

価格変動の態様から見る損害賠償額の算定期期（上）

田 中 稔

目次

- I. はじめに
- II. 判例
 1. 富喜丸事件判決前
 - a. 不法行為
 - b. 債務不履行
 - i. 履行不能
 - ii. 履行遅滞
 - iii. 整理
 - c. 学説の批判
 2. 富喜丸事件判決
 3. 富喜丸事件判決後
 - a. 不法行為
 - b. 履行不能
 - c. 履行遅滞
 - i. 解除時
 - ii. 履行期
 - iii. 価格騰貴時
 - iv. 代償請求
 4. 判例の整理と検討
 - a. 原則となる時点
 - b. 中間最高型
 - c. 価格上昇型
 - d. まとめ

(以上、本号)

*本稿では、本文において引用する以下の裁判例については番号(①-⑳)のみで引用することを予めお断りする。

- ①大判明治37年11月7日民録10輯1404頁
- ②大判明治38年11月28日民録11輯1607頁
- ③大判明治39年10月29日民録12輯1358頁
- ④大判明治41年3月18日民録14輯290頁
- ⑤大判明治41年4月23日民録14輯477頁
- ⑥大判明治43年2月2日民録16輯45頁
- ⑦大判大正4年10月2日民録21輯1560頁
- ⑧大判大正5年6月7日民録22輯1991頁
- ⑨大判大正5年10月27日民録22輯1991頁
- ⑩大判大正5年11月17日刑録22輯1777頁
- ⑪大判大正7年1月28日民録24輯51頁
- ⑫大判大正7年8月27日民録24輯1658頁
- ⑬大判大正7年11月14日民録24輯2169頁
- ⑭大判大正7年11月26日民録24輯2260頁
- ⑮大判大正9年8月28日民録26輯1298頁
- ⑯大判大正9年9月15日新聞1745号15頁
- ⑰大判大正10年3月30日民録27輯603頁
- ⑱大判大正10年4月4日民録27輯616頁
- ⑲大判大正11年6月5日民集1巻283頁
- ⑳大判大正13年5月27日民集3巻232頁
- ㉑大判大正14年7月20日新聞2475号9頁
- ㉒大連判大正15年5月22日民集5巻386頁
- ㉓大判大正15年10月6日民集5巻719頁
- ㉔大判昭和5年12月20日民集9巻1164頁
- ㉕大判昭和6年4月15日新聞3266号15頁
- ㉖大判昭和6年4月24日民集10巻685頁

- ⑳大判昭和7年4月11日民集11巻609頁
- ㉑大判昭和7年5月27日新聞3448号7頁
- ㉒大判昭和9年1月16日裁判例8輯民1頁
- ㉓大判昭和9年8月10日全集1輯9号14頁
- ㉔大判昭和12年3月5日全集4巻5号6頁
- ㉕大連判昭和15年3月13日民集19巻530頁
- ㉖最判昭和28年10月15日民集7巻10号1093頁
- ㉗最判昭和28年12月18日民集7巻12号1446頁
- ㉘最判昭和30年1月21日民集9巻1号22頁
- ㉙最判昭和30年12月1日集民20号663頁
- ㉚最判昭和32年1月31日民集11巻1号170頁
- ㉛最判昭和35年11月29日判時245号22頁
- ㉜最判昭和35年12月15日民集14巻14号3060頁
- ㉝最判昭和36年4月28日民集15巻4号1105頁
- ㉞最判昭和36年12月8日民集15巻11号2706頁
- ㉟最判昭和37年7月20日民集16巻8号1583頁
- ㊱最判昭和37年11月16日民集16巻11号2280頁
- ㊲最判昭和38年1月22日集民64号63頁
- ㊳最判昭和39年6月23日民集18巻5号842頁
- ㊴最判昭和47年4月20日民集26巻3号520頁
- ㊵東京高判昭和29年7月24日下民5巻7号1163頁

I. はじめに

■ 損害賠償額算定の基準となる物の価格¹⁾に変動がある場合には、賠償

1 物の価格には、通常価格、特別価格、感情価格の三種類がある。於保 [1959] 131頁参照。算定期間で問題にされる時価は通常価格である。最判昭和49年4月15日民集28巻3号385頁は、「いわゆる中古車が損傷を受けた場合、当該自動車の事故当時における取引価格は、原則として、これと同一の車種・年式・型、同程度の使用状態・走行距離等の自動車を中古車市場において取得しうるに要する価額によって定めるべきである」という。物の売却価格でなく、買入価格が時価の原則である。特別価格は賠償権利者にとっての物の価格である。水戸地土浦支判大正10年7月2日新聞1834号10頁は神道裁許状の賠償を市場価格（数円）でなく特別価格（300円）により認容する。その控訴審（東京控判大正

義務者の負う損害賠償額に影響を及ぼしうるため、どの時点の価格によるかが、重要な問題となる²。しかし、物の価格による損害賠償額の算定期期については、明文の一般規定はわが国の民法には存在しない。

債権法改正をめぐる最近の議論でも、債務不履行における算定期期は取りあげられている。特に、民法（債権法）改正検討委員会により2009年に公表された「債権法改正の基本方針」は、これまでの判例・学説を踏まえて、規定の新設を提案している³。しかし、法制審議会の議事録によれば、法制審議会の大勢は、当初より、規定の新設には消極的であったようである⁴。2017年の債権法改正では、算定期期に関する規定の新設は見送られている。

従って、算定期期の問題を考えるうえで、これまでの判例・学説の動向が依然として重要である。

■ 算定期期として採用されうる最初の時点は債務不履行時・不法行為時であり、最後の時点は、賠償義務者が損害賠償をすべき現在である。訴訟においては、最後の時点は事実審の口頭弁論終結時である。

この間における物の価格変動の態様は、おおむね、次のように類型化することができる⁵。

- ④ 時価が上昇の一途にある場合（以下「価格上昇型」）
- ⑤ 時価が下落の一途にある場合（以下「価格下落型」）

12年1月26日評論12巻民法569頁）は、Xの主張する損害を精神的損害とし、これを特別損害とみたらうえて、予見可能性があるとする。他に、大判昭和15年9月30日法学10巻3号96頁、甲府地判大正5年2月21日新聞1130号31頁（不法行為により喪失した不動産が先祖伝来であることによる精神的苦痛に対する慰謝料請求を認容している）、東京地判昭和35年9月27日判時238号26頁（「債権者が特殊の事情により財物に対し特別の愛着を持っていたような場合は、債務者に於てこれを知り又は知りうべかりし場合に限り、債権者に慰藉料請求権を認めるのが相当であろう」という）。

2 価格算定の基準となる場所によっても、価格は異なりうる。大判昭和16年6月18日評論30巻民法588頁は履行地としている。他に、④。もっとも、必ずしも履行地を基準にする必要はない。大判明治38年6月11日民録11輯938頁。

3 民法（債権法）改正検討委員会 [2009] 269頁以下。

4 民法（債権関係）部会 [2011] 452-461頁、民法（債権関係）部会 [2013] 142頁、163頁以下。

5 前田 [1986] 3頁参照。

- ㉓ 中間最高価格が問題となりうる場合（以下「中間最高型」）
- ㉔ 中間最低価格がある場合（以下「中間最低型」）

ある時点が算定期期として採用されうる場合、それを下回る価格の時点
を賠償権利者が主張し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。当面、採用されうる最高価格時より価格の低い時点を任意に採
用しうると考えるならば、採用されうる最高価格時は何時かという問題と
して、算定期期を検討することができよう⁶。すなわち、個々の事案におい
て具体的に採用される算定期期は、賠償権利者の主張に応じて事案ごとに
異なりうるが、算定期期を決定する共通のルールに従っているといえる。

価格上昇型では口頭弁論終結時が、価格下落型では債務不履行時・不法
行為時が、中間最高型では中間最高価格時が採用されうるならば、賠償権
利者は債務不履行・不法行為から口頭弁論終結時までの間の任意の時点
を選択することができよう。例えば、価格上昇型において、解除時が採用さ
れうる場合には、解除前の（履行期を含む）の時点を債権者は任意に選択
することができる、といえよう。

■ ある時点（複数ある場合を含む）を算定期期の原則とみる場合、次の
ような違いがありうる。

- ㉕ いかなる場合にもそれ以外の時点を採用しえないとする、例外を
認めえないもの（上記に従えば、具体的な事案で賠償権利者がより
不利な時点を自ら選択することは妨げない）
- ㉖ 原則とは異なる次の時点が例外的に採用されうるもの
 1. 賠償権利者にとってより有利な時点
 2. 賠償権利者にとってより不利な時点（上記に従えば、具体的な
事案で同人が自ら選択することは妨げない）

6 石田 [1977] 157頁以下。

従って、ある時点の時価を価格算定の原則とみる場合には、その時点が上記のいずれにあたるかに留意する必要がある。ある時点の時価を通常損害とみるとしても、である。

■ 本稿では、まず、判例の動向を、大審院・最高裁の裁判例を通じて、探りたい(Ⅱ)⁷。すでに多くの先行業績が存在するが、本稿では、どのような損害がある時点の時価により算定されているかに着目したい。

算定時期の問題に関する最も重要な裁判例は、周知のように、大正15年の②富喜丸事件判決である。同判決前の判例は、算定時期を賠償権利者の選択にゆだねているのに対して、同判決以降は、民法416条の(類推)適用により、算定時期を賠償範囲の画定基準に従い決定している。

もっとも、損害賠償の範囲を問題にすることができる前提には、画定基準の如何を問わず、損害の発生がある。従って、算定時期を損害賠償の範囲の問題と考えるならば、その前提として、賠償権利者が価格変動によりいかなる損害を被っているかが問題になる。いいかえれば、②の前後を問わず、判例が価格変動により賠償権利者の被る損害を何ととらえているのが、算定時期に関する判例の判断枠組を分析するうえで重要である。

■ 物の価格により算定されるべき損害は、積極損害である場合と得べかりし利益(消極損害)である場合が考えられる⁸。特に意味づけを明らかにせず、物の価格を賠償権利者の損害とする見方もありえよう。

積極損害であるなら、物や権利の喪失である場合も、時価による財産的

7 筆者による文献として、拙稿 [1994, 2005, 2007, 2009, 2013, 2014, 2017]。

8 不法行為では、通常、賠償権利者は物を喪失する。これに対し、債務不履行では、通常、不履行前には賠償権利者は物を保有していない。不履行は物の喪失ではなく不取得を意味する。白石 [2013] 270頁以下。すなわち、債務不履行においては、時価に相当する損害は、不履行時を含め、得べかりし利益を意味する。菅原 [1920] 635頁、拙稿 [2009] 18頁参照。もっとも、返還債務の不履行では、物の喪失を意味する。高橋 [2014] 228頁以下、236頁。

出捐⁹⁾によるものである場合もありうる。

得べかりし利益であるなら、物の価格に相当する利益は、転売等の処分により得られるべき利益（本稿では「転売利益」という）のみならず、処分をしないまま物を保有すること（本稿では「保有利益」という）によっても得られるといえる。

確かに、転売利益と保有利益は、いずれも、時価が問題とされる時点まで物を保有していたであろうという点で、共通する。しかし、転売利益は転売契約によらなければ得られない。片や、保有利益は、逆に、転売をしなければ得られる利益である。

保有利益の算定期間が問題となりうる期間の最後の時点に限定されねばならないならば、転売利益と保有利益とは、その最後の時点を除き、択一的である。転売利益については、賠償権利者が転売すべかりし後に価格が変動しても、賠償権利者のえるべき利益の額は変わらない。他方、賠償権利者のえるべき利益の額は常に価格変動の影響を受けることとなる。

そのため、期間の最高価格に相当する利益をえるには、価格下落型・中間最高型においては、賠償権利者の仮定的な行為¹⁰⁾として、転売等の処分を要するが、価格上昇型においてはこれを要しない¹¹⁾。

■ もっとも、価格上昇型においては、保有利益として採用されうる最高価格時よりも前の時点が採用されている場合、その時点の価格は最高価格時と同じく保有利益と考えることができよう。いいかえれば、賠償権利者は自らの主張する時点で転売等の処分をすべかりし事情を主張・立証する

9 売買価格よりも高値の時期での買主の代替取引が典型である。一部の論者は当事者のこうした代替取引時を算定期間の問題の一部として扱う。北川 [1971] 124-132頁、153頁。奥田 [1982] 187頁以下。斎藤 [1990] 76頁は、現実に代替取引が行われたときは、相当の期間内に相当の方法で行われたのであれば、その現実の代替取引における価格が解除時の市価に準ずる、という。「債権法改正の基本方針」【3.1.1.71】は、「代替取引が合理的な時期にされたとき～代替取引の額が不合理に高額であったときは、代替取引がされた時点において代替取引に要したであろう合理的な額をもって、賠償されるべき物の価格」とする。民法（債権法）改正検討委員会 [2009] 276頁以下。

10 水野 [1997] 40頁参照。

11 星 [1960] 47頁参照。

ことを要しない。

保有利益の算定期間が、価格上昇型以外の価格変動の下でも、問題となりうる期間の最後の時点に限定される必要がないとするなら、賠償権利者は、転売すべかりしことを証明しなくても、期間の最初の時点または中間の時点の時価により算定することができる余地が生ずる。

とりわけ、債務者が債務不履行に陥ることなく債務の本旨に従い目的物を債権者に引き渡していたならば、個別の事案にいかなる事情が存在していたとしても、まさに履行期に、引き渡されるべき目的物は債権者の財産を構成して少なくともその時価の分だけ債権者に利益を与えていたであろう。

いいかえれば、履行期における目的物の時価が物の引渡しを目的とする債務の不履行における通常損害として債権者に常に賠償されるか否かが問題になる。債権者が目的物を転売済みである場合、もしくは、価格変動が価格下落型に該当する場合が問題になり得るであろう。

■ 後述するように、判例によれば、履行不能においては履行不能時が、また、不法行為においては不法行為時が、算定期間の原則のようである。算定期間が問題となる最も早い時点であることが履行不能時・不法行為時には共通している¹²。両者においては、価格上昇型・中間最高型で、事実審の口頭弁論終結時までの履行不能・不法行為後の時点を採用しうるか、という問題が生じている。

これに対し、履行遅滞により契約が解除された場合については、現在の判例によれば、解除時が原則と考えられるようである。しかし、解除では、算定期間の問題となりうる期間は履行不能・不法行為とは異なる。まず、履行期を最も早い時点として、解除より前の時点が考慮される。さらに、問題となりうる期間が解除時までに限られるとするならば、解除時は、口

12 履行遅滞後の履行不能や、例えば、物が盗難後に滅失した場合には、履行不能時や滅失時よりも前の時点の時価が問題となりうる余地はありうる。履行不能による填補賠償とともに遅延賠償を請求しうることも考えることができよう。福岡高判昭和54年4月25日金商581号21頁参照。なお、大判大正10年9月6日新聞1927号21頁は、木型の返還不能の事案において、数回の使用で価値が大幅に下落する木型の価格を製作当時又は引渡当時の価格により算定する原判決を破棄し、返還すべき時点の、下落した価格によるべきとする。

頭弁論終結前の時点であるにもかかわらず、価格算定のため問題となる期間の最終の時点の意味する。解除時までに限られないならば、解除時は債務不履行から口頭弁論終結までの間の中間にある時点である。

従って、次のような課題が解除における算定期期にはあろう。

第一に、問題となりうる期間の始期として履行期を履行不能時や不法行為時と同様の時点と考えることができるかが問題になりうる。とりわけ価格下落型においても履行期が一般に採用されうるかどうか問題になろう¹³。

第二に、解除における損害賠償は原則として解除までに生じた損害に限られるのか否かが問題になりうる。仮にそうであったとすると、解除後の時点は採用されえない。

第三に、解除時は債務不履行後の一時点にすぎないのか、それとも、実体法上、特定の意味を持つ時点であるのが問題になりうる。この点は、解除時の時価に相当する損害とは何か、という点にも関わる。

■ 本稿では、価格変動の態様、騰貴価格に相当する賠償権利者の損害が得べかりし利益であるか否か、得べかりし利益ならば転売利益であるか否かに着目して、議論に手がかりを与えている判例の動向（大審院・最高裁の裁判例を主な対象とする）、及び、判例（とりわけ②富喜丸事件判決）を手がかりとする学説の展開（Ⅲ）をふりかえりながら、物の価格の算定期期についての検討を行うことにする。

