

\*0014810001\*

0014810-001

AZ-831-9

債権法総論

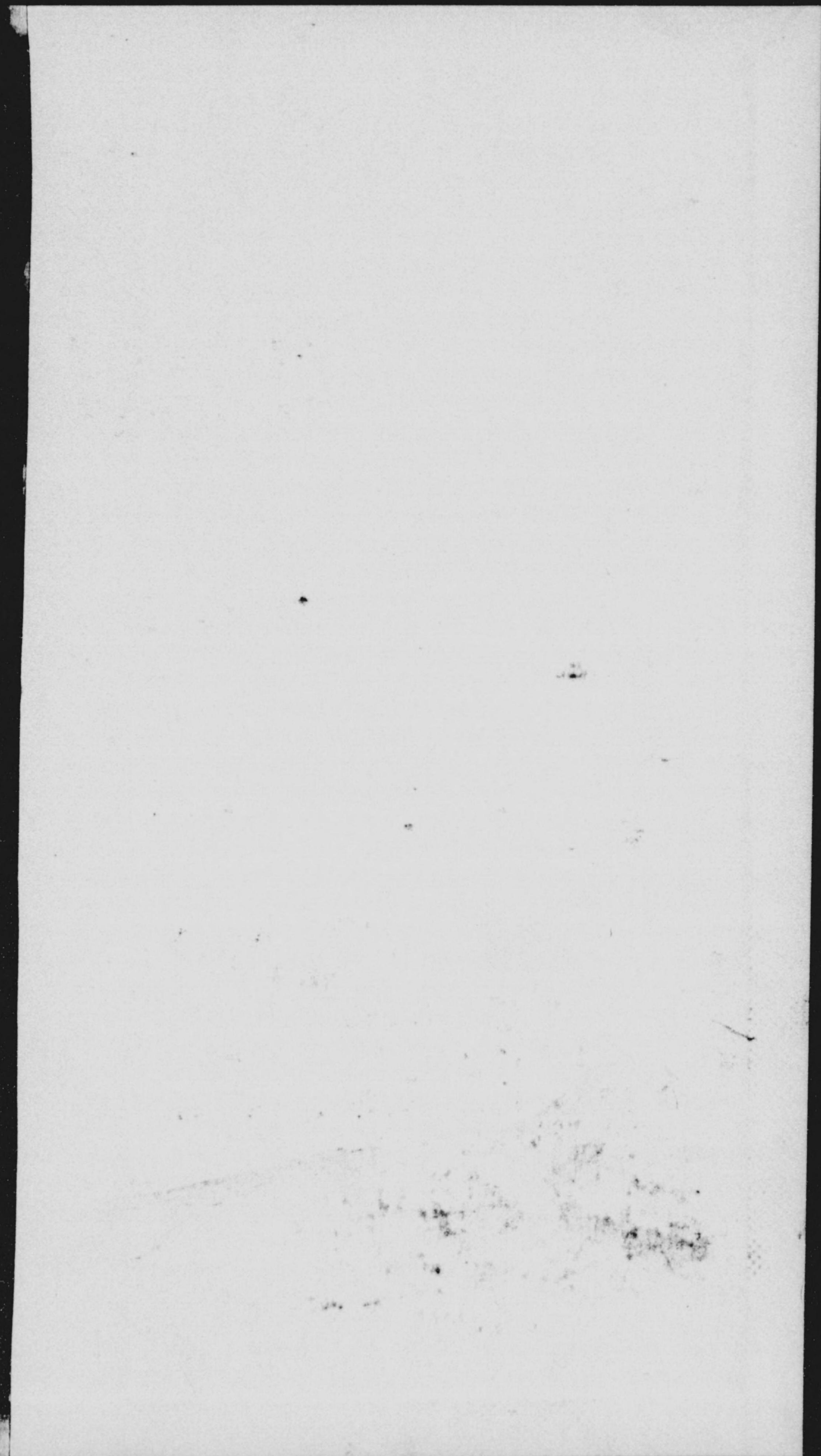
穂積博士・述

加藤帝大学生出版所

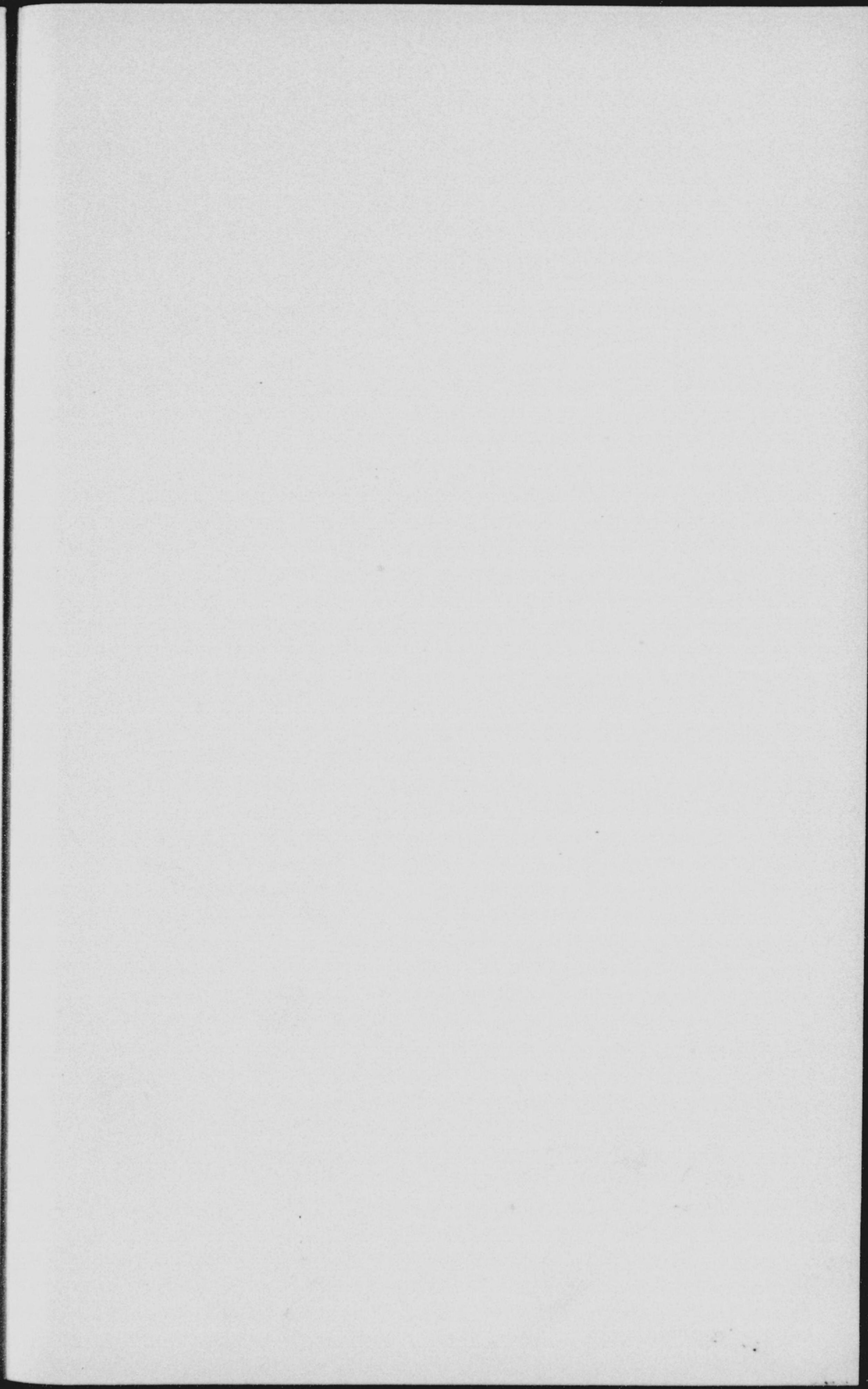
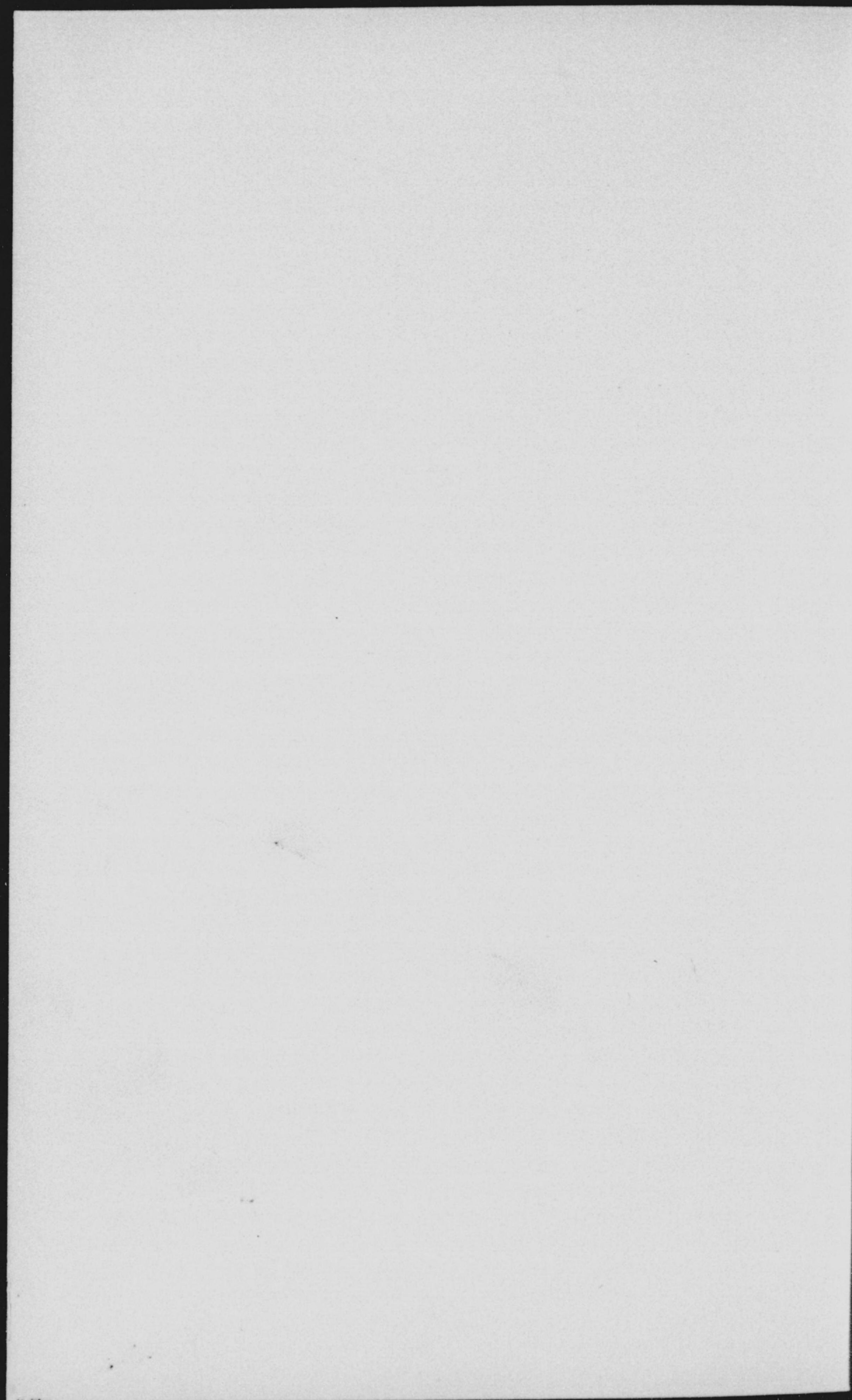
1932

ACE











274-67

穗積博士述

債權法總論 上卷

昭和七年度東京帝國大學講義

非賣品



池下67

穗積博士述

債權法總論 上卷

昭和七年度東京帝國大學講義

非賣品



AZ  
831  
9



745564

## はしがき

一口ニ「プリント」ト謂ツテモ、先生ノ口授ノ「ト」トサセラレタ部分  
ダケヲ筆記シ、之ヲ誤謬交リニ謄寫印刷シタモノデハ研究用参考ト  
シテハ勿論試験用トシテモ餘リ実益ハナイ。否却ツテ危険ヲサヘ  
伴フモノト云ヒ得ル。就中穂積先生ノ御講義ニ於テハ、其ノ口授ノ  
「ト」トサセラタ部分ハ極ク大体ノ骨組デ、大部分ハ其ノ説明デ血ヲ通  
ハセ肉ヲ附ケ加ヘラレタモノデアレバ、御説明ノ部分ヲ体系的ニ纏  
メ上ゲルコトハ一ノ大キナ研究デアル。併シ之ニハ尋ク時間ト参  
考書ヲ必要トスル關係上、試験間際ニハ間ニ合ヒ兼ネルノデ、私共同  
好ノ者が高等試験ノ受験参考書ト云フ點ヲ目標トシテ、此ノプリン  
トノ編輯ヲ試ミタ。即チ

(1)、先生が御講義中御引キニナツタ判例ハ大審院判決録、判例集、



法律新聞等ヨリ悉ク摘出シテ載セタ。

(2)、學說上議論ガアリ、且争ハルルニ付イテノ実益アル點ハ、鳩山博士、末弘博士、磯谷氏、石坂博士等諸先生ノ學說ヲ編註トシテ加ヘタ。

(3)、御引例ノ諸外國ノ立法例ハ邦語ニ翻譯シテ加ヘタ。

(4)、同人數回ノ校正ヲ終ヘタノデ殆ンド誤謬ヲ無クシ得タト信ズル。

始メ此ノプリントハ會員ニシテ頒ツ豫定ノ処可ナリ費用ヲ要シタノデ小數部希望ノ方ニ才領ケスルコトトシタ。

### 債權總論上卷目次

#### 第一章 債權法

第一、民法第二部總論ノ範圍(一)——第二、債權法ノ意義(六)

#### 第二章 債權ノ性質

第一、債權ノ意義(一五)——第二、債權ノ絕對性(三一)

第三、債權者平等ノ原則(三〇)——第二、債務ト責任(三一)

#### 第三章 債權ノ内容

##### 第一節 債權ノ目的

第一、債權ノ目的ト目的物(四二)——第二、債權ノ目的ト金銀的價值(四四)——第三、債權ノ目的ノ可能(四七)



第四、債權ノ目的ノ確定(五〇)

第二節 特定物債權 (五五)

第三節 種類債權 (五九)

第一、不特定物債權(五九)——第二、種類債權ノ特定(六一)  
第三、種類債權特定ノ効果(六六)

第四節 金錢債權 (七〇)

第一、金錢債權ノ意義(七〇)——第二、金錢債權ノ種類(七五)

第五節 利息債權 (七八)

第一、利息債權ノ意義(七八)——第二、利息債權ノ性質(八一)  
第三、利息債權ノ發生原因(八七)——第四、利息制限法(九〇)

第五、重利(一〇三)

第六節 選擇債權 (一〇七)

第一、選擇債權ノ意義(一〇七)——第二、選擇債權者及選擇方法(一〇八)  
第三、選擇ノ効果(一一三)——第四、給付不能ニ因ル特定(一一七)  
第五、任意債權(一二〇)

第七節 損害賠償債權 (一一三)

第一、意義(一一三)——第二、範圍(一二六)——第三、賠償ノ方法(一四四)  
第四、損害額ノ算定(一四七)——第五、金錢債務遲滞ノ損害賠償(一五九)  
第六、過失相殺(一六四)——第七、損害賠償ノ豫定(一六八)——第八、損害賠償者ノ地位(一八三)

第四章 債權ノ効力 (一八八)



第一節 債權ノ實現 (一八八)

第一、債務ノ履行(一八八)——第二、一部履行(一九四)——第三、履行期(一九四)——第四、履行ノ場所(一九六)——第五、強制執行(二〇〇)

第二節 債務不履行 (二一八)

第一、意義(二一八)——第二、履行遲滯ノ發生(二二〇)——第三、履行遲滯ノ効果(二四八)——第四、履行遲滯ノ終了(二五三)——第五、履行不能(二五四)——第六、不完全履行(二七一)

第三節 債權者ノ遲滯 (二七七)

第一、債權者ノ受領義務(二七七)——第二、債權者ノ遲滯(二八一)——第三、債權者遲滯ノ効果(二八二)

第四節 債權者ノ利益保全 (二九八)

第一、總債權者ノ共同擔保(二九八)——第二、債權者代位權(三〇〇)——第三、債權者取消權(三〇九)

(目次終り)

債權總論

穂積博士述

第一章 債權法

第一、民法第二部講義ノ範圍

吾々ハ今吾々ノ所謂民法第二部即チ債權法及ビ擔保物權ノ研究ニ進マントスル。我々民法典ハ第三編債權ト題シテ第三九九條乃至第七二四條ノ規定ヲ設ケタ。是ガ債權ニ對スル原則的法規デアアル。債權ハ既ニ吾々ノ知ル如ク特定ノ他人ニ對シテ特定ノ行為(作為不作爲)ヲ要求シ得ル權利デアアルガ第一ニハ其發生原因ト具體的の内容第二ニハ其ノ内容ノ實現ガ問題トナル。第一ハ債權編ノ後半所謂債權各論ノ部ノ主トシテ取扱フ所デアツテ、研究法トシテハ寧ロ此ノ部分ヲ先ニスルノガ適當ト思フガ、規定ノ順序ニ從ツテ本講義ノ第二段トシタ。第二ハ主トシテ所謂債權總則ノ規定スル所デアツテ本講義ハ之ヲ第



一段トシテ取扱ツタ。

債権者平等ノ原則ヲ破ツタ債権内容ノ特別実現ハ民法第二編中第二九五條乃至第三九八條ニ規定サレテ居リ即チ擔保物權法トシテ物權法ノ一部デアレコト勿論ダガ前記ノ關係上債権ヲ前提トシテ研究スルヲ適當ト認メ夫レヲ本講義ノ第二段トシタ。即チ吾々ノ民法第二部ハ所謂債権法ヨリモ範圍が廣イノデアル。

(註)

右ハ本学年ノ講義ノコアウトラインレデアルガ以前ノ民法ノ講義ニ於テハ法典ノ順序ニ從ヒ擔保物權ハ物權法ノ一部トシテ物權編ノ講義ニ於テ爲サレテキタ。又民法ノ或ル部分ヲ特ニ詳細ニ講義シタ關係上、三学年ヲ通ジテ債権各論ノ親族法、相続法ノ部分ニ及バナイ場合モ多クアツタ。併シ特ニ或ル部分ヲ詳シク研究スルヨリモ全体ニ涉リ一應研究シ置クコトモ必要デアル。次ニ研究ノ方法トシテ法典ノ順序ヲ全然無視シテ別ノ System = 依ルコトモ一ノ方法デアルガ、實在ノ法典ヲ全然無視スルコトモ如何カト思ハレルノデ、今ハ其ノ

一部ヲ變ジテ擔保物權ハ物權編ヨリ引離シテ債権法ノ終リトシタ。債権ノ意義ニ付イテハ既ニ大体説明セル如ク、特定ノ他人ニ對シテ特定ノ行爲ヲ要求シ得ル權利デアルガ、右ノ定義ハ大体ノコトヲ示スニ過ギナイノデアツテ、特定人ニ對シテ特定ノ行爲ヲ要求スル權利が總ベテ債権關係デハナイ。例ヘバ相隣者關係ノ小作關係夫婦同居義務ノ如キハ特定ノ人ニ對スル特定ノ行爲ノ要求ナルモ債権デハナイ。併シ大体債権關係ハ特定人向ノ關係デアルガ、其ノ發生原因即チ債権原因論ハ各場合デ異ル。各種ノ債権ガ如何ナル原因ニ因リテ發生シ、如何ナル内容ヲ有スルカガ第一ノ問題ナルモ民法ハ之ヲ債権各論トシテ債権編後半ニ規定シタ。講義トシテモ箇々ノ債権發生原因論タル債権各論ヲ先ニスル方が適當デナイカト思ハレルガ、今ハ法典ノ順序ニ從ツタ。尚且擔保物權ヲ後廻シニシタコトハ債権平等ノ原則ニ對シ特種ノ債権ニ優先的ナル地位ヲ與フルモノデアツテ、擔保物權ハ人的保証タル連帶保証等ノ制度ト相索聯スルモノデアル。サレバ保



証債務ヲ債權総則ヨリ切り離シテ担保物權ト共ニ研究セントスル試  
ミモアリ得ル。即チ曰民法ハ連帶、保証ヲ物的担保ト共ニ債權担保ニ  
規定シタ。現在ニ法テモ本私博士ハ此ノ立場ヲ採ラレ、第五章債權ノ  
担保トシテ人的担保ト共ニ担保物權ヲ講義サレテキル（本私博士債  
權総論第六七頁以下）。尚契約ガ債權發生原因トシテ重要デアリ、之  
ヲ債權総則ノ部ニ於テ研究スル試ミモアリ（石坂博士）、又民法総則  
ニ於テ研究スルノモヨイカモ知レナイガ是又本講義デハ法典ノ順序  
ニ從ツタ。

併シ民法第二部デ取扱ハレル法律ガ決シテ實質的債權法ノ全部デハナイ。  
商法中ノ商行為、手形、海商ノ三編ハ主トシテ債權法デアリ、又債權關係ノ特別  
法モ多数存スルガ本講義ニ於テハ隨時其等ノ一端ニ觸レ得ルニ止マル。

(註)

民法第二部ノ講義ハ債權法ヲ主トスルモノデアルガ、之ハ民法第三  
編ニ規定サレテキル債權法ノ意味テ、實質的ノ債權法全部ニ涉ルモノ

デナイ。實質的意義ニ於ケル債權デハ商法中商行為、手形、海商等ハ主トシ  
テ債權關係ノ規定デアル。即チ手形ハ法律上当然ノ指圖債權デアリ、  
商行為ハ債權各論ノモノデアル。從ツテ立法論トシテハ商行為ハ債  
權編ニ規定シ、テモヨイ。例ヘバ瑞西債務法ノ如シ。

民法債權編ノ規定ノ外ニ民法的ノ規定ガアリ、實質的債權法ノ一部ヲ  
爲シテキル。例ヘバ借地法、借家法、利息制限法、失火ノ責任ニ関スル  
法律等ノ如シ。第五十九議會ヲ通過シタ法律中、債權法ニ關係シタ注  
目スベキモノハ抵当證券法（昭和六年三月二八日法第十五號）デ、右  
ノ法律ハ民法ノ根本ニモ觸レテキル。コノ抵当證券法ハ債權ト抵当  
權ガ一枚ノ紙片ニ化体サレ、其ノ抵当証券ハ債權者ノ申請ニ依リ發行  
サレルト同時ニ讓渡ハ登記ノ要件ヲ經ズシテ証券ノ裏書交付ニ依リ  
テ流通シ、且ツ証券ノ当事者ハ手形当事者ト同様ナ責任ヲ負ヒ、抵当權  
與行ノ結果ノ不足分ニ關シ自ラ支拂ノ義務ヲ負フト云フ矣ニ在ルノ  
デアル。而シテ其ノ結果現行不動産登記法上ハ物權ニ付イテ公示主



義ヲ原則トスルガ証ヲ至行級ニ於テハ或ル程度ノ制限ガ設ケラレネ  
ハテラ又コトトナル等公示主義ノ原則ニ對シ公信主義ガ加味サレテ  
キル。吾コノ法律モ借地借家法ノ如ク施行区域ニ関スル特別法デア  
ツテ現在デハ地方裁判所々在地、市、借地法施行ニ限ラレテキル。

### 第二、債權法ノ意義

一、債權法ハ財産法デアアル。第三九九條ノ規定ニ關聯シテ多少ノ疑問ガアル  
ガ、「金錢」ニ見積ルコトヲ得ザル利益レヲ目的トスル債權モ結局ハ金錢的損  
害賠償債權ニ歸着スルト云フ莫カラモ又茲ニ所謂財産法ハ非身分法ノ意味  
デアルト云フ考ヘ方カラモ債權ヲ財産法ト概括スルニ妨ゲアルマイ。併シ  
又債權法ト身分法トノ關係モ注目セラルベキデアツテ、殊ニ債權債務ノ相續  
關係ニ付イテ從來ノ研究ガ不充分デアツタト思フ。

(註)

債權法ハ財産法デアルトスルノガ通説デアアル。第三九九條ニハ「  
債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ザルモノト雖モ之ヲ以テ其ノ目的ト爲  
スコトヲ得」トアルニ依リ、債權ノ目的タルニハ必ズシモ金何内ヲ請

求スルト云フガ如キ金錢債權ニ限ラナイコト勿論デアアル。債權ハ財  
産權デナイトスル説モアルガ財産的給付ヲ内容トシナイ債權デモ其  
ノ不履行ノ場合ニハ結局損害賠償債權トナルノデ、債權法ハ財産法デ  
アルト云フラモ差支ナイ。又茲ニ債權法ヲ財産法ナリト謂フノハ消  
極的ニ非身分法タルコトヲ示ス意味ニ過ギナイ。從來充分ニ研究セ  
ラレテキナイ点デ財産法ト身分法トノ關係ヲ研究スルニ必要ガアル。  
扶養義務ノ如キ其双方ニ跨リ相統ニ関シテモ今迄ハ死亡者ノ積極的  
財産ノ方面ニノミ目ヲ着ケ消極的財産即チ債務ノ承継ノ問題ノ方面ハ  
關却サレ勝テアツタガ此ノ莫モ共ニ研究セラレネバナラヌ。

二、債權法ハ財産法デアリ、殊ニ對人關係デアアル性質上主トシテ任意法即チ非  
強行法ト云フコトニナツテキル。就中契約法ニ付イテハ其ノ乖違ノ背景タ  
ル思想的傾向上契約自由ノ原則ナルコトガ特ニ重キヲ置カレ来ツタガ、近來  
契約自由ノ制限ノ傾向アルコトハ後ニ述ベル通りデアアル。



(註)

債權法ハ物權ト異リ對人的關係ヲ規律スルモノデアリ、且財産法タルノ關係上私法自治ノ認めラル、範圍廣ク、從ツテ非強行法、任意法ト解サレテキル。殊ニ債權法中デモ契約法ハ其ノ發達ガ個人意思ノ尊重ト云フ莫ニ重キヲ置カレタ關係上特ニ然リト解サレテキル。個人ノ自由意思ヲ尊重スルト共ニ自由意思ノ發現タル個人間ノ契約ヲ尊重スル契約自由ノ原則トナリ、私法上ノ一大原則トサレテキタ。併シ近時社会政策的ナ立場ヨリシテ契約自由ノ原則ヲ制限セントスル立法、並ビニ解款ノ行ハレル傾向ニ在ル。

三、物權法ハ財産享有ノ法律トシテ人類社會ノ可ナリノ初期カラ發生發達シタモノト思ハレルガ、債權法ハ財産取引ノ法律トシテ人類ノ道德生活、經濟生活ガ稍進シダ後ニ發生シ、殊ニ貨幣經濟ノ發達ト共ニ發達シタモノデアアル。然ルニ其後債權其ノモノガ収益財産トシテ漸次重キヲ爲スニ至リ（財産ノ債權化、債權ノ物權化）從ツテ債權法ノ重要サガ著シク増大シタ。

(註)

物權債權ノ區別ニ付テハ總則ニ於テ大体説明シタ所デアアル。從來此ノ兩者ハ全然性質ノ異ルモノト考ヘラレテキタガ、兩者ノ區別ハ斯クノ如ク絶對的ナルモノデハナク、唯兩者ハ其ノ發達ノ沿革ヲ異ニスル結果、物權ハ財産享有ノ形デ發達シタ。即チ太古末開ノ時代、原始人ガ弓矢ヲ以テ鳥獸ヲ狩獵スレバ、茲ニ所有權ナル觀念ヲ生ジ、之ヲ社会全体ノカヲ以テ權利享有ヲ保護スルノガ物權ナルモ、債權ハ一定ノ程度ニ發達シタル文化ヲ前提トスルモノデアレバ、物權ニ比シテ遲レテ發達シタノデアアル。一ハ靜的ナルニ對シ一ハ動的デアアル。債權關係ハ其ノ前提トシテ各人が信用ヲ重ンズルコトガ前提デアアル。サレバ Maine ノ *From Status to contract* ナル語ハ大体法律進化ノ沿革ヲ示スモノデ、制度的ナル奴隸制度ノ如キガ雇傭契約トナリ、人格ノ尊重ヲ基調スル契約關係ト進化シタ。

近時經濟ノ發達ニ伴ヒ財産ノ債權化ノ現象著シクナリ、財産ハ主トシ



テ債権タル請求権ノ形式ヲ採ルニ至リ、債権ガ財産トシテ有カナルモノトナツタ。其ノ結果近代法制ニ於テハ債権ノ優遇、債権者保護ニカヲ注ギ、債権ノ第三者侵害ハ不法行為トシテ損害賠償請求ノ原因トナリ、債権譲渡ノ譲受人ノ保護等ノ法制ガ発達シタ。近代法ニ於ケル債権ノ地位ニ付テハ我妻教授「近代法ニ於ケル債権ノ優越的地位」法二九卷六號以下参照。

四、債権法ハ一面ニ於テハ個人ノ權利義務ノ規定デアルガ、他面ニ於テハ共同生活現象ノ規定デアル。而シテ此後ノ方面ガ次第ニ顯著ニナリツ、アル。集合契約 (Collective Contract) 附從契約 (Contract d'adhésion) 等ノ觀念ガ問題トナツテ末タノモ債権ノ團體的方面ノ顯レデアル。

(註)

債権關係ハ個人間ノ契約關係デアルガ、他面ニ於テハ人類ノ共同生活關係ヲ規律スルモノデアツテ、物權法ニ比シテ團體的色彩ガ強イ。

即チ債権ノ内容ハ相手方ノ協力ヲ求メテ實現シ得ルモノニシテ、謂ハバ他人ノ協力ヲ受ケ得ベキ期待ニ對スル法律ノ保護ガ債権デアルトモ云ヒ得ル。即チ独法ノ *Stulbsrecht* (債權法) デ、債權債務關係ハ一ノ共同現象デアル。サレバ從來ノ個人契約ナル觀念ヲ補フニ集合契約ナル觀念ヲ以テセネバナラヌ趨勢ニ在ル。更ニ契約關係ガ定型化シ保險契約ニ見ル如ク個々ノ當事者ノ意思ヲ合理化シ附從契約化セントスル傾向ニ在ル。

五、債権法ハ民法中デモ特ニ純法律的ナ部分デアルガ、同時ニ其ノ經濟的意義ヲ併セ考フベク、更ニ其ノ道德的意義ガ加ハツテ末タコトヲ注目スベキデアル。

(註)

債権法ハ民法中ニ於テモ最モ理論的ナ部分デアルガ、他面最モ經濟關係ト密接ニ關係スルモノナレバ、根本ノ經濟關係ヲ考慮ニ入レテ考ヘナケレバナラヌ。例ヘバ純粹ナル法理的立場ヨリハ債権譲渡ノ如



キハ是認カレ得ナイ如ク思ハレル。何トナレバ個人間ニ生ジタ契約ヲ其ノ同一性ヲ喪フコトナクシテ第三者ニ譲渡スルガ如キハ個人契約ノ趣旨ニ及スル様デアルガ、而モ經濟上ノ必要ハ債權讓渡ノ法理ヲ發達セシメ遂ニハ債權上ノ權利ヲ一併ノ紙片ニ化セル手形制度ヲ産ミ裏書ノ方法ヲ轉讓讓渡サレテナル。

又債權關係ハ物權關係ニ比シテ道德的デアリ得ル。其ノ債權關係ハ信用ヲ前提トシテ成長シ得ル關係ナレバ、道德觀念ガ發達シ相互ガ信用ヲ重ニスルコトヲ前提トシナケレバ契約關係ハ存在シ得又。サレバ保書ヲ貸入シ借金ヲ返済セ又場合ハ人中ニテ衝突ヒナサレ候テモ差支ナイトスル如キモノノ信用ヲ前提トシテ自己ノ保書ヲ以テ債務ノ担保トスル特約デアル。

