

## 民事判例研究

### 二 不動産の二重売買の場合において一方の買主に対する債務が履行不能になる時

(最高裁昭和三〇年(オ)第七二〇号、昭和三五四年四月二一日)  
(第一小法廷判決、不動産売買契約解除確認等請求事件、棄却) (判例時報)  
(二二一号)

【事実】 原告(反诉被告、被控)は、昭和一八年四月本件係争の宅地建物を被告(訴訟承継により相続人らが当事者とな上省略する。反訴原告、被告)に代金七五〇〇円で売渡し、代金の支払を受けた。原告は、その後原被告間の合意により右売買契約を解除し、支払済の代金は原告が右宅地建物を他に転売してその売得金で返還する旨を約束したので、昭和二〇年九月原告はこれを訴外甲に七五〇〇円で売却し(所有権移転登記は昭和二五年八月二四日)、売得金を被告に提供した、と主張して、右不動産が被告の所有でないことの確認を求めた。これに対し被告は、右合意解除の事実を争い、原告の自認する所有権移転登記によって、その責に帰すべき事由に基き被告に対する所有権移転登記義務が履行不能になったと主張し、不動産の価格である右代金の一〇〇倍に当る七五万円を損害賠償として請求するため反訴の申立をした。

原審は、合意解除の事実を否定して本訴請求を排斥し、反訴請求を認容して、右登記のなされた昭和二十五年八月二四日当時の不動産の時価相当額が履行不能による損害賠償額であるし、その時価二二万二〇〇〇円の支払を原告に命じた。

上告理由の主点は、賠償額の算定を不服としたもので、(1)本件不動産は昭和二〇年九月訴外甲に売却されて上告人に所有権はなく、被告に対し売買契約書と引換に代金を返還すべく提供し、受領を拒絶されたので右代金額を弁済供託したものであり、右により売買は履行できない状況にありかつ履行の意思なきことも明らかにしたのであるから(売主たる原告に、損害額の算定はその頃を基準にすべきであり、(2)また昭和二〇年十一月には前記九月の売買により所有権移転請求権保全の仮登記(訴外甲の実弟乙に対してであ)がなされているので、この時において少なくとも履行不能になったと解すべきであるとして、損害賠償額算定の基準時につき原判決の法解釈の違法を主張した。

【判旨】「原判決がその判示のような事実関係の下において、本件売買契約に基いて上告人の負担する債務は判示移転登記の完了した時において、結局履行不能に確定したものとした判断は当裁判所もこれを正当として是認する。そして、右登記の以前に所論のような事実関係があったからといって、その事実の発生時に右債務が履行不能に帰したものととは到底理解することができない。従って右履行不能の時を標準として本件損害賠償の価額を算定した原判決の判断もまた正当である。」

【研究】一 元来、損害賠償の請求は、責任原因事実の発生(債務不履行または不法行為)の時と訴がなされた判決がなされる時との間に相当の日時を経過するものであり、その間に損害がそれ自身に内在する原因に基き、あるいは社会的経済的事情ないし貨幣価値の変動のような外的な原因に基いて増減変動するのが常である。従って、判決においていかなる時点を基準として賠償額を算定すべきかが問題となる。本件はまさにかかる場合(物の著しい騰貴後の損害賠償の請求)に当るわけであるが、本件ではこの点は直接の争点となっていない。しかし、この点については多くの説が存し、ことに近時にお

いては有力な対立説もあるところであるので、それについて簡単に論及してみることも無益ではないであろう(詳細については、谷口知平「損害賠償額の算定」総合判例研究叢書民法(4)一頁以下、高梨公之「損害賠償の範囲」民法演習Ⅲ三一頁以下参照)。

損害賠償額算定の基準時については、(1)損害原因発生時(履行不能時)説——債務者の責に帰すべき事由によって履行不能の状態を惹起した場合には、その不能となった時に、本来の給付請求権が消滅してその履行に代る填補賠償請求権に化体するという考え方に基き、履行不能となった時点の損害額(給付目的物の価格)によって賠償額を算定すべきものとする。(2)解除時説——履行期經過後に契約解除された場合の損害賠償は「解除当時における目的物の時価を標準」とする(最判昭和二八年一月一八日民集七卷一〇号一〇九三頁等)。(3)判決時(口頭弁論終結時)説——一般的に第二審の口頭弁論終結の時において、かつその時までには生じたすべての損害を賠償させるべきものとする(鳩山秀夫「増訂日本債権法総論」八二頁その他)。(4)選択時ないし中間最高価格時説などがある。本件のような事案の場合、もっとも問題となるのは損害原因発生時説と判決時説である。

損害原因発生時説は現在の通説的立場であり、判例もまた原則的にこの説をとっている(大判昭和五年七月一日裁判例二七日新聞三)。この立場は、理論的にはまことにもっともであるが、責任原因発生と同時に賠償がなされるというありうべからざる事態を前提とするか、さもないれば給付の価格が変動しない場合を仮定しなければ妥当しない、という批判がなされる(高梨、前掲三三頁)。判例で判決時説をとるものは、本来の給付請求と同時に履行が不能である場合を予想して填補賠償を求めた事案である(最判昭和三〇年一月二二日民集九卷一〇号二二頁等)——判例の立場は、不能等の発生したとき(谷口、前掲三三頁)に、しかし判決時説の問題は、むしろ不能発生後の評価が判決時に行われるべきかに存する。損害

