

## わが国における損害賠償額の算定期期

田 中 稔

### 目次

- I. はじめに
- II. 富喜丸事件判決前
  - 1. 債務不履行
  - 2. 不法行為
  - 3. 判例の整理
  - 4. 学説
- III. 富喜丸事件判決
- IV. 富喜丸事件判決後
  - 1. 判例
    - a. 中間価格時
    - b. 口頭弁論終結時
    - c. 富喜丸準則の先例性
    - d. 契約の解除
  - 2. 口頭弁論終結時説
  - 3. 損害の金銭的評価－平井説・北川説－
    - a. 平井説
    - b. 北川説
  - 4. 近時の動向－損害軽減義務－
- V. 検討
  - 1. 学説の展開
  - 2. 試論
- VI. 残された課題

### I. はじめに

損害賠償額算定の基準となる物の時価に変動がある場合には、賠償義務者の負う損害賠償額に影響を及ぼすために、どの時点の価格によるべきかが、重要な問題となる。しかし、価格算定の時期についての明文の一般規定はわが国には存在しないために、問題は解釈にゆだねられている。

価格算定期期が問題となり得る一定の期間における物の価格変動は、㊶時価が上昇傾向にある場合、㊷下落傾向にある場合、㊸中間最高価格があ

る場合に分類することができる(前田・判タ3頁)。㊦では期間の最後の時点が、また、㊧では期間の最初の時点が価格算定期間として採用されうる場合、最高価格時以外の時点が価格算定期間として賠償権利者から主張されてこれが採用されても賠償義務者にとって不利益は生じない。理論構成には問題がありえようが、当面、最高価格時より価格の低い時点を基準として採用することができると考えてよかろう。㊨で中間最高価格が採用されうる場合にも同様であろう。従って、採用されうる最高価格時は何時になるか、という問題として価格算定期間の問題は議論することができよう。

周知のように、この問題には大審院・最高裁の判例の動向が大きな影響を与えてきた(わが国の判例の整理については、谷口、平井、北川、柚木=高木、林=石田=高木、奥田、前田、岡本などが詳細である。三宅253頁以下は解除の事案について詳論する)。

わが国の学説は、判例の採用する債務不履行時、不法行為時、契約解除時、中間価格時、口頭弁論終結時といった多岐にわたり判断枠組の不透明な複数の時点の理論的な把握を、価格算定期間を民法416条の損害賠償範囲画定に関連づけている⑫富喜丸事件判決(拙稿・沖国36号24頁以下参照)にいったん追従しながら、行ってきた。これに対し、有力な見解は、⑫の判断枠組を相対化し、価格算定期間の決定は同条によるべきではないとの理解の下に、損害の金銭的評価という、損害賠償範囲とは別個の問題ととらえている。最近では、賠償権利者の損害軽減義務という観点から価格算定期間の問題を考える見解も現れている。

筆者はすでに、価格算定期間に関するわが国の判例法理を明らかにすべく、主として大審院・最高裁の裁判例を手がかりに、履行不能、解除、不法行為に類別して整理を試みてきた(下級審を含む裁判例の事実および判旨の詳細については、拙稿・六甲台、同・沖国34号、同・沖国36号を参照されたい。本稿では大部分の裁判例を末尾の一覧で付する番号により引用することを予めお断りする。また、価格が下落した場合に問題となりうる売主の損害については本稿では取り上げる余裕がない。拙稿・沖国34号80頁参照)。

そこで、本稿では、前稿までの判例の整理を踏まえ、わが国の学説の展

開の跡をたどり、価格算定期間の問題の所在を探りたい。

## II. 富喜丸事件判決前

### 1. 債務不履行

北川善太郎が注目するように、初期の裁判例である⑤⑥は、得べかりし利益に言及することなく時価と契約価格の差額の賠償を債権者の請求通り認めている。しかし、その後程なく、大審院はこれを得べかりし利益であると相次いで述べるに至る。北川によれば、ここに価格騰貴時の時価に相当する損害が⑩により特別損害とされる端緒がみいだされる（北川・於保還暦129頁以下、同・論叢88巻104頁以下）。

履行不能による損害賠償額が債務の目的物の時価により算定されるべき場合において、大審院は、原則として履行不能時を基準とするとしながら、物を保有していないためにその後の価格騰貴によって喪失する利益の賠償を認めている（⑩⑪）。大審院は、①⑦を除き、この利益を転売利益とは明言せず、価格算定期間として主張されている時点まで債権者が物を保有していたといえるかだけを問題にする。ここに、騰貴した物を保有することそれ自体によって得られるべき利益を債権者の消極損害とみているという余地がある。

これに対し、履行遅滞により契約が解除された場合に解除時を原則として採用するという準則（以下「解除時準則」という）は、裁判例をみるかぎり、確立されていない。目的物を転売済の買主が売主の遅滞により契約を解除した⑧では、履行期を含む特定の時点における時価ではなく転売価格が基準とされている。もっとも⑧では買主が解除から半年後の時点を経済算定期間として主張している。④では、主張されている時点は解除前にあたるとの売主の上告に対し、解除の前後を問わないとの理由付けにより、解除後の時点と認定しこれを採用する原判決が維持されている。しかし、その直後の⑥は、解除までに生じた損害が原則として賠償されうると述べ、解除の1年後の時価を基準にする賠償請求を特別の事情を要するとして退けている。⑦は⑥を引用しつつ解除から2ヶ月後のそれを退けている。一部

の学説は⑥が解除時準則を確立しているとみるが(柚木324頁、北川・論叢88巻97頁、三宅253頁以下など)、履行不能の⑪と違い、債権者の主張する時点が採用されない場合に解除時という特定の時点によるとはされていない。なお、⑥は、特別の事情のあるときは、解除後に生ずる損害も賠償されうるとしている。ここにいる特別の事情は民法416条2項のそれではなかろう(解除後の代替的取引による損失は解除後に生ずる損害の典型である。大判昭和7年2月24日裁判例6輯民事36頁は、解除後に生ずる損害が常に特別損害であるとはいえない、とする)。

債務不履行における損害賠償の範囲を定める民法416条は戦乱の勃発等の事情により価格騰貴があった場合に適用されている。同条2項にいう予見の時期を契約締結時でなく履行期までとする⑤では戦乱の勃発による価格騰貴が予見の対象とされている。価格騰貴が経済の趨勢によるときは通常損害とされている(⑩⑫。以下ではかかる事情の予見の要請を「騰貴予見準則」という。後述のように、最高裁の⑭⑮により、価格騰貴をめぐる予見の対象は価格騰貴一般に拡大するが、⑭⑮に言及するときはそれを含んで用いることとする。なお、価格算定期の問題における⑤の意義については、岡本111頁、拙稿・冲国36号9頁以下参照)。初期の学説は価格算定の時期については論ずることなく同条において騰貴予見準則の存在に言及する(岡松87頁、松波ら150頁以下、梅59頁以下、岩田98頁)。

⑫前の裁判例では⑪が注目される。二重譲渡のために履行不能になった一方の譲受人が目的物の立木を転売済であるにもかかわらず訴提起時の時価によりする請求を認容した原判決を破棄・差戻すにあたり、大審院は、「買主カ～目的物ヲ価格ノ騰貴シタル当時迄保有シ之ニ因リテ確實ニ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情アルトキハ其ノ騰貴シタル価格ヲ標準トシテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ～如上騰貴価格ニ依リテ買主ノ得タルヘキ特別ノ事情ハ一般商品就中有価証券ノ如キ取引ノ頻繁ニ行ハルヘキ性質ヲ有スルモノニ在リテハ之ヲ推測シ得ヘキ場合少カラサルモ、土地及之ニ定着スル立木ノ如キ比較的取引ノ頻繁ナラサルモノニ在アリテハ之ヲ推測スルコトヲ得サルヲ以テ賠償ノ請求ヲ為ス者ニ於テ右特別ノ事情ノ存スルコトヲ立証スル責任アルモノトス」と判示している。⑪のいう特別の事



情がなければ、転売価格による⑧とは異なり、履行不能時の時価によることになる。一見すると、⑪のいう一般論は後述の⑫に接近している。

もっとも、⑪では債権者が目的物を転売済であるという事情が存在している。大審院は、「買主ニシテ契約ノ本旨ニ従ヒ履行ヲ受ケタリトスルモ、目的物ノ価格騰貴ノ当時迄之ヲ保有スヘカリシ事情ナク却テ其ノ騰貴以前ニ目的物ヲ他ニ処分シ騰貴ニ因ル利益ヲ得ヘカラサリシ場合ニ於テハ騰貴価格ニ依リテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス」と述べている。鳩山秀夫は、むしろ比較的取引の頻繁でない立木のほうが取引の頻繁な有価証券のような商品よりも、問題となっている時点まで目的物を保有したであろうといいやすいという（鳩山・判民大13年209頁以下。谷口・叢書43頁）。しかし、転売済の本件事案では、取引の頻繁な商品のほうが転売契約の履行が容易であり、本件売買の目的物を転売契約の存続にかかわらず問題の時点まで保有することが容易であるとも考えられる。

## 2. 不法行為

⑫前の大審院は民法416条を不法行為に適用していない（⑫⑬⑭⑮）。

時価の賠償が問題となる場合においては、賠償権利者が不法行為時の価格に相当する積極損害を被るだけでなく、物を保持していないことによってその後の騰貴価格に相当する利益を喪失する（消極損害）とし（⑨）、同人が後者の賠償をも請求しているときには、大審院は、これをただちに認容しているために、債務不履行と同様に、価格算定の基準となる時期は同人の選択によって定まる結果となっていた（⑨⑩）。

## 3. 判例の整理

⑫前の大審院は価格算定期を原則として賠償権利者の選択に応じて採用している。この点は、一部の指摘を除き（三瀧・法協126頁、末弘・各論1108頁）、学説から厳しく批判される。

⑫前の大審院は、問題の物を賠償権利者がその主張する時点まで保有し価格騰貴による利益をえられたか否かを問題にする。ここで問題とされる

利益が転売利益か否かは必ずしも明らかでない。

賠償権利者が当該時点まで物を保有していたならば少なくとも物の価額の分だけその財産が増加しているから、その限度において、物の売却の有無を問題にする必要はない。大審院が仮にそのように考えていたならば、債務不履行や不法行為がなかったならば賠償権利者が物を保有し続けていたかどうかの問題である。売却等の事実が特になければ物の保有を前提としてよい。転売利益の問題ではないから、同人が転売等すべかりし事情の存在は不要である。

もっとも、主張される時点での売却は同時点までの物のよってはいじめて可能になる。問題とされた事例の大部分は商人間の取引であり、転売すべかりしことは特別の事情ではなかろう。目的物の価格は通常損害とされている（石坂・日本民法311頁以下。横田・総論336頁、中島玉・釈義547頁、沼108頁、岩田98頁）。学説は、また、商人の抽象的な得べかりし転売利益を通常損害の例にあげている（岡松87頁、松波ら150頁、川名157頁、横田・総論336頁、中島弘・通論368頁）。

これに対し、主張される時点に賠償権利者が果たして物を売却しえたかは、別個に問題となり得る。学説は大審院が問題としている価格算定時期を得べかりし転売利益の問題とみている。そのため、学説は、大審院に対して、得られる可能性があるにすぎず得られたことが確実ではない利益を、当事者が得ることができたかどうかの主張立証と関係なく、請求通りに肯定しているとみて、厳しい批判を加えている（菅原・論叢4巻5号101頁以下、同・批評162頁以下、末弘・判民大正10年135頁以下、142頁、平野・判民大10年137頁、同・志林81頁、鳩山・判民大正13年209頁以下ほか）。たとえば、末弘厳太郎は大審院が賠償権利者を全知全能の商人と仮定していると批判する（末弘・判民大10年135頁以下）。

得べかりし利益が転売利益の喪失とされていたとすれば、⑫前の大審院もその限度で⑫と認識を共有するといえる。両者の相違は、転売等により利益を得べかりし事情を債務不履行においても一般に民法416条2項にいう特別の事情とみるかいないかにある。⑫前の大審院は同項にいう特別の事

情とみていないために転売利益を得べかりし事情の主張立証を賠償権利者に求めていると説明することができる。

もっとも、批判の対象となりうるのは、⑫を典型とする㊦における中間最高価格が問題となる場合である。大審院が具体的に採用している時点には次のような特徴がある。①①②は損害賠償請求訴訟提起時を採用する。加えて、特徴的であるのは、㊦が問題とされた事例ではないと思われることである。この点は必ずしも判決文から明らかにできないが、⑫前の大審院が扱うのは㊦における価格算定期間の問題であるとみたならば、本稿の冒頭で述べたように、㊦では賠償権利者が主張しうる最終の時点の時価が最高に達しており、それ以前の時点を選択して同人が主張しても賠償義務者に不利益は生じないから、価格算定期間を賠償権利者の選択にゆだねても不都合は生じないと考えられる。裁判例で採用される具体的な価格算定期間は、平井が弁論主義の帰結と指摘するように（平井・理論251頁）、賠償権利者の選択により多様になるが、裁判例に現れる多様な時期が理論的な一貫性を欠いているわけでは必ずしもない。㊦では債権者は債務不履行を理由に契約を解除すれば価格下落による不利益を免れることもできよう。不法行為では不法行為時の時価に加算される損害が生じない。これに対し、㊦では不法行為時もしくは債務不履行時および口頭弁論終結時の時価よりも高い時点が賠償権利者により任意に選択されうることになってしまう。一言でいえば、⑫前の大審院の枠組は㊦㊦では不都合を来さないが、㊦で中間最高価格が問題になると、後述する⑫のように不都合を来す可能性がある。そこで、富喜丸準則を生んだように、従来にない新たな判断枠組が価格算定期間の問題において必要とされることとなったとも考えられる。

いずれにせよ、⑫前の大審院は、特別の事情による価格騰貴に予見可能性がない場合、転売済のために物を保有しないと考えられる場合、解除後の時点が主張されている場合を除けば、既に、物を保有しないという事実をいつの時点の時価により金銭で評価するかという問題ととらえたのと同様の判断枠組により賠償権利者の主張する任意の時点を採用する結論を導