中田博士「保書ノ貸入」法協四三卷一ニ號。

近時債權法ニ於ケル「信義誠實ノ原則」ト鳩山博士法協四三卷一號以下ノ如キモ同ジク債權關係ノ道德的意義ヲ高唱スルモノデアル。

### 六、債權法ハ民法中ニ於テモ特ニ普遍的性質ヲ有スル。從ツテ國際的ニ統一サレル可能性ガアル。

(註)

法制史的ニ見レバ各國ノ法律ハ其ノ國々ノ特殊ノ事情ニ依リ各異ル沿革ノ下ニ特殊ノ發達ヲ末スモノデアルガ、他面ニ於テハ根本的ニ共通ナクモ存スル。人類ノ共同生活ガ發達シ世界的ニナルニ從ヒ法律モ其ノ内容形式ニ於テ共通的ニナル傾向ガアル。而シテ右ノ現象ハ債權法ニ於テ特ニ著シイ。何トナレバ債權法ノ如キハ取引關係ノ範圍ノ擴大ト共ニ世界的トナリ、各國法ヲ統一スルコトガ便利デアリ、又各國ノ特殊ノ事情ヲ左右サレルコトガ少イガタメデアル。此莫ニ於テ物權法中デモ土地制度ノ如キハ統一サレル傾向ガ少イ。又親族法、相続法ノ如キモ各國ノ人情風俗ト密接ナ關係ガアリ特殊ノ發達沿革ヲ有スルノデ統一サレル傾向ガ少イ。併シ債權法ハ此莫ニ於テ統一ヲ妨グベキ事情ハ少イノデアル。其ノ著シイ一例トシテ瑞西債務法



八一八八一年各州ヲ統一サレ、次イデ一九〇七年ニ至リ民法全体ガ統一サレタ。債権関係ノ手形法ノ如キハ特ニ國際的ニ統一サレル可能  
性ガ著シイ。

## 第二章 債権ノ本質

### 第一、債権ノ意義

債権ハ特定人（債権者）ガ他ノ特定人（債務者）ニ對シテ特定ノ行為（作為、不作為、給付）ヲ請求スル權利ガアルト普通ニ説明サレル。其レガ私法上ノ財産権デアレコトヲ前提トスレコト勿論デアル。債権ガ請求権デアリ、物ニ對スル意味ニ於テモ人ニ對スル意味ニ於テモ支配権ニ非ザル点ニ付イテハ既ニ第一節ノ講義ニ於テ詳論シタ。

（註）

「債権ハ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行為ヲ要求スルノ權利ナリト定義スルノガ普通デアレ（鳩山博士四頁、磯谷氏六頁、末弘博士十頁）。而シテ特定人トハ、<sup>債権者ガ債務者ニ對シ</sup>作為、不作為、給付（Leistung）ヲ謂フ。債権ノ内容タル請求権ガ財産権ナルコトヲ当然ノ前提トスルモノニシテ、身分権ノ如キ支配権ハ特定人ニ對シテ特定ノ行為ヲ要求スルモノデアツテモ債権ノ内容タルヲ得ナイ。又公法上ノ行為ヲ要求スルモノハ私法



上ノ債権タルヲ得ナイモノガアル。例ヘバ俸給請求権ノ如キハ私法上ノ債権ニ非ズ。従ツテ債権法ノ支配ヲ受ケナイ。判例モ之ヲ認メ

大正元年一月十五日大判ハ

判旨「村ノ收入役ガ俸給ヲ受クル権利ハ町村制ニ依リ賦課セラレタル一定ノ公法上ノ権利ニシテ縱令既得權トナリタル後ニ在リテモ特別ノ規定存在セザル限りハ私法上ノ債権トナレコトナシ」。

民事訴訟法第六〇四條ニハ「俸給又ハ之レニ類スル継続收入ノ債権ノ差押ハ債権額ヲ限リトシ差押後ニ收入ス可キ金額ニ及ブモノトストシテ俸給ガ強制執行ノ目的トナルコトヲ認ムルモ此ノ規定ヨリシテ俸給ヲ受クル権利ガ私法上ノ債権ナリト謂フヲ得ナイ。併シ国家關係ノモノデモ私法上ノ債権タルコトガアリ得ル」。

大正四年三月十六日大坂地、法許四卷民訴六頁

判旨「刑事被告事件ニ関スル証拠品ヲ其差出人ニ還付スベキモノト確

債権ノ返還

定セル場合ニ差出人ガ証拠品保管者タル官廳ニ對シ其ノ返還ヲ請求シ得ルコトハ其ノ証拠品ニ對シテ本来有ル私権ニ基クモノトス。右返還請求権ハ財産權トシテ私法上法律關係支配下ニ立ツコトヲ得ベク從ツテ民事訴訟法上其ノ請求權者タル差出人ニ對シ債権保全ノ爲メ右証拠品保管官廳ニ對シ右請求權ノ假差押ヲ爲シ得ベキモノトシ。判例ハ証拠品返還請求權ハ公法上ノ權利デナイカラ差押ヲ爲スヲ得ベキモノトシテキル。

大正七年一月二日大判ハ

判旨「当事者ノ一方ガ訴訟費用ノ辨済ヲ求ムル權利ハ公法ノ規定ニ依リテ發生シタルモノナリトモ其ノ性質タル私法上ノ金錢債権ノ一種ニ外ナラザレバ民法ノ規定ニ從ヒ相殺ノ主張ヲ許スモノト解スルヲ相当トスルコトシテキル」。

債権ノ個別性が問題トナルコトガアル。事案ハ甲ノ子乙ガ所有ノ馬ニ踏殺サレタノデ甲ハ乙ニ對シ財産上ノ損害五〇〇円、慰謝料五〇



○内トシテ損害賠償ヲ請求シタ。然ルニ原審デハ被害者側ニモ過失アルコトヲ斟酌シテ六〇。内ノ賠償ヲ命ジタ。原審ハ財産上ノ損害ヲ認メズ精神上ノ損害大ナリトシテ六〇。内ノ慰藉料ヲ認メタノデアルガ、原告被告双方ヨリシテ上告シ、其ノ争点ハ財産上ノ損害賠償請求權ト精神上ノ慰藉料請求權トハ別箇ノ債權ナルニ第二審ガ双方ヲ一括シテ六〇。内トシタノハ違法デアルト争ツタ。之ニ對シ大審院ハ

大正三年九月ニニ日大判ニ於テ原判決ヲ破毀シテ、

判旨「請求權ノ個別性ノ標準ハ之ヲ主体、内容及ビ原因ノ三者ニ覓ムベキモノニシテ其ノ三者皆同一ナレバ同一ノ請求權ナリト爲スベク三者ノ何レカニ於テ異ルトキハ之ヲ別箇ノ請求權ナリト爲スベキモノトスル。トシテキル。併シ精神上ノ損害賠償ト財産上ノ損害ノ其レトヲ別箇ノモノトスベシトスル大審院ノ見解ハ捉ハレタル議論ヲ贊成シ難イ様デアアル。

大正四年七月一日大判ハ

債權ヲ担保スル爲メ抵当權ヲ設定シ更ニ当事者間ニ契約シテ残余アルトキハ債務者ニ返還スベキ旨ヲ約シタ。此ノ契約ヲ有効トシタ原判決ヲ違法トシテ上告シタが大審院ハ

判旨「当事者が法律上当然支拂フベキ債務ヲ負担スル場合ニ於テモ更ニ同一内容ヲ有スル債務ノ支拂ヲ契約スルコトヲ得ザルモノニ非ズトシテキル。

要スルニ債權ハ特定人が特定人ニ對シテ特定ノ行為ヲ要求スル請求權デアツテ人ニ對スル支配權デハナイ。即チ債務者ノ行為ヲ要求スルノ權利デアアル。併シ債權關係ヲ沿革的ニ見ルトキハ多少支配權的色彩ヲ有シタ時代モアツテ債務ヲ履行シナイトキハ債務者ノ身体ヲ拘束シタ時代モアリ *debtors prisoners* ハ其ノ名残デアアルガ今日デハ單ナル債務不履行者ヲ拘束スルモノニ非ズシテ之ニ詐欺的分子ノ加ハルトキ拘束スルノデアアル。此ノ問題ニ關聯スルハ所謂藝娼妓ノ



契約デアル。藝娼妓契約ニ関シ判例ハ

明治三五年二月六日大判、昭和三年二月六日大判等ニ於テ

判旨「娼妓ニ娼妓營業ハ正經ノ職業ニ非ザルコトハ固ヨリ論ヲ俟タズト云モ既ニ公認セラレ居ルヲ以テ苟モ法規ニ定メタル場所及條件ニ從ヒ營業スルハ法律上他ノ職業ニ從事スルモノト同視セザルヲ得ズ故ニ債務者タル娼妓ガ債権者ニ對シテ自己營業ヨリ生ズル收益ヲ以テ其ノ債務ニ供スベキコトヲ約スルモ應モ公ノ秩序若クハ善良ナル風俗ニ反スル所ナシトシ、

大正一〇年九月二九日大判(一四六)ニ於テハ

判旨「契約成立當時甲乙ガ前借金トシテ丙ヨリ金四ヲ受領シタル場合ニ於テ該金四ガ純然タル消費貸借ナリヤ將タ名義ハ債借契約ナレドモ其ノ真意ガ娼妓營業ヲ爲サシムル對價トシテ金四ヲ授受シ甲ニ不當ノ所行アレトキハ損害賠償トシテ同額ノ金四ヲ支拂ハシムル意義ナリヤ若シ其ノ意義前者ナリトセバ丙ハ娼妓營業契約ノ効

力如何ニ關係ナク前借金ノ返還ヲ請求シ得ベシト云モ、其ノ意義後者ナリトセバ無効ナリトスベク從ツテ如上前借金請求権ノ効力ノ有無ヲ定メントスルニハ其ノ意義ヲ判定セザルベカラザルモノトスレトシ、判例ハ娼妓營業ヲ爲サシムベキ契約ハ無効デアルガ、前借ノ部分ガ消費貸借ナルトキハ有効ニシテ返還義務アリト見テ可ル。併シ前借ハ夫レニ因ツテ人身ヲ束縛スルモノデアリ其ノ結果法制上ハ自由産業ガ認めラレテモテモ實際ノ効果ハナイ。

## 第二、債権ノ絶対性

物権ハ絶対権、債権ハ相對權ト從來謂ハレ来ツタ。成程債権ハ特定ノ債務者ヲ有スル点ニ於テハ相對權デアルガ不可侵性ノ意味ニ於ケル絶対性ヲ有シ第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナリ、第七。九條ノ適用ヲ受ケル。第四ニ四條ハ別問題デアル。

(註) 此ノ点ニ付イテモ、相当述ベタ所デアル。從來債権ハ對人権デアリ、相



對權ニシテ物權ハ對世權ニシテ絶対權ナリトシ、物權ノ第三者ニ因ル  
 侵害ハ不法行為トナルモ、相對權タル債權ノ第三者ノ侵害ナルコトハ  
 有り得ナイト説カレテオタガ、不可侵性ノ意味ニ於ケル絶対性ハ物權  
 ト債權トノ間ニ於テ區別スベキ理由ナク、第三者ノ侵害ニ依リテ不法  
 行為トナル莫ニ於テハ物權ト債權トノ間ニ區別スベキ理由ナク、今日  
 ニ於テハ學說判例共ニ債權ノ第三者侵害ヲ認メ第七〇九條ノ適用ヲ  
 認メラザル。鳩山博士五頁、末弘博士一七頁、磯谷氏一七頁、  
 第三者ノ債權侵害ガ不法行為トナルコトヲ認メタル我國ニ於ケル最  
 初ノ學者ハ末弘博士デアル。

末弘氏「第三者ノ債權侵害ハ不法行為トナルカレ」法曹記事二四卷  
 三號五號參照。判例ハ

大正四年三月一日大判ニ於テ債權ノ不可侵性ヲ明カニ認ムルニ  
 至リタ。事案ハBハ訴外Aヨリ其ノ所有山林立木ノ賣却方ノ委任ヲ  
 受ケ、Cニ二万七千円ニテ賣却シ得タルニ拘ラズBハ自己ノ利益ヲ計

ルガ爲メ、Cト共ニ共謀シテ之ヲ二万一千円ニテ賣却シタルコト、ナ  
 シ其ノ差額六千円ヲAニ秘シテCヨリ受取リタル事實ニ對シ、Bハ背  
 任罪又ハ之ニ加功シタルモノトシテ共ニ有罪ノ判決ヲ受ケ、AハB、  
 C兩名ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲シタ事實デアル。而シテ原審タル  
 東京控訴院デハ第三者ノ債權侵害ハ我が法制上不法行為ト認ムルコ  
 トヲ得ズトノ理由ニ依リ丙ニ對スル私訴ノ請求ヲ棄却シタルモ大審  
 院ハ原判決ヲ破毀シテ

要旨 債權ハ特定ノ人ニ對シ特定ノ行為ヲ要求スル權利ヲ云フモノナ  
 ルガ故ニ債權者ハ特定ノ債務者ニノミ其ノ行為ヲ要求スルコトヲ  
 得バク、債務者以外ノ第三者ハ毫モ其ノ要求ニ應ズルノ義務ナキコ  
 トハ言テ候タガ、所ナレドモ凡ソ權利ナルモノハ親權、夫權ノ如キ  
 親族種タルト物權、債權ノ如キ財產種タルトラ問ハズ其ノ權利内容  
 固ヨリ一ナラズトモ何レモ其ノ權利ヲ侵害セシメザルノ對世的  
 効力ヲ有シ何人タリトモ之ヲ侵害スルコトヲ得ザルノ消極的義務



ヲ負担スルモノニシテ而シテ此ノ對世の權利不可侵ノ効カハ實ニ  
權利ノ通有性ニシテ独り債權ニ於テノミ之ガ除外例ヲ爲スモノ  
ニ非ザルナリシ。 更ニ

大正四年三月二十日大判モ

判旨「權利ハ法律上ノカナレバ權利者が權利ヲ行使シテ其ノ内容タル  
カヲ實現スルコトハ他人ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許スベキニ非  
ス、若シ侵害スルコトヲ許スモノトセバ權利ノ内容ハ全ク、若クハ充  
分ニ之ヲ實現スルコトヲ得ザルコトナリ權利ハ有名無実ノモノ  
タルニ終ラン。故ニ苟クモ權利ノ内容ニシテ形成権ノ如ク事實上  
他人ニ於テ侵害ヲ加フルコトヲ得ザル性質ヲ有スルモノニアラザ  
ル限りハ其ノ支配權タルト請求權タルトヲ問ハズ法律上ハ他人ニ  
於テ之ヲ侵害スルコトヲ許サザルモノナリト謂ハザルベカラズ。  
此ヲ以テ特定人ノ特定ノ行為ヲ請求スルヲ主タル内容トスル債權  
ト虽モ他人ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許サズ。若シ故意過失ニ依

リ違法ニ之ヲ侵害シタルトキハ不法行為ノ責アルハ上告人所論ノ  
如シ。

大正七年一月一日大判ハ、藝妓誘拐事件デアル。誘拐シタル  
者ガ藝妓屋ノ主人ノ債權ヲ侵害シタルカガ問題トナツタガ、之ハ藝  
妓屋ノ主人ト藝妓本人トノ間ノ契約ガ有効カ否カガ根本ノ問題デ  
アル。サレバ判決ニモ「債權ノ不法侵害者ニ對シテ損害賠償ヲ命  
スルニハ先ツ其ノ侵害シタル債權ノ性質ヲ確定セザル可カラズ」  
トシテキル。

第三者が他人間ノ借用証文ヲ破毀シタル行為ノ如キハ債權侵害ト云  
ヒ得レデアラウ。定九郎ガ共一兵衛ノ金ヲ強奪シタ如キ、又一定ノ債  
權ヲ辨済スル目的ヲ貯ヘテキル金ヲ盜取スル如キガ該債權ノ侵害ト  
ナルカハ議論ガアル。或ル學者ハ第四二四條ヲ詐害行為ノ取消權ヲ  
認メタルコトヨリシテ、第三者ノ債權侵害ヲ認ムルノ要ナシトスル論  
者ガアルモ、(例ヘバ故石坂博士)、第四二四條ハ總債權者ノ共同担保



ノ充實が目的デアツテ單ニ特定債権ノミヲ保護スルモノデナイ。然ルニ石坂博士ハ「第三者が債権ヲ侵害スルコトヲ得ルモノトナストキハ第四ニ四條ノ要件ヲ具フル場合ニハ受益者ハ債権者ヲシテ債権ノ満足ヲ得ルコト能ハザルニ至ラシメタルモノナルガ故ニ、債権ヲ侵害スルノ結果トナルベシ。然ルニ同條が單ニ受益者が悪意ナル場合ニ債権者ノ取消権ヲ認ムルニ由リテ觀レバ一般ニ第三者ノ債権侵害ヲ認ムルコトヲ得ズ」ハ債権法大綱四頁トサレテキル。

大正一〇年一月一五日大判(一四八)ハ

賃借権ニ妨害除去請求ノ効力アリヤが問題トナツタ。第三者が債権ヲ侵害スルトキハ不法行為トシテノ責ニ任ズベキコト上述ノ通りデアルガ、此ノ場合債権者ハ不法行為者ニ對シテ侵害行為ヲ中止除去スベキコトヲ請求シ得ベキカノ点ハ疑問デアツタが、右判例ハ判旨「債権者が自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨グル者アルトキハ其ノ妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上素ヨリ当然

ニシテ其ノ權利が物權ナルト債權ナルトニ依リテ其ノ適用ヲ異ニスベキ理由ナシトシテ賃借権ニ第三者ノ妨害ヲ排除スル効力ヲ認メテキル。

大正一二年四月一四日大判(四五號事件)ハ使用權ト妨害排除ニ關スル事件デアツテ被告Aノ所有建物ハ原告A寺院が管理權ヲ有スル官有地デアツタ。又被告Bハ他ノ賃借人ヨリ轉借シタト称シテ何等權限ナクシテ建物ヲ所有スルノテ寺院側ヨリソレテ取毀シノ上其ノ收去ヲ請求シタノデアアル。

判旨「使用權ハ物權タルト債權タルトヲ問ハズ不可侵性ヲ有スルモノナレバ之ヲ妨害スル者ニ對シ其ノ妨害ノ排除ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハザルヲ得ズ」。

編註

「第三者ノ債權侵害が不法行為トナルカレノ問題ハ皆テ大イニ爭ハレタ向題デアルガ、今日デハ第三者が債權ヲ侵害スルトキハ不法行為



者トシテ損害賠償ノ責ニ任ゼネバナラヌコトハ殆ンド通説及ビ判例ノ一致スル所デアル。例ヘバ鳩山博士(日本債權法)四頁ニ於テ「債權ハ不可侵性又ハ絶対性ヲ有スルマ否マ即チ第三者ノ債權侵害ハ不法行為トナルマ否ヤハ學說上議論アレドモ我ガ大審院ハ大正四年以乘積極説ヲ採リ第三者ノ債權侵害ガ不法行為トナルコトヲ認ム。余ハ此ノ判例ニ賛成ス。其ノ理由次ノ如シ。(1)相對權ニ付テ不可侵性ヲ認ムルコトハ相對權ノ性質ニ反セヌ。(2)民法第七〇九條ハ汎ク權利ト謂フガ故ニ債權ヲモ包含スルモノト解スルコトヲ得。(3)債權モ亦事實上第三者ニ於テ侵害シ得ルモノナリ。(4)債權ニ有カナル効力ヲ認ムルコトハ近世ニ於ケル取引ノ需要ニ適スルトサレテオリ、末弘博士モ

「債權ハ債務者以外ノ第三者ニヨツテモ侵害サレ得ル。例ヘバ甲映画会社が期間ヲ定メテ或ル女優ヲ專屬的ニ傭ツテキタ所ガ乙映画會社ガ中途カラ其ノ女優ヲ唆カシテ自分ノ方ヘ取ツテ行クマツナコト

ヲスレバ女優自ラトシテ債務不履行ノ責任ヲ負フベキコトハ別問題トシテ、彼女ヲ唆カシタ乙映画会社ハ明カニ甲会社ノ彼女ニ對スル雇傭契約上ノ債權ヲ侵害シタモノト謂ハネバナラヌ。然ラバ甲会社ハ乙会社ニ如何ナル救済ヲ求メ得ベキカ。元來債權法發達ノ歴史カラ云フト初メ專ラ對債務者ノ内容關係ノミガ標準ニナツテ債權ノ概念及ビ効力ガ定メラレテ来ル。蓋シ当時法律ガ債權ノ保護ニツイテ專ラ注目スベキハ對債務者ノ關係ニ過ギナイ。債務關係ガ第三者ニヨツテ侵害サレル様ナコトハ實際上殆ンド存在シナカツタカラデアル。所ガ今デハ債權ガ吾々財産ノ主要部分ヲ成ヌニ至ツタ結果從來所有權其ノ他物權的財産ガ他人ニヨツテ侵害サレルコトガアツタヤウニ財產トシテノ債權モ亦屢々他人ニ依ツテ侵害サレルニ至ツタ。昔專ラ對債務者ノ内部關係ニノミ留意シテ債權ヲ觀察シ其ノ保護ヲ共ヘテキタ人々ハ、債權ハ独リ債務者ノミニ對スル相對權デアツテ第三者ニ對抗シ得ベキ絶対權デナイト云フ独断的學說ヲ確立シ夫レヲ根拠



トシテ或ハ債権ハ性質上第三者ニヨツテ侵害サレルコトノ無イモノ  
デアルトカ、或ハ又假令第三者ニ依ツテ侵害サレテモ法律ハ之ニ何ツ  
テ何等ノ保護ヲ與ヘナイモノデアルト云フヤウナ説ヲナシテキタ。  
併シ今デハ債権モ亦第三者ニ因ツテ事实上侵害サレルモノデアリ、而  
シテ斯カル侵害ニ對シテモ法律上保護ヲ與ヘナケレバナラナイモノ  
デアルト云フコトガ殆ンド通説トシテ認メラルルニ至リ、大審院ノ判  
例モ亦大正四年此ノ方引続キ此ノ趣旨ヲ認ムルニ至ツタノデアレル  
ハ(民法法學全集)。

### 第三、債権者平等ノ原則

債権ガ物權ト異ナル一點ハ排他性ノナイコトデアル。從ツテ同一内容ノ數  
個ノ債権ガ立立シ得ベク、又總テノ債権者ハ其ノ權利取得ノ先後ニ拘ハラズ平  
等デアル。唯先取特權質權又ハ抵當權ヲ有スル債権者ノが優先辨済ヲ受ケ得

(註)

債権モ苟クモ權利デアル以上、他人ニ依リテ侵害セラレザルノ不可

侵性ヲ有スル矣ヨリハ物權トノ間ニ何等ノ差異ハ存シナイ。唯物權  
ハ排他性ヲ有スルノ結果トシテ同一ノ物ニ對シ全然効力ノ同一ナル  
ニ箇以上ノ物權ノ存在ヲ肯定シ得ザルニ對シ、債権ハ排他性ヲ有セズ  
從ツテ同一内容ノ數箇ノ債権ハ併存シ得ルノデアル。例ハ、同一ノ  
目的物タル家屋ヲA、B、C三人ニ賣却スルノ契約ハ有効デアツテ、唯  
其ノ中ノ一人ニ契約ヲ履行スレバ他ノ者ニ對シテハ債務不履行トシ  
テノ向題ヲ生ズルニ過ギナイ。即チ債権平等ノ原則ヨリシテ債権ニ  
ハ其ノ發生時期ノ前後ニ因リテ効力ニ差異ナキガ原則デアル。唯之  
ニ對スル例外ハ物納担保ヲ質權、抵當權等ニ在リテハ他ノ一般債権者  
ニ優先シテ辨済ヲ受ケ得ルノデアル。

### 第四、債務ト責任

債務者ハ債務ヲ履行スル責任ガアルト云ヒ得ルガ債務 (*Schuld*) ト責任  
(*Haftung*) トハ區別シテ考フベキデアル。殊ニ責任ナルコトヲ財産  
ガ債務ノ擔保トナルト謂フ意味ニ解スルトキハ債務ト責任トガ必ズシモ相伴



ハ又コトヲ知り得ル。

(註)

債務ト責任トヲ區別シテ考ヘル考ヘ方ガアリ、独逸學者ハ *Stulck*  
*Haf tung* トヲ區別シテ居ル。尤モ普通ノ場合ニ在リテハ債  
務ト責任トハ同一人ニ歸スルモ常ニ必ラズ相伴アモノデナイ。責任  
トハ或ル人ノ財産ガ其ノ債務ノ担保トナルコトデアル。自己ノ總財  
産デ債務ヲ担保シ履行スルノガ責任デアル。

(一) 債権者が債権ヲ放棄セズシテ訴権又ハ強制執行請求權ヲ放棄シタル場合  
ノ如キハ債務アリテ責任ナシトモ云ヒ得ル。債権ガ消滅時効ニ罹リタル場  
合モ同様デアル(五〇八)。此ノ場合ヲ自然債務ト名付ケル學者モアル。

(註)

債権者ガ債権ソノモノヲ放棄スレバ向題ハナイガ、債権ハ放棄セズ  
シテ訴権又ハ強制執行請求權ノミヲ放棄スルコトガアリ得ル。而シ  
テ右ノ放棄ノ意思ヲ債権ノ發生ノ時ニ爲ス場合ト發生後ニ至リテ爲  
ス場合トガアルガ、斯ル意思表示ヲ無効トスベキ理由ハナイ。然ルニ

訴権又ハ強制執行請求權ヲ放棄スルノ特約ノ如キハ債権ソノモノノ  
放棄ナリト見ル見方モアル。例ヘバ

大正一〇年六月一三日大判(九八)ハ

判旨「徳義上任意ニ支拂ヲ受クベキ債権ナルモノ存在スルコトナケレ  
バ原院ガ右ノ如ク残額債権ハ之ヲ徳義上支拂フベキモノト爲スノ  
契約成立シタリト認メタル以上ハ此ノ部分ニ付キ債権ノ放棄アリ  
タリト爲スヘキモノナルニ拘ハラズ右ノ事實ヲ以テ債権ノ放棄ニ  
アラズ強制執行請求權ノ放棄ナリト解シタルハ不当ナレドモ前示  
ノ如ク右ノ事實ヲ以テ残債権ノ放棄ナリト爲スベキ以上ハ債権ノ  
放棄ヲ認メズシテ單ニ強制執行請求權ノミノ放棄ヲ認メ又強制執  
行請求權ノミノ放棄ハ当事者ノ主張セザル所ナルニ拘ハラズ之ヲ  
認メタリトシテ原判決ヲ批難スル論旨ハ結局其ノ理由ナキニ歸ス  
ルモノト爲サザルベカラズト。

右判決ニ表ハレタル事實ハ×会社ガYニ對シテ金錢債権ヲ有シ、其レ



が判決ヲ確定サレテサタ。然レニYが履行シナイ所カラ兩者ノ間ニ  
 契約シテ(一)百五円ヲ即時ニ支払フコト、(二)翌六月十日迄ニ四十五円  
 ヲ支払フコト、(三)其ノ餘ノ残額ニ付イテハYヨリ徳義的ニ任意支払  
 フベクX会社ハ次シテ強制的請求ヲ爲サザルコト。右ノ特約ヲ爲シ  
 タニ拘ハラズX会社ハ右(三)ノ残額債権ニ付イテモ強制執行ヲシヨウ  
 トシタノデYヨリ請求異議ノ訴ヲ起シタ。右特約ノ効力ニ関シテ第  
 ニ審デハ其レヲ債権自体ノ拋棄デハナクシテ強制執行請求権ノ拋棄  
 ダト見テキル。大審院ハ債権自体ノ拋棄ト見ラキルガ、私ハ強制執行  
 権ノ拋棄ト見ル第ニ審ノ判決ガ適當ト思フ。債権自体ハ存在スルモ  
 強制執行請求権ヲ拋棄シタ如キ場合ハ認メテ差支ナイ。更ニ債権ノ  
 存在スルコトヲ認メテ但シ訴訟上ノ請求ヲ爲サナイ旨ノ特約ノ如キ  
 モ無意味デナク、斯カル場合債務者が任意ニ履行スレバ有効ナル債務  
 ノ辨済トシテ債権ハ消滅スルノデアアル。サレバ債権ト訴權トハ必ズ  
 相伴フモノト考ヘル必要ハナイ。

大正一五年二月二十四日大判(三三)ハ

右ノ趣旨ヲ認メラキル。

判旨「債権者が判決ニ基テ執行ヲ爲サズトノ特約ヲ爲シタルニモ拘ハ  
 ラズ執行ヲ開始シタルトキハ民法第五四四條ニ依リ執行ノ方法ニ  
 関スル異議ヲ主張スベキモノニシテ請求権ニ関スル第五四五條ニ  
 依リ執行異議ノ訴ヲ起スベキモノニ非ズ」

消滅時効ニ罹リタル債権ニ付イテ私ノ時効理論ノ如ク債権者ニ一  
 種ノ停止條件ナル抗辯権ヲ認ムル立場ヨリスレバ問題ハナイ。  
 即チ消滅時効ハ債権者ノ責任ハ消滅スルモ債務其ノモノヲ消滅セ  
 シムルモノデナイト思フ。民法が相殺ニ付イテ第五〇八條ニ「時  
 効ニ因リテ消滅シタル債権ガ其ノ消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合  
 ニ於テハ其ノ債権者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得」トシテ一旦消滅シタ  
 債権ニ付イテ相殺後兩ヲ許シタルハ債務ノ存在ヲ認メタモノデア  
 ル。訴又ハ強制執行ヲ爲サナイ債権ヲ自然債権ト名附ケル學者モ



アルガ（加藤博士法協三三巻債務ト責任、同氏破産法研究第二巻六九頁以下）法律上ノ債務ト道徳上ノ債務ノ外ニ自然債務ヲ認ムル必要ハアルマイ。詐權ヲ放棄シタル法律上ノ債務デ差支ナイ。

(二) 所謂物上保証人ハ債務ナクシテ責任ノミヲ負フ。根抵当及ビ身元保証ノ場合ノ如キモ債務ヨリ先ニ責任ガ存スルト考ヘ得ル。

(註)

普通ノ保証人モ保証債務ヲ負担スルモノナレバ、ヤハリ債務者デア  
ルガ、他人ノ爲メニ質物、抵当物等ヲ提供シタル所謂物上保証人ハ其物  
ニ関スル限り責任ヲ負担スルケレドモ債務者トシテ債務ヲ負フモノ  
デハナイ。又將來発生スルコトアルベキ債務ヲ担保スル爲メ豫メ設  
ケテ置ク根抵当ノ如キモ債務ハ未ダ存在セズシテ只責任ノミガ存在  
スル場合デアアル。又身元保証ノ場合モ將來損害ヲ生ゼシメタル場合  
ニ之ヲ賠償スル爲メノモノデ責任ハ既ニ発生スルモ債務ハ未ダ存在  
シナイノデアアル。

(三) 債務者ガ其ノ財産ノ一部ノミヲ以テ責任ヲ負フコトガアル。例ヘバ相続  
人ガ限定承認ヲ爲シタ場合ノ如キデアアル。即チ普通ハ無限責任デアアルガ、此  
ノ場合ニハ有限責任デアアル。前記物上保証人ノ如キモ有限責任デアツテ普  
通ノ保証人が無限責任デアアルト異ル。

(註)

債務者ハ其ノ全財産ヲ以テ全債務ヲ担保スルノガ普通デアツテ、普  
通ノ保証人モコノ意味ニ於テ無限責任者デアアル。然ルニ場合ニ依リ  
テハ責任ノミアリテ債務ノ存在シナイ場合ガアル。例ヘバ物上保証  
人ハ人的保証ノ場合ト異リ、其ノ提供シタ物ニ関スル限りノ有限責任  
ヲ負担スルニ過ぎナイ。又合名会社ノ社員ハ無限責任ヲ負フケレド  
モ、(商六三條)株式会社ノ株主ハ株金額ノ限度ニ於ケル有限責任者  
デアアル。相続人が限定承認ヲナシタ場合ニ於テ(第一〇二五條以下)  
ハ被相続人ノ積極財産ニ関スル限りノ有限責任デアアル。コハ一方相  
継人ノ債権者ヲ保護スル所以デアアル。此ノ場合ハ相続人ハ被相続人



