

論 説

遅滞責任としての費用賠償の可否と その特異性

——契約の巻戻しを目的としない原状回復的損害賠償——

上 田 貴 彦

<目次>

第一章 はじめに

第二章 非契約挫折型の費用賠償の特異性

第一節 履行請求権と費用賠償の両立

第二節 遅滞責任とBGB 284条の適用要件

第三章 BGB 284条の適用可否をめぐる議論の状況

第一節 終局的挫折事例に限定すべきか

第二節 固定費用とBGB 284条の類推適用の可否

第三節 遅延賠償と選択的關係にある費用賠償 費用賠償の二元
的構造

第四節 小括

第四章 おわりに

第一章 はじめに

契約債務の不履行に基づく損害賠償は契約利益（履行利益）の価値的実現に向けられたものであるとの捉え方が伝統的な学説による理解の基礎とされてきたが、近年になって、それとは機能面において正反対の損害賠償、すなわち契約債務の不履行を理由に契約を巻き戻すことを目的にした損害賠償の重要性に再び注目が集まっている。⁽¹⁾ そのような損害賠償は、それが契約のなかった時点で原状回復することを目的としている特性に着目して「原状回復的損害賠償」と称されることもあれば、(ドイツ民法の制度に倣って) 契約不履行によって無駄になった債権者の「費用」が賠償対象となる点に着目して「費用賠償」ないし「支出賠償」と称されることもしばしばである。⁽²⁾ いずれの呼称をあてるとしても、そ

(1) 潮見佳男『新債権総論』（信山社，2017年）444頁以下，同『新版注釈民法（10） 債権（1）』[奥田昌道編]（有斐閣，2011年）308頁以下，福田清明「ドイツ新民法典284条の費用賠償請求権」明学685号（2002年）1頁，同「費用賠償請求権の視点から見たプリンスホテル日教組大会事件」明治学院大学法科大学院ローレビュー17号61頁（2012年），金丸義衡「契約法における支出賠償の構造」姫路法学47号33頁（2007年），同「支出賠償請求権の現状と課題」甲南法学54巻3・4号39頁（2014年），藤田寿夫「契約責任の賠償範囲 無駄になった費用賠償を中心に」法律時報79巻7号113頁（2007年），同「民法416条と無駄になった出費の賠償」新井誠＝山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法 ゲルハルト・リース教授退官記念論文集』（日本評論社，2009年）279頁など。これらを含め，日本法において費用賠償も契約不履行における損害賠償の一形態として認めるべきことを明言する見解も増えている。その他に，契約が有効に成立している場合の信頼利益賠償について触れるものとして，石田剛ほか『債権総論』（日本評論社，2018年）96頁 [荻野奈緒] は，履行利益が信頼利益を下回る場合があることを前提に，そのような例外的な場面では原状回復的な損害賠償の必要性を肯定している。

(2) 本稿では，文脈に応じて「費用賠償」と「原状回復的損害賠償」の両呼称を用いる。ドイツにおける費用賠償制度を指す場面はもちろんのこと，（日本法においても原状回復の方法として結局のところ債権者の「費用」の賠償が問題となるところ）損害賠償によって消極的原状回復を図る場合に賠償の対象となるのが「費用」であるという理論の形式的側面を意識す

れは有効な契約債務の不履行に基づいて契約がなかった状態の実現を企図する損害賠償である点で意味するところは同一である。有効な契約の不履行を理由とした消極的利益賠償を想定していなかった古くからの伝統的理解に基づいたときには、そのような原状回復的損害賠償（無駄になった費用の賠償）には理論上の障害が立ちだかる。すなわち、債権者が契約の履行を信頼して支出していた費用は、債務不履行がなかったとしてもいづれにせよ支出していたものであるため、契約が履行されていた仮定的状態との財産的な差として把握することができない。しかし、問題となる事例によっては、履行利益の賠償に代えて、そのような類の損害賠償を認める必要性が高いことも、近時では広く認知されつつある。

損害賠償理論のダイナミズムの中で、過去にもこうした契約原状回復的な損害賠償が関心を得た時期があった。そこでは、英米法の影響を受ける形で、一部では履行利益賠償に対する信頼利益賠償の相対的優位性やイデオロギー的意義が主張されていた⁽³⁾。しかしながら、それらの論説

る際に「費用賠償」という呼称を当て、その費用の賠償が（契約の）消極的方向に向けられた原状回復を目的としている損害賠償であるという実質的目的の側面を強調する際に「原状回復的損害賠償」という表現を用いている。もっとも、それらは重複することもあり、本文でも述べたように結局のところ両者は同一のものを意味している。なお、「原状回復的損害賠償」という表現については、給付利得法における原状回復との関係で、両者を同質に見て「原状回復的損害賠償」と表現するのはミス・リーディングであるとの批判もあるが（松岡久和「原状回復法と損害賠償」ジュリスト1085号86頁（1996年）[92頁]）、多義的な理解がなされている「信頼利益」概念を用いて説明することによる混乱を避けるため、契約締結後かつ費用支出前の状態に債権者の経済状態を財産的に巻き戻す損害賠償を意味して「原状回復的損害賠償」と呼ぶことにする。

- (3) 内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990年）119頁以下、久須本かおり「契約法理論の再構成を目指して——約束理論および信頼理論に対する考察を中心に（1）～（4）完」法政論集169号65頁（1997年）、同170号161頁（1997年）、同171号371頁（1997年）、同172号295頁（1998年）、北井辰弥「契約上の損害賠償における信頼利益の保護——イギリス法を中心として」法学新法102巻11・12号141頁（1996年）、吉田邦彦『契約法・医事法の関係

は、原状回復的な損害賠償の意義とその必要性に関して画期的かつ極めて有益な視座を提供しながらも、信頼利益概念の多義性がもたらす不明瞭さと、それを原因とした学説の理解の錯綜に加えて、伝統的な既存理論に根ざしたバイアスが相まって、パラダイムシフトへの抵抗感を払拭できるほどにまで広く受容されるには至らなかった。さらに、旧来からの契約締結上の過失や瑕疵担保責任、解除とともにする損害賠償の内容などの損害賠償法の諸理論の解釈に際しては、いわゆる履行利益賠償のドグマの盲信が契約清算方向に向けた損害賠償の重要性を見えづらくし、あるべき議論の方向性を歪めてしまったことも否めない⁽⁴⁾。しかし、近年になって、債権者救済のためには履行利益賠償よりも(契約の)原状回復を内容とする損害賠償のほうが時には有用性が高い場合があることが各所で指摘され始め、次第にそれが基礎的な共通認識となりつつある。積極的な契約利益の実現だけを目的とした現在の損害賠償理論はその点を十分にカバーできていない。履行利益賠償に偏向した理論の限界が露見し、債務不履行による損害賠償の常識にほころびが見えてきた。それは民法415条および416条それ自体の構造的欠陥ではなく、同条を支えている法理論に内在する部分的かつ修復可能なほころびである。それをいかなるアプローチで修復すべきかが課題となっている。契約責任の本来の形、これからの契約責任の理想の形をどこに置くかという展望の見地からではなく、理論障害を理由とした現実的なアップデートの必要に迫

的展開。(有斐閣、2003年) 108頁以下など。

- (4) ここで言う「履行利益賠償のドグマ」とは、債務不履行に基づく損害賠償は履行利益の賠償を意味し、それがなされることこそが常に損害賠償による債権者利益保護にとっての最適解である(常に履行利益は信頼利益よりも大きい)という偏った見方を指す。これが原因で、有効に成立した契約の不履行を理由にした信頼利益賠償(あるいは履行利益賠償以外のもの)を考える必要はないという先入観が無意識のうちに蔓延ってきた。これと類似のことを指摘するものとして、潮見・前掲注(1)『新債権総論』444頁。

られているのである。「債務不履行による損害賠償の原則は履行利益の賠償であり、契約が履行された状態を実現することが常に債権者救済のための最適解である」という思い込みは、もはや過去の産物である。我が国の民法においても、契約不履行に基づく損害賠償において、債権者に履行利益賠償と原状回復的損害賠償の選択肢が与えられる状態を明確に理論立ててデフォルト化すべき時がきている。

原状回復的損害賠償の中でも、有効な契約債務の不履行を理由とするものに限ってみれば、現時点ではそれを正面から扱った研究は未だ数えるほどであり、ほとんど未開拓に近い領域であるため、我が国の民法において解釈的に費用賠償の理論構築を図る上でクリアすべき課題は多い。原状回復的な損害賠償と解除制度との関係性もその一つである。費用賠償は、債権者の費用支出の無益化の責任を不履行債務者にとらせることで、損害賠償によって債権者を費用支出前の状態（原則として契約がなかった状態）に原状回復させることを企図するものであるため、法律行為論レベルで同じく契約の原状回復を目的とした制度である解除との競合が問題となる。法律行為としての契約の有効性を維持したままで、解除要件を介さずに損害賠償によって経済的に契約締結前の状態に巻き戻すことは規範的な評価矛盾にならないかの検証が必要だという適切かつ重要な指摘もなされている。⁽⁵⁾ たしかに解除要件をみたさないケースで、契約を解除したのと同様の状態を損害賠償によって金銭的に実現できる場面があるとすれば、実質的に抜け道にもなる可能性を孕んでいるため問題となる。では、反対に、契約不履行に基づく原状回復的損害賠償に関して、解除要件をみたく場合に限ってそれを認めると考えたとき、何か不都合はあるのだろうか。換言すれば、法律行為としての契約の有効性を維持したまま費用賠償を認めることに積極的なインセンティブが働く具体的なケースがどのような場合なのかである。というのも、終局的な

