時点より後に生じた損害を、給付に代わる損害賠償に位置づける⁽²⁶⁾。給付請求権が消滅するのは、不能・不能に準ずる事由発生を除けば、契約解除時または給付に代わる損害賠償の請求時（BGB二八一条四項）である。したがって、解除権行使・給付に代わる損害賠償の請求の時点より前に生じた損害項目の賠償は、給付と並存する損害賠償となり、同時点より後に生じた損害項目の賠償は、給付に代わる損害賠償となる。

この定式によれば、損害項目としては同じものでも、発生時期に応じて異なる損害賠償種類に分類される。判例も認める例を挙げれば、利用喪失損害・経営喪失損害は、給付請求権消滅前に生じていれば、給付と並存する損害賠償に位置づけられ、給付請求権消滅後に生じていれば、給付に代わる損害賠償に位置づけられる。

もっとも、時期的区分説の各論者が、全ての損害項目について、一律に時期的区分による分類を行うわけではない。実は、時期的区分を貫徹することに異論がないのは、転売利益・経営喪失損害・利用利益喪失だけであり、諸見解は、時期的区分を原則としつつも、損害項目の中には、同区分によらずに位置づけが決まるものもあることを認めている。すなわち、完全性利益侵害については、時期的区分を用いる見解がある一方で、多くの見解は、給付と並存

する損害賠償（単純な損害賠償）に位置づけている。そして、損害賠償種類が最も活発に論じられる代替取引費用については、後述するように、諸説入り乱れ錯綜した議論状況にある。

時期的区分説は、Faust・Lorenzを代表的論者とし、多数の見解の立場である。同説の利点に関しては、とくにLorenz説が、給付に代わる損害賠償・給付と並存する損害賠償について、明晰な区別をもたらすことを強調する⁽²⁷⁾。同説では、当該損害項目の発生時と給付請求権消滅時の前後という機械的な基準で損害賠償種類上の分類が行われるからである。したがって、複数の分類への位置づけ（位置づけの重複）は排除され、また、基準の適用の際、概念操作・価値判断が入りこむ余地もない、という。すなわち、このような単純かつ機械的な基準によらずに損害項目について損害賠償種類の分類を行おうとすると、当該損害項目が「給付に代わる」ものかそうでないかを、損害項目の内容・性質に照らして判断する作業が必要となるが、この作業に伴い、「損害項目の内容・性質」をめぐる概念志向的な解釈論争が起きるおそれがある。これに対して、時期的区分という機械的な基準を用いれば、概念志向的な解釈論争を封じうる、というのである⁽²⁸⁾。

(2) 早期代替取引費用の定義

「代替取引 (Deckungsgeschäft)」とは、債権者が「もともとは債務者から取得するはずであったものを、第三者から取得するために、その第三者との間で行う」取引であり⁽²⁹⁾、より端的には「契約の経済的目的を、代わりの取引で達成すること」⁽³⁰⁾である。その典型は、売買において売主が目的物（例えば車両用燃料）を履行期になっても渡さないと、買主が、売主とは別の者から、同種の目的物を調達する取引である。このときに、債権者が、代替取引によつて、債務者が適切に履行していれば負担する必要がなかった費用を負担するときは（バイオディーゼルの事件判決から例

を挙げれば、買主が車両用燃料について代替取引をしたところ、売主との契約における元の売買代金よりも高額の購入代金が必要になったとき、その差額がこの費用にあたる。）、債権者が、その費用を、債務不履行損害賠償として請求することがありうる。本稿では、その費用のことを、「代替取引費用」と呼ぶ。この代替取引が、不履行をしている債務者に対する給付請求権がまだ存続している時点（給付に代わる損害賠償の請求・解除権行使より前の時点）で行われる場合、とくに尚早な〔verfrüht oder vorzeitig〕代替取引と呼ばれている（以下、本稿では、これを「早期代替取引」と呼ぶ）。債務者に対する給付請求権が存続している間は、債権者は、まずはその履行による給付の実現を求めてみるべきであり、それを待たずに代替取引をすることは、「尚早である」「早すぎる」との評価も可能だからである。

前提として踏まえておかなければならないのは、早期代替取引後、猶予期間経過があり、債務者がさらに不履行を続ける場合において、契約目的物の損害賠償請求時の市場価格が早期代替取引費用を上回っているときは、債権者は、給付に代わる損害賠償として、損害賠償請求時の市場価格を基準に算定する賠償額を求める（抽象的損害算定）ことができることに異論はないことである。⁽³²⁾⁽³³⁾これは、早期代替取引が行われたのが、猶予期間経過の前か後かを問わない。したがって、早期代替取引費用の賠償対象性が実際に問題となるのは、早期代替取引の価格が、損害賠償請求時の当該給付の市場価格を上回っているときである。

なお、早期代替取引が履行不能をもたらす場合は、理論的にも実際的にも大変重要であるが、その重要性ゆえに本格的検討には相応の準備を要するので、今回は論じない。⁽³⁴⁾

Ⅲ 早期代替取引費用の賠償対象性をめぐる時期的区分説の議論

先に述べた構成に則り、時期的区分説に立つ各見解の、早期代替取引費用の賠償対象性をめぐる解釈論を詳述する。

はじめに、早期代替取引費用の問題についても時期的区分を貫徹する、Faust 説・Lorenz 説を論じ、その次に時期的区分説の中でも独自性の際立つ Geis 説を取り上げ、最後に、時期的区分説に立ちながら、同費用の問題では、時期的区分を貫徹しない見解を整理する。

1 Faust 説

(1) 時期的区分の貫徹

Faust は、早期代替取引費用の中でも、猶予期間経過後に生じるそれを主に念頭におき、その賠償対象性を論じる。Faust 説は、早期代替取引費用の問題において時期的区分をそのまま適用する⁽³⁵⁾。したがって、Faust 説では、給付請求権消滅時より前に行われた早期代替取引による費用は、給付と並存する損害賠償（その中の遅延賠償）に位置づけられ、給付に代わる損害賠償の対象とはなりえない。

ところで、早期代替取引が行われた場合、給付遅延はすでに実際に生じており、給付遅延がなければ早期代替取引も行われなかったはずである。遅延という義務違反と早期代替取引費用の発生の間には、その意味では因果関係があるため、その点だけをみれば、遅延に関する帰責事由不存在の証明に債務者が成功しない限り、遅延損害賠償請求権

の成立要件はみたされてしまう。

(2) 早期代替取引費用の賠償対象性の原則的否定

しかしながら、Faust説は、早期代替取引費用の賠償対象性を、原則として否定する。その法律構成は、二八〇条以下の規定の価値判断を踏まえた、共働過失である。すなわち、立法者は、二八〇条以下（とくに二八一）の規定により、債権者が代替取引を行うことができるのは、給付請求権消滅時（解除意思表示、給付に代わる損害賠償の請求または不能発生）以後であるという決断をしたのである。早期代替取引費用の賠償対象性を認めることは、この価値判断を潜脱することになるので許されない⁽³⁶⁾。その実質的な理由として、早期代替取引費用の賠償対象性を認めると、債権者は、債務者の費用において不当な投機的行動ができてしまうことも挙げうる⁽³⁷⁾。この結論を支える法律構成としては、共働過失（二五四条）が適切である、という⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾。

ただし、早期代替取引によって回避される遅延損害が早期代替取引費用を上回るときには、例外的に、債権者の共働過失は否定され同費用は遅延損害賠償として賠償対象となる。

(3) Faust説に固有の問題点

Faust説は、とくに、猶予期間経過後の早期代替取引費用の賠償対象性をも否定する点で、強い批判にさらされている。同説では、代替取引費用の賠償請求をするためには、債権者は、代替取引をする前に、いったん、給付に代わる損害賠償を請求し、その後、代替取引をしなければならなくなる。しかし、第一に、この場合において、給付に代わる損害賠償の請求の後、債権者が代替取引を試みたところ、これに成功しなかったときは、もはや給付請求権に戻れなくなるといふ不都合がある⁽⁴⁰⁾。第二に、代替取引をする前に給付に代わる損害賠償の請求をしなければならぬと

すると、給付に代わる損害賠償の請求の時点では賠償額（代替取引費用額）が確定できず、その請求の後に代替取引を
してはじめてそれが確定するという点も不都合である。⁴¹⁾

2 Lorenz 説

(1) 時期的区分の貫徹

Lorenz 説も、時期的区分をそのまま適用し、給付請求権消滅時より前に生じた早期代替取引による費用は、給付
と並存する損害賠償（遅延賠償）に位置づける。⁴²⁾ 早期代替取引が行われた場合、給付遅延はすでに起きており、給付
遅延がなければ早期代替取引も行われなかったはずであるから、その点に限ってみれば、遅延賠償の成立要件は充足
されてしまう。そこで、Lorenz 説においても、Faust 説と同様に、仮に早期代替取引費用の遅延損害賠償としての
賠償対象性を否定するならば、何らかの法律構成が必要となる。

(2) 履行優先原則を尊重する必要性

まず、Lorenz 説は、実質的価値判断として、BGB が猶予期間設定の仕組みを採用することで債務者の履行機会
を保障しようとした点を重視し、この基本思想によれば、早期代替取引費用を債務者に押しつける債権者の権利を
認めるべきでない、とする。⁴³⁾

次に、この価値判断に立つならば、早期代替取引費用の賠償対象性を否定するための法律構成を考えなければなら
ない。Lorenz 説は、同費用の賠償対象性について、早期代替取引が行われたのが猶予期間経過時点の前であるか後
であるかによって場合分けを行う。

(3) 猶予期間経過前の早期代替取引

Lorenz 説は、早期代替取引費用の、遅延賠償としての賠償対象性を否定するために、次のように、因果関係理論を応用する⁽⁴⁴⁾。

債務者の義務違反（遅延）と損害（早期代替取引費用）の相当因果関係は否定できないが、早期代替取引費用という損害は、義務違反から直接生じているのではなく、債権者の行為（代替取引の実行）が介在している。このような場合は、損害賠償法上の「誘発事例（Herausforderungsfall）」（心理的に媒介される因果関係の事例）にあたる。被害者の行為が介在する場合は、単なる相当因果関係だけでは加害者への帰責は認められず、価値判断を交えた因果関係論の修正が必要である。被害者が自らの行為によって生じさせた損害を加害者に帰責するためには、「当該反応をするように被害者がいざなわれたのに無理はなく〔sich herausgefordert fühlen dürfen〕、正当であるといえるとき」〔誘発〔Herausforderung〕にあたる場合〕であることが必要である。

猶予期間経過前は、債務者が給付を提供してきたら債権者は受領しなければならないのだから、債権者には、代替取引をすることへの正当な誘因が存せず（誘発は認められず）、原則として、早期代替取引費用の債務者への帰責は否定される。

ただし、Faust 説と同様に、早期代替取引によって回避できる遅延損害が早期代替取引費用を上回る場合は、例外的に同費用の賠償対象性を肯定する⁽⁴⁵⁾。債権者は、この場合、早期代替取引を行わないと、後に遅延損害の賠償請求をするときに、早期代替取引を行わなかったことよって遅延損害金が高額になってしまったとして共働過失（二五四条二項）を問われてしまうのだから、早期代替取引をするよういざなわれたのに無理はないといえる（誘発が認められ