II. 判例

以下では、価格変動の態様と理論構成に注目し、不法行為、履行不能、履行遅滞の順に、大審院・最高裁の裁判例の動向を整理する。

1. 富喜丸事件判決前

a. 不法行為

13 ④参照。

この時期の大審院は不法行為への民法416条の適用を否定している¹⁴。賠償権利者の主張する損害が通常損害か特別損害どうか、予見可能性があるかどうかは不法行為では問題とされていない。

価格変動による損害については、訴提起時を採用する⑥は次のようにいう。

「不法行為ニ因ル損害賠償ハ其行為ヨリ生シタル現実ノ損害ニ止ラス尚ホ其行為ニ因リテ被害者カ他日受ク可キ利益ヲモ害セラレタルニ於テハ行為者ハ之ヲモ賠償セサル可カラ」ず、と。

⑥は続ける。

「他人ノ不法行為ニ因リテ損害ヲ受ケタル者ハ行為当時ノ価額ヲ標準トシテ之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論尚ホ其後ニ於テモ受ク可カリシ利益ニシテ不法行為ノ為メニ受クルコト能タハサルモノアラハ判決ヲ受クル迄ノ間ニ於テ其利益額ヲモ請求スルコトヲ得ヘキモノトス」と。

他に、不法行為の約7ヶ月後の時点を採用する⑩も同様である。

不法行為には当時適用されていない民法416条によっては制限されていないが、物の価格の算定期間は損害賠償の範囲の問題の一部をなしている。

大審院は価格騰貴による得べかりし利益を転売利益とまでは明言していない。大審院は利益を得べかりし事情の主張・立証を賠償権利者に負わせていない。賠償権利者は自らの選択する任意の時点の騰貴価格を主張・立証すればたりる。

大審院は、当該事案における価格変動の態様に言及しないが、賠償権利者が不法行為から判決までの任意の時点を、従って、最高価格時を選択しうる、という¹⁵。

14 大判大正4年2月8日民録21輯81頁、大判大正6年6月4日民録23輯1026頁（締結済の売買契約が目的物への不当な仮処分のために履行できなかったため買主に特約にもとづき支払った損害賠償額の賠償が通常損害か特別損害にかかわらず認められている事案）。下級審では、宮城控判明治41年6月16日最近判3巻47頁、大阪地判大正6年7月20日新聞1338号22頁。直接損害であるか間接損害であるかも考慮されていない。大判大正9年10月18日民録26輯1554頁（締結済の売買契約により得べかりし利益の賠償はその予見可能性の有無にかかわらず認められている。債務不履行における状況については註(26)参照）、大判大正9年4月12日民録26輯533頁。

15 ⑩では、判決時を採用する原判決に対する上告が棄却されている。なお、⑩は、最高

b. 債務不履行

■ ⑫前の債務不履行の事案では、「経済上ノ趨勢ニ因リ自然ニ生シタル」騰貴価格は通常損害とされている¹⁶。

これに対し、突発的な事情による特別の価格騰貴が民法416条2項にいう特別の事情である¹⁷。⑫は第一次大戦勃発による価格騰貴を特別の事情とみている¹⁸。

■ 大審院は価格騰貴により債権者の被る損害を得べかりし利益とみるようである¹⁹。もっとも、大審院は、初期の③²⁰ ④²¹を除き、この利益を転売

価格時を基準に遅延利息が請求されうるといふ。⑬は、「騰貴価格ニ依ル賠償額ニ対スル法定利息ハ騰貴シタル時ヨリ始メテ請求シ得ヘキモノニシテ不法行為ノ当時ニ遡リテ請求スルコトヲ得サルモノトス」といふ。⑭では、採用された算定期限は、侵害の事実を知らない賠償権利者が現に処分をしようとした時点である。不法行為がなかったならば、賠償権利者は同時点の時価相当額の利益をえていたであろう。他に、朝鮮高判大正11年3月10日朝高録民10巻7頁。宇都宮地判大正12年5月2日評論12巻民法541頁は賠償権利者の主張する時点を退ける。

16 ②③④⑦⑧。その他に、朝鮮高判大正15年12月14日朝高録民13巻432頁。当時の学説も同様である。拙稿「2009」14頁参照。なお、大判大正10年6月24日民録27輯1238頁は株式の価格変動を通常的事情とする。

17 東京控判明治43年10月22日新聞686号19頁は日露戦争の戦勝による騰貴を、⑫、大阪控判大正6年10月19日新聞1335号25頁（予見可能性がないとする）、東京控判大正12年10月15日新聞2186号19頁（買主の請求する売買当時の時価との差額を得べかりし転売利益とみる）は第一次世界大戦の勃発による価格騰貴をそれぞれ特別の事情と見る。他に、東京控判明治39年11月1日新聞392号7頁も参照。山田=来栖 [1957] 226頁以下参照。

18 ⑫では、燐寸製造業者・問屋間に数回の燐寸売買契約が締結された。きしくも最終締約日に第一次世界大戦が勃発したため燐寸原料が高騰し、燐寸価格も1割5分強～2割7分弱の範囲内で騰貴した。原審は、本件価格騰貴による損害を特別損害と認定しつつ、履行期前に製造業者はその事情を熟知していた、として問屋の請求を認容した。特別事情の予見時期は契約時であると主張する製造業者の申告は棄却された。大審院は、「特別事情ヲ予見シタルニ於テハ之ニ因ル損害ノ生スルハ予知シ得ヘキ所ナレハ～特別事情ノ予見ハ債務ノ履行期迄ニ履行期後ノ事情ヲ前知スルノ義ニシテ、予見ノ時期ハ債務ノ履行期迄ナリト解スルヲ相当トス」としている。なお、⑫における価格騰貴の程度にかんがみ、通常損害と見るべきであるという文献には、菅原 [1919]、好美 [1975] 26頁がある。

19 ②③④⑦⑧。

20 ③では、煙草の売主の滞滞後に法令による専売制が敷かれたために履行不能になっている。③は、「債権者ハ～価格ノ騰貴シタル時期ニ於テ契約ノ目的物ヲ売却シテ利益ヲ受クルコトヲ得タ」ろう、と述べて、履行不能後の騰貴価格による買主の主張をいれる。

21 ④は、「商人力営業ノ目的トシテ或品物ヲ買受ケタルニ売主力違約シテ其履行ヲ為ササル場合ニ於テ其履行期間後ニ到リ～価格騰貴シタルトキハ買主力之ヲ他ニ売却セハ其騰貴シタル差額ハ買主ノ利益ニ歸ス可キモノ」であり、「縦令買主力實際之ヲ他ニ売却セサルトモ其差額ハ～賠償ス可キハ当然ナリ」といふ。なお、④では、訴提起時が採用されている。解除と訴提起の前後は明らかではない。三宅 [1978] 257頁は両者が同時の事案であるといふ。

利益とまでは明言していない²²。

①では、商人間の売買の不履行において、売主は、買主のいう催告日の価格によるには、転売すべかりしことの証明を要する、と主張する。①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。

確かに、①には、買主が商人であるために特別の事情のない限り商品の転売についての証明を要しないと読む余地がある。

しかし、②は、燕麦を直ちに売買価格と同価格で転売した買主の主張する、当時の時価によるにあたり、「同一価格ヲ以テ直ニ之ヲ～売渡タルト否トニ拘ハラス」²³、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。

いずれにせよ、大審院は、利益を得べかりし事情の主張・立証を債権者に負わせないまま²⁴、債権者の主張する任意の時点を採用している。

転売その他の方法により利益を得べかりしことは同条2項にいう特別の事情ではない²⁵。もっとも、締結済の契約からの得べかりし転売利益は、債

22 遅延損害においては、履行期後の価格下落のため損害が生じうる。大阪地判年月日不詳新聞786号23頁は単に通常損害と見る。東京控判大正12年5月14日評論12巻民法533頁は、得べかりし転売利益とし、通常損害とみる。東京控判大正4年2月22日評論4巻民法154頁も得べかりし転売利益とするが、特別損害とみる。

23 原判決（東京控判明治38年4月19日新聞285号6頁）は、時価との差額を、転売済みであるため通常生ずべき損害でないといい、また、転買主に対して支払った、買主の主張する得べかりし利益と同額の損害賠償額を予見可能性の証明のない特別損害として退けている。判例は、転買主に対する損害賠償金、違約金を特別損害と見ている。大阪地判明治37年4月28日新聞208号8頁、東京地判大正3年12月15日評論3巻民法730頁、大阪地判大正6年3月26日新聞1298号29頁、横浜地判大正11年7月26日新聞2035号18頁、東京地判昭和5年10月21日法律新報242号22頁、広島地判昭和7年5月28日新聞3455号10頁、大判昭和8年10月4日裁判例5輯民事230頁、大判昭和12年11月15日全集4輯22号14頁、大判昭和15年5月8日全集7輯17号13頁、最判平成8年5月28日判時1572号53頁（拙稿[1999]参照）など。第三者に支払った示談金であるが、東京地判昭和29年12月9日判タ44号54頁。拙稿[1997]229頁以下参照。当時の学説も同様である。拙稿[2007]6頁参照。通常損害とみる文献として、船越[1986]191頁。なお、最判昭和29年11月30日集民16号689頁は、立木の売主の不履行により買主が転買主に対して支払った約定の損害金を通常損害とみる原判決を当該事実関係において相当である、としている。

24 転売すべかりし事情の主張・立証を債権者に負わせる下級審として、長崎控判大正9年10月30日新聞1807号13頁（その立証がないとして、履行不能時による）。

25 下級審では、大阪控判大正5年12月7日新聞1208号21頁、大阪控判大正7年4月25日新聞1417号18頁。

務不履行では、特別損害である²⁶。

■ 大審院^⑦²⁷、⑪、⑬は、やはり、当該事案における価格変動の態様に言及せず、債権者が債務不履行から判決までの任意の時点をもつて、最高価格時を選択しうる、という²⁸。

i. 履行不能

履行不能²⁹における大審院の判断枠組の分析には⑬⑭が重要である。

■ ⑬では雑穀類の返還債務が履行不能になっている。債権者は、目的物の返還を請求した時点で、履行不能を知るに至った。債権者は同時点の時価により賠償請求をしている。

原判決³⁰は、返還不能により債務は損害賠償債務に変わり返還不能

26 大判明治34年2月23日民録7輯2巻110頁、⑤をはじめ、東京地判明治39年12月4日新聞402号4頁、東京地判大正9年12月27日評論10巻商法31頁、東京地判大正10年5月11日評論10巻民法487頁。②後も同様である。大判昭和4年4月5日民集8巻373頁、大判昭和6年11月14日新聞3341号14頁、大判昭和13年12月7日全集6輯1号11頁、大判昭和15年2月28日新聞4543号7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。

27 本人に無断で土地を売却した無権代理人の責任が問題になった事案である（谷口 [1957] 35頁、岡本 [1999] 88頁は、本件買主が商人でないと推測する）。原判決（大阪控判大正4年3月29日最近判16巻2頁）は、賠償権利者の主張した訴提起時の時価により損害を算定している。無権代理人は、民法117条にいう損害賠償は信頼利益に限られる、右騰貴が通常の騰貴であるゆえんまたは特別事情にもとづく価額騰貴ならばその予見可能性が示されていない、と主張している。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すると述べ（同旨の判決として、最判昭和32年12月5日法律新聞83・84号16頁）、「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囲ニ於テ賠償ヲ為サシムルコトヲ得ヘキモノ」と理由づける。

28 下級審のものとしては、千葉区判大正10年11月25日新聞1927号17頁（小作米）、宇都宮地判大正14年7月21日評論15巻民法408頁（土地）。

29 履行不能においては、債権者は、契約を解除することなく、填補賠償を請求しうる。大判大正8年4月14日民録25巻680頁、大判昭和7年5月27日新聞3448号7頁、最判昭和30年4月19日民集9巻5号556頁、名古屋控判明治42年3月9日最近判4巻138頁、東京控判大正2年11月12日評論2巻民法751頁。東京控判明治36年12月19日新聞184号23頁は、履行不能においても解除を要する、という。

30 ⑬の判決文には、原判決の判決日の記載はない。大判大正11年6月5日民集1巻283頁において引用されている原判決の内容、当事者などを照らし合わせると、同一の事件番号の付された函館控判大正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頁が原判決のようである。函館控訴院は、本件物件の「返還義務ハ其不能トナルト同時ニ消滅シテ金銭債務タル損害賠償ノ債務トナリ」、「其債務額ハ～価額ノ変動

時に損害賠償額は確定するとして履行不能時を原則とする。

これに対し、大審院は次のようにいう。

「本来ノ債務ハ其ノ目的物ノ滅失ニ因リ金銭債務タル損害賠償ノ債務ニ変化スト謂フヲ得レトモ其ノ損害賠償ノ債務額ハ目的物ノ滅失当時ノ価格ヲ標準トシテ算出スヘキ確定的ノモノニ非ス」と。

大審院は続ける。

「債権者ハ其ノ滅失ニ因リテ生シタル損害ニ付キテハ直接タルト間接タルトヲ問ハス苟モ滅失ト相当ノ因果関係ヲ有スル限り全部賠償ヲ請求シ恰モ債務ノ履行アリタル場合ト経済上同一ノ地位ヲ回復スヘキ権利ヲ有スルモノナレハ」、「滅失当時ヨリ債権者ノ請求ニ基ク判決アルマテノ内ニ経済上ノ事情ニ因リ目的物ノ価格ノ昇降変動ヲ来シタルトキハ債権者ハ適当ノ時期ニ於ケル価格ヲ任意ニ選択シ〜賠償ヲ請求スルコトヲ得」と³¹。

もっとも、原判決は履行不能後の価格騰貴を考慮している。

履行不能後「ニ於ケル一定額以上ノ騰貴ト云フ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ニシテ当事者ガ其事情ヲ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ベカリシ場合」には騰貴価格によることができる、と。

これに対し、大審院は、次のように応える。

「債務者ノ予見シ得ヘカラサリシ特別事情ヨリ発生シタルモノナルトキハ債務者ハ之ヲ賠償スル責任ヲ負ハサルニ過キス」とし、「経済上

ニ連レテ永久不定ノモノタルベキニ非ズシテ〜損害賠償ノ債務トナルト同時ニ其債務額ハ確定シ爾後生スヘキ損害ハ唯其金銭債務ノ不履行ニ因ル損害ノミナリト云ハザルベカラズ」とする。函館控訴院は、「蓋シ其返還不能トナリタル後ニ於テハ其返還義務ナルモノ存在スルコトナケレハ也、而シテ其損害賠償ノ債務額ガ該債務ノ発生ト同時ニ確定スルモノナル以上其額ハ債務ノ不履行ニ因リテ決スルノ外ナク其権利ノ価額ヲ〜返還不能トナリタル当時ノ価額ニ依リテ決スベキモノト云ハザルベカラズ」と続ける。函館控訴院は、「然ルニ其返還不能トナリタル後〜同種同品ノ価額ガ騰貴シタルトキハ其騰貴シタル価額ニ依リテ損害賠償ノ債務額ヲ定メ得ベキモノトセバ其額ハ終局的ニハ永久確定シ難キモノニシテ例ヘバ甲カ自己所有ノ物ヲ乙ニ寄託シ今日其価百円支払ヒ又ハ適法ニ供託シテ其損害賠償ノ債務ヲ皆済シタルニ同種同品等ノ物ノ価額ガ明年更ニ五十円ノ賠償ヲ請求シ得ベク其賠償ヲ受ケタル後明後年復タ同種同品等ノ物ノ価額ガ百八十円ニ騰貴シタルトキハ甲ハ更ニ三十円ノ賠償ヲ請求シ得ザルベカラザルガ如キ極メテ不条理不公平ノ結果トナリ到底認容シ得ザル所」と指摘する。

31 東京控判大正12年4月9日評論12巻民法499頁は、土地につき、履行不能の1年後の時点を採用する。

ノ趨勢ニ従フ物価ノ変動ハ特別ノ事情ト謂フヲ得サルヲ通例トス」と。
また、原判決は、⑳に先んじて、次のようにいう。

債権者Xが自らの主張する日「二至リテ之ヲ他ニ売却スベカリシ特別ノ事情アリタルコト及ヒ」、債務者Y「カ之ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノナルコトヲ認ムヘキ証拠」がない、と³²。

