

## 論 説

# 民法 420 条 前 史

## 過怠約款に関する明治前期大審院裁判例の推移

大 河 純 夫

はじめに

- ・ 旧民法での過怠約款の構成と特徴
- ・ 損害賠償・附遅滞等に関する明治前期大審院裁判例
- ・ 過怠約款に関する明治前期大審院裁判例

検討結果の整理と課題

## は じ め に

民法420条1項は損害賠償額予定契約に対する裁判官の干渉を拒絶している。その例外または特則は利息制限法4条，労働基準法16条，割賦販売法6条，30条の3にとどまっていたが，2000年4月施行の消費者契約法9条が一定額を超える部分を無効としたことは損害賠償額予定契約の再検討の兆しとなっている<sup>1)</sup>。

筆者は，かつて旧利息制限法の成立過程を分析した折に，明治初期の損害賠償額予定契約ないし違約金問題が旧利息制限法の成立を促した一つの軸であったことを明らかにした<sup>2)</sup>。この問題は，旧利息制限法5条「返還期限ヲ違フルトキハ債主ヨリ債主ニ対シ若干ノ償金罰金違約金科料等ヲ差出スヘキコトヲ約定スルコトアルトモ概シテ損害ノ賠償ト看做シ，裁判官ニ於テ該債主ノ事実受ケタル損害ノ補償ニ不当ナリト思量スルトキハ之レニ相当ノ減少ヲ為スコトヲ得」で一応の決着をみた。そこでは，償金・罰金・違約金・科料等の約定を「概シテ」損害賠償の約定と「看做(ス)」

こと、そして、裁判官は、約定額が「債主ノ事実受ケタル損害」の補償としては「不当」と判断するときは「相当ノ減少」をすることができる、とされている。旧利息制限法は「金銀貸借」を対象とした法律であるとしてその適用対象を限定しようとするれば、5条も金銀貸借に付せられた過急約款に限定されることになる。しかし、他方で、旧利息制限法のモザイク的編成に着目すれば、5条をそれ以外の領域に適用する、あるいは類推適用する可能性を秘めたものであった。5条の「事実損害」論がそれを支える。

旧民法のいう過急約款、旧商法のいう違約金、あるいは明治民法での損害賠償額予定契約ないし違約金に対応する明治初期の法制の中で、実践的にも理論的にも影響力をもったのは、旧利息制限法の公布の直後に廃止となったとはいえ、明治9年11月22日の司法省達80号「損害賠償方」であったように思われる。「凡ソ償金ハ事実損害ノ点ニアルニ原ク者ナルヲ以テ、若シ損害ト相ヒ干サス或ハ之レニ超過スル者アラハ、之レヲ原因ナキノ償金ト謂フナリ。抑モ無原因ノ義務ハ義務者ニ於テ負担スヘキノ責無之ハ一般ノ法理ナルヲ以テ、無原因ノ償金ハ素ヨリ賠償ノ限りニ在ラス」にはじまるこの司法省達は、すでに指摘したように、その当時「一般ノ法理」を確認した規定と理解されていたし、廃止されたとはいえ、司法省達80号の内容を「一般ノ法理」等の措辞で復活させることは、当時の裁判実務にとっては奇異なことではなかったと考えられるからである。後の検討はこれを示すことになろう。

かつて、筆者は、以上のような整理をしたのであるが、旧利息制限法5条の運用の実態とその意味、旧利息制限法5条を意識して展開したと想定される損害賠償額予定契約論の形成、さらには明治民法420条の性格の解明などを、未検討のままに放置してきた。

本稿は、明治民法420条成立の一つの前提とみられる過急約款に関する大審院裁判例の推移とその特徴を明らかにすることを目的とする。民法420条の成立過程や先行する学説等の分析は別稿を予定している。このように限定した課題を目的とした本稿は、最初に、検討の視点を獲得するた

めに旧民法の過怠約款に関する規定を分析し（ ），次に過怠約款の前提ともいべき損害賠償に関する大審院の裁判例を整理し（ ），最後に過怠約款に関する明治前期大審院の裁判例の推移を明らかにする（ ）。

- 1) 国際的には、損害賠償額予定契約は、消費者保護法に限定されているのではなく、民法法ないし契約法の問題として展開していることに留意しなければならない。Principles of European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, 2000. の9：509条のノート（pp. 455-456）が便利である。
- 2) 拙稿「旧利息制限法成立史序説」立命館法学121～124合併号（1976年）219頁以下。同「旧利息制限法の公布と司法省指令」磯村先生還暦記念論文集・市民法学の形成と展開（上）（有斐閣 1978年）107頁以下参照。その後の研究では、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制（一）」法学協会雑誌102巻2号（1985年）1頁以下、とくに4～61頁が旧利息制限法・旧民法・明治民法に関するもっとも包括的な研究である。この他に、平田健治「史料 債権総則（12）」民商法雑誌83巻3号（1980年）117頁以下、拙稿「旧利息制限法の公布と太政官法制局回答」立命館法学275号（2001年）214頁以下がある。

## ・旧民法での過怠約款の構成と特徴

### 1. 旧民法の過怠約款に関する規定

#### (1) ボアソナードの民法講義

利息制限法の成立に関与したボアソナードが、その後、損害賠償額予定契約についてどのような構想を展開するかは、当時の法曹界に占める彼の位置からしてもっとも重要な課題である。すでに、能見善久教授の周到な研究<sup>3)</sup>が公表されており、これに依拠するが、ボアソナード草案・旧民法での過怠約款論の分析を先行させることによって、旧利息制限法施行以降の裁判例・実務を分析する視座を獲得することにしたい。

ボアソナードは、明治7年から9年にかけてフランス民法3巻・4巻の講義を行った。これは、ボアソナード氏講義（名村泰蔵訳）・仏国民法契約編講義として出版されているようである<sup>4)</sup>。また、ボアソナードには、明治11年2月15日から12年4月にかけて司法省法学校で行われた講義の筆記録『仏国民法契約篇・第二回講義』がある<sup>5)</sup>。

(2) ボアソナードの日本民法草案講義

しかし、損害賠償額予定契約・違約金契約の問題を、旧利息制限法という個別領域の問題あるいは(フランス法での)損害賠償額予定契約論一般の説明にとどまらず、相互関連的で体系的に構想するのは、明治12年に開始された日本民法の編纂に携わってからのことであろう。ボアソナードの講義録に、ボワソナード口述・加太邦憲筆記・法律大意講義・完(司法省蔵版 明治13年6月印行)[復刻版 宗文館書店 1986年]、ボワソナード氏起稿・民法草案財産編講義一 物権之部(司法省)、ボワソナード氏起稿・民法草案財産編講義二 人権之部(司法省)がある。これらはボアソナードが司法省法学校速成科第二期生(修業年限3年:明治13年3月11日〔授業開始〕~明治16年7月5日〔卒業証書授与式〕)に対して行った「法律大意」(明治13年3月31日~5月12日)、「日本民法草案」(明治13年5月12日~16年6月27日?)の講義録である。従って、上記三冊は一体的に把握されるべきものであるが、本稿とのかかわりでは、最後に掲げたボワソナード氏起稿・民法草案財産編講義二 人権之部(司法省)<sup>6)</sup>がボアソナードの具体的な構想を示すものとして最も重要である。

旧民法財産編第二部第二章「義務ノ効力」は、その第二節で「損害賠償ノ訴権」を規定し、その中で過怠約款に関する規定を置いている。ボアソナードはこれに相当する部分を第127回(明治15年5月19日)から第130回(同年5月31日)の4回にわたって講義している。ボアソナードの民法草案(仏文)債務の部全部を出版したのが明治15年であるから、「人権之部」の全条文とその理由書がほぼ完成した段階での講義ということになる。ちなみに、人権之部(仏文)第2版の序文の日付は明治16年4月20日であるから、この講義の経験を踏まえて改訂されたのが第2版だということになる。

この内容が、旧民法財産編388条ないし393条に固められることになる<sup>7)</sup>。

(3) 旧民法の過怠約款規定

旧民法財産編第二部第二章「義務ノ効力」は、その第二節で「損害賠償

ノ訴権」を規定し、その中で過怠約款に関する規定を置いている。

第383条 債務者カ義務遅行ヲ拒絶シタル場合ニ於テ債権者強制執行ヲ求メサルカ又ハ義務ノ性質上強制執行ヲ為スコトヲ得サルトキハ債権者損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。債務者ノ責ニ歸ス可キ履行不能ノ場合ニ於テモ亦同シ。

又債権者ハ履行遅延ノミノ為メ損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。

法律ヲ以テ損害賠償ノ額ヲ定メタル場合ノ外当事者之ヲ定メサリシトキハ下ノ區別及ヒ条件ニ從ヒテ裁判所之ヲ定ム。

第384条 損害賠償ハ債務者カ第三百三十六条ニ依リテ遅滞ニ付セラレタ後ニ非サレハ之ヲ負担セス。

然レトモ不作為ノ義務ニ於テハ債務者ハ常ニ当然遅滞ニ在リ。

犯罪ニ因リテ他人ニ属スル金銭其他ノ有価物ヲ返還スル責ニ任スル者モ亦同シ。

第385条 損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ填補ヲ包含ス。

然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミヲ包含ス。

悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負担ス。

第386条 〔省略〕

第387条 不履行又ハ遅延ニ関シ当事者双方ニ非理アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス。

第388条 当事者ハ予メ過怠約款ヲ設ケ不履行又ハ遅延ノミニ付テノ損害賠償ヲ定ムルコトヲ得。

第389条 裁判所ハ過怠約款ノ数额ヲ増スコトヲ得ス。又不履行若クハ遅延カ債務者ノ過失ノミニ出テサルトキ又ハ一分ノ履行アリタルトキ

ニ非サレハ其数額ヲ減スルコトヲ得ス。

第390条 双務契約ニ於テ不履行ニ付テノ過怠約款ヲ要約シタルトキト雖モ其債権者ハ解除ノ権利ヲ失ハス。但明白ニ其権利ヲ拋棄シタルトキハ此限ニ在ラス。

債権者ハ遅延ノミニ付テノ過怠約款ヲ要約シタルトキニ非サレハ解除ト過怠トヲ併セテ要求スルコトヲ得ス。

第391条 金銭ヲ目的トスル義務ノ遅延ノ損害賠償ニ付テハ裁判所ハ法律上ノ利息ノ割合ト異ナル額ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス。但法律ノ特別アル場合ハ此限ニ在ラス。

当事者カ損害賠償ノ数額ヲ定ムルトキハ合意上ノ利息ノ最上限以下タルコトヲ要ス。

第392条 債権者ハ右ノ損害賠償ヲ請求スル為メニ何等ノ損失ヲモ証スル責ニ任セス。又債務者ハ其請求ヲ拒ム為メニ意外ノ事又ハ不可抗力ヲ申立ツルコトヲ得ス。

第393条 遅延利息ヲ生セシムル為メ債務者ヲ遅滞ニ付スルニハ裁判所ニ其利息ヲ請求シ又ハ債務者ノ特別ノ追認ヲ得ルコトヲ要ス。但法律カ当然此利息ヲ生セシムル場合及ヒ法律カ催告其他ノ行為ニ因リテ此利息ヲ生セシムルヲ許セル場合ハ此限ニ在ラス。

第394条 要求スルヲ得ヘキ元本ノ利息ハ填補タルト遅延タルトヲ問ハス其一个年分ノ延滞セル毎ニ特別ニ合意シ又ハ裁判所ニ請求シ且其時ヨリ後ニ非サレハ此ニ利息ヲ生セシムル為メ元本ニ組入ルルコトヲ得ス。

然レトモ建物又ハ土地ノ貸賃、無期又ハ終身ノ年金権ノ年金、返還ヲ受ク可キ果実又ハ産出物ノ如キ満期ト為リタル入額ハ一个年未滿ノ延滞タルトキト雖モ請求又ハ合意ノ時ヨリ其利息ヲ生スルコトヲ得。

債務者ノ免責ノ為メ第三者ノ払ヒタル元本ノ利息ニ付テモ亦同シ。

上記の旧民法の損害賠償に関する規定は、大きく分けるなら、損害賠償

に関する規定（383条ないし387条）、過怠約款に関する規定（388条ないし390条）、金銭債務の不履行による損害賠償に関する規定（391条ないし394条）の三つの部分から構成されている。明治民法の損害賠償額予定契約および違約金に対応するのは、第二の過怠約款に関する規定（388条ないし390条）と391条2項（なお、383条3項も参照のこと）である。

ボアソナードは、「損害ノ賠償、補償ハ債務者ノ為メニ罰トモナラス、又債権者ノ為メニモ利益トモナラサレハ」（417頁）、「過代約定 clause pénale」は適切な用語ではないが、ローマ以来用いられてきたのであるから日本民法でも使用するのは当然であるとしている。

過怠約款の意義について、ボアソナードは、冒頭で次のように概括している。

「双方ノ者ニ於テ豫メ損害賠償ヲ規定スルヲ以テ利益アルモノトス。故ニ、若シ其規定ヲ為セルトキハ、債権者ニ於テハ、啻ニ其蒙リタル損害ノ多寡ヲ証定スルヲ免レタル而已ニ非ス、此損害ノ存在（即チ有無）ヲモ亦証スル責ナシ。債務者ノ方ニ於テハ、此損害ニ付キ裁判上ノ過度ノ評価ヲ恐ル、コトナケレハナリ。」（ボアソナード氏起稿・再閱修正民法草案註釈（司法省）416-417頁）

債権者にとっては損害の発生およびその額の証明責任の回避、債務者にとっては裁判所による過大な損害賠償額の認定の回避、過怠約款が債権者・債務者の双方にとって「利益」であるとされる根拠である。また、「双方ノ者自ラ己レカ利益ヲ図ルコトヲ得タ」ことが、裁判所の増減否定（389条）の根拠に用いられている（再閱修正民法草案註釈419頁参照）。

過怠約款の目的の一つである不履行または遅滞による「賠償ノ限定ニ開スル困難ヲ予防スル目的」（同418-419頁）、つまり損害賠償額の確定に際しての困難を回避ことは、債務者の悪意・懈怠、損害が「避くヘカラサル効果」に属するか否かを問題にしない根拠として語られている。

#### （4）旧商法との重複・抵触とその「調整」

旧商法（明治23年法32号）第7章「商事契約」は、その第4節で「価額

賠償、損害賠償及ヒ割引」を規定し、第5節で「違約金」を規定している<sup>8)</sup>。債務不履行に基づく損害賠償一般のことはここでは除くとして、損害賠償額予定契約または違約金に関する旧商法の関連規定は次のものである。

#### 第4節 価額賠償、損害賠償及ヒ割引(323条~336条)

332条 契約ヲ以テ予メ価額賠償又ハ損害賠償ノ額ヲ定メタルトキハ、  
之二従フヲ通例トシ、實際ノ情況ヲ援用シテ其予定ノ額ヲ増減セン  
ト主張スルコトヲ得ス。

#### 第5節 違約金

337条 債権者ハ、契約ノ履行ヲ確ムル為メ、其不履行ノ場合ニ於テ  
違約金トシテ或ル金額ヲ支払フ義務ヲ債務者ニ負ハシムルコトヲ得。  
其違約金ヲ求ムルニハ損害賠償ノ要件ニ関係ナキモノトス。

338条 履行又ハ賠償ヲ求ムル債権者ノ権利ハ、違約金ノ為メニ廃止  
セラレスト雖モ、疑ハシキトキハ違約金ト共ニ損害賠償ヲ求ムルコ  
トヲ得ス。

339条 過失アル不履行ニ因リテ債権者ニ加ヘタル損害力違約金ノ額  
ヲ超ユルトキハ、違約金ノ外、此超過額ニ付キ損害賠償ヲ求ムルコ  
トヲ得。

340条 違約金ノ契約ニシテ差額取引又ハ不法ナル博奕若クハ賭事ノ  
取引ヲ隠蔽セントスル目的ヲ以テスルモノハ無効トス。

1884年(明治17年)に完成したロエスレル草案(全1133条)から1890年(明治23年)年4月26日公布の旧商法に至る過程で、ロエスレル草案・旧商法草案とボアソナード草案・旧民法草案との重複・抵触問題が意識され<sup>9)</sup>、一定の検討が行われている。しかし、それは、基本的には、消極的な姿勢での検討にとどまったように思われる。

第20回商法第一読会(明治19年4月20日)会議筆記<sup>10)</sup>や第11回・12回商法第二読会(明治20年3月18日、3月22日)会議筆記<sup>11)</sup>では、字句の修正にとどまっている。商法草案議事筆記第26回(明治21年2月17日)



が「重複」についての処理方法を確認し<sup>12)</sup>、明治21年2月25日に開催された第30回法律取調委員会<sup>13)</sup>に至ると、たとえば商法草案380条につき重複・削除せず、381条 = 抵触、382条 = 文字不明報告委員調査、383条・384条・385条・386条 = 原案通り、387条修正、388条原案決定、389条原案一部修正、390条原案決定、391条一部修正、392条一部修正、393条（結果不明）の結果となっている。

また、作成時期は明確ではないが、「商法民法関係諸條比較表<sup>14)</sup>」が作成されている。たとえば、旧商法337条に対応する条文が第387条「契約ノ履行ヲ確カムル為メ、債務者ニ不履行ノ場合ノ為メ、罰トシテ金額ノ支払ノ義務ヲ負ハシムル時ハ、債務者ニ対シ此罰金ノ効用ヲ致サシムルハ、損害賠償ノ要件ニハ関係ナキモノトス」と表現され、民法第408条（旧民法388条に対応）「当事者ハ豫メ過怠約款ヲ設ケ不履行又ハ単ニ遅延ヲ豫見シテ損害賠償ヲ規定スルコトヲ得」および民法410条（旧民法390条）と比較されている。

具体的な経過は不明であるが、明治22年1月24日元老院に付議された「商法草案<sup>15)</sup>」では、「第五節 違約金」は337条から340条の4カ条に圧縮されている（公布された同条とは、字句の訂正にとどまり、ほぼ同文）。つまり、ロエスレル草案の

390条 債務者ハ違約罰金ヲ納付シテ履行及ヒ賠償弁済ノ義務ヲ免ルルノ権利ナシ。

391条 違約罰金ノ額ハ双方ノ任意ノ合意ニ任カス。

393条 従タル罰金ノ定ハ主タル契約力無効ナル時ハ効力ナシ。

の三ヶ条が削除されている。

「商法草案」の元老院付議とほぼ同時期の明治22年1月22日に提出された「抵触取調事項（前回ノ続キ）<sup>16)</sup>」は、「契約ノ事項ニ付テハ、民法商法ノ規定中、重複スルモノアリ、疎密ノ度ヲ誤ルモノアリ、又其規則ノ相異ナルモノ少ナラス。是等ノ不体裁ハ、両法ノ草案別人ノ手ニ成リ、二箇ノ契約法ヲ設クルニ原由ス。カルクード氏意見書中ニモ已ニ此事ヲ論シ其

修正ヲ勸告セリ。」と認識しながらも、「今之ヲ改正セントスルハ全編ニ關係シ甚タ困難ナルノミナラス、(「抵触取調組合」の)職務ノ敢テ及フ所ニアラス」と及び腰の姿勢を見せている。にもかかわらず、「一言セサレハ(「抵触取調組合」の取調べについて)疎漏ノ誹」を招くので、「別ニ改正ヲ為ササルモ實際ノ不都合ナキノ理由」を述べるとして、次のような根拠づけを行っている。第一に、両方の重複は、解釈の誤りを生ずる恐れはあるものの、「断例ト学説」に委ねることができる。第二に、商法の規定が詳しく民法の規定が簡単な場合は、体裁は損なわれるものの、別に弊害は生じない。第三の「両法ノ規則相異ニシテ抵触スルカ如キ」規定も、商法の規定を普通法の「特別法」・「例外」と「強ヒテ之ヲ弁明(する)道」がないわけではない。損害賠償請求権、過怠約款・違約金は、この整理の第二の例として挙げられている。

「疎密ノ度ヲ誤マリ商法ニ詳カニシテ民法ニ疎ナルハ、編纂ノ体ヲ損スト雖モ、別ニ弊害ヲ生スヘカラス。例ヘハ、違約金ト過怠金トノ別、価額賠償ト損害賠償トノ別、満期日ノ事、契約ノ提供ノ類ノ如シ。」

また、明治22年2月の商法組合報告委員の「取調書」(2月6日付で送付)は、「利息制限法第五二違約金ノ事アリ。第七章第五節違約金ノ規則ト精神ニ於テ相戾ルコトナシ」と報告している<sup>17)</sup>。

このように、民法草案と商法草案とは、同質的な内容の一般的規定と具体化された規定と把握されており、両草案の構成・構成原理の差異は意識的に無視されている。

## 2. 旧民法における過怠約款の構成とその特徴

### (1) 「不履行」・「単純遅滞」の二分法

旧民法財産編388条は、「当事者ハ予メ過怠約款ヲ設ケ不履行又ハ遅延ノミニ付テノ損害賠償ヲ定ムルコトヲ得。Les parties peuvent faire, à l'avance, au moyen d'une clause pénale, le règlement des dommages-intérêts, soit pour l'inexécution, soit pour le simple retard.」(仏文はいわゆる「公定

訳文」による）と規定し、不履行 *inexécution* または単純遅滞 *simple retard* についてなされた約定と構成されている。ここでは、不履行一般でも、不履行または遅滞でもなく、不履行と単純遅滞との区分法が採用されている<sup>18)</sup>。

ところで、旧民法での「不履行」は一義的ではない。たとえば、381条1項が「義務ノ主タル効力ハ下ノ第一節第二節及ヒ第三節ニ定メタル區別ニ從ヒテ其義務ヲ直接ニ履行セシムル為メ又不履行ノ場合ニ於テハ附随トシテ損害ヲ賠償セシムル為メノ訴権ヲ債務者ニ与フルニ在リ」とするとき、「不履行」は遅滞と債務者の責に帰すべき履行不能をも含めて用いられている（遅滞を含めた最広義の不履行）。あるいは、遅滞との対比で不履行が挙げられることもある（385条2項、387条および389条。遅滞と区別された不履行）。これに対して、388条は、383条1・2項および390条1項・2項とともに、単純遅滞と対比する形で「不履行」を語っている（単純遅滞と区別された不履行）。

「単純遅滞」について、ボアソナードは、「唯義務執行ノ遅延アルノミ」（401頁。383条のコメント）と語るに過ぎないが、旧民法における過怠約款の特質を明らかにする上で、旧民法における「単純遅滞」の意味とその意義を明らかにすることが有益であるように思われる。

旧民法財産編は、まず382条で「義務ノ本旨ニ從ヒ（たる）直接ノ履行」請求を認めている。この本来の給付の請求（「直接履行ノ訴権」）をいわば第一次訴権とし、これに代わるあるいは補充する第二次的訴権として「損害賠償ノ訴権」がある（381条参照）。具体的には、「債務者カ義務履行ヲ拒絶シタル場合ニ於テ債権者強制執行ヲ求メサルカ又ハ義務ノ性質上強制執行ヲ為スコトヲ得サルトキ」（383条1項前段）および「債務者ノ責ニ歸スヘキ履行不能ノ場合」（同後段）には填補賠償の訴権が、「履行遅延ノミ（単純遅滞 *simple retard dans l'exécution*）」（同条2項）の場合には、本来の給付と共にする遅延賠償の訴権が認められる。

しかし、旧民法財産編383条1項および2項は、ボアソナードのプロ

ジェ第二版(まで)は、

「債務者カ義務履行ヲ拒絶シ又ハ義務履行ノ不能力其責ニ歸ス可キ場合及ヒ義務履行ノ遅滞シタルノミノ場合ニテモ、債権者ハ、強制執行ヲ得サルトキハ、債務者ヲシテ損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。」

(403条1項)

とされていた<sup>19)</sup>。損害賠償請求にとっての債務不履行類型が、債務者の履行拒絶、債務者の責に帰すべき履行不能、単純遅滞の三つに区分され単純に併記されている<sup>20)</sup>。この構成は、1891年(明治24年)のプロジェ第三版(nouvelle édition「新版」)において、

Art. 403. En cas de refus d'exécuter par le débiteur, si le créancier ne requiert pas l'exécution forcée, il obtient la condamnation aux dommages-intérêts.

Il en est de même au cas d'impossibilité d'exécuter imputable au débiteur.

Le créancier peut aussi obtenir des dommages-intérêts pour le simple retard dans l'exécution. (p. 347.)

の三項構成の形でいっそう明瞭に打ち出されている<sup>21)</sup>。

最終的には、第三版の403条の1項・2項が383条1項にまとめられ(その際、1項前段に「又ハ義務ノ性質上強制執行ヲ為スコトヲ得サルトキ ou si la nature de l'obligation ne la comporte pas」が挿入される)、3項がそのまま383条2項に、そして403条ノ2(Art. 403 bis. プロジェ第二版の403条2項)が383条3項に、それぞれ繰り上げられることになった。

このような経緯からすれば、383条1項は、債務者が履行を拒絶し<sup>22)</sup>かつ債権者が直接履行訴権を行使しない場合、債務の性質上直接履行の訴権を行使しえない場合、および債務者の責に帰すべき履行不能といった、直接履行訴権の行使が不可能であるかまたは債権者がその行使をしない場合に関する規定であり、単純遅滞に関する同条2項は直接履行の訴権の行使が可能な場合についての規定である。単純遅滞の突出は直接履行の訴権と

の関係でなされたことになる<sup>23)</sup>。

過怠約款についての388条でも、このような損害賠償請求権に関する二大区分とパラレルな構成が採用されているとみななければならない。つまり、単純遅滞に付された過怠約款では、直接の履行請求（後に見るように、あるいは解除）との並存が可能な場合を想定し、かつ遅延賠償を想定していることになる。ここでは、フランス民法1229条2項「債権者は、主たる債務と制裁とを同時に請求することはできない。ただし、制裁が単なる遅延について約定されたものである場合には、その限りでない」が踏襲されている<sup>24)</sup>。もう一つのタイプ、つまり不履行について付された過怠約款の場合では、債務者が履行を拒絶しかつ債権者が直接訴権を行使しない場合、債務の性質上直接履行の訴権を行使しえない場合、および債務者の責に帰すべき履行不能の場合には、填補賠償に対応する過怠約款であり、債権者が直接履行を請求する場合には填補賠償に対応する過怠約款の請求を併せて請求することになる（最後のケースを明らかにした点が旧民法の特徴といえるであろう）。

## （2）不履行・単純遅滞と解除

不履行と単純遅滞との区分は、過怠約款の行使と解除との関係でも意識されている。財産編390条1項は「双務契約ニ於テ不履行 inexecution de l'obligation 二付テノ過怠約款ヲ要約シタルトキト雖モ其債権者ハ解除ノ権利ヲ失ハス。但明白ニ其権利ヲ拋棄シタルトキハ此限ニ在ラス」とし、その2項は「債権者ハ遅延ノミ simple retard 二付テノ過怠約款ヲ要約シタルトキニ非サレハ解除ト過怠ト併セテ要求スルコトヲ得ス」と規定する。ポアソナードは、この点につき次のように説明している。

「此問題ハ、仏国及ヒ伊国ノ法典ニ全ク缺ケタリト雖モ、甚タ重要ナルモノニシテ、且立法上ノ裁定ヲ欲スルモノナリ。凡テ双務ノ契約ハ、一方ノ者契約ヲ履行セサルトキハ、双方中各一方ノ者ノ為メ黙諾ノ解除ノ未必条件ヲ含メシメルコトハ既ニ（第八百十八条註解第二十二号）之ヲ述ヘタルモノニシテ、又以下（第九百四十一条）ニ於テ詳細

ニ説ク可シ。故ニ双方中ノ満足ヲ得サル者ハ、左ノ二箇ノ方法中其一ヲ選択ス可シ。第一、損害ノアルトキハ補足ノ損害賠償 *dommages-interets complementaires* ヲ以テ為シ得ヘキ限りハ、義務ヲ執行セシムルコト。第二、裁判所ニ於テ其契約ヲ破毀セシメ解除セシムルコト、語ヲ換ヘテ云ヘハ、其自己ノ契約ヲ解キ即チ契約ニ因テ既ニ供給セシモノヲ回復シ遅延ノ為メ及ヒ正当ノ利益ヲ失フタルカ為メ又時トシテ返還ノ不十分ナルカ為メ損害ノ償ヲ出サシムル、是ナリ。」(再閱修正民法草案注釈423頁)

「然レトモ、本条第二項ニ依リ過代ノ約定ハ単純ノ延引アル場合ニ於テ約権セラレシコトヲ想像スルトキハ、其約定ハ、真実、即チ直接ノ執行ト並行スルカ如ク、又解除ノ執行ト並行スルモノナリ。」(同条424頁)

過怠約款が単純遅滞に付された約定である場合には、併せて解除請求も認められるから(390条2項参照)、債権者は( )本来の給付の履行請求とともに、遅延賠償を請求するか、( )解除とともに遅延賠償らを請求するか、の選択権を持つことになる。

### (3) 附遅滞との関係

以上に対して、旧民法の附遅滞では、不履行・単純遅滞の区分は意味をもたない。過怠約款に基づく請求権の発生要件としての附遅滞については、遅延利息について393条が規定するにとどまる。しかし、ボアソナードは、

「不執行又ハ遅延ハ債務者ノ責ニ歸スヘキモノナルヤ否、又ハ偶事ニ関スル場合、或ハ拒抗力(付可抗力の意:引用者)ノ場合、或ハ又債権者ノ方ニ懈怠アルヤ否ヤ等ヲ知ルノ点ニ於テ、訴訟ヲ為スコトヲ得ヘシ。何トナレハ過代ノ約定ハ損害賠償ニ代ハルモノナレハ、損害賠償ト同一ノ場合同一ノ条件ニアラサレハ履行セラルルコトナシ。故ニ、過代ノ約定ハ、債務者ニ於テ遅滞ニ附シタル後ニ其義務ノ不執行又ハ遅延ヲ生セシメタルニ非サレハ、行ハルルコトヲ得ス。」(再閱修正民法草案註釈418頁)

と説明しており、金銭債務以外の債務では、損害賠償請求権（384条参照）と同じく、附遅滞によって過急約款に基づく請求が可能になるとしている。なお、ポアソナードは、384条での附遅滞について、債務者の履行拒絶でも、また債務者の過失による履行不能でも附遅滞を要すとしている<sup>25)</sup>。

附遅滞の方法について、ポアソナードは、金銭債務の遅滞に伴う遅延利息についての393条本文に関するコメントの中で、「金額ノ義務ヲ除キ其他ノ義務ニ関スルトキハ、債務者ニ過愆アリトスル所ノ附遅滞ノコトハ、充分変化シタル方法ヨリ生スルコトヲ得ヘシ（第八百五十六及ヒ第九百四条參觀）」（再閣修正民法草案註釈430-431頁）と説明している（参照を指示されている条文は、旧民法財産編336条と384条1項・2項にそれぞれ対応）。したがって、財産編336条の各号が掲げる次の事由によって過急約款に基づく義務が債務者に発生することになる。

第一 期限ノ到来後ニ裁判所ニ請求ヲ為シ又ハ合式ニ催告書ヲ送達シ若クハ執行文ヲ示シタルトキ。

第二 期限ノ到来ノミニ因リテ遅滞ニ付スルコトヲ法律又ハ合意ヲ以テ定メタル場合ニ於テ、其期限ノ到来シタルトキ。

第三 諾約者カ或ル時期ニ遅レタル履行ハ要約者ニ無用ナルコトヲ知リテ其時期ヲ経過セシメタルトキ。

しかしながら、393条は、遅延利息についての附遅滞が遅延利息の裁判上の請求 *demande en justice desdits intérêts* または債務者の特別の承認 *reconnaissance spéciale du débiteur* に限られるとしている。ポアソナードが、

「然ルニ、附遅滞ノコトハ裁判所へ出訴スルニ非サレハ生スルコトナシ。蓋法律 *la loi* ハ出訴モ無ク唯定期ヲ経過スルノミヲ以テ債務者カ遅滞トナルヘシト約權シタル原始ノ合意 *une convention originaire* ヲモ認許セサルナリ。此点ニ就テハ、日本草案ハ、仏蘭西法律ニ從ヒ、而シテ夫ノ普通法ニ依レル總テノ附遅滞ノ方法ヲ以テ十分トスルカ如ク見ユル伊太利法ニ從ハサルナリ。終リニ、我草案ハ、仏国ニ於テ

喋々弁論スル所ノ一問題ヲ債権者ニ対シテ裁定シタリ。其問題トハ即チ元本ノ訟求ハ遅延利子ヲ生セシムル為メ二十分ナリシヤ、将タ元本ノ訟求ヲ遅延利子ノ訟求ト同時ニ又ハ別々ニ為サルヘカラサルカヲ知ルノコト是ナリ。草案ニ於テハ、此終リノ論決ヲ以テ債務者ニ最モ有利ナルモノトシテ之ヲ採用セリ。」(再閣修正民法草案註釈430-431頁)と述べているように、フランス民法1153条を踏襲し、催告をもって足りるとしたイタリア民法1231条2項を採用しなかった。のみならず、遅延利息の裁判上の請求を要するとしている。

この当時、たとえば、ラロンビエールが約束違反を不履行 *inexécution* と単純遅滞 *simple retard* とに二分し、不履行では附遅滞なしに損害賠償請求権が発生するが、単純遅滞では附遅滞によって損害賠償請求権が発生するとし、附遅滞の要否で区分している<sup>26)</sup>が、ポアソナードはこのような区分をしないばかりか、債務者保護の観点から、附遅滞を要求しかつ厳格化する立場にたっていることになる。

#### (4) 過怠約款に基づく義務の補充性

旧民法381条1項において、ポアソナードは、直接履行訴権に対する損害賠償訴権の補充性(同項の用語 *subsidiarement* に注意)を明記しているが、過怠約款に基づく義務にあっても、主たる債務(本来の債務)に対する補充性ないし付随性の度合、主たる債務の変形物(被転形債務)としての損害賠償(損害賠償債務)との間の要件・効果での偏差度、この二点に即して特質を明らかにする必要があるものと思われる(外国法で、*accessory nature, principe de subsidiarite* とされる)。

たとえば、1985年のルイジアナ民法2005条2項は、「損害賠償の約定は、主たる債務の履行のために、第二次的債務を生ぜしめる」と明言し、改正前の2117条は、「過怠約款は、第一次的債務の履行を強いるため結びつけられた第二次的債務である」と定義していた。主たる債務に対する補充的性格は、それぞれの法典によって異なるが、例を挙げるとすれば、主たる債務が無効であれば、過怠約款も無効である(フランス民法1227条1項、



ドイツ民法344条、スイス債務法163条2項等）。債務者の責めに帰すことができない事由によって主たる債務が履行不能になった場合に、過怠約款もその拘束力を失う（スイス債務法163条2項、ルイジアナ民法2008条。もっとも前者は「反対の特約のない限り」との留保をつけている）。契約の解除は、通常、過怠約款の効力を失わせる。主たる債務の譲渡は過慢約款の譲渡を包含する。あるいは、過怠約款の履行期の到来は主たる債務の履行期の到来による。

第二の損害賠償債務との間の関連性の程度では、たとえば、過失が契約責任の要件であれば過失は過怠約款に基づく請求の要件である。また、債務者に契約責任を問うためには附遅滞を要するとすれば、附遅滞は過怠約款に基づく請求の要件である（フランス民法1230条）。

なお、フランス民法の過怠金は、損害を填補するとともに、履行を強制・確保する制度であるとされる（フランス民法1226条・1229条参照）。これに対して、旧民法財産編388条は損害賠償額の予定であることを強調しているように思われる。しかし、旧民法財産編385条2項は、債務者の「悪意ナク懈怠ノミ」の「不履行又ハ遅延」については、「当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ損失ト利得トノミ」の賠償範囲としている。「悪意」の場合には、「予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ、不履行ノ結果ニシテ避ク可カラサルモノ」は賠償すべきとされている（385条3項）。ここでは債務者の主観的態様（懈怠のみと悪意）によって、契約時に当事者が予見または予見すべかりし損害、不履行の結果不可避免的に生ずべき損害の賠償が義務づけられる。しかし、385条1項は、「債権者ノ受ケタル損失」・「（債権者が）失ヒタル利得」を語っており、フランス民法の立場を踏襲しているといわなければならない。この構成には、「債務ノ不履行ニヨリテ通常生スヘキ損害」から出発し、当事者が予見または予見可能な特別事情から生じた損害の賠償を加重する明治民法416条の構成とは距離がある。過怠約款ないし損害賠償額予定契約に関する裁判例が事実損害論を展開する一つの要因はここにある。

### 3. 過怠約款に基づく請求の要件

旧民法が規定する過怠約款に基づく請求の要件として、主たる契約の存在、過怠約款の存在、不履行の事実（不履行という客観的な事実の発生、損害の発生、あるいは損害額）、債務者の責めに帰すべき事由、附遅滞を想定することができる。