る)、という法律構成による。

(4) 猶予期間経過後の早期代替取引

Lorenz 説は、猶予期間経過後に行われた早期代替取引費用については、次の法律構成により、遅延損害賠償として賠償対象性を肯定する。⁽⁴⁶⁾ 猶予期間経過後は、債権者は、解除または給付に代わる損害賠償の請求ができるのだから、給付を行う債務者の権利を否定することができる。このときは、債務者に帰責するに足る因果関係が存する（誘発が認められる）、という。

Lorenz 説は、このようにして猶予期間経過後の早期代替取引費用の賠償対象性を肯定するのだが、これを否定すると放置できない問題を伴うことも指摘する。⁽⁴⁷⁾ すなわち、この賠償対象性を否定すると、債権者は、代替取引が実現するかどうか・その具体的額はいくらかが確実でない時点で、給付に代わる損害賠償を判断しなければならぬリスクがある。また、給付に代わる損害賠償の請求の後、債権者が代替取引を試みたところ、これに成功しなかったときは、もはや給付請求権に戻れなくなるといふ不都合がある。猶予期間経過後の早期代替取引費用の賠償対象性を肯定することで、これらの問題は回避できる、という。

(5) Lorenz 説に固有の問題点

このように Lorenz 説は、猶予期間経過後の早期代替取引費用の賠償対象性を認めるが、これを給付と並存する損害賠償（遅延賠償）に位置づけるので、同費用の賠償請求を行っても、別途、給付請求または給付に代わる損害賠償請求をすることができてしまう。これによって債権者が過剰填補を受けるおそれがあるとの批判がある（後述）。

c. Gsell 説

(1) 給付請求権消滅時における損害の填補可能性の確定

Gsell 説は、時期的区分説への強い支持を表明しながらも、早期代替取引が行われた場合における、損害の発生・損害賠償種類上の位置づけ・賠償対象性は、給付請求権消滅時の給付（契約目的物）の市場価格が分かるまでは確定しないと見る見解を打ち出す。同説によれば、早期代替取引費用は、場合に応じて、給付に代わる損害であることも、給付と並存する損害であることもあり、場合によってはそもそも損害ですらないこともある。⁽⁴⁸⁾ 同説は、生じた損害項目が「回避不可能・填補不可能」かは、給付請求権の消滅時の給付の市場価格が判明するまでは決まらない、と考えるのである。

(2) 猶予期間経過前の早期代替取引

Gsell 説では、猶予期間経過前に早期代替取引が行われた後に給付があった場合において、給付時の給付（契約目的物）の市場価格が代替取引価格を上回っていれば、賠償対象性は否定される。早期代替取引費用は、給付によって填補されたのだから、損害は生じなかったこととなるというのである。

後に給付が行われないうまま給付請求権が消滅した場合で、給付請求権消滅時の給付の市場価格が早期代替取引費用を上回っていれば、同費用は、給付に代わる損害賠償の対象となる。給付請求権消滅時に給付が行われていれば、その時点で給付が有していた市場価格相当分の利益が、債権者に生じていたはずだからである。⁽⁴⁹⁾

給付請求権消滅時⁽⁵⁰⁾の給付の市場価格が早期代替取引費用を下回っていれば、遅延損害賠償に位置づけられる。しか

し、共働過失（B G B 二五四条）を理由として、賠償対象性を原則として否定する⁽⁵¹⁾。その実質的理由は、Faust 説・Lorenz 説と同様に、B G B が、猶予期間中には債務者に履行の権限を与えていることである。ただし、この場合において、早期代替取引が、利用喪失損害の発生などの遅延損害の実際の発生を防止していれば、その範囲に応じて債権者は、共働過失を問われない。すなわち、債権者は、その範囲で賠償請求ができる⁽⁵²⁾。

（3）猶予期間経過後の早期代替取引

早期代替取引が行われたのが、猶予期間経過後である場合でも、後に給付が行われるときに、給付時の給付の市場価格が早期代替取引価格を上回っているときは、先と同じ理由（損害不発生）により、早期代替取引費用の賠償対象性は否定される⁽⁵³⁾。ただし、猶予期間経過後に債務者が弁済の提供をするときには、債権者には、受領拒絶権があると⁽⁵⁴⁾する。したがって、給付が生じるのは、債権者が自らの判断で受領したときだけである。

この場合で、給付が行われなるときは、給付請求権消滅時の給付の市場価格が早期代替取引費用を上回っていれば、給付に代わる損害賠償として、同費用の賠償対象性は肯定される⁽⁵⁵⁾。

後に給付があった場合において、給付時の給付の市場価格が早期代替取引費用を下回っているときは、同費用は、遅延損害賠償に位置づけられて、賠償対象性が認められる。猶予期間経過前の早期代替取引とは異なり、債権者は共働過失を問われない⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾。

後に給付がされないままであった場合において、給付請求権が消滅した際の給付の市場価格が早期代替取引費用を下回っているときも、同費用は、遅延損害賠償に位置づけられて、賠償対象性が認められる⁽⁵⁹⁾。

4 時期的区分説のその他の見解

上述のように、代替取引費用の損害賠償種類上の分類は、Faust説・Lorenz説によれば、その発生時期によって変わり、Gosw説によれば、給付請求権消滅前の給付（契約目的物）の市場価格によつて変わる。これらに対して、これらの論者と同様に、基本的には時期的区分説に立ちながらも、代替取引費用を常に給付に代わる損害賠償に位置づける見解もある。

Kaiser説は、不履行による逸失利益の損害賠償種類上の位置づけを論じる中で、時期的区分説の立場を示しつつ、⁽⁶⁰⁾代替取引費用については、給付に代わる損害賠償としてのみ請求可能であるとし、その理由について、「債権者は、このときは、給付の遅延を理由とする随伴的損害を主張しているのではなく、契約上の給付の不発生を理由とする損害を主張しているからである。」⁽⁶¹⁾しかし、代替取引費用が「契約上の給付の不発生を理由とする損害」であるということは、給付請求権消滅後に代替取引が行われたときは無理なく妥当するが、早期代替取引が行われたときには当てはまらない。早期代替取引も、債務者の不履行（遅滞・不完全履行）を受けて債権者が行うものであるから、同取引の費用は、遅延損害賠償の対象となりうるのではないのか、という疑問が残る。⁽⁶²⁾この点について、Kaiser説は、早期代替取引費用の賠償対象性を、猶予期間経過後に生じたものも含めて、明確に否定しつつ、その理由については、給付請求権を維持する債権者は自らも契約に誠実に行為しなければならぬと⁽⁶³⁾するだけであつて、Faust説・Lorenz説とは対照的に、掘り下げていない。

Ernst説は、瑕疵ある物の給付による損害をめぐつて損害賠償種類を論じる中で、一般的には、時期的区分説を支

持し、同じ損害項目でも、給付請求権消滅後に生じたもののみが、給付に代わる損害賠償に位置づけられ、同時点より前に生じたものは、給付と並存する損害賠償の対象となると論じる⁽⁶⁴⁾。そうすると、代替取引費用についても、その発生時期によって振分け先の損害賠償種類が決まることになりそうであるが、代替取引費用は、「債権者が給付に代わる損害賠償を請求できるようになる時点から、はじめて、賠償対象となるのが原則である。遅延賠償を受けうる権利は、通常は、代替取引に及ばない。」とし、また、「原則として、債権者は、遅滞の間に、債務者以外から調達をすることはできず、代替取引費用の賠償を、二八〇条一項・二項、二八六条によって、遅延損害として、請求することはできない。代替取引費用は、通常、「純粋な不履行損害」である。」と述べ、同費用は、常に、給付に代わる損害賠償にあたるとする⁽⁶⁶⁾。ただし、次の例外を認める。すなわち、「二五四条二項から生じる損害軽減義務に鑑みると、債権者は、危惧される遅延損害が代替取引費用より大きいときは、例外的に、二八〇条一項・二項、二八六条一項によって、給付に代わる損害賠償（たとえば、代替取引費用）を、二八一一条とは独立して、請求できる。」

5 時期的区分説における早期代替取引費用をめぐる論議の小括

時期的区分説における早期代替取引費用をめぐる見解は、まず、同費用は、常に給付に代わる損害賠償に位置づけられると考えるか、または、同費用が給付と並存する損害賠償に位置づけられる場合もあると考えるかの点において分かれる。

早期か否かにかかわらず、代替取引費用を常に給付に代わる損害賠償に位置づけるのが、Kaiser説・Ernst説である。Kaiser説・Ernst説は、代替取引費用の扱いに関しては、事実上、時期的区分を放棄している⁽⁶⁷⁾。しかし、それが

どのような理由によるのか（なぜ代替取引費用については時期的区分を貫徹しないのか）は判然としない。

Faust 説・Lorenz 説は、時期的区分を貫徹し、早期代替取引費用は給付と並存する損害賠償（遅延賠償）に、給付請求権消滅後に生じる代替取引費用は給付に代わる損害賠償に位置づける。両説とも、早期代替取引は、債務者の不履行を理由として債権者が行うものであるから、債務者の義務違反と損害発生（早期代替取引費用の発生）と義務違反の相当因果関係は否定することはできず、これらの点だけを見れば、遅延損害賠償請求の要件は満たされてしまうことを率直に認める。しかし、この賠償対象性を認めてしまうと、債権者が、猶予期間経過前に代替取引を行っても、また、そもそも猶予期間設定自体を怠っても、早期代替取引が債務者の給付遅延後に行われさえすれば、その費用の賠償請求が認められてしまうことになる。これは、BGB が採用した履行優先原則という価値判断に反する。そこで、両説とも、結論において、猶予期間経過前に行われる代替取引の費用については、原則として賠償対象性を否定する。遅延損害賠償請求の要件は満たされてしまっていることを前提としつつ、しかし、結論において早期代替取引費用の賠償対象性を否定するためには、何らかの理論的妥当が必要になる。その法律構成が、Faust 説では共働過失であり、Lorenz 説では、因果関係理論の応用（帰責を認めるに足る因果関係の否定という構成）であった。

Gsell 説では、給付請求権消滅時の給付（契約目的物）の市場価格に応じて、損害賠償種類上の位置づけが決まる。給付請求権消滅時の給付の市場価格が代替取引価格を上回っているときは、給付に代わる損害賠償として賠償請求が認められる。給付請求権消滅時の給付の市場価格が代替取引価格を下回っているときは、遅延賠償に位置づけられる。この場合において、代替取引が行われたのが猶予期間経過前であったときは、Faust 説と同様に、共働過失を理由として、早期代替取引費用は賠償対象性を否定する。逆に、代替取引が猶予期間経過後に行われたときは、早期代

替取引費用は、遅延賠償として賠償対象性が認められる。

6 議論状況の混迷

以上の整理・分析から明らかなのは、時期的区分説の中でも、早期代替取引費用の扱いについては多様な見解が入り乱れ、議論状況は混迷を極めていくことである。

時期的区分説の利点は、損害項目の損害賠償種類上の分類が、当該損害項目の発生時期と給付請求権消滅時の前後によって行われるので、区別が単純明快であるということにあった。

しかしながら、一方で早期代替取引費用の問題に関しては時期的区分を放棄する *Kaiser* 説・*Ernst* 説が存在し、他方で給付請求権消滅時の給付の市場価格を待たなければ損害賠償種類が決まらないとする *Gsell* 説が存在することは、全ての損害項目について時期的区分を貫徹することには限界があることを示すものである。損害項目の中には、時期的区分になじむものとそうでないものがあることになる。

