

契約の解除における損害賠償額の算定時期

田 中 稔

目次

- 一 問題の所在
- 二 判例
 - (1) 大審院判例
 - (2) 最高裁判例
 - (3) 整理
- 三 検討
 - (1) 解除時と履行期の関係
 - (2) 解除後の価格騰貴による損害
- 四 終わりに

一 問題の所在

(1) 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、その物の価格の賠償を請求することができるとされている。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)。

(註1) 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)、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。

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性に鑑み、基準が明確でないという指摘が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、不法行為、とに類型化して論ずる必要がある。このうち、本稿では、売買契約が売主の債務不履行^(註4)を理由

(註2) 後述の大連判大正一五年五月二日民集五卷三八六頁(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判決としては、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がある。

(註3) 簡単ではあるが、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)。

(註4) 買主の不履行による売主の損害は若干、買主の被る損害とは異なる。売買契約において売主が買主に対し有する債権は代金債権である。大判大正元年一二月一日民録一八卷一〇二五頁は、商人間の天津綿取引で買主の引き取らない商品を時価でAに売却した売主が売買代金との差額を賠償請求したのに対し、「売買契約ノ解除セラレサル限りハ仮令買主カ契約ニ違背シテ目的物ヲ引取ラサルモ売主ハ約定ノ代金ヲ請求」しうるから、「売主ノ損害賠償ノ額ハ民法四一九条一項ノ規定ニ従ヒ法定利率又ハ約定利率ニ依リテコレヲ定ムヘキモノニシテ売主ハ實際ノ損害如何ニ拘ラス右利率ニ相当スル賠償額ノ外請求」できないとしている。これに対し、売主が契約を解除したときは売買代金と下落した解除時の時価との差額が売主の損害となる(大判大正五年二月二一日新聞一一三〇号三一頁、東京控判大正一二年六月二日評論一三卷民法二二〇頁、東京地判昭和三六年七月二八日下民集一二卷七号一八〇一頁、松山地判昭和四〇年二月一五日下午民集一六卷二号二五四頁)。解除後の時価での再売買による差損も賠償されうる(後掲大判大正五年一〇月二七日)。他に、大判昭和二年一月二六日評論一七卷民法一三五頁。そのさい差損がうまれうるのは時価が下落したときにかぎられる(大判昭和二年四月二六日評論一六卷民訴五三八頁、大阪控判大正三年一月九日評論三卷民法七七一頁)。

に買主から解除された場合における損害賠償額の算定期限について、大審院及び最高裁の十数件の裁判例を手がかりに、検討を加える^(註5)。

(2) 解除における損害賠償(民法五四五条三項)の法的性質については、解除の効果との関係で議論がある。わが国の判例通説である直接効果説に従って、解除の効果をも契約の遡及的消滅とみると、解除によって債務不履行責任の基礎となる債務が遡及的に消滅するから、債務不履行による損害賠償はなされえず、従って、解除と併存しうるのは、契約が完全に履行されることを期待したことによる損害賠償であるとか^(註6)、契約上の債務の不存在を前提とする信頼利益の賠償であるとか^(註7)、という議論も存在する。しかし、直接効果説をとる判例も学説も同条三項にいう損害賠償は民法四一五条にいう履行に代わる損害賠償であるという理解に立っている^(註8)。直接効果説を採らない近時の学説も解除における損害賠償は履行利益の賠償であるとしており^(註9)、この点についての異論は現在ではほとんど存在しないと見てよかろう^(註10)。履行遅滞の場合に履行に代わる損害賠償(填補賠償)を請求する方が他に考えにくい点に鑑みても、解除をしても履行

(註5) 解除の場合を中心に論ずる文献として、林良平「解除に際しての損害額算定の時期」民商三一巻二号(一九五五)、寶金敏明「契約の解除と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)所収、内田貴「強制履行と損害賠償—「損害軽減義務」の観点から」曹時四二巻一〇号(一九九〇)、斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務」『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集(中) 損害賠償法の課題と展望』(一九九〇)所収、姫野学郎「契約解除における損害賠償額算定の基準時——ドイツ法における「債務者の費用における投機行為」を手がかりに(一)(二・完)」法学論叢一四四巻六号、一四六巻二号(一九九九)、等がある。

(註6) 石坂音四郎『債権総論下巻(第五版)』(一九一六)二三四二頁以下。解除権者が自らの債務の履行の準備のために支出した費用、相手方の履行あるものと信じて他より購買する機会を失したために生じた損害、注文した仕事を完成するために供給すべき材料を準備したために支出した費用、債務者の負担する給付の価格より債権者の負担する反対給付の価格を控除した差額、得べかりし利益、があげられている。

(註7) 石田文次郎『債権各論』(一九四七)五二頁、柚木馨『債権各論I』(一九五七)三一四頁以下、など。大判昭和八年六月一三日民集一二巻一四三七頁。

(註8) 大判昭和八年二月二四日民集一二巻二五一頁。鳩山秀夫『増訂日本債権法各論上巻』(一九二九)二四九頁、我妻榮『債権各論上巻』(一九五四)一九九頁。

(註9) 例えば、田山輝明『債権各論上巻』(二〇〇一)一〇四頁、潮見佳男『債権総論I(第二版)』(二〇〇三)三八二頁、近江幸治『契約法(第二版)』(二〇〇三)一〇四頁以下。

(註10) 契約の遡及的消滅とは考えない立場に立ったとしても、解除によって生ずる原状回復と両立しうる損害賠償は信頼利益の賠償であると指摘するものとして、神田博司『民法—債権法』(一九八三)二七九頁がある。

に代わる損害賠償を請求することができると考えてよいであろう^(註11)。

履行不能は、目的物が特定物であるときによく生ずる。種類物の場合には履行不能の生ずることはあまりなく^(註12)、履行遅滞により契約が解除された上で履行に代わる損害賠償が請求される。

履行不能における算定時期についての判例の枠組は、後述のように、現在では二件の最高裁判決^(註13)により、かなり明確であるといえる。すなわち、履行不能時の価格をもって通常損害とし、それ以後の時点の騰貴価格による場合には、これを特別事情による損害とみてその予見可能性がある場合に限られる。

これに対し、契約が解除された場合の判例の枠組みは必ずしも明確ではない。確かに、後述する昭和二八年の二件の最高裁判決である後掲の[20]と[21]とによって、通常損害として、解除時を原則とするという判例の態度が確立されたと理解できる。学説も立場を超えて、原則として解除時を採用することを支持しているといえる。しかし、その一方で、履行期の価格を通常損害とみる最高裁判決が昭和三六年には現れている。また、履行期から解除前または解除後から事実審の口頭弁論終結時までの特定の時点の価格によることができるかどうか、できるとする場合の要件については最高裁の先例は見あたらない。

解除時と履行不能時とがいずれも、債権者が填補賠償を請求することが可能になる時点という点で共通しており、この点に鑑みると、解除後の騰貴価格は特別損害としてその予見可能性のある場合に限り認められるという可能性も残ろうが、解除後の損害の賠償については、後述の大審院判例の流れに照らして、検討すべき点が認められる。

(註11) 債権者が解除をしないで目的物の引渡しを訴求するとともに予備的に執行不能に備えて履行に代わる損害賠償を請求する方法も考えられる。この場合の価格の算定時期は事実審の口頭弁論終結時を原則とする。

(註12) 煙草の売主の債務が履行遅滞後に煙草専売法による専売化により不能になった事例として、大判明治三九年一〇月二九日民録一二輯一三五八頁がある。

(註13) 最判昭和三七年一二月一六日民集一六卷一一号二二八〇頁、最判昭和四七年四月二〇日民集二六卷三三五二〇頁。

二 判例

以下では、解除における損害賠償額の算定期期が問題となった大審院・最高裁の裁判例を取り上げて、整理したい。

(1) 大審院判例

現在では[21]によって、解除時を原則とする準則が確立されていると考えられる。しかし、以下にみるように、大審院の判例は、必ずしもそのような準則を確立していない。以下では、解除に関する裁判例を順にたどりながら、大審院の態度を確認しよう。

[1]大判明治四一年三月一八日民録一四輯二九〇頁

大麦の売主Yの不履行により買主Xから契約が解除され訴提起時の時価をもとに損害が算定された。具体的な転売契約がなければたとえ価格の騰貴があっても確実に利益がえられたとはいえない、とYは主張している。

大審院は、「商人カ營業ノ目的トシテ或品物ヲ買受ケタルニ～買主カ之ヲ他ニ売却セハ其騰貴シタル差額ハ買主ノ利益ニ帰ス可キモノナルニ売主カ契約ノ履行ヲ為ササルヨリ買主ハ之ヲ他ニ売却シテ如上ノ利益ヲ得ルコト能タハス。～縦令買主カ實際之ヲ他ニ売却セサルトモ其差額ハ損害トシテ売主カ之ヲ買主ヘ賠償ス可キハ当然ナリ」としてYの上告を棄却している。

解除と訴提起の前後は[1]の判決文からは必ずしも明らかではない^(註14)。本件は両者が一致する事案であるという指摘がある^(註15)。また、解除すればもはや売主の履行に対して買主が騰貴価格での転売への期待を断念しているから解除後の騰貴差額をえることはできない、という趣旨が判旨から読みとられる、という指摘もある^(註16)。

(註14) 大阪控判大正五年一二月七日新聞一二〇八号二一頁も、訴提起時の時価と売買価格との差額を買主の通常損害と見るが、解除と訴提起の前後は判決文からは必ずしも明らかではない。

(註15) 三宅正男『契約法（総論）』（一九七八）二五七頁。

(註16) 岡本詔治前掲書八六頁。

[2]大判大正七年一一月一四日民録二四輯二一六九頁

Xは、Yから亜鉛線を電話工事に購入したが、Yの債務不履行により適法に契約を解除したうえ約一週間後にAより代品を高価に購入し、代品買入価格と本件契約価格との差額の賠償をYに求めている。解除による損害賠償は解除までに生じた損害に限られるとしてそれまでの最高価格時である解除時を基準にした原判決（東京控判大正六年一二月六日新聞一三九三号二六頁）は破棄された。

大審院は、民法第五四五条三項の「損害賠償請求権ノ目的タル損害ノ範囲ハ民法四一六条ノ規定ニ則リテ定ムヘキヲ至当トスルカ故ニ苟モ其債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ナルニ於テハ仮令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果關係ノ存スルモノト認ムルヘキモノナル以上ハ賠償ノ請求ヲ為スヲ妨ケサレルモノト解スルヲ妥当トス（大正五年（オ）第六百四十五号同年十月二十七日判決参照）」と判示している。

これは、解除の一週間後に代品を高値で買い入れたことによって被った損害の賠償を買主が請求する事案であり、大審院はこれを通常損害としている。[2]の引用する[3]大判大正五年一〇月二七日民録二二輯一九九一頁は、買主の債務不履行により売主が契約を解除している次のような事案である。

契約当時の時価（百斤約六九円）で牛皮を売却したが買主Yの代金不払を理由に契約を解除し、約一ヶ月後にAに物を当時の下落した時価（同約四五円）で売却した売主の差額による賠償請求を認容した原判決に対し、Yは、契約解除による損害賠償は解除時を基準とするなどとして上告した。

