

制限超過利息に関する 明治前期大審院判例の形成

大 河 純 夫

はじめに

- . 制限超過利息等に関するポアソナード構想
 1. 利息債務に対するポアソナードの態度
 2. 旧民法財産取得編187条の成立
 3. 制限超過利息の任意弁済と「自然義務」論
 4. 旧民法の「原因ノ更改」
- . 明治初期大審院裁判例と司法省
 1. 法定利息，制限超過利息および組入重利
 2. 制限超過利息の任意弁済に関する明治初期裁判例と司法省見解
 3. 制限超過利息に関する司法省の研究
- . 制限超過利息等に関する大審院判例理論の確立
 1. 明治19年5月ないし8月の民事第一局
任意に支払われた制限超過利息の「引直」否定と「更改＝元利決済」構成
 2. 制限超過利息の任意弁済
 3. 制限超過利息の証書化（「更改」）＝「甘諾上ノ実践（履行）完了」
 4. 「礼金棒利等」（旧利息制限法4条）の「更改＝任意弁済」構成

む す び

はじめに

この国においては，旧利息制限法（明治10年9月11日 太政官布告66号）¹⁾から現行利息制限法（昭和29年5月15日 法律100号）²⁾へと利息制限法が存続している。利息制限法の機能領域はさまざまであり，しかもそれぞれの領域で固有の展開をみせているところであるが，これまで解釈論上

の焦点とされてきた事項は、消費貸借に付された損害賠償額予定契約と制限超過利息の法的性質、元本充当計算・取戻の可否であり、この問題についてなされた立法と判例の動きは、法律解釈方法もからんで厳しい議論を呼んだ領域である³⁾。またそれだけに、豊かな研究成果がみられるところである。

ところで、旧利息制限法2条は、その前段で制限利率を定め、後段で「此限ヲ超過スル分」につき「裁判上無効ノモノトシ各其制限ニマテ引直サシムヘシ」と規定していた。この規定内容「裁判上無効」・「引直(し)」が制限超過利息の法的性質を明らかにする課題を実務・学説に提起したことは言うまでもないことである。またこの問題については解明され尽くした感は否めない。しかし、それは明治民法の公布・施行以降の実務と学説を対象としたものであって、その前史は不透明なままである。

明治前期においては、一方で質地請戻（慣行）にも繋がる借金の延納・棒引き要求を基底に、制限超過利息の元本充当計算・取戻法理の形成が開始される。これはボアソナード構想＝旧民法財産取得編187条2項に代表される見解であり、初期の大審院にみられ、また明治前期の下級審裁判例において台頭してきた見解であった。これに対して、利息制限法の実効性の無さと契約自由を標榜した利息制限法廃止論が対峙しており、明治民法起草者の素朴な立論にその極端な姿をみることができたものであった。しかしながら、裁判・勸解・公証・登記・民事執行等の国家機関を通じた制限超過利息誅求のあからさまな積極的公認にはなんらかの消極的態度をとらざるを得ないのも事実であった。もともと利息制限法をア・プリオリに社会的経済的弱者保護法と規定することはできないのであるから、制限超過利息誅求の公認の対象・内容・程度を制限超過利息の法的性質論の推移に即して分析し、その機能・性格の展開を明らかにしなければならない。

本稿は、明治10年の旧利息制限法の公布から明治民法の施行に到る期間の司法省・大審院の実務を対象に、この課題の一端を果たそうとするものである。

- 1) 旧利息制限法の成立過程については、拙稿「旧利息制限法成立史序説」立命館法学121~124合併号(1975年)1頁以下参照。最近の日本法制史学による旧利息制限法成立の位置づけについては、さしあたり牧英正=藤原明久編・日本法制史(青林書院 1993年)295頁以下(藤原明久)、山中永之佑編・新日本近代法論(法律文化社 2002年)219頁以下(高橋良彰)を参照されたい。
- 2) 昭和29年の利息制限法の成立については、拙稿「利息制限法の性格・機能について」立命館法学150~154合併号(1981年)125頁以下参照。
- 3) 利息制限法の機能領域が金利規制・損害賠償額予定契約にとどまらないことは、明治初期については拙稿「旧利息制限法の公布と司法省指令」磯村哲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、「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)215頁以下参照。通史的には、渋谷隆一編・サラリーマン金融の実証的研究(日本経済評論社 1979年)159頁以下(大河)参照。

なお、利息制限法の適用対象(取引)の問題が明治前期の大審院レベルまで争われる例は少ない。【17・7・9】大判明治17・7・9大審院民事判決録明治十七年自七月至九月76頁=明治前期大審院民事判決録10 212頁および378頁「明治17年157号 貸金催促ノ訴上告一件」は、頼母子講に加入し競落によって300円の講金を受領したY(被告・控訴人・上告人)が「掛戻金」(掛金)の支払いを怠ったので、徳正寺営繕講発起人XがYに対し延滞掛戻金の支払を請求した事件であるが、原審(栃木始審裁判所)は、「己ノ便宜上糶籠ヲ以テ取当リタルノミナラス、加講者過半数ノ承諾ヲ得テ……講則ヲ改正シ警察署ヘ届済ノ上……、毎月三円宛ノ掛戻ヲ隔月ト為シ満会後元金ヲ払フノ義務ナケレハ、利息制限法ニ背戻スル廉ナシ」と、要件を示した上で利息制限法の適用を否定した(引用は大審院による整理)。大審院(巖谷龍一・山根秀介・加藤祖一)も原審の判決理由を肯定している。なお、【18・11・27】大判明治18・11・27明治前期大審院民事判決録11 11頁および30頁「16年629号 貸金催促ノ件」も参照のこと。また、【20・7・8】大判明治20・7・8裁判粹誌2巻234頁「明治18年345号 貸米金催促ノ件」では、X(原告・上告人)が金銭と米とをYに請求したが、原審(福岡始審裁判所)は、金銭貸借を否定し、米につき、「(Yは)元米ヲ貸借セシ際ノ相場ニテ金ニ積リ、而シテ利息制限法ニ基キ払フ可キモノ」と判示した。民事第二局(尾崎忠治・増戸武平・小松弘隆・松本正忠・堀眞五郎)は、「利息ノ制限ハ、明治十年第六十六号布告明文ノ如ク、金銀貸借上ニノミ關スルモノニシテ、米穀其他ノ貸借ニ關係スルモノニアラス」とし、破棄移送としている(佐賀始審裁判所へ)。

・制限超過利息等に関するボアソナード構想

1. 利息債務に対するボアソナードの態度

経済的自由主義者ボアソナードが利息の制限について慎重であったことは周知のことである。しかし特定の社会のある歴史的段階において、約定

利息を国家的に制限することを承認していたのであって、ポアソナードの旧利息制限法の制定への対応¹⁾はこのような現実的な姿勢の反映でもあった。

旧民法は、法定利率につき、「借主ヨリ利息ヲ弁済ス可キノ合意アリテ其額ノ定ナキトキハ其割合ハ法律上ノ利息ニ従フ」（財産取得編186条2項）と定めるにとどめ、法定利率の具体化を特別法に委ねている。旧利息制限法3条の存在を意識したものであるが、将来変更の必要が生じたとしても民法自体を改正することなく対応できるようにしたものである。

自由な約定利率を基本的立場としながらも、ポアソナードは高利の弊害を考慮した法制度を構想した。たとえば、旧民法は、債権の消滅時効を30年としたが、「明確ナル金額ノ填補又ハ遅延ノ利息」の消滅時効期間を5年としている（証拠編150条，156条参照）。また、利息の元本組み入れにつき制約を課している（財産編394条1項）。あるいは10年を超える利息付消費貸借は、反対の特約があるうと、10年経過の後には債務者は元本を弁済できるとしている（財産取得編189条1項）。利息制限法の存否を立法政策の問題とするポアソナードが、利息制限法が現存する場合の民法上の対応を旧民法財産取得編187条で明らかにしたのは、このような立場の反映であった。

2. 旧民法財産取得編187条の成立

旧民法は制限超過利息の元本充当計算および取戻を明文の規定で肯定する。財産取得編187条である。

この構想が邦文の形でもっとも早く公表されたのは『ポアソナード氏起稿・民法草案 権利獲得方法之部 第四十七冊²⁾』で、その882条は次の内容であった。

「合意上ノ利子ハ法律上ノ利子ヲ超過スルヲ得ス。但シ法律上之レヲ禁セサル場合ニ於テハ格別ナリトス。

若シ其利子，法律ノ許容スル制限高以上ノ高二明白ニ定アルトキハ，

之ヲ減スヘシ。而テ、既ニ払フタル利子ノ制限高以外ノモノハ、元本ニ算入シ若シクハ取戻スコトヲ得可シ。

然レトモ、債主ノ真ニ貸与シタル元本以上ノ額ヲ借用証書ニ記載セシメ若シクハ其他總テノ方法ヲ以テ債主借主ヲシテ其利子ヲ隱匿セシメタルトキハ、其利子ハ毫モ弁済スルニ及ハス。若シ又既ニ弁済シタルトキハ、其全部ヲ取戻スコトヲ得可シ。」(101頁)

この案は、ポアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釈第三編下(司法省 発行年月日記載なし)の1382条で訳文が変更されている³⁾。

1886年(明治19年)3月31日に民法草案修正案自501条至1502条が内閣に提出されたが、法律取調委員会(明治21年6月4日の第61回委員会)へは次の案が提出された⁴⁾。ここでは、ポアソナードが『ポアソナード氏起稿・民法草案 権利獲得方法之部 第四十七冊』109頁で3項に「権利者全部若シクハ一部分ニ付キテ其利息ヲ隱蔽シタルトキハ云々ヲ附加ス可シ」と指摘していたことを受けて、修正がなされている。

「第八百八十二条 合意上ノ利息ハ、法律カ禁セサル場合ニ非サレハ、法律上ノ利息ヲ超ユルコトヲ得ス。(第千九百七条)

若シ利息カ法律ノ許ス割合ヲ超ユル割合ニ於テ顯ニ定メラレタルトキハ、其利息ハ法律上ノ割合ニ減スルコトヲ得ヘク、其以外ニ弁済シタルモノハ之ヲ元本ニ充当シ又ハ之ヲ還償セシム。

若シ又債権者カ實際貸付シタル元本ヲ超ユル元本ヲ認知セシメ又ハ總テ其他ノ方法ヲ以テ右不正ノ利息ノ全部又ハ一部ヲ隱匿セシメタルトキハ、其不正ノ利息ハ何等ノ部分ニ付テモ負担セラレス、若シ之ヲ弁済シタルトキハ其全部還償セラル。(千八百七年九月三日、千八百五十年十二月十九日、千八百八十六年一月十四日ノ仏法律)」
これに対する報告委員修正案⁵⁾は次の内容であつた。

「第八百八十二条 合意上ノ利息ハ法律上ノ利息ヲ超ユルコトヲ得ス。但法律ノ禁セサル場合ハ此限りニ在ラス。

若シ利息カ法律ノ許ス割合ヲ超過シテ顯ニ定メラレタルトキハ、

法律上ノ許ス割合ニ之ヲ減スルコトヲ得ヘク、其以外ニ弁済シタルモノハ之ヲ元本ニ充当シ又ハ之ヲ還償セシム。

若シ又債権者カ實際貸付シタル元本ヲ超ユル元本ヲ認知セシメ又ハ総テ其他ノ方法ヲ以テ右不正ノ利息ノ全部又ハ一部ヲ隠匿セシメタルトキハ、其不正ノ利息ハ何等ノ部分ニ付テモ弁済スルニ及ハス、若シ之ヲ弁済シタルトキハ其全部ヲ還償セシム。」

882条の審議は61回（6月4日）および62回委員会（6月5日）にわたってなされている⁶⁾が、焦点は2項の返還請求権の可否であった。尾崎三良（元老院議員）・清岡公張（同）・尾崎忠治（大審院長）が任意に弁済したことなどを根拠に2項の「還償」の削除を主張し、栗塚省吾報告委員（司法大臣秘書官）・南部鶴男（大審院民事第一局長）が原案擁護に廻っている。返還請求権を時効に付す旨を2項但書として規定する構想（山田顕義委員長）を含め、「起草者ニ質問スルコト」に決した（この顛末は不詳）。6月4日の審議の後に報告委員が判例を調査し、翌日、栗塚省吾報告委員（司法大臣秘書官）が、返還請求権につき、「大審院ト控訴院ト始審ト皆違テ居リマス」・「大審院デモ（民事第一局ト二局ト違ヒマス」と報告した。これに対して、尾崎忠治大審院長が「大審院デハ、裁判上区区ニナツテ居ルガ、解釈デハ取還サセンコトニナツテ居リマス」と発言している。それぞれの立場からの判例認識であるが、尾崎が後に検討する大審院の明治21年4月30日判決〔21・4・30〕までの一連の裁判例を認識していたのに対して、栗塚等は、判決の公表状況からして、民事第一局の〔19・12・9〕、民事第二局の〔20・3・30〕・〔20・4・27〕あたりまでを法律志叢・法律雜誌・明法志林・裁判粹誌等を通じて知りえたにすぎないと思われるから、それ自体としては誤った認識と評価することはできない。

882条は、明治21年11月19日の第20回再調査会に、次の内容で提出された⁷⁾。

「第八百八十二条 合意上ノ利息ハ、法律ヲ以テ特ニ禁制スル場合ノ外ハ、法律ノ制限ヲ超ユルコトヲ得。

法律ノ制限ヲ超エテ顯然ニ利息ヲ定メラレタルトキハ、之ヲ法律上ノ制限ニ減却シ、此制限ヲ超エテ為シタル弁済ハ之ヲ元本ニ充当シ又ハ之ヲ取戻ス事ヲ得。

債権者カ實際貸付シタル元本ヲ超ユル元本ノ認定其他ノ方法ヲ以テ右不正ノ利息ノ全部又ハ一部ヲ隱匿セシメタルトキハ、債務者ハ、其不正ノ利息ノ何等ノ部分ヲモ弁済スル事ヲ要セス、若シ之ヲ弁済シタルトキハ其全部ヲ取戻ス事ヲ得。」

審理では、第1項については起案者(ボアソナード)に質問することにし、第3項の「元本ノ認定」を「元本ヲ認めシメ又ハ」と修正することにした。事実、1889年(明治22年)発行のプロジェクトの巻末に付された Modifications proposées a la commission の607頁に882条1項を次のように修正したとある。

882, 1^{er} al, ainsi modifié : “Les intérêts conventionnels peuvent excéder les intérêts légaux exepté dans les cas où la loi le prohibe spécialement.”

ここでも、焦点は2項の返還請求権の可否であった。尾崎三良・松岡康毅(大審院刑事第二局長)・北畠治房(東京控訴院評定官)が弁済の任意性を中心に「取戻」削除を主張したが、原案支持6人:「取戻」削除案賛成5人の僅差で原案が維持された。このような経過を経て、さらに元老院・枢密院の審議を経て、財産取得編187条が成立する。

「合意上ノ利息ハ法律上ノ利息ヲ超ユルコトヲ得。但法律ヲ以テ特定メタル合意上ノ利息ノ制限ヲ超ユルコトヲ得ス。

法律ノ制限ヲ超エテ顯然ニ利息ヲ定メタルトキハ、之ヲ法律ノ制限ニ減却シ、此制限ヲ超エテ為シタル弁済ハ之ヲ元本ニ充当シ又ハ之ヲ取戻スコトヲ得。

債権者カ實際二貸付シタル元本ヲ超ユル元本ヲ認めシメ又ハ其他ノ方法ヲ以テ不正当ノ利息ヲ隱秘シタルトキハ、債務者ハ、其不正当ノ利息ヲ弁済スルコトヲ要セス、若シ之ヲ弁済シタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得。⁸⁾」

ところで、旧民法財産取得編187条2項は明らかにフランスの特別法を受け継いだものである。ポアソナードが援用している1807年9月3日法の3条（前段）は、「若シ第一条ニ定ムル所ノ額（民事5%，商事6%：引用者）ヲ超過スルノ割合ヲ以テ契約上ノ貸借ヲ為シタルノ証アル時ハ貸主カ既ニ受取リタルニ於テハ争訟ヲ受理シタル裁判所ニ於テ超過ノ額ヲ返還ス可キノ言渡又ハ元金差引ノ言渡ヲ受ク可シ⁹⁾」と規定していた。1850年12月19日法¹⁰⁾は、これを次のように改正した。

「若シ民事又ハ商事ノ訴訟ニ於テ法律ニ定ムル所ニ過キタル割合ヲ以テ契約上ノ貸借ヲ為シタルノ証アル時ハ過当ノ收取ヲ其之ヲ為シタル時期ニ於テ当時払ヒ期限ニ至リシ法律上ノ利息ニ当然之ヲ充用シ又補助ノ方法ヲ以テ貸高ノ元本ニ当然之ヲ充用ス可シ。

若シ之ヲ充用シ元金ト利息共ニ消滅シタル時ハ其貸主ハ不当ニ收取シタル金額ヲ其之ヲ受取シ日ヨリ以来ノ利息ト共ニ返還スルノ言渡ヲ受ク可シ。」

これは制限超過利息の利息または元本への充当計算の基準時と計算上元本完済となった以降に支払われた金額の返還請求にあたって付されるべき法定利息の起算点を明確にしたものである。1850年法によって改正された1807年法3条と比較するなら、旧民法187条2項は制限超過利息の充当計算の基準時等を明確にはしていない。自明の理と判断したのであろうか。

3. 制限超過利息の任意弁済と「自然義務」論

(1) (制限の範囲内での) 約定利息を超える利息の任意弁済 = 自然義務の(見做し)履行

ところで、旧民法財産取得編186条3項は、「要約セラレサル利息ヲ法律ノ制限内ニテ任意ニ弁済シタル借主ハ之ヲ取戻シ又ハ之ヲ元本ノ弁済ニ充当スルコトヲ得ス」と規定しているが、ポアソナードは、これを、「随意ニ自然義務ヲ執行シタルモノト看做スカ故」に、返還請求も、間接的返還請求となる元本充当も、認められないと説明している¹¹⁾。ここでは、「法

律ノ制限内ニテ」と明確に規定されているから、利息制限法が定める制限利率の範囲内の支払に適用されるにすぎない。

これに対して、制限超過利息支払義務を任意に履行した場合に既払制限超過利息の元本充当または返還請求が肯定される法的根拠はどこに求められるのか。ポアソナードが「禁制ノ違反ニ対スル真ニ厳格ナル制裁」と豪語する財産取得編187条の法的根拠をポアソナードの自然義務論との関係で把握しなければならない。

(2) 制限超過利息の任意弁済

旧民法は、その財産編第二部第四章で、「自然義務」(562条～572条)を規定している。旧民法の「自然義務」にあつては、訴求力・相殺可能性は否定されるが(562条前段)、追認¹²⁾・更改の基礎たりえるし、担保が有効に成立する(564条1項参照)。また債務者の任意の履行がなされた場合にはその返還請求は拒絶される(562条後段、563条1項参照)。

しかし、旧民法財産編566条は、「原因ノ欠缺 défaut de cause 又八不法ノ原因 cause illicite ノ為メ無効ナル合意ハ自然義務ヲ生スルコトヲ得ス。公ノ秩序ノ為メ par raison d'ordre public 合意ノ目的トスルコトヲ禁シタル物ヲ目的ト為ス合意ニ付テモ亦同シ」と規定している(フランス語はいわゆる「公定訳」)。「原因ノ欠缺」では賭け事による負債とか賭博に関連した債務がポアソナード説明に例示されており、履行請求も給付返還請求も共に不道德な原因(turpitude, turpis causa)として拒絶される。「不法ノ原因」は、「合意ノ成立条件」を定める304条のうちの、1項第三の「合法ノ原因 une cause licite」に対応する内容であるが、これも同じことになる。566条後段の「公序」について、ポアソナードは、

「夫レ民法上ノ義務ノ組成ノ障碍 obstacle à la formation de l'obligation civile カ公ノ秩序ニ基キタルモノナルトキハ、亦等ク自然義務ノ組成ノ障碍ト為スニ足ルヘキモノトス。左レハ、借用金額ノ為メ法律上ノ利子ノ額ニ超過セル利子ヲ約シタルモノハ、自然上タリトモ之ヲ負担スルモノト認知スルコト能ハス。又若シ其既ニ之ヲ弁済シ了リタルト

キハ、之ヲ取戻スコトヲ得ヘキナリ。此場合ニハ、破廉恥ノ原因アリテ取戻ノ妨碍トナルモノニ非ス。蓋公ノ秩序ニテ、義務者ノ廉直其約シタル利子ヲ払フニ至リシモ、尚ホ此レヲ保護スヘキヲ望ム力故ナリ。」（ポアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釈第二編人權・全（司法省）1125-26頁。公定訳 p. 858.）

としている。ポアソナードは、経済上の観点から考察すれば金銭貸借も他の貸借と同様に「自由」であるべきものであるが、ここでは利息を制限する「人定法ノ精神 *esprit de la loi positive*」に基づいた論理を組み立てていると付言している。ここでのポアソナードの主張は、利息制限法の下では制限超過利息債務は「公序」によって自然義務（自然債務）ともなりえず、また制限超過利息の弁済は不法原因給付とならないから、返還請求が認容されるとすることにある。

しかし、ポアソナードは、任意に弁済された制限超過利息または過大な約定遅延損害金につき、次のようにも説明している。

「今爰ニ義務者カ任意ヲ以テ法律上ノ制限ノ利子ヨリ以上ノモノヲ弁済シタルトセンニ、此場合ニ於テハ義務者ハ自然義務ヲ履行シタルモノニシテ之カ取戻ヲ請求シ得ス云ハサル可カラサルカ。

此問題ハ、法律上ノ制限利子ヲ高ヲ超エタル填補利子 *intérêts compensatoires excédant le dit taux* ノ貸借ノ事項ニ於テ出頭ス可キ問題ノ如ク論決シ、義務者ハ其任意ヲ以テ之カ弁済ヲ為シタルモノト看做サ、ル可カラス。

但、茲ニハ法律カ利子ノ高ヲ制限シ以テ希図シタルノ目的 *proposé la loi en tarifant le taux de l'intérêt* ヲ推求セサルヲ得サルモノトス。而シテ、縦令此問題ニ付キ経済上如何ナル所見アルニモセヨ、立法者カ合意上ノ利子ヲ制限シタルハ借り方ノ困難及ヒ需要ニ乗シテ恣ニ高利ヲ貸ス貸主ノ貪欲ニ対シテ義務者ヲ保護セントセシニ在ルヤ確實ナリトス。然ルニ、義務者ニシテ法律上ノ利子外ニ弁済シタルモノニ付テハ自然上ヨリ負担セシモノトセハ、義務者ハ大概ネ常ニ法律ノ保護ヲ

受ケサルニ至ルヘシ。何トナレハ其貸借契約ヲ取結フ時ニ於テ高利ヲ渡サシメ以テ任意ノ履行アリタルニ託シテ之カ取戻ヲ拒絶スルヲ得可ケレハナリ。

以上ノ論決ハ、元金弁済遅延ノ賠償トシテ過代約定ノ名義ヲ以テ約権シタル遅延ノ利子ニモ同一ナラサル可カラサルモノトス。」(ボアソナード氏起稿・再閱修正民法草案註釈第二編人權・全(司法省)1071-72頁。改行：引用者)。

ここでは、債務者の制限超過利息の任意弁済は自然義務の履行といわざるを得ないからその返還請求も認められないのであるが、貸付時に超過利息を受領しこれを「任意の履行」とすることによって返還請求を拒絶するといった事態が発生するので、利息制限法の「希図シタルノ目的ヲ推求」して、(履行請求を拒絶し)返還請求を認めなければならないとされている。

以上の説明を統一的に理解するとすれば、利息制限法の下でも制限超過利息の任意弁済は自然義務の履行であって給付利得返還請求も拒絶されるのであるが、利息制限法の立法目的が「公序 *ordre public*」に基づいている場合には「公序」が自然義務組成の障碍となり、制限超過利息支払義務を自然義務とすることはできないとしていることになる¹³⁾。過大な過急約款についてもこの理によることは、ボアソナードの明言するところである(上記引用文の最後の段落参照)。このようにして、ボアソナードは「公序」を介することによって制限超過利息の請求を否定し、かつ任意に弁済された制限超過利息の取戻または元本充当計算を根拠づけている。後者の返還請求権は不当利得返還請求権であり、旧民法財産編の「不当ノ利得」(361~369条)の規定するところによることになる(とくに、361条・364条参照)。ただし、不法原因給付に関する367条2項は適用されないことはボアソナードが明言するところである。

(3) 「裁判上無効」(旧利息制限法2条)と旧民法財産取得編187条

ボアソナードは、旧利息制限法には刑事的制裁がなく、制限超過利息を

「裁判上無効」とする旧利息制限法2条につき、「蓋シ其制裁八過当ノ利子ヲ適法ノ利子ニ減スルニ過キサルナリ。La sanction, en effet, n'est autre que la réduction au taux légal de l'intérêt excessif.」（プロジェ p. 807. 同新版 p. 848.），つまり超過利息を制限利率に減額するに過ぎないと説明するのみで、同条の「裁判上無効」との関係に具体的に立ち入っていない。ポアソナードの説明には、旧利息制限法が「裁判上」無効としていることを意識した徴候がまったくみられない。このもとでは、特別法である利息制限法は利息債務の裁判上の請求に関する規定であり、それ以外の領域でのみ一般法である財産取得編187条が適用されることになる。しかし、「金銀貸借上ノ利息」（旧利息制限法1条）については2条に依るとの解釈が行われる状況下では、財産取得編187条の適用領域はほとんどないという事態に陥ることになる。