債務ハ承継スルモ責任ハ相統積極財産ニ限スル限度デアレド  
論註

自然債務ナル觀念ニ関シテ學說ハ或ハ之ヲ認メ又ハ之ヲ否認ス。  
鳩山博士ハ「自然債務ト言ヘル觀念ハ羅馬法以テ未諸國ノ法律ノ認ム  
ル所ニシテ訴ニヨリテ強制セラレザル債務ヲ謂ヘリ。我が民法上此  
ノ觀念ヲ認ムルヤ否ヤ」向題トナルハ時効ニ羅リタル債務ハ五〇ハ  
條ノ不法ノ原因ニ基ケル給付ノ債務ハ七〇ハ條ノ及ビ利息制限ヲ超  
過シタル利息支払ノ債務ハ利息制限ニ條ノナレド、之等ハ債務トシテ  
存在スルガ爲メニ法律上或ル效力ヲ認メタルニハ非ズシテ、各々特別  
ノ理由ニ基クモノト解スルヲ正当ト信ズレハ一三頁トサレ、自然債  
務ガ我が民法上存在スルコトヲ否認サレ、又石坂博士モ「債務ト責任  
トガ各独立ノ觀念トシテ存在スルコトヲ得ルハ拙逸固有法ノミナラ  
ズ一派ノ學者ハ羅馬法ニ於テモ此ノ區別アルコトヲ主張シ又希臘法  
中世ニ於ケル律法、英法等ニ於テモ此ノ區別ヲ認メタルモノトナス。

且ツ理論ヨリ言ヘバ債務ト責任トノ區別ヲ認ムルコトヲ得ベシ。然  
レドモ我が法典ニ於テハ此ノ區別ヲ認メズレハ(六頁)トサレテアル。  
之ニ對シテ末弘博士ハ

末弘博士「元來債務ハ社会的ノ存在デアリ、社会的ノ拘束關係デアル。  
如ク國家ハ斯クノ如キ社会的拘束關係トシテノ況テニ向ツテ必ズシ  
モ同様ノ国家的保護ヲ與ヘテオラナイノデアル。先ヅ第一ニ國家ハ  
或ル種ノ債務ヲ特ニ是認シナイ意思ヲ以テ其ノ債務ノ履行ニ對シ國  
家的保護ヲ與ヘナイコトトシテアル場合ガアル。賄賂、察賣、債權ノ  
如シ。

第二ニ當事者ガ特約ヲ以テ特ニ訴ヘナイト云フ約束シタ場合ハ紳  
士協約)又ハ強制執行ヲ爲サナイト云フ約束シタ場合、其ノ特約ガ  
公ノ秩序、善良ノ風俗ニ反セザル限り尚之ヲ有効ト認メネバテラヌ。  
又第三ニ一定ノ社会的拘束關係ヲ必ズシモ是認シナイデハ「イガ、國  
家的干涉ニ依リ強制的ニ履行セシムルヲ妥當ト考ヘナイ場合ヲ同



シテ國家的保護ヲ與ヘナイノデアル。

此等ノ場合ニ國家的規範トシテノ法律ヨリ見レバ何等ノ保護ヲ與ヘナイガ、社會的事實トシテ存在スル拘束關係マデガ其レニ因リ否定サレルモノデハナイ。從ツテ、例ヘバ債務者が斯クノ如キ國家的ニハ保護サレナイ場合ヲ任意辨濟シタ場合ニ於テ尙ホ其欠ニ辨濟アリ、從ツテ債務ハ消滅シタリトスル事實ヲ認メザルヲ得ナイノデアル。然ラバ斯クノ如キ場合ニ債務者ハ後ヨリ斯カル年済ハ非債辨濟デアルト云ツテ國家ノ裁判所ニ之ヲ取戻シテ請求シ得ベキ。是ニ付イテハ次ノ諸場合ニ分チテ考ヘルコトが必要デアル。

(一)、國家的干渉ヲ不適当ト認メル理由ニヨル場合ニハ返還請求ヲ認メナイノデアル。即チ社會的事實ヲ尊重シテ債権者が其ノ目的物ヲ其ノ保留置スルコトヲ是認スルノデアル(賭博ノ金ヲ支拂ヒタル場合ノ如シ)。

(二)、國家ガ問題ノ債権ソノモノヲ禁ズルコトヲ目的トスル場合ニハ

事實上年済セラレタルモノヲ債権者が其ノ保留置スルコトヲモ是認シナイノデアル。其ノ返還請求ヲ裁判上保護スルヤ否ヤニ付イテハ次ノニツノ區別カ爲サレナケレバナラヌ。

(a)、不法ノ原因、即チ非難セラルベキ理由ガ返還請求者ニモ存在スル場合ハ返還ヲ請求シ得ナイ(七、八)。

(b)、之ニ反シ國家ノ見地ヨリ兎テ非難セラルベキ理由ガ独リ利得者例ニノミ存在スル場合ニハ國家ハ尙ホ其ノ返還ヲ認ムルノデアアル(同條但書)。

斯クノ如ク社會的拘束關係トシテノ債務ニシテ國家的保護ヲ考ヘラレナイモノヲ依シテ學者ハ一般ニ自然債權ト稱スルノデアル(博士御講義)。



### 第三章 債権ノ内容

#### 第一節 債権ノ目的

四二

##### 第一、債権ノ目的ト目的物

債権ノ内容ヲ債権ノ目的ト云フ。債権ノ目的ハ債務者ノ行為即チ所謂給付デアツテ、縱令物ヲ給付スルコトガ債権ノ内容デアツテモ、債権ノ目的ハ行為デアアル。物デハナイ。斯カル場合ノ物ヲ債権ノ目的物ト云フガ、債権ハ其ノ目的物ニ對スル支配権デハナイ。從ツテ例ヘバ、賃借物が讓渡サレタ場合ニ賃借人ハ賃借物ノ新所有者ニ對シテ其ノ債権ヲ主張シ得ナイ。是ガ從來ノ理論デアツタ。然ガ恰モ此ノ賃借ニ付テ物權債権ノ境界線廢ガ問題トナルノデアツテ、其レガ既ニ民法第六〇五條及ビ借地法、借家法等ノ立法ニ於テ一部分實現サレテキル。

(註)

右ニ述ベタコトハ大体物權法ノ講義ニ於テ説明シタ如デアアル。債

権ノ目的(内容)ハ債務者ノ行為即チ給付デアアル。給付ノ目的ガ時計テモ、債権者ハ時計ナルモノニ對シテ支配権ヲ有スルモノデハナイ。又債務者ノ任意ノ給付ヲ請求スル權利ヲ有スルノミデアアル。即チ債務者ノ行為ガ債権ノ目的デアアル。從ツテ家屋ノ賃借ノ場合ニ於テ賃借人ハ賃借人ニ對シテ家屋ノ使用收益ヲ爲サシムベキコトヲ請求スル權利ヲ有スルノミデアツテ、家屋ナル物ニ對スル支配権ヲ有スルノデハナイ。サレバ賃借人ガ家屋ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テ賃借人ハ賃借人ニ對シテ債務不履行ニ基ク損害賠償ヲ請求シ得ベキモノ新所有者ニ對シテ對抗シ得ナイト云フノガ從來ノ理論デアリ、物權債権ノ區別モ此ノ點ニ在ルトサレテキタ。併シ賃借ニアリテハ賃借人ガ現ニ目的物ヲ支配シテキルノ物權ト撰ブ所ガナイトモ考ヘラレル。東京地方裁判所ニ於テハ曾テ賃借權ハ物權ナリトノ判決ヲシタコトサヘアル。

然シ現在ノ民法理論デハ是認シ難イノデ民法ハ第六〇五條ニ於テ



不動産ノ質借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其ノ不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其ノ効カヲ生ズレトシテ質借人ニ物權ノ保護ヲ與ヘ又借地法借家法ノ新立法ニ於テ法典ノ不備ヲ補ツテ申ル。

### 第二、債權ノ目的ト金錢的價値

債權ノ目的ハ物デハナクシテ行爲デアアルカラ金錢ニ見積ルコトヲ得ザル給付が債權ノ目的タルコトガアリ得ル(三九九條)。不作爲ヲ目的トスル債權ニ其ノ例ガ多イガ作爲ヲ目的トスル債權ニモ其ノ例ガアリ得ヨウ。元來總テノ約束が債權關係トシテノ法律的效果ヲ生ズルノデハナイが其ノ法律的效果ヲ生ズルト否トハ金錢的價値ノ有無ニ依ツテ定マルノデハナイ。又必ズシモ當事者ノ所請法律的效果意思ノ有無ニ依ツテ定マルノデモナイ。結局其ノ實現が法律ノ保護ヲ受クベシト云フ一般の豫期ノ有無ニ依ツテ定マルノデアアル。

債權ノ目的タル給付ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ルヲ要セズ(三九九

條)。債權ノ内容が物ナル以上何等カノ金錢的價値ガアルベキモ、人ノ行爲ナル場合ニハ金錢ニ見積リ得ナイガ而モ債權ノ内容タルニ差支ヘナイ。不作爲ヲ目的トスル債權ニ其ノ例ガ多イ。例ヘバ隣人ト契約ヲシテ夜間十時以後ハピアノヲ奏シナイト云フ契約ノ内容ハ不作爲デアアルガ金錢ニハ見積リ得ナイ。其ノ他不作爲ニハ斯カル例ガ多イガ作爲ノ場合ニモアリ得ル。

大正二年(ワ)九二二号 東地判決新九八六号ニ五頁

判旨「寺院又ハ僧侶ニ財物ヲ贈與スルモ其ノ意が僧侶ヲシテ念佛又ハ他ノ供養ヲ爲サシムルニ存シ施物ハ其ノ念佛供養ヲ爲スニ付イテノ資ト爲サントスル場合ニ於テ是ヲ受ケタルモノが念佛供養等ヲ爲スベキコトヲ約シタルトキハ斯カル契約ハ法律上有効ナルヲ以テ之ガ當事者ハ是ヲ履行スベキ義務アルベシト云フベシ。從ツテ債務者ハ宗教上ノ儀式ニ從ヒ莊嚴ニ是ヲ修スルノ義務アルモノニシテ只是ヲ修スルニ當リ一心ニ爲スベキコトヲ強要スルヲ得ザル



ニスギサルモノトスル。

右ノ判決デハ借呂ヲシテ念佛供養ヲ為スベキ事ヲ請ホスルノ權利ハ  
金錢ニ見積ルコトヲ得ナイガ、尙ホ債権ノ目的タリ得ルトシテキル。  
要スルニ金錢ニ見積リ得ベキヤ否ヤガ法律的デアルノデハナクシテ、  
問題ハ當事者ガ法律的效果ヲ欲シタルヤ否ヤデ決スル。然シ此ノ点  
ニ付イテモ當事者ノ法律的效果意思ノ有無ニ依リテ法律問題トナル  
ヤ否ヤガ決スルト云フノハ正当デナイ。法律上ノ契約タリ得ルヤ否  
ヤハ當事者ガ欲シタルガ爲デハナイ。即チ法律的效果意思ハ附隨的  
タルコトガアル。例ヘバ電車ガ軌道ヲ走ツテキルノハ契約ノ申込カ  
又ハ契約ノ誘引カガ事ハレルガ、問題ハ法律上ノ契約ナルカ否カハ客  
觀的ニ決スルノデアツテ、一般的ニハ法律問題タラザルコトデモ當事  
者間ノ意思ガ法律問題タラシメントスル場合ニハ法律問題トナルコ  
トガアリ得ルシ、逆ニ一般ニハ法律問題タル金錢貸借デモ當事者ガ法  
律上ノ效果ヲ生ゼシメナイトスル意思ナル場合ニハ法律問題タラザ

### 第三、債権ノ目的ノ可能

ルコトガアル。然シ一般的ニ云ヘバ客觀的標準ニ依リ、一般的ナル豫  
期ニ依リ決スベキデアツテ、例ヘバ純粹ナル婚姻豫約ノ如キニ在リテモ以前ニ  
ハ法律上ノ效果ナシトシテキタガ、最近ニハ法律問題化セントスル傾  
向ガアル。結納ヲ取交シテ是ニ反スルトキハ契約違反トシテ法律問  
題トシテ取扱ハレントシテキル。サレバ法律上ノ問題タルヤ否ヤハ  
契約ノ内容ガ金錢的價值ノ有無又ハ當事者ノ效果意思ノ有無ニ依リ  
テ決スルノデハナイ。

債権ノ目的タル給付が適法且ツ正當デナケレバナラヌコトニ付イテハ法律  
行爲一般ノ原則トシテ既ニ述べタ如ク加フベキ何物モナイ。債権ノ目的タル  
給付が可能デナケレバナラヌコトニ付イテハ債権ノ目的ガ其ノ經濟的内容其  
ノモノノ直接實現デナイ關係上多少ノ異ツタ考ヘ方ガ爲サレ得ル。即チ絶對  
的不能ナ事項ヲ目的トスル債権ハ成立シ得ナイガ、債権ノ特定目的物ノ滅失ト  
云フ様ナ相對的不能ノ場合ニアツテハ後發的不能ノ場合ハ勿論、縱令夫レガ



原始的不能デアツテモ債権不成立ト考ヘズシテ履行不能ノ問題ト見得ルデア  
ラウ。故ニ民法モ一部不能ニ付テハ其ノ考ヘ方ヲシテキル(五六五、五五九)。

(註)

債権ノ内容が成立スルタメニハ如何ナル要件ヲ要スルカニ付イテ  
ハ可能、適法、確定ノ三要件ヲ要ス。物権ノ目的ヲレニハ確定シテキ  
ケレバナラヌガ又債権ノ目的タルニハ確定シ得ナクトモ、確定シ得ベキ  
モノデアレバヨイ、フ不能ノ事項ヲ目的トスル債権ヲ成立シ得ル。例ハ船舶所  
有者ガ航海中ノ船舶ヲ目的トスル賣買契約ヲナシタル場合ニ、右ノ船  
舶ハ契約締結前既ニ沈没シ居リタル場合債権関係ニ如何ナル影響ヲ  
及ボスカ。此ノ点ニ付イテ通説ハ斯ル契約ハ全然之ヲ無効トシ賣主  
ハ初メヨリ船舶移轉ノ義務ナク、買主ハ又代金支拂ノ義務ナキモノト  
シ、買主ガ其ノ無効ヲ知ラザルガ爲ニ被ツタ損害ダケヲ賣主ヲシテ賠  
償セシムベキモノトス。

之ニ對シ未弘

博士ハ「明文ノ無い我が民法ノ下ニ於テハ不能給付ヲ目的トスル債  
権ガ法律上存在シ得ナイト云フコトダケカラ当然ニ斯ル結論ヲ導キ

出サウトスルノハ早計デアル。少クトモ原始的不能ノ給付ヲ目的ト  
スル契約ノ一場合ニ相当スル賣買ノ目的タル物ノ一部ガ契約ノ當時  
既ニ滅失シタ場合ニ付イテハ民法ハ次シテ前者ノ考ヘヲ採用シテキ  
ナイガ民法ハ此ノ場合ニ賣買ハ尙ホ一應全部有効トモノトシ、唯買主  
ハ其ノ足ラザル部分ノ割合ニ應ジテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得、  
又若シ残存スル部分ノミナレバ買主ガ之ヲ買受ケザルベカリシ時ハ  
善意ノ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ベク、其ノ他善意ノ買主ハ損  
害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ゲザル旨ヲ規定シテキルノデアル(五  
六五條)。此ノ故ニ少クトモ賣買其ノ他有價契約ノ目的物が原始的  
ニ一部不能ナル時ハ總テ之ニ準ズル取扱ヒヲ與ヘルノガ民法ノ正シ  
イ解釈デアルト云ハネバナラナイ(末弘氏ニ七頁)。トサレテモ、  
此ノ点ノ議論ハ債権各論ノ講義ニ譲ルガ、契約締結ノ時ノ前後デ原始  
不能ト後不能トニ區別シ契約ノ有効無効ヲ決スルノハ妥當デア  
ルマイ、不能ノ給付ヲ目的トスル契約ヲ論理上無効トスベキ理由ハナ



イ。有償行為ニ付イテハ第五六五條第五九條之ヲ規定シテキル。他民デハ一部不能ノ場合ハ其ノ一部が残部ト分離不能ナ場合ニハ其ノ契約ハ有効ナルモ然ラザル限リ其ノ契約ヲ無効デアルトス。我ガ民法デハ一部不能ノ場合ハ他民ト異リ之ニ相應スル部分ハ当然ニ無効ナルニアラズシテ買主ヲシテ代金ノ減額又ハ契約ノ解除ヲ為シ得ルモノトシテキル(五六三條)。而シテ全部無効ノ場合ハ我民法上規定ヲ反クノデ問題ヲ生ズルガ此ノ場合ニ契約ヲ有効トシテ履行ニ代ルベキ損害賠償ヲ認メルカ又ハ契約ヲ無効トシテ買主ヲシテ其ノ無効ヲ知ラザルガ爲ニ被リタル損害ノミヲ請求セシムベキカハ結果ノ妥当ナモノヲ擇ブ外ハアルマイ。

第四、債権ノ目的ノ確定

債権ノ目的タル給付ハ確定セルコト又ハ確定シ得ベキコトヲ要スル。後ノ場合ノ確定権者及ビ確定方法ニ付テハ後述種類債権(四〇一)及ビ選擇債権(四〇六)ニ付テノ外一般的規定ハナイが結局當事者ノ意思解釋ト條理ト

ノ問題デアアル。確定権者ガ債権者デアルコトモアリ債務者デアルコトモアル。又第三者デアルコトモアリ或ハ確定権者無クシテ客觀的標準ガ決定スルコトモアル。確定方法モ制限ノアルコトモアリ無制限ノコトモアラウが無制限ノ場合ト雖モ常ニ相當ノ範圍内ト云フ制限ハ存スルモノト考ヘネバナラヌ。

(註)

債権ガ有効デアアルガ爲ニハ其ノ内容ガ債権發生ノ初メヨリ確立シテキルカ又ハ何等カノ標準ニ依リテ後カラ確定シ得ベキモノデアアルコトヲ必要トスル。種類債権及ビ選擇債権ニ付イテハ第四〇一條以下ニ規定ガアルが、其ノ他ニハ一般的规定ガナイ。從ツテ結局當事者ノ債権ヲ發生セシメタル法律行為ノ意思解釋ト條理ナル客觀的標準ヲ決スルノ他ハナイ。判例モ又確立シ得ベキニ止マル債権ヲ有効ト見テキル。

大正五年三月十四日大判

判旨「契約ニ依リ當事者ガ或ル物ヲ給付スルコトヲ約シタル場合ニ於テ当初給付スベキモノカ、具體的ニ確立セザルモ其ノ約旨ニシテ或



標準ニ從ヒ之ヲ確立シ得ベキモノナルトキハ債権者ハ其ノ標準ニ依リテ確立セラレベキモノノ給付ヲ請求スルノ権利アルモノトスレ。

幸樂ハ甲ガ分家スルニ當リ、乙ハ明治四十三年四月十三日迄ニ地價金百五十円ニ相当スル地所ヲ讓定シテ甲ニ贈與シ尙ホ甲ノ住居及ビ農業ニ適スベキ家屋、坊置及ビ其ノ起居飲食ニ必要ナル家具一式ヲ譲渡シテ引渡ス旨ノ契約ヲ締結シタルニ其ノ履行ヲ爲サザルニ因リ甲ハ乙ニ對シ契約履行ノ訴ヘヲ起シタ。而シテ第二審ニ於テハ右契約ハ贈與物件特定セザルノミナラズ何人ク是ガ特定スベキ權利ヲ有スルヤ不明ニシテ、從ツテ契約ノ効力發生セズトシテ甲ノ請求ヲ棄却シタルモ大審院ニテハ右ノ如ク契約ヲ有効トシテキル。

大正八年一月二十九日大判

判旨「當事者ガ相當代價ヲ以テ一定ノ物品ヲ賣買スベキ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ賣主ガ契約ノ履行トシテ其ノ物品ヲ買主ニ提供シタ

ルトキハ賣主ニ於テ相當ノ代價ナリト思惟スル金額ヲ明不スルト否トヲ問ハズ買主ハ相當代價ヲ賣主ニ支拂フベク代價ガ明確ナラザルコトヲ理由トシテ支拂ヲ爲サザルトキハ義務不履行ノ責任ヲ負フモノトス。而シテ其ノ代價ノ額ニ付キ當事者ガ意見ヲ異ニスルトキハ裁判所ハ取引所ニ於ケル通常ノ價額ニ基キテ物品ノ相當代價ヲ確定スベキモノニシテ賣主ガ物品ノ提供ヲナスモ相當代價ナリト思惟スル金額ヲ明不サザレバ買主ニ代金支拂ノ義務ナシト判定スベキモノニアラスレトシテキル。更ニ

大正九年六月二十四日大判

幸樂ハ甲ハ乙ニ對シ毎年金三百円當テ十年間其ノ支拂ヲ爲スベキ債務ヲ負担シ、其ノ債務ヲ担保スル爲第三者丙ノ評價ヲ乞ヒ、丙ノ相當ト認ムル担保ヲ乙ニ供與スベキコトヲ約シタルニ丙ガ未ダ其ノ指定ヲ爲スニ至ラズシテ死亡シタルニ依リ、乙ハ甲ニ對シ相當ナル担保ヲ提



供スベキ旨ノ催告ヲ爲シタルニ何等ノ申出ヲ爲サザリシ事實ニシテ此ノ場合ニ契約ノ内容ヲ確定シ得ベキモノトシテ債権が有効ナルカニ関シ大審院ハ

判旨「当事者が合意ヲ以テ第三者ヲ指定シ、其ノ第三者ノ相当ト認ムル担保ヲ供與スベキコトヲ約スルガ如キ當事者ノ契約上負担スル給付ノ目的物ノ指定ヲ第三者ニ一任シタル場合ニ於テ若シ其ノ第三者が死亡其ノ他ノ原因ニ依リ其ノ指定ヲ爲スコトヲ得ザルニ至リタルトキハ契約ハ如何ナル効力ヲ有スルヤハ當事者ノ意思ヲ推測シテ決スベキ事實問題ニシテ或ハ契約ノ効力ヲ失フコトアルベク或ハ又其ノ効力ヲ持續スルコトアルベシ、而シテ若シ當事者ノ意思が契約ノ効力ヲ持續セシムルニアルトキハ當事者ノ意思ハ客觀的ニ相当ナル目的物ノ給付ヲ爲サントスルニアルモノト推定スベク、而シテ客觀的ニ如何ナル目的物が相当ナルヤニ付イテハ當事者間ニ更ニ協定成立シタル場合ハ格別、然ラザレバ裁判所ノ判決ニ依

リテ之ヲ確定スルノ外ナキモノトスレ。ト判決シテ可ル。

### 第二節 特定物債権

債権ノ目的が特定物ノ引渡デアル場合ヲ假ニ特定物債権ト名付ケル。其ノ給付ノ内容ハ即チ特定物ノ移轉デアルガ、所有權其ノ他ノ本權ハ既ニ又ハ元來債権者ニ存シテ占有ノ移轉ノミガ給付ノ内容デアル場合ト、占有ト共ニ本權ヲ移轉スルコトガ給付ノ内容デアル場合トガアリ得ル。特定物債権ニ付イテハ左ノ二點ガ注目サレル。

- (一) 債務者が引渡スマデ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其ノ物ヲ保管スベキコト(四〇〇)。
- (二) 履行期ニ於ケル現状ニテ其ノ物ヲ引渡スコトヲ要シ、又ソレニテ足ルコト(四八三)。

(註) 特定物債権ナル法律上ノ名義ガアル訳デハナイガ、債権ノ内容ガ特



定物ノ引渡ヲ目的トスル債権ヲ假ニ特定物債権ト名付ケル。  
 特定物ノ賣買契約ガ爲サレタ場合ニ当事者間ノ意思表示ニ因リテ物  
 ノ所有権ガ直チニ買主ニ移転シ賣主ハ占有ノ引渡シヲ求ムルニ過ヤ  
 ナイ關係ニアルノガ普通デアアル。又例ヘバ自己ノ時計ヲ他人ニ使用  
 セシメテキル場合ニ是ガ返還ヲ求ムル債権ノ内容ハ占有ヲ返還セシ  
 ムルモノデアアル。即チ特定物ノ給付ヲ目的トスル債権ニハ其ノ特定  
 物ノ所有権及ビ占有ノ移転ヲ目的トスル場合ト、所有権ハ既ニ債権者  
 ニ移転シテ唯占有ノ移転ノミガ債権ノ目的物トシテ残サレテキル場  
 合トノニツノ場合ガアル。而シテ其ノ場合債権者ハ債務負担ノ時ヨ  
 リ引渡シノ時マデ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其ノ物ヲ保管スルコ  
 トヲ要ス(四〇〇)。

善良ナル管理者ノ注意トハローマ法ニ所謂「善良ナル家父ノ注意」  
 ト云フ語ニ相当シ、独逸法ニ於テ「取引上必要ナル注意」ト云フニ当  
 ル(独民ニ七六條)。而シテ債務者が客観的ニ取引ノ一般の觀念ニ

從ヒテ相当ト認めラレル注意ヲ怠ルトキハ過失デアアル。過失ニ輕過  
 失ト重過失トアリ。

*culpa levis* { *in abstracto* (抽象的輕過失)  
*culpa lata* { *in concreto* (具體的輕過失)  
 (重過失)

輕過失ニニアリテ抽象的又ハ客観的輕過失及ビ具體的輕過失ヲ我ガ  
 民法上普通ニ所謂輕過失ハ抽象的輕過失デアアル。四〇〇條ノ善良ナ  
 ル管理者ノ注意義務ハ普通人ノ有フルト同一程度ヲ保管義務ヲ盡ス  
 ヲ云フ。然ルニ民法ガ特ニ主観的標準ニ依リ責任ヲ輕減セントスル  
 場合ニハ「自己ノ爲ニスルト同一注意」(八〇五條、八八九條)又  
 「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」(六五九條、一〇四〇條)ト  
 云フ語ヲ用フ。是ガ具體的輕過失デアアル。是ニ對シ重過失トハ普通  
 人ノ用フベキ注意ヲ怠ルコト著シキ場合ヲ云フ。向題ハ非常ニ注意  
 周到ナル者が無償ノ受寄者タル場合ニ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ



注意ヲ為スベキカ或ハ普通人ノ一級ニ為ス注意義務ヲ足レベキカハ  
抽象的輕過失ヲ足レベシ。次ニ履行期ニ於ケル現狀ニテ其ノ物ヲ引  
渡スコトヲ要スルトハ例ヘバ或ル果樹ヲ引渡スベキ債務ニ於テ樹木  
ニ果実ガアレバ其ノ現狀ニテ引渡スベキデアル。サレバ契約當時ニ  
果実ヲ有スルモ履行期ニ無ケレバ其ノ終ノ現狀ニテ引渡スヲ以テ足  
ル。

大正七年七月三一日大判

判旨「生繭が乾燥繭トナリタル一筆ハ生繭ノ保存ニ適當ナル手段ヲ盡  
シタルニ止マリ、物ノ同一性ヲ喪ズル事由トナラザルモノトス。從  
ツテ賣買契約成立當時ニ在リテハ生繭ナルモ引渡シノ當時ニ在リ  
テハ其ノ終生繭が乾燥繭トナリタル為メニ債務ノ目的ノ消滅ヲ来  
スモノニ非ズ」トシテキル。

尚ホ果実ニ付テハ右ニ述ベタル如ク履行期ノ現狀ヲ引渡セバ足レモ  
ノナレバ履行期マデノ果実ハ債務者ニ於テ收取スルノ権利ガアリ、履

行期以後ノ果実ハ債権者ニ引渡スベキガ原則ナルモ、賣買ニ付テハ特  
則アリテ「未ダ引渡サザル賣買ノ目的物ガ果実ヲ生ジタルトキハ其  
ノ果実ハ賣主ニ屬ス」(五七五條)トアルニ依リ、履行期如何ヲ問ハ  
ズシテ現狀ニ引渡スマデノ果実ハ賣主ニ屬スルコトトナル。

### 第三節 種類債権

#### 第一、不特定物債権

不特定物即チ一定ノ種類ニ屬スル物ノ一定ノ数量ヲ給付スルコトヲ目的ト  
スル債権ヲ種類債権ト云フ。種類ヲ指定スルノミノ場合ト更ニ種類以外ノ範  
圍ヲ設クル制限種類債権トガアリ得ル。之ハ前述債権ノ目的物が不確定ナル  
モ確定シ得ベキ場合ノ一デアルガ、何々ノ物ヲ目的トスル債権ハ必ズ種類債権  
ナリト云フガ如キ物ノ性質ニ依ル區別デハナイノデ結局当業者ノ意思ニ因ル  
決定デアル。而シテ當業者ノ意思表示ガ種類中ノ品類迄ヲ決定セヌ場合ニ付



キ民法ハ中等ノ品質ノ物ヲ給付スベシト云フ補充規定ヲ設ケテ可ル(四〇一條第一項)

六〇

(註)

一定ノ種類ニ屬スル米何石ヲ給付スベシト云フ如キ債権ハ不特定物ノ給付ヲ目的トスルモノニシテ、其ノ目的物ハ單ニ物ノ種類品質ニ依リテ指定セラルルモノニシテ、具體的ニ其ノ目的物が確定セルモノニ非ズ。斯レ債権ヲ又種類債権ト云フ。同ジク種類債権ノ中デモ米何石ヲ給付スベシト云フ場合ト、此ノ倉庫内ノ米何石ト云フ如ク範圍ヲ限ル場合トアル。此ノ後ノ場合ヲ學者ハ制限種類債権ト云フ。之ハ後述ノ擇取債権ト紛ラハシイガ、結局當事者ノ意思ニ依リテ決スベキデアル。給付ノ目的物が馬ナル場合デモ單馬何頭ト云フ如ク數量的ニ契約ノ目的タル率ガアリ、當事者ノ意思ニ依リテ如何ナル種類ノ物ヲ給付スベキカガ決スルノデアルガ、當事者ノ意思ニ依リテ決シ難キ場合ノ補充規定トシテ第四〇一條ニハ「債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ストシテ可ル。判例ニ依ルニ

明治三九年一月二日大判

判旨「當事者が孟買綿ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタル場合ハ即チ債権ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタルニ該當ス。從ツテ其ノ種類中ノ細別種屬ヲ知ラシ能ハザルモ之ガ爲メニ法律上不履行ニ依ル損害額ヲ算定スベキ標準ナシト云フヲ得ズ」  
ト判決シテ第一審ニ於テ單ニ孟買綿トノミニテハ其ノ種類ヲ知ルニ由テ從ツテ其ノ賠償額ヲ定ムルコト能ハズトシタル原判決ヲ破毀シテ可ル。

明治三九年三月一日大判ニ於テ

判旨「民法第四〇一條ハ同一種類ノ物品中或物ヲ以テ債権ノ目的物ト爲シタルニ止マリ、其ノ物件ヲ特定セザル場合ニ債権者ハ如何ナル品質ヲ有スル物ヲ給付スベキヤヲ定メタルモノニシテ、當事者が其ノ目的物ヲ指示セザル場合ニ關スルモノニ非ズ」  
トシテ單ニ無署名債権ノ目的タルヲ得ズト爲シテ可ル。



第四。一條ノ所謂「中等ノ品質」ナル語ノ意義ニ関シ、

大正五年一。月七日大判ハ

判旨「鑑定書ニ材木ノ品質ヲ特別上等中等並下等ノ五級ニ區別シタル  
場合ニ其ノ特別上等並ニ下等ノ二級ヲ除キタル中間ノ三者ヲ以テ  
品質中等ト認メ、又鑑定書ニ材木ノ中（ト）ハ下等ノ品質ナル旨記  
載シアルモ其ノ末尾ニ龜裂ハ保管方法ノ不健全ニ依リ生ジタルモ  
ノナリトアリテ材木引渡シ後保管方法ノ不良ナルが爲メ龜裂ヲ生  
ジ品質ヲ低下セシメタルモノナルコトヲ認メ、中等ノ品質ヲ有スル  
モノヲ引渡シタルモノト判決シタルハ相当ナリト説明シテキル。

