

価格変動の態様から見る損害賠償額の算定期期(下)

田 中 稔

目次

- I. はじめに
 - II. 判例 (以上、46号 = 拙稿[2018])
 - III. 学説
 - 1. 富喜丸事件判決前
 - 2. 富喜丸事件判決後
 - 3. 口頭弁論終結時説
 - a. 口頭弁論終結時
 - b. 損害軽減義務
 - 4. 平井説
 - 5. 北川説
 - IV. 検討
 - 1. 判例
 - 2. 口頭弁論終結時説
 - 3. 平井説
 - 4. 北川説
 - 5. 損害軽減義務
 - V. 終わりに
- 裁判例一覧
参考文献 (以上、本号)

III. 学説

1. 富喜丸事件判決前¹

■ 当初の学説の問題関心は価格の算定期期にはなかったと思われる。その関心は、次のような点に向けられている。

第一に、民法416条の定める債務不履行における損害賠償の範囲である。ここでは、通常損害と特別損害との分類が強調され、両者が例示されている。教科書事例では、売買契約における買主の損害として、騰貴した時価で目的物を転売すべかりし利益は通常損害、転売契約における違約金は特別損害の例とされている²。

第二に、物の価格の分類である。通常価格、特別価格、感情価格がそれぞれである³。通常価格と特別価格のいずれによるべきかが民法416条の通常損害・特別損害に関連付けられて、議論されている⁴。

第三に、いつまでに生じた損害が賠償されうるか、である。事実審の口頭弁論終結時があげられている⁵。

■ 当時の論では、次のような時点を算定期期としてあげている。

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

1 拙稿 [2018]23 頁以下も参照

2 岡松 [1897]87 頁以下、川名 [1904]157 頁以下。飯島 [1913]512 頁以下、須賀 [1914]126 頁以下、中島弘道 [1925]368 頁以下。

3 拙稿 [2018] 注 (1) 参照。

4 このうち、通常価格によるべきであるという見解(岡松 [1897]92 頁、中島玉吉 [1921]513 頁、中島弘道 [1928]181 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見解(石坂 [1911]、横田 [1909]310 頁以下、鳩山 [1916]69 頁、沼 [1925]113 頁)に分かれる。また、民法 416 条が適用される場合には、通常価格は通常損害、特別価格は特別損害にあたりと指摘されている(鳩山 [1916]68 頁以下、磯谷 [1917]440 頁以下、沼 [1925]114 頁、三瀧 [1923]240 頁以下、大谷 [1926]166 頁以下、富井 [1929]239 頁、姉齒 [1929]13 頁、勝本 [1930]387 頁、480 頁、近藤 = 柚木 [1934]197 頁、石田 [1936]125 頁。その他、於保 [1959]131 頁。北川 [1987]608 頁、森島 [1984]69 頁はここに民法 416 条による算定期期の処理の端緒をみいだす。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述べているにとどまる。平井 [1971]234 頁以下参照。

5 鳩山 [1916]69 頁。鳩山 [1924]246 頁は、⑬⑭⑮を引用し、債務不履行と相当因果関係のある損害を算定するにつき特別の事情のない限り解除の時を標準とすべきである、という。この記述は、算定期期における解除時準則を述べているとも読めるが、むしろ、原則として解除までに生じた損害に限られる旨を述べていよう。

標準とする⁶。石坂音四郎は、履行不能・履行遅滞のいずれも、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⁷。富井政章は賠償請求権発生時とする⁸。中島玉吉は加害時を標準とする⁹。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¹⁰。

これらの時点以外の時点も、当時の論者によれば、採用されうる。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では足りずそれが確実でなければならぬ、と説かれる。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¹¹。

■ 算定期限に関する判例を正面から批判する初めての論者は菅原春二である。菅原は、②前の大審院の判断枠組が中間最高価格の賠償請求を無制限に許容していると批判している。

菅原は、積極損害の基準となるのは財産が減少した時点、得べかりし利益の基準になるのは利益を得べかりし時点である、とする¹²。菅原は、利益を得べかりしというには単なる可能性では足りず確実性すなわち大いなる蓋然性が必要でありとし、「加害事故なかりせば騰貴せる価格に依り給付又は被害の物体を売却する等の方法に依り永続的利益を得べかり特別の事由なかるべからず」という¹³。

もっとも、ここで菅原の言及する「特別の事由」は消極損害の有無に関

6 横田 [1909]328 頁以下。

7 石坂 [1911]350 頁以下。ほかに沼 [1925]114 頁、嘉山 [1926]121 頁以下、三瀧 [1923]243 頁。債務不履行につき、大谷 [1926]168 頁も同旨を説く。ただし、石坂は、遅滞後に価格下が下落したときは遅滞時とする。

8 富井 [1929]241 頁以下。

9 中島玉吉 [1921]509 頁。

10 磯谷 [1925]258 頁。履行期につき、中島弘道 [1927]472 頁。

11 横田 [1909]328 頁以下、石坂 [1911]350 頁以下。中島玉吉 [1921]509 頁、沼 [1925]114 頁、磯谷 [1917]448 頁以下、小町谷 [1925]219 頁以下、吾孫子 [1928]132 頁、富井 [1929]241 頁以下。

12 菅原 [1920]634 頁。

13 菅原 [1920]639 頁以下。他に、中島玉吉 [1921]510 頁。

するにとどまり、その予見可能性は問題にされていないから、民法416条2項にいう特別の事情ではない。菅原に続く他の論者においても同様である。賠償権利者が任意に選択する時点の結果として採用する②前の大審院を批判する際に、当時の論者のほとんどは、同条の適用による算定期限の処理を考慮していない¹⁴。

菅原による批判の後、①②は、価格騰貴時まで債務の目的物を保有して利益を得べかりし特別の事情の主張・立証を債権者である買主に負わせている。②前の学説は、菅原の批判に同調し、①②を高く評価している¹⁵。

もっとも、①②では、売買に買主が目的物を転売であった。転売済みの事実のない③④では特別の事情の主張・立証は問題とされていない。

確かに、当時の大審院は、不法行為時、履行不能時を除くと、時価に相当する賠償権利者の損害を得べかりし利益と捉えている。しかし、この得べかりし利益は、当時の学説の批判とは異なり、必ずしも転売利益ではない。③は、債権者「Xカ当時他ニ売却スヘカリシコトハ〜Xノ請求ヲ是認スルニ必要ナルモノニ非ス」と、明言している。転売を要せずして得られる利益が問題にされよう。

しかし、転売の事実はないにもかかわらず利益を得べかりしという特別の事情の主張・立証の責任を同じく賠償権利者に負わせる②の登場後、①②は、②の示した一般論である富喜丸準則に沿う先行判例としての評価を学説により与えられていく。

ようやく、算定期限の問題は、民法416条の適用問題、すなわち、損害賠償の範囲の問題であると認識されるにいたる。

2. 富喜丸事件判決後¹⁶

■ 富喜丸準則は、同判決後の学説により、しばらくの間は、算定期限を賠償権利者の選択にゆだねて中間最高価格の賠償を無制限に認める判例の

14 拙稿 [2018]24 頁参照。

15 拙稿 [2018]24 頁参照。

16 拙稿 [2018]23 頁以下も参照。

修正と捉えられて、肯定されている¹⁷。

■ 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²⁷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²⁸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ことができる。価格下落型では、賠償権利者にとって有利である。

しかし、富喜丸準則はその後、価格上昇型・中間最高型において、価格騰貴時の採用、従って、賠償範囲を過度に制限すると考えられるに至る¹⁸。そこで、たとえば、我妻は、当事者の職業、目的物の種類、契約の目的にかんがみ、適當の範囲の加算を認めている¹⁹。

一般には、賠償権利者が目的物を転売すべかりしことは推認されてない。しかし、我妻らのあげる諸事情によっては個別の事案において転売すべかりしことを推認することができるであろう。大審院・最高裁の裁判例に現れているように²⁰、その予見可能性の認定にも事実上連動するであろう。

■ 既に紹介したように²¹、於保不二雄は、算定期期に関する判例を、²²に依拠して、「責任原因発生の時、すなわち、損害賠償債権発生の時を標準とし、その後の損害は相当因果関係の範囲内の損害を加算する」ため、「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ことになる」と定式化している（以下では「責任原因発生時説」という）²²。

17 石田 [1936]126 頁。磯谷 [1928]145 頁以下は、損害賠償請求権発生時を原則とし、遅滞の場合には履行期を原則とする、という。

18 我妻 [1940]109 頁。深谷 [1960]35 頁。

19 我妻 [1940]109 頁。同旨、川島 [1949]109 頁、津曲 [1959]113 頁。

20 拙稿 [2018]45 頁以下参照。

21 拙稿 [2018]47 頁以下参照。

22 於保 [1959]131 頁以下。

確かに、於保の分析は不法行為における判例の枠組をよく説明している。しかし、債務不履行については、判例の分析としては、二つの点で問題が残されている。

第一に、時価に相当する得べかりし利益を特別損害と扱う判例が特別の事情とみる対象には、富喜丸準則のいう利益を確実に得べかりし事情と、価格騰貴とがある。前者は中間最高型における転売利益、後者はとりわけ価格上昇型における保有利益に関連する。特別の事情のかような相違は於保の整理においては反映されていない。しかも、④③の前は、②②後も、通常の価格騰貴により生ずる債務不履行後の得べかりし利益が通常損害と解されていると判例を解する余地のあることが反映されていない。

第二に、履行遅滞において、履行期を責任原因発生時と読むと、解除時を通常損害とする④④を説明できない。解除時を責任原因発生時と読むと、履行期から解除前までの時点の説明が含まれない²³。

確かに、履行期の時価を通常損害とする④④を踏まえると、ある特定の時点（解除時）までの時価を通常損害・その後の時点の時価を特別損害とする説明もありうる²⁴。しかし、②②前の大審院における特別の価格騰貴のみを特別損害とする態度が④④前の最高裁においてもとられていたとみるならば、解除時までのすべての時点が特別損害と扱われうる。

■ 責任原因発生時説が必ずしも説明し切れていない履行遅滞の場合には、債権者は、契約を解除をしないで履行請求を続け併わせて代償請求を行うことも少なくないが、多くの場合には、契約を解除して時価と契約価格との差額を賠償請求している。

契約により生じた債務の目的物の引渡しの遅滞により契約が解除された場合に、解除した債権者に賠償されるべき損害が原則として解除時の時価により算定されるべきとする点には、異論はほぼ見当たらない²⁵。

23 平井 [1985]71 頁。

24 利谷 [1966]57 頁。

25 我妻 [1954]202 頁。我妻は、履行期に目的物が引き渡されていたならば、原則として解除時にも債権者が目的物を所有していたであろうと推測されることを指摘する。さらに、

学説は、③④の結論を支持している。しかし、その理由付けの当否をめぐっては、議論が盛んである。

③④当時の通説であった直接効果説は、解除により契約の効力は契約締結時にさかのぼって消滅する、と解する²⁶。同説に従えば、民法545条3項（改正後は4項）にいう、解除をしても請求することができる損害賠償が民法415条にいう債務不履行による損害賠償か否かが問題になる²⁷。

問題関心は、解除とともにする損害賠償により、当事者が契約により実現しようとしていた利益が実現されうるか、とりわけ、目的物の時価による賠償が認められるか、にある。

判例・通説は、契約の解除が債務不履行を理由にされているにもかかわらず解除後は債務不履行により生じた損害の賠償が認められないのでは債権者の救済には不十分であると考え、解除の遡及効を制限して民法415条にもとづく債務不履行による損害賠償請求を認めている。

しかし、解除の遡及効を貫徹すれば、債務不履行責任自体が遡及的に消滅すると考えられる。そこで、解除した債権者が賠償請求しうる損害は債務不履行により生じた損害ではない、と主張する説も存在する。

契約の有効を信頼したために債権者が被る損害である、という信頼利益説が示される。信頼利益の賠償は、主に無駄になった費用を念頭に置き、解除された契約が成立しなかった状態を回復するのに資する。

原状回復（民法545条1項）が不能の場合における原状回復の代替または不十分である場合の補充とみる見解もある²⁸。

もっとも、契約締結時の状態が回復されうるとどまるならば、解除をした債権者は時価による利益の賠償を請求しえない。

そこで、信頼利益説の一部は、解除された契約が締結されていなかったならば債権者は代替的な契約を締結し時価に相当する利益をえていたであ

我妻は、履行が可能である限り、債権者が解除の時点にも履行を請求することができたことをあげている。

26 我妻 [1954]188 頁。

27 拙稿 [2018]16 頁以下も参照。

28 勝本 [1949]84 頁以下。

ろう、と仮定する²⁹。また、賠償権利者が解除をしないで履行利益の賠償請求する方法として、代償請求の他、ドイツ法におけるように、相当の期間を定めて催告をした後に期間が徒過した場合に、解除をしないで履行に代わる損害賠償を請求すると主張される³⁰。

柚木馨は、信頼利益における損害賠償の範囲を定めるにあたり、民法416条を類推適用し、解除時の時価は相当因果関係にあると解している³¹。

石坂音四郎は、解除とともにする損害賠償は、債務不履行によるそれではないが、信頼利益の賠償でもなく、契約により信頼した利益を対象として、解除により生じた損害賠償であると解している³²。

原状回復の代替・補充と解する説は、回復されるべき原状とは契約締結前の状態ではなく解除時の状態である、とする。このように説明すれば、解除時が採用されることが説明できると考えられている³³。

■ 解除における損害賠償の性質をめぐるこのような議論の状況の下で、買主の請求する解除時の時価に相当する通常損害の賠償を通常損害として認め履行期を主張する売主の申告を退ける^{③③③④}が現れている。しかも、その数年後に、買主の主張する履行期を通常損害とする^{④④}が現れる。

学説は、^{④④}の結論には賛成しつつ、その説示には問題があるとする。

その代表の一つが、谷口知平の批判である³⁴。谷口は、「本件損害はこれを民法四一六条一項に規定する通常生ずべき損害」であるとする説示によれば、債務不履行による損害が問題になっているのであるから履行期を基準にすべきであるにもかかわらず、「目的物の給付請求権を～解除により～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」として解除時を基準にしている点に、^{④④}の混乱を見いだしている。

29 石田 [1923]57 頁以下。

30 柚木 [1956]317 頁以下。

31 柚木 [1963]281 頁以下。

32 石坂 [1916a, 1916b]。

33 西村 [1954]132 頁。

34 谷口 [1955]96 頁以下。拙稿 [2018]36 頁以下参照。

大審院の先例の延長上で読み解くと、③④の二つの説示は、上述のように、いずれも、解除時が原則であると述べるものとは解されない³⁵。

第一のそれは、通常の価格騰貴による損害は通常損害である。履行期から解除までのすべての時点の時価がそうである。通常損害であることは算定期期の原則となる特定の時点であることを意味しない。③④は解除時の時価であるから通常損害であるというものではない。③④は、本件の解除時の時価は通常損害であるから、予見可能性を問題にせずに、損害賠償の範囲に含まれる、というものと解すべきである。

第二の説示はいわゆる債務転形論に依拠する形式的な理由付けに見える。代償請求（③⑤）や相当の催告期間が徒過した場合（④⑨）に解除なき填補賠償請求を肯定する先例との矛盾が指摘されている³⁶。

しかし、我妻榮は次のように述べている。「判旨の本旨は～本来の請求権が履行遅滞によって本来の請求権プラス遅延賠償となり、それに解除が加わることによって填補賠償に変わるというのであろう～解除による損害賠償請求権の性質を問題にしているのでもなく、却って、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変わる金額になることを説いているにすぎない」と³⁷。

私見によれば次の通りである。③④は、解除時の時価が得べかりし利益（特に転売利益）であるとする富喜丸準則が妥当する、と考えたのであろう。しかし、中間最高型には能くあてはまる富喜丸準則は価格上昇型には適切ではない。上記のように説明することができれば、解除時の時価は少なくとも得べかりし利益ではない。この点においても、③④は、解除の場合には解除時が算定期期の原則であると述べているとは必ずしもいえない。

第二の説示では、債権者が履行請求権を喪失する解除時の時価に相当する損害（得べかりし利益ではない）を同時期に被ること³⁸、第一の説示では、敗戦後のインフレによる価格騰貴は通常の価格騰貴であるから本件解除時

35 拙稿 [2018]37 頁参照。

36 北川 [1971a]140 頁、北川 [1971b]102 頁。

37 我妻 [1956]241 頁。我妻 [1954]190 頁以下参照。

38 相原 [1954]21 頁も参照。

の時価は通常損害であり、予見可能性を問題にすることなく、賠償範囲に含まれることが説明されているといえる。

このように読むならば、③④の二つの説示の間には学説が指摘するような矛盾は生じない。解除は債務不履行ゆえに行われているし、解除ともにする填補賠償は債務不履行によって生じた損害の賠償である³⁹。

■ ④は、③④が退けている履行期通常損害として採用している。学説はそこに矛盾を見だし、両者を整合させる説明に苦慮している。

しかし、④が履行期の時価を通常損害とすることも、決して、履行期が算定時期の原則であることを意味するものではない。④は転売価格が売主により主張立証されていたならば転売価格により履行期の時価による賠償は認めていなかったであろう。④は履行期の時価に相当する損害が生じておりしかもそれが通常損害にあたるということとどまる。解除時と履行期とは採用されうる要件に相違はありうるが、債権者の主張する損害が生じておりかつ賠償範囲に含まれていることが述べられている。

いずれにせよ、履行期から解除までの間の算定時期に関する判例法理は学説にとって不透明であった。そのため、富喜丸準則の先例性、於保による定式化に疑問を呈する平井宜雄や北川善太郎の指摘につながっている。

■ 昭和30年代以降、不法行為後・債務不履行後の時点を、富喜丸準則に比べ、採用しやすくすべく、学説が展開されてゆく。

一つは、算定時期が問題となりうる期間のうち、最初の時点ではなく、最後の時点、すなわち、事実審の口頭弁論終結時を原則とみる口頭弁論終結時説がそれである。第二次大戦後の物価の変動は基本的には価格上昇型に該当する。

一つは、富喜丸準則を批判し、算定時期を損害の有無・賠償範囲とは別

39 我妻 [1956]242 頁。

個の問題とみる見解である。不法行為に民法416条を類推適用すること⁴⁰への疑問⁴¹を一因として、富喜丸準則により賠償範囲に関する代表的な問題となっていた算定期間の問題についての論争が再燃している。

3. 口頭弁論終結時説

a. 口頭弁論終結時

上記のように、口頭弁論終結時を算定期間の原則とする学説は②前にも存在していた。

その後、口頭弁論終結時説は、昭和30年代前半より、谷口知平⁴²らにより、有力な見解として再興をする⁴³。

谷口は、不法行為については、「被害者が被害目的物の返還、現物の回復を請求する権利があり、これが不能であるならば、その目的物の価値に代る金額を損害賠償として請求しうる」⁴⁴との考え方にもとづき、また、債務不履行については、「本来は給付目的物の引渡を判決によつて命じてもらう権利を有するのであるが、これが不能であるために、目的物の給付

40 この点については、現在に至るまで、判例の態度に変わりがない。大判昭和10年7月3日裁判例9輯民事188頁、大判昭和11年4月7日法学5巻9号102頁、大判昭和15年2月29日新聞4548号7頁、最判昭和30年10月25日集民20号253頁（人身損害）、最判昭和33年7月17日民集12巻12号1751頁、④最判昭和39年6月23日民集18巻5号842頁、最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁、最判昭和49年4月25日民集28巻3号447頁（人身損害）、最判平成8年5月28日民集50巻6号1301頁（拙稿[1997]参照）、最判平成8年5月28日判時1572号53頁（拙稿[1999]参照）など。その他に、台湾高判昭和6年8月19日台法26巻9号39頁など。

41 なお、拙稿[1997]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いる。算定期間の問題は代表的な例である。これに対し、最判昭和49年4月25日民集28巻3号447頁などを除き、人身損害ではほぼ問題にされていない。北川[1987]500頁以下は、民法416条による事例、相当因果関係による事例による事例、両者を併用する事例に分類して判例を整理する。松浦[2009]、松浦[2011]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検証する。他に、平井[1992]114頁、120頁、平井[1996]73頁、92頁以下参照。

42 谷口による研究として、谷口[1955, 1957a, 1957b, 1963b, 1963a, 1964, 1973]。

43 谷口[1957a]252頁、谷口[1957b]45頁。他に、高梨[1958]35頁以下、遠藤[1970]397頁。

44 谷口[1957a]252頁。

に代わる価値を賠償として与えられたならば満足すべき」である⁴⁵、として、いずれも、判決時の目的物の価額を基準にすべきであるという。すなわち、谷口は判決時の時価をうべかりし転売利益からも得べかりし保有利益からも切り離している。谷口はこのように考えるため、履行不能における価格上昇型についての最高裁⁴³⁴⁶を基本的に支持しつつ、両判決が価格騰貴の予見可能性を問題にしている点を批判している⁴⁶。

口頭弁論終結時の時価に相当する損害は転売利益でないから、賠償権利者は口頭弁論終結時に転売すべかりしことを要しない。

もっとも、口頭弁論終結時は、判例のあげる不法行為時、履行不能時、解除時とは異なり、賠償権利者が主張すれば常に採用されうる時点ではない。賠償義務者は、それ以前に物を賠償権利者が処分していた場合において、転買主への損害賠償ないし転売契約を履行するために代替取引をして口頭弁論終結時の時価を下回る損失しか被っていないときは、その賠償に限定されるべきであるという⁴⁷。

他方、谷口は、口頭弁論終結前の時点の時価を得べかりし転売利益と解している⁴⁸。価格下落型や中間最高型において価格下落前の時点を採用するには、賠償権利者は、少なくとも、価格下落前に転売すべかりし事情を証明しなければならない。

もっとも、価格下落型、もしくは、中間最高型において口頭弁論終結時の時価が不法行為時・債務不履行時の時価を下回る場合には、価格算定の時期が問題となる期間の始期である履行不能時・不法行為時を原則とみる判例に比べて、口頭弁論終結時は賠償権利者にとって不利である。論者の一部は、価格下落の不利益を賠償権利者に負わず、下落前の最高価格時たる不法行為時・債務不履行時の時価に従い損害が算定されるべきであると主張する⁴⁹。

45 谷口 [1957b]45 頁。他に、谷口 [1973]853 頁。

46 谷口 [1963b]68 頁。

47 谷口 [1957b]46 頁。

48 谷口 [1957a]252 頁以下、谷口 [1957b]45 頁以。

49 石田 [1977]155 頁。

b. 損害軽減義務

口頭弁論終結時を原則とすると、まず、価格変動の態様に応じて賠償権利者または賠償義務者が訴訟の引き延ばしを企図することが考えられる。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⁵⁰。その原則例外を逆にする考え方もありうる⁵¹。

また、賠償義務者が賠償しなければならない損害は賠償権利者に生ずる。しかも、出費によって生ずる積極損害が典型的であるように、責任原因発生後の賠償権利者自身の行為が介在しうる損害も少なくない。損害の発生・拡大の回避が賠償権利者によっても可能である場合は少なくない。

