

支出賠償請求権の現状と課題

著者	金丸 義衡
雑誌名	甲南法学
巻	54
号	3・4
ページ	39-107
発行年	2014-03-30
URL	http://doi.org/10.14990/00000582

支出賠償請求権の現状と課題

金丸義衡

第一章 はじめに

第一節 問題の所在

第二節 検討の対象および方法

第二章 ドイツ法の展開

第一節 ドイツ民法典二八四条起草前の状況と立法過程

第二節 支出賠償請求権の成立要件および効果

第三節 判例の展開

第四節 学説の展開

第三章 ドイツ法の現状と課題

第一節 支出賠償請求権の現状

第二節 支出賠償請求権の課題

第三節 ドイツ法の到達点

第四節 ドイツ法の課題

第四章 おわりに

第一節 日本法上の問題点

第二節 残された課題

第一章 はじめに

第一節 問題の所在

現代の複雑な取引社会においては、ある一つの契約に伴い、契約の成立過程、履行過程と様々な段階において、契約実現のために費用が投下されている。このような契約のために行なわれた支出は、契約が約束通りに実現されるか未確定の段階で決断されなければならぬ場合もあるとはいえ、通常、契約が実現されたならば出捐者が負担することになる。しかしながら、契約が不実現となった場合に、このような費用を契約相手方に転嫁しうるのか、またどのような範囲で填補を求めうるのかについて、十分な議論がなされているとはいえない。

従来、契約法上の損害賠償については、損害賠償請求権の発生原因に着目し、区別することによって論じられてきた。⁽¹⁾ すなわち、契約が存続することを前提として、債務者に過責ある不履行または不完全な履行を原因とする履行利益賠償、契約の効力を否定する場合に課せられる信託利益賠償、および、保護義務違反の場合に認められる債権者の完全性利益についての損害賠償という三局面に分類することで損害賠償の内容が考えられてきた。

このうち、契約が不実現となった場合の損害賠償として問題となるのは、基本的には履行利益賠償と信託利益賠償の二種類である。⁽²⁾ 一般に、履行利益賠償という場合には、契約が約束通りに実現されたとすれば債権者があるべき利益状況を金銭的に実現することを目的として、契約目的物の交換価値が原則的な賠償の対象となる。他方、契約交渉に入らなかつたとすれば生じなかつたであろう損失を回復させるという信託利益賠償の対象には、契約締結費用や無駄になった投下費用、契約の成立を期待した機会の喪失なども含まれる。

その中でも、信託利益賠償に関していえば、契約の効力が否定された場合に生じる損害賠償請求権という点を

捉えて統一的に把握しようとする概念であるため、そこには複数の性質のものが混在している。既に多数の先行研究⁽³⁾において指摘されているところであるが、履行利益と信頼利益による二分論は、概念自体の成立過程からもわかるように、もっぱら損害賠償請求権の成立原因にのみ依拠したものであり、賠償されるべき利益の性質を考慮したものではないため、効果論においては履行利益による賠償範囲と信頼利益によるそれとで重なり合う部分が生じている。

わが国の損害賠償制度が内包するこのような問題点については、個別事例ごとに賠償範囲を類型化することによって解決が図られてきた。この考え方は、民法四一六条を前提として差額説と相当因果関係で損害賠償の範囲を確定しようとする現行法の伝統的な理解から、その柔軟な枠組みに特段の制限を行なうことなく事案の解決を試みようとするものである。他方、契約の巻き戻しによってあるべき状態を仮定し、規範的に損害賠償の範囲を決定すべきであるという原状回復的損害賠償の考え方によって信頼利益論を再構成しようとする立場も有力に主張されている。これは、契約がなされなかつたとすればあるであろう利益状態を規範的に仮定し、その状態への復帰という観点から金銭賠償の範囲を論じようとするものである。もつとも、それぞれの議論は、妥当な賠償範囲を導くという方向性において一致しているものの、必ずしも同一の次元で行なわれているとはいいがたく、なお錯綜した状況にある。

このような問題状況を説明し、またあるべき損害賠償制度を構築していくため、本稿では、契約に際して行なわれた支出という概念に注目する。もちろん、契約の実現過程において支払われる費用は、当該契約の中で収支が計算されているべきものであるから、原則として支出を行なった当事者が負担すべきものである。そのため、これまでの議論⁽⁴⁾においては、履行利益賠償の認められる場合にはその中に吸収されるべきものとして扱われ、損

害賠償の問題として表面化することはなく、他方、契約の有効性を認めることができなない場合には信頼利益における考慮要素の一つとして論じられてきたにすぎない。しかしながら、契約が最終的には実現されなかつたという場合に、このような費用をどちらの当事者が負担すべきであるのかという問題は、不法行為法で処理された事例も含めてみれば、すでに実務上も顕在化しつつある状況といえる。⁶⁾

このような国内状況に対して、国際的観点からみると、ユニドロワ国際商事契約原則やヨーロッパ契約法原則では、義務違反として契約違反を一元的に把握した上で、債権者に契約の解消に向けた救済方法を用意するという方法を採用している。例えば、損害賠償の範囲を定めるユニドロワ国際商事契約原則⁷⁾の第17条やヨーロッパ契約法原則⁸⁾の525条では、損害賠償請求権の発生原因で区別することなく、履行利益と信頼利益の双方を含めるようになっていいる。また、ドイツ法においても、二〇〇二年の債務法改正によって、契約の不実現と損害賠償のあり方について新たな枠組みが提示されており、ヨーロッパを中心とした取引法体系の世界的統一化に向けての動きは我が国においても注目すべき議論の一つといえる。

第二節 検討の対象および方法

契約清算局面における賠償範囲の問題は、何が賠償されるべき債権者の利益であるのかという損害賠償法の基礎に関わる議論となるが、契約の不実現につき一方当事者の帰責事由を要件とする損害賠償請求権が認められる場合に局面を限定し、支出賠償の構造および機能を検討するために、ドイツ法からの示唆を得ることにしたい。なぜなら、契約法上の損害賠償制度を考えていく上で、債務法改正前のドイツにおける議論、すなわち、契約が有効とされる場合の救済手段と、原始的不能や錯誤などを理由として契約が無効とされる場合の救済手段を分離

し、有効な場合には不履行に基づく損害賠償として履行利益賠償を認め、無効な場合には信託利益の問題として扱おうという二分論により損害賠償制度を構築し、財産的に填補が行なわれる限り原則として契約違反に対する慰謝料請求を否定するという立場は、わが国における現行法の理解と非常に近い状況であるといえるからである。さらに、債務法改正⁽⁹⁾によって示された損害賠償制度の一つのあり方、そしてその制度を理論的、および実務的観点から位置づけようと試みてきたドイツの議論および連邦裁判所をはじめとする裁判例は、債権法改正を視野に入れた我が国の制度を考えていく上でも、参考に値すると思われる⁽¹⁰⁾。

以下本稿では、第二章において支出賠償請求権の成立史を概観した後、第三章においてドイツ法の現状における個別の問題点を検討し、最後に第四章では、ドイツ法の議論から得られた示唆をもとに、我が国における支出賠償請求権を検討する。

- (1) 於保不二雄『債権総論(新版)』(一九七二年・有斐閣) 一三五頁参照。
- (2) 奥田昌道編著『注釈民法(10)』(一九八七年・有斐閣) 四七七頁以下(北川善太郎)、奥田昌道編著『新版注釈民法(10)』(二〇一一年・有斐閣)〔北川善太郎著・潮見佳男補訂〕二九八頁以下、岡谷峻『新・契約の成立と責任』(二〇〇四年・成文堂) 二九頁以下、難波讓治『信託利益、履行利益論の現状と課題』立教法学七〇号二九頁以下参照。
- (3) 於保(前掲注1) 一三七頁以下、星野英一『瑕疵担保の研究―日本』同『民法論集第三卷』(一九七二年・有斐閣) 一七二頁以下、二二六頁以下、奥田昌道『債権総論(増補版)』(一九九二年・悠々社) 二一〇頁、平井宜雄『債権総論(第二版)』(一九九四年・弘文堂) 七一頁参照。
- (4) 高橋眞『損害概念論序説』(二〇〇五年・有斐閣) 一一三頁以下参照。
- (5) その他、契約に関して支出を問題としてきた局面としては、契約解除にともない買主が目的物を返還する場合、返還前に投資をしたことによって、その価値が増加していたときに、必要費あるいは有益費の問題として処理する場合が考えられる。

(6)

無駄になった支出という形で論じられた事件としては、「スター芸能企画事件」(東京地裁平成六年九月八日判決・判時一五三六号六一頁)がある。この事件では、出演契約の解除にともなう損害賠償に際して、芸能プロダクションの行なった新人歌手の売り出しのための支出が無駄になった場合に、これが賠償の対象となるかが争われた。判決は、芸能プロダクションの収益獲得に寄与した部分については無駄になっていないとしたうえで、その他の部分についても、新人歌手の成功の見込みが高くならないことを理由に、歌手の側の責めに帰すべき事由と諸費用が無駄になったことについての因果関係を否定している。

この他に、契約違反と相当因果関係にある損害であるとしか述べてはいないものの、下級審裁判所においては、支出の賠償を認めた事例をみることができる。たとえば、抵当建物上の賃貸借関係が抵当権実行によって消滅した場合の瑕疵担保責任として、クリーニング店経営のために必要な改装工事の費用について、競落人に対する償還請求等は考慮せずに、実際に利用できた期間分を控除して賠償を認めた事例(大阪高裁昭和四六年一〇月二日判決・判時六五六号五六頁)、マンション請負契約の解除にともなう損害賠償の場合に、他への転用可能性を問題として仮設機械器具整備費および保管費の賠償や、接待費、交通費の賠償を認容し、下請手配費および鉄骨注文流しについて賠償を否定した事例(東京地裁昭和四七年七月十七日判決・判時六八八号七六頁)、商品の継続的取引における取引停止につき債務不履行による損害賠償が求められた場合に、逸失利益の賠償と同時に、カタログ製作費用およびテレビコマmercial製作費用が無駄になったとして賠償を認めた事例(大阪地裁昭和四七年十二月八日・判時七一三号一〇四頁)、飲食店営業の許可を得られなかったことにより営業を断念した場合に、貸主による営業許可の保証や不告知等特段の事情はないとして、店内設備その他開店準備のための費用について瑕疵担保責任による賠償を否定した事例(東京地裁昭和四八年九月二五日判決・判時七四〇号七五頁)、製作物供給契約の解除にともなう損害賠償として、他への転用可能性および処分可能性を問題として、汎用性のある機械等に対する支出の賠償を否定し、特殊な金型、機械の据え付け工事費等の賠償を認めた事例(東京高裁昭和六一年五月二八日判決・判時一一九四号八二頁)、劇場の賃貸借契約がその利用前に劇場主から破棄された場合について、興行主の主催する公演に関してなされた支出のうち、使用中止の申入前に行なわれた部分についてのみ支出目的の不達成を理由に賠償を認めた事例(東京地裁昭和六一年六月三〇日判決・判タ六〇六号一〇一頁)、不当な保全処分により建設が中止された産廃施設について、無駄になった工事費用の賠償を認めた事例(仙台高裁平成二三年五月十二日判決・判時二二六四号六九頁)、地方公共団体による誤った情報

- 提供のためにマンション建設用地を購入したことについて、マンション販売の逸失利益は否定したが、建築を断念したマンションのための費用として建築会社の報酬および近隣住民への対策費用の賠償を認めた事例（東京地裁平成二四年二月八日判決・判時二一六五号八七頁）などがある。
- (7) 私法統一国際協会（内田貴〓曾野裕夫〓森下哲朗〓大久保紀彦訳）『UNIDROIT 国際商事契約原則 2010』（二〇一三年・商事法務）一八四頁以下参照。なお、条文訳は同書による。
第742条（全部賠償）
- (1) 債権者は、不履行の結果受けた損害につき全部賠償を請求する権利を有する。この損害には、債権者の被った損失および奪われた利益の双方が含まれる。ただし、債権者が出費や損失を免れた結果得た利益は控除される。
- (2) 前項の損害は、身体的または精神的苦痛、その他の非金銭的損害を含む。
- (8) OLE LANDO & HUGH BEALE, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PART I AND II 438, 441 (2000).
オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編（潮見佳男〓中田邦博〓松岡久和監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』（二〇〇六年・法律文化社）四六一頁、四六四頁参照。なお、条文訳は同書による。
9 : 502条 損害賠償の一般的算定基準
損害賠償の一般的算定基準は、被害当事者を、契約が適切に履行されていたならばおかれていたであろう状態に、可能なかぎり近づける額である。この損害賠償には、被害当事者が受けた積極的損失および被害当事者から奪われることになった将来の利益が含まれる。
- (9) BGBI. I S.42, ber. S.2909 und BGBI. I 2003, S.738.
- (10) ドイツにおける支出賠償制度に関する論考として、福田清明「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」東京高判平二二・一一・二五判時二一〇七・一一六（民事）―明治学院大学法科大学院ローレビュー一七号六一頁以下、同「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」岡谷峻〓松尾弘編集代表『山田卓生先生古稀記念論文集 損害賠償法の軌跡と展望』（二〇〇八年・日本評論社）五二七頁以下、同「ドイツ新民法典二八四条の費用賠償請求権」明治学院論叢法学研究七四号一頁、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―」同志社法学五七巻五号一二七頁、藤田寿夫「民法四一六条と無駄になった出費の賠償」新井

誠ニ山本敬三編著『ゲルハルト・リース教授退官記念論文集 ドイツ法の継受と現代日本法』(二〇〇九年・日本評論社) 二八一頁以下、潮見佳男「債権総論Ⅰ(第二版)」(信山社・二〇〇三年) 三三四頁、奥田編(前掲注2)「北川ニ潮見」三〇六頁以下がある。

第二章 ドイツ法の展開⁽¹¹⁾

第一節 ドイツ民法典⁽¹²⁾二八四条起草前の状況と立法過程

本稿で検討の対象とする支出賠償の制度について、ドイツ法上最初に扱われたのは不法行為法の議論であった。ドイツ不法行為法においては、成立要件と法律効果が条文上明確に分離され、法律効果に関しては、原状回復を原則とした民法典二四九条⁽¹⁴⁾以下の一般損害法に委ねられる。そして民法典二五〇条⁽¹⁵⁾または民法典二五一⁽¹⁶⁾の要件を充足する場合には原状回復にかえて金銭賠償が認められるが、民法典二五三条一項⁽¹⁷⁾は非財産的損害について非常に厳しい賠償制限を課しており、慰謝料として金銭賠償の対象となる損害は同条二項に定められた場合に限られる⁽¹⁸⁾。

このような条文上の制限を背景に、支出という概念を損害賠償法に持ち込もうと最初に行なわれた問題提起は、ペットについての損害賠償として交換価値以上の賠償を認めることができるのかという感情利益の問題に関して展開された、民法典成立期における議論⁽¹⁹⁾であった。ここでは、感情利益そのものは賠償しえないとしても、その賠償されるべき価値の算定として支出額を参考にできるといふ考え方が示されている。その後、船旅行事件(連邦裁判所一九五六年五月七日判決)⁽²⁰⁾において、連邦裁判所は、税官吏の事務処理上の不備のためスーツケースを誤送付され、旅行期間中着の身着のまま度過ごさなければならなかったという場合に、その不快さに対する金

錢賠償を認める判断を下した⁽²¹⁾。この事案では、慰謝料としての金銭賠償は条文上妨げられるが、賠償を完全に否定してしまうことも事案の解決としては不十分であるため、連邦裁判所は、旅行費用の出捐によって購入された旅行の喜びは、商品化された財産的利益であり金銭賠償の対象となりうる、という商品化論を示して旅行費用の一部に相当する額の金銭賠償を認めた。この解決の当否をめぐっては、一九六〇年代から七〇年代にかけて、判例および学説上争われるに至った。そして、連邦裁判所は、狩猟権事件（連邦裁判所一九七〇年十二月十五日判決⁽²²⁾）において、支出を用いた損害算定については否定的な見解を示すに至ったが、他方、取引通念上確立した財産的利益と考えられる自動車や家屋の抽象的使用利益については、金銭賠償を認めることができるとの結論⁽²³⁾に至っている。

これに対して学説上は、判例のとる商品化論の基準を明確化しようとして個別具体的な利益の商品化の可能性を検討する挫折理論⁽²⁴⁾や、支出目的の挫折に不法行為法上の保護を与えるために挫折損害の概念を承認することによって賠償を認めようとする見解⁽²⁵⁾が提起されている。しかし、その中でも現在は、民法典二五三条一項の文言を忠実に解釈し、抽象的使用利益のように財産的に評価できる場合以外の精神的な満足や喜びなどを目的とする支出についての賠償は否定的に理解し、慰謝料の認められる範囲のみに制限すべきであるという賠償否定説が通説的な見解⁽²⁶⁾となるに至っている。もつとも、ここで論じられた挫折理論の考え方は、現在では少数説であるとはいえず、支出によって獲得された出捐者の利益の挫折による無価値化が、不法行為法上の保護法益として考慮されるということを示した点で、現行法上の支出賠償請求権の思想にも影響を与えたと評価できる。

以上のような形で不法行為法上の議論が行なわれてきたのと並行して、契約法上の損害賠償についても、債務法改正前の段階における厳格な二分論⁽²⁷⁾による解決のみでは不十分であることが認識されていた。具体的には、履