第二、種類債権ノ特定

債権ノ目的物が種類ヲ以テ指示サレテキル場合ニ其ノ債務ヲ履行スルニハ  
先ヅ以テ其ノ種類ノ不特定中カラ履行ニ用フベキモノガ確定サレネバナラヌ。  
其ノ確定ヲ種類債権ノ特定ト云フ。其ノ特定ノ方法ガ契約中ニ定メラレテキ

ルコトモアリ、後ノ契約ニ依ツテ特定が行ハレル  
ルコトモアリ、又特定方法ニ付イテノ慣習がアラウガ、民法ハ種類債権ノ特定が  
生ズベキカノ二場合ヲ規定シテキル。

(註)

種類債権ニ於テ債務者が債務ノ履行ヲ爲スニ付イテハ二ツノ問題  
が起ル。其ノ一ハ如何ナル品質ノモノヲ給付スベキカノ問題デアリ、  
其ノ二ハ種類ヲ以テ指示セラレタルモノノ中、具体的ノ何レノモノヲ  
給付スベキカヲ特定スルコトニ関聯シテ起ル問題デアリ。一ノ場合  
ヲ品質問題トシテ右ニ述べ、二ノ場合ヲ特定問題トシテ次ニ述べン。  
米何石或ハ馬何頭ヲ給付スベシト云フ如キ場合ニ、具体的ニ何レノ米、  
或ハ何レノ馬ト定メルコトガ特定問題デ、給付ノ目的物が特定スレバ、  
種類債権ガ特定債権トナル。民法ハ此ノ場合ニ関シテ、第四。条條第  
二項ノ規定ヲ設ケテキルモ、是ノミニ限ルンデハナイ。

大正六年九月二八日和地判、判例ニ卷民一四八三頁

判旨「和歌山縣東牟婁郡附近ニ於テ大節及由物ヲ降ク木材ノ賣買ニ



付キ特ニ撰取権者ヲ定メザル時ハ其ノ撰取権ハ買主ニ属スト為ス  
商慣習アルモノトスレト為シテキル。

(一) 債務者が物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲ完了シタルトキ(四〇一條第  
二項)。

(イ) 所謂持参債務ニアツテハ履行地ニ於テ現実ニ履行ノ提供ヲシタルトキ  
(四九三條本文)。

(ロ) 所謂取立債務其ノ他債務ノ履行ニ付キ債権者行為ヲ要スル場合ニハ辨  
済ノ準備アル口頭ノ提供ヲ為シタルトキ(四九三條但書)。

(二) 債務者が債権者ノ同意ヲ得テ其ノ給付スベキ物ヲ指定シタルトキ(四〇  
一條第二項)。

(註)

債務者が物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為ヲスレバ確定スル場合ニ  
其ノ行為ノ種類ニ依リ分離主義或ハ引渡主義等考ヘ得ルガ民法ハ兩  
主義ノ中間ヲ取り、債務者が債務者トシテ為スベキダケノ行為ヲスレ

バ確定スルトスル。然シ「物ノ給付ヲ為スニ必要ナル行為」モ各種  
ノ債権ノ内容ニ從ヒテ異リ得ルノテ、民法ハ所謂持参債務ニケリテハ  
履行地ニ於テ現実ニ履行ノ提供ヲ為スヲ要ス(四九三條)トシテ平  
ル。

大正八年一月二十五日大判ハ

判旨「債務者ハ給付ノ目的物ヲ債権者ノ受領スルコトヲ得ベキ地位ニ  
置キタルトキニ非ザレバ給付ニ必要ナル行為ヲ為シタルモノト云  
フコトヲ得ズ。給付ノ目的物ヲ債権者受領スルコトヲ得ベキ地位  
ニ置クニハ債務者が現実ニ履行ノ提供ヲ為シタルコトヲ要ス。所  
謂持参債務ノ場合ニ於テハ債務者ハ債権者ノ住所ニ至リ債務ヲ履  
行セザルベカラザルモノナルヲ以テ、債権者ノ住所ニ於テ履行ノ提  
供ヲ為スニ非ザレバ給付ニ必要ナル行為ヲ為シタルモノト云フヲ  
得ズ。故ニ債務者ハ物ヲ取分ケ債権者ニ送付スルタメ運送者ニ送  
付シタルノミニテハ未ダ給付ニ必要ナル行為ヲ完了シ、目的物が特



定セラレタルモノト爲スコトヲ得ザルナリトシテキル。  
 向題ハ遠隔ノ地ニ物ヲ送付スル場合ニ、目的物ヲ運送人ニ委託シタル  
 トキ特定スルカ或ハ債権者ノ住所ニ持参シナケレバ特定シナイカガ  
 向題トナル。債権ノ目的物が何時特定セルヤノ問題ハ目的物ニ付テ  
 ノ危険負担ノ向題ト关联シテ重大ナル向題ヲ生ズル。

第三、種類債権特定ノ効果

種類債権ノ特定ト同時ニ債務が履行サレル場合ノ外ハ之ニ因ツテ不特定物  
 債権が特定物債権ニ変ズル。従ツテ特定ノ前後ニ於テ法律関係が凡ノ如ク異  
 ル。

(一)、特定後債権ノ目的物が不可抗力又ハ債権者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ツテ  
 滅失スレバ債務者ハ責ヲ免レル。債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ由ツテ物が  
 滅失スレバ債務ハ損害賠償債務ニ變ズル(四一五條)。何レノ場合ニモ同  
 種類ノ他ノ物ヲ給付スル義務ハナイ。特定前ニハ債務者ガ其レヲ履行ニ宛

テ様ト考ヘテ居タモノガ滅失シテモ債務ハ消滅シナイ。

(二)、特定後ハ所謂危険が債権者ニ移ル(五三四條)。

(三)、特定後ハ債務者ニ其ノ物ノ保管義務ヲ生ズル(四〇〇條)。但シ正當ノ  
 事由アル場合、例ヘバ債権ニ遲滞ノ責アル場合(四一三條)等ニハ債務者ニ  
 所謂変更権(同種類同数量ノ他ノ物ヲ以テ辨済スル権利)アルモノト解ス  
 ベキデアル。

(註)

特定ノ効果トシテ種類債権ハ特定債権トナル。而シテ特定ト同時  
 ニ債務ノ履行サレル場合ニハ問題ハナイガ、特定後尙ホ債権が履行サ  
 レナイ場合ニ債権関係が残サレルノデ特定ノ前後ヲ法律効果が異ル。  
 特定後債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ依リテ、例ヘバ其ノ物が天  
 災其ノ他不可抗力ニ因リテ滅失毀損シタル場合ニ於テハ債務者ハ責  
 ヲ免ル(四一五條)。例ヘバ馬一頭ヲ給付スル債務ヲ負フ場合ニ、制  
 定前債務者ノ心裡ニ於テ此ノ馬ヲ給付セント期シテヤルトキ、其ノ馬



が天災ニ因リテ死亡シテモ債務者ハ債務ヲ免レルコトナキモ、一旦此ノ馬ト特定シタル後ニ於テ其ノ馬が天災又ハ債権者ノ過失等債務者ノ責ニ帰スベカラザル事由ニ因リテ死亡スレバ債務者ハ履行ノ責ヲ免レルノデアル。

種類債権が何時特定シタルカノ向題ハ危険負担ノ向題ト关联シテ困難且ツ重要ナル向題ヲ生ズル。例ヘバ大阪ヨリ深川ノ米商人ニ米ヲ運送スル途中、遠州灘デ船が沈没スレバ其ノ米が債権ノ目的物トシテ特定シテオタリヤ否ヤデ何レガ危険ヲ負担マルカガ決スルノデアル。尤モ危険負担ニ關スル民法第五三四條以下ノ規定ハ規定其ノモノトシテハ妥当ヲ缺ク様デアルガ、現行法トシテハ特定ノ前後デ異リ、不特定物ノ賣買其ノ他双務契約ニ在リテハ特定ノ結果トシテ危険債権者ニ移ル(五三四條)。從ツテ前例ニ於テモ運送中ノ米が特定シテオレバ船ノ沈没ニ因ル米ノ所有權滅失危険ハ債権者タル買主ニ移リ、買主ハ米ハ得ラレスシテ代金ハ支拂ハナケレバナラヌノデアル。但シ

特定ノ効果トシテ債務者ハ兩後引渡マデ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ物ヲ保管スベキ義務ヲ負フノデアル(四〇〇條)。而シテ現在ニ於ケル通説ハ債権者不受領ノ場合デモ債務者ハ右ノ保管義務ハ免レ得ナイモノト解サレテキル。故ニ例ヘバ石炭一噸ヲ供給スル契約ノトキ、債務者が債務ノ本旨ニ從ヒタル提供ヲ爲シタルニモ拘ハラズ、債権者が受領セズトモ、右ノ提供ニ因リ債権ノ目的物ハ其ノ石炭一噸ト特定スルノ結果債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ債権者が受領スルマデ保管スベキモノトスルノガ通説デアルガ、斯ル場合ニ何時マデモ債務者ニ保管義務ヲ負ハスノハ妥當デナイカラ、債務者ニ変更權ヲ認メテ其ノ石炭ハ他ニ販賣セシメ、他ノ同種類ノ品ヲ以テ辨済スルコトヲ認メルガヨイト思フ。民法ニハ変更權ヲ認メタル規定ナキモ、債權法ニ於ケル所謂信義誠實ノ原則ヨリスルモ、斯ル場合変更權ヲ認メ得ベシト信ズルノデアル。



# 第四節 金銭債権

## 第一 金銭債権ノ意義

金銭ノ給付ヲ目的トスル債権ヲ金銭債権ト謂フ。金銭トハ貨幣、紙幣及ビ兌換銀行券デアル。元來金銭ハ交換媒介タル性質上他ノ動産トハ大イニ趣ヲ異ニスルノデアツテ、其レニ付イテノ特別ノ規定ノアルノハ當然デアルガ、理論上モ規定上モ尚ホ一層ノ特別觀察ヲ要スルノデハアルマイカ。所謂特定金銭債権ハ金銭債権デハナイ。

(註)

債権ノ中ニハ金銭的給付ヲ内容トスルモノガ頗ル多イ。金銭ノ何タルカハ經濟學上ノ問題デアルガ、茲ニ所謂金銭トハ貨幣、紙幣、兌換銀行券ノ三種ヲ云フ。我國ニ於ケル通貨即チ法定貨幣ノ種類ハ明治三十二年法律第十六號貨幣法ノ定ハル所デ、金、銀、白銅、及ビ青銅ノ四種ナリトス。而シテ民法第三條ニハ「貨幣ノ種類ハ左ノ九種トス。金貨幣二十円、拾円、五円。銀貨幣五拾錢、貳拾錢。白銅貨幣拾錢、五錢。青銅貨幣

幣五錢五厘。我國ハ右法律第十六號ニ於テ金貨本位ノ制度ヲ採リタルヲ以テ、金貨ハ本位貨幣ニシテ其ノ金額ニ何等ノ制限ナク強制通用カガ認メラルルモ、他ノ三種ノ補助貨幣ニ付イテハ法律ノ規定スル制限ノ範圍内ニ於テノミ強制通用カノ効力ヲ有スルノデアレ。即チ第七條ニハ「金貨幣ハ其ノ額ニ制限ナク法貨トシテ通用ス、銀貨幣ハ十円マデ、白銅貨幣ハ五円マデ、青銅貨幣ハ一円マデヲ限リ法貨トシテ通用ス」トアル。紙幣ニ付イテ從來制度ノ上ニ「ミ存シタガ、大正六年勅令第二〇ニ號ナル緊急勅令ニ依リ小額貨幣ノ増産ヲ補フ爲メ第一補助貨幣トシテ五十錢、二十錢、十錢ノ三種ノ小額紙幣ヲ發行シ、其額十円ヲ限度トスル強制通用カヲ認メ、大正九年ニ「小額紙幣發行期限ニ關スル件」レデ右紙幣ノ通用期間ヲ「當分ノ内」ト改メタ。兌換銀行券ハ明治十七年五月太政官布告第十八號兌換銀行條例ニ其キ日本銀行ノ發行スル所デアル。金銭ハ交換ノ媒介トシテ一種特別ノ性質ヲ有スルモノトス。從ツテ



他ノ動産トハ大イニ性質ガ異ル。例ヘバ他人ガ十円ヲ窃取シタル行  
 爲ハ十円ノ金額ヲ竊ンダノデ、其ノ竊ンダ金貨其ノモノデナク、金十円  
 ノ返還ヲ求メ得ル點ニ於テ他ノ動産ト趣ヲ異ニス。サレバ法律上ニ  
 於ケル金銀ノ性質ハ更ニ研究ヲ要スル。金銀ニ付イテハ先ヅ郵便爲  
 替ハ金銀ト云ヒ得ルカ否カガ問題トナル。就中郵便小爲替ニ付イテ  
 大正八年七月一五日大判ハ

判旨「支拂ノ爲ニスル郵便小爲替ハ取引上現金ト同一ノ作用ヲ爲スベ  
 キモノナレバ郵便小爲替券ヲ債権者ノ住所ニ送付スルコトニ依リ  
 爲シタル提供ハ適法ノ提供ナリシ。即チ大審院ノ解スル處ニ依レ  
 バ爲替ヲ以テ金銀ト同様ニ見テキル。然ラバ問題ハ債務ノ辨済ト  
 シテ小切手ヲ提供スルノ行爲ガ適法ナル辨済ノ提供ト云ヒ得ルベ  
 大正八年七月五日東地方法院ハ卷七八頁ニ於テ

判旨「金銀債務ノ支拂ニ際シ小切手ヲ利用スルコト甚ダ稀ナリトセザ  
 ルモ、其ノ交付ガ金銀ノ支拂ト同視セラルル所以ハ一ニ当事者間ノ

特約又ハ信用ニ由来スルモノナルガ故ニ是ガ授受ニ付キ当事者ノ承  
 諾又ハ特約ナキ場合ニ於テ、其ノ提供ニ對シ之ニ金銀ノ提供ト同視ス  
 バキ効力ヲ附與セントセバ、須ラク右小切手が取引上紙幣ト同様又ハ  
 之ニ近キ絶大ナル信用ヲ置キ得ベキ場合ナルコトヲ必要トスレ  
 次ニ金銀ハ普通何銀何厘ト計算スルガ其レ以下ノ計算ハ如何。

大正六年六月七日大判ハ

判旨「金五円ニ對スル一ケ年五分ノ率ニ依ル一日分ノ損害賠償額ハ僅  
 ニ六毛余ニ過ギザレバ、之ヲ切捨テタル判決ハ違法ニ非ズレ

大正四年九月一七日大判ハ遺棄法違反事件ニ關シ、厘以下ノ切捨ハ  
 向題ニナラズトシテキル。

金銀債権ハ一定ノ金額ノ給付ヲ目的トスルモノナレバ、何種ノ金銀ヲ  
 以テ支拂フベキヤハ特定シテキナイ。即チ当事者ノ意思ハ單ニ金額  
 ニ重キヲ置クモノナレバ、

大正七年九月五日大判



判旨「消費貸借ハ消費ノ目的ヲ以テ一定ノ金額ヲ貸付ケ債務者ハ辨済期ニ於テ之ト同一ナル金額ノ支拂ヲ爲スベキ義務ヲ負担スルモノニシテ、給付ヲ受ケタル金銭其ノ物ノ返還ヲ爲スヲ要セザルハ勿論、特約ナキ限りハ同一種類ノ金銭ヲ以テ返還スルコトヲ要セザルモノトスレ。」

金銀債権ニ付イテ生ズル一ノ問題ハ鈔銀ニ付イテデアル。例ハ八九円五十銭ノ債務ノ辨済トシテ十円金貨ヲ提供スレバ適法ナル辨済ノ提供ト云ヒ得レヤ。換言スレバ債権者ハ鈔銀ヲ出スベキ義務アリヤガ問題トナル。向題ハ金銀債権ノ種類ニ依リテ異リ得ルノデ、賣買代金ノ支拂ノ際ニ於ケル賣主ノ如キハ商慣習上誠実信義ノ上ヨリ鈔銀ヲ出スノガ当然デアル。此ノ向題ハ曾テ小額貨幣押底ノ際問題トナツタ。特定債権例ハハ封金ヲ寄託シタル場合ハ特定物ノ寄託デアツテ金銀債権デハナイ。梅川忠兵衛ハ封印ヲ破リタルガ故ニ問題トナルノデアル。又上陸ノ際税関デ見セル金ヲ借リルノハ一種ノ使用貸借デ特定物ヲ返還スベキデアル。

第二、金銀債権ノ種類

(一)、内國貨幣債権、

(1)、金額債権(四〇二條一項本文)、

(2)、金種債権(四〇二條一項但書、二項)、

(二)、外國貨幣債権(四〇二條三項、四〇三條)

第四〇三條ハ一種ノ任意債権ノ規定デアルガ、此処ニ所謂爲替相場ハ履行期ノモノヲ指スト云フ説ト、現ニ辨済スル時ノモノヲ指スト云フ説トアルガ、履行遲滞ニ依ル損害賠償ハ別問題トシ後ノ見解ガ正當デアラウ。

(註)

金額債権ニ付イテハ第四〇二條ニ「債務者ハ其ノ選取ニ從ヒシトアルノデ、通貨デアレバ何レノ通貨ヲ以テスルモ差支ヘナイ。但シ補助貨幣ニ在リテハ前述ノ強制通用力ニ制限ヲ置ク。然シ華柄ノ性質上例ヘバ両替ノ如キハ其ノ目的ニ從ハネバナラヌ。」



第四。三條ニハ「債務者ハ履行地ニ於ケル為替相場ニ依リ日本ノ貨ヲ以テレトアルが故ニ日本デ十弗支拂フ時ハ日本ノ為替相場ヲ良イ。之ハ一種ノ任意債権ヲ選取債権ヲハナイ。履行地ニ於ケル為替相場トハ何時ヲ標準トスルカ。履行期ヲ標準トスルモノト、現ニ辨済ヲ為ス時期ヲ以テ標準トスベシトスル説トアリ、実益ハ履行期以後為替相場ニ変動アリタル場合ニ問題ヲ生ズ。私ハ現ニ辨済スル時期ハ相場ヲ計算スレバゴイト思フ。若シ債務者ノ履行遅滞ニ依リ相場ニ変動アリテ債権者ニ損害ヲ生ズレバ損害賠償問題トナル。尤モ為替相場ニ大激変ノアリタル場合ニハ下落シタル相場ヲ支拂ヘバゴイトトナルモ契約事情ノ激変ノアリタルトキハ更ニ研究スベキ一ノ困難ノ問題ヲ生ズ。

(編註) 第四。三條ノ履行地ニ於ケル為替相場ナル語ノ解釈ニ付キ鳩山博士ハ「曾テ履行期ヲ標準トスルモノト解シタルモ現ニ辨済ヲ為ス時期ヲ標準トスルヲ正当トスベシトサレ(三六頁)、末弘博士

モ「其ノ為替相場ヲ定メル時期ハ學者ニ依リテハ当該債務本来ノ履行期ヲ標準トスベキ旨ヲ解イテサレ若ガアルケレドモ、寧ロ實際ニ履行ヲ受ケル時期ヲ標準トスルモノト解スルノガ正当デアラウ」(三九頁)トサレ、磯谷氏モ「為替相場ハ契約上支拂期日ト定メタル日ノ相場ニ依ルベキヤ、又ハ現実支拂ヲ為ス日ノ相場ニ依ルベキヤト云フニ、独逸民法第ニ四四條ニハ明ラカニ「支拂ノ当時履行地ニ於ケル市場價格ヲ以テ標準トナス」旨ノ規定アリ、我ガ民法ニハ斯ル規定ナシト雖モ法文ノ趣旨ハ他民ト同一ニ解釈セザルベカラズ。何トナレバ為替相場ニ依リ我ガ國ノ通貨ニ換算シラ之ガ支拂ヲ為スハ畢竟債権者ヲシテ外國貨幣ノ支拂ニ依リ享受スルト全然同一ナル利益ヲ得セシメシコトヲ期スルモノナルが故ニ、現実支拂ノ当時ニ於ケル為替相場ニ依リ換算スベキハ当然ナレバナリトサレ(八九頁)殆ド現ニ辨済ヲ為ス時期ヲ以テ標準トスベキモノトスルが通説ノ様デアル」



## 第五節 利息債権

二八

### 第一、利息債権ノ意義

債権者が債務者ニ對シ元本即チ流動資本ヲ使用セシメタル對價トシテ所謂法定果実ヲ請求シ得ルコトガアル（八八條ニ項）。其ノ法定果実ヲ利息又ハ利子ト云ヒ、元本債権ノ存續期間、延滞期間中其ノ債権額ニ比例シテ不斷ニ發生シ（八九條ニ項）、定期ニ繰返シテ給付サレル金錢其他ノ代替物ヲ云フ。

（一）、法定果実中固定資本ノ使用ノ對價トシテ支拂ハレルモノ、例ヘバ家賃、地代、小作料等ハ利息ト異ル。

（二）、債務ノ分割拂トシテ定期ニ支拂ハレルモノハ利息デハナイ。

（三）、利息ハ金錢デアルノガ普通ガガ其他ノ代替物デアリ得ル。利米、利淑等ノ言葉ゲ行ハレル。

（四）、元本債権モ金錢債権デアルノガ普通ガガ他ノ代替物債権タルコトモアリ得ル。

- （五）、元本ト利息トハ同一種類ノモノデアルノガ普通ガガソレが必要デハナイ。
- （六）、利息ハ元本使用ノ對價デアルガ裏カラ云ヘバ元本ヲ使用シ得サルコトニ對スル損害賠償デアル。所謂遲滞利息ニ其ノ方ノ意味ガ表ニ出テ居リ（四一九條）、又法定利息中ニハ不當利得返還ノ如キ意味ノモノモアリ（四四二條ニ項）、制裁ノ趣旨ヲ含ムモノモアルガ（九二七條ニ項）、何レモ結局元本使用ノ對價ニ歸着スル。
- （七）、民法ニ於テハ元本債権ハ必然ニ利息債権ヲ伴ハナイ（四〇四條）。商法ニハ反對ノ原則ガアル（商法ニ七五條）。

### （註）

利息ノ何物ナルカハ經濟學上ノ向題デアルガ、法律上ハ法定果実デアル。然シ法定果実ガ全部利息デハナイ。元本ニ對シテ生ズル法定果実ガ利息デアル。民法中元本ナル語ハ各處ニ用ヒラレテ居リ（一二條、一四條、二九七條、三四六條、四〇五條、四九一條、六九一條、九二七條）何レモ利息ヲ生ズベキ *funds* ノ意デアル。流動資本タル元本ニ對



スルモノガ利息デアル。利子、利足等モ同ジ意デアル。

法定果実デアツテモ賃金、地代、等ハ物ノ使用ノ對價トシテ不断ニ支拂  
フモノナレドモ利息ニハアラズ。利息ハ金錢ナルコトガ普通ナルモ  
必ズシモ金錢ニ限ルノデハナイ。又利息ハ金錢其他ノ代替物タルコ  
トヲ要スルトスル説ガアルモ、必ズシモ代替物ニ限ルコトハアルマイ。  
又利息ト云ハベキモノガ元本ト同一種類ノモノタルコトヲ要スル  
トスル説モアルガ、コレガ必要デハナイ。即チ元本ガ金錢ナレバ利息  
モ金錢、元本ガ米ナレバ利息モ米ナルコトガ普通ダガ、米ヲ借りテ利息  
トシテ金錢ヲ支拂フモ妨ゲナイ。利息ハ元本使用ノ對價デアルガ、一  
方カラ云ヘバ自己ガ元本ヲ使用セズシテ他人ヲシテ使用セシムルコ  
トニ對スル損害填補ノ意モアル。殊ニ遲延利息ハ明白ニ損害賠償ト  
考ヘラレル。法定利息(四四ニ條)ノ如キハ不当利得の意味ガアル。  
又時ニ制裁ノ意味(九ニ七條)ノコトモアル。即チ利息ハ必ズシモ  
元本使用ノ對價デハナイガ、結局元本使用ノ對價ニ歸着スルノデアル。

民、辛上ノ債権ニハ当然ニ利息ヲ生ズルコトナク、利息ノ生ズルノハ民  
辛上ハ特約アル場合ニ限ル。但シ商辛債権ニ付テハ利息付ノコトガ  
原則デアアル。

### 第三、利息債権ノ性質

利息債権ハ元本債権ニ對シテ從タル債権デアアル。故ニ主タル債権ト運命ヲ  
共ニスル。

- (一)、元本債権ガ發生シナケレバ利息債権モ發生シナイ。
- (二)、元本債権ガ消滅スレバ利息債権モ消滅スル。尤モソレ迄ニ發生シタ利息  
(八九條ニ項)ハ元本債権ノ消滅ニ因ツテ當然ニハ消滅セズ、又元本債権ノ  
存續中ニ利息債権ノミガ消滅スルコトハ有り得ル。
- (三)、元本債権ノ爲メノ擔保ハ利息債権ニ及ブノヲ原則トスル(三二ニ、三二ハ、  
三四〇、三七四、四四七)。
- (四)、元本債権ノ讓渡ハ利息債権ニ及ブノヲ原則トスル。
- (五)、元本債権ガ辨済期ニ達シタル後ハ未ダ支拂ハレザル利息ハ元本ト併セテ



一個ノ給付ノ目的デアル。從ツテ其ノ一方ノミノ辨済ハ一部辨済ト認ムベク、債権者ガ其ノ受領ヲ拒ンデモ所謂債権者連帯(四一三條)ニナラス。

(註)

利息ハ從タル債権デアレバ、元本債権ノ存在ヲ前提トス。故ニ元本債権ガ發生シナケレバ利息債権モ發生セズ。又一旦發生スルモ、元本債権ガ何等カノ事由ニ因リテ無効ニ歸スルカ又ハ取消サレタル場合ニ在リテハ利息債権モ亦無効トナリ又ハ取消トナルモノトス。即チ利息債権ハ主タル元本債権ト其ノ運命ヲ共ニス。併シ既ニ一旦發生シタル利息即チ辨済期ニ達シタル利息債権ハ独立性ヲ有スルコト後述ノ如シ。

元本債権ガ消滅時効ニ罹リタル場合ニ當事者ガ元本債権ニ付イテノミ時効ヲ援用シ利息債権ニ付イテハ時効ヲ援用セザルトキハ、利息債権ハ時効ニ因リテ消滅セザルモノト解スル。

大正六年八月二日大判モ之ヲ言明シテ

判旨「被告ガ元金ノ請求ニ對シテ消滅時効ヲ援用シタルモ之ニ對スル

約定利息ノ請求ニ付キ独立ノ消滅時効ヲ援用セザル以上ハ原裁判所ガ此ノ點ニ關シ特ニ消滅時効ヲ援用セザルハ当然ナリト。

是レ既ニ發生シタル利息債権ハ独立ノ存在ヲ有スルモノナルガ爲メデアアル。從ツテ元本債権ノ存続中利息債権ノ消滅スルコトハ素ヨリ有り得ル所デアアル。

或ル債権ヲ担保スル爲メニ設ケラレタル人的又ハ物的ノ担保権ハ利息債権ニ及ブノヲ原則トスル。但シ担保権ハ物權タルノ性質上次順位ノ抵當権者ヲ保護センガ爲メ第三七四條ヲ設ケテキル。元本債権ノ讓渡アリタルトキハ特ニ反對ノ意思表示ナケレバ利息債権ノ移轉ヲモ伴フノヲ原則トスル。

大正一〇年一月一五日大判(一六五)モ之ヲ認メテ

判旨「既ニ生ジタル利息債権ハ元本債権ト離レテ独立性ヲ有スルモ將來生ズベキ利息ノ債権ハ元本債権ニ從屬シ之ト其ノ運命ヲ同ジウスルヲ原則トスルヲ以テ元本債権ノ移轉アリタルトキハ特別ノ事



由ナキ限り之ニ從ヒテ將來ノ利息債権モ共ニ移転スルモノト謂フ  
 ベク、而シテ債権ノ轉付命令アリタル場合ニ於テ右原則ノ例外ヲ爲  
 スモノト認ムベキ理由アルヲ見サレバ、之ニ因リ其ノ債権ハ券面額  
 ニテ當ニ元本ニ付イテノミナラズ之ニ從屬スベキ將來ノ利息債権  
 ニ付イテモ其ノ利息が約定ナルト法定ナルトヲ問ハズ共ニ差押債  
 権者ニ移転スルモノト解スルヲ相当トスレト見テオリ、  
 大正九年二月一四日大判ハ既ニ發生シタ利息債権ノ独立性ヲ認メ  
 テ元本債権ノ処分が當然ニ利息債権ノ処分ヲ伴ハザルコトヲ言明  
 スル。

判旨「既ニ發生シタル延滞利息債権ハ元本債権ト離レテ独立ノ存在ヲ  
 有シ各別独立ニ讓渡スルコトヲ得ルモノナレバ當ニ元本債権ノ讓  
 渡ニ伴ヒ延滞利息債権ノ移転ノ効力ヲ生ズルモノニ非ズレトシテ  
 判ル。

既ニ發生シタル利息債権が元本債権ト離レテ独立ノ存在ヲ有スル

コト前述ノ如クナルが、元本、利息ノ兩債権が共ニ并濟期ニアルトキ  
 債務者ハ兩者ヲ併セテ并濟スルコトヲ要スルカ又ハ其ノ一方ノミ  
 ヲ并濟シテ其ノ債権ノ消滅ヲ求シ得ベキカ。此ノ点ハ多少ノ議論  
 ノ存スル所ナルモ、元本債権并濟期ニ至リタルトキハ兩者ハ併セテ  
 一個ノ給付ト見、其ノ一方ハ之ニ提供アリタルトキニ債権者ガ之ガ  
 受領ヲ拒ムモ債権者ノ受領遲滞トナラザルモノト解スベキデアル。

判例モ之ヲ認メテ、

大正四年一月四日大判

判旨「債権者ガ一個ノ債務ニ付キ元本ノ外利息及ビ費用ヲ支拂フベキ  
 場合ニ於テ債務ノ本旨ニ從ヒ之ヲ并濟ヲ爲サンニハ元本ノ外利息  
 及ビ費用ノ全額ヲ提供スルコトヲ要シ、其ノ一部ノ提供ハ債権者之  
 ガ受領ヲ拒絶スルコトヲ得ベク、從ツテ債務者ガ其ノ提供ノ目的物  
 ヲ供託スルモ債務一部免脱ノ効ヲ生ゼザルコト勿論ナリト雖モ元  
 本ノ放棄ニ外ナラザル利息及ビ費用ノ債務モ亦性質上元本ト分割



シ得ベキモノナルヲ以テ債権者債務者向ノ契約ニ因リ利息若クハ費用ノ債務ヲ元本ノ債務ト各個分割シテ支拂フベキトヲ約シタル場合ニ於テハ其ノ各債務ノ辨済ノ爲メニスル各債務金額ノ提供ハ即チ債務ノ本旨ニ從フモノナルヲ以テ債権者之ガ受領ヲ拒絶スルトキハ債務者ハ有効ニ其ノ目的物ヲ供託シテ債務ヲ免ルコトヲ得ルモノトスレト。

編註、此ノ處ニ關スレ學說ヲ見ルニ、

鳩山博士「元本債権利息債権共ニ辨済期ニ在ルトキハ債務者ハ兩者ヲ併セテ辨済スルコトヲ要ス。利息ノミヲ辨済スルハ第四九一條ニ依リ違法ナリト解スベキモ、元本ノミノ辨済ハ一部辨済ト認ハベク債権者其ノ受領ヲ拒絶スルモ債権者遲滯ニ陥ラザルモノト解スレ（四四頁）トサレテキル。