大審院は、「売主カ～解除シタル上多少ノ時日ヲ経過シタル後ニ到リ其売買ノ目的タリシ物件ヲ下落シタル時価ニテ他ニ売却シタル場合ト雖モ其代金ト時価トノ差額ヲ以テ右債務不履行ニヨル契約解除ノ為メニ事物自然ノ趨勢ノ従ヒ通常生スヘキ損害ト為スニ足ル以上ハ之ヲ損害額トシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得」として棄却している。

これは、買主の履行遅滞を理由に売主が契約を解除し、その約一ヶ月後に下落した時価でした再売買による損害の賠償を求めている事案である。

[2]・[3]は、解除における基準時の一事例としてとりあげられることがある。北川善太郎教授は、具体的な損害計算の場合には、その損害の確定とその額算定の基準時の問題は同時にきまるのであって、こうした填補行為による損害の認容は黙示的に損害額算定期期についての判断をも示していると見ることができる、とされる^(註17)。これは、代品買入を基準時問題の基礎とみることに通じよう。斎藤彰教授は、代替物たる動産の売買契約の不履行においては解除時を基準時とすべきで、その根拠として填補取引の可能となる時点であると指摘されるが、現実に代品購入ないし再売却が行われたときは、相当の期間内に相当の方法で行われたのであれば、解除時の市価ではなく、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ものとして、損害賠償額算定に用いられるべきだとされる^(註18)。

平井宜雄教授は[2]を、価格の変動による損害を四一六条によって処理する態度がよみとれる注目すべき判決と位置づけられる^(註19)。しかし、[2]は右の引用部分の前に、「民法第五百四十五条第三項ヲ以テ契約解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサル旨ヲ規定シタル所以ハ契約ヲ解除シ当事者間ニ存在セシ契約関係ヲ既往ニ遡リテ消滅セシムルカ為メニ若シ債務不履行ヨリ生シタル損害賠償請求権ヲモ共ニ消滅セシムルモノトセハ法律カ債権者ノ利益ヲ保護セント欲シテ契約解除権ヲ与ヘタルカ為メニ却テ債権者ノ利益ヲ害シ其保護充分ナラサルノ嫌アル」としており、民法五四五条三項の損害賠償請求権が債務不履行による損害賠償であることを明らかにすることに力点をおいているといえる^(註20)。

厳密に言えば、[2]・[3]では、代品買入のための出費が損害として問題

(註17) 北川善太郎前掲法学論叢八八巻四～六号一二六頁。

(註18) 斎藤彰前掲七六頁。

(註19) 平井宜雄『損害賠償法の理論』二二三頁。

(註20) 大判明治三八年七月一〇日民録一一巻一一五〇頁も売買契約を解除した買主が保証人に対してする損害賠償請求を受容する。

となっており、純粹な意味での基準時問題とはいいいにくい。平井宜雄教授は後述の自説の見地から、基準時問題でなくXが他より高価で代品を買入れたというあらたな損害の事実を賠償されるべき損害の範囲に含めるかどうか、という別の問題であると指摘されている^(註21)。

[4]大判大正七年十一月二六日民録二四輯二二六〇頁

織物製造の請負人Yが債務を履行しないので注文主Xが履行期の約半年後に契約を解除するとともに訴を提起し、うべかりし利益として、解除の一ヵ月あまり前の騰貴価格と契約代価との差額を賠償請求した。事物自然の趨勢にしたがい生じた損害額であるとして認容した原判決に対し、Yは、解除がなされるまでは契約は存続しており解除前に生じた損害を賠償する必要はないので解除時を基準時とすべきである、と主張している。

大審院(上告棄却)は、「契約ノ解除及ヒ損害賠償ノ請求ハ畢竟債務者カ其ノ債務ヲ履行セサルニ原因シ若シ其履行アルニ於テハ得ヘカリシ如上差額ノ利益ヲ不履行ノ為メニ失ヒタルヲ以テ其ノ履行ニ代ヘテ填補賠償ヲ求ムルモノニ外ナラサレハ～必スシモ～契約解除当時ノ時価ヲ標準トスルヲ要セス。苟クモ其ノ差額カ債務不履行ノ為ニ其ノ不履行ノ事実アリタル以後ニ於テ事物自然ノ趨勢ニ従ヒ生シタル損害額トナルニ足ルモノナル以上ハ契約解除以前ニ生シタルモノナルト其ノ以後ニ生シタルモノナルトヲ問ハス是カ賠償ヲ求ムルコトヲ得」としている^(註22)。

[4]は、解除後であると認定されている時点を経準とする賠償請求を容認した原判決に対して、賠償義務者が、解除時の認定には誤りがあって賠償権利者の主張する時点が解除前の時点であるとして、解除前の時点を採用すべきではないと主張しているのに対し、原審を維持している。本判決において、大審院が解除前と後を区別しない理由付けをしている点は注目される。ただ、賠償義務者の主張が正しいならば解除後の時点が問題になったのではないというべきである点に疑問が残る。

(註21) 平井宜雄『損害賠償法の理論』二二三頁。

(註22) 本判決が解除後の時価の賠償を容認した事例とするものとして、鳩山秀夫『民事判例研究第一巻』二六一頁、林良平「解除に際しての損害額算定の基準時」民商一二頁、岡本詔治前掲書。

[4]は、「事物自然ノ趨勢ニ従ヒ生シタル損害」であるとして、騰貴価格による賠償を認めているが、通常損害と見たものであるといえよう。これに対し、下記のようにほぼ同時期に、価格騰貴による損害を特別損害とみた初の大審院判決がある。民法四一六条二項のいう特別事情の予見時期を契約時でなく履行期としたリーディング・ケースとして引かれる判決である。

[5]大判大正七年八月二七日民録二四輯一六五八頁

燐寸製造業者Y・問屋X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、燐寸価格も一割五分強～二割七分弱の範囲内で騰貴した。Yが債務を履行しなかったため、Xは履行を催告したうえ契約を解除し、損害賠償を請求する。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Yはその事情を熟知していた、としてXの請求を認容した。特別事情の予見時期は契約時だと主張するYの上告は棄却された。

[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23)。[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^(註24)、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

(註23) 菅原春二『民法判例批評』一七〇頁以下。

(註24) 大判明治三八年一月二八日民録一一輯一六〇七頁は、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、としてその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ズ～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されていない特別損害とした原判決が破棄差戻されている点、認容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。

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25)。従って、[5]の後の裁判例が、価格騰貴による損害を特別損害とみるようになったということはできないであろう^(註26)。

次の判決は、解除後の時点を原則として退けているという点において、注目すべき判決である。

[6]大判大正九年八月二八日民録二六輯一二九八頁

売主Yの不履行により巻揚機械の売買契約を買主Xは履行期の約二ヵ月後に解除したうえ、売買価格にくらべかなり高騰した解除から一年後の価格を基準に損害賠償を請求する。原審は、特別の事情がないかぎり、Xは履行期から現在までの任意の時を選んでうべかりし利益として損害を主張できるとしてXの主張を容れている。

これに対し、大審院は、民法五四五条三項により賠償しうる「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ト雖モ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。苟モ其損害カ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モノト認ムルヲ相当ト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。従テ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シテ損害賠償ノ数額ヲ算定スヘキモノニ非ス」と判示して、これを破棄差戻ししている。

なお、[7]大判大正一四年七月二〇日新聞二四七五号九頁は、[6]を援用したうえ、解除から約二ヶ月後の訴提起時における騰貴価格による株式の買主の賠償請求を認容する原判決を、破棄している。

(註25) 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』(明治三二年)八四頁以下、がある。これに対し、梅謙次郎『民法原理(債権総則)』(明治三五年)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。

(註26) 岡本詔治前掲書一一一頁参照。

[6][7]は、解除後の騰貴価格による賠償請求を原則として消極に解している事案として注目される。解除後の騰貴価格に関する下級審のものとしては、積極例^(註27)、消極例^(註28)がある。

[6]を解除における基準時を解除時とした裁判例としてとらえる見解が若干ある^(註29)。例えば、平井宜雄教授^(註30)は、取引観念上因果関係がみと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、とされる。しかし、[6]は、生じた損害を考慮しうる時的限界としての解除時に言及するにすぎないと思われるし、破棄差戻の事件である。そのために、契約解除時までのうち、賠償権利者の選択した時点が基準時とされよう。

[6]では、解除後の損害であることが影響を与えているとよめる。岡本詔治教授は、本判決を、明らかに解除当時における騰貴差額は通常損害に

(註27) 大阪控判大正八年七月二二日評論八卷民法一一五四頁は、買主Xが解除から一年余後の時価を賠償請求するが、「契約解除ニ基ク賠償請求権ノ目的タル損害カ苟モ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキモノナルニ於テハ、縦令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引観念ニ於テ其間ニ因果関係ノ存スルモノト認ムヘキ以上ハ賠償ノ請求ヲ為スヲ妨ケサルモノニシテYカ契約ニ従ヒ正当ニ履行セントセハ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縦令売買契約解除後ナリト雖モ其価格騰貴ニ因リXノ蒙リタル損害カ何時特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノト認メラレサル本件ニ於テハ其損害ハ亦Yノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ナリ」とする。前掲東京控判大正一一年一二月二八日は、解除前の価格が結果として採用されているが、判決時までの中間価格によることができるとしている。東京控判昭和三年二月一五日評論一七卷民法七五七頁は、A社の株式の売買契約が締結されたが、売主の不履行により、Xが契約解除後の騰貴価格により価格騰貴による損害を算定しており、また、A社が新株の割当の決定をしたことによりうべかりし新株をえられなかった損害が問題になったが、騰貴価格による損害については、「債権者カ債務ノ不履行ニ基キ契約ヲ解除シ損害ノ賠償ヲ求ムル場合ニ於テハ右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観念ニ従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、必ずしも株式を他に売却しないとはみとめられない、として退け、解除時の時価は代金より低いのでXはむしろ不履行によりそのかぎりで利益をうけているとし、しかし、新株発行によりうべかりし利益はあるので、これは、払込金を控除した額の損害である（ただ、前述の利益は控除される）とする。

(註28) 東京控判大正一四年一二月二八日法律新報七七号二三頁は、契約解除の約三ヶ月後の時価との差額を買主が賠償請求するが、解除時の時価との差額を賠償されるべき損害とみる。札幌控判昭和八年七月一四日新聞三七〇九号一三頁は、解除後の売主の再売買による差損の問題であるが、一般論として[6]と同様の旨をとく。名古屋地判大正一二年七月三一日新聞二一八九号一七頁は、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傍論になるが、やはり同様の理をとく。評釈として平野義太郎「判批」法学志林二六卷二号がある。また、価格騰貴の問題でないが、長崎地判判決日不明新聞五八八号（明治四二年八月二〇日発行）一二頁。