本稿の課題とのかかわりで重要なことは、制限超過利息の任意の弁済が本来的には自然義務の履行であるが、利息制限法の立法目的が「公序 *ordre public*」に基づいている場合には公序が自然義務組成の障碍となり制限超過利息支払義務は自然義務でなくなる、とするポアソナードの論理である。つまるところ、問題は旧利息制限法の「公序」性にかかっている。利息制限法が、刑事的な制裁を科すことなく、しかも制限超過利息を「裁判上」無効とするにとどめていることに着目した理論を克服する強靱さに欠けていたように思われるのである。

4. 旧民法の「原因ノ更改」

(1) 司法省の「原因ノ更改」構成

ところで、明治前期の実務においては、売買代金債務等を目的とする消費貸借契約はもちろん、（制限超過利息債務を含む）既存利息債務を目的とする消費貸借契約、利息債務あるいは場合によっては制限超過利息の金額を目的とする消費貸借契約（ここに更に利息を記載することはないようである）など、現行法の下で準消費貸借の問題として論じられてきた領域

が、「更改」の問題として取り扱われている。

たとえば、明治16年3月15日付で函館始審裁判所が、

「利息制限法第二条ニ超過シタル利息ヲ貸金ノ名義ニ変化スルモ未タ現金(貸金名義)ヲ授受シ了ラサレハ、裁判上、尚利息ノ性質ヲ更改セサル者ト為シ、同条末項ノ明文ニ依リ処分スヘキヤ」

と請訓したのに対し、明治16年4月3日司法省は「見込ノ通りタルヘシ」と内訓した¹⁴⁾。ここでは、既存の制限超過利息債務を「貸金ノ名義」とした場合なのか、それとも制限超過利息債務の金額を目的として消費貸借契約を締結した場合なのか、後者を問題にしているように思われるが、明確ではない。また、(制限超過)利息債務を貸金債務とすることを「更改」とする論理と貸金債務(とされた利息債務)の履行の有無による判断とが混在している。しかし、制限超過利息債務(「利息ノ性質」)の「貸金ノ名義」への変更を無効視していないこと、この変更のみでは「裁判上」は「更改」とはいえないこと、他方で、「貸金名義ノ」現金授受がなされた場合には「引直」を否定することが明らかにされている。

滞納した売買代金を借用証書に改めた場合の取り扱いについて、司法省第七局編・民事問題・天(司法省蔵版 明治16年)¹⁵⁾、民事答案・地の冒頭の設例にみることにする(同書天1頁、地1頁以下参照)。

明治10年1月10日に、原告甲が被告乙に米100石を500円で売却したが、代金を滞納したので、同年8月15日に、「代金其儘借用申候也」として「一金五百円 利子一ヶ月金百円二付キ金四円ノ割也」、弁済期明治11年1月15日と記載した「借用証」を取り交わした(年利48%の利息。ちなみに、元本100円以上1000円以下の制限利率を15%とした旧利息制限法が公布されたのは明治10年9月11日である)。翌明治11年1月25日、乙は500円の「半額元利共」弁済したが、同時に、残金250円について、利息は同じ(「利子一ヶ月金百円二付キ金四円ノ割也」)で弁済期を明治12年5月まで猶予する旨の借用証書を取り交わした。乙がこれを履行しなかったので、甲が元金250円、利息320円(残利息60円+250×0.04×26ヶ月〔明治11年

2月～13年3月の期間)), 合計570円の返済を請求した。

被告乙が明治11年1月25日付の借用証書は「利息制限法頒布ノ後ニ出来タモノ」であるから約定の利息を請求するのは不当と抗弁した（その他の抗弁は省略）。

これに対し、「答案」は、

「被告八（明治11年1月25日付の）証書ノ日付利息制限法公布ノ後チニ在ルヲ以テ該証書ノ利子ハ右規則ニ抵触スル旨申立レトモ、原告陳述ノ如ク、該証書ハ只タ分借ノ名義ヲ許シ返済延期ヲ約シタル迄ニテ更ニ新規貸借スルノ主意ニ非サレハ、決シテ該規則ニ違背スル所ナシ。」

としている。

「答案」は、明治10年8月15日になされた既存の売買代金債務を目的とする消費貸借契約を「原因ノ更改」と捉えることを前提としている。「答案」は、「仏蘭西法律参照」にはじまるコメントにおいて、明治10年8月15日付の借用証書は売掛代金を書き改めたものであるから「原因ノ更改」であると明言する。フランス民法1271条は「原因ノ更改」を認めていないかのようなのであるが、「原因ノ更改ハ元ト正当ノモノナレハ決シテ之ヲ禁止スルノ理由ナキヲ以テ」、原因の更改を1271条が明示していないのはつまるところ「法ノ疎漏」にすぎない、としている（地5頁参照）。他方で、明治11年1月25日の契約は「返済延期」の約定であるとしている（コメントは、弁済期の繰り延べにつき、フランス民法1907条2項「約定利息の率は書面で定めなければならない」を指示しているが、その具体的意味ははっきりしない）。

これに対して、制限超過利息の借用証書化を、民事問題・天292頁、民事答案・地120頁の設例と「答案」でみておこう。

原告Xが、毎月25日払の月利50銭、元金弁済日12月25日の約定で、明治14年1月10日に被告Yに10円貸与した。Yが利息を支払わないので、XはYに掛け合ったところ、YはXに新たな証書を差し入れた（明治14年6月

26日)。その証書には、明治14年1月10日借用の元金10円と「右借用金ノ利子」3円(1月から6月まで6ヶ月分の利息)とを併せた「計金拾参円也」とされ、「右金高借用候処実正也。今般最初ノ約定ニ従ヒ利子金三円ヲ元金ニ纏メ候上ハ、明治十四年七月ヨリ毎月廿五日ニ利子金六十五銭宛テ払ヒ、元金拾三円八最初約定ノ通リ来ル十二月廿五日屹度返済致ス可ク……」との記載がなされている。しかし、Yがなお利息を支払わないので、元金13円と利息3円90銭(=65銭×6)の合計16円90銭を請求した。

被告Yは、制限超過利息は「裁判上無効」であるから、明治14年6月に被告Yが利息3円を「元金ニ引直ス旨ノ証書ヲ差入レタルモ、其实利子ニ関スル一箇ノ契約ナレハ、尚利子ノ性質アルモノニシテ、其効力毫モ貸借ノ当初制限外ノ利息ヲ契約シタルト異ナルコトナシ」と抗弁し、元本10円と制限利率に従った利息を支払えば足りると主張した。

「答案」は、10円の貸付に月50銭の利息の約定は「裁判上其効ナキハ論ヲ待タス」としながらも、6月26日の証書に「計金壹拾参円也。右金高借用候処実正也。今般最初ノ約定ニ従ヒ利子金三円ヲ元金ニ纏メ候上ハ、明治十四年七月ヨリ毎月廿五日ニ利子金六十五銭宛テ払ヒ、元金拾三円八云々等ノ文詞ニヨレハ、已ニ利子ノ性質ヲ改メ元金ニ変シタルコト明ナルヲ以テ、未タ現金ヲ授受セサルモ、今更利息制限法ヲ適施スルヲ得サルモノトス。」と述べ、元金13円に明治14年7月からの制限利息を支払うべきであるとしている。司法省によれば、未払の制限超過利息を元本に組み入れた場合、その利息としての性格が失われるとされる。フランス民法1271条を「参照」に掲げるこの解答は「更改」構成、具体的には同条1号が「債務者が債権者に対し旧債務に代わる新債務を約し、旧債務が消滅したとき」に更改が成立するとしていることに依拠したものと思われる。「裁判上其効ナキハ論ヲ待タス」とされた制限超過利息債務が「更改」によって消滅し有効な元本債務が生じたとされる。これはフランスにおいて無効な旧債務を有効な新債務とすることは妨げないとされていた¹⁶⁾ことによるものかどうかははっきりしない。

明治16年4月3日の司法省内訓が、制限超過利息を独自の借用証書とした場合であっても、まだ「利息ノ性質ヲ更改セサル者」として「制限ニマテ引直サシムヘシ」としたのに対し、ここでは「更改」論を介して利息債務が元本債務へとその「性質」が変化したとされている。

(2) ポアソナード草案・旧民法における「更改」

フランス民法1271条〔更改の方法〕によれば、更改は以下の三つの仕方で行われる。

- 一 債務者が債権者に対して旧負債に代わる新債務を締結し、旧債務が消滅するとき
- 二 新債務者が旧債務者に代わり、旧債務者が債権者によって免責される時
- 三 新たな約務の効果によって、新債権者が旧債権者に代わり、債務者が旧債権者に対して免責される時

これに対して、更改を旧義務の新義務への「変更」と定義する旧民法財産編489条は、

「更改即チ旧義務ノ新義務ニ変更スルコトハ左ノ場合ニ於テ成ル

第一 当事者カ義務ノ新目的ヲ以テ旧目的ニ代フル合意ヲ為ストキ

第二 当事者カ義務ノ目的ヲ変セスシテ其原因ヲ変スル合意ヲ為ストキ

第三 新債務者カ旧債務者ニ替ハルトキ

第四 新債権者カ旧債権者ニ替ハルトキ」

と規定し、義務の「目的」を代える旨の当事者の合意、義務の目的を代えずに「原因」を変更する当事者の合意、債務者の交替、および

債権者の交替、を更改の原因としている。このような更改論は、義務の構成元素中の四構成元素である目的・原由・債権者（能動主体）・債務者（受動主体）の一つが変更すれば、その変更に伴って「義務の変更」=更改が生ずること、つまり財産編304条1項が規定する合意成立の「条件」を基礎においた構成である。他方で、490条が「承諾ノ更新¹⁷⁾」を規

定している。

ポアソナードが「結約者ノ代替モナク又目的物ノ代替モナク、只原由ノ代替アルノミ」とする「原因ノ更改」を次のように例示している。

「債務者カ売掛代金若クハ賃借料トシテ金額ヲ負担セシニ之カ弁済ニ差支シヨ以テ債権者ト協議シ貸金ノ名義ニテ今後其金額ヲ負担センコトヲ約シタリトセンニ、債権者ハ其債務者ニ貸金ヲ為シ其従前ノ債務ヲ弁済セシムルハ勿論、又債権者ハ其弁済ヲ受ケタル後直チニ其金額ヲ貸付スルヲ得ヘシ。然レトモ是レ極メテ煩雜ナルコトニシテ、只合意ヲ以テ債務ノ名義若クハ原由ヲ代替スルノ簡易ナルニ如カサルナリ。」(ポワソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釈第二編人權・全809頁)

これは売掛金債務・賃料債務の消費貸借化である。もっとも、ポアソナードの説明によれば、逆に、消費貸借上の債務を代金債務または賃料債務とする「原因ノ更改」は許されないとされている¹⁸⁾。フランス民法1271条は「三箇ノ方法」を示しているに過ぎないが原因の更改を排除するものではないし、イタリア民法1278条が承認するところと説明されている¹⁹⁾。この点につき、ポアソナードは、明治16年1月12日に行われた第158回民法財産編講義で、フランス民法が「原因の更改」を規定していないのは実務家を中心に組織された民法編纂委員会の構成に起因する「仏法ノ漏脱缺点」であると説明していた(ポワソナード氏起稿・民法草案財産編講義二人権之部(司法省)992頁参照)。先にみた民事答案・地のいう「法ノ疎漏」はこれを祖述したものであった。

ところで、本稿とのかかわりでは、次の二つの規定が重要である。一つは、旧民法財産編494条であり、もう一つは495条1項である。494条は、
「旧義務カ初ヨリ法律上成立セス又ハ法律ノ定ムル原因ニ由リテ消滅シ若クハ取消サレタルトキハ、更改ハ無効ニシテ新債務ハ成立セス。
又新義務カ其成立及ヒ有効ニ要スル法律上ノ条件ヲ具備セサルトキハ旧債務ハ存在ス。

右孰レノ場合ニ於テモ、当事者カ自然義務ヲ法定義務ニ又ハ法定義務ヲ自然義務ニ変セントシタル証拠アルトキハ、此限ニ在ラス。」と規定している。ポアソナードは、494条1項に関連して、「約束スヘキ原由ナキヲ以テ」更改は成立しないという²⁰⁾。制限超過利息債務の借用証書化もこれに該当するものと思われるが、具体的に言及されているわけではない。また、財産編495条1項「旧義務ヲ更改スル為メ異議ナク又ハ意義ヲ留メスシテ有効ニ新義務ヲ諾約シタル債務者ハ其了知セル旧義務ヲ無効ノ理由ヲ以テ債権者ニ対抗スルコトヲ得ス」について、フランス民法上に規定はないが、判例の認めるところでありイタリア民法1278条も規定しており、これを明文化したものであるとされている²¹⁾。しかし、ポアソナードは、制限超過利息債務や過大な違約金契約を旧債務とする更改の効力の問題についてはなんら言及していない。旧利息制限法2条・4条は「裁判上無効」としていたのであるから、制限超過利息支払義務を「初ヨリ法律上成立セ（ざる）旧義務」（494条1項）・「無効ノ」旧義務（495条1項）と解するには距離がある。これが、司法省や大審院の「更改」構成採用へと繋がったものと思われる。

（3）明治民法の「更改」と準消費貸借

明治民法513条1項は「当事者カ債務ノ要素ヲ変更スル契約ヲ為シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス」と規定しているが、ここでの「要素」に旧民法にいう「原因」が含まれないことは起草者が特に強調したところであった²²⁾。梅謙次郎は、旧民法財産編489条2号「当事者カ義務ノ目的ヲ変セシテ其原因ヲ変スル合意ヲ為ストキ」が余りにも無限定なので、これを更改の規定に容れなかったとしている²³⁾。売掛代金を消費貸借上の債務にすることは公の秩序に反しないし契約の自由の問題であるとする磯部四郎や高木豊三²⁴⁾の意見に対し、起草者は、これを否定した上で、一旦弁済によって旧債務が消滅し新しい債務が成立する場合あるいはそうみることができる場合には新債務が成立すると構成すべきであるとしていた。なお、旧民法財産編494条1項は「云フヲ待タナイ」当然のこととし

て削除された。

しかしながら、明治28年12月30日の第12回民法整理会において、明治民法の準消費貸借に関する586条(現588条)が新たに提案され付け加えられた²⁵⁾。富井政章はドイツ民法草案²⁶⁾に言及しながら提案しているが、売買代金債務・賃料債務等「消費貸借二因ラスシテ金銭其他ノ物ヲ給付スル義務」の消費貸借化を肯定するにいたった経緯は明確ではない。588条が「消費貸借二因ラスシテ」と明記したにもかかわらず、判例・学説がこれを公然と無視したことは周知のことである。「『消費貸借二因ラスシテ……』とあるが、通常の場合に着眼して規定したまでで、既存の消費貸借上の債務の元金に契約上の利息及びその不履行に因る損害金を加算したものを目的として準消費貸借をすることもできる。²⁷⁾」とするのが一般である。

たとえば【36・4・30】大(一民)判明治36・4・30民録9輯517頁「明治36年(オ)117号 貸金請求ノ件」²⁸⁾は、一方で消費貸借の目的である現金の授受がないと認定しながら、他方で「消費貸借ノ目的ト為シ得ヘキ債務アリテ之ヲ消費貸借ニ変更スルノ合意アリタルモノト推定シ得ヘキ」とした原審の判断について、「消費貸借ノ目的ト為シ得ヘキ」「如何ナル債務」を被告が負担していたかを明らかにすべきであるとして破棄差戻としているが、

「民法五百八十八条ノ法則ハ民法施行前ニ於テモ一ノ條理トシテ是認スヘキモノナルコトハ本院ノ判例トスル所」

と説示している。ここでの「本院ノ判例トスル所」を具体的に特定することはできないが、「原因ノ更改」に関する判例(後述 参照)とみてよいであろう。また【41・5・4】大(二民)判明治41・5・4民録14輯519頁「明治41年(オ)28号 貸金請求ノ件」は、「既ニ成立シタル消費貸借及ヒ其不履行ニ因リテ金銭其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ当事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト為スコトヲ約シタルトキハ、民法第五百八十八条ニ依リ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做サルル」と、消費貸借の元本・未払利息・遅延損害金を原債務とする準消費貸借の成立

を肯定した²⁹⁾。このような形で、明治前期の裁判例は実質的連続性を維持したことになる。

- 1) 旧利息制限法の制定に対するボアソナードの関与については、「はじめに」注1)「旧利息制限法成立史序説」15頁以下参照。この点を再吟味した能見善久「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）4頁以下も併せて参照されたい。
- 2) 現在では、ボアソナード民法典研究会によるボアソナード起稿・民法草案財産取得編第4巻（雄松堂出版 2000年）に復刻されている。同第1巻vii頁以下の、村上一博「プロジェ財産取得編（特定名義の取得法）の翻訳書について」参照。
- 3) 「第一千三百八十二条 合意上ノ利子ハ法律上ノ利子ヲ超過スルヲ得ス。但法律上之ヲ禁セサル場合ハ此例ニ在ラス。
又利子ヲ法律ノ許容スル制限高以上ノ額ニ明白ニ定メタルトキハ其制限額ニ減ス可シ。
又既ニ払ヒタル利子ノ制限額以外ノモノハ元本ニ算入シ若ハ取還スコトヲ得。
債主真ニ貸与シタル元本以上ノ額ヲ借用証書ニ記載セシメ又ハ其他總テノ方法ヲ以テ其利子ヲ隠匿セシメタルトキハ其利子ハ弁済スルニ及ハス。又既ニ弁済セシトキハ其全部ヲ取還スコトヲ得可。（仏國千八百七年九月三日法律 千八百五十年十月十九日法律 千八百八十六年一月十四日法律）」（48頁）
- 4) 日本近代立法史資料9巻第3綴283頁参照。
- 5) 同前283～288, 312～319頁参照。
- 6) 同前312～319頁参照。
- 7) 日本近代立法資料叢書11第3綴143～145頁参照。
- 8) ここでの句読点も引用者が付したものである。
- 9) ここでの翻訳は、法務図書館所蔵の「翻訳課・高利貸処分法（二）」（請求記号 B380 S1-1）による。1950年12月19日法も同じである。明治9年2月に太政官法制局が起案した「金穀利息條例（御布告按）」に「参照」として付された両法の翻訳は前掲・「はじめに」注1)「旧利息制限法成立史序説」27～29頁参照。
- 10) この訳も前注に同じ。
- 11) ボアソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釈第三編下47頁参照。
- 12) 消滅時効完成後の債務承認に関するものと思われる裁判例に、【14・1・20】大判明治14・1・20 大審院民事判決録明治十四年自一月至三月19頁＝明治前期大審院民事判決録10頁「事件番号不明 伐木代金催促一件」がある。この事件では、明治5年にX1・2（原告・被上告人）がYに伐木を売却したが、Yが明治12年にいたって代金支払を約束して被上告一号証を差し入れ、同時に「見舞」と冠した契約（同第二号証）締結している。大審院（増戸武平・生田精・伴正順）は、「右一号証八俵令Yカ期滿免除ヲ得タル後道德上ヨリ成シタル契約ナリトモ、既ニ道德上ヨリ義務ヲ生セシメタ」とし、「見舞金」も伐木代金を延滞中の「利益ヲ分付」したものであるからYに支払義務があるととした。「道德上ヨリ成シタル契約」・「道德上ヨリ義務ヲ生セシメ」は気になる表現である。
- 13) 財産編328条後段但書「（当事者は合意をもって：引用者）公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ニ触

ルルコトヲ得ス」参照。もっとも、ポアソナードは、公序論と旧利息制限法2条後段の「裁判上無効」との関係に立ち入って説明しているわけではない。

- 14) 民事令訓集370頁以下参照。
- 15) この教材については、拙稿「民法420条前史 過急約款に関する明治前期大審院裁判例の推移」立命館法学286号(2003年)74頁注(42)参照。
- 16) 現代外国法典叢書(16)仏蘭西民法〔 〕218頁(川上太郎)参照。
- 17) ポワソナード氏起稿・再閲修正民法草案註釈第二編人權・全(司法省)807頁。なお、更改は、【9・3・29】大判明治9・3・29大審院民事判決録明治九年61頁=明治前期大審院民事判決録1 19頁「事件番号不明 済口証文破約一件」をはじめ、当初から頻繁に使用された法概念である。本稿はこれに立ち入ることはできないが、更改か返済期限の単なる延期(いわゆる「日延証書」)かを争点とする事例が目につく。「更改」となれば明治5年太政官布告300号その他による出訴期間制限の回避につながるものが一つの要因である(一例を挙げれば、【14・2・19】大判明治14・2・19大審院民事判決録明治十四年自一月至三月267頁=明治前期大審院民事判決録7 37頁「事件番号不明 貸金催促一件」)。それだけではなく、たとえば、【13・2・20】大判明治13・2・20大審院民事判決録明治十三年自一月至三月246頁=明治前期大審院民事判決録6 35頁「事件番号不明 貸金催促一件」、【13・3・27】大判明治13・3・27大審院民事判決録明治十三年自一月至三月816頁=明治前期大審院民事判決録6 98頁「事件番号不明 秩禄公債証書取戻並利子請求及預金受授契約違反一件」などは日延証書と認定しているが、【12・9・30】大判明治12・9・30大審院民事判決録明治十二年九月十月298頁=明治前期大審院民事判決録5 133頁「事件番号不明 貸金催促ノ一件」では担保(書入質)付債務であることが更改の主張を排斥した実質的理由であるように思われる。また、【12・4・17】大判明治12・4・17大審院民事判決録明治十二年三月四月1156頁=明治前期大審院民事判決録4 306頁「事件番号不明 貸金催促一件」は、証書上「日延添書」と記載されていたとしても、日延の約定のみならず米利を金利に変更した以上「義務中ノ部分ノ更改」であるとし、義務の更改がなされている以上は旧債務の請人が自動的に新契約の請人となるものではないとしている。これに対して、【20・11・30】大判明治20・11・30明治二十年大審院民事商事判決録251頁=明治前期大審院民事判決録13-1 35頁=裁判粹誌2巻314頁=若林編・判例摘要民事集269頁「明治20年31号 弁償金請求ノ件」は、更改の主張を排斥し、保証債務の継続を認めている。なお、【29・1・11】大判明治29・1・11民録2輯1巻12頁=裁判粹誌11巻5頁参照。
- 18) 同前810頁参照。しかし、富井政章・契約法講義全(時習社 明治21年)228頁以下の「約因ノ変更」も、同・民法論網人權之部下(岡島宝文館 明治23年)260頁以下の「原因ノ変更」も、このような制限には触れていない。
- 19) 同前807頁参照。しかし、イタリア民法1278条は以下の内容であり、ポアソナードが何を念頭においているのか、なお検討が必要である。

Il debitore che accettò la delegazione, non può opporre al secondo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario, salva però la sua azione contro di questo.

Tuttavia trattandosi di eccezioni dipendenti dalla qualità della persona, il debitore può opporre, se tale qualità sussisteva ancora al tempo in cui ha acconsentito alla delegazione.