■ 昭和30年代にすでに谷口が口頭弁論終結時を原則としながら、英米法におけるduty of mitigation論⁵²を参照しつつ、適当な時期に代替取引を行う損害軽減義務を賠償権利者に衡平の観点から負わせている⁵³。現在では、その他の論者も、少なからず、同様の考慮を行う⁵⁴。

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。解除時は代替取引が法的に可能になる時点であると指摘されている⁵⁵。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することができる。また、解除後の時点は算定期間として採用できなくなるが債権者が解除の若干の後に行った代替取引により生ずる損害の賠償を通常損害として認める大審院の結論と一致する⁵⁶。

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

50 森島 [1984]74 頁。

51 星野 [1978]81 頁以下。

52 その概要については谷口 [1957a]、斎藤 [1990] 参照。

53 谷口 [1957a]、谷口 [1957b]。

54 たとえば、奥田 [1982]202 頁。

55 斎藤 [1990]68 頁。

56 ⑨⑬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取引による損失の賠償が認められている。斎藤 [1990]76 頁、斎藤 [1993]210 頁は代替取引時を解除時に準ずる時点とする。

右されうる。そこで、谷口は、損害軽減義務の下で解除時準則を維持しつつ、その一部として債権者は契約を解除するべきであると説く⁵⁷。

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賠償権利者に過失があるものとして、過失相殺(民法418条、722条2項)による減額によってわが国でもすでに受容することができると考えられている。

その後、1990年代以降、内田貴らにより、代替的方策により自らの損害を軽減できるときは賠償権利者は損害軽減義務違反のため回避されなかった損害の賠償を請求しえないという損害軽減義務説が提唱される⁵⁸。内田も、谷口と同様に、口頭弁論終結時を原則とすることから出発している。

■ 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)であると考えらるべきである」と説く⁵⁹。もっとも、損害賠償額の支払われる前に代替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⁶⁰。内田は、種類物の買主が代金を支払済であるときは、代替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⁶¹。

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取引が法的に可能になりうることを承認する。しかし、代替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本来の給付を請求することができなくなる場合を承認するならば、代替取引を解除に結びつける必然性はなくなる⁶²。

57 谷口 [1957a]254 頁。ほかに、斎藤 [1990]77 頁。

58 内田 [1990]。他に、斎藤 [1990]。

59 内田 [1990]2665 頁。

60 安達 [1995]74 頁は買主の代金支払の有無を考慮に加えている。中田 [2008]168 頁も参照。

61 内田 [1996]159 頁。

62 仙台高判昭和55年8月18日下民31巻5～8号472頁は、解除時を原則とするといいつつ、「物価急騰の時代に、理由なく遅れて解除がなされた場合に、解除時をもって損害額算定

解除時は代替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、代替取引をなすべき時期が価格算定の基準になり、そのその時期の一つとして、解除時準則が導かれる⁶³。

■ 内田は、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。上記のように、大審院・最高裁の先例は、損害軽減義務によっては、算定期間を理由づけていない⁶⁴。内田は、損害軽減義務を想定すれば算定期間に関する判例の説明が容易になるという⁶⁵。内田があげるのは、解除に関する③④⑤、および、代償請求に関する先例である。

内田によれば、③は、「解除により目的物の給付請求権が消滅し、まさに代替取引が法的に可能となった時点の時価で賠償額を算定したとみるべき」である。④は、目的物を転売済みである買主が「その後の解除時ではなく不履行時に直ちに代替取引を行うことが合理的な事案である」と説明することができる、と⁶⁶。内田は、特に、買主Xが転買主Aに目的物を転売済みの事案⑤が「Xは他より同種の原糸を購入するにあらざればAに対す綿布の引渡に支障を来すべく之れが購入は反証無き限り解除当時の時価を以てせざるべきあらざるは当然」と述べることに注目している。

内田は、代償請求に関するものについては⁶⁷、「代替物が問題となっているとみられるケースにおいても、いずれも、代替取引による損害軽減義務が働かず、可能な限り現物そのものの引渡しを認めるべきであった事案で

の基準日とするのは著しく衡平を失するものと言わねばならないので、おそくとも解除できたであろう時（他の業者と契約できたであろう時と同じと認める。）をもつて損害額算定の基準日とするのが相当である」という。姫野 [1999b]97 頁以下参照。

63 潮見 [2003] 387 頁。

64 拙稿 [2018] 参照。

65 内田 [1990]2569 頁以下。

66 森田修 [1993]142 頁は、内田が③について「代替取引が法的に可能となった」という論理に従えば、④においても履行期ではなく解除時が採用されるべきであるといい、「代替取引をすることが被不履行者にとって合理的とされる場合と、法的に可能とされる場合とを同一視することは、解除前の被不履行者は追履行を拒絶し得ないにもかかわらず代替取引義務を課されてしまうという問題を生む」と指摘する。

67 内田 [1990]2660 頁以下。

ある」という。すなわち、㉞小作料ないし利息としての米の引渡しに関する㉟そのほか⁶⁸は「債権者から提供した給付に対する対価として米が貨幣的機能を果たしており」、㊱株券の返還請求に関するもの⁶⁹は、「預けた自己の株券の返還請求であり、特定物的性格を有する」ものであり、㊲その他のものでは、㊳㊴は「契約解消にともなう現状回復の事案であり、現物の返還が要請される事案である」と。㊵は、買主が株式名義書換に必要な白紙委任状・印鑑証明書のほか代金の支払いも終えており～代替取引を要求することは債権者の負担が大きすぎ～やはり現物の引渡ししが正当化しうる事案である」と⁷⁰。

68 大判大正11年9月23日新聞2060号21頁、大判昭和5年5月22日新聞3134号7頁、大判昭和7年7月29日新聞3453号15頁。これに対し、森田修[1993]144頁以下は、㉞㉟の裁判例について次のようにいう。「何のケースにおいても目的物の市場が存在しており、債権者に代品調達の可能性は否定できない」。債権者は「反対債務として代金債務を負っておらずこの債務からの解放が問題となっていない」から「市場が上昇中の場合には他からの代替取引によって同種物を少しでも安価に手に入れ、不履行されている本来の契約の定める代金との差額を賠償として認めるということがそもそも問題とはならない。「いずれも目的物価格が低落中であって～当該目的物以外に債務者の財産がないからこそまでもって履行請求をしていると考えられる」。「解除の行使が考えられず、むしろそこでは本来的履行請求権の行使が問題になっている」と。

69 大判大正12年3月7日新聞2120号19頁、大判昭和13年3月17日全集5輯7号12頁、東京地判昭和30年7月26日ジュリ93号84頁、大阪地判昭和33年11月14日下民9巻11号2243頁。

70 これに対し、森田修[1993]145頁以下は、㊲の裁判例については、次のようにいう。㊳は、「目的物価格は使用によってではあるが低落しているケースであり、騰貴中の場合とは異なり、代替取引義務が問題になり得る事案ではない。「七〇三条の現存利益の判断が実質的には基礎となっているように思われる」と。㊴は、「材料前渡しの請負契約解除の事案であるので、返還義務不履行者に対する被不履行者の金銭債務は存在していない」。「本件でも判決時での損害賠償算定を主張しているのは代償請求された不履行当事者である」。「原告主張にかかる損害賠償額算定基準時である裁判中の一時点において騰貴していた目的物価格が、その後判決現時まで低落していると推測できる」と。㊵は、株式売買において「代金債務は既履行であってそこからの被不履行者の解放は問題となり得ない。さらに本件でも目的物の価格は低落中の事案であって、原告はいわば機械的に判例の準則にしたがって口頭弁論終結時を基準とする損害賠償請求をしているだけである」。「裁判の争点も解除なしに填補賠償請求できるかという点にあり、損害賠償の算定基準時そのものについては争点となっていない」と。

森田修[1993]147頁は、内田のあげる先例のうち損害軽減義務が既存の判例上の義務であるのは、転売契約が買主の債務不履行により保証金の没収と違約金の支払いによって処理されることを契約時に知りながら売主が債務を履行しなかった大阪地判大正6年3月26日新聞1298号29頁のみであるといい、内田があげる算定時期に関する裁判例には損害軽減義務で説明することができるものは存在しない、とする。前掲註(72)参照。なお、この

■ 損害軽減義務は、義務違反がなかったならば生じなかったであろう、義務違反後に生ずる損害を賠償の対象から除いている。そのため、損害軽減義務による算定期期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り下限を画する基準を提供していない点である。

賠償権利者の被る損害が損害軽減義務時の時価を下回る場合としては、具体的には、価格上昇型において、価格上昇前に目的物が転売されていた場合、代替取引が損害軽減義務時の時価よりも安価で行われていた場合、価格下落型・中間最高型において現在の時価が損害軽減義務時の時価を下回る場合、などが考えられる。このような場合にも損害軽減義務時の時価の賠償を肯定しようとするならば、何らかの規範的要素を含む説明が更に必要になるであろう。

第二に、代替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。

代替取引をなすべき時点が損害軽減義務説における最高価格時である価格上昇型のときは、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。履行期が採用された④は価格上昇型の事案のようである。内田のような損害軽減義務による④の説明は不要である。むしろ、転売済みの賠償権利者は、価格上昇型において履行期後の、すなわち、解除時等の時点を主張することができなくなろう。

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、代替取引をなすべき時点の時価を上回る時点が価格下落型において採用されるか否かを損害軽減義務は説明することができない。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、価格下落型の場合には、代替取引をなすべき時点より前の時点を算定期期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、価格下落型の場合には価格上昇型におけるよりも前となる、価格下落前の時点に損害

下級審判決では、上記の損害は予見可能な特別損害とされている。

軽減義務時が置かれねばならないであろう。④では、考慮されてはいないが、転売の事実が存在している。例えば、転売契約の不履行により被る損害（転売契約からの得べかりし利益、転買主に対する損害賠償額・違約金等）の総額が、そのような損害の発生を回避するために代替取引が期待される時期における時価を上回る場合であろう。

要するに、損害軽減義務は、賠償権利者が自ら回避すべき、それ以後に生ずる損害を損害賠償額から除くという枠組であるから、価格上昇型における算定時期を能く画しうるが、価格下落型におけるそれを画する基準を十分には提供していない⁷¹。算定時期の問題に関していえば、損害軽減義務は考慮されるべき算定時期を口頭弁論終結時までではなく、損害軽減義務時までには早めて制限するにとどまる。

損害軽減義務からみる算定時期には、こうした問題が残されている。いいかえれば、算定時期に関する既存の、あるいは、新たな別の基準と、損害軽減義務は併用される⁷²。

71 森田修 [1993]145 頁以下。

72 算定時期に関する事案ではないが、⑤は、通常損害の賠償額を、過失相殺によらないで、減額している。賃借してカラオケ店を営んでいた雑居ビル地下1階の事業用店舗に建物全体の老朽化等による原因不明の水漏れが生じ営業を再開できないために喪失した休業中の営業利益の賠償を賃借人が水漏れを修繕しない賃貸人らに対して請求している。最高裁は、「事業用店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行により当該店舗で営業することができなくなった場合には、これにより賃借人に生じた営業利益喪失の損害は、債務不履行により通常生ずべき損害として民法416条1項により賃貸人にその賠償を求めることができる」と述べたうえ、「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。

もっとも、本件の営業利益の喪失が通常損害と解されている点に、筆者は若干の疑問を感じる。確かに、営業利益の喪失を通常損害と解する先例は存在する。最判昭和33年7月17日民集12巻12号1751頁（後掲註(231)参照）、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1823頁（後掲註(232)参照）。しかし、営業利益の喪失を特別損害と解する先例も少なからず存在する。大判昭和10年5月1日裁判例9輯民事125頁（後掲註(227)参照）、最判昭和32年1月22日民集11巻1号34頁（後掲註(230)参照）、最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁（後掲註(233)参照）。

仮に、特別損害であると解されていたならば、損害額について予見可能性を問題にする余地があったろう。大判昭和4年4月5日民集8巻373頁は、不動産の転売価格が売買価格の3倍程度であった事案において、「予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ特別事情ニ基ク損害ノ賠償範囲ハ右特別事情ヨリ事物ノ自然ノ性質ニ従ヒ通常生スヘキ損害ニ限ルモノト解セサルヘカラス。若シ右特別事情ニ基因シ前記ノ範囲ヲ超ヘテ損害ヲ生シタリトセハ之

もつとも、損害軽減義務を一般的に賠償権利者に負わせることには慎重な見解も少なくない。賠償義務者に帰責されるべき原因から生ずる不利益を賠償権利者の負担に終わらせることになるからである⁷³。

4. 平井説

■ 平井宜雄は、相当因果関係および差額説にゆだねられていた、責任原因たる加害行為・債務不履行から損害賠償額の算定に至る一連の過程を、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⁷⁴。平井によれば、算定期期の問題は、保護範囲にあることで賠償範囲に含まれる、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。

平井は、同条が完全賠償主義に立つドイツ法流の相当因果関係でなく⁷⁵制限賠償主義による英米契約法理に由来する⁷⁶契約責任に固有の規定であるとの理解を出発点としている。平井によれば、②後の判例やこれを支持する学説とは異なり、同条は不法行為には類推適用されるべきではない。

平井は、相当因果関係においては因果関係の中に持たされている賠償範囲画定機能を保護範囲として抽出し、因果関係を事実的因果関係と呼んで保護範囲の当てはめの対象にとどめている。

さらに、平井は、損害とは責任原因がなかったならばあったらう賠償権利者の利益状態と責任原因のために現にある同人の利益状態との差額であ

特別事情ニ加フルニ更ニ特別事情ノ介入シ其ノ結果ヲ招致シタルモノニ外ナラザルヘク後ノ特別事情ニ付テハ直ニ契約上ノ義務ノ不履行者カ之ヲ予見シ又ハ之ヲ予見シ得ヘカリシモノト為スヲ得サルカ故ニ此ノ部分ニ対シ賠償責任ヲ負担セシムヘキニ非ス」という。もつとも、目的物によっては、かなり高値での転売も予見可能性があるとされている。大判昭和8年10月4日裁判例5輯民事230頁（後掲註(226)参照）。

なお、宅配の荷物が紛失した場合における所有者に対する運送人の責任を制限する運送契約上の免責約款をめぐる生ずる問題も、所有者に対する不法行為責任が紛失時の時価を通常損害とする点にもその一因があるといえよう。拙稿[2018]31頁参照。

73 潮見[2003]388頁、潮見[2017]498頁以下、中田[2008]170頁、野澤[2009]67頁。

74 平井[1971]135頁以下。

75 山田=来栖[1957]217頁以下。

76 福島[1957]29頁以下。

るとする差額説⁷⁷が相当因果関係と表裏一体として完全賠償主義を体現しているとして、制限賠償主義を採用する民法416条の下では、採用することができないと主張する。

平井は、賠償権利者にとって不利益な事実を損害とみるべきであると主張する。差額説によれば、損害は損害額という金額の形で現れる。しかし、平井はこれをわが国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、事実としての損害と損害額とを切り離している。

そこで、平井は、事実としての損害を金銭的評価するプロセスを創出する。算定期限の問題がその典型であるが、従来は損害の有無・損害賠償範囲画定基準である相当因果関係が担当していた問題の一部を、損害の金銭的評価にゆだねている。

事実を損害とみる平井にとって、算定期限の問題における最上位の損害の事実は、物を失い、あるいは物を得られなかったことである。平井に従えば、算定期限は、損害の有無・賠償範囲の問題から区別され、金銭賠償主義の下での、この最上位の事実としての損害を時価により金銭評価する一資料である。

平井によれば、最上位の損害の事実から派生する下位の事実も損害の事実であり、保護範囲にあるか否かが問題にされうる。価格騰貴による損害のなかで、たとえば、賠償権利者が時価でした代品の買入は新たな損害の事実である⁷⁸。平井によれば、代替取引時は損害の金銭的評価の問題からは除かれる⁷⁹。また、賠償義務者は、下位の損害の損害の事実を主張して、最上位の損害の事実による損害の金銭的評価を排除することができる。

■ 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特殊性にかんがみ⁸⁰、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

77 於保 [1959]126 頁参照。

78 平井は言及していないが、売主の再売却による差損も同様に新たな損害の事実であろう。

79 平井 [1971]223 頁。

80 五十部豊久 [1963]。

害の金銭的評価をゆだねている⁸¹。

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。

■ 民法416条と相当因果関係の同一視を否定する平井に従えば、富喜丸準則はその基礎を失うことになる。平井は、「原告の主張する一定時点における利益取得の蓋然性の存在とその予見可能性の立証という二つの要件～が充足されない場合には不法行為時のみが基準となり、その間の価格の変動を一切考慮しないという、二者択一的な硬直な結論しかもたらさない」富喜丸準則は「損害賠償法の理論としての資格をそれだけで疑われざるをえない」と批判する⁸²。

平井は次のようにいう⁸³。「価格変動に基づく損害とは、実は、確定した損害の事実の金銭的評価が、時期によって変動するというにすぎない。それが「損害」として構成され得るのは、損害が具体的には金銭としてのみあらわれるところの金銭賠償主義をとることの結果なのである。四一六条が定めるのは、賠償されるべき損害の事実の範囲であり、それによって確定した損害の事実を金銭的に評価にする操作は、四一六条の問題ではないのである。基準時という名のもとに判例が行ってきた法的操作は、この金銭的評価の時点をどこにおくべきか、という問題なのである」と。

算定期期については、平井は、全額評価の原則に従い、裁判所が証拠にもとづいて賠償権利者の利益取得の蓋然性をありと認められれば蓋然性のある時点における価格⁸⁴を基礎として金銭評価をすればよい、という⁸⁵。

81 平井[1971]263頁以下、489頁以下。他に、加藤[1964]258頁、栗田[1975]31頁。淡路[2002]184頁以下は、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（淡路[1984]74頁以下）が算定期期にも妥当するという。

82 平井[1971]485頁。

83 平井[1971]259頁以下。

84 水本浩[1989]61頁以下。

85 加藤[1964]258頁は、裁判官が口頭弁論終結時までの一切の事情を考慮して決める際に、賠償義務者に帰責すべきか否かという点から、賠償権利者が代物を購入し損害の拡大を回

すなわち、平井は、算定時期で問題となる賠償権利者の不利益を得べかりし利益に限定している。そのため、算定時期に関する判例は平井においてはつぎのように整理されることになる。

■ 平井は、不法行為の裁判例が比較的少ないという事情もあり、主として、債務不履行における算定時期に関する大審院・最高裁の裁判例を分析し、判例が全額評価の原則によっているという結論を導いている。

平井は、目的物の転売の事実がある②¹⁷②²⁰を算定時期の問題から除いている。平井によれば、②は、転買主に支払った損害賠償という新たな損害の事実が問題になっている⁸⁶。また、①⁷②²⁰は、転売の事実のため債権者の主張する時価によっては損害が金銭的評価されなかった事例である⁸⁷。

従って、平井によれば、転売済みであるにもかかわらず債権者の主張する解除時の時価と売買価格との差額の賠償を認めようとする⑤¹は①⁷②²⁰に抵触し、契約が履行されたよりも高い経済的地位を債権者にあたえることになる。もっとも、平井は、債務者が時価よりも低い価格での転売を反証としてあげない限り、債権者に時価による算定を許容する⁸⁸。また、⑤¹が考慮しようとする代替取引は新たな損害の事実として保護範囲に含まれるか否かが問題にされるべきである⁸⁹。平井は、⑬³を、解除後の買主の代替取引を新たな損害の事実とみた事例として、やはり算定時期の問題から除いている^{90 91}。

避すべきか否か、予見可能性も考慮すべき要素に数えている。

86 平井 [1966]1294 頁以下。②を第三者に対する損害賠償額を通常損害とする事例と理解する文献として、他に、北川 [1971b]127 頁、潮見 [2017]488 頁、森田修 [2018]73 頁などがある。筆者もかつてはそうに解する余地を模索している。拙稿 [2007]5 頁以下参照。しかし、②は、目的物が転売済みであるにもかかわらず得べかりし利益として時価との差額を基準に損害を算定する事例というべきである。拙稿 [2018]12 頁、21 頁参照。

87 平井 [1971]292 頁、294 頁。なお、平井 [1966]1297 頁、1299 頁では、債権者の主張する損害と債務者の債務不履行との間に事実的因果関係がない事例と説明されている。

88 平井 [1971]295 頁。

89 平井 [1971]295 頁。

90 平井 [1966]1309 頁。

91 他に、⑭⁸は、債権者の賠償請求する株式購入のための出費が債務者の債務不履行との間に事実的因果関係の証明のなかった事案であると。平井 [1971]244 頁。事案の概要に

平井は、代償請求についての⑧⑪⑫⑬⁹²を、原告の請求の趣旨はあくまで本来の給付の請求なのであるから、その給付を受けられなくなったときにはその時の価格を基準とした賠償額を受ければ直接その物の返還を受けるのと経済上異ならないとみているとして、正面から本来の給付に代わる損害賠償であることを表明している、という⁹³。

他方、賠償権利者の主張する時点を採用する先例を平井は次のように整理する。

③は、価格騰貴による損害と通常損害とみる理由付けによらず転売利益取得の蓋然性により理由づける裁判例である⁹⁴。④についても同様のようである⁹⁵。④③は、②を踏襲しつつ富喜丸準則を大幅に緩和し、しかも、価格騰貴の予見可能性の存在を肯定して、民法416条による処理の意義を実質的に失わせている⁹⁶。また、④⑥は④③の論理的帰結である⁹⁷。平井は、④⑥における損害の事実を、売買の目的物である不動産の所有権を取得しえなくなったことであるとみて、しかも、不動産売買契約の不履行から通常生ずべき損害である、という⁹⁸。賠償権利者の主張する適正伐採時を採用する④⑤では、富喜丸準則が不法行為における算定期期の問題において堅持されている。しかし、予見可能性のないことを理由に賠償権利者の主張する時期を採用しない事例は少ない。富喜丸準則が実質的な意味を失っている⁹⁹、と。

平井によれば、履行不能時・解除時・履行期を債権者の主張どおり採用する先例②③④⑤⑥⑦⑧⑨は、裁判所が債権者の主張に従った結果にとどまる。平

については、後掲註(214)参照。

92 拙稿[2018]22頁、44頁参照。⑫を除き、債権者の主張は退けられている。

93 平井[1966]1318頁以下。

94 平井[1966]1296頁。

95 平井[1971]220頁は、ドイツの抽象的損害算定（後掲註(132)参照）と発想を同じくするという。

96 平井[1971]247頁。

97 平井[1974]659頁。

98 平井[1974]658頁。

99 平井[1971]486頁以下。平井は、次のように続ける。全額評価の原則が損害賠償制度に内在する要請であるならば、具体的事案に応じて右原則を発揮させ、貫徹させるように理論を構成することの方が先決なのである」と。

井によれば、⑳は履行不能時を選択する債権者の主張に従っている¹⁰⁰。履行期前の履行不能の事案㉑も同様である¹⁰¹。平井は、解除時を採用する㉒㉓㉔を、「本来の給付請求権が損害賠償請求権に転換するが故にその時点が賠償額算定の基準となると理由づける」ものと理解する。平井は、それに従えば、「解除前および解除後の時点が基準時になることは論理的にありえず、これは、「通常生すべき損害」という構成によって債権者の選択を許していた従来判例と論理的に矛盾すると言わざるをえない」という¹⁰²。また、平井は、㉔のあげる二つの理由付けには矛盾があるが、上告理由に一々答えたものであり、論理的な一貫性は期待することができない、という。平井は、原告である債権者の請求を認容するという価値判断に立っていると指摘している。

