

履行不能および不法行為における損害賠償額の算定期期

—大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして—

田 中 稔

目次

I 問題の所在

II 判例

一 富喜丸事件判決まで

(a) 履行不能

(b) 不法行為

二 富喜丸事件判決

三 富喜丸事件判決後

(a) 履行不能・不法行為と通常損害

(b) 騰貴価格による損害賠償請求

(c) 口頭弁論終結時の時価と富喜丸準則

III まとめを代えて

I 問題の所在

物の引渡を目的とする債務の不履行によって債権者が目的物を取得することができない場合、または、不法行為により物が滅失した場合には、賠償権利者は、原則として、その物の価格の賠償を請求することができる。この場合、価格算定の基準となるべき時期をどこに求めるかによって、価格に変動があるときは、損害賠償額に大きな違いが生ずるこ

とから、かねてより盛んに議論されている^(註1)。

判例によれば、履行不能による場合には履行不能時、契約解除の場合には解除時または履行期、不法行為による場合には不法行為時、の価格が通常損害とされており、それ以外の時点の価格の賠償は特別損害としてその予見可能性があれば賠償されうると解されている。判例の枠組を言い換えるならば、算定時期の問題は民法四一六条の適用によって処理しようとするものであると理解されている。これに対し、有力な学説は、事実審の口頭弁論終結時を原則とするべきであるというものや、特定の複数の時点の中から賠償権利者が選択することができるというもの、さらには、裁判官の裁量による損害の金銭的評価の問題として理解するもの、などがあるが、その力点は、不法行為への同条の類推適用^(註2)に対する批判とも相まって、中間最高価格の問題を除くと、物の価格を金銭評価する際の基準となる時点の問題として認識することにあるといえる^(註3)。

判例に対しては、採用された算定時期の多様さに鑑み、その基準が明確でないという指摘がかねてよりなされることがあったが、事例を類型化することによって裁判例を分類し、整理した上で判例の法則性の理解を試みる必要がある。少なくとも、履行不能、解除とともにする損害賠償^(註4)、不法行為、とに類型化して論ずる必要がある。この問題は、富喜丸事件判

(註1) 文献は多いが、北川善太郎「損害賠償額算定の基準時」法学論叢八八巻四・五・六号(一九七一)、同「損害賠償法に於ける理論と判例」於保還暦上巻所収(一九七一)、奥田昌道編(北川善太郎執筆)「四一六条」『注釈民法(一〇)』(一九八七)、平井宜雄『損害賠償法の理論』(一九七一)。最近のものとして、岡本詔治『損害賠償の範囲Ⅰ』(一九九九)もある。

(註2) [12] 富喜丸事件判決以後の現在に至るまでの判例の態度である。同条の類推適用をした近年の最高裁判決としては、最判平成八年五月二八日民集五〇巻六号一三〇一頁(拙稿「判批」本誌二六号(一九九七)参照)、最判平成八年五月二八日判時一五七二号五三頁(拙稿「判批」本誌二八号(一九九九)参照)がある。

(註3) 判例を整理する文献として、(註1)所掲の文献のほか、柚木馨=高木多喜男『判例債権法総論(補訂版)』(一九七一)一二七頁、林良平=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論[改訂版]』(一九八二)一二六頁以下(林良平執筆)が有益である。筆者も、簡単ではあるが、既に、拙稿「損害賠償額の算定時期」六甲台論集四一卷三号(一九九四)において判例の整理を試みた。

(註4) 拙稿「契約の解除における損害賠償額の算定時期」本誌三四号(二〇〇五)では、解除がされた場合における履行期の性格付け、解除後の時点の採用の可否が解除についての判例において必ずしも明確でないことを指摘している。

決に与えられた大きな評価の影響下にあつて、従来、損害賠償範囲論との関連で議論されてきた。しかし、賠償されるべき損害であるというためには、まず、当該損害が生じている必要があるというべきである。換言すれば、賠償範囲の前段階にあるべき損害の有無の問題が必ずしも十分には意識されなかったように思われる。富喜丸事件判決にこの問題が大きく関連づけられて論じられてきたことによって、判例の全体像をつかむことも必ずしも成功してきたとは思われない。そこで、問題を把握する手がかりとして判例の経過を再確認する必要があるといえる。このうち、本稿では、履行不能及び不法行為における損害賠償額の算定期間について、大審院及び最高裁の二〇件余りの裁判例を手がかりに、検討を加える。学説の検討は別の機会に譲ることをあらかじめお断りする。

なお、前稿（本誌三四号）で次の番号を付して引用した裁判例については、紙幅の関係上、特に必要のない限り、その番号で引用するのみとし、事実・判旨の紹介を差し控えたい。

- [1]大判明治四一年三月一八日民録一四輯二九〇頁
- [2]大判大正七年十一月一四日民録二四輯二一六九頁
- [3]大判大正五年一〇月二七日民録二二輯一九九一頁
- [4]大判大正七年十一月二六日民録二四輯二二六〇頁
- [5]大判大正七年八月二七日民録二四輯一六五八頁
- [6]大判大正九年八月二八日民録二六輯一二九八頁
- [7]大判大正一四年七月二〇日新聞二四七五号九頁
- [8]大判大正一〇年三月三〇日民録二七輯六〇三頁
- [9]大判大正一〇年四月四日民録二七輯六一六頁
- [10]大判大正一一年六月五日民集一卷二八三頁
- [11]大判大正一三年五月二七日民集三卷二三二頁
- [12]大連判大正一五年五月二二日民集五卷三八六頁
- [13]大判昭和六年四月一五日新聞三二六六号一五頁
- [14]大判昭和九年八月一〇日全集一輯九号一四頁
- [15]大判昭和一二年三月五日全集四卷五号六頁
- [16]大判昭和七年四月一日裁判例六輯民事九二頁
- [17]大判昭和一〇年一二月一八日全集三輯三号一三頁

- [18]大判昭和一一年一〇月一六日法学六卷一号一二頁
- [19]大判昭和一六年二月五日新聞四六八一号一五頁
- [20]最判昭和二八年一〇月一五日民集七卷一〇号一〇九三頁
- [21]最判昭和二八年一二月一八日民集七卷一二号一四四六頁
- [22]最判昭和三六年四月二八日民集一五卷四号一一〇五頁
- [23]最判昭和三六年一二月八日民集一五卷一十一号二七〇六頁
- [24]最判昭和三七年七月二〇日民集一六卷八号一五八三頁

II 判例

以下では、富喜丸事件判決の前後で区切り、履行不能^(註5)、不法行為に事案を分けて、整理を試みたい。

一 富喜丸事件判決まで

この時期の大審院判決は基本的には賠償権利者の主張する時点をほぼそのまま採用している。

(a) 履行不能

最初に紹介する事案は、履行不能の事案であるかどうか不明である。

[25]大判明治三七年十一月七日民録一〇輯一四〇四頁^(註6)

綿実の買主Xが売主Yの不履行による損害賠償を請求した事案である。Xの請求額を認容した原判決をYは、商人であっても買手がつかなければ商品を持ちこしてかえって買入代金よりも廉価で売却することもありうるから相場との差額は商人間売買において絶対的損害の標準となるべきものではない、他に転売しえたであろうことを証明しないで単に商人であることだけを理由として相場の差額をただちに損害の標準とみるこ

(註5) 遅延損害、または、解除の事案が場合によって含まれていることをあらかじめおことわりしたい。

(註6) 岡本詔治前掲書八二頁は、この種の売買であるならば、売主が履行しさえすれば、買主には綿実をその当時の時価で他に売却しえた可能性もあったわけであり、しかも、買主は再度の履行期を指定して綿実それ自体の引渡を期待していたことをも考慮すれば、本判決の結論は必ずしも不当ではない、と指摘している。

とはできない、と上告理由において論難していた。

大審院は、商人間の動産取引において「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」といい、Yの上告を棄却している。

この事案では、受容された基準時が約定の履行期限の経過後に買主の随意に期日を指定し履行を催告した期限である点はずこし特殊である。

次に紹介する事案も、履行不能の事案かどうか明らかではないが、初期の大審院のものとして興味深いので紹介する。

[26]大判明治三八年一月二八日民録一一輯一六〇七頁

売買の目的物である燕麦は購入価格と同一の価格ですみやかに転売されていたが、原審（東京控判明治三八年四月一九日新聞二八五号六頁）は、Xは物件を直ちにAに買受価格と同一の価格で転売しているので通常損害を被っておらず、また、主張された損害は特別損害であるが予見可能性についての証明がない、として賠償請求をしりぞけたのに対し、大審院は、「騰貴ハ経済上ノ趨勢ニ因リ自然ニ生シタルモノト認メラレサルニアラサルヲ以テ其騰貴額ハ不履行ニ因リ通常生スヘキ損害」なので、「Xカ不特定物ナル係争燕麦ヲYヨリ買受ケタル後同一価格ヲ以テ直ニ之ヲAニ売渡タルト否トニ拘ハラス～XハYノ不履行ニ因リ右騰貴額ノ損害ヲ被リタルモノト云ハサルヲ得ス」としている。

買主Xの主張した転買主Aに支払った相場の高低による損害金（積極損害）を予見可能性の証明のない特別損害だとした原判決が破棄差戻されている点、認容された額の積極損害が発生済である点に本件事案の特殊性がある。転買主に対する損害金の支出を特別損害であるとみる原判決の態度

はむしろ一般的であった^{(註7)(註8)}。後者の点を重視すれば、本件を基準時に
 関する判断例とみることは問題であろう^(註9)。賠償権者の主張した時点に
 おける転売の可能性は買主における即時転売によってなくなっていると
 おもわれるが（[8]参照）、賠償権者の請求は認容されている。岡本詔治教授
 は、Xの求めた損害賠償は価格騰貴による得べかりし利益であってこれを
 具体的に根拠づけるために転売先に支払った損害額を陳述したものと見る
 べきであるとしている^(註10)。

次に紹介する判決は、履行不能の事案である。[25][26]とは異なり、騰
 貴した市場価格と契約価格との差額を得べかりし転売利益と明言している
 点が、注目される。

[27]大判明治三九年一〇月二十九日民録一二輯一三五八頁

煙草の売主Yの債務は履行遅滞中に、煙草専売法による専売化により
 履行不能になった。Yは、履行不能時（同法発布時）の価格によるべき
 であると主張する。履行不能後の騰貴価格による原判決が支持された。

「債務者ハ遅滞後ニ於テ騰貴シタル価額ニ従ヒ賠償セサル可カラス。
 何トナレハ債権者ハ契約ノ趣旨ニ従ヒテ債務者ヨリ其履行ヲ受ケタルニ
 於テ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
 ルコトヲ得タルナランニ債務者カ其履行ヲ怠リタルヨリ価格騰貴ノ好時
 期ヲ利用シ利益ヲ受クルコトヲ得サリシヲ以テナリ」。

右の判決では、価格騰貴による買主の損害は得べかりし転売利益とされ
 ている。契約解除の事案である[1]でも同様である。この点に、北川教授

(註7) 裁判例については、拙稿前掲本誌二六号二二九頁以下参照。当時の学説では、富井政章
 二三一頁以下、川名兼四郎『債権総論』（訂正再版・一九〇四）一五八頁、磯谷幸次郎
 『債権法論（総論）』（改訂四版・一九二五）二四六頁以下、も特別損害と見る。

(註8) 違約金につき、川名前掲一五八頁、横田秀雄『債権総論』（訂正四版・一九〇九）三三
 九頁。梅謙次郎『民法要義卷ノ三』（訂正増補三三版・一九一二）五九頁、磯谷前掲書
 二四六頁以下、大谷美隆『債権総論上巻』（一九二六）一六五頁、中島弘道『民法債権法
 論』（訂正第二版・一九二七）。

(註9) 平井『理論』二一八頁以下、前田達明『民法隨筆』（一九八九）一五二頁参照。

(註10) 岡本前掲書八二頁。

は価格騰貴による損害を特別損害と見る後年の傾向の萌芽を見いだしている（北川前掲於保一三一頁以下）。岡本詔治教授は、法令改正という特別の事情による価格騰貴が全く考慮されていないのは、価格変動による損害は目的物を取得できなかったことの損失にほかならないと考えていた結果であると推測されたうえ、損害事実と金銭評価とが暗黙のうちに区別されている、と指摘されている^(註11)。

次の判決は、無権代理人の損害賠償責任（民法一一七条）について述べる。賠償権利者の主張通り、訴提起時が基準として採用されている。

[28]大判大正四年一〇月二日民録二一輯一五六〇頁^(註12)

本人に無断で土地を売却した無権代理人Yの責任が問題になった^(註13)。原審は、明治四三年十一月当時における時価三五二〇円と賠償権利者の主張した訴提起時の時価（四〇五〇円余）の差額により損害を算定しているのに対し、Yは、民法一一七条にいう無権代理人の損害賠償責任は信頼利益の賠償にかぎられること、及び、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こと、を主張している（上告棄却）。

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ると述べた上で、「民法第百十七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条所定ノ範囲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当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

(註11) 岡本前掲書八五頁。

(註12) 本判決についての文献として、鳩山秀夫「判批」法協三四卷七号（一九一六）、曄道文芸「判批」京法一二卷一〇号（一九一七）。

(註13) 本件買主は商人でないとの推測をするものとして、谷口知平「損害賠償額の算定」『総合判例研究叢書（四）』（一九五七）三五頁、岡本前掲書八八頁。

ル旨ヲ主張シタルコトナク唯標準時期ノ当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従ヒ通常生スヘキ損害ナリトシテ其賠償ヲ命シタルモノナルヤ明白ナリ」としている^(註14)。

本件のように当該不動産についての権利の移転を請求することができない場合には契約の無効自体により生じた損害が問題になるという指摘がある^(註15)。しかし無権代理人の損害賠償責任は一般に履行利益を対象としているものと解されている^(註16)。本判決が民法四一六条に言及するのは、信頼利益の賠償であるとする上告理由に対して、無権代理人の損害賠償責任(民法一一七条)は履行利益を対象としていることをいうためであろう。

次に、[5]大判大正七年八月二七日民録二四輯一六五八頁は、民法四一六条二項のいう特別事情の予見時期を契約締結時でなく履行期までとしている^(註17)リーディング・ケースであり^(註18)、当時の通説にしたがったものと

(註14) 同じく、訴提起時の価格によっている同時期の判例として、解除の事案である [1] がある。訴提起時を主張することの訴訟上の利点については、北川前掲論叢一一〇頁参照。

(註15) 嘩道前掲京法一二卷一〇号九九頁以下。

(註16) 同旨の判決として、最判昭和三年二月五日法律新聞八三・八四号一六頁、がある。我妻榮『民法講義Ⅰ』(一九六五)、鳩山前掲法協三四卷七号一〇六頁以下は、不法行為責任・契約責任のいずれでもない、取引の動的安全を保護するための法定責任であるから、信頼利益に賠償範囲を限定する理由はない、として判旨を支持している。

(註17) 本判決に、当時の文献の中では、三瀨信三「判批」法協三七卷五号(一九一九)七五〇頁以下などが賛成する。菅原春二『民法判例批評第一卷』(一九二五)一六六頁以下などが反対する。

(註18) 不動産の売買につき所有権移転登記義務の履行不能において債務不履行時までに買主の転売代金を知りえたとする大判昭和十五年二月二八日新聞四五四三三号七頁(他に、最判昭和四〇年四月一六日集民七八号六一五頁)、借地上に有する自己所有の建物の賃貸人が建物明渡しを遅滞している借家人に対し遅滞後に、地主に対し土地明渡しを遅滞することで近々月々課されることになる違約金について借地人から事情を伝えられて、これを予見しながらあえて遅滞を継続した事案において遅滞に陥った後に告知されたことをもって予見可能性があったとする大判昭和十五年五月八日全集七輯一七号一三頁、がある。古い学説としては、川名前掲一六二頁以下、などがある。判例と同旨の通説に対し、有力な見解は、特別事情の予見時期を契約締結時であるとする(菅原前掲書一六六頁以下、山田晟=来栖三郎「損害賠償の範囲および方法に関する日独両法の比較研究」我妻還暦上巻(一九五七)二一八頁以下、平井『理論』、好美清光「判批」民法判例百選Ⅱ(一九七五)二六頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』(一九九二)一八〇頁)。しかし、契約締結時を予見時期とすると同時点から債務不履行時までの事情の変化により債権者の不利益で債務者があえて債務不履行をする場合も生じうる。そこで、契約責任を念頭に置いた民法四一六条の沿革を承認したうえで、通説に従う立場(北川前掲注民五一〇頁以下、潮見佳男『債権総論Ⅰ(第二版)』三三一頁以下)や、有力説を前提としつつ故意の場合にのみ債務不履行時とする見解(難波讓治「フランス法における契約損害の予見可能性(二・完)」論叢一二五卷三号(一九八九)一〇五頁、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察(二・完)」新報九六卷六号(一九九〇)二一九頁参照)もある。

いうことができる^(註19)。[5]は、問題となった価格騰貴による損害を予見可能性のある特別事情によって生じた損害とみた原判決に対し、賠償を請求されている売主が、特別事情の予見時期は契約締結時であると主張して上告した事案である。[5]は、価格騰貴による損害を特別損害とみる前提にたつ初の大審院判決でもある^(註20)。

[5]に対しては、戦乱勃発の結果としての、当該事案における価格騰貴の程度が経済の趨勢により自然に生ずる場合と大差がない点にかんがみ、本件事案において戦乱勃発による価格騰貴を特別事情とみることに疑問が呈されている^(註21)。[5]を含めた当時の裁判例は、価格騰貴が経済の自然な趨勢によって生じているときはこれを特に問題にせず通常損害とみるが([26])、価格騰貴が戦争勃発等の事情によっているときにのみこれを民法四一六条二条にいう特別事情とみて予見可能性を問題としている^(註22)。大審院が、価格騰貴を招いた事情を問題にしているのであって、騰貴の程度を問題としているのではないことは、後述の[10]からもうかがわれる。したがって、[5]によって、その後の裁判例が価格騰貴による損害を特別損

