害利息ノ支拂ヲ爲ス可キ義務アルモノトス」（昭和五、二、二一、東控判決、評論一九卷民法五三八頁）。

一三　「亡生松周吉カ其ノ死亡前「殘念々々」ト連呼シタル事實ハ原審ノ確定セルトコロニシテ原審カ右事實ヲ以テ慰藉料請求ノ意思ヲ表示シタルモノト認メタルニ因リ該慰藉料請求權カ金錢債權トシテ移轉性ヲ有スルニ至レル旨說示シタルハ必スシモ不當ニ非ス本來慰藉料請求權ハ被害者ノ一方ニ專屬スル權利ナルモ被害者カ慰藉料請求ノ意思ヲ表示スルトキハ之ニ依リ金錢債權トシテ移轉性ヲ帶有スルニ至ルヘキ旨ノ當院從來ノ判例ハ未タ之カ變更ノ要アルヲ見ス」（昭和八、五、一七、大判、法學三卷一號九七頁、津野氏評註同所、我妻氏「慰藉料請求權ノ相續性」志林二九卷一三一七頁、穗積氏有閑法學八一「殘念々々」法律時報五卷八號六五頁）。

(2)　無條件に其の移轉性を認むる判例

一　「旅客運送契約ニ於ケル債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害賠償請求權ハ論旨第三點ニ關シテ說明スル慰藉料金ニ關スル部分ノ外ハ被害者ノ一身ニ專屬セルモノニ非サルヲ以テ民法第九百八十六條ニ依リ相續人ノ承繼ノ目的タルモノトス何トナレハ民法第四百十七條ニ於テ損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムト規定シタル旨趣ニ依レハ本件運送契約ニ於テ別段ノ意思表示アリタル事實ナキ以上ハ本訴損害賠償ハ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ニシテ被害者タル被上告人先代ノ資產ノ一部ヲ爲スカ故ナリ上告人ハ尙ホ此點ニ付身體ヲ保護スル爲ニ存スル要償權ノ根原タル法益カ承繼スヘカラスト認メラルヽ以上ハ其要償權モ承繼スヘキモノニ非スト論スルモ身體ニ關スル權利ト雖モ損害ヲ被リタル結果損害賠償請求權ト爲リタル以上ハ相續人ハ之ヲ承繼スルコトヲ得サルヘカラス何トナレハ右賠償請求權ハ前示說明ノ如ク被相續人タル被害者ノ資產ノ一部ヲ爲スカ故ナリ仍テ本論旨モ亦之ヲ採用セス」（大正二、一〇、二〇、大判、一九輯九一九頁、抄錄四八卷一一八五頁、新聞九一三號二三頁、評論二卷商法四〇六頁、石坂氏「無形的損害賠償債權ノ相續」民法研究三卷四八五頁以下）。

二　「不法行爲ノ爲メ被害者死亡シ爲メニ生シタル損害賠償請求權ハ財產上ノ請求權ナレハ被害者ノ家督相續人ニ於テ之ヲ承繼スヘキモノトス」（大正五、二、二八、東控判決、評論六卷民法四六八頁）。

三　「元來慰藉料ノ請求權ハ不法行爲ニ因リテ直ニ發生シ被害者ハ加害者ニ對シ其時ヨリ當然慰藉料請求ノ債權ヲ有スルニ至ルモノニシテ該精神上身體上ノ苦痛ニ對スル賠償モ財產上ノ損害賠償ト等シク其損害ノ額ハ總テ金錢ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノナレハ慰藉料ノ債權モ亦一般ノ金錢債權ト毫モ異ル所ナキモノト謂フヘク從テ被害者カ其ノ生前ニ於テ慰藉料請求ノ意思ヲ表示セサル場合ト雖モ苟モ該請求權ノ拋棄ナキ以上當然相續ニ因リ之ヲ承繼シ得」（大正一五、一〇、二六、東控判決、新報九八號二一頁）。

四　「被害者ハ他人ノ不法行爲ニ因リテ精神上ノ苦痛ヲ蒙リタルトキハ之ニ對スル損害賠償請求權ヲ取得スヘキモノニシテ損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキ限リ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムヘキモノナレハ精神上ノ苦痛ニ對スル損害賠償請求權ハ金錢ノ給付ヲ目的トシ一般金錢債權ト毫モ異ナルトコロナシ從テ被害者カ加害者ニ對シ賠償請求ノ意思ヲ表示シタルト否トニ拘ラス其發生ト同時ニ移轉性ヲ有スルモノト解スヘキモノトス蓋シ被害者ハ或ハ損害賠償請求權ヲ行使スルヲ欲セサルコトアルヘキモ斯ノ如キハ他ノ債權ニ付テモ敢テ異ナル所ナキカ故ニ之ヲ以テ直ニ該請求權ヲ目シテ一身ニ專屬セル權利ナリト斷スルニ由ナク殊ニ若シ此種ノ請求權ニシテ專屬權ナリトセハ假令請求ノ意思ヲ表示シタリトスルモ依テ以テ其債權ノ專屬的性質ヲ失フヘキ理由ナキコト多言ヲ俟タサルヘケレハナリ」（昭和二、四、二一、東控判決、新報一一五號一八頁、評論一六卷民法一〇二八頁）。

五　昭和九、二、二三、大判、法學三卷九號一〇九頁、後揭、卽死に因る損害賠償請求權の項參照。

(3)　無條件に移轉性を否認する判例

「自由若クハ名譽ヲ害シタルニ因リ生シタル財產以外ノ損害ニ付テノ請求權ハ被害者ノ一身ニ專屬スルモノナレハ相續ノ目的トナルコトヲ得ス」（明治四〇、三、二九、東控判決、法記一七卷五號七一頁）。

(四)　被害者の卽死に因る不法行爲債權

被害者卽死の場合に、被害者に對して損害賠償請求權が發生するや否やが爭はれて居る。蓋し、被害者が重大なる負傷を爲し、僅少時間生存したる後、死亡したる場合に於ては、被害者は生前、損害賠償請求權を取得するが故に、其の損害賠償請求權は遺族によつて承繼せらるる可能性を生ずれども、卽死の場合には、被害者は損害賠償請求權を取得するに及ばずして死亡するが故に遺族が相續によりて被害者の損害賠償請求權を取得し得ざるが如く考へられるからである。本問題に關して、諸種の學說が存在して居る。

(1)　或は、卽死の場合に於ては、被害者は旣に權利主體に非ざるが故に損害賠償權を取得せず、從つて、相續人も之を相續するに由なきものとする。

畔道氏「民法第七百十一條の損害賠償」京法一一卷一二號一八三六頁、最近大審院民法判例批評一三八頁以下、同氏「生命侵害と損害賠償」論叢二卷四號五九二頁、宮本氏英法研究四四九頁、四一六頁。

斯く解するも、被害者の子、配偶者又は父母は第七百十一條に依り、自己本來の損害賠償請求權を原始的に取得するが故に、差支を生せないけれども、子に非ざる相續人は第七百十一條に包含せられざるが故に、同條の保護を受くるを得ず。其の結果として、被害者の身體傷害が輕度のものなるときは、子に非ざる相續人も、相續によりて、被害者の損害賠償請求權を取得し得るも、極度の身體權を侵害せらるる場合、卽ち、卽死の場合には、損害賠償請求權は被害者に發生せず、從つて、相續の目的とならざる不合理の結果を生ずる。從つて、其の以外の學說は、本問題を肯定せんがために努力し來つた。卽ち、

(2)　或は致命傷を與へられたる時と生命絕止の時との間には、理論上多少の間隙がある筈であるから、被害者が致命傷をを受けたるに因る損害賠償請求權を取得し、相續人は之れを相續するものと解すべきものとする。

鳩山氏各論下卷八七一頁、八七二頁、加藤氏「旅客死傷ノ損害賠償」海法研究二卷四五六頁、法協三四卷六號六四頁以下、大正九、四、二〇、大判、二六輯五五三頁。

(3)　或は生命權は身體權の一部に外ならざるが故に、生命を失はしむるに足るべき程度に身體を傷害したる者は未だ死亡以前に於ても旣に極度に身體權を侵害し、從つて、生命權を害したるものなるが故に、直ちに、被害者自身に付きて賠償請求權發生するものとする。

末弘氏各論一〇二三頁。加藤氏前揭論文は尙、此の(3)の理由をも主張せられて居る。同論文四五七頁參照。

(4)　或は、旣に加害者が他人に對して卽死を引き起すべき傷害を加へた以上、其の傷害は一定の損害（被害者が通常生存し得べき期間に獲得し得べかりし財産上利益享受の途を絕止したること）を生ぜしめ、從つて、そこに被害者に對する不法行爲が成立したるものである。然らば旣に被害者に對す

る不法行爲が明かに成立する以上は、單なる死亡といふ自然的事實の故に當然に、その瞬間にその不法行爲に基く賠償請求權の主體といふ法律觀念上の主體をも絶滅すべき理由はなく、この賠償請求だけの範圍に於て、被害者は尙法律觀念上の權利主體であると看做さるべきである（平野氏評釋、大正十五年度判例民事法一一一頁）とする。

(5)　近時、穗積氏は相續の性質に關し、從來の權利承繼說を捨て、新に、人格承繼說、詳言すれば、被相續人の法律上の地位承繼說を提唱せらるるに至り、其の說により本問題は、從來の人工的說明の域を脫して、妥當なる說明を爲すを得るに至つた。同氏の說によれば、相續は被相續人の人格、卽ち、法律上の地位を相續人が承繼するものに外ならない。卽ち、被相續人の地位が相續人に迄延長せられるのであるから、此の說によれば、被相續人が卽死するとも、相續人は被相續人の法律上の地位を承繼し、被相續人に發生すべかりし筈の損害賠償請求權を原始的に取得することを得るものと考へ得ることとなるのである。

穗積氏「相續は權利の承繼か人格の承繼か」法協四八卷一頁以下、同氏相續法（現代法學全集）五四頁以下、同氏有閑法學八一「殘念々々」法律時報五卷八號六五頁、我妻氏「慰藉料請求權ノ相續性」志林二九卷一三一七頁、同氏事務管理以下（現代法學全集）一四〇頁、一四一頁。平野氏評釋大正十五年度判例民事法一一一頁は前示(4)の理由以外に(5)の理由をも主張せられて居る。

本問題に關する判例左の如し。

（甲）肯定說

一　「被害者カ卽死シタル場合ニ於テハ其者ニ其死亡ニヨリ發生スヘキ損害賠償請求權ノ發生スヘキ餘地ナク從テ家督相續人ニ於テ該權利ヲ承繼スルコトアリ得サルカ如シト雖モ商法生命保險ニ關スル規定ニ於テ死亡保險ニ付キテモ被保險者ヲ保險金受取人ト爲スコトヲ許ス我國法ノ精神ヲ推考スルトキハ被害者卽死ノ場合ト雖其死亡ヲ原因トシテ發生スヘキ損害賠償請求權ハ一旦被害者ニ發生シ一ノ財產權トシテ相續財產ニ屬シ卽時相續ニヨリ家督相續人之ヲ承繼スルモノト解スルヲ相當トス」（大正八、五、一五、大地判決、新聞一五九七號一五頁）。

二　「甲カ乙ノ不法行爲ニ因リテ負傷後死亡シタル場合ニ於テハ甲ハ死亡以前ニ乙ニ對シ將來生存シテ取得スヘキ利益ノ喪失ニ因ル損害ノ賠償請求權ヲ取得スルモノニシテ其損害ハ死亡以前ニ發生シ死亡ヲ原因トシテ發生スルモノニ非ス」（大正九、四、二〇、大判、二六輯五五三頁、抄錄八八卷二一三〇九頁、評論九卷民法五二四頁）。

三　「他人ニ對シ卽死ヲ引起スヘキ傷害ヲ加ヘタル場合ニ在リテモ其ノ傷害ハ被害者カ通常生存シ得ヘキ期間ニ獲得シ得ヘカリシ財產上ノ利益享受ノ途ヲ絕止シ損害ヲ生セシムルモノナレハ右傷害ノ瞬時ニ於テ被害者ニ之カ賠償請求權發生シ其ノ相續人ハ該權利ヲ承繼スルモノト解スルヲ相當ナリトセサルヘカラス」（大正一五、二、一六、大判、一五〇頁、平野氏評釋、同年度判例民事法一〇二頁以下）。

四　「他人ニ對シテ卽死ヲ惹起スヘキ傷害ヲ加ヘタルモノハ被害者ニ對シ同人カ通常生存シ得ヘキ期間ニ獲得シ得ヘカリシ財產上ノ利益享受ノ途ヲ絕止シ損害ヲ生セシメタルモノナルヲ以テ右傷害ノ瞬時ニ於テ被害者ニ該損害ノ賠償請求權發生シ其相續人ハ該權利ヲ承繼スルモノト解スヘキモノトス」（昭和四年（ワ）三六七號名古屋地方判決、新聞三〇八九號一一頁、評論一九卷民法五八一頁）。

五　「他人ニ對シ其ノ卽死ヲ惹起スヘキ程度ノ傷害ヲ加ヘタル場合ニ其ノ傷害ハ被害者カ通常生存シ得ヘキ期間ニ獲得スヘカリシ財產上ノ利益ヲ享受スル途ヲ杜絕シ損害ヲ發生セシムルモノナルカ故ニ之カ賠償請求權ハ右傷害ノ瞬時ニ於テ被害者ニ確定的ニ發生シ且精神上ノ苦痛ニ對スル慰藉料請求權ノ如ク專屬性ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ被害者死亡スルトキハ相續人ノ之ヲ承繼

スヘキハ勿論ニシテ所論ノ如ク被害者カ賠償請求ノ意思ヲ表示セスシテ死亡シタルトキト雖當然消滅ニ歸スヘキモノニアラス（大正十四年(オ)第七三二號同十五年二月十六日當院判決參照）故ニ本訴賠償請求權ニ付原審カ被害者松太郎ニ於テ賠償請求ノ意思ヲ表示シタルヤヲ確定スルコトナク被上告人倉次ニ於テ相續承繼シタル旨ヲ判示シタルハ固ヨリ相當ナリト云フヘク論旨引用ノ當院判例（昭和元年(オ)第一三七五號、昭和四年(オ)第二一一號）ハ慰藉料ノ請求ニ關スル判例ニシテ本件ニハ適切ナラス」（昭和九、二、二三、大判、法學三卷九號一〇九頁）。

（乙）　否定說

一　「質屋業ヲ營ミ且會社ノ無限責任社員又ハ組合ノ理事トシテ報酬ヲ受ケツツアリシ者カ他人ノ不法行爲ニ因リテ即死シタル場合ニ於テハ其者ニ自己ニ代リテ質屋營業ヲ繼續スル爲メ使用スヘキ雇人ノ雇入費用及會社ニ對シテ將來ノ報酬ヲ請求スヘキ權利ノ發生スル謂レナキカ故ニ相續人カ斯ル權利ノ承繼ヲ主張シテ不法行爲者ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルハ失當ナリトス」（大正二、一一、一五、東控判決、評論三卷民法二五四頁）。

二　「生命權侵害ノ場合ニ於テ損害賠償ノ原因タル死亡ナル事實ノ發生スル當時ニ在テハ被害者ハ既ニ此世ニ現在セサルヲ以テ權利享受ノ適格者ニ非ス從テ生命權侵害ニ對スル賠償權ハ終ニ發生スルニ由ナシ左スレハ原告カ自己固有ノ利害關係ニ因リ請求スルハ格別憲一ノ家督相續人タル資格ニ基キ其要償權ヲ承繼シタリトノ本訴請求ハ理由ナシ」（大正五、七、八、松山地方判決、新聞一一四七號二四頁、評論五卷民法九一九頁）。

三　「被害者傳作カ生存シタランニハ取得スヘカリシ利益ヲ死亡ニ因リ喪失シタルコトヲ理由トシテ同人ニ於テ之カ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノトナシ右ノ損害賠償ノ請求權ヲ傳作ノ遺產トシテ第一審原告等ニ於テ相續シタル旨主張スレトモ凡ソ不法行爲ニ因リ人ヲ死ニ致シタル場合ニ死亡ト同時ニ此權利ハ其相續人ニ承繼セラルルコト言ヲ俟タス從テ死亡カ即時ナリシ場合ニハ被害者ニ於テ右ノ如キ損害ヲ被ルノ餘地ヲ存セサルヲ以テ此ノ點ニ於テ既ニ斯ル損害ニ基ク賠償請求權ナルモノハ始メヨリ問題トナルヲ得サルモノトス反之死亡カ即時ナリシト否トヲ問ハス死亡ト云フ結果其ノモノニ基キ被害者本人ニ生スル損害賠償請求權ト云フカ如キモノハ法律上之ヲ想像スルヲ得サルモノトス蓋シ死亡ト云フ結果カ生スルト共ニ被害者ノ人格ハ消滅シ又何等賠償ヲ請求シ得ヘキ損害ナルモノヲ被ル資格モ存セス又何等權利ノ主體タルヲ得ル資格モ存セサルニ至レハナリ但或場合ニハ遺族其人ハ被害者ニ對シ現ニ扶養料ノ支給ヲ請求スル權利ヲ有スルコトアリ此ノ權利ハ被害者ノ死亡ニ因リ消滅スルカ故ニ此損害ニ對シテハ遺族ハ不法行爲者ニ對シ其賠償ヲ請求スル權利アルコト勿論ナリト雖モコハ固ヨリ遺族其人ニ生シタル權利ニシテ被害者ヨリ承繼シタルモノニハ非ス」（大正九、三、一三、東控判決、新聞一六九二號一六頁）。

四　「原審ニ於テ甲カ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル原因ハ即同人ノ死亡ニアリトシ而モ丙ハ甲ニ對シ其ノ死亡前本件不法行爲（即致死）ニ因リ被ラシメタル損害即チ生存ニヨリ得ヘカリシ純收益ニ相當スル金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔シタルモノナレハ其ノ遺產相續人ナル乙ニ對シ之カ支拂義務アルコト勿論ナリト判示セルハ死亡ニ因リテ始メテ生ス可キ損害ヲ已ニ生前ニ於テ被レリト云フニ外ナラス竟ニ理由ノ不備ヲ免レサルモノトス」（昭和三、三、一〇、大判、七卷一五七頁、評論一七卷民法四二四頁、杉之原氏評釋、同年度判例民事法六五頁以下、末川氏論叢二一卷三號四七一頁以下）。

（五）　名譽權侵害の場合に於ける名譽回復に適當なる處分請求權

他人の名譽權を侵害せられたる者が損害賠償と共に名譽を回復するに適當なる處分（七二三）を請求する權利は讓渡を許さざるものと解すべきである。適當處分を爲すべき義務も移轉性を有しない。

同說　末弘氏各論一一一四頁、鳩山氏志林一二卷三號一八頁以下、岡村氏各論七三八頁（岡村氏は例外として家督相續人又は營業の一般承繼人若くは營業及び商號の特定承繼人には移轉するものとせらる。正當なる見解である）。

第六項　損害賠償債權の行使及び代位行使

（一）　損害賠償債權の行使

損害賠償債權の行使は通常の金錢債權の行使であるから、之れに關して何等の制限を附すべきでない。裁判上の請求たると、裁判外の請求たるとを問はず、之れを爲し得る。

唯、次の判例は其の行使に制限を認めて居る。

「貨物所有者ハ其ノ所持スル貨物引換證ノ質入裏書ヲ爲シタレハトテ貨物ノ所有權ヲ喪フモノニアラスト雖運送人又ハ之ニ代リテ貨物引渡ヲ爲ス者ニ對シ其ノ貨物ノ所有權ニ基キ之カ引渡ヲ請求スルニ付テハ必ス貨物引換證ノ所持ヲ必要トスルモノナルヲ以テ是等ノ者カ不法行爲ニ因リテ貨物ヲ滅失セシメタル場合ハ所有者ハ之ニ對シ該貨物ノ引渡ニ代ルヘキ損害賠償ノ請求權ヲ取得スルモ貨物引換證ナキトキハ該損害賠償請求權ヲ行使シ得サルモノトス」（大正一五、二、一六、東地判決、評論一五卷商法二四三頁）。

（二）　損害賠償債權の代位行使

第四百二十三條に規定する「一身ニ專屬スル權利」は行使專屬權にして享有專屬權でない。卽ち、行使專屬權は其の權利を行使すると否とを他人の意思によりて決定することが權利の性質に反するものである。斯の如き權利は債權者の代位を許さざるものでない。不法行爲上の債權の如きは讓渡を許さざるも、享有專屬權でないけれども、行使專屬權である。卽ち、權利者の意思に反して之れを行使せしむべきものでないから、債權者代位の目的とならない。

（甲）　同說　中島氏釋義三卷上六四四頁、我妻氏民法Ⅱ四五四頁、石坂氏六六五頁以下、大綱一二五頁、鳩山氏總論一九一頁、志林一七卷一一號七四頁以下、勝本氏中卷二一七頁、遊佐氏五三〇頁、近藤、柚木兩氏二四九頁、三潴氏二七四頁、岩田氏新論一〇二頁、吉丸氏銀行研究二六卷一號一一六頁、東氏八三頁、岡村氏一一八頁、嘉山氏二三一頁、中島弘道氏五〇六頁、大谷氏二〇二頁、森山氏二六〇頁、磯谷氏二九八頁、入江氏五六頁、林氏二一七頁。

「凡ソ債權者ノ一身ニ專屬スル權利ニ付キテハ代位ヲ許ササルコト民法第四百二十三條第一項但書ニ規定スル所ナリト雖モ玆ニ所謂一身ニ專屬スル權利トハ特定ノ權利者カ其意思ニ依リテノミ之ヲ行使スルヤ否ヤヲ決定スルコトヲ權利ノ性質上必要トスルモノヲ云フカ故ニ親權戶主權ノ如キ純然タル非財產的權利ハ勿論財產權ニテモ親權者ノ子ノ財產收益權ノ如キ純然タル無形的利益ニ基ク權利又ハ生命身體自由名譽ノ侵害ニ基ク損害賠償請求權ノ如キ無形的利益ニ基ク權利ハ之ニ屬シ是等ノ權利ハ代位ノ目的トナラスト雖モ債務不履行ニ基ク損害賠償請求權財產權侵害ニ基ク損害賠償請求權ノ如キ純然タル財產的權利ハ凡テ代位權ノ目的ト爲スヲ妨ケサルモノトス」（大正一五、九、二〇、大控判決、評論一六卷商法一〇一頁）。此の判例は無形的利益に對する損害賠償請求權のみ代位の目的とならざるものとする。

（乙）　反對判例

一　「債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ債務者ニ代位シテ債務者ニ屬スル損害賠償ノ權利ヲ行使スルコトヲ得」（大正五、五、三一、東地判決、新聞一一五四號二三頁）。

二　「民法第四百二十二條ニ依リ賠償義務者ノ代位スヘキ物體ハ嘗ニ賠償ノ目的タル物又ハ權利自體ニ限ラス其ノ喪失ニ因リ賠償請求權者ニ屬スルニ至リタル第三者ニ對スル請求權ニ付テモ亦代位ヲ生スルモノトス」（大正一五、四、一六、朝高判決、評論一五卷民法五六七頁）。

第七項　損害賠償債權の成立時期

損害賠償債權は後に述ぶるが如く、當初より損害賠償債權夫れ自體が發生することあり、又他の債權が損害賠償債權に變化して生ずることあり得るのであるが、當初より損害賠償債權が成立する場合は、其の原因は契約たることあり、不法行爲たることがある。契約の場合には、契約の成立と同時に損害賠償債權が成立する。契約が停止條件附なるときは、條件成就によりて其の契約は效力を生じ、其の條件の成就の時より其の債權は成立する。

一　「債務者カ自己ノ債務ヲ履行スヘキ日ニ其履行ヲ怠リタルトキハ債權者ハ之カ爲メニ同日ヨリ損害ヲ被ムルモノナレハ債務者ニ於テ其日ヨリノ損害ヲ賠償スルヲ當然トス」（明治四三、一二、一九、大判、一六輯九五九頁）。

二　「債務者カ債務ノ目的物ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ之ヲ其ノ第三者ヨリ讓受ケ其所有權ヲ回復シ得ル特別ノ事情存在セサル限リ取引ノ通念上之ヲ債務ノ履行不能ト謂フコトヲ得ヘキモノニシテカ、ル事由ハ債務ノ期限前ナルト其後タルトヲ問ハス發生シ得ヘキモノナルヲ以テ履行期限到來シタル後ニ非サレハ履行不能ニナルヘキモノト謂フヲ得ス唯履行期限到來前ニ履行不能トナリタルトキハ履行期限到來ノ時ニ於テ損害賠償ノ請求權發生スルモノトス」（大正一三、三、一、大判、評論一三卷民法四〇二頁）。

三　「婚姻豫約不履行ニ基ク慰藉料支拂ノ債務ハ損害賠償ノ債務ニ外ナラサルカ故ニ不履行ニ因リ當然發生スルモノト解スヘク相手方ノ請求ニ依リ始メテ發生スルモノト解スヘキニ非ス」（昭和七、七、八、大判、新聞三四五一號一四頁、彙報四三卷二二號民事四九一頁）。

損害賠償債權が不法行爲等に因りて成立する場合には、其の不法行爲等の成立要件の全部が完備する時に成立するものである。卽ち、損害の發生、債務者の歸責原因、因果關係等が完備することを要する。而して、損害賠償債權は其の成立要件の全部が完備すると同時に成立すべきものなること當然であるから、損害賠償債權成立の時期（Entstehungszeit）は、卽ち、損害賠償債權成立要件の全部が完備したる時期である。是れを通說と見るべきである。判例も亦、不法行爲による損害賠償債權は不法行爲の成立と同時に發生するものとする。

一　「不法行爲ニ基ク損害賠償請求權ハ自己ノ權利ニ侵害ヲ受ケタル結果苟モ損害ヲ被ムルニ於テハ直ニ之ヲ行使シ得ヘキモノニシテ必スシモ其救濟ニ必要ナル行爲ヲ不法行爲者ニ於テ履行セサル事實ヲ前提トセサル可カラサルモノニアラス」（明治三八、三、二二、長崎地方判決、新聞二七七號九頁）。

二　「詐欺ニ因ル意思表示ハ取消ニ依リ法律上始メヨリ無效ナリシモノト看做スヲ以テ民事原告人カ取消ノ意思表ホヲ爲シタル以上ハ被告カ自己ノ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ責任ハ不法行爲ノ時ヨリ發生ス」（明治四一、三、一二、刑大判、一四輯二一九頁、抄錄二九卷三一二七頁、新聞四八七號一〇頁）。

三　「不法行爲ニ因ル債權ハ判決ヲ俟ツテ始メテ生スルモノニアラスシテ不法行爲アリタルトキニ旣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遲滯ニ付スルコトヲ得サルモノニアラス而シテ原裁判所ハ本件甲第二號證ノ判決ヲ爲スニ當リ不履行ニ因ル損害金ニ相當スル金額ヲ慰藉ノ損害額ニ算入シタルモノニアラスト認メ且訴狀ノ送達ニ因リ慰藉料ノ債務カ遲滯ニ付セラレタルモノト爲シ其ノ訴狀送達ノ翌日ヨリ慰藉料支拂當日マテノ不履行ニ因ル損害金ノ支拂ヲ命シタルハ毫モ不法ニアラス」（大正七、一〇、一〇、大判、二四輯一八九三頁、抄錄八〇卷一八七八〇頁、新聞一五〇二號二四頁、評論七卷民法一一五二

頁)。

四　「甲カ乙ノ不法行爲ニ因リテ負傷後死亡シタル場合ニ於テハ甲ハ死亡前ニ乙ニ對シ將來生存シテ取得スヘキ利益ノ喪失ニ因ル損害ノ賠償請求權ヲ取得スルモノニシテ其損害ハ死亡以前ニ發生シ死亡ヲ原因トシテ發生スルモノニ非ス」(大正九、四、二〇、大判、二六輯五五三頁、抄錄八八卷二一三〇九頁、評論九卷民法五二四頁)。

五　「又上告人ハ被上告人ニ對シ本件不法行爲ノ時ヨリ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル義務アルモノナルヲ以テ原判決カ上告人ニ對シ本件訴狀送達ノ翌日タル大正十年九月十七日ヨリ年五分ノ損害金ノ加算ヲ命シタルハ固ヨリ相當ニシテ此ノ點ニ關スル論旨ハ總テ採用セス」(大正一五、一、二六、大判、五卷七一頁以下、平野氏評釋、同年度判例民事法五八頁以下)。

六　被害者卽死の場合に關しては旣に說明したる所である。

第八項　損害賠償債務の履行期

債務の履行期は、曩に說明したるが如く、(1)當事者の契約に依りて定められるのが通常であらうけれども、又、(2)法律の規定に依りて定められて居る場合もある(五九一、五九七、六一七、六六二等)。又、(3)給付の性質其の他の事情によりて定まることもあり得るであらう。併し乍ら、以上(1)乃至(3)に依りて履行期が定められざる場合に於ては、(4)債權は成立と同時に履行期に在るものと解すべきである。蓋し、履行期は原則として債務者に猶豫を與ふることを目的として之れを定むるものなるが故に、履行期の定めなきときは債務の成立と同時に債務は履行期に在るものと解すべきは當然であるからである。

債務不履行又は不法行爲等に因る損害賠償債務は前示(1)乃至(3)の事情に依りて履行期が定められない。又、當事者が其の履行期を未定のまゝに殘存せしめ置かんとする場合でもない。從つて、(4)の大原則に從つて、其の成立と同時に履行期に在るものと解すべきである。

一　「損害ノ賠償金ハ其損害ノ生シタルトキ賠償スヘキモノナレハ其辨濟期ハ其損害ノ生シタル時トス」(明治三四、二、一五、大判、新聞八一號二六頁)。

二　「損害ノ賠償金ハ其損害ノ生シタル時ニ於テ旣ニ賠償スヘキ義務ヲ負擔スルモノナレハ其辨濟期ハ卽チ其損害ヲ生シタル時ニ於テ到來セルモノナリ又損害賠償ノ額ハ判決ニ依テ定マルモノニシテ相殺ノ意思表示ハ前示ノ如ク相殺ヲ爲スニ適シタル始メニ遡リテ效力ヲ生スルモノナレハ民法ノ規定ニ從ヒ損害賠償ノ債權ヲ以テ其對當額ニ至ルマテ相殺ニ因テ其債務ヲ免カルヘキ相殺ノ抗辯ヲ爲シ得ヘキモノトス然リ而シテ本件上告人ノ有スル債權ハ被上告人ニ賣渡シタル茶箱代價ノ殘金ニシテ被上告人ノ有スル債權ハ其茶箱引渡ノ遲延ニ因テ生シタル損害金トニアルヲ以テ前顯ノ法理ニ依リ適法ニ相殺シ得ヘキモノナルカ故ニ原院カ被上告人ノ爲シタル相殺ノ抗辯ヲ至當ナリト判斷シタルハ適法ニシテ上告論旨ノ如キ違法ノ判決ニアラス」(明治三五、二、一五、大判八輯二卷七七頁以下)。

三　「債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササルニ因リ債權者ニ生シタル損害カ債務ノ不履行ニ因リ通常生スヘキ損害ナルトキハ債權者ハ債務者ニ對シ其損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノニシテ此損害賠償ノ請求權ハ債務ノ履行ヲ求メタル後ニアラサレハ之ヲ行使シ得サル旨ノ規定ナキヲ以テ債權者ハ債務ノ履行ヲ求メスシテ直チニ債務者ニ對シ其損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ」(大正元、一二、二一、東控判決、新聞八四四號五五頁)。

第九項　損害賠償債務の遲滯時期

履行期は遲滯の前提と爲るものであるから、損害賠償債務の遲滯に附せらるべき時期如何の問題は損害賠償債務の履行期が何時到來すべきかが前提問題と爲る。損害賠償債務の遲滯時期に關しては場合を分ちて考察するを要する。

第一目　不法行爲に因る損害賠償債務

（一）總　說

前示の如く、不法行爲に因る損害賠償債務は不法行爲成立の時に成立する。而して、其の債務は期限の定めなき債務であるから、成立と同時に履行期に在るものと見るべきである。其の遲滯の時期は第四百十二條第三項に依り債務者が履行の請求を受けたる時に在る。蓋し、同條第三項は斯の如き期限の定めなき債務、從つて、成立と同時に履行期が到來し、催告によりて遲滯に附せらるべき債務に對して適用あるが爲めである。

同說　藥師寺氏「不法行爲に因る債權と債務者の遲滯」志林二一卷六號一七頁以下、民事判例研究五六頁以下、鳩山氏總論一一七頁。併し、之れに對しては有力なる反對說がある。

反對說は不法行爲に因る損害賠償の債務は成立と同時に履行期に在り、亦、成立と同時に遲滯に附せらるるものとする。而して、是れか公平に適する考へ方であるとするのである。

例へば、我妻氏講義案一九二頁、岩波版民法七一五頁、近藤、柚木兩氏上卷一〇一頁、內田力藏氏評釋、法協五五卷二號三八六頁、末弘氏各論一一〇八頁、同氏評釋、判例民法大正十年度一四二頁及び判例民事法昭和元年度二八四頁、勝本氏上卷三八四頁、同氏岩波法律學辭典一七五四頁。但し理由は異なる。

勝本氏は第四百十二條第一項第三項の規定は債務不履行又は不法行爲に因る損害賠償債務には適用がないとせられる。蓋し、此等の債務は發生時期と履行期とを區別し得ざる債務にして、其の發生と共に遲滯を發生するものなるが爲めであるとせられるのである。卽ち、同條に於ける期限は債務の履行に關するものであつて、不履行又は不法行爲と關聯する期限ではない。從つて債務不履行又は不法行爲から生ずる賠償債務の履行期に關するものでないとせらるるのである（概說二六二頁、一四二頁、上卷三八二頁）。

然し乍ら、債務不履行に因る債務も、不法行爲に因る債務も其の不履行は等しく債務の不履行に外ならないのであるから、之れを同條の適用範圍より除外することを得ないと考へる。

（二）第一種判例

大審院は古くより、不法行爲に因る損害賠償債務は期限の定めなき債務として、成立と同時に履行期が到來し、成立と同時に遲滯となるものとした。

一　「不法行爲ニ原因スル損害賠償ノ債權ハ損害ノアリタルトキヨリ發生ス從テ其當時ヨリ利子ヲ生ス」（明治三〇、六、二二、刑大判、三輯六卷五九頁）。

二　「犯罪ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スル場合ニ在リテハ遲滯ノ條件ヲ要セスシテ當然利息ヲ生スヘキモノトス」（明治三〇、六、二五、刑大判、三輯六卷七四頁）。

三　「不法行爲ニ因リテ取得シタル利益ニ付テハ其債務者ハ債務ノ發生スルト同時ニ履行ノ責アルヲ以テ特ニ債權者ノ請求ヲ待タスシテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（明治四三、一〇、二〇、大判、一六輯七二〇頁、抄錄三九卷八九九頁、新聞六八〇號一七頁）。

四　「民法第三編債權第一章總則ハ債權ニ關スル通則ナレトモ不法行爲ニ依リテ生シタル債權マテ總ヘテノ債權ニ通シテ當然適用セラルヘキモノトスレハ不法行爲ノコトヲ規定シタル第七百二十二條ニ右總則中ノ第四百十七條ノ規定ヲ不法行爲ニ依ル損害ノ賠償ニ準用スヘキ旨ノ規定ヲ設クヘキ理アラサレハ右債權總則ノ規定ハ當然不法行爲ニ原因スル債權ニ適用スヘキモノニ非サルモ法律行爲ヲ原因トシタル債權ニ關スル規定ニ準據スヘキ者トス而シテ不法行爲ニ原因スル債權ニ付テハ債務者ハ債務ノ發生スルト同時ニ履行ノ責アリテ債權者ノ請求ヲ待タスシテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニシテ債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スルニアラス」（明治四四、二、一三、大判、一七輯五二頁、抄錄四〇卷九二二三頁、新聞七〇三號二七頁）。

五　「犯罪行爲ニ因リ民事原告人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ遲滯ニ付スルノ條件ヲ要セスシテ犯罪ノ時ヨリ當然利息ヲ生スヘキモノトス而シテ右ノ場合ニ於テ民事原告人カ犯罪ノ時ヨリノ利息ヲ請求シタルトキハ利息債務發生ノ期ニ付キ說示ナキモ判決ノ理由ヲ缺クモノニ非ス」（大正二、一一、一〇、刑大判、一九輯一一五四頁、抄錄五卷六五四四頁、新聞九〇九號二七頁、評論二卷刑訴一四二頁）。

六　「詐欺行爲ニ因リ加ヘタル損害ニ付テハ遲滯ニ付スルノ條件ヲ要セスシテ其時ヨリ當然利息ヲ生スヘキモノトス」（大正二、一一、一〇、刑大判、一九輯一一五四頁、抄錄五卷六五四三頁）。

七　「故意若クハ過失ニ因リ他人ノ財產權ヲ侵害シタル者ハ其被害者カ加害者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルニ當リ害セラレタル財產ノ被害當時ニ於ケル價格ヲ以テ損害ノ基本トスル場合ハ之ニ對スル被害當時ヨリ賠償ヲ受クル迄法定利率ニ依ル金額ヲモ共ニ損害トシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ本院カ明治四十三年(オ)第二三三號損害賠償請求事件ノ判決ニ於テ不法行爲者ハ賠償債務ノ發生スルト同時ニ之ヲ履行スルノ責アリテ遲滯ノ場合ト同一ニ債務發生以降ノ法定利率ニ依ル損害ヲ賠償スヘキ責任アル旨判示シタルモ此理由ニ出テタルニ外ナラスシテ上告人ノ引用セル明治四十二年(れ)第一〇六七號故殺並ニ附帶私訴事件ノ判例ハ右ノ判決ニ依リ自ラ變更セラレタルモノトス又明治四十三年(オ)第一一〇號損害賠償請求事件ノ判例ハ不履行ニ因ル損害ニ關スルモノニシテ本件ノ場合ニ適切ナラサルモノトス」（大正三、六、二四、大判、二〇輯四九五頁、抄錄五〇卷一一六七九頁）。

八　「不法行爲ニ原因セル債務ニ就テハ其債務發生ト同時ニ不法行爲者ニ履行ノ責アルヲ以テ債權者ノ請求ヲ俟タスシテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（大正五、二、一七、東控判決、評論五卷民法二七二頁）。

九　「不法行爲ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ生セシメタル者ハ其ノ損害ノ生シタル時ヨリ之カ賠償ノ義務ヲ履行スヘキハ理ノ當然ニシテ民法第四百十二條第三項ノ規定ハ此ノ場合ニ適用スヘキモノニ非ス」（大正四、一一、二九、刑大判、二一輯二〇一七頁、刑抄錄六三卷八四〇三頁、新聞一〇六五號三〇頁、評論四卷刑法三八六頁）。

一〇　「不法行爲ニ原因セル債務ニ就テハ其ノ債務發生ト同時ニ不法行爲者ニ履行ノ責アルヲ以テ特ニ債務者ノ請求ヲ俟タシテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（大正五、二、一七、東控判決、新聞一一一〇號二四頁、評論五卷民法二七二頁）。

一一　「不法行爲ニ基ク損害賠償義務ノ履行期ハ行爲ノ發生ト同時ニ到來スルモノナレハ此時ヨリ直ニ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス故ニ之ト連帶ノ關係ニアル者ノ責任モ亦同一ナリト謂ハサルヘカラス而シテ其遲滯ニ基ク損害利息ハ債權總則ノ規定ニ基キ年五分ノ割合ノ外之ヲ請求スルコトヲ得ス」（大正六、三、八、山口地方判決、新聞一四五一號一七頁、評論七卷商法五八九頁）。

一二　「會社ハ株金拂込取扱銀行支配人ノ不法行爲ナカリセハ取立得ヘカリシ株金額及ヒ之ヲ利用シテ收益シ得ヘカリシ創立總會ノ日ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ金額少クトモ法定利率タル年五分ニ相當スル損害ヲ被リタルモノト認ムヘク右支配人ハ之ヲ賠償スヘキモノトス」（大正七、二、四、新聞一三九二號一八頁、評論七卷商法九四頁）。

一三　「不法行爲ニ原因セル債權ニ付テハ債務者ハ其債務ノ發生スルト同時ニ履行ノ義務ヲ負フモノナルヲ以テ債權者ノ請求ヲ

待タスシテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノナルコトハ當院判例ノ認ムル所ナリ而シテ本件ニ付キ原裁判所ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人兩名カ共同シテ村田久吉ノ所有ニ屬スル船舶ニ對シ不法ニ假處分ヲ執行シ明治四十一年八月ヨリ同四十五年六月マテノ間ニ金二千四百有餘圓ノ損害ヲ被ラシメタルヲ以テ被上告人ハ連滯シテ其損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負擔シ上告人ハ村田久吉ニ對スル債權ノ强制執行トシテ同人カ被上告人ニ對シテ有スル損害賠償債權ノ內千百四拾九圓拾貳錢ノ部分ニ付テ差押ヲ爲シ大正元年十二月十八日之カ轉付ヲ受ケタル事實明カナルヲ以テ被上告人ハ村田久吉ニ對スル損害賠償ノ債務ニ付キテハ旣ニ明治四十五年六月ヨリ遲滯ノ責ニ任シ辨濟ニ至ルマテノ年五分ノ利息ニ相當スル損害金ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔セルモノト謂フヘク從テ其債權ノ一部ニ付キ轉付ヲ受ケタル上告人ニ對シテ同割合ノ損害金ヲ支拂フ可キ義務ヲ負擔セルモノト謂フヘシ」(大正八、一一、二九、大判、新聞一六五二號二〇頁)。

一四　「上告人ノ運轉セル電車カ其ノ重過失ニ因リ被上告人ヲ轢傷シタルトキハ上告人ハ被上告人ニ對シ不法行爲ノ時ヨリ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル義務アリ」(大正一五、一、二六、大判、五卷七七頁、新聞二五三七號一〇頁、新報六六號一四頁)。

一五　「被害者カ滅失毀損當時ニ於ケル物ノ價格ヲ標準トシテ定メラレタル賠償ヲ得タルトキハ其ノ被害者ハ將來其ノ物ニ付通常ノ使用收益ヲ爲シ得ヘキ利益ニ對スル賠償ヲモ得タルモノト謂フヘク更ニ斯ル賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス」(大正一五、五、二二、大判(民刑聯判)、五卷四一九頁、新聞二五五二號八頁、新報七七號一二頁、評論一五卷民法五九七頁)。

一六　「不法行爲ニ原因スル債務ニ付テハ債務者ハ債務發生ト同時ニ履行ノ責アルモノニシテ債權者ノ請求ヲ俟タスシテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノナルコトハ夙ニ當院ノ判例トスル所ナルヲ以テ原院カ不法行爲以後ナル大正九年五月二十一日ヨリ執行濟迄年五分ノ利息ヲ附シ損害賠償金ヲ支拂フヘキ旨ヲ上告人ニ命シタルハ不法ニ非ス」(昭和二、七、七、大判、新聞二七四二號一二頁、評論一七卷商法一〇頁)。

一七　「不法行爲ノ損害賠償トシテ支拂フヘキ金額ニ對シ附加支拂フヘキ遲延利息モ亦一種ノ債務不履行ニ因ル損害金ニ外ナラス而シテ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ債務ハ損害カ發生シタルトキハ直ニ履行期到來シ債務者ハ其ノ時ヨリ遲滯ニ在ルモノナルカ故ニ該時期以降ハ賠償金額ニ對シ法定利率ニ依ル遲延利息ヲ支拂フコトヲ要スルモ當該損害發生以前ノ時期ニ遡リテ之ヲ支拂フノ要ナキコト言ヲ俟タス」(昭和六、一二、二、大判、法學一卷四號一〇一頁)。

一八　「不法行爲ニ基ク債務ハ不法行爲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發生ト同時ニ履行ノ責ニ任スヘキモノナルコトハ當院判例ノ夙ニ之ヲ明示セルトコロニシテ(明治四十三年(オ)第三四〇號明治四十四年三月十三日當院言渡判決參照)右判例ハ之ヲ維持スヘキモノト云フヘク之ト同趣旨ニ出テタル原判決ハ正當ナリ」(昭和八、三、二七、大判、法學二卷一一號九三頁)。

一九　昭和一一、七、一五、民聯大判、一五卷一七號一四四五頁(後掲)も不法行爲に因る損害賠償債權は成立と同時に遲滯に陷るといふ見解を其の前提として支持して居る。

(二)　第二種の判例

然るに其の他に、不法行爲に因る損害賠償債務は不法行爲に因つて直に成立し、請求を俟つて、始めて遲滯に附せらるるものとする判例の一群も存在して居る。

結局、大審院の本問題に關する見解は現時の狀態に於ては定見がないといふの外はない。將來は何れの說に落付くべきか、判例法の進むべき大勢は豫測出來ない。

一　「自己ノ所有物件ヲ賣却シタリトノ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償タル遲延利子ヲ請求スルニハ自己カ其請求ヲ爲シタル日

ヨリ辨濟スル日ニ至ルマテノ利子ヲ請求スヘキモノニシテ賣却者カ其賣買ヲ爲シタル日以後ノ利子ヲ請求シ得ヘキモノニ非ス」（明治四一、三、一八、大判、一四輯二七六頁、新聞四九一號一一頁）。

二　「或物品ノ販賣ヲ委託セラレタル者カ契約ノ解除アリタルニ拘ハラス不法ニ之ヲ賣却スルニ於テハ其ノ損害賠償ノ請求ヲ受ケタル日ヨリ辨濟ノ日マテノ遲延利子ヲ支拂フヘキハ當然ナルモ該物品ヲ賣却シタル日以後ノ利子ヲ支拂フヘキ法理ナシ」（明治四一、三、一八、大判、一四輯二七六頁、新聞四九一號一一頁）。

三　「低地ノ所有者カ隣地ヨリ自然ノ流水ヲ承クル場合ニ於テ其土地ニ土砂ヲ堆積シテ一帶ノ高臺トナシ隣地ノ排水ヲ不良ナラシメタルトキハ其隣地ノ所有者ニ損害ヲ及ホスコトアルハ普通ノ注意ヲ以テ之ヲ知リ得ヘシ而シテ損害賠償請求權ハ債權發生後ハ何時ニテモ權利者ニ於テ任意ニ其履行ヲ請求シ得ルモノナレハ期限ノ定メナキ債權ノ賠償ニ屬シ而シテ民法施行前ニ於テハ斯ル債權ハ出訴セサル限リ時效進行セサルモノトス」（明治四二、一〇、一五、東地判決、新聞六一七號一〇頁）。

四　「不法行爲ニ原因スル損害金ノ付遲滯ハ不法行爲者ニ於テ特ニ利益ヲ享ケタルカ如キ場合ハ格別否ラサルトキハ不法行爲ノ爲メ債務發生スルモ履行ノ請求アリタル時ヨリ起算シテ債務者ニ遲滯利息辨濟ノ責任アリト爲スヲ相當トス」（明治四四、五、一六、東控判決、新聞七三三號二一頁）。

五　「不法行爲ニ基ク損害金請求ノ債權ハ期限ノ定ナキモノナレハ訴狀送達前ニ請求ヲ爲シタル事實ナキ以上ハ訴狀送達ノ翌日ヨリ年五分ノ遲延利息ヲ支拂フ義務アルモノトス」（大正二、三、一、東地判決、評論二卷商法一四九頁、最近判一二卷一四三頁）。

六　「不法行爲者ハ被害者カ損害賠償金ノ支拂ヲ請求シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（大正四、一、二八、東控判決、評論四卷民法一〇七頁）。

七　「不法行爲ニ因ル債權ハ判決ヲ俟ツテ始メテ生スルモノニアラスシテ不法行爲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遲滯ニ付スルコトヲ得サルモノニアラス」（大正七、一〇、一〇、大判、二四輯一八九三頁、藥師寺氏「不法行爲に因る債權と債務者の遲滯」志林二一卷六號一七頁以下、民事判例研究五六頁以下）。

八　大正一五、一、二六、大判、五卷七一頁、（前掲）、平野氏評釋、同年度判例民事法五八頁。

九　昭和四、三、六、東地判決、新聞三〇一四號一一頁。

一〇　「不法行爲ニ基キ發生シタル損害賠償ノ請求權ハ固ヨリ期限ノ定メナキ債權ニ屬スルヲ以テ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ始メテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（昭和九、四、一四、大判、法學三卷一一號八五頁、勝本氏、評註同所）。

（四）　不法行爲に因る損害自體か遲延利息か

次に掲ぐる諸判例に依れば法定利率に依る遲延損害は不法行爲成立當時より之れを請求し得るのであるが、此の遲延利息に因る損害は不法行爲に因る損害自體の一部を構成するものと見る。卽ち、損害賠償義務不履行に因る遲延利息と見ないやうである。

然るときは其の遲延利息に對して更に遲延利息を生ずることとなり不合理である。

藥師寺氏も亦昭和一一、七、一五、大民聯合部判決（一五卷一七號一四四五頁）の批評に於て、此等の判例と同趣旨の說を主張せられて居る（同氏「遲延利息債務の時效」志林三九卷一號一二〇頁）。

(1)「故意若クハ過失ニ因リ他人ノ財產權ヲ侵害シタル者アリテ其被害者カ加害者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルニ當リ害セラレタル財產ノ被害當時ニ於ケル價格ヲ以テ損害ノ基本トスル場合ハ之ニ對スル被害當時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ法定利率ニ依ル金額ヲモ共ニ損害トシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ何ントナレハ若シ其不法行爲ナカランカ被害者ハ爾來該價格アル財產ヲ利用若クハ處分シテ若干ノ收益ヲ爲スコトヲ得ヘキハ通常ナルニ偶不法行爲アリタルカ爲メ其收益ヲ爲スコト能ハサルニ至レルモノナレハナリ」（大

正三、六、二四、大判、二〇輯四九五頁、反對說　石坂氏「不法行爲ニ因ル損害賠償範圍」民法研究四卷六〇七頁以下)。

(2)「故意又ハ過失ニ因リ他人ノ財産ヲ侵害シタル者ニ對シ被害者カ損害ノ賠償ヲ請求スル場合ニ於テハ基本タル損害金ノ外不法行爲ノ時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ法定利率ニ依ル金額ヲモ損害トシテ請求シ得ルモノトス(明治四十三年(オ)第三四〇號明治四十四年二月十三日當院判決大正二年(オ)第二五八號大正三年六月二十四日當院判決參照)」(大正一〇、四、四、大判、二七輯六一六頁、新聞一八四三號二一頁、評論一〇卷民法五二三頁、拳師寺氏「不法行爲に因る債權と債務者の遲滯」民事判例研究六一頁新註、反對、菅原氏論叢六卷五號九八頁以下)。

(3)「他人ノ不法行爲ニ因リ財産權ヲ侵害セラレタル者カ侵害者ニ對シ之カ損害賠償ヲ請求スルニ當リテハ不法行爲當時ニ於ケル價格ヲ以テ損害ノ基本トシテ請求スル外尙其時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ法定利率ニ依ル金額ヲモ共ニ損害トシテ賠償ヲ請求シ得ルモノトス」(大正一三、五、一三、東控判決、評論一三卷民法六三七頁)。

第二目　債務不履行に因る損害賠償債務

第一　塡補賠償の場合に於ける損害賠償債務

(一)　契約解除に因る損害賠償債務

例へば、二月一日を履行期とする本來の債務ありとし、債務者が二月一日及び其の以後不履行なるにより、債權者は三月一日に於て、三月七日までに履行すべき旨を催告したるも、債務者が之れに應せざるが爲め、債權者は四月一日契約を解除し、塡補賠償債權を取得したりとする。此の場合に損害賠償債權は四月一日成立するものなること勿論であらうが、其の四月一日より債務者が遲滯に附せらるるものとするときは本來の債務の履行期たる二月一日より三月三十一日迄の間は債務者の本來の債務の遲滯あるに拘はらず、債權者は其の遲延利息を請求することを得ざる結果と爲る。其れでは債權者は不利益を被むることとなる。元來、債務不履行に因る損害賠償債務は本來の債務に代はるべきもので、本來の債務と其の同一性を失はないのであるから、其の成立は契約解除に因りて成立するけれども遲滯は、本來の債務の履行期(正確に謂へば、本來の債務の履行期の翌日)より遲滯に在るものと解すべきである。

(二)　履行不能に因る塡補賠償債務

債務者の責に歸すべき履行不能に因る塡補賠償債務も右と同樣である。此の場合は履行不能となりたる履行期に於て、本來の債務は契約解除を要せずして當然、塡補賠償債務に變ずる。從つて、本來の債務の履行期より當然遲滯となるものと解すべきである。

(三)　履行の利益なきに至りたる場合の塡補賠償

履行の利益なきに至りたる場合の塡補賠償債務も亦同樣である。

例へば債務者が二月一日を履行期とする本來の債務の履行を爲さず、三月一日以後、履行を爲すとも、債權者に利益なきに至りたる場合には、債權者は契約解除を爲さずして、塡補賠償の請求を爲し

得べきであるが、其の塡補賠償債務は三月一日より遲滯に附せらるるに非ずして、本來の債務の履行期たる二月一日（正確に云へば其の翌日）より遲滯に附せられる。

第二　遲延賠償債務

例へば本來の債務が二月一日を履行期とする物品引渡債務なる場合に、債務者が二月一日を徒過したるときは、債權者は其の以後、本來の債務の履行として、其の物品の引渡を請求し、且、其の引渡遲延による損害賠償を請求し得る。其の遲延賠償は本來債務の履行期に於て本來債務の履行なきに因り成立する。而して本來債務の履行期以後遲滯に附せられる。

本來の債務が金錢債務なるときは、其の履行期より遲延賠償として年五分又は年六分の遲延利息を附すべきである。其の年五分又は年六分の利息に對して更に遲延利息を附するを得ない。但し、重利を附し得べき場合は此の限りでない（四〇五）。

近藤柚木兩氏上卷一〇一頁、一〇二頁も亦、債務不履行による債務は本來の債務が內容を變じたるのみで、其の同一性を失はないから、債務不履行の時より遲滯に附せらるるものとせらるるが如し。

第三　判例法

判例法は債務不履行に因る損害賠償に付き前示の如き細別を爲して居らない。總括的に斷案を下して居る。而して、極めて稀に、次に揭ぐるが如く、履行期と同時に遲滯の責に任ずべきものとする判例を見出すに過ぎずして、大多數の判例は皆一致して、債務不履行に因る損害賠償債務は履行期の定めなき債務として請求の時より遲滯に附せらるるものとして居る。

判例の見解に從へば債權者は損害の發生の時より催告の時に至るまでの遲延利息を奪はるる結果を生ずる。

一　「一方ヨリ契約ノ履行ヲ適法ニ相手方ニ迫ルニ至ル迄ハ當事者雙方共ニ不履行ノ責任者ト稱スル能ハサルモノトス」（明治四〇、三、一八、大控判決、新聞四二一號五頁）。

二　「契約ノ履行上代金ヲ支拂フニ付テ買主ニ遲滯ノ責アルモ其不履行ニ因テ生シタル損害金ヲ賠償スヘキ債務ニ至リテハ之カ履行ニ付キ更ニ復タ債務者ヲ遲滯ニ付スルニ非サレハ債權者タル賣主ニ於テ其不履行ニ因リテ生スル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルハ民法第四百十五條第四百十二條ニ依リテ明ナリ而シテ同第四百十九條ハ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付キ損害ノ賠償ヲ請求スヘキトキハ其額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定メ商法第二百七十六條ハ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ關シテハ法定利率ハ年六分トスルコトヲ規定シタルニ外ナラスシテ代金請求權ニ付キ遲滯ニ付シタルトキハ其從トシテ年六分ノ法定果實ヲ生スル如キ法意ニ非サルヲ以テ代金ノ請求權ニ付キ既ニ一度債務者ヲ遲滯ニ付シタレハトテ其不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ニ付キ債務者ヲ遲滯ニ付スルコトナク當然法定利率ニ相當スル損害賠償ヲ請求シ得ヘキモノニ非ス」（明治四三、五、六、大判、一六輯三四八頁、抄錄三八卷八七七一頁、新聞六四三號一五頁）。

三　「婚姻豫約不履行ニ因ル損害賠償請求權ハ期限ノ定メナキモノニシテ催告アリテ初メテ遲滯ノ效力ヲ生スルモノトス」（大正八、九、一八、東地判決、評論八卷民法一〇八七頁）。

四　「仍テ訴訟記錄ヲ調査スルニ被上告人ハ第一審以來上告人ノ本件契約不履行ニ因ル損害ノ賠償及ヒ其賠償金額ニ對スル本訴狀送達ノ日タル大正八年四月二十八日ヨリ完濟ニ至ル迄年六分ノ遲延損害金ヲ請求シ原裁判所ハ被上告人ノ請求中右賠償金額ノ一

部及之ニ對スル右ト同一期間及ヒ歩合ナル遅延損害金ノ支拂ヲ上告人ニ命シタル第一審判決ヲ是認シテ控訴ヲ棄却シタルコト明白ナリ然ルニ本件ノ場合ニ於ケル契約不履行ニ因ル損害賠償ノ債務ノ如キハ債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遅滯ノ責ニ任スヘキモノナル事ハ民法ノ規定ニ依リ明白ニシテ其法意ハ債務者ヲシテ履行ノ請求ヲ受ケタル日ニ其履行ヲ爲サシムルヲ以テ足レリトシ履行ヲ爲サスシテ其日ヲ經過シタル場合ニ於テ始メテ遅滯ノ責ニ任セシメタルモノト解スルヲ相當トス故ニ原裁判所ノ是認シタル本訴請求中損害賠償金額ニ對スル本訴狀送達ノ日タル大正八年四月二十八日ノ年六歩ノ遅延損害金ニ關スル部分ハ失當ナルヲ以テ之ヲ排斥スヘキモノナルニ拘ラス原裁判所カ之ヲ是認シタルハ違法ニシテ之ニ關スル原判決ノ一部ハ破毀スヘキモノトス」(大正一〇、五、二七、大判、二七輯九六三頁)。

五　「債務不履行ニ因ル損害賠償請求權竝ニ內金返還請求權ハ何レモ期限ノ定メナキモノナレハ之ニ對スル法定利率ニヨル損害金ヲ求ムルニハ被請求者ニ對シ其賠償又ハ返還ノ請求ヲ爲シタル後ナラサルヘカラス」(大正一〇、六、二、東控判決、評論一〇巻民法五七九頁)。