平井は次のようにいう。「原告は～最も有利な時点を選んで主張することを常としている。～もちろん～原告は常にこのような時点を選択するとは限らない。たとえば、目的物の価値が騰貴している時に～履行期または解除時を選ぶという場合がそれである。しかし、弁論主義～の下では、裁判官はより有利な時点の選択が可能であると考えたとしても、そのような請求を認容するほかない。～基準時が区々であり、それは原告の請求を認めることの結果～であるならば、それは、原告にできるだけ本来の給付と等価物を金銭によって与えようとする裁判官の価値判断の反映と言わなければならない」と¹⁰³。

平井にとって、責任原因発生時説が通常損害として原則と考える時点は、その他の時点と区別されるべき性質を何ら持たない。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より、富喜丸準則に見られるような二者択一的ではなく、事実としての損害を自由裁量により金銭評

100 平井 [1971]245 頁。事案の概要については、後掲註 (194) 参照。

101 平井 [1971]247 頁。事案の概要については、後掲註 (205) 参照。

102 平井 [1971]211 頁も参照。

103 平井 [1971]251 頁以下。

価することができる¹⁰⁴。

このように考えると、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その他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¹⁰⁵。転売すべかりし蓋然性がない場合とは、すなわち、現在まで目的物を保有すべかりし蓋然性がある場合であるから、平井によれば、中間最高型において口頭弁論終結時の時価が基準になろう¹⁰⁶。その結果、特定の時点抽出しようとする算定期期の問題設定のあり方それ自身が実体法上の独自の存在理由を失う¹⁰⁷。

もっとも、平井の立論において算定期期が実体法上の意味をもたないのは、裁判官の自由裁量にゆだねられるからではなく、むしろ、その前提として、平井が算定期期を専ら得べかりし利益の問題とみるためであろう。賠償権利者の得べかりし利益は、転売すべかりしか否か、転売していたとすれば何時であるかにより、すなわち、個別の事案において、大いに異なりうる。個別の事案における諸事情が考慮されねばならないため、利益を得べかりし時期を予め一つまたは複数の特定の時点に固定することは困難である。

■ 平井は、「強いて一般的に基準時を定めなければならないとしたら、顧慮できる時点を最大限選択しうる口頭弁論終結時ということになろう」という¹⁰⁸。

104 他に、加藤 [1964]258 頁、栗田 [1975]31 頁。

105 平井 = 栗田 [1971]245 頁以下。平井 = 栗田 [1971]80 頁以下によれば、同事件の賠償権利者が少なくとも中間最高価格時に若干前後する時期において物を売却することができたであろう、とされている。

106 森田修 [2018]74 頁は、㉔に従えば、判例においても同様の結論になるとする。しかし、その場合であっても、当事者があわせて口頭弁論終結時をも主張していなければ、判例によれば口頭弁論終結時は採用されないであろう。

107 平井 [1971]263 頁。

108 平井 [1992]144 頁。

平井のいう得べかりし利益は、個別の事案の具体的な事情に応じて、転売利益である場合もありうるし、あるいは、保有利益である場合もある。保有利益であるならば、口頭弁論終結時の時価による。賠償権利者が、口頭弁論終結時の時価を下回る時点を算定の基準に主張するならば、裁判所はそれに従う。一方、転売利益であるならば、口頭弁論終結時前のある時点の時価に相当する利益が口頭弁論終結時に賠償権利者の仮定的な利益状態の一部をなしている。

平井にとって、得べかりし転売利益も得べかりし保有利益もいずれも利益を得べかりし蓋然性によって損害の金銭的評価の基準になりうるかが決まるにすぎない¹⁰⁹。

■ 算定時期を全額評価の原則の下で裁判官の自由裁量にゆだねることにより生ずる特徴は次の通りである。第一に、得べかりし利益には蓋然性があれば足りる。第二に、裁判官が採用する算定時期は当事者の弁論に現れている必要がない。第三に、利益を得べかりし事情の予見可能性は問題になり得ない。

もともと、これらの点は、次のように考えれば、富喜丸準則の下でも実現されよう。第一に、利益を得べかりしことについての賠償権利者の証明上の要請を蓋然性までに軽減する¹¹⁰。第二に、弁論主義の枠内でも当事者の主張する時点以外の時点は採用されうる¹¹¹。第三に、利益を得べかりし事情の予見可能性は、事実上、かかる事情の認定と連関しており¹¹²、算定時期を制限していない、と。

■ 損害の金銭評価を一般に裁判官の裁量にゆだねることに対しては学説

109 藤岡 [1979]116 頁参照。

110 末弘 [1921a]1961 頁。

111 北川 [1971b]151 頁、北川 = 辻 [1973]80 頁。沢井 [1980]52 頁は、「最も蓋然性の高い時点を主張しているのだとして、裁判官が、証拠（間接事実）に照らして、時点を選択すれば良い」という。

112 拙稿 [2018]45 頁以下参照。

からの批判が強い。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、裁判官の負担の加重をあげている¹¹³。

しかし、平井によれば、損害の金銭的評価には全額評価の原則が実体法上及んでいる。裁判官は、利益を得べかりし蓋然性に従い、不法行為・債務不履行なかりせば賠償権利者が得ていたであろう利益をできる限り与えられるよう金銭的評価をしなければならない。

平井の立論がより適するのは、積極損害および消極損害（得べかりし利益）のうち、立証が性質上困難な後者である。

確かに、両者は、いずれも、仮定的状態を事実の状態が下回るために賠償権利者が不利益を被っている状態を示している。しかし、両者には次のような相違があろう。

積極損害は、物や権利の毀滅を除けば、出費や債務の負担によって生じ、常にゼロである仮定的状態と、変動しうるマイナスである現実の状態との相違による。消極損害は、変動しうるプラスである仮定的状態と常にゼロである現実の状態の相違による。いかえれば、積極損害では現実が、消極損害では仮定が損害の有無・程度に重要な影響を与える。

もっとも、得べかりし利益であっても、締結済の契約にもとづくものは、仮定的状態を契約締結の事実により、確実性を以て証明されうる。しかし、転売等の処分済みでない場合には、価格騰貴により得べかりし利益は、転売利益であるか保有利益であるか、転売すべかりしとしてもいつの時点であるかにより、性格上不確定な要素を伴っている¹¹⁴。そのため、最高裁が未就労者の逸失利益について述べているように、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¹¹⁵、控えめの認定をせざ

113 北川 [1971b]149 頁以下など。こうした批判に対する平井の反論は、平井＝栗田 [1971]243 頁、平井 [1971]489 頁、平井 [1992]133 頁以下参照。平井は、貸金返還請求訴訟などことは異なる非訟的性格（五十部 [1963] 参照）を損害賠償請求訴訟に見いだしている。

114 人身損害においては、西原道雄（西原 [1964] など参照）が指摘するように、得べかりし利益の認定は、口頭弁論終結後の将来の予測も含んでいるため、物的損害におけると比べてさらに不確定である。西原は、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、死傷の事実を一個の非財産的損害と捉えてこれを金銭評価すべきであるとし、人身損害の類型化・定額化を指向している。

115 損害の証明責任は賠償を請求する者が負う。大判大正9年6月15日民録26輯880頁、

るを得ない¹¹⁶。その結果、損害の発生およびその額の証明責任により損害賠償の範囲が事実上制限されうる¹¹⁷。そのような性質を持つ得べかりし利益の認定は、確実性ではなく、蓋然性によることに親しみやすい。

損害についての証明責任、弁論主義を回避しようとする裁判官の自由裁量は、こうした得べかりし利益の実体法上の特徴を踏まえた訴訟法上の手立てと考えられる¹¹⁸。

■ 上述のように、転売等の処分その他の方法により利益を得べかりし特別の事情の予見可能性は算定時期を事実上左右していない。これに対し、判例によれば、価格騰貴の予見可能性は、賠償権利者が転売等の処分をせず目的物を現在まで保有していたであろうと推認される場合であっても、現在の時点の採用を制限しうる。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④⑤のいう価格騰貴の予見可能性も金銭的評価において必要でない¹¹⁹。

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」と規定する民事訴訟法248条を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¹²⁰。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、富喜丸準則に対して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よう¹²¹。

最判昭和 28 年 11 月 20 日民集 7 卷 11 号 1229 頁。

116 最判昭和 39 年 6 月 24 日民集 18 卷 5 号 854 頁。

117 ④後の下級審の状況に現れている。拙稿 [2018]34 頁参照。

118 平井 [1985]72 頁参照。

119 平井 [1974]656 頁、栗田 [1975]23 頁、野澤 [2007]97 頁。

120 平井 [2001]474 頁。

121 淡路 [2002]184 頁、加藤 [2004]63 頁、山下 [2009]19 頁参照。最判平成 18 年 1 月 24 日判タ 1205 号 153 頁は、特許庁職員の過失により特許権のうえに質権を取得することができなかっ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事案において、「特段の事情のない限り、その被担保債権が履行遅滞に陥ったところ、当該質権を実行することによって回収することができたはずの債権額」を債権者の被った損害とみたらえ、損害額を特許権の価値に従い同条により認定させるため、損害額がないとする原判決を破棄・差

5. 北川説

北川善太郎は、算定期限の問題を平井と同じく民法416条の賠償範囲の問題ではないとしながら、あくまで実体法の問題であると主張する¹²²。

■ 平井と同じく主として債務不履行に関する裁判例を分析している北川は、債権者と第三者との契約関係の有無に着目している。北川によれば、判例は、債権者が第三者との契約関係に立たない事例においては完全賠償原理に、そうでない事例においては制限賠償原理に立っている、という。

債権者が買主である場合に限ると、債権者が第三者との契約関係に立つ事例として北川があげるのは、転売契約のある場合、代替取引（代品の購入）が行われた場合である。

もっとも、算定期限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^⑰は、上述のように、賠償を制限しているのではなく、締結済の転売契約にもとづく転売価格と売買価格との差額を超える損害が債権者に生じていないとみるものである。また、^⑬は、解除直後の代替取引による出捐を通常損害と見ている。

■ 確かに、判例はほぼ当初より、損害賠償請求権発生後の騰貴価格（^⑳後は解除時を除く）を得べかりし利益とみている¹²³。北川は、そのことが爾後の騰貴価格に相当する損害を一律に特別損害とみて制限賠償原理を採用する^㉒、責任原因発生時説に至っていると考える。

そこで、北川は、算定期限の問題を得べかりし利益から切り離そうとする。そのため、北川は、時価との差額を具体的損害である得べかりし利益でなく抽象的損害とする^㉔を高く評価する¹²⁴。また、北川によれば、^㉘^㉙は、

戻ししている。

なお、抵当権が侵害された場合における損害賠償額の算定について先例には、大判昭和3年8月1日民集7巻671頁、大判昭和7年5月27日民集11巻1289頁、大判昭和11年4月13日民集15巻630頁がある。

122 北川による研究として、北川[1963, 1966, 1969, 1971a, 1971b, 1987, 1991]。

123 拙稿[2018]1頁以下参照。

124 北川[1987]571頁。

価格上昇型における現在の時価を中間最高価格（中間最高型）から区別して得べかりし利益の問題から切り離し、価格騰貴の予見可能性を問題にしながらその存在を肯定して事実上完全賠償原理に接近している裁判例であると理解されるべきである¹²⁵。

■ 北川は、一元的な基準時を通常損害としたうえそれ以後の時点を特別損害として加算する責任原因発生時説の問題点を指摘している¹²⁶。

すなわち、責任原因発生時説は、統一的な損害概念である差額説に論理的に矛盾している。また、解除自体は責任発生原因ではない。さらには、特別損害かどうかは、市況における価格変動といった取引を取り巻く経済的社会的諸関係の法的評価として決まってくる。責任原因発生時説の前提にある中間最高価格の問題は学説が作り上げた問題であって、その本来的な事例は判例上見当たらない。判例の主流が実現してきた賠償原理は制限賠償的^㉔とは異なり完全賠償原理である、と。

北川は、責任原因発生時説のように基準時を固定すると、例外の説明が難しくなる、と指摘している。すなわち、判例により基準時として採択された時点は、履行不能時、履行期時、契約解除時、任意の価格騰貴時、訴提起時、口頭弁論終結時、転売契約時、代品買入時、転買主への賠償支払時などきわめて多岐にわたる。こうした基準時を統一的に理由づけうるものがあるであろうか。またそうした努力は必要であり意味のあるものであろうか、と。

従って、北川によれば、^㉔から算定時期に関する一般論を抽出しようとする責任原因発生時説は妥当ではない。

■ そこで、北川は債務不履行における算定時期をこう説明する。

北川は、まず、債務不履行における損害賠償「債権の成立は債務不履行

125 北川 [1971b]92 頁、118 頁以下、北川 [1966]123 頁、北川 [1991]139 頁。もともと、^㉔^㉕は、価格上昇型における現在の時価を得べかりし転売利益に限定せず得べかりし保有利益の場合もあることを認める先例である。拙稿 [2018]34 頁参照。

126 北川 [1971b]148 頁、152 頁。

時であるが、その行使は解除などの法定条件にかかっている」とみる¹²⁷。

さらに、北川は、「損害賠償債権がその成立後変動をつづける」とし、「債務不履行後、当事者に生じた利益状況の変化、新たな期待や失望などの諸事態をとり込んで損害賠償債権がその額について変動して行く」¹²⁸と「みると、どの時点でそれをとめて賠償額を算定するかは一義的にきまらべきものでもなくな」り、「どの程度賠償権利者を保護すべきかというポリシーによってある時点が採択されることになる」という。

北川は、「訴訟手続上その採択はまずは原告にまかされるので、原告としては自己に有利な時点を選択するであろうから、裁判所としても請求認容のさいはその時点をもとめることがつねである」という。そして、北川は、「賠償債権行使の法定条件（不能や解除など）と関連する時点、訴訟手続に関するもの（訴提起時や口頭弁論終結時）、債権者のなした填補行為時（転売契約や代品買入、再売却の時）などが原則＝例外の関係でなく可能な基準時として現われてくる」という¹²⁹。北川は、「事実類型からくる制約は当然あるし（解除の事例でなければ解除は問題とならないという意味で）、取引の性質、目的物の種類、当事者、経済状況などからくる制約も選択の余地をせばめることになる」という¹³⁰。

いかえれば、北川は、転売契約時を除けば、算定期期の問題を得べかりし利益から切り離そうとしている。

127 北川 [1971b]152 頁以下。

128 この点で、履行不能後の時価を原則として通常損害と見る⑨は、北川にとって、正当な理由を述べる先例である。北川 [1971b]148 頁。もっとも、⑨も騰貴価格を得べかりし利益とみる先例ではある。

129 北川 [1987]592 頁は、訴提起時を、原告の訴訟準備上有利かつ都合な時点であるという。前田 [1987]181 頁以下は、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。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。契約解除時においては本来の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と同時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。

130 北川 [1971b]163 頁。

■ 北川は、損害の計算には、賠償権利者の具体的事情を捨象して行われる抽象的損害計算と同人の具体的事情を顧慮して行われる具体的損害計算とがあるという¹³¹。算定時期が問題にされている時価との差額による損害賠償額の算定は前者による損害の計算の問題であるという¹³²。

北川は、債権者が第三者と契約関係に立つ場合に債務者の債務不履行により生ずる、得べかりし転売利益、自らの債権者に対する損害賠償・違約金、代替取引による出捐の賠償が問題となる場合にも算定時期が黙示的に採択されているとして、算定時期の問題に含めている¹³³。北川は、こうした場合における算定時期は具体的損害計算の問題である、という。具体的損害計算では生じた損害の額が基準になる。

131 北川 [1987]571 頁。ドイツにおける抽象的損害算定・具体的損害算定 (abstrakte und konkrete Schadensberechnung) の沿革・現状については、北川 [1963]20 頁以下、北川 [1969]、平井 [1964b]825 頁以下、姫野 [1999a]、拙稿 [1994]74 頁以下参照。本稿では、北川の立論に言及する限度において、北川の用語法に従うこととする。

抽象的損害算定と具体的損害算定は沿革的には 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。抽象的損害算定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、具体的損害算定は市場もしくは取引所を介しての代替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算定方法を選択することができる。ドイツ民法の施行後は、抽象的損害算定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、いかにいえば、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、抽象的損害算定を市場価格での代替取引の擬制にとらえており、代替取引が行われた場合における具体的損害算定との整合を図っている。この考え方が現在のドイツでは通説となっており、判例の採用するところでもある。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算定は基づいていると主張している。ドイツでは、抽象的損害算定の基準となる時点は、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。わが国の状況に即して大まかにいかにいえば、債権者は履行期か解除時かを選択することができるのに相当する。また、損害軽減義務も問題にする代替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。最近では、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。ドイツにおける詳しい状況については、Vgl. Staudinger/Schiemann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2017, § 252 Rn. 21-27.

132 北川 [1971b]153 頁以下

133 北川 [1971b]120 頁以下。賠償額がこれらの時点における時価に制限されることはありえよう。拙稿 [2018]7 頁参照。

問題になるのは、具体的損害計算により算定される損害によって、債権者が第三者と契約関係に立たない場合に認められるような時価にもとづく損害の算定、すなわち、北川のいう抽象的損害計算が排除されるか否か、である。いいかえれば、抽象的損害計算による額が具体的損害計算による額を下回る場合に生ずる問題である。

北川は、目的物を転売済みである債権者は、自らの債権者に対する損害賠償・違約金¹³⁴や代替取引による差損も問題になるとして、時価との差額ではなく転売価格との差額に賠償を制限する⑰を批判している¹³⁵。もっとも、ここでは、具体的損害計算により抽象的損害計算が正当化されている。具体的損害計算で完結するならば、債務者は、現在の価格にまで騰貴する前に締結されていた転売契約によるうべかりし利益の額と、その転売契約の事後処理に要した費用の額との合計が、買主主張の損害額を下回ることを抗弁として主張立証しうる¹³⁶、というべきであろう。

債務不履行がなかったなら債務者が得られなかった利益を債権者が得る結果となりうる点でも⑳には問題がある、と北川はいう¹³⁷。

北川の立論によれば、賠償権利者は、抽象的損害計算と具体的損害計算を選択することができる¹³⁸。

■ 北川の立論に従えば、転売契約が存しない場合における転売利益として中間最高価格時は具体的損害計算によることになろう¹³⁹。前田達明は、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

134 判例によれば、これらは特別損害である。拙稿 [2018]34 頁参照。

135 北川 [1971a]149 頁以下、北川 [1971b]122 頁以下。石田穰 [1977]154 頁以下は口頭弁論終結時につき同旨を説く。星野 [1981]76 頁は解除時の時価による賠償を肯定する。

136 北川 = 辻 [1973]79 頁。

137 北川 [1971b]133 頁。前田 [1987]185 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、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。

138 北川 [1987]574 頁。

139 北川 [1987]573 頁以下、難波 [2002]38 頁。

ことができたときに限り、中間最価格時の時価に相当する得べかりし利益が賠償されうる、と¹⁴⁰。

■ 北川の立論には、②前の大審院と一定の類似性がある。

②前の大審院は責任原因発生後の騰貴価格を、特別の価格騰貴によらない限り、通常損害と見ている。責任原因発生説を批判する北川も、異常な経済状況や特別の原因（地下鉄の開発など）を除き、価格騰貴は通常損害とみる¹⁴¹。

むしろ、債権者による転売の事実を考慮しない北川に従えば、②前の大審院よりも債権者は緩やかに算定時期を選択することができる。

いいかえれば、②前の大審院への当時の批判がより北川には及びうる。

②前の大審院よりもさらに緩やかに、賠償権利者は、自らが任意に選択する時点に目的物を転売すべかりし事情を主張・立証しなくても、自らに最も有利な時点における時価の賠償を請求することができかねない。

北川の立論は、賠償権利者の選択することができる算定時期を、訴訟法上の問題とする平井とは異なり実体法上、上記の複数の時点に制限しているとこれまで解されている¹⁴²。賠償権利者の選択の余地が上記の複数の時点に制限されるのであれば、一応、②前の大審院に加えられたと同様の批判を北川の立論は免れることができる。

もっとも、北川のあげる上記の複数の時点の具体的な暦日は、履行期を含まないのであるならば、いずれも、賠償権利者の訴訟上または訴訟外の行動に少なからず左右されよう。北川のいう「取引の性質～経済状況などからくる制約」が意味する内容次第では、賠償権利者が、任意にする自らの具体的行動に応じて、中間最高型における中間最高価格、価格上昇型によける口頭弁論終結時の時価、価格下落型における下落前の最高価格に一

140 前田 [1986]3 頁、前田 [1987]180 頁、193 頁以下。前田によれば、その予見可能性は問題とされていない

141 北川 [1991]139 頁。これは、④⑥が価格騰貴を一般に特別の事情と見る以前の状況と同じである。

142 北川＝潮見 [2011]457 頁参照。

致する時価の賠償を得ることを、事実上回避することができない。口頭弁論終結時を始めとする上記の複数の時点に制約することは意味を失う。

北川は、後に、特定の時点をあげず、次のように述べている。「具体的取引の性質、目的物の種類、価格変動、当事者の特性、経済状況から実体法上選択可能な時点が決まり、債権者はその中から自己に有利な時点を選択できるとする」と¹⁴³。

潮見佳男は、北川の立論に従いつつ、特定の時点をあげずに履行期以降の時点からの任意の選択を認めたと見え、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¹⁴⁴。

IV. 検討

1. 判例

■ 判例において多種多様な時点が算定期期として採用されている理由の一つは、平井の主張するように、より有な時点が仮に採用されうる場合であっても裁判所が弁論主義に従い賠償権利者の主張する時点を採用しているからであろう。

しかし、そもそも、判例は算定期期を実体的に一時点に固定していない。ある時点が採用されうる要件が異なるにすぎないと考えられる。

算定期期に関する判例が問題にしていると思われる損害は、不法行為時・履行不能時・解除時においては、積極損害であり、それ以外の時点においては、得べかりし利益である。得べかりし利益のうち、口頭弁論終結時の時価は、代償請求をひとまずおくと、保有利益または転売利益である。それ以前の時点の時価は転売利益である。

この点、代償請求では、口頭弁論終結時は、賠償権利者である債権者が主張し裁判所が採用することができる唯一の時点である。

143 北川[1993]156頁。

144 潮見[2003]388頁以下、北川=潮見[2011]468頁以下、潮見[2017]498頁以下。

■ 不法行為では、所有権の喪失により物の時価に相当する積極損害が生ずる。履行不能では、判例は詳論していないが、履行不能時の時価に相当する損害が生ずる。履行請求権を喪失するために生ずる損害と考えれば、目的物の返還債務でない場合であっても、履行不能時の時価は積極損害といえよう。

