

不法行為による損害賠償債務が 遅滞に陥る時期・試論

——損害論からの再検討——

若 林 三 奈*

目 次

- I. 問題の所在
- II. 判例の展開——明治・大正期における判例の再評価
 - 1. 財産権侵害における大審院の立場——最小損害としての物の利用喪失損害
 - 2. 非財産権侵害における大審院の立場——請求時説の確立
 - 3. 最高裁昭和37年判決
- III. 学説の展開
 - 1. 戦前の学説——請求時説と請求不要（行為時）説との対立
 - 2. 不法行為時説の「通説」たる地位の確立過程
- IV. 最高裁昭和37年判決以後の学説の展開と現況
 - 1. 人身損害賠償実務からの問題提起
 - 2. 不法行為時説（加害行為時ではなく損害発生時）
 - 3. 損害算定基準時説——いわゆる口頭弁論終結時説等
 - 4. 請求時説
 - 5. 検 討
- V. まとめにかえて——試論の提示

I. 問題の所在

期限の定めのない債務は「履行の請求を受けた時」から遅滞に陥る（民法412条3項）。不法行為に基づく損害賠償債務もまた期限の定めのない債務である。しかしこの債務は判例によれば「なんらの催告を要することな

* わかばやし・みな 龍谷大学法学部教授

く、損害の発生と同時に遅滞に陥る」（最判昭和37年9月4日民集16巻9号1834頁，以下37年判決）のであって、弁護士費用についても同様とされる（最判昭和58年9月6日民集37巻7号901頁¹⁾。このことは被害者遺族が得る遺族補償年金は被害者の逸失利益の元本との間で損益相殺的な調整がなされるべきことを判示した最近の大法廷判決（最大判平成27年3月4日民集69巻2号178頁）においても前提とされていた²⁾。たしかに冒頭の判例が確立された当時，不法行為による損害賠償債務の付遅滞には請求を不要とし，これを不法行為時と解するのが判例・通説であると評価することにとくに疑問はなかったようである³⁾。

伝統的通説において，催告を必要としないのは「主として沿革および公平の観念による」とされる⁴⁾。しかしこの「公平の意味は明らかではない」こともしばしば指摘される⁵⁾。また上記37年判決以降の一連の研究を通して，遅延損害金の起算日を一律に不法行為時とする判例の立場の正当性についても必ずしも明確ではない等として，これに異論を述べる見解も有力である⁶⁾。これらの指摘を踏まえ，現在では，通説を支持する学説にあっても，それは主として被害者保護といった政策的判断や実務上の煩雑さへの配慮からであり⁷⁾，ときに例外や修正がありうることを前提として

1) 本判決は，遅延損害金の起算日を不法行為時とすると，現実に弁護士費用を支払った時期までの間の中間利息を被害者が不当に利得することがないよう算定すべきことを指摘しつつ，具体的にこの中間利息を考慮して弁護士費用の額を決定する方法を認めている。

2) もっとも付遅滞時を別の時点にとったとしても，この大法廷判決の判示事項に直接の影響はなかろう。本件については拙稿「判批」民商151巻3号（2016年）277頁以下を参照されたい。

3) 栢田文郎『最高裁民事判例解説・昭和37年度』349頁，乾昭三「判批」民商48巻6号（1963年）62頁も同旨。乾は通説として，我妻，松坂，加藤を参照する。

4) たとえば吉村良一『不法行為法〔第4版〕』（有斐閣・2010年）183頁。

5) 藤岡康宏『民法講義V』（信山社・2013年）482頁。

6) 藤原弘道「損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期(上)(下)」判タ627号（1987年）2頁以下・判タ629号（1987年）2頁以下，平井宜雄『債権各論II』（弘文堂・1992年）165頁以下，潮見佳男『不法行為法』（信山社・1999年）266頁以下等。

7) 中井美雄『債権総論講義』（有斐閣・1996年）432頁以下，また実務家の立場から古笛恵子「判批」交通事故判例百選〔4版〕（1999年）187頁等。

いる⁸⁾。

この判例の立場は、実務的な定着をも見ると⁹⁾今後見直される可能性は少ないかもしれない。しかし最高裁昭和55年12月18日判決(民集34卷7号888頁)により、使用者が労務者に対して負担する雇用契約上の安全保証義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償債務は、期限の定めのない債務であり債権者から履行の請求を受けた時に履行遅滞となることから、請求権競合が生じる場面での問題はいずれにせよ解決されねばならない¹⁰⁾。先の大法廷判決も、いわゆる過労自殺の事案において使用者の安全配慮義務違反が問われた事例であった。ここでは何らかの規範統合の処理をしなければ、請求原因をいずれに求めるかによって賠償金額に大きな差が生じるからである¹¹⁾。加えて、将来立法的解決が図られる可能性も視野に入れるならば、その理論的素地を改めて検討する意義は少なくないであろう。

これまでの判例の展開について分析した学説によれば、判例は①金銭騙取者に対する不法行為による損害賠償請求権が問題となった明治43年判決をリーディング・ケースとして、この法理を②他人の所有物の滅失・毀損という不法行為類型に拡大適用し、さらには以上の類型で形成されてきた抽象論が独り歩きをはじめて③人身損害の類型にまで拡大されてきたとされる¹²⁾。またそれゆえに判例には合理性・説得的根拠が欠けると言われる。しかし37年判決以前の公式判例集掲載の各大審院判決を損害論の観点から改めて俯瞰してみると、従来とは少し違った見方を提供するこ

8) 加藤雅信『新民法体系V』(有斐閣・2002年)308-309頁、中田裕康『債権総論』(岩波書店・2008年)101頁。

9) 判例の展開を踏まえ現在では事故日からの遅延損害金を請求する事案がほとんどであり、「かつてのように、裁判所の訴訟指揮により遅延損害金の起算日を訴状送達の日翌日にすることは到底できる状況にはない」とされる(大島眞一「交通損害賠償訴訟における虚構性と精緻性」判タ1197号(2006年)34頁)。