行利益賠償として処理される場合であっても逸失利益の賠償を認め難いときに、どのようにして債権者を救済すべきかという問題である。

この欠缺を埋めるために帝国裁判所の時代に確立された収益性の推定という手法は、双務契約における給付と反対給付の等価性⁽²⁹⁾を前提に、当該契約に関して行なわれた一方当事者の支出に収益性の認められる場合、すなわち、約束通りに契約が実現されたとすれば、その実現過程で行なわれた支出が、契約の実現によって填補されていたであろうと推定される場合には、履行利益賠償として、その支出相当額の金銭賠償を請求できるとするものである。この理論は、収益をあげることを目的とした双務契約の場合にのみ適用される推定の規律という制限⁽³¹⁾はあるものの、実務上および学説上も好意的に受け入れられてきている状況であった⁽³²⁾。

しかしながら、連邦裁判所は、市公会堂事件（連邦裁判所一九八六年十二月十日判決⁽³³⁾）において、ある政治団体が、市と公会堂の賃貸借契約を締結したところ、政治的傾向を理由に市から一方的に解約を求められた場合に、債務不履行として責任を追及できることは認めるとしても、政治集会という財産的に評価することのできない目的が挫折せられたにすぎないから、講演会の諸費用、すなわち、広告費用、講演の謝礼、宿泊費、食費、移動費などの支出を填補するような損害賠償は認められないとの判断を下した。履行利益賠償の枠内での支出相当額の賠償が否定されたこの判決において、収益性の推定は限界を呈することになり、立法的解決が求められることになった⁽³⁴⁾。

時間的には前後するが、このような収益性の推定の限界に対応しようとする立法過程においては、不法行為法による損害賠償を視野に入れた民法典二五三条の改正という形で、一九八一年の鑑定意見⁽³⁵⁾において最初に支出賠償の考え方がみられたが、当時はあまり議論が展開されていない。その後、契約法における固有の規律として整

理されるには二〇〇〇年の討議草案⁽³⁶⁾まで待たなければならなかった。

第二節 支出賠償請求権の成立要件および効果

第一款 成立要件

このような経緯⁽³⁷⁾を経て立法された民法典二八四条の支出賠償請求権は、損害賠償請求権の成立、債権者による支出が行なわれたこと、契約実現への債権者の信頼、支出目的の挫折、支出についての衡平性の五つを成立要件とする⁽³⁹⁾。

第一に、支出賠償請求権は、給付にかわる損害賠償請求権⁽⁴⁰⁾の成立を前提とするため、民法典二八〇条⁽⁴¹⁾および民法典二八一条による損害賠償請求権⁽⁴²⁾の要件についても充足していなければならぬが、損害賠償にかわる支出賠償であるため、解釈上、損害の発生という要件は除外されることになる⁽⁴³⁾。給付義務違反に基づく損害賠償が認められる場合の他、解除にともなう損害賠償請求権や瑕疵担保に基づく損害賠償請求権が成立する場合にもこの要件は充足されることになる。

第二に、支出とは、債権者の自由意思によって出捐された財産上の犠牲⁽⁴⁴⁾を意味する。これには、契約の相手方に対して支払われる代金⁽⁴⁵⁾を除き、契約外の第三者に金銭を支払うことで生じる様々なものが包摂されることになる⁽⁴⁶⁾。また、民法典におけるその他の支出概念とは異なり、他人を利する支出ではなく、自らのための費用とされる⁽⁴⁸⁾。

第三に、契約実現に対する債権者の信頼が存在しなければならぬため、契約締結後か、少なくとも契約締結の確実な期待が生じた後、契約の不実現が確定する前の時点で債権者が支出を行なった場合でなければならぬ。第四に、債権者の支出目的が完全に挫折していなければならぬため、そもそも債権者が損をすることの明ら

かな支出であるとか、債務者の義務違反がなかったとしても達成されえないような目的設定の場合には、賠償の対象から外れることになる。⁽⁴⁹⁾ 他方、支出目的については、収益をあげる目的であれ、収益を求めない目的であれ、いずれも賠償の対象とされることになるので、民法典二八四条の定める支出賠償請求権は、その限りにおいて民法典二五三条一項の定める非財産的損害の賠償制限に対する例外規定ということになる。⁽⁵⁰⁾ そしてこの要件は、義務違反と目的不到達との間に因果関係が存しなければならぬことを意味する。⁽⁵¹⁾

最後に、衡平性要件に関しては、民法典二五四条の定める損害分配の規律の確認的文言であるのかという議論が行なわれ、支出賠償の成立要件のみに関わるのか、それとも賠償金額の縮減という形で効果論にまで影響を及ぼすとするのかは、なお争われている。⁽⁵³⁾

第二款 法律効果

以上の要件を充足した場合、債権者は、給付にかわる損害賠償といずれか一方を選択し、支出額の賠償を求めることができるが、具体的にどのような形式で、いかなる金額が支払われることになるのかは、当事者間に利得の偏在が生じたり、一方当事者に不衡平な負担を課さないような考慮⁽⁵⁶⁾が必要となる。

第三款 基本的な理解

i. 立法者の見解

この民法典二八四条についての立法者の立場としては、契約費用を類型的な信頼損害の問題ととらえ、瑕疵担保責任等の場合における無過失の損害賠償責任に位置づけようとしてきたが、売買契約と請負契約の解除の場合

に限定する必然性がないことから、双務契約以外にも適用される一般給付障害法に位置づけることになった。⁽⁵⁷⁾そして、連邦裁判所の形成してきた判例理論は民法典二五三条一項を回避するための逃げ道⁽⁵⁸⁾であるとして、収益性の推定からは切り離して、契約不実現の場合における支出の問題を統一的に扱う支出賠償の根拠条文を創設することになった。⁽⁶⁰⁾民法典二八四条は、民法典二八〇条一項および民法典三一一条二項により給付にかわる損害賠償が認められる場合に、それと選択的に支出賠償が認められるとしたものであり、給付にかわる損害賠償における損害算定とは無関係に支出額をもって賠償と認めるとしても、賠償請求権の発生根拠そのものに関わるものではないとしている。⁽⁶³⁾

他方、立法者は、給付にかわる損害賠償以外の損害賠償請求権との関係や、収益性の推定が将来的にその役割を果たし終えるべきであるかについては何ら態度決定をしておらず、個別の問題点についても今後の判例と学説の発展に委ねるとしていた。⁽⁶⁴⁾

ii. 条文の意義

以上のような民法典二八四条の定める支出賠償請求権については、市公会堂事件やデイスコホール事件といった裁判例上解決を求められた事例⁽⁶⁵⁾に加えて、立法資料にみられる典型事例、講学上論じられてきたいくつかの事例⁽⁶⁷⁾をもとに議論が行なわれてきた。この条文の背後にあるのは、契約によって獲得しようとした給付の価値評価よりも少ない金額しか投資しないのであるから、給付価値そのものの賠償にかえて支出額の賠償を認めてもよいという収益性の推定⁽⁶⁸⁾に共通する理解である。このように相手方との契約への投資に損害賠償法上の保護を認めることによって、本来は自ら危険を負担する費用投下を、帰責事由ある給付障害を理由に相手方へ転嫁することを可能とし、債権者の財産関係における処分の自由を保障するというのが支出賠償の基本的な考え方である。し

かしながら、どのような場合に無駄になったといえるのか、どのような支出であれば債務者に実現の危険を転嫁してもよいのか、という具体的な基準は明確ではない。もちろん、条文構造上は、衡平性という一般的要件があるため、妥当な結論を導くということは可能となるが、これをどのように理論化し、基準を設定するのかという点で様々な議論が残された。

第三節 判例の展開

第一款 連邦裁判所判決

i. 最初の連邦裁判所判決

債務法改正によって新設された民法典二八四条に対して、連邦裁判所は二〇〇五年七月二〇日判決⁽⁶⁹⁾において初めて判断を示した。この事件において、原告は被告から営業用に自動車を購入し、カーナビやフロアマット、アルミホイールなどの追加装備を購入し取り付けた。ところが、自動車の電気系統に修復できない瑕疵があり契約は合意解除された。契約関係の清算に際して、消費貸借の金利、鑑定費用についての支払には約一年後に合意が成立したが、約五、五〇〇ユーロの追加装備代金、および約四九〇ユーロの自動車の認可、輸送費用について、売主が支払を拒絶したため、買主からこれらの支払を求めて訴えが提起された。

これに対して、連邦裁判所は、民法典四三七条三号⁽⁷⁰⁾により支出賠償請求権が成立することを認めた上で、民法典三四七条二項⁽⁷¹⁾は解除法における完結した規律ではないので、損害賠償請求権を基礎とした民法典二八四条の主張を排除するものではないこと⁽⁷²⁾、商業的目的の場合であっても民法典二八四条の適用は排除されないこと⁽⁷³⁾、支出賠償請求権と選択的關係に立つのは給付にかわる損害賠償請求権のみであり、給付と同時の損害賠償と民法典二

八四条は両立しうること⁽⁷⁴⁾、そして、支出によって取得された物が他の目的に転用可能であるか否かは問題とならないこと⁽⁷⁵⁾を挙げて、支出賠償請求権の成立を肯定した。さらに、収益性の推定とは無関係な規律であること⁽⁷⁶⁾、すなわち、不履行を理由とする損害賠償の枠組みではないことを指摘し、従来通り収益性の推定に依拠して損害賠償を求めるのか、民法典二八四条の規律により支出賠償を求めるかの選択ができるとした。

その上で、約一年間買主が自動車を利用できたことについての評価として、利用に応じた控除をすべきことを承認したが、提示された二通りの具体的算定方法⁽⁷⁷⁾については、差額が五〇ユーロにすぎないことから、いずれが妥当であるかの判断はしなかった⁽⁷⁸⁾。また、認可・輸送費用については、控訴審裁判所では一回的に尽くされる費用であるとして利用控除が行なわれなかったが、自動車の利用を実現するための費用であり、追加装備についての費用と別扱いする必要はないとした⁽⁷⁹⁾。

最後に、買主による遅延損害の請求については、追加装備のついた自動車と引き換えにのみ債務者遅滞に陥るとして、買主の自動車引渡の申出が適法であるかを検討し、当初請求していた本来支払うべき金額よりも二、〇〇ユーロ以上の過剰な金額と引き換えにのみ自動車を引き渡すとの申出は遅滞を生じさせるものではないとして、遅延損害については判決以降についてのみ認めた。

ii. 理論的問題に関する判決⁽⁸¹⁾

連邦裁判所二〇〇八年七月十五日判決⁽⁸²⁾では、材料の瑕疵によりフローリングの敷き直しを行なったという事例について、取引を仲介した売主である材木業者に過失は認められないとして、代金の支払を拒絶した買主による損害賠償を否定した⁽⁸³⁾。その上で、瑕疵あるフローリング材を最初に敷設した費用は、瑕疵の顕現により無駄になったものであり、民法典二八四条の意味での支出に該当するとした。ただし、給付にかわる損害賠償の要件が充

足されていない以上、民法典二八四条の類推適用を行なうことはできない⁽⁸⁴⁾として、結論としては支出賠償による請求も否定した。

次に、連邦裁判所二〇一一年七月十五日判決⁽⁸⁵⁾では、居住目的で購入した住宅が醸造所として使用されたことがあったため契約を解除したという事例について、解除、および損害賠償または支出賠償に対して追完履行が優先するとしても、瑕疵を故意に隠匿する売主に追完履行は期待できないから、売買代金の返還と、諸費用および弁護士費用の支払を求める原告の訴えを妨げるものではない⁽⁸⁶⁾として、審理を原審に差し戻した。

iii. 事例判決⁽⁸⁷⁾

具体的な賠償範囲を論じるものとして、土地売買契約に関して買主に一度解除権が成立した後、再度の履行請求を行なったという事例に関し、連邦裁判所二〇〇六年一月二〇日判決は、解除権が一度成立した後、さらに債権者が履行請求を行なったとしても解除権が消滅することはないとして、解除にともなう支出賠償は金額について争いなく買主の請求額がそのまま認められた。ここでの賠償項目としては、不動産の仲介費用、担保権の登記費用、引越会社への損害賠償、購入費用の金利手数料が挙げられた⁽⁸⁸⁾。

また、連邦裁判所二〇一〇年四月十四日判決においては、瑕疵ある中古自動車の売買契約の解除にともなう損害賠償請求について利用利益の賠償が争われ、これを肯定した⁽⁸⁹⁾。しかし、自動車保険および自動車税については、自動車を利用するためにはいずれにせよ支払わなければならない費用であるとの控訴審裁判所の理由⁽⁹⁰⁾を維持し、民法典二八一条による損害賠償を否定すると同時に、民法典二八四条による支出賠償においても否定した⁽⁹¹⁾。

第二款 判例の到達点

i. 理論的整序

連邦裁判所の形成してきた判例理論によれば、民法典二八四条の適用領域は、支出の目的設定に関わらず、給付にかわる損害賠償と選択的に主張しうるとされ、給付と同時の損害賠償については二重填補とならないために重畳されうるとされた。また、解除と損害賠償の両立が認められた現行法においては、解除と支出賠償も両立しうるとされているが、過責による損害賠償の要件を充足しないときには、類推適用により支出賠償を認めることはできないとした。他方、法律効果としては、利用に応じた賠償額の割合的控除が行なわれること、支出によって獲得された物の転用可能性は考慮しなくてもよいこと、および支出によって獲得された物がある場合には、契約上の反対給付の関係にないとしても事実上目的物の返還と一体として引換給付の関係となることが示されている。

ii. 未解決の問題点

これに対して、支出賠償請求権と給付にかわる損害賠償請求権との関係、利用控除の具体的算定方法については、判断が留保されている。⁽⁹³⁾

第四節 学説の展開

第一款 支出賠償請求権の位置づけ

立法者の見解によるとしても、連邦裁判所の判示においても、事案解決のための法技術的な問題を述べるのみであり、支出賠償請求権の本質的内容にまで言及するものではなく、その探求は学説に委ねられることになった。

この点について、まだ通説的見解と評価できるものが確立されたとはいえない状況であり、大きく三つの見解に分類することができる。第一は、旧法における収益性の推定を継受する条文であるとする見解⁽⁹⁵⁾であり、この見解に従えば、民法典二八四条の適用領域は双務契約かつ商業的目的の場合に限定されることになり、給付障害法における一般損害賠償法の規定とした条文の体系的な位置づけを縮小解釈することになる。第二に、損害算定の方法または挫折損害の概念を創設するものとして損害論の規定であるとする見解⁽⁹⁶⁾があり、この見解によれば、既存の損害賠償法体系を維持しつつ、新たな保護領域を創出した規定ということになる。最後に、支出賠償という固有の損害賠償請求権を創設した規律であるとする見解⁽⁹⁷⁾も示されているが、この見解は条文の内容を説明する点では評価できるが、賠償請求権の根拠規定を民法典二八〇条および三一一条二項に限定するという立法者の明示的な見解に反することとなる。

第二款 理論的到達点

ドイツ民法典の条文構造からすると、支出賠償請求権は、給付にかわる損害賠償の選択的手段という位置づけを与えられているにもかかわらず、そこで保護しようとしている利益そのものは、当事者の合意によって約束された給付利益とは別の、本来信頼利益に分類されるべきものである。そのため、民法典二八四条は、伝統的な損害論の構造を容れざるまでは至らないものの、給付利益の賠償請求権の特則として、新たに保護されるべき領域を、費用の取り戻しとして設定した規律であると理解すべきことになる。また、給付にかわる損害賠償請求権の成立を前提としており、帰責原因については従来の責任体系にそれまでとは異なる内容を追加するものではない。そして、支出賠償請求権による保護の対象となる利益は、債務者とは無関係に債権者が自らの判断によって行な

った支出によって獲得されたものであるから、本来的には債務者による契約の不実現に帰せられるべきものではないが、契約によって債務者が生ぜしめた給付の獲得に対する信頼を介することによって賠償義務を基礎づけることになる。

(11) ドイツ法における民法典二八四条の成立史、および理論的検討については、拙稿「不法行為法における支出賠償の構造」(一)・

(二・完)「法学論叢一五六巻一号五九頁、一五七巻一号八五頁、拙稿「契約法における支出賠償の構造」姫路法学四七号三三頁、拙稿「契約清算局面における支出賠償の意義と機能」私法七三号一七五頁参照。

(12) 以下、本章ないし第三章における条文はドイツ民法典の条文である。

(13) 民法典二八四条(無駄になった支出の賠償)

債権者は、給付の獲得を信頼して支出を行ない、かつ、衡平の観点からみて支出を行なってもよいとされるときには、給付にかわる損害賠償にかえて無駄になった支出の賠償を請求できる。ただし、債務者の義務違反がなかったとしても、その目的が到達されなかったであろう時はこの限りではない。

(14) 民法典二四九条(損害賠償の性質と範囲)

(1) 損害賠償の義務を負う者は、賠償を課すような事情が生じなかったならば、あるであろう状態を回復しなければならぬ。

(2) 人格の侵害または物の毀損に関して損害賠償が与えられるとき、債権者は、原状回復にかえて、そのために必要な金銭を請求することができる。物の毀損の場合に、一文による必要な金銭に売上税が含まれるのは、売上税が現実に生じ、かつその限りにおいてである。

(15) 民法典二五〇条(期間の猶予後の金銭による損害賠償)

債権者は、期間の経過後には原状回復を拒絶する旨の意思表示により、賠償義務者に対して原状回復のための相当な期間を定めることができる。期間の経過後、原状回復が適時に行なわれていないときには、債権者は金銭による賠償を請求することができる。原状回復の請求権は排除される。