賠償権利者は、同時点の時価に相当する利益を得べかりしことを証明する必要はないし、通常損害であるから民法416条2項にいう予見可能性も要しない。目的物を転売済みあるか転売すべかりし場合であっても履行不能時が採用されうることは②④③④⑥が示している。目的物の転売の事情は履行不能後の得べかりし利益について考慮されていることから、不法行為時を履行不能時と別異に解する理由はなからう。

履行遅滞における解除時はどうか。

③④がする債務転形論による理由付けは、確かに、形式的な側面を有するが、履行不能時と同様に、履行請求権の喪失によって損害の生ずることが能く説明されている。従って、解除により解除時の時価に相当する積極損害が生ずると考えてよい。そうであるならば、価格上昇型のみならず価格下落型・中間最高型においても同様であろう。

解除時の時価は得べかりし利益でないから、やはり、賠償権利者は、同時点の時価に相当する利益を得べかりしこともその予見可能性も要しない。また、解除前に目的物を転売済みもしくは転売すべかりし場合であっても、解除時は採用されうるであろう。

従って、不法行為時・履行不能時・解除時は、賠償権利者が主張すれば常に採用されるだけでなく、その主張する他の、利益を得べかりし時点が採用されない場合であっても、採用されうる。その意味で、これらの時点は、算定期間における判例上の原則となる時点であり、時価により損害賠償額が算定される場合において、賠償権利者が受けるべき最小限度の損害賠償額である。しかも、賠償権利者には、これらの時点の積極損害の額を超える利益を得べかりし時点を主張する余地が残されている。

■ 不法行為後・履行不能後の時点は、賠償権利者が主張すれば常に採用されうる時点ではない。賠償権利者は自らの主張する時点の時価に相当する利益を得べかりしことを証明しなければならない。従って、それ以前に転売済みの事情もしくは転売すべかりし事情がある場合には、にもかかわらず自らの主張する利益を得ていたであろうことを証明しなければならない。もっとも、賠償権利者が口頭弁論終結時における保有利益を賠償請求する場合、それ以前の転売の事実もしくは転売すべかりし事情のためかかる保有利益がえられなかったであろうことを賠償義務者が証明すべきことは、価格上昇型である④⑥が示している。中間最高型における口頭弁論終結時を別異に解する必要はないであろう。もちろん、価格下落型では問題になり得ない。

一方、履行遅滞における解除後の得べかりし利益に相当する時点については、⑮後の大審院は採用していないし、そもそも、この点を判断する機会が最高裁にはこれまで与えられていない¹⁴⁵。

問題になるのは解除前の時点である。

解除前の時点の時価が得べかりし利益であるならば、やはり、債権者は自らの主張する時点の時価に相当する利益を得べかりしことを証明しなければならない。もっとも、価格上昇型では、債権者の主張する時点の時価は解除時の時価を常に下回るのであるから、利益を得べかりし証明がなかったとしても解除前の時点（履行期を含む）を採用しても差し支えない。

従って、問題は、履行期から解除時までの価格変動が価格下落型もしくは中間最高型である場合において、解除時の時価を上回る利益を自らの主張する解除前の時点に得たであろうことを債権者が証明しなければならないかどうかである。

これは肯定されねばならないであろう。保有利益が、現在のそれのみ問題になりうるとするならば、解除前の時価に相当する損害は得べかりし転売利益である。賠償権利者は自らの主張する時点に転売すべかりしことを

145 東京高判平成9年5月28日判タ988号166頁は、XY間のスワップ契約の不履行によるXの損害の賠償が問題となった事案において、「本件契約の解除後に到来する各決済日

証明しなければならないだろう。

■ 現在の判例によれば、時価に相当する得べかりし利益は特別損害と解されている。賠償権利者は、その予見可能性のあることを証明しなければならない。

②は、賠償権利者の使用収益による利益である傭船料、および、転売利益をいずれも特別損害とみている。

②が得べかりし傭船料を特別損害とみる理由は、通常の使用収益により得べかりし利益は不法行為時の交換価格に含まれており、交換価格のうえに更に重ねて賠償を認めることはできないと考えるからである¹⁴⁶。

また、②が得べかりし転売利益を特別損害とみる理由は、可能性しか存在しない転売利益は得べかりし利益とはいえないと考えるからである。

しかし、不法行為時・履行不能時に転売していたであろうまねな場合でない限り、現在（口頭弁論終結時）の時価に相当する保有利益としてか、または、それ以前の時価に相当する転売利益としてか、転売利益とするならばいつの時点かは特定できないが、従って、利益の内容と額を特定することはできないが、賠償権利者は不法行為後・履行不能後の時価に相当する時価に相当する利益を得ていたであろうことは確実である。

しかも、現在に至る前に転売すべかりしことは、賠償額の増額事由としては賠償権利者が証明しなければならないが、減額事由としては賠償義務者が証明しなければならない。すなわち、目的物を現在まで保有すべかり

における日本円とESPの金利の交換によりXが受け得る利益は、本件契約の履行によってXが将来得べかりし利益にほかならないから、Yの債務不履行によって本件契約が解除されたことに伴ってXが被る将来の得べかりし利益の喪失による損害は、右債務不履行に伴う通常の損害であって、特別の損害ということとはできない。したがって、Yは、本件契約の解除によってXに生じた得べかりし利益の喪失による損害を賠償すべき義務がある」とする。しかし、この判断は、⑤に照らして、解除後の得べかりし利益の賠償を肯定している点で問題を含んでいる。むしろ、解除後の得べかりし利益と構成しないで、道垣内[1997]83頁が指摘するように、Xが解除により喪失するスワップ契約上の地位を解除時の時価により金銭評価して損害賠償額を算定すべきであったろう。他に、小杉[1998]、山田[1998]、森田果[2002]参照。

146 交換価格の賠償を伴わない場合には、使用収益により得べかりし利益は特別損害ではないとみる余地はあろう。前掲註(76)参照。

しことが一般に推認されているといえる。

にもかかわらず、価格上昇型における口頭弁論終結時の時価に相当する得べかりし利益を（転売または保有により）得べかりし利益として特別損害とするのであれば、確実に生ずるとは限らないしその程度も不確定な価格騰貴を一般に特別の事情と解さざるを得ないであろう。このように解することができるならば、④③④⑥は、富喜丸準則の緩和ないし修正ではなく、富喜丸準則そのものの一展開であるといえよう¹⁴⁷。

もっとも、上記のように考えると、現在における保有利益は確実な得べかりし利益であるから、富喜丸準則によっては、特別損害とみることは理由づけられない。しかも、通常の傭船料の賠償を否定する際に②が用いている不法行為時の交換価格の賠償との重複は現在における保有利益との間には起こりえない。

■ ところで、契約が解除された場合に、履行期は常に採用されうる時点であろうか。そうであるならば、債権者は履行期と解除時とを任意に選択することができると考えられる。履行期の時価が解除時の時価を上回る場合が問題になる。

履行期は、賠償権利者が履行請求権を喪失する時点ではない。従って、履行期の時価は得べかりし利益である。問題は、履行期に転売すべかりし事情がなかったとしても採用されうるか、いいかえるならば、現在ではない履行期の時価が保有利益であっても常に賠償されうるか、である。

口頭弁論終結時のように、それ以前に転売しなければ得られる利益である保有利益が、算定期限が問題となりうる期間の最後の時点に限定されるのか、が問題になろう。

確かに、初期の大審院②は、目的物を転売済みの買主の主張する、当時（時期は不明）の時価によるあたり、「同一価格ヲ以テ直ニ之ヲ～売渡タルト否トニ拘ハラス」、買主「ハ価格ノ増加シタル燕麦ヲ取得シ以テ利益ヲ得ヘカリシ」ものとする。しかし、最高裁④⑩は、①⑦と同様に、転売の事

147 拙稿[2018]48頁参照。

実およびその時価が証明される場合には、転売価格と売買価格との差額に限定される余地を示唆している。転売済みの事実のみを認定する④が履行期の時価を通常損害とするにあたり、確実に転売すべかりしとして転売利益とみているのかそれとも保有利益とみているのかは必ずしも明らかでないが、最高裁によれば、保有利益としては常に採用される時点でないことは明らかであろう。

植林弘は、「債務不履行による損害賠償請求権は、債務者の履行期徒過により生じており履行期を徒過した債務者が解除前において本来の給付に併せて遅延賠償を給付しなければ、債務の本旨に従った履行とはいえないのであり、そして、債務者が契約を解除して「填補賠償」を請求するという場合には、解除時の時価を基準とするその「填補賠償」は質的一量的には差があろうが—には、本来の給付プラス遅延賠償と等質的なものとして把握されなければならない」と解すれば、履行期と解除時は両立すると説明している¹⁴⁸。

しかし、得べかりし転売利益としての履行期の時価しか遅延賠償として賠償されないとするならば、債権者が遅延賠償を請求し得ないときは、植林の説明によっては、解除した債権者が履行期と解除時とを任意に選択することができるとはいえないであろう。

ここで、履行期に遅れて債務が履行された場合の遅延賠償に関する先例が参照されるべきである。大審院②⑨・最高裁④は、目的物が不動産であるか種類物たる商品であるかに相違はあるが、いずれも、引渡時との時価との差額を問題にするにあたり、履行期の時価を得べかりし転売利益と解している。

こうした先例によれば、履行期の時価が解除時の時価を上回る場合には、履行期に転売すべかりし事情がなければ、解除した債権者も履行期を選択することができないであろう。④が履行を採用することができたのは、価格騰貴が価格上昇型に該当しているため、または、価格上昇型でなかったとすれば履行期に転売すべかりしといえるためである。

148 植林 [1966]63 頁。

いいかえれば、最高裁は、③④⑤で、履行期と解除時を常に債権者が任意に選択することができる時点としているのではない。また、そのことで両判決に矛盾が生じているわけではない。

2. 口頭弁論終結時説

■ 口頭弁論終結時説は、口頭弁論終結時の時価に相当する損害を得べかりし転売利益ではなく、しかも特別損害ではないと考える。④⑤⑥において口頭弁論終結時の時価は必ずしも得べかりし転売利益でないから、判例は口頭弁論終結時説に接近している。

相違があるのは、口頭弁論終結時説では口頭弁論終結時の時価につき予見可能性は必要でない点である。

問題は、口頭弁論終結時前に口頭弁論終結時を下回る価格で賠償権利者が目的物を転売すまないし転売すべかりし場合である。

口頭弁論終結時の時価に相当する損害を得べかりし保有利益と解するならば、判例と同様に、口頭弁論終結時の時価を下回る口頭弁論終結前の時点が採用されねばならないであろう。

いいかえれば、口頭弁論終結時の時価を得べかりし利益ではなくそれ以外の損害とみるならば、賠償権利者が目的物を転売すまないし転売すべかりし場合であっても、口頭弁論終結時によることができよう。

3. 平井説

平井は、富喜丸準則を批判し、算定期期を損害の有無および民法416条による損害賠償の範囲の問題から、事実としての損害を裁判官が自由裁量により全額評価の原則に従い金銭的評価をする際の一つの資料にすぎないと捉えている。一見すると平井と判例との間にはかなりの距離があるように見える。

しかし、両者の結論はその理論構成ほどには離れていない。

まず、注目されるべきことは、算定期期が問題となる不法行為・履行不能・履行期から口頭弁論終結時までの期間のうち、判例は、不法行為時・

履行不能時・解除時という一時点のみを積極損害とみており、それらを除くすべて時点を、得べかりし利益の問題と見ている点である。平井は、不法行為時・履行不能時・解除時の時価をも得べかりし利益とみているにすぎない。その点で、まず、平井と判例との相違はわずかなものにならざるを得ない。

平井によれば、裁判官は、全額評価の原則に従い、賠償権利者のえたであろう蓋然性のある利益に金銭評価をしなければならない。富喜丸準則との相違は、利益の確実性が証明されない場合を一方的に賠償権利者の不利益に負わせるのではないこと、そのために、当事者の主張していない時点を弁論主義の例外と採用することができること、賠償範囲の問題ではないから予見可能性が必要でないことである。平井は、全額評価の言葉が示すように、富喜丸準則で妨げられないよう、賠償権利者の被った損害をできる限り裁判官にくみとらせようとしているにとどまり、被った損害以上の賠償を賠償権利者に与えようとしているのではない。

転売の事実や転売すべかりし蓋然性がないときは、口頭弁論終結時の時価を基準とする保有利益により金銭評価されることになろう。従って、平井と判例との相違は、価格上昇型における価格騰貴の予見性の要否、価格下落型・中間最高型における口頭弁論終結時の時価を上回る不法行為時・履行不能時・解除時の時価が最低限度のものとしては賠償されるか否か、に現れる。

予見可能性の問題については、特別の価格騰貴以外の通常の価格騰貴は一般に予見可能であろうから、相違が生じうるのは、特別の価格騰貴に予見可能性のない場合のみである。この場合には、平井によれば、価格の騰貴した口頭弁論終結時の時価により金銭評価がされ、判例によれば、より低い、不法行為時・履行不能時・解除時が価格算定の基準になろう。

また、価格下落型・中間最高型における口頭弁論終結時の時価により、賠償権利者が現在おかれるべき利益状態を過不足なく満足させることができるのであるから、全額評価の原則に従う平井にとっては、たとえ下落前の騰貴価格により損害賠償額が算定されなかったとしても、不当ではなか

ろう。

いいかえれば、平井は、判例だけでなく、口頭弁論終結時説ともそれほど離れていない。

4. 北川説

不法行為時・履行不能時・解除時は、最低限度の損害として、北川によれば抽象的損害計算により、判例によれば同時期の時価に相当する積極損害として、転売すべかりし事情がなかったとしても、たとえ転売済みであったとしても、予見可能性がなかったとしても、賠償されうる。

判例とは異なり、北川によれば、その他の時点も、不法行為時・履行不能時・解除時と同様の要件で、採用されうる。

相違は、価格上昇型、中間最高型において、顕在化する。

価格上昇型においては、特に、口頭弁論終結時の時価に若干現れる。北川によれば、特別の価格騰貴は通常の価格騰貴とは別に扱われるから、その扱い方次第によっては、価格騰貴一般に予見可能性を求める判例に比べ、むしろ、北川は判例よりも口頭弁論終結時の時価の賠償を狭める余地がある。また、口頭弁論終結前に転売の事実・または転売すべかりし事情のあるときは、抽象的損害計算においてこの点を考慮しない北川によれば、価格の騰貴した口頭弁論終結時を採用することができよう。もっとも、北川は、賠償権利者が代替取引をなすべき場合のありうることを認めており、今のところ算定期期に関してはその点についての態度が明らかでない判例よりも、口頭弁論終結時を採用しうる場合が狭められる可能性がある。

むしろ重要であるのは、中間最高型における中間最高価格時もしくはその近傍の時点が北川のいう抽象的損害計算により転売すべかりし事情なくして認められる可能性が偶然もしくは賠償権利者の機会主義的行動により少なからず生ずる点である。北川のいう諸事情による、あるいは、潮見のいう機会主義的行動に対する制約が抽象的損害計算において採用されうる算定期期をどのように限定していくのかが待たれる。

5. 損害軽減義務

損害軽減義務は、損害を軽減することができる対応を賠償権利者が取らなかったためにその後を生ずる損害を賠償の対象から除こうとしている。損害軽減義務を認める是非はひとまずおいて、損害軽減義務の下で算定時期を考えるならば、損害軽減義務は、採用されうる算定時期を少なくとも口頭弁論終結時よりも早めることになるが、それ以上のものではない。

従って、損害軽減義務は、例えば、種類物売買における算定時期が少なくとも解除時までには制限されうることを示しているが、履行期から解除時までのどの時点の時価により算定されるべきであるかについては、内在的には示していない。従って、内田は基本的には口頭弁論終結時説に依拠するようであるが、損害軽減義務に内在しない基準の内容次第では、判例などの既存の説とも別の新たな説ともそれほどの相違が生じないかもしれないかなりの違いも生じうる。

いいかえれば、例えば、内田がするように、判例を外在的に説明しうる余地はあるし、わが国には過失相殺の制度があるのであるから、特定物である不動産の賃貸借における営業利益の賠償に関する^{⑤2}が示しているように、逆に、判例が損害軽減義務を算定時期の決定基準の一つに取り込む余地は十分に残されている。

V. 終わりに

■ 今回の債権法改正では、算定時期に関する規定の新設は見送られている¹⁴⁹。もっとも、改正民法415条2項で履行に代わる損害賠償の請求をすることができる場合についての規定が新設され、さらに、改正民法416条2項では、改正前の「予見することができた」の語句が「予見すべき」に改められている。これらの改正が算定時期に与える影響が問題となりうる。

まず、民法416条2項の改正は算定時期に影響をほぼ与えないものと考えて良からう。特に、得べかりし転売利益の算定時期が問題となる場合には、予見可能性はこれまでも事実上影響がなかったからである。

149 拙稿 [2018]4 頁のほか、潮見 [2017]492 頁参照。

これに対し、民法415条2項の新設は算定期期に次のような影響を与える余地がある。

改正民法415条2項によれば、履行不能、契約の解除のほか、解除権の発生、明確な履行拒絶の際に、履行に代わる損害賠償賠償請求が可能であることが明文化されている。

同項によれば、債権者は解除をしなくても履行に代わる損害賠償を請求することができるから、履行不能を除くと、履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権とが併存しうる。

そのため、③④が債務転形論に依拠していると解する立場からは、今回の債権法改正により、③④が先例としての価値を失うと理解されている¹⁵⁰。

この立場によれば、履行に代わる損害賠償請求権が生ずる時点（通常、複数ある）の価値がまず基準となり¹⁵¹、次いで、その他の時点を選択をすることができないかが問題となるようである¹⁵²。

もっとも、③④は、履行請求権を喪失する時点としても解除時を説明している¹⁵³。また、③⑥は、「解除の結果～目的物を取得～できなく～その価額に相当するものを失ったことになる」などという原判決④⑦に上告理由のいう違法はないと判示している¹⁵⁴。さらに、④④は、解除時の時価との「差額は、解除当時にも本来の給付を請求し得た筈の買主にとつては、売主の不履行により通常生ずべき損害である」という¹⁵⁵。

150 潮見[2017]168頁、坂口[2018]19頁、長野[2018]166頁以下。

151 ③④についての批評において、解除時でなく解除権発生時を基準とすべきというものとして、本城[1955]がある。これに対する反論として、我妻[1956]242頁。

152 潮見[2017]、長野[2018]167頁以下。「債権法改正の基本方針」【3.1.1.69】によれば、債権者は、履行に代わる損害の賠償を請求することができる事由が生じた時点として【3.1.1.65】のあげる、履行不能時、解除時、「履行期の到来の前後を問わず、債務者が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明したとき」、「債務者が債務の履行をしない場合において、債権者が相当の期間を定めて債務者に対し履行を催告し、その期間内に履行がされなかったとき」（④⑨参照）、のいずれかを基準にすることができる。民法（債権法）改正検討委員会[2009]269頁以下。

153 拙稿[2018]36頁参照。北川[1977]123頁は、解除時の時価とを履行請求権の価値であるとする。潮見[2017]493頁。

154 拙稿[2018]37頁参照。

155 拙稿[2018]37頁参照。

債権法改正後も、履行遅滞における解除時は依然として履行請求ができなくなり、喪失する履行請求権の時価に相当する損害が生ずる時点と説明することができよう。その限度において、⑳の説示は、改正後も依然として、契約の解除により債権者が解除時の時価に相当する積極損害を被ることを能く説明していよう。

■ 最後に、残されているであろう様々な問題のうち、履行期の時価をめぐる問題について考えておきたい。筆者は、履行期を常に採用することができる算定期間とすべきである、と考える。

確かに、履行期は一般に、履行に代わる損害賠償を請求しうる時期ではない。また、履行請求権を喪失する時期でもない。目的物を転売すべかりし時点とも一般にはいいえない。従って、履行期の時価は、積極損害としても、得べかりし転売利益としても、一般には問題になり得ない。

しかし、債務不履行がなかったとしたならば、債権者は履行期に目的物を常に保有していたであろう。仮に現在の時点が履行期であったならば、履行期に転売すべかりし事情がなかったとしても、時価に相当する利益は保有利益である。なぜなら、履行期に目的物を保有すべかりしことは債務者が履行遅滞に陥らなかつたならば当然にあるべき状態だからである。しかも、かような状態は債権者の個別的事情によっては左右されない。たとえば、債権者が目的物を転売済みであったとしてもである。従って、保有利益としての履行期の時価は通常損害である。

確かに、履行期後に価格が下落した場合には、債務不履行がなかったとしたならば、価格下落後の現在得ていたであろう利益は価格の下落した保有利益である。しかし、やはり問題となりうる期間の最初の時点である履行不能における履行不能時、不法行為における不法行為時の時価が最低限度の損害賠償額として賠償されるのであるならば、同じく問題となりうる期間の最初の時点である履行期を最低限度の損害賠償額として認めることは決して不当ではないように、筆者には思われる。

従って、履行期は、遅延賠償としてのみならず、契約が解除された場合

における履行に代わる損害賠償においても、常に算定期期として採用される。すなわち、解除をした債権者は、履行期または解除時を任意に選択することができる、と考える。

<裁判例一覧>

*本稿では、本文で引用するものに①～⑦の番号を付するほか、以下にあげる裁判例を脚注において引用している。

- ①大判明治37年11月7日民録10輯1404頁¹⁵⁶
- ②大判明治38年11月28日民録11輯1607頁¹⁵⁷
- ③大判明治39年10月29日民録12輯1358頁¹⁵⁸
- ④大判明治41年3月18日民録14輯290頁¹⁵⁹
- ⑤大判明治41年4月23日民録14輯477頁¹⁶⁰
- ⑥大判明治43年2月2日民録16輯45頁¹⁶¹
- ⑦大判大正4年10月2日民録21輯1560頁¹⁶²

-
- 156 拙稿 [2018]12 頁参照。商人間の綿實売買において、売主 Y の不履行により、買主 X が契約を解除し損害賠償を請求する。相場高騰のため相場価格と契約価格の差額を損害とする X の請求を、原審は契約期日でなくその後の X の指定した期日の相場価格を標準として、認容した。Y 上告（相場差額は商人間の売買でも絶対的損害の標準となるべきでない）。棄却。大審院は、「特約又ハ特別ノ事情ナキトキハ商品ニ関スル損害賠償額ハ契約ノ価額ト市場相場トノ差額ヲ標準ト為スヲ通例トス」という。
 - 157 拙稿 [2018]12 頁、21 頁、本号前掲註 (86) 参照。種類物の売主の不履行により買主が契約を解除して時価に相当する得べかりし利益および転買主に対する、時価を基準とする損害賠償金の賠償を請求しているようである。
 - 158 拙稿 [2018]11 頁参照。大審院は、「原院ハ Y カ契約履行ノ期限ニ其履行ヲ怠リ既ニ遲滞ニ付セラレタルコト及ヒ其後ニ於テ契約ノ目的物ノ価格ハ経済上ノ趨勢ニ因リ騰貴シタルコトヲ認メタルカ故ニ其価額ニ依リ損害ヲ賠償ス可キモノト判示シタルハ相当」である、という。
 - 159 拙稿 [2018]11 頁参照。大麦の売主 Y の不履行により買主 X から契約が解除され訴提起時の時価による X の請求を認容する原判決に対する、具体的な転売契約がなければ価格の騰貴があっても確実に利益がえられたとはいえないとする Y の上告は棄却されている。
 - 160 拙稿 [2018]21 頁参照。売主 Y が売買目的物（松材）を引き渡さなかったためにこうむった損害の賠償を買主 X が請求している。X が主張したのは、A 商会に転売してうべかりし利益であったが、これについて、原審は、特別損害であるが予見可能性がなかったとしているが、履行地における当時の市場価格と契約価格との差額を X の損害として、Y に賠償を命じた。これに対し、Y が上告している（上告棄却）。
 - 161 拙稿 [2018]10 頁参照。Y が自己所有の山林に隣接する X 所有の山林の一部を立木とも境界誤認のもとに A に売却した模様である。原審は、価格算定の基準を、不法行為時（明治 39 年 11 月）でなく、訴提起時（明治 40 年 5 月）にもとめた。Y は上告し、基準時は、格別の理由がなければ、不法行為時を基準にすべきである、と主張した（棄却）。
 - 162 拙稿 [2018]13 頁参照。大審院は、無権代理人の損害賠償責任は履行利益を対象としてい