(5) 潮見・前掲注(1)『新債権総論』445頁。

契約挫折のケース（たとえば売買契約において不能等が理由で目的物が債権者に引き渡されないことが確定した場合など）においては、無駄になった費用の賠償を求める債権者にとって契約の有効性を維持しておくことは、反対給付義務を負う債権者にとって通常は不利益にこそなれ、利益になることはないからである。⁽⁶⁾それゆえ、終局的な契約挫折のケースにおいては、事実上債権者は - 要件をみたく限りで - 契約の解除とともに費用賠償を請求することを選ぶことになる。つまり、契約が終局的に挫折して解除要件をみたく場合に、解除せずに契約原状回復的な損害賠償を認めるインセンティブはない。費用賠償を認めるべき現実的必要性があるのが、もし解除並行型の場合のみであれば、費用賠償の理論モデルの一つとして、解除とともにする損害賠償の枠内で（545条4項の解釈の中で）原状回復的な損害賠償の途を開くというアプローチも考えられなくはない。しかし、契約債権者の救済の観点から費用賠償のニーズについて考えを巡らせてみると、給付義務の不履行があった場合で解除要件をみたく解除が認められない一方で、原状回復的損害賠償として無駄になった費用の賠償を認める必要性が高いと思われる局面が存在することに気づかされる。それは、契約が終局的に挫折しないケース、すなわち、履行遅滞または不完全履行があったことによって債権者の支出していた費用が無駄になり、後に適切な給付がなされたとしても、その費用の無価値化が治癒されない場合である。

たとえば、車の売買契約で引渡しが1ヶ月遅れたため、その車の保管のために借りた駐車場の賃料を1ヶ月分無駄に支払うことになった場合

-
- (6) 契約の有効性を維持する以上、債務者には給付義務が、そして債権者には反対給付義務が存続するところ、債権者は給付請求（履行に代わる損害賠償）に代えて無駄になった費用の賠償（原状回復的損害賠償）を受けることで、無駄になった投下費用については、それが補填されて支出がなかった状態へ原状回復されるが、その一方で債権者の反対給付義務は残ったままである。債権者が反対給付義務から解放されなければ、少なくとも当該反対給付価値分については債権者にとってマイナスにしかならぬ。

を例に考えてみると、債務者たる売主の履行遅滞によって債権者が車の受領のために契約していた駐車場の賃料1ヶ月分が無駄になったが、翌月の納車によって契約目的は達成され、終局的挫折は免れる。また、その給付が催告期間内であれば債権者は契約の解除もできない。しかし、遅れた給付が適切になされたとしても、1ヶ月分の賃料の無益化を回復できる訳ではない。そのような場合に、債権者は給付としての車の引渡しを受けたうえで、さらに無駄になった1ヶ月分の駐車場代の原状回復を求めることができるだろうか。

これまで費用賠償が論じられる事例の多くは、契約目的が終局的に挫折し、または契約が解除されるケースを想定したものであったが、上記の事案のように契約目的が最終的には達成される暫定的な遅滞の場合にも、債権者の費用の無益化は起こりうる。同様のことは、履行遅滞だけではなく、追完可能な不完全履行によっても生じうる。債務者の不履行によって引き起こされ、後の適切な履行によっても取り戻し得ない費用の無益化を債権者の負担のまま放置しておくことは公平の見地からも適切ではない。費用賠償と解除の関係性を模索するにあたって、こうした解除非並行型（非契約挫折型）の費用賠償に目を向けてみることは、隠れた問題点を洗い出し、思考のベースを固める上で、一定の意義を有するように思われる。

他方で、すでに別稿で紹介したように、ドイツではBGB 284条が債務不履行を理由とした費用賠償請求権を明文で認めているが⁽⁷⁾、暫定的な履行遅滞または追完可能な不完全履行の場合における費用賠償の可否については、学説上見解が大きく対立している。その対立の根底には何があるのか。終局的な契約挫折事例における費用賠償との違いはどこにあるのか。本稿では、履行遅滞ないし不完全履行に基づく費用賠償の可否に主眼を置き、まず第二章では非契約挫折型の費用賠償の特異性を明確

(7) 上田貴彦「ドイツ給付障害法における費用賠償制度の概観 契約利益賠償論の再構築を見据えて」同志社法学57巻5号127頁(2006年)。

にしたうえで、続く第三章においてドイツ民法学説における議論を紐解くことによって、我が国の民法における費用賠償の理論化に向けた糸口を探ってみたい。

第二章 非契約挫折型の費用賠償の特異性

第一節 履行請求権と費用賠償の両立

終局的契約挫折型の費用賠償と比べたとき、暫定的な履行遅滞または追完可能な不完全履行に基づく費用賠償の最大の特徴は、費用賠償と履行請求権（ないしは給付に変わる損害賠償）の二つが完全に両立するところにある。無駄になった投下費用を補填することで債権者を契約がなかった状態に原状回復することを企図する費用賠償は、契約利益の実現に向けた履行請求権ならびに給付に代わる損害賠償とは正反対のベクトルを形成するものであり、二重賠償回避の観点から、債権者はどちらかを選択的に行使することになるのが原則である。⁽⁸⁾これは履行利益と信頼利益の二重取りが許されないことと同義である。しかし、非契約挫折型の費用賠償が問題となるケースでは、- 仮にそれを容認するのであれば - 遅滞等によって無駄になった費用の賠償を受けた後も、なお契約の有効性は維持されており、後の履行または追完によって債権者は給付も合わせて受けることになる。あるいは後に適切な給付提供がなされなかった場合には、費用賠償に加えて履行に代わる損害賠償も同時に求めることができる。というのも、そこで問題となっている費用賠償は、挫折した債権者の費用支出を巻き戻す点で、たしかに原状回復的損害賠償の特性を有しながらも、「契約それ自体の原状回復」に向けられたものではないからである。給付の提供または履行に代わる損害賠償を受けながら、それに加えて債権者に費用賠償請求を容認する合理性はあるのか。それ

(8) 詳しくは、上田・前掲注(7)142頁以下。藤田・前掲注(1)『民法416条と無駄になった出費の賠償』281頁以下、潮見・前掲注(1)『新債権総論』444頁以下なども同旨の理解を示す。

はずでに述べた二重賠償回避の要請と抵触しないのか。具体的イメージを掴みやすくするために、冒頭で挙げた例を含む次の5つの設例を通して考えてみたい。

【設例】購入したクラシックカーに適合する特殊なホイールを別途購入し費用をかけて取り付けたが、車に修復できない瑕疵があったため契約を解除した。それによって、ホイール費用が無駄になった。【設例】店舗用のテナントの賃貸借契約で、賃貸人によるテナントの引渡しりが1ヶ月遅れたため、オープン日を記載して作っていた開店の宣伝ビラが無駄になった。【設例】車を1年間借りる賃貸借契約を締結したが、引渡しりが1ヶ月遅れたため、その車の保管のために借りた駐車場の賃料を最初の1ヶ月分無駄に支払うことになった。【設例】車の売買契約で引渡しりが1ヶ月遅れたため、その車の保管のために借りた駐車場の賃料を1ヶ月分無駄に支払うことになった。【設例】建築請負契約において、注文者が建築資材を自ら調達したが、売主から引き渡された建築資材に瑕疵があったために建築作業を進めることができず、瑕疵のない資材の提供があらためてなされるまでの間、無駄に請負人の人件費がかかった。

設例は、瑕疵ある給付(不完全な履行)がなされたことが原因で、契約目的そのものが達成できなくなり、その結果として債権者の支出したホイール代とその取付費用が無駄になったケースである。クラシックカーの購入が営業目的ではなく単に自己使用目的でなされた場合には、逸失利益等の履行利益の賠償を事実上観念することができないため、債権者に無駄になった費用の賠償を認めるインセンティブが働く。そして、この場合には、債権者は、契約を解除し、さらに無駄になったホイール代と取付費用の賠償を受けることで、契約がなかった状態への経済的原状回復がなされることになる。そこでの費用賠償は「契約の原状回復」に向けられたものとなっている。これに対して、冒頭でも挙げた設例のような事案では、1ヶ月遅れて車の引渡しが行われた結果、債権者は

給付を受領することになり、契約目的は - 時期に遅れながらも - 達成される。しかし、最初の1ヶ月間の駐車場代が履行遅滞によって無駄になったことは、後の履行によっても治癒することはできないため、後に給付の提供を受けたとしても、債権者にその費用の賠償請求を合わせて認めなければ、債権者の損失は補填されない。しかも、それを認めたからといって、債権者が債務不履行のなかった場合よりも有利な状態に置かれることはない。そこに遅滞責任としての費用賠償を - 終局的契約挫折による費用賠償とは切り離して - 認める意義が出てくる。ところが、その場合の費用賠償は「契約の原状回復」に向けられたものではない。契約目的そのものは後の履行によってすでに達成されており、無駄になった1ヶ月分の駐車場代の賠償は契約がなかった状態に巻き戻すことを企図するものではないからである。なお、設例 は遅滞の例として挙げたが、給付に瑕疵があったことが原因で追完に1ヶ月を要した場合にも同様のことが言える。