(16) 民法典二五一条(期間の猶予のない金銭による損害賠償)

(1) 原状回復が不可能または債権者の補償に対して不十分である場合には、賠償義務者は債権者に金銭により補償しなればならない。

(2) 原状回復が過剰な支出をもってしか可能でないとき、賠償義務者は債権者に金銭により補償することができる。侵害された動物の治療から生じた支出は、その価値を相当に上回る場合であっても、それだけで過剰ということにはならない。

(17) 民法典二五三条(無形的損害)

(1) 財産的損害以外の損害については、法律で定められた場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。

(2) 身体、健康、自由、性的自己決定の侵害に関して損害賠償がなされるときには、財産的損害でない損害に関しても、金銭による衡平な賠償を請求することができる。

なお、不法行為法の議論が行なわれた当時の条文からは、二〇〇二年の損害賠償法改正(Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002 BGBl. I, S. 2674.)により改正が行なわれている。民法典二五三条については、本条二項の追加と民法典旧八四七条の削除がなされた。本条は契約法と不法行為法の両者に関する損害賠償を規律する規定であるが、改正により、不法行為のみに適用された民法典旧八四七条を削除し、制定法上の非財産的損害についての金銭賠償が認められる範囲が拡張されることになった。その結果、人身損害をともなう場合には、過責原理の支配する不法行為法の領域だけでなく、危殆化責任、さらには契約法の領域においても、非財産的損害に対する慰謝料請求が認められるようになった。一般的には、慰謝料の補償機能がより強調されることになったと評価されている(Hermann Lange / Gottfried Schiemann, Handbuch des Schuldrechts Schadensersatz, 3.Aufl., 2003, S.428f. (以下「Schiemann, Schadensersatzrecht」で引用する) ; Gerda Müller, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 1/2003, S.1, S.2ff.)。また、立法過程については、Rainer Freise, Überlegung zur Änderung des Schadensersatzrechts, VersR 13/2001, S.539, 540ff. 参照。

民法典旧二五三条「非財産的損害」

財産的損害以外の損害については、法律で定められた場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。

民法典旧八四七条「慰謝料」

- (1) 身体または健康の侵害、および自由を剥奪した場合においては、被害者は、財産的損害以外の損害についても金銭による衡平な賠償を請求することができるといわれる。
 - (2) 女子に対し風俗に反する重罪若しくは軽罪を犯し、または偽計、強迫若しくは従属関係を濫用して婚姻外の関係を承諾させたときは、女子は、同一の請求権を有する。
- (18) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd.I, Allgemeiner Teil, 14.Aufl., 1987, S.484ff. (以下「Larenz, 14.Aufl.」)と引用する) ; Gottfried Schiemann, Staudinger Kommentar zum BGB §§ 249-254, 2005, §253, RdNr.1, S.273f. (以下「Bearbeiter / StaudKomm」)と引用する) ; Hartmut Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2007, §253, S.476ff., RdNr.5ff. (以下「Bearbeiter / MünchKomm」)と引用する) ; Christian Gruneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72.Aufl., 2012, §253, S.320f., RdNr.4f.
 - (19) Andreas v. Tuhr, Besprechung von H.A.Fischer, Der Schaden nach dem BGB, Kritische Vierteljahresschrift, Bd.47, 1907, S.63ff.; ders., Allgemeines Teil des Bürgerlichen Rechts Band I, 1957, S.320, 33a.
 - (20) BGH Urt. v. 7.5.1956, NJW 34/1956, 1234.
 - (21) 船旅行事件で解決された内容について、現在は民法典六五一一条において立法的に解決されている。

民法典六五一一条(損害賠償)

 - (1) 旅行者は、旅行の瑕疵が、旅行主催者の責めに帰すべからざる事由に基づく場合を除いて、減額または解約告知とは別に、不履行による損害賠償を請求しうる。
 - (2) 旅行が挫折し、または著しく侵害されたときは、旅行者は、無駄に過ごした休暇期間についても相当な金銭賠償を請求しうる。
 - (22) BGH Urt. v. 15.12.1970, BGHZ 55, 146; BGH Urt. v. 30.9.1963, BGHZ 40, 345.
 - (23) 連邦裁判所の判例理論によれば、「一般的かつ日常的な必要に比べて、十分に不可欠とみられる構成要素 (BGH Urt. v. 28.2.1980, BGHZ 76, 179, 181.)」とされる程度に支配的な取引通念が形成されている領域においては、その「客観的基準にしたがって確定可能な財産的価値である」とみなす (BGH Urt. v. 15.4.1966, BGHZ 45, 212, 217.)」ことができるとして、物を毀損されたことにより、その物の所有者または所有者と同視できるほど近い者が現実の使用をできなくなった場合に限

- り金銭賠償を認めべきか (BGH Urt. v. 16.10.1973, NJW 1-2/1974, 33.; BGH Urt. v. 28.1.1975, NJW 20/1975, 922.) 「支出にやうして購入 (NJW 1956, 1235.)」やれ、かゝり使用の実現のために行なわれた「支出の額を上回る (BGHZ 45, 220.)」額の賠償が認められるとして、支出を賠償額算定の考慮要素としてする。
- (24) Wolfgang Grunsky, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1994, vor § 249, S.344ff, Rdnr.12b, 12c.; Larenz, 14. Aufl., a.a.O.(Anm.18), S.480.
 各々「リーベンシツク」以前は挫折理論を支持して来た (Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd.1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1970, S.365; ders., Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, in: Festgabe für Offinger, 1969, S.151, 168ff.)。
- (25) Eike Schmidt, Die verpatzte Jubiläumstafel, in: Festschrift Gerhuber 70, Gebrunstag, 1990, S.423ff.; ders., Die Haftungsausfüllung, in: Athenäum Zivilrecht, Bd.1, S.550 ff.; Josef Esser / Eike Schmidt, Schuldrecht Bd.1 Teilband 2, 8. Aufl., 2000, S.196.; Walter Löwe, Gebrauchsmöglichkeit einer Sache selbständiger Vermögenswert ?, NJW 6/1964, S.70ff.; ders., Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen ?, VersR 3/1963, S.307ff.
- (26) Hermann Lange, Handbuch des Schuldrechts Schadensersatzrecht, 2. Aufl., 1990, S.254ff. = Schiemann, a.a.O.(Anm.17), S.255ff.; Martin Tolk, Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schaden, 1977, S.94ff.; Gerhard Hohloch, Allgemeines Schadensrecht, Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrecht (§§249 – 255 BGB) ?, in : Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd.1, 1981, S.474.
- (27) Larenz, 14. Aufl., a.a.O.(Anm.18), S.430f.; Schiemann / StaudKomm, a.a.O.(Anm.18), §249, S.155ff., Rdnr.194ff.; Oetker / MünchKomm, a.a.O.(Anm.18), §249, Rdnr.122ff., S.328f.; Grüneberg / Palandt, a.a.O.(Anm.18), Vor §249, S.281, Rdnr.16ff.
- (28) このような賠償方法を最初に扱った帝国裁判所判決 (RG Urt. v. 19.2.1930, RGZ 127, 245.) は「パルプ材の取引に際して」買主の地位が第三者に譲渡された後に行なわれた支出の賠償が求められたという事案である。帝国裁判所はこの事件の判断の前提として、「損害賠償の算定の場合には、双方の給付が両当事者の意思を基準とするは等価値のものとして対置されるといふこと」から出発すべきである。買主は、反対給付を得るために、合意された価格を認めたのである。この反対給付を取得

しないとすれば、反対給付の取得のために引渡し、また費やしたものが買主に返還されなければならない。これがその最小限の損害である (RGZ 127, 248f.) と述べて、正確な損害算定を回避して契約に関連する支出についての金銭賠償を認めるという立場を示している。

そして、帝国裁判所の確立した収益性の推定の手法は、連邦裁判所によっても踏襲されている (BGH Urt. v. 22.9.1971, BGHZ 57, 78; BGH Urt. v. 21.4.1978, BGHZ 71, 234; BGH Urt. v. 23.4.1991, NJW 42/1991, 2707.)。

- (29) 連邦裁判所は、他人物売買の売主が所有権を取得できずに契約を履行できなくなったため、買主が売買代金の返還と同時に損害賠償を請求したという事例において、給付と反対給付が等価値であることを前提に、自らの支払った売買代金と等置される金額を最小損害として請求しうることを述べる (BGH Urt. v. 8.2.1974, BGHZ 62, 119, 120.)。また、解除と同時に損害賠償を請求するとき、損害賠償として支払済売買代金を最小損害として主張し得ることを示した判決 (BGH Urt. v. 29.1.1982, NJW 23/1982, 1279; BGH Urt. v. 25.3.1998, NJW 32/1998, 2360.) がある。

なお、カナリス (Claus Wilhelm Canaris, Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB, in: *Offried Lieberknecht / Ernst Niederleithinger / Rosemarie Werner* (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*, 2001, S.3. (以下、Canaris, Äquivalenzvermutung として引用する)) は、「一般論としての等価性原理に ついて、民法典旧四七二a条＝民法典四四一条三項に表出する減額算定のための等価性原理を、主観的等価性と客観的等価性に整理し (S.6)、当事者間で合意された価格と客観的価値に違いがある場合を検討する。そして約定解除の場合 (S.16f.)、法定解除の場合 (S.18f.) と同じ類型化した後、割合的算定方法によることを述べる (S.19f.)」

民法典四四一条 (減額)

(3) 減額に際しては、契約終了時点までに、目的物の現実の価値に対して、瑕疵のない状態の目的物の価値があるであろう割合に応じて、売買代金が縮減される。必要な限度で、減額は概算によって行なわれうる。

- (30) 連邦裁判所は、デイスロホール事件 (BGH Urt. v. 19.4.1991, BGHZ 114, 193.) において、土地の売買契約における土地の開発費用、測量費用、税、火災保険料について収益性の推定が及ぶとしている。また、契約成立前に行なわれた支出であっても収益性の推定が及ぶとした事例 (BGH Urt. v. 26.3.1999, NJW 31/1999, 2269.)、住居貸借の除去できない瑕疵による解除に際して仲介手数料に収益性の推定が及ぶとした事例 (LG Köln Urt. v. 27.5.1992, NJW-RR 9/1993, 524.) がある。

(31) 連邦裁判所は、さらに支出目的の類型化により証明の程度に区別を設けた。すなわち、土地の購入に際して支払われた交渉費用や登記費用などの支出については、もっぱら反対給付の取得に向けられていたというだけで収益性が推定されるとしたが、デイスコ経営のための設備投資などの支出は、契約目的物を後続的に利用するための投資または費用であり、逸失利益の蓋然性を証明したうえでなければ、収益性の判断を行なえないとする (BGHZ 114, 197ff.)。

この他、収益性の推定が及ばないとされた事例として、民法典二五二条により逸失利益の証明を行なうことのできる場合に、売買契約の不履行に基づく損害賠償の範囲内では収益性の推定に基づく支出の賠償を求めることを否定した事例 (BGH Urt. v. 22.10.1999, NJW 7/2000, 506)、「家屋の売買契約の解消の事例において、先履行した給付の返還請求とともに収益性の推定にもとづく支出賠償を請求することはできるが、逸失利益とともに支出賠償を請求することは認めないとした事例 (BGH Urt. v. 24.9.1999, NJW 49/1999, 3625)」、診療所の賃貸借契約において、賃貸人の契約違反を原因とする解約告知を行なった賃借人が、通常の差額説による填補賠償と収益性の推定による支出賠償とを同時に請求することを否定した事例 (BGH Urt. v. 15.3.2000, NJW 32/2000, 2342) などがある。また、賃貸借契約の賃借人に解約告知権、賃貸人に解除権の留保されている場合、収益性の推定が反証されるところの事例 (BGH Urt. v. 30.6.1993, BGHZ 123, 96) がある。

民法典二五二条 (逸失利益)

賠償されるべき損害は、逸失利益も含む。事物の通常の経過、または特別な事情、特にすでになした措置および準備により、蓋然性をもって期待されうる利益は、逸失利益となる。

(32) 収益性の推定という方法について、学説は、少なくともその結論において承認している (Hansjörg Otto, Staudinger Kommentar zum BGB, §§255 - 304, 2009, §280, S.549f, Rdnr.E115.; Volker Enmerich / MünchKomm, Vor §281, S.845f, Rdnr.38.; Grüneberg / Palandt, aa.O.(Ann.18), §281, S.394, Rdnr.23.)。

(33) BGH Urt.v. 10.12.1986, BGHZ 99, 182.

本件においては、被告の契約上の解除権行使の要件についても争われ、これについては解除を契約違反であるとする連邦裁判所の判断が示されている。この点、本稿との関係が必要となるのは、契約違反を原因とした履行利益についての損害賠償請求権が成立しているという点である。なお、結論として、本判決では、既に控訴審で確定した逸失利益(「広告から期待される利益および催しの参加者の寄付から期待される利益」)の賠償のみが認められ、原告が賃借料を支払っていたかどうか

の事実についてさらに審理するよう差戻した。

下級審裁判例では、コンサートを予約した原告が、そのために移動費用と宿泊費用を支払ったにもかかわらずコンサートが中止されたという事例において、コンサートの主催者に対する費用の賠償請求が、収益性の推定の妥当しない無形的目的を追求したものであるとして否定されているが、(IG Linenburg Urt. v. 11.8.2000, NJW 8/2000, 614)、映画祭のために出捐した航空券、宿泊費、レンタカー費用について、相手方の明示的な保証があったことから無形的目的であっても当事者意思を基礎として収益性の推定が妥当するとして賠償を認めた事例 (OLG Köln Urt. v. 16.9.1993, NJW-RR 11/1994, 687) もある。本稿で扱う履行利益賠償の枠組みの他にも、民法典一二二条、民法典一七九条二項において示された消極的利益の賠償に向けられた請求権、債務法改正前の民法典旧四六七条二文および民法典旧六三四条四項による契約費用の賠償請求権、さらには契約締結上の過失または解除にともなう信頼損害の賠償という段階におけるもの、すなわち信頼利益論として扱われてきた領域にも支出が問題となる局面はみられた。

民法典一二二条 (取消者の損害賠償義務)

(1) 意思表示が、一一八条により無効である場合、または一一九条、一二〇条により取消された場合、その意思表示が相手方に対して行なわれたときには、表意者は、意思表示の有効性を信頼したことによって相手方または第三者がこうむった損害を相手方またはその第三者に賠償しなければならない。ただし、相手方または第三者が意思表示の有効性について有した利益の額をこえるものではない。

民法典一七九条 (権限なき代理人の責任)

(2) 代理人が権限の瑕疵を知らなかった場合、相手方が権限を信頼したことによってこうむった損害の賠償についての責任を負う。ただし、相手方が契約の有効性について有する利益の額をこえるものではない。

民法典旧四六七条「解除の実行」

約定解除権に関する三四六条ないし三四八条、三五〇条ないし三五四条、および三五六条の規定は解除に準用する。ただし、三五二条の場合には物の変形に際し初めて瑕疵が現われたときは、解除することを妨げない。売主は、買主に對し、契約費用も賠償しなければならない。

民法典旧六三四条「担保責任・解除、減額」

- (4) 解除および減額については、売買に関する四六五条ないし四六七条、四六九条ないし四七五条の規定を準用する。
- (35) ホーロツホ鑑定意見二五三a条
 財産的損害または財産的損害以外の不利益を回避または減少するために行なわれた出捐、および、他人に責任のある事件によって目標を失った出捐についても、賠償を請求することができる。裁判官は、衡平の範囲内でその賠償を命じることが出来る (Hohloch, aa.O.(Anm.26), S.474)。
- (36) Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2000, S.403ff.(以下「Diskussionsentwurf」で引用する) = Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S.215ff.(以下「Canaris, Schuldrechtsmodernisierung」で引用する)
 Schuldrechtsmodernisierung
 債務法改正委員会草案三二七条 (Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.172ff. S.293.) = 討議草案三二五条 (Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), 2000, S.39 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, S.22.) (解除と損害賠償)
 (1) 債権者は、解除後において、契約の不実現により生じた損害の賠償を請求することができる。それ以外に、契約の実現を信頼したことによって生じた損害の賠償も請求できる。
 (2) 債務者が解除理由につき責めを負う必要のない場合は、この限りではない。
 民法典三二五条 (損害賠償と解除)
 双務契約において損害賠償を請求する権利は、解除によって排除されない。
- (37) Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.13. = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, aa.O.(Anm.36), S.359f.; BT-Drucksache 14/6040, S.7.; BT-Drucksache 14/7052, S.14. = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, aa.O.(Anm.36), S.444.
- (38) 現在では、双務契約であるか否かといった民法上の契約類型を越えて、労働契約においても、違法な労働争議行為による雇主の損害賠償請求権にかえて、民法典二八四条による支出賠償請求が認められるかが問題とされるようになってきている (Manfred Löwisch, Ersatz vertraglicher Aufwendungen bei Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, in: Wolfhard Kohle / Hans-Jürgen Dörner / Rudolf Anzinger (Hrsg.), Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, 2005, S.37.;

