

損害現象論的区分説における 給付に代わる損害賠償の識別

高 田 淳

- I 問題提起・本稿の構成
- II 損害現象論的区分説の概要
- III 実体不発生損害・利得不発生損害という損害発生形態
- IV 実体不発生損害〔Substanzausfallschaden〕の具体化
- V 利得不発生損害〔Ertragsausfallschaden〕の具体化
- VI 契約をめぐる対処に関する債権者の決定権限
- VII 小 括
- VIII 損害現象論的区分説内で見解が分かれる問題
- IX 私 見
- X ま と め

I 問題提起・本稿の構成

1 問題提起

2017年民法改正によって新設された民法415条2項（以下、民法については条文の番号のみを記す。）は、いわゆる填補賠償にあたる「履行に代わる損害賠償請求」が認められるための要件を定めて、填補賠償の要件をめぐる改正前の一般的な解釈を明文化した¹⁾。同条2項によれば、履行に代わ

1) 法務省民事局参事官室『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（2013年）115頁、田中洋「改正民法における「追完に代わる損害賠償」（2）」NBL1175号（2020年）31頁。

る損害賠償請求権の成立には、同条1項の要件に加え、履行不能の発生、確定的履行拒絶、解除・解除権発生のうちいずれかが必要であるが、同条2項で原則として求められているのは、催告期間の設定・同徒過である²⁾(以下、填補損害賠償請求権・法定解除権の要件として、相当期間の設定を伴う催告および同期間の徒過が求められる原則を、「催告期間要件」と呼ぶ)。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³⁾。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(以下、このことを、「履行と填補賠償の非両立性」と呼ぶ)。このように、債務不履行損害賠償請求の成立が問題となるとき、同請求が、催告期間要件の充足を必要とするか否か、および、履行と両立しうるか否かは、填補賠償請求にあたるか否かによって決まる。

2) 415条2項が定める事由のうち、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規定は、541条・542条である。債務不履行の際の無催告解除を許す542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。541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、解除権・履行に代わる損害賠償が認められるためには、催告期間設定・同徒過を要することが原則となる。

3) 履行請求権と填補賠償請求権とが並存する時期はありうるが、最終的に貫徹されるのはどちらか一方であって、債権者が填補賠償を受けかつ履行そのものを受けることは認められない。北川善太郎「損害賠償法における理論と判例」磯村哲編集代表『於保不二雄先生還暦記念 民法学の基礎的課題 上』所収(有斐閣, 1971年)98頁, 潮見佳男『新債権総論 I』(信山社, 2017年)482頁以下, 潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』(商事法務, 2018年)133頁(田中洋執筆)130頁以下, 田中洋「改正民法における「追完に代わる損害賠償」(1)」NBL1173号(2020年)6頁以下。

415条2項の新設は、催告期間要件の充足を要し、かつ、履行そのものとは両立しえない債務不履行損害賠償請求、すなわち、履行に代わる損害賠償請求（填補賠償請求）にあたるのはどのような場合か、それを識別する基準はどのように立てるべきかという課題を認識させるものである⁴⁾。

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、作業を進めてきた^{5) 6)}。BGBは、債務

4) この課題を指摘するものとして、福田清明「改正民法415条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について」名城法学69巻1=2号（2019年）147頁以下、林耕平「契約責任法における責任内容確定の構造と方法（1）」北大法学論集73巻6号（2023年）884頁以下。

5) 拙稿「損害賠償種類論における時期的区分説の検証」法学新報127巻3=4号（2021年）265頁以下（以下、「時期的区分説の検証」として引用。）、同「損害賠償種類論における時期的区分説の骨子」岡伸浩ほか編『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』（日本評論社、2021年）所収272頁以下（以下、「時期的区分説の骨子」。）、同「早期代替取引費用の賠償対象性（試論）」土田和博ほか編『現代経済法の課題と理論——金井貴嗣先生古稀祝賀論文集』（弘文堂、2022年）所収533頁以下（以下、「早期代替取引費用」。）、同「履行に代わる損害賠償（填補賠償）の識別」原田剛ほか編『民法の展開と構成——小賀野晶一先生古稀祝賀』（成文堂、2023年）所収269頁以下（以下、「履行に代わる損害賠償」。）、同「損害賠償種類論における損害現象論的区分説の骨子」滝沢昌彦ほか編『社会の多様化と私法の展開——小野秀誠先生古稀記念論文集』（法律文化社、2024年）所収42頁以下（以下、「前稿」。）。

6) 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』（法政大学出版局、2002年）182頁以下、林・前掲論文900頁以下参照。）。

第241条 債権関係から生じる義務

(1) 債権関係に基づき、債権者は、債務者に対して給付を求める権利を持つ。給付は、不作為にも存しうる。

(2) 債権関係は、その内容に従って、各当事者に、相手方の権利、法益及び利益への配慮を義務づけうる。

第249条 損害賠償の方法及び範囲

(1) 損害賠償の義務を負う者は、損害賠償を義務づける事情が生じていなかったとしたら存していたはずである状態を回復する義務を負う。

不履行損害賠償について、完全性利益侵害を対象とする「単純な損害賠償」、遅延賠償に相当する「給付の遅延を理由とする損害賠償」、填補賠償に相当する「給付に代わる損害賠償」の3つの種類（損害賠償種類）を定めている。そのため、ドイツでは、個別の債務不履行損害賠償請求がこれら3

(2) 人に対する侵害又は物の損傷を理由として損害賠償が行われるべきであるときは、債権者は、原状回復に代えて、そのために必要な金額を請求することができる。（後段省略）

第251条 猶予期間設定を伴わない金銭による損害賠償

- (1) 原状回復が不能であり、又は、債権者に対する賠償のために十分でないときは、賠償義務者は、債権者に対して、金銭による賠償をしなければならない。
- (2) 賠償義務者は、原状回復が、不釣り合いな費用を伴ってしか可能でないときは、債権者に対して、金銭による賠償をすることができる。（後段省略）

第252条 逸失利益

賠償の対象となる損害は、逸失利益をも含む。物事の通常の経過に従えば、又は、特別の事情に従えば、特に、行われた準備及び措置に従えば、蓋然性を伴って期待することができた利益は、逸失利益であるとみなす。

第254条 共働過失

- (1) 損害の発生に際し、被害者の過失が共働したときは、賠償義務及び行お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。
- (2) 前項は、被害者の過失が、異常に高額な損害の危険であって、債務者が知らず、かつ、知ることを要しなかった危険について、被害者が債務者に注意をすることを怠っ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ったことに限られるときにも適用する。（後段省略）

第280条 義務違反に基づく損害賠償請求

- (1) 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。
- (2) 債権者は、第286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。
- (3) 債権者は、第281条、第282条又は第283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。

つのだの種類の種類に該当するのかを、どのような方針・基準で判断するべきかが、活発に論じられている。筆者は、この解釈論議を「損害賠償種類論」と呼びつつ研究対象とし⁷⁾、主として填補賠償の識別基準の定立を試みる

第281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

(1) 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280条第1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〔unerheblich〕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。

(2) 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。

(3 項省略)

(4) 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。

(5 項省略)

第286条 債務者の遅滞

(1) 債務者が、履行期の到来後に行われる債権者の督促〔Mahnung〕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。

(2) 次のときは、督促を要しない。

- 1 給付のために、暦によって時期が定められているとき。
- 2 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って計算されるとき。
- 3 債務者が、断固としてかつ終局的に給付を拒絶するとき。
- 4 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。

作業に取り組み、その中でドイツの損害賠償種類論の各見解を検討し、損害現象論的区分説への支持を表明してきた。とりわけ、前稿では、同説の骨子を整理してその優位性を主張した。もっとも、前稿では、同説の具体的な詳細、特に、各損害項目をめぐる個別的議論内容を論じるまでにはいたらなかった。本稿は、この点を補い、ドイツ損害現象論的区分説の具体的な内容を参照にして、個別の損害項目の損害賠償種類上の位置づけを中心に、日本法の解釈を提示するものである。

2 構成

本稿の構成は、次のとおりである。まず、前稿を要約しつつ損害現象論的区分説の概要を示す(Ⅱ)。次に、同説において、給付の不履行を理由とする損害賠償について、実体不発生損害・利得不発生損害という損害の発生形態が区別されていること、および、それらがどのように定義されているかを整理する(Ⅲ)。そして、実体不発生損害および利得不発生損害の、それぞれの具体化を跡づける(Ⅳ・Ⅴ)。関連事項として、それらの議論において指摘される契約をめぐる対処に関する債権者の決定権限に関する捉え方にも注意を払っておく(Ⅵ)。その後、いったん、各損害項目の位置づけをめぐる議論に関し結論だけを総括する(Ⅶ)。それに続けて、やや細かい点をめぐって見解が分かれる2つの議論、すなわち転売利益をめぐる議論および債権者の給付請求への利益の有無の損害賠償種類への影響をめぐる議論を瞥見する(Ⅷ)。最後に、これによって具体像が明らかになったドイツ損害現象論的区分説を参照にして、私見を示す(Ⅸ)。

(3項省略)

(4) 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って行われなるときは、遅滞に陥らない。

7) 近時、債務不履行損害賠償における損害概念の根本的問い直しという基礎理論的作業の枠内で、本稿でいう損害賠償種類論にも強い関心を寄せる研究が現れた。林・前掲論文882頁以下。

