

売買契約・請負契約の給付に代わる 仮定的損害賠償

——ドイツ法における近時の展開——

山 田 孝 紀

- I 序論
- II BGH2018年2月22日判決までの法状況
- III 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の否定とその影響
- IV 売買契約の給付に代わる仮定的損害賠償の肯定
- V 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の再否定と学説の反応
- VI ドイツ法の整理・検討と日本法の検討
- VII 結論

I 序論

1 本稿の目的

債務者が契約の内容に適合しない目的物を債権者に引き渡したとする。このとき、債権者は、引き渡された目的物の追完（目的物の修補など）に代えて、①物の修補費用や②不適合による物の減価額などの賠償を債務者に請求できると考えられている⁽¹⁾。この損害賠償額の算定に関して、契約の内容に適合しない目的物が修補されていない場合において、債権者が当該物を保持しているときや第三者に売却したとき、債権者は当該物の修補費用相当額の賠償を債務者に請求できるか。

本稿は、この問題に関するドイツ法の近時の議論を詳細に整理・検

討した上で、日本法について一定の考察を加えることを目的とする。

以下では、日本法の議論状況を整理し、この問題を検討する必要性を示す。その上で、ドイツ法を検討対象とする理由を述べる。

2 日本法の議論状況と検討の必要性

請負契約では、2020年4月1日より施行された「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律44号）以前より、修補に代わる損害賠償が認められていた。その賠償額の算定方法につき、「契約不適合があることによる目的物の市場価格の低下分を考慮する方法と、不適合箇所の修補に要するであろう費用による方法とがありえた」との指摘がある⁽²⁾。それでは、上記1の例のような場合に債権者による修補費用相当額の賠償請求の可否についてどのような議論がなされていたのか。

この問題につき、建物の瑕疵に関する最判平成14年9月24日判時1801号77頁は、瑕疵ある建物を保持している注文者に瑕疵の修補前に修補費用相当額の賠償を認める⁽³⁾。最判平成23年7月21日判時2129号36頁は、訴訟継続中に建物の所有権を失った者が建物の設計・施工者等に不法行為に基づく瑕疵修補費用を求めた事案ではあるが、次のように判示した。すなわち、建物の所有者が建物を第三者に売却するなどしてその所有権を失った場合でも「修補費用相当額の補填を受けたなど特段の事情がない限り、一旦取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない」と述べた。学説には、被害者のもとで物が損傷した以上、損害賠償請求権は発生しており、被害者が物を譲渡したとしても当該請求権は消滅しないことや、被害者の損害賠償金の用途の自由を理由に判例を支持する見解⁽⁴⁾がある。また、債権者が莫大な瑕疵修補費用を「現実に支出した場合にのみ請求しうるというのは現実的ではない」と評価して判例を肯定的にみる見解がある⁽⁵⁾。

一方、債権者が契約の内容に適合しない目的物を売却した場合には修補費用相当額の賠償を否定する見解もある。船舶の運航中に著しい騒音や振動が生じたため注文者が改造工事や工期中の滞船料を求めた

下級審裁判例では、工事費や滞船料を瑕疵修補に代わる損害とみなすことは到底困難であると示した⁽⁶⁾。その理由につき、本船をすでに他に売り渡した注文者が「自らの負担で改造工事をなすことは考えられず」、改造工事に要する費用等は注文者に「現実には生じた不利益ではなく、いわば幻の出費および収入減」であること、船の売渡しの際の売買代金も瑕疵のために格別に低廉になった事実もないことを指摘する。学説においても、建物の瑕疵の修補費用に関して、修補を行わずに建物の所有権を失った者に修補費用相当額の賠償を認めることに疑問を示す見解がある⁽⁷⁾。この見解の中には、元所有者には瑕疵による建物の価値減価額の賠償が認められるべきとの主張がみられる⁽⁸⁾。このほか、上記平成23年判決が不法行為の事案であることを考慮し、賠償責任の根拠が建物所有に伴うリスクにあるために建物所有権を譲渡した者は修補費用の賠償を施行者らに請求できないとする見解もある⁽⁹⁾。

以上の通り、債権者が目的物を修補せずに保持したり、第三者に売却した場合に修補費用相当額の賠償が認められるか否かにつき各種の見解が示されていた。こうした中、改正民法により売買契約において追完請求権が新設された（562条・559条により他の有償契約に準用）。もっとも、追完に代わる損害賠償の要件の規定化は見送られ⁽¹⁰⁾、損害賠償額の算定方法も今後の解釈に委ねられた⁽¹¹⁾。そのため、従来の議論の中心であった請負契約のみならず、売買契約においても、契約の内容に適合しない目的物が引き渡された場合において、債権者が当該物を修補せずに保持しているときや第三者に売却したときに修補費用相当額の賠償を請求できるか否かを明らかにする必要が生じている。

3 ドイツ法を検討対象とする理由

本稿は、2のような日本法の状況に新たな視点を提供するためにドイツ法を検討対象とする。ドイツでは、瑕疵が除去されていないときに債権者が瑕疵除去費用相当額の賠償を請求できるか否かに関して「仮定的損害賠償⁽¹²⁾」と呼ばれる議論の蓄積がある。本論で詳述する

通り、連邦通常裁判所（以下、BGHとする）は、請負契約の注文者は目的物の瑕疵を除去しなければ瑕疵除去費用を請負人に請求できないと判断した。その一方、BGHは、不動産の買主は目的物の瑕疵を除去しなくとも瑕疵除去費用を売主に請求できると判断した。学説では、BGHの判断に関する賛否、仮定的損害賠償（瑕疵除去費用相当額の賠償）から生じうる過剰補償とその回避の方策、売買契約と請負契約で異なる判断が示された理由など多様な論点が議論されている。

こうしたドイツの議論は、日本法の検討に際して有益な視点を提供すると考えられる。そこで、本稿ではドイツの議論を紹介・検討し、日本法での一定の考察を加える。なお、仮定的損害賠償は不法行為法でも問題となるが、本稿ではBGHの重要判例・決定が示されており、学説上の議論も活発な売買契約と請負契約を対象とする。

II BGH2018年2月22日判決までの法状況

1 給付に代わる損害賠償請求の規律

仮定的損害賠償の可否を検討する前提として、ドイツ民法（以下、BGBとする）における給付に代わる損害賠償の規律を概観する。

契約の内容に適合しない給付の場合、債権者は、追完請求権を有する（BGB437条⁽¹³⁾1号・634条⁽¹⁴⁾1号）。追完の方法として、売買契約では、買主は、瑕疵の除去又は瑕疵のない代物給付を選択できる（BGB439条⁽¹⁵⁾1項）。請負契約では、請負人の選択に従い、瑕疵の除去又は新たな製作物を作ることができる（BGB635条⁽¹⁶⁾1項）。これらの追完方法のうち、買主の追完請求権や注文者の新規製作物請求権は、2002年1月1日施行のドイツ債務法改正によって新設された。

契約不適合において債権者に損害賠償請求が認められるためには、義務違反につき債務者の帰責事由が必要である（BGB280条⁽¹⁷⁾1項・3項）。義務違反の程度、すなわち瑕疵の程度が重大であるか否かによって給付に代わる損害賠償の内容が変わる。

瑕疵が重大である場合、債権者は瑕疵ある物を返還し、全部の給付

に代わる損害賠償（大きな損害賠償〔großer Schadensersatz〕）を請求できる（BGB281条⁽¹⁸⁾ 1項3文）。この損害は、債務者の給付の不履行によって債権者に生じた状態を賠償するものである⁽¹⁹⁾。

瑕疵の程度が重大でない場合には、瑕疵のある物を保持しようとする債権者は、履行又は追完のために相当の期間を定めた催告をし、その期間の経過後に給付に代わる損害賠償を請求できる（BGB280条1項・3項・281条1項・437条3号・634条4号）。この内容の損害賠償は、「小さな損害賠償（kleiner Schadensersatz）」と呼ばれる⁽²⁰⁾。債権者は、この損害賠償として、瑕疵による物の価値の減少額（Minderwert）又は瑕疵の除去に必要な費用を請求できる⁽²¹⁾。本稿の論点は、後者に関して債権者が瑕疵を除去しなくても瑕疵除去費用相当額の賠償を債務者に請求できるかどうかという点である。

以上の給付に代わる損害賠償請求の内容は、売買契約及び請負契約に同様に妥当する。ただし、次の点は異なる。第1に、請負人の追完拒絶が適法ではなく、追完のための相当の期間の経過後に注文者は瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求できる（BGB637条⁽²²⁾ 1項）。第2に、注文者は、瑕疵除去に必要な費用の前払い（Vorschuss）を請負人に請求できる（同条3項）。ドイツ債務法改正の立法者は、改正前から認められていた注文者の自己修補権を規定化した一方、売主の負担となる買主の自己修補権の導入を意図的に断念したとされる⁽²³⁾。前払請求権は、従来判例や通説を考慮した上で委任の費用前払請求権（BGB669条⁽²⁴⁾）にならって作られたものである⁽²⁵⁾。

これらの規定からは債権者が給付に代わる損害賠償（小さな損害賠償）を求める際に、瑕疵を実際に除去しなければ修補費用相当額の賠償を請求できないのか否かは明らかではない。そこで、BGH2018年2月22日判決（以下、「BGH2018年判決」とする）が登場した経緯を把握するのに必要な範囲で同判決前の法状況を確認する。

2 判例における物の毀損及び請負契約の仮定的損害賠償の肯定

そもそも仮定的損害賠償の可否は、給付に代わる損害賠償だけでなく損害賠償に関して一般的に問題となる。損害賠償の総則規定であるBGB249条によれば「損害賠償の義務を負う者が、賠償を義務付ける事情がなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならず」(1項)、「身体の侵害又は物の毀損による損害賠償に関して、債権者は原状回復の代わりにそのために必要な金額を請求できる」(2項1文)。BGHは、同条に基づいて、交通事故の被害者には毀損された物の修補費用を実際に支出するかどうかにかかわらず、原状回復に必要な額の賠償を認めていた⁽²⁶⁾。なぜなら、被害者が賠償金を修補に使用するか損害の除去を放棄(例えば車を修補せずに使用)するかはその者の自由であり、そのことをドイツ民法典の立法者が認めていると考えたからである⁽²⁷⁾。また、被害者の財産が物の毀損(自動車に生じた損害)によって減少していると理解したこともその理由である⁽²⁸⁾。

BGHは、請負契約においてもドイツ債務法改正前の事例では、「瑕疵が実際に除去されるかどうか、どのような範囲で除去されるかどうかとは無関係に」⁽²⁹⁾、瑕疵除去費用相当額の賠償を注文者に認めていた。BGHは、この結果が「注文者が瑕疵のある製作物(Werk)を売却した場合でも変わらない」という⁽³⁰⁾。なぜなら、瑕疵ある物の売却後に注文者の瑕疵除去費用相当額での損害賠償請求権がなくなると、ドイツ民法典の立法者により認められた、注文者が(瑕疵のある)物を処分するという自由が害されるからである⁽³¹⁾。この判断は、瑕疵自体から損害が生ずるとの考え方を前提にしているとみられる⁽³²⁾。

3 仮定的損害賠償を否定する学説

2の判例に対し、特に物の毀損に関して仮定的損害賠償を認めることに否定的な学説が登場した。その見解は、判例の考えが損害賠償法の利得禁止(Bereicherungsverbot)に矛盾するとみる。利得禁止とは、「被害者が害を受けた事情がなかったならば存在したであろう状態より

も損害賠償を通じて良い状態に置かれてはならない」という原則である⁽³³⁾。つまり、金銭を支出していない被害者が修補費用相当額の賠償を受け取ると被害者を不当に利する結果になると指摘する⁽³⁴⁾。

4 債務法改正の立法者意思

上記3の見解は、2002年1月1日より施行されたドイツ債務法改正において損害賠償法を限定的に改正させる要因となった。債務法改正では、BGB249条2項第2文に「物の毀損の場合において、第1文により必要とされる金額は、それが現実に課される場合かつその限りにおいて、売上税 (Umsatzsteuer) を含む」との条文が新設された。その結果、被害者が毀損された物を修補していない場合、当該修補に必要とされる損害賠償額に売上税が含まれないこととなった。この改正で考慮されたのは、過剰補償 (Überkompensation) の禁止の原則、すなわち「損害賠償が本来の状態の回復を上回り、かつ被害者に利得をもたらしてはならない」との考えであった⁽³⁵⁾。この考えに加え、改正では、過剰補償の危険を低下させるために、被害者の賠償金の使途の自由を維持しつつも、損害の除去のために被害者が行った行為に損害額を合わせる具体的な損害算定の考え方も考慮された⁽³⁶⁾。

改正過程では損害賠償法の抜本的な変更も検討された。しかし、仮定的な修補費用の賠償を認める実務を放棄することが法的安定性を見通せない結果をもたらすこと、仮定的な修補費用に基づく損害算定が交通事故の領域では十分に信頼され本質的に支障なく機能してきたことをも考慮し⁽³⁷⁾、広範な改正は見送られた。

5 給付に代わる損害賠償における変化の兆し

4の改正は、BGB249条の変更のみを対象としていた。しかし、改正後に登場したBGH2010年7月22日判決は、立法者意思を考慮して「BGB634条4号・280条1項及び3項・281条による請負契約の給付に代わる損害賠償請求においても生じていない売上税が考慮されるなら

ば、注文者の損害の過剰補償」⁽³⁸⁾になるとした。その上で、注文者が製作物の瑕疵を除去していない場合には支出していない瑕疵除去費用の賠償には売上税が含まれないと判断した⁽³⁹⁾。

さらに学説では、売上税に限らず、目的物の瑕疵を除去していない注文者には瑕疵除去費用の賠償が認められないとする見解が現れる。Knütel は、注文者が瑕疵除去のための費用を支出していない場合、注文者はその費用相当額の損害を被っていないとして、仮定的な瑕疵除去費用の賠償に反対する⁽⁴⁰⁾。この見解は、支出した費用それ自体を損害と捉える。その一方、瑕疵は履行利益が完全に満たされていない状態にすぎず、その状態は価値の差額の支払いによって補償されると説く⁽⁴¹⁾。こうした損害の理解を前提に、Knütel は、仮定的な瑕疵除去費用を認めることが過剰補償になるとする。例えば、瑕疵による住宅の価値の減少額が約4万ドイツマルク (DM) であったとき、注文者に当該価値の減少が賠償されると契約通りの履行がなされたのと同様の状態に置かれる。この場合に修補の有無に関係なく約7万 DM が賠償されると、注文者が瑕疵のない住宅を引き取ったときよりも約3 DM 良い状態に置かれると指摘する⁽⁴²⁾。

Halfmeier も Knütel の見解を引用し、瑕疵自体を義務付けられた給付の不足にすぎないとみる。そして、瑕疵除去のための必要費は実際に支出された限りで請負人により賠償される旨を説く⁽⁴³⁾。他方、給付に代わる損害賠償額を注文者の給付利益に焦点をあてて算定し、注文者が製作物の瑕疵の除去を断念した場合、注文者は瑕疵のない物と瑕疵のある物の (仮定的な) 価値の差額を請求できるとする⁽⁴⁴⁾。

これらの見解の影響を受け、BGH2018年判決が登場するに至る。

Ⅲ 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の否定とその影響

本章では、まず1においてBGH2018年判決の事案と判旨を確認する。その後、2以降では同判決に関する学説の議論状況をみていく。

1 BGH2018年2月22日判決の要旨⁽⁴⁵⁾

(1) 事案の概要

事案は、注文者が請負人や建築家に4階建ての戸建て住宅の周りに敷設された天然石の敷石の瑕疵に基づく損害賠償を求めたというものである。注文者は、2002年、建築家にオープンテラス (Freianlage) の設計及びその監理を注文した。注文者は、2004年には請負人に住宅の内側・外側の天然石やタイルの細工、防水工事の実施を注文した。請負人は、天然石の敷石を下請業者に設置させた。注文者は、2005年にその工作物を引き取った。2007年に天然石の工作の瑕疵が見つかり、その後瑕疵が悪化した。具体的には、敷石の割れ目や剥がれ、漆喰塗料の色落ちの発生や、漆喰の防水性が失われる状態が生じた。

注文者は、第一審において瑕疵除去のために必要な費用として請負人には91,792.58€ 及び利息の前払を、建築家には122,390.11€ 及び利息を請求した。第一審は注文者の請求を認め、請負人らが控訴していたところ、注文者が住宅を売却した。注文者は、請負人に対する前払いの訴えを仮定的な瑕疵除去費用の75%の額に相当する損害賠償へと変更した。原審は、売上税を仮定的な瑕疵除去費用に含まないとする点のみ一審の訴えを変更し、請負人及び建築家は連帯債務者として77,429.21€ 及び利息の支払い義務を負うなどと判断した。注文者が瑕疵の除去を断念したときに損害をどのように算定するのかを判断するために上告が認められた。

(2) 判旨

仮定的損害賠償は、判旨では主に注文者から請負人への請求において問題とされているため、以下ではその部分を中心にみていく。

① 仮定的損害賠償の否定⁽⁴⁶⁾

BGH 第7民事部は、従来判例では、瑕疵ある目的物を保持し、瑕疵を除去しない注文者には損害賠償の二つの方法が認められてきたとする (Rn.26)。一つは、瑕疵を原因とする価値の減少である。これは、

瑕疵のない物の仮定的な価値と瑕疵ある物の実際上の価値の差によって算定される (Rn.27)。注文者は、製作物を「瑕疵の除去を行うことなく売却した場合、瑕疵を理由とする具体的な収益の減少に基づいて損害を算定できる」 (Rn.28)。もう一つは、仮定的な瑕疵除去費用に相当する金額の支払いを求める方法である。そこでは、瑕疵を原因とする価値の差の算定は問題とならない⁽⁴⁷⁾。「仮定的な瑕疵除去費用が注文者の財産の価値の減少額を上回った場合でも不相当性 (BGB251条2項1文⁽⁴⁸⁾) の限界に至るまで」、仮定的な瑕疵除去費用の支払いが認められていた。なぜなら、「製作物の瑕疵それ自体がその除去とは無関係に」損害にあたると理解されていたからである (Rn.30)。