制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成（大河）

これを司法省蔵版・伊太利王国民法・完（明治15年5月）は、「責主ノ代替ヲ承諾シタル負債主八旧責主ニ対抗スル排拒法ニ依拠シテ以テ新責主ニ対抗スルコトヲ得可カラス。唯ハ旧責主ニ対シテ訟權ヲ行用スルコトヲ得ル有ルノミ。ノ然レトモ人ノ分限ニ繋着スル排拒法ニ関シテハ若シ其分限ヲシテ負責主カ責主ノ代替ヲ承諾セル時際ニ当リ既ニ己ニ存在シタル者タラシメハ則チ此排拒法ニ依拠シテ新責主ニ対抗スルコトヲ得可シ」（551～552頁）と訳している。

- 20) 前掲注17)822頁参照。
- 21) 同前825頁参照。
- 22) 法典調査会における議論については、潮見佳男「史料債権総則（55）」民商法雑誌99巻4号（1989年）132頁以下に要領よく整理されている。
- 23) 日本近代立法資料叢書3 597頁以下参照。
- 24) 磯部四郎も高木豊三も司法省法学校正則科第一期生である。楠精一郎・明治立憲制と司法官（慶應通信 1989年）281頁以下参照。
- 25) 日本近代立法資料叢書14第一編「民法整理会議事速記録」295頁以下参照。
- 26) ドイツ民法607条2項「他の原因によって金銭その他の代替物につき債務を負担する者は、金銭またはその物を消費貸借として負担することを債権者と合意することができる」と全く同文の第二草案547条2項を指しているものと思われる。後者を仁保龜松は「消費貸借以外ノ原因ニ本ツキ金銭其他ノ代替物ヲ負担シタル者ハ爾後消費貸借トシテ之ヲ負担スヘキコトヲ債権者ト約束スルコトヲ得」と翻訳している（法曹記事55号（明治29年6月30日発行）83頁。同頁上段に第一草案454条の翻訳がある）。仁保は、第二草案の条文配列を基準にとった第一・第二草案の上下対照の翻訳 総則（1～204条）・物権（717～1202条）を法学協会雑誌11巻9号～14巻3号に掲載した。法曹記事27号（明治27年2月28日）～57号（明治29年8月20日）がこれを転載したが、38号（明治28年1月31日）以下では「第二編 債務関係法」の翻訳も併せて掲載されている（206～586条）。なお、第一草案454条は、独逸民法草案第二編理由書中巻（司法省 明治22年12月20日）13頁の紹介するところであった。明治民法とドイツ民法第一草案・第二草案との関係については、岡孝「法典論争から明治民法の成立・注釈時代」水本浩＝平井一雄編・日本民法学史通史（信山社 1997年）83頁以下参照。
- 27) 来栖三郎・契約法（有斐閣 1974年）261頁。
- 28) 【36・10・3】大（一民）判明治36・10・3民録9輯1046頁「明治36年（オ）564号 貸金請求ノ件」、【41・5・4】大（二民）判明治41・5・4民録14輯519頁「明治41年（オ）28号 貸金請求ノ件」、【42・12・24】大（二民）判明治42・12・24民録15輯1003頁「明治42年（オ）344号 強制執行異議並不当弁済金取戻請求ノ件」も参照のこと。
- 29) 588条の明文「消費貸借ニ因ラスシテ」を無視する解釈が可能となる根拠は明確ではない。大阪地判明治（判決年月日不詳）法律新聞620号（明治43年1月30日発行）12頁「明治42年（ワ）399号」は、これを試みた珍しい裁判例である。「民法第五百八十八条の規定は消費貸借以外の債務の目的のみに関し適用せらる可きものにして叙上認定の如き消費貸借に因る旧債務を以て新なる消費貸借の目的となす場合に適用す可からざる旨論述すと雖も、同条の規定は本来現物授受を成立要件とする普通一般の消費貸借契約に対する除外例

を示したるものにして、其適用は主として現物の授受を成立要件とせざるほかの債務目的を以て直ちに消費貸借の目的となす場合に必要なりと認めたる制度なることは立法の沿革に徴し明瞭なるを以て、同条に『消費貸借に因らずして』とある字句に拘泥して之が為めに消費貸借の目的を除外せるものと解するを得ず。蓋し現物の授受を成立要件とせざる他の債務の目的物に其適用を認むる以上は、本来現物の授受ありたるが為め成立したる消費貸借上の債務の目的に其適用を認む可きは当然の法意なりとす。」

・ 明治初期大審院裁判例と司法省

旧民法は、利息債務とりわけ制限超過利息の支払義務について厳しい構成を打ち出したが、他方で、利息制限法の「公序性」、「原因ノ更改」、および旧利息制限法の「裁判上無効」構成との関連では曖昧さを抱えたものであった。旧民法の編纂作業の進展を眺みながら、司法省・大審院がどのような法的構成を形成していくのかをみなければならない。

1. 法定利息、制限超過利息および組入重利

(1) 法定利息の強行性の緩和

旧利息制限法3条は「法律上ノ利息トハ、人民相互ノ契約ヲ以テ利息ノ高ヲ定メサルトキ裁判所ヨリ言渡ス所ノ者ニシテ、元金ノ多少ニ不拘百分ノ六^六トス」と規定していた。当事者が「利息ノ高ヲ定メサルトキ」とあるから、利息支払の約定はあるが利率を定めなかった場合に適用されることになる。たとえば、【24・7・7】大判明治24・7・7裁判粹誌6巻251頁「明治24年55号 立還金元利請求件」で、大審院第三民事部（中村元嘉・中定勝・荒木博臣・岸本辰雄・熊野敬三・児玉淳一郎・西川鉄次郎）は、証書面に「相当ノ利子相添云々」とあるがその額の定めがない場合には、利息制限法3条に基づき年百分の六の利息を請求することができるに過ぎないとしている。

しかし、制限内の利息請求について、大審院は寛容であったと言える。第一に、利息につき「御定ノ利息」等と記載した場合、これを法定利率で

はなく利息制限法の上限を指すとの解釈がなされていた。たとえば、【東京控 15・1・18】東京控判明治 15・1・18 猪爪正行編・大審院東京訴訟裁判所判決録明治十五年自一月至六月（伊能平右衛門 明治16年¹⁾）23頁「貸金催促ノ件」は、1800円の借用証書（もっとも金額は判決書には明記されていないもよう）に「御定ノ利息」と記載されていた事件で、一審（東京裁判所）は、明治12年2月に利息として支払われた350円は明治9年4月から明治12年2月までの35カ月の利息であるとし、明治12年3月以降についてもまた1カ月10円の割合の利息を付して元利金を支払えと命じた。Y（被告・控訴原告）は「御定ノ利息」は明治6年92号布告が定める6%であるとして控訴した。控訴被告Xは、明治6年92号布告は「民間ノ取引上ニ定メラレシ者ニ非ラ（ず）」とし、350円はXが通常定めている月1.25%（年利15%）・34カ月分（明治9年4月～12年1月）の利息765円の一部であるが、利息制限法に超過するので月1%としたものであると抗弁した（Xの主張によれば、なお利息262円が滞滞していることになる）。東京控訴裁判所は、「御定ノ利息」についての双方の主張は「専ラ理論上ニ涉リ」証拠がないとした上で、350円の意味について、すでに支払われた350円は1カ月10円の利息35カ月分に相当するとし、一審の判断要するに、1800円の貸金につき月10円の利息を支払ったものとの認定を是認している。また、明治16年刊行の司法省第七局編・民事問題・天49頁、民事答案・地27頁の設例・判案も、「利子八御定ノ通り」との約定を制限の上限を指すもの解釈している²⁾。そして、明治民法前三編公布の直後、大審院は、旧利息制限法3条の解釈につき、借用証書で「成規ノ利子」等の文言が使用されている場合には利息制限法の上限利率を指すとの解釈を再確認している。これは「普通一般ニ認メラル、所ノ解釈」をその根拠に挙げる大判明治 29・5・21 民録 2 輯 5 卷 57 頁等³⁾であるが、旧利息制限法3条 民法施行法（明治31年 法律11号）52条によって削除されるの解釈の形で、公布された明治民法404条の法定利息の強行性を弱めることを宣言するものであった。

なお、【18・12・22】大判明治18・12・22明治前期大審院民事判決録11393頁「事件番号不明 貸金催促ノ件」は、判決録に不登載の判決であるが、X(原告・控訴原告・被告人)のYに対する本件請求につき、原審(長崎控訴裁判所)は、明治6年頃XがYの夫に25円貸与し(判決書は約定利率に言及していない)、夫が死亡したのでその相続人Yに督促し、明治14年1月22日元利102円1銭2厘を証書に「更改」したものと認定し、Yに対しこの金額に「明治十四年二月ヨリ本件執行迄ノ利子^{制限法}ヲ算加シ、元利共速ニ控訴人(X)へ返弁スヘシ」と判示した。Yの上告に対して、大審院(玉乃世履・西成度・中村元嘉)は、事実認定、徴憑の取捨判定は「事実裁判所裁判官ノ主権」であるとし、上告理由を悉く排斥している。新証書上の債務に関する利息の約定内容との関連を読みとることができないため、原審および大審院が利息制限法の上限の利息・遅延利息の支払を認容した根拠を明らかにすることはできない⁴⁾。

第二に、制限超過利息の約定がなされている場合に、上限の範囲内での請求を認容する裁判例がある。たとえば【21・6・8】大判明治21・6・8裁判粹誌3巻136頁「明治20年300号 為替貸付金代償請求ノ件」は、原告が根保証契約に基づき保証人に元利金を請求した事件である。証書上は「元利」とあるに過ぎないが利息につき日歩6厘の口頭の約定がなされていた(これは、主たる債務者も被告=保証人も認めている)。原告は制限利率にしたがった利息を請求し、原審(広島控訴院)は法定利息に引き直す必要はないとしこれを認めた。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)も原告の請求は「至当」としている。このように、大審院は、制限利率を超える利率が約定されている場合には、利息制限法の上限利率による利息請求を是認する。なお、【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」で、大審院第二民事部(高木勲・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、支払済みの利息196円は1966円の借用金に対する8ヵ月分の利息であり年利1割5分だから利息制限法に超過するとの

上告理由に対して、三つの証書はそれぞれ1000円未満の貸借であるから1割5分の利息は適法と判示している。

第三に、当事者の訴訟上の主張にかからせるものもある。【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」では、X（原告・被控訴人・被告人）が元金と利息年1割5分の支払を請求し、一審・控訴審とも「X請求ノ元利速ニ完済スヘシ」と言い渡した。Yは証書（甲第二号証）に利息支払の約定はあるがその金額の記載ないから法律上の利息6%であるべきとして上告した。大審院（尾崎忠治・中村元嘉・増戸武平）は、

「Xハ原裁判所ニ於テXカ請求スル利子ノ計算ニ対シ何等異議アリシニ非ス。唯論弁中ニ如何ナル利子ヲ計算シテ可ナルヤ、（改政）^{甲第二号証三記載アル文詞ヲ指}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、別ニ審理ヲ要セサルナリ。何トナレハ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基（づき）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法律上ノ利子ニ引直サシムヘキ理由ナケレハ……」と上告を排斥している（なお、アンダーラインを付した裁判官は、明治前期大審院判決録の「判決索引」が判決原本に基づき主任判事と確定しているもの。本稿はこれによっている）。

他方で、旧利息制限法の施行前の事案⁵⁾についてはあるが、消費貸借契約成立の信憑性を問題にすることによって高利請求を回避する試みがなされている。

たとえば、【14・3・31】大判明治14・3・31大審院民事判決録明治十四年自一月至三月566頁＝明治前期大審院民事判決録7 71頁「事件番号不明 貸金催促一件」がそれである。X（原告・被告人）が明治9年8月に100円をY（農家のもよう）に貸し付けたと主張しているが、大審院は、実際に貸し付けたかどうかの審理が不十分であるとして大阪上等裁判所の

判決を破棄し東京高等裁判所に移送した。この判決において、大審院（増戸武平・河口定義・伴正順）は、「Xカ請求スル処ノ利足ハ、被告第一号証ニ利足一割半定毎月定ノ利足上納トアルニ基キ百円ニ付月拾五円ナリトノ事柄ナレハ、タトヘ利足制限法頒布セサル以前ノ証書ナリトモ如斯高利ノ貸金ハ尋常負債者ノ利益ヲ得カタキ所」と付言している。年利180%の高利では通常の債務者にメリットがなく借入自体に信憑性がないことも示唆したものである。また、【16・2・7】大判明治16・2・7大審院民事判決録明治十六年自一月至三月75頁＝明治前期大審院民事判決録9 16頁「事件番号不明 預ケ金取戻一件」は、X（原告・上告人）が390円と償金との合計2212円の取戻しをYに請求した事件であるが、ここでの償金は、遅延した場合1日1円の償金を支払う旨の合意にもとづき、これを明治10年1月1日から同14年12月27日までの1822日に乗じたものであった。大審院（中村元嘉・尾崎忠治・安居修蔵）は、訴名を「預ケ金」としているが実は貸金で利息も月1分とする口頭の合意があった旨のXの口述（原審＝広島控訴院における口述）を援用し、さらに印章の相違等から、「預り証書」を「正当ニ権利ヲ有スル証書ニ非ス」とした原審判決を維持している。また【16・5・28】大判明治16・5・28大審院民事判決録明治十六年自四月至五月692頁＝明治前期大審院判決録9 140頁「明治15年780号 貸金催促一件」は、X（原告・上告人）が、元本3円・利息日歩8厘（年利292%）の証書に基づき、元金の返済をYに請求した事件である。原審（横浜始審裁判所）は、Xの請求を認容したが、「尤モ利息ハ高甲第一号証ニ記載アルト雖モ不相当ノ契約ト認ムルニ依リ一ケ年ニ割ノ利子ニ引直シ……」と言い渡したようである。Xは利息制限法を既往の契約に及ぼした裁判であるとして上告した。大審院（山本昌行・坂本政均・安居修蔵）は、原審判決は利息制限法によるものではないから上告理由は当たらないが、当該利息を不相当とした理由が示されていない点で不法の裁判であると、破棄移送とした（東京始審裁判所へ）。しかし、大審院は、6町余の田畑を所有するYがこのような高利の約定をしなければ僅か3円の借

り入れを行うことができないとは思えないし、出訴の日（明治15年6月3日）、つまり利息が46円40銭になるまで返済できなかったはずもなく、しかも返済期限以降5カ年を経過してのことであることなどからみて、借用証書が双方の合意に基づいて成立したかどうかを審究すべきであると付言している。この点に大審院の真意が現れており、旧利息制限法の施行後にも、このような解決方法が下級審でなされることを推測させるものがある。

(2) 組入重利 「土地ノ習慣」から「更改」構成へ

弁済期に達した利息を元本に組み入れ元本の一部とし利息を付す重利または複利（組入重利）について、旧民法財産編394条1項が制限規定を置いていた。利息および遅延利息（遅延損害金）の遅滞が1ケ年を経過すること、特別の合意または裁判での請求を要件としている。

大審院も組入重利については抑制的であった。たとえば、【12・7・11】大判明治12・7・11大審院民事判決録明治十二年自七月至八月199頁＝明治前期大審院民事判決録5 29頁「事件番号不明 貸金催促一件」では、事実関係が明確でないものの、X（原告・上告人）がYに対し四つの証書に基づく貸金返還を請求したが、原審（東京上等裁判所）は、そのうちの第二号証・第四号証は「第一号証書ノ利滞リヲ証書ニ成シタレハ第一号証ニ胚胎スルコト論ヲ俟タス」とした。Xは第二号証・第四号証は別途貸与した金銭の借用証書であるとして上告した。大審院（児島惟謙・南部禎男・人見恒民）も、原審の判断を「第二号第四号八第一号ノ利子ヲ結ヒ直シタルモノニシテ新ニ借受シモノニハ無之トノ趣旨」と肯定した上で、二つの証書は「無効ニ属セサルヲ得ス」とした。判決理由からすれば延滞利息を借用証書化しても「無効」とした判決であるが、Xは第一号証書に基づく請求でその元本のみならず利息をも請求していたと思われるから、事案に特殊性がある。

また、【15・11・10】大判明治15・11・10大審院民事判決録明治十五年自十月至十一月262頁＝明治前期大審院民事判決録8 243頁「事件番号不明 貸金催促一件」で、X（原告・被告）が「四ヶ月目毎ニ利子ヲ元

金二組込加息スル」計算によって更改した証書に基づいて請求したのに対し、大審院（武久昌孚・尾崎忠治・中村元嘉）は、Yが「不当ノ計算」と異議を唱えているにもかかわらず原審（東京上等裁判所）が審究しなかったのは審理不尽として、破棄移送とした（名古屋控訴裁判所へ）。【18・6・30】大判明治18・6・30 明治前期大審院民事判決録11 206頁「事件番号不明 貸金催促ノ件」で、「年毎ニ一回ノ躍利ヲ要スルハ世間普通ノ利子」との上告理由に対し、大審院（西成度・坂本政均・原田種成）は、「重利ナルモノハ法律ノ保護ヲ得ヘカラサル勿論ナルニ因リ……不正ヨリ成立ツ錯誤ノ内契約書ナリトシタル認定ハ不当ニ非ス」と、原審（長崎控訴裁判所）の判断を肯定している。

他方で、【18・2・28】大判明治18・2・28 明治前期大審院民事判決録11 81頁「事件番号不明 山林調査入費課出勤怠納催促ノ件」では、控訴裁判所（山口始審裁判所）の判断「一ケ年毎ニ利息ヲ元金ニ取結フハ村内ノ習慣ニシテ現ニ行ハルル所」を受け、大審院（西成度・原田種成・加藤祖一）も、「凡ソ金利ヲ其元金ニ引結フコトタル未タ曾テ之ヲ可否スルノ法モ亦之ヲ制限スル律モ在ルコトナシ。然レハ、土地ニ其習慣アリトシ為メニ弊害ヲ見サル以上ハ一ケ年毎ニ利息ヲ元金ニ結フノ習慣ヲ以テ法律ニ違ヘル習慣ナリトスルヲ得ス」としている。否定または制限する制定法規がなく、弊害のない「土地の習慣」(大審院)⁶⁾・「村内ノ習慣」(原審)を根拠に、1年経過の後の元本への組み入れを肯定した判決である。しかし、大審院は「更改」構成によって組入重利を肯定するにいたる。

それは、【26・1・31】大判明治26・1・31 大審院判決録明治廿六年自一月至二月64頁=裁判粹誌8巻上16頁「明治25年545号 貸金催促ノ件」である。元金45円と利息24円を合算し70円の証書を作成するのは「利息ニ利息ヲ付スヘキ計算トナリ、所謂複利ナルモノニシテ、利息制限法ノ精神ニ反スル」との上告理由に対し、大審院第三民事部（中村元嘉・富永冬樹・荒木博臣・本尾敬三郎・河口定義・小松弘隆・高木豊三）は、

「甲第二号証ノ金額ハ甲第一号証ノ期限後支払フヘキ元利金を合算シ

テ七十円ノ元金ト定メ返済方法ヲ約シタモノニシテ、即チ利子ヲ更改シタル契約ナルコト明カナレハ、……利息制限法ニ反スル廉アルコトナシ」

と説示したのである。このような構成は、そのままではないにせよ、明治民法施行後の大審院に踏襲されることになる。

たとえば、【33・10・27】大判明治 33・10・27 民録 6 輯 9 卷 93 頁 = 判例彙報 12 卷 民事判例 15 頁 = 法律新聞 12 号 5 頁 = 裁判粹誌 15 卷 下 24 頁「明治 33 年（オ）174 号 貸金請求件」がその例である。この事件で、X（原告・控訴人・上告人）は、明治 23 年 6 月 9 日、年利 1 割 5 分の約定で 100 円を Y に貸与したが、Y が返済しないので明治 29 年 6 月および 30 年 3 月に「毎年利息ヲ元金ニ差加ヘ更ニ之レニ一割五分ノ利息ヲ付スルノ契約」（大審院の表現）をした。原審（東京控訴院）はこれを利息にさらに利息を付す契約であって「利息制限法ニ違背セル無効ノ契約」とした（なお、法律新聞 6 号 8 頁参照）。これに対して、大審院第一民事部（井上正一・西川鉄次郎・岡村為蔵・和田収蔵・馬場愿治・清水一郎・志方鍛）は、

「当事者カ已ニ延滞シタル利息ヲ元金ト為シ将来之ニ制限以内ノ利息ヲ附スルノ契約ハ適法ニシテ有効ナルヘキハ勿論ナリ。何トナレハ利息ノ性質ハ契約ニ因リ已ニ元金ニ変更シタルヲ以テ利息制限法ニ違背スルノ点ナケレハナリ。

之レニ反シ、利息ヲ元金ニ変更スルノ契約ノ以前ニ遡リテ元金ヲ差加ヘ之レニ利息ヲ付スルノ契約ニ至リテハ、元金ニ変更シタル利息ト新利息トヲ合算シ尚制限利率ヲ超過セサル場合ハ固ヨリ有効ナルモ、其然ラサル場合ニ在リテハ全ク有効ナリト云フコトヲ得ス。」（改行：引用者）

とし、破棄差戻とした。制限超過利息分の元本組入れは否定されるのであろうが、超過しない遅延利息を元本に組み入れる契約（「遅滞シタル利息ヲ元金ニ変更スルノ契約」）によって、利息の性質が元本の性質に変更されることが根拠とされる。事案に即して言うなら、明治 29 年 6 月の契約に

よって、遅滞していた利息(利息を一回も払っていなかったと仮定するならば、 $15円 \times 6 = 90円$)と元本との合計額が新たな元本となる。本判決は、同時に、引用文の後段が示すように、一定の制約はあるものの、遅滞利息の元本組入契約の以前に遡って元本組み入れを行うことも認容している(その根拠は明確ではない⁷⁾)。

2. 制限超過利息の任意弁済に関する明治初期裁判例と司法省見解

(1) 明治13年5月19日の大審院判決

次の大審院裁判例は、制限超過利息の返還請求権を自働債権とする差引計算を肯定している。

【13・5・19】大判明治13・5・19大審院民事判決録明治十三年自四月至六月457頁 = 明治前期大審院民事判決録6 158頁「事件番号不明 貸金催促一件」

X(上告人・控訴被告・原告)は、Yに金250円を貸し付けるにあたって、周旋人Aに1割の周旋料を渡すとの約束に基づいてこれを控除した残金をYに交付した。原審(東京上等裁判所)は、XがAに25円を交付することをYが承諾した証拠がないとして、この金額を差引計算して判決を下した。大審院はYの承諾があったとして周旋料25円については「差引勘定ヲ求ムルノ権利ナキモノトス」として差引計算を否定した。

ところでこの事件では、Yは、借用証書記載の利子のほかに、15円につき25銭の利息を支払っており、この点については、原審(東京上等裁判所)は、「Yハ……乙第五号証第六号証第七号証ノ利子ノ内、借用証書契約ノ利子ヲ控除シ、其残金ハ利息制限法ニ照シXヘ対シ差引勘定ヲ請求スヘキ権アルモノ」とし、既払の制限超過利息を差引計算の上、判決を下した。原審が行った計算方法、とくに差引計算の基準時を正確に捉えることはできないが、制限超過利息を支払った債務者が相殺の意思を表示したときに履行期に対当額で消滅するとしたものであろう(後述の〔13・3・8〕参照。なお、原審の表現「差引勘定ヲ請求スル権」からみてフランス民法

1290条のような当然相殺（自動相殺）を肯定しているとは言えないであろう⁸⁾。これに対して、Xは、「Yカ証書契約外ニ払ヒシ利子ハ、即拾五円ニ付貳拾五銭云々ト自カラ申立現ニ払ヒ居レハコソ、勿論承諾ヨリ払ヒシハ判然ナリ。然ルヲ既往ニ遡リ差引セラル、ハ不法ナリ」と、上告した。

大審院（増戸武平・児島惟謙・伴正順）は、

「明治十年第六十六号布告第二条ニ若此限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各其制限ニマテ引直サシムヘシトアリ、其無効ノ契約ニヨリテ得タル金員ナレハ、利息制限法ニ適スル借用証書契約ニ基ツキ控除差引セシムルヲ当然ナリトス。」

として、Xの上告を排斥した。大審院は、制限超過利息契約を「無効ノ契約」とし既払制限超過利息につき差引計算を肯定した。

（2）明治10年代中期の司法省見解

しかし、このような立場は、変化をみせることになる。明治15年11月30日函館始審裁判所請訓・同年12月4日司法省内訓⁹⁾がそれである。

「（請訓）

明治十年第六十六号布告第二条ノ制限ニ超過シタル利息ト雖モ、既ニ債主負債者ノ間ニ於テ異議ナク受領ヲ了ヘタル分ハ、仮令後日負債者ニ於テ異議ヲ唱フモ、裁判上其制限迄引直スヘキ限ニアラスト心得可然哉。

内訓

利息制限法ノ義ニ付、請訓ノ趣ハ見込ノ通タルヘシ。」

司法省内訓は、任意に弁済された制限超過部分（「既ニ債主負債者ノ間ニ於テ異議ナク受領ヲ了ヘタル分」）につき利息制限法2条後段を適用しないとしている。法的な理由は示されていないが、請訓の文言「裁判上其制限迄引直スヘキ限ニアラス」からみて、請求額と制限超過利息との差引計算を否定したといえる。

この問題について司法省第七局編・民事問題・天（司法省 明治16年）49頁、民事答案・地（同前）27頁の設例と「答案」を見ておこう。司法省

法学校速成科¹⁰⁾の科目「擬律擬判」の教材と目されている本書は、司法省の公的見解を明らかにしたものではないが、司法省において当時支配的な見解を表明していると考えられるからである。

設例によれば、原告甲は、「利子八御定ノ通り」、弁済期明治6月30日とした借用証書を差し入れさせた上で、明治13年3月15日に200円を乙に貸し付けた。もっとも、金200円の貸付に際して「三四月両月分利子」として10円、「金主へ(の)口銭」として10円、合計20円を控除した残額180円を交付した(月利5円は年利3割であるから、利息制限法2条の制限利率1割5分を超過している)。「答案」によれば、5・6月の利息の支払を9月まで猶予したが元本支払を猶予した事実はないとされている。甲が、貸付金200円と13年5月から9月までの5ヶ月分の利息12円50銭(200×0.15×5/12)の支払を請求した。被告乙は、「制限外ノ利息ト口銭ハ共ニ法律上其授受ヲ認許セサル所ナレハ」「元利金ヨリ控除スヘキ」と抗弁した(民事問答・天55～56頁参照)。

「答案」は、5・6月分の利息は猶予期限まで返還する必要はないとしたが、制限超過利息・口銭につき次のように説明している。

「被告ニ於テ原告ハ……制限外ノ利息並口銭ヲ受取リタルニ付右利息ノ制限外ニ属スル部分ト口銭トハ……元利金ヨリ控除ス可キ者ナル旨申立ルト雖モ、当時被告ニ於テ之ヲ承諾シ既ニ受授ヲ為シ了リタル上ハ、今更其返還ヲ求め得キ者ニ非ス。故ニ、原告於テ口銭ヲ受取リタルコトヲ自認シ又仮ニ……制限外ノ利息ヲ受取リタリト做スモ、其差引ヲ求ムルコトヲ得ス。」

この設例では、二か月分の利息の天引、そこに含まれている二か月分の制限超過利息の天引、「口銭」の天引、以上三つの問題が含まれている。「答案」は、制限内利息の天引を当然視した上で、天引を承諾上の授受とみなし、債務者が制限超過利息および「口銭」を「承諾シ既ニ受授ヲ為シ了リタル上ハ」返還請求ができず、したがって「差引(計算)」を請求することもできないとしている。制限超過利息および口銭の返還請求権がな

ぜ生じないのか。「答案」は、「参照」として、フランス民法1315条、1186条を指示している（地30頁参照）。債務の証明責任に関する前者は「債務の履行を要求する者は、債務を証明しなければならない。／反対に、〔債務から〕解放されたと主張する者は、弁済又はその債務の消滅をもたらした事実を証明しなければならない」と規定している。また、期限付き債務に関する1186条は、「期限つきでのみ義務づけられるものは、期限の到来前には要求することができない。ただし、前もって支払われたものは、返還を請求することができない。」と規定しており、この但し書きに依拠したものと思われる。不当利得返還請求権の問題としては設定されていないとみることができよう。なお「口銭」と旧利息制限法4条との関係は問題ともなっていない。

(3) 明治16年ないし17年の大審院 見解の対立

以上、司法省の立場をみたのであるが、次の判決は、大審院もこの立場をとることを明らかにしたものである。

【16・11・14】大判明治16・11・14大審院民事判決録明治十六年自十一月至十二月163頁＝明治前期大審院民事判決録9 349頁および483頁「明治16年567号 家屋馴合売買回復一件」