10) たとえば奥田昌道編『注釈民法(10)』(有斐閣・1987年)〔奥田昌道〕227頁。

11) 多くの学説がこの点を指摘する。たとえば潮見・前掲注(6)266頁。

12) 藤原・前掲注(6)判タ627号14頁。

とも可能なように思われる（もっとも本稿の検討によっても現在の判例を正当化することにはならない¹³⁾）。また人身損害の場合に至っては、そもそも①②の類型と同様に考えていたようにも思われぬ。そこで以下においては、まずこれまでの判例の展開を財産権侵害の場合（Ⅱ1）と非財産権侵害の場合（Ⅱ2）に分けて概観し、その意義を再検討する。次に伝統的通説のいう「公平」とは何かを明らかにした上で（Ⅲ）、近時の学説の動向を踏まえ（Ⅳ）、最後に若干の試論を提示してみたい（Ⅴ）。

Ⅱ. 判例の展開——明治・大正期における判例の再評価

1. 財産権侵害における大審院の立場——最小損害としての物の利用喪失損害

(1) 出 発 点——故意の侵害利得

まず詐欺取財（金員騙取）の事案において「本件ハ犯罪ヲ原因トシ其損害ノ賠償ヲ求ムルニアリテ遅滞等ノ条件ヲ要セス当然利息ヲ生スヘキ」として騙取された金額に「騙取セラレタル時ヨリ以後ノ法律上ノ利子ヲ付シ請求スルハ当然ノコトナリ」〔以下、傍点は全て筆者による〕との原審判断を支持した大審院判決が現れた（大判明30年6月25日刑録3輯74頁）。その後明治43年に、騙取の日からの遅延損害金を認容した原審について、悪意の受益者に関する704条との権衡から「不法行為ニ因リテ取得シタル利益」について債務者は「債務ノ発生スルト同時ニ履行ノ責アルヲ以テ特ニ債権者ノ請求ヲ待タスシテ遅滞ノ責ニ任スヘキモノトス」との判断を大審院は示した（大判明43年10月20日民録16輯719頁。以下、明治43年判決¹⁴⁾）。

これらの判決は現在の学説の一般的な理解に従えば「不当利得における悪意受益者の利息支払義務との権衡」が問題となる事案であり、それゆえ

13) 同様の問題意識をもつものとして、大西邦広「不法行為法における遅延損害金の算定と『賠償範囲』」法と政治63巻4号（2013年）35頁。

14) 他にも「遅滞ニ付スルノ条件ヲ要セスシテ其時ヨリ当然利息ヲ生スヘキ」として騙取後2年を経過した時点からの遅延利息を認めた原判決を維持したものがある（大判大正2年11月10日刑録19輯1154頁）。

に「騙取 (= 利得) の時から遅滞の責任 (遅延損害金の支払義務) がある」ことを示したものとされる。学説でしばしば引用される「泥棒は常に遅滞にあり」との法諺が本来的に妥当するケースともいえよう。

(2) 最小損害としての不法行為時からの物の利用利益の承認

大正 3 年, 他人の物と知って行われた山林の不法伐採事案において, 大審院は「他人ノ故意若クハ過失ニ因リ財産権ヲ侵害」された場合, つまり過失不法行為による場合も含めて「被害当時ニ於ケル価格ヲ以テ損害ノ基本ト為ス」場合には「其当時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ法定利率ヲモ共ニ損害トシテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ル」とした。なぜなら, もし不法行為がなければ, 通常, 被害者は「爾来該価格アル財産ヲ利用若クハ処分シテ若干ノ収益ヲ」得ることができるからである。そして「不法行為者ハ賠償債務ノ発生スルト同時ニコレヲ履行スルノ責」がある以上「遅滞ノ場合ト同一ニ債務発生以降ノ法定利率ニヨル損害ヲ賠償スヘキ責任」があるとし, 明治 43 年判決も同様の趣旨に出たものであることを明らかにした (大判大正 3 年 6 月 24 日民録 20 輯 493 頁。以下, 大正 3 年判決)。その後善意占有者による立稲の不法刈取が問題となった大判大正 10 年 4 月 4 日民録 27 輯 616 頁 (以下, 大正 10 年判決) においても同様の判断が示された¹⁵⁾。

(3) 検 討

この 2 つの大正期の判決は, 直接に遅滞条件や付遅滞時期を語るもので

15) 大正 10 年判決では, 立稲の価格が高騰したことから, 原審が騰貴後の価格を基準として算定した上で不法行為時から騰貴価格に対する遅延損害金を認めたため, 「不法行為ノ時ヨリ価格ノ騰貴シタル時ニ至ル迄ハ, 騰貴セサル前価格ニ拠リ算定シタル損害額ニ対スル法定利息ヲ請求スルノ権利ヲ有スルニ過キサル」と判示した。末弘は, 故意・過失により財産権を侵害された場合には, 不法行為時から法定利率による金額を「特に付遅滞の手続きを要せ」ずして損害として請求できる, とした判旨に賛成する旨を述べるにとどまる (末弘 厳太郎『判例民法・大正 10 年度』138 頁以下 [48 事件])。もっとも本判決の焦点は「損害額算定の基準時と遅延損害金の起算日とが一致すべき」との点にあったとされる (同旨・藤原・前掲注 (6) 判タ 627 号 11 頁)。

はない。むしろその焦点は、物の剥奪によって被害者には「不法行為時の物の交換価値」によって把握される損害に加え、「不法行為時から賠償を受けるまでの間に、その物を利用（使用収益）できないことによる損失、または処分可能性が奪われることによって生じうる損失」があることを明らかにした点にこそある。このような規範的評価を前提として「不法行為時から遅滞責任を負う場合と同様に」被害者には損害発生時（不法行為時）以降これに対する法定利率による損害を与えるべきことを示した点に意義がある。またそれゆえに、従来金員騙取および物の滅失・毀損において¹⁶⁾、遅滞要件なく不法行為時から遅滞責任を課すことにより遅延損害の形でその価値補償をしてきた先例を正当化するものである。加えて、このことはここで侵害された権利が内包する価値から引き出されるがゆえに、侵害態様にかかわらずおよそ不法行為が成立する場合には補償されるべきことを明らかにしたのもでもある。