第7民事部は、このような損害概念が2002年の債務法改正以降に締結された請負契約に妥当しない理由を次のように示す (Rn.31)。

「瑕疵除去のために費用を支出していない注文者には、(単に仮定的な)費用の額の財産上の損害が生じていない。注文者の財産は、請負人の瑕疵のない給付と比べてそのような(仮定的な)支出額が減少していない。注文者が瑕疵を除去し、その費用を支払ったときにはじめて支出した費用の財産損害が注文者に生じる」⁽⁴⁹⁾ (Rn.32)。「従来の見解に反して、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害の算定は、瑕疵自体がその費用の額の財産損害になるとの理由から正当化できない。製作物が義務付けられた給付よりも劣った状態にとどまっているため、製作物の瑕疵は単なる給付の不足 (Leistungsdefizit) にすぎない⁽⁵⁰⁾」 (Rn.33)。「仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害の算定は、請負契約の給付の不足を的確に表さない。むしろ、その算定は、過剰補償や一般的な損害賠償法上の原則に基づく正当化されない注文者の利得をたびたびもたらす。なぜなら、瑕疵除去の(仮定的な)費用は、例えば、製作物の種類、瑕疵除去の方法、瑕疵除去への他の専門業者の参入の必要性という様々な事情に左右され、当事者が瑕疵のない製作物を査定して合意した報酬を(例外的な事例だけでなく)明らかに上回るからである。それゆえ、(仮定的な)瑕疵除去費用は、…瑕疵が除去されずに注文者に残っ

た給付の不足やこれによって生じた等価障害 (Äquivalenzstörung) の額を特定するのに適さない」(Rn.34)。

第7民事部は、瑕疵除去が行われていない場合に売上税の賠償を否定したBGH2010年判決等(上記Ⅱ5)との関連でも仮定的な瑕疵除去費用が否定される理由を次のように示す(Rn.35)。当部は、過剰補償を回避しようと試みた「これらの判例を継続し、BGB634条4号・280条・281条に基づく給付に代わる損害賠償の範囲を、注文者が瑕疵除去のために実際に行った処分とより強く一致させることが必要であると考え。このことは、BGB634条の規定概念(Regelungskonzept)に合致する。その概念とは、注文者の給付利益を保護し、その侵害の補償を瑕疵除去が行われているかどうかに向けるものである。それゆえ、仮定的な費用の賠償は、行われていない処分については排除される」(Rn.36)。

②給付に代わる損害賠償の算定方法

第7民事部は、瑕疵を除去していない注文者の損害の算定方法を次のように述べる。注文者には等価関係の障害から財産損害が生じる。その確定及び算定は、給付利益に向けられる(Rn.38,39)。「注文者は、瑕疵を除去しない場合、BGB634条3号・638条⁽⁵¹⁾に基づき侵害された給付利益の調整として報酬の減額を請求できる。この評価は、BGB634条4号・280条・281条に基づく小さな損害賠償の形態での給付に代わる損害賠償請求権の枠組みにおける損害算定に際しても考慮されなければならない。なぜなら、注文者は、損害賠償請求権の選択によって…過失の必要性を考慮すると厳格な要件に服する報酬減額の主張よりも不利な状態に置かれるべきではないからである」(Rn.40)。「それゆえ、その損害は、BGB634条3号・638条にならい、製作物のために合意された報酬に基づき、(除去されていない)瑕疵を理由とする製作物の価値の減少を評価する方法により算定されうる。重要なことは、製作物の瑕疵によって生じた等価関係の障害である」(Rn.41)。

瑕疵を除去しようとする注文者は、BGB634条2号・637条に基づき

原則として前払請求権を有する (Rn.48)。「これらの規定は、請負契約の給付利益の保護が、瑕疵除去の事前支出の不利益及びリスクを取り除くために注文者による前払請求権を必要とすることを明らかにする」(Rn.51)⁽⁵²⁾。

③請負契約への射程の限定

第7民事部は、本判決の射程を次のように示した。第5・8民事部は、売買目的物の瑕疵を理由とする「BGB437条3号・280条・281条の損害賠償について、(2002年1月1日の売買における追完請求権の導入以来)買主は、瑕疵の除去とは関係なく、小さな損害賠償の枠組みで賠償される損害を瑕疵除去費用に基づき算定しようと考えた」。その際、「民事部は、請負契約について仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を認めた従来の判例を適用した」(Rn.69)。「そのことは、第5・8民事部に上述の検討を考慮した上で判例を維持しようとするのか照会したり、民事部大法廷に法的問題を付託 (Vorlage) するきっかけとはならない。当部の判例変更は、請負契約の特殊性に基づくものであるからである。その特殊性は、売買契約について従来の見解を維持しようとする場合にも、請負契約の給付に代わる損害賠償の算定を他の方法で行うことを正当化することになるだろう」(Rn.70)。「一方では、多くの事例で経験的に示されているように、注文者の損害の重大な過剰補償の危険は、買主の損害に関する売買契約よりも請負契約では一層大きい。請負契約では、通常は製作物の瑕疵を除去する場合に比べてより安い費用で新しい製作物を作る可能性がそもそも事実上存在しないからである」(Rn.71)。他方では、注文者に賠償金の用途の自由を認めるために瑕疵除去費用を認める必要はない。瑕疵を除去しようとする注文者は、BGB637条3項の前払請求権によって保護される (Rn.72)。

(3) 判決の要点

上記判決は、次のようにまとめられる。ア) 瑕疵を除去していない

注文者には仮定的な瑕疵除去費用相当額の損害が生じていない。イ) 製作物の瑕疵は単なる給付の不足に過ぎず、仮定的な瑕疵除去費用が給付の不足を示すものではない。給付に代わる損害賠償額は、等価関係の障害を考慮して瑕疵ある物の価値の減少額に基づき算定される。ウ) 仮定的な瑕疵除去費用の賠償は、注文者への過剰補償となる。ア)～ウ) は、Knütel や Halfmeier の見解に影響を受けたものとみられる⁽⁵³⁾。さらに、エ) 請負契約では注文者の前払請求権によってその給付利益が保護される旨も説かれる。最後に、本判決は、オ) 請負契約では売買契約以上の過剰補償の危険が生じるという請負契約の特殊性を理由に、その射程が請負契約に限定されたとした。

学説では本判決の賛否や射程に関して論争が繰り広げられることになる。次に、これらの学説を確認していく。

2 BGH2018年判決に関する学説の反応

(1) 判決に肯定的な立場（仮定的損害賠償の否定）

BGH2018年判決に賛成する立場は、主に以下の論拠をあげる。

第1に、判決を肯定する見解は、実際に支出した費用を損害とみる。Popescu は、「製作物の瑕疵がそれ自体注文者の損害を表さない」とするBGH2018年判決の判旨を妥当と評価する。その上で、損害賠償の根拠とされるBGB280条が定める義務違反の概念は、「損害をもたらす有責な行為にすぎず」、まだ支出していない瑕疵除去費用を同条に基づいて賠償する余地はないと説く⁽⁵⁴⁾。第7民事部元裁判官のKniffkaも、瑕疵除去費用が支出されていない限り損害がないため、被害者は損害賠償金に関する用途の自由を有しないとみる⁽⁵⁵⁾。このように瑕疵除去に要した実際の支出額を損害とみる立場は、BGH2018年判決を、「2002年の損害賠償法の変更が実務に委ねた損害法の具体化や発展」に寄与するものと好意的に評価する⁽⁵⁶⁾。

第2に、第1の損害の理解を前提に過剰補償の危険からBGH2018年判決を支持する見解がある。学説では、同判決の根拠は請負契約の特

殊性ではなく、「被害者の利得や過剰補償をもたらしてはならないという損害賠償法の一般的な原則」にあるとの分析がみられる⁽⁵⁷⁾。Picker は、この分析に基づき、「賠償義務者はもっぱら価値賠償のみを義務づけられているにもかかわらず、不完全履行により直接生じる財産の減少に基づく算定以上に高い負担を負うことになる理由が明らかでない」⁽⁵⁸⁾と主張する。Mäsch も、「仮定的な瑕疵除去費用は報酬を明らかに上回るため、その費用は注文者の過剰補償につながることが多い」と指摘する⁽⁵⁹⁾。また、この結果は BGH2018年判決の事案と異なり、「注文者が製作物を再売却せず、製作物を保持しつつ、瑕疵を除去しようとしていない場合にも妥当する」という⁽⁶⁰⁾。さらに、Kniffka は、個々の事例では仮定的な瑕疵除去費用に基づく算定が困難な場合があると捉える。その上で、その費用が高額となった場合でも事後的な修正は不可能であるため、瑕疵が実際に除去されていない場合には過剰補償を生じさせると理解する⁽⁶¹⁾。

第3に、瑕疵を除去しようとする注文者には費用前払請求権が認められる。Kniffkaによれば、注文者は損害賠償を選択した後でも前払請求権を主張しうるところ、この請求権によって注文者の給付利益が十分に確保されると指摘する⁽⁶²⁾。

(2) 判決に否定的な立場（仮定的損害賠償の肯定）

学説では、BGH2018年判決に以下のような批判もみられる。

第1に、損害の捉え方や結果の妥当性に対する問題である。例えば、Peters は、瑕疵の除去がなければ注文者に損害が生じないとする本判決の理解に疑問を示す⁽⁶³⁾。その見解は、注文者は、瑕疵のない状態の製作物の価値に基づき算定された完全な報酬を支払っているのに瑕疵ある状態の製作物を有したまま暮らすという不利益を被っているという。そして、自然石の瑕疵により「特別な目の保養（目を楽しませてくれる）」という目的が達成できなくなっていることは本来の損害にあたる」と説く。この見解は、仮定的損害賠償が本来の損害を賠償するた

めに、過剰補償にあたらぬとの立場に立っていると見えよう。Schwenker も同様の損害の理解を前提に、BGH2018年判決による注文者の請求権の縮減は請負人に利益をもたらすが、履行と追完の2回の契約不正義を働いた請負人は特に保護に値しないと主張する⁽⁶⁴⁾。その見解は、同判決によれば、請負人が設定された追完期間を何もせずに徒過すると注文者が瑕疵の除去を自分自身で取り除く状況に追い込まれるとみた上で、なぜ注文者がこうした努力を強制されなければならないのかとの疑問を示す⁽⁶⁵⁾。

第2に、債務法改正の立法者意思からの批判である。Peters は、次のように説明する。債務法改正前のBGB旧280条は債務不履行によって生じた損害賠償を規定していた。同条では、損害賠償金を他の使途に使用することも債権者の自由に委ねられていた⁽⁶⁶⁾。債務法改正はBGB280条に義務違反の概念を設け、BGB281条では給付に代わる損害賠償の規定を新設した。しかし、改正では実質的な変更が意図されていない。つまり、債務法改正後も損害賠償金の使途の限定はなく、その額は給付に必要な額で認められる点で債権者に好意的な制度が設計されている。それにもかかわらず、この賠償が認められないことは債権者が契約に基づき与えられた履行に対する利益を失うことをもたらすと説く⁽⁶⁷⁾。この見解は、第1の損害の理解が債務法改正後も維持されていることを示すとともに、売買契約及び請負契約ともに仮定的損害賠償を認めることをも意図したものとみられる。

第3に、こうした統一的な扱いを志向する立場は、BGH2018年判決が「請負契約の特殊性」を理由に売買契約と請負契約で異なる扱いをしたことにも疑問を投げかける。例えば、Seibel は、本判決の核心が一般的な損害賠償法の過剰補償の禁止にあると考える。そのため、「請負契約の特殊性」からは、請負契約と仮定的な瑕疵除去費用が認められる売買契約・住居所有権法・不法行為（自動車事故法）とで異なる扱いがされる理由を正当化できず⁽⁶⁸⁾、その用語は「民事部大法廷での審議を避けるための空想」(Märchen) にすぎないと批判する⁽⁶⁹⁾。Seibel は、

法領域ごとの異なる帰結が法的不安定をもたらすことも考慮し、Siegen 地方裁判所の建築部の部長として本判決に従うことはできないと批判する⁽⁷⁰⁾。学説では、そもそも「請負契約の特殊性」の概念自体が不明確であるとの批判もみられる⁽⁷¹⁾。

第4に、瑕疵のある物の市場価格の算定方法が抱える実用的な問題点も指摘される。この指摘の端緒となるのが Weyer の見解である。Weyer は、BGH2018年判決以前に Halfmeier の見解（II 5 参照）を批判し、瑕疵のある物とない物との市場価値の差額を通じて瑕疵に基づく物の減少額を算定することは極めて困難であるとの見解を示した。その見解では、BGH の過去の判例でも、瑕疵ある建物の市場での減少額につき裁判所が入手した鑑定書から最低限の損害額すら見積もることができなかったことが指摘されていた⁽⁷²⁾。学説では、BGH2018年判決が Weyer の反論に全く言及しない一方、Halfmeier の見解を参照した点が批判されている。こうした批判を述べる Schwenker は、Weyer の主張を参照し、「瑕疵が除去されていない場合の損害賠償に関する訴訟における価値の差額の決定は、瑕疵除去費用を確定するこれまでの方法よりも容易でなく、「この種の訴訟が長引き、コストも高くなる」との懸念も示す⁽⁷³⁾。

(3) 不相当な仮定的な瑕疵除去費用の制限

BGH2018年判決を批判的にみる見解の中には、仮定的な瑕疵除去費用に対する請負人の不利益にも配慮する試みが提示されている。例えば、Weingart は、仮定的な瑕疵除去費用が不相当（Unverhältnismäßigkeit）となる場合、請負人が BGB635条3項⁽⁷⁴⁾の抗弁を提起し、原状回復に代わる BGB251条2項の代用権（Ersetzungsbefugnis⁽⁷⁵⁾）を主張できるという⁽⁷⁶⁾。この主張が認められると、損害賠償は瑕疵のある財産と瑕疵のない財産との差額の金銭賠償に限定されるとする。Seibel も仮定的な瑕疵除去費用を否定する結論が仮にあるとしても、それは BGB242条の信義則を介して実現されうるとの主張を述べる⁽⁷⁷⁾。

3 売買契約への影響

(1) BGH2018年判決の射程が売買契約に及ぶとみる見解

上記2の論拠は、BGH2018年判決の射程に関わる。学説では、同判決が理由とする「過剰補償」の禁止によれば、その射程は売買契約にも及ぶとの見解がみられる。例えば、Heinemeyerは、過剰補償の危険に関する論証の背後には「損害賠償の算定を具体的な損害とより強く一致させる」立法者の考えがあり、この考えは請負契約に限定されないとする⁽⁷⁸⁾。さらに、Mäschも請負契約の過剰補償の危険を認めた上で、売買契約でも過剰補償が生じうるため仮定的損害賠償が否定されるべきと主張する⁽⁷⁹⁾。

次に、売買契約と請負契約の内容上の同一性からBGH2018年判決の射程が売買契約に及ぶとの見解がある。Heinemeyerによれば、債務法改正以来、両契約類型が大幅に接近し、売主と請負人の追完義務を同一視しうる部分があるとする。例えば、2018年1月1日の法改正により、売主は、BGB439条3項に基づき請負契約の要素と同様の取付し及び取外しも義務付けられる⁽⁸⁰⁾。そのため、両契約の内容上の同一性から売買でも仮定的損害賠償が否定される旨を説く⁽⁸¹⁾。

(2) BGH2018年判決の射程を限定的に捉える見解

(1)に対して、BGH2018年判決に賛成の立場をとりつつ、その射程を限定的に解する見解がある。例えば、Kniffkaは、「請負契約の特殊性」を根拠とするため、同判決が民事部大法廷への付託を見送ったことを正当と評価する⁽⁸²⁾。

一方、そもそもBGH2018年判決を批判する見解は、売買契約と請負契約の差異を問わず仮定的損害賠償が認められるとし、同判決の射程が売買契約に及ぶことも否定する⁽⁸³⁾。

このほかに売買と請負との違いに着目した見解として、Ulrichは、売買契約では買主に費用前払請求権が認められないことを指摘する。そのため、仮定的損害賠償が認められないならば買主は瑕疵除去のた

めに相当な費用を支出しなければならず、不利に扱われるとする⁽⁸⁴⁾。

それでは、BGHは売買契約においていかなる判断を下したのか。

IV 売買契約の給付に代わる仮定的損害賠償の肯定

1 BGH2020年3月13日決定以前の判例の状況

BGH2020年3月13日決定は、BGH2018年判決が売買契約にも影響を及ぼすかどうかについて注目すべき判断を下した（以下、「BGH2020年3月決定」と称する）。この決定では、債務法改正後から同決定が登場する前までに登場した売買の追完に代わる損害賠償の判例に言及している。そこで、まずこの判例を一瞥する。

ドイツ債務法改正後の売買契約の判例は、BGH2018年判決までの請負契約の判例を踏襲し、瑕疵の除去の有無を問わず、買主に瑕疵除去費用相当額の賠償が認められるとの判断を示していた。

BGH2012年6月15日判決は、買主が不動産（1920年築の家屋及びその敷地）を転売目的で購入したが、居住者の退去後に雨漏りによる損傷が発覚したため、売主に瑕疵除去費用（35,000€）を請求した事案である。買主は、瑕疵を除去せずに133,000€で当該不動産を売却した。同判決は、「買主は売主に契約に適合した瑕疵のない状態の回復を要求することができるため、賠償されるべき損害を瑕疵除去費用に基づき算定することができる。この請求権は、瑕疵が除去されていない場合でも不動産を売却した場合でも存在する。このことは、連邦通常裁判所の請負契約の追完請求権に関して認められている。同一の内容であるBGB433条・439条に基づく売買における追完請求権にとっても異なる⁽⁸⁵⁾」と判示した。

上記BGH2012年判決は、BGH2014年4月4日判決⁽⁸⁶⁾に引き継がれた。BGH2014年判決の事案は、買主が売主からアパート及び土地を260,000€で購入したが、引渡後にアパートの屋根にナミダタケが生え、木材が腐食していることが判明したため、当該瑕疵の除去費用を売主に求めたというものである。2007年の判決で売主には89,129.86€の改

修費用などの支払いが命じられたが、その後、買主は改修費用や専門家の鑑定費用など合わせてさらに499,728.86€の費用の発生が予想されるとして当該損害の賠償等を売主に求めた。同判決は、「買主は、小さな損害賠償の枠組みにおける瑕疵を原因とする価値の減少額の調整又は瑕疵除去費用の賠償を請求できる」と示した (Rn.33)。その上で、買主に瑕疵の除去費用相当額の賠償請求権が認められる場合でも、瑕疵の除去費用が売主にとって不相当である場合には、BGB251条2項1文を準用して損害賠償請求権が瑕疵を原因とする売買目的物の価値の減少額に制限されるとした (Rn.36)⁽⁸⁷⁾。具体的には、BGB439条3項(現4項⁽⁸⁸⁾)の追完拒絶の規定に基づき、瑕疵除去費用が瑕疵のない状態における不動産の流通価格又は瑕疵を原因とする減少価格の200%を上回る場合に不相当と評価された (Rn.39,41)。こうした追完拒絶が認められるのは、買主が売主に不相当な費用を負わせることが、BGB251条2項・439条4項に刻印された信義誠実の原則に矛盾することになるからである⁽⁸⁹⁾。