(註29) 柚木馨『債権各論（契約総論）』（一九五七）三二四頁、北川善太郎前掲法学論叢八八卷四・五・六号九七頁など。

(註30) 平井宜雄『損害賠償法の理論』二二四頁。

なるとの前提のもとに、解除後の騰貴利益については、つねに排斥されるものではないが、不履行と（相当）因果関係（そのための特別の事情）のある場合に限定されるという制限賠償的な原理を表明している、と理解されている^(註31)。なお、解除後の時点による場合にこれを民法四一六条二項の特別損害とみるという趣旨ではないであろう^(註32)。

解除時によった当時の下級審裁判例の状況を見ておく。単に解除時の時価を解除者の損害というにとどまるものもある^(註33)。また、解除時の時価をうべかりし転売利益とみるものがある^(註34)。また、解除による損害賠償が履行にかわる損害賠償であることを根拠に、特別の事情のないかぎり契約解除時における時価を基本とすべきと説くものがある。

なお、東京控判大正一〇年六月一八日評論一〇卷民法六六七頁は、売主X先代は買主Yの債務不履行により大正八年一月一八日に契約を解除し、同月一日に目的物を全部Aに一五〇四円五一銭で売却している。Xは訴提起時たる同年三月一日の下落した時価と契約価格との差額を賠償請求するが、Aへの売却価格を解除時の時価と同額とみとめ、契約価格と解除時の時価との差額を認容する。

東京控判大正一一年三月二三日新聞一九八九号一九頁は、大正六年に締結された麦類の売買契約が大正八年七月に売主の不履行により解除された。Xは解除前の大正七年八月中の時価にもとづき損害賠償を請求したが、解除時の時価をもとに賠償が認められているにとどまる。解除前の騰貴価格による賠償請求が入れられなかった点において注目に値しよう。

次に取り上げる大審院判決も解除後の騰貴価格を買主が賠償請求しているが、消極に解されている事例である。

(註31) 岡本詔治前掲書九八頁。

(註32) 岡本詔治前掲書九八頁以下。

(註33) 東京控判大正九年八月二八日評論九卷民法三六六頁、東京控判大正一一年一月二八日評論一二卷民法三八七頁、東京控判大正一二年六月二日評論一三卷民法二二〇頁、大阪控判大正一四年九月一八日判例集報三卷一号一頁、東京控判昭和四年四月九日評論一八卷民法八四九頁。

(註34) 東京地判大正九年二月二三日評論九卷民法三三一頁、長野地判大正一〇年二月二三日評論一〇卷民法四〇六頁、神戸地判昭和一六年九月一七日新聞四七三四号五頁。

[8]大判大正一〇年三月三〇日民録二七輯六〇三頁

XはYよりマッチの木を（一五円五〇銭／千把）購入したが、Yの一部不履行のため、契約を解除して損害賠償を請求をする。XはYとの契約後直ちに目的物をAに（二二円五〇銭／千把）転売していた。解除の六ヶ月後の時点における高騰価格（五四円七四銭／千把）と契約価格との差額を損害としたXの主張はしりぞけられた。原判決は、転売価格との差額（七円／千把）の請求しか認容しなかった。

大審院は、「債務不履行ニ因ル損害賠償ノ範囲ハ通常生スヘキ損害即チ各個ノ場合ニ普通ノ取引觀念ニ照シ不履行ノ因果關係トシテ生スヘキモノト認メラルヘキ損害ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ買主カ売主ノ債務不履行ニ基キ売買契約ヲ解除シ損害賠償ヲ請求スル場合ニ於テモ其解除後目的物ノ価額騰貴シタルトキ若シ買主ニシテ売主ノ不履行ナカリシ場合目的物ヲ其価額騰貴当時依然保有スヘキ特別事情アルトキハ其売買価額ト騰貴シタル価額トノ差額ハ得ヘカリシ利益喪失シタル損害額トシテ請求シ得ヘク即チ騰貴価額ニ依リテ損害ノ範囲ヲ定ムヘキコト勿論ナリト雖モ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額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リラサル場合ニハ買主ハ其騰貴シタル価額ト売買代金トノ差額ニ付キ利益ヲ受ケ得ヘカリラサルモノナレハ斯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シテ其解除前ニ引渡ヲ得タルモノトシテ受ケ得ヘカリシ通常ノ利益ヲ標準トシテ之ヲ算定スヘキモノトス」としたうえ、「転売代金ト解除後ノ価額トノ差額ハXカYヨリ目的物ノ引渡ヲ受ケタルモノトシテ之ヲ訴外Aニ引渡スコトニ因リテXノ同訴外Aヨリ受取ルヘキ代金ハ千把ニ付キ二十二円五十銭以上ニ出ツルコトナキコトニ徴シ其差額ハ転買主タル訴外Aノ利得ニ帰スヘキモノニシテXニ帰スヘキ筋合ニ非サレハXハ此差額ニ付テハ利益ヲ得ヘカリシモノニ非ス」としてXの上告を退けている。

[8]は、買主の主張する、解除から六ヶ月後の騰貴価格で転売して利益をうべかりし特別の事情が買主において実際に売買直後に転売済のためにないとされた事案である。

当時の学説は、[8]が、賠償権利者の主張した時点を採用しなかった事案であることに着目している。学説は、主張されている時点の価格に相当する損害を被ったことの証明を要求せずに賠償権利者の主張する時点为原则として採用していた判例^(註35)を、批判している^(註36)。平野義太郎博士は、賠償の目的は常に損害の補填にあるから漫然と転売利益をうべかりしとの主張をいれることは賠償額算定の原理とあいられないと指摘される^(註37)。末弘巖太郎博士は、転売利益のうべかりし具体的な事情のあるときはもちろん、それがなくとも、転売の容易な商品かどうか、被害者が商人かどうかなどの転売の機会の有無に関する蓋然性を判断すべき具体的根拠を審査したうえ、被害者を以て最良の商人とも最悪の商人とも仮定すべきでないから、その中間をとって標準とするのが最も公平で合理的な取扱だから、転売したろうという蓋然性のおおい場合には被害時から判決時までの平均価格を損害として賠償させるべきであるとされる^(註38)。

しかし、大審院が[8]により、基準時の問題についてのポリシーを転換したと解することは必ずしもできないであろう。その直後に、解除の事案ではないが、基準時を賠償権利者の選択にゆだねる[9]大判大正一〇年四月四日民録二七輯六一六頁(不法行為)、[10]大判大正一一年六月五日民集一卷二八三頁(履行不能)が現れているからである。これらの事案には、問題となっている物の売却の事実は現れていない。[8]が「若シ買主ニシテ売主ノ不履行ナカリシ場合目的物ヲ其価額騰貴当時依然保有スヘキ特別

(註35) 言い換えれば、賠償権利者の主張する時点が中間最高価格時であることに特段の意義はない。当時の裁判所としては、賠償権利者の主張する時点であるから採用しているにとどまるといえる。解除において中間最高価格によっている下級審の例として、東京控判大正一一年一二月二八日新聞二一三三号一七頁は、大正六年七月に株式会社XがYからA社の株式を購入したが、Yが契約を履行しないために、同年一〇月に契約を解除し、損害賠償を請求している事案で、同年八月二五日における時価(最高価格)が基準として採用しているが、「賠償ノ額ニ付キテハ契約株式ノ各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シ得ヘキモノト解スル」としている。

(註36) 菅原春二「中間最高価格に依る損害賠償の請求」法学論叢四卷四号、五号(一九二〇)。

(註37) 平野義太郎「判批」判例民事法大正一〇年度四七事件。

(註38) 末弘巖太郎「判批」判例民事法大正一〇年度四七事件。三田村「財産上の損害賠償算定の時期に付て」朝鮮司法協会雑誌三卷七号(一九二四)一二頁も参照。

事情アル」ことを問題としていることから、[8]が転売の事実の存在を重要な事実であると考えている可能性が十分にうかがわれよう^(註39)。

[8]が解除後の騰貴価格を問題にした事案であることはどのように考えられるであろうか。その約半年前の事案である[6]も[8]も、解除後の損害について特別の事情を要求している。両判決が、解除後の時点を基準とすることができる枠組を残している点は認められるが、解除までに生じた損害と解除後に生ずる損害とを区別していることも明らかであろう。

もっとも、両判決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40)かどうかは必ずしも明らかではない^{(註41) (註42)}。

平井教授は、金銭的評価において、市場価格と契約価格との差額を基準となしえない場合の一例を示した判決である、とされる^(註43)。加藤雅信教授は、転売価格と売買価格との差額を買主の通常損害とした事案であると位置づけられている^(註44)。

また、両判決は、解除時を原則とすると述べている判決ではない。

ところで、大正時代の末期に、後続の裁判例によく引用される二件の大審院判決が現れる。一件は履行不能に関する判決であり、一件は、富喜丸事件判決として有名である。いずれも、騰貴価格の賠償請求に対して、大審院が制限的な態度をとった例として注目される。

(註39) 平野義太郎前掲判例民事法大正一〇年度四七事件、勝本正晃『事情変更原則』八二七頁、林良平前掲民商一二頁、柚木馨＝高木多喜男『判例債権法総論（補訂版）』（一九七一）一四五頁参照。

(註40) 北川善太郎前掲於保還暦一四八頁。

(註41) 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42) 大判昭和七年二月二四日裁判例六輯民事三六頁は、「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」ことは明らかである、としている。

(註43) 平井宜雄『損害賠償法の理論』二九二頁。

(註44) 加藤雅信「相当因果関係」法学教室二八〇号（二〇〇四）六一頁。

[11]大判大正一三年五月二七日民集三卷二三二頁^(註45)

立木の売買契約後に転売契約を締結していた買主Xが、二重譲渡により生じた売主Yの引渡債務の履行不能による損害賠償を、訴提起時の価格を基準に請求している事案である。Xの請求を認容した原判決は破棄されている。

「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～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～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～。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。

同じく履行不能の事案である[10]と[11]を比較してみた場合の違いは、騰貴価格で転売すべかりし事情のあることの証明を現に賠償権利者に課しているか否かという点にあるのであり、大審院は損害の有無の問題としているのであって、民法四一六条の問題としているのではなからう。大審院が[11]において「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」ことの証明を賠償権利者にことさらに求めている事情

(註45) 本判決に関する文献として、鳩山秀夫「判批」判例民事法大正一三年度四八事件、谷口知平「中間最高価格」『判例演習債権法一卷』四五頁、田中実「中間最高価格」『判例百選(第二版)』五六頁。

は、第一には転売契約が存在すること、第二には本件売買の目的物が「比較的取引ノ頻繁ナラサルモノ」であること、にあるのであろう。

[12]大連判大正一五年五月二二日民集五卷三八六頁^(註46)は、不法行為における価格騰貴による損害の問題についての従来態度を変更している。それによれば、不法行為後の中間最高価格によるには、次のような基準を満たさなければならない、とされている。

「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額ヲ以テ転売其ノ他ノ処分ヲ為シ若ハ其ノ他ノ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」。

周知のように、[12]は不法行為への民法四一六条の類推適用を肯定するリーディング・ケースであり、学説には多大な影響を与えている。

[11]と[12]の提示している枠組^(註47)の影響は下記の解除の事案にも若干見いだすことができる。

[13]大判昭和六年四月一五日新聞三二六六号一五頁

特約にもとづき、小麦粉の買主Xは大正八年六月一七日に売主Yにたいし引渡場所を定め一〇日間の期間をもうけて履行を催告したが、Yが物件を引き渡さないために、Xは契約を解除し損害賠償を請求する。原審は、XYはいずれも雑穀売買の商人であり、特別の事情のないかぎり転売により買入価格と売卸価格との差額に相当する利益をうるとみるのが相当であり、同年六月中旬～解約当時（同月下旬）までの最高価格を