六　「本件貨物ノ引渡當時ノ時價カ金二千三百五十一圓三十六錢ナルコトハ證人淸野富太郎(第一、二回)ノ證言ニ徵シ明白ナレハ右金額ハ卽被告ノ債務不履行ニヨリ原告ニ賠償セシムヘキ損害ノ元金ナリト謂フヘク又此ノ金額ニ對スル遅延損害金ニ付テモ原告ハ手形金償還ノ翌日ヨリ之ヲ起算スレトモ債務不履行若クハ不法行爲ニ因リ生スル損害賠償請求權ハ期限ノ定メナキモノト認ムヘキヲ以テ之カ請求アリタル日タルコト當事者間爭ナキ昭和二年十月十日ノ翌日ヲ以テ起算日ト爲スヲ相當トスヘク其利率ハ被告ノ運送ニ關スル行爲ヨリ生シタル債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ナレハ商事法定利率タル年六分ノ割合ニ從フヘキコト言ヲ俟タス」(昭和四、三、六、東地判決、新聞三〇一四號一一頁)。

七　「甲カ乙ニ納入スヘキ製品ノ製作方ヲ丙ニ注文シ合格品納入濟ノ上代金支拂ヲ爲スヘキ約定ナリシニ拘ラス丙カ契約ニ於ケル納入期ヲ遅延シタルニ因リ甲ハ乙ヨリ過怠金ヲ徵收セラレタルハ丙ノ責ニ歸ス可キ事由ニヨル履行遅滯ニヨリ甲ノ蒙リタル損害ナリト謂フヘク斯ノ如キハ特別ノ事情ニヨリ生シタル損害ナリト認ムヘキモノニシテ且豫メ納入ヲ遅延スルニ於テハ甲カ乙ヨリ過怠金ヲ徵收セラルルコトアルヘキヲ知リ居リタルモノト認ムルニ足ルヘキトキハ丙ニ之カ賠償ヲ爲ス義務アルモノト謂ハサル可ラス而シテ履行遅滯ニ因ル損害賠償債權ハ履行期ノ定メナキ債權ト認ムヘキモノトス」(昭和七、五、二八、廣島地方判決、新聞三四五五號一〇頁)。

八　反對判例

「債務不履行ニ因ル損害金支拂ノ債務ハ其發生ト同時ニ辨濟期到來スルモノナルカ故ニ假令支拂時期ノ定メナキモノトスルモ其債務發生以後ニ於テハ之ニ對スル遅延利息ノ債權生スルモノトス」(大正八、三、二〇、東地判決、評論八巻民法七〇六頁)。

第四　中間最高價格に對する遅延賠償

塡補賠償又は不法行爲に因る損害賠償の場合に、損害賠償債權成立後、其の支拂又は强制執行の時期に至る迄に於て債務者が中間最高價格の賠償を爲すべきものとせらるる場合に於て、遅延利息は孰れの時より附すべきかに付いては後に中間最高價格問題に關する說明中に詳述するであらう。

第十項　損害賠償義務の履行地

(a)履行地又は履行場所(Leistungsort, Vollzugsort, Erfüllungsort)が民事債務に在りては、原則として債權者の現時の住所(四八四後段)であり、商事債務に在りては、原則として、債權者の現時の營業所、營業所なきときは其の住所(商二七八Ⅰ)なること曩に述べたる通りである。

一般債務の履行地及び之れに關する判例に關しては曩に提供に關して說明を了した(上巻六九七頁以下參照)。

(b)履行遲滯に因る損害賠償債務は原債務の延長にして、原債務と別異のものでない。從つて、原債務の履行地が、一般原則により、債權者の現住所なる場合には、遲延損害賠償債務の履行地も亦債權者の現住所である。

現債務の履行地が一般原則によらず、特別の定めある場合には、遲延損害賠償債務の履行地も亦其の原債務の履行地と同一場所である。

(c)原債務の不履行に因る契約解除に基く損害賠償債務又は履行不能に因りて生じたる、原債務の履行に代はる塡補賠償債務の履行地は塡補賠償債務が原債務の變形に過ぎずして原債務と同一性を失はざるが故に、其の履行地は依然として、原則として、原債務の履行地と同一なりと解すべきである。

塡補賠償債務は原債務と同一性を失はないとは雖も、原債務に特有なる內容性質は、原債務が塡補賠償債務に變形すると同時に喪失するものであるから、若し、原債務の履行地が原債務の特質的の性質に屬するものなる場合には、塡補賠償債務は、原債務の履行地に從はず、一般原則に從ひ債權者の現住所を履行地と見るべきである。

一　「甲カ製糸業ヲ營ミ其營業ノ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルトキ右賠償義務ノ履行ハ甲ノ營業所內ニ於テスヘキモノナリトス」(大正二、一、一四、長野地方松本支部判決、新聞八六八號二七頁、評論二卷民訴一三五頁)。

二　「損害賠償請求權ハ固ヨリ本來ノ契約上ノ債權ノ態樣ヲ變シタルニ過キスシテ本來ノ債權ト同一性ヲ失フモノニ非スト雖モ契約上ノ債權ノミニ特有ナル內容ハ右態樣ノ變更ト共ニ消滅スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ契約ノ債務ノ履行期又ハ履行場所ノ如キハ何レモ右契約上ノ債務ニノミ特有ナル內容ヲ爲スモノナレハ契約上ノ債務履行地ノ定ハ契約解除ト共ニ消滅シ從テ解除後ニ爲サレタル賠償債權ノ讓渡ニヨリ右契約上ノ履行地ノ法律關係カ新債權者ニ移轉スヘキモノニ非ス」(大正八、九、二六、大阪地方判決、新聞一六一七號一六頁、評論八卷民訴五五二頁)。

三　「損害金支拂契約カ甲乙間ノ賣買契約上ノ損害ノ負擔關係ヲ協定センカ爲メニ甲乙間ニ締結セラレタルモノニシテ該契約ハ右賣買契約並ニ其債務不履行ニヨル損害賠償債權ノ發生ヲ前提トシテ締結セラレタル有因契約ナリト雖特別ノ合意アルカ又ハ然ラストスルモ其前提トナリタル權利關係ノ存續ヲ認ムヘキ特殊ノ事情存セサル限リハ其前提トナリタル權利關係トハ全然別個ノ法律關係ヲ發生セシメタルモノト認ムヘキモノナルカ故ニ該損害金支拂契約ニ於テ其債務ノ履行場所ニ付キ協定スルトコロナカリシトキハ該契約上ノ債務ノ履行場所ハ債權者ノ現時ノ住所ニヨリテ之ヲ定ムヘキモノトス」(大正一二、一、三一、東地判決、評論一二卷民法五三七頁)。

四　「賣買契約ニ於テ損害金支拂ノ特約アル場合ニ特ニ其債務ノ履行地ヲ定メタル場合ハ格別然ラサル時ハ該特約ノ履行地ハ其基本タル賣買契約ノ履行地ニ據ル可キモノトス」(大正一三、四、一九、東控判決、新報六號二〇頁)。

(d)不法行爲に因る損害賠償債權は履行地を定むる原則に關して一般債權と異なる所はないから、一般原則に從ひ債權者の現住所を其の履行地と見るべきである。

(e)民事訴訟法第五條は財產權上の訴は義務履行地の裁判所に之れを提起すべきものとする。從つて、此の法文は前示民法第四百八十四條後段の債權者の現時の住所地を管轄する裁判所に提起することを得べきものなること疑ない。商行爲に因る債權に在りては債權者の現時の營業所、之れなきときは債權者の現住所(商二七八Ⅰ)を管轄する裁判所が管轄權を有する。

舊民事訴訟法第十八條に在りては債務履行地の裁判籍に關しては現行法第五條と同一であるが、其の以外に契約不履行による損害賠償債務の履行に關する裁判籍をも規定して居る。

本問題に關しては二三の判例が存在して居る。

一　「民事訴訟法第十八條ニ所謂損害賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行スヘキ地ノ裁判所ニ提起スルコトヲ得トハ右訴ハ其損害賠償ノ因テ生シタル本來ノ契約上ノ債務履行地ヲ管轄スル裁判所ニ訴求スルコトヲ得ト解スヘキモノナレハ損害賠償債務ヲ履行スヘキ地ノ裁判所ニ訴求スルコトヲ得サルモノトス」(大正八、九、二六、大地判決、新聞一六一七號一五頁、評論八卷民訴五五二頁)。

二　「民事訴訟法第十八條ニ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行スヘキ地トハ本來ノ契約上ノ義務履行地ヲ謂フモノニシテ賠償義務ノ履行地ヲ指スモノニ非ス又其本來ノ契約カ雙務契約ナルトキハ本來ノ契約上ノ義務トハ原告ノ請求原因トセル債務ヲ謂フ」(大正一一、五、二七、京地判決、評論一一卷民訴一八九頁)。

三　「民事訴訟法第十八條ニ所謂訴訟ニ係ル義務ヲ履行スヘキ地トハ不履行ト爲リタル義務ヲ履行スヘカリシ地ヲ指稱シ不履行ノ結果生シタル損害賠償其他ノ義務ヲ履行スヘキ地ヲ指稱スルモノニ非ス」(昭和三、七、三、長崎控訴判決、新聞二八七二號一三頁)。

四　「債務ノ本旨ニ從フ履行ノ地ト該債務カ金錢的賠償ノソレニ代ハリタル以後ニ於ケル履行地トハ必スシモ一ナラス例ヘハ東京市ナル甲ト大阪市ナル乙トカ名古屋市ニ現存スル或特定物ノ引渡ヲ爲ス場合ニ別段ノ定メナキ限リ履行地ノ名古屋市タルハ紛レ無シ獨例ヘハ目的物滅失ノ爲右債務カ金錢的賠償ノソレニ變シタル場合ト雖甲ト乙ハ互ニ名古屋市ニ赴キ同地ニ於テ金錢ヲ授受セサル可カラスト云ハハ誰カ其ノ今日ノ經濟的交通ヲ無視スル迂僻ノ見ニ驚カサラムヤ此クノ如キハ畢竟或關係(例ヘハ無效取消條件期限若クハ擔保ノ關係)ニ於テ前後ノ債務ハ同一性ヲ失ハステフ一命題ニ捉ハレ之ヲ全面的ニ推及セムントスルモノ殆ント其可ナルヲ知ラス本訴訴訟物ハ特定物引渡ノ債務ニ代ハル損害賠償ノソレニ外ナラス此債務ノ履行地カ債權者タル被上告人ノ住所地即小樽市ニシテ(民法第四百八十四條)從ヒテ本訴カ小樽區裁判所ニ提起セラレタルコトノ(民事訴訟法第五條)最モ正當ナルト共ニ上告人ノ管轄違ノ主張ニ對シ同裁判所カ其ノ終局判決ノ理由中ニ前敍同趣旨ノ判示ヲ爲シタルコトノ是亦正當ナルハ孰レモ多言ヲ俟タサルトコロナリ決定ノ如キハ固ヨリ爲スヘキ限リニアラス(民事訴訟法第三十條參照)若シ夫レ姑ク右ノ判示ヲ非ナリトシ前記區裁判所ハ本訴ニ付キ管轄ヲ有セストスルモ亦所論ハ採用スルニ足ラス何者第一審ニ於テ專ラ訴訟要件ニ關スル辯論ヲ爲シタル場合ト雖(同法第二十六條參照)控訴審ニ至リ始メテ第一審ノ管轄違ヲ主張スルハ之ヲ許ササルノミナラス第一審ニ於ケル當該主張カ其ノ中間若ハ終局判決ニ於テ排斥セラレタル以上之ニ對スル不服(同法第三百六十二條本文)ハ又控訴審ニ於テ之ヲ鳴ラスヲ得サルハ共ニ民事訴訟法第三百八十一條ノ規定スルトコロナレハナリ之ヲ反面ヨリ云ハハ管轄アリトノ第一審裁判所ノ判決ニ因リ同裁判所ノ管轄違ノ缺點ハ自カラ補正セラルルニ至ルモノトス原審カ直チニ本訴本案ニ付キ裁判ヲ爲シタルハ結果ニ於テ其ノ當ヲ得タリ本件上告ハ理由ナシ」(昭和一一、一一、八、大判、一五卷二三號二一四九頁、下山四郎氏「損害賠償義務の履行地」民商法雜誌五卷五號四九六頁以下、東季彥氏評釋、法協五五卷五號一〇三二頁以下)。

第十一項　損害賠償債權の消滅

第一　相殺

相殺によりて債務は消滅し得る。損害賠償債務も一種の債務なるが故に(明治三二、一〇、一三、大判、五輯九卷九四頁)相殺によつて消滅すべきであるが、之れに關しては場合を分ちて考察することを要する。

(a)債務不履行に因る損害賠償債權は相殺に因つて消滅せしめ得る。其の他の原因による損害賠償債

權も同樣である。不法行爲に因る損害賠償債權に關しては、民法は明文を設けて相殺を禁止した（五〇九）。蓋し、不法行爲に因る損害賠償に付いては債務者に相殺權を與ふるときは、不法行爲を誘致する結果となることを虞ふるが爲めである。卽ち、不法行爲上の損害賠償債權は相殺の受動債權たるを得ないのである。

從つて、不法行爲上の損害賠償債權と雖も、相殺の自動債權たるを妨げない。卽ち、被害者より不法行爲者に對して相殺を爲すを妨げない。

通說である。例へば、石田氏總論講義三六〇頁、鳩山氏總論四五一頁等。

一　「民法上不法行爲ヲ原因トスル事件ニ因リテ生シタル訴訟費用負擔ノ義務ハ或一種ノ公法上ノ義務ニシテ私法的ノ損害賠償ノ性質ヲ有スルモノニ非サレハ之ニ基ク債權ヲ通常消費貸借ニ關スル債權ト彼レト此レト相殺ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス」（明治四二、三、三、盛岡區判決、新聞五六六號一〇頁）。

二　「取消サレタル賣買行爲ニ付キ取消ノ原因タル不法行爲ヲ爲シタル者ハ其行爲ニ因ル債務ニ付キ相手方ニ相殺ヲ對抗スルヲ得サルモノナルヲ以テ相手方ノ受ケタル利益ヲ控除シ自己ニ存スル利益ノ限度ニ於テ返還スルヲ以テ足ルモノニ非ス」（大正三、四、一一、刑大判、二〇輯五二五頁、刑抄錄五七卷六九五四頁、評論三卷民法一六九頁）。

三　「不法行爲ニ因リ生シタル債權ニ對シテハ債務者ヨリ相殺ノ主張ヲ爲スコト能ハサルモノトス」（大正五、六、九、大控判決、新聞一一四三號二三頁）。

四　「不法行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得サルハ勿論不法行爲ニ因リ生シタル債務ニ付テハ債務者ハ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナルニヨリ斯ノ如キ意思表示ハ法律上無效ニ屬シコレヨリ民事被告人カ右損害賠償ノ義務ヲ免カルルコトヲ得サルヤ言ヲ俟タス」（大正五、七、二九、東控判決、新聞一一八三號二七頁）。

五　「身元保證人等ノ損害賠償義務ハ使用人甲ノ不法行爲ニ因リテ生シタルモノナル場合甲カ主人乙ニ對シ俸給債權ヲ有スル場合ト雖保證人等ハ右甲ノ債權ヲ以テ自己ノ債務ト相殺センコトノ主張ヲ爲シ得ス」（大正一四、一二、四、東地判決、評論一六卷民法八六〇頁）。

六　「民法第五百九條ニヨレハ『債務カ不法行爲ニ因リテ生シタルトキハ其ノ債務者ハ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス』ト規定シ其ノ債務者カ相殺ヲ以テ對抗スヘキ反對債權ノ原因如何ニ付何等制限スルトコロナク又之ヲ制限スヘキ理由モ存セサルモノト認メ得ルヲ以テ同條ハ不法行爲ニ因リテ生シタル債務ヲ負擔スル者ヲシテ其ノ債權者ニ對シテ有スル反對債權ノ如何ニ拘ラス一切之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サラシメタル趣旨ナリト解スヘク從テ相手方タル債權者ノ不法行爲ニ因リ生シタル反對債權ヲ有スル場合モ尙相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ禁セラレタルモノト認メサルヘカラス」（昭和三、一〇、一三、大判、七卷七八三頁、新聞二九四五號六頁、新報一七五號九頁、評論一八卷民法二五八頁、宮崎氏評釋、同年度判例民事法三七六頁以下）。

七　「民法第五百九條ニ依レハ債務カ不法行爲ニ因リテ生シタルトキハ其債務者ハ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スル事ヲ得サル旨規定シ其ノ債務者カ相殺ヲ以テ對抗スヘキ反對債權ノ原因ニ付キ何等制限スル所ナキヲ以テ不法行爲ニ因リテ生シタル債務ヲ負擔スル者ハ相手方タル債權者ニ對シ不法行爲ニ因リテ生シタル反對債權ヲ有スル場合ニ於テモ尙相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノトス」（昭和四、六、一二、大地判決、新聞二九九七號八頁、評論一八卷民法八八二頁）。

(b)不法行爲上の損害賠償債權と雖も相殺契約に因りて相殺することは何等の妨げがない。

「不法行爲ニ因ル債務ノ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得サルモ當事者ノ契約ヲ以テ之ヲ約スルハ法律ノ禁スル所ニ非ス」（大正元、一二、一六、大判、一八輯一〇三八頁、抄錄四五卷一〇五一〇頁、評論二卷民法二二頁）。

第二　拋棄

損害賠償債權は拋棄によりて消滅すべきこと勿論である。唯、實際問題として、不法行爲に因り損害賠償債權が發生したる場合に、被害者は加害者より僅少の見舞金又は治療費等を受領することに因つて、損害賠償債權を拋棄したるものと認められるるが如きことなきやう注意を要する。

一　「婦ノ姦通ハ夫カ社會上ノ地位ニ伴フ名譽ヲ損害セラレタルヤ論ナシ故ニ夫ハ之カ爲メ被リタル損害ヲ姦夫ニ對シ請求權ヲ有ス然レトモ右姦通ニ付キ「不都合ノ所爲有之候處恐縮…今後貴殿ノ名譽ヲ毀損スルカ如キ行爲致ス間敷候云々」ノ詫狀ヲ入レ本夫ニ於テ之ニ承諾ヲ與ヘタルトキハ本夫ハ姦夫ノ非行ヲ認容シ宥恕スルヲ前提トシテ成立セル謝罪狀ト認ムヘク卽チ賠償ノ請求權ヲ拋棄シタルモノト認ムヘク單ニ告訴權ノ拋棄ノミニ止マルモノト解スルヲ得ス」（明治四二、一〇、二五、東地判決、最近判五卷二八〇頁）。

二　「贈與スルノ意思ニシテ交付シタル金員ハ治療手當ノ名義ヲ以テスルモ損害賠償權ノ拋棄又ハ和解ト爲ラス」（大正三年（ネ）三三六號大控判決、新聞一〇六八號二八頁）。

三　「控訴人ハ被控訴人等ハ本件事故當時控訴會社ヨリ金百圓ヲ受領シテ一切ヲ解決シ本件損害賠償債權ヲ拋棄シタリト抗爭スレトモ此點ニ關スル前示證人林忠夫當審證人野本淞治ノ各供述ハ輒ク措信シ難ク他ニ控訴人ノ右主張事實ヲ窺フヘキ資料ナシ尤モ前示證人林忠夫ノ證言ニ依レハ昭和四年五月四日被控訴人政治ハ控訴會社ヨリ金百圓ノ交付ヲ受ケ今後何等ノ要求ヲ爲ササル旨記載セル書面ヲ控訴會社ニ差入レ恰モ本件損害賠償ノ請求權ヲ拋棄シタルカ如キ觀アレトモ却テ前示證人淺倉金二林忠夫及被控訴人本人志津子ノ各供述ニ徵スレハ右乙第一號證ハ本件負傷ニヨリ被控訴人志津子カ美佐子ト共ニ川越市内埼玉病院ニ入院療養中美佐子ノ死亡以前ニ差入レタルモノニシテ被控訴人等ノ被害程度全ク不明ナリシ際控訴會社ノ事務員カ金百圓ヲ見舞金ナリトシテ持參シ豫メ作成シ置キタル乙第一號證ノ證書ヲ示シ被控訴人政治ヲシテ捺印セシメタルモノナルコトヲ認メ得ヘク而カモ右金百圓カ前示認定ノ本件損害賠償金額ニ比シテ著シク少額ニシテ被控訴人政治ハ乙第一號證ヲ控訴會社ニ差入レタルニ拘ラス間モナク同年六月十九日控訴人ニ對シ本件訴訟ヲ提起セル事實ニ徵スレハ右乙第一號證ハ未タ被控訴人政治カ本件損害賠償請求權ヲ拋棄シタル事實ヲ認ムル資料ト爲スニ足ラス」（昭和六、一〇、二二、東控判決、新聞三三五〇號一八頁）。

第三　辨濟其の他一般的の債權消滅原因による損害賠償債權の消滅

債務者自身の辨濟、保證人其の他第三者の辨濟、其の他一般的債權消滅原因により損害賠償債權の消滅することと論を俟たない。

相殺に付いては、特に項を別にして、既に說明を了した。

一　「要償權利者甲ノ爲メ第三者カ出捐寄贈シタルモノニ係リ賠償義務者乙ノ爲メ其債務ヲ辨濟スルノ趣意ニ於テ交付シタルモノニ非サルトキハ甲ト乙トノ權利義務ニ消長ヲ來スヘキ筋合ナキモノトス」（大正八、一〇、二九、大控刑判決、新聞一六四七號一七頁、評論八卷民法一四七六頁）。

二　「銀行ノ取締役及監査役カ預金者ニ對シ直接不法行爲ニ因ル損害賠償義務ヲ負擔セルトキハ銀行ノ破產ニ依リ此損害賠償請求權ハ消滅セサルモノトス」（大正一五、六、八、大控判決、新聞二五七六號一七頁、評論一六卷民訴二四六頁）。

三　「民法第百七十七條ニ所謂第三者トハ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付正當ノ利益ヲ有スルモノノミヲ指稱シ不法行爲者ノ如キモノヲ包含セサルモノナレハ土地所有權ノ讓受人タル甲ハ右土地ニ對シ丙丁カ不法行爲ヲ爲シタル當時未タ右土地ノ讓渡人タル乙ヨリ之カ所有權移轉ノ登記ヲ受ケ居ラサリシト雖之カ所有權取得ヲ以テ此等ノ者ニ對抗シ得ヘキニヨリ不法行爲者ニ對シ之ニ基ク損害賠償請求權ヲ有シ乙ハ何等ノ權利ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス從テ不法行爲者カ乙ヲ以テ土地所有者ナリト信シ善意ニテ

之カ損害金ヲ乙ニ支拂ヒ乙ニ於テ之ヲ受領シタリトスルモ乙カ右不法行爲ニ因ル債權ノ準占有者ナルカ又ハ不法行爲者ニ於テ乙ニ損害金ノ支拂ヲ爲シタル爲甲カ全部ノ利益ヲ受ケタルトキニ非サレハ甲ノ不法行爲者ニ對スル損害賠償請求權ハ之カ爲何等消長ヲ來スコトナク依然トシテ存在スルモノナルコトハ民法第四百七十八條第四百七十九條ノ規定ニヨリ明瞭ナレハ甲ニ於テ當該土地ニ付乙ヨリ所有權移轉ノ登記ヲ受ケ居ラサリシニヨリ之カ所有權取得ヲ以テ不法行爲者ニモ對抗スルコトヲ得サルモノトシ不法行爲者カ乙ヲ被害者トシテ之カ損害金ヲ支拂タル爲甲ノ不法行爲者ニ對スル損害賠償請求權ハ消滅シタルモノト認メ從テ乙ヲ不當利得者ナリト判斷スルヲ得サルモノトス」（昭和二、二、二一、大判、評論一六卷民法五五二頁）。

第四　損害の消滅

損害賠償債權は損害の賠償を目的とするものなるが故に、損害が何等かの原因によつて消滅したるときは損害賠償債權も消滅する。

本問題に關しては、杉琢磨氏「不法行爲ニヨル損害賠償請求權ノ消滅ニ就テ」法協三〇卷四號六一七頁以下參照。

「一旦生シタル損害ト雖モ之カ賠償請求ノ當時ニ於テ現實ニ損害ナキ狀態ニ復歸シタルトキハ其賠償請求權ハ存在ノ基礎ヲ失ヒ當然消滅ニ歸スルモノトス」（大正三年（ワ）四一號佐賀地方判決、新聞九六七號三〇頁、評論三卷民法四三五頁）。

第五　損害賠償債權の消滅時效

（一）　債務不履行に因る損害賠償債權の消滅時效

(a)遲延賠償債權

遲延損害賠償債權は本來の債權に從たるものではあるが、然かも既に發生したる遲延賠償債權は本來の債權と獨立して存在するものであるから、遲延損害賠償債權のみが獨立して消滅時效に服し得る。

一　「返濟期限後ニ生シタル利子ハ其性質契約ノ不履行ニ基ク損害金ニ外ナラサルカ故ニ五年ノ時效ニ因リ消滅スルモノニアラス」（明治四一年（ネ）二一八號宮城控訴判決、新聞六六五號一四頁）。

二　「遲延利息卽チ損害賠償ノ債權ハ年又ハ之ヨリ短キ時期ニ支拂ハルヘキモノニ非サルヲ以テ民法第百六十七條ニ依リ其ノ消滅時效ノ期間ハ十年ナリトス」（明治四一、四、一四、東控判決、新聞四九八號二一頁）。

三　「民法第百六十九條ニ所揭ノ債權ハ同條所揭ノ時期毎ニ復歸スヘキ給付ヲ目的トスル每期ノ債權ナルコトハ當院判例ノ認ムル所ナリ而シテ本件請求中ノ各利息ハ一定ノ時期毎ニ支拂ハルヘキモノニ非スシテ元金ノ辨濟期ニ於テ一度ニ支拂ハルヘキモノナリ又其ノ損害金ハ債務不履行ノ損害トシテ請求スルモノニシテ年又ハ之ヨリ短キ時期毎ニ支拂フヘキ定メナシ此等ノ債權ハ民法第百六十九條ニ從ヒ五年ノ時效ニ因リ消滅スヘキ債權ニ該當セス同第百六十七條第一項ニ從ヒ十年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノトス」（抄錄三七卷八四三三頁）。

四　「原院カ本件請求中債權辨濟期後ノ損害金ニ付民法第百六十九條ノ短期時效ニ關スル規定ヲ適用シテ判決シタルハ違法タルヲ免レス何トナレハ原院ニ於テ確定シタル事實ニ依レハ本件貸金債權ハ其元金ノ辨濟期ヲ明治三十年六月二十五日其利息ノ支拂期ヲ每月二十五日ト約定シタルモノナルモ本件請求中損害金ニ關スル部分ハ債務不履行ニ因ル損害賠償ヲ求メタルモノニ外ナラスシテ別ニ其支拂ニ付キ年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ定メタルモノニ非ス從テ民法第百六十九條所定ノ五年ノ時效ニ罹ルモノニ非スシテ同法第百六十七條第一項所定ノ十年ノ時效ニ罹ルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ」（明治四二、五、二八、大判、一五輯五四四頁、抄錄三七卷八三二一四頁）。

五　「遲延利息ハ年又ハ之ヨリ短キ期間ヲ以テ定メタル債權ト謂フヘカラサルカ故ニ民法第百七十條所定ノ十年ノ時效ニ係リ消滅スヘキモノトス」（明治四四年（ハ）三四六四號東區判決、新聞八二七號二〇頁、評論一卷民法四九八頁）。

六　「損害金ハ民法第百六十九條ノ範圍外ニ屬スヘキモノトス」（明治四四、二、二三、東控判決、新聞七〇六號二二頁）。

七　「利息債權ハ元本債權ニ從タルモノニシテ元本債權ナケレハ利息債權發生セス、元本債權ヲ發生スル法律行爲カ取消サレタルトキハ利息債權モ亦始メヨリ成立セサルモノナリト雖モ元本債權カ既往ニ遡ラス將來ニ向テノミ消滅スルトキハ其以前ニ辨濟期ニ到リタル利息債權ハ何等ノ影響ヲ受ケサルモノトス卽チ辨濟期ニ到リタル利息債權ハ元本債權ニ對シテ獨立ナル性質ヲ有スルニ至ルモノトス而シテ民法第四百九十六條ニ於テ債務者カ利息及ヒ元本ノ全部ニ充タサル辨濟ヲ爲シタルトキハ先ヘ利息ニ充當スルコトヲ要ストナシ以テ利息ノミノ辨濟ヲ爲シ得ヘキコトヲ定メタルハ辨濟期ニ至リタル利息債權ヲ以テ元本債權ト獨立シタルモノナルコトヲ示シタルモノト解スルコトヲ得ヘシ故ニ辨濟期ニ到リタル利息債權ハ元本債權ト獨立シテ時效ニ罹ルモノト謂ハサルヲ得ス此理論ハ利息カ約定利息ナルト法定利息タルトニ因リテ異ナル所ナキモノトス又元本債權カ普通ノ民法上ノ債權ナルト手形債權ナルトニ因リテ其論結ヲ異ニスヘキ理由ナキヲ以テ手形債權ニ在リテモ滿期日以後ノ法定利息ニ付テハ手形債權ト獨立シテ時效ニ罹ルヘキモノトス然ルニ原院カ「手形債務ノ場合ニ於ケル遲延利息ノ債務ハ手形債務ト關聯シテ一體ヲ成スモノトス故ニ債權者カ例ヘハ遲延利息ノ債權ノミヲ他人ニ讓渡シ又ハ手形金ノミノ支拂ヲ受ケタル場合ノ如ク手形債權ト遲延利息ノ債權トカ各獨立ノ債權トシテ存在スルニ至ラサル以上ハ遲延利息ノ債權ハ其基本タル手形債權ト獨立シテ單獨ニ時效ノ目的タルコトヲ得サルモノトス」ト判示シ手形ノ滿期日以後ノ法定利息ノ債權ハ之ヲ讓渡シ又ハ手形金ノミノ支拂アリタル場合ノ外ハ獨立シテ時效ニ罹ラサルモノト判斷シタルハ利息ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノトス」（大正六、二、一四、大判、二三輯一六一頁、抄錄七〇巻一五八六三頁）。

八　「遲延利息ノ請求權カ民法第百六十九條所揭ノ債權ニ屬セス從テ五年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノナルハ當院判例ノ示ス所ナルヲ以テ（明治四十二年（オ）第百六十三號同年十一月六日言渡）原判決カ本件第三ノ貸金ニ對スル辨濟期後ノ遲延利息ハ十年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノト爲シタルハ正當ナリ」（大正六、七、二一、大判、二三輯一一七五頁、抄錄七三巻一六五九五頁）。

九　「被告カ元金ノ請求ニ對シテ消滅時效ヲ援用シタルモノトス」（明治四四、二、二三、東控判決、新聞七〇六號二二頁）。

七　「利息債權ハ元本債權ニ從タルモノニシテ元本債權ナケレハ利息債權發生セス、元本債權ヲ發生スル法律行爲カ取消サレタルトキハ利息債權モ亦始メヨリ成立セサルモノナリト雖モ元本債權カ既往ニ遡ラス將來ニ向テノミ消滅スルトキハ其以前ニ辨濟期ニ到リタル利息債權ハ何等ノ影響ヲ受ケサルモノトス卽チ辨濟期ニ到リタル利息債權ハ元本債權ニ對シテ獨立ナル性質ヲ有スルニ至ルモノトス而シテ民法第四百九十六條ニ於テ債務者カ利息及ヒ元本ノ全部ニ充タサル辨濟ヲ爲シタルトキハ先ヘ利息ニ充當スルコトヲ要ストナシ以テ利息ノミノ辨濟ヲ爲シ得ヘキコトヲ定メタルハ辨濟期ニ至リタル利息債權ヲ以テ元本債權ト獨立シタルモノナルコトヲ示シタルモノト解スルコトヲ得ヘシ故ニ辨濟期ニ到リタル利息債權ハ元本債權ト獨立シテ時效ニ罹ルモノト謂ハサルヲ得ス此理論ハ利息カ約定利息ナルト法定利息タルトニ因リテ異ナル所ナキモノトス又元本債權カ普通ノ民法上ノ債權ナルト手形債權ナルトニ因リテ其論結ヲ異ニスヘキ理由ナキヲ以テ手形債權ニ在リテモ滿期日以後ノ法定利息ニ付テハ手形債權ト獨立シテ時效ニ罹ルヘキモノトス然ルニ原院カ「手形債務ノ場合ニ於ケル遲延利息ノ債務ハ手形債務ト關聯シテ一體ヲ成スモノトス故ニ債權者カ例ヘハ遲延利息ノ債權ノミヲ他人ニ讓渡シ又ハ手形金ノミノ支拂ヲ受ケタル場合ノ如ク手形債權ト遲延利息ノ債權トカ各獨立ノ債權トシテ存在スルニ至ラサル以上ハ遲延利息ノ債權ハ其基本タル手形債權ト獨立シテ單獨ニ時效ノ目的タルコトヲ得サルモノトス」ト判示シ手形ノ滿期日以後ノ法定利息ノ債權ハ之ヲ讓渡シ又ハ手形金ノミノ支拂アリタル場合ノ外ハ獨立シテ時效ニ罹ラサルモノト判斷シタルハ利息ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノトス」（大正六、二、一四、大判、二三輯一六一頁、抄錄七〇巻一五八六三頁）。

八　「遲延利息ノ請求權カ民法第百六十九條所揭ノ債權ニ屬セス從テ五年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノナルハ當院判例ノ示ス所ナルヲ以テ（明治四十二年（オ）第百六十三號同年十一月六日言渡）原判決カ本件第三ノ貸金ニ對スル辨濟期後ノ遲延利息ハ十年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノト爲シタルハ正當ナリ」（大正六、八、二二、大判、二三輯一二九三頁、抄錄七三巻一六六八抄錄七三巻一六五九五頁）。

一〇　「債務不履行ニ基ク遲延利息ハ民法第百六十七條第一項ニ依リ十年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキ債權ニシテ同第百六十九條ニ依リ五年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノニ非サルコト夙ニ當院ノ判示シタル所ナリ（明治四十二年（オ）第百六十三號同年十一月六日第一民事部判決）」（大正七、一〇、九、大判、二四輯一八八六頁、抄錄八〇巻一八七七三頁）。

一一　「本件貸金債務ノ辨濟期ハ大正三年十二月二十日ナルヲ以テ該期日ニ完濟ナシトセハ爾來不履行ニ因ル損害金ノ債務ハ生スヘキモ利息債務ハ生スルコトナキモノト謂ハサルヘカラス而シテ金錢債務不履行ニ因ル損害金ノ債務ハ生六十九條ノ適用ナク其時效期間ハ同法第百六十七條第一項ニ依リ十年ナルコト明ナリ（大正七年（オ）第六〇五號大正七年十月九日當院判決參照）」（昭和一二、一、二八、大判、法學六巻五號一二五頁）。

一二　反對判例

(1)「手形債務ノ遲延利息ハ民法ノ金錢債務ノ場合ニ於ケル遲延利息ト同シク債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ外ナラスシテ手形上ノ債務者カ手形金ノ支拂ニ付キ遲滯ニ付セラルルコトニ因リ法律上當然生スヘキモノナレハ手形債務ノ場合ニ於ケル遲延利息ノ債務ハ手形債務ニ從屬シ法律上之ト關聯シテ一體ヲ成ス者トス故ニ債權者カ例ヘハ遲延利息ノ債權ノミヲ他人ニ讓渡シ又ハ手形金ノミノ支拂ヲ受ケタル場合ノ如ク手形債權ト遲延利息ノ債權トカ各獨立ノ債權トシテ存在スルニ至ラサル以上ハ遲延利息ノ債權ハ其基本タル手形債權ト獨立シテ單獨ニ時效ノ目的タルコトヲ得サルモノトス」（大正五、七、二九、東控判決、新聞一一七六號二五頁）。

(2)「遲延利息モ五ケ年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノトス」（明治四五、三、二七、東控判決、評論一巻民法一五二頁）。

(b)塡補賠償債權

第三章　損害賠償義務

塡補損害賠償債權は本來の債權に代はるものであるから、其れ自身が消滅時效に罹ること勿論である。而して、本來の債權が商事債權なるときは塡補賠償債權も亦商事債權としての時效に罹るものと解すべきである。

一　「債務者カ債務ヲ履行セサルニ因リ債權者ノ有スル損害賠償ノ請求權ハ債權ノ效力ニ外ナラスシテ唯本來ノ債權ナル其形ヲ變シタルニ止マリ別箇ノ債權ヲ爲スモノニ非サレハ本來ノ債權ニシテ商行爲ニ因リ生シタルモノナルニ於テハ損害賠償ノ請求權モ亦然ラサルヲ得ス而シテ上告人カ本訴ニ於テ主張スル損害賠償ノ請求權ハ被上告人カ當事者間ノ松材賣買ニ基ク債務ヲ履行セサルニ起因スルモノニシテ其賣買ノ商行爲タルコトハ爭ナキ事實ナレハ其請求權ハ之ヲ商行爲ニ因リテ生シタル債權ナリト謂ヒ得ヘキコト前段說明ノ如クナルヲ以テ其消滅時效ニ關シテハ商法第二百八十五條ノ規定ヲ適用スヘキハ當然ナリ仍テ本論旨モ亦理由ナシ況ンヤ損害賠償ノ請求權カ時效ニ因リ消滅シタルコトハ原判決ノ判示セサル所ニシテ原判旨ニ副ハサルノ論旨ナルニ於テヲヤ」（明四一、一、二一、大判、一四輯一五頁、抄錄三三卷七三七八頁）。

二　「本件ニ付原裁判所ノ確定スル所ニ依レハ上告人ト被上告人トノ間ニハ地上權者タル被上告人ニ於テ其所有ニ係ル係爭家屋ヲ賣却スル必要アルトキハ必ス地主タル上告人ノ承諾ヲ得ヘク若シ上告人ニ於テ相當代價ヲ以テ之カ買收ノ申出ヲ爲ストキハ被上告人ハ之ヲ拒絕スルコト能ハサル旨ノ特約存スルニ拘ハラス被上告人カ該特約ニ基ク作爲義務ニ違背シ上告人ノ承諾ヲ得スシテ係爭家屋ヲ訴外山本輝美ニ賣却シタルヲ以テ右特約ノ不履行ニ基ク損害ノ賠償ヲ請求スル事實ナリトス仍テ按スルニ本件ノ如ク契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ナルモノハ不履行ノ事實ニ因リ新ニ發生スルモノニアラス既ニ契約ニ因リテ生シタル本來ノ債權ト同一ノ權利ニシテ單ニ其目的ヲ變更シタルニ過キサルモノト解スルヲ相當トス卽チ本件損害賠償請求權ナルモノハ不履行ノ事實存スルカ爲メ直接ニ法律ノ規定ニ依リ新ニ生スルモノニアラスシテ當事者間ノ特約ニ因リテ發生シタル權利ナリトス」（大正八、七、二二、大判、二五輯一三四四頁以下前揭）。

三　「契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ハ其契約ニ因リテ生シタル本來ノ債權ト同一ノ權利ニシテ單ニ其目的ヲ變更シタルモノニ過キサレハ本來ノ債權カ時效ニ因リテ消滅シタルニ拘ハラス獨リ契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ノ存在スル理ナキコト洵ニ明白ナリ而シテ本訴ノ原因タル貸借契約ハ明治三十八年十一月十一日成立シ貸主タル被上告人ハ借主タル上告人ニ對シ何時ニテモ數金ト引換ニ目的物ノ返還ヲ求ムル權利ヲ有シ且大正七年三月以後右權利ヲ行使シ又上告人ハ時效ヲ援用シテ右權利ノ消滅シタル旨ヲ主張シタル事實ハ原裁判所ノ判示スル所ナリ果シテ然ラハ被上告人カ有スル右目的物ノ返還ヲ求ムル債權ハ既ニ時效ニ依リテ消滅シタルヲ以テ原裁判所判示ノ如クニ大正六年中本訴契約ノ不履行ニ因ル損害賠償請求權ノ發生スヘキ謂ナキコト明瞭ナルニ原裁判所ハ事玆ニ出テスシテ漫然「而シテ被控訴人（上告人）ハ右損害賠償請求權ハ前記物件ノ貸借アリタル明治三十八年十一月十一日發生シタルモノナレハ既ニ時效ニ因リ消滅シタリト時效ヲ援用スルモ該請求權ハ右物件返還債務履行不能トナルト同時ニ發生スルモノナレハ右ハ大正六年中發生シタルモノト謂フヘク從テ爾來本訴提起アリタル大正七年八月十六日迄未タ十年ヲ經過セサルヲ以テ該請求權ハ未タ消滅時效完成セス故ニ右抗辯亦理由ナシ」ト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ所論ノ如ク違法ニシテ到底破毀ヲ免レス」（大正八、一〇、二九、大判、二五輯一八五七頁、抄錄八五卷二〇四五〇頁）。

四　「按スルニ買主ヨリ賣主ニ對スル土地所有權移轉登記請求權ハ普通ノ債權ノ如ク消滅時效ノ適用ヲ受クヘキモノニ非サルコトハ從來當院ノ判例トスル所（大正四年（オ）第八七九號同五年四月一日判決參照）ナレトモ這ハ畢竟特定セル不動產ヲ目的トスル賣買ノ意思表示ニヨリ直ニ所有權移轉ノ效力ヲ生シ所有權移轉ノ爲メ特ニ物權契約ヲ締結スルコトヲ必要トセサル我カ法制ノ下ニ在リテハ登記請求權ハ所有權ノ效力トシテ當然所有者ニ屬スルモノニシテ換言セハ該請求權ハ不動產ノ所有權ト運命ヲ共ニスルモノト解スルヲ妥當トスヘク若シ之ニ反シテ登記請求權カ他ノ債權ノ如ク時效ニ因リ消滅スルモノトセハ買主ハ一方ニ於テ所有權ヲ取得シナカラ他方ニ於テ所有者タルノ登記ヲ受クルコト能ハサルカ如キ不合理ニ陷ルヲ免レサルヲ以テ這般ノ結果ヲ回避セントスル特殊ノ理由ニ基キタルモノニシテ該判例ノ趣旨ヲ擴張シテ賣主ノ負擔スル賣買登記及ヒ引渡義務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償請求權ニマテ之ヲ適用スヘキモノニ非ス故ニ本件ノ如ク上告人ニ於テ賣買ノ目的物タル不動產ヲ訴外齋藤けさよニ贈與シ且其登記

ヲ爲シタルカ爲メ買主タル被上告人前主佐藤勘治ニ對スル賣買登記及ヒ引渡義務ノ履行ヲ不能ナラシメタルコトヲ原因トスル損害賠償ノ請求ニ付テハ一般普通ノ債權ニ關スル時效ノ適用ヲ除外スヘキ何等ノ特殊ノ理由ヲ存セサルヲ以テ消滅時效ニ關スル民法第百六十七條ノ規定ヲ適用スヘキハ言ヲ俟タサルナリ然ルヲ原判決カ土地ノ賣買登記及ヒ引渡請求權ハ所有權ニ隨伴シテ存續スヘキ性質ノモノニシテ所有權ト分離シテ時效ノ適用ヲ受クヘキモノニ非サルカ故ニ從テ本件損害賠償請求權モ亦時效ノ適用ナキモノト判示シタルハ失當ニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス」(大正七、五、一三、大判、二四輯九五九頁、抄錄七八卷一八一二五頁)。

(c)民事時效と商事時效

前示の如く、塡補賠償債權は本來の債權と其の性質を異にせざるものであるから、本來の債權が民事債權なるときは塡補賠償債權も亦民事債權の時效たる十年の消滅時效に罹りて消滅すべく、本來の債權が商事債權なるときは塡補賠償債權は商事債權の時效たる五年の消滅時效に依りて消滅すべきである。從つて、本來の債權が民事債權なりや、商事債權なりやの區別の認識は極めて重大なる先決問題である。仍て次に或る債權が民事債權に屬するや、商事債權に屬するやの問題を解決すべき多數の判例を蒐集擧示するであらう。

或る債權が民事債權に屬するや、商事債權に屬するやは諸種の點に影響を生じ來る。

(1)第一に消滅時效に關して、其の消滅時效が十年なりや、五年なりやの問題に影響を及ぼす(民一六七、商二八五)。之れに關しては今玆に說明せんとする所である。

(2)遲延利息が年五分なりや、年六分なりやの問題が惹起し來る(民四〇四、商二七六)。之れに關しては、後に揭ぐる遲延損害賠償に關する說明を參照せられたい。

(3)債權が民事債權なりや、商事債權なりやは利息制限法第五條の適用ありや否やの問題に關聯を生じ來る。之れに關しては、後に賠償額の豫定に關する說明を參照せられたい。

一　「被控訴人カ本件金錢ノ立替ヲ受ケタルハ控訴人ノ爲メニハ商行爲ニアラストスルモ其立替ニ依リ控訴人ノ取得シタル債權ノ時效ニ付キテハ亦商法第二百八十五條ヲ適用セサル可カラス」(明治三九、三、五、名古屋控訴判決、新聞三五九號九頁)。

二　「按スルニ甲號證成立ノ當時ニ在リテハ當事者雙方共ニ商人タリシコト竝ニ甲第一號證手形ハ被控訴人カ其ノ商業資金ノ融通ノ爲メニ振出シタルモノニシテ甲第二號證ハ控訴人カ被控訴人ノ依頼ニ因リ甲第一號證ノ支拂ヲ受ケタルカ爲メ其ノ支拂期日ニ被控訴人ヨリ支拂資金ヲ控訴人ニ供與スヘキコトヲ約束シタルモノナルコトハ共ニ爭ナキ事實ナレハ甲第二號證ノ契約ハ卽チ商人間ニ於ケル資金融通ニ關スル契約ナルカ故ニ甲第一號證手形トシテ有效ナルト否トニ拘ラス新舊商法ノ下ニ在リテハ勿論該證成立當時ニ在リテモ商行爲タルヘキ取引ニシテ所謂附屬的商行爲ト認ムヘキモノナリ而シテ同第二號證ノ文詞ニヨリ明ナル同證ノ支拂期日明治二十九年十一月四日ニ在リテハ本訴ノ債權ニ對スル出訴期限ノ定メナカリシカ故ニ明治三十一年七月一日舊商法ノ實施ニ至ルモ尙ハ本訴債權ニ付テハ時效ハ存セサリシト雖モ同法第三百四十九條ニ此種ノ債權ニ對スル時效ハ六年ト規定セラレタルカ故ニ同法施行ノ日ヨリ該證ノ債權ニ對スル時效ハ其進行ヲ初メタルモノナリ其後明治三十二年三月十六日現行商法カ施行セラレ本訴ノ債權ニ對スル時效ハ五年トナリ舊商法ノ時效期間ハ新商法ノ時效期間ヨリ長ク且同法施行ノ日ニ於ケル殘期カ現行商法施行ノ日ヨリ起算シ現行商法ノ時效期間ヨリ長キヲ以テ商法施行法第百三十七條民法施行法第三十一條ニ依リ現行商法實施ノ日ヨリ起算シテ現行商法ノ五年ノ時效ヲ適用スヘキモノナリ左レハ本訴ノ債權ハ起訴ノ日卽チ明治四十年一月十五日ニ在リテハ已ニ時效ニ依リ消滅シタルモノナリ」(明治四〇、一〇、二一、大控判決、最近判一卷一六八頁)。

三　「本件貸金ハ銀行カ營業上爲シタル取引ナルヲ以テ商法ニ所謂商事ナルコト疑ナシ故ニ商法施行法第百三十七條民法施行法第三十條第三十一條ニヨリ商法施行ノ日タル明治三十二年六月十六日ヨリ起算シ商法第二百八十五條ニ規定セラルル五年ノ消滅時

效ノ適用ヲ受クヘキモノトス何トナレハ消滅時效ハ權利ヲ行使シ得ヘキ時ヨリ進行スルモノニシテ無期限ノ消費貸借ニ對シテハ債權者ハ何時ニテモ權利ヲ行使シ得ルコト明ナレハナリ」(明治四一、三、一三、東控判決、最近判二卷九一頁)。

四　「明治二十六年舊商法ノ一部施行以來商事ノ行爲ト民事ノ行爲トヲ區別シ商人カ其商業資金融通ノ爲ニスル所ノ契約ハ之ヲ商事ノ行爲ト看做シタルノミナラス明治三十一年舊商法施行以後ハ同法第六條ニ該當スルヲ以テ其契約ニ因リテ生シタル債權ハ同法第三百四十九條ニ依リ同法施行ノ日ヨリ時效ノ適用ヲ受ケ尙現行商法及ヒ同商法施行法第百三十七條ノ適用ニ依リ時效ニ罹ルモノトス」(明治四一、四、六、大判、一四輯四〇一頁)。

五　「明治二十六年舊商法ノ一部施行後請負工事ヲ營業トスル商人カ鐵道築堤工事ノ請負ニ付他人ト當座組合契約ヲ締結シタルトキハ其契約ハ商事ニ屬スルヲ以テ該組合關係ニ基ク債權ハ商行爲ニ因リテ生シタルモノニ外ナラス故ニ明治三十一年舊商法施行後ハ其第三百四十九條ニ依リ同法施行ノ日ヨリ時效ノ適用ヲ受ケ尙商法施行法第百三十七條及ヒ現行商法第二百八十五條ニ從ヒテ時效ニ罹ルモノトス」(明治四一、一一、二六、大判、一四輯一二四〇頁)。

六　「本件債務ハ控訴人ト被控訴人ノ內甲乙丙ト組合營業ヲ爲シタル結果解散ノ際其計算尻ヲ消費貸借ニ更改シタルコト爭ナキヲ以テ各組合員間ノ計算ハ商行爲ナリトスルモ計算上負擔スル債務ヲ現實ニ授受スルノ手數ヲ省略シテ其債務ヲ消費貸借ニ更改スル以上ハ商行爲タル性質ヲ變シテ民事行爲トナシタルモノト認ムルヲ相當トス」(明治四二、五、一〇、大控判決、最近判四卷一六四頁)。

七　「組合カ解散シタル場合ニ於テ計算ノ結果或ル組合員ノ負擔ニ歸セシ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ更改シタルトキハ縱令其ノ更改前ノ債務ハ商行爲ニ因リテ生シタルモノトスルモ新債務ハ其性質ヲ變シテ民法上ノ債務ト爲リタルモノナレハ之ニ適用スヘキ時效モ亦全然民法ノ規定ニ依ルヘキモノトス」(明治四二、一〇、四、大判、一五輯七〇七頁)。

八　「控訴人先代及ヒ控訴人等カ本件債權發生當時ヨリ右公正證書作成當時ニ至ル迄商人ナリシトスルモ被控訴人ニ對シテ商行爲ニアラサルヨリ素ヨリ商法ノ時效ニヨルヘキモノニアラスシテ出訴期限規則及民法施行法竝ニ民法ノ規定ニ基キ之カ時效期間ヲ定ムヘキモノナリトス即チ本件公正證書ノ債權ハ民法實施以前ノ消費貸借ニ基ク期限附ノ債權ナルヲ以テ出訴期限規則第三條ニヨリ五ケ年ノ出訴期限ニヨルヘキモノニ係リ民法施行前ニ出訴期限ヲ經過セサル債權ニシテ而モ出訴期限カ民法ニ定メタル時效ノ期間即チ同法第百六十七條ニ定メタル十年ノ期間ヨリ短キカ故ニ民法施行法第三十條ニ從ヒ民法中時效ニ關スル規定ヲ適用シ其ノ辨濟期限タル明治三十年九月二十日ヨリ起算シテ十年ノ時效ニ係ルモノトス」(明治四三、三、一二、東控判決、最近判六卷一六六頁)。

九　「當事者ノ一方ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ付テハ本法ノ規定ヲ雙方ニ適用スヘキハ商法第三條ノ明定スル所ナリ而シテ商法ニ於テ商行爲ニ因リテ生シタル債權又ハ債務ト稱スルハ畢竟同一ノ法律關係ニ對シ債權者又ハ債務者ノ方面ヨリ觀察シタル文詞ニ過キサレハ債務者ノ爲メニ商行爲ナル以上ハ債權カ商行爲ニ因リテ生シタル債權タルコトヲ妨ケサルト同シク債權者ノ爲メニ商行爲ナル以上ハ債務者ノ爲メニ商行爲ナラサルトキト雖モ因リテ生シタル債務カ商行爲ニ因リテ生シタル債務タルコトヲ妨ケス從テ商事時效ヲ適用シタルハ適當ナリ」(明治四四、三、二〇、大判、最近判八卷二〇五頁)。

一〇　「或ル債權カ商事上ノ時效ニ因ルヘキヤ又ハ民事上ノ時效ニ依リ消滅スヘキカハ其ノ債權發生ノ基本行爲カ商行爲ナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス而シテ一旦商行爲ニ基キ發生シタル債權ト雖モ之ヲ消費貸借トナシタル場合ニ該消費貸借カ商行爲ナリヤ否ヤニ依リ或ハ商法上ノ債權タルコトアリ或ハ民法上ノ債權タルコトアリテ必スシモ常ニ該消費貸借ヲ指シテ民法上ノ債權ナリト謂フヲ得ス」(明治四五、三、三〇、東地判決、最近判、一〇卷一三一頁)。

一一　「商人ノ行爲ハ其營業ノ爲ニスルモノト推定セラルヘキヲ以テ商人カ非商人ニ對シ爲シタル保證委託ノ行爲ハ之ヲ商行爲トナスヘキモノナリト雖モ其非商人ノ求償權ハ右委託ニ因リ發生シタルモノニ非スシテ該權利發生原因ハ實ハ其非商人ノ辨濟ニ在リ辨濟行爲ニシテ商行爲タルニ非サレハ以テ商法時效規定ノ支配ヲ受クヘキモノニ非サルナリ」(大正二(ワ)八〇號、仙臺地方判決、新聞九九三號二七頁)。

一二　「株式取引所仲買人カ其客ヨリ取引所ニ於ケル株式定期賣買ノ委託ヲ受ケ受託者トシテ右受託事務ヲ履行スヘキ債務ハ仲

買人ノ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ外ナラサルカ故ニ商法第二百八十五條ニ依リ五箇年ノ消滅時效ノ適用アルハ勿論ナリ」(大正三年(ネ)第五二號大阪控訴判決、新聞一〇八八號一六頁)。

一三　「銀行取引ヨリ生シタル債權ハ所謂商行爲ニ因テ生シタル債權ニ該當スルカ故ニ五年ニシテ時效ニヨリ消滅ス」(大正三、七、二、最近判、一四卷二九一頁)。

一四　「商法第二百八十五條ノ規定ハ債權者ノ爲メニ商行爲タル行爲ニヨリテ生シタル債權ナルノミナラス債務者ノ爲メニノミ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債權ニ付テモ同法第三條ニ依リ當事者雙方ニ適用サルヘキモノトス」(明治四十三年(オ)第四〇四號同四十四年三月四日判決參照)」(大正四、二、八、大判、二一輯七五頁)。

一五　「元來債權ト云ヒ債務ト稱スルハ決シテ二個ノ異ナリタルモノヲ指稱スルニアラス單一ナル法律關係ヲ權利者方面ヨリ觀テ債務ト稱スルニ過キス從テ商法各條ニ商行爲ニ因リテ生シタル債權或ハ債務ト記載アルハ單ニ各場合ニ於ケル字句ノ都合ニ依リタルモノニ過キスシテ敢テ其文字ニ重キヲ置キタルモノト認ムルヲ得ス」(大正四、二、八、大判、二一輯七九頁)。

一六　「舊商法施行以前商行爲ニ付キ成立シタル債權ニシテ不動產書入公證ヲ受ケタルモノハ現行商法施行ノ日ヨリ五ケ年ノ時效ニ依リ消滅スヘキモノトス」(大正四、七、七、大判、二一輯一二〇〇頁)。

一七　「不當利得返還請求權ハ法律ノ規定ヲ其直接ノ發生原因トシテ當事者ノ意思表示ヲ其發生原因トセサルカ故ニ其當事者ノ何レカ商人ナリトスルモ商行爲ニ因リテ生シタル債權ト稱スルヲ得サルハ固ヨリ言フ迄モナク商法第二百八十五條ノ適用ナキハ自明ノ理ナリ」(大正四、一一、二六、東控判決、新聞一〇七〇號一六頁)。

一八　「商行爲ニ依リ株券ヲ擔保トシテ受取リタルトキハ其株券ニヨリ擔保設定契約上ノ義務モ亦商行爲ニ依リ發生シタル債務トシテ五年ノ消滅時效ニ罹ルモノトス」(大正五、四、二八、東地判決、評論五卷民法八四三頁)。

一九　「消費貸借ニ付キ商法第二百八十五條ニ基ク時效ノ抗辯ヲ排斥センニハ貸借當時貸主カ商人ナリヤ否ヤ商人トシテ係爭貸借カ其ノ營業ノ爲メニセルモノナルヤ否ヤヲ說示セサルヘカラス故ニ其ノ說示ナキ判決ハ理由不備ナリ」(大正五、七、一、大判、新聞一一七〇號三一頁)。

二〇　「商法第二百八十五條ニ依ル時效ノ抗辯ハ特ニ上告人ニ於テ反對ノ表意アラサル限リ同法第二百六十三條ノ商行爲ナルコトヲ前提トスルト共ニ同法第二百六十五條ノ附屬的商行爲ヲ前提トスルモノト看做ササルヘカラサルヲ以テ原審ニ於テ上告人ノ時效ノ抗辯ヲ排斥センニハ單ニ本件消費貸借カ其ノ主張ノ如ク紫金手代金支拂ノ債務ヲ改メタルモノニ非スシテ單純ナル現金貸借ナリト判定スルヲ以テ足レリトセス進ンテ右貸借當時被上告人カ商人ナリヤ否ヤ(被上告人ノ商人ナリシコトハ第一審ニ於テ爭ナカリシモ原審ニ於テ被上告人ハ此事實ヲ爭ヘリ)商人ナリトシテ本件消費貸借カ其營業ノ爲メニセルモノナルヤ否ヲ說示セサルヘカラス」(大正五、七、一、大判、判例一卷民法一〇四〇頁)。

二一　「取引所ノ賣買成立證明書交付請求權ハ仲買人ニ對スル原告ノ定期賣買ノ委託卽チ商行爲ヨリ生スル債務ナルコト疑ナク從テ商法所定ノ五年ノ時效ニ罹リ消滅スヘキモノトス」(大正五、一〇、二八、大地判決、判例一卷民法一三六九頁)。

二二　「取引所仲買人カ委託者ヨリ證據金ヲ受領シ又ハ之ヲ返還スルモ仍ホ之カ返還請求ノ債權ハ商法第三條ニ依リ同法第二百八十五條ノ時效ニ因リ消滅ス」(大正五、一〇、三〇、山口地方下關支部判決、新聞一二一九號三二頁)。

二三　「株金拂込ノ義務ハ株式ノ引受ニヨリテ生シ株式ノ引受ハ商行爲ニアラサルヲ以テ株金拂込ノ義務ニ付テハ商法第二百八十五條ノ適用ナク其義務ハ民法第百六十七條第一項ニヨリテ消滅スヘキモノナリ」(大正六、一、一二、東控判決、新聞一二五一號二二頁)。