以上の通り、債務法改正後の判例は、買主に仮定的な瑕疵除去費用の請求を認める一方、不相当な費用に直面した売主の不利益に対応していた。これらの判例を踏まえ、BGH2020年3月13日決定をみていく。

2 BGH2020年3月13日決定の要旨

(1) 事案の概要

買主は、2014年2月に締結された売買契約により売主から79,800€の価格で住居(区分所有建物)を購入した。契約書には次の条項が含まれていた。

「売主は、過去に寝室の壁に湿気 (Feuchtigkeit) が生じていたことを認識していた。2015年末までに新たに寝室に湿気が生じた場合には、売主の費用での除去が義務付けられる」。

住居の引渡し後、2014年の終わりに寝室に湿気が生じた。買主は期間を設定して売主にその除去を求めたが、期間が徒過した。区分所有

権者は、共有部分に関わる限りで買主に損害の除去の権限を与えた。買主は、売上税を除いて予想される瑕疵除去費用12,312.90€等の支払いを売主に求めるとともに、今後生じる損害についても売主が賠償義務を負う旨の確認の訴えを提起した。

第1審は、売主が7,972.68€の支払い義務や今後生じる損害の賠償義務を負う旨を認めた。原審も売主は湿気の損害の除去に関して売買契約上の物の瑕疵責任を負っており、BGB437条3号・280条・281条に基づく給付に代わる損害賠償を支払う義務があるとした。これに対して売主が上告をした。

(2) BGH 第5民事部の判旨⁽⁹⁰⁾

①給付に代わる小さな損害賠償の算定の根拠⁽⁹¹⁾

「売買に関する第5民事部は、第7民事部に同調せず、従来の判例を維持することを望む。しかし、第7民事部が判例変更の拠り所とした理由によってこのことが妨げられる」と考える (Rn.10)。第5民事部は、まず給付に代わる小さな損害賠償を算定するための3つの方法の妥当性を検討する。第1にBGB249条ないし251条の規定、第2に個々の債務関係に関連する債務法各論の規定、第3にBGB280条以下の一般的な給付障害法の規定を介した方法である (Rn.11)。

まず第1の方法につき、BGHは、次のように判示した。両民事部は、「BGB249条の規定を援用しても法的問題を解決できないという点で一致する。このことは一部では異なって理解されているが⁽⁹²⁾、その見解は的確ではない」(Rn.12)。「BGB249条以下の規定は一般的に損害賠償請求権に適用され」、「特に不可侵性利益の調整を定める。その一方、BGB281条1項に基づく給付に代わる損害賠償は、等価利益の調整に資する」(Rn.13)。BGB249条以下の規定から給付に代わる損害賠償がどのように算定されるのかは明らかではない (Rn.14ff)。

次に、BGHは第2と第3の方法を検討し、後者の妥当性を示した。確かに、「第7民事部は法的問題を表面上は債務法各論に固定化してい

る（「BGB634条の規定概念」「請負契約法の特別性」）。しかし、「内容面では特別な請負契約法の規定はほとんど根拠とされず、むしろ根拠とされているのは損害概念や過剰補償の危険に関する一般化可能な考察である」。「本質的な核心において関わるのは一般的な給付障害法、すなわち BGB280条・281条の解釈である」（Rn.19）。それらの規定は、「給付に代わる売買法上の損害賠償請求権の算定にとって重要である。つまり物又は権利の瑕疵に関する買主や製作物の注文者の権利は、解除や損害賠償に関して債務法改正以来、一般的な給付障害法では統一化され、補充的に債務法各論の規定で定められる」。BGB437条3号・634条4号は、損害賠償に関する独自の規定ではない。「両規定は、特に BGB281条によって補充される BGB280条の中心的な責任の要件を参照する⁽⁹³⁾。売買契約及び請負契約における給付に代わる損害賠償請求権にとっての本来の根拠は、BGB280条・281条」にある（Rn.20）。

②債務法改正の立法者意思からみる請負契約の特殊性・重大な過剰補償の否定

第5民事部は、「少なくとも判例変更は、従来の第7民事部によって与えられた理由に基づくと請負契約に限定できない」とする（Rn.23）。その理由は、以下の通りである。

第5民事部の観点からは、第7民事部の2つの論拠は確固たるものとはいえない。そのことは、第1に「請負契約の特殊性」に妥当する（Rn.24）。「BGB634条からは、瑕疵除去が実際に行われているかどうかにより補償を一致させる（つまり BGB437条から相違する）独自の規定概念」が取り出されない。「BGB437条及びその規定を模した⁽⁹⁴⁾BGB634条は、一般的に（全ての契約法に統一的な）給付障害法を参照する『参照規範』の意味において、存在している瑕疵担保権を挙げる」ととどまるからである。「売買契約法と請負契約法との同時並行（Gleichlauf）が債務法改正の明確な目的であり、そのために BGB634条は BGB437条を模して作られた。瑕疵のない物の請求やそれと結びつく追完請求権の導入

は、一方では売買契約と請負契約を大幅に近づけ、他方では製作物の瑕疵についての請負人の責任を新たな売買の物の瑕疵責任に合わせた⁽⁹⁵⁾。それに応じて、第7民事部も BGB439条に基づく売買契約の追完請求権を請負契約の追完請求権と内容上同一のものと考えた。履行（追完）請求権に代わって生じる給付（Leistung）に代わる損害賠償請求権についても異なることが妥当しない」（Rn.25）⁽⁹⁶⁾。

次に、請負契約の「重大な過剰補償」の危険が売買契約よりも強く生じうるとする第7民事部の第2の根拠も正当化できないという。「ここで問題となるのは、『法政策的な考慮』である。過剰補償の危険が経験上裏付けられている」ことには疑問がある。「例えば、建設した施工者からの区分所有建物の購入は、住居が建築後3年後に売却されたり、賃貸されたりした場合、売買法に基づいて判断される。時的限度を超えることが『過剰補償』の危険を変えてはならないであろう。債務法改正の立法者は、まさに比較的新しい不動産の売却に関して請負契約と売買契約の分類をなくそうとしていた⁽⁹⁷⁾」からである（Rn.27）。

③買主の給付利益の反映

第5民事部は、仮定的損害賠償を肯定する理由を示す前に、判例変更がいかなる場合に正当化されるのかという一般論を示す。

「第7民事部の根拠は請負契約に限定されず、他の債務法各論の契約類型に転用されうる。このことは全く支配的な見解」である（Rn.28）。この観点は、判例の統一性のために民事部の判例の一致が必要であるということを支持する（Rn.29）。「出発点において確定判例の変更に關して連邦通常裁判所には限界がある」（Rn.30）。「確定された最高裁の判例によって時間をかけて形成されたより古い法規定を解釈する事例では、法的安定性や信頼保護が前面に押し出され、一度採られた法発展への固執が一般的には要求される。判例の連続性への相違は、明確で支配的な理由又はそれ自体説得的な理由が述べられる場合のみ例外的に受け入れられうる」（Rn.31）。「この大前提はここでも遵守されねばな

らない。なぜなら、数十年認められてきた予想される瑕疵除去費用に基づく（旧635条の）請負契約の小さな損害賠償の算定は、売買上の追完請求権の導入後に第5・8民事部によって共有されており、長年の統一的な判例が形成されてきたからである」（Rn.32）。それゆえ、「判例の連続性からの相違は、それを支える明確かつ支配的な理由又はそれ自体説得的な理由があるかどうかによってははからなければならない」（Rn.33）。

第5民事部は、こうした一般論を述べた上で、仮定的な瑕疵除去費用が買主の給付利益を反映することを以下のように詳述する。

「BGB280条・281条と結びつく BGB437条3号に基づく損害賠償が『給付⁽⁹⁸⁾に代わって』認められることから、債権者は、債務者が契約に適合した給付をしたならば経済的に存在した状態を請求できる。積極的利益の確定のための重要な基準点となるのが追完請求権である」。売買法上の履行請求権と異なり、「追完請求権の対象は、修補又は瑕疵のない代物給付による瑕疵なき状態の確立である。したがって、損害賠償は、（まだ行われていない）代物給付又は修補費用に基づき算定される。これらの費用は、実際に支出されているかどうかを問題とせずに瑕疵除去費用によつて的確に表現される。なぜなら、瑕疵除去費用は、損害賠償請求の時点で買主の貸借対照（Vermögensbilanz）では借方に記載されているからである⁽⁹⁹⁾」。「第7民事部は、請求権の根拠として義務違反（物の瑕疵）に照準を合わせる。…売買契約では追完が基準となる。売主は追完を優先的に義務付けられており、損害賠償請求権が追完の未履行を補償する」（Rn.34）。さらに、「瑕疵による物の価値の減少額が買主の給付利益を常に的確に反映しているわけではないことから瑕疵除去費用に基づく損害の算定が相応しい。例えば、購入した自動車が注文した緑色ではなく売れ行きの良い色で給付された場合、その物の瑕疵は市場価値を下げず、むしろ上げることになる。自動車の価値の減少は生じていないが、買主は反対給付を与えたのに注文した給付を受け取れない。売主が修補（新たな塗装）をしない場合、買主

が得られない給付の価値は、実際に支出されたかどうかを問題とすることなく、修補に必要な費用に基づき算定されうる。代物調達費用又は瑕疵除去費用は、等価関係、つまり売買価格の代価として義務付けられた等価物を受け取るという買主の利益を的確に反映する」(Rn.35)。

④債務法改正の立法者意思からみる売主の責任(追完義務)の強化

第5民事部は、仮定的損害賠償を肯定することが「債務法改正の立法者の理解にも合致する」点も指摘する(Rn.36)。立法理由では、「給付が不足している(100本のワインを購入したが90本であった)場合の損害賠償が、瑕疵のある給付(欠陥のあるナビのついた車)と同様に代物給付費用に基づき算定されること⁽¹⁰⁰⁾を参照する。したがって、立法者は、売買契約と請負契約を一致させる際に、当時の請負契約に関して確立された判例に従って、瑕疵がすでに除去されているかどうか、買主が瑕疵の除去を意図しているかどうかを重視しなかった。立法者は損害の算定に関連する変更を考慮せず、行ってもいない。反対に、債務法改正の全体的な構想は、内容的には従来判例の上に築かれたものである」(Rn.37,38)。

第5民事部によれば、債務法改正の核心的な目的は、「BGB280条以下の『義務違反』の統一的な責任体系を伴った全ての契約類型のための給付障害法の創設」にある。第2の「『重要な構造上のメルクマール』は、期間の設定の必要性を通じて確保された履行請求権の優位である⁽¹⁰¹⁾。物の瑕疵は追完によって除去され、二次的に解除、代金減額又は損害賠償によって調整される。…売主は、追完が不相当な費用と結びつく場合にのみ当該追完を拒絶できる。このような方法で、契約上合意された給付義務が可能な限り貫徹されるべきである(合意は守られなければならない)(Rn.39)」。しかし、第7民事部の新たな判例を踏襲すると、「優先的な追完請求権の導入によって約束された給付を取得させ、売主の責任を強化するという目的が妨げられることになってしまう」。つまり、「小さな損害賠償請求権が、瑕疵を原因とする価値の減

少額又は実際に支出した費用に限定されるならば」、追完を行わないという動機 (Anreiz) を売主に与えることになる。「債務法改正の構想に基づくと、給付に代わる損害賠償を求める請求は、物の価値の減少だけを埋め合わせるものではなく、不成功に終わった履行結果を補償する。瑕疵除去費用の賠償可能性を通じて、履行請求権の優位が損害賠償法に転化 (umsetzen) される」 (Rn.40)。

⑤買主の事前支出の不利益の回避

さらに、第5民事部は、仮定的損害賠償が否定されると、物の買主が瑕疵除去費用を事前支出しなければならないとの問題点を示す (Rn.41)。買主は、注文者と異なって前払請求権を有さない。それゆえ、「売主が課せられた義務を果たさないならば、買主は事前支出と結びつく重大な経済的な不利益を負担しなければならない」。しかし、「不動産の買主は、売買代金の支出のほかに瑕疵除去費用を立て替えられる」状態にはない。「BGB637条3項で規定されているような前払請求権を伴った自己修補権が売買では存在しないために、買主が事前支出を強制される」という (Rn.42)⁽¹⁰²⁾。

この判旨に続き、第5民事部は、損害賠償請求権と前払請求権との違いも述べる。給付とともにする又は給付に代わる損害賠償請求権は、被害者による用途を定めていない。そのことは「物の損害についてドイツの損害賠償で認められている原則」である。売買契約において BGB437条3号・280条・281条1項に基づき前払請求権を認めることは、「立法者が自覚的な判断で前払請求権とともに自己修補権の導入を見送ったことと矛盾する」とみる (Rn.44)。

⑥過剰補償の否定と買主の処分自由

第5民事部は、②に加えて、従来の判例が売買における過剰補償を生じさせることも認められないとする (Rn.45)。そのことを説明するために、仮定的な瑕疵除去費用の概念や⑤の買主の事前支出の不利益の

回避、買主の目的物の処分の自由について次のように判示する。

「『仮定的な』瑕疵除去費用の概念は、存在していない損害が賠償されなければならないという趣旨で誤って理解されてはならない。それは、出発点として誤っている。なぜなら、給付と反対給付との関係が妨げられているからである。仮定とは、単に追完の形態でなされていない給付の評価にすぎない。通常の事例では、従来判例は不相当な結果をもたらさない。なぜなら、買主は瑕疵除去の事前支出を回避しようとするからである」。さらに、「買主が瑕疵の除去を後の時点で延期したいという他の正当な理由もある。買主が瑕疵除去を全く行わないという判断は、買主の処分の自由 (Dispositionsfreiheit) により保障される。買主は瑕疵とともに共存しても良いし、給付の価値を他に使用しても良い⁽¹⁰³⁾」(Rn.46)。

続いて第5民事部は、実用性の観点から「瑕疵による価値の減少額の算定はしばしば困難」であることも指摘する。それに対して、「瑕疵除去費用に基づく損害賠償は比較的信頼するに足り、かつ算定が予見可能である。損害算定はかなり軽減され、当事者にとって予見できるように形成される」という (Rn.47)。

第5民事部は、上記の買主の処分の自由を踏まえて、買主が瑕疵のある物を損害賠償請求の訴訟中に売却した場合でも仮定的損害賠償が認められるとする。「確かに、そのような場合には、損害が売却と同時になくなることも想定される。しかし、従来判例は損害賠償請求権が物の売却後にも継続するとしていた」。その判例は、賛否両論を検討した上で最終的には次の論拠を正当と考えた。それは、物を売却したことが特に契約違反の当事者の利益になってはならず、長期にわたる訴訟の間に物の売却が阻止されてはならないという論拠である (Rn.48)⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾。

3 小括

本決定の要点は、次の通りである。ア) 給付に代わる損害賠償の根拠は、給付障害法一般の損害賠償請求を定めた BGB280条・281条にあ

る。イ) 売買契約と請負契約との同一性を志向する債務法改正の立法者意思によれば、BGH2018年判決が論拠とする「請負契約の特殊性」につき、BGB634条から損害賠償の範囲を瑕疵除去のための行為に合わせる考えを見出せない。請負契約における重大な過剰補償は経験的に裏付けられておらず、むしろ債務法改正の立法者の考えとは一致しない。ア) とイ) は、売買契約と請負契約で統一的な解釈がとられることを正当化する根拠といえる。

それでは、仮定的損害賠償を肯定する理由は何か。その理由は、まず、ウ) 追完に必要な費用を基準として給付に代わる損害賠償額を算定することが、義務付けられた等価物を受け取るという買主の給付利益を的確に反映できるためである。そのことは、エ) 債務法改正の立法者意思によっても裏付けられる。本決定によれば、立法者は瑕疵の除去が行われたかどうかを考慮しておらず、損害算定に関する従来判例からの変更も意図していないという。さらに、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は、オ) 前払請求権を有さない買主の事前支出のリスクの回避に必要である。実用的な観点からは、カ) その損害算定が物の価値の減少額に基づく算定よりも容易である点も指摘される。以上の理由から仮定的損害賠償が認められるところ、この結論は、キ) 買主が瑕疵のある物を損害賠償請求の訴訟中に売却した場合にも異なる。なぜなら、債権者が瑕疵ある物を売却したことによって損害賠償請求権がなくなるとすれば、一方では債務者の利益となり、他方では物を売却する債権者の処分の自由も害されるからである。

以上のア) ～カ) は、BGH2018年判決を批判する学説と共通する。Peters〔Ⅲ 2(2)〕もア) 仮定的損害賠償の根拠をBGB280条以下に求め、この賠償がウ) 債権者の利益を満足させるために必要であると考えた。その主張を正当化する根拠として、エ) 債務法改正の立法者意思を指摘していた。イ) 「請負契約の特殊性」の否定は、Seibel〔Ⅲ 2(2)〕の批判と重なる。オ) 債権者による事前支出のリスクは、Schwenker〔Ⅲ 2(2)〕やUlrich〔Ⅲ 3(2)〕から指摘されていた。カ) 瑕疵ある物の市

場価格の算定の問題も学説〔Ⅲ 2(2)〕の指摘と重なる。さらに、キ)債権者の瑕疵ある物の処分の自由は、BGH2018年判決前の請負契約の判例〔Ⅱ 2〕と同様の理解である。これらの共通点からすると、本決定は、BGH2018年判決までの請負契約の判例や同判決に否定的な学説の影響を受けたものといえよう。

第5民事部は、第7民事部にBGH2018年判決を維持するかどうかを照会した。これを受けて、第7民事部はBGB2020年10月8日(以下、「BGH2020年10月決定」とする)に再度判断を下した。学説の中にはBGH2020年3月決定と10月決定を対比させて、その当否を論じているものがある。そこで、学説の反応は、次章にてBGH2020年10月決定の内容を紹介した後でみていくこととする。