(註19) 菅原前掲書一六六頁以下参照。

(註20) 通常損害か特別損害かの判断は、学説によれば、法律問題であるとされる。前田達明『口述債権総論』一四七頁など。これに対し、事実問題とする大判明治三四年二月二三日民録七輯二卷一一〇頁は、「如何ナル損害カ通常生スヘキモノニシテ如何ナル損害カ特別ノ事情ニ因リテ生スヘキモノナルヤヲ定ムヘキ法律上一定ノ標準〜有リ得ヘカラサレハナリ」としているが、今日的意義は乏しいという指摘がある（岡本前掲書二六頁）。裁判例における一応の傾向については、水野謙「損害賠償の範囲に関する基本原則」法教二〇五号（一九九七）、拙稿前掲本誌二六号参照。なお、大判明治三三年四月一〇日民録六輯四卷一二頁は「債務不履行ヲ原因トシ債務者ニ損害ノ賠償ヲ命スルニハ必ラスヤ其損害ハ不履行ノ結果ニシテ通常生スヘキ者ナルカ又ハ特別ノ事情ヨリ生シタルモノナルモ当事者之ヲ予見シ若クハ予見スルコトヲ得ヘカリシモノナルコトヲ判示」すべしとする。

(註21) 本判決当時の論評として、菅原前掲一七〇頁以下。近年のものとして、好美前掲二六頁。

(註22) 東京控判明治四三年一〇月二二日新聞六八六号一九頁は、日露戦争の戦勝による騰貴を特別の事情とみる。大阪控判大正六年一〇月一九日新聞一三三五号二五頁、東京控判大正一二年一〇月一五日評論一三卷民法三六六頁も第一次世界大戦の勃発を特別の事情と見る。他に、東京控判明治三九年一月一日新聞三九二号七頁も参照。学説としては、岡松参太郎『民法理由債権編』（一九〇〇）八四頁以下、松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法正解債権編』三版（明治三六年、有斐閣書房）一五〇頁以下、がある。これに対し、梅謙次郎『民法原理（債権総則）』（一九〇二）二九二頁以下は、民法四一六条をむしろ債権者に酷であり不当に不法行為者たる債務者を利するとされ、その適用上も問題があるとし、米価の騰貴をあげる。凶作を通常事情・特別事情のいずれとみるべきかは意見がわかれるし、凶作は通常事情で戦争が特別事情と区別することは困難であるという。株式の価格の変動について通常的事情であるとするものとして、大判大正一〇年六月二四日民録二七輯一二三八頁。山田＝来栖前掲二二六頁以下参照。

害とみるようになった^(註23)というわけではない^(註24)。

そもそもこの時期までの学説^(註25)も、算定期間に関する問題意識の中で、履行遅滞時、請求時、判決時、等の時点原則として採用するとしながらも、中間の騰貴価格に相当する利益を賠償権利者が得べかりしことを証明したときはこれによることができるとするものが見受けられる^(註26)。けれども、当時の裁判例が特に債権者に証明を求めていることに対する批判はことさらには見いだすことができない。そうした点についての批判が激しく加えられるようになるのは、以下に紹介する、[8]の直前の時期にいたってからである^(註27)。

次の判決は解除の事案であるが、債権者の主張を退けている事案として注目されているので、紹介をする。

[8]大判大正一〇年三月三〇日民録二七輯六〇三頁は、利益取得の何らの説明もなく漫然と賠償権利者の主張する時点を採用している判例を批判した当時の学説からは、歓迎されている^(註28)。もっとも、この事案では、転売の事実があるために、賠償を請求する買主の得べかりし利益は転買主との間の転売代金と売買代金との差額に限られるという特別な事情があること、買主の主張した時点が解除後の時点であることに鑑みると^(註29)、確かに、[26]のような先例はあるが、[8]が判例の枠組に影響を与えているということとはできないであろう^(註30)。[8]の直後に、賠償権利者の選択にゆ

(註23) 北川前掲於保一三三頁、潮見前掲書一七二頁。

(註24) 岡本詔治前掲書一一一頁。拙稿前掲六甲台八一頁、同前掲本誌三四号八七頁以下参照。

(註25) 平井『理論』二二八頁以下に学説の詳しい紹介がされている。

(註26) 横田前掲書三一〇頁以下、石坂音四郎『日本民法債権編第一巻』(一九一一)、三瀧信三『債権法提要総論』二四三頁以下、福田敬太郎・平井泰太郎編『債権総論大尾』(一九一六)一三六頁、

(註27) 菅原春二「中間最高価格に依る損害賠償の請求(二)」論叢四卷五号(一九二〇)。

(註28) 平野義太郎「判批」判例民事法大正一〇年度四七事件、末弘巖太郎「判批」判民大正一〇年度四七事件

(註29) 解除後に生ずる損害であっても相当因果関係がある限り賠償されうるし、常に特別損害であるとされるわけではないと説かれるが(大判昭和七年二月二四日裁判例六輯民事三六頁)、解除後の損害で通常損害として賠償されているものは、価格下落後の再売買による売主の損失や騰貴価格による代品の買入れによる損失であるから、本稿で問題としているような価格騰貴による損害とは性質を異にしているというべきである。平野義太郎「判批」志林二六卷二号七八頁参照。

(註30) 拙稿前掲本誌三四号参照。

だねる判決（[10][9]）が続いたことから推測ができよう^(註31)。

なお、[8]は民法四一六条二項に言及しておらず、両判決のいう特別の事情が、同条二項にいう特別の事情を指している^(註32)かどうかは必ずしも明らかではない^(註33)。

次の判決は、[8]によりいったん判例理論が修正されたと理解されたところ、従前のように、債権者の主張する履行不能後の時点をそのまま採用していることが注目される。

[10]大判大正一一年六月五日民集一卷二八三頁^(註34)

雑穀類の委託販売契約が解除されたのちに受託者Yが寄託された目的物を第三者に処分したためにその返還債務が履行不能になった。履行不能の事実は二ヵ月余後の返還請求時に寄託者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約六〇〇〇円を請求するが、Yは、目的物の売却代価約五一〇〇円を基準にすべきと主張した。

原判決（函館控判大正一〇年十一月一〇日新聞二〇三五号一五頁）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タルモノト云フベク、其債務額ハ右物件ト同種同品等ノ物ノ価額ノ変動ニ連レテ永久不定ノモノタルベキニ非ズシテ、物件返還ノ義務カ其返還不能ノ為メ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サルベカラズ。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

(註31) 平野前掲判民大正一〇年度一三七頁、勝本正晃『民法に於ける事情変更原則』（一九二六）八二七頁、林良平「解除に際しての損害額算定の時期」民商三一卷二号（一九五五）一二頁、柚木＝高木前掲一四五頁参照。

(註32) 北川前掲於保一四八頁。

(註33) 三藤邦彦『債権総論・担保物権[民法第四部講義案・第一分冊]』（一九九八）一四一頁は、民法四一六条二項にいう特別事情を意味していない、という。

(註34) 本判決については、菅原前掲書一五六頁、平野義太郎「判批」判民大一一一年四一事件、同前掲志林、等の当時の文献の他、岡本前掲書一〇二頁以下が詳論している。

ルノ外ナク、其権利ノ価額ヲ本件ノ如クXガ其所有物ノ返還ヲ受クベキ場合ニ於テハ其物ノ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サルヘカラス」として、まず、履行不能時の価格を原則とする旨を判示している。そして、それに続けて、「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～ナルガ故ニ、凡ソ物ノ返還不能ニ因ル損害賠償ノ債務額ハ其損害ガ後日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ノ外其返還不能トナリタル後ニ於ケル同種同品等ノ物ノ騰貴シタル価額ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノニハ非ザル也」との一般論を展開したうえ、履行不能後の価格騰貴時を基準にする請求を退け、履行不能時の価格の限度で賠償請求を認容するにとどまった。

大審院は次のように述べて原判決を破棄・差戻しした。

「債務者カ故意ニ債務ノ目的物ヲ滅失シ履行不能ノ状態ヲ惹起シタル場合ニ於テハ債務者ハ債務ノ履行ニ代ルヘキ損害賠償ノ債務ヲ負担シ金銭ヲ以テ之ヲ履行セサルヘカラサルニ至ルヲ以テ、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。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ニ昇降変動ヲ来

シタルトキハ債権者ハ適當ノ時期ニ於ケル価格ヲ任意ニ選択シ之ヲ標準トシテ算出シタル損害額ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク、從テ目的物ノ滅失ニ因ル損害賠償ノ額ハ滅失當時ノ価格ニ從ヒ客觀的ニ確定スルモノニ非スシテ債権者ノ權利行使ノ方法ニ因リ確定スルモノト謂フヲ相当トス。唯其ノ損害ニシテ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。然ルニ原判決ハ当事者間ノ委託販売契約カ解除セラレYハXニ対シ本件ノ雜穀ヲ返還スヘキ債務ヲ負担シ居リシカ故意ニ之ヲ他ニ売却シテ其ノ返還債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタル事實ヲ認定シタルニ拘ハラズ其ノ履行不能ニ代ルヘキ損害賠償ノ債務額ハ履行不能ノ事實発生スルト同時ニ確定スルモノナル旨ヲ判示シテ其ノ事實発生後ニ於ケル雜穀ノ価格ヲ標準トシテ算出シタルXノ損害賠償ノ請求ヲ排斥シタルハ失当ナリ」。

原審と大審院の相違は、価格騰貴のある場合に特別事情とみたものの違いにある。原審は、一定額以上の価格騰貴を特別事情であるとみているようである。これに対し、大審院は、後述のように、経済上の趨勢による価格騰貴を特別事情とはしていない。[5]に関連して述べたように、当時の考え方に照らせば、大審院の考え方がむしろ一般的である。

さて、上につづく原判決および大審院の論述も興味ぶかい。

原審は「Xガ前示物件ヲ売却セザリセバYカ大正六年六月二十九日ニ至リテ之ヲ他ニ売却スヘカリシ特別ノ事情アリタルコト及ヒ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ナク〜斯ル物ノ価額ハ其ノ年ノ六月二十九日迄ニハ通常五千九百八十七円十銭ニ又ハ幾何ノ程度ニ迄騰貴スヘキモノナリト云フヲ得ス。隨テ右ノ程度ニ迄騰貴シタルハ即チ特別ノ事情ニ因リタルモノト云ハサルヘカラサルモ、Yカ之ヲ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシモノナルコトヲ認ムヘキ証拠ナキカ故ニ、本件損害賠償ノ債務額ハ前示物件ノ返還義務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ額ナリト云フベク、其額ハ前段説明ノ理由ニヨリ其物件ノ返還不能トナリタル大正六年四月九日ニ於ケル其物ノ時価ニ依

リテ決スヘキモノナリトス」とのべる。

これに対し、大審院は、この「前段ニ於テハXカ他ニ売却スヘカリシコトヲ以テ特別ノ事情ト為シ其ノ後段ニ於テハ雜穀ノ価格ノ騰貴ヲ以テ特別ノ事情ト為シ兩者其ノ意義ニ於テ矛盾スル違法アル」として原判決の論理のねじれを指摘している。もっとも、後年の富喜丸準則と似通った表現を原審が用いている点は注目に値する。

大審院は、続けてさらに、「經濟上ノ趨勢ニ従フ物価ノ變動ハ特別ノ事情ト謂フヲ得サルヲ通例トス」ともいっている。この点は[5]に関連して指摘した通りである。そして「又Xカ当時他ニ売却スヘカリシコトハXカ原審ニ於テ主張セサル事実ニシテ且Xノ請求ヲ是認スルニ必要ナルモノニ非ス。却テ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サレハ、原判決ノ右説明ハ此等ノ点ヨリ看テ亦違法ナリト謂ハサルヘカラス」という。

[8]のように「確實ニ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情」を債権者が証明するまでもなく、任意に基準時を選択できるとする[10]は[9]とともに、きびしく批判された。[10]に対し、菅原春二博士は、得べかりし利益を請求するには加害なかりせば利益を得べかりし十分な見込もしくは大なる蓋然性を要するから賠償額の算定時を被害者の選択にゆだねるのは不当であるとする（同前掲書一五九頁）。平野義太郎博士は同じく、利益を得べかりし蓋然性のあることを要求するが、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、とされる^(註35)。これらの批判は、その妥当性はともかく、[10]にたいしては必ずしも内在的ではない。[8]には売買契約とほぼ同時の転売の事実があり[10]にはそれがないという点で、事案を異にするといえるからである^(註36)。

(註35) 平野前掲志林一六四頁以下。

(註36) 平野前掲判民大正一〇年度一三七頁。

なお、平野義太郎博士は、[10]を評するにさらに、「売買の目的物件が転売に容易な物品で買主が常に転売を業とする商人であるならば物価の変動に因る損害は通常生ずべき損害であるが、さうでない場合には寧ろそれが特別な事情に基く損害といふべきである」と指摘される^(註37)。平野博士の指摘は、転売利益を得べかりしことでなく価格騰貴をまねいた原因が特別事情かどうかを従来どおり問題にしている[10]にたいして外在的な批判にとどまるが、騰貴価格に相当する利益をうべかりし事情を民法四一六条二項にいう特別事情と解する場合を認めていることから、後述する[12]の枠組に接近しているものとして目をひく^(註38)。

平井宜雄教授は、「従来専ら訴訟法の平面で一すなわち当事者の主張とそれを裏づける証拠の存在を要件として一裁判官が判断すべきだとされていた利益取得の蓋然性が、その蓋然性の程度に応じて四一六条の一項および二項の「損害」というように実体法的に翻訳され、ふり分けられてくみこまれることになったわけで」あり、「原告が一定の時点における利益取得を主張するときには、当該時点が予見可能性の有無が問題とされるべき事情のなかにおり込まれることを意味するのであり、ここに基準時の「四一六条的処理」は、学説によっても明確な形で受け入れられるに至った」と指摘している^(註39)。

次の判決は、[12]富喜丸事件判決と並んで、後年の判例に重要な影響を与えている。事案は、履行不能による填補賠償が問題となったものである。

[11]大判大正一三年五月二七日民集三卷二三二頁^(註40)

$Y_1 Y_2$ ほか二〇名から、国から下戻されるべき立木の半分の報酬として譲り受ける約束でAは国に下戻請求をし明治四三年五月二六日勝訴判

(註37) 平野前掲志林一七九頁。

(註38) 岡本前掲書一〇五頁以下参照。

(註39) 平井『理論』二三七頁。

(註40) 鳩山秀夫「判批」判民大一三年四八事件、谷口知平「中間最高価格」柚木ら編『判例演習債権法(増補版)』(一九七三)一卷四五頁、田中実「中間最高価格」『判例百選(第二版)』(一九六五)五六頁

決をえた。そこで、国とY₁Y₂ほか二〇名の共有に帰するにいたった立木のうち、Aに譲渡した残り半分は、Xに譲渡する旨の契約がY₁Y₂ほか二〇名とXの間に明治四四年三月六日に締結された。大正二年一〇月一八日に国らの共有物分割がなされたのをうけてXはY₁Y₂ほか二〇名にたいし立木の引渡を請求したが、これを大正三年六月にY₁Y₂ほか二〇名はBに売却しBがこれを伐採したために、Y₁Y₂ほか二〇名のXにたいする債務は履行不能になった。ただ、Xは、明治四四年一二月三一日に、本件立木の引渡がなされたならば、これを伐採製材後にDに売却すべき旨の契約を締結していた。Xは、訴提起時（大正九年四月）を基準時として損害賠償を請求する。第二審はこれをいれたのにたいし、Yが上告する（破棄差戻）。

大審院は、「履行不能ノ事由発生セスシテ買主カ契約ノ本旨ニ従ヒ履行ヲ受ケタリトスルモ尚其ノ目的物ヲ価格ノ騰貴シタル当時迄保有シ之ニ因リテ確實ニ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情アルトキハ其ノ騰貴シタル価格ヲ標準トシテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ、買主ニシテ契約ノ本旨ニ従ヒ履行ヲ受ケタリトスルモ、目的物ノ価格騰貴ノ当時迄之ヲ保有スヘカリシ事情ナク却テ其ノ騰貴以前ニ目的物ヲ他ニ処分シ騰貴ニ因ル利益ヲ得ヘカラサリシ場合ニ於テハ騰貴価格ニ依リテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス。即此ノ場合ニ於ケル損害額ハ履行不能トナリタル時ニ於ケル価格ニ依ルヘキモノトス。蓋債権者カ損害賠償ノ請求ヲ為スニハ損害ノ発生シタルコトヲ必要トスルモノニシテ、履行不能ノ事実ナク買主カ目的物ノ引渡ヲ受ケタリシナランニハ、爾後ノ価格騰貴ヲ利用シテ確實ニ利益ヲ得タルヘカリシニ之ヲ得サリシ場合ニ非サレハ未タ以テ騰貴価格ニ相当スル損害ヲ被リタルモノト謂フヲ得サレハナリ」として[10]を引用する。そして、さらに、「而テ如上騰貴価格ニ依リテ買主ノ得タルヘキ特別ノ事情ハ一般商品就中有価証券ノ如キ取引ノ頻繁ニ行ハルヘキ性質ヲ有スルモノニ在リテハ之ヲ推測シ得ヘキ場合少カラサルモ、土地及之ニ定着スル立木ノ如キ比較的取引ノ頻繁ナラサルモノニ在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」という。そして、「伐採行為ナカリセハ該立木ハ大正九年四月頃ニ至リ伐採ノ当時ニ比シ経済上ノ変動並物質ノ増大等ニ因リ価格ノ騰貴ヲ来スコトナキニ非サレハ買主タルXハY等ノ責ニ帰スヘキ履行不能ノ事由ナカリセハ右ノ時期迄其ノ立木ヲ保有シ価格騰貴ニ因リ利益ヲ得タルヘカリシ特別ノ事情アルコトヲ立証スルカ又ハ其ノ間ニ価格ノ騰貴ナカリシコトノ立証ヲ為スニ非サレハ大正九年四月頃ノ価格ニ依リ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス。然ルニ原院カ～XカYヨリ立木ノ引渡ヲ受ケタル上之ヲ伐採製材シテ売渡スヘキ契約ヲ訴外Bト締結シタル事實ヲ認定シナカラ輒ク大正九年四月頃ニ於ケル立木ノ価格ニ依リテ履行不能ニ因リ損害ノ額ヲ算定シタルハ損害額ノ算定ニ関スル法則ニ違背シタルノモト謂ハサルヲ得ス。若シ又原判決ノ趣旨ニシテ伐採ノ時期ヲ大正九年四月頃ト認メタルモノトセハ其之ヲ認メタル理由ノ説明ナキハ不法ナリト謂フヘキモノトス」とのべる。