二四　「被控訴人ハ大阪株式取引所仲買人ニシテ本件ハ其ノ客タル控訴人ヨリ同取引所ニ於ケル株式定期賣買ノ委託ヲ受ケタルヲ以テ被控訴人カ受託者トシテ右ノ受託事務ヲ履行スヘキ債務ハ固ヨリ被控訴人ノ商行爲ニ因リテ生シタル債務ト云フヘキモノナルカ故ニ商法第二百八十五條ニ依リ五ケ年ノ消滅時效ノ適用アルコト勿論ナリ」(大正六、五、一五、大控判決、新聞一二六四號二

四頁)。

二五　「控訴人ノ本訴請求原因トセル所ハ前段事實摘示ノ如クニシテ其趣旨タルヤ控訴人カ合資會社丸大運送店ニ對シ勞務ヲ供給シタル報酬金債權ニ付キ同會社無限責任社員タリシ被控訴人兩名ニ對シ商法第六十三條ニ基キ其義務ノ履行ヲ求ムト謂フニ在ルヲ以テ本件債務ハ運賃ニアラス從テ民法第百七十四條ヲ適用スヘキモノニアラスシテ商法第二百八十五條所定ノ五ケ年ノ時效ニヨルヘキモノトス」(大正六、一一、七、大控判決、新聞一三四六號二四頁)。

二六　「本件債權ハ商人タル原告カ其商品ノ賣却ヲ委託シ被告ハ原告ノ爲メニ之ヲ賣却シ得タル代金ヲ原告ニ支拂ハサルヘカラサルニヨリ生シタル事當事者ニ爭ナキ以上商法第二百八十五條ニヨリ五年ノ時效ニヨリ消滅スヘキモノトス」(大正六、一二、一三、東地判決、判例三卷民法一六八頁)。

二七　「仲買人カ客ノ委託ニヨリ株式ノ定期取引ヲナスハ總テ客ノ計算ニ於テナスモノナルニヨリ其取引ニ基ク損益ハ總テ客ノ損益ニ歸シ利益アラハ客ハ仲買人ニ對シ之カ支拂ヲ求メ得ヘク損失アラハ仲買人ハ客ニ對シ其支拂ヲ求メ得ヘキモノナルコト定期取引委託契約ノ解釋上當然ナルトコロニシテ斯ル損益ノ有無ハ各個ノ取引ヲ終了シタル際卽轉賣買戻ニヨリ建玉ヲ手仕舞シ又ハ限月ノ終ニ於テ建玉ノ受渡ヲ爲シタル際ニ確定スルヲ以テ反對ノ特約ナキ限リ各個ノ定期取引ノ終了シタルトキヨリ客ハ仲買人ニ對シ利益金賣買代金ヲ請求シ得ヘク仲買人ハ客ニ對シ損失金ノ支拂ヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ本件ニ付キ原告及甲間ニ利益金賣買代金ノ支拂期ニ關シ特約アリタルコトハ認メ難キ所ナルヲ以テ前記取引ニヨリ原告ノ利益ニ歸シタル利益金賣買代金ハ原告ニ於テ各取引終了シタルトキヨリ被告先代ニ對シ夫々請求シ得ヘク從テ右各債權ノ消滅時效ハ各取引ノ終了シタルトキヨリ夫々進行スルモノト認メサルヘカラス而シテ右甲ハ當時取引所ニ於ケル取引ヲ業トスル商人ナリシヲ以テ本件定期取引ノ委託ハ右甲ノ商行爲ト認ムヘク從テ之ニ基キ發生シタル債權ハ五年ノ消滅時效ニヨリ消滅ス」(大正六、一二、二五、東地判決、判例三卷民法六一九頁)。

二八　「係爭消費貸借カ商事上ノ賣掛代金ヲ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルニ因リ成立シタルモノナルトキハ其ノ債權ノ時效ニ關シ商法ノ規定ヲ適用スヘキカ將タ民法ノ規定ヲ適用スヘキヤヲ決スルニハ其前提トシテ消費貸借成立當時當事者カ商人ナリシヤ否ノ爭點ヲ解決シ消費貸借ノ商行爲ナルヤ否ヲ判定スヘキモノトス」(大正七、八、六、大判、二四輯一五七一頁)。

二九　「銀行ニ對スル小口當座預金債權ハ商行爲ニヨリ生シタル債權ナルヲ以テ商法ノ規定ニ從ヒ五年ノ時效ニ依リ消滅スヘキモノトス」(大正七、八、二〇、東地判決、新聞一四六五號一七頁)。

三〇　「商人カ賣掛代金ノ債務ヲ目的トシテ準消費寄託契約ヲ結ヒタル行爲ハ性質上營業ノ爲メニスルモノト爲スコトヲ許ササルモノニ非サルカ故ニ右準消費寄託契約ハ之ヲ商行爲ト認ムヘク從テ當該債權ハ商行爲ニ因リテ生シタル債權ナレハ商法第二百八十五條ニ依リ五年ノ時效ニ依ルヘキニ非ス」(大正八、六、二一、宮城控訴判決、評論八卷民法八〇三頁)。

三一　「商人カ既存ノ賣掛代金ヲ目的トシテ準消費貸借契約ヲ爲シタル場合ニ於テ當該行爲ニ基キ發生スル債務ハ五ケ年ノ時效ニヨリ消滅ス」(大正八、一一、一四、東地判決、評論八卷民法一三三頁)。

三二　「商法第二百八十五條ノ五年ノ時效ハ特別規定ナキ限リハ商行爲ニ付生シタル債務ニノミ適用スヘキモノナルコト同條ニ照シ明ナリ而シテ本件債權カ商行爲ニ因リ生シタルモノナルコトハ之ヲ認ムルニ由ナク又產業組合法第五條ノミニテハ商法第二百八十五條ノ規定ヲ準用スヘキ理由存セサルニ付民法ノ規定ニ從ヒ十年ノ時效ニ罹ルモノト謂フヘシ」(大正八、一二、一八、廣島控訴判決、評論九卷諸法六五頁)。

三三　「仲買人ニ於テ委託者ノ賣建委託ノ本旨ニ從フ委任事務ヲ處理セサルニ拘ラス買戻手仕舞ニヨル損失補償ノ名義ノ下ニ證據金ヲ給付セシメタル者ナル時ハ委託者ハ仲買人ヲ惡意ノ受益者トシテ右利得金及之カ利息返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス右ノ如キ不當利得ノ返還請求權ハ法律ノ規定ヲ以テ其發生原因トスル者ナレハ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ付テノミ適用スヘキ商法第二百八十五條ノ規定ハ其ノ適用ナキ者ニシテ斯ル債權ハ普通債權トシテ十年ノ時效ニヨリテ消滅スル者トス」(大正九、二、一〇、東地判決、評論九卷民法二八八頁)。

三四　「產業組合法第五條ニ依レハ產業組合ニハ商法及商法施行法中商人ニ關スル規定ノ準用アリ故ニ商法第二百六十五條ノ規

定ハ產業組合ニ準用セラルルモノト謂フヘク本件準消費貸借ハ被控訴組合カ前示橫領金ノ辨償ヲ受ケンカ爲メニ締結シタルモノナレハ其ノ行爲ハ組合ノ目的ノ範圍內ニ屬シ商行爲ト看做サルヘキモノトス從テ其行爲ニ因ル本訴債權ニハ商法第二百八十五條ノ規定モ亦準用セラレ該債權ハ五年ノ消滅時效ニ罹ルモノトス」(大正一四、五、二五、東控判決、新聞二四四九號一二頁)。

三五　「本件消費貸借竝ニ保證契約成立當時主債務者タル甲カ貸座敷業ヲ營ミ保證人タル被控訴人先代乙カ醬油釀造業ヲ營ミ居リタルコトハ控訴人ノ爭ハサル所ナルヲ以テ當時右兩名ハ共ニ商人ニシテ從テ其負擔シタル本件主債務竝ニ保證債務ハ何レモ反證ナキ限リ同人等ノ營業ノ爲メニ爲サレタル商行爲ニ基ク債務ナリト認ムヘク而シテ該債務ノ辨濟期日タル明治三十六年十二月二十日以降本件記錄上明カナル本訴提起ノ日タル大正十四年三月二十四日迄既ニ滿五年以上ヲ經過シ居ルヲ以テ右主債務竝ニ保證債務ハ何レモ中斷等ノ事由ナキ限リ時效ニ因リ消滅シタルモノト云ハサルヘカラス又控訴人ハ主債務者タル訴外甲カ大正四年二月七日債務ノ承認ヲ爲シタル旨竝ニ大正十二年三月中控訴人カ本件貸金債權ニ基キ抵當權ノ實行ヲ爲シタル所同訴外人ニ於テ之ヲ甘受シ居リタル旨主張スト雖モ本件主債務ハ右ノ如ク明治三十六年十二月二十日以後滿五年ノ經過ニヨリ時效ニヨリ消滅シタルモノナルヲ以テ其時效ノ完成後タル大正四年二月七日及ヒ大正十二年三月中ニ這般ノ事實アリタリトスルモ之ニヨリ本件主債務者タル訴外甲カ既ニ完成シタル時效ノ利益ヲ拋棄シタルモノト認メ得ラルルハ格別時效中斷ノ事由タル債務ノ承認ヲ爲シタルモノト認メ得ラレサルハ明ナリ云々」(大正一五、一二、二四、東控判決、新聞二六五二號六頁)。

三六　「商法第二百八十五條ノ規定ハ債務者ノ爲メニノミ商行爲タルニ因リ生シタル債務ニ付テモ當事者雙方ニ其ノ適用アルモノトス」(昭和四、七、一九、朝高判決、判決錄一六卷民法一九五頁)。

三七　「商人カ物品賣掛金債權ニ基キ金錢(代金)ノ支拂ヲ受クヘキ權利ヲ有スル場合ニ於テ其ノ物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ之ニ因リテ成立シタル消費貸借ハ一應其ノ營業ノ爲ニ爲シタルモノト推定スヘク從テ同消費貸借ハ商行爲ニシテ其ノ債權ハ商行爲ニ因リテ生シタルモノナルカ故ニ時效ニ關シテハ商法第二百八十五條ノ適用ヲ受クヘキモノトス」(昭和五、五、二、朝高判決、司協九卷八號民錄一一一頁)。

三八　「異議ヲ留メスシテ債權讓渡ノ承諾ヲ爲シタリトテ其ノ商事債權タル性質ニ變更ヲ來スヘキ謂レナキノミナラス債權讓渡後時效完成シタル本件ニ於テハ商事時效ノ抗辯ヲ提出シ得ルコト勿論ナリ」(昭和五、七、一六、大控判決、新聞三一六八號一一頁)。

三九　「無盡業法ニ依ル無盡ノ營業ヲ目的トスル會社カ其營業ノ爲ニ爲ス行爲ニ付テハ商法中商行爲ニ關スル規定ノ準用アルモノナルヲ以テ之ニ因リテ生シタル債權ハ五年ノ時效完成ニヨリ消滅ス」(昭和五、八、二〇、東地判決、新聞三一六八號九頁)。

四〇　「一定ノ債權カ商行爲ヨリ發生シタル場合ニ當事者カ合意ヲ以テ其ノ債權ヲ商ニ關セサル法律行爲ヨリ發生シタルモノト爲シタレハトテ其ノ合意ニ效果ヲ付スヘカラサルハ蓋シ自明ノ理ニ屬ス」(昭和五、一一、一九、大判、新聞三二〇五號一〇頁)。

四一　「甲ハ株式取引所ノ仲買人タル乙ニ對シA燐鑛株式會社株式等ノ定期賣買ヲ委託シ其ノ取引ノ結果乙ニ對シ損失金及ヒ手數料金ノ債務ヲ負擔スルニ至リ其ノ一部ヲ辨濟シ殘金ニ付右兩者間ニ之ヲ目的トシテ同金額ノ準消費貸借ニ改メ同時ニ丙ハ甲ノ債務ニ付連帶債務者トナリタル場合ニ於テ右消費貸借ハ敍上ノ如キ取引ニ付生シタル計算尻ヲ其ノ目的トシテ爲サレタルモノナル以上反證ナキ限リ乙ノ營業ノ爲メニ爲サレタルモノト認ムルヲ相當トスヘキノミナラス該準消費貸借ノ成立當時乙カ株式取引所ノ仲買人ニシテ取引所ノ仲買人ハ一種ノ問屋ナルヲ以テ商人ト謂フヘク此ノ點ヨリスルモ右準消費貸借ハ乙ノ營業ノ爲メニ爲サレタルモノト推定セラルヘキモノトス」(昭和七、七、二二、東控判決、評論二一卷民法一〇〇一頁)。

四二　「轉賣利得ノ目的ノ下ニ買受ケ賣却シタル非商人タル共同營業者間ノ土地賣却代金分配請求權ヲ準消費貸借ノ關係ニ改メタル場合之ニヨリ生シタル債權ハ商行爲ニ因リ生セル權利ニアラサルモノトス」(昭和七、一一、一一、朝高判決、司協一一卷一二號八四頁)。

四三　「特定株金額拂込ノ義務ト雖モ結局ハ株式ノ引受ニ因リテ發生スルモノナルトコロ株式ノ引受ハ當然ニハ商行爲ニアラサルヲ以テ(尤モ引受行爲カ商人ノ營業ノ爲メニ爲シタル附屬的商行爲ト爲ルカ如キ場合ハ自ラ別論ナレトモ本件ニ在リテハ本件ノ株式ノ引受カ斯ル商行爲ナリト認ムヘキ何等ノ資料ナシ)本件株金拂込ノ義務ニ付テハ商法第二百八十五條ノ適用ナク該義務ハ民

法ノ規定ニ從ヒ十年ノ時效ニ依リテ消滅スヘキモノト解スヘキモノトス」（昭和八、二、二二、東控判決、新聞三五四二號一八頁）。

四四　「準消費貸借カ既存債務ト同一性ヲ維持スル意思ヲ以テ締結セラレタル時ト雖其當時當事者ノ一方又ハ雙方カ商人ナルトキハ爾後商行爲ヨリ生シタル債務トシテ消滅時效ニ罹ルモノトス」（昭和八、六、一三、大判、一二卷一四八四頁）。

四五　「原判決ノ確定シタル事實ハ酒造業者タル訴外人西岡清松カ從來植田久五郎ニ對シ有シタル貸金債權六百六十圓ヲ目的トシテ同人トノ間ニ本件ノ準消費貸借契約ヲ締結シ被上告人（控訴人被告）ハ該債務ニ付連帶ノ責任ヲ負擔シタリト云フニ在リテ酒造業者ノ商人タルコトハ勿論（昭和四年（オ）第五四一號同年九月二十八日當院言渡判決參照）ニシテ商人タル前示西岡清松ト被上告人トノ間ニ爲サレタル右連帶債務負擔行爲ハ西岡清松ノ營業ノ爲ニ爲サレタルモノト推定スルヲ妨ケサルヲ以テ商行爲ナリト目スヘク所論ノ如ク西岡清松ト植田久五郎トノ間ノ準消費貸借契約カ植田久五郎ノ西岡清松ニ對シ負擔シタル舊債務ヲ整理スル爲ナリシトスルモ亦右ノ準消費貸借契約ヲ締結シタル當事者ニ於テ舊債務ヲ消滅セシメテ新債務ヲ發生セシムル意思ナリシトスルモ前示ノ如ク西岡清松ノ被上告人ニ對スル本件債權ノ商行爲ニ因リテ生シタル債權ナルコトヲ妨ケサルモノトス而シテ商行爲ニヨリテ生シタル債權ハ五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リ消滅スヘキモノナルコト商法第二百八十五條ノ規定スル所ナリ」（昭和九、九、一五、大判、法學四卷二號一一三頁）。

四六　「原審ニ於テ上告人カ其請求原因トシテ陳述シタル事實ノ要旨ハ訴外加藤春三ハ（イ）大正六年五月中加藤德三郎清水貞雄井戸田修三同銀次郎ノ四名ヲ連帶債務者トシテ金二百圓ヲ（ロ）大正八年三月十日清水貞雄井戸田修三兩名振出ニ係ル金額三百圓滿期日同年五月三十日ト定メタル約束手形一通ヲ割引シテ金三百圓ヲ各貸付ケタルトコロ債務者等ハ之カ辨濟ヲ爲ササリシ結果大正十年五月二十二日右債權ニ付示談ヲ爲シ被上告人等ハ連帶シテ加藤春三ニ對シ（一）前記（イ）（ロ）ノ貸金ノ利息及督促費用合計金百五十圓及之ニ對スル同日ヨリ元本一圓ニ付一ケ月金八厘ノ割合ニヨリ利息ヲ（二）前記（イ）（ロ）ノ元本合計金五百圓及之ニ對スル同日ヨリ元本一圓ニ付一ケ月金八厘ノ割合ニヨル利息ヲ各支拂フヘキコトヲ約シ上告人ハ右春三ヨリ右債權ヲ讓受ケタリト云フニアルコト原審口頭辯論調書ニヨリ明ナリサレハ本件債權カ商行爲上ノ債權トシテ五年ノ時效ニカ、ルヘキヤ否ヤノ爭ニ付キ判斷ヲ爲スニハ須ク先ス右示談契約ノ趣旨ヲ探究シ該契約ハ前債權ヲ消滅セシメテ新ナル債權ヲ發生セシムル意味アリヤ將タ當初ノ債權ノ同一性ハ之ヲ維持シツヽ只其支拂方法ニ付新ナル協定ヲ爲シタルニ過キサルヤノ判斷ヲ爲ササルヘカラス蓋シ右契約ノ趣旨ニシテ前者ナリトセハ前記爭點ハ原判示ノ如ク右示談契約其モノカ商行爲ナリヤ否ヲ審査スルニヨリテ之カ解決ヲ爲スニ餘アリト雖若反之該契約ノ趣旨後者ナリトセンカ當初ノ債權カ先以テ商行爲ニヨリテ生シタリヤ否ヤヲ判定スルニ非サレハ解決ハ得テ望ムヘカラス尤モ此ノ當初ノ債權中（ロ）ノ分ハ被上告人清水貞雄外一人振出ノ「約束手形一通ヲ割引シテ金三百圓ヲ貸付ケ」タルモノナルコトハ上告人ノ自陳スルトコロナリ今此金圓貸借ノ爲メニスル手形割引ハ一個ノ取引ニシテ因テ生シタル債權亦一個ニ過キス儻タル手形上ノ債權ハ偶々實質ニ於テ當事者間ノ貸金債權ニ外ナラスト云フニ止マリシカ將タ金圓ノ貸借ト手形ノ授受ト二個ノ取引アリ債權モ亦彼此竝合併存セシ次第ナルカ孰レニセヨ手形債權ノ商事債權ニシテ一ノ短期時效ニ罹ルハ論ナキニ於テ前記手形債權カ如何ニ本件（一）（二）ノ債權中ニ現ハレ來リシヤ來ラサリシヤヲ審ニスルニ非サレハ本訴債權ニ對スル時效ノ成否ハ俄ニ一斷スルヲ得サルモノアリ」（昭和一〇、四、九、法學四卷一一號一二五頁、伊澤氏評註同所）。

四七　「案スルニ原審ハ上告人ハ第六大正講ト稱スル頼母子講ノ管理人ニシテ講金ノ貸付掛金ノ取立其他講務一切ヲ處理スル權限ヲ有スルモノナルトコロ訴外川内卯市ハ右講ノ講員ニシテ大正十年十月十二日開催ノ第二番會ニ於テ千百九十七圓五十錢ニテ落札シ同年十二月一日該講金ヲ借用シ其ノ支拂方法トシテ上告人主張ノ如キ返掛ノ約定ヲ爲シ被上告人等ハ右訴外川内卯市ノ債務ニ付連帶保證ヲ爲シタリ然ルニ右講會ノ昭和七年十月一日開催ノ第十六番會ニ於テ訴外山川喜一郎カ落札シタルニ依リ被上告人等ハ之ニ對スル掛金ヲ爲スヘシト主張スルモ訴外川内卯市ハ本件講金ヲ借受ケタル當時ニ於テ茶及茶器類ノ販賣業ヲ營ミ居リタルヲ以テ右講金ノ借入ハ商人カ其ノ營業ノ爲ニ爲シタルモノト推定スヘクサレハ本件掛返債務ハ商行爲ニ因リテ生シタルモノト謂フヘク同債務ハ五ヶ年ノ商事時效ニ罹ルヘキモノナルコト明ニシテ右債務ニ付債務者カ返掛義務ノ履行ヲ怠リタルハ大正十四年十一月二十日ナルトコロ右返掛ニ付一回ニテモ之ヲ怠リタルトキハ殘額全部ヲ一時ニ支拂フヘキ旨ノ特約存スルヲ以テ返掛懈怠ノ日ノ翌日タル同年一月二十一日以降本件債務ノ支拂ヲ請求シ得ルニ至リタルモノナレハ同日ヨリ五ヶ年ヲ經過シタル昭和五年十一月二十日

ニ至リ時效完成シタリト云フヘキモノトスト判定セルコト判文上明白ナリ然レトモ世上一般ニ行ハルル頼母子講ニ於テハ特約ノ存セサル限リ特定ノ回數毎月若ハ一定ノ時期ニ一定ノ金額ヲ講ニ對シテ支拂ヒ講ハ之ニ加入シタル者ノ中抽籤若ハ落札ノ方法ニ依リ特定シタル者又ハ滿講ノ時ニ殘存シタル者ニ講規約ニ定メタル金員ヲ融通スルコトヲ約スルコトヲ以テ契約ノ内容トスルモノニシテ本件ニ於テモ何等特約ノ存シタルコトノ主張ナキヲ以テ之ト同一性質ヲ有スルモノト解セサルヘカラス然ラハ抽籤又ハ落札ノ方法ニ依リ特定シタル者カ講ヨリ金員ノ融通ヲ受クルハ固ヨリ當初講ニ加入シタル際ニ於ケル契約ノ履行ヲ受ケタルニ過キスシテ返掛義務ノ履行亦當初講ニ加入シタル當時ノ特約ニ基キ抽籤若ハ落札後ニ該講員ノ講ニ對シテ爲スヘキ義務ノ履行ニ外ナラス右カ已ニ講ト講員トノ間ニ講ニ加入シタル當時ニ爲サレタル契約ノ履行トシテ爲サルルモノナル以上右行爲カ商行爲ナルヤ否ヤヲ定ムルニ當リテハ其ノ者カ講ニ加入シタル契約當時ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノト云ハサルヘカラスサレハ原審カ講ニ加入シタル當時ニ訴外川内卯市カ商人ナリシコトニ付審理判斷スルコトナク漫然借入當時同訴外人カ商人ナリシ故右借入ハ其ノ營業ノ爲ニ爲サレタルモノト推定シ商事時效ニ關スル規定ヲ適用シタルハ法律ノ適用ヲ誤リタル違法アルモノト云フノ外ナシ」（昭和一二、二、一二、大判、新聞四一二二號一五頁）。

(d) 本來の債權と損害賠償債權との時效關係

本來の債權が短期時效に罹るときは、損害賠償債權も亦同一の短期時效に罹るものと解すべきである。此の問題に關しては、大審院が近時不法行爲債權に付き聯合審判を爲し、從來の判例を變更した。

「基本タル債權カ短期時效ニ因リテ消滅スルニ拘ラス其ノ不履行ニ基ク遲延利息ノ債權ノミカ十年ノ時效ニ罹ル迄殘存スルト云フカ如キハ法律カ或種ノ債權ニ付特ニ短期時效ノ規定ヲ設ケテ速ニ當事者ノ權利關係ヲ確定セントシタル趣旨ニ合セス加之遲延利息ノ債權ハ本來基本債權ノ擴張トモ云フヘキモノナルカ故ニ此ノ性質ヨリ見ルモ其ノ消滅時效ノ如キハ總テ基本債權ノ時效ニ關スル規定ニ從フモノト解スルヲ相當トスサレハ不法行爲ニ基ク損害賠償債權ノ不履行ヲ原因トスル本訴債權カ民法第七百二十四條ノ適用ヲ受クヘキモノト爲シタル原判旨ハ相當ニシテ之ニ反スル論旨ノ見解ハ採用シ難ク同趣旨ノ所論判例ハ之ヲ變更スヘキモノトス」（昭和一一、七、一五、大審院民事聯合部判決、一五卷一七號四四五頁、藥師寺氏「遲延利息債務の時效」志林三九卷一號一一七頁以下、內田力藏氏評釋、法協五五卷二號三八三頁以下）。

(二)　不法行爲に因る損害賠償債權の時效

參考文獻

末川氏「不法行爲に因る損害賠償請求權の時效」論叢二八卷一二號一二五頁以下、不法行爲竝に權利濫用の研究九三頁以下、岩澤氏「不法行爲に因る損害賠償請求權の時效起算點」志林三三卷一號乃至三號。

不法行爲に因る損害賠償債權に關しては第七百二十四條に特別の消滅時效を定めて居る。卽ち、同條に依れば、(1)短期時效は被害者又は其の法定代理人が其の損害及び加害者を知りたる時より三年、(2)長期時效は不法行爲の時より二十年である。

不法行爲上の債權に對して短期時效を認むる立法政策は不法行爲上の債權が通常の債權に比して其の性質を異にするものあるに因る。卽ち、通常の契約上の債權は當事者の意思に基くものであるから、其の權利の內容は明確であり、證明も亦容易であるが、不法行爲上の債權は當事者の意思に基くものでないから、立證及び反證を擧ぐること困難なるのみならず、其の證據は湮滅し易い。若し多年

を經過したる後に至るまで其の請求を爲し得べきものとするときは、權利者及び相手方は證據又は反證を擧ぐること困難にして事實の眞相を誤るに至る虞なしとしない。又權利者が自己の權利を長期に亘りて行使せざるが如きは權利の上に眠るものにして、保護に値しないと謂ふ點に存する。

長期時效は不法行爲成立の時より進行する。通常の債權が十年の消滅時效の適用を受くるに比し、二倍の長期時效である。其の立法政策は不法行爲上の損害賠償債權は通常の債權の行使を怠るのと異なり、加害者の何人たるやも知れず、事實上、必ずしも債權成立と同時には、損害賠償請求權を行使し得ざる場合あるに拘はらず、尙時效の進行を認むるが故である。

本條の時效に關して、加害者及び損害を知るとは單純に損害を被りたることを知るに止まらず、加害者により損害の原因たる違法行爲の爲されたることを知る意である。

通說である。例へば鳩山氏各論九四六頁、近藤氏各論二〇七頁、林氏各論四三九頁等。

一　加害者の認識

「民法第四十四條第一項ノ規定ヲ株式會社ニ準用セル結果取締役カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ會社ハ之ヲ賠償スル責ニ任スヘキモ會社ハ不法行爲者ニ非スシテ不法行爲者ハ取締役ナリト云フヘシ而シテ民法第七百二十四條ニ所謂加害者トハ不法行爲者ヲ云フモノニシテ不法行爲者ニ非スシテ損害賠償ノ責ヲ負フモノヲ云フニ非スト解スヘキモノナレハ會社ノ取締役カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ被害者ニ於テ損害ヲ被リタルコト及ヒ取締役カ加害者ナルコトヲ知リタル時ヨリ會社ニ對シテモ同條ニ規定セル三年ノ時效ハ進行スルモノトス」(大正五、五、五、大判、二二輯八六五頁、抄錄六六卷一四五二七頁、新聞一一四三號二七頁、評論五卷民法七八八頁)。

二　不法行爲の認識

(1)「民法第七百二十四條ニ所謂損害ヲ知ルトハ單純ニ損害ヲ知ルニ止ラス加害行爲ノ不法行爲ナルコトヲモ併セ知ルノ意ナリト解スヘキナリ何トナレハ被害者ハ損害及ヒ加害者ヲ知ルモ加害行爲ノ不法行爲ナルコトヲ知ラサルニ於テハ不法行爲ニ因ル損害トシテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ス之ヲ請求スルコトヲ得サルニ早ク既ニ其前ヨリ時效カ進行スルモノト爲スハ同條ノ精神ヲ貫徹スル所以ニ非サレハナリ」(大正七、三、一五、大判、二四輯五〇一頁、抄錄七七卷一七七八三頁、菅原氏「民法第七百二十四條ノ解釋及ヒ不法ナル假處分ニ因ル損害賠償請求權ノ消滅時效ノ起算點」民法判例批評一卷三四三頁以下)。

(2)「原判決ハ被上告人八幡社カ大正三年中上告人所有ノ風損木ヲ伐採シタルハ上告人ノ所有權ヲ侵害スル不法行爲ナルモ被上告人八幡社カ風損木拂下ノ申請ヲ爲シ若クハ其伐採ヲ爲シタル事實ニ關スル供述ノ記載アルコトナク從テ上告人カ斯カル事實ヲ知悉シ居リタルニ關スル供述ノ記載アルコトナシ故ニ同證言ハ上告人カ該風損木ノ伐採セラレタル事實ヲ知リタルコトヲ認ムヘキ證據トナルモノニアラス又上告人カ當時係爭土地ノ所有者ナリシトテ常ニ必スシモ地上ノ風損木ヲ伐採セラレタル事實ヲ知レルモノト謂フヘカラス何トナレハ所有者ノ知ラサル間ニ其地上ノ樹木ヲ伐採セラルルコト是無キニアラサレハナリ然ラハ原院カ大正三年中上告人ニ於テ被上告人八幡社ノ爲メニ其所有ニ係ル風損木ヲ伐採セラレタルコトヲ知リ居タリトノ事實ヲ認定シタルハ虛無ノ證據ニ依リタルモノニシテ不法ナリト謂ハサルヲ得ス」(大正八、九、八、大判、新聞一六一四號二二頁)。

(3)「民法第七百二十四條ニ所謂損害ヲ知ルトハ單純ニ損害ヲ知ルニ止マラス加害行爲ノ不法行爲ナルコトヲモ併セテ知ルノ意ナリト解スヘキモノニシテ如上ノ場合ニアリテハ被害者タル甲ニ於テ加害者タル乙及ヒ其損害ヲ知リタルハ拘束入監ノ日ナリトスルモ之ヲ以テ直ニ不法行爲ニ因ル損害ナルコトヲ知リタルモノト爲スヲ得スシテ其不法行爲ナルコトヲ知リタルハ該被告事件ニ付テノ裁判確定シタル時ナリトス」(大正一〇、六、二七、浦和地方判決、評論一一卷民法六一三頁)。

(4)「差押ニ因リ不法行爲ヲ受ケタル者ハ本案訴訟ノ判決確定ヲ俟ツニアラサレハ之ヲ知リ得サル理由ナキモノトス」(大正一〇、

八、三、東控判決、評論一〇巻民法九四四頁）。

(5)「民法第七百二十四條ニ損害ヲ知ルトハ損害ノ範圍數額等凡テニ亘リテ知ルヲ謂フニアラスシテ損害ノ結果ニ對スル認識ヲ指スニ外ナラサレトモ又單ニ損害ヲ知ルニ止ルコトナク加害行爲カ不法行爲ナルコトヲ併セ知ルノ趣意ニシテ而モ其ノ認識タルヤ一應ノ危惧若クハ臆測ニ止ラス少クトモ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償請求ノ訴ヲ提起シ得可シトノ確信ヲ有スルニ至ル可キ程度ノモノタルコトヲ要スト解ス可キノミナラス被害者カ如斯認識ヲ有シタリトノ事實ハ短期時效ヲ援用シテ損害賠償請求權ノ消滅シタルコトヲ主張セントスル加害者ニ於テ之カ立證ノ責アルモノトス」（昭和四、三、一一、長崎控訴判決、新聞二九六〇號六頁、評論一八卷民訴二一七頁）。

(6)「本件損害賠償請求權ノ消滅時效ハ上告人等カ甲ノ教唆行爲及被上告人等カ損害ヲ被リタル事實ヲ了知シタル時ヨリ進行スルコト論ヲ俟タス而シテ原審ハ其ノ擧示スル證據ヲ綜合シテ乙銀行ノ破綻及同銀行重役等ノ刑事事件ハ大正三年四月頃既ニ其ノ端ヲ發シ其ノ頃阪神地方發行ノ新聞紙上ニ掲載セラレ次テ同事件ハ大正四年十二月二十日大阪地方裁判所ニ於テ有罪判決言渡アリタル事實ヲ認メ是等ノ事實ハ當時世上ニ喧傳セラレタルトコロナレハ同銀行ニ對シ債權者タル地位ニアル者ノ如キハ一層其ノ成行ニ注意シタルヘク從テ假令刑事判決ノ宣告ハ之ヲ傍聽セサルマテモ一兩日ヲ出テスシテ新聞ノ報道ニ依リテモ之ヲ知リタルヘク依テ所謂損害並加害ノ事實ヲ知リタルハ大正四年十二月二十日ナル判決宣告ノ日若ハ其ノ一兩日後ナリト認定シ此ノ時ヨリ本件損害賠償請求權ノ消滅時效ノ進行ヲ起算シ三ケ年ノ經過ニヨリ既ニ消滅シタルモノト判定シ上告人等ノ本訴請求ヲ排斥シタリ假ニ上告人等カ該新聞記事ヲ讀ミ又ハ傳聞シタル事實アリトスルモ未タ其ノ犯罪事實ノ眞僞確定セリト云フニアラサルヲ以テ直ニ上告人等ハ之ニ依リ本件不法行爲ヲ了知シタルモノト爲スヲ得ス況ヤ前記ノ如キ記事カ大阪毎日新聞ニ掲載セラレアリシ事實ハ明ナレトモ上告人カ之ヲ了知シタル事實又ハ前記ノ如キ記事カ當時阪神地方ノ各新聞其ノ他ノ刊行物ニ掲載セラレ從テ上告人等モ之ヲ聞知シタル事實ハ前記各證據ニ之ヲ認ムヘキ何等ノ資料ナキニ於テオヤ」（昭和四、五、三一、大判、大審院裁判例三民事一〇七頁）。

(7)「民法第七百二十四條ニ所謂損害ヲ知リタリト爲スニハ單純ニ損害ヲ知ルニ止マラス加害行爲ノ不法行爲ナルコトヲ併セ知リタルコトヲ必要トスルコト所論ノ如クナリト雖被害者カ侵害セラレタリト主張スル權利ヲ加害者カ他ノ訴訟ニ於テ否認セル事實ノミニ依リ直ニ被害者ニ於テ未タ加害行爲ノ不法行爲ナルコトヲ知ラサルモノト斷定スヘキニ非ス」（昭和七、二、一二、大判、新聞三三七七號一二頁）。

(8)「民法第七百二十四條ニ所謂損害ヲ知ルトハ單純ニ損害ヲ被リタル事實ヲ知ルニ止マラス加害行爲ノ不法行爲ニ因リテ生シタルコトヲ併セ知ルノ法意ナルヲ以テ同條前段ニ規定スル不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ノ消滅時效ハ通常ノ場合ニ於ケルカ如ク權利ヲ行使シ得ル時ヲ以テ起算點ト爲スニ非サルハ勿論被害者又ハ其ノ法定代理人カ單ニ損害及加害者ヲ知ルニ止マラス更ニ其ノ損害カ不法行爲ニ依リテ生シタルコトヲ併セ知リタル時ヨリ始メテ起算シテ進行スヘキモノトス」（昭和六、二、七、關高判決、新聞三二三五號一〇頁、評論二〇巻民法二三二頁）。

(9)「本件不法行爲ノ時ハ昭和七年五月二十五日午後六時頃ナリシコト原審ノ確定スル所ニシテ被害者タル被上告人等カ之ヲ知リタルトキハ又該不法行爲アリタルトキト一致スヘキハ當然ナレハ該不法行爲ニ對スル損害賠償請求ノ時效期間ハ民法第百四十條本文ニ依リ不法行爲ノ翌日ヨリ起算スヘキモノナリ」（昭和一一、二、六、大判、法學五巻七號一一六頁）。

(10)反對判例

「民法第七百二十四條ニ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ストアリテ被害者カ不法行爲ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リ消滅ストノ謂ニ非ス」（明治四一、五、二五、大判、一四輯六〇三頁、新聞五〇二號一四頁）。

三　損害の認識

本條の時效の適用あるが爲めには、被害者が損害の發生を知ることを要する。併し、單に損害の發生を知れば足り、其の損害の數額又は程度を知ることを要しないこと勿論である。

(1)「不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ノ時效ハ第七百二十四條ニ規定スルカ如ク被害者カ其不法行爲ニ因リテ損害ノ發生シタル事實ヲ了知シタル時ヨリ起算スヘキモノニシテ而シテ其損害ノ發生シタル事實ヲ了知シタリト爲スニハ必スシモ其損害ノ程度又ハ數額ヲ了知スルコトヲ要セスト雖モ其損害ノ發生シタル事實ハ之ヲ了知シタルモノナラサル可カラス本件上告人ノ損害賠償ノ請求ハ被上告人カ不法ニ爲シタル鑛業權ノ名義變更竝ニ鑛區ノ分割ニ因リテ鑛業權ノ消滅ナル損害ヲ生シタルヲ以テ之レカ賠償ヲ請求スト云フニ在ルヲ以テ此場合ニ於ケル時效ハ被害者鑛業權ノ名義變更竝ニ鑛區分割ノ爲メ鑛業權ノ消滅ヲ來シタル事實ヲ了知シタル時ヨリ其進行ヲ始ムヘキモノトス何トナレハ鑛業權ノ消滅ハ必然財產上ノ損害ヲ伴フコトハ言ヲ俟タサル所ナルヲ以テ苟モ鑛業權消滅ノ事實ヲ了知スル以上ハ損害發生ノ事實ヲ了知シタルモノト認ムヘキハ當然ナレハナリ從テ若シ被害者カ鑛業權消滅ナル損害ノ事實ヲ了知セサルニ於テハ時效ノ進行ヲ始ムヘキモノニ非サルヤ明ナリ」(大正九、三、一〇、大判、二六輯二八三頁、抄錄八七卷二一一九頁、新聞一六九一號一五頁、評論九卷民法二五一頁)。

(2)前揭昭和四、三、一一、長崎控訴判決、評論一六卷民訴二一七頁參照。

四　時效進行に關する問題

(1)「民法第七百二十四條ニ規定セル被害者カ損害及加害者ヲ知リタルトキトハ苟モ賠償請求權ニシテ發生シタル以上ハ損害發生ノ繼續中ナルト否トヲ問ハス被害者カ被害事實及加害者ノ何人タルヤヲ知リタル時ヲ指スモノニシテ賠償請求權ノ時效期間ハ此時ヨリ起算シ三年間行ハサルトキハ時效ノ完成ニヨリ消滅ニ歸ス蓋シ當事者ノ權利關係ヲ永ク不確定ノ地位ニ置クハ公益ニ害アルニヨリ不法行爲ヲ覺知シタル被害者ヲシテ可及的迅速ニ救濟ヲ求メシメ當事者ノ權利關係ヲ確定セシムルノ必要アルヲ以テナリ」(大正二年(ワ)二九號千葉地方判決、新聞八七〇號五頁、評論二卷民法三〇六頁)。

(2)「假差押ニヨル不法行爲ハ執達吏カ物件ヲ差押ヘタル時ニ成立スルモノニシテ其後被害者カ假差押ニヨリテ損害ヲ蒙リタル事實ヲ知リタル時ハ假差押ノ解放カ其後ナリシトスルモ民法第七百二十四條ノ時效ハ被害者カ損害ヲ蒙リタル事實ヲ知リタル時ヨリ進行スルモノトス」(大正三、六、二九、東控判決、評論三卷民法四五五頁)。

(3)「假處分命令ノ執行ハ假處分ニ依リ保全セラルヘキ請求權及ヒ其實現ヲ妨クヘキ危害カ假處分命令ノ當時存在セシニ於テハ不法ナラサルカ故ニ危害ノ存在セサリシコトカ假處分訴訟ニ於テ確定セラルルカ又ハ請求權ノ存在セサリシコトカ本案訴訟若クハ確認訴訟ニ於テ確定セラルル迄ハ其不法行爲ナルヤ否ヤハ未定ニ屬ス從テ假處分命令ノ執行ニ因リ損害ヲ受ケタル當事者ハ此時迄ハ損害ヲ知ルモ未タ不法行爲ニ因ル損害ナルコトヲ知リタルニ非サルヲ以テ其損害賠償請求權ノ時效ハ相手方ノ請求權若クハ請求權實現ノ危害カ假處分命令當時存在セサリシコトノ裁判上確定セラレタルヲ知リタルトキヨリ進行ヲ始ムルモノトス」(大正七、三、一五、大判、二四輯四九八頁、抄錄七七卷一七七八四頁、評論七卷民法二三〇頁、三瀦氏「民法第七百二十四條ノ解釋ト假處分ニ基ク損害賠償請求權ノ消滅時效」法協三六卷一二二二頁)。

(4)「民法第七百二十四條ニ規定スル三年ノ時效ハ被害者カ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ進行スルモノトス故ニ苟モ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ之ニ因リテ損害ヲ生シタル事實アル以上ハ爾後其侵害行爲ノ性質上之ヲ廢止セサル限リ自然ノ趨勢ニ於テ損害カ繼續シテ發生シ漸次堆積遞加スル場合ト雖右時效ハ被害者カ最初ニ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ其損害全部ノ賠償請求權ニ付進行スルモノト解スルヲ相當トシ加害者カ加害行爲ヲ廢止セサルカ爲ニ損害ノ繼續シテ發生スル間時々各別ニ進行スル者ト解スヘキニ非ス蓋シ斯ノ如キ場合ニ於テモ權利侵害及ヒ損害發生ノ當初ニ於テ既ニ被害者ハ損害賠償ノ請求權ヲ有シ損害及ヒ加害者ヲ知リタル當時ヨリ其請求權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトスレハ爾後加害者カ加害行爲ヲ廢止セサルコト三年以上ノ永キニ及フトキハ被害者モ亦三年以上永ク其損害賠償請求權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト爲スカ如キハ三年ノ短期時效ヲ以テ速ニ當事者ノ權利關係ヲ確定セシメント欲シタル民法第七百二十四條ノ立法ノ主旨ニ適スルモノト謂フコトヲ得サレハナリ」(大正九、六、二九、大判、二六輯一〇四一頁、抄錄八九卷二一六七八頁、新聞一七六二號二二頁、評論九卷民訴三九四頁)。

(5)「原判決ニ依レハ上告人ハ被上告人カ杭瀨川ノ流水ヲ引入レタル用水路ノ通路ニ樋管ヲ設ケ流水ヲ引入レ水車業ヲ營ミ居ルモノニシテ往古ヨリノ慣習ニ基キ水車用ノ爲メ山王樋用水路ノ流水ヲ無料使用スル權利ヲ有セリ然ルニ被上告人ハ右杭瀨川ノ流水ヲ被上告組合ノ用水路ニ引入ルル爲メ設ケアル樋管ヲ閉鎖シテ流水ノ流入ヲ拒絕シ上告人ヲシテ流水ヲ使用スルコト能ハサラシメタ

ル旨主張シタルモノナレハ此點ヨリ觀レハ上告人カ被上告人ノ今日ニ至ル迄繼續シタル一個ノ不法行爲ヲ主張シタルモノノ如ク又上告人ハ被上告人カ毎年田面灌漑ノ爲メ用水ヲ必要トスル時期ニ於テハ係爭ノ樋管ヲ開放シ流水セシムルモ其他ノ時期ニ於テハ之ヲ閉鎖シ上告人ヲシテ流水ヲ使用スルヲ得サラシメタル事實ヲ主張シ毎年一定ノ時期ニ反覆セラレタル數個ノ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スルモノノ如シ蓋シ假令上告人ノ流水ノ使用權アリト稱スル期間內ハ之ヲ閉鎖シ其使用權ナキ期間ノミ閉鎖セサリシトスルモ數個ノ閉鎖行爲タル不法行爲ノ存在スルモノト謂フコトヲ得レハナリ而シテ上告人ノ主張ノ何レナルヤニ由リテ損害賠償請求權ノ個數並ニ消滅時效ノ進行ヲ異ニスルヲ以テ原審ニ於テハ須ラク上告人ヲシテ之ヲ釋明セシメサルヘカラサルモノトス」(大正一〇、四、二五、大判、新聞一八五一號一七頁)。

(6)「假差押ノ施行並假差押狀態ノ繼續ニ因ル損害ハ假差押ノ不法ト爲リタル時ヨリ發生シ始メタルモノニシテ原告ニ於テ之ヲ覺知シタリト觀ルヘキハ當然ナレハ爾後繼續シテ發生スヘキ損害ヲ知ラサリシトスルモ之カ賠償請求權ノ消滅時效ハ此ノ時ヨリ進行スルモノナリトス」(昭和三、二、一七、朝高判決、評論一七卷民法五七六頁)。

(7)「民法第七百二十四條ニ定ムル三年ノ短期時效ハ損害賠償債權ノ發生ト同時ニ進行スルモノニ非ス又必スシモ不法行爲ノ完了ヲ俟テ其ノ進行ヲ始ムルモノニモ非ス被害者又ハ其ノ法定代理人ニ於テ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ進行スルモノナルコトハ其ノ明文ニ照シ疑ナキ所ナリトス」(昭和四、三、一一、長崎控訴判決、新聞二九六〇號四頁、評論一八卷民訴二一七頁)。

(8)「被害者カ侵害セラレタリト主張スル權利ヲ加害者カ他ノ訴訟ニ於テ否認セル事實存スルモ被害者ニ於テ自ラ主張セル權利ヲ有セルコト從テ加害行爲カ之ヲ侵害セル不法行爲ナルコトヲ確知セル以上右訴訟ノ判決確定前ト雖被害者ハ不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ヲ行使スルヲ妨ケサルカ故ニ該請求權ニ付民法第七百二十四條ノ規定ニ依ル三年ノ消滅時效ハ進行スヘキモノトス」(昭和七、二、一二、大判、新報二八五號一一頁、評論二一卷民法二三九頁前掲)。

五　損害賠償債權の性質の變更

(1)「債權ノ效力ハ其移轉ニ因リテ當然變更ヲ生スルモノニアラサレハ被上告人ノ前主田中平吉カ本件ノ債權ヲ內田國綱ヨリ讓受ケタル當時ニ於テ商人ナリシトセハ兩人間ノ債權移轉ノ行爲ハ商法第二百六十五條ノ規定ニ從ヒ附屬的商行爲タル推定ヲ受クヘシト雖モ之カ爲メニ讓渡行爲ノ目的タル民法上ノ債權カ變シテ商行爲ニ因リテ生シタル債權ト爲ルヘキ理由ナキヤ論ヲ俟タス」(大正二、一〇、一〇、大判、一九輯七八六頁、抄錄四八卷一一一四三頁)。

(2)「損害賠償請求權ハ爾後右債權ヲ讓受ケタル者ノ身分ニヨリ債權ノ性質ヲ變更スルモノニ非サルカ故ニ右債權ヲ讓受ケタル者カ當時商人ナリト假定スルモ之カ爲メ該債權ハ商行爲ニ因リテ生シタルモノトシテ變更セラルヘキニ非スト云フヘク從テ商法所定ノ五ケ年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノト謂フヲ得サルモノトス」(大正八、一〇、三〇、東控判決、評論八卷民法一三二五頁)。

六　第七百二十四條の適用ありや否や

(1)「遺留分侵害ハ民法第七百九條以下ニ規定セル不法行爲トハ其趣キヲ異ニス隨テ減殺請求權ニ關スル時效ハ同法第千百四十五條ヲ適用スヘキモノニシテ同法第七百二十四條ヲ適用スヘキモノニ非ス」(明治三八、一〇、一二、大控判決、新聞三二七號一〇頁)。

(2)「民法施行前ニ於ケル不法行爲ニ基ク債權ハ民法第七百二十四條ニ依リ債權者カ損害並ニ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年ヲ經過スレハ時效ニ因リ消滅ス可キモノトス」(明治四二、大區判決、新聞五五六號一一頁)。

(3)「會計法第十九條ニハ「政府ニ納ムヘキ金額ニシテ其ノ納ムヘキ年度經過後五箇年內ニ上納ノ告知ヲ受ケサル者ハ其義務ヲ免ルルモノトス」トアルモ其但書ニ「特別ノ法律ヲ以テ滿期免除ノ期限ヲ定メタルモノハ各々其ノ定ムル所ニ依ル」トアリテ所謂特別ノ法律トハ同法以外ノ一切ノ法律ヲ指稱スルモノナルヲ以テ國カ不法行爲ノ被害者ト爲リ加害者ニ對シテ民事裁判所ニ損害ノ賠償ヲ請求スルトキハ其請求權ハ一私人カ被害者タルトキト同シク民法第七百二十四條ニ依リ國カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ起算シ三年ノ時效ニ因リテ消滅スルモノトス」(明治四二、一二、一七、大判、一五輯九六五頁、新聞六二四號一五頁)。

(4)「不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求ニ非スシテ其ノ賠償ヲ爲スコトヲ怠リタルニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スル場合ニハ民法第七百二十四條ノ時效規定ヲ適用スヘキモノニ非スシテ同第百六十七條第一項ヲ適用スヘキモノトス」明治四四、一二、一三、大判、一七輯四九頁、抄錄四〇卷九二二〇頁、新聞七〇三號二七頁)。

(5)「刑事訴訟法第十條第十一條ニ依レハ私訴ノ時效ノ起算點及ヒ其中斷ニ付テハ公訴ニ於ケルト同一ノ規定ニ依ルヘキモノトス故ニ犯罪ヲ原因トセス又ハ犯罪ニ關係ナキ純然タル民法上ノ不法行爲ニ基キ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ民法第七百二十四條其他民法ノ規定ニ從フヘキモ犯罪ヲ原因トスル損害賠償ノ請求ニ在リテハ凡テ公訴ノ時效ニ於ケルト同一ノ規定ニ從フヘキモノトス」(大正六、九、二六、大判、二三輯一六三七頁、抄錄七四卷一六九五一頁、新聞一三五〇號二九頁、評論六卷刑訴一六二頁)。

(6)「慰藉料ノ支拂ヲ遲滯シタルコトニヨリテ生シタル損害金ノ支拂ヲ求ムル權利ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ニアラサルカ故ニ右請求權ノ時效ニ民法第百六十七條第一項ヲ適用スルモノトス」(大正七、六、二九、東地判決、評論七卷民法三八五頁)。

(7)「農商務省所屬ノトロール漁業監視汽船ハ公用船ナルヲ以テ從テ船舶法第三十五條ノ規定ニ依リ商法第五編ニ屬スル商法第六百五十一條ノ規定ノ適用モ無キコト勿論ニシテ右時效ニ關シテハ民法不法行爲ニ關スル規定ニ從フヘキモノトス」(大正九、五、二一、大阪地方判決、新聞一七一二號一九頁、評論九卷商法三一八頁)。

(8)「被告カ原告ヨリ運送ノ委託ヲ受ケ運送品カ其驛ニ到達シタル後原告ヨリ右物品ノ引渡請求アリタルコトハ當事者間爭ナキ處ニシテ右運送品ハ原告主張ノ如キ數量及ヒ價額ヲ有シタル事實及ヒ該運送品ハ某驛渡シノ定ニシテ少ナクトモ其包裝ニハ宛名人トシテ原告商店出張所甲、乙ナル記載アリタル事實ヲ認ムルニ十分ナリ而シテ被告ノ使用人タル某驛長カ丙ヲ保證人トシテ丁ナル者ニ右貨物ヲ引渡シタル事實ハ被告ノ自認スルトコロニシテ丁カ原告商店ノ出張所員ニ非サルニ拘ラス同出張員ナリト冒稱シ且ツ運送品ノ通知書ヲ紛失シタリト詐リ運送品ヲ受取リ去リタル爲メ某驛長ハ眞ノ出張員タル甲又ハ乙ニ之ヲ引渡スコト能ハサルニ至リタル事實ハ明ナリ然ルニ被告ハ同驛長ハ運送契約上ノ債務ヲ正當ニ履行シタルモノニシテ同驛長ニ何等過失ナキ旨抗爭スルニ依リ按スルニ右驛長ハ本件運送品到著ノ當時原告ヨリ原告商店ノ出張員カ出頭スル迄貨物保管アリ度キ旨ノ依頼ヲ受ケタル事實ヲ認ムルニ足リ且ツ鐵道院汐留驛發行ノ通知書ニハ配達扱ニ非ラサル貨物ハ本書引換ニ御渡可致候間本書ハ荷受人ニ御送付被下度候ト明記シアルニ拘ラス右驛長カ丁ノ詐言ヲ誤信シ單ニ前示ノ手續ノミニ依リ運送品ヲ右通知書ヲ所持セサル荷受人以外ノ者ニ引渡シタルハ業務執行上ノ過失ナリト謂フヘク之ニ因リテ驛長ハ運送品ヲ滅失セシメ原告ノ所有權ヲ侵害シ前示價額ニ相當スル損害ヲ原告ニ被ラシメタルコト明白ナリ從テ民法第七百十五條ニ依リ被告ハ原告ニ對シ其損害ヲ賠償スル責ニ任セサルヘカラサルモノトス然ルニ被告ハ被告ノ責任ハ既ニ一年ノ時效ニ因リ消滅セル旨抗辯スルヲ以テ其當否ヲ按スルニ右驛長ノ所爲ニ因リ損害賠償ノ責任ヲ有スル事勿論ナレトモ被告ニ於テ前示ノ如ク一方ニ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ責任アル以上ハ之レ所謂請求權ノ競合ナレハ原告カ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償ノ請求權ヲ主張スル本件ニ於テハ其時效ニ因リ消滅シタリヤ否ヤハ專ラ民法第七百二十四條ニ因リ判定スヘク然ルニ時ハ適法ナル本件訴狀カ被告ニ送達セラレタル日ニ於テハ未タ三年ノ時效期間ハ滿了セサルヲ以テ被告ノ時效抗辯ハ理由ナシ」(大正九、五、三一、東區判決、新聞一七三四號二〇頁)。

(9)「刑事訴訟法(舊)第十三條第一項ノ規定ニ依リ告訴人ニ對シ損害賠償ヲ請求スルニハ其前提トシテ刑事被告人カ免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタルコトヲ要スルヲ以テ其損害賠償ノ請求權ニ關スル消滅時效ノ起算日ニ付テハ右法條ノ規定ハ民法第七百二十四條ノ規定ニ對シ特別ナルモノニシテ其時效ハ刑事被告人カ免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタル時ヨリ進行スルモノト解スルヲ相當トス」(大正一〇、一一、一八、大判、二七輯一九七一頁、評論一〇卷刑訴一〇六頁)。

(10)「刑事訴訟法第九條第二項(舊)ノ規定ニ依レハ公訴ニ付既ニ刑ノ言渡アリタルトキハ私訴ノ時效ハ民法ノ規定ニ從フモノナルヲ以テ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ニ付キ民法第七百二十四條ニ定メタル三年ノ時效ハ被害者カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ進行スルモ其損害及ヒ加害者ヲ知リタル時カ刑ノ言渡前ナルトキハ刑事訴訟法第十一條ニ依リ中斷セラレ刑ヲ言渡シタル判決ノ確定シタル時ヨリ進行シ又其判決確定後ニ至リ被害者カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ハ其時ヨリ進行スルモノトス」(大正一一、二、二一、大判、一卷六二頁、評論一一卷刑訴三八頁、平野氏評釋、同年度判例民法四八頁以下)。

(11)「被害船舶カ農商務省所屬ノ漁業取締用船ナルトキハ船舶法第三十五條ニ依リ商法第五編ノ規定ヲ適用セサルモノナルヲ以テ其損害賠償債權ノ時效ハ民法不法行爲ニ關スル規定ニ從フヘキモノニシテ商法第六百五十一條ニ依リ一年ノ消滅時效ニ罹ルモノニアラス」(大正一一、四、二九、大控判決、評論一一卷諸法一五四頁)。

(12)「商法第五編第四章第五百三十八條第一項第六百五十一條ノ規定ニ徵スレハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル船舶ノ

衝突ニ因リ生シタル債權ハ一年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノナルモ船舶法第三十五條ニ依レハ商法第五編ノ規定ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テセサル航海ノ用ニ供スル船舶ニ之ヲ準用ス但官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶ニ付テハ此ノ限ニ非スト規定シ同條但書ハ時效ノ場合ヲ除外スル所ナキヲ以テ荷モ官廳又ハ公署ノ所屬船舶ニシテ他船ト衝突ノ爲被リタル損害ニ關スル債權ナルニ於テハ右但書ニ依リ商法第六百五十一條ノ短期時效ニ因リ消滅スルコトナク商法第一條ノ規定ニ從ヒ民法第七百二十四條不法行爲ノ條規ニ則リ三年ノ時效ニ因リ消滅スヘキモノト謂ハサル可ラサルモノトス」(大正一一、九、二六、大判、一卷五五頁、新聞二〇六〇號二二頁、評論一一卷法商四二七頁)。

(13)「犯罪ヲ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求スル場合ニ於テ公訴ニ附帶シテ其訴ヲ提起シタルト獨立ノ民事訴訟トシテ之ヲ提起シタルトヲ問ハス其ノ時效期間ハ公訴ノ時效期間ト同一ナリトス」(大正一二、四、二四、刑大判、二卷三六〇頁、評論一二卷刑訴五二頁)。

(14)「商法第百七十七條第二項ニ因ル請求權ハ民法不法行爲上ノ債權ノ如ク其ノ發生ニ故意又ハ過失ヲ必要トスルモノニ非スシテ苟モ取締役若クハ監査役カ法令又ハ定款ニ反スル行爲ヲ爲シタル場合之ニ因ル損害ノ發生シタルコトノミヲ理由トシテ爲シ得ル一種特別ノ權利ナリトス敍上請求權ニ付テハ民法總則ニ定ムル一般時效規定ヲ適用スルノ餘地ナキモノトス」(昭和五、二、一八、京都地方判決、新聞三一〇三號九頁、評論一九卷商法三〇四頁)。

第十二項　損害賠償請求訴訟

(a)民事訴訟なりや否や

一　「築港作業ノ工事施行ニ付テノ不注意ニ因リテ損害ヲ被リタルコトヲ原因トシ國ニ對シ其損害ノ賠償ヲ求ムル訴ハ民事訴訟ニ屬シ司法裁判所ノ管轄スヘキモノトス」(大正七、一〇、二五、大判、評論七卷民訴四六九頁)。

二　「エキセキユーシヨン」トハ實行ヲ意味スルモノニシテ不履行ヲ原因トシテ損害賠償ヲ求ムル訴訟ハ所謂「エキセキユーション」ニ關スル訴訟ナリトス」(大正六年(ワ)三〇七號、五三二號、大正八、二、二八、神戸地方判決、新聞一五三九號二三頁)。