V 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の再否定と学説の反応

1 BGH2020年10月8日決定の要旨⁽¹⁰⁶⁾

第5民事部の照会は、BGH2020年3月決定の事案に基づくものである。この照会に対し、BGH2020年10月決定は、以下の判旨の通り、「請負契約において、BGB634条4号・280条・281条1項に基づく給付に代わる損害賠償(小さな損害賠償)はまだ支出されていない仮定的な瑕疵除去費用に基づいて算定できない」(Rn.18)と示した。

①給付に代わる損害賠償請求権の算定方法

BGHは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の方法が認められない理由として以下の5つを指摘する。

第1に、BGB280条・281条の対象と文言である。「仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は、同条の一般的な規定を通じて全ての契約類型のために定められていない」。同条の文言は、契約に適合しない給付がなされた場合の損害がどのような方法で算定されるのかを明らかにしていない(Rn.20)⁽¹⁰⁷⁾。

第2に、法律関係の多様性を考慮した損害算定の必要性和過剰補償の発生である。売買契約と請負契約において「追完請求権が規定されていることを考慮しても、BGB280条・281条からは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定が導かれない。そのような損害算定が全ての契約類型の特殊性を考慮せずに統一的に生じることを推論できない」。このことを明確にするのは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の第5民事部の根拠である。すなわち、「第5民事部は、最終的にはBGB280条・281条の一般的な規定からではなく、売買の追完請求権及びそれを超える売買上特徴づけられる評価、例えば買主の前払いの危険の問題から根拠づけている。少なくとも請負契約法では第5民事部の見解を共有できない」(Rn.23)。

判例により形成されてきた二元的な損害概念は、「一方では仮定の差額を含み、他方では信義則によって特徴づけられる規範的な評価を含む。その評価によれば、一般的な原則のほかに各契約類型の特質を考慮した損害賠償法上の評価が必要である」。判例で問題とされてきた「法律関係の多様性を考慮すると、財産損害の算定を一般的に又は給付に代わる損害賠償(小さな損害賠償)に関して、それぞれの規範的評価を顧慮せずに全ての法領域を統一的に扱うことは」できない。「ドイツ民法典の立法者は、損害概念の法的な定義を自覚的に行わなかった。なぜなら、全てのケースの起こりうる面や疑わしい面に対応するような定義を行うことができなかったからである。損害概念に並行して現れる問題の解決を学説や実務に委ねたのであろう。こうした立法者の控えめな態度は、債務法改正後も維持されている」(Rn.25)。

「第5民事部と第7民事部は、給付に瑕疵がある場合の給付に代わる損害賠償(小さな損害賠償)の枠組みでは、財産損害の算定が債権者の給付利益に向けられるという点では一致する」(Rn.26)。「注文者は瑕疵を除去した場合、BGB634条4号・280条・281条に基づき支出した費用を財産損害として主張できる」(Rn.28)。「しかし、債権者が自ら給付結果をもたらす方法で給付利益を守らなかった場合、どのような理由か

ら BGB280条・281条により一般的に仮定的な瑕疵除去費用に基づく財産損害の算定が必要とされるのかを認識できない」。同条の義務違反の結果、「注文者が瑕疵のない製作物に代わって瑕疵ある製作物を保持している」という結果が、少なくとも請負契約法では財産損害の算定の正当な基準となる⁽¹⁰⁸⁾。「債権者は、一般的な損害賠償法上の原則に基づき、債務者が契約を合意通りに履行したならば存在したのと同様の経済的な地位を要求できる。それに基づいて契約通りでない履行（追完）によって生じた事実上の財産状態は、契約通りの履行（追完）の場合の仮定的な財産状態と比較されうる」。「財産比較の方法で確定される差額を超える仮定的な瑕疵除去費用を認めることは、瑕疵のある製作物に基づき生じた財産損害を超える金額が『賠償』される結果となる。このことは、損害賠償法上の過剰補償の原則——詳しく言えば利得禁止にあたる」（Rn.29）。「瑕疵による価値の差額が存在していない場合、財産の比較が債権者の給付利益を的確に反映しないと第5民事部の補充的な指摘も異なる結果をもたらさない。逆に、過剰補償を生じる仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は正当化されない」（Rn.31）。「請負契約法では、BGB634条2号・637条3項に関する前払請求権」がある。そのため、「瑕疵除去を行おうとする注文者を保護するために仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の必要がなく、注文者の過剰補償が正当化されない」（Rn.32）。

第3に、注文者の損害賠償金の用途の自由からも仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は認められない。この原則は、「請求される損害が存在することを前提としている」からである（Rn.33）。

第4に、債務法改正の立法理由からも仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を正当化できない。「立法資料には損害賠償の評価に関する付随的な記述がある」にすぎない（Rn.34）。「仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定に関する第7民事部の旧判例は立法資料には記載されていない」。立法者が仮に旧法の判例を承認していたとしても「そのことは BGB280条・281条の文言に表れていない」（Rn.35）。「立法者が給

付に代わる損害賠償の算定に関する法律上の規定を設けていないことは、立法上の控え目な態度に対応しており、法律関係の多様性を考慮していると理解できる」(Rn.36)。

第5に、第5民事部と異なり、BGH2018年判決の判例変更が追完を行わないという動機を請負人に与えることにならない。なぜなら、「追完が未履行の場合に注文者は義務付けられた状態を自己で実現することで価値の減少をはるかに上回る瑕疵除去費用の賠償を要求することが正当化される」からである。さらに、「請負契約上のリスク分配に基づくと、BGB635条3項の追完の不相当性や損害賠償の枠組みでの瑕疵除去費用に関する不相当性がほとんど例外的な事例にしか生じないことからこの動機は存在しない」。「自己修補を行わない場合の仮定的な瑕疵除去費用に基づく算定は注文者の重大な過剰補償となり、もはや受け入れられない結果をもたらす」。他方で、請負人が履行と追完の二重の義務に違反しているため保護に値しないとの反論は認められない。「当該義務違反は損害賠償の要件であり、賠償額を決めるものではない」からである (Rn.37)。

②判例変更の理由

続いて第7民事部は、少なくとも請負契約における判例変更の必要性を次のように詳述する。

仮定的な瑕疵除去費用では自己修補をしない注文者の給付利益が的確に反映されない (Rn.39)。第5民事部のあげる「法政策的な熟慮」は全く問題とならず、連邦裁判所の判例の発展において重要とされてきた損害賠償法上の原則である「利得禁止」が重要である (Rn.40)。第7民事部はこの説明のために以下の例を示す (Rn.41)。

「注文者が戸建て住宅の1階の床に白い天然石を使ったタイル貼りを4万€の報酬で請負人に依頼した。実際にはライトグレーの天然石タイルが敷かれた。キッチンを再び解体し、家具を運び出し、敷かれたタイルを剥がして新しいタイルを敷き、家族を一時的にホテルに宿泊

させる必要があるため、交換には約6万€の費用がかかる」(Rn.42)。「以前の判例によれば、注文者がライトグレーの天然石タイルを保持することを決めた場合、約6万€の瑕疵除去費用を請求できる」。「注文者は合意した4万€を支払う必要がなく、希望の色でないタイルを受け取る場合にもさらに2万€を受け取ることになる」(Rn.44)。「そのことは、第7民事部の評価によれば、瑕疵ある製作物のための相当な損害調整ではなく、利得禁止に違反する過剰補償である」(Rn.45)。過剰補償が特に請負契約で発生する理由は、「製作物の個々の品質の合意が当該契約に特有のものである」ことや、瑕疵の除去に「他の専門業者の介入が必要となる」ことなどにある。後者につき、例えば、床暖房の瑕疵では、瑕疵の除去にはその交換に加え、「作業の完了後に床暖房を再修復するために床を壊すことも必要となる」。そのため支出されていない仮定的な瑕疵除去費用を認めることは、「重大な範囲での過剰補償を生じる」(Rn.46,47)。

さらに、判例変更は、BGB634条2号・637条に基づく前払請求権により注文者が十分に保護され、保護の欠缺がなくなったことからも正当化されると指摘する(Rn.54,56)。

最後に、第7民事部は、少なくとも請負契約では仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害額を簡単に算定できないとして、実用性の観点からもその費用に基づく過剰補償を正当化できないとする(Rn.57)。

③売買契約と請負契約との規律の違い

第7民事部は、「請負契約及び売買契約の瑕疵担保責任の枠組みでは、損害賠償の評価に関する同一性が法律上の異なる瑕疵担保権、特に前払請求権、さらに追完請求権に関しても要請されない」とする(Rn.58)。その理由を以下のように詳述する。

給付に瑕疵がある場合、「BGB280条・281条は直接適用されず、BGB437条3号又はBGB634条4号との関連においてのみ適用される」。後者の請求権は、「その出発点において債務法各論に位置付けられ、そ

の責任の法的要件を補い、補足する。したがって、BGB280条・281条に規定されていない損害賠償の評価に関する法的効果は、債務法各論を考慮して補充できる」(Rn.61)。

「債務法各論の請負契約上の瑕疵担保権の規律概念は、売買とは中心的な点で異なるため、同一視する必要ない」(Rn.62)。「まず本質的な差異は、追完の規律にある」(Rn.63)。「BGB634条1号・635条に定められる追完請求権の内容は、単に契約上の履行請求権の存続」である。「それゆえ、追完請求権には原則として請負契約上の結果責任が妥当し、必要な費用とは無関係に請負人が約束した給付の結果責任を負う。こうした背景から BGB635条3項における追完の不相当性に関する規律は、そのリスク分配が制限的に解釈される。瑕疵のない給付への注文者の客観的な利益がわずかである一方、追完が全く重大な費用の支出をもたらさうする場合のみ、不相当性を理由とする追完請求権の限界が生じる。しかし、請負人の結果への約束を考慮すると、注文者の客観的にわずかな利益は、単に例外的な事例においてのみ——例えばより小さな、特に視覚的な瑕疵が——想定される」(Rn.64)。「それに対して、売買法では追完の不相当性の審査に異なる基準が妥当する。立法者は、BGB439条4項2文において瑕疵のない状態の物の価値及び瑕疵の程度を審査基準として強調した。第5民事部の判例によれば、第1の基準として瑕疵除去費用が瑕疵のない状態の不動産の流通価値を上回るか、又は瑕疵を原因とする価値の減少額の200%を上回るときに当該費用が不相当となる⁽¹⁰⁹⁾。さらに、立法者は、BGB439条4項2文及び3文における不相当性に基づき、…買主に認められる追完方法の選択可能性を制限する。両規定は、…給付に代わる損害賠償請求権に関しても過剰補償が制限されうる結果をもたらす」(Rn.65)。一方、BGB635条3項は、請負契約法の「追完の限界のために考慮される事情を定めておらず、そのことは可能でもない」。「請負契約では、同法の中心である注文者の追完請求権、ひいては請負人の結果責任を大幅に切り下げることなく、売買と同等の方法で」不相当な仮定的な瑕疵除去費用を制限

することができない (Rn.66)。

さらに、本質的な差異は、請負契約では売買契約と異なり自己修補権及び前払請求権を予定している点にある (Rn.67)。「瑕疵除去に予想される費用を損害賠償によって常に要求できるのであれば、なぜ立法者が自己修補権を請負契約に規定したのかが分からない」(Rn.68)。第5民事部は、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を認める中心的な論拠として、買主には瑕疵除去のための事前の資金調達が期待できないことをあげる。この論拠は「売買法では正当化されるかもしれないが、請負契約では法律上の前払いを考慮して意味をなさない」。したがって、過剰補償の問題を考慮すると第5民事部の損害算定を正当化できない (Rn.69)。売買における前払請求権の放棄といった差異が「規範的な評価に基づく損害算定に際して重要とされず、各契約類型の必要性に基づく扱いが可能でない理由が明らかではない」(Rn.71)。

以上のように第7民事部は、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を一般的には否定した上で損害額を7,972.68€ と評価した⁽¹¹⁰⁾。

2 小括とその後の判例の動向

本決定の要点は、次の通りである。ア) 法律関係の多様性を考慮すると、BGB280条・281条から仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定が全ての契約類型に統一的に妥当しない。イ) 財産損害の算定基準は、注文者が瑕疵のある製作物を保持していることにある。それに基づき、不履行による事実上の財産状態と契約が履行された場合の仮定的な財産状態が比較される。ウ) この財産状態を超える仮定的な瑕疵除去費用の賠償は、過剰補償となる。エ) 債務法改正の立法者意思は、その賠償を正当化するための根拠とならない。以上のア)～エ)は、請負契約に限らず、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を一般的に否定する理由とみうる。その上で、その損害算定を特に請負契約において否定する理由を次のように述べる。すなわち、オ) 個々の製作物の品質が請負契約に特有であることや瑕疵除去に他の専門業者の介入が

必要となるため、請負契約では特に重大な過剰補償が生じうる。カ) BGB635条3項の不当性は極めて例外的な場面しか認められず、仮定的な瑕疵除去費用から生じる過剰補償を制限できない。キ) 売買契約と請負契約との本質的な差異は、前払請求権にある。請負契約では前払請求権により注文者の保護の欠缺がなくなるため、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の必要はない。

第7民事部は、上記決定のあと、BGH2021年3月12日決定において、再び仮定的な瑕疵除去費用の賠償を否定した。その上で、BGH2018年判決の判例変更が「売買法上の瑕疵担保責任に転用されてはならない」とした。なぜなら「買主には、請負契約の注文者とは異なり前払請求権が認められず」、物の買主が瑕疵除去費用を事前支出しなければならないからである。そのため、売買では仮定的な瑕疵除去費用が今後も請求されうるとする⁽¹¹¹⁾。

3 学説

BGH2020年3月決定(IV2)及びBGH2020年10月決定(V1)について、学説ではどのように捉えられているのか。

(1) 仮定的損害賠償を否定する立場

まず、仮定的損害賠償を否定する立場につき、売買契約に関するBGH2020年3月決定を批判するPreussnerの見解をみていこう。

第1に、この見解は、売買契約の請負契約に対する優位性を疑問視する。BGH2020年3月決定は、債務法改正の過程において請負契約の規定が売買契約に適合して作られたため、両契約の瑕疵担保法上の損害賠償請求権が同様に解釈されるとした。しかし、Preussnerは、同決定が「売買法が優先されることを前提とし、損害賠償請求の統一性を維持するために請負契約の『特殊性』に目を背けたような印象を受けざるを得ない」と評する。さらに、この見解はBGB634条が437条を模した規定であり、請負契約が売買契約に従属すべきとの前提を立法資

料から見出せないと指摘する。両契約の違いとして追完方法の選択権が売買契約では買主にある一方、請負契約では請負人にある。これに加えて、注文者には自己修補権や前払請求権がある。この見解によれば、こうした瑕疵担保の各体系の重要性から、第5民事部は買主による目的物の処分自由への制限を防ぐことを、第7民事部は前払請求による瑕疵除去の強化を考えたという⁽¹¹²⁾。

第2に、Preussnerは、請負人の第二次提供（Andienung）の確保の観点から、BGH2018年判決の利点を指摘する⁽¹¹³⁾。請負契約の瑕疵担保責任では自己修補、報酬減額、解除、給付に代わる損害賠償に対して追完が優先する。つまり、請負人は瑕疵を自ら除去する権利を認められている。BGH2018年判決は前払金が瑕疵除去に使用される証明を必要としたところ、同判決の登場後、「現在、大多数の注文者が、まず責任者である請負業者に瑕疵を除去してもらう判断をするため、第二次提供の可能性が開かれる」ようになったと指摘する⁽¹¹⁴⁾。

第3に、Preussnerは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の実用性への疑問を示す。第5民事部は、その損害算定が比較的信頼に足ると好意的に評価した。しかし、この見解は、瑕疵除去の予想コストは不確実な根拠に基づくとみる。実務では瑕疵除去費用が実際の想定よりも低く見積もられていた場合、費用の確認の訴えが提起される。訴訟では被告が推定額に異議を申立て、専門家の鑑定が必要となりうる。その結果、追加の訴訟費用が発生し、訴訟の長期化を招いていた。これに対し、前払金請求の際には原告が請求額を十分な根拠によって証明しなければならない。原告は瑕疵除去が行われた際の前払金の使途も説明しなければならず、余剰金は利息も含めて被告に返還される。そのため、前払請求権は、「訴訟上の負担の面で仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害賠償請求権の行使よりも明らかに有利」であるという⁽¹¹⁵⁾。

Preussnerは、論稿の最後に「時計の針を戻してBGH2018年判決以前の法状況に戻すことは、第一級の愚行である」と表現する⁽¹¹⁶⁾。その論稿では、刊行時期の関係からBGH2020年10月決定への言及はない。

もっとも、同決定は、売買契約と請負契約の同一性を否定し、請負契約の特殊性として前払請求権の存在をあげる。さらに、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定が困難であることを指摘する。これらの共通点からすると、BGH2020年10月決定は Preussner の見解と軌を一にしているということが出来る。

(2) 仮定的損害賠償を肯定する立場

(1)に対して、学説では Lauer⁽¹¹⁷⁾、Riehm⁽¹¹⁸⁾、Seibel⁽¹¹⁹⁾らによって BGH2020年10月決定への批判がみられる⁽¹²⁰⁾。以下では、その主張内容を論点ごとに見ていく。

第1に、瑕疵による物の価値減少額を損害とみることへの批判がある。BGH2018年判決・2020年10月決定は、物に瑕疵がある状態とない状態との差額を損害とみた。しかし、Riehm はこうした損害の理解を否定する。その見解によれば、「給付に代わる損害賠償の理論的な出発点は、請負人が相当な期間内に義務付けられた通りに製作物を製作しなかったという事実にある」という。すなわち、「注文者の損害は製作物の価値の差ではなく、瑕疵のある実際の性状にある。仮定的な瑕疵除去費用は、第三者を通じて義務付けられた性状を確立できる状態に注文者を置くため、瑕疵除去費用は的確に確定された代償物 (Surrogat)」であると説く。Riehm は、この論証のために BGH2020年10月決定が示した（請負人が白色の代わりに誤って灰色のタイルをつけた）例を出し、次のように説明する。この例では、「実際には財産的な価値の差額は生じないことがありうる。しかし、注文者の履行利益の侵害を否定できない。その侵害はタイルの新たな敷設により除去される。新たな敷設に必要な金額は、契約に適合した状態を正確に作り出すことができる点で注文者の侵害を反映している」。一方、財産の価値減少額に焦点を当てると、この事例では注文者は「全く賠償を得られない。なぜなら、家の実際上の価値は低下しておらず、BGB638条3項⁽¹²¹⁾に基づく請負契約上の減額の基礎も存在しない」からである。それゆえ、仮定的損