- ⑧大判大正 5 年 6 月 7 日民録22輯1991頁¹⁶³
- ⑨大判大正 5 年10月27日民録22輯1991頁¹⁶⁴
- ⑩大判大正 5 年11月17日刑録22輯1777頁¹⁶⁵

ると述べた上で、「民法第一百七条第一項ニ基ク損害賠償ニシテ積極的損害賠償ナリトセハ損害発生ノ当時ヨリ判決ヲ為スニ至ル迄ノ間ニ於ケル総テノ損害ニ付キ民法第四百十六條所定ノ範圍ニ於テ賠償ヲ為サシムルコトヲ得ヘキモノナレハ、売買代価ト時価トノ差額ヲ損害額トシテ計算スルニ當テハ其時価ノ標準ハ損害発生ノ当時ヨリ判決ヲ為スニ至ルマテノ間ニ於テ賠償権利者任意ニ之ヲ定メ得ヘク、而シテYハ原審ニ於テ売買当時ヨリ起訴当時ニ至ルマテノ本件物件ノ時価ノ変動カ特別ノ事情ニ依ル旨ヲ主張シタルコトナク唯標準時期ノ當否ヲ争ヒタルニ過キサルヲ以テ原判決ハ右ノ差額ヲ事物自然ノ趨勢ニ從ヒ通常生スヘキ損害ナリトシテ其賠償ヲ命ジタルモノナルヤ明白ナリ」という。

- 163 拙稿[2018]22頁参照。XはYに小作料として玄米の給付を請求し・それが執行不能の場合には履行期の相場相当の金銭の支払を請求している。原審はXの請求を認容したが、Yは、条件付き判決が申立てられているおり、「判決当時ノ価額ヲ以テ被告人カ主トシテ請求スル玄米ノ一定ノ數量ヲ得ルニ足ル」のであるから基準時は判決時とすべきである、と主張して上告した（破棄・差戻）。大審院は、代償請求においては「原告請求ノ趣旨ハ履行時期以後ニ於ケル経済状態ノ変動ニ依リ物ノ価格ニ高下ヲ生シタル場合ト雖モ判決執行当時ニ於テ其物ノ引渡ヲ受ケルカ若シ之ヲ受ケ能ハサル場合ニ於テ其換算額ノ支払ヲ受クルニ於テハ物ノ引渡ヲ受ケタルト同一価値ヲ有セシメントスルニ在ル」から、「其賠償額ハ債務ノ目的タル物件ノ換算額ヲ請求スルニ外ナラサルヲ以テ其額ノ算定ハ判決当時ニ於テ其物ノ有スル価額ヲ以テ標準ト為ササルヘカラス」という。
- 164 拙稿[2018]17頁参照。契約当時の時価で牛皮を売却したが買主Yの代金不払を理由に契約を解除し、約1ヶ月後にAに物を当時の下落した時価で売却した売主Xの差額による賠償請求を認容した原判決に対し、Yは、契約解除による損害賠償は解除時を基準とするなどとして上告した。大審院は、「売主カ買主ノ代金支払ノ債務不履行ヲ原因トシテ売買契約ヲ解除シタル上多少ノ時日ヲ経過シタル後ニ到リ其売買ノ目的タリシ物件ヲ下落シタル時価ニテ他ニ売却シタル場合ト雖モ其代金ト時価トノ差額ヲ以テ右債務不履行ニヨル契約解除ノ為メニ事物自然ノ趨勢ノ從ヒ通常生ズベキ損害ト為スニ足ル以上ハ之ヲ損害額トシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス。從テ所論ノ如キ契約解除当時ノ時価マタハ解除セラレタル契約締結当時ノ時価ハ必ズシモ如上ノ場合ニ於ケル損害額計算ノ標準ト為サル可ラサルモノニ非ス」として、上告を棄却している。
- 165 拙稿[2018]10頁参照。Yらは電話加入権を担保として金員の貸付をなす名義の下に金員又は電話加入権を騙取せんと企てAの名義を以て新聞に「電話名義ヲ不替貸金仕候」との広告をのせ金融希望者を募集し電話加入権を担保として小額の金員を貸付け直ちにこれを再度担保として他より多額の金員を借受け期限が到来して債務者が債務の弁済をしようとしても不在その他の口実をもうけて期限を超過させ過大な金員を要求しまたは電話加入権の放棄をさせて、また期限内においても電話価格の下落したかのごとく騙し、Xらより電話加入権を騙取した。原審は、Xらの損害を不法行為時でなく判決当時の価格により算定し、しかも遅延利息の起算点を行為時とした。これに対し、Yは上告し、遅延利息の起算点を行為時としたのはあやまりである、と主張する（一部破棄・一部棄却）。大審院は、「不法行為ニ依リテ侵害セラレタル財産権ノ価額該行為後ニ到リ昂騰シタル場合ニ於テハ被害者ハ民法第七百九条ニ因リ損害賠償トシテ最高価額並ニ之ニ対スル最高価額ニ達シタル時以後賠償済ニ至ル迄ノ期間ニ於ケル法定利率ニ依ル損害額ノ賠償ヲ請求シ得ヘキハ本院判

- ⑪大判大正 7 年 1 月 28 日民録 24 輯 51 頁¹⁶⁶
- ⑫大判大正 7 年 8 月 27 日民録 24 輯 1658 頁¹⁶⁷
- ⑬大判大正 7 年 11 月 14 日民録 24 輯 2169 頁¹⁶⁸
- ⑭大判大正 7 年 11 月 26 日民録 24 輯 2260 頁¹⁶⁹
- ⑮大判大正 9 年 8 月 28 日民録 26 輯 1298 頁¹⁷⁰

例ノ趣意ト雖モ、行為後最高価額ニ達シタル時迄ノ期間ニ在リテハ特に別段ノ損害ヲ被リタルコトヲ証明シテ其請求ヲ為スハ格別ナリトスルモ当然最高価額ニ対スル法定利率ニ依ル損害ヲ被リタルモノトシテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス」という。

- 166 拙稿 [2018]22 頁参照。未成年者のなした売買が無能力を理由に取り消されたために、目的物（自転車）の返還義務を負う Y に対し、原審は、不当利得返還義務と解し、売買当時の目的物の価額が現存するととらえて、当時の価格を基準にした予備的義務を課した（170 円）。Y が上告して、代償請求が訴求されているから、判決当時を基準にすべきであり、自転車は 4 か月あまり使用され 20 円の減価が生じていると主張した（破棄・差戻）。
- 167 拙稿 [2018]11 頁参照。
- 168 拙稿 [2018]17 頁参照。大審院は、「民法第五百四十五条第三項ヲ以テ契約解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサル旨ヲ規定シタル所以ハ契約ヲ解除シ当事者間ニ存在セシ契約關係ヲ既往ニ遡リテ消滅セシムルカガメニ若シ債務不履行ヨリ生シタル損害賠償請求権ヲモ共ニ消滅セシムルモノトセハ法律カ債権者ノ利益ヲ保護セント欲シテ契約解除権ヲ与ヘタルカガメニ却テ債権者ノ利益ヲ害シ其保護充分ナラサルノ嫌アル」、民法 545 条 3 項の「損害賠償請求権ノ目的タル損害ノ範囲ハ民法四一六条ノ規定ニ則リテ定ムヘキヲ至当トスルカ故ニ苟モ其債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ナルニ於テハ仮令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果關係ノ存スルモノト認ムルヘキモノナル以上ハ賠償ノ請求ヲ為スヲ妨ケサルモノト解スルヲ妥当トス」といい、⑨を参照している。
- 169 拙稿 [2018]17 頁以下参照。織物製造の請負人 Y が債務を履行しないので注文主 X が履行期の約半年後に契約を解除するとともに訴を提起し、うべかりし利益として、解除の 1 ヶ月あまり前の騰貴価格と契約代価との差額を賠償請求した。事物自然の趨勢にしたがい生じた損害額であるとして認容した原判決に対し、Y は、解除がなされるまでは契約は存続しており解除前に生じた損害を賠償する必要はないので解除時を基準時とすべきである、と主張している。大審院（上告棄却）は、「契約ノ解除及ヒ損害賠償ノ請求ハ畢竟債務者カ其ノ債務ヲ履行セサル原因シ若シ其履行アルニ於テハ得ヘカリシ如上差額ノ利益ヲ不履行ノ為メニ失ヒタルヲ以テ其ノ履行ニ代ヘテ填補賠償ヲ求ムルモノニ外ナラサレハ〜必スシモ〜契約解除当時ノ時価ヲ標準トスルヲ要セス。苟クモ其ノ差額カ債務不履行ノ為ニ其ノ不履行ノ事実アリタル以後ニ於テ事物自然ノ趨勢ニ從ヒ生シタル損害額トナルニ足ルモノナル以上ハ契約解除以前ニ生シタルモノナルト其ノ以後ニ生シタルモノナルトヲ問ハスモカ賠償ヲ求ムルコトヲ得」という。
- 170 拙稿 [2018]18 頁以下参照。売主 Y が目的物（巻揚機械）を引渡さないため、買主 X は契約を解除した。X は Y に対し損害賠償請求している。機械の価格は、履行期（大正 6 年 3 月 29 日～）から解除時（同年 5 月 20 日）まで変化しなかったが、解除 1 年後の大正 7 年 5 月には価格が高騰し、売買価格をかなり超過した。X は解除 1 年後の価格を基準に損害額を算定する。原判決は、特別の事情がないかぎり、X は履行期から現在までの任意の時を選んで得べかりし利益として損害をうけたことを主張できるとして、X の主張をいれた。Y は、民法 545 条 3 項の損害賠償請求権は、締約時を標準とする原状回復義務によつ

- ①⑥大判大正9年9月15日新聞1745号15頁¹⁷¹
- ①⑦大判大正10年3月30日民録27輯603頁¹⁷²
- ①⑧大判大正10年4月4日民録27輯616頁¹⁷³
- ①⑨大判大正11年6月5日民集1巻283頁¹⁷⁴
- ②⑩大判大正13年5月27日民集3巻232頁¹⁷⁵

ては救済できぬ、契約履行期から解除時までには被った損害を賠償する趣旨である。従って契約解除後の事実を前提にすることができない、と主張して上告している（破棄・差戻）。

- 171 拙稿 [2018]18 頁以下参照。Y 名義で加入した頼母子講に半口分の権利を有する X に無断で Y が自分の有する残りの半口とあわせ一口分の権利を落札して X の半口分の権利を害していたが、X は五年後に自己の権利を処分しようとして侵害の事実を知った。原審は、Y の行為を不法行為と認定したうえ、X は、Y の不法な処分なかりせば同時点まで半口の権利を保有したのであろうとして侵害の事実に基づいた時点における価格を X の得べかりし利益と認めた。Y は、自分には委任契約上の義務違反により不法行為責任でなく債務不履行責任を負うにすぎない、また、不法行為によって生じた損害は不法行為当時を基礎とした当時の価格（通常損害）と加害当時加害者の予見した特別事情による損害にかぎり賠償される、として上告している。大審院は、Y が不法行為責任を負うとしたうえで、「不法行為に因る損害額を算定するには常に必ずしも不法行為当時を標準とすべきものにあらざり、不法行為に因りて侵害せられたる権利の価格が該行為後判決当時までの間に昂騰したるときは其最高価格をも請求し得るものなることは従来本院判例の示す所なり」という。
- 172 拙稿 [2018]19 頁参照。X は Y よりマッチの木を（15 円 50 銭／千把）購入したが、Y の一部不履行のため、契約を解除して損害賠償を請求をする。X は Y との契約後直ちに目的物を A に（22 円 50 銭／千把）転売していた。解除の半年後の時点における高騰価格（54 円 74 銭／千把）と契約価格との差額を損害とした X の主張は退けられた。転売価格との差額（7 円／千把）の請求しか認容しなかった原判決は支持された。
- 173 拙稿 [2018]10 頁参照。大正 5 年 4 月 27 日に X は A から土地甲を購入し、A に賃貸した。大正 6 年 4 月 24 日に X は A に賃料の支払を催告したが、支払われなかったために大正 6 年 5 月 1 日に X は賃貸借契約を解除した。ところで、同年 5 月 3 日に転借人 Y は甲に苗付けをしていた。Y は右解除を知らず善意占有者として、苗付けをしており、果実の収受権を有する。大正 6 年 11 月 1 日に X は Y の稲を刈り入れ、Y の所有権を侵害した。原審は X の不法行為（大正 6 年 11 月 1 日）を認定し、大正 7 年 6 月 21 日の価格を基準に損害を算定した。X 上告。不法行為による損害賠償請求権は不法行為時に発生すべきものにして其賠償の範囲もまた特別の原因あらざるべからず、なぜなら、一個の不法行為により認められるべき全結果に対し時の制限なく加害者に賠償責任を負わせるのはかえって酷である、などと主張した。
- 174 拙稿 [2018]13 頁以下参照。雑穀類の委託販売契約が解除された後に受託者 Y が目的物を第三者に処分したために返還債務が履行不能になった。履行不能の事実とは 2 ヶ月余後の返還請求時に債権者 X に知らされたようである。X は損害賠償として、返還請求時の価格 6000 円を請求するが、Y は、目的物の売却代金 5100 円を基準にすべきと主張した。原審は、目的物の滅失により返還債務は履行不能による金銭債務たる損害賠償債務にかわり同時に損害賠償額は滅失時に客観的に確定するとしたが、X が上告した（破棄差戻）。
- 175 拙稿 [2018]15 頁以下参照。立木の売買契約後に転売契約を締結していた買主 X が、二重譲渡により生じた売主 Y の引渡債務の履行不能による損害賠償を、訴提起時の価格を基準

- ①大判大正14年7月20日新聞2475号9頁¹⁷⁶
- ②大連判大正15年5月22日民集5巻386頁¹⁷⁷
- ③大判大正15年10月6日民集5巻719頁¹⁷⁸
- ④大判昭和5年12月20日民集9巻1164頁¹⁷⁹
- ⑤大判昭和6年4月15日新聞3266号15頁¹⁸⁰
- ⑥大判昭和6年4月24日民集10巻685頁¹⁸¹

に請求している事案である。Xの請求を認容した原判決は破棄されている。平井[1966]1300頁は、②を、買主の主張する損害と債務不履行との間に事実の因果関係がなく、算定時期の問題ではない、とする。

- 176 拙稿 [2018]19 頁参照。大審院（破棄・差戻）は、解除の2ヶ月後の「本訴提起当時ノ時価ニヨリ積算シタル損害金ト上告人ノ債務不履行トノ間ニ因果関係ノ存在スルコトノ事實ヲ確定セス輒ク上告人ニ対シ之カ賠償ヲ命ジタルハ法則ヲ不当ニ適用シタルカ若ハ理由不備ノ違法アルモノ」とする。
- 177 拙稿 [2018]25 頁以下参照。
- 178 拙稿 [2018]43 頁参照。
- 179 拙稿 [2018]28 頁以下参照。10分の2しか共有持分をもたないYがAに松の木を全部の持分を有するとして処分しこれをAが伐採したために、XらがYに損害賠償を請求している。原判決は、伐採時（大正12年12月～13年春）でなく大正13年10月（伐採後鑑定までの最高価格）の価格を基準に損害を算定した。大審院（破棄差戻）は、「不法行為ヲナカリセハXラニ於テ此ノ騰貴シタル時期ニ於テ売却其ノ他ノ方法ニ依リ騰貴シタル価格ニ相当スル利益ヲ確實ニ取得シ得タルヘキ特別ノ事情ノ有無及不法行為為当時之ヲ予見シ得タルヤ否ヤニ付何等説明スル所ナシ」い原判決は理由不備の違法がある、という。
- 180 拙稿 [2018]31 頁参照。特約にもとづき、小麦粉の買主Xは大正8年6月17日に売主Yにたいし引渡場所を定め10日間の期間をもうけて履行を催告したが、Yが物件を引き渡さないために、Xは契約を解除し損害賠償を請求する。原審は、XYはいずれも雑穀売りの商人であり、特別の事情のないかぎり転売により買入価格と売却価格との差額に相当する利益をえるとみるのが相当であり、同年6月中旬～解約当時（同月下旬）までの最高価格を売却価格とみて、損害を算定した。価格騰貴の事情のみで、確実に利益を取得すべき事情の証明なしに、かつ、その予見可能性の証明なしに賠償を認めたのは不当であるとすYの上告は棄却された。
- 181 拙稿 [2018]31 頁参照。Xは大正13年2月26日に自己の所有する本件山林の竹木を売渡担保としてYより金1万円を借受けその弁済期を同年7月15日と定め且弁済期の到来するまでは右担保物を処分できず弁済を受けたときはこれをXに返還すべきとの契約をYと締結した。後に、弁済期は大正14年4月25日まで延期された。しかし、弁済期到来前の大正13年11月27日にYは担保物をAに売却した。その後転々譲渡された目的物を時価2万4千円で購入した。Xはそれと債務額1万円との差額を損害賠償請求している。原審は、弁済期における物の価格15243円より債務額を控除した5243円を損害額と認定した。Y上告。Xから債務の弁済のない段階では、自分には目的物の返還義務は発生していないと主張した（棄却）。大審院は、「Yハ担保物ヲ処分シ金銭債務ト為リタル場合ト同様弁済期ニ於ケル担保物ノ価格ヨリ其債権額ヲ控除シタル残額ヲ損害トシテ賠償スル義務アリ。又Xニ於テモ自己ノ債務ノ弁済又ハ其ノ提供ヲ為スコトナク其ノ残額ヲ損害賠償トシテ請求

- ⑳大判昭和7年4月11日民集11巻609頁¹⁸²
- ㉑大判昭和7年5月27日新聞3448号7頁¹⁸³
- ㉒大判昭和9年1月16日裁判例8輯民1頁¹⁸⁴
- ㉓大判昭和9年8月10日全集1輯9号14頁¹⁸⁵
- ㉔大判昭和12年3月5日全集4巻5号6頁¹⁸⁶

スルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相当トス」という。

- 182 拙稿 [2018]28 頁参照。Xは、Yの設置した送電用電柱の設置管理における瑕疵に起因する失火のために焼失した自己の不動産および動産の毀滅による損害の賠償をYに民法717条にもとづき請求する。焼失時の価格を基準にした原判決に対し、Yは下落後の価格を基準にすべきであるとして上告。大審院は、「不法行為ニ因ル物ノ滅失毀損ニ対スル現実ノ損害賠償額ハ滅失毀損当時ノ価額ニ依リテ之ヲ定ムヘキ」であるとして、「蓋Xハ其ノ焼失ナカリセハ其ノ当時ノ価額ニ相当スル前示ノ財産ヲ所有スルコトヲ得タリシモノナレハナリ。故ニ其ノ後ニ至リ該財産ノ価額下落スルモXハ焼失当時ノ価額ノ賠償ヲ請求スルノ権利ヲ有スルモノニシテ右ノ価額下落ノ為其ノ差額ヲ不当ニ利得スルモノト謂フヲ得ス」として上告を棄却する。
- 183 拙稿 [2018]30 頁参照。XがYから購入した本件家屋2棟（代金総額450円）の引直義務は履行期後にYらの帰責事由により履行不能となったため、原審は、損害賠償として450円の給付をYらに命ずる。売買代金と同額の価値をみとめる原判決に対する、売買時～判決時に価格のいちじるしい変動があったが目的物の滅失による賠償額は滅失から判決までの間に目的物の価格の変動があったときは適当な時期の価格を選択してこれを標準として請求すべきである、などとしたYの上告は棄却された。大審院は、債権者Xは原則として履行不能時に被った損害の賠償を請求することができる、とした。
- 184 拙稿 [2018]29 頁以下参照。Aは昭和2年12月31日Xに不動産を2万2500円で売却しXは内7450円をAに支払い、内15000円をAが第三者に対し負担する債務を代わって弁済したが、残代金についてはその支払と同時に不動産の所有権移転登記をなすべき旨の約定がなされた。そして、Bは右移転登記義務の不履行により生ずる損害賠償義務の保証をしたところ、Xは昭和3年3月にAに対し残金を提供して登記手続をなすように請求したが、Aが拒絶したために、登記を求める訴訟を提起しXは勝訴し、同年5月21日に登記を経由した。しかし、同年3月末にくらべ時価が4500円以上下落していた。原審は、下落の事実にもとづき、同額の損害の賠償義務がAに生じたとき、Bに対する同額の請求を認容した。Y上告。通常損害とすれば、昭和5年5月の時点の時価ですら売買価格より1万円ほど高かったから損害を被っていない、特別損害とすれば、予見可能性の証明がなされていない、と主張した（破棄・差戻）。
- 185 拙稿 [2018]42 頁以下参照。米穀商XY間的小麦売買において売主Yの不履行を理由に、買主XはYに履行を催告した日時と思われる時点の小麦相場と契約時価との差額を当然うべかりし利益としてXに賠償すべしとした原判決に対する、問題の差額が現実の損害ではないから損害賠償の対象にならないと主張するYの上告は棄却された。
- 186 拙稿 [2018]42 頁以下参照。株式その他の有価証券の現物売買を業とするXは、昭和8年6月にYからA会社株式150株を単価33円30銭で購入することを約した。Yが翌日に送付して一切の手続を完了する約束だったが、Yの不履行により、翌年5月1日に適法に契約は解除された。締約から解除までの最高価格である同年2月23日の単価68円を基準にXの損害を算定した原判決に対して、Yは上告し、中間最高価格相当の損害は特別損害で

- ③②大連判昭和15年 3 月13日民集19巻530頁¹⁸⁷
- ③③最判昭和28年10月15日民集 7 巻10号1093頁¹⁸⁸
- ③④最判昭和28年12月18日民集 7 巻12号1446頁¹⁸⁹
- ③⑤最判昭和30年 1 月21日民集 9 巻 1 号22頁¹⁹⁰
- ③⑥最判昭和30年12月 1 日集民20号663頁¹⁹¹