いていたといえる。⑫前の大審院は騰貴予見準則によってのみ価格算定時期を民法416条による損害賠償の範囲の問題に結びつけている(林=石田=高木132頁が、「騰貴価格は〜いわば基準時における特別事情である」としたうえ、「通常基準時を通常損害基準時とし、特別基準時をとる場合には特別損害とみれば今日の判例の立場に接続する」という点は、富喜丸準則でなく騰貴予見準則のみを知るこの時期の債務不履行に関する判例の態度に最も能くあてはまろう)。このことは、不法行為とは異なり、価格騰貴分を履行不能時の時価に加算しているのではない履行不能の場合にはいっそうあてはまる(両者の構成の相違は、不法行為では被害者が自己の有する物を喪失するのに対し履行不能ではもともと債権者が物を保有していないことに求められるのではなかろうか。菅原・論叢4巻5号97頁参照)。

#### 4. 学説

まず、賠償権利者は賠償請求時までには生じた損害の賠償を請求することができる。訴訟手続上これは事実審の口頭弁論終結時を意味する(鳩山・総論69頁)。

次に、物の価格には、万人にとって共通する普通価格、賠償権利者にとっての主観的価値である特別価格、感情価格の三種類があるとされる。このうち、普通価格によるべきであるという見解(岡松92頁、中島玉513頁)、賠償権利者の被った損害が問題になるのであるから特別価格によるとする見解(石坂349頁以下、横田・総論310頁以下、鳩山・総論69頁、沼113頁)に分かれる。また、民法416条が適用される場合には、普通価格は通常損害、特別価格は特別損害にあたると指摘されている(鳩山・総論68頁以下、磯谷・債権法論248頁、三瀧・総論240頁以下、大谷166頁以下、勝本・総論387頁、中島弘・債権480頁、姉歯13頁。その他、於保142頁。北川・注民608頁はここに民法416条による価格算定時期の決定の端緒をみる。しかし、鳩山らは価格算定の際に特別価格によるべき場合のあることをのべているにとどまる。平井・理論234頁以下参照)。

そして、価格算定の原則となる時点として一定の時点があげられている(岡松92頁は最高価格時の価格によるとする)。横田秀雄は、履行不能の場合には不能時、履行遅滞の場合には判決時を標準としている(横田328頁以下)。石

坂音四郎は、履行不能・履行遅滞のいずれにおいても、損害賠償請求時または判決時を標準とし、また、不法行為においては、損害を被った時点として不法行為時を標準とする（石坂352頁以下。ほかに沼114頁、嘉山121頁以下。債務不履行につき、三瀨・総論243頁以下、大谷168頁も同旨を説く）。富井政章は賠償請求権発生時とする（富井241頁以下）。中島玉吉は加害時を標準とする（中島玉・釈義509頁）。磯谷幸次郎は、損害賠償請求権の発生時として、履行遅滞では履行期、履行不能では不能時を基準とする（磯谷・債権法論258頁）。

これに対し、消極損害は賠償されうる損害であるが、利益を得べかりし可能性があったことではたりずそれが確実でなければならないと説かれる。そのため、論者は、騰貴価格に相当する利益を得べかりしことが証明されたときは、価格騰貴時の価格を賠償請求することができるとしている（石坂352頁、横田328頁、中島玉・釈義505頁、沼114頁、磯谷・債権法論260頁、小町谷219頁以下、吾孫子132頁）。もっとも、可能性のみでは足りないが大なる蓋然性を以て足りるとか（菅原・批評162頁）、騰貴中の平均価格によることができる（末弘・判民大10年136頁、三田村12頁）、などとも説かれる。得べかりし利益の証明を蓋然性にまで軽減するドイツ民法252条2文の存在がわが国の当時の学説に影響を与えていると思われる。

大部分の論者は価格算定期間の問題を民法416条によって処理することを念頭に置いていない。わずかに、平野義太郎が、転売を業とする商人が取引の頻繁な商品を取引しているときは転売利益は通常生ずべき損害であるが、そうではない場合には、特別の事情にもとづく損害であると指摘しており（平野義・志林60頁、同・判民大11年179頁）、富喜丸準則の端緒がみいだされる（平井・理論237頁、岡本106頁参照）。鳩山は、①の言及する目的物の種類だけでなく、当事者の職業、特別契約などの諸事情を加えて信義則に従って、目的物を保持していたかどうか、時機を失わず処分することができたかどうか、その証明責任を債権者に負わせるかどうか、を決するべきであるという（鳩山・判民大13年210頁以下）。

### Ⅲ. 富喜丸事件判決

⑫は、賠償権利者が不法行為時の時価に相当する積極損害に加えて得べかりし利益を請求しうるとしている点においては、先例を踏襲している(同判決の詳細についてはとりえず拙稿・沖国36号24頁以下参照)。⑫における不法行為に関する先例との相違は次の点にある。

第一に、民法416条が相当因果関係を規定しているとして不法行為に類推適用されている点である。

第二に、不法行為後の価格騰貴による利益を転売等の処分またはその他の方法により得べかりし利益としたうえ、これを得べかりし事情が同条2項にいう特別の事情であるとする点である。通常得べかりし利益は不法行為時の時価により包含される。そこで、不法行為後の騰貴価格に相当する得べかりし利益を主張するには、かかる特別の事情とその予見可能性がなければならないとされている。以下ではこれを「富喜丸準則」という。富喜丸準則は、得べかりし利益という損害の存否に関する準則(以下では「富喜丸損害準則」と特にいうことがある)と、その予見可能性に関する準則(以下では「富喜丸予見準則」と特にいうことがある)からなる。

問題となるのは、⑫が債務不履行に関する民法416条を不法行為に類推適用するにいたったことによって、それ以前の債務不履行における価格騰貴による損害の処理を不法行為でも採用しているかどうかという点である。

富喜丸準則は⑪までの債務不履行における価格算定時期の判断枠組に追隨しているとは必ずしもいえない。⑫が民法416条の類推適用とともに債務不履行における同判決前の判断枠組を流用するなら、富喜丸の船価につき騰貴予見準則を問題にしうるとどまったはずである(原判決は、最高価格の「当時ノ船価ハ独逸ノ潜航艇力商船ノ無警告撃沈ナル暴挙ヲ為シタル為船舶ノ需要激增シ之ニ因リ生ジタル異常ノ暴騰価額」であり「斯克ノ如キ船価ノ変動ハ全然一時的現象ナルニ付キ一般取引ノ通念ヨリ監察シテ事物自然ノ常態ト認メ得ザルハ明ナリ」とし、賠償を請求する「Xガ最高価格ニテ処分シ得ベカリシ主張及立証ナキガ故ニXノ主張ハ認容シ難」いとする。水野39頁は、賠償権利者の主張を否定する価値判断の下に、問題の価格騰貴は当時の趨勢であり、請求を棄却することができないと考えられない判断枠

組を大審院が採用しなかった、と推測している。⑫を分析するうえであわせて考慮する必要があるのは、賠償権利者が沈没した富喜丸について既に高額で備船契約を締結していた点である。原判決が認容する判決までの備船料の賠償請求を退けるにはそれまでの判断枠組では足りなかった）。

しかし、⑫後の学説は、不法行為だけでなく債務不履行においても中間最高価格の問題を富喜丸準則により処理するに至ったと理解しこれを歓迎している（末弘・判民大15年284頁、勝本・事情828頁以下、同・総論441頁、磯谷・大要146頁以下、我妻・不法行為205頁、同・総論109頁、近藤・各論191頁、近藤＝柚木・註釈197頁以下、石田文・総論126頁、於保142頁、鈴木91頁、216頁）。

⑪は、上述の判示に続け、「価格騰貴ヲ利用シテ確實ニ利益ヲ得タルヘカリシニ之ヲ得サリシ場合ニ非サレハ末タ以テ騰貴価格ニ相当スル損害ヲ被リタルモノト謂フヲ得」ないと述べている。ゆえに、⑪にいう特別の事情は同条2項にいうそれとまではいまだいえない（三藤141頁、岡本107頁、拙稿・六甲台81頁）。また、⑫は、不法行為の先例⑨⑩の変更を述べるにとどまるから、債務不履行に関する判例は変更されていないといえる。⑫後の債務不履行の裁判例を分析する際にはこの点に留意しておく必要がある。しかし、2年後の⑫の登場後、⑪がいう特別の事情と富喜丸準則のそれとの同視が定着し、⑪⑫の判断枠組の相違は軽視される。

いずれにせよ、予見の対象となる事情として、騰貴予見準則における特別の事情による価格騰貴のほかに、⑫の富喜丸準則により、転売等の処分またはその他の方法により利益を得べかりし事情が新たに加わった。しかし、⑪⑫の判断枠組が相違しているならば、両者は必ずしも同時に問題になる準則ではない。

## IV. 富喜丸事件判決後

### 1. 判例

#### a. 中間価格時

締結済の転売契約から得られる転売利益は得べかりしことが確実であると考えられる。債務不履行の事案では⑫前より特別損害とされている。⑫

前の不法行為の事例⑧では特別の事情によるかいなかを問題とせずに締結済みの契約からの転売利益の賠償が認められている。⑫後は、不法行為でもかような確実な転売利益が特別損害であるとされ、予見可能性の有無によって賠償の可否が決められている（拙稿・沖国26号229頁、232頁参照）。

これに対し、目的物が転売済でない事案では、大審院・最高裁は、不法行為において、富喜丸準則に追随する（④④⑤）。債務不履行の事案でも富喜丸準則に従う⑬がある。しかし、富喜丸予見準則によらないで価格騰貴時による裁判例もみられる（⑭は⑪を引く）。また、⑮では、目的物の種類・買主の職業にかんがみると、主張されている時点まで目的物が保有されていたというには特別の事情が必要であるとされている。確かに、利益を得べかりし特別の事情が認められないときは予見可能性を問うまでもないが、富喜丸準則でなく⑪によっているとみる余地がある。

#### b. 口頭弁論終結時

目的物の引渡の執行不能に備え填補賠償があわせて請求されている場合にはすでに口頭弁論終結時の価格が算定の基準とされていたが（最判昭和30年1月21日民集9巻1号22頁）、不動産を目的物とする債務の履行不能において、口頭弁論終結時を採用する初の最高裁判決が昭和37年に現れている。

⑭は、「債務の目的物を債務者が不法に処分し債務が履行不能となつたとき債権者の請求しうる損害賠償の額は、原則としてその処分当時の目的物の時価であるが」、「債権者は、債務者の債務不履行がなかつたならば、その騰貴した価格のある目的物を現に保有し得たはずであ」って、「目的物の価格が現在なお騰貴している場合においてもなお、恰も現在において債権者がこれを他に処分するであろうと予想されたことは必ずしも必要でない」から、「債権者が右価格まで騰貴しない前に右目的物を他に処分したであろうと予想された場合」でないかぎり、「目的物の価格が騰貴しつつあるという特別の事情があり、かつ債務者が、債務を履行不能とした際その特別の事情を知っていたかまたは知りえた場合は」、「債権者は、その騰貴した現在の時価による損害賠償を請求しうる」として、価格変動が①のそれ



である事案において、履行不能時の時価よりも高いが口頭弁論終結時の時価よりも低い時価の賠償が債権者の請求通り認めている。債権者が口頭弁論終結時を価格算定期間として主張したのではないが、同時期の時価によることができる場合についての判示がされた。④によれば、口頭弁論終結時の時価については価格騰貴が予見の対象とされており、ここに、騰貴予見準則がはじめて価格騰貴一般に拡大している。なお、中間最高価格については④が富喜丸準則に依然よっている、とみられている。

④には二つの読み方がある。

一つは、口頭弁論終結時につき依然として基本的には富喜丸準則によっているという読み方である。④の調査官解説は、仮定の事象である口頭弁論終結時での転売についての証明が公平の配慮により債務者に負わされている、としている（坂井442頁）。この指摘に従えば、転売利益に関する証明が口頭弁論終結時に関しては富喜丸準則より緩和されているにとどまる。それに伴い、その予見可能性の証明も緩和されているといえよう（乾92頁以下、平井・法協85巻1702頁参照）。従って、債権者が口頭弁論終結時に転売しなかったであろうことが債務者により証明されたならば、口頭弁論終結時を価格算定期間とすることはできないであろう（坂井442頁）。

しかし、④では、口頭弁論終結時を採用するにあたり、富喜丸準則では問題とされていない価格騰貴の予見可能性が新たに問題にされている。そのため、④では、口頭弁論終結時の時価は特別損害である。平井宜雄は、価格騰貴の予見可能性を求めないと中間最高価格の賠償を無条件に認める⑫前の大審院の態度に戻ることが考慮された、と指摘している（平井・法協85巻1702頁、同・理論250頁参照）。

もう一つは、口頭弁論終結時の時価が得べかりし転売利益とは切り離されており、富喜丸準則とは別の法理に④がよっているという読み方である。口頭弁論終結時まで転売されなかったであろう物が同時点に転売される可能性は乏しい。債権者が自己使用の目的で契約をしているときは、口頭弁論終結時での転売はいっそう考えにくい。④の原審は、前者のように④を解し（北川=辻78頁、奥村196頁）、履行不能時の時価を上回る賠償を求める

買主の主張を退け、履行不能時を採用する（谷口・民商844頁は、本件買主が代金の完済と移転登記への協力をかなり遅らせていることを原審が考慮したのではないかと指摘し、過失相殺をするべき事案であったという。谷口のほか、石田喜49頁、平井・法協91巻652頁も本件における過失相殺の余地に言及する）。しかし、物を口頭弁論終結時に保有することによってもその時価に相当する価値を賠償権利者は得るであろう。同人が自己使用の目的を有していたときはこの理がいつそうあてはまる。原判決を破棄する④⑧は、口頭弁論終結時における物の保有それ自体によって、同時点の時価に相当する利益を債権者が得るとみている。④⑧においてようやく口頭弁論終結時は得べかりし転売利益から切り離されているともいえる。

上述のように、⑪までの大審院は、特別の事情による価格騰貴の予見可能性により、債務不履行において中間価格時の採用の可否を民法416条に関連づけていたにとどまり、富喜丸準則はそれにならったわけではない。富喜丸準則は不法行為における中間最高価格時の採用の可否を新たに同条によって決しようとする準則である。従って、責任原因の相違をひとまずおくと、両者の妥当領域は重複していた。④⑧は、⑪までの大審院にでなく富喜丸準則に従い、口頭弁論終結時の問題を処理しようとしているといえるが、価格騰貴準則を問題にしていることによって、㊦における口頭弁論終結時（同時に中間価格時を含む）を⑫ではなく⑪までの債務不履行に関する大審院の判断枠組に従ったのと同じことになっている。従って、④⑧は後者の延長上にあると読むこともできる。