三　「所謂公法上ノ權利タル國家ノ徵稅權又ハ官吏ノ俸給請求權ヲ第三者タル一私人カ故意又ハ過失ニ因リテ侵害シタル場合ニ於テモ特別ノ規定ナキ限リ其ノ侵害行爲ハ民法ニ所謂不法行爲ニシテ之ニ因ル國家又ハ官吏ノ損害賠償請求ノ訴ハ裁判所構成法第二條ノ所謂民事ニ屬スト解スヘキモノトス」(大正一三、二、六、東控判決、評論一三卷諸法二〇八頁)。

四「米穀取引所ニ於ケル格付檢査ハ標準米ト異リタル米ヲ代用トシテ受渡ヲ爲スニ當リ其ノ代用米ノ品質ヲ査定スルコトニシテ此ノ格付檢査ニ依リテ賣買當事者ハ受渡米ノ外ニ若干ノ値違金ヲ授受スルコトヲ要スルヲ以テ格付檢査ハ直接賣買ノ履行ニ關與シ賣買當事者ノ私法上ノ權利關係ニ消長ヲ來スモノナルカ故ニ格付檢査ノ不當ヲ理由トシテ損害賠償ヲ求ムル訴ハ司法裁判所ニ於テ之カ裁判權ヲ有スルモノトス」(大正一三、三、八、大判、三卷一一一頁、評論一三卷諸法一八二頁、菊井氏評釋、同年度判例民事法八一頁以下)。

五　「普通水利組合カ其ノ基本事務タル灌漑排水ニ關スル事業トシテ爲ス行爲ハ公權作用タル行政行爲ニ屬スルコト論ヲ俟タス雖之ト同時ニ灌漑排水ノ設備ニ對スル所有權又ハ占有權ハ水利組合ニ於テ公法上ノ權力關係ニ立チテ之ヲ有スルモノニ非ス純然タル私法關係ニ於テ之ヲ有シ私人カ土地ノ工作物ヲ所有シ又ハ占有スルト同樣ノ地位ニ立ツモノナリ(大正七年(オ)第百三十五號同年六月二十九日第三民事部判決參照)而シテ本件ニ於ケル上告人ノ訴旨ハ被上告水利組合ハ水利組合法ニ準據シ設立セラレタル普通水利組合ニシテ杭瀨川ノ流水ヲ其ノ用水路ニ引入レ組合各村ノ灌漑田水ニ供シ居リ上告人ハ右用水路ニ當ル地内ニ樋ヲ設ケ右流水ヲ引用シ水車業ヲ營ミ居ルモノニシテ天明年間ヨリ現今ニ至ル迄該流水ヲ使用シ來リ毎年灌漑時期ニ相當スル六月二十二日ヨリ九月二十日ニ至ル迄ノ間ニ旱魃等ノ爲必要ナル場合ニ限リ關係村ノ要求ニ從ヒ引水ヲ休止スルノ外自由ニ之ヲ引用シ得ル水利權ヲ有スルニ拘ラス被上告組合ハ杭瀨川引水口ニ樋ヲ設ケ大正二年三月十日以來右灌漑時期以外ハ樋管ヲ閉鎖シテ杭瀨川流水ノ流入ヲ杜絶シ上告人ヲシテ右流水ノ使用ヲ不能ナラシメ以テ損害ヲ蒙ラシメタルハ一ニ被上告組合所有ノ樋管ノ閉鎖作用ニヨリ上告人

ノ水利權ヲ侵害シ損害ヲ生セシメタルモノニシテ之カ賠償ヲ求ムト云フニ在ルコト原判決事實摘示之ニ引用スル第一審判決事實摘示ニ徵シ明瞭ナル所ナレハ果シテ上告人主張ノ如ク上告人ノ水利權ニ對スル侵害ヲ防止スルニ足ルヘキ設計ニ適合セサル樋管設備ヲ爲シ之カ爲上告人ニ損害ヲ加ヘタルモノトセハ民法ノ不法行爲ノ適用アリ然ルニ原審ハ普通水利組合カ設置シタル樋管ノ作用ニヨリ他人ノ私權ヲ侵害シ損害ヲ加フルモ其ノ樋管閉鎖作用ハ公權作用タル行政行爲ニ該當シ私法上ノ權利關係ヲ發生セシムルモノニ非スト爲シ且上告人ノ主張カ私法上ノ請求權ノ存在ヲ主張シ之カ救濟ヲ訴求スルモノナルニ拘ラス之ヲ以テ公法上ノ請求權ヲ訴訟物ト爲スモノノ如ク解釋シ本訴ヲ不適法トシテ却下シタルハ上告人ノ主張ヲ誤解シ且法則ヲ適用セサル違法アリ」（大正一四、一二、一一、大判、四卷七〇八頁、新聞二五一七號一四頁、評論一五卷民法一二六頁、末弘氏評釋、同年度判例民事法五五一頁以下）。

六　「損害賠償請求訴訟ノ確定判決ハ當事者及其ノ一般承繼人ニ限リ既判力ヲ有スルモノニシテ其ノ以外ノ者ニ對シテハ假令該判決確定前ニ當事者ヨリ其ノ債權ヲ讓受ケタル特定承繼人ト雖モ之カ既判力ヲ及ホササルモノトス」（昭和二、三、三、東控判決、評論一六卷民訴六一三頁）。

七　「僞造手形ノ作成地カ不明ナルモ其行使及割引金騙取ノ地カ判明シ居ルトキハ被騙取者ハ右行使及騙取地ヲ管轄スル裁判所ニ損害要償ノ訴ヲ提起シ得ルモノトス」（昭和三、一〇、二〇、大判、新聞二九二一號一一頁）。

(b)私　訴

一　「商行爲ノ代人カ詐欺ニヨリ金圓ヲ騙取サレタル場合ニ於テハ其本人カ直接ノ被害者ニシテ民事原告人トシテ私訴ヲ提起シ得ヘキモノトス」（大正二、五、三、大控判決、新聞八七二號二三頁）。

二　「損害要償權ヲ被害者ヨリ讓受ケタル者ハ被害者ト同一ノ地位ニ立ツヘキモノナレハ私訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス」（大正三、一一、一七、東控判決、評論四卷民法五八頁）。

三　「刑事訴訟法第十三條（舊）ニ規定スル要償ノ訴ハ當該裁判所ニ繫屬シタル場合ニ非サレハ之ヲ其ノ裁判所ニ提起スルコトヲ得サルモ同一ノ事由ニ基キ損害ノ賠償ヲ請求スル訴ハ私訴トシテ之ヲ提起スルコトヲ妨ケサルモノトス」（大正一二、四、二四、刑大判、二卷三六〇頁、評論一二卷刑訴五二頁）。

四　「公訴事實ニ因リ又ハ公訴事實ト他ノ事由ト相俟テ損害ヲ生セシメタリトスルトキハ被害者ハ公訴ニ附帶シテ賠償請求ノ私訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス」（大正一二、一〇、九、刑大判、二卷七二七頁）。

(c)請求原因

一　「境界侵害ニ基ク損害要償ノ訴ニ於テ其境界ニ付キ爭ヲ生シタルトキハ其境界ニ付テモ亦タ判斷ヲ受クルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ境界不確定ニシテ爭アル場合ニ在リテ直ニ侵害ニ基ク損害要償ノ訴ヲ提起スルモ不適法ノ訴ナリト云フコトヲ得ス」（明治三六年（ネ）五二號大控判決、新聞二三二號七頁）。

二　「不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキニ於テ發生スルカ故ニ其請求ノ原因ニシテ不法行爲ヲ成ス事實關係ナル以上ハ故意ニ非ストスルモ過失ニ因ル不法行爲アリトスルニ妨ケナキモノトス」（明治四〇、六、一九、大判、一三輯六九三頁、新聞四三八號一一頁）。

三　「不法行爲ヲ原因トスル損害賠償ノ請求ハ不法行爲者ノ責ニ歸スヘキ基本タル事由ノ故意ナルト過失ナルトニヨリテ其請求原因ヲ不定ナラシムルモノニ非ラス」（明治四〇、七、一六、大地判決、新聞四五二號六頁）。

四　「惡意若クハ重過失ニ因リ被ムリタル損害ノ賠償ヲ求ムル申立ハ惡意若クハ重過失ニ因リテ權利ヲ侵害シタリトノ所謂不法行爲ヲ指スコト勿論ニシテ其請求ノ原因ハ不法行爲タル事實ニ一定シ居リテ惡意重過失ノ如キハ之ヲ併セテ主張スルモ原因ノ一定ヲ妨クヘキモノニアラス」（明治四〇、一一、三〇、大控判決、新聞四七一八號五頁）。

五　「單ニ占有者ノ惡意ナル旨ヲ確定シタルニ止リ如何ニシテ之ヲ占有スルニ至レルヤノ事實ヲ確定セス直ニ其占有者ニ不法行

爲上ノ損害賠償ヲ命シタル判決ハ理由不備ノ不法アルモノトス」(大正四、四、二七、大判、二一輯五八五頁、抄錄五五卷一二六一二頁、新聞一〇二四號二七頁)。

六　「民法ハ不法行爲ニ因ル損害ト不履行ニ因ル損害トヲ區別スルカ故ニ不法行爲ニ因ル債務ノ不履行ニ因ル損害ハ不法行爲ニ因ル損害ナリト云フヲ得ス從テ當事者カ單ニ不法行爲ニ因ル損害賠償ノミヲ請求スル場合ニ於テ裁判所ハ其賠償請求權ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ支拂ヲモ命スルコトヲ得ルモノニ非ス」(大正七、一〇、一〇、大判、二四輯一八九三頁、抄錄八〇卷一八七八二頁、新聞一五〇二號二四頁、評論七卷民法一一五二頁)。

七　「不法行爲ト不當利得トハ其事實關係ヲ異ニスルヲ以テ不法行爲ニ因ル損害賠償請求ノ訴ト不當利得ニ因ル返還請求ノ訴トハ請求原因ヲ異ニスルモノトス」(大正九、三、三、東控判決、評論九卷民訴四六頁)。

八　「民法不法行爲ノ條項ニ於テハ故意ト過失トハ同列ニ置カルルニヨリ原告カ故意ヲ原因トシテ請求スル場合ニ過失ニ基ク損害賠償ノ請求ヲ認容シ得ルヲ以テ裁判所ハ過失ノ有無ヲ判定シ得ヘキモノトス」(大正一〇、一一、一六、咸興地方法院永興支部判決、新聞一九二四號一七頁、評論一〇卷民法一二八四頁)。

九　「甲ハ乙ニ對シ乙カ寄託物ノ中一部ヲ他人ニ引渡シテ寄託契約上ノ義務ノ一部ノ履行不能ヲ原因トスル損害賠償ヲ求ムルト共ニ一方ニ於テ右寄託物ノ一部ヲ乙ノ使用人ニ於テ過失ニ基キ之ヲ他人ニ引渡シテ紛失セシメ因テ以テ甲ノ寄託物ニ對スル所有權ヲ侵害シタリトスル不法行爲ヲ原因トシテ之カ損害賠償ヲ請求スルモノナルトキハ右二個ノ請求權ハ互ニ矛盾シ相牴觸スルモノニ非スシテ各其ノ發生原因ヲ異ニセル互ニ獨立シタル二個ノ權利ニシテ其ノ執レノ一ヲ主張スルト將亦之ヲ併セ主張スルトハ全ク甲ノ任意ニ屬シ從テ之ヲ併セ主張スル甲ノ訴ヲ以テ其ノ請求原因不定ナリト謂フヲ得サルモノトス」(大正一四、四、二五、東地判決、評論一四卷民法五九二頁)。

一〇　「被告乙カ貨物引換證ト引換ニ非スシテ貨物ヲ丙ニ引渡シタル行爲カ一面ニ於テハ貨物ニ對スル原告甲ノ所有權侵害ノ不法行爲トモナリ他面ニ於テハ貨物運送取扱ニ付乙カ甲ニ對シ負擔シタル債務ノ不履行ニモ該當スル所謂請求權ノ競合ナル場合ニ原告甲カ右二箇ノ法律關係ニ基キ貨物ノ賣買價格ニ相當スル損害ノ賠償ヲ求ムルニ在ル場合ニ於テハ其ノ訴ハ請求原因一定セルモノニシテ之ヲ不定ナリト謂フヲ得ス」(大正一五、一〇、一一、東地判決、評論一六卷商法二九五頁)。

一一　「被害者カ損害賠償ヲ請求スルニ當リ單ニ某日時場所ニ於テ他人ニ毆打セラレ創傷ヲ被リタルニヨリ損害賠償ヲ求ムルトノミ主張シ其ノ主張事實ノ輪廓範圍内ニ屬スル創傷ノ箇所深淺大小ノ如キ詳細ナル事實ニ付キ何等之ヲ主張スル所ナシト雖裁判所カ口頭辯論ニ現レタル諸般ノ證據資料ニ依リ之ヲ認定スルヲ妨ケス」(昭和二、四、二六、大判、彙報三八卷下民事六六頁)。

一二　「本件訴狀第一審口頭辯論調書並第一審判決事實摘示ニ依レハ上告人カ第一審ニ於テ本訴請求原因トシテ主張シタル所ハ貨物運送ヲ業トセル第一審被告甲斐トヨハ大正十一年二月七日荷受人ナル訴外小津武林株式會社ヨリ荷受人タル上告人先代ニ對シ日向國細島港ニ於テ引渡スヘキ生骨粉五百袋ノ運送全部ノ委任ヲ受ケテ該貨物ヲ受取リ右甲斐トヨハ更ニ運送業者ナル第一審被告渡邊サツニ對シ右貨物ノ運送方ヲ委託シ同人ヨリ其ノ所有ノ帆船新榮丸船長ノ發行ニ係ル本件貨物ノ船荷證券ヲ以テ之ヲ右荷送人ニ交付シ一面ニ於テ到着港タル細島ノ運送業者被上告人ニ到着港ニ於ケル荷捌方ヲ委託シ本件貨物ヲ船荷證券ト引換ニ其ノ引渡ヲ爲スヘキ旨通知シ置キタルニ本件貨物ノ細島ニ到着スルヤ被上告人ハ不法ニモ船荷證券ト引換ニアラスシテ之ヲ訴外柳原庫太郎ニ引渡シ之ヲ滅失シタルカ爲本件船荷證券ノ正當ノ所持人タル上告人ハ貨物ノ引渡ヲ受クルコト能ハサルニ立至リ本件貨物ノ時價金五千五百圓ノ損害ヲ被リタルヲ以テ運送業者トシテ連帶責任ヲ負擔スル被上告人外二名ニ對シ之カ賠償ヲ求ムト云フニアリ而シテ上告人ノ代理人カ第一審ニ於テ前記ノ運送ハ商法第三百三十九條所定ノ相次運送ニ該當シ其ノ生シタル損害ニ付テハ各運送人ハ連帶シテ其ノ責ニ任スヘキ旨釋明シタルコト明ナリト雖商法第三百三十九條ニ所謂相次運送ハ或ル運送人カ荷送人ヨリ引受ケタル運送ニ付他ノ運送人カ荷送人ノ爲ニスル意思ヲ以テ運送ヲ引受ケタル場合ヲ謂フモノニシテ當初ノ運送人カ運送ノ全部ヲ引受ケ後ノ運送人カ當初ノ運送人ノ受託者若ハ下請人トシテ爲ス運送ヲ包含セサルモノナルヲ以テ前記ノ如ク甲斐トヨカ荷送人ヨリ運送ノ全部ヲ引受ケ同人ヨリ更ニ渡邊サツニ對シ帆船ニ依リ陸揚港迄ノ運送ヲ委託シ且被上告人ニ對シ陸揚港ニ於ケル荷捌方ヲ委託シタルカ如キ場合ハ商法第三百三十九條ノ相次運送ニ該當セサルヘキ筋合ナレハ上告代理人ノ前記釋明ハ之ヲ以テ本件貨物ノ運送ニ付商

法第三百三十九條所定ノ內容ヲ有スル運送契約アリタルコトヲ主張シタルモノニアラサルハ記錄上極メテ明瞭ナルカ故ニ右ハ全ク前記本訴請求原因トシテ摘錄シタル主張事實ニ對スル上告人ノ法律上ノ見解ヲ說示シタルニ過キサルモノト爲ササルヘカラス從テ上告人ノ右釋明ニ依リ直ニ本訴請求原因ヲ以テ商法第三百三十九條所定ノ相次運送契約ニ於ケル運送人ノ責任ヲ問フモノナリト爲スヲ得サルハ當然ノコトナリトス然レハ被上告人ニ對スル本訴請求原因ハ被上告人カ本件貨物ニハ船荷證券ノ發行セラレアルニ拘ラス不法ニモ該證券ノ所持人ニアラサル訴外人ニ貨物ヲ交付シテ遂ニ回收シ得サルニ至ラシメ之ヲ滅失シ本件船荷證券ノ所持人タル上告人ヲシテ該證券ニ依リ貨物ノ引渡ヲ受ケ得ル權利ヲ消滅セシメテ損害ヲ被ラシメタルヲ以テ之カ損害ノ賠償ヲ求ムト云フニ歸着シ運送契約ニ於ケル運送人ノ責任ニアラスシテ不法行爲ヲ原因トスル訴ナルコト明瞭ナリ然ルニ原審カ所論摘錄ノ如ク判示シ上告人カ被告人ニ對シテ提起シタル第一審ニ於ケル訴ハ相次運送ニ於ケル運送人ノ責任ヲ以テ其ノ原因ト爲スモノナリト判定シ上告人カ原審ニ於テ本訴ハ所論摘錄ノ如ク不法行爲ヲ原因トスル旨釋明シタルヲ目シテ上告人カ訴ノ原因ヲ變更シタルモノナリト認定シタルハ明ニ上告人ノ主張事實ト之ニ對スル法律上ノ見解ニ關スル演述トヲ混同シテ不當ニ上告人ノ主張事實ヲ確定シ訴ノ原因ヲ判定シタル不法アリ」(昭和二、六、一四、大判、新聞二七三四號一四頁)。

一三　「他人ノ不法行爲ニ因リ死亡シタル被害者ノ相續人カ第一審ニ於テ被害者ノ將來得ヘカリシ收益喪失ノ損害賠償ノ請求ヲ爲シ第二審ニ於テ更ニ被害者カ精神上受ケタル苦痛ニ對スル慰藉料債權ノ請求ヲ爲スハ申立ノ擴張トシテ之ヲ許スヘキモノトス」(昭和二、一二、一四、大判、六卷六八五頁)。

一四　「所有權ヲ侵害シタル不法行爲ニ基ク損害賠償請求ト債務不履行ヲ原因トスル損害賠償請求トカ互ニ矛盾シ相牴觸スルモノニ非スシテ各個ノ發生原因ヲ異ニセル互ニ獨立シタル二個ノ權利ナル場合其一ヲ主張スルト將亦之ヲ併セ主張スルトハ全ク任意ニ屬シ之ヲ併セ主張スルモ原因不定ト謂フヘカラサルモノトス」(昭和五、八、九、東控判決、評論一九卷商法五七四頁)。

(d)立證責任

(e)履行地及び裁判籍

履行地(本書下卷一〇六三頁以下)及び裁判籍(同一〇六六頁以下)に關しては曩に說明した。

第二款　損害賠償債權の發生原因

損害賠償債權は(1)初めより損害の賠償を目的として成立するものあり、又(2)初めは他の目的を有したる債權が、後に至つて、損害賠償を目的とする債權に變ずるものがある。

損害賠償債權は(1)法律行爲に因りて發生するものあり(2)法律の規定に依りて發生するものもある。

(1)　法律行爲に因りて發生する場合

法律行爲に因りて損害賠償債權の發生するは初めより損害賠償債權自體が發生する場合である。例へば、

(a)損害賠償の豫定契約

(b)諸種の保險契約

(c)擔保契約(Garantievertrag)等の如し。

菅原氏「擔保契約論」論叢五卷四號六一頁以下參照。

後に損害賠償債權の成立要件に付き一々之れを說明するであらう。

(2)　法律の規定に依りて發生する場合は、本來の債權が損害賠償の債權に變ずる場合と、然らざる場合とあり得る。例へば、損害賠償債權は、

(a)債務不履行に因りて發生する（四一五以下）、

(b)不法行爲に因りて發生する（七〇九以下）、

(c)其の他、法律の規定に依りても發生する場合がある。例へば、

第百十七條（無權代理人の損害賠償義務）、第百九十八條（占有保持の訴に於ける占有妨害者の損害賠償義務）、第百九十九條（占有保全の訴に於ける占有妨害者の損害賠償の擔保に關する規定）、第二百條（占有回收の訴の被告の損害賠償義務）、第二百十二條（通行權者の損害賠償義務）、第二百十二條第二項（水流地の所有者の損害賠償義務）、第二百九條第二項（隣地使用者の損害賠償義務）、第二百三十二條（相隣者の損害賠償義務）、第四百四十二條第二項（主たる債務者の損害賠償義務）、第四百五十九條第二項（主たる債務者の損害賠償義務）、第四百六十五條（共同保證の場合の損害賠償義務）、第五百六十一條乃至第五百六十七條、第五百七十條（賣主の損害賠償義務）、第六百五十條第三項（委任者の損害賠償義務）、第六百六十一條（寄託者の損害賠償義務）、第六百九十八條（事務管理者の損害賠償義務）、等の如し。

其の他岡松氏無過失損害賠償責任論一七四頁以下に列擧せらるる多數の無過失損害賠償債權參照。

尙、土地收用法（四七條以下）、耕地整理法、都市計畫法、徵發令（二九、三一、三三、三四、三五等）等損害の補償を規定する法規は其數尠しとしない。

本書に於て問題とする契約解除に因る損害賠償債權は第五百四十五條第三項に基き、契約解除に因りて發生するものであつて、其の性質に關しては議論ある所であるけれども、通說は債務不履行に因る損害賠償債權（四一五）なりとすること前示の如し。

第三款　損害賠償債權の一般的成立要件

本書に於て問題とする損害賠償債權は契約解除に因る損害賠償債權であるけれども、契約解除に因る損害賠償債權と雖も、損害賠償債權の一般的成立要件の域外に立つものでなく、一般的原則の基礎の上に立つ。損害賠償債權の成立要件には一般的成立要件と特別成立要件とあるが、今茲には一般的成立要件を說明せんとするのである。

損害賠償債權の一般的成立要件としては、

(1)　損害發生原因たる事實（債務不履行、不法行爲、其の他の事實）の存在、

(2)　損害の發生、

(3)　歸責原因（主觀的歸責原因及び客觀的歸責原因）の存在、

(4)　損害と其の發生原因たる事實との間に於ける因果關係の存在に盡きる。

「不法行爲ハ故意又ハ過失ニヨリ他人ノ權利ヲ侵害シテ損害ヲ被ラシムルニヨリ成立スルモノナレハ縱令無權代理人カ爲シタル行爲ニ付本人ヨリ追認ヲ得ラレサリシトスルモ苟モ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノナキカ若クハ損害ヲ被ラシメサル以上本人ニ對スル關係ニ於テ不法行爲ノ成立スヘキ餘地アルコトナシ」(昭和八、一一、二九、大判、法學三卷四號九五頁)。

第一項　損害發生原因たる事實

(a)損害賠償債權の一般的成立要件としては、先づ以て損害發生の原因たる事實が惹起したることを要する。卽ち、債務不履行に因る損害賠償債權が成立せんが爲めには先づ以て債務者の債務不履行の事實あることを要し、契約解除に因る損害賠償には契約解除の事實あることを要し、不法行爲に因る損害賠償債權の發生せんが爲めには債務者の不法行爲、卽ち、權利侵害行爲の惹起したることを要する。債務不履行、不法行爲以外の個々の法律の規定に基く損害賠償債權が成立せんが爲めには其の各個の法律の規定する事實(特別成立要件)が存在することを要する。

(b)損害發生原因たる事實の立證責任は被害者、卽ち、債權者が之れを負擔すべきものなること勿論である。

一　「債權カ存在セサルニ假差押ヲ被リ損害ノ賠償ヲ求ムル者ハ其債權ノ不存在ヲ證明スル責任アリ」(明治四〇、五、三、東地判決、最近判一卷七六頁)。

二　「代理人カ代金ヲ請取ラスシテ物品ヲ第三者ニ渡シタル場合本人カ代金引換ニテ物品ノ引渡ヲ委任シタルモノナリト主張シ義務違背ヲ原因トシテ損害ノ賠償ヲ求ムルニハ其主張事實ヲ立證スルヲ要ス」(明治四〇、五、一五、東地判決、最近判一卷七六頁)。

三　「運送人ノ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償ヲ求ムルトキハ立證責任ハ賠償請求者ニ在ルモノトス」(大正二、一一、一五、大判、一九輯九五六頁、抄錄四八卷一一二五一頁、新聞九一五號二六頁、評論二卷商法三九三頁)。

四　「相手方ノ不法行爲ニ因リ第三者ニ對シ損害ヲ賠償シタル場合ニ於テ其賠償カ第三者トノ和解契約ニ基クトキハ單ニ其賠償シタル數額ノミナラス進ンテ其賠償ヲ爲シタル損害カ相手方ノ不法行爲ニ基因スルコトヲ立證セサルヘカラス」(大正五、五、一三、大判、二二輯九四八頁、抄錄六六卷一四五六三頁、新聞一一四三號二七頁、評論五卷民法九六八頁)。

五　「本件ニ付キ原裁判所ノ確定スル所ニ依レハ上告人ト被上告人ニハ地上權者タル被上告人ニ於テ其所有ニ係ル係爭家屋ヲ賣却スル必要アルトキハ必ス地主タル上告人ノ承諾ヲ得ヘク上告人ニ於テ相當代價ヲ以テ之カ買收ノ申出ヲ爲ストキハ被上告人ハ之ヲ拒絕スルコト能ハサル旨ノ特約存スルニ拘ハラス被上告人カ該特約ニ基ク作爲ノ義務ニ違反シ上告人ノ承諾ヲ得スシテ係爭家屋ヲ訴外山本巍美ニ賣却シタルヲ以テ右特約ノ不履行ニ基ク損害ノ賠償ヲ請求スル事實ナリトス仍テ按スルニ本件ノ如ク契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ナルモノハ不履行ノ事實存スルカ爲メ直按ニ法律ノ規定ニ依リ新ニ生スルモノニ非スシテ當事者間ノ特約ニ因リテ發生シタル權利ナリトス而シテ此損害賠償請求權發生ノ原因タル前記特約ノ事實ハ原裁判所ニ於テ原告タル上告人ノ立證ニ依リテ之ヲ認定シタルモノナレハ上告人カ之ヲ以テ一應自己ノ義務ヲ立證シタルモノト謂フヘク前示ノ義務不履行ノ事實ノ如キハ上告人ニ於テ立證スヘキ事項ニ非ス何トナレハ被上告人ハ本件特約ニ基ク作爲義務不履行ノ事實ヲ爭フト雖モ既ニ其特約ニ基ク義務ノ發生シタルコト確定シタル以上ハ消滅ノ事實ノ立證アル迄ハ其義務ノ尙依然トシテ存續スルコト明カナルヘク從テ未タ其消滅ノ原因タル義務履行アラサルモノト推測スヘキモノナレハナリ故ニ被上告人カ特約不履行ノ事實ヲ爭ヒ其特約ニ從ヒ係爭家屋ヲ判決、最近判一卷七九頁)。

賣却スルニ付キ地主タル上告人ノ承諾ヲ得タルコトヲ主張スル以上ハ上告人ニ於テ右特約不履行ノ事實ヲ立證スルコトヲ要セス被上告人自ラ其特約ヲ履行シタル事實ヲ立證スル責任アルモノト爲スヲ相當トス然ルニ原裁判所カ此特約不履行ノ事實ニ付キテモ尙原告タル上告人ニ擧證責任アルモノト爲シ其立證ナキヲ理由トシテ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタルハ所論ノ如ク不法ト謂ハサルヲ得ス然レ共原判決理由後段ニハ「原審證人岡林一美及同上門田音吉ノ各證言並ニ成立ニ爭ナキ甲第三第九號各證ヲ綜合スレハ控訴代理人（被上告人）抗辯ノ如ク控訴人ニ被控訴人（上告人）主張ノ如キ右特約不履行ノ事實ナキコトヲ推認スルニ難カラサルヲ以テ云云」トアリテ原裁判所ハ證據ニ依リテ本件特約不履行ノ事實ナキヲ認定シタルモノナレハ該特約不履行ニ基ク上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ結局相當ト謂ハサルヲ得ス本論旨モ亦結局其理由ナキモノトス」（大正八、七、二二、大判、二五輯一三四四頁以下）。

六　「大正六年四月十六日當事者間ニ米利堅針二百萬本（內八十萬本ハ5/0記號百二十萬本6/0記號）ノ賣買契約カ締結セラレタルコトハ爭ナキ事實ニシテ被上告人ハ其目的物ノ內5/0記號四十萬本6/0記號六十萬本合計百萬本ノ引渡ヲ受ケタルモ上告人ニ於テ殘リ百萬本卽チ5/0記號四十萬本6/0記號六十萬本ノ引渡ヲ爲ササル爲メ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルコトヲ主張シ上告人ノ債務不履行ヲ原因トシテ其損害ノ賠償ヲ請求スルモノナリ然シテ上告人ハ之ニ對シ引渡濟ノ百萬本ハ總テ6/0記號ナル旨抗辯スルモノニシテ卽殘リ百萬本カ5/0記號四十萬本6/0記號六十萬本ナリトノ被上告人主張ヲ爭フモノナレハ其不履行ニ係ル目的物カ5/0記號四十萬本6/0記號六十萬本ナルコトヲ證明スヘキ責任ハ原告タル被上告人ニ在ルヤ更ニ他言ヲ俟タサル所ナリ然ルニ原院カ「控訴人ハ第一契約ノ履行濟壹百萬本ハ全部6/0記號ノモノノミナリシト主張スレ共之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ採用セス」ト判示シ直チニ被上告人ノ主張ヲ容レ5/0記號四十萬本6/0記號六十萬本ノ引渡ナカリシ事實ヲ認メタルハ立證責任ノ所在ヲ誤リテ事實ヲ確定シタル不法アルモノト爲ササルヲ得ス尤モ此不法ハ第一契約ノ不履行ニ因ル損害ノミニ關スルモノナレ共原院ハ損害額ヲ判定スルニ當リ第一契約ノ不履行ニ因ルモノト第二契約ノ不履行ニ因ルモノトヲ判然分別セサルヲ以テ原判決ハ結局全部ノ破毀ヲ免レサルモノトス」（大正八、一〇、二〇、大判、二五輯一八九九頁）。

七　「前雇主カ被解雇者ノ新就職所ノ照會ニ對シ被解雇者ハ性質因循ニシテ加工スヘキ品物ニ對シ粗精ノ別ナク且臨機應變ノ才ニ乏シク在職中ノ成績思ハシカラス作業中常ニ怠リ眞面目ニ仕事セス由テ解雇シタル旨ノ不實ノ報告ヲ爲セル爲就職ヲ拒絕セラレタルニ基ク損害賠償ノ請求ニ於テハ右ノ如キ他人ノ信用ヲ害スヘキ事項ハ前雇主ニ於テ之カ存在ヲ立證スヘキモノニシテ被解雇者ハ其ノ責ナキモノトス」（昭和三、六、五、大判、評論一七卷民訴四九七頁）。

第二項　損害の發生

(a)損害賠償債權成立要件の第二としては、損害賠償債權の發生には損害の發生を必要とすることである。將來損害が發生する危險あるも、現在に於て尙、未だ何等の損害が發生せざる以上は損害賠償を請求することを得ない。妨害豫防請求の訴を起し得べきや否やは問題となるも妨害豫防は損害賠償ではない。

但し、本來の債權の履行を請求する訴を提起し、之れに對して請求の任意的併合を爲し、履行に代はるべき損害賠償を請求する場合に關しては別に說明するであらう。

英米法に於ける名義上の損害（Injuria absque damno, Nominal damage）、卽ち、權利侵害あるも現實の損害なき場合に少額の金錢賠償を認むる法理は我が國法上に於ては許されざるものなること曩に述べたる所である。

一　「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カ故ニ單ニ損害ヲ受ケタルトキノ豫備トシ

テ其支拂ヲ爲サシメントスルカ如キハ固ヨリ許容スヘカラサル不當ノ請求ナリトス」(明治三三、五、四、大判、六輯五卷九頁、抄錄六卷一〇〇二頁)。

二　「民法第四百十六條第一項ニ依ル損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リ債權者ニ於テ現ニ損害ヲ蒙リタルカ又ハ現ニ得ヘキ利益ヲ失ヒタル事實アルコトヲ要ス」(明治三九、四、二三、大判、一二輯六五五頁)。

三　「債務ノ不履行ニ基ク損害賠償ハ債權ノ效力ニ外ナラサルヲ以テ債權ノ存在中現實ニ生シタル分ニ限リ之ヲ認容スヘク債權消滅ノ後ニ於テハ假令債權存在セハ損害ノ生スヘキコトヲ豫想シ得ヘキ場合ト雖モ之カ賠償ヲ求ムルコトヲ得ス」(明治四二年長崎地方判決、新聞五八八號一二頁)。

四　「頼母子講ノ支配人カ講則上講員カ落札シタル際相當擔保ヲ供セシメスシテ落札金ヲ交付シ爲メニ其落札者ハ無資力ニシテ將來掛戻ヲ爲スコト能ハサルニ至リ講ニ損害ヲ及ホスヘキ恐レアル場合ト雖モ豫メ之ヲ支配人ニ賠償セシムルヲ得ス」(明治四二年(ワ)九號大分地方豆田支部判決、新聞五七六號一二頁)。

五　「他人ニ賣渡シタル物品カ未タ買主ニ引渡サレサルトキト雖モ賣主ニ代金請求權ノ確立セル以上ハ其賣買ノ目的物ノ價格カ騰貴スルモ將タ下落スルモ通常賣主ニ損益ナキモノナルカ故ニ買主カ目的物ヲ引取ラサルモ價格ノ低落其モノニ因リテ賣主ニ損害ヲ生シタルモノト認ムルヲ得ス」(明治四四年(ワ)九三七號大阪地方判決、新聞七九〇號二〇頁、評論一卷民法一九一頁)。

六　「買主カ契約ニ違背シテ目的物ヲ引取ラサルモ賣買契約ノ解除セラレサル限リ賣主ハ約定ノ代金ヲ請求スルコトヲ得ルヲ以テ其目的物ノ低落シタルカ爲メ賣主ハ右約定代金ト低落シタル時價トノ差額ヲ損害賠償トシテ請求スルヲ得ス」(大正元、一二、一一、大判、一八輯一〇二五頁、抄錄四五卷一〇四九七頁)。

七　「賣買契約解除前ニ在リテハ賣主ハ代金ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノニシテ買主ハ單ニ履行ノ遲滯ニ在ルモノニ過キサレハ時價ト賣買價額トノ差カ賣主ノ蒙リタル損害ナリト謂フヲ得ス」(大正二、一、一四、大控判決、新聞八四四號二五頁、評論二卷民法二五頁)。

八　「一旦生シタル損害ト雖モ之カ賠償請求ノ當時ニ於テ現實損害ナキ狀態ニ復歸シタルトキハ其賠償請求權ハ存在ノ基礎ヲ失ヒ當然消滅ニ歸スルモノトス」(大正三年(ワ)四一號佐賀地方判決、新聞九六七號三〇頁、評論三卷民法四三五頁)。

九　「身體ニ創傷ヲ受ケタルカ爲メニ損害賠償ヲ請求スルニハ債務ノ履行ニ因リテ財產上若クハ精神上ノ損害ヲ受ケタル事實アルコトヲ要ス」(大正五、一、二〇、大判、二二輯四頁、抄錄六四卷一三九〇九頁)。

一〇　「凡ソ債務ノ不履行ハ常ニ必スシモ相手方ニ損害ヲ及ホスモノト謂フヲ得ス從テ債權者カ債務者ノ義務不履行ヲ理由トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スニハ曾ニ自己ニ債權ノ存スルコト竝ニ之ニ對スル相手方ノ義務不履行ノ事實ヲ主張シ且ツ之カ立證ヲ爲スヲ必要トス」(大正五、六、三、大控判決、新聞一一三七號二二頁)。

一一　「債權者カ債務者ノ債務不履行ノ爲メニ損害ヲ受ケタリト主張スル場合ニ於テ其損害賠償請求ノ原因アリトスルニハ債務不履行ノ事實アリテ之カ爲メニ到底損害ヲ生スヘキ事實アルコトヲ確定スルヲ要スルモノトス債務不履行ノ事實アルモ之カ爲メニ到底損害ヲ生スヘキ場合ニ非サルトキハ債權者ニ損害賠償請求ノ權利ナキモノトス」(大正五、一〇、二〇、大判、二二輯一九四四頁、抄錄六八卷一五二四頁、評論五卷民訴四五五頁)。

一二　「類似商標ヲ使用シテ商品ヲ販賣シタル場合ト雖モ實際ノ損害ヲ受ケタルコトヲ證セラレサル限リハ賠償ヲ命スヘキモノニ非ス」(大正六、三、二三、東控判決、新聞一二五八號二三頁)。

一三　「債務者ハ不履行アルモ當然損害賠償ノ責アルモノニアラスシテ債務者ノ不履行ニヨリ債權者ニ損害アリタル場合ノミ之カ賠償ノ責ニ任シ何等損害ナキトキハ假令不履行アルモ毫モ要償ノ義務ナキコト我民法ノ示ス所ナリ」(大正八、七、二二、神戸地方判決、新聞一五九八號一六頁、評論八卷民法六一三頁)。

一四　「物ノ返還ニ代ル損害賠償ノ請求權ハ其物上ニ占有權ヲ有シ得タリトノ一事ニヨリ必然發生スヘキ權利ニ非スシテ他人ノ

物上ニ單純ナル占有ヲ爲シタル者カ其物ヲ侵奪サレタル場合其ノ物ノ返還ヲ得ス爲メニ損害ヲ生シタリトスルニハ物主ニ對シ自己カ金錢賠償爲シ現ニ損害ヲ蒙ムリタルカ若クハ物主ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケ將ニ損害ヲ蒙ムルヘキ狀態ニ立至ラントスル虞アルカノトキナラサルヘカラサルモノニシテ占有者自ラ損害ヲ蒙リタルコトナキニ拘ハラス常ニ侵奪者若ハ其共同行爲者ニ對シ損害賠償請求權存スヘキモノニ非ス」(大正九、三、一八、函館地方判決、評論九卷商法一四五頁)。

一五　「債務不履行ニ關シ民事訴訟法第二百二十八條ニ基ク損害賠償請求ノ原因アリト爲スニハ其債務不履行ノ事實ヲ判斷スルニ止マラス之カ爲メニ必然損害ヲ生スヘキ事情アルコトヲ判斷シ因テ以テ之カ損害賠償ヲ請求スルノ權利アルコトヲ認定セサルヘカラサルモノトス」(大正一〇、三、二四、大判二七輯六五一頁)。

一六　「蓋シ婚姻豫約不履行ニ基ク慰藉料請求ノ基調トスル所ハ相手方ノ不履行ノ爲メニ或ハ婦女カ故ナク其節操ヲ蹂躙セラレ又ハ婚期ヲ失シタルニ因リテ後半生ヲ不過ニ終ルノ外ナキ等其他之ニ類スル苦痛ヲ受ケテ悲境ニ沈淪スル者ヲ救濟慰藉セントスルコトニ存スルモノニシテ豫約ノ履行セラレサリシカ爲メニ或ハ不快ヲ感シ又ハ不滿ニ堪ヘサルト云フカ如キ單ニ感情ノ興奮的苦痛ヲ緩和セントスルニ過キサルカ如キ場合ニ於テハ慰藉料請求ハ之ヲ許容スヘキ者ニ非サルコト婚姻豫約ノ性質竝ニ社會ノ通念ニ照シテ疑ナキ所トス」(大正一二、四、五、熊本地方判決、新聞二一二七號二〇頁)。

(b)損害發生の立證責任は被害者、卽ち、債權者に在ること勿論である。之れに關する說明及び判例は後に損害賠償額の算定に關する說明に讓る。

第三項　歸責原因の存在

第一目　總說

損害賠償債權の成立せんがために、一方に於て損害發生原因たる事實あり、又他方に於て損害の發生ありとするも賠償義務者に於て賠償責任の對象たる損害發生原因たる事實に對する歸責原因が存在せざるときは、其の者は損害賠償義務を負擔するに至らない。是れ、歸責原因が損害賠償債權の成立の第三要件たる所以である。

歸責原因は主觀的歸責原因と客觀的歸責原因とに區別せられる。主觀的歸責原因は故意過失等の問題であり、客觀的歸責原因は行爲の違法性の問題に關する。

主觀的歸責原因の故意と過失との區別に關して、刑法に於ては兩者の間に責任の差異を認むるが故に、其の觀念を嚴格に分析する必要が多大である。例へば故意の殺人と過失に因る殺人との差異の如し。

然るに民法に於ては、其の責任に關して故意と過失との間に其の取扱を異にして居ない。例へば不法行爲に關して、民法は「故意又ハ過失ニ因リテ」云々と規定(七〇九)するに止まり、故意に因る不法行爲と過失に因る不法行爲との間に何等の區別を設けて居ないのであるから、故意と過失との區別、殊に未必的故意が故意なるか、過失なるかの問題の如きは刑法上に於けるが如き重要性を有しない。

一　「不法行爲ニ基ク損害要償ニ付テハ民法第七百九條ニ從ヒ他人ノ權利ヲ侵害セシ事實其侵害ハ故意又ハ過失ニ出テシ事實及ヒ侵害ノ結果トシテ損害ヲ被リタル事實ヲ確定セサルヘカラス唯權利侵害ト損害ノ事實トヲ確定シテ其侵害カ故意又ハ過失ナリシ

ヤ否ヤヲ確定セスシテ賠償ヲ命シタル判決ハ不法ナリ」(明治四一、一、一七、宮城控訴判決、最近判二卷六六頁)。

二　「他人ノ權利ヲ侵害シタリトシテ損害賠償ノ責ニ任スルニハ其ノ侵害行爲カ其ノ人ノ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要ス」(大正元、一〇、二五、東控刑判決、新聞八二八號二二頁)。

三　「適法ニ夫婦關係ヲ發生セシムルノ意ナキニ拘ハラス之レ有ルカ如ク裝ヒ婚ヲ誤信セシメ結婚式ヲ擧ケ以來同棲シタルモ遂ニ婚姻屆ヲ爲サス且ツ何等指摘スヘキ缺點ナキニ婚ヲ離別シタリ因テ婚ハ其夫ニ對シ不法ヲ原因トシテ名譽毀損セラレタリト起訴シタルトキハ其請求原因中ニハ其名譽毀損カ夫ノ故意ニ出テタル場合ノミナラス夫カ普通注意ヲ用ユル人ノ同一境遇ニ於テ通常爲スヘキ注意ヲ怠リタルニ基因シテ起リタル場合即チ民法第七百九條ニ所謂過失侵害ノ場合ヲモ主張シタルコト勿論ナルカ故ニ裁判所ハ其全般ニ渉ル請求原因ノ有無ヲ判斷スルコトヲ要ス單ニ故意又ハ重過失ノ有無ノミニヨリ判決ヲ與ヘタルハ所謂理由不備ノ裁判タルヲ免レス」(大正二、三、八、東控判決、新聞八六八號二二頁、評論二卷民法二七一頁、最近判一二卷九八頁)。

四　「不法行爲ニ基ク損害賠償ニ付被告ニ賠償ノ責任ナシトセハ須ク民法第七百九條ノ趣旨ニ依リ被告ニ故意及過失ナキ事實ヲ說明セサルヘカラス單ニ故意ナキ點ノミヲ說明シ過失ノ有無ニ付キ說明ヲ爲ササルトキハ不法ナリトス」(大正三、四、二、大判、二〇輯四三八頁、抄錄五七卷六九二四頁、新聞九三八號一七八頁)。

五　「路次内左側ノ板塀ニハ「此側ヲ通行スヘカラス危險ニ付キ足ヲ留ムヘカラス」「放尿大小便嚴書ヲ爲スヘカラス」「車馬ノ出入ニ注意スヘシ一般通行嚴禁」ノ趣旨ヲ墨ヲ以テ書シアルコト明白ニシテ斯ノ如キ場所ニ單ニ亡甲カ用便ノ爲メ入リタルハ同人ニ於テモ過失アリト雖モ人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ苟モ故意若クハ過失アリタルトキト雖モ其責ニ任スヘキモノトス」(大正七、一〇、二三、東地判決、新聞一九一七號一〇頁、評論一〇卷民法一〇六五頁)。

六　「不法行爲ヲ原因トスル損害賠償ノ請求ハ請求ノ原因ヲ加害者ノ故意又ハ過失ニ求ムルモノナレハ裁判所カ該請求ヲ否定センニハ獨リ其ノ故意ナカリシ事實ヲ判示スルノミヲ以テ足レリトセス過失ナカリシ事實ヲモ併セテ之ヲ判示スルニアラサレハ理由不備ノ裁判タルヲ免カレス」(大正一三、六、二七、大判、彙報三五卷下民事一三五頁)。

七　「被上告人ハ上告人カ不正競爭ノ目的ヲ以テ被上告人ノ登記シアル商號ヲ使用シタル爲金八百七十五圓ノ損害ヲ被リタリト稱シ之カ執行保全ノ爲昭和三年十月中岩國區裁判所ニ有體動產假差押ノ申請ヲ爲シ同月十一日之カ決定ヲ得同月十二日上告人所有ノ動產ニ付假差押ヲ爲シ昭和四年九月十二日之カ解除ヲ爲シタリ而シテ執行ニ際シテハ故ラニ他人ノ眼ニ入リ易キ物ヲ差押ヘ且必要以上ニ假差押ノ表示ヲ明瞭ナラシメタリ然レトモ右假差押ノ申請ハ虛僞ノ事實ニ基クモノニシテ上告人ハ之カ爲ニ營業上ノ信用ヲ失墜シ且營業上得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルニヨリ金五百圓以上ノ損害ヲ受ケ尙差押物件ヲ使用シ得サリシ爲別ニ新品ヲ購入シ又差押物タル金屏風一双ヲ賣却シテ得ヘカリシ利益ノ喪失ニ依ル損害金合計二百圓以上アルヲ以テ損害賠償トシテ金七百圓ノ支拂ヲ求ムト謂フニ在リテ原判決ハ被上告人カ右上告人主張ノ如キ假差押ヲ申請シ次テ假差押ノ決定ヲ得上告人ノ有體動產ヲ差押ヘタルコト及其ノ後該假差押ノ本案訴訟ニテ被上告人敗訴ノ判決確定シタル事實ヲ確定シタルモノナレハ上告人ノ本訴請求ヲ排斥スルカ爲ニハ右假差押ノ請求ニ關シ被上告人ニ於テ故意又ハ過失ハ責ムヘキモノナカリシコトヲモ說明セサルヘカラサル筋合ナリトス然ルニ原判決ハ事茲ニ出テス假差押ノ請求ニ關シテハ單ニ所論摘錄ノ如ク說明シタルニ止マリ被上告人カ金八百七十五圓ノ損害ヲ被リタリト稱シテ假差押命令ヲ得之カ執行ヲ爲シ之ヲ繼續シタルコトニ付故意又ハ過失ナカリシヤ否ヤニ付何等說明スル所ナク上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ損害賠償ノ法理ヲ誤解シタルカ若ハ理由不備ノ違法アルモノナリ」(昭和六、一〇、日不詳、大判、法學一卷三號一五一頁、一五二頁)。

第二目　過失主義、無過失主義

ローマ法以來近世各國の民法は損害賠償債權の成立要件として債務者の故意過失の存在を要求して居る。卽ち、「過失なければ責任なし」と謂ふ主義を採用して疑はない。之れを過失責任主義 (Verg-

chuldensprinzip, Prinzip der Culpahaftung) と稱する(獨民八二三、瑞債四一、佛民一三八二以下、日民七〇九)。

然るに、近時社會企業の異常なる發達、其の他社會文化の異常なる進歩に伴ひ、古來の過失責任主義の大原則のみを以ては、損害賠償に關する問題の總てが妥當なる解決を得ざることが痛感せらるゝに至り、過失なき場合にも、損害賠償責任を發生せしむる場合を認めざるを得ざるに至つた。之れを無過失責任主義 (Prinzip der Kausal-oder Erfolgshaftung) と謂ふ。

ソヴイエットロシア民法(一一七、一一八、四〇三、四〇四)は、更に一歩を進めて過失を以て損害賠償責任の積極的要件とせず、單に損害賠償義務者に於て不可抗力等の免責原因の存在を主張立證して其の賠償責任を免れ得べきものとするに至つた。

無過失責任に關しては、更に、後に述ぶる所を參照せられたい。

第三目　故　意

第一　故意の意義

故意 (dolus, Vorsatz) とは結果に對する心理的狀態である。而して、故意には二種の意義がある。第一の意義に於ける故意は行爲者が行爲の結果の發生を希望 (意欲) する心理的狀態を謂ふ。而して、第二の意義に於ける故意は行爲者が其の結果の發生を希望 (意欲) しないけれども、然かも結果の發生を許容し、又は是認し、又は結果の發生するが儘に之を放任する場合 (其の發生を防止せんとせざる場合) に於ける心理的狀態を謂ふ。

第一の意義に於ける故意は第二の意義に於ける故意の程度を進めたるものである。卽ち、行爲の結果を認識し、之れを認容する心的狀態も故意であるが、更に、行爲の結果を認識し、之れを希望する心的狀態も故意である。

故意の觀念を定むるに付いて從來二個の學說が爭つて居る。其の一は觀念主義(Vorstellungstheorie)であり、其の二は意思主義(Willenstheorie)である。

觀念主義 (豫見主義) に依れば、故意は行爲の結果の發生を意識し又は認識し、又は豫見することを以て足れりとする。行爲自體に關して行爲意思を要することは勿論である。然るに、意思主義に依れば故意は結果の發生に對する認識以外に、尙、其の結果を意欲する意思を必要とする。保險金を獲得せんが爲めに建物を燒却する場合に、保險金の獲得は行爲者の意欲する所であるけれども、建物を燒却する行爲は、行爲者が意欲する所の目的ではない。從つて、此の場合に意思主義に從へば行爲者は建物の燒却に付いて故意を有しないけれども、觀念主義 (豫見主義) に從へば故意が存在することとなる。意思主義に在りても、行爲意思を必要とするものなること觀念主義と異ならない。故意の意義を定む

るに付き觀念主義（豫見主義）と意思主義（意欲主義）とが相對立すること前示の如し。觀念主義及び意思主義を純粹なる意義に於て之れを主張するときは、其の意義正に兩極端の差異を生じ、又其の何れを採るも、實際の適用上、妥當を缺くを免れないから、之れを其の純粹の意義に於て主張する者はない。兩主義は純然たる形式に於て相對立するものに非ずして、相互に相接近し來り、結局、同一の主張に歸着せんとしつつある（認容主義、是認主義）。結局、本問題は言語上の爭たるに歸着する。兩說の出發點は、各一方の極端であつて、夫れが他方の反對說の極端に向つて接近し行く。卽ち、其の出發點を一方の極端たる「觀念」にとりて、他方の極端たる「意思」に接近するか、或は其の出發點を「意思」にとりて、他方の極端たる「觀念」に接近し來るかの差異あるのみである。卽ち、意思主義に依れば(1)其の行爲と結果との關係を豫見することを必要とすることは勿論なるも、其の以外に尙(2)其の行爲より其の結果を發生することを希望し（erwünschen, erstreben）又は目的とする（bezwecken, beabsichtigen）場合に故意ありと爲すのであるが、(3)其の行爲より其の結果を生ずべきことを希望せざるも尙其の結果の發生を認容する（billigen, einwilligen）場合、之れを放任する場合、其の結果が發生するも、我が關する所に非ずとする場合にも尙故意あるものとするのである。再言すれば、意思主義に依る故意の內容は結果に對する(1)認識、(2)認容（放任）又は(3)意欲の三者である。

觀念主義論者も亦純粹の意義に於ける結果の認識のみを陋守せず、故意を以て、希望、目的と爲すに反對するのみにして、認識の意義を認容（放任）の程度にまで進出せしむることを拒否しない。此の程度に於ては、兩說は結局、同一に歸着することとなる。再言すれば觀念主義の內容は結果に對する(1)認識及び(2)認容（放任）である。

此等の關係は未必的故意の場合に於て顯著に表現せられ來る。

未必的故意（dolus eventualis）とは或は其の行爲に因りて一定の結果の發生することあるやも知れざることを認識（豫見）するにも拘はらず、尙ほ其の行爲を敢て爲す心理的狀態を謂ふ。例へば、此の焚火を爲すときは、或は附近の建物に其の火が燃え移りて其の建物を燒失するやも知れざることを知りつゝ、尙其の焚火を敢えて爲す場合の心理的狀態の如し。

(a)抑、行爲と結果との間に必然的因果關係の存在する場合、卽ち、行爲者が其の行爲より其の結果が必ず發生すべきものなることを知る場合に於て、行爲者が結果に對する認識（豫見）を有するときは、又結果に對する意欲が存在するものと爲すべきものなることは疑がない。蓋し、行爲者が或る結果を得んが爲めに必然的の或る行爲を爲す場合には、縱令其の行爲を行爲者が欲するものに非ずとするも尙之れを欲するものとしなければならない。

從つて、行爲と結果との間に必然的因果關係ある場合に於ては觀念主義を執るも、意思主義を採るも結果は全然同一であつて、兩主義の何れに從ふも其の主張は異なる所がない。是れは、所謂未必的

故意の場合に屬しない。

(b)　行爲と結果との間に可能的因果關係(蓋然的因果關係)の存する場合に於ては、兩主義の何れに從ふかによりて差異を生じ來る。可能的因果關係の存在する場合とは、則ち、玆に謂ふ未必的故意の場合であつて、行爲者は其の行爲より其の結果が必然的に發生すべきことを豫期しない。其の行爲より、其の結果が或は發生せざるやも知れず又或は發生することあるやも知れずと謂ふ可能性あることを知るに止まる場合である。觀念主義に依れば、此の未必的故意の場合に在りては、行爲者が偶々、注意周到にして、結果發生の可能性を認識し得たるときは故意となり、行爲者が偶々、輕卒又は思慮に乏しき者にして、結果發生の可能性を認識することを得ざる者なるときは過失となる。行爲者の性質に應じて其の斷定を異にせざるを得ざることが本問題に關する觀念主義の缺點である。然るに意思主義に依れば、未必的故意に在りては、行爲者が其の結果の發生を希望することなきも、結果の發生すべきことを認識し、然かも其の結果の發生するがまゝに放任又は許容し、又は侵害の發生を認識しつゝ敢て之れを爲す場合には故意ありとし、行爲者が其の結果の發生することあるべきを認識し、然かも之れを許容せずして、之れを防止せんと欲するに拘はらず、不幸にして遂に其の結果を發生したるときは過失あるものと謂ふべきこととなる。

予は意思主義を以て妥當と考へる。

(甲)　意思主義に從ひつゝ觀念主義に近づく學說左の如し。

我妻氏講義案一七七頁、岩波民法II七〇一頁、石坂氏四二二頁、鳩山氏一五六頁、近藤柚木兩氏上卷一二八頁、川名氏一七二頁、烏賀陽氏九八頁、横田氏二五七頁、林信雄氏各論三七七頁。

(乙)　觀念主義に從ひつつ、意思主義に近づく學者左の如し。

中島氏釋義三卷上四八〇頁、勝本氏上卷三一二頁以下。

「契約證書ニ故意ニ債務ノ履行ヲ怠リタルトキトアル場合ニ於ケル右ノ故意トハ損害ヲ加フルノ意思ヲ以テスルヲ要セス單ニ行爲ノ結果ヲ豫見シ又ハ少クトモ認許シタル意思アレハ足ルモノトス」(明治四三年(レ)二五五號東地判決、新聞七七八號二〇頁)。

第二　故意と違法性

故意は行爲の結果に對する認識(觀念主義)、又は意欲(意思主義)の存在するを以て足る。行爲又は結果に對する違法性の認識を必要としない。勿論、又、違法性の意欲を必要としない。

(甲)　同說

中島氏釋義三卷上四八三頁、勝本氏上卷三一四頁、鳩山氏一五七頁、川名氏一七六頁、三潴氏一九四頁、沼氏九三頁。

「不法行爲ノ違法性ノ認識ハ不法行爲成立要件タル故意ノ內容ニ屬セサルハ勿論違法性ノ不知ハ違法性阻却ノ事由ニモ非サルヲ以テ反訴被告ノ右主張ハ其理由ナシ」(大正九、三、六、東區判決、新聞一六八二號一七頁、評論九卷民法四四五頁)。

(乙)　反對說

石坂氏四二一頁、四三〇頁。

第三　惡　意

我が民法は時に惡意 (Absicht, Argrist, bösliche Absicht, Böswilligkeit) と謂ふ語を用ふる。例へば「惡意ノ占有者」(一九〇、一九一、一九六Ⅱ)、「惡意又ハ重大ナル過失」(四七〇、六九八)、「惡意ナリシトキハ」(五六四)、「惡意ノ受益者」(七〇四)、「惡意ヲ以テ遺棄」(八一三6、八六六2)、「惡意ヲ以テ之ヲ財產目錄中ニ記載セサリシトキ」(一〇二四3)、「運送人ノ惡意」(商法三四一)等の如し。

民法は不注意にも故意と同一意義を表はすに惡意の語を以てして居る。右に列擧したる法條に於ける惡意の語は故意と同一意義に解すべきであるが、唯「惡意ノ遺棄」(八一三6、八六六2)及び「惡意ヲ以テ之ヲ財產目錄ニ記載セサリシトキ」(一〇二四3)の場合に於ける惡意に關しては、觀念主義の學說を採用する論者と雖も、之れを意思主義に解し、行爲者が結果の認識を爲すを以て足れりとせず、結果の發生を意欲したることを要するものと解することが通說である。

(甲) 通說

勝本氏上卷三一四頁、概說一二九頁、穗積氏親族法三九八頁(八一三6)、同氏相續法(法學全集)一四四頁以下(一〇二四3)、同所引用の昭和五、四、一四、大判、同氏評釋、判例民事法大正十三年度二七八頁。

(乙) 異說

石坂氏は「惡意トハ不善ノ動機ニ基ク故意ヲ云フ。惡意ハ單ニ客觀的ニ故意ノ程度强キヲ云フニアラス主觀的ニ其意思カ不善ナルヲ云フ (Weyl S. 420)」と主張せられて居る(上卷四三三頁註五)。

第四目　過　失 (Culpa, Fahrlässigkeit)

第一　總　說

過失(狹義の過失)とは注意の欠缺を謂ふ。卽ち、過失とは不注意である。

(a)過失は注意の欠缺であるから、注意義務の存在せざる所、過失は存在し得ない。人は或は法律の規定に依り、或は契約に依り、一定の注意義務を課せらるる場合がある。斯の如く、人が注意義務を負擔するに拘はらず、其の注意を欠缺するとき始めて過失が存在するのである。