ところで以上の判決においては、物の利用喪失等を遅滞要件（請求）を満たさずとも「債務発生以降の法定利率による遅延損害」にならって補償しようとするものであることから、「付遅滞の時期（条件）」と「物の交換価値の基準時」とが密接な関係をもって語られることとなる。たとえば大正10年の事案では、稲（玄米）の価格が不法行為時以降騰貴していたことから、原審が騰貴時の相場を基準として損害を算定した上で不法行為時より騰貴価格に対する遅延損害金を認めたところ、この点を大審院が違法と判断した。とくに大正期は第一次世界大戦による急激なインフレの影響から、不法行為によって剥奪、滅失・毀損した物の交換価値が不法行為後に急激に高騰することが少なくなく、損害算定の基準時をどこに据えるかが

16) すでに大審院では、明治43年判決の射程があいまいなまま、鉱毒流出による耕地の荒廃による損害（地価の低下、収穫の減少）についても——故意の侵害利得が問題となる事案ではなかったが——明治43年判決に依拠し「不法行為ニ原因セル債権ニ付テハ債務者ハ其債務ノ発生スルト同時ニ履行ノ責アルヲ以テ債権者ノ請求ヲ待タシテ遅滞ノ責ニ任スヘキ」と判示し（大判明治44年2月13日民録17輯49頁）、「他人の所有物の滅失・毀損」による不法行為類型にも先の判例法理の適用を拡大していた。

当事者の大きな関心事であった。算定基準時については、その後かの有名な富喜丸判決によって一定の決着が図られた（大連判大正15年5月22日民集5巻386頁）。ところが、この連合部判決は、物の滅失・毀損における損害は「物ノ滅失毀損シタル当時ノ価格」つまり「交換価格」によって定まると判示するに併せて、この交換価格には「其ノ物ノ使用収益」価値、つまり「通常ノ使用価格」が含まれることから、被害者は「被害当時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ間ニ於ケル法定利息ヲ請求スルコトヲ得ル」にすぎないとした（結果、当該期間の得べかりし傭船料を否定した）。当時、この判断は末弘によれば「賠償債務は不法行為当時直に発生し以後当然に履行遅滞の状態にある」ことから妥当と評価されている¹⁷⁾。しかしこのような理解は正当であろうか。本判決は、併せて「特別の事情」があるかぎり、通常の使用収益を超える利益や被害当時の交換価値を超える利益が発生する余地をも認めている。とすれば仮に被害者が「被害当時から賠償を受けるまでの期間」における「通常以上の使用収益利益」（たとえば傭船料）があることを証明し、その賠償を求める場合には、「通常の使用価格」つまり「被害当時から賠償を受けるまでに発生する法定利息」を併せて認めることは物の利用利益を二重に評価することとなる。とするならば、その場合には「遅延利息」を正当化する根拠も失われることになるからである。

以上の検討から、大審院は物の剥奪、滅失・毀損にかぎったとしても、およそ不法行為による債務は——債務の発生と同時にこれを履行する責任があるとしても——債権者からの請求もなく常に発生と同時に直ちに遅滞に陥るものの方針をもっていただけとは言えないのではなかろうか。むしろここでは不法行為時の交換価値が賠償される場合——被害者は特別の事情を主張・立証しなくとも——不法行為時から賠償を受けるまでの法定利息分をその物の通常の（最小の）使用損害として認められることを明らかにしたに過ぎないと言えるのではなかろうか。

17) 末弘厳太郎『判例民法・大正15年度』284頁〔53事件〕。

2. 非財産権侵害における大審院の立場——請求時説の確立

従来、上記の先例により請求不要説が確立されたとされ、それがなし崩し的に人身損害の場合にも波及したとの理解が一般的であった。しかしこの理解には疑問がある。

被害者が死亡し遺族からなされた請求について、大審院は「債務ニ付キ履行期限ノ定ナキ場合ニ於テハ遅延利息ハ債権者カ履行ノ請求ヲ為シタル事実アリテ始メテ其請求ノ時ヨリ以後ノモノヲ債務者ニ負担セシムルモノトス」。「此法則ハ契約不履行ノ場合ナルト否トニ依リ其適用ヲ異ニスヘキモノニ非ス」とし、付遅滞要件として「請求」を挙げている（大判明42年10月19日刑録15輯1403頁）。

大正以後もこの立場は基本的には変わらない。原審が慰謝料について訴状送達の翌日から遅延利息を認めたと、これに対し上告理由において——「不法行為ニヨリ取得シタル金銭財産」については「其取得ノ日」から利息に相当する金額を損害として請求することは「言ヲ俟ズ」とする一方で、慰謝料については——判決確定時とすべきであるとされた事案において、「不法行為ニ因ル債権ハ……不法行為アリタルトキニ既ニ發生シタルモノナレハ判決前ト雖モ其債務ノ履行ヲ請求シ債務者ヲ遅滞ニ付スルコトヲ得ルモノトス」として、原審判断を支持している（大判大正7年10月10日民録24輯1893頁、以下大正7年判決）。この判決は公式判例集に登載されているにもかかわらず、従来ほとんど取り上げられていない。しかし本判決では、第1に不法行為による損害賠償請求権は不法行為時に当然に発生すること、第2に不法行為による債務が遅滞に陥るのは（債権発生時ではなく）債権者が履行を請求したときであるとするものであり注目しうる¹⁸⁾。

続けて、交通事故による人身傷害においてやはり訴状送達の日翌日から遅延損害金を求める訴えを認容した原審に対して、これまた同様に、

18) 本判決のこのような理解を支持するものとして、薬師寺傳兵衛「判批」法学志林21巻6号（1919年）17頁以下。

これを判決確定時または判決時とすべしとする上告理由に対して、大審院は被告には「本件不法行為ノ時ヨリ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル義務アル」ことから、原判決が被告に「本件訴状送達ノ翌日……ヨリ年五分ノ損害金ノ加算ヲ命シタルハ固ヨリ相当」と判示した（大判大正15年1月26日民集5巻71頁〔8歳の子どもの死亡事例〕。「固ヨリ相当」とのみ述べたこの判決について、従来の研究では「些か舌足らずながら、不法行為に基づく損害賠償義務は不法行為の時に発生し、かつ、同時に遅滞に陥るものであるということと言わんとしている」との解釈が見られた¹⁹⁾。しかし判決当時の評釈をみると、むしろ先の大正7年判決を前提とし「不法行為に基づく損害賠償請求権発生の時期は不法行為成立の時であること」および「不法行為による債権につき債務者が履行遅滞に付せられるのは、債務発生の時でもなければ、はたまた、判決確定の時でもなく、債権者がその債権の履行を請求した時だ」とされ、このことは「今日ではすでに判決上確定しておりかつ正当と考えられる」との指摘がある²⁰⁾。つまり不法行為時に債権が発生し履行期にある以上、判決の確定をまたず訴状の送達（請求）によって債務者は履行遅滞に陥ることを述べるものと理解されている。