④⑧が予見の対象とする価格騰貴は、経済の趨勢によるときは、大審院や④⑧前の最高裁における騰貴予見準則が特別の事情とみなないように、一般に予見可能性があるといえよう。もっとも、④⑧の意味での騰貴予見準則は、強度の価格騰貴が経済の趨勢によって生じている場合に、これが特別の事情でないとすると㊦のように価格騰貴による不利益を免れる余地が債務者にないのに対して、予見可能性がないとして債務者を免責することができる点、に結論の妥当を得る余地がある。しかし、④⑧における騰貴予見準則によれば、程度の緩やかな価格騰貴であっても価格騰貴を招いた事

情の如何を問わずいったん民法416条2項にいう特別の事情とみることとなる点に迂遠が生じうる。価格騰貴の程度によっては通常の事情とみるべきであるという指摘もある（好美26頁）。騰貴予見準則は、富喜丸予見準則とは異なり、価格算定期間を制限する機能を現に独自に果たしている（拙稿・沖国36号63頁註145にあげる下級審裁判例を参照されたい）。

枠組としては⑦⑧は依然履行不能時を原則としている。しかし、具体的な事案においては、口頭弁論終結時が価格算定における事実上の原則となろうから、むしろこれを通常損害とみるべきであるという指摘もある（中井・総論481頁ほか）。

なお、不法行為への⑦⑧の枠組の妥当が問題とされた事例は今のところ存在しない。解除についても同様である。解除についてはさらに価格算定期間を原則として解除時までに限られる先例の存在が問題になる。

### c. 富喜丸準則の先例性

富喜丸準則を構成する二つの準則は損害の存否と賠償範囲の画定という別次元の問題を対象としている。従って、特別の事情の存否とその予見可能性の存否が一致しない理論的な可能性は存在する（難波275頁参照）。しかし、価格算定期間の問題については、前者の存在を肯定し後者を否定する裁判例は管見の限りみあたらず、富喜丸損害準則が具体的結論を左右しているに等しい（拙稿・六甲台84頁、沖国34号96頁、沖国36号53頁）。当事者の予見と裁判官による損害の認定とが賠償権利者の仮定的でありかつ積極的な所為による得べかりし利益（水野39頁参照）においては大部分の場合に近接するからであろう（この点についての示唆を、ドイツ民法252条2文の意義に関する証明軽減説と予見説との論争の存在が、逆に与える。同条をめぐる議論については、北川・論叢73巻1号25頁以下、平井・理論195頁以下参照）。

これに対し、騰貴予見準則は損害の存否とは、事実上の相関はあり得ようが、必ずしも連動しない。従って、富喜丸予見準則が裁判例における結論を左右していないという意味において、判例は価格算定期間の問題を実質的には民法416条によってではなく損害の存否の問題として民法415条、

709条により処理してきたといえる。いいかえれば、判例は債務不履行や不法行為がなかったならば得られたであろう利益をできる限り賠償権利者に得させている（平井・理論256頁、北川・論叢88巻135頁参照）。

従って、富喜丸準則の実際の意義は富喜丸損害準則にのみ現れている。⑫前の大審院が、基本的には、賠償権利者の主張する時点をそのまま価格算定時期として採用することができたのは、問題の時点まで物を保有することができたかどうかということを問題にするにとどまり、富喜丸損害準則とは異なり、騰貴価格に相当する利益を得べかりしことの証明をことさら同人に求めていないためである。⑫はまさに、不法行為時および口頭弁論終結時に比べて一時的にその約20倍にまで物の価格が暴騰して暴落した場合、すなわち㊸における中間最高価格時の価格に相当する転売利益を不法行為がなかったならば賠償権利者が得られたかどうか疑わしい（平井＝栗田・法協88巻1号76頁以下は異論を述べる）事案に関しての判断を下したものである。このような得べかりし利益は転売利益としてでなければ説明することができないであろう。損害および損害額の証明責任は、損害の賠償を請求する者に、原則として負わされる。富喜丸準則は、価格騰貴による損害の賠償について、その原則が確認されたものといえることができる。そのために、⑫はこれを特別損害とみたといえよう。換言すれば、富喜丸準則は、損害賠償の範囲を制限する民法416条と価格算定時期を関連づけることを通じて、損害賠償の範囲の制限でなく、むしろ、損害の有無を問題にする準則である（前田・不法行為306頁以下、難波269頁以下は、⑫が損害の確実性により損害賠償の範囲を定めている、という）。従って、⑫が富喜丸準則により導く結論は、損害の存否の場面で特別の事情を問題にする⑪の判断枠組によっても導くことができる。そのため、㊸の中間最高価格についての判示は、⑫でなく⑪に従っているとみる余地がある（四宮・不法行為462頁以下、574頁参照）。

いいかえれば、⑪⑫の制限賠償的な側面は、価格算定時期の問題に限れば、事案を類型化して利益取得の蓋然性をより細かく認定することによって賠償権利者にとっての不都合の回避を図ることができそうである（水本・総論63頁）。⑩の登場に前後して大審院への批判が噴出した当時より後述す

る今日に至るまで、学説は一面ではその方向を指向している。明確な基準がみいだされないまま学説が目的物の種類、当事者の職業等の諸事情をあげて通常損害と特別損害とを分かとうとすることも同様の方向にある（⑫）は、不法行為による物の滅失において物の交換価格の賠償がされる場合には、通常生ずるべき得べかりし利益を一般に賠償しないとしているから、通常損害であるとかえって賠償が行われないこととなる。なお、拙稿・冲国26号では判例における通常損害と特別損害の画定基準について若干の整理を試みた。裁判例をみるかぎり、通常損害か特別損害かが問題とされている事例の大部分は賠償されるべき財産的損害の算定に関するものであり、しかも、物に関する損害賠償額の問題に集中して現れている。価格算定期間の問題もその一つである。これに対し、最判昭和49年4月25日民集28巻3号447頁などの一部の裁判例を除き、人身損害ではほとんど問題にされていない。平井・各論112頁以下参照。なお、松浦は相当因果関係の有無を民法416条に触れずして問題にする不法行為に関する裁判例を詳細に検証する）。ここにも、富喜丸予見準則の機能不全は現れている。

損害賠償の範囲に関しては、⑫は、民法416条と相当因果関係との関係について当時存在していた論争をいちおう収束させたという意味を持っている。しかし、昭和30年代以降、同条と相当因果関係を同視する理解への疑問が提起される。立法過程の研究からも、契約責任の性質論からも、同条が完全賠償主義に根ざしたドイツ流の相当因果関係に由来する規定でないことが論証されている（山田＝来栖217頁、平井・理論146頁以下、北川・歴史63頁以下ほか）。しかし、判例はいぜん同条を不法行為に類推適用している（⑬のほか、最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁、前掲最判昭和49年4月25日、最判平成8年5月28日民集50巻6号1301頁（拙稿・冲国26号参照）、最判平成8年5月28日判時1572号53頁（拙稿・冲国28号参照））。

もっとも、不法行為への同条の類推適用を否定するだけでは、債務不履行における損害賠償には依然として同条が適用されるのであるから、債務不履行における富喜丸準則の妥当を否定する根拠としては不十分であるはずである。

いずれにせよ、損害賠償額の算定の基準となる時点として判例が原則と

するのは、不法行為では不法行為時、履行不能では履行不能時である (㉔㉕㉖のほか、最判昭和35年4月21日民集14巻6号930頁、最判35年11月29日判時245号22頁)。履行期前に履行不能が生じている場合にも同様である (㉔。㉗は履行期としていた)。従って、たとえ、それ以後の時点が主張されていれば認められた場合であっても、賠償権利者が不法行為時、履行不能時を主張すれば、ただちに、これが採用されることになる。平井によれば、具体的に採用される価格算定時期が多岐にわたるのは弁論主義の帰結である (平井・理論251頁以下)。

原則としてあげられる時点の価格に相当する損害は通常損害とし損害の証明が特段必要ないとされる一方で上記以外の時点によるときは富喜丸準則が妥当すると、証明責任が賠償権利者に負わされているために上記以外の時点によることが事実上できず、制限が厳格に過ぎるため (深谷35頁)、微調整が必要であると考えられる場合が生じうる。早くより、我妻榮は鳩山と同様に、信義衡平の原則に従って、当事者の職業、目的物の種類、契約の目的等に鑑み、適当な範囲の加算の必要を指摘している (我妻・総論109頁。同旨、川島109頁、津曲113頁)。

要するに、不法行為や履行不能においては、具体的な事案において採用されている点が多岐にわたっていても、価格算定時期に関する判例の判断枠組は安定に至っているといえる。

#### d. 契約の解除

i) 大審院は㉘の前後を問わず、解除時準則を確立しないまま、具体的な事案では解除時を採用する場合があった (大場44頁、青山46頁)。また、買主が目的物を転売済である事例においても、㉘とは異なり、代替的取引が行われて転買主との契約がすでに消滅している可能性があることや (㉙㉚)、解除により転買主に対して履行するため解除時に代替的取引を行う必要があること (㉛㉜) を理由に解除時を基準にすることを容認する非公式裁判例がある。

契約が解除された場合における以下に取り上げる最高裁の裁判例では、

債権者の主張通り、価格算定期間として、履行期（⑫）、解除時（⑫⑬のほか、拙稿・冲国34号104頁註63参照）が通常損害であるとして採用されている。

契約が解除された事案における価格算定期間については、履行不能とは異なる問題が存在するように思われる。

上述のように、大審院の一部の裁判例は、賠償権利者の主張する時点が解除後の時点であることから債務不履行と特別の事情のない限り因果関係がないとしている。それに加えて、富喜丸準則が債務不履行における判断枠組でもあるなら、⑫後は解除のそれにも妥当しているはずである。

ii) 解除における最高裁の判断枠組を探るには⑫⑬の検討が重要である。

まず、⑫は、解除時の時価を次のように述べて通常損害としている。

第一に、⑫は上告理由に応え、第二次世界大戦後の過度のインフレを特別の事情による価格騰貴とみていないために問題の損害は通常損害であると述べている。最高裁が大審院の騰貴予見準則に従うものとする（青山46頁参照）、解除時の時価であっても特別損害にあたる場合が生じうる（一部の論者は⑤が解除時の時価が問題になった事案であると紹介している。平井・理論176頁以下、三宅266頁）。

第二に、⑫は「売主が売買の目的物を給付しないため売買契約が解除された場合においては買主は解除の時までは目的物の給付請求権を有し解除より始めてこれを失うと共に右請求権に代えて履行に代る損害賠償請求権を取得するものであるし、一方売主は解除のときまでは目的物を給付すべき義務を負い、解除によって始めてその義務を免れると共に右義務に代えて履行に代る損害賠償義務を負うに至るものであるから、この場合において買主が受くべき履行に代る損害賠償の額は、解除当時に於ける目的物の時価を標準として定むべきで、履行期における時価を標準とすべきでない」と判示している（以下では「⑫判示二」という）。

次に、⑫は⑫の約7年後に、目的物を転売済である買主が履行期の時価の賠償を求めているのに対して、「原審が本件売買価格と履行期における～市価との差額をもつて、上告人（筆者註：売主）の債務不履行によつて

被上告人（筆者註：買主）の通常蒙るべき損害と判断したことは正当であつて、右損害をもつて特別事情によつて生じた損害であるとする論旨は採用できない」としたうえ、「上告人は被上告人が本件買受品を第三者に転売契約をしていたことを主張するけれども、上告人は原審においてその転売代金の額について立証するところがないのであるから、右転売の事実にもとづく損害額の算定に関する所論も採用することはできない」として、売主の上告を棄却している。

この2件の最高裁判決は、いずれの時点をも通常損害としている点において、学説から基本的に支持されている。ことに㉑は、原判決を維持しているにとどまる㉒とともに、最高裁が解除時準則を採用する態度を明らかにしていると理解され（筆者もそのような理解に与する旨を述べたことがある。拙稿・冲国34号104頁）、その理由付けはともかくとして、多くの学説により賛同されている。もっとも、学説は特に、㉑判示二が必ずしも適切でないと考えられる点、履行期の採用を否定するかのとき㉑の後に㉒が履行期を通常損害として採用している点に着目しつつ議論している。

iii) ㉑㉒が基本的に大審院の枠組に従うならば次のように考えられる。

まず、㉑についてである。

騰貴予見準則に従うと、経済の趨勢としての価格騰貴によって生じている損害は通常損害である。最高裁は、本件事案における価格騰貴を特別の事情であるという売主の主張に対して、騰貴予見準則に従い、第二次世界大戦後のインフレを経済の趨勢であるとみたうえ、通常損害としたものである（青山46頁参照）。その判断に㉑判示二は関係していない。

㉑までの債務不履行に関する裁判例によれば、騰貴価格は得べかりし利益である。債権者が目的物を転売済で保有しなかったであろう場合、解除後の時点が主張されている場合は特別の事情のない限り除かれるが、本件事案の債権者は転売済みでないから解除まで目的物を保有して解除時の時価に相当する利益を得ていたであろう。しかし、その後現れた㉑は、特別の事情による得べかりし利益に富喜丸準則をあてはめる。しかし、解除時



の時価は履行に代わる損害賠償であるから、富喜丸準則は妥当しない。しかも、富喜丸準則は③にあてはまる準則であり、①である本件には妥当しない（青山46頁参照）。

次に、②についてである。

本件事案における価格騰貴は特別の事情によるものではないから、騰貴予見準則に照らし、本件の履行期の時価は通常損害である（三淵150頁）。

買主は履行期を選択して自らの損害の賠償を請求することができる。もっとも、本件事案では買主は目的物を転売済であるから、⑧に従い、本来、買主は転売価格と売買価格の差額に相当する損害しか被らないはずである。しかし、売主は、損害賠償額を制限する要素である転売価格を立証していない（三淵150頁、前田・総論197頁。これに対し、岡本134頁は転買主に対する責任を果たしうるかどうかが問題であったという）。

②では、履行期に転売すべかりし事情は存在していよう。しかし、価格騰貴が特別の事情によるものではないとしても、富喜丸準則に従えば、履行期の時価は特別損害であろう（前田・総論197頁）。これに対し、本件における価格騰貴が特別の事情によるものではなく解除時の時価が通常損害として賠償されうるならば、①である本件では、履行期の時価の賠償も通常損害とみることができる。また、債務不履行には富喜丸準則が⑩前の大審院と同様に妥当していないと解すると、騰貴予見準則により本件では履行期の市価は通常損害である。