本件の事実関係・訴訟経過はかならずしも明確ではないが、X（原告・控訴人・上告人）がY（売戻義務者または売戻義務者からの転得者）に対して家屋の買戻を請求した事件である。原審（東京控訴裁判所）は、「而シテ、是迄ノ貸賃、則利息ハ法律上ノ制限ヲ超過スルニ付、其延滞セシ当日ヨリ以後明治十年第六十六号布告ニ遵フタル利息ヲ元本ニ付シ之ヲ払ヒ入ル、ニ於テハ、被告（控訴被告）ハ家屋ノ返還ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス」と判示している。Xが、本件請求は「全ク授受ヲ終リ之カ取戻ヲ要求スル」訴訟ではなく「之ヲ引直元金ト加減シテ制限法ニ遵ハシメ得ヘキ場合」であるから、既払賃料＝利息の制限超過部分による差引計算をした残額を買戻代価とすべきであるとして上告。

大審院（安居修蔵・山本昌行・川村清輔）は、

「利足制限法ニ超過スルノ利足ト雖モ、既ニ之レヲ払入レタル者ハ、義務者承諾上其義務ヲ執行シタルニ因ル。其承諾執行アリトセハ、是レ争ヒナキモノナリ。争ヒナキノ事件ハ素ヨリ裁判ニ上ルヘキノ理ナシ。故ニ、明治十年第六十六号布告第二条ニ『此限ヲ超過スル分ハ裁判上無効』云々トアル精神ハ未タ払ヒ入レサル分ノミニ在リトス。」と説示し、原判決を破棄すべき理由がないとした。この判決は、「義務者承諾上其義務ヲ執行」した場合には「争ヒナキノ事件」となっているとす。制限超過利息の「承諾執行＝承諾履行」によって「争ヒナキノ事件」となるのは裁判上無効の主張をする利益を放棄したということであろうか。この判決は、「既ニ債主負債者ノ間ニ於テ異議ナク受領ヲ了ヘタル(制限超過利息)分」に関する明治15年12月4日の司法省内訓と結論を同じくしている。

実は、旧利息制限法施行前の事案である【16・10・19】大判明治16・10・19大審院民事判決録明治十六年自八月至十月591頁＝明治前期大審院民事判決録9 307頁「明治16年262号 立換金返戻過取戻一件」¹¹⁾で、安居修蔵を主任判事とする大審院(安居修蔵・坂本政均・山本昌行)は、「(原審が)既ニ数年前利息ノ授受ヲ終ヘタルノミナラス其授受ハXカ確認上ニ係ルト認定スヘキ本訴ヲ以テ、未タ其授受ヲ瞭セサル者ト同視シ……タルハ不当」と説示し、「(弁済者の)確認上」の「授受既了」の判断枠組みを提示していた。

これに対して、【17・7・29】大判明治17・7・29大審院明治十七年自七月至九月270頁＝明治前期大審院民事判決録10 233頁「事件番号不明 貸金催促上告一件」は「引直」を肯定する。X(原告・控訴被告・上告人)のYに対する500円の返還請求につき、原審(大阪控訴裁判所)は、「Yヨリ漸次入金ニ対シ之レカ相当ノ戻利ヲ附スルハ至当ナルニ、Xハ之ヲ附スヘキノ理ナシトシ其返済シタル部分ニモ利子ヲ附スルノ筈ナケレハ(と主張しているが)、元金ノ内へ返済シタル部分ニ対シ戻利ヲ附加シ計算ス可キモノトス。殊トニ利子ノ如キハYノ認めサル七厘日歩等ヲ以テ計算シタ

ルモノナレハ、利息制限法ニ引直サ、ル可ラス」と判示した。原審は、弁済金につき戻り利を付した差引計算を行うこと、そして日歩7厘（年利255.5%）の計算で支払われた利息については利息制限法にしたがった「引直」を指示した。Xは、本訴請求の根拠の証書は数口の債務を更改したものであるのに返済金につき戻り利を付した差引計算を行いかつ利息制限法にしたがった「引直」を行うのは「旧義務ノ組織」・「旧義務組成ノ金高」に干渉するものであり不当として上告した。大審院（尾崎忠治・坂本政均・牟田口通照）は、更改を否定する原審判決を是認した上で、「利子ノ計算ハ利息制限法ニ依テ引直サ、ルヲ得ス」とし、上告を排斥した。

大審院は、〔16・10・19〕・〔16・11・14〕と〔17・7・29〕とにみられるように、制限超過利息の取り扱いについて、一致した理論を獲得してはいなかった。それぞれ、明治17年8月、明治18年9月発行の大審院民事判決録で公にされる。

（3） 制限超過利息をめぐる議論

金融問題、とくに高利（貸）対策・利息制限問題は明治初期から論壇ににぎわした問題であったが、制限超過利息の法的取り扱いの問題は明治17年頃から法律雑誌の一つの焦点となる。たとえば、法律志叢252号・253号（明治17年11月）は、無署名の論説「利息制限法ニ超過シタル利息ヲ払ヒタルモノハ取戻シ得ヘキヲ論ス」において、制限超過利息支払の約定は無効であり、制限超過利息の任意弁済を自然義務または不正契約の履行とすることはできないと批判し、返還請求を認めると論じている（フランスの1850年12月19日法を援用している）。法律志叢は、325号（明治19.3.3）から335号（19.5.3）にかけて、「（論説）再ヒ利息制限法ニ超過シタル利息ヲ払ヒタルモノハ取戻シ得ヘキヲ論ス」を5回にわたってその主張を敷衍している。また、元本充当の可否の論争を呼びかける鎌田樵夫「民事疑義二問」法律雑誌511号（明治19.2.23）12頁、「法理ト立法者ノ意思トヲ推測スルモ」不成立・無効の契約で不当利得返還請求権が生ずるとする恵潤居士「民事疑義問題二答フ」同512号（明治19.2.28）16頁、制限超過

利息契約を禁止し取戻権を明文で認めるフランスの利息制限法と異なり制限超過利息の訴権のみを否定するにすぎない利息制限法2条の下で引直・返還請求は否定されるとする山田東次「利息制限法第二条ヲ論ス」法律応用雑誌75号(明治21.1.7)1頁等、活発な論議を展開している。元本との差引計算または返還請求否定の根拠は、利息制限法2条が未払制限超過利息の裁判上の請求についてのみ規定していること、債務者が任意に制限超過利息を弁済したこと、債務者の任意弁済は法律による保護の放棄であること、弁済によって債権者は既得権を有していることなどであった。これに対する肯定説の根拠は利息制限法の債務者保護の精神を挙げる点では共通であるが、「裁判上無効」を不成立または無効の意味とするものなどさまざまであった。

法学協会雑誌21号・22号¹²⁾に連載された「討論筆記 高利貸借之件」はこのような議論を整理するものでもあった。「討論題」は次の内容であり、制限超過利息の元本充当(差引計算)の可否であった。

「甲者ハ、乙者ノ依頼ニヨリ、高利ヲ以テ若干ノ金額ヲ乙者ニ貸付セリ。爾来乙者ハ約定通りノ利息ヲ払ヒ来リタレトモ、甲者ガ其元金返済ノ催促ヲナスニ当リ、乙者ハ是迄既ニ払ヒミタル利息ハ制限額ヲ超過スルヲ以テ其超過スル部分ヲ元金ヨリ引去リ残額ノミヲ返済セントス」

貸主甲側の主論者中橋徳五郎は、(明治10年の利息制限法の)立法者の「意思」・「精神」を吟味することが肝要であるとした上で、二つの論拠を展開している。第一に、制限超過利息支払契約は、不法契約の三類型「刑法規則ニ反シ道德ノ法網ニ背キ社会ノ公安ヲ傷害スルモノ」・「立法者ノ御親切ヨリシテ結約者間ノ詐欺強逼等ヲ防カンカ為メ設ケタル法律ニ抵触スルモノ」・「政府ノ都合ニ依リ罰金ヲ科スル法律規則ニ抵触スル者」

のうちの第二類型に属し、かつ甲・乙ともに「同等ニ不正ノ位置ニ立ツ」から、甲は制限超過利息返還義務を負担しないとす(乙の「不正」は利息制限法に抵触する契約であることを承知しながら制限超過利息を支

払ってきたことに求められている。第二に、立法者は「契約自由ノ原理」に基づき制限超過利息支払契約を「裁判上無効」とするにとどめ「無効」とはしなかったものであり、「英法律ノ所謂不完全義務（imperfect obligation）」戸水寛人はこれを「不充分義務一名自然義務」と表現している。であるから制限内外を問わず弁済した利息の返還請求はできないとする。なお、裁判上の請求ができないだけのことであるからフランス法の「不当ノ利得」論によることもできないと付言している。土方寧は、利息制限法2条が制限超過利息支払の約束の部分を「不適法ノ約束」としているが、「原被告双方共二同等ノ非行アリタルトキハ、被告人ノ位置、原告人ノ位置ニ優先レリト云フ法律ノ格言¹³⁾」に従い、「無効ノ契約ト雖モ随意ニ之ヲ履行シ金銭ヲ払ヒ渡シ」したときは返還も元本との差引計算もできないと補足している。これに対して、借主乙側の主論者戸水寛人は、「裁判上」の三文字に拘泥するのではなく法律全体に即した解釈をすべきであるから、利息制限法は制限超過部分の約束は約束しなかったものとしており、したがって支払義務は発生せず弁済した超過部分につき返還請求権が生ずるといふ。馬場愿治は、既払制限超過利息の差引計算をせずに元本請求を認容することは間接に制限超過利息を「裁判所ノ公力」によって認めることになるとする。起立者中、甲方29名、乙方22名の結果であったようである。

以上のようなこの時期の議論は、裁判例が制限超過利息の元本との差引計算または返還請求についての裁判例が様々であることを指摘した上で、立法者の精神にしたがった利息制限法2条の意味の確定を志向しながら、それぞれの理論構成をイギリス法またはフランス法に求めるものであった¹⁴⁾。

3. 制限超過利息に関する司法省の研究

- (1) 既払制限超過利息の差引計算等を肯定する控訴審判決の台頭と大審院への係属

他方で、〔17・7・29〕の原審判決もそうであるが、明治18年頃から、制

限超過利息の元本充当計算を肯定する下級審判決が下され、これが大審院に係属することになる。既払制限超過利息に法定利息を付してこれと請求額との差引計算を肯定した広島控訴裁判所の明治18年6月1日判決(【20・3・30】の原審判決)、既払制限超過利息による差引計算によって元利息を完済されているだけではなくすでに過払いになっているとした東京始審裁判所の明治19年3月31日判決(【20・4・27】の原審判決)、48円の借用証書に基づく請求に対し、その16円は制限超過利息を証書化したもので、しかも「授受未済」であるとして請求を排斥した松山地方裁判所宇和島支庁の明治19年9月22日判決(【20・11・16】の原審判決)の各事件が大審院に係属する。これらの控訴審判決へのボアソナード構想の浸透を見ることは許されるように思われるのであるが、明治19年3月31日付で旧民法財産編・財産取得編第一部の草案が内閣に上申されている¹⁵⁾。

この時期、すでに「大審院……ノ判決例ヲ模範トシテ法意ノ方針ヲ一致セシメサル可カラス」としながらも、「一判決例ヲ待ツ」のでは「非常ノ混雑ヲ生スルニ至ル可シ」とする明治17年10月21日の司法省上申¹⁶⁾が語るように、「法律上ノ疑義」・「法律ノ解釈」の統一とその手法の開発が司法省・大審院の差し迫った現実的課題であった。明治17年5月の法律諮問会の発足、それまでの大審院民事判決録の発刊の停止と大審院民事商事判決録への移行はこの一環であった¹⁷⁾。さらに、明治19年5月5日の裁判所官制(勅令40号)による民事・刑事二局制の採用(19条)と総会議の設置(46条)もその組織的担保であった。利息制限法の解釈問題もこの流れの中に置かれていたとみることができよう。

(2) 制限超過利息に関する司法省の研究

この事態にあって、司法省は、利息制限法、とりわけ制限超過利息の研究を行うことになる。明治18年ないし19年に司法省が利息制限法について研究を進めたことは、法務図書館が所蔵する資料に明らかである。

たとえば、「英国諸規則翻訳」(請求記号 B900 S1-30)には、「英国高利制限法」のタイトルの下に1854年の高利制限法廃止法およびそれ以前の高

利制限法の翻訳が含まれている¹⁸⁾。また、「高利貸処分法 司法省 翻訳課写本（司12） 明18 半紙 請求記号 B380 S-1-1」（法務図書館所蔵貴重書目録（和書）10頁左欄冒頭参照）は、以下の5文書で構成されている¹⁹⁾。

「金員ノ利息額ヲ定ムル千八百七年九月三日ノ法律（自第一条至第五条）」

「高利貸ノ犯罪ニ関スル千八百五十年十二月十九日ノ法律（自第一条至第七条）」

「ダローズ 貸借ノ篇（自一号至第二百十号 別目次アリ）」

「高利貸ノ篇（自第一号至第十九号）」

「高利貸論（モーリス・ブロック 政事辞書）」

このように、この時期、司法省はイギリス・フランスの高利制限法の調査を行ったが、イギリスについては高利禁止法を全廃した1854年法とそれにいたる諸法律の翻訳であり、フランスについては利息自由化論の論稿（上記「高利貸論（モーリス・ブロック 政事辞書）」）を含めた紹介がなされている。司法省が、高利制限一般にとどまらず、制限超過利息の法的取り扱いをも焦点に置いていたことは、司法省民事局（明治19.2.27～24.8.16）の質問に対するアッペール Georges Appert²⁰⁾とカークード William Montague Hammett Kirkwood²¹⁾の回答（翻訳）に明らかである²²⁾。項を改めてこれを見ることにする。

(3) 既払制限超過利息に関する明治19年4月のアッペールとカークードの回答

司法省民事局の設例は次の内容である²³⁾。

「 問題

明治十七年一月、甲者金百円ヲ乙者ニ貸与シ、返済期限ヲ同年十二月トシ、其利子ハ一ヶ月元金五円ニ付二十五銭ノ割ニ一ヶ月ノ利子金五円ト定メタリ。乙者ハ毎月五円ノ利子ヲ債主ニ払ヒ来リシカ、期限後三ヶ月間元金ヲ返弁セサルノミナラス、利子ヲモ払渡サ、ルニ依

り、裁判所ニ訴ヘル所トナリタルニ及ヒ、負債主ヨリ期限後三ヶ月ノ
利子ハ勿論其前十二ヶ月間ニ払込ミタル利子ヲモ利息制限法ニ拠リテ
引直サレンコトヲ請求セリ。

此場合ニ於テ、債主力制限外ノ利子ヲ收受シタルノ証明白ナルトキ
ハ已ニ払渡シ了タル利子ヲ制限法ニ拠リテ引直スヘキ理ナルカ、将タ
双方既ニ甘諾ノ上授受シタルモノナルカ故ニ未タ授受セサル分ノミヲ
引直スヘキ理ナルカ。」

「問題」はこうである。明治17年1月に、返済期限同年12月、利息月5
円の条件で、甲が乙に100円を貸し付けたところ、乙は毎月利息を支払っ
てきたが、期限到来の後は3ヶ月も元金も利息も支払わないので、甲が訴
えを提起した。乙は、期限後3ヶ月の遅延利息も制限利息によるべきだし、
12ヶ月間支払った利息を利息制限法²⁴⁾にしたがって「引直計算」すべきで
あると抗弁している。この場合、既払利息についても引直すべきか、それ
とも「双方既ニ甘諾ノ上授受シタ」のだから未授受の分のみを引き直すべ
きか。

「利息制限法第二条ニ関スル問題ノ答案」と題する回答で、アペール
は、問題を明確にするために、まず債務者が元利を完済した後に既払制限
超過利息の返還を請求することができるかを検討するとして、その結論を
裁判所は返還請求を排斥すべきであるという。その根拠の第一は、高利に
対して刑事的制裁をも科すフランス法と比較して、刑法・利息制限法で刑
事的制裁を科していない以上、「日本法律ノ一般ナル精神」は「民事上ニ
於ケルモ日本法律ハ高利貸借ニ対シ寛大」であることにある。第二に、利
息制限法2条の文言「制限ヲ超過スル利子ノ約定ハ總テ裁判所ニ対シテハ
(或ハ裁判上)無効トシ其制限迄引直サル可シ」からして「単ニ高利ノ約
定ニ裁判上ノ批准ヲ拒絶」するに過ぎないと解するのが「立法者ノ精神」
に適用することにある。このようにして、2条は制限超過利息の裁判上の請求
を拒絶しているにすぎないとアペールは言う。

不法に受領した金銭は返還すべきは「争フ可カラサルノ原則」との立論

に対しては、未払制限超過利息の請求と既払制限超過利息の返還請求とは「全く相異なる者」であって、すでに受領した（あるいはすでに消費した）制限超過利息の返還請求は、債権者による制限超過利息請求を拒絶するのに比べて、債権者にとって「一層厳酷」なことである。また、一例を挙げれば、フランス民法1967条²⁵⁾は「賭博ニ係ル債主ハ、請求ノ権ナキモ、既ニ受シタル者ハ之ヲ保持スルヲ得」としているのであって、既払制限超過利息の返還請求を拒絶することが理論に反するとはいえないし、高利返還請求の拒絶は不道徳を「批准」するものだとの批判もあたらぬという。

「問題」に戻るならば、債権者甲の請求は（未払利息と）元本の請求であり、これに対して債権者甲が利息として受領した金額を制限内の利息と元本への充当部分（「元金済崩二供ヘタル余分」との二つ（「二箇ノ元素」）に区分し制限超過利息の元本充当を認めることは、間接的に取戻を認めることに帰着するとアペールは結論づけている。

これに対して、カークードの「利息制限法ニ関スル民事局ヨリノ質疑答案」は逆の結論を導きだしている。カークードは、乙が返済期限に元本を支払った場合に、乙は甲に対し既払制限超過利息（60円 - 100円 × 0.15 = 45円）の返還請求の可否が先決問題であるとする。制限超過利息支払契約の不法性の程度（「不法タル区域」）を判定するに、2条後段「此限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各々其制限迄引直サシムベシ」の趣旨と「語勢」からみて、立法者は高利貸借を抑制するために利息を制限内利息と制限超過利息とに区分し、制限超過利息支払契約は「不法ニシテ法律ノ精神ニ戾ルヲ以テ無効タルハ勿論」という。イギリスの高利制限法のもとで、ローマ法の格言「訴訟ノ権利ハ不法ノ契約ヨリハ生スル能ハス²⁶⁾」が適用されたのは高利貸借またはこれに類する不法の契約であって、裁判所は「約束ノ基礎タル約因又ハ約因ノ結果タル約束」が「不適法」のときは契約全体を無効とした。日本の立法者は当時の状況を考慮し利息契約全部を無効とはしなかったが、2条後段を挿入し制限超過部分のみを「無効不法」とするにとどめたにせよ、乙の既払制限超過利息45円の返還請求は認

容される。

筆者には、旧民法草案の作業を介してポアソナードの見解を熟知していた司法省民事局がアッペールとカーワードの見解、とくに前者の見解を確かめた行動の中に、司法省の意図ないし期待を感じざるを得ない。すでに「古典派経済学を充分咀嚼してこれをフランス自由主義のうえにおいて論述²⁷⁾」した『経済学講義』(明治16年)・『理財学講義』(明治16年および17年)によってアッペールの立場は周知のことであったからである。

- 1) 国立国会図書館蔵本(請求記号 CZ-2811-011)。
- 2) 借用証書に「利子制規ノ通り」とあった【20・4・29】大判明治20・4・29明治前期大審院民事判決録13- 355頁=裁判粹誌2巻166頁「明治18年239号 貸金催促ノ件」で、上告代理人岡山兼吉が「貸金渡世者カ月部ノ利子ヲ以テ計算ヲシ又タハ制限外ノ利子ヲ以テ計算ヲナスコトハ之レ普通ノ習慣」・「下民ニ於テ制限外ノ利ヲ私ヒ月部利子ニ計算スルハ大概皆高利貸者ノ習慣」(録13- 356頁)と主張しているが、これは当時の実状を指摘したものと見えよう。
- 3) 【29・5・21】大判明治29・5・21民録2輯5巻57頁=裁判粹誌11巻301頁「明治28年420号 貸金請求件」で、契約書に「成規ノ利子」と記載されていた事件につき、大審院第一民事部(中村元嘉・小松弘隆・井上正一・本多康直・高木豊三・芹沢政温・西川鉄次郎)は、「成規ノ利子トハ、利子ノ契約ニ付広ク民間ニ行ハル、所ノ用語ニシテ、其意味タルヤ貸借金高二応シ利息制限法ニ定ムル制限ヲ超過セサル最高ノ利子ヲ支払フヘシト云フニ在ルコトハ普通一般ニ認メラル、所ノ解釈ナリ」とし、「特別ノ反証ナキ限り」この「普通ノ解釈」に従うのは当然という。また、【29・7・2】大判明治29・7・2民録2輯7巻4頁=裁判粹誌11巻358頁「明治28年370号 貸金請求件」で、大審院第一民事部(裁判官のうち芹沢政温が本多敬三郎に交替)は、「明治十年六十六号布告第三条ニ『法律上ノ利息トハ人民相互ノ契約ヲ以テ利息ノ高ヲ定メサルトキ』トハ契約ヲ以テ利息ニ関スル何等ノ事項ヲモ定メサル場合ヲ謂ヒ、当事者力契約ヲ以テ利息ニ関シ『利子成規通り若クハ御規則ノ利子』等ノ定ヲ為シタルトキハ即チ契約上ノ利息ヲ定メタル場合ナリトス。而シテ其契約上利息ヲ定タル以上ハ、原力前掲ノ如キ文詞ハ通例法律上制限ノ最高額ヲ意味スルモノニシテ本件ニ於テモ敢テ之ト異ナルコトナシト説明シタルハ、普通ノ慣行ヲ斟酌シ証書ノ解釈ヲ下タシタルモノニシテ敢テ非難スヘキニ非ス」という。そして、【30・3・2】大判明治30・3・2民録3輯3巻18頁=裁判粹誌12巻88頁「明治29年269号 貸金請求件」で、借用証書に「利子ハ成規ノ通り」と記載されていた事件につき、原審(東京控訴院)は法定利息(利息制限法3条が定める法定利息)に拠った。これに対して大審院第一民事部は、「(借用証書中に)利子ニ就テ制規之通りト記載シアルカ如キハ利息制限法第二条ニ定ムル制限ヲ超過セサル最高額ヲ以テ契約シタルモノト解釈スヘキハ普通一般ニ認ムル所ノ慣行ナリ」という。後二者を登載した民録の「判決要旨」がともに【29・5・21】判決の参照を指示しており、これには大審院の強い意思を感じざるをえない。

制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成（大河）

- 4) 村上一博「明治初期における一裁判官の法意識 三島中洲の『民事法律聞見随録』と質地論」明治大学社会科学研究所紀要32巻2号（1994年）1頁以下が、弁済期後の遅延利息につき法定利率よりも約定利率を優先させる玉乃世履の説を紹介している。ちなみに玉乃は〔18・12・22〕の審理に加わっている。

なお、【13・11・26】大判明治13・11・26大審院民事判決録自十月至十二月644頁＝明治前期大審院民事判決録6 399頁「事件番号不明 貸金ノ内へ出金セシ金円催促ノ一件」で、大審院（増戸武平・生田精代児島惟謙・伴正順）が、証書に「100円に付1ヶ月75銭割利息」（ $75/10000 \times 12 = 0.09$ ）とあるのに原審が1ヶ月1割の利息と言いつたので、この部分のみを破棄自判としているように、証書に記載された約定利率にしたがった判決を要するのは当然のことである。しかし「事実ノ理由」を付した別な認定の余地が認められこともあったようである。次の判決はこれを示唆している。【18・11・30】大判明治18・11・30明治前期大審院民事判決録11 371頁「明治17年499号 貸金催促ノ件」では、Y（被告・控訴原告・上诉人）が明治12年5月20日付でXに交付した借用証書（被上告第一号証：返済期明治13年12月20日、年利1分1厘の記載あり）につき、原審（大阪控訴裁判所明治17年9月22日判決）は、Yが金100円Xから借り受け当該借用証を差し入れたまま返済していないと認定し、請求金額を速やかに返済せよと判示した。Yの上告に対し、大審院（玉乃世履・西成度・中村元嘉）は、「凡ソ裁判所ニ於テ事実ヲ認定スルノ言渡ヲ為ス時ハ其認定セシ事実ノ理由ヲ明示スヘキ條理」であるから、認定した事実について理由を付していない原審判決は「事実ノ理由ヲ付セザリシ不法ノ裁判」であるとする。また、証書に年利1分1厘とあるのに年1割1分の利息を支払えとしたのも「事実ノ理由ヲ付セサル不法ノ裁判」であるとし、破棄移送とした（名古屋控訴裁判所へ。なお、願書課の上告受理理由書（前期372頁）を参照されたい）。

また、契約の成立要件・有効要件と証書との関係一般については、【18・12・25】大判明治18・12・25明治前期大審院民事判決録11 411頁「事件番号不明 貸金催促ノ件」が参考になる。この判決で、大審院（原田種成・増戸武平・寺島直）は、「凡ソ貸借成立ノ事実ヲ証明スル材料ハ借用証書ヨリ優レル者無シ。如何トナレハ、實際金員ヲ借受ケサルトキハ借用証書ヲ調製シテ貸主ヘ渡シ置ク謂シ無キヲ以テナリ。故ニ借用証書ヲ貸主於テ所持スルハ法律ハ先ツ之ヲ以テ其貸借ハ原素アリテ既ニ正当ニ成立ツ者ト看認メサルヲ得サル筋合ナレハ、若シ借主於テ之ニ反シ原因ナキカ若クハ原因ノ不正ニ属スル等ノ弁論ヲ主張スルニハ其証明ヲ為サレ可カラズ」と説示している。