#### (1) 主たる契約の存在

過怠約款が主たる契約に付された合意であるから、債務者が主たる契約の不存在・無効等を争うことによって、過怠約款を免れることができる。フランス民法1227条1項をはじめ、多くの立法例はこのことを明記している。ポアソナードは、これを前提に、次の留保をつけている。

「自ら無効タル合意若クハ其目的若クハ其原由ニ関シテ無効タル合意ニ附加シタル過代ノ約定ノ事項ニ就テハ、更ニ一層ノ困難アリトス。

原則ニ於テハ、主タル合意ノ無効ハ過代ノ約定ノ無効ヲ惹起スルモノトス（第八百二十三条<sup>27)</sup>。故ニ、売買外ノ物ヲ与フル合意又ハ不法ノ所為ノ約束ヲ為シタルトキハ、過代ノ約権ハ主タル約権ト共ニ無効トナルヘシ。然レトモ、若シ主タル約権ハ其約権者ノ為メニ量定シ得ヘキ利益ノ無キカ為メニ非サレハ無効トナラサリシトキハ、別段ナリ。何トナレハ、此場合ニ於テハ、約権者ニ確定ノ利益ヲ与フレハ則チ過代ノ約定ハ主タル約権ヲ有効ノモノト為ス可ケレハナリ（第八百四十三条<sup>28)</sup> 参観）。

此場合ニ於テハ、仏国法第千二百二十七条八、余輩従事スル所ノ特別ノ場合ヲ貯存セサルヲ以テ、汎博ニ過キタルモノト云フ可シ。」（再閱修正民法草案註釈420頁）

本来の債務が、それ自体、その目的または原因によって無効な場合、過怠約款も無効に帰す。しかし、フランス民法1227条1項「主タル義務ノ効ナキ時ハ過代ノ約束モ亦効ナカル可シ」は無限定に過ぎると批判されている。

#### (2) 過怠約款の存在

過怠約款の有効な存在が要件となるのは当然であろう。この点について、ポアソナードは、

「過代ノ約定即チ其有効如何ニ就テスラ尚ホ一種ノ争訟起ルコトアリ。例へハ、双方ノ中一方ニ於テハ、過代ノ約定ヲ承諾セシハ是レ唯錯誤、脅迫若クハ欺詐ニ因リテ然ルモノナリ、ト主張スルコトヲ得。又債権者ハ過代ノ寡キ exiguité ヲ愬ヘ、債務者ハ其過分 ezagération ヲ愬フルカ如キ、是ナリ<sup>29)</sup>。斯クノ如ク、総テノ契約ニ関シテ生シ得ヘキ此類ノ争訟ヲ一々法律上記載スル要ナキナリ。」（再閱修正民法草案註釈419-420頁）

と説明しており、一部意味のはっきりしない箇所もあるが、合意の成立または有効要件に関する旧民法財産編304条以下の規定に基づいて争われることになる。債権者は過怠約款の存在につき主張・証明責任を負担し、債務者の側がその効力減却事由の存在につき主張・証明責任を負担することになる。

### （3）不履行の事実

債権者が過怠約款に基づく請求を行うにあたって、債務不履行の事実、損害の発生、損害額のどのレベルまで債権者が証明責任を負担するかの問題がある。債務不履行の事実は、388条が「不履行又ハ遅延ノミニ付テノ」と明記しているからみても、証明を要する事実である。これに対して、損害の発生が証明を要する事実であるかどうかははっきりしない。金銭債務についての392条が「債権者ハ右ノ（前条の）損害賠償ヲ請求スル為メニ何等ノ損失ヲモ証スル責ニ任セス」と規定していることからみて、一般的には、債権者が損害の発生について証明責任を負担するとみてよいかのようである。しかし、ポアソナードは、すでにみたように、債権者は、債務不履行の事実につき証明責任を負担する<sup>30)</sup>が、損害額のみならず、損害の発生についても、証明責任を負担しないとする。過怠約款が、債権者・債務者双方にとっての利益であることがその根拠づけに用いられている。

### （4）債務者の帰責性

債務者の帰責性については、まず不履行に基づく損害賠償の要件として、どのような扱いになっているかの問題がある。債務者の責に帰すべき履行不能の場合に損害賠償請求が可能なことは、383条1項後段に明文の規定がある。それ以外の不履行または遅滞につき債務者に帰責性があることを要するかどうかは、旧民法の規定上では、明確でない。

しかし、金銭債務の履行遅滞につき、392条後段が「債務者ハ其請求ヲ拒ム為メニ意外ノ事又ハ不可抗力ヲ申立ツルコトヲ得ス」と規定しているから、金銭債務以外の債務の履行遅滞（さらに不履行）においては、債務者は「意外ノ事又ハ不可抗力」をもって抗弁となしうることになる。事実、ボアソナードは、すでに見たように、過怠約款に関する388条・389条のコメントで、

「不執行又ハ遅延ハ債務者ノ責ニ帰スヘキモノナルヤ否 l'inexécution ou le retard est imputable au débiteur, 又ハ偶事ニ関スル場合、或ハ不可抗力ノ場合、或ハ又債権者ノ方ニ懈怠アルヤ否ヤ等ヲ知ルノ点ニ於テ、訴訟ヲ為スコトヲ得ヘシ。何トナレハ過代ノ約定ハ損害賠償ニ代ハルモノナレハ、損害賠償ト同一ノ場合同一ノ条件ニアラサレハ履行セラルルコトナシ。」(再閣修正民法草案註釈418頁)

と説明しており、金銭債務以外の債務にあつては、債務者は事変または不可抗力をもって抗弁しうることを当然の前提としている。

以上は事変または不可抗力であつたが、損害賠償請求に対して「債務者の責に帰すべき事由の不存在」をもって債務者は抗弁できるのか。ここに引用した文意からみて、旧民法は、債権者の側で不履行または遅滞につき債務者に帰責事由の存することを積極的に証明することは要せず、債務者の側で不履行または遅滞が責に帰すべからざる事由によるものであることを証明しなければ、不履行責任を免れないとの立場を採用していたとみるべきであろう<sup>31)</sup>。

金銭債務以外の債務に付された過怠約款に基づく請求の要件としての「不履行又は単純遅滞」についても、引用したボアソナードの説明、ある

いは392条後段の反対解釈からしても、同じことになる<sup>32)</sup>。

(5) 附遅滞

この要件については、すでに2・(3)引用した文章で明確である。損害賠償請求と平行に、主たる債務を遅滞に附することが損害賠償額請求の要件である。しかも、393条本文が「遅延利息ヲ生セシムル為メ債務者ヲ遅滞ニ附スルニハ、裁判所ニ其利息ヲ請求シ又ハ債務者ノ特別ノ追認ヲ得ルコトヲ要ス」としたように、遅延利息自体を裁判上請求することを要するとされている。

4. 過急約款に対する裁判所の干渉

389条前段は「裁判所ハ過急約款ノ数额ヲ増スコトヲ得ス」と規定する<sup>33)</sup>。そして、後段で「又不履行又ハ遅延力債務者ノ過失ノミニ出テサルトキ又ハ一分ノ履行アリタルトキニ非サレハ其数额ヲ減スルコトヲ得ス」と規定し、減額が例外であることを明らかにしている。この立法態度は、過急約款を「請負ノ一種ニシテ即チ損害賠償ノ豫メ定メタル代価 *une sorte de forfait ou prix fait a l'avance*<sup>34)</sup>」とし、「原則ニ於テ裁判所力過代ノ約定ヲ増加シ又ハ減少スルコトヲ得サル所ノモニハ、是レ即チ、双方ノ者自ラ己レカ利益ヲ計ルコトヲ得タルニ因レハナリ」(同前419頁)との根拠づけから、過急約款に対する裁判官の不干渉の原則を打ち出したものといわなければならない。しかし、事態はそう単純ではない。

(1) 過急約款そのものの効力

すでにみたように、過急約款について、通常の契約と同じく、錯誤、詐欺・強迫等の効力減却事由が問題とされる。この点については疑問の余地はない。

(2) 本来の債務（基本債務）の無効等

3・(1)でみたように、若干の留保があるものの、基本債務が無効の場合、過急約款が無効となるのが原則であるから、争いの対象となりうる。

(3) 398条後段による減額

旧民法は、過怠約款に対する裁判官の干渉を排除するものの、過怠約款成立以降の二つの事態に基づく減額を承認する。

その第一は一部履行の場合であり、フランス民法1231条「主タル義務ノ一部ヲ行フタル時ハ裁判役其過代ノ高ヲ減スルコトヲ得可シ」、イタリア民法1214条「主本タル責務カ若シ其一部ヲ履行セラレタルニ於テハ則チ其罰款ハ法衙ニ於テ之ヲ減少スルコトヲ得可シ」を踏襲している<sup>35)</sup>。

もう一つは「不履行又ハ遅延力債務者ノ過失 *faute du débiteur* ノミニ出テサルトキ」である。ここには、不履行が偶発事象 *cas fortuit* や不可抗力 *force majeure* の競合によって生じた場合、そして債権者の過失 *négligence du créancier* との競合の場合が含まれており、債権者の過失との競合には損害賠償請求でのいわば過失相殺(387条)の思考<sup>36)</sup>が持ち込まれている。ボアソナードのプロジェクト新版(第三版)は407条(=旧民法財産編387条)のヘッド・ノートを *torts réciproques* とし(p. 349)、注釈の要約(*sommaire*)を *Cas de torts réciproques des parties* としていたが、408条および409条(=旧民法財産編388条・389条)の注釈を *Pouvoir restant aux tribunaux, en cas d'exécution partielle et de torts réciproques* と要約(*sommaire*)している(p. 352)。

ここで認められた減額権能は、裁判所に課せられた義務 *devoir* ではなく権限 *pouvoir* であるから、たとえば不可分債務の一部履行は減額事由とならず、債務者の過失は偶発事象、不可抗力または債権者の過失よりも、影響力は大きいとされている。

#### (4) 法律との抵触

過怠約款と法律の関係、とくに抵触問題がある。法定利息および利息制限法による制限利息との関係である。

第一に、法定利息の定めがある法制の下での遅延利息の取り扱いである。旧民法財産編第391条1項は、「金銭ヲ目的トスル義務ノ遅延ノ損害賠償 *dommages-intérêts à raison du retard* 二付テハ、裁判所ハ法律上ノ利息ノ割合 *taux légal de l'intérêt* ト異ナル額ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス。但法律ノ

特例アル場合ハ此限ニ在ラス。」と規定している。「遅延利息 *intérêts moratoires*」（393条参照）は、法律に別段の定めがある場合を除き、法定利息によらなければならないとしている。

当事者が法定利息を上回る遅延利息を約定した場合はどうなるか。ポアソナードは次のように説明している。

「又過代ノ約定カ法律ニ背反スル故ヲ以テ無効タルヘキ場合トシテ、夫ノ金額ノ利子制限高ヲ超過スルヲ目的トシタル過代ノ約定ノ場合ヲ引証スルヲ要ス。 填補利子 *intérêts compensatoires* ノ制限高ヲ合意ノ自由ニ委ネサリシトキハ、遅延ノ利子 *intérêts moratoires* ノ制限高モ亦自由タルコトヲ得ス。故ニ、若シ債権者カ、債務者金額ノ弁済ヲ延引シタル場合ニ於テ、其遅引ノ時間ニ照シ法律上ノ制限高ヲ超過スル所ノ金額ヲ得ント約権シタルトキハ、其金額ハ法律上ノ制限高二減セラルヘシ。 又、或ル論者ニ於テハ、過代ノ約定ハ全部皆無効タリ、而シテ遅延ノ利子ハ、過代ノ約定アラサリシ如ク、後ノ数条ニ從ヒ裁判所ニ依リテ定メラルヘキコトヲ主張スルヲ得可シ。然レトモ、過代ノ約定ハ唯法律上ノ制限高ヲ超ユルモノ而已ニ付テ無効タリ、ト云フヲ以テ一層正確ト云フ可キカ如シ。而シテ斯ク可決スルコトハ、敢テ益ナキニ非ス。何トナレハ、若シ過代カ保証又ハ抵当ニ因リテ担保セラレシトキハ、此担保ノ利益ハ法律上ノ制限高以内ニハ保持セラル、ルト雖モ、若シ其過代ノ約定ハ全部皆無効タルモノトスルトキハ此利益ヲ保持スルヲ得サレハナリ。」（再閱修正民法草案註釈420-421頁）

この引用文での「填補利子 *intérêts compensatoires*」は「債務者カ支払期限ニ至ル迄ハ金額ノ収益権利ノ報酬トシテ払フヘキ利子」、 「遅延ノ利子 *intérêts moratoires*」は「債務者カ遅滞ニ付シタル後チ払フヘキ利子」であるから（同前421頁注〔イ〕参照）、法定利息の定めのある法制の下では、法定利息を超える遅延利息の約定がなされたとしても、裁判所はこれを法定利息まで減額しなければならない。もっとも、それは法定利息まで減額するにとどまるのであって、遅延利息の約定を全部無効とするものではな

い。

なお、ポアソナードの説明から明らかなように、約定利息を当事者の自由に任せている法制の下では、遅延損害金(遅延利息)の約定もその自由に放任されることになる。

第二に、しかし、約定利息につき当事者の自由に委ねるとしても、それに一定の制限を加えている法制の下での遅延損害金(遅延利息)に関する約定の取り扱いが問題となる。391条2項は、金銭債務につき「当事者力損害賠償額ノ数额ヲ定ムルトキハ、合意上ノ利息ノ最上限以下タルコトヲ要ス。Si les parties règlent elles-mêmes la somme des dommages-intérêts, celle-ci ne peut excéder le taux *maximum* de l'intérêt conventionnel。」と定めている。ここでは、一方で法定利息を上回る遅延損害金の約定の効力が肯定される。他方で、「合意上ノ利息ノ最上限」(la *taux maximum* de l'intérêt conventionnel)を超える約定はこの限度に減額されることになる。ポアソナードは、日本において法定利率は6%であるが、合意上の利率は元本額によって20%、15%、12%とされているとした上で、「日本ニ於テハ今日過代ノ約定ハ合意上ノ利子ノ制限極度ヲ守リテ法律上ノ利子以上ニ高ムルコトヲ得ヘシ」(再閱修正民法草案註釈第二編人權・全(司法省)429頁)と明言している。

もっとも、391条は金銭債務(「金銭ヲ目的トスル義務」)に関する規定であるから、391条2項は金銭債務(一般)に付された過怠約款(遅延損害金の約定)を対象としている。これに対して、旧利息制限法は、(争いはあるものの)、厳密に言えば、「金銀貸借上ノ利息」(1条参照)に関する法律であるから、その2条の制限利率も金銭消費貸借に限定されていることになる。しかし、ポアソナードはこの問題には点に立ち入ってはいない。また、391条2項と旧利息制限法5条との関係にも立ち入ってはいない<sup>37)</sup>。

3) 能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(一)」法学協会雑誌102巻2号(1985年)1頁以下、同・注釈民法(10)668頁以下。



- 4) 手塚豊・明治民法史の研究（上）（慶應通信 1990年）225頁参照。
- 5) 能見善久前掲・「違約金・損害賠償額の予定とその規制（一）」6頁，25頁注（八）参照。
- 6) 本書につき，法務図書館所蔵貴重書目録（和書）37頁は，「明治13年5月14日より16年4月8日まで181回にわたる講義（第1-600条）を筆記したもの」としている。しかし，本書の発行年月日は「明13.12」とある（同頁左欄）。この講義の意味については大久保泰甫＝高橋良彰・ボワソナード民法典の編纂（雄松堂出版 1999年）45頁参照。

ところで，司法省法学校第二期生に対するこの講義と民法編纂局会議との関係はなお不明な点が多い。この点は，大久保＝高橋・前掲書33-45頁，100頁注37および42頁参照。この点は，司法省法学校第二期生小幡虎三郎に貸与され卒業の際に下賜された『民法草案二付テノ「ボアソナード」氏註釈書』（九州大学法学部所蔵）の精査が必要であろうが，別の機会に譲らざるを得ない。

- 7) 本稿が対象とする過急約款は旧民法財産編に含まれており，手塚豊教授の手になる法務図書館所蔵貴重書目録（和書）（法務図書館 1973年）での整理や池田真朗・債権譲渡の研究（弘文堂 平成5年）45頁以下の整理によれば，ボアソナードの草案等にはいくつかの版がある。

もっとも早い版は，Boissonade, M. G., *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire. Tome 1, 2, 2-II.* Tokio, Imppr. Imperiale, 1880-82 (Meiji 13-15) 2v. で，この翻訳にボアソナード氏起稿 註釈民法草案 財産編，人権之部 第1-5巻 司法省〔刊年不明〕5冊がある。

第二版が，Boissonade, M. G., *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire. 2. ed. Tome 1-2.* Tokio, Imppr. Imperiale, 1882, 83. 2v. で，この翻訳には，ボワソナード氏起稿 再閱民法草案直訳 第1-9冊 ボワソナード起稿 再閱民法草案正条 物権人権 活版 496頁 18cm (XB300 B1-9)，ボワソナード氏起稿 民法草案条例 第三 自第一条至六百条 司法省法学校 p. 378，ボワソナード氏起稿 再閱修正民法草案註釈 司法省 9冊 18cm (XB300 B1-5) 中の第2人権 (814-1100条) 上・中・下 (上巻に16年4月20日のボアソナードの序文がある) がある。

Boissonade, M. G., *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire. Nouvelle éd. Tome 2.* Tokio, Kokubunsha, 1891, が第三版（新版）である。ボアソナードの緒言の日付は1891年（明治24年）5月25日である。

そして，Code civil de l'Empire du Japon. Accompagné d'un exposé des motifs. Traduction officielles. Tome 1-4. Tokio, 1891. Tome 1: Text. 2-4: Exposé des motifs. が旧民法とその理由書の「公定訳」として公刊されている。

なお，本稿では，法律取調委員会の議事筆記等を使用するが，具体的には，次のものである。

法律取調委員会民法草案財産編人権ノ部議事筆記一 自第二十三回至第三十四回 日本近代立法資料叢書 8 第 5 綴。とくに，第29回（明治21年2月22日）自第403条至第417条 190頁以下。

法律取調委員会民法草案財産編再調査案議事筆記 自第一回至第十三回 日本近代立法資料叢書 11 第 2 綴。とくに，第 8 回（明治21年10月2日）自第365条至第414条及

192頁以下。

民法草案再調査案議事筆記 第1-4巻

法律取調委員会・民法草案再調査案議事筆記 日本近代立法資料叢書15第5綴は、(A8)の要約版

民法再調査案」日本近代立法資料叢書16第5綴。

- 8) 能見・前掲論文(一)35~42頁の緻密な分析を参照のこと。
- 9) 大久保=高橋・前掲書188頁以下参照。
- 10) 日本近代立法資料叢書17第3綴48頁以下参照。商法第一読会会議筆記第1-4巻は、法律取調委員会におけるロエスレル草案の審議録で、第1回(明治19年3月24日)~76回(明治19年11月30日)を収めている。
- 11) 同17第4綴29頁以下参照。商法第二読会会議筆記第1-2巻は、第1回(明治20年2月25日)~32回(明治20年4月19日)の期間。
- 12) 商法草案議事速記第1-15巻は、商法組合案に対する第1回(明治20年12月1日)~73回(明治21年6月28日)の議事の速記録。なお、大久保=高橋・前掲書189頁参照。
- 13) 日本近代立法資料叢書18 464頁以下参照。
- 14) 日本近代立法資料叢書12第3綴247頁以下。同19第1綴9頁以下、第2綴4頁以下のも同じものが収録されている。
- 15) 日本近代立法資料叢書21第4綴1頁以下参照。
- 16) 日本近代立法資料叢書12第3綴232頁以下。
- 17) 日本近代立法資料叢書12第3綴291頁参照。
- 18) もっとも、合意された過急約款が単純遅滞についてものか不履行についてのものであるかは、「是レ、景状ニ從ヒ、及ヒ主トシテ其約權セラレタル金高二從ヒテ、採決スヘキ問題ナリ。何トナレハ、若シ其金額力割合ニ僅少ナルトキハ、多分遅延ノ為メニ非サレハ設定セララルコトナケレハナリ。且此場合ニ於テハ、債権者ハ同時ニ義務ノ執行ト過代ノ金高トヲ請求スルコトヲ得ヘシ(仏民第千二百二十九条比較)。(再開修正民法草案註釈418頁)とされている。
- 19) この訳文は民法再調査案による。
- 20) この点は、すでに北川善太郎・日本法学の歴史と理論(日本評論社 1968年)35頁が指摘しているところである。
- 21) ボアソナードは、プロジェ第三版の403条の要約(sommaire)で、inexécution volontaire, impossibilité d'exécuter, simple retard. と併記している(p. 351)。
- 22) 北川・前掲書37頁は、履行拒絶を「履行期前のそれではなしに、履行期における拒絶とみられていたようである」としている。これに対して、川村泰啓・個人史としての民法学(中央大学出版会 1995年)は、この当時のフランスの学説での単純遅滞を「債務者側からの事前の履行拒絶意思の表明もないまま履行期が徒過されている単純遅滞」(415頁)とし、履行期前の履行拒絶としている。これに対して、ボアソナードは、「債務者ノ多少明瞭ナル執行ノ拒絶アルヘク、或ハ債権者ノ明瞭ナル訟求ニ付キ債務者ノ黙シテ豪モ応ヘサルコトアルヘク、或ハ債務者力義務ノ無効ナルコト又ハ消滅シタルコトヲ申立ツルコト(400頁)」とするに止まっている。

- 23) 388条が「単純遅滞」と区別して使用する「不履行」に「債務者ノ責ニ歸スヘキ履行不能 impossibilité d'exécuter imputable au débiteur」（383条1項後段）も含まれるであろう。旧民法は、財産編322条で不能な給付を目的とする合意を無効とし、履行不能（「履行ノ不能」）を「義務ノ消滅原因」の一つとして規定している（539-542条。なお、450条1項参照）。たとえば、539条1項前段は、「義務力特定物ノ引渡ヲ目的トシタル場合ニ於テ、其目的物力債務者ノ過失ナク且附遅滞前ニ消滅シ紛失シ又ハ不融通物ト為リタルトキハ、其義務ハ履行ノ不能ニ因リテ消滅ス」と規定している。この規定を参照したと思われる裁判例に大（一民）判明治27・11・13法曹記事39号605（37）頁がある。

債務者の無過失・附遅滞前の要件が充足されない場合には特定物引渡債務は消滅しないことになる（附遅滞後については540条が明文の規定を置いている）。いずれにせよ、債務者の過失または附遅滞あるときは債務者の責に帰すべき履行不能となる。損害賠償請求権の発生原因としての「債務者ノ責ニ歸スヘキ履行不能」（383条1項後段）について、ポアソナードは、「此場合ニ於テハ、債務者カ義務ヲ執行シ能ハサル事情アリテ、或ハ債務者カ不注意ニ因リ其担当シ得ヘカラサルモノヲ約務シタルカ、或ハ債務者カ事務管理ノ拙劣ナルニ因リテ義務ヲ尽シ得サルニ至リシニ依リ、債務者ノ其責ヲ受クヘキ場合ナリトス。

此場合ハ、意外ノ変災又ハ巨抗力ヨリ義務ヲ執行シ得サル場合ノ論結ト反対ノ論結ヲ示スモノナリ。例ヘハ、負担シタル物カ天災ニテ滅尽スルカ又ハ通易スルコトヲ得サルニ至リシカ如キ是ナリ。但シ債務者ニ於テ意外ノ変災又ハ巨抗力ヲ証明スヘキハ勿論ナリトス。」（再関修正民法草案注釈400-401頁）とコメントしている。

- 24) フランス民法1229条2項の内容は、ルイジアナ民法2007条、ケベック民法1622条2項に踏襲されている（ともに、単純遅滞を mere delay と表現している）。
- 25) ポアソナード断案・森純正纂輯・民法弁疑（明治25年）170頁以下参照。債務者の履行拒絶の場合でも、「付遅滞ハ履行其物ヲ証明スルニ必要ナリ」（この文意は不明）で、履行を拒絶したとしても裁判所に召喚すれば履行に應ずることもあろうとする。債務者の過失による履行不能の場合では、付遅滞は、履行不能の事実と損害賠償請求の意思とを明確にし、損害賠償の起算点を明確にする上で有益であるとしている。川村泰啓・前掲・個人史としての民法学242頁が、旧民法での直接履行訴権の損害賠償訴権への債務転形にあっては、「債務転形形式としての付遅滞は締め出されている」としているが、財産編384条1項の明文の規定からみても、ポアソナードの説明からみても、誤解であろう。
- 26) 森田修「フランスにおける債務転形論と『附遅滞』 履行請求権の存在意義に関する覚書（その1）」法学志林90巻1号（1992年）20頁以下参照。
- 27) 旧民法財産編302条の原案である。2. ed. p. 328. も nouvelle ed. p. 368. も art. 323 を指示している。
- 28) 旧民法財産編322条の原案である。2. ed. p. 328 は、art. 343. を指示している。本文の内容が問題である。
- 29) ここでは約定過怠金額の多寡を争うことができるとされているが、その法的根拠ははっきりしない。
- 30) 現在では、この点についても議論がある。たとえば、倉田卓次監修・要件事実の証明責任債権総論（西神田編集室 1986年）33-34頁（並木茂・春日偉知郎）参照。

31) ポアソナードは383条1項・2項でフランス民法1142条と1147条を掲げており、後者は、「債務者は、必要がある場合には、その者になんら悪意が存しない場合であっても、不履行が其の者の責めに帰すことができない外在的事由から生じたことを証明しないときはすべて、あるいは債務の不履行を理由として、あるいは履行の遅滞を理由として損害賠償の支払いを命じられる。」(法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典 物権・債権関係 70頁)と、債務者に証明責任があることを明文で規定している。ポアソナードはこの規定に対して何等異論を唱えていない。もっとも、フランス民法でも、事変・不可抗力、債務者の責に帰すことができない外在的事由、債務者の帰責性 *imputabilite* の関係は明確ではない。旧民法は、債務者の主観的事情につき、債務不履行に関する規定で、「債務者ノ責ニ帰ス可キ履行不能 *impossibilité d'exécuter imputable au débiteur*」(383条1項後段)、「債務者ノ悪意 *mauvaise foi* ナク懈怠 *négligence* ノミニ出テタル不履行又ハ遅滞」(385条2項・3項)、「当事者双方ニ非理 *torts réciproques* アルトキ」(387条)と、過怠約款に関する規定で「債務者ノ過失 *faute du débiteur* ノミニ出テサルトキ」(389条)を用い、金銭債務の不履行で「意外ノ事 *cas fortuit* 又ハ不可抗力 *force majeure*」(392条)を用いている。事変または不可抗力と債務者の帰責性とを二項対立的に整理するとどめるわけにもいかにないように思われる。

旧民法において債務者の帰責性が損害賠償の要件であることは、ほぼ一致した見解であった。たとえば、富井政章・民法論綱人権之部下巻(岡島實文館 明治23年)は、383条1項・2項が定める損害賠償義務につき、この要件の一として「義務ノ不実行ハ債務者ノ責ニ任ス可キモノタルコトヲ要ス」(14頁)、「債務者ノ所為又ハ過失ニ原因スルコト」(16頁)、「義務ノ不実行ハ債務者ノ故意又ハ過失ニ起因スルコト」(38頁)を挙げている。そして、「義務不実行ノ事実アレハ之ヨリシテ賠償ノ責任ヲ生スルヲ常則トス。故ニ其天災ニ起因スルヲ理由トシテ責任ヲ免カレントスルニハ、被告ニ於テ其反証ヲ挙ケザル可カラス。」(39頁)としている。

32) 民法420条については、債務者は、不履行につき帰責事由の存しないことを挙証して責任を免れたり減額請求をすることはできないと解される傾向にある。倉田卓次監修・要件事実の証明責任債権総論(西神田編集室 1986年)53頁以下(並木茂・春日偉知郎)参照。

33) 旧民法証拠編8条「受ケタル損害若クハ失ヒタル利益其他原因ニ争ナク供給ス可ヘキ価額ニ付キ為ス可キ評価ノミニ争ノ存スル場合ニ於テ、判事ハ、当事者又ハ其代人ノ陳述ヲ聴キ此評価ニ必要ナル元素ヲ得タルトキハ、自ラ其評価ヲ為スコトヲ得」との関係は整理が必要であろう。

34) 富井政章・民法論綱人権之部下57頁は「損害ノ見積リ又ハ代物弁済」という。なお、公定訳 p. 533 では *fait* が除かれている。

35) 1866年の(ローワー)カナダ民法(The Civil Code of Lower Canada)1135条は、「違約罰 *penalty* の額は裁判所によって減額され得ない。ただし、債務が債権者の利益において一部履行されており、かつ債務の全部履行の約定期限が重大でない *not material* 場合には、反対の特約のない限り、違約罰は減額されうる。」と規定し、1868年(1月1日施行)のポルトガル民法675条も一部履行の場合の按分的減額を認めている。

これに対して、1881年のスイス債務法182条が、「違約罰は当事者により任意の額を定め

うる。但し裁判官は過度な違約罰を公平な裁量に従い減額することを得る。」（平田健治訳）としていたことが注目される。

- 36) 「不履行又ハ遅延ニ関シ当事者双方ニ非理 torts réciproques, relativement アルトキハ、裁判所ハ、損害賠償ヲ定ムルニ付キ、之ヲ斟酌ス」  
37) 能見・前掲論文（一）35頁注（12）参照。

## ・ 損害賠償・附遅滞等に関する明治前期大審院裁判例

旧民法のいう過怠約款，明治民法のいう損害賠償額予定契約または違約金に関する明治前期大審院民事裁判例<sup>38)</sup>を検討する前提として，債務不履行に基づく損害賠償，附遅滞などに関する裁判例の基本構造が明らかにされなければならない。

### 1. 債務不履行に基づく損害賠償

#### (1) 債務者の帰責性

不可効力による履行不能，あるいは債務者の責に帰すべからざる事由による不履行につき債務者が損害賠償義務を負担しないことは，大審院発足当初から確認されていたことであった。

その一例として，【9・10・16】大判明治9・10・16大審院民事判決録明治九年345頁＝明治前期大審院民事判決録1 51頁「事件番号不明 繰綿売買違約償金一件」をみることにする。

原告・被告X1・2が，信州松本張出売買所から繰綿150駄を買い取れることをAに依頼したが，繰綿の売渡期限明治6年10月29日以前の同年同月20日に筑摩県庁が張出売買所の営業を差し止め，かつ差し止前に締結された売買の履行をも禁止したために，繰綿を取得できなかった。他方，Xは転売先に対して違約金を支払って転売契約を解除せざるを得なかったので，その金員等1400円の支払を買次人・世話方Y1・2・3（被告・原告人）に請求した。原審（東京上等裁判所）は，「空商」となることを知っていた仲買人（買次人）・世話方Y1・2・3につき，預かり金750円の返還と

650円の損害賠償(償金)義務を認めた(Aは「空商」であることを知らなかったと認定された)。

大審院(北畠治房・丹羽賢・巖谷龍一・鳥居断三・原田種成)は、「條理ヲ推究シテ弁明ス」として、

「元筑摩県庁ニ於テ張出売買所ノ営業ヲ差止メタルハ、特ニ将来ノ営業ヲ差止メタルノミニアラスシテ、其差止以前ニ二結約シ当時売買ノ取引ヲ為ス可キ期限前ニ係ル分ヲモ差止メタルコト判然ナリトス。既ニ此契約ノ根元タル売買ノ取引ヲ為ス可キ期限前ニ於テ其営業ヲ差止メラレタル上ハ、原告(上告人Yのこと。以下同じ)仮令売方ノ仲買ヲシテ其契約ヲ果サシメント欲スルトモ、為スヲ得可カラサルノ事ナリトス。故ニ原告(上告人Y)ハ売買差止メノ一事ヲ以テ契約ノ如何ニ拘ラス其義務ヲ遂クルコトヲ為シ能ハスシテ、其未タ契約ヲ為サレノ始メニ復ルヨリ他ニ為スヘキノ途ナシトス。

然レハ、被告(被上告人X)於テ原告(Y)ヲ違約者トナシニ二違約ノ償金ヲ要ムノ権利ナク、原告(Y)ニ於テ自己ノ違約セシニアラサレハ償金ヲ出スノ義務ナシトス。故ニ原告(Y)ニ於テ売買期限前元筑摩県庁ヨリ営業ヲ差止メラレタル上ハ売綿引渡ノ儀自分共ノ力ニ及ハスト申立ルハ至当ノ條理ナリトス。」(375-376頁。前期54頁)

とし、破棄自判とした。大審院は、不可抗力による債務不履行(履行不能)の場合に、原審が「空商」となることを知っていたと認定した仲買人(買次人)・世話方についても、損害賠償義務が生じないとした。この判決と同じ日に、原告(被上告人)は同じXで被告のみを異にする同種の事件につき、大審院は「此契約ヲ果シ得サルハ原告ノ怠ヨリ生セシニアラサルヲ以テ、被告ヘ対シ其責ニ任ス可キ義務ナク……」(398頁。前期56頁)と述べ、債務者の帰責性(「怠」)がないとも表現している<sup>39)</sup>。

【10・2・28】大判明治10・2・28 大審院民事判決録明治十年上巻310頁 = 明治前期大審院民事判決録1 127頁「第24号 買付米入金並違約金催促一件」。

この事件は、「米売渡シ候処実正也。然処米受引ノ儀八当川口津開ノ節八速ニ積渡シ可申候。尤相揃不節八入金倍返シ、若シ其元破談ノ節八罪金四百円約定云々」と記載した蔵米売買契約証書に基づく違約金等の支払請求事件であるが、原審（長崎上等裁判所）は、双方ともに契約違反の責任を問う権利がないので売主が受け取った予納金を返還すべきとした。これに対して、大審院（丹羽賢・三島毅）は、

「売方ニ於テハ売渡ス可キ米穀ニ員数ヲ揃ヘテ契約セシ義務ヲ怠ラサリシヲ、買方ニ於テ受取ラサリシハ自ラ其受取ル可キ権利ヲ放過シタルニ止リ、売方ノ違約トナスヲ得ス。」

と判示して、大坂上等裁判所へ（破棄）移送とした。売主の弁済提供を認め買主の受領遅滞としたこの判決は、売主に懈怠のない場合には、買主は債務不履行に基づく損害賠償はもとより、過怠約款に基づく請求もできないことを明らかにしている<sup>40)</sup>。

【21・6・22】大判明治21・6・22 裁判粹誌3巻149頁「明治20年367号約定履行件」

当初種粕4000貫目の売買契約が締結され、買主X（被告人）が売主Y（原告人）に手付40円を交付し、残金は種粕の引渡時に支払うものと考えられた。しかし、Y（原告人）が引渡さなかったため、Bが勧解を出願した結果、次の内容の「済方」がなされた（これを記載した文書が甲二号証）。X請求の地種粕4000貫目の内1000貫目は切り捨てることとし、Yは残りの3000貫目に金10円（1000貫目の引渡債務の免除に対する謝金か？）を付して12月5日に新潟川岸で引渡すこと、Yが期日にこれを履行できないときには（準備できた地種粕を）12貫目当たり1円の代金で引渡すこと、X不履行の場合にはXは手付金を放棄すること。Yが履行しなかったとして、Xが、Yに対し、違約損害金150円94銭2厘と法定利息との支払、仮に違約の証拠が十分でない場合には種粕3000貫および金10円の引渡を請求した。Yは約定した期日に約定引渡場所に種粕を回漕したが引渡すことができなかったと抗弁している。



東京控訴院は、濟方での契約は双務契約であるが、Xが代金を取り揃えて持参した証拠がなく、他方でYが種粕3000貫目を取り揃えて着荷させた証拠もなく、「双方明確ナル証徴アラサル故、互ニ对手人ニ向テ違約視ルヲエサリシ」以上、両当事者は、濟方での契約に基づき「更ニ受渡ノ期日ヲ定メ荷物ト金員トヲ授受スヘシ」と言い渡した。

大審院民事第二局（巖谷龍一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠）は、原審が「互ニ拳証ノ任アリトナシタルハ双務契約上敢テ之ヲ不法ナリト云フヲ得ス」とし、また、原審が濟方での約定の履行を命じたのも、Xが「違約ノ証不十分ナル時八甲二号ノ履行ヲ要求ス」としているのだから「Xノ意思ニ背クト云フヲ得ス」とした。

本判決は、損害賠償請求の基礎としてのYの不履行を認定しなかったことを意味している。他方で、大審院は、両当事者は濟方での契約に基づき「更ニ受渡ノ期日ヲ定メ荷物ト金員トヲ授受スヘシ」と言い渡した原審の判断を「甲二号ノ約定履行ヲ命シタ」判決と理解している。つまり、原審判決はXの予備的請求を認容した、と捉えられていることになる。この当時の現実的履行の強制に関する法制度が整備されていない状況からすれば実状にかなった判決ということになるのか。

【25・11・22】大判明治25・11・22 大審院判決録明治二十五年自十一月至十二月33頁 = 裁判粹誌7巻626頁 = 法学協会雑誌11巻5号429頁「明治25年386号 約定金請求ノ件」