このように考えたとなると、大審院の判断枠組と最高裁⑪⑫の相違点は、⑫判示二は解除時への富喜丸準則の妥当を回避するために用いられているという点にあるにとどまる。解除後の時点は依然として原則として採用することができない。目的物が転売済であるときは買主の被る損害は時価でなく転売価格との差額にとどまる。解除までに生ずる損害は従来通り賠償の可能性がある。⑪は、履行期を標準とするべきであるという売主の主張を退けているにすぎず、履行期による余地をすでに排除していない。

では、買主は履行期と解除時を価格算定期としてどのように主張することができることになるだろうか。

この考え方によれば、㊦で解除時が採用されうるならば、時価がそれを下回る履行期を採用することは問題がない(岡本135頁)。債権者である買主が履行期を主張した㊦は㊦のケースのようである。しかし、㊦でも目的物を転売済であるときは、買主は時価の賠償を求めることができないから、履行期も解除時も価格算定時期として問題になることがないが(谷口・叢書25頁参照)、転売価格が立証されないときは、履行期を価格算定時期として採用することができる。この場合に解除時を採用することはできないと考えられるが、目的物を転売済であっても代替的取引の必要を理由に解除時を採用しようとする非公式裁判例㊦㊦に従うなら、㊦が妥当しないから、転売の有無に関係なく、解除時とこれを時価が下回る履行期を買主は選択することができる(もっとも㊦の調査官解説は私見と断ったうえ㊦を不当とし、北川や内田も特に注目する㊦を引用している。三淵151頁)。

我妻は、本来の請求権が履行遅滞により本来の請求権および遅延賠償となり、債務不履行による損害賠償請求権の内容が解除の時から目的物に代る金額になることを説くものであると㊦判示二を理解している(我妻・各論199頁、同・法協241頁)。これを敷衍すれば(岡本134頁参照)、解除時の時価とは、履行期の時価に解除時までの価格騰貴を加算したものであるということができ、㊦登場前であって大審院と同じく経済の趨勢である価格騰貴を含まないと㊦㊦が考えていたとすると、騰貴予見準則によれば、価格騰貴が特別の事情にあたらぬ限り、通常損害として、債権者は履行期と解除時とを選択することができるであろう。特別の事情による価格騰貴に予見可能性がある場合にも解除時を選択することができよう(植林・民商775頁参照、同・別ジュリ63頁参照)。

㊦の場合であっても、解除時には富喜丸準則は妥当しないから、買主は原則として解除時を選択することができる。これに対し、解除時を時価が上回る履行期を採用することができるかどうかは別に検討が必要である。履行期の時価が得べかりし利益であるとして、㊦までの債務不履行に関する裁判例によれば、やはり騰貴予見準則が問題になるにとどまる。しかし、得べかりし利益ならば履行期にも富喜丸準則が妥当すると考えられ

る。富喜丸準則によれば、得べかりし利益である履行期の時価は特別損害であるから（船越190頁、前田・総論197頁）、転売等により利益を得べかりし事情のあることが必要である。その存否は目的物の種類等の具体的な事案に存する諸事情により左右される。富喜丸予見準則は上述のように事実上機能しないから考えないことにすると、特別損害であることに変わりはないが、履行期を選択できる場合とできない場合とが生ずる。買主が目的物を転売済であるときは、やはり、⑧が妥当し、価格算定期間の問題ではなく転売価格に制限される（転売価格が解除時の時価をも下回る場合もありうる）。しかし、転売価格が立証されないときは、㊦である㊡と同じく⑧が妥当しない。現に転売しているのであるから履行期に転売すべかりし事情は存在する。富喜丸予見準則はやはり無視することができる。なお、⑪が履行不能時を原則としているようには、㊡が履行期を原則とするとまで述べているとはいえないであろう。履行期の時価に騰貴予見準則が妥当していると思われるからである。いずれにせよ、履行期が採用されうらば、それを下回る解除時を採用することに売主にとって不利益はない。

このように考えたうえで履行期と解除時の選択に関する買主の状況をまとめると、目的物を転売済みでない買主は、㊦で履行期に目的物を転売すべかりし事情がない場合に限り、履行期を選択することができない。目的物を転売済の買主は、転売価格が立証される場合には解除時を選択することができないが、転売価格が立証されないときは、履行期の時価による賠償を求めることができ、㊦で解除時を選択することができないと考えられる。

iv) しかし、多くの学説は㊡判示二に注目し次のように述べる。

まず、㊡の二つの判示の整合性が議論されている。解除における損害賠償（民法545条3項）は債務不履行による損害賠償の性質を有していると従来より多くの学説に加えて判例も考えてきた。㊡が解除の時価を債務不履行により通常生ずべき損害としている点は学説により支持されている。それに加えて、㊡判示二は履行に代わる損害賠償であるとの理由付けを行っ

ている。もっとも、㊸は、売主の上告理由に一つ一つ応接したにすぎないと読むこともできる（平井・理論247頁、岡本132頁）。

また、債権者が解除をしないで履行に代わる損害賠償である填補賠償を請求することができる場合のあることを㊸前の判例はすでに認めていた。解除時を履行請求権が終了し填補賠償請求権が成立する時点であると㊸判示二が述べることはこの先例に矛盾する（北川・於保還暦140頁）。そこで、㊸判示二は解除時を採用するための形式的な説明であると指摘される。後述するように履行期や解除時を債権者の選択に服する複数の時点の一つと説く北川は、債権者が解除時を選択したことが㊸において決定的であるという（北川・論叢88巻102頁）。

学説は解除時の時価を次のように意味づけようとする。たとえば、平井は、債務不履行や不法行為がなかったならば賠償権利者がえていたであろう利益をできる限り賠償しようとする全額評価の原則を判例が従来より採用しているとの自らの立論を㊸にあてはめて、賠償権利者が主張したため弁論主義に従い解除時が採用されているという（平井・理論247頁以下）。北川は解除時が中間時点一般とは異なる法的に意味を持つ時点であるから、物を保有しないという損害を金銭評価する際に意味を持つ時点の一つであるという（北川・論叢88巻153頁）。解除の意思表示は填補賠償請求権を行使しようとする債権者の確定的な意思の表れであるという側面が強調されることもある（前田・総論202頁以下）。損害賠償額を確定させようとする債権者の選択であるというものもある（中田170頁）。解除時は転売すべかりしと推定される時点であるという指摘もある（慥見1645頁参照。しかし、大部分の事案では解除時での転売は擬制にすぎない。三宅254頁以下）。履行請求権の終了の見方を変えれば、後述する損害軽減義務が問題にされているように、債権者が代替的取引をすることが法的に可能になる（姫野・論叢146巻98頁は㊸判示二をこのように読む）。

㊸判示二が填補賠償が可能になる時点として解除時を説明することにより、解除時は履行不能時と性質を同じくする時点であると理解する余地が生じている（林・注解90頁）。

まず、履行不能時の時価が常に通常損害であるとされているのと同様の理由により解除時の時価が通常損害とされているとみることができる（加藤雅137頁。船越193頁は目的物自体が債権者に帰属する利益であるとする）。換言すれば、解除時には騰貴予見準則が妥当しなくなるため、いかなる事情による価格騰貴があろうとも解除時の時価は通常損害とされよう。また、解除時の時価は得べかりし利益でないから富喜丸準則も妥当する余地がなくなる。転売済であるとしても、⑧でなく⑪の判示が妥当するから、債権者は転売価格に限定されず、解除時を価格算定期間として時価の賠償を請求することができる。いいかえれば、いかなる事情があろうと、債権者は解除時を選択してその時価を最低限度の損害額として債務者に対し賠償請求することができる。

平井は、㉑判示二によると解除前および解除後の時点を採用することは論理的に不可能になる、という（平井・理論245頁）。しかし、㉑は、原則として解除時を採用すべき前提に立って、履行期を標準とするべきであるという売主の主張を退けている。例外として履行期が採用されうる余地を排除していないと思われる（加藤雅138頁参照）。ここで履行期を採用する㉒の意義が問題になる。

㊦では、通常損害として常に採用されうる解除時の時価を下回るのであるから、履行期は価格算定期間として常に採用されうると考えてよからう。問題となるのは履行期の時価をどのような損害と解するかという点である。その手がかりを、解除時の時価を常に上回る㊦の場合が与えよう。

履行遅滞に陥った債務者は目的物を引き渡すだけでなく、あわせて、履行遅滞により生じた遅延損害を債権者に賠償しなければならない。填補賠償とは異なり、遅延賠償では、価格変動による損害が買主に生ずるのは履行期の時価が引渡時の時価を上回る㊦の場合に限られる。目的物を受領した債権者は引渡時には少なくとも目的物の同時点における価値を得ている。従って、遅延損害として問題となり得るのは、履行期と引渡時の時価の差額である（大判昭和9年1月16日裁判例8輯民1頁、㉓）。富喜丸準則によれば、これは特別損害にあたろう（倉田420頁、前田・総論196頁参照）。これに対し、

履行遅滞により契約が解除されたときは、債権者は、目的物それ自体に代えて解除時における時価を受領することができるから、履行期と引渡時の時価の差額として現れていた遅延損害は、解除以後は、履行期と解除時の時価の差額に形を変える。前者の賠償が認められていたならば、後者のそれは引き続き認められる。いいかえれば、平井の指摘とは異なり、解除前の時点を採用することは一般的には妨げられない。

履行期の時価は転売等の処分により得べかりし利益であると考えられる。富喜丸準則に従うならば、遅れて引き渡された場合と同様、転売等の処分をすべかりし特別の事情の存在したことが証明されなければならない特別損害にあたると一般的にいえる。かような特別の事情の存在は目的物の種類等の諸事情によっても立証されうる。さらに、転売契約の存在によっても立証されうるであろう。これらの点は、さきに㊸判示二の意義を解除時の時価を説明するものにすぎないと解した場合と同様であると考えられる。

㊸判示二の意義をこのように積極的に解すると、㊹では買主は目的物を転売済であるかいなかに関わりなく履行期と解除時を選択することができる。㊺の場合には、買主は、目的物を転売済でないときは転売すべかりし事情のあるときに限り、転売済であるときは転売価格が立証されないときに限り、解除時だけでなく履行期を選択することができる。選択される履行期の時価には解除時の時価が含まれているから、仮に履行期に転売すべかりし事情が立証されなかったときは、買主が解除時を選択していたのと同じ取扱いがされうる。

㊸判示二に対しては、解除後に生ずる損害が賠償されなくなり、解除後の代替的取引による損害が除かれてしまうとの批判が存在する（慥見1645頁）。しかし、履行不能における不能後に生ずる損害と同様に、解除後に生ずる損害も賠償されよう。換言すれば、大審院とは異なり、解除後の時点も不能後の時点と同様の枠組により価格算定の基準として採用される可能性が新たに生ずる。

v) 最高裁の判断枠組を二三の裁判例から導くことは容易ではない。解除後の時点が採用されうるか、㊦で履行期が採用されうるか、㊦で転売済でない買主が解除時を基準にすることができるか、などという点についての判断が今後待たれる。

なお、履行不能の場合にも契約の解除がありうる。履行不能時ではなく、債権者の主張通り、解除時を価格算定期間として採用する事例㊦がある。㊦判示二を解除時を原則とする旨の判示と解すれば、解除前の時点となる履行不能時を通常損害として常に採用されうる時点としている判例法理をどのようにとらえるかは、履行期について問題の余地が生まれるのと同様に、新たな問題となろう。これに対し、履行不能時を原則ととらえるならば、㊦判示二は妥当せず、解除時は中間価格時ととらえることができよう（拙稿・冲国36号114頁註106参照）。もっとも、㊦は㊦㊦に追随したにすぎないようである（安倍283頁参照）。

## 2. 口頭弁論終結時説

債務不履行や不法行為がなかったとしたならば、目的物の種類、職業等に特段の事情のない限り、賠償権利者は現在まで物を保有し続けると考えられる。富喜丸準則はこの点に能く応えていなかった。ことに㊦では、賠償権利者が賠償を請求する現在（訴訟手続上は事実審の口頭弁論終結時）の時価を基準に損害賠償額を算定しなければ、賠償権利者の物を現有しないという形で被った損害を十分には填補することができないと考えられる。

昭和30年代に入ると、事実審の口頭弁論終結時を原則とすべきであるという見解が現れる（谷口・我妻還暦252頁、同・叢書45頁、同・法教46頁以下、谷口＝植林・概説73頁以下、高梨28頁、遠藤397頁）。谷口知平は、債務者は本来の目的物の給付を金銭賠償の形で現在も行うべきであると理由づけている。近年は、債務不履行や不法行為がなかったならば口頭弁論終結時にあったであろう利益を金銭で賠償権利者に与えるべきであるともいわれる（中田170頁以下）。不法行為では原状回復の理念によるともいわれる（森島412頁。吉村158頁は一義的には基準となる時点を決めることは難しいとしつつ、やはり、原状回復の

理念をあげる)。

㊦では、口頭弁論終結時を原則とすると、訴訟の引き延ばしにより賠償権利者が価格騰貴を利用して損害賠償額を不当に増額することができる場合が生じうる。谷口は同時に、後述のように、賠償権利者には損害軽減義務が負わされると主張している(谷口自身は「損害避抑義務」というが、本稿では近年の呼称に統一する)。

㊧では逆に、口頭弁論終結時は賠償権利者に不利になる。口頭弁論終結前に生ずる損害は得べかりし転売利益とみたならば(谷口・叢書144頁以下。価格の暴落のある特定物につき中田171頁)、その予見可能性までも問題にするかいはなかつともかく、それ以前の時点を経済算定の基準にすることが必ずしもできない。もっとも、同人の不利益によって債務の履行を遅延する賠償義務者に不当な利益を与えることになるとして、履行期、不法行為時等の時点を基準にするべきであるとの見解もある(石田穰155頁以下。ほかに、前田・総論202頁参照)。

### 3. 損害の金銭的評価－平井説・北川説－

昭和40年前後に現れた平井、北川の研究は、より根本的に、富喜丸準則による問題の民法416条を介しての処理に疑問を提起し、価格算定期の問題を損害賠償範囲の問題から分離し、新たに、損害の金銭的評価の問題であるとしている。平井、北川は、わが国の裁判例についての詳細な分析を行い、⑫に先例としての意義が乏しいことを論証している(平井・理論243頁以下、北川・於保還暦177頁、同・論叢88巻108頁)。