ありその予見可能性の証明のないかぎり賠償はみとめられず本件においては解除当時の価格による賠償で足りる、と主張する（破棄・差戻）。

- 187 拙稿 [2018]43 頁以下参照。XはYより株式を買受ける契約を締結したが、Yは株券を引き渡さないため、株券の引渡と口頭弁論終結時の時価による賠償額とを請求した。原審は、本来の給付を命ずる判決を受けたのにYが履行せずXが執行をしても効果がないときは履行不能と同視するという理由でこれを認容した。Yは上告し、原審のように解するならば契約履行の能否は執行の能否によって規定されることになり不当である、と主張する。大審院は、「株式又ハ物ノ給付ヲ為スヘキ債務者カ其ノ給付ノ強制執行ヲ受ケタルモ、其ノ執行奉効セス即執行不能ナル場合ニ於テ、債務ノ履行ハ必スシモ不能ナルモノト云フヲ得サルコト勿論ナルモ、履行不能ニ因ラサル右執行不能ノ場合ト雖モ、債権者ハ履行ニ代ル損害賠償ヲ請求シ得ヘキモノニシテ、此ノ損害賠償ハ畢竟履行遅滞ニ因ル損害賠償ニ他ナラス。而シテ本来ノ給付ヲ求ムル訴ニ於テ右損害賠償ノ予備的請求ヲ為シタルトキハ、事実審裁判所ハ最後ノ口頭弁論当時ニ於ケル本来ノ給付の価額ヲ判定シテ其ノ本来ノ給付ヲ命ルト同時ニ右請求ノ限度内に於テ、其ノ強制執行不能ナルトキハ該価額相当ノ損害賠償ヲ為スヘキコトヲ命スル判決ヲ為シ得ルモノト解スルヲ妥当トス」という（上告棄却）。
- 188 拙稿 [2018]36 頁参照。Xが代金 20 万円を支払ったにも拘らず、Yが売買目的物（立木）の一部を引き渡さなかったためXは契約を解除し、未履行部分の損害 90 万円のうち 20 万の損害賠償を請求している。
- 189 拙稿 [2013]、拙稿 [2018]36 頁以下参照。昭和 21 年に締結された下駄材の売買契約が売主 Yの不履行により買主Xから解除された。Xは、解除当時の価格最低 8 万円と代金 17500 円の差額 55000 円の利益、の賠償などを請求している。原審は、解除における損害賠償の基準時は解除時である、本件契約成立当時は敗戦後でインフレが昂進し物価騰貴の情勢にあり、敗戦国のわが国の当時としては普遍的な経済情勢であって、通常損害である、仮に特別の事情であったとしても、騰貴の情勢は一般に顕著であり、またYは商人であるので、予見可能性があった、として、請求を認容した。Yは、本件損害は特別損害で予見されていないこと、履行期を標準とすべきであること、と主張して上告している（棄却）。
- 190 拙稿 [2017]、拙稿 [2018]44 頁以下参照。Xは昭和 19 年 8 月 19 日にYに対し、線材の伸延加工を委託し、X所有の線材 312 トン余りをYに引き渡した。Yはそのうち 7.99 トンを加工してXに引き渡したが、Yの工場の罹災、終戦による経済状態の急変を機として、昭和 20 年 10 月頃、右契約は合意解除された。Yはその後、線材を約 130 トン返還するにとどまった。そこで、XよりYに対し、残余の線材 172 トンの返還、および、予備的に執行不能にそなえ、執行不能の部分につき 1 トンあたり 5 万 4 千円の割合で金銭の支払を求めて、訴を提起している。原審はXの請求を全面的に認容した。Yは上告し、判例と異なり口頭弁論終結時以外の昭和 23 年 10 月 23 日の価格を基準にした点を論難している。
- 191 拙稿 [2018]38 頁参照。㊸の上告審のようである。

③⑦最判昭和32年1月31日民集11巻1号170頁¹⁹²

③⑧最判昭和35年11月29日判時245号22頁¹⁹³

③⑨最判昭和35年12月15日民集14巻14号3060頁¹⁹⁴

④⑩最判昭和36年4月28日民集15巻4号1105頁¹⁹⁵

192 拙稿[2018]28頁以下参照。不法行為による所有物の毀滅をおくれてXが知るにいたった点が特殊である。Xの主張どおり毀滅を知った時点を採用する原判決は破棄されている。最高裁は、「およそ不法行為による物の滅失、毀損に対する現実の損害賠償額は、特段の事由のない限り、滅失毀損当時の交換価格によりこれを定むべきである。しかるに原審はなんら本件船舶の滅失、毀損の時期、及び右滅失毀損当時におけるその価格を確定せず、恰かも右損害は、Xが本件船舶の一部の滅失毀損の事実を知った時に生じたものの如く解して、「その損害額は右引渡執行の時を基準とすべきである」と判示し、これを前提としてYに損害賠償を命じたのであつて、原判決には法律の解釈を誤つた違法がある」という。

193 拙稿[2018]28頁以下参照。

194 拙稿[2018]31頁参照。XはAから8万円を借受け、自己所有の山林を売渡担保としてAに差し入れ、所有権移転登記が経由された。その後、XはYから借りかえることにし、本件山林を売渡担保としてYに差し入れた。中間省略の移転登記によってAからYに直接に所有権移転の登記が経由された。ところが、弁済期前にXがYに対して元金および利息（債務の弁済としては若干不足する額）を弁済のため提供したにもかかわらず、Yが売渡担保であることをみとめないため、Xは右元金を供託し、Yが履行期前に本件山林の雑木を伐採したことにより生じた損害15万円の損害賠償そのほかを請求した。原審は、損害を伐採時の価格を基準に10万円余と認定した。㊟を引用するYの上告は棄却された。最高裁は、「履行不能が確定的となった場合は、それが履行期前であっても、その時を基準として右損害賠償額を算定すべき」であるという。なお、「原判決認定の弁済提供および供託金額は、本件消費貸借成立が原判示のように昭和28年9月下旬とすれば、原判示の元金12000円とその利息金33140円計153140円では不足である～が、所論の提供、供託さるべき元利合計金154500円に比し、不足額は僅かに千三百余円をいでないものであるから、この一事をもって弁済提供および供託の効果を否定しえないものというべきである」とされている。拙稿[2003]114頁以下参照。

195 拙稿[2018]40頁参照。昭和14年8月から数回にわたり買主Xと売主Yとの間に干うどんの売買契約が締結された。契約後目的物の価格が高騰したため、翌年4月までに一部を引き渡したのみで、残部についてはYが荷送りしないので、Xは同年6月7日電報で契約を解除した。Xは、履行期における市価と契約価格の差額を賠償請求した。Yは、Xが得意先Aの注文をうけたうえYに発注しており、Xの差益は1箱せいぜい20銭である、と主張した。下級審は、Yの債務不履行によりXも転買主に対し債務不履行となるのは通常の事例でありその場合には転買主に対し不履行時の時価と契約価格の差額を損害として賠償せねばならないからXの主張する損害算定は不当でないとして、Xの請求を認容した。Yは、Xの損害は具体的な転売価格と契約価格の差額にとどまること、転買主に対する損害賠償による損失は特別損害にあたりYにおいて予見可能性がなければ賠償されえない、と主張して上告する（棄却）。平井[1965]256頁以下は、現実の損害がそれよりも少ないことを証明することができた場合であっても、市場価格と契約価格との差額が、通常損害として、賠償が認められるべきである、という。

- ④①最判昭和36年12月 8 日民集15巻11号2706頁¹⁹⁶
- ④②最判昭和37年 7 月20日民集16巻 8 号1583頁¹⁹⁷
- ④③最判昭和37年11月16日民集16巻11号2280頁¹⁹⁸
- ④④最判昭和38年 1 月22日集民64号63頁¹⁹⁹
- ④⑤最判昭和39年 6 月23日民集18巻 5 号842頁²⁰⁰

-
- 196 拙稿 [2018]40 頁以下参照。 XはYから大豆油を落札し買受代金を完済した。XはCに目的物を市価よりかなり高値で転売した。しかし、目的物が品質劣悪または不存在のため引取りえなかったために、XはCとの転売契約を合意解除した。その後、1・2ヶ月後に別途入手された品が履行としてXに引き渡された。Xは主位的にCとの転売契約によりうべかりし利益、予備的に履行期の市場価格と買受価格との差額に相当するうべかりし利益の賠償を請求する。第2審は、「油脂類の売買を目的とする株式会社である～Xは転売して利益を得る目的で本件大豆油をYから買受けたものであつて、直ちにそれを処分し得る状況にあつた～から～Xはその騰貴した市場価格で他にこれを転売して、買入価格と売却価格との差額を利得し得た～該利益を確実に取得し得たるべき事情にあつた～。そして～売主もこのような事実を予見または予見し得べかりしもの」として、履行期における市場価格と買受価格との差額を賠償されるべき損害とみる。これに対し、Yが上告している（破棄・差戻）。転売価格が高額にすぎ予見不能である事実は確定している。
- 197 拙稿 [2018]39 頁参照。 XはY所有の敷地につき賃借権を有し、借地上に建物を有していた。同建物は震災により焼失した。焼失後Yは本件土地の一部ずつそれぞれ数人に昭和24年4月までに全部賃貸し、その上に建物が築造された。Xは昭和30年12月29日に、Yに対し、昭和31年1月末までに土地を更地にして引き渡すこと、それがなされない場合には賃貸借契約を解除する旨の催告し、Yが応じぬため、損害賠償をもとめて訴えを提起し、昭和32年1月24日に解除の意思表示をした。Xは解除当時の坪12000円の損害賠償をもとめている。本件賃貸借契約には転貸禁止特約がもうけられていた。最高裁は、「原判決が昭和二九年一二月当時の鑑定価格に原判示の事情を考量の上、本件契約解除時たる昭和三年一月二四日当時の損害額を算定している点にも所論の違法は存しない」という。
- 198 拙稿 [2018]32 頁以下参照。昭和27年3月31日にXY間で土地を代金2万円、買戻特約付きで購入した。同31年3月20日Xは代金を持参し買戻の意思表示をした。Xは、Yが所有権の移転登記に応じないため訴を提起した。同34年1月6日にYは訴訟係属中に土地をAに売却した。移転登記義務は履行不能となる。Xは請求の趣旨を履行に代る損害賠償に変更した。原審は、Xの請求を認容し、騰貴の事情たる街路計画、騰貴の情勢を不能時に知っていたか予見可能だとし、控訴審の口頭弁論終結時に最も近い昭和35年7月当時の価格で算定した。108万円余であるが、Xの請求がその一部たる80万円だった。Yは履行不能当時の価格（77万円余）によるべきことを主張して上告した（棄却）。
- 199 拙稿 [2018]38 頁参照。
- 200 拙稿 [2018]29 頁参照。 Yは過失により昭和15年末から翌年1月にかけて山林経営業者X所有の山林＝立木（杉檜）を不法に伐採した。Xの山林の適正伐採期は昭和32年末であったが、最高裁は、「立木を適正伐採期まで育成し伐採して収穫することは山林経営の通常の管理方法であるから、～適正伐採期～における価格をもって山林経営者であるXの蒙った損害の額となし、而して、Xは本件山林の外にも山林を所有し、いずれも山林としての通常の経営管理を行っていたこと、およびYは立木の伐採販売業を営んでおり、Xが右山林を通常の方法で管理していることを知っていたことの実事により、YはXが適正伐採期

- ④⑥最判昭和47年4月20日民集26巻3号520頁²⁰¹
- ④⑦東京高判昭和29年7月24日下民5巻7号1163頁²⁰²
- ④⑧大判昭和5年7月1日裁判例4輯民事84頁²⁰³
- ④⑨大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁
- ⑤⑩大判昭和11年10月16日法学6巻1号92頁²⁰⁴
- ⑤⑪大判昭和16年2月5日新聞4681号15頁²⁰⁵

における右立木の収穫を取得しうることを予見または予見しえられたものと推察できる旨判示し、～民法四一六条二項による範囲の損害額を肯認した～原判決の右判断は当裁判所も正当としてこれを是認する」としている。

- 201 拙稿[2014]、拙稿[2018]33頁以下参照。昭和23年2月にXはYから、同4月に代金完済後に所有権移転登記をする約束で、Yから賃借中の建物とその敷地を自己使用の目的で7万円で購入した。が、Xが代金を支払わぬため代金支払期限が合意で昭和27年8月に変更された。同年8月26日にXは代金を完済したが、Yの再三の催告にもかかわらず、移転登記をしなかった。その間Yは固定資産税を立て替えた。Yは昭和33年1月に右売買契約の解除の意思表示をし、同年3月にAに本件土地を売却し移転登記を完了した。Yの解除は控訴審では認定されていない。第一審・控訴審は、Xは、本件土地建物を自らの住居の用に供するため買受けたものであり、これを転売して利益を得る目的ではなかつたことは明白であり、右履行不能は、履行期以後に生じたものであるから損害額は、右履行不能時の価格であると考えるのが相当であるとしている（約300万円）。これに対し、Xは上告し、控訴審の口頭弁論終結時の価格を基準に損害賠償額を算定すべきであると主張している（一部破棄差戻、一部上告棄却）。
- 202 拙稿[2018]37頁以下参照。㊸の原判決のようである。
- 203 Xは株式100株を金380円で購入した。第2回の払込をYが引き受ける旨をのべたので、さらに第2回の払込金として百円をYに交付した。しかし、Yは払込をしなかったため、失権し、右株式は100株9円95銭で競売された。そこでXは480円の損害賠償を請求した。原審はこれを認容したので、Yが上告した。大審院（破棄差戻）は、「株式ノ失権ニ因リテ生スル損害ハ特別ノ事情存セサル限り其ノ株式ノ失権当時ニ於ケル客観的価値ナラサルヘカラサル」という。
- 204 XはYから綿糸を、Aに売却した綿布の原材料として購入した。しかし、Yが履行せず契約は解除された。原審は、騰貴した時価で転売する機会をXは逸したから買入代金と解除当時の時価の差額の損害を被った、として右の差額の賠償をみとめた。Yの上告は大審院は次のように判示して棄却した。曰く、騰貴した時価で転売する機会を逸したことは具体的損害で買入代金と解除当時の時価の差額は抽象的損害だから、原審は趣旨一貫しないきらいがあるが、「本件売買が～解除せられたるときはXは他より同種の原糸を購入するにあらざればAに対す綿布の引渡に支障を来たすべく之れが購入は反証無き限り解除当時の時価を以てせざるべきあらざるは当然なるを以てXは一応原審が認定したる損害を被るものと推測するも不当と謂ふべからず。若し夫れXが時価以下の価額を以て当該綿糸入手することを得る為に右の損害を被らざりしことが事実なりとせば斯る事由はYに於て之を主張し立証する所なかるべからず」と。
- 205 XはYより昭和11年8月および10月に軽油を買い受ける契約をむすんだが、履行期をすぎても履行されず、Xは翌年6月右の各契約を解除した。原審は、同11年8月契約分

⑤2最判平成21年1月19日民集63巻1号97頁²⁰⁶

その他

1. 大審院

大判明治32年10月14日民録5輯9巻99頁

大判明治33年4月10日民録6輯4巻12頁

大判明治34年2月23日民録7輯2巻110頁

大判明治34年3月30日民録7輯3巻93頁

大判明治37年4月4日民録10輯387頁

大判明治38年6月11日民録11輯938頁

大判明治40年4月2日民録13輯394頁

大判明治41年10月28日民録14輯1073頁²⁰⁷

大判大正元年12月11日民録18巻1025頁

大判大正3年5月30日民録20輯426頁

大判大正4年2月8日民録21輯81頁

についてはAらに転売されており転売価格と買入価格との差額に相当するうべかりし利益の通常生ずべき損害しか損害を被っていない、と認定した。Xは上告し、具体的に転売されていた数量は原審の認定より少なくその他の分について当時誰にいくらで転売していたと認定すべき証拠はない、他の転売先との契約が存続していたとの認定もない、と主張した。原判決は破棄された。

大審院は、「凡ソ買主カ～売買ヲ解除シ目的物ノ給付ヲ受クル債権ヲ失フト共ニ代金債務ヲ免レ解除当時ニ於ケル右目的物ノ時価カ代金額ヲ超過スルトキハ其ノ差額ハ畢竟売主ノ債務不履行ニ因リ買主ニ生スル通常ノ損害ニ外ナラス。而シテ買主カ右解除前已ニ解除当時ノ時価ヨリ低キ代金ヲ以テ他ヘ転売ヲ約シ居リタル事實アリトスルモ若シ売主不履行ノ結果買主ニ於テ尚解除当時ノ時価ヲ以テ転売先ヘ履行スルノ必要アルニ於テハ買主ハ尚解除当時ノ時価ト代金トノ差額ノ損害ヲ受ケタルモノト為スヘキヤ勿論ニシテ偶解除当時ノ時価ヨリ低キ代金ヲ以テ転売ヲ約シ居リタルノ故ヲ以テ直ニ買主ノ損害カ代金ト転売代金トノ差額ニ過キサルモノト速断スルコトヲ得ス」という。

206 前掲註76)参照。

207 売買目的物(架橋用の石材)の引渡の遅滞によりXは期限内にうけえなかったため、石材の供給先であったAに対し猶予をもとめ、仮設用の用材を提供した。Xはそのための出捐をBの債務不履行による損害としてYに賠償請求する。大審院(上告棄却)は、Xの「出捐ハ即チ特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノト謂フヘク、而カモYカ此事情ノ存在ヲ予見シタルコト原判決ノ認定シタル如クナル以上ハ民法第四百十六條第二項ノ規定ニ從ヒXハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス」という。

- 大判大正4年6月12日民録21輯931頁
大判大正5年2月21日新聞1130号31頁
大判大正6年6月4日民録23輯1026頁²⁰⁸
大判大正8年4月14日民録25巻680頁
大判大正8年9月17日民録25輯1685頁
大判大正9年4月12日民録26輯533頁
大判大正9年6月15日民録26輯880頁
大判大正9年10月18日民録26輯1554頁
大判大正10年6月24日民録27輯1238頁
大判大正10年9月6日新聞1927号21頁
大判大正11年2月17日民集1巻46頁
大判大正11年9月23日新聞2060号21頁²⁰⁹
大判大正11年11月14日新聞2077号22頁
大判大正12年3月7日新聞2120号19頁²¹⁰

208 Aに角材を引渡す売買契約を締結していたXはYがBとの係争事件について本件材木に対し不当に仮処分をし期限までに債務を履行できなかったためAに賠償した予定損害金の賠償をYに請求している。大審院は、「不法行為ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第四百十六條ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ス。苟モ其行為ト損害トノ間ニ因果ノ関係ヲ有スルニ於テハ其損害カ通常生スヘキ損害ナリト又ハ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ナルトヲ問ハス等ク加害者ニ於テ之カ賠償ヲ為スノ義務ヲ有スルモノトス。而テ其行為ト損害トノ間ニ因果関係アリト做スニハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判断スルノ外ナキモノトス」という。本件損害は因果関係があるとされた。

209 YらがXから明治42年4月2日に中等玄米23俵を借受け明治43年12月20日に弁済し利息として毎年12月20日に玄米を支払うべき旨の消費貸借契約が締結された。原審は、Yらに対し、中等玄米23俵および、明治42年4月2日～判決執行日の玄米一俵あたり六升の利息米を支払う義務を負うが、玄米で支払えないときは、訴提起当時の価格（1俵あたり12円50銭）で換算した金銭を支払えと命じた。これに対し、Yらは上告し、Xは遅延賠償を請求しているのではなく、代償請求が問題となっているのであるから、理論上は判決確定時の価格を基準にすべきところ、これを測定することは実際上不可能であるから、少なくとも事実審の口頭弁論終結時の価格を実際に基準にすべきであると主張している（一部上告棄却、一部破棄差戻）。大審院は、「物件ノ給付ヲ求ムル訴ニ於テ債権者カ債務者ノ履行不能ノ場合ヲ予想シ之ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求セルトキ其数額ハ判決当時ノ価格ヲ以テ之ヲ定ムヘキコト当院判例ノ示ス所ナリ」として、㉑を援用する。

210 株券の返還請求および代償請求において、原判決が、第1審の鑑定人の鑑定にもとづき、原審の口頭弁論終結時の約2年前の時点における価格を基準に額を算定しているのに対して、借主が㉑大判大正7年1月28日民録24輯51頁を援用して上告している。大審院は、「債務者カ債務ノ履行トシテ目的物ノ給付ヲ為ササル場合ニ於テ債権者ヨリ債務者ニ対シ

- 大判大正13年3月1日評論13卷民法401頁
大判大正13年3月26日新聞2254号18頁
大判昭和14年3月7日全集6輯13号29頁
大判大正15年2月10日民集5卷128頁
大判大正15年10月21日新聞2636号9頁
大判昭和2年4月26日評論16卷民訴538頁
大判昭和2年4月28日民録6卷214頁
大判昭和2年5月19日新聞2721号11頁
大判昭和2年7月7日民集6卷464頁
大判昭和2年11月26日評論17卷民法135頁
大判昭和3年6月8日裁判例2輯民事12頁
大判昭和3年8月1日民集7卷671頁
大判昭和3年8月1日新聞2904号9頁
大判昭和4年4月5日民集8卷373頁
大判昭和4年12月27日新聞3084号11頁
大判昭和5年5月22日新聞3134号7頁²¹¹
大判昭和5年7月7日裁判例4輯民90頁
大判昭和6年5月13日新聞3273号15頁
大判昭和6年11月14日新聞3341号14頁
大判昭和7年2月24日裁判例6輯民36頁
大判昭和7年4月1日裁判例6輯民事92頁²¹²

其ノ履行ヲ請求シ且債務者カ履行ヲ為スコト能ハサル場合ヲ予想シ履行ノ請求ニ附加シ之ニ代ルヘキ損害ノ賠償ヲ併セテ請求シタル場合ニ於テハ其ノ損害ノ數額ハ判決當時ニ於テ其ノ物ノ有スル價格ヲ以テ標準ト為スヘキモノトス」として、⑧を引用する。

- 211 原判決は、小作料としての玄米の引渡の請求とともにされた代償請求を肯定するとともに、履行期の価格を基準としている。大審院は、「損害金ノ數額ハ判決當時即第二審ノ口頭弁論終結ノ時ニ於ケル其ノ物ノ價格ヲ標準ト為スヘキコトハ本院判例ノ認ムル所」であるとして、⑧⑨を援用している。
- 212 買主Xは売主Yから東洋人絹300ポンドを購入する契約をした。Xは問題の人絹を100ポンド当たり2円を上乘せてAに転売する契約を結んでいた。Yは債務を履行せず、Xは他から代品を調達してAに対する義務を履行せざるをえなかった。XはYとの間の契約を解除し、解除時の時価で損害賠償を請求する。Xが上告し、原審はXA間の転売契約が消滅したかどうかを確かめていない、消滅していたとすれば、Yから受けるべき目的物を

- 大判昭和7年5月27日民集11巻1289頁²¹³
大判昭和7年7月29日新聞3453号15頁²¹⁴
大判昭和7年11月1日裁判例6輯民295頁
大判昭和7年11月8日法学2巻7号117頁
大判昭和8年6月28日新聞3586号10頁
大判昭和8年10月3日新聞3620号13頁
大判昭和8年10月4日裁判例5輯民事230頁²¹⁵
大判昭和8年12月11日新聞3665号7頁
大判昭和10年5月1日裁判例9輯民事125頁²¹⁶