したがって、少なくとも大審院では、非財産権侵害にかかる不法行為類型においても、不法行為時に不法行為債務は発生するも、当該債務が遅滞に陥るのは「請求を受けた時」と解していたと理解するのが素直ではなからうか。

3. 最高裁昭和37年判決

以上の展開にもかかわらず、最高裁では本稿冒頭の判決が昭和37年に

19) 藤原・前掲注(6)判タ627号12頁。もっとも藤原も「損害賠償義務が発生するということと、それが遅滞に陥るということとは別個」であり「不法行為の時から損害賠償義務が発生したとただけでは、遅延損害金の発生を根拠づけることにはならない」とは指摘していた。

20) 平野義太郎「判批」法協45巻2号(1927年)379頁。

された。本件は道路の設置管理の瑕疵による営造物責任が初めて最高裁で認められた判決でもある。遺族たる原告（妻）が訴状到達時（昭和31年1月21日）に慰謝料10万円を請求した後、相続放棄したことから慰謝料額を20万円に増額したところ（同9月10日）、原審がその全額と最初の訴状送達時以降の遅延損害金を命じた。これに対し被告が「請求もしない以前に遡って」「請求もしない金員」に対する遅延損害金を命じるのは法令違反であると上告した。そこで最高裁が「不法行為に基づく損害賠償債務は、なんらの催告を要することなく、損害の発生と同時に遅滞に陥るものと解すべき」であり、「訴状送達時より遅延損害金を認めた原審判断」を「同趣旨に出でた」ものであり正当であると判断した²¹⁾。

この判断にとくに理由は付されていない。調査官解説によれば「先例、通説に従って、不法行為に基づく損害賠償債務の遅滞時期について不法行為成立時説をとるべきことを明らかにしたもの」とされる²²⁾。しかし前述の検討を前提とすれば、少なくとも先例に対するこのような評価には齟

21) 本判決における「損害」の意味は必ずしも判然としない。なお公式判例集に登載されていないが、昭和以降、人身損害に関して「損害の発生」や「債務の発生」と遅滞を関連づける以下の大審院裁判例がある。① 大判昭和6年12月2日新聞3351号13頁は、交通事故による休業損害（係属中に被害者が死亡したため2年間分のみ）を請求した事案である。原審が訴状送達の日から遅延損害金の支払いを認めたと、訴状送達日以降に（月々に順次）発生する休業損害に対する遅延利息について「当該損害発生以前ノ時期ニ遡リテ之ヲ支払ウノ要ナキ」として破棄している。そして「不法行為ニ因ル損害賠償ノ債務」は「損害カ発生シタルトキハ直チニ履行期到来」し、それ以降は遅滞にあるとする。ここでの「損害」とは個別具体的な損害費目を意味すると考えられるところ、人身損害賠償実務でしばしば見られた支払時説の考え方に近いものである（むろん中間利息を控除していれば問題にはならなかった）。次に② 大判昭和8年3月27日新聞3543号14頁は、暴行事件〔打撲〕での治療費および慰謝料について不法行為の翌日以降の遅延損害金を認容した原審について「其ノ債務ノ発生ト同時ニ履行ノ責ニ任スヘキ」とした事案である。もっとも本判決は侵害利得の事例との対比に主眼があり、明治44年判決（〔注16〕参照）を参照し「不法行為ニ基ク債務ハ、不法行為ニ因リテ或利益ヲ取得シタル場合ナルト否トヲ問ハス其ノ債務ノ発生ト同時ニ履行ノ責ニ任スヘキ」とした事案である。なお本件は加害直後に支出した治療費用（湿布等）や損害のみが問題となった事例でもある。

22) 柘田・前掲注(3)349頁。

齟があると言わざるを得ない。そこで次に、伝統的通説における判例理解および通説の言う「沿革と公平」とは何かについて、これまでの学説を概観し、その内実を明らかにしていくこととしたい。

Ⅲ. 学説の展開

1. 戦前の学説——請求時説と請求不要（行為時）説との対立

(1) 請求時説

起草者によれば、本来、期限の定めのない債務はその発生と同時に履行期にある。しかし、その時から遅滞の責めを負うとすると債務者に苛酷に過ぎるため、「履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遅滞ノ責メニ任ス」と規定した²³⁾。これを定めた412条3項は「当事者カ期限ヲ定メサリシ場合ノミニ制限スヘキ理由ナ」く、「履行期定メナキ場合」すべてをいうのであって²⁴⁾、不法行為による損害賠償債務もまた同様に「催告」によって遅滞に陥るものと解される²⁵⁾。すなわち不法行為による損害賠償債務は不法行為時に発生し履行期にあるものの、債務者が履行遅滞に陥るのは412条3項にあるとおり債権者が履行を請求した時と理解する（付遅滞要件としての催告）²⁶⁾。これは先の大審院の理解とも共通する。

もっともすでに大審院では物の滅失・毀損等の場合には物の通常の利用利益として「被害者当時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ法定利率ニ依ル金額」が遅延の場合と同様に認められていた（大正3年判決）。それゆえ、たとえば鳩山は「履行ノ請求ヲナシタル時マデニ生ジタル損害」について「直接ニ