#### a. 平井説

平井は、民法416条が相当因果関係を定めた規定ではないという理解をもとに、富喜丸準則の妥当性に疑問を提起している。平井は、損害賠償の範囲の問題と従来されてきた問題を、事実的因果関係、保護範囲、損害の金銭的評価という三つの要素に分解している(平井・理論135頁以下)。伝統的な学説によれば、損害は損害額という金額の形で現れるが、平井はこれを



日本法における金銭賠償主義（民法417条、722条1項）の帰結ととらえている。

平井によれば、どの時点の価格を基準として採用するかという問題は、保護範囲にあることで賠償範囲に含まれる、債務不履行や不法行為のために物を保有していないという事実としての損害を、どのように金銭評価するかという問題として性格づけられる結果、民法416条から切り離されることになる。

積極損害とは異なり、得べかりし利益が性格上不確定な要素を伴うことは、ことに口頭弁論終結後の将来の予測をも含む人身損害においては西原道雄の指摘により、よく知られている（西原148頁以下）。得べかりし利益の存否およびその額の証明責任を賠償権利者に負わせると（最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁）、控えめの認定をせざるを得ない（最判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁）。

平井は、一定額の支払を目的とする他の金銭請求事件に対する損害賠償請求事件のこうした特殊性にかんがみ、西原が曖昧な事情にもとづいて損害の立証を求める結果個人差が生ずることを不合理として損害賠償額の定額化を指向したのとは異なり、損害の金銭的評価を裁判官の裁量によるものと位置づけ、その結果として、蓋然性にもとづく裁判官の裁量に損害の金銭的評価をゆだねている（平井・理論263頁以下、489頁以下）。

この点に対して、北川をはじめとする論者は、実体的基準を喪失して損害の金銭的評価が裁判官の恣意にゆだねられる危険や、逆に裁判官の負担の加重を批判している（北川・論叢88巻149頁以下など。こうした批判に対し、平井＝栗田・法協88巻2号243頁参照）。しかし、平井によれば、賠償を請求する者が損害額を主張立証する負担から解放される。この者の主張する時点によるべきとの心証を裁判官が得なかったとしても、判例が原則とする履行不能時や不法行為時のような時点を採用しなければならないのではなく、裁判官は自らの裁量で他の時点の価格等によって、金銭評価をすることができる（澤井52頁、加藤雅144頁参照）。

いいかえれば、最上位の損害の事実から派生する損害の事実が確実性を以て認定しうるならば、これを損害の金銭的評価の問題に含めるのではな

く、金銭的評価の対象となる損害の事実とみることを平井の立論は妨げないはずである。損害の金銭的評価に取り込まれるいなかは、損害賠償範囲の画定基準により賠償額が結果として減額されうるか、全額評価の原則により減額されないかという点に現れよう。淡路剛久は、蓋然性によって仮定される事実が立証されたならば、裁判官の裁量ではなく立証された事実に基づいて、損害が金銭的に評価されるとし、人身損害において自ら説いた評価段階説がここにも妥当するという（淡路・総論184頁以下。同・評価74頁以下参照）。

平井は、金銭的評価の場面では、賠償権利者にできるだけ従前と同様の経済的状态を回復させるべきであるという実体法的原則が妥当して、裁判官の裁量が枠づけられる、という。平井はこれを全額評価の原則とよぶ。もっとも、平井によれば、判例において民法416条の適用によって処理されている問題が損害の金銭的評価の問題へと移る。金銭的評価の対象となるのは賠償範囲画定基準により篩にかけられて残る賠償されるべき損害である。上述のように、富喜丸予見準則は損害の金銭的評価において機能しないが、騰貴予見準則は有意な基準となり得るから、損害の金銭的評価における一つの要素になり得る（加藤—258頁参照）。しかし、平井によれば、口頭弁論終結時の時価によるべき場合に④⑧が依拠した騰貴予見準則も金銭的評価において妥当しない（平井・法協91巻656頁、栗田23頁、野澤・法セミ97頁）。

なお、平井が具体的な転売の事実等を物を有しないこととは別個の事実たる損害とすることに對し、平井の説く損害概念が明確でないという批判が加えられる余地がある。確かに、転売の事実、物を有しないことから派生する、しかし、別個の損害の事実といえることができる。平井によれば、債務不履行における保護範囲は民法416条により決せられるから（平井・理論159頁）、判例と同様に、転売利益の予見可能性の有無が問題になりうる（平井・総論67頁参照）。転売契約が存在する場合には、転売利益を得べかりしことは確実であるといえるから、予見可能性は決定的基準として賠償範囲を画する。

平井によれば、不法行為時等の特定の時点も一般に基準となるのではな

く、独自の意味を失う。裁判官は、事案に応じて、全額評価の原則に従い、利益取得の蓋然性のある時点の価格や、もしくは、一定の期間内における平均価格などにより事実としての損害を金銭評価することができる（他に、加藤一258頁、栗田・別ジュリ31頁）。価格算定時期は損害賠償の範囲の問題からこのようにして切り離され、損害の金銭的評価に埋没する。このように考えるならば、たとえば、富喜丸事件について平井が栗田哲男とともに指摘するように、賠償権利者が自らの主張する中間最高価格時ではなくその近傍の価格騰貴時に転売等により利益を得ていた蓋然性があるならば、裁判官は賠償権利者の請求を退けるのではなく、当事者により主張されなかったその近傍の時点の時価や一定の期間の平均価格等により損害を金銭評価することができる（平井＝栗田・法協88巻2号245頁以下）。その結果、特定の時点に着目する価格算定時期の問題設定それ自身が金銭的評価の中で独自の存在理由を失う（平井・理論497頁）。

確かに、平井の立論によれば、富喜丸準則に従い、ある時点に利益を得べかりしこと、その金額、予見可能性の主張立証が賠償権利者に負わされていること、弁論主義のため裁判官が当事者の主張しない時点を採用することができないということによる不都合を回避しうる。しかし、前者については証明を確実性から蓋然性に軽減することによっても、また、後者については、弁論主義による制約が訴訟資料に出ていない事実に基づく時期を採用し得ないことにとどまるならば（北川・論叢88巻151頁）、上述のように富喜丸予見準則は事実上機能していないため、富喜丸準則による不都合は回避されうる（澤井・総論52頁参照）。

平井は、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる」と規定する現行民事訴訟法248条を、損害額の証明軽減の規定と解する通説とは異なり、損害の金銭的評価について裁判官の裁量に実体的な枠をはめる規定と解している（平井・筑波474頁）。価格算定時期を同条により処理する裁判例は未だみあたらない。しかし、富喜丸準則に対し平井の提起し

た問題は同条の創設によって少なからず解決されている(淡路・総論184頁、加藤雅144頁、山下19頁参照。なお、最判平成18年1月24日判タ1205号153頁は、特許権のうえに取得していた質権を特許庁職員の過失により喪失した債権者が質権を実行して債権回収を図ることができなかったために被った損害額を同条により特許権の価値に従い認定させるため、損害額がないとする原判決を破棄・差戻している)。

## b. 北川説

北川は、価格算定時期の問題を平井と同じく民法416条の問題ではなく損害の金銭的評価の問題としながら、あくまで金銭的評価は実体的な問題であると主張する(北川・論叢88巻151頁)。平井が判例を全額評価の原則により説明するのに対して、北川は、債務不履行に関する裁判例を分析し、第三者との契約関係に債権者が立たない事例においては完全賠償原理に、そうでない事例⑧⑩においては制限賠償原理に基づいていると指摘している。

もっとも、価格算定時期に関する裁判例に限ると、北川が制限賠償原理に立つとみてあげる⑧は、上述のように、同条2項の適用によって賠償を制限しているのではなく、転売価格との差額を超える損害が生じていないとみるものである。⑩も同様に損害の存否の問題としていることは上述の通りである。確かに、目的物を第三者に転売済の債権者は消極損害として転売利益を喪失するだけではなく積極損害として第三者に対する損害賠償、特約に基づく違約金の支払による損失を被る可能性があるから、後者をも賠償義務者に賠償請求しうる。また、これらの損害が時価をもとに定まるならば、転売時の時価と合算した総額は解除時の時価と合致しうる(石田穰154頁以下は口頭弁論終結時につき同旨を説く)。しかし、これらは特別損害とされており(拙稿・沖国26号230頁、232頁参照)、賠償されない可能性がある(岡本107頁以下は、北川・於保還暦151頁の指摘するこうした損害が⑩では履行不能時の時価が賠償されることにより填補されるという)。また、債務不履行がなかったなら債務者が得られなかった不履行後の価格騰貴による利益を債務者が得る結果となりうる(前田・総論206頁は債権に排他性がないことの帰結であるとして是認す

る。また、二重譲渡でなく目的物の滅失による履行不能の場合には債務者も価格騰貴による利益を得ていない）。北川は、解除により代替的取引を行う必要に着目すると、転売済であっても、解除時が採用されうるとして、⑧を批判し⑩を評価している（北川・論叢88巻122頁以下。ほかに、星野76頁）。

北川によれば、裁判例に現れる時点の多様性のために富喜丸準則による一元的な説明は困難である。むしろ、賠償債権行使の法定条件に関連する時点として不能時や解除時、訴訟手続に関連する時点として訴提起時や事実審の口頭弁論終結時、債権者のした填補取引の時点としての転売契約時や代品買入時などの時点から、原則・例外の関係でなく、賠償権利者が選択しうる（北川のほか、前田・総論202頁以下、潮見387頁）。賠償権利者は、中間最高価格の賠償を意図せずに、訴訟提起時を価格算定期間として主張することがある。

前田達明は北川のあげる複数の時点の意義を次のように説明している（前田・総論202頁以下）。口頭弁論終結時は、訴訟においてこの時点におけるすべての訴訟資料・証拠資料を勘案して判決がなされるのであり、しかも賠償金が支払われる時期に最も近い時点こそ、債権者の損害を可能な限り全額賠償してやるべきであるという利益衡量にかなう。債務不履行時は、価格が下落傾向にある場合に債権者に余りに不利益であり、債権者が主張立証する時点の時価を立証することができない場合もありうるし、損害賠償請求権の発生する時点でもある。契約解除時には本来的履行請求権を消滅させ填補賠償請求をする債権者の意思が確定される。債権者は、訴訟提起により全額の賠償を求めるさらに強い意思を表示しており、しかも、訴状において請求額を特定する必要がある、と。

前田は、北川の立論に従えば、中間最高価格時の問題は上記の時点とは別個の、得べかりし利益の問題としてとらえられるという。すなわち、転売等により中間価格に相当する利益を得べかりしことを賠償権利者が主張立証することができたときに限り、中間最価格時が基準として採用される、と。前田によれば、その予見可能性は問題とされていない（前田・総論202頁、205頁、同・判タ3頁）。

#### 4. 近時の動向－損害軽減義務－

平井、北川による詳細な検討の後、価格算定期間が、賠償範囲の問題でなく、損害の金銭的評価の問題であるという理解が浸透し、これを前提に、論者により様々な主張がされるにいたる。もっとも、当事者間の負担の公平を図る機能が予見可能性にはあるとして、これを考慮する見解もある。

中間最高価格時によりうるのは、債権者・被害者が転売等により利益を得べかりしことを証明しうる場合に限られると説かれる。しかし、賠償権利者に証明上の負担を一方的に負わせることは結果として中間最高価格が賠償されなくなるに事実上等しい。また、物の種類、当事者の職業等の事情によっては、むしろ中間価格時に転売したであろう場合も十分にありうる。もっとも、中間価格時や口頭弁論終結時をそのまま価格算定期間とすることは賠償義務者にとって酷な場合も生じうる。騰貴予見準則や富喜丸準則の適正な運用は具体的な結論の妥当を導きうる（澤井52頁、加藤雅142頁以下参照）。

北川のあげる時点の多くは具体的な年月日が当事者、ことに賠償権利者の行動に左右されうる。口頭弁論終結時を価格算定期間として採用しうるときは、○では賠償権利者が、逆に⊖では賠償義務者が不当に訴訟の引き延ばしを図る場合が生じうる。そこで、口頭弁論終結時を原則としながら例外として口頭弁論の終結すべかりし時期を価格算定の基準とすることが考えられる（森島412頁）。その原則例外を逆にする考え方もありうる（星野81頁以下）。損害賠償請求時、訴訟提起時を基準にすると、中間最高価格を欲する賠償権利者の恣意がより顕著に現れうる。

この点は解除時も同様である。そこで、原則となる時点として、解除時でなく解除権発生時を基準とすべきという見解（本城＝谷口95頁）や、解除権の行使が債権者により不当に引き延ばされた場合には過失相殺により賠償額が減額される見方もある（谷口・我妻還暦253頁以下ほか）。

価格算定期間の問題において損害賠償額の減額に関連して賠償権利者の行動でことに問題となるのが代替的取引である。物の保有によって得られたであろう利益は代替的取引により保有すべき物によっても得られよう。

不代替物の場合には代替的取引の余地はないと考えられている。これに対し、代替物の場合には、特定物であっても、代替的取引の余地がある。ましてや、種類物取引において当事者が実現しようとした状態は代替的取引によってもおおむね実現される。代替的取引が可能なら、それによって得られる物によって、賠償権利者は代替的取引後に生ずる価格騰貴そのほかの事情による不利益を回避することができる。もっとも、損害賠償額の支払われる前に代替的取引を求められると一時的に賠償権利者に経済的負担を負わせることを意味する（安達74頁は買主の代金支払の有無を考慮に加えている。中田168頁参照）。

谷口は口頭弁論終結時を原則としながら、昭和30年代にすでに、英米法における duty of mitigation 論（その概要については谷口・我妻還暦、吉田、斎藤参照）を参照しつつ、適当な時期に代替的取引を行う損害軽減義務を賠償権利者に負わせ、ことに、種類物の売買契約が売主の債務不履行により解除された場合に、解除の時点に代替的取引をすることを衡平の観点から買主に求めている（谷口・我妻還暦253頁以下、同・叢書27頁以下）。