害賠償が否定されると、「注文者には損害賠償法の基本原理に違反する過少補償が生じる」⁽¹²²⁾。さらに、「瑕疵による価値の減少額は、注文者の実際上の損害を的確に表さない。なぜなら、この価値は注文者が実際に製作物を売却するまでは架空の額にほかならない」からである。以上の検討から、Riehm は、「注文者の真の損失は、製作物を売却した場合に収益が減少する事実のみならず、誤ったタイトル（義務違反の結果）を毎日目の前にしているという事実にある」と説く⁽¹²³⁾。

第2に、BGB2020年10月決定に対して、債務法改正の立法者意思を根拠とする売買契約と請負契約との同一性が指摘される。同決定は、BGB280条1項・3項・281条1項が、BGB437条3号（売買契約）や634条4号（請負契約）という異なる規定を参照していることを根拠に損害賠償額の算定方法の区別を正当化した。しかし、この根拠には疑問が投げかけられている。BGB437条3号・634条4号の文言は、物や製作物に瑕疵がある場合、買主や注文者が「この規定の要件を充たし、別段の定めがない限り」でBGB440条⁽¹²⁴⁾・636条⁽¹²⁵⁾・280条・281条に基づき損害賠償を要求できるとする点で一致する。Lauer は、この文言の同一性を指摘し、BGB634条はBGB280条以下の規定を示すのみであり、同一の規定を参照するBGB437条と異なる損害算定が導かれなるとみる⁽¹²⁶⁾。Riehm も「瑕疵担保法の体系的な全体構造は同一であるため、異なる参照規定（BGB437条3号・634条4号）は、異なる損害賠償額の算定を正当化しない」とする⁽¹²⁷⁾。こうした主張を裏付けるのが債務法改正の立法者意思である。Seibel は、立法理由書の次の文言などを引用し、第7民事部が立法者意思を誤解したと批判する。

「売買契約法の予定された変更は、両契約類型（筆者補足：売買契約と請負契約）の法律上の規定を相互に大幅に近づけ、その法的効果や法律上の規定の内的な構造（*Gliederung*）も同一の原理に基づき位置付けられうる結果をもたらす」⁽¹²⁸⁾。「物の瑕疵に関する責任が一般的な給付障害法の中に取り入れられる」ことで「売買契約と請負契約との差異を減少させることにもつながる」⁽¹²⁹⁾。「将来も両契約について差異は存在

しない。…政府草案634条は、請負契約に関して政府草案437条に対応する規定と一致する」⁽¹³⁰⁾。

Seibel は、この立法理由書から売買契約と請負契約との同時並行が債務法改正の目的であったことを強調する。そして、立法者意思が規定の解釈の際には必然的に遵守されねばならないにもかかわらず、第7民事部がBGB280条・281条の枠組みにおいて仮定的損害賠償を一般的に否定したこと⁽¹³¹⁾は明白な誤りであると論難する⁽¹³²⁾。

第3に、紛争の実態からも売買契約と請負契約との同一性が指摘される。Lauer は、両民事部で対象となった事実を少し変えれば、他の契約類型として位置付けられうるという。具体的には、「もし第7民事部の事案で、テラスが注文者により新たに付けられたのではなく、3年後に売却された低層住宅に付いていたら売買契約が適用されていた」こと、第5民事部の事案で湿気の除去が請負契約に服していたならばBGB634条・280条・281条が適用されていたと仮定する。そのため、「まさに判断が困難 (Unwägbarkeit) な場合や、契約が組立義務のある売買契約なのか、そもそも請負契約が存在するのかという判断が難しい問題にこそ法的規制や立法者の意図に照らして瑕疵担保法を統一的に適用することが必要」であると説く⁽¹³³⁾。

第4に、BGH2020年10月決定の過剰補償の存在と不相当性の抗弁の理解への疑問がみられる。第7民事部は、上記2・3で述べた売買契約と請負契約の同一性を否定する論拠として、①仮定的損害賠償が請負契約では売買契約以上の重大な過剰補償を生じさせるとした。②その上で、請負人の追完拒絶を定めるBGB635条3項の抗弁では、特に高い不相当性が要求され、過剰補償をほとんど制限できないと考えた。しかし、Riehm は、前述第1の損害概念を前提として①に次のように反論する。「仮定的な瑕疵除去費用は、債務者が追完のために自身で負担しなければならない費用と通常は一致する」。「ここで考慮しなければならないことは、請負人は定められた期間内に瑕疵を除去することで損害賠償責任を回避する機会があったにもかかわらず、故意にそれ

を怠ったことである。特に請負人は自己修補権によって同じ費用を負担しうするため、より一層保護には値しない」。それゆえ、仮定的な瑕疵除去費用を相当な補償と評価する⁽¹³⁴⁾。次に、②に対して Riehm は、不相当性の抗弁により過剰補償を回避しうる旨を説く。その見解によれば、損害賠償法の経済的な要請に基づき、「被害者は瑕疵の除去のための様々な可能な方法の下で最も良い方法を選択しなければならない」とする。しかし、「最も良い瑕疵除去費用が瑕疵による買主又は注文者の実際の侵害と不相当な関係にある場合」、BGB439条4項・635条3項・251条2項の法思想⁽¹³⁵⁾と対立する。瑕疵除去費用が瑕疵の程度と不相当な関係にある場合、「債権者は瑕疵による価値の減少額の賠償のみを請求できる」。そして、この方法で「仮定的な瑕疵除去費用の賠償による過剰補償の危険性を回避するのに足りる」と主張する⁽¹³⁶⁾。さらに、Seibel も、BGB635条3項につき特に高い不相当性が必要とみるBGH2020年10月決定の誤りを指摘する。なぜなら、BGH は、「個別事例の全ての事情を考量して、合意通りの契約の履行の固執が履行に必要な費用との関係で信義誠実の原則に違反する場合」や請負人が瑕疵を故意で引き起こしたにも同条を適用しているからである⁽¹³⁷⁾。したがって、特に重大な請負契約の過剰補償の危険は全く証明されていないという⁽¹³⁸⁾。

第5に、前払請求権の存在を理由とするBGH2020年10月決定の問題が指摘される。学説では、前払請求権が存在しない場合に仮定的損害賠償を否定すると債権者が事前支出のリスクに直面するとの懸念が示される⁽¹³⁹⁾。一方、請負契約では前払請求権が存在するため、注文者の事前支出のリスクがない。そこで、BGH2020年10月決定は、請負契約における仮定的損害賠償を否定したとみられる。しかし、Lauer は、債務法改正の立法者は「瑕疵担保法の根本的な変更を考慮せず、第7民事部の結論を少なくとも意図していなかった」ため、前払請求権の存在にかかわらず、損害賠償額の算定方法を変更すべきでないと説く⁽¹⁴⁰⁾。Seibel も、給付に代わる損害賠償の根拠の一つである

BGB634条と前払請求権を定める BGB637条は要件面で違いがあり（後者は債務者の帰責事由が不要）、第7民事部が異質なもの同士を恣意的に比較した点で説得力を欠くと批判する⁽¹⁴¹⁾。

以上の批判⁽¹⁴²⁾から民事部大法廷へ付託すべきであったとの主張がなされている⁽¹⁴³⁾。

VI ドイツ法の整理・検討と日本法の検討

1 ドイツ法の整理・検討

日本法の検討に必要な範囲で、ドイツ法において仮定的損害賠償の可否を判断する際に議論されていた論点を整理する。その上で、BGHの判断が売買契約と請負契約で分かれた理由を整理・検討する。最後に、ドイツ法の今後の議論において生じうる課題を示す。

(1) 仮定的損害賠償の論点

II章～V章までのドイツの議論について仮定的損害賠償を肯定する立場（a説）と否定する立場（b説）に大別して整理してみたい。

①損害の理解

まず a 説は、①損害の理解について、物の瑕疵自体から仮定的な瑕疵除去費用相当額の損害が生じるとみる。例えば、Peters（III 2(2)）や Riehm（V 3(2)）は、債務者の義務違反により瑕疵のない物の状態が実現されていない状態を損害と捉える。BGH2020年3月決定も、給付と反対給付の関係が妨げられているため、仮定的損害賠償の意味を存在していない損害を賠償するという趣旨で理解してはならないとの考えを示す（Rn.46）。一方、b 説は、①瑕疵は損害ではなく、義務づけられた給付の不足にすぎず、瑕疵自体から仮定的な瑕疵除去費用相当額の損害が生じないとみる（Knütel・Halfmeier〔II 5〕やその影響を受けたBGH2018年判決 Rn.32以下。Popescu や Kniffka〔III 2(1)〕も同旨）。b 説では、瑕疵のある物とない物の価値の差額が損害と捉えられている。ただし、BGH2020年10月決定は、差額説に立ちつつ、法律関係の多様性を考慮

して損害を規範的に評価している点では完全に差額説に立っているわけではない。この損害の規範的評価の理由は、1(2)③にて後述する。

②給付に代わる損害賠償額の算定基準と損害賠償金の用途の自由

次に、a説は、給付に代わる損害賠償額の算定の根拠をBGB280条・281条に求めた上で追完請求権に着目する。追完請求権は代物給付や修補を通じて物の瑕疵のない状態を確立するため、追完に代わる損害賠償額はそれらの追完に要する費用に基づき算定されると説く(BGH2020年3月決定 Rn.34)。この立場は、瑕疵除去費用相当額の賠償金を瑕疵の除去に使用するか否かを債権者の自由と捉える(同決定 Rn.46)。一方、b説は、給付に代わる損害賠償の根拠を債務法各論の規定に求める。そして、瑕疵は給付の不足や等価関係の障害であり、それを表すのに瑕疵ある物の価値の減少額が適していると考え(BGH2018年判決 Rn.41)。この立場は、前述の通り、契約の内容に適合しない給付により生じた事実上の財産状態と契約の内容に適合した給付がされた場合の仮定的な財産状態の差を損害と捉える(例えば BGH2020年10月決定 Rn.29)。その上で、瑕疵除去費用相当額の損害が発生していない以上、債権者は損害賠償金の用途の自由を有さないとみる(Kniffka [Ⅲ 2(1)]、BGH2020年10月決定 Rn.33)。

③過剰補償の存在に対する認識

①の損害の理解や②の損害算定の基準を踏まえ、一般的な過剰補償の存否に対する理解の相違をみる(請負契約の過剰補償は後述1(2)②)。a説は、①瑕疵から損害が生じ、②その損害額を追完費用を基準に算定する。そして、瑕疵のない給付を実現する義務に違反し、かつ追完を行わなかった債務者がこの費用を負担すべきだとみる。したがって、仮定的損害賠償は過剰補償を生じさせないと理解する(Schwenker [Ⅲ 2(2)]・Riehm [V 3(2)]。これに対し、b説は、給付に代わる損害賠償額を瑕疵のある状態とない状態の物の差額を基準に算定した上で、瑕疵

のある物に基づき生じた財産損害を超える金額が賠償されるならば、債権者に過剰補償が生じると理解する (Knütel [II 5]、BGH2018年判決 Rn.34、BGH2020年10月決定 Rn.29、Rn.44以下)。b説では、過剰補償を根拠として請負契約だけでなく売買契約においても仮定的損害賠償を否定する見解もある (例えば、Heinemeyer・Mäsch [III 3(1)])。

④債務法改正の立法者意思の理解

a説は、以上①～③の主張を支える論拠を④債務法改正の立法者意思に求める。すなわち、a説によれば、立法者はBGH2018年判決前の判例と同様、瑕疵の除去の有無を重視しておらず、さらに損害の算定に関連する従来判例変更を考慮せず、行っていないとみる (Peters [III 2(2)]、BGH2020年3月決定 Rn.37以下)。一方、b説からは、立法資料から立法者による債務法改正前の判例の承認を見いだせないとの反論がなされる (BGH2020年10月決定 Rn.34以下)。これに対し、a説は、同決定が立法者意思を誤解したと再反論しており (Seibel [V 3(2)])、立法者意思の認識の不一致がみられる。

⑤売買契約と請負契約の同一性

a説・b説の双方から論拠とされるのが売買契約と請負契約の同一性である。b説では、債務法改正以降の両契約の類似性や債務者の追完義務の同一性を指摘し、売買契約においても仮定的損害賠償を否定する見解がある (Heinemeyer [III 3(1)])。ただし、b説でこうした見解は少数にとどまる。むしろ売買契約と請負契約の同一性は、a説の論拠とされている。a説は、両契約の同一性を重視し、請負契約における特殊性を否定する (BGH2020年3月決定 Rn.25)。さらに、a説は、売買契約や請負契約の事例状況が類似しており、両契約の区別が困難な場合があること、場面ごとの異なる扱いは法秩序の統一性を害すると考える (Seibel [III 2(2)]・Lauer [V 3(2)])。

(2) BGHにおける売買契約と請負契約の異なる判断の理由

以上の①～⑤の要素によれば、a説によれば売買契約や請負契約ともに仮定的損害賠償が認められ、b説によれば両契約ともに仮定的損害賠償が否定される結論に至るはずである。しかし、BGHは、売買契約と請負契約で判断を分けた。その理由はどこにあるのだろうか。

①契約に適合しない物の債権者による保持と売却との区別

まず、BGHの事案の違いは影響したのだろうか。BGH2018年判決の事案では、注文者は瑕疵ある目的物を売却していた。他方で、BGB2020年3月決定の事案では、不動産の買主は瑕疵がある住宅をまだ保持していた状態であった。そのため、この事案の違いが結論に影響を与えたとの見方が想定されうる。すなわち、前者では注文者は目的物を修補できる状態にはなく、売却により損害も消滅したとみる一方、後者では買主による目的物の修補が可能であり、仮定的損害賠償を認める必要性が高いとの見方である。

しかし、BGH2020年3月決定は、仮定的損害賠償を肯定した結論が「買主が瑕疵のある物を損害賠償請求の訴訟中に売却した場合でも異なる」とした。したがって、BGHの結論を分けたのは事案の違いではない。具体的には下記②～③にあると考えられる。

②請負契約の特殊性と過剰補償の存在

BGHの判断が分かれた理由を考えると注目されるのが、BGH2020年10月決定の指摘である。すなわち、同決定が、「信義則によって特徴づけられる規範的な評価」に基づき、「各契約類型の特質を考慮した損害賠償法上の評価」の必要性を指摘した点である。この点に関して、BGHは、なぜ規範的な評価を含む法律関係の多様性を考慮した損害算定が必要であると考えたのか。その理由は「請負契約の特殊性」、具体的には請負契約の過剰補償の存在を考えたことにある。BGH2018年判決は、多くの事例の経験を踏まえると、請負契約では物の新規製作に費用がかかり、売買契約よりも重大な過剰補償の危険が生じると指摘

した (Rn.71)。一方、BGH2020年3月決定は、売買契約と請負契約との同一性を志向するとともに、過剰補償の危険が経験的に裏付けられていないと反論した (Rn.27)。これに対し、BGH2020年10月決定は、請負契約では製作物の個々の品質の合意が当該契約に特有であることや、瑕疵の除去に他の専門業者の介入が必要となるとの理由から請負契約の重大な過剰補償が生じると再反論した (Rn.46以下)。

この過剰補償への対応として、BGH2020年10月決定は、BGB635条3項の対象も売買契約と請負契約の判断を区別する要素として重視した。同決定は、売主の追完拒絶を定める BGB439条4項と異なり、請負人の追完拒絶を定める BGB635条3項の適用場面を限定的に捉え (Rn.64)、過剰補償を同条からほとんど制限できないと考えた (Rn.66)。それゆえ、過剰補償の危険を回避するために請負契約における仮定的損害賠償を否定したとみられる。このように過剰補償の存在が請負契約における仮定的損害賠償を否定した要因の一つといえる。

③債権者の保護の必要性と損害の規範的評価

さらに、BGH が売買契約と請負契約で結論を区別した要因として、債権者の保護の必要性の有無がある。請負契約に関する BGH2018年判決は、注文者の給付利益が前払請求権によって保護されるため、瑕疵除去費用相当額の賠償を否定しても、注文者に瑕疵除去費用の事前支出のリスクはないと考えた (Rn.51,72)。BGH2020年10月決定も同様に、注文者が前払請求権により保護されるため仮定的な瑕疵除去費用相当額の賠償を認める必要がないと判断した (Rn.32)。これに対し、BGH2020年3月決定は、当該賠償を認めなければ、前払請求権を有さない買主が瑕疵除去費用の事前支出を強いられ、重大な経済的不利益を被ると考えた。

このように仮定的損害賠償を認めるか否かを判断するにあたっては、債権者の保護の欠缺が生じないようにする結論の妥当性も考慮されていた。つまり、前払請求権の存在ゆえに注文者には仮定的損害賠償を

否定する一方、買主の事前支出のリスクを回避するために買主には仮定的損害賠償が認められていた。その際には妥当な結論を正当化すべく損害が規範的に捉えられていたとみることにもできる。すなわち、BGH2020年3月決定は、追完請求権が代物給付や瑕疵除去を通じて瑕疵のない物の状態を確立する権利であることから、瑕疵除去費用を基準に追完に代わる損害賠償額を算定した。そこでは瑕疵のない状態を買主に実現させ、買主の給付利益を満足させるためにはどこまでの損害賠償額が認められるべきかという規範的評価を踏まえ、瑕疵除去費用相当額の仮定的損害賠償を認める判断がとられた可能性がある。他方、請負契約のBGH2020年10月決定は、注文者の仮定的損害賠償を否定したが、それは注文者の受けた損害が前払請求権を通じて補償されるとの評価がされた結果といえるであろう（そのため売買契約における仮定的損害賠償の肯定の余地を示した）。

(3) ドイツ法における今後の論点

①仮定的損害賠償額・瑕疵による物の価値の減少額の算定の問題

ドイツ法では、仮定的損害賠償や瑕疵による物の価値の減少額の算定方法の双方に対して、瑕疵除去に必要な費用の算定や瑕疵による物の減少額の算定が困難であるとの問題点が指摘されていた（前者の指摘につき Kniffka [Ⅲ 2(1)]・後者の指摘につき、Weyer [Ⅲ 2(2)]）。さらに、損害額の算定をめぐる、紛争の長期化を招くとの問題点も双方に指摘されていた（Schwenker [Ⅲ 2(2)]、Preussner [V 3(1)]）。この問題点に対して前払請求権の有用性を指摘する見解もある一方、学説では前払請求権を損害賠償請求権とは異質とみる指摘もあり [V 3(2)]、両者の関係が不明確な状況にある。ドイツでは、損害算定に関する上記問題が実際に生じているのか、そうであるとして前払請求権がその問題を克服しうるか、前払請求権と損害賠償請求権はいかなる関係にあるのか今後の論点となろう。