Ⅱ 損害現象論的区分説の概要

損害現象論的区分説の概要は次のとおりである⁸⁾。

第1に、損害現象論的区分説は、各損害賠償種類を定める条文制度がどのような価値判断に立脚しているかを考察の出発点とする。同説では、損害賠償種類の区別の指針は、各規定の価値判断に求められる。BGBは、債務不履行損害賠償請求について、給付の不履行を理由とする損害賠償請求と、単純な損害賠償とを区別しているところ、同説によれば、これは、前者については、損害賠償責任を負わせるためには、債務者に対して給付義務の存在について通知・警告があることを要求することが妥当であり、したがってその要求を具現化する督促要件が必要であるのに対し、後者にはそのような必要はないという価値判断に基づく。同説は、この価値判断に依拠して、給付の不履行を理由とする損害賠償によって保護される利益が給付利益であり、単純な損害賠償によって保護される利益が完全性利益であると位置づける。

第2に、BGBは、給付の不履行を理由とする損害賠償請求を、さらに、2つに区別する。すなわち、給付に代わる損害賠償と、給付の遅延を理由とする賠償請求（遅延賠償）である。両者を区別しなければならない理由は、前者の損害賠償については、履行優先原則および給付との非両立性が妥当するが、後者にはこれらは妥当しないことにある。同説は、この価値判断に忠実な両者の区別の定式化を試み、前者を「給付の不発生の確定に基づく損害賠償」と定義する。

第3に、同説は、具体的な損害項目が、上記のように定義される給付に代わる損害賠償の対象となるか否かを判断するための補助的な道具立てとして、実体不発生損害、利得不発生損害という概念を導入する。同説は、

8) 拙稿「前稿」46頁以下。

これらの概念を用いて損害賠償種類上の分類を論じる。この点の整理・検討が本稿の中心をなす。

Ⅲ 実体不発生損害・利得不発生損害という損害発生形態

損害現象論的区分説の論者は、給付利益侵害による損害を、実体不発生損害・利得不発生損害の形態に分類する^{9) 10)}。

1 実体不発生損害の定義

実体不発生損害〔Substanzausfallschaden〕とは、「給付自体が、債権者の財産に到達しないということ、または、瑕疵を伴ってしか到達しないこと」¹¹⁾「給付実体〔Leistungssubstanz〕それ自体を取得するという利益」¹²⁾「対象そのものについての給付利益、すなわち、義務づけられた給付自体を取得するという利益」¹³⁾である¹⁴⁾。

9) Grigoleit/Riehm, AcP 203(2003), 735ff; Ostendorf, NJW 2010, 2837; Grigoleit/Bender, ZIPW 2019, 11ff; Kindl, JURA 2020, 780f.; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrgs.)/Gsell (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 1.8.2023, BGB §280 Rn. 223, 229f., 232.

10) なお、Grigoleit/Benderは、実体不発生損害・利得不発生損害に加えて、給付利益の賠償の3つ目として、「他の財産における損失であって、給付の不発生にのみ基づく損失」(「等価利益の消極的側面ないし保護側面」)があるとする。これは、身体・所有権などの完全性利益に位置づけられる利益が、契約内容によって、給付利益賠償の対象となる場合である。すなわち、契約上の給付が、既に存する債権者の身体・所有権等の財貨を、通常よりもさらに手厚く保護することを目的とするときに該当する。この場合において義務違反があると害されるのは確かに完全性利益(債権者の身体や財貨)であるが、その損害は、保護義務違反ではなく、給付義務違反によって生じるため、給付利益の賠償に位置づけられる、という。Grigoleit/Bender, aaO., 20f.

11) Grigoleit/Riehm, aaO., 736.

12) Grigoleit/Bender, aaO., 11.

このように、実体不発生損害とは、債権者が給付を取得しないことそれ自体を指す。この概念を用いるということは、「債権者が給付を取得しないこと」そのものに損害を見出すことが前提とされている。実体不発生損害の典型例は、給付目的物の市場価格である。

後述するように、実体不発生損害は、常に給付に代わる損害賠償の対象となる。

2 利得不発生損害の定義

この実体不発生損害と並ぶ、給付利益侵害の損害は、利得不発生損害〔Ertragsausfallschaden〕である。これは、「債権者が、直接的または間接的に、給付目的物の使用（ないし換価）から獲得することができ、かつ、獲得する意思のある財産的利益」¹⁵⁾「債権者の利用計画に従って、給付実体を所持することだけから生まれる価値」¹⁶⁾「利得を産出するように給付の成果を利用できるという期待」¹⁷⁾「債権者が、予定どおりには給付を利用できないことから被る損害」¹⁸⁾である。

実体不発生損害が給付を取得しないこと自体を意味するのに対して、利得不発生損害は、給付の取得を前提として、その給付を債権者が利用・活用することによって得られていたはずである利益が得られないことを指す。したがって、利得不発生損害が認められるためには、債権者が、給付目的物を、利得を生じる態様で利用・活用することを予定していたこと、

13) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.223.

14) このほか、「等価利益の直接的核心理」と表現されることもある（Ostendorf, aaO., 2837; Kindl, aaO., 780）。

15) Grigoleit/Riehm, aaO., 739.

16) Grigoleit/Bender, aaO., 19.

17) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.223.

18) Kindl, aaO., 780.

少なくともその機会を有していたことが必要となる。利得不発生損害の典型例は、経営喪失損害〔Betriebsausfallschaden〕・利用喪失損害〔Nutzungsausfallschaden〕¹⁹⁾である。経営喪失損害とは、債務不履行によって、債権者が当該給付を入手できないことから、経営上の損失を被ることである。例えば、賃貸用物件を購入した買主が、購入後間もなく使用開始する予定の賃借予定者を既に確保できていたのに、売主が、当該物件に関する公的規制を解消することに遅れ、そのために買主が当該賃借予定者と賃貸借契約を結ぶことができなくなり賃料収入を失う²⁰⁾、という損害である。

後述するように、利得不発生損害は、利得不発生確定（給付の価値化機会の確定的喪失）より前に生じた場合は遅延損害の対象となり、利得不発生確定時点以降に生じた場合は、給付に代わる損害賠償の対象となる。

IV 実体不発生損害〔Substanzausfallschaden〕の具体化

1 給付に代わる損害賠償としての実体不発生損害

実体不発生損害は、常に、給付に代わる損害賠償の対象となる²¹⁾。なぜならば、実体不発生損害とは、義務づけられた給付が得られないことそれ自体を指すのであるから、必然的に、現実履行（給付）に代わるものとしてしか主張されえないからである²²⁾。

19) 利用喪失損害とは、債務不履行によって、債権者が当該給付を利用できないことから被る損害である。例えば、売買において目的物である自動車に瑕疵があり、買主がこれを利用できなくなった場合において、買主が、自動車利用の必要を補うために、自らの費用で代替車両を確保するとき、その費用がこれにあたる（BGH NJW 2010,2426 (2010.4.14) の例）。

20) BGHZ 181,317 (2009.6.19) の例。

21) Grigoleit/Riehm, aaO., 736; Grigoleit/Bender, aaO., 25; Kindl, aaO., 780.

22) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.229.

2 実体不発生損害の賠償方法

BGBでは、損害賠償は、原則として原状回復によって行われ、原状回復の困難など一定の要件のあるときに、金銭による価値賠償〔Wertersatz〕によって行われる。実体不発生損害も、同様である²³⁾。この枠組を前提とした実体不発生損害の賠償の方法について、損害現象論的区分説の論者は、次のように論じる²⁴⁾。

まず、原状回復とは、賠償を義務づける原因がなかったとしたら生じていたはずである状態を作出することであるから、契約上の給付義務の不履行の場合は、原状回復とは、給付の実現を意味する。そうすると、249条1項が定める原状回復請求権そのものは、本来は、債務者による原状回復（給付の実現）の請求を内容とすることとなるはずである。しかしながら、給付の不履行から生じる損害賠償請求権として、債務者自身に、原状回復（給付の実現）を求めることはできないと解されている²⁵⁾。もっとも、249条は、その2項において、債権者は、賠償請求として、債務者による原状回復に代えて、原状回復のための費用の支払を求めることができることも定める。そこで、債権者が、自ら、給付に相当するもの（給付目的物）を調達するときは、原状回復のための費用の賠償請求として、その費用を債

23) Grigoleit/Riehm, aaO., 736; Grigoleit/Bender, aaO., 11.

24) Grigoleit/Riehm, aaO., 736ff.; Grigoleit/Bender, aaO., 17f..

25) 山田晟 = 来栖三郎「損害賠償の範囲と方法に関する日独両法の比較研究」川島武宜編集代表『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究 上』（有斐閣、1957年）203頁、北川善太郎「損害賠償論序説（一）——契約責任における——」法学論叢73巻1号（1963年）8頁、鈴木祿弥『債権法講義 三訂版』（創文社、1995年）213頁参照。給付に代わる損害賠償の場合、損害賠償請求権の成立・行使と給付請求権の存続は相容れないのに、債務者による給付の実現を内容とする請求権を原状回復の損害賠償請求権として認めるとしたら、原状回復の損害賠償請求権として、（消滅するはずの）給付請求権と同内容の請求が認められることとなってしまい、給付請求権の消滅との整合性が危うくなる。

務者に請求することができる²⁶⁾。この費用の賠償請求も、原状回復の一態様である。

次に、このような原状回復がBGBの原則であるものの、一定の要件が満たされれば、251条の定める価値賠償が認められる。

以上から、実体不発生損害は、給付自体の調達費用の賠償（249条2項に基づく）か、または、給付自体の価値賠償（251条に基づく）として賠償請求の対象となる。

3 給付自体の調達費用（代替取引費用・自己措置費用）

上述のように、実体不発生損害は、給付目的物自体の調達費用〔Beschaffungsaufwand〕という形態をとることがあり、この費用については原状回復のための費用として賠償請求の対象となる。給付目的物自体の調達費用は、その調達が第三者との取引によって行われるときは代替取引〔Deckungsgeschäft〕費用と呼ばれ、自らの行為によって調達が行われるときは、自己措置〔Selbstvornahme〕費用と呼ばれる。

Grigoleit/Riehm は、代替取引費用・自己措置費用が実体不発生損害であることについて次のように述べる²⁷⁾。

BGBでは、損害賠償の原則は原状回復であるが、上述のように、契約上の給付義務の不履行による損害賠償に関しては、債務者自身による原状回復（給付の実現）を損害賠償として求めることはできない。しかし、「債権者自身または債権者から委託された第三者による原状回復は影響を受けないままである（249条2項前段）。債権者が市場において、義務づけられた給付を調達し、または、（瑕疵ある給付の場合において）第三者に瑕疵を除

26) 後述するように、債権者による給付目的物の調達には、債権者自ら給付目的物を製作しその費用を債務者に請求する態様と、債権者が第三者から給付目的物を購入し、そのために生じた費用を請求する態様とが考えられる。

27) Grigoleit/Riehm, aaO., 736f. Ebenso Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.246.