- 5) 一般論としては、利息制限法2条の遡及効は否定されている。たとえば、【20・11・30】大（民事第二局）判明治20・11・30裁判粹誌2巻312頁「明治20年14号 貸金催促ノ件」がそうである。X（原告・上诉人）が明治10年2月の貸付金をY・Zに請求したのに対し、原審（東京控訴院）が約定利息は「定限外ノ利子ニシテ條理ノ許ス所ニ非ス」とし約定利率を「減殺」した。Xは、明治8年太政官布告103号3条を援用し、約定利息は当時「中等以下ノ社会ニ於テハ一般ニ行ハレタル習慣」で治安妨害・風俗紊乱をもたらすものではないから条理に反することもないとして上告した。大審院民事第二局（尾崎忠治・小松弘法・谷津春三・松本正忠・堀眞五郎）は、「明治十年二月二日付ノ借用証書ニシテ利息制限法発布已前ニ係ル証書ナルヲ以テ、其利子ノ約定ニ付テハ当時之ヲ制限シタルノ法律ヲ

ルコトナシ。左レハ双方ノ合意上締結シタル利子ノ約定ハ八結約者双方ノ間ニ有効ナルコトハ勿論ニ付、仮令裁判ニ於テ過当ノ利子ナリト思料スルモ之ヲ不條理ナリト論スルコトヲ得サル筋合」とし、破棄自判によってXの請求を認容した。なお、大審院は原審の判断を当事者双方の合意に背くだけでなく契約時の現行法である明治6年太政官布告40号(「貸金銀利足ノ儀、是迄定制有之候処自今貸借双方ノ者相對示談ノ上利息取極メ貸金証文へ急度書載セ取引可致事」)に違背した不法の裁判と付言している。また、【27・5・10】大判明治27・5・10判例彙報2巻民事判例168頁=裁判粹誌9巻上176頁「明治26年546号貸金請求ノ件」で、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・中尾眞兎)も、「法律ハ合意上既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス。故ニ原院カ利息制限法以前既ニ生シタル利息ハ其額ノ制限ヲ超過スルニ拘ハラス之ヲ要求スルヲ得ヘキモノト判定シタルハ固ヨリ相当」としている。

- 6) 習慣ないし慣習については、検討すべき課題が多いが、ここでは期限の定めのない借地契約について地域的な習慣ないし慣習を根拠に借地料増額請求を認める裁判慣例に触れておく。たとえば、【20・2・28】大判明治20・2・28明治前期大審院民事判決録13-175頁=裁判粹誌2巻67頁「明治18年288号借地証請求ノ件」で、主任判事加藤祖一は「賃貸金ノ多寡ハ貸借者双方間ノ合意上適宜ニ決定スヘキモノナルヲ以テ、既ニ其額ヲ定メ貸与セシカラハ租税其他ノ支出高ニヨリ實際損失相償ハサルカ其他増加スヘキ相当ノ因由ヲ証明セサレハ、仮令比隣貸借者ノ間ニ於テ賃金ニ変更アルモ、単ニ之レノミヲ以テ他二波及セシメ已ニ甘諾上決定セシ賃金ヲ増加スヘキ理由ト為スヲ得ス」とし、上告不受理の「判文旨趣書」を作成した。これに対し寺島直・増戸武平両判事が「年季ヲ定メ何年間々何程宛テ貸借スルノ契約ナキ限りハ、近傍類地同一ノ借地料ヲ求ムルモ不法ニアラス」との意見を付した結果、上告を受理し民事第二局の審理に移すことになった。民事第二局(増戸武平・安居修蔵・小松弘隆・谷津春三・松本正忠)は、「賃貸金ノ多寡ハ、貸借者双方間ノ合意上適宜ニ決定シ既ニ其額ヲ定メ貸与セシモ、地租其他ノ支出高ニヨリ實際損失相償ハサル歟又ハ最初得タル所ノ利益ヲ減少スルニ於テハ相当其理由ヲ証明シ賃金ヲ増加スルハ理ノ当然ナリ」とし、原審(東京控訴裁判所)の判決中の地代増額請求に関する判断(請求棄却)を破棄し、名古屋控訴院に移送した。この判決は「(当然の)理」とするにとどまる(なお、被告を異にする【20・2・28】大判明治20・2・28明治前期大審院民事判決録13-178頁「明治18年289号借地証請求ノ件」は全く同旨)。【横浜始20・4・6】横浜始判明治20・4・6裁判粹誌民事集第一巻付録43頁、【22・11・22】大(民事第二局)判明治22・11・22法学協会雑誌7巻(通号69号)785頁「事件番号不明地代引揚請求件」も同旨。しかし、【24・3・7】大(第一第二連合民事部)判明治24・3・7明治二十四年大審院民事部判決録第一巻1頁=裁判粹誌6巻82頁=法学協会雑誌9巻8号55頁「明治22年758号地賃改正地受請求ノ件」にいたると、大審院は東京地方の慣習を持ち出す。判決理由は、「地価ニシテ比隣一般ニ騰貴シタルトキハ、之ニ伴隨ス可キ諸般ノ影響ハ自カラ免カル可カラサル筋合ナリ。而シテ東京地方ニ在リテハ、本件ノ如キ特定ノ契約ナキ場合、地価ノ騰貴ニ從ヒ相当地代ノ改正ヲ為シ来レル慣習ナルコト既往ノ経歴上明カナル事実ノミナラス、上告人(=原告・控訴人:地主)カ原審ニ於テ本院ノ裁判例ヲ提出シ以テ裁判上認許スル所ナリト迄論述シタルニモ拘ラス、原院ハ更ニ此慣習ヲ顧ミス

制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成（大河）

地価騰貴ノ如キ前二控訴人カ地所ノ便利ヲ與ヘタルニ原由シタルモノト視ル可キ証憑ナキヲ以テ地代増額ノ理由トナスニ足ラストノ理由ヲ以テ本件ノ請求ヲ排却シタルハ不法ノ裁判ニシテ破毀ス可キ原由アルモノトス」と述べる。本判決は、裁判所構成法（明治23年法律6号）49条にもとづく「民事総部」判決であるが、法的根拠づけを統一しようとしたものであろう。裁判誌は、「地価ニシテ比隣一般ニ騰貴シタルトキハ、之ニ伴隨ス可キ諸般ノ影響ハ自カラ免ル可カラサレハ、之ニ準拠シテ地賃ノ引上ヲ為シ得ルハ東京地方ノ慣習ナリトス」と摘要している（手塚豊・明治史研究雑誌128頁がこの明治24年3月7日民事総部判決に触れているが、上告理由を判決理由と誤解した紹介となっている）。民事総部判決ののちの【東京控24・11・13】東京控判明治24・11・13法書記事3号42頁「貸地料増加改正要求ノ件」は「横浜地方ノ慣習」という。

また、【11・6・28】大判明治11・6・28大審院民事判決録明治十一年六月357頁＝明治前期大審院民事判決録2 330頁「事件番号不明 質地受戻一件」において、大審院（裁判官不明）は、質地請戻請求に関して、「宜シク村方ノ如何ヲ審明シ其経過シタル年月ヲ計算シ、之ヲ裁判ノ習慣ニ考へ、之レヲ成文ノ法律ニ照ラシ、以テ判決ヲ与フヘキ」と説示し、村方習慣・裁判慣例・成文法を区分している。質渡世での「新潟市中ノ習慣」についての【11・11・14】大判明治11・11・14大審院民事判決録明治十一年十一月十二月623頁＝明治前期大審院民事判決録3 357頁「事件番号不明 質品受戻上告一件」も参照されたい。

- 7) 引用した判決文の後段での計算方法に関係していよう。
- 8) また、【13・5・28】大判明治18・5・28大審院民事判決録明治十三年自四月至六月628頁＝明治前期大審院民事判決録6 177頁「事件番号不明 差引精算金請求一件」で、大審院（伴正順・児島惟謙・増戸武平）は、「双方ノ間ニ於テ權利ト義務トヲ兼有スル時ハ、特別ノ契約アル場合ヲ除クノ外ハ、其高ノ相応スルニ至ル迄互ニ義務ヲ相殺スルヲ得ルハ正ニ当然ノ條理ナリトス」としているが、これは一般論であり、当該事件では、上告人に対する被告人の債務1500円の弁済につき上告人に対する被告人の月賦債権（月75円）を当てる旨の（被告人の）申し込みを上告人が承諾したとされている。したがって、この判決も自動相殺を肯定したものではない。
- 9) 民事令訓集370頁参照。明治12年2月24日の司法省達「内訓条例」（法規分類大全 官職門・官制・司法省一 183頁）については、岩谷十郎「訓令を仰ぐ大審院 明治一二年代の司法権」法学研究66巻8号（1993年）1頁以下参照。利息制限法公布の直前・直後の時期の司法省指令については、司法省蔵版・民事1号（明治9年10月）61号（明治10年12月）〔法務図書館 B900 S1-3. 4. 5. 6〕がもっとも基礎的な史料である。なお、弾舜平編・貸借利息制限法（柳原喜兵衛 明治11年5月）〔国立国会図書館所蔵〕が、3章構成（公債上の利息、契約上の利息、法律上の利息）で、司法省指令などを整理している。問題はこの期間以降の司法省指令・内訓等であるが、明治十七年同指令全集（鶴声社 明治18年4月）、柳沢武運三編・同指令大日本法律全書（明治18年2月）、山住才三編・織田純一郎訂・同指令内訓大日本法律規則類纂（大坂・野村長兵衛等 明治19～20年）、三宅金三郎編・現行法規同指令（神戸・明輝社 明治27年4月）、大阪府天王寺警察署編・現行明治類典（同指令内訓請訓）（大阪・前田菊松 明治21-23年）に、本稿にとって有意義

な指令等をみいだすことはできていない。その結果、本稿の段階では、民事令訓集(神戸大学人文社会科学系図書館所蔵:旧神戸裁判所所蔵)によっているにすぎない。この点はなお資料研究が必要である。

- 10) 司法省法学校については、手塚豊・明治法学教育史の研究(慶應通信 1988年)を参照されたい。
- 11) この事件では、X(原告・被告人)の明治元年度の滞納租税(30円内外)を当時戸長であったYが立て替え、Xは立替金に年3割の利息を付した合計167円余をYに返済した(明治9年)。支払った利息分の金額の返還をXがYに請求したのが本件。原審は、本件立替を「別段ノ契約ナキ厚意ノ立換金」であるから利息を発生させる原因がないとし、「Xカ払入レタル利息ハ無原因ノ賠償ニシテ即錯誤ノ弁済ニ属スルニ依リ、其利息ハ悉皆之ヲ返却スヘキ筋」とし、Xの請求を認容した(もっとも、「(Yの)厚意ニ酬ントスル(Xの)寸志ナルヲ以テ、Yハ宜シクXノ意ニ任セテ之ヲ受領スヘキモノナリ」とあるところをみると、Xの請求は法定利息を超過する部分の返還にとどまっている可能性がある)。安居修蔵を主任判事とする大審院は、錯誤とするには別に適当な錯誤の「証」を要するとした上で、原審が「既二数年前利息ノ授受ヲ終ヘタルノミナラス其授受ハXカ確認上ニ係ルト認定スヘキ本訴ヲ以テ、未タ其授受ヲ瞭セサル者ト同視シ……タルハ不当」と説示し、原告の請求を棄却する判決を下している。「(弁済者の)確認上」の「授受既了」の論理がこの判断を支えている。
- 12) 明治新聞雑誌文庫所蔵雑誌目次総覧33巻(大空社 1994年)の「雑誌別発行年月日一覧」21頁によれば、法学協会雑誌22号の発行日は明治18年12月26日である。
- 13) 元老院蔵・(再販)法律格言巻二(明治15年)11丁裏によれば、「若シ二人ノ同一ノ不正ナル時ハ現ニ之ヲ有スル者ノ景況ヲ更ニ善キ者トス」とある。武市春男・イギリスの法律格言(国元書房 1968年)198頁参照。なお、同巻三12丁表に、「爰ニ之ヲ与フル者ト之ヲ受ル者トノ双方ニ於テ両カラ不良アル時ハ、我輩ハ、之ヲ取返ス可カラザル者ト称ス。然レトモ之ヲ受ル者(ノミ)ノ方ニ不良アル時ハ其与ヘタル者ハ之ヲ取返スコトヲ得」とある。
- 14) 「仏蘭西利息制限法ヲ論ス」法律叢談36号(明治14.10.19),「(翻訳)利息法要論(1)~(5・完)」明法志林136号(明治20.4.25)~140号(6.25)などが目につく。後者は「米人タウンセント氏商法要論二就キ特ニ利息ニ関スル一篇ヲ抄訳セシ所ノモノ」とある。したがって、Towsent, Calvin. A compendium of commercial law. New York, Ivison, Blakeman, 1871.の翻訳と推定されているタウンセント(山本謙三訳)・英米商法要論(司法省 明治21年)の一部分であろうが、底本の版も含め照合していない。また、田口卯吉編・泰西政事類典24巻(東京経済雑誌社 明治17年)の「高利『ユジュリー』USURY」(4669頁以下)が、ペンサム(Perkins)の利息制限批判の立場でイギリスの法制を説明している。なお、中橋・戸水がいう imperfect obligation については、たとえば、Frederick Pollock, Principles of contract. 4th. ed. IGRISU - HORITSU GAKKO 20TH YEAR OF MEIJI. pp. 597-634. を参照されたい。
- 15) 大久保泰甫=高橋良彰・ボワソナード民法典の編纂(雄松堂 1999年)57頁以下参照。
- 16) 法律諮問会則の改正に関する上申書である。「法律諮問会則」は法規分類大全 官職

制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成（大河）

門・官制・司法省一 188頁以下参照。法律諮問会については、染野義信・近代的転換における裁判制度（勤草書房 1988年）114頁、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）181頁参照。もっとも、現在のところ、利息制限法の関する解釈と法律諮問会の作業とを結びつける資料を見出すことはできていない。

- 17) しかし、この試みが成功したとは思われない。「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」（凡例）と謳い明治21年7月から23年8月にかけて司法省が刊行した明治18年・19年・20年の大審院民事商事判決録は、判決書そのものを収録したのではなく、編集者が証拠書類、訴訟経過、判決理由等に整理したもので、編集者の主観が出すぎたものである（大審院長尾崎忠治の推薦文を付した若林秀溪編・明治十九年明治二十年判例摘要民事集（柴原武雄 明治22年）との関係はなお検討を要する）。「大審院判決中擬律ノ模範トナルヘキモノヲ集録」するとして明治廿四年大審院判決録第壹巻（司法省 明治24年9月）にはじまる判決録は事実関係を極端に軽視したもので、判決理由も加工されている。このような傾向は法曹会発行の法曹記事（1号は明治24年12月23日発行）での「判決例」にもみられるところである。このような公式判例集の編纂における「混迷」は独自の研究課題であろう。すでに沼正也「英吉利法律学校の設立、校名変更、法典論争から大審院判決録・行政裁判所判決録刊行にいたる諸事情」同著作集第25巻（三和書房 1983年）190頁が指摘しているように、明治8年にはじまった大審院民事判決録が「明治十七年十一月十二月分」（明治19年2月）で突如中断された。しかも、12月25日言渡の判決までを収録し、12月26日・27日の16件は収録されていない（明治前期大審院民事判決録10「判決索引」22頁参照） 理由も含め、検討が必要である。

他方で、法学協会雑誌がその48号から「判決例」の欄を設けたが、これは「諸裁判所ノ判決文ノ重要ナルモノニ就キ英国判決例ノ体裁ニ倣ヒ法理ノ注解説明ヲ加ヘタルモノヲモ併セテ掲載スルコトナセリ。且ツ判決文ノ編纂ハ『バリストル』法学士増島六一郎君力専ラ担当セラル、筈ナリ。」（48号末尾の「社告」）が示すように、判決文とコメントで構成されているが、事件によっては担当者が書き直しているものもある。増島六一郎が明治21年7月に創刊した裁判粹誌も、「専ラ諸裁判確立の裁判例に依て以て判決の要旨法理の在るところを示（す）」（法学協会雑誌51号200頁「裁判粹誌の発行」。引用は211頁）との編集方針が示すように、かなり加工した掲載方法を採用している。判決書をほぼ忠実に掲載するスタイルは、明治27年1月創刊の判例彙報、高木益太郎が明治33年9月22日に創刊した法律新聞を待たなければならなかった。

- 18) 具体的には、1854年8月10日の The Usury Laws Repeal Act (17 & 18 Vic. c. 90) の翻訳「高利制限法並年金登録法廃止條例（千八百五十四年第十五号）」と廃止法令の翻訳であり、後者は以下のタイトルのもとに翻訳されている。「高利制限議案（第八世顯理帝即位第三十七年第九号）」、「高利制限條例（以利沙伯斯女帝即位第十三年第八号）」、「高利制限條例（第一世惹迷斯帝即位二十一年第十七号）」、「非常ノ高利制限條例（第二世查列斯帝即位第十二年第十三号）」、「利息低減條例（安女帝即位第十二年第十六号）」、「安女帝即位第十二年二制定セル利息低減條例ト称スル條例説明條例（第三世惹爾日帝即位第十四年第七十九号）」、「安女帝即位第十二年二制定ノ利息低減條例ヲ説明スル今

帝閣下即位第一年第二年二制定ノ條例ヲ廢シ之二代テ他ノ條款ヲ設ル條例(第四世惹爾日帝即位第三年第四十七号)」、 「高利ノ約因ニ対シテ授与シタルコトヲ知ラスシテ善意ヲ以テ流通証券ヲ所持スル者ヲ救護スル條例(第三世惹爾日帝即位第五十八年第九十三号)」、

「賭博, 高利其他不正ノ取引ヨリ起ル約因ニ対シテ授受シタル保証書ニ関スル法律改正條例(第四世維廉帝即位第五年第六年第六十一号)」, 「為替手形並約束手形ヲ高利制限法ニ從ハシメサル條例ヲ繼續スル條例(維多利亞女帝即位第十三年第五十六号)」である。なお, 同じく法務図書館に所蔵されている「英国高利制限法」(請求記号 B380 S-1-2. 法務図書館所蔵貴重書目録(和書) 9頁右欄末尾参照)は, この下訳である。イギリスの暴利規正法については, Simpson, A History of the Common Law of Contract, pp. 113-17, 510-18. 参照。1854年法以降の経緯については Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, pp. 550-51, 708-13. に概括されている。

- 19) は Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public/ par Armand Dalloz. の項目 usure の翻訳であろうが, 版を特定することはできていない。また, の モーリス・ブロック(司法省)「高利貸論」(翻訳 明治18.8)は, M. Maurice Block, Dictionnaire général de la politique., tome second, Paris 1864. p. 1075 に Lefevre-Jardin が執筆した usure の抄訳であり, 利息制限の撤廃を説いている。
- 20) Georges Appert は, フランス人で, 文部省・司法省兼雇(明治17年12月13日~22年?)。アペールについては, 織田萬「司法省法学校とアペール翁」同・民族の弁(文芸春秋社1940年)50頁, 西堀昭「司法省お雇外人ジュールジュ・アペールの Ancien Japon について」蘭学資料研究会研究報告294号(1971年)1頁, 西堀明「元司法省法律顧問ジュールジュ・ヴィクトル・アペールについて」明治法制史政治史の諸問題(慶應通信 1977年)853頁, 村上一博訳「G. アペール・日本におけるフランス法の影響について」同志社法学202号(1988年)160頁の「訳者まえがき」, 西堀昭「アペール」法政大学史資料委員会編・法学の夜明けと法政大学(法政大学 1992年)234頁参照。アペールの経済学等については, さしあたり, 大淵利男「明治法律学校におけるアペールの『経済学講義』と『理財学講義』」政経研究19巻1号(1982年)1頁を参照されたい。
- 21) William Montague Hammett Kirkwood は, イギリス人で, 明治18年5月1日~21年4月30日の期間, 司法省法律顧問であった。カークードについては, 手塚豊「司法省御雇外人カークード」同・明治史研究雑纂(慶應通信 1994年)205頁以下参照。初出は法学研究40巻3号(1967年)。
- 22) 法務図書館所蔵の仏訳書書類(第1-11集 明治17~21年)第9集 XB 100 S-3-2 所収の「2. 利息制限法第二条ニ関スル民事局ヨリノ質疑回答案」(明治19.4 アペール)および「10. 利息制限法ニ関スル民事局ヨリノ質疑回答案」(1886.4.9 モンテーキュー・カークード)による。
- 23) この設例はカークードがその回答の冒頭で「左ノ問題ヲ下シテ余ノ意見ヲ問ハル」と述べ「問題」の項で記載した内容である。しかし, この設例での約定利息と約定遅延損害金との関係は明確ではない。また「回答中」の翻訳用語と明治16年11月14日判決の表現「義務者承諾上履行シタル」制限超過利息支払義務との関係も検討すべき課題である。

制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成（大河）

なお、南部襄男が明治19年3月6日から20年5月25日まで司法省民事局長の任にあった。金井之恭 = 三上昭美・校訂^{明治史料}頭要職務補任録（柏書房 1967年）227頁参照。南部については、手塚豊・明治史研究雑纂（慶應通信 1994年）125頁以下参照。

- 24) 旧利息制限法2条は「元金百元以上千円以下」の制限利率は15%としているが、乙が支払った利息の総額は60円となっている。
- 25) 「法律は、競技の負債又は賭事 du jeu et pari の支払いについて、いかなる訴権も付与しない」
- 26) Ex pacto illicito non oritur actio. From an illicit contract no action arises. 武市春男・前掲・イギリスの法律格言267頁参照。
- 27) 前掲注20)大淵利男「明治法律学校におけるアッペールの『経済学講義』と『理財学講義』」79頁。

・制限超過利息に関する大審院判例理論の確立

すでに指摘したように、明治18年頃から、制限超過利息の元本充当計算を肯定し、あるいは制限超過利息分を独自に借用証書としてもこれを無効とする下級審判決が下され、これが大審院に係属することになる。これらの事件の審理を通じて、大審院は、明治19年から20年にかけて制限超過利息の元本充当計算・取戻を否定、制限超過利息の借用証書化による元本化を肯定する立場を確立する。ここに司法省の作業が介入したことは、明治19年4月のアッペール、カーキードの回答が端的に示すところである。以

第一表：検討する主要な大審院判決

事件番号	争点	原審判決日	民事第1局	民事第2局
不明	既払制限超過利息の引直を債権者承諾	不明	19・5・6(願書課)	
19年28号	ラドリ利合利等 ¹⁾	不明	19・6・15	
19年100号	制限超過利息分の借証書化	不明	19・12・9	
19年89号	無原因の既払損害金	不明	19・12・16	
18年308号	既払制限超過利息	18・6・1	不明	20・3・30
19年83号	既払制限超過利息	19・3・31	19・11・6	20・4・27
19年265号	借用証書化された制限超過利息	19・9・22	20・6・4	20・11・16
20年122号	既払制限超過利息への戻り利	不明	20・10・29	
20年385号	制限超過利息の証書化	不明	21・4・30	

第二表：民事第一局を基軸にした大審院の判断の推移〔概括表〕

【願書課 19・5・6】	既授受制限超過利息の引直を債権者承諾 加藤祖一・増戸武平・寺島直（願書課）
【民一局年月日不詳*】	既授受制限超過利息の引直否定，制限超過利息の借用証書化＝更改＝「決済ノ済タル（利息）」中村元嘉・原田種成・加藤祖一・増戸武平・寺島直 【民二局 20・3・30】 尾崎忠治・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠
【民一局 19・11・6】	「既二引渡シタ」制限超過利息の引直否定〔表決〕 中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児玉淳一郎 【民二局 20・4・27】 尾崎忠治・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・松本正忠
【民一局 19・12・9】	制限超過利息を借用証書にしても「利息八依然タル利息」で証書無効 中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児玉淳一郎
【民一局 19・12・16】	無原因の既払損害金の「元利ノ内ヘノ加算」（充当）肯定** 中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児島淳一郎
【民一局 20・6・4】	制限超過利息の借用証書化＝更改＝「甘諾上実践シ畢リタル部分」〔表決〕 中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児玉淳一郎 【民二局 20・11・16】 尾崎忠治・小松弘隆・谷津春三・掘眞五郎
【民一局 20・10・29】	既払制限超過利息に「戻り利」を付した原審判決を維持 評定官未確認 ³⁾
【民一局 21・4・30】	制限超過利息の借用証書化＝「授受アリシモノ」 中村元嘉・高木勤・加藤祖一・安居修蔵・児玉淳一郎
【第3民 25・5・5】	報奨金の借用証書化＝更改＝「既二金円ノ授受ヲ終リシモノ」 中村元嘉・中定勝・荒木博臣・河口定義・小松弘隆・井上正一・西川鉄次郎

* 明治19年5月～8月の時期（推定）

** 明治前期大審院民事判決録12 387頁＝裁判粹誌 1巻102頁

下では、主として、次の判決を素材に分析を試みる。

ところで、すでに述べたように、明治19年5月5日の勅令40号「裁判所官制²⁾」によって、大審院の裁判官の名称が「判事」から「評定官」に変更されたが、同時に「裁判所官制」19条が民事二局制を採用し、民事第一局が「上告事件ノ受理不受理ヲ審判」し、民事第二局が「受理シタル事件ヲ審判」することになった。もちろん、総会議によって対応する途もあったが、利息制限法の解釈に関してはこの方法による判例の統一はなされていない。したがって、本稿が対象とする大審院判決を分析するにあたっては、民事第一局の受理・不受理の決定日を基本とした整理が有益であると考えられる。この視点から取り扱う裁判例を予め概括したのが第二表である。