(註46) 本判決に関する文献として、末弘巖太郎「判批」判例民事法大正一五年度五三事件、四宮和夫「判批」続判例百選所収、加藤一郎「不法行為による損害賠償の範囲」『判例演習債権法二巻』（一九六四）、北川善太郎「判批」民法の判例（第二版）所収、平井宜雄＝栗田哲男「富喜丸事件の研究」法協八八巻一号、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、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）、等がある。

(註47) 両判決の判決文を厳密に比較すると、判断枠組は必ずしも同一ではないというべきであろう。

売却価格とみて、損害を算定した。Yの上告は棄却された。

大審院によれば、X Y両名は雑穀売買を業とする商人で大正七年四月頃東京における小麦販売業者組織の組合員であったこと「ニ依レハ買主タルXハ転売シテ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ本件小麦粉ヲYヨリ買受ケタルモノト認ムルヲ相当トスルノミナラス、売主タルYノ債務不履行ノ当時該物件ノ市価カ騰貴シ居タル原判示事実ニ稽フレハ、若シ該不履行ナカリセハYハ其ノ騰貴シタル市価ヲ以テ之ヲ他ニ売却シ因テ買入代金ト売却代金トノ差額ヲ利得シタルヘキ事実ヲモ推認シ得ヘク而モ這ハ必スシモ一片ノ希望ノミニ止マラスシテ寧ロ該利益ヲ確實ニ取得シ得タルヘキ事情ナリト認」められ、そしてこの事実は「Yニ於テモ之ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノト推認スルニ難」くないとされた。

本判決は、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、問題の価格差をうべかりし転売利益すなわち特別損害とみたうえ、かかる利益をうべかりし事情とその予見可能性を援用している。転売利益をう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。北川善太郎教授は、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不履行から通常生ずべき損害とはみるべきである、と指摘されている^(註48)。

なお、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う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を否定するものは見あたらない^(註49)。

次に紹介する二件の判決では 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。

(註48) 北川善太郎前掲法学論叢八八卷四・五・六号一〇七頁。

(註49) 拙稿前掲六甲台論集四一卷三号(一九九四)。

[14]大判昭和九年八月一〇日全集一輯九号一四頁

米穀商X Y間の小麦売買において売主Yの不履行を理由に、買主XはYに履行を催告した日時と思われる時点の小麦相場と契約時価との差額を当然うべかりし利益としてXに賠償すべしとした原判決に対する、問題の差額が現実の損害ではないから損害賠償の対象にならないと主張するYの上告は棄却された。契約の解除がなされた事案のようである（事実不詳）。

大審院は、「本件売買ノ当事者ハ何レモ米穀商」であり「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売主カ履行期ニ目的物ノ引渡ヲ為サス其ノ後ニ至リ目的物ノ価格騰貴シタルトキハ特別ノ事情ナキ限り買主ハ売主ノ不履行ニ因リ其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売主ニ対シ之カ賠償ヲ請求シ得ヘキコトハ当院ノ判例トスル所ナリ」として[11]を引用する。

この判決は、[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。

[15]大判昭和一二年三月五日全集四卷五号六頁

株式その他の有価証券の現物売買を業とするXは、昭和八年六月にYからA会社株式一五〇株を単価三三円三〇銭で購入することを約した。Yが翌日に送付して一切の手續を完了する約束だったが、Yの債務不履行により、翌年五月一日に適法に契約は解除された。締約から解除までの最高価格である同年二月二三日の単価六八円を基準にXの損害を算定した原判決は、中間最高価格相当の損害は特別損害でありその予見可能性の証明のないかぎり賠償はみとめられず本件においては解除当時の価格による賠償で足りる、と主張したYの上告により破棄された。

「凡ソ株式其ノ他所謂有価証券ノ現物ナルモノハ一般ニ相場ノ変動激シキモノナルカ故ニ此等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株式其ノ他ノ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シ特ニ本件売買ノ目的物タルA会社株式ノ如キ相場ノ変動常ナキモノニ在リテハ尚更然リトナス」とされたうえ、「本件ニ於テ有価証券ノ現物商タルXカ他ニ転売ノ目的ヲ以テ本件株式ノ買受ヲ約シタル〜カ故ニXカ仮ニ右約定ノ日時迄ニ本家株式ノ引渡ヲ受ケタルモノトスルモ普通ノ事例ニ従ヒ間モナク他ニ転売セシモノト做スヲ相当トスヘク従テ履行期〜ヨリ約八ヶ月後〜ニ於ケル相場ヲ以テ転売シ得タルモノト断センカ為ニハ何等カ之ヲ首肯スルニ足ル特別事情ノ存スル所以ヲ判示スル要」すると^(註50)。

この判決は、「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ト断センカ為ニハ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いう。ここにいう特別事情が、[11]と[12]のいずれの枠組みによるものであるのかは、必ずしも明確ではない。

さて、[8]は、転売契約のあるときは特別の事情のないかぎり転売後の騰貴価格での転売により利益のうべかりしことの可能性がうばうために騰貴価格による損害賠償請求を否定していた。また、上に紹介した大審院判例においては、解除時を採用しているものは見あたらないが、転売契約が存在する下記の事案において、買主の主張する解除時を採用するという裁判例が現れる^(註51)。

[16]大判昭和七年四月一日裁判例六輯民事九二頁

買主Xは売主Yから東洋人絹三〇〇ポンドを購入する契約をした。Xは問題の人絹を一〇〇ポンド当たり二円を上乗せしてAに転売する契約を結んでいた。Yは債務を履行せず、Xは他から代品を調達してAに対する義務を履行せざるをえなかった。XはYとの間の契約を解除し、解除時の時価で損害賠償を請求する。Xが上告し、原審はX A間の転売契

(註50) 平井宜雄『損害賠償法の理論』三〇四頁は、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、とされる。

(註51) その他に、転売の事実はないようであるが、大判昭和一六年六月一八日評論三〇卷民法五八八頁、大判昭和一六年一〇月二一日法学一一卷五号九六頁が解除時を採用している。

約が消滅したかどうかを確かめていない、消滅していたとすれば、Yから受けるべき目的物をAに引き渡す必要性は消滅している、と主張した。大審院は、Xの主張を支持して、破棄差戻しをしている。

[17]大判昭和一〇年一二月一八日全集三輯三号一三頁

XはYから裸麦（石あたり一六円五銭）を買い受けたが、即日引渡の約束は変更され契約期日の三ヶ月余後の日時が履行期とされたが、Yの債務不履行により契約は解除された。Xは解約当時の時価と売買代金との差額（石二円一五銭）を損害として訴求したが、本件売買の翌日にXは右物件をAに石一六円二〇銭で転売していたために、原審は、当該物件は転売契約の履行にあてられるべきであったから、契約解除の当時まで物件を保有すべき事情はなく、Xの損害は転売代金と購入代金の差額、石一五銭の割合の損害を被ったにすぎないとした。これに対し、Xは、本件売買契約は事後の履行期日の延期により第三者に時価で物を転売する目的に変更されており、Yの不履行のため、騰貴した時価での転売差益をうる機会を逸しており、これは、当事者が米穀商人のときには通常損害である、仮に価格の騰貴が特別事情であるとしても米穀商人Yにはその予見可能性はあった、等と主張して上告した。

大審院は、「凡ソ転売ノ目的ヲ以テ買約シタル物品ヲ其ノ売主カ引渡ササル場合ニ買主ハ之ヲ理由トシテ当然ニ転売先ニ対シ約約ノ履行ヲ引延ハシ得ヘキモノニ非サルヤ勿論ナルノミナラス、殊ニYトXトノ間ノ前掲買受契約ハ其締結後解除トナル迄六ヶ月余ヲ経過シ居リ斯ル場合ニ買主ハ転売契約履行ノ為メ代品ノ購入其ノ他適宜ノ措置ニ出ツルノ事例ニ乏シカラサル事実ニ稽フレハ、右買受契約カ履行遅延ノ儘存続シタルノ故ヲ以テXトAトノ間ノ右転売契約モ亦之ニ伴ヒ履行遅延ノ状態ニ於テ存続シタリシモノト即断シ難ク、従テ右買受契約カ履行遅延ノ状態ニ陥リタル後ニ於テハ仮ニYカXノ判示催告ニ応シ之ヲ履行シタルモノトスルモ果シテXハYヨリ受取ルヘキ裸麦ヲ右転売契約ノ履行トシテAニ引渡スヘキ関係ニアリタルヤ否ヤ輒ク肯定シ難キ筋合ナリトス。然ラハ右買受契約ノ解除トナル迄右転売契約ノ存続シタル事実カ証拠ニ依リ確定セラレサル限り原判示ノ如クXハYヨリ受取ルヘキ裸麦ヲ必スヤ右転売契約ノ履行トシテAニ引渡シタルモノト断スヘカラサルコト明白」であるとして、原判決を破棄している。

[18]大判昭和一一年一〇月一六日法学六卷一号一二頁

XはYから綿糸を、Aに売却した綿布の原材料として購入した。しかし、Yが履行せず本件契約は解除された。原審は、騰貴した時価で転売する機会をXは逸したから買入代金と解除当時の時価の差額の損害を被った、として右の差額の賠償をみとめた。Yの上告を大審院は次のように判示して棄却した。

曰く、騰貴した時価で転売する機会を逸したことは具体的損害で買入代金と解除当時の時価の差額は抽象的損害だから、原審は趣旨一貫しないきらいがあるが、「本件売買が～解除せられたるときはXは他より同種の原糸を購入するにあらざればAに対す綿布の引渡に支障を来たすべく之れが購入は反証無き限り解除当時の時価を以てせざるべきあらざるは当然なるを以てXは一応原審が認定したる損害を被るものと推測するも不当と謂ふべからず。若し夫れXが時価以下の価額を以て当該綿糸を入手することを得る為に右の損害を被らざりしことが事実なりとせば斯る事由はYに於て之を主張し立証する所なかるべからず」と。

[19]大判昭和一六年二月五日新聞四六八一号一五頁

XはYより昭和一一年八月および一〇月に軽油を買い受ける契約をむすんだが、履行期をすぎても履行されず、Xは翌年六月右の各契約を解除した。原審は、同一一年八月契約分についてはAらに転売されており転売価格と買入価格との差額に相当するうべかりし利益の通常生ずべき損害しか損害を被っていない、と認定した。Xは上告し、具体的に転売されていた数量は原審の認定より少なくその他の分について当時誰にいくらで転売していたと認定すべき証拠はない、他の転売先との契約が存続していたとの認定もない、と主張した。原判決は破棄された。