23) 梅謙次郎『民法要義卷之三（債権編）〔訂正増補版33版〕』（1912年〔1984年復刻版〕・有斐閣）43頁。

24) 石坂音四郎『日本民法債権第2巻』（有斐閣・1911年）473頁、388頁。

25) 鳩山秀夫『日本債権法・総論』（岩波書店・1918年）117頁の他、団野新之『損害賠償論増訂3版』（巖松堂書店・1913年）211頁〔遅滞要件を「請求を受けた日あるいは相手方への訴状送達」とし、明治42年判決を支持する〕、入江眞太郎『不法行為論』（大阪巖松堂書店・1924年）219頁等。

26) 判決を支持するものとして薬師寺・前掲注(18)17頁以下、平野・前掲注(20)379頁。

不法行為ヨリ生ジタル損害」として請求することを認める（その反面、これを「履行遅滞ニヨル損害」として請求することを明確に否定している）²⁷⁾。つまり「不法行為時から生じる法定利息」の実態は、あくまで物の滅失・毀損等によって不法行為時から生じたその物の利用利益の喪失である以上、これを不法行為による1つの損害（項目）として直接に承認すべきであって、「不法行為債権の付遅滞」の問題に置き換えるべきではないことを指摘するものといえる。

（2）請求不要説（不法行為時説）

不法行為による債務の遅滞を認めるにあたって請求を不要とする見解には、まず不法行為による債務は民法412条1項による確定期限ある債務であり「發生ト同時ニ弁済期ニアル」として「債権者ノ履行請求ヲ待タズシテ直チニ履行遅滞ヲ生ズ」と見る末弘の見解がある²⁸⁾。もっとも末弘を除いては、不法行為による債務は期限の定めのない債務であるとの前提に立っていたようである。その上で不法行為による損害賠償債務を負う者は「すでに不法行為により他人の権利を侵害したるものなれば、遅滞の効果を負担せしむるため催告を必要すべき理由なし」とする²⁹⁾。さもなくば「被害者をして不法行為なかりせば有すべかりしと同一の状態を回復せしむべき損害賠償の目的を達することあたわず。ことに被害者が久しく不法行為の成立を覚知せざりしたため催告を為すことあたわざりし場合においてしかり」という³⁰⁾。菅原はこの結論を導くにあたって、① ローマ法以来

27) 鳩山秀夫『日本債権法』（岩波書店・1917年）117頁。団野も「遅滞より生ずる遅延利息」と「いわゆる利得の喪失」とを明確に区別する（団野・前掲注(25)172頁）。

28) 末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣・1919）1108頁。大正3年判決を「結果同説」とする。

29) 勝本も不法行為では「両当事者の意思および利害を衡平に考慮」する必要がないとして同様の結論を支持する（勝本正見『債権総論・上』（厳松堂書店・1930年）382頁）。同旨、宗宮信次『不法行為論』（有斐閣・1935年）。なお宗宮は1965年版では、菅原、勝本、注釈民法〔篠原〕、我妻を引用し「通説」とする。

30) 菅原春二「判批」論叢6巻5号（1921年）99-100頁。菅原は大正10年判決を付遅滞時期との関係から正当とする（注15も参照のこと）。

の「窃盗は常に遅滞にあり (fur semper in mora)」との法諺、さらには② ドイツ民法848条〔不法行為により他人から奪取した物の返還義務を負う者の事変による物の滅失・毀損に対する責任〕および849条〔物の奪取・毀損に基づく価値賠償において被害者は算定基準時より賠償金額に対する法定利息を請求できる旨の規定〕を参照する。そしてドイツ法上の「二個の規定は物の奪取または毀損の場合のみに関するものといえども、この規定の趣旨より推論するときは、不法行為上損害賠償義務を負う者は一般に、催告をまたず当然遅滞の効果を負担し、事変に対し責めに任ずると共に金銭賠償の認められる場合には利息支払いの義務を負うものと論断することを得」と結論する³¹⁾。しかしこのような理解はドイツ法においては一般的ではなく、むしろ明確に否定されている³²⁾。

(3) 遅延損害を慰謝料として構成する説

上記の学説とは異なり、戒能は「不法行為による損害賠償請求権は、支払いもしくは判決の際までの状況」の中で決定されるところ、「自発的に弁済をなさぬ者に対しては、事情により慰謝料支払義務を課す」べきという³³⁾。この説に対しては、「*peine privée* としての慰謝料を重んずる立場からする特殊の理論」³⁴⁾との評価もあるが、物の滅失・毀損等の場合において不法行為時の交換価値を補償するだけではなお残る損害〔通常の利用利益〕や人身損害においてたとえば請求遅延によって被害者に残る損害を、いずれも「付遅滞」の問題と切り離して、損害論（非財産的損害たる慰謝料）の問題として捉えようとしたものと理解しうるのでなかろう

31) 菅原・前掲注(30)99-100頁。

32) BGH VersR 1993, 1521, 1522; Bamberger/Roth/Spindler (2008) § 849 Rn.1; Spindler, BeckOn-BGB § 849 Rn.1; MünchKommBGB/Wagner 6.Auf (2013) Rn.4.

33) 戒能通孝『債権各論』（厳松堂書店・1940年）466頁。遅滞による損害を別の損害項目として構成するという意味では、鳩山・団野に通じる。

34) 戒能・前掲注(33)466頁。詳細は戒能通孝「不法行為に於ける無形損害の賠償請求権（一）(二)」法協50巻2号（1933年）18頁以下、同3号（1933年）116頁以下。

か。

2. 不法行為時説の「通説」たる地位の確立過程

(1) 不法行為時説の根拠

我妻は、まず判例は行為時説をとると解した上で〔「原則として行為の時から当然利息を付すべしものとなし、今日に至るまで大体その理論を貫いている」〕、「学説上は多少争いあるも近時の通説はこれを支持する。正当と思う」とする。なぜなら ① 物の滅失毀損の賠償は、行為時の交換価格による以上、行為時より「当然遅延利息を付して不法行為者の責任をそれだけ加重することが公平に適する」こと、また ② その他の賠償においても「被害者の出捐の時に賠償したと同様の利益を与ふるを至当とするから」である³⁵⁾。加藤もまた、請求時説に与する谷口の指摘等を挙げつつも³⁶⁾、①の点に加え、②「請求の遅れた被害者に遅延利息を与える必要がないというのも一理はあるが、客観的な損害賠償の制度としては、請求の遅速によって差が生じるのは、かえって不当」であるとし、行為時説を「理論上も実際上も妥当」とし、「精神的損害についても同様」と言う（この点の根拠は示されていない³⁷⁾。