Faust 説・*Lorenz* 説は、早期代替取引費用を遅延賠償に位置づけつつ、履行優先原則を尊重するために、同費用の賠償対象性を否定する理論構成上の手当を施す見解であった。このような工夫により時期的区分は貫徹できようが、他の損害項目とは異なり、早期代替取引費用に関しては、遅延賠償としての賠償対象性を否定するために特別の理論構成を要するとするならば、これも、損害項目の中に、「遅延賠償としての賠償対象性を否定するために特別の理論構成を要する」損害項目とそうでない損害項目があることを認めることになる。

すなわち、時期的区分を基本とするとしながらも、時期的区分説の中には、一方では、時期的区分を部分的に放棄

する見解があり (Kaiser 説・Ehrst 説)、他方では、形の上では時期的区分を貫徹しながら「遅延賠償としての賠償対象性を否定するために特別の理論構成を要する」損害項目か否かという区別を持ち込む見解がある (Fausl 説・Lorenz 説)。このような錯綜した議論状況では、そもそも、時期的区分説に、単純明快な基準を提供するという利点⁽⁶⁸⁾が本当にあるのか、疑問が生じる。

IV 時期的区分説批判

時期的区分説は、他説から厳しい批判にさらされている。ここでは、根本的・理論的批判と実質論的批判に分けて整理する。

1 根本的・理論的批判

時期的区分説に対しては、早期代替取引費用の問題に限らない根本的な批判として、損害賠償種類論が果たすべき役割を放棄しているという指摘がある。

早期代替取引費用の問題に即した批判としては、代替取引費用の問題についても時期的区分を貫徹する Fausl 説・Lorenz 説に対して、履行優先原則を尊重するために、迂遠な法律構成に頼らざるを得なくなっているとの批判がある。

(1) 損害賠償種類論の果たすべき役割

第一に、時期的区分説は、BGB 二八〇条以下が損害賠償種類の形成によって目指している目的を見誤っている、

との批判がある⁽⁶⁹⁾。すなわち、損害賠償種類が担っているのは、まさに、どの損害項目が猶予期間設定要件に服するか、履行優先原則に服するかを決定するということである。すなわち、BGBは、給付に代わる損害賠償の規定が適用されるならば、猶予期間設定要件に服し、かつ、現実の給付とは両立しえない扱いを受け、そうでないならば、給付と並存する損害賠償として、猶予期間設定要件に服さず、給付と共に請求が可能であるという区別を用意し、当事者に対して、ある損害項目（例えば代替取引費用）が給付に代わる損害賠償に該当するならば、その扱いを受けることを、事前に知らせる役割がある、ということである。しかし、時期的区分説に立つと、損害賠償種類は、この役割を果たすことができない。なぜなら、時期的区分説によれば、個別の事案において、具体的な損害項目の発生時点が給付請求権消滅の前であるか後であるかによって損害賠償種類が決まるので、個別の事案の経過から離れて、どの損害項目の賠償が給付に代わる損害賠償にあたるのか、事前に示され得ないのである⁽⁷⁰⁾。

第二に、第一点と不可分のことであるが、時期的区分説は、給付に代わる損害賠償請求権が確定的に成立するための要件から給付に代わる損害賠償という損害賠償種類の定義を導いているとの指摘がある⁽⁷¹⁾。すなわち、同説は、給付に代わる損害賠償は猶予期間設定要件の充足（または同要件不要事例への該当）があつて請求可能になり、かつ、実際にその請求があることで給付の可能性が確定的に消滅（給付請求権が消滅）し、これらがそろって給付に代わる損害賠償が確定的に成立するということから、「給付に代わる損害賠償とは、給付請求権消滅後に生じた損害項目の賠償である。」という定義を導いている⁽⁷²⁾のである。

第三に、第二点から論理的に帰結される次のことが、疑問視されている⁽⁷³⁾。時期的区分説によれば、ある損害項目の発生時点が給付請求権消滅の後であつたとして、当該損害項目が給付に代わる損害賠償としての位置づけを得ると、

猶予期間設定要件は、常に、自動的に充足されてしまう。それでは、二八一条の猶予期間設定要件が要件としての意味を失ってしまう、というのである。すなわち、時期的区分説においては、給付に代わる損害賠償の定義（「給付に代わる損害賠償とは、給付請求権消滅後に生じた損害項目の賠償である。」）が満たされると、同時に給付に代わる損害賠償請求権の要件も充足されてしまうのであり、そうすると、二八一条の適用対象ではあるか、猶予期間設定要件が充足されないので、給付に代わる損害賠償請求は斥けられる、というケースはおおよそ存在しないことになるが、これは不自然である、というのである。

(2) 早期代替取引費用の賠償対象性否定のための迂遠な法律構成

時期的区分説の中でも、早期代替取引費用の賠償対象性についても時期的区分を徹底する Faust 説・Lorenz 説に對して、次の批判がある。

Faust 説・Lorenz 説は、時期的区分を貫徹して、早期代替取引費用を給付と並存する損害賠償（遅延賠償）に位置づける。そうすると、猶予期間設定要件の充足がなくなるとも、または、後に給付があっても、同費用の遅延賠償としての賠償対象性は認められてしまう。そのような帰結は履行優先原則に反するとの価値判断を前提に、同費用の賠償は遅延賠償の対象であるという位置づけを維持しつつ、しかしその賠償対象性を原則として否定するために、Faust 説・Lorenz 説は、理論構成上の手当（共働過失・因果関係理論の応用）を施したのであった。

しかしながら、猶予期間設定要件を満たさずに早期代替取引費用の賠償を受けることは不当であるとの前提に立つことは、債権者が早期代替取引費用の賠償を得るためには、猶予期間設定要件を要求するべきであると評価しているということに他ならない。すなわち、Faust 説・Lorenz 説も、履行優先原則を尊重するために、早期代替取引費用

の賠償が認められるには、二八一条の要件（猶予期間設定要件）が満たされなければならないと解していることとなる。⁽⁷⁴⁾ところが、Faust・Lorenz説では、早期代替取引費用を、同条の適用対象である給付に代わる損害賠償に位置づけられないので、猶予期間設定要件を満たさない早期代替取引費用の賠償対象性を否定するために、二八一条を適用すること以外の法律構成を要したのである。結局、Faust・Lorenz説の主張は、早期代替取引費用の賠償のために、二八一条の要件と同じ要件を、同条の適用を避けつつ、別の法律構成によって要求する、ということである。⁽⁷⁵⁾これに対して、迂遠な法解釈であるとの批判が起こるのは当然であろう。

2 実質論的批判（過剰填補のおそれ）

時期的区分説は、給付請求権消滅前に生じた損害を給付と並存する損害賠償（遅延賠償）に位置づけるので、当該損害の賠償請求を行っても、別途、給付請求をすることができ、または、給付に代わる損害賠償をすることができ、これによって債権者が過剰填補を受けるおそれがあることが指摘されている。これは、給付請求権消滅前に生じた損害が早期代替取引費用である場合にも生じうるが、それに限らない問題である。

（1）転売利益の例における過剰填補

Benicke/Hellwigは、転売利益の例を用いて、時期的区分説が過剰填補を招くおそれを論じる。⁽⁷⁶⁾例えば、売買契約において、売主が履行を遅滞し、買主が、それにより転売利益の機会を失った場合において、その後、猶予期間設定とその経過があり、買主が解除権行使または給付に代わる損害賠償の請求をするときで、その時点で目的物の市場価格が約定価格を上回っているときは、時期的区分説によれば、買主は、転売利益については遅延賠償として請求

ができ、市場価格と代金の差額は給付に代わる損害賠償として賠償請求ができてしまう。この二つの利益の賠償を債権者が同時に受けるのは、過剰填補にあたる。すなわち、取引一回分の反対給付しか負わない債権者が、当該取引から、二回分の給付を受けてはじめて得られるはずの利益を受けてしまう、ということである。

(2) 早期代替取引費用の例における過剰填補

同趣旨の批判で、早期代替取引費用の賠償対象性の問題に関して、とくに Lorenz 説に向けられているものがある。上述のように、Faust 説・Lorenz 説は、早期代替取引費用を遅延賠償として位置づけるが、それぞれの法律構成によって、結論としては原則としてその賠償対象性を否定するので、これにより過剰填補の批判はおおむね回避できる。しかし、Lorenz 説は、債権者が猶予期間経過後に早期代替取引をしたときは、遅延賠償に位置づけて同費用の賠償対象性を認める（誘発を認め、帰責に足る因果関係を肯定する）。そうすると、この場合において、その早期代替取引の後、契約目的物の市場価格が約定価格・代替取引価格を超えているうちに、債務者による給付（履行）が行われると、同説では、債権者は、約定価格よりも高い市場価値を有する給付目的物を取得しつつ、それにもかかわらず、同時に、代替取引費用を遅延賠償として請求することもできてしまう。

これに対しては、Gsell 説から、二重填補であるとの批判がある⁽¹⁷⁾。また、Faust 説は、すでに、Lorenz 説のように早期代替取引費用の賠償を遅延賠償として認めると、債権者は、契約目的物の市場価格低下に関するリスクは負わないまま、市場価格上昇による利得獲得だけを期待することができてしまうという問題を指摘していた（上述）。

V 早期代替取引費用をめぐる判例解釈

時期的区分説は、前稿で論証したように、損害賠償種類論に関する判例解釈であるとはいえない。また、損害賠償種類論において最も活発に論じられている早期代替取引費用の問題でも、BGHは、バイオディーゼル事件判決(BGHZ 197, 357 (2013,73))において、同問題に時期的区分を用いないことを明言し、かつ、時期的区分説の代表的見解(Faust説・Lorenz説)を斥けている。ここで、同判決を詳しく分析する。

1 事案

二〇〇七年一月三十一日、X(運送会社⁽⁷⁸⁾)は、Y(燃料の流通業者)から、二〇〇万リットルのバイオディーゼル(燃料の一種)を、一〇〇リットルあたり六六ユーロの額で購入した。引渡は、二〇〇八年四月一六日から、同年九月三〇日までの間に行われることとなっていた。

同年四月・五月にYは、約定の量の一部のバイオディーゼルのXに引渡した。二〇〇八年六月四日の書面で、Yは、Xに、Yへの供給者が倒産し、Yへの供給が停止されたこと、Yに可能なのは、日々の額におけるスポット取引で購入することだけである、と通知した。Yは、Xに対するその後の引渡の用意をしなかった。

Xは、二〇〇八年五月から九月までの間、別の供給者からバイオディーゼルの購入して必要を補った(代替取引)。バイオディーゼルの価格は、X・Y間の売買の価格と比べて上昇していたので、Xには、代替取引のために、約四七五〇〇〇ユーロ分、費用が増加した。

一方、Xは、Yに対して、バイオディーゼルの引渡請求訴訟を提起してこれに勝訴し、これに基づき、Yから、バイオディーゼルの引渡を受けた。

Xは、売買契約が適時に履行されなかったことから生じた、代替取引の増加費用（約四七五〇〇ユーロ）を損害として、賠償請求を行った。

2 判決内容

《代替取引費用の賠償対象性をめぐる判例の不存在》⁽⁷⁹⁾

「買主が、履行と並存して、自己の代替購入の増加費用を、遅延損害として請求できるかの問題は、最上級審判例において、未だ判断されたことがない。」

《Faust 説・Lorenz 説への言及》

学説では、この問題について、多様な見解が主張されている。

「論者の中には、買主が、履行請求権の消滅前に代替購入をするときは、代替購入費用を遅延損害に位置づけるものもある。給付に代わる損害賠償の対象は、給付の確定的な不発生によって生じる損害だけである、という。これにあたるのは、たとえば、買主が、解除意思表示の後、または、給付に代わる損害賠償を請求した後に、代替取引を行う場合であるというのである（ここで判決は、Lorenz 説、Faust 説を引用する。——筆者注）。」