② BGH の判決・決定の影響

BGH によれば、売買契約と請負契約で仮定的損害賠償の可否について今後も異なる判断が下される。しかし、債務法改正後の両契約の類似性を考慮すると、売買契約と請負契約のどちらに性質決定すべきか困難な場面も生じうる (Lauer の指摘につき [V 3(2)])。例えば、製作物供給契約のような混合契約の場合にどのような判断がなされるのかがドイツにおける未解決の課題として残る⁽¹⁴⁴⁾。

さらに、BGH の射程が売買契約や請負契約以外の法領域に及ぼす影響も論点となる。具体的には、本稿では検討できなかったが、賃貸借契約や不法行為法においても仮定的損害賠償が認められるか否かも問題となるであろう⁽¹⁴⁵⁾。

以上をまとめると、BGH の判決・決定が売買契約と請負契約との区別が困難な場合にもたらす影響、賃貸借・不法行為法等⁽¹⁴⁶⁾に及ぼす影響が問題となる。仮に法領域ごとに判断が異なるとすれば、学説の指摘の通り (Seibel [III 2(2)])、法秩序の統一性や法的安定性の喪失が生じるのかという点も今後議論されることとなる。

2 日本法の検討

(1) 追完に代わる損害賠償額の算定

ドイツの議論を踏まえ、日本法の売買契約や請負契約の契約不適合における追完に代わる損害賠償額の算定をどのように考えるのかを検討する。まず、以下①～③では、債権者が契約の内容に適合しない目的物を第三者に売却せずに保持している場合を念頭に検討する。

①前払請求権の不存在による債権者の事前支出のリスク

日本法における契約不適合の際のリスク負担のあり方を考える際に考慮しなければならないのは、債務者が契約の内容に適合した履行をせず、さらに債権者によって定められた相当な期間内に追完義務も果たさなかったという事実である。したがって、契約の内容に適合しない給付によって生じたリスクは債務者が負担すべきであり、債権者に

リスクを転嫁させてはならない。

債権者のリスクを回避する方策としてドイツでは注文者に前払請求権が認められる。しかし、日本法では、売買契約・請負契約ともに前払請求権が存在しない。その結果、契約の内容に適合しない給付を受けた債権者が実際に当該不適合状態を除去した後でなければ追完に代わる損害賠償が認められないとすれば、債権者が自ら費用を支出しなければならないことになる。追完に代わる損害賠償として、仮定的な修補費用相当額の賠償のほか、契約不適合物の価値の減少額が想定される⁽¹⁴⁷⁾。それらの費用は、高額になることもある。しかし、契約の内容に適合しない給付の債権者が事前支出のリスクを強制される理由はなく、現実的に支出が可能な状況ではない⁽¹⁴⁸⁾。したがって、債権者が契約不適合物を保持している場合、債権者の事前支出のリスクを回避するために契約不適合の状態が追完されたか否かに関わらず、追完に代わる損害賠償が債権者に認められなければならない。

②仮定的損害賠償による債権者の契約利益の確保の必要性

次に、追完に代わる損害賠償が認められるとして、その費用をどのように算定するのかが問題となる。この点、契約不適合による物の市場価格の減少額を追完に代わる損害賠償額の算定基準とする方法では、債権者に契約の内容に適合した給付がなされたのと同様の状態を実現することができないという問題が生じうる。例えば、引き渡された車の色が買主の希望した緑色とは異なり、売れ行きの良い色であった事例を考える（BGH2020年3月決定 Rn.35の例を参考とする）。このとき、契約不適合によって車の価値は下がらず、むしろ上がることもある。そのため、物の市場価値の減少額を基準に追完に代わる損害賠償額を算定すると、買主は契約の内容に適合した目的物の対価としての代金を支払っていたとしても損害賠償を得られず、その契約利益を確保できない結果が生じる。他方、仮定的損害賠償（追完費用相当額の賠償）が認められると、契約の内容に適合した給付がなされたならば債権者が置

かれた状態を実現することができる。したがって、原則として仮定的損害賠償を損害賠償額の算定の基準に据える必要がある。

③過剰補償の存否とその回避

②の通り、追完に代わる損害賠償額として仮定的損害賠償を認める場合に生じる問題はあるか。この点、ドイツで議論されていたように、日本法でも債権者への過剰補償が生じる可能性がある。例えば、請負人が敷設した床タイルにわずかな傷がある場合を考える。このとき、当該傷を修補するために、床タイルの大幅な取外しや取付けが必要となる場合、修補から得られる注文者の利益はわずかである一方で、床タイルの修補費用が認められると過剰な補償になりうる。当該修補費用を認めることは、請負人にとって不相当な負担となることも考えられる。こうした過剰補償は売買契約においても生じることがありうるであろう。

それでは、債権者への過剰補償の発生にどのように対処するのか。現在の日本法では、ドイツ民法439条4項や635条3項のように、給付拒絶を明確に定めた規定はない。一方、改正前民法634条1項ただし書では、瑕疵が重要でなく、注文者の修補から得られる利益に比べて請負人に過分の費用を要するときに注文者の瑕疵修補請求権を制限していた。同規定は、民法（債権関係）改正により削除された。その理由は、瑕疵が重要である場合でも修補請求権を制限すべき必要があること、追完請求権（追完不能）の限界については履行請求権（履行不能）の限界を定めた民法412条の2第1項で処理できるため、規定を設ける必要がないと考えられたからである⁽¹⁴⁹⁾。この改正経緯からは、債権者の利益と債務者の不利益との間に不相当な関係が存在するときに履行・追完請求権が制限されるとの考え方が民法412条の2第1項の履行不能の判断の中で維持されると理解されている⁽¹⁵⁰⁾。

本稿でみた給付に代わる小さな損害賠償の場合、契約の内容に適合しない物の修補は可能であり、履行不能ではない。そのため、一方で

は、民法412条の2第1項を類推適用ないしその法意を用いて過大な損害賠償額を制限する方法が想定される。他方では、民法412条の2第1項は履行不能の規定であるため、この規定を追完に代わる損害賠償額の制限に適用できないとも考えられる。こうした見方からは、追完に代わる損害賠償請求を制限する規定は存在せず⁽¹⁵¹⁾、信義則ないし権利濫用が根拠とされることになろう⁽¹⁵²⁾。

いずれの立場にせよ、こうした規定を用いることにより仮定的な修補費用相当額の賠償から生じうる過剰補償の問題に対処しうる。この過剰補償の有無を判断するための基準として、追完に代わる損害賠償請求権の限界を履行に代わる損害賠償請求権の限界よりも緩やかな基準で認めることもありうる⁽¹⁵³⁾。具体的には、改正前民法634条1項ただし書の基準に類似して、修補によって得られる債権者の利益と当該修補から生じる債務者の負担を比較衡量の基準に据えた上で、両者の間に不相当な関係があるときには過剰補償が存在すると評価する方法が考えられる。このときには、仮定的な修補費用相当額の賠償は認められず、債権者は契約不適合による物の価値の減少額を債務者に請求することができる⁽¹⁵⁴⁾。

④契約の内容に適合しない目的物の売却の場面について

③の債権者の過剰補償が生じるのは、具体的にどのような場面か。まず、債権者が契約の内容に適合しない給付を保持している場合を考える。このとき、債権者は契約の内容に適合した給付を実現するための費用を債務者から受け取ることに利益を有する。債権者は、その費用を使用して現実的に修補をすることが可能であるからである。それゆえ、この場合には過剰補償は原則として生じず、債権者には修補費用相当額の仮定的損害賠償が認められる。ただし、前述③の床タイルの事例のように契約の内容に適合しない給付の程度がわずかであるような場合は、修補費用相当額の仮定的損害賠償が過剰補償にあたるであろう。

一方、債権者が契約の内容に適合しない物を第三者に売却した場面はどうか。ドイツ法は、債権者が契約の内容に適合しない給付を保持していた場合と第三者に売却した場合で損害賠償額の算定方法を区別していない。しかし、債権者の過剰補償の有無に着目すると、日本法において両者の算定方法を区別することも検討に値する。例えば、売主が買主に家を引き渡したが、ほどなくして契約の内容に適合しない状態（湿気による家の一室の損傷）が発生したとする。買主が売主に相当期間を定めて催告をしたが、売主が修補を行わなかった。当該修補には100万円の費用が必要であった。その後、買主が当該家を第三者に売却した。このとき、家の元所有者である買主は、売主に修補費用相当額の賠償を求めることができるか。このとき、①買主が実際に修補を行って費用を支出したのであれば、買主は家を売却した後でも修補費用相当額の賠償を得る利益を有する。次に、②買主が実際に修補を行っていない状態で家を第三者に売却した場合はどうか。例えば、家の売却時に、その価値が契約の内容に適合した給付がなされた（損傷がない家の）状態よりも50万円減少したと評価された。このとき、買主は当該家の修補をすることができないため、買主が修補から得られる利益はないと解される。それにもかかわらず、買主が売主から100万円の仮定的な修補費用相当額の賠償を得られるとすれば、買主への過剰補償が生じる。ここでは契約不適合物を売却した買主の目的は修補及びその費用を得ることではなく、契約の内容に適合しない給付から実際に被った損害の補填を受けることにあるとみられる。したがって、現に家を所有していない買主は、修補費用ではなく、契約の内容に適合しない給付による物の価値の減少額である50万円を売主に請求することができ、かつそれで足りるように思われる⁽¹⁵⁵⁾。

確かに、この考えは、債権者が契約の内容に適合した目的物を保持していれば債務者が支出したであろう費用よりも債務者の負担額が少なくなる結果をもたらす（BGH2020年3月決定 Rn.48を参照）。しかし、債務者が契約の内容に適合した給付をしていないことは損害賠償請求権

を発生させる要件であり、そのことは損害賠償額の多寡には影響しないといえよう（BGH2020年10月決定 Rn.37を参照）。

なお、買主のもとでは明らかではなかった契約不適合が、買主が第三者に当該物を売却した後に顕在化した場合はどうか。このとき、買主は契約不適合がないものと考えて物を売却し、第三者もそのように認識している。したがって、契約不適合を理由とする物の市場価格の減価額はないために、修補費用相当額の仮定的損害賠償は買主への過剰補償になる。ここでは損害賠償請求権の主体となるのは買主ではなく、契約不適合から生じる損害を被った第三者である⁽¹⁵⁶⁾。

(2) 日本法における損害算定論との関係

① 仮定的損害賠償の位置づけ——損害賠償額の算定

(1)のように契約不適合物を債権者が保持している場合と売却した場合で損害賠償額の算定方法を区別する必要性があるとして、それが理論的に認められるか。この検討の前に、仮定的損害賠償の議論が損害賠償額の画定の際に問題となることを確認しておく。

ドイツでは、給付に代わる小さな損害賠償を請求するためには、債務者の義務違反に対して債権者が履行又は追完のために相当の期間を定めた催告をし、その期間が経過する必要がある（Ⅱ1）。仮定的損害賠償の可否は、この要件を充足した後の給付に代わる損害賠償額の算定の問題として論じられていた。

他方、日本法では、追完に代わる損害賠償についてその要件が争われている⁽¹⁵⁷⁾。具体的には追完拒絶や解除権の発生などの付加的要件を必要とする立場（415条2項修正・類推適用説・563条類推適用説）や付加的要件を不要とする立場（415条1項適用説）がある。前者からは付加的要件をみたした後で、後者からは直ちに債権者は追完に代わる損害賠償を請求できる。仮定的損害賠償の可否は、この追完に代わる損害賠償請求権が発生した後の民法416条に基づく損害賠償額の画定に位置づけられる問題である。

②損害概念論の概要と規範的評価の必要性

次に、損害概念論の概要と規範的評価の必要性を確認する。ドイツでは(1)1のa説は瑕疵自体から損害が生じると捉える一方、b説は、瑕疵のある物とない物との価値の差を損害とみた。ただし、BGH第7民事部は、b説に立ちつつ、法律関係の多様性を考慮して損害を規範的に評価する必要性を示した。

日本では損害論について種々の議論があるところ、a説のように、「法的評価の対象たるべき事実」を損害と捉える見解（損害事実説）⁽¹⁵⁸⁾がある。この見解によれば、債務者が契約の内容に適合した目的物を引き渡さなかったという債務不履行によって発生した不利益な事実を損害として評価することになる⁽¹⁵⁹⁾。ただし、このように損害を捉えたことから直ちに追完に代わる損害賠償の賠償範囲が決定されるわけではない。どこまでが賠償されるべき損害になるのかという保護範囲の評価が必要となる⁽¹⁶⁰⁾。

一方、上記見解には次の指摘がみられる。すなわち、「給付の欠如が損害だといってみても、それは債務の履行がないこと（不履行）を言い換えただけにすぎない。したがって、『給付の欠如が債権者にもたらしめている財産的不利益の総体』をもって損害とみるのが適当である」との指摘である⁽¹⁶¹⁾。この指摘によれば、「損害そのものは包括的に捉えつつ、損害項目ごとに、『差額』として把握するのが適切なもの、別の観点からの評価を要するものを、それぞれに相応しい方法で観察し、評価することになる」⁽¹⁶²⁾。この見解でも、何が賠償される損害の範囲に含まれるのかを決める際に規範的評価が行われることになる。

③契約利益を基底に据えた賠償範囲の画定

それでは、どのようにして損害を規範的に評価するのか。この点、通説的地位を占めるとみられる保護範囲説において重要な視点がある。それは、保護範囲説が「契約規範によって保護されている契約利益を基点に据え、その契約利益が実現されたのと同等の利益状態を債権者

に対して価値的に実現するように賠償範囲を決定すべきであるとの主張に立脚している点」である⁽¹⁶³⁾。具体的には、債務不履行における損害賠償額の算定では、「債権者が本来有していた権利内容を金銭的価値で実現するためにはどこまでの損害が賠償されるべきかという規範的評価」が行われる⁽¹⁶⁴⁾。このことは、追完に代わる損害賠償の範囲の画定にも妥当する。債権者が契約の内容に適合しない給付を保持している場合には、債権者に修補費用相当額の賠償が認められることによって現実的に修補が可能な状態となる。したがって、債権者に契約の内容に適合した状態を実現するためにあるべき賠償とは何かを規範的に評価すると、実際に修補されていなくとも債権者には修補費用相当額の賠償が認められなければならない。他方で、債権者が契約不適合物を売却した場合でも債権者が修補費用を支出したときには、当該費用はまさに債権者が本来有していた権利内容を実現するものであるために賠償範囲に含まれる。では、債権者が修補費用を支出せず、目的物の売却時に当該物の価値の減少が生じた場合はどうか。このとき、いかなる賠償がなされれば債権者を契約利益が実現されたのと同等の利益状態に置くことができるかを考えると、債権者は修補を行うことで契約の内容に適合した状態を実現するわけではない。ここでは契約の内容に適合しない目的物の価値の減少額の賠償を認めることで債権者が本来有していた契約利益を実現することができるのではないだろうか⁽¹⁶⁵⁾。このように契約利益を基底に据えて損害賠償額の範囲を画定する視点から、債権者が契約の内容に適合しない物を保持していた場合と売却した場合において損害賠償額の算定を区別することは正当化できると考える。

VII 結論

本稿では日本法の問題状況を整理した上で（I章）、ドイツにおける給付に代わる仮定的損害賠償の議論をみた。まず、BGH2018年判決前の判例では請負契約において仮定的損害賠償（瑕疵除去費用相当額の賠

償)が認められていたこと(Ⅱ2)、その一方、一部の学説から批判がみられたことを確認した(Ⅱ3・5)。この批判に影響を受けたとみられるBGH第7民事部2018年判決は、注文者は目的物の瑕疵を実際に除去しなければ、瑕疵除去費用相当額の賠償を請負人に請求できないと判断した(Ⅲ1)。学説では、この判例変更の論拠や結論の妥当性、売買契約への影響をめぐり論争が交わされた(Ⅲ2・3)。その後、BGH第5民事部2020年3月決定は、それまでのBGHの判断と同様に(Ⅳ1)、不動産の買主は目的物の瑕疵を除去しなくとも瑕疵除去費用相当額の賠償を売主に請求できることを示した(Ⅳ2)。第5民事部の照会を受け、BGH2018年判決が維持されるか否かが注目されたところ、BGH第7民事部2020年10月決定は、請負契約では注文者に仮定的損害賠償が認められないとの判断を再び下した(V1)。同決定に対しても学説はその賛否をめぐり論争を展開している(V3)。

ドイツ法の議論状況につき、仮定的損害賠償を肯定する立場(a説)と否定する立場(b説)に大別し、次のように整理した。

a説は、①物の瑕疵から瑕疵除去費用相当額の損害が生じるとみる。その上で、②追完に代わる損害賠償額を、瑕疵のない状態を実現するための追完に必要な費用に基づき算定する。この立場からは、債権者は損害賠償金を瑕疵の除去に使用するか否かに関して用途の自由を有する。上記①・②を踏まえると、③仮定的損害賠償は過剰補償でないとして理解する。④上記①～③の主張を支える論拠となるのがドイツ債務法改正の立法者意思である。

これに対して、b説は、①物の瑕疵自体は給付の不足にすぎず、瑕疵除去費用相当額の損害は生じないとみる。その上で、②給付に代わる損害賠償額を、物に瑕疵がある状態とない状態との差額(瑕疵による物の価値の減少額)を基準に算定する。この立場では、瑕疵除去費用相当額の損害が生じていない以上、債権者は損害賠償金の用途の自由を有しないと理解する。上記①・②を踏まえると、③瑕疵による物の価値の減少額を超える損害を認めることは、損害賠償法上正当化されな

い債権者への過剰補償にあたとみる。④債務法改正の立法者意思につき、b説は、従来の判例が踏襲されるとの理解を立法資料から見いだせないという。

a説・b説双方から⑤売買契約と請負契約の同一性が指摘される。特にa説は、債務法改正の立法者意思を根拠に、売買契約・請負契約ともに仮定的損害賠償を肯定すべきと主張した。そのことは、法秩序の統一性や法的安定性の観点からも望ましいと説く。