上記の結論は[8]の枠組に従って債権者の転売の事実に着目すれば^(註41)、えられるとおもわれる^(註42)。本判決は、履行不能後の価格騰貴による損害を得べかりし利益とみている点において、先例である[10]と同一線上にあるが、「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」の証明を積極的にもとめている意味において、かねてよりの判例を一歩すすめた判決だといえる^(註43)。ただ、それまでの裁判例との整合性は、「取引ノ頻繁ニ行ハルヘキ性質」の目的物において「特別ノ事情」の存在を推測することで、担保されている。具体的な問題

(註41) 大阪地判大正一三年一〇月三〇日新聞二三五八号一八頁は、所有権移転登記が履行期からかなり遅れたことを理由に不動産の買主が遅延損害として、目的物を第三者に転売していたにもかかわらず、中間最高価格の賠償請求したのに対し、「昂騰最高価格当時迄目的物ヲ買主カ保有セス、却テ其以前ニ他ニ処分シ該昂騰価格ニヨリ利益取得ノ機会ヲ失セル事實確實ナルニ拘ラス仮定的ノ最高額ヲ賠償セシムルハ甚タシク不合理」としている。

(註42) 鳩山前掲判民大正一三年度四八事件。

(註43) 鳩山前掲判民大正一三年度四八事件。ただ、転売の事実がなかったとしたならば、果たしてそのように大審院が述べたかどうかには疑問が残る。岡本前掲書一〇七頁参照。

としては推定を覆滅する事由の如何であろう。[8]とのかねあいでは、目的物が「取引ノ頻繁ニ行ハルヘキ性質」の商品でも、締結された具体的な転売契約の存在は「特別ノ事情」の存在の推測をくつがえす要素にあたるであろう。[11]は、比較的取引の頻繁でない目的物に限ってではあるが、騰貴価格に相当する利益を得べかりし事情の証明を賠償権利者に課する点で、先例的意義を有するといえる^(註44)。なお、鳩山博士は、目的物の種類にのみにおうじた判旨の区別は価格下落のときには問題となるが、価格騰貴まで保有したかどうかの問題になる事案では不適當で、目的物の性質だけでなく当事者の職業特別契約の存在などの具体的事情をくわえ信義則により、利益の得べかりし事情の有無を決定すべきだとされる^(註45)。

本判決のいう「特別ノ事情」を民法四一六条二項にいうそれとみる見解が多いが^(註46)、必ずしも明確ではない^(註47)。後述するように、[11]の判断枠組は、若干の不法行為に関する判決を含んで、債務不履行に関する後続の裁判例に影響を与えている。[11]のいう特別の事情が民法四一六条二項のいうそれであるならば、[11]の提示した判断枠組はきわめて富喜丸準則に近いといえることができよう。しかし、[11]が利益を得べかりし特別の事情を問題にしたのは、本件事案には転売の事実が存在しており、目的物を債権者がその主張する時点まで保有したとは考えがたいからであろう。

ここまでの、債務不履行に関する判例の態度は次のようにまとめられると考えられる。

たしかに、損害賠償額の算定期限の問題は民法四一六条によって処理されている。しかし、特別事情として予見可能性の有無が問題となっていることが明らかなのは、価格騰貴自体ではなく価格騰貴を招いた事情が戦乱

(註44) 田中実前掲五七頁。

(註45) 鳩山前掲は、結論を支持しつつ本文のようにいう。

(註46) 勝本正晃前掲「事情変更の原則」四四一頁、山本光顕「損害賠償額の算定に就て」司協一四卷一二号(一九三六)二七頁、中野哲弘「履行不能の場合の損害賠償額の算定期限」『現代民事裁判の課題〔7〕—損害賠償—(一九八九)一一九頁。

(註47) 岡本前掲書一〇七頁。

等の事情によっている場合のみであり、価格騰貴が経済の趨勢によるときは特別事情とはされていない。価格騰貴による損害は得べかりし利益であるとされている。しかし、利益を得べかりし事情が特別の事情とされているのは、債権者の主張する時点よりも前に、契約が解除されている場合、目的物の転売等の処分が行われており目的物を当該時点まで債権者が保有したとは考えにくい場合に限られる。また、利益を得べかりし特別の事情が同条二項にいう特別事情であって富喜丸準則におけるように予見の対象とされているとはいいがたい。利益を得べかりし事情の証明を賠償権利者に求めていれば、中間最高価格に対する批判は生じないわけであるが^(註48)、そうした意図は裁判例からはうかがわれない。下級審の裁判例も基本的には同様の傾向を示している^(註49) 大審院に比べると、やや詳細な議論も展開されている。中には、転売の事実のない事例でも、特別の事情とされているものがあるが、予見可能性判断の対象となっていない点は同様である。取引の当事者、目的物の性質によっては、債権者による処分の事実がなかったとしても、その主張する時点まで債権者が目的物を保有したかどうかについて疑問が生ずる場合もあろう。そのような場合には、目的物を保有す

(註48) 大谷前掲書一六八頁参照。

(註49) 東京控判大正九年三月一七日評論九卷商法六三一頁では、菜種の売主たる問屋の履行遅滞により買主が契約を解除したうえ損害賠償を求めている。履行期から解除時の間のある時点の「騰貴価額トノ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ト認」められている。千葉県判大正一〇年一二月二五日新聞一九二七号一七頁では、小作米の支払債務の不履行による損害につき「苟モ義務不履行ノ状態ニ在ル限りハ其損害数額ヲ算定ス可キ時期ヲ制限セラル可キ理由ナキヲ以テXが訴訟進行中～当時ノ相場価額ヲ標準トセルハ失当ニ非ズ」とされている。宇都宮地判大正一四年七月二一日評論一五卷民法四〇八頁は、Y先代の負っている土地所有権移転登記義務が履行不能になった時点から数年後の時点の価格によりXが填補賠償を請求している事案において、「XハY先代ヨリ履行ヲ受クルヤ直ニ本件土地ヲ他ニ処分シ之ヲ所有スルヲ得サリシ状況ニアリタル事実ヲ認ムルニ足ラス」としたうえ、「履行期限ヨリ判決ニ至ルマテノ間ニ於テ債権者ハ任意ノ時期ニ於ケル価格ヲ標準トシテ賠償額ヲ算定スルヲ得ヘシ」とし、「目的物ノ価格カ騰貴シタルトキハ仮令債権者ニ於テ該物件ヲ實際他ニ売却セサルモ其騰貴額ヲ標準トシテ賠償ヲ求メ得ヘキモノ」として、Xの請求を認容している。

べかりしことは希有ではないとされることもあれば^(註50)、特別の事情がなければ考えにくいとする事例^(註51)もある^(註52)。

(b) 不法行為

つぎに、不法行為の事案である。

[29]大判明治四三年二月二日民録一六輯四五頁

X所有の山林が過失により第三者に売却された。原審は訴提訴時の時価を基準にしたのに対し、Y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、として上告している（棄却）。

不法「行為当時ノ価額ニ依リ算定スルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ然レトモ其価額算定ノ標準時期ハ如上ノ時期ニ限ラレタルモノニ非ス。何トナレハ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

(註50) 東京控判大正一一年一二月二八日評論一二卷民法五七頁では、株式の現物売買業者間の株式売買において、履行期（大正六年七月）～解除時（同年一〇月）の最高価格時（同年八月二五日）における株式の時価にもとづく買主の賠償請求が認容された。原審（東京地判大正九年九月一三日評論九卷民法一二七三頁）は、「仮令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コ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」とはいえないとし、控訴審は、「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」でき、「～株式売買業者ト雖モ其所有株式ヲ一乃至二ヶ月ノ期間存スルカ故ニ斯ノ如キ損害ハ予期シ得ヘカラサルモノナル損害」であるとはいえない、としている。

(註51) 東京控判大正六年一月二七日評論六卷商法三九九頁は次のような事案である。金物商人XYの間で亜鉛の売買契約が代金百斤あたり一四円五〇銭でむすばれたが、売主Yの不履行により買主Xは遅滞時から現在までの最高価格百斤あたり六五円（履行期の約一年後）の基準に損害賠償を請求する。原審（東京地判大正四年一二月一〇日新聞一一〇六号二五頁）は、「亜鉛の如きは通常価額の変動激しき故商人は取引上長き期間在庫せしめざることを知り得るを以てYが履行期に履行したりしならんにはXは其後遅くとも三箇月以内に転売したりしものと認定するを相当とすべし」とした。これに対し、Xが控訴している。本判決は、「Xノ主張ハ普通ノ事例ニ反シ金物商人カ約一ヶ年間モ其手中ニ商品タル亜鉛ヲ留置キタルコトヲ前提トスルモノナルカ故ニ特別ノ立証ナキ本件ノ場合ニ於テハ当事者カ予見シ得ヘカリシ特別ノ事情ニ因リ生シタル損害トシテYニ之カ賠償ノ責ニ帰スル能ハサルハ勿論ノコトナリト謂フヘク～亜鉛ノ売買取引ヲ為ス金物商人ハ～遅クトモ三ヶ月以内ニ其買受ケタル亜鉛ヲ他ニ転売スルモノト認ムルヲ相当トスルカ故ニ此期間内ニ於ケル最高市価ト本件売買代金トノ差額カ通常生スヘキ損害」であるとして、履行期の約二〇日後における価格百斤あたり二〇円との差額を認容している。

(註52) 主張する時点を退けた事例としては、他に、長崎控判大正八年一〇月三〇日評論一〇卷民法五八頁、宇都宮地判大正一二年五月二日評論一二卷民法五四一頁。

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サレハナリ。是ヲ以テ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オ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ワサルニ至リタ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。依テ本件ニ於テYカXニ対シテ不法行為ノ為メニ損害ヲ生セシメタル材木ノ価額カ行為当時ヨリ起訴当時ノ方仮リニ騰貴セルモノトスルモ原院カXニ於テ起訴当時ノ価額ニ従イテ算定シタル損害額ヲYノ不法行為ニ基クモノトシテXノ請求ヲ認容シタルハ正当ナリトス。而シテ其価額算定ノ時期ニ付テハYカ原院ニ於テ特ニ論争シタル形跡ナキヲ以テ原院カ特ニ之ニ対シテ詳細説示セサリシハ毫モ違法ナルコトナ」し。

この判決によれば、不法行為時の時価に相当する損害は現実の損害であるが、その後の時価は得べかりし利益であるとされている、といえる。

[30]大判大正五年一一月一七日刑録二二輯一七七七頁

「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至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訴求シ得ヘキハ本院判例ノ趣意ニ照シ明ナリ」。

この判決は、賠償権利者は不法行為後の最高価格時の価格の賠償を請求することができるとしている^(註53)。もっとも、この事案の争点は、最高価格時の価格で算定された損害賠償債務につき不法行為時からの遅延損害が発生するかいなかという点であった。

(註53) 本判決に賛成するものとして、末弘巖太郎『債権各論』(一九一八)一一〇九頁。

次の事案も賠償権利者の主張する時点が採用されている。

[31]大判大正九年九月一五日新聞一七四五号一五頁

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しるにいたった。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であろうとして侵害の事実につきついた時点における価格をXの得べかりし利益とみとめた。Yは、自分には委任契約上の義務違反により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為すべきものにらず、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」とのべている。

この事案では、原審の指摘するように、侵害の事実をしらないXが現に処分しようとした時点が基準時であることに特徴があり、不法行為がなかったならば基準時とされた時点の時価相当額の利益をXはえていたであろう。

[8]の直後に現れた次の判決は、当時の学説より批判を浴びた^(註54)。

[9]大判大正一〇年四月四日民録二七輯六一六頁

土地の賃借人の賃料不払のために賃貸借契約の解除された事実を知らない転借人Xのなした苗付後に成熟した稲は善意占有者としてXにおい

(註54) 末弘前掲判民大正一〇年度四八事件、菅原前掲書三三五頁

て刈り入れるべきところ、土地の賃貸人YがXの稲を刈入れその所有権を侵害したが、刈入の半年後の価格をもとにするXの主張が入れられた。

「不法行為ニ因リテ生スル損害ニハ被リタル損失ト失ヒタル利益トアリテ、前者ハ～不法行為アリタル為メ其財産ノ減少ヲ来シタルモノナリト雖モ、後者ハ～不法行為ノ為メ之ヲ増加スルコトヲ得サリシニ因ル損害ナレハ、失ヒタル利益ノ額ハ其利益ヲ受ヘカリシ時ヲ標準トシテ之ヲ定メサル可カラス。従テ被害物ノ価格カ不法行為ノ時ヨリ後ニ騰貴シタルトキハ賠償権利者ハ其機会ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシモノナレハ、騰貴シタル時ノ価格ニ依テ賠償額ヲ算定シ請求スルコトヲ得ヘキモノトス」。

この事案では、賠償権者の主張する時点の価格は認容されているが、転売利益に言及するものにおいては、当該時点において賠償権利者が転売すべかりしことへの立ち入った言及はない。損害の有無・金額についての証明責任は損害賠償を請求する者に負わされるとすれば、たとえ価格騰貴による損害が通常損害でも、かかる利益を得べかりしことが証明されねばなるまいが^(註55)、その証明はまったく問題になっていないため、大審院は賠償権者の主張した時点そのまま採用する結果にいたっている。「債務者カ或物ノ給付ヲ怠リタルカ為メ債権者ヨリ債務者ニ対シ履行ニ代ルヘキ填補賠償若クハ遅滞ヨリ生スル補充賠償ヲ請求スルニ付テハ其賠償額ハ返還義務ノ発生シタル時期ニ於ケル該物件ノ価額ヲ以テ標準ト為スコトヲ得ヘク或ハ又賠償請求当時若クハ判決当時ノ価格ニ依ルコトヲ得ヘク若シ又返還義務発生ノ時ヨリ判決ニ至ル迄ノ間ニ於テ該物件ノ市価騰貴シタルコトアルトキハ其最モ騰貴シタル時ノ価格ヲ標準ト為スコトヲ得ヘク此等ハ一ニ債権者ニ於テ自由ニ選択スルコトヲ得ヘシ」(大判大正七年一月二八日民録二四輯五一頁傍論) という言い方になるのである。平井教授はこれは

(註55) 菅原前掲書三三八頁以下。

弁論主義の制約にもとづくにすぎないと指摘している^(註56)。

不法行為では、物の滅失、帰属の侵害があると直ちにこれは財産の減少として現れるから、不法行為時の物の価格に相当する損害が積極損害として発生する。その後の価格騰貴による損害は、得べかりし利益という消極損害として発生しうる。もっとも、右にあげた四件の大審院判決においては、得べかりし利益が転売利益であるとは明言されていない。債務不履行についての裁判例においても、[1][27]をのぞけば、得べかりし利益が転売利益であると明言するものは見あたらない。

債務不履行の場合、履行遅滞により契約を解除したうえ請求される填補賠償では、別稿^(註57)で述べたように、原則として採用されている時点は見あたらないようである。解除時が意味を持つのは、解除までに生じた損害が賠償されるべきであるという点においてにとどまる。

二 富喜丸事件判決

以下に紹介するのは、富喜丸事件判決として有名な大審院連合部の中間判決である。第一次大戦勃発の翌年にあたる大正四年に、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。

富喜丸事件判決の意義は、不法行為にも民法四一六条が類推適用されること、不法行為後の価格騰貴による損害を賠償請求するには騰貴価格による利益を確実に得べかりし特別の事情の存在と不法行為時におけるその予見可能性が証明されねばならないこと、とされる点にある。

(註56) 平井『理論』二五六頁。

(註57) 拙稿前掲本誌三四号一〇二頁参照。

[12]大連判大正一五年五月二二日民集五卷三二二頁^(註58)

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。沈没時の時価は一〇万円であったが、沈没から二年後に一時的に船舶の時価が一九〇万円に高騰し、ほどなくまた同程度に下落している。Xは損害として、〔一〕沈没当時締約済であった傭船契約（～大正四年末）から得べかりし傭船料、〔二〕大正五年から三年間あらたに傭船契約をむすんだならば得べかりし傭船料、〔三〕時価がもっとも高騰した大正六年八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（大阪控判大正一二年四月一六日新聞二一五九号一五頁）は、五割の過失相殺をみとめ、〔一〕については請求の全額を、〔二〕については請求の一部にあたる五一万円余を損害と認定したが、〔三〕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みとめなかった結果、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一万円余にとどまると判断した。これにたいしてXYの双方から上告があったが、Yの上告理由は、傭船契約から得べかりし利益の賠償はみとめられるべきではない、とするものであった。これにたいし、中間判決によって原判決が破棄されたのが本件の概要である。

まず、大審院は、Xの主張する得べかりし傭船料の賠償が認められるべきかどうかを問題にする。

「不法行為ニ因リ物ヲ滅失又ハ毀損セラレタル者ハ、現実ノ損害ニ対

(註58) 末弘巖太郎「判批」判民大一五年五三事件、四宮和夫「判批」『続判例百選』（一九六〇）所収、加藤一郎「不法行為による損害賠償の範囲」『判例演習債権法二卷』（一九六四）、北川善太郎「判批」『民法の判例（第二版）』（一九七一）所収、平井宜雄＝栗田哲男「富喜丸事件の研究」法協八八卷一号、二号（一九六七）、栗田哲男「富喜丸事件」『法学セミナー増刊不法行為法』（一九八五）所収、久保宏之「富喜丸事件－損害賠償の範囲・中間最高価格」石田喜久夫ら編『判例演習民法3（債権総論）』（一九九六）所収、水野謙「損害賠償の範囲に関する基本原則」法教二〇五号（一九九七）、等の文献がある。