1. 明治19年5月ないし8月の民事第一局

任意に支払われた制限超過利息の「引直」否定と「更改＝元利決済」構成

最初に、公式判例集に登載されなかった【19・5・6】大判明治19・5・6 明治前期大審院民事判決録12 151頁「事件番号不明 貸金催促ノ件」をみることにする。原審（広島控訴裁判所）によれば、証書上は制限利息を記載しているが、実際には明治15年1月から7月までは月利1歩9朱の利息とし、そのうちの利息9朱の7月分63円を独自の証書にしたため15年8月30日にこれをX（原告・被控訴人・上告人）が受領した。X（平民医）は、「仮令制限外ノ利子ヲ受取ルモ双方ノ合意上ヨリ成立スルモノナレハ、事結了ノ後ハ決シテ動カス可カラサルモノナリ。何トナレハ利子制限法ナルモノハ其未タ義務ヲ尽サ、ル内ニ於テ義務者ニ保護ヲ与フルモノニシテ、承諾上之レカ履行ヲ為ス上ハ法度ノ保護ヲ与フルモノニアラス」と上告した。大審院（加藤祖一・増戸武平・寺島直）は、

「(原審は) Xヨリ制限利子ニ引直スモ妨ケナキ旨ノ申立アルヨリ、之レニ基キ事結了ノ后ニ拘ハラズ制限利子ニ引直スヘキ旨判決シタル訳ナレハ、今更之レニ関シ異議ヲ容ル、情理ナシ。」

と、上告不受理としている。これは制限超過利息分が借用証書化され債務者Y(平民農)がこれを履行した事件であるが、債権者が「引直」を承諾したことに「引直」の根拠を求めた判決である。

次に公式判例集には登載されなかったものの裁判粹誌等に掲載された【20・3・30】大判明治20・3・30明治前期大審院民事判決録13-1 285頁=裁判粹誌2巻116頁=明法志林138号245頁「明治18年308号 貸金催促ノ件」を採り上げることにする。明治18年6月1日の原審判決、民事第一局の上告受理決定、明治20年3月30日の民事第二局判決と、1年半以上の期間大審院に係属した事件である。

X(原告・上告人)がYに対し貸金返還請求をした。詳細は判明しないが、「被告乙第六七号証(控訴甲第一号証)」とあるから、XがYに2回にわたって金銭を貸し付けたようである。X・Yはこの「旧貸借ノ残勘定」を新借用証(上告甲第一号証)に書き換え、旧借用証書はその公証を取消した上でYに返却され、Yは公証を経た新証書(「甲第一号証」)をXに差し入れたようである。Xの請求は新証書に基づくものである。原審(広島控訴裁判所)は、明治18年6月1日、新証書は旧証書の書替であって「権義ノ更改」ではないとした上で、旧証書の期間に支払われた利息につき利息制限法にしたがった「引直」を行い、新証書のもとで支払われた「内入ノ金円」については「制限ノ戾利⁴⁾」を付して「算勘」すべしと判示した。

これに対して、上告代言人大岡育造は、旧証書を新証書に改めたのは、単なる書替とか返済期限の猶予ではなく、旧証書の義務を「釈放」し改めて新証書の義務を発生させる「権義ノ更改」であるとした上で、制限超過利息につき次のように主張した。

「利息制限法八相互間承諾上受授シタル既往ニモ遡ルモノナルヤ否ヲ考フルニ、蓋シ利息制限法タル、唯利息ニ制限ヲ設ケ、此制限ヲ超過シタル分ハ仮令ヒ之ヲ訟求スルモ法律八之二保護ヲ与ヘスト云フ迄ニシテ、決シテ此制限ヨリ超過スヘカラスト禁令シタルモノニアラス。故二之カ制裁ノ如キモ、該法第二条末文ニ『若シ此限ヲ超過スル分ハ

裁判上無効ノモノトシ各制限迄引直サシムヘシ』トアリテ、一般ニ之ヲ無効トスト言ハス。

之レヲ詳言スレハ、相互間ニ於テ承諾上結約スルハ自由ナリ、然レトモ之ヲ執行スルニ方リ異議ヲ生スルトキハ仮令権利者結約ニ基キ契約ノ利子ヲ得ントシテ之ヲ出訴スルモ法律ハ之ヲ保護セス裁判上其超過ノ分ハ無効トスル旨ヲ規定シタルモノニシテ、相互間完全ノ承諾ヲ以テ自由ニ結約シ任意ヲ以テ既ニ執行シ終リタルモノモ猶ホ之ヲ無効ナリトスルニアラス。是レ契約ハ自由ニシテ双方間法律ニ等シキ効力ヲ有スルモノナレハナリ。且ツヤ其執行ニ方リ異議ヲ生セサリシハ、義務者ニ於テ法律ノ保護ヲ抛棄シタルモノニシテ、既ニ執行シ終リタル既往ニ属スル事柄ナレハ、法律ハ猶ホ是ニ對シテ干渉シ得ヘキノ理由ナシ。故ニ該法ニ於テニ裁判上無効トスト明記シテ単ニ之ヲ無効トスト言ハサルモノハ、任意ノ執行アリタルモノハ法律ニ關セス唯タ権利者ニ於テ法衙ニ訴ヘ之ヲ要求スルモノ之ヲ無効トシテ保護セサル旨ヲ明示シタルナリ。

此ヲ要スルニ、利息制限法ハ其効未済ノ利息ニ及フモ既済ノ利息ニハ及ハサルナリ。」（前期286頁第2～3段。改行：引用者）

旧利息制限法2条が無効一般でなく裁判上無効としていることを基軸に据えた主張であるが、制限超過利息支払の約定およびその履行の任意性を契約自由によって基礎づけ、かつ義務者の異議なき任意履行を法律上の保護の放棄と評価している。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、次の「上告受理理由」をもって、本件上告を受理し民事第二局に移すと決定した。

「第一条……甲第一号証ハ乙第六七号証ニ因由スルモノナレトモ該証ヲ一洗シテ其元利金ヲ取纏メ新規証書ト為シ改メテ公証ヲモ受ケタル上ハ、乙第六七号証ノ已ニ消滅ニ属シタルコト明カナルモノナリ。左スレハ甲乙両証ノ権義ハ全ク更改シタルモノナルニ、原裁判所（に）於テ証書ヲ書換タルマテニテ権義ノ更改シタルモノニ非スト言渡シタ

ルハ、不條理ノ裁判ナリトス。

第二条……利息制限法第二条ニ『若シ此限ヲ超過スル分ハ裁判上無効トシ各制限迄ニ引直サシムヘシ』トアルニヨレハ、此超過スル分ハ裁判上ニノミ無効トノ事ニシテ之カ禁令ヲ設ケタル旨趣ニアラサレハ、裁判ヲ煩ハサスシテ既ニ授受シタル分迄ヲモ之カ引直ヲ為スヘシトノ精神ニアラス。而シテ本件乙六七号証ノ利息ハ、前条弁明ノ如ク、該証ノ義務既二甲第一号証ニ更改シテ元利決済ノ済タルコト明カナル以上ハ、復タ之カ引直ヲ命スヘキ筋合ナキモノナリ。然ルニ原裁判所(に)於テ前借〔即乙六七号証〕ノ利子云云ハ利息制限法ニ違ヒタルモノニ付悉皆制限法ニ従ヒ其元金高二応シタル利息ニ引直スハ勿論ト言渡シタルハ不法ナリトス。

但Xハ甲第一号証成立以來受取タル金員ノ内利子ト唱フル分ハ決済ノ済タルモノ、如ク論シ、原裁判モ亦之ヲ認可シアレト、利子タルノ区分明カナラサルヲ以テ原裁判所力之二対シ引直ヲ命シタルハ不法ニアラストス。」(前期287頁)

民事第一局によれば、元利金を新規証書とした場合には、更改であり旧債務は消滅する。また、利息制限法2条の「旨趣」・「精神」は制限超過利息分を「裁判上ニノミ無効」としているのであって「禁令」したものではないから、「裁判ヲ煩ハサスシテ既ニ授受シタル分」の引直を指示したものではないという。ここでは、元利金の新規借用証書化が更改とされ、しかも更改が制限超過利息の「授受」・「決済」とみなされている。

大審院民事第二局(尾崎忠治・安居修蔵・増戸武平・小松弘隆・松本正忠)も、民事第一局とほとんど同一内容を説示し、原審判決を破棄し、これを大阪控訴院に移送した。もっとも、新証書成立以降に支払われた金員についての判断には微妙な差異がある(引用した上告受理理由書の最後の段落参照)。利息としての支払であることが明確でないから元本に充当されるとした原審の判断を民事第一局が肯定したのに対し、民事第二局は、「元本ト混同セシテ利子決算ノ済タルコト明ナルモノアラハ、是亦引

直ヲ命スルニ及ハサル筋合ナリ」と、利息として支払われたものがあることを暗示し元本充当の範囲を狭めようとしている。

原審は、まず新旧両証書のもとで支払われた利息のうち制限超過利息分につき元本充当計算を行い、第二に、新証書のもとで支払われた金員の内、利息としての支払であることが分明でない金員については「制限ノ戻利ヲ付シテ算勘スヘシ」（金員とこれに制限利率を付した金額とを併せた金額と元本とを差し引き計算する方法）とした。これに対して、大審院は、まず旧証書のもとで既に授受された制限超過利息の差引計算を否定する（判決理由はこれを独自に論じているわけではないが、自明の理とみている）。その上で、残元本・利息を取り纏めて新証書に改めることを「権義ノ更改」とし、旧証書に基づく義務としての元金・利息は「決済ノ済タル」ものになるとする。「決済ノ済タル」元利は「復タ之カ引直ヲ命スヘキ筋合ナキモノ」であるから、新債務に組み入れられた未払利息は、制限超過部分を含めて、裁判上の請求力を獲得することになる。大審院によれば、旧利息制限法2条は制限超過利息分を「裁判上ニノミ無効」とするにとどまるものである。

ところで、この事件は明治18年6月1日の原審判決を経て大審院に「明治18年308号」として係属している。明治18年の段階では、当該事件の主任判事1名を含む3名の裁判官がこの事件を担当していたはず⁵⁾であるが、具体的にこれを明らかにすることはできない。しかし、この事件の上告受理を決定したのは民事第一局であり、その評定官は中村元嘉・原田種成・加藤祖一・増戸武平・寺島直であった。原田種成・増戸武平の両名が民事第一局の評定官に加わっていたのは明治19年5月から8月にいたる期間であるから⁶⁾、民事第一局の上告受理の審判もこの期間になされてものと推定できる。司法省民事局の質問に対する明治19年4月のアペールとカークードの回答がなされた後のことである。

この事件〔20・3・30〕で、民事第一局および第二局は、既払制限超過利息の元本充当計算を否定し、しかも制限超過利息の借用証書化を「更

改」⁷⁾とし「決済ノ済タル」利息とした。しかし、この二つの法命題が自動的に貫徹していくものでもない。

2. 制限超過利息の任意弁済

一つの領域は任意に支払われた制限超過利息の取り扱いである。

【20・4・27】大(民事第二局)判明治20・4・27明治前期大審院民事判決録13-1 352頁 = 裁判粹誌首巻193頁(復刻版225頁)「明治19年83号貸金催促ノ件」⁸⁾

X(原告・被控訴人・上告人)がYに対して本件貸金催促の訴を提起し、一審(下谷区治安裁判所)は、判決理由は不詳であるが、Xの請求を認容した(明治18年10月19日)。Yは、既払制限超過利息を利息制限法に従って引き直し計算すれば、既に元利金を完済しているだけではなく、15円11銭4厘5毛の過払となっているとして、控訴した(控訴審判決書に「反求」とあるように、Yは反訴を提起していた模様)。Xは、利息制限法2条は「未タ取引ヲ為サ、ル利子ニ適用ス可クシテ、本件ノ如キ既ニ承諾アリテ取引ヲ終了シタル場合ニ援引スルヲ得サルナリ」と抗弁している。東京始審裁判所(藤林忠良・児玉武寛)は、明治19年3月31日、次のように判示した。

「被控訴代言人ニ於テ明治十年第六十六号公布第二条末項ハ契約ノミアリテ未タ取引ヲ了セサル場合ノミニ適用スルモノナリトスルモ、該公布ニハスル法文アルコト無ク単ニ若シ此限ヲ超過スル分ハ裁判上無効云々トアレハ、制限外ノ利子ヲ契約シタル場合ニ於テハ其取引ノ未了既了ヲ分タス各其制限マテニ引直ス可キモノトス。依テ本件ノ利子ニ於テモ亦之レニ準シ制限マテニ引直スヘキハ当然トス。

而シテ右引直シヲ為スニ、X(「控訴人」と誤記されている)カ既ニ受取リタル金額ト其受取りノ時日ヲ確明ニセサル可カラス。Yカ計算書トXカ計算書トヲ比照スルニ、其入金ノ高及ヒ時日同一ニ出テス。Xカ計算書ハ各項乙号諸証受取書ニ対比セシメ且受取書ナキ分ヲモ記

セシノミナラス，受取金ノ点ニ付キテハＹニ於テ証憑ヲ備ヘサル分ハ
Xノ申立ヲ採用セサルヲ以テ，乃チXカ計算書ニ基キ本訴利子ノ引直
シヲ遂ク可キモノトス。

右ノ理由ニ依リ判決スル，左ノ如シ。

下谷区治安裁判所カ明治十八年十月十九日言渡シタル裁判ハ其当ヲ
得サルニ付キ之ヲ取消ス。依テXカ貸金ノ請求不相立，(Xは)本按
控訴ニ於テ差出シタルXカ計算書ニ基キ是迄ノ金ヲ年貳割ノ利子ニ引
直シ精算ノ上余金ヲ速ニＹニ還付ス可シ。」(法律志叢331号20頁。引
用は23～24頁)

制限超過利息は，その弁済の有無に関わらず，裁判では無効と扱われ
た，Xの請求は排斥されYの返還請求が認容された。

Xの上告に対し，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，明治19年11月6日，表決によって，上告を受理
し民事第二局に移す旨の決定を行った。「貸金催促上告事件受理々由書」
は，「本件ハ，多数ニ依リ，受理スヘキモノト議定ス。其所以ハ，利息法
制限法ハ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。」という。

これを受けた民事第二局（尾崎忠治・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・
松本正忠）は，

「上告ノ旨趣ヲ審案スルニ，利息制限法ハ既ニ承諾上授受シアリタル
分ヲモ制裁スルノ法意ニアラス。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不法ノ裁判ナリト
ス。」

と説示し，破棄・移送とした（横浜始審裁判所へ）。民事第二局は，当初
は民事第一局の表現「利息制限法ハ既ニ引渡シタル分ヲモ制裁スル法意
ニアラス」を採用していたが，最後の段階で「利息制限法ハ既ニ承諾上授
受シアリタル分ヲモ制裁スルノ法意ニアラス」と修正したようである⁹⁾。

弁済の任意性を強調する「承諾上」を加味し、金銭の交付に限定される表現「既二引渡シタル分」を緩和し「既二承諾上授受シアタル分」としたのは、【20・3・30】との整合性を意識してのことであろう。

この事件では注目すべき点がいくつかある。第一は、民事第一局の上告受理理由書が「多数二依り」と明言するように、上告受理決定が表決によってなされたことである。上告受理の判断を下した民事第一局の評定官は中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児玉淳一郎であり、〔20・3・30〕での民事第一局の構成と比較すると、原田種成・増戸武平が安居修蔵・児玉淳一郎に交替している。制限超過利息支払の合意を「無効ノ契約」とし既払制限超過利息の差引勘定を肯定した〔13・5・19〕の主任裁判官増戸武平が去り、これを否定した〔16・10・19〕・〔16・11・14〕の主任裁判官安居修蔵が加わったにもかかわらず、民事第一局は「多数二依り」受理決定をしなければならなかった。この決定の約1カ月の後の〔19・12・9〕で、民事第一局は制限超過利息分の借用証書を無効としている。また、後に検討する〔20・11・16〕でも、民事第一局は「多数二ヨリ」上告受理決定している（明治20年6月4日）。全会一致とはならなかったのである。大審院内部での厳しい議論の存在が示されている。第二に、明治19年3月31日の原審判決が直ちに法律志叢331号（明治19年4月9日発行）で公表されているように、問題に対する法曹界の関心の高さを窺わせることである。法律志叢の編集者は、「利息制限法二超過シタル利息ヲ払ヒタル者ハ取戻シ得ヘキヤ否ヤニ付世論頗ル喧シ」（20頁）とコメントしている。それ以上に興味深いことは原審の裁判官藤林忠良である¹⁰⁾。藤林は、司法省法学校正則科に明治8年9月に入学し翌年7月に修了（卒業）し、司法省法学校速成科第二期生に対するボアソナードの講義「日本民法草案」の通訳を務め、また加太邦憲とともにアッペール編纂の『仏和法律字彙』の編集に携わっている。東京始審裁判所判事藤林忠良はボアソナード草案に深いかわりをもっていたのである。なお検討を要するとしても、下級審の裁判官に対するボアソナード草案の浸透の一端をみてとる

ことができるように思われる。

ところで、既に別稿で明らかにしたように¹¹⁾、既払制限超過利息の問題を対象とするこの事件についての審判の約一ヶ月の後、【19・12・16】大判明治19・12・16 明治前期大審院民事判決録12 387頁＝裁判粹誌1巻102頁「明治19年89号 貸金催促ノ件」で、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、約定利息の外に「損害金」として支払った金銭は、損害賠償を得べき事実の証明がない限り、「無原因」であるから「元利ノ差引ニ立ルヲ当然」としている。大審院民事第一局は、旧利息制限法2条の制限超過利息と同法5条の損害賠償額予定契約、この二つの問題を同時並行して審理していた。大審院は、両者を明確に区分し、後者では事実損害論を展開し、前者では差引計算を否定する立場を確立したといえよう。しかし、このような評価を下すにあたっては、公式判例集に登載された次の判決の位置づけを明確にしておかなければならないだろう。

【20・10・29】大判明治20・10・29 明治二十年大審院民事商事判決録111頁＝明治前期大審院民事判決録13-1 20頁および72頁（後者は判決原本）「明治20年122号 地券書換請求ノ件」

X（原告・被控訴人・上告人）は、明治13年4月4日、月1歩3厘の利息（年利15.6%）でYに700円貸与したが、Y所有の田数筆につき買戻契約を締結し地券を預かった。なおYは明治16年9月分までの利息と200円を返済したものの、明治16年10月分以降の利息は支払っていない。Xは、残元金500円および利息制限法に従った利息の支払または地券書換を請求した。初審裁判所（福井始審裁判所）は、売買名義であるが担保であるから、Xの地券名義書換請求は不当であるとし、Yに対し、残元金500円と残利息とをXに返済するか、または地所公売の上返済せよと判示した。控訴審（大阪裁判所）は、一審判決を是認し、残元金500円に対して明治16年10月からの「制限ノ利子」を付し、この元利から「甲八号証（明治16年6月以前の領収書）ノ入金利足制限外ノ部分ニ其以後ノ戻リ利ヲ付シタル

モノ」を引き去った金額の支払を命じた。Xの上告理由中の制限超過利息の取り扱いについて、民事第一局は、

「原裁判所(が).....甲第八号証中明治十六年十月以前二取引シタル分ノ制限法二引直シタル過剰金ニ戻リ利ヲ付スヘキコト.....ヲ言渡シタルハ当然」

と判示し、Xの上告を不受理とした。

この事件で、大審院民事第一局は、支払われた制限超過利息とこれに「戻り利」を付加した金額を請求元利から差し引くことを認めた原審判決を肯定している。この判断を下した民事第一局の評定官は中村元嘉・加藤祖一・安居修蔵・寺島直・児玉淳一郎と推定できる¹²⁾から、〔20・3・30〕事件において明治19年5月ないし8月の段階で既払制限超過利息の元本充当を否定していた民事第一局は、その見解を事実上変更したようにもみえる。しかも、本判決は後に明治二十年大審院民事商事判決録(明治23年8月発行)に登載されることになるから、判決録の編纂者がこの判決を「特ニ後來ノ判例模範トナルヘキ¹³⁾」判決と評価していたといえそうである。しかし、本判決を登載した明治二十年度大審院民事判決録の「目録」は「証拠書類ノ取捨ニ関ス」と摘要しているにすぎない(「目録」2頁参照)。このような事態は、本件の焦点が改印等の事実認定であるとみられたことを示している。事実、民事第一局の判決理由には(以前の元本充当否定の見解を覆し)元本充当計算を肯定するにいたる法的根拠を積極的に展開する説示を見出すことはできないのであって、原審の判断を覆すには及ばないとの実質判断によって判決が下されているように思われる。

このような経過を経て、大審院は、任意に支払われた制限超過利息の元本充当計算を否定する見解を固めた。

【25・1・9】大判明治25・1・9大審院判決録明治二十五年自一月至二月8頁「明治24年16号 貸金催促ノ件」

X(原告・被上告人)が訴状に記載した7円72銭8厘は元金336円に対する46日分の利息(年利18%)であるから制限利率年15%を超える部分を

引き直すべきであるとY（上告人）が主張したのに対し、大審院はこの7円72銭8厘は元金336円の「利息トシテ被上告人（X）カ受取タリシ計算」であるから、「既済ニ属セル利子ナルヲ以テ、裁判上引直スヘキモノニ非ス」とした。

【26・10・24】大判明治26・10・24 裁判粹誌8巻下73頁「明治26年258号 貸金請求事件」

350円につき月5円の利息を支払っているケース（制限利率で計算すれば月4円37銭5厘）につき、大審院第一民事部（栗塚省吾・荒木博臣・長谷川喬・谷津春三・高木豊三・児玉淳一郎・中尾眞晃）は、「利息制限法ノ割合ニ超過シタル利息ハ裁判上之ヲ請求スルヲ得ス。即チ其契約ハ効力ヲ有セサルモノトスルニ過キスシテ、必スシモ此ノ如キ契約ナルモノト断定スルヲ得ヘキモノニ非ス」としている。明瞭とはいえないが、これは制限超過利息の授受を肯定する判断を前提としたものである。

この項を閉じるにあたって、弁済充当の順序に触れておく。【12・10・28】大判明治12・10・28 大審院民事判決録明治十二年九月十月634頁＝明治前期大審院民事判決録5 171頁「事件番号不明 貸金催促ノ一件」で、大審院（南部麿男・児島惟謙・人見恒民）は、「（弁済した）内金ハ、元金ノ内へ差入レタルノ証ナケレハ、利息ノ方ニ差入レ其剰余ヲ元金ニ及ホシタ」計算をすべきとしている。そして、大審院は、利息付消費貸借で特約または指定のない限り利息に充当するのが「普通ノ條理」・「習慣」であるとするにいたる¹⁴⁾。たとえば、【17・4・4】大判明治17・4・4 大審院民事判決録明治十七年自四月至五月1頁＝明治前期大審院民事判決録10 86頁および351頁「明治16年645号 貸金催促ノ詞訟上告一件」で、大審院（巖谷龍三・山根秀介・増戸武平）は、「凡負債ノ償却ニシテ、別段ノ契約アラサル以上ハ、利息ヲ先ニシ元本ヲ後ニスルハ普通ノ條理ナリトス。」としている。【20・1・27】大判明治20・1・27 明治二十年大審院民事（商事）判決録186頁＝明治前期大審院民事判決録13-1 28頁＝裁判粹誌2巻15頁＝若林編・判例摘要民事集239, 320, 402および490頁「明治19年130

号「貸金催促ノ件」にいたると、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、利息に充当するのが「習慣」(原審は「普通ノ慣例」という)であるから、元本を受領した以上利息を「釈放(免除)」したものと判断している。当初「條理」を介して受容された法理(フランス民法、イギリスの判例法、あるいは旧民法財産取得編188条)が、裁判例の集積を経て「裁判慣例」まで高められた典型例といえよう。もっとも、【30・4・8】大判明治30・4・8民録3輯4巻15頁=判例彙報8巻民事判例128頁=裁判判誌12巻144頁「明治30年2148号 貸金請求件」において、大審院第一民事部(中村元嘉・井上正一・小松弘隆・岡村為蔵・本多康直・西川鉄次郎・河村善益)は、利子付貸金の弁済は利子の償却を先にするのを「普通ノ條理」という。ところで、〔20・3・30〕においては、Yが支払った金銭につき、民事第一局が「果タシテ利子タルノ区分明ラカナラサルヲ以テ」原審が引直しを命じたのは不法ではないとしたのに対して、民事第二局は「元金ト混同セスシテ利子決算ノ済タルコト明了ナル」金銭支払の場合には元本への引直し(充当計算)に及ばないとした。本稿の段階では、利息としての支払であったかどうかの認定を争点と指示した裁判例を〔20・3・30〕以外には検出できていない。このような問題は明治民法施行後の大審院判決をまたなければならないといえようか¹⁵⁾。

3. 制限超過利息の証書化(「更改」)=「甘諾上ノ実践(履行)完了」

制限超過利息の約定に基づきこれを借用証書化することがなされていたことは、明治16年3月15日の司法省内訓が示すところであった。しかし、司法省内訓は「現金ヲ授受シ了」りたる場合には返還請求等ができないことをも示唆していた。これに対して民事問題・天292頁、民事答案・地120頁は、制限超過利息の元本組入証書によって「已ニ利子ノ性質ヲ改メ元金ニ変シタルコト明ナルヲ以テ、未タ現金ヲ授受セサルモ、今更利息制限法ヲ適施スルヲ得サルモノトス」としていた。また、これもすでにみたように、〔20・3・30〕で民事第一局は「更改=元利決済」構成を明言していた