斯クノ如ク元本債権ト利息債権ハ其向主從ノ關係ヲ有シ一体ヲ爲スモノデアレバ、債務者ガ債務支拂ノ時期ニ至リ元本ノミヲ提供シテ利

息支拂ヲ爲サザルトキハ所謂一部辨済ニシテ完全ナル債務ノ履行ニ非ザル故ニ債権者之ガ受領ヲ拒ハモ債権者ノ受領遲滯トハナラナイ。鳩山博士ハ第四四頁ニ於テ「利息ノミヲ辨済スルハ第四九一條ニ依リ違法ナリト解スベキモノトサレテキルガ、例ハ元金千円利息年壹割ニテ利息百円元利千四百円債権ノ場合、千四百円ヲ提供シナケレバナラヌカ、利子ノミ百円ヲ提供スレバ利息債権ノミハ消滅スルカニ付キ、鳩山氏ハ第四九一條ヲ論換トサレ、有効ナル提供ト解サルル如クナルモ、私ハ此ノ場合第四九一條ハ論換トナラヌト思フ。第四九一條ハ債権者ガ任意ノ受領ヲ爲シタルトキ、先ヅ利息ニ充當シ然レ後元金ニ及ブベキモノトシタルニ止マリ、債権者ハ元利全部ハ支拂ヲ受クル権利ヲ有スルモノニシテ、必ずシモ其ノ一部ノ支拂ヲ受テザルベカラザルモノニ非ザレバ其ノ受領ヲ爲スト否トハ債権者ノ自由ナリト解スベキデアレ。

第三、利息債権ノ發生原因



利息債権ハ利息ヲ生ズベキ旨ヲ定メテ法律行為又ハ法律ノ規定ニ依ツテ発生スル。前ノ場合ノ利息ヲ約定利息、後ノ場合ノ利息ヲ法定利息ト謂フ。

(一) 約定利息ハ契約又ハ稀ニハ遺言依ツテ發生スル。其ノ契約ハ元本債権ヲ發生セシメルモノト同一デアルノガ普通ダガ後ノ契約デモ宜シイ。利息ヲ定メル法律行為ハ利率ヲ定メルノガ通常ダガ其レガ必要デハナイ。利率ガ定メラレナイ場合ニハ法定利率ニ依ル(四〇四條、商ニ七六條)。

(二) 民法ハ左ノ各條ニ利息ハ當然生ズベキ旨ヲ規定シタ。其ノ場合ノ利率ハ前記法定利率デアル(四〇四條)。其ノ條文左ノ如シ。

第四一九條第一項、四四二條第二項、四五九條第二項、四六五條、五〇二條第二項、五四五條第二項、五五九條、五七五條第二項、六四七條、六五〇條第一項、六六五條、六六九條、七〇一條、七〇四條、九二七條第二項、九四〇條、一一一四條。

(註)

民法上ノ消費貸借ハ特約ナキ限り無利息ヲ原則トスル(五八七條、五九〇條參照)ニ對シ、商人間ニ於テ金錢ノ消費貸借ヲ爲シタルトキ

ハ貸主ハ法定利息ヲ請求スルコトヲ得ルノデアル(商ニ七五條)。是レ商人ノ行為ノ有償性ヨリ来ル商酌色彩ノ表レノ一デアル。民事債権ハ特約アル場合又ハ法定ノ場合ニ限り利息ヲ生ズルコト前述ノ通りナルガ、法律行為ニ依ル場合ガ約定利息、法律ノ規定ニ因ル場合ガ法定利息デアル。遺言ニ因ル約定利息ヲ考へ得ルモ例ハ稀デアラウ。債権發生當時ニハ利息附ノ契約ナク、後ニ至リ利息附ノ契約ヲ爲シ其レヲ債権發生時ニ追及セシムル契約ヲナシタルニ對シ、其ノ効力が向題トナツタ。

大正九年十月二十日大判

判旨「當事者が無利息ノ貸金ニ對シ、後日貸付当日ニ追及シテ利息ヲ附スル旨ヲ契約スルト同時ニ其ノ既往ノ利息ニ相当スル金額ヲ元本ニ組入ルル契約ヲ爲スモ其ノ利率ガ利息制限法ニ違反セザル限り之ヲ以テ同法第二條ニ違反スル利息ノ支拂ヲ目的トスル無効ノ契約ナリト云フヲ得ズトシタ。

利息附ナル債権ニ於テ利率ノ定メナケレバ法定利率ニ依ル。



法定利率ハ明治十年九月第六六號布告ニ依レバ年百分率定メラレ  
 テキタガ、現行法デハ年五分デアル（四〇四條）  
 然ラハ借用証ニ明カニ利率ヲ記載セズシテ單ニ「制限ノ利率」ト  
 記載シアル場合ニ法定利率ノ意カ又ハ利息制限法ノ制限ヲ超過セ  
 ガル最高限ノ利率ノ意ナルカニ関シテ、

明治三〇年三月二日大判ハ

判旨「契約書中利子ニ関シテ「制限ノ通リ」ト記載シアルハ利息制限法  
 第二條ニ定ムル制限ヲ超過セザル最高額ヲ以テ契約シタルモノト  
 解釈スルハ普通ニ認めラレル横行ナリ、故ニ其ノ範圍内ニ於テ利子  
 ヲ請求スルハ債権者ノ自由ニ屬スレトシテ下級審ガ「制限ノ通リ」  
 ナル語ヲ法定利率ト解シタノヲ破毀シテアルガ、寧ロ法定利率ノ意  
 ニ解スベキデハナイカト思フ。

#### 第四 利息制限法

利息制限法ハ法律的ニモ社會的ニモ注目スベキ問題デアルガ、明治十年太政  
 官布告第六十六號トシテ利息制限法ガ制定サレ、大正八年法律第五十九號ニ依  
 ツテ其ノ制限ガ更ニ嚴格ニサレタ。此ノ法律ニ付イテハ尤ノ諸點ガ問題トナ  
 ル。

(註)

利息制限法ハ種々ノ貞ニ於テ問題トナル。ヨトロツバノ中セテ行  
 ハレタル寺院法ヲ始メ其ノ当時ノ法律ニテハ金錢ヲ他人ニ貸與シ、之  
 ニ對シテ利息ヲ收ムルコトハ一切之ヲ禁ジ、又ローマ法ニテハ利息債  
 務ヲ生ゼシムルニハ一定ノ嚴格ナル制限ヲ設ケテキタ。而シテ近世ニ  
 至リ經濟生活ノ進歩ト共ニ一定限ノ利息ヲ取ルコトハ当然視サレル  
 ニ至ツタガ、然シ其ノ率ハ向題トナル。資本主義經濟組織ノ結果金融  
 業ヲ營業トスルモノガ生ジ、各種ノ手段デ高利ヲ收メ債務者ノ窮迫困  
 難ニ乘ジ不当ナル結果ヲ生ズルノデ社會向題トシテモ重要視サレル  
 ニ至ツタ。其処デ利息制限法ハ民事契約ノ根本タル契約自由ノ原則



ニ対スル制限トシテ注目サレテキル。徳川時代ニ於テハ盲人ハ座頭  
 一ニ金貸業ヲ認メテキル。明治十年利息制限法ガ布告サレタガ今日  
 マデ各種ノ手段デ此ノ法律ヲ潜ル脱法手段ガ講ゼラレキル。此ノ  
 点ヨリ此ノ法律ヲ実益ナシトシテ廢止スベシトノ説モアルガ、国家ガ  
 一定ノ範圍ヲ超エタル利率ノ契約ハ国家ノ裁判所トシテハ是認シナ  
 イト云フ態度ヲ示スコトハ適當デアレバ、寧ロ之ガ不備ヲ改正シテ実  
 益アラシムベキデアル。大正八年多少改正サレタガ、此ノ法律ノミデ  
 ハ高利ヲ目的トシテ貪民ヲ苦シメル社会の害悪ヲ充分ニハ防ゲナイ  
 カラ、更ニ他ノ立法ヲ以テ之ヲ禁ジ併セテ細民階級ノ金融ノ途ヲ闢ベ  
 ベキデアル。

(一) 新法ニ遊及効ガアルカ。

(註)

旧法(明治十年)ニテハ百円未満ハ二割ナリシガ、新法ニテハ一割五分  
 百円乃至千円未満ハ旧法デハ一割五分ナリシガ、新法デハ一割二分、

千円以上ハ旧法ニテハ一割二分ヲ新法デハ一割ト改正シタ。然ラバ  
 向題ハ旧法時代ニ爲シタル消費貸借ノ利率ガ新法時代ニテハ如何ナ  
 ル率ニ從フベキヤノ点デアル。此ノ点ニ付テハ裁判所ハ法律不遊及  
 ノ原則ヲ取ツテ可ル。

大正八年二月一五日大判

判旨「利息制限法ニハ之ガ制限ヲ旧法施行當時ニ決定シタル利率ニモ  
 適用スル旨ノ規定ナク而モ法律ハ既往ニ遡ラザルヲ原則トスルヲ  
 以テ該改正法タル新法ハ其ノ施行以後ニ約定セル利率ニ對シテ初  
 メテ適用アルモノニシテ旧法施行當時ニ契約シタル利率ニ付テハ  
 縱令其ノ利息ノ發生ガ新法施行以後ニ係リ其ノ歩合ガ新法所定ノ  
 制限利率ニ超過シタルトキトモ依然トシテ其ノ効力ヲ有スルモ  
 ノト解釈セザルベカラズ」

大正十年五月二十三日(八七七)大判モ同趣旨ニテ

判旨「大正八年法律第五九號ニテ改正セラレタル利息制限法第三條ハ



其ノ施行以後ニ約定スル利率ニ対シ、初メテ通用アルモノニシテ旧法施行當時ニ契約シタル利率ニ付テハ縱令其ノ利息ノ發生ガ新法施行後ニ係リ其ノ歩合ガ新法所定ノ制限利率ニ超過シタル時トモ其ノ効力ヲ有スベク、約定利息ヲ標準トスル遲延利息ニ於テモ之ト異ルコトナシ。

大正一〇年五月二十六日（八三）大判モ同趣旨、

然シ私ハ右判例ノ当否ニ付テハ疑ガアル。利息制限法ガ一定限ノ範圍ヲ超エタル利率ノ契約ヲ裁判所ニ無効トスルノハ社会經濟ノ上ヨリ見テ不当トスルニアレバ、法律ノ精神ヨリシテ斯ル場合ニハ新法ニ從フベキデハアルマイカ。判例ハ「法律ハ既往ニ進ラズト云フ原則ニ拘泥シテ法ノ精神ヲ忘レタモノデアル。」

編註、大正十年ノ右ノ判次ニ對シ我々教授ハ評釈シテ「利息制限法ヲ以テ單ニ利息契約ノ効力ヲ制限シタルモノト解スレバ、旧法時ノ契約ヲ原則トシテ何等ノ影響ヲ被ラズト云フコトモ出秉ヨウガ、之

二、第四條ノ裁判上無効トハ如何ナル意味カ

(註)

ニ及シ若シ制限法ヲ現在ノ法律狀態ヲ規律スルモノトセバ現ニ發生スル利息ハ悉ク制限ヲ受ケルモノト見レノガ至当ナルコトナリ、而シテ其ノ何レニ解スベキカハ主トシテ此ノ法律ノ有スル使命ニ依ツテ決スベキモノデアリ。利息制限法ノ如キハ其ノ施行ノ日カラ制限外ノ利息ノ發生スルコトヲ全然阻止スルモノト解スベキデハナカラウカレト解サレテキル。(判例民法十年度ニ三四頁)。

制限法第四條ニハ「礼金株利等ノ名目ヲ用アルモノアルモ總テ裁判上無効ノモノトスレトアルガ、其ノ意味如何、判例ハ、

明治四二年七月三日大判ニテ

判旨「利息制限法ノ制限ヲ超過スル利息ノ約條ハ不法ナルヲ以テ裁判上之ヲ請求スルコトヲ許サザルト同時ニ當業者ガ既ニ收受ラ了シタルトキハ之ヲ制限内ニ引直シ計算ヲ爲スベキモノニ非ズトシ



テ一旦支拂タル以上ハ有効ト見、一種ノ自然債務的ニ考ヘテキル。  
大正一〇年三月五日大判(三三)三同趣旨ニテ

判旨「利息制限法所定ノ利率ニ超過シタル利息ヲ支拂フコトヲ許シタ  
ル場合ニ債務者が異議ヲ留メズシテ之ガ支拂ヲナシタルトキハ判  
限ニ超過シタル利息ヲ支拂ヒタルモノトシテ該超過部分ヲ取戻ス  
コトヲ得ザルモノトスレトシテキル。

然レ此ノ実モ一ノ向題デアル。明治十年頃ノ法律ハ一般ニハ裁判官  
ニ對スレ命令即チ裁判規範トシテ示サレタモノデアレバ、裁判上無効  
トハ裁判外デハ有効トスル意味デハナイ。サレバ示私博士モ大正十  
年ノ右ノ判決ニ對シ評釈シテ「大審院ノ此ノ態度ヲ以テ民法七〇八  
條乃至利息制限法第二條ノ文字ニ拘泥シ過ギタル結果ダト思フレト  
シテ反對ノ意ヲ示サレキル。

明治四十四年十一月十六日大判

判旨「債権者が一旦債務者ノ承認ヲ經テ利息制限法ノ制限ニ超エル利

息ヲ元金ニ組入レタル後トモ債務者が辨済ヲ拒ム限リハ債権者  
ハ利息制限法ノ規定ニ從ヒ、更ニ計算ヲ爲シ、元利金ノ辨済ヲ請求セ  
ザルベカラズト爲ス。

大正六年四月一六日大判モ同趣旨ニテ、

判旨「利息制限法ノ規定ニ超過シタル利息ハ当事者間ニ於テ任意上既  
ニ之ガ授受ヲ爲シタル時ハ之ヲ制限内ニ引直シ計算スベキモノニ  
非ズトモ、裁判上之ガ請求ヲナスハ其ノ名目ノ如何ヲ問ハズ苟モ  
制限ニ違背シタル利息ノ支拂ヲ請求ノ実アル以上ハ之ヲ許容スベ  
キモノニ非ズレトナス。

編註、右ノ旨ニ關スル學說ヲ見ル。

鳩山博士「制限ヲ超過スル利息ニ付キ制限法ハ「裁判上無効ノモ  
ノトシ各其ノ制限迄引直サシムベシト規定ス。其ノ意義ニ付  
キ解説上議論アリ。判例ハ裁判上超過利息ヲ請求スルコトヲ得  
サルモ任意ニ支拂ヒタルトキハ返還ヲ請求スルコトヲ得ザルモ



ノト解スレモ、余ハ之ヲ反シ第七〇八條但書ニ依リ返還ノ請求ヲ爲シ得サルモノト解スレ（四六頁）トサレ、末弘博士モ「裁判所ハ從來制限法ニ超過スル利息ニテモ一旦支拂タル以上ハ之ヲ取戻スヲ得サルモノト解シテキルガ、コレヲハ制限法ノ價值ヲ無カラシムルモノデ、此ノ場合ニ第七〇八條但書ヲ適用シ、所謂不法ノ原因ガ受益者側ニノミ存スルモノト見テ給付セシ物体ヲ取戻サシムベキモノトスル學者モアル。然シ私ハ此ノ場合ヲニツニ分テ考ヘルベキデハアルマイカト思フ。即チ其ノ制限ヲ超過スルノ高利ナルコトヲ自ラ信ジテラ之レヲ借り更ニ之ヲ治用シテ營業資金トスルガ如キ者ニハ其ノ高利ナルガ故ニ取戻サシムベキ必要ハナイガ、之ニ及シ相手方ノ困窮セル事情ヲ見込ニテ高利ヲ貪リシ場合ハ第七〇八條但書ニ相当スルノデハアルマイカ。独氏一三〇八條ニハ他人ノ窮迫輕卒又ハ無經驗ニ乘ジテ高利ヲ貪ルノ行爲ハ法律上無効トシテキル（同博士論議）

（三）金銭貸借ノミニ付テノ制限力

（註）

此ノ處ハ同法第一條ニ「凡ソ金銀貸借上ノ利息トアル莫ヨリ金銭貸借ノ向題ニ限り適用アリテ例ヘバ米ヲ貸シ不当ノ利米ヲ貪ル如キ行爲ニハ適用ナキカガ向題トナル。大審院デハ金銭貸借ニ限り適用アルモノト見テキル様デアル。

明治三十一年二月十七日

判旨「利息制限法ハ金銭貸借上ノ外適用スベキモノニ非ズ」

明治三十四年十月二十二日

判旨「利息制限法ハ金銭貸借ノ場合ニ限り適用ヲ受クベキモノトス」

大正七年一月二十八日 及ビ

大正九年七月十日 大判ハ何レモ同趣旨ニテ

判旨「明治十年太政官布告第六六号利息制限法第二條ハ金銭ヲ貸付ケ暴利ヲ貪ルノ弊ヲ防止セシガ爲メニ制定シタルモノナルヲ以テ、單



ニ金錢ノ貸借ニ關シテノミ適用アルモノニシテ米穀ノ貸借ニ付キ適用スベキモノニ非ズトシテヤル。

大正十年十一月二十八日八一七ニ大判ハ

金錢問題ナルモ代金ノ殘額ヲ資金トシタル所謂準消費貸借ニ利息制限法ノ適用アルカガ問題トナツタ。

判旨「利息制限法ハ金錢貸借ノ場合ニ限り適用スベキモノトス。從ツテ買主ノ支拂フベキ賣買代金ニ利息ヲ附スルコトヲ約シ代金ノ一部ト見ラレル如キ場合ニ適用スベキモノニ非ズ」。

然シ私ハ此ノ旨ニ付イテモ判例ノ当否ヲ疑フノデアル。法ノ精神ヨリスレバ金錢貸借ニ限ラズ他ノ場合ニモ類推シテ適用スベキデハアルマイカ。

四、脱法行為防止規定（四條、五條、商施一七條）ノ意義及ビ効用

(註)

利息制限法ノ如キ規定ハ各種ノ手段ニ依リテ濫ラレ得ルノデ、之ヲ

防止スル規定ガアル。例ハバ利息ト云フ名称ヲ用ヒズシテ違約金、損害金ノ如キ名目ヲ以テスルモノガアルガ、斯ル名目ヲ以テスル契約モ無効デアル。商施一七條ニハ「利息制限法第五條ノ規定ハ商率ニハ之ヲ適用セズトアル。

棒利ノ語ニ付キ徳川禁令後集十七ニアル。

昭和五年一月二十八日大判(五)ハ各種ノ名目ヲ以テスル利息制限法脱法行為ニ對シ大審院ガ興味アル判決ヲ爲シテヤル。

事案ハAガBヨリ金八百円ヲ借入レタガ手数料金百六十円、辨済担保金二百円、租保物件調査費金百円制限外利子金四百円ヲ控除シ殘金參百三十六円ノ交附ヲ受ケタルニ過ギナイ。其ノ後尙本別ニ借入レヲ爲シテ結局金六千

二十五円ノ消費貸借公正証書ヲ書カサレテヤルガ、事實ニ於テ千七百九十六円三十五錢ヲ受取リタルニ過ギナイ。問題ハ制限超過利息ノ控除ト消費貸借ノ成立ガ問題トナツタガ、原判決デハ「金錢消費貸借ノ成立ニハ必ずシモ現貨ニ金錢ノ授受アリタルコトヲ要



セズレトシタノヲ一部破毀差戻シテ、

判旨「利息制限法ノ規定ニ超過シタル利息ヲ現契ニ授受スルコトナク  
貸付金ヨリ控除シ残額ヲ授受スルニ止マルトキハ、該控除額ニ付テ  
ハ借主ニ現金授受ト同一ナル經濟上ノ利益ヲ享受マシムルモノト  
云フヲ得ザルヲ以テ該部分ニ付テハ消費貸借ヲ成立セシムルモノ  
ニ非ズト解スルヲ妥當トスレトシテヤル。

四、此ノ法律ノミニテ高利ノ弊害ヲ防ギ得ベキカ

(註)

此ノ真ニ付テハ此ノ法ノミニテハ不完全ナノデ他ノ新立法ニ依リ  
一面金融ノ途ヲ堵ズルト共ニ高利貸退治ノ法ヲ制定スベキモノデア  
ル。而シテ去ル五十九議會デ法律案トシテ提出サレタガ西院ヲ通過  
スル迄ニ至ラナカツタガ近キ將來ニ於テモ必ス問題トナルベキ事デア  
アル。

### 第五、重利

重利又ハ複利トハ辨済期ニ支拂ハレザル利息ニ更ニ利息ヲ生ゼシメルコト  
デアアル。支拂ハレザル利息ヲ元本ニ組入レ其ノ合計額ヲ元本トシテ更ニ利息  
ヲ生ゼシメルノガ普通デアアルガ元本ハ既ニ辨済サレ利息ノニ延滞セル場合ニ  
其ノ利息ニ利息ヲ生ゼシメルコトモ出末ル。併シ何レノ場合ニモ重利ハ当然  
ニハ生ゼヌノデアツテ其ノ豫約ガアリ又ハ法定ノ手段ガ講ゼラレタ場合ニ限  
ル。

(註)

利息ニ附シタル利息ヲ重利又ハ複利ト云ヒ、債務者保護ノ立場ヨリ  
シテ重利ヲ禁ズベシトスル説アルモ既ニ延滞セル利息ヲ元本ニ組入  
レルコトハ利息制限法ノ規定ヲ超エザル程度デハ止ムヲ得ナイコト  
デアラウ。重利ハ当然ニハ生ゼヌノデアツテ、當事者ノ意思ヲ以テ延  
滞利息ヲ元本ニ組入レ之ニ利息ヲ附スル特約アルカ、又ハ法律ノ規定  
ニ基ク場合デアアル。前者ガ約定重利、後者ガ法定重利デアアル。故ニ一



寸向題トナルハ延滞セル利息債務ニ遲延利息ヲ生ズルカノ虞デアリ。  
大正六年三月五日大判ハ

判旨「元本ニ對シ利息ヲ支払フ場合ニ重利ノ契約アルカ若クハ民法第  
四〇五條ニ依ルニ非ザレバ利息ニ對シテ更ニ利息ノ支拂ヲ請求ス  
ルコトヲ得ズトシテ延滞利息ノ場合ニモ利息ノ延滞一年分以上  
ニ達シ初メテ重利ヲ附スルコトヲ得ル第四〇五條ノ制限ヲ受クル  
モノトシテ可ル。」

### (一) 約定重利

利息が辨済期ニ支拂ハレザルトキハ之ヲ元本ニ組入ルベキ旨又ハ利息ヲ  
其ノ辨済期ニ支拂ハズシテ之ヲ元本ニ組入ルベキ旨ヲ當事者が右ノ辨済期  
前ニ特約スルコトガアリ得ル。民法ハ其ノ特約ヲ禁ズ又故利息制限法ニ纏  
レザル限り有効ト解スベキデアリ。(独民ニ四八條、瑞債三一四條参照)

(註)

約定重利ニ種アリテ、其ノ一ハ重利豫約トモ云フベク、即チネダ延

滞利息ヲ生ゼザル以前ニ於テ豫メ若シ利息ヲ延滞シタルトキハ之ヲ  
元本ニ組入ルベキ旨ヲ約スルヲ云ヒ、其ノ二ハ延滞利息ヲ生ジタル後ニ  
至リ當事者ノ意思ヲ以テ其ノ延滞セル利息ヲ元本ニ組入ルルヲ約ス  
ルヲ云フ。其ノ何レニスルモ民法ハ重利ノ特約ヲ禁ズナイ旨旨デ  
アル。銀行法規中貯蓄銀行法ハ第一條「複利ノ方法ニ依リ預金  
ヲ受入ルルコトトシテ重利ヲ附スベキ旨ヲ定メテ可ル。外国ノ立  
法中独民ニ四八條「ハ」辨済期ニ達シタル利息ニ再ビ利息ヲ附スル  
コトヲ豫メ約シタル合意ハ無効トス」トシテオリ、瑞民債權法三一四  
條モ事前ノ豫約ヲ禁シテ可ル。判例ハ

大正六年八月八日大判ニ於テ

判旨「一定ノ辨済期ニ利息ヲ支拂ハザル場合ニ於テ之ヲ元本ニ組入レ  
更ニ利息ヲ生ゼシムベキ契約即チ複利契約ハ其ノ利率ガ利息制限  
法ニ條ニ定ムル範圍内ナルトキハ同法ニ抵触セザルノミナラズ  
民法ニ於テモ之ヲ禁ゼザルモノナレバ契約自由ノ原則ニ依リ有効



ナリトスレトシテ重利契約ハ有効ト見テオレ。  
 重利ノ豫約ニモニ種アリテ利息ハ毎年一定ノ期日ニ支拂フベキヲ約  
 シ、若シ其ノ期日ニ支拂ハガルトキハ之ヲ元本ニ組入レルト云フ特約  
 ト、利息ハ毎年毎ニ支拂ハガルトコトヲ前提トシテ豫約スルモノトノニ  
 ナリ。何レモ有効デアラウ。

(三)、法定重利(四〇五條)

第六節 選擇債權

第一、選擇債權ノ意義

選擇債權ノ意義ハ個別的ニ豫定サレタ數個ノ給付中、選擇權者ノ選擇ニ依ッ  
 テ確立スベキモノヲ目的トスル債權デアツテ、之ヲ確立シ得ベキ給付ヲ目的ト  
 スル債權ノ一種デアレ。右ノ數個ノ給付ハ同一ノ資格ニ於テ債權ノ目的トナ  
 ツテオレルデアレガ、其ノ中或給付ガ選擇サレルト其ノ給付ノミヲ目的トスル  
 債權ガ當初ヨリ存在シタルコトトナルノデアツテ、結局債權ハ一個ト考フベキ  
 デアル。

(註)

債權ノ内容ハ初メヨリ確定シテオレルコトハ必要デナイノデアツテ、  
 唯確立シ得ベキモノナレバヨイ。種類債權ハ米一石ト云フガ如ク分  
 量ハ豫定サレテオレルニ對シ、選擇債權ハ數個ノ個別的ニ豫定サレタ  
 給付ノ中、選擇ニ依ッテ定マレベキ一個ノ給付ヲ目的トスル債權デア  
 ア



ル。即チ選扶セラルベキ給付が個別的ニ豫定サレラキル處が種類債權ト具ル。而シテ其ノ數個ノ給付ハ同一ノ資格ニ於テ債權ノ目的トナツテキルノデアツテ、例ヘバ甲馬又ハ乙馬ヲ給付スベシトスフガ如キ之デアツテ、甲馬ヲ給付スベシ、若シ甲馬ノ給付が不可能ナラバ乙馬ヲ給付スベシトスフノハ選扶債權ヲハナクシテ任意債權デアレ。選扶債權ニ於テハ選扶債權者ガ選扶ヲスレバ、前例ニ於テ甲馬ヲ選扶スレバ甲馬ニ對スル債權ガ初メヨリ成立シテキタコトナリ、乙馬ニ對スル債權ハ存在セザリシコトナル。選扶債權ニ付テハ債權ガ一個カ數個カガ爭ハレルガ、單數債權ト見ルベキデアリ、數個ノ債權ガ條件的ニ並列シテキルモノト見ルノ必要ハナイ。

第二、選擇權者及び選擇方法

選擇權者ハ債務者ト云フコトニナツテキルガ(四〇六)、契約デ債權者又ハ第三者ニ選擇權ヲ屬セシメルコトモ出来ル。選擇權者ガ選擇權ヲ実行シナイ

場合ノ選擇權ノ移轉ニ付テモ規定ゲアルガ(四〇八、四〇九第一項)、特約ニ依ツテ別ノ定メヲ爲シ得ル。選擇權ノ行使ハ意思表示ニ依ル單獨行為デアツテ(四〇七第一項、四〇九第一項)、其ノニ依ツテ選擇債權ノ特定ヲ生ズルト普通ニ説明スルガ、選擇ガ直ニニ債權ノ満足、又ハ債務ノ履行デアツテ、其ノ後ニ債權關係ヲ參サヌコトモアリ得ル。

(註)

選扶權ノ存在ハ當事者ノ意思表示又ハ法律行為ノ性質ニ依リ、定マラルモノニシテ、當事者ノ意思ニ依リ何人ヲ選扶權者トスルカハ隨意デアアル。故ニ債權者債務者ノ何レカラ選扶權者トスルコトモ出来レバ、又第三者トナスモ妨ゲナイ。然シテ法ハコノ處ニ付キ何等ノ定メノ無キトキハ「選擇權ハ債務者ニ屬ス」(四〇六)トス。爭柄ノ性質上当然デアレガ、本條ハ強行法ニ非ザレバ之ト要ル定メヲ爲スヲ妨ゲナイコト前述ノ通りデアアル。

明治四十一年十二月十日大判モ之ヲ認メテ



判旨「選取債務ニアリテモ当率者間ニ於テ初メヨリ選取權ヲ債権者ニ付與スル旨ノ特約ヲ爲スコトヲ妨グズトス。

然ラバ原則トシテ選取權者タル債務者ガ其ノ選取權ヲ行使シナイ場合及ビ債権者ノ之レヲ有スル場合債権者ガ行使シナイ場合ニ於テ、第四〇八條ノ條件ヲ具備スル時ハ選取權ハ相手方ニ移轉ス。又第三者ガ之ヲ有スルトキ選取ヲナスコト能ハズ、又ハ之ヲ欲セザルトキハ選取權ハ債務者ニ屬スルガ故デアル。第四〇九條第二項ハ「爲スコト能ハズ、又ハ之ヲ欲セザルトキハトキアリ、其ノ諸曖昧デアルガ、第三者ガ不能デモナク又欲シナイノデモナイガ、自ラ進んで選取權ヲ行使シナイ場合ニハ、四〇八條ノ趣旨ニ依リ催告ヲ爲サシメ、尚第三者ガ選取シナケレバ選取權ハ債務者ニ屬スルモノト解スベキカ。第四〇九條ニ項モ強行法デナイカラ之ト異ル特約ヲ爲スヲ妨ゲナイ。本條ノ規定ガ限定的種類債権ニ付テモ準用アルカガ問題トナツタ。

大正五年五月二十日大判

判旨「選取債権ニ於ケル選取權ガ第三者又ハ債権者若クハ債務者ニ存スル場合ニ於テ之ガ不行使ニ伴フ選取權ノ歸屬ニ関スル民法第四〇九條及ビ第四〇八條ノ規定ノ趣旨ハ限定的種類債権ニ於ケル選取權不行使ノ場合ニモ亦準用セラルベキモノトス。

大正八年五月十日大判五同趣旨デ

判旨「甲ハ自己所有ノ田地ノ内一定ノ段別ヲ乙ニ贈與スルコトヲ契約シタルモ、贈與地ノ選取ヲ爲サズシテ履行期ヲ徒過シタルニ依リ、乙ハ相当ノ期間ヲ定メテ地所ノ選取ヲ爲スベキコトヲ甲ニ催告シタルモ其ノ選取ヲナサザリシ事案ヲ認定シ、民法四〇七條、四〇八條ヲ準用シ贈與地ノ選取權ハ乙ニ歸屬シタリト判示シタル判決ハ相当ナリトス。

選取權行使ノ方法ハ相手方ニ對スル意思表示デアルハ四〇七條ノ、  
 第三者ガ選取權ヲ有スルトキ其ノ相手方ハ債権者債務者双方ニ對シ



テ意思表示ヲシナケレバナライ。選択権行使ノ意思表示ハ單独行  
爲タル一種ノ形成権デアアル。

### 第三、選擇ノ効果

(一) 選擇ノ意思表示ハ「相手方ノ承諾アルニ非ザレバ之ヲ取消スコトヲ得テ  
イ(四〇七條)ガ茲ニ取消ト云フノハ撤回ノ意味ヲ法律行為トシテノ普通  
ノ取消ハ勿論ナサレ得ル。第四〇七條ハ債務者が選擇權ヲ有スル場合ノミ  
ニ付テ規定サレテアルガ、第一項ハ債権者が選擇スル場合ニモ適用サレ、第二  
項ハ更ニ第三者が選択スル場合ニモ適用サレル。其ノ場合ノ相手方トハ債  
権者債務者双方ト解スベキデアアル。

(註)

選択ノ意思表示ガ効カヲ生ズルト債権ハ其ノ選択サレタ條件ノ上  
ニ特定ス。而シテ一旦特定シタル以上ハ相手方ノ承諾アル場合ニ限  
リ選択ノ意思表示ヲ撤回シ得ル(四〇七、二項)。民法ハ本條ニモ「  
取消レナル詔ヲ用ヒテキルガ、意思表示ノ瑕疵又ハ行為無能力ニ依ル