スル賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ外、其ノ物ノ使用収益スルコトヲ得サルニ因リテ生スヘキ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナレハ、被害者ハ現実損害ニ対スル賠償ヲ受ケタルカ為不法行為微リセハ取得スルコトヲ得ヘカリシ利益ノ喪失ニ対スル損害賠償ノ請求権ヲ失フヘキモノニ非スト雖モ、物ノ滅失毀損ニ対スル現実ノ損害ハ物ノ滅失毀損シタル当時ノ価格ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要シ且其ノ価格ハ交換価格ニ依リテ定マルヘキモノトス。然リ而シテ物ノ交換価格ハ通常其ノ物ノ使用収益ヲ為シ得ヘキ価値ニ対応スルモノニシテ其ノ物ノ通常ノ使用価格ヲ包含スルモノト謂フヘク、換言スレハ現在及将来ニ於テ其ノ通常ノ使用収益ニ因ル利益ヲ得ヘキコトカ其ノ物ノ現在ノ価格ヲ為スモノト謂ハサルヘカラス。故ニ被害者カ滅失毀損当時ニ於ケル物ノ価格ヲ標準トシテ定メラレタル賠償ヲ得タルトキハ其ノ被害者ハ将来其ノ物ニ付通常ノ使用収益ヲ為シ得ヘキ利益ニ対スル賠償ヲモ得タルモノト謂フヘク更ニ斯ル賠償ヲ請求スルコトヲ得ス。加害者カ賠償金ノ支払ヲ遅延シタル場合ニ付唯被害当時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ間ニ於ケル法定利息ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス」と。

すなわち、通常の使用収益による利益は物の交換価格に包摂されるため^(註59)、通常の出賃料は賠償されない、という^(註60)。出賃料が賠償されるの

(註59) 大判昭和一二年二月二三日新聞四一四号一〇頁、東京地判昭和二年一二月一十九日法律新報一五二二二頁、神戸地判昭和四二年八月四日下民集一八卷七・八号八五五頁、福岡地判昭和五四年八月二二日金商五八一号三頁。末弘前掲『債権各論』一一〇八頁。

(註60) 最判昭和五六年七月一七日海事法研究会誌四六号二二頁は、船舶衝突により漁船が沈没したために被害者Xが加害者Yに対して、代船・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うべかりし利益、の賠償を求めた事案において、通常損害としてXの請求を認容する原審判決に対してYが、通常の使用収益によるうべかりし利益の喪失は交換価格に包含されるという富喜丸事件判決の法理に反することなどを主張して上告したのに対して、Yの引用する先例は事案を異にするものとして、原判決を維持して上告を棄却している。織田浩爾「判批」海運六五七号(一九八二)六七頁は、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。吉武雅子「判批」早稲田法学百周年号二八二頁以下は、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。

は、次に見るように、特別の使用収益による利益である場合に限られる。

「之ニ反シテ被害者カ其ノ独特ノ技能特別ナル施設其ノ他其ノ物ノ特殊ノ使用収益ニ因リ異常ノ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情アル場合ニ於テ不法行為ニ因リ使用収益ヲ妨ケラレ為ニ其ノ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルトキハ不法行為ト損害トノ間ニ相当因果関係存スル限り該利益喪失ニ対スル被害者ノ賠償請求権ヲ認メサルヘカラス」と。

ここで、相当因果関係が問題にされている。周知のように、本判決前の大審院は、不法行為への民法四一六条の類推適用を消極に解している。

[32]大判大正四年二月八日民録二一輯八一頁

Yは、「不法行為ニ基ク損害賠償ノ責任ノ範囲ハ其ノ行為ヨリ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ限度トスヘキモノニシテ特別ノ事情ニ因リテ生スヘキ損害ハ特ニ当事者カ其事情ヲ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ場合ノ外賠償ノ義務ナキコトハ民法ノ解釈上殆ント論ヲ俟タス。～本件ノ如ク自働車カ予期ニ反シ突然踏切ニ向テ疾走シ来リタルカ為メ信号手カ大声停止ヲ命シ青色燈ヲ打振り隣記ノ処置ヲ為シタルニ却テ自働車運転手ノ護信スル所トナリ損害ヲ生スルニ至リタルカ如キ場合ニハ縦令信号手ノ所為ハ損害ニ対シテ多少ノ因果関係ヲ有ストスルモ之ヲ以テ事物ノ通常ノ経過ヨリ生シタル損害ト云フヲ得ス、自働車カ電車踏切ニ向ッテ疾走シ来ルカ如キハ寧ロ予想外ノ事情ニシテ本件ノ損害ハ所謂特別ノ事情ヨリ生シタルモノナリト謂ハサルヘカラス」と主張するが、大審院は「不法行為ノ場合ニ於テハ不履行ノ場合ニ於ケル民法第四百十六條ノ如キ規定ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情トニ因リ生シタル損害トヲ問フノ要ナク従テ不法行為ニ因リテ生シタル本件ノ場合に於テハ其損害カ行為者ノ予見シタルモノ又ハ予見シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ審究スルノ要ナシ」として、Yの上告を退けている。

[33]大判大正六年六月四日民録二三輯一〇二六頁

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たい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關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關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。

賠償権利者が第三者との契約に基づき支払った約定の損害賠償金は、債務不履行では特別損害とされていたのに対し^(註61)、[33]は、不法行為には同条は適用されないとして、通常損害か特別損害か、予見可能性の有無は、問題とならないとしている。

[34]大判大正九年四月一二日民録二六輯五三三頁

上告理由は「Yノ被用者Aカ空荷物受取証ヲ発行セサリセハXハ第三者ノ為メ金銭ヲ騙取セラレサリシナルヘク、從テ右証券発行ハ此騙取ノ結果ヲ生スルニ欠クヘカラサル条件ヲ為スト雖モ、是特定ノ場合ニ於ケル原因タルニ過キス〜騙取ノ結果生シタル偶々第三者カ之ヲ欺罔ノ手段ニ悪用シタルニ基因スル偶然ノ結果タルニ過キス」と主張するが、大審院は、「原審ハYカ船荷証券ノ代用トシテ本件荷物受取証ヲ発行シ荷主ト銀行業者間ハ勿論其他之ニ類スル金貸業者トノ間ニ於テモ船荷証券ト同様ニ該証券ヲ以テ荷為替ノ担保ト為シ金融ヲ為ス慣行アリYノ被用者ニ於テモ亦此事実ヲ知悉シ居リタル事実ヲ認定シ右受取証ハ記名持参人

(註61) 拙稿前掲本誌二六号二三〇頁参照。

払債権ニシテ取引上交付ノミニ因リ第三者ニ譲渡シ得ヘキモノナレハ若シ右証書ニ不正ノ記載ヲ為サンカ第三者ハ其記載ニ誤マラレ不測ノ損害ヲ蒙ル結果ヲ惹起スヘキヲ以テYノ被用者ノ過失ニ依リ空券ヲ発行シ之ニ因リテ第三者ニ損害ヲ惹起セシメタル以上ハYハ其責ヲ免ルルコトヲ得サル旨ヲ判示シ」ているが、「行為ト損害トノ間ニ因果関係ノ存スルヤ否ヤハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ観念ニ基キ之ヲ判断スヘキ～換言スレハ或行為カ具体的ノ場合ニ於テ一定ノ結果タル損害ヲ生スルノ原因ヲ為シタル場合ニ尚ホ之ヲ抽象的ニ觀察シテ其行為カ一般的ニ同種ノ結果タル損害ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ於テハ其損害カ行為ノ直接ノ結果タルト間接ノ結果タルトヲ問ハス其行為ト損害トノ間ニ因果関係ノ存スルモノ」として、上告を棄却している。

[35]大判大正九年一〇月一八日民録二六輯一五五四頁

X所有の自動車を不当に仮差押をして競売に付し競落代金を領得したYにたいしXは右につきBとの間に成立済の売買契約から得べかりし利益の賠償を請求する。原審は、本件自動車は当事者の特殊の事情により高値に取引されたものとみ、Xの損害を競落代金相当金額とみたが、大審院（破棄）は、「不法行為ニ依リ～其損害ノ範圍ニ付テハ～其行為ト損害トノ間ニ因果ノ関係ノ存スルコトヲ必要トシ而シテ其因果関係ノ存スル場合ニ於テモ亦一般取引ノ通念ニ従ヒ之ヲ一定ノ限度ニ制限スヘク即行為カ具体的ノ場合ニ一定ノ損害ヲ生シタルノミナラス之ヲ抽象的ニ觀察シテ一般ノ場合ニ同種ノ損害ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ限ルヘキコトハ当院判例ノ示ス所ニシテ（～大正九年四月十二日言渡判決参照）既ニ此関係ノ存スル以上ハ其発生シタル損害カ行為直接ノ結果タルト間接ノ結果タルト將又通常ノ事情ニ因リ生シタルト特別ノ事情ニ因リ生シタルトヲ問ハス等シク行為者ニ於テ之カ賠償ノ責ニ任スヘキ」とする。

具体的な転売契約からの得べかりし利益は、債務不履行の事案では、少なくとも下級審の段階では、[12]の以前より既に、特別損害と扱われてい

たところである^(註62)。

さて、上記の[33][34][35]の三例は、賠償請求を否定した事例ではないために、賠償範囲の限界は必ずしも具体的には明らかではない。しかし、相当因果関係によって賠償の範囲を決しようとしているようにみえる。

相当因果関係と民法四一六条との関係については当時の学説により盛んに議論されている。同条が相当因果関係を制限しているという説、逆に、拡張しているという説、同条は相当因果関係を定めている規定であるという説、が存在していた^(註63)。

裁判例を見る限り、[12]の前の大審院は、同条が相当因果関係を制限しているという説によっているというべきであろう。少なくとも、[12]のいう民法四一六条と同視される相当因果関係ではない^(註64)。四宮教授は、[34][35]はドイツ流の相当因果関係を採用したものと指摘されている^(註65)。水野謙教授は、ドイツの相当因果関係説の影響を[34]に見いだすが、ドイツのそれに比べて、取引慣行などを考慮している、という^(註66)。

さて、連合部はつづけて次のようにいう。

「蓋不法行為ニ因リテ生スル損害ハ自然的因果関係ヨリ論スルトキハ通常生シ得ヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノナルトヲ問ハス又予見シ若ハ予見シ得ヘカリシモノナルト否トヲ論セス加害者ハ一切ノ損害ニ付責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得スト雖モ其ノ責任ノ範囲広キニ過キ加害者ヲシテ無限ノ負担ニ服セシムルニ至リ吾人ノ共同生活ニ適セス、共同生活ノ関係ニ於テ其ノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フニ当リテハ、加害者ヲシテ一般的ニ觀察シテ相当ト認メ得ル範囲ニ於テノミ其ノ責ニ任ゼシメ、其以外ニ於テ責任ヲ負ハシメサルヲ以テ、法理ニ合シ民法第七百九条以下ノ規定ノ精神ニ適シタルモノト解スヘキ

(註62) 拙稿前掲本誌二六号二二九頁参照。学説では、大谷前掲一六四頁、中島弘道『民法債権法論』（訂正第二版・一九二七）四七二頁。

(註63) 平井『理論』八〇頁参照。

(註64) 鳩山秀夫「判批」法協三九卷三号（一九二一）三九二頁以下参照。

(註65) 四宮和夫『不法行為』（一九八三）四〇五頁参照。

(註66) 水野謙前掲法教二〇五号三九頁。

モノナレハナリ」。

ここにみられる態度は必ずしも従来の態度の延長線上にあるとはいえない。たしかに、右の引用の後半部分は従来の判断例とも一致する。しかし、前半部分で[12]は「自然的因果関係」の問題としているが、先例に照らせば、相当因果関係に吸収されるべき問題といえるからである。

「民法第四百十六條ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行為ト其結果トノ間ニ存スル相当因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルニ過キスシテ独リ債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ、不法行為ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同條ノ規定ヲ類推シ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス」と^(註67)。

つまり、[12]が従来の態度を自然的因果関係とよび相当因果関係に言及する理由は、相当因果関係の枠内に民法四一六条をとりこむ点にある。

「而シテ物ノ通常ノ使用収益ニ因リテ得ヘキ利益ノ喪失ハ不法行為ニ因リテ通常生スヘキ損害ヲ包含スルモノナレハ、被害者カ物ノ特殊ノ使用収益ニ因リ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタリトシテ之カ賠償ヲ請求スルニハ民法第四百十六條第二項ノ規定ニ準拠シ不法行為ノ当時ニ於テ将来スル利益ヲ確實ニ得ヘキコトヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ特別ノ事情アリシコトヲ主張シ且立証スルコトヲ要スルモノト謂ハサルヲ得ス」。

[12]の念頭には民法四一六条二項にいう特別事情の予見可能性による賠償範囲制限があるといわざるをえない。

かくて、Xの主張する傭船契約からの得べかりし利益は、「通常ノ使用収益ニ因ル利益」だとすれば、毀滅当時の価格の賠償によって填補されて

(註67) 同旨をいうものとして、大判昭和一三年四月五日新聞四三三〇号七頁がある。

いるし^(註68)、「物ノ特殊ノ使用収益ニ因リ得ヘカリシ利益」なら、民法四一六条二項の適用をうけ、かかる事情の予見可能性を要する、が、この点について審理をへずに〔一〕の全部と〔二〕の一部の賠償請求を認容した原判決の部分は破棄を免れないとし^(註69)、不法行為には同条は類推適用されないとする従来判例（〔32〕と〔33〕）は変更された。

この枠組を大審院は価格騰貴による損害にも妥当させる。

「不法行為ニ因リ他人ノ所有物ヲ滅失セシメ又ハ毀損シタルトキハ加害者ハ被害者ニ対シ其ノ滅失毀損ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ。然リ而シテ損害賠償ハ不法行為ニ因リテ生シタル損害ヲ填補スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ其ノ賠償ノ範囲ハ先ヅ以テ其ノ滅失毀損ノ当時ヲ標準トシテ之ヲ定ムルコトヲ要シ、其ノ損害ハ滅失毀損ノ当時ニ於ケル交換価格ニ依リテ定マルヘキモノトス。蓋加害者ハ此ノ時ニ於テ其ノ行為ニ因リ被害者ヲシテ現ニ財産上ノ損害ヲ被ラシメタルモノニシテ加害者カ其ノ当時ノ交換価格ニ依リ被害者ノ損害ヲ賠償スルニ於テハ被害者ノ財産上ノ損失ハ填補セラルヘキ筋合ナレハ其ノ時ヲ標準トシテ被害者ノ受ケタル損害ノ範囲ヲ定ムルハ理ノ当然ナルヲ以テナリ。加之不法行為ニ因レテ財産上ノ損害ヲ受ケタル者ハ現実ニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ外尚不法行為微リセハ受クヘカリシ利益ノ喪失ニ対スル損害ノ賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘキモノナレハ、不法行為ニ因リ滅失毀損シタル物カ後ニ価額騰貴シ被害者カ之ニ因リテ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルトキハ尚之ニ基ク損害即消極的損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス」と。

(註68) 大判昭和一二年二月二三日新聞四一一四号一〇頁、大判昭和一三年四月五日新聞四三三〇号七頁も同旨を述べる。東京高判昭和五三年一月二五日判時八八四号六〇頁、東京地判平成三年七月二五日判時一四二二号一〇六頁。

(註69) 二年間の傭船料の賠償請求が退けられた点に関し、小町谷操三「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」損保三〇巻二号（一九六八）七頁以下は、民法四一六条の類推適用を支持しつつも、海運の実情を無視していると指摘する。吉武前掲二八二頁は、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。

ここまでは、[9]までの不法行為の事例における言及と相違がない。Xもまた、従来の判例にしたがい、自己の選んだ任意の時点の時価を主張立証しているにとどまる。

原審は、Xの主張を次のように、退けている。

最高価格の「当時ノ船価ハ独逸ノ潜航艇カ商船ノ無警告撃沈ナル暴挙ヲ為シタル為船舶ノ需要激増シ之ニ因リ生ジタル異常ノ暴騰価額」であり「斯クノ如キ船価ノ変動ハ全然一時的現象ナルニ付キ一般取引ノ通念ヨリ監察シテ事物自然ノ常態ト認メ得ザルハ明ナリ。而シテXガ最高価格ニテ処分シ得ベカリシ主張及立証ナキガ故ニXノ主張ハ認容シ難」い。

これに対し、連合部は、その後の判決でもよく引用される、次のような枠組を提示している。本稿ではこれを富喜丸準則と呼ぶことにする。

「被害者ハ不法行為当時ヨリ判決ニ至ル迄ノ間ニ価額ノ騰貴シタル一事ニ因リテ直ニ騰貴価額ニ相当スル消極的損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノニ非ス。其ノ騰貴カ縦シ自然ノ趨勢ニ因リタルモノトスルモ被害者ニ於テ不法行為微リセハ其ノ騰貴シタル価格ヲ以テ転売其ノ他ノ処分ヲ為シ若ハ其方法ニ依リ該価額ニ相当スル利益ヲ確實ニ取得シタルヘキ特別ノ事情アリテ其ノ事情カ不法行為当時予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ場合ニ非サレハ斯ル損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得サルモノトス」。

大審院は、富喜丸準則の根拠を次のように述べている。

「被害者ニ於テ該騰貴価額ニ依ル利益ヲ取得シ得ヘキ希望アリタルモノトスルモ其ノ希望ハ必スシモ之カ実現ヲ期スルコトヲ得サルヲ以テ物ノ価額カ騰貴シタル場合ニ付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實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。

大審院は騰貴価格での賠償を受けるには、その価格で転売等の処分をすることによって利益を得べかりし特別の事情のあること、及び、その特別の事情の予見可能性のあることを要件としてあげているが、その理由付けは前者を問題としているにとどまるように見られる。