- (39) Oliver Ricken, Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen im Arbeitsverhältnis, in: Franz Josef Düwel / Wolfgang Stückmann / Volker Wagner (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Leinemann zum 70. Geburtstag, 2006, S.95.; Arnd Arnold, NomosKommentar BGB Schuldrecht Band 2/1, 2.Aufl., 2012, § 284, S.456, 460, Rdnr.14.)。本節では、支出賠償請求権の成立要件および効果について概括的に整理する。この点についての参考文献として Wolfgang Ernst / MünchKomm, §284, S.911ff.; Otto / StaudKomm, a.a.O.(Ann.32), §284, S.774.; Grüneberg / Palandt, a.a.O.(Ann.18), §284 S.399.; Rainer Schulze, in: Schulze/Dörner / Ebert / Eckert / Hoeren / Kemper / Saenger / Schulte-Nölke / Staudinger (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 7.Aufl., 2012, §284 S.362.; Arnold, a.a.O.(Ann.38), S.456.。
- (40) 履行利益賠償は、現行法では給付にかわる損害賠償として論じられてくる (BT-Drucks 14/6040, S.93, 138 = Camaris, Schuldrechtsmodernisierung, a.a.O.(Ann.36), XV, S.594, 676.; Otto / StaudKomm, a.a.O.(Ann.32), §280, S.494, Rdnr. E5.; Emmerich / MünchKomm, a.a.O.(Ann.32), Vor §281, S.837, Rdnr.1.; Grüneberg / Palandt, a.a.O.(Ann.18), §281, S.393, Rdnr.17.)。もちろん旧法下における不履行損害の賠償と、現行法における給付にかわる損害賠償の範囲は必ずしも一致するものではないとの指摘もある (Michael Schulz, Leistungsstörungsrecht, in: Westermann(Hrsg.) Das Schuldrecht 2002, S.17ff., 63.)。
- ドイツ民法典二八一条(履行が提供されないか、課せられたようには提供されなかったことを理由としての、給付にかわる損害賠償)
- (1) 債務者が履行期にある給付を提供しないか、または課せられたようには提供しないとき、債権者は二八〇条一項の要件により給付にかわる損害賠償を請求できる。ただし、債務者に対して債権者が給付または事後の履行のために適切な期間を定めても行なわれなかったときに限る。債務者が一部の履行を行なったとき、債権者が一部給付に利益を有さない場合に限り、債権者は完全な給付にかわる損害賠償を請求できる。債務者が課せられたようには給付を行なわなかったとき、義務違反が軽微であれば、債権者は完全な給付にかわる損害賠償を請求できない。
- (41) 民法典二八〇条(義務違反による損害賠償義務)
- (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。ただし、債務者が義務違反についての責任を負わない場合はこの限りでない。

- (42) なお、遅滞にともなう損害賠償についても、最終的に契約が実現されたとしても適時にその利益を享受できなかったという場合には、支出目的の少なくとも一部については挫折を顧念することができるから、遅滞によって生じた増加費用も支出賠償請求権の対象となりうる (Tobias Tröger, Investitionsschutz nach § 284 BGB, ZGS 12/2005, S.462, 464. (以下「Tröger, Investitionsschutz」で引用する))。
- ドイツ民法典二八六条 (債務者の遅滞)
- (1) 債務者が、弁済期の到来後なされる債権者の催告に基づいて給付をしないとき、催告により遅滞に陥る。給付を求めると訴訟の提起または催告手続における支払命令の送達は、催告と同様である。
- (43) Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 2012, S.244, Rdnr.678, Melanie Schenk, Aufwändungsersatz nach § 284 BGB, ZGS 2/2008, S.54, 56.
- (44) ドイツ法上、一般に支出とは、「他人の利益のために、自由意思によつて提供された財産的価値ある犠牲」であると定義されるが (BGH Urt. v. 30.5.1960 = NJW 35/1960, 1568, 1569.; Claudia Bittner / StaudKomm., a.a.O.(Anm.32), §256, S.27f., Rdnr.5.; Wolfgang Krüger / MünchKomm., §256, S.544, Rdnr.2.; Grüneberg / Palandt, a.a.O.(Anm.18), §256, S.335, Rdnr.1.; Arnold, a.a.O.(Anm.38), S.461, Rdnr.19.; Holger Eilers, Zu Voraussetzungen und Umfang des Aufwändungsersatzanspruchs gemäß § 284 BGB, JURÄ 3/2006, S.201, 205. (以下「Eilers, Aufwändungsersatzanspruch」で引用する)) ; Fabian Klindt, Der Anspruch des Käufers auf Ersatz mangelbedingter nutzloser Aufwendungen, JURÄ 7/2006, S.481, 482.; Uwe Reim, Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB, NJW 51/2003, S.3662, 3663.; Schenk, a.a.O.(Anm.43), S.56, Tröger, Investitionsschutz, a.a.O.(Anm.42), S.465.)、民法典二八四条が賠償を認める支出概念とは必ずしも一致するわけではない (Jan Stoppel, Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB, AcP Bd.204, Heft 1, S.81, 90. (以下「Stoppel, Aufwendungen」で引用する))。また、このような定義の方法は、自由意思による財産的犠牲である支出と、意思によらぬ財産的犠牲である損害との区別のためである (Felix Hütte / Mariena Helbron, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 2005, Rdnr.701, S.269.; Stoppel, Aufwendungen, a.a.O.(Anm.44), S.85.)。
- (45) 直接の契約相手方に支払われた金銭の取り戻しについて、ほとんどの見解は、解除による原状回復の問題として把握してこ

- 2 (Arnold, aa.O.(Anm.38), S.464f; Rdnr.25; Reim, aa.O.(Anm.44), S.3665; Schenk, aa.O.(Anm.43), S.57.)
- 取返性の推定との連続性に着目して、契約による反対給付も支出賠償の対象に含まれるべきとみるものとして、Jan Kropholler / Florian Jacoby / Michael von Hinden, Studienkommentar BGB, 12.Aufl., 2010, S.174, 174, Rdnr.1、解除による反対給付の取り戻しと結論が異なるものとして理由に認めるものとして、Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Anm.44), S.92.; ders., Zum Verhältnis von § 284 BGB zu den Regelungen über die Rücktrittsfolgen, ZGS 7/2006, S.254, 256. (以下、Stoppel, Verhältnisとして引用する)がある。
- (46) 中には、契約目的物の購入代金支払のために設定された融資に関する利息 (Canaris, Äquivalenzerwartung, aa.O.(Anm.29), S.29f.; Reim, Aufwendungen, aa.O.(Anm.44), S.3664.; Stoppel, aa.O.(Anm.44), S.104.) の債権者が自ら行った労働給付 (Arnold, aa.O.(Anm.38), S.461, Rdnr.19.; Hans Brox / WolfDietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 37.Aufl., 2013, S.239, 241, Rdnr.76.; Reim, aa.O.(Anm.44), S.3664f.; Schenk, aa.O.(Anm.43), S.57.; HK-BGB / Schulze, aa.O.(Anm.39), S.363, Rdnr.6.; Tröger, Investitionsschutz, aa.O.(Anm.42), S.466.) を含まれる。
- (47) 例えば、民法典六七〇条は、受託者が委託者のために出捐したことによる費用償還請求権であるし、民法典一〇〇一条は、目的物に投下された費用の償還請求権ということになる。
- 民法典六七〇条 (支出の賠償)
- 受任者が、委任の執行のために、事情により必要と認められる支出を行なった場合、委任者は費用償還義務を負う。
- 民法典一〇〇一条 (費用償還の訴え)
- 占有者が費用償還請求を主張できるのは、所有者が目的物を再取得するか、費用を追認する場合に限る。費用の追認時点まで、所有者は、再取得した目的物を返還することによって、請求を免れることができる。所有者が、占有者から請求権を留保して提供された目的物を承認する場合、追認あるものとみなす。
- (48) Eilers, Aufwendungen, aa.O.(Anm.44), S.205.; Tröger, Investitionsschutz, aa.O.(Anm.42), S.465.
- 民法典六七〇条では委任者の利益のために支出が行なわれるのに対して、民法典二八四条では債権者自らのために支出が行なわれるという違いがあるため、民法典六七〇条で承認されている規律を援用して支出の範囲を決定することはできない (Wolfgang Fleck, Begriff und Funktion der „Billigkeit, bei § 284 BGB, JZ 21/2009, S.1045, 1046.; Tobias Tröger, Der

- Individualität eine Bresche: Aufwundungersatz nach § 284 BGB, ZIP 50/2005, S. 2238, 2247. (以下「Träger, Individualitätで引用する」)。
- (49) この点については、一般に、債務者が証明責任を負うと理解されつつも (Eilers, Aufwundungersatzanspruch, aa.O.(Anm.44), S.205)。
- (50) Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, S.499, 516. (以下「Canaris, Leistungsstörungenとして引用する」)
- (51) Helge Dedek, Entwertung von Aufwendungen durch Schlechtführung im Kaufvertrag, ZGS 11/2005, S.409, 411.
- (52) ドイツ民法典二五四条(共働過責)
- (1) 損害の発生に際し被害者の過失が共働したときは、賠償義務および給付すべき賠償の範囲は、事情によって、とりわけ、いかなる範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによって定まる。
- (2) 債務者が知らず、かつ、知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかったこと、または被害者が損害を防止もしくは軽減しなかったことに被害者の過失があるときも、前項と同様である。この場合においては、二七八条の規定を準用する。
- (53) 第三章第二節第五款参照。
- (54) 支出賠償請求権では、損害賠償としては非財産的損害と評価される無形的損失を填補する場合であっても、支出を通じて目的の実現可能性を金銭によって具体化したという点を出発点とするため、行なわれた支出額がそのまま賠償の対象とされることとなり、金銭評価にともなう困難は生じない (Träger, Individualität, aa.O.(Anm.48), S.2241)。
- (55) なお、衡平性要件から、違法または良俗違反の支出が排除されることを導く見解もある (Fleck, aa.O.(Anm.48), S.1048)。
- (56) 第三章第二節第三款、第四款参照。
- (57) カナリスは、双務契約以外には給付と反対給付に関する等価性原理が妥当しないことから、収益性の推定を根拠とする従来の手法からは離れたとする (Canaris, Äquivalenzvermutung, aa.O.(Anm.29), S.26f.)。
- (58) BT-Drucksache 14/6040, S.143. = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, aa.O.(Anm.36), S.686.
- (59) 売買法における民法典旧四六七条二文や、請負法における六三四条四項の規律(注34参照)は、民法典二八四条に解消され

- る)となり、解除の規律との接合が不可欠となる(Arnold, a.a.O.(Ann.38), S.457, Rdhr.2.; Canaris, Äquivalenzvermutung, a.a.O.(Ann.29), S.29.; ders., Leistungsstörungen, a.a.O.(Ann.50), S.518.; Dedek, a.a.O.(Ann.51), S.409.; Reim, a.a.O.(Ann.44), S.3663.)。
- (60) BT-Drucksache 14/6040, S.144. = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, a.a.O.(Ann.36), S.687.
- (61) 立法者によれば、損害賠償請求権の根拠規定となるのは、原則として民法典二八〇条一項であり、この特則として三二一条二項を予定しているが(BT-Drucks 14/6040, S.135 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, a.a.O.(Ann.36), S.671.)その前提として、民法典三二一条二項により、債務関係上の義務は契約交渉の段階にまで拡張されている(BT-Drucksache 14/6040, S.161. = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, a.a.O.(Ann.36), S.XIX f. 718 ff.)。
- なお、民法典三二一条a条を根拠に支出賠償請求権を主張する場合に、契約締結費用を含めることができるかという点については、支出賠償請求権が積極的利益の賠償請求権であると性質決定する場合であっても、最適な契約相手方を捜す自由が侵害されるという危険を理由に賠償適格性を認める(Tröger, Investitionsschutz, a.a.O.(Ann.42), S.467.)。
- 民法典三二一条(法律行為および法律行為類似の債務関係)
- (2) 二四二条二項の義務をともなう債務関係は以下の各号によっても生じる。
1. 契約交渉の開始、
 2. 何らかの法律行為上の関係において、一方当事者が相手方当事者に、権利、法益および利益に影響を与える可能性を与えるか、もしくは委ねるといふ契約の勧誘、および
 3. 類似の法律行為上の接触
- 民法典三二一条a条(契約締結時における給付障害)
- (2) 債権者は、その選択に従い、給付にかわる損害賠償または二八四条に定められた範囲で自己の出捐の賠償を請求することができる。債務者が当該給付障害を契約締結の際に知らなかった場合であり、かつその不知につき債務者に責めに帰すべき事由がないときは、この限りでない。二八一条一項二文、三文ならびに五項が準用される。
- 債務者の過責を根拠とする賠償請求権であるから、民法典二八四条も、広い意味での不履行損害に含まれる(Canaris, Äquivalenzvermutung, a.a.O.(Ann.29), S.28.)。

- (63) BT-Drucksache 14/6040, S.135 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, a.a.O. (Anm.36), S.670f.
- (64) Birgit Schneider, § 284 BGB- zur Vorgeschichte und Auslegung einer neuen Norm, 2007, S.89ff.
- (65) 第二章第一節参照。
- (66) 客観的価値のほとんど存しない芸術作品の受贈者が、作品のために家屋を改築する費用を支出したが、義務に反して贈与されなかった事例 (BT-Drucksache 14/6040, S.143 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, a.a.O. (Anm.36), S.686.) が挙げられている。
- (67) 売買契約を締結した絵画のために額縁の制作を注文した事例、観劇券を購入してタクシード劇場に向かったが中止になったという事例、競走馬の売買契約に際して牧場を購入した事例、休暇旅行のためにスキューバダイビングの用具一式を購入した事例などがある。
- (68) 第二章第一節参照。
- (69) BGH Urt. v. 20.7.2005, BGHZ 163, 381.
 なお、本判決においては、一般的な定義（注44）に加えて、「無駄になった支出とは、債権者が給付の獲得を信頼して行なったが、債務者の不給付または契約不適合な給付のために無駄になった、自由意思による財産上の犠牲である（BGHZ 163, 387.）」と定義する。
 なお、具体的な両当事者の主張としては、原告は、自動車の返還と引き換えに金銭の賠償（既払い代金、融資手数料、鑑定費用および支出賠償から利用補償を控除した金額）、遅延利息、訴外銀行からの残融資債務からの解放、被告が返還されるべき自動車につき受領遅滞にあることの確認を求めた。これに対して被告は、支出賠償以外の金銭賠償および残債務からの解放を求めたが、それ以外については否認した。
 事案の経過としては、地方裁判所および高等裁判所（OLG Stuttgart Urt. v. 25.8.2004, ZGS 11/2004, 434.）は、民法典二一八四条の支出賠償により原告の訴えを認めたと、地方裁判所は輸送と認可の費用を含めて走行距離に応じて減額し、高等裁判所は利用期間に応じて減額するという処理を行なった。
- (70) 民法典四三七条（瑕疵による買主の権利）
 目的物に瑕疵があるとき、以下の各号の要件を満たし、特段の定めのない限り、買主は、

3. 四四〇条、二八〇条、二八一条、二八三条および三一一条により損害賠償を請求し、二八四条により無駄になった支出の賠償を請求することができる。
- (71) 民法典三四七条
- (2) 債務者が目的物を返還するか、価値賠償を支払うか、あるいは三四六条三号一号または二号により価値賠償義務が排除される場合、必要な費用が賠償される。その他の支出が賠償されるのは、これによって債権者が利得する場合に限る。
- (72) BGHZ 163, 384f.
- (73) BGHZ 163, 386.
- 連邦裁判所判決では、*kommerziell* に対して、*ideell* または *konsumptiv* という語を用いて支出の目的を示している。この文脈において、*kommerziell* は、ある支出について契約の中で収支が計算されているということを意味し、*ideell* または *konsumptiv* は契約での収支計算以外のところに意義を見いだしている支出という意味で用いられている。本稿では、前者に就いて商業的、後者について観念的という語を用いることにする。
- (74) BGHZ 163, 386f.
- (75) BGHZ 163, 387f. は、支出が無駄になっていないこと、すなわち、義務違反がなくても目的不到達であったか、義務違反があっても目的が達成されたであろうこととの立証責任は、債務者側にあるとした。
- (76) BGHZ 163, 386.
- (77) 五年間の利用期間のうち一年間 (二〇%) を控除するという控訴審裁判所の算定方法と、走行距離一、〇〇〇 km あたり〇、五%の控除 (四二、〇〇〇 km = 二一%) を行なうという当事者の主張する算定方法である。
- (78) BGHZ 163, 388.
- (79) BGHZ 163, 388f.
- (80) BGHZ 163, 390.
- (81) その他、下級審裁判例として、カールスルーエ高等裁判所は、給付にかわる損害賠償請求権と支出賠償請求権が選択的關係にあることを示し、さらに、支出賠償請求権の規律とは別に、給付にかわる損害賠償の領域においても、収益性の推定を介した支出相当額の賠償が債務法改正後も認められるとした (OLG Karlsruhe Urt. v. 14.9.2004, NJW 14/2005, 989.)。

ボン地方裁判所は、支出賠償請求権は収益性の推定を補う規律であり、主として収益性の推定が反証される観念的目的または消費目的設定の場合に適用されるべきであるとし、支出賠償請求権はこれまでの損害賠償法に追加して選択的なものとして創設された規定であるとする（LG Bonn Urt. v. 30.10.2003, NJW 1-2/2004, 74）。この判旨のみからは明らかではないが、債務法改正後も給付にかわる損害賠償の領域において収益性の推定が引き続き機能し、民法典二八四条による支出賠償請求権は、それ以外の場合にのみ適用される規定であり、したがって履行利益賠償とは両立しえないと理解しているとみる¹⁾ことが出来る。

(82) BGH Urtv. 15.7.2008, BGHZ 177, 224.