他方、設例 の宣伝ビラの費用についても、後の履行によって契約目的は達成されるがそれでも費用の無益化は避けられないため、同じく費用賠償を認める必要が出てくる。もっとも、この設例 については、その後に再度宣伝ビラを作り直した場合には、費用賠償の方法によらずとも、(無駄になった最初の作成費用ではなく)後の再作成費用が履行遅滞に基づく「拡大損害」として賠償される余地はあるだろう。不完全履行に関する設例 の請負人の人件費についても同じことが言える。これに対して、設例 では、車の賃貸借契約の期間満了日が変わらないと仮定すると、拡大損害としての賠償は考えにくい。そこでは設例 とは違って、同種の費用を再支出するということが観念できないからである。したがって、その場合にも無駄になった1ヶ月分の駐車場代について債権者に費用賠償請求を認める必要がある。しかし、それらはすべて基本的には契約それ自体の原状回復に向けられたものではない。なお、設例 については、不履行が問題となっている契約が車の賃貸借契約(継続的

契約)であることから、引渡しが遅れた場合にも、遅延損害というよりも使用収益させるという継続的給付の不履行本体を問題にして考えれば、遅れた1ヶ月間の契約について、それを終局的な契約の一部挫折と評価し、費用賠償は終局的に挫折した1ヶ月分の契約の原状回復を指向したものと説明することも不可能ではないだろう⁽⁹⁾。しかし、少なくとも設例においてはそのような評価も不可能であることから、給付の提供(ないしは履行に代わる損害賠償)と両立する形での非契約挫折型の費用賠償を観念しなければ、挫折費用を債権者の負担に帰するという不合理な結果を招くことになるのは間違いない。また、これらの設例はすべて同じように遅滞によって債権者の費用の無益化を招来したケースでありながら、その問題となっている事案が偶然にも費用の再支出があるものか否か、契約を解除したか否か、あるいは契約の一部挫折と評価できるものか否かによって、妥当する理論とその結論に大きな差が出てしまうのはあまりにも不自然である。これらを踏まえて、設例から(とりわけ契約の終局的挫折がない設例から)のようなすべての事案に共通したものとして、冒頭で掲げた本稿の問題意識に回帰する。すなわち、そのような暫定的な履行遅滞ないし追完可能な不完全履行に基づく原状回復的損害賠償は認められるのか。また、仮にそのような特異な原状回復的損害賠償が容認されるとして、それは契約不履行に基づく他の損害項目とはどのような関係にあるのだろうか。

-
- (9) 賃貸借の場合には、引渡しが遅れた場合にも、遅延損害というよりも使用収益させるという継続的給付の不履行本体を問題にすればよいということが言われている(平野裕之『債権総論』(日本評論社、2017年)119頁)。
- (10) たとえば1年間の駐車場の賃貸借契約を1ヶ月の賃貸借契約12回と捉えることで、その都度の利用自体が個別給付の繰り返しと考えれば、最初の1ヶ月分の契約についてはその契約目的が終局的に挫折しており、その給付(1ヶ月間の車の提供)に代わる損害賠償に代えて、費用賠償を求めていると評価することも不可能ではない。

第二節 遅滞責任とBGB 284条の適用要件

ドイツ民法では、費用賠償について定めるBGB 284条が、「給付に代わる損害賠償に代えて」費用賠償を求めることを債権者に認めている⁽¹¹⁾。そして、遅滞または不完全給付の場合には、BGB 281条 1項が「債務者が履行期に給付を提供せず又は義務づけられた通りに提供しないときは、債権者は債務者に対して履行又は追完のための相当な期間を定め、それを徒過した場合に」給付に代わる損害賠償を請求することを債権者に認めている。つまり、少なくとも条文の文言上は、履行又は追完の請求したうえで期間内に履行又は追完がなされなかった場合にのみ（給付に代わる損害賠償に代えて）費用賠償を求めることができるとされていることになる。また、売買の目的物に瑕疵がある場合における買主の責任について定めるBGB 437条はその3号でBGB 284条を準用しているが、これも条文上はBGB 281条 1項に基づく追完請求の上でその期間が徒過したことが前提となっている⁽¹²⁾。もっとも、立法段階では、そのような規定の仕方をするにあたって、履行遅滞または不完全履行における費用賠償を排除する趣旨の説明はなく、むしろその可否について議論された形跡さえない。

それゆえ、ドイツ民法の条文の文言を見る限りでは、本稿で問題とし

(11) BGB 284条（無駄になった費用の賠償）

債権者は給付に代わる損害賠償に代えて、債権者が債務者の給付の受領を信頼して支出し、かつ、その支出が正当であると認められる費用の賠償を求めることができる；ただし、債務者の義務違反がなくても債権者が費用支出の目的を達成することができなかつたであろう場合はこの限りでない。なお、同条に関して詳細は、上田・前掲注（7）140頁以下を参照されたい。

(12) ドイツ学説の通説によれば、BGB 284条は、「不給付」（給付の提供がなかった場合）に限らず、あらゆる種類の義務違反に適用可能であるとされており、不完全履行（給付はおこなったがそれが不完全だった場合）にも、追完されなかった場合にはその適用が可能であることが前提的理解となっている。

ているような、単なる暫定的な履行遅滞で後に履行がなされた場合や、不完全履行が後に追完された場合には、費用賠償が認められていないように窺える。ところが、学説に目を向けてみると、これらの点が債務法改正における立法上のミスだったのではないかと、そしてその不備を補うために、履行遅滞または不完全履行によって生じた費用の無益化に対してBGB 284条を類推ないし拡大適用すべきではないかという主張が数多くなされ、それについて学説の見解が大きく割れている状況にある。次章では、学説の対立軸はどこにあるのかを探ることに意識を払いながら、その議論の中身を詳しく考察していくことにしたい。

第三章 BGB 284条の適用可否をめぐる議論の状況

第一節 終局的挫折事例に限定すべきか

単なる暫定的な履行遅滞または追完可能な不完全履行の事例にBGB 284条を類推ないし拡大適用することに否定的な立場は、主として前述のような規定の文言（BGB 284条が「給付に代わる損害賠償に代えて」のみ費用賠償を求めると規定している点）、およびその文言から解釈される立法者意思（すなわち、契約が終局的に挫折し、債権者がその請求権の解消を決定する場合にのみ費用賠償を認めることを意図していたという解釈）にその論拠を求めている。以下、否定説に依拠する代表的論者の見解を個別に見ていく。

1 Ernstの見解

Ernstは、いわゆる定期行為に該当する場合などを除き、BGB 284条の拡大適用ないし類推適用は不可欠ではなく、むしろそれを認めることは適切ではないと主張する。⁽¹³⁾ その理由として、給付の取得に際してそれに比肩する新たな費用を支出しなければならない場合には、遅延損害の

(13) Ernst, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2003, § 284 RdNr.14.

枠内で実質的に無駄になった費用の賠償を求めるのと同様のことが可能である点を挙げる。たとえば、取立債務の事例において、債権者が運送車両で目的物を準備していない債務者のもとを訪れたが、引き渡されなかったため、債権者が再度取立てに向かわなければならない場合には、債権者は再取立てのために追加でかかる費用のほうを遅延損害として賠償してもらえる。このとき BGB 284条を適用できないからといって、債権者にとっては、損失抗弁に関する立証上のメリットを失う（追加費用についての立証をしなければならない）というだけの僅かな負担しかないと述べる。

2 Stoppelの見解

また、Stoppelも、履行遅滞によって挫折した費用に BGB 284条の適用範囲を拡張することは、給付に代わる損害賠償の責任設定要件のもとで、かつ債権者がその請求権の解消を決定する場合にのみ費用賠償が認められうるという立法者の基本的決定を無に帰せしめるものであるとして、それに否定的な態度を示す。⁽¹⁴⁾ その上で、遅滞を理由として生じた費用支出目的の挫折の問題は、BGB 281条 1項に基づいて債権者が債務者に設定しなければならない履行又は追完のための催告期間の「相当性」を判断する際に、費用支出目的の挫折がいかに差し迫ったものかを考慮して、催告期間の長さを調整すればそれで足りるとする。催告期間の相当性は、債権者に発生する損害の急迫性によっても変わるものであり、それどころか極端な場合には催告期間の設定は BGB 281条 2項に基づいて不要になることもあると述べる。⁽¹⁵⁾ つまり、Stoppelは、費用が無駄になる急迫性が高い場合には、催告期間を調整して給付に代わる損害賠償請求権の発生時期を早めることで、それに代えて費用賠償を請求すれ

(14) Stoppel, Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB, AcP204, 2004, S.81, S.89.

(15) Stoppel, a.a.O.(Fn.14), S.89-90.

