

続・戸水寛人の民法学

— 債権法に関する研究に焦点を当てて —

深 谷 格

目次

はじめに

- 一 『過失論』について
 - 二 『物権ト債権』について
 - 三 『手附』について
 - 四 制限超過利息に関する法学協会の討論について
- おわりに

はじめに

本稿は、拙稿「戸水寛人の民法学―土地利用権に関する研究に焦点を当てて―」⁽¹⁾の続編である。前稿で、筆者は「本稿では、彼の民法学の一端を紹介したに過ぎず、さらなる検討については他日を期したい。」⁽²⁾と述べたが、それを受けて、今回は特に債権法に関する論稿を紹介し、検討したいと考えている。すなわち、本稿では、『過失論』『物権ト債権』『手附』『制限超過利息に関する法学協会の討論』を取り上げる。

一 『過失論』について

戸水寛人は明治三二年(一八九九年)に、『過失論』を公刊している。⁽³⁾戸水は、既に、明治一八年(一八八五年)、法学協会雑誌一四号、一六号、一八号に「過失及ヒ不注意ヲ論ズ」という論文を発表していたが、『過失論』はそれを訂正増補したものである。⁽⁴⁾

本書は、ローマ法、フランス古法、フランス現行民法、スイス債務法、ドイツ法、ドイツ新民法、英米法における過失を検討した後、日本民法における過失を検討するという形式をとって書かれている。本書の叙述内容を、以下において紹介しよう。

まず、彼はローマ法について次のように述べる。⁽⁵⁾

ローマにおいては、*culpa* (過失) に関する規範は次第に発展してきた。その最も発展した時代の規範を説明しよう。*culpa* (過失) は *culpa lata* (重過失) と *culpa levis* (軽過失) に分かれる。いかなる場合に軽過失の責任を負い、いか

なる場合に重過失の責任を負うことになるかということについて、原則を述べるのは難しい。というのは、原則を掲げたとしても多くの例外を伴うからである。多数説によれば、他人のために物件を保管する場合において、それが債権者一方の利益を図ったものなのか、債務者すなわち保管者もまた利益を得るのかどうかを確かめなければならぬ。もし、債権者一方の利益のために物件を保管するときは、債務者はただ *culpa lata* (重過失) の責任を負うのみである。例えば、*depositum* (寄託) の場合においては、受寄者はただ *culpa lata* (重過失) の責任を負うのみである。但し、これには例外があり、債務者自身より申し込んで進んで受寄者となった場合においては、*culpa levis* (軽過失) の責任を負う。また、*mandatum* (委任) は債権者一方の利益のために結ぶ契約だが受任者は *culpa levis* (軽過失) の責任を負う。また、*negotiorum gestor* (事務管理者) は、やむをえず他人の事務を管理するときは *culpa lata* (重過失) の責任を負うが、そうでない場合には *culpa levis* (軽過失) の責任を負う。

また、一般に、債務者においても利益を得る場合には、債務者は *culpa levis* (軽過失) の責任を負う。例えば、*commodatum* (使用貸借)、*emptio-venditio* (売買)、*locatio-conductio* (賃貸借) の場合には、債務者は *culpa levis* (軽過失) の責任を負う。このような場合においては、軽過失の標準は抽象的であり、すなわち、個人が平常自己の物件に対して加える注意ではなく、万人の注意の程度をもって標準とするのである。これを *bonus paterfamilias* (良家父) の注意という。ローマにおいては、一般に、*culpa levis* (軽過失) の標準は抽象的であり、世間一般の善良な家父の注意の程度をもって標準とするのである。このような注意を *diligentia exacta* (精確な注意) ともいう。この注意を欠いていることがすなわち *culpa levis* (軽過失) である。しかし、債務者が自己の事務と他人の事務とを併せて取り扱わなければならないときは、その事務に関して加えるべき注意の程度は抽象的ではなく具体的である。すなわち、債務者自身が平常自己の物件に対して加えるのと同等の注意を他人の事務に対しても加えなければならない。このような注意を

diligentia quam suis rebus adhibere solet [自身の物に対するのと同一の注意]の欠乏、すなわち *culpa levis in concreto* (具体的輕過失) という。例えば、共有財産、組合の事務、妻の財産、被後見者の財産に対して加える注意と同等であることを要する。しこうして、この場合においては、立証の責任は債務者にある。債務者は自己の財産に関して平常加えたのと同等の注意を他人の財産に関しても加えたことを証明すれば、すなわちその責任を免れることができる。もし、これを証明しなければ、すなわち、その責任を免れることはできない。

近世に至り、ローマ法を解釈するものは、右のような注意則、すなわち *diligentia quam suis rebus adhibere solet* の欠乏を *culpa levis in concreto* (具体的輕過失) と称する。なぜならば、そのいわゆる過失なるものは、債務者一人の注意の程度をもつて標準としたものであるからである。*culpa levis in concreto* (具体的輕過失) に対する語は *culpa levis in abstracto* (抽象的輕過失) である。これは、万人の注意、すなわち良家父の注意をもつて標準とした *culpa levis* (輕過失) である。

かつてローマにおいて、*culpa levis* (輕過失) なる語を使用していた。しかし、*culpa levis in concreto* (具体的輕過失) 及び *culpa levis in abstracto* (抽象的輕過失) なる語は、ローマ時代において用いた語ではなく、後世の註釈家が定めた熟語であるに過ぎない。

以上に述べたことを要約すると、ローマにおいては *culpa* (過失) に二等級があった。*culpa lata* (重過失) と *culpa levis* (輕過失) である。そして、*culpa levis* には二種があった。後世の註釈家の用語を借りれば、*culpa levis in abstracto* (抽象的輕過失) と *culpa levis in concreto* (具体的輕過失) である。

前世紀には、*culpa lata* (重過失) と *culpa levis* (輕過失) のほかに *culpa levisissima* (最輕過失) なるものがあるとの説が流行した。しかし、ドイツ人 Hasse は一八一五年に *culpa* (過失) に関する論文を著し、この説を排撃した。

次に、戸水はフランス古法（本書では佛國旧法と記されている）の法規範をポティエ（Pothier）の『債務概論』に従って、次のように記す。⁶⁾

フランス古法においては、過失を次の三段階に分ける。第一は、*la faute lourde*、*culpa lata*、すなわち重過失であり、通常人のなすべきことをしない類のものであり、フランス古法では、これを *dolus*（詐欺）と同一視している。第二は *la faute légère*、*culpa levis* すなわち軽過失である。これは、良家父が通常自己の物件に対して加えるのと同等の注意を欠くことをいう。第三は、*la faute très légère*、*culpa levisima* すなわち甚だ軽い過失である。これは、非常に注意深い家父が自己の物件に対して加えるのと同等の注意を欠いていることをいう。

第一のものは、債権者一方の利益のために結んだ契約、例えば *dépôt*（寄託）の場合がこれに該当し、債務者は *sa faute lourde*（重過失）の責任のみを負う。第二のものは、債権者、債務者双方の利益のために結んだ契約、例えば *la vente*（売買）、*le louage*（賃貸借）の場合がこれに該当し、債務者は *sa faute légère*（軽過失）の責任を負う。第三のものは、債務者一方の利益のために結んだ契約、例えば *le contrat de prêt à usage*（使用貸借）の場合がこれに該当し、債務者は *sa faute très légère*（甚だ軽い過失）の責任を負う。ポティエによれば、この規範にはさまざまな例外があり、例えば、債権者、債務者双方のために結んだ契約において、債務者が *la faute légère in concreto*（具体的軽過失）の責任を負うべき場合もある。このように過失を三段階に分けたのは、ローマ法の誤解に基づくものである。⁷⁾

次に、戸水はフランス現行民法の法規範について述べる。⁷⁾

フランス民法一一三七条一項によれば、契約は一方のために結んだものと双方のために結んだものとを問わず、債務者はその目的とする物件に対し、良家父の注意を加えなければならない。この注意の程度はローマ法に当てはめて論ずれば、いわゆる *culpa levis in abstracto*（抽象的軽過失）と相対する注意である。フランスにおいて同条の解釈につい

て種々の議論がある。あるものは一一三七条一項は原則を示し、その第二項には例外があることを示すという。しかし、これに反対するものは、同条第一項、第二項が相合して一つの原則を示すという。フランスのポドリ＝ラカンティヌリ (Baudry-Lacanthiere) 並びにティリ (Thiry) の説によれば、同条第一項は原則を示し、第二項はその例外を示すものである。フランス民法一一三七条一項によれば、債務者は *culpa levis in abstracto* (抽象的軽過失) の責任を負うべきものであり、これはフランス民法の原則である。同条第二項によれば、この義務は契約の種類により、あるいは重大となり、あるいは軽減される。第二項は原則に例外のあることを示すものである。その例外の場合を挙げると、八〇四条においては重過失を規定し、一九二七条に規定する *depot* (寄託) の場合においては、債務者は自己の物件に対して加えると同等の注意を加えれば足りる、すなわち、いわゆる *culpa levis in concreto* (具体的軽過失) の責任を負う。また、一八八二条に規定するところに基づいて推論すれば、*le pret à usage* (使用貸借) の場合においては、債務者すなわち借主は、良家父の注意よりもさらに大きな注意を加えなければならない。同条によれば、債権者の物件および債務者の物件のうち、いずれか一つを救うことのできる場合において、債務者がもし自己の物件を救うときは、債権者に対して弁償をしなければならない。仮に、自己の物件の価値が高く、債権者の物件の価値が低いのだとすると、良家父はその価値の高いものを救うべきはずである。しかし、同条によれば、債務者は良家父のなすべきことをなそうとして価値の高いものを救ってもなお債権者に対して弁償の義務を負担すべきである。ゆえに、同条の精神を推窮するならば、債務者は良家父の注意よりもさらに大きな注意を加えなければならない。これをフランス古法にあてはめて論ずるならば、いわゆる *la faute tres legere* (甚だ軽い過失) の責任を負わなければならない。これは、ポドリ＝ラカンティヌリ (*Baudry-Lacanthiere*) の説どおり、*culpa levis in abstracto* (抽象的軽過失) の責任を負うのが原則であり、その他は例外である。一一三七条一項には原則を示し、同第二項はこれに例外があることを示すものである。