Aに引き渡す必要性は消滅している、と主張した。大審院は、Xの主張を支持して、破棄差戻しをしている。

- 213 YはXに対する債務の担保として本件山林に対し一番抵当権を設定しそのほかの土地に対し二番抵当権を設定した。しかし、Yは右抵当権を侵害することを認識して本件山林地上の杉立木4本をAに売却伐採させてその抵当権を侵害した。大審院は、「他人ノ所有物ヲ滅失セシメ又ハ毀損シタル場合ト異リ不法行為ノ当時ヲ標準トスルコトナク抵当権実行ノ時又ハ抵当債権ノ弁済期後抵当権実行前ニ於ケル賠償請求権行使ノ時ヲ標準トスヘキモノトス。従テ訴訟手續ニヨリテ其ノ権利ヲ行使スル場合ニハ事実裁判所ニ於ケル最終ノ口頭弁論ノ時ヲ標準トシテ抵当物件ノ価格カ抵当債務総額ニ不足スル限度ニ於テ滅失セシメラレタル抵当物件ノ価格ヲ算定シ該金額ヲ以テ右損害額ナリト為ササルヘカラス」という（上告棄却）。
- 214 原審は、目的物を玄米とする代償請求において、口頭弁論終結前のある時点の時価を原告の主張通り採用している。大審院は、「其損害の数額は本来の給付の目的物か判決当時に於て有する価格を標準として算定すべきものとす。これ当院の判例とする所なり」として、⑧⑩を援用する。
- 215 債務者Xが借入金2500円を返済したにもかかわらず、売渡担保の目的物たる古書画の返還を売渡担保権者Yが拒絶したために、返還請求の直前に、Aとの間に担保品を計8500円で売渡す旨の契約をしていたXは引き渡せず、Aに契約を解除された。Aに支払った1200円の賠償金などをXは損害として賠償請求している。YはXが担保品を転売しうることについて予見可能性があった。原審は予見可能性がないとして請求を棄却した。X上告。大審院は、「凡ソ古書画ノ売買ハ買手次第ニ依リ其ノ売買代金ニ甚タシキ高下アリテ其ノ代金ハ担保トシテノ評価格ノ二倍以上ニ出ヅルコトアルハ稀」ではないので、「Yニ於テ本件売渡担保物品カ訴外Aニ売渡サレタリシ事実ノ了知セサリシトスルモ既ニXカ該物品ヲ他ニ売渡スヘキコトヲ了知スル限りハ古書画ノ性質上買手ノ如何ニヨリ高価ニ売却セラレ或ハ担保価格ノ2倍以上ニ其ノ代金ノ出ヅルコトナクニアラサルコトハ予見ス可キ所ニシテ少クモ予見シ得可カリシモノナリ」として、原判決を破棄・差戻した。
- 216 本件家屋の賃借人Xらは、賃借する家屋において自動車4台を使用して運送業を営んでいたが、家屋明渡をもとめるYの不法な強制執行により、執行の翌日から48間について休業せざるをえなくなり、1日20円の割合で合計960円の利益をえられ経費を控除して1日5円の純益をえられたと主張する。原審はこれを認容したので、Yは上告した。大審院

大判昭和10年7月3日裁判例9輯民事188頁
 大判昭和10年7月9日裁判例9輯民事198頁
 大判昭和10年12月18日全集3輯3号13頁²¹⁷
 大判昭和11年4月7日法学5巻9号102頁
 大判昭和11年4月13日民集15巻630頁
 大判昭和11年4月16日法学5巻9号104頁
 大判昭和11年4月21日全集3輯5号16頁
 大判昭和11年7月23日新聞4023号16頁
 大判昭和12年2月23日新聞4114号10頁
 大判昭和12年10月8日全集4輯20号14頁

(一部破棄差戻、一部上告棄却)は、「自動車ニ依ル運送業者カ従前ノ営業場所タル家屋ヲ其ノ営業ニ使用スルコトヲ能ハサルニ至リタルトキハ特別ノ事情ナキ限り遅滞ナク他ニ適当ノ場所ヲ求メテ其ノ営業ヲ継続スルヲ通常ト四十八日間ノ久シキニ亘リ休業スルカ如キハ希有ノ事例ニ属スヘキカユエニスル休業ニ損害全部ヲ従前ノ営業場所ノ使用不能ニ因リテ通常生スヘキ損害ナリト云フヲ得ヘキモノニ非サルニ拘ラス原審カ特別事情ノ有無乃至其ノ事情ノ予見ニ付何等判示スル所ナクシテ輒ク右全部ノ賠償ヘヲ命シタルハ到底審理不盡理由不備ノ違法アルモノト為スノ外ナ」い、という。

- 217 XはYから裸麦(石あたり16円5銭)を買い受けたが、即日引渡の約束は変更され契約期日の3ヶ月余後の日時が履行期とされたが、Yの債務不履行により契約は解除された。Xは解約当時の時価と売買代金との差額(石2円15銭)を損害として訴求したが、本件売買の翌日にXは右物件をAに石16円20銭で転売していたために、原審は、当該物件は転売契約の履行にあてられるべきであったから、契約解除の当時まで物件を保有すべき事情はなく、Xの損害は転売代金と購入代金の差額、石15銭の割合の損害を被ったにすぎないとした。これに対し、Xは、本件売買契約は事後の履行期日の延期により第三者に時価で物を転売する目的に変更されており、Yの不履行のため、騰貴した時価での転売差益をうる機会を逸しており、これは、当事者が米穀商人のときには通常損害である、仮に価格の騰貴が特別事情であるとしても米穀商人Yにはその予見可能性はあった、等と主張して上告した。大審院は、「凡ソ転売ノ目的ヲ以テ買約シタル物品ヲ其ノ売主カ引渡ササル場合ニ買主ハ之ヲ理由トシテ当然ニ転売先ニ対シ約約ノ履行ヲ引延ハシ得ヘキモノニ非サルヤ勿論ナルノミナラス、殊ニYトXトノ間ノ前掲買受契約ハ其締結後解除トナル迄六ヶ月余ヲ経過シ居リスル場合ニ買主ハ転売契約履行ノ為メ代品ノ購入其ノ他適宜ノ措置ニ出ツルノ事例ニ乏シカラサル事実ニ稽フレハ、右買受契約カ履行遅延ノ儘存続シタルノ故ヲ以テXトAトノ間ノ右転売契約モ亦之ニ伴ヒ履行遅延ノ状態ニ於テ存続シタリシモノト即断シ難ク、従テ右買受契約カ履行遅延ノ状態ニ陥リタル後ニ於テハ仮ニYカXノ判示催告ニ応シ之ヲ履行シタルモノトスルモ果シテXハYヨリ受取ルヘキ裸麦ヲ右転売契約ノ履行トシテAニ引渡スヘキ関係ニアリタルヤ否ヤ輒ク肯定シ難キ筋合ナリトス。然ラハ右買受契約ノ解除トナル迄右転売契約ノ存続シタル事実カ証拠ニ依リ確定セラレサル限り原判示ノ如クXハYヨリ受取ルヘキ裸麦ヲ必スヤ右転売契約ノ履行トシテAニ引渡シタルモノト断スヘカラサルコト明白」であるとして、原判決を破棄している。

大判昭和12年11月15日全集4輯22号14頁
大判昭和13年3月17日全集5輯7号12頁²¹⁸
大判昭和13年4月5日新聞4330号7頁
大判昭和13年4月19日法学7巻12号1671頁
大判昭和13年4月23日新聞4278号17頁
大判昭和13年7月11日全集5輯5号21頁
大判昭和13年12月7日全集6輯1号11頁
大判昭和14年3月7日全集6輯13号29頁
大判昭和15年2月28日新聞4543号7頁
大判昭和15年2月29日新聞4548号7頁
大判昭和15年5月8日全集7輯17号13頁
大判昭和15年9月30日法学10巻3号96頁
大判昭和16年6月18日評論30巻民法588頁
大判昭和16年9月6日全集8輯28号5頁
大判昭和16年10月21日法学11巻5号96頁
大判昭和17年2月13日新聞4760号16頁

2. 最高裁

最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁
最判昭和29年7月9日集民15号89頁
最判昭和29年11月30日集民16号689頁
最判昭和30年4月19日民集9巻5号556頁
最判昭和30年10月25日集民20号253頁
最判昭和30年12月1日集民20号653頁

218 原審は、株券の返還請求に併合された代償請求を口頭弁論終結時の時価で認容する。被告は上告し、上告する場合には口頭弁論終結時から判決確定までに相当の日数が必要でありその間に株価が暴落する可能性があるから判決確定当時の時価を基準にすべきであると主張している。大審院は、代償請求の「額ノ算定ハ判決ニ接着スル口頭弁論終結ノ際ニ於テ其物件ノ有スル価格ヲ以テ標準ト為ササルヘカラサルモノトス是レ夙ニ当院ノ判例トスル所」であるとして⑧をあげ、「未タ之カ変更ノ必要アルヲ見ス」とこたえている。

最判昭和32年1月22日民集11巻1号34頁²¹⁹

最判昭和32年6月7日民集11巻6号960頁

最判昭和32年12月5日法律新聞83・84号16頁

最判昭和33年7月17日民集12巻12号1751頁²²⁰

最判昭和35年4月21日民集14巻6号930頁

最判昭和38年1月25日民集17巻1号77頁

最判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁

最判昭和39年10月29日民集18巻8号1823頁²²¹

219 Yは昭和23年9月に本件土地を買い受けて所有権を取得した昭和26年に登記を経由した。Xは右地上の罹災建物の滅失当時から引き続きこれに賃借権を有し、罹災都市借地借家法臨時処理法11条によりその賃借権をYに対抗することができる。しかし、Yは右地上に建物を建設してXに右土地を使用させないので、XはYに対し建物取去と損害賠償を請求している。Xは、右土地の立地が商売に適しているので、建物を建てて店舗をもうけ海産物商を営む計画であったが、土地を利用できないため、右営業によりうべき利益を失った、しかもXはYに計画をたびたび告げていた、と主張する。最高裁（上告棄却）は、「かような損害は民法四一六条一項にいわゆる通常生ずべき損害とはいえないとしても、同条二項の要件を充たしたものと認めたこと明らかであるから、従つてまた、当然、右は損害と侵害との間に相当因果関係あるものと認めたものというべきである」という。

220 電車の運転士Aの過失により電車がX社の貨物自動車に追突しこれを毀損した。そこで、Xは、貨物自動車の修理費用と毀損による休車によるうべかりし利益の賠償を電鉄会社Yに請求している。原審は、修理費用については請求を認容したが、うべかりし利益については、これを特別事情により生じた損害とみ、Aが「Aが特別事情を予見または予見し得べかりしものであったことを肯認するに足る確証がない」として、Xの請求を退けた。これに対し、Xが上告し、「貨物自動車を破損させて使用できないようにすれば当然貨物輸送による利益が得なくなることは何人も予見し得又予見し得べかりし処である」と主張する。最高裁は、「右本件自動車の休車による得べかりし利益の喪失即ち消極的損害は～特段の事情の認められない限り、少なくともその一部に、通常生ずべき損害を包含している」という（破棄差戻）。

221 Xは自動車運送業者であるが、昭和29年9月頃、Yとの間に、XがYからその所有するトラック1台を代金103万円で買い受け代金は分割で支払いその間所有権がYに留保される旨の売買契約を締結し、昭和30年4月15日までXは代金を完済した。しかし、Yは本件トラックの名義変更・検査申請手続に協力しなかったために、代金完済の7カ月後まで右手続をできず、ために、Yの債務不履行により、昭和31年3月12日から同年10月9日までの間、本件トラックを使用できず、運送賃収入を失った、Xは主張する。Yは、Xが当時、自動車運送事業を経営するについて法律所定の運輸大臣の免許をうけておらず、Xの主張する利益は法的保護に値せず、損害賠償の対象になりえない、と主張する。最高裁は上告を棄却する。「Xの所論事業が、所論のように道路運送法四条一項に違反しても、その事業経営の過程において、Xが他人と締結するそれぞれの運送契約が私法上当然に無効となるべき筋合のものではなく、Xは右契約に基づき相手方に対し運送賃の支払を請求しうる権利を有し、右権利に基づき運送賃を受領することをさまたげないものといわなけ

最判昭和40年4月16日集民78号615頁

最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁²²²

最判昭和49年4月15日民集28巻3号385頁²²³

最判昭和49年4月25日民集28巻3号447頁

最判昭和50年3月28日民集29巻3号251頁

最判昭和56年7月17日海事法46号23頁

最判昭和59年2月16日集民141号201頁

最判平成8年5月28日民集50巻6号1301頁

最判平成8年5月28日判時1572号53頁

最判平成10年4月30日判時1646号162頁

最判平成18年1月24日判タ1205号153頁

3. その他

東京控判明治36年11月10日新聞173号10頁

東京控判明治36年12月19日新聞184号23頁

大阪地判明治37年4月28日新聞208号8頁

東京地判明治37年7月20日新聞224号16頁

東京控判明治38年4月19日新聞285号6頁

東京控判明治39年11月1日新聞392号7頁

東京地判明治39年12月4日新聞402号4頁

ればならない。しかば、原判示の、得べかりし利益の喪失は、民法四一六条により賠償を受け得る通常生ずべき損害に該ると解するのが正当である」と。

- 222 Yは異父兄弟Xの所有する土地甲につき処分禁止の仮処分を申請し認められたが、Xの申立により下された案訴訟の起訴命令に対し、本案訴訟を提起せずかえって後に仮処分の解放を申請し認められた。しかし、かかる仮処分のため、甲を担保に東京への事業進出のための資金を得ることができず、東京進出が数カ月遅れた。Xは右仮処分が違法であり、Yの不法行為が成立するとして、東京での営業活動が遅れたための損害（100万円）または信用失墜に対する慰籍料（50万円）が選択的に存在するとして、うち50万円を賠償請求する。最高裁は、「本件において、Xの主張する財産および精神上の損害は、すべて、Yの本件仮処分の執行によつて通常生ずべき損害にあらず、特別の事情によつて生じたもの」であり、「Yにおいて、本件仮処分の申請およびその執行の当時、右事情の損害を予見しまたは予見することを得べかりし状況にあつたものとは認められない」という。

- 223 拙稿[2018]註(1)参照。

長崎地判年月日不詳新聞588号12頁
宮城控判明治41年6月16日最近判3巻47頁
名古屋控判明治42年3月9日最近判4巻138頁
東京地判明治42年7月10日新聞594号9頁
東京控判明治43年10月22日新聞686号19頁
大阪地判年月日不詳新聞786号23頁
東京控判大正元年12月21日新聞844号21頁
東京控判大正2年6月24日新聞890号22頁
東京控判大正2年11月12日評論2巻民法751頁
東京地判大正3年12月15日評論3巻民法730頁
大阪控判大正3年11月9日新聞997号22頁
東京控判大正4年2月22日評論4巻民法154頁
大阪控判大正4年3月29日最近判16巻2頁
東京地判大正4年9月8日評論4巻民法613頁
東京地判大正4年12月10日新聞1106号25頁
東京地判大正5年2月14日新聞1103号24頁
甲府地判大正5年2月21日新聞1130号31頁
大阪控判大正5年12月7日新聞1208号21頁
東京控判大正6年1月27日判例（巖松堂書店）2巻391頁=新聞1249号23頁
大阪地判大正6年3月26日新聞1298号29頁
長崎控判大正6年4月28日判例（巖松堂書店）3巻270頁
朝鮮高判大正6年6月23日朝高録民4巻上576頁
東京控判大正6年6月28日新聞1304号25頁=新聞1320号27頁
大阪地判大正6年7月20日新聞1338号22頁
大阪控判大正6年10月19日新聞1335号25頁
大阪地判大正6年11月9日新聞1339号25頁
東京控判大正6年12月6日新聞1393号26頁
和歌山区判大正7年2月2日判例（巖松堂書店）3巻656頁
朝鮮高判大正7年2月13日朝高録民5巻上963頁

大阪控判大正7年4月16日新聞1418号17頁
東京控判大正7年4月20日新聞1423号17頁
大阪控判大正7年4月25日新聞1417号18頁
大阪控判大正7年6月20日判例（巖松堂書店）3巻1067頁
西条区判大正8年2月24日新聞1531号24頁
大阪控判大正8年7月22日新聞1620号15頁
神戸地判大正8年7月22日新聞1598号16頁
大阪控判大正8年11月10日新聞1626号17頁
東京地判大正9年2月20日評論9巻民法428頁
東京地判大正9年2月23日評論9巻民法330頁
東京高判大正9年3月3日新聞1692号18頁
東京控判大正9年3月17日評論9巻商法631頁
大阪地判大正9年4月30日新聞1766号18頁
東京控判大正9年3月15日新聞1700号13頁
東京地判大正9年9月13日評論9巻民法1272頁
神戸地判大正9年10月4日新聞1800号13頁
長崎控判大正9年10月30日新聞1807号13頁
東京地判大正9年12月27日評論10巻商法31頁
長野地上田支判大正10年2月23日評論10巻民法406頁
長崎控判大正10年4月7日新聞1839号19頁
東京地判大正10年5月11日評論10巻民法487頁
東京控判大正10年6月18日評論10巻民法667頁
水戸地土浦支判大正10年7月2日新聞1834号10頁
函館控判大正10年11月8日新聞1929号17頁
函館控判大正10年11月10日新聞2035号15頁
千葉区判大正10年11月25日新聞1927号17頁
朝鮮高判大正11年3月10日朝高録民10巻7頁 = 評論11巻民法255頁
東京控判大正11年3月23日新聞1989号19頁
横浜地判大正11年7月26日新聞2035号18頁

朝鮮高判大正11年8月25日朝高録民9卷319頁
東京控判大正11年10月4日新聞2133号18頁
朝鮮高判大正11年10月24日朝高録民9卷73頁
東京控判大正11年11月28日新聞2131号20頁
東京控判大正11年12月28日新聞2133号17頁
東京控判大正12年1月26日評論12卷民法569頁
朝鮮高判大正12年3月27日朝高録民10卷79頁
東京控判大正12年4月9日評論12卷民法499頁
大阪控判大正12年4月16日新聞2159号15頁
宇都宮地判大正12年5月2日評論12卷民法541頁
東京控判大正12年5月14日評論12卷民法533頁
東京控判大正12年6月12日新聞2170号15頁
東京控判大正12年7月4日新聞2191号17頁
名古屋地判大正12年7月31日新聞2189号17頁
東京控判大正12年10月15日新聞2186号19頁
朝鮮高判大正12年11月9日朝高録民10卷330頁
大阪地判大正13年10月30日新聞2358号18頁
東京控判大正14年6月18日評論14卷民訴445頁
宇都宮地判大正14年7月21日評論15卷民法408頁
大阪控判大正14年7月28日判例集報2卷141頁
大阪控判大正14年9月18日判例集報3卷1号1頁
東京控判大正14年11月28日新聞2530号11頁=法律新報77号23頁
東京地判大正15年4月1日法律新報103号25頁
東京地判大正15年5月27日評論15卷民法1190頁
東京地判大正15年7月6日新聞2579号7頁
朝鮮高判大正15年12月14日朝高録民13卷432頁
東京控判昭和2年4月7日評論16卷民法1095頁
東京控判昭和2年6月13日新聞2711号5頁
東京地判昭和2年9月22日新聞2799号12頁

東京控判昭和2年9月29日評論17卷商法63頁
東京地判昭和2年11月19日法律新報152号22頁
東京控判昭和3年2月15日評論17卷民法757頁
東京控判昭和4年4月9日評論18卷民法847頁
台湾高判昭和4年12月28日台法24卷3号113頁
台湾高判昭和5年5月10日台法24卷7号100頁
東京控判昭和5年8月9日評論19卷商法573頁
熊本地判昭和5年9月3日新聞3183号7頁
東京地判昭和5年10月21日法律新報242号22頁
台湾高判昭和6年8月19日台法26卷9号39頁
東京地判昭和7年2月13日新聞3397号9頁
広島地判昭和7年5月28日新聞3455号10頁
東京地判昭和7年6月11日法律新報300号25頁
東京地判昭和7年9月29日評論21卷民法1134頁
札幌控判昭和8年7月14日新聞3709号13頁
千葉地判昭和10年12月23日新聞3951号15頁
朝鮮高判昭和13年12月13日朝高録民25卷578頁
神戸地判昭和16年9月17日新聞4734号5頁
仙台地判昭和25年12月27日下民1卷12号2087頁
東京地判昭和26年3月12日下民2卷3号371頁
東京地判昭和26年9月3日下民2卷9号1047頁
東京地判昭和27年1月22日下民3卷1号61頁
福島地判昭和27年8月30日下民3卷8号1186頁
大阪地判昭和27年10月4日下民3卷1383頁
横浜地判昭和27年12月16日下民3卷12号1770頁
高松高判昭和28年7月8日下民4卷7号984頁
大阪地判昭和28年9月5日下民4卷9号1241頁
東京地判昭和28年10月30日下民4卷10号1564頁
東京地判昭和29年1月18日下民5卷1号20頁

東京地判昭和29年1月21日法曹新聞87号11頁
甲府地判昭和29年5月7日下民5巻5号640頁
東京高判昭和29年7月25日下民5巻9号1603頁
東京地判昭和29年10月12日下民5巻10号1704頁
東京地判昭和29年12月9日判タ44号54頁
宮崎地都城支判昭和30年6月15日下民6巻6号1153頁
東京地判昭和30年6月16日法曹新聞103号8頁
長野地諏訪支判昭和30年7月6日下民6巻7号1315頁
東京地判昭和30年7月26日ジュリ93号84頁
東京地判昭和31年1月28日下民7巻1号111頁
高松高判昭和31年2月21日ジュリ105号97頁
福井地判昭和31年3月15日下民7巻3号614頁
函館地判昭和31年5月4日下民7巻5号1135頁
東京地判昭和31年8月6日下民7巻8号2101頁
旭川地判昭和31年8月10日下民7巻8号2185頁
東京地判昭和31年10月22日下民7巻10号2950頁
大阪高判昭和32年2月4日下民8巻2号319頁
東京高判昭和32年3月8日東高民8巻3号29頁
東京高判昭和32年4月30日法律新聞106・107号21頁
広島高岡山支判昭和32年6月7日不法下民昭和32年度853頁
東京高判昭和32年7月16日不法下民昭和32年1142頁
東京地判昭和32年8月27日不法下民昭和32年1169頁
松山地大洲支判昭和32年9月30日不法下民昭和32年度872頁
東京地判昭和32年10月17日下民8巻10号1931頁
福岡高判昭和32年10月19日高民10巻7号458頁
東京高判昭和33年1月31日判タ77号56頁
東京高判昭和33年7月17日下民9巻7号1297頁
東京高判昭和33年8月16日東高民9巻8号147頁
東京地判昭和33年9月9日下民9巻9号1818頁