去させたときは、債権者は、まさに、債務者が現実給付をしていたら生じていたはずの状態を（しかも現実には！）作り出している。すなわち、このとき、給付対象は、債権者の財産のもとに存しているのである。債務者は、249条2項により、このために必要な金額を賠償しなければならない。すなわち、代替取引ないし代替措置の（増加）費用負担を負担しなければならない。」「代替取引または自己措置の費用が、常に、給付に代わる損害賠償に帰せられるのは、つぎのことが理由であり、かつ、その限りにおいてである。すなわち、その費用が、債権者の現実給付利益が確定的に他の方法によって満足され、したがって、もはや債務者の給付によっては充足されえないことをもたらすからであり、かつ、その限りにおいてである。」

それ以外の論者も、こぞって、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論じている^{28) 29) 30)}。ドイツ連邦通常裁判所（以下、

28) Grigoleit/Bender, aaO., 29f.; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrg.)/Gsell(Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.246; Kindl, aaO., 883f. ただし、Kindlは、代替取引費用の中でも早期代替取引費用は、給付の不発生の確定に基づいてはいない、と指摘する。その理由は、早期代替取引は履行請求権の存続中に行われるものを指すのであるから、早期代替取引費用は、いまだ履行請求権が存続している時点、すなわち、給付の不発生がなお確定していない時点で生じているというものである。それを自認しながらも、同説は、代替取引費用を給付に代わる損害賠償の対象としなければ、過剰填補が生じてしまうことを理由として、早期代替取引費用も給付に代わる損害賠償の対象であるとす。

29) 損害現象論的区分説の論者ではないものの、損害賠償種類の決定は具体的事案の経過からは独立して行われるべきという基本を同説と共有するSchroeter説も結論同旨である。同説は、代替取引費用を給付に代わる損害賠償に位置づけないと、債務者（売主）は、1つの契約しかないのに、2度、債権者（買主）への有利な給付を強いられることになり、これは、契約における対価的牽連関係を害することを理由として挙げる。Schroeter, AcP 220(2020), 273f.

30) Katzensteinは、原則として代替取引費用の賠償を給付に代わる損害賠償として認めるが、次の条件があるという。すなわち、同費用の賠償により、債務者は、債権者に対し、間接的に価値的にはあるが、給付を得られるよう取り

BGHと表記する。）も、2013年の判決で、同じ見解を採用した³¹⁾。

4 給付の価値賠償〔Wertersatz〕

上述のように、実体不発生損害は、給付自体の調達費用の他に、給付自体の価値的換算によって賠償が行われることがある。

(1) 市場価格

給付自体の価値的換算という位置づけに異論がないのは、市場価格を指標とする賠償請求である。

はからったといえるという条件である。言い換えれば、代替取引費用の債務者による賠償が、債務者が契約上招来を義務づけられていた状態創出のための費用負担を実際は債権者が行ったときに、この費用負担から債権者を解放するものといえることである。Katzenstein, JURA 2004, 591.

- 31) BGHZ 197, 357 (2013.7.3). バイオディーゼル事件判決と呼ばれる同判決については、拙稿「時期的区分説の検証」291頁以下参照。もっとも、BGHは、近時の判決（BGH NJW 2023,3285 (2023.4.20)）において、債務者の履行遅滞の対処として債権者が行った対応が、債務者の給付（当該事案では自動車製造用部品の輸送）と同じ給付成果（自動車製造用部品の目的地への到達）を第三者から獲得する取引の締結であったとしても、その目的が債権者自身の取引先に対する遅延賠償責任発生の回避にあったときは、この第三者との取引による費用負担は、遅延賠償の回避のためのものであって、債務者から得るはずであった給付に代わるものを取得するためのものではないとして、給付に代わる損害賠償の対象にはならず、遅延賠償の対象となるという判断を行った。この解釈は、一般化すれば、債務者が負う給付と同一給付成果を目指す第三者との取引の目的が、債権者自身の遅延賠償回避にあるときは、同取引の費用の賠償は遅延賠償の対象となるという扱いであるから、損害賠償種類の区別方法に関するBGHの解釈において、重要な新判断が加わった可能性がある。とりわけ、バイオディーゼル事件判決の射程は新たな解釈によって狭まったと捉える余地がある。ただし、BGH NJW 2023,3285の事案は、特別な事情を多く含むので（債権者と債務者の契約は物品運送契約であったこと、かつ、債務者に課せられていた給付は部品の「海上運送」であったこと。債権者が第三者との取引で調達したのは、确实視された債務者による履行遅滞に対処するための、「航空運送」であったこと。債権者と第三者の取引で航空運送の対象とされたのは、債務者

Grigoleit/Riehmは、次のように述べる³²⁾。「代替取引による原状回復が可能でないとき、または、債権者にとって十分でないとき（例えば、元々の瑕疵の修補にもかかわらず商品価値の減少が残っているということを理由として）、実体不発生損害は、251条に則り、価値賠償の方法で請求できる。債務者は、このとき、債権者を、給付対象物が、義務づけられたとおりに債権者の財産に到達していたら生じていたはずである地位に、財産の上で、置かなければならない。債務者は、したがって、例えば、給付対象物の（市場）価値を支払い、または、瑕疵による価値減少分を支払わなければならない。」

(2) 転売利益

給付自体の価値的換算として、転売契約の挫折（債権者が債務者と結んだ契約の不履行によって、債権者が転買主から契約を解除されるケース。）における転売利益を挙げる見解もある。Grigoleit/Benderは、次のように述べる³³⁾。「転売挫折から生じる逸失利益ないし、瑕疵を原因とする純益減少も、最終的には、給付実体に対する価値賠償である。というのは、債権者にとって、給付実体価値は、瑕疵から生じる価値減少の指標である市場価値を超えることが、債権者が、市場価値を超えて給付実体を価値化する具体的な可能性を有していたときは、ありうるからである。この価値算定を正当化するのには、債権者は、（実体の）利用目的について決定権を有しているの

による海上運送の対象となった部品そのものではなく、その同種類の部品であったこと等。）、その射程や影響程度の見極めおよび判断内容の画定には、慎重な分析検証を要する。ドイツの判例は、損害賠償種類上の分類のあり方について、統一された基本的立場を形成していないのが現状であるが（拙稿「時期的区分説の骨子」290頁以下）、BGH NJW 2023,3285をも含めたBGH判例の整理は、今後の課題である。

32) Grigoleit/Riehm, aaO., 738. Ebenso Katzenstein, aaO., 590f.; Grigoleit/Bender, aaO., 15.

33) Grigoleit/Bender, aaO., 15f. Ebenso Kindl, aaO., 780.

あり、債務者はこれを甘受すべき立場であることである。」

Grigoleit/Benderは、実質的根拠として、次の点も論じる³⁴⁾。仮に転売利益の賠償を遅延賠償へ位置づけるとすると、「債権者は、現実履行について二重の価値化の機会を得る。……挫折した転売の逸失利益の場合は、同じ1つの給付実体を2度価値化することができることによって。挫折した転売からの逸失利益を遅延損害に位置づけるとしたら、実際に、債権者は、まず、逸失利益を、280条1項・2項、286条によって請求することができてしまうが、同時に、281条4項に相当する規定がないために、現実給付およびそれに伴う可能性、すなわち後の時点において現実の売却によって利得を改めて現実化する可能性をも取得できてしまうのである。」

もっとも、転売利益が給付に代わる損害賠償の対象となることについては、損害現象論的区分説に近い見解においても異論がある。そこで、転売利益の損害賠償種類上の位置づけについては、別途整理する。

(3) 第三者に対する賠償義務負担

給付目的物が債権者により転売がされていた場合において、債務者が不履行を行い、そのために債権者も転買主との関係で債務不履行に陥り、これを原因として債権者が損害賠償義務を負ったとき、この損害賠償の損害賠償種類における位置づけも問題となりうる。Grigoleit/Benderによれば、この損害賠償は、実体不発生損害としての価値賠償の対象となる³⁵⁾。債権者が契約（債権）によって得るべき給付の価値の全体には、積極的側面と消極的側面があり、前者には転売利益が含まれ、後者には転買主に対する賠償金負担が含まれるのであり、どちらも給付実体の価値を示すものである。したがって、後者も給付の価値賠償としての実体不発生損害にあたり、給付に代わる損害賠償の対象となる、という。

34) Grigoleit/Bender, aaO., 38. Ebenso Schroeter, aaO., 270f.

35) Grigoleit/Bender, aaO., 16f.