民法は一定の人、例へば、債務者に對して課すべき注意義務の程度を數種に分つ。例へば、或は最高級の注意を必要とする場合あるべく、或は最低級の注意を以て足れりとする場合あるべく、或は通常人の爲すべき注意を必要とすることがある。從つて、注意義務の程度に順應して、過失にも數種を分類し得ること後に述ぶる所の如し。

一　「過失トハ行爲若クハ不法行爲ノ惹起力ニ對スル義務違反ノ不認識ヲ云フモノニシテ卽チ任意ノ身體動作ニ際シ拂フヘキ注意ヲ缺キ豫想シ得ヘキ結果ヲ豫想セサリシコトノ二要素ヲ含ム而シテ其注意ノ程度ハ行爲若クハ不法行爲ノ一般的性質ニ鑑ミ客觀的ニ定ムヘキ結果ノ不豫想ハ一ニ行爲者ノ能力ニ訴ヘ果シテ豫想シ得可カリシヤ否ヲ決スヘキ其標準ハ主觀的ナリ」(明治三七、神戶地方判決、新聞一九五號一七頁)。

二　「民法第七百九條ニ所謂過失トハ相當ノ注意ヲ怠リタルニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル場合ヲ指稱ス」(明治三九、二、一七、長崎控訴判決、新聞三五一號八頁)。

三　「過失ノ有無ハ行爲當時ノ狀況ニ依リ判斷スルコトヲ要スルヲ以テ爾後ニ至リ被害者ノ爲シタル行爲ナカリセハ其生命身體ニ損害ノ發生ヲ見サルヘク又損害ノ發生ハ之ヲ免レストスルモ其程度輕微ナルヘキコト明カナルニ至リタルトキト雖モ被害者ノ取リタル行爲ヲ目シテ過失ニ出テタリト云フヲ得ス」(明治四五、三、九、東地判決、新聞七八五號一九頁)。

四　「過失ハ獨リ行爲カ違法ノ結果ヲ生シ得ヘキコトヲ認識シナカラ其結果ヲ生スルコトナカルヘシトノ希望ヲ以テ相當ノ注意ヲ缺ク場合ニノミ存スルモノニアラス違法ノ結果ヲ生シ得ヘキコトノ認識ナキモ相當ノ注意ヲ爲セハ之ヲ認識シ且ツ避クルコトヲ得ヘカリシ場合ニモ亦存スルモノナルカ故認識ノ餘地ナクンハ因果關係ナシトスルハ誤マレリ」(大正二、四、二六、大判、一九輯二八四頁、抄錄四六卷一〇七九一頁、新聞八六七號二七頁、評論二卷商法一三一頁)。

(b)過失は(1)注意を爲さば行爲の結果の發生を豫見し得べきに拘はらず、不注意にして之れを豫見せずして、行爲を爲す場合に存在することを通常とする。結果の發生を豫見し得ざる場合には、過失は存在することはない。蓋し、行爲の結果を豫見し得ざるに拘はらず、之れを豫見することを要求するは、不能を強ひるものなるが故である。

「執達吏ハ各獨立シテ其職務ヲ執行スルモノニシテ同一役場ニ在リテ執務スルハ之ヲ事務上ノ便宜ニ基クニ過キスシテ同一ノ物件ニ付數人ノ執達吏關係シタル場合ト雖モ執達吏ハ他ノ執達吏ノ爲シタル執行行爲ニ付其公示ナキトキハ特別事情ナキ限リ之ヲ知ラサルモ過失アルモノト謂フヘカラス」(大正一五、三、一三、東控判決、新報八六號一五頁)。

過失は又(2)行爲者が注意を爲さば行爲の結果を豫見し得べき場合に於て、注意を爲し、之れを豫見して行爲を爲したる場合にも存在することがあり得る。卽ち、未必的故意の場合に於て、行爲者が行爲と結果との間に可能的因果關係の存在するを知り、且、其の結果の發生を認容して行爲を爲したる場合には、故意が存在するものなれども、行爲者が行爲と結果との間に可能的因果關係の存在を認識し、其の結果の發生を認容せずして行爲を爲し、不幸にして、其の結果を發生せしめたる場合には過失が存在するものである。卽ち、此の場合は行爲の結果を認識するを以て、相當の注意を爲さば、其の結果を避くるを得べきに拘はらず其の結果を發生せしめしは矢張り不注意の致す所であるからである。從つて、過失は(1)或は行爲者が行爲の結果を豫見し得べかりしに拘はらず、不注意にも之れを豫見せずして行爲を爲したる場合に存在し、又(2)行爲の結果を豫見するを以て、之を防止せざるべからざるに拘はらず、不注意にも、之れを防止せずして、其の結果を發生せしむるに至りたる場合にも存在する。

(c)我が民法は過失の語を前示の如き狹義の意義に使用することあり、或は過失の語を廣義に使用して故意と狹義の過失との兩者を包含せしむる場合がある。

例へば第七百九條には「故意又ハ過失」とあるが故に此の過失は狹義の過失を指稱すること疑がな

い。

又、第四百十條第二項、第四百十八條、第四百五十九條、第六百十一條、第六百二十八條等に於ける過失は故意を包含する廣義の過失である。

過失に對して責任を負ふ場合には故意に對して責任を負ふべきこと論を俟たざる所であるから、我が民法が廣義の過失中に故意と狹義の過失とを包含せしむるも必ずしも不當と爲すを得ない。是れローマ法に於て culpa 中に dolus と狹義の culpa とを包含せしむる思想に淵源するものであらう。

「不法行爲者ニ故意又ハ過失アリト爲スニハ其者ニ於テ該行爲ニ因リ何人カニ損害ヲ發生スヘキコトヲ豫見シ又ハ不注意ニ因リ豫見セサリシ事實アルヲ以テ足リ或ル特定ノ人ニ損害ノ生スヘキコトヲ豫見シ又ハ不注意ニ因リ豫見セサリシコトヲ必要トスルモノニ非ス」（昭和七、五、三、大判、法學一卷一〇號一一二頁）。

第二　過失の前提要件たる注意義務に關する判例

過失の前提として必要なる注意義務に關しては、

(1) 汽車の運轉手其の他の從業員の注意義務
(2) 電車の運轉手其の他の從業員の注意義務
(3) 自動車の運轉手其の他の從業員の注意義務
(4) 自轉車乘用者の注意義務
(5) 踏切番人又は線路番人の注意義務
(6) 踏切設置義務
(7) 馭者、車力等の注意義務
(8) 工場又は工事關係の注意義務
(9) 消防夫の注意義務
(10) 知事、小學敎師、其の他の注意義務
(11) 海員の注意義務
(12) 醫師の注意義務
(13) 會社の重役の注意義務
(14) 運送人其の他の注意義務
(15) 特許權、實用新案權關係の注意義務
(16) 不動產關係の注意義務
(17) 告訴、告發、訴の提起に關する注意義務
(18) 强制執行、假差押又は假處分に關する注意義務

其の他あらゆる社會雜事に關して、無數の判例が存在する。

此等の判例は多くは不法行爲に關するものであるから、今は玆に一々揭載することを省略することとした。

本問題に關する參考文獻の重要なるもの左の如し。

末川氏「鐵道從業員と注意義務」破毀判例民法研究一卷一七〇頁以下、古澤氏評註、法學五卷四號一一八頁、三潴氏「自動車事故と故意過失なき賠償責任」志林一五卷五號、千種氏「判例より見た自動車事故と民事責任」法律時報七卷一二號三頁以下、淡路圓治郎氏「交通事故と最近の應用心理學的研究」警察研究六卷一〇號乃至一二號、芦田宅市氏司法研究一四輯、吉江勝保氏「交通事故と被害者の救濟」法律時報七卷一二號、池田克氏「交通事犯に關する刑事判例」法律時報七卷一二號、中野善敎氏「自動車災害保險制度に對する自動車交通業者の意見」法律時報七卷一二號、大阪谷公雄氏「踏切の設備に關する過失」民商法雜誌四卷三號六六頁以下、橋本東十郎氏「炭鑛事故の研究」司法研究二一輯一六冊、齋藤規矩三氏「工場事故と民事責任」司法研究二一輯一三冊、津野氏評註法學三卷一號一〇〇頁、曄道氏「開業醫の民事責任」民法研究三八四頁以下市村氏「醫師ノ權利義務」、石田氏評註法學一卷九號九八頁、金子文六氏「實體權なき强制執行」司法研究一七輯一〇冊、雉本氏「執達吏ノ不當差押ト債權者ノ賠償責任」判例批評錄一卷一五一頁以下、曄道氏「債務者ニ屬セサル物ヲ差押ヘ競賣手續ヲ遂行シタル差押債權者ノ損害賠償責任（競賣申立人ノ調査義務）」最近大審院民法判例批評八八頁以下、中川毅氏「不法假差押假處分と無過失損害賠償責任」司法研究二〇輯二冊、田中和夫氏「過失に關する判例」民商法雜誌三卷一、二、三、五、六號、舟橋氏「判例に現はれたる鐵道及び電鐵交通事故」法政研究五卷二號、佐瀨昌三氏「交通事故と賠償責任」、同氏「自動車運轉手と過失犯」。

第三　過失の分類

行爲者が過失の責任を負擔せんが爲めには、注意義務が前提となるのであるが、民法は行爲者に對して、如何なる程度の注意義務を要求すべきであるか。如何なる程度の注意義務違反に對して過失の責任を負擔せしむべきかは、立法上の重大問題である。民法は注意の程度を標準として、之れに對する過失を分類して居る。抽象的過失（輕過失）、具體的過失、及び重過失が之れに屬する。

ローマ法に於ける過失は(1)重過失（culpa lata）、(2)輕過失（culpa levis）及び(3)最輕過失（culpa levissima）に分ち、輕過失は更に之を抽象的過失（culpa in abstracto）及び具體的過失（culpa in concreto）に分ちたること獨逸普通法に於ける古き學說の敎ふる所である。

佛法に於ても古き學說は過失を重過失（faute lourde）、輕過失（faute légère）及び最輕過失（faute très légère）の三種に分つて居たが、佛民法は抽象的過失（佛民一一三七）、具體的過失（佛民一九二七）、及び重過失（佛民九〇四、一九二七、一九二八、一九九二）に分つ。而して學說に於ては一般に其の以外に最輕過失（佛民一三八三）を認めて居る（Planiol 2 No 235—239等）。最輕過失に關しては、更に、後に述ぶるであらう。

（一）　抽象的過失（客觀的過失）

抽象的過失（culpa in abstracto, culpa levis in abstracto, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit）は又之れを輕過失（culpa levis, faute légère）とも稱する。

抽象的過失、客觀的過失又は輕過失とは善良なる管理者の注意を缺くを謂ふ。善良なる管理者の注意（四〇〇）と謂ふ語はローマ法に於ける良家父の注意（diligentia boni patris familias）と謂ふ語より出で來りたるものである。

獨逸民法第二百七十六條第一項の「取引上必要ナル注意」(die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)・英法の「相當ノ注意」又は「合理的ノ注意」(due or reasonable care)と同一の意味である。

我が民法は善良なる管理者の注意を缺くことを抽象的過失とする。併し、民法は直接に明文を設けて抽象的過失の意義を定めては居ない。唯、第二百九十八條、第三百五十條、第四百條、第六百四十四條、第六百七十一條、第九百十六條、第九百三十六條、第九百五十三條、第千百十四條第二項等に於て「善良ナル管理者ノ注意」と謂ふ語を用いて居る。

善良なる管理者の注意とは「相當ナル人」(ordentlicher mann)、卽ち、誠實勤勉にして經驗ある人の注意を謂ふのであつて、或る標準的人物を假設して之れを標準とするが故に、抽象的過失と稱する。異常なる人、注意綿密なる人、神經過敏の人、特に通常人に卓越したる人等の注意を以て標準とせず、又具體的特定人を標準としない。

我が民法に於ては法律に別段の定めなき以上は、債務者は債務の履行を爲すに付、抽象的過失の責に任ずべきものと解すべきである。蓋し、抽象的過失は抽象的に過失の程度を定むるものであるから、一般的に之れを過失の標準と爲すべきものであり、又民法は行爲者をして具體的過失又は重過失の責に任ぜしむべきものとする場合には、特に明文を設けて居るのであるから、明文なき場合に在りては、行爲者は抽象的過失の責に任ずべきは當然であるからである。

勝本氏上卷三一七頁、石坂氏上卷四三八頁、四三九頁。

一　「善良ナル管理者ノ注意ヲ缺キタル爲メ他人ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ民法第七百九條ノ適用アルモノトス」(明治四〇、六、一、東控判決、法記一七卷七號八二頁)。

二　「不法行爲ノ原因タル過失ハ普通人ノ注意力ノ及フヘキ範圍ニ限定セラルヘキ者ナルカ故ニ縱令或事實ノ發生ニ付キ原因力ヲ與ヘタル場合ト雖モ其事實ノ發生カ普通人ノ豫見シ得ヘキ事項ニシテ而カモ之ヲ豫見セサリシ場合ニ非サレハ不法行爲ノ責任ヲ負フヘキ過失アリト云フヲ得ス從テ縱令官廳ノ許可ヲ得スシテ軌道ヲ布設シ因テ人ヲ轢殺シタリトスルモ軌道使用ノ際ニ於ケル注意ノ欠缺ヲ原因トセス單ニ當該官廳ノ許可ヲ得スシテ軌道ヲ敷設シタリトノ事ノミヲ請求ノ原因ト爲シタルトキハ其請求ハ法律上理由ナキモノトス」(明治四二、一、二六、札幌地方判決、新聞五五二號一二頁)。

三　「民法第七百九條ニ所謂過失トハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲ササリシ場合卽チ輕過失ヲモ包含スルモノトス從ツテ輕過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テモ不法行爲ノ責ニ任セサルヘカラス」(明治四二、七、一、東控判決、新聞六〇一號一〇頁)。

四　「民法ハ不法行爲ノ規定ニ於テ過失ノ有無ヲ定ムヘキ注意ノ程度ヲ明示セサルモ其精神ハ何人ニ對シテモ普通注意ヲ用ユル人カ事物ノ狀況ニ應シテ通常爲スヘキ注意ヲ要求スルニ止マリ其程度ヲ超ユル注意ヲ以テ責ムルモノニ非スト解スルヲ當然トス故ニ苟モ其程度ニ相當スル注意ヲ怠ラサル場合ニ於テ假令其程度ヲ超ヘ一層周到ナル注意ヲ盡サハ損害ノ發生ヲ防止スルコトヲ得ヘカリシトキト雖モ過失ノ責ナキモノトス」(明治四四、一一、一、大判、一七輯六一七頁、抄錄四二卷九五八七頁、新聞七五七號二五頁)。

五　「不法行爲ニ於テ加害者ニ過失アリタルヤ否ヤヲ定ムルニ付キテハ所謂善良ナル管理者ノ注意ヲ標準トス可ク各場合ニ於ケル加害者其人カ日常用フル所ノ注意ヲ標準トスルコトヲ得ス」(大正四、五、一二、大判、二一輯六九三頁、抄錄五六卷一二六九〇頁、評論四卷四四七頁)。

六　「不法行爲ニ基ク損害ハ行爲ト損害トノ間ニ法律上因果關係アルコトヲ要ス而シテ法律上ノ原因タルニハ普通ノ觀念ニ於テ

其損害ノ發生セシムル事實ナラサルヘカラス不法行爲ノ構成スヘキ過失トハ疎慮若クハ懈怠ニ因リ法律上必要トスル注意又ハ社會ノ共同生存上正當ナル慣習法ノ要求セル注意ヲ爲ササルコトヲ指稱ス」(大正五、九、二八、大控判決、新聞一一八二號二一頁)。

七　「虛僞ノ債權ヲ眞正ノ債權ナリトシテ讓渡シタルモノハ債權讓受人カ其債權ヲ相殺其他ノ方法ニ依リ之ヲ利用スヘキコトヲ當然豫知シ得ヘキモノナレハ債權讓渡人ハ相殺ノ行ハルヘキコトヲ豫知セサリシトキハ豫知セサリシコトニ付キ過失アリト謂ハサルヘカラス」(大正七、一〇、一九、大判、二四輯一九九四頁、抄錄八〇卷一八八七八頁、新聞一五〇九號一九頁、評論七卷民法一二〇九頁)。

八　「民法第七百九條ニ所謂過失ノ有無ヲ定ムル標準ハ通常思慮アル人ノ爲スヘキ注意ヲ怠リタルモノト解スヘク卽チ客觀的標準ニ據ルヘキコトハ共同生存ノ必要上當然ノ事理ニ屬スヘキモノトス」(大正一〇、一一、一六、咸興地方法院、永興支部判決、新聞一九二四號一八頁、評論一〇卷民法一二八四頁)。

九　「不法行爲者ニ故意又ハ過失アリト爲スニハ其ノ者ニ於テ該行爲ニ因リ何人カニ損害ヲ發生スヘキコトヲ豫見シ又ハ不注意ニ因リ豫見セサリシ事實アルヲ以テ足リ或ル特定ノ人ニ損害ノ生スヘキコトヲ豫見シ又ハ不注意ニ因リ豫見セサリシコトヲ必要トスルモノニアラス」(昭和七、五、三、大判、一一卷八一三頁、新聞三四三九號八頁、評論二一卷民法六六九頁、末延氏評釋、同年度判例民事法二一〇頁)。

(二)　具體的過失

具體的過失(culpa in concreto, Konkretes Verschulden)とは自己の事務、又は、自己の財産に對して用ゆると同一の注意(diligentia quam suis, Sorgfalt, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt)を欠缺することを謂ふ。自己の事務とは法律上の事務たると、經濟上の事務たると、一身上の事務たるとを問はない。

具體的過失は債務者自身の用ゆる注意を以て標準とするものであるから、具體的、主觀的に定まる。抽象的過失の標準が抽象的、客觀的に定められるると異なる所である。又具體的過失は抽象的過失より注意の程度低きものであるから、債務者に有利である。

生來の素質、能力、敎養、經驗が通常人よりも劣等なる債務者は其の自己の素質、能力、敎養、經驗の程度に於て用ふることを常とする注意を盡すときは自己の爲めにすると同一の注意を用ひたりと謂ひ得る。

或る人は利己主義の結果として、他人の事務又は財産に對して用ふる注意よりも、自己の事務又は財産に對して用ふる注意の方が遙に强烈なることがあり得る。或は、德義高き人は自己の事務又は財産に對しては僅少の注意を用ふるも、他人の事務又は財産に對しては非常に强き程度の注意を用ふるであらう。

併し、民法は善良なる管理者の注意よりも、自己の事務又は財産に對して用ふる注意を輕しと見る。卽ち、善良なる管理者の注意よりも、自己の事務又は財産に對する注意を以て債務者に有利なものと見る(Prot. V. S. 419, Staudinger Komm. I 1. S. 294)。

債務者が具體的過失を負ふ場合は例外であるから、一々明文を以て規定せられて居る。

民法が「自己ノ爲メニスルト同一ノ注意」、卽ち、自己の事務に對して用ふると同一の注意を爲すことを要求する場合は、第八百五條、第八百八十九條第一項等であり、「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」を爲すことを要求する場合は第六百五十九條、第千二十一條第一項、第千四十條第一項等である。

(三)　重過失

重過失(culpa lata, Grobe Fahrlässigkeit, faute lourde)とは著しく注意を欠缺するを謂ふものにして、故意に近き程度の過失であるが、如何に故意に接近するも、過失と故意とは性質を異にすること勿論である。

我が民法は前示の如く抽象的過失を原則とするが故に、重過失の責を負ふ場合は例外である。民法が或る人に重過失の責を負はしむるは特に債務者の注意義務を輕減する必要ある場合であつて、著しく債務者を保護せんとする場合である。

重過失を負ふべき場合左の如し。

(1)　事務管理人が本人の急迫の危害を免れしむるがために其の事務の管理を爲す場合(六九八)、

(2)　運送品が運送人の惡意又は重過失に因りて滅失毀損又は延著したる場合(商三四一)、

(3)　失火者の責任(明治三十二年三月八日法律第四十號失火ノ責任ニ關スル法律)、

(4)　不動産登記官吏の責任(不動産登記法一三)、

(5)　市町村長區長の戸籍事務管掌に關する責任(戸籍法四、五)、

(6)　民事訴訟法上の責任(民訴九八、一三九、二五五、三三一)、

(7)　刑事訴訟法第二百三十九條に於て「告訴又ハ告發ニ因リ公訴ノ提起アリタル事件ニ付被告人無罪又ハ免訴ノ裁判ヲ受ケタル場合ニ於テ告訴人又ハ告發人ニ故意又ハ重大ナル過失アルトキハ其ノ者ヲシテ訴訟費用ヲ負擔セシムルコトヲ得」と規定するが如きも亦然り。

(8)　舊刑事訴訟法第十三條にも「被告人免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テ其訴訟ノ原由告訴人告發人又ハ民事原告人ノ惡意若クハ重過失ニ出テタルトキハ是等ノ者ニ對シ損害ノ償ヲ求ムルコトヲ得　被告人刑ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ告訴人告發人又ハ民事原告人ヨリ惡意若クハ重過失ニ因リ其犯罪ニ付キ過實ノ申立ヲ爲シタルトキ亦同シ　民事原告人上訴ヲ爲シ敗訴ヲ爲シタルトキハ被告人其上訴ニ因リ生シタル損害ノ償ヲ求ムルコトヲ得　要償ノ訴ハ本案ノ判決アルマテ何時ニテモ其裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得」と規定する(尙刑事訴訟法六一六參照)。

重過失に關する判例左の如し。

一　「重過失トハ特ニ情狀ノ重キ抽象的注意ノ欠缺ニシテ換言スレハ各場合ノ事情ニ從ヒ何人ニテモ爲スヘキ注意ヲ怠リタルヲ謂フモノトス從テ電線ニ通スル電流ノ爲メ發火シタリトスルモ之ヲ以テ電流供給者ノ過失ニ因ルモノト速斷スルヲ得ス」(明治四三

年(ネ)二一〇號東控判決、新聞六六三號一四頁)。

二　「賣主カ質借權ノ設定ナキコトヲ明ニ確保シ契約ノ要素ト爲シタルニ於テハ買主カ不動產登記簿ヲ閱覽シ其權利設定ノ有無ヲ調査スルカ如キハ最モ注意深キ通常人ノ爲スヘキ處ニシテ其他ノ通常人ハ斯ル調査ハ爲ササルモノト認ムルニ依リ買主カ此調査ヲ爲サスシテ買受クルコトノ意思表示ヲ爲シタリトテ重大ナル過失アリト云フヲ得ス」(明治四四年(ワ)四一九號大阪地方判決、新聞七五六號二七頁)。

三　「凡ソ過失トハ違法有害ノ結果ヲ避クルニ付キ爲スヘキ注意ヲ缺如スル狀態ヲ指稱シ其ノ注意ヲ要スヘキ程度ハ取引ノ性質各場合ニ於ケル事物ノ狀況等ニ依リ一樣ナラス重大ナル過失トハ相當ノ注意ヲ爲スニ及ハスシテ容易ニ違法有害ノ結果ヲ豫見シ回避スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テ漫然意ハス之ヲ看過シテ回避防止セサリシカ如キ殆ト故意ニ近似スル注意缺如ノ狀態ヲ指示スルモノトス」(大正二、一二、二〇、大判、一九輯一〇三七頁、抄錄四八卷一一三一三頁、新聞九一六號一三〇頁)。

四　「相當ノ紳士カ詐欺ノ告訴ヲ受ケ當該官廳ノ取調ヲ受クルカ如キハ縱令不起訴ノ處分ヲ受ケタリトスルモ其名譽ヲ害セラレタルモノトスルニ妨ケナキヲ以テ其告訴カ告訴人ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ基因スルトキハ告訴人ハ之カ責ニ任セサル可カラサルヤ當然ナリ苟モ他人ヲ告訴スルニハ相當ノ注意ヲ以テセサルヘカラサルコトハ云フヲ須タサル所ナリト雖ダイヤモンド入頸飾ヲ注文シ一萬五千圓ノ前拂金ヲ支拂ヒタル一婦人カ契約期間ヲ經過スルモ相手方カ遷延更ニ履行ノ色ナク一時ヲ彌縫シ辯疏ヲ二三ニシテ其要領ヲ得サルヲ見テハ怪訝疑惑ノ念ヲ生スルハ寧ロ普通ノ事理ニ儻シテ怪ムヲ須ヒサル所ナルヲ以之ニ基キ詐欺ノ告訴ヲ提起シタリトスルモ之ヲ以テ惡意又ハ重大ナル過失ニ基因シタルモノト云フヲ得ス」(大正四、三、一一、東地判決、評論四卷民法一四五頁)。

五　「擔保付取引ニ於テハ主トシテ其擔保ニ信用ヲ置クハ取引當然ノ狀態ニシテ債務者ノ信用資產等ヲ調査セサレハトテ直ニ以テ債權者ノ惡意又ハ重過失ヲ認ムヘキニ非ス」(大正五、三、二四、東控判決、新聞一一〇九號二三頁、評論五卷民法五四八頁)。

六　「苟クモ銀行員カ相當多額ノ行金ヲ不注意ニ基キ交換ノ歸途遺失スルカ如キハ重大ナル過失アルモノトス」(大正六年(ワ)八六三號東地判決、評論七卷民法二八三頁)。

七　「電氣會社ノ電線架設カ電氣工事規定ニ定ムル所ノ施設方法ニ違反シ住家ノ上部ニアリテ其建物ト電線トノ距離僅カニ三尺內外ニシテ且電流ノ通シ居リタル爲十歲ニ達セサル男兒カ容易ニ之ニ觸レテ感電シ火傷シタルハ電氣會社ノ重過失ニ基因シタルモノトス」(大正六、三、一三、長野地方判決、新聞一二五六號一五頁)。

八　「商法第三百五十一條ニ依レハ旅客ノ運送人ハ旅客ヨリ引渡ヲ受ケタル手荷物ニ付テハ物品ノ運送人ト同一ノ責ニ任スヘキモノナレハ鐵道カ旅客ヨリ運送ヲ託サレタル手荷物ノ滅失毀損ニ因ル損害ニ付キ賠償ノ責ニ任スヘキヤ否ヤハ商法第三百三十七條ニ依リ之ヲ定ムヘク損害額ハ同法第三百四十條ニ從ヒ之ヲ定ムヘキモノナレトモ鐵道營業法ハ特別ノ規定ヲ設ケ其第十三條ニ於テ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ラサル手荷物ノ滅失毀損ニ付テハ鐵道ハ鐵道運輸規程ニ定ムル最高額迄ニ限リ損害賠償ノ責ニ任スト規定シ鐵道運輸規程第四十八條ハ鐵道ハ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ラサル手荷物ノ滅失又ハ毀損ニ付テハ旅客一人ニ對シ價格百圓以內ニ限リ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノトスト規定セリ故ニ鐵道ハ手荷物ノ滅失毀損ニ因ル損害額即チ商法第三百四十條ニ依リ定ムヘキ損害額カ百圓以內ナルトキハ其額ヲ之ヲ超過スルトキ百圓ヲ最高限度トシテ賠償スヘキヲ通則トシ唯例外トシテ其滅失毀損カ鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ル場合ニ於テノミ商法第三百四十一條ニ從ヒ一切ノ損害ヲ賠償スヘキモノナレハ百圓ヲ超ユル損害額ヲ請求スル旅客ハ手荷物ノ滅失毀損カ鐵道ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルコトヲ證明セサルヘカラス故ニ原判決カ本件手荷物ノ紛失ニ因ル損害トシテ百圓ヲ超過スル金額ノ賠償ヲ請求スル上告人ニ如上ノ證明責任ヲ歸シタルハ相當ナリ本件手荷物カ如何ナル事情ノ下ニ紛失スルニ至リタルヤハ不明ナレハ其紛失カ果シテ鐵道從業員ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルヤ之ヲ知ルニ由ナク手荷物カ二番形柳行李ニ容レタルモノニシテ見失ヒ難キモノナルノ故ヲ以テハ未タ其紛失カ重大ナル過失ニ因ルコト明ナリト謂フヘカラス然レハ原判決カ其紛失ヲ以テ鐵道從業員ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因ルモノナルヤ否ヤ不明ナリトシテ被上告人ノ賠償スヘキ損害額ヲ百圓ニ限リタルコトモ亦正當ナリ」(大正八、三、二一、大判、二五輯四八六頁)。

九　「不法行爲ノ存スル場合ニハ縱令被害者ニ重大ナル過失アルモ裁判所ハ不法行爲者ヲシテ全然不法行爲ニ基ク損害賠償ノ責任ヲ免レシムルコトヲ得ヘキモノニアラス唯被害者ノ過失ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ斟酌スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス」（大正八、六、二〇、東控判決、評論八卷民法一〇七七頁）。

一〇　「被告月報社ハ債券ニ關スル公示催告及失效ノ記事ノ揭載アル官報及勸業債券月報ニ注意セハ營業上過失ナキコトハ同業者一般ノ認ムルトコロナル旨抗爭スレトモ右愼行ハ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ之ヲ是認スルコトヲ得ス然リ而シテ大正八年三月十日原告ヨリ被告兩名其他ノ東京市內ノ有價證券賣買業者ニ對シテ主文第一、二項揭記ノ兵庫縣農工債券カ同年三月中原告方ニ於テ盜難ニ罹リシ旨ノ通知ヲ發シ次テ同年三月十二日及同月十五日本件兵庫縣農工債券ノ盜難ニ付テノ懸賞廣告ヲ揭載シタル原告經營ノ神戶鹽崎商報ヲ被告兩名其他ノ東京市內ノ有價證券賣買業者ニ送致シ右ハ執レモ第三種郵便ニ依リタルコトハ證人寺尾重吉ノ證言ニ徵シ之ヲ認メ得ルヲ以テ反證ナキ限リ右通知並ニ商報ハ發送後一兩日內ニ被告方ニ到達シタルモノト謂フヘク從テ特別ノ事情ナキ限リ被告ハ前記盜難ノ事實ヲ本件債券買受ノ際了知シ居リタルモノト認メサル可カラス尤モ此點ニ關シ被告ハ被告宛ニ每月氣配狀印刷物等ノ到來頗ル多ク一々之ヲ披見スル遑ナク又其義務モナク殊ニ前記鹽崎商報ハ公示催告ノ揭載モナク單ニ鹽崎商報ハ營業廣告ニ過キサルヲ以テ原告ニシテ右盜難ノ事實ヲ被告ニ了知セシメントセハ公示催告手續ニ依ルカ若クハ普通郵便ニ依リ品觸ヲ爲スヘキモノナル旨抗爭スレトモ假令被告主張ノ如キ事情存シ又被告ハ同人宛ニ來リシ印刷物ヲ披見スル義務ナシトスルモ荀モ前記盜難ニ關シ假令第三種郵便ニ依リシトハ言ヘ被告ニ對シ前後三回ニ亘リ通告アリ之ヲ了知シ得ヘキ狀態ニアリタル以上其後被告カ本件債券ヲ買受クルニ際シ其ノ盜品ナルコトヲ知ラサリシトセハ右ハ被告月報社ノ重大ナル過失ニ基クモノト認ムヘク殊ニ被告株式會社山叶商會ニ就テハ更ニ其ノ後同年四月八日ノ官報ニ本件債券ニ付公示催告アリタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第三號證ニ依リ明白ナルカ故ニ其ノ後タル同年五月三日ニ前記債券ヲ買受ケタルハ假令其盜品ナルコトヲ知ラサリシトスルモ其不知ニ付重大ナル過失アリト認ムルニ充分ナリ果シテ然ラハ被告兩名ハ本件債券ヲ夫々原告ニ返還スルノ義務アリ」（大正一一、五、六、東地判決、新聞一九九三號二一頁）。

一一　舊刑事訴訟法第十三條に關する判例

(1)「告訴ニ因リテ拘留トナリ懲惡十分ナラストノ理由ヲ以テ豫審免訴トナリタル者カ其ノ告訴人ニ對シテ損害賠償ヲ求メントスルニハ其ノ告訴カ惡意若クハ重大ナル過失ニ出テタル場合ニ限ルモノトス」（明治四〇、一一、一三、東控判決、新聞四六四號三頁）。

(2)「被告人カ無罪ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テ告訴人ニ對シ損害賠償ヲ求メ得ルハ其告訴カ惡意若クハ重過失ニ出テタルトキニ限ルル事ハ刑事訴訟法第十三條第一項ニ明記スル所ニシテ民法第七百九條ニ依ルヘキモノニ非ス」（明治四二、七、一、大控判決、新聞五九一號一四頁）。

(3)「刑事訴訟法第十三條第一項ニ依レハ被告人無罪ノ言渡ヲ受ケタリトスルモ其訴訟ノ原因告訴人ノ惡意若クハ重過失ニ出テタルニアラサルトキハ其告訴人ニ對シ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ス思フニ被控訴人カ控訴人ニ對シ前揭債務ヲ負擔シ居タレハトテ之カ爲メニ甲第二號證ノ如キ借用證書ヲ控訴人ニ交付スヘキ義務ナキヤ明白ナレハ被控訴人カ控訴人ノ前揭威嚇行爲ヲ恐喝取財ニ該當スルモノト信シタルハ固ヨリ當然ニシテ被控訴人ノ本件告訴ハ少クモ右ノ信念ニ基ツキ爲シタルモノト云フヘク惡意若クハ重過失ニ依リタルモノト認ムルコトヲ得ス」（明治四四年（ネ）一〇四號東控判決、新聞七九九號二四頁）。

(4)「檢事カ不起訴處分ヲ爲シタル場合ニ於テモ無罪又ハ免訴ノ言渡アリタル場合ト同シク告訴人又ハ告發人カ被告人ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任スルニハ惡意又ハ重大ナル過失アルヲ要スルモノトス」（明治四五、三、一九、大判、一八輯三一三頁、抄錄四三卷一〇〇〇七頁、新聞七八七號二八頁、評論一卷刑訴二六頁）。

(5)「刑事被告人トシテノ告訴告發ハ國家刑罰權ノ實行ヲ容易ナラシムル爲メ其犯罪申告ヲ奬勵スヘキ性質ノモノニシテ之レカ申告者ニ惡意若クハ重過失ノ存スルニアラスンハ縱シ全然不實又ハ過當ノ訴追ナリトスルモ之カ要償ヲ求ムルヲ得サルモノトス」（大正元年（ワ）二五六號橫濱地方判決、新聞八四五號二六頁、評論二卷刑訴五頁）。

(6)「民法第七百九條ニ依レハ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノニシテ其過失タルヤ重過失タルト輕過失タルトヲ問ハス然ルニ刑事訴訟法第十三條ニ依レハ被告人カ告訴人又ハ告發人等

ノ不實ノ申告ニ因リ損害ヲ被ムリタル場合ニ於テハ其惡意若シクハ重過失ニ出テタルトキニ非サレハ是等ノ者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ右刑事訴訟法ノ規定ハ民法ノ不法行爲ニ關スル通則ノ例外法ナリト謂フコトヲ得ヘシ」(大正二、六、一二、大判、一九輯四三一頁、抄錄四七卷一〇八八九頁、評論二卷民法三三六頁)。

(7)「建築工事ヲ爲ス者カ其ノ工事ノ施行ニ際シ自ラ其ノ材料ヲ買入ルル資力信用ノナキニ苦シミ偶〻資力信用アル某ト通謀シ某ニ於テ眞ニ代金支拂ノ眞意ナキニ拘ハラス之レアルカ如ク裝ヒ商人ヲ欺瞞シテ以テ建築材料ヲ引渡サシメタル場合ニ於テハ某ヲ信シ安ンシテ該材料ヲ其ノ代理人ト稱スル工事施行者ニ引渡シ商人カ某ニ其ノ代金ノ請求ヲ爲スニ及ヒ某ニ於テハ眞ニ代金ヲ支拂フノ意思ニテ賣買契約ヲ爲シタルモノニアラスト謂ヒ工事施行者ハ其ノ居所ヲ匿マシテ所在ヲ知ルコト能ハサルヲ見テ商人ハ全ク兩人ノ詐欺ニ罹レルモノト思惟スルハ當然ニシテ縱シ事實ニ於テ兩人カ商人等ニ對シテ財產上ノ損害ヲ加フルノ意思ナカリシ爲メ其ノ所爲カ刑法上ノ詐欺罪ニハ該當セサリシトスルモ之カ爲メニ商人等カ詐欺罪トシテ兩人ヲ告訴シタリトスルモ商人ニ惡意又ハ重大ナル過失アリシモノト謂フ可カラス從ツテ斯ノ如キ場合ニ於テハ損害賠償ノ責任アルモノニ非ス」(大正三、五、一六、東地判決、新聞九六一號一〇頁)。

(8)「苟モ他人ヲ告訴スルニハ相當ノ注意ヲ以テセサルヘカラサルコトハ云フヲ須タサル所ナリト雖モ「ダイヤモンド」入頭飾ヲ注文シ一萬五千圓ノ前拂金ヲ支拂ヒタル一婦人カ契約期限ヲ經過スルモ相手方カ遷延更ニ履行ノ色ナク一時ヲ彌縫シ辯疏ヲ二三ニシテ其要領ヲ得サルヲ見テハ怪訝疑惑ノ念ヲ生スルハ寧ロ普通ノ事理ニ徵シテ敢テ怪ムヲ須ヒサル所ナルヲ以テ之ニ基キ詐欺ノ告訴ヲ提起シタリトスルモ之ヲ以テ惡意又ハ重大ナル過失ニ基因シタルモノト云フヲ得ス」(大正四、三、一一、東地判決、評論四卷民法一四五頁)。

(9)「告訴ヲ提起シタルコトカ告訴人ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ非サル限リハ縱令被告人カ不起訴處分ヲ受ケタレハトテ刑事訴訟法第十三條ニ依リ損害賠償ノ義務ナキモノトス」(大正八、六、二三、大控判決、新聞一六〇二號一五頁)。

(10)「刑事訴訟法第十三條ハ不法行爲ニ關スル民法ノ一般原則ニ對スル特例ヲ定メタルモノナレハ同條所定ノ場合ニ於テ告發人カ被告人ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スルニハ輕過失アルヲ以テ足ラス必ヤ惡意又ハ重過失アルコトヲ要スルモノトス」(大正八、一一、四、大判、二五輯一九五七頁、抄錄八六卷二〇五二四頁、評論八卷刑訴一〇八頁)。

(11)「刑事被告人冤訴ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テ刑事訴訟法第十三條ニ依リ告訴人ニ損害賠償ノ責アリト爲スニハ告訴人ノ惡意又ハ重過失ニ因リ不實ノ告訴ヲ爲シタルコトヲ具體的ニ判示セサルヘカラス」(大正九、一、三一、大判、新聞一六七一號二一頁)。

(12)「刑事訴訟法第十三條ハ不法行爲者ノ心的狀態ニ關スル民法第七百九條ノ例外ヲ定メタルモノニシテ刑事訴訟法第十三條ニ在リテハ惡意又ハ重大ナル過失アル場合ニ非サレハ賠償ノ責任ナキ點ニ於テ其例外タルニ止マリ權利侵害ノ原因カ告訴又ハ告發ニ基ク以上ハ其不法行爲ノ成立スヘキ場合ヲ制限シタルモノニアラス」(大正一〇、一、二〇、大判、二七輯八二頁、評論一〇卷刑訴六頁)。

(13)「控訴人カ大正八年一月二十八日東京地方裁判所檢事正太田黑英記ニ對シ被控訴人カ訴外鉾立一ト共謀ノ上大正七年九月二十五日大阪砲兵工廠ニ於ケル野州麻三萬基ノ購買入札ノ際控訴人主張ノ如キ背任及詐欺ノ犯行ヲ爲シタリトシテ右兩名ニ對シ告訴ヲ爲シタルトコロ其後右鉾立一ハ東京地方裁判所ニ於テ無罪ノ判決言渡ヲ受ケ檢事ヨリ控訴アリタルモ東京控訴院ニ於テ審理ノ上控訴棄却ノ判決アリ該判決ハ遂ニ確定スルニ至リタルコト及被控訴人ハ右告訴事實ニ付キ當初ヨリ檢事ノ訴追ヲ受ケサリシ事實ハ當事者間ニ爭ヒナキトコロナルヲ以テ鉄上ノ事實及乙第二號各證甲第四號乃至第六號各證ヲ綜合スレハ被控訴人ニ本件告訴ノ如キ背任及詐欺ノ犯行ナカリシモノト認定スルヲ妥當トス控訴人ハ被控訴人カ前記告訴ノ如キ犯行ヲ爲シタルモノナリト主張スレトモ之ヲ確認ス可キ何等ノ證左ナシ依テ控訴人カ右不實ノ告訴ヲ爲スニ至リタルハ控訴人ノ故意若クハ重過失ニ基因スルモノナリヤ否ヤヲ按スルニ本件告訴カ控訴人ノ諜告故意ニ出テタル事實ハ被控訴人ノ證據ニ依ルモ毫モ之ヲ認ムルニ足ラサルハ勿論ニシテ乙第二三號各證第五號乃至第七號甲第十一號證及當審證人廣瀨大郎、今道常吉、谷田貝勝吉、片柳貞雄、片柳雄作、小川群次ノ各證言ヲ綜合スレハ被控訴人ハ平素其雇人カ得意先ナル會社官廳ニ對スル廉ノ納入ニ際シ不正ノ行爲ヲ敢行スルコトヲ認容默許シ居リ殊ニ大正七年九月中東京砲兵工廠ニ於ケル野州麻五萬基ノ購買入札ノ際平素親密ナル前記鉾立一ト通謀ノ上右鉾立一ヲシテ（小倉久兵

衞名義ヲ以テ）落札セシメ其競爭入札者タル訴外廣瀨太次郎ヲシテ落札スルコト能ハサルニ至ラシメタル事實及其後大正七年九月二十五日大阪砲兵工廠ニ於ケル野州麻三萬基ノ購買入札ノ際前記鉾立一ハ控訴人ヨリ一基ノ單價一圓四十六錢ニテ入札ニ應ス可キ旨ノ委託ヲ受ケ乍ラ右委託ノ主旨ヲ實行セス却テ第二回入札ノ際被控訴人カ獨リ一基一圓七十九錢八厘ニテ入札ノ上落札シ自己ハ入札タモセサリシニ拘ラス控訴人ニ對シテハ一基一圓四十三錢ニテ入札シタルモ被控訴人ハ之ヨリ低廉ナル價額ヲ以テ入札セル爲メ被控訴人ニ落札シタル旨虛僞ノ報告ヲシ而モ右入札ノ數日前被控訴人ハ右鉾立一ト會合密談シタル事實其他控訴人ヲシテ被控訴人カ右鉾立一ト通謀ノ上本件告訴ノ如キ背任及詐欺ノ犯行アリト確信シ本件告訴ヲ爲スニ至ラシム可キ相當ノ事由ノ存在セル事實ヲ窺知スルニ難カラサルヲ以テ控訴人カ本件告訴ノ如キ犯行ノ存在ヲ確信シ右告訴ヲ爲シタレハトテ何等過失アルモノト謂フヲ得ス尤被控訴人カ本件告訴事實ニ付當初ヨリ檢事ノ訴追ヲ受ケサリシ事實及前記鉾立一カ右告訴事實ニ付キ無罪ノ判決言渡ヲ受ケ判決確定シタル事實ハ前敍ノ如ク當事者間ニ爭ヒナキ事實ナルモ斯ノ如キ事實ハ毫モ右認定ニ支障ヲ生セサルハ勿論其他被控訴人ノ總テノ擧證ヲ以テスルモ未タ前記ノ各認定ヲ覆スニ由ナシ然ラハ控訴人ニ本件告訴ニ付キ誣告ノ故意若クハ重大ナル過失ノ存在ヲ前提トシテ之カ賠償ヲ訴求スル本件請求ハ既ニ此點ニ於テ失當ナリ」（大正一三、一一、一二、東控判決、新聞二三三四號一七頁、新報二二號二二頁）。

(14)「現行刑事訴訟法ニ於テハ告訴カ不實ナリシトキハ告訴者ノ惡意又ハ重過失ナルト普通過失若クハ輕過失ナルトヲ不論之ニ賠償責任ヲ負擔セシムレトモ舊刑事訴訟法ニ於テハ此ノ責任ハ告訴者ノ惡意又ハ重過失ノ場合ニ限リ之ヲ命シタリ左レハ其告訴カ苟モ舊法施行當時ニ行ハレタルトキハ縱シ其裁判カ現行法ノ下ニ之レアル場合ト雖モ現行法第六百十六條第三項ニヨリ舊法ヲ適用シ其責任ヲ判定セサルヘカラス」（大正一四、六、一、大判、四卷二九八頁、彙報三六卷下民事一五四頁）。

(15)「橫領ノ所爲ニ付結局無罪ノ言渡ヲ受ケタリトスルモ當初第一、二審共有罪ノ宣告ヲ受ケタル以上橫領ノ所爲アリタル嫌疑十分ニ存シタルモノニシテ該被害者カ右橫領ノ告訴ヲ提起セルニ付惡意若ハ重大ナル過失アリタルモノト認ムルヲ得サルモノトス」（大正一四、六、二九、甲府地方判決、新報五三號二二頁、評論一五卷民法二九二頁）。

一二　失火責任の重過失

(1)「明治三十二年法律第四十號ニハ民法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但失火者ニ重大ナル過失アルトキハ此限ニ在ラストアリテ此規定ハ家屋山林等ニ限定シタル文詞ナキニ因リ船舶ノ失火ニ付テモ亦適用スヘキモノトス」（明治三六、五、四、大控判決、新聞一三九號八頁）。

(2)「本件火災ニ付キ重過失アリタルヤヲ按スルニ夫レ電流ヲ通セル電燈設備線路ハ危險ノモノニ屬シ時トシテ危害ヲ惹起スルコトナシトセサルヲ以テ之カ事業ヲ營ムモノハ他人ニ損害ヲ加ヘサル樣注意ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノニシテ其加フヘキ注意ノ程度ハ電氣事業取締規則其他主務官廳ノ發布セル諸種ノ規定ニ遵據シ右ノ規則カ電路工事施設送電架設電線ノ良否架設方法之カ檢査需用者ノ屋內ニ於ケル電路ノ施設維持保存等ニ關シ定メタル所ヲ守ラサルヘカラス之ヲ守ラスシテ注意ヲ缺キタリトセハ以テ重過失ト看做スニ足ルヘシ而シテ右ノ注意ヲ缺キタリヤ否ヤニ付テ其立證責任ノ孰レニ在ルヤヲ按スルニ凡ソ危害ヲ惹起スル虞アル物ニシテ之カ制禦ハ擧ケテ被告ノ手裡ニ存シ而カモ其現ニ發生シタル危害タルヤ過失アルニ非レハ通常發生セサルモノト認メ得ヘシ且ツ其如何ニシテ發生シタルカニ付キ解說ヲ下シ難キ場合ニハ過失ハ被告ニ在リト推定スルヲ證據法ノ原則トス而シテ電燈設備一切ノ事擧ケテ被告會社ノ制禦ノ下ニ在リテ原告ハ危險ノ豫防等ニ關シ何等ノ施設ヲ爲スヲ得サルノ地位ニ在リテ而シテ電流ニ基ク發火ハ被告會社ノ過失アルニ非サレハ通常發生セサルヘキモノト認ムヘキモノナレハ發火原因ニ付キ明白ナル解說ヲ爲スヲ得サル限リ被告會社ノ過失ニ基クモノト謂ハサルヘカラス」（明治三七、三、一、東地判決、新聞二七五號二〇頁）。

(3)「縱令電流ノ爲メ電線ヨリ發火シ延テ火災ニ及ヒタリトスルモ電流ニ因ル發火ノ原因ハ種々アルノミナラス電燈ノ供給者カ電燈ニ付定期ノ檢查ヲ怠ラサルトキハ重過失アリト謂フヲ得ス故ニ此一事ノミヲ以テ火災ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス」（明治三九、九、二八、東控判決、新聞三八八號六頁）。

(4)「失火ニ付テハ明治三十二年法律第四十號ニヨリ民法第七百九條ノ規定ヲ適用セサルコトニ定メラレタリ而シテ該規定タルヤ一般失火ノ場合ニハ其損害賠償ノ責ヲ宥恕シ重大ナル過失アル場合ニ限リ其責ニ任スルヘキモノト解スルヲ相當トス」（明治四〇、

三、二七、大判、新聞四二二號一九頁)。

(5)「發火ノ場所カ家屋二階ノ外側上部ニシテ通常火氣ノ存セサル箇所ナルコト同箇所ニハ電線ノ引込アリタル事實及發火ノ當時烈風アリシ事實並ニ當時電送中ナリシ事實ナルトキハ其ノ發火原因ハ右電線ニ通スル電流ニアリト認定スルヲ以テ相當トス然レ共電流ノ爲メ發火スルニ至リタル原因ハ必スシモ一定セス或ハ濕潤其他鼠害等ノ爲メ生シタル電線ノ故障ニ因ル事ナキニアラサルヲ以テ右發火原因カ電線ヨリ生シタリトスルモ之ヲ以テ直ニ電氣會社ニ重過失アリト推定スルコトヲ得ス」(明治四三、四、一三、東控判決、最近判七卷一六〇頁)。

(6)「明治三十二年法律第四十號ニハ民法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此限ニ非スト規定シアリテ失火者ハ賃借人ナルト否トヲ問ハス重大ナル過失ナキ限リハ一切其ノ損害ノ責任ヲ負擔セシメサル法意ナルコト疑ヲ容レス」(明治四四年(ネ)三一號長崎控訴判決、新聞七四〇號二六頁)。

(7)「電氣事業取締規則第六十七條ハ暴風其他非常ノ場合ニ危險ノ虞アリト認ムヘキ區域ニ限リ送電遮斷ヲ命シタルモノナルヲ以テ發火ノ現場附近ニ於テ火災前電柱ノ倒壞電線ノ落下切斷等漏電ニ依リ人ノ生命身體財産ニ危害ヲ及ホスヘキ虞アリタリト認ムヘキ事迹アリシコトヲ證明セラレサル場合ニ於テハ電燈業者カ送電遮斷ヲ爲サヽリシニ付キ過失アリト云フヲ得ス而シテ電燈線ノ發火ハ濕潤鼠害等電燈供給者ノ過失ニアラサル事由ニ基因スルコトモアリ得ヘキカ故ニ火災カ電燈線ノ故障ニ出テタリトノ事實ノミニ依リテハ直チニ電燈業者ノ重過失ニ基ク發火ナリト云フコトヲ得ス」(明治四四、六、一五、東控判決、新聞七四四號二三頁)。

(8)「明治三十二年法律第四十號ハ一般失火ノ場合ニ燒燬セラレタル被害者ノ損害ヲ常ニ失火者ニ賠償セシムルハ我國古來ノ慣習ニ反シ寧ロ酷ニ失スルモノトシテ一般不法行爲ノ原則タル民法第七百九條ハ失火ノ場合ニ適用セサルコトヲ規定シ僅カニ其ノ但書ニ於テ重大ナル過失アル場合ニ限リ損害ヲ賠償セシムル事ヲ定メタルモノトス」(大正三、七、一七、長野區判決、新聞九五九號二六頁)。

(9)「失火者ニ對シ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スル者ハ民法ノ通則ニ從ヒ失火者ニ重大ナル過失アリタルコトヲ立證スヘキモノトス」(大正四、一〇、二〇、大判、二一輯一七二九頁、抄錄六一卷一三四四七頁、評論四卷民法八四七頁)。

(10)「甲電力會社カ其ノ架設シタル電線電柱ノ瑕疵ノ修理ヲ怠リタル爲該電線ヨリ漏電シテ火花ヲ發シ遂ニ乙ノ住家浴場及其ノ內ニ在リタル動産ヲ燒燬スルニ至リタル場合ハ畢竟甲會社代表者ノ修理ニ關スル不注意ニ出テタルモノト謂フヘク卽其ノ過失ニ因リ火ヲ失シタルモノナレハ明治三十二年法律第四〇號失火ノ責任ニ關スル法律ノ適用ヲ受クヘキモノナリト雖其ノ過失ニシテ重大ナル場合ハ甲會社ハ民法ニ定メタル不法行爲ノ責任ヲ免レサルモノトス」(昭和七、四、一一、大判、一一卷六一四頁、評論二一卷民法九七四頁)。

(四)　最輕過失

佛民法の學說に於ては過失を契約上の過失と不法行爲上の過失とに分類し、契約違反の場合に於ては抽象的過失の責に任せしむるけれども、不法行爲(佛民一三八三)の場合に於ては最輕過失(faute très légère)の責に任せしむるものとする。

我が民法に於ては注意の最大限度を抽象的過失に止め、其の以上に最輕過失を認めない。

最輕過失に關する佛民法の學說に付ては、石坂氏上卷四四〇頁、四三八頁及び同所引用の學說參照。

(五)　「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」

我が民法は「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」(Vom Schuldner zu vertretender Umstand)と謂ふ語を使用する場合がある(四一五、五三四―五三六、五四三等)。

民法に謂ふ所の「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」が何を意味するか。換言すれば、債務者の責に歸すべき事由が故意過失と同一意義なるや否やに關しては爭がある。

(1)　第一說

第一說は「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」とは債務者の故意、過失（卽ち廣義の過失）を謂ふものであるとする。

中島氏釋義三卷上四七四頁、鳩山氏一五五頁、一三六頁、横田氏二三六頁、三瀦氏一二四頁、一九〇頁、烏賀陽氏一四四頁、磯谷氏二三六頁、富井氏二一八頁、岩田氏九八頁。石坂氏上卷五六八頁は明に此の說に屬するが如くであるけれども、併し、同書四八七頁、殊に四一六頁に依れば、石坂氏は此の說に屬せられないこと明白である。

(2)　第二說

第二說は「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」は故意過失と同一意義に非ずとする。是れを通說と見るべきである。

「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」が主として債務者の故意過失を謂ふものなることは疑がないが、民法が故意過失と謂ふ術語以外に尙「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」と謂ふ特別の術語を使用して居る以上は、故意過失以外に更に夫れより狹き意義に用ひらるるものなるか、夫れより更に廣き意義に用ひらるるものなるかを考へなければならない。然かし、此の場合に、故意過失といふより更に狹き意義には考へる餘地がなく、又、故意過失と全然同意義と考ふることも困難であるから、結局、故意過失より廣く考へる外に考方はない。而して實際、故意過失より廣く債務者の責に歸すべきが如き事由があり得るやといふに、債務者の故意過失なき場合にして、然かも債務者の責に歸すべき事由があり得ること疑ない。

之れを抽象的、一般的の語を以て言ひ表はすならば、債權法を支配する信義誠實の原則に從ひ、債務者をして、其の責に任せしむることを妥當とするが如き事由が卽ち債務者の責に歸すべき事由であるといふことに歸着する。卽ち、債務者の責に歸すべき事由とは嚴格なる意義に於ける不可抗力以外の總ての事由（原因）を包含するものと見るべきである。換言すれば、債務者の故意過失のみならず、事變までも之れを包含するものと解すべきである（勝本氏上卷三二〇頁、林氏總論一〇〇頁參照）。

之れを具體的の事例を以て列擧するならば、次の如きものが債務者の責に歸すべき事由に屬する。

例へば、(a)債務者は其の遲滯後に於ける事變に付いても責に任せなければならないから、債務者遲滯後に於ける事變も債務者の責に歸すべき事由といふべきである。

同說　末弘氏債權總論六六頁、勝本氏上卷三二〇頁、三三三頁註、川名氏一七一頁。

反對　小町谷氏「履行補助者の過失に因る債務者の責任に就て」

此の問題は通常債務者遲滯の效力の一として論ぜらるる問題である。而して、債務者遲滯後に在り

ては、債務者は原則として不可抗力に對しても其の責に任じなければならないものとすることを通說とする。爰に謂ふ所の不可抗力は事變を謂ふ。嚴格なる意義に於ける不可抗力ではない。之れに關しては曩に契約解除の第四要件たる催告期間内の債務者の不履行の部（上卷七七四頁以下）に說明したる所を參照せられたい。

(b)債務者が履行のために任意に使用したる被雇者、卽ち、所謂履行補助者の過失の如きも之れに屬する（獨民二七八、瑞債一〇一參照）。

同說　勝本氏總論上卷三二〇頁、三二一頁、三三三頁註、石田氏講義二一九頁、二二〇頁、近藤柚木兩氏上卷一三四頁、林氏總論一〇〇頁。

(c)債務者の人的事由も亦債務者の責に歸すべき事由と爲ることがあり得る。例へば、債務者の職業上の障礙、財產上の障礙、卽ち、支拂能力の缺乏、精神上、肉體上の障礙、卽ち、疾病、其の他、債務者の旅行、不在、失踪等の如し。

大體同說　石田氏總論講義二一九頁。

(3)　判　例

(a)判例は曾て故意過失以外にも尙債務者の責に歸すべき事由が存在するものとした。

明治四〇、一一、二、大判、一三輯一〇七一頁、明治四一、一二、一五、大判、一四輯一〇一頁。

(b)其後判例は右見解を改めて、故意過失と、債務者の責に歸すべき事由とを同意義と認むるに至つた。

明治四一、(ワ)第一五七號東地判決、新聞六三九號一一頁、大正二、一一、一五、大判、一九輯九六〇頁。

(c)併し、近時判例は再び債務者の責に歸すべき事由を故意過失より廣く解し、履行補助者又は轉借人の故意過失をも之れに包含せしむるに至つた。

昭和四、三、三〇、大判、八卷三六三頁（履行補助者の場合）、小町谷氏評釋、同年度判例民事法一四八頁、昭和四、六、一九、大判、八卷六七五頁（轉借人の場合）、吾妻氏評釋、同年度判例民事法二七七頁、末川氏論叢二四卷三號四三六頁。

(六)　自己に對する過失

(1)　總　說

過失は債務者が債權者に對して、注意義務を負擔する場合に於て、其の責任發生の基礎となるべき主觀的事由を爲すものである。然るに、債權者が債務者に對して損害賠償請求權、其の他の權利を行使するに當り一定の心理的狀態あるときは、之れなき場合よりも、其の賠償請求權の範圍を制限せらるる場合がある。之れを自己に對する過失（Verschulden gegen sich selbst, eigenes Verschulden）と稱し、本

來の過失、卽ち、他人に對する過失（Verschulden gegen andere）に對立せしむる。自己に對する過失は過失相殺に關する第四百十八條、第七百二十二條第二項、其の他、第九十五條但書、第百一條第二項、第百十二條但書、第百十七條第二項、第百九十二條、第四百七十條、第四百九十四條、第五百四十八條、第六百五十條第三項、第九百五十九條第二項等に規定せられて居る。

(2)　自己に對する過失の性質

自己に對する過失（Verschuld:n gegen sich selbst）、又は自己の過失（Eigenes Verschulden）の觀念はZitelmann の主唱する所に始まり(Zitelmann, Grundrisse S. 152—153, S. 166—167)、之れに隨從する學者が少くない。併し乍ら、未だ必ずしも研究が究極に達しないので、其の性質に關しては爭がある。