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

シ居リタルノ故ヲ以テ直ニ買主ノ損害カ代金ト転売代金トノ差額ニ過キサルモノト速断スルコトヲ得ス」とした。

[17]は、売主の不履行にともなう転買主と買主の対応によって転売契約にもとづく買主の債務はもはや消滅しているという推定をもとにして、転売契約にもかかわらず、価格騰貴による転売利益をうべく「目的物ヲ～依然保有スヘキ特別ノ事情」([8])のあることをいわんとしている。これに対し、[18][19]は、第三者との契約の存続を前提に、解除の時点においてもはや売主から転売契約・請負契約の履行に必要な商品を手に入れないから、転売契約・請負契約にもとづく債務を履行するために買主は代品を調達する必要があるとし、解除時において市価で代品を調達するために損失を被ることが事実上推定されているといえる。解除時の時価に相当する損害はうべかりし転売利益ではなく代品買入による積極損害とみられている。この点は、一部の論者により高く評価されている^(註52)。

ただ、解除時の市価よりも低価格で買主が代品を買い入れたこと、または、買主が代品を買い入れなかったことが売主により証明されれば、両判決は解除時の時価を基準にしては損害を算定できまい。その場合には、代品買入によって買主の被る損害額はゼロまたは少なくとも解除時の時価よりも少ないからである^(註53)。

なお、北川善太郎教授は、転売契約の不履行により転買主に対し違約金・損害賠償金の支払をする危険や代品買入による余計な出費が転売利益の賠償をえてものこる点が考慮されていないとして、[8]および[11]の態度に批判的である^(註54)。北川教授は、転売価格を基準に損害を算定するときはこれらの不利益を加算するか、売主に不履行をしてでも他に売却して利を得しめる結論をとるよりも、買主による適時の代品買入などを促進させる

(註52) 北川善太郎前掲於保還暦一五二頁、斎藤彰前掲七〇頁以下。三淵乾太郎「調査官解説」最判解民昭和三六年度四九事件参照。

(註53) 櫻見由美子「判批」法協九六卷一・二号参照。

(註54) 北川善太郎前掲於保還暦一五〇頁以下。

ためにも、買主に騰貴価格（どの時点かは基準時の問題）による損害賠償をみとめる方が正当であろう、と指摘される。たとえば、約定価格一〇〇円、転売価格一二〇円、解除時一五〇円とすると、判例の基準では買主は二〇円の利益しかえられないが、売主が解除時の物を他に転売すれば損害賠償金を支払っても三〇円を利得するからおかしいとされるのである。この価値判断自体は売主の利得に着目するものであり、損害賠償の問題把握としては若干問題である。もっとも、右の設例では、解除時に買主が代品買入し転買主に履行したとすれば五〇円の積極損害を買主は被る。口頭弁論終結時でも代品買入による損失を加算すれば、口頭弁論終結時を基準時とするのと同様の結論にいたる^(註55)。債権が複数の成立の可能性を許容している点を考慮すれば、売主が二重譲渡すること自体は法的に否定できない^(註56)。北川善太郎教授および辻正美教授は「買主は転売契約をしていた場合であっても現在の騰貴した価格による抽象的損害計算にもとづいて請求原因を構成しうる。これに対し売主は、現在の価格にまで騰貴する前に締結されていた転売契約によるうべかりし利益の額と、その転売契約の事後処理に要した費用の額との合計が、買主主張の損害額を下回することを抗弁として主張立証」しうる、とされる^(註57)。これにたいし、[8]の態度を支持する平井宜雄教授は、[19]について、契約が履行されたよりも高い経済的地位をXにあたえることになる、と指摘される^(註58)。ただ、別個の損害としての代品買入による積極損害の主張はさまたげられないから、この点についての対立は決定的ではなからう。

上記の大審院の何件かの裁判例から、次のようにいうことができよう。

大審院は、解除における損害賠償を履行に代わる損害賠償（填補賠償）と解している一方、解除時を原則とする準則は確立されていない。

(註55) 石田稷『損害賠償法の再構成』参照。

(註56) 前田達明『口述債権総論（第三版）』二〇六頁。

(註57) 北川善太郎＝辻正美「判批」判タ二九九号（一九七三）七九頁。

(註58) 平井宜雄『損害賠償法の理論』二九五頁。

(2) 最高裁判例

契約が解除された場合の基準時については、現在では解除時を原則とするというルールが確立されているといつてよからう^(註59)。そのリーディングケースとなるのは昭和二八年の二件の最高裁判決である。そのうち、[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^(註60)は単に原判決^(註61)を是認するにとどまるが、次の判決は解除時をとるべき理由について詳細に論じている。

[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^(註62)

昭和二一年に締結された下駄材の売買契約が売主Yの不履行により買主Xから解除された。Xは、解除当時の価格最低八万円と代金一七五〇〇円の差額五万五千円の利益、の賠償などを請求している。原審は、解除における損害賠償の基準時は解除時である、本件契約成立当時は敗戦後でインフレが昂進し物価騰貴の情勢にあり、敗戦国のわが国の当時としては普遍的な経済情勢であつて、通常損害である、仮に特別の事情であつたとしても、騰貴の情勢は一般に顕著であり、またYは商人であるので、予見可能性があつた、として、請求を認容した。Yは、本件損害

(註59) 解除時を採用する下級審判決としては、東京控判昭和四年四月九日評論一八卷民法八四九頁、神戸地判昭和一六年九月一七日新聞四七三四号五頁（うべかりし転売利益として）、東京地判昭和三年九月九日下民集九卷九号一八一八頁、東京地判昭和五年八月九日下民集一一卷八号一六四七頁（傍論）、東京地判昭和三年七月二八日下民集一二卷七号一八〇一頁、大阪地判昭和四四年一二月一〇日判タ二四四号二六三頁、名古屋地判昭和四六年一〇月九日判タ二七二号三四四頁、水戸地判昭和五一年二月二五日判タ三四〇号二四六頁、東京地判平成七年一月二五日金法一四四二号一〇五頁、大津地判平成一三年九月二六日金商一一三二号四三頁、等がある。

(註60) 本判決に関する評釈として、大場「解説」判タ三五号（一九五三）、西村信雄「判批」民商三〇卷二号、相原東孝「判批」名城法学四卷二号、榎見由美子「判批」法協九六卷一十二号、がある。

(註61) 曰く「債務の不履行によつて契約が解除せられた場合における履行に代る損害の賠償は契約解除による被害の賠償ではなくて契約の不履行によつて生ずる損害の賠償であることはいふまでもないが、債権者は債務者に債務の不履行があつたからとて直ちに契約を解除しなければならない理由はなく契約はそのまま存続せしめてその債務の履行を請求することは毫も差支えないところであるが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ふ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、詳細である。

(註62) 本判決に関する評釈として、青山「解説」判タ三七号（一九五四）、我妻栄「判批」法協七三卷二号、本城＝谷口知平「判批」民商三〇卷四号、林良平「判批」法学論叢六一卷三号、柚木馨「解除による損害賠償の範囲」『判例演習債権総論（補訂版）』（一九七三）所収、高橋康之「判批」『続判例百選』（一九六〇）所収、植林弘「判批」『売買（動産）判例百選』（一九六六）所収、飯島紀昭「判批」『民法判例百選Ⅱ（第四版）』（一九九六）二四頁。

は特別損害で予見されていないこと、履行期を標準とすべきであること、と主張して上告した。

『判旨』上告棄却

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

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

上記の二件の判決により、最高裁が大審院と同様に、解除における損害賠償を履行に代わる損害賠償であると解しているとみることができよう。さらに、大審院とは異なり、解除時を標準とする判例が確立されたといつてよからう^(註63)。

(註63) 最判昭和三〇年一月一日裁判集民事二〇号六六三頁は、解除時を採用する原審を支持している。上告理由によれば、つぎのような事情がうかがわれる。売主Yと買主Xとの間で本件土地の売買契約が成立した。しかし、Yが債務を履行しなかったために、Xは契約を解除し、損害賠償を請求する。原審は、「解除の結果買主たるXは契約の目的物を取得することができなくなったわけでありその価額に相当するものを失ったことになる」とし、ただし、「もっとも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にはその解除当時これを転売し得たであろうといふやうな特別の事情がなければ解除当時の価額をもって損害算定の基礎とすることはできない」としているが、価額はその後むしろ上昇しているとして、解除時における本件土地の時価と売買代金の差額の賠償を認容した模様である。これにたいしYが上告し、(一) Xが転売利益をうべかりし事情が存在しないこと、(二) 価額はその後むしろ上昇しているとしてYの主張を失当とみる点に理由齟齬があること、(三) 富喜丸事件判決その他の判例に違反していると主張している。これに対し最高裁は、「原判決は、売主たるYの責に帰すべき目的物件引渡義務の不履行により買主の被むる損害賠償として契約解除当時に於ける目的物件の交換価格と売買代金との差額の支払いを求むる本訴請求を認容したものであるから、所論(一)のごとき民法四一六条を誤解した違法又は所論(二)の理由齟齬の違法も認められないし、また、所論(三)引用の判例は、特別事情による損害賠償に関するもので、いずれも、本件に適切でなく、所論(三)のごとき審理不尽の違法も認められない」として、上告を棄却している。他に、最判昭和三八年一月二二日裁判集民事六四号六三頁も解除時を採用した原審を支持している。

[20][21]についての文献は、民法五四五条三項にいう解除と併存する損害賠償の性質に言及しつつ、解除時を採用した結論を支持している。

西村信雄教授は、同規定による損害賠償義務は解除によって新たに生ずる義務であってしかも同条一項の原状回復義務の特殊的態様にすぎないとされる。西村教授は、原状回復義務によって契約が当初から締結されなかったとしたら解除された現在においてあったであろうと推測される状態を作り出すものであると解すべきであり、買主が解除された契約とは別個の契約によって同種の物を買って入れて現在まで保持していたであろうと考えられるから、買主は騰貴した解除時の価格による賠償を受けて初めて原状回復の目的が達せられると説く^(註64)。

相原東孝教授は、履行がなされないために生じた損害を除去しなければ、原状回復の目的は達せられないが、その損害は債務不履行によって生じたものであるから、民法五四五条三項にいう解除と併存する損害賠償は債務不履行による損害賠償の性質を有すると解したうへ、単に損害発生の時を標準として損害を算定しただけでは、原状回復の目的を達することができないから、解除が効力を生じて不履行の債務も消滅し損害発生の原因のなくなる解除時までには生じた損害に限って、その賠償請求を認めるべきであって、解除時を採用した最高裁の結論を支持する^(註65)。

信託利益説にたつ柚木馨教授は、解除をせずに買主が履行に代わる損害賠償を請求することを認める立場に立ったうへで、解除をした場合には、買主がはじめから契約の無効を知っていたならば他から安価で買入れることによってさけることができたから、解除時の時価と売買価格との差額は契約の有効を信じたことにより通常生ずべき損害である、という^(註66)。

ところで、[21]判旨二が解除時を履行に代わる損害賠償が可能となる時点として理由づけている点について盛んに議論されている。このような理

(註64) 西村信雄前掲五三頁以下。水本浩『契約法』(一九九五)六四頁参照。

(註65) 相原東孝前掲二〇頁。

(註66) 柚木馨『債権各論Ⅰ』三二三頁、同前掲『判例演習債権総論(補訂版)』二九三頁。ただし、柚木馨教授は、解除後の高値での代品買入により生ずる損害は特別損害であるとされている。