以上の①～⑤の要素によれば、仮定的損害賠償の可否に関して売買契約・請負契約ともに同一の結論に至るはずである。では、BGHはなぜ売買契約と請負契約で判断を分けたのか。この理由についてBGHの判断を分析し、請負契約の重大な過剰補償の存在、債権者の保護の欠缺を生じないようにする結論の妥当性が、仮定的損害賠償の可否につき売買契約と請負契約の判断の違いを生じさせたことを明らかにした(VI1)。

このドイツ法の議論を踏まえ、日本法の売買契約及び請負契約の契約不適合に基づく仮定的損害賠償の可否を検討した。まず、債権者が契約の内容に適合しない目的物を保持している場合、債権者の事前支出のリスクを回避する必要があることから契約の内容に適合しない状態が実際に追完されたか否かにかかわらず、追完に代わる損害賠償が認められなければならない。この賠償額は、契約の内容に適合した給付から得られる債権者の利益を保障する観点から契約不適合による物の価値の減少額ではなく、仮定的損害賠償を基準に算定すべきである。もっとも、当該賠償が債権者への過剰補償となる場合、具体的には修補から得られる債権者の利益と債務者の修補費用との間に不相当な関係が存在する場合には、賠償額が契約不適合による物の減少額に限定されうる。この過剰補償は、債権者が契約の内容に適合しない物を保持していたときには債権者に修補利益が認められるため原則として生じない。他方で、債権者が当該物を修補せずに第三者に売却した場合には債権者への過剰補償が生じる場面がある。このときには、債権者

は契約不適合による物の価値の減少額を債務者に請求できることを示した。こうした算定方法の区別は、契約利益を基底に据えた損害賠償額の評価、すなわち契約の内容に適合した給付があれば債権者が本来有していた権利内容を損害賠償を通して実現させるべきとの規範的評価を行うことにより可能であると考えられる（VI 2）。

本稿は、売買契約や請負契約を対象とした。そのため、BGHの判決・決定が賃貸借法や不法行為法にいかなる影響を与えるのかという検討課題が残されている。それを踏まえて売買・請負契約以外の日本法での解釈をどのように考えるのかについては他日に期したい。

【付記】本研究は、科学研究費（若手研究：20K13380）による研究成果の一部である。

- (1) 売買契約を対象とする説明として、田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見＝千葉ほか編『詳解 改正民法』（商事法務、2018年）136頁を参照。潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社、2021年）158頁では、追完に代わる損害賠償として「追完に必要な費用相当額の賠償や、契約に適合した物の価値と不適合物の価値との差額の賠償が考えられる」とする。
- (2) 山本豊編『新注釈民法(14債権(7))』（有斐閣、2018年）173頁〔笠井修執筆〕。
- (3) ただし、この事案は瑕疵が重要な場合である一方、本稿のドイツの「給付に代わる小さな損害賠償」の事案では瑕疵が重大でないという違いがある。
- (4) 青野博之「損害賠償金の使途の自由——ドイツ民法第249条第2項第1文に基づく損害賠償——」駒澤法曹8号（2012年）106頁。同105頁以下では、原状回復主義ではない日本民法では、損傷した物の修理費がその物の価値を超えるときはその物の価値の賠償にとどまるとされているが、「建物の場合には、そこで住み続けるのが通常だから、建て替えるという前提で判断され、修繕費が建物の価値を上回るというだけではその損害賠償請求が否定されることはない」とする。松本克美「建物の安全性確保義務と不法行為責任」立命館法学337号（2011年）215頁は、「損害賠償請求権当然消滅否定論は、所有物を壊された所有者が、壊した加害者から損害賠償を得た後に、目的物を売却したり、盗難にあったりして、所有権を失ったとしても、既に得た損害賠償金を返却する必要がないのと同じであ

- る」と述べる。
- (5) 野澤正充「判批」ジュリスト1440号（2012年）85頁。
- (6) 改正前民法634条1項に関する最判昭和58年1月20日の原判決である大阪高判昭和53年10月26日判時920号133頁。
- (7) 笠井修「判批」判時2072号（2010年）196頁は、「実際には修補を行わずに建物所有権を手離した」者らに瑕疵修補費用の支出を余儀なくされないという利益の侵害があったかという疑問であるとする。大澤逸平「建物の基本的安全性の瑕疵に関する不法行為責任について——最判平成19年7月6日及び同平成23年7月21日を契機として——」専修ロー7号（2012年）117頁は、『『修補費用相当額』の賠償は、事実上瑕疵の修補に用いられる可能性を欠く結果』、設計・施工者等「が負う『建物の基本的安全性』を確保する義務と何ら関係のない出捐となってしまう」と指摘する。同134頁以下は、「居住者等」一般の利益という観点から適切な制度設計を模索する中で多様な方法を検討し、不法行為法における適切な制度構築が困難であるという。
- (8) 最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁を題材に、新堂明子「建物の瑕疵の補修費用に関する建築請負人の建物買主に対する不法行為責任」NBL890号（2008年）63頁注19は、所有者でない者が「真に求めているのは瑕疵による建物の価値減損額」であることを示す。石橋秀起「判批」新・判例解説 Watch10号67頁は、修補費用相当額の賠償請求権者は、①取得した建物に瑕疵があることが発覚した現所有者、②瑕疵の発覚のため低い価格で売却せざるをえなかった元所有者、③自己の費用で修補したことにより瑕疵のない建物の価格で売却できた元所有者のいずれかに限られるとした上で、②の損害額は建物価値の減少分であると指摘する。
- (9) 古積健三郎「欠陥建物の設計・施工による不法行為責任」法教406号（2014年）130頁。荻野奈緒「判批（第二次控訴審の福岡高判平成21年2月6日）」同志社法学61巻4号（2009年）191頁は、所有権を失った者は「危険の除去ないし現実化防止にかかる費用を支出しておらず、今後これを支出すべき立場にもない」ため、危険の引受けという意味における権利・法益侵害や損害もないとしてその者の損害賠償を否定する。
- (10) そのように指摘する見解として、田中・前掲注(1)137頁。
- (11) 笠井・前掲注(2)174頁は、請負契約の損害賠償の特性を踏まえ、修補に代わる損害賠償額の算定がどのように行われるのかは改正後の判例・学説の展開に委ねられる旨を指摘する。
- (12) 原語は、fiktiver Schadensersatz である。判例・学説では、fiktive Abrechnung, fiktive Schadensberechnung, fiktive Mängelbeseitigungskosten などの用語も用いられる。
- (13) 【BGB437条】（瑕疵がある場合の買主の権利）
 物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、買主は、次の各

号に定める権利を有する。

- 一 439条による追完請求権
- 二 440条、323条及び326条5項による解除権又は441条による代金減額権
- 三 440条、280条、281条、283条及び311a条に基づく損害賠償請求権又は284条に基づく無駄に終わった費用の賠償請求権

BGBの条文訳にあたっては、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学現代法研究所、2002年)181頁以下を大いに参照した。

(14) 【BGB634条】(瑕疵がある場合の注文者の権利)

製作物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、注文者は、次の各号に定める権利を有する。

- 一 635条による追完請求権
- 二 637条による瑕疵を自身で除去し、その必要な費用の償還を求める権利
- 三 636条、323条及び326条5項による解除権又は638条による報酬減額権
- 四 636条、280条、281条、283条及び311a条に基づく損害賠償請求権又は284条に基づく無駄に終わった費用の賠償請求権

(15) 【BGB439条】(追完)

- (1) 買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。
- (2) 売主は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。(3項以降は後述注(80)・(88)を参照)。

(16) 【BGB635条】(追完)

- (1) 注文者が追完を請求するときは、請負人は、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は新たな製作物を作ることができる。
- (2) 請負人は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。(3項以降は後述注(74)を参照)。

(17) 【BGB280条】(義務違反に基づく損害賠償)

- (1) 債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合、債権者はこれによって生じた損害の賠償を請求することができる。このことは、債務者が義務違反につき責めに帰すべき事由がない場合には適用しない。
- (3) 債権者は、281条、282条又は283条の付加的要件をみたす場合のみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

(18) 【BGB281条】(給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償)

- (1) 債務者が履行期に給付をしないか、又は給付が契約に適合しない限り、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、当該期間が徒過した場合に、280条1項の要件の下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しか履行しない場合には、債権者は、給付の一部について利益を有しないときのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が義務付けられたと

おりに給付をしない場合に、義務違反が重大でないときは、債権者は全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

- (19) 売買を対象とする説明として、Christoph Hirsch, Schuldrecht Besonderer Teil, 6.Aufl, Nomos 2020, § 16 Rn.188.
- (20) Grunewald in: Erman Kommentar zum BGB, 16.Aufl.2020, § 437BGB, Rn.16ff.; Voit in: BeckOK zum BGB, 57Edition, 2020, Rn.55ff.; Hirsch, a.a.O. (Fn.19), § 16 Rn.185. 古谷貴之「買主による代金減額後の『大きな損害賠償』請求権行使の可否」産大法学53巻2号(2019年)145頁脚注2及び4は、「大きな損害賠償」を瑕疵ある物を購入した買主が、その物を返還し、当該目的物の価額全部の賠償を請求すること、「小さな損害賠償」を買主が瑕疵ある物を保持した上で、瑕疵なき物の価額と実際の物の価額との差を損害賠償として請求することと定義する。
- (21) Grunewald, a.a.O. (Fn.20), Rn.16.; Hirsch, a.a.O. (Fn.19), Rn.184ff.
- (22) 【BGB637条】(注文者による瑕疵の除去)
- (1) 注文者は、請負人の追完拒絶が適法でないときは、製作物の瑕疵を理由として、追完のために定められた相当の期間の経過後に、その瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求できる(2項略)。
- (3) 注文者は、請負人に、瑕疵の除去のために必要な費用の前払いを請求することができる。
- (23) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drucks.14/6040, S.229). 買主の自己修補権の規定化の断念については、BGHZ 162, 219, Rn.20.
- (24) 【BGB669条】(前払義務)
- 委任者は、委任の執行のために必要な費用を受任者の請求に対して前もって支払わなければならない。
- (25) BT-Drucks. 14/6040, S.229.
- (26) BGHZ61, 56, Rn.9.; BGHZ66, 239, Rn.11.1970年代以降の判例の変遷は、長野史寛『不法行為責任内容論序説』(有斐閣、2017年)84頁以下〔初出2013年〕が詳しく紹介する。
- (27) BGHZ61, 56, Rn.9.; BGHZ66, 239, Rn.11では、そのことはドイツ民法典の立法者の意図とされる(Prot. I 296, 297)。被害者の賠償金の用途の自由に関する法状況につき、青野・前掲注(4)91頁以下を参照。
- (28) Frank Weiler, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Nomos 2019, § 46 Rn.5.; Oliver Brand, Schadensersatzrecht, C.H.Beck Verlag München 2010, § 5 Rn.9.
- (29) BGHZ173, 83, Rn.16.他に仮定的な瑕疵除去費用を認めた判例としてBGHZ61, 28, Rn.35ff.; BGHZ99, 81, Leitsatz; MDR1989, 347, Rn.15.; NJW-RR 1996, 1044, Rn.18.などがある。
- (30) BGHZ 173, 83, Rn.16.

- (31) BGHZ 99, 81, Rn.10.
- (32) NZBau 2003, 375, Rn.13.
- (33) Brand, a.a.O. (Fn.28), § 5 Rn.37.; Vieweg/Lorz, in: Eckpfeiler des Zivilrechts (Staudingers Kommentar zum BGB), 7. Auflage 2020/2021, Rn.I 87.; 利得禁止の内容につき、Vgl. Stephan Gregor, Das Bereicherungsverbot, Mohr Siebeck 2012, S.3ff.
- (34) 例 えば、Helmut Köhler, Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB? in: FS für Karl Larenz zum 80, 1983, S.366.; Ulrich Magnus, Schaden und Ersatz, Mohr Siebeck 1989, S.58ff. 学説の批判につき、Vgl. Jochen Mohr, Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht, JZ 2019, 921. 長野・前掲注(26)90頁以下にも詳しい紹介がある。
- (35) Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (BT-Drucks.14/7752), S.13. このほかに、完全賠償や経済性（損害の除去のための複数の同価値の方法から経済的に合理的な方法を選択しなければならないこと）も考慮された。
- (36) BT-Drucks.14/7752, S.14.
- (37) BT-Drucks.14/7752, S.14.
- (38) BGHZ 186, 330, Rn.14.
- (39) BGHZ 186, 330, Leitsatz, Rn.14.
- (40) Christian Knütel, BauR 2004, 591ff, 593.
- (41) Knütel, a.a.O. (Fn.40), 593.
- (42) Knütel, a.a.O. (Fn.40), 594. なお、原著論文の数字を簡略化した。
- (43) Claus Halfmeier, BauR 2013, 322ff, 325. この見解は、永岩慧子「請負の瑕疵責任における給付に代わる損害賠償額の算定」名経法学第44号（2020年）77～80頁で紹介されている。しかし、後述のBGH2018年判決でも引用されている重要な見解であるため、本稿でも簡潔に紹介する。
- (44) Halfmeier, a.a.O. (Fn.43), 323, 325.
- (45) Urteil vom 22. 2. 2018-VII ZR46/17-, BGHZ 218, 1. 同判決を紹介するものとして、永岩・前掲注(43)83～88頁を参照。
- (46) 小見出しは、判決の理解を容易にする意図で筆者がつけたものである。
- (47) この損害の算定につき、債務法改正前の規定を適用した Urteil vom 16. 11. 2007-V ZR 45/07, NJW 2008, 436, Rn.12が参照される。第7民事部がこの判例を参照した意味について、後述注(110)を参照。
- (48) 【BGB251条】（期間を定めない金銭賠償）
（2）原状回復が不相当な費用を要するときは、賠償義務を負う者は、金銭による賠償をすることができる。
- (49) 原注：Halfmeier, a.a.O. (Fn.43), 320, 322f. の見解を引用。
- (50) 原注：Knütel, a.a.O. (Fn.40), 591, 593の見解を引用。

- (51) 【BGB638条】（報酬減額）
 (1) 注文者は、解除に代えて、請負人に対する意思表示によって報酬を減額することができる（以下、略。3項については、後述注(121)を参照）。
- (52) Rn.64ff.では、注文者から建築家への損害賠償額の算定も、瑕疵のない給付があった場合の製作物の仮定的な価値と実際の製作物の価値の減少額が比較され、対象物を売却したときには具体的な収益の減少額に基づき算定されると示された。その上で、注文者は、計画又は欠陥の瑕疵を理由に、BGB280条、634条4号に基づき金銭の事前支出を建築家に求めうる旨も示された。
- (53) このように評価する見解として、例えば Ulrike Picker, JZ 2018, 678. Fn.11 ; Hans Christian Schwenker, MDR 2018, 640, 644.; Susanne Heinemeyer, NJW 2018, 2441, 2442.
- (54) Paul Popescu, BauR 2018, 1599, 1601.
- (55) Rolf Kniffka, BauR 5/2018, Editorial I .
- (56) Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2443. もっとも、Heinemeyer は、BGH2018年判決が「BGB634条の規定の背後に存在する概念を被害者の実際の処分とより一致させることが必要」としたことには疑問を呈する。なぜなら、同条は瑕疵のある給付の場合の注文者の様々な瑕疵担保権を定めるにすぎず、中立的な規定であるからである。
- (57) Reinhard Greger, NZM 2020, 4, 6.; Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2443. この分析は、BGH2018年判決に賛成の立場だけでなく、反対の立場からも指摘されている（後述のBGH2020年3月13日決定（Rn.28）を参照）。
- (58) Picker, a.a.O. (Fn.53), 678は、仮定的な瑕疵除去費用の拒絶が損害賠償法上の利得禁止を定める BGB249条以下の体系に一致すると主張する。Picker は、判決以前より債権者の用途の自由などに疑問を指摘する。ders, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, Mohr Siebeck 2003, S.22ff.,209ff.
- (59) Gerald Mäsch, JuS 2018, 907, 908ff.
- (60) Mäsch, a.a.O. (Fn.59), 908.
- (61) Kniffka, a.a.O (Fn.55), Editorial I .
- (62) Kniffka, a.a.O (Fn.55), Editorial II .
- (63) Frank Peters, JR 2019, 331, 340ff.
- (64) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 644ff. この見解は、後述の Weyer, NZBau 2013, 273の見解に基づいている。
- (65) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 644ff.
- (66) Peters, a.a.O. (Fn.63), 340.
- (67) Peters, a.a.O. (Fn.63), 341.
- (68) Mark Seibel, NZBau 2019, 81.
- (69) Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.Seibel の見解は、後述 V 3(2)も参照。

- (70) Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.
- (71) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 645は、BGH2018年判決が「請負契約の特殊性」という不気味な言葉の意味を説明せずに使用していると批判する。Reinhold Thode, jurisPR-PrivBauR 6/2018 Anm.1も請負契約の特殊性を「内容的に空虚なフレーズにすぎない」と評する。
- (72) Weyer, NZBau 2013, 269ff.
- (73) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 644. 同様の主張として Thode, a.a.O. (Fn.71), Anm.1; Thomas Riehm, NZM 2019, 273, 280. 以上の批判に加え、Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.; ders, MDR 2019, 265は、市場価値の評価者が物の市場価値の評価を行う際に市場価格から瑕疵の除去に必要な推定コストを差し引くため、本判決が瑕疵除去費用を考慮せずに市場価値を決定したことも問題視する。
- (74) 【BGB635条】(追完)
- (3) 請負人は、追完に不相当な費用を要するときは、第275条2項及び3項の適用を妨げることなく、これを拒絶することができる。
- (75) 代用権の訳についてドイチュ＝アーレンス著(浦川道太郎訳)『ドイツ不法行為法』(日本評論社、2008年)260頁を参照。
- (76) Hans-Joachim Weingart, NZBau 2018, 593, 597ff.
- (77) 瑕疵修補費用が高額となる事例を想定したものと考えられる。Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.Seibelは、請負人はBGB242条以外にBGB635条3項の抗弁を提起しうるとする。この点は、後述V3(2)第4の批判を参照。
- (78) Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2444.
- (79) Mäsch, a.a.O. (Fn.59), 909. 請負契約に射程を限定しない見解として、他に Maximilian Lotz, JuS 2019, 749, 751ff. Picker, a.a.O. (Fn.53), 680.
- (80) 【BGB439条】(追完)
- (3) 売主は、買主が瑕疵ある物をその種類及び使用目的に従って他の物に組み込んだとき又は他の物に取り付けたときは、追完により、瑕疵ある物を取り外し、修補した物又は引き渡した瑕疵のない物を組み込むか又は取り付けるために要する費用を賠償する義務を負う。442条1項は、契約締結時に代えて、買主が瑕疵ある物の組み込み又は取付けを行う時点での買主の認識を基準として適用する。
- 条文訳は、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』(法律文化社、2020年)298頁以下を参照した。この義務が制定される契機となった判例・学説及び改正経緯の詳細は、原田剛『売買・請負における追完義務』(成文堂、2017年)〔初出2012年〕76頁以下及び274頁以下、古谷・前掲書269頁以下、田中宏治『ドイツ売買論集』(信山社、2021年)197頁以下を参照。
- (81) Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2444.
- (82) Kniffka, a.a.O (Fn.55), Editorial II.