V 利得不発生損害〔Ertragsausfallschaden〕の具体化

1 利得不発生損害と損害賠償種類

上述のように、実体不発生損害と並ぶ給付利益は、利得不発生損害である。その利得不発生損害の賠償は、同損害が利得不発生の確定（給付の価値化機会の確定的喪失）以後に生じるときは、給付に代わる損害賠償に該当する。これに対して、利得不発生損害であって、給付の価値化機会の確定的喪失より前に生じているものは、遅延賠償の対象となる。

Riehmは次のように述べる³⁶⁾。「給付対象のさらなる価値化から生じる利得の不発生は、その利得が現実履行の不発生によってもはや確定的に獲得されえなくなったときのみ、給付に代わる損害賠償の対象となりうる。」

2 給付に代わる損害賠償としての利得不発生損害

(1) 給付請求権消滅時点以後の利用喪失損害・営業喪失損害

利得不発生の確定（給付の価値化機会の確定的喪失）以後に生じる損害に該当するものとして異論がないのは、利得不発生損害のうち、給付請求権消滅後に生じるものである。Grigoleit/Riehmは次のように述べる³⁷⁾。給

36) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrgs.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.230. Ebenso Grigoleit/Riehm, aaO., 741.

37) Grigoleit/Riehm, aaO., 743. Ebenso Grigoleit/Bender, aaO., 25; Ostendorf, aaO., 2837; Kindl, aaO., 780f.; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrgs.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.274ff. なお、Ostendorfは、債権者が猶予期間設定を行わないとき、または、債権者の猶予期間設定が遅すぎる場合は、基準となる猶予期間は、債権者が不履行を知ったときから相当な期間となるとし、この場合は、この意味での猶予期間の経過後の利用喪失損害・営業利益喪失損害は、債権者が設定した猶予期間の徒過がなくとも、給付に代わる損害賠償の対象となる、とする。

付に代わる損害賠償の対象となる利得不発生損害は、給付請求権の消滅の時から計算されるが、それは次の理由による。「現実給付請求権の喪失があってはじめて、給付目的物の計画どおりの利用の可能性は、確定的に失われる。なぜなら、現実給付はもはや生じることがなくなるからである。」

具体的には、給付請求権消滅後に生じる利用喪失損害・営業利益喪失損害がこれにあたる³⁸⁾。

(2) 転売利益

利得不発生損害に該当し、かつ、利得不発生³⁹⁾の確定（給付の価値化機会の確定的喪失）によって生じるものとして、転売契約の挫折における転売利益を挙げる見解もある。Grigoleit/Riehmは、次のように述べる^{39) 40)}。「確定的な価値化喪失は、特に、個別的な出来事で生じることもある。例えば、債権者からの購入者が売買契約を解除し、債権者が給付目的物を、同等の利益をともなって、他の方法で価値化することが直ちにはできないときは（BGB254条2項）、特定の利得を獲得する可能性は確定的に失われる。……

38) Grigoleit/Riehm, aaO., 742f.; Grigoleit/Bender, aaO., 25; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn. 274ff.

39) Grigoleit/Riehm, aaO., 741. Ebenso Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.270.

40) Katzensteinは、転売利益が利得不発生損害として給付に代わる損害賠償の対象となることはありうるとしつつも、これに厳格な要件を課す。すなわち、債権者は、代替取引費用の賠償を受ければ、通常は、転売の可能性も含めて、給付があったと同様の状態を得られるのであるから、原則として代替取引費用の取得および代替取引の実施によって、転売利益の獲得も含めて、事態に対処すべきである。債権者に転売利益の賠償請求が認められるのは、このことが妥当しない場合、すなわち、契約目的物が非代替的給付であるケースか、または、転売が不可能になった理由が、短期間の間に代替調達が失敗しかつ具体的な転売可能性がまさにこのために挫折するということにあるケースだけである、という。Katzenstein, aaO., 591.

債権者の現実給付利益は、このとき失われる。なぜなら、具体的な利用計画は挫折しているからである。」「したがって、転売からの逸失利益は、常に、給付に代わる損害賠償の一部である。」

(3) 実体不発生損害と給付に代わる損害賠償としての利得不発生損害の
並存

実体不発生損害が生じている場合において、それとは別個に利得不発生損害が給付に代わる損害賠償として生じるとき、債権者は、両者とも賠償請求することができるか、が問題となりうる。この点について、損害現象論的区分説の論者は、両者とも請求することは妨げられないと解している⁴¹⁾。

3 遅延賠償としての利得不発生損害

(1) 給付請求権存続中の利用喪失損害・営業喪失損害

利得不発生損害のうち、給付請求権存続中に生じたものは、遅延賠償の対象となる。同損害は、履行遅滞発生以降、給付がないこと自体から直ちに確定的に生じ、給付の不発生の確定に基づくものではないからである。

Grigoleit/Benderは、次のように述べる⁴²⁾。BGBは、給付に代わる損害賠償における（281条）のとは異なり、遅延賠償について、猶予期間設定を要件としていない（286条）から、「遅延損害が、現実履行と並存して請求可能であることは明らかであり、このとき過剰填補も生じない。このことが、まさに、遅延損害の賠償のために猶予期間設定も不要である理由である。というのは、猶予期間設定によって確保されるべき現実履行可能性は害されないからである。」「遅延損害賠償に位置づけられる等価利益は、期

41) Grigoleit/Riehm, aaO., 739; Grigoleit/Bender, aaO., 26f.

42) Grigoleit/Bender, aaO., 26. Ebenso Kindl, aaO., 780; Grigoleit/Riehm, aaO., 747f.; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.279.

間依存的である。というのは、損害発生は、まさに、給付提供の時期的重要性を根拠として、確定的に起こっている（しかも、給付の不発生は確定とは関わりなく起こっている）からである。利用価値のこの時間的特徴がなかったとしたら、……債権者には、給付の遅延を理由とする損害は生じなくなってしまう。」「債権者が最終的に現実履行を受領するならば、給付実体の補償は不要である。このときは、債権者の利用計画によって決まる（積極的または消極的）利用損失であって、給付の受領までに生じた利用損失の補償だけが行われる。債権者が履行を待っている間に生じる、この損失は、期間依存的に給付を補完する等価利益として遅延損害に位置づけられる。」

具体的には、給付請求権消滅より前に生じる利用喪失損害・営業利益喪失損害がこれにあたる⁴³⁾。

(2) その他の遅延賠償

Grigoleit/Riehmは、その他の遅延賠償として、事前に計算に入れるべき額以上の費用を給付の取得のために負担させられないという債権者の利益も挙げる。その具体例は、権利実現費用としての弁護士費用、取立費用、裁判費用である⁴⁴⁾。

VI 契約をめぐる対処に関する債権者の決定権限

以上の議論を前提とすると、給付に代わる損害賠償の対象となるか否かが、契約をめぐる債権者による対処方法によって影響を受けることがある。これは、不履行を受けて債権者が代替取引を行うとき、および、債権者が履行を前提として転売契約を締結しているときにあてはまる。

43) Grigoleit/Riehm, aaO., 742, 747f.; Kindl, aaO., 780; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 279ff.

44) Grigoleit/Riehm, aaO., 748. Ebenso Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsg.), aaO., BGB §280 Rn.313.

債権者の対処方法が給付に代わる損害賠償の内容を左右してよいことについて、Grigoleit/Riehmは、次のように述べる⁴⁵⁾。給付に代わる損害賠償の範囲は、「債権者の利用目的で決まる。債権者は、自己の給付利益を、給付目的物を用いて追求する目的を決定することで、一方的に定義することができる。この定義は、最終的に、給付利益が、いつ次の理由によって消滅するかをも決定する。その理由とは、給付利益が、他の方法で満足されるか（例えば代替取引により。）、または、もはや満足され得ない（例えば買主からの購入者が解除したことにより。）というものである。……債権者の利用目的を債務者が知っているかは、重要ではない。したがって、債権者が計画を、契約締結の前から持っていたか、契約締結後初めて持ったかも、重要ではないこととなる。」「債権者の給付利益が特定の定まっていればいるほど、その分早くその利益は消滅しうる。したがって、債権者が、目的物を、それを特定の顧客に転売することだけを理由として、または、特定の注文の処理のために利用することを意図するためだけに、購入することが考えられる。この転売ないし注文の実行が挫折すると、債権者の給付利益は失われる。すなわち、逸失利益は、給付に代わる損害賠償に位置づけられる。同様のことは、債権者が、まさにこの転売ないし注文履行のために、第三者から目的物を取得するとき（代替取引）にもあてはまる。」

Ⅶ 小 括

上記のような分析・検討を経て、損害現象論的区分説の諸見解は、個々の損害項目の位置づけにつき、おおむね同じ結論に至る。

まず、次の損害項目の賠償は、給付に代わる損害賠償に該当する。すなわち、代替取引費用、契約目的物の市場価格、転売利益、給付請求権消滅

45) Grigoleit/Riehm, aaO., 740. Ebenso Grigoleit/Bender, aaO., 16; Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.) /Gsell (Hrsrg.), aaO., BGB §280 Rn. 268.

後の利用喪失損害・営業喪失損害である。なお、転売利益について、結論としては給付に代わる損害賠償の対象となるとする点では一致しつつも、Grigoleit/Benderがこれを実体不発生損害に位置づけるのに対し、Riehmは、利得不発生損害のうち、給付の価値化機会の確定的喪失にあたるとする。Grigoleit/Benderは、さらに、第三者（転買主）からの責任追及に応じるために負担を余儀なくされた賠償の費用も給付に代わる損害賠償であるとする。

次に、給付請求権存続中の利用喪失損害・営業喪失損害は、遅延賠償に該当する。

Ⅷ 損害現象論的区分説内で見解が分かれる問題

1 転売利益の位置づけ

上述のように、損害現象論的区分説の論者（Grigoleit/Bender, Kindl）は、転売利益を、それが生じた時期を問わず、常に、給付に代わる損害賠償に位置づける。その実質的理由は、転売利益を遅延賠償の対象であるとする⁴⁶⁾と過剰填補をもたらすことにあった。

これに対して、損害現象論的区分説に近い主張を行うDauner-Liebは、転売利益が遅延賠償に該当することもあるとする⁴⁶⁾。すなわち、Dauner-Liebは、一方で、猶予期間設定は給付の機会を確保するためにあるところ、その給付が行われれば防止できる損害が給付に代わる損害賠償の対象であり、他方で、遅滞から直ちに確定的に生じてしまい猶予期間設定による給付機会の確保とそれによる給付があったとしてももはや除去されえない損害の場合は、もはや猶予期間設定の趣旨は妥当しないから、遅延賠償の対象であるとする。これを前提に、転売契約が、猶予期間経過前に既に挫折

46) Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), NOMOS KOMMENTAR BGB Schuldrecht Bd. 2/1 (4. Aufl., 2021), §280 Rn. 65f.