ばよいと考えており、あくまでも条文の文言に忠実に給付に代わる損害賠償請求権との代替性(すなわち契約の終局的挫折)を費用賠償の必須要件として厳格に捉えていることがわかる。⁽¹⁶⁾

3 Ackermannの見解

類推を否定する積極的理由として「評価矛盾」の視点に言及するとともに、補完的理由として収益性の推定による救済の可能性を挙げる見解もある。Ackermannによれば、法が - 挫折ドグマに抵触しながらもそれに囚われることなく - 給付に代わる損害賠償に代えてのみ挫折費用の賠償を認めているのは、給付と並ぶ損害賠償については請求できるけれども完全かつ瑕疵のない給付義務の履行になお固執する(あるいは給付に代わる損害賠償の要件が欠けているためにそうしなければならない)債権者は、損害賠償によって契約を締結していなかった状態に置かれることを求めることはできないからであり、そう考えることによって評価矛盾に陥ることを避けられると言う。⁽¹⁷⁾ さらに、それを補う許容性として、⁽¹⁸⁾ 収益性の推定による救済が新法においても通用することを指摘する。債務法改正前のドイツでは、挫折ドグマの縛りがある中で履行利益の枠内で無駄になった費用の賠償を実現するための判例法理として「収益性の推定」法理が用いられていた。そこでは、費用を支出した債権者は履行利益として投下費用以上の収益をあげることができたはずであるから、支出費用額を履行利益の最小損害と推定することで、実質的に無駄になっ

(16) 不完全給付についても同様に、Stoppelは、給付に代わる損害賠償請求権との代替性の要件を厳格に解している。もっとも、ここでも、BGB281条2項に該当する場合(履行拒絶の場合または双方の利益を考慮して即時の損害賠償請求権の主張を正当化する特別の事情が存する場合)には、催告期間の定めは必要なくなる点(つまり、その場合には給付に代わる損害賠償に代えて費用賠償を求めることができること)を付言している。

(17) Ackermann, *Der Schutz des negative Interesses*, 2007, S.408.

(18) Ackermann, a.a.O.(Fn.17), S.408f.

た費用の賠償を認めてきた (もっとも、その法理の限界が露呈したことで最終的にはBGB 284条の制定に至る訳であるが⁽¹⁹⁾)。通説によれば、その収益性の推定は、BGB 284条が制定されて無駄になった費用の賠償が明文で認められるようになった新法においても、これまでと変わらず通用すると考えられており⁽²⁰⁾、債務法改正後のBGB 284条に関する最初の連邦通常裁判所の判例においてもそのことが肯定されている⁽²¹⁾。こうした事情を背景として、Ackermannは、債務者の責めに帰すべき遅滞が債権者の費用の無価値化を引き起こした (かつ後の履行ないし追完によってもその無価値化が治癒されなかった) 場合には、債権者はBGB 280条1項、2項、BGB 286条による遅延損害の枠内で収益性の推定に基づいて費用の賠償を求めることができるのであるから⁽²²⁾、給付に代わる損害賠償という形での積極的利益の保護に対する要件 (算定可能な不履行損害の発生を除く) が欠けている場合には、それに対応する消極的利益の賠償 [費用賠償を意味する] も認めるべきではないと主張する⁽²³⁾。

4 Ellersの見解

Ellersも、上述のような否定説に依拠する諸見解に賛同し、終局的契

(19) 詳しくは、上田・前掲注(7) 133頁以下を参照。

(20) Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S.499, S.517; Riehm, in: Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Kapitel 6, RdNr.225; Lorenz, Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, NJW 2004, S.26, S.27f.; Ernst, a.a.O.(Fn.13), § 284 RdNr.35; Grigoleit, Neuregelung des Ausgleichs >>frustrierter<< Aufwendungen (§ 284BGB): Das ausgefallene Musical, ZGS 2002, S. 122, S.123.

(21) BGH v. 20.7.2005, BGHZ 163, 381.

(22) Ackermann, a.a.O.(Fn.17), S.408f. この他にも、Schwarze, Staudinger Kommentar, 2014, § 284 RdNr.26も、遅滞に対するBGB 284条の適用を否定したうえで、収益性の推定法理による債権者救済の可能性を示す。

(23) Ackermann, a.a.O.(Fn.17), S.411.

約挫折のケースに限ってBGB 284条の適用を認める。Ellersによれば、催告期間の徒過後に初めて生じる給付に代わる損害賠償に代えてのみ費用賠償を認めるBGB 284条の文言からは、催告期間内に履行ないし追完されうる履行遅滞または不完全給付に対して、同条を直接適用することは少なくともできない。そして、同条の類推適用についても否定している。⁽²⁴⁾ その主張の概要は以下の通りである。たしかに債権者の視点だけに依拠した場合には、費用賠償請求権を催告期間の徒過にかからしめることはほとんど意味がない。しかし、そのような費用(後述の固定費用)は、それに相当する費用が後に再度必要とされる場合には、遅延損害として把握されうるのであるから、結局のところ問題となるのは、債権者が適切な時期における給付の受領を信頼し、無駄に費用を支出したが、債権者が後に再度その費用を支出する必要がないという稀有な事例に限られることになる。⁽²⁵⁾ そうした事例に対してBGB 284条の類推適用の基礎となる状況が存するかというと、それを正当化するに足りる法の欠缺(法の不完全性とその構想背反性)はないと分析する。⁽²⁶⁾ というのも、債権者はBGB 286条の要件の下でのみ遅延損害を求めることができ、BGB 283条の要件の下でのみ給付に代わる損害賠償を、そしてBGB 284条に基づく付加的要件の下でのみ費用賠償を求めることができるという形である。そこに法の不完全性があるとは言えない。また、債権者の利益だけに偏向せず、給付障害法の責任システム全体に目を向けたときには、BGB 280条においては段階的に債務者の責任が具体化されており、それによると債務者は全不履行損害においてBGB 281条から283条までの付加的要件のもとでのみ責任を負うことになっているため、そこに構想背反性もないと言う。また、収益性の推定による非財産的な契約目的の挫

(24) Ellers, Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen, 2005, S.149ff.

(25) Ellers, a.a.O.(Fn.24), S.151.

(26) Ellers, a.a.O.(Fn.24), S.151ff.

折における (旧法下の) 問題を除去することが給付障害法の基本的な関心事であったとしても、そもそも旧法下で遅延損害に関して収益性の推定が認められていたわけではなかったことからすれば、BGB 284条によつて遅滞責任としての費用賠償が認められないとしても、それも法の構想に反しているとは言えず、やはり類推の基礎が存しないと述べる。

また、Ellers は、前述の Stoppel が説いていた催告期間の調整による債権者保護の視点 (事例によっては給付に代わる損害賠償請求権の発生時期を早めることで対応できるという主張) を支持し、その論拠をさらに敷衍している。すなわち、債権者が特段時間通りの給付の提供を信頼し、それを前提に計画していた事例において、債権者の苛酷を防止しようとするのであれば、相対的な定期行為に適用される原則に目を向けるべきである。⁽²⁷⁾ そして、問題となっている契約が、相対的な定期行為なのか、あるいは単なる履行期の設定に過ぎないのかは、(契約) 当事者による合意に決定的に依存している。明確な合意がなされていなかった場合には、当事者の利益および終局的には補充的契約解釈を通して決定される。したがって、判断の指標となるのは、期限通りに給付が提供されることによる債権者の利益を債務者が予見することが可能であったかどうかであり、その利益は、債務者の利益を考慮したとしても債権者による無催告解除に正当理由があると認められるのを上回るほどに重大なものでなければならない。もっとも、BGB 323条 2 項 2 号に相当するルールは BGB 281条においては採用されなかったことからすれば、催告期間を徒過するまでは BGB 323条 2 項 2 号に関わらず原則として巻き戻しは許されない。しかし、BGB 281条 2 項 2 文に基づいて「双方の利益を

(27) 遅滞であることを理由に収益性の推定の通用性が否定されていたという意味ではなく、事実上それを認めた判例が存在しなかったという意味で述べているものと思われる。詳しくは、次節の Schneider の見解に関連して後で紹介する判例 (連邦通常裁判所 1978年 4月 21日判決) を参照。

(28) Ellers, a.a.O.(Fn.24), S.154f.

考慮して損害賠償請求権の即時の行使が正当な理由があると認められる特別な事情が存している」場合だけは異なってくる。その場合として立法者は数ある中でもジャストインタイムの合意を念頭に置いている。これと同じように考えれば、給付が適切な時期になされることを信頼して債権者が特別な費用支出をおこなおうとしていることが理由で、適切な時期に給付が提供されることによる債権者の利益が存在していることを債務者が知っていた場合には、債権者は相対的な定期行為として直ちに給付に代わる損害賠償に移行できるべきではないかが検討されうる。反対に、(合意による)相対的な定期行為になっていない場合、つまり、債権者の給付利益にとって時間通りに給付が提供されることに特別な意味があることを債務者が前提としなくてよい場合には、費用賠償請求権は排除されると説く。⁽²⁹⁾

第二節 固定費用とBGB 284条の類推適用の可否

前節で考察した否定説の代表的見解に対して、遅滞責任としての費用賠償の必要性を訴える見解も数多く存在する。その中には、履行遅滞ないし不完全履行は本来的にBGB 284条の適用ケースであるとする見解と、遅滞ないし不完全履行によって無駄になった費用の賠償を全面的に認めるのではなく、いわゆる「固定費用」(たとえ後の履行または追完によっても無益化が治癒されない費用)の特殊性を強調して、その場合に限って類推適用の必要性を説くものがある。以下、肯定説に依拠する代表的論者の見解の論拠と、そこでは「給付に代わる損害賠償に代えて」という費用賠償の要件がどのように説明されているのかを見ていきたい。

1 Canarisの見解

BGB 284条は一般論として履行遅滞および不完全履行に適用可能であ

(29) Ellers, a.a.O.(Fn.24), S.155.