(a)川名氏に依れば自己に對する過失は固有の意義に於ける過失、卽ち、他人に對する過失（Verschulden gegen andere）と其の性質を異にしないとなし、自己に對しても過失ある行爲を爲すべからざる義務の存在を認めようとする。

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten S. 59 ff. Weyl, Verschulden S. 529 ff.
川名氏債權法要論二一二頁。

併し乍ら、自己に對する義務は之れを認むることを得ないのであるから、此の說は到底之れを維持することを得ない。

(b)石坂氏に依れば、心理的に觀察すれば、固有の過失と自己の過失とは其の性質を同ふするけれども、法律上に於ては、前者は法律上の義務を伴ひ、後者は然らず。前者は違法なれども、後者は違法ならず。前者は損害賠償義務を發生し、後者は然らず。唯法律は自己の過失により利益を失はしめ、不利益を生せしむるのであるとする。

石坂氏上卷四一八頁。

(c)鳩山氏に依れば過失を注意義務の懈怠とのみ見る從來の通說に反し、過失は單に注意を爲さざること、注意の欠缺とする。而して過失を二種に分ち、不法なる過失と、不法ならざる過失とし、不法なる過失は卽ち注意義務に違反する過失とする。不法ならざる過失、卽ち、自己の過失に對しては義務違反を必要とせざる代りに、社會觀念上の非難性を必要とせられる。

鳩山氏總論九三頁註一、同說、岡松氏「意思能力論」法協三四卷三號九〇頁以下。

(d)勝本氏に依れば、賠償權利者の過失が義務違反を前提とする固有の過失と異なることは認むべきであるが、其の差異は本質的のものでなく、前者が積極的意義を有するに反し、後者は消極的意義を有するに過ぎない。卽ち、過失を斟酌せずして全部の賠償責任を認むれば、之れに對して過失（義務違反）となり得べきものである。賠償權利者は自己の行爲により他人に不當なる賠償義務を負はしむる

に至るからである。

勝本氏債權總論上卷四一四頁。

(e)結　語

自己に對する過失が固有の過失と其の法律上の性質に於て、又其の效力に於て如何なる差異あるかは石坂氏の說明に徵して明瞭となつて居る。之れを鳩山氏の如く、過失の一種類として、過失は固有の過失と自己に對する過失とするとも、又は全然別種の觀念なりとして之れを過失以外に置くとも、何れも便宜の問題に過ぎない。要するに固有の過失以外に於て、自己の過失を認むるに非ざれば、民法の具體的公平觀念は滿足することを得ない。自己の過失を民法上に認むることは必要であり、又民法自ら之れに對して規定を設けて居る以上は、自己に對する過失の觀念を否定することを得ない。問題は固有の過失と、自己の過失との本質上、效力上の差異を明確にして置く必要あるのみであつて、然かも此點は前示の如く其の大體に於て既に明白たるを失はない。

一　「商法第四百二十九條第一項但書ノ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキトハ保險者カ自己ニ被ルコトアルヘキ不利益ヲ防止スル爲メ取引上必要ナル注意ヲ缺キタルコト所謂自己過失ヲ指稱スルモノニシテ法律上注意義務ノ存在ヲ前提トシ此ノ義務ニ違背シタル場合ヲ謂フモノニアラサルモノトス」(大正一一、一〇、二五、大判、一卷二一號六一二頁、烏賀陽氏評釋、論叢一一卷二號一一四頁)。

二　「商法第四百二十九條第一項但書ニ所謂過失トハ必スシモ重大ナル過失ニ限ラサルコトハ文理解釋上明ナルノミナラス之ヲ重大ナル過失ト限定シテ解釋スヘキ法理上ノ根據ナキモノトス」(昭和三、六、六、大判、評論一七卷商法三二九頁)。尙本條に關する判例に付ては小町谷、伊澤兩氏商事判例集六八〇頁以下參照。

(七)　他人の過失

——履行補助者又は使用人の過失——

民法は第七百十五條に於て不法行爲の場合に付き「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害ヲ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス前項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行爲ヲ妨ケス」と謂ふ一般的規定を設けて居るが、債務不履行に關しては、斯の如き一般的規定を設けず、僅に商法に於て運送取扱人、運送人、倉庫營業者、船舶所有者等に關して特別の規定を設けて居るに過ぎない(商三二二、三三七、三五〇、三七六、五九二、六三九等)。

(a)我が民法は債務者以外の第三者の履行を認むる(四七四)。第三者が債務者の委託によらずして、履行を爲したる場合に、故意過失ある場合には、債務者は其の責に任じないものと解すべきである。

(b)法人の代表者の行爲は法人自己の行爲であり、又無能力者の法定代理人の行爲は無能力者の行爲

と同一視し得るから、代表者、法定代理人の過失は法人又は無能力者が其の責に任ずべきである。

(c)當事者間の意思表示又は債務の性質に因り、殊に債務者自身の履行を必要とする場合に、債務者が第三者に依りて履行を爲したるときは、債務者は第三者の過失に付き責任あるのみならず、第三者に過失なき場合と雖も、斯の如き債務の履行に第三者を使用したることが債務者自身の過失を構成する。

(d)債務者自身が債務の履行を爲すを要せず、第三者をして履行を爲さしめ得べき場合に在りては、第三者自身に過失なく、又債務者自身にも過失なきに拘はらず、債務不履行を惹起したる場合には債務者に責任を生じない。例へば、履行補助者たる第三者が債務の目的物を債務者より交付せられざるがため、過失なく不履行に了はりたる場合に於て、債務者は亦不可抗力のため其の目的物を入手することを得ざりし場合の如し。

(e)第三者を履行補助者として使用し得べき債務に在りて、第三者に過失なくして不履行に了はりたるとき、債務者が自ら過失ある場合、例へば履行補助者の選任監督又は材料の供給等に付き、債務者に過失あるから、債務者は勿論、過失の責に任せざるを得ない。

(f)第三者をして履行を爲さしめ得べき債務に在りて、履行補助者たる第三者に過失あり、債務者自身に過失なき場合に、債務者は此の第三者の過失に付き其の責に任ずべきや否や、卽ち、此の場合に債務者に無過失責任を認むべきや否や。現代の經濟生活に於ては、或る事業を爲すには、他人を使用せずして、其の目的を達することを得ないが故に、民法に於て、被用者の行爲に對する使用者の責任を定むる必要あるが如く、債務の履行も他人の補助協力なくして實現せられ難き場合が尠くないから、債務の履行に付き使用したる履行補助者の行爲に對する債務者の責任を認めざるを得ない。

從つて、法典に一般的規定を缺くに拘らず、近時、學說判例は履行補助者の過失に付き債務者自身が其の責に任ずべきものとするに至つた。但し、其の根據に付きては議論一致しない。或は衡平上の理由により履行補助者を用ふる利益を享受する債務者は其の危險をも負擔すべきであるとし、或は債務者自ら責任を負擔すべき默示的合意ありとし、或は被用者は債務者の手足、機關なりとするが如し。

衡平の觀念上、債務者は履行補助者の過失に付き、其の責に任ずべきであると解するのが正當と思ふ。

(甲)　同說　(使用者の過失に付き債務者が責に任ずべきものとする說)

獨民法二七八、瑞債一〇一、墺民一三一三、勝本氏上卷三二二頁以下、我妻氏「履行補助者の過失に因る債務者の責任」法協五五卷一二九九頁以下、石田氏「履行補助者の過失に因る債務者の責任」論叢三五卷二號、二四四頁以下、近藤柚木氏上卷一三二頁以下、岡松氏無過失損害賠償責任論四五五頁、磯谷氏總論一六七頁、橫田氏總論二六四頁、吾孫子氏九四頁、烏賀陽氏債權總論綱要一〇九頁、小町谷氏評釋法協四八卷五號一五一頁、同氏「履行補助者の過失に因る債務者の責任に就て」志林三二卷二號、松坂

氏「履行補助者の過失に因る債務者の責任」民商法雜誌五卷四號以下。

一　「他人ヨリ委託セラレタル物品ヲ運搬スルニ當リ運搬人ノ選擇宜シキヲ失シ爲メニ物品ヲ紛失シタルトキハ受託者ハ所有主ニ對シ賠償ノ責任ヲ負フヘキモノトス」(明治二九、一〇、二〇、刑大判、二輯九卷九三頁)。

二　「運送人カ旅客運送中自己又ハ使用人ノ過失ニ因リ旅客ニ創傷ヲ與ヘタルトキハ完全ニ其契約上ノ義務ヲ履行シタルモノト云フコトヲ得サルカ故ニ之カ爲メニ生スル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負フヘキコトハ商法第三百五十條ノ規定ニ徵シテ疑ヲ容レス」(大正五、一、二〇、大判、二二輯四頁、抄錄六四卷一三九〇九頁)。

三　「凡ソ契約上ノ義務履行ニ付キ他人ヲ使用スル場合ニ於テ被用者ノ過失ハ使用者ノ過失ト同視セラレ使用者ニ於テ其責ニ任スヘキコト當然ナレハ其選任監督ニ付キ過失ナカリシ事由ヲ主張シテ其責ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス」(大正八、四、一五、東拓判決、評論八卷民法八〇八頁)。

四　「因テ按スルニ火ハ吾人日常生活ニ必要缺クヘカラサルモノニシテ山林内ニ於テ伐木製材ニ從事スル人夫ノ如キモ其生活上必スシモ山林中ニ於テ火ヲ使用スル要ナキモノト云フコトヲ得ス從テ彼上人夫カ山林中ニ於テ火ヲ用ヒタル結果火ヲ失シタル場合ニ於テ人夫ノ使用者カ人夫ヲシテ絕對ニ山林中ニ於テ火ヲ用フルコトナカラシメサリシ事ヲ以テ人夫ノ監督ニ付過失アルモノト斷定スルニハ該山林中ニ於テハ人夫カ其生活上絕對ニ火ヲ使用スル必要ナキコトヲ說明スルヲ要スルヤ論ヲ俟タス何ントナレハ若シ其山林中ニ於テ人夫カ其生活上火ヲ使用スルノ必要アランカ人夫ノ使用者カ人夫ニ對シ絕對ニ火ノ使用ヲ禁止スルハ非理ノ甚シキモノニシテ之ヲ禁止セサレハトテ人夫ノ監督ニ付キ過失アルモノト云フコトヲ得サルヤ勿論ナレハナリ原判決ヲ査スルニ原院ハ先ツ本件山林第二號區域ニ於テ伐木製材ニ從事セル上告人使用ノ人夫カ同區域内ニ於テ火ヲ用ヒタル結果火ヲ失シ隣接セル同山林第三號區域ニ延燒シタル爲メ該區域ニ存スル本件賣買ノ目的物ニシテ賣主タル上告人ニ於テ買主タル被上告人ニ引渡スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ保存スル義務アル立木及枳伐木ノ一部ヲ滅失又ハ毀損シタル事實ヲ認メタル上進ンテ上告人ニ右義務違反ノ責アルヤ否ヤ又右滅失毀損ニ基因スル本件賣買ノ目的物ノ一部ノ給付不能カ債務者タル上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタルモノナルヤ否ヤノ爭點ヲ判斷スルニ當リ右第二號區域ニ於テ伐木製材ニ從事スル人夫カ其生活上該山林中ニ於テ火ヲ用ユル必要毫モ存セサリシ事實ヲ確定スルコトナク漫然上告人カ右人夫ヲシテ絕對ニ該山林中ニ於テ火ヲ用フルコトナカラシムヘキハ人夫ノ監督上當然ニシテ然ラサル以上人夫ノ監督ニ付上告人ニ過失アルモノナリト斷定シ之ヲ根據トシテ右爭點ヲ何レモ上告人ノ不利益ニ判斷シ據テ以テ上告人ニ本件損害賠償ノ義務アルモノト認メ被上告人ノ本件請求ノ原因ヲ正當ナリト判定シタルハ理由不備ノ不法アリ」(大正一〇、八、一〇、大判、二七輯一四四〇頁、東氏評釋、同年度判例民法四〇〇頁以下)。

五　「雇傭又ハ委任等ノ契約ニ基キ他人ヲ監督スル債務ヲ負擔シタル者カ其ノ監督ヲ怠リタル爲ニ他人ノ不法行爲ニ因リ傭主若ハ委任者ニ損害ヲ蒙ラシメタル場合ノ如キハ唯債務不履行トシテ之カ賠償ノ責ニ任スルニ止マルモノニシテ同時ニ不法行爲ヲ構成スルモノニ非ス」(大正一五、四、一六、朝高判決、評論一五卷民法五七四頁)。

六　「債務ヲ負擔スル者ハ契約又ハ法律ニ依リ命セラレタル一定ノ注意ノ下ニ其ノ給付タル行爲ヲ爲スヘキ義務アルヲ以テ債務者カ債務ノ履行ニ付其ノ義務タル注意ヲ盡シタルヤ否ハ總テ債務ノ履行ノ爲他人ヲ使用スル場合ニ在リテハ債務者ハ自ラ其ノ被用者ノ選任監督ニ付キ過失ナキコトヲ要スルハ勿論此ノ外尙ホ其ノ他人ヲ使用シテ債務ノ履行ヲ爲サシムル範圍ニ於テハ被用者ヲシテ其ノ爲スヘキ履行ニ伴ヒ必要ナル注意ヲ盡サシム可キ責ヲ免レサルモノニシテ使用者タル債務者ハ其ノ履行ニ付被用者ノ不注意ヨリ生シタル結果ニ對シ債務ノ履行ニ關スル一切ノ責任ヲ回避スルコトヲ得サルモノト云ハサル可カラス蓋債務者ハ被用者ノ行爲ヲ利用シテ其ノ債務ヲ履行セントスルモノニシテ此ノ範圍内ニ於ケル被用者ノ行爲ハ卽債務者ノ行爲ソノモノニ外ナラサルヲ以テナリ」(昭和四、三、三〇、大判、八卷三六六頁、新聞三〇三三號一〇頁、評論一八卷民法九七四頁、我妻氏法協五五卷一二九九頁以下、小町谷氏許釋、同年度判例民事法一四五頁)。

七　「賃貸物ノ轉貸ニ關スル賃貸人ノ承諾ナルモノハ申込ニ對スル承諾トハ全然其趣ヲ異ニシ一ノ許諾卽許可ノ義ニ外ナラス之レアレハ卽賃借人カ他人ヲシテ目的物ヲ使用セシムルコトカ適法トナリ賃貸人ニ於テハ又民法第六百十二條ノ解除權ヲ有スルニ至ルニ過キス之ニ依リテ以テ賃貸人ト轉借人トノ間ニ何等ノ貸借關係モ成立スルニ非ス(唯法律上或種ノ請求權卽例ヘハ賃貸借終了

ノ場合ニ於ケル返還請求權カ直接ニ發生スルニ止ル）又右承諾ニ依リ賃貸人ト賃借人間ノ契約關係ニモ毫末ノ影響ヲ及ホスコトナク賃貸借ハ依然トシテ存續スルヲ以テ從テ又賃借人ニ於テ善良ナル管理者ノ注意ヲ用キテ目的物ヲ保管スヘキ義務ノ如キモ亦何等溢ルトコロアルヲ見ス則チ爾リト雖現實ニ物ヲ使用シツツアル者ハ轉借人ソノ人ナルヲ以テ其ノ故意若ハ過失ニ依リ物ヲ滅失毀損シタルトキハ縱令轉貸借ニ付賃貸人ノ承諾アリ又轉貸人ソノ人ニ於テ何等責ムヘキ事情無キ場合ト雖轉貸人トシテ其責ニ任セサルヲ得ス蓋シ債務者カ其ノ債務ノ履行ヲ爲スニ付第三者ヲシテ之ヲ補助セシメタル場合ニ偶此ノ第三者ノ故意若クハ過失ニ因リ履行ヲ完ウスル能ハサルトキハ債務者ハ事ノ第三者ノ擧措ニ出テタルノ故ニ藉口シテ其ノ責ヲ辭スルヲ得サルハ總シテ債務ノ履行ハ誠實ヲ以テ其ノ本旨ト爲スヘキコトニ鑑ミ殆ント當然ノ數ナラスンハアラス今夫レ轉貸借ナルモノハ轉貸人カ目的物保管義務ノ履行ヲ爲スニ付轉借人ヲシテ之ヲ補助セシムルノ趣意ニ出ツルニ非サルハ論無キト共ニ其ノ保管義務ヲ負擔セル賃借人ノ意思ノ下ニ轉借人ニ於テ現實之カ使用ヲ爲シツツアルノ關係ニ至リテハ恰モ夫ノ債務履行ノ補助者タル地位ニ彷彿タルモノアルニ於テ補助者ノ故意過失ニ付債務者ニ於テ其ノ責ニ任セサルヘカラサルノ前敍法理ハ執テ以テ轉貸借ノ場合ヲ律スルノ準繩ト爲スヘキヤ蓋疑ヲ容ルヘカラス爾ラサル限リ此ノ承諾卽前記責任免除ノ意思表示ナリト解スヘキニ非サルハ是レ亦殆ント多言ヲ俟タサラムナリ」（昭和四、六、一九、大判、八卷六七五頁、吾妻氏評釋、同年度判例民事法二七六頁、我妻氏法協五五卷一二九九以下）。

八　「債務者カ債務ノ履行ニ付他人ヲ使用シテ之ニ當ラシムル場合ハ被用者ノ選任監督ニ付過失アル場合ハ勿論苟モ其ノ履行ニ關シ被用者ノ過失ニヨリ生シタル結果ニ對シテハ其ノ責ヲ囘避スヘカラサルハ當然ナリ」（昭和一〇、六、二八、朝高判決、錄二二卷一九五頁）。

（乙）反對說

石坂氏上卷四五四頁、同氏「他人ノ過失ニ對スル責任」改纂民法研究下卷一〇〇頁以下、三瀦氏債權法提要總論上卷二〇三頁以下、鳩山氏總論一六〇頁以下（七一五條類推適用說）。

第四　責任能力

（甲）總　說

責任能力は意思能力である。損害賠償債權の成立要件として賠償義務者の故意過失を必要とすることは前示の如し。而して故意は前示の如く自己の行爲が一定の結果を生ずべきことを認識し又は之れを認容する心理的狀態を謂ひ、過失とは自己の行爲に因り一定の結果の發生すべきことを不注意に因り豫見せず、又は、之れを豫見し、之れを認容せざるも遂に結果を發生せしめたる心理的狀態を謂ふものであるから、故意は意思を其の成立要素と爲すこと勿論であり、又過失は不注意を其の內容とし、不注意は注意なる意思作用を發動し得べきことを前提とし、矢張り、意思を其の成立要素とする。從つて、故意過失共に意思能力あることを其の前提とするものであつて、意思能力、卽ち、責任能力なき所に故意過失の存在し得ざることは論を俟たない。

同說　勝本氏上卷三三七頁、石坂氏上卷四三三頁、鳩山氏一五八頁、川名氏一八七頁、一八八頁、三瀦氏一九五頁。

異說　中島氏釋義三卷上四九六頁、五〇〇頁。

從つて、之れに關して何等の明文を必要としないこと。民法が責任能力に付いて一般的の規定を設けざるは當然である。唯民法は次に揭ぐる二個の特別規定を設けて居る（七一二、七一三）。

（乙）第七百十二條の場合

第三章　損害賠償義務

民法は不法行爲に關しては第七百十二條第七百十三條の明文を設けて不法行爲に關する責任能力を規定して居る。然らば債務不履行の場合に關しても、此の明文を類推適用するを至當とするであらう。

同說　勝本氏上卷三三七頁、三三八頁、石坂氏上卷四三三頁。

第七百十二條は「未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其行爲ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能ヲ具ヘサリシトキハ其行爲ニ付キ賠償ノ責ニ任セス」と規定する（獨民一〇四一條は七歲とする）。

(a)第一說は之れを以て行爲の一般的な是非善惡、卽ち道德上の責任の辨識であるとする。

横田氏八六九頁。

(b)第二說は損害賠償責任の辨識であるとする。

川名氏七二二頁、岡村氏七〇三頁。

(c)第三說は何等かの法律上の責任の辨識なりとする。

我妻氏一一九頁、磯谷氏八七二頁、鳩山氏八九七頁。

大審院判例は第三說に從ふ。

一　「犯罪行爲ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シタル者カ刑事上ノ責任ヲ負フニ必要ナル識別心ヲ有スル以上ハ其智能ハ同一行爲ヨリ生スル民事上ノ責任ヲ辨識スルヲ得ル程度ニ達シタルモノト認ムヘキモノトス」（明治三四、一二、二七、刑大判、七輯一一卷一三九頁、新聞七五號二五頁）。

二　「不法行爲ニ於ケル加害者カ加害行爲ノ當時二十歲未滿ノ未成年者ナリシ場合ニ之ヲシテ賠償ノ責任ヲ負ハシムルニハ裁判所ハ先ツ其責任能力ノ有無ヲ調査シ其未成年者カ加害行爲ノ當時ニ於テ其智能既ニ不法行爲ノ何タルヤ換言スレハ是非善惡ヲ識別スルコトヲ得ルノ程度ニ發達シ責任能力ヲ具有スルノ事實ヲ肯定シ且ツ之ヲ判文ニ明示スルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ裁判所ハ常ニ必ラスシモ事實證據ニ依リ加害者ニ責任能力アリタル事實ニ付キ特ニ其判斷ヲ明示スルコトヲ要セス證據ニ依リテ確定シタル判文記載ノ事實關係上加害者ニ責任能力アルコトノ事實カ確認セラレ得ル場合ニ於テハ前示ノ要件ハ自ラ具備セラルルモノト謂フヘク其判決ハ此點ニ關シテ理由不備ノ違法アルコトナシ又加害者ニ過失アリタルヤ否ヤヲ定ムルニ付キテハ所謂善良ナル管理者ノ注意ヲ標準トスヘク各場合ニ於ケル加害者其人カ日常用ユル所ノ注意ヲ標準トスルコトヲ得ス蓋シ各人ヲシテ他人ノ權利ヲ侵害スヘキ行爲ヲ避止スヘキ周到ナル注意義務ニ服セシムルハ私權ヲ尊重シ其安固ヲ保障スルカ爲メニ必要ニシテ日常不注意ナル人ヲシテ權利侵害ノ責任ヲ避免スルコトヲ得セシメサルハ共同生活觀念ニ於テ缺クヘカラサルヲ以テナリ而シテ未成年者カ其注意ノ不足ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シタル場合ニ於テ其ノ注意義務ニ違背シタル場合トハ之ヲ同日ニ論スルヲ得ストスルハ未成年者ハ成年者ニ比シ其知慮未タ成熟セサルノ見地ヨリ其理由アルニ似タリ然レトモ責任能力アルヘキ未成年者ハ不法行爲ニ關シテハ成年者ト全然同一ナル法律關係ニ服從スヘク其間ニ差等ヲ設クルコトヲ得ス換言スレハ未成年者ハ責任能力ヲ缺如スレハ卽止ム苟クモ責任能力ヲ具有スル以上ハ成年者ト同一ナル注意義務ニ服從シ所謂善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リタルカ爲メニ生シタル權利侵害ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラス何トナレハ法律行爲ニ關シテハ法律ハ之ヲ爲シタル未成年者ニ意思能力アルヲ以テ足レリトセス之ニ其取消權ヲ認メテ其利益ヲ保護シ法律行爲能力ニ付キ成年者ト未成年者トノ間ニ區別ヲ設ケタルモ不法行爲ニ付キテハ法律ハ識別心ナキ未成年者ヲ無責任トスルニ止マリ其他ノ點ニ付キテハ此二者間ニ何等責任ノ輕重ヲ

認メサルヲ以テナリ」（大正四、五、一二、大判、二一輯六九六頁、抄錄五六卷一二六八九頁、新聞一〇二〇號二七頁、評論四卷民法四四七頁、暉道氏「未成年者ノ不法行爲ニ關スル判決及未成年者ノ不法行爲ト注意義務」最近大審院民法判例批評二〇八頁以下）。

三　「民法第七百十二條ニ行爲ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能」ト謂フハ固ヨリ道德上不正ノ行爲タルコトヲ辨識スル知能ノ意ニ非ス加害行爲ノ法律上ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能ヲ指スモノト解スルヲ相當トス」（大正六、四、三〇、大判、二三輯七二一頁、抄錄七一卷一六二四九頁、新聞一二六八號二七頁、評論六卷民法四一七頁、鳩山氏「未成年者の不法行爲能力」法協三五卷一〇號、民法研究四卷二八一頁以下）。

四　「民法第七百十二條ニ所謂其行爲ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ智能トハ道德上不正ノ行爲タルコトヲ辨識スルニ足ル智能ヲ謂フモノニ非スシテ加害行爲ノ法律上ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ智能ヲ謂フモノナルコトハ當院判例ノ說示スルカ如シ（大正六年（オ）第二百九十一號同年四月三十日判決）而シテ原判決ハ加害者鎌吉カ尙十二歲七个月餘ノ弱年ナルコト竝ニ尋常小學六學年ヲ修了シタルニ過キサルコト其他原判決摘示ノ各證據ヲ綜合シテ鎌吉カ未タ加害行爲ノ法律上ノ責任ヲ辨識スルニ足ル智能ヲ具ヘサリシモノト認ム」云々トアルハ上記ヘサリシ事實ヲ認定シタルモノニシテ判文ニ「未タ行爲ノ責任ヲ辨識力ヲ有シタルヤ否ヤノ爭點ニ關シ上告人カ原審ニ於テ申立テタル趣旨ニ外ナラサルコト判文自體明瞭ナリ而シテ鎌吉カ紋上辨識力ヲ有シタルヤ否ヤノ爭點ニ關シ上告人カ原審ニ於テ申立テタル證人田中莊吉郎及ヒ鎌吉自身ノ喚問申請ハ該爭點ニ對スル唯一ノ證據方法ニ非サルコトハ原審記錄ニ徵シテ分明ナルカ故ニ原院カ右證據調ノ申請ヲ却下シテ前記ノ如キ判決ヲ爲シタレハトテ之ヲ以テ全然上告人ノ立證方法ヲ杜絕シ不法ニ裁判ヲ爲シタルモノト云フヲ得ス」（大正一〇、二、三、大判、二七輯二〇〇頁、新聞一八一五號一六頁、評論一〇卷民法一七六頁、穗積氏評釋大正十年度判例民法二九頁）。

判例が具體的に未成年者に責任能力ありとする年齡を決定すること左の如し。

一　「年齡滿十六歲以上ノ者ハ民法第七百十二條ニ所謂行爲ノ責任ヲ辨別スルニ足ル可キ知能ヲ具備ス」（明治三九、一一、一二、東地判決、新聞三九五號一八頁）。

二　「高等小學校第三學年級位ノ學童カ其附近ニ人ノ居ルヤ否ヤニ注意セス銃ヲ弄ヒテ發砲シ遂ニ人ヲ傷ケタル場合ニ於テ其者カ法律上ノ制裁及ヒ責任ニ關シ充分精密ナル智能ヲ有セサリシトスルモ此等ノ事實ニ關スル一應ノ智識ヲ備ヘ居ルモノナレハ其加害行爲ヲ以テ無責任ナル未成年者ノ行爲ト云フヲ得ス從テ其損害ヲ蒙レルモノニ對シテ之カ賠償ノ責任アルモノトス」（明治四一年廣島控訴判決、新聞四八三號七頁）。

三　「政治郎ハ當時僅ニ九歲ノ幼童ニシテ其教育又尋常小學校二年級ヲ終了シタルニ止マル事實ハ原審ノ調査ニ表ハレタル同人ノ應答ノ模樣並ニ前記正義ノ證言ニ依リ明カナル如ク同人カ控訴人ノ方ヲ見掛ケテ木綿針ヲ錄トセル矢ヲ放チタル事實等ニ參酌スレハ政治郎ハ其行爲ノ責任ヲ辨識スヘキ智能ヲ有セサルコト明カナリ」（明治四五、三、四、大控判決、新聞七八一號二六頁、評論一卷民法七九頁）。

四　「他人ヲ毆打シテ之ヲ負傷セシメタル者カ其當時算ヘ年十一年以上十四年以下ノ年少者タリシトキハ其毆打行爲ノ責任ヲ辨識スル能力ヲ有セシモノト認ムルコトヲ得ス」（大正四、四、一二、東控判決、評論四卷民法二六三頁）。

五　「其年齡既ニ滿十一歲十一月ニ相當シ上告人ノ營業使用者トシテ其業務ニ從事シ大正二年六月十九日得意先ニ持參スヘキ印刷用インキヲ背負ヒ主用ノ爲メ自轉車ニ乘リ往來ヲ進行シタルモノナルコト明カナレハ其年齡及業務ノ性質上責任能力ノ既ニ具備シタル事實ハ原判文上容易ニ之ヲ窺フニ足ル」（大正四、五、一二、大判、二一輯六九七頁、抄錄五六卷一二六九一頁、新聞一〇二〇號二八頁、評論四卷四四八頁）。

六　大正七、七、一九、大地判決（新聞一四六七號二二頁）は滿六年三月の小兒は分家に關する意思能力なしとし、

七　大正七、一〇、三〇、東控判決（新聞一四七六號二四頁）は滿六年十ヶ月の小兒に分家の意思能力なしとし、

八　大正一三、七、一六、東控判決（新聞二二九三號一九頁）は滿九年六月の小兒に分家の意思能力ありとした。

九　「甲ハ乙ヲ負傷セシメタル當事年齡九歲ノ未成年者ナルニ於テハ其行爲ニ付キ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ智能ヲ備ヘサルモ

ノト認ムルヲ相當トス」（大正一二、四、一四、東控判決、評論一二、巻民法四五一頁）。

一〇　「年齢十年前後ノ男兒ニ於テハ智能發達ノ程度ニ關シ特別ナル事情ヲ認メ得サル限リ未タ其行爲ニ對スル責任ヲ辨識スルニ十分ナル智能ヲ有セサルモノト認ムルヲ相當トス」（大正一三、一一、一七、東地判決、新報三五號一九頁）。

一一　「甲ノ四男乙カ大正十年十一月八日小竹棹ヲ以テ大正六年生ノ女兒丙ノ左眼ヲ突キ負傷セシメ右負傷ノ爲丙ハ當日ヨリ同月十日ニ至ル三日間ハ眼科醫丁ノ診療ヲ受ケ更ニ同日ヨリ大正十一年三月一日迄引續キ眼科醫戊ノ治療ヲ受ケタルモ治癒スルニ至ラスシテ終ニ左眼失明シタル場合ニ於テハ之カ爲丙ニ於テ身體上並精神上多大ノ苦痛ヲ感スヘキハ當然ニシテ右ノ場合加害者乙カ大正四年ノ出生ニシテ右事故發生當時同人ノ數ヘ年僅ニ七歳ノ幼童ナリシトキハ斯ル年齢ノ幼者ハ自己ノ行爲ノ責任ヲ辨識スルニ足ル知能ヲ具有セサルモノト認定スルヲ妥當トスヘキニヨリ乙モ亦右加害行爲ノ責任ヲ辨識スルノ知能ナカリシモノト認ムルヲ相當トシ甲ニ於テ乙ニ對スル監督ノ義務ヲ怠ラサリシコトノ認ムヘキモノナキ限リ右幼童ノ父トシテ之ヲ監督スヘキ義務アル甲ハ乙ノ前敍加害行爲ニ因リ丙ニ蒙ラシメタル身體上並精神上ノ苦痛ニ對シ相當ノ慰藉料ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス」（昭和二、三、五、東控判決、評論一六巻民法八四三頁）。

一二　「數ヘ年九歳即滿八歳ノ小兒ニ在リテハ既ニ不動産ノ贈與ヲ受クルコトノ意義ヲ判斷スル智能ヲ具備スルヲ通常ノ狀態トナスモノニシテ即普通ノ發育程度ニ於テハ意思能力ヲ有スルヲ實驗則トスルモノナレハ西田カ數ヘ年九歳ナル以上ハ反對ノ立證ナキ限リ意思能力ヲ有スル者ト認メ得ヘキモノトス」（昭和七、二、四、大判、法學一巻六號一〇四頁）。

一三　「意思能力ノ有無ハ各人ニ就キ決定スヘキ事實問題ニ屬スルカ故ニ原審カ本件贈與當時滿六年十一月ニ達シ居リシ被上告人ニ就テ之ヲ受諾スルノ意思能力アリタルコトヲ判斷スルモ是レ原審トシテ爲シ得ヘキ事實認定ノ範圍ヲ出テサルモノニシテ之ヲ違法ナリト爲スヲ得ス」（昭和八、二、二一、大判、法學二巻一〇號九一頁、穴澤氏評註同所）。

一四　「滿十四歳四ケ月ノ男子ハ意思能力アリ」（昭和八、八、七、大判、法學三巻三號八七頁）。

（丙）　第七百十三條の場合

民法第七百十三條には「心神喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ賠償ノ責ニ任セス但故意又ハ過失ニ因リテ一時ノ心神喪失ヲ招キタルトキハ此限ニ在ラス」と規定する。

心神喪失中に他人に損害を加へたる者は其の心神喪失が一時的たると、永續的たるとを問はず、其の責に任せない。又其の心神喪失の原因が如何なる原因に因るかを問はない。

唯、故意過失により一時的心神喪失を招きたる者は賠償責任を負ふ（七一三但）。

「飲酒ニ因リ酩酊シタルモ所謂病的酩酊ノ狀態ニ在リシモノニ非スシテ尙ホ飲酒セントノ欲望ヨリ放火ヲ爲シタルハ心神喪失ノ間ニ爲サレタル行爲ニ非スシテ故意ニ出テタルモノトス」（大正五、三、二三、東控判決、新聞一一一九號二四頁）。

其の立證責任に關しては、心神喪失狀態に在りたることの立證責任は加害者之れを負擔し、故意過失により心神喪失狀態を生じたることの立證責任は被害者にある。

我妻氏一二一頁、磯谷氏八七三頁、林信雄氏三八三頁、岡村氏七〇七頁。異趣旨　末弘氏一〇六五頁、鳩山氏九〇〇頁。

第五　主觀的歸責原因の立證責任

（甲）　總　說

主觀的歸責原因たる故意過失、其の他債務者の責に歸すべき事由の存在は損害賠償債權の成立要件

の一を構成するものであるから、或る事實を主張する者は自ら之れを立證することを要するものとする立證の大原則に從ひ原則として賠償權利者に於て之れを立證すべきものなること論を俟たない。

本問題に關する文獻としては末川氏「一應の推定と自由なる心證」――不法行爲における故意過失の擧證責任について――論叢一七卷一號一五頁以下、同氏不法行爲竝に權利濫用の研究二五頁以下及び右二書に引用の參考文獻參照。

(乙)　不法行爲の場合

(a)不法行爲に因る損害賠償債權に於ては此の原則が其の儘適用せらるべきである。卽ち、不法行爲に在りては被害者たる賠償權利者に於て、加害者の故意過失等の立證を爲すべきである。

末弘氏一〇七一頁、雉本氏判批京法一二卷一六四五頁、鳩山氏各論下卷九〇三頁。

一　「相手方ノ故意又ハ過失ヲ主張シテ其責任ヲ負ハシメント爭フモノハ法律ニ特別ノ規定アルモノノ外主張者ヨリ其證據ヲ擧示スヘキハ法理上當然ノ事ナリトス」(明治三八、六、一九、大判、一一輯九九二頁)。

二　「凡ソ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スル原告カ被告ノ過失ニ因リテ損害ヲ被リタルコトヲ主張スル場合ニ於テハ其過失アリタル事實ヲ立證スヘキ責任ハ其事實ヲ主張スル原告ニ在ルヲ原則トス而シテ事件ニ依リテハ其損害カ被告ニ過失アルニ非サレハ通常生セサルヘキ事情ノ存スルコトナキモノニアラサルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於テハ其損害ハ一應被告ノ過失ニ原因シタルモノト推定スルコトヲ得ヘシト雖モ其推定ヲ爲スニ足ルヘキ事情ノ存スルコトハ先ツ原告ニ於テ之ヲ立證スルノ責ニ任セサルヘカラス」(明治四〇、三、二五、大判、一二輯三卷三二八頁、抄錄三一卷六八二四頁)。

三　「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負擔スト雖モ其權利侵害カ行爲者ノ故意又ハ過失ニ出ツルコトハ賠償ヲ請求スル被害者ニ於テ之ヲ證明セサルヘカラス」(大正四、三、二四、大判、二一輯四一三頁、抄錄五四卷一二四六八頁、評論四卷民法三二五頁)。

四　「失火者ニ對シ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スル者ハ民法ノ通則ニ從ヒ失火者ニ重大ナル過失アリタルコトヲ立證スヘキモノトス」(大正四、一〇、二〇、大判、二一輯一七二九頁、抄錄六一卷一三四四七頁)。

五　「入墨手術ノ當時淚囊ノ疾患淚道ノ狹窄若クハ化膿性結膜炎ノ存スル場合ニ於テハ手術ノ爲メ局部ニ化膿菌ヲ植ユルカ如キコトナク唯除却スルコト能ハスト雖其否ラサル場合ニ於テハ嚴重ナル消毒ヲ爲スモ手術ニ伴フ危險ヲ全然體內ニ鍵鎖球菌カ手術ノ際繁殖ノ機會ヲ得テ化膿ヲ來スコトアルヘシ然レトモ此感染ハ現今ノ醫學上豫防ノ途ナキモノトス而シテ右眼疾ノ存在シ若クハ手術者カ消毒ヲ怠リタル場合ノ外一般ニ手術ニヨリ菌ヲ移植スルコトナキ場合ニ於テハ其例外ノ場合タル消毒ヲ怠リ菌ヲ侵入セシメタルコトハ其主張者ニ於テ立證セサルヘカラス」(大正五、八、四、東控判決、新聞一一六七號三〇頁)。

六　「或ル物カ自己ノ所有ニ屬スルヤ否ヤト謂フコトハ其者ニ於テ之ヲ知悉スルヲ常トスルカ故ニ何等ノ權利ナクシテ不法ニ他人所有ノ樹木ヲ伐採シタル場合ニ於テハ故意又ハ過失ノ存セサル事實ハ寧ロ伐採者ニ於テ證明スルノ責アルモノトス」(昭和六、九、四、大判、法學一卷一號一一七頁)。

七　「何等ノ權限ナクシテ他人ノ土地ヲ占有シタル事實ノ認メラルル以上反證ナキ限リ之ニ因リ右土地ヲ有スル他人ノ權利ヲ侵害シタルニ付キ故意過失ナシト云フヲ得ス」(昭和六、一一、一二、大判、法學一卷四號一一四頁)。

八　「甲カ其ノ所有地上ノ竹林ヲ乙カ何等ノ權限ナクシテ伐採シタリテハ甲ニ於テ乙者ノ故意又ハ過失ヲ證明スル責任アルコト固ヨリ論ナキモ乙カ甲ノ所有權ヲ認メ唯甲トノ特約ニ依リ甲所有ノ竹林ヲ伐採スル權限アル旨抗辯スル場合ニアリテハ甲ハ最早乙ノ不法行爲ニ關スル故意若ハ過失ヲ立證スルコトヲ要セス却テ乙ニ於テ其ノ主張ノ特約ヲ證明スル責任ヲ負擔スルモノトス」(昭和七、一二、三、臺高判決、新聞三五〇一號一二頁、評論二一卷民訴六一五頁)。

九　「假差押債權ノ全部又ハ一部カ存在セサルニ拘ラス假差押ヲ爲シタルトキハ反證ナキ限リ假差押債權者ハ其債權ノ存在ヲ知

ラサルニ付過失アリタルモノト推定スルヲ相當トスヘシ」(昭和八、六、一六、大判、法學三卷一號一〇〇頁)。

一〇　尙故意過失に付き爭なき場合に關して次の判例がある。

「故意又ハ過失ノ有無カ爭ニ係ラサル以上ハ裁判所カ特ニ其有無ニ付キ判斷說明ヲ爲ササルモ理由不備ノ不法アルモノト謂フヘカラス」(大正三、一二、二五、大判、二〇輯一一九五頁、評論四卷民訴一二頁)。

(b)然し乍ら、或る行爲が行爲者の故意過失に基きて爲さるゝことを通常とする行爲なること明白なる場合には其の行爲に對する故意過失の存在は推定せられ得るから、損害賠償請求權者は行爲者の故意過失の立證責任を負擔せず、行爲者の側に於て故意過失の不存在を立證する責任を負擔するものと解すべきである。

一　明治四〇、三、二五、大判、一二輯三卷三二八頁、抄錄三一卷六八二四頁前揭。

二　「故意又ハ過失ニ因ル損害賠償請求權者ノ立證ハ行爲者ニ於テ故意又ハ過失ヲ阻却スヘキ特別ノ事情ヲ證明セサル限リ當然行爲者ノ故意又ハ過失ヲ推定セシムヘキ事實ノ提供ノミヲ以テ足ルト雖モ其提出シタル事實カ右ノ推定ヲ生スルニ足ラサル場合ニ於テハ請求權者ハ未タ立證ノ責任ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス」(大正四、三、二四、大判、二一輯四一二頁、抄錄五四卷一二四六八頁、評論四卷民法三二五頁)。

三　「他人ノ所有山林ニ於テ杰ニ樹木ヲ伐採シタル場合ニ於テハ一應其伐採行爲カ故意若クハ過失ニ出テタリトノ推定ヲ受クヘキモノナレハ然ラサルコトヲ主張スル伐採者ニ於テ其事實ヲ證明スル責任アルモノトス」(大正七、二、二五、大判、二四輯二八二頁、抄錄七六卷一七六三四頁、評論七卷民法一一六頁)。

四　「原裁判所ハ被上告人ノ立證ニ依リ何等ノ利害關係ナキ上告人カ被上告人所有樹木ヲ杰ニ伐採シタル事實ヲ認メ此事實ヨリ上告人カ其樹木ヲ伐採スルニ付キ故意若クハ過失アリタル事實ヲ推斷シ得ヘキモノト認メ以テ上告人ニ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ義務アリト判斷シタルモノニシテ故意又ハ過失ニ關スル立證責任ヲ被告タル上告人ニ負擔セシメタルニアラス故意又ハ過失ハ一般不法行爲ノ構成要件ナレハ賠償請求者タル原告ハ其存在ヲ證明スル責任ヲ負擔スヘキモノナリト雖故意又ハ過失ヲ推斷シ得ヘキ事實ヲ證明シタルトキハ其立證責任ヲ盡シタルモノト謂ヒ得ヘキヲ以テ被告ニ於テ其不存在ヲ提出セサル限リ其故意若クハ過失ヲ認定スルハ不法ニアラス」(大正九、四、八、大判、二六輯四八二頁、抄錄八七卷二一二五七頁、新聞一六九八號二〇頁)。

(c)又民法は故意過失の立證を困難と認むる場合に明文を以て其の立證責任を轉換して居る場合がある。特殊の不法行爲の場合である(例へば、七一四Ⅰ但書、七一五Ⅰ但書、七一七Ⅰ但書、七一八Ⅰ但書)。

(丙)　履行遲滯の場合

履行遲滯の場合には一般原則に反して、債務者の故意過失等の立證責任は債權者之れを負擔せず。債務者が無過失なりしことに付き立證責任を負擔することは第四百十九條の存在するが爲めである。

同說　勝本氏上卷三三八頁、鳩山氏總論一六〇頁。

「債務不履行ヲ原因トスル損害賠償ノ問題ニ在リテハ債務者ニ於テ不履行ノ責ヲ免レントスルニハ須ク自己ニ過失ナキコトヲ證明スヘク債權者ヨリ債務者ノ過失ヲ擧證スルノ要ナキモノト解スヘシ」(昭和七、六、七、大判、法學二卷一號一〇〇頁)。

(丁)　履行不能の場合

履行不能の場合には、履行遲滯に關する第四百十九條の如き明文がないけれども、(1)此の問題に關

して履行遲滯と履行不能とを差別的に取扱ふべき理由に乏しく、又(2)履行不能に因りて債務者が責任を免るるは例外的現象なるが故に、此の場合にも亦一般原則に反して、債務者が無過失の立證責任を負擔すべきものと解すべきである。

(甲)　同說　鳩山氏一六〇頁、三瀦氏二〇一頁、石坂氏五八〇頁。

一　「給付ノ不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルコトハ債務者ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ要スルモノトス」(大正一四、二、二七、大判、四卷九七頁)。

二　「係爭ノ質物具足十四個ハ現實ニ舊宮津藩ニ引渡サレタルモノト認ム然ラハ當時國ノ一地方機關タル宮津藩ニ於テ質物トシテ受取リタル本件具足ハ其擔保セル債務カ既ニ完濟セラレタル事ノ爭ナキ以上國ハ其質權設定者ニ對シ之ヲ返還スヘキ義務アル事論ヲ俟タス而シテ該具足カ國ノ手中ニ存セス而シテ其返還不能カ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生シタルコトノ證明ナキ限リ國ハ右返還義務ニ代ハルヘキ損害賠償ノ義務ヲ負擔スルモノトス」(大正五、六、二一、東地判決、新聞一一五六號二二頁)。

三　「履行不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルモノナリヤ否ノ爭點ニ付テハ債務者ニ於テ自己ノ責ニ任スヘキ事由ニ因ルモノニ非サル事ヲ證明スルノ責任アルモノトス」(大正十三年(オ)第五六九號同十四年二月二十七日當院判決參照)」(昭和七、五、一七、大判、新聞三四一三號一一頁、評論二一卷民法五四四頁、彙報四三卷一四頁)。

四　「借家カ燒失シ返還義務ノ履行不能ニ陷ルモ其ノ燒失カ借家人ノ過失ニ原因セサルトキハ借家人ニ賠償責任存セサルモ其ノ故意又ハ過失ニ原因スルトキハ家主ニ對シ家屋ノ價額ニ相當スル賠償責任ヲ辭スルコトヲ得ス而シテ失火ノ原因カ借家人ノ故意又ハ過失ニ基クヤ否ヤニ爭アルトキ借家人ニ故意又ハ過失ノ存セサリシコトノ立證責任アリ故ニ借家人カ之ヲ立證シ得サルトキハ之レカ賠償ノ責ヲ免カルルコトヲ得ス」(昭和七、五、一七、大判、新聞三四一三號一一頁、評論二一卷民法五四四頁、彙報四三卷一四號民事六頁)。

(乙)　反對說(債權者に立證責任ありとする說)　勝本氏上卷三三八頁(四一五後段に依る)。

第六　主觀的責任要件の加重、輕減及び免除

(一)　責任の加重

債務不履行又は不法行爲等に關し、主觀的責任要件を法律の定むる所に比して加重する契約を締結することは差支がない。例へば不可抗力に因る損害に對しても尙其の賠償を約するが如き場合である。又法律が重過失に對してのみ責任を負ふべき旨を定むる場合に、輕過失に對しても尙其の賠償責任を負ふべき旨を約する場合の如し。但右の如き法律要件の過重が禁止規定に違反し、又は公序良俗に反するに至る場合には、固より斯の如き契約は無效であるが、責任過重契約は公序良俗に反する場合は殆んどないであらう。

「債務不履行ニ基ク損害賠償義務ハ債務者ニ故意又ハ過失アル場合ニ發生スルヲ原則トスルモ特約ヲ以テ債務者ニ故意過失ナキニ拘ハラス不可抗力ニ基ク損害賠償ノ義務ヲ債務者ニ於テ負擔スルモノトナスモ直ニ公序良俗ニ反スルモノト解スヘキニアラス」(昭和一二、二、一、大判、法學六卷六號八六頁)。

(二)　責任の免除

(a)責任要件の免除に關しても、法律に禁止規定ある場合、又は公序良俗に反するが如き場合には其

の契約は無效であること勿論である。

例へば獨逸民法第二百七十六條第二項の「故意ニ因ル責任ハ債務者ニ對シテ豫メ之ヲ免除スルコトヲ得ス」と謂ふ規定、又、我が商法第五百九十二條の「船舶所有者ハ特約ヲ爲シタルトキト雖モ自己ノ過失、船員其他ノ使用人ノ惡意若クハ重大ナル過失又ハ船舶カ航海ニ堪ヘサルニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ヲ免ルルコトヲ得ス」と謂ふ規定の存在する場合の如し。

問題は斯の如き特別規定の存在せざる場合である。

(b)責任發生後に於ける責任の免除を爲し得ることは勿論である。債務の免除、債權の拋棄が認められること疑なきが故である。併し、責任發生後に其の免除を爲し得る理由を以て、責任發生前、豫め締結する責任免除契約が當然有效なることを論結することを得ない。恰かも時效完成後、其の利益の拋棄を認め得べしとするも、時效完成前に於て、豫め時效の利益の拋棄を認め得ざるが如し。

(c)責任免除に關し、最も問題となるは故意に關する責任を豫め免除し得べきや否やである。

債務不履行の場合に在りては、故意に加へたる損害に對しても責に任せずと約するが如きは、債務の履行と兩立することを得ざる契約の趣旨であり、眞面目に債務を負擔する意思なきものであることが多いから、斯の如き場合は公序良俗違反、信義則違反により無效である。併し乍ら、當事者が眞面目に債務を成立せしむる意思存在する限り、此の如き契約も有效と見るべきである。

勝本氏上卷三三九頁、近藤柚木兩氏上卷一三〇頁、鳩山氏總論一五九頁、各論九〇二頁。

「民法第四百十二條第一項第四百十五條ニ依レハ債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任シ遲滯ニ因リテ生シタル損害ヲ債權者ニ賠償スルノ責アルモノナリ此責任ハ其遲滯カ過失ニ因リテ生シタル場合ニ付テハ契約自由ノ一般ノ原則ニ從ヒ當事者間ノ特約ヲ以テ豫メ之ヲ免カルルコトヲ得ヘシト雖モ其遲滯カ故意ニ因リテ生シタル場合ニ付テハ當事者ノ特約ヲ以テ豫メ之ヲ免カルルコトヲ得ス惟フニ故意ニ因ル責任ハ豫メ特約ヲ以テ之ヲ免カルルコトヲ得サルハ正ニ債務關係ノ本質ナリ若シ斯カル特約ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ債務者ハ信義誠實ニ富ムニ非ルヨリハ容易ニ債務ヲ履行セサルニ至ルヘク債務者ニ對スル債務關係ノ拘束ハ著シク弛緩セラレ債權者ハ殆ト債權ノ實益ヲ收ムル能ハサルニ至ラン特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ於テ債務者カ豫メ特約ヲ以テ故意ニ因ル責任ヲ免カルルコトヲ得ルモノトセハ債務者ハ之ヲ如何トモスルコト能ハサルヘク種類債權ニ於テ債務者カ豫メ特約ヲ以テ故意ニ因ル責任ヲ免カルル事ヲ得ルモノトセハ債務者カ殊更履行ヲ遲滯シテ債權者ニ損害ヲ被ラシムルモ債權者ハ其損害ヲ如何トスルコト能ハサルヘシ金錢債權ノ場合ニ豫メ特約ヲ以テ故意ニ因ル責任ヲ免カルルコトハ金錢債權以外ノ場合ニ豫メ特約ヲ以テ故意ニ因ル責任ヲ免カルルコトニ比シ程度ニ於テコソ差異アレ債務者ノ拘束ヲ弛緩セシムル點ハ亦一ナリ故ニ故意ニ因ル責任ハ豫メ特約ヲ以テ之ヲ免カルルコトヲ得サルハ債務關係ノ本質ナルコト明カニシテ其一端ハ賣買ニ於ケル權利ノ欠缺擔保又ハ物ノ瑕疵擔保ノ責任ヲ負ハサル旨ノ特約ニ關スル民法第五百七十二條請負ニ於ケル仕事ノ目的物ノ瑕疵擔保ノ責任ヲ負ハサル旨ノ特約ニ關スル同法第六百四十條ニモ顯ハルル所ナリ果シテ然レハ金錢債務ノ履行遲滯ノ場合ニ遲滯利息ノ支拂ヲ免カルル旨ノ特約ヲ豫メ爲シタリトスルモ其特約ハ故意ニ因ル遲滯ノ責任ヲ免カレシムル趣旨ナリトスレハ無效ナルヘク過失ニ因ル遲滯ノ責任ヲ免カレシムル趣旨ナリトスレハ有效ナルヘキモノトス」(大正五、一、二九、大判、二二輯二〇三頁、抄錄六四卷一四〇七一頁、新聞一一一七號三一頁)。

不法行爲の場合に在りても未だ如何なる不法行爲が惹起するや否や、全然不明なるに拘はらず、無

制限に、債務者が如何なる不法行爲を爲すも、其の故意に因る加害責任を免除する契約の如き、又如何なる高額の損害が惹起するかを豫測するを得ざるに拘はらず、無限の高額に對して、其の故意責任を免除する契約の如きは公序良俗に反するから無效である。併し乍ら、一定の不法行爲、一定限度を限定したる額の損害に對して豫め故意責任を免除する契約は公序良俗に反することはないであらう。卽ち、被害者の承認は公序良俗に反せざる限り有效である。

勝本氏上卷三三九頁、三四〇頁、鳩山氏總論一五九頁、各論九〇二頁、八八九頁、八九〇頁。
通說は故意に因る責任の免除契約を無效とする。中島氏釋義三卷上五〇〇頁、石坂氏四二一頁、近藤柚木兩氏上卷一三〇頁、末弘氏各論一〇七〇頁、川名氏一八七頁、三瀦氏一九六頁、鳥賀陽氏九六頁、横田氏二五五頁、西川氏新報二二卷七六頁以下。
「明治三十二年法律第四十號ノ規定ハ失火ニ因リ賃借物ヲ返還スル能ハサルニ至リタル民法第四百十五條ニ基ク賠償責任トハ交涉スル所ナキカ故賃借人カ重大ナル過失ナキモ失火ノ責ニ任スヘキ旨ノ特約ヲ爲スモ之ヲ右法律ノ規定ニ違反スルモノト爲スヲ得ス而シテ契約上ノ義務履行ニ付テノ責任ノ程度ヲ特約ニ因リ輕重スルコトハ故意ノ責ヲ負ハサル旨ノ特約ヲ除クノ外ハ公ノ秩序ニ反スル所ナク又法律ノ禁止スル所ニモアラサルヲ以テ賃借人カ重大ナル過失ナキモ失火ノ責ニ任スヘキ旨ノ特約ヲ爲ストキハ其特約ハ有效ナルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原院ハ本件當事者間ニ借家ヨリ失火セル以上ハ不可抗力若クハ賃借人其家族雇人同居人以外ノ者ノ放火ニ係ル場合ヲ除キ賃借人ハ其燒失ニ因ル損害賠償ノ責ニ任スヘキ特約アル事實ヲ確定シナカラ此特約中賃借人ニ過失ナク若クハ輕過失アルニ止マル場合ニ賠償ノ責ニ任スヘキ趣旨ノ部分ハ明治三十二年法律第四十號ニ反スルカ故公ノ秩序ニ反スル契約ニシテ無效ナル旨說明シタルハ前示法則ニ違背セル不法アルモノトス」(明治四五、三、二三、大判、一八輯二卷二八四頁、抄錄四三卷一〇〇二四頁)。

(d)債務不履行又は不法行爲等に因る損害に對して豫め過失に因る賠償責任を免除する契約は有效である。是れは通說の認むる所であり、商法第五百九十二條の反對解釋よりも此の事は考へ得られる。

勝本氏三四〇頁註一、石坂氏上卷四三五頁。

(e)重過失責任の免除契約に關しても過失と同樣である。

石坂氏上卷四三五頁參照。

(三)　責任の輕減

責任の輕減契約に關しても、責任免除契約に關する說明に準じて、其の解決を爲し得べきである。

第七　無過失損害賠償責任

損害賠償に關しては我が民法は過失主義 (Verschuldungsprinzip) を採用し、過失なければ責任なしと謂ふ原則を採用して居る。併し乍ら、近世文化の長足の進展に伴ひ、過失なきに拘はらず責任を負擔すべきものと爲す場合を認むるに至つた。此の種の責任を無過失損害賠償責任 (Schadensersatz ohne Verschulden, Responsabilité sans faute) 若くは結果責任 (Erfolgshaftung) と稱する。結果責任とは苟も結果の發生ある以上は原因に過失の有無を問はずして、其の責に任ぜしむるが爲めである。蓋し、飛行運送會社、電氣軌道會社、鐵道會社、鑛業會社、大規模の製造會社等が事業經營によりて自己に特別の

利益を生ずるに拘はらず、第三者は其の被るべき損害の危險率遽かに增加し、從來の過失主義を以ては到底社會生活の必要に應ずることを得ないからである。

無過失損害賠償責任を認むる法律上の根據に關しては諸種の學說が行はれて居る。原因主義、公平主義、危險主義、擔保主義、豫防主義、報償主義等が是れである。

此等の主義の大要に關しては、岡松氏無過失損害賠償責任論、勝本氏上卷三四四頁以下參照。

我が民法に於ても無過失責任を認むる規定（例、一一七、一九八——二〇〇、四一九Ⅱ、五七〇、七一七等、尙郵便法三三、鑛業法八〇、工場法一五等）は存在するけれども、大規模の危險工業等に對する無過失責任の特別法に乏しい。

無過失損害賠償責任に關しては諸種の文獻が存在する。其の重要なるもの二三を掲ぐる。

岡松氏無過失損害賠償責任論、我妻氏「損害賠償理論に於ける具體的衡平主義」志林二四卷三號、四號、同氏現代法學全集事務管理以下八五頁、同氏講義案一七三頁以下、牧野氏法律に於ける進化と進歩一六九頁以下、同氏民法の基本問題三卷三四六頁以下、末弘氏「過失なき不法行爲」法協三〇卷七號、勝本氏「佛蘭西民法第一三八四條第三項論」志林二一卷八號五頁以下、同氏債權總論上卷三四二頁以下、同氏「使用者賠償責任の進化と民法第七一五條の基礎觀念」松波先生還曆祝賀論文集一九八頁以下、三潴氏「自動車事故と故意過失なき賠償責任」志林一五卷五號、廣谷氏「ニューサンスと結果責任」辯護士協會錄事二三卷四號、宗宮氏「無過失損害賠償責任」法曹公論三三卷一〇號、小野氏「危險主義の無過失損害賠償責任論」志林二一卷六號、七號、九號、小池氏各論二三四頁以下。

第八　事　變

（一）　事變の意義

事變（Casus, Zufall, Cas fartuit）とは債務者の過失なくして債務不履行の結果を生ぜしむる事實を謂ふ。事實は外界の事實たることがあり、又、人の行爲たることがある。人の行爲は第三者の行爲たることもあり得る。