「もっとも、これらの見解によれば、遅延損害としての位置づけは、買主が、直ちに、履行請求権と並存して、代替取引の増加費用を主張できるという帰結をもたらすのではない。」ここで、判決は、早期代替取引費用を遅延損害

賠償に位置づけながら、それぞれの法律構成によって、その賠償対象性を原則として否定する Faust・Lorenz 説（上述）を概観する。

《給付に代わる損害賠償説》⁽⁸⁰⁾（通説）への言及

「通説によれば、代替取引の増加費用は、原則として、給付に代わる損害にだけ該当することができ、したがって、二八〇条一項・三項、二八一条の要件のもとでのみ、請求することができる（ここで判決は、早期代替取引費用は常に給付に代わる損害賠償の対象であるとする多数の文献を引用する。——筆者注）」。

通説の諸見解は次のように論じている。「買主が代替購入費用を請求するとき、買主が主張しているのは、給付の遅延を理由とする付随損害ではなく、課せられた給付の不発生を理由とする損害である。代替購入は、元々期待されていた給付の、同価値の別の給付による、確定的な填補である。この損害は、機能的にみて、給付を填補しているのであるから、損害は、給付に代わって存在している。債権者が、課せられた給付を市場において自ら調達するのであれば、債権者は、債務者の現実給付があったとしたら、生じていたはずである、まさにその地位を作り出している（しかも、現実を作り出している）のである。」

通説の一部の見解では、次のように主張されている。「給付に代わる損害賠償と給付と並存する損害賠償の区別のためには、追完があったとしたら、その追完が、生じた損害を除去していたといえるかどうかが問われるべきである。単純な損害賠償と給付に代わる損害賠償の本質的な違いは、後者は、原則として、追完のための猶予期間の経過の後に、はじめて請求されうる、という点にある。したがって、二つの損害種類の区別のためには、損害が、追完があったとしたら、その追完によって除去されていたといえるか、が基準となる。これに該当すれば、生じているの

は、給付に代わる損害賠償である。というのは、売主には、契約をなお履行する機会が与えられなければならないからである、という。」

《給付に代わる損害賠償説の採用》

「当番は、最後に挙げた見解に従う。買主の、自己の代替購入の増加費用は、二八〇条一項・二項、二八六条による遅延損害としては賠償の対象とならない。というのは、この増加費用は、遅延損害ないし付随損害ではなく、給付に代わって生じる損害であり、したがって、債権者は、二八〇条一項・三項、二八一条の要件のもとでしか請求できない損害であり、かつ、それゆえに、契約履行と並存しては請求することができない損害であるからである。」

《給付に代わる損害賠償説を支持する根拠Ⅱ二重填補の防止》

「上告理由が適切に述べるように、先行判決において成功裏に主張された契約履行と並存して、X自身の代替購入の増加費用の賠償請求権も、Xに認められるとしたら、Xは、Yの不利益において、注文されたバイオディーゼルの量を、契約で合意した価格で二重に請求することができていたとしたら生じていた地位に置かれることになってしまふ。このことから、とくに、売主に課せられた給付の代わりに行われた、買主自身の代替購入の費用は、この給付と並存して、遅延損害として主張することができないものであることが明らかになる。」

《給付に代わる損害賠償説の本件へのあてはめⅡ給付実現による給付に代わる損害賠償請求権の不成立》

本件のXは、代替購入の費用の賠償請求を、二八一条に基づかせることもできない。「たしかに、給付に代わる損害賠償請求権の要件は、はじめは存在していた。なぜならば、控訴審の事実認定によれば、Yは、契約履行を、確定的に拒絶しており、したがって、猶予期間設定は不要だったからである。また、原則として、債権者は、給付に代わ

る損害賠償を請求するか、または、契約履行を求め続けるかについて選択権を有している。さらに、債権者が履行請求をしても、原則として、再び給付に代わる損害賠償請求へと移行する債権者の権限は影響を受けない。しかし、債権者は、当然のことながら、二つとも請求することができるわけではない。それゆえ、債権者の給付請求権は、債権者が給付に代わる損害賠償を請求するときは消滅する（二八一条四項）。逆に、XがYに成功裏に請求した履行も、それより前に行われたX自身による代替取引の（増加）費用の賠償を求める請求権を排除する。」

3 損害賠償種類論における本判決の意義

本判決によって、ドイツ判例上、早期代替取引費用は常に給付に代わる損害賠償に位置づけられることが確定した。そのため実務にとっては、扱いの明確化・負担軽減がもたらされ、⁽⁸¹⁾大きな意義がある、との指摘がある。⁽⁸²⁾

(1) 給付に代わる損害賠償説採用と時期的区分の否定

損害賠償種類の分類はどのようにあるべきか、という本稿の問題意識からは、時期的区分を徹底して早期代替取引費用を遅延賠償の対象とするFaust説・Lorenz説が明確に斥けられた点⁽⁸³⁾が意義深い。本事案において早期代替取引費用の賠償対象性を否定することは、Faust説に立つたとしても可能であった⁽⁸⁴⁾。それなのに、遅延賠償としての位置づけを峻拒した本判決からは、代替取引費用を、その発生時期を問わず、常に給付に代わる損害賠償に位置づけることを判例上宣言することへの決然とした姿勢をみてとることができよう。

(2) 本判決が損害賠償種類論に求める役割

本判決は、損害賠償種類上の位置づけが、事案処理を決定づける意義を持つことを示す例として重要であると考

られる。本判決の結論は、給付（履行）が行われるときは、早期代替取引費用の支払を求める損害賠償請求は排除されるということである。その理由づけとして、早期代替取引費用は給付に代わる損害賠償の対象であること⁽⁸⁵⁾、および、給付に代わる損害賠償と給付そのものは両立しえないことを挙げたことが注目される。主張されている損害賠償請求が「給付に代わる損害賠償」に該当するか否かによって、その請求と給付との両立性が決められているのである。

すなわち、本判決は、損害賠償種類論（給付に代わる損害賠償）に該当するか否かをどのように決めるかの議論）に、当該損害項目の発生時期と関わりなく、当該損害項目の賠償請求と給付とが両立しうるか否かを識別する役割、言い換えれば、当該損害項目に二八〇条三項・二八一条が適用されるか否かを識別する役割を求めたのである。このような役割を損害賠償種類論が実務から求められた点は、注目しなければならぬ。

（3）過剰填補の排除

本判決は、かりに、早期代替取引費用を遅延損害賠償として位置づけると、本件のように後に給付が実現しても、同費用の賠償請求が認められてしまい、債権者（買主）が二重に填補を受けてしまうと指摘し、これを給付に代わる損害賠償説を支持する根拠として挙げている。上述のように、時期的区分説に対しては、他説から、時期的区分によれば給付請求権消滅前に生じた損害項目は遅延損害賠償に位置づけられることから、過剰填補のおそれがあることが批判されていた。判例もそのような評価を共有することが明らかになったといえる。

もつとも、時期的区分説の論者も、そのような過剰填補のおそれ無自覚のままではなく、早期代替取引費用に関しては、Faust説・Lorenz説は、上述のように、過剰填補を排除するためにも、同費用の賠償対象性を結

論的に否定するために、法律構成（共働過失・因果関係理論）を凝らしたのである。

本判決は、わざわざその Faust 説・Lorenz 説に言及しつつこれを斥け、早期代替取引費用を常に給付に代わる損害賠償に位置づけて、それを、後に給付が実現したケースにおいて、同費用の賠償対象性を否定する理由としたのである。そうすると、本判決は、過剰填補を排除する機能、すなわち、取引一回分の反対給付しか負わない債権者が、当該取引から、二回分の給付を受けてはじめて得られるはずの利益を受けてしまうことを排除する機能をも、損害賠償種類論に見いだしていることになる。本判決の意義は、この点にもある。

あえて深読みを試みると、本判決は、過剰填補を排除するという観点からみても、個別的事情の総合的考慮としての価値判断の枠組である共働過失・因果関係理論よりも、損害賠償種類を用いる構成の方が、安定的な法律構成であると評価したといえるのではなからうか。

（4）本判決の損害賠償種類論における立場

損害賠償種類上の分類を行う基準はいかなるものかについて、本判決は、判決の言う「通説」（給付に代わる損害賠償説）に、多数の見解があることを指摘しつつ⁽⁸⁶⁾、どの見解を採用するのかが明言を避けている⁽⁸⁷⁾。そのため、本判決が、Faust 説・Lorenz 説を斥けたのは明白であるが、時期的区分説を全て否定したのかは定かではない⁽⁸⁸⁾。

前稿において、筆者は、「損害賠償種類上の分類のあり方については、判例は、統一された基本的立場を形成していないと評される」としたが、本判決も、同様に、損害賠償種類論における特定の解釈論を支持することを避けている。

本稿の目的は、早期代替取引費用の賠償対象性という個別的テーマを素材として時期的区分説を検証することであった。その際、同説は、基準としての明晰性を保持しつつ、BGBの価値判断（履行優先原則）を、損害賠償種類の枠組によらずに尊重することに成功しているかとの観点を重視した。

(1) 早期代替取引費用の問題をめぐる時期的区分説全体の状況

Ernst・Kaiser説は、早期代替取引費用の問題において時期的区分を貫徹せず、同費用を常に給付に代わる損害賠償に位置づける。そうであるならば、この見解には、時期的区分を基本とするべきであるとしながら、なぜ、早期代替取引費用の賠償対象性に関しては、これを貫徹しないのかの説明が求められるはずであるが、この点について沈黙している。この点の説明が無い限り、Ernst説・Kaiser説は、一律に損害賠償種類を分類する基準としては時期的区分には一般性・普遍性がないことを自認しているものといわざるをえない。一般性・普遍性がない基準では、もはや基準としての適性が疑われるのではないか。

時期的区分説の中で異彩を放つGsell説では、給付請求権消滅時は損害賠償種類を分ける基準そのものではなく、早期代替取引費用（一般化すれば、債務不履行を原因として生じた損害）が填補されたか否かを判定する時点としての意味しかもたない。同説が時期的区分説の陣営に位置するというのは名ばかりであり、給付請求権消滅時の前後で損害賠償種類を決めるのではない以上、Gsell説は、実質的には、時期的区分説とは別の見解とみなすべきである。⁸⁹⁾

(2) 時期的区分を貫徹する立場 (Faust説・Lorenz説)

Faust説・Lorenz説が時期的区分を貫徹するのは、時期的区分の限界を自認するものとの批判を避ける意味合いもあると思われる。時期的区分を貫徹すれば、給付と並存する損害賠償（遅延賠償）に位置づけられてしまふ早期代替取引費用について、Faust説・Lorenz説は、巧妙な解釈論（共働過失、因果関係理論の応用）により、原則として同費用の賠償対象性を否定する。したがって、両説は、たしかに、結論だけみれば、時期的区分を貫徹しつつ、BGBの履行優先原則という価値判断を尊重している。しかし、様々な問題・疑問を抱えているといわざるをえない。