本判決の主たる争点は、瑕疵ある物の売主がどのような義務を負うのかという瑕疵担保責任の内容であり、買主のもとで設置された売買目的物に瑕疵があった場合の追完履行の内容に、瑕疵のない物の再調達と引渡以外に、従前の状態への再敷設まで含まれず（BGHZ 177, 234f, Rdnr.27）、契約の実現をもはや前提としない場合には追完履行ではなく損害賠償の問題となるにすぎないこと判示（BGHZ 177, 231, Rdnr.21）しており、支出賠償請求権は傍論で扱われているにすぎない。

(83) BGHZ 177, 235, Rdnr.29.

(84) BGHZ 177, 236, Rdnr.33.

(85) BGH Urt. v. 15.7.2011, BGHZ 190, 272.

本判決の主たる争点は、目的物の瑕疵が故意に隠されていた場合には、意思決定に影響を与えなかったとしても、合意された責任制限条項を援用することはできないという点である（Rdnr.13）。

(86) BGHZ 190, 278, Rdnr.14.

(87) 本文中で挙げるものその他、民法典二八四条に関しては以下の裁判例がある。

賠償を認めるものとしては、新車売買契約の解除にともない、買主が売買代金の返還とともに求めた支出賠償につき、瑕疵を原因とする解除の場合であっても支出賠償請求権が認められること、弁護士費用に関する給付と同時の損害賠償について支出賠償請求権は排除されないことを述べた上で、損害確定および修理費用から走行距離に応じた控除を行なって賠償を認めた事例（OLG Koblenz Urt. v. 19.6.2008, NJW 3/2009, 151）、瑕疵ある馬の売買契約において、民法典三四七条の規律が支出賠償を排除するのかが争われたが、同条とは無関係な規律であるとして、馬の調教費用の賠償を認めた事例（OLG

Hamm Urt. v. 24.5.2011, MDR 22/2011, 1344.)、賃貸借契約の解除について、行為基礎の喪失は認められずに、解除の後続損害について責任を負わなければならない⁸⁸⁾には、賃貸借契約の銀行保証のための費用は支出賠償として把握される⁸⁹⁾と事例 (KG Schulssurt. v. 5.11.2012, NJW 7/2013, 478.) がある。

賠償を否定するものとしては、新車売買契約の解除にともない、買主が売買代金の返還とともに求めた支出賠償につき、売主の過責がないことを理由に否定した事例 (OLG Hamm Urt. v. 18.12.2008, NJW 51/2009, 3733.)、完全な取り壊しによって建物の相応する利用が不能となった場合には、買主に支出賠償請求権は認められないとした事例 (BGH Beschl. v. 8.7.2010, NJW 3/2011, 142.) がある。

- その他、民法典の定める支出概念に言及するものとして、火災保険契約の解除において、普通火災保険約款八七条における費用（整理、取壊し、損害軽減費用）の賠償については、民法典二八四条等における支出概念とは異なり、被保険者によって既に支払われたか支払義務が生じている必要はないとした事例 (BGH Urt. v. 19.6.2013, VersR 24/2013, 1039.) がある。
- (88) BGH Urt. v. 20.12.2006, NJW 17/2006, 1198, 1199.
- (89) BGH Teilurt. v. 14.4.2010, NJW 33/2010, 2426, 2429, Rdnr.29f.

- (90) ただし、民法典二五四条二項により減額される⁹⁰⁾も示している (Rdnr.30f.)。

- (91) ベルリン高等裁判所 (KG Urt.v. 30.4.2009 = ZfS 2009, 503.)。
- (92) NJW 2010, 2429, Rdnr.33.
- (93) NJW 2010, 2429, Rdnr.34.

- (94) なお、支出賠償として認められる項目については、自動車の登録等初期費用に関して、二〇〇五年判決と二〇一〇年判決とで扱いが異なる。

トレーカーは、支出賠償請求権の正当化根拠を、行動経済学の観点から、経済的合理性に従って、給付の提供を信頼した債権者の最善の投資への刺激を保護するという社会的効用の保護に求める (Tröger, Individualität, a.a.O.(Anm.48), S.2239f.)。そして民法典二八四条の規律は、債権者の支出によって実現されるはずであった利用の危険についての最安価回避の可能性を考慮し、義務違反の費用を債務者に割り振るものであり、給付障害に対する制裁という意味を有する規定であるとする (Tröger, Individualität, a.a.O.(Anm.48), S.2240f.)。また、債務者の側について最安価回避費用、債権者には最適な投資とい

う観点から、同条を積極的利益の賠償請求権の低位類型として位置づけることを試みる (Tröger, Investitionsschutz, aa.O.(Anm.42), S.463)。

- (95) 他方、民法典二四五条の適用か類推適用かで差異が生じるものの、支出賠償請求権の結論に影響を及ぼさなうことを論拠に、法的性質論の問題を不要と論ずる見解 (Arnold, aa.O.(Anm.38), S.458f. Rdnr.7.; Schenk, aa.O.(Anm.43), S.55) もある。本稿で紹介する以外にも、その根拠を明示的に示すものではないが、支出賠償請求権を収益性の推定の拡張であると見る見解は多数みられる (Hein Kötz, Vertragsrecht, 2009, S.488, 490, Rdnr.1196.; Stephan Lorenz, Schadensersatz statt der Leistung, Rehabilitationsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, NJW 2004, S.29ff., 27.; Dieter Medicus / Stephan Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20.Aufl., 2012, S.226, Rdnr.455a f.; Dieter Medicus, in:

Lothar Haas / Dieter Medicus / Walter Rolland / Carsten Schäfer / Holger Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, S.79, 95f., Rdnr.59ff.; Hans Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 11/2001, S.589ff., S.595f.)。また、ソイナーは、支出賠償請求権を、他の有利な取引をあらかじめ了した場合の利益などの信頼損害の全つの範囲と一致するものではないが、消極的利益に位置づける (Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 1/2002, S.1, 10)。

- (96) 政府理由書の立場と同様に、カナリスは、支出そのものではなく、その目的が失われたことに損害を觀念し、これを不履行損害と等置する (Claus-Wilhelm Canaris, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 34/2001, S.181f., 1820.; ders., Leistungsstörungen, aa.O.(Anm.50), S.517.; ders., Schuldrechtsmodernisierung, aa.O.(Anm.36), S.XVII.)。同様にして、ハントマン・マッセルは、支出賠償の規律は民法典二二三条一項の例外規定であるとしたうえで、損害算定の可能性を追加するものであると述べるが、従来の意味での損害を支出賠償請求権が認められるための要件からは明示的に外している (Martin Schmidt-Kessel, Peter Schlechtriem / Martin Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2005, S.296, Rdnr.649.; ders., in: Hanns Prütting / Gerhard Weggen / Gerd Weirreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 5.Aufl., 2010, § 284, S.462, 463, Rdnr.2. (以下「Schmidt-Kessel, Kommentar」で引用する)。その他、この立場に属する見解として、Fleck, aa.O.(Anm.48), S.1046.; Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Anm.44), S.84.; ders., Verhältnis, aa.O.(Anm.45), S.257ff. などがある。

(97) Holger Eilers, *Der Ersatz vertraglicher Aufwendungen*, 2005, S.124f.

その他バルカーは、民法典二八四条が、請求権の根拠として新債務法によって創設されたものであり、全ての消極的利益の範囲を含むものではないものの、給付にかかる損害賠償と選択的に債権者が自由に請求できると理解している (Brox / Walker, aa.O. (Anm.46), S.242, Rdnr.80)。ライムは、民法典二八四条は損害算定の問題にとどまらず、その文言が損害賠償にかわる支出賠償と定めていることから、支出賠償請求権が独立した請求権であると主張する (Reim, aa.O. (Anm.44), S.3663)。ヴァイテマイヤーも、契約または片務的給付義務の履行に対しての債権者の信頼を民法典二八四条の基礎とする (Brigit Weitemeyer, *Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendungen unter der Geltung von § 284 BGB, ActP, Bd.205, S.275, 284*)。シユルツェは、民法典二八四条が民法典二五三条一項を制限する規定であると理解する (HK-BGB / Schulze, aa.O. (Anm.39), S.362f, Rdnr.2)。ハイネマンは、民法典二八四条のかえてという条文構造そのものに欠陥があることを指摘する。たとえば、有償事務管理の不完全履行という事例において、委任者はそれによって生じた損害と同時に、正当な履行を信頼して行なった支出の賠償も請求できるとすべきであるが、民法典二八四条の文言にしたがうならば後者の賠償は排除されることになる。このように、義務に違反して履行された契約の場合には、支出賠償請求権は従来の分類によれば積極的利益の賠償に属するものであり、民法典二八〇条一項の一般条項の援用により民法典二八四条の規定を目的論的に縮減し、契約利益の賠償と同時に請求される場合が考えられるとしている (Wolfgang Fikentscher / Andreas Heilmann, *Schuldrecht*, 10.Aufl., 2006, S.221f., Rdnr. 439f.)。

第三章 ドイツ法の現状と課題

第一節 支出賠償請求権の現状

第一款 支出賠償請求権の機能する局面

支出賠償請求権の機能する局面としては、以下のような問題状況が考えられる。

契約の清算局面として、不完全履行や履行不能などによって債権者の満足が得られなかったという場合については、給付にかわる損害賠償を認めることによって支出の問題も解決することができる。なぜなら、契約の実現過程における支出は出捐者の計算において行なわれるべきものであるから、契約で約束された給付利益の価値、すなわち給付にかわる損害賠償が認められるときには、支出の填補を認める必要はなくなるからである。また、契約が解除される場合であっても、給付にかわる損害賠償が認められているため、問題状況は異ならない。

したがって、支出賠償しか機能しえない局面というのは、給付にかわる損害賠償を認めることが難しい場合、および給付にかわる損害賠償を認めるのみでは債権者の保護に不十分であるとされる場合に限定されることにならぬ。すなわち、給付にかわる損害賠償を認めるに際して、その額が不明確であるとか、蓋然性の程度が十分でないなどの理由により、確かに損害が生じているとはいえず、十分な金銭賠償を認めることが難しい場合には、債権者が支出賠償を選択すべきであると考えられる。このような場合、給付利益の証明が困難であるとしても、少なくとも債権者は契約の実現により支出以上のものを得られると期待して支出を行なっているのであり、契約の実現を信頼して債権者が支出を行なったと証明することは容易であると考えられるからである。

また、給付にかわる損害賠償を認めるのみでは債権者の救済に足りないと考えられるのは、たとえば、契約締結後に契約で直接の目的とされた利益に関して、付随的な支出を行なったような場合が考えられる。とりわけ付随的な支出により得られる具体的な逸失利益が観念されない場合には、給付にかわる損害賠償を認めるよりも、現実の支出額を賠償した方が債権者の保護に資するものと考えられる。

第二款 運用上の問題

以上の場合に、支出賠償という方法が認められるとしても、連邦裁判所の各判決においても問題とされたように、具体的にどのように運用していくべきかについては、なお争いが残されている。すなわち、第一に損害賠償請求権との関係、第二に解除法との関係、第三に引換給付となるか否か、第四に支出の類型化、第五に衡平性要件の運用、第六に利用控除の算定方法について、具体的な解決の基準が求められる。

第二節 支出賠償請求権の課題⁽⁹⁸⁾

第一款 損害賠償請求権との併存

損害賠償請求権との関係について、起草者の見解および判例、通説⁽⁹⁹⁾によれば、収益性の推定と支出賠償は相互に無関係な規律であり、両立しうるものとされている。そして、実務上は収益性の推定を介した給付にかわる損害賠償の枠組みで請求されることがなお継続されており、支出賠償が争われる事例はそれほど多くない。他方、学説上は積極的に支出賠償制度へ収斂させていくべきであるとの見解も、両立を肯定する見解も主張されている。これは、商業的⁽¹⁰⁰⁾か観念的⁽¹⁰¹⁾かという支出目的の性質により、債権者の救済手段が異なることを承認するか否かの評価の差に関わるものである。すなわち、収益性の推定によることも可能な商業的目的が設定されている場合には、支出賠償請求権と給付にかわる損害賠償請求権とで、選択的ではあるものの二重の保護が与えられることになるが、これを容認する見解は、収益性の推定が妥当する商業的目的であるか否かの区別を排除し、責任の統一化を図るという立法意図は、収益性の推定をもちや主張できないという形で債権者の地位を悪化させることにまで及ぶものではないから、民法典二八四条が存在しても収益性の推定は引き続き妥当するとして、両立を認めること

になる。これに対して、両立を認める見解においても、支出目的が常に単一の内容といえるかは疑問であり、両者の目的が混交して設定されていることも多く見られるため、収益性の推定の役割を縮小させていこうとする見解が主張されるようになってきている。他方、収益性の推定や解除法の規律が契約における支出の問題を取り扱っていたのに対して、民法典二八四条の創設はこれらを統一的に扱う規律を新設したものであるから、支出賠償請求権に一元化すべきであるとの見解もある。

次に、支出賠償と損害賠償請求権とが両立しうるのかという観点については、民法典二八四条の文言は、給付にかわる損害賠償のみ選択制の対象とする。そのため、給付と同時の損害賠償については、文言上からも排斥する必要はない。⁽¹⁰⁶⁾ 問題となるのは、給付にかわる損害賠償請求権と重畳して請求することが認められるか、という問題であるが、この点については、一定の範囲で両立を認める見解が有力に主張されている。すなわち、民法典二八四条の選択制を目的論的に解釈し、債権者に二重填補を認めないという趣旨で理解し、個々の損害項目を、その被侵害利益を基準に整理していくことが必要であることを主張する見解がある。⁽¹⁰⁷⁾

他方、支出賠償請求権を積極的利益に対する責任の低位規範と性質決定する立場からは、同一利益の二重補償の禁止という観点から、支出賠償請求権の選択制が正当化されることになるが、挫折した支出と不履行により生じた損害とが相互に無関係な給付利益の項目である場合には、給付にかわる損害賠償と支出賠償の組み合わせが承認されるとする。⁽¹⁰⁸⁾

第二款 解除の規律との関係

解除法との関係について、そもそも不完全給付を原因とする解除の場合には、民法典二八四条の構成要件に定

める支出の挫折が生じないとみることもできるが、解除の意思表示によって契約関係が清算関係へと変容する以前に、場合によっては瑕疵の発生した時点において、既に支出目的の挫折が確定しているのであるから、民法典二八四条の適用可能性は解除の意思表示とは無関係であるとする⁽¹⁰⁾。

通説によれば、支出賠償と重複する可能性のある民法典三四七条二項の規律は、売買目的物のための費用を意味するが、支出についての完結した特則ではないし、債権者が解除を選択した場合に民法典三四七条二項によることしか認められないとすると、解除の意思表示をしたことによって債権者がその地位を悪化させられてしまうことになる。とりわけ、民法典二八四条は債務者の過責を要件として民法典三四七条二項の範囲を超えた債務者の責任を基礎付ける規律であるから、双務契約において常に民法典三四七条二項が優先的に適用されるとすることは妥当ではないとされる⁽¹¹⁾。

これに対して、民法典三二五条により解除と損害賠償とが併存することになった点を強調し、民法典三四七条二項による費用清算の規律と民法典二八四条の支出賠償の規律は重畳するという見解⁽¹²⁾、また、解除法上の危険分配を定める民法典三四七条二項とは異なり、民法典二八四条は、無駄になった支出を介して最小損害または算定可能な無形の利益として表象された逸失履行利益が挫折させられたことに対する填補であるから、全く異なる規範であるとする見解⁽¹³⁾がある。

第三款 引換給付の関係

支出賠償請求権は、給付にかわる損害賠償にかえて請求されるものであるから、原則として給付にかわる損害賠償と同様に一般損害法の規律に服する⁽¹⁴⁾。したがって、民法典三四八条⁽¹⁵⁾の規律に従い、解除にともなう支出賠償

のときには、目的物の返還と引換給付の関係に立つ。また、支出によって何らかの利益が取得される場合には、その利益の引き渡しと交換にのみ請求できることになり、⁽¹⁵⁾支出によって得られた利益が契約目的物に付加される物である場合には、従物として引き渡しの対象となりうる。⁽¹⁶⁾

第四款 支出の分類

i. 時期による区別

契約締結後、義務違反前に行なわれた支出に関して、支出賠償請求権による保護の対象に含まれることは異論がない。⁽¹⁷⁾

契約締結前の支出に関して、従前の信頼利益賠償との関係が問題となるときに、支出賠償制度が契約締結前の費用をどこまで保護の対象に含めることができるのかは、契約交渉中における当事者間の義務の存在を認める現行ドイツ法との関係でなお検討されるべき課題である。契約交渉の不当破棄事例において、契約交渉中になされた支出と成立するはずであった契約とをどのように結びつけるのかは、契約実現への債権者の信頼という要件との関係で整理していく必要がある。⁽¹⁸⁾

この点について、契約締結前の段階においては、そもそも契約の実現に対する信頼が存しないから、契約交渉中の支出に民法典二八四条は適用されないとする見解⁽¹⁹⁾があるが、契約交渉中であっても契約実現への期待は認められるとして、一般的には、民法典三一一条二項により損害賠償法上の保護が認められる限りにおいて、支出賠償請求権の成立が認められるとする。⁽²⁰⁾