当時の大審院は、民法四一六条の適用される債務不履行では、価格騰貴が戦乱の勃発のような特別の事情に基づいている場合には価格騰貴の程度が顕著な場合ではなくても、戦乱等の特別の事情の予見可能性を問題にしている。連合部が本件の価格騰貴を「自然ノ趨勢ニ因リタルモノ」と考えている可能性はあるが^(註70)、それ以前の大審院の態度からすると、特別の事情による価格騰貴と考えられたというべきであろう。また、主張されている時点が解除後の時点であるかまたは転売契約が存在する場合には、その時点まで物を保有して利益を得べかりしことの特別の事情の有無（その予見可能性の有無は問うていないが）を問題としている。

いうまでもなく、民法四一六条は、生じた損害の賠償範囲に関する規定であって、損害の有無に関する規定ではない。同条が類推適用されないという立場が維持されていたとしても、不法行為においても損害の発生は責任肯定のために必要である。ただ、債務不履行の事案でそれを問題にする契機となった事情は本件事案には存しない。

右は利益を得べかりし確実性について問題にするのみである。これは、実質的には[11]と同様の論理構成である。つまり、[12]のあげた理由づけをみるかぎり、利益を得べかりし事情の予見可能性にたちいる必要性はなかったといえる。つまり、騰貴価格に相当する損害の有無の問題として処理すればたりるといえる。こと損害の存否の問題にかぎり債務不履行と不法行為とを区別する必要はない。ただ、「利益ヲ確実ニ取得シタルヘキ特別ノ事情」の予見可能性の必要性まで説くのは論理に飛躍があるが、反面それ故に、新判例としての意義があろう。かくて、判旨は、「騰貴シタル価額ニ依リ損害ノ賠償ヲ請求スル債権者ハ価額騰貴ノ事実ヲ立証スル

(註70) 水野謙前掲法教二〇五号三九頁。

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」としている。Xは、価格騰貴の事実を証明するのみで、右の事情とその予見可能性を主張立証していないとしてXの賠償請求はいれられなかった。不法行為への民法四一六条の類推適用を否定していた先例（[30]と[9]）は変更されている。

責任原因の相違をのぞけば、価格騰貴による損害の取扱いにおける[11]と[12]の最大の相違点は、後者が明確に「利益ヲ確實ニ取得シタルヘキ特別ノ事情」を民法四一六条二項にいう特別事情とみる点にあるといえる。本件Xのもとめた価格騰貴による利益はけた違いである。そもそも中間最高価格の賠償請求に消極的であった当時の学説は本判決を歓迎している^(註71)。大審院が価値判断としてXの請求を退けるべきと考えていた可能性も指摘されている^(註72)。Yが当時有数の商船会社であったこともその一因とされている。ただ、そのような価値判断にたったとしても、騰貴価格に相当する利益を得べかりし事情を同条二項にいう特別事情とみる必要はなかったとおもわれる。同条を不法行為に類推適用するにせよ、[5]などにみられるように、価格騰貴をまねいた事情をその態様におうじて同条二項にいう特別事情とみることで否定的結論を導いたのではなかろうか。たしかに、本件における価格騰貴の一因となった第一次世界大戦の勃発は本件衝突沈没事故の約一年前であり、これ自体を特別事情とみても否定的結論は導けない。しかし、本件における船舶の一時的な価格騰貴は大戦勃発自体ではなく原判決の指摘によれば「独逸ノ潜航艇カ商船ノ無警告撃沈ナル暴挙ヲ為シタル為」に生じた価格騰貴であり、これを特別事情とみれば、予見可能性の不存在を理由に請求を棄却しえたのではなかろうか。

そもそも本判決が民法四一六条を引用したのは、所有者が中間最高価格

(註71) 末弘巖太郎「判批」判民大一五年五三事件、石田文次郎『債権各論講義』三〇四頁以下、参照。その他、岡村弦治『債権法各論』七四九頁。

(註72) 四宮前掲『続判例百選』三九頁、水野謙『因果関係概念の意義と限界』二五八頁参照。

時をはさむ期間に傭船契約を締結してそこからえられたろう莫大な傭船料の得べかりし利益の賠償請求を退ける際にである。あえて同条を問題にする必要があったのか筆者には能くわからない。ただ、傭船を常態としていたXにおいては、傭船契約によって傭船料を得べかりし「特別ノ事情」はあったとおもわれるため、同条を援用したのであろうか。「特別ノ事情」の存在を疑問視させた事情はかつての裁判例をみるかぎり、具体的な転売契約の存在（[8]）や取引の目的物の性質（[11]）、である。本件にはそうした事情はなく、傭船を常態としていたから中間最高価格時までの物の保有の継続についての推測も充分になりつつともいいうる。その意味において、[11]のいう「特別ノ事情」を同条二項のそれと解して予見可能性を問題にする必要があったともみる余地があろう。

平井宜雄教授及び栗田哲男教授の研究^(註73)によれば、第一に、当時の諸状況にてらすと、転売時期の特定はむずかしいが戦乱による価格騰貴を利用して転売利益をXがえた蓋然性があり、Xの賠償請求額は過大ではない。第二に、Xは意図的に提訴を遅らせ値上りをまったのではない。第三に、富喜丸事件の枠組は、騰貴価格の賠償がみとめられなければ不法行為時のかなり低い価格の賠償しかえられないという結論をまねき、富喜丸事件のような事案では事案の解決として具体的に妥当ではない。第四に、転売したであろう特定の時点が証明できない場合にも、戦乱による価格騰貴を利用してXが得た蓋然性のある平均的な転売利益の賠償がみとめられるべきであった、とし、それにあった理論構成として、基準時問題を損害の金銭的評価の次元でとらえられる^(註74)。

(註73) 平井＝栗田前掲法協八八巻一号・二号。

(註74) 損害賠償額の算定時期に関する平井説の意義については、拙稿前掲六甲台九〇頁以下参照。

三 富喜丸事件判決後

不法行為への民法四一六条の類推適用を肯定する態度は、当時の学説により受容されている^(註75)。

ところで、[12]の先例的意義については、近時有力な研究により疑問が提出されている。個々の裁判例をとりあげての批評は後にゆずり、ここでは、総論的な指摘を引用するにとどめる。

平井宜雄教授は、履行不能や不法行為の時点を基準にする裁判例の大半は、損害賠償請求権発生時であるがゆえに基準時とするのではなく、同時点の時価を基準にする賠償権者の請求をそのまま容認した具体的結論の反射である、とされる^(註76)。また、損害賠償請求権発生時以外のたとえば履行期（[22]）の時価を通常損害とみることは矛盾である、とされる^(註77)。富喜丸準則は、これを緩和してまで請求を認容しようとする[47]と[48]によって、実質的意義がうしなわれたとする。

北川善太郎教授は、[12]はそれまでの判例における完全賠償原理とはことなり制限賠償原理を採用した、とされる。そして、[12]は、ドイツにおいて完全賠償原理を実現するための法的構成であった相当因果関係論を制限賠償原理の実現のためにもちいたもので、それによって相当因果関係論が民法四一六条との接合により日本的に変容した、と指摘される。そして、[12]の制限賠償原理とはことなり後の数例はほぼ、賠償権利者が第三者と契約関係にある類型をのぞけば、完全賠償原理といえないまでもかなり債権者保護の立場かそれにかたむいた原理をとっていると分析される。それらは、すくなくともより少ない賠償額を主張している債務者の見解がしりぞけられ債権者の請求が認容されているという意味において制限賠償原理には立脚しない、とされる。また、同一類型の損害が通常損害とされたり

(註75) 判決直後のものとして、勝本前掲書。その他に岩田新『債権法新論』（一九三四）九五頁など。

(註76) 平井『理論』二四三頁以下。

(註77) 履行期の時価を通常損害とした[22]については、拙稿前掲本誌三四号一〇九頁以下参照。

特別損害とされたりして判例上一貫されていない、とされる^(註78)。

以下では[12]後の裁判例をおもに、[12]の先例的意義の有無に留意して検討をくわえることにしたい。なお、不法行為に関する富喜丸準則が債務不履行にもあてはめられるかどうかは、若干の留意を要する。[11]までの債務不履行の裁判例と同じく[12]が民法四一六条を用いて損害賠償額の算定期限の問題を処理しているとはいっても、予見の対象となる特別の事情には相違があるというべきであり、前者の判断枠組を[12]がそのまま受容したとは断じがたい。[12]自身はもっぱら不法行為に関する先例を変更するにとどまり、[11]をふくめ債務不履行にはふれていない。そのために、債務不履行には富喜丸準則でなくせいぜい[11]の法理があてはまるとみる余地も残されている。ただ、富喜丸準則自体は、損害賠償の範囲が民法四一六条＝相当因果関係によりさだまるという命題を価格騰貴による損害にあてはめたものと理解されるのであり、逆に富喜丸準則は債務不履行に妥当する可能性がないということはできないであろう。

債務不履行の事案においては、[11]の枠組にも留意して問題を検討したい(もっとも、解除がなされた事案においては、履行不能と同列におかれるべきかどうかははっきりしない。その意味において若干留意を要する)。従来、債務不履行の事案では、予見の対象とされていたことが明らかであるのは価格騰貴を招いた事情である。これに対し、富喜丸準則が予見の対象としているのは、騰貴価格により利益を得べかりし事情である。したがって、以下において後続の裁判例を検討するさいにはこの点に注意をして見ていくことになる。

(a) 履行不能・不法行為と通常損害

履行不能における価格算定の基準時については[11]が先例である。履行不能時における時価を積極損害としてただちに損害の発生をみとめ、爾後の価格騰貴により利益を得べかりし特別の事情のあるときにこれを消極的

(註78) 北川前掲於保、同前掲論叢、同前掲注民。

損害として加算する。後者が特別損害にあたるかどうかにかみこんでいない点をのぞけば、[11]は富喜丸事件判決と同一線上にある。履行不能時の時価については、[11]と[12]とではちがいが無い。責任原因の相違はあるが、いずれも損害賠償請求権の発生時点の時価をただちに通常損害として賠償の対象とする点は共通している^(註79)。

まず、履行不能・不法行為時の時価について判例の状況を確認したい。

[36]大判昭和五年七月一日裁判例四輯民事八四頁

ある株式を購入したXが代金の一部の払込をYに委託したがYが払込まなかったことで失権したことによって被ったとして損害四八〇円の賠償を請求している。右株式は計約一〇円で競売された。Xが株式購入のために出費した金額と同額の損害賠償請求を認容した原判決はYの上告により破棄された。「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」ず、と。

事実上Xは株式購入のために支払った金員の回収を意図しているとおもわれる。Yの債務不履行がなかったならば、Xは目的物である株式の権利を取得していたであろうから、Xの損害はある時点における目的物の価格相当額であり、その評価としてXの支払った金額が利用しうるならともかく、Xの出費はYの債務不履行との間に因果関係のない損害であろう^(註80)。

次の判決は、履行期の到来する前に履行不能が生じている事案に関する。

[37]大判昭和六年四月二四日民集一〇卷六八五頁

Xは自己所有の本件山林の竹木を売渡担保としてYより金一万円を借

(註79) もっとも、不法行為によっていったん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損害を被ることがありうる。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。大判昭和八年一月二一日新聞三六六五号七頁、大判昭和十一年四月一六日法学五卷九号一〇四頁、大判昭和十一年四月二一日全集三輯五号一六頁。遅滞後に履行された場合も同様である。大判昭和九年一月一六日裁判例八輯民事一頁。拙稿前掲本誌三四号一一六頁参照。

(註80) 平井『理論』二四四頁、北川前掲論叢九〇頁。

受けた。しかし弁済期到来前にYは担保物をAに売却した。そののち転々譲渡された目的物を時価二万四千元で購入したXはそれと債務額一万元との差額を損害賠償請求している。XからYには債務の弁済はなされていない。履行期における物の価格一五二四三元より債務額を控除した五二四三元を損害額と認定した原判決を支持する大審院は、借入金の返還未了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Yの上告を棄却した。「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」しうる、とされた。

損害賠償請求権の発生する時点としての履行不能時の不採用例とみる余地はあるが（末延三次「判批」判民昭和六年度七一事件は履行期を基準とすることに賛同する）、売渡担保の事案である本件事案には、そもそも弁済期が到来しても債務の弁済のないときには弁済期に目的物を売却して債務を清算すべきという、特殊性があるとおもわれる。なお、価格算定の基準時は上告審における争点とはならなかった点にも留意すべきであろう。

もっとも、最高裁は、類似の事案において履行期到来前の不能時を基準時としている。

[38]最判昭和三五年一二月一五日民集一四卷一四号三〇六〇頁^(註81)

XはAから八万円を借受け、自己所有の山林を売渡担保としてAにさしいれ、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にさしいれた。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

(註81) 本判決についての解説・研究として、川添利起「解説」最判解民昭和三五年度一四五事件、同「判批」金法二六七号（一九六一）、柚木馨「判批」民商四五卷一号（一九六一）、村上淳一「判批」法協七九卷六号（一九六三）、澤野順彦「判批」『担保法の判例（2）（ジュリスト増刊）』（一九九四）所収。

あることをみとめないため、Xは右元利金を供託し^(註82)、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一五万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一〇万円余と認定した。[37]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には、それが履行期前であっても、その時を基準として右損害額を算定すべき」であるとしている^(註83)。

履行不能時を基準時の原則とする準則^(註84)が[38]においても適用されたものとみられている。その意味で判例変更があったとの指摘がある^(註85)。学説はおおむね、[38]を支持するが^(註86)、譲渡担保権設定者がただちに期限の利益を放棄し弁済の提供をして目的物の返還を請求しうることを考慮したものとおもわれるとして、[38]を一般化すべきでない、という指摘^(註87)、また、将来弁済がなければ担保権実行の結果目的物件の返還を要しないこともあり得るにもかかわらず弁済前の伐採により返還義務の履行不能が確定的になったと解することに疑問が残るという指摘がある^(註88)。

[39]大判昭和七年五月二七日新聞三四四八号七頁

XがYから購入した本件家屋二棟（代金総額四五〇円）の引直義務は履行期到来後にYらの帰責事由により履行不能となったため、損害賠償として四五〇円の支払をYらに原審は命ずる。原審は売買代金と同額の価値をみとめるが、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時～判決当時の間に目的物の価格の

(註82) 不足が僅少な債務の一部の提供・供託の効力の観点からみた本判決の意義については、拙稿「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」本誌三二号（二〇〇三）一〇三頁以下参照。

(註83) 同旨、東京高判昭和四七年八月三日判タ二八六号三三六頁。

(註84) 最高裁の先例として、最判昭和三五年四月二一日民集一四巻六号九三〇頁参照。

(註85) 川添前掲最判解民、柚木前掲、中野前掲一二二頁。

(註86) 於保不二雄『新版債権総論』一四四頁、三宅正男『契約法（総論）』（一九七八）二五六頁以下など。

(註87) 我妻栄『新訂債権総論』（一九六四）一二五頁以下。

(註88) 川添前掲金法二〇六頁。

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しうる、とした。

本判決は、履行不能時が価格騰貴時である事案に関する。その後の価格変動の詳細は判決文からは明らかではないが、価格下落にもかかわらず不能時の時価が認められたのだとすると、次の[40]と同様に、履行不能時の時価は最低限度の損害賠償であると見ることができよう。

以下は、不法行為時を採用する裁判例である^(註89)。

[40]大判昭和七年四月一日民集一一卷六〇九頁

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に民法七一七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に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。

本判決は、不法行為後の価格騰貴による損害は、価格下落のため生じていないので、不法行為時の時価に相当する積極損害についてのみ損害発生をみとめたものといえよう。いいかえれば、不法行為後の価格下落にもか

(註89) 下級審のものとして、東京地判昭和二九年一月一八日下民集五卷一号二〇頁ほか。

かわらず不法行為時の価格の賠償を認めた点は注目される。不法行為時の価格は最低限度の損害額を意味しているということができよう^(註90)。

次の判決は、最高裁としてはじめて不法行為時を原則とする旨を説く。

[41]最判昭和三二年一月三十一日民集一一卷一号一七〇頁^(註91)

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^(註92)原判決は破棄されている。

「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」。

本判決は、最高裁として、大審院と同様に、不法行為時を原則とする旨を明らかにしている^{(註93)(註94)}。原審の結論を妥当と見る見解もある^(註95)。

(註90) 拙稿前掲六甲台八三頁、九一頁以下。

(註91) 本判決についての文献として、土井「解説」最判解民昭三二年三事件、谷口知平「判批」民商三六卷一号（一九五七）。

(註92) 他に、東京地判昭和二七年一月二二日下民集三卷一号六一頁、広島地判昭和四三年二月二九日訟月一四卷五号四九一頁。

(註93) 土井前掲二七頁。

(註94) 東京地判昭和五一年六月二九日判時八四五号七〇頁は、売買による所有権移転登記の申請を受け付けた上登記済証を交付しながら登記官Aが申請にかかる登記をしなかったために売主の二重譲渡・登記により売買の目的物たる土地の所有権を取得できなかったことに対する国家賠償の請求において、Xは、第三者への移転登記時に本件土地の価格騰貴をAが予見可能であったとして、履行不能後の騰貴価格によるべきであると主張したのに対して、「国がXらに対して賠償すべき損害の範囲は、本件登記官の過失ある行為と相当因果関係にある損害であり、右両損害は、本件～土地につき第三者に所有権移転登記がなされた時に現実化するものであるから、その時を基準とする本件～土地の価格相当額をもって、右相当因果関係にある損害というべきである」としている。

(註95) 谷口前掲民商三六卷一一二頁以下。

次の事案は、取得時効の反射的效果により所有権を喪失した者が口頭弁論終結時を基準にして損害賠償を請求したが、時効完成時を基準にしている。

[42]最判昭和五〇年三月二八日民集二九卷三号二五一頁^(註96)

本件農地（所有者X）にたい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Aらが売り渡されて所有権の取得登記を終え占有を開始して一〇年以上経過していたところ、XからY・Zらにたい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いうえ、次のように述べて損害賠償請求の一部を認容している。「国が違法に無効な農地買収・売渡処分を行って被売渡人に該農地に引渡し、その占有を得させ、被売渡人ないし転得者が時効期間満了まで占有を継続して右農地の所有権により取得し、その結果被買収者がその所有権を喪失しそれによる損害を被ったときは、その損害は国の違法な農地買収・売渡処分がなかったならば当然生じなかったものであり、右損害の発生は違法行為の時に通常予測し得るところであるから、国の右違法行為と被買収者の被った右損害との間には通常生ずべき相当因果関係があると解するのが、相当である」としたうえで、「Xの所有権喪失による損害は、時効完成時に現実化するので、時効完成時における農地の価格相当額が損害である」と。