由付けは、大審院判決には見いだされず、同判決において初めて現れたものであり、債務不履行による損害賠償という考え方（判旨一）と現実的履行に代わる損害賠償という考え方（判旨二）とが混在していると指摘されている^(註67)。もっとも、上告理由と関係づけてよむと、判旨一および二は上告理由に丁寧に応接したものである、といえる^(註68)。

判旨一は、問題の損害を特別損害としてみるべきであるという上告理由に対して、価格騰貴について予見可能性を問う必要のない通常損害であると、こたえているものと思われる。本件事案では、契約解除時の価格が契約価格の三倍余りであり、短期間に高騰していることから、上告理由はこれを特別の事情であると主張しているものと思われる。しかも、これは太平洋戦争敗戦直後の混乱した経済状況のために特異に生じた価格騰貴であるとみたならば、[5]のようにかかる価格騰貴による損害は特別損害であるとみることができたであろう。しかし、最高裁は、かような価格暴騰を、当時の経済の趨勢であったとみたために、通常生ずべき損害であると判示していると読むことができよう^(註69)。従って、判旨一は、従来の大審院の裁判例の延長線上に位置づけることができよう^(註70)。すなわち、判旨一に従えば、履行期・解除時のいずれの時点も、当該事案で賠償権利者が主張していたならば、採用されうる。さらに言い換えれば、[21]の事案におい

(註67) 本城武雄＝谷口知平前掲（谷口執筆）、林良平前掲民商三一卷二号八頁、北川善太郎前掲法学論叢八八巻四～六号一〇一頁、平井宜雄『損害賠償法の理論』二四七頁、姫野学郎前掲法学論叢一四六巻二号九一頁。

(註68) 高橋康之前掲一一五頁、岡本詔治前掲書一三二頁参照。

(註69) 拙稿前掲六甲台論集四一卷三号八七頁以下参照。つねに予見可能性があると考えられるなら、あえて特別損害とするまでもなく通常損害とみて実際かまわないと思われるが（我妻前掲法協七三巻二号参照）、最高裁は逆に、経済の自然の趨勢による価格騰貴も、特別事情として予見の対象としている（最判昭和三七年一月一六日民集一六巻一一号二二八〇頁、最判昭和四七年四月二〇日民集二六巻三号五二〇頁）。

予見可能性のない価格騰貴と判断されたときにどの時点を基準時とみるべきかについては、「債務不履行の場合にその履行に代わる損害賠償の額は、債務の目的物の価格が物価統制令によつて統制されており、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、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認められる場合に限つて、契約解除の時の価格によると解すべきである」とする仙台地判昭和二五年一月二七日下民集一卷一〇二号二〇八七頁が目を引く。

(註70) 谷口知平＝植林弘『損害賠償法概説』（一九六四）六〇頁参照。

て買主が履行期を主張していたならば、価格上昇の事案であることもあって、最高裁はこれを認容していたであろうと思われる^(註71)。

判旨二は、解除時ではなく履行期を基準であると主張する上告理由に対して、履行期でなく解除時を基準にするべきであると応えている。これは、売買契約本来の目的物の給付請求にかわり填補賠償請求をなしうるにいたる時点の価格が賠償請求されうるとみたものである^(註72)。上述のように、大審院は、解除の場合に解除時を原則ですべきであるともせず^(註73)、また、解除時を採用した事案でもその理由付けを詳細には行っていない。判旨二は、解除時を採用する意義について、原則論を展開しており、先例性を有するといえよう。我妻栄教授は、本来の請求権が履行遅滞により本来の請求権プラス遅延賠償となり、債務不履行による損害賠償請求権の内容が解除の時から目的物に代る金額になることを説くにすぎないとされる^(註74)。

他方で判旨二には批判もある。北川善太郎教授は、解除前の時点に履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権が併存しうることから、判旨二は必ずしも論理的ではない、と指摘される^(註75)。樫見由美子教授は、解除後の填補取引による損害の賠償について認容例のあること、特定物の引渡請求訴訟の場合その執行不能を条件に履行にかわる損害賠償を訴訟上併合してその損害賠償が認容された例のあることは本来の履行請求権の存続中にそれにかわる損害賠償請求権の存在がみとめられる例ではないか、と指摘される^(註76)。平井宜雄教授は、判旨二は最高裁の判断を左右した実質的な理由ではなく、Xの請求の態様にしたがったまでである、と指摘される。判旨二の理由づけは形式的であると指摘されている^(註77)。平井宜雄教授は、

(註71) 三淵乾太郎「調査官解説」最判解民昭和三六年度四九事件、平井宜雄『損害賠償法の理論』、植林弘前掲『売買（動産）判例百選』六三頁。

(註72) 下級審のものとしては、大阪地判昭和四四年一月一〇日判タ二四四号二六三頁、東京地判昭和三五年八月九日下民集一一卷八号一六四七頁（傍論）、がある。

(註73) 大場前掲四四頁、青山前掲四六頁、林良平前掲法学論叢一一五頁以下参照。

(註74) 我妻栄「判批」法協七三卷二号。我妻栄『債権各論上巻』（一九五四）一九九頁。

(註75) 北川善太郎前掲法学論叢八八卷四～六号一〇一頁。

(註76) 樫見由美子「判批」法協九六卷一二号。

(註77) 平井宜雄『損害賠償法の理論』。

この枠組によれば、基準時は常に解除時しかあり得ないことになり、解除時前または後が基準時となることは論理的にありえず、通常損害とみることによって債権者の選択をゆるしていた従来の判例と論理的に矛盾するといわざるをえない、と説かれる^(註78)。

解除時をとるべき理由を別の観点から説明するものもある。内田貴教授は、解除時の根拠として代替取引が法的に可能となる時点であることをあげる^(註79)。解除時の時価をうべかりし転売利益または填補取引による差損の推定とみることで証明上の不利益を賠償義務者に転嫁するという見解もある^(註80)。もっとも、解除時における転売の推定は多くの事例では単なる擬制にとどまろう^(註81)。

ところで、解除権の生じた後に解除するか否かいつ解除をするかは、解除権者の意思にゆだねられる。そのため、解除権者が価格騰貴をねらって解除を遅らせることも考えられる。[21]では解除権の発生から解除の意思表示までに短からぬ期間が経過している。本城武男教授は、基準時が解除権者の自由にまかされるために債務者の被る不利益を回避すべく、解除権発生時が基準時であると解される^(註82)。本城教授の見解に対し、我妻榮教授は、催告期間が満了しても解除の意思表示があるまでは、債務者は、本来の給付を遅延賠償とともにすることができると考えると、必ずしも妥当ではないとされる。我妻榮教授は、信義則による解決を示唆されている^(註83)。梶見由美子教授は、最後の履行から解除まで二年半経過している点や当時の物資調達の困難にかんがみ買主は早期に契約の履行を訴求すべきで、不当にひきのばされた解除は、当事者間の衡平をはかるために、損害避抑義務違反にもとづく過失相殺事由とみるべき、とされる^(註84)。また、

(註78) 平井宜雄『損害賠償法の理論』二四六頁。

(註79) 内田貴前掲書時四二卷一〇号二一頁。

(註80) 梶見由美子前掲。

(註81) 三宅正男前掲書二五五頁参照。

(註82) 本城武雄=谷口知平「判批」民商三〇卷四号(本城執筆)三三〇頁。

(註83) 我妻榮「判批」法協七三卷二号。

(註84) 梶見由美子「判批」法協九六卷一二号。

解除時が解除権者の選択に左右される点を不都合とみる指摘がある。しかるべき時点に解除をすべきであったとの観念にもとづき価格騰貴による損害額が算定されるべきであるとの見解もある^(註85)。

いずれにせよ、[20][21]によって、解除時を標準とする考え方が判例上確立されたといつてよかろう。ところが、次に掲げる判決では最高裁は履行期を採用している。そのため、学説に混乱を招いている。

[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^(註86)

昭和一四年八月から数回にわたり買主Xと売主Yとの間に干うどのの売買契約が締結された。契約後目的物の価格が高騰したため、翌年四月までに一部を引き渡したのみで、残部についてはYが荷送りしないので、Xは同年六月七日電報で契約を解除した。Xは、履行期における市価と契約価格の差額を賠償請求した。Yは、Xが得意先Aの注文をうけたうえYに発注しており、Xの差益は一箱せいぜい二〇銭である、と主張した。下級審は、Yの債務不履行によりXも転買主に対し債務不履行となるのは通常の事例でありその場合には転買主に対し不履行時の時価と契約価格の差額を損害として賠償せねばならないからXの主張する損害算定は不当でないとして、Xの請求を認容した。

Yは、Xの損害は具体的な転売価格と契約価格の差額にとどまること、転買主に対する損害賠償による損失は特別損害にあたりYにおいて予見可能性がなければ賠償されえない、と主張して上告する。

『判旨』 上告棄却

「原審が本件売買価格と履行期における大連又は栄口における市価をもって、Yの債務不履行によってXの通常被るべき損害と判断したことは正当であり^(註87)、「なお、YはXが本件買受品を第三者に転売契約

(註85) 仙台高判昭和五五年八月一八日下民集三一巻五～八号四七二頁は、解除時を原則とするといいつつ、「物価急騰の時代に、理由なく遅れて解除がなされた場合に、解除時をもって損害額算定の基準日とするのは著しく衡平を失するものと言わねばならないので、おそくとも解除できたであろう時（他の業者と契約できたであろう時と同じと認める。）をもって損害額算定の基準日とするのが相当である」という。

(註86) 本判決に関する文献として、三淵乾太郎「調査官解説」最判解民昭和三六年度四九事件、植林弘「判批」民商四五巻五号。

(註87) 大判昭和一六年六月一八日評論三〇巻民法五八八頁は、基準となる場所を履行地とする。

していたことを主張するけれども、Y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」。

[21]と[22]は、片や解除時を、片や履行期を基準時とする点において態度を異にするが、いずれも通常損害の問題であるとした点、解除をした賠償権利者の主張する時点が基準時として採用された点で共通する。この両判決の整合性が問題となる。調査官解説によれば、本件事案では履行期から解除時まで価格が騰貴しており、転売契約の存在を度外視すれば、[21]の枠組みによって当然、履行期の価格による賠償が認められる事案である、といわれる^(註88)。もっとも、[21]判旨二に従った場合、履行期に生ずるのはどのような損害か、また、履行期の市価を通常損害とみる点の理由付けが必ずしも明確ではなくなるであろう^(註89)。履行期から解除時まで価格の下落傾向にあった事案では問題になるであろう。

本件事案では転売契約の存在が認定されているから、先例[8]に従えば、買主の損害は転売価格と売買価格の差額にとどまるものと認定され、それを上回る履行期の市価による損害は生じていないとされたであろう^(註90)。調査官解説は、転売価格が未確定なのでその証明責任が買主の賠償債権の減額要素として債務者に課されているにもかかわらず証明されなかったためであろう、と指摘している^(註91)。