次に、債務者による義務違反後の支出が賠償適格を有するののかについて、支出の性質に関わらず全て民法典二

八四条の問題に取り込もうとすることは、起草理由にあるように、支出に関する統一的な条文であるという側面をどれほど重視するかが問われることになる。

この点については、契約目的の不到達⁽¹²⁾が確定した後⁽¹³⁾に生じた費用についてはもはや契約実現への信頼が存しないから支出賠償の対象とならないとする見解⁽¹⁴⁾に対して、債務者に一定の法的不確実性をもたらしようとしても、民法典二八四条の選択制を目的論的に解釈し、すなわち、債権者に二重填補を認めないという趣旨で理解し、個々の損害項目を、その被侵害利益を基準に整理していくことが必要であることを主張する見解がある⁽¹⁵⁾。その中でも、特に遅滞にともなう増加費用については、義務違反後に生じた支出であるとしても、民法典二八四条を類推適用することができるとする見解⁽¹⁶⁾がみられる。なお、義務違反後の費用としては、瑕疵担保責任に関する追完履行費用⁽¹⁷⁾に関しても民法典二八四条が問題となりうるが、これは給付実現のための履行費用の負担であるから、支出賠償請求権では包摂され得ない⁽¹⁸⁾。

ii. 対象による区別

支出賠償の対象となる支出として、契約締結費用が対象となることは争いはない⁽¹⁹⁾。問題となるのは、税や手続費用など契約を実現するための支出と、設備投資など契約を実現した後の利用をより良くするための支出⁽¹⁷⁾とで区別をするべきか、また後者についてはさらに、有体物として債権者のもとに利益が保持される場合、支出賠償が金銭により債権者に支払われることとの関係でどのように処理すべきか、という点である。

第一の点については、統一的な支出賠償の規定という起草趣旨から、両者を区別すべきであるとしても、賠償の対象には含まれることになり⁽²⁰⁾、利用そのものを実現するための支出に関しては、これを契約費用として利用⁽²¹⁾の除外の対象に含めないとする見解と、契約費用であっても、契約目的の不到達⁽²²⁾が確定するに至る時点までは支出

目的を一時的には達成していたのであるから、これも利用控除の対象に含めるとする見解がある。⁽¹¹⁾

これに対して、利用価値を高めるための支出に関しては、とりわけ契約の直接の目的物から切り離して利用する価値が残される場合には、残存価値をどのように評価するのかが問題が残される。⁽¹²⁾ この点については、実際に債権者によって利用された期間についての控除を行ない、さらに残余価値を控除するという計算方法が考えられている。⁽¹³⁾

また、支出によって契約の目的物とは異なる、何らかの有体物が得られている場合には、目的不到達の判断に際して、支出の目的物ではなく、契約目的物についてのみ目的不到達の判断がなされることになる。⁽¹⁴⁾ そして、支出によって獲得された物が債権者のもとから移転可能であるか否かによって、⁽¹⁵⁾ 債務者に引き渡すことができる場合には引換給付の問題となるが、引き渡すことができない場合、あるいは引き渡しても債務者にとつて意味がない場合には、転用義務あるいは換価義務を課すことによって支出賠償額を減額すべきか否かの考慮が必要となる。⁽¹⁶⁾

第五款 衡平性要件の運用

衡平性要件については、契約信義に反する債務者に支出を転嫁してもよいということと、あらゆる支出の挫折の危険を債務者に負担させると無制限な賠償範囲の拡張に至るといふこととの折り合いをつけるための要件として考えられているが、⁽¹⁷⁾ 支出賠償請求権の範囲を決定するという規範の役割からみて、以下の五点において具体的な争いがある。

i. 衡平性要件の位置づけ

まず、民法典二八四条の定める衡平性要件の解釈に関しては、衡平の枠内で行なつた支出のみが賠償の対象と

されると解釈し、成立要件にのみ関わる規律⁽¹³⁸⁾とするのか、それとも、支出行為の審査に加えて、行なわれた支出を衡平の範囲内で賠償すると理解して効果面までを含めた規範⁽¹³⁹⁾として理解すべきであるのかについて争われている。

次に、衡平性要件と一般損害法における共働過責の規律⁽¹⁴⁰⁾が、本来債権者の自由に委ねられるべき支出の可否およびその程度にどのような影響を与えうるのかという観点から議論がなされている。この点については、民法典二五四条を指示しているにすぎない⁽¹⁴¹⁾とするのか、それともそれを越えて、民法典二八四条は広義の行為義務違反に対する制裁規範としての性質を有しており、より厳格な基準が妥当するという固有の賠償制限の枠組み⁽¹⁴²⁾として機能するのかが争われている。そして後者の見解は、衡平性要件を債権者の行為規範にとらえて、債権者と債務者の利益調整という規範目的から、債権者の追求する方法において具体的な事情のもとで支出を行なったことが合理的か否かという合理性の基準を提示する⁽¹⁴³⁾。

ii. 転用可能性

支出によって得られた利益を債務者に引き渡すことができない場合、これを債権者のもとで転用するよう義務づけることが考えられている⁽¹⁴⁴⁾。さらに、民法典二五四条二項の法思想を類推適用して、一般的に損害を軽減するための義務が債権者には存しているから、できる限り他の方法で支出を利用しなければならぬとする見解⁽¹⁴⁵⁾もあるが、商業的目的追求がなされた場合で、かつ、代替可能な給付について支出目的が代替取引によって達成されうる⁽¹⁴⁶⁾ときのみ転用義務を認める立場⁽¹⁴⁷⁾においても、将来の不確実な事情にかからしめた仮定的な利用可能性まで考慮するものではないから、支出賠償を請求する時点で転用が可能である場合に限られるとする。

これに対して、当初から他の目的への転用可能性が予定されており、かつ実際に転用した場合を除き、民法典

二五四条二項一文後段の類推による転用義務まで課することはできないとする見解⁽¹⁸⁾がある。また、同様の結論を、具体的に他の目的に転用された場合に債権者に生じる利益を考慮して、同一事件から生じた利益の控除という観点から基礎づける見解⁽¹⁹⁾もある。

iii. 換価義務

民法典二五四条の規律が債権者に代替取引を課していることから、支出によって得られる利益の目的を債権者に変更するよう強制することができると否かが問題となる。この点については、債権者の処分自由を保護するという民法典二八四条の目的を顧慮すれば、否定的に解されるべきである⁽²⁰⁾。ただし、商業的目的を追求している場合には、代替取引を行なうことが合理的に期待される範囲において、損害賠償額の減額という形で機能する余地を認める⁽²¹⁾。

iv. 契約実現への不安

契約が有効に成立して実現過程にあるとしても、その実現が危ぶまれる兆候がみられるときに、債権者が支出を見合わせなければならないのが問題となる。

このような性急な支出については、失敗する可能性の高い投資の危険を債務者に転嫁することになるため、賠償適格性を否定する見解⁽²²⁾がある。それに対して、民法典二八四条が定める要件は、給付の獲得への信頼のみであるから、債務者が給付を実現しない可能性を考慮して特定の支出を行なわないようにする債権者の義務は存しないとする見解⁽²³⁾がある。

v. 金額の制限

支出賠償請求権によって認められる金額が反対給付の客観的価値の額を超えているというのみで衡平性が否定

されるわけではないが、通説によれば、支出賠償の範囲は、期待されていた給付の種類と範囲に対して合理的な範囲内に制限されるとの理解がとられている。⁽¹⁵⁾

これに対して、衡平性要件により金額を制限しようとするには、ある給付に対して正当な支出額を確定したり、通常の価値を評価することは裁判官に固有の評価を避けることはできず、⁽¹⁶⁾ 法的確実性を欠くために行なうことができないし、また、債務者の予見可能性を基準として支出の範囲を限定するという手法も、損害法における因果関係の問題と賠償額の確定を混同しているとして否定する見解もある。⁽¹⁷⁾ この見解によれば、債権者が支出時点で情報を収集することで、より適切な支出額で目的を実現できるであろうという、支出の時点で存在する具体的かつ期待可能な可能性を債権者が有している場合には、衡平な方法で支出が行なわれていないとして、支出賠償請求権は、情報収集義務を果たしていれば支出していたであろう、より適切な金額の範囲内においてのみ支出賠償を請求できることになる。⁽¹⁸⁾ あるいは、衡平性要件により、何に対して支出を行なうかという債権者の処分自由は制限されるものではないが、契約締結に際して予見できない支出の賠償を債権者に課すべきではないから、取引に典型的な支出を越えた通常とはいえない支出については、一般損害法と同様に、債権者に指摘義務を課し、これに対する違反として賠償額の減額を導くというものである。⁽¹⁹⁾

また、目的物の通常期待されるべき使用は、債務者も契約において考慮に入れているため、債権者は当該給付の獲得を信頼して目的物の使用のための支出を行なってもよいが、債務者に認識されえない通常ではない使用意図の場合には、債権者と債務者間に存する情報の非対称性を縮減するために、賠償範囲を制限する可能性を認める。⁽²⁰⁾

この点については、期間の経過に応じて減額すべきであるとする見解⁽¹⁶⁾、民法典三四六条一項を類推するのではなく、支出の部分的な無価値化を理由に賠償額が減額されるのであることを理由に、具体的に使用された割合に応じて縮減すべきであるとする見解⁽¹⁶⁾、個別事例における目的不到達の範囲を明らかにすることによって算定される⁽¹⁶⁾とする見解がある。

第三節 ドイツ法の到達点

第一款 損害賠償請求権との関係

まず、問題となるのは、給付にかわる損害賠償とどのような関係となるのかという点である。旧法下において妥当していた収益性の推定という判例理論は、その対象を商業的目的に限定していた。現行法では民法典二八四条により目的の制限なく支出を賠償の対象とすることができるため、給付にかわる損害賠償の枠内で収益性の推定を介した支出相当額の賠償という手法は、その必要性を失う。もちろん、立法者は支出賠償と収益性の推定の併存を否定していないため、実務上定着した収益性の推定による賠償が引き続き選択されるといふことは否定できない。しかし、商業的目的に限り支出賠償と収益性の推定による賠償との選択的保護を認めるとしても、給付利益の額に限定するといった内容も含まれない支出賠償による方が債権者にとっては望ましいと考えられる。また、既に指摘されているように、目的設定の段階で明確に商業的か観念的かを区別することは容易ではないし、そもそもある支出が複数の性質を有する目的を同時に追求している場合に、支出目的の一部でも商業的目的が含まれていれば収益性の推定による保護を得られるのかは明らかではない。帝国裁判所の時代に確立された収益性

の推定は、過渡的な議論であり、支出賠償請求権の制定法化により、その役目を終えたものといえる。支出賠償請求権の損害賠償請求権に対する関係は、その文言のみから一義的に内容が明らかとなる条文構造を有していないが、支出に関する賠償請求権を統一的に規律するという立法趣旨からすれば、将来的には収益性の推定を廃し、できる限り支出賠償請求権に収斂させていくことが望まれる⁽¹⁶⁾。

また支出賠償請求権が、給付にかわる損害賠償請求権と選択関係にあるとの条文上の規律は、同一利益に対する二重填補の禁止という当該文言の趣旨から、制限的あるいは拡張的に解釈し、問題とされる利益ごとに賠償の可否を決定すべきである。そのため、給付にかわる損害賠償と両立する場合も、給付と同時の損害賠償を排除する場合もある⁽¹⁶⁾。

第二款 解除の規律との関係

解除による清算関係での支出の取り扱いについては、民法典三四七条二項で費用の賠償が規律されているが、民法典三二五条で解除と損害賠償の両立が認められていることから示されるように、債権者が解除法による費用の填補を選択する場合を除き、損害賠償の規律により実現される財産状態と異なる結論を導く必要はない。したがって、民法典二八四条による賠償方法を主張することも認められるべきである⁽¹⁶⁷⁾。

第三款 引換給付の関係

民法典二八四条は債権者に過剰な補償を与えることを認めていないのであるから、支出によって獲得された物が債権者のもとに残される場合、支出賠償を得ながら物を保持することは二重に利得してしまうことになり、原

説
則として当該物と引き換えにのみ支出賠償を請求できるとすべきである。⁽⁸⁸⁾

論
第四款 支出の種類

i. 分類の必要性

次に、支出の態様について、支出賠償請求権の妥当する範囲を検討する。統一的な支出賠償に関する規律を創設するという起草趣旨にも関わらず、現在では、契約に関する支出を全て同列に扱うことはできないことが明らかに becoming つつある。そのため、支出賠償請求権の成立を認めるとしても、その具体的な範囲を決定するに際しては、債権者が契約に関連してどのような支出を行なったのかを個別に検討していなければならない。

ii. 分類の方法

支出の種類としては、契約との関係でいつ行なったかという時期による区別、およびどのような内容に対して支出を行なったのかという対象による区別の二つが考えられる。既に起草段階において市公会堂事件が念頭に置かれていたように、民法典二八四条が典型的に予定していた支出の種類というのは、契約締結後、義務違反前に行なわれた、一回的かつ無形的な目的のための支出であるが、これと異なる類型について、どこまで支出賠償請求権の保護対象とすべきかが問題となる。

ア 時期による区別

まず、契約交渉が開始された後、契約成立前の支出についても、契約が後に成立した場合には、契約締結前であっても契約の実現を信頼してなされた支出であると言えるため、支出賠償請求権によって把握されることになる。問題となるのは契約が成立しなかった場合であるが、民法典三一 a 条二項によって責任が肯定される限り

においては、給付にかわる損害賠償請求権が成立するため、支出賠償請求権についても責任根拠が肯定されることになる。⁽¹⁶⁾

これに対して、義務違反後の支出については、もはや契約実現への期待が認められないため、原則として支出賠償の対象とはならないが、二重填補の禁止という制度趣旨に反しない限りにおいて、給付と同時の損害賠償にかえて支出賠償請求権による救済を認めてもよい。⁽¹⁷⁾

イ 対象による区別

支出がどのような対象に向けられていたかによって、賠償の可否を区別する必要はなく、具体的に利用された範囲を除いて支出目的の控折を観念することができるが、支出によって獲得された利益が債権者のもとで保持される可能性がある場合には、利益と支出とが対価関係にあることから問題となる。この点については、原則として引換給付の関係に立つものと扱うが、有体物として債権者のもとに利益が残される場合には、残余価値の控除が必要となる。⁽¹⁸⁾

第五款 衡平性要件の運用

i. 目的論的解釈

衡平性要件は、民法典二八四条の文言によれば、支出を行なってもよいのか否かを構成要件の段階で問うものであり、この要件は賠償の対象から排除されるか否かを判断することになり、金額を縮減するという法律効果の段階で機能するものではない。しかしながら、全てか無かの評価方法は、必ずしも妥当な解決を導けるとは限らないために、衡平性要件は、その文言を超えて考慮されるべきである。すなわち、損害法の上位規範である民法

典二五四条を考慮するとしても、衡平性要件には、支出に関する行為規範として固有の意義を与えるべきである。⁽¹⁷⁾ 具体的には、以下の四点において、衡平性要件は、債権者に一定の行為義務を課し、その違反の効果として賠償額の減額を考慮することもできると解すべきである。

ii. 具体的内容

ア 債権者の転用義務

支出を当初予定されていたのとは異なる目的のために転用することで損害の発生を回避あるいは損害を減少させるという義務を債権者に課す場合、当初は予定していなかった目的を追求させなければならず、債権者の処分自由を保護するという同条の目的にそぐわないものとなる。もつとも、支出の転用可能性については、自発的に生じた債権者の行為の結果、転用によって債権者に目的の挫折が生じなかったという場合にのみ、転用によって生じた利益の控除として考慮するにとどめるべきである。⁽¹⁸⁾

イ 債権者の換価義務

次に、民法典二五四条の法理から、支出の対象として有体物が残される場合に、支出目的が到達不能となったときには目的物を売却するなどして、目的物の残余価値を低減させるといった損害を軽減、もしくは防止しなければならぬとすることが考えられる。とりわけ、商業的目的のために支出を行なった場合には、その目的物の転売可能性が十分に認められ、かつ、債権者がそれを保持したり、場合によっては義務違反を行なった債務者に押し付けられるべきではないために、換価義務が存するとすべきであるとする。この義務が認められる場合、実際に売却した場合にはその金額が支出賠償の金額から控除され、売却されなかったとしても市場における転売価格が控除の対象とされることになる。⁽¹⁹⁾

他方、観念的目的が追求されていた場合には、その目的のために特化された物であると考えられる限りにおいて、債権者の属人的な主観的価値しか想定できず、具体的な換価義務までは生じない。

ウ 契約実現への不安

民法典二八四条は債権者が契約実現を信頼する限りにおいて自由に当該契約のための出捐を行なってもよいとの処分自由を保護するための規律であるから、契約実現への不安がある場合に、一般的に支出を見合わせるという債権者の義務は、衡平性要件からは認められない。ただし、債務者が不履行を告知するなど契約の不実現が確実とされる客観的な事情が存する場合には、給付の獲得に対する信頼がないとして支出賠償請求権が否定される可能性は残される。⁽¹⁶⁾

エ 対価性の限定

最後に、上述したような行為義務とは異なり、衡平性要件が支出金額についての制限として機能するという見解がある。たしかに、このような制限を付さなければ、履行請求権および給付にかわる損害賠償を原則とすると、例外としての支出賠償で認められる金額が、契約で当初予定されていた給付利益の額を上回るといふ不均衡な結果に至ることになるが、この見解は否定されるべきである。なぜなら、客観的に相当な支出のみが賠償の対象となるというように制限するとすれば、観念的目的のための支出は客観的価値の基準を用いることができず、商業的目的を追求する場合には契約目的物の客観的価値を上限とするという支出の制限が課されてしまうことになり、これは債権者が自由に支出を行なってもよいとの基本的な考え方に反することになる。ただし、契約に類型的な費用以外に支出を行なうときには、債権者が支出時点により適切な支出額で目的を実現できるであろうという具体的かつ期待可能な可能性を債権者が有している場合には、衡平な方法で行なわれていないとして、より