現在では、その他の論者も、少なからず、同様の考慮を行う（たとえば、奥田202頁）。

この考え方は、ことに、解除時の意義を説明するのに有用である。解除時は代替的取引が法的に可能になる時点であると指摘されている（斎藤・西原還暦68頁）。しかも、転売済の債権者は解除により法的に可能になる代替的取引により転売契約を履行して転買主に対する違約金等の損失や転売利益の喪失を回避しうる。また、解除後の時点は価格算定期期として採用できなくなり（平野裕・総論274頁は、代替的取引が考えられない特定物のときは、価格騰貴の予見可能性がある限り、解除後の現在の時点によることができるという）、大審院の結論と一致する（実際には、代替的取引を行うには若干の時間を要するから、代替的取引をなすべき時期に若干遅れて具体的に行われた場合には通常損害であるといえよう。②③では、解除後に遅滞なく売主や買主が実際に時価で行った代替的取引による損失の賠償が認められている。斎藤・西原還暦76頁、同・私法210頁はこのような代替的取引時を解除時に準ずる時点とする）。

解除時を基準にすると、損害軽減義務の生ずる時期が債権者の恣意に左右されうる。そこで、谷口は損害軽減義務の一部として契約を解除すべきであると説く（谷口・我妻還暦254頁。ほかに、斎藤・西原還暦77頁）。この考え方は解除時準則は維持されている。

損害軽減義務はわが国では明文では規定されていない。しかし、賠償権利者がかかる義務に違反しているときは、損害の拡大の回避において同人に過失があるものとして、過失相殺による減額（民法418条、722条2項）によってわが国でもすでに受容しうると考えられている。

内田貴は、履行請求に対する制限の問題として論ずる中で、損害軽減義務をわが国の判例における債権者の負う既存の義務ととらえている。損害軽減義務を想定すれば価格算定期間に関する判例の説明が容易になるとして⑮⑯⑰をあげている（内田・曹時21頁以下。内田は執行不能に備えた填補賠償請求についても同様であるとするが、本稿では割愛する）。

内田は、「市場が存在する代替物に関してはまず損害軽減のための代替取引をすべき時期であり、損害軽減が期待できない場合及び特定物については判決時（口頭弁論終結時）であると考えるべきである」と説く（内田・曹時27頁）。もっとも、内田は、種類物の買主が代金を支払済であるときは、代替的取引による損害軽減を期待すべきでなく、特定物と同様の基準を適用するべきであるという（内田・民法166頁）。

内田は、目的物の引渡を請求することができなくなる解除時に代替的取引が法的に可能になりうることを谷口や斎藤彰と同様に承認する。しかし、代替的取引が解除により法的に可能になると考えられるのは、債権者が債務者のする給付を受領する可能性と必要性が解除によって消滅するからである。解除前に損害軽減義務が生じ債権者が債務者に履行を請求することができなくなることを承認するならば、代替的取引を解除に結びつける必然性はなくなる。解除時は代替的取引をなすべき損害軽減義務が生じうる時点の一つにすぎなくなる。むしろ、代替的取引をなすべき時期が価格算定の基準となる時点になり、その派生の一つとして解除時準則が導かれる（潮見387頁）。



内田は、さらに、目的物が転売済である②が履行期を採用していることを、転売契約履行のため代替的取引をすることが合理的な場合として損害軽減義務に関連づけて説明している。これに対し、森田修は、内田が代替的取引について法的可能性とは異なりうる合理性を問題にしていることを、疑問とする（森田142頁）。

いずれにせよ、わが国では、賠償権利者が損害の発生や回避するための行動をとるべきであると考えられているが、損害軽減義務の妥当性についての議論は未成熟の段階にあり、慎重な見解も少なくない（中田170頁、山本125頁、野澤・判タ67頁参照）。

## V. 検討

### 1. 学説の展開

富喜丸準則は、騰貴価格に相当する利益を得べかりし事情とその予見可能性を問題にすることによって、価格算定期期の問題を処理しようとした。その結果、富喜丸準則により、債務不履行や不法行為の後の価格騰貴により賠償権利者に生ずる損害が十分には賠償されない場合が生ずると考えられる。そのため、学説は次のような流れをたどっている。

共通するのは、時価が債務不履行時や不法行為時のそれを上回る爾後の時点をとどのようにして採用していくのかという点である。もっとも、わが国の判例には、価格が不法行為時より下落しているときは、消極損害が追加的に生じないにとどまり、不法行為時の時価の賠償を認める事例④がある。履行不能の事案でも価格下落にもかかわらず履行不能時を採用していると解しうる事例⑤がある。わが国ではすでに不法行為時または履行不能時の時価が最低限度の損害額を意味していると理解する余地がある（拙稿・六甲台91頁）。

学説の一部は、採用されうる最後の時点である口頭弁論終結時を原則とみるべきであると主張している。最高裁は、価格騰貴を特別事情とみることにより、特別損害とみたま口頭弁論終結時を事実上の原則的な時点として採用しているといえる。この説によれば、㊦にあたる場合に価格下落

の負担を賠償権利者に負わせるかいなかがあわせて問題になる。

平井と北川はいずれも、判例の民法416条による枠組を徹底的に批判し、価格算定時期の問題を、損害の有無とも損害賠償の範囲とも別個の、損害の金銭的評価の問題であるとしている。しかし、富喜丸予見準則のみを理由として賠償権利者の主張する時点が退けられている裁判例はみあたらず、決め手となっているのは富喜丸損害準則である。全額評価の原則という平井と完全賠償原理という北川はいずれも、富喜丸準則の下にある判例ができる限り賠償権利者に全部の賠償をしようとしてきたと分析している。その枠組として、平井は、利益取得の蓋然性にもとづく裁判官の裁量に損害の金銭的評価をゆだねている。北川は、債務不履行時や不法行為時だけでなく、口頭弁論終結時までの期間のうちの他の中間時から法的に区別されうる複数の時点を賠償権利者が選択させることで、得べかりし利益の問題からこれらの時点を切り離し、㊦㊧に現れる賠償権利者にとっての富喜丸準則の不都合を事実上回避している。

近年の学説は、価格算定時期を損害賠償の範囲ではなく損害の金銭的評価の問題とみる平井と北川の問題設定に追随している。しかし、平井と北川の指向は正反対である。平井が利益を得べかりし蓋然性に応じて金銭的評価を行おうとするのに対して、北川はそのような意味づけを自らが問題とする複数の特定の時点に与えない。むしろ、解除時を代替的取引に関連づけているように、積極損害の問題と見るともいえる。そのため、北川は、法的に特別の意味づけをすることができる複数の時点以外の中間価格一般の時価にあたる損害を、単に物を保有しないこととは別個の損害ととらえることになる。

不法行為や債務不履行がなければその時点で賠償権利者が物を転売等の処分をしてそれ以後物を保有しなかったであろう場合は、あり得ないことではないが、少なからう。しかし、中間価格に相当する利益を得るには賠償権利者が転売等の－仮定的であるとはいえ－積極的な行為をしなければならぬからといって（水野39頁参照）、㊦㊧のように、それが証明されない限り、中間価格時での処分がなかったであろうとみることが経験則に反す

る場合のありうることは、目的物の種類、当事者の職業等を考慮すると、むしろ価額騰貴前に処分したであろうことが推認されうるとする⑤からも明らかであろう。賠償権利者がある時点の騰貴価額に相当する利益を得られたかどうかは、具体的な事案においては、商品の種類等の諸事情の存否によって、左右されるのであるから、むしろ、価額算定期間を一律に考えるべきではないという余地がある。

平井が裁判官の裁量にゆだねる利益取得の蓋然性は賠償権利者の担う証明の軽減によっても実現が可能である。そのため、学説は、末弘や鳩山の頃までさかのぼることができる利益取得の蓋然性の程度による事案の類型化を図っているといえる。この類型化を学説は、富喜丸準則の含む二つの準則のいずれの場面でも、行っている。学説の多くは、損害の金銭的評価を裁判官の裁量とする点には与しないが、平井の示した方向に基本的にはある。平井は基本的にはわが国の裁判例のうえにあって、転売等により得べかりし利益を問題にしているからである。

これに対し、価額算定期間の問題を得べかりし利益から切り離そうとする北川は、損害算定には抽象的損害計算と具体的損害計算の二つの方法があるとされるドイツ法における問題状況を参照し（ドイツ法におけるその沿革・現状については、北川・論叢73巻1号20頁以下、同・別ジュリ23号参照。拙稿・六甲台では「抽象的損害算定」と訳出しているが、ここでは北川に従うこととする）、価額算定期間は前者による損害の計算の問題であるという（北川・論叢88巻153頁以下）。

抽象的損害計算と具体的損害計算は沿革的には19世紀中盤に成立した一般ドイツ商法典の下での履行期の市場価格もしくは取引所価格と売買価格との差額による買主の損害の清算にまでとりあえずさかのぼることができる。抽象的損害計算はある時点における物の市場価格もしくは取引所価格を基準にし、具体的損害計算は市場もしくは取引所を介しての代替的取引により生ずる損失を基準にして行われる。債権者を二つの損害計算方法を選択することができる。ドイツ民法の施行後は、抽象的損害計算は債権者の選択にゆだねられる履行期その他の限られた時点における得べかりし転

売利益の推定に基礎づけられている(同法252条2文)。買主は代替的取引を行ったうえで自らの損害を具体的に算定するのではなく、いいかえれば、個々の事案の具体的事情を考慮することなく、抽象的に市場価格等と売買価格の差額の賠償を請求することができる。これに対し、有力説は、抽象的損害計算を市場価格での代替的取引の擬制ととらえており、代替的取引が行われた場合における具体的損害計算との整合を図っている。また、一部の学説は、最低限度の損害としての客観的損害概念に抽象的損害計算は基づいていると主張している。

もっとも、北川とは異なり、ドイツの抽象的損害計算で取り上げられている時点は、履行期および履行請求権が消滅する猶予期間満了時、履行拒絶時、填補賠償請求時、履行不能時である。たとえば、口頭弁論終結時は含まれていない。問題となっている事案も種類物の取引に限られている。わが国の議論に即していいかえれば、債権者は履行期が解除時を選択することができるのに相当する。また、次にあげる損害軽減義務も問題にする代替的取引が可能であると考えられる動産取引がもつばら問題となっている。さらに、債権者に複数の時点の選択を認めることへの疑問も提起されている。

北川が代替的取引に言及するのは、個別の事案においてありうる転売の事情を考慮しても代替的取引に着目すると抽象的損害計算が具体的損害計算と整合しうることを説明する限度においてである。いいかえれば、北川が抽象的に計算しようとする損害は賠償権利者が保有すべかりし物の価値であるとみることができる。しかも、北川は、価格騰貴を通常損害としながら、異常な価格騰貴は特別損害とみる(北川・別ジュリ192号55頁)。いいかえれば、北川の立論は債務不履行に関する⑩前の大審院の立場に実はきわめて近い。北川は、中間最高価格を価格算定期限の問題から除くことで、当時の大審院に加えられたのと同様の批判を免れようとしている。しかし、北川の立論は㊦では問題を生じないが、中間価格時が中間最高価格としての性格を持ちうる㊧では矛盾が生じうる。そこで、北川のあげる中間時点が得べかりし転売利益を問題とするものでなく実体的に法的な意味

づけをすることができる時点であると説明しようとしている。

北川の立論は代替的取引を必然とするものではない。しかし、北川の問題にする価値は代替的取引を行いさえすれば得られるから、北川の立論は代替的取引となじみやすい。そのため、賠償権利者自身による代替的取引によって得られる利益を賠償義務者の負担で前者に得させるとみる余地が生ずる。また、上述のように、北川のあげる少なからぬ時点が具体的には賠償権利者の行動に左右される。そのため、賠償権利者が損害軽減義務を負うという問題意識から眺めると、北川のあげる時点の一部は同人の選択の可能性から外されねばならない。北川自身もその可能性を認めている（北川・論叢88巻119頁）。また、北川の引用するドイツの抽象的損害計算の議論に照らせば、解除後の時点が北川のいう賠償権利者の選択から外れることとなるはずである。これらの点につき、潮見佳男は、内田の主張に対し、可能となった代替的取引を合理的な損害回避行動として帰責事由のある債務者でなく債権者に負わせることへの疑問を提起している。潮見は、債権者による選択が機会主義的行動である場合に限りこれを濫用的なものとして否定し、再度別の時期を選択させるかまたは民事訴訟法248条により裁判官が相当な損害額を認定すべきである、という（潮見388頁以下）。

損害軽減義務は、代替的取引が可能でない場合の口頭弁論終結時、それが可能である場合の解除時を説明しようとする。賠償権利者が代替的取引をすれば回避することができた損害が賠償義務者のなすべき賠償から除かれる。代替的取引をしていたならばそれ以後の価格騰貴による損害の拡大を回避することができたと考えるのであるから、この議論によれば、代替的取引をなすべき時点が価格算定にあたり採用されうる最後の時点となる。

もっとも、損害軽減義務による価格算定期間の画定には少なくとも二つの問題が残されている。

第一に、損害軽減義務は賠償額の上限を画する基準を提供するにとどまる点である。損害軽減義務は代替的取引をなすべき時点の時価による積極的な根拠を提供していない。従って、その時点の時価を下回る損害の賠償が認められるにとどまるべきことが別の観点から説明されうるならば、損

害軽減義務時は必ずしも価格算定の基準にはならなくなる。確かに、論者は、目的物が転売済である場合に解除により生ずる代替的取引の必要性をあげている。しかし、代替的取引が現に行われないう限り、⑧のように、転売価格と売買価格の差額に相当する損害しか生じていないとみる余地がある。賠償義務者に生じた損害が代替的取引をなすべき時点の時価を下回るときは、損害軽減義務時が採用される理由がないと思われる。いいかえれば、潮見の指摘にみられるように、損害概念についての一定の立場の選択が必要になると思われる。

第二に、代替的取引をなすべき時点よりも前の時点を賠償権利者が価格算定の基準にすることができるのかについての基準が提供されていない点があげられる。代替的取引をなすべき時点が最高価格時である①のときは、これを下回るそれ以前の時点が採用されることは損害軽減義務によっては妨げられないであろう。逆にいえば、履行期の時価が解除時のそれを上回る場合のように、①であるならば代替的取引をなすべきであるとされる時点の時価を上回る時点が①において採用されうるかいなかを損害軽減義務は説明することができない。履行期が採用された②は①の事案のようである。損害軽減義務が損害賠償額の上限を画するとみるならば、③の場合には、代替的取引をなすべき時点より前の時点を価格算定期間として採用することができないであろう。にもかかわらず、その時点を採用しようとするならば、③の場合には代替的取引をなすべき時点が①におけるよりも前となる、価格下落前の時点に置かれねばならないであろう。しかし、それは損害を拡大させることを意味するのではなからうか。