学説は、[21]と[22]の両判決の関係づけには苦慮している。内田貴教授は、転売契約のない場合には解除時に代替取引をなすべきであるが、転売契約のあるために不履行時にただちに代替取引をおこなうのが合理的な事案であった、とされる^(註92)。売主の不履行の場合に、転売契約における転売主としての責任を果たそうとすれば、転売契約の立証の有無に関わりな

(註88) 三淵乾太郎前掲一五〇頁。

(註89) 岡本詔治前掲書一三四頁参照。

(註90) 三淵乾太郎前掲一五〇頁。

(註91) 三淵乾太郎前掲一五〇頁。

(註92) 内田貴前掲曹時四二卷一〇号二一頁、同『民法Ⅲ(第2版)』(一九九六)一六六頁。

く、履行期の市価による賠償が必要となるという考え方もあり得る^(註93)。この考え方によれば、転売契約のない場合には、履行期の市価によることが困難になるのではなるであろう。北川善太郎教授は、当事者の争点とならなくても解除時の時価をとるべきであるという事実関係がないかぎり裁判所において別の時点を基準時とすることは何ら背理ではない、とされる^(註94)。平井宜雄教授は弁論主義の制約により生じた帰結にすぎないとされる^(註95)。植林弘助教授は、判例の枠組みを基本的に、債務不履行における通常損害は責任原因発生時（履行遅滞の場合は履行期）、その後の価格騰貴による損害は特別事情による損害として履行期にその予見可能性のあるときのみ賠償されうるという枠組みであるととらえ、解除については[21]等があるから、買主は履行期又は解除時の何れかを選択しうるとしたものと理解せざるをえないとされる^(註96)。そして、債務不履行による損害賠償請求権は、債務者の履行期徒過によって生じており履行期を徒過した債務者が解除前において本来の給付に併せて遅延賠償を給付しなければ、債務の本旨にしたがった履行とはいえないのであり、解除時の時価を基準とするその「填補賠償」は本来の給付と遅延賠償をあわせたものと等質的なものとして把握されなければならないとすれば遅滞時と解除時は両立する、とされる^(註97)。

ところで、解除によって契約上の本来の債務の履行をなすべき義務が消滅しても解除前に債務不履行によって生じた損害の賠償を求めることができるが、同様の損害は履行遅滞後に債務の履行がされた場合にも生ずるであろう。すなわち、履行遅滞後に売買の目的物の引渡しを受けた買主が履行期の価格を基準に遅延賠償を請求する場合が存在しうる。遅延損害としての履行期の価格の問題の取扱いについて次のような最高裁判決が[22]と

(註93) 岡本詔治前掲書一三三頁参照。

(註94) 北川善太郎前掲於保還暦一四一頁。

(註95) 平井宜雄『損害賠償法の理論』。

(註96) 植林弘前掲民商四五卷五号七七五頁。

(註97) 植林弘前掲『売買（動産）判例百選』六三頁。

同じ昭和三六年に現れている。

[23]最判昭和三六年一二月八日民集一五卷一一号二七〇六頁^(註98)

XはYから大豆油を落札し買受代金を完済した。XはCに目的物を市価よりかなり高値で転売した。しかし、目的物が品質劣悪または不存在のため引取りえなかったために、XはCとの転売契約を合意解除した。その後、一・二ヶ月後に別途入手された品が履行としてXに引き渡された。Xは主位的にCとの転売契約によりうべかりし利益、予備的に履行期の市場価格と買受価格との差額に相当するうべかりし利益の賠償を請求する。第二審は、「油脂類の売買を目的とする株式会社である～Xは転売して利益を得る目的で本件大豆油をYから買受けたものであつて、直ちにそれを処分し得る状況にあつた～から～Xはその騰貴した市場価格で他にこれを転売して、買入価格と売却価格との差額を利得し得た～該利益を確実に取得し得たるべき事情にあつた～。そして～売主もこのような事実を予見しまたは予見し得べかりしもの」として、履行期における市場価格と買受価格との差額を賠償されるべき損害とみる。これに対し、Yが上告している。

『判旨』破棄差戻

「履行不能の場合あるいは履行遅滞により解除された場合のように、結局売買目的物の引渡がなされないままに終つた場合と異なり、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」。

この[23]においても転売契約のあることが認定されている。[23]は履行期の価格をうべかりし転売利益として論じている。具体的な転売契約からえられる利益は予見可能性のない特別損害と下級審においてされ、上告審における争点にはならなかったが、やはり買主は履行期に転売して利益を

(註98) 本判決に関する文献として、倉田卓次「調査官解説」最判解民昭和三六年度一八二事件、谷口知平「判批」民商四六卷六号(一九六二)、佐々木金三「判批」専修大学論集三一号(一九六二)、星野英一「判批」法協八〇卷五号(一九六四)、西原道雄「判批」『売買(動産)判例百選』(一九六六)五八頁

えたであろう、とはいいえよう。最高裁は転売利益の減少を云々しており、履行期の時価はうべかりし転売利益を意味しているとよめる^(註99)。[23]は、問題の損害が通常損害と特別損害のいずれにあたるかを判決文においては明定していない^(註100)。履行期の市価を通常損害とみる[22]にならえば、おなじく通常損害とみたものといえるかもしれない。予見可能性についての言及がないことから通常損害とみたものという指摘もある^(註101)。しかし、第二審はこれを予見可能性ある特別損害とみているようであり、最高裁も同様のようである^(註102)。

履行遅滞の場合に履行期の市価を特別損害と見た場合、買主がその賠償を得られない場合が生ずる。西原道雄教授は、具体的な転売契約やその価格をはなれて一般的に期待できる転売利益の差を遅滞により通常生ずべき損害ととらえるならば、目的物の低落そのものを直接に定型的な損害として把握できるとされる。もとより、商人間においては能くあてはまるであろう^(註103)。加藤雅信教授は、履行遅滞が目的物件の価格下落傾向の下であった場合に売主が実質的に安い物件を引き渡すことによる利益を保持できるとするのは、履行遅滞をするインセンティブを売主に与えることとなり、実際的でないとされる^(註104)。

なお、履行不能において解除時を基準にした唯一の裁判例として[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がある。解除における基準時を解除時とする判例の準則が適用されたと思われるが^(註105)、履行不能では、解除をまつまでもなく履行不能の時点以後は填補賠償請求ができるために、解除時を損害賠償請求権の発生時として理由づける[21]の論理

(註99) 倉田卓次前掲参照。

(註100) 星野英一「判批」法協八〇卷五号七〇七頁参照。

(註101) 加藤雅信「新民法大系Ⅲ債権総論第9回」月刊法教二七九号(二〇〇三)六一頁。

(註102) 倉田卓次前掲参照。

(註103) 西原道雄前掲五八頁。

(註104) 加藤雅信前掲月刊法教二七九号六一頁。

(註105) 安倍正三「調査官解説」最判解民昭和三七年度八五事件参照。

を履行不能にもあてはめることには、疑問が指摘されている^(註106)。

(3) 整理

以上みてきた大審院・最高裁の裁判例から、次のような点が解除に於ける損害賠償額の算定期限の問題として明らかになる。

まず、大審院・最高裁に共通するのは、解除における損害賠償（民法四五条三項）が履行に代わる損害賠償であって、履行利益が問題となっているということである。

しかし、以下の点は、大審院と最高裁は必ずしも一致しているとはいえないであろう。大審院は、解除時を算定の原則となる時点と考えておらず、解除後の時点を基準とすることは特別の事情がない限りできないとしているが、最高裁は、解除時を原則とすることを明らかにし、履行期の価格をも民法四一六条にいう通常損害であるとしている。

最後に、契約解除後の価格騰貴による損害については、[12]の前に三つの消極例があるが、解除後の時点が現に基準時と採用された例は、[6]の後にはない。[12]の後においては、解除後の時点が基準時として問題になった事案がみあたらない。

三 検討

(1) 解除時と履行期の関係

履行期の市価と解除時の市価の関係がまず問題であろう。少なくとも

(註106) 水本浩前掲一一二頁は、履行不能が履行期前に生ずるときには履行期、履行期後に生ずるときには履行不能時を基準にするべきであって、解除時によるべきではないという。ただし、安倍正三「調査官解説」最判解民昭和三七年度八五事件によれば、債権者の請求の仕方が、あたかも履行遅滞のうえ契約が解除された形をとっているという。

東京高判昭和四四年五月二九日東高民時報二〇卷一九頁は、山林の売買における売主Yの債務が二重譲渡により履行不能となった場合において買主Xらが履行不能時でなくその後の価格騰貴した契約解除時を基準にして賠償を求めるのに対して、「解除時における騰貴した価格を基にした填補賠償を請求できるためには、売主たるYが履行不能の際に、右価格の騰貴すべき事情を知っていたかまたは知り得たものであることだけでなく、買主たるXらにおいて右解除時以前には右山林を他に処分しなかつたであろうと予想される特段の事情のあつたことを要する」といい、履行不能時を基準にしている。

[12]前の大審院の判断枠組みに従えば、履行期を主張したと明確に判断できる事例はないが、いずれの時点も解除をした債権者が主張する限り通常損害として採用されたであろう。これに対し、最高裁の枠組みは必ずしも明確でない。[21][22]はいずれも解除をした買主の主張する時点を採用した事案である。履行期ではなく解除時を採用した[21]も仮に買主が履行期を主張していたならば、果たしてこれを採用したかどうかは必ずしも明らかではない点には留意する必要があるだろう。ことに、履行期から解除まで価格が下落傾向にあった場合が問題になるだろう。

履行期と解除時は必ずしも両立し得ない時点ではなかろう。たとえば、ドイツでは、本来の給付に代えて履行に代わる損害賠償を請求することが可能になる時点である履行不能時または猶予期間徒過時の時価と、履行期の時価とのいずれかの時点を買主は選択して自己の損害を算定することができる^(註107)。

[21]で売主は解除時における価格騰貴は特別の事情により生じていると主張している。上述のように、大審院の枠組みによれば、価格騰貴が特別の事情によるときにそれによる損害が特別損害と解されており通常騰貴による場合はその予見可能性は問題とされておらず通常損害とされている。売主はこの枠組みに従って、当該事案における敗戦直後の混乱による価格騰貴を特別の事情によるものと主張しているものと解される。従って、[21]判旨一は、かような価格騰貴を通常事情によるものとして、当該事案における解除時の価格相当の損害を通常損害と解しているといえることができる。いいかえれば、判旨一に立脚するならば、最高裁は判旨二のような説明を新たにする必要はなかったであろうし、[22]が採用した履行期も矛盾なく説明できよう。

しかし、[21]判旨二の、目的物の給付を目的とする債務がその同一性を維持しながら履行に代わる損害賠償債務に代わる時点であるという説明に

(註107) ドイツにおけるいわゆる抽象的損害算定については、拙稿前掲六甲台論集四一卷三号参照。この場合における、買主の損害はうべかりし転売利益であると解されている。

着目すると、解除時は履行不能時とその限りにおいて同一の性質を有するといえる。履行不能時の時価が通常損害とされているように、解除時の時価も当然に通常損害と解するべきであろう。しかも、価格騰貴を招いている事情の特殊性や価格騰貴の程度を問題にする必要はないであろう。その意味では、その判旨二に依拠すれば、判旨一の説明は必ずしも要しなかったであろう^{(註108) (註109)}。