そのほかに、戸水はツァハリエ (Zachariae von Lingenthal)、ローラン (Laurent)、ドゥモロンブ (Demolombe) の説を紹介しているが、最終的に、ポドリ＝ラカンティヌリの説を妥当としている。

次に、戸水は、スイス債務法 (戸水『過失論』ではスイス債権法と訳されている) の規範について述べる。⁽⁸⁾ スイス債務法一一三条では、過失の等級の区別を廃しており、債務者に過失があるか否かを裁判官の判断にゆだねている。

さらに、戸水は、ドイツ法について述べる。⁽⁹⁾ まず、プロイセン一般ラント法第一部第三章第一八条以下によれば、過失は *grobes Versehen* (大過失)、*massiges Versehen* (中過失)、*geringes Versehen* (小過失) に分かれる。同法によれば、債務者一方の利益を図って結んだ契約においては債務者は *geringes Versehen* (小過失) の責任を負い、債権者一方の利益を図って結んだ契約においては、債務者は *grobes Versehen* (大過失) の責任を負うのみであり、債権者債務者双方の利益を図って結んだ契約においては、債務者は *massiges Versehen* (中過失) の責任を負う。この原則に対し、例外がある。すなわち、技術を目的とする契約においては、債務者は *geringes Versehen* (小過失) があっても責任を負う。プロイセンの法律では、過失の標準は抽象的であることが原則だが、委任、寄託、組合等の場合においては、債務者は *culpa levis in concreto* (具体的軽過失) の責任を負うのみである。

次に、ドイツ民法第一草案一四四条においては、良家父の注意をもって注意の標準としている。過失に関しては等級を分けていない。第二草案において、二二三条一項の規定は、債務者が故意又は懈怠によって債務を履行しないときは責任を負う旨を記している。同条第二項によれば、債務者が自己の事件に関して加えたのと同等の注意を加えれば足る場合においても、もし、*grobe Fahrlässigkeit* (大懈怠) があるときは責任を免れることはできない。同条第三項によれば、故意に債務を履行しなくともその責任を負わないという特約を予めすることはできない。

ドイツ新民法の規定は第二草案の規定とはほぼ同様で、第二草案二二三条一項と三項は新民法二七六条に掲げられ、

同草案第二三三二条二項は新民法二七七条に掲げられている。要するに、新民法においても過失を三等級に分ける考え方は排斥されている。この点はスイス債務法と似ており、それだけでなく、良家父なる語は条文を明快にするため、抹殺されている。かくして、新民法六九〇条によれば、Verwahrung（寄託）の場合においては、受寄者は受寄物に対しては自己の物件に対すると同等の注意を加えれば足りるとされ、これは原則に対する例外の一つである。

次に、戸水は英米法における過失を論ずる。¹¹ 英米法は判例法であるが、戸水は判決例が一定しないとして、便宜上、判決例を左右する学説を紹介している。

第一説によれば、契約に三等級の区別がある。第一は債権者の利益のために結んだ契約、第二は債権者、債務者双方の利益のために結んだ契約、第三は債務者一方の利益のために結んだ契約である。注意にも三等級の区別がある。第一は slight care（小注意）、第二は ordinary care（常注意）、第三は extraordinary care（非常注意）である。懈怠（negligence）にも三等級の区別がある。第一は gross negligence（大懈怠）、第二は ordinary negligence（常懈怠）、第三は slight negligence（小懈怠）である。契約の三等級の区別は、懈怠及び注意の三等級の区別に相対応している。債権者一方の利益のために結んだ契約においては、債務者は小注意を尽くせば足りるゆえに、大懈怠があるのでなければその責任を負わない。また、債権者、債務者双方の利益のために結んだ契約においては、常注意を加えるべきものであるゆえに、常懈怠があるときはその責任を負う。また、債務者一方の利益のために結んだ契約においては、債務者は非常注意を加えなければならぬゆえに、小懈怠があっても責任を免れることはできない。これらの原則に対して、例外がある。例えば、運送を業とする者及び旅店の主人の負うべき責任は至って重い。

原則のみについて言えば、フランス古法の規範と英米法の規範は似ている。ただ、その相違点は次のとおりである。すなわち、フランス古法においては、良家父の注意の程度をもって標準とするが、英国においては良家父の語を用いず、

尋常事態に通ずる人 (a reasonable man)¹⁶ が平常加える注意の程度をもって標準としている。しかし、これは用語の違いにすぎず、実際上はフランス古法の原則も英国の原則もプロイセンの原則も同様のものである。

第二説によれば、注意の程度は第一説のように区分することができない。人々の注意の程度はさまざまであり、目的物の価値もさまざまであるから、三等級の区別で足りるというわけには行かない。

さらに、戸水は日本の旧民法の規範の検討に進む¹⁷。旧民法財産編三三四条一項は、諾約者は特定物の引渡をなすまで善良な管理人の注意をもってその物を保存することを要す。懈怠又は悪意あるときは損害賠償の責めに任ずと規定する。すなわち、日本の旧民法においては、*culpa levis in abstracto* (抽象的軽過失) を原則としている。同条二項には、無償にて譲渡した物の保存については諾約者は自己の物に加えるの同一の注意を加えるのみの責任を負うと規定されており、これが例外則である。すなわち、*culpa levis in concreto* (具体的軽過失) が例外となる。

次に、戸水は日本の新民法の検討に進む¹⁸。民法四〇〇条は、「債権ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ為スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス」と規定する。「善良な管理者の注意」は、遡ればローマ法及びフランス民法の「良家父の注意」に相当する。良家父の語が現今の事情に適さないため、用語を変えたに過ぎない。「善良な管理者の注意」は四〇〇条だけでなく、二九八条、六四四条、六七一条などにも規定されており、日本民法における注意の本則をなしている。これは *culpa levis in abstracto* (抽象的軽過失) に対応するものである。この原則に対する例外として、六五九条は、「無報酬ニテ寄託ヲ受ケタル者ハ受寄物ノ保管ニ付自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ為ス責ニ任ス」と規定しており、これは受寄者が *culpa levis in concreto* (具体的軽過失) の責任を負うことを示している。また、六九八条は「重大ナル過失」について規定しており、この「重過失」は九五条や四七〇条にも規定されている。このように、新民法は、過失を軽過失 (*culpa levis*) と重過失 (*culpa lata*) に区別し、軽過失を抽

象的輕過失 (*culpa levis in abstracto*) と具体的輕過失 (*culpa levis in concreto*) の二種に区分している。そして、抽象的輕過失が原則であり、重過失と具体的輕過失が例外をなしている。このように、新民法は過失に等級を設けているといえる。

しかし、戸水は、世界の趨勢は、過失に等級を設けないという方向性が強くなってきたり、日本においても、過失に関して次のような原則を設けるべきであると説く。¹⁹⁾ すなわち、

第一原則…物件に対して加えるべき相当の注意は物件の価額、土地の慣習その他一切の情況に基づいて決すべきものとする。

第二原則…右一切の情況のうちには、契約三等級の区別も加えるべきものとする。ゆえに、契約三等級の区別は注意及び過失三等級の区別と対応させるべきものとする。

以上の原則のうち、特に第一原則が重要であるとする。

戸水は、過失について論ずべき点がなお一点あるとし、過失の標準について論ずる。²⁰⁾ すなわち、フランス民法、ドイツ民法、日本の新民法において *culpa levis in concreto* (具体的輕過失) なるものを設けているが、これは妥当でないとする。債務者個人の注意をもって注意の標準とするとその標準は不動のものではないからである。例えば、平常注意周到の人物が無報酬にて他人から物件の寄託を受けたと仮定すると、その場合に他人がもし平素の注意よりも小なる注意を加えたとしても、怠慢な人の目から見るとなお大注意を払ったとされることもあるであろう。しかし、このような場合においても、注意周到な人は平常の注意を欠いたとしてこれに関して責任を免れることはできないとすると、平素注意周到な人は、注意周到であるゆえに重い責任を負担することとなるであろう。これは実に不都合な結果といえるべきである。法律はなるべく注意周到な人物を保護すべきである。しかも、寄託と委任とで債務者(受寄者、受任者)の義務

の重さに差異を設けるべきではない。したがって、ドイツ新民法及び日本の新民法において、具体的過失を設けるべきではなく、過失及び注意の標準は常に抽象的となすべきものである。

戸水はこのように述べて、日本民法が無償寄託のように、自己の財産における同一の注意で足りる契約類型を設けていることを批判し、すべての契約類型において債務者に善良な管理者の注意を要求すべきであると主張しているように思われる。あくまで立法論であるが、しかし、この結論には異論もあろう。また、この論文においては、過失の程度、注意義務の程度に絞って論考されており、過失の構造は論ぜられていない。