ると説くのが Canaris である。Canaris は、「給付の受領を信頼して」という規定の文言からは、BGB 284条の適用が給付の総じて提供されない場合に限られると演繹すべきではないとして、(最終的には給付を受領することになる) 不完全履行および遅滞の場合にも同条の適用は本来的に想定されている旨の理解を示す。⁽³⁰⁾ とりわけ遅滞に関しては例を挙げて、債務者が時間通りに給付を提供してくれることを信頼して債権者が貸付金を借り入れたが、給付が遅れて提供されたことが原因でそれに関して支払うべき利息が無益なものになった場合には、債権者はそれを遅滞の期間に応じて BGB 284条によって請求することができるとしている。⁽³¹⁾ 他方で、Canaris は、「給付に代わる損害賠償に代えて」という要件との関係で遅滞責任としての費用賠償を認めて良いのかについては触れていない。それ故か、同条の類推適用の可否という観点からではなく、- 明言はないものの - 同条の直接適用自体を肯定的に捉えているものと推断される。

2 Dauner-Lieb の見解

Dauner-Lieb は、損害賠償に際して催告期間 (履行ないし追完給付のための相当期間の設定) が必要とされる場合 (BGB 281条) には、債務

(30) Canaris, Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht, in: FS Wiedemann [2002], S.3, S.29.

(31) Canaris, a.a.O.(Fn.30), S.31. なお、Canaris は、契約の有効性を維持したまま代金減額請求をする場合にも、その割合に応じて BGB 284条に基づく費用賠償を認めている。すなわち、代金減額の場合には、例えば、売買代金の30%を差し引かれた場合でも、(支出が無駄になった限りにおいては) その資金調達コストの30%の賠償を求めることができるとしている。その理由として、Canaris は、経済的・機能的には代金減額は一部解除以外の何ものでもなく、それによって買主は売買代金の一部の払戻しと引換えに目的物と完全に等価のものを断念するものであるから、損害賠償とは異質の代金減額請求は費用賠償と両立しうると述べている (Canaris, a.a.O.(Fn.30), S.30f.)。

者には債務の目的たる給付をなお提供するためのさらなる機会が与えられなければならないから、遅滞の場合にBGB 284条による費用賠償が認められるかどうかについても、催告期間の設定に意味があるかどうかに着目して〔事案によって個別具体的に〕判断すべきであると主張する。⁽³²⁾ 具体的には、催告期間の設定によって費用の無益化が避けられるか否かが判断のメルクマールになると言う。そのうえで、遅れを取り戻す給付または追完をしたところで意味がない(無益化を避けられない)費用は区別して考えるべきであり、そのような費用に関する債権者の費用賠償請求については〔催告期間の徒過とは関係なく〕容易に認められると説く。⁽³³⁾ たとえば、建築資材の買主が建築従事者を待機させていたが、建築資材の瑕疵が原因で仕事をすることができなかった場合には、建築従事者のコストは、売主が相当な期間内に瑕疵のない建築資材をあとから提供したとしても賠償可能である。債務の目的とされた建築資材の売主がそもそも取り決められた期日に提供しない場合にも同じことが言えると述べる。⁽³⁴⁾

以上のように、Dauner-Liebは、個別具体的事案において催告期間の設定に意味があるかどうか(すなわち、履行ないし追完によって費用の無益化が治癒できるか否か)によって、遅滞責任としての費用賠償が独自に認められるかどうかが変わってくることを明確にしている。もっとも、それがBGB 284条の直接適用によるものか、類推によってはじめて認められると考えているのかは明らかではない。

3 Gsellの見解

肯定説の中でも、こうした点を詳細に論じているのがGsellである。

(32) Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hrsg.), Anwalt-kommentar-Schuldrecht, 2002, § 284 RdNr.7.

(33) Dauner-Lieb, a.a.O.(Fn.32), § 284 RdNr.7.

(34) Dauner-Lieb, a.a.O.(Fn.32), § 284 RdNr.7.

Gsell は、遅れた履行ないし追完がなされても無駄になることを避けることができない費用を「固定費用 (Fixkosten)」と称して、それを通常の費用とは明確に峻別する。そのうえで、Dauner-Lieb の考えをさらに発展させ解釈的な理論に昇華させている。⁽³⁵⁾ Gsell によれば、文言通りに BGB 284 条を把握すれば、固定費用に関しても費用賠償を求める権利は、たしかに給付が追完されるか否か (= 催告期間内に遅れた履行ないし追完がなされないこと) にかかっているが、費用支出がしばしば期限と関連しており、それゆえに給付の追完がもはや費用の無益化を治癒できないことを立法者が見落としていたことは明白である。したがって、固定費用の賠償に関しては BGB 284 条を拡大解釈しなければならないと主張する。⁽³⁶⁾

その主張の概要は次の通りである。たしかに給付の遅滞または瑕疵ある給付の提供が必ずしも給付に代わる損害賠償請求権を生じさせるわけではない。給付の瑕疵が取り除かれた場合に賠償されなければならないのは、それでもなお残存する付随損害だけであり、また遅れていた給付が後に履行された場合には遅延損害である。どちらの場合にも給付に代わる損害賠償請求権は発生していない。したがって、BGB 284 条を文言通りに捉えれば、後に給付が追完された場合には固定費用の賠償を求めることはできない。しかし、費用賠償のそのような制限は容認すべきではない。BGB 284 条は費用が無駄になったことを補填する目的に資するものである。適切な給付が後になされたことによって費用がその目的を達成したのであれば費用賠償に対する請求権は事実上必要ないし、それは遅延損害または付随損害が発生していない場合にその賠償が認められないのと同様である。その場合には費用は終局的に完全に無駄にはなっ

(35) Gsell, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt(Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 321, S.341ff.

(36) Gsell, a.a.O.(Fn.35), S.341ff.

いないからである。給付がなされていない状態が継続している場合にも、BGB 281条による催告期間の設定がなされていないために現物給付を拒絶して給付に代わる損害賠償を求めることができず、また追完されたことで費用支出目的が達成されるのであれば、そのときもまだ費用の無益化は確定していないため、同様のことが当てはまる。たとえば、売却された絵画が期限に提供されていないからといって、買主は即座に額縁に関する費用の賠償を求める権利を有するわけではない。なぜなら、BGB 281条に基づいて給付に代わる損害賠償への移行のための要件が具備されるまでは、売主がひよっとしたら給付を追完し、その結果として額縁はその目的を完全に達成するかもしれないからである。それゆえ、このような事例に関して、費用賠償に関する権限を給付に代わる損害賠償の要件と紐付けていることは実質的に意義がある。しかし、固定費用が問題となる場面で、なおかつ費用の無益化がもはや(適切な)給付の追完がなされたとしても回避することができないような場合には、ただ追完(または遅れた履行)がなされたかどうかだけに左右されて費用賠償が認められず、またはそれが機能しなくなるのはおかしい。それゆえ、給付の追完(または遅れた履行)がなされたことは固定費用の賠償を排除する理由にはならないと言う。

そのうえで Gsell は、BGB 284条に関して存在する法の欠缺を補うべく、同条について次のような拡大解釈がなされるべきだと説く。⁽³⁷⁾すなわち、費用賠償請求権を給付に代わる損害賠償の要件と接続するのは、「(適切な)給付の追完によって費用が無駄になることが回避され、または回避される限りにおいては」という限定解釈がなされるべきであるとする。それをもはや回避できない場合には、債権者は(給付に代わる損害賠償請求権の要件はみたしていなくとも)遅延損害の賠償請求権の要件をみたしていれば、挫折費用の賠償を求めることができて然るべき

(37) Gsell, a.a.O.(Fn.35), S.342f.

であると言う。ただし、その際に以下の二点に注意しなければならないことが付言されている。すなわち、費用賠償を請求するためには、遅滞要件だけではなく（当然ながら）BGB 284条のその他の要件はみたさなければならないということ、給付の遅滞の場合に通常賠償されるのはBGB 286条に基づく遅延損害だけであるから、それを費用賠償に置き換えれば、補償されるべきは「遅滞によってその目的を達成し損ねた」費用に限られるということである。この点は、無益化が遅滞を理由としたものでなければならないという趣旨であり、したがってその後に給付が追完されずに最終的に給付に代わる損害賠償請求権が債権者に与えられたとしても、変わらず充足されていなければならないことを意味している⁽³⁸⁾。以上のようなGsellの理解によれば、費用賠償という1つのフレームワークの中で、遅滞に基づいて無駄になった費用の賠償と、終局的不履行によって無駄になった費用の賠償は異質のものとして峻別されていることがわかる。

さらにGsellは、給付に代わる損害賠償請求権が費用賠償の要件であることを上記の限りで放棄することで、債権者だけでなく債務者にとってもかえって有益であると補足する。すなわち、BGB 281条の催告期間が徒過した後でさえも、債権者と債務者の双方にとって給付が現物で提供されることが有益である場合が多い。それにもかかわらず、費用賠償を給付に代わる損害賠償請求権が存在する場合にしか認めないのであれば、債権者は費用賠償請求権を確保したいと思ったがために、不自然にも債権者はそれだけで現物給付の放棄を余儀なくされる状況に置かれる。なぜなら、彼が第一次給付を受け入れる場合には、それによって給付に

(38) Gsellは、住宅用地の買主が新しい住居を楽しみにして庭用に大きなクリスマスツリーを購入したが、大晦日まで引渡しが遅れたという設例を挙げて、役に立たなくなったそのクリスマスツリーの費用は、債務者がクリスマスにすでに遅滞に陥っていた場合に限りてBGB284条に基づいて賠償されうるのであって、このことは給付が最終的に追完されたのか否かに左右されないと説明している (Gsell, a.a.O.(Fn.35), S.341-343.)。