この事件では、欧州のインフルエンザ流行により職工が休業したために「ケムニック」府「ザクツン」機械製造所での機械製造が遅延したために、Y（伊理斯商社）のX（大坂セメント会社）への機械納入が遅延した。XがYに対して「約定金」を請求した。事件名の表記「約定金請求ノ件」に従うなら、損害賠償額予定契約に基づく請求の可能性が高いが、請求内容を判決文から読み取ることはできない。原審（東京控訴院）がXの請求を排斥したので、Xが上告。大審院第三民事部（中村元嘉・筧元忠・荒木博臣・河口定義・小松弘隆・亀山貞義・高木豊三）は次のように判示し、X



の上告を棄却した。

「原裁判ニ引用スル所ノ第一審裁判ノ事実ニ拠ルニ、機械製造所ニ於テ其製造ノ遅延シタルハ当時流行病ノ為メニ職工ノ休業ヲ来シタルニ原因シタルモノナルコトハ...証明書アリ。而シテ、上告会社ニ於テモ之ヲ承認シ...後チニ於テ異議ナク代金ノ支払ヲ了シタルコトモ亦明確ナル所トス。然レハ夫ノ『インフリュエンザー』病ノ如キ、之レニ対シテ果シテ予防ノ法アリヤ否ヤハ医薬若クハ衛生ノ学理上ニ於テハ或ハ一夫大疑問タル可シト雖モ、欧米其他ニ於テ該病伝染流行ノ迅速且ツ猛烈ヲ極メタリシコト、及ヒ当時何等ノ方法ニ拠ルモ人力ノ能ク制止シ得ヘキ所ニ非サリシコトハ、特ニ顯著ナル事実ニシテ、乃チ民事訴訟法第二百八十八条ノ規定ニ依リ特ニ証明ヲ要セサル事実ニ屬ス。故ニ、原控訴院ニ於テ、流行病ノ原因ニヨツテ職工ノ休業ヲ来シ従テ機械製造ノ遅延ヲ致シタル事実ヲ確定シ、而シテ『インフリュエンザー』ヲ以テノ不可抗力ト為シタルハ、相当ニシテ何等ノ法則ニモ違背セサルモノトス。」

本件では、インフルエンザ（による職工の休業）を一種の不可抗力としたものである。また、【28・9・19】大判明治28・9・19裁判粹誌10巻475頁「明治28年17号 地代金請求ノ権」で、第二民事部（中村元嘉・寺島直・小松弘隆・本尾敬三郎・高木豊三・西川鉄次郎・中尾眞晃）は、売戻義務者名義の地所が買戻期限中に土地収用法に基づき買収された場合につき、公用徴収を不可抗力としている。

以上、いくつかの裁判例をみてきたが、不可抗力による履行不能につき債務者が損害賠償義務を負担しないことは確認されいたとみてよいであろう（〔9・10・16〕・〔25・11・22〕・〔28・9・19〕）。また、〔10・2・28〕では、受領遅滞に陥った債権者は損害賠償請求権を行使することができないとされている。たしかに、一般的には、〔21・6・22〕での原審・大審院の説示からみると、債務者の違約につき債権者が主張・証明責任を負担すると構成されていたものと思われる。しかし、不可抗力と〔9・10・16〕「第

42号」)のいう「怠」(債務者の責に帰すべき不履行または遅滞)との関係は明確ではないし、証明責任の問題もはっきりしない。

## (2) 損害賠償の範囲

損害賠償の範囲についてみると、契約時予見または予見可能な損害、故意不履行での直接損害など、フランス民法1150条・1151条に従っているとみてよいであろう。

たとえば、【15・8・23】大判明治15・8・23大審院民事判決録明治十五年自八月至九月76頁 = 明治前期大審院民事判決録 8 186頁 = 裁判粹誌首巻392頁「事件番号不明 地所買戻違約損害要償一件」は、売戻義務者が係争地をその親族へ売却した事件であるが、原審(東京上等裁判所)は地所評価額と原価との差額につき賠償義務を認めた。

大審院(担当裁判官不明)も、売戻義務者の売戻目的地の売却行為を「故意ヲ以テ(買戻契約に)違約セシモノ」と認定し、明治8年の買戻約款付売買契約の際には「現今ノ如ク地価ノ騰貴スヘキ前見アリシ」とはいえないが、買戻権者が「失ヒシ利益」は買戻義務者の「違約ニヨリ直接二生セシ事柄ニシテ間接二係ルモノニ非ス」とし、

「損害ノ賠償ハ特ニ被リシ損害ノミナラス、失ヒシ利益モ亦之ヲ求ムルヲ得ヘク、而シテ、故意ノ違約ヨリ生スル要償ハ、結約ノ際前見シ得ヘカラサル事柄タリトモ、其直接二係ルモノハ違約者ノ責任ト為スヲ、一般ノ通法」

とした<sup>41)</sup>。当時、ポアソナードの日本民法草案講義は、その第129回(明治15年5月26日)で、損害賠償の範囲に関する405条(旧民法385条)を対象とした。民法草案405条3項は、「悪意アリシ場合ニ於テハ、負債主ハ義務不執行ヨリ避ク可カラスシテ生シタ予知セサリシ損害賠償ニ至ル迄ヲ負担ス可シ」としていた(訳文は、ポアソナード氏起稿・民法草案財産編講義二 人権之部(司法省)545頁)。明治15年判決の「直接二係ル」事柄といった用語法は、フランス民法1151条の「合意不履行の直接の結果 une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention」に由来するも

のと考えられ、また「悪意」もフランス民法1151条の dol に由来するものと推測することができる。明治15年判決は、このフランス民法の規定あるいはポアソナード草案405条（旧民法385条）を「一般ノ通法」として受け入れたことを意味していよう。

ところで、司法省第七局編・民事問答・天（司法省 明治16年2月27日版權届・同年10月印行）<sup>42)</sup> 370頁以下は、次の設例を行っている。原告甲が被告乙から牛1頭を50円で購入したところ、伝染病に罹患していたために翌日死亡し、甲が1頭60円で購入していた2頭の牛も伝染病で死亡してしまった。甲は耕作に差し支えたので、牛3頭を己から借りその賃料7円を己に支払った。甲は、乙に対し、売買契約の取消と売買代金50円の返還、牛2頭の代金120円および支払賃料7円に相当する損害賠償を請求した。乙は、売買の前日に病に罹っていることは知っていたが伝染病であることは知らなかったし、甲が所持していた2頭の死亡と牛3頭の借賃まで賠償する責任はないと抗弁した。

この設例に対する「答案」は次の内容である。

〔本件売渡〕当時被告カ該牛ノ病二罹ルコトヲ知りタルハ其自認及ヒ引合人丙ノ証書二因テ明瞭ナリ。然ラハ則縦令被告ハ伝染病ナルコトヲ知ラザルモ、苟モ病牛ナルコトヲ知りテ其实ヲ告ケス之ヲ原告ニ売渡シタル上ハ、之カ為メ生シタル原告ノ損害ハ、被告ニ於テ豫知シ得可キ者ナルト否トヲ問ハス之ヲ負担スヘキコト、固ヨリ当然ナリトス。依テ、被告ハ原告ニ対シ、其売渡シタル牛一頭ノ代金五十円及ヒ原告カ従来所有セシ牛二頭ノ代金百二十円、己へ払ヒタル牛三頭ノ借賃金七円速ニ償却ス可キ事。

但シ訴訟入費ハ被告ノ負担タル可シ。」（司法省第七局編・民事問答・地（司法省 明治16年2月27日版權届・同年11月印行）155頁）

この「答案」が「参照」として指示しているのは、フランスの1838年5月20日の「家畜の売買および交換における解除原因となる瑕疵に関する法律」<sup>43)</sup> 1条とフランス民法1645条（「売主は、物の瑕疵を知っていた場合

には、売主が受領した代金の返還のほかに、買主に対しすべての損害を賠償する義務を負う」)である。後者は、旧民法財産取得編96条に受け継がれている。一般的には、債務不履行における損害賠償の範囲を故意不履行と(単純)過失不履行とに区分するフランス民法1150条・1151条、イタリア民法1229条、ポアソナード草案405条2項・3項(旧民法385条2・3項)が法曹界に浸透していたことを窺うことができるのである<sup>44)</sup>。

次の判決は、損害賠償請求における損害額の主張・証明責任の在り様を示している。

【18・10・30】大判明治18・10・30 明治十八年大審院商事判決録8頁 = 明治前期大審院民事判決録11 16頁および430頁「明治17年290号 商法品受取方並損害要償ノ件」

X(原告・控訴人・上诉人)が福岡県に滞在中、汽船長崎丸に茶壺1個・茶櫃2個を馬関から博多へ運送することを委託したところ、茶壺は到着したが、茶櫃2個は陸揚げされず長崎まで運ばれてしまった。Xの督促で博多に到着したが茶櫃が破損していた。Xは、茶櫃延着のために要した滞在費用(4円87銭5厘)、当該茶転売約定価格の3割(35円)の損害賠償<sup>45)</sup>を、Y(長崎丸船長)・Z(長崎丸事務長)の不注意によって延着したために蒙った損害としてY・Zに請求し、併せて、延着と茶櫃破損とによって茶の香味が幾分失われたのでY・Z等立会いの上その損害を検査し賠償額を確定したいと主張した。一審(福岡治安裁判所)は、船主からの受任権限の範囲内での取り扱いから生じた損害については雇人には賠償責任はないとした。

控訴審(福岡始審裁判所)は、貨物の延着はYらの過失によるものであるから延着による損害を賠償する義務があるとし、茶櫃延着のために要した(延長)滞在費用(4円87銭5厘)は認めしたが、当該茶櫃の転売約定価格の3割(35円)の賠償請求については、一般茶価の下落を証明するものがなく認められないとした。また、延着・茶櫃破損による香味悪化=価額減少による損害についても、「控訴人(X)ニ於テ、茶ノ香味ヲ失ヒ価額

減少セリト陳弁スレトモ、最初運送ヲ託セシ際何等ノ香味ヲ有セシ茶ナルヤヲ証明スルコト能ハサルモノナレハ、今日ニ於テ香味減少セリト定ムヘキ標準ナキモノナレハ、此請求ハ相立タス」と判示し、排斥した。

大審院民事第二局（西成度・坂本政均・中村元嘉）は、Xが転売約定価格を基準に賠償請求したことについて、

「諸商品ニハ自ラ相当ノ価格アル可ケレハ、斯ノ如キ場合ニ於テノ単位ヲ表明スル者アル時、之ヲ不相当トスル反証ナキ限りハ、其単位ヲ採用シテ妨ケ無キハ條理適當ノ事ナリ」

とし、原審の判断を「條理不当ナル不法ノ裁判」とした。さらに、大審院は、Xが一審以来本件茶櫃をY・Z立会の上検査し損害の多寡を定め損害を請求する旨主張してきた以上、「両造立会ノ上該茶櫃ヲ開キ検査セントノコトハ最モ緊要ノ争点ナリ。何トナレハ、上告人（X）ハ此訴意ヲ遂ケサレハ損害ノ金額ヲ定ムルコト能ハサルコト勿論ナレハナリト」し、予審の「処分」もせず、またY・Zに立会義務があるかどうかを判断することなく、請求を排斥したのは不法の裁判であるとして、破棄し福岡始審小倉支庁へ移送した<sup>46)</sup>。

この判決は、転売価格と現価との差額を損害賠償額として請求することを認めたものであるが、すでになされていたこの個別的な転売契約における価格ではなく「相当ノ価格」を被減数項とすることを排斥した判決ではない。

【21・10・24】大判明治21・10・24 裁判粹誌3巻254頁「明治21年34号 汽船引渡請求件」

汽船製造請負契約で注文者の不履行による損害賠償が問題となった事件である。注文者Xが汽船高松丸の製造を請負代金1万3500円でYに依頼し、手付3050円を支払った。汽船が完成した後、Yは、Xに違約があったとして、この汽船を1万円で他に売却した。Xが、汽船の引渡または内払金3050円の返還を請求したのが本訴。これに対して、Yは、Xの違約によって、請負契約代金1万3500円と売却代金1万円との差額である「差引金三

千五百円ノ損害」を被ったとしてこの差引金を請求した(反訴請求)。

大坂控訴院は、1万3000円は請負契約の当事者が「約定シタル価格」(約定報酬額)であって「該船ノ真価」ではないとして、「Yカ三千五百円ノ損害ノ損失ヲ受タリト陳述スレトモ其金額ハ受負価格ヨリ標準ヲ取りタルモノニシテ」「売買ノ当時果シテ其価格アリ其損失アリヤ、他二之ヲ照徴スヘキ者ナケレハ」「反求金額ノ損失アリト信スルヲ得ス」と判示した。これに対して、Yが上告。岡山兼吉の上告理由は、Yが被った損害は請求額を超えるものであるが、船舶にあっては米・油・砂糖・株などとは異なつて相場がなく、また評価(鑑定)に付したところで公売や他への売却が基準となるから殊更に低額評価を強いるものであるから、結局完成した船舶の市場価格を確定する方法はないとする。したがってやむをえず、「互ニ其得失利害ヲ計較シ充分討議ノ上定メタル原価ヲ以テ標準トナスノ外ナカルヘシ」と言う。大審院民事第二局(巖谷龍一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠)は、

〔損失金額算定の)標準トハ最初兩造間ニ製造ニ付互ニ得失討議ノ未定メタル処ノ受負価格ヲ指シタルヤ明了ナレハ、其原価ト第二売買ノ間三千五百円ノ差ヲ生シタルヤ亦炳然タリ。而シテ、其間数月ヲ經過シタルニモ非ス製造落成後一タヒ進水式ヲ挙行シタル迄ノモノナレハ、Xカ違約ヨリシテ更ニ第二売買ヲ遂ケタルモ、其失フ所三千五百円ナルヲ以テ、Yカ其受負価格ヲ標準トシテ損害ヲ求メタルハ固ヨリ正当ノ標準ニシテ、敢テ之レヲ不当ト云フヘカラス。何者、若シ該船ノ如キ兩造間ニ於テ討議ノ未定メタル受負価格ヲ標準ト為シ得ラレサルモノトスレハ果シテ何ヲ以テ其真価ヲ識別スルヲ得ン、到底損害賠償ノ途ナキニ至レハナリ。〕

とした上で、約定報酬額を排斥した理由を示さず、また売却が不当に低価でなされた売却であったのかも審理しないでなされた原審判決は「條理ニ背キタル不法アル裁判」と結論づけ、破棄移送とした(広島控訴院へ)。

原審は、損害賠償額の算定にあつては約定請負報酬額ではなく完成した船舶の市場価格が基準となることを前提にしている。これに対して、明瞭ではないが、大審院は、上告理由を受け入れ、約定請負報酬額をもって完成船舶の市場価格（大審院はこれを「真価」ともいう）とし、これとYが実際に行った売買によって取得した代金との差額を損害賠償額としている。しかし、売却代金1万円がそのまま控除額となるのではなく、いわば適正な取引行為によって得たであろう代金額でもって控除すべきであるとされている。

【22・2・22】大判明治22・2・22 裁判粹誌4巻39頁「明治21年265号運賃請求件」

Y（被告・控訴人・被上告人）所有の材木を陸中久慈湾から東京に運送したXが残額運送料を請求した事件である。東京始審裁判所がXの請求を認容したので、Yが判決の取消を求めて控訴し、併せて残額運送料と不足材木の損害賠償債権との「相殺ノ判決」を求めた。Xは金華山沖合で難風に遭い危難を避けるために材木を投棄しなければならなかったと抗弁したが、東京控訴院民事第一局（木原章六・木村喬一郎・永井岩之丞）は、積載量1023石の船に1060石余り積み込んでいることなどから、これを排斥し、

「Xカ請求スル運賃四百四拾五円八拾銭ノ内ヨリ、投棄材木ヲ東京相場ヲ以テ見積リ、之レヲ差引、Xヨリ償却シ、若シ材木代金ハXノ請求スル金高ヨリ超過セハ、XヨリYへ償却ス可キ旨」

の判決を下した。X上告。

大審院民事第二局（巖谷龍一・加藤祖一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三）は、上告理由第一点から三点までを退けた上で、YのXに対する損害賠償請求について弁明第四で、

「貨物運送ノ際危難以外ノ投棄紛失等ノ場合、船主ニ於テ弁償スヘキ価額ハ、明治八年百八十四号布告（回漕貨物取扱規則）九条<sup>47</sup>）二船主ハ其約定ヲ履テ安全ニ其貨物ヲ運送スルヲ本分ノ義務トス故ニ云々或ハ正ニ請取りシ旨ヲ証シタル貨物ノ全数中ニ損害不足ヲ生スル等ノ

事アルトキハ其貨物ノ原価ニ從テ之レヲ賠償スヘシトアリテ、本件ノ如キ投棄材木ハ其原価ナルヤ亦論ヲ俟タサルナリ。然ルヲ原裁判所カ投棄材木ヲ東京相場ヲ以テ見積リ之ヲ差引云々ト判示セシハ法律ノ規定ニ違反セシ不法ノ裁判ナリ。」

と述べ、原審判決の内この点にかかわる部分を破棄し、Xが請求する運賃445円80銭から投棄材木の原価を「計算相殺シ、過不足精算ノ上金円相授受スヘキモノトス」と、一部破棄自判・上告棄却の判決を下した。

この判決は、特別法である明治8年12月4日の太政官布告184号「回漕貨物取扱条例」9条がいう「損害不足……貨物ノ原価」に従った弁償に忠実に従ったものといえよう。

【22・7・10】大判明治22・7・10 裁判粹誌4巻522頁「明治22年18号損害要償ノ件」

Y(被告・被控訴人・被上告人)らが共有する地所13筆の公売でXがそのうちの三筆を落札し(売買代金107円50銭)、売渡証文取得、地券書替出願、「地租割」納入を経た。しかし、Yが村民総代の名義で行ったこの売却はYが村民総代の名義を濫用したもので無効との判決がなされ確定したので、Xが支払代金、地所より得べかりし利益等合計1089円48銭の損害賠償を請求した。一審(松山始審裁判所高松支庁)がXにも過失があったとし売買代金の返還は認めたが得べかりし利益の賠償を排斥したので、Xが控訴。大阪控訴院(井上操・中尾眞晃・児玉武寛)は、Xに過失があったとはいえないからYには損害賠償義務があるとした上で、

「損害ニハ、直接ニシテ避ク可ラサル者ト間接ニシテ避クル事アルヘキ者トノ別アリテ、今控訴人(X)訟求スル一千八百九十四圓四十八銭ノ損害ヲ見ルニ、……売買代金一百七圓五十銭、……地租割合計金十二圓八銭ノ賣買取消ノ為メ直接ニシテ避ク可ラサル者ナレハ右……金円並ニ之ニ附随スル法律上ノ利子ハ總代名義ヲ濫用シテ賣買ヲ為シタル被控訴人ニ於テ之ヲ償還スヘキ義務アルモ、其他ハ皆間接ニシテ且必スシモ常ニ生スヘキ損害ニアラサレハ其訟求ハ採用スヘキ限りニアラ



ス」

と判示した。Xは、「該地ニ対シ使用収益処置ノ三大権ヲ握有セシ完全ノ所有者ナレハ、之レヲ転売スルモ自己ノ自由ニシテ所有権内ノ運動ナレハ、他人ニ在テ之レヲ抑制スヘキモノニアラサレハ、係ル所為ニ因テ失フタル利益ト被リタル損害ノ賠償ヲ求ムルハ法理ノ許ス所ナルノミナラス、曾テ直接ニシテ間接ナルモノニアラス」として、上告した。大審院民事第二局（巖谷龍一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・中定勝）は、

「本件上告人（X）ハ、被上告人（Y）カ為シタル売買力無効ナリシ為メ、其払渡シタル金員及ヒ利子ヲ取還シ、曾テ所有中Aナルモノヘ売渡シノ契約ヲ為シタルカ為メ得ヘキ利益等ノ償還其他ヲ被上告人（Y）ニ求メタルモノニシテ、其金額種類ヲ九ヶノ項目ニ分チタルヤ訴状ニ明掲セシ所ナリ。然ルニ原裁判所ハ、右第一項即チ地代金ノ取還ヲモ損害賠償ノ如ク説示シ、第八・九外ノ金額ハ如何ナレハ間接ナルヤ又ハ常ニ生スヘキ損害ニアラサルヤ、上告人（X）ノ主張ニ反スル事実理由ヲ示スコトナク……判示シ去リシハ、要スルニ理由不備ノ不法ヲ免レサル裁判ナリ」

と判示し、破棄移送とした（広島控訴院へ）。

この判決は、明らかに転売しえなくなったために失った得べかりし利益を「直接」かつ「常ニ生ス可キ損害」と認定すへきことを示唆したものといえよう。

【28・6・1】 大判明治28・6・1 裁判粹誌10巻334頁「明治28年149号損害要償件」

本件では、明治27年5月14日にX（原告・上告人）は、売却価格を1石当たり8円34銭、売却期限を6月30日とする内容での米の売却をYに委託した。Xが、売却期限を超過し、かつ相場も1石7円60銭に下落したとして、損害賠償を請求した。原審（宮城控訴院）は、違約時には米価下落によって損害があったが、「本訴ヲ提起スル当時」の相場は1石8円60銭以上に騰貴しており、損害を生ずべき事実がないとした。Xの上告に対して、

大審院第一民事部(中村元嘉・寺島直・小松弘隆・本多康直・高木豊三・西川鉄次郎・中尾眞晃)も、

「違約ヨリ生スル損害ノ有無ヲ判定スルニハ、違約ノ時ヲ以テ其時機トナスハ普通ノ事ナレトモ、本件上告人(X)ハ本訴ノ米ヲ所持シ、違約ノ時ヨリ引継キ八月二日迄ハ売買契約ノ履行ヲ求メツ、アリシモノナレハ、其米ハ現ニ存在シタルモノナリ。故ニ、上告人(X)カ八月二日ニ至リ損害賠償ヲ請求シタル当時ニ在テ其米価騰貴シ売買代価以上ナルニ於テハ、相手方ノ不履行ニヨリ之レカ為メ現実ノ損害アルヘキ理ナシ。故ニ原院カ損害ノ有無ヲ判定スルニ、違約ノ時ニヨラス、八月二日ヲ以テ之レカ標準ト為シタルハ相当ナリ。」

と判示し、上告を棄却した。本判決は、訴え提起までXが履行を求めていたことと訴え提起日(8月2日)の米相場とを根拠に、「現実ノ損害」がないとしたものであるが、Xの損害賠償請求での損害項目が明確でないので確定的なことは言えないが、損害賠償額算定の基準時につき、不履行時(「違約ノ時」)を原則としながらも、この事件については訴え提起日を採用したものと見える<sup>48)</sup>。

以上、6件の裁判例を紹介したが、解除による原状回復義務と損害賠償との区別も明らかにされている([22・7・10]参照)。ここでは、損害賠償請求権につき、少なくとも次のことを確認できよう。損害賠償につき特別法上の規定がある場合はその規定の解釈によることになるが([22・2・22]参照)、それ以外は「一般ノ通法」([15・8・23])の形でフランス民法・旧民法草案の構成を継受しようとしていた(もっとも、イギリス法との関係を否定するものではない)。契約締結時予見可能損害と故意不履行での直接損害との二分構成がこれを示している([15・8・23]・[22・7・10]参照)。

契約締結時予見しえなかった地価下落([15・8・23])につき、故意違約構成・直接損害構成が採用され、転売予定商品の運送契約不履行([18・10・30]・[22・7・10])、自己使用目的の請負契約([21・10・24])

では、予見可能性と通常損害が前提とされているように推測される。また、損害賠償額算定の基準時については、不履行時を原則としながらも、訴え提起時を基準時とする余地を認める裁判例がある（〔28・6・1〕）。

（3）瑕疵担保責任での損害論

瑕疵担保責任においても損害賠償が一つの焦点になるが、【23・12・27】大判明治23・12・27裁判判誌5巻297頁「明治23年96号 損害要償ノ件」は次のような事案であった。

X（原告・控訴人・被上告人）は、訴外A（埼玉県川越板紙会社）から板紙圧搾機の製造の注文を受けたので、Yに注文し製作させ、Aにおいて組み立て使用したが「圧搾器本体ノ最要部ヲ形作ル所ノ筒形下底其他ヨリ水分子漏洩スルヲ以テ紙片圧搾ノ用ヲ為サ（ず）」、そのために結局納入できなかったとして、137円の損害賠償を請求した。東京始審裁判所がこの請求を排斥したので、Xが控訴。Yは、Yが製造したのは板紙圧搾器械の一部である鋳物であり、引渡の際に十分検査の上備え付けるのはXの「職分」であり、鋳物である以上「隠匿シタル瑕疵」といったものは存在しないなどと抗弁した。

原審（東京控訴院民事第一局）は、

「本訴板紙圧搾器械……八最初ヨリ鋳物ニ損所アリテ水ノ洩ル、カ為メニ用ヲ為サス返還トナリタル事実明瞭ナリ。而シテ、該損所ハ試用ニ因リテ初メテ知り得タル不表見ノ瑕疵ニシテ、買主初ヨリ之ヲ知ラス、又修補スルコトヲ得サル者ナレハ、其売買ノ廃却ヲ請求スルヲ得ヘキ筋合ナリトス。故ニ之レニ原因シテ生シタル損害ハ、被控訴人（Y）ニ責ニ歸スヘキハ勿論、被控訴人（X）請求スル甲号数証ノ計算金ハ實際受ケタル損害ナリト認定ス」

と、Xの請求を全部認容した。

これに対して、大審院第二民事部（南部甕男・高木勤・本尾敬三郎・増戸武平・谷津春三・熊野敏三・児玉淳一郎）は、

「上告人ニ於テ本訴要求ノ損害タル直接ノモノニアラサル申立ヲ為シ

タルニ拘ハラス、原院カ此ノ点ニ付キ十分ナル審理ヲ尽サス、且ツ何等ノ説明ヲモ與ヘス判定ヲ下シタルハ不法ナリ。右ノ理由ナルニ依リ、原裁判ノ内、要償金額ニ係ル部分ヲ破毀シ、更ニ適当ノ裁判ヲ受ケシメンカ為メ」

名古屋控訴院に移送した。この事件では、控訴審も大審院も、隠れたる瑕疵（不表見の瑕疵）の問題 旧民法財産取得編94条以下にいう「隠レタル瑕疵ニ因ル売買廃却訴権」の問題 としながらも、債務不履行による損害賠償上の概念「直接損害」論が判断枠組とされている。

#### (4) 不法行為における損害賠償の範囲

ここでは、十分に立ち入ることはできないが、債務不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づくそれとの関係が一つの問題領域であった。旧民法財産編370条3項は、「犯罪及ヒ准犯罪ノ責任ノ広狭ハ、合意ノ履行ニ於ケル詐欺及ヒ過失ノ責任ニ関スル次章第二節ノ規定ニ従フ」とし、「損害賠償ノ訴権」(383条~394条)、とくに385条が準用されるとしている。したがって、過失または懈怠(370条1項)あるいは「無意」(370条2項)による不法行為では予見可能な損害(385条2項参照)、「有意」による不法行為では不法行為より「生スル結果ニシテ避ク可カラサル」損害(385条3項参照)がその範囲となる。

しかし、不法行為に基づく損害賠償と債務不履行に基づく損害賠償との差異を強調する裁判例も見られる。たとえば、【23・10・3】大判明治23・10・3裁判雑誌5巻239頁「明治22年694号 損害賠償請求ノ件」は、両者の差異を強く意識している。この事件では、抵当権が設定された田畑に他の田畑2町余も含まれているようにYが証書を偽造したが、発覚し刑事問題となった。すでに抵当地の公売のために訴えを提起していたXが、この事態にあつて、異議を申し立てたために、中止となった。刑事問題が決着をみるまでの期間に抵当地の価格が下落したため、Xが損害を被ったとして、XがYに損害賠償を請求した。

大坂控訴院(三澤元衡・中尾眞晃・海野勲)は、公売代金配当の段階で

手続を中止したのであれば別であるが、訴訟・公売手続の中断はXが自ら招いたものであり、損害賠償請求権は発生しないとした。Xの上告に対し、大審院民事第二局（岩谷龍一・加藤祖一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三）は、

「凡ソ犯罪ヲ原因トシタル賠償ハ、普通善意ノ契約履行者等ニ適用スヘキ賠償ノ法理ト異ナリ、必スヤ予知シ得ヘクシテ必然生スル損害ノミヲ以テ責任ノ限界ト為スヲ得サルヘシ。而シテ本件Xカ蒙リタリト為ス損害ハ即チYカ証書ヲ偽造シ之レカ行使ヲ為シタル結果ニ依リテ生シタリト云フニ在レハ、其予知スヘキト否ト必然生スヘキト偶然生シタルトヲ問ハス、苟モ其犯罪ニ関シテ失却セシメラレタル利得及ヒ損害ハ其非行者ニ対シ補償ヲ要求スルヲ得ヘク、其事件ニ直接伴随シ又ハ必然生スヘキノ限界ヲ画スヘキ法理アルコトナシ。」

と説示し、原審判決を「賠償法理ヲ誤リタル不法ノ裁判タルヲ免レス」と破棄移送としている（名古屋控訴院へ）。損害項目との関連が読み取りにくいために判決理由が具体的には何を指示しているのかは明瞭ではない。しかし、少なくとも、この事件の解決にとって「予見可能性」・「必然生スル損害」論でもってXの請求を排斥することは否定されている。

これとは対蹠的な判決に、【25・3・31】大判明治25・3・31裁判粹誌7巻287頁「明治24年309号 損害要償ノ件」がある。この事件では、X（原告・被控訴人・被上告人）が、その所有する払下地所を1960円で訴外Aに売却することになっていた（契約日は明治22年6月20日のもよう）が、YがXの地所に対し明治22年6月8日に仮差押をしたために、履行遅滞によりAに支払った「利金」、差押解除費用、売買代金を充てる予定だった訴外Bに対する債務（1960円）の償還が遅滞したことによる利息（8ヶ月分196円）等の損害賠償を請求した。大審院第二民事部（高木勤・増戸武平・谷津春三・井上正一・小杉直吉・児玉淳一郎・昌谷千里）は、

「上告人（Y）カ該地ヲ差押ヘタルハ、即チ被上告人（X）ノ所有権利ヲ妨ケ、其結果被上告人ヲシテ第三者ニ対スル契約義務ノ履行ヲ缺

カシメタルモノニ外ナラス。然レハ其差押へ行為ヨリ起生シタル加害ハ、直接ニシテ且予知シ得可キ事柄ナリトス。何トナレハ権利拘束ニ密着シテ起レルモノナレハナリ。」

と判示している。

大審院は、Yの仮差押を不当執行と明言してはいないが、不当執行に基づく損害（判決は「加害」という）の直接性と予見可能性を判断枠組に据えている。このような差異が何に起因するのか、判断しかねるところもあるが、ポアソナード草案・旧民法の規定の浸透とみるべきであろう<sup>49)</sup>。

## 2. 遅延利息ないし遅延損害金の発生時期と利率

旧民法財産編336条が、その第一号において、「期限ノ到来後ニ裁判所ニ請求ヲ為シ、又ハ合式ノ催告書ヲ送達シ、若クハ執行文ヲ示シタルトキ」と規定し、かつ393条が遅延利息（遅延損害金）について厳格な附遅滞の方法を要求したことはすでにみたところである。しかしこれは明治民法施行前の現行法ではない。当時実効性を有した関連法規をみておかなければならないが、本稿の課題からすれば、以下の明治6年3月の法制から出発すれば足りるのである。

なお、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合、不法行為の時から法定利息が付される。たとえば、【22・12・27】大（民二局）判明治22・12・27裁判判誌4巻845頁＝法学協会雑誌9巻3号77頁「明治22年152号 損害要償件」で、民事第二局（巖谷龍一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・中勝定）は、共有山林の立木の不当売却につき、「其不当ノ所業ヲ為シタル日ヨリ法律上ノ利息ヲ付賠償スヘキハ当然ノ條理」（85頁）という。以下では、債務不履行での遅延利息（遅延損害金）の発生時期等を検討することにする。

### (1) 元本の使用対価としての利息と遅延損害金

元本使用の対価としての利息については、明治6年3月7日の太政官布告92号が、「金穀貸附ノ証文中ニ相当ノ利息又ハ利息トノミ記載致シ候者

等間々有之，裁判上不都合ニ候條，今後右様ノ類法律上ノ利息八金高一ケ年ニ付利息百分ノ六ニ定メ裁判致シ候條此旨可相心得事」（法令全書75頁）とした（これは明治10年の旧利息制限法3条に受け継がれる）。

これとほぼ同時に，明治6年3月17日の司法省達38号（法令全書1724頁）が，「金穀貸借利息」について，「従前之仕来ニテ出訴前月迄ノ分而已計算」してきたが，「以来八裁判決定迄之利息ヲモ計算可致事」とし，さらに同年10月28日の司法省達174号が，これを改め，「金穀返済ノ日亦八身代限配当金処分済ニ日迄，利息ヲ計算スル」とした。このようにして，遅延利息（遅延損害金）は，約定利率がある場合にはその利率に従って，利息支払の約定はあるが具体的な利率の約定がない場合は法定利率（6%）に従って，弁済日または身代限配当金処分済の日までの期間の支払が義務づけられた。

裁判例をみるに，たとえば，【26・2・2】大（三民）判明治26・2・2大審院民事判決録明治二十六年自一月至二月73頁＝裁判粹誌8巻上22頁「明治25年488号 不当執行取消ノ件」は，「凡ソ貸金ニ対シ利子ノ契約アルトキハ，其契約ヲ変更スルカ若クハ当事者ニ於テ之レヲ拋棄セサル限りハ，主タル義務ノ弁済ノ日ニ至ルマテ之レニ随伴ス可キハ附従義務ノ性質トシテ当然ノ法理」としている。また，【26・4・27】大判明治26・4・27大審院民事判決録明治二十六年自三月至四月118頁「明治25年344号 貸金性請求ノ件」は，債権者が起訴の日までの利息を訴状に記載して貸金の返還を請求した場合でも，元利弁済までの利息を請求したことが「解釈上顕著」な場合には，裁判所は履行までの利息支払を判示することができるとしている。

なお，この法制の下でも，遅延利息（遅延損害金）である弁済期以降の約定利率または法定利率が「債権者が受けた事実損害」とどのような関係にあるのか，その発生は弁済期，遅滞に付された時点，あるいは訴え提起の時点のいずれなのかといった問題が生ずる。後者の問題につき，たとえば，【18・12・（判決日不詳）】大判明治18・12・（判決日不詳）明治前期大

審院民事判決録11 426頁「事件番号不明 貸金催促ノ件」で、大審院(加藤祖一・増戸武平・寺島直)は、「無利足ノ貸借ハ出訴ノ日ヨリ利子ノ生スルコト明治六年司法省第四十三号布達ノ定ムル処」という。後にみるように、この判決のいう「出訴ノ日」が具体的には何を意味するのかの問題が残っている。

(2) 預ケ金穀等と遅延損害金

第二に、明治6年3月25日の司法省達43号(法令全書1724頁)が、預ケ金穀<sup>50)</sup>、売掛代金、諸職人手間代、地代、店賃、立替金穀、敷金、証拠金、請負金、手附金、小作金穀、村入用之割合金穀、雇人給金、飯料、諸品ノ損料および無利息貸金穀物、計16類型の債務について、

「可相渡期限ニ臨ミ渡方延滞致候節ハ其期限ノ日、且期限ナクシテ金穀入用次第可相渡旨ノ約定ヲ為シタル分ハ渡方ノ掛合ヲ受ケ候日ヨリ、何レモ利足ヲ生シ可申筋ニ付、其節ハ双方示談ヲ以テ利足ノ歩合ヲ定メ証書ヲ受取渡シ致スヘシ。若シ其儀ナクシテ追テ訴訟ニ及フ時ハ明治六年第九十二号布告ニ因リ処分致シ候」

と定めた。この司法省達43号には、明治7年8月31日の司法省達22号(明治6年法令全書1725頁)によって、「但債主利息ヲ請求シテ負債主承諾セサル時ニ限り本文ノ処分ニ及フ可シ。若シ双方示談整フカ又ハ債主ニ於テ請求ヲ為サハル分ハ此例ニ非ス」との但書が追加されている。

このようにして、債権者が遅延損害金を請求しない場合には問題は生じないとしても、無利息の金銭消費貸借等での遅延損害金がある場合には到来したその期限から、期限の定めのない場合には「渡方ノ掛合ヲ受ケ候日」から、生ずるものとされた<sup>51)</sup>。そして、遅延損害金の額は、第一次的には(履行請求後の)当事者の合意(「示談」)であり、合意が整わない場合には法定利率による。