（明治19年5月ないし8月）。しかし、次の事件で民事第一局はこれを部分的に修正する。

【19・12・9】大（民事第一局）判明治19・12・9明治前期大審院民事判決録12 381頁＝裁判粹誌1巻94頁「明治19年100号 貸金催促ノ件」

X（原告・上告人。「平民貸金業」とある。）が3名の平民農Yに対し、70円の証書（甲号証）の債務の返還を請求した事件である。原審（横浜始審裁判所）は、「10円50銭ノ証書ヲ閱スルニ、該金ハ無利息無抵当ノ貸金ナリ。又証書ノ年月日ハ70円ノ証書ト同年月日ナリ。（中略）70円ト同日ニ貸与スルニ10円50銭丈ケ無抵当ニ別証ヲ結フヘキ理由ナキヲ以テ……（10円50銭の証書は）、利息制限外ノ利子ヲ別証ト為シタルモノ」と認定し、Yの請求（反訴か？） 制限超過部分を記載した証書の無効確認およびその借用証書の返還請求 を認容した。

Xの上告（上告代言人：小笠原久吉）に対し、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、以下のように説示し、上告不受理とした。

「凡ソ証書ハ、法理上ニテ予メ推測ヲ定ムルモノノ外ハ、事實裁判官ノ判定ニ任ス可キ筈ニ付、原裁判所カ、拾円五十銭ノ証書ハ、他ノ七拾円ノ証書ト相違シテ無利息無抵当ナルコト、拾円五十銭ノ証書ト七拾円ノ証書ト日付ノ同一ナルコト、Xカ金貸営業者ナルコト等ノ事實ヨリ推測ヲ下シ、右拾円五十銭ノ証書ヲ以テ七拾円ノ貸金ニ関シ利息制限法ヲ超過スル利子ヲ証文ニ書改メタルモノト認定セシモ、之ヲ目シテ違法ノ認定、越権ノ処分ヲ為シタルモノト云フヲ得ス。

……制限法ニ超過スル所ノ利息ヲ貸金証文ト為スモ、利息ハ依然タル利息ニシテ、實際未タ金円ノ授受ヲ了セサルニ付、之カ取引ヲ遂ケタルモノト云フコトヲ得サレハ、随テ制限法ノ為メニ其証文ノ無効ニ帰ス可キハ勿論ナリトス。其他制限外ノ利息ヲ証文ニ書認メタルモノニ非ス。

……上文弁明ノ通り、其証文ノ無効ニ属スル以上ハ、原裁判所カ被

上告人(Y)ノ訟求ヲ容レ右ノ証書ヲ返還スヘキ旨ノ裁判ヲ為シタルハ当然ニシテ不当ニ非ス。」

大審院は、貸付と同時に(約定利息中の)制限超過利息分を独立の(無利息の)借用証書としても、制限超過利息は依然として制限超過利息であるから、その証書は「無効ニ歸ス」という。現在の判例・学説の説くところに翻訳するなら、制限を越える利息の金額を目的とする準消費貸借契約を無効とする判断と言えよう。判決理由は、一見すると明快であるが、引用文第二段落末尾の「其他制限外ノ利息ヲ証文ニ書認メタルモノニ非ス」が何を意味するのかが明確ではない。既発生の制限超過利息債務を借用証書化したものではないから、という意味であろうか。他方で、「實際未タ金円ノ授受ヲ了セサルニ付、之ヲ取引ヲ遂ケタルモノト云フコトヲ得サレハ」と付言している。制限超過利息を任意に支払った場合にはYの請求は排斥されるかのようなようである。このようなやや曖昧な見地は、〔20・3・30〕および〔20・4・27〕についての民事第一局の判断 とくに、後者についての明治19年11月6日の判断 と重ね合わせて総合的に評価しなければならないだろう。とすれば、〔19・12・9〕で民事第一局は、貸付時においてなされた制限超過利息の借用証書化にあっては更改ではなくその証書は無効であるとしても、既発生 of 制限超過利息の借用証書化や任意弁済の場合(「金円授受」・「取引遂行」)には効力が認められるとしたものである。明治16年4月3日の司法省内訓と同じ見解をとっているとみてよいと思われる。

しかし、大審院は、制限超過利息の借用証書化を「更改」と構成するにとどまらず、〔20・3・30〕事件での民事第一局の判断を受け継ぎ、更改をもって制限超過利息の「甘諾上ノ実践完了」とみなす見解を鮮明に打ち出していく。

【20・11・16】大(民事第二局)判明治20・11・16明治二十年大審院民事商事判決録246頁 = 明治前期大審院民事判決録13-1 35頁および90頁(後者は判決原本) = 若林秀溪編・明治十九年明治二十年判例摘要民事集

（柴原武雄 明治22年）278頁「明治19年265号 弁償金請求ノ件」（判決日は、前期および若林編による）

原告X（岡村俊蔵外一名：原告・被控訴人・上告人）は、訴外Aに対する訴を提起し、その結果身代限の処分を得て元利金および訴訟費用の弁済を受けたが、完全には回収できなかったので、元金48円の借用証書一通に基づきその請人（保証人）であるYに対し「元利金並ニ訴訟入費ノ不足金弁償」を請求した。一審（宇和島治安裁判所）はXの請求を認容した。明治19年9月22日の原審（松山地方裁判所宇和島支庁）判決によれば、「本訴金額ノ四拾八円証書ノ如キハ、内拾六円三拾錢四厘ヲ除クノ外、制限外ノ利金ニシテ、借用金ノ名義ニ為シタルノミ。其金額八未夕償却セサル証書ナレハ……控訴人（Y）ヲ受人トシ貸借ノ名義ニ改メタルモ如前示制限外ノ利子ニシテ授受未済ノモノト云ハサルヲ得ス。」としたようである。

原審の判決理由は、上告理由などでの言及に基づいて復元すると、次のようになる。

「(1) 該六十六号公布ノ意味ヲ尋釈スルニ、制限二超ル利子ノ契約ハ、人民相互ノ取引上ニ於テ之ヲ嚴禁セシニ非スト雖モ、裁判上ニ於テハ無効トナリ其制限迄引直サシム可キ精神ニシテ、授受ノ済否ニ由リ裁判ス可キモノニアラス。……(2) 本訴金額ノ四拾八円証書ノ如キハ、内拾六円三錢四厘ヲ除クノ外制限外ノ利金ニシテ、借用金ノ名義ニ為シタルノミ、其金額八未夕償却セサル証書ナレハ……元連帯四百円ノ貸金証書ト変リ控訴人（Y）ヲ受人トシテ貸借ノ名義ニ改メタルモ、如前示制限外ノ利子ニシテ授受未済ノモノト云ハサルヲ得ス、該公布明文ノ如ク裁判上無効ノモノニシテ之レヲ訟求スルノ権利ナキモノトス。……(3) 其訴訟入費ノ如キニ至テハ、本案ノ証書已ニ権利ナキモノト判定スルニ於テハ、是ヲ以テ基礎シタル入費八固ヨリ無効ノモノニシテ控訴人（Y）ヘ係リ訟求スルヲ得サルモノトス。……(4) 且ツ制限外ノ利子ヨリ又利ヲ生スル道理ナキヲ以テ、仮令其契約アルモ、是亦効力ナキモノナリ。」（(1)~(4)は引用者）

ここには、すでに公表されていた東京始審裁判所の明治19年3月31日判決〔20・4・27〕判決の原審判決)と同旨の判断がみられる。Xの上告に対して、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、明治20年6月4日、「本件ハ、多数ニヨリ、受理ニ決ス。其所以ハ上告者論告ノ通りナルヲ以テ、別ニ理由ヲ付セス」との受理理由書を作成し、事件を民事第二局に移した。民事第一局は表決によってこの決定をしたのであるが、受理理由書が受け入れを明言した上告代言人岡山兼吉¹⁶⁾の上告理由は次のように展開していた(4点あるが前二者のみを掲げる)。

「本邦ノ利息制限法ハ、仏国ノ利足制限法ノ如ク人民ノ自由ニ立入りタルモノニアラス、即チ利息制限外ノ契約ヲナシ取引スルハ人民相互ノ間ノ自由ニ任カスト雖モ、裁判所ニ於テ制限外ノ利息ヲ請求スル訴ヲ採揚ケ採用セラレス若シ制限外ノ利息ヲ請求スルモ制限内迄引直サス可シト云ヘル法文ノ旨趣ナルハ、既ニ判例アル次第ニシテ、即チ制限外ノ利息ヲ授受セシヤ未ダ授受セサルヤハ実ニ本案必要ノ点ナル可キニ、原裁判ハ失当ナル解釈ヲ下シ『授受ノ済否ニ由リ裁判ス可キモノニアラス』ト弁明セラレタルハ不法ナリトノ事」

「既ニ原判文看認ムル如ク借入金ニ改メタル上ハ、即チ利子ノ滞リニアラス純然タル独立ノ貸借ニシテ、利息金ノ滞リヲ請求スル権利ハ変シテ新証書ニアル貸金ヲ請求スル権利ト更改セシモノト云ハサル可カラズ。原判文、空シク授受未済ノモノト論シ、是点ニ迄裁判権ヲ及ホシ、相互ノ自由ニ干渉シタルハ、越権ノ処分ヲ免レストノ事。」

これに対して、民事第二局(尾崎忠治・小松弘隆・谷津春三・堀眞五郎)は、

「第一条 ……抑明治十年第六十六号公布即チ利息制限法ノ事タル、同法ニ条ニ定メタル制限ヲ超過シタル利息契約ヲ以テ裁判ヲ仰キタル場合、其超過シタル部分ハ裁判上無効ノモノトシ各其制限ニ迄引直サシム可シト云フニアリテ、義務者ニ於テ異議ナク既ニ払ヒ込畢リタル部分ニ遡リ引直ス可シト命シタルモノニ非ス。何トナレハ、該法文ハ

制限ニ迄引直ス可シトアツテ總テ之レヲ無効ノ契約ト制定シタルニ非サルヲ以テナリ。左スレハ、本件ノ如キ甘諾上実践シ畢リタル部分ヘハ立入ル可キモノニ非ストス。

第二条 制限外ノ利子ヲ転シテ貸借証書ニ更改シタル事実ハ既ニ原裁判所カ明認スル所ナリ。左スレハ、上告者（X）ノ請求ハ利子ノ滞リニ非スシテ独立ノ貸金ニ対スルモノナルコト明カナリ。」

と判示し、原審判決を破棄し松山始審裁判所へ移送した。

大審院は、利息制限法2条後段を制限超過利息の裁判上の請求を否定するに過ぎないものと縮減し、「義務者ニ於テ異議ナク既ニ払ヒ込畢リタル部分」・「甘諾上実践シ畢リタル部分」については引き直すことはできないとした。その上で、制限超過利息の借用証書化を「更改」とし、本訴請求を延滞利息の請求ではなく「独立ノ貸金」請求であるとし、先の〔19・12・9〕の見解を事実上変更した。ここには二段の推論がなされている。「制限超過利息の異議なき弁済」を「甘諾上の実践（履行）終了」へ緩和することであり、「更改」構成を介することによって制限超過利息の借用証書化を「甘諾上の実践（履行）終了」とすることである¹⁷⁾。制限超過利息の借用証書化＝更改＝「甘諾上の実践（履行）終了」のシェーマが確定したといえよう。大審院は本判決を公式判例集に登載し周知徹底しようとする。明治二十年大審院民事（商事）判決録（明治23年8月発行）の「目録」4頁は「義務ノ更改ニ関ス」と、若林秀溪編・明治十九年明治二十年判例摘要民事集（明治22年発行）は「制限ヲ超過シタル利息契約ヲ以テ裁判ヲ仰キタル時其超過シタル部分ハ裁判上無効ノモノト為シ各其制限ニマテ引直サシムヘシト雖トモ、義務者ニ於テ異議ナク払込ミ了リタル部分ニマテ立入り之ヲ引直サシムルコトヲ得ス」（281頁）・「制限外ノ利息金ト雖トモ貸借証書ニ更改シタル以上ハ有効ナル独立ノ貸金トス」（282頁）と摘要する。

以下の裁判例もこの枠組みを前提としている。

【21・4・30】大（民一局）判明治21・4・30 裁判粹誌3巻97頁「明治

20年385号 預金取戻ノ件」

X(原告・被上告人)がYに対し5317円余の貸付金と貸付金に対する1割5分の利息との支払を請求し、原審(広島控訴院)が後者については700余円の返済を命じた。Yは、Xは商業組合に出資したものであって商業上の損益によって返済すべきものであり、仮に貸借または付託金であるとしても利息制限法4条・2条にもとづき1割2分に減額すべきであるとして、上告した。

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、

「制限以外ノ利子ト雖モ証書ニ結ヒ完全ニ差加ヘタル以上八即其授受アリシモノニシテ、今更之レカ引直ヲ請求シ得サル八言ヲ俟ス。依テ原裁判所カ特ニ利足ノ点ニ付キ判決ヲ与ヘサル八素ヨリ当然ニシテ上告論旨八相立タサルモノトス。」

と判示して、上告不受理とした。

【25・1・14】大判明治25・1・14大審院判決録明治二十五年自一月至二月32頁「明治24年56号 貸金催促ノ件」

この事件で、一審(松山始審裁判所高松支庁)を経て、原審(大阪控訴院)は、「利息制限法ニ超過スル利息ニシテ既済ノモノハ……仮令ヒ其利息ヲ当初ニ引去ルモ法律ニ抵触セサルモノナリ」と判示した。大審院は、「本件ノ如キ、甲第一号証ヨリ起リテ甲第四号証ト曆改シテ利息八其都度承諾上授シタル者ナレハ、之ヲ引戻ヲ得サルモノトス。何トナレハ十年第六十六号布告ハ利息ヲ元金ニ結ヒ証書ヲ改正セシモノヲモ引戻サシムルノ主意ニアラサレハナリ」と、借主の上告理由を排斥している。事実関係が判明しないので断言はできないが、原審は超過利息を含む利息の天引をもって「既済」としたようである。これに対して大審院は、制限超過利息の借用証書化を「承諾上授」と把握しているものと思われる。なお、判決録は「利息制限法ハ利息ヲ元金ニ結ヒ証書ヲ改正セシモノヲモ引戻ノ旨ニアラス」(32頁)と摘要している。

4. 「礼金棒利等」（旧利息制限法4条）の「更改＝任意弁済」構成

(1) 明治11年4月18日の太政官法制局回答

ところで、旧利息制限法4条は、「第二条ニ依リ、定限利息ノ外総テ人民相互ノ契約ヲ以テ礼金棒利等ノ名目ヲ用ル者アルトモ、総テ裁判上無効ノ者トス」と規定し、「礼金棒利等」の法的取り扱いを、2条が定める制限超過利息と同じく、「裁判上無効」と表現した。ところで、明治10年12月5日付司法省伺に対する明治11年4月18日の太政官法制局の回答は、

「利息制限法ハ既往ニ及ボサスト雖モ、罰金礼金棒利違約金等ハ貸借上ニ於テ固ヨリ無謂者トス。故ニ該法第四条第五条ハ既往将来ノ別ナク都テ該法ニ依ルモノトス」

としていた¹⁸⁾。太政官法制局の見解では、4条は、「償金罰金違約金科料等」に関する5条と同じ取り扱いがなされるべきものであった。効果「裁判上無効」には立ち入ってはいないが、事実損害を基準とする5条にひきつけるなら、実体を欠いた「礼金棒利等（ノ名目）」につき、その裁判上の請求に限らず、裁判で問題となる以上は、法的効力を否定した上で裁判することを指示したものであった。

ところで、明治10年12月5日付司法省伺は、「別紙ノ通金沢裁判所ヨリ伺出候処、本年第六十六号御布告ノ既往ニ及フ可カラサル八固ヨリ不俟言ト雖モ、特リ罰金科料金ニ限りテハ本来人民ノ相互ニ課スヘキ謂レ無之者ニ付、該御布告以前ニ係ルモノト雖モ無効ノモノトシ其実損害ノ補償ニ当テタル者ナル時ハ裁判官ニ於テ相当ノ補償ヲ為サシムルヲ允当ト存候」と5条のみを対象としたもので、これに対応する指令案を添付したものであった。しかし、添付された金沢裁判所長桜井直養の司法省に対する伺は、旧利息制限法5条だけではなく、「第四条礼金棒利等ノ名目ヲ用ル者アルトモ裁判上無効ノ者トス」についても質問していた。司法省は金沢裁判所の伺を意識的に5条の問題に限定して太政官に質問したことになる。これに対して太政官法制局は金沢裁判所の伺に即した回答案を作成したのである。太政官法制局の回答を得た司法省がどのような指令を出したかは不明

であるが、「礼金棒利等」の法的取り扱いについて対立があったことは明らかである。

(2) 明治16年8月8日の司法省内訓

しかし、「礼金棒利等ノ名目」の約定金銭が授受されたときの取り扱いに関し、明治16年8月〔日欠〕富山始判裁判所請訓・同年8月18日司法省内訓¹⁹⁾で、司法省は法制局と異なる見解を採用している。

「 (請訓)

茲二甲ヨリ乙ニ係リ貸金催促ノ訴ヲ起セリ。其旨趣タル、已ニ受取タル(何月迄ノ利子並ニ手数料等 正ニ受取り去テ証書アリ)利子金ハ素ヨリ之ヲ除キ、未タ受取ラサル利子及ヒ元金ヲ請求スルニアリ。然ルニ、被告乙ニ於テ、本訴請求スル金額ハ其義務ヲ尽スニ異論ナシト雖モ、曩キニ手数料又ハ抵当地検査料等種々ノ名目ヲ以テ若干ノ金額ヲ授与シタリ、因テ該金額ヲ本訴請求ノ金額ニ通算シ其残額ヲ弁償セント抗弁ス。右ハ、相当利子ノ外手数料又ハ検査料等ハ礼金棒利ト同シク、謂レナキモノトナシ、本訴請求ノ金額ニ通算セシムヘキ歟、或ハ礼金棒利ト同様ナル者トスモ甲乙互ノ承諾ニ出テ已ニ授受ノ終リタルヲ以テ其既往ニ侵入スルヲ要セス本訴請求金額ノ義務ヲ尽サシムニ止ル歟。

内訓

請求ノ趣、後段見込ノ通タルヘシ。」

司法省によれば、手数料・抵当地所検査料等の名目の金額を既に授受した場合には、未払利息・元本との差引計算を行わないとされる(この内訓の内容からすれば、先にみた既払制限超過利息についての明治15年12月4日の司法省内訓は、残存利息・既払制限超過利息の返還請求はもとより、残存利息・損害金との差引計算をも拒絶したものであったことになろう)。ところで、既にみたように、司法省第七局編・民事問題・天49頁、民事答案・地27頁の設例と「答案」は、制限超過利息のみならず、天引された「口銭」について、「当時被告ニ於テ之ヲ承諾シ既ニ授受ヲ為シ了リタル上ハ、今更其返還ヲ求め得キ者ニ非ス。故ニ、原告於テ口銭ヲ受取リタルコ

トヲ自認……スモ、其差引ヲ求ムルコトヲ得ス。」としていた。

(3) 「更改 = 任意弁済」構成へ

【14・10・3】 大判明治14・10・3 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1頁 = 明治前期大審院民事判決録7 179頁「事件番号不明 貸金催促一件」

本件貸金は、利息1ヶ月100円につき1円25銭の約定（300円の利息月3円75銭。年利15%で2条が定める上限）であったが、この約定利息とは別に、利息受取証に「上八利」と記載された金額3円75銭を明治13年2月から10月にかけて合計9ヶ月分、X（原告・上告人）が受領していた。原審（大阪上等裁判所）は、「順次二月々払入レタル金ノ全ク二重ニ相成居ルコト……明瞭」とし、これを元本と差引計算した。これに対し、Xが「返金期限二至リYカ金調出来サルヨリ示談ノ上趣意金トシテ上八利息差入レノ約束ヲ以テ延期ヲ依頼シタルコト明亮ナリ。之レ『上八利』トアルハ延期後特約利息ナルノ明証ニシテ、『十三年十月迄分利子相済』トアルハYカ『上八利』差入レヨ甘諾シテ計算ナシタル確証ナリ」「利息二付テハ明治十年第六十六号公布ノ制限法アリト雖モ、既ニ双方甘諾ニ交付シリタルモノナレハ、之レヲ取戻スコトヲ得サルハ勿論、……『上八利』ヲ以テ二重利ト看做シテ差引計算ヲ為ス道理アラシヤ」と、上告した（二重鍵括弧『』は引用者挿入）。

大審院（判決原本欠落のため、担当裁判官不明）は、

「明治十三年二月ヨリ十月迄ノ間『上八利』トシテ別ニ金三円七十五銭ツヽ上告者（X）ヘ差入レアリ。……上八……上告者（X）ノ言ニ拠レハ、被上告者（Y）ヨリ返済延期ノ頼ミヲ受（け）、其趣意トシテ特別ニ受取りタルモノナリト。夫レ或ハ然ン歟。左ナクハ故ラニ『上八利』名目ヲ設ケ元金ニ補充ス可キ道理モ非サレハ也。然ルニ原上等裁判所ヲイテハ、利子ヲ倍ス可キ契約証無之トテ、現ニ『上八利』ト明記シ又ハ『利子金相済』トアル被上告第六号証ヲ子細ニ審明セス一概ニ差引計算ヲ為ス可キモノト断定シタルハ審理不尽ノ裁判也トス。」

として、破棄移送とした(東京高等裁判所へ)

上告理由は、債務延期にあたってなされた「趣意金」・「特約利息」の約定に基づき甘諾上履行(「交付」)された金銭であると主張している。大審院は「趣意」以外に考えられないとして差し戻したのであるが、上告理由のいう「特約利息」を事実上肯定している。旧利息制限法4条の「礼金棒利等ノ名目」との関係に言及することもないが、制限超過利息を「趣意金」とし甘諾上の履行を構成することによって差引計算を拒絶することが大審院の意図であったと判断できる判決である。

【14・11・15】大判明治14・11・15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302頁 = 明治前期大審院民事判決録7 212頁「事件番号不明 貸金催促一件」

堺県下大和国吉野郡竹筒村大洞山についてYが所有する稼鉾山借区券等を担保に、X₁・₂がYに1700円出資し、これに「冥加」500円を加えた合計2200円を明治13年10月30日にYが返済する旨の契約が締結された。XがYに元金と利息352円の支払いを請求した。原審(大阪高等裁判所)がXの請求を認容したので、Y上告。Yは上告理由の中で、2200円は数次にわたって受領したものであるから利息の起算点もそれぞれ異なり350円の利息とはならないと主張した。この争点につき、大審院(児島惟謙・巖谷龍一・増戸武平)は、

「特ニ冥加トシテ資金ニ加ヘテ返還スヘシト盟約シ單純ナル利息ノ契約トス可ラス。然リ而シテ被告者(X)ニ於テハ利息制限法ニ依準シ更ニ請求為シタル金額ナレハ一次数次ノ故ヲ以テ此金額ヲ増減スヘキ理由ナキハ勿論ナリトス。然ラハ縦令ヒ原裁判所カ該点ニ向ツテ弁明ヲ与ヘサリシトテ、之レヲ以テ本案破毀ノ材料トスヘキニ足ラストス。」

とし、上告を排斥した。原告が返還を請求した元本額は2200円の模様であるが、冥加と利息との関係や金銭の交付時を問わないとする大審院の説示には理解し難いものがある。ここでは、利息制限法に準拠した裁判上の請

求が肯定されていることを確認するにとどまらざるをえない。

【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」

大審院民事商事判決録に登載されなかった事件であるが、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、五百二十拾九円七十四銭三厘八匁令控訴人（Y）カ払ヒ渡シタルモノトスルモ元利ノ外ニ之レヲ収納スヘキ条理ナキモノトス」、「被控訴人（X）ハ、請求金額ノ内ヨリ先キ手数料トシテ受取りタル五百二十九円七拾四銭三厘」を受領したものと計算し残金を受け取るべし、と言い渡した。X（原告・被控訴人・上诉人）は、529円余の金銭は、元金の弁済として支払われたものが制限超過利息の支払いとしてなされたものであるか、そして制限超過利息として「支払ヒタル上ハ之レヲ取戻シ得可キ権利」があるかどうか争点であったのに、原告・被告が争っていない「過代契約」であるかどうかを判断した無効の裁判であるとして上告した（上告代言人：岡山兼吉）。

大審院（原田種成・加藤祖一・寺島直）は、原審は二つの証書が過代約款であるか手数料予定の契約であるかを判断したのではなく、二つの証書での「手数料ハ受取ルヘキ条理アルヤ否ヲ判決」したもので、

「(両)契約ハ原由ナキ契約ト認定シ裁判上之ヲ遂ケシム可キモノニ非サレハ、仮令此ノ契約ニ依リ被上告人（Y）カ既ニ金員ヲ払ヒ渡シタルモノトスルモ元利ノ外上告人（X）カ収納ス可キ条理ナコモノトノ理由ヲ判示シ、其判決ノ結局ニ於テ被控訴人^{上告}ハ請求金額ノ内ヨリ先キ手数料トシテ受取りタル云々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、理由ト判決ト具備シタルシ至当ノ裁判」

と判示して、上告不受理とした。問題となっている二つの証書の内容が明らかではないから何を根拠に「原由ナキ契約」と判断されたのかは明らかではない。しかし「手数料」名目で支払われた金銭についての判断である。

【25・5・5】大判明治25・5・5裁判粹誌7巻392頁「明治24年289号貸金催促ノ件」

X(原告・控訴人・上诉人)がYに対して貸金3000円の返還を請求した事件につき、原審(長崎控訴院)は、貸借名義化された報奨金を請求するもので未だ授受されておらず、利息制限法4条によって裁判上無効であるとして請求を排斥した。大審院第三民事部(中村元嘉・中定勝・荒木博臣・河口定義・小松弘隆・井上正一・西川鉄次郎)は、