二 『物権ト債権』について

戸水寛人は明治三三年（一九〇〇年）に、『物権ト債権』を公刊している。⁽²¹⁾ まず、彼はローマ法から説き起こす。すなわち、かつてローマにおいては、物権、債権に該当する語がなかった。ローマ人は、訴訟を分類して、*actiones in rem*と*actiones in personam*の二種としているが、これを日本語に直訳すれば、前者は対物訴訟であり、後者は対人訴訟である。対人訴訟とは契約または私犯等に関する訴訟であり、例えば、*stipulatio*「問答契約」、*口頭契約*「すなわち要式口約の場合においては、要約者は*condicio*「不当利得返還請求訴訟」または*actio ex stipulatu*「問答契約に基づく訴訟」を起こすことができ、*emptio-venditio*すなわち売買の場合においては、売主は*actio venditi*「売却の訴訟」を起こすことができ、買主は*actio empti*「買入の訴訟」を起こすことができる。これらは皆*actiones in personam*すなわち対人訴訟の中に含まれる。⁽²²⁾

対物訴訟、すなわち *actiones in rem* の適例を挙げれば、物件取戻の訴訟、すなわち *rei vindicatio* のときはその最も重要なものである。もし、甲の所有物が乙の手にあるとすれば、甲は乙に対してこの訴訟を提起することができる、もし丙の手にあるとすれば、甲は丙に対してこの訴訟を提起することができる。すなわち、甲は物件の所在について訴訟を提起することができるがゆえに、その状態はあたかも物件その物に対して訴訟を提起することと同じであるので、このような訴訟を対物訴訟、すなわち *actio in rem* とす。⁽²³⁾

当初は、*in rem* は嚴格に対物的という意義を有していた。*actio in rem* とは主として *rei vindicatio* すなわち物件取戻の訴訟のことであった。しかし、時を経るに従い、*in rem* の意義は次第に広くなり、ついにこの語は対世的、すなわち世間一般に対するという意義を得るに至った。⁽²⁴⁾

ローマにおいては、*actio in rem* 及び *actio in personam* 「対人訴訟」なる用語はあるが、それは訴訟の類別であって、いまだかつて権利を物権と債権とに分類すべしとの見解はなかった。⁽²⁵⁾

中世に進み、物権を *jus in rem* 「物に対する権利」、債権を *jus in personam* 「人に対する権利」と称するようになった。⁽²⁶⁾ さらに、近世になると、ドイツ人は *jus in rem* を *dingliches Recht* といい、フランス人はこれを *droit réel* と称した。ドイツ人は *jus in personam* を *persönliches Recht* といい、フランス人はこれを *droit personnel* と称した。日本人は、当初、*jus in rem* を対物権または物上権といひ、*jus in personam* を対人権と称したが、近時、対物権の対の字を取り去って単にこれを物権といひ、対人権の語を改めてこれを債権と称するようになった。⁽²⁷⁾

フランス人、ドイツ人は物権とは物の上に有する権利であるというが、英国人は物権とは世間一般に対する権利であるという。私見では、英国人の解釈は論理に合しており、大陸人の解釈は論理に反している。およそ物を分類するには、一つの種類は他の種類を排除することを要する。権利を類別するに当たっても一つの種類は他の種類を排除することを

要する。欧州大陸人の分類には論理の点で問題がある。というのは、物の上に有する権利と特別の人に対する権利とを対立させており、これは表紙の赤い書籍と丈の高い書籍とを対立させるようなものだからである。特別の人に対する権利であつて同時に物の上に有する権利であるものはすこぶる多い。例えば、売買契約を締結するとすれば、締結者の権利は特別の人に対する権利であつて、かつ物の上に有する権利である。賃貸借契約を締結するとすれば、締結者の権利は特別の人に対する権利であつて、かつ物の上に有する権利である。すなわち、物の上に有する権利は特別の人に対する権利を排除するものではない。特別の人に対する権利は物の上に有する権利を排除するものではない。ゆえに、ドイツ人、フランス人が物権を物の上に有する権利とし、債権と対立させているのは分類法に合せず論理に合しないものである。⁽²⁸⁾

これに反して、英国人の説に従つて、物権を世間一般に対する権利とし、これをもつて債権と対立させるときは、その分類は法に合し、論理に合する。なぜならば、およそ権利は世間一般に対するものでなければ特別の人に対するものであり、特別の人に対するものでなければ世間一般に対するものであるからである。すなわち、一つの種類は他の種類を排除する。世間一般に対する権利はこれを *right in rem* すなわち対世権、すなわち物権と称し、特別の人に対する権利はこれを *right in personam* すなわち対人権、すなわち債権と称する。権利を分類してこのような意義の物権と債権とに區別するのは分類法に合し、論理に合するものである。ゆえに、物権に関して英国人の解釈は論理に合し、大陸人の解釈は論理に反している。⁽²⁹⁾

日本の新民法ができるに先立つて、私は欧米諸国の法律を対照比較し、その長を取つて短を棄てるのであらうと思つていた。しかし、できた民法を見ると、法律学のイロハについては英国法律の長を棄てて大陸法律の短を取つて⁽³⁰⁾いる。

ある人は大陸学者のために弁解して、物権とは物の上に有する権利ではなく、物の上に直接に行使する権利である。債権とは特定の人に対して有する権利ではなく、特定の人に対して行使する権利である。ゆえに、物権の呼称は債権を排除し、債権の呼称は物権を排除し、この分類は論理に合しないおそれはない。債権はたとい間接に物をもってその目的となすことがあつたとしても債権者は直接にその物の上にその権利を行うことができな⁽³¹⁾い。必ず債務者の行為を要する。ゆえに、一つの債権であつて同時に物権を兼ねることはない、とい⁽³²⁾う。

私見(戸水の見解)では、このような議論は次のような批難を免れない。

第一 もし、右のような議論をわが日本の新民法に適用するときは、物権債権の総数は私権の総数とならず、物権債権以外になお幾多の権利の存在を認めないわけにはいかない。したがつて、物権と債権とに私権を分類するのは不完全な分類である。例えば、わが日本の新民法においては、物とは有体物のみを指す名称であるがゆえに、特許権、商標権の類は物権と称するべきではない。また、これらの権利は債権と称するべきでないことは論を待たないので、結局物権でもなく債権でもない、一種の権利だといわざるをえない。そうであるならば、私権を右の意義における物権と債権とに分類するのは不完全な分類である。

第二 分類の標準は単純であることを要する。しかし、右の意義における物権と債権との分類はその標準が複雑であつて単純ではない。したがつて、物権と債権との区画が鮮明とならない恐れがある。まず、物権については、物の上に行使するということと、直接にこれを行使することとこの二個の観念を集めて標準とし、債権については、特定の人に対して行使するという一個の観念をもって標準としている。特定の人に対するという観念と物の上に行使するという観念は全く互いに相牽連することはない。特定の人に対するという観念と世間一般に対するという観念とは互いに相牽連し、物の上に有するという観念と物の上に有しないという観念は互いに相牽連する。しかし、特定の人に対すると

いう觀念と物の上に有するという觀念は互いに相牽連しない。このように互いに相牽連しない觀念を集めてこれを一分類の標準とするのは、分類の法則に反し、論理に反する。このような複雑にして非論理的な標準によつて私権を分類する結果、物権と債権との区画が自ら鮮明とならない恐れがある。

第三 物権は物の上に直接に行使する権利であつて債権は人に対して行使する権利であるというのは、私権の享有に重点を置いたものではなく、私権の行使に重点を置いたものである。権利能力に重点を置いて権利を観察したものでなく、行為能力に重点を置いて権利を観察したものである。しかし、世に行為能力を制限された者は甚だ多く、これらの人は自らその私権を行使することができない場合が甚だ多い。このような場合において、これらの人は自らその私権を行使することができないにもせよ、なお私権を享有するものであるがゆえに、私権享有の区域と私権行使の区域とを比較すれば、これを享有する区域が広く、自らこれを行使する区域は狭い。そうであるならば、私権を挙げてこれを分類しようとするならば区域の狭いものに基づいてこれを分類するよりも、むしろ区域の広いものに基づいてこれを分類するほうがよい。その行使に重点を置いてこれを分類するよりも、むしろその享有に重点を置いてこれを分類するほうがよい。昔の野蠻蒙昧の時代においては、権利の行使のようなきわめて適切にきわめて実地的なものに重きを置く傾向があつたが、今や世は開明となつたので、権利の行使よりもむしろ権利の享有に重きを置くべきである。世間一般に対する権利と特別の人に対する権利とを対立させるのは権利の享有に基づく分類であるから妥当である。対世権と対人権とを対立させるのは権利の享有に基づく分類であるから妥当である。私が述べたような意義における物権と債権とを対立させるのは権利の享有に基づく分類であるから妥当である。この分類は、その標準が單純であり、これを用いるときは物権と債権との区画は至つて鮮明である。この分類は決して不完全ではなく、いかなる私権といえどもこの分類中に含めることができる。特許権も商標権も意匠権も著作権もそうである。この分類は分類法に合し、論理に合し、い

ずれの場合に適用してもなんらの不都合を生じない。この分類よりも善美・簡明・広大・論理的なものはない。

本論文を読んだ印象であるが、物権と債権に関する概念法学的・形式論理的解明に終始しており、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣、一九五三年)のような、物権や債権を「資本主義社会の経済関係さらにはその他の社会関係の総体の中で把握しようとする試み」⁽³³⁾ではないと考えられる。

ただし、権利というものが物権と債権とに限られないという指摘、その例として知的財産権を挙げている点は、先見の明があると思われる。しかし、末尾で「特許権も商標権も意匠権も著作権も」「対世権と对人権」の「分類中に含めることができる。」と論じている趣旨がよくわからない。これらの知的財産権を結局「物権と債権(対世権と对人権)」のいずれに属するものとするのが不明である。

三 『手附』について

戸水寛人は明治三三年(一八九九年)に、『手附』を公刊している⁽³⁴⁾。戸水は古今東西の法制を挙げて比較対照し、その後で、私見を述べている。

まず、戸水は英国の法制度について次のように述べる⁽³⁵⁾。英国では手附(earnest-money)⁽³⁶⁾と内金(part-payment)⁽³⁷⁾の区別がある。手附とは売買契約締結の証拠として金銭またはその他の微小な物件を与えるものをいい、内金とは売買契約を締結するや否や代金の一部分を支払うものをいう。今日の英国の商業社会では、手附はほとんど用いられず、ただ内金のルールのみが用いられている。