第一に、Faust説が援用する共働過失にせよLorenz説が依拠する因果関係理論にせよ、債権者に保護に値しない事情があるときに、債権者に対する損害賠償請求権による救済を削減ないし剥奪する解釈論的枠組である。したがって、どちらの法律構成も、「債権者に保護に値しない事情がある」という価値判断を、何らかの根拠から調達しなければならぬ。両説がこれをどこから調達するのかといえば、結局、猶予期間設定要件により履行優先原則を確保する、BGBの条文、すなわち二八一条を初めとする損害賠償種類の規定である。他説が的確に批判するように、Faust説・Lorenz説は、二八一条の制度趣旨である履行優先原則を、同条を適用することで確保するのではなく、わざわざ別の法律構成（共働過失・因果関係理論の応用）を経由して確保していることになる。なぜ二八一条を直接に適用して同条の趣旨を全うするという自然な扱いができないのかといえば、Faust説・Lorenz説のように時期的区分の基準を純粹に貫徹すると、早期代替取引費用は、二八一条が適用される給付に代わる損害賠償に位置づけることはできず、遅延賠償に位置づけざるをえないからである。このような解釈論には、単に迂遠であるというだけでなく、貫徹したい基準の形式的な維持のためだけに、簡明な条文適用を犠牲にして徒に複雑な法律構成を弄するものではないかとの疑問が生じる。

第二に、第一の点と重複することであるが、簡明な条文適用を犠牲にして徒に複雑・迂遠な法律構成を弄するものであっても、それによって、時期的区分が基準としての明晰性・一律性を保つことに何らかの実質的利益があるのであれば、その実質的利益と法律構成としての迂遠さ・複雑さを衡量し、前者の重要性が勝るといふ議論も可能であろう。しかし、早期代替取引費用の賠償対象性の問題において時期的区分を貫徹することで、どのような実質的利益があるのか、Faust説・Lorenz説を含め、時期的区分説からの説明はない。したがって、時期的区分説では、時期的区分の基準としての明晰性・一律性を保つことが自己目的化しているのではないかとの疑いがある⁽⁹⁰⁾。

第三に、実質的利益衡量の点では、Faust説・Lorenz説は、早期代替取引費用を遅延賠償に位置づけるので、両説において例外的に同費用の賠償対象性が肯定されるときは、同費用の賠償請求権は、現実の給付と両立することになる。これにより過剰填補が生じうることは、Lorenz説に対してGsell説が批判するとおりである。また、BGHも、バイオディーゼル事件判決において、早期代替取引費用を常に給付に代わる損害賠償に位置づけるべき理由として、そうしなければ、債権者が給付から生じる利益を二重に取得するおそれを挙げた。Faust説・Lorenz説も、過剰填補が生じないようにする解釈論的手当（共働過失・因果関係理論）を用意しているが、同判決は、わざわざそのFaust説・Lorenz説に言及してこれを斥け、過剰填補を排除するために早期代替取引費用を常に給付に代わる損害賠償に位置づけたのであった。BGHも、過剰填補の排除を安定的に確保するという点において、Faust説・Lorenz説よりも、損害賠償種類上の位置づけを活用することの方が優れていると評価したように思われる。

(3) 時期的区分説の根本的問題

私見によれば、時期的区分説によれば、損害賠償種類は、どの損害項目が給付に代わる損害賠償となるかを当該損

害項目の発生時期を問わずに識別するという役割を果たせない、という他説の批判は、正鵠を射ている。

ただし、時期的区分説の代表的論者の Lorenz 説によれば、同説は、損害賠償種類にはそもそもそのような役割はなく、その役割を引受けようとすると、概念志向的な不毛な論争を招くのであり、したがって損害賠償種類上の分類は時期的区別という明晰な基準で行ってそのような不毛な論争を封じるべきであるという立場である。そのような立論も成り立たないわけではない。

しかし、私見は、このような時期的区分説の立論は、次の批判的検証に耐えるものではないと考える。

第一に、B G H も、バイオデューセル事件判決において、損害賠償種類に、損害賠償請求が給付と並存しうるかを識別する役割があることを認めた。同判決に限定される判示とはいえ、実務が、損害賠償種類論に、発生時期のいかんを問わず、給付に代わる損害賠償に該当する損害項目を識別する役割を求めている事実は、重く受け止めるべきではないか。

第二に、給付に代わる損害賠償請求権が確定的に生じる要件から、「給付に代わる損害賠償とは、給付請求権消滅後に生じた損害項目の賠償である。」という定義を導く時期的区分説の手法は、定義と要件の充足を同時に生じさせるものであるから、条文における要件定立の意味を失せるものではないかという方法的疑問がある。

第三に、どの損害項目が履行優先原則に服するかを識別する役割を損害賠償種類に認めないとすると、時期的区分説は、別の枠組で、履行優先原則という B G B の価値判断を受け止めなければならない。そのために Faust 説・Lorenz 説が論じる枠組が、共働過失・因果関係理論であった。これについて、問題を二つ挙げる。

一方で Faust 説・Lorenz 説に対しては先述の疑問（解釈論としての複雑性・迂遠さ、時期的区分の自己目的化の疑い、

過剰填補のおそれ）があることを挙げねばならない。給付に代わる損害賠償を識別する役割を損害賠償種類によっては引受けないことよって、損害賠償種類論における概念志向的論争は避けられるかもしれないが、それにともなつて生じるのは、その論争の場が別の枠組（共働過失・因果関係理論）に移るだけのことではなからうか。そうであれば、履行優先原則というBGBの価値判断を、素直に二八〇条以下に明記されている損害賠償種類の枠組で受け止めることと、大差なからう。

また、他方で、Faust説・Lorenz説は、早期代替取引費用についても、損害賠償種類上の分類を時期的区分の貫徹により行い、それよって補う必要のある、履行優先原則への配慮は、別の解釈論的枠組よって行うのであったが、同費用以外の損害項目について、「別の解釈論的枠組による履行優先原則への配慮」の必要はないのかどうか、そのような配慮の要否はいかなる基準で決めるのか、を論じていないことも問題である。すなわち、他にも損害賠償種類上の位置づけが問題となる損害項目は、利用喪失損害・転売利益・完全性利益等多々あるにも関わらず、なぜ、早期代替取引費用についてのみ、履行優先原則への配慮が必要であると、そのための解釈論的を行うのか、判然としない。私見によれば、Faust説・Lorenz説は、実は、同費用に関しては「履行優先原則への配慮が必要である、したがって解釈論的手当が必要である。」との前提に立つ段階で、同費用の賠償対象性が認められるには猶予期間設定要件が必要であるという、先行的価値判断を行っている。このような先行的価値判断によつて、当該損害項目に関する履行優先原則への配慮の要否が決まるのであれば、その判断は、最終的には、個々の論者が、当該損害項目を「履行優先原則への配慮が必要である」と考えるか否かで決まることとならう。これでは、当該損害項目に関する履行優先原則への配慮の要否は、結局個々の論者の主観により恣意的に決まることになってしまう。それ以上に問題

なのは、Faust 説・Lorenz 説が、実際には履行優先原則への配慮の要否を主観的に判断しておきながら、表面的には損害賠償種類上の分類を時期的区分によって一律に行い、その分類に客観性があるようにみせかけることで、後者の客観性が前者の主観性・恣意性を隠蔽してしまう懸念を払拭できないことである。

Ⅶ ま と め

1 本稿の総括

以上を総括する。

時期的区分説には、損害賠償種類上の分類に、給付請求権消滅と損害項目の発生時期の前後という明晰な基準を与えるという利点がある。しかし、時期的区分説には、個別の損害項目が、履行優先原則に服し給付に代わる損害賠償に位置づけられるのか否かを、当該損害項目の発生時期を問わずに示すことができないという批判がある。そのような批判に対し、かりに、時期的区分説が、一方で、損害賠償種類に関する基準の明晰性を保ちつつ、すなわち、損害項目の内容を問わずに時期的区分を貫徹しつつ、他方で、履行優先原則という価値判断を無理なく尊重できる、損害賠償種類論以外の解釈論的枠組を案出できるとしたら、時期的区分説は、基準としての明晰性がある分、他説への優位を保つ。そして、この点を検証する上で、格好の素材が早期代替取引費用の賠償対象性であった。

本稿が論証したのは、早期代替取引費用の賠償対象性の問題においても時期的区分を貫徹しようとする、理論的問題（迂遠かつ自己目的化した時期的区分の墨守）だけではなく、実際の問題（過剰填補のおそれ）をも伴ってしまうとい

うことである。もちろん、時期的区分を貫徹すれば、明晰な時期的区分が、別の損害項目に対するのと同様、早期代替取引費用に対しても貫徹されることになる。しかしながら、この一律の適用の徹底という利点は、そのために生じる理論的・実際的問題を補うものとは思われない。総じて、Faust・Lorenz説の試み、すなわち、一方で時期的区分説の基準としての明晰性を保持し、他方で、BGB二八〇条以下に込められた価値判断（履行優先原則）を損害賠償種類論によらずに尊重しようとする試みについて、これを成功と評することは難しい。

そして、どの損害項目が給付に代わる損害賠償となるかを、当該損害項目の発生時期を問わずに識別するという損害賠償種類論の役割を放棄するものであるという、時期的区分説への根本的批判に対しても、同説は、時期的区分の基準としての明晰性を挙げて反論するのであった。しかし、この立論も、損害賠償種類論に当該役割を求めるバイオデューゼル事件判決が現われたこと、時期的区分説による損害賠償種類の定義をめぐる方法論的疑問、時期的区分を貫徹する見解（Faust説・Lorenz説）において当該役割を損害賠償種類論に代わって引受ける解釈論的枠組への疑問（当該役割を損害賠償種類論において担うことと有意な差はないのではないか。早期代替取引費用の問題に限り当該解釈論的枠組が必要であるとする前提自体が、損害項目に関する履行優先原則への配慮の要否に関する先行的価値判断を密かに行うものではないか。）に対して、効果的な反論となっているかは疑わしい。

以上から、私見は、損害賠償種類上の分類は、時期的区分説によるべきでないと考える。

2 今後の作業

この結論を受けて行うべき今後の作業は、二つある。

一つは、損害賠償種類上の分類を行う理論として、時期的区分説にとつての他説、すなわち、損害現象論・統一的損害算定説に適性があるかの検討である。その際は、時期的区分説の利点であった基準としての明晰性を超える利点や説得力・論理性が、これら他説に備わっているか否かの観点を重視しなければならない。

もう一つは、損害賠償種類論がその妥当性を具体的に試される格好の素材であると同時に、実際的重要性もある個別的テーマとしての、早期代替取引費用の賠償対象性について、他説も踏まえた包括的な検討を行わなければならない。私見は、同費用の賠償対象性をめぐる解釈論としても時期的区分説は妥当でないと考えるが、そうであればこそ、他説の優位・利点を、詳細な比較吟味を通じて論証していかなければならない。同時に、本稿では多くの疑問を示したものの、時期的区分説の見解（とくにFaust説・Lorenz説）における、参照価値の高い指摘は、積極的に取り込んでいかなければならない。⁹¹ 本稿は、そのための準備としての意味もある。

(1) 履行に代わる損害賠償が填補賠償のことを指す点については、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（二〇一七年）六九頁、筒井健夫・村松秀樹編著『二問一答 民法（債権関係）改正』（二〇一八年）七六頁参照。なお、田中洋「改正民法における「追完に代わる損害賠償」(I)」NBL一七三三号（二〇二〇）七頁では、履行に代わる損害賠償が、「本来の債務の履行それ自体によつて得られるべき経済的地位（利益）を金銭で実現することを目的とする損害賠償」と定義されている。