ここでも、「期限」と「履行請求」との関係、「請求」と「裁判上の請求」とのいずれが基準時かの問題が浮上することになる。

このような法制のもとで、たとえば、【15・6・19】大判明治15・6・19



大審院民事判決録明治十五年自六月至七月88頁 = 明治前期大審院民事判決録 8 136頁 = 裁判粹誌首巻629頁「事件番号不明（裁判粹誌には「明治十五年」とのみある）預ケ金取戻一件」では、原審は出訴期限規則 4 条に基づき「出訴ノ日ヲ期限ト見做ス」とした。大審院（安居修蔵・中島錫胤・武久昌孚）は、「該証文ニ『御入用ノ節八何時成共御返進可申候』トアリテ、既ニ入用ノ時ヲ期限ト予定」しているとして、原審の判断を肯定した。本判決は、返済期限の定めのない預け金契約につき、訴えの提起を期限としたことを意味する<sup>52)</sup>。

しかし、【16・4・26】大判明治16・4・26大審院民事判決録明治十六年自四月至五月273頁 = 明治前期大審院民事判決録 9 93頁「明治15年507号立替金催促之詞訟一件」で、大審院（牟田口通照・増戸武平・岡村輝彦）は、

「第五号証八金円預リ証書ニシテ利子ヲ附スヘキノ契約ニアラス。……素ヨリ利子ヲ附スヘキノ契約ナキ以上八、明治六年司法省第四十三号達及ヒ同年九十二号公布ニ照ラシ、其催促ヲ為シタル当日即チ明治十三年四月十五日ヨリ法律上ノ利息一ケ年百分ノ六ヲ加算シ返償ヲ受クヘキヲ至当ナリトス。」

と判示している。確定的なことはいえないとしても、この判決は訴えの提起ではなく履行請求の時点が遅延利息（法定利息）を付す基準時としてるように読み取れる。

しかし、【26・12・2】大判明治26・12・2 判例彙報 8 号 1 頁「明治26年438号 預金取戻事件」は、「合意上予定ノ返済期限ナク只債務者力債権者ノ請求次第何時ニテモ返済スヘキコトヲ約諾シタルモノノ如キハ、出訴期限規則第四条ニ所謂出訴ノ日ト看做シ、何時ニテモ出訴シ得ヘキモノ」としている。

なお、明治6年3月25日の司法省達43号は「小作金穀」を挙げており、小作料延滞の場合でも「法定利息」に対応した「法律上ノ利米」を付すことになる。たとえば、【15・11・15】大判明治15・11・15大審院民事判決

録明治十五年自十月至十一月310頁 = 明治前期大審院民事判決録8 249頁は、小作料延滞の場合につき、大審院(安居修蔵・坂本政均・巖谷龍一)は、

「明治六年三月司法省第四十三号布達ニ『小作金穀』又『右ノ類ニテ金穀相渡スヘキ限ニ臨ミ渡方延滞致候節八期限ノ日云々』、又『明治六年第九十二号布告ニ依リ処分致候條』トアレハ、原裁判所カ『小作米四石一斗二升六合ニ其怠リシ月ヨリ法律上ノ利米ヲ付シ被告ヘ相渡スヘキ者也』トノ裁決ハ不当ニアラス」

としている。

### (3) 期限の経過と附遅滞

ここで、視点を履行期限と附遅滞との関係に移して、裁判例をみることにする。この問題は、後にみる明治19年7月7日の大審院総会議判決が、期限の経過では不足「権利者ヨリ義務執行ノ催促ヲ為サ、ルトキハ猶予ヲ与ヘタル者ト推定ス」(法曹記事)と判示したことが大きな影響を与えた。

たとえば、【20・4・28】大判明治20・4・28明治二十年大審院民事商事判決録199頁 = 明治前期大審院民事判決録13- 30頁(なお、81頁も参照のこと) = 若林秀溪編・判例摘要民事集・明治十九年二十年大審院判決(柴原武雄 明治22年)286頁「明治19年253号 貸金催促ノ件」は、期限の定めのある利息付消費貸借について、大審院(中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・手島直・児玉淳一郎)は、

「如何トナレハ、総テ本件契約ノ如キ場合ニ於テハ、権利者ヨリ一応ノ催促ヲ為シ義務者ニ期限到来ノコトヲ告知シ義務者尚之ニ応セサルニ及ンテ始メテ怠慢者ノ処分ヲ為スヲ得ヘク、只期限ノ経過ノミヲ以テ直チニ怠慢者ト為スヲ得サルヲ一般ノ法理トス」(上告不受理)

としている。

第二に、返還期限の定めのない消費貸借上の債務については、催促ではなく、訴えの提起をもって履行期が到来するとしている。たとえば、

【26・3・23】大判明治26・3・23大審院民事判決録明治二十六年自三月至四月61頁＝裁判粹誌8巻上94頁「明治25年475号 貸金請求ノ件」について、判決録はその「判決要旨」を「請求ヲ受タル金額ニ対シ、別途ノ貸借ニシテ返済期限ノ約定ナキ金額ヲ以テ相殺セント欲セハ、須ク反訴ノ方法ニ依ルヘク、抗弁ノ方法トシテ之ヲ求め得ヘキニアラス」としているが、裁判粹誌は「返済期限ノ約定ナキ貸借ハ出訴ノ日ヲ以テ返済期限ト見做ナスヘキモノ」と摘要している。

第三に、無利息の消費貸借ではどうか。【26・10・19】大（一民）明治26・10・19大審院民事判決録明治二十六年自九月至十月369頁＝裁判粹誌8巻下60頁＝法曹記事24号308（50）頁「明治26年111号 貸金請求ノ件」は、

「利子記載ナキ証書ノ契約ハ……絶対的ニ利子ヲ附スヘキ者ナリト云フヲ得サルモ、権利者カ請求セシ日ヨリ之ヲ怠レハ法律上ノ利子ヲ附スヘキモノナリトス。上告人Yカ絶対的ノ無利子論ハ不相立者トス。

然レトモ、本件甲号ニ付テハ、未夕返済ノ請求アラサルトキ即チ起訴以前ニ遡リ証書差入日即チ明治六年二月ヨリ利子ヲ附シ元利返済ノ裁判ハ不法ナリト（上告理由での）事項ハ適當ナリトス。何トナレハ、契約上利息ヲ定メサルトキハ返済ノ催促ヲ受ケタル日ヨリ初メテ利息ヲ生スヘキ者ナルハ法律（明治六年司法省  
第四十三号希達）ノ規定スル所ニシテ、而シテ起訴ノ日ハ上告人Yカ催促ヲ受ケルニ足ル日ナルヲ以テ此日ヨリ利息ヲ附ス可キモノ……」（破棄自判）

と、訴え提起の日を基準としている。この判決は、明治6年の司法省達43号の「渡方ノ掛合ヲ受ケ候日」、あるいはこの判決のいう「催促ヲ受ケルニ足ル日」を、目的論的に縮減して、「起訴ノ日」としたことを意味している。

やや特殊な事案を対象とした【21・2・29】大判明治21・2・29裁判粹誌3巻29頁「明治20年144号 貸金催促件」をみると、ここでは、Xに対する甲1号証の負債を負っているYが期限経過の後も弁済しないので、勧解

出願となりその結果、明治7年以来の総負債につき「抵当物悉皆引渡借金皆済スル旨ノ新約束」(乙2号証)がなされた。この内容は明瞭ではないが、抵当物の全部引渡でもって明治7年以来の負債総額の弁済に代える旨の約定、代物弁済契約のようである(原審は「Yノ厚意」という)。Yが期限を経過しても乙2号証の義務を履行しないとして、Xが甲1号証の債務の履行を請求した。原審(長野始審裁判所上田支庁)はこれを認容。Yの上告に対して、大審院民事第二局(巖谷龍一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠)は、

「甲一号借用証書及乙二号証共、今尚Y X間ニ現存スルモノニシテ、Xカ、乙二号ノ契約ヲ履行シ能ハサルニ至リ、始テ甲一号ニ遡リ該証抵当物ヲ公売シ明治七年来ノ総負債ニ充ツヘシトノ契約ナリトス。凡ソ、契約期日ノ如キハ、義務者或ハ之ヲ遺志セストモ保シ難ク、権利者亦之ヲ黙許若クハ宥恕スルコトナシ、トシ難シ。仍テ本訴ノ場合ノ如キハ、先ツXハ乙二号ノ契約履行ヲ促シタルヤ否ヲ取調フヘキニ、原裁判所ハ其義ナク乙二号契約期日ヲ過キタルノミヲ以テ直チニYハ甲一号証ヲ以テ訴フルヲ得ルモノトセシハ不当ナリトス。」

と判示して、破棄移送とした(長野始審裁判所へ)。ここでは、代物弁済契約についての履行請求の有無を決め手とする判断がなされている。

ところで、次項で検討する割賦払債務の問題領域に属する事件【24・(判決月日不明)】大判明治24・(判決月日不明)明治二十四年大審院民事判決録1巻(1月分乃至3月分)29頁「明治23年352号 貸金催促ノ件」は、「履行ヲ促スノ手続」すなわち「勧解出願」を附遅滞の要件とした東京控訴院の判断を大審院も肯定している。また、【24・2・2】大判明治24・2・2明治二十四年大審院民事判決録1巻(1月分乃至3月分)27頁「明治23年274号 貸金催促ノ件」の上告理由は「遅滞ノ事実ハ期限経過ノ一事ニ止マラス、必スヤ勧解出願ヲ要スルコトハ本邦判決例ノ一定スル処ナリ」と述べている。こうみてくると、期限到来のみによって遅滞に陥るのではなく「渡方ノ掛合」(明治6年の司法省達43号)あるいは催促が目的

論的に縮減され、「起訴」とか「勧解出願」に振り分けられているように見える。下級審判決をも取り込んだ分析によって、この振り分け方とその動態・要因を分析する課題が浮上しているといえよう。

### 3. 割賦払債務と期限の利益喪失約款

現行法の下で、割賦払債務に期限の利益喪失約款が付されたとしても、それが一回でも弁済を怠れば当然に全額について期限の利益が失われるものであるのか、それとも全額につき期限の利益を失わせるには債権者が「全額二付一時ノ支払ヲ求メ期限ノ利益ヲ喪失セシムル旨ノ意思表示ヲ為スコトヲ必要トスル」ものであるかは、当該約款の解釈問題であるとされている（引用文は大連判昭和15・3・13民集19巻544頁<sup>53)</sup>）。この問題は、当然のことながら、明治初期から一つの争点となっていた。

#### (1) 明治初期の裁判例

たとえば、【13・12・23】大判明治13・12・23大審院民事判決録明治十三年自十月至十二月明治前期大審院民事判決録6 439頁「事件番号不明差押金取戻一件」をみよう。

本件では、旧福岡藩に対する上告人の債務を上告人が弁済し、弁済金の内「(残金)五百円八明治七年ヨリ十ヶ年年賦ヲ以テ返還スヘキ旨ノ新証書」を上告人が被告人に差し入れた。事案や事実経過には不明なところが多いが、原審（長崎上等裁判所）が、「仮令一ヶ年ニモセヨ、年賦ノ義務ハ原告（＝控訴原告＝上告人）ノ懈怠ニ出テ原告自カラ年賦ノ約ヲ解除セシモノト言ハサルヲ得ス」としたのに対して、大審院（増戸武平・児島惟謙・伴正順）は、

「凡ソ年賦返金ノ義務ヲ負フタルモノ、其義務ノ執行ヲ怠リタルトキハ、別段ノ契約アラサル限ハ、其淹滞高ヲ返金スヘキノ責任ヲ生スルノミニシテ、其年賦ノ契約ヲ消滅セシムルノ道理アルヘカラス。故ニ上告人カ年賦ノ義務ヲ怠タリシトテ年賦ノ契約ヲ解除シタルノ理由トナスヘキニアラサルニ、長崎上等裁判所於テ仮令一ヶ年ニモセヨ年賦

ノ義務ハ原告(= 上告人)ノ懈怠ニ出テ原告自カラ年賦ノ約ヲ解除セシモノト言渡シタルハ、不当ノ裁判ナリトス。」と判示し、破棄移送とした(大坂上等裁判所へ)<sup>54)</sup>。

また、【14・1・26】大判明治14・1・26大審院民事判決録明治十四年自一月至三月58頁= 明治前期大審院民事判決録7 14頁「事件番号不明 貸金淹催促一件」では、債務者Y(被告・控訴被告・上告人)が「年賦第二ノ日」に賦払金を持参しなかったとして、20年賦の借用証書に基づき、債権者XがYに対し全額の返還を請求した。これを認容した原審判決に対して、Yが、

「夫レ契約ハ其文詞ノミニ拘泥スルヨリ寧口契約ヲ結ヒシ双方ノ意思如何ヲ講求スヘシトハ是普通ノ法理ナラスヤ。今此法理ニ依テ被告者第一号証書ヲ解釈スルトキハ、二十ヶ年賦ノ約ヲ以テ該証書ノ精神トシ、而シテ其『万一期日云々』ノ語タル唯タ負債者ノ警戒ニ備ヘシ迄ニシテ真ニ之ヲ履行スヘキ意アルニ非(さ)ルコトヲ見ルヘキナリ。

且義務者ナルモノハ常ニ注意シテ義務ヲ行ハントスルモ或ハ遺忘ナキ能ハサルハ義務者ノ情状ナレハ、債主即権利者ニ於テ其義務ヲ促スモ猶其義務ヲ行ハサル場合ニ非サレハ、未タ遽ニ懈怠者視スヘカラス。是亦法理ノ当ニ然ルヘキモノニシテ、一歩義務者ヲ保護スル所以ナリ。」(改行：引用者)

とし、さらに債権者が一回も催促しなかったことは債権者自身が明言しており、仮に明治13年3月30日に持参しなかったとしても本件のように翌4月1日に「直ニ其全部ノ請求ヲ為ス」場合に債権者に事実上如何なる損害があるのか、と上告した。大審院(谷津春三・尾崎忠治・関義臣)は、

「茲ニ該契約書即チ被告第一号証ヲ視ルニ、『右者拙者共云々萬一期日及淹滞候節ト年賦割濟確定相廢止本人ニ不抱即時引受請人ノ者ヨリ無異論悉皆金額直ニ弁償可仕候』トアリ、該証書タルヤ他ニ格別ノ意趣アリテ成立シタルモノト思考スヘキ文詞アルナシ。而シテ、上告人八年賦第二ノ期日即明治十三年三月三十日ニ被告人方ヘ返金ヲ持

参シタリト云モ、更ニ其証憑ナキヲ以テ、東京上等裁判所ニ於テ上告人ヲ違約者ナリト認定シ……タルハ相当ノ裁判ナリ」

としている。大審院は、特約「萬一期日及淹滞候節……無異論悉皆金額直ニ弁償可仕候」の文言に忠実に従っている。しかし、この裁判で、上告理由が、(裁判書上)明示されてはいないが、明らかに明治10年10月12日の司法省達丁75号「契約書解釈心得」1条「契約書ヲ解釈スルニハ、其文字ノミニ依着スルヨリハ、寧ロ其契約ヲ為シタル双方ノ者ノ旨趣如何ヲ考索スヘシ」を援用していることは注目に値する。この規定は、直接的にはフランス民法1156条に由来するものである<sup>55)</sup>が、オーストリア民法914条、旧民法財産編356条、ドイツ民法133条、スイス債務法18条1項に繋がる規定である。上告理由は、両当事者の合致した実際の意思にしたがった契約の解釈によって、割賦払債務に付された期限の利益喪失約款の内容的コントロールを志向したものであった。

【16・4・25】大判明治16・4・25 大審院民事判決録明治十六年自四月至五月250頁＝明治前期大審院民事判決録9 91頁＝裁判粹誌首巻670頁「事件番号不明（裁判粹誌では「明治15年」とある）貸金請求一件」であるが、この事件では、月賦返金の貸金証書中に「万一相滞り候節八何様ノ儀御申聞被成候共聊異議申間敷」との記載があった。原審（東京始審裁判所）の判断に対して、上告人（Y）が、この文言は「滞りタル金額」についてのものであり「一期ヲ淹滞スレハ全部ノ金員一時ニ償却ス」という趣旨ではないし、まだ弁済期の到来していない債務にまで法定利息を付するのは不法と、上告した。大審院（判決原本欠落のため担当裁判官不明）は、

「この記載の趣旨は）上告者（被告Y）カ月賦金ノ返済ヲ淹滞セシ場合被上告者（原告X）ノ催促厳刻タリトモ異議アルヘカラサルコト素ヨリ言フ俟サレハ、特ニ之カ契約ヲ要スル謂レナキ而バナラス、該証ノ文詞タル豪モ上告者（Y）申立ノ如キ旨意アルヲ視ス。依テ原裁判所カ月賦金武ヲ淹滞スルトキハ全金一時ニ取立ラル、モ無異議トノ旨意ヲ記載セシモノト断定セシハ不当ニアラス。

已ニ上告者（Ｙ）八月賦金ヲ淹滞セシ為メニ残額ヲ返済スヘキ義務ヲ生セリ。而シテ、凡ソ借金ニ利息アルハ普通ノコトノミナラス、上告者（Ｙ）八月賦金淹滞スレハ如何様ノ責ニモ可任ト契約シタルニ依リ、則原裁判所カ被告者（Ｘ）カ之ヲ要求セシ当日ヨリ法律上ノ利息ヲ払フヘシトシタルハ相当ナリトス。」

という。大審院は、上記文言を、一回でも弁済を怠れば当然に全額について期限の利益が失われる趣旨の特約と解釈し、かつ貸主の返済「要求」（裁判上の請求のことであろう）の日から法定利息を付して返済しなければならぬとした。

(2) 司法省第七局編纂・司法省蔵版民事答案・地の「判案弁明書」

このような裁判例を受ける形で、司法省第七局編纂・司法省蔵版民事答案・地（司法省 明治16年11月印行）は、年月賦の契約で「若シ一ヶ月トモ淹滞スル時ハ一時皆済」の特約がない場合を問題にしている。設例によれば、原告甲が被告乙に対し商業上の資金として、支払期限明治11年12月20日、無利息の内容で100円貸し付けた（明治11年3月）。期限を経過しても乙が返済しないので、甲が勧解を申請したところ、「来タル（明治12年）十月ヨリ明治十三年七月迄十ヶ月間ニ毎月金拾円宛急度返済可致候」旨の示談が成立したので、甲は勧解を願い下げた。乙が一度も返済しないので、甲は、乙自ら示談＝第二契約の利益を放棄した以上第二契約は消滅したとして、明治11年3月の当初契約の履行を請求した（民事問題・天21～25頁参照）

「判案弁明書」は、「本案第二号証書（示談の内容を記載した証書：引用者）ハ金高利息期限等悉ク明記シテ完全ナル一箇ノ独立証書」で「旧義務ヲ換ヘ更ニ新義務ヲ約シタルモノ」であるから、旧証書はその効力を失っているとした上で、たしかに年月賦契約書を未必条件付の契約と解し一回でも義務を怠ったときは契約を解除できると構成する説もあるとしながらも、

「我国自ラ慣例アリ。蓋シ、我国人民ノ習慣タルヤ、凡ソ年月賦等ノ



契約ニシテ若シ一年月トモ淹滞スル時ハ一時皆済ヲ求メント欲セハ必ス豫メ其約旨ヲ特掲スルヲ常トス。故ニ、裁判実例ニ於テモ、独リ其特約ノ有無ニ依テ之レカ区別ヲ為シ、苟モ其約ナキトキハ縦令義務者其義務ノ一部ヲ怠ルモ之ヲ以テ直ニ其約ヲ解除セシムルコトナシ。本案第二号証書中固ヨリ其特約ナキヲ以テ、月賦ノ契約ニ依リ其義務ヲ尽サシムルヲ至当トス。」（15-16頁）

と解説し、「原告ニ於テ淹滞スル月賦金ハ請求スルコトヲ得可シト雖モ、一時ニ皆金返済ヲ受度トノ原告ノ請求ハ不当ナリトス」との「判案」を作成している<sup>56)</sup>。つまり、特約の有無で判断することを要求している。この「判案弁明書」は、「裁判実例」とか我国特有の「慣例」と語るように、裁判例を踏まえて整理しているが、先行する裁判例とは異なり、これを「我国人民ノ習慣」をもって基礎づけようとしている<sup>57)</sup>。

【19・3・13】 大判明治19・3・13 明治前期大審院民事判決録12 78頁  
「事件番号不明 地所建家抵当年賦貸金催促ノ件」

総額2000円の無利息年賦の貸金請求で、証書中に「若シ一期タリトモ相滞候節ハ前書ノ金円一時二成規ノ利子ヲ加ヘ御請求相成候共其節聊苦情申間敷候」との文言があった事案であった。始審裁判所は原告が請求する「元利金悉皆弁償可致事」とし、原審（東京控訴裁判所）も前記文言につき「一期タリトモ年賦金怠ルトキハ全額ヲ請求スルトノ特約ナルコトハ該証明文ニ拠テ知ル可シ」とし、始審判決の通りとした。被告＝上告人は、5点にわたる上告理由を展開しているが、その第二点で次のように展開している。

「特約タルヤ『若シ一期タリトモ相滞候節ハ前書ノ金円一時二成規ノ利子ヲ加ヘ御請求相成候共其節聊苦情申間敷候』トアルノミニシテ、其前書ノ金円ト称スルハ前書負債ノ総額弍千円ナルヤ又ハ前書契約ノ年賦金滞部分ナルヤ判然其明文ナケレハ、其一時二成規ノ利子ヲ加ヘ御請求ト称スルモ亦前書負債ノ総額金弍千円ニ対シ一時二成規ノ利子ヲ加ヘ請求ス可キヤ又ハ前書契約ノ年賦金滞部分ニ対シ一時二成規ノ

利子ヲ加ヘ請求ス可キヤ判然明文ナシ。

依テ、明治十年司法省達丁第七十五号達契約書解釈法ヲ閱スルニ、其第七項ニ『疑ノ場合ニ於テハ契約ハ其義務ヲ行フ可キ者ノ利益トナル様之ヲ解釈スヘシ』トアレハ、……特約ハ前書負債ノ総額金式千円ニ対シ一時二成規ノ利子ヲ加ヘ請求スル様解釈スルヨリハ寧口前書契約ノ年賦金滞部分ニ対シ一時二成規ノ利子ヲ加ヘ請求スル様解釈スルヲ以テ至当ナリトス。

如何トナレハ、此ノ如ク解釈スレハ、右契約書解釈法第七項ノ趣旨ニ基キ、独リ義務者ノ利益トナルノミナラス、義務者ノ怠慢ヨリ生シタル権利者ノ損害ヲ補償スルニ於テ亦十分ナレハナリ。」(改行：引用者)

と主張した。上告理由は、さらに、総額に対して一挙に「成規ノ利子」(法定利息を指す)を付すのは利息制限法5条の趣旨にも違反すると主張している。これに対して、大審院(西成度・中村元嘉・原田種成)は、

『前書ノ金円一時二成規ノ利子ヲ加工御請求相成候共聊苦情申間敷候』トアリ、即チ負債ノ全額ニ成規ノ利子ヲ加工一時二請求セラル、モ苦情ナキノ特約ナルコトハ明白ニシテ、敢テ明治十年司法省達丁第七十五号達、明治十年第六十六号布告を引用ス可キモノニ非ス。畢竟上告人ノ論告ハ苦情ニ過キサレモノトス。」

と一蹴している。明治18年度から大審院民事判決録の編集方針が根本的に変化した<sup>58)</sup>こともあって、本判決は公表されなかった。しかし、上告理由がいわゆる不明瞭規則に言及していることは注目されてよい。明治14年判決・19年判決の上告理由には、特約の有無による判断にとどまるのではなく、特約がある場合でも、両当事者の合致した実際の意味ないし両当事者の合理的意思、あるいは不明瞭規則によって、割賦払債務に付された期限の利益喪失約款を内容的にコントロールする志向を見て取ることができるからである。

【19・6・19】 大判明治19・6・19 明治前期大審院民事判決録12 198

頁 = 裁判粹誌 1 卷12頁「明治19年24号 貸金催促ノ件」

X（原告・上告人）が、Y・Z連印の年賦金借用書に基づき、Y・Zに  
対し一時皆済を請求した事件で、原審（東京控訴裁判所）はこれを排斥し  
た。Xの上告に対し、大審院民事第一局（中村元嘉・原田種成・加藤祖  
一・増戸武平・寺島直）は、無催促を期限猶予とみなすのが「普通ノ條  
理」だと説示した。

「金銀ノ貸借ハ約定ノ期限ヲ経過スルモ債主ニ於テ之力催促ヲ為サ、  
ル限りハ猶予ヲ与ヘタルモノト看做ス可キハ普通ノ條理ナルニ因リ、  
負債者力期限ヲ経過セシノミヲ以テ直ニ怠慢ノ責ヲ負ハシムル道理ア  
ル可ラス。即チ原裁判所ハ此條理ニ基キ上告者（X）ノ訟求ヲ排斥シ  
タルモノニシテ、当然ノ裁判ナリトス。」

Xが勧解出願をしており勧解出願を「嚴重ノ督促」とみるべきであると  
主張に対しても、勧解は「本訴（一時皆済請求）ノ起源」であって、催促  
とはいえないとしている。

### （3）明治19年7月7日の大審院総会議判決とカーカード回答

ところで、すでにみたように、ボアソナード草案は金銭債務での遅延損  
害金の発生時期について二重の絞りを掛けた。期限の到来ではなく附遅滞  
によって、しかも裁判上の請求による附遅滞であった。大審院は、総会議  
をもって、期限が到来しても督促のない場合には債務者は「怠慢ノ責」を  
負わないばかりか支払が猶予されたものと「推測」すべき、とした。

【19・7・7】大（総会議）判明治19・7・7 明治十九年大審院民事商事  
判決録72頁 = 明治前期大審院民事判決録12 15頁および34頁 = 若林編・判  
例摘要民事集27頁および101頁「明治18年236号 貸金催促ノ件」

XがYに対し貸金42000円の返済請求訴訟を提起したところ、明治12年  
9月に示談が成立し「明治十二年九月ヨリ明治十三年十二月迄四ケ度二割、  
内壹万円返済可致、残ル前条金額返済ノ儀八来ル明治十四年二至り拙者稼  
業ノ模様ニ随ヒ多寡トモ其金額ヲ取極可申旨御依頼申上候処、御承諾被  
下」の文言を含む証書を作成した。Yは、1万円を支払い、さらに明治15

年3月に1070円支払ったのみであった。Xが32000円の返還請求訴訟を提起したのに対し、大審院は、「該証契約タルヤ専ラYノ便益ト成ルヘキ主旨ナレハ、仮令Xカ督促セサルモ其契約ノ便益ヲ得ント欲セハ該年度ニ其条件ヲ履行スヘキハ当然ノ事ナリ」と判示し、破棄移送とした(大判明治16・12・25明治前期大審院民事判決録9 410頁。事件番号・担当裁判官、ともに不詳)。

しかし、被移送裁判所である東京控訴裁判所は次の説示を展開した(明治18年4月6日)。

「本件甲第一号証ノ全文ヲ熟閲シ其約旨ヲ推究スルニ、元来金四万式千円ノ内ナル壹万円ハ明治十二年九月ヨリ明治十三年十二月迄四ケ度ニ分割シテ返済ヲ為シ、残金即チ本訴ノ金三万式千円ハ明治十四年ニ至リY稼業ノ模様ニ随ヒ多寡トモ其返済ノ金額ヲ取極ム可キコトヲXノ承諾シタルモノナルコト明瞭ニシテ、該証ノ金額ハ総テ双方合意ヲ以其原ト割賦返済ト定メタルモノナリ。然レハYハ明治十四年中ニ其割賦返済金ノ額ヲ定ムル為メニXニ示談ヲ為サ、リシモ、明治十五年三月ニ至リ金壹千七拾円ヲ渡シ割賦額ヲ定ムルノ示談ヲ言入レタルモノニシテ、却テXハ一回モYニ対シ返金ノ催促ハ勿論年賦額ヲ定メシムルノ催促ヲ為シタル証蹟モナク、從テYハ催促ヲ受ケテ尚ホ之ヲ怠リタルモノニアラス。又乙第一号証受取書ヲYカ領受シ置キタルモ畢竟割賦金示談決セサル間ノ内金受取書マテモノニシテ、全ク割賦原約ノ消滅ヲYカ承諾シタルモノト認ムルニ足ラサルヲ以テ、本案ハ未タ其原約即割賦約定ヲ消滅セシメYヲシテ一時皆済ノ重劇ナル責務ヲ負ハシムヘキ條理ナキモノナリ。」(明治前期大審院民事判決録12 36~37頁。法曹記事32~33頁もほぼ同文)

東京控訴院は、「Yハ、速ニXニ対シ明治十四年以來割賦返済方ヲ為スヘキ金額ヲ正実ニ定メXノ承諾ヲ受ケ、而シテ其明治十四年以來現今迄ニ係ル割賦金額ヲ計算シ、該金額ノ内ヨリ前ニ渡シ置キタル金壹千七拾円ヲ差引、其残金額ヲ返済ス可シ」と言い渡した。

Xは、大審院判決の趣旨に背馳した不法の裁判だとして、上告。上告を受けた大審院「願書課」は、割賦弁済の原契約を消滅させ一時皆済を要求するXの請求を不当としながら割賦金額を定めて裁判しなかった原審判決を「不法ノ裁判」だとして、上告受理の判断をした。この判断を記載した「判決旨趣書」は、原田種成を主任判事とし、加藤祖一・寺島直・増戸武平が連署したものである（「判決旨趣書」が「評定官」ではなく「判事」と記載しているところからみて、明治19年5月5日より前になされた決定であろう<sup>59)</sup>）。ところが、「大審院民事第二局長代理大審院評定官中村元嘉・評定官原田種成・同加藤祖一・同増戸武平・同寺島直」が言い渡した明治19年7月7日判決は、次のように説示するにいたった。

「甲第一号証ノ契約ハ上告人（X）カ恩恵ノ意ニ出テタル契約ナリヤ否ノ論点ヲ按スルニ、恩恵ノ契約ナルモノハ己レニ報酬ヲ受クルコトナクシテ単ニ他人ヲ利スルモノ、即チ無償ノ契約ヲ云フ。今此契約ノ根源ヲ繹スルニ、上告人ハ被上告人（Y）ニ漁業ノ資金ヲ貸渡シ其利益ヲ収メントノ企図ニ由ルモノナレハ、爾後之ヲ一変シテ甲第一号証ノ和解契約ニ更改シ無利息割払ノ方法ヲ設ケシハ、畢竟被上告人カ其資本ヲ失ヒ償却ノ目途ナキカ為メ己ムヲ得ス愛ニ至リシモノニシテ、完全ニ其返済ヲ得ント欲スルニ外ナラサレハ、尚ホ有償契約ノ性質ヲ存スルモノニ付、之ヲ恩恵ノ契約ト云フコトヲ得ス。

又恩恵ノ意ニ出テタルト否トニ論ナク、一旦取結ヒタル契約ハ、特別ノ理由若シクハ特別ノ契約アルモノ、外、権利者ヨリ催促ヲ受クルモ義務者執行セサル場合ニ限り怠慢ノ責ヲ負ハシム可クシテ、唯タニ期限ノ経過ノミヲ以テ義務者ノ怠慢ト為スヘカラサルハ普通ノ法理ナル可シ。如何トナレハ、人ハ日常百般ノ事務ヲ処理スル者ナレハ、契約ノ義務ニノミ念慮ヲ置ク能ハス。故ニ義務ヲ行フヘキ期限ノ到来セシニ心付カステ経過スル事アルハ勢ヒ免カレカタキ所ナリ。而シテ権利者ノ之レヲ催促スルハ容易ノ事ナレハ、期限ニ到ルモ催促ナキトキハ猶予ヲ与ヘタルモノト推測スヘキハ法理至当ナルヲ以テナリ。

今ヤ本件ノ事実ニ於ケル、被告八明治十四年中二家業ノ模様ヲ  
原告人ニ報告シテ将来払入ルヘキ金高ノ定メヲ為サ、ル可ラサルニ翌  
年三月金千七拾円ヲ払入ル、迄空シク経過シタリト雖モ、原告人モ亦  
催促ヲ為シタルコトナシ。左スレハ、本件八被告八人ヲ以テ違約者ナ  
リト看做ス可キ筋合ナシトス。

右八本年第四十号勅令第四十六条ニ照シ總會議ノ上議決シタル所ナ  
ルヲ以テ、本院八曩ノ裁判例ヲ改メ、東京控訴裁判所ノ裁判ヲ破毀ノ  
原由ナキモノト決ス。」

法曹記事によれば、判決文の末尾は、

「Xカ期限ニ至リ催促ヲ為ササリシ事実明白ナリ。然レハ唯期限ノ経  
過ノミヲ以テ恣ニ原約ヲ無効トシ残金全額ヲ一時ニ返済セシメント訟  
求スルハ、蓋シ法理ノ許サ、ル所」

とある。

この判決を、明治十九年大審院民事商事判決録の「目録」は「義務者ヲ  
遅滞ニ置ク可カラサルノ件。但總會議ニ依リ裁判例ヲ変更ス」とし、若林  
編・判例摘要は「契約ノ期限到着セルモ権利者ヨリ催促ヲ為サ、ルトキハ  
猶予ヲ与ヘタル者ト推測ス」(35頁)と要約している。法曹記事は「決議」  
として「権利者ヨリ義務執行ノ催促ヲ為サ、ル間ハ、法理上猶予ヲ與ヘタ  
ルモノト看做スヲ当然トス。故ニ原裁判八不法ニ非ス」(34頁以下)と掲  
載している。このように、期限到来後の「催促」を債務不履行責任の要件  
とすることを大審院は「普通ノ法理」・「法理」と表現している。しかし、  
割賦払債務に関する判決の要約としては一般化しすぎるきらいがある。

ところで、明治前期大審院民事判決録12の「判決索引」7頁によれば、  
この判決の担当裁判官は中村・原田・加藤・増戸・寺島の5名である。事  
実、若林編・判例摘要民事集27頁が掲載する判決文では、「大審院民事第  
二局長代理大審院評定官中村元嘉・評定官原田種成・同加藤祖一・同増戸  
武平・同寺島直」と記載されている。この時期の判決に「民事第一局長代  
理」の肩書で判決に署名していた中村元嘉が「大審院民事第二局長代理」

の肩書で署名しているが、中村以外の評定官はすべて上告受理の決定を行った判事である。つまりこの事件の審理は、同じメンバーで継続され、判決が民事第二局でなされたかのような体裁がとられたにすぎないのである。この実体からみても、受理決定以降に判断の変更がなされている。そして、この判決を報じた法曹記事2号29頁が「明治十九年六月廿八日大審院決議」としているところをみると、いったん上告受理の判断をしながら上告不受理に変更した民事第一局（判決書では民事第二局）が作成した判決を、6月28日の総会議で決議し、翌月の7月7日に言い渡したことになる。この変更がどこに由来するのが問題である。

ここで、割賦払債務と期限の利益喪失約款に関するカーカード意見が想起されるのである。1985年（明治18年）6月12日付けの「モンテグカーウツト 年賦金滞二付前契約ヲ破壊シ一時請求スルヲ得ルヤノ問二付意見<sup>60)</sup>」がそれである。司法卿の下問に対する回答であるが、下問での設例は、甲は、むこう10年の間毎年100円ずつ返済する約束で、乙に1000円を貸与したところ、乙は最初の弁済期期を経過するも支払わない。このような事態を予想していなかったので何の特約もない。甲は、乙が履行義務を果たさないのは契約を「全く破壊セルモノ」であるとして貸付金全額の一括返済を請求した。これに対して、乙は、弁済義務を怠ったのは契約上の義務の一部である第一期の義務であって契約の「全部ヲ破壊シタル者ト云フヲ得ス」と抗弁した。

この設例に対するカーカードの回答は次の内容である。

「右甲者ノ請求八至当ナルカ、将タ乙者ノ拒弁ヲ以テ理アリトスルカ。豫ハ乙者ノ拒弁ヲ正当ト思考ス。

抑々、此契約ハ、貸付金二付テ八分ツヘカラサルモノト雖モ、其履行二付テ八分ツヘキ契約ナリ。若シ甲者自身ヲ保護センカ為メ、乙者二於テ年賦金弁済ノ義務ヲ怠ラハ其時未済ノ残金全額ヲ一時二返済スヘキモノト為サント欲シタリ（と）セハ、其旨ノ特約ヲナス可キ筈ナリ。

故二、甲者八只タ期限ニ達シ未タ弁済ナキ年賦金額ニ対シテ克ク乙者ヲ訴フルコトヲ得ルノミ。」(改行：引用者)

明治19年7月7日判決の原審・東京控訴裁判所の判決日は明治18年4月6日であり、カークードの回答日には、本件は大審院に係属していた。筆者には、大審院は、原告が英国人トーマス・ブラキストンであり、その訴訟代理人がヘンリー・シーリツフィールドであったこの事件を念頭において、司法卿の名においてカークードの見解を聞いたように思われるのである。大審院がその判断を「普通ノ法理」と豪語しえたのも、カークード見解を得てのことであろう。