以上を踏まえ、以後我妻は「主として沿革と公平の観念」により、「不法行為による損害賠償債務は、成立と同時に当然に遅滞あるものと解され

35) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社・1940年）208頁。同『債権総論』（岩波書店・1939年）でも判例は「催告なくして当然に遅滞」を認めるとする。

36) 谷口は、「未だ請求を受けず、幾何を支払うべきかも明らかでないのに遅滞の責を負わしめるのもどうかと思われる」として請求時説の代表的な学説としてしばしば引用される。しかし同時に「理論上は損害賠償を支払うべき時、すなわち債務履行期あるいは不法行為の時すなわち賠償責任発生の時から利息を支払うべきが原則であろう」とも述べている（谷口知平『総合判例研究叢書・民法（4）』（有斐閣・1957年）41頁）。

37) 加藤一郎『不法行為法』（有斐閣・1957年）219頁、同書〔増補版〕（1974年）も同様（同219頁）。また山主政幸『債権各論〔改訂第7刷〕』（法律文化社・1964年）254頁はほぼこれにならう。

ている」と断じるに至る³⁸⁾。その後、於保も行為時説によることを明らかにしている³⁹⁾。

(2) 検 討

伝統的通説と目される諸説にいう「公平」とは何か。まず第1に、物の滅失・毀損の賠償は行為時の交換価値による以上、遅延利息分を加重すべきとの評価である。これは大正3年判決が意味するところである。つまり被害者には物の交換価値の賠償を得てもなお少なくとも通常の利用利益の損失が残ることにある。したがって後の学説が指摘するように「不法占拠のような継続的不法行為で、明渡済に至るまで賃料相当額の賠償が認められる場合には、法定利率による遅延賠償を求める余地はない」こととなる⁴⁰⁾。しかしこれは不法占拠のような事案にかぎったものではなく、広く物の滅失・毀損において最小損害としての通常の利用喪失に代わる利用利益にかかる損害（たとえば代車料や休車損害）を請求する場合も同様ではなかろうか。

第2に、「被害者の出捐時に賠償したのと同様の利益を与」える必要があるという。たとえば傷害事件において請求時までには被害者において治療費の支払を済ませたり、休業損害が発生する等、損害が現実化したような場合には、まさに当該費用の賠償について「請求の遅速によって差を生ぜしむべきではな」く、被害者が（個別の損害費目について）現に支出している以上、それに「利息」を認めるべきことが「公平」に適うようにも思われる。しかしこれらの事情は場合によっては個別具体的な利息損害として、あるいは人身損害においては慰謝料の斟酌事由の一つとして、つまり

38) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店・1964年）105頁によれば、大正10年判決および加藤（前掲注(37)）を挙げ「判例の一貫した理論であり、今日の通説といってよい」という。

39) 於保不二雄『債権総論』（有斐閣・1959年）84頁、同『債権総論（新版）』（有斐閣・1972年）91頁も変更なし。於保は、脚注にて明治43年判決および「盗人は常に遅滞をなすとみなされる」との法諺を参照するのみである。

40) 加藤一郎編『注釈民法(19)』（篠原弘志）（有斐閣・1965年）62頁。

損害論の問題として処理することも十分に可能であるように思われる（戒能説が示唆的である）。いずれにせよ遅延損害として処理することに必然性はなからう。

IV. 最高裁昭和37年判決以後の学説の展開と現況

1. 人身損害賠償実務からの問題提起

以上の通説における判例理解を前提とし37年判決へと至った。ところが死亡の場合とはかく、とりわけ傷害事案の場合、実際には事故から口頭弁論終結時に至るまでの様々な段階で、被害者の損害が具体化し支出され、また不法行為から随分と時間を経過してから損害が現実化することも少なくない。「事故時に客観的に発生した損害は身体の傷害それ自体」である以上、「被害者の現実の支出は損害（身体の毀損）を金銭的、数額的に評価判断するための一資料にすぎない」として判例を支持する立場もあったが⁴¹⁾、人身損害賠償実務に携わる実務家においては、むしろ事故時から遅延損害金を付ける被害者に不当な利得が生じるとの懸念が示された。それゆえ当時の実務では「訴状送達の日翌日」に釈明あるいは整理される例が多かったとされる⁴²⁾。現実の出捐に対する遅延損害金を厳密に見るのであれば「支払時説」によることも考えられるが、これでは個々の損害費目ごとに遅延損害金の起算点が異なり煩雑に過ぎるからである。このような中、実務家には、とくに傷害の場合にかぎって、被害者に不当利得が生じること、請求なき遅滞は加害者に酷であること、また仮に加害者の事情により請求が遅れたとしても慰謝料算定において斟酌すればよい

41) 高木貞一「いわゆる人身事故における損害についての一考察」『司法研修所創立20周年記念論文集』第1巻（1967年）190-191頁。

42) 井口牧郎＝牧野利秋「交通事故による損害賠償の範囲に関する問題」ジュリ339号（1966）36頁、高木・前掲注（41）189頁、岨野悌介「遅延損害金の発生時期」判タ212号（1967年）153頁等。

として限定的に請求時説を主張するものも登場した⁴³⁾。

そこで以下では、これら人身損害賠償実務から提起された問題をも踏まえた近時の学説の状況を整理し、若干の検討を加えておきたい。

2. 不法行為時説（加害行為時ではなく損害発生時）

四宮は、個別具体的な損害項目の発生時（支払時）を起算日とすることは「煩雑に堪えない」⁴⁴⁾ こと、また個々の損害項目は抽象的損害（たとえば死傷）を算定するための資料に過ぎないことから付遅滞時とは「抽象的損害発生時」であるという。そこで ① 物損の場合には最小限度の利用損失の代償として被害者に損害発生時から遅延利息を与える必要があることから、また ② 人損の場合にも公平の観点から、いずれも付遅滞にお催告は不要とする。なぜなら不法行為法の「原状回復の理念」によって「被害前の事態と損害填補後の事態との間にいささかもすきまを残さないこと」が要求されるからである⁴⁵⁾。それゆえ「たとえ裁判上損害の評価が可能な状態に立ち至らなくても（例、負傷の場合）——また、損害算定の基準時が移動する場合でも——損害発生時から遅延利息を付すべき」だとする⁴⁶⁾。したがって「算定基準時と遅延利息の起算点とは必ずしも一致しなければならないものではない」（この点については請求時説も同様である）。⁴⁷⁾