- (83) 例えば、Peters, a.a.O. (Fn.63), S.342.
- (84) Stephan Ulrich, GmbHR 2020, R7.
- (85) Urteil vom 15. 6. 2012-V ZR 198/11-, BGHZ 193, 326, Rn.31.
- (86) Urteil vom 4. 4. 2014-V ZR 275/12V-, BGHZ 200, 350.
- (87) 同判決を紹介するものとして、青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求——ドイツ請負法及び売買法——」駒澤法曹12号（2016年）87頁以降を参照。
- (88) 【BGB439条】（追完）
- (4) 売主は、買主が選択した追完に不相当な費用がかかるときは、275条2項及び3項の適用を妨げることなく、その追完を拒絶することができる。その場合には、特に瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の程度及び買主に重大な不利益を被らせることなく他の追完を行うことができるか否かを考慮する。この場合において、買主の請求権は、他の追完に制限されるが、第1文の要件による売主の拒絶権を妨げない。
- (89) 債務者の給付拒絶の規定及び正当化根拠に関しては、山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」法と政治67巻4号（2017年）143頁以降及び152頁以降を参照。
- (90) BGH, Vorlagebeschluss vom 13. 3. 2020-V ZR 33/19-, BauR 2020, 1315.
- (91) 以下の小見出しは、決定の内容に即して筆者がつけたものである。
- (92) 原注：Halfmeier, BauR 2013, 320, 321ff.; Picker, JZ 2018, 676ff.; Mohr, JZ 2019, 917, 920.
- (93) 原注：BT-Drucks.14/6040 S.135.
- (94) 原注：Vgl.BT-Drucks.14/6040 S.261.
- (95) 原注：Vgl.BT-Drucks.14/6040 S.95, 209, 260.
- (96) この判旨に続き、本決定は、第7民事部が、計画に欠陥があった建築家に対して BGB637条3項に基づく前払請求権が存在していないため注文者の事前支出請求権を一般的な損害賠償から導いた（この点は注(52)を参照）ことをふまえ、「買主の自己修補権の欠如によって売買契約と請負契約の責任体系を異にすることを正当化できない」（Rn.26）と述べる。
- (97) 原注：BT-Drucks.14/6040 S.95. そのほか組立義務や製作物供給契約でも売買契約と請負契約の区別が曖昧であるとする。また本件では、寝室の湿気に関する売買契約上の責任のほかに、建築物の正面からの外観を絶縁材で防護し、かつ漆喰を塗る請負契約上の義務も存在しており、売買契約と請負契約の義務が共存していたとする。ドイツ債務法改正における製作物供給契約の削除提案と存置の経緯については、芦野訓和「ドイツ新債務法における請負法の改正——我が国への示唆を含めて」駿河台法学17巻1号（2003年）32頁。
- (98) この給付（Leistung）とは、具体的には追完（Nacherfüllung）を意味

- するとみられる。
- (99) この判旨は、買主の損害賠償請求権の行使の時点で損害（瑕疵）が発生し、買主に損失が生じていることを示しているものと思われる。
- (100) Vgl. BT-Drucks 14/6040 S.139f.
- (101) BT-Drucks.14/6040 S.92f.
- (102) 原注：賃貸借でも同様であるとする。Vgl. Lehmann-Richter, NZM 2018, 315, 316f.
- (103) 原注：Vgl. BGH, Urteil vom 24. 5. 1973-VII ZR 92/71, BGHZ61, 28, 30f.
- (104) この判旨に続き、不法行為の判例では仮定的な損害算定が認められるところ、第7民事部が売買法に影響を及ぼすならば、不法行為法と契約法で法秩序の統一性を損なう崩壊が生じうるとの懸念も示される（Rn.49ff.）。
- (105) 最後に、本決定は、買主が生じるであろう瑕疵除去費用の完全な賠償を求めているため、第7民事部とは異なり、損害額が瑕疵による物の価値の減少額に限定されないとする（Rn.53ff.）。
- (106) BGH, Beschluss vom 08. 10. 2020-VII ARZ 1 /20-, NJW 2021, 53.
- (107) BGH2020年3月決定と同様、BGB249条以下の規定も根拠にならないとする（Rn.22ff.）。
- (108) Rn.24も同様の趣旨を判示するため、省略した。
- (109) この点についてBGH2014年4月4日判決（前述IV 1を参照）。
- (110) ただし、第7民事部は、「適切な事例では、瑕疵を原因とする価値の差額での損害が瑕疵除去費用に基づき算定することが許容される」という（仮定的な瑕疵除去費用が価値の減少額を大幅に上回り、価値の差額をもはや反映していない場合を除く）。その理由として、BGH2018年判決が債務法改正前の第5民事部の判例を参照したことを指摘する。その判例は、「適切な事例では、瑕疵を原因とする価値の差額での損害が、簡易な理由から、仮定的な瑕疵除去費用を手掛かりに算定される」と判示した。第7民事部は、BGH2020年3月決定の事案では適切な事例が存在するという。第一審は、湿気被害の除去に要する費用を7,972.68€と評価したところ、「その費用は、区分所有建物の価格の低下を正確に反映している」からである。その結果、本件では仮定的な瑕疵除去費用と瑕疵による物の価値の減少額が一致すると示した（Rn.81ff.）。
- (111) BGH, Urteil vom 12. 3. 2021-V ZR 33/19-, NJW 2021, 1532.
- (112) Mathias Preussner, NZBau 2021, 11ff.
- (113) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 13ff.
- (114) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 13ff.
- (115) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 12.
- (116) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 14. Preussner は、「売買法では正しいかもしれないことは、請負契約法には必ずしもあてはまらない。法的枠組み

とそれぞれの利益状況があまりにも違いすぎる」とも述べる。この表現からすると、売買契約で仮定的損害賠償が認められる余地を排除していない可能性もある。

(117) Jürgen Lauer, BauR 4/2021, 623.

(118) Thomas Riehm, NJW 2021, 27.

(119) Seibel, MDR 2/2021, 78.3名以外の見解は脚注で適宜紹介する。

(120) もっとも、本稿執筆時点ではBGH2020年10月決定から1年を経過しておらず、学説の状況は流動的である。

(121) 【BGB638条】（報酬減額）

(3) 減額の場合には、報酬は、契約締結時における瑕疵がない状態の製作物の価値と実際の価値を比較して引き下げられる。減額は、必要なとき限り、査定によって算定される。

(122) 以上まで Riehm, a.a.O. (Fn.118), 30f. 事例の問題点に関して Seibel, a.a.O. (Fn.119), 82は、床タイルの事例は一般的に妥当する抽象的な法律上の命題を正当化するのに妥当でないこと、独自の個別事例が経験的に「ある (Ist)」ということから拘束力のある「べき (Soll)」規範を導き出すことができないと批判する。

(123) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 31f.

(124) 【BGB440条】（解除及び損害賠償に関する特則）

281条2項及び323条2項の他に、売主が前条4項による両方の追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が達成されなかったとき、又は買主に期待することができないときは、期間の定めを要しない。(以下、略)

(125) 【BGB636条】（解除及び損害賠償に関する特則）

281条2項及び323条2項の他に、請負人が前条3項により追完を拒絶するとき、追完が達成されなかったとき、又は注文者に期待することができないときは、期間の定めを要しない。

(126) Lauer, a.a.O. (Fn.117), 625.

(127) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 29.

(128) BT-Drucks.14/6040, S.95.

(129) BT-Drucks.14/6040, S.209.

(130) BT-Drucks.14/6040, S.260ff. Seibel が引用する箇所は長く、そのすべてを紹介することができないため、引用を重要部分のみに限定する。

(131) BGH2020年10月決定の Rn.20ff. Rn.34.

(132) Seibel, a.a.O. (Fn.119), 81ff.

(133) Lauer, a.a.O. (Fn.117), 625.; Riehm, a.a.O. (Fn.118), 29も仮定的損害賠償を全ての事例で認めることが判例の統一性の確保に資すると指摘する。Tilo Keil, EWiR 2021, 46も、評価矛盾を防ぎ、法秩序の統一性を促進するために、請負契約と売買契約の平行な法的状況を考慮して、法的評価の一貫性が求められるとする。さらに、請負契約では注文者に仮定的な

費用に基づく損害賠償が否定される一方、自動車事故の場合に被害者にその費用が認められる場合、評価矛盾が生じるとする。

- (134) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 30.
- (135) この法思想は債務者の給付拒絶を定める BGB275条 2 項の法思想と一致する。吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣、2014年）〔初出 2004年〕249頁は、この法思想は「債権者が給付に固執することによって必要となる過大な費用を債務者が甘受する必要はない」という「権利濫用の思想」であり、その思想は比例原則の現れの一つであるとする。大原寛史「ドイツ民法における事実的不能の位置づけ——ドイツ民法275条 2 項をめぐる議論を中心に」同志社法学61巻 6 号（2014年）81頁も参照。比例原則の詳細は、山田・前掲注(89)169頁以下を参照。
- (136) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 30ff.; Lauer, a.a.O. (Fn.117), 625も不相当性の規律は追完要求に関係し、損害算定に関係しないため、算定方法を区別する理由にならないとする。
- (137) BGH Beschl.16.4.2009-VII ZR 177/07.
- (138) Seibel, a.a.O. (Fn.119), 83. このほか Stephan Lorenz, JZ 2021, 631は、ここで問題となるのは債権者の追完に対して有する利益と追完に要する債務者の負担との比較であるとして BGB275条 2 項の適用を主張する。
- (139) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 31. Looschelders, LMK 2020, 430873は、売買契約では仮定的な瑕疵除去費用の放棄が請負契約以上に大きな問題をもたらすとする。Lorenz, a.a.O (Fn.138), 631も債権者の事前支出のリスクを考慮して BGH2020年 3 月決定を正当と評価する。
- (140) Lauer, a.a.O. (Fn.117), 624ff も債務法改正前から請負人には瑕疵のない給付が義務付けられていたため、立法者が改正の際に損害算定について実質的な変更を予定していなかった旨を指摘する。
- (141) Seibel, a.a.O. (Fn.119), 82ff. Riehm, a.a.O. (Fn.118), 32も前払請求権に付属する自己修補では、前払金が予想以上に高くなるリスクを請負人が負う一方、注文者が仮定的な瑕疵除去費用を請求した後、実際に瑕疵の除去を決めたときに当該費用が見積額を上回ることが判明しても注文者は追加費用を請求できないとし、両者の違いを指摘する。
- (142) BGH2020年10月決定は、瑕疵除去費用が物の価値の減少額を明確に上回り、価値の差額をほぼ反映していないような事例を除き、適切な事例では物の価値の減少額が仮定的な瑕疵除去費用に基づいて算定されるとした。これに対しても、Lauer, a.a.O. (Fn.117), 626は、物の価値の減少額が確定しているときになぜ仮定的損害賠償が可能となるのかが不明確であるなどの疑問点を示す。Seibel, a.a.O. (Fn.119), 83も同決定が仮定的損害賠償を否定しつつ、結論ではその損害賠償を認めている点で評価矛盾があるほか、どのような場合に適切な事例が存在するのか明らかでないを指摘する。
- (143) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 32.; Seibel, a.a.O. (Fn.119), 84.

- (144) 両者の区別の曖昧さや製作物供給契約については注(97)を参照。
- (145) BGH2018年判決の不法行為への転用を肯定する下級審判例として LG Darmstadt v. 24.10.2018-23O356/17. 否定する下級審判例として OLG Frankfurt v.14.11.2019-22U177/18. 不法行為への転用を支持する見解として Reinhard Greger, MDR 2019, R 5 ff.BGH2018年判決の賃貸借への転用を支持する見解として Mäsch, a.a.O. (Fn.59), 909.BGH2018年判決自体を批判し、賃貸借や不法行為法への転用を否定する見解として Riehm, NZM 2019, 273.
- (146) BGH2020年3月決定は、不動産の売買契約の事案であったところ、動産の売買契約への影響も問題となる。この点、動産の買主も前払請求権を有さない。そのため、動産は一般的には不動産よりも価値は低いとはいえ、動産の買主も事前支出のリスクを回避する必要がある。実際、判例・学説では不動産と動産を区別した議論がなされていない。したがって、動産の買主にも仮定的損害賠償が認められるとみられる。
- (147) ドイツでは前払請求権が認められない買主に仮定的な修補費用相当額の賠償が認められるか否かが議論されていた。他方で、理論的には、瑕疵を実際に除去していない買主に瑕疵による物の減少額のみを認めるという方法も想定される。
- (148) I章2で見た通り、日本法の先行研究でも、莫大になりうる瑕疵修補費用を債権者が「現実に支出した場合にのみ請求しようというのは現実的ではな」いとの指摘がなされている。
- (149) 筒井＝村松編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）340～341頁。
- (150) 筒井＝村松・前掲注(149)341頁。潮見佳男『新債権総論I』（信山社、2017年）287頁脚注31も審議過程を踏まえると、「瑕疵の些少性」と「過分の費用」という基準自体は、新法のもとでも民法412条の2第1項の「不能」概念の解釈として維持される、と指摘する。買主の追完請求権の限界（追完に不相当な費用を要する場合）も民法412条の2第1項の不能概念の下で規律されることにつき、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』（商事法務、2019年）275～276頁。債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大な費用を要する場面の考慮基準を検討するものとして、大原寛史「民法改正法案における『履行請求権の限界と不能』」神院46巻3・4号（2017年）209頁以下。一方、追完費用が不相当なときは、追完義務を負わないとする当事者の合意の解釈の問題であり、民法412条の2第1項の適用場面でないとする見解もある（田中宏治・前掲注(80)440頁以下）。
- (151) 追完請求権は履行請求権と異質の救済手段であるとする立場からは、追完不能に関する規定は民法に設けられておらず、民法412条の2第1項の法意から同項の規定を追完不能に類推することになる。この点を指摘す

- るものとして、潮見・前掲注(1)163頁脚注228・229。
- (152) 山田・前掲注(89)では、改正前民法634条1項ただし書の法思想と共通するBGB275条2項の正当化根拠を検討した。その結果、日本法ではいわゆる事実上の不能といわれる問題は、比例原則による債権者の利益と債務者の不利益との比較衡量を基礎に据えた信義則ないし権利濫用の問題として位置付けられるべきであったと主張した(同187~189頁)。この立場からは、追完に代わる過大な損害賠償請求権も信義則・権利濫用を通じて制限されることになる。
- (153) 本来的な履行と異なり、追完不能を相対的に緩やかに肯定する方向性につき、山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」曹時68巻1号(2016年)7頁を参照。
- (154) 売買契約と請負契約において追完に代わる損害請求権の限界の判断基準を変えることもありうる。例えば、BGB439条4項の判例では(IV1)、修補費用が契約不適合のない状態の不動産の流通価値を上回るか又は契約不適合による物の価値の減少額の200%を上回るとする基準が採用されていた(追完請求権の限界を考える際にこの基準が1つの判断基準を示すものとして参考になると指摘する見解として古谷・前掲注(80)326頁)。もっとも、BGB439条4項のような明文規定がない日本法の下で同様の基準を採用しうるか今後の検討課題としたい。
- (155) 最判平成23年7月21日の事案では、原告Xは重大な瑕疵あるマンションが競売に出されるまでに、欠陥トラブルの多さから入居者が減少し、家賃収入が当初の3分の1程度にまで減ってローンが返済できなかったという事情があった(幸田雅弘「別府マンション事件」市民と法72号(2011年)28頁)。この事案においては、Xが5億6200万円で購入したとされるマンションは、市場価値が極めて低廉な額になったと評価されるため、その市場価値の減少分の賠償が認められることになろう。この場合の減少分の賠償は、購入代金に匹敵する賠償額になると考えられる。
- (156) このような場合に前主は実質的に瑕疵修補相当額を填補されたと見るべきと指摘する見解として大澤・前掲注(7)111頁を参照。請負人が責任を負う範囲が広がり過ぎることへの対応として、建物の現所有者が修補費用の賠償請求権者になると説く見解として、畑中久彌「判批(最判平成19年7月6日)」福岡53巻4号(2009年)477頁以下を参照。このとき、第三者が契約関係にない売主に不法行為に基づく損害賠償請求権を追及できるかが問題となる。この問題につき契約法を対象とした本稿の分析から析出した視点ではないが、最判平成23年が指摘する通り、「基本的な安全性」を欠く建物の施工者らは、建物の基本的安全性の確保に向けた注意義務違反を理由に、第三者である居住者に不法行為に基づく損害賠償義務を負うことはありうるであろう。
- (157) 追完に代わる損害賠償の要件の議論状況につき田中洋「改正民法にお

ける『追完に代わる損害賠償』(1)～(5) NBL1173号4頁・1175号29頁・1176号28頁・1177号29頁・1178号38頁(2020年)、平野裕之『新債権法の論点と解釈』(慶應義塾出版会、第2版、2021年)135頁以下。

(158) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(有斐閣、1971年)140頁。

(159) 平井宜雄『債権総論』(弘文堂、第2版、1985年)68頁～69頁。

(160) 平井・前掲注(158)140頁、168頁以下。

(161) 奥田昌道『債権総論』(悠々社、増補版、1992年)171～172頁。

(162) 奥田説をこのように分析する見解として、高橋眞『損害概念論序説』(有斐閣、2005年)188頁。

(163) 潮見佳男『債務不履行の救済法理』(信山社、2010年)〔初出2006年〕193頁。

(164) 潮見・前掲注(150)433頁。この見解は、規範的評価に際して金銭に形を変えての本来的権利内容の貫徹という権利追求機能(権利保護機能)を重視したものである。

(165) 注(8)の学説の見解を参照。