次に、戸水はフランスの法律制度について次のように述べる。³⁸⁾ フランスの法律家は手附に三つの意義を与えている。第一は、フランス民法一五九〇条において規定されている。同条によれば、「手附を出して売買契約を締結した時、結約者の一方が左の条件を行う場合には、契約を取り消すことができる。すなわち、手附を渡した者はその手附を自己の損失となすこと。手附を受け取った者はその手附の二倍額を返還すること。」と規定されている。この条文によれば、手附を自己の損失とするか、または、手附の二倍額を返還するときは結約者はいつでも契約を取り消すことができる。そうであるならば、手附は結約者に解除権を留保する目的をもって支払った金額にはかならない。この種の手附をフランス語では *tedit* 「違約金」と称する。これはドイツ語の *Rengeld* 「解約金」に相当する。第二の意義においては、手附とは売買契約締結の記標として買主より売主に与えたものである。この種の手附を *denier a Dieu* 「内金」という。ドイツ語の *Gottespfennig* 及び中世ラテン語の *Denarius Dei* 「神の現金、手切れ金」に相当する。第三の意義においては、売買契約成立するや否やその代価の内金として払いこんだ少ない金額のものもまた手附である。この種の手附を *a-compte* 「内金、前払い金」という。すなわち、英国法のいわゆる *part-payment* 「一部弁済」に相当する。フランス民法では第一の意義の手附のみを規定し、第二、第三の意義の手附を規定していないが、民法において第二、第三の意義の手附を設けることを禁じたのではない。ただ、反対の証拠がない以上は第一の手附であると推定すべきであるとされる。

次に、戸水はローマ法について次のように述べる。³⁹⁾ ローマの古い記録においては手附のことが記されていることはいたって少ない。ただし、手附を授受する慣習はローマ固有のものではなく、外国から輸入したものであるからであろう。発達した段階のローマ法によれば、手附、すなわち *arrha* とは売買締結の記標として買主より売主に与えた物件をいう。通常は金銭をその記標として払うが、必ずしも金銭に限らない。また、*Justinianus* 「ユスティニアヌス」の

Institutiones [法学提要]によれば、買主がもし約束を履行しないときは既に差し入れた手附を失い、売主がもし約束を履行しないときは既に受け取った手附の二倍を買主に返還しなければならない。フランス民法一五九〇条及びわが新民法五五七条の規定は皆ここから出たものであるであらう。

次に、戸水はドイツ法について次のように述べる。ドイツにおいて現在施行されている法律はローマ法とドイツ固有の慣習とを合したものである。ドイツ固有の慣習によれば物件を売買すべしとの契約は合意のみにては完結せず、その契約完結の記標として草茎藁葉等を授受することを要する。これを *festuca* [若枝、藁、茎]、*stipula* [茎、藁]、*wadia* などという。また、その記標は必ずしも草茎藁葉に限らず、いかなる物件を用いても差し支えない。買主がもしその記標として多少の金額を払うときは後日代価を支払うに際し、これを計算のうちに入れることは論を待たない。かつては、かくのごとく契約は合意のみによって成立しなかつたが、その後契約は合意のみによって成立することとなつたが故に草茎藁葉等の授受は跡を絶つたが、契約締結の記標として手附を払う慣習は依然として存し、ローマ法のいわゆる *arbitra* すなわち手附と同じ効力を持つ。したがつて、ローマ法をドイツにおいて採用して以来、今日に至つても主にローマ法の規則によることとなつたが、特別の事物については、なお、*Partikularrecht* (特別法)として固有の法律を用いないわけではない。例えば、婢僕を雇い入れるにあつて給金の幾分かを前に払いおく慣習は処々に存在する。これらの地方の慣習によればこれを払うのでなければ雇い入れの契約は完結しない。これを *denarius Dei* または *Gottespfennig* という。このような慣習はフランスにもまた存在し、その手附を *denier a Dieu* とす。

ドイツの現行法によれば、手附は概して契約締結の記標として一方より他方に与える物件であるといつても、違約罰の性質を帯びるのを常とする。すなわち、手附を与えた者がもし契約を履行しないときは、その手附を失う。しかし、手附を受け取った者が契約を履行しなくても、これがために手附の倍額を返還するには及ばない。これは、ドイツ法と

かつてのローマ法及びフランス法と異なる点である。

一般に、手附は契約締結の記標にしてかつ罰金の性質を兼ねるといつても、場合によっては単に罰の性質を帯び、契約締結の記標とならないことがある。例えば、買おうと欲する者はまず幾分かの金額を払い置き、契約締結の猶予を定めることがある。このようなときはもし、猶予期限内においてこれを完結させないときは手附を払った者は、その手附を失うのである。これを、*arra poenentialis* 「解約手附」または *Reugeld* 「解約金」という。

一九〇〇年より実施すべきドイツ新民法をみると、その規定は現行法律とほぼ同じである。その大綱を挙げると次のようになる。

新民法三三六条によれば、契約締結に際して手附を払うときはそれは契約締結の記標であるにすぎず、反対の証拠がない以上は罰金の性質を帯びるものではない。換言すれば、これをもって罰金的手附すなわち *Reugeld* とみなさない。

第三三七条によれば、すでに払った手附をもって契約履行の一部分に充てることができるときはこれを当事者双方の間の計算中に入れるべきものとする。もしそうでないときは、契約が履行されるや否や、これを払った者に手附を返還すべきものとする。契約取消の場合もまた同じである。第三三八条によれば、手附を払った者の過失によって契約を履行することができなくなったときは手附を受け取った者はこれを返還するに及ばない。こうして、手附を受け取った者ももし契約不履行を名目として損害賠償を求めるときは手附をも計算中に加えるべきものとされる。もし、そのようにすることができないときは損害賠償を受け取った後に手附を返還すべきものとする。

以上の事柄をみると、ドイツ新民法によれば結約者双方間に手附の授受があったとしても、これがために結約者は損害賠償を求める権利を失うことはない。これはわが日本の新民法と異なる点である（新民法五五七条二項参照）。

ドイツ新民法においては第三三六条より第三三八条に至るまで皆手附に関する規定であるが、日本新民法においては手

附の規定はただ一箇条、すなわち五五七条があるのみである。五五七条一項は、買主が売主に手附を交付したときは当事者の一方が契約の履行に着手するまでは買主はその手附を放棄し、売主はその倍額を償還して契約の解除をなすことができる」と規定する。これ、すなわち、解除権の留保であるにすぎず、フランス民法一五九〇条の規定及び Justinianus 「ユスティニアヌス」の Institutiones 「法学提要」 III23pr. に記すところと全く異なるところがない。しからばすなわち、わが立法者はわが日本固有の慣習を斟酌すると同時に主にローマ法、フランス民法にならつてこの条文を制定したものと推測できる。

かくして、戸水は、次のように結論を述べる。

以上に記したように、手附に関して諸国の法律規則は異なっている。その互いに相異なる所以を推考すると、大抵は理論に基づいてその規則を定めたのではなく、旧来の慣習に従つてこれを定めたが故に諸国の法律は互いに相異なることとなったのである。しかし、これらの慣習に拘泥せず、純理に基づいて手附の目的を論ずると、契約締結の記標として手附を与えるのは必ずしも今日の事情に適さないわけではない。しかし、その理由のみによつて手附の目的を説明したとしても、もどかしいだけである。なぜかという点、手附を交付した者が契約を履行しないときはその手附を失うとしても、これは契約締結の記標であるがゆえではなく、そのほかに相当の理由がなければならぬ。それでは、代価の一部分を支払うのは手附の目的であろうか。いや、これはその真の目的ではない。どこの国においても商人のなすところをみると、手附として払う金銭は実に少額にすぎず、およそこれをもって一部の支払いとみなすべき価値があるといふことができるだろうか。あるいは、手附の目的は純理よりこれをいえば、契約解除権の留保にあり、ゆえにわが新民法においてもフランス民法においても、またローマ法においても、みなこの純理に基づいて手附を交付した者が契約を履行しないときは、その手附を失い、手附を受け取った者は、これを履行しないときは、その倍額を償還しなければな

らないとしたという者もいる。しかし、私は、解除権の留保をもって手附の目的とするのは不条理の甚だしいものであると考える。なぜかという、締約者の一方が契約を履行しないときは、他の一方においては時として巨大な損害を被ることがあろう。このような場合において、買主が手附を捨てて売買を解除するときは、売主は果たしてこれに満足すべきであろうか。契約不履行のために債権者に巨大な損害を及ぼす場合においては僅少の手附またはその倍額を得ても満足すべきではないであろう。したがって、わが新民法等において、解除権の留保を目的として手附の規則を定めたとするのは、その当を得ないものといふべきである。私見によれば、手附の真の目的は、手附を払った者をしてなるべく契約を履行せしめる一誘引物とすることにある。手附流れとなるのは遺憾だから、なるべく契約を履行しようとの念慮が普通一般に起こるべきものと信ずる。こう考えると、手附の交付は担保の性質を帯びるものということもできよう。そうであれば、手附を差し入れる者ももし契約を履行しないときは、手附を失うと定めるのはその当を得たものであるといえども、その性質は担保にあるが故に、もし契約不履行によつて損害を生ずることが大きいならば、手附を交付した者は単にこれを失う故をもつて損害に関し、責任を免れるべきではない。換言すれば、契約を履行しない者は、不履行より生ずる損害を償わなければならない。すなわち、手附の契約は附従の契約である。締約者はこの附従の契約のために拘束されず、本体の契約を履行させる権利を有すべきであり、従つて、その不履行より生ずる損害の賠償を求める権利を有すべきである。ドイツ新民法においてこの権利を締約者に付与したにもかかわらず、わが新民法においては別に特約を結ぶのでなければ締約者はこの権利を享有することができない。これは嘆かわしいことである。