してしまったときは、遅延賠償の対象となるとする。この場合は、転売契約の挫折の後に猶予期間設定を行って給付の機会を確保することで給付を通じた転売利益の喪失の防止を図ることは、もはやできなくなっているからである。

2 債権者の給付請求の維持への利益の有無と損害賠償種類

損害現象論的区分説の論者の中でも、給付請求の維持に対する債権者の利益の有無が、損害賠償種類の分類に影響することを認めるか否かについて、見解の相違がみられる。

具体的には、債権者が、その事業の内容上、債務者の継続的給付に依存する事案においては、原則として給付に代わる損害賠償の対象とされている損害項目（市場価格を基礎とする損害額、代替取引費用、転売利益等。）について、例外的に遅延賠償の対象となることを認めるべきか否かという問題である。これを肯定する立場（以下、「肯定説」と呼ぶ。）は、給付請求の維持に対する債権者の利益が大きいときは、債権者に有利になるように、損害賠償種類の分類上これを考慮して当該損害項目を遅延賠償の対象と位置づけるべきである、という⁴⁷⁾。

47) BGHは、近時の判決（BGH NJW 2023,3285（2023.4.20））において、債務者の履行遅滞の対処として債権者が行った対応が、債務者の給付と同じ給付成果を第三者から獲得する取引の締結であったとしても、その目的が債権者自身の取引先に対する遅延賠償責任発生の回避にあったときは、遅延賠償の対象となるという判断を行った。この解釈は、債権者の給付請求への利益の存続を理由として代替取引費用の賠償が遅延賠償の対象となると判断したものではないが、代替取引費用であると目される費用が、遅延賠償の対象となりうる（したがって、同費用の賠償請求が給付請求と並存しうる）事案類型を認めたものである。この判例解釈と肯定説は、代替取引費用であると目される費用が、遅延賠償の対象となる余地を認める点で共通する。BGH NJW 2023,3285に関しては、この観点からの検証も必要である。

(1) 肯定説

債権者の給付請求の維持に関する利益の有無について、損害賠償種類の分類に重要な影響を認めるのが、Riehmである。

Riehmは、形の上では、債権者が、第三者から給付目的物と同種の目的物を調達し、真正の代替取引に該当するようにみえる場合でも、債権者が代替取引にもかかわらず、給付への利益を失わないときは、当該代替取引の費用は、給付に代わる損害賠償には該当しない（「不真正の代替取引」⁴⁸⁾、と論じる⁴⁹⁾。

Riehmは、次のように述べる⁵⁰⁾。「債権者が、たしかに、外形的には、第三者から、同一ないし同種の物を調達するが、もともとの履行への利益がそれにもかかわらず消滅せず、したがって、債権者が履行請求権を維持するケースにおいては、代替取引は存しない。このケースでは、当該取引は、債務者に課せられた給付の代わりに生じておらず、これと並立して生じており」したがって、その費用は給付に代わる損害賠償の対象となるこ

48) Riehmは、BGH NJW 2023,3285の事案についても、債務者が負う給付への利益を債権者が失っているか否かが決定的な基準となるとし、同事案においては債権者のこの利益が存続していたことを理由として、同事案において債権者が第三者と行った取引の費用は、給付に代わる損害賠償ではなく、遅延賠償の対象となると論じ、結論において同判決を支持する。Riehm, ZIP 2023, 2623.

49) Riehmは、転売契約の挫折についても、同様に論じる。すなわち、転売契約が挫折したとしても、他に購入者が現れることが期待できるときは、債権者は、債務者からの給付に利益を持ち続けるので、転売契約の挫折によって生じる転売利益の喪失という損害は、給付に代わる損害賠償には該当せず、遅延損害に該当しうる、という。Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsrg.), aaO., BGB §280 Rn.270.

50) Riehm, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrsrg.)/Gsell (Hrsrg.), aaO., BGB §280 Rn.244f. なお、債権者が給付にまだ利益を有している段階において生じた代替取引費用・転売利益は給付に代わる損害賠償の対象ではない、とする見解は、Grigoleit/Riehmにおいて既に示されていた。Grigoleit/Riehm, aaO., 737f., 740f.

とはない。

このことを前提に、債権者が給付に利益を持ち続けているにもかかわらず、代替取引を行った場合における代替取引費用は、遅延賠償の対象となりうる、とする。Riehmは次のように述べる⁵¹⁾。「この取引は、債権者が給付障害とは無関係に行う付加的な取引である。そのような付加的取引の時点が給付障害によって影響を受け、かつ、債権者が、それによって損害を被る（特に、市場価格変動によって）ときは、場合によっては、2項の遅延損害が生じうるのであり、3項の給付に代わる損害は生じえない。」

(2) 否定説

以上のようなRiehm説とは対照的に、Grigoleit/Benderは、債権者の給付請求の維持に関する利益の有無について、損害賠償種類の分類に対する影響を認めず、損害賠償種類の分類は、生じた損害の内容のみを基準として行うべきであるという立場を貫徹する⁵²⁾。

債権者における給付への利益の有無によって損害賠償種類上の分類が影響を受けることをGrigoleit/Benderが否定する理由は、Riehm説のように、債権者が給付への利益を持ち続けている段階において生じた代替取引費用

51) 例として、次のものが挙げられる。「例えば、債権者が、継続的にディーゼル燃料を必要とし、供給者の遅滞の期間、他者から在庫を補充したとすると、これによって供給者による履行に対する債権者の利益は消滅しない。市場価格が上がり続けているときは、債権者は、むしろ、供給者を契約に拘束し、以前に合意した有利な価格で現実供給を請求することに、直接に利益を有する。中間期間の燃料購入のための増加費用は、このとき、給付に代わる損害賠償の視点では賠償対象とならない。なぜなら、債務者が最終的に履行するときは、この要件は存しないからである（バイオディーゼル事件判決がこれにあたる。）。もっとも、遅延損害は考えうる。これは、例えば、次のときに生じうる。すなわち、債権者が、供給者の遅滞を理由として、乏しい在庫を満たすためには、より有利な長期間供給契約に依存することに代えて、短期間、より高額のスポット市場で購入しなければならないときである。」

52) Ebenso Schroeter, aaO., 274.

や転売利益を遅延賠償の対象であるとする、債権者は、その遅延賠償請求を行い、かつ、それとは別に給付そのものの請求ができてしまうこととなり、これは一種の過剰填補になる、ということにある。Grigoleit/Benderは次のように述べる⁵³⁾。「281条4項に照らして、(第一)債権者に、2つの価値化〔Verwertung〕の試みであって、もともとの価値化計画を基準とすれば、持ちえなかった2つの価値化の試みを通じて、「いいとこどり」が許されることについて、正当化根拠は明らかでない。債権者が第一の価値化を予定通りに実行していたとしたら、債権者には、その給付をもう一度価値化することは、できなかったはずであることそのものである。」

Grigoleit/Benderのこの立場からは、債権者は、債務者が履行遅滞に陥る場合で、代替取引費用が生じた場合において(または転売利益を喪失した場合において)、それにもかかわらず給付に利益をなお有するときは、代替取引費用(または転売利益)を給付に代わる損害賠償として請求するか、または、これをしないでなお給付を求めるか、どちらかを選ばなければならないこととなる⁵⁴⁾。

一方で代替取引費用を負担しつつも(または転売利益を喪失しつつも)、他方で給付への利益をなお持ち続けている債権者にとっては、Riehm説のように、前者について遅延賠償請求が認められ、同時に、後者についても給付請求権を維持するという扱いをすることが、最も有利な扱いとなる。Grigoleit/Benderはこの処理を否定するのであるが、このような場合の債権者の立場への配慮に関しては、次のように論じる⁵⁵⁾。第1に、債権者には、代替取引費用(ないし転売利益)の賠償請求を断念すれば、給付請求を選ぶ余地が残されるのであるから、あくまで給付を貫徹したいならば、債権者はそれを行うこともできる。第2に、債権者が、代替取引費用(ない

53) Grigoleit/Bender, aaO., 16f.

54) Grigoleit/Bender, aaO., 16, 34, 37.

55) Grigoleit/Bender, aaO., 37.