要するに、損害軽減義務は、義務を果たすことによって回避することができたそれ以後に生ずべき損害を損害賠償額から除くという枠組であるから、①における価格算定期間を能く画しうるが、③におけるそれを画する基準を必ずしも提供していない。

内田によれば、損害軽減義務が生ずるまでは債権者は債務者に対し履行を請求することができる。逆にいえば、債務者は目的物を引き渡して損害の拡大を自ら回避することができる。

しかし、債権者に代替的取引が可能でない場合、債務者は損害の拡大をどうすれば免れるのかが問題である。確かに、目的物の引渡を目的する債務が存続している場合には、債務者は、価格下落などにより生ずる既存の遅延損害の賠償とともにかかる債務を履行すれば、引渡後の損害の発生を回避することができる。では、履行不能の場合はどうか。債務者は賠償義務を履行するほかない。解除や不法行為においても同様である。金銭賠償主義を採用しているわが国では、賠償義務者は原状回復により賠償権利者の損害を賠償することが原則としてできない。賠償義務者が賠償権利者に生ずべき損害を軽減するためには一定額の金銭を支払う途しかない。

## 2. 試論

以下に述べるのは、賠償義務者が賠償金を支払おうとする時点の時価により算定される金銭を賠償権利者に支払うと支払後の価格騰貴は問題とならないのかどうかという点である。

損害軽減義務は損害賠償請求権発生後の賠償権利者のとるべき行動を問題とし、損害賠償額の減額を導く枠組である。では、逆に、賠償義務者は自らのどのような行動によって損害賠償額を減額させることができるだろうか。賠償義務者が一定の損害賠償額の支払により賠償権利者に生ずる損害の拡大を回避することができるならば、賠償権利者のとるべき損害回避行動を厳密に問題にする必要性は縮減しよう。

i) まず、債務者が一定額の金銭を支払えば損害が軽減される場合を検討する。

このような場合に、それ以後に価格が騰貴したときはどうか。この問題を考える手がかりになると思われるのは次のような於保不二雄の説明である（於保142頁以下）。曰く、損害賠償債権は金銭債権であり、損害発生時である債権成立時にその内容が定まる。また、損害賠償債権は、債権成立同時に履行期となり、履行遅滞を生ずるものであるから、債務不履行の時以後に生じた損害についても、それが相当因果関係の範囲内にある限り、それ

を加算すべきことは当然である。従って、責任原因発生後に物価の変動があった場合には、これによる損害は、特別の事情によって生じた損害として、当事者の予見可能性を要件として賠償額に算入される、と。

金銭債務における遅延賠償に関する特則である民法419条は、法定利率または約定利率により賠償額を定めこれについての損害の立証を要しない、と規定している。伝統的な見解は、金銭債務についての賠償額の上限がここに定められている、と解している（この点には反対の見解も存在する。たとえば、潮見380頁以下）。この理解に従うと、於保の説明には矛盾が生ずる（柚木＝高木137頁、水本61頁、平野裕・総論273頁）。もっとも、於保とは異なり、判例は、不法行為においては積極損害とは別に、不法行為後に、損害賠償債務の遅滞によってではなく、別個に消極損害が生ずるととらえ、また、債務不履行においては、平井らのいう損害の金銭的評価に近く、損害の加算とはとらえていないから、同条との矛盾を一応生じていないと考えられる。

ii) 考えてみたいのは、民法419条をひとまずおくと、於保の説くように、少なくとも、価格算定期間において問題となっている損害は損害賠償債務の履行遅滞により生じているととらえられないのかということである。

そのように仮定すると、債務不履行時や不法行為時の時価に相当する損害賠償額の全部を賠償義務者が同時点に賠償権利者に支払えば、同時点の時価に相当する損害が填補されるだけでなく、賠償されるべき損害がその後の価格騰貴によっては生じないであろう（中島玉・総論180頁）。元本が全部消滅するからである。いいかえれば、価格算定期間は債務不履行時または不法行為時に一義的に定まる。この理は、賠償義務者が賠償金を支払おうとする時点の時価により算定される金銭を賠償権利者に支払うという場合にもあてはまるであろう。このように考えないと、裁判により損害賠償額が確定するまではいつの時点の時価に相当する金額を支払ってもその後の価格騰貴分の賠償を免れることができず、結局、口頭弁論終結時の時価が基準となり、その後価格騰貴はそれに対する遅延利息として加算される



にとどまる（不法行為につき⑨⑩を参照）。しかし、口頭弁論終結時は訴訟手続上の要請により問題となる時的限界であり、実体法的な意味を持つ時点ではなかろう（安達74頁は、口頭弁論終結後に価格騰貴があるときは、確定判決で命じられた損害賠償額の支払を受けるまでは、代金を支払済の債権者はさらにそれ以後の価格騰貴分の賠償を請求することができるという）。

iii) このように考える障害となりうるのが、債務の一部の弁済を原則として一部のそれとしても無効とする法理の存在である。

もっとも、この法理には若干の例外が存在している。不足が僅少であり債権者が一部の提供・供託の不足を主張することが信義則に反する不足僅少型、地代・家賃の増減請求が行われた場合において債務者が相当の地代・家賃を提供・供託する増減請求型（借地借家法11条、32条）、交通事故によって生じた人身損害の賠償義務者が第一審判決の認容した損害賠償額を控訴審係属中に賠償権利者に提供・供託する損害賠償型、がそれである（拙稿・冲国32号参照。以上の略記については拙稿・本誌9号による）。

3つの例外は次のような理由による。不足僅少型・増減請求型において、単に遅延損害の加算にとどまらない、担保権の実行や解除権の行使のような、本来なら債務の全部の弁済をしなければ回避することができない効果を認めるために、不足が僅少であるから信義則により一部の弁済に全部のそれと同様の効果を付与するため全部のそれと同視することができるしたり、そのために特別法が設けられていること、損害賠償型では、一部の弁済として一部の限度でそもそも損害賠償債務の全部を知ることが困難であり確定判決が後日に全部とする額を係争中に支払うことが困難であるために控訴審継続中に全部であるとの一応の客観性を有する第一審判決の認容額を支払うことが認められている。

損害賠償型がいう交通事故により人身損害を被った被害者が損害賠償請求をする場合に限らず、損害賠償債務は確定判決までは全部の額を知ることが性質上困難である。第一に、約定の債務のように発生時に当事者が金額を自らの意思により確定させることができない。第二に、賠償されるの

が賠償権利者に生ずる損害であるために、賠償権利者に共通しうるのは不法行為や債務不履行のためにその時点で物が賠償権利者の財産を構成していないことのみで、その発生の前後に同人の側にある諸事情が考慮されうる結果、個々の賠償権利者に生ずる損害は異なりうる（拙稿・本誌9号227頁以下）。賠償義務者のする提供・供託の不足が不足僅少型に該当することはきわめてまれである。また、損害賠償型の射程範囲は必ずしも明らかではない。また、その射程が及んだとしても、第一審判決前に損害賠償債務を履行することが事実上できない。そうすると、問題となっている物の騰貴価格に相当する損害以外にも損害が生じている場合には、時価により騰貴価格を客観的に知りうることを前提にして於保の立論を筆者のように敷衍しても、騰貴価格に相当する賠償額の提供・供託をしても既存の判断枠組にしたがえば無効と解さざるを得ない。

しかし、売買代金債権等の約定の金銭債務と同様に発生時に金額が確定されるとひとまず考えたとしても、損害賠償債務は上記のように賠償権利者の側に後発的に生ずる事情が賠償額に反映される性質を有しており、また、定期金方式の賠償金の支払が考慮されうる損害については賠償金の支払後に生ずると考える余地がある分を除いて賠償権利者への賠償が行われても救済が不十分であるとは当面いえないであろう。そこで、筆者は、交通事故により生ずる人身損害が漸増していると仮定して、支払時まで生じていると考えられる損害を填補するのに必要な全額を賠償義務者が支払う場合には確定判決により一部の弁済であることが後に判明しても一部の限度で全部の弁済と同視しうる有効な弁済と解することができる（拙稿・本誌9号232頁以下）。

このような考え方が、価格算定時期の問題にも妥当しうるかどうかは、まず第一に、それ以外に損害が生じている場合にも妥当するかどうかによる。慰謝料の補完的機能が問題とされる場面ではあるが、損害賠償債務は全額をもって一個の債務と考えられているから（最判昭和48年4月5日民集27巻3号419頁）、支払時の時価に相当する賠償額の弁済は既存の価格騰貴に限定したとしても一部のそれにあたるために、筆者のように考えたとして

も、債務の本旨に従っていないと解されうる。第二に、より重要であるのは、於保のように価格騰貴を遅延損害の問題にとどまるととらえることの妥当性である。遅延損害の問題と考えられるなら、元本の完済後は利息が生じないのと同様に、支払後の価格騰貴は考慮され得ない。また、⑫は、価格騰貴により生ずる通常の損害は不法行為時の時価に付される遅延損害金によって賠償されうる、とする。履行不能の場合も同様に解されよう。問題の時点の時価と不法行為時、履行不能時の時価の差額が遅延損害の額を超えないときは賠償権利者はこれらの時点を主張すれば足りる。

しかし、再度述べるが、口頭弁論終結時は訴訟手続上の要請により問題となる時的限界であり、その限度で実体的な意味を持つにとどまる。口頭弁論終結時の時価が基準となる場合であっても、その後価格騰貴はそれに対する遅延利息として加算されるにとどまる。また、損害賠償型が価格算定期間の問題となる事例にも妥当すると仮定しても、第一審判決までは価格騰貴が賠償額に反映し賠償義務者はそれを免れる途を事実上持たない。しかも、価格騰貴によって遅延利率を超える金額が加算されることになる。賠償義務者は自らの損害賠償債務を履行しなければならないにもかかわらず賠償権利者が任意に受領しなければ債務を履行して価格騰貴による賠償額の増加を免れることができないとするならば、賠償義務を負った責が自らにあるとしても、賠償義務者に酷である。また、履行遅滞で契約が解除されていない場合には、目的物を債権者に引き渡して価格騰貴による損害を免れることが可能であるが、履行不能や不法行為ではそれはできない。しかし、賠償義務者がその物によって価格騰貴を利用して以後の価格騰貴を利用して受益を狙うという事態が生じないと考えられる。それらの点に加えて、考慮されるべきであるのが、価格騰貴時の時価に相当する満足を受けることで賠償権利者は、代替的取引が可能ならば、そのための原資をえられるという点である（奥田202頁参照）。また、代替的取引が考えられない場合には、支払の時点の時価による満足を得ても、それ以後の価格騰貴による利益を喪失することになるが、いずれにせよ口頭弁論終結後の価格騰貴による利益を受けることができないのであるから、賠償権利者は

かような不利益を賠償義務者に転嫁することなく甘受すべきであろう。

その意味で筆者の興味を引くのが最判平成21年1月19日民集63巻1号97頁である(中村、野沢・判タ、四ッ谷、廣峰、千葉による各研究がすでにある)。賃借してカラオケ店を営んでいた事業用店舗に水漏れが生じ営業を再開できないために喪失した営業利益の賠償を賃借人が修繕義務を履行しない賃貸人Yらに対して請求している事案である。最高裁は、かような営業利益は通常損害であるが、営業利益を除く損害についてはほぼ保険会社より他の場所での営業再開に十分な損害保険金の支払を受けていた賃借人が「カラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を回避又は減少させる措置を何ら執ることなく、本件店舗部分における営業利益相当の損害が発生するにまかせて、その損害のすべてについての賠償をYらに請求することは、条理上認められない」としている。本判決には、賃借人が賃貸借契約を解除することを前提としていないため、損害軽減義務についての内田の理解に依拠している、との理解(野沢・判タ66頁、四ッ谷86頁)も、解除が可能な時点における損害賠償額に限定されると解したにすぎないという理解(千葉172頁)もある。もっとも、本件には、賃借人に代替的店舗の借入を求めるのが必ずしも妥当ではなく、損害軽減義務とは別の構成により解決が図られるべきであるという指摘もある(野沢・判タ67頁)。

本件事案は、本稿で取り上げられた価格算定時期の問題を扱うものではないが、筆者は、保険金によってではあるが、営業利益を除く損害の填補がすでに行われていること等によって、営業利益以外の損害が問題とされていない点に着目する。たとえば、価格算定時期の問題に引き直せば、損害保険金により物の時価に相当する損害が填補されるならば、それがその他の損害とともにではなくても、賠償義務者による賠償義務の履行によってではないが、それ以後の価格騰貴は考慮する必要がなくなると考えられるのではなかろうか。

## VI. 残された課題

以上で検討したように、価格算定時期に関する現段階での判例の判断枠

組はかなり明らかにすることができたように思われる。

不法行為では、不法行為時を原則としつつ、それ以後の価格については、基本的に富喜丸準則が妥当している。口頭弁論終結時については、裁判例がみあたらないが、以下の履行不能の判断枠組が妥当しよう。債務不履行のうち履行不能については、履行不能時を原則としつつ、口頭弁論終結時は、時価の騰貴した物を保有すべかりし利益として、それ以前に転売すべかりし事情がないかぎり、騰貴予見準則のもとで採用されうる。④⑦⑧によれば、中間最高価格については富喜丸準則によるものと思われるが、事実上、利益を得べかりし事情の有無が損害額を左右するものとして考慮されうるにとどまり、その証明が困難な場合も民事訴訟法248条によって解決が図られるであろう。

しかし、解除がされた場合の価格算定時期の判断枠組については不明な点が残る。判例によれば、中間最高価格の問題は他と同様に富喜丸準則によって処理されているようである。しかし、第一に、解除後の時点が採用されうるのか、第二に、解除時は、価格騰貴の予見可能性がない場合にも、採用されうるのか、採用されない場合には履行期によるのか、第三に、履行期は常に通常損害として採用されうるのか、第四に、目的物を転売済の買主は転売時より騰貴した解除時の価格によることができるのか、第五に、転売済でない買主は解除時よりも高額な履行期の時価によることができるのか、いいかえれば、買主は価格算定時期として履行期と解除時を常に選択することができるのか、といった点が問題としてあがる。また、履行不能でも解除された場合に解除時が採用されていることには、②判示二があてはまらないという問題が残されている。解除時の意義については、遅滞により解除された場合にも、②判示二に基本的な疑問が提起される。