取消ヲ意味スルノゾハナク、若シ詐欺、強迫等特別ノ理由アラバ一般ノ  
原則ニ從ヒ取消シ得ルコト勿論デアアル。第四〇七條ニ「前條ノ選  
択權ハレトアリ、而シテ四〇六條ハ債務者ノ選擇權ニ關スル規定ナル  
モ、單ニ債務者ノ場合ノミナラズ債権者ノ場合ニモ同様ニ適用サレ、第  
三者が選擇權ヲ有スル場合モ同様デアアル。然ラバ第三者ガ撤回ヲナ  
サントスル場合ニ相手方ノ承諾トハ債権者債務者双方ノ承諾ヲ要ス  
ルカ又ハ其ノ一方ノミニテ足ルカハ疑問ナルモ、選擇ノ意思表示ガ當  
事者ノ一方ニ對シテ爲サレタルト双方ニ對シテ爲サレタルト向ハ  
ズ常ニ双方ノ同意ガナケレバ撤回シ得ナイモノト解スベキデアラウ。

(二) 第四一條本文ハ選擇ノ効力ガ債権發生ノ時ニ遡レ旨ヲ規定シタ。之ハ  
畢竟四一條第三項ノ場合ニ不能トナリタル給付ヲ選擇シ得ルト云フコト  
ニ外ナラヌ。而シテ四一條但書ハ其ノ適用ノ場合ヲ見出し得ナイ。

(註)

第四一條ハ「選擇ハ債権發生ノ時ニ遡リテ之ノ効カヲ生ズルト



アル。之ヲ選取ノ期及効ト云フ。選取ノ期及効ヲ認メル唯一ノ実益ハ第四一〇條ニ依レバ選取權ヲ有シナイ者ノ過失ニ依リテ給付が不能トナリタルトキハ債權ハソノ殘存スルモノニ付キ存在スルトアルノデ、例ヘバ甲馬カズ馬ヲ給付スベシトスル選取權ヲ債權ノ有スル場合債權者ノ過失ニ依リ乙馬ヲ殺セバ債權者ガ甲馬デモ乙馬デモ選取シ得ルノデアルガ、乙馬が給付不能トナレバ乙馬ヲ選バハ選取ノ効果ガ債權發生ノ時ニ起リ損害賠償ノ問題トナル。即チ選取ノ期及効ヲ認メル実益ハ此ノ実ニ存ス。債權者ニ選取權ノアル場合モ同様デ、債權者ガ乙馬ヲ殺シ債權者ガ乙馬ヲ選取スレバ給付ノ目的物ハ債權ノ過失ニ依リ履行不能トナリタルモノナレバ、債權者ハ債權ヲ免ルルコトトナル。

次ニ本條但書ノ意味如何。私ハ本條但書ノ適用ノ場合ハ考ヘラレ得ナイト思フ。末弘博士ハ本條但書ノ適用ノ例トシテ「例ヘバ債權者ノ選取ニ依ツテ甲乙ニ物中ノ何レカラ給付スベキ債權者ガ選取前甲

ヲ質ニ入レテ仕舞ツタトシテモ、債權者ハ甲ヲ選取シテ質入ノ無効マデヲモ主張シ得ナイ。彼ハ唯債權者ニ對シ質物ヲ受ケ戻シテ履行ヲ爲スベキコトヲ請求シ得ルニスギナイノデアルレ(四四頁)ト例示サレテアルガ、然シ此ノ場合ハ甲乙何レデモ選取スルコトハ出来ルガ質權者ハ第一九二條ニ依リ權利者トナツテアルカラ、債權者ガ甲ヲ選取シテ其ノ所有權ヲ得ラモ引渡ヲ受ケテオナイカラ第三者タル質權者ニ對抗シ得ナイノデ、第四一一條但書適用ノ結果デハナイト思フ。

編註、

鳩山博士(五七頁)ハ「期及効ニ関シ民法ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ズト規定ス。此ノ規定ニ関シテ解釈上三説アリ。一選取セラレタル給付が特定物ニ關スル物權ノ設定移転ヲ目的トスルトキハ常ニ此ノ規定ノ適用アリトノ學説アリ。即チ選取債權者ハ選取期及効ノ結果初メヨリ物權ヲ取得シタルコトトナリ、債權成立後選取前ニ其ノ特定物ニ付キ物權ヲ取得シタル第三者ノ權利ヲ害ス



ルノ結果トナルガ故ニ此ノ規定ヲ以テ第三者ヲ保護シタルモノトス（梅氏、横田氏）。四、債権的行為ト物権的行為トヲ區別スル獨立主義ノ學說ヲ採ルモノハ選取ノ結果債権者ガ初メヨリ特定物ニ因スル債権ヲ取得スルモ唯債権ヲ有スルニ止マリ物権ヲ取得スルコトナク從ツテ第三者ニ對抗シ得ベキ權利ヲ取得スルコトナキガ故ニ此ノ規定ハ無用ノ規定ナリトス（石坂氏）。い、特定物ノ給付ヲ目的トスル債権ガ第三者ノ權利ニ優先スベキ稀ナル場合即チ不動産上ノ權利ノ設定移転ヲ目的トスル選取債権ニ付キ假登記アリタル場合ニ於テ此ノ規定ノ適用アリトスル學說アリ、余ハ管テ第三說ヲ採リタルモ今ハ改メテ第二說ヲ採ラントス、蓋シ民法ガ第三者ノ權利ヲ害スル事ヲ得ズト規定スルハ注意的規定ニ過ヤヤルコト其ノ例ニ乏シカラザルニシテ假登記ニ依リテ公示方法ヲ具備シタル債権者ノ權利ヲ保護セザルハ假登記ヲ無効ナラシメ登記制度ノ趣旨ニ反スルモノナレバナリトシテ、第三者ノ權利ノ害

セラルベキ場合ナシトサレテキル。之ニ反シ末弘博士、磯谷氏ノ如キハ石鳩山博士ノ說ノ如キハ物權ノ移轉ヲ爲スニハ特ニ格段ナル別個ノ物權契約ノ締結ヲ必要トストノ独民のナ根本的觀念ニ基礎ヲ置クモノナレトモ、我が民法ノ如ク特定物ノ賣買ニ在リテハ、其ノ賣買契約ヲ爲スニ當リ特ニ反對ノ意思表示ナキ限り直チニ所有權ガ買主ニ移轉スベキ法理ヲ採ル民法ノ下ニアリテハ、本條但書ハ大イナル実益アリトカレテキル。即チ選取ノ適及効ヲ認ムルノ当然ノ結果トシテ中途ヨリ物權ヲ得タル第三者ノ權利ヲ害スルコトガアリ得ルガ故ニ之ガ救済ノ方法トシテ但書ヲ設ケタモノトスル。磯谷氏一四二頁、末弘氏講義）。

第四、給付不能ニ因ル特定

選擇債権自的タル給付中不能ノモノアル時ハ債権ハ残存給付ニ付テ存在シ残存給付が一個ナルトキハ債権ハ特定ス（四〇一第一項）。  
細別スレバ尤ノ通りデアル。



(一)、原始不能ノ場合。

此ノ場合ハ寧ろ當初カラ特定債権が成立シタモノト見ルカ、又ハ債権が全然成立セザリシモノト見ルベキデアル。

(二)、後發不能ノ場合。

(イ)、當事者ノ過失ニ因ラザル場合。

(ロ)、選擇権者ノ過失ニ因ル場合。

此ノ場合ノ中債務者が選擇権ヲ有スル場合ニ付テハ第四一〇條一項が適當ダガ債権者が選擇権ヲ有スル場合ハ寧ろ第二項ニ含マシムベキデアツタ。

(ハ)、選擇権ヲ有セザル當事者ノ過失ニ因ル場合(四一〇條二項)。

(註)

原始不能ノ場合債権ハ初メヨリ殘存給付ダケヲ目的トシタルモノトスル(四一〇條第一項前段)。併シ選択ニ重キヲ置キタル場合ハ選択ハ不可能ナレバ斯ル債権ハ始メヨリ全然存在シナカツタモノト見ルカノ何レカデ片付キ得ル。

選択権者ノ過失ニ因ル場合ノ中、債務者が選択権ヲ有スル場合ハ、四一〇條一項デヨイガ、債権者が選択権ヲ有スル場合ニ付イテハ同條第二項ニ含マシム選択権ハ依然存続シ特定ヲ生ゼズトスル方が公平ノ様デアル。

G (債権者)

A馬 B馬

S (債務者)

例へバ債権者が選択権ヲ有シA B何レカノ馬ヲ選択シ得ベキ場合ニ自己ノ過失ニ因リA馬ヲ殺シタル場合、第四一〇條ニ因レバ債権ノ目的ハ殘存セルB馬ノ

給付ニ付キ存在スルコトトナル。然シ其ノ結果ハ債権者ニトリテ酷デアル。何トナレバ彼ハ自己ノ過失ニ因リA馬ヲ殺シタルモノナレバ、A馬ニ對スル損害ヲ賠償シ且ツB馬ニ對スル代金モ支拂ハネバナラヌコトトナル。即チ債権者ハA B兩馬ヲ買フト同様ナル出資ヲ為スコトトナリ、更ニ債務者ノ立場ヨリ見ルニ、彼ハ最初A B兩馬ノ中何レカノ一方ノミヲ賣却センコトヲ期シタルニ、債権者がA馬ヲ殺シB馬ヲ選択スルノ結果A B兩馬ヲ失フコトトナリ豫期ニ反シタル結果



トナル。故ニ斯ル場合ハ債権者ヲシテA馬ヲ選取セシメ之ニ對スル損害ヲ賠償セシムル方が適當デハナイカト思ハレル。  
債務者が選取権ヲ有スル場合。

大正五年五月八日神地裁法新一一七七號ニ五頁

判旨「鑛山賣却代金ヲ買主ノ選取ニ依リ即金ニテ拂戻シ、又ハ鑛山ノ利益ノ四分ノ一宛ヲ以テ完済スベキコトヲ約シタル場合ニ、買主ガ該鑛山ヲ購置シタルトキハ右選取債務ハ利益金ニテ支拂フコト能ハサルニ至リタルガ故ニ即金ニテ支拂フコトニ確定スレトシテ平ル。

### 第五、任意債権

選擇債権ニ於テハ各給付が同一ノ資格ニ於テ債権ノ目的トナルノデアアルガ、所謂任意債権ニ在リテハ一ノ給付が本来ノ目的デアツテ他ノ給付ハ其ノ補充又ハ代用デアアル。任意債権ノ所謂代用権ヲ債権者が有スル場合ト、債務者が有

スル場合トアルガ、其ノ何レノ場合ニモ選擇債権ノ規定ハ適用サレナイ。

(註)

任意債権トハ債権者又ハ債務者が債権本来ノ目的タル給付ニ代ヘテ、他ノ給付ヲ爲シ得ル権利ヲ有スル債権ヲ云フノデアアル。即チ任意債権ニ於ケル給付ノ目的ハ同一資格ヲ對立スルモノデハナク例ハバ本来馬ヲ給付スル債務ナルガ若シ債務者ノ都合悪シク馬ノ給付ヲ欲セサル所ハ馬ニ代ヘテ牛ヲ給付スベシト約スルガ如キデアアル。即チ牛ガ馬ニ代用シ補充スルノデ選取債権ト異ル。サレバ本来ノ給付タル馬ガ不可抗力ニ因リテ死亡スルモ、債権ノ目的ノ特定ヲ生ズルコトハナイ。債権者が代用権ヲ有スル例トシテ、

大正三年七月八日大判ハ

判旨「玄米若干ヲ支拂フベシ若シ之無キトキハ金若干ヲ支拂フベシトノ債務ハ玄米又ハ金銀ノ二者中何レカーヲ選取シテ支拂フベキ債務ニ非ザルガ故ニ債務者が玄米ヲ支拂ハズシテ金銀ノ支拂ヲ爲ス



コトヲ得ルハ、債務者ニ於テ單ニ金錢ノ支拂ニ決意スルヲ以テ足ル  
モノニ非ズシテ、其ノ玄米ヲ支拂フコトヲ得ザルコトノ執行等ニ因  
リ確定シタル後ニ於テ初メテ金錢ノ支拂ヲ爲スコトヲ得ルモノト  
スレトシテ、債権者が金錢支拂債権ヲ選取シ自己ノ債権ト相殺ヲ環  
用セントシタノヲ認メナカツタ。

### 第七節 損害賠償債権

#### 第一、意義

或ル人が自己ノ受ケタル損害ノ補填ヲ他人ニ請求シ得ル場合ガアル。其ノ  
請求權ヲ損害賠償債権ト云フ。右ノ債権ハ債務不履行又ハ不法行為ニ因ツテ  
生ズルノヲ普通トスルガ、其ノ他保險契約ノ如キ契約又ハ徵發、土地収用、耕地  
整理、區劃整理、等ニ關スル法律ノ規定ニ依ツテ生ズルコトモアリ、其他不法行  
爲ニモ債務不履行ニモ因ラザル損害賠償債権ノ發生ガ民法中諸處ニ規定サレ  
テキル（一一七條、一九八條——二〇〇條、二〇九條ニ項、一一二條、一一三  
ニ條、四四二條ニ項、四五九條ニ項）。右ノ中債務不履行ノ場合ノ損害賠償請求  
權ハ元來ノ債権ノ繼續變形ニ他ナラヌ。

(註)

損害賠償ノ向題ハ主トシテ債務不履行及ビ不法行為ヲ原因トスル  
債権デアルガ、其ノ何レニモ屬シナイ損害賠償債権ガ存シ得ル。例ヘ



ハ損害保険ノ如キハ將來發生スルコトアルベキ損害ヲ填補スルコトヲ目的トスル契約デ一種ノ損害賠償ノ豫約トモ見ラレ得ル。其他軍車上ノ徵發行政処分ニ依ル土地收用、耕地整理、區劃整理等ノ損害賠償ハ一種ノ強制賣買デアルガ、尚本損害賠償ノ一種デアル。無權代理人ノ無權代理行為ニ依ル損害賠償責任（一一七條）モ不法行為ニ基クモノデモナケレバ契約ニ基クモノデモナイ。又一九八條乃至二〇〇條ノ責任ハ疑問ナルモ、此ノ場合ノ損害賠償債權ノ成立ニ故意過失ヲ要件トスルカニ付イテハ準アルモ、普通ノ不法行為ニ依ル賠償責任トハ異ルトスルノガ通説デアルガ、尤モ異説ガナイ訳デハナイ。二〇九條ノ隣地立入權ニ基ク損害賠償ハ適法行為ニ対スルモノデアル。二一〇條モ同様權利行為ニ對シテ損害賠償ヲナサネバナラ又一ノ場合デアアル。債務不履行ニ因ル損害賠償請求ノ債權ガ元來ノ債權ト如何ナル關係デアアルカニ付テハ議論アルモ、同一ノ債權ナリト解ス。其ノ實益ハ時効ノ計算矣、担保權ノ設定アレ場合ニ、同一債權ナリトスレ

ハ担保權モ存続スルコトトナル。此ノ意ニ付キ判例ハ

大正八年十月二十九日大判ニ於テ其ノ同一性ヲ認メ

判旨「契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ハ其ノ契約ニ因リテ生ジタ

ル本來ノ債權ト同一ノ權利ニシテ、其ノ目的ヲ変更シタルモノニ過

ヤザレバ本來ノ債權ガ時効ニ因リテ消滅シタルニ指ラズ独リ該損害賠償請求權ノ存在スル理ナキモノトスレ

明治四十一年一月十一日大判モ同様ニ

判旨「債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ本來ノ債權ガ其ノ狀態

ヲ變ジタルニ過ギズシテ、別個ノ債權ヲ爲スモノニ非ズ。故ニ本來

ノ債權ガ履行行為ニ因リテ發生シタルモノナルトキハ其ノ不履行ニ

依ル損害賠償請求權モ亦然ラザルヲ得ズレ

斯ク債務不履行ニ因ル賠償請求權ハ本來ノ債權ト同一性ヲ有スルモ、

債權ノ内容ハ異ルノテ、履行地ノ如キハ契約ノ趣旨ニ依リ異リ得ルコ

ト勿論ナリ。



大正八年九月二十六日大阪地法新一六一七号一五頁ハ

判旨「損害賠償請求権ハ素ヨリ本来ノ契約上ノ債権ノ態様ヲ喪シタルニ過ギズシテ本来ノ債権ト同一性ヲ失フモノニ非スト雖モ契約上ノ債権ノミニ特有ナル内容ハ右態様ノ變形ト共ニ消滅スルモノト謂ハサルベカラズ。而シテ契約上ノ債権ノ履行期又ハ履行場所ノ如キハ何レモ右契約上ノ債権ニノミニ特有ナル内容ヲ為スモノナレバ契約上ノ債務履行地ノ定メハ契約解除ト共ニ消滅シ、從ツテ解除後ニ為サレタル損害賠償債権ノ讓渡ニ因リ右契約上ノ履行地ノ法律關係モ新債権者ニ移轉スベキモノニ非ズシ。」

### 第二、範圍

損害賠償債権ハ或ル原因ニ因ツテ或ル人が被ツタ不利益ニ付テ發生スル。右ノ損害ノ範圍ニ付テハ左ノ三點ガ注目サレレ。

(一)、損害ハ財産上ノ損害デアアルコトモアリ、精神上ノ損害デアアルコトモアル。

不法行為ニ付テハ其ノ旨ガ明言サレテキレガ、(七一〇條、七一一條)債務不履行ノ場合ニモ財産上ノ損害ニ限ルベキ理由ハナイ。

(註)

損害ハ或ル原因ニ因リテ生ジタル不利益デアアルガ、何レノ範圍マデガ其ノ原因ニ因ル損害ナルカ。即チ損害ノ範圍ヲ決メルコトガ必要デアアル。其ノ損害トハ單ニ有形ノモノノミニ限ラズ、精神上ノ苦痛ニモ賠償ヲ請求シ得ルコトハ不法行為ニ付キ所謂慰精料トシテ認めラレテキル(七一〇、七一一條)。債務不履行ニ付テハ明文ハナイガ、同様ニ解スベキデアラウ。

大正五年一月二十日大判ハ

判旨「旅客死亡ノ場合ニ於テ一方ニハ旅客ニ債務不履行ノ要債権ヲ認め、他方ニ相續人ニ不法行為ノ要債権ヲ認め、不法ニ到達スルト論ズルモ同一ノ事實關係ナルモ、之ヲ異リタル矣ヨリ觀察スレバニ以上ノ請求權ヲ生ジ得ベキコトハ現時ノ法律現象ニ於テ有り得ベ



カラザルモノト云フヲ得ズ」トシテ、旅客が汽車ノ頓覆ニ依リ死傷シタルトキハ一方ニ於テ不法行為ニ依ル請求權ト他方旅客運送契約ノ債務不履行ノ請求權ノ競合ニテ其ニ精神上ノ損害ヲ賠償セシメ得トシタ。

大正四年一月二十六日大判ハ、有名ナル婚姻豫約不履行ニ基ク損害賠償請求事件ニ對シ、

判旨「婚姻ノ豫約ハ法律上之ニ因リ履行ヲ強制スルコトヲ得ザルモ、當事者ノ一方が正当ノ理由ナクシテ違約シタル場合ニ於テハ其ノ一方ハ相手方が豫約ヲ信シタルガ爲ニ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スルコトヲ要ス」ト言明シテ可ル。

(二) 損害ハ其ノ原因ノ結果タル状態ト其ノ原因が發生セザリシモノト假定シタ状態トノ差デアツテ、財産上ノ損害ニ於テハ財産が減少シタルコトノミナラズ財産が増加セザリシコト、即チ生ズベカリシ利益ノ發生が妨ゲラレタコ

トヲ含ム。

(註)

損害トハ抽象的ニ云ハバ、債務不履行又ハ不法行為ニ因リ生ジタル直接ノ状態ト、若シ其ノ原因ノ發生ガナカリシナランニハ如何ナル結果ヲ生ズベカリシカト假定シタル状態トノ差デアル。サレバ財産上ノ損害ト云フ場合ニモ例ハ、債務不履行ニ依リ一定ノ金銭が得ラレザリシ結果ト、若シ其ノ金銭が得ラレタリトシテ之ヲ利用スルコトニ依ツテ得タルベカリシ利益が得ラレザリシ結果トノ差が即チ損害デアル。

大正十三年十一月二日(一〇五)大判ハ第七〇九條ニ所謂「之ニ因リテ生ジタル損害」ナル語キ付ヤ一ノ問題が提供サレタ。

事案ハ或人が電車ニ乗カレ頭傷シ入院治療ヲ加ヘタルモ遂ニ死亡シタ。其死ヲ其ノ子供ヨリ会社ヲ相手取ツテ損害賠償請求ラシタ。其ノ損害金ノ中父親ノ葬儀ノ爲メ及ビ屍体運搬費ヲ併セテ請求シ



タルニ對シ会社側ヨリ上告シ「親ガ子ヨリ先ニ死ヌルノハ普通ノ  
状態デアリ、即チ子ハ何時カハ親ノ葬ヲ営ムベキモノデアツテ、而  
モ子ガ親ノ葬式ヲ営ムコトハ徳義上当然ノ義務デアルカラ葬式費  
用ヲ支出シタコトハ子ニ取ツテ損害トナラナイト抗辯シタガ、大  
審院ハ其ノ議論ヲ是認セズ、

判旨「故意又ハ過失ニ因リ人ノ生命ヲ害シタルモノハ其ノ葬儀ニ關ス  
ル費用ヲ損害トシテ賠償スベキモノニシテ、死ハ人ノ早晚免レザル  
運命ニ係リ其ノ費用ハ死者ノ親族ニ於テ当然負担スベキモノナル  
コトヲ理由トシテ之ガ賠償ヲ辭スルコトヲ得ズトシテキル。

(三)、其ノ原因タル事實ト如何ナル關係ニアル損害ガ賠償サレルカ。之ガ損害  
賠償債權ノ範圍ニ付イテ理論上モ實際上モ重要ナ問題デアル。債務不履行  
ノ場合ニ付テハ四一六條ノ規定ガアル。不法行為ニ付テハ直接ノ規定ハナ  
イガ(七〇九條)同種ノ不法行為ニ因ツテ一般ノ場合ニ生ズベキ損害ト、其

ノ不法行為ニ因ツテ現実ニ生ジタル損害トヲ對比シ、後者ガ前者ヲ超ヘザル  
場合ハ勿論其ノ範圍ヲ賠償セシムベク、後者ガ前者ヲ超エル場合ニハ被害者  
救済及ビ加害者制裁ノ目的上具體的ニ適當ト認めラレル範圍迄ノ賠償請求  
ヲ認ムベキデアツテ、即チ所謂相當因果關係ノ觀念ニ依リ大体債務不履行ノ  
場合ト同一ニ歸着スル。

(註)

賠償ヲ請求シ得ベキ損害ハ或ル原因ニ依リテ生ジタル結果トスル  
モ、或原因ニ因ル結果ハ無限ニシテ、或事實ナカリセバ生ゼザルベカリ  
シトノ關係モ不明デアル。故ニ何処マデヲ因リテ生ジタル損害トシ  
テ賠償セシムベキカハ頗ル困難ナ問題デアル。昔ノ一口噴ニ「風ガ  
吹クト箱屋ガ繁昌スル」ト云フコトガアル。之ハ風ガ吹ケバ塵埃ガ  
起チ、爲メニ盲人ガ増エ、其ノ結果ニ味線ヲ需要スル者ガ増加シ、之ヲ張  
ル猫ガ殺サレ、爲メニ鼠ガ跋扈シ、其ノ害ヲ被ルカラ箱屋ガ繁昌スルト  
云フノデアアルガ、是等ハ風ガ吹クト云フコトト箱屋ガ繁昌スルトノ間



ニ通常生ズベキ因果關係アリトハ云ヘナイ。其如ク賠償セシムベキ損害ハ相当因果關係ノ範圍内デ打切ルベシト云フ説ガアル。即チ或幸災ケ莫ノ現実ノ場合ニ於テ結果發生ノ條件タルノミナラズ、一般ノ場合ニモ亦此ノ結果ヲ發生セシムルニ適スルモノナリヤ否ヤラ標準トシ、他ノ一般ノ場合ニモ亦結果發生ノ條件タルモノニハ、結果ヲ發生セシムルニ相当又ハ適當ナル原因カラ存スルモノトスハ鳩山氏セニ貢ルルノデアル。然シ相当因果關係ナル語モ一ノ抽象的ナ符号ニ過ギナイノデ、如何ナル程度マデ賠償セシムベキカハ結局實際上ノ華例タル判例ヲ研究スルコトニ依リ大体ノ標準ヲ知ルノ外ハナイ。民法ハ債務不履行ニ付テハ一應ノ規定ヲ設ケテアル(四一六條)。

昭和二年七月七日(八七二)大判八、四一六條ノ「通常生ズベキ損害」ニ付テ判決シテキル。

華榮ハ汽船ヲ賣買シタルニ其ノ引渡ヲ遲滞シタル為メ、買主ガ其ノ向ニ於ケル備船ニ依ツテ得ベカリシ備船料及ビ契約期日ニ引渡ヲ

受ケタリセバ他ニ販賣シテ得ベカリシ利益ヲ損害トシテ請求シタ。大審院ハ備船料ニ付テハ「所謂債務ノ不履行ニ因リテ通常生ズベキ損害」ニ該當シ、買主ハ賣主ニ對シテ之ガ賠償ヲ請求シ得ベキハ勿論ナリト雖モ「買主ニ於テ更ニ該船舶ヲ他ニ販賣シ賣主ヨリ之ガ引渡ヲ受ケルト同時ニ販賣主ニ引渡スコトヲ約シタル場合ニ於テハ縱令賣主ガ約定ノ日ニ之ガ引渡ヲ爲サザリシトスルモ、之ガ爲メ買主ハ自ラ備船契約ニ依リ得ベカリシ利益ヲ喪失シタリトシテ之ガ賠償ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトスレトシテ、販賣ニ依リテ得タルベカリシ利益ノ如キハ通常生ズベキ損害ニ非ズトシテキル。

明治三十一年十月七日大判ハ

判旨「辯護士ニ支拂ヒタル報酬ニシテ訴訟費用ノ言渡中ニ包含セザルモノハ損害賠償トシテ相手方ニ請求スルヲ得ズトシ、

大正五年五月十日大判モ同趣旨ニテ債務不履行ニ依リ請求方法トシテ訴訟ニ因リ勝訴シタル場合ニ債権者ガ辯護士ニ支拂ヒタル報



酬ノ如キハ債務不履行ニ依リ通常生ズベキ損害ニ非ズトシテモ  
明治四十一年十月二十八日大判ハ

判旨「賣主が契約ノ目的タル架橋用石材ヲ期限内ニ引渡サザル爲メ、買主  
ニ於テ其ノ石材ノ供給ヲ約シタル第三者ニ對シ義務ヲ履行スルコ  
ト能ハザルニ至リタルニ因リ一時履行ノ猶豫ヲ求メ假橋架設ノ用  
材ヲ提供シタルトキハ其ノ出捐ハ民法四一六條第二項ノ「特別ノ  
事情ニ因リテ生シタル損害」ニ外ナラズトシタ。

明治四十四年 東地ワ号一三六四頁法新一二号ハ移民會社ガ移  
民一人ニ付キ補助金百内ノ交付ヲ受クル事情ニ在リシニ移民契約  
ヲ履行セザリシニ因リ右ノ補助金ノ下附ヲ受ケザリシハ右移民解  
約者ノ爲メニ生ジタル損害ナリトシテ請求セシモ大審院ハ之ヲ通  
常生ズベキ損害ニ非ズトシテ移民會社ノ請求ヲ認メナカツタ。  
明治三十七年七月二十日東地判、法新一二四號ハ

判旨「第四回株金拂込ノ債務不履行ニ因リテ通常生ズベキ損害ハ第四

回分ノ株金ノ不足額ニ過ギズ株式ノ發賣が不能ニ歸シ之ニ因リテ  
株主タル者ナク其ノ結果第五回以後ノ株金拂込ヲ得ルコトヲ得ズ  
ト云フガ如キハ所謂特別ノ事情ニ因リテ生ジタル損害ト云ハザル  
ヲ得ズ。

昭和四年四月五日大判(三三)ハ民法第四一六條ニ所謂「特別ノ  
事情」ナル語ノ意義ニ關シテ判決シテモレ。

本案ハ甲乙間ノ契約デ土地ノ賣買ヲ爲シタガ、目的ノ土地ハ區有地  
デアル爲メ監督官廳ノ認下ヲ要スル。買主乙ハ該土地ヲ丙ニ販賣  
シ甲ヨリノ登記完了次第移転登記ヲ爲スベキ旨ノ約定ノ下ニ丙ヨ  
リ手附金ヲ受ケ、手附損倍戻ノ特約ヲシタ。甲ハ該土地賣却ノ認可  
ヲ受ケタルニ之ヲ秘シテ丁ニ賣渡シテ其ノ移転登記ヲ爲シ以テ乙  
ニ對スル債務ヲ不能ナラシメタ。因ツテ乙ハ甲ニ對シ手附倍戻ノ  
爲メニ蒙リタル損害及ビ販賣ニ因リテ得ベカリシ利益ヲ損害トシ  
テ請求シタ。原審ハ乙ノ請求ヲ認メルニ對シ甲ハ乙ノ販賣行為ハ



契約成立當時ヨリ豫見シ得ベカリシモノニ非ズトシテ上告シ、大審  
院ハ之答レテ破毀差戻ノ判決ヲ與ヘタ。

判旨「契約上ノ義務不履行ニ基ク損害賠償ニ付テハ契約締結當時又ハ  
不履行ニ至ルマデノ間ニ於テ当事者ノ豫見シ又ハ豫見シ得ベカリ  
シ特別事情ニ基ク損害ヲモ賠償スベキモノナリト雖モ其ノ賠償範  
囲ハ右ノ特別事情ヨリ事物自然ノ性質ニ從ヒ通常生ズベキ損害ニ  
限ルモノト解セザルベカラズ、若シ右特別事情ニ基因シ前記ノ範圍  
ヲ越エテ損害生ジタリトセバ之レ右特別事情ニ加フルニ更ニ特別  
事情ノ介入シ其ノ結果ヲ招致シタルモノニ外ナラザルベク、後ノ特  
別事情ニ付イテハ直テニ契約上ノ義務ノ不履行者ガ之ヲ豫見シ又  
ヲ豫見シ得ベカリシモノト爲ヌヲ得ザルガ故ニ此ノ部分ノ損害ニ  
對シ賠償責任ヲ負擔セシムベキニ非ズトシテ、本件ニ於テ賣主甲  
ハ買主乙ガ取費ニ因リテ利益ヲ受クベキコトヲ豫見シ又ハ豫見シ  
得ベカリシモノナルコトハ之ヲ認メ得ルモ其ノ取費代金ガ乙ノ主

張スル如ク三倍以上ニモ當ル程ノ高額ナルベキコトハ未ダ必ズシ  
モ之ヲ豫見シ得ベカリシモノト云フヲ得ナイトシテ可ル。

大正四年二月八日大判ハ不法行為ニ関シテ

判旨「不法行為ニ因ル損害賠償義務ノ範圍ヲ定ムルニハ債務不履行ノ  
場合ニ於テアルガ如キ特別明文ナキヲ以テ其ノ損害が通常生ズベキ  
モノナルト、特別ノ事情ニ因リ生ジタルモノナルトヲ向フノ要ナシ、  
從ツテ不法行為ニ因リテ生ジタル損害ハ行為者ノ豫見シ、若クハ豫  
見シ得ベカリシモノナルカヲ審究スルノ要ナキモノトス。

明治四十二年三月十五日大判ハ

判旨「凡ソ他人ノ不法行為ヲ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルニハ其  
ノ不法行為ト損害トノ間ニ於テ因果ノ連絡アルコトヲ必要トシ、被  
害者ノ被リタル損害ガ物ノ通常ノ経過ニ依リテ其ノ不法行為ヨリ  
生ズベカラザルモノニシテ、其ノ之ヲ生ズルニ至リタルハ人智ヲ以  
テ豫想スルコトヲ得ザル偶然ノ出来事ニ起因シタルモノナルトキ