代わる損害賠償請求権が消滅するからである。しかし、損害賠償法が、両当事者にとって望ましい給付の実行が行われない方向に促すことはないはずであると述べる。もっとも、これに対しては、Ellersから次のような反論がある。⁽³⁹⁾ すなわち、取引が両当事者にとって有益であるにも関わらず費用賠償請求権のために現物給付の放棄を余儀なくされるという問題は、給付が完全に行なわれなかったことによって初めて挫折する費用に関しても同様に立ち足るものであって、遅滞や不完全履行に特有の事柄ではない。むしろ債務者にとっては、遅れた履行または追完することで脅迫的な費用賠償請求権を回避することができるほうが、催告期間内に適切な給付を提供することへのインセンティブが働くと言う。

4 Unholtzの見解

Unholtzも、BGB 284条の類推適用に肯定的立場を表明する。遅滞を理由とした無駄になった費用の賠償に関して同条の適用が規定の文言上は制限されており、その賠償範囲が制約されている点で決定的な法の欠缺(法の不備)が存しているところに、その類推適用の素地を認めている。⁽⁴⁰⁾ Unholtzの主張の概要は次の通りである。同氏の分析によれば、遅延損害は債務法改正後においても積極的利益にカテゴライズされるものであるが、それは完全なる積極的利益(給付に代わる損害賠償)に相当するものではなく、その部分的な断片である。そして、BGB 284条によって方向づけられた遅滞責任としての費用賠償は[終局的契約挫折における契約巻戻し的な費用賠償が完全なる消極的利益であるのに対して]部分的な消極的利益の賠償を意味する。つまり、いずれも積極的利益または消極的利益の「一部分」に過ぎないところに遅延損害の特異性を見出しているのである。そのように遅延損害(BGB 280条1項・2項, 286

(39) Ellers, a.a.O.(Fn.24), S.153-154.

(40) Unholtz, Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, 2004, S.241f.

条) を部分的な契約利益と性質づければ、(完全なる積極的利益としての「給付に代わる損害賠償に代えて」のみ費用賠償を認める) BGB 284 条の直接適用は否定される。しかし、今や決定的な規定の不備が BGB 284 条の制限された賠償範囲に存在する。それゆえ、せめて同条の類推適用がなされることが検討されるべきである。部分的な消極的利益の補償がなされたとしても、(その後給付提供がなかった場合には) 債権者は一般原則に基づいて逸失利益の賠償も求めることができるはずであるが、これに対して契約が完全に広範に巻き戻される場合 (契約の原状回復に向けられた費用賠償が請求される場合) には無駄になった費用の賠償に対する請求権しか与えられるべきではない。挫折費用の賠償を BGB 284 条によって明文化する際には立法者がこうした評価を顧慮すべきであったにも関わらず、それがなされていないこと自体が法の欠缺であり、それは同条の類推適用の肯定にプラスに働くと述べる。⁽⁴¹⁾

5 Schneider の見解

Schneider も BGB 284 条の類推適用を肯定する論者の一人であり、履行遅滞と不完全履行の場合における固定費用の賠償に関して詳細に論じている。⁽⁴²⁾ まず遅滞に関しては、債務者が給付の遅滞の状態にあっても、債権者がなお契約の貫徹に固執する場合には、その遅延損害を BGB 280 条 1 項・2 項、286 条に基づいて請求することはできるが、それは給付と並存する損害賠償であるため、(それに代えて) BGB 284 条を直接適用して遅滞によって無駄になった費用の賠償を求めることはできない。⁽⁴³⁾

(41) Unholtz, a.a.O.(Fn.40), S.241f.

(42) Schneider, § 284 BGB - zur Vorgeschichte und Auslegung einer neuen Norm, 2007, S.211ff.

(43) ただし、事例によっては、その費用を再度支出せざるをえない可能性がある場合には、追加の出費たとえば売買の目的物を受け取りに行くための再度の運送コストが伝統的な遅延損害として賠償されることはありうるということが付言されている。

しかしながら、費用支出が遅滞によって挫折し、かつその後に遅れて履行されたとしてもその挫折を治癒できない場合には(法の)不備があるとして、Gsellらの見解を支持する⁽⁴⁴⁾。そのうえで、Schneiderは、改正前のBGHの判決(連邦通常裁判所1978年4月21日判決)の事案を例に挙げて固定費用の特異性を説明する。

Schneiderが自説の展開の中で例として採り取り上げている連邦通常裁判所1978年4月21日判決⁽⁴⁵⁾の概要は、次のようなものであった。原告と被告はまだ建設途中の分譲マンションの売買の際に完成して入居可能になる時期に関して拘束力のある期限を定めたが、被告が期限までに引渡しができず10ヶ月間の履行遅滞を経て引き渡された。原告は引渡しまでの間まだ住居を利用できない時点で取得した分譲マンションのためにすでに運営金や住宅金等の共同体コストを支払わなければならなかったにも関わらず、入居期日の遅延が原因でその利益を受けることができず、共同体コスト(共益費等)を無駄に支払う結果となった。それゆえ、原告は住居を利用できなかったことの補償と並んで、予備的に彼の無駄になった共同体コストの賠償を「収益性の推定」に基づいて請求した⁽⁴⁶⁾。本事案において問題になった共同体コスト(共益費)は履行遅滞によって無駄になった費用であり、それは後の履行によっても挫折が治癒されえない、GsellやSchneiderが言うところのまさに「固定費用」である。これに対して、連邦通常裁判所は結論としては費用の賠償を認めなかった。もっとも、本判決では、遅滞に基づきいわゆる固定費用の挫折であることを理由として賠償請求が退けられたのではなく、マンションの売買契約が収益目的の契約ではなかったために、履行利益を事実上観念することができず、収益性の推定が機能しない事案であったことがその理由であった。

(44) Schneider, a.a.O.(Fn.42), S.211-212.

(45) BGH v. 21.04.1978: BGHZ 71, 234; NJW 1978, 1805; JZ 1978, 566.

(46) BGHZ 71, 234, 235.

Schneider の主張によれば、同判例における共同体コストについて、原告が最終的には彼の住居の引渡しを受けたとしても、その費用が挫折したことを元に戻せるものではない。債権者が（遅滞になっていても）なお契約を履行してもらいたいと考えており、そのために債権者がそのような事例において BGB 281 条による手段をとろうとはしない場合には、BGB 284 条無しには債権者に損害が残ったままになってしまうと指摘する⁽⁴⁷⁾。そして、これと同様の問題が、瑕疵ある給付がすでに費用の終局的な挫折を招いているが、瑕疵がのちに追完給付によって取り除かれた場合（たとえば瑕疵ある給付が原因で無駄になる生産コストなど）にも立ちはだかるとして、不完全履行についても Gsell の見解を支持する⁽⁴⁸⁾。

また、否定説に立つ前述の Stoppel らが主張していた、BGB 281 条 1 項に基づいて債権者が債務者に設定しなければならない履行又は追完のための催告期間の「相当性」を判断する際に、費用支出目的の挫折がいかに差し迫ったものかを考慮して、催告期間の長さを調整すれば足りるとする見解に対しては、本判例のような事例においては催告期間を短縮しても仕方ないとして、Stoppel の提言およびそれに賛同する Ellers の見解に異を唱えている⁽⁴⁹⁾。

第三節 遅延賠償と選択的關係にある費用賠償 費用賠償の二元的構造

履行遅滞ないし不完全履行に基づいて確定的に費用が無駄になった場合に、「給付に代わる損害賠償に代えて」という要件を柔軟に解釈して、BGB 284 条を拡大適用ないし類推適用することによって、その賠償を認める考え方に依拠したときには、その費用賠償は不履行による他の損害項目とどのような関係にあり、どのような損害賠償とは両立しうるのか。

(47) Schneider, a.a.O.(Fn.42), S.212.

(48) Schneider, a.a.O.(Fn.42), S.212.

(49) Schneider, a.a.O.(Fn.42), S.212, Fn.25.