自創法にもとづく国の買収処分が無効であったが払渡しを受けた者が問題の農地を時効取得したために所有権を失った者が国に対し国家賠償を請求するケースが何件か見られる。[42]ではそうした事案における最高裁の

(註96) 本判決についての文献として、輪湖公寛「解説」最判解民昭和五〇年度一四事件、白井皓喜「判批」民商七三卷六号（一九七五）、古崎慶長「判批」『行政判例百選Ⅱ』（一九七九）所収、芝田俊文「判批」西村宏一ら編『国家補償法大系3巻』（一九八八）所収。

判断が示されている。

国の行為との間の相当因果関係が問題になりうる。両者の間には事実的因果関係はあるが、法的な因果関係はないという裁判例^(註97)や、国の処分は有効であったが国による買収登記等の手続の懈怠と時効取得との間に因果関係はないという裁判例^(註98)がある。国家賠償法一条における相当因果関係は被害者救済の見地から広範囲に認めることが社会通念に合致するといわなければならないという指摘がある^(註99)。芝田俊文教授は、「本件のように、国の買収手続の瑕疵が重大かつ明白であること、Xらは、本訴提起直前までAの相続人になったことすら知らず、時効中断措置をとらなかったとしてもやむをえないこと、被売渡人ないし転得者は、国の買収・売渡処分が有効であると信じて所有の意思をもって占有を継続するのが通常であり、時効の完成・援用という行為は、国の処分に続く因果の流れにすぎないことに照すと、違法・無効な買収・売渡処分と取得時効完成による被買収者の土地所有権喪失との間には相当因果関係がある」と指摘する^(註100)。

所有権喪失により生ずる損害額としてある時点における土地の価格が問題となるが、どの時点の価格によるべきであるかについては、時効の遡及効を根拠に起算日、時効の完成時、時効の援用時、口頭弁論終結時、が議論の対象とされている。最高裁は、第一審・控訴審と同じく、時効の完成時を基準としているが^(註101)、時効の遡及効を理由に起算日の価格によるべき旨を説く裁判例^(註102)もある。学説は、所有権喪失時として時効完成時が基準になるとする^(註103)。

(註 97) 大阪高判昭和四六年一二月二日判時六六六号五七頁、大阪高判昭和五二年一二月二日判時八八八号八一頁、千葉地判昭和五六年三月二五日訟月二七卷六号一一〇六頁。

(註 98) 東京地判昭和五二年九月九日訟月二三卷九号一五六四頁。

(註 99) 古崎前掲二八五頁。

(註100) 芝田前掲二四八頁以下。

(註101) 下級審のものでは、浦和地判四八年一二月二日訟月二〇卷五号三七頁、大阪高判昭和五三年三月三〇日訟月二四卷七号一三九六頁は、いずれも、取得時効の援用時ではなく完成時である、としている。

(註102) 東京高判昭和五〇年三月二七日訟月二一卷五号九八二頁。

(註103) 芝田前掲二四九頁以下、白井前掲八一七頁。

平井宜雄教授は、[36]、[39]の事案としての特殊性から、富喜丸事件の履行不能における意義を疑問視されるが^(註104)、かかる準則に反する判断でない^(註105)。[37]は履行期前の履行不能の事案であり、他と必ずしも同列にはおけないであろうし、また、最高裁により判例変更がなされているという理解がある。

履行不能や不法行為と同時に同時点の時価に相当する損害が性質的に発生しかつこれが通常損害としてあつかわれているために、賠償権利者から履行不能時や不法行為時が基準時と主張されたときにこれをただちに受容するという結果がまねかれているとみるべきであり、権利者の請求をそのまま認容した具体的結論の反射である（平井『理論』二四五頁）、というべきではないとおもわれる。

かくて、履行不能時（[11]）、不法行為時（[12]）を原則とする枠組は爾後の判例によって維持されているというべきである^(註106)。

なお、通常損害としての履行不能時、不法行為時の価格につき賠償義務者に予見可能性のない場合がありうるが、予見可能性のないことを理由に

(註104) 平井『理論』二四四頁以下。

(註105) 北川前掲論叢九一頁。

(註106) 爾後の価格騰貴による損害に触れずに履行不能時・不法行為時をそのまま採用している下級審判決には次のものがある。履行不能に関するものとして、横浜地判昭和二七年一月一六日下民集三卷一七〇頁、東京地判昭和二九年一月二一日法曹新聞八七号一一頁、東京地判昭和三一年一月二八日下民集七卷一〇一一頁、東京地判昭和三一年八月六日下民集七卷八号二一〇一頁、大阪高判昭和三二年二月四日下民集八卷二号三一九頁、東京高判昭和三二年四月三〇日法律新聞一〇六・一〇七号二一頁、東京地判昭和三六年三月四日法曹新聞一六二号一三頁、大阪地判昭和三六年四月六日判時二六九号二五頁、福岡高判昭和三四年四月二五日金商五八一号二一頁、など。不法行為に関するものとして、東京高判昭和三二年七月一六日不法下民昭和三二年度（下）一一四二頁、東京地判昭和三二年八月二七日同書一一六九頁、大阪高判昭和三八年一月三〇日判時三三〇号三八頁、名古屋地判昭和三八年八月四日判時七二七号七〇頁、岡山地判昭和三九年四月二九日判時一一三七号一一六頁、など。

しては賠償額を制限することはできない^(註107)と考えられている^(註108)。

(b) 騰貴価格による損害賠償請求

不法行為の事案については不法行為後の価格騰貴による損害が富喜丸準則により処理されているかどうかをみる。また、債務不履行の事案については、[11]の枠組および富喜丸準則のいずれにも注意しておきたい。

i) 債務不履行

次にあげる三件（[13][14][15]）は履行不能の事案ではいずれもないようであるが、[12]後の大審院における価格騰貴による損害の取扱いを知るうえで参考になる。

[13]大判昭和六年四月一五日新聞三二六六号一五頁は、予見可能性を問題としないでXの請求を認容した原判決に対する売主Yの上告にこたえて、問題の価格差を得べかりし転売利益すなわち特別損害とみたうえ、かかる利益を得べかりし事情とその予見可能性を援用している。本判決は、富喜丸準則に従って、騰貴価格の問題を処理しているといえる。転売利益を得べかりし事情とその予見可能性が売買当事者が雑穀売買業者で業者組織の組合員であるという具体的な転売の蓋然性とは必ずしも結びつかない事情

(註107) 神戸地判平成三年一〇月二三日判タ八〇三号二四六頁は、「不法行為時がいわゆる中間最高価格であっても、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」としている（遺留分減殺請求されたにもかかわらず、その翌日受遺者が遺贈目的土地を第三者に売却し、移転登記を終えたことが、共有持分権の侵害に当たるとし、遺留分権利者の被った損害額の算定は、不法行為時がいわゆる中間最高価格であっても、不法行為の特質から不法行為時を価額算定の基準時と解するのが相当とされた事例）。なお東京地判平成三年七月三日金法一三一〇号三二頁は相続開始時の価格による。解除時のそれについては、最判昭和三八年一月二二日集民六四号六三頁。拙稿前掲本誌三四号一六頁。

(註108) 最判平成一〇年四月三〇日判時一六四六号一六二頁は、宅配便業者と荷送人との間の運送契約における運送品の毀滅等による前者の損害賠償責任について約款により三〇万円の上限が設けられていたところ業者が荷物（貴金属・宝石類）を紛失したために荷受人より不法行為に基づく損害賠償請求を受けた事案において、限度額を超える損害賠償請求は当該荷受人については信義則に反し許されないとしている。約款の定める限度額をこのような事例における通常損害の額とみることができれば問題の解決は容易であろう。能登真規子「判批」名法一八〇号（一九九九）四六七頁、拙稿「判批」沖繩法政研究二号（二〇〇〇）一〇七頁。

から推認されているために、富喜丸準則は事実上は問題処理の実効的な基準になっていない。北川教授は、市価と約定代金との差額をむしろ、こうした取引における債務不履行から通常生ずべき損害とみるべきである、と指摘されている^(註109)。

次に紹介する判決では 履行遅滞により契約が解除されているが、[13]とは異なり、履行期から解除までの中間価格の賠償が特別の損害とされることなく認められている。

[14]大判昭和九年八月一〇日全集一輯九号一四頁は、[11]の、転売利益を「騰貴価格ニ依リテ買主ノ得タルヘキ特別ノ事情ハ一般商品就中有価証券ノ如キ取引ノ頻繁ニ行ハルヘキ性質ヲ有スルモノニ在リテハ之ヲ推測シ得ヘキ場合少カラサル」という指摘に依拠して、予見可能性を問題とすることなく、解除前の騰貴価格の賠償を肯定しているようであり、[12]の影響は見いだされない。右にいう特別の事情とは、価格騰貴時より前に処分する具体的な転売契約等を指していよう。この判決が、[12]ではなく[11]を引用している点は注目に値する。

次の判決は、中間最高価格での賠償請求を退けている。

[15]大判昭和一二年三月五日全集四卷五号六頁では、具体的な転売契約は存在しないようである。しかし、株式その他の有価証券の売買を業とする商人が買主となる取引においては、それほどの期間をおかず、買主たる商人が目的物である有価証券を処分するという傾向にかんがみて、「履行期～ヨリ約八ヶ月後～ニ於ケル相場ヲ以テ転売シ得タ」考えることは難しく、「何等カ之ヲ首肯スルニ足ル特別事情ノ存スル」ことが必要であるとされている。この判決は、転売の事実のあった[11]にしたがったものといふことができよう。なお、本判決は問題の特別事情が存在しない場合には何時の時価を基準とすべきかを明らかにしていないという指摘がある^(註110)。

右にあげた三件の裁判例を見る限り、たしかに、富喜丸準則によっているものもあるが、むしろ、[11]の影響を見いだすべきであろう。下級審裁

(註109) 北川前掲於保一三四頁。

(註110) 平井『理論』三〇四頁。

判例にはいずれも影響を与えている^(註111)。

ii) 不法行為

不法行為の事案を以下に紹介する。

次の判決は富喜丸準則に従って騰貴価格による賠償請求を退けている。

[43]大判昭和五年一二月二〇日評論二〇卷民法一四四頁

一〇分の二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。伐採から約一年弱後の最高価格の価格を基準にする原判決は破棄されている。

(註111) 任意に市価で譲渡することができる蓋然性が乏しくかつ建物所有の目的として取得した借地権を喪失したことに対する賠償として中間最高価格を基準にしている賃借人の請求を「該賃借権ヲ最高ノ市価ヲ以テ第三者ニ譲渡シ得ルトノ確実ナ〜ヲサル限り賃借人ニ於テ将来借地権ノ価格カ昂騰スヘキ事ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシト否トヲ問ハス履行不能〜時ニ於ケル借地権ノ市価ヲ以テ損害額算定ノ標準ト為ス」べきであるとして退けた事例（東京地判昭和七年二月一三日新聞三三九七号九頁）、土地の二重譲渡による履行不能後に契約を解除して解除までの騰貴価格に相当する利益の賠償を買主が求めたのに対して富喜丸準則を一般論としたうえ「ヨリ高キ価格ノ目的物ヲ所有シ得タルナルヘシト云フ事実アルノミヲ以テハ足ラサル」ものとした事例（東京地判昭和七年六月一日法律新報三〇〇号二五頁）、米雑穀の業者間売買において買主が売主の履行遅滞により契約を解除して解除時の価格を基準に損害賠償を請求したところ利益取得の確実性および転売の事情についての予見可能性があるとされた事例（東京地判昭和七年九月二九日評論二一巻民法一一三四頁）、履行不能から三ヶ月後の連合軍の接收解除により高騰した借地権価格について富喜丸準則によりながら利益取得の確実性および価格高騰を招いた接收解除についての予見可能性をみとめて解除時の時価の賠償を認めた事例（横浜地判昭和二七年一二月一六日下民集三卷一二号一七七〇頁）、賃借権の喪失による損害は通常借地人が自ら当該土地を使用収益しえなくなったことによる損害であるから、その後地価騰貴の趨勢につれ賃借権の評価額が上昇することとなったとしてもこれにより確実な利益を取得したであろうという特別の事情が認められない限り、その上昇額をもって借地権喪失による損害ということも相当でないとして履行不能時の借地権価格によった事例（東京高判昭和四四年八月八日高民二二卷四号五七三頁）などがある。これに対し、もっぱら価格騰貴の予見を問題にするものとして、敗戦によるインフレの予見可能性のないことを理由に騰貴時の主張を退け履行不能時によるもの（東京高判昭和三年九月二二日東高民時報九卷九号一六三頁）、不動産の価格騰貴を招いた大戦後のインフレについては予見可能性を肯定したが価格騰貴の程度（約六倍）については予見可能性を否定したうえ諸事情を斟酌して損害額の三倍の額の賠償を認めた事例（福岡高判昭和三年一二月二六日下民集九卷一二号二六六三頁）などがある。なお、株式の有する高度の処分可能性を理由に債権者の選択した時点を通常損害として採用しているもの（東京地判昭和三〇年六月一六日法曹新聞一〇三号八頁、長野地判昭和三六年八月一五日日下民集一二卷八号一八八〇頁）、株式について価格騰貴の予見可能性および債権者の主張する時点での売却の可能性が十分にあったとするもの（東京地判昭和三年一月二二日日下民集七卷一〇号二九五〇頁）、がある。

曰く、「不法行為ナカリセハ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当時之ヲ予見シ得タルヤ否ヤニ付何等説明スル所ナ」いと。

次の判決は、騰貴価格による転売利益を得べかりし事情が認定できないとして、騰貴価格による賠償請求を退けている。かかる事情の予見可能性が問題とされていない点は注目される。

[44]大判昭和一三年七月一日全集五輯五号二一頁

Aは商人Xらの所有する除虫菊乾花にたいし昭和三年一月二五日に仮処分をなし次に翌年五月六日にこれを競売して売得金を供託させた。仮処分なかりせば、乾花を仮処分執行中の同三年七・八月頃の騰貴価格で転売できたであろうから、反証のないかぎり、この騰貴価格と後日返還をうけた供託金との差額は得べかりし利益であるとしたXらの賠償請求をいれる原判決は、Xらが商人であること・価格騰貴の事実をもってただちに騰貴価格を確実に得べかりしとみたのは不当とするYの上告にこたえ、破棄された。

「不法行為ニ因リテ所有物ヲ妨ケラレタル者カ其ノ後騰貴シタル価額ヲ以テ転売スルコトニ因リ得ヘカリシ利益を喪失シタル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルニハ、被害者ニ於テ不法行為ナカリセハ、確實ニ其ノ騰貴シタル価額ヲ以テ他ニ転売スヘカリシ特別ノ事情ナキ限り、被害者ハ右ノ如キ利益喪失ノ損害ヲ被リタリト為スヲ得サルモノトス。原判決ハ～昭和三年七・八月頃ニハ本件除虫菊乾花ノ価額カ～騰貴シタル事実及X等ハ商人ナリシ事実ニ基キ直チニX等ニ於テ右価額ヲ以テ他ニ転売シ得ヘカリシモノト認定シタルモ商人ナルノ故ヲ以テ必スシモ騰貴シタル価額ヲ以テ転売シ得ヘカリシモノト認メ得ヘキニ非ス。然レハ原判決カ他ニX等ニ於テ右ノ価額ヲ以テ確實ニ転売シタルヘキ特別ノ事情ヲ説明スルコトナクシテ、前記ノ如キ得ヘカリシ利益喪失ノ損害賠償請求ヲ認容シタ

ルハ審理不尽理由不備ノ譏ヲ免レス」と。

不法行為に関する大審院の右の二件の裁判例はいずれも、騰貴価格による損害を転売等による得べかりし利益と見ている。[43]はまったく富喜丸準則によっている。[44]は、かかる事情の存否を問題にしているにとどまるから、富喜丸準則によったものではなくむしろ[11]に近いという見方もあり得よう。ただ、原判決を破棄するにはかかる事情の有無を問題にすれば足りた事案であるから、富喜丸準則によったものとみることもできよう。

最高裁は、不法行為に民法四一六条を類推適用している^(註112)。騰貴価格が問題となった不法行為の事案は次の一件のみである。この事案は、[12]の判断枠組によっている。

山林が不法に伐採されたために所有者の被る損害を、伐採時の時価によって算定すべきか^(註113)、それとも、適正伐採期のそれによるべきか^(註114)、については、議論がある。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のあることを判断基準として^(註115)、または、富喜丸事件の判断枠組によって、爾後の価格騰貴の賠償が認められる余地

(註112) 最判昭和四八年六月七日民集二七卷六号六八一頁、最判昭和四九年四月二五日民集二八卷三号四四七頁、最判平成八年五月二八日民集五〇卷六号一三〇一頁、最判平成八年五月二八日判時一五七二号五三頁。

(註113) いずれも不法下級昭和三二年度（下）に登載された、熊本簡判昭和三二年四月三〇日同書八三七頁、仙台高判昭和三二年六月五日同書八四四頁、和歌山地判昭和三二年六月一二日同書八四八頁、神戸地豊岡支判昭和三二年八月九日同書八五九頁、福島地白河支判昭和三二年九月二〇日同書八六九頁、福島地白河支判昭和三二年九月三〇日同書八七〇頁、松山地大洲支判昭和三二年九月三〇日同書八七二頁、松山地大洲支判昭和三二年十一月三〇日同書八七六頁、大洲簡判昭和三二年十一月三〇日同書八八二頁、熊本簡判昭和三二年二月一六日同書八八六頁、のほか、東京高判昭和二八年五月二三日東高民時報四卷一号二三頁、大阪高判昭和三六年三月二五下民集一二卷三号六一二頁、大阪高判昭和四三年一月三〇日判時五八九号五六頁。なお、すでに適正伐採期にあった立木が伐採されたと思われる事案と適正伐採期前に伐採された事案とがある。