これに対し、大審院は、次のように応ずる。

「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。

大審院はいう。

むしろ「YハXカ其ノ以前ニ他ニ売却シ主張ノ当時ニ於テ雜穀ヲ所持セサルヘカリシ事実ヲ立証シテXノ請求ヲ争ヒ得ヘキ訴訟上ノ關係ニ在ルモノタルニ過キ」ない、と。

次にあげる㉑は、まさに㉑のいう転売済みの事実がある事案である。

■ ㉑は、履行不能後の訴提起時における時価の賠償を請求する買主が目的物の立木を転売済の事案において、次のようにいう。

買主が「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」と。

確かに、債権者による転売の事実の有無にかかわらず、大審院が、一般に、利益を得べかりし特別の事情の主張・立証を債権者に負わせていると読む³³余地はある。

しかし、大審院はいう。

債権者が「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スリシ場合ニ～ハ履行不能～時ニ於ケル価格ニ依ルヘキモノトス」と。
大審院は続ける。

32 平野 [1924] 164頁以下は、本件においては、当事者の商人性にかかわらず（商人であればなおさら）、目的物が雜穀類であるため、最も適当な時期の最高価格で転売したであろうという蓋然性は多分にある、という。

33 鳩山 [1925] 1141頁以下。

「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尠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。

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、問題の時点まで目的物を保有したであろうと断言し、と批判する³⁴。

しかし、大審院は、原判決を破棄するにあたり、いう。

原判決は、買主が「売渡スヘキ契約ヲ締結シタル事実ヲ認定シナカラ、訴提起時「ニ於ケル立木ノ価格ニ依リテ履行不能ニ因ル損害ノ額ヲ算定シタ」と。

取引の頻繁な商品は、代品の調達により転売契約の履行が容易であり、転売契約の存続にかかわらず目的物を問題の時点まで保有しやすからう³⁵。

確かに、⑳は、転売済みのため債権者の主張する時点が退けられる場合に履行不能時が採用されることを初めて示している。しかし、㉑は、㉒の傍論にあたる転売の事実の下で、「确实ニ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情」の主張・立証を債権者に負わせている³⁶。

㉒は、履行不能における一般論を示している点で、より重要である。

ii. 履行遅滞

■ 履行遅滞により債権者が契約を解除して損害賠償を請求する場合³⁷、判

34 鳩山 [1925] 1142頁。

35 拙稿 [2009] 15頁。

36 不動産を転売済みの買主の遅延損害が問題となった大阪地判大正13年10月30日新聞2358号18頁は同旨を説く。

37 債権者は、履行遅滞にある債務者に対して、履行を請求するとともに、直ちに、遅延損害の賠償を請求しうる。大判昭和2年4月28日民録6巻214頁、大判昭和2年5月19日新聞2721号11頁。これに対し、契約により生じた債務につき履行遅滞にある債務者に対して、債権者が契約を解除せずに直ちに填補賠償を請求しうるか問題になりうる。当初、大審院は、大判明治32年10月14日民録5巻99頁、大判明治34年3月30日民録7巻3

例は、解除により契約の効力が遡及的に消滅すると解する直接効果説にたちながらも³⁸、債権者の保護のため、債務不履行により解除までに生じた損害の賠償を請求する権利が解除後も存続すると解している³⁹。そこで、債務不履行により解除後に生ずる損害が賠償されうるかが問題になりうる。

確かに、解除後ほどなく時価で代替取引を、売主がした⑨において再売却価格と契約価格との差額⁴⁰、買主がした⑬⁴¹において代品の買入価格と契約価格との差額⁴²はいずれも通常損害とされている⁴³。また、⑭はいう。

巻93頁でこれを肯定している（同旨の下級審などとして、東京地判明治42年7月10日新聞594号9頁、東京控判大正元年12月21日新聞844号21頁、朝鮮高判大正6年6月23日朝高録民4巻上576頁、朝鮮高判大正7年2月13日朝高録民5巻上963頁、西条区判大正8年2月24日新聞1531号24頁がある）。梅 [1904]。鳩山 [1916] 120頁。しかし、大判大正4年6月12日民録21輯931頁以降、大審院は、遅滞後の給付に債権者にとって利益のない場合（東京控判大正6年6月28日新聞1320号27頁は、相当期間内における転売を目的とする商人間の商品売買において遅滞後少なからぬ期間が経過した場合をあげる）を除き、填補賠償を請求するには契約を解除する必要があるとする立場に転ずる。その後、大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁は、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は、契約を解除しないで填補賠償を請求しうる、という。もっとも、同判決によれば、解除したうえでされる損害賠償は信頼利益の賠償である。

38 これまでの判例・学説については、伊藤 [1962] 340頁以下、平野 [1997] が詳しい。解除の効果論は、大別すると、解除が契約の効力を遡及的に消滅させるか（直接効果説）、否か（間接効果説・折衷説・原契約変容説）に分かれる。しかし、いずれも、原状回復を主な問題としている。わが国では、民法545条が、解除は損害賠償の請求を妨げない、と明文で定めている。主に原状回復を念頭に置く解除の効果論が解除における損害賠償をも説明している。直接効果説を徹底すると、契約にもとづく債務・債務不履行の遡及的消滅を根拠に、解除したうえで履行利益の賠償を請求しえない。一方、直接効果説以外の説は、債務不履行にもとづく契約の解除と債務不履行により生じた損害の賠償は当然併存しうるかと解している。しかし、原状回復と履行利益の賠償とが両立しうるかについては疑問の余地が残る。神田 [1983] 279頁は、原契約変容説と両立する損害賠償は信頼利益の賠償である、という。

39 ⑬⑭。

40 他に、大判昭和2年11月26日評論17巻民法135頁、大判昭和5年7月7日裁判例4輯民90頁、大判昭和7年2月24日裁判例6輯民36頁、長崎控判大正10年4月7日新聞1839号19頁、札幌控判昭和8年7月14日新聞3709号13頁。東京控判昭和2年9月29日評論17巻商法63頁は、売買目的物の競売価額と売買価格との差額を売主の損害とする。これに対し、東京地判昭和34年6月5日下民10巻6号1182頁は、解除直後の、時価よりも約2割安値での再売却による損害を予見可能性のない特別損害と認定し通常損害として解除時の時価による。

41 買主は、亜鉛線の売主の債務不履行により契約を解除したうえで約1週間後の代品買入価格と契約価格との差額の賠償を売主に求めている。第一審（東京地判大正5年2月14日新聞1103号24頁）はこれを通常損害とする。解除における損害賠償は解除までに生じた損害に限られるとの理由で解除までの最高価格時たる解除時を基準にする原判決（東京控判大正6年12月6日新聞1393号26頁）は破棄されている。

42 他に、神戸地判大正9年10月4日新聞1800号13頁。

43 福井地判昭和31年3月15日下民7巻3号614頁は、各種織物および原糸の売買業者を買

時価⁴⁴との差額である得べかりし利益が「事物自然ノ趨勢ニ従ヒ生シタル～以上ハ契約解除以前～以後ニ生シタルモノナルトヲ問ハス」と⁴⁵。

しかし、⑮は、解除の1年後の時価による買主の主張をいれる原判決を破棄して事件を原審に差戻すにあたり、次のようにいう。

民法545条3項により賠償されうる「損害ノ範囲ハ契約解除当時既ニ生シタル損害ニ基キテ算定スルヲ原則トシ解除後ニ生シタル損害ヲ標準ト為スヘキモノニ非ス」と⁴⁶。

もっとも、⑬と同じく、⑮は次のように続ける。

「右ノ法則ハ解除後ニ生シタル損害ノ賠償請求ヲ絶対ニ排斥スル謂ニ非ス」、「苟モ其損害力普通ノ取引觀念ニ於テ債務不履行トノ間ニ因果関係ノ存スル～場合ハ其損害発生ノ事実カ多少契約解除ノ後ニ巨ルモ之ヲ以テ直ニ其請求ヲ排斥スヘキモノニ非ザル」と。

しかし、⑬を引用する⑮の視野には解除後の代替取引による買主の積極損害⁴⁷がある。再売却による得べかりし利益の減少も解除後に売主のする

主、人造絹糸等各種繊維製品売買業者を売主とする人造絹糸の売買契約において、買主の解除前の代替取引に要した費用と売買価格との差額を予見可能性のある特別損害とみる。東京高判昭和33年9月29日東高民9巻9号172頁は、転売契約を履行するための代品買入を特別損害とみる。柚木 [1963] 282頁は解除後の高値での代品買入、安値での再売却により生ずる損害を特別損害とする。

44 上告理由によれば、債務者は、債権者の主張する時点を解除後の時点と認定して採用する原判決を、同時点は解除前の時点であり、解除時が採用されるべきと論難する。解除前の時点を⑭が採用していると解するものとして、鳩山 [1919] 1086頁、前田 [1987] 184頁。解除後の時価の賠償を認容する事例と解するものとして、林 [1955a] 154頁。

45 解除後の時点による下級審判決がある。大阪控判大正7年6月20日判例（厳松堂書店）3巻1067頁（不動産の売買契約が売主の遅滞により解除されている。解除後の訴提起時による）、大阪控判大正8年7月22日新聞1620号15頁（売主Yの債務不履行による解除から1年余後の時価を賠償請求する買主Xの主張につき、「解除後ニ生シタルモノト雖モ～Xハ以後何時ニテモ本件ノ物品ヲ売却シ得ヘキモノナルヲ以テ～通常生スヘキ損害ナリ」とする）。具体的に採用された時点は解除後の時点ではないが、判決時までの任意の価格時が採用されうるといふものとして、長崎控判大正6年4月28日判例（厳松堂書店）3巻270頁（必ずしも解除後の時点である必要はないという）、東京控判大正11年12月28日新聞2133号17頁。

46 伊藤 [1962] 342頁以下。

47 平井 [1966] 1309頁は、買主が時価より高値で代物を買入れたという損害の事実を賠償の範囲に含めるか否かという問題である、とする。

なお、朝鮮高判大正11年8月25日朝高録民9巻319頁は、Yの不履行によりXY間の契約が解除されたため、その後には雇傭契約を合意解除する際に3ヶ月分の給与に相当する

作為により生ずる損害である⁴⁸。しかも、大審院はいずれも債務不履行と因果関係のある通常損害とみる。⑮はいう。

「此等ノ特別ノ事由ナキ限りハ契約解除後ニ生シタル事実ヲ標準トヘスヘキモノニ非ス」と⁴⁹。

他に、解除の約半年後の時期を主張する買主が目的物を転売済であった⑰は次のようにいう。

「買主ニシテ目的物ノ引渡ヲ受ケタルモノトシテ其解除後目的物ノ価格騰貴シタル当時依然目的物ヲ保有スヘキニ非ス却テ其騰貴以前ニ目的物ヲ他ニ処分シ価額騰貴ニ因ル利益ヲ得ヘカラサル場合ニハヘスル特別ナル事情ノ下ニハ其解除後ニ於ケル騰貴価額ヲ標準トシテ損害ノ範囲ヲ定ムヘキニ非ス」と、

⑰は転売価格と売買価格の差額の賠償を認めるにとどまる。⑰は、⑳と同じく、転売済の事情を重視している⁵⁰。

さらに、㉑は、⑮を引用し、解除の2ヶ月後の時点による買主の主張を退ける。

■ 大審院は、後述のいわゆる代償請求を除き、履行遅滞における算定期限を債務不履行から解除までの間の債権者の選択にゆだねている⁵¹。解除時

金額を支払うことを従業員と合意したことによってXの被る損害の賠償を（未払であっても）認めている。

48 三宅 [1978] 262頁。

49 解除時を原則とし以後の時点によるには民法416条2項にいう特別の事情を要すると述べていると⑮を読むものとして、平野 [1924]、林 [1955a] 154頁。なお、大判昭和7年2月24日裁判例6輯民36頁は、売主の再売却による損害について、「契約解除後ニ生シタル損害ナレハトテ常ニ特別事情ニ因リテ生シタルモノナリト謂フヲ得サル」という。いいかえれば、⑮のいう「特別ノ事由」は、同項にいう特別の事情ではなからう。三藤 [1999] 141頁。

50 平野 [1921]、勝本 [1926] 827頁、林 [1955a] 12頁、柚木=高木 [1971] 145頁参照。

51 下級審では、東京控判大正7年4月20日新聞1423号17頁は解除において履行期の時価との差額を保有利益と解し転売の事実のあることを要しないという。東京地判大正9年2月20日評論9巻民法428頁は、売主の不履行において、解除の8日前から解除までの間の時価と売買代金との差額による賠償請求を当然に得べかりし利益として認容する。東京控判大正9年3月17日評論9巻商法631頁（業種・売主は問屋）は履行期から解除時の間のある時点の「騰貴価額トシテ差額ハ得ヘカリシ利益ニ該当スヘク又此損害ハ其性質上通常生スヘキ損害」であるという。

までの時価と売買価格との差額は得べかりし利益である⁵²。

確かに、解除時が採用されている事例は存在する⁵³。しかし、解除前には目的物の時価との差額を賠償請求しえない売主⁵⁴とは異なり、㊸のいう履行不能時のような、買主たる債権者の主張が退けられる場合においても採用されうる算定期間は履行遅滞には存在しないと思われる。

確かに、下級審判決には解除時を原則とするものも存在する⁵⁵。㊹を解除

52 解除時の時価を得べかりし転売利益とする下級審として、長野地上田支判大正10年2月23日評論10巻民法406頁（買主の請求通り解除時を採用する。解除の後に価格は下落した模様である）、神戸地判昭和16年9月17日新聞4734号5頁。単に得べかりし利益というものとして、和歌山区判大正7年2月2日判例（巖松堂書店）3巻656頁（請求通り）、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、大阪控判大正14年9月18日判例集報3巻1号1頁（債権者の主張した時点は不明）。朝鮮高判昭和13年12月13日朝高録民25巻578頁は、「売買契約が解除せられたときは買主は解除当時の市場価額を有する目的物を喪失する結果となるを以て」、「原告が約定履行期に履行を受けたものと仮定するも其の目的物を右解除の時迄存し且当時の昂騰せる価額を利用して利益を得べかりしや否やの如きは履行遅滞に因る損害の賠償を求むるに非ざる本件に於て之を詮索する要なきものとす」という。

53 大判大正11年11月14日新聞2077号22頁。

54 買主が代金を支払わない場合、売主は、解除するまでは、代金とともに法定または約定の利率による遅延損害金を請求しうるとどまる。大判大正元年12月11日民録18巻1025頁、大阪控判大正2年1月14日新聞844号25頁。

解除後は、売主は、売買価格と下落した解除時の時価との差額を賠償請求しうる。大判大正5年2月21日新聞1130号31頁。下級審判決には、大阪控判大正2年1月14日新聞844号25頁、大阪控判大正3年11月9日新聞997号22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、東京地判昭和36年7月28日下民12巻7号1801頁、松山地判昭和40年2月15日下民16巻2号254頁がある。価格変動による損害が生じうるのは時価が下落したときに限られる。大判昭和2年4月26日評論16巻民訴538頁。東京控判大正10年6月18日評論10巻民法667頁は、解除の約一ヶ月半後の下落した時価との差額の賠償請求を退け、解除時の時価との差額を認容するとどまる。東京控判大正14年6月18日評論14巻民訴445頁は、売買価格と現在の下落した価格との差額の賠償を、契約を解除した売主に認めている。もっとも、大判昭和8年10月3日新聞3620号13頁は、「目的物ノ市価暴落シタルニ因ル損害ノ賠償ヲ求ムルニハ売主カ〜損害ヲ具体的ニ主張立証スルコトヲ要ス」としたうえ、「本件ニ於テハ〜推定の標準ニ拠リ売買契約ノ解除当時ニ於ケル目的物ノ時価ト契約価額トノ差額ヲ以テ〜被リタル損失ナリト〜スルコトヲ得サル筋合ナルヲ以テ〜特ニ〜立証ナキ限り〜買入値段ト売渡値段トノ差額〜ヲ越ユルコトヲ得」ない、とする。なお、東京控判大正11年10月4日新聞2133号18頁は、商品の仕入先に対する損害賠償金を売主の通常損害とみる。