法律は明文を設けて債務者が事變に對して責に任ずべき場合を規定する。例へば金錢債務不履行の責任（四一九Ⅱ）、客の來集を目的とする場屋主人の責任（商三五四）の如し。

法律が債務者に對して事變の責に任ぜしむるは抽象的過失以上の責に任ぜしむる趣旨でなく、單に結果責任を負擔せしむるのである。

（二）　事變の種類

（甲）　通常の事變

事變は之を通常の事變と不可抗力との二種に分つ。通常の事變（gewöhnlicher Zufall）とは不可抗力以外の事變をいふものとし、不可抗力に付き嚴格なる意義を定むる。

民法は不可抗力の語を必ずしも嚴格に使用して居ない。民法は不可抗力の語を嚴格なる意義に於て用ふる外、通常の事變、卽ち、債務者の責に歸すべからざる事由と謂ふ意義にも使用してゐる。從つ

て、一々各法條の精神を檢討して、不可抗力の語が嚴格なる意義に用ひられたるや、又は通常の事變の意義に使用せらるるものに過ぎざるや否やを決定することを要する。例へば、第四百十九條第二項後段の不可抗力の如きは事變の意義に解すべきが如し。

法律が不可抗力の語を用ふる場合概ね左の如し。

民法第二百七十四條、第二百七十五條、第三百四十八條、第四百十九條、第六百九條、第六百十條、商法第三百三十六條、第三百五十四條、第五百七十九條、第五百八十一條ノ五、第五百九十四條、第六百五條、第六百九條、第六百十三條、第六百十四條、第六百三十五條、第六百五十二條、第六百五十九條、第六百六十三條、第六百七十條等、手形法第五十四條、小切手法第四十七條等の如し。又民法第百六十一條及び舊民事訴訟法第二百三十三條に「天災其ノ他避クヘカラサル事變」(Naturereignissecder unabwendbare Zufälle)とあるも亦不可抗力の意である。

次の判例にも不可抗力の語を使用して居るけれども此等は嚴格なる意義に於ける不可抗力でないこと全判文の趣旨に徵して疑なからう。

一　「判決ノ假執行ニヨリ契約目的物ヲ失ヒタルカ如キ場合モ不可抗力ト云フコトヲ得ルモノトス」(明治四五、一、二六、大判、一八輯三九頁、抄錄四三卷九八六〇頁)。

二　「金錢債務ノ不履行ニ付キテハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得サルモノナレハ債務者カ既ニ辨濟期日前ニ辨濟ノ準備ヲ整ヘ期日ニハ現實ニ提供シ得ル狀況ニアリタルモ會々取扱銀行ノ爲替資金ノ關係ト言フカ如キ不可抗力ト認ムヘキ故障ノ爲メニ遂ニ其期限ヲ徒過スルニ至リタル場合ノ如キニアリテモ亦遲滯ノ責ニ任セサルヘカラサルモノトス」(大正一一、七、一八、東控判決、評論一一卷民法六〇六頁)。

三　「積出時期ニ米國ニ物發シタル製鋼工場ノ職工其他鐵道港灣ノ人夫等ノ同盟罷業ノ爲買付ニ係ルレールノ引渡ヲ受クル能ハサリシ事實ニ照シ甲ノ乙ニ對スル本件契約ノ目的物ヲ其履行期ニ引渡スコトヲ得サリシハ不可抗力ニ因リシモノト認メ得ヘシト雖モ本件契約上ノ甲ノ履行義務ハ之カ爲メニ消滅スルモノニアラス而シテ右米國ニ於ケル同盟罷業ノ既ニ本訴提起前ニ終熄シ又甲カ現時尙ホ本件契約ノ目的物ノ引渡ヲ爲ササルヲ以テ甲ハ依然契約不履行ノ狀態ニ在リテ其責任ヲ免レサルモノトス」(大正一二、一二、二八、東控判決、新聞二二二七號一七頁)。

四　「甲者カ契約ノ本旨ニ從ヒ賣買ノ目的物ヲ丙者ニ引渡スコトノ能ハサリシ結果ニ外ナラサルトキハ甲者ハ自己ノ債務不履行ニ付キ責務ヲ負フモノニアラス」(大正一三、三、一四、大判、新聞二二四七號一二頁)。

五　「債務者カ履行遲滯ノ責ニ任スルニハ其ノ不履行ニ付債務者ニ過失アルコトヲ要スヘク此場合ニ於テ金錢債務ニ非サル債務ノ履行遲滯ニハ債務者ハ不可抗力ノ抗辯ヲ爲シ得ヘク債權者カ履行遲滯ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スニハ履行遲滯カ債務者ノ過失ニ基クコトヲ證明スルヲ要セス債務者ニ於テ義務ヲ免レントセハ不可抗力ニ基ケル旨ノ證據ヲ擧クルヲ要ス」(大正一四、一一、二七、大判、四卷一〇一頁、新聞二三八三號一七頁、評論一四卷民法九七頁)。

六　「本件燒失建物ノ階下中央ヨリワイシヤツ類漂白用ノ煮沸大釜ヲ据付階上中二階乾燥室トシテ之レヲ密閉シ其ノ中央ニ金剛煙突ヲ設ケ屋上ニ至ラシメ之レカ周圍ニ多數ノ鋼ヲ張リ之レニ漂白セルワイシヤツ類ヲ掛ケ右窯ニテ燃燒セル石炭及鋸屑ノ熱氣煙突ヨリ發散シ乾燥室ニ充滿スルヲ利用シ之レカ乾燥ヲナス裝置ニシテ斯ル裝置並ニ本件ノ如ク木造工場ニ在リテハ右金剛煙突ハ熱シ易ク失火ノ虞アルヲ以テ通常煙突ノ周圍ニセメント其他適宜ノ材料ヲ以テ相當ノ防火救濟ヲ施スヘキモノナルニ拘ラス全然斯ル設備ヲナサス而モ煙突ト綱トノ間ヲ極メテ近接セシメ僅ニ二三寸ノ間隔ヲ置キワイシヤツ類ヲ掛ケタル爲メ密閉セラレタル室內ノ

高温ニヨリ容易ニ乾燥セルワイシヤツ類カ右灼熱セル金剛煙突ニ接觸シテ引火燃燒シ遂ニ本件火災ヲ惹起シタルモノナルコトヲ認ムルニ十分ナリ果シテ而ラハ右賃借建物ハ賃借人ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ燒失シ其返還義務不能ニ歸シタルコト洵ニ明白ニシテ賃借人主張ノ如ク不可抗力ニヨリタルモノニアラサレハ賃借人ハ之レカ損害ヲ賠償スヘキ義務アルヤ勿論ナリ」(昭和五、一〇、二二、大地判決、新聞三三一七號五頁)。

(乙)　不可抗力

不可抗力 (vis major, casus major, damnum fatale, vis divina, höhere Gewalt, Gottes und Feindes Gewalt, force majeure, Act of God and King's enemies, forza maggiore) の觀念は、從來、運送人又は場屋主人の免責事由として論ぜられ來つた。蓋し、ローマ法に於ては、交通上の危險の甚大なりし爲め、運送人又は旅店の主人は其の受取りたる物品の返還に付いて絕對的返還擔保義務を負ふことを必要とせられた。之れをレセプツーム責任 (Receptumhaftung) といふ。此の擔保責任の嚴正を緩和する目的の下に發せられたる、ローマの裁判官 (praetor) の定めたる免責事由が不可抗力である。

嚴格なる意義に於ける不可抗力の意義を定むるに付き(1)主觀說、(2)客觀說、及び(3)折衷說が存在する。判例は或は主觀說に依り、或は客觀說に依り、或は折衷說に依つて居るが、最近は折衷說に從はんとする傾向が認め得られる。

(a)主觀說

主觀說に依れば不可抗力とは債務者が最大至高の注意 (äusserster, peinlichsten Sorghalt) を盡すも、尙且、其の發生を防止すること能はざる事變を謂ふものとする。

主觀說は不可抗力を以て注意義務違反の結果と爲すに歸着し、不當なりと謂はざるを得ない。

主觀說の創設者は Goldschmidt, Das receptumnautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung "Zeitschrift f. das gesamte Handelsrecht, Bd. III S. 58 ff. 331 ff. 尙、Dernburg, Grünhut Bd. 11 S. 335 ff. Windscheid, § 384 Anm. 6. 烏賀陽氏商行爲法一〇一頁註一三、川名氏債權總論一五二頁。勝本氏上卷三三五頁も主觀說なるが如し。

一　「不可抗力トハ或事變ニシテ之ニ遭遇セル者カ自己ノ地位ニ應スル施設ヲ爲スモ其發生及ヒ有害ナル結果ヲ防止シ得サル者ヲ謂フ從テ運送品ノ損害カ不可抗力ニ因ルコトヲ證明シタル以上ハ運送人カ其防禦ノ注意ヲ怠リシ過失ニ因ラサルコトハ自ラ立證セラレタルモノトス」(明治四三、一一、二五、大判、一六輯八〇七頁、抄錄三九卷九〇五二頁)。

二　「凡ソ不可抗力トハ或ル事變ニシテ之ニ遭遇スル者カ其地位ニ應スル施設ヲ爲スモ其發生及有害ナル結果ヲ防止スルヲ得サルモノヲ謂フ」(大正元、一〇、一九、東控判決、新聞八三九號二三頁)。

三　「不可抗力トハ通常其有害ナル結果ヲ受クヘキ人ノ方面ヨリ取引ノ通念ヲ以テ觀察シ其危險ノ生スル場合ニ於ケル事物ノ狀況ニ應シ相當ト認ムヘキ人力ヲ以テ其發生及有害ナル結果ヲ回避防止スルコト能ハサルモノヲ指稱シ其自然力ニ出ツルト將タ人爲ニ出ツルトヲ問ハサルヲ普通ノ事例ナリトス」(大正二、一二、二〇、大判、一九卷一〇三六頁、抄錄四八卷一一三〇二頁)。

四　「不可抗力トハ通常其損害ヲ受クヘキ人ノ方面ヨリ取引ノ通念ヲ以テ觀察シ危險發生ノ場合ニ於ケル事物ノ狀況ニ應シ相當ト認ムヘキ人力ヲ以テ其發生及ヒ有害ナル結果ヲ回避防止スルコト能ハサルモノヲ指稱シ、其自然力ニ出ツルト將タ人爲ニ出ツルトヲ問ハサルヲ普通ノ事例ナリトス」(大正二、一二、二〇、大判、一九輯一〇三七頁、抄錄四八卷一一三〇二頁)。

(b)客觀說

客觀說に從へば、不可抗力とは其の發生原因が企業の業務執行の範圍に屬せず、且、通常生ずる事變を超越して大なる勢力を以て生ずる事變なりとする。卽ち、不可抗力は其の質的要素(élément qualificatif)として外部的(l'extériorité)なることを要し、量的要素(élément quantitatif)として通常其の發生を豫期し得ざる重大事故にして且顯著(公知)(l'importance et la notoriété)なる事故なることを要するものとする。

從來は此の客觀說が正當とせられ、又通說でもあつた。

客觀說の主唱者は Exner, Der Begriff der höheren Gewalt, Grünhut Bd. 10 S. 497 ff. である。尙 Örtmann, S. 848. 參照。

(c)折衷說

折衷說に依れば不可抗力とは外部より發生し、且周到なる注意を以て之を防止すべき設備を爲すも尙且之を防止することを得ざる事變なりとする。

折衷說は近時非常に勢力を得來つた。現時に於ては此の說に從ふべきである。

手形法第五十四條第一項、第六項の不可抗力も此の意義に解すべきである(近藤柚木兩氏上卷二一八頁、司法省民事局手形法案說明書參照)。

折衷說に屬するもの次の如し。

Ennecerus S. 50. 松本氏「不可抗力の意義」私法論文集一卷四六四頁以下、增訂商行爲法二八〇頁以下、加藤氏「羅馬レセプツム責任の法理と後世への影響」海法研究二卷二六六頁以下、鳩山氏各論下四八六頁、田中氏商行爲法講義要領一八六七頁、大橋氏商行爲法講義二一八頁、近藤柚木兩氏上卷二一八頁。

伊澤氏は各場合の事變の性質に應じて主觀說、客觀說、折衷說が各別に適用せらるべきものなること、換言すれば不可抗力の意義はその使用例に應じて異なる內容を盛らるべきものであると主張せられる。卽ち、(1)近代特殊企業に於ける企業危險の場合には客觀說によるへく、(2)不變期間の不遵守より生ずる不利益を免れしむべき場合には主觀說により不可抗力の意義を定むべく、(3)其の以外の場合には折衷說に從ふべきものとせられる(同氏「不可抗力の意義」民商法雜誌三卷四號四〇頁以下。同趣旨、鳩山氏各論四八六頁。

尙、上揭以外に不可抗力に關する我が國の文獻としては木村庸治氏「航空運送人の責任に關する新佛蘭西法制」法協四八卷二號九九頁以下、牧野英一氏「不可抗力としての戰爭」志林一八卷七號八號、田中和夫氏「過失に關する判例」民商法雜誌三卷一號八一頁以下等がある。

一　「凡ソ不可抗力トハ其發生ヲ豫知スルコトヲ得ス且其有害ナル結果ヲ防止スルコトヲ得サル事變ヲ謂フ而シテ其有害ナル結果ハ必スシモ絕對ニ防止シ得サルモノニ止マラス尙相對ニ防止シ得サルモノタルコトヲ妨ケス換言セハ一般社會ノ觀念上之ヲ防止スルニ過大ノ負擔ヲ必要トシ因テ得ヘキ利益ト比較シ相償フニ足ル負擔ヲ以テシテハ到底結果ノ發生ヲ防止シ得サル場合ハ亦不可抗力ト稱スヘキモノトス尙又有害ナル結果ノ發生ニ付キ其事變カ直接又ハ間接ノ原因ヲ爲スハ敢テ問フ所ニ非ス其間因果ノ關係連續シ之ヲ中斷スヘキ事由カ存在セサレハ足レリトス」(明治四三年(ワ)一六號橫濱地方判決、新聞六四七號一一頁)。

二　「通常豫見スルコトヲ得ス且ツ必要ナル設備ヲ爲スモ損害ノ發生ヲ避クルコトヲ得サル事變ニアラサレハ之レヲ不可抗力ト云フヲ得ス」(大正元、一〇、九、函館地方判決、新聞八二七號二四頁、評論一卷民法五一九頁)。

三　「損傷船ニ應急修繕ヲ施シ之ヲ曳船ト爲ス場合ニ於テ普通有リ得ヘキ風波ハ一般航海業者ノ豫見シ若クハ豫見シ得ヘキ事項ニ屬ス故ニ其排水機關其他ノ設備ハ如上ノ風波ニ堪ヘ得ヘキ程度ヲ目的トセサルヘカラス通常豫見スルコトヲ得ス且ツ必要ナル設備ヲ爲スモ損害ノ發生ヲ避クルコトヲ得サル事變ニアラサレハ之ヲ不可抗力ト云フヲ得ス」(大正元、一〇、九、函館地方判決、新聞八二七號二四頁、評論一巻民法五一九頁)。

四　「凡ソ不可抗力ナル詞ハ外部ヨリ來ル事變ニシテ之ニ因ル損害發生カ取引觀念上其ノ防止ニ必要ト認メラルヘキ一切ノ方法ヲ盡スモ尙避クヘカラサルモノヲ意味シ其ノ事變カ豫期シ得ヘキモノナルト否トヲ問フヘキニ非ス」(昭和二、一〇、三一、大判、評論一八巻民法一六八頁)。

五　「凡ソ不可抗力ナル詞ハ外部ヨリ來ル事變ニシテ之ニ因ル損害發生カ取引觀念上其ノ防止ニ必要ト認メラレサルモノヲ意味シ其事變カ豫期シ得ヘキモノナルト否トヲ問フヘキニ非ス」(昭和三、一〇、三一、大判、新聞二九二一號八頁)。

日露戰爭又は大正十二年の關東大震火災及び其の直後に於ける掠奪行爲が不可抗力なることは判例の認むる所であるが、此等の判例も亦恐くは折衷說に從ふのであらう。觀說に從つたが、近時折衷說に從ふに至つて居るから此等の判例は必ずしも明白でない。併し、判例は從前は主

一　「明治三十七年六、七月頃日露交戰ノ爲メ一時歐洲ト本邦間ノ航路カ危險ニ陷リタルコトハ顯著ナル事實ナリ故ニ之カ爲メ機關車ノ引渡カ延引スルモ所謂天災地變其他避ク可カラサル事變ナルヲ以テ引渡人ニ責任ナシ縱令當時同樣ノ目的物カ英國ヨリ到着シタル事實アリトスルモ其ハ偶々危險ヲ冒シテ輸送シタルモノト認メラレ之カ反證トハナラサルモノトス」(明治四〇、四、七、東控判決、最近判一巻七四頁)。

二　「大正十二年十月十日前後ニ於テハ大震災ノ影響ヲ受ケ一時交通杜絕シ普通商品ノ輸送ノ如キハ殆ト不可能ナル狀態ニアリタルコトハ顯著ナル事實ナリトス」(大正一四、四、六、浦和區判決、新報三八號二四頁)。

三　「會社カ其ノ所有セル建物ニ付爲シタル賣買ノ當時既ニ其ノ債務完濟不能ノ狀態ニ在リタル爲會社及其ノ買主通謀ノ上賣買ヲ爲シ代金ノ大部分ハ買主ノ既存債務ノ辨濟ニ宛テラレタル場合ニ於テ該建物カ大正十二年九月一日ノ大震火災ニ因リテ燒失シタルトキハ右大震火災ニ因ル該建物ノ燒失ハ之ヲ不可抗力ニ因ル燒失ト目スヘキモノニシテ買主ノ該建物ノ返還義務ハ敍上ノ賣買ヲ取消ス旨ノ判決アリテ始メテ發生スヘキモノナルヲ以テ未タ其ノ判決ナカリシ右燒失當時ニハ買主ハ該建物ノ返還ニ付未タ履行遲滯ニ在リシモノト云フコトヲ得サルカ故ニ買主ハ該建物ノ不可抗力タル燒失ニ因ル損害ニ付テハ之カ賠償ノ義務ナキモノトス」(大正一四、七、一〇、東地判決、評論一五巻民法七〇二頁)。

四　「甲ハ運送人トシテ自ラ安全ニ貨物ヲ目的地迄運送シ同地ニ於ケル取扱人トシテ同人カ指定シタル乙モ亦其ノ取扱ニ付何等ノ過失ナカリシノミナラス其ノ到達驛附近ニ於ケル倉庫ハ取扱人乙ノ特約倉庫ヲ始メトシ總テ大正十二年九月一日ノ大震火災ニヨリテ燒失シ到達驛構內ニ於テハ燒殘リタル貨物若干存シタルモ是レ亦大震火災ニ次テ起リタル罹災民ノ掠奪行爲ニ遭ヒ同月二日悉ク持去ラレタル事實アルトキハ該貨物ハ總テ取扱人乙ノ措置如何ニ拘ラス當然右大震火災ノ不可抗力ニ因リテ滅失スヘカリシ運命ニ在リタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ運送人タル甲ハ該貨物滅失ニ基ク損害ニ付テハ賠償ノ責ヲ負フヘキモノニ非ス」(大正一四、一二、一五、東地判決、評論一五巻商法二四七頁)。

第四款　因果關係

第一項　意義

第三章　損害賠償義務

損害賠償債權發生の要件の第四としては因果關係の存在を必要とする。因果關係（Kausalzusammenhang; Causalité）とは損害賠償義務の發生原因たる事實（債務不履行、不法行爲又は其の以外の事實）と損害との間に存在する原因結果の關係を謂ふ。

損害賠償債權の成立要件の一として因果關係を必要とする。損害發生原因たる事實あり、又、損害あるも、其の間に因果關係が存在せざるときは、損害賠償債權は成立しない。

一　「凡ソ債權者カ債務者ニ對シ債務ノ不履行ヲ原因トシテ損害賠償ヲ求ムルニ當リテハ債務ノ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係アルヲ必要トス故ニ例ヘハ株主カ株金拂込ノ請求ニ應シ其債務ヲ履行セサリシカ爲メ會社カ通常被ムル損害ハ該拂込金及ヒ其法定利息等ニ止リ株主カ拂込ヲ怠リタルカ爲メ會社カ失權ノ通知ヲ爲シ其株式ヲ競賣ニ付シタルモ競落人ナカリシ結果何人ニ對シテモ次回以後ノ拂込ヲ請求スルヲ得サルニ至リタルカ如キハ株主ノ不履行ニ因リ當然生スヘキ結果ナリト謂フヲ得ス」（明治三七、一二、七、東控判決、新聞二五〇號五頁）。

二　「契約ノ不履行ヲ原因トシテ損害賠償ヲ求ムルニハ現實ニ發生シタル損害カ不履行ノ直接又ハ間接ノ結果ナルコトヲ前提トセサルヘカラス故ニ偶々不履行ト損害トノ二個ノ事實カ併發シタリトスルモ若シ其間ニ因果ノ連絡ナキニ於テハ不履行ヲ原因トシテノ損害賠償ノ請求ハ許容スヘキモノニ非ス」（明治四三年（ワ）八七號宇都宮地方判決、新聞六九三號二五頁）。

三　「火傷ヲ受ケタル者水中ニ投シ心臟痲痺ヲ起シ死亡シタルトキハ水中ニ投スルモ火傷ナカリセハ心臟痲痺ヲ起ス事ナカリシ場合ナルトキハ被害者ノ投水ハ火傷ト死トノ因果關係ヲ中斷スル理由ト爲ラサレハ火傷加害者ノ所爲ニ傷害致死罪ヲ問擬スルモ不當ナラス」（昭和二、九、九、刑大判、六卷三四三頁）。

第二項　學說

民法上に於て、如何なる範圍の原因を以て、如何なる範圍の結果を發生せしめたるものと見るべきかに關しては、從來、諸種の學說が爭つて居る。其の學說の主要なるもの左の如し。

第一　條件說（Bedingungstheorie）

條件說は正確に之れを謂へば無制限條件說である。此の說に依れば、苟くも結果の發生に原因を與へたる總ての條件が結果の發生に對して原因力を有するものとする。

John Stuart mill, Logik.

哲學上の嚴格なる理論としては此の說は正當であらうけれども、此の說を民法上に於て利用せんとするときは、原因を定むることあまりに廣汎に過ぎ極めて不當なる解決と爲る。

第二　特殊條件說

無制限條件說は原因を認むる範圍が廣汎に失するから、其の原因力中の或るものに制限を加へ、各種の條件中の或る種の條件のみを以て法律上の原因力ある條件と爲さんとする說である。特殊條件說は各種の條件中の或るもののみを人爲的に選擇する點に於て、嚴格なる哲學的見解には合しないであらうけれども、法律の目的を達する上に於ては無制限條件說に比し多少の進化を示すものである。特

殊條件說も種々なる類型に分類せられ得る。特殊條件說の缺陷は、具體的事件のみを眼中に置き、普遍的の觀察を爲さざる點に在る。

（一）最後條件說

此の說に依れば結果の發生を促進せしむる力をして結果の發生を妨止せしむる力に優越せしむる行爲にして且結果に最も接近するものを原因と爲すべきであるとする。

Örtmann, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 23. S 268 ff.

最後の條件のみが原因たるべき筈はないから、此の說は勿論、理論上不當であり、又、實際上も不當である。

（二）權衡破壞說

此の說に依れば、或る結果の發生を促進する條件（積極條件）と之を防止する條件（消極條件）との權衡を破壞して積極條件を有力ならしめたる條件が原因であるとする。

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Aufl. 3 I S. 115 ff.

積極條件と消極條件とを區別することが困難である。又此等の條件は何れも權衡破壞條件と爲り得るから、此の說は無制限條件說に歸着する。

（三）最有力條件說

此の說に依れば多くの條件中結果の發生に最も有力なりし條件を以て原因とすべきであるとする。

Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang in Strafrecht, Gerichtsaal 37 S. 272.

多くの條件中、何れが最有力なるかを決定することは困難又は不能であらう。

第三　相當因果關係說（適當因果關係說）

特殊條件說が個々の具體的事件のみを捉へて、其の事件に於ける原因如何を探究せんと努力する點に缺陷あるに反し、相當因果關係說（Theorie der adäquaten Verursachung, Théorie de la causalité adequate）は一個の事實が一般的の場合に於ても通常其の結果を發生せしむる條件たる場合に、其の事實を以て其の結果の發生に相當なる原因力あるものと爲す說である。卽ち、此の說によれば、一個の事實が當該の場合に於て條件たるのみでは未だ以て之を原因力ある條件と爲すことを得ないとする。

此の說は生理學者 Kreis (Über den Begriff der objektiven Möglichkeit. Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888) S. 228 ff.) の首唱する所である。之を法律上に於て主張する者は v. Bar 及び Thon である。

相當因果關係說に二種ある。

（一）主觀的相當因果關係說

主觀的相當因果關係說（Theorie der subjektiv adäquaten Verursachung）に從へば、相當なる普遍的原因

の存否は當事者の主觀的立脚地に從つて判斷すべきものである。卽ち、具體的事實に對する認識(Objektives Wissen)は行爲者の主觀的立脚地を標準として之れを決定し、其の具體的事實が原因としての普遍的妥當性を有するや否や(Nomologische Grundlage des Möglichkeitsurteils)は人類の一般的經驗を標準として之を決定すべきであるとする。

v. Kreis の說である。

(二)　客觀的相當因果關係說

客觀的相當因果關係說(Theorie der objektiv adäquaten Verursachung)は相當なる原因を知るに付き一定の客觀的標準を立てんとする。卽ち、一般的智識の程度を以て相當なる原因の存在を知り得べかりしときは、當該當事者が之れを主觀的に知りたると否とに關せず、常に因果關係ありとする。而して、相當なる原因の存在を知り得べかりしことの時期を定むるに付き又學說が岐れる。

(a)客觀的後發事實斟酌說

客觀的後發事實斟酌說(Theorie der objektiv nachträglichen Prognose)に從へば、苟くも行爲の當時客觀的に相當なる條件が存在したるときは、假令、行爲後に於て相當條件の存在を認め得るに至りたる場合に於ても因果關係ありとする。

Rümelin, Der Zufall im Recht S. 48.

(b)一般的妥當條件說

一般的妥當條件說(Theorie des generell begünstigenden Umstandes)に依れば行爲の當時に於て知り得べかりし相當條件ある場合にのみ因果關係が存在するものとする。此の說を妥當とすべきである。

Träger, Der Kausalbegriff in Straf-und Zivilrecht, S. 159 ff.

石坂氏二九七頁、二九八頁、鳩山氏七三頁、嘉山氏九三頁、烏賀陽氏一五〇頁、富井氏二〇八頁、近藤柚木兩氏上卷一八九頁以下。勝本氏は之に多少の修正を加へて普遍的條件認識可能說なるものを提唱せられて居る(同氏上卷三五七頁)。

第四　不作爲と因果關係

不作爲と結果との間に因果關係ありや否やは爭はれて居る。

(一)　準因果關係存在說

此の說は不作爲と結果との間には法律上の因果關係(因果關係)が存在するに過ぎざるものとする。

石坂氏三〇六頁、鳩山氏七八頁、沼氏一〇一頁、嘉山氏九五頁、近藤柚木兩氏債權總則上卷一九三頁(殊に因果關係說中相當因果關係說によるべしとせらる)。

(二)　因果關係存在說

此の說は不作爲に在りても其の不作爲なかりせば一般經驗則上其の結果を發生せざるべしと謂ふ事實上の聯鎖關係（客觀的相當因果關係）は成立し得るが故に、之れを法律學上因果關係と認むることを得るものとする。蓋し、法律上の不作爲の因果關係は、物理學上、哲學上の不作爲に因果關係なきの故を以て、之れを否定すべき理由はなく、法律學は其の自己固有の目的に從つて因果關係の觀念を定め得べきであるから、此の說を正當とすべきである。

中島氏釋義三卷上五四五頁、勝本氏上卷三六一頁以下、勝本勘三郎氏「因果關係と不作爲」刑法の理論及び政策六五六頁以下（法協二七卷二號、三號）、三瀦氏二三一頁、宮本英脩氏「不作爲と因果關係」京法一一卷一二號四〇頁以下、武田氏「不作爲と因果關係」新報二九卷九號、石田氏總論講義一二三頁。

（三）大審院判例

大審院判例は「不作爲と損害との間に因果關係ありと爲すには不作爲が法律上の義務たる行爲を爲さざる場合なることを要す」とする。併し、法律上作爲義務ある場合に非ざれば不作爲の因果關係存せざるが如く解するは不當である。

一「監査役ノ承認ヲ得サルニ因ル取引無效ノ結果第三者ノ被リタル損害ハ取引當事者タル取締役カ法律上ノ義務ニ違反シテ監査役ノ承認ヲ得サルニ原因スルモノニシテ會社ヲ代表シタル他ノ取締役又ハ支配人カ監査役ノ承認ヲ得サルニ原因スルモノトシテ之ニ損害賠償ノ責ヲ歸スルコトヲ得サルモノトス何トナレハ不作爲ト損害トノ間ニ因果關係アリト爲スニハ不作爲カ法律上ノ義務タル行爲ヲ爲ササル場合ナルコトヲ要スレハナリ」（大正七、七、一二、大判、二四輯一四四八頁、抄錄七九卷一八四九〇頁、批評勝本氏上卷三六二頁）。

二「甲銀行カ乙會社使用人丙ノ僞造シタル株券ヲ擔保トシテ提供セラレタルカ爲メ割引金貸付金利息等ヲ交付シ其金錢ノ所有權ヲ喪失シタリトスルモ斯ル金錢所有權ノ喪失ニ因ル損害ハ(イ)乙會社取締役カ右丙ヲ同會社ノ使用人トシテ雇入レタル作爲及ヒ(ロ)右取締役カ丙ノ株券僞造行爲ヲ防止セサリシ不作爲トノ間ニ法律上所謂適當因果ノ關係アルモノト謂フヲ得ス」（大正八、三、三、東地判決、新聞一五四六號一七頁、評論八卷民法三一五頁）。

第三項　因果關係の中斷

或る者が或る結果の發生に相當なる原因行爲を爲し、未だ其の結果が發生せざる以前に於て、他の獨立の事實（行爲）が介入し來ることがあり得る。例へば甲は乙に强烈なる毒藥を服せしめたるも、乙は其の毒死前、强盜の爲斬殺せられたる場合の如し。斯の如く、第三者の行爲又は事實の介入後の結果が、第三者の行爲のみによりて獨立して發生し得べき場合には因果關係は中斷せらるるものと解すべきである。

（甲）因果關係の中斷を認むるを通說とする。例へば、勝本氏上卷三六三頁、三六四頁、概說一三九頁、石坂氏舊說上卷三〇二頁。

一「明治三十二年法律第四十號ニ所謂失火トハ人ノ過失ニ因リ火災ヲ惹起スルノ意ニシテ過テ火ヲ失シ火力ノ單純ナル燃燒作用ニ因リ財物ヲ損傷滅燼セシメタル場合ハ總テ其中ニ包含スト雖モ發火藥其他ノ物質ヲ爆發セシメ其爆發ヨリ生スル强壓力ノ作用

ニ因リ財物ヲ破碎毀壞スルノ所爲ハ其爆發力カ火力ノ燃燒作用ニ起因スル場合ト雖モ別種ノ行爲ニ屬シ失火ヲ以テ之ヲ目スルコトヲ得サルモノトス唯失火ニ因リテ生シタル火災カ延燒シテ火藥其他ノ物ヲ爆發セシメタル所論ノ如キ場合ニ於テハ其爆發ハ要スルニ火災中ニ於ケル一ノ事變ニ過キサルヲ以テ失火者ハ單ニ失火ノ責任ヲ負擔シ其爆發ニ付キ特ニ其責ニ任セサルハ勿論ナリ」(大正二、二、五、大判、一九輯四卷五七頁以下、石坂氏「失火者ノ損害賠償範圍」民法研究三卷三八三頁以下)。

二　「不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求ハ其不法行爲ト損害トノ間ニ因果ノ連絡アルコトヲ要ス通常ノ經過ニ於テハ其不法行爲ヨリ當然生スヘキモノニ非スシテ不法行爲ノ行ハレタル後特別事由ノ介在ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ被ラシメタルトキハ所謂因果關係ノ中斷ヲ來スモノトス」(大正五、六、三〇、朝高判決、新聞一一五七號二七頁)。

三　「山林下戻ノ爲メ所有權喪失ニ因ル損害ト欺罔行爲トノ間ニ行政判決カ存スルモ之カ爲メ兩者ノ因果關係ハ遮斷セラルルモノニ非ス」(大正五、一〇、二五、名古屋控訴判決、評論五卷諸法五一六頁)。

四　「鐵道踏切看守人ニシテ通行人ニ對スル危險防止ノ方法ヲ遺憾ナク施シタルニ拘ラス被害者ニ於テ之ヲ顧ミサリシ結果災害ヲ招クニ至リシモノナルトキハ機關手カ汽笛ヲ鳴ラササリシ內訓違反ハ事故ノ發生ニ影響ナキモノトス」(大正九、一一、四、東控判決、評論九卷民法一三五二頁)。

(乙)　因果關係中斷否認說　岡田氏「因果連絡中斷か責任更新か」志林七卷一號、石坂氏大綱五七頁。

第四項　我が民法に於ける因果關係

(甲)　債務不履行の場合

(一)　學說

第四百十六條は「損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス

特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」と規定する。

右規定は債務不履行に因る損害賠償の因果關係の範圍に關する規定である。

右規定に關しては從來學說が爭つて居る。

(イ)　第一說は第四百十六條の規定は我が民法が相當因果關係說を採用したるものなることを示すものであつて、同條の規定する範圍は相當因果關係說の範圍と全然同一であるとする。

近藤柚木兩氏上卷一八六頁、石田氏總論講義一二二頁、一二三頁、鳩山氏七四頁、沼氏一一〇頁。

此の中には、(1)第一項の「通常生スヘキ損害」及び第二項「特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害」を合せて正に相當因果關係說を採用したるものとする說(鳩山氏總論七八頁)があり、又(2)第一項の「通常生スヘキ損害」といふは「單純に事物自然の性質上生ずべき損害」といふ意義であつて、相當因果關係說を不完全に表現したるものであるとし、通常事情に基くと、特別事情に基くとを問はず、此の兩者を包含する。第二項の「特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害」は「特別事情より通常生ずべき損害」の

意義を有するに止まり、「通常生スヘキ損害」と對立するものでない。兩者ともに豫見性を必要とする。「通常生スヘキ損害」は相當條件說を不完全に表現し、他は其の內容を明にしたるに過ぎざるものとする。

近藤柚木兩氏上卷一八六頁、石田氏論總講義一二二頁、一二三頁。

(1)の學說は、自然に、明快に因果關係理論を說明して居るやうであるが、未だ、尙、詳細なる分析が爲さるゝに至つて居ない憾がある。反之、(2)の學說は其の構成に多少の技巧が必要とせられるけれども、然かも尙、因果關係學說との一致を見出すに便宜であり、又實務上も便宜である。之れを要するに、

(a)通常事情よりも通常生ずべき損害と特別に生ずべき損害とが發生する。

特別事情よりも通常生ずべき損害と特別に生ずべき損害とが發生する。

何れも、通常生ずべき損害に付いてのみ債務者に賠償責任がある。特別に生ずべき損害に付いては債務者に賠償責任はないと見る。蓋し、相當因果關係理論の當然の結果である。

「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迄ノ間ニ於テ當事者ノ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ特別事情ニ基ク損害ヲモ賠償スヘキモノナリト雖其ノ賠償範圍ハ右特別事情ヨリ事物自然ノ性質ニ從ヒ通常生スヘキ損害ニ限ルモノト解セサルヘカラス若シ右特別事情ニ基因シ前記ノ範圍ヲ超ヘテ損害ヲ生シタリトセハ之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サルヘク後ノ特別事情ニ付テハ直ニ契約上ノ義務ノ不履行者カ之ヲ豫見シ又ハ之ヲ豫見シ得ヘカリシモノト爲スヲ得サル故ニ此ノ部分ノ損害ニ對シ賠償責任ヲ負擔セシムヘキニ非ス今本件ニ付之ヲ觀ルニ原審ハ本件土地ノ轉賣不履行ニ因リ被上告人ノ被リタル損害並其ノ轉賣ニ依リ得ヘカリシ利益ノ喪失ハ特別事情ニ基ク損害ナリト認定シ更ニ原審證人朝倉林三ノ證言ニヨリ斯ル損害ノ發生スルコトアルヘキハ上告人ニ於テ本件賣買契約締結當時ヨリ其ノ豫見シ得ヘカリシモノナリト確定シ上告人ニ對シ其ノ損害ノ賠償ヲ命シタルモノナリ然レトモ原審ノ採用シタル前記證言ニ依レハ單ニ本件賣買ニ當リ其ノ買主タル被上告人カ後日本件土地ヲ他ニ轉賣シ利益ヲ得ンコトヲ期待シ居リ賣主タル上告人ニ於テモ其ノ事情ヲ了知シ居タル事實ヲ認定シ得ルニ過キサルヲ以テ此ノ證言ニヨリ直ニ上告人カ本件ノ轉賣代金ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノナリト推認スルヲ得ス從テ更ニ本件轉賣カ其ノ日時ニ於テ通常アリ得ヘキ代金ヲ以テ契約セラレタル事實ヲ認定スルニ非サレハ該轉賣代金ヲ基礎トシテ損害賠償ノ責ヲ問フヲ得サルモノトス然ルニ上告人ハ被上告人ニ對シ大正十年二月二十日本件土地ヲ代金千四百圓ニテ賣渡シ被上告人ハ同年六月二十五日之ヲ訴外人ニ對シ代金四千八百四十八圓八十錢ニテ轉賣シタルコトハ原審ノ確定シタル事實ナレハ被上告人カ本件土地買受後僅カ四ケ月餘ノ後ニ於テ之ヲ買受代金ノ三倍以上ノ代金ヲ以テ他ニ轉賣ヲ爲シタルモノト云フヘク他ニ特別ノ事情ノ存セサル限リ右轉賣代金ハ其ノ日時ニ於テ通常有リ得ヘキ代金ナリト斷スルヲ得サルハ事理ノ當然トスル所ナリサレハ原審カ前段說示ノ如ク被上告人ノ本訴請求ヲ許容シタルハ證據ニ依ラスシテ事實ヲ認定シタル不法アルカ又ハ重要ナル事實ノ判斷ヲ遺脫シテ裁判ヲ爲シタル不法アルカ又或ハ民法第四百十六條第二項ノ趣旨ヲ誤解シテ之ヲ適用シタル不法アルモノニシテ孰レノ點ヨリスルモ原判決ハ全部破毀ヲ免レス論旨ハ理由アリ」(昭和四、四、五、大判、八卷三七四頁、新報一九六號一一頁、末川氏「特別事情に因る損害賠償の範圍」破毀判例民法研究二卷六九頁以下)。

(b)通常事情より通常生ずべき損害に關しても、又、特別事情より通常生ずべき損害に關しても、共に債務者に豫見性を必要とする。相當因果關係說中の一般的妥當條件說に從へば、行爲の當時に於て

知り得べかりし相當條件ある場合に因果關係あるものと解すべきであつて、豫見性の必要なるは、通常事情より生じたる損害たると特別事情より生じたる損害たるとを區別する必要はない。雙方とも債務者が行爲の當時知り又は知り得べかりしことを要するのである。

(c)唯我が民法は通常事情より通常生ずべき損害に關しては、何人も、從つて、債務者も通常之れを豫見し居るものなること明白であるから、債權者は債務者の豫見に關して、主張も、立證も必要としない。然るに特別事情より通常生ずべき損害に關しては、債務者の豫見は債權者に於て主張責任、立證責任を負擔すべきものとする。第四百十六條規定は文字は不完全であるけれども、因果關係學說に照して斯く解せざるを得ない。

通常事情より生ずる通常損害に關しては債權者は主張責任、立證責任を負はない。特別事情より通常生ずべき損害に關しては、債權者が主張責任、立證責任を負擔するものと解すべきであるから、(1)說と(2)說とは結果に於て完全に一致し、唯理論構成に於て(2)說が(1)說に比して精緻たるばかりである。(2)說を正當とせざるを得ない。

（ロ）　第二說は第四百十六條は相當因果關係の範圍を制限したるものであるとする。蓋し、同條第二項が存在するからである。

石坂氏上卷三〇〇頁、三一四頁、富井氏二一〇頁、二三〇頁。

（ハ）　第三說は第四百十六條の規定は相當因果關係の範圍を擴張したるものとする。是れ亦第二項の存在により斯く解するのである。但し此の說は第二項の解釋が第二說と正反對となるわけである。

中島氏釋義三卷上五四九頁、末弘氏法曹記事二四卷五號三八頁、勝本氏上卷三六七頁、三七四頁、大谷氏一六三頁。

（二）　判　例

判例は從來久しきに亘り、債務不履行に付き第四百十六條の規定と相當因果關係との關係に就て必ずしも明白でなかつたが、近時に至り、第四百十六條は相當因果關係說の範圍を明にしたるもので、同條の規定する範圍と相當因果關係の範圍と同一なりとの見解に到達した。

一　「不法行爲ニ因リ物ヲ滅失又ハ毀損セラレタル者ハ現實ノ損害ニ對スル賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ外其ノ物ヲ使用收益スル法行爲爲メニ因リテ生スヘキ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナレハ被害者ハ現實損害ニ對スル賠償ヲ受ケタルカ爲不現實ノ損害ハ物ノ滅失毀損シタル當時ノ價格ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ要シ且其ノ價格ハ交換價格ニ依リテ定マルヘキモノトス然リ而シテ物ノ交換價格ハ通常其ノ物ノ使用收益ヲ爲シ得ヘキ價値ニ對應スルモノニシテ其ノ物ノ通常ノ使用價格ヲ包含スルモノト謂フヘク換言スレハ現在及將來ニ於テ其ノ通常ノ使用收益ニ因ル利益ヲ得ヘキコトカ其ノ物ノ現在ノ價格ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス故ニ被害者カ滅失毀損當時ニ於ケル物ノ價格ヲ標準トシテ定メラレタル賠償ヲ得タルトキハ其ノ被害者ハ將來其ノ物ニ付通常ノ使用收益ヲ爲シ得ヘキ利益ニ對スル賠償ヲモ得タルモノト謂フヘク更ニ斯ル賠償ヲ請求スルコトヲ得ス加害者カ賠償金ノ支拂ヲ遲延シタル場合ニ付唯被害當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ニ過キサルモノトス之ニ反シテ被害者カ其ノ獨特ノ技能特別ナル施設其ノ他其ノ物ノ特殊ノ使用收益ニ因リ異常ノ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情アル場合ニ於テ不法

行爲ニ因リ使用收益ヲ妨ケラレ爲ニ其ノ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルトキハ不法行爲ト損害トノ間ニ相當因果關係存スル限リ該利益喪失ニ對スル被害者ノ賠償請求權ヲ認メサルヘカラス蓋不法行爲ニ因リテ生スル損害ハ自然的因果關係ヨリ論スルトキハ通常生シ得ヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノナルトヲ問ハス又豫見シ若ハ豫見シ得ヘカリシモノナルトヲ問ハス又豫見シ若ハ豫見シ得ヘカリシトヲ論セス加害者ハ一切ノ損害ニ付責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得スト雖其ノ責任ノ範圍廣キニ過キ加害者ヲシテ無限ノ負擔ニ服セシムルニ至リ吾人ノ共同生活ニ適セス共同生活ノ關係ニ於テ其ノ行爲ノ結果ニ對スル加害者ノ責任ヲ問フニ當リテハ加害者ヲシテ一般的ニ觀察シテ相當ト認メ得ル範圍ニ於テノミ其ノ責ニ任セシメ其ノ以外ニ於テ責任ヲ負ハシメサルヲ以テ法理ニ合シ民法第七百九條以下ノ規定ノ精神ニ適シタルモノト解スヘキモノナレハナリ然リ而シテ民法第四百十六條ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行爲ト其ノ結果トノ間ニ存スル相當因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ獨リ債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同條ノ規定ヲ類推用シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス而シテ物ノ通常ノ使收益ニ因リテ得ヘキ利益ノ喪失ハ不法行爲ニ因リテ通常生スヘキ損害ヲ包含スルモノナレハ被害者カ物ノ特殊ノ使用收益ニ因リ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタリトシテ之カ賠償ヲ請求スルニハ民法第四百十六條第二項ノ規定ニ準據シ不法行爲ノ當時ニ於テ將來斯ル利益ヲ確實ニ得ヘキコトヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ特別ノ事情アリシコトヲ主張シ且立證スルコトヲ要スルモノト謂ハサルヲ得ス原判決ハ被上告人（原告、被控訴人）ハ其ノ所有船舶富貴丸カ上告人（被告、控訴人）ノ不法行爲ニ因リ沈沒シタル爲得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルニ基ク賠償ヲ請求シ得ヘキモノト認メ之カ判斷ヲ爲スニ當リ「不法行爲ニ因ル損害賠償ハ直接ノ結果タルト間接ノ結果タルト通常ノ事情ニ因リテ生シタルト特別ノ事情ニ因リテ生シタルトヲ問ハス行爲ト損害トノ間ニ因果關係アリト認メラルル場合ニ於テハ被害者ハ總テノ損害ヲ請求シ得ヘク不法行爲ニ因リ他日受クヘキ利益ヲモ害セラレタルトキハ判決ヲ受クル迄ノ間ニ於テ之ヲ算定シ其ノ賠償ヲ請求シ得ヘシ」ト前提シ「傭船ハ船舶利用ノ普通ノ方法ナルヲ以テ之ニ依リ利用上得ヘカリシ利益ヲ算出スルヲ相當トス云々被控訴人（被上告人）ハ大正四年一月二十一日訴外內田信也ニ對シ同日ヨリ同年十二月末日迄傭船契約ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘシ云々富貴丸沈沒ノ翌月ナル大正四年五月一日ヨリ同年末日迄ノ受クヘカリシ利益ハ傭船料ヨリ船費ヲ控除シタル殘額一萬六千八百圓ナリト認定ス云々大正五年ヨリ大正七年ニ至ル三ケ年間ニ於テ傭船契約ヲ爲スニ因リテ得ヘカリシ利益ハ總利益金百十四萬五千四百八十五圓ヨリ總費用金六十三萬三千百五十八圓ヲ控除シタル純益金五十一萬二千三百二十六圓十四錢ト認定ス」ト說明シ「此ノ金額ノ各半額ヲ以テ被上告人ノ得ヘカリシ利益ニ對スル賠償額ナリ」ト判示シタリ然レトモ原判決ハ既ニ富貴丸ノ現實損害ニ對スル賠償トシテ其ノ沈沒當時ノ價格ニ依リ金十萬五千三百八十圓ノ半額ノ賠償ヲ上告人ニ命シタルモノナレハ其ノ價格ハ現在及將來ニ於テ該船舶ニ付通常使用收益ヲ爲スニ因リテ得ヘキ利益ニ對スル賠償ヲモ包含スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ原判決ノ趣旨カ傭船契約ヲ爲スニ因リテ得ヘカリシ利益ト認メタルモノトセハ原院カ其ノ喪失ニ對スル賠償ヲ命シタルハ二重ノ賠償ヲ命シタルモノニシテ不法ナリト謂ハサルヲ得ス若夫原判決ノ趣旨ニシテ其ノ認メタル傭船料ハ特殊ノ使用收益ヲ爲シ得ヘキ特別ノ事情アリシ爲得ヘカリシ利益ニシテ船舶ノ價格ニ包含セラレサルコトヲ判斷シタルモノトセハ船舶衝突ノ當時ニ於テ斯ル使用收益ニ因ル利益ヲ得ヘキコトヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシコトヲ判示セサルヘカラサルニ原院カ不法行爲ニ因ル損害賠償ニハ民法第四百十六條ノ規定ヲ類推スルコトヲ得サルモノノ如キ見解ヲ以テ此ノ點ニ關スル審理判斷ヲ爲ササリシハ不法ニシテ上告論旨ハ何レモ其ノ理由アリ原判決中上告人ニ金二十六萬四千五百六十三圓七錢及之ニ對スル法定利息ノ支拂ヲ命シタル部分ハ破毀ヲ免レス此ノ判旨ハ當院從來ノ判例（大正三年(オ)第七百八號大正四年二月八日判決大正五年(オ)六百六十一號大正六年六月四日判決）ニ反スルヲ以テ之ヲ變更スヘキモノトス」（大正一五、五、二二大判、（民刑聯合部中間判決）、五巻三八六頁、末弘氏評釋、同年度判例民事法二七四頁以下）。

此の判例は不法行爲に關する事案に對して宣告せられたるものではあるが、亦債務不履行に關する民法第四百十六條の趣旨を宣明して居る重要なる判例である。

二　「依テ按スルニ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迄ノ間ニ於テ當事者ノ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ特別事情ニ基ク損害ヲモ賠償スヘキモノナリト雖其ノ賠償範圍ハ右特別事情ヨリ事物自然ノ性質ニ從ヒ通常生スヘキ損害ニ限ルモノト解セサルヘカラス若シ右特別事情ニ基因シ前記範圍ヲ超ヘテ損害ヲ生シタリトセハ之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サルヘク後ノ特別事情ニ付テハ直ニ契約上ノ義務ノ不履行者カ之ヲ豫見シ又ハ之ヲ豫見シ得ヘカリシモノト爲スヲ得サルカ故ニ此ノ部分ノ損害ニ對シ賠償責任ヲ負擔セシムヘキニ非ス今本件ニ付之ヲ觀ルニ原審ハ本件土地ノ轉賣不履行ニ因リ被上告人ノ被リタル損害竝其ノ轉賣ニ依リ得ヘカリシ利益ノ喪失ハ特別事情ニ基ク損害ナリト認定シ更ニ原審證人朝倉林三ノ證言ニヨリ斯ル損害ノ發生スルコトアルヘキハ上告人ニ於テ本件賣買契約締結當時ヨリ其ノ豫見シ得ヘカリシモノナリト確定シ上告人ニ對シ其ノ損害ノ賠償ヲ命シタルモノナリ然レトモ原審ノ採用シタル前記證言ニ依レハ單ニ本件賣買ニ當リ其ノ買主タル被上告人カ後日本件土地ヲ他ニ轉賣シ利益ヲ得ンコトヲ期待シ居リ賣主タル上告人ニ於テモ其ノ事情ヲ了知シ居タル事實ヲ認定シ得ルニ過キサルヲ以テ此ノ證言ニヨリ直ニ上告人カ本件轉賣代金ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノト推認スルヲ得ス從テ更ニ本件轉賣カ其ノ日時ニ於テ通常アリ得ヘキ代金ヲ以テ契約セラレタル事實ヲ認定スルニ非サレハ該轉賣代金ヲ基礎トシテ損害賠償ノ責ヲ問フヲ得サルモノトス然ルニ上告人ハ被上告人ニ對シ大正十年二月二十日本件土地ヲ代金千四百圓ニテ賣渡シ被上告人ハ同年六月二十五日之ヲ訴外人ニ對シ代金四千八百四十八圓八十錢ニテ轉賣シタルコトハ原審ノ確定シタル事實ナレハ被上告人カ本件土地買受後僅々四ケ月餘ノ後ニ於テ之ヲ買受代金ノ三倍以上ノ代金ヲ以テ他ニ轉賣ヲ爲シタルモノト云フヘク他ニ特別ノ事情ノ存セサル限リ右轉賣代金ハ其ノ當時ニ於テ通常有リ得ヘキ代金ナリト斷スルヲ得サルハ事理ノ當然トスル所ナリ左レハ原審カ前段說示ノ如ク被上告人ノ本訴請求ヲ許容シタルハ證據ニ依ラスシテ事實ヲ認定シタル不法アルカ又或ハ民法第四百十六條第二項ノ趣旨ヲ誤解シテ之ヲ適用シタル不法アルモノニシテ孰レノ點ヨリスルモ原判決ハ全部破毀ヲ免レス」（昭和四、四、五、大判、八卷三七三頁以下、末弘氏評釋、同年度判例民事法一五二頁以下）。

（乙）不法行爲の場合

（一）學說

第四百十六條の規定は債務不履行に因る損害賠償に關する規定であつて、不法行爲に因る損害賠償に關して之れに對應すべき規定がない。從つて、右規定が不法行爲にも類推適用せらるべきや否やに關して爭がある。

（イ）債務不履行に關する第四百十六條の規定を不法行爲にも類推適用せんとする說がある。因果關係の範圍に關して、債務不履行と不法行爲との間に其の範圍を異にすべき何等の理由はないのであるから、不法行爲に在りても相當因果關係說によるべきであり、從つて亦債務不履行に關する第四百十六條の規定を不法行爲に類推適用すべきは當然のことである。從つて、此の說を正當とする。債務不履行、不法行爲以外の損害賠償に關しても同樣と心得べきである。

鳩山氏七四頁、近藤柚木兩氏上卷一九三頁、末弘氏各論一一〇九頁、同氏評釋、判例民事法昭和元年度二八一頁、二八四頁、三瀦氏二三七頁、岩田氏一〇四頁、横田氏各論八九九頁、九〇〇頁、嘉山氏一〇六頁、團野氏增訂改版損害賠償論三一四頁、三一五頁、沼氏一一一頁、曄道氏「民法第四百十六條ト不法行爲ニ因ル損害賠償ノ範圍」最近大審院民法判例批評一八八頁以下。穗積氏二六頁も結局此說に歸着せらるるものの如し。

（ロ）不法行爲に關しては、債務不履行の場合に於ける第四百十六條の如き特別規定が存在しないから、不法行爲に對しては第四百十六條を適用又は類推適用せず、債務不履行とは獨立して、相當因果關係理論を適用すべきものとする說がある。卽ち、不法行爲の場合には通常事情に因りて生じたる

損害たると、特別事情に因りて生じたる損害たるとを問はず、又當事者が事情を豫見したると否とを問はず、總ての損害を賠償すべきものとする說である。

民法は債務不履行に關してのみ第四百十六條の規定を設け、其の以外の損害賠償に關しては何等の規定を設けないのであるから、形式論理より之を見れば、特別事情の豫見は債務不履行の場合以外には斟酌せられないものと解することを得る。蓋し、不法行爲の場合は債務不履行の場合と異なり、被害者保護の目的以外に公益保護の目的を有するものとし、不法行爲者に對しては、債務不履行を爲したる債務者よりも重大なる責任を負擔せしめんとする趣旨かも知れないからである。

石坂氏上卷三一三頁、大綱六二頁、富井氏二一一頁、烏賀陽氏一五八頁、岡村司氏京法六卷四號八二頁、磯谷氏二四九頁以下。

(二)　判例

判例は其の初期に於ては、不法行爲に因る損害賠償の範圍に付き、或は無制限條件說に依るかの如き傾向を帶びて居た。又第四百十六條は債務不履行に付き因果關係の範圍を定めたるものであつて、同條は不法行爲には適用がないものとする判例が其の數必ずしも少くなかつたのである。併し、其の後、遂に、有名なる大正十五年五月二十二日の大審院民刑聯合部の判決に於て、民法第四百十六條は相當因果關係の範圍を宣明したるものとなし、又同條を不法行爲に類推適用すべきものなることを確定するに至つた。從つて判例は現在に於て不法行爲に就ても相當因果關係說を採用して居る。

(A)條件說

(1)大正四、二、八、大判、二一輯八一頁（後掲）。

(2)「不法行爲ト損害トノ間ニ因果關係アリト做スニハ事物通常ノ狀態ニ依リ社會普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判斷スルノ外ナキモノトス」（大正六、六、四、大判、二三輯一〇二七頁、抄錄七二卷一六四八一頁、評論六卷民法七九九頁）。

(B)不法行爲の場合には第四百十六條の規定に依らず、獨立して相當因果關係理論を適用すべきものとする說（通常事情たると、特別事情たるとを問はず、又之を豫見すると否とを問はざるものとする說）

一「民法第七百九條ニ規定セル不法行爲ノ損害責任ハ通常生スヘキモノナルト否ト又豫見シ得ヘキ損害ナルト否トヲ區別セス故ニ故ナク他人ノ財產ヲ差押ヘ爲メニ其物件ヲ第三者ニ引渡シ能ハサリシ結果ヨリ生セシ違約金ニ付テモ賠償ノ責任ヲ負ノ右差押物カ特定物ニ非スシテ他ノ同質ノ物品ヲ買入レ引渡シ得ヘキ場合ナリシトキト雖既ニ不法ノ差押ヲナシ損害原因ヲ加ヘタル以上ハ被害者カ其結果ヲ避クル方法ヲ講セサリシトノ理由ヲ以テ責任ヲ免カルルコトヲ得ス」（明治四一、六、一六、宮城控訴判決、最近判三卷四七頁）。

二「不法行爲ニ因ル損害賠償ハ直接ノ損害ノミニ限ラス苟クモ取引ノ觀念ニ於テ不法行爲ト損害トノ間ニ因果ノ關係アリト認ムヘキ場合ニ於テハ間接ノ損害ニテモ不法行爲者ニ於テ賠償スヘキ責任アルモノトス」（明治四二年(ネ)五八三號東控判決、新聞七〇七號二一頁）。

三「不法行爲ニ基ク損害賠償ノ責任ハ其損害カ不法行爲ニ因リテ直接ニ生シタルヤ否ヤニ依リテ定マルモノニ非スシテ不法行爲カ原因ト爲リテ發生シタルヤ否ヤニ依リテ判斷スヘキモノナルヲ以テ苟モ其結果トシテ生シタル損害ナルトキハ事ノ直接間接ニ論ナク總テ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス而シテ損害ノ發生ニ付キ被害者ニ過失アルトキハ加害者ノ賠償責任ハ裁判上之ヲ斟酌シ得ヘキモノトス」（明治四三、七、八、東控判決、新聞六六六號一六頁）。

四　「不法行爲ノ場合ニ於テハ不履行ノ場合ニ於ケル民法第四百十六條ノ如キ規定ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害トヲ問フノ要ナク從テ不法行爲ニ因リテ損害ヲ生シタル本件ノ場合ニ於テハ其損害カ行爲者ノ豫見シタルモノ又ハ豫見シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ審究スルノ要ナシ」(大正四、二、八、大判、二一輯八一頁、抄錄五三卷一二二三九頁、疇道氏「民法第四百十六條ト不法行爲ニ因ル損害賠償ノ範圍」最近大審院民法判例批評一八八頁以下)。

五　「不法行爲ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第四百十六條ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ス苟モ其行爲ト損害トノ間ニ因果ノ關係ヲ有スルニ於テ其損害カ通常生スヘキ損害ナルト又ハ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ナルトヲ問ハス等ク加害者ニ於テ之カ賠償ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノトス而テ其行爲ト損害トノ間ニ因果關係アリト做スニハ事物通常ノ狀態ニ依リ社會普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判斷スルノ外ナキモノトス」(大正六、六、四、大判、二三輯一〇二六頁、抄錄七卷一六四七九頁、新聞一三二一號三二頁)。