このように、戸水は、契約の拘束力を重視し、手附を解除権の留保とみるよりも、違約手附のように契約の拘束力を強めるものと解している。すなわち、手附を違約手附ととらえ、違約された方は、手附流れ以外に損害賠償を請求しう

るとする。一般に民法五五七条一項は、手附を解約手附と推定する規定だと解されているが、戸水はこの考え方を批判し、それと異なる見解を述べている。彼には「契約を破る自由」を認めるといふ発想はおよそなかったと思われる。

四 制限超過利息に関する法学協会の討論について

明治前期には、東京帝国大学を母体とした法学協会において、しばしば法学上の討論が行われ、その記録が法学協会雑誌に掲載されていた。⁽⁴²⁾ 戸水寛人が論者として登場する一八八六年（明治一九年）の討論を見てみよう。

討論題は（口語訳すると）「甲は乙の依頼により高利をもつて若干の金額を乙に貸し付けた。それ以来、乙は約定通りの利息を払ってきたが、甲がその元金返済の催促をなすにあたって、乙はこれまで既に払い込んだ利息は制限額を超過していることをもつて、その超過する部分を元金から控除し、残額のみを返済しようとした。」というものである。

この討論の前提として、当時の利息制限法は現行法とは若干異なっていたことを指摘しておく。すなわち、旧利息制限法（明治一〇年九月一日、太政官布告六六号）二条は「契約上ノ利息トハ人民相互ノ契約ヲ以テ定メ得ヘキ所ノ利息ニシテ元金百円未満ハ一ケ年ニ付百分ノ十五（一割五分）百円以上千円未満ハ百分ノ十二（一割二分）千円以上百分ノ十（一割）以下トス若シ此限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各其制限ニマテ引直サシムヘシ」と規定しており、制限超過利息を「裁判上無効」としていたので、この解釈が問題となったのである。甲の立場に立つて論ずる者は中橋徳五郎⁽⁴³⁾であり、乙の立場に立つて論ずる者は戸水寛人である。

まず、第一席として中橋徳五郎が登場し、次のように論ずる。⁽⁴⁴⁾

本問題は元来、わが国の利息制限法が元となり、この訴訟が出てきたことであるから、まず第一に利息制限法の精神を吟味することが最も重要である。その精神を吟味するには、利息制限法を制定した立法者の意思を探ることをもって足りるとすべきである。しかし、本問題は不法契約の一つに属するものであるから、不法契約の本性を説かなければ立法者の精神をも会得しがたいところがあるので、その概略を述べた後、立法者の精神を説こう。

私（中橋）は不法契約を三種に分類する。第一は、刑法規則に反し、道徳の法網に背き、社会の公安を傷害するもの。第二は、立法者の親切によつて、結約者間の詐欺強迫等を防ぐために設けた法律に抵触するもの。第三は、政府の都合により、罰金を科する法律規則に抵触するものである。第一のものは、道徳に背き社会の公安を傷害するものであるから、政府がこのような契約を保護しないことはもちろんのことであり、別に議論を要しない。このような契約はすべて無効であるといつてよい。第三の場合は、租税をとらうとするか、または法律規則に定めた手続を経ずして物品を売買する者らを罰する精神によつて制定した規則に抵触するものであり、その契約の本性は元来不法のものではない。ただ政府の都合によつて發布された法律規則に抵触したものであり、不幸にも不法契約の名を蒙つたものであるから、立法者においても契約を無効とする意図はなく、ただこれに罰金を課することをもつて足りるとしたものであるから、その契約は罰金を課された後といえども依然として結約者間に存在し、立法者もまた十分これを保護するものである。第二の場合は、第一の場合と第三の場合の中間にある。第二の場合もその本性は決して不法のものではなく、ただ、借主が利息の高低を問ういとまもなく、やむをえず高利の借金をしたとの推測より設けた法律に抵触したことにより、不法の名を蒙つたものであるから、立法者もたとひ親切心より富者（貸主）を制し貧者（借主）を憐れもうとしたとしても、元来不法ではない契約を全く無効とするわけにもいかず、ゆえにその一部を保護してその他の一部を無効としたものである。このように、元来不法ではないものを立法者が自らの親切より推測して結約者の一方に詐欺あり、強迫ありと

して、他の一方の者を保護したものであるから、立法者がこれらの契約を見るのは、第一種に属する契約を見るのと大いにその趣を異にする。これは推測によるものである。もし、この推測を打ち消すに足る事情が出現するか、または反対の事情が出てきたときは、すなわち、借主に詐欺悪意または落ち度があることがはっきりしたときは、いかに立法者が貸主を憎みこれを制しようとし、借主を憐れみこれを保護しようとする意図が大きいとしても、なお借主を保護しないわけには行かないとはいえない。なぜかという、すなわち、同等に不正の位置に立つ者を保護しないのは法律の原則だからである。

そもそも、本問題の場合は、すなわち、この同等不正の位置に立つものである。なぜかという、貸主は借主の必迫を窺い、非常に高い利息を約したとの推測が働くといへども、借主においてなお重く詐欺悪意落ち度があるからである。いま、もし借主、すなわち被告乙が真に一時の窮迫に陥り、前後を顧み利息の高低を比較するいとまがなかったとしても、すなわち、被告乙において、本問題にあるように数年間制限外の利息を払うことはなかったであろう。しかるに被告乙においては、その利息制限法に抵触する契約であることをあくまで承知しながら数年間、依然としてその利息を払ってきた。原告甲がその元金を請求するに当たり、突然、制限外の利息の払戻しを請求した。これはとりもなおさず、高利をもつて原告を欺き、法律を楯にして他人を害し自分に利益を与えようとするものであるから、その詐欺落ち度があることははっきりしている。ゆえに原告甲に対して立法者より不幸な推測があるとしても、被告乙においても同様に詐欺落ち度があるので、原告においては制限外の利息を払い戻す義務はないと考える。これ、すなわち原告第一の論拠である。原告において今いっそう強い論拠とするものは利息制限法の解釈法である。明治一〇年九月一日布告第六六条利息制限法第二条という、契約上の利息とは、人民相互の契約をもつて定めることのできる利息であり、元金百円以下は一年につき百分の二〇、百円以上千円以下は百分の一五、千円以上は百分の一二以下とする。もしこの制限を超過

する分は裁判上無効のものとし、各制限にまで引き直さしむべし、とあり、この条文末尾にいわく、「此限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトナシ」とあり、立法者がことさらにここに「裁判上無効ノモノトスル」というものは深意があるのであろう。いま、「裁判上」の三字を玩味すると、当時立法者の意図した、もしこのような契約をなす者があるときは、裁判上においては無効として少しも保護を与えるべきでないといつても、締約者相互の好意にてこれを払うのは勝手であるとの意味であった。もしそうではなくて、その払込前と既に払い込んだものとを問わずどこまでも被告を保護し、制限外の利息を無効としようとしたならば、なぜ、ここにことさらに丁寧な「裁判上」の三字を添えたのであろう。必ず「総テ無効タルヘシ」とか何とか非常に広い意味の文字を用いたであらう。そのうえ、当時わが国において経済の真理は世に明らかではなかったといえども、立法者は契約自由の原理くらいは承知していた。ゆえに、始から契約を無効とする精神は少しもなく、さりとて締約者の自由にゆだねるときは、富者すなわち貸主が非常に高利を貪り、貧者すなわち借主はまことに哀れであるとして、その老婆心よりこの利息制限法を制定したのである。このゆえに、立法者は始めより少しもその契約を無効とする意図はなかったのである。いわば、わが国の当時の立法者は利息制限法を制定して、イギリス法のいわゆる不完全義務 (imperfect obligation)⁽⁴⁵⁾ を作ったものといつてよい。この理由より、原告においては被告より一度払い込んだ利息はその制限外であると否とを問わず払い戻す義務のないものと考えられる。これがすなわち原告第二の論拠である。

被告のほうにおいては、イギリス法を引用し、イギリスでは利息制限法の施行された当時において、本題のような場合においては常に原告に払戻しをさせたというが、イギリスの利息制限法はわが国の利息制限法と一致しない点も多くあり、かつ、イギリス法学者の癖として先例のみに依拠し論ずることがあるから、直ちにその判決を引用し、わが国の利息制限法の適用に当てはめるわけにはいかない。

また、被告においては、フランス法の不当利得を引用することもありうるが、これも本題には当たらない。なぜかという、原告が既に前に弁論したように、契約はどこまでも成立するものであり、被告においては十分これを払う義務があるものであり、ただ裁判上においてこれを実行することができない不都合があるのみである。ゆえにこの契約については始めから少しも不当の原素を含有しない。