55 下級審には債権者の主張する時点を退け解除時を採用するものがある。東京控判昭和3年2月15日評論17巻民法757頁は、解除後の騰貴価格による株式の買主の主張を、㊹の説示に従い、「損害ノ額ハ契約ノ解除当時ニ生シタル損害ヲ標準トシテ算定スルヲ以テ原則トシ解除後ニ生シタル事実ヲ標準トシテ損害額ヲ算定シ得ヘキ場合ハ普通ノ取引ノ觀念ニ從ヒ該損害ト債務不履行トノ間ニ因果関係ノ存スルトキニ限」られるといいつつ、必ずしも株式を他に売却しないと認められない、として退ける。逆に解除前の時点退ける事例として、東京控判大正11年3月23日新聞1989号19頁は、「凡ソ履行ニ代ル損害賠償額ハ特別ノ事情ナキ限りハ契約解除当時ニ於ケル時価ヲ基本トシテ算定スルヲ妥

時を原則とすると述べていると解する論者もある。解除時を原則とする論者もある⁵⁶。しかし、解除時もまたその原則となる時点とは考えられていない。いいかえれば、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（本稿では「解除時準則」という）は、この時期の大審院をみる限り、確立されていない。その手がかりを、買主が目的物を転売済の⑩が与えている⁵⁷。

■ ⑩に従えば、履行期も算定期期の原則ではない。ここで疑問が残るのは、転売済みであるにもかかわらず時価との差額を得べかりし利益として認める②との整合性である。

第一に、②が採用する算定期期は解除前の時点であるが、⑩が退けるのは解除後の時点である。

第二に、債務が履行されていたならばいかなる債権者も履行期の時点には物の時価に相当する利益を目的物それ自体により得ていたであろう。ここで、①②では履行期の時価が問題になっていたと仮定してみると、②が転売済みの事情を考慮していないのは、履行期の時価が債権者が債務不履行により常に失う、最低限度の得べかりし利益のためであると推認できよう。このように解すれば、①が転売すべかりしことの主張・立証を債権者に負わせていないことも説明することができよう。⑪は、傍論ではあるが、填補賠償だけでなく遅延賠償においても、判決時までの時点を債権者が任意に選択しうる、という。

⑤は、買主の主張する、締結済の契約からの転売利益を予見可能でない特別損害としたうえ履行地における当時の時価と契約価格との差額を認容

当ト解ス」という。名古屋地判大正12年7月31日新聞2189号17頁は、解除前による中間最高価格による買主の賠償請求を、転売すべかりし事情が認められないとして、退けて、解除時の時価による。平井 [1966] 1310頁は、取引観念上因果関係が認められないと判断されたときは解除時の時価によることとなる、という。

56 法曹会決議 [1922] 70頁以下。

57 単に解除時の時価を解除者の損害ということとどまる下級審として、東京控判大正11年11月28日新聞2131号20頁（債権者の主張した時点は不明）、東京地判昭和2年9月22日新聞2799号12頁（債権者の主張した時点は不明）、東京控判昭和4年4月9日評論18巻民法847頁。

する原判決を維持している⁵⁸。

■ 代償請求とは、履行遅滞において債権者が目的物の引渡しを求めて訴えを提起する場合において、執行不能に備えて、目的物の価格の支払をも併せて請求するものである⁵⁹。

代償請求における算定時期は判決時のみである。判決前の時点を選択する債権者の主張はいずれも退けられている⁶⁰⁻⁶¹。⑩は次のようにいう。

填補賠償・遅延賠償とは異なり、代償請求における「賠償ハ債務ノ目的タル物件ノ価額ヲ換算シ以テ其直接履行ニ代用スルモノニシテ判決執行当時ニ於テ債権者カ其換算額ノ支払ヲ受クルニ由ナキヲ以テ判決当時ノ価額ヲ標準トスルノ外ナケレハナリ」と⁶²。

iii. 整理

⑫前の大審院によれば、原則として、賠償権利者は自己の選択する任意の時点の時価⁶³により得べかりし利益の賠償を請求することができる。

58 大審院は、「債権者カ民法第四百十六條第二項ノ規定ニ基キ〜請求スル場合ニ於テ反対ノ意思表示アラサル限り其請求ハ同條第一項通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ請求スル趣旨ヲ包含スルモノト看做スヘキ」という。

59 大判明治37年4月4日民録10輯387頁は、代償請求を、「単ニ給付履行ノ請求ヲ為シ其判決確定後其執行上債務者ニ於テ之ヲ履行セサルトキハ民法第四百十四條及ヒ民事訴訟法第七百三十三條、第七百三十四條ノ改正即チ民法施行法第五十四條、第五十五條等ノ規定ニ照シ損害賠償ニ換ヘテ強制執行ヲ求メ得ヘキ性質ノモノナルトキハ債権者ハ初メヨリ物件給付ノ請求ニ付加シ其履行ヲ為サス若クハ為シ能ハサルトキハ損害賠償ヲ為スヘキコトヲ一定ノ申立トシテ訴スルヲ妨ケサルモノトシ之ヲ許シ来ルコトハ当院力注意トシテ認ムル所ノ判例ナリ」と説明する。他に、大判明治40年4月2日民録13輯394頁。

60 ⑧、⑩、大判大正11年9月23日新聞2060号21頁、大判大正12年3月7日新聞2120号19頁。判決時が主張された模様であるが、大判大正8年9月17日民録25輯1685頁。下級審のものとして、大阪控判大正7年4月16日新聞1418号17頁。

61 大阪地判年月日不詳新聞786号23頁は、遅延損害としての履行期の時価と訴提起時の時価との差額を通常損害と認め、併せてされている目的物たる株式の返還請求が不能であるときは、履行期の時価の賠償を認めている。

62 三瀨 [1918] 参照。

63 採用される時価の認定にあたり、大審院は次のような態度をとっている。大判大正3年5月30日民録20輯426頁は、米穀の売主に対する買主の損害賠償請求において、売買代金の2割が米穀売買の場合には得べかりし利益であるとの経験上の法則があるとする原判決（東京控判大正2年6月24日新聞890号22頁）を、「債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ハ債権者カ債務者ノ債務不履行ニ因リテ被ムリタル實際ノ損害ヲ賠償スルヲ原則トヘスル」から、原判決の認めるような「実験上ノ法則存セサルヲ以テ本件ノ如キ米穀売買ニ於テ

債権者の選択する任意の時点が採用されない例外は以下の通りである。

- ① 特別の価格騰貴に予見可能性がない場合
- ② 債権者が目的物を転売済みである場合⁶⁴⁻⁶⁵
- ③ 解除後の時点⁶⁶

c. 学説の批判

当時の学説は、論者により異なるが、債務不履行時、履行不能時、解除時、口頭弁論終結時などの特定の時点を選定する原則としてあげている。また、中間最高価格時は、同時期に転売すべかりしことの主張・立証のあ

～モ亦～實際ノ状況ヲ審査シテ之ヲ評定セサル可カラ」ず、という。基準日に一ヶ月前後する時期の価格により算定することにつき、大判大正11年11月14日新聞2077号22頁は、「米価ノ変動ハ時ニ緩急アリト雖～モ一ヶ月ニ互リ同一価格ヲ保ツガ如キハ期スベカラザルノ現象タリ」として否とするのに対して、大判大正13年3月26日新聞2254号18頁は、「木材の如きは其の相場頻々変動するものに非ざれば」、不当でないとする。大判昭和16年10月21日法学11巻5号96頁は、「株式の価額が同日中の午前と午後にも相違することは通常あり得る所なるが故に原審判決が～四月十三日解除当時の価額を基準とすることなく同月十二日十三日の両日三十数回に亘る第三者との取引当時の価額を基準と為したるは是れ亦違法なり」という。

64 転売済の事案ではないが、東京控判大正6年1月27日判例（厳松堂書店）2巻391頁は、原審（東京地判大正4年12月10日新聞1106号25頁）とともに、遅滞時から現在までの最高価格（履行期の約1年後）による買主の賠償請求に対し、採用されうる時期を、遅くとも目的物を転売すべかりし時期（履行期の約3ヶ月後）までにとどめている。逆に、東京控判大正11年12月28日新聞2133号17頁では、株式の現物売買業者間の株式売買において、解除前の最高価格（履行期の1、2ヶ月後）による買主の賠償請求が認容された。原審（東京地判大正9年9月13日評論9巻民法1272頁）は、「現実ニ最高価格ノ時ニ其目的物ヲ転売シタルコトナシトスルモYノ不履行ナカリセハXハ其騰貴ノ時期ニ於テ之ヲ売却シ其差額ノ利益ヲ得ヘキト勿論ナレハ其最高価格ト契約代金トノ差額ハXノ得ヘカリシ利益ナリ～営業者カ物ノ価格騰貴ヲ俟ツテ之ヲ売却シ利得スルコト固ヨリ当然ノ事ニ属シ数ヶ月間之ヲ保持スルコトアリトスルモ希有ノ事例ナリト為スコトヲ得ザル」という。控訴審判決は、「履行期以降本件判決ヲ為スニ至ル迄ノ最高価格ト其契約価格トノ差額ノ範囲内ニ於テ之ヲ請求」することができ、「株式売買業者ト雖モ其所有株式ヲ一乃至二ヶ月ノ間所持シ其価格騰貴ヲ待テ売却スルガ如キハ必ズシモ希有ノ場合ナリト為スヲ得ザルガ故ニ之ヲ以テ当事者ガ予見セズ予見スルコトヲ得ベカラザル損害ナリト為スヲ得ザル」という。

65 目的物を転売後の使用利益も同様である。大判昭和2年7月7日民集6巻464頁（第一審（神戸地判大正8年7月22日新聞1598号16頁）も）。

66 解除後の時点を選げる下級審として、東京控判大正14年11月28日新聞2530号11頁（解除の約3ヶ月後の時点）、東京控判昭和3年2月15日評論17巻民法757頁（債権者の主張する時点を選げ、解除時の時価との差額を賠償されるべき損害とみる）、名古屋地判大正12年7月31日新聞2189号17頁（解除前の中間最高価格による賠償請求がなされた事案で、同様の理をとく）。なお、長崎地判年月日不詳新聞588号12頁は波止場の使用についての契約の解除後に旅客運送業から得べかりし利益の賠償請求を退ける。

る限度で、肯定されている⁶⁷。

学説は、一部を除き⁶⁸、得べかりし転売利益の証明なしに賠償権利者の主張を認めていると大審院を批判する⁶⁹⁻⁷⁰。そこで、⑰⑳が、その証明を同人に負わせるものとして、学説の賛同を得ている⁷¹。もっとも、両判決の説示は、確実に転売すべかりしことではなく、債権者が目的物を転売済みであるため、債務が履行されていたならばその主張する価格騰貴時に目的物を保有していたであろうといえる特別の事情の証明を債権者に負わせているにとどまる。

転売契約を締結していない場合における得べかりし転売利益の証明の困難は当時の学説により認識されている。物の種類や当事者の職業が考慮されている。たとえば、末弘厳太郎は、転売の機会を蓋然性に従い認定すべき場合には、判決時までの平均価格によるべきであるという⁷²。平野義太郎は通常損害と特別損害とに区別する余地を肯定する⁷³。鳩山は、㉑のあげる目的物の種類だけでなく、種々の具体的事情を加えて信義則によるべきであるという⁷⁴。

ところで、㉒前の大審院が問題にする得べかりし利益が転売利益だけでなく保有利益でもあったと仮定すると、口頭弁論終結時の時価に相当する利益は、債権者がそれ以前に転売済かまたは転売すべかりし事情のないかぎり、債権者が得ていたであろうから、賠償されうるであろう⁷⁵。価格上昇

67 拙稿 [2009] 18頁以下に掲げる文献を参照。

68 三瀨 [1918] 126頁、末弘 [1918] 1108頁。

69 菅原 [1920] 634頁以下、639頁。

70 中村 [1921] 773頁は、不法行為につき民法416条を準用して、同条に従い中間最高価格の賠償の可否を判断すべきであるという。

71 平野 [1921, 1923]、末弘 [1921a, b]、菅原 [1921, 1923]、小町谷 [1925] 218頁、鳩山 [1925]。

72 末弘 [1921a] 1961頁。三田村 [1924] 12頁は、特別の事情がない限り、債務不履行から口頭弁論終結時までの平均価格により債権者が価格騰貴を利用して転売利益を得ていたであろうと推認すべきである、という。

73 平野 [1923] 756頁以下、平野 [1924] 79頁、82頁。ほぼ同様の観点からの通常損害と特別損害の分類は現在の学説にも見いだされる。たとえば、星野 [1965] 460頁、中田 [2008] 160頁参照。

74 鳩山 [1925] 1143頁。

75 朝鮮高判大正15年12月14日朝高録民13巻432頁は、不動産の買主が履行不能により被る訴提起時の価格による損害を保有利益とみたらうえ、通常の価格騰貴であるとして、通常損害とみる。

型に限れば、②前の大審院が算定期限を賠償権利者の選択にゆだねていることは賠償義務者にとっても不都合でない。中間最高型を念頭においた当時の学説の批判は、価格上昇型の事案については、必ずしも妥当でなかったであろう⁷⁶。

2. 富喜丸事件判決

■ 中間最高型の②では、船舶衝突事故で所有する船舶を喪失した賠償権利者の主張する中間最高価格は価格昇降の前後の価格に比べて約20倍に達している⁷⁷。

②は、民事責任の範囲は一般に相当因果関係により定まるという理解にもとづき、民法416条を相当因果関係の規定と解して不法行為への類推適用を肯定し、従来判例を変更している。

原判決⁷⁸は、「事物ノ通常ノ状態ニ從ヒ一般取引ノ通念ニ依リ觀察シ其不法行為ナカリセバ之ヲ享有シ得ベキ可能性ノ存スルコトヲ要」すとしたうえ、賠償権利者の請求する中間最高価格は「全然一時的現象ナルニ付キ一般取引ノ通念ヨリ觀察シテ事物自然ノ常態ト認メ得ザル」ため因果関係がないとして、不法行為時の時価による。

76 北川 [1987] 589頁。

77 平井=栗田 [1971] 74頁以下参照。第一次大戦勃発の翌年にあたる大正4年に、他の船舶との衝突によって沈没した船舶（富喜丸）の所有者Xが沈没により被った損害の賠償が問題となった。沈没後しばらくして戦乱により船舶価格が急騰した時期にあたっており、訴訟の経過中にXは請求の趣旨を拡張した模様である。沈没時の時価は10万円であったが、沈没から2年後に一時的に船舶の時価が190万円に高騰し、ほどなくまた同程度に下落している。Xは損害として、[1] 沈没当時締約済であった備船契約（～大正4年末）から得べかりし備船料、[2] 大正5年から3年間あらたに備船契約をむすんだらば得べかりし備船料、[3] 時価がもっとも高騰した大正6年8月における富喜丸の時価相当額より受領済の損害保険金などを控除した金額、を賠償請求している。原審は、Xにも衝突・沈没に際して過失があったとして5割の過失相殺をし、[1]については請求の全額を、[2]については請求の一部にあたる51万円余を損害と認定したが、[3]については、利益を確実に得べかりし事情が証明されていないために、中間最高価格の賠償請求が退けられた、沈没当時の時価しか認めなかった結果、受領済の損害保険金（支払時期は不明）を控除すると認容額は1万円余にとどまると判断した。これに対して双方から上告があったが、賠償義務者の上告理由は、備船契約から得べかりし利益の賠償は認められるべきではない、とするものであった。これに対し、民刑連合部の中間判決によって原判決が破棄されている。

78 大阪控判大正12年4月16日新聞2159号15頁。

②は、従前と同じく、不法行為時の時価に相当する積極損害がまず生じ⁷⁹、その後に価格騰貴があれば、得べかりし利益が加わりうる、ととらえる。従前との相違は、②が後者を民法416条2項にいう特別損害とみる点にある。大審院は、従来の判例⑥⑧を変更して、次のように述べる⁸⁰。

不法行為後の騰貴価格によるには、「債権者ハ価額騰貴ノ事実ヲ立証スルノ外尚騰貴シタル価額ニ依リテ物ヲ処分シ又ハ其ノ他ノ方法ニ依リ該価額ニ依ル利益ヲ確實ニ取得シタルヘキ事情アリタルコト及其ノ事情ハ不法行為ノ当時予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノナルコトヲ主張シ且之ヲ立証スルノ責任アルモノトス」（本稿では「富喜丸準則」という）と。