説 適切な金額の範囲内においてのみ支出賠償を請求できることになる。⁽¹⁷⁾

論 第六款 利用控除の算定方法

利用控除の算定方法としては、支出が無駄になった割合に応じて減額されるべきである。⁽¹⁸⁾したがって、支出によって獲得された目的物の抽象的な利用可能性を前提に、経過期間に応じて割合的に減額するという方法がとられるべきである。

第四節 ドイツ法の課題

ドイツにおける支出賠償請求権に関する議論は、契約の清算局面において、不完全履行や履行不能などによって債権者の満足が得られなかったという場合について、どのような賠償を債権者に認めるのかということから、理論的整序のみならず、具体的な賠償範囲についても争われてきた。そして、実務上は、解除と同時の損害賠償が認められるに至り、かつ、給付にかわる損害賠償の枠内において、収益性の推定を介した支出相当額の賠償を求めることも否定されてはいないため、債権者にはいずれの請求権を選択することが有利となるのかという問題が生じる。

このような状況において個別事例に関する各論的検討が行なわれるに伴い明らかになったのは、支出に関する統一的な条文を創設するという起草意図にもかかわらず、契約に関する支出全てを同列に扱うことはできないという問題であった。そして、ある支出についての賠償の可否を、何らかの基準により類型化して論じるに際しても、その位置づけは見解により異なるところである。⁽¹⁹⁾さらに、具体的な賠償範囲を確定するに際して、各要件を

どのように解釈すべきかという問題については、支出賠償請求権を損害賠償法上どのように位置づけるかという点から独立して論じられていることも指摘されている。⁽⁹⁸⁾

ドイツ法においても未だ実務上の取り扱いが確立していない支出賠償請求権については、各状況に応じて支出を類型化し、各要件との関係で位置づけていくことが引き続き必要となる。また、支出概念についても、民法典二八四条に固有の支出概念を定立する必要があるのか否かをはじめとして、債権法改正で削除された条文との関係で、すなわち従前の議論で含められていた支出が全て民法典二八四条に包摂されうる性質のものであるのか、これまで議論の蓄積のある信頼利益論⁽⁹⁹⁾との関係でも検討する必要がある。

(98) 以下に挙げる問題点の他、民法典二八四条の適用を排除する個別合意の効力も争われている (Arnold, a.a.O.(Anm.38), S.473, Rdnr.55f.; Ernst / MünchKomm., § 284, S.925, Rdnr.38.; Philipp S. Föschinger / Theresa Wabnitz, Aufwändungsersatz nach § 284 BGB, ZGS 4/2007, S.139, 144.; Hans Christoph Grigoleit, Neuregelung des Ausgleichs „frustrierter“ Aufwendungen (§ 284 BGB): Das ausgefallene Musical, ZGS 3/2002, S.122, 124.)。

(99) Stephan Lorenz, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 27/2005, S.1889, 1892. (以下 Lorenz, Schuldrechtsreform 2002 引用する)

(100) カナリス (Canaris, Äquivalenzvermutung, a.a.O.(Anm.29), S.32f.) は、等価性原理を離れた民法典二八四条の構造からは、観念的目的であるとして否定された市公会堂事件 (注33) も、商業的目的であっても後続する利用のための投資は給付と反対給付の交換関係の外にあるとして否定されたデイスコホール事件 (注30) も支出賠償の対象となるが、そもそも後続する利用の意図が当初の契約から生じたのではない場合や、債務者にとって認識できない意図である場合にも賠償の対象としてよいのかは疑問であるとする。同旨のものとして Weitemeyer, a.a.O.(Anm.97), S.281f. がある。さらに、トレーガーは、給付障害法上の保護を通じて社会的効用を増進する信頼投資を包括的に促進することが規範目的であるから、支出目的の性質は考慮する必要がないとしている (Tröger, Individualität, a.a.O.(Anm.48), S.2242.)。

- (101) デデクは、購入された絵画のための額縁という事例において、絵画が偽物であり返還する場合と、修復された絵画であり当初の目的は達成されないがなお保持しておくことにした場合とで、問題状況が異なることを指摘するも、このような観念的な損失の評価についてこれまで法は直面してこなかったとして結論は留保する (Dedek, aa.O. (Ann.51), S.415f.)。
- (102) ローレンツは、商業的目的の場合における支出賠償請求権の機能は、損害算定の負担を軽減することにあることを指摘する (Lorenz, Schuldrechtsreform, aa.O. (Ann.99), S.1892.)。
- (103) Canaris, Leistungsstörungen, aa.O. (Ann.50), S.517; Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Ann.44), S.203; Volker Emmerich, Aufwendungsersatz und Rentabilitätsvermutung, S.101, 108. (以下) Emmerich, Aufwendungsersatz, 上記引用 49) ; Grigoleit, aa.O. (Ann.98), S.123; Hk-BGB / Schutze, aa.O. (Ann.39), S.363, Rdnr.3; Weitemeyer, aa.O. (Ann.97), S.278f.
- (104) Dedek, aa.O. (Ann.51), S.410; Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Ann.44), S.206.
- エメリッヒは、両者の目的が混在する場合には、原則として商業的目的を基準として挫折を判断すべきであるとする (Emmerich, Aufwendungsersatz, aa.O. (Ann.103), S.110)。同旨のものとして Ernst / MünchKomm, § 284, S.922, Rdnr.27, がある。トレーガーは、両者の目的が混在する場合には、民事訴訟法二八七条を介した裁判所の裁量により、目的に応じて支出を割り付けることとすべきである (Tröger, Investitionsschutz, aa.O. (Ann.42), S.467)。同旨のものとして Fischinger / Wabnitz, aa.O. (Ann.98), S.143, がある。シェンクは、目的の一部を分離することができる場合には賠償請求権の配分を容認するが、原則としては主として追求された目的の挫折のみを考慮すればよいとしている (Schenk, aa.O. (Ann.43), S.59f.)。同旨のものとして Arnold, aa.O. (Ann.38), S.467, Rdnr.35, がある。
- 民事訴訟法二八七条 [損害調査等]
- (1) 損害が発生したか否か、及び損害又は賠償すべき利益の額がいくらかにつき当事者間で争いがあるときは、裁判所はこれに関し、すべての事情を評価して、自由な心証をもって裁判する。申し立てられた証拠調べ又は職権をもってする鑑定人による鑑定を命ずべきか否か、及びその範囲いかんについては、裁判所の裁量による。裁判所は、損害又は利益について立証者を尋問することができるが、この場合四五二条第一項第一文及び第二項ないし第四項の規定を準用する。
- (2) 財産法上の争いについて、当事者間に債権額について争いがあり、そのため基準となる一切の事情の完全な解明がそ

の債権の争われている部分の価値に対して均衡のとれないような困難を伴うとき、第一項第一文及び第二文の規定は他の場合にも準用される。

条文訳は、法務省大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典』（一九九三年・法曹会）八八頁以下による。

- (105) Ernst / MünchKomm, § 284, S.924f., Rdnr.35.; Kropholler, aa.O.(Ann.45), S.175, Rdnr.1.; Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Ann.44), S.113f.; Schenk, aa.O.(Ann.43), S.60.; Tröger, Individualität, aa.O.(Ann.48), S.2243f.; Weitemeyer, aa.O.(Ann.97), S.294f.

ただし、アーノルトは、遅延損害の領域において、民法典二八四条が適用されないため、引き続き収益性の推定が機能するであろう (Arnold, aa.O.(Ann.38), S.458, Rdnr.10, S.462f., Rdnr.18.)。

- (106) Arnold, aa.O.(Ann.38), S.470, Rdnr.46.; Fikentscher / Heinemann, aa.O.(Ann.97), S.222, Rdnr.440.; Klinck, aa.O.(Ann.44), S.483.; Lorenz, Schuldrechtsreform, aa.O.(Ann.99), S.1892.; Schenk, aa.O.(Ann.43), S.56.; HK-BGB / Schütze, aa.O.(Ann.39), S.363, Rdnr.3.; Weitemeyer, aa.O.(Ann.97), S.289f.

ケゼルは、遅延損害における逸失利益の例を挙げ、給付と同時の損害賠償についても、支出賠償と同一の利益を対象とする可能性があるから、その限りにおいて民法典二八四条の選択制は拡張解釈され、給付と同時の損害賠償を排除する可能性があるとする (Beate Gsell, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, NJW 3/2006, S.125, 125f.) が、他方で、義務に違反して履行された契約の場合に、契約利益の賠償、すなわち給付にかわる損害賠償と同時に支出賠償が請求される可能性を認めよう (S.125f.)。

- (107) Arnold, aa.O.(Ann.38), S.469f., Rdnr.42f.; Holger Eilers, Zu Voraussetzungen und Umfang des Aufwendungsersatzspruchs gemäß § 284 BGB, JURA 3/2006, S.201, 205.; Emmerich, Aufwendungsersatz, aa.O.(Ann.103), S.107f.; Gsell, aa.O.(Ann.106), S.125f.; Fikentscher / Heinemann, aa.O.(Ann.97), S.222, Rdnr.440.; Kropholler, aa.O.(Ann.45), S.175, Rdnr.1.; Reim, aa.O.(Ann.44), S.366f.; Schmidt-Kessel, Kommentar, aa.O.(Ann.96), S.463, Rdnr.5.; HK-BGB / Schütze, aa.O.(Ann.39), S.363, Rdnr.3.; Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Ann.44), 108.; Weitemeyer, aa.O.(Ann.97), S.289f.

ただし、損害賠償と支出賠償が重畳して認められる可能性も完全に否定しておらず、その場合には民法典二八四条に定められた選択制は目的論的に制限されると述べている (Canaris, Leistungstörungen, aa.O.(Ann.50), S.517.)。

- (108) Ernst / MünchKomm, § 284, S.923, Rdnr.30.; Träger, Individualität, aa.O.(Anm.48), S.2243.
- (109) Dedek, aa.O.(Anm.51), S.412.; Arnold, aa.O.(Anm.38), S.471, Rdnr.49.
- (110) Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O.(Anm.44), S.204f.; Fischinger / Wabnitz, aa.O.(Anm.98), S.140.; Gsell, aa.O.(Anm.106), S.125.; Schenk, aa.O.(Anm.43), S.60f.; HK-BGB / Schulte, aa.O.(Anm.39), S.363, Rdnr.4.
- (111) Arnold, aa.O.(Anm.38), S.471, Rdnr.48.; Dedek, aa.O.(Anm.51), S.411.; Gsell, aa.O.(Anm.106), S.125.; Schmidt-Kessel, Kommentar, aa.O.(Anm.96), S.S.463, Rdnr.2.
- (112) Arnold, aa.O.(Anm.38), S.464, Rdnr.26.; Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Anm.44), S.93f.; Träger, Individualität, aa.O.(Anm.48), S.2242.
- シネットヘルは、解除に基づく請求権と支出賠償請求権とは相互に独立した規律であり、どちらの請求権により得られる状態を望むかは債権者の選択に委ねられるべきであるから、解除法の規律は支出賠償請求権に類推適用されるべきではないとする(Stoppel, Verhältnis, aa.O.(Anm.45), S.260.)。
- (113) Dedek, aa.O.(Anm.51), S.414.; Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O.(Anm.44), S.204.; Gsell, aa.O.(Anm.106), S.127.; Schmidt-Kessel, Kommentar, aa.O.(Anm.96), S.463, Rdnr.5.
- (114) 民法典三四八条(引換給付)
- 解除から生じる両当事者の義務は、相互に引き換えに履行されるべきである。三二〇条、三二二条の規定は準用される。
- (115) Arnold, aa.O.(Anm.38), S.468, Rdnr.39.; Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O.(Anm.44), S.205f.; Fischinger / Wabnitz, aa.O.(Anm.98), S.142.
- ただし、支出賠償請求権が成立する場合に、支出によって取得された利益の引き渡しができないとき、および債権者への利益の無意味な押しつけとなり引き渡すことが相当ではないときには、取得された利益を転用するよう債権者に義務づけることができるか否かの問題となることが指摘される(第三章第二節第五款ii.参照)。
- (116) Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O.(Anm.44), S.208.
- (117) ただし、契約実現への不安が生じた後の支出については、衡平性要件との関係で議論がある(第三章第二節第五款iv.参照)。
- (118) Ernst / MünchKomm, § 284, S.919, Rdnr.18.; Kötz, aa.O.(Anm.95), S.490, Rdnr.1197.

- (119) Arnold, a.a.O.(Ann.38), S.465, Rdnr.27f.; Emmerich, Aufwendungsersatz, a.a.O.(Ann.103), S.110.; Reim, a.a.O.(Ann.44), S.365f.; Schenk, a.a.O.(Ann.43), S.58.
- (120) Stoppel, Aufwendungen, a.a.O.(Ann.44), S.96f.
- (121) 契約締結後に行なわれる支出に関しては、給付にかわる損害賠償への後続損害として扱われるものや、給付と同時の損害賠償として扱われるものが混在する。
- (122) Arnold, a.a.O.(Ann.38), S.461, Rdnr.16, S.465, Rdnr.29.; Gsell, a.a.O.(Ann.106), S.125.; Kötz, a.a.O.(Ann.95), S.490, Rdnr.1197.; Schenk, a.a.O.(Ann.43), S.56.; Hk-BGB / Schulze, a.a.O.(Ann.39), S.364, Rdnr.10.; Stoppel, Aufwendungen, a.a.O.(Ann.44), S.96.
- (123) エラーズは、契約清算に際しての鑑定費用の問題を、鑑定費用が生じたのが解除の前後であるかによって判断が異なることは妥当ではないことを指摘し、これを支出賠償で認めても二重填補にならないことを理由に、その対象に含める。その結果、給付にかわる損害賠償の中で後続損害に位置づけられていた損害項目については、支出賠償と同時に請求される可能性も承認する (Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, a.a.O.(Ann.44), S.205)。同旨のもとの Gsell, a.a.O.(Ann.106), S.125f.; Fikentscher / Heinemann, a.a.O.(Ann.97), S.222, Rdnr.440.; Kropholler, a.a.O.(Ann.45), S.175, Rdnr.1.; Schmidt-Kessel, Kommentar, a.a.O.(Ann.96), S.463, Rdnr.5.; Hk-BGB / Schulze, a.a.O.(Ann.39), S.363, Rdnr.3.; Weitemeyer, a.a.O.(Ann.97), S.289ff.がある。
- (124) ただし、このような場合トレーガーによれば、民法典二五四条二項一文および衡平性要件により、増加費用の支出を回避することのできたか否かがさらに問題となる (Träger, Investitionsschutz, a.a.O.(Ann.42), S.464f)。また、エルンストは遅滞による損害賠償にかえて支出賠償が問題となるのは定期行為に限られるとする (Ernst / MünchKomm, § 284, S.916f, Rdnr.14)。
- (125) この点については、追完履行が奏功する場合、給付にかわる損害賠償請求権が成立しないため、支出賠償請求権も排除されることになるが、売主による有責な不完全な給付の後、追完履行に奏功したとしても、追完履行前に行なわれて挫折させられた支出の挫折も除去しない限り、民法典四三七条三号、民法典二八〇条一項、民法典二八四条を類推適用して支出賠償を認める。なお、瑕疵を原因として売主に目的物を返還する場合には民法典三四七条二項により、給付をしない、または不完全にしか給付をしない場合には、収益性の推定を介した給付にかわる損害賠償によっても、必要な費用および増加費用を損

害について主張するべきである (Klinck, a.a.O.(Anm.44), S.486f.)。

(126) Arnold, a.a.O.(Anm.38), S.462, Rdnr.20; HK-BGB / Schulze, a.a.O.(Anm.39), S.364, Rdnr.8.