(4) 総会議判決以降の裁判例

総会議判決以降の裁判例をみることにする。

【21・10・31】大判明治21・10・31 裁判粹誌 3巻286頁「明治21年151号 貸金催促ノ件」

X(原告・被控訴人・上告人)がYに金銭を貸与し、一旦は一部免除・残金全部一時弁済の合意が成立したが反故になったようで、Xが当初の借用証書に基づき返還を請求したのが本件訴訟である。その借用証書には「若シ一期タリトモ相滞リ候ハ、一時返済云々」の記載があった。原審(東京控訴院)は、「一時皆済云々ノ文詞ハ、只契約ヲ鞏固ナラシムルノ標準ニ外ナラス、両造間親戚ノ関係ヨリモ推スモ、一時ニ皆済セシムルカ如キ酷ニ責ムルノ精神ニアラスト認ムルニ足レリ」と判断した。これに対して、大審院民事第二局(巖谷龍一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠)は、

「被上告人(Y)ハ……曾テ借金証ニ記セル一時皆済ノ文字ニ対シ異議ナカリシヲ以テ視レハ、該文言ノ解釈ニ付テハ被上告人(Y)モ上告人(X)ニ同意セシモノ、如クナルニ、原裁判所力自ラ説ヲ造リテ、……上告人ニ不利益ヲ与ヘタ」

裁判は不法であるとし、破棄し宮城控訴院へ移送した<sup>61)</sup>。

【22・3・1】大判明治22・3・1 裁判粹誌 4巻72頁「明治21年277号



## 貸金催促件」

Y（被告・控訴人・上诉人）がXから地所を担保に借入れを行ったが返済を怠り、当該地所が糶売に掛けられその代金がXに交付されたが、返済とはならなかった。したがって、その残金110円91銭を年賦返済とすることにし、甲1号証が取り交わされた。この証書の末文に「明治廿六年巳年十二月卅日迄悉皆返済可致候。万一壹期ニテモ返金不相成候節八（中略）前記約年賦取消（中略）一時二返済可致候」と記載されていた。その後、甲1号証に基づいた勧解出願がなされ、掛官の説諭によって、「対談証」（甲2号証）が作成された。この証書には、「本願原告請求スル金員ノ内七円九十二銭二厘（中略）若シ明治廿二年十二月三日迄二返金セサルニ於テハ請求一時二身代限以テ返済仕候」・「又七円九十二銭二厘（中略）若シ期日迄二返金能ハサルニ於テハ前記同様利息ヲ加算シ請求金一時二返償可仕候」との記載があった。Xが本訴を提起し、徳島始審裁判所脇町支庁は、明治22年12月23日、元金110円91銭に「成規ノ利子」を加算し返済すべき旨判示した。Yの控訴に対して大坂控訴院民事第一局（飯田恒男・三澤元衛・藤林忠良）は、Yが甲2号証書の約定を違約したとした上で、次のように展開した<sup>62)</sup>。

「然レトモ、抑モ甲一号契約ノ本旨八年両度即チ每六月十二月二年賦金ヲ差入ル、トキハ無利足ニテ全額ノ返済ヲ結了ス可キ恩恵ノ精神ナルヲ以テ、今一回二回ノ滞金ヲ以テ一時二皆金ヲ命スルハ、例令ヒ末段ニ其契約アルニモセヨ、最初恩恵ノ精神ニ戾ルカ故、今日迄延滞シタル年賦金ニ契約ノ利子ヲ付シ、Yヨリ返却ス可キハ妥当ナリ。右ノ理由ニ付、Yハ延滞シタル年賦金ニ一ヶ月一分二厘五毛ノ利子ヲ加へ速ニXヘ返却ス可シ。」

大審院民事第二局（巖谷龍一・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・児玉淳一郎）は、次のように説示し、破棄移送の判断を下した（広島控訴院へ）。

「甲一号ハY自己ニ於テ年賦金一期タリトモ返金不相成節ハ一時皆済可致トノ約旨ニシテ、而シテ甲二号ハ其ノ精神ヲ鞏固ナラシメタルニ

過キサルコトハ其文詞ニ晰然タリ。左レハ此合意ニシテ無効タラシメン乎、必スヤ他ニ反対ノ証左ナカル可ラス。何者ハ合法ノ契約ハ双方間ニ在テハ法律ニ等シキ効力ヲ有スルモノナレハ、承審官一己ノ権力ヲ以テ輒ク左右シ得ヘカラサルハ法理ノ然ラシムル所。然ルニ原院ハ他ニ確乎タル事実ノ証明モナク漫然恩恵ノ精神ニ戻ルト云フ而已ヲ以テXノ要求ヲ排斥シタルハ法理ニ背ケル不法ノ裁判ナリ。」

【24・2・2】大判明治24・2・2 明治廿四年大審院民事判決録第一卷(1月乃至3月分)27頁「明治23年274号 貸金催促ノ件<sup>63)</sup>」

この事件での貸金証書に「一度タリトモ利子相滞リ候節八元金一時二皆済可致候云々」との記載があり、貸主Xが利子不払を理由に元利金の支払を請求した。上告理由の要約によれば、一審・控訴審とも「一ヶ月余モ利子ヲ払ハサリシハYノ怠慢ナリ。斯ル怠慢アル上ハYハXノ請求ニ応スヘキ義務アル」ものとしたようである。Yは、利息支払を怠ったことはなく、仮に遅滞があったとしても、証書での約定は「利子ノ払込ヲ遅滞セシトキ初メテ元金返済期限ノ利益ヲ失フ」としたものであり、前提となる「遅滞ノ事実」について「期限経過ノ一事ニ止マラス必スヤ勸解出願ヲ要スルハ本邦判決例ノ一定スル処」であるから、利子につき勸解出願も一回の督促のない以上、附遅滞とはいえないとして、上告した。

これに対して、大審院は、

「原判決ヲ閱スレハ……XヨリYニ対シ義務遅滞ニ付シタルヤ否ノ要  
点ヲ審究セスシテ直チニ証書上ノ期限経過ノミヲ以テYニ元利返済ヲ  
命シタルハ、法理ニ悖ル不法ノ裁判ナリトス。」(29頁)

として、原審(東京控訴院)に差し戻した。上告理由が展開する「本邦判決例ノ一定スル処」が何を根拠にしているのかは、興味あるところであるが、現段階では明らかにすることはできない。

【24・(判決月日不詳)】大判明治24・(判決月日不詳)明治廿四年大審院民事判決録第一卷(1月乃至3月分)29頁「明治23年352号 貸金催促ノ件」

土地・建物を担保（書入）に無利息・年賦払の約定の貸金について、年賦金の弁済が二・三回なかったことを理由に、債権者X（原告・被控訴人・上诉人）が債務者Yに対し一時皆済を請求した事件である。「地所書入金員借用年賦証」には「萬一壹期タリトモ違約候節ハ右書入ノ地所保証人引受頭書ノ金員弁償可致」との記載があった（「建屋書入金員借用年賦証」にも同様の記載があったものと思われる）。

一審（栃木支庁）は、証書中の文言は「各期限毎ニ返済セサルトキハ全金一時皆済スヘシトノ約意」とみるのが「証書全体ヨリ生スル穩当ノ解釈」とし、また「保証人引受」とあるからといってYが返済義務を免れると解することはできないとして、Xの請求を認容した。Yの控訴に対して、東京控訴院は、年賦金支払につきYに遅滞があったかどうかが緊要であり、「権利者先ツ其履行ヲ促スノ手続」を行うこと、つまり「年賦金ニ対シ勸解ヲ出願シ、Y尚ホ其払入ヲ怠リタルトキ始テ其義務ヲ遅滞ニ付シタ」ことになるのであるから、Xが手続を尽した証拠がない本件ではXの請求は不当であるとして、Xの請求を退けた。

大審院も、

「原裁判力、権利者ハ義務者ニ対シテ一旦之ヲ遅滞ニ附スルヲ要ストノ主義ハ法理上適當ナル理由ナリトス、故ニ本訴ノ年賦金請求ヲ遅滞ニ附シタル手続ヲ尽シタル証拠ノ視ルヘキナシトシテ排斥セシハ、裁判法ニ違フタル裁判ト云フヲ得ス。」

として、Xの上告を退けた。この判決によれば、勸解出願を附遅滞の要件とした原審の判断が肯定されている。

【26・4・11】 大判明治26・4・11 大審院民事判決録明治二十六年自三月至四月94頁＝裁判粹誌8巻110頁「明治26年60号 弁償契約履行ノ件」<sup>64)</sup>で、大審院第三民事部（中村元嘉・富永冬樹・河口定義・小松弘隆・谷津春三・本多康直・高木豊三）は、

「甲一号八、明治十五年十一月ヨリ毎三日限り金六円宛<sup>見積年限明治二十七年六月マテ月數百四</sup>十<sup>十</sup>月満尾迄聊カ日限無遅滞相納メ元利悉皆返済ノ約定候云々トアリテ、

即チ月賦返済ノ約定ニシテ、未タ弁済期限ノ到来セサルモ、如シ。故ニ今一時ニ弁済ス可キ義務アリト裁判スルニ付テハ其理由ヲ説示セサル可カラス。然ルニ其事ナク直チニ一時弁済スヘキモノト判決シタルハ……不法ヲ免カレス。」

と述べ破棄差戻としている。

(5) 「期限の利益放棄約款 = 附遅滞不要特約」構成への転換

これまでみてきた裁判例は、やや特殊なケース〔19・7・7〕と期限の利益喪失約款のなかつた〔13・12・23〕を除き、すべて期限利益喪失約款が付されている事件である。特約の内容は「若シ一期タリトモ相手滞候ハ、一時返済」〔21・10・31〕をはじめ一時皆済文言であつて、〔16・4・25〕での「万一相滞リ候節ハ何様ノ儀御申聞被成候共聊異議申間敷」、〔19・3・13〕での「若シ一期タリトモ相滞候節ハ前書ノ金円一時ニ成規ノ利子ヲ加ヘ御請求相成候共其節聊苦情申間敷」が例外的な表現である（後二者にあつては、期限の経過のほかに債権者の請求を要すると解釈する余地があつた）。明治19年7月7日の大審院総会議判決までは特約の効力を肯定し一時皆済の判断がなされていたが、この判決以降は附遅滞を要すとしていた〔24・2・2〕・〔24・（判決月日不詳）参照〕。

しかし、明治民法前三編の公布直前の大審院判決は、このような立場を放棄する。【29・1・11】大判明治29・1・11大審院判決録2輯1巻11頁 = 裁判粹誌11巻4頁「明治28年215号 貸金請求ノ件」である。この事件では、証書中に「万一ヶ月ニテモ相滞リ候節ハ、月賦契約ヲ取消シ前額金額ニ制限ノ利子ヲ加ヘ一時皆済可仕候」との記載があつた。上告人は、催告の立証がないにもかかわらず期限の経過のみによって期限以降の利息支払を命じた原審判決は違法として上告した。

大審院第一民事部（中村元嘉・本尾敬三郎・増戸武平・小松弘隆・井上正一・本多康直・西川鉄次郎）は、

「当事者ニ於テハ当初特ニ合意ヲ以テ月賦弁済ノ延滞ニ因リ遅滞ニ付スコトヲ約定シタルモノナレハ、被上告人（=原告）カ訟求ノ前更ニ

遅滞ニ付スル手續ヲ行フヲ要セス。利息モ亦、月賦弁済ノ延滞ニ因リ  
之ヲ加フヘキコトノ合意アルモノナレハ、催告ヲ俟タス、一時元金ノ  
皆済請求ト共ニ之ヲ加算シタルハ不当ニアラス。」

として、上告を棄却した。遅滞をもって附遅滞とする旨の合意があったとされたのである。ここには、明らかに、明治民法の先取りが見られるのである。

#### 4．特殊な領域 小作料遅滞による小作契約解除，買戻

債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件としての附遅滞は以上の通りであった。しかし、これには例外がある。一つは小作料滞納を履修とする小作契約の解除権を附遅滞論によって制限する法理であり、もう一つは、これとは対蹠的に、買戻期限の徒過による買戻権の当然喪失の法理であった。

##### (1) 小作料支払期限の徒過と小作契約の解除

たとえば、【19・1・19】大判明治19・1・19明治十九年大審院民事商事判決録5頁＝明治前期大審院民事判決録12 8頁及び23頁「明治17年409号 貸地取戻ノ件」で、大審院（西成度・中村元嘉・原田種成）は、

「賃貸ノ契約ハ双務タルヘク、又其双務ノ契約ハ一方ノ者違約スル時、他ノ一方ノ者ハ之ヲ履行ヲ促スモ又ハ契約ノ解除ヲ求ムルルモ随意タルヘシト雖モ、一方ノ者ヲ以テ違約者ト定ムルハ如何ナル場合ニ於テ之ヲ定メ得ヘキヤ否、期限ノ経過ノミヲ以テ直チニ違約者ト定ムルヲ得ヘキヤ否ニ至ツテハ緊要ノ論点ナリトス。

本邦未タスル場合ニ摘要スヘキ催促ノ手續ヲ規定セシ事ナシト雖モ、事ノ重要ニ係ルモノ、即本件ノ如キ期限ヲ定メサル土地ノ貸借ニシテ、借主之ヲ桑田ト為シタルコトヲ貸主ノ明許又ハ黙許セシ事実アルモノニ付テハ、之ヲ條理ニ照スモ習慣ニ徴スルモ、地料払込期限ノ経過ノミヲ以テ直チニ返地ヲ求ムルコトヲ得ス。

若シ之ヲ否ラストセハ、仮令ハ貸地ニ家屋其他ノ建築ヲ為ス者モ一

朝地料ノ滞リアルカ為忽チニ返地ヲ求メラルヽニ至ラン。斯ル危害ヲ防禦スルハ成文法ノ有無ヲ俟テ論スヘキ筋ニアラサルナリ。故ニ、借地人若シ其義務ヲ怠ル時ハ、地主先ツ之カ履行ヲ求メ弥義務ヲ得ルノ目的ナキ場合ニ於テ、初メテ返地ヲ求ムヘキ順序ナリトス。

然ルニ本件ハ地主ニ於テ地料滞リヲ名トシテ最初ヨリ返地ヲ求メ、借主初メハ買得地ナリト抵抗シタリト雖モ、始審裁判所ニ承服シテ契約ノ小作米ヲ払フ事ニ異議ナキニ至リシ上ハ、返地ヲ求ムルノ原因消滅シ、從テ訴訟モ亦消滅セサルヘカラサルノ道理ナ(リ)。」

と判示した上で、原審判決を破棄し、「控訴人ハ甲第一号証ニ基キ小作米ノ滞リヲ得ルニ於テハ地所ヲ引揚ケント求ムルヲ得サルモノトス」と言い渡した。

また、小作料滞納と(地主の)自己使用を根拠とする小作地引き揚げ請求(延滞による遅延損害金の請求は争点となっていない?)について、【20・11・25】大判明治20・11・25裁判粹誌2巻303頁「明治20年18号小作料約定履行ノ件」で、大審院民事第二局(増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠・堀真五郎)は、

「凡ソ違約ノ責ヲ負ハシムヘキモノハル相当ノ督促ヲ受クルモ之ヲ弁償セサルトキニ適用スヘク、決シテ期限ノ経過ノミヲ以テ遅滞ニ付シタリト為スコトヲ得ヘカラサレハナリ。……」

契約書ハ文詞ニ拘ハラス双方ノ意思如何ヲ繹ネテ之カ解釈ヲ為サルヘカラサル筋ナルニ、原裁判所カ本訴小作地ノ如キ桑苗等培養シアルモノニ対シ季節ニ拘ハラス之ヲ引渡スヘシト言渡シタルハ、証書ノ文詞ニ拘泥シテ實際ヲ顧ミサル不法ノ裁判ナリ」

と判示し、静岡始審裁判所への破棄移送としている。この判決では、契約解釈における当事者の実際の意思の確認(フランス民法1156条、オーストリア民法914条、明治10年司法省達75号1条、旧民法財産編356条参照)と文字解釈の排除(フランス民法1163条、明治10年司法省達丁75号8条、旧民法財産編359条参照)が意識されている。

【27・3・27】大判明治27・3・27大審院民事判決録明治二十七年自三月至四月159頁＝裁判粹誌9巻103頁「明治26年616号 地所明渡請求ノ件」

契約書中に「貴殿ニテ地所御入用ノ節八何時ニテモ水車引弘地所御返シ可申候」の文言があったが、原審はこれを「畢竟普通ノ文例<sup>65)</sup>ニ従ヒタルモノト認ムルノ外ナケレハ、本訴請求ノ根拠ト為ラス」とし、「地代ノ淹滞アル場合ニアリテ之レカ請求ヲ為スハ格別ナルモ、其淹滞ヲ名トシテ直チニ地所ノ明渡ヲ請求スルノ不当ナルコト」とし、地主（原告・上诉人）の明渡請求を排斥した。

大審院第二民事部（中村元嘉・本尾敬三郎・増戸武平・岡村為蔵・本多康直・芹澤政温・柳田直平）も、

「借地料ノ淹滞ヲ原因トシテ地所ノ明渡ヲ請求スルニハ、先ツ借地料ニ関シ義務者ヲシテ遅滞ニ付シタル事実アラサル可カラス」

とし、上告を棄却している。

## (2) 買戻期限の徒過による買戻権の当然喪失

買戻は、再売買の予約との区分を含め、明治前期裁判例の焦点の一つであって、小作契約・入会に匹敵するほどに判例理論が果たす役割が大きかった領域である<sup>66)</sup>。大審院は、遅滞に付すことを要せず、買戻期限の徒過によって当然買戻権が失われるとするにいたった。

たとえば、【24・1・6】大判明治24・1・6裁判粹誌6巻1頁「明治23年77号 地所買戻ノ件」は、「元来買戻契約ハ一種特別ナルモノナルカ故、遅滞法則ヲ之ニ適用スルモノニ非ス」という<sup>67)</sup>。

これに対して、【28・4・15】大判明治28・4・15裁判粹誌10巻215頁＝判例彙報4巻民事判例241頁「明治28年450号 地所買戻ノ件」で、第二民事部（栗塚省吾・本尾敬三郎・増戸武平・井上正一・今村信行・藤田隆三郎・芹澤政温）は、

「乙第一号証ノ約款タル、原判決ノ認ムル所ニ依レハ、本証元利金八本年八月十五日限り返済ス可ク若シ遅滞セハ甲第二号地所買戻約定書八反故タルヘシト、即チ本証ノ期限遅滞ノ有無ニ関シ別証買戻権ノ消

長ヲ条件トナシタルニ在リ……。原判決八要スルニ、乙一号証八返済期限ノ到来ノミニ因リ遅滞ニ付ス可キコトヲ予メ合意シタルモ<sup>68)</sup>ナルカ故ニ遅滞ノ責アリト断定シタルニ在リ……」

とし、期限の到来のみによって遅滞に付す旨の合意があったとしている。

なお、【28・10・26】大判明治28・10・26裁判粹誌10巻587頁「明治28年301号 引受金弁償請求件」において、第一民事部は、借用証書中の保証条項に「借主旅行不在其他故障等ニ依リ相滞候節ハ云々」の記載があった事件で、「義務履行ニ付特約アル本案ノ如キ場合ニハ、債務者(保証人)ヲ遅滞ニ付スルノ要ナシ」として、保証債務の履行請求を認容した原審(長崎控訴院)を維持している。上告理由中に主たる債務者が「返金シ能ハサルニ至リタレハ」と記載されている以外に事実関係を示すものがないため、主たる債務者に対する催告がなされたのかどうか、保証人が検索の抗弁権を行使したのかどうかなどは不明である(旧民法債権担保編18条、19条等参照)。裁判粹誌は、「借主旅行不在其他故障等ニ依リ返金相滞候節ハ本人ニ代リ弁償ス可シトノ特約ヲ為シタル保証人ハ、遅滞ニ付セスシテ直ニ訴追スルコトヲ得」と要約しているが、附遅滞要件を回避するために保証条項を「特約」に仮託したと見られる判決である。

38) 明治前期大審院判決録刊行会が「明治八年以後明治二八年に至る第一輯前の大審院・民事・商事判決」(凡例)としていることに倣い、この期間の大審院民事判決を明治前期大審院民事判決と称することにする。

しかし、現状では、以下の分析対象が大審院判決録などに公表されている大審院の判決に限られざるを得ない。しかも、大審院判決といっても、明治20年5月23日までの大審院民事判決は、明治前期大審院民事判決録1~13(三和書房 1957年~76年)で未公刊判決を含めて復刻されているが、それ以降の時期については大審院の判決を網羅した判例集は欠けている。本稿は、後者の時期については、大審院判決録を裁判粹誌・判例彙報・法曹記事・法学協会雑誌等によって補っているが、判決原本による精査を今後の課題として残している。また、判決書の記載内容・方法と判例集の編纂方法による限界であるが、事実関係・請求内容等を具体的に読み取ること、従って判決理由の射程を確定することが極度に困難な事件が多いことも認めなければならない(明治18-20年の公式判例集登載の事件がやや例外的である)。

第二に、これまた、資料的制約のために、本稿では下級審の判決が全くと言っていいほど採りあげることができていない。林真貴子「勸解から督促手続への変化 最も利用さ



れた紛争解決制度の考察」法制史研究48（1999年）61頁以下が明らかにしているように、訴訟種類（訴訟銘）でいうと金銭貸借・預け金・年月賦金・償金等の裁判がその絶対値において膨大であり、また高い比重を占めている。これを基準とすれば、金銭貸借をめぐる争いが大審院まで係属するのは極めて稀なケースである。したがって、大審院の理論の展開過程をその基本において明らかにすることはできるとしても、大審院の判決をその公表判決に限って分析する作業には自ずと限界が付きまとうのであって、本稿が対象とする問題領域での法状態の構造的把握には距離があるといわなければならない。下級審判決の分析が不可欠であるが、特定の地域を選択し分析する方法の開発も含めて、今後の課題として残さざるを得ない。

第三に、民事紛争が裁判によって解決される比重の問題がある。明治8年（1875年）に「裁判支弁規則」が定められてから明治24年（1891年）の民事訴訟法施行までの期間にあっては、民事紛争の大部分が勸解手続で処理されており、裁判による解決は全事件の2割程度であった（林・前掲「勸解から督促手続への変化」81頁以下参照。染野義信・近代的転換における裁判制度（勁草書房 1988年）、とくに同書118頁以下の表一・二参照。勸解制度については、さしあたり、林真貴子「紛争解決制度形成過程における勸解前置の役割」阪大法学46巻6号（1997年）163頁以下参照）。また、明治24年以降についても、民事事件の多くを占める貸金返還請求事件では、その6割が督促手続を経由して処理されていたと言われるからである（林・前掲「勸解から督促手続への変化」81頁以下参照）。したがって、勸解、督促手続・和解と区別された裁判に限定した分析には限界がある。

このような限界を意識しながら、以下では、大審院判決録第一輯が対象とする大審院の民事判決までの大審院判決を素材に、判例の動向を分析することによって、法状態の一端を明らかにしたい。

- 39) 大判明治9・10・16大審院民事判決録明治九年378頁＝明治前期大審院民事判決録1 54頁「第42号 繰綿売買違約償金一件」。向事件とも、明治8年8月28日に上告されており、審理に相当の期間を費やしていることが窺える。大判明治17・4・16大審院民事判決録明治十七年自四月至五月58頁＝明治前期大審院民事判決録8 92頁（中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵）は、「凡回漕船主及ヒ荷受問屋等委託ヲ受ケタル貨物ヲ懇切ニ保管スルノ義務アルハ勿論、若シ其貨物ニ欠損等ヲ生セシトキハ、抗拒スヘカラサル場合ノ外、賠償ノ責メアル事普通ノ法理ニシテ、契約書ノ明文ヲ俟ツテ始メテ論スヘキ筋ニアラス」と、「普通ノ法理」という。大判明治17・5・31大審院民事判決録明治十七年自四月至五月588頁＝明治前期大審院民事判決録8 151頁（玉乃世履・尾崎忠治・坂本政均）も、運送営業者Yに運送を委託し荷物を預けたところ盗難にあった事案につき、鎖戸破壊の有無・様子等「運送営業者ノ責任ノ有無ヲ判定スヘキ條理ナリ」とする。
- 40) この事件での「買付米入金……催促」の意味はなお解明する必要がある。
- 41) 買戻請求に対して売戻義務者が抵当に入れているので直には履行できない旨の抗弁をし勸解が不調に終わってから、約10年後に売戻義務者が他に売却した事例についての「大判明治15・11・28明治前期大審院民事判決録8 257頁」明治15年374号 田畑売戻シニ付違約損害要償一件」（裁判官：坂本政均・巖谷龍一・中澤重業）も同旨。また、大判明治17・6・12明治前期大審院民事判決録10 169頁「明治16年131号 償金請求上告一件」（裁

判官：尾崎忠治・坂本政均・牟田口通照)もこれを踏襲している。

- 42) 合計110の設例を『天』に掲載し、その解答例(判決書の形式の「判案」)を『地』一冊にまとめたものである。司法省第七局は司法省法学校を管轄する部局であり、『天』の前書に「此書八元本省法学生徒教科ノ為ニ時々設問シタルモノ也」とある。手塚豊・明治法学教育史の研究(慶應通信 1988年)143頁注(62)は、やや具体的に、本書を司法省法学校速成科の講義科目「擬律擬判」の教材と推定している(同教授の「司法省法学校小史」の初出は法学研究40巻6号・7号・11号(1967年))。
- 43) cf. (Sirey) Recueil général des lois et des arrêts, II<sup>e</sup> partie. p. 237.
- 44) ちなみに司法省第七局が編纂した民事答案でのこの設例はよく利用されたようで、富井政章・損害賠償法原理・完(日本同盟法学会 明治28年)75~77頁もほとんど同一の設例で損害賠償の範囲を説明している。
- 45) Xが訴外Aとの間で締結していた転売契約での代価は「合計」132円とある(明治18年大審院商事判決録9頁参照)。Aが引渡が遅れたことを理由に「三割落」でなければ売れないとXに通知しており(同前9頁参照)、これがXの損害賠償額請求の一つの根拠になっているものと思われる。
- 46) 被移送裁判所(福岡始審裁判所小倉支庁)は、Xの請求を認容し、この判決は確定した。Xが福岡治安裁判所に執行命令を申請したが、同裁判所は、Y(長崎丸船長)・Z(長崎丸事務長)ではなく、長崎丸の船主を債務者とする執行命令を出した。船主が控訴し控訴審は執行命令を取消す裁判をした。しかし、大判明治20・12・16明治二十年大審院民事判決録344頁=明治前期大審院判決録13-I 46頁および106頁=若林編・判例摘要民事集492頁「明治20年40号 裁判執行取消一件」は、船主の控訴を棄却した。この点につき、瀧川叡一・明治初期民事訴訟の研究(信山社 2000年)215頁以下の分析を参照されたい。すでに明治18年10月30日判決が、「抑船長……ノ職務タル、船中一切ノ事務ヲ監督シ代償ノ過失八拳テ之ヲ担保スル者ニシテ、船主或ハ其特別ナル代理者不在ノ場合ニ於テハ船主代理ノ資格ヲモ亦兼有スル者タルハ、條理当然ノコト」としていたことに注意する必要がある。
- 47) 明治八年百八十四号布告(回漕貨物取扱規則)(法令全書439頁)の9条は次のように規定している。「船主ハ其約定ヲ履テ安全ニ其貨物ヲ運送スルヲ本分ノ義務トス。故ニ第一条及第二条ニ遵ヒタル貨物或ハ正ニ請取シ旨ヲ証シタル貨物ノ全数中ニ損害不足ヲ生スル等ノ事アルトキハ、其貨物ノ原価ニ從テ弁償スヘシ。但、海上難船ノ災厄ニ罹ルモノハ、危険受負法或ハ海上平均法ノ別種ニ属シテ、此限ニアラス。」
- 48) 富井政章・損害賠償法原理・完(日本同盟法学会 明治28年)39頁以下の例では、契約上の権利が侵犯されたが金銭上の損害が発生していない例ということになる。
- 49) 富井・損害賠償法原理は、ポアソナード草案に即して、故意不法行為と(故意のない)単純懈怠(不注意)不法行為を区別し、前者は故意に原因する直接損害、後者予見または予見可能な損害を賠償範囲としている(101~105頁参照)。
- 50) なお、明治7年3月4日の太政官布告27号によって、預け金穀で「証書中ニ封金ノ俣預リ置力或ハ融通使用セザルノ明文ナキ者」は、明治7年5月1日以降は、貸金と同様に裁判するものとされた。明治10年1月29日の太政官布告12号との関係も含めて、林真貴子

「明治初期の預ケ金について 民事裁判における訴訟銘の検討」近畿大学法学48巻3=4号（2001年）89頁以下参照。

- 51) なお、返済期限の定めのない証文に関する判決で「支払猶予期間」を付与する制度があった。明治6年1月13日の太政官布告10号がそれで、「金穀貸付証文ノ内返済期限無之歟亦ハ出来次第返却可致等ノ証書ハ裁判申渡ヨリ十二ヶ月ノ内済方申付ヘシ」と規定している（なお、旧民法財産編406条が「恩恵上ノ期限」を規定している）。したがって、返済期限の定めのない貸金では、裁判所は「裁判後十二箇月間ニ償還スヘキ旨言渡スヘキ」であって、単に法律上の利子を加えて償却すべしとの判決は「法律二違フタル裁判」である（引用文は、大判明治17・9・30大審院民事判決録明治十七年自七月至九月455頁＝明治前期大審院民事判決録8 254頁）。後に本文中で検討する【26・10・19】も、「承審官ハ受訴ノ日ヨリ十二月内ニ於テハ何レノ月日ニ方テ返済ヲ命スルモ其権限内ニ屬ス」とする。しかし、このような寛容な態度は次第に衰退していったようで、たとえば、大判明治27・9・27判例彙報28号103頁「明治27年177号 預ケ金取戻請求事件」は、「明治六年第十号布告ニ所謂十二ヶ月ノ内トハ唯其長期ヲ示シタルノミナルカ故ニ、苟モ十二ヶ月以内ナルニ於テハ裁判所ノ見込ニヨリ如何ナル時期ヲモ定ムルコトヲ得ヘキモノトス。……抑モ弁済時期ヲ以テ即時トナセル上ハ一ノ猶予ヲ與ヘタルニ非スト雖モ、所謂十二ヶ月以内タルニハ相違無キヲ以テ、之力ヲメ明治六年第十号布告ニ反スルモノト云フヲ得ス」と、制定法に反する解釈を公言するに到っている。もっとも、この判決にもかかわらず、東京控判明治28・6・21法学協会雑誌13巻8号713頁は、「無年季ノ貸借金ニ関シ裁判ヲ為スニ際リテハ、裁判所ハ、仮令十二ヶ月ニ猶予期間間ヲ與ヘサルモ、必ス多少ノ弁済猶予期間ヲ與ヘサルヘカラサル者トス」としている。
- 52) この判決の見解は【26・12・2】大判明治26・12・2判例彙報8号1頁「明治26年438号預金取戻事件」にも踏襲されている。大審院第一民事部（栗塚・荒木博臣・谷津・井上正一・高木豊三・児玉淳一郎・中尾真晃・土居侃夫）は、「合意上予定ノ返済期限ナク只債務者力債権者ノ請求次第何時ニテモ返済スヘキコトヲ約諾シタルモノノ如キハ、出訴期限規則第四条ニ所謂出訴ノ日ヲ期限ト看做シ何時ニテモ出訴シ得ヘキモノナルカ故ニ、縱令甲第一号証中『御入用次第無違御渡可申』トアリ且ツ原院カ既ニ乙号証ヲ以テ被告人ヨリ返金ノ催促ヲ為シタル事實ヲ認メタリトテ、出訴期限規則ヲ適用セサルハ相当ニシテ、決シテ違法ノ判決ニアラサルナリ」という。
- 53) さらに、債権者の意思表示を要する約款の場合には、消滅時効の起算点につき争いがあり、大連判昭和15・3・13民集19巻544頁は債権者意思表示必要説の立場にある。この問題については、我妻栄「月賦弁済債務の消滅時効の起算点」民法研究所収が詳しい。
- 54) なお、「利息金割合約定書」に「前書割合ノ通、年々七月十二月両度廿日限り、私方相納可申段、今般更二約約定仕候処相違無之候。然ル上ハ一ヶ年タリトモ差滞候ハ請人割合ヲ以年々無滞弁償可仕候」とある場合について、原審が「請人（保証人）各自ニ割合弁償すべきとしたのに対して、連帯して保証債務を履行すべきとの上告理由を退けた裁判例がある。【13・8・25】大判明治13・8・25大審院民事判決録明治十三年自七月至九月590頁＝明治前期大審院民事判決録6 288頁「事件番号不明 貸金足弁償催促一件」がそれであるが、遅滞した元本とそれへの法定利息に限っての請求かどうかははっきりしない（裁

判官は児島惟謙・増戸武平・伴正順)。

- 55) このことは、司法卿大木喬任の「裁判上契約証書解釈方法ノ義二付上申書」が明言するところである。法令全書936頁以下参照。なお、箕作麟祥抄訳・仏国民法契約書解釈方法説明(司法省 明治10年)がある。
- 56) 「民事答案」はフランス民法1668条を「参照」として掲げている(民事答案・地14頁)。これが何を意味するのかは不明である。
- 57) 「我国人民ノ習慣」は、「人民ノ」は気になる表現であるが、おそらくは、旧幕下の年賦金の取り扱いを指すものと思われる。石井良助・近世取引法史(創文社 1982年)156頁以下, 385頁以下参照。
- 58) たとえば、明治21年7月発行の明治十八年大審院民事商事判決録の凡例は「民事判決中ヨリ特ニ後来ノ判例模範トナルヘキモノ、ミヲ選抜シ、其解釈ニ須要ナル証憑等ヲ添附シテ……編纂」とある。ちなみに、明治18年度13件、明治19年度16件、明治20年度63件を掲載するにすぎない。もっとも、この事件そのものについていうなら、大審院は、原告人の主張が全く問題とならないと考えたためかもしれない。あるいは、利息(遅延利息)を付す起算点(原告人は年賦延滞の月からと主張し、被告人は契約成立の日と主張していた)が争点になっていながら、原審がなんなら判示していない原審判決にあきれたのかもしれない。事件そのものは、この争点につき判示していないことを理由に破棄移送となっている(宮城控訴裁判所へ)。
- 59) 明治19年5月5日勅令40号「裁判所官制」により、大審院の「判事」は「評定官」と名称変更がなされ、「上告事件ノ受理不受理ヲ審判」する民事第一局と「受理シタ事件ヲ審判」する民事第二局との二局が大審院におかれた(19条参照)。この点については、明治前期大審院民事判決録12の「判決索引」1頁の前注5参照。
- 60) 日本近代立法資料叢書22 第1編47頁参照。カークード Willam Montague Hammett Kirkwood (1850-1926) については、手塚豊「司法省御座外人カークード」同・明治史研究雑纂(慶應通信 1994年)205頁以下参照。手塚論文の初出は法学研究40巻3号(1967年)。
- 61) この判決の前になされた【21・3・26】大判明治21・3・26裁判粹誌3巻55頁「明治20年383号 執行解除件」の事案では、貸金合計9万円の請求に対して被告がこの借入金については50年あるいは250年の年賦弁済の承諾を得ている旨の抗弁をし、東京始審裁判所も東京控訴院も共に、年賦期限前には原告に返還請求権はないと判示している。しかし期限の利益喪失約款の有無は不詳である。
- 62) なお、訴訟費用の負担問題が上告理由の一つであるが、ここでは省略した。
- 63) この事件では、講の共積金からの貸付が通常の貸付が争われたが、原審(東京控訴院)は後者とみている。講の貸付かどうかの争いには【18・12・25】明治前期大審院民事判決録11 409頁, 【19・11・20】明治前期大審院民事判決録11 301頁があるが、期限の利益の問題には関係しない。
- 64) 本判決の判決月日は、鷹木一郎=朝見小三郎編・大審院判決摘要類纂(博文館 明治32年)50頁による。
- 65) 例文解釈はかなりはやくから大審院の採用する契約解釈方法であった。一例を挙げれば、大判明治17・2・8大審院民事判決録明治十七年自一月至三月151頁=明治前期大審院民事

判決録12 25頁「明治16年671号 貸地明渡一件」は、「土地ヲ貸渡シ之ニ家屋ヲ建築セシムカ如キ貸地証書ニ、何時ニテモ入用ノ節ハ明渡スヘシトノ記載アルモ、右ハ實際行ハレ難キ習慣ノ文例ニ外ナラサル者」とし、貸地明渡請求では地主の「不得止ノ必要」と借主に対する損害補償とを要するとしている。なお、尾崎忠治（主任判事）・谷津春三・大久保親正が言い渡したこの判決は、この時期の判決ではすでに少なくなっていた文言「條理ヲ推考シテ弁明及ヒ判決スルコト」・「道理上ヨリ之ヲ推考スルニ」から始めている。この問題を規律する制定法がなく、しかも適切な裁判例を見出しえなかったことによるものであろう。