ここには、賠償権利者の主張する任意の時点が採用されない第四の基準

79 ②は、不法行為後の物の通常の使用価値が物の不法行為時の交換価格に包摂されるといい、沈没した船舶につき締結済の備船契約からの得べかりし備船料の賠償を消極に解する。不法行為時の時価とは別に賠償される使用利益は予見可能性のある特別の使用利益に限られる、とする。大判昭和12年2月23日新聞4114号10頁。②に先立ち、末弘[1918]1108頁、長崎控判大正9年10月30日新聞1807号13頁（履行不能）。東京地判大正15年7月6日新聞2579号7頁、東京地判昭和2年11月19日法律新報152号22頁、東京地判昭和35年9月26日法曹新聞158号17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、東京高判昭和53年1月25日判時884号60頁、東京地判平成3年7月25日判時1422号106頁。2年間の備船料の賠償請求が退けられた点に関し、小町谷[1968]7頁以下は、民法416条の類推適用を支持しつつ、海運の実情を無視するきわめて失当な判断であると指摘する。吉武[1983]282頁は、大審院が逸失利益を特別損害と判断した背景には、単なる予見可能性の有無ではなく極度のインフレーション下においてできるだけ衡平正義の観念に即した損害賠償を認めようとする配慮が働いていたとおもわれる、と指摘している。最判昭和56年7月17日海事法46号23頁は、船舶衝突により漁船が沈没したために、代船およびその備品の購入価格、および、沈没から代船で操業を再開するまでの得べかりし利益、の賠償が請求された事案において、通常損害として、これらを認容する原判決を、②は事案を異にするものとして、維持している。織田[1982]67頁は、富喜丸事件のように一律的に物の交換価格の中にはその物の通常の使用収益をなすべき利益を包含すると解することは著しい擬制といわねばならず、原審判決が休業判決における逸失利益は漁業においては一般的に予見可能性があるととして通常損害と認定したことは相当である、と指摘する。吉武[1983]282頁以下は、海運業と漁業の場合では逸失利益の概念が異なるのではないかと指摘したうえ、「水揚額のうち一定額の配分を受けることは漁業の場合通常の操業形態であることが窺われる」として通常損害として休業補償費の賠償を認めた原審判決を支持している。

80 水野[1997]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る判断枠組を大審院が採用しなかった、と推測している。②を分析するうえであわせて考慮する必要があるのは、賠償権利者が侵害された所有物について既に高額で備船契約を締結していた点である。原判決が認容する備船料の賠償請求を退けるには不法行為におけるそれまでの判断枠組では足りなかった。

があらわれている。

■ ㉔は民法416条の類推適用により不法行為における損害賠償範囲の画定基準を債務不履行のそれに合わせている。しかし、価格変動により生ずる損害については、債務不履行において㉔前に同条が問題にされているのは特別の価格騰貴のみであって、富喜丸準則がいう、利益を確実に得べかりし事情ではない。確かに、㉔前の⑰⑳は、上記のように、「確実に利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情」の主張・立証を債権者に負わせている。しかし、両判決のいう利益が仮に得べかりし転売利益であったとしても、両判決はいずれも、転売済みの事案において、債権者の主張する価格騰貴時まで目的物を保有すべかりしことの立証を負わせているにとどまる。

また、㉔が富喜丸準則の定立により変更を明言する算定期間に関する先例は不法行為に関する⑥⑱のみである。㉔が問題にする特別の事情は、特別の価格騰貴ではなく、利益を確実に得べかりし事情である。債務不履行における判断枠組は㉔によっては変更されていないとみる余地がある。㉔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する必要がある。

■ 学説は㉔を歓迎している⁸¹。

問題となりうる期間の最初の時点である不法行為時の時価が原則として算定期間の基準となり、通常損害である。しかし、富喜丸準則によれば、事後の価格騰貴時の時価は常に特別損害である。算定期間は民法416条により画定される損害賠償の範囲の問題と性格づけられている。

㉔のいう「其ノ他ノ方法」の中に物の保有を見いだす余地はあろうが、事後の価格騰貴は得べかりし転売利益の問題と理解されることとなった。

富喜丸準則は、学説においても、価格算定の時期に関する一般的な判断枠組であると認識されるに至る⁸²。また、㉔は、利益を確実に得べかりし特

81 末弘 [1927] 1916頁。

82 価格騰貴時によるべき場合とパラレルに、我妻 [1939] 205頁は、価格下落型につき、「不法行為の後価格低落し又は特に利用せざるべかりし事情存するときは、その予見または予見し得べかりしことを不法行為者の方で拳証してその範囲に於ける賠償を免れ得る」

別の事情の予見可能性への言及のない点を除くと、一見よく似ている富喜丸準則とともに、算定時期を賠償権利者に選択させる従前の判例を改める一般論を示していると学説により理解される⁸³。⑳と㉔の相違は問題として認識されていない。

3. 富喜丸事件判決後

a. 不法行為

不法行為では判例は㉔に追随している。

■ 不法行為における原則は不法行為時である⁸⁴。

価格下落型も同様である。㉗は、価格下落時による賠償義務者の主張に対し、㉔を引用して滅失時の時価によるべきであるとする。

賠償権利者「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」、「其ノ後二～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～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⁸⁵。

不法行為後の価格騰貴時による賠償権利者の主張が退けられている事例⑳㉗㉔でも、不法行為時の時価による⁸⁶。

という。

83 石田 [1936] 126頁、我妻 [1940] 109頁。

84 最判昭和50年3月28日民集29巻3号251頁では、農地（所有者X）に対する自創法にもとづく国Yの買収処分が無効であったが、同処分がなされYから売り渡されてAらが所有権の取得登記を終え占有を開始して10年以上経過していたところ、XからY・Zらに対して土地所有権の取得登記の抹消を請求し、予備的に、Yに対して、口頭弁論終結当時の土地の価格に相当する損害を被ったとして、損害賠償を請求している。最高裁は、Zらの時効取得を認めたうえ、「Xの所有権喪失による損害は、時効完成時に現実化するもので、時効完成時における農地の価格相当額が損害である」という。他に、浦和地判昭和48年12月21日訟月20巻5号37頁、大阪高判昭和53年3月30日訟月24巻7号1396頁（取得時効の援用時とする賠償権利者の主張は退けられている）、が時効完成時を基準にする。これに対し、時効の遡及効を根拠に起算日を基準にするものとして、東京高判昭和50年3月27日訟月21巻5号982頁。

85 口頭弁論終結時説からの批判として、植林弘 [1960] 40頁。

86 爾後の価格騰貴による損害に触れずに不法行為時を採用している下級審判決には次のものがある。東京控判昭和5年8月9日評論19巻商法573頁（賠償権利者の請求の内容は不明）、東京地判昭和29年1月18日下民5巻1号20頁ほか。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、大阪高判

価格変動により損害が生ずる場合には、不法行為時の時価は最小限度の損害賠償額である。

■ 不法行為後の価格騰貴時については富喜丸準則によっている。

②は、転売すべかりし特別の事情およびその予見可能性を明らかにしていないとして、中間最高価格時を採用する原判決を破棄している。

③は、船舶の引渡しの強制執行が行われたが船舶がすでに毀滅していた事案において、賠償権利者が毀滅の事実を知った執行不能時を同人の主張の通り価格算定の基準にする原判決を破棄し、特段の事由のないかぎり毀滅時によるべきと述べ、②を引用する。

立木が不法に伐採された事案において、④は、特別事情の認められない場合に杉立木伐採による損害額を伐採当時の時価相当額とする原判決を維持している。また、⑤は、山林経営者が立木を適正伐採期まで育成して伐採しようことおよびその予見可能性があるとして、不法に伐採された時期の約十数年後の適正伐採期の時価によっている。最高裁は立木について適正伐採期の採否に関しては富喜丸準則に従っている⁸⁷。

なお、締結済の転売契約に基づく、従って、確実な転売利益は、②後、民法416条2項という特別損害とされ、その予見可能性の有無によってそ

昭和38年1月30日判時330号38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51年6月29日判時845号70頁、岡山地判昭和59年4月25日判時1137号116頁、など。

87 立木が不法に伐採されたために所有者の被る損害は、伐採時に既に適正伐採期にあった場合を除くと、その他の物の侵害の場合とは異なり、一般的な意味での時価の変動ではなく、立木自体の生育・増量により価値が増加していたであろうという特徴がある。四宮 [1985] 567頁参照。

適正伐採期前に伐採された場合に、原則を伐採時の価格によるか、それとも、適正伐採期を原則とするかが問題になりうる。富喜丸準則による下級審には、宮崎地都城支判昭和30年6月15日下民6巻6号1153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、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頁がある。東京高判昭和33年7月17日下民9巻7号1297頁は、原則として、伐採時の価格によるべきと考えたとしても、適正伐採期まで山林を保持していたであろうことと価格騰貴について予見可能性があることを判断基準とする。これに対し、大阪控判大正14年7月28日判例集報2巻141頁、福島地判昭和27年8月30日下民3巻8号1186頁、長野地諏訪支判昭和30年7月6日下民6巻7号1315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43年11月30日判時589号56頁、宮崎地都城支判昭和48年3月5日判タ306号230頁は適正伐採期を原則としている。

の賠償の可否が決められている⁸⁸。

■ 不当な保全処分等のため一時的に所有物の売却が事実上困難になったにとどまる事例では、その間に価格が下落すると所有者は転売すべかりし機会を事実上失って損害を被りうる。しかし、損害を被るか否かは、不法行為の発生した時点から止むまでの間に所有者が物を転売したであろう特別の事情の有無によって決まる⁸⁹。富喜丸準則に従えば、その予見可能性が必要である。

b. 履行不能

■ 履行不能における算定時期の原則は履行不能時である⁹⁰⁻⁹¹。

価格下落型でも同様である。㉔は、履行不能後に価格変動のあるときは判決時までの適当な時期の時価を選択すべきとする債務者の主張に対し、「原則トシテ履行不能トナリタルトキニ被ムリタル損害ノ賠償ヲ請求シ得」る、という。

88 大判昭和8年6月28日新聞3586号10頁。大判昭和13年12月7日全集6輯1号11頁(不動産の売買契約が賠償義務者の不当な仮差押の結果として解除されたために失った転売価格と不動産の時価との差額を所有者は損害として被っているが(大判昭和12年10月8日全集4輯20号14頁)、特別損害である)。他に、第三者に対して賠償権利者の支払った違約金・損害賠償金・過怠金も同様に、㉔後は特別損害とされる。

89 大判昭和8年12月11日新聞3665号7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14年3月7日全集6輯13号29頁。大判昭和11年4月7日法学5巻9号102頁では、不当な仮差押のために株券所有者の被った価格暴落による損害は特別損害とされている。

90 大判昭和5年7月1日裁判例4輯民事84頁、大判昭和6年5月13日新聞3273号15頁、最判昭和35年4月21日民集14巻6号930頁、㉔、㉕。

91 爾後の価格騰貴による損害に触れずに履行不能時を採用している下級審判決には次のものがある。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(債権者が履行不能時の時価の賠償を請求している。なお、債務者は、当時の戦後の価格高騰に予見可能性がないとして、事情変更の原則の適用を主張しているが、退けられている)、東京地判昭和31年1月28日下民7巻1号111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4月30日法律新聞106・107号21頁、東京地判昭和36年3月4日法曹新聞162号13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37年12月18日判タ141号154頁(請求通り・株式の返還不能)、横浜地判昭和38年3月7日判タ144号89頁(借地権)、東京地判昭和44年10月29日判タ243号275頁、東京地判昭和48年9月25日下民24巻9～12号665頁、福岡高判昭和54年4月25日金商581号21頁、など。

履行期前の履行不能では、大審院⁹²は履行期を基準にする⁹²。これに対し、最高裁⁹³は履行不能時を採用する⁹³。

なお、履行不能時の時価の予見可能性は要しない⁹⁴⁻⁹⁵。

■ 履行不能後の価格騰貴時については、確かに、富喜丸準則は中間最高型に能くあてはまる。しかし、富喜丸準則は、⁹²前の大審院と同じく、価格上昇型と中間最高型とを区別していないから、価格上昇型にもあてはめられうる。従って、価格上昇型においても、債権者のえるべき利益を転売利益とみる理解が促進される。

しかし、価格上昇型では、価格上昇中に転売しなかったであろう賠償権利者は、転売していたであろう場合よりも、転売利益より高額の保有利益をしかも確実に得ていたであろう。にもかかわらず、富喜丸準則に従えば、価格上昇型においても価格騰貴時の時価によるには、物が同時点まで保有されていたであろうことでは足りず、転売すべかりし事情およびその予見可能性が必要になる⁹⁶。⁹³前の下級審の裁判例には、転売すべかりし事情でなく価格騰貴の予見可能性を問題にするもの⁹⁷や、富喜丸準則をあてはめ不法行為時の時価によるが口頭弁論終結時までの価格騰貴の予見可能性を

92 大判大正13年3月1日評論13巻民法401頁は、履行期の到来により損害賠償請求権が生ずる、という。

93 下級審では、東京高判昭和47年8月3日判タ286号336頁、名古屋地判昭和49年11月14日訟月21巻3号575頁も同様である。

94 大判昭和4年12月27日新聞3084号11頁。

95 最判平成10年4月30日判時1646号162頁は、宅配便における運送品の毀滅等による損害賠償について約款により30万円の上限が設けられていたところ宅配便業者が運送品（貴金属・宝石類）を紛失したために所有者に賠償を行い荷受人が所有者より取得した不法行為による損害賠償請求権を行使している事案において、当該荷受人の、限度額を超える損害賠償請求は信義則に反し許されないとしている。約款上の限度額をこのような事例における通常損害の額とみるならば、賠償権利者に関する主観的事情を考慮する必要がないため、問題の一般的解決は容易であろう。能登 [1999] 467頁、拙稿 [2000]。

96 東京地判昭和7年6月11日法律新報300号25頁（履行不能による解除時までの騰貴価格による買主の賠償請求が退けられている）。

97 すでに、東京高判昭和34年2月27日東高民10巻2号41頁（土地賃借権）が第一審の口頭弁論終結時を選択する賃借人の主張に対して同様の枠組を提示する。価格騰貴には予見可能性はあるが、騰貴の程度には予見可能性がない、として履行不能時が採用されている。

考慮してその倍額に損害賠償額を算定するもの⁹⁸、がある。

そこで、価格上昇型における口頭弁論終結時について、転売すべかりし事情の主張・立証を債権者に負わせない^{④⑤}が登場し、注目を集めている。いずれも不動産を目的物とする事案である⁹⁹。

■ まず、^④は、「債務の目的物を債務者が不法処分し履行不能となったときの損害賠償の額は、原則として処分当時の時価である」という。

次に、^④は価格上昇型と中間最高型を区別している。

中間最高型では、^④は、転売すべかりし特別の事情の主張・立証責任を債権者に負わせている¹⁰⁰。

「騰貴した時に転売その他の方法により騰貴価格による利益を確実に取得したのであらうと予想されたことが必要である」と。

価格上昇型では、まず、^④は次のように述べる。

「目的物の価格が騰貴を続けてい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、右のような特別の事情の存在を知っていたかまたはこれを知りえた場合には、債権者は～騰貴した現在の価格を基準として算定した損害額の賠償を請求しうる」と。

^④は、大審院^⑩とは異なり、特別の価格騰貴のみならず、通常の価格騰貴も特別の事情と解している。

次いで、^④はいう。

「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のである

98 東京高判昭和33年9月10日高民11巻8号479頁は、敗戦後のインフレにより口頭弁論終結時の時価が不法行為時の5倍弱まで高騰していることにかんがみ、インフレ自体の予見可能性はあるがその程度は予見可能でなかったとして、不法行為時を基準としつつ、不法行為時の時価の倍額の賠償にとどめている。

99 ^④では、売主が買戻の特約にもとづき買戻権を行使して不動産の返還を請求している。^⑤は二重売買の事案である。いずれも、債務者が第三者に不動産を売却して所有権の登記名義を第三者に移転したために債権者に対する所有権の登記名義の移転が履行不能になった事案である。高橋 [2014] 1092頁は、^④では既存の利益の喪失、^⑤では利益を取得し得なかったことと見て、両者における利益状況の相違を指摘している。

100 東京地判昭和34年5月6日訟月5巻6号781頁は^④に先立ち価格上昇型と中間最高型を区別し、中間最高型につき、富喜丸準則に従う旨を明言している。

うと予想された場合はこの限りでな」い、と¹⁰¹。

上記のように、⑬は、債権者「カ其ノ以前二他二売却シ主張ノ当時二於テ雑穀ヲ所持セサルヘカリシ事実ヲ」債務者が立証すべきである、という。

ここでは、富喜丸準則との関係が問題になる。

まず、⑭は「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る」と理由づけているから、口頭弁論終結時の時価を得べかりし利益から切り離している¹⁰²とまではいえない。