内田らによる損害軽減義務に関する議論は解除時の意義に一定の示唆を与えている。しかし、解除の場合における損害軽減義務は債務不履行により生ずる損害の賠償を原則として解除時までにかぎり、解除時に代替的取引を行っていたならば回避することができた解除以後に生ずる損害を解除時の代替的取引に要する時価の限度で損害賠償によって転嫁することに

よって債務者の負担を解除時の時価に相当する金額にとどめることとなる議論である。従って、解除時に代替的取引を行っていなければ、債権者が被る代替的取引に要する費用は擬制に過ぎない。また、履行期から解除時まで価格が下落傾向にあったときは、履行期によることができるか、が問題として残る。

このように、価格算定時期の問題の中で、解除の場合における理論的枠組は判例だけでなく学説においても不明の点を多々残しており、履行不能や不法行為とは異なり、さらなる検討の必要がある。解除時準則を採用するならば、解除前の時点、ことに、履行期を採用することができるのか、できるとすればそれはどのような場合であるか、解除時と履行期は選択されうるのか、が問題になろう。こうした点を明らかにするには、内田の提起した損害軽減義務と履行請求権の関連、その他の債務不履行と同様の性質を有すると考えられている解除における損害賠償の性質や、損害賠償債務を含む解除前の債務者の負う債務についてなどの再考を待たねばならないであろう（最近の文献として、平野裕・論叢、吉川ほか参照）。

- 『参考文献』（著者50音順。本文中では適宜略記したことをお断りする）
- 青山・判タ37号（1954）
- 安達三季生『債権総論講義（新訂第3版）』（1995）
- 姉齒松平「不履行に因る損害賠償額の算定期間に就て」台法月報24巻1号（1929）
- 吾孫子勝『債権法要論』（1928）
- 安倍正三・最判解民昭和37年度85事件（1967）
- 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』（1984）
- 淡路剛久『債権総論』（2002）
- 石坂音四郎『日本民法債権編第一巻』（1911）
- 石田喜久夫・ジュリ535号（1973）
- 石田文次郎『債権総論講義』（1938）
- 石田穰『損害賠償法の再構成』（1977）
- 磯谷幸次郎『債権法論（総論）』（改訂四版・1925）
- 磯谷幸次郎『債権総論大要』（1928）
- 乾昭三・民商49巻2号（1963）
- 岩田新『債権法概論』（1925）
- 植林弘・民商45巻5号（1962）
- 植林弘・別ジュリ7号（1965）
- 内田貴『民法Ⅲ（第2版）』（2004）
- 内田貴「損害軽減義務について」曹時42巻2号（1990）
- 梅謙次郎『民法要義（35版）』（1916）
- 遠藤浩「履行不能による填補賠償額の算定」『不動産法大系1』（1970）
- 大谷美隆『債権総論上巻』（1926）
- 大場・判タ35号（1953）
- 岡松参太郎『註釈民法理由下巻』（1897）
- 岡本詔治『損害賠償の範囲Ⅰ』（1999）
- 奥田昌道『債権総論（増補版）』（1992）
- 奥村長生・最判解民昭和47年度23事件（1974）
- 於保不二雄『債権総論（新版）』（1974）
- 檉見由美子・法協96巻12号（1979）
- 勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（1926）
- 勝本正晃『債権総論（上巻）』（1930）
- 加藤一郎「不法行為による損害賠償の範囲」判例演習債権法二巻（1964）

- 加藤雅信『債権総論』(2005)
- 嘉山幹一『債権総論』(1926)
- 川名兼四郎『債権総論(訂正再版)』(1904)
- 川名兼四郎『債権法要論』(1915)
- 川島武宜『債権法総則講義第一』(1949)
- 北川善太郎「損害賠償論序説—契約責任における—(一)」論叢73巻1号(1963)
- 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(1968)
- 北川善太郎・『民法の判例(第2版)』(1971) 所収
- 北川善太郎「損害賠償額算定の基準時」論叢88巻4・5・6号(1971)
- 北川善太郎「損害賠償法に於ける理論と判例」於保還暦上巻所収(1971)
- 北川善太郎「抽象的損害算定」別ジュリ23号(1969)
- 北川善太郎「416条」奥田昌道編『注釈民法(10)』(1987) 所収
- 北川善太郎・別ジュリ192号(2008)
- 北川善太郎＝辻正美・判タ299号(1973)
- 倉田卓次・最判解民昭和36年度132事件(1971)
- 栗田哲男・別ジュリ47号(1975)
- 小町谷操三「貨幣価値の変動と契約」(1925)
- 近藤英吉『債権法各論』(1933)
- 近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法債権編総則上巻』(1934)
- 斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務」『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集(中) 損害賠償法の課題と展望』(1990) 所収
- 斎藤彰「損害軽減義務と損害賠償額算定の基準時」私法55号(1993)
- 坂井芳雄・最判解民昭和37年度135事件(1967)
- 澤井裕『債権総論〔補訂版〕』(1985)
- 三藤邦彦『債権総論・担保物権〔民法第四部講義案・第一分冊〕』(1998)
- 潮見佳男『債権総論Ⅰ(第2版)』(2003)
- 四宮和夫『不法行為』(1985、1987)
- 末弘厳太郎『債権各論』(1918)
- 末弘厳太郎・判例民事法大正10年度47事件(1923)
- 末弘厳太郎・判例民事法大正10年度48事件(1923)
- 末弘厳太郎・判例民事法大正15年度53事件(1928)
- 菅原春二「中間最高価格に依る損害賠償の請求」論叢4巻4号、5号(1920)
- 菅原春二『民法判例批評第一巻』(1925)



- 鈴木禄弥『債権法講義（3訂版）』（1995）
- 高梨公之「損害賠償の範囲」『民法演習Ⅲ』（1958）所収
- 田中稔「損害賠償額の算定期期」六甲台41巻3号（1994）
- 田中稔・沖国26号（1997）
- 田中稔・沖国28号（1999）
- 田中稔「損害賠償債務の一部の提供・供託の効果について－最判平成6年7月18日民集48巻5号1165頁を契機として－」沖国32号（2003）
- 田中稔「契約の解除における損害賠償額の算定期期」沖国34号（2005）
- 田中稔「東京地裁平成17年3月17日判決」本誌9号（2007）
- 田中稔「履行不能および不法行為における損害賠償額の算定期期－大審院・最高裁の裁判例を手がかりに－」沖国36号（2007）
- 谷口知平「損害賠償額の算定」『総合判例研究叢書（四）』（1957）所収
- 谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務」我妻還暦上巻（1957）所収
- 谷口知平「損害賠償の範囲」法教1期7巻（1963）
- 谷口知平＝植林弘『損害賠償法概説』（1964）
- 谷口知平・民商67巻5号（1973）
- 千葉恵美子・判評609号（2009）
- 津曲蔵之承『債権総論上巻』（1959）
- 富井政章『民法原論第三巻債権総論上』（1929）
- 中井美雄「債権総論講義」（1996）
- 中島玉吉『民法釈義巻三』（1921）
- 中島玉吉『債権総論』（1928）
- 中島弘道『民法通論』（1925）
- 中島弘道『民法債権法論（訂正2版）』（1927）
- 中田裕康「債権総論」（2008）
- 難波譲治「債務不履行における損害の確実性」國學院30巻4号（1993）
- 西原道雄「損害賠償額の法理」ジュリ381号（1967）
- 沼義雄『総合日本民法論（四）』（1934）
- 野澤正充「債務不履行による損害賠償（3）効果論」法セミ636号（2007）
- 野澤正充「賃貸人の修繕義務の不履行と貸借人による損害の回避」判タ1298号（2009）
- 鳩山秀夫『日本債権法総論』（1916）
- 鳩山秀夫・法協37巻7号（1919）

鳩山秀夫・判例民事法大正13年度 (1926)

林良平「解除に際しての損害額算定の時期」民商31巻2号 (1955)

林良平・論叢61巻3号 (1955)

林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論 (改訂版)』(1982)

林良平編著『注解判例民法債権法Ⅰ』(1987)

姫野学郎「契約解除における損害賠償額算定基準時」論叢144巻6号、146巻2号  
(1999)

平井宜雄『損害賠償法の理論』(1971)

平井宜雄・法協85巻12号 (1968)

平井宜雄・法協91巻4号 (1974)

平井宜雄『債権総論』(1985)

平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(1992)

平井宜雄「民事訴訟法第248条に関する実体法学的考察」『現代企業法学の研究－  
筑波大学大学院企業法学専攻10周年記念論集』(2001) 所収

平井宜雄＝栗田哲男「富喜丸事件の研究」法協88巻1号、2号 (1971)

平野義太郎・判例民事法大正10年度47事件 (1923)

平野義太郎・志林26巻2号 (1923)

平野義太郎・判例民事法大正11年度41事件 (1924)

平野裕之「契約解除と損害賠償義務—売買契約をめぐる各論的考察をかねて—」  
法律論叢69巻3・4・5号、69巻6号、70巻1号 (1997)

平野裕之『債権総論』(2005)

廣峰正子・法時81巻12号 (2009)

深谷松男「わが国の民事判例における因果関係論」法時32巻9号 (1960)

船越隆司「民事責任の実体的構造と客観的義務違反の証明問題 (18)」判評328号  
(1986)

星野英一『民法概論三 (補訂版)』(1981)

本城武雄＝谷口知平・民商30巻4号 (1954)

前田達明『不法行為法』(1980)

前田達明「賠償額の算定期限について」判タ608号 (1986)

前田達明『口述債権総論 (第3版)』(1993)

松浦以津子「不法行為における416条の類推適用について」南山32巻3・4号  
(2009)

松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法正解債権編』(1897)

- 水野謙「損害賠償の範囲に関する基本原則－大審院連合部判決大正15. 5. 22民集5巻386頁」法教205号（1997）
- 三田村富彌「財産上の損害賠償算定に就て」朝鮮司法協会雑誌3巻7号（1924）
- 三藤邦彦『債権総論・担保物権 [民法第四部講義案・第一分冊]』（1998）
- 三瀧信三『債権法総論提要』（1925）
- 三瀧信三・法協36巻6号（1918）
- 水本浩『債権総論』（1989）
- 三淵乾太郎・最判解民昭和36年度（1971）
- 三宅正男『契約法（総論）』（1978）
- 森島昭夫『不法行為法講義』（1987）
- 森田修「「損害軽減義務」について」志林91巻1号（1993）
- 山下りえ子・別ジュリ196号（2009）
- 山田晟＝来栖三郎「損害賠償の範囲および方法に関する日独両法の比較研究」我妻還暦上巻（1957）所収
- 山本豊「契約責任論の新展開（2）履行請求権」法教344号（2009）
- 柚木馨『債権各論1』（1956）
- 柚木馨＝高木多喜男『判例債権法総論（補訂版）』（1971）
- 横田秀雄『債権総論（訂正四版）』（1909）
- 吉川吉樹「損害軽減義務と履行請求権」『民法の争点』（2007）所収
- 吉田和夫「債権者の損害防止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリ866号（1986）
- 好美清光・別ジュリ47号（1975）
- 吉村良一『不法行為法』（1995）
- 四ッ谷有喜・速報判例解説3号（2009）
- 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（1937）
- 我妻榮『債権総論』（1940）
- 我妻榮『債権各論上巻』（1954）
- 我妻榮・法協73巻2号（1956）

『参考裁判例』(番号は拙稿・沖国34号、36号による)

- ①大判明41. 3. 18民録14輯290頁
- ②大判大7. 11. 14民録24輯2169頁
- ③大判大5. 10. 27民録22輯1991頁
- ④大判大7. 11. 26民録24輯2260頁
- ⑤大判大7. 8. 27民録24輯1658頁
- ⑥大判大9. 8. 28民録26輯1298頁
- ⑦大判大14. 7. 20新聞2475号9頁
- ⑧大判大10. 3. 30民録27輯603頁
- ⑨大判大10. 4. 4民録27輯616頁
- ⑩大判大11. 6. 5民集1巻283頁
- ⑪大判大13. 5. 27民集3巻232頁
- ⑫大連判大15. 5. 22民集5巻386頁
- ⑬大判昭6. 4. 15新聞3266号15頁
- ⑭大判昭9. 8. 10全集1輯9号14頁
- ⑮大判昭12. 3. 5全集4巻5号6頁
- ⑯大判昭7. 4. 1裁判例6輯民事92頁
- ⑰大判昭10. 12. 18全集3輯3号13頁
- ⑱大判昭11. 10. 16法学6巻1号12頁
- ⑲大判昭16. 2. 5新聞4681号15頁
- ⑳最判昭28. 10. 15民集7巻10号1093頁
- ㉑最判昭28. 12. 18民集7巻12号1446頁
- ㉒最判昭36. 4. 28民集15巻4号1105頁
- ㉓最判昭36. 12. 8民集15巻11号2706頁
- ㉔最判昭37. 7. 20民集16巻8号1583頁
- ㉕大判明37. 11. 7民録10輯1404頁
- ㉖大判明38. 11. 28民録11輯1607頁
- ㉗大判明39. 10. 29民録12輯1358頁
- ㉘大判大4. 10. 2民録21輯1560頁
- ㉙大判明43. 2. 2民録16輯45頁
- ㊱大判大5. 11. 17刑録22輯1777頁
- ㊲大判大9. 9. 15新聞1745号15頁
- ㊳大判大4. 2. 8民録21輯81頁
- ㊴大判大6. 6. 4民録23輯1026頁
- ㊵大判大9. 4. 12民録26輯533頁
- ㊶大判大9. 10. 18民録26輯1554頁
- ㊷大判昭5. 7. 1裁判例4輯民事84頁
- ㊸大判昭6. 4. 24民集10巻685頁
- ㊹最判昭35. 12. 15民集14巻14号3060頁
- ㊺大判昭7. 5. 27新聞3448号7頁
- ㊻大判昭7. 4. 11民集11巻609頁
- ㊼最判昭32. 1. 31民集11巻1号170頁
- ㊽最判昭50. 3. 28民集29巻3号251頁
- ㊾大判昭5. 12. 20評論20巻民法144頁
- ㊿大判昭13. 7. 11全集5輯5号21頁
- ㊱最判昭39. 6. 23民集18巻5号842頁
- ㊲最判昭37. 11. 16民集16巻11号2280頁
- ㊳最判昭47. 4. 20民集26巻3号520頁