- 66) 買戻に関する司法省の態度と判例の展開は独自の本格的研究が必要である。買戻権は、再売買の予約と区分されていたが、【20・4・28】大判明治20・4・28裁判粹誌2巻164頁「明治19年262号 田地買戻ノ件」が「本物返シナル地所売買契約ハ、質地同様ノ処分ヲ為スヲ以テ我國裁判上ノ習慣ナリトス。故ニ従前ニアツテハ契約ノ時ヨリ十ヶ年以後ハ受戻ノ権ナキモノトス」というように、買戻期間を10年に制限する「裁判慣例」が形成された。買戻期間内の売戻義務者による処分によって第三取得者が出現した場合、すでにみた【15・8・23】が示すように、売戻義務者による売戻義務違反につき損害賠償義務が認められる。しかし、【16・3・15】大判明治16・3・15大審院判決録明治十六年自 月至三月265頁＝明治前期大審院民事判決録9 37頁「明治15年656号 地所受戻一件」が「買戻ノ権利ヲ有スル者ハ、其目的タル地所何人ノ許ニ保有ストモ、……追跡シテ取戻サント求ムルヲ得ヘク、之レカ取戻ヲ求メラレタル保有者ハ、己レニ売渡セシ人ニ対シテ償ヲ求ムルノ外、之カ返却ヲ拒ムヲ得ヘカラ（ず）」というように、買戻権利者が第三取得者に対して買戻権の行使することが認められていたのであった。【20・12・16】大（民二局）判明治20・12・16明治二十年大審院民事判決録287頁＝明治前期大審院民事判決録13- 39頁＝若林編・判例摘要民事集513頁＝裁判粹誌2巻324頁＝裁判粹誌第一巻附録1頁「明治19年166号 約権保安請求件」は、「（本件）売買シタル当時地所建物ニ付公証人ニヨリ之ヲ公衆ニ示スノ方法アルハ只単純ノ売買ノミニシテ、条件ヲ付シタル本件ノ如キ買戻契約ヲ管理スル成法ナキニ依リ、己ニ買戻シ等ノ契約アリシ事実ノ明白ナル以上ハ公証ノ有無ヲ以テ有効無効ヲ判定スルヲ得ス」と、買戻権者は地所建物売渡譲渡規則に基づく公証を経由しなくとも売戻義務者からの取得者に対抗できるとしていた（評定官：小松弘隆・加藤祖一・松本正忠・堀真五郎・児玉淳一郎）。ところが、明治25年2月29日の大審院連合民事部の判決が、「登記法一条ニ所謂『地所建物船舶ノ売買譲與質入書入云々』トアル其売買トハ、単純ノ売買ノミヲ云フニアラス。成立上条件ヲ付シタル即チ買戻条件付ノ売買ノ如キモ固ヨリ之ニ包含シアルコト勿論ナルヲ以テ、若シ之レカ登記ヲ為サ、レハ同法第六条ニ拠リ第三者ニ対シテハ其効ヲ失フ可キモノトス」として、判例を変更した（大審院民事判決録明治二十五年自一月至二月126頁＝裁判粹誌7巻147頁＝法曹記事4号38頁）。この判決に対して法律の適用を超えるものではないかとの疑問がだされていることは、法学協会雑誌10巻4号「判決例」369頁参照。そして、大（一民）明治26・4・28大審院民事判決録明治二十六年自三月至四月140頁＝法曹記事18号136頁（48頁）「明治26年145号 田地買戻請求ノ件」にいたると、「登記法ニ於テ売買ノ登記中買戻約定ヲ併セテ記入シ得ルコトハ該法律上既ニ公認セラル、所ニシテ、爾来之ヲ併記スルハ一般ノ慣例ナリ」と豪語す

るに至っている(ただし、法曹記事は判決日を5月2日としている)。

- 67) 以下の判決も同じ趣旨である。【26・9・28】大判明治26・9・28裁判判誌8巻下30頁「明治26年322号 田地買戻契約履行ノ件」は、「買戻権利ハ買戻主ニ於テ一日タリトモ空シク其期限ヲ経過スルトキハ直ニ失権ノ効果ヲ生ス」(ただし、これは裁判判誌の要約)とし、【27・3・12】大判明治27・3・12裁判判誌9巻上83頁(明治26年371号「地所取戻損害要償ノ件」)は、「地所売買ト同時ニ買戻ノ契約ヲ為スモノハ未必条件付ノ売買ニシテ、買戻期間ヲ経過スルトキハ遅滞ニ附スコトヲ要セス直チニ失権ノ効果ヲ生ス。売買終了後ニ至リ更ニ買戻ノ契約ヲ為シタルモノハ再売買ニシテ、買戻人を遅滞ニ附シタル上ニ非サレハ、買戻期間ヲ経過シタルノミヲ以テ買戻権能ヲ失ヒシモノト為スヲ得ス」とする。【27・10・31】大判明治27・10・31裁判判誌9巻下89頁(明治27年315号)「地所建家買戻契約解除請求ノ件」も、「債務弁済ノ期限ヲ怠リタルトキハ買戻契約ハ当然無効タルヘシトノ条件付ノ契約ハ、遅滞ニ附スルヲ要セス、直ニ解除セラルヘキモノトス」と判示している。
- 68) この表現は、旧民法財産編336条第2号「期限ノ到来ノミニ因リテ遅滞ニ付スルコトヲ法律又ハ合意ヲ以テ定メタル場合ニ於テ其期限ノ到来シタルトキ」に由来するものと思われる。

## ・過怠約款に関する明治前期大審院裁判例

過怠約款に関する明治前期大審院裁判例の展開とその構造を明らかにするにあたって、過怠約款(損害賠償額予定契約および違約金)一般ではなく、問題領域を意識した分析作業が必要であろう<sup>69)</sup>。したがって、次にみる司法省内訓(1)が暗示する分野区分を手がかりに、一方的金銭債務に付された過怠約款(2)、売買契約等に付された過怠約款(3)、和解に付された過怠約款(4)、組合契約での違約金条項(5)に整理し、分析することにしたい。

### 1. 過怠約款に関する司法省内訓

裁判例の分析に立ち入る前に、関連する司法省内訓をみておくことにしたい。たとえば、明治15年5月12日の熊谷始審裁判所請訓に対する明治15年6月21日の司法省内訓<sup>70)</sup>は、消費貸借(の予約)に付された償金約定につき、次のように訓令している。



「第一条 甲期日ヲ定メ金千円ヲ乙ニ貸シ渡スヘキ契約ヲ為シ、並ニ若シ違約セハ金三百円ヲ償トシテ相渡スヘキコトヲ約セリ。而シテ、甲ハ、乙カ丙ニ該金ヲ貸与スヘシ若シ違約スルトキハ式百円ノ償金ヲ払フヘキ約定ヲ為シ置キタルコトヲ、認知シタル場合。

第二条 甲乙前条同様ノ契約ヲ結ビ、甲ニ於テ乙丙ノ約定アルコトヲ豪モ知ラサリシ場合。

第三条 甲ハ乙ニ若干円ヲ貸渡ス約定ヲ為シ、違約ノ際損害ヲ償フヘキコトヲ特約セサルモ、甲ハ乙カ丙ニ該金ヲ貸渡スヘキ約定アルコトノミヲ認知セシ場合。

右三ヶ条孰レノ場合ニ於テモ、乙カ丙ニ対シ現ニ償却セシ金額ヲ、甲亦乙ニ対シ之ヲ償却スヘキモノニ有之候哉。

#### 内 訓

第一条第二条第三条 甲ハ、乙トノ償金約定ノ有無及ヒ其金額ニ関セス、乙カ事実受ケタル損害ノ補償ニ充ツヘキ金額ヲ償フヘキモノトス。

但乙丙間ノ約定アルヲ認知シタルト否トニ関セサルハ勿論ナリ。」

消費貸借の予約に過怠約款が付されたとしても、予約義務者は予約権利者の「事実受ケタル損害」を賠償すれば足り、予約権利者と第三者との間での契約（過怠約款）の有無やこの契約についての予約義務者の善意・悪意は問題とならないとしたものである。『民事令訓集』の編集者は、この内訓につき、「違約料契約アルモ、事実損害ヲ受ケサレハ、請求シ得サル事」（378頁）とのタイトルを付している。

また、明治15年11月30日の函館始審裁判所請訓に対する「同年」2月5日の司法省内訓<sup>71)</sup>は、

「物件ヲ目的トスル契約ニ付従セル過代金ノ契約ノ如キモ、裁判官ニ於テ、其契約ノ如何ニ拘ラス、事実ニ立入り其損害ノ有無ヲ判定シ、又其金額ヲ増減スルヲ得ヘヤ。

#### 内 訓

過代契約ノ義ニ付、請訓ノ趣、見込ノ通タルヘシ。」

と、売買契約その他の「物件ヲ目的トスル契約」に付された過怠約款(「過代金ノ契約」)があったとしても、裁判官が、その内容如何に関わらず、損害の有無及びその額を確定し、その約定額を増減することができるとしている。事実損害に即した増減を肯定したこの訓令には、明治9年11月22日の司法省達80号「損害賠償方」の内容が受け継がれている。

しかしながら、同業者組合の規約が規約に違反した組合員の違約金支払義務を定めている場合については、司法省は、

「該違約金ハ、其本質違約者ヲ責罰スルモノニ非スシテ、結約者ニ於テ他日違約ヨリ生スル損害ノ償額ヲ豫定シタルモノナレハ、裁判上充分ノ効力アル可ク。然レトモ、事実上全ク何等ノ損害ヲモ他者ニ加ヘサル場合ニ於テ、之ヲ請求スルノ権ナキモノト存候」

と、ややニュアンスを異にした回答をしている<sup>72)</sup>。他の組合員が損害を蒙っていない場合は別として、違約金の裁判上の効力を承認しているからであるが、この問題は後に改めて検討することにしたい。

以上、明治15年ないし17年の司法省内訓・回答を管見したが、過怠約款ないし損害賠償額予定契約への対応で、事実損害による増減を承認する立場が司法省に根強く存在したことを窺うことができる。

## 2. 一方的金銭債務に付された過怠約款

### (1) 遅延利息と約定遅延利息

一方的金銭債務に付された過怠約款を検討する前に、別稿で解明する課題ではあるが、金銭債務等に付された約定利息の取り扱いに一言触れておく。

約定利息については、大審院は、はやくから、利息制限法の制限利率を超えないかぎり、約定利率の裁判上の請求を認めていた<sup>73)</sup>。のみならず、利息支払の約定はあるが利率を記載していない場合であっても、利息制限法の制限利率を超えない限り、法定利率を超える利息の裁判上の請求を肯定する裁判例すら見られる。たとえば、【16・3・12】大判明治16・3・12



大審院民事判決録明治十六年自一月至三月239頁 = 明治前期大審院民事判決録 9 34頁「事件番号不明 預金請求ノ一件」をみると、Xが、開店資金としてYに金銭を貸与し、書改証書に基づき元利金の支払を請求したが、その際Xは1ヶ年1割5分の割合の利率で計算した利息を請求した。始審裁判所（東京裁判所）も東京控訴裁判所もこれを認容した。利息に関するYの上告理由は、書改証書には「利子ヲ付スヘキノ約定ノミニシテ其金額記載ナケレハ、如此契約ノ利子ハ法律上ノ利子一ヶ年六厘ノ割合ヲ以テ返済スヘキ裁判」でなければならぬと述べている。

これに対して、大審院（尾崎忠治・中村元嘉・増戸武平）は、

「上告人（Y）ハ、原裁判所ニ於テ、被上告人（X）カ請求スル利子ノ計算ニ対シ何等異議アリシニ非ス、唯論弁書中ニ如何ナル利子ヲ計算シテ可ナルヤ（改政）〔甲第二号証ニ記載アル文詞ヲ指〕ノ利子トハ法律上ノ利子ヲ指スカ詳細御審理アランコトヲ希望ストアルニ過サレハ、別ニ審理スルヲ要セサルナリ。何トナレハ、被上告人（X）カ請求スル利子ノ金額ハ其訴状ニ明載アレハナリ。而シテ甲第二号証改政ノ利子トアルニ、其被上告者（X）カ相当ノ利子ヲ請求スルニ、証書ニ利子ノ金額記載ナキトテ強テ法律上ノ利子ニ引直サシムヘキ理由ナケレハ……」

と述べ、Yの主張を排斥している。この判決理由では、貸主が請求した利息を事実審が「相当」と判断したからか、あるいは借主が争わなかったからかは、明らかではない。しかし、法定利息の強行性が弱められていることは事実であった。

(2) 一方的金銭債務に付された約定遅延利息（損害金）

一方的金銭債務に付された過急約款に関する裁判例をみることにする。

【15・6・21】大判明治15・6・21 大審院民事判決録明治十五年自六月至七月109頁 = 明治前期大審院民事判決録 8 138頁「事件番号不明 貸金催促一件」

明治8年5月30日の貸金契約書の「本文ノ起頭ニ、元金弐百五拾円、利

金貳拾五円」と記載され、その「但書」に返済期限を明治8年8月30日、「其期限ニ至リ返済シ難キトキハ、引当ノ塩ヲ引渡スヘク、若シ其引渡ヲ延引スルトキハ一日ニ拾円ノ償金ヲ払フヘシ」と記載されていた事案であるが、原審（長崎上等裁判所）は、「明治八年八月二十日ノ期限後ハ塩ヲ引渡スカ或ハ償金ヲ加フヘシトノ旨趣ニ止マリ、利子ニ付テノ明約ナキヲ以テ、右期限後ハ無論法律上ノ利子百分ノ六ヲ附加スヘキ」とした。貸主Xが、塩一万俵や償金はYにおいて到底支払うことのできないものであるから、期限内の利息（3カ月ごと一割の利息）を期限後も継続して支払うべきであると告示した。これに対して、大審院（牟田口通照・尾崎忠治・中村元嘉）は、

「双方カ為シタル契約ノ本旨ヲ考索スレハ、期限内ハ本文ノ利子ヲ約シ、若シ返済ナリ難クシテ期限後ニ至レハ但書ノ旨ニ從ヒ塩又ハ一日拾円ノ償金ヲ払フヘシトノ趣意ニシテ、即チ期限内ノ利子ハ期限後ノ償金ニ更改スヘキ契約ナリト解釈スルヲ当然ノコトトス。而テ、上告者（X）ハ利子ヲ請求シテ其塩或ハ償金ヲ求メタルモノニアラサレハ、原裁判所カ右期限後ハ法律上ノ利子ヲ加算スヘキモノト為シタルハ不当ニアラサルナリ」

とし、原判決を維持した。この事件では、元本250円・年利40%の消費貸借契約に、不履行の際には塩一万俵の引渡または償金（1日10円）支払の特約が付されていた。しかし、本件において、貸主Xは、特約に基づく請求ではなく、期限内の約定利率（10%）に基づいた遅延利息（遅延損害金）を請求している。大審院は、これを逆手にとって、遅延利息の約定がないとして、法定利息によることを肯定したものと思われる。たしかに大審院は過怠約款につきそれなりの言及はしているが、なぜ「塩又ハ一日拾円ノ償金ヲ払フヘシトノ趣意」の約定が「期限内ノ利子ハ期限後ノ償金ニ更改スヘキ契約」と解釈されるのかを明らかにしたのではない。また、ここでいう「期限後ノ償金」が何を意味するかも明瞭でない。なお、本件は旧利息制限法が施行される前になされた契約に関するものであるから、

同法5条は問題とならなかつたものと思われる。

ところで、明治16年3月15日の函館始審裁判所請訓「金額ヲ目的トスル契約ニ附従スル過代ノ約定ハ、利息制限法第五条ニ依リ債主ニ損害ノ事実ヲ証明セシムヘキ者ニ付、縦令其過代金員ヲ貸金ノ名義ニ変更セシモ未タ金員ヲ受領シラサレハ尚同条ニ依リ処分スヘキ哉」に対して、司法省は、明治15年4月2日、「見込ノ通タルヘシ。但（請訓）中金額ヲ目的トスル契約トアルハ金銀貸借上ノ契約ヲ云フモノト見做シ本文内訓ニ及フ」と内訓している（民事令訓集370頁以下）。司法省によれば、利息制限法5条は「金銀貸借上ノ契約」にのみ適用されるべきものであった。これに対して、次の2裁判例は貸米契約・預ケ金契約に付された過怠約款を「罰金ノ約定」で無効視し、事実損害によることを明らかにしたものである。

【17・5・29】大判明治17・5・29 明治十七年自四月至五月555頁＝明治前期大審院民事判決録10 147頁「明治16年187号 貸米催促上告一件」

このケースは、金銭債務ではない。この事件で、原告（上告人）は、3斗当たり2升の月利米をその返済日まで付すことを請求したようであるが、原審（宮城控訴裁判所）は、「本訴ノ米額ハ明治十年十一月廿日ニ返済スヘシ、若シ返済スルコト能ハサル場合ハ三斗ニ付二升宛ノ利米ヲ添ヘ十日間ニ返済スヘシトノ約束ナレハ、即チ請合ノ性質ヲ有スル補償ノ契約ニシテ、普通ノ貸借契約ノ如キ現ニ返済ニ歸スル迄利子ヲ生ス可キ者ニ非ス」と、約定の制限的解釈をした上で、3斗につき2升のみの支払を命じた。大審院によれば、原判決は「本訴米額ノ返済ハ、幾年月ヲ経過スルモ、三斗ニ付二升ノ外、其利子ヲ請求スルコトヲ得ス」と判示したとされている。

大審院（尾崎忠治・坂本政均・牟田口通照）は、

「右証書ノ文義ヲ解釈スルニ、本訴ノ米額ハ、明治十年十一月二十日ヲ以テ返済期日トシ、若シ延滞スルニ於テハ三斗ニ付二升宛ノ米額ヲ付シ期限後十日間ニ必ス返済スヘシトノ約束ナリ。然レハ、其三斗ニ付二升宛ノ米額ヲ僅十日間ニ附セント約セシハ、取りモ直サス罰責ノ性質ヲ有スル過代之契約ト可云シテ、損害ヲ補償スルノ旨趣ヨリ出テ

タル契約ニハアラサルカ如シ。好シヤ、原裁判所力解釈セシ如ク、此米額ハ損害ノ補償ナリトスルモ、凡ソ補償ハ事実受ケタル所ノ損害ニ充ル者ナレハ、條理上宜ク其損害ノ点ヲ審明シ其理由ヲ指示セサル可ラス。

然ルヲ、原裁判所ハ一モ其理由ヲ示サス直チ二三斗ニ付二升宛ノ米額ハ請求スルヲ得ヘキカ如キ言渡シヲ為シタルハ、條理ニ乖戾セシ不法ノ裁判ナリトス。」

と判示し、破棄移送にした(東京控訴裁判所へ)。

大審院は、10日間で3斗(=30升)につき2升の米額が年利換算で240%余( $2/30 \times 36.5 = 2.43$ )になることから、「罰責ノ性質ヲ有スル過代之契約」と判断し、特約を無効とすることを指示しているかのようである。しかし、仮に原審の言うように「損害ノ補償」の約定だとしても「事実受ケタル所ノ損害」に即して審理し判決理由を示さなければならないとしているところからみると、大審院の真意は事実損害の審理にあったとみるべきであろう。とすれば、「罰責ノ性質ヲ有スル過代之契約」を無効視し、遅延賠償の問題に置き換えたことになる。

【17・6・30】大判明治17・6・30 大審院民事判決録明治十七年六月340頁 = 明治前期大審院民事判決録判決録10 194頁および374頁「明治16年379号 預ケ金催促上告一件」

この事件の事実関係は必ずしも明確ではないが、訴外Aが「一家設立」するにあたって、Y(被告・被上告者)がAに金400円を交付することになったが、Yがこれを用意できなかったために、「X(Aの「代理(人)」)カ之ニ代リAニ渡シ、其金額ヲ仍ホ上告第一号証預金ニ取結」んだ。この「預り金証書」(原告第一号証 = 被上告第一号証)には、「万一該日限返却方相滞候節者期限ノ日ヨリ一日ニ金二円ツヽ利増云々」との記載があり、XがYに対して金400円と「利増」金の支払を請求したのが本件訴訟。原審(宮城控訴裁判所)は、原告の請求を認容したが、「期限ノ日ヨリ一日ニ金二円宛ニ利増云々」の約定については、利息制限法に従って「年一割

五分」の利息<sup>74)</sup>の支払を命じた。Yが、契約の無効を主張し、仮に返還義務があるとしても、本件預け金は無利息の契約であり、「期限ノ日ヨリ一日二金二円宛ニ利増云々トノ、法理ニ構ハサル契約」に依拠した裁判は不当であるとして上告した。

大審院（尾崎忠治・坂本政均・牟田口通照）は、Yの上告理由を退け、「被上告第一号証〔預り金証書〕金額八（上告者Yが）被上告者（X）ニ対シ償還スヘキ責アルハ当然」としたが、「利増云々」の特約につき、次のように判示した。

「被上告第二号証末段二万一該日限返却方相滞候節者期限ノ日ヨリ一日二金二円ツ、利増云々トアリテ、表面ハ利息ノ如クナルモ、其実罰金ノ約定ト云フヘキナリ。何トナレハ、被上告第二号証ハ預金ノ証書ニシテ無利息ノ契約ナレハ、返却期日ノ日ヲ経過スルトテ直ニ一日二円ノ利息ヲ生スヘキ筈ナケレハナリ。然ラハ明治十年第六十六号布告利息制限法第五条ニ依リ損害ノ補償ト見做シ審判セサルヘカラサルモノナリ。然ルニ原裁判所ハ事茲ニ出テスシテ被上告第二号証末段ヲ以テ通常利息ノ契約ト為シ、明治十五年一月ヨリ制規ノ如ク年一割五分ノ利子ヲ付シ云々ト判決シタルハ不法ノ裁判ナリトス。

右ノ理由ナルヲ以テ、宮城控訴裁判所カ本案ニ対シ言渡シタル終審裁判ノ内第二条ノ末項一部ヲ破毀シ、直ニ本院ニ於テ終審裁判ヲ与フル左ノ如し。

抑モ被上告第二号証末段ハ、前文ニ説明スル通り表面ハ利息ノ如クナルモ其実罰金ノ約定ナルヲ以テ、利息制限法第五条ニ依リ損害補償ナリト見做スヘキモノナリ。而シテ被上告者カ受ケタル損害ハ失フタル利益即チ返済期限后ニ生スル利息ニ外ナラサルヲ以テ、上告者ハ被上告者ニ対シ其損害補償トシテ年六分ノ割合ヲ以テ明治十五年一月以后ノ利息ヲ償却スルノ義務アルモノトス。」

大審院によれば、第一に、無利息の預け金契約では期限経過後に約定利息が生ずる筈はないから、「利増云々」の約定は「表面ハ利息ノ如クナル

モ其实罰金ノ約定」であり、第二に、罰金の約定は、利息制限法5条に基づいて、損害補償の約定とみなすべきであり、第三に、Xが受けた損害は「失フタル利益」＝「返済期限后ニ生スル利息」であるから損害補償として一年6分の割合で償却する義務がある。

【18・10・21】大判明治18・10・21明治前期大審院民事判決録11 322頁「事件番号不明 貸越金返済ノ件」

公式判例集に収録されなかった判決であるが、X(原告・上诉人)がYに対して「貸越金返済」を請求した事件。原審(宮城控訴裁判所)は、「被控訴第二号及第八号証ノ契約ハ、正当ノ原由ナキ契約ナルヲ以テ、裁判上之レヲ遂ケシム可キモノニアラサレハ、五百二十九円七拾銭三厘八俵令控訴人(Y)カ既ニ払ヒ渡シタルモノトスルモ、元利ノ外之レヲ収納ス可キノ条理ナキモノトス」とし、「依テ被控訴人(X)ハ請求金額ノ内ヨリ、先ニ手数料トシテ受取りタル五百二十九円七拾銭三厘」を「当時受取りタルモノトナシ、更ニ計算ノ上其残金ヲ受取ルヘシ」と言い渡した。Xは、原審が「正当ノ原由ナキ契約」と言うがこの契約の履行を請求する場合は別として、すでに履行された場合に「履行者ヨリ被履行者ニ対シ之ヲ旧ニ復サシムルノ訴権」があるといえるのか、「正当ノ原由ナキ契約」とするのは過大金契約または手数料契約だからなのか、また論旨が混乱しているとして上告した。

大審院(原田種成, 加藤祖一, 寺島直)は次のように展開し、上告不受理とした。

「原裁判所ハ……乙第二号及第八号証ノ手数料ハ受取ルヘキ条理アルヤ否ヲ判決シタルモノノ……過大契約ナリヤ手数料予定ノ契約ナリヤ判定シタルモノニ非ス。

原裁判所ハ、乙第二号及第八号証ノ契約ハ原由ナキ契約ト認定シ、裁判上之ヲ遂ケシムル可キモノニ非サレハ、俵令此ノ契約ニ依リ被上告者(Y)カ既ニ金員ヲ払ヒ渡シタリトスルモ、元利ノ外上告人(X)カ収納ス可キ条理ナキモノトノ理由ヲ判示シ、其判決ノ結局ニ

於テ、被控訴人（X）ハ請求金額ノ内ヨリ先キ二手数料トシテ受取りタル云々（を）当時受取りタルモノトナシ、更ニ計算ノ上其残金ヲ受取ルヘシ、ト言渡シタルハ理由ト判決ヲ具備シタル至当ノ裁判……。

何トナレハ、別事件ニシテ既ニ遂ケタル無原因契約ハ仮令現在ノ事件ニ關係ヲ有スルモ現在事件ノ裁判ヲ為スニ当リ唯ニ遂ケシム可ラサル、ノ条理ヲ判スル而已ニテ、直ニ之ヲ更正スルヲ得可ラサルハ無論ノコトナレ共、本項ノ事件ハ本訴ノ裁判ヲ為スニ当リ共ニ更正スルヲ得可キモノナレハナリ。」

大審院は、原審判決は「乙第二号及第八号証ノ契約ハ原由ナキ契約ト認定」・「乙第二号及第八号証ノ手数料ハ受取ルヘキ条理アルヤ否ヲ判決」したに止まるのであって、過大契約とか手数料予定契約であるかどうかに関心を持ち入ってはいないとして、上告理由を排斥している。この判決でも、Xの請求額と「無原因契約」に基づく給付の返還請求権との差引計算が肯定されている。

【19・3・30】 大判明治19・3・30 明治前期大審院民事判決録12 107頁「事件番号不明 立換金損害利息請求ノ件」

本件も公式判例集に収録されなかった判決であるが、別訴で、X（本件原告・被控訴人・被上告人）がYに対して道路請負立換金請求訴訟を提起したが、大審院は名古屋控訴裁判所に破棄移送とした<sup>75)</sup>。しかし、Xはこの道路請負立換金請求訴訟において立替金の利息を併せて請求してはならず、本件においてXが立替金の利息（6%）を請求した。原審（東京控訴裁判所）は、Yは本請求につき、再訴にあたること、Xが利息を放棄していること、また道路請負立換金請求訴訟が確定していないと抗弁したが、原審（東京控訴裁判所）はXの請求を認容した。Y上告。

Yの上告に対して、大審院（加藤祖一・増戸武平・寺島直）は、

「前訴ト後訴ト其詞訟人及ヒ目的原因トモ総テ同一ナル者ニアラサルハ再訴ト云フヲ得サルニ付、曾テ両造間ニ争訟シタル道路請負立換金請求ノ訴件ト本件即チ右立換金ヨリ生シタル損害利息請求ノ訴件トノ

如キハ是ヲ以テツノ事件若クハ再訴ト云フ可カラス。……

但シ、明治六年第四十三号布達ノ但書ニ於ル、元金請求ノ訴訟確定ノ後ニ起ル利足請求ノ訴件ニモ亦適用シ得可キハ勿論、損害ノ金高ヲ量定スルハ事実裁判官ノ権内ニ付、利息制限法中法律上ノ利息ノ歩合ニ依リ其償額ヲ積算シタルニ拘ラス總テ之ヲ以テ事實受ケタル損害ニ適當ナリト認定スル以上ハ、本院ニ於テ監査ス可キ限りニ非ス。」

とし、上告不受理とした。大審院によれば、原審は旧利息制限法3条が定める法定利息6%をもって「(本件においてXが)事実受ケタル損害」と積算・認定したものである。

【19・10・29】大判明治19・10・29 明治前期大審院民事判決録12268頁=裁判粹誌1巻53頁「明治18年202号 貸金催促ノ件」

X(原告・被控訴人・被上告人:第八十二国立銀行大阪支店)がY(第七十九国立銀行)に対して、貸金元利合計1,1097円56銭を請求した訴訟で、一審・控訴審(大阪控訴裁判所)ともに、Xの請求を認容した。Yの上告に対して、大審院民事第二局(尾崎忠治・増戸武平・小松弘隆・寺島直・松本正忠)は、以下のように説示し、破棄移送とした(広島控訴院へ)。

「上告第一二号延期証書中其期限ヲ経過スルトキハ原約期限ニ遡リ済方スヘシトノ特約アルニアラサレハ、既ニ承諾上変換シタル期日ニ立戻ルコトハ容易ニ為スヲ得ヘカラサル道理ナルノミナラス、上告第一号証第八九条ニ於テ『同年十一月五日ヲ経過シ売却処分ヲ為サ、ルトキハ、其ノ期日后ハ其延日数ニ応シ違約料トシテ利足三倍ノ割ヲ以テ差出可申』、又ハ『借入金ノ返済方ニ付前ハケ条ニ分割シタル手續ヲ締約シタル上ハ必ス実行スト雖モ、万一違約之廉有之候ヘハ第四条ニ記載シタル御下戻シ公債証書ハ御取押ヘ御勝手ニ御売却可被下』等ノ条件ヲ特記シテ、上告銀行(Y)カ違約シタル場合ニ負担スセシムヘキ義務ヲ故ラニ明約シ置タルニヨレハ、上告銀行(Y)カ仮リニ違約シタルニ相違ナシトスルモ、被上告銀行(X)カ原約ニ立戻ラスシテ上告第一二号証ニ依リ義務ノ執行ヲ要ムル意思ナリシコトハ、証書文



言中ニ寔ニ明ラカナルモノナリ。

然レハ、被上告銀行（X）ニ於テ上告銀行（Y）ニ違約ノ廉アリトテ已ニ変換ニ属シタル原約期限ニ遡リ元利一時ニ請求スルハ不当ニシテ、上告銀行（Y）カ之ヲ抗拒スルハ却テ当然ナルニ、原裁判所於テ『Yハ利益ノ約束ニ従ハサル上ハ、X……貸金元利一時ノ請求ヲ為スモ、Y之ヲ拒ムハ不條理ナリ』ト言渡シタルハ条理ヲ顛転シタル不法ノ裁判ト云ハサルヲ得ス。（以下省略）」

大審院は、原契約を「変換」した後の契約を解釈し、債権者（X）は不履行の場合「変換」された契約に基づく義務の履行を求める意思であったとするにとどまる。後の契約に含まれる「違約料」の約定等の効力には立ち入っていない。

【19・12・16】大判明治19・12・16 明治前期大審院民事判決録12387頁＝裁判粹誌1巻102頁「明治19年89号 貸金催促ノ件」

この事件でも事実関係は明確ではないが、裁判粹誌によれば、X（原告・被控訴人・上告人。当事者の表示によれば、Xは「土族、貸金会社支配人」とある）が、Yに1,400円を貸与し、数次にわたり「元金及損害」として合計960円68銭を受領したが（大審院によれば、この内の292円余は損害金として受領したものである）、残額1428円80銭の支払請求をしたのが本件。Yは、損害金と称するものは「当初双方ノ甘諾ニ出テタル」ものであるが、利息制限法に違反しているから元利から控除すべきであると抗弁した。原審（東京控訴裁判所）は、Xは「事実損害ノ証明」をしておらず、「当初仮令過剰ノ利子ヲ払フヘキ口約アリタリトスルモ……又甲第三号已下数証ハ過当ノ利子ヲ払フヘキコトヲ控訴人（Y）カ認メタルモノト解釈ヲ下スモ、到底上文制限法ニ反スルヲ以テ、被控訴人（X）ノ不当ノ望ミヲ充タシムルノ条理ナキモノトス」（録388頁）として、「従来損害金トシテ受取りタル金円ハ上告人（X）貸金元利ト差引スヘキモノナル旨言渡シタ」（裁判粹誌103頁）。これに対してXは、Yがすでに相手方が事実損害のあることを認めてこれを償却した場合には事実損害を証明する必要

はないし、利息制限法 2 条の「裁判上」から明らかなように、「既ニ授受シ了シタルモノ」まで溯って適用するのは利息制限法の解釈を誤ったもの、と上告した。

大審院民事第一局(中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児玉淳一郎)は、

「上告第一条ヲ按スルニ、上告人(X)ハ、曾テ被上告人(Y)ヨリ弁済ヲ得タル金額ノ内、式百九拾貳円余八契約ノ利子ノ外損害金トシテ受取タル事ニ異論ナキモノナリ。然ルニ、被上告人(Y)ハ、其実損害ナルモノ之レ無ク、契約外ニ金円ヲ払入レタレハ此金円八元利ノ内ヘ加算スルヲ当然ナリト論証シタリ。故ニ、若シ上告人(X)ニ於テ果シテ損害ノ賠償ヲ得ヘキ事実アラハ之ヲ証明セサルヘカラス。否ラサレハ、上告人(X)ノ受取タル金円八、無原因ニ属スルヲ以テ、元利ノ差引ニ立ルヲ当然トス。依テ原裁判ヲ目シテ挙証ノ責任ヲ顛倒セリト云ヲ得ス。

上告第二条ヲ按スルニ、明治十年太政官布告第六十六号利息制限法ニ関スル原裁判所ノ説明ハ、上告人(X)論旨ノ如ク、其当ヲ得スト雖モ、右八仮設ノ説明ニシテ、判決ノ主旨前条ニアルヲ以テ、破毀ノ理由ト為スニ足ラス。

右ノ理由ナルニ依リ判決スルコト左ノ如シ。

本件ノ上告ハ之ヲ受理セス。」

と判示した。

この大審院判決は、元利金として受領した額と損害金として受領した額とを峻別し、この事案を後者、つまり約定利息のほかに「契約外ニ」「損害金トシテ」受領した金銭の問題と捉えるべきであるとした上で、受領債権者は「損害ノ賠償ヲ得ヘキ事実」の存在を立証すべきであるとし、立証のないとき受領した金銭は「無原因ニ属ス」から「元利ノ内ヘ加算スル」・「元利ノ差引ニ立ル」のが当然であるとしている。ここでは、金銭消費貸借における損害金を「債主ノ事実受ケタル損害」の補償にあるとする

旧利息制限法5条の思考が前面に打ち出されている。さらに、本判決は、「元利ノ内へ加算スル」・「元利ノ差引ニ立ル」といい、既発生の利息および元本への充当計算を行うとした。この根拠は「無原因ニ属ス」金円の受領に求められており、不当利得返還請求権との相殺法理を展開したものとみるべきであろう。というのは、原審が「過剰ノ利子」といった表現を用いたために受領損害金を制限超過利息の問題（したがって旧利息制限法2条の問題）と混同される余地を作り上告理由を誘引したことを踏まえ、このような立論の余地を妨げようとしているからである。

ちなみに、ポアソナード氏起稿・民法草案権利獲得方法之部882条2項（第47冊101頁）、ポアソナード氏起稿・再閱修正民法草案註釈第三編1382条2項等を経て確定した旧民法財産取得編187条2項は、制限超過利息を法律上の制限に「減却」とし、「此制限ヲ超エテ為シタル弁済」を「元本ノ弁済ニ充当シ又ハ之ヲ取戻スコトヲ得」としているが、周知のように、これは施行にいたらなかった。また、財産取得編187条2項は制限超過利息に関する規定であるから、損害金には関係しないものであった。本判決における民事第一局の制限超過利息・損害金の峻別論には、大審院民事第一局に固有の事情があったものと思われる。

それは、詳細は別稿で明らかにすることではあるが、制限超過利息の法的処理を争点とする〔20・4・27〕大判明治20・4・27明治前期大審院民事判決録13- 352頁＝裁判粹誌首巻193頁「明治19年83号 貸金催促ノ件」について、上告受理の可否を審査していた民事第一局（中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児玉淳一郎）が、〔19・12・16〕の判決日より前の明治19年11月6日に、

「本件八、多数ニヨリ、受理スヘキモノト議定ス。其所以ハ、利息制限法八既ニ引渡シタル分ヲモ制裁スル法意ニアラス。然ルニ原裁判所カ既了未了ヲ問ハス悉ク引直スヘシト判決セシハ法律ノ解釈ヲ誤リタルモノナレハナリ。」

と、表決によって、上告受理（つまり、民事第二局の審理に移すこと）を

決定していたことである<sup>76)</sup>。そして、民事第二局も「利息制限法八既二承諾上授受シアル分ヲモ制裁スルノ法意ニアラス。」と、第一局とほぼ同じ立場を採用した(〔20・4・27〕)。大審院は、この判断以降、既済の制限超過利息の元本充当計算または返還請求を否定する法理を確立しさらにこれを拡張的に適用していくことになる<sup>77)</sup>。本件、つまり〔19・12・16〕判決で、民事第一局が損害金(「損害金トシテ受取タル金額」)であることを強調したのは、既払制限超過利息の取り扱いでの判例確立を意識していたからに他ならない。