また、⑬は、「当時他二売却スヘカリシコトハ～請求ヲ是認スルニ必要ナルモノニ非ス」とのべるが、⑭は、「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」と続ける。⑭が口頭弁論終結時の時価を保有利益とみている¹⁰³ともいい切れない。

⑭は転売すべかりし特別の事情についての債権者の主張・立証の責任を価格上昇型では軽減しているとみる余地もある¹⁰⁴。この見方に従えば、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、口頭弁論終結時を算定期期に採用することはできないであろう¹⁰⁵。次に紹介する⑯の原判決は買主が自ら使用する目的で購入していたため履行不能時を基準にするにとどめている。

なお、⑭は、債務者の引用する⑯を、事案を異にするという。転売の事実の有無を指すようである¹⁰⁶。

■ ⑯¹⁰⁷は、価格上昇型に関する⑭の「理は、本件のごとく、買主がその

101 下級審のものとして、東京高判昭和61年6月23日判時1199号70頁は、転買主に支払った和解金を買主の被った損害とみるにとどまる。

102 北川 [1966] 123頁、四宮 [1985] 561頁注釈 (1)。

103 柚木=高木 [1971] 136頁、奥田 [1982] 195頁。

104 坂井 [1963] 247頁、乾 [1963] 235頁、平井 [1968] 1702頁。

105 坂井 [1963] 247頁。

106 坂井 [1963] 247頁。

107 ⑯には売主の再三の催告にもかかわらず買主は所有権移転登記の申請を行わず、その間の固定資産税を売主が支払っていたという事情が存在する点について、同判決に関する研究の多くが、このような事情が過失相殺により斟酌されるべきであるという。谷口

目的物を～自己の使用に供する目的でなした不動産の売買契約において～も、妥当する」という。最高裁は、「このような場合であっても、右不動産の買主は～騰貴した価格のある不動産を現に保有しえたはずである」と理由づけるにとどめる¹⁰⁸。

④⑥にいたってようやく、口頭弁論終結時の時価は転売利益に限られず保有利益¹⁰⁹でもありうることが明らかにされていよう。いずれであるにせよ、最高裁は口頭弁論終結時の時価を得べかりし利益とみていよう。

■ 判例は、少なくとも価格上昇型では、価格騰貴に予見可能性のある限りにおいて、事実上、口頭弁論終結時を、おおむね採用されうる算定期期に加えている¹¹⁰。そのため、口頭弁論終結時の時価を特別損害でなく通常

[1973] 141頁以下、石田 [1973] 51頁、北川=辻 [1973] 81頁、平井 [1974] 659頁、奥井 [1975] 111頁。もっとも、過失相殺は事実審たる差戻審で考慮されうるであろう。中村 [1973] 739頁。上記の事情は履行不能を招いた事情であるから、履行不能時を基準にする場合にも考慮されよう。名古屋高判昭和54年7月30日判時946号61頁。なお、この事案では、賠償権利者たる買主は賃借人であり、「一たん混同によって消滅した右賃借人の賃貸権は、第三者が所有権を取得すると同時に、同人に対する関係では消滅しなかったことになる」(最判昭和47年4月20日判時668号47頁)から、この点も時価による損害賠償額に反映される。奥村 [1973] 737頁、平井 [1974] 660頁。

108 東京高判昭和52年11月9日判時876号89頁は、借地権譲渡について所有者から承諾がえられなかった譲受人が譲渡人に履行不能による損害賠償を口頭弁論終結時の時価により請求している事案で、④の理は、債務者の「処分行為に基づくものでない本件の場合に」は相当でない、としている。

109 ④⑥が中間最高型に言及している理由は、価格上昇型を中間最高型から区別するためである。④⑥は価格下落型には言及していない。平野 [2017] 135頁は、価格の騰貴した物を保有したであろうという④⑥の論理を貫徹し、価格下落型においても履行不能時ではなく価格の下落した口頭弁論終結時の時価により損害賠償額を算定すべきであるという。

110 価格騰貴への予見可能性がないとして履行不能時を基準とする下級審判決には、東京高判昭和50年11月28日判タ336号258頁(刀剣)、大阪高判昭和54年3月16日判タ384号105頁(不動産)、福岡地判昭和54年8月22日金商581号3頁(株式)。なお、渋谷 [1980] 192頁は、「市場性のある株式については、不特定性がつよいために、事案を履行遅滞として構成したうえ、債務者に代わり株券を交付させ～債務者が代わり株券を交付しない場合は、その損害額を口頭弁論終結時における株価によって評価することが合理的であろうから」、代償請求における同じく、「最初から填補請求がなされた事例においても～口頭弁論終結時とすべきではないか」という。)、東京高判昭和61年3月25日金法1136号37頁(株式)、京都地判平成元年11月30日判タ731号200頁(目的物である土地の価格騰貴が地下鉄開設の影響による)。逆に、不動産の価格騰貴への予見可能性があるとする下級審判決には、口頭弁論終結時を基準にする東京地判昭和42年9月14日判時502号43頁、奈良地葛城支判昭和48年4月16日判タ300号284頁が、それ以前の価格騰貴時を基準にする東京地判昭和39年2月22日下民15巻2号340頁(建物賃借権)、神戸地判昭和40年10月21日訟月12巻2号230頁、広島地判昭和43年2月29日訟月14巻5号491頁(不法行為)がある。

損害と見るべきである、という指摘もある¹¹¹。

価格騰貴前の転売の事実または転売すべかりし事情は、前者について¹¹⁰がすでに言及しているように、賠償額の減額事由として賠償義務者が主張・立証すべきであろう¹¹²。

c. 履行遅滞

i. 解除時¹¹³

■ 大審院は、目的物を転売済でない事例¹¹⁴だけでなく、転売済の事例でも、買主の主張する解除時が採用されうる、という。売買契約の解除前に転売契約が解除済である可能性¹¹⁵、転売契約の履行のため買主が解除時に時価で代品を買入れねばならないこと¹¹⁶、が考慮されている。

■ 最高裁³³³⁴³⁶⁴²⁴⁴は債権者の主張する解除時を採用している。

111 中井 [1975] 109頁以下ほか。

112 東京高判昭和44年5月29日判タ239号239頁は、履行不能後に不動産の売買契約が解除された事例で買主が解除時の時価を主張しているが解除前に不動産を転売していたため価格騰貴の予見可能性を問うまでもなく履行不能時によるべきとしている。

113 解除時による下級審判決には、解除時を原則とするものとして、東京控判昭和4年4月9日評論18巻民法847頁、東京地判昭和5年10月21日法律新報242号22頁（転買主に支払った損害賠償額を予見可能性がないとして退け、解除時の時価と売買価格の差額を通常損害とする）、神戸地判昭和16年9月17日新聞4734号5頁（得べかりし転売利益として通常損害とみる）、東京地判昭和33年9月9日下民9巻9号1818頁（賃借人の主張通り解除時を採用する）、東京地判昭和35年8月9日下民11巻8号1647頁（傍論・代金の支払は信用状による旨の特約が解除前にその有効期間が到来しているとして最終期限の日の時価によって）、東京地判昭和36年7月28日下民12巻7号1801頁、大阪地判昭和44年12月10日判タ244号263頁、名古屋地判昭和46年10月9日判タ272号344頁、水戸地判昭和51年2月25日判タ340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日判タ988号166頁、大津地判平成13年9月26日金商1132号43頁、等がある。

114 大判昭和16年6月18日評論30巻民法588頁、大判昭和16年10月21日法学11巻5号96頁。

115 大判昭和7年4月1日裁判例6輯民事92頁、大判昭和10年12月18日全集3輯3号13頁。東京地判昭和5年10月21日法律新報242号22頁は、転売契約不履行のため転買主に対して支払い買主が賠償請求する転売契約解除時の時価と転売価格との差額を、予見可能性のない特別損害とみてその請求を退け、売買契約解除時の時価との差額を通常損害とする。

116 大判昭和11年10月16日法学6巻1号12頁（原審は、時価で転売する機会を買主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ているとして、右差額の賠償を認めた。売主の申告は棄却されている。大審院は、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と述べている）、大判昭和16年2月5日新聞4681号15頁（原審は目的物を買主が転売済みであった分については転売価格との差額の賠償を認めるにとどまる）。

③④は履行期を標準とする売主の主張をいずれも退けている。

まず、③は、「原審が本件損害額を～特別の事情のない限り契約解除当時における損害額に基づいて～算定すべきものとしたことは～相当である¹¹⁷、という¹¹⁸。

次いで、④は売主の主張に一つ一つ応接している¹¹⁹。

第一に、④は、特別損害とする売主の主張を退け、次のようにいう。

「原判決の確定した事実関係の下においては本件損害は～民法四一六条一項に規定する通常生ずべき損害と解するのが相当である」と¹²⁰。

117 大場 [1953] によれば、第一審は、解除する債権者「の損害は債務不履行の結果発生すべきものであつて、契約解除の結果発生すべきものではない」とする。この点では原判決も同様である。しかし、第一審は、「契約を解除する場合～損害賠償請求権発生の時期である債務不履行の時を標準としてこれを定めるを原則とし、契約解除当時を標準とすべきではない」という。もっとも、第一審は、「債権者において～目的物を価格の騰貴した当時まで保有し、これによって確実に利益を得べかりし特別の事情ある場合は、その騰貴した価格を標準と～することはできる」が（解除時によるには債務不履行との相当因果関係が必要であるという台湾高判昭和4年12月28日台法24卷3号113頁がある。姉齒 [1929] 19頁以下）、「原告のような木材売買業並びに製材業を営む者が前記履行期から殆ど三年を経ている契約解除当時まで右杉素材を保有しているというが如きことは、通常あり得べからざる」という。これに対し、原判決は、「債権者は～直ちに契約を解除しなければならない理由はな」いが（樫見 [1979] 1646頁は、同事案における、不当にひきのばされた解除は過失相殺事由とみるべきである、という）、「一旦契約を解除した以上は最早その履行を請求するに由なく、その履行に代る損害の賠償を請求しうるに止まるものというべきであるからその損害の範囲は特別の事情のないかぎり契約解除当時における損害にもとずいてこれを算定するを相当とする」という。原判決のこの判示を、青山 [1954] 46頁は、④のそれと同様のものと解している。

118 ③は、公定価格によって良い、とする。最判昭和29年7月9日集民15号89頁は、統制価格のある物品について、市場価格でなく統制価格を通常生ずべき損害額としている。もっとも、東京地判昭和26年3月12日下民2卷3号371頁は、「統制額に対し特に例外価格が認められている場合であつてはむしろこれを以て交換価格とするのを相当とする」という。最判昭和38年1月25日民集17卷1号77頁は、家賃統制令に違反して支出した統制額超過の賃料を相当因果関係のある損害とみている。もっとも、東京高判昭和32年3月8日東高民8卷3号29頁は、Yの不法行為により滅失した物の所有者Xが第三者に対する履行のために、価格統制令違反の闇価格で代品を購入したため被った損害の賠償を請求しているのに対し、不法行為への民法416条の準用を肯定しつつ、「公定価格のある商品については～高額の闇値で入手を余儀なくせられたとか、もしくは闇値で他に売却したとかいう前提の下に、右公定価格を超過する分についても～賠償を請求することは、法の保護に値しない～YにおいてX主張のような特別の事情を予見もしくは予見しうべかりしや否やにかかわらない」として、不法行為時の公定価格の賠償のみを認めている。また、仙台地判昭和25年12月27日下民1卷12号2087頁は、「債務の履行期と契約解除の時とで統制価格に差異がある場合には、物価統制令の趣旨からいつて、通常の場合には債務の履行期の価格により定めるべき」であるとする。なお、註 (122) 参照。

119 高橋 [1960] 115頁。

120 谷口 [1955] 96頁以下は、ここに、履行期を原則とする考え方を見だし、解除時についての④の説示との間に矛盾を来していると理解している。

②前の大審院に従えば、特別の価格騰貴は同条2項にいう特別の事情である。我妻榮は、③が敗戦後の価格高騰を当時の趨勢とみている、という¹²¹。この意味で、③の判断枠組には解除時の時価を特別損害とみる余地がある¹²²。③が通常損害と見る理由は解除時の時価であるからではない。

第二に、③は、履行期を基準にする売主の主張を退け、次のようにいう。

「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に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、一方売主は解除の時までは目的物を給付すべき義務を負い、解除によつ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」と。

上記のように説明されうるなら、解除時の時価は得べかりし利益ではない。遅滞後の一時点たる解除時の時価が仮に得べかりし転売であるならば¹²³、②後は、解除時の時価にも富喜丸準則が妥当しうる¹²⁴。しかし、④⑤が示すように、能く中間最高型にあてはまる富喜丸準則は価格上昇型の④には必ずしも適切でない¹²⁵。

④の半年後に、価格上昇型の模様である⑥の原判決^⑦は、傍論で、次のようにいう。

「解除当時から現にその損害賠償を請求するまでに価額の下落がある場合は、その解除当時これを転売し得たであろうというような特別の事情がなければ解除当時の価額をもつて損害算定の基礎とすることは

121 我妻 [1956] 241頁。他に、青山 [1954] 46頁、三宅 [1978] 260頁。これに対し、敗戦後の価格高騰を特別の事情とみる下級審として、東京高判昭和33年9月22日東高民9巻9号163頁、福岡高判昭和33年12月26日下民9巻12号2663頁。

122 仙台地判昭和25年12月27日下民1巻12号2087頁は、解除時における価格統制令に基づく目的物の統制価格が履行期のそれを上回るときは、「特に債務者が統制価格の改訂及び債権者が改訂額による損害を蒙る事情にあつたことを予見し又は予見することができた～場合に限つて、契約解除の時の価格による」といい、解除時の統制価格を特別損害とみる。

123 樫見 [1979] 1645頁以下参照。大半の事案では解除時での転売は擬制であろう。三宅 [1978] 254頁以下。

124 東京地判昭和7年9月29日評論21巻民法1134頁。

125 青山 [1954] 46頁。

できない」と。

得べかりし転売利益としての解除時の時価は特別損害であると考えられる¹²⁶。いいかえれば、③④の立論が価格上昇型ゆえであるとの見方を④⑦に見いださう。

もともと、上記の傍論に先立ち、④⑦は、次のようにいう。

「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」から、「解除当時の価額～が～通常生すべき損害～である」と。

これに対し、売主は解除時の時価を得べかりし転売利益と理解し、価格上昇型であるとして売主の主張を退ける④⑦を論難する。③⑥は、民法416条を誤解した違法や理由その違法も④⑦には認められない、と応じ、さらに、売主の引用する、得べかりし転売利益の賠償に関する②⑨などの先例を、特別事情による損害賠償に関するものでいずれも適切でない、という。

確かに、③④の根底にあると思われる価格上昇型と他の価格変動の態様との相違が③⑥においてもなお残るとも読める。しかし、少なくとも価格上昇型に関する限り、③⑥は解除時の時価であるがゆえに通常損害と解している。

ことに、④⑦は次のようにいう。

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っては、売主の不履行により通常生すべき損害である」から、「大洪水によつて突発した価格暴騰の事実に関し、その予見可能性の有無等を認定判断するところがなかつたからといつて、原判決に所論の違法があるとはいえない」と。

④⑦には、③④とは異なり、解除までの価格騰貴を特別の事情とみる余地が存在しておらず、解除時の時価であるがゆえに、通常損害である。

■ ③④には、解除時を上記のような時点として説明することによっては、解除時準則を定立する意図はなかつたようである。しかし、その説示は解

126 林 [1955b] 122頁。

除時準則の確立を必然とするものになった。結果として、通常の価格騰貴であることにあえて言及する必要は④にはなかったことになる。

もっとも、債権者の主張する損害の賠償が否定される場合にも解除の時価によるかは、上記のように、解除時を採用する最高裁の事例がすべて債権者の主張をいれたものであるため、明らかではない。

解除時は、④のいうように得べかりし利益でないとすると、目的物が転売済であっても、採用されうる余地があろう。しかし、その理由は、仮定的な代替取引を考慮する大審院とは異なる。