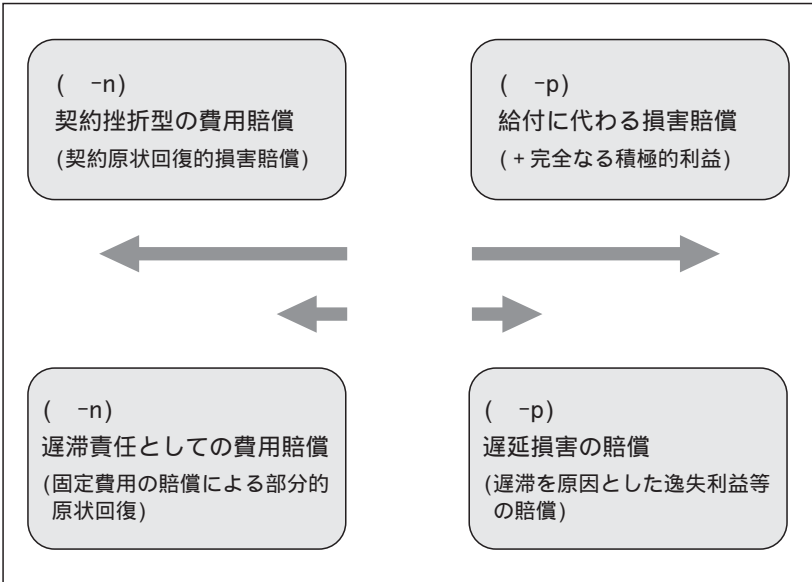
遅滞責任としての費用賠償の特殊性（理論構造面における通常の費用賠償との異質性）は、第二節で見てきた肯定説による説示から浮き彫りになってくる。

いわゆる固定費用の賠償を念頭においたときには、それは常に給付（ないし給付に代わる損害賠償）と両立可能なもの〔給付併存的な損害賠償〕として位置づけられる。ドイツにおいても「給付に代わる損害賠償 (Schadensersatz statt der Leistung)」という表現はそれを用いる論者によって意味合いに多少の違いがあるようであり、狭義の意味で給付の交換価値の賠償を意味するものと、給付の交換価値だけでなく逸失利益等のその他の履行利益全般を意味するものとして用いられている場合が見受けられる。いずれにしても、それは賠償の内容として給付の交換価値を含むために給付とは両立し得ない点で、単なる遅延損害の賠償や付随義務違反に基づく損害賠償などの「小さな損害賠償」とは区別されている。契約全体の原状回復に向けられた通常の費用賠償が「給付に代わる損害賠償」に代えて請求されるのに対して、BGB 284条の類推適用を認める場合の固定費用の賠償は、当該解釈によって例外的に、給付の交換価値を含まない「小さな損害賠償」としての「遅延損害の賠償に代えて」給付併存的に請求されることになる。これは、給付に代わる損害賠償と費用賠償（契約原状回復的な損害賠償）との二者択一的関係性とは別に、積極的利益としての遅延損害の賠償（遅滞に基づく逸失利益等の賠償）と遅滞等に基づく固定費用の賠償の二者択一的関係を構成するベクトルを新たに観念しようとすることに他ならない。

Unholtzの見解にもその手掛かりが見当たる。すなわち、遅延損害はこれまで積極的利益の一部として分類されてきたが、BGB 284条の創設と固定費用に関する同条の類推適用を介して、遅滞に基づく「部分的な消極的利益」の賠償を生み出すことになるという趣旨の理解が示されていた⁽⁵⁰⁾。そして、それは逸失利益の賠償と両立するものであると説明されている⁽⁵¹⁾。また、類推適用に関して否定的立場を明らかにしていた Acker

mannも、遅滞に基づく挫折費用の賠償は新法においても「遅延損害の枠内で」収益性の推定に基づいて求めることができるとしていた。このことから、固定費用の賠償が認められるとすれば、それと代替的關係にあるのは遅延損害の賠償であると考えられていることがわかる。また、具体的事案における二重賠償回避の観点からも、そのように考えるのが適切である。これらのことを踏まえて、契約不履行による損害賠償のフレームワークについて再考してみると、BGB 284条を類推適用することで固定費用の賠償を観念するときには、費用賠償は二元的構造をなしていることがわかる。これを図式化すると次のようになる。

< 原状回復の方向性と費用賠償の二元的構造 >



(50) Unholtz, a.a.O.(Fn.40), S.241f.

(51) Unholtz, a.a.O.(Fn.40), S.241f.

図のように遅滞責任としての費用賠償（ $-n$ ）を契約挫折型の費用賠償（ $-n$ ）とは切り離して二元的に把握した場合には、給付に代わる損害賠償（ $-p$ ）と契約挫折型の費用賠償（ $-n$ ）が代替的關係に、そして遅延損害の賠償（ $-p$ ）と遅滞責任としての費用賠償（ $-n$ ）が代替的關係になる。このとき、 $-p$ と $-n$ は損害賠償として次元の異なるものであるため、その内容が重複しない限りにおいて $-p$ の賠償と $-n$ の賠償は原則として両立することになる（両者の重畳的請求が可能になる）。したがって、遅滞責任としての費用賠償（ $-n$ ）を受けたとしても、後に適切な給付が提供されなかった場合には、債権者はそれに加えて給付に代わる損害賠償（ $-p$ ）も求めることができる。また同じく遅滞責任としての費用賠償（ $-n$ ）を受けた後に適切な給付が提供されなかった場合に、さらに契約挫折による費用賠償（ $-n$ ）を追加的に請求することも可能である。⁽⁵²⁾ただし、Unholtzの指摘にもあったように、遅延損害の賠償（ $-p$ ）を受けた後で適切な給付が提供されなかったからといって追加的に契約挫折型の費用賠償（ $-n$ ）を合わせて請求することは二重賠償になるため認められない。契約挫折型の費用賠償を優先するのであれば、その賠償額からすでに受け取った遅延賠償の額が差し引かれることになるだろう。

このように、履行遅滞に基づく固定費用の賠償に関しては、それが部分的な積極的利益としての遅延損害の賠償と選択的關係にあることは比較的理解しやすい。注意しなければならないのは、不完全履行（瑕疵ある給付）に基づく固定費用の賠償（ $-n$ ）と選択的關係にあるのも、同じく遅延損害の賠償（ $-p$ ）であって、追完に代わる損害賠償や代金減額請求ではないということである。固定費用の賠償および遅延賠償の次元においては、不完全履行も追完がなされるまでの債務者の遅滞責任が問われている点で履行遅滞と変わらない。

(52) もっとも、遅滞責任としてすでに賠償された費用のうち重複するものは契約挫折による費用賠償の額から差し引かれることになる。

第四節 小括

ここまで見てきたように、遅滞責任としての費用賠償の可否を巡っては、ドイツ民法学説においてその賛否が大きく分かれていた。もっとも、否定説の中でも、一部では費用賠償を終局的な不履行の場合に限って認めるべきという積極的理由に基づく否定的意見も見受けられるものの、それらの全てが遅滞等の場合に債権者の無駄になった費用の賠償を認めるべきではないという実質的な理由によるものではない。むしろドイツ民法の法制度上の形式的な理由に拠るところが大きい。新法における収益性の推定の存続を理由に BGB 284 条の類推適用の必要性を否定する見解は、- 遅滞責任としての費用賠償についてだけ、理論的問題を抱えていた旧法下の状態に戻すことの積極的意義がどこにあるのかは不明だが - まさにそのことを物語っている。しかも、それは、言葉を裏返せば、遅滞に基づいて発生した挫折費用に関して収益性の推定を介した賠償の必要性を肯定するものに他ならない。

債務法現代化以前は、遅滞における無駄になった費用の賠償が認められるのかについて、その法状況ははっきりとしなかった。前述の連邦通常裁判所 1978 年 4 月 21 日判決が無駄になった費用の賠償を否定していたのも、遅滞であることを理由にしたものではなく、収益性の推定法理の限界が招いた帰結であった。⁽⁵³⁾つまり、旧法において、遅滞または不完全給付に基づいて無駄になった費用の賠償が明確に否定されてきたわけではない。⁽⁵⁴⁾それにもかかわらず、立法者が BGB 284 条を給付に代わる損

(53) BGHZ 71, 234, 239. なお、判決では、傍論としても、給付遅滞であることを理由として無駄になった費用の賠償を否定する趣旨の説明はなされていない。Otto, Staudinger Kommentar, 2004, § 284 RdNr.17; Schneider, a.a.O. (Fn.42), S.213も、この点を指摘する。

(54) 瑕疵ある給付によって発生した挫折費用は、債務法現代化以前にも一見するとその賠償が認められているかのように見える判例があるが (たとえば, BGH v. 12.01.1989: WM 1989, 575, 577 など), それは積極的債権侵害に基づく請求権が瑕疵結果損害として無駄になった費用を掌握してい

害賠償と代替的關係に置き、少なくとも明文上は単なる遅滞の場合に同条の適用を想定していないのは、前述の肯定説と否定説の論争に見られるように、立法者が固定費用の場合における費用賠償の必要性を見落としていたか、あるいは費用賠償を意図的に契約の清算がなされる終局的挫折の場面に限ったのか⁽⁵⁵⁾。費用賠償（原状回復的損害賠償）を契約清算局面に限った例外的な制度として展開するのか、損害賠償の一形態として給付併存的なものも受容するのか、費用賠償制度の運用の仕方が問われている⁽⁵⁶⁾。

第四章 おわりに

ドイツ民法は、債務法現代化による費用賠償制度の設計に際して、立法段階では、典型例となる契約の終局的挫折ケースばかりに目が奪われており、遅滞責任としての費用賠償（固定費用の賠償）の特異性を十分には把握できていなかった。その問題性に気づき活発な議論がされ始め

たに過ぎない。瑕疵結果損害に含まれない生産コスト（提供された瑕疵ある物を材料として製品化した場合の費用などは）本来的には収益性の推定を介してのみ賠償が認められるものであった（Schneider, a.a.O.(Fn.42), S.214においても同旨の分析がなされている）。