し転売利益)の賠償請求を給付に代わる損害賠償として請求し、それによって給付請求権を失っても、損害賠償とは別に失った給付と同一の給付を取得したいと考えるならば、当事者がそのための契約を行うことには何の妨げもない。

IX 私 見

1 日本法における填補賠償の識別

日本法における填補賠償の識別にとって、紹介してきた損害現象論的区分説の議論は参考になる。

填補賠償を識別し、それに該当する損害賠償について履行との非両立性・催告期間要件制度に服させることの意義は⁵⁶⁾、第1に、給付に代わる損害賠償（填補賠償）と給付そのものの取得の両方を認めると、過剰填補になるが、これを防ぐことにある（過剰填補の防止）。第2に、第1を前提として、債務者に、実質的に契約の効力を（全部的にまたは部分的に）奪うこととなる填補賠償の賦課を避けて、契約の効力（反対給付請求権）の維持ができるよう、履行の機会を与えることにある（履行機会の保障）。第2の設計は、履行期が来ていても、債務者に履行機会を保障するために、債権者の損害のうち、填補賠償の対象となるものは、催告期間経過までは賠償請求をすることを封じることが妥当であるという価値判断に基づく。415条2項は、この価値判断に立つものと考えられる。

過剰填補の防止が必要である理由は、給付と填補賠償が、実質的に同一の利益を債権者に与えるからである。履行機会の保障の趣旨は、債務者に対して、給付の実行と実質的に同一の負担となる填補賠償義務の発生を、給付を行うことで回避する機会を保障することにある。したがって、填補賠償とは給付と価値的・機能的同一性を持つ損害賠償であると解するのが

56) 拙稿「履行に代わる損害賠償」277頁以下。

適当である⁵⁷⁾。

これに対して、遅延賠償は、給付に代わるものではないので、このような価値判断が妥当しない⁵⁸⁾。したがって、履行期到来とともに直ちに、かつ給付と並存して、請求ができる。そうすると、遅延賠償は、給付利益の賠償請求のうち、給付と価値的・機能的同一性を持たず、かつ、完全性利益にあたらぬ損害の賠償を内容とする。これは、履行期到来と同時に遅滞なく給付を受けることを内容とする利益であるので、適時性利益と呼ぶことができる⁵⁹⁾。適時性利益とは、履行期に給付がなければ、直ちに失われる利益であり、後に給付があっても、それを利用して利益を得ることが埋め合わせにならない利益である。

以上から、ある損害項目の賠償請求が填補賠償に該当するか否かは、当該損害項目の賠償請求は給付と価値的・機能的同一性を持つか否か（当該損害項目の賠償と給付の両方を認めることは過剰填補にあたるか否か）を基準として決めるべきである。填補賠償の識別はあくまでこの基準によるべきであり、ドイツ損害現象論的区分説における実体不発生損害・利得不発生損害という視点は、大いに示唆的ではあるものの、この基準の具体化の際の参考として利用するべきであろう。

2 ドイツ損害現象論的区分説の参照価値

填補賠償の識別基準（給付との価値的・機能的同一性）の具体化において、どのように損害現象論的区分説を参考にするかについて、次のように考える。

57) 拙稿「履行に代わる損害賠償」279頁以下。損害賠償制度が、債権の価値的同一性を保障する制度として構築されたとするものとして、近江幸治『民法講義Ⅳ〔債権法総論〕部分補訂』（成文堂、1994年）105頁がある。

58) 拙稿「履行に代わる損害賠償」281頁。

59) 適時性〔Rechtzeitigkeit〕利益の語は、Giesen論文による。Giesen, in: Baums/Wertenbruch (Hrsg.), FS für Ulrich Huber zum 70 Geburtstag (2006), 265.

実体不発生損害という分類は、これに該当すれば、直ちに、常に填補賠償にあたるという点で意義がある。実体不発生損害とは、給付の取得が実現しないことそのものを指すのであるから、同損害は、給付それ自体の不発生との関係が直接的である。実体不発生損害が、直ちに常に填補賠償にあたるのは、この直接性によるものと考えられる。しかしながら、「給付の取得が実現しないことそのものを指す損害」といえるかどうかの判断の内実は、結局のところは、給付との価値的・機能的同一性の有無であるように思われる。すなわち、実体不発生損害に該当するか否かが決定的な意義を持つのではなく、実体不発生損害に該当するという理由づけにおいて、給付との直接的な関係がどのように論じられているかということこそが意味を持つのであり、その点に日本法の解釈にとっても参照価値があると考えられる。そして、そこでいう「給付との直接的な関係」が、私見において「給付との価値的・機能的同一性」と称しているものに他ならない⁶⁰⁾。

利得不発生損害は、給付の不発生だけでなく、債権者側に、給付の実現を前提とした価値産出の利用の計画・予定・意図があることを前提としている。すなわち、利得不発生損害では、給付の不実現と損害の発生の関係が、常に、間接的である。したがって、第1に、利得不発生損害という分類は、実体不発生損害とは異なり、直ちに常に填補賠償にあたるとは即断できない損害であることを識別する点に意義がありそうである。しかしながら、利得不発生損害においては、給付の不実現と損害の関係が間接的であるとしても、利得不発生損害が利得発生の確定的喪失に基づく認められれば、填補賠償に位置づけられる⁶¹⁾。そうであれば、填補賠償か否かという観点にとっては、ここでも利得不発生損害に該当すること自体が決定

60) なお、実体不発生損害のうち、原状回復としての費用請求（自己措置費用・代替取引費用の賠償請求）と価値的賠償（市場価格による賠償請求）とを区別する議論は、損害賠償法において原状回復原則を採用するドイツ法特有のものであろう。

61) Riehm説における転売利益の扱い方がこれにあたる。

的なのではない。そして、利得不発生損害が利得発生の確定的喪失に基づくか否かという基準は、結局は、これも給付との価値的・機能的同一性を問うものであると思われる。利得不発生損害とされている損害が填補賠償の対象か否かを検討する上でも、参考価値のある議論は、当該利得不発生損害がなぜ利得発生 of 確定的喪失をもたらすか（給付と価値的・機能的同一性を持つかどうか）、という点をめぐるものであると考える。

第2に、利得不発生損害は、債権者側に、契約どおりの給付の実現を前提とした価値産出的利用の計画・予定・意図があることを前提とし、その前提にもかかわらず、契約どおりの給付がされないことによって、当該価値産出的利益が得られないことを指す⁶²⁾。この利得不発生損害は、実体不発生損害とは異なり、履行期に遅れた給付では埋め合わせにならないことがある。というのは、経営喪失損害・利用喪失損害の場合が明らかであるが、給付が履行期に適時に行われなければ、すなわち履行遅滞が生じれば、その時点で、直ちに、債権者側の、給付の実現を前提とした価値産出的利用の計画・予定・意図が挫折することが起こりうるからである。この挫折を損害として賠償対象とするということは、履行期に適時に給付がされることに対する利益を損害と認め、かつ、その損害を、その後の給付の実現可能性がまだ存していても、賠償対象とするということである。この「履行期に適時に給付がされることに対する利益」が、上述の適時性利益に他ならない。そうすると、利得不発生損害という分類は、利得不発生損害とされる損害が適時性利益にあたりうることを示す分類とみることができる。

3 損害項目ごとの検討

以下、ドイツ損害現象論的区分説の参照価値に関する以上の理解を前提

62) ここでいう、契約どおりの給付とは、給付が実現されることだけでなく、その給付が履行期に適時に行われることをも意味する。

として、損害項目ごとに、損害賠償種類上の分類（填補賠償の対象となるかどうか）を論じていく。

(1) 市場価格を基準とする賠償請求

市場価格を基準とする賠償請求は、填補賠償に該当する⁶³⁾。

市場価格は、契約目的物（給付）自体の金銭的価値を、市場における評価によって、写し取るものである。市場価格は、契約目的物（給付）自体を、金銭的価値へと転換するものであるから、給付との価値的・機能的同一性を持つと考えられる。

市場価格を基準とする損害賠償請求を遅延賠償に位置づけると、債権者は、その賠償請求とは別に、給付を求めることもできてしまう。しかし、それは過剰填補にあたる。

売買契約における代金90万円が支払済みであるという設定で、履行期の目的物市場価格が150万円であるとする。債権者は、解除せずに、代金額も含めて損害賠償請求をすることを考えているとする。当然ながら、債務者は、給付を行えば、給付義務および填補賠償義務を免れる。そして、債権者の履行期時価150万円は、その時点での市場価格によって給付を価値的に換算したものであるから、その150万円の額による損害賠償請求は、填補賠償にあたる⁶⁴⁾。したがって、給付があれば、債権者は、150万円の

63) 潮見佳男ほか編・前掲書（田中洋執筆）130頁、田中洋・前掲「改正民法における「追完に代わる損害賠償」(1)」6頁、拙稿「履行に代わる損害賠償」282頁以下。これに対して、最判昭和36・12・8民集15・11・2706は、履行遅滞時の目的物市場価格と現実の給付時のそれとの差額をめぐる、これが遅延賠償の対象となることを前提として、事案において物引渡債務の給付があったにもかかわらず、この差額を損害とする賠償請求を認めた。私見は、この判例解釈に反対する。

64) 填補賠償請求は催告期間要件充足があって初めて請求可能になるところ、それよりも時間的に先行する履行遅滞発生時の市場価格をもって、填補賠償請求の対象とするということは、債務不履行損害賠償請求権が請求可能になる前の損害についても、損害賠償の射程を及ぼすことになる。この扱いは、債務不履行

額による損害賠償請求をすることはできない（逆に、債権者は、給付請求を断念すれば、150万円の賠償請求ができる。）。給付があったのに、150万円の額による損害賠償請求を許すとしたら、債務者は、給付そのものと、給付と価値的・機能的同一性のある賠償義務とを同時に課せられることになるからである。

債務者による給付があった場合において、給付時の目的物市場価格が120万円であるとき、履行期市場価格150万円の額から、この120万円を控除して、30万円の範囲で、遅延賠償としての損害賠償請求を認めることも許されない。なぜならば、このケースで、給付は、履行期市場価格150万円の損害賠償請求権の全体と価値的・機能的同一性を持っているのであり、その一部の120万円の損害賠償請求権と価値的・機能的同一性を持っているのではないからである。このケースで30万円の範囲で損害賠償請求を認めることは、実質的に、債権者に、給付時における給付自体の取得と、それと同時に、履行期における30万円相当分の給付の一部の取得を許すことと同じである。これは、実質的には、債権者に、本来契約によって保障される給付を超えて、「履行期における30万円相当分の給付の一部」を重複して獲得することを許すこととなり、過剰填補にあたる⁶⁵⁾。