なお、解除後の時点に関する最高裁の判断は見当たらない。

■ 履行不能により契約が解除される場合には、履行不能時と解除時とが問題になりうる。履行不能では、履行不能時に債権者は履行請求権を喪失し同時に填補賠償請求権を取得している。

④は、「原判決が～解除当時における本件借地権の価格によると判断したことは正当である。～履行不能～時を基準と～する所論は～採用できない」とする。賃借人に賃貸されている土地を賃貸人が別の数人に二重に賃貸し同地上に建物が築造された事案である。

④は価格上昇型のようなものである。原判決は、「原告は契約の解除によつて本件土地の賃借権を失つたのであるから、契約が解除された～当時における本件土地の賃借権の時価相当の金額が原告のこうむつた損害である」という。

④が履行遅滞の事案であるとするならば解除時を採用していることは④によつて説明されうる¹²⁷。

これに対し、履行不能であることが最高裁の前提にあったとすると、④によつては解除時は説明されえない。むしろ、履行不能のみを原則とすることになる¹²⁸。あえていうならば、④は、履行不能においても、履行

127 鈴木 [1970]、石崎 [2010] 5頁。

128 沢井 [1991] 42頁。東京地判昭和31年8月6日下民7巻8号2101頁は、借地契約の解除時による借地人の主張に対して、履行不能時の借地権価格を、原則とするものとして、採用する。他に、東京高判昭和44年8月8日高民22巻4号573頁。水本 [1995] 112頁は、

遅滞の事案である③③、③④により定立されたものとして、解除時準則に沿ったもの、といえよう。

もっとも、解除時の時価による得べかりし利益の賠償の可否は別に問題になりうるであろう。直後に現れた④③に従えば、価格騰貴に予見可能性のある場合に限られるが、④②は解除時の採用されうる事案であったろう。

ii. 履行期

■ 最高裁は、④③の約7年後の④④で、売主の遅滞を理由に契約を解除する買主の主張する履行期を採用している。④④は次のように述べるにとどまる。

「原審が～履行期における～市価をもって～通常被るべき損害と判断したことは正当である」と。

④④が通常損害とみる理由は、履行期の時価であるためでなく、④③における同様に、履行期までの価格騰貴を通常のそれと解するからであろう¹²⁹。

④④では、買主が目的物を転売済の様相である。しかし、④④は次のようにいう。

売主は「原審においてその転売代金の額について立証することがないのであるから、右転売の事実に基づく損害額の算定に関する所論も採用できない」と。

最高裁は、解除をした買主が目的物を転売済みの事例に関して、履行期についても、④②でなく④⑦に従う旨を示している¹³⁰。最高裁にとって、履行期の時価は少なくとも得べかりし利益であろう。

■ 履行期の時価は、遅滞後に債務が履行された事例でも、問題になる。

④⑨は、不動産の買主の、履行期と遅延した所有権移転登記時の時価の差額の賠償請求に対し、「不動産ハ転売ノ目的ヲ以テ売買セラルルコト～頻

解除時でなく、履行期後の履行不能では履行不能時、履行期前の履行不能では履行期を基準にする。

129 三淵 [1961] 829頁以下。

130 三淵 [1961] 830頁。もっとも、三淵 [1961] 830頁以下は私見と断ったうえ④⑦を不当とし、大判昭和16年2月5日新聞4681号15頁を引用している。

起ノ事例ニ属セサル〜即時転売ハ必スシモ易事ナラサルヲ常トスルカ故、
「買主カ其履行ヲ受クルヤ即チ之ヲ外ニ転売スル意思ヲ有シ且現ニ斯カル
転売ヲ為シ得タル特別ノ事情ノ存スルヲ要ス」という。

④では、目的物が履行期後に引き渡されているが、「遅滞中に市価が低落し、買入価格との差額すなわち転売利益が減少した場合には、履行が遅れたために減少した転売利益額が遅滞による損害額となるべきものであり、特段の事情のない限り、結局履行期と引渡時との市価の差額に帰する」とされる¹³¹。

もっとも、②に従うならば、遅延損害においても、履行期の時価は保有利益であって、得べかりし転売利益ではなかったろう。

しかし、②④によれば、遅延損害における履行期の時価は得べかりし転売利益である¹³²。しかも、富喜丸準則に従うならば、通常損害¹³³でなく特別損害として転売すべかりし事情およびその予見可能性が必要である¹³⁴。

■ 解除時が採用されうる場合に、履行期も採用されうるか。

価格上昇型では、解除時が採用されうるならば、債務者に特段の不利益はないから、債権者は履行期を選択することができよう¹³⁵。④は価格上昇型のようなのである。解除時は、買主が選択していたならば、採用されていたであろう¹³⁶。

逆に、価格下落型において、履行遅滞後に物が引き渡される場合と同様に、履行期の時価が得べかりし転売利益であるならば、履行期の選択の可

131 他に、大阪控判大正8年11月10日新聞1626号17頁。これに対し、④の原判決は売買代金との差額とする。他に、東京地判大正4年9月8日評論4巻民法613頁。

132 大阪地判大正6年11月9日新聞1339号25頁。大阪控判大正8年11月10日新聞1626号17頁、朝鮮高判大正11年10月24日朝高録民9巻73頁、東京控判大正12年5月14日評論12巻民法533頁（通常損害という）、大阪地判大正13年10月30日新聞2358号18頁。

133 履行期の時価との差額を得べかりし転売利益とみたらうえて通常損害とする文献として、西原 [1966] 59頁。

134 倉田 [1962] 257頁、前田 [1987] 174頁。

135 三淵 [1961] 829頁、石崎 [2010] 6頁以下。

136 植林 [1966] 63頁、平井 [1966] 1313頁、斎藤 [1990] 73頁。

否は、富喜丸準則に従うことになろう¹³⁷。そうであるならば、最高裁が一般に履行期と解除時の選択を買主に認めている¹³⁸とはいえないであろう。

もっとも、転売済みである⑩では転売すべかりし特別の事情は容易に認定することができよう。

iii. 価格騰貴時

履行期後の中間価格が賠償請求されている事案には次のようなものがある。

⑮は、雑穀売買を業とする商人間での小麦粉売買において売主の不履行により買主が解除までの最高価格により賠償を請求している事案において、買主は「転売シテ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ～買受ケタル～ノミナラス～不履行ノ当時該物件ノ市価カ騰貴シ居タ」から、買主は「騰貴シタル市価ヲ以テ之ヲ他ニ売却シ因テ～差額ヲ利得シタルヘ」く、売主は「之ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ」、という。

⑳は、「当事者ハ何レモ米穀商」であり、㉑を引用して、「取引ノ頻繁ニ行ハルヘキ性質ヲ有スル一般商品ノ売買ニ於テ～ハ特別ノ事情ナキ限り買主ハ～騰貴シタル差額ニ相当スル損害ヲ被リタルモノト推測シ～之カ賠償ヲ請求シ得」とのべ、現実の損害がないとする小麦の売主の主張を退ける。

㉒は、解除までの中間最高価格による株式の買主の賠償請求について、有価証券の「現物ノ売買ヲ業トスル商人ニ在リテハ其営業上転売ノ目的ヲ以テ買受ケタル～有価証券ハ特別ノ事情ナキ限り短日時ノ間ニ之ヲ処分シ去ルヲ通例ト」するから、特別の事情のない限り、買主は「普通ノ事例ニ從ヒ間モナク他ニ転売セシモノト做ス～履行期～ヨリ約八ヶ月後～ニ於ケル相場ヲ以テ転売シ得タルモノ」とはいえない、という¹³⁹。㉓は、中間最高価格を得べかりし転売利益とみており、しかも、中間最高価格時よりも前に目的物が処分されていたであろうとの推認にもとづいて、買主の主張を退けている。

137 船越 [1986] 190頁。

138 植林 [1962] 775頁。

139 前田 [1986] 3頁は、予見可能性が前提となっているという。

⑤は中間最高価格を得べかりし転売利益と見て富喜丸準則をあてはめている。一方、⑩の引用する②の説示は、転売済みの買主が確実に利益を得べかりし事情に関連して述べられているが、⑩は転売済みでない事案にあてはめている。ここには、②の説示が、転売済みの事実関係を離れて、一般論として、受容されている。④が中間最高型についてのべる傍論が特別の事情の予見可能性に言及していない理由を、一般論として理解された②に最高裁が中間最高型においても従っているとみる端緒がここにはあろう。

iv. 代償請求

③は、②の数ヶ月後に、それまでの先例とは異なり、特約のない場合の代償請求の法的性質を履行不能による填補賠償請求と解し、不特定物を目的物とするケースでは履行不能が基本的に生じないとし¹⁴⁰、また、確定判決後履行不能までの間に価格が下落するおそれのある場合には¹⁴¹、執行不能時における損害額を判決時には確定しえない、といい¹⁴²、代償請求を基本的に消極に解する¹⁴³。

しかし、③後の大審院判決の大部分は、③でなく、⑧⑩を先例としてあげ、特に代償請求の許容性について理由付けを行わず、目的物が特定物か不特定物かにかかわらず、代償請求を肯定する判断を繰り返す¹⁴⁴。

大審院②は、代償請求を、③のいう履行不能でなく、履行遅滞により、債権者が解除をせずに、履行に代わる損害賠償請求権を取得して執行不能時に行使する将来の給付の訴が目的物の引渡請求に単純併合されているも

140 他に、大判昭和13年4月23日新聞4278号17頁、東京地判大正15年4月1日法律新報103号25頁。

141 大判昭和11年7月23日新聞4023号16頁ではそのおそれがない事案として代償請求が肯定されている。

142 同旨、東京控判昭和2年6月13日新聞2711号5頁、東京地判昭和26年9月3日下民2巻9号1047頁、東京地判昭和32年10月17日下民8巻10号1931頁、東京地判昭和33年10月15日判時168号18頁、東京地判昭和35年9月30日判時242号33頁。

143 同判決の担当判事による同旨の検討として、前田 [1924]。

144 大判大正15年10月21日新聞2636号9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、大判昭和7年11月8日法学2巻7号117頁、大判昭和11年7月23日新聞4023号16頁、大判昭和13年3月17日全集5巻7号12頁、大判昭和13年4月19日法学7巻12号1671頁。

のと解して、代償請求を肯定する方向で判例の統一を図っている。最高裁③¹⁴⁵も③²に追随している¹⁴⁶。

③²③⁵によれば、代償請求における算定期間は事実審の口頭弁論終結時のみである¹⁴⁷。

口頭弁論終結前の時点を基準にする債権者の主張はやはり退けられている¹⁴⁸。③⁵は、もし「最終口頭弁論期日当時の本来の給付の価額が」、原判決の認容する、口頭弁論終結前の時点における「よりも低い場合には、原判決主文はとうていこれを維持することはできない」という¹⁴⁹。

なお、学説は、口頭弁論終結から執行不能までの間の価格変動が問題になりうる、とする。口頭弁論終結後に時価が上昇している場合における追加賠償請求、逆に下落している場合の請求異議の余地が論じられている。この点に関する最高裁判決は今のところ見当たらない¹⁵⁰。

4. 判例の整理と検討

賠償権利者は任意の価格騰貴時を選択することができない¹⁵¹。裁判所は、

145 拙稿 [2017] 参照。

146 下級審判決などには、台湾高判昭和5年5月10日台法24卷7号100頁、千葉地判昭和10年12月23日新聞3951号15頁、高松高判昭和31年2月21日ジュリ105号97頁、福岡高判昭和32年10月19日高民10卷7号458頁、東京高判昭和33年1月31日判タ77号56頁、東京地判昭和34年11月2日下民10卷11号2339頁。

147 他に、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、大判昭和11年7月23日新聞4023号16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。東京地判昭和40年3月27日判タ176号186頁。なお、判決時を基準にあげるものとして、大判昭和13年4月19日法学7巻12号1671頁がある。下級審のものでは、熊本地判昭和35年9月15日下民11巻9号1899頁。

148 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。

149 逆に、口頭弁論終結時の時価を下回る訴提起時の時価を債権者の主張通り採用するものとして、大判昭和16年9月6日全集8輯28号5頁。

150 大阪地判昭和33年11月14日下民9巻11号2243頁は、口頭弁論終結後に価格が下落するおそれがあっても口頭弁論終結時の時価により算定される代償請求が認められるべき論拠として、「執行不能の時に～下落していた場合填補賠償請求権は執行不能時の価額をこえる部分については発生しなかつたことになるから、債務者は、請求異議の訴を提起して、執行不能時の価額をこえる部分について執行力の排除を求め得る」という。

151 大阪地判昭和27年10月4日下民3巻10号1383頁（不法行為・訴提起時）、東京地判昭和30年6月16日法曹新聞103号8頁（返還請求時から訴提起時までの最高価格時）、長野地判昭和36年8月15日下民12巻8号1880頁（口頭弁論終結時。鈴木竹雄 [1965] 122頁は富喜丸準則に従い特別損害とみる）は、いずれも、株式の性質にかんがみ、債権者の選択する時点を通常損害として採用する。

賠償権利者の選択する時点であることのみによっては、その時点を採用することができない¹⁵²。

a. 原則となる時点

不法行為では不法行為時¹⁵³、履行不能では履行不能時、履行遅滞のうち、代償請求では口頭弁論終結時である。解除では解除時であるが、履行期を通常損害とする事例^④がある。

なお、通常損害としての履行不能時、解除時、不法行為時の時価につき、予見可能性のないことを理由にしては、賠償額は制限されえない¹⁵⁴。

b. 中間最高型

価格上昇型は、履行不能においては^{④⑥}により、また、履行遅滞により契約が解除された場合にも、^④によれば、富喜丸準則の射程から除かれている。

裁判例を検討すると、実は、富喜丸準則は、利益を得べかりし特別の事情の予見可能性に関する限り、十分には機能していない。

特別の事情の予見可能性を認定するものは、特別の事情の存在をも認定している¹⁵⁵。特別の事情の予見可能性を否定するものは、特別の事情の存

152 最判昭和32年6月7日民集11巻6号960頁。

153 土地の所有権を喪失した者がそれを知らないで当該土地について売買契約を締結していたために訴提起時の時価による賠償請求を退け売買代金をもって損害であるとする東京高判昭和36年9月28日東高民12巻9号193頁、がある。

154 遺留分減請求後に受遺者が遺贈の目的たる土地を第三者に売却し、移転登記をおえている場合に、相続開始時でなく遺留分権利者の共有持分権の侵害時が不法行為時として、採用されている。大阪高判昭和49年12月19日判時787号75頁、東京地判平成3年7月3日金法1310号32頁、神戸地判平成3年10月23日判夕803号246頁（相続開始時とする受遺者の主張を退けるにあたり、「不法行為時がいわゆる中間最高価額であっても、不法行為の特質に鑑みれば、不法行為時を価額算定の基準時と解するのが相当である」という）。

155 大判昭和6年4月15日新聞3266号15頁、最判昭和39年6月23日民集18巻5号842頁。下級審のものとして、東京地判昭和7年9月29日評論21巻民法1134頁（米穀類の商人間取引）、横浜地判昭和27年12月16日下民3巻12号1770頁（賃借人が履行不能により賃借権を喪失した賃貸物たる土地の時価が履行不能の約3ヶ月後に行われた連合軍の土地接収解除により騰貴したため同時点の賃借権の客観的価格の賠償が、富喜丸準則に従い、賃借人の請求通り認められている）、東京地判昭和28年10月30日下民4巻10号1564頁（不法行為による。賠償権利者の主張する時点の時価と同額であるとして、口頭弁論終結時の時価の賠償が富喜丸準則に従い認められている）、東京地判昭和31年10月22日下民7巻10号

在をも否定している¹⁵⁶。特別の事情とその予見可能性の認定は事実上連関している。

また、特別の事情の不存在を認定するものには、その予見可能性に言及しないで、賠償権利者の主張する時点を退けているものがある¹⁵⁷。逆に、特別の事情のあることのみで、その予見可能性を問題にしないで、賠償権利者の主張する時点を採用するものもある¹⁵⁸。後者は、富喜丸準則でなく、一般論と理解された⑩に従っているとの見方もありえよう。

騰貴価格に相当する利益を得べかりしと認定しながらその予見可能性の不存在を理由に賠償権利者の主張する時点を採用しない裁判例は下級審を含めても見あたらない。

富喜丸準則は、事実上、利益を得べかりし事情の証明責任を賠償権利者に負わせる点でのみ機能している。⑫自身も、「被害者ニ於テ之ニ依ル利益ヲ取得スヘキ希望ヲ有シタルノ一事ノミニ因リテハ未タ確定ニ之ヲ取得スヘキ情況ニ在リタルモノト推測スルコトヲ得サルヲ以テナリ」、と富喜丸準則を理由づける¹⁵⁹。