(2) 四一五条二項の付加的要件のうち、履行不能・確定的履行拒絶は、それにあたる事態が生じなければならない。解除・解除権発生のうち、約定解除権行使・合意解除も、そのための合意（契約約定）が必要である。解除・解除権発生のうち、法定解除権の発生に関する一般的规定は、五四一条・五四二条である。債務不履行の際の無催告解除を許す五四二条の適用も、そこに挙げられている事由に該当することが必要である。五四一条だけが、債務不履行の際、特定の事態も契約約定も要せ

ず、債権者に、法定解除権を与える規定である。その意味で、同条は、より広い適用対象を持つ、解除に関する原則的規定である。同条は、催告期間設定・同徒過を要件としている。以上を通じて、履行に代わる損害賠償が認められるためには、原則として、催告期間設定・同徒過を要することとなる。

(3) 田中洋「改正民法における「追完に代わる損害賠償」(2)」NBL一七五号(二〇二〇年)三四頁以下。

(4) 田中洋・前掲「改正民法における「追完に代わる損害賠償」(1)」六頁以下。

(5) 潮見佳男「新債権総論 I」(二〇一七年)四八二頁以下。

(6) 同様の問題提起は、すでに、福田清明「改正民法四一五条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について」名城法学六九巻一〇二号(二〇一九年)一四七頁以下において行われている。

(7) 拙稿「損害賠償種類論における時期的区分説の骨子」小賀野晶一ほか編『高齢社会における民法・信託法の展開——新井誠先生古稀記念論文集』(刊行予定)所収予定。以下、この論文を「前稿」と呼ぶ。本稿は、前稿で予告した「別稿」である。

(8) この点については、福田清明・前掲論文一五〇頁以下に詳しい紹介がある。また、拙稿「付随義務の分類(一)」法学新報二六巻九〇一〇号(二〇二〇年)九八頁以下も参照。

(9) ここで、必要な範囲で、BGBの抄訳を掲げる(岡孝編『契約法における現代化の課題』(二〇〇二年)一八二頁以下参照)。

第二五四条 共働過失

(一) 損害の発生に際し、被害者の過失が共働したときは、賠償義務及び行うべき賠償の範囲は、事情によって、特に、どの範囲で、損害は、主に、一方当事者または他方当事者によって引き起こされたのかによって決まる。

(二) 前項は、被害者の過失が、被害者が、債務者に、異常に高額の損害の危険であつて、債務者が知らず、かつ、知ることを要しなかつた危険について注意することを怠つたことに限られるときにも適用され、又は、被害者が、損害を回避し若しくは軽減することを怠つたことに限られるときにも適用する。(後段省略)

第二七五条 給付義務の排除

(一) 給付を求める請求権は、給付が、債務者にとって、又は、全ての人にとって不能であるときは、排除される。

(二) 給付が、債権関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失する費用を要するときは、債務者は、給付を拒むことができる。債務者に帰すべき努力を決める際は、給付の障害について、債権者に責めを帰することができるかどうかも考慮するものとする。

(三) 債務者が給付を自ら実行しなければならぬ場合において、給付を妨げる障害と債権者の給付利益とを衡量して、債権者に対して、当該給付について受忍要求をすることができないときは、債務者は、給付を拒むことができる。

(四項省略)

第二八〇条 義務違反に基づく損害賠償請求

(一) 債務者が債権関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、債務者に、義務違反について責めに帰すべき事由がないときには適用しない。

(二) 債権者は、第二八六条の付加的な要件を満たすときのみ、給付の遅延を理由とする損害賠償を請求することができる。

(三) 債権者は、第二八一一条、第二八二条又は第二八三条の付加的な要件を満たすときのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

第二八一一条 給付の不履行に基づく損害賠償又は義務づけられたのとは異なる態様で給付が行われたことに基づく損害賠償

(一) 債務者が、履行期にある給付を行わず、又は義務づけられたのとは異なる態様で履行期にある給付を行う場合において、債権者が債務者に給付又は追完のために相当な期間を定めたが、これが徒過したときは、債権者は、第二八〇条第一項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部を行ったときは、債権者は、給付の一部に利益を有しないときのみ、債権者は、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が、義務づけられたのとは異なる態様で給付を行った場合において、義務違反が軽微であるときは、債権者は、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができない。

(二) 期間の定めは、債務者が、断固としてかつ終局的に給付を拒絶し、又は当事者双方の利益を衡量して損害賠償請求権の即時の行使を正当化する特別の事情が存するときは、これを要しない。

(三項省略)

(四) 給付を求める請求権は、債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、ただちに消滅する。

(五項省略)

第二八三条 給付義務が排除されるときはの給付に代わる損害賠償

債務者が、第二七五条第一項ないし第三項によって給付をする義務を負わないときは、債権者は、第二八〇条第一項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。(後段省略)

第二八六条 債務者の遅滞

(一) 債務者が、履行期の到来後に行われる債権者の督促にもかかわらず履行をしないときは、督促により遅滞に陥る。給付を求める訴訟の提起及び督促手続における支払督促の送達は、督促として扱う。

(二) 次のときは、督促を要しない。

一 給付のために、暦によつて時期が定められているとき。

二 給付に対して一定の事象が先行するべきである場合において、給付のために適切な時間が定められ、かつ、その時間が当該事象から起算して暦によつて計算されるとき。

三 債務者が、断固としてかつ終局的に給付を拒絶するとき。

四 当事者双方の利益を衡量して、特別な理由により、遅滞の即時の発生が正当とされるとき。

(三項省略)

(四) 債務者は、給付が、債務者の責めに帰することができない事由によつて行われなるときは、遅滞に陥らない。

第二三三条 給付の不履行又は給付が契約に適合しないことに基づく解除

(一) 双務契約において債務者が、履行期にある給付を行わず、又は契約に適合しない態様で履行期にある給付を行う場合において、債権者が債務者に給付又は追完のために相当な期間を定めたが、これが徒過したときは、債権者は、契約を解除することができる。

(二) 次の各号のいずれかに該当するときは、期間の定めを要しない。

一 債務者が、断固としてかつ終局的に給付を拒絶するとき。

(二)号・三)号省略)

(三)項省略)

(四) 債権者は、解除の要件が生じることが明らかであるときは、給付の履行期到来の前においても、解除をすることができ⁶⁹⁾。

(五) 債務者が給付の一部を行ったときは、債権者は、給付の一部に利益を有しないときのみ、債権者は、契約の全部を解除することができる。債務者が契約に適合しない態様で給付を行った場合において、義務違反が軽微であるときは、債権者は、契約を解除することができる。

(10) 義務違反概念および統一的责任要件の説明は、拙稿・前掲「付随義務の分類 (一)」九七頁以下に譲る。

(11) なお、保護義務違反の際の給付に代わる損害賠償はBGB二八二条において、履行不能(およびそれに準ずる事由)の際の給付に代わる損害賠償は同二八三条において、それぞれ同二八一条とは別に規定されている。福田清明・前掲論文一五二頁以下参照。

(12) Ostendorf, NJW 2010, 2834; Hirsch, Jus 2014, 98f.; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsrg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, I. 2. 2020, § 280 Rn. 206, 210, 218; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil (17. Aufl., 2019), 221. 福田清明・前掲論文一五五頁。

(13) Lorenz, Jus 2008, 204f.; Gsell, in: Auer/Grigoleit/Hager/Herresthal/Hey/Koller/Langenbacher/Neuner/Petersen/Riehm/Singer (Hrsrg.), FS für CLAUDIUS-WILHELM CANARIS zum 80. Geburtstag (2017), 45If. 福田清明・前掲論文一五二頁以下。

(14) Ostendorf, aO., 2833; Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsrg.), Liber Amicorum für DETLEF LEENEN zum 70. Geburtstag am 4. August 2012 (2012) 147f.

(15) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsrg.), aO., 147; Ernst, in: Krüger (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 (8. Aufl., 2019), § 280 Rn. 5; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsrg.), aO., § 280 Rn. 201.

(16) Hirsch, aO., 98; Benicke/Hellwig, in: Ekenka (Wissenschaftliche Redaktion), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Soergel Kommentar) Bd. 3/2 Schuldrecht I/2 §§ 243–304 (13. Aufl., 2014), § 280 Rn. 273.

損害賠償種類論における時期的区分説の検証(高田)

- (17) ドイツにおける、時期運動基準 [ein zeitlich dynamisches Kriterium] (Lorenz, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'sche Online-Kommentare BGB (54. Edition), 1. 5. 2020, § 280 Rn. 27) を損害賠償種類の分類基準とする見解を、本稿では時期的区分説と表現する。時期的区分説は、動的区分 [die dynamische Abgrenzung] (Ostendorf, aaO, 2834) 時期に依存する観察方法 [zeitabhängige Betrachtung] (Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO, § 280 Rn. 207) 時点に関連づけられた区分定式 [die zeitpunktbezogene Abgrenzungsformel] (Grigolet/Bender, ZfPW 2019, 27) などとも呼ばれる。福田清明・前掲論文一五四頁では「時期的区分説」と呼ばれている。
- (18) Ostendorf, aaO, 2834.
- (19) 福田清明・前掲論文一五四頁以下。
- (20) 損害現象論の基本文献は次の通りである。Grigolet/Riehm, AcP 203 (2003), 727ff.; Grigolet/Bender, aaO, 1ff.; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO, § 280 Rn. 194ff.
- (21) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO, § 280 Rn. 221ff. が、損害現象論全体に関する見通しのよい要約を与える。
- (22) すなわち、時期的区分説は、位置づけが問題となる損害項目について、実際の事案における当該損害項目の発生時期によって損害賠償種類上の位置づけを決める立場であるのに対して、損害現象論は、実際の事案における発生時期とは関係なく、問題となる損害項目の内容 (例えば、一時的利用喪失損害か代替取引費用かなど) を考慮して、損害賠償種類上の位置づけを考えていく立場である。両者とも、損害賠償種類上の分類を、個別の損害項目ごとに決めていく点は共通している。
- (23) 統一的損害算定説の基本文献は次の通りである。Benicke/Hellwig, in: Eikenga (Wissenschaftliche Redaktion), aaO, § 280 Rn. 265ff.; Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1106ff.
- (24) 前稿において、早期代替取引費用以外の損害項目も含めて、各損害項目の損害賠償種類上の分類に関するBGH判決の解釈を概観した。
- (25) 時期的区分説のより詳細な説明は、前稿参照。
- (26) なお、損害項目発生時と比較される基準の時点について、猶予期間経過時とする見解もあること、および、時期的区分説の中でも、Gsell説は独自の立場をとり、損害項目の損害賠償種類上の分類は、給付請求権消滅時における給付の市場価格