以上いくつかの裁判例をみてきたが、次のように要約することができよう。訴訟銘を「預ケ金催促」とする〔17・6・30〕で、大審院は、「期限ノ日ヨリ一日二金二円宛二利増云々」の約定を「其实罰金ノ約定」と認定し、利息制限法5条を援用してこの特約を「損害補償」の約定と見なし、法定利息に基づく支払を命じている。また、立替金から生じた「損害利息」につき、利息制限法が定める利息を「事実受ケタル損害」と認定することを妨げないとしている(〔19・3・30〕)。これに対して、貸金請求事件では、原告の請求の仕方を逆手にとった〔15・6・21〕は別として、大審院は、過怠約款を「無原因契約」構成を介して無視し、これを「事実損害」によって判断している(〔18・10・21〕・〔19・12・16〕参照)。貸米契約に付された延滞利米約定についても、大審院は、貸主が「事実受ケタル所ノ損害」によって制限することを指示している(〔17・5・29〕参照)。

このように、一方的金銭債務に付された懈怠約款について、大審院は、明治9年11月22日司法省達80号「損害賠償方」の「事実損害」、旧利息制限法5条の「事実受ケタル損害ノ補償」および明治15年6月21日司法省内訓の「事実受ケタル損害ノ補償」の構成に依拠して判断していたといえよう。本稿の段階では、明治20年以降の関連裁判例を検出し得ていないので確定的なことはいえないにせよ、旧利息制限法5条が存続している以上、これが明治前期の大審院の基本的立場であったと判断してよいと思われる。

### 3．売買契約その他の契約に付された過怠約款

#### (1) 明治民法施行直後の大審院の「(判例)認識」

前項で一方的金銭債務に付された過怠約款をみたのであるが、これ以外の契約に付された過怠約款の効力はどのような評価をうけていたのであるうか。

たとえば、明治民法施行（明治31年7月16日）直後の大審院第一民事部の一判決は、「民法実施前後ヲ問ハス、当事者ハ売買ノ違約ヨリ生スル損害額ヲ予定スルコトヲ得。裁判所ハ濫リニ其予定額ヲ増減スルコトヲ得ス。」（民録の「判決要旨」）との認識を示していた。しかし前掲・明治16年2月5日の司法省内訓からすれば、このような認識にはその根拠が乏しいように思われるのであるから、以下の検討ではこのような認識の背景を明らかにしなければならないであろう。その前にこの判決、つまり【31・10・11】大判明治31・10・11民録4輯9巻20頁＝裁判粹誌13巻281頁「明治31年105号 違約金請求ノ件」を検討しておこう。

本件の原告X（被控訴人・被被告人）は被告Y（丹礬製作に従事）に対し400円の貸金債権を有しており、400円の借用証書（乙第4号証）に基づく貸金返還を別訴で請求している。他方で、YはXに対して「丹礬代金請求」（民録21頁末尾～22頁1行目、22頁6行目）訴訟を提起している。

ところで、Yは、甲第一号証で、「別紙証（四百円借用証ヲ指ス）ノ返済期限二至リ元利皆済ヲ了ヘサルトキハ、貴殿ノ御承諾ヲ得テ延期ヲ請フヘク、然ルトキ拙者ノ製造ニ係ル硫酸銅製作全部ヲ貴殿一手買取方兼テ契約之有二付、其売買代金ノ内ヨリ毎月金二拾円也宛ヲ取別紙借用元利崩済ノ途ニ当テ元利皆済ノ義務ヲ相果スヘク候」（民録22-23頁）としていた。Xが、この約定に基づきYに違約金の支払を請求したのが本件である。一審（大阪地方裁判所）、控訴審（大阪控訴院）は、ともに、Xの請求を認容しなかった。

大審院第一民事部は、「原判決ハ、甲第一号証ノ文詞ヲ解釈シテ被告人（Y）ハ明治二十九年中ニ於テモ被告人（X）以外ノ者ニ其製造スル丹

鬻ヲ売却セサルコトヲ契約シタルモノト為シ、随フテ同年中上告人(Y)カ同品ヲ他ニ売却シタル行為ハ即契約違反ノ行為ナリト認定シタルコトハ、原判文上明白」(23頁)とした上で、

「民法施行ノ前後ヲ問ハス、元来、当事者ハ本件ノ如キ売買契約ヨリ生スル損害額ヲ予定シ違約ノトキ之ヲ授受スヘキコトヲ自由ニ約定スルコトヲ得ヘシ。随テ裁判所ハ之ニ干渉シテ濫ニ其予定額ヲ増減スヘキモノニアラス。

利息制限法第五条ハ負債主ヨリ債主ニ対シ違約金等ヲ差出スヘキコトヲ約定スルコトアルモ裁判官ニ於テ該債主ノ事実受ケタル損害ノ補償ニ不当ナリト思量スルトキハ之レヲ相当ニ減少スルコトヲ得ル旨ヲ規定セルモ、此規定ハ単ニ金銭貸借契約ノ場合ニノミ適用スヘキモノニシテ、本件ノ如キ売買契約ノ場合ニ適用スヘキモノニアラス。」(24頁)

ここでは、本件での過急約款(甲一号証書)が、もともと400円の借用証書に付されたものであるにもかかわらず、原審が行った甲一号証の解釈を援用する形で、Y・X間の丹鬻売買契約に付されたものとされている<sup>78)</sup>。この意味で、大審院の判決理由自体が批判的分析の対象であろう。しかし、ここで問題とされるべきことは、「民法実施前後ヲ問ハス、当事者ハ売買ノ違約ヨリ生スル損害額ヲ予定スルコトヲ得。裁判所ハ濫リニ其予定額ヲ増減スルコトヲ得ス。」(「判決要旨」)との認識が何に由来するのかわかる。

(2) 裁判例 事実損害論から損害および損害額証明不要論へ

一方的金銭債務以外の領域では、恐らくすでにみた〔10・2・28〕が嚆矢であろうが、明確な形で約定違約金に最初に言及したのは次の大審院判決である。

【11・10・9】大判明治11・10・9 大審院民事判決録明治十一年九月十月1254頁 = 明治前期大審院民事判決録3 262頁「事件番号不明 約定違約金催促一件」

華族であるYが外国人等との商取引を行うにあたって、「華族ノ名義ニ

テハ不都合有之」ということで、X名義で商取引を行うことにY・Xが合意し（明治9年2月23日）、来る3月4日に「本約定」を締結する旨の「仮約定」（甲一号の「約定書」）をYが家令とともにXに差し入れた。この仮約定書には「来ル三月四日本定約取極可申約、右日限本約取結ノ儀違約致シ候歟又八拙者共ニ於テ如何様不慮之儀出来候共、貴殿へ聊迷惑相掛ケ申間敷候。萬一前書約定ノ儀ニ付致違約候節者、為違約償金、二千五百円宛両家ヨリ差出シ相渡可申候」との記載があった。Yが「本約定」を締結せず、またXが取引の手付金その他の費用を支出し損害を蒙ったとして、本件の訴えを提起した。その間に勧解の出願がなされたが、両者示談の上で11月17日付けの「済方延期対談（書）」が勧解裁判所に提出され、そこにも「違約金式千五百円」の記載がある。

初審は「損害ノ証拠アラサレハ該償金八原因ナキニ付無効ノ契約」とし、控訴審も「原告損害ヲ請ケタルノ証非ラサレハ、原告請求スル違約金八其原因ナキ違約金」とした。Xの上告に対して、大審院（南部甕男・尾崎忠治）は次のように判示し、原審判決を破棄すべき理由がないとした。

「原告ヨリ請求スル違約償金八原告ノ損害ヲ受ケタルト否サルトニ關セス被告ニ於テ之レヲ償フヘキ契約ナルヤ否ヤヲ推究スルハ本件弁明ノ主要ナルヲ以テ、之レヲ明治九年二月二十三日ノ約定証書ニ徴スルニ、貴殿へ聊力迷惑相掛申間敷候萬一前書約定ノ儀ニ付致違約候節ハ為違約償金二千五百円差出シ相渡シ可申ノ文詞アリテ、其文意ハ被告ニ於テ違約シテ原告ニ迷惑ヲ掛ケタルトキハ之レヲ償フヘキ旨趣ナルコト明瞭ナレハ、原告ノ損害ヲ受ケタル時ニ限り被告ニ於テ之レヲ償フヘキ契約ニテ、原告ノ損害ヲ受ケタルト否サルトニ關セス弁償スヘキ契約ニ非ストス。何トナレハ、原告ニ於テ損害アレハ其迷惑トナルニ由リ弁償スヘキモノナレトモ、若シ損害ナケレハ其迷惑トナラサルニ由リ弁償スヘキ理ナケレハナリ。

且ツ、夫レ償金ノ性質タルヤ、甲者ノ所為ニ因リ乙者ニ損害ヲ與ヘタル時甲者ヨリ其損害ヲ償フ為メ乙者ニ払フヘキモノナレハ、若シ乙

者ニ於テ損害ヲ受ケサルトキハ乙者ハ甲者ニ対シ其償ヲ求ムル権利ナシトス。何トナレハ、其償ヲ求ムル原因タルヘキ損害ナケレハナリ。故ニ本件ノ違約償金ハ原告ニ於テ實際ノ損害ヲ受ケサル上ハ被告ニ対シ請求スル権利ナキモノトス。

右ノ訳合ナルニ由リ、被告ハ東京巴町区裁判所勸解ノ席ニ於テ原告ト濟方ノ対談ヲ為シ延期対談書ヲ差出シタリト雖モ、猶弁償ノ義務ヲ負ハサルモノトス。其故如何トナレハ、原告力償ヲ求ムル原因タルヘキ損害ナキ上ハ、被告ヨリ其償ヲ為スヘキ為メ原告ト為シタル対談モ亦原因ナキモノトナレハナリ。

是レ則チ東京上等裁判所ニ於テ原因ナキ違約金ナリトノ裁判ヲ為シタル所以ナリ。」

この判決は、一方で、明治9年2月23日の約定証書を解釈し、「迷惑」を手がかりに、原告が損害を受けた場合に限り違約償金を支払う旨の約定であるとする。他方で、償金の性質論から、償金請求の「原因」たる「實際ノ損害」がなければ償金請求はできないとし、明治9年11月17日の濟方延期対談書も、償金請求の「原因タルヘキ損害」がない以上、「原因ナキ対談」であるとしている。ここでは、過怠約款に基づく請求でも「原因」としての「實際ノ損害」存在を主張・証明しなければならないとされている(もっとも、この判決では減額云々は問題ともなっていない)。

【14・10・20】大判明治14・10・20 大審院民事判決録自明治十四年十月至明治十四年十二月134頁 = 明治前期大審院民事判決録7 194頁「事件番号不明 田地売買違約金及損害金請求一件」

田地所有者Y(被告・上告人)とXとが田地の売買契約を締結し、契約履行のために両者が戸長役場に赴いたが取引を延期したところ、翌々日に「(Yが)契約ノ耕地ヲ他人ニ売却シタル形跡」があった。XがYに違約金等を請求した。原審(東京上等裁判所)は、「(Yは)原被告第一号証ノ契約ニ基キ違約金トシテ右一號証地所代価千百三拾五円ノ一割ヲ原告(X)ヘ償却スヘシ」と判示した。Yが、自己に違約はなく、仮に違約し



たとしても「事実ニ損害ナキ無原因ナル約定金」であると上告。

大審院（裁判官不明）は、以下のように判示して、原審の裁判を破棄すべき理由がないとした。

「本訴違約ノ責メハ上告者（Y）ナリト認定スルヲ以テ相当ノ事ナリトス。既ニ上告者ヲ以テ違約ナリトセハ、互相ニ交換シタル第一号証ノ明文ニヨリ、即チ被上告カ予備シタル一千余額ノ金ニ対シ損害要償ノ義務ニ任スヘキハ固ヨリ当然ノ事ナリトス。故ニ、原裁判所ニ於テ違約ノ責メヲ上告者（Y）ニ帰シ、『原告被上告第一号証ノ契約ニ基キ違約金トシテ右一号証地所代価千百三拾五円ノ一割ヲ原告ヘ償却スヘシ』ト言渡シタルハ不当ノ裁判ニ非ストス。」

この事件における一号証の内容を判決書から読みとることが出来ないの  
で、評価は困難であるが、約定売買代金額の一割の違約金を「損害要償」  
として支払う旨の合意がなされていたとみるべきか。いずれにせよ、原審  
も大審院も、損害要償の約定に従った請求を認容している。

【14・12・14】大判明治14・12・14 大審院民事判決録自明治十四年十  
月至明治十四年十二月497頁＝明治前期大審院民事判決録7 234頁「明治  
14年613号 地所売渡履行一件」

この事件では、「約定証一札之事」と題する上告第一号証の意味内容が  
争われたようである。X（原告・上告人）がこの証書に基づきYに対して  
地所引渡の履行を請求した。大審院によれば、「約定証一札之事」と題し  
た上告第一号証の前段には、「地所売渡約定候処実正タリ」とあり、また  
後段には「万一其節ニ至リ及違約候得ハ、別紙預リ金期限ノ通相渡可申、  
其利子トシテ右地所ノ宛口米委任状ヲ以御請取可被成云々」の記載があっ  
た。Xは、この証書は「地所売買ヲ主本トシテ取結ヒタル契約」であって  
違約に関する文詞は「主本ノ契約ヲ鞏固ニスル為メ書載シタル文詞」にす  
ぎないと主張した。また、地券証を既に受領し、Y名義で公租諸費を納付  
し、小作証書をYが受領し、かつ地所名前書換の約定もあると主張してい  
る。これに対し、Yは、当該証書は「自己ノ関セサルモノ」と主張したよ

うである。原審はこの契約を「過代ノ契約」とした上で、Yに地所引渡義務はないと判断した。

Xの上告に対し、大審院（巖谷龍一・武久昌孚・中村元嘉）は、

「此約定タル、売買ヲ結了シタル主意ニアラスシテ、売買ノ預約ヲ為シ、而シテ其預約ニ背キタルトキノ事迄ヲモ慮リタルモノナリ。故ニ原裁判所力違約ノトキハ過代ヲ出スノ契約ナリト認メ、而シテ右約定書通りノ所置ヲ為サ、ルトキニ非サレハ強テ地所引渡ヲ求ムルノ權ナキ旨言渡セシハ相当ナリトス。」

と、原審判決を肯定した。事実関係を読み取ることが困難なために、大審院が引用する「(原審のいう)右約定書通りノ所置ヲ為ササルトキ」が何を意味しているのか、不明である。すくなくともXの履行請求を否定する論拠として売買予約構成が採られていることは確かであるが、本件では違約金契約(「過大ノ契約」)の効力そのものの判断はなされていないとみるべきであろう。

【16・6・11】大判明治16・6・11 大審院民事判決録明治十六年六月84頁＝明治前期大審院民事判決録157頁「明治16年73号 地所売買約定違背金請求一件」

XがYから地所(田)を購入する売買契約を締結したが、その契約書(第一号証)によれば、明治15年5月30日に双方売買契約上の義務を履行することになっていた。YがXに対し地所売買約定取引請求訴訟を提起し、Xは大阪始審裁判所の判決を不服として控訴したが、大阪控訴裁判所はXの控訴を棄却した(明治15年8月24日)。Xは、この訴訟に対して、Yに偽られて悪田を買わされたとして第一号証契約の「取消」を大阪始審裁判所に「出訴」(反訴であろう)したが、大阪始審裁判所は詐欺の証拠が不十分だとし、大阪控訴裁判所もこれを是認したようである。

Xは、この判決に服するとして、Yに対し契約の履行を要求した(先になされた大阪控訴裁判所判決の執行請求のようである)が、Yの要請によってXはその履行を明治15年10月3日まで猶予した。しかし、その期日

にいたるも履行がなされなかった。Xは、売買契約書（第一号証）における特約「期日通り売渡方ニ差支ヲ生セシメタルトキハ、此約定破談ハ勿論、御手数料且諸雜費トシテ金四百円違約金差出可申候」に基づき、Yに対し、契約取消、違約金400円を請求したのが本件訴訟である。

原審は、「本訴ハ、終審ノ裁判ヲ受ケ該執行願ニ対シ、第二号証ノ如、被告（Y）カ差支ヲ生セシメ其執行願ヲ取消シタルモノナレハ、被告（Y）ハ第一号証ノ違約者ナル旨起訴スト雖モ、其第二号証ノ如キ原告（X）カ自カラ取消ヲ願出タルモノニシテ、未タ被告（Y）カ執行ヲ遂クル能ハスト確定スヘキニアラス。依テ（X）には本訴ヲ起スノ権利ナキヲ以テ、控訴状受理及ハス却下ス」と判示した。ここで原審判決が挙げている「第二号証」は、上告理由によれば、Xの執行請求訴訟において、Yが「法庭ニ於テ猶予願ノ節ニ、十月三日迄ノ延期ヲ請ヒ」、Xがこれを承諾し「官吏ノ面前テ取結ヒタル」「十月三日ニハ土地引渡ヲナスヘキ契約」である。

大審院（安居修蔵・坂本政均・山本昌行）は、

「本訴起訴者ハ上告者（X）ナリ。然シテ其訴フル所ノ旨趣ハ、是ヨリ先キ、上告者（X）ハ被上告者（Y）ヨリ掛ル地所売買約定取引請求ノ詞訟ニ対スル大阪始審裁判所ノ裁判ヲ控訴シ遂ニ明治十五年八月二十四日大阪控訴裁判所ノ終審裁判ニ服シ、被上告者（Y）ニ対シ上告第一号証契約ノ執行ヲ要求シタルモ、被上告者ノ情願ニ任セ、同年即チ明治十五年十月三日迄右執行ノ猶予ヲ与ヘタリシニ、被上告者（Y）ハ同日即チ明治十五年十月三日ニ至ルモ仍ホ其執行ヲ怠リタルハ是レ即チ上告第一号証ノ契約ニ違背シタル者ナリ。故ニ、仮令被上告者（Y）ニ於テ他日上告第一号証契約ノ土地引渡シヲ為シ得ルノ目的アルモ、一旦既ニ該証ノ約ニ違フタルカラハ、上告者（X）モ亦該証ノ約ニ基キ最早該証契約ノ土地引渡ヲ受クルノ義務ナキヲ以テ、即チ該証ニ『期日通り売渡方ニ差支ヲ生セシメタルトキハ、此約定御破談ハ勿論、御手数料且諸雜費トシテ金四百円違約金差出可申候』トア

ルニ基キ、該証ノ契約ヲ取消シ且違約金四百円ヲ請求スト云フニアリ。

然レハ則、原裁判所ハ之ニ対シ被告者(X)ノ答弁ヲ俟チ、第一被告者(Y)ハ果シテ明治十五年十月三日迄ニ上告第一号証契約ノ土地引渡ヲ怠リタルヤ否ヤ、第二右怠リノ所為ハ上告第一号証ノ約ヲ取消スヘキ者ナルヤ否ヤ、第三上告者(X)カ違約金ノ要求ハ至当ナルヤ否ヤヲ審理判決スヘキ筋合ナルニ、其裁判此ニ出テス『本訴ハ云々、其第二号証ノ如キ原告(X)カ自カラ取消ヲ願出タルモノニシテ未タ被告(Y)カ執行ヲ遂クル能ハスト確定スヘキニ非ス。依テ(X)には本訴ヲ起スノ権利ナキヲ以テ、控訴状受理及ハス却下ス』ト判決シタルハ、上告者(X)ノ訴旨ニ適セサル不当ノ裁判ナリトス。」

と説示し、破棄移送とした(広島控訴裁判所へ)。

この訴訟で、原審は、Xが10月3日迄履行を猶予し「執行願」を取り消したこと、またYの土地引渡ができないと確定したものでない(「未タ被告(Y)カ執行ヲ遂クル能ハスト確定スヘキニアラス」とした。これに対して、大審院は、Xの請求の趣旨は、10月3日にいたってもYがなお履行しないのはYの(当初)契約違反で、その契約書の取消・違約金条項に基づく請求であるとし、土地引渡の「怠り」の有無、「取消」事由の有無および違約金請求の可否を審理すべきとしている。大審院の実質的判断がどこにあるのかは明確ではないが、違約金請求の要件である債務不履行の事実の有無 引渡債務の不履行の有無。大審院が使用する用語を用いて合成すれば、「土地引渡怠リノ所為」の有無 に焦点を置くことを指示したものとみるべきであろう。もちろん、ここでの「怠り」は、履行できないとは確定していないとする原審の論旨と比較するなら、大審院が意識しているのは履行遅滞であろう。

しかし、この判決と同じ裁判官構成の次の判決において、大審院は、不履行の事実のみを要件とする、過怠約款(損害賠償額予定契約)に基づく請求を承認するにいたる。

【16・10・8】大判明治16・10・8 大審院民事判決録明治十六年六月493頁＝明治前期大審院民事判決録9 296頁「明治16年448号 損害要償一件」

X・Y間で神社（長野県更科郡八幡神社）修繕用の枋葺板の売買契約が締結され、売主Yが期日までに枋葺板を運搬せず、修繕請負人X（原告・被上告人）が、他と購入契約を締結せざるをえなかったとして、本件の訴えを提起した。原審（東京控訴裁判所）がXの請求を認容したので、Yは、Xに受領遅滞があること、仮にYが違約者であるとしても「損害ヲ受ケタル事実」がなく、かつその証明もないとして上告した。

大審院（山本昌行・坂本政均・安居修蔵）は、Yが「甲第二号証ノ契約ヲ履行セン為メ期日マテニ契約ノ場所ヘ枋葺板ヲ運搬シタ」証拠がないとしてYを違約者と認めた上で、

「両造間ノ契約ハ、……被上告者（X）ニ損害ノ生スアラハ其害損ノ額ヲ償フヘシトノ契約ニアラス、上告者（Y）カ約定ノ期日迄ニ運搬セサレハ被上告者（X）ニ六円二十銭ツ、ノ損失アルヲ明認シテ結ビシ契約ナルコト、甲第二号証ニ炳然タリ。故ニ、約定ノ期日明治十五年三月二十日迄ニ運搬シタル証ノ挙ラサル限りハ不着荷物ナルヲ以テ、一駄ニ付六円二十銭ツ、仕添金ヲ渡スヘキハ当然ナリ。

然シテ該契約ハ、豪モ八幡神社ノ事ニ関係アルニアラス、又来時ノ未定ニ関スルニモアラス、業ニ既ニ損失アルヲ予知シタルモノナリ。況ンヤ上告者（Y）ハ甲第二号証ニ対シ其反証ヲ挙ケテ被上告者（X）カ他人ヨリ高価ナル葺板ヲ買入シニアラスト証明シタルニモアラサルオヤ。仍テ被上告人（X）カ損害ヲ享ケタリトノ申立ハ事実ト認め得ヘキモノトス。」

として、Yの上告を排斥した。

この判決は、まず履行期に弁済の提供がなされた証拠がないとしてYの不履行を認定している。その上で、両当事者の特約を、発生した損害を賠償する旨の契約（「被上告者（X）ニ損害ノ生スアラハ其害損ノ額ヲ償

フヘシトノ契約」)ではなく、不履行によって6円20銭ずつの損害があることを「明認」して締結したものであるとする。「損失アルヲ予知シタル」契約であるとも表現している。断言は避けなければならないが、損害賠償額予定契約であるとの認識が示されていると見るべきであろう。たしかに判決文の末尾に「被上告人(X)カ損害ヲ享ケタリトノ申立ハ事実」と記載されているが、これは他からの高価材購入によって損害を蒙ったというXの主張に対する反証がないことを語ったもので、損害が発生していることを肯定したものとはいえないであろう。この意味で、本判決は、損害額はもとより損害発生の実事の主張・証明を要しない損害賠償額予定契約を正面から承認した判決である。債務者が債務履行の事実を証明した場合にのみ、債務者はその履行を免れることができる。

【27・6・4】大判明治27・6・4 判例彙報2巻民事判例215頁「明治26年509号 河岸増築並損害要償事件」

X外5名(原告・控訴人・上告人)がY外238名を相手にした大型訴訟である。Y村のために原告所有地に明治3年に吐川を開設したが、その修繕・欠損地修築等についてはY村の負担とする契約がなされていた。Xが、決壊によって所有地から得べかりし利益を失ったとして損害賠償を請求し、併せて堤防築造、欠損地埋立を請求した。一審は、欠損地埋立につき附遅滞を要するとして、Xの請求を排斥したようである(損害賠償請求についての判断は不明)。原審(大坂控訴院)も、「控訴人ノ請求スル欠損地埋立ト損害要償トハ、其名異ナリト雖モ、要スルニ吐川ノ漲溢ニ因リテ其所有地ニ被リタル損害ヲ被控訴人ニ負担セシメント欲スルニ外ナラス」とし、損害賠償請求についても懈怠の事実につき立証がないとして、Xの控訴を棄却した。

大審院第二民事部は、

「欠損地埋立ノ請求タル、甲第三四号証契約ニ基キタルモノナルコト明瞭ナリ。抑モ契約ニ基ク担保ノ義務ト過失懈怠ニ基ク損害賠償ノ義務トハ、法律上自ラ其効果ヲ異ニスル場合ナキニアラス。」

とし、当該契約が欠損地埋立請求の根拠となりうるものかどうかを審査すべきであるとし、破棄差戻とした（損害賠償請求についても懈怠の事実が主張されているのに、挙証がないとしたのは不法としている）。

【27・7・5】大判明治27・7・5 判例彙報3巻民事判例44頁「明治27年30号 昆布売買違約損害要償事件」

大審院によれば、「原裁判八、甲号各証就中第一号証ノ第一条及第二十四条ヲ以テ、昆布営業組合人共ノ採取シタル昆布ヲ被告会社ヘ一手ニ販売ス可キ結約ヲ為シ、而シテ其違約ヨリ生スル損害ヲモ賠償ス可キコトヲ明約セリ」と解釈し、また、上告人が他の債権者による強制執行のために競売に付せられたのであるから、債務者には故意又は怠慢がなく「一種ノ不可抗力」によるものであると主張に対して、「原裁判八、甲第二号証ヲ引証シ、所争ノ昆布ヲ取引ス可キ期限ノ存在スル事、及ヒ其期限ニ引渡ヲ遂ケス、竟ニ他ノ債権者ニ差押ヘラレタル事ノ事実ヲ看認め、甲第一号証第二十四条ノ約款ニ依リ上告人ニ賠償ノ責任アリト判断シタ」と評価した。

大審院第一民事部（栗塚省吾・寺島直・長谷川喬・井上正一・藤田隆三郎・高木豊三・中尾眞晃）は、

「斯ノ如キ事実ノ存スル以上、差押ヲ以テ姑ク不可抗力ト仮想スルモ、尚ホ上告人ハ契約ニ依リ其責任ヲ免レ得サル筋合ナレハ、原裁判ニ於テハ不可抗力云々ノ論点ヲ判断スル必要ナシ。故ニ、此点ニ関シテモ亦、原裁判ハ上告人所論ノ如キ不法ナシトス。」

と判示し、上告棄却とした。

この事件では、期限を経過するも債務を弁済しない債務者の損害賠償義務を肯定しており、附遅滞を問題としていない。第二に、大審院は、「所争ノ昆布ヲ取引ス可キ期限ノ存在スルコト、及ヒ其期限ニ引渡ヲ遂ケス、竟ニ他ノ債権者ニ差押ヘラレタル事ノ事実」から損害賠償義務を肯定している。債務者の履行遅滞を経て履行不能に陥ったとの認識であろう。しかも、第三に、大審院は、過怠約款に基づく損害賠償請求にあつては、不可抗力云々を論ずる必要はないとしている文脈からすれば、債務者の帰責性

を要しないとする立場を採用したかの如き口吻を感ずるのも事実である。もっとも、この事件では、損害賠償を支払う旨の合意はあるが、その額の算定方法についての合意はなかったようであるから、損害賠償請求の要件論を展開した判決とみるべきかもしれない。

(3) 裁判例の評価にかかわって

以上は、売買契約を中心とした裁判例を検出したものであった。その整理に立ち入る前に、関連する二三の資料にふれておく。

最初に、司法省法学校速成科の教材と目されている司法省第七局編・民事問題・天(明治16年)455頁、地(同)193頁に関連する設例があるので、これみることにする。原告甲が娘の婚姻のために総桐箆笥一棹・総桐長持一棹、木材金具手間代合計20円で調成する旨の契約を被告乙と締結し、嫁入の前日(明治15年12月14日)正午届けることにし、乙は「万一違約致シ候ハ、代金ハ受取申間敷候也」との文言を文末に記載した約定書を甲に差し入れた(明治15年12月1日)。しかし、9日に至り乙は風邪のため約定の品ができないので断りたいと申し出たが、甲はこれを承知せず、箆笥・長持を他から借り受け婚礼を済ませた後に、乙は期限までに履行できたはずであり不履行は乙の「怠慢ノ過」・「怠り」によるものであるから約定にしたがって約定箆笥・長持の無償引渡または20円の支払を行うべきであるとして、これを請求した。被告乙は、まったく「意外ノ災難」に罹ったことによる違約であって如何なる約定があろうとも乙に責任はなく、代金は「尋常普通ノ直断」であり、かつ文末の文言には原因がなく、仮に違約の責任があるとしても損害額の証明がないと抗弁した。この設例についての「答案」は次のように展開している。

「縦令証書末文ニ万一違約致シ候ハ、代金ハ受取申間敷候也ノ文詞アルモ、約定期日ヲ怠リタルトテ直ニ其物件ヲ無代償ニテ授受スヘシトハ全ク原因ナキ不当ノ契約ト断定スルニ因リ、原告ニ於テ為メニ受ケタル損害ヲ証明セサル上ハ、独リ被告力違約シタル廉ノミヲ以テ遽ニ要償スヘキ謂レナキニ付、原告ノ請求相立サル事。」(民事答案・乙



194頁）

ここでは、債務者の責めに帰すべき事由の有無についての言及はないが、過急約款があり、かつ債務不履行の事実があったとしても、債権者は蒙った事実損害を主張・証明しなければならないとされている。「参照」としてフランス民法1131条<sup>79)</sup>を指示するこの「答案」では、無原因債務論と事実損害論に依拠した立論が展開されている。

他方で、明治20年12月6日に法学協会が開催し<sup>80)</sup>法学協会雑誌47号（明治21年）1頁以下に掲載された「（討論筆記）石炭買入ノ契約ニヨリ引渡シ期日ヲ経過セシヨ以テ違約金請求ノ件」がある。設例「問題」は次の内容である。

「甲社アリ、乙社ニ石炭若干噸ヲ金若干円ニテ売却シ、之ヲ某日迄ニ引渡スヘク、モシ当日之カ引渡ヲナサ、レハ金五百円ヲ払フヘシト約セリ。然ルニ期日ニ至リ之ヲ引渡サ、リシヨ以テ、乙社ハ他ヨリ之ヲ買入レ為メニ金二百円ノ損失ヲ蒙レリ。茲於乙社ハ甲社ニ対シテ右五百円ヲ請求ス。」

乙方主論者富井政章は、この契約は法律に反することなく、また公益を害することもなく、双方が合意した目的は「万一違約ノコトアル場合ニ於テ起訴ノ手数ヲ省キ且裁判官ノ擅権ヲ以テ償金ヲ定メラル、ヲ避クルニ在リシ、畢竟双方便宜ノ為メニ定メタル賠償」であるから、損害の実額如何に関わらず約定償金額を支払わなければならないと立論している。ところで、富井は当初から旧利息制限法を「徒法」と非難していたが<sup>81)</sup>、それは「約定利息の制限から自由へ」が法制の進化と把握していたことによる。過急約款（損害賠償額予定契約）の自由もこれと裏腹の関係で把握されていた。この「討論」で富井が展開した論理<sup>82)</sup>は、次の一文によく整理されている。

「後日評価ノ煩ト裁判官ノ擅断トヲ避クルノ目的ヲ以テ、契約者双方ハ始メニ特約シテ破約償金ノ額ヲ定ムルコトアリ。之ヲ称シテ過急約款ト云フ。此過急約款ヲ以テ賠償金額ヲ約定シタル場合ニ於テハ、裁

判官ハ其職權ヲ以テ之ヲ実害ノ程度ニ引下ルコトヲ得サルハ当然トス（仏民第千百五十二条、伊民第千二百三十条）。英国衡平法ハ裁判官ハ此權アルコトヲ認メタリト雖トモ、其理由ハ夫ノ利息制限法ト同一ノ精神ニ基ク者ナルヲ以テ、過般利息制限法ヲ廃止シタルノ事実ヨリ推考スレハ、決シテ永久ニ効力ヲ保持スヘキ判決例ニ非サルコトヲ信スルナリ。

仏国ニ於テモ、往時ハ裁判官ニ特約償金ノ額ヲ変更シテ實際損害ノ度ニ之ヲ引下ケルコトヲ得セシメタリ（是蓋シ法典ニ右条文ヲ掲ケルヲ必要トシタル所以ナリ）。然リト雖トモ、其一旦意思自由ノ主義ヲ採リ契約ハ双方間ニ於テ法律ト同一ノ効力ヲ有スト定メタル以上ハ（仏民第千百三十四条）、賠償金額ヲ定ムルニ方リ裁判官ニ特約ノ効力ヲ減殺スルノ權アラシム可カラサルコトハ当然ノ結果ニ過キサルナリ。<sup>83)</sup>」

また、城数馬は、日本の現行法<sup>84)</sup>・フランス法・イギリス法に言及しなから、過急約款は裁判官の専断の排除、損害確定の労費の回避、および乱訴の排除にあるが、当事者の合意を履行させることから生ずる不公平なるものは「予メ双方ノ期セル不公平」であるから、裁判官の専断から生ずる不公平に比べれば弊害が少ないとしている。さらに、「實際生シタル損害」に従うのがイギリス法で、実際の損害とは無関係に約定を履行させるのがフランス法だとする西久保弘道は、現実の法廷で損害額を証明することは労費を要し困難であり危険であるとする。また利息制限法は金銭債務の不履行に関するものであるから本件には適用がないし、過急約款が契約の成立要件を充足している場合には義務者が「任意ニ」約束した以上、その約定は決して無効とはならないと説いている。

これに対して、イギリスの衡平法の立場が条理に適しているとする甲方主論者柴原亀二は、この約定は専ら契約の目的である石炭引渡を「確ムルノ手段」に過ぎず、もともと契約の目的は石炭の引渡にあるから、引渡がなされないときには実際に生じた損害を賠償する契約と解釈すべきであり、

これが「契約者ノ真意」に沿うものであり、損害が明らかでない場合に約定額によるにすぎない、という。なお、柴原は、ごく最近東京控訴院が「売買契約ヨリ生スル要償請求ノ訴訟事件」において「實際ノ損害額の証明ナケレハ賠償ヲ与フヘカラシト判決セリ」といい、大審院に係属していると発言している（7頁参照。しかし、どの判決を念頭においているかは確定できない）。

柴原のほか、平山銚太郎<sup>85)</sup>・鈴木加一<sup>86)</sup>・榊原幾久若<sup>87)</sup>が甲社側に与する発言をしているが、実損害填補論とイギリスの衡平法の立場で立論している。この「討論」は、原告乙社賛成15名、被告甲社賛成26名で、表決参加者の中では事実損害による賠償が多数を占めたようである。当時の学制を反映してのことではあるが、討論が仏法・英法の代理戦争の形で展開しており、この国の裁判例の本流ともいうべき「事実損害論」との応接もほとんどない議論である。しかし、立論のなかでの英国衡平法の援用が多いことには留意すべきであろう。この当時、イギリス法における損害賠償の予定（liquidated damages）・違約金（penal bond）については、1697年の制定法（8&9 Will. III. 11, s. 8）にはじまり、Astleyr v. Weldon (1801) 2 B. & P. 346. 以来、違約金条項があっても債権者は現実の損失の賠償しか取得できないとの原則が形成されていた<sup>88)</sup>。これを受けて、たとえば、土方寧・英国契約法（博文社 明治20年）は、「結約對手結約ノ当時二予メ違約ノ時二支払フヘキ金額ヲ定メ置くク」予定賠償金と区別されるべき「罰金」の約束、「約束ヲ堅固ナラシムル為メニ違約ノ制裁トシテ實際ノ損害ヨリモ非常ニ過分ノ金銭支払（ノ）約束」について、人民が相互に約束できるものではないから、裁判所は「實際ノ損害ノミ」の支払を命ずべきであると説明している（513～515頁）。また、渡辺安鍾・アンソン氏契約法講義<sup>89)</sup>は、フランス法とは異なり、イギリス法は「予定ノ賠償」と「科罰」とを区別し、「實際生スル損害ヨリ過分ノ罰金ヲ約シテ約束ノ履行ヲ確ムルニ出ル」科罰の場合、裁判所は、たとえ約定金額が明確であったとしても「之ニ拘ハラスシテ實際ノ損害ノミニ減殺セラルヘシ」（90頁）と