43) 寺本嘉弘「交通事故（不法行為）による損害賠償債務に対する遅延損害金の起算日」判タ255号47頁（1971年）。死亡時は不法行為時とする。

44) 四宮和夫『不法行為』（青林書院・1985年）636頁以下。

45) 四宮・前掲注(44)643頁。同様に田山は原状回復、被害者保護の観点から（田山輝明『不法行為法』（青林書院・1996年）20頁）、また高木は損害事実説を前提に請求権の本質は原状回復請求権と捉え（高木・前掲注(41)190頁）行為時説を支持する。

46) 四宮・前掲注(44)536頁。

47) ただし結果損害である弁護士費用についてまで同様に解すべきかは「疑問」とする（四宮・前掲注(44)637頁）。

3. 損害算定基準時説——いわゆる口頭弁論終結時説等

対して、上記の説と同様に、死傷損害説あるいは損害事実説（金銭的評価を経てはじめて金銭債務たる損害賠償債務となる）からの問題提起を受けとめつつも、むしろ「遅延損害金の発生は金銭評価の時点と一致させるべき」ことを理論的前提として、遅延損害金の発生時をめぐる議論を展開するのが以下の学説である。

第1は、損害賠償額算定の創造的・裁量的性格を強調し（債務不履行に基づく場合も併せて）損害額算定の基準時である口頭弁論終結時が遅滞に陥る時期であるとの説である（いわゆる口頭弁論終結時説⁴⁸⁾。口頭弁論終結時こそが、損害額の評価に際してすべての事情を顧慮することができるからであり金銭評価の基準時となるからである。

第2は、同様に遅延損害の発生時は金銭評価の基準時となるとの前提は共有しつつも、これを口答弁論終結時に限定しない立場がある。すなわち損害の金銭評価を不法行為の時点で行う場合には遅延損害金の発生時も不法行為時とみる一方、他方でこの評価作業が「最終的に裁判官の創造的活動に依存する」と見られるような場合には、口頭弁論終結時までに生じた金銭評価の資料をすべて顧慮する結果、遅延損害金の発生時もまた口頭弁論終結時になるとする⁴⁹⁾。損害賠償債務の金銭評価の時点を付遅滞時とみるかぎりで両者は共通する。

4. 請求時説

むろん平井も損害事実説の立場から⁵⁰⁾、金銭的評価をまっではじめて

48) 藤原・前掲注(6)判タ629号11頁、同『民事判例実務研究』(判例タイムズ社・1990年)5巻248頁。森島は、口頭弁論終結時を基準とすることで再調達費用が弁済され、「事故時から口頭弁論終結時までに滅失した物を利用して得られるであろう利益(例えば備船料)も賠償対象となるという(森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣・1987年)413頁)。

49) 淡路剛久「判批」昭和58年重判(1984年)85頁。また吉田邦彦「判批」法協101巻12号(1984年)2017頁他、付遅滞時は「賠償額算定のプロセスに対応して、段階的に評価されるべき問題」と捉える説(藤岡康宏・前掲注(5)483-484頁)も同趣旨と考えられよう。

50) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会・1971年)475-476頁。

金銭債務となるとの理論を貫徹すれば、遅延損害金の発生は金銭評価の時点と一致させるべきであり口頭弁論終結時となるものの、これは ①「訴訟遅延（あるいは引き延ばし）の場合に対処するには必ずしも適切ではない」こと、また ② 412条3項とのバランス（とくに医療過誤や安全配慮義務違反等、同一の事実関係についての請求権競合問題）から「請求権者が金銭請求の意思を表示した時（請求時または訴状送達時）」を遅延損害金の発生時と解する⁵¹⁾。

潮見も原則として平井説を支持するが⁵²⁾、「金銭騙取その他の故意による権利侵害型の場合には、民法704条との権衡上、判例どおりに不法行為時から起算するのが相当ではないか」としてこれに例外を設ける。

5. 検 討

不法行為時説の主眼は原状回復理念の実現にある。すなわち原状回復理念に照らせばなお被害者に残る損失（物の通常利用利益の喪失、現実の出費等に対する利息）の回復を補償するために「不法行為時からの法定利息の発生」を認めるものである。その意味で伝統的通説と何等変わるところはない（→Ⅲ2(2)）。

損害算定基準時をもって遅延利息の発生時期とみる説はどうか。たしかに損害事実説を前提とすれば損害は金銭的評価をまっぴらしてはじめて金銭債務となる。しかし債務不履行等による損害賠償債務もまた金銭債務であるにもかかわらず請求時が付遅滞時となる（そして最終的な損害額の評価は口頭弁論終結時までのすべての事情が勘案される）ことに照らせば、両者の

51) 平井・前掲注(6)165頁以下。平野も、仮に支出時を基準とした場合には実務上極めて煩雑となることも踏まえて、結論として請求時説を支持している（平野裕之『不法行為法〔第3版〕』（信山社・2013年）473-474頁）。なお平井は弁護士費用については「損害賠償の問題とは関係しない」として、「支払われるべき額が動かしがたいものとなった判決確定の日」を起算点にすべきという。

52) 潮見・前掲注(6)266頁以下、奥田昌道編『新版注釈民法(10)』（潮見佳男）（有斐閣・2003年）467-469頁。

時点は一致すべき必然性はない。口頭弁論終結時とみる場合には請求時説からの批判も妥当しうるし、不法行為時説を基準時とする場合には伝統的通説と同様の問題を抱え込むこととなる。