賠償において、債権者をしてその被害なかりし状態に戻そうということが理想である限り、判決時説は高い評価に価するものというべきである。不能等が発生した時に確定するのは損害だけで、その評価は請求時いずれの時にでもなさるべく、その訴訟によるものは結局口頭弁論終結時に評価されるとみても不当なことではない、といえるであろう（現、在、判決時説は最近における英・仏・独の判例の大勢であるといわれるが（鈴木貞吉「損害賠償範圍論」三九五―四一九頁）、英・仏などのそれが不能時説を克服して進んできた点はやはり注目に価するものがあろう――高梨・前掲三五頁）。ともあれ、本件ではかかる点は直接の争点となつておらず、従来の通説判例どおりに履行不能時を算定基準としてただその不能時について争われているのである。

二 法律上債務の履行が不能であるとは、単に物理的に不能であるということではなくして、社会生活における経験則または取引上の通念にしたがえば、債務者が履行を実現することについてもはやその期待可能性がないということである（於保不二雄「債権総論」九五頁）。

(1) 不動産の二重売買の場合、売主が目的物を他に売渡したにとどまり、その旨の登記を経ていない限りは、第一の買主はその後自ら先に所有権移転登記を経れば、その所有権の取得を第二の買主に対抗できるのであるから、未だ第一の売買は履行不能になつたとはいえないであろう（例えは、大判昭和十五年二月二八日新聞四五四）。ただ、移転登記が完了すれば履行不能になるかについては、判例に動搖はあつたが（判例の交遷については、大場茂行「履行不能」総合判論上巻一二）、現在では原則として（例えは、第一の買主のために仮登記があるとか、その他売主が第二の買主六頁以下参照）、より買戻して第一の買主に履行しようとするような特殊の事情のない限り）履行不能になるとしている（月二二日新聞二六五〇号一五頁等。なお、下級裁判例には同趣旨のものが少なくない）。学説もまた同様である（於保・前掲九六頁、我妻（榮「債権総論」八四頁等））。

\* ただ、大判大正二年五月一二日民録一九輯三七頁、同大正一三年三月一日新聞二二四六号二一頁は、判文上は移転登記の有無に言及しないで第三者への所有権の移転により履行不能になると判示している。これらの判例が登記との関連でいかに理解されるべきかは必ずしも明らかではないが、必ずしもこの問題の肯定とは抵触するものではないであろう。於保、前掲九七頁、我妻、前掲八四頁も、この問題を肯定するものとして前掲大正二年の判決をあげられている。

(2) ところで、売主の履行拒絶のあった場合はどうであろうか（<sup>（由）</sup>上告理）。本来、履行拒絶は履行不能と異なるものであり（不能は当事者の意思と関係なく発生するものであり、拒絶は給付が）、そのみで直ちに填補賠償の請求ができるかどうかは疑問であるが、原則として否定すべきものと解されている（<sup>（典）</sup>有斐閣「新法律学辞」九七三頁参照）。いずれにしろ、本件の場合は履行拒絶のあった昭和二〇年当時に本件契約を解除することはできたとしても、かかる解除をなす義務があるとは解されないし、しかも履行拒絶によって本来の履行請求権はなくならないのであるから、<sup>（※）</sup>単なる履行拒絶のあったという事実のみでは履行不能とはいえず、損害賠償は特別の事情でもない限りやはり履行不能の時の時価によるべきであろう。

\* 判例においては、履行拒絶を契約解除の前提として催告を要するか否かの問題として、また双務契約の場合に自己の債務の履行の提供をしないで付遅滞の効果を生ぜしめうるか否かの問題として取扱うのみで、直ちに填補賠償の請求を許したものは見当らないし、学説もまた略同様である（例えば我妻榮「債権各論」上巻一六一頁、一六五頁）。ただ勝本正晃博士のみ履行拒絶は本来の履行請求権を失わせるものではないとされながらも、その効果として契約解除のほかに直ちに填補賠償を請求できると説かれる（岩波書店「法律学辞典」Ⅳ二七一―二頁）。

\* このことは、勝本博士自身も認められるところである。また本件では、契約解除に基づく請求ではなく、履行不能を理由とするものである。

(3) 次に、他の買主に対する所有権移転請求権保全の仮登記が經由された時はどうであらうか(由上告理)。仮登記については種々の問題点のあるところであるが(それに基づく本登記があつた時の対抗力の遡及効の有無と限界、仮登記を本登記に改める手続に関連しての仮登記自体の効力ないし対抗力の有無等の問題をめぐつて判例學說とも区々たるを免れない(川島)、いづれにしても、仮登記は本登記の順位保全という効力をもつただけで「仮登記の効力」総合判例研究叢書民法(6参照)、あり、これに基いて物權變動そのものを第三者に対抗することはできないものである。仮登記がなされたというだけでは未だそれに基づく本登記が必ずなされると決つたわけではなく、またその仮登記自体も後日あるいは抹消されないといへないのであるから、本件の場合も第一の買主たる被告は、原告の協力さえ得られればなお同人から所有権移転登記を有効に受けうる状態にあつたといえる(仮登記が存在していても、所有名義人はその不動産を処分する権限を失わなぬ失うだけである)。従つて、本件仮登記の時に本件売買が履行不能になつたとは解しえない。

(4) 結局、特別の事情のない限り（本件の場合には存しない）他の買主に対する所有権移転登記完了の時をもって履行不能の時と解すべきであろう。本件の判旨もかかる趣旨を示したものと解される。（三和一博）