(註114) 福島地判昭和二七年八月三〇日下民集一一八七頁、長野地諏訪支判昭和三〇年七月六日下民集六卷七号一三一五頁、大阪高判昭和三八年五月二九日判時三四〇号三六頁、宮崎地都城支判昭和四八年三月五日判夕三〇六号二三〇頁。

(註115) 東京高判昭和三三年七月一七下民集九卷七号一二九七頁。

もある^(註116)。最高裁は、原則として、伐採時の価格によるべきとするが^(註117)、適正伐採期の価格について、次のような判決を下している。

[45]最判昭和三九年六月二三日民集一八卷五号八四二頁

Yは過失により昭和一五年末から翌年一月にかけ山林経営業者X所有の山林から立木(杉檜)を不法に伐採した。Xの山林の適正伐採期は昭和三二年末であったが、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、事実により、YはXが適正伐採期における右立木の収穫を取得しうることを見し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。

最高裁は、山林の不法伐採も、客体の特殊性に着目した枠組を特に用意せずに、[12]の枠組にしたがっているといえる。

下級審の裁判例には、富喜丸準則によっているものが目立つが^(註118)、

(註116) 宮崎地都城支判昭和三〇年六月一五日日下民集一一五三頁。広島高岡山支判昭和三二年六月七日不法下民昭和三二年度(下)八五三頁は利益をうべかりし特別の事情がないとして伐採時の価格による。

(註117) 最判昭和三五年一月二九日判時二四五号二二頁は、適正伐採期によるべき特別の事情が認められないとして伐採時の価格によった原判決を維持している。

(註118) 立木を伐採加工のうえ売却して利益をうべかりし事情およびその予見可能性があるとされた事例(東京高判昭和三三年八月一六日東高民時九卷八号一四七頁)、売主の運送委託にかかる目的物たる特殊鋼を運送業者が保管中に毀滅したために買主である特殊鋼、諸機械等の販売業者のした騰貴価格による賠償請求を富喜丸準則により利益取得の確実性およびその予見可能性があると認められた事例(東京地判昭和二八年一〇月三〇日日下民集四卷一〇号一五六四頁)、がある。

[11]によるものと見ることができるもの^(註119)もある^(註120)。

iii) 整理

不法行為の事案は富喜丸準則により処理されている。

問題は債務不履行の事案である。消極例には予見可能性の不存在だけを理由にするものは見いだされなかった。また、利益を得べかりし特別事情の（証明の）不存在、すなわち、損害の（証明の）ないことを理由とした否定例、たとえば[15]は、予見可能性の有無が問題とされる前段階での問題処理と見るなら、富喜丸準則によらない例と見る根拠とはならない。逆に積極例においては、上級審のものとして、富喜丸準則にのっとる[13]と、[11]の枠組による[14]がある。ここにまず[12]の先例的意義をうたがう余地はある。ただ、[14]は、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したにとどまり予見可能性を問題にしていないYの上告をしりぞけたという面からみると、上告審として右差額を特別損害とみて予見可能性を問題にする必要がなかった事案だといえる。また、たとえ予見可能性が問題にされても、[13]のごとく、結論に影響はなかったと推測される。前田達明教授^(註121)は、このような商人間では騰貴時の転売可能性にしたがい得べかりし利益の取得可能性が予見しうるということが大審院の前提となっている、と指摘される。[14]をただちに[12]の先例的

(註119) インフレーションの趨勢については予見可能性があるとしたがその程度についてはないとして倍額の請求を認めるにとどめた事例（東京高判昭和三三年九月一〇日高民一一卷八号四七九頁）、旧自創法に基づきから有効な売渡処分を受けて農地の所有権を取得したがY県知事が移転登記の嘱託を怠り当該農地が第三者に売却され移転登記もおえたために所有権を喪失したXの賠償請求を、戦後における土地価格の漸騰の傾向について予見可能性があり、喪失から数年後の事情を知った時点を衡平の理念に照らして基準として採用している事例（広島地判昭和四三年二月二九日訟月一四卷五号四九一頁）、不法行為によって賃借権取得の期待権を侵害されたがその譲渡が予想できないだけでなく賃借権取得の目的も自己使用のためであって他に転売するなどの方法により利益を得る目的に出たものではないので土地賃借権の交換価格の騰貴を考慮すべき特別の事情はないとされた事例（東京高判昭和四五年八月一九日判時六〇六号三七頁）、がある。

(註120) 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による賠償請求を退け売買代金をもって損害であるとした事例（東京高判昭和三六年九月二八日東高民時報一二卷九号一九三頁）、がある。

(註121) 前田達明『口述債権総論』一八四頁以下。

意義をあやうくする例とみるのは躊躇される。

いずれにせよ、[12]富喜丸事件判決後の大審院・最高裁・下級審の裁判例を見る限り、賠償権利者の主張する時点を退けている例も目立つが、その主張する時点を採用している例も少なくなく、富喜丸準則によって賠償権利者が十分な損害賠償を受けられなくなっているとは必ずしもいえない。

(c) 口頭弁論終結時の時価と富喜丸準則

履行不能及び不法行為後の価格騰貴において口頭弁論終結時は、[11]の提示する判断枠組によれば、他の時点と比較して、特段の意味を持つ時点ではない。もっとも、口頭弁論終結時を原則とするべきであると学説も有力に存在していた^(註122)。価格騰貴傾向にある場合、口頭弁論終結時の時価がもっとも高額であるから、賠償権利者の救済によく資する。そのような状況で履行不能時や不法行為時の価格の賠償を受けても救済として不十分になりかねない。損害賠償が事実審の口頭弁論終結時までに生じたすべての損害を対象とするとするならば、むしろ、口頭弁論終結時を原則とするべきであるということになる。[12]富喜丸事件判決からかなり経過した昭和三〇年代から、有力になる^(註123)。

口頭弁論終結時の特徴をふまえてこれを基準にしている最初の判決としては、次の下級審判決が見いだされる^(註124)。

[46]東京地判昭和三四年五月六日訟月五卷六号七八一頁^(註125)

所有者Xは本件建物および動産（本件物件）を売却する計画をたてていたが、Yから接収をうけ、XY間に本件物件について賃貸借契約が昭

(註122) 石坂前掲書、横田前掲書、大谷前掲書一六八頁以下、三瀨『債権法提要総論』二四三頁以下、ほか。

(註123) 谷口前掲『総合判例研究叢書(四)』四五頁、同「損害賠償額算定における損害避抑義務」我妻還暦(上)(一九五七)所収、高梨公之「損害賠償の範囲」民法演習三(一九五八)三五頁以下。

(註124) 前掲東京地判昭和二八年一〇月三〇日下民集四卷一〇号一五六四頁もある。

(註125) 本判決の評釈として、星智孝「判批」民研三四号(一九六〇)。

和二年五月一三日に締結された。Xは同日物件をYに引き渡した。返還期限の約定はなかったが、連合軍占領軍において住居に供する必要がなくなったときに返還する黙示の期限の定めがあった。同年六月一三日に本件物件は焼失した。Xは履行不能による損害賠償を請求し、同様に接收された周辺物件の返還時期に自分は本件物件を売却したであろうから、昭和二七年四月当時の価格により賠償を受けられると主張し、予備的に、焼失時から口頭弁論終結時までに著しいインフレがあったので衡平の観点から当然考慮されるべきであるとする。裁判所は、中間価格については、「右履行不能がなかったならば債権者がその目的物をその騰貴した価格をもって売却その他の処分をなす等して、その価額に相当する利益を確実に取得したのであると特別の事情のあること」および「債務者において価格の騰貴すべき事情があったこと及び債権者がその時期において売却したであろうことを知り又は知り得べかりし事情のあること」を要件として掲げ、また、「口頭弁論終結時の価格については、履行不能がなかったならば、Xが口頭弁論終結時なおその目的物を保有したであろう事情のあること」および「債務者において価格の騰貴すべき事情があったこと及び債権者が口頭弁論終結時においてなおその目的物を保有していたであろうことを知り又は知り得べかりし事情のあること」を掲げたうえ、本件物件は自己の住居として使用されており、接收解除時期も予測しがたかったので、Xの主張する当時の時価で本件物件が処分され、確実に転売利益を取得したという事情もなく、その予見可能性もないであろうが、しかし、口頭弁論終結時まで保有したであろうこと、市場価格、そのことの予見可能性はあったと考えられる。インフレ傾向についても公知の事実なので予見可能性はあった。かくして、口頭弁論終結時における価格が賠償されるべきであるとされている。

次に掲げる二件の最高裁判決は、それまでとは異なり、口頭弁論終結時と中間価格時とで異なる枠組みを提示する。そして、ともに口頭弁論終結時を基準時とする際の基準として、富喜丸準則にくらべゆるやかな要件を

もうける。いずれも、土地の所有権の登記移転義務を負う者が目的物を第三者に処分したうえ登記を移転し、先行する自己の登記移転義務を履行不能にした事案である。このような事案では、所有権移転の本登記がされた時点に履行不能が発生し、したがって、買主の損害は原則として、履行不能時である本登記時を基準に算定されるが^(註126)、爾後の価格騰貴がある場合に、その処理が問題となりうる。

[47]最判昭和三七年十一月一六日民集一六卷一一号二二八〇頁^(註127)

昭和二七年にXはYから土地を代金二万円、買戻特約付きで購入した。昭和三一年三月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。訴訟継続中の昭和三四年一月Yは土地をAに売却した。移転登記義務は履行不能となった。Xは請求の趣旨を履行にかわる損害賠償に変更。原判決（東京高判）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または予見可能であるとして、控訴審の口頭弁論終結時に最も近い昭和三五年七月当時の価格で算定した^(註128)。これに対してYが上告している（上告棄却）。

最高裁はまず、「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」としている。ここでは、予見可能性の有無は問題にされておらず、履行不能時の時価相当の損害は民法四一六条一項にいう通常損害とみられる。[11]や富喜丸準則との相違はそのかぎりではみられない。これにたいして、爾後の価格騰貴による損害の処理が若干ことなる。富喜丸準則にたいし、

(註126) 最判昭和三五年四月二一日一四卷六号九三〇頁参照。

(註127) 坂井芳雄「調査官解説」曹時一五卷二号、谷口知平「判批」判評五八号（一九六三）、乾昭三「判批」民商四九卷二号（一九六三）、平井宜雄「判批」法協八五卷一二号（一九六八）、川本権祐「判批」民研七六号（一九六三）、北川善太郎「判批」不動産取引法判例百選（一九六六）所収など。

(註128) おなじく、東京高判昭和三四年二月二七日東高民時報一〇卷二号四一頁は、第一審の口頭弁論終結時における時価に相当する損害の賠償をもとめるXの主張をみとめるにあたり、価格騰貴のみを特別事情とみる。

最高裁は、現在（訴訟上は口頭弁論終結時）の時価を中間価格から区別する。前者については、「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、債務者に対し、その目的物の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」とする。最高裁はその理由を「債権者は債務者の債務不履行がなかったならば、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から、その債務不履行によって債権者につき生じた右価格による損害を賠償すべき義務あるものと解すべきであるからであり、「目的物の価格が現在なお騰貴している場合においてもなお、恰も現在において債権者がこれを他に処分するであろうと予想されたことは必ずしも必要でない」とする。

次の判決は、[47]の判断枠組を援用したうえ、口頭弁論終結時の時価相当額の損害を転売利益とみる必要のないことを明らかにしている。

[48]最判昭和四七年四月二〇日民集二六卷三号五二〇頁^(註129)

昭和二三年二月にXはYから、同年四月に代金完済後に所有権移転登記をする約束で、かねてよりYから賃借していた建物とその敷地を自己使用の目的で七万円で購入したが、Xが代金を支払えなかったため、代金支払期限が両者の合意により昭和二七年八月に変更された。同年八月二六日に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は固定資産税を立替払していたが、Xから

(註129) 本判決についての文献として、奥村長生「解説」最判解民昭四七年二三事件（初出・曹時二五卷一号（一九七三））、平井宜雄「判批」法協九一卷四号（一九七四）、北川善太郎＝辻正美「判批」判タ二九九号（一九七三）、北川善太郎「判批」不動産取引法判例百選〔増補版〕（一九七七）所収、中村弘「判批」民研一八五（一九七二）号、石田喜久夫「判批」ジュリ五三五号（一九七三）、谷口知平「判批」民商六七卷五号（一九七三）一三四頁、栗田哲男「判批」民法判例百選Ⅱ（一九七五）所収、藤岡康宏「判批」民法の判例（第三版・一九七九）所収、同「判批」民法の基本判例（一九八四）所収、同「判批」『民法の基本判例（第二版）』（一九九九）所収、篠原弘志「損害賠償額の算定」『新版判例演習民法三』（一九八二）所収、山下りえ子「判批」民法判例百選Ⅱ（第四版・一九九六）二六頁。

は立替金の弁済をうけられなかった。Yは昭和三三年一月に右売買契約の解除の意思表示をし、同年三月にAに本件土地を売却し移転登記を完了した。Yの解除の主張は原審ではみとめられていない。Xは、本件不動産を自らの住居の用に供するため購入したもので転売目的がないことを理由に履行不能時（Aの移転登記）の時価（約三百万円）を基準に一審・原審の認容した賠償額を不服として、原審の口頭弁論終結時の価格を基準にして損害賠償額を算定すべきだと主張する（破棄差戻）。

最高裁は、[47]のいう判旨一の説く「理は、本件のごとく、買主がその目的物を他に転売して利益を得るためではなくこれ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、売主がその不動産を不法に処分したために売主の買主に対する不動産の所有権移転義務が履行不能となった場合であっても、妥当する」とし、その理由を「このような場合であっても、右不動産の買主は、右のような債務不履行がなければ、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から、右履行不能の結果右買主の受ける損害額、その不動産の騰貴した現在の価格を基準として算定するのが相当であるからである」とのべている。

[47][48]は、富喜丸準則に比べて、事実審の口頭弁論終結時の価格に相当する損害の賠償を緩やかな基準で認めることができることから、基本的には、学説からの支持を集めている。

二つの判決を富喜丸準則と比較するとつぎのようにいえよう。

富喜丸準則は、転売等により利益を得べかりし特別の事情の存在、および、その事情の予見可能性の主張・立証を、騰貴価格により損害賠償を主張する者に負わせている。最高裁は、中間最高価格時と現在とを区別し、現在の時価の賠償を請求するには、「目的物の価格が現在なお騰貴している場合においてもなお、恰も現在において債権者がこれを他に処分するであろうと予想されたことは必ずしも必要でない」としている。これによれば富喜丸準則に比べて現在の時点を採用しやすくなっている。

富喜丸準則に従いながらその原則を緩和したものと読む見解がある^(註130)。口頭弁論終結時に転売するには同時点まで転売しないで保有しつづける必要があるが、口頭弁論終結時まで保有しつづけても、転売せずに口頭弁論終結後も保有しつづける可能性も十分にかんがえられる。口頭弁論終結後に価格が下落すれば値上がりによる利益は減少または消滅する。しかし、[47]を解説する坂井調査官は、口頭弁論終結時において換金したかどうかは仮定の事象であり確定されないので、問題解決のために結局公平の配慮が介入し、本件の事案においては、賠償権利者の土地転売が債務不履行時にしかくはつきりしていなくてもよい、という型に軍配が上げられたもので債権者が目的物件を他に転売しないことが确实であるような事情は特段の事情としてこれを利益に援用する当事者の立証をまつべきであるという考えに[47]はたつ、と指摘している^(註131)。これを敷衍すれば、不法行為や履行不能後においても賠償権利者は中間期に物を処分せず滅失などの特別の事情にもあわずに目的物を現在＝口頭弁論終結時まで保有しつづけているとの推定を第一の前提にして、口頭弁論終結時において賠償権利者が問題の物を転売したであろうとも事実上推定されているといえる^(註132)。そのため、反証のないかぎり、賠償権利者は口頭弁論終結時の価格に相当する損害をこうむっているとされよう。利益を得べかりし事情の予見可能性が問題にされていない意義がとわれるが、判旨にいうようなかたちで右損害の発生が推定されるならば、右の予見可能性の存在もこれに連動してみとめられることを前提としているという読み方は可能であろう。上記の[47]についての調査官解説に従えば、[47]が価格騰貴による損害と得べかりし利益とをきりはなしたと理解すること^(註133)は必ずしも妥当ではないであろう。

これに対し、[48]の判断の前提には口頭弁論終結時において債権者が問題の不動産を転売しなかったであろうということがあろう。[47]が口頭弁

(註130) 乾前掲民商四九卷二三四頁以下、平井前掲法協八五卷一六九九頁など。

(註131) 坂井前掲四四二頁。

(註132) 奥村前掲二〇二頁以下参照。

(註133) 北川前掲不動産取引法判例百選〔増補版〕一二三頁。

論終結時の価格相当額の損害を富喜丸準則と同様に得べかりし転売利益とみたとかんがえるならば、本件事案については、第一審および控訴審のように、口頭弁論終結時における転売利益の取得は想定しにくい。[48]の論拠としては、あらためて、口頭弁論終結時において物を保有すべきという利益とみたとせざるをえまい。ここに[47]と[48]の明確な相違点があるとおもわれる^(註134)。[48]を解説する奥村調査官によれば、[48]は[47]の理がむしろ典型的に妥当する事案である^(註135)。

[47]は中間最高価格についてもふれ、賠償がみとめられるには「その騰貴した時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ろうと予想されたことが必要である」としている。これは、富喜丸準則に近い。もっとも、[11]のように、利益を得べかりし事情の存否だけが問題となっているのか、それとも、富喜丸準則のように、かかる事情の予見可能性までも問題となっているのかという点は必ずしも明らかではないと思われる。[48]は中間価格の問題に言及しないが、傍論のためにふれなかったとみるべきであろうから^(註136)、中間最高価格についての[47]の判断枠組は[48]によって変更されていないといえよう^(註137)。かくて、[47]でなく[48]のほうがより口頭弁論終結時についての問題（最高価格問題）を中間最高価格の問題から区別しているというにふさわしいであろう。この点、富喜丸準則が前提としている場面が中間最高価格であるから見れば、漸増的な価格騰貴傾向下における現在の価格が問題となっている[47]と[48]は、富喜丸準則を緩和したものではなく、事案を異にする判断であって、富喜丸準則を依然として維持しているという指摘もある^(註138)。執行不能にそなえて併合されている損害賠償請求、いわゆる代償請求^(註139)をのぞけば、