したがって結論として不法行為による損害賠償債権についても412条3項に従い、他の法定債権と同様に請求時または訴状送達時から遅滞に陥ると考えるべきであろう。ただし物の滅失・毀損（金銭の剥奪を含む）の場合、物の通常の利用利益を求めるかぎりにおいては遅滞条件（請求）を満たさずとも被害者には「被害時〔物の交換価値算定時〕から損害賠償給付を受け取るまでの法定利息分」の賠償を認めるべきこととなる。

V. まとめにかえて——試論の提示

本稿では遅延損害金の起算点をめぐる問題を損害論の観点——不法行為成立要件としての損害概念理解（抽象的損害か具体的損害か、事実か金額か）および損害算定に際しての損害理解（原状回復すべき損害とは何か—被侵害法益の価値）——から考察を加えた。損害把握およびその金銭評価の出発点となる損害賠償法における原状回復の理念に照らして考えれば、ここで問題となるのは、物の滅失・毀損の場合であれ、人身侵害の場合であれ、侵害された権利・利益の価値の回復という視点であった。物の毀損・滅失の場合においては不法行為時の物の交換価値によっては回復し得ない「物の利用価値」が問題となる。大審院判例によって確立された判例理論は、不法行為債務の履行に陥る時期にかかるものというよりは、物の滅失・毀損の場合には被害者が「特別の事情（取得の蓋然性あるいは大正15年判決によれば予見可能性）」を主張・立証せずとも「通常の（最小限の）利用喪失」として「侵害時からの法定利息相当分」を遅滞条件なしに認めるところにあったのではなかろうか。そのかぎり「遅滞と同一」の効果認められたにすぎないのである（物の算定基準が不法行為時となるのはその限りにおいて妥当すると考えられる。したがって別に合理的な基

準時が主張・立証されるかぎりでもこれも意味を失う)。またそれゆえに、被害者が別途、被害時からの法定利息分を超える物の利用価値喪失にかかる損害（たとえば代車費用、休車損害）を主張・立証するかぎりにおいては、同一の期間について、重複してこのような損害を認めることにはならないと言える。この場合に不法行為時から遅滞に陥るとみなすことは損害論において矛盾をきたすからである⁵³⁾。したがって「不法行為時から遅滞に陥る」との理論構成は、たとえ物の剥奪、滅失・毀損の場合にかぎっても一般化することには問題がある。

人身損害の場面において原状回復の視点から懸念されていた問題は、一つには遅延損害金が不法行為時より後に設定される場合（たとえば請求時や口頭弁論終結時）、それ以前に被害者において何らかの損害（項目）が現実化した場合（治療費の支払等）のそれに対する利息分がある。もう一つは請求がとくに加害者側の事情によって著しく遅れるような場合である（被害者に過失や因果関係の立証が過度な負担となるような事案等も考えられよう）。前者の問題すべてに厳密な計算によって対応することは実務上煩雑に過ぎるし、逆に言えば、逸失利益のように中間利息が控除される場合は別として、請求以前に現実化していない費目については被害者に不当利得が生じることから、これらすべてを考慮することは被害者にとっても実益がない。ここでの問題はとりわけ生命・身体という本質的に非財産的価値に対する侵害の場面においては、いずれも口頭弁論終結時まで生じるあらゆる事情の一つとして、慰謝料のところで適切に斟酌されることによって原状回復理念の実現を図ることが十分に可能ではなかろうか。

53) このことは、「物の剥奪（滅失・毀損）」の場合には、同様の趣旨から履行遅滞にある債務者と同様に不法行為時からの法定利息分の請求をとくに認めるドイツ民法849条も、被害者が具体的に物の利用利益喪失を主張するかぎりでも適用の余地がない（Bamberger/Roth/Spindler, 2.Aufl (2008) §849 Rn.3; NomosKommentarBGB/Katzenmeier (2012) §849 Rn. 1; MünchKomm/Wagner 6.Aufl (2013) §849 Rn.9)。またそのため物の利用利益に対する賠償を柔軟に認めるドイツ法においては、本条は現在実務上ほとんど用いられていない（Bamberger/Roth/Spindler, 2.Aufl(2008) §849 Rn.3)。

以上を要約すれば、まず不法行為による損害賠償債務は不法行為の成立と同時に履行期にあると言える。しかし、この債務が遅滞に陥るのは請求時あるいは訴状送達時である（412条3項⁵⁴⁾。この結果、医療過誤や安全配慮義務違反事案においては不法行為構成によろうが債務不履行構成によろうが差異は生じない。しかし物〔あるいは金銭〕の剥奪、滅失・毀損の場合においては、被害者は遅滞要件〔請求〕を満たさずとも、この交換価値に対する不法行為時からの法定利息分を請求することができる（そのかぎりでは損害算定の基準時を付遅滞時とみなしうる）。このような請求は被侵害利益の価値を完全に回復するという視点からの要請である以上、行為態様（故意によるか否か）は問われない。またこの請求は、「物の通常の利用喪失」を被害者に最小損害として補償するものである。したがってこれを超える利用喪失を被害者が主張・立証する場合、同一の期間については両立しえない。人身損害においては、請求時までには被害者が支弁した金銭（現実化した損害）に対する利息等が被害者に過度な負担をもたらす場合、被害者が加害者側の対応のために請求が遅れたような場合には、口頭弁論終結時までには明らかになった諸般の事情とともに、裁判官は被侵害利益の重要性に鑑みて「原状回復」の理念に照らし、少なくともこれを慰謝料の斟酌事由とすべきであろう（場合によっては独立の個別具体的な利息損害として項目立てする可能性もあろう）。遅延利息分に代わる金額が慰謝料算定等において十分に反映されなければ被害者の救済に欠けることとなるからである。

以上、本来であれば同様の構造をもつと思われるドイツ法の分析、さらには不当利得法との関係も検討が必要であろうが、これらの検討については他日を期すこととし、本稿ではひとまずの試論を提示することとした。

54) よって債務者は不法行為の成立時以降履行が可能となるが、なお遅滞にない以上、仮に債権者である被害者が損害賠償の仮払金等の受領を拒否したとしても債権者もまた遅滞の責任（債権者遅滞・受領遅滞）を問われることはなかろう。