以上、二個の論拠があるにより、原告においては既に被告が払い込んだ制限外の利息を払い戻す義務がないものとし、被告に対して元金の返済を請求するものである。

次に、第二席として戸水寛人が登場する。彼は次のように論ずる。⁽⁴⁶⁾

いま、甲主論者が述べた説は、要するに、被告に対して攻撃を加えた論点は二個にすぎない。第一は、原告被告双方とも過失があり、被告は既に高利の利息を支払い、もつて自己の約束を履行し、利息金の対物権は既に原告に移つたので、被告は決してこれを取り戻す権利はない、というものである。第二は、明治一〇年九月一日の布告の解釈論であり、甲主論者の解釈によれば、この布告はすなわち被告に対し不充義務（自然債務）を課したものであるから、被告は既にこの義務を尽くした以上は決してこれを取り戻す権利はないというものである。このほかなお、甲主論者は假想の論点を設けて、被告は斯く斯く言うであらう、かように論ずるであらうとして、種々の心配をしておられるが、乙主論者においては、イギリス法を持ち出すつもりはなく、不当利得説を持ち出すつもりもなく、純然たる日本法によって議論を立てるつもりであるから、甲主論者の提出された假想の論点に関しては一言を費やす必要もない。ゆえに、ただいま甲主論者に答弁するに当たつて前にも大要を挙げたように、甲主論者の二個の要点を打ち砕けば足りると思う。しかし、これを打ち砕くには順序を追つて第一点より始めるはずであるが、甲主論者の論拠は第二点にあり、第一点はわ

ずかにこれに付属するまでのことであるから、乙主論者はまず第二点を論じてその後に第一点に移りたい。

外国の利息制限法を見ると、もしその制限を超過するときはずでに貸し渡した元金までも取り戻すことはできないという制度を立てた国もあり、また、元金を取り戻すことができるにもせよ、一文の利子も取ることができないという法を立てた国もある。また、イギリスの現行法のように、利息制限法の全くない国もある。しかれども、わが国の利息制限法においては元金の返還を要求することができるのみならず、また利息をもとることができる。ただ利子は約束どおりの利子を取ることができないままであり、法律に定めてある利子は十分に取ることができる。すなわち、明治一〇年九月一日の布告第二条にいわく、契約上の利息とは人民相互の契約をもつて定めることができる利息であり、元金百円以下は一年につき百分の二十、百円以上千円以下は百分の十五、千円以上は百分の十二以下とする。この限度を超過する分は裁判上無効のものとし、各制限にまで引きなおさるべきだと規定する。この法律を解釈する方法は二、三ある。私は甲主論者と解釈方法を異にするがゆえに、まず、その二、三を挙げてその後、甲主論者に答えることとしたい。

第一の解釈は、すなわち、甲主論者のような解釈であり、この法律は借主に不充分義務（自然債務）を生ずるとの解釈である。

第二には、すなわち、貸借の契約は有効だが、利息の制限を超過する分だけは無効であり、この部分の履行請求には法律は助けを与えるべきでない。かつ、この制限を超過する部分は全く無効のことであるから、法律上の観点からするとあるもなきも同然であり、借主のほうには義務の影も形も生ずることはないという解釈である。

第三は、不当利得説であり、貸借契約は初めより成立することなく、換言すれば全く無効であるが、借主は人の金を使用しながらなんらの報酬を与えないときは至極不当のことであるがゆえに、フランス風に説けば、ここに準契約があるとみなして、法律上に定めた利子を払わしめたものである。これはいわゆる不当の利得は得ることができないという

原則からきた規則に他ならないという解釈である。

この第三説は一応尤もな解釈であり、原則上から論ずるときはこのようでないかなければならないが、一歩退いて考えれば、この布告は明治一〇年に出た布告であるから、当時の状況を回顧するとこの解釈は高尚に過ぎるというべきであろう。なぜかという点、当時官民共に知識が低度にある折柄であるから、深い原則などの考えは脳裏に浮かばなかつたかと疑われる。そうであるから、この第三説を捨てて第一か第二の解釈を取らなければならぬ。しかるに、第一の甲主論者の解釈は前にも言ったようにあまり感服しないがゆえに、一言を呈したいと思う。私は第二の解釈を主張するものである。

甲主論者の解釈を考えると、甲主論者は「裁判上」の三字を金科玉条のように考えているが、およそ法律はこのような二字か三字に拘泥して解釈をすべきものではなく、必ず法律の全体を見て解釈を下すべきであるとの原則がある。もし、甲主論者がこの三字に過大の価値を付することを欲するならば、この布告の全体を見てほしい。第一条には、すなわち、金銀貸借上の利息を分類して契約上の利息と法律上の利息とするとある。しからば、この二種の利息のほかの利息類似のものは決してこの法律のいわゆる利息ではない。かくして、第二条には契約上の利息の解義を下し、かつ利息制限の効力を記し、第三条には法律上の利息の解義を下し、かつその金額を定める。このように、法律は順序を追ってこの二種の利息を記すがゆえに法律を解釈するものは必ずこの三条を対比して、この法律の利息金各種類に積義を下すことが偶然ではないことを知り、条文の全体を見て解釈を下すべきである。第二条に記す契約上の利息の積義はどのようなものであろうか。契約上の利息とは人民相互云々より千円以上百分の一二以下とするまでは、契約上の利息の積義である。ゆえに、この積義中に記された制限を超過する利息はこの法律のいわゆる契約上の利息ではない。法律の見地からすれば、制限超過の分は初めより契約外のものであり、言葉を変えて言えば初めより契約しないのも同然のことで

ある。人民相互にこの制限内においていかなる利息の金額を定めるのも勝手であるが、もしこの制限を超過するときはそのような利息は初めより約束しないのと同様のことであるから、もし裁判所に出てこのような利息を請求するとしても裁判所には世話を焼かせないということであり、裁判上の三字はそのようにまで金科玉条ともみなすことができない。ただ法律のいわゆる契約上の利息でないものは契約外のものであるから、裁判所においては手を貸す道理がないことを明らかにしたものである。決して借主に不充分義務（自然債務）を生ずることではない。畢竟、法律の解釈は二字三字に拘泥してなすことができるものではないことを考えてほしい。この布告は今申したとおり、借主すなわち被告に自然債務を生じない以上は制限内の利子及び元金を払うほかに、決して義務の影も形も生じない。これを詳説すれば、被告は高利を支払う約束をなしたが、かの制限を超過する部分は約束しなかったと同様であり、被告においては決してこれを支払う義務はない。ゆえに、たとえこれを支払った後といえどもこれを取り戻す権利があることは言うまでもない。

既に、甲主論者の論旨中の第二要点を論じた。今から第一要点に移ろう。

甲主論者は、この契約はもともと不法の契約であり、原告被告双方に過失があるがゆえに、被告が自己の義務を履行した後は決してこれを取り戻すことができないといわれた。勿論、不法の契約であつて既に履行されたときは結約者双方は互いに取り戻すことができないというのは、イギリスの法廷において許容された一大原則に相違ない。しかれども、いまだ履行されていない不法の契約においては、たとい一方の者が自己の義務を履行したとしても、他の一方においていまだ義務を履行しないときは義務履行者は履行として支払った金銭をいつにても取り戻すことができる。畢竟、既に履行された契約に適用すべき原則は、いまだ履行されていない契約に適用すべきものではない。甲主論者が提出した履行済みの不法契約に適用すべき原則には決して異論はないが、今回の討論にかかる契約は既に履行された契約であると

いうに至っては、そもそもまた異論を唱えないわけにはいかない。

試みに、今回の契約において貸主が金を貸したゆえんのものは何であろうか。借主のほうから元金を払い、かつ利子を払うのを目当てとして貸したのではなかったか。借主がこの二つの義務を尽くすことを報酬（コンシダレーション）⁴⁷と心得て貸したのではなかったか。借主がこの二つの義務を負うのを原因（コース）⁴⁸として貸したのではなかったか。そうであれば、借主がこの二つの義務を履行するのでなければ契約は既に履行されたということとはできない。今回の場合においては、借主は既に利子を払ったがいまだ元金を返していない。しかるに甲主論者はなお、契約は既に履行されたというが、半分履行された契約は決して全く履行された契約ではない。ゆえに既に履行された不法契約に適用すべき原則は、今回の契約に適用すべきでないことは明らかである。既に履行された契約においては、既に支払った金銭は取り戻すことができないが、今回の契約においては、借主にこれを取り戻す権利があることは論を待たない。

このように論じてくると、甲主論者は必ずこう言うであろう。「今回の契約においては不法の部分には既に履行された。ゆえに既に履行された契約に適用すべき原則をもってこれに適用することも決して不都合はない」と。

しかし、これは、可分の契約と不可分の契約との区別を知らない論に過ぎない。英語で言えば「デビデブル、コントラクト」⁴⁹及び「インデビデブル、コントラクト」⁵⁰の間に存する区別を知らない論にすぎない。可分の契約とは、契約は一つであるがその本性は数個の契約に分離することができる契約であり、一例を挙げると、品物をたくさん買ってその品物の価格は一つ一つに区別して明約したが、契約者双方はこれを一個の契約として取り扱い一個の書類に記載するときはこの一個の契約はその本性、たくさんの売買契約に分類することができるがゆえに、これすなわち純然たる可分契約であるということができる。このような可分契約においてはその一部分のみ不法であっても、その他の部分は依然として有効である。しからばその不法の部分は既に履行されたときは全契約は有効であるがゆえに、既に支払った金銭は

決して取り戻すことができない。しかし、今回の契約はその性質上不可分の契約であるがゆえに、これに可分契約の原則を適用することはできない。

試みにみよ、今回の契約においては貸主の行為はわずかに一つに過ぎない。すなわち金の貸渡である。借主には、元金を返すことと利子を支払うこととの二つの義務があるが、この二つの義務は一個の報酬を組織して金の貸渡に対応するものであるから、この契約はその性質上決して分けることができない。ゆえに、不法の部分のみ履行されたとしても適法の部分はいまだ履行されていないがゆえに、全履行の契約と同一視することができない。可分の契約に適用すべき原則をこれに適用するのは不都合である。