六　「我民法ニ於テハ不法行爲ノ損害賠償ノ範圍ニ付キ民法第四百十六條ヲ準用スル明文ナク又債務不履行ノ場合ト異ナリ被害者保護ト共ニ一面公益保護ノ目的ヲ有シ不法行爲者ニ重キ責任ヲ負擔セシムヘキ必要アルヲ以テ苟モ適當ノ因果關係ノ許容スル範圍ニ於テ生シタル損害ハ其ノ通常ノ損害ナルト特別ノ損害タルト又損害ノ豫見アルト否トニ拘ハラス其現實ニ生シタル損害ヲ賠償セシムヘク從テ製造中ノ船舶ナルカ故ニ賠償ノ範圍ハ船舶材料ノ原價ニ對スル金利ニ制限セラルヘキ法律上ノ根據ナシ又製造中ノ船舶ヲ買受ケタル者ハ其製造ヲ繼續スルモノト認ムヘク其製造ヲ繼續スル者ハ造船營業者ニ非サル限リ當然轉賣ヲ豫見スルコトヲ得ス故ニ其船舶工事ノ完成後ハ之ヲ利用スルモノト認ムヘク從テ之ヲ妨ケタル者ハ其船舶完成後ノ利用ニ因リ取得スヘキ利益ヲ失ハシメタルモノトス」(大正六、七、二〇、大地判決、新聞一三三八號二二頁)。

七　「按スルニ不法行爲ニ依ル損害ヲ算定スル場合ニ於テハ必スシモ之ニ因リテ生シタル直接ノ損害ノミニ限ルヘキモノニアラス苟クモ取引ノ通念上不法行爲ニ基因スルモノト認ムルコトヲ得ル以上ハ間接ノ損害ト雖モ其內ニ包含スヘキモノト爲スヘキハ上告人主張ノ如シト雖モ民法ハ不法行爲ニ因ル損害ト不履行ニ因ル損害トヲ區別スルカ故ニ不法行爲ニ因ル債務ノ不履行ニ因ル損害ハ不法行爲ニ因ル損害ナリト謂フヲ得ス從テ當事者カ單ニ不法行爲ニ因ル損害賠償ノミヲ請求スル場合ニ於テ裁判所ハ其賠償請求權ノ不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲモ命スルコトヲ得ルモノニアラス」(大正七、一〇、一〇、大判、二四輯一八九三頁)。

(C)相當因果關係說(民法第四百十六條の規定を以て相當因果關係を規定するものとし、之を不法行爲に類推適用せんとする說)

一　「凡ソ他人ノ不法行爲ヲ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルニハ其不法行爲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カ物ノ通常ノ經過ニ於テ其不法行爲ヨリ生スヘカラサルモノニシテ其之ヲ生スルニ至リタルハ人智ヲ以テ豫想スルコトヲ得サル偶然ノ出來事ニ起因シタルモノナルトキハ是レ唯不法行爲ハ其損害ノ發生ニ機會ヲ與ヘタルマテニ過キスシテ眞正ノ意義ニ於テ損害ノ原因ヲ爲シタルモノニアラス從テ此種ノ損害ニ對シテハ被害者ニ賠償ヲ請求スルノ權利ナキヤ明カナリ」(明治四二、三、一五、刑大判、一五輯二四四頁、新聞五六〇號一五頁)。

二　「不法行爲ニ因ル損害賠償ハ直接ノ損害ノ外間接ノ損失若クハ利得ト雖モ一般ノ經驗ヲ基礎トシテ且ツ不法行爲者カ知了セル事情ハ勿論不法行爲發生ノ當時客觀的ニ存在シタル事情中善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ知リ得ヘキ事情並ニ是等ノ事情ヲ基本トシテ豫見シ得ヘカリシ其後ノ事情ニヨリ不法行爲カ當該損害ヲ惹起スルニ適當ナル條件ナリト認メラルル場合ニ於テハ之カ損害ノ賠償ヲ爲スヘキ責任ヲ負フモノトス」(明治四四、七、八、東控判決、最近判九卷一〇〇頁)。

三　「倉庫證券ナルモノハ其性質上流通證券ニシテ取引上第三者ニ轉輾スヘキモノナレハ若シ證券ニ不正ノ記載ヲ爲サンカ第三者ハ其證券ニ誤ラレ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘキハ十分之レヲ豫知スルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ甲者カ丙者ノ發行ニ係ル證券ノ不正ナル記載ヲ眞實ナル者トシ乙者ヲ欺キ其證券ヲ擔保トシテ金錢ヲ借リ入レ乙者ニ金錢ノ所有權ヲ喪失セシメ以テ損害ヲ被ラシメタルモノナル以上ハ取引上ノ通念ヨリ觀ルモ證券發行ニ關スル過失ト乙者ノ權利侵害及損害トノ間ニハ因果ノ關係アルモノト認ムルコトヲ得ヘシ」(明治四五、三、三〇、東控判決、新聞八六八號九頁)。

四　「或行爲カ或結果ヲ發生シ又ハ發生スルコトアルヘキコトカ吾人ノ知識經驗ニ依リ之ヲ認識シ得ヘキ場合ハ其ノ行爲ヲ爲シタル者ハ其ノ結果發生ニ付キ原因ヲ與ヘタルモノトス」(大正二、九、二二、刑大判、一九輯八八四頁、抄錄五四卷六四一七頁)。

五　「僞造株券ノ轉輾ニ依リテ其僞造タルコトヲ知ラサル第三者カ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘキハ株券僞造者ノ當ニ豫期ス

ヘキ處ナルノミナラス詐欺ノ行爲ハ印章又ハ行爲ニ伴ヒテ發生スル場合多ク株券僞造行使等ノ行爲ニ詐欺取財行爲ノ伴フハ其當然ナルヲ以テ株券ノ僞造行使ハ僞造株券ヲ擔保ニ受取リタル者ノ損害ト法律上ノ因果連絡アルモノトス」(大正四、三、二五、東地判決、新聞一〇一三號二一頁)。

六　「凡ソ一般的ニ觀察シテ同樣ノ條件存スルトキ同樣ノ結果ヲ生スヘキ場合ニハ其條件ノ直接ナルト間接ナルトヲ問ハス又同時ニ他ノ原因存スルト否トニ關セス其行爲ハ其結果ニ對シテ責任ヲ負フヘク假令行爲ト結果トノ間ニ介入セル他ノ事實アルモ其行爲カ其原因タルニ何等妨ケアルモノニ非ス」(大正六、九、二八、神戸地方判決、新聞一三二八號二五頁、評論六卷民法八六六頁)。

七　「一旦相當ノ費用ヲ以テ原狀ニ回復スルモ係爭機械ノ運轉カ損害ヲ生セシメタル事實ヲ認メサルヲ得ス」(大正七、一〇、一九、廣島控訴判決、新聞一四七九號二四頁)。

八　「土地ニ關スル立旨完文賣買文記ノ如キハ何レモ當事者ノ土地ニ關スル權利關係ヲ證明スル目的ヲ以テ作成セラレ其性質流通ヲ目的トスルモノニ非サルカ故ニ斯ノ如キ文書ヲ僞造シテ他人ニ行使シタル場合ニ其行使ヲ受ケタル者カ該文書ノ僞造ナルコトヲ覺知シタル上更ニ故意ヲ以テ之ヲ第三者ニ交付シ依テ之ニ損害ヲ被ラシムルカ如キハ僞造者ヨリ其行使ヲ受ケタル者ノ甲ナルト乙ナルトヲ問ハス曩ノ僞造行使ノ行爲ヨリ一般的ニ發生シ得ヘキ結果ト認ムルヲ得サルカ故ニ若シ右僞造行使ノ行爲ヲ條件トシテ現實斯ノ如キ結果ヲ發生シタリトスルモ之レ寧ロ他人ノ故意行爲ノ介入ニ因リ其特定ノ場合ニ限リ發生シタル偶然ノ結果ナリト認ムルヲ妥當ナリトス」(大正七、一一、一九、朝高判決、評論八卷民法六一頁)。

九　「不法行爲ニ基ク損害賠償請求權ノ發生スルカ爲メニ要スル法律上因果ノ連絡ハ單純ナル條件ノ關係ニ非スシテ當該不法行爲ハ當該損害ニ對シ現實ニ條件ノ關係アリ且ツ該條件ハ其特定ノ場合ノミナラス一般的ニモ亦同種ノ損害ヲ生スヘキ可能性ヲ有スル場合ニ限リ之ヲ認ムヘキモノトス」(大正七、一一、一九、朝高判決、評論八卷民法六一六頁)。

一〇　「損害カ當該不法行爲ノ存在ヲ條件トシテ發生シタルトキト雖モ若シ其不法行爲カ一般的ニ觀察シ同一條件ノ下ニ同種ノ結果ヲ發生スヘキ可能性ヲ有セス却テ偶然ノ結果ニ過キサルトキハ當該不法行爲ト結果トノ間ニ法律上因果連絡ノ存スルモノト云フ能ハサルヲ以テ其不法行爲者ハ其損害ニ付キ賠償ノ責ニ任セサルモノトス」(大正七、一一、一九、朝高判決、評論八卷民法六一六頁)。

一一　「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキ者ニシテ其行爲ト損害トノ間ニ因果關係ノ存在スル事ヲ要シ而シテ行爲ト損害トノ間ニ因果關係ノ存スルヤ否ヤハ事物通常ノ狀態ニ依リ社會普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判斷スヘキモノナルコトハ夙ニ當院判例（大正五年(オ)第六六一號大正六年六月四日言渡判決參照）ノ示ス所ニシテ換言スレハ或行爲カ具體的ノ場合ニ於テ一定ノ結果タル損害ヲ生スルノ原因ヲ爲シタル場合ニ尙ホ之ヲ抽象的ニ觀察シテ其行爲カ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損害カ行爲ノ直接ノ結果タルト間接ノ結果タルトヲ問ハス其行爲ト損害トノ間ニ因果關係ノ存スルモノト謂ハサルヘカラサルモノトス」(大正九、四、一二、大判、二六輯五三三頁、抄錄評論九卷民法四九二頁)。

一二　「不法行爲ニ依リ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任スヘキモノニシテ其生シタル損害ノ範圍ニ付テハ法律ハ特ニ之ヲ明定セスト雖モ其行爲ト損害トノ間ニ因果ノ關係ノ存スル場合ニ於テモ亦一般取引ノ通念ニ從ヒ之ヲ一定ノ限度ニ制限スヘク卽チ行爲カ具體的ノ場合ニ一定ノ損害ヲ生シタルノミナラス之ヲ抽象的ニ觀察シテ一般ノ場合ニ同種ノ損害ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ限ルモノニシテ（大正八年(オ)第九九二號大正九年四月十二日言渡判決參照）既ニ此關係ノ存スル以上ハ其發生シタル損害カ行爲直接ノ結果タルト間接ノ結果タルト將又通常ノ事情ニ因リ生シタルト特別ノ事情ニ因リ生シタルトヲ問ハス等シク行爲者ニ於テ之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス」(大正九、一〇、一八、大判、二六輯一五五五頁、抄錄九〇卷二二〇六頁、新聞一七八八號一七頁、鳩山氏批評法協三九卷三號八四頁)。

一三　「原告ハ本件小切手ノ償還請求ニ應スヘキ義務無カリシニ拘ハラス其ノ過失ニ因リ之カ紛失ヲ誤信シ以テ其請求ニ應シタル場合ニ於テ小切手振出ト云フコトカ始メヨリ無カリシナラハ原告カ其ノ償還請求ニ應シ金員ヲ支拂ヒタリトノ事實モ勿論生シ得サリシ筋合ナルカ故ニ若シ此支拂カ果シテ原告ノ過失ニ出シトスレハ畢竟小切手ノ振出シト云フコトト原告ノ過失トカ各所謂條件

(condictio sine qua non)ト爲リテ金員ノ支拂ト云フ結果ヲ惹起スルニ至リシモノニシテ卽小切手ノ振出ハ此ノ結果ニ對スル一原因ヲ構成スルモノニ外ナラス從ヒテ若果シテ此振出カ被告ノ私擅ニ出シトスレハ被告ハ此結果ニ對シ其責ヲ負ハサルヘカラサルハ言ヲ俟タス」(大正一一、七、二八、大判、新聞二〇四三號二九頁)。

一四　「失火ハ縱令須臾ニシテ之ヲ消止メタルモ其失火カ被告ノ業務上必要ナル注意ヲ怠リタルニ基因シ而モ劇場內ノ多數ノ觀衆カ其出火ヲ知ルヤ忽チ火事ト叫ヒ其災禍ヲ免レンカ爲メ先ヲ爭フテ退場セントシ出入口タル唯一箇所ノ階段ニ殺倒シテ相壓迫シ或ハ又階上ノ窓口ヨリ身ヲ逃レントシ非常ナル混雜ヲ來シタルカ爲メ死傷ニ致シタルモノナルトキハ被告ハ因ヨリ斯クノ如キ結果ヲ豫見セスト雖モ之ヲ豫見シ得ヘカリシ以上被告ノ業務上ノ不注意ノ所爲ト被害者ノ死傷トノ間ニ因果關係存在スルモノトス」(大正一二、八、二四、刑大判、二卷六九一頁、評論一三卷刑法一〇頁)。

一五　「凡ソ私法上或權利カ侵害セラレタル結果生シタル損害ノ發生ニ付原因ヲ與ヘタル作爲又ハ不作爲アリタリトシテ其ノ賠償ノ責任ヲ負フニハ單ニ其ノ作爲又ハ不作爲ナカリセハ其ノ損害發生セサリシナルヘシト謂フ關係アルノミヲ以テハ足ラス其ノ行爲ノ當時善良ナル管理者カ知リ又ハ知リ得ヘカリシ事情ヨリ見テ一般ニ斯ル作爲又ハ不作爲アラハ斯ル損害ノ發生アルヘシト認メ得ラルヘキ所謂相當因果關係アルコトヲ要スルモノトス」(大正一五、五、二二、東地判決、新報八五號一九頁、評論一五卷民法五二三頁)。

一六　「被害者カ獨特ノ技能特別ナル施設其ノ他其ノ物ノ特殊ノ使用收益ニ因リ異常ノ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情アル場合ニ於テ不法行爲ニ因リ使用收益ヲ妨ケラレ爲ニ其ノ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルトキハ不法行爲ト損害トノ間ニ相當因果關係存スル限リ該利益喪失ニ對スル被害者ノ賠償請求權ヲ認ムルヲ要スルモノトス」(大正一五、五、二二、大判、(民刑聯合)五卷四一九頁、新聞二五五二號八頁、新報七七號一一頁、評論一五卷民法五九八頁)。

一七　「民法第四百十六條ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行爲ト其ノ結果トノ間ニ存スル相當因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ獨リ債務不履行ノ場合ノミニ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同條ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス」(大正一五、五、二二、大判、(民刑聯合)五卷三八七頁、評論一五卷民法五九八頁)。

一八　「凡ソ不法行爲ニ基ク損害賠償請求權ノ發生ニハ其ノ不法行爲ト損害トノ間ニ法律上因果關係ノ存スルヲ必要トシ而シテ其ノ因果關係ノ存スルカ爲ニハ或行爲カ其ノ結果ノ發生ニ付適當ナル條件ヲ爲スコト卽一般的ニ觀察スルモ尙或行爲ニ因リテ當然其ノ結果ヲ發生シ得ヘキ可能性ヲ有スルモノト認メ得ラルル場合ナルコトヲ要シ此ノ要件ヲ具有スル場合ニ於テ始メテ法律上當該行爲ト其ノ結果トノ間ニ因果ノ關係アリト解スヘキモノトス」(大正一五、一二、七、長崎控訴判決、新聞二六四一號一頁、評論一六卷民法一八四頁)。

一九　「娼妓甲ノ自殺スルニ至リシハ乙トノ情交關係カ其ノ一因ヲ爲セル場合ト雖單ニ此ノ一事ヲ以テハ勿論縱シヤ乙ニ於テ甲ヲシテ其ノ窮境ヲ脫セシムヘキ何等ノ方策ヲ講セス且其ノ轢死當日甲ヲ廓外ニ呼出シ同人ヲ歸樓セシムヘキ方途ヲ施サスシテ之ヲ放任シ置キタル事實アリタレハトテコレ等ノ事實ハ甲ノ自殺ナル結果ニ對シ之ヲ一般的ニ觀察シテ適當ナル條件ヲ爲スモノト認ムヘキモノニアラサルモノトス」(大正一五、一二、七、長崎控訴判決、新聞二六四一號一六頁、評論一六卷民法一八四頁)。

二〇　「丙ハ其ノ地位ヲ濫用シ不正ニ被用會社ノ記名株券ヲ發行シ且其ノ記名株式ノ名義書換委任狀ヲ僞造シテ之ヲ該株券ニ添付シ定期米取引ノ證據金代用トシテ已ニ交付シ定期米取引ノ結果損失ヲ招キ同人ノ無資力ナリシ爲則株券僞造ト委任狀僞造其ノ他ノ事實ト相俟テ已ニ損害ヲ被ラシメタルモノニシテ株券僞造ト已ノ損害トノ間ニ丙ノ委任狀僞造行爲カ介在シタレトモ是畢竟僞造ノ目的タル記名株券ノ利用則之ヲ經濟的價値ニ置ク必然ノ附隨的行爲ニ過キサルノミナラス尙因果關係ヲ連絡スル作用トシテ他ニ各種ノ附隨行爲ヲ要スヘク是等結果發生ニ至ル迄ノ各種ノ行爲ハ株券僞造行爲ト相俟テ右損害ヲ生セシメタルモノト謂フヘク之ア ルカ爲株券僞造行爲ハ已ノ損害ノ原因ニ非スト謂フヲ得サルモノトス故上ノ場合ニ於テ丙ノ株券僞造行爲ハ已ノ損害發生ニ付所謂適當因果關係ヲ有スルモノト謂フヘキモノトス」(昭和二、一〇、六、大控判決、新聞二七五〇號六頁、評論一六卷民法一三六頁)。

二一　「民法第四百十六條ノ規定ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ニ準用セラルルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ不法行爲ニ因ル被

害者ノ損害賠償請求權ノ範圍ハ其ノ不法行爲ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ程度ヲ標準トシ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ不法行爲ノ當事者カ之ヲ豫見シ得ヘカリシ場合ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス」（昭和六、八、一九、臺高判決、評論二一卷民法九九三頁）。

二二　「原判決ノ確定シタルトコロニ依レハ被上告人ハ訴外中國合同電機株式會社ノ電氣工手ニ雇ハレ職務上保管ヲ命セラレ居リシ同會社專用ノ封印ヘンチヲ一時訴外土家茂ニ預ケシトコロ、上告人ハ其ノ情ヲ知リ乍ラ被上告人ニ無斷ニテ茂ヨリ該ヘンチヲ借受ケ之ヲ不正ニ使用シタル爲メ被上告人ハ平素ノ不眞面目ナル勤務振リト相俟テ同會社ヨリ解雇セラルルニ至リシモノナリト云フニ在ルモ若シ土家茂ニ預ケタルコトカ職務上臨機ノ處置トシテ失當ナラサリシトセハ被上告人ハ其ノ職務ニ違背シタルモノト云ヒ得サルニヨリ偶以テ土屋茂カ擅ニヘンチノ使用ヲ上告人ニ許シ爲ニ訴外會社ノ權利ヲ侵害スルニ至リシトスルモ之カ爲ニハ被上告人ハ訴外會社ヨリ解雇セラルル謂レナキモノト云フヘク從テ縱令訴外會社ニ於テ上告人カ不正ニヘンチヲ使用シ權利ヲ侵害スルニ至リシ結果ヲ重視シテ之ヲ被上告人ニ歸セシメ以テ解雇ノ一事由ト爲シタリトセンモ更ニ夫等ノ事象ヲ客觀的ニ考察スルトキハ其ノ間相當ノ因果關係アルモノト稱シ難シ故ニ原審カ被上告人ノ土屋茂ニヘンチヲ預ケタルコトカ職務上失當ノ處置トシテ目シ得ヘキヤ否ヤヲ判示スルコトナク輒ク被上告人ノ解雇ニ付上告人ニ不法行爲上ノ責任アルモノト做シタルハ理由不備タルヲ免レス」（昭和一〇、一二、二六、大判、法學五卷五號一一八頁）。

二三　「上告人ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ニ付民法第四百十六條ノ準用アリヤ否ヤハ從來學說判例區々タルモノアリ大正十二年大審院判例ハ類推適用アルモノトセリ然レトモ本件不法行爲ハ不法假差押ヲ原因トスルモノナレハ本件ノ場合類推適用乃至ハ準用等爲ス可ラスト主張スレトモ民法第四百十六條ノ規定ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ニ準用スヘキモノナルコト夙ニ當院ノ判例トスルトコロニシテ之ヲ變更スヘキ要アルヲ見ス」（昭和一一、四、七、大判、法學五卷九號一〇〇頁）。

第五款　損害賠償の範圍

第一項　總說

損害賠償範圍は之れを法定賠償範圍と約定賠償範圍との二種に分つ。約定賠償範圍は當事者の意思に依りて定めらるる賠償範圍を謂ひ、法定賠償範圍は法律の規定する賠償範圍を謂ふ。賠償範圍は先づ當事者の定むる約定賠償範圍に依るべきであるが、當事者が約定賠償範圍を定めざる場合多きを以て、之れを補充せんが爲めに法定賠償範圍の法則が適用せらるることと爲る。

第二項　約定賠償範圍

第一目　損害發生後の約定賠償範圍

約定賠償額は損害の發生前に於て契約に依りて定められ得る。當事者間の契約なきときは、當然法定賠償額に從はねばならない。

損害發生後に於ては法定賠償額に從ふべきであるが、或は當事者が法定賠償額を以て多額にして賠

償義務者の資力が之れに堪へざるものと爲すが如き場合に於ては、法定賠償額に依らずして、約定賠償額を合意することを妨げない。或は損害賠償請求訴訟中に於て、裁判上又は裁判外の和解を爲すことに依りて、法定賠償範圍を排斥して約定賠償額を定むることを得る。實際問題として頻繁に惹起するは裁判上の和解に依る約定賠償額の合意である。何れにしても、約定賠償範圍を定むることは契約自由の原則に依りて可能である。

約定賠償範圍は法定賠償範圍より少額なることが通常であらうけれども、當事者は法定賠償額を超へて、之れより過大なる約定賠償範圍を定むることは固より妨げがない。

損害發生後の賠償額を決定する契約は前示の如く有效ではあるけれども、是れは賠償額豫定契約とは稱し難い。是れは賠償額豫定契約とは異なる全然別種の契約である。

第二目　損害發生前の約定賠償範圍

——賠償額の豫定——

當事者は損害發生前に於て、將來、或は發生することあるべき損害の賠償額に關して豫め合意を爲し置くことを妨げない。之れを賠償額の豫定と稱し、此の契約に依りて定めらるる賠償額を豫定賠償額と稱する（四二〇、四二一）。損害賠償額の算定は種々なる困難を伴ひ、殊に其の立證に付き困難を伴ふから、其の額の證明の困難を除かんが爲め、豫め之れを豫定することは當事者雙方にとりて頗る便宜である。

第一　賠償額豫定の性質

(a)賠償額の豫定は當事者間の契約である。賠償額豫定は賠償額を決定する困難を排除し、延いては損害賠償訴訟を回避することを得せしむることを其の使命とする。

金錢債權に關しても、第四百十九條の法定利率に依るべき原則を排斥して、賠償額を豫定することを妨げない。例へば利率を年三分と定むるが如し。

豫定賠償額は或は履行遲滯の場合の爲めに定められ、或は履行不能の場合の爲めに定められ、或は其の雙方の爲めに定められ得る。其の何れなるかは當事者の意思に依りて定められる。

賠償額の豫定に關しては債務不履行に關して民法は第四百二十條の規定を設けて居るが、契約自由の原則上、當然のことを規定して居るに過ぎない。從つて、債務不履行以外の無過失損害賠償又は不法行爲の損害賠償等に關しても之れを認むべきである。

後に說明するが如く違約金には違約罰たる性質を有する違約金と、損害賠償豫定の性質を有する違約金とがある。民法は違約金は之れを賠償額の豫定と推定した（四二〇Ⅲ）。從つて、違約金に關する判例は、大部分、之れより說明せんとする賠償額豫定契約の說明中に引用するであらう。

(b)賠償額の豫定を爲すには第四百十九條に拘束せらるゝことはない。卽ち、當事者は法定利率に依りて賠償するを要しない。

勝本氏上卷四六一頁、石坂氏日本民法二卷五一五頁、同氏「損害賠償豫定ノ效力」京法一〇卷四號一三五頁、民法研究四卷五八七頁。

「損害賠償ノ豫定ハ民事上ノ金錢消費貸借ノ場合ヲ除キ當事者ハ如何ニ之レヲ約スルモ自由ニシテ有效ニ其定メタルトコロニ羈束セラルヘク民法第四百十九條ノ規定ハ右ノ豫定ヲ妨クルモノニアラサルナリ蓋シ該規定ハ金錢債務ノ不履行ニ付キテハ債務者ヲシテ過失ナキモ尙ホ遲滯ノ責ニ任セシメ之レニ因ル實損害ノ如何ヲ問ハスシテ法定利率（若シ約定利率カ之レニ超ユルトキハ約定利率）ニ相當スル損害ヲ債權者ニ生セシメタリトナシ之レカ賠償ヲ債務者ニ命シタリト雖モ右ハ金錢債務ノ不履行ニヨリ生シタル損害額ヲ決定スルノ困難ナルト同時ニ一方ニ於テ金錢ハ其使用ニヨリ常ニ法定利率（當事者カ約定利息ヲ定メタルトキハ右ノ利率）ニ相當スル額ノ利益ヲ生スルト認ムヘキカ爲メニ外ナラサルカ故ニ若シ當事者カ豫メ約シテ該債務不履行ノ場合ニ付キ生スヘキ損害額ヲ豫定シ不履行ノ曉ニハ現實ノ損害ヲ云爲スルコトナクシテ右損害額ヲ賠償スヘキコトヲ爲シタル場合ニ於テハ之レヲ許ササルヘキ理由ナキノミナラス旣ニ民法カ當事者ニシテ法定ノ利率ヲ超ユル約定利率ノ定メヲ爲シタル場合ニハ損害額亦此率ニ依ルヘキ旨ヲ規定シ當事者カ豫メ元本使用ノ對價ヲ定メタルトキハ右ノ對價ヲ標準トスヘキ趣旨ヲ明カニシタルニ見ルモ之ヲ推知スヘキニ足ルト謂フヘシ」（大正三、五、一四、東地判決、新聞九六二號二五頁）。

(c)第四百二十條は「債務ノ不履行ニ付キ」と規定して居るのであるから、賠償額の豫定は如何なる種類の債務不履行に對しても之れを約定し得べきである。唯、損害賠償額を豫定することが債務の性質上、公序良俗に反するが如き場合は無效たるのみ。

一　「組合規約ヲ以テ或行爲ニ過料若クハ沒收ノ制裁ヲ付スル契約ハ過怠約款ヲ付シタルニ過キス」（明治二九、一〇、一二、大判、二輯九卷三八頁）。

二　「民法第四百二十條ノ規定ハ貸借ニアラサル金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テモ亦之ヲ適用スヘキモノトス」（明治三三、七、七、法曹會決議、要錄上卷二六七頁、記事一〇六號二頁）。

三　「債務不履行ノ爲メ訴訟ニ因リ發生シタル債權者ノ損害ハ訴訟上訴訟費用トシテ相手方ヨリ請求シ得ヘキモノハ勿論其他ノモノト雖モ苟モ私法上請求權ノ存在スル限リ相手方ヲシテ之ヲ賠償セシメ得ルモノナルコト疑ナク其金額ヲ豫定シテ違約金ヲ定ムルモ該特約ハ素ヨリ有效ナリトス右ノ如キ特約ヲ認ムルモ違約金ノ數額ニシテ過當ナラサル限リ濫訴ノ弊ヲ助長スルコトナキモノトス」（大正八、六、七、東地判決、評論八卷民法一一二九頁）。

四　「甲カ乙ヨリ買受ケタル土地ヲ第三者丙ニ轉賣シ右建物ヲ收去シ得サル場合ハ金百圓ヲ損害金トシテ賠償スヘキコトヲ第三者丙ニ特約シタルニ乙ハ契約通リ右建物ヲ收去セシメサリシ爲甲ハ右特約ニ基キ損害トシテ賣買代金中ヨリ金百圓ヲ控除セラレタル事實ヲ認ムルニ足ルヲ以テ乙ハ甲ニ對シ乙カ特約ニ基キ前記家屋ヲ收去セシメサリシ爲メ甲ノ蒙リタル損害ニ付キ賠償スヘキ責任アルモノトス仍テ數額ニ付キ按スルニ甲カ丙ニ對シテ賠償シタル損害額ハ甲カ丙トノ間ニ損害賠償ノ豫定額トシテ定メタルモノニシテ必スシモ乙ハ之ト同額ヲ賠償スヘキ要ナク却テ證人ノ證言ニ依リ明カナル如ク右丙ヨリ右建物所有者ニ移轉料トシテ現實支給シタル金額ト同額金八十五圓ヲ以テ相當ト認ム」（大正一〇、六、二八、東地判決、新聞一九一七號二一頁）。

五　「甲カ水田ノ開墾ヲ企テ之ニ要スル資金ノ調達方ヲ乙及丙ニ委任シ且甲ニ於テ右開墾地ノ地勢平坦ニシテ一千五百町歩アルコトヲ乙等ニ對シ證明シ若シ甲カ證明シタル一千五百町歩カ事實上有スル開墾反別ト相違スル等甲ノ證明ニ虛僞ノ事實アル時ハ損害賠償トシテ甲ハ乙等ニ三千圓ヲ支拂フヘキコトヲ約シタルトキハ其損害賠償額ハ損害ノ豫定額ニシテ右契約金タルノ性質ヲ有スルモノトス」（大正一一、一〇、二六、東控判決、新聞二〇九九號一八頁、評論一二卷民法三三四頁）。

六　「甲カ藝道習業又ハ營業中乙ノ許諾ナクシテ家出五日以上ニ及ヒ又ハ疾病其他已ムヲ得サル事由ニヨリ藝妓稼業契約ヲ解除

スル場合ハ其原因ノ如何ヲ問ハス習業中ノ費用其他ノ損害トシテ丙ヲシテ損害賠償豫定金二百圓ヲ支拂ハシメ且乙ニ對スル丙ノ借用金元利ヲ完濟セシムル旨ノ約款ハ甲ノ藝妓稼業ノ對價トシテ既ニ三百圓ヲ支出シ且藝道習業中ハ乙指定ノ場所ニ寄寓シ其衣類等ノ費用全部ハ被告ニ於テ負擔シ以テ甲ヲシテ藝道習業藝妓營業ヲ爲サシムルモノナレハ若シ甲ニ於テ無斷五日以上ノ家出ヲ爲シ又ハ疾病其他ノ事由ニヨリテ藝妓稼業ヲ廢業スル場合ハ違約金ヲ支拂ヒ以テ其損害ヲ賠償スヘキハ固ヨリ當然ニシテ且右其額ニ至リテモ決シテ過當ノ額ニアラサルヲ以テ此條件モ亦相當ナルモノト謂フヘキモノトス」(大正一二、二、七、横濱地方判決、評論一二卷民法一九四頁)。

七　「消費貸借ニ因ル金錢債務ト雖モ其不履行ニ付キ之カ損害賠償ノ豫定ヲ許ササル理由ナキヲ以テ金錢債務不履行ノ損害賠償ノ豫定ヲ許サストノ主張ハ理由ナシ」(大正一二、二、二六、東地判決、新聞二二五六號一九頁、評論一三卷商法二二〇頁)。

(d)賠償額の豫定は一定金額を以て定め得べく、又割合を以て定め得べく、利率を以て定め得べく、其の定め方は當事者の任意である。

「債務不履行ニ付テノ損害賠償額ヲ豫定スルニ當リテハ一定ノ額ヲ確定セスシテ宛モ利息計算法ノ如キ算定ノ準據ノミヲ豫定シ債務ノ履行ヲ爲スニ至ル迄ノ期間ニ應シ債務額ニ對スル一定ノ割合ヲ以テ積算スヘキモノト爲スコトヲ得ルモノトス」(大正四、一二、一、大判、二一輯一九五七頁、抄錄六二卷一三六一五頁、評論五卷民法六六頁)。

(e)豫定賠償契約の締結と同意

「甲ノ親權者カ甲ニ代リ乙方ニ大工見習トシテ一定ノ期間住込ムヘキ雇傭契約ヲ締結シ同時ニ違約ノ場合ニ於ケル白米支拂ノ義務ヲ約シタルトキト雖モ其雇主乙方ニ住込ミ大工見習ニ從事スヘキ債務ヲ生スヘキモノニ付テハ甲ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモ他ノ制裁的約款ハ純然タル財產關係ニ止マルカ故ニ甲ノ親權者ハ甲ノ同意ヲ要セスシテ甲ニ代リ之ヲ約スルコトヲ妨ケサルモノトス」(大正八、三、一、大判、二五輯三五三頁、抄錄八二卷一九四四七頁、評論八卷民法二七六頁)。

(f)保證債務者、連帶保證人も亦主たる債務に關する損害賠償額豫定契約に拘束せられる(四四七Ⅰ)。

「豫定賠償ハ債務不履行ニ因ル損害賠償ノ性質ヲ有シ本來ノ債務ノ態樣ヲ變シタルモノニ外ナラサルヲ以テ本來ノ債務ニシテ契約上ノ債務ナル以上ハ損害賠償ノ債務モ亦契約上ノ債務ニ付キ連帶保證ヲ爲シタル者ハ豫定賠償金ノ債務ニ付テモ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔スルモノトス」(大正五、三、二五、東地判決、評論五卷民法三七七頁)。

保證人、連帶保證人は其の保證債務に關する損害賠償額豫定契約を締結し得べきこと論を俟たない(四四七Ⅱ)。

(g)賠償豫定契約が禁止規定に違反する場合には無效である。例へば、工場法施行令第二十四條に違反する場合の如し。

「工場法施行令第三十八條第一項ハ同令施行ノ日タル大正九年九月一日以後一年以內ニ於テハ同令第二十四條ニ定メタル禁止規定ヲ適用セス卽チ右期間內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ハ其效力ヲ有スヘキコトヲ定メタルモノトス職工ハ如上期間內ニ契約ニ違反シタルトキハ右ノ契約ニ依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義務ヲ負擔シタル以上單ニ右期間經過ノ一事ニ因リテ之ヲ免ルヘキモノニ非ス」(大正七、七、一六、大判、二四輯一五五一頁、抄錄七九卷一八五四八頁)。

(h)賠償豫定契約が公序良俗に違反する場合には無效である。例へば、他人の窮迫に乘じて暴利を貪るが如き過重なる賠償額の豫定を爲すが如きは公序良俗に反する。

一　「不法ノ條件ヲ付シ又ハ不法行爲ヲ爲ササルコトヲ以テ條件トスル契約ハ無效ナリ故ニ此契約上ノ債務不履行ノ場合ニ關スル違約金ニ付テノ契約モ亦無效ナリ」(明治四五、四、四、東地判決、新聞八〇五號二三頁)。

二　「債權成立ノ際其擔保トシテ甲ハ當時未開通ナリシ同人所有ノ電話ノ加入權ヲ其開通ヲ條件トシテ之ヲ乙ニ四百圓ニテ賣渡シ大正七年十二月三十一日マテニ之ヲ乙名義ニ變更スヘキ旨ノ特約ヲ爲シ之ヲ確保スル爲メ違約金ノ約款ヲ締結シタルニ電話至急開通規則ニ因リ大正七年一月三十日ニ至リ甲方ニ架設セラレタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナク而シテ右電話ハ遞信大臣ニ於テ特別ノ事情アリト認ムル場合ノ外其架設後滿一ケ年ハ絕對ニ加入權ノ移轉ヲ爲シ得サルモノナルコトハ電話規則ノ規定ニ照シ明白ナルカ故ニ特別ノ事由ノ主張ナキ本件ニ於テハ右一ケ年ノ期間ノ滿了前タル大正七年十二月三十一日迄ハ本件電話加入權ヲ乙名義ニ變更スヘキコトヲ目的トスル無效ノ契約ニシテ從テ之ニ基ク右違約金ノ約款モ亦無效ナリト謂ハサルヘカラス」(大正九、三、八、東區判決、新聞一六八二號一六頁、評論九卷民法四四四頁)。

三　「當事者ノ終身間任意ニ脫退スルコトヲ許ササル如キ趣旨ノ組合契約ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル無效ノモノト解スヘキモノナルヲ以テ之レニ關シ定メタル違約金ノ契約モ亦隨テ無效ナルコト明カナリトス」(大正一一、一二、一、東地判決、評論一一卷民法一一四八頁)。

四　「甲ノ藝妓稼業契約期間七ケ年中藝妓稼業ヨリ生スル收益全部ハ乙ノ所得ト爲シ甲ニ藝妓稼業契約ノ違約アルトキハ契約成立ノ日ヨリ一ケ月指南料三十圓ノ割合ヲ以テ二十八ケ月分倘損害賠償トシテ三百圓ヲ支拂フヘキコトヲ約スルハ甲ヲシテ七年間藝妓稼業ヲ爲サシメンコトヲ目的トシ其ノ違約ヨリ生スル特約ノ負擔ヲ爲ササルカ爲ニハ勢ヒ藝妓稼業ヲ爲ササルヲ得サラシムルモノニシテ著シク甲ノ自由ヲ拘束スルコトト爲ルヲ以テ斯ル內容ヲ有スル契約ハ民法第九十條ノ規定ニ依リ無效ナリトス」(大正一

三、四、一、大判、評論一三卷民法四一四頁)。

五　婚姻豫約

婚姻豫約を無效とするときは之れに對して締結したる損害賠償豫定契約は勿論無效である。婚姻豫約を有效とする近時の判例法に從ふも、尙且之れに對する損害賠償豫定契約は無效であらう。婚姻豫約に違約金約款を附することを得さることに關しては、明文を設くる立法例がある(獨一二九七Ⅱ、瑞九一Ⅱ)。

(1)「婚姻ノ豫約ナルモノハ法律上無效ノモノナリ從ツテ其豫約ヲ履行セサレハトテ敢テ違約ノ責ニ任スヘキモノニアラス」(明治三四、三、二二、東控判決、新聞二九號六頁)。

(2)「婚姻ノ豫約ハ無效ナレハ其豫約ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定シタル契約モ亦隨テ無效ナリトス」(明治三五、三、八、大判、八輯三卷二〇頁、抄錄一二卷二二九二頁)。

(3)「婚姻ノ豫約ハ當事者ヲ拘束スルノ效力ナク之カ履行ヲ爲スト否トハ全然其自由ニシテ之ヲ履行セサルモ豫約ノ效果トシテ何等ノ責ニ任スルコトナシ」(明治四四、三、二五、大判、一七輯一六九頁、抄錄四〇卷九二九〇頁)。

(4)「婚姻ノ豫約ハ法律上無效ナルヲ以テ婚姻豫約不履行ノ場合ニ於テ當事者カ其損害賠償ニ付キ特ニ契約ヲ爲スコトアルモ其契約ノ成立カ右豫約ノ前ナルト後ナルト將タ同時ナルトヲ問ハス常ニ其契約ハ無效ナリ」(大正二、三、三一、東地判決、新聞八六三號二四頁)。

(5)「婚姻ノ豫約ハ無效ナルカ故ニ之ニ因リ當事者間ニ何等權利義務ノ關係ヲ生スルコトナク豫約者カ之ニ違反シタル事實アリトスルモ相手方ニ於テ債務ノ不履行ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス」(大正三、七、二五、東控判決、評論三卷民法三九八頁)。

六　其の他の親族法上の契約

(1)「親族法上ノ法律行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スル契約不履行ノ場合ニ實際ノ損害ノ存否及多寡如何ヲ顧ルコトナク之ヲ他ノ債

權契約ノ不履行ノ場合ニ於ケルト同視シ豫メ其賠償額ヲ豫定スルカ如キハ從々契約自由ノ原則ヲ不當ニ擴張スルモノト謂フヘク到底其效力ヲ認メ難シ」(大正九、一二、二三、東區判決、新聞一八二七號九頁、評論一〇卷民法四一四頁)。

(2)「正妻アル男子甲ト其ノ情婦乙トノ間ノ契約ノ內容カ甲乙間ニ出生シタル一子丙ノ養育方ヲ實母タル乙ニ委託スルニ當リ之ニ對スル養育費等ノ支出ニ關スル事項甲乙間ニ於ケル愛情關係ノ維持ニ關スル事項及右事項不履行ノ場合ニ於ケル違約金ノ支拂ニ關スル事項ヨリ成立シ居レル場合ニ於テハ前段ノ事項ハ假令甲乙間ニ愛情關係ヲ絕ツ場合ト雖乙ハ委託ノ本旨ニ從ヒ一子丙ヲ愛撫養育シ得ヘク且幼兒ヲ監護スルニハ實母ニ優ルモノナキ點ヨリ見ルモ甲カ乙ニ養育方ヲ委託シタルハ洵ニ適切ノ措置ニシテ妥當ニ係維持又ハ確保ノ爲ニ締結セラレタルモノト認ムルヲ得ス而シテ愛情關係ノ持續ニ關スル事項自體ノ如キ正妻アル甲カ不倫行爲維持ヲ目的トスルモノナレハ固ヨリ公序良俗ニ反スルモノトシテ無效ナルモ彼我別箇ニ存在シ毫モ不可分ノ關係ヲ有スルモノニ非サルノミナラス契約ノ目的タル數事項ノ一方カ無效ナリトスルモ獨リ有效ニ存スル他事項迄モ相共ニ無效ト爲スヘキ謂レナキモノトス」(昭和二、三、三、岡山地方判決、評論一六卷民法四八六頁)。

(3)「正妻アル男子カ他ノ婦女ト情交ヲ結ヒ之ヲ維持スヘキ契約ヲ爲スカ如キハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ之ト不可分ノ關係ニアル契約事項ト共ニ無效ナルコト勿論ナリト雖右事實ト別個ノ關係ニ立ツ財產贈與又ハ違約金契約ヲ分離シ獨リ該部分ノミヲ有效ト爲スハ毫モ妨ケサルモノトス」(昭和二、三、三、岡山地方判決、評論一六卷民法四八五頁)。

(i)不法行爲に關して、損害賠償豫定契約が常に公序良俗に違反する無效の契約であるとは狹きに失する。

不法行爲に關しても賠償の豫定に或る種の制限を設くる場合の如きは明に公序良俗に反しない。不法行爲を爲すも金何圓以上の損害金をとらざる旨の契約、或る種の不法行爲を爲したる場合のみ損害額を豫定する場合の如し。不法行爲には第四百二十條、第四百二十一條を準用することを得る。過當なる賠償額の豫定の如きは債務不履行たると不法行爲たるとを問はず公序良俗に反するであらう。

無效說　岩田氏一〇五頁。

有效說　石田氏總論講義一三〇頁、勝本氏上卷四五二頁、近藤柚木兩氏上卷二二三頁、林氏總論一一七頁。

「不法行爲ヲ爲スヘカラサルコトヲ契約スルハ善良ノ風俗ニ背反スルヲ以テ無效ナルコト論ヲ俟タスト雖モ契約ヲ以テ不法行爲アリタル場合ニ於ケル損害賠償ノ金額ヲ豫定スルコトハ公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ニ背反スルモノト云フヲ得ス」(明治三四、五、一一、大判、七輯五卷六五頁、抄錄九卷一六五六頁)。

第二　賠償額豫定契約の要件

(a)賠償額豫定契約は從たる契約であるから、原債權が現在に於て存在し、又は將來發生するに至るべきことを要件とする。

賠償額豫定契約は原債權契約に從たる契約である。從つて、原債權が無效なるときは豫定契約も無效であるが、豫定契約が無效なるも、原債權關係に影響を及ぼさざること勿論である。

原債權の擔保は豫定債權の移轉を伴ふ。

原債權の移轉は、豫定債權の移轉を伴ふ。

「損害金支拂ノ特約カ賣買契約並ニ其債務不履行ニ因ル損害賠償權ノ發生ヲ前提トシテ締結セラレタルモノナルトキハ其ノ特約ハ其賣買契約ト離レテ別箇獨立ノ存在ヲ有セルモノニ非ス賣買契約ト其運命ヲ共ニスヘキ從屬的性質ヲ有スルモノト認ムルヲ妥當トス從テ右損害金支拂ノ特約ニ於テ特ニ其債務履行地ヲ定メタル場合ハ格別然ラサルトキハ諸特約ノ履行地ハ其基本タル賣買契約

ノ履行地ニ據ルヘキモノトス」（大正一三、四、一九、東控判決、新聞二二五九號一六頁）。

債務不履行が債務者の責に歸すべからざる事由により生じたるときは賠償額豫定契約は其の效力を生ぜずして消滅する。

「當事者間ニ引渡義務不履行ノ場合ニ違約金ノ支拂ヲ爲スヘキ特約存スルモ其不履行カ專ラ第三者ノ行爲ニ基因シ毫モ當事者ノ責ニ歸スヘキ事由ナキトキハ違約金ノ特約ハ其適用ナキモノト認ムルヲ妥當トス」（大正五、九、二一、東控判決、新聞一一八一號二三頁）。

(b)賠償額豫定契約は損害の發生後又は損害の發生せざることが確定したる以後は之れを締結することを得ない。

賠償額豫定契約は債權契約と同時に之れを爲し、又は其の以後、損害發生以前又は損害不發生確定前に爲すことを要する。

損害發生後、賠償額を決定する契約が賠償額豫定契約に非ざること前示の如し。

(c)賠償額の豫定は金額を以て表示せられ、金錢を以て賠償すべきことを約することを要する。金錢以外の賠償の豫定契約には第四百二十條の規定を準用することを得る（四二一）。

例へば勞務を供給することを約するが如し。

(d)豫定賠償は債務者の債務不履行あるに非ざれば其の效力を發生しない。

一　「損害賠償ノ豫定ハ通常債務ノ不履行ニ付キ生スヘキ損害ノ計算ノ煩ヲ避クル趣旨ヨリ定ムルモノナレハ債務者ニ債務不履行ノ事實ナキ場合卽チ債權者ノ發意ニ基ク解約ニ因リ債務者カ其債務ヲ履行スル能ハサル結果ニ至リタル場合ニ於テハ損害賠償ノ豫定約款ノ責ニ任スヘキニアラス」（明治四二年(レ)八五號東地判決、新聞六三七號一一頁）。

二　「契約ノ違反者ハ相手方ニ對シテ豫定ノ損害金ヲ賠償スヘキ義務アル旨特約シタルトキハ苟クモ契約違反ノ事實アルトキハ悉ク之ヲ包含スヘキヲ以テ裁判上ノ手段ニ依リ賣買代金ノ支拂ヲ遲延シタル場合ニ於テモ契約違反トシテ豫定損害ヲ賠償セサルヘカラス而シテ損害賠償ノ權利發生シ尋テ遲滯ニ付セラレタルトキハ其時ヨリ債權者ハ其ノ金錢ノ利用ヲ缺クモノナレハ債務者ハ之カ損害ヲ賠償スル義務アルモノトス」（明治四四年(ネ)三六八號東控判決、新聞七五六號二四頁）。

三　「保證人カ其保證債務ニ付テノミ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルハ卽保證債務ニ關スル約定ニアラス保證人ノ前示ノ約定ハ主タル債務ノ履行期以前ニ於テハ遲滯ニ付セラルヘキモノニアラス」（明治四四、一一、二九、東控判決、新聞七七〇號二〇頁）。

四　「契約ヲ爲スニ當リ其引渡スヘキ目的物ヲ完全ニ引渡スコトヲ得サルカ又ハ目的物ニ付キ故障等生シタル場合ニ於テ損害金ヲ支拂フヘキ旨ヲ特約シタルトキ假令目的物ニ付キ第三者ヨリ事實上故障ノ申出アルモ其事由カ讓受人ノ所有者トシテノ完全ナル法律上ノ地位ノ獲得ヲ妨クルモノニアラサル以上ハ讓渡人ハ右特約ニ拘束セラレス何トナレハ第三者ノ事實上ノ故障ハ何人ト雖モ之ヲ豫測シ得サルハ明カニシテ斯ル豫期シ得サル事故ニ關シテモ亦損害ヲ賠償スル如キハ全ク當事者ノ意思ニ適合セサルヲ以テナリ」（大正五、四、二八、東地判決、新聞一一五一號二三頁）。

五　「買主ニ於テ其履行催告當時代金ヲ準備シ催告期間內之ヲ繼續シタルト否トヲ問ハス買主ハ其義務ニ屬スル代金ノ提供ヲ缺クカ故ニ右催告ニ依リ賣主カ遲滯ニ附セラレタルモノト謂ヒ難ク從テ賣主カ該催告ニ應シ物件引渡義務ノ履行セストスルモ買主ノ爲メニ契約解除權發生スルコト無ク又賣主ニ履行遲滯ノ責ナキ以上豫定賠償ノ義務モ亦之無キモノトス」（大正八、二、五、大地判

決、評論八巻民法四七六頁)。

第三　賠償額豫定の效力

(一)　拘束力

當事者が豫定賠償額を定めたるときは、損害賠償の範圍は必ず豫定賠償額に依ることを要する。實際の損害が之れより大なるか小なるかを問はない。

(二)　本來の履行請求權、豫定賠償額請求權及び契約解除權の關係(四二〇頁)

「賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス」(四二〇頁)とせられる。賠償額の豫定は履行請求權又は契約解除權の拋棄を意味しないからである。併し、履行請求權、契約解除權と豫定賠償請求權とを無制限に併せて行使することを得べき趣旨ではないこと勿論である。此の三者が如何なる關係に立つかは檢討を要する。

(a)賠償額の豫定が債務者の履行遲滯に因る遲延賠償の損害額の豫定たる場合があり得る。

斯の如き場合に在りては、債權者は債務者に對して、本來の履行請求權と豫定賠償額請求權との雙方を行使し得ること勿論である。

賠償額の豫定は本來の履行の請求を妨げざることは民法の定むる所である(四二〇頁)。賠償額の豫定は履行確保の目的を有するものと謂ひ得る。

一　「債務者カ抵當物タル建物ヲ繼續シテ火災保險ニ附スル事ヲ約シタル場合ニ於テ火災保險契約ノ期間滿了シ更ニ保險ニ附スル交涉中其建物ヲシテ無保險ノ狀態ニ在ラシメタルトキハ債務者ハ契約違反ノ責ヲ免カルル事ヲ得ス從テ契約違反ノ責任トシテ違約金支拂ノ約束アリタルトキハ其違約金ノ支拂義務アルモノトス何トナレハ保險契約期間ノ終期ハ始メヨリ債務者ニ知レタル事項ニシテ夙ニ滿了後ノ爲メニ計ルヘキ餘裕アルモノナレハナリ」(大正三、八、一五、東地判決、新聞九七八號二〇頁)。

二　「雙務契約ノ當事者カ一定ノ履行期日ニ債務ヲ履行セサルトキハ違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ其履行期日ニ雙方共履行提供ヲ爲サス期日ヲ經過シタルトキハ反證ナキ限リハ其後ニ至リ當事者ノ一方カ相手方ヨリ債務ノ履行ノ請求ヲ受ケ相手方カ自己ノ債務ノ履行ヲ提供シタルニ拘ハラス之ヲ履行セサル爲メ遲滯ノ責ニ任シタル場合ニ於テ該違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約シタルモノト推測スヘキモノトス」(大正六、一〇、二七、大判、二三輯一九四一頁、抄錄七五卷一七一七九頁、評論六卷民法一一一八頁)。

三　「遲延ニ因ル賠償額ノ豫定ニシテ若シ履行ニ代ル損害賠償額トシテ豫定セラレシモノナラン二ハ債權者其豫定賠償額ノ請求外ニ尙ホ履行ニ代ル損害トシテ契約代償ト騰貴セル時價トノ差額ヲ賠償トシテ請求スルヲ得サルハ勿論ナレトモ賠償額ノ豫定カ遲延損害ノ賠償額トシテ豫定セラレタルモノトスレハ民法カ賠償額ノ豫定ハ履行及解除ノ請求ヲ妨ケサルモノト規定シ豫定遲延賠償額ノ請求ト併セテ履行ノ請求ヲ爲スヲ許シタルニ見テモ其履行ノ請求ニ代ヘテ債權者カ履行ヲ受ケタラン二ハ當然得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル其塡補トシテ契約代價ト其騰貴セル時價ノ差額ノ賠償ヲ求ムル請求ト豫定遲延賠償額ノ請求トヲ併セナスコトハ法律上認容セラレタルモノト謂ハサルヘカラス」(大正八、五、二、大控判決、新聞一五五七號二四頁、評論八卷商法三六一頁)。

(b)債務者の不履行の場合に履行が尙可能なるに拘はらず、債權者が其の履行に代はるべき損害賠償の豫定額を請求し得べきことを定めたる場合に於ては、債權者は、債務者の不履行の場合に、其の豫

定賠償額を請求することを得ることは勿論であり、又、反對の定めなき限りは、豫定賠償額の請求を爲さずして、本來の履行の請求を爲すことを得べきである。債權者が二重に、豫定賠償額請求權と本來の履行請求權との雙方の權利を併せ行使することを得ない。

同說　近藤柚木兩氏註釋債權總則上卷二二七頁、我妻氏講義案二二五頁、勝本氏上卷四六八頁、鳩山氏八八頁、八九頁、東氏七五頁。

反對說（雙方を請求し得へしとする說）　川名氏二二三頁。

併し此の二個の債權は第四百六條の選擇債權ではなくして、二個の獨立の債權である。但し、一方の債權が滿足せらるるときは他の債權は目的到達によりて消滅するに外ならない。權利競合である。

權利競合說　勝本氏上卷四六八頁、鳩山氏總論八九頁。

一　「主債務者カ所定期日迄ニ二十圓拂込株式百五十株若クハ十二圓五十錢拂込株式二百四十株ヲ引渡ササルトキハ違約金七百五十圓ヲ支拂フヘキ贈與契約ニテ主債務者カ右期限迄ニ株券ノ引渡ヲ爲ササリシコトハ爭ナキ事實ナルヲ以テ右期限後ハ主債務者ハ債務不履行ノ責アリテ甲ノ違約金請求權ハ其當時ニ於テ發生シタルモノト爲ササルヘカラス然ラハ右期限後ニ於テハ債務ノ本旨ニ從ヒ株式ノ讓渡ヲ求ムルカ若クハ違約金ノ支拂ヲ求ムルカハ一ニ甲ノ權能ニ屬スレハ甲カ株式ノ讓與ヲ求メスシテ違約金ノ支拂ヲ求ムルモ之ヲ不當ト爲スヲ得ス」（明治三九年(ネ)四八四號東控判決、新聞三九七號二〇頁）。

二　「雇傭契約ニ於テ甲ハ第一ニ乙方ニ於テ同種ノ業務ニ從事セサル不作爲ヲモ約シ此等ノ債務ノ何レカ又ハ其凡テノ不履行ニ對シ違約金二千圓ノ支拂ヲ約シタルトキハ民法第四百二十條第三項ニ依リ違約金ハ賠償額ノ豫定ト推定スヘキモノナレハ甲ハ右各債務ノ不履行ニ因ル損害賠償額ノ豫定トシテ違約金ヲ約シタルモノニ非ス又甲ハ本件雇傭契約ニ於テ何時ニテモ契約ヲ解除シ得ヘキ權利ヲ留保シ之ニ因ル解除アリタル場合ノ損害賠償ノ豫定トシテ違約金ヲ約シタリト主張スレトモ毫モ斯ノ如キ解除權留保ノ特約ヲ認メ難ク從テ右違約金ヲ以テ此解除ニ因ル損害賠償額ノ豫定ナリト爲ス能ハス而シテ本件契約當時甲カ月給僅ニ十一圓ノ職工タリシ事實ト右違約金ノ額トヲ參酌考量スルトキハ此違約金ハ雇傭期間中甲カ前記第一第二ノ各債務ノ何レカ又ハ其凡テヲ履行セサル場合ニ付キ爾後ノ期間ニ於ケル此等凡テノ債務ノ履行ニ代ルヘキ全部ノ損害賠償額ヲ豫定シタルモノト認ムルヲ相當トスル斯ノ如ク本件雇傭契約ニ於テ甲ハ前記第一第二ノ各債務ヲ約シ且之ト共ニ雇傭期間內ニ此等債務ノ何レカ又ハ其凡テヲ履行セサル場合ニ付キ爾後ノ期間ニ於ケル此等凡テノ債務ノ履行ニ代ルヘキ損害賠償額ヲ豫定シタルモノナルヲ以テ若シ此期間內ニ甲カ右各債務ヲ履行セサルトキハ乙ハ爾餘ノ期間ニ付キ契約ニ因ル本來ノ給付タル右各債務ノ履行ヲ求ムルカ或ハ全部ノ不履行ニ因ル損害賠償タル違約金二千圓ヲ求ムルカ二者其一ヲ請求シ得ヘキモノニアラス然リ而シテ右契約ノ期間中甲カ約旨ニ背キ乙方ヲ去リ他ノ坩堝製造所ノ職工ト爲リ坩堝製造ニ從事シ居レルヲ以テ乙ハ甲ニ對シ爾後ノ期間ニ於ケル前記第一第二ノ債務ノ履行ヲ求ムルカ又ハ損害賠償トシテ違約金二千圓ヲ求ムルカ二者ノ中ノ一ヲ選擇シテ請求シ得ヘキモノトス然ルニ乙ハ本訴ニ於テ毫モ損害賠償ノ請求ヲ爲サス將來ノ雇傭期間ニ於ケル前記第二ノ不作爲債務ノ履行ト罰金タル違約金及ヒ其遲延利息トヲ同時ニ請求スルモ其ノ請求中罰金タル違約金ノ請求ハ失當ナリト雖モ損害賠償ノ請求ナキ以上ハ將來ノ期間ニ付キ前記第二ノ不作爲債務ノ履行ヲ求ムルハ正當ナリト云ハサル可カラス」（大正五、一一、一五、大地判決、新聞一一九八號一八頁）。

三　「手附金ハ契約解除ノ損害ノ擔保タル效用ヲ有スルモノナルヲ以テ契約ノ存續中之ヲ存續スルヲ通例トス而シテ契約ノ趣旨ニシテ契約ノ履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ爲ス場合ニ於テ之カ返還ヲ爲スニ在リト解スヘク遲延ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲ス場合ニハ之ト併セテ手附金ノ返還ヲ爲スモノト解スヘカラサル場合ニ於テハ此手附金返還ノ請求ハ失當ナリトス」（大正六、三、九、東控判決、新聞一二五五號二三頁）。

四　「履行ニ代ルヘキ損害賠償ヲ豫定シタルトキハ債權者ハ契約解除權ト豫定損害賠償トノ二個ノ權利ヲ有スルモ其關係タルヤ