の額によりて決まるといふことについては、前稿参照。Gsell 説の詳細は、本稿でも紹介する。

- (27) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO., 152.
- (28) Lorenz, in: Hau/Roseck (Hrsg.), aaO., § 280 Rn. 27.
- (29) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., § 280 Rn. 232.
- (30) Haberzettl, NJW 2007, 1328.
- (31) Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), FS für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag (2006), 253ff.; Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO., 154ff.; Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO., 450ff.; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., § 280 Rn. 237.
- (32) Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO., 254; Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO., 158, 164. なお、この点は、時期的区分説の内部だけであらう。同説と対立する損害現象論 (Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., § 280 Rn. 209; Rn. 253.) にも異論はない。
- (33) もっとも、近時の BGH 判決 (BGHZ 218, 1 (2018, 2: 22)) が、請負契約における瑕疵ある給付の事例に関して、損害賠償請求における抽象的損害算定を否定したことには注意を要する。ただし、同判決自身が、同判決の射程は、直ちには売買契約には及ばないことを示唆している。また、同判決の事案は、瑕疵ある給付の事例であって、本稿で想定している、履行期が経過しても全く履行が行われないときに代替取引が行われる事案ではない。
- (34) 早期代替取引が不能をもたらす重要な例は、売主・請負人が瑕疵ある物を引渡した (瑕疵ある給付をした) 場合において、債権者 (買主・注文者) が、追完のための猶予期間設定要件を満たしていないのに、その目的物の修補を第三者に依頼する契約を行い、その第三者が修補を実行するときである (その後の売主・請負人自身による修補は不可能になる)。このとき、債権者が、修補の依頼のために生じた費用の賠償請求をすることができるか問題となりうるが、これも、早期代替取引費用の賠償対象性の問題の一つである。日本法においては、契約不適合があった場合における、追完に代わる損害賠償として、修補のために行った代替取引の費用分の賠償請求ができるかという問題であり、その実際の重要性は明白である (言うまでもなく、二〇一七年民法改正により、売買契約においても、瑕疵ある物の引渡は、契約不適合という債務不履行に該当すること、その帰結として、買主は追完請求権を得ることが明記された。それに伴い「追完に代わる損害賠償」という重要テ-

マが生じるのであるから、早期代替取引が不能をもたらす場合の法的処理は、すぐれて現代的なテーマである。)。それだけでなく、この場合の債権者は、単に猶予期間経過前に代替取引を行ったというだけでなく、不能の招来により、債務者がそもそも給付（履行）ないし弁済提供をする可能性そのものを、一方的に完全に奪っていることになる。その点を修補のための代替取引費用の賠償対象性を検討する際どのように考慮するべきかという問題が生じるが、これは理論的応対が求められる課題である。Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO., 256ff.; Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO., 165ff.

(35) Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO., 254.

(36) Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO., 255f.; Faust は、次のように述べる。

「立法者は、二八〇条から二八三条において、債権者と債務者の利益に調和を与える、精巧な規定総体〔Regelwerk〕を作り上げたのである。そして、立法者は、その際、債権者が他者からの調達を許され、かつ、それを行わなければならないことの根拠となる契約の清算は、解除意思表示、給付に代わる損害賠償の請求（二八一条四項）または不能の発生（二八三条）があつてはじめて生じる、という決断をしたのである。この価値判断は、債権者に、すでに予め調達をし、その取引の結果を、自らに有利であると考えられるときに限り、債務者に押し付けることを許すことで潜脱されてはならない。そうでなければ、債権者は、…：場合によっては経済的に不当な代替取引をすることに誘引される。すなわち、債務者の費用において投機をすることに利用できてしまう代替取引をすることに、である。」

(37) Faust は、早期代替取引費用の賠償対象性を認めると、債権者に、次のような投機的行動が可能になることを不当と評する（Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO., 255f.）。契約目的物の市場価格が上昇している場合は、債権者は、債務者に約定価格による代金支払と引換に履行を求め、すなわち、契約で固定された代金だけ払うことで、現在は市場価格が上昇している契約目的物を得ることができてしまう。これに対して、価格が下落している市場のときは、債権者は、履行を求めることはせず（履行を求めると自らに損になるから）、早期代替取引費用の賠償を債務者に求める選択ができてしまう。このような状況に応じた対応ができるとすると、債権者は、少なくとも早期代替取引費用分の賠償金を確保したまま、契約目的物の市場価格上昇による利得のさらなる拡大を目標とすることができ、すなわち、契約目的物の市場価格低下に関するリスクを負わないまま、市場価格上昇による利得獲得だけを期待することができてしまう、ということである。

(38) Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO., 256. Faust は、次のように述べる。

法技術的には、早期代替取引費用の賠償対象性の否定は、「代替取引の早期の実行による債権者の原因寄与は、給付遅延にある債務者の原因寄与を凌駕し、その程度は、損害賠償請求権が、二五四条によって完全に排除されるほどに強いということを認めることにより、最もうまくもたらされる。」

- (39) 共働過失（BGB二五四条）とは、日本法における過失相殺に相当する制度である。小林友則「損害軽減義務の法的性質に関する一考察」名古屋大学法政論集二七〇号（二〇一七年）二六三頁。
- (40) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 158; Benicke/Helwig, in: Ekkenga (Wissenschaftliche Redaktion), aaO, § 280 Rn. 369. もともと Faust 説はこの問題を正確に認識しており (Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO, 247) けれどもあえて債務者の履行機会の保障を優先するべきであるとの実践的価値判断を行いつつ (Faust 説は「猶予期間経過後に債務者が弁済提供を行ってきたときにおける、債権者の受領拒絶権を明確に否定する。Faust, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), aaO, 246f.）、猶予期間経過後の早期代替取引費用の賠償対象性を否定している点は、留意されるべきである。
- (41) Ostendorf, aaO, 2835; Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 158; Benicke/Helwig, in: Ekkenga (Wissenschaftliche Redaktion), aaO, § 280 Rn. 369.
- (42) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 154f.
- (43) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 155; Lorenz は「次のように述べる。
「猶予期間設定という構想の基本的思想によれば、まだ尚早である段階で、自身の給付利益を、債務者の費用によって充足する権利は、債権者に認められるべきでないものに、まさに該当することは明らかである。」
- (44) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 160f. なお、早期代替取引費用の賠償対象性の問題に関して因果関係理論の応用を試みる見解として、Haberzettl 説が Lorenz 説に先駆けつつある (Haberzettl, aaO, 1329ff.)。Lorenz 説も Haberzettl 説を参照している。
- (45) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 162.
- (46) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 161.
- (47) Lorenz, in: Häublein/Utz (Hrsg.), aaO, 161f. この問題の指摘は Faust 説に固有の問題として上述したものである。
- (48) Gsell は次のように述べる。Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO, 461, 462f.

「代替購入の増加費用は、他の損害項目と同様、その費用が、課せられた給付の後の実現〔Nachholung〕によってなお補されたか、または、填補されたかに依存するのであり、ある状況では、損害であると位置づけられえないことすらあり、これに反し、他の状況では、給付に代わる損害に、または、給付と並存する損害に位置づけられることもある。」

「給付請求権が消滅していないため、なお追完がなお可能であり、かつ、代替購入の増加費用が、後に実現される給付の増加価値によってどの程度填補されるかが確定しない限り、債権者が、代替購入の増加費用によってどの程度の損害を被ったかは、不確定なのである。」

- (49) Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO, 467. Gsell による言及はないが、このとき、市場価格を基準とする賠償額によって、損害賠償請求ができることとなる。早期代替取引後、猶予期間経過があり、債務者がさらに不履行を続ける場合において、契約目的物の損害賠償請求時の市場価格が早期代替取引費用を上回っているときは、債権者は、給付に代わる損害賠償として、損害賠償請求時の市場価格を基準に算定する賠償額を求める（抽象的損害算定）ことはできることには、どの立場でも異論がないことは、上述した。

- (50) この場合の給付請求権消滅は、給付が行われない場合（解除・給付に代わる損害賠償の請求による）も、給付が行われる場合（給付による債務（給付義務）の消滅）も含む。

- (51) Gsell は次のように述べる。Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO, 470.
債権者は、債務者に与えた猶予期間の経過前に、代替取引を行い、それによって損害を拡大するときには、原則として二五四条に基づく損害軽減義務に違反する、「というのは、猶予期間の徒過前には、債権者は、猶予期間が例外的に法律によって（特に二八一条二項によって）不要とされない限り、追完がなお行われることがあることを予想しなければならぬからである。債権者は、それに応じた行為を、損害帰責の枠内で、原則として求められるのである。」

- (52) Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO, 472f. 早期代替取引が遅延損害を回避しえた範囲においてのみ、債権者は共働過失を問われない（その範囲のみ、当該早期代替取引費用は賠償対象性を有する）という主張は、Gsell 説だけが行うものである。

- (53) この点に関連して、Gsell は、Lorenz 説を批判する。すなわち、Lorenz 説では、債権者が猶予期間経過後に早期代替取引をした場合において、その後債務者が履行をしたときでも、債権者は、代替取引費用の賠償請求ができてしまう。なぜなら、Lorenz 説では、この場合の早期代替取引費用は、遅延損害賠償に位置づけられるからである（上述）。しかし、それを認め

ると二重填補になってしまう。これに対して、Gsell説では、この場合、早期代替取引費用は、遅延賠償請求に該当せず、かつ、給付によって填補されると構成されるから、損害不発生を理由に、同費用の損害賠償請求権は不成立となり、二重填補は生じなからざる。Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO., 465.

(54) Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO., 471.

(55) 中には、債務者による給付の提供はあったものの、債権者が受領拒絶をした場合も含まれる。

(56) Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO., 467.

(57) Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO., 468f., 471.

(58) この点に関連して、Gsell説は、損害現象論に立ち、Riehm説を批判する。Riehm説では、この場合（後に給付があった場合において、給付時の給付の市場価格が早期代替取引費用を下回っているとき）、債権者は早期代替取引費用の賠償請求ができない。Riehm説では、同費用は、常に給付に代わる損害賠償に位置づけられるからである（Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., § 280 Rn.236, 256）。Gsell説は、これを過小填補であると論難するのである。Riehm説によれば、債権者は、この場合において早期代替取引費用の賠償を受けようとするときは、給付受領を拒絶しなければならなくなる。しかし、債権者に対して給付受領の拒絶を強いることは、BGBの履行優先原則に反するというのである。これに対して、Gsell説では、後に給付があっても、債権者は、遅延損害として早期代替取引費用を請求でき⁹²。Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO., aaO., 467f.

(59) Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO., 471.

(60) Kaiser, in: Aderhold/Grünwald/Klingberg/Paeffgen (Hrsg.), FS. FÜR HARM PETER WESTERMANN ZUM 70. GEBURTSTAG (2008), 356. すなわち、給付に代わる損害賠償は、「債務者が確定的に給付をまはや行わないことを理由として生じる損害」を填補するものであり、給付に代わる損害賠償請求権のために基準となる計算時点は、「履行請求権が消滅する時点である。すなわち、損害賠償の請求の時点である（二二八一条四項）」と述べる。

(61) Kaiser, in: Aderhold/Grünwald/Klingberg/Paeffgen (Hrsg.), aaO., 352.