(註134) 中野前掲一二五頁。

(註135) 奥村前掲一九六頁。

(註136) 奥村前掲一九六頁以下。

(註137) 奥村前掲一九六頁以下。中野前掲一二六頁。

(註138) 柚木=高木前掲一三六頁以下。

(註139) 執行不能時ではなく事実審の口頭弁論終結時を原則とする判例が定着している。大連判昭和十五年三月一三日民集一九卷五三〇頁、最判昭和三十年一月二日民集九卷一號二二頁。

[47]が口頭弁論終結時の時価が大審院・最高裁において問題にされた初の具体的事件であること、[12]が中間最高価格の処理を念頭において口頭弁論終結時を特別に意識していないことを考慮しておく必要がある。

[47][48]は、履行不能の事案であるから、まず、[11]までの債務不履行における判例理論と比較する必要がある。筆者は、両判決は、富喜丸準則よりも、[10][11]に現れている履行不能における大審院の判例理論の延長で読むことができると考えている。

既に述べたように、[10][11]から、第一に、履行不能時の時価を原則とすること、第二に、債権者の転売の事実により、債権者の主張する時点まで目的物を保有していたとは考えられない場合には当該時点まで目的物を保有していたであろう特別の事情を債権者は主張立証する必要があるが、そのような事情がない限り、債権者は履行不能後の時点を任意に選択して損害賠償額を算定することができること、第三に、価格騰貴を招いた事情が経済の自然の趨勢によるのではなく戦乱等の特別な事情による場合には、かかる特別の事情について予見可能性が必要であること、である。騰貴価格に相当する目的物を保有することによって得べかりし利益自体は通常生ずべき損害である。大審院はかかる損害を転売利益に限定しているということとはできないであろう。

第一に、[47][48]が履行不能時を通常生ずべき損害としている点は[10][11]に沿っている。第二に、価格騰貴を招いた事情でなく、価格騰貴自体を特別事情と見ている点は大審院とは異なる。もっとも、経済上の自然の趨勢である価格騰貴については特段の事情のない限りその予見可能性は肯定されるであろうから、大審院のように通常損害とした場合と大差を生じないであろう^(註140)。第三に、現在の時価については、それ以前に目的物を処分したというような事情のない限り、価格の騰貴した目的物を保有すべかりしことをもって時価に相当する損害を被っているものとしており、この点でも、大審院の枠組と異ならないといえる。そうすると、最高裁と大

(註140) 北川＝辻前掲七五頁、中村前掲四四頁、石田喜久夫前掲ジュリ四九頁、中井前掲一〇八頁。星前掲参照。

審院との相違は、実質的には、中間最高価格の扱いにのみ存するということができよう。転売等の事実がないにもかかわらず利益取得の確実性を問題としている点で、最高裁は、[10]における大審院とは異なっている。

もっとも、「目的物ヲ価格ノ騰貴シタル当時迄保有シ之ニ因リテ確実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」としたうえ、「而テ如上騰貴価格ニ依リテ買主ノ得タルヘキ特別ノ事情ハ一般商品就中有価証券ノ如キ取引ノ頻繁ニ行ハルヘキ性質ヲ有スルモノニ在リテハ之ヲ推測シ得ヘキ場合少カラサルモ、土地及之ニ定着スル立木ノ如キ比較的取引ノ頻繁ナラサルモノニ在アリテハ之ヲ推測スルコトヲ得サルヲ以テ賠償ノ請求ヲ為ス者ニ於テ右特別ノ事情ノ存スルコトヲ立証スル責任アルモノトス」としていた[11]の枠組は、債権者による転売の事実がなかったとしても、[47]のいう「その騰貴した時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ると予想されたことが必要である」という基準と同様の役割を果たすことができたと考えられる。なお、利益取得の方法の具体例として[47]が転売をあげていることは、富喜丸準則の影響であるということができよう。騰貴価格に相当する利益をうべかりし事情が民法四一六条二項にいう特別事情とされているのかどうかについては、[11]、[47]においても必ずしも明確ではないといえよう。しかし、[11]がこれを同条二項の特別事情とはせず、[47]が富喜丸準則に従い予見の対象となる特別事情としていたとしても、実際には、問題となるような差は生じないであろう。というのは、管見の限り、[12]後の裁判例の中に、騰貴価格に相当する利益を転売等により得べかりしことを認定しながらその予見可能性のないことを理由に中間価格の賠償の否定するものは見あたらないからである^(註141)。いかえれば、富喜丸準則の意義は、転売等の価格騰貴により利益を得べかりし事情を特別事情と見てその予見可能性の主張立証を求めている点にはなく、かかる特別事情の存在の主張立証を求めている点にあるにとどまっ

(註141) 拙稿前掲六甲台八四頁以下参照。

ている。このことは、[12]の原審の判断枠組によっても中間最高価格の主張を退けることができたことからもうかがわれよう。

このように見ると、[47][48]はたしかに、富喜丸準則の影響下にあるが^(註142)、むしろ、[11]にいたる債務不履行の事例に関する大審院の判例理論の中で十分に理解することができる判決であると考えられる。

かくて、履行不能において、口頭弁論終結時における価格相当の損害賠償をうるためには賠償権利者は口頭弁論終結時の価格を主張・立証すべきほかには、賠償範囲にふくまれるというために、価格騰貴と履行不能時におけるその予見可能性のみをよけいに証明すればよいこととなった。これにより、予見可能性がつねにあるとおもわれる経済上の自然の趨勢としての価格騰貴については、実質的に、口頭弁論終結時の価格を通常損害とみたのと同様の結果をもたらそう。口頭弁論終結時に関するかぎり、価格騰貴をまねいた事情が特別事情にあたるかどうかのみを問題にしていた、当初の判例の立場に接近しているといえよう^(註143)。

爾後の下級審は両判決におおむねそっている^(註144)。

債務不履行のものとしては、以下にあげる裁判例がある。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ものがある^(註145)、不動産の価格騰貴への予見可能性があると、事実審の口頭弁論終結時を基準にする事例がある^(註146)、それ以前の価格騰貴時を基準にする事例^(註147)、履行不能後に不動産の売買契約が解除されている事例において買主が解除時

(註142) 中井前掲法七一〇頁以下

(註143) 北川前掲注民五三九頁参照。

(註144) 転売契約のある場合に現在の時価の賠償を退けたものとして、東京高判昭和六一年六月二三日判時一一九九号七〇頁（土地の二重譲渡）、がある。

(註145) 大阪高判昭和五四年三月一六日判タ三八四号一〇五頁（不動産）。東京高判昭和五〇年一月二八日判タ三三六号二五八頁（刀剣）、京都地判平成元年一月三〇日判タ七三一〇号二〇〇頁（土地）。福岡地判昭和五四年八月二日金商五八一号三頁（株式）、東京高判昭和六一年三月二五日金法一一三六号三七頁（株式）。

(註146) 東京地判昭和四二年九月一四日判時五〇二号四三頁、奈良地判昭和四八年四月一六日判タ三〇〇号二八四頁。

(註147) 神戸地判昭和四〇年一〇月二一日訟月一二卷二号二三〇頁、広島地判昭和四三年二月二九日訟月一四卷五号四九一頁（不法行為）。

の時価を主張しているが解除前に目的不動産を転売していたために価格騰貴についての予見可能性を問うまでもなく履行不能時によるべきであるとしている事例^(註148)。なお、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賠償を請求している事案で[47]の理は「売買の目的物を売主が二重に譲渡したことにより売主の目的物所有権移転義務が履行不能になった場合で、その履行不能時に右のような事情がある場合はともかく、債務者の右のような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ものがある^(註149)。

不法行為のものとしては、不動産の価格騰貴傾向への予見可能性があるとして、事実審の口頭弁論終結前の時点を基準にする事例がある^(註150)。

[47][48]の態度は、口頭弁論終結時を原則とするべきであるという見解からは、支持される^(註151)。当該事案における価格騰貴は経済成長の結果であり騰貴の程度も異常ではないことから、端的に通常損害として構成すべきであるという指摘もある^(註152)。平井宜雄教授^(註153)は、「不動産の所有権をもはや取得し得なくなったという」損害の「事実を金銭的に評価する際、基準としてどの時点を選択するかという点だけ」が問題で、「Xが他に転売して利益取得する蓋然性が薄いとすればXは契約不履行がなければ本件不動産を保有し得た筈であるから、損害賠償額算定の基準時はXの選択に委ねられることになる。現在の時価を基準とすることが許され、具体的には四一六条による理由づけは表面にあらわれ」ないとする。

[47]、[48]について若干つけくわえておく。第一に、いずれも特定物たる不動産が売買の目的物であり、代品買入が期待できない事例であった。代品買入をすべき賠償権利者の義務をみとめる立場によれば最高裁の結論

(註148) 東京高判昭和四四年五月二九日判タ二三九号二三九頁。

(註149) 東京高判昭和五二年一一月九日判時八七六号八九頁。

(註150) 東京地判昭和六〇年五月二八日判タ五八二号八一頁。

(註151) 谷口前掲民商六七卷八四四頁、中井前掲法セ一一〇頁、藤岡前掲一一一頁。

(註152) 北川＝辻前掲七五頁、石田喜久夫前掲五一頁。

(註153) 平井宜雄「判批」法協九一卷四号六五二頁。栗田「判批」二二頁も同旨を説く。

は支持されよう。第二に、[48]では賠償権利者の態度に問題があり過失相殺により賠償額を減額すべきとする指摘がある^(註154)。第三に、[47]、[48]のしめした判断枠組が、全般に、たとえば不法行為にもおよぶのか、二重譲渡のケースにかぎられるのか、という問題がのこる^(註155)。また、債権者が不動産取引業者のときに、ひとまず同様にあつかうか^(註156)、または別の枠組を用意するかが問題となろう。

Ⅲ まとめを代えて

大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして判例の立場を整理すれば、次のようになろう。

不法行為の場合には、所有物の滅失等による所有権の喪失によって、被害者は、不法行為時の物の価格による積極損害を被るので、常に、不法行為時を価格の算定時期として採用することができる。不法行為後に生ずる損害は得べかりし利益である。[12]富喜丸事件判決の前は、被害者は、さらに、不法行為後の任意の時点の価格に相当する得べかりし利益の損害を被ったものとして、任意の時点算定時期として採用することができた。しかし、同判決後は、かかる利益を転売等により得べかりし事情が民法四一六条二項にいう特別事情であるとされて、その事情の存在および予見可能性を証明することができた場合に限って、その時点算定時期として採用することができる。これを証明することができないときは、被害者は、不法行為時の物の価格による積極損害の賠償を受けることができるにとどまる。[12]の前は、不法行為後の価格騰貴による損害は、損害の有無の問題として考える余地があったが、判例は、損害がないとすることが、なかった。[12]後は、損害の有無、または、損害賠償の範囲の内か外か、という

(註154) 石田喜久夫前掲四九頁、谷口前掲民商六七卷八四四頁、平井前掲法協九一卷六五二頁。

(註155) 東京高判昭和五二年一月九日判時八七六号八九頁。

(註156) 船越隆司「民事責任の実体的構造と客観的義務違反の証明問題（一八）」判評三二八号（一九八六）一八九頁。

形で、不法行為後の価格騰貴は問題となりうる。したがって、[12]がその後の判例の枠組を形成していることは明らかである。被害者が第三者との間の売買契約上の売主としての債務を履行することができず同契約から具体的に得べかりし利益を不法行為のために喪失した場合には、たしかに、特別の事情の存在は認められて損害は発生しているといえるが、その予見可能性がないときは、損害賠償の範囲から除かれることとなり、民法四一六条がまさに問題処理に用いられているといえる。しかし、騰貴価格による得べかりし利益はあるが損害賠償の範囲にはないとして被害者の主張する時点を採用しなかった事例は見あたらないから、算定時期の問題が損害賠償の範囲の問題の段階で制限的に処理されているとはいえず、その意味では、富喜丸準則が算定時期の問題において果たした役割は必ずしも民法四一六条との関わりで理解されるべきではない。むしろ、[12]によって、騰貴価格による損害を特別損害と見ることによって、その予見可能性の前段階に存在した、損害発生の有無を問題にするようになったのであり、いいかえれば、価格騰貴による損害について民法七〇九条での問題処理の可能性を示唆したということができよう。

履行不能の場合には、不法行為と同様に、履行不能時の価格をたしかに原則とする。しかし、履行不能時の価格相当の損害は不法行為のように積極損害とされているわけではない。[12]の前は、価格騰貴を招いた事情が特別の事情である場合に限り民法四一六条二項によって算定時期が決定づけられているにとどまる。債権者による目的物の転売の事実があるときは、目的物を債権者の主張する時点まで保有すべかりし特別の事情が必要とされている（[11]）。これは、その時点まで目的物を保有していなければそもそも債権者がそれに相当する損害を被らないと考えられるためであるから、民法四一五条で問われる損害の有無の問題であり、やはり民法四一六条の問題ではないといえよう。

価格騰貴による損害が特別損害とされた初の事例である[5]では、騰貴価格に相当する利益をうべかりし事情の存在が問題とされていないから、そのような事情の存在は前提として承認されているといえよう。そうする

と、騰貴価格に相当する損害の発生は認められているが、損害を招いた特別の事情である価格騰貴を招いた第一次世界大戦の勃発についての予見可能性の有無によって、騰貴価格による賠償の可否が決められるといえるから、算定期期の問題が損害賠償範囲の問題と重複するといえることができる。もっとも、履行不能後の価格騰貴の予見可能性がないときは、履行不能時を原則と考えることができるが、契約解除の場合にはいずれかの時点を基準にせざるをえないと思われるが原則となる時点が解除時等の特定の時点になるのかどうかは[21]前である当時は明らかではなかった。その後も、債権者の主張する時点を採用しないでその他の時点を採用している最高裁の裁判例はいまのところ見あたらない。

[11]に先例性があるとすれば、その主張する時点まで目的物を保有して確実に利益を得べかりし特別の事情の存在を債権者に求めている点である。しかし、かかる事情について予見可能性のあることまで求めていないから、あくまで損害の有無の段階の問題と見ることができよう。逆に言えば、かかる事情が存在しなければ騰貴価格に相当する損害がそもそも発生していないから、損害賠償範囲の段階で問題となる前に、賠償の対象から外れることになる。転売の事実がないにもかかわらず特別の事情がないために債権者の主張する時点が採用されなかった事例は[11]の枠組にしたがっているものといえることができる。そもそも、[12]の原審の理由付けに見られるように、騰貴価格による賠償を否定するには、損害の発生を否定すれば足りるのであり、予見可能性まで問題にする必要がないのである。予見可能性を問題にしても、予見可能性と特別の事情はいずれも肯定されるかいずれも否定されるかであるのが実情であるから、富喜丸準則の先例性を疑問視する指摘には一定の理由があるといえる。口頭弁論終結時の時価の性格は、[48]によって明確に転売利益から切り離されたというべきであろうが、依然として得べかりし利益であるといえる。転売すべかりし特別の事情の存在は少なくとも債務不履行の事例では積極的に求められていない。[47][48]は履行不能後の価格騰貴を常に特別事情と見ている点では、大審院とは異なるが、転売すべかりし事情ではなく価格騰貴を予見の対象としてい

る点で、[12]ではなく[10][11]の延長にあるとむしろいうべきであろう。その意味では、債務不履行の事例に[12]が与えた影響は必ずしも大きくない。そもそも、[12]は債務不履行に関する民法四一六条の規定を不法行為に類推適用したのであるから、債務不履行に関するルールに直接的に影響を及ぼすとは考えにくい。今後、債務不履行により中間最高価格の賠償を請求する事案があらわれた場合に、富喜丸準則によって、転売等により利益を確実にうべかりし事情の有無およびその予見可能性が最高裁において問題とされるかどうか注目される場所である。

別稿で検討した契約が解除された場合については、解除時を原則とする判例の態度が確立されたのは[21]においてであるといえることができる。たしかに、履行期の時価を通常損害とした事例として[22]がある。しかし、履行期の価格が解除時のそれよりも低かったと思われること、買主の転売の事実などの特殊な事情の存在が同事例にはうかがわれ、解除時と履行期を同列に検討するべきではないと思われる。価格が履行期後に下落している事例において解除時ではなく履行期の採用されることがあるかどうか問題であろう（遅れて引渡しがあった[23]においては転売の事実が認定されている）。また転売の事実があるにもかかわらず買主の主張の通り解除時の時価による大審院昭和期の裁判例（[17][18][19]）を最高裁が踏襲するかどうかにも注目に値する。解除時の採用が損害の金銭的評価であることに一歩近づくからである。履行期から解除時までの中間価格は得べかりし利益であるとされている。解除における算定時期の問題において看過することはできないのは、履行不能とは異なり、履行遅滞により契約が解除された場合にされる損害賠償が履行利益の賠償であると解されているにもかかわらず、判例が解除後の騰貴価格によることを原則として否定している点であることは前稿でも指摘した。この点、債権者は契約を解除することによって目的物を解除後も保有する可能性を喪失することになるからであると理解する余地がある。そうすると、解除後も目的物を保有すべかりし特別の事情の存在を求めることはやはり民法四一六条によるものではないといえよう。解除の後で口頭弁論終結時までの時点の採用の是

非が争われる事案が今後あらわれれば、判例の態度はより明確になろう。

前稿および本稿において大審院・最高裁の裁判例を概観したところによれば、上述のように、一定の準則を判例の中に見いだすことができるのであり、既に明らかになった問題といまだに明確でない問題とを整理していくことが、損害賠償額の算定時期の問題を検討していくうえで必要であろう。今後予定している学説の検討に反映させることとしたい。