説明している<sup>90)</sup>。

このような動向を考慮すれば、過怠約款が付せられたとしても、債務者の懈怠(「怠」)がなければ過怠慢約款に基づく請求は認められないとした〔10・2・28〕、「實際ノ損害」の証明を要するとした〔11・10・9〕、あるいは明治16年2月5日の司法省内訓、民事問答・天地(明治16年)での「判案」等、事実損害の額を確定し約款上の額を増減することができる(この場合、過怠約款または約款中の事実損害を超える約定額の部分が「無原因ノ契約」として無効視される)とする見解が、当初は支配的であったとみることができよう。しかし、事実損害とは無関係に損害賠償額予定契約を承認し、債務者が債務を履行したことを証明した場合に限り責めを免れるとした〔16・10・8〕を嚆矢として、事実損害論は衰退していくように思われる(〔27・7・5〕参照)。ここには、実務・学説に対する旧民法の内容の浸透、そして明治民法の編纂の強い影響をみないわけにはいかない<sup>91)</sup>。この項の冒頭にみた〔31・10・11〕が説示した判決理由および判決要旨は、明治民法420条の視点で明治16年以降の裁判例を観察し、これを一面的に絶対化したものといわなければならない。

#### 4. 和解に付された過怠約款

和解または示談に付された過怠約款の取り扱いをみることにする。

【17・6・12】 大判明治17・6・12 大審院民事判決録明治十七年六月118頁 = 明治前期大審院民事判決録10 169頁「明治16年131号 償金請求一件」

地所の買主Yの違約によって損害を受けたとして売主X(原告・上告人)が勧解庁へ出願した後に、XとYとが甲1号証の契約証書を取り交わした。Xの上告理由によれば、Yの「違約ヨリ生スル直接ノ損害ヲ受取ルコトヲ」承諾したものであり、大審院の判決理由によれば、Yの「破約ヨリ生シタル損害賠償ノ契約」である(この契約では「償金」の用語が使用されているようである)。Xが甲1号証に基づき償金を請求したのに対し、

原審（大坂控訴裁判所）は、甲1号の「該金員ハYカ売買ヲ履行セサルヨリ生スル損害ナルモ、当時地価ノ下落ハ天下一般ナレハ、良シヤYニ於テ之ヲ履行シX他ノ代地ヲ買得シタリトスルモ同シク其下落ヲ蒙ラサルヲ得サル以テ、特ニYカ破約ヨリ生シタル損害トナスヲ得可カラス」とした。Xは、甲1号証での損害金には、Xが他からの地所購入契約を破棄せざるをえなくなった際に放棄せざるを得なかった手附金1000円は含まれていないと主張して上告した。

大審院（尾崎忠治・坂本政均・牟田口通照）は、

「Yカ破約セサリシナラハ、Xニ於テ地価下落ノ損害ヲ蒙ルヘキ不幸ナキヲ以テ、Yカ破約ハXヲシテ利益ヲ失ハシメタル損害ナケレハナリ。何ソ国内一般ノ地価下落ハ以テYカ破約ヨリ生シタル損害トナスヘカラサルノ理アラシヤ。」

として、破棄移送とした（名古屋控訴裁判所へ）。

この事件では、XがYから手附金または内金700円を受領している。勧解庁出願から甲1号証書の作成までの間に、Xが1950円をYの違約から直接生じた損害として要求した模様であるが、この判決書からXの請求額や甲1号証の記載内容を読みとることはできない。大審院は、破綻した売買契約から生ずる損害につき契約当事者が「償金」の合意をし、この合意に基づき償金を請求する場合にも、「甲第一号証ノ償金ハYカ破約ヨリ生セシ損害」と判示し、事実損害と結びつけている。

【20・12・26】大判明治20・12・26 明治二十年大審院民事商事判決録207頁＝明治前期大審院民事判決録13- 31頁＝裁判判誌2巻338頁＝若林編・判例摘要民事集302頁「明治20年111号 貸金請求件」

この事件は、貸金請求事件の標記があるものの、明治二十年大審院民事判決録の「目録」が「契約ノ原因及挙証ノ責任ニ関ス」と摘要した事件である。この訴訟は、静岡県伊豆国田方郡湯ヶ島村人民総代X外1名がYに対して、上告第一号証（「貸借証書」）に基づき貸金の支払を請求した訴訟であるが、Yの主張によれば、共同秣場をY等が侵害したとして村民との

争いが発生し、村民の強迫を恐れ一時これを沈静化するために、「今回山林侵蝕云々ノ件ニ付不啻御手数相掛ケ候間、右贖金トシテ金百五十円ヲ差出可申事」と記載した「詫書」を差し入れ、同時に上告第一号証を締結したものである。Yは、この契約を強迫による錯誤あるもので無原因の契約で無効であると主張した。静岡始裁判所は錯誤によって成立したとの徴証がないとしてYの抗弁を排斥したが、東京控訴院は、本件訴訟提起以降に提起された「山林境界引直シ事件」が目下係属中でありこの訴訟が決着しない状態では賠償責任を判断するのは「道理ノ許ササル所」であり、また「其損害ヲ生シタル拳証ナキヲ以テ所謂原因ナキ契約ニシテ取消シ得可キモノ」とした。

Yの上告に対して、大審院民事第二局（増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠・堀眞五郎）は、

「本件八明治十九年四月廿三日被告入Yカ山林侵蝕云々ニ付双方合意上償金トシテ上告第一号貸借証書差入事済トナリタルモノニ付、法律上容易ニ取消シ得ヘキ筋ニアラス。然ルニ、原裁判所（に）於テ、被告入Yカ本件始審ノ審判後二起訴シタル山林境界引直シ事件ノ審理中ナル訳ヲ以テ未タ曲直ノ判然セサルモノト為シ、曲直確定セサル以前ニアリテ損害ノ責任ヲ定ムルハ道理ノ許ササル所ト言渡シタルハ、不法ナリトス。如何トナレハ、後日ニ訴訟ヲ起シタルノミヲ以テ一旦合意上為シタル事柄ヲ取消シ得ヘキモノトスレハ、何事ト雖モ確立スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ。

又、損害ヲ生シタルニ付テハ被告者Yモ其第一号証書ノ如ク明認スル所ニシテ之カ借金証書ヲモ差入タルモノナレハ此上猶証拠ヲ索ルノ必要ナキニ、原裁判所（に）於テ其損害ヲ生シタル拳証ナシト言渡タルハ、是亦責任ナキニ責任ヲ負ハセタル不法アルモノトス。」

と判示し、原審判決を破棄し名古屋控訴院へ移送した。損害賠償の合意に基づく請求に当たって、損害の存在を主張・証明する責任はないとした判決で、この時期の大審院としては、異質な判断の印象を与える判決である。

しかし、後に検討する〔22・7・6〕大判明治22・7・6 裁判粹誌4 巻459頁「明治22年190号 採塩停止並違約金請求件」のように、組合規約に違反して定期外に採塩稼行したとして採塩稼行の差止と規約に基づく違約金を請求した事件で、大審院民事第一局（中村元嘉・高木勤・加藤祖一・安居修蔵・児玉淳一郎）が「予定ノ損害賠償金ハ、対手人ニ於テ損害ナシト自認セル場合ヲ除クノ外、實際損害ノ有無及ヒ其多寡等ヲ論争シ能ハサル筋合」としているところを見ると、一つの傾向を見て取ることもできよう。

#### 5. 組合契約での違約金条項

組合契約での違約金条項は、現在でも問題になっている領域であるが、すでに明治16年12月22日農商務省照会・明治17年1月15日司法省回答にみたように、早くから問題となっていた。

【12・6・19】大判明治12・6・16 大審院民事判決録明治十二年六月434頁および437頁 = 明治前期大審院民事判決録4 511頁「事件番号不明組合鯨漁違約金請求一件」

本件では、X・Yは、それぞれの鯨魚場を合併し相互乗り入れの形で操業し、必要経費を控除した残利益を折半することにし、違約の場合には「違約罰金」として15,000円を支払う旨合意し、証書（裁判で「第一号約定書」といわれるもの）を取り交わした<sup>92)</sup>。Yが合併漁場において鯨7頭を採ったのにその利益を折半せず独り占めにしたのは契約違反であるとして、XがYに対して、約定の違約償金15,000円の支払を請求したのが本件訴訟である。もっとも、この前にXは山田区裁判所へ勧解の出願をしたが不調となったため、名古屋裁判所安濃津支庁に訴えを提起するにいたったようである。また、Xは、別訴で、45,000円の償金、鯨7頭の利益の半額、および火器修繕費等を請求している。一審（名古屋裁判所安濃津支庁）はXの訴えを排斥し。原審（東京上等裁判所）も、

「Xニ於テYヘ対シ請求スル金壹萬五千元ハ証書ニハ罰金ト記載アレトモ其実違約ノ償金ナリト申立ルト雖トモ、此度右金壹萬五千元ノ外

損害ノ償金トシテ拾四万円余及ヒ漁利ノ半額火器修覆料等併テ請求スルヲ見レハ、該壹萬五千元八何等ノ償金ナルヤ、違約償金トハ何様ノモノナルヤ、其原由詳ナラサレハ、全ク証書ニ罰金ト記スル如ク、Yノ云フ如ク、違約ノ罰金タルコト判然タリ。然則明治九年司法省第八十号布達ノ旨ニ背クモノニ付、該壹萬五千元授受ノ廉八無効ト可相心得事。」

と判示して、Xの請求を排斥した。この原審判決に対して、すでに消滅している司法省達80号を援引した裁判は不当な判決であるから取消すべきであるとして、被告Yが上告し、大審院（中村元嘉・北畠治房）がこれを容れ原審判決を取消し、Xの上告に対する裁判で大審院自身が裁判するとした（判決録の整理番号での第108号事件）。

これを受けた大審院（中村元嘉・増戸武平）は、判決録の整理番号での第109号事件判決において、

「Xカ口供ニ金一万五千元ノ外過日差上候上申書ノ通り拾四万円余ヲ償金トシテYへ請求致シ候云々トアルニ依リ、請求セサリシト云フヲ得ス。而シテ、其請求ノ内拾四万円余ハ償金ナルモ、一万五千元ノ原由分明ナラス。依テ、証書明通り違約ノ罰金タルコト判然タリト判決セシハ不法ノ裁判ニ非ストス。……

……人民相互ノ間ニ於テ罰金ヲ科スルノ契約ハ為スヲ得可ラサル契約ナルヲ以……

前条々ノ理由ナルヲ以、東京上等裁判所ニ於テ明治九年司法省第八十号ノ布達ヲ引用シタル一部ヲ破毀シ大審院ニ於テ判決スル事左ノ如シ。

### 判決

Xハ第一号約定書ニ基キYニ対シ金壹萬五千元ヲ請求スト雖モ、其第一号証ハ罰金ヲ科スルノ契約ニシテ人民相互ノ間ニ於テ為スヲ得ヘカラサル契約ナリトス。依テ之ヲ受理セサルモノトス。」

結局、大審院は、「罰金ヲ科スルノ契約」との理由づけでもってその効



力を否定し、Xの請求を排斥したことになる。この事件では、別訴で損害賠償請求がなされていることが大きく影響しているものと思われる。

【14・11・18】 大判明治14・11・18 大審院民事判決録自明治十四年十月至明治十四年十二月316頁＝明治前期大審院民事判決録7 214頁「事件番号不明 架橋資本金取戻一件」

原告（X）・被告（Y三名）が架橋のために同盟を結成し、社員が出資すべき時期等について架橋の官許を得た日（明治12年7月17日）から10日以内（つまり明治12年7月27日まで）に資本金歩合其1/3を出資する旨の規約を定め、出金滞納又は申合規則違反の場合の「賠償高予約」につき、「歩合金必要ノ節八無差間出金可致、若シ其際及遅滞候者八出金高ノ十分ノ一違約金トシテ可差出八勿論、申合規則一ケ条タリトモ悖戻致候節八是又歩合金高ノ十分ノ一償金トシテ可差出」と定めた。X（原告・上告人）は、8月12日に600円を納めYはこれを異議なく受領し、残金は8月16日まで延期を認めた。Xが出金すべき金額は2000円だった模様で、600円以外は出金しなかったために、YはXを除名し（代りに1名を加入させたもよう）、かつ上告人（X）の「歩合総額」は6000円であるとして、受領した600円を返還しなかった。Xは、出金を要する金額2000円の内600円はすでに出金しているから、遅滞した1400円の一割140円の償金を支払えば足りるとして、本訴を提起した。

原審（東京高等裁判所）はXの請求を棄却したが、大審院（児島惟謙・安居修蔵・増戸武平）は、明治12年8月16日を「上告者カ出金ヲ遅滞セシ日」と推定せざるを得ないとした上で、規定前段は随時出金すべき金高の1/10、規定後段は資本株金高の1/10と解釈すべきであり、Xは遅滞した金高1400円の1/10、つまり140円の償金を支払うべきであるとした。その上で、

「被告（被上告者）ニ於テハ、原告（上告者）カ延滞セシ金高千四百円ノ十分一即百四拾円ヲ償金トシテ受取ルニ止マリ、之ヨリ多量ノ償金ヲ得ヘキ権利ナシトス。依テ原告請求金ノ内ヲ以テ之レヲ引去リ残

金四百六拾円八速カニ返還スヘシ。」

と判示している。

【19・12・27】大判明治19・12・27 裁判粹誌 1巻858頁「明治19年218号 預株券取戻件<sup>93)</sup>」

X(原告・控訴人・上告人)が米商会所役員Y(5名)を相手に本訴請求をしたが、一審判(仙台始審裁判所)も宮城控訴院(関屋生三・犬飼厳麿・藤林忠良)もこれを排斥したので、X上告。

大審院民事第二局(北畠治房・岩谷龍一・小松弘隆・谷津春三・中定勝)は、次のように説示して、原判決を破棄し、これを東京控訴院へ移送した。

「明治十五年廿六号布告米商会社条例力会所ニ対シ背規約株主等ノ処分権ヲ附与セシハ、之レヲ除名スルカ又ハ過急料ヲ取立ルカノ二者ニ止マルヤ、同条例十九条ノ明示スル所ナリ。而シテ其所謂除名トハ其名ヲ会社中ヨリ除キ株式ハ公売入費等ヲ引去リ余金ハ被除名者ニ返却スヘク、擅マニ其株式ヲ没収スヘキニアラス。然レハ則会所定款申合規則七十四条ニ株式没収ノコトヲ規定シタルハ右廿六号ノ法律ニ背戻シタル者ナレハ、仮令双方間ニ其約諾アルモ素ヨリ無効タルヘキモノタリ。」

裁判粹誌は「背法ノ契約ハ法律上之ヲ保護スヘキモノニ非ス」と要約している。

【22・7・6】大判明治22・7・6 裁判粹誌 4巻459頁「明治22年190号 採塩停止並違約金請求件<sup>94)</sup>」

十州塩田組合の組合員であるY(Y1外8名)が組合規約に違反して定期外に採塩稼行したとして、組合員X(原告・被控訴人・被上告人)がYに対して、採塩稼行の差止と規約に基づき違約金8298円25銭の支払を請求した。一審(松山始審裁判所高松支庁)は、「請求違約金ノ内二分ヲ控除シ残ル八分」の損害賠償を認めた。控訴審(大阪控訴院民事第三局:井上操・中尾眞晃・児玉武寛)は、「被控訴人(X)カ請求スル違約金8298円

25銭ハ各自ノ沼井数ニ応シ控訴人（Y）之ヲ弁償スヘシ」とし、請求額全額を認容した。Y 上告。

大審院民事第一局（中村元嘉・高木勤・加藤祖一・安居修蔵・児玉淳一郎）は、次のように述べて、上告不受理とした。

「原裁判所ハ、實際ノ損害賠償金ト看認メタルニアラスシテ、被上告人（X）カ主張スル公利公益ヲ害スル損害ノ賠償ナリトノコトヲモ採用シ、則チ予定ノ損害賠償ト判定セシモノ……。予定ノ損害賠償金ハ、対手人ニ於テ損害ナシト自認セル場合ヲ除クノ外、實際損害ノ有無及ヒ其多寡等ヲ論争シ能ハサル筋合ナルコトハ、原裁判説明ノ通ナルヲテ、不條理又ハ拳証ノ順序ヲ転倒セシ裁判ト云フヲ得ス。」

大審院は、原審は損害賠償額予定契約と認定しているとし、その場合には損害の有無や損害額を争うことはできないとしている。

【28・11・5】大（一民）判明治28・11・5 民録1輯4巻13頁＝裁判粹誌10巻623頁＝判例彙報5巻民事判例251頁「明治28年224号 違約損害金請求ノ件」

京都米商会所に関わった訴訟で、X（原告・被控訴人・被上告人）が違約損害金をYに請求した事件である。Yが「売解モ為サス又買得セサル」事実に基づいているが、原審（大坂控訴院）によれば、「甲第一号証書ハ、明治二十四年十二月一日現在ニ於テ買建米ナキモノハ期日前必ス買得スル義務アリ、従テ買得セサルモノモ売解シタルモノト同シク違約者ナリトシ……」、「控訴人Yハ、被控訴人Yノ言ニ依レハ本件ノ違約損害金ハ違約予防ト損害賠償ナリトノコトナレハ、違約金ハ若干損害金ハ若干ト區別シテ請求セサルヘカラスト云フモ、被控訴人Xノ主張ハ一方ニ予メ損害金ヲ定メ置キ損害証明ノ手数ヲ省キ他方ニ其金円ヲ定メ置キ以テ違約ヲ防キタルモノナリト云フニアレハ、結局損害金ヲ予定シタルモノニシテ被控訴人Xカ區別セス請求スルハ不当ナリト云フヲ得ス」と判断されている。原審は、損害の有無が問題であるとし、「控訴人Yニ於テ損害ナシトノ拳証セサルカ故ニ」Yに支払義務があるとしている。

大審院第一民事部(中村元嘉・寺島直・小松弘隆・本多康直・高木豊三・西川鉄次郎・中尾眞眞)は、次のように判示した。

「本件所謂違約損害金八当事者ノ意思ヲ以テ違約ノ場合ニ於ケル損害額ヲ予定シタルモノ即チ懈怠約款ナリトノ判定ハ動カサル所トス。然レハ則チ原裁判所ハ其懈怠約款ニ定ムル所ノ損害ニ付テハ實際果シテ其損害ノ生シタルヤ否ヤ及ヒ其損害ノ多少如何ハ之ヲ問フヲ要セス寧ロ之ニ立入り審査スルコトヲ得サルモノタルコトハ普通一般ノ法則トス。」

民録の「判決要旨」は、これを「過怠約款ニ定ムル所ノ損害ニ付テハ、裁判所ハ之ニ立入り其生否及ヒ多少ヲ審査スルヲ得サルヲ以テ原則トス」と要約している。本判決は、過怠約款を損害賠償額予定契約とし、損害の発生および損害額について証明責任を負わないのが「普通一般ノ法則」としたものであるが、旧民法および編纂中の明治民法前三編、とくにその420条を踏まえた判決といって妨げない。

【29・10・12】大判明治29・10・12 民録2輯9巻38頁=裁判粹誌11巻443頁「明治29年70号 物品取戻ノ件」

伊勢崎織物商工業組合(Y)が、営業組規約67条・79条に基づき、一匹につき95銭の過料、34匹の織物の没収措置をとったことに対しXが起こした訴訟である。明治28年12月12日の東京控訴院判決はXの請求を排斥した。これに対して、Xは、「(Yの決定は)一ノ刑罰ヲ科シタルモノナリ。抑モ刑罰ハ立法ノ機能アルモノ、其権能ニ由リ制定スルノ外、人民相互ニ於テ制定シ得ヘキモノニアラス。由シ制定スルモ何等ノ効果モ生スヘキニアラス」として、上告。

大審院第二民事部(本尾敬三郎・寺島直・増戸武平・今村信行・藤田隆三郎・芹澤政温・中尾眞眞)は、以下の説示のもとに、上告を棄却した。

「規約第六十七条八組合員ハ濫造不正品又ハ綿糸等ヲ以テ伊勢崎縞類似ノ品ヲ製造販売セサルコトヲ約シタルモノナリ。而シテ同第七十九条ニ第六十六条第六十七条第七十条ニ違犯シタルモノハ一匹若クハ一

反毎二金壹円以内ノ過料ニ処ス但云々現品ヲ没収スヘシト記載シアルニヨレハ、右条項ハ単ニ民事上制裁ヲ加フルコトヲ約シタルニ止マリ、要スルニ過急約款ニシテ敢テ刑罰ヲ科セントノ趣旨ニアラサルヤ明カナリト云ハサルヘカラス。左スレハ該規約ハ人民相互間自由ニ為シ得ヘキ事柄ナルヲ以テ、原裁判所カ右規約ニ依リ為タル処を是認シタルハ相当ニシテ上告人所論ノ如キ不法ナルモノニアラス。」

以上、5件の裁判例<sup>69)</sup>を紹介したが、〔12・6・16〕は二当事者間の契約にすぎないともいえるが、別訴で過急約款に基づく請求を行っていたことが、「罰金ヲ科スルノ契約」との判断をもたらしている。〔14・11・8〕では組合の出資義務違反に対する賠償高予約条項の解釈の形で問題を処理している。また、法律が認めた制裁の内容を加重した規約での規定を無効とする裁判例もある（〔19・12・27〕）。これに対して、〔22・7・6〕が予定損害賠償金にあつては、債権者が損害の不発生を認めた場合は別として、「實際損害」の有無およびその多寡を争うことはできないと明言し、〔28・11・5〕が、旧民法・旧商法および明治民法草案の審議を受け、裁判所が損害の有無及び損害額に立ち入らないのを「普通一般ノ法則」と断言するにいたる。これらの判決では、〔29・10・12〕もそうであるが、明治16・12・22農商務省照会・同17・1・15司法省回答での留保　つまり「事実上全ク何等ノ損害ヲモ他者ニ加ヘサル場合」には請求権がない　は忘れられたかのようなのである。

69) たとえば、注釈民法（10）694頁以下（能見善久）は、過大な約定額の規制を均衡回復型（一部）無効と暴利行為型無効とに二類型化する試みを行い、予定賠償額の減額に関する裁判例を、金銭消費貸借、組合の出資義務違反、請負契約、賃貸借契約、売買契約、その他の契約に分類して検討している。また、升田純「現代型取引をめぐる裁判例（（58）～（68））判例時報1747・1750・1751・1753・1754・1756・1757・1759・1760・1766・1763号は、不動産取引、不動産賃貸借、請負、フランチャイズ、割賦販売、リース、クーリーング取次取引、示談・和解、知的財産権等の取引、およびその他の取引と、10の取引類型に分類している。

70) 民事令訓集（神戸大学人文社会科学系蔵）378頁以下。かつて神戸地方裁判所が所蔵していた本書は、司法省の編纂にかかるものと思われるが、発行年月日を含め、具体的なこ

とは不詳。

- 71) 同前388頁。ただし、この内訓の発せられたのは明治16年2月5日であろう。
- 72) 同前379頁以下参照。これは、和歌山県紀伊国名草郡黒江村の「黒江正製漆器協会」の「契約」につき、「人民相互ニ契約ヲ結ビ、違約人ニ違約金ヲ出サシムルコトヲ約シタルモノハ違約ニ依リテ損害ヲ生セサルモ裁判上違約人ニ対シ之ヲ請求スル権利アリヤ」とした農商務省の照会（明治16年12月20日付）に対する明治17年1月15日の司法省回答である。
- 73) 被用者が荷物受渡証荷物送状を偽造し担保に供し金銭を借り入れた場合（利息は利息制限法が定める制限を超過していた模様）につき、明治14年73号布告民事担当人規則雇主第四ノ但書「雇主ノ命シタル事件行フ時」に基づき、使用者責任を肯定した名古屋控訴院の判決は、「凡ソ要償ノ義務ハ現ニ失ヘル損害ト其当ニ得ヘキ利益トヲ償フニアルヲ以テ、被控訴人（原告）カ制限法ニ越ヘタル利子ハ之ヲ引直シ本訴ノ金額ヲ要求スルハ不当ナラス」として、貸付元本および利息制限法の限度での利息に相当する額の損害賠償義務を肯定している（この判決は、大（刑事局）判明治20・2・8裁判評誌首巻81頁の被破棄移送裁判所の判決で、引用文は同95頁に掲載のもの）。
- 74) 旧利息制限法2条によれば元金100円以上千円未満は年1割5分である。
- 75) この事件についての大審院判決の申渡日は明治18年2月23日とされている（107頁第三段参照）。しかし、この判決を明治前期大審院民事判決録に見出すことはできていない。
- 76) 引用文は、明治前期大審院民事判決録13- 353頁以下の「受理理由書」の一部。
- 77) 実は、【20・4・27】大判明治20・4・27明治前期大審院民事判決録13- 352頁＝裁判評誌首巻193頁「明治19年83号 貸金催促ノ件」は、利息のうちの制限超過部分を独立の借用証書とし、この証書に基づく請求をめぐる争いであった。民事第一局の表現「既ニ引渡シタル分」を第二局が「既ニ承諾上授受シタル分」と改めたのは、このような事実関係を意識したものであった。
- 78) 大審院判決からの引用文の後段の部分は、「民法施行後八当事者損害額ヲ予定シ得ヘシト雖トモ、甲第一号ノ如キ該法実施前ニ在テハ、従来ノ判例又八違令ニ依拠シ、事実損害ノ有無ヲ判断スヘキ法官ノ職責」とのYの上告理由に接しようとしたものである。しかし、上告理由は利息制限法5条を根拠にこの主張をしているわけではない。なお、利息制限法5条と民法420条との関係は、尾を引いた問題であった。利息制限法5条を民法施行前に発生しかつ附滞滞にあった消費貸借上の債務にのみ適用されたとした大判明治39年4月29日民録12輯675頁＝判例彙報17巻民事判例399頁とこれを変更した大（連）判大正9年6月26日民録26輯938頁が著名である。我妻栄「聯合部判決歴巡 第29話」ジュリスト1956年12月1日号40頁以下参照。
- 79) フランス民法1131条が指示されているが理解しかねる。
- 90) 法学協会雑誌46号59頁参照。
- 81) 富井政章・民法論綱財産取得編中巻244頁参照。
- 82) 法学協会雑誌47号1～4頁および19～20頁参照。富井の利息制限法に対するこのような評価は一貫している、「利息制限法の話（大学通俗講談会演述筆記）」東洋学芸雑誌70号（明治20年7月25日発行）447頁 「利息制限法ノ話」日本大家論集第3編（明治20年）30頁、契約法講義・全（時習社 明治21年）234頁、民法論綱人権之部・下（明治23年）61

頁，民法論綱財産取得編・中巻（岡島寶文堂 明治26年）242頁参照。民法原論第三巻債権総論上（有斐閣 1927年）249頁以下は、「社会的立法観念ノ発達」にしたがったものとしてドイツ民法等での制限に言及しているが、基本的にはこれまでの主張と同じ内容を説いている。

- 83) 富井政章・損害賠償法原理講義（佐藤庄太 明治24年）77 78頁。なお、同・「損害賠償法原理・完」（日本同盟法学会 二千五百五十五年＝明治28年）77 78頁も全くといっていいほど同文。過急約款に対するこのような立場もまた一貫している。契約法講義・全（時習社 明治21年）228頁，民法論綱人権之部・下（明治23年）53頁，民法原論第三巻債権総論上（有斐閣 1927年）249-268頁参照。
- 84) ここでは利息制限法を念頭に置いて発言しているようで、西久保・富井の批判を浴びている（17頁19頁参照）。
- 85) 平山銓太郎は、「過大契約」には、債務不履行に基づく損害を判定することができない場合に備えるものと主たる契約の履行を確実にするためのものとがあるとする。イギリスの衡平法では、前者は承認されるが、後者は約定賠償額をそのまま履行させるものではない。この設例は後者であり、「外形形式ヲ重ニスル時世」ではなく「意思解釈ノ時代」である今日にあっては、200円の損害が発生しているのに500円の賠償を命ずるのは当事者「双方ノ意思」に沿うものではないとする。これは当事者双方の合理的意思に従うべきだとするものであろう。
- 86) 鈴木加一は、過急約款が裁判官の専断を排斥するためのものであることは首肯できるが、それは損害賠償額が確定できない場合に妥当するものであって、イギリス法の立場もそうであるとする。損害賠償では「實際ノ損害」のみ請求できるのが「一般」であり、この設例での約定は賭博類似の性質を帯びた約定であると説く。
- 87) 榊原幾久は、「實際生セル損害」を賠償させるのが「純理」に適用している。
- 88) 望月礼二郎・英米法〔改訂第二版〕（青林書院 1990年）433頁以下参照。
- 89) 渡辺安鍾・アンソン氏契約法講義90～93頁および193～197頁参照。ここでは、上巻・下巻の二巻本で全589頁のものを使用している。本書については、西村捨也編著・明治時代法律書解題（酒井書店 1972年）116頁参照。
- 90) 両書ともに、罰金と予定賠償金とは、用語上の差異ではなく、契約違反によって生ずる損害金と所定の金額との「差、大ナリヤ少ナリヤアリ」（土方514頁）とする。
- 91) 梅謙次郎・日本売買法（八尾書店 明治24年）335頁以下が、旧民法財産取得編76条を財産編391条2項に関連させて説明しているが、同書発行の段階での現行法は旧利息制限法しかなく、売買代金につき「売買契約中ニ如何ナル高利ヲモ約定スルコトヲ得ルナリ」と説いていることが注目される（336～337頁参照）。
- 92) この事件の原告X（控訴人・上告第109号上告人）は「静岡県遠江国引佐郡三和村四百五十三番地静岡県士族」と表記され、被告Y（被控訴人・上告第109号被上告人）は「三重県紀伊国牟婁郡阿田和村三十三番地平民」と表示されている。XとYは、明治9年10月18日、「今般紀州牟婁郡鶴殿村九鬼村迄海辺ト御国遠州一ヶ国ノ海辺ト鯨漁ノ儀二付、得漁場所合併熟議相極メ候上八、双方不都合無御坐。若シ違約致候御八違約罰金トシテ金一万五千元差出可申候。」、「但シ得漁金ノ義八双方入費差引ノ上残金ニツ割ノ筈、双方器械



不足二相成候節八得漁金ニテ金弁可致筈。」の内容を含む「為取換約定書」を取り交わしている。

- 93) 本判決を明治前期大審院民事判決録12に見出すことはできないが、その理由も不明である。
- 94) この事件はかなりはやくから注目されていたようで、「十州塩田組合の紛糾に関し」明法雑誌49号(明治20年12月5日発行)、「(雑報)十州塩田組合の紛糾」同51号(同21年1月5日発行)、「(雑報)十洲塩田組会其他数件」同72号(明治21年11月20日発行)がこの紛争を報道しているようであるが、未見のため確認できていない。
- 95) 違約金請求事件ではないが、【22・12・27】大(民二局)判明治22・12・27裁判粹誌4巻863頁「明治22年223号 河川返還工事約定履行加盟除名ノ件」では、「凡ソ怠リノ責アル契約ハ、先ス一方ヨリ其催促ヲ為シ尚ホ之レニ応セサルトキ怠リノ責ニ任セシムルヲ普通ノ道理トス」としながらも、「本契約ハ上文ノ道理ニ従フヘカラサル特殊ノ約旨ナリヤ否ヤ」を審理すべきとして、原判決を破棄し宮城控訴院へ移送しているが、これは旧民法財産編336条第二号または三号を暗示した判決といえよう。

## 検討結果の整理と課題

本稿は、明治前期の実務に大きな影響を与えたと想定されてきたボアソナードの民法草案および旧民法における過急約款の構成を再整理することによって、過急約款に関する明治前期大審院裁判例の構造を分析する視点を獲得しようとした。

大審院の判決では、債務不履行に基づく損害賠償の要件・効果ではフランス法・ボアソナード草案・旧民法の構成が受容されている。遅延損害金については、明治6年法の適用の形で展開するのであるが、期限が到来しても督促のない場合には債務者は「怠慢ノ責」を負わないばかりか支払が猶予されたものと「推測」すべきとした明治19年7月7日の大審院総会議判決が出て、訴え提起をもって附遅滞とする判例理論が固まった。もっとも、割賦払債務については、習慣を根拠に、期限の利益喪失約款が付された場合には一回でも弁済を怠れば当然に全額について期限の利益が失われるとされ、買戻では期限の徒過によって当然買戻権が喪失するとされた(理論構成は二つに分かれたようである)。

ボアソナード草案・旧民法において、過急約款に基づく請求の要件とし



て想定されているのは、主たる契約の存在、過怠約款の存在、不履行の事実（損害の発生および損害額を主張・証明することを要しない）、債務者の帰責性、そして附遅滞であって、とくに金銭債務に付された過怠約款についての附遅滞の方法が厳格であることを指摘した。これを、契約責任である損害賠償義務との関係でみるなら、不履行の事実の主張・証明があれば足り、損害の発生および損害額の主張・証明を要しない点では関連性を希薄にしているが、債務者の帰責性・附遅滞を要求する点においては、付随性を維持されている。また、裁判所の関与については、通常の契約と同じく過怠約款についてもその成立要件・有効要件をめぐっての争いが可能であり、かつ主たる債務に対する付随的性格づけが維持されている。のみならず、一部弁済の場合だけではなく、「不履行又ハ遅滞力債務者ノ過失faute ノミニ出テサルトキ」にも減額を承認し、損害賠償請求における過失相殺の思考（*torts réciproques*）を過怠約款でも導入した（389条後段）。ここでも損害賠償債務との同質性がみられるのである。

本稿の焦点ともいべき過怠約款の取り扱いでは、一方的金銭債務に付された過怠約款とそれ以外の債務に付された過怠約款とを区分して検討した。前者では、過怠約款を「罰責ノ性質ヲ有スル過代之契約」（〔17・5・29〕）、「罰金ノ約定」（〔17・6・30〕）、「無原因契約」（〔18・10・21〕・〔19・12・6〕）とし、これを「事実損害」に照らして制限するのが大審院の基本的立場であったことを明らかにした。明治9年11月22日司法省達80号「損害賠償方」の「事実損害」を受け継いだ旧利息制限法5条の「事実受ケタル損害ノ補償」に基づくものといえる。

後者では、「罰金ヲ科スル契約」とし過怠約款を否定し「事実損害」論で処理したり、法律違反の特約とし無効とするものと、過怠約款の効力を肯定するものとに分かれていた。しかし、次第に、契約違反の事実があれば足り、損害の発生や損害額の主張・証明を要しない、あるいは争うことができないと明言する裁判例が台頭してくる。売買契約では〔16・10・8〕、和解では〔22・7・6〕、組合契約では〔22・7・6〕がその端緒である。こ

ここには、旧民法の編纂と明治民法の編纂を中心とした過怠約款論の浸透をみることができる。

本稿の冒頭で、旧民法のいう過怠約款、旧商法のいう違約金に対応する明治初期の法制の中で、実践的にも理論的にも影響力をもったものは、旧利息制限法5条だけではなく、旧利息制限法の公布の直後に廃止となった明治9年11月22日の司法省達80号「損害賠償方」であったと思われるとした。当初本流であった大審院あるいは司法省の「事実損害論」の基礎はここにあり、フランス民法やボアソナード草案の債務不履行に基づく損害賠償論での「損害論」、あるいはイギリス判例法での損失補償原則 (the compensatory principle) を核心とする損害賠償額の予定 (liquidated damages) がこれを実質的に支えたと思われる。

しかし、売買契約・和解・組合契約に付された過怠約款に関する大審院裁判例に顕著なことであるが、大審院は明治10年代の後半から過怠約款がある場合に事実損害の有無・額についての主張・証明を不要とする立場に転換しはじめ、20年代初頭にはこの立場を確立したように思われることである。判例集編纂をめぐる明治20年代の混乱を反映してでのことでもあるが、この時期についての本稿の分析が貧困さを露呈していることは否定し難く、今後の再吟味と補充的分析を必要としているが、大審院の旋回を確認することはできたように思われる。

問題は、これを促した要因である。本稿が検討対象から除外した理論動向、とくに外国法の摂取の「在り様」、民法420条の編纂を想定しなければならぬだろう。おそらくは、比較法史的にみても全く例外的で稀な姿で登場した明治民法420条とそれを支えた契約観との関連を抜きには、大審院の旋回は説明できないものと思われる。この課題設定をもって、本稿を閉じようと思う。

付記：本稿は、サブ・タイトルに示したように、過怠約款に関する明治前期大審院裁判例を整理したものである。したがって、 が焦点であるが、裁判例の

検出と分析に時間がかかった割には、分析の柱を明らかにするにとどまり、なお課題を残してしまった。公私共にお世話になった中村先生にこのようなものしか献呈しえない結果となった。ご笑納いただくしかないのは、残念なことである。

なお、本稿は立命館大学研究助成「金融法実務におけるコンプライアンスの内容としての民法理論・教育に関する研究」の研究成果の一部である。