(2) 代替取引費用

代替取引費用の賠償請求は、填補賠償に該当する。

行と損害の間の因果関係を見捨てる解釈ではないかとの疑問が生じるかもしれない。この点について、私見は、填補賠償請求権の責任根拠は、遅延賠償請求権のそれと同様に、履行遅滞を起点とする無履行の継続状態であるという理解（統一的責任根拠説）に立っている。拙稿「早期代替取引費用」544頁以下参照。

65) このことは、債務者からみれば、代金額の実質的な削減である。すなわち、債務者は給付をしたのだから、90万円の代金請求ができるどころ、30万円の賠償金を払わされることで、最終的には差引60万円しか請求できないこととなる。私見は、ここに、代金債権という反対給付請求権が保障する利益の不当な削減、対価的牽連関係の破壊を見出す。拙稿「履行に代わる損害賠償」283頁。

代替取引とは、債務者の債務不履行により、給付がもたらされないことを受けて、債権者が、給付の取得と同一の利益状態を、自らの費用負担によって、確定的に実現するものである。給付の取得と同一の利益状態を確定的に実現するための費用の賠償請求は、給付請求権と価値的・機能的同一性があると考えらるべきである⁶⁶⁾。

代替取引費用の損害賠償請求を遅延賠償に位置づけると、債権者は、その賠償請求とは別に、給付を求めることもできてしまう。しかし、それは過剰填補にあたる。

売買契約における代金90万円が支払済みであり、債権者が代替取引を代金150万円で行ったという設定において、債権者は、解除せずに、代金額も含めて損害賠償請求をすることを考えているとする。当然ながら、債務者は、給付を行えば、給付義務および填補賠償義務を免れる。代替取引とは、債務者の給付によって行われるはずであった給付目的物の取得を、債権者が、第三者からの調達によって、実質的に達成するものである。そうすると、代替取引費用150万円の賠償とは、債務者が、自らの給付に代えて、給付そのものに代替する第三者からの調達の費用を賠償することで、債権者のもとにおける給付の取得の実質をもたらすことに他ならない。したがって、給付があれば、債権者は、150万円の額による損害賠償請求をすることはできない（逆に、債権者は、給付請求を断念すれば、150万円の賠償請求ができる）。給付があったのに、150万円の額による損害賠償請求を許せば、債務者は、給付そのものと、給付と価値的・機能的同一性のある賠償義務とを同時に課せられることになるからである。

債務者による給付があった場合において、給付時の目的物市場価格が120万円であるとき、150万円の額から給付時目的物価格120万円を控除して、30万円の範囲で損害賠償請求を認めることもできない。なぜならば、

66) 拙稿「早期代替取引費用」540頁以下、同「履行に代わる損害賠償」285頁以下。

このケースで、給付は、150万円の代替取引費用の損害賠償請求権全体と価値的・機能的同一性を持っているのであり、代替取引費用のうちの120万円の損害賠償請求権と価値的・機能的同一性を持っているのではないからである。このケースで30万円の範囲で損害賠償請求を認めることは、実質的に、債権者に、給付時における給付自体の取得と、それと同時に、代替取引時における30万円相当分の給付の一部の取得を許すことと同じである。これは過剰填補にあたる⁶⁷⁾。

（3）転売利益

転売利益の賠償請求は、填補賠償に該当する。

転売取引とは、債権者が、債務者から取得するはずである給付目的物の全体を、第三者（転買主）との契約によって、自らの評価を基礎として、金銭的価値に転化するものである。転売利益の賠償請求は、債務者の債務不履行により、給付がもたらされないことを受けて、債権者が、自らが給付と同価値であると評価した金銭額を賠償金として請求するものである。したがって、債権者には、転売利益の賠償請求が給付と価値的・機能的同一性を持つことを否定することは許されない、と考えられる⁶⁸⁾。

転売利益の損害賠償請求を遅延賠償に位置づけると、債権者は、その賠償請求とは別に、給付を求めることもできてしまう。しかし、それは過剰填補にあたる。売買契約における代金90万円が支払済みであるという設定で、給付目的物について既に転売契約が行われており、その代金額が150万円であるとする。債務者の不履行により債権者は、転買主から転売取引を解除されたとする。債権者は、解除せずに、代金額も含めて損害賠償請求をすることを考えているとする。当然ながら、債務者は、給付を行えば、給付義務および填補賠償義務を免れる。そして、転売取引とは、債権者が、

67) このことは、債務者からみれば、代金額の実質的な削減である。拙稿「履行に代わる損害賠償」287頁。

68) 拙稿「履行に代わる損害賠償」288頁以下。

債務者から取得するはずである給付目的物の全体を、第三者（転買主）との契約によって、自らの評価を基礎として、金銭的価値に転化するものである。転売利益の賠償請求は、債務者の債務不履行により給付がもたらされないことを受けて、債権者が、自らが給付と同価値であると評価した金銭額を請求するものである。そうすると、転売利益150万円の賠償とは、債務者が、自らの給付に代えて、債権者自身が給付と同価値であると認めた金銭的価値を債権者に取得させることに他ならない。したがって、給付があれば、債権者は、150万円の額による損害賠償請求をすることはできない（逆に、債権者は、給付請求を断念すれば、150万円の賠償請求ができる。）。給付があったのに、150万円の額による損害賠償請求を許せば、債務者は、給付そのものと、給付と価値的・機能的同一性のある賠償義務とを同時に課せられることになるからである。

債務者による給付があった場合において、給付時の目的物市場価格が120万円であるとき、150万円の額から給付時目的物価格120万円を控除して、30万円の範囲で損害賠償請求を認めることもできない。なぜならば、このケースで、債権者は、給付の請求・受領を行った時点で、債務者が行う給付が持っていたはずである、第三者（転買主）に対して給付を行い転売利益の獲得をもたらす機能の取得を断念し、給付の他の活用可能性を選択したことになるからである。このケースで30万円の範囲で損害賠償請求を認めることは、実質的に、債権者に、給付時における給付自体の取得およびそれによる給付の新規の活用可能性の獲得と、それと同時に、転売取引挫折時における30万円相当分の範囲で、債務者が行う給付が持っていたはずである、第三者（転買主）に対して給付を行い転売利益の獲得をもたらす機能の取得を（部分的に）許すことである。これは過剰填補にあたる。

（4）第三者に対する填補賠償義務負担

第三者に対する填補賠償義務負担の賠償請求は、填補賠償に該当する。債務者から取得するはずである給付目的物について、債権者が第三者と

取引をしていた場合において、債務者が不履行をしたときに、債権者が第三者に対して負う填補賠償義務は、債権者が、第三者との契約に基づく給付義務の不履行を理由として、給付に代えて負わされるものである。第三者とのこの契約がある場合においては、債権者が債務者に対して求める給付は、債権者が、債務者から得た給付目的物を第三者に提供することで、第三者に対して負うおそれのある填補賠償義務を防止できるようにする機能を持つこととなる。この場合において、債務者の不履行を原因として債権者が第三者に対して填補賠償義務を負担したときに生じる、同賠償義務と同金額の支払を内容とする、債権者の債務者に対する賠償請求は、債務者の給付に代えて、債権者から、第三者に対する填補賠償額分の金銭的負担を解放するものである。したがって、第三者に対する填補賠償義務の額の賠償請求は、給付との価値的・機能的同一性を持つ。

売買契約における代金90万円が支払済みであるという設定で、給付目的物について既に転売契約が行われており、その代金額も90万円であるとする。債務者(売主・A)が給付目的物を引渡さず、それによって債権者(買主・B)も、第三者(転買主・C)に対して債務不履行の状態となった。第三者Cは転売契約を解除し、代替取引費用50万円(第三者Cは、代金140万円代替取引を行った。)を損害額として債権者Bに賠償請求を行い、債権者Bはその賠償金を支払った。債権者Bは、解除せずに、代金額も含めて損害賠償請求をすることを考えているとする(代金相当額90万円、第三者Cに対する賠償金負担50万円。合計140万円)。当然ながら、債務者Aは、給付を行えば、給付義務および填補賠償義務を免れる。このケースで、債権者Bは、債権者B自身の第三者Cへの給付に代えて、第三者Cに対して、給付と価値的・機能的同一性のある賠償義務として填補賠償義務を負った。債権者Bが負うこの填補賠償義務の負担額について、債権者Bが、債務者Aに対して、同賠償義務の金額の賠償請求権を得るとしたら、それは、債権者Bが給付そのものを第三者Cに実行できるようにすることに代えて、給付そのものと価値的・機能的同一性のある填補賠償を行えるようにするた

めの金銭的価値を、債務者Aが支払うことを求めるものである。そして、給付目的物に転売契約が行われるこのようなケースでは、債権者Bが債務者Aから取得するはずであった給付は、債権者Bが、第三者Cに対して自身が義務づけられた給付を行うことを可能にする機能を持っていたことになる。そうすると、第三者Cに対する賠償金負担50万円の賠償金を負担すれば、それによって、債務者Aは、本来自己に課せられていた給付が有していた、債権者Bが、第三者Cに対して義務づけられていた給付を行うことを可能にする機能を提供したこととなる。

したがって、給付があれば、債権者Bは、140万円の額による損害賠償請求をすることはできない（逆に、債権者Bは、給付請求を断念すれば、140万円の賠償請求ができる。）。給付があったのに、140万円の額による損害賠償請求を許せば、債務者Aは、給付そのものと、給付と価値的・機能的同一性のある賠償義務とを同時に課せられることになるからである。