(62) 上記の疑問乃至、Faust説・Lorenz説が格闘したテーマであった。

(63) Kaiser, in: Aderhold/Grünwald/Klingberg/Paeffgen (Hrsg.), aaO., 357. Kaiserは、冷凍庫の売買において売主が不履行を

しているケースを念頭において、次のように述べる。「買主が契約上の給付請求権を維持するときは、買主も契約に誠実に行為しなければならぬ。たとえば、買主が代替購入を行えるのは、すなわち、代替の冷凍庫を購入できるのは、給付に代わる損害賠償を請求したときにはじめてであり、猶予期間の経過に伴いすでに代替購入を行えるのではない。買主が、損害賠償の請求より前に、冷凍庫を購入するときは、買主は、これによって生じる費用の賠償請求権を有しない。」

- (64) Ernst, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 280 Rn. 70 f. Ernstの次の記述は、時期的区分説の核心を端的に言い表している。「二八一条四項によって給付の可能性が排除されて、はじめて、損害の確定性がもたらされ、この確定性が、当該損害を、給付に代わる損害賠償に性格づけるのである。」
- (65) Ernst, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 280 Rn. 73.
- (66) Ernst, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 286 Rn. 127. Ernstの記述を字句通り読解すれば、給付請求権消滅時より前に行われた代替取引の費用は、原則として、遅延賠償の対象ともなりえず、そもそも賠償対象となりうる損害として認められないこととなる。しかし、実際には債務者の不履行(遅滞または不完全履行)を原因として代替取引費用が生じているのに、なぜそれが遅延損害としても賠償対象となりえないのかは、Ernstの記述の記述からは判然としない(「代替取引費用は、純粋な不履行損害である。」と述べるだけである)。
- (67) Benicke/Hellwigは、Ernst・Kaiserが、時期的区分説に立ちながらも、代替取引費用を、常に給付に代わる損害賠償に位置づけていることを指して、時期的区分が、個別の点で事実上放棄されている、と指摘する。Benicke/Hellwig, in: Eikenga (Wissenschaftliche Redaktion), aaO, § 280 Rn. 366.
- (68) 時期的区分説の諸見解において、時期的区分をどの範囲で貫徹するかについて一致がなく、そのために、時期的区分説の、損害賠償種類上の分類に明晰な基準を与えるという利点が削がれているという指摘は、すでに前稿でも行った。
- (69) Benicke/Hellwig, in: Eikenga (Wissenschaftliche Redaktion), aaO, § 280 Rn. 316ff. Rehm, in: Sell/Krüger/Lorenz/Reymann (GesamthrsG.)/Gsell (HrsG.), aaO, § 280 Rn. 210.
- (70) 後述のように、BGHも、バイオディーゼル事件判決において、損害賠償種類に対して、主張されている損害賠償請求が給付と並存するか否かを決する役割を求めた。時期的区分説は、少なくとも、同判決においてBGHが求めた役割については、これを果たすことができない。

(71) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsrg.), aaO, § 280 Rn. 208, 210. Riehm は、次のように述べる。

時期的区分説は、「損害項目の発生時点と、損害項目の賠償対象性の全ての要件の充足の時点とを、不必要に混同することを基礎に置いている。」

(72) この指摘の含意は、次のことであろう。条文・法制度の適用対象が、要件によって定義されるのは、不適當である。なぜなら、条文・法制度の適用対象は、その制度趣旨に照らし当該規範の適用を受けるべき事実をどのように識別するかという観点から、要件とは別に定義されるのであり、これに対して、定義を満たす具体的適用対象に対し、法律効果を与えるべきか否かを決するのが要件であるはずである。要件から適用対象自体を定義することは、条文・法制度の適用のあり方に反することである、ということであろう。このような含意の指摘であるとしたら、方法論上の批判と呼ぶことができよう。

(73) Ostendorf, aaO, 2835f; Benicke/Hellwig, in: Ekkenga (Wissenschaftliche Redaktion), aaO, § 280 Rn. 316. Benicke/Hellwig は、次のように述べる。

時期的区分説は、「給付に代わる損害賠償の決定の際、一種の循環論法〔Zirkelschluss〕に至っている。猶予期間経過ないし損害賠償の請求までの給付または追完によって回避可能な損害が、給付に代わる損害賠償として賠償対象となる。この損害は、定義上、給付または追完が可能な範囲で最も遅い時点で実際には行われなかったときのみ生じるのであるから、それによって、常に、二八〇条一項・三項、二八一一条または二八三条による賠償のための付加的要件が満たされることも確定する。」

たしかに、時期的区分説によれば二八一一条の適用対象ではあるが猶予期間設定要件が満たされないので賠償対象とならないというケースが存在しなくなることは、この指摘のとおり不自然であるし、本文でもそのように述べた。条文の適用対象の定義の基準と要件充足の基準が同じというのは、通常の条文適用では許されないか、少なくとも異例のことである。しかし、それをもって循環論法とまで断じるのは厳し過ぎるであろう。定義の基準と要件充足の基準が同じであることは、複数の基準が核心部分で相互を参照するので結局基準が決まらないことと同じではなう。

(74) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsrg.), aaO, § 280 Rn. 208, 237.

(75) Ostendorf, aaO, 2835f; Grigoleit/Bender, aaO, 33; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsrg.),

aaO. § 280 Rn. 238.

Ostendorf は、時期的区分説が、時期的区分を維持しつつ早期代替取引費用の賠償対象性を否定する結論を得るためには、「かなりの理由づけ労力ないし理論的な非一貫性の甘受」を払わなければならない、と述べる。

Riehm は、次のように述べる。

時期的区分説のように、「代替取引費用の損害賠償種類上の位置づけに、個別事情に関連づけられる価値判断問題を盛り込み、そのようにして、二八〇条以下に、不必要な複雑性・法的不安定性を持ち込むことは、不要である。」

- (76) Benicke/Hellwig, in: Ekkenga (Wissenschaftliche Redaktion), aaO. § 280 Rn. 311, 319; 例として、代金一八〇〇〇ユーロでクラシックカーの売買契約が行われたが、売主が履行せず、買主が設定した猶予期間も徒過された場合において、買主が解除・給付に代わる損害賠償を請求したときに、その時点でクラシックカーの市場価格が二〇〇〇ユーロだった、しかし実は、猶予期間経過前に、第三者（映画撮影のためにクラシックカーを必要とする映画監督）から、当該クラシックカーを二五〇〇〇ユーロで転売してくれないかとの申し出を買主が受けていた、というものが挙げられている。Benicke/Hellwig 説は、時期的区分説によると、このケースの買主は、遅延賠償金として七〇〇〇ユーロ（転売利益）を、給付に代わる損害賠償として二〇〇〇ユーロ（損害賠償請求時の時価と売買代金の差額）の両方（合計九〇〇〇ユーロ）を得られてしまうと指摘し、これを過剰填補として批判する。Benicke/Hellwig は次のように述べる。

時期的区分説によれば、「両方の損害賠償請求権が認められることにより、買主は、売主が給付義務を適切に履行していたとしていたら得ていたはずである地位よりも、さらに有利な地位に置かれてしまうことになる。」

- (77) Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO. aaO. 465; ちなみに、Gsell 説では、この場合、代替取引費用は給付に代わる損害賠償に位置づけられるところ、給付の実現によりそもそも損害は生じなかったものと構成され、債権者の損害賠償請求権は不成立になる。Gsell, in: Auer et al. (Hrsg.), aaO. aaO. 466.

- (78) なお、判決時の原告は、X の管財人である。

- (79) 判決文に付した見出しは、筆者が便宜上設けたものである。

- (80) 早期代替取引費用を、常に、給付に代わる損害賠償に位置づける見解を、便宜上、「給付に代わる損害賠償説」と呼ぶことにする。

- (81) Hilbig-Lugani, NJW 2013, 2961. 本判決の直接の判示事項として明らかとなったのは、給付（履行）が行われたときは、早期代替取引費用の支払を求める損害賠償請求は斥けられること、したがって、債権者は、早期代替取引費用相当額の賠償金と給付そのものを、同時に両方とも取得することはできないことである。判決は、その理由として、給付に代わる損害賠償と給付（履行）の非両立性を挙げた。また、早期代替取引費用の支払を求める損害賠償請求を行うときは、二八一条が適用されるので、原則として猶予期間設定が必要となることも明らかとなった。
- (82) Looschelders, JA 2013, 866.
- (83) Faust 説・Lorenz 説の処理、すなわち、代替取引費用に関して、その発生時と給付請求権消滅時の前後関係で損害賠償種類を決し、給付請求権消滅前の同費用を遅延損害賠償に位置づけつつも、法律構成を凝らして、その賠償対象性を原則として否定するという、複雑な処理を、BGHは採用しないことが明らかになった。
- (84) Eberso, Hilbig-Lugani, aaO., 2961. すなわち、本事実の子細を見ると、X（買主）は、給付請求権消滅前に代替取引を行った（早期代替取引）のだから、Faust 説によれば、Xの共働過失が問われることとなり、早期代替取引費用の賠償請求は斥けられていたことになる。もともと、Lorenz 説によれば、本事実において早期代替取引費用の賠償対象性は肯定されてしまいうように思われる（Lorenz 説は、猶予期間経過後に行われた早期代替取引の費用については賠償対象性を肯定するところ、本事案は、確定的履行拒絶による猶予期間設定不要の事案であったと考えられるため）。
- (85) したがって、本判決によれば、遅延賠償請求権の要件が満たされていても、早期代替取引費用の賠償請求は、同請求権としては認められず、給付に代わる損害賠償の請求権によらなければならない。
- (86) すなわち、本判決は、時期的区分説に立ちながら早期代替取引費用の問題に関しては給付に代わる損害賠償説を採用する見解（Kaiser 説など）だけでなく、損害現象論の見解（Grigoleit/Rehm 説）も引用し、むしろ他の見解にも言及している。
- (87) Hilbig-Lugani, aaO., 2961.
- (88) 同判決は、時期的区分説に立ちながら早期代替取引費用の問題に関しては給付に代わる損害賠償説を採用する見解（Kaiser 説・Ernst 説（上述）も、同判決が支持する「通説」側の見解として引用している。
- (89) とくに、猶予期間経過後に早期代替取引が行われた場合において、その後給付が行われたときにおける処理について、Geall 説が、給付時の給付（契約目的物）の市場価格が早期代替取引費用を上回っているときは、損害不発生として同費用

- の賠償対象性を否定し、給付時の給付の市場価格が早期代替取引費用を下回っているときは、同費用について、遅延賠償としての賠償対象性を認める点は、むしろ、統一損害算定説の主張 (Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1111f.) と符合する。
- (90) Ebensso, Grigoleit/Bender, aaO, 27f. Grigoleit/Bender は、時期的区分説は時期的区分を「絶対化」しようとせず (Verabsolutieren) と批判する。

(91) たとえば、Lorenz 説が試みた因果関係理論の応用 (誘発事例) は、同説自身が論じた、早期代替取引費用の、遅延賠償としての賠償対象性の原則的否定・例外的肯定という場面以外で、活用可能なものであると思われる。猶予期間設定要件の充足後に行われた代替取引の場合は、同説・判例 (バイオデーゼル事件判決)・損害現象論・統一損害算定説のどの立場でも、代替取引費用の賠償対象性は肯定される。しかし、その場合でも、代替取引は、債権者の意思によって行われるので、そのような行為によって生じた費用について、債務者に帰責してよいのかという問題は、生じることになる。債権者がその意思で行った行為による費用でも、相当な理由があれば債務者に帰責することを正当化する理論として、Lorenz 説が応用した因果関係理論 (誘発事例) は活用可能である。実際、請負における瑕疵ある仕事給付のケースにおける、追完のための猶予期間経過後に生じる代替取引費用について、ある B G H 判決 (BGHZ 218, 1 (2018, 2, 22)) は、請負人への帰責を正当化する際、誘発事例の解釈論を援用している。同判決は次のように述べた。

「注文者が瑕疵除去をさせるときは、これによって注文者が投下する瑕疵除去費用であって、注文者が、合理的な評価を行って必要と判断する費用は、六三七条によって賠償されるだけではない。注文者は、このとき、注文者によって投下された瑕疵除去費用を、むしろ、六三四条四号、二八〇条・二八一一条による損害として賠償請求することもできる。というのは、注文者には、費用の額で、瑕疵のある仕事が行われれば被るはずがなかった財産的損害が生じているからである。注文者が、自由意思で費用を投下したということは、このことを妨げない。請負人の行為、すなわち、法律によって請負人に与えられた、請負人が引渡した瑕疵ある仕事を修補する (追完) 機会を利用しなかったという請負人の行為を理由に、注文者が費用投下へいざなわれたのも無理はないからである。」