畢竟、可分の契約と不可分の契約とははっきり区別できるものであり、この区別を立てるのは決して乙主論者すなわち被告の私見ではなく、欧米の学者、裁判官の見解である。

今回の契約は同契約の無効な場合ではないが、不可分の契約である。ゆえに、借主が高利の利息を支払い、契約の一部を履行したことは事実、争うことができないといえども、性質上不可分のものの一部を履行したとて、全く契約を履行した場合に適用すべき原則をもってこれに適用することはできない。必ず、いまだ履行されない契約に適用すべき原則をもってこれに適用すべきである。かくして、いまだ履行されない不法の契約においては、たとい一方の者が自己の義務を履行するとしても他の一方がいまだ義務を履行しない間は義務履行者は履行として払った金銭を取り戻すことができる。しからば借主は既に支払った高利の利息の中、明治一〇年の布告の制限を超過する分はいつにてもこれを取り戻すことができる。ただ元金は貸主に返還しなければならぬから、今度は借主のほうから差引勘定を請求することができる。

次に、第三席として、高橋捨六は次のように述べる。⁽⁵¹⁾

乙の請求には到底賛助しがたい。すなわち、私は、既に支払った高利は取り戻すことができないものと断定する。そもそも民事上の法律はあらかじめ、かくかくのごときはなすべし、またはなすに及ばないと人民に注意をしておくものであるから、民事上の規則に違背し、他人に利益を与え、後日その利益を返還させることを請求しても、裁判官はその請求を受理しないのみならず、かえってその訴訟を却下するべきである。なぜかという、規則に違背した所為に起因する訴訟であるからである。いま、賭博者がいて、博打をなし、大金を奪われたとしてその取戻しを訴えてくると、反対論者はその訴訟を受理するであろうが、いかなる反対論者といえどもその取戻しは適法のものとは言わないであろう。ただし、制限外の利息を払うような、理由なく他人に与えた利益を取り戻すことができないう損害を蒙ることこそ、民事上の法を犯す罰であり、民法の制裁といふべきである。この民法の制裁あればこそ、人皆自省して民法の規則を守るにいたるのである。かつてローマに甲という者がいて、乙に頼んで、丙を暗殺してくればすみやかに五百金を与えると言った。乙が答えて、あなたのために、私は丙を謀殺するであろう。しかし、まず五百金を手渡してもらわないと承諾しがたいと述べた。甲は五百金を乙に与えた。しかし、幾日を経ても乙が丙を暗殺する様子がない。甲は怒りに堪えず五百金の取戻しを請求した。しかし、乙はこれを返還しないので、甲は五百金返還の訴訟を提起したが、その見事に敗訴した。甲方の反対論者は猛省してほしい。

次に、第四席として、土方寧⁽⁵²⁾は次のように述べる。

私は、原告甲の論旨に賛成する一人であり、被告乙が既に支払った制限超過の利息を差し引こうとすることを不当のものとし、甲が貸与した金銭の全額を請求しようとする者である。その理由を以下に述べよう。

本日の論題は明治一〇年の利息制限法第二条の解釈いかんによつて決定すべきものである。利息制限法のこの箇条を解釈しようとするならば、英米法において認められた次の二つの原則を応用しなければならぬ。

一 法律に適合しない契約の中で、もし適法の部分と不適法の部分とを分割することができるときは、適法の部分だけを有効の契約とし、不適法の部分だけを無効とする。ある特定の場合に契約の不適法の部分と適法の部分とを分割することができるか否かの疑問は随分難しい問題であり、往々にして困難を生ずることがある。この問題を決するために規定した解釈の規則などもないではないが、本日の論題においてこのような困難はなくまた解釈法を応用する必要はない。なぜかという、利息制限法第二条に、もしこの「制限を超過する分は裁判上無効」のものとし云々とあるところをみると、立法官の全権をもつて制限以上の利息を支払うべき約束、すなわち、不適法の部分とその他の部分とを分割することは明白であるからである。また、被告方の論者において本題の場合の契約は分割しうべきものではないとするならば、この契約の全部をもつて有効のものとするか、そうでなければ全く無効のものとしなないことはできないであろう。しかるに、被告においては元金及び制限内の利息を支払うべき義務あることを自認したのではないか。被告がもしこの契約をもつて分割できないものとすると同時に制限外の利息だけを差し引こうとするのは自家撞着の議論であるといわざるを得ない。

二 不適法の契約は全く無効であるといえども、これを履行した後の結果は全く有効のものとする。無効の契約とは法律上契約の効力なしとするものであり、全く訴権を生ずることなく、たとひ約束に違背することがあつても裁判所へ出訴してこの保護を受けることはできない。これは、原告被告双方共に同等の非行があつたときは、被告の地位は原告の地位に勝るといふ法律上の格言があるゆえんである。格言の意味は、原告よりも被告のほうを保護すべしということではないが、裁判所において原告の訴訟を受理してはならないとのことである。ゆえに、本日の問題の場合において、

被告がもし約束に違背し、制限以上の利息を支払わないときは、元金及び制限内の利息と共にこれを訴求することができない。しかれども、被告においてすでに制限以上の利息を払い渡したときは、その後に至つてこれを取り戻し、または差引しようとしてもできない。なぜかという、無効の契約といえども随意にこれを履行し金銭を払い渡し、又は物品を交付したときはこれをもつて法律上贈与と同視するからである。およそ事実の錯誤によつて金銭を支払ったときはこれを取り戻すことができるといえども十分に事実を知らず任意の支払をなしたときは、支払の義務がないときといえども、なおこれを取り戻すことはできない。もし、そうでないときは贈与と称すべきものがないことになる。

本題の被告が制限以上の利息を支払ったことをもつて贈与とみなさずして、これを取り戻すべきものとするときは、不適法にして無効の契約を取り結んだ一方の相手を保護する結果を来たすであろう。どうしてこのような不都合があるであろうか。また、被告の要求を採用することができない理由がなお一つある。本邦現今の有様では、法律上制限利息に満足して金銭を貸与する者は少ない。ゆえに制限以上の利息を払い込んで金銭を借用する者が、もしこれを取り戻すことができるものとするときは、借主より貸主に対して詐欺に類する所業をなすことを容易ならしむる傾向がある。どうして裁判所が詐欺を行うことを幫助することをするだろうか。立法者ももし利息の制限を設けようとするならば、制限以上の利息を支払うべき約束を無効のものとし、裁判上あえてこれを保護せず、人民の自由に任しおいてよい。以上の理由により、利息制限法の第二条に「各制限にまで引き直させるべし」とあるは制限以上の利息を約することも無効であつて、裁判上においてはこれを支払わしめるべきでないという意味であり、既に支払つたものといえども制限以上の利息は払い戻さしめ、または元金より差し引きをなさしめるべしとの意味ではないと私は解する。

次に、第五席として馬場憲治⁽⁵⁵⁾が登場し、次のように述べる。⁽⁵⁶⁾

私は、乙の論旨に賛成するものである。簡単にこれを弁論しよう。そもそもわが国の利息制限法は、あながち人民相互に高利の貸借をなし、相互にこれを履行することを禁制したものではない。ただその制限を超過した部分は裁判所においてこれに公力を付与し履行させないというに過ぎない。ゆえに、もし乙が元金と高利とを併せて全くこれを甲に返還したときは乙においては勿論訴訟を起し高利の分を償還請求する権利はないといえども、本問題は、乙が高利を払い込んだがまだ元金を返済しないので、甲がこれを訴求した場合であるから、今仮に甲の説のように既に払い込んだ制限外の利息を引き去らずして、元金の全額を返済させるような判決を下すときは、要するに、裁判所において公力をもって高利の契約をそのまま履行させたという結果を生ずることになる。なぜかというと、元金があつて、而して後利息を生ずる。元利金は甲が金員を乙に貸与した一つの報酬（コンシダレーション）であり、性質上分離できないことをもつて、乙が既に払い込んだ高利の分を差し引かずして元金を返済させるのは、すなわち公力をもって間接に高利の契約を履行させることになる。然るにわが国の法律は、既に説明したように、人民相互に高利の契約を履行するに關与せずといえども、これに裁判所の公力を付与し執行させないことをどうするのか。要するに、人民相互に高利の契約を履行し終わったときは、裁判所はこれに干渉する限りではないといえども、本問題のようにただ高利のみを払い込み、いまだ元金を返済していないか、もしくは元金のみを返済していまだ利息を払い込んでいないか、ただ一部を履行したのみで、いまだ全部を履行し終わっていないときは、裁判所においては高利の分を元金より引き去り、もしくは制限にまで引き直させるべきものとする。以上はわが国の法律の精神より特に観察して論究したものである。かつ、これを法律一般の原則に照らして論ずるとしてもなお同一の結果を得ることができるだろう。

およそ人民相互に不法の契約を結びずでこれを履行し終わったときは、裁判所においてはあえてこれに干渉せずとしても、いまだ全くこれを履行せずしてただその一部分を履行したときは、裁判所において訴えを待つて、これに關与

し、その当初の有様に復せしむるのは法律一般の原則である。本問題において、甲乙間の高利の契約はいわゆる不法の契約であるから、勿論この原則を適用すべきものとする。而して甲乙は既に論じたように、ただその一部を履行し終わったに過ぎないので、裁判所においては乙の答弁のように元金より高利の分を引き去らせるべきものであることは明らかである。

ある論者は高利金の貸借はわが国法律において全く不法ではない、その不法であるのはただ利息の制限を超過した部分のみである。ゆえに本問題において、乙は既に高利を払い込んだので、不法の契約は既に全く履行を遂げたものであるというが、これは大いなる誤解といふべきである。なぜならば、高利金貸借の契約はもとより不可分一個の契約でありこれを分離してこの部分は適法の契約である、かの部分は不法の契約であることができないからである。