- (55) 仮に後者だとすれば、後に適切な給付が提供されれば（さらに必要な限りで遅延損害の賠償がなされることによって）給付が履行期に提供されたのと経済的に等価の状態が実現されるという等価思想を基礎としているものと考えられるが、固定費用の賠償を念頭においたときには伝統的な意味での等価思想がそのままの形で成り立たないことは明白である。新債務法における等価思想については、Canaris, a.a.O.(Fn.30), S.1ff.も参照。
- (56) BGB 284条に基づく費用賠償が認められる場面を契約の終局的な挫折による契約の清算局面に限るべきか否かについては、費用賠償の法的性質に関する捉え方の違い（損害賠償請求権なのか、費用賠償という独自の請求権なのか）も影響している可能性もある（費用賠償の法的性質については、上田・前掲注（7）169頁以下を参照）。また、少なくとも債務法改正前は「例外」であった費用賠償をどこまで履行利益賠償と並ぶ「原則」的なものとして捉えているかという、学説による表面化してこない程度の微妙な認識の差も影響しているようにも思われる。

たのは、終局的挫折ケースを前提とした現在の BGB 284条が創設された後になってからのことであった。費用賠償制度が存在せず無駄になった費用の原状回復的な賠償が理論的に極めて困難であった旧法下から、収益性の推定法理を介して履行利益賠償の枠内で実質的な何とか債権者の費用賠償請求権を捻出しようとしてきたドイツであったが、遅滞責任としての費用賠償を新法において (同条の類推によって) 受容すべきか否かについては学説の思惑が分かれる結果となった。その対立の根底には何があったのか。

BGB 284条の立法経緯に目を向けてみると、収益性の推定に関する理論的問題を受け止める目的で債務法改正委員会が当初考えたのは、債権者に履行利益賠償と信頼利益賠償の選択を認めるという案であった。しかし、そのアプローチは、伝統的に機会費用の賠償をも含むとされてきた信頼利益概念の広さと曖昧さ故に敬遠される。その結果、信頼利益賠償とは概念を分かち形で文言を区別し、無駄になった費用の賠償を通して (少なくとも実質的には) 純粋な原状回復の方向に向けた損害賠償だけを意味するものとして明文化されたのが BGB 284条⁽⁵⁷⁾である。遅滞責任としての原状回復的な損害賠償は、同条の前段階の案である信頼利益賠償のアプローチにおいても、その議論の中でまったく顧慮されていなかった。そこには、履行利益や信頼利益という物差しが、「契約」を念頭においた契約利益という側面に偏りすぎていたために、契約の実現が契約の清算かの二択を想起させ、- 上記の事情から信頼利益賠償のアプローチによる費用賠償の実現を避けたにも関わらず、- 費用賠償が機能するのは「契約」の清算に向けた賠償の局面しかないという思い込みを拭いきれなかったという背景があるように思える。改正段階では、ドイツ民法において嘗てから認められてきた信頼利益の賠償がそうであったように、原状回復的な損害賠償を契約清算的な損害賠償と完全にイコー

(57) 立法経緯について詳しくは、上田・前掲注 (7) 137頁以下を参照。

ルで結んで理解してしまったことが、遅延賠償と代替的關係にある消極的利益の存在(固定費用の賠償の必要性または少なくともその問題性)を事前に把握できなかったファクターの1つだったのではないだろうか。

翻って、我が国の民法においても、これと同様のことが言える。⁽⁵⁸⁾民法416条の枠内で契約不履行に基づく原状回復的損害賠償の理論化を企図するとき、それを契約の終局的挫折ケースに限局して認めるのか、本稿で扱ったような固定費用の賠償をも可として履行請求と併存的行使が可能なものとして設計するのかによって、その理論モデルは大きく変わってくるかもしれない。前者であれば、解除とともにする損害賠償の内容の解釈の枠内に留めて処理することも場合によっては可能であろうが、後者を実現するには、一般原則としての債務不履行による損害賠償そのものについて、原状回復的損害賠償の選択的行使を可能とするパラダイムシフトが必要になる。その際には、填補賠償と対になる契約巻戻しに向けた原状回復的損害賠償に加えて、遅延賠償と対になる部分的な原状回復的損害賠償のベクトルを理論設計に組み込む必要があるだろう。⁽⁵⁹⁾

(58) ドイツやその他の西欧諸国と必ずしも同じように考える必要はないが、日本法の枠組みの中で契約不履行責任としての原状回復的損害賠償を説明するための理論を創造していかなくてはならないことは確かである。本稿で扱った固定費用の賠償をめぐる論争とその対立軸は、遅滞責任としての費用賠償の特異性を浮き彫りにしている。その内容は我が国の民法にも共通するところが多く、日本法における独自の理論構築を図る際の糸口にはなりそうである。

(59) 日本法においても、履行に代わる損害賠償が認められるのは、415条2項1号から3号に基づいて契約が終局的に挫折した場合に限られており、そのことは履行遅滞ないし不完全履行の場合においても同様である。では、遅滞ないし不完全履行が理由で無駄になった費用の賠償は、ドイツ民法284条が明文の要件としているように、履行に代わる損害賠償が発生していることを前提とし、それに代えてのみ認められると考えるべきであろうか。たしかに、遅滞ないし不完全履行があったとしても、後の履行ないし追完によって支出目的が達成されうる費用(=契約それ自体の挫折によって初めて無駄になる費用)については、履行に代わる損害賠償と二者択一

本稿では、原状回復的損害賠償と解除の関係性に目を向け、そもそも給付義務の不履行の場合に契約を解除せずにその有効性を維持しつつ原状回復的損害賠償を求めることに対するインセンティブはどこにあるのかという問題意識に端を発して、遅滞責任としての原状回復的損害賠償に焦点を絞った検討をおこなった。費用賠償の理論化を目指した研究全体の中ではミクロの視点からの研究に過ぎないが、履行遅滞ないし不完全履行に基づいた費用賠償の独自の意義は「固定費用」の賠償にあること、そして仮にその賠償を受容しようとする場合には、費用賠償は二元的構造をなすものとして捉えるべきことを明らかにすることができた。しかし、まだまだ残された課題は多い。不履行によって無駄になった費用の賠償を認めることそれ自体にはおそらく異論はそれほど多くないであろう。それを民法416条の枠内でいかに説明するか。個別損害項目の中で何と何が選択的關係にあり、何と何が両立しうるのか。原状回復的な損害賠償のデフォルト化によって一層複雑化していく損害論および賠償範囲論にとって、そこをわかりやすく明確にできる理論が求められている。

債務不履行による損害論および賠償範囲論の現状に立ち返ったとき、履行利益と信頼利益の区分論にはその有用性について賛否様々な意見があるが、我が国の損害賠償理論の中で、上のような重要な法技術的機能または実践的役割を担えるものがあるとすれば、現時点では未だ契約利益の区分論しかない。予見可能性ルールだけでは、- 必ずしも賠償を認めることを妨げるものではないが - そうした個別損害項目どうしの両立性と非両立性に関する説明をするには機能的に不十分である。課題は、

的關係にあると考えるべきである。しかし、ドイツにおけるBGB 284条の類推適用肯定説が主張しているように、後の履行ないし追完によっても挫折が治癒されえない(遅れた履行ないし追完がなされても無駄になったままの)固定費用に関しては、それとは区別して考えなければならないように思う。

その区分論を原状回復的損害賠償に対応可能なものとしてどのように再構築していくのかである。そのためには、我が国の契約責任論の発展とともに定義の変容を余儀無くされ、それによって不本意にも多義性と理解の混迷を抱えるに至った信頼利益概念論の巢窟にも立ち入らざるを得ない。そこでは、いわゆる機会費用の賠償の可否（機会の喪失による損害をどう扱うべきか）の検討も待ち構えている。そのような信頼利益と、費用賠償というところの契約原状回復的損害賠償の関係性をいかに説明するか。また、- 不法行為法領域に関連する問題を一緒に論じることによって問題が複雑化することを避けるため、本稿ではあえて扱わなかったが - 取引的不法行為において認められてきた原状回復的損害賠償も、契約の有効性を維持したまま損害賠償による原状回復を実現しようとする点では類似性を有する問題である。もっとも、それを給付義務の不履行による原状回復的損害賠償と同じの理論で統一的に把握すべきものかは現時点でははっきりとしない。さらに、原状回復という点では、不当利得との関係も大いに問題になろう。費用賠償の理論実装はそれらの課題の延長線上にある。⁽⁶¹⁾ 解除せずに契約の有効性を維持したまま原状回復

(60) 新たにまったく別のツールを立てるという方法もあるが、それは少なくとも現時点ではあまり現実的ではない。

(61) 日本法における費用賠償請求権の理論構成について1つの考え方を提示するものとして、福田清明「費用賠償請求権について 債務不履行に基づく損害賠償のもう一つの可能性」円谷 = 松尾編『損害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古稀記念論文集）』（日本評論社、2008年）527頁。ここでは、契約成立に至らない場合に信頼利益が賠償される場合と同様に費用賠償請求権の責任を根拠づけるアプローチが提唱されている。その是非の判断についてはさらなる検討を要するところであるが、有用なアプローチの1つであると思われる。契約交渉に入った当事者は相手方に対して不測の損害を被らせないようにする信義則上の義務を負っており、その違反が契約締結上の過失責任を生じさせるのであれば、たしかに契約締結行為は「履行に対する」究極の信頼惹起行為に他ならない。その違反に基づく責任として信頼利益の賠償を導くことも理論上は可能であろう。もっとも、そのときに信頼利益賠償の責任原因は「契約債務の不履行」なのか、信義

的な損害賠償を実現できるスキームがもし本当に求められているとするならば、それを受け容れられる最適な理論モデルとは何か。さらに研究を深めていきたい。

則上の義務なのかという疑問は出てくる。不履行によって発生する二つの責任規範の関係性をどのように説明するのも課題であろう。