東京高判昭和33年9月10日高民11巻8号479頁
東京高判昭和33年9月22日東高民9巻9号163頁
東京高判昭和33年9月29日東高民9巻9号172頁
東京地判昭和33年10月15日判時168号18頁
大阪地判昭和33年11月14日下民9巻11号2243頁
福岡高判昭和33年12月26日下民9巻12号2663頁
東京高判昭和34年2月27日東高民10巻2号41頁
東京地判昭和34年5月6日訟月5巻6号781頁
東京地判昭和34年6月5日下民10巻6号1182頁
東京地判昭和34年8月5日下民10巻8号1639頁
東京地判昭和34年11月2日下民10巻11号2339頁
東京地判昭和35年8月9日下民11巻8号1647頁
熊本地判昭和35年9月15日下民11巻9号1899頁
東京地判昭和35年9月26日法曹新聞158号17頁
東京地判昭和35年9月27日判時238号26頁
東京地判昭和35年9月30日判時242号33頁
東京地判昭和36年2月28日判夕119号39頁
東京地判昭和36年3月4日法曹新聞162号13頁
大阪高判昭和36年3月25日下民12巻3号612頁
大阪地判昭和36年4月6日判時269号25頁
東京地判昭和36年7月28日下民12巻7号1801頁
長野地判昭和36年8月15日下民12巻8号1880頁
東京高判昭和36年9月28日東高民12巻9号193頁
東京地判昭和37年12月18日判夕141号154頁
大阪高判昭和38年1月30日判時330号38頁
横浜地判昭和38年3月7日判夕144号89頁
大阪高判昭和38年5月29日判時340号36頁
大阪高判昭和38年6月26日下民14巻6号1381頁
横浜地判昭和39年1月21日訟月10巻11号1510頁

東京地判昭和39年2月22日下民15巻2号340頁
松山地判昭和40年2月15日下民16巻2号254頁
東京地判昭和40年3月27日判夕176号186頁
神戸地判昭和40年10月21日訟月12巻2号230頁
神戸地尼崎支判昭和42年8月4日下民18巻7・8号855頁
東京地判昭和42年9月14日判時502号43頁
広島地判昭和43年2月29日訟月14巻5号491頁
大阪高判昭和43年11月30日判時589号56頁
東京高判昭和44年5月29日判夕239号239頁
東京高判昭和44年8月8日高民22巻4号573頁
東京地判昭和44年10月29日判夕243号275頁
大阪地判昭和44年12月10日判夕244号263頁
東京地判昭和44年12月22日訟月16巻3号257頁
東京高判昭和45年8月19日判時606号37頁
名古屋地判昭和46年10月9日判夕272号344頁
東京高判昭和47年8月3日判夕286号336頁
宮崎地都城支判昭和48年3月5日判夕306号230頁
奈良地葛城支判昭和48年4月16日判夕300号284頁
名古屋地判昭和48年8月4日判時727号70頁
東京地判昭和48年9月25日下民24巻9～12号665頁
浦和地判昭和48年12月21日訟月20巻5号37頁
名古屋地判昭和49年11月14日訟月21巻3号575頁
大阪高判昭和49年12月19日判時787号75頁
東京高判昭和50年3月27日訟月21巻5号982頁
東京高判昭和50年11月28日判夕336号258頁
水戸地判昭和51年2月25日判夕340号246頁
東京地判昭和51年6月29日判時845号70頁
東京地判昭和52年9月9日訟月23巻9号1564頁
東京高判昭和52年11月9日判時876号89頁

大阪高判昭和52年12月21日判時888号81頁
東京高判昭和53年1月25日判時884号60頁
大阪高判昭和53年3月30日訟月24卷7号1396頁
大阪高判昭和54年3月16日判夕384号105頁
福岡高判昭和54年4月25日金商581号21頁
名古屋高判昭和54年7月30日判時946号61頁
福岡地判昭和54年8月22日金商581号3頁
仙台高判昭和55年8月18日下民31卷5～8号472頁
東京地判昭和55年9月17日判夕431号111頁
東京高判昭和56年2月26日判時1000号87頁
千葉地判昭和56年3月25日訟月27卷6号1106頁
岡山地判昭和59年4月25日判時1137号116頁
東京地判昭和60年5月28日判夕582号81頁
東京高判昭和61年3月25日金法1136号37頁
東京高判昭和61年6月23日判時1199号70頁
京都地判平成元年11月30日判夕731号200頁
東京地判平成3年7月3日金法1310号32頁
東京地判平成3年7月25日判時1422号106頁
神戸地判平成3年10月23日判夕803号246頁
東京地判平成7年1月25日金法1442号105頁
東京高判平成9年5月28日判夕988号166頁
大津地判平成13年9月26日金商1132号43頁

<参考文献>

*註釈において、著者名[出版年(西暦による。同一年の文献にはアルファベットを年の後に付する)]、により引用する。

- 相原東孝[1954]:「㉔判批」名城4巻2号19-21頁
青山[1954]:「㉔解説」判タ37号45-47頁
安達三季生[1995]:『債権総論講義』(信山社出版)
姉齒松平[1929]:「不履行に因る損害賠償額の算定に就て」台法24巻1号
11-20頁
吾孫子勝[1928]:『債権法要論』(巖松堂書店)
淡路剛久[1984]:『不法行為法における権利保障と損害の評価』(有斐閣)
———— [2002]:『債権総論』(有斐閣)
飯島喬平[1913]:『民法要論』(巖松堂書店)
石坂音四郎[1911]:『日本民法債権編第一巻』(有斐閣)
———— [1916a]:「契約解除と損害賠償(二)」新聞1134号6-7頁
———— [1916b]:「契約解除と損害賠償(三)」新聞1137号4-6頁
石崎泰雄[2010]:「損害賠償額算定の基準時に関する最高裁判例にみる統一
基準」判時2074号3-10頁
石田喜久夫[1973]:「㉔判批」ジュリ535号49-51頁
石田文次郎[1923]:「消極的利益の賠償を論ず(三・完)」論叢9巻1号
34-65頁
———— [1936]:『債権総論講義(債権総則・契約総則)』(弘文堂書房)
石田穰[1977]:『損害賠償法の再構成』(東京大学出版会)
磯谷幸次郎[1917]:『債権法論総論上巻』(巖松堂書店)
———— [1928]:『債権総論大要』(清水書店)
五十部豊久[1963]:「損害賠償額算定における訴訟上の特殊性-慰藉料額算
定における裁判所の自由裁量について」法協79巻6号720-744頁
伊藤律男[1962]:「解除の効力--遡及効・原状回復義務・損害賠償--」契約

- 法大系刊行委員会編『契約法大系I』（有斐閣）335-356頁
乾昭三[1963]:「㊸判批」民商49巻2号229-236頁
植林弘[1960]:「損害賠償額算定と潜在的・後発の事情斟酌の可否」民商43巻1号20-57頁
—— [1962]:「㊹判批」民商45巻5号768-776頁
—— [1966]:「㊺判批」別ジュリ7号62-63頁
梅謙次郎[1904]:「最近判例批評（二十二）」志林59号47-51頁
遠藤浩[1970]:「履行不能における填補賠償額」中川善之助ら監修『不動産法大系I』（青林書院新社）387-397頁
大谷美隆[1926]:『債権総論』（明治大学出版部）
大場[1953]:「㊻解説」判夕35号43-44頁
岡松参太郎[1897]:『註釈民法理由債権編』（有斐閣書房）
岡本詔治[1999]:『損害賠償の範囲I』（一粒社）
奥田昌道[1982]:『債権総論（上）』（筑摩書房）
奥村長生[1973]:「㊼解説」曹時25巻4号728-740頁
織田浩爾[1982]:「判批（最判昭和56年7月17日）」海運657号54-68頁
於保不二雄[1959]:『債権総論』（有斐閣）
榎見由美子[1979]:「㊽判批」法協96巻12号1635-1646頁
勝本正晃[1926]:『民法に於ける事情變更の原則』（有斐閣書房）
—— [1930]:『債権総論上巻』（巖松堂書店）
—— [1948]:『債権法概論（総論）』（有斐閣）
加藤一郎[1964]:「㊿判批」柚木馨ら編『判例演習（債権法2）』（有斐閣）249-261頁
加藤雅信[2004]:「新民法大系3 債権総論(10)相当因果関係」法教280号56-64頁
嘉山幹一[1926]:『債権総論』（敬文堂書店）
川名兼四郎[1904]:『債権総論:全』（金刺芳流堂）
川島武宜[1949]:『債権法總則講義』（岩波書店）
神田博司[1983]:『民法一債権法』（南雲堂深山社）

- 北川善太郎[1963]:「損害賠償論序説-契約責任における(1)」論叢73巻1号1-43頁
- [1966]:「㊸判批」別ジュリ10号122-123頁
- [1969]:「抽象的損害算定」別ジュリ23号108-113頁
- [1971a]:「損害賠償法に於ける理論と判例」磯村哲ら編『民法学の基礎的課題:於保不二雄先生還暦記念上巻』(有斐閣) 91-178頁
- [1971b]:「損害賠償額算定の基準時」論叢88巻4～6号84-155頁
- [1987]:「第416条」奥田昌道5編『注釈民法(10)』(有斐閣)
- [1991]:「㊸判批」別ジュリ112号138-139頁
- [1993]:『債権総論(民法講要III)』(有斐閣)
- 北川善太郎=辻正美[1973]:「㊸判批」判タ299号75-81頁
- 北川善太郎=潮見佳男[2011]:「第416条」奥田昌道ら編『新版注釈民法(10)-II』(有斐閣) 256-516頁
- 倉田卓次[1962]:「㊸解説」曹時14巻2号250-257頁
- 栗田哲男[1975]:「㊸判批」別ジュリ47号30-31頁
- 小杉丈夫 [1998]:「判批(東京高判平成9年5月28日)」金法1524号7-10頁
- 小町谷操三[1925]:『貨幣価値の變動と契約』(有斐閣)
- [1968]:「衝突損害賠償金填補条項は被保険者が被害者に賠償した再運送契約の運賃をも含むか」損保30巻2号1-15頁
- 近藤英吉=柚木馨[1934]:『註釋日本民法債権編総則』(巖松堂書店)
- 斎藤彰[1990]:「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』(日本評論社) 51-83頁
- [1993]:「損害軽減義務と損害賠償額算定の基準時-動産売買契約不履行の場合に限定して-」私法55号204-211頁
- 坂井芳雄[1963]:「㊸解説」曹時15巻2号245-248頁
- 坂口甲[2018]:「㊸判批」別ジュリ238号18-19頁
- 澤井裕[1980]:『テキストブック債権総論』(有斐閣)
- [1991]:『テキストブック債権総論』(補訂版第10刷増補)(有斐閣)

- 潮見佳男[2003]:『債権総論I（第2版）』（信山社）
—— [2017]:『新債権総論I』（信山社）
- 四宮和夫[1983]:『事務管理・不当利得・不法行為（中巻）』（青林書院）
—— [1985]:『事務管理・不当利得・不法行為（下巻）』（青林書院）
- 渋谷達紀[1980]:「判批(福岡高判昭和54年2月2日)」判タ411号190-192頁
- 白石友行[2013]:『契約不履行法の理論』（信山社）
- 末弘巖太郎[1918]:『債権各論』（有斐閣）
—— [1921a]:「⑰判批」法協39卷11号1960-1961頁
—— [1921b]:「⑱判批」法協39卷11号1961-1964頁
—— [1927]:「㉒判批」法協45卷10号1910-1916頁
- 須賀喜三郎[1914]:『債権總論:完』（中央大学）
- 菅原脊二[1919]:「⑫判批」論叢1卷3号109-115頁
—— [1920]:「中間最高価格に依る損害賠償の請求」法学論叢4卷4号465-471頁、5号633-643頁
—— [1921]:「⑱判批」論叢6卷5号95-100頁
—— [1923]:「⑲判批」論叢9卷3号112-116頁
- 鈴木竹雄[1965]:「判批（長野地判昭和36年8月15日）」ジュリ331号120-122頁
- 鈴木祿弥[1970]:「判批（東京高判昭和44年8月8日）」判タ241号46-51頁
- 高梨公之[1958]:「損害賠償の範囲」谷口知平ら編『民法演習III（債権総論）』（有斐閣）28-39頁
- 高橋康之[1960]:「㉓判批」『続判例百選』（有斐閣）114-115頁
- 高橋眞[2014]:「損害賠償と損害の表象」法雑60卷3号1083-1127頁
- 谷口知平[1955]:「㉔判批」民商30卷4号90-97頁
—— [1957a]:「損害賠償額算定における損害避抑義務」我妻還暦上巻（有斐閣）235-255頁
—— [1957b]:「損害賠償額の算定」有泉亨ら編『損害賠償額の算定・叢書（4）』（有斐閣）1-77頁
—— [1963a]:「損害賠償の範囲」法教（第1期）7卷44-47頁

- [1963b]: 「㉔判批」判時334号66-69頁
- [1973]: 「㉔判批」民商67卷5号844-854頁
- [1964]: 「賠償額の算定」谷口知平 = 植林弘『損害賠償法概説』(有斐閣) 52-75頁
- 津曲藏之丞[1959]: 『債權總論』(青林書院)
- 利谷信義[1966]: 「㉔判批」別ジュリ7号56-57頁
- 富井政章[1914]: 『債權總論完』(文信社)
- [1929]: 『民法原論』(有斐閣)
- 中井美雄[1975]: 「㉔判批」法セミ241号108-111頁
- 中田裕康[2008]: 『債權總論』(岩波書店)
- 長野史寛[2015]: 「不法行為法における責任内容確定規範の考察(8・完)」論叢177卷1号1-56頁
- [2018]: 「債務不履行による損害賠償(2) - 損害賠償の範囲」潮見佳男ら編『詳解改正民法』(商事法務)
- 中島玉吉[1921]: 『民法積義卷之三債權總論上』(金刺芳流堂)
- 中島弘道[1925]: 『民法通論』(清水書店)
- [1927]: 『民法債權法論』(清水書店)
- [1928]: 『債權總論』(巖翠堂書店)
- 中村萬吉[1921]: 『債權法各論(下巻)』(東山堂書房)
- 難波讓治[1993]: 「債務不履行における損害の確實性」国学院30卷4号249-277頁
- [2002]: 「損害賠償の範囲と損害額の算定」奥田昌道ら編『判例講義III 債權』37-43頁
- 西原道雄[1964]: 「幼児の死亡・傷害と損害賠償」判評75号33-38頁
- [1966]: 「㉔判批」別ジュリ7号58-59頁
- 西村信雄[1954]: 「㉔判批」民商30卷2号127-133頁
- 野澤正充[2007]: 「債權法(24) 債務不履行による損害賠償(3) 効果論」法セミ636号92-97頁
- 能登真規子[1999]: 「判批(最判平成10年4月30日)」名法180号453-471頁

- [1916]:『日本債権法総論』（岩波書店）
- [1919]:「⑬⑭判批」法協37巻7号1085-1087頁
- 鳩山秀夫[1924]:『増訂日本債権法各論上巻』（岩波書店）
- [1925]:「⑳判批」法協43巻6号1138-1143頁
- 林良平[1955a]:「解除に際しての損害額算定の時期」民商31巻2号143-163頁
- [1955b]:「㉔判批」法学論叢61巻3号113-122頁
- 林良平=石田喜久夫=高木多喜男[1978]:『債権総論』（青林書院新社）
- 姫野学郎[1999a]:「契約解除における損害賠償額算定基準時(一)ードイツ法における「債務者の費用における投機行為」を手がかりにー」論叢144巻6号71-87頁
- [1999b]:「契約解除における損害賠償額算定基準時(二)・完一ドイツ法における「債務者の費用における投機行為」を手がかりにー」論叢146巻2号81-99頁
- 平井宜雄[1964a]:「債務不履行責任の範囲に関する法的構成 民法第416条を中心として(2)」法協81巻1号9-72頁（平井宜雄[2011]所収）
- [1964b]:「債務不履行責任の範囲に関する法的構成--民法第416条を中心として-1-」法協80巻6号773-860頁（平井宜雄[2011]所収）
- [1965]:「債務不履行責任の範囲に関する法的構成--民法第416条を中心として-3(完)-」法協81巻3号227-277頁（平井宜雄[2011]所収）
- [1966]:平井宜雄「損害賠償額算定の「基準時」に関する一考察--債務不履行責任を中心として(1)」法協83巻9号43-84頁（平井宜雄[2011]所収）
- [1967a]:「損害賠償額算定の「基準時」に関する一考察(2)-債務不履行責任を中心として」法協84巻3号1-38頁（平井宜雄[2011]所収）
- [1967b]:「損害賠償額算定の「基準時」に関する一考察(3・完)-債務不履行責任を中心として」法協84巻6号1-36頁（平井宜雄[2011]所収）
- [1968]:「㉔判批」法協85巻12号1699-1703頁

- [1971]:『損害賠償法の理論』(東京大学出版会)
- [1974]:「㊸判批」法協91巻4号80-88頁
- [1985]:『債権総論』(弘文堂)
- [1992]:『債権各論II不法行為』(弘文堂)
- [1996]:『債権総論(第2版部分補正)』(弘文堂)
- [2001]:「民事訴訟法第二四八条に関する実体法的考察」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集刊行委員会編『現代企業法学の研究:筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』(信山社出版、大学図書(発売))455-484頁
- [2011]:『平井宜雄著作集III 民法学雑纂』(有斐閣)
- 平井宜雄=栗田哲男[1971]:「富喜丸事件の研究-いわゆる「中間最高価格」による損害賠償請求を中心として」法協88巻1号62-88頁、2号240-253頁
- 平野義太郎[1921]:「㊷判批」法協39巻11号1959-1960頁
- [1923]:「㊹判批」法協41巻4号752-757頁
- [1924]:「判批(名古屋地判大正12年7月31日)」志林26巻2号60-83頁
- 平野裕之[1997]:「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」法論69巻3号195-236頁、6号27-65頁、70巻1号125-175頁、
- [2017]:『債権総論』(日本評論社)
- 深谷松男[1960]:「わが国の民事判例における因果関係論」法時32巻9号31-38頁
- 福島正夫[1957]:「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」川島武宜ら編『損害賠償責任の研究:我妻先生還暦記念上巻』(有斐閣)
- 藤岡康弘[1979]:「㊸判批」加藤一郎ら編『民法の判例 第3版』(有斐閣)111-116頁
- 船越隆司[1986]:「民事責任の実体的構造と客観的義務違反の証明問題(一八)」判評328号24-31頁
- 法曹会決議[1922]:「玄米ノ給付ヲ目的トスル債権ノ履行請求ニ関スル件(大正11年1月11日)」法曹記事32巻5号69-71頁

- 星智孝[1960]:「判批（東京地判昭和34年5月6日）」民研34号41-50頁
- 星野英一[1965]:「㊸判批」法協81巻4号452-461頁
- [1981]:『民法概論3（債権総論）補訂版』（良書普及会）
- 本城武雄[1955]:「㊹判批」民商30巻4号90-97頁
- 前田達明[1980]:『不法行為法』（青林書院新社）
- [1986]:「賠償額の算定期限について」判タ608号2-3頁
- [1987]:『口述債権総論』（成文堂）
- 前田直之助[1924]:「何々す可し能はされは何々す可しとの判決（二）」法曹会雑誌2巻12号1-14頁
- 松浦以津子[2009]:「不法行為における416条の類推適用について」南山32巻3号109-145頁
- [2011]:「四一六条の類推適用の現代的意味」森島昭夫ら編『変動する日本社会と法:加藤一郎先生追悼論文集』（有斐閣）439-464頁
- 水本浩[1989]:『債権総論』（有斐閣）
- [1995]:『契約法』（有斐閣）
- 水野謙[1997]:「損害賠償の範囲に関する基本原則-大連判大正15.5.22民集5巻386頁」法教205号37-42頁
- 三田村富彌[1924]:「財産上の損害賠償算定に就て」朝司3巻7号1-12頁
- 三藤邦彦[1999]:『債権総論・担保物権:民法第4部講義案』（信山社）
- 三瀧信三[1918]:「㊺判批」法協36巻6号933-938頁
- [1923]:『債権法提要』（有斐閣）
- 三淵乾太郎[1961]:「㊻解説」曹時13巻6号826-831頁
- 三宅正男[1978]:『契約法（総論）』（青林書院）
- 民法（債権関係）部会[2011]:民法（債権関係）部会『民法(債権関係)部会資料集第1集<第1巻>』（商事法務）
- [2013]:民法（債権関係）部会『民法(債権関係)部会資料集第2集<第4巻>』（商事法務）
- 民法（債権法）改正検討委員会[2009]:民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針II-契約および債権一般(1)』（商事法務）

- 森島昭夫[1984]:「損害論(5)」法教69-75頁
- 森田修[1993]:「損害軽減義務」について(履行請求権の存在意義に関する
覚書-2-) 志林91巻1号119-212頁(森田修[2006]所収)
- [2006]:『契約責任の法学的構造』(有斐閣)
- [2018]:「債権法改正」の文脈:新旧両規定の架橋のために(第24
回)第十講損害賠償の範囲:「予見すべき損害」論の展開を中心に(その1)」
法教450号70-79頁
- 森田果[2002]:「判批(東京高判平成9年5月28日)」別ジュリ164号162-163
頁
- 山下りえ子[2009]:「㊸判批」別ジュリ196号18-19頁
- 山田晟=来栖三郎[1957]:「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」川島武宜ら編『損害賠償責任の研究:我妻先生還暦記念上巻』
(有斐閣) 169-234頁
- 山田誠一[1998]:「スワップ契約の不履行により解除がなされた場合の損害
賠償とデリバティブ取引における担保」資本市場158号17-23頁
- 柚木馨[1956]:『債権各論(契約総論)』(青林書院)
- [1963]:「㊸判批」『判例演習(債権法1)』(有斐閣) 275-283頁
- 柚木馨=高木多喜男[1971]:『判例債権法総論(補訂版)』(有斐閣)
- 横田秀雄[1909]:『債権総論(訂正第四版)』(日本大学)
- 吉武雅子[1983]:「判批(最判昭和56年7月17日)」早法58巻1号277-285頁
- 好美清光[1975]:「㊸判批」別ジュリ47号24-26頁
- 我妻榮[1939]:『事務管理・不當利得・不法行為』(日本評論社)
- [1940]:『債権総論』(岩波書店)
- [1954]:『債権各論上巻』(岩波書店)
- [1956]:「㊸判批」法協73巻2号238-242頁
- 拙稿[1994]:「損害賠償額の算定時期」六甲台41巻3号73-92頁
- [1999]:「判批(最判平成8年5月28日判時)」本誌28号15-24頁
- [2000]:「判批(最判平成10年4月30日)」沖縄法政研究2号101-
109頁

- [2003]: 「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」本誌32号103-130頁
- [2005]: 「契約の解除における損害賠償額の算定時期」本誌34号79-121頁
- [2007]: 「履行不能および不法行為における損害賠償額の算定時期-大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして」本誌36号1-69頁
- [2009]: 「わが国における損害賠償額の算定時期」沖縄法政研究12号11-66頁
- [2013]: 「㊸判批」沖縄法学論叢6号61-70頁
- [2014]: 「㊹判批」本誌43号97-126頁
- [2017]: 「㊺判批」沖縄法学論叢8号1-13頁
- [2018]: 「価格変動の態様から見る損害賠償額の算定時期（上）」本誌46号1-67頁