ハ是唯不法行為ハ其ノ損害ノ發生ニ機會ヲ與ヘタルマデニ過ギズ  
シテ真正ノ意義ニ於テ損害ノ原因ヲ爲シタルモノニ非ズ、從ツテ此  
ノ種ノ損害ニ對シテハ被害者ニ賠償ヲ請求スル權利ナキガ明ラカ  
ナリ

明治四十五年三月三十日東樞判、法新八六八號三頁ハ、

判旨「哲學上因果關係アルモノハ學ニ法律上ニモ因果關係アルモノト  
云フコトヲ得ズ、哲學上因果ノ關係アルモノ一般取引上ノ觀念ニ訴ヘ  
因果ノ關係アルモノト認ムベキ場合ニアラザレバ法律上因果關係  
アルモノト云フコトヲ得ズ」

斯ク判例ノ見ル所デハ不法行為ニ付イテ如何ナル範圍ノ損害ヲ加害  
者ヲシテ賠償セシムベキカニ付イテ第四一六條が直接ニ適用サレレコ  
トヲ言明シテモナイが結果ニ於テハ略同ジ結果トナツテキル。

大正六年六月四日大判ハ之ヲ言明シテ、

判旨「不法行為ヨリ生ズル損害ノ賠償ニ付テハ民法四一六條ヲ適用ス

ベキモノニ非ズ。苟クモ其ノ行為ト損害トノ間ニ因果關係ヲ有ス  
ル以上ハ其ノ損害が通常生ズベキモノナルト又特別ノ事情ニ因リ  
テ生ジタルモノナルトヲ向ハズ、等シク加害者ニ於テ之ガ賠償ヲ爲  
ス義務ヲ有スルモノトスレ。

不法行為ノ損害賠償ニ付テハニツノ貞が考慮サレ、一ハ因ツテ生ジタ  
ル損害ヲ何人ヲシテ賠償セシムルコトが社会觀念上公平ナリマノ貞  
ト、一ハ加害者ニ損害ヲ賠償セシムルコトニ因リテ一種ノ制裁ヲ加ヘ  
被害者ノ復讐觀念ヲ緩和シ、併セテ一般社会ノ正義觀ニ訴ヘ一種ノ社  
會頓壓ノ作用ヲ全フスルニアル貞ニ於テ然タル損害填補ヲ目的ト  
スル債務不履行ノ損害賠償制度トハ趣ヲ異ニスル所ガアル。

大正九年十月十八日大判

判旨「或行為が具體的ノ場合ニ一定ノ結果タル損害ヲ生ズルノ原因ヲ  
爲シタル場合ニ、尚ホ之ヲ抽象的ニ觀察シテ其ノ行為が一般的ニ同  
種ノ結果タル損害ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ於テハ、其ノ損



害が直接ノ結果タルト間接ノ結果タルトヲ向ハズ、其ノ行為ト損害トノ間ニ因果ノ關係ノ存スルモノト云ハサルベカラズ、右ノ諸判例ニ表レタル如ク、不法行為ニ於ケル因果關係ノ範圍即チ不法行為者ノ賠償スベキ損害ノ範圍如何ニ付イテハ、債務不履行ニ關スル第四一六條ノ如キ明文ガナイ關係上、實質的ニハ客觀的相当因果關係ニ從ヒツツ、形式的ニハ第四六條ノ準用ヲ排斥シ、因果關係ノ有無及ビ範圍ハ、ノ事、物、通、常ノ狀態ニ因リ、社會普通ノ觀念ニ基キテ之ヲ決スベキデアツテ、四一六條ニ於ケルカ如ク、通常生ズベキ損害ナルト、特別ノ事情ニ因リテ生ジタル損害ナルトヲ區別スベキデハ、ナイト解イテ可ク。然レニ、

大正十五年五月二十二日大判（五三）民刑聯合部判決ニ於テ從來極メテ曖昧デアツタ不法行為ニ因ル損害賠償額決定方法ニ向ツテ極メテ重要ナル基準ヲ缺ヘテキル。

判旨「民法第四一六條ノ規定ハ、協同生活ノ關係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果關係ノ範圍ヲ明ラカニシタルモノニ過ギズシテ、独リ債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルベキモノニ非ザルヲ以テ、不法行為ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付イテモ、同條ノ規定ヲ類推シテ、其ノ因果律ヲ定ムベキモノトスレトノ見解ヲ採リ、相当因果關係アリヤ否ヤハ形式上、四一六條ヲ類推シテ之ヲ決セネバナラヌト云ツテキル。

右判決ニ關スル評釈ハ、法協四五卷一〇、辨末私博士評釈ヲ參照アリタシ。此ノ處ニ關スル學說ハ、

末私博士ハ、「從來ノ判例ガ相当因果關係說ヲ採用シツツ、第四一六條ノ類推ヲ排斥シテ、コトハ動トモスレバ因果關係ノ範圍ヲ決定スルニ付イテ、裁判所ノ專恣ヲ許シ易ク、自由裁量ノ範圍不當ニ廣クシテ、法的安全ヲ害スル所ガ少クナカツタ。故ニ本判決ガ第四一六條即チ相当因果關係ノ範圍ヲ明カニシタモノデアルトノ說ヲ採ツテ、因果關係ノ範圍ヲ決定スルニ付イテ、或レ程度ノ客觀的標



準ヲ示スニ至ツタコトハ法の安全ノ爲メ一ノ進歩デアルト云フ  
コトガ出来ルレ。ト述ベラレキル。

鳩山博士「我が民法ハ債権関係ニ付テ如何ナル見解ヲ採リタル  
乎。債務不履行ニ付テハ第四一六條ノ規定アリ、不法行為ニ付テ  
ハ特別ノ規定ナシ。茲ニ於テカ學者或ハ民法ガ債権不履行ニ付  
テハ之ヲ限定スルコトナカリシモノト解スハ石坂氏。然レド  
モ余ハ因果関係ノ意義ニ付テ上述ノ如ク理論上相当因果關係  
説ヲ正当トシ、而シテ民法四一六條ハ恰モ相当因果關係説ノ内容  
ヲ規定シタルモノト解スルガ故ニ從ツテ損害賠償ノ範圍ニ付テ  
ハ債務不履行ト不法行為トノ間ニ差異ナキモノトス」(七四頁)  
トサレ、

磯谷氏「民法第四一六條ハ固ヨリ債務不履行ニ付キ規定シタル  
モノナレドモ、右法則ハ不法行為ノ場合ニ準用スベキモノナリヤ  
否ヤニ付キ異説アルヲ免レズ。余ハ不法行為ナルモノノ性質上

民法第四一六條如キ區別ヲ認ムベキモノニ非ズト信ズルナリ、  
抑モ不法行為ハ現ニ故意又ハ過失ニ因リ故ナク他人ノ權利ヲ侵  
害シタルモノニシテ、被害者ハ其ノ不法行為ヨリ生ジタル損害ノ  
全部ヲ自ら甘受セザルベカラザルモノニ非ズ。苟クモ其ノ行為  
ノ結果トシテ避クベカラザルモノナル以上ハ不法行為者ニ於テ  
全然コレガ賠償ヲ爲スベク不法行為者ハ其ノ特別ナル損害ノ發  
生ヲ豫見シタルト否トニ依リテ其ノ責任ニ消長ヲ及ボスベキ理  
由ナキヤ明カナリ。蓋シ不法行為ハ加害者ニ於テ自己ノ行為ニ  
因リ如何ナル損害ノ結果ヲ来スベキカラ豫メ考慮シテ爲シタルモ  
ノト断定スベキニ非ザルガ故ニ其ノ損害ノ結果ヲ加害者ニ於テ  
豫見シタルト否トハ其ノ責任ノ輕重ヲ測定スルニ何等ノ影響ナ  
キモノト謂ハザルベカラズ。之ニ及シテ債務關係ハ当事者ノ合  
意ニ依リ設定シタルモノナルガ故ニ、若シ債務者ニ於テ其ノ債務  
ノ履行ヲ爲サザルトキハ債権者ニ對シ如何ナル損害ヲ及ボスベ



キヤハ豫ノ当事者ノ腦裏ニ往來シタルモノト謂ハザルベカラズ。加之若シ当事者ニ於テ特別ノ事情ニ因リテ生ズル損害ヲモ賠償セシムルコトヲ欲セバ其ノ債權設定ノ當時之ニ関シ如何ナル契約ヲ締結スルコトヲ得ルノ自由ヲ有シタルモノナルヲ以テ、是等條段ナル契約ナキ以上ハ特別損害ニ付テハ債務者ニ於テ之ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ベカリシトキニ限り賠償責任アルモノト爲スハ毫モ当事者ノ意思ニ反スルモノト謂フコトヲ得ズ。故ニ余ハ民法四一六條ノ規定ハ債務不履行ノ場合ニノミ適用スベク、不法行爲ヨリ生ズル損害ニ付テハ適用ナキモノト解スルハ妥當ナリト信ズルナリ」(二五〇頁)。

### 第三、賠償ノ方法

損害賠償ハ發生シタル損害ノ補填デアル。其ノ賠償ノ方法トシテハ原状回復ト金錢賠償トガアリ得ルガ、民法ハ後者ヲ原則トシ(四一七、四二一、七二二、

七二三)、財産以外ノ損害ニ對シテモ金錢賠償ヲ得シメル。

(註)

損害賠償ハ因リテ生ジタル損害ヲ補ヒ、損害ヲカリシ原状ノ復活ニ

アル。從ツテ損害が生ジナイ場合ニハ賠償問題モ起ラナイノデアル。

明治三十三年五月四日大判ハ右ノ法理ヲ認メテ、

判旨「損害賠償請求ノ訴權ハ現ニ損害ヲ受ケタル事實アリテ初メテ發生スルモノナルガ故ニ、單ニ損害ヲ受ケタルコトノ豫備トシテ其ノ支拂ヲ爲サシメントスルガ如キハ固ヨリ許容スベカラザル不当ノ請求ナリトス」トシテ、抵当權者カ他日ノ豫備トシテ未ダ損害ナキニ其ノ豫備的手段ヲ請求シタノヲ退ケラザル。賠償ノ方法トシテハ、原状回復ト金錢賠償トノ二ツノ方法ガアルガ、民法ハ「損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其ノ額ヲ定ム」トシテ、金錢賠償ヲ原則トシタガ、聲口独逸民法ノ如ク原状回復主義ヲ原則トスル立法主義ガ優ツテザルノデハアルマイク。独民ニ四九條ハ「損



害賠償ノ義務ヲ負フモノハ其ノ義務ヲ負ハシムベキ事情ノ發生セザリシ場合ニ於テ存在スベキ状態ヲ回復スルコトヲ要ス。身体ノ傷害又ハ物ノ毀損ニ付キ損害賠償ヲナスベキトキハ債権者ハ原状回復ニ代ヘ之ニ必要ナル金銭ヲ請求スルコトヲ得ル。又ニ五一條ハ「原状回復ガ不能ナルトキ又ハ債権者ニ對シ賠償トシテ不充分ナルトキハ賠償義務者ハ金銭ヲ以テ賠償ヲ爲スコトヲ要ス」トシテ、自然的原状回復ヲ原則トスル旨ノ規定ガアル。立法論トシテハ原状回復主義ガヨイガ我が民法ハ實際的ノ見地ヨリ金銭賠償ヲ原則トシ（四一七）不法行爲ニ付イラモ之ガ準用サレテキル（七一ニ）。然シ我が民法上デモ当事者ノ特約ニ因リ又ハ法律ノ特別規定ニ依リ（四一一條、七二三條）原状回復主義ガ認めラレ得ル。尚ホ英法上ニハ *Nominal Damages* ナル制度アリテ實際上ノ損害ナキニ拘ラズ、名義上ノ損害ヲ賠償セシメテ訴訟上原告ノ請求ノ正シキコトヲ示ス確認的作用ヲ爲シテキタ。

金銭賠償ハ日本ノ通貨ヲ支拂フノデアレ。

明治三十九年二月十九日大判ハ

判旨「民法第四一七條ニ所謂金銭トハ内國通用ノ貨幣ノミヲ指稱セルモノトス。從ツテ被害者ガ單ニ加害者ノ不法行爲ヲ原因ト爲シ、其ノ損害賠償トシテ外國通用貨幣ノ給付ヲ受ケタルハ不當ナリ」。

第四、損害額ノ算定

損害額ノ算定ハ賠償請求權ノ行使ニ付キ實際上殊ニ訴訟上重要ナ問題デアルガ、民法ハ其ノ算定ニ關シテ規定ヲ有タズ。從ツテ債權ノ目的物ノ價格が變動スル場合ニ於ケル損害額算定ノ時期が問題トナリ、所謂中間最高價格說ナルモノモ行ハレタガ結局賠償請求權行使ノトキ、訴訟ノ場合ナラバ第二審ノ口頭辯論終結ノ時ニ至ルマデニ實際生ジタ一切ノ損害ヲ賠償セシムベク必ズシモ目的物ノ原價ニ依リ又ハ最高價格ニ因ルベキデハナイ。

(註)

損害ヲ金銭デ賠償スル場合ニ於テ損害額ノ算定が損害賠償問題ニ



付テ最モ重要デアルガ、此ノ英ニ付キ我ガ民法上何等ノ規定ガナイノ  
テ學說多岐ニ涉リ、判例モ亦多少變遷シテキル。特ニ向題トナルハ債  
務不履行又ハ不法行為ノ時ヨリ以後賠償スル時期ニ至ル中途ニ於テ  
目的物ノ價格ニ變動アリシ場合、何時ノ價格ヲ標準トスベキカ。即チ  
損害賠償額ヲ定ムベキ時期ニ關スル向題デアル。大審院ハ古クヨリ  
所謂中間最高價格ヲ標準トシテ賠償額ヲ算定スベキモノトスル見解  
ヲ採ツテキル。例ヘバ

明治三十八年十一月二十八日、

明治三十九年十月二十九日、

大正七年一月二十八日ノ諸判決ノ如シ。即チ

判旨「債務者が或物ノ給付ヲ怠リタルニ因リ債権者ヨリ履行ニ代ルベ  
キ填補賠償若クハ遲滞ヨリ生ズル補充賠償ヲ請求スル場合ニ於ケ  
ル賠償額ハ返還義務ノ發生シタル時期ニ於テ該物件ノ價格ヲ以  
テ標準ト爲スト又賠償請求當時若クハ判決當時ノ價格ニ因ルトハ

一ニ債権者ノ自由選取ニ屬スルモノトスレ。

然シ大審院ノ判決ノ如ク中間最高價格ヲ標準トスルコトハ從來學者  
ノ非難シタ処デアツテ、例ヘバ末弘氏ハ此ノ大審院ノ態度ヲ以テハ之  
ハ被害者ヲシテ必ず常ニ被害當時ヨリ判決ニ至レマデノ最高價格ヲ  
請求スルコトヲ得シムルノハ、被害者ハ常ニ必ず其ノ最高價格ノ時ニ  
被害物件ヲ賣却シ得タルベキコトヲ假定スルモノデ、被害者ハ總テ全  
智全能ノ商人ナリトノ假定ヲ認ムルモノト同一ノ結果トナルトト非  
難サレテキル（判民十年度一三五頁）。

大正十年三月三十日（四七）大判ハ多少態度ヲ變ヘテ、

判旨「賣主ノ債務不履行ニ因リ損害賠償ハ買主ニ於テ目的物ノ引渡シ  
ヲ受ケタルモノトシテ其ノ契約解除後目的物ノ價格騰貴シタル當  
時依然目的物ヲ保有セズ、却ツテ其ノ騰貴以前ニ目的物ヲ他ニ処分  
シ、價格騰貴ニ因リ利益ヲ得ベカラザル場合ニハ買主ハ其ノ騰貴シ  
タル價格ト賣買代金トノ差額ニ付キ利益ヲ受ケ得ベカラザルモノ



ナレバ斯ル特別ナル事情ノ下ニハ其ノ解除後ニ於ケル騰貴價格ヲ標準トシテ損害ノ範圍ヲ定ムベキニ非ズシテ、其ノ解除前ニ引渡シヲ得タルモノトシテ段々得ベカリシ通常ノ利益ヲ標準トシテ之ヲ算定スベキモノナリトシテ賣主ノ責ニ歸スベキ履行不能ガアツタ場合ニ買主ガ他ニ轉賣ノ契約ガアルトスルト、其ノ転賣價格が通常ノ利益ダトシテ騰貴中間最高價格ヲ請求スルコトヲ得ナイトシタ。然ルニ大審院ハ又新タニ從來ノ判決ニ逆戻リヲシテモル。

大正十一年六月五日（四一）大判ハ、

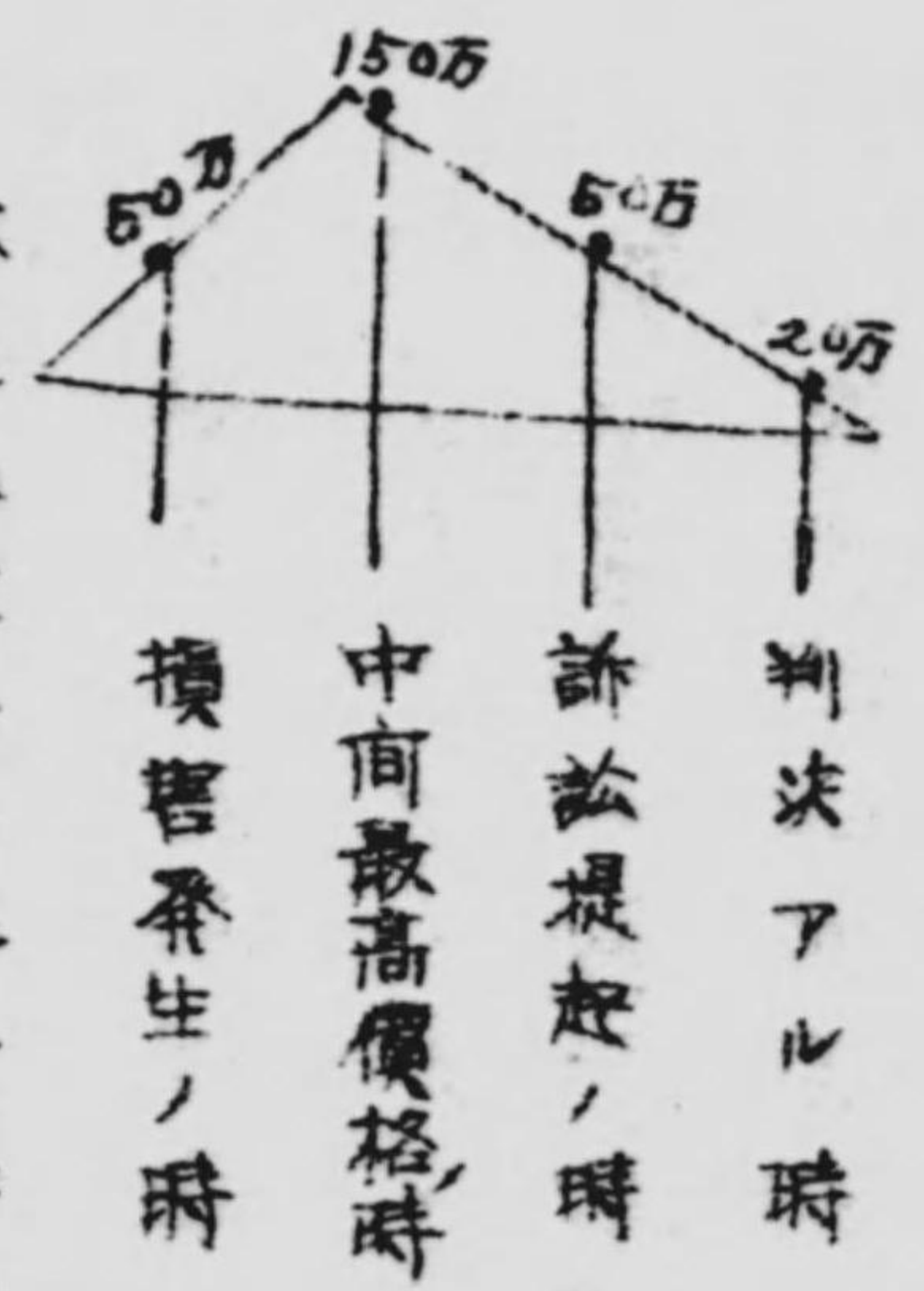
判旨「債務者が故意ニ債務ノ目的物ヲ滅失シ履行不能ノ状態ヲ惹起シタル場合ニ於テ滅失当時ヨリ債権者ノ請求ニ基ク判決アルマデノ向ニ經濟上ノ事情ニ依リ目的物ノ價格ニ変動ヲ来シタルトキハ、債権者ハ適當ノ時期ニ於ケル價格ヲ任意ニ選取シ之ヲ標準トシテ算出シタル損害額ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ベク從ツテ目的物ノ滅失ニ因リ損害賠償ノ額ハ滅失当時ノ價格ニ從ヒ客觀的ニ確定スル

モノニ非ズトシテ再ビ從來ノ中間最高價格說ヲ採ツタ。如ガ大審院ハ

大正十三年五月二十七日（四八）大判ヲハ從來ノ最高價格主義ニ一歩進メテ、

判旨「買主ニシテ契約ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ受ケタリトスルモ目的物ノ價格騰貴ノ当時マデ之ヲ保有スベカリシ事情ナク却ツテ其ノ騰貴以前ニ目的物ヲ他ニ処分シ騰貴ニ因リ利益ヲ得ベカラザリシ場合ニ於テハ騰貴價格ニヨリテ損害賠償ヲ請求スベキコトヲ得ズ。即チ此ノ場合ニ於ケル損害額ハ履行不能トナリタルトキニ於ケル價格ニ因ルベキモノトスレトシテ最高價格ノ時マデ目的物ヲ保有シ確實ニ利益ヲ受クベカリシ特別ノ事情ニ付テ債権者ニ立証責任アリトシタ。此ノ立証責任ヲ債権者ニ負担セシムル結果所謂中間最高價格主義ハ實際上極メテ制限サレタモノトナル。例ハバ履行不能ノ時五〇万円ナリシ船ガ其後一五〇万円ニ騰貴シ、更ニ下落シ





大正五年十月二十七日大判ハ價格が下落シタル場合ニ付キ、

判旨「賣主が買主ノ代金支拂ノ債務不履行ヲ原因トシテ賣買契約ヲ解除シタル上多少ノ日時ヲ經過シタル後ニ至リ其ノ賣買ノ目的タリシ物件ヲ下落シタル時價ニテ他ニ賣却シタル場合ト雖モ其ノ代金ト時價トノ差額ヲ以テ右債権不履行ニ因ル契約解除ノ爲ニ幸物自然ノ趨勢ニ從ヒ通常生ズベキ損害額トシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス。從ツテ契約解除當時ノ時價ハ必ズシモ如上ノ場合ニ於ケル損害額計算ノ標準ト爲サザルベカラザルモノニ非ズシ。」  
 品物ト性質ニ因リテハ商人ガ永ク其ノ手許ニ保留シナイ物件ガアル。  
 大正四年十二月十日東地判、評、五卷商ニ二四頁

判旨「亜鉛ノ如キ通常價格ノ変動著シキ商品ハ商人間ニ於テ普通永ク在草セシメズ、遅クモ三個月以内ニ販賣スベキモノナルヲ以テ縱令遅滞ノ責アルモ賣主ト雖モ特別ノ事情ナキ限りハ其ノ以後得ベカリシ利益ノ喪失ニ對シ其ノ責ナシ。」  
 大正六年一月二十七日東地判、法、評六卷商四〇〇頁

判旨「亜鉛ノ賣買取引ノ爲メ金物商人ハ遅クモ三個月以内ニ其ノ買受ケタル亜鉛ヲ他ニ販賣スルモノト認ムルヲ相当トスルガ故ニ賣主遅滞ノ場合ニハ之ノ期間内ニ於ケル最高市價ト賣買代金トノ差額ガ通常生ズベキ損害トシテ賣主ニ於テ之ガ賠償ノ責アルモノト云ハザルベカラズシ。」

次ニ何レノ場所ノ價格ヲ標準トシテ定ムルカ。  
 明治三十八年六月十日

判旨「賣買契約ノ不履行ヲ原因トスル損害賠償請求ノ訴ニ於テ損害ノ額ヲ算定スルニハ必ズシモ契約履行地ニ於ケル目的物ノ價格ヲ以



テ標準ト爲サザルベカラザルモノニ非ズシ

大正五年一月二十一日大判ハ

電車ヲ足ラ驟カレタ者カ其ノ義足代トシテ中等ノ品一脚五十円、三ヶ  
年使用シ得ルトシテ將來ノ騰貴ヲ見越シタル代價ヲ請求シタルニ對  
シ判例ハ、

判旨「將來物ヲ買入レザルベカラザルニ因リ被ルベキ損害額ヲ算定ス  
ルニ付テハ、其物ニ對スル將來ノ價格ヲ豫定スルコトヲ得ザル場合  
ニハ現在ノ價格ヲ標準トナシテ之ヲ決スルモ不当ニ非ザルモノト  
スレ。

大正六年六月二十六日東地判、法新一三一四号ニ五頁

判旨「家屋不使用ニ對スル損害額ハ何等立証ナキ限り之ガ普通賃料ニ  
相当スル額ヲ以テ標準ト爲スヲ至當トス」。  
之ヲ要スルニ損害賠償額ノ算定ノ時期ニ付イテモ多クノ判例ヲ研究  
スルコトニ因リテ之ヲ見出ス外ハナイ。

編註、損害賠償額ノ範圍ヲ定ムベキ時期ノ標準ニ付キ學說歧レテ斗  
ルガ重ナル學說ヲ述ベレバ尤ノ如シ。

鳩山博士「損害額計算ノ時期ニ付テ明文ナシト雖モ、賠償請求権行  
使ノ時マデニ権利者ノ受ケタル總テノ損害ヲ計算スベキモノナ  
ルハ明カナリ。サレバ訴訟手續ニ因リテ其ノ權利ヲ行使スル場  
合ニハ第一審ノ口頭辯論終結ノ時ニ於テ、其ノ時マデニ生ジタル  
總テノ損害ヲ賠償セシムルヲ得ベキモノナリ。此ノ点ニ付イテ  
向題トナルハ責任原因發生後損害賠償額決定マデニ物体ノ價格  
ニ変動ヲ生ジタル場合ナリ。判例ハ嘗テ常ニ中間ノ最高價格ヲ  
標準トシテ損害賠償ヲ請求シ得ベキモノトシタルモ、爾後此ノ法  
則ニ多少ノ変更ヲ加ヘ債権者ガ最高價格ニ基キテ利益ヲ受ケタ  
ルベキ事情アリヤ否ヤ。其ノ幸災ガ特別事情ナリヤ、普通事情ナ  
リヤハ目的物ガ有價証券ナリヤ不動産ナリヤ等ノ幸災ニ因リテ  
差異アルベキモノトスレ（八一頁）。更ニ前記大正十三年（四八）



事件ヲ評釈シ「思フニ事情ノ変化ニ應ジテ当事者保護ノ衡平ヲ期スベキハ債權法ノ基本原則タル信義則ノ上ニ於テ聲口当然トスベキ処デアルカラ判決が皆ツテ採ツラ居ツタ常ニ最高價格ヲ請求スルコトヲ得ルト云フ法則ニ制限ヲ加フルニ至ツタコトハ固ヨリ正当ト云ハネバナラヌ。要スルニ目的物ノ價格騰貴マデ目的物ヲ保有シタルベキヤ否ヤ。其ノ騰貴ノ當時時期ヲ失セズシテ処分シタルベキヤ否ヤ。其ノ処分シタルベキコトヲ普通ノ事情ト認メテ請求權者一立証責任ヲ負担セシメザルコトヲ正当トスルヤ否ヤハ目的物ノ種類即チ有價証券ナリヤ、不動産ナリヤノミデ決定スルコトヲ得ズ。目的物ノ性質ニ當事者ノ職業特別契約ノ存在等諸種ノ具體的事情ヲ加ヘ信義則ニ從ツテ之ヲ決定スベキデアラルト述ベラレテ可ル。

末弘博士ハ十年度ノ判決ノ評釈ニ附記シテ次ノ如ク述ベラレテ可ル。

(1) 被害者ニシテ若シ實際転賣ニ因リテ利益ヲ得タルナルベシト

推測スレニ足ルベキ何等カノ具體的事實アルニ於テハ其利益ハ損害中ニ加算スベキデアル。

(2) 之ニ反シ斯ル事實ナキニ於テハ、

(1) 被害物件が転賣ノ容易ナ物品デアルカドウカ。

(2) 被害者が商人デアルカドウカ。

等其他転賣ノ機会ノ有無ニ関スル *Probability* ヲ推測スベキ具體的根拠ヲ審査シタル上、転賣シタルベシトノ *Probability* 多キ場合ニハ被害當時ヨリ判決當時ニ至ル間ノ平均價格ヲ損害トシテ賠償セシムベキダト思フ。何トナレバ被害者ヲ以テ最高ノ商人ナリト假定スルモ不可、最悪ノ商人ナリト假定スルモ不当ナリトスレバ、其ノ中間ヲ採ツテ標準トスルノハ最モ公平ニシテ合理的ナ取扱ダト云ハネバナラナイカラデアルレ(判民十年度一三六頁)。

磯谷代説「損害賠償額ノ範圍ヲ定ムベキ時ノ標準ハ如何ニ之ヲ定



ムベキヤ。即チ債務不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スルニ當リ  
 其ノ損害額ノ範圍ヲ定ムベキ時期ハ如何ニ之ヲ定ムベキヤ。此  
 ノ問題ニ付イテハ學說區々ニシテ、未ダ統一スル処ナシト雖モ余  
 ハ損害賠償請求權發生ノ時期タル債務履行期ハ履行不能ノ場合  
 ニハ不能時期發生ノ時期ヲ以テ損害額ヲ算定スルヲ原則トナ  
 スベキモノト信ス。但シ之レ固ヨリ原則ニシテ履行期後ニ生ジ  
 タル損害ノ賠償ヲ絶対ニ排斥スルモノニアラス。苟クモ其ノ損  
 害が普通ノ取引觀念ニ於テ債務不履行トノ間ニ相当ナル因果關  
 係ヲ有シ、且ツ其ノ損害ヲ被リタル事實ヲ債權者ニ於テ具體的ニ  
 立証シタルトキハ之ガ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノト論斷セ  
 ザルベカラズ。従来判例及ビ多數ノ學說ニ於テ履行期後請求又  
 ハ判決ノ當時ニ至リ目的物ノ價格ニ異動ヲ生ジタルトキハ債權  
 者ハ履行期ヨリ判決ニ至レマデノ間適宜ノ時期ニ於ケル價格ヲ  
 任意ニ選択シ之ヲ標準トシテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルトノ見

解ヲ採ルニ至リタル主要ナル理由ハ債權者ニ於テ契約ノ期日ニ  
 履行ヲ受ケタルナランニハ、其後市價ノ騰貴セル場合ニ其ノ機會  
 ヲ利用シテ其物ヲ高價ニ賣却シテ利益ヲ享受スルノ可能性ヲ有  
 スルヲ以テ損害賠償が債權者ノ被リタル積極及消極一切ノ損害  
 ヲ賠償スルノ趣旨ニ鑑ミ斯ク解決セザルベカラズト云フニアル  
 モノノ如シト雖モ、債權者ガ市價ノ騰貴セル機會ヲ利用シテ巧ミ  
 ニ他ニ販賣シ、依ツテ以テ利益ヲ受クルノ可能性ヲ有スルハ明カ  
 ナレドモ、又之ト同時ニ其ノ機會ヲ逸シ他日市價ノ暴落ニ因リ損  
 害ヲ受クルノ可能性アルコトモ看過スベキモノニ非ズ。市價ノ  
 騰貴ニ乘ジテ利益ヲ得タルヤモ、測ラレズト云フガ如キ單純ナル  
 一斤ノ希望ハ、未ダ以テ之ニ對シテ法律上ノ保護ヲ與フルノ價値ア  
 ルモノト云フコトヲ得ザルベシレハニ六〇頁）。