債務者による給付があった場合において、給付時の目的物市場価格が120万円であるとき、140万円の額から給付時目的物価格120万円を控除して、20万円の範囲で損害賠償請求を認めることもできない。なぜならば、このケースで、債権者Bは、給付の請求・受領を行った時点で、債務者Aが行う給付が持っていたはずである、第三者Cに対する給付を可能にする機能の獲得を断念し、給付の他の活用可能性を選択したことになるからである。このケースで20万円の範囲で損害賠償請求を認めることは、実質的に、債権者Bに、給付時における給付自体の取得およびそれによる給付の新規の活用可能性の獲得と、それと同時に、（第三者Cに対する賠償金負担50万円の債権者による支払時に、）債務者Aの給付が有していた、債権者Bの第三者への給付を可能するという機能を、20万円相当分の範囲で部分的に享受することを許すことである。これは、20万円の範囲で給付の価値を二重に債権者に与えることであり、過剰填補にあたる。

（5）給付請求権存続中の利用利益喪失損害・経営喪失損害

給付請求権存続中の利用利益喪失損害・経営喪失損害は、適時性利益であり、遅延賠償の対象となる賠償である。これらの損害は、契約目的物が利用できないこと自体から生じるので、履行期後に給付がないことによって直ちに生じ、後に給付があっても、回復されえないからである。

（6）給付請求権消滅後の利用利益喪失損害・経営喪失損害

給付請求消滅後に生じる損害は、それを填補賠償と位置づけても遅延賠償と位置づけても、どちらにせよ賠償対象となる（給付の実現およびそれによる填補賠償の発生阻止は起きえなくなっており、かつ、給付請求権消滅により催告期間要件は充足されている）。したがって、損害賠償種類上の分類は大きな意味は持たないと考えられる。

あえて給付請求権消滅後の利用利益喪失損害・経営喪失損害の位置づけを考えるならば、これらは填補賠償の対象である。利用利益喪失損害・経営喪失損害のうち、利得不発生確定（給付請求権消滅）前に生じるものは履行遅滞発生時から直ちに請求可能になるから遅延賠償の対象であるのに対して、同損害のうち、利得不発生確定（給付請求権消滅）後に生じるものは、同給付不発生の確定によってはじめて請求可能になるからである。

4 債権者の給付請求への利益と損害賠償種類

上述のように、損害現象論的区分説の中でも、給付請求の維持に対する債権者の利益の大きさが、損害賠償種類の分類に影響することを認めるか否か（通常は填補賠償の対象となる損害項目について、例外的に遅延賠償の対象と位置づけるべき場合を認めるか否か。）について議論があり、見解が分かれている。私見は、給付請求に対する債権者の利益の大きさについて、損害賠償種類上の分類に影響を認めるべきでないとする。

肯定説（Riehm説）に立つと、債権者は、1回の契約（1つの反対給付負担）によって、給付自体の取得と、給付と価値的・機能的同一性のある利益の

賠償金取得という2つの利益を得てしまう。しかし、1回の契約に基づく給付を求める権利は、給付それ自体の取得にせよ、それに代わる填補賠償（給付と価値的・機能的同一性のある利益の賠償）の取得にせよ、それらの取得を1回しか正当化しない⁶⁹⁾。肯定説は、それらの取得が2回正当化されるケースを認めることになる。しかし、これは過剰填補にあたる。

また、肯定説では、代替取引費用（または転売利益）である損害が生じていても、債権者がなお給付に利益を持ち続けていれば、その損害の賠償は遅延賠償の対象となる。しかしながら、これによると、当該事案の具体的な債権者が、たまたま給付に利益を有するか否か（代替取引を行っても、または転売契約が挫折しても）なお、給付を受けることに利益を持っているか否か。）によって、当該損害の位置づけが異なってしまうことになる。これでは、事案から独立して損害賠償種類を決定することができるという、損害現象論的区分説の優位性⁷⁰⁾が揺らいでしまう。

肯定説は、代替取引費用や転売利益が遅延賠償の対象となることを広く認めようとするのではなく、債権者が継続的な給付に依存するときのみに、例外的に認めようとする解釈である。たしかに、そのような価値判断に妥当性を認めうるケースは存する⁷¹⁾。しかしながら、債権者は、継続的な給付に依存するときでも、自らの需要量を自らの責任において計算し、その

69) Grigoleit/Bender, aaO., 16f., 38. 拙稿「履行に代わる損害賠償」287頁。

70) 拙稿「前稿」50頁以下。債権者にとっては、当該損害が遅延損害として認められた方が有利であるから、肯定説による処理がされるとすれば、事案において損害賠償種類が争点となるときは、債権者にとって、給付への利益は存続していると主張することの誘因となる。肯定説を前提とすると、この債権者の主張を審査してからでなければ、損害賠償種類が決まらないこととなる。これでは、事案における事実経過や当事者の行為によって左右されない損害賠償種類決定基準を提供するという損害現象論的区分説の特長が、大いに削がれてしまう。

71) BGH NJW 2023, 3285の事案は、そのようなケースであると評価することができる。

量について取引をしておくべきである。債務者の不履行によって(在庫量等)必要数量確保が危うくなる場合において代替取引をするときは、可及的速やかに催告期間要件を充足させ、給付に代えて代替取引費用の賠償請求を行うべきである(そして、それを迅速に行いたいのであれば、予め当該契約を定期行為としておくべきである)。これによって必要数量は維持できることになる。債務不履行を受けた後も同じ事業を継続する場合において、さらに給付目的物が必要となるときは、否定説(Grigoleit/Bender説)が述べるように、新たな契約を締結すればよい。ただし、当然ながら、このとき、過去の契約の代金額を強いることはできない。債権者が、債務者からの継続的な給付を確実なものとしたいのであれば、必要量の目的物に関する債務者の供給義務を内容とする継続的取引の契約を結ぶべきであり、場合によっては、そのような契約の黙示的な成立が肯定されることもありえよう⁷²⁾。しかしそれは、債務者の不履行による必要数量確保の危殆を補うための取引の費用(代替取引費用)の、損害賠償種類上の位置づけとは別の問題である。

5 検討課題 (416条との関係)

以上の枠組を前提とすると、ある損害項目が遅延賠償の対象となる場合は、履行遅滞が、当該損害項目が賠償対象となる要件となる。ある損害項目が填補賠償の対象となる場合は、催告期間要件充足および給付の不実現が、当該損害項目が賠償対象となる要件となる。ところが、日本法においては、最終的に賠償対象性が認められるためには、さらに、当該損害項目が416条の適用によって賠償の範囲内に含まれると判断されなければならない。すなわち、ある損害項目が填補賠償の対象となると判断される場合において、催告期間要件充足があったとしても、当該損害項目が416条の

72) Ostendorfも、BGH NJW 2023, 3285の事案を、このような構成によって処理することを示唆している。Ostendorf, JZ 2023, 884.

解釈上賠償の範囲に該当しないと判断されるときは、結局、当該損害項目は賠償の対象とならない。

これは、催告期間要件制度と416条の制度趣旨が異なるからである。催告期間要件制度は、債務者の履行機会の保障・反対給付請求権の可及的維持を趣旨とするのに対して、416条は、一定の価値判断から、損害賠償の範囲を画定する制度である。

催告期間要件制度と416条は別個の制度ではあるが、416条の解釈上、はじめから賠償対象となりえない損害項目があるとしたら⁷³⁾、当該損害項目に関しては、填補賠償の対象か否かの議論は意味を持たないのであるから、損害賠償種類論と416条の解釈がどのように関わるかは、重要な検討課題である。また、先述のように、ドイツの議論においては、給付に代わる損害賠償の対象となるか否かが契約をめぐる債権者による対処方法によって影響を受ける場合において、債権者の決定権限を重視する傾向にあるが、損害賠償の範囲の画定制度として416条を持つ日本法においては、この問題は、同条の解釈の枠内でどのように受け止めるべきかをも含め、慎重な検討を要するであろう。

X ま と め

本稿の要約は次のとおりである。

ドイツ損害現象論的区分説は、給付に代わる損害賠償を「給付の不発生
の確定に基づく損害賠償」と定義して遅延賠償との区別を行う。この定義

73) 例えば、いわゆる基準時問題にも416条が適用されることを前提とすれば、その適用によって賠償額の基準となる時点によっては、市場価格に基づいて計算される損害が、そもそも生じないことがありうる。また、転売利益や代替取引費用が特別損害であると解されるならば、当該事案において予見可能性が否定されれば、催告期間要件充足の有無を問わず、当該損害の賠償対象性は否定される。

に照らして、同説は、実体不発生損害は常に給付に代わる損害賠償に該当するとし、利得不発生損害については、それが利得不発生確定以後に生じたものであるときは給付に代わる損害賠償の対象となり、同時点より前に生じたものであるときは、遅延賠償の対象であるとする。

同説は、この基準を具体化し、給付の市場価格に基づく損害賠償、代替取引費用、転売利益、第三者に対する賠償義務負担、および給付請求権消滅以後の営業喪失損害・利用喪失損害は給付に代わる損害賠償の対象となり、給付請求権消滅前の営業喪失損害・利用喪失損害は遅延賠償の対象となると論じる。

日本法の解釈としては、填補賠償は、「給付と価値的・機能的同一性を持つ損害賠償」であると定義するのが適当である。ドイツ損害現象論的区分説の議論は、この価値的・機能的同一性を判断する際に、有用な参考を提供する。

ドイツ損害現象論的区分説の議論では、給付請求の維持に対する債権者の利益が大きいときは、債権者に有利になるように、損害賠償種類の分類上これを考慮して、通常は填補賠償の対象となる損害項目（代替取引費用や転売利益の賠償）を、例外的に遅延賠償の対象と位置づけるべきか否かについて見解が分かれている。私見は、過剰填補の防止の徹底および損害賠償種類決定の安定性確保に鑑みて、これを否定するべきであると解する。

（2024年5月脱稿）

（本学法学部教授）