2950頁、東京高判昭和33年8月16日東高民9巻8号147頁。

156 大判昭和5年12月20日民集9巻1164頁。利益を得べかりし事情とその予見可能性をいづれもないとするもの。下級審のものとして、旭川地判昭和31年8月10日下民7巻8号2185頁（債権者の主張する口頭弁論終結時を退け、履行不能時を採用する）、福岡高判昭和33年12月26日下民9巻12号2663頁（債権者の主張する現在の時価の請求を退け、履行不能時を採用する）。

157 ⑩、大判昭和13年7月11日全集5巻5号21頁（不当な仮処分なかりせば所有物を転売することができたであろうとの主張が退けられている。所有者が商人であったとしても、特別の事情が必要であるとされている）。中間最高価格の請求を退け履行不能時の時価によるものとして、東京地判昭和7年2月13日新聞3397号9頁（土地賃借権）、東京地判昭和7年6月11日法律新報300号25頁（履行不能による解除までの騰貴価格による買主の賠償請求が、富喜丸準則に従い、価格の騰貴した目的物を保有すべかりしことのみによっては、「転売其他ノ処分ヲ為シ其騰貴利益ヲ現実ニ取得シ得ヘカリシ」とはいえないとされ、全く認められていない）では賠償請求が全く認められていない。大阪高判昭和38年6月26日下民14巻6号1381頁（二重賃貸借。最高価格により借地権を譲渡したであろうとは認定されず、履行不能時の価格による）東京高判昭和44年8月8日高民22巻4号573頁（借地権。事案は価格上昇型と思われる）。東京高判昭和45年8月19日判時606号37頁。

158 ⑩。

159 前田 [1980] 306頁以下、難波 [1993] 269頁以下参照。なお、「債権法改正の基本方針」では、中間最高型については、特に規定は提案されていない。利益取得の現実性を事実上の基準にしている富喜丸準則による処理は、債権者にとっての代替取引可能性と損害軽減義務の法理に依拠することで実現可能であるとされている。民法（債権法）改正検討委員会 [2009] 276頁。

c. 価格上昇型

大審院¹⁶⁰の示す判断枠組は、価格上昇型に限定すれば、最高裁¹⁶¹のそれ¹⁶²と似ている。

第一に、経済の趨勢による通常の価格騰貴を含むか否かに相違があるが¹⁶¹、予見の対象となる特別の事情を、転売などの処分その他の方法により利益を得べかりし事情ではなく、価格騰貴と解する点である¹⁶²。

第二に、賠償権利者は価格騰貴時に転売すべかりしことの主張・立証を要しない。

第三に、価格騰貴前に転売の事実または転売すべかりし事情のある場合には、その時点以後の、賠償権利者の主張する価格騰貴時による損害算定が行われない点である。この点は中間最高型においても同様であろう。

いかえれば、¹⁶²における価格変動の態様に即して富喜丸準則を中間最高型に局限すれば、価格上昇型については、少なくとも履行不能において、最高裁は¹⁶²前の大審院の判断枠組をほぼ承継している¹⁶³。

d. まとめ

■ 於保不二雄は、¹⁶²に依拠して、算定期限に関する判例を次のように整理している。

「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

160 「債権法改正の基本方針」【3.1.1.70】は、価格上昇型についての¹⁶⁰の理を債務不履行一般に拡大している。ただし、「債権者が契約に照らせば自らに生じた損害の発生または拡大を回避するための措置として代替取引をすべきであったときには、【3.1.1.73】により、賠償額が減額される」と。同【3.1.1.73】は、「裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたときは、損害賠償額を減額することができる」とする。民法（債権法）改正検討委員会 [2009] 272頁以下、284頁以下。

161 この点は、不法行為時の時価と並んで賠償される得べかりし利益を¹⁶²が特別損害に限定していることによるのであろう。平井 [1968] 1702頁。

162 東京高判昭和33年9月22日東高民9巻9号163頁。

163 口頭弁論終結時による事例として、東京地判昭和34年8月5日下民10巻8号1639頁。

て賠償額に算入されることになる」と¹⁶⁴。

於保の分析は不法行為、履行不能にはよくあてはまろう。

もっとも、履行遅滞については、疑問が残る¹⁶⁵。最高裁が解除時と履行期をいずれも通常損害として採用しているからである。また、最高裁によれば、算定期として採用されうる最初の時点であるが、不法行為時・履行不能時とは異なり、履行期は常に採用されうる時点ではないようである。

■ 現在の判例法理における不明な点として、以下のような事項があげられよう。

不法行為では、価格上昇型に不明な点が残っている。履行不能における④⑬の理が不法行為にも妥当するか、である¹⁶⁶。価格上昇型が中間最高型から区別されるか否かということでもある。

履行不能では、問題は中間最高型に残る。

第一に、④の説示からは富喜丸準則のいう予見可能性の要請までは必ずしも読み取ることができない¹⁶⁷。富喜丸事件はそもそも不法行為の先例である。履行不能の先例としての、一般論としてみた⑭に債務不履行における中間最高価格も従うならば、その予見可能性は必要とはされないと読む余地があろう。いいかえれば、価格上昇型においては、最高裁④⑭の述べた理は、大審院⑬⑭により導くことができたであろう。

第二に、中間最高型で、口頭弁論終結時の時価が履行不能時の時価を上回る場合においても、④に従い、口頭弁論終結時が採用されうるかが問題になりうる。しかし、この点が判断されている事例は見当たらない。

履行遅滞では、判例法理には、さらに、明らかでない点が多い。

第一に、解除後に価格が下落している場合に解除時が原則になるか否か、

164 於保 [1959] 131頁以下。

165 平井 [1985] 71頁。

166 横浜地判昭和39年1月21日訟月10巻11号1510頁（最判昭和50年3月28日民集29巻3号251頁の第1審）、東京地判昭和60年5月28日判夕582号81頁はこれを肯定する。④に先立ち、東京高判昭和33年7月17日下民9巻7号1297頁。

167 四宮 [1983] 462頁以下、四宮 [1985] 574頁、長野 [2015] 27頁以下。

である。いいかえれば、価格変動の態様に関わらないか、である。解除後に価格が下落している場合を扱う事例は見当たらない。

第二に、目的物が転売済みの場合にも解除時は採用されうるか、である。解除時の性質についての④の説示が、価格変動の態様にかかわらず、一般に解除時の時価を得べかりし利益でないとするものであると解することができるか、にも関わるであろう。

第三に、解除後に価格が上昇している場合に解除後の時点が採用されうるか、である。この点が争点とされている最高裁の裁判例は見当たらない。

第四に、代償請求において、口頭弁論終結後の価格変動が考慮されうるか、である。

(未完)

<引用裁判例>

*本稿では、冒頭で列挙した①～⑦のほか、以下にあげる裁判例を脚注において引用している。

1. 大審院

- 大判明治32年10月14日民録5輯9巻99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
- 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
- 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
- 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
- 大判大正13年3月1日評論13巻民法401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巻民訴538頁

- 大判昭和2年4月28日民録6巻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巻464頁
大判昭和2年11月26日評論17巻民法135頁
大判昭和4年4月5日民集8巻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
大判昭和5年7月1日裁判例4輯民事84頁
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
大判昭和7年7月29日新聞3453号15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13日民集12巻1437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
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
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
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11年10月16日法学6巻1号12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
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
大判昭和13年4月19日法学7卷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卷3号96頁
大判昭和16年2月5日新聞4681号15頁
大判昭和16年6月18日評論30卷民法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卷5号96頁

2. 最高裁

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卷5号556頁
最判昭和30年10月25日集民20号253頁
最判昭和32年6月7日民集11卷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35年4月21日民集14卷6号930頁
最判昭和38年1月25日民集17卷1号77頁
最判昭和39年6月24日民集18卷5号854頁
最判昭和39年10月29日民集18卷8号1823頁

最判昭和47年4月20日判時668号47頁
最判昭和49年4月15日民集28巻3号385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

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
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卷391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卷270頁
朝鮮高判大正6年6月23日朝高録民4卷上576頁
東京控判大正6年6月28日新聞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卷656頁
朝鮮高判大正7年2月13日朝高録民5卷上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卷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卷民法428頁
東京地判大正9年2月23日評論9卷民法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卷商法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8月28日評論9卷民法366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
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巻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巻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巻民法569頁
朝鮮高判大正12年3月27日朝高録民10巻79頁
東京控判大正12年4月9日評論12巻民法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巻民法541頁
東京控判大正12年5月14日評論12巻民法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
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巻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巻12号2087頁
東京地判昭和26年3月12日下民2巻3号371頁
東京地判昭和26年9月3日下民2巻9号1047頁
東京地判昭和27年1月22日下民3巻1号61頁
福島地判昭和27年8月30日下民3巻8号1186頁
大阪地判昭和27年10月4日下民3巻10号1383頁
横浜地判昭和27年12月16日下民3巻12号1770頁
高松高判昭和28年7月8日下民4巻7号984頁
大阪地判昭和28年9月5日下民4巻9号1241頁
東京地判昭和28年10月30日下民4巻10号1564頁
東京地判昭和29年1月18日下民5巻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日判夕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
長野地誠訪支判昭和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卷8号2185頁
東京地判昭和31年10月22日下民7卷10号2950頁
大阪高判昭和32年2月4日下民8卷2号319頁
東京高判昭和32年3月8日東高民8卷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卷10号1931頁
福岡高判昭和32年10月19日高民10卷7号458頁
東京高判昭和33年1月31日判夕77号56頁
東京高判昭和33年7月17日下民9卷7号1297頁
東京高判昭和33年8月16日東高民9卷8号147頁
東京地判昭和33年9月9日下民9卷9号1818頁
東京高判昭和33年9月10日高民11卷8号479頁
東京高判昭和33年9月22日東高民9卷9号163頁
東京高判昭和33年9月29日東高民9卷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卷11号2243頁
福岡高判昭和33年12月26日下民9卷12号2663頁
東京高判昭和34年2月27日東高民10卷2号41頁
東京地判昭和34年5月6日訟月5卷6号781頁
東京地判昭和34年6月5日下民10卷6号1182頁
東京地判昭和34年8月5日下民10卷8号1639頁
東京地判昭和34年11月2日下民10卷11号2339頁
東京地判昭和35年8月9日下民11卷8号1647頁
熊本地判昭和35年9月15日下民11卷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卷9～12号665頁
浦和地判昭和48年12月21日訟月20卷5号37頁
名古屋地判昭和49年11月14日訟月21卷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卷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卷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

価格変動の態様から見る損害賠償額の算定期期（上）：田中

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。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。

青山 [1954] : 「㉔解説」 判夕37号45-47頁

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

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 [1936] : 『債権總論講義 (債権總則・契約總則)』 (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)

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 I』 (有斐閣)

乾昭三 [1963] : 「㉔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・後発的事情斟酌の可否」 民商
43巻1号20-57頁

植林弘 [1962] : 「㉔判批」 民商45巻5号768-776頁

植林弘 [1966] : 「㉔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

大場 [1953] : 「㉔解説」 判夕35号43-44頁

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] : 「㉔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)

檉見由美子 [1979] : 「㉔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)

神田博司 [1983] : 『民法一債権法』 (南雲堂深山社)

- 北川善太郎 [1966]：「㉔判批」別ジュリ10号122-123頁
- 北川善太郎 [1971]：「損害賠償額算定の基準時」論叢88巻4～6号84-155頁
- 北川善太郎 [1987]：「第416条」『注釈民法（10）』（有斐閣）
- 北川善太郎=辻正美 [1973]：「㉕判批」判タ299号75-81頁
- 倉田卓次 [1962]：「㉔解説」曹時14巻2号250-257頁
- 小町谷操三 [1925]：『貨幣価値の変動と契約』（有斐閣）
- 小町谷操三 [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
- 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
- 坂井芳雄 [1963]：「㉔解説」曹時15巻2号245-248頁
- 沢井裕 [1991]：『テキストブック債権総論』（有斐閣）
- 四宮和夫 [1983]：『事務管理・不当利得・不法行為（中巻）』（青林書院）
- 四宮和夫 [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）
- 末弘巖太郎 [1921a]：「㉗判批」法協39巻11号1960-1961頁
- 末弘巖太郎 [1921b]：「㉘判批」法協39巻11号1961-1964頁
- 末弘巖太郎 [1927]：「㉙判批」法協45巻10号1910-1916頁
- 菅原春二 [1919]：「㉚判批」論叢1巻3号109-115頁
- 菅原春二 [1920]：「中間最高価格に依る損害賠償の請求」論叢4巻4号465-471頁, 5号633-643頁
- 菅原春二 [1921]：「㉛判批」論叢6巻5号95-100頁
- 菅原春二 [1923]：「㉜判批」論叢9巻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)」判夕241号46-51頁
- 高橋康之 [1960]: 「㉔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巻3号1083-1127頁
- 谷口知平 [1955]: 「㉔判批」民商30巻4号90-97頁
- 谷口知平 [1957]: 「損害賠償額の算定」有泉亨ら編『総合判例研究叢書(4)』
(有斐閣)
- 谷口知平 [1973]: 「㉔判批」民商67巻5号134-854頁
- 中井美雄 [1975]: 「㉔判批」法セミ241号108-111頁
- 中田裕康 [2008]: 『債権総論』(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 (八・完)」
論叢177巻1号1-56頁
- 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巻4号
249-277頁
- 西原道雄 [1966]: 「㉔判批」別ジュリ7号58-59頁
- 西村信雄 [1954]: 「㉓判批」民商30巻2号127-133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
- 鳩山秀夫 [1916]: 『日本債權法総論』(岩波書店)
- 鳩山秀夫 [1919]: 「㉓㉔判批」法協37巻7号1085-1087頁
- 鳩山秀夫 [1925]: 「㉔判批」法協43巻6号1138-1143頁
- 林良平 [1955a]: 「解除に際しての損害算定の時期」民商31巻2号143-163頁
- 林良平 [1955b]: 「㉓判批」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)
- 平井宜雄 [1966]: 「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 [1968]: 「㉓判批」法協85巻12号1699-1703頁
- 平井宜雄 [1971]: 『損害賠償法の理論』(東京大学出版会)
- 平井宜雄 [1974]: 「㉔判批」法協91巻4号80-88頁

- 平井宜雄 [1985]：『債権総論』（弘文堂）
- 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]：「⑩判批」法協39巻11号1959-1960頁
- 平野義太郎 [1923]：「⑩判批」法協41巻4号752-757頁
- 平野義太郎 [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
- 平野裕之 [2017]：『債権総論』（日本評論社）
- 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]：「⑫判批」法協81巻4号452-461頁
- 前田達明 [1980]：『不法行為法』（青林書院新社）
- 前田達明 [1986]：「賠償額の算定期間について」判タ608号2-3頁
- 前田達明 [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
- 水本浩 [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）
- 三瀨信三 [1918]：「⑪判批」法協36巻6号933-938頁
- 三淵乾太郎 [1961]：「④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)
- 民法 (債権関係) 部会 [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)
- 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検討」 川島武宜編 『我妻先生還暦記念論文集 損害賠償責任の研究 (上)』 169-234頁
- 柚木馨 [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』 (有斐閣)
- 横田秀雄 [1909]: 『債権総論』 (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
- 我妻栄 [1939]: 『事務管理・不當利得・不法行為』 (日本評論社)
- 我妻栄 [1940]: 『債権総論』 (岩波書店)
- 我妻栄 [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
- 拙稿 [1997]: 「判批 (最判平成8年5月28日民集50巻6号1301頁)」 本誌26号227-243頁
- 拙稿 [1999]: 「判批 (最判平成8年5月28日判時1572号53頁)」 本誌28号15-24頁
- 拙稿 [2000]: 「判批 (最判平成10年4月30日)」 沖縄法政研究2号101-109頁
- 拙稿 [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
- 拙稿 [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
- 拙稿 [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

拙稿 [2013]：「㉔判批」沖繩法学論叢 6 号61-70頁

拙稿 [2014]：「㉕判批」本誌43号97-126頁

拙稿 [2017]：「㉖判批（1）」沖繩法学論叢 8 号1-13頁