解除時を履行不能時に類する時点とみた場合、解除前の時点はどのように性格づけられるだろうか。

履行遅滞後に売買の目的物の引渡しを受けた場合における引渡し前に生じた損害のうち、履行期から引渡しまでの価格下落による損害は当然には生じない^{(註110) (註111)}。

すなわち、損害論における差額説^(註112)にたって見た場合、履行遅滞により債権者に生ずる損害とは、履行期に目的物が引き渡されていたならばあったであろう仮定的な財産状態と履行期に履行されなかったために生じている事実的な財産状態との差額である。履行遅滞後に目的物が引き渡さ

(註108) 高橋康之前掲一一五頁。

(註109) 最判昭和三八年一月二日裁判集民事六四号六三頁(上告棄却)は、「原審は、杉檜混合の家具用材の価格が、昭和二七年六月の本件契約当時より同二八年一月の判示契約解除当時にかけて騰貴した事実を判示のように確定した上、これに基づいて、解除当時の時価を契約当時の価格の一、八倍のものとし、その差額をもって本件の填補賠償額と認定しているのであるが、このような差額は、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ずべき損害であると解するのが相当である。～所論にいう大洪水によっ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示するところがなかったからといって、原判決に所論の違法があるとはいえない」という。

(註110) 大判昭和九年一月一六日裁判例八輯民事一頁は、履行期に約二ヶ月遅れ、売買目的物たる不動産の所有権移転登記のなされた時点には時価が下落していたが、「不動産ハ転売ノ目的ヲ以テ売買セラルルコト夫ノ商品ノ如ク爾ク頻起ノ事例ニ属セサルノミナラス即時転売ハ必スシモ易事ナラサルヲ常トスルカ故ニ買主カ売主ノ契約不履行ニ因リ履行期ニ於ケル目的物ノ時価ト現実ノ履行アリタル時迄下落シタル時価トノ差額ニ相当スル損害ヲ被リタルト云ヒ得ルニハ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」と判示している。

(註111) 不法行為の事案ではあるが、不当な保全処分のために所有物を一時的に処分することが事実上できなかった間の価格下落による損害の賠償を所有者が保全処分の申立をした者に対して請求する場合にも同様であろう。大判昭和八年一月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日全集三輯五号一六頁。

(註112) 於保不二雄『債権総論(新版)』(一九七四)一三五頁参照。

れた場合と引き渡されず結局契約が解除された場合とを比較すると、履行遅滞の生じた時点では履行期に保有しているべき目的物を保有していない分だけ、あるべき財産が減少しているという意味では共通している。しかし、前者の場合には、履行期に目的物を得ていないということ自体によって生じていた損害は履行期後に目的物をえているから移行期後の目的物の引渡によってすでに消滅していると考えられる。具体的な転売契約からうべかりし転売利益も、履行期から引渡しまで価格下落による損害（[23]参照）は当然には生じない。いずれも、判例によれば、特別損害とされているといえる。不当な仮差押等により自己の所有物を一時的に事実上処分を妨げられた場合にも所有者が具体的な転売契約またはその間の価格下落によるうべかりし転売利益も、[12]後は、特別損害とされている。

これに対し、引き渡されず結局買主から契約が解除された後者の場合には、買主は結局目的物を得られていないから、解除をするまでは確かに履行請求権を有しているが、目的物を保有していない状態は履行期以後存続している。従って、履行遅滞後に目的物が引き渡された前者の場合とは、問題となる状況が異なり、履行期を起点としてこの時点の時価によることは、履行遅滞がなかったならば履行期後に損害は生じなかったのであるから、正当であると考え余地があるのではなかろうか^(註113)。もっとも、履行期から解除までの中間価格については、前提となるべき履行期における物の保有ができなかったことによって派生的に生ずる問題であると考えられるから、それに相当する損害の発生は当然には認められないであろう。

（2）解除後の価格騰貴による損害

解除後の時点の価格は、大審院の裁判例では原則として、相当因果関係がないとして、採用されていないし、また、この点に関する最高裁の判決

（註113） 契約が正常に履行される場合、当然のことであるが、解除は行われぬ。契約それ自体は、解除時にあるべき状態を目指しているわけではない。

は見あたらないが、果たして解除後の価格騰貴による損害はどのように考えられるべきであろうか。

代品買入（売主）・再売買（買主）により具体的に生ずる損失は通常、解除後に生ずる。これらについては、契約の相手方の債務不履行により実現しえなくなった状態を代替的に実現するために損害が発生するものであるから、債務不履行と相当因果関係のある損害と考えてよからう。判例も、これらについては、解除から程なく生じているときは、通常損害とみて、賠償権利者の請求を認容している（[2][3]）。解除をする債権者に填補取引を解除前に行うよう期待することは、債務が存続している限り、妥当ではなく、填補取引において問題となる価格が解除後のそれにならざるをえないことは認められよう。もっとも、解除が法的に代品買入を買主に可能にする時点であると考えられる立場は、損害抑制のために代品の買入を解除をする買主に対し期待する考え方と結びつく傾向にある^(註114)。両者が結びつくならば、代品買入の事実のない場合には、事実審の口頭弁論終結時までの解除後の時点を採用することは困難であるといえよう^(註115)。

問題は、実際に行われた填補取引による差損を除いて、解除における履行に代わる損害賠償が一般に、解除までに生じた損害に限られるのか、それとも、解除後に生ずる損害も含むことができるのか、ということである。

解除の効果を契約の遡及的消滅であると解するか否かの見解の相違に関係なく、契約によって達成されるべきであった利益の実現は妨げられない、とすると、解除における損害賠償は信頼利益ではなく履行利益の賠償であると、現在の一般的な考え方である。

民法五四五条三項の「解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」という規定の意義を、原状回復義務の発生・本来的な履行請求権の消滅によっても残存する、解除までに生じている損害を賠償するために、損害賠償請求権については遡及効を制限した規定であると解すると、解除後の騰貴価格

(註114) 内田貴前掲曹時、斎藤彰前掲参照。

(註115) 内田貴『民法Ⅲ』一六六頁。

に相当する損害は、解除までに生ずる損害ではないから、原則として、賠償されない、という結論に親しみやすいであろう^(註116)。

また、[21]判旨二のいう、買主が本来的な履行請求権に代えて履行に代わる損害賠償請求権を得るという考え方に立つと、本来的な債務は解除後は存続していないから、その不履行による損害も生じない、という考えもあり得よう。

ただ、このような議論には、履行不能によって本来的な履行請求権に代えて履行に代わる損害賠償請求権を買主が取得する場合と解除を対比したとき、問題も残りうる。履行不能後の価格騰貴は事実審の口頭弁論終結時まで考慮されうる^(註117)。履行不能における算定期期の判例は、履行不能時の価格を通常損害として原則とし、その後の事実審の口頭弁論終結時までの価格騰貴による損害を特別損害ととらえている。もっとも、中間最高価格は転売利益としてこれをうべかりしことを債権者が証明しなければならないが、事実審の口頭弁論終結時については、目的物をそれまで保有したであろうと推定されているので^(註118)、価格騰貴の予見可能性のみが問題となる。また、不法行為による所有物の滅失の場合、被害者は、物についての所有権を喪失するが、物の価格に相当する損害賠償請求権を取得する。この場合、前述の[12]によれば、不法行為時の価格を通常損害として原則とし、その後の中間最高価格は特別損害たるうべかりし転売利益であるとされている^(註119)。つまり、[21]判旨二に従ったとしても、必ずしも、買主が履行に代わる損害賠償請求権を取得することによって解除後の損害の賠償が排除されるとはいえないであろう。

解除までと解除後とを区別すべきファクターは見あたらない、という指

(註116) 伊藤律男「解除の効力」松坂佐一ら編『契約法大系Ⅰ』（一九六二）三四三頁参照。

(註117) 最判昭和三七年一月一六日民集一六卷一―号二二八〇頁、最判昭和四七年四月二〇日民集二六卷三―号五二〇頁。

(註118) 最判昭和四七年四月二〇日民集二六卷三―号五二〇頁では、売買の目的物は居住用住宅であり、その転売が必ずしも一般的ではない、という事情は、留意すべきであろう。

(註119) 履行不能とは異なり、事実審の口頭弁論終結時を扱う不法行為の事案は、最高裁判決に関する限り、現在のところ見あたらない。

摘もある^(註120)。

直接効果説によらない近時の学説に従って、解除は契約によって生じた本来的な債権債務から当事者を解放するに過ぎず契約によって達成されるべき利益には影響を与えないと考えたとすると、解除後に生ずる損害も解除までに生ずる損害と同様に扱うべきであるとして、解除後の騰貴価格を基準にすることができると考えられよう。

事実審の口頭弁論終結時の特殊性も考慮すべきであろう。同時点を、履行に代わる損害賠償請求権発生時や不法行為時に代えて、原則と見るべきであるという見解も少なくない。当該訴訟において、賠償権利者は同時点までに生じている損害の賠償を請求することができるという点もあるが、たとえ勝訴しても、不法行為時・履行不能時等の価格で賠償を受けることができたとしても、物の価格が騰貴傾向にあった場合、受領する損害賠償金では同等の物を購入することができないからである。こうした事情は、解除の場合にも同様に存在しうる。従って、解除までに生じた損害に限られるという説に立ったとしても、事実審の口頭弁論終結時については、解除時と同視する余地がある。

四 終わりに

以上に見たように、売買契約が解除された場合において目的物の価格に相当する損害の賠償が問題となる場合、履行期、解除時の意義、両者の関係、解除後の時点を基準にすることができるかどうか、という点に関して、大審院・最高裁を見る限り、必ずしも明確であるとはいえない。

その一因は、解除の効果と損害賠償の関係が必ずしも明らかではないからであろう。確かに、解除における損害賠償が履行利益の賠償であるという考え方が現在一般的であるが、しかし、解除によって当事者が契約の解消に向かうことと、契約により生じた債務によって実現されるべきであっ

(註120) 北川善太郎前掲法学論叢八八卷四・五・六号九七頁以下。

た履行利益を追求することとの両立が必ずしも説得的でないと思われる^(註121)。契約の遡及的消滅を説く直接効果説による判例においては、この点は必ずしも軽視できないのではないだろうか。

また、[21]判旨二が、履行に代わる損害賠償請求権を取得する時点として、解除時を履行不能時に性質上近接させていることも問題の一因であろう。すなわち、履行不能後の時点の取り扱いについては、判例上、明確であるといえるが、それに対比して、解除後の時点の問題として取り上げる裁判例は最高裁として、[21]の前はもちろんのこと、その後にも現れていないために、判旨二を前提にした場合の問題の全体像が判例からはつかみにくいことがあげられよう。

いずれにせよ、解除の場合の問題を考える上でも、その他の、履行不能や不法行為の場合における損害賠償額の算定期期を検討することは、問題の全体像を正確に把握する上で重要であろう。本稿では、解除の場合における判例の問題の所在を確認するにとどめ、残された問題は別稿に譲りたい。

(註121) 神田博司前掲二七九頁。