「報奨金二起因セルモ貸金証書二取結ヒ其義務ヲ更改シタルモノナレハ、既ニ金円ノ受授ヲ終リシモノト為スヘキ事実ナルニ依リ、明治十年六十六号布告ヲ適用スヘキモノニアラザルヲ以テ……」

とし、Xの請求を認容した(破棄自判)。ここでは、制限超過利息と同様に、「更改=任意弁済」構成が公然と語られている。すでにみたことであるが、第三民事部は、[26・1・31]で、組入重利をも更改構成によって是認するにいたる。

1) 具体的な内容ははっきりしないが「ヲドリ利・合利」は否定されていたようである(「おどり利」については、森泉章・判例利息制限法35頁参照)。【19・6・15】大(民事第一局)判明治19・6・15明治前期大審院民事判決録12 195頁=裁判粹誌1巻10頁=若林編・判例摘要民事集74頁および125頁「明治19年28号 地所建家書入貸金催促ノ件」がそれである。

X(原告・被告人。「石炭油絞油商」とある。)がY(「材木商會取締人」)に対し、元金220円と1ヶ月1割2分5厘の利息との支払を請求した事件である。Yは、明治17年2月に「ヲドリ利等」8円69銭を支払っている。原審は、「ヲドリ利等八円六十九銭八契約外不当ノ利金ニシテ……八円六十九銭ヲ相殺シ……。オドリ利等八被告(X)ニ於テ利足トシテ得ヘカラサル不当ノ金円ナレハ、被告者(X)ヨリ原告人(Y)ニ請求スル元利金ト相殺セヨ。」と判示した。相当な利息の外に不当に得た金員の返還義務をXはその授受の時点から負っており、「其義務(=返還義務)ト原告人(Y)カ被告人(X)ニ対スル借金貳百二十円ノ義務ト、業已ニ授受ノ当時ヨリ自然義務ノ相殺成立ツヘキ八当然ノ理」であるとして、Yが上告した。Yの主張によれば、明治17年2月の時点においてヲドリ利等の返還請求権と貸金返還請求権とが自動相殺されているのであるから、その時点でXの債権額は211円31銭になっており、原審が元本額を220円としこれに約定利息を加えた請求額との相殺を命ずるのは不当な裁判である。なお、Yは、予備的に、ヲドリ利等の返還請求権に法定利息を加えた額との相殺を主張している。

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、

制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成（大河）

「ラドリ利合利等八、元来上告人（Ｙ）カ承諾上払入タルモノニシテ、訴訟ニヨリ始メテ取戻スコトヲ得ヘキ権利ヲ生シタルモノナレハ、未タ訴求ヲ為サ、ル以前二廻リ払入レノ日ヨリ利子ヲ生スル筋ナキヲ以テ、原裁判所カ上告人（Ｙ）ノ請求ヲ無原因ト判決セシハ不法ニアラス」（前期196頁）

と判示し、上告不受理とした。大審院は、「契約外不当ノ利金」（原審）である「ラドリ利合利等」の返還請求権が、債務者が「承諾上払入レタ」からには、「訴求」・「訴訟」によってはじめて発生するという。これを、若林編・判例摘要民事集は『『ラドリ利合利』等八訴訟ニ依リ始メテ取戻スコトヲ得ヘキ権利ヲ生ス。故ニ其払入レタル日ヨリ其利子ニ利子ヲ生スル理由ナシ』（79頁）と要約し、裁判雑誌にいたっては「義務者カ承諾上払入タル成規外ノ利子取戻権利ハ其取戻ヲ得ルノ判決アリタル日ニ初メテ生ス。其以前二廻リ払入当時ヨリノ利子ヲ請求スルヲ得ス」（10頁）と要約している。

- 2) 法規分類大全・官職門・官制・司法省（二）193頁以下参照。
- 3) 評定官の構成については後述する推定および後注12)参照。
- 4) 「戻り利」の計算方法については、【13・3・8】大判明治13・3・8大審院民事判決録明治十三年自一月至三月617頁＝明治前期大審院民事判決録676頁「事件番号不明 質地球金催促一件」が参考になる。

本件では、250円の貸付について期限に元利金返済の約定がなされていたが（被告答弁の第二款冒頭）、債務者が「明治八年二月ヨリ漸次払ヒ入レタ」（前期76頁第三段後から6行目）。具体的には、90円（原告第6号証）、87円（第7号証）、合計177円を弁済した。

長崎上等裁判所は、「抑金銭貸借上返済期限内負債主ノ便宜ニ依リ内金ヲ返還セハ、債主ハ先ツ之レヲ利息ニ引去リ、過剰アレハ元金ノ内ニ受納スヘキハ理ノ当然ナルモノナレハ、期限前ニ内金ヲ返還セシ迎該金員ニ戻利息ヲ附加スヘキ條理ナケレハ被告（上告原告）ノ申分相立サル者トス」として、被控訴人（控訴被告：債務者）に元利金160円32銭6厘を償還すべしとした。大審院（巖谷龍一・堤正己・人見恒民）は、

「該貸金返済ノ期ハ、明治六年五月三日ヨリ起算シテ満三ヶ年ナル明治九年五月三日ヲ以テ期日トナリトス。而シテ、右ノ期限内ニ特ニ利金ノ受渡シヲ為スノ契約ナケレハ、其返金ノ契約期限明治九年五月二日ヲ待テ元金ノ返済ト共ニ利金ノ弁済則契約上ノ義務ヲ尽ス可キ時ノ初メテ到ルモノトス。

然レハ、其元利金返済契約ノ義務ヲ尽ス可キ時期ノ未タ到ラサル前ニ原告（^{債主}）ノ便宜ニ依リ内金ヲ返入スルヲ被告（^{債主}）カ承諾シテ受取タルハ、特ニ利金ヘ受取タルトノ憑証ナケレハ、元金ノ内入トシテ返済シタルモノトセサルヲ得ス。

業已ニ元金ノ部分ヲ返済セハ其分ハ爾後利子ヲ生スヘキニアラサルヲ以テ、計算上返済ノ期限マテ貸金全額ニ利子ヲ加算セハ右ノ期限内ニ元金ノ内金ト為シタル金員ニ八戻り利ヲ附加シテ以テ差引計算ヲ為ス至当ノ條理ナリトス。」

と説示し、原審判決を破棄し、次の「裁判」（判決）を言い渡した。

「要スルニ、此貸金返済ノ差引計算ハ、先ツ、元金貳百五十拾円ニ、其利子一ヶ月ニ二分五厘ノ割ヲ以テ明治六年五月三日ヨリ其返済期限明治九年五月二日迄満三ヶ年ノ利金ヲ計算シ、元利合計ヲ知り、而シテ、明治八年一月以降明治九年五月二日迄ノ間ニ原告ヨリ内入ト為シタル金員ニ、其内入トシタル日ヨリ明治九年五月二日迄ノ月数日

数ヲ算シテ一个月二分五朱ノ割ヲ以戻リ利子ヲ加附シ、其内入金ノ元利合計ヲ算出シ、

以テ、前頭貸金元利計算ノ高ヨリ差引、其残額ハ尚ホ明治九年五月三日後元金ト利金ノ延滞高ナリトス。然リ而シテ、明治九年五月二日ノ期限以後原告ヨリ相渡シタル金八則元利ノ残金返済ニ充ツルモノナルカ故ニ、其返済金ハ先以テ利金ノ延滞ニ差引キ余金アレハ元金ノ返済ニ充ツ可キモノナリトス。

此計算方法ニ依リ明ラカニ差引計算ヲ遂ケ、返済不足ノ元利金ハ、原告(上告者)ヨリ被告(被上告者)へ還償スヘシ。」(~ は引用者)

本判決やその他の裁判例からするなら、注1)でみた〔19・6・15〕は判例変更であろう。

5) たとえば、【19・10・20】大判明治19・10・20明治前期大審院民事判決録12 250頁「明治18年349号 預ケ金取戻ノ件」での「判決旨趣書」(252~255頁)参照。この事件の場合、願書課 民事第二局の経過を辿っている。

6) 明治前期大審院判決録12の「判決索引」7頁参照。

7) もちろん、旧債務の無効を根拠に更改による(新)借用証書を無効とすることもある。たとえば、【18・4・17】大判明治18・4・17明治前期大審院民事判決録11 108頁「明治17年477号 貸金請求ノ件」では、Y(被告・被控訴人・被上告人)が訴外Aに質入れしていた山林の受戻をXに依頼し、Xは「労カト金銭ヲ費ヤシ」山林を受戻した。その後、Xは当該山林をYに売却し残代金を貸金証書(上告第一号証)とし、かつYは斡旋の謝儀として当該山林の立木をXに贈与することにした。ところが、立木は依然Aの所有に帰することが判明した。Xの本訴請求に対し、Yは既払代金の返還を請求したようで、原審はYの請求を認容した。Xは、たとえ当初の売買契約が錯誤だとしても、売買代金の残額を貸金証書としたのであるから「既二性質ヲ変更シタモノ」であり、既に受領した金銭に影響を及ぼすものではないと上告した。大審院(加藤祖一・安居修蔵・寺島直)は、「Yハ曩キニXノ周旋ニヨリ立木モ共ニ受戻シ得タルモノト誤認セシヨリ該立木ヲ贈与シ相当ト思量シ之レヲ報酬ニ与ヘ更ニ買得ノ契約ヲ為セシハ勿論、Xモ自己ノ周旋ニヨリ該立木ヲ受戻シ得タルモノト誤認セサレハ之レカ贈与ヲ甘受スヘキ道理ナケレハナリ。然ラハ則チ上告第一号証ハ、当初互ニ物件錯誤ニ起因セシ証書ナルヲ以テ、固ヨリ効力ヲ有スヘキ理ナク、已ニ効力無之モノトスレハ之レニ基キ払入レタル金円ハ無原因ニ帰ス」とし、Yの返還請求を肯定した(上告不受理)。

これに対して、【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頁および83頁=若林編・判例摘要民事集302頁=裁判粹誌2巻338頁「明治20年111号 貸金催促ノ件」は、X(原告・被控訴人・上告人)がYに対し借用証書(上告第一号証)に基づき本件請求をした事件であるが、この借用証書は「今回山林侵殖云々ノ件ニ付不啻御手数相懸候間敷右贖費トシテ金百五拾円ヲ差出シ可申事」の文言が示すように、Yの山林境界侵害(共有林場侵害)に関する損害賠償につき「双方ノ合意」(裁判外の和解のもよう)としたものであった。Yの損害賠償義務を消費貸借上の債務としたものといえる。Yは、Xの「強迫ノ為メ錯誤ヨリ」差し入れた「無原因ノ契約」と抗弁したが、一審(静岡始審裁判所)はXの請求を認容した。控訴審(東京控訴院)は、Yが山林境界を侵害したかどうかは現在別訴で係争中であり、かつ損害が発生したことについての証明がないからこの契約はいわゆる「原因ナキ契約」で

制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成（大戸）

あり取消することができるとした。「多数二依り受理二決ス」と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）の「(上告)受理々由書」(明治20年10月20日付)は、「山林侵蝕ノ償金ハ双方ノ合意ニテ定メ得可キモノニ付、其合意ニシテ瑕疵アル事實ヲ発見セラレシ上ニ非レハ上告第一号証ハ法律上取消ト為ル可キ筋ナシ」とし(前期13- 84頁参照)、更改契約(上告第一号証書)の瑕疵を吟味する余地を残した判断をしていた。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、「損害ヲ生シタルニ付テハ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」であるから「Yカ山林侵蝕云々ニ付双方ノ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」とし、破棄移送とした(名古屋控訴院へ)。ともに更改契約の効力を肯定するものであるが、更改契約自体の「瑕疵」を問題にする余地を残した民事第一局に対して、民事第二局の判断はこれを封じたものと思われる。

更改の成否に関する裁判例も多い。たとえば、【14・6・30】大判明治14・6・30大審院民事判決録明治十四年自四月至六月516頁＝明治前期大審院民事判決録7 132頁「明治14年109号 貸金催促一件」では、X(原告・控訴原告?・上告人)が、米売却代金の残額2100円、貸金800円およびその利息を合算して作成された3100円の借用証書であると主張する上告第一号証に基づき、本件請求を行った。原審(東京上等待判所)は当該借用証書を「無原因ノ証書」としてとした。Xは「義務ヲ更改シタルモノ」などを理由に上告したが、大審院(中島錫胤・巖谷龍一・堤正己)は、3100円の内800円は償金として受領したものとすYの抗弁も含め、事実を確かめることなく無原因の証書とした原審判決を不当の裁判とした。旧債務の存否の審理を要求した判決といえる。これに対して、【16・10・26】大判明治16・10・26大審院民事判決録明治十六年自八月至十月735頁＝明治前期大審院判決録9 323頁および479頁「明治16年282号 貸金催促一件」では、X(原告・被上告人)がYに売却・送付した酒醤油等の(明治14年11月迄の)残代金と別の延滞金とをまとめて70円の借用証書が作成された。Xがこの証書に基づき本件訴訟を提起し、原審(東京始審裁判所)これを認容した。借用証書上の債務はすでに弁済されていると、Yが上告。大審院(川村清輔・牟田口通照・谷津春三)は、Yの弁済は荷物代に対する入金にすぎないし、「本訴ノ借金ハ、元來荷物代金ニセヨ、甲号証ヲ以テ純然タル借金ニ改約シタ」ものであるからこれに対する返済の証明がないとして、原裁判所の判断を肯定している。【17・12・5】大判明治17・12・5大審院民事判決録明治十七年十一月十二月分276頁＝明治前期大審院民事判決録10 327頁「明治17年223号 貸金催告上告一件」は、「甲第一号証拾円ノ元利金ハ何等ノ計算ヨリシテ乙第一号証ノ貳拾七円ト更改セシモノナルヤノ理由ヲ示サ、ル可ラス」と説示し、原審判決を破棄移送としている(裁判官は、坂本政均・牟田口通照・原田種成)。しかし、すでに言及した【18・12・22】大判明治18・12・22明治前期大審院民事判決録11 393頁「事件番号不明 貸金催促ノ件」で、大審院(玉乃世履・西成度・中村元嘉)は、「明治十四年一月廿日、元利金百零貳円零叁銭貳厘ヲ甲第一号証ニ更改シタルモノト認定セシハ事實裁判所ノ裁判官カ其主権ニ依リテ為セシ認定ノ裁判」という。また、【25・5・12】大判明治25・5・12大審院判決録明治二十五年自四月至五月84頁「明治25年45号 貸金催促ノ件」では、Yが二つの貸金債務(600円と443円)の

残額を600円の証書としており、X(原告・被被告人)がこの証書に基づき本件請求を行った。原審(東京控訴院)はこれを認めたので、現金の授受がなかったことは当事者双方の認めるところであるから、旧債務の存否につき審理がなかったとして、Yが上告。大審院は、「原裁判所ノ如ク甲第一号証書ヲ正当ノモノト判定セシ理由ヲ示セハ、該証書成立ノ際現金ノ授受ナキコトハ当事者双方ノ争ハサル所ニ付、Xノ申立通り旧負債ノ残額ヨリ該証書ノ成立セシハ説明ヲ要セスシテ自ラ明ラタリ。仍テ原裁判所カ旧債務ノ存否ニ付理由ヲ付セザリシハ固ヨリ当然ナリトス」とし、上告を棄却している。確定的なことは言えないが、事実認定の問題とすることによって職権主義的傾向を強めていくように思われる。

- 8) 裁判粹誌は事件名を「貸金催促利子払戻請求件」としている。Yの反訴請求をもって合成したものか? なお、同誌には「明治十年四月七日言渡」との誤植がある。
- 9) 沼正也教授の手になると思われる明治前期大審院民事判決録13- 352頁のコメントを参照されたい。
- 10) 藤林忠良については、手塚豊・明治法学教育史の研究(慶應通信 1988年)47, 49, 52, 53, 117, 141, 172, 173, 179頁参照。
- 11) 前掲 注15)「民法420条前史」89頁以下参照。
- 12) 裁判粹誌2巻に掲載された民事第一局の判決を素材にすると、248~287頁に掲載されている明治20年9月29日ないし同年11月13日の判決(8件)の評定官はいずれも中村・加藤・安居・寺島・児玉である。
- 13) 明治二十年大審院民事商事判決録(明治23年8月)の「凡例」1頁。
- 14) 旧民法財産編472条2号参照。なお同条1号に対応する【19・10・20】大判明治19・10・20明治前期大審院民事判決録12 250頁=裁判粹誌1巻38頁=若林編・判例摘要民事集42頁「明治18年349号 預ケ金取戻ノ件」でも、大審院民事第二局(尾崎忠治・増戸武平・小松弘隆・谷津春三・寺島直)は、「一人ニ対シ数個ノ義務ヲ負フタル者其義務ノ幾分ヲ尽シタル時、数個中何レノ義務ヲ尽シタルヤ別段定メタル受取書等アラサルニ於テハ、数個ノ義務中既ニ義務ヲ尽スヘキ期限ニ至リシ分ニ対シ之レヲ尽シタリト爲スキハ当然ノ條理ナリトス。」という(前期252頁以下の原田種成・加藤祖一(主任判事)・寺島直にかかる「判決旨趣書」参照)。
- 15) この問題については、さしあたり森泉章・判例利息制限法〔増補第2版〕(一粒社1982年)67頁以下参照。
- 16) 岡山兼吉については、原嘉道・弁護士生活の回顧(法律新報社 1935年)262頁以下、古賀正義「日本弁護士史の基本的諸問題」講座・現代の弁護士3(日本評論社 1970年)53頁, 75頁および86頁注(81)参照。
- 17) 明治二十年大審院民事判決録は、判決理由を「利息制限法ハ義務者カ契約通り甘諾シテ異議ナク実践シ畢リタル部分ニ迄立入既往ニ遡ルヘキモノニアラサルノミナラス、本訴ノ金員ハ利足ノ性質ヲ変シ更ニ借入金トナリタルコト明瞭」(247頁)と要約している。
- 18) 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)221頁以下。
- 19) 民事令訓集371頁参照。

む す び

以上、任意に弁済された制限超過利息、制限超過利息の借用証書化、および「礼金棒利等」につき明治前期大審院の見解の推移をみた。

〔13・5・19〕のように当初は既払制限超過利息につき元本との差引計算を肯定していた大審院は、〔16・11・14〕で「義務者承諾上其義務ヲ執行（承諾履行）」した場合には利息制限法2条を適用しないとしたのを嚆矢に、下級審やボアソナード構想の現実化のプロセスに抗するかのようになり、その構成を明確にしていく。〔20・4・27〕についての民事第一局の判断（明治19年11月6日）が大審院の見解をほぼ確定する（ちなみに、利息の天引も当然の如く「承諾上履行」構成によって当然の如く有効視されていたようで、この問題を争点とする上告はほとんどみられない）。制限超過利息分を借用証書化した場合について原審の認定・判断に依拠する形で「利息八依然タル利息ニシテ」と謳った大審院民事第一局の〔19・12・9〕を例外として、司法省および大審院は、〔20・3・30〕にみられるように、利息制限超過利息の借用証書化を「更改」とし利息債務が貸金債務に轉換するとの構成を採用する（司法省第七局編・民事答案・地120頁、新証書による「権義更改」とする〔20・3・30〕、延滞利息でなく「独立ノ貸金」という〔20・11・16〕）。さらに、大審院は、制限超過利息分の借用証書化を「既二授受」とし旧利息制限法2条は適用されないとする構成も併用する。「裁判ヲ煩ハサスシテ既に授受シタル分」（〔20・3・30〕）、「既二承諾上授受シアリタル分」（〔20・4・27〕）、「甘諾上実践シ畢リタル部分」（〔20・11・16〕）といった表現はこれを指すものである。要するに、制限超過利息の借用証書化は更改であって利息債務が独立した貸金債務に轉換し、債務者による更改契約を任意履行と見なすとするものであった。利息制限法4条が規定する「礼金棒利等」についても、司法省は同法2条に引き付けて理解し、大審院は、授受された場合のみならず、「証書化＝更改

= 既ニ金円ノ受授ヲ終リシモノ」(〔25・5・5〕)とするに至る。この構成は組入重利にも及ぶことになる(〔26・1・31〕¹⁾)。

このように、「裁判上無効」と規定された制限超過利息・「礼金棒利等」は、任意に弁済された場合に「引直」が否定されるだけでなく、「証書化=更改」を「見做し任意弁済」と構成することによって訴求力が付与された²⁾。明治民法の編纂過程で浮上した利息制限法の存廃論はこの法的状態のもとで展開される。

以上のような大審院の判例形成は、制限超過利息弁済の任意性、更改の合意、総じて債務者の意思に絶対的比重を置いた法的思考に支えられている。このような法的思考の分析は今後の課題であろう³⁾。

本稿は、公刊された大審院判決を素材に、制限超過利息等に関する明治前期における大審院判例理論の形成過程を明らかにしたものであり⁴⁾、未公刊の大審院判決は検討していないし、下級審の裁判例の検討もできていない。下級審の裁判例の研究は、民事判決原本に基づく法制史研究がみられた⁵⁾が、民事判決原本の保存とデータベース化によって日本近代私法史の研究内容・方法は新たな水準へ向かいつつある⁶⁾。おそらく、検討対象とした大審院判決の下級審判決の検討によって分析の精度を向上させるだけではなく、特定の地域を選択した下級審の動態分析を通じて、大審院判例理論の浸透度を測定し⁷⁾、大審院には氷山の一角としてしか浮上しなかったであろう基層での理論形成とその実践を明らかにすることによって、本稿は補完されなければならないであろう。本稿は、この作業の枠組みを設定したものである。

1) 本稿 1・1・(2)で触れた組入重利についての大審院の判決が、当事者が合意の上で延滞利息を借用証書化した場合についての判断であって、それ以外の場合には利息は利息にとどまるのが裁判慣例であったことには注意を要する。現行民法405条が「是迄日本ノ裁判上ノ習慣」・「是迄ノ慣例」に反するとした法典調査会における高木豊三発言(日本近代立法資料叢書4 249頁上段、同4 27頁下段以下)参照。

2) このような法的状況からすれば、明治民法施行後に、任意に支払われた制限超過利息の返還請求は否定され(大判明治39・4・6民録12輯666頁)、制限内への引き直し計算も否定された(大判明治42・7・3民録15輯649頁)ものの、制限超過利息分を目的とする準消

費貸借は、制限超過部分に限り無効とされた（大判明治 37・12・20 民録10輯1646頁）ことは、制限超過利息等の法的性質論での深まりの反映と言えるであろう。

- 3) 更改では証書書換の意味と証書の位置が解明されなければならないであろう。近世については服藤弘司「債権法における証書の機能」同・刑事法と民事法（創文社 1983年）593頁以下、明治初期については藤原明久「明治初年における契約証書の方式」神戸法学雑誌48巻4号（1999年）767頁以下などの研究があるが、これも今後の課題とせざるをえない。注4)でみた〔18・12・25〕が一つの手掛りかもしれない。
- 4) なお、裁判例には次のような事案がある。【28・4・15】大判明治 28・4・5 裁判粹誌10巻215頁「明治27年450号 地所買戻件」では、買戻約款付の売買契約の後に、別の金銭貸付がなされこの金銭の返済期日経過によって買戻権が喪失する旨の特約がなされている。買戻権者X（原告・上诉人）が本訴を提起したが、原审（東京控訴院）はこれを排斥したので、利息制限法は利息制限のほかには制限（責任？）を加重することを許していないから、この特約は無効であるとして上告。大審院第二民事部（栗塚吾吾・本尾敬三郎・増戶武平・井上正一・今村信行・藤田隆三郎・芹澤政温）は、利息制限法には、4条・5条は別として、「本件ノ如キ条件付ノ約款ヲ無効」ナラシム可キコトヲ規定シタル者ニアラス」と、上告を排斥している。また、【17・5・31】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595頁＝明治前期大審院民事判決録10 152頁「事件番号不明 建造物及ヒ地所書入貸金催促上告一件」で、大審院（尾崎忠治・坂本政均・牟田口通照）は、「利息制限二千円内外ノ區別アルヨリ双方合意上千円以下ノ利息ヲ付センカ為メ、之ヲ分ツテ一通ヲ六百円トシ地所ヲ以テ之レカ抵当ト為シ一通ヲ四百円トシ建物ヲ以テ之レカ抵当ト為シタルモノト推認スルノ外ナカルヘシ」と認識しながら、「右両証ハ其金額ヲ異ニシ其抵当品ヲ分チシモ、其實一千円ノ負債抵当トシテ地所及ヒ建物ヲ併セ差入レタルモノト看做サ、ルヘカラス。其抵当ノ効已ニ如此ナル上ハ、被告者（Y）ニ於テ其義務ノ全部ヲ了セサル限りハ彼是ノ別ナク依是抵当ノ効ヲ有スルモノトス。」としている。しかし、本稿のかぎりでは、担保あるいは質・買戻がらみの信用形態と利息との関係を問題とする裁判例を十分検出しえていない。その原因も含めて改めて検討しなければならないだろう。
- 5) 研究史の総括については、さしあたり、井ヶ田良治「歴史資料としての裁判記録」同誌社法学234号（1994年）1頁以下を参照されたい。
- 6) ここでは、林屋礼二＝石井紫郎＝青山善充編・明治前期の法と裁判（信山社 2003年）に収録されている論稿、とりわけ瀬川信久「明治前期の名譽回復訴訟 不法行為法規範の分化・形成の一過程」を意識している。
- 7) なお、勸解での利息制限法の取り扱いにつき、林真貴子・前掲「勸解制度消滅の経緯とその論理」146頁参照。

* 本稿の作成の過程で、資料の閲覧・複写につき法務図書館のご協力をえた。また、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・研究」の研究成果の一部である。