シエンクは「契約の実現を信頼して行なわれたものではないから、目的物の調査費用が除外されることを明示する (Schenk, a.a.O.(Anm.43), S.57.)。同旨のものを」Arnold, a.a.O.(Anm.38), S.465, Rdnr.27, があげ。

(127) この点については、さらに契約そのものが継続性を有する賃貸借契約にも、民法典二八四条の適用があるかが問題となり、他人の物を自らのものに留めおくという点で、売買契約とは給付の獲得に対する信頼の内容が異なる点に注目する。そのため、賃貸借における民法典五三六b条、民法典五三六c条、民法典五四八条二項を民法典二八四条にも類推適用することによって、評価矛盾を回避することが考えられている (Jürgen Oechler, Aufwendungsersatzansprüche nach § 284 BGB im Mietrecht, NZM 17/2004, S.647, 651.)。同様に、賃貸借契約への適用を認めざるを」Arnold, a.a.O.(Anm.38), S.460, Rdnr.13; Emmerich, Aufwendungsersatz, a.a.O.(Anm.103), S.107, があげ。

民法典五三六b条 (賃借期間中に生じた瑕疵・賃借人による瑕疵の告知)

(1) 賃借期間の経過中、賃貸目的物の瑕疵が明らかとなり、または予見できない危険に対して賃貸目的物を保護するため
の措置が必要な場合、賃借人は、これを賃貸人に遅滞なく告知しなければならない。第三者が、目的物についての権利
を不当に行使する場合も、同様である。

(2) 賃借人が告知しない場合、それによって生じた損害の賠償を賃貸人に義務づける。告知の懈怠のために賃貸人が、瑕
疵の除去を行なえないという限りにおいて、賃借人は以下の権利を与えられない。

1. 五三六条に定められた権利の主張、
2. 五三六a条一項による損害賠償請求、
3. 五四三条三項一文による除去のための適切な期間を定めることのない解約。

民法典五三六c条 (契約の締結または受領に際しての賃借人の瑕疵についての認識)

契約締結に際して、賃借人が賃貸目的物の瑕疵を知っている場合、五三六条および五三六a条の権利は認められない。
重大な過失により瑕疵を知らなかった場合、賃貸人が瑕疵を故意に告げなかった場合に限り、これらの権利が認められる。
賃借人が、瑕疵を知りながら瑕疵ある目的物を承認するとき、承認に際して権利を留保する場合に限り、五三六条および

五三六 a 条の権利を主張できる。

民法典五四八条二項（賠償請求権および原状回復請求権の時効）

(2) 支出の賠償または費用の原状回復の許可に関する賃借人の請求権は、賃貸借関係の終了後、六月の時効によって消滅する。

- (128) Ellers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Anm.44), S.206.
- (129) Arnold, aa.O. (Anm.38), S.462; Rdhr.21.; Gsell, aa.O. (Anm.106), S.127.; Schenk, aa.O. (Anm.43), S.58.; HK-BGB / Schulze, aa.O. (Anm.39), S.364, Rdhr.9,
この点については、支出賠償請求権を積極的利益の賠償請求権の一つと位置づける見解からは、逸失利益の証明に成功する場合には、たとえば転売のための契約費用なども支出賠償請求権で把握できるとする (Tröger: Investitionsschutz, aa.O. (Anm.42), S.465.) が、類型的な信頼損害の把握とどう起草趣旨 (第二章第二節第三款1.) にしたがって、賠償請求を否定する立場が強² (Reim, aa.O. (Anm.44), S.3664.)。
- (130) OLG Stuttgart Urt. v. 25.8.2004, aa.O. (Anm.69).
- (131) Arnold, aa.O. (Anm.38), S.469; Rdhr.40.; Dedek, aa.O. (Anm.51), S.413.; Gsell, aa.O. (Anm.106), S.127.; Tröger: Individualität, aa.O. (Anm.48), S.2246.
- (132) Dedek, aa.O. (Anm.51), S.414.
- (133) Ellers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Anm.44), S.208.
同様に「利用控除のごとく認めざるべし」と Schmidt-Kessel, Kommentar, aa.O. (Anm.96), S.464, Rdhr.9.をみる。
- (134) Dedek, aa.O. (Anm.51), S.412.
- (135) Ellers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Anm.44), S.206.; Weitemeyer, aa.O. (Anm.97), S.293f.
- (136) 第三章第五款三³ 出参照。
- (137) Fleck, aa.O. (Anm.48), S.1046.
- (138) Fleck, aa.O. (Anm.48), S.1046.
- (139) Ellers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Anm.44), S.207.; Schmidt-Kessel, Kommentar, aa.O. (Anm.96), S.464, Rdhr.9.

- (140) 民法典二八四条についても、一般損害法の規律が適用または類推適用されるといふことについては、ほぼ一致しているものの、具体的にどのような形で影響を及ぼすのかは争われているが (Ernst / MünchKomm, § 284, S.924, RdNr.33.; Fleck, aa.O. (Anm.48), S.1046.)、直接適用または類推適用を否定する見解もある (Stoppel, Aufwendungen, aa.O. (Anm.44), S.106.; ders., Verhältnis, aa.O. (Anm.45), S.257.)。
- なお、民法典二五四条との関連では、損害回避費用を支出賠償請求権における支出との関係もさらに問題となり、損害回避費用が支出賠償の総額を上回る場合には、回避費用の賠償請求権は否定されるとする (Stoppel, Aufwendungen, aa.O. (Anm.44), S.106.)。
- (141) Canaris, Leistungsstörungen, aa.O. (Anm.50), S.517.; Grigoleit, aa.O. (Anm.98), S.123.
- (142) Arnold, aa.O. (Anm.38), S.466, RdNr.31.; Reim, aa.O. (Anm.44), S.3665.
フレックは、民法典二五四条一項による制限が機能しないこと、および同条二項による通常ではない高額の出捐をするという警告義務は事実上機能しないことを指摘している (Fleck, aa.O. (Anm.48), S.1048f.)。
- (143) Fleck, aa.O. (Anm.48), S.1051.
そして、合理性の統御は、支出を見合わせる義務と目的物と支出額についての情報提供義務を導くが、前者については給付の獲得に対する信頼要件に再構成する。
- (144) Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Anm.44), S.206.
- (145) ただし、この点については、証明責任を債務者に課することによって、債権者が他の目的で転用できなかったことを立証することができる局面は限定されるために、実際上の問題は生じないこととする (Reim, aa.O. (Anm.44), S.3666, 3667.)。同じものとして、Gsell, aa.O. (Anm.106), S.126. がある。
- (146) Fischinger / Wabnitz, aa.O. (Anm.98), S.140.; Schenk, aa.O. (Anm.43), S.60.
- (147) Eilers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O. (Anm.44), S.206.
同じものとして、Gsell, aa.O. (Anm.106), S.126.; Schmidt-Kessel, Kommentar, aa.O. (Anm.96), S.464, RdNr.10. がある。
- (148) Arnold, aa.O. (Anm.38), S.471f, RdNr.52.; Tröger, Individualität, aa.O. (Anm.48), S.2246.
- (149) Stoppel, Aufwendungen, aa.O. (Anm.44), S.101.

- (150) Ellers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O.(Anm.44), S.207.
- (151) Canaris, Leistungsstörungen, aa.O.(Anm.50), S.517.; Ellers, Aufwendungsersatzanspruch, aa.O.(Anm.44), S.207.; Träger, Individualität, aa.O.(Anm.48), S.2246.
- (152) Arnold, aa.O.(Anm.38), S.471, Rdnr.51.; Brox / Walker, aa.O.(Anm.46), S.241, Rdnr.77.; Canaris, Leistungsstörungen, aa.O.(Anm.50), S.517.; Grigoleit, aa.O.(Anm.98), S.124.; Kropholler, aa.O.(Anm.45), S.175, Rdnr.3.; Schenk, aa.O.(Anm.43), S.59.; Hk-BGB / Schulze, aa.O.(Anm.39), S.364, Rdnr.11.; Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Anm.44), S.90.; Träger, Investitionsschutz, aa.O.(Anm.42), S.466, 469.
 エメリッヒは、債務者が、契約が適時にまたはなにも実現できなざらうことを債権者に告知した場合には、衡平にみて支出を行なうこともよほどはごえなざらうとする (Emmerich, Aufwendungsersatz, aa.O.(Anm.103), S.110f.)。フレックは、債権者が目的の挫折が予見してゐるにも関わらず支出を行なつた場合にとらえて、民法典二五四条一項を援用して、給付の獲得への信頼とらう要件の中に解消されることについている。ただし、支出を行なうことが給付の前提となつてゐる場合や、支出を見合わせることによつて経済的な不利益が現実化する場合には、契約目的の表現が不安であつたとしても支出を行なうことが正当化されることである (Fleck, aa.O.(Anm.48), S.1049, 1052)。
- (153) Arnold, aa.O.(Anm.38), S.466, Rdnr.31.; Klinck, aa.O.(Anm.44), S.486.; Reim, aa.O.(Anm.44), S.3665.
- (154) Canaris, Leistungsstörungen, aa.O.(Anm.50), S.517.; Ernst / MünchKomm., § 284, S.915, Rdnr.10a.; Schenk, aa.O.(Anm.43), S.60.
 かんたんに「アーノルトは、商業的目的追求の場合には、民法典二二二条一項(前掲注34)に準じて積極的利益の額を上限とする」といふのである (Arnold, aa.O.(Anm.38), S.463, Rdnr.24)。
- (155) Emmerich, Aufwendungsersatz, aa.O.(Anm.103), S.111.; Fikentscher / Heinemann, aa.O.(Anm.97), S.223, Rdnr.441.; Klinck, aa.O.(Anm.44), S.485.; Kötz, aa.O.(Anm.95), S.490, Rdnr.1198.; Kropholler, aa.O.(Anm.45), S.175, Rdnr.3.; Reim, aa.O.(Anm.44), S.3666.; Schmidt-Kessel, Kommentar, aa.O.(Anm.96), S.464, Rdnr.9.; Schenk, aa.O.(Anm.43), S.59.
- (156) Fischinger / Währitz, aa.O.(Anm.98), S.142f.
- (157) Fleck, aa.O.(Anm.48), S.1047f.; Träger, Individualität, aa.O.(Anm.48), S.2247.

- この見解によれば、上述したように、債権者の支出における行為態様に着目して、支出の賠償適格性を判断していくことになる。
- (158) なお、この見解においては、債権者の行為可能性については、本来は債務者に課せるべきとしながらも、情報の非対称性を根拠に債権者に転換する (Fleck, aa.O.(Ann.48), S.1052, 1053)。
- (159) Arnold, aa.O.(Ann.38), S.466, Rdnr.32; Canaris, Leistungsstörungen, aa.O.(Ann.50), S.517; Ernst / MünchKomm, S.284, S.920, Rdnr.22; Grigoleit, aa.O.(Ann.98), S.124; Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Ann.44), S.98; Träger, Individualität, aa.O.(Ann.48), S.2246f.; ders., Investitionsschutz, aa.O.(Ann.42), S.468.
- (160) Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Ann.44), S.98f.; Träger, Individualität, aa.O.(Ann.48), S.2244.
- (161) なお、瑕疵担保責任による減額が行なわれた場合、目的物についての減額割合に応じて、支出賠償額も減額されるべきであるとされている (Canaris, Äquivalenzerwartung, aa.O.(Ann.29), S.30f.) が、不完全給付の場合に関しては損害賠償のみ認められるとする見解 (Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Ann.44), S.111.) もある。
- (162) Fischinger / Wahnitz, aa.O.(Ann.98), S.141; Kropholler, aa.O.(Ann.45), S.174, Rdnr.1.
- (163) トレーガーは、自動車の事例において、追加装備については走行距離を基準に、輸送および認可費用については経過期間を基準に減額すべきであることを述べて、これは他の目的物の場合にも敷衍されるとしている (Träger, Individualität, aa.O.(Ann.48), S.2245)。
- (164) Gsell, aa.O.(Ann.106), S.127; Stoppel, Aufwendungen, aa.O.(Ann.44), S.100.
- デdekは、控除の算定方法について、民事訴訟法二八七条の領域になるとして、走行距離に応じた価値喪失の算定方法を支持する (Dedek, aa.O.(Ann.51), S.415)。
- (165) 第三章第二節第一款注105参照。
- (166) 第三章第二節第一款注107参照。
- (167) 第三章第二節第二款注110参照。
- (168) 第三章第二節第三款注115参照。
- (169) 第三章第二節第四款1.注120参照。

- (170) 第三章第二節第四款 i. 注 123 参照。
- (171) 第三章第二節第四款 ii. 注 131 参照。
- (172) 第三章第二節第四款 ii. 注 133 参照。
- (173) 第三章第二節第五款 i. 注 142 参照。
- (174) 第三章第二節第五款 ii. 注 148 参照。
- (175) 第三章第二節第五款 iii. 注 151 参照。
- (176) 第三章第二節第五款 iv. 注 153 参照。
- (177) 第三章第二節第五款 v. 注 160 参照。
- (178) 第三章第二節第六款注 164 参照。
- (179) たとえば、契約締結後、その実現に不安が生じた際の支出については、給付の獲得への信頼要件に解消する見解もあれば、衡平性要件で対処すべきとする見解も存する（第三章第二節第五款 iv. 参照）。
- このような体系上の混迷は、それぞれの見解が念頭におく事例に相違が存する点に起因する。とりわけ、立法者が念頭においていた市公会堂事例のように観念的目的設定に関する支出の賠償と、裁判例上みられる瑕疵担保責任の事例では、支出目的の評価に差異が生じることは否定できない。
- (180) 前掲注 94 参照。
- (181) 信頼利益賠償と支出賠償の範囲が一致しないことは一般的に承認されており（Ernst / MünchKomm, § 284, S.914, Rdnr.6）、法律行為法における民法典一二二条一項、民法典一七九条二項（前掲注 34 参照）の規律においては、履行利益の額に賠償範囲が制限されているのに対し、支出賠償では、衡平性要件による賠償額縮減の方法は用意されているものの、反対給付の額に制限されないとの立場が一般的にとられている（第三章第二節第五款 v.）。この点は、履行利益を中心とした従来の議論の枠組みから外れるものであるが、収益性の推定を介した給付にかわる損害賠償では填補しきれない支出を賠償の対象としていうとした支出賠償の特徴の一つであると位置づけられる。

第四章 おわりに

第一節 日本法上の問題点

第一款 現行法の解釈

日本法の問題を考えるに際しては、下級審裁判所で認められてきたように、民法四一六条を出発点として差額説と相当因果関係で損害賠償の範囲が定まるといふ非常に柔軟かつ広範な基準を介することで、支出賠償の議論をわが国の解釈論に持ち込むことも可能になると考えられる。この際、損害項目は何が支出に当たるといふ議論に相当し、因果関係の問題は支出目的の挫折で論じられ、具体的損害算定に際して衡平性要件における種々の議論が取り込まれることになる。すなわち、個別の損害項目として把握されうる支出については、債務者の債務不履行と債権者が契約について行なった支出の目的が挫折したこととの因果関係が存するという限りにおいて、支出の挫折という事情は債務不履行によって生じた損害として把握することが可能であり、その金銭評価規範として支出した金額を用いるということになる。具体的な賠償額を確定するにはさらに衡平性の審査を経ることになるが、このような手法は、損害項目の相当性と損害項目内における金額の相当性を判断する現在の取り扱っても親和的であると考えられる。このようにして、支出賠償の考え方は、相当性の基準のみに賠償の可否を委ねるのではなく、この点に一定の基準を提示するものとなりうる。これにより、契約によって保護されるべき債権者の利益を具体的に確定していくことで、損害論の視点から、履行利益と信頼利益の二分論では十分に論じることができない賠償範囲確定の基準を提示することができる。

第二款 債権法改正での開かれた議論

現在行なわれている債権法改正の議論において、損害賠償の範囲を定める規律はそれほど詳細なものではない。少なくとも、契約にまつわる費用をどのように扱うのかについて、完結的かつ一義的に示した規律は存在せず、また、[311.67]⁽⁸⁾においても明示的に開かれたままにしたことを示している⁽⁹⁾。

そのため、一つの方法としては、ドイツ法と同様に立法による解決を企図するという方法が考えられるが、現行法および債権法改正の議論にしたがい、解釈論としてこれを展開する方が模索されるべきであろう。

第三款 支出賠償制度の具体化

支出賠償制度が解釈論として実現されるとすれば、とりわけ契約が解除された場合の清算関係は再構成されることになる。すなわち、解除による原状回復関係に基づき目的物の返還⁽¹⁰⁾がなされると同時に、解除とともにする損害賠償の内容は、純粋な損害賠償の部分と支出を賠償の対象とする部分とに分類され、それぞれ賠償範囲が確定されることになる。

また、損害賠償請求権との関係については、給付利益の額が確定できないか、あるいは給付利益の額を超える支出がなされた場合に新たな保護領域をもたらすことになるが、現在もなお潜在的に前提とされているであろう損害賠償法上の思想、すなわち、契約で約束された給付利益以上の損害賠償は原則として認められるべきではないという考え方は、観念的目的が追求される場合の支出賠償請求権が克服しなければならない議論である。

日本法上、ドイツにおいて形成された支出類型の一部については、既に一定の解決が示されている。たとえば、契約が解除された場合に返還目的物に投資がなされていた場合には、必要費あるいは有益費償還請求権の問題とすることができ、契約前に行なわれた支出については契約締結上の過失として一定の範囲で保護されるといふ取り扱いが確立している。そのため、支出賠償の問題を論じるに際しては、既存の法理では解決が難しいとされる事例群と、すでに一定の規律が確立された領域との両者を統合することができ、なお検討を要する課題である。すなわち、物権法上の費用償還請求権や、解除にともなう不当利得、損害賠償の議論など、関連分野が多岐にわたるため、これら法制度との整合性が確保できるのかを十分に検討することが必要となる。

(182) 民法(債権法) 改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 Ⅱ』(二〇〇九年・商事法務) 二六二頁、二六七頁以下。

【3.1.67】(損害賠償の範囲)

① 契約に基づき発生した債権において、債権者は、契約締結時に両当事者が債務不履行の結果として予見し、または予見すべきであった損害の賠償を、債務者に対して請求することができる。

(183) 民法改正中間試案においては、契約費用の問題を取り扱っていない(法務省民事局参事官室「民法改正中間試案の補足説明」(確定全文+概要+補足説明)〔二〇一三年・信山社〕一一九頁以下)。

6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲(民法第四一六条関係)

(1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

ア 通常生ずべき損害

イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害

(2) 上記(1)に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じた時は、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。

(184) この点については、解除による返還目的物の従物として所有権が移転し、それについての有益費償還請求権、あるいは不当利得の問題として対処することもできる。すなわち、解除の事例についていえば、契約費用の部分については解除とともにする信頼利益賠償で、後続する利用のための支出については有益費償還請求権でそれぞれ処理することが現行法上も可能である。

〔付記〕 本研究は科研費(24730094)による研究成果の一部である。