第五、金錢債務履行遲滞ノ損害賠償  
 金錢債務ノ不履行ニ基ク損害賠償請求ニ付イテハ左ノ如キ特別ガアル。



- (一) 債務者ハ不可抗力ノ抗辯ヲ為シ得ナイ(四一九條ニ項後段)。
  - (二) 債権者ハ損害ヲ証明スルコトヲ要セヌ(四一九條ニ項前段)。
  - (三) 損害賠償ノ額ハ法定利率ニ因ツテ定マル(四一九條一項)。
- 即チ實際ノ損害ノ有無多少ニ拘ラズ債権者ハ所謂遲延利息ヲ請求シ得ベク、又ソレ以上ヲ請求シ得ナイノデアルガ、之ハ強行規定デハナイ(四二〇條六六九條)。

(註)

損害賠償ノ算定ノ中、金銭賠償ニ付テハ四一九條ノ特別アリテ、債務者ハ不可抗力ノ抗辯ヲ為シ得ナイコトトサレテキル。然シ金銭債権ナルガ故ニ不可抗力ナルモノガ客観的ニ無イトハ云ヘナイガ、一方其ノ賠償ハ法定利率ニ依リ算定スルコトニナツテキルノデ、双方ノ負担ノ公平ヲ測ツテキル。故ニ金銭債務ニ付テ履行遲滞ヲ生ズルト其ノ間債務者ハ法定利率年五分(四二〇條)、商事ニ付テハ年六分(商ニ七六)ニ依ツテ法律上当然ニ遲延利息ヲ支拂ハネバナラヌノデアツテ、債権者ハ損害ノ証明ヲ為スコトヲ必要トシナイ。但シ其ノ債務ガ

約定利息付キテ、例ヘバ年八分ナル時遲滞利息ハ八分ノ上ニ、又二年五分ノ割合デ附加セラレルノデハナクシテ、此ノ場合ノ遲延利息ハ依然年八分デアル。故ニ約定利息が法定利率以下ナルトキカ、又ハ無利息ノ場合デナケレバ遲延利息ノ制裁ハ実効ガ存シナイ訳デアル。而シテ右ノ法則ハ民法實施以前ニモ行ハレテキタ原則ナリトスル判例ガアル。

明治四十年十月二十一日

判旨「金銭ヲ目的トスル債務ヲ履行セサル者ガ其ノ不履行ニ因ル損害トシテ約定利率ニ相当スル金額ヲ賠償スル責ニ任ズベキコトハ民法施行前ニ於テモ是認セラレタル法則ナリ」

第四一九條ノ結果トシテ債権者ノ實際ノ損害ガ之ヨリ多額ナリシコトヲ証明シテモ之ヲ請求スルコトヲ得ナイノデアルガ、他民ハ此ノ責ニ関シテ反對ノ規定ヲ設ケ「金銭債務ハ遲滞ニアル間ハ年四分ノ利息ヲ附ス。債権者ガ他ノ法律上ノ原因ニ基キ之ヨリ高キ利息ヲ請



ホスルコトヲ得ルトキハ債務者ハ引継キ之ヲ支拂フコトヲ要ス。前項ノ規定ハ其ノ以外ノ損害ノ主張ヲ妨グズル（ニハ八條）。トシテ可ル。

之ニ關聯シテ震災ノ時及ビ昭和二年ノ經濟界ノ恐慌ノ時出サレタ支拂猶豫令ニ付キ向題ヲ生ジタ。即チヘモラトリウムノ向ハ債務ヲ履行セズトモ遲行遲滞ハナラヌカラ其ノ向利息ヲ附スルノ必要ナキカガ向題トナツタ。

昭和二年十一月二十一日（九一）大判

華榮ハ甲商店がニ對シ大正十二年四月ヨリ六月迄及八月ニ物呂ヲ賣渡シ其ノ代金ノ殘額四〇〇円余が残ツテキタ。甲商店が大正十四年ノ八月以降ノ年六分ニ相当スル元利金ノ支拂請求ヲ爲シタルニ對シ被告ハ少クトモ「モラトリウム」期間ナル昭和二年四月二十二日ヨリ二十一日間ニ涉ル遲延利息ノ支拂ヲ命ジテキル原審ノ判決ヲ不当ナリトシテ上告シタ。大審院ハ之ノ意

ニ關スル上告ヲ容レ、

判旨「昭和二年四月二十二日勅令第九十六号支拂猶豫令ニ依レバ同年四月二十二日以前ニ發生シ同日ヨリ同年五月十二日マデノ向ニ支拂ヲ爲スベキ債務ニ付イテハ右五月十二日迄支拂ヲ延期セラレタルモノナレバ以テ右四月二十二日以前ニ既ニ支拂期到來シタル無利息債務ニ付テモ右猶豫期間中遲延利息ノ發生ヲ停止スルモノト解スルヲ相当トス」。更ニ

昭和五年十一月二十八日大判刑集九卷一ニ号八ニハ八頁

判旨「昭和二年勅令第九十六号支拂猶豫令ハ苟クモ私法上ノ金錢債務ニ付テハ債務ノ發生が契約ニ基キタルト將タ不法行為ニ基キタルトヲ向ハズ右猶豫期間中ハ絕對ニ其ノ支拂ヲ猶豫セラレ、從ツテ右債務ニシテ利息ノ定メナキ以上遲延利息ノ發生ヲ停止スベキモノトス」。

昭和三年五月十五日大判（三七）ハ、支拂猶豫令施行當時既ニ遲



滞ニ附セラレテキル場合ニ該勅令ニ依リ其ノ支拂ガ猶豫セラレタ  
レ以上ハ該期間中ハ附還滞前ト同様約定ノ利息ヲ生ズルカ、又ハ之  
ヲ停止スルカガ問題トナツタ。

判旨「利息ノ約定アル債権ニ付テハ昭和二年勅令第九十六号施行当時  
既ニ債務者が還滞ニアリタル場合ト虽モ該勅令ニ依ル支拂猶豫期  
間内ハ還滞前ト同様約定ノ利息ヲ生ズルモノトスレト判示シテ  
キルガ、寧ろ期間中ハ停止スベキテハアルマイカト思フ。

### 第六、過失相殺

民法ハ大体ニ於テ債務者又ハ不法行為者ニ過失アルガ故ニ、損害賠償責任ヲ  
負ハシメル觀念ナルガ故ニ、債権者又ハ被害者側ニモ過失ガアル場合ニハ、其レ  
ヲ斟酌シテ損害賠償責任ヲ免除又ハ軽減スルコトトシタ。右ニ関スル民法第  
四一八條及ビ七ニ條第二項ハ多少内容ヲ異ニシ其ノ區別ガ理由アリヤ否ヤ  
疑問デアルガ、結局自己ノ不注意怠慢ノ結果ヲ他人ニ転嫁スベキデナイト云フ

趣旨ニハ差異ノナイコトデアルカラ裁判所ノ取扱上略々同一ニ歸着スルデア  
ラウ。

(註)

不法行為又ハ債務不履行ノアリタル場合ニ、被害者又ハ債権者側ニ  
モ過失ノ存スル場合ニ於テハ被害者又ハ加害者ノ過失ト債務者又ハ  
不法行為者側ノ過失トヲ差引勘定シテ損害賠償問題ヲ決スベシトス  
ルノガ過失相殺ノ制度デアル。之ハ「自己ノ不注意又ハ怠慢ニ因ル  
損害ヲ他人ニ転嫁スルコトヲ得ズ」ト云フ理由ニ基クノデアルガ、其  
ノ根本ハ民事責任ノ基本ヲ過失主義ニ置クガ爲メデアツテ、過失主義  
ノ下ニ於テハ右ノ制度モ止ムヲ得ナイカモ知レナイ。第四一八條ニ  
ハ「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アルトキハ」トアリ、民法ニ五  
四條ニハ「損害ノ発生ニ付キ被害者ニ過失アルトキハ」トアリ、其間  
多少ノ相違アル如キモ結局廣ク解シ債務ノ不履行其ノモノニ付テ債  
権者ニ過失アル場合ハ勿論、損害ノ発生ニ付キ債権者ノ関與シタル双  
方ノ場合ヲ含ムモノト解スベキデアルト思フ。



大正十二年十月二十日(一〇九)大判ハ之ヲ認メテ

判旨「民法第四一八條ハ債権者ノ過失ニ因ル行為ガ債務不履行ニ因ル損害ノ発生ニ協力シタル場合ノミナラズ、債務ノ不履行ノミニ協力シタル場合ヲモ包含スルモノトス。故ニ債権者ノ過失ニ因ル行為ガ債務者ノ債務不履行ニ協力シタル場合ニ於テハ裁判所ハ債務者ノ不履行ノ責任ヲ判断スルニ当リ其ノ過失ヲ斟酌セザルベカラザルモノトス而シテ債権者ノ過失ヲ斟酌スル場合ニ於テハ該債権者ガ債務者ニ對シテ負担スル反對給付キ遲滞ニ附セラレタルコトヲ要セザルモノトス」

不法行為ニ關スル第七二條ニ項ニハ「被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得」トアリ、四一八條ニハ「裁判所ハ損害賠償責任及ビ其ノ金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトアリテ、兩者ノ間ニ差異ヲ設ケ、債務不履行ニアリテハ單ニ金額ノ多寡ニ付キ債権者ノ過失ヲ斟酌スルニ及ビ、不法行為ニ在リテハ單ニ金額ノ多寡ニ付イテ、之ヲ斟酌スルニテアルガ兩者ニ於テ

斯クノ如キ區別ヲ設ケタルコトノ当否ニ付キテハ疑問アリ、結局同一ニ帰着スルノデハアルマイカト思フ。

大正四年六月十五日大判ハ不法行為ノ場合ニ於テモ必ズシモ金額ノ多寡ニ付テ斟酌ヲスルノ必要ハナイトシテキル。

我が民法ハ不法行為者ノ責任ノ根拠ヲ過失主義ニ置ク結果加害者ガ無能力者ノ如キ場合ニハ賠償責任ナク、又被害者ノ側ニ於テモ其ノ者ガ幼者心神喪失者ノ如キ場合ニハ過失ナク、從ツテ裁判所過失相殺ニ因ル斟酌スルコトヲ得ナイコトニナル。

昭和三年八月一日大判(スニ)ハ第七二條ニ項ニ所謂被害者トハ被害者ノ父母ガ慰藉料ヲ請求スル場合、其ノ額ヲ定ムルニ付キ父母ノ過失ヲ斟酌シ得ルモノトシテキル。

尚本過失相殺ト相似ノ觀念トシテ損益相殺ナルコトヲ云フ者ガアル。然シ之ハ寧口前記損害額算定ノ問題ニ外ナラヌ。

(註) 學者ノ中ニ損益相殺ナル一項目ヲ過失相殺ト相並ベテ説明スル



人がアル。然シ兩者ハ異ル觀念デアツテ、損益相殺トハ例ヘバ市内ノ工場ニ通勤スル郊外居住ノ労働者が、工場側ノ債務不履行ニ因リ欠勤ノ止ムナキニ至リタル場合ニ工場主ニ賃金及ビ損害賠償ヲ請求シ得ルが、其ノ場合労働者が通勤ノ途中ニ要スル電車賃ハ得タル利益ナレバ右ノ賠償額ヨリ差引キ計算スル如キガ損益相殺デアツテ、之ハ損害額算定ノ向題ニ外ナラヌ。然シ右ノ場合デモ其ノ時労働者が他ノ工場デ働イテ得タル賃金ノ如キハ、之ヲ得タル利益トシテ差引キ得ルデハナイ。要スルニ損益相殺ナル一項目ヲ挙グル必要ハナイ。

第七、損害賠償ノ豫定

民法ハ債務不履行ノ場合ニ付キ損害賠償額ヲ豫定シ得ル旨ヲ規定シタ(四二〇、四二一)。損害賠償ノ請求ニ於ケル証明ノ困難ヲ避ケシムル爲メデアル。(一) 豫定ハ特約ニ因ツテ爲サレル。債権関係ヲ発生セシメル原契約ノ一部デアルコトモアリ、別ノ契約デモアリ得ル。

(註)

第四二〇條ハ「債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコト

ヲ得レトアルガ、之ハ債務不履行ノアリタル場合ニ賠償ヲ請求セントスルモノハ、損害ノ発生及ビ損害ノ額ヲ証明スルコトヲ要スルモ損害額ノ証明ハ立証甚ダ困難ナレバ豫メ其ノ賠償額ヲ一定シ其ノ挙証ノ困難ヲ避ケシムルニアルガ、他面債務者ニ對シテ豫メ不履行ニ對スル制裁ヲ明確ニシ債務ノ履行ヲ強制スルノ効力ガアル。賠償額ノ豫定ハ特約ガナケレバナラヌ。原契約ノ一部デモ差支ヘハナイ。

大正五年六月二十一日 東控判、判例ニ卷氏一七四頁、

判旨「一市内医師会則ニシテ既ニ地方長官ノ認可ヲ得タルモノナル以上ハ同会則ニ包含セラルル医師会規約ニ付キ特ニ認可ヲ受ケズトスルモ、其ノ規約違反ハ当然会則ノ違反トナルベキモノナルガ故ニ、之ニ對シテハ会則ノ規定ニ基キ相当過怠金ヲ課シ得ベキモノトストシテ会則ガ認可済ノモノナル以上其レニ基ク規約ニ因ル制裁モ有効ト見テ可ル。各種ノ工場内ニ内規ヲ設ケ職工ノ怠慢ニ對シテ制裁ヲ課スル制度ガアリ、之ヲ資本家側ニ於テ、賠償額ノ豫定トシテ説明シテ可ル。然シ從業規則ハ縱令職工トノ雇傭契約ヲ以テ斯ル



定メヲ爲スモ工場施行令ニ四條ヲハズル制裁ヲ設クルコトヲ禁ジ  
テキル。右工場法施行令ハ大正五年九月一日ヨリ実施サレタガ、二  
四條ハ三八條一項ニ依リ一ヶ年間実施セザルノ留保ガアリ之ガ向  
題トナツタ。

大正七年七月十六日

判旨「工場法施行令三八條一項ハ同令施行ノ日タル大正五年九月一日  
以後一年以内ニ於テハ二四條ニ定メタル禁止規定ヲ適用セズ。即  
チ右期間内ニ契約ノ違反アリタル場合ニ於テ違約金ノ契約又ハ損  
害賠償豫定ノ契約ト其ノ効カヲ有スベキコトヲ定メタルモノトス。  
職工ハ如上期間内ニ契約ニ違反シタル時ハ右ノ契約ニ因リ違約金  
ノ支拂又ハ損害賠償ノ義務ヲ負フモノニシテ一旦此ノ義務ヲ負担  
シタル以上單ニ右期間経過ノ一季ニ因リテ之ヲ免ルベキモノニ非  
ズ」。トシテキル。

(二) 豫定ノ方法ハ金錢ヲ以テスルノガ普通デアアルガ算定方法ヲ以テスルコト

モアリ、原状回復其ノ他ノ損害填補方法ヲ豫定スルコトモアリ得ル。

(註)

普通金錢ヲ以テスルガ、確定シタル金額デナク單ニ算定方法ヲ以テ  
スルコトモアル。

大正四年十二月一日大判ハ之ヲ認メテ、

判旨「債務不履行ニ付イテノ損害賠償額ヲ豫定スルニ方リテハ、一定ノ  
額ヲ確定セズシテ宛カモ利息計算法ノ如キ算定ノ準拠ノミヲ豫定  
シ、債務ノ履行ヲ爲スニ至ルマデノ期間ニ應ジ債務額ニ對スル一定  
ノ割合ヲ以テ算定スベキモノト爲スコトヲ得ルモノトス」。  
右ノ華業ハ公債証書ヲ預ケテ其ノ返還債務ニ對スル賠償額ヲ豫定  
シ額面百円ニ對シ日歩五銭ノ割合ノ賠償ヲ爲スベキコトヲ約シタ。  
債務者ハ斯ル契約ハ賠償額ノ豫定トナラヌト爭ヒタルモ、大審院ハ  
右ノ如ク之ヲ認メテキル。四一條ガ「金錢ニ非ザルモノトス  
ル莫ヨリ見ルモ当然テアラウ」。

(三) 法文ニハ損害賠償額ノ豫定トアルガ、契約ニ反對ノ趣旨ノ表ハレザル限り



損害其ノモノノ豫定ト解スベキデアル。即チ債権者ハ債務不履行ヲ証明スレバ足り、損害ノ発生ヲ証明スルコトヲ要セヌノデアル。而シテ裁判所モ其ノ豫定額ヲ増減シ得又ガ(四ニ)條一項後段、利息制限法五條商法施行法一(七條)其ノ特約ハ別段ノ定メ無キ限り債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リ債務ノ全部ニ付キ不履行ガアツタ場合ヲ前提トスルモノト解スベク債務ノ一部不履行ノ場合債権者ニ過失アル場合等ハ別問題デアル。

(註)

四ニ。條ニハ「損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得」トアルノデ、此ノ特約アル場合ニ債権者ハ債務ノ不履行アレバ損害ノ有無及ビ金額ニ付キ何等ノ立証ヲ要セズシテ約定ノ額ヲ請求シ得ルノデアルカ、又ハ損害ノ発生ノミハ債権者ガ証明スルコトヲ要スルカニ付キ學說ガ岐レテアル。契約ニ当事者ノ意思ノ表ハレテキル場合ハ其レニ依ルバキコト勿論デアルガ、單ニ損害賠償額ノ豫定ノ特約ノミデアレバ債務ノ不履行アレバ其レニ對シテ約定ノ損害アルモノト推測シ、契約ノ損害額ヲ請求シ得ルモノト解スル。旧民法ニハ過息約款ノ規定ガア

リシガ之ハ現行法ノ賠償額豫定ニ相当シ此ノ制度ハ民法施行前ニモ行ハレラオタトスル判例ガアル。

明治二十八年十一月五日

判旨「過息約款ニ定ハル所ノ損害ニ付イテハ裁判所ハ之ニ立入り其ノ成否及ビ多少ヲ審査スルヲ得サルヲ以テ原則トスレ。

民法施行後ノ判例トシテ、

明治四十年二月二日大判ハ

判旨「当事者が契約不履行ノ際ニ違約者ノ支拂フベキ金額ヲ豫定セル場合ニハ、反對ノ契約ナキ以上ハ損害ノ有無又ハ多少ヲ向ハズ違約者ヨリ其ノ豫定金額ヲ支拂フベキモノトスレ。

大正十一年七月二十六日大判(六三)モ同趣旨ニテ

判旨「民法第四ニ。條ハ債務ノ不履行アルトキハ損害ノ有無又ハ多少ヲ向ハズ常ニ債権者ヲシテ豫定ノ賠償額ヲ得シムル趣旨ナリト区、第四ニ。條ニハ「裁判所ハ其ノ額ヲ増減スルコトヲ得ズ」トアリ、



判例モ「損害ノ有無又ハ多少ヲ向ハズ」トアルガ、然ラバ其ノ豫定額  
 が不当ニ高クナル場合ニ斯ル豫定契約が尙有効ナレバハ利息制限法  
 第五條トノ關係上疑ガアル。此ノ場合利息制限法ノ適用ヲ受クベキ  
 債權ニ付イテハ同法第五條ノ精神ニ因リ裁判所ハ之ヲ減額シ得ルモ  
 ノト思フ。唯商法施行法一七條ニハ右ノ規定ハ商事ニハ之ヲ適用  
 シナイ旨ヲ定メラサルノデアル。然シ此ノ場合デモ善良ナル風俗ニ  
 及スル如キ豫定契約ハ裁判所ハ尙ホ干渉シ得ルノデハアルマイカト  
 思フ。

昭和六年二月十三日大判集十卷ニ号六九頁モ此ノ実ニ關スル事件  
 デアル。

事案ハ金ニ〇〇円ノ約束手形ニ付キ満期日ニ支拂ヲ怠ルトキハ  
 一〇〇円ニ付キ一日金壹圓ノ割合ニ依ル損害金ヲ支拂フベキ特約  
 ヲ爲シタ。此ノ特約ヲ原裁判所ハ右特約ニ依ル損害算定率ハ余リ  
 ニ高キニ矢スルヲ以テ不法ナリトシタルニ對シ、債權者側ヨリ上告

シタ。大審院ハ上告人が「本件債務ハ債務者ガ之ヲ商業資金ニ充  
 ツル爲メ之ヲ借入レタルモノニ係リ、債務者ハ之ヲ見越シ高率ニ甘  
 シシテ右特約ヲ爲シ且ツ弘前地方ニ於テハ本件ノ如ク無担保手形  
 割引ニ因ル金円貸借ニ對シラハ之ト同様ノ特約アリトシテ上告  
 シタルニ對シ原判決ヲ破毀差戻シテ、

判旨「金錢貸借上ノ債務不履行ニ因ル損害賠償額豫定ノ特約ハ其ノ損  
 害額算定ノ基準タル率ガ著シク高キニ矢スルノ一率ヲ以テ直チニ不  
 法ノ特約ナリト速断スルヲ得ズ、蓋シ損害賠償豫定ノ特約ニシテ  
 著シク不当苛酷ナル場合之ヲ爲スニ充分ナル理由ノ認めハベキモノ  
 存在セザルトキ、或ハ其ノ内容ノ善良ナル風俗ニ及スルノ故ヲ以  
 テ不法トナリ、又ハ当事者ニ之ヲ爲スノ真意ヲ欠クガ爲メ無効トナ  
 ルガ如キ場合無キニ非ザルベシト雖モ、若シ之ニ反シ其ノ特約ヲ諾  
 約シタル当事者ニ於テ其ノ内容ノ頗ル苛酷ナルニ拘ハラズ尚且ツ  
 之ニ依ル不利益ヲ甘受シテモ金借ヲ敢テスルヲ利トスルガ如キ特



約ノ事情ノ存スル爲メ相手方ノ要求スルニ任セ其ノ苛酷ナル特約ヲ承諾シテ金借ヲ爲サントスル意思ヲ有シタル場合ナルニ於テハ其ノ意思ニ從ツテ契約ノ効カラ生ゼシムルハ契約自由ノ範圍内ニ屬シ、何等善良ノ風俗ニ反スルニ非ザレバナリトシテキルガ私ハ判決ノ趣旨ニハ賛成シ難イ。若シ判決ノ云フ如ク賠償額ノ率が高キニ矢スルノ故ノミヲ以テシテハ無効ニ非ズト解スレバ、利息制限法ノ規定ハ遂ニ何等ノ実益ナキニ至ラン。損害賠償額ノ豫定ハ債權ノ全部ニ付イテ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リ、債務ノ不履行ヲ生ジタル場合ノ問題ニシテ、債權者ノ過失ニ因リ又ハ單ニ債務ノ一部ニ付テノミ不履行ノアリタル場合ニ付テハ向題ハ別デアル。旧民法産編三八九條ハ此ノ處ニ付キ賠償額ノ増減ハ之ヲ許サザルモ、若シ其ノ不履行が債務者ノミノ過失ニ基ガザルトキ、又ハ一部ノ履行アリタルトキハ其ノ數額ヲ減少スルコトヲ得ルモノトシタ。斯レ特別規定ノ存シナイ現行法ノ下ニ於テハ一部不履行及ビ債權者側ニモ過失アル

場合ニハ別ニ考フベキ問題デアツテ賠償額減少シテ請求シ得ルモノト解スベキデハアルマイ。

編註、損害賠償額ノ豫定ガ損害額ノミヲ豫定スルカ損害ノ發生其ノモノニ付テモ効カアルカハ学説上争ヒガアルコト前述ノ通りデアアルガ大体次ノ如シ。

鳩山博士說「損害額ノ豫定ハ損害ノ發生ソノモノニ付テモ亦其ノ効カアルモノナリヤ、或ハ事实上損害アリタル場合ニ付テ其額ノミヲ豫定スルモノナリヤ、解釈上一ノ疑問ナリ。若シ前者ナリトセバ、債權者ハ債務不履行ノミヲ証明セバ損害ノ發生ヲ証明スルコトナクシテ豫定賠償額ヲ請求シ得ベク、之ニ反シテ若シ後者ナリトセバ損害ノ發生ヲモ併セラ証明スルコトヲ要スベシ。反對說(石坂氏)アリト雖モ余ハ判例ト同ジク損害ノ發生ヲモ豫定スルモノト解シ即チ苟クモ当事者が前提トシタル債務不履行アラバ、損害ノ有無又ハ多少ヲ向ハズ豫定ノ賠償額ヲ請求シ得ルモノトス。蓋シ賠償額



ヲ豫定スル当率者ノ目的ハ損害ノ與ニ付テハ一切ノ証明問題ヲ排  
 除セントスルノ趣旨ト解スルヲ正当トスレバナリレ（八五頁）。

末弘博士說「賠償額ノ豫定ハ特約アル場合ニ付キ債務者ハ債務不履  
 行ノ場合ニ損害ノ有無及金額ニ付キ何等ノ立証ヲ要セズシテ契約所  
 定ノ額ヲ請求シ得ルノデアレカ、又ハ損害ノ發生シタルコトノミハ立  
 証シナケレバナラヌモノデアレカ、又ニ付キ議論が岐レテキル。鳩  
 山氏ハ前説ヲ採ラレ、損害ノ發生シタリヤ否ヤノ立証ヲ要セズシテ債  
 務不履行ノ事實アレバ其ノ額ヲ請求シ得トサレ（八五頁）、之ニ及シ  
 テ石坂氏ハ「賠償額ノ豫定ハ單ニ賠償スベキ額ヲ豫定スルニ止マレ  
 カ故ニ債務者が豫定賠償額ヲ請求スルコトヲ得ルが爲メニハ實際損  
 害が發生シ總テ損害賠償債權發生ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス、唯債  
 權者ハ損害額ヲ証明スルコトヲ要セザルニ過ギズシテ、損害ノ發生ヲ  
 豫定スルコトハ論理上認ムルコトヲ得ズレ（同氏大細七一頁）トサ  
 レテキル。此ノ石坂氏ノ說ニ從ハバ賠償額ヲ豫定スルモ其ノ効力ハ

甚ダ弱イコトトナル、故ニ苟クモ債務ノ不履行アレバ賠償請求ヲ爲  
 シ得ルトスル鳩山氏說ヲ妥當ト思フ（末弘博士講義）。

(四)、賠償ノ豫定ハ當然ニ履行ノ請求權又ハ契約ノ解除權ノ拋棄デハナイ（四  
 二〇條ニ項）。併シ又履行ノ請求ト損害ノ賠償ノ請求トヲ常ニ併セ行ヒ得  
 ルトハ限ラズ賠償豫定契約ノ趣旨ニ依ツテハ契約ノ解除ヲシタ上デナクテ  
 ハ損害賠償ヲ請求シ得ヌコトモアラウ（五四五條三項）。

(註)

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ゲナイ（四二〇條ニ項）。  
 第五四五條三項ハ「解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズトア  
 ル。賠償ノ豫定ト契約ノ解除トハ別問題デアレバ、契約ヲ解除シテ尚  
 ホ損害賠償ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除セズシテ損害賠償ヲ請求スルコ  
 トハ相妨ゲナイ。即チ損害ヲ豫定シタルが故ニ、直接ノ履行又ハ契約  
 ヲ解除シナイト云フ意味デハナイ。契約ノ趣旨ニ因リテハ請求ヲセ  
 ズシテ契約ヲ解除シ損害ヲ賠償セシムルコトガアル。要スルニ當該



ノ契約ノ趣旨ニ因ツテ定マルコトデアル。

大正七年一月三十日大判ハ

事案ハ十四才ノ子供ヲ大工ノ徒弟トシテ住込マシムルニ棟領ト契約シ年明六年四月、若シ其ノ期間内ニ徒弟契約解除ノ節ハ損害賠償トシテ其ノ間ノ飯料ヲ支拂フ契約ヲシタ。然ルニ中途ニシテ徒弟ヲ中止シタノ節、飯料ノ損害ヲ請求シタ。大審院ハ豫定ノ損害賠償ニハ契約ヲ解除シタ上爲スベキモノトスル前提ノ下ニ、

判旨「徒弟甲が契約不履行ノ場合ニ修業中ノ飯料ヲ乙ヨリ丙ニ賠償スベキ約旨ニ基キ其ノ豫定ノ損害賠償ヲ請求スルモノニ非ザレバ丙ハ契約ヲ解除セザルモ乙ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトスレトシテキル。根本ニ於テハ斯ル趣旨ノ徒弟契約其ノモノノ効力ニ疑ガアル。

大正八年四月十四日大判ハ、石山ノ石材ヲ賣却シテ置キ乍ラ其ノ石材ヲ他ニ販賣シタ事件デ、被告が損害賠償ヲ請求スルニハ先ヅ契

約ヲ解除シタル上ナルコトヲ要スルト主張シタニ對シ、

判旨「債務者が債権ノ同意ヲ得ズシテ供給契約ノ目的物ヲ他ニ賣却シタル爲メ、履行不能トナリタル場合ニ於テハ債権者ハ直クニ給付ニ代ルベキ豫定賠償額ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ベク、先ヅ契約ヲ解除スル要ヲキモノトスレトアリ。

(五) 違約金ナルモノハ損害賠償以外ニ支拂ハルベキ違約罰ナルコトガアリ得ル。然シ普通ニハ損害賠償ノ豫定デアリ、又斯ク見ルコトガ穩當デアルカラ民法ハ左様ニ推定シタ(四二〇條三項)。

(註)

当事者が契約ヲスルニ當リ不履行ノ場合ニ課スベキ制裁ニハ各種ノ名称が用ヒラレテキル。違約金ノ名称ヲ用フル場合ニモ損害賠償トハ別ニシテ約旨ノ違約金ヲ課スルトスル趣旨ノコトモアリ得ル。斯ル趣旨ノ契約ヲ絶対ニ禁ズルノデハナイガ、普通ハ違約金ノ特約ハ之ヲ損害賠償ノ豫定ト見ルノガ穩當デアアル。カレバ民法ハ「違約金



ハ之ヲ損害賠償ノ豫定ト推定スレトシタ。推定ナルガ故ニ賠償額豫定ト莫ル内容ノモノナルコトヲ主張スル當事者ニ於テ之ガ立証責任ヲ負フベキハ当然デアレ。

(六) 損害賠償ノ豫定ニ関スル民法ノ規定ハ債務不履行ニ付イテノミデアレガ、不法行為其ノ他ニ因ル損害ニ付テモ賠償ノ豫定ヲスルコトヲ妨ゲナイ。

(註)

民法四二〇條ハ債務不履行ノ場合ニ関スルモノデアレガ、不法行為ニ付テモ此ノ旨ノ特約ヲ妨ゲナイモノト思フ。更ニ適法行為ニ付テモ同様デアラウ。判例モ之ヲ認メテ、

大正三年十月二十九日大判

判旨「共同不法行為ニ因リ連帶債務ヲ負担スル数人中其ノ一人ニ對スル債務免除ノ効力ニ関シテハ民法第四三七條ノ規定ヲ適用スベキモノトスレトシテ、甲乙ニ汽船会社ノ所有船が衝突シ双方ノ船長ニ過失アリタルトキ、両会社ハ共同不法行為者トシテ民法七一九條ニ

依リ連帶債務者トシテ責任ヲ負フベキデアレガ債権者が其ノ中ノ一会社ト妥協シテ其ノ債務ヲ免除シ、他ノ会社ニ對シ損害ノ金額ヲ請求シタルニ判例ハ右ノ如ク四三七條ノ適用アリトシテ、民法債権編ノ規定ハ不法行為ニモ適用アルモノトシテヤル。

第八、損害賠償者ノ代位、

民法第四二二條ニ全部の損害賠償がアツタ場合ニ債権ノ目的タル物又ハ權利が債務者ニ移転スル旨ノ規定ガアル(商法四一五條、四一六條)。此ノ所謂代位ニハ承諾ニ因ル代位ト當然代位トアルガ(四九九條、五〇〇條、独民二五五條)。此ノ場合ハ後者デアレ(一七八條、四六七條)。債務不履行ノ場合ノミノ規定デアレガ賠償請求權利者ヲシテ二重ノ利得ヲサセ又ト云フ趣旨デアルカラ、不法行為ノ場合ニモ類推適用スベキデアレ。

(註)

第四二二條ハ損害賠償ニ依ル債権者ノ代位デアレ。例へバAがBヨリ時計ヲ借りテヤル場合ニ、AハBニ對シテ時計ノ返還債務ヲ負担