これは私が乙論者に賛成する理由の概略である。

次に第六席として、再び中橋徳五郎が登場し、次のように述べる。⁵⁷⁾

先ほどより反対論者の論述するところを見ると、ただ本問題の契約が法律規則に抵触したことをもって一概にその超過利息を無効であるというが、これは立法者の精神を知らないものであつて、立法者が法律を制定するに当たり常に全くその契約を無効にして成立しないものとするものと、その契約の一部を無効とし一部を保護するものと、少しもその契約の成立を認めず別に罰金を科するものとの区別があるのを解しないものである。もし、この区別があることを知っていたならば本問題の契約は第二に属すべきものであり、第一の場合における契約のようにただ法律規則に抵触するの一事をもつて契約の一部すなわち制限法に抵触する部分といへども全く無効とならないことを会得したであろう。なぜ

ならば、すなわち、立法者の精神は、裁判上これを保護しないのみであつて、契約の成立を認めることは勿論のことであるからである。先程より反対論者の議論を聞くにあつて、制限法の解釈にわたり裁判上の三字に注目したものはただ一人のみである。もし反対論者であつてこの三字上に注意し、立法者が果たしていかなる精神にてことさらにここにこの三字を置いたかを玩味したならば、必ず自らその説の非であることを悟るであらう。

最後に第七席として、再び戸水寛人が登場して、次のように述べる。⁸⁸

明治一〇年の布告はその精神がどこにあるのかというと、借主保護の一点に他ならない。貸主に狡猾なものがいて、よく法律の目を免れることは、法律のいかんともできないところである。狡猾の人はよく法律の目を免れ、愚蒙の者はしばしば法律の網にかかる。これは古今の常態である。しかれども、愚蒙の者であるからといって一旦法律の網にかかった以上は法律の処分を受けるべきことは論を待たない。もし、利息制限法がなければすなわちそういうことはなくなるであらうが、いやしくもこの法が存する以上は必ずこの法を破るべきではない。

また、高橋法学士は、博打のことなどを引き合いに出し、被告に駁撃を試みられたが、彼の論は、法禁と無効との區別を知らない論であるに過ぎない。先に甲主論者は不法の契約を大別して三種とされたことは賛成であるが、今回の契約は結約者の一方を保護するために設けた法律を破る契約であるから、いわゆる第二種の契約である。しかるに高橋君はこれをもって第一種の契約としており、博打のことなどは第一種の契約であるとする。その他高橋君の提示された例は皆第一種の契約であり、今回の契約とは甚だ異なる。第一種と第二種とを混同しないでほしい。法禁と無効とを混同しないでほしい。

以上の議論の後、議決が行われた。甲を是とする者が二九名、乙を是とする者が二二名であり、多数決により、乙は制限超過部分を元金から控除することができないものとされた。³⁹⁾

戸水は、「裁判上無効」の解釈として、「およそ法律はこのような二字や三字に拘泥して解釈をすべきものではなく、必ず法律の全体を見て解釈を下すべきである」と述べて、論理解釈・体系的解釈を行うべきことを説いている。また、戸水の議論のうち、消費貸借契約を不可分の契約と解している点は承服できないが、制限超過利息を元本に充当することを認めるという立場は、周知のようにその後判例によって採用され、法学協会の討論の採決とは反対の結果になっている。

おわりに

戸水は、『過失論』、『物権ト債権』、『手附』において、外国法を参照し、日本民法を批判的に検討している。前稿「戸水寛人の民法学―土地利用権に関する研究に焦点を当てて―」で紹介したような外国法の視点から日本民法を批判するというスタンスは異ならないが、法社会学的な手法は影を潜めている。テーマとの関係上、やむを得ないと思われるが、手附に関しては実態調査が可能であったのではないだろうか。

制限超過利息に関する法学協会の討論は、そのような討論が行われていたこと自体が興味深いが、当時の判例は制限超過利息の元本充当の問題をどのように処理していたのか、議論の中では触れられておらず、気になるところである。

以上で、戸水寛人の民法学に関する検討をひとまず終える。彼には多くの法哲学、法思想史に関する論文もあるが、これらの検討については他日を期したい。

- (1) 同志社法学三二九号一～四五頁。戸水寛人の略歴については、同志社法学三二九号四一頁参照。
- (2) 同志社法学三二九号四〇頁。
- (3) 戸水寛人『過失論』(有斐閣、一八九九年)。
- (4) 戸水・前掲注(3) 序一頁。
- (5) 戸水・前掲注(3) 一～六頁。
- (6) 戸水・前掲注(3) 六～八頁。
- (7) 戸水・前掲注(3) 八～一三頁。
- (8) 戸水・前掲注(3) 一三頁。
- (9) 戸水・前掲注(3) 一三～一五頁。
- (10) 戸水・前掲注(3) 一五～一七頁。
- (11) 戸水・前掲注(3) 一七～二二頁。
- (12) 「通常の注意。通常の技能、能力をもつ人が同様の業務、行為に当たって、その情況のもとで通常払うべき程度の注意をいう。『相当の注意』(due care)あるいはreasonable care」と同義(田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一年)六一〇頁)。「過失の有無を決定するための基準で、コモン・ロー上、要求されている注意の程度。通常人がその業務の遂行に当たり、その者または他人の生命・財産を損なわないために行う注意の程度をさす。注意の程度は相対的なものであり、具体的な事件において、通常の注意が行われたかどうかは、証拠上現われたその事件をとりまくすべての状況を考慮して判断しなければならない」(鴻常夫・北沢正啓編『英米商事法辞典』(新版)〔商事法務研究会、一九九八年〕六七〇頁〔南明文執筆〕)。
- (13) 「ネグリジエンス。(私法上の) 過失。過失という不法行為。不法行為の一類型。Intentional torts (故意による不法行為)、strict liability (厳格責任)と並んで不法行為責任を基礎づける原則の一つであって、通常人が払うべき注意を怠ることにより損害を惹起した場合に、行為者は賠償責任を問われる。Negligenceという不法行為の成立要件は、行為者がある情況のもとで(1) 相当の注意義務(duty of due care)を負いながら、(2) その注意義務に違反(breach of duty)し、(3) それが原因(causation)となつて、(4) 損害(damage)が生じることである。行為者に求められる相当の注意とは、その情況におかれた通常人(reasonable man)が払うであろう注意であり、行為者の主観的な

注意の程度ではなく、客観的に求められる基準である。注意義務は、その行為による危険の及ぶことが通常予見される範囲の他人に対して生じる。注意義務の違反とは、行為者がその行為または不作為によって、他人を不合理な被害の危険にさらすことである。行為者の行為・不作為が、他人に対する相当の注意義務、他人に不合理な被害の危険を生じる注意義務違反という3要素が、過失ある行為（negligent act）を構成するとされる〔田中・前掲注（12）五八〇頁〕。「通常の者が同様の状況のもとでなしたであろう注意を払わないこと。通常の注意をもつ者ならば同様の事情のもとで行わなかったであろう行為を行い、または行ったであろう行為を行わないこと。過失により民事責任と刑事責任が生じうる」（鴻常夫・北沢正啓・前掲注（12）六三三五頁（南敏文執筆））。

〔14〕「重大な過失。他人の権利を侵害しないという法的義務の無視あるいは重大な違反。重大な被害が他人に及ぶことを予見できるにもかかわらず注意を払わずに行爲し、被害が発生した場合、その行為者には重大な過失があるとされる。わずかな注意を払うことを怠り、不注意の度合が大きい点で、通常の過失と区別される」〔田中・前掲注（12）三九三頁〕。

〔15〕「軽過失。きわめて優れた注意力と判断力をもつ人であれば、その情況のもとで払うであろう注意の程度を欠くこと。通常人にはそこまで程度の注意は求められず、これを欠いても法的責任を問われることはない」〔田中・前掲注（12）七八七頁〕「軽過失。とくに注意力のある人の払うべき注意と慎重さを欠くこと。不法行為法において、特別の注意義務を要求されている運送業者等の過失の有無を判断するのに用いられ、軽過失があれば、損害賠償の義務を負うことになる」（鴻常夫・北沢正啓・前掲注（12）六三三五頁（松本啓二執筆））。

〔16〕「通常人。合理人。不法行為法ないし刑法において、行為者の有責性を判定するための基準とされる仮定の人物。平均的な注意力、行動力、判断力をもって行為する人物で、例えば、ある行為者がその情況のもとで通常人の払う注意を怠ったかどうか（過失の有無）を判定する場合に基準とされる。Reasonable manは、常にこのような注意を払っている点で、時に基準以下の行為をすることある「通常人」と厳密には異なる」とされる〔田中・前掲注（12）六九九頁〕。

〔17〕戸水・前掲注（3）二二～二二頁。

〔18〕戸水・前掲注（3）二二～二七頁。

〔19〕戸水・前掲注（3）二八～三三頁。

〔20〕戸水・前掲注（3）三三～三五頁。

〔21〕戸水寛人『物権ト債権』（有斐閣、一九〇〇年）。

〔22〕戸水・前掲注（21）二頁。

- (23) 戸水・前掲注(21) 二〇三頁。
- (24) 戸水・前掲注(21) 三頁。
- (25) 戸水・前掲注(21) 一四頁。
- (26) 戸水・前掲注(21) 一四頁。
- (27) 戸水・前掲注(21) 一四〇一五頁。
- (28) 戸水・前掲注(21) 一五〇一八頁。
- (29) 戸水・前掲注(21) 一八〇一九頁。
- (30) 戸水・前掲注(21) 二二頁。
- (31) 戸水・前掲注(21) 二二頁。
- (32) 戸水・前掲注(21) 二二〇二六頁。
- (33) 加藤雅信編修代表『民法學說百年史(三省堂、一九九九年)三三二頁(池田眞朗執筆)。
- (34) 戸水寛人『手附』(有斐閣、一八九九年)。
- (35) 戸水・前掲注(34) 一〇二頁。
- (36) 「手付け。手付金。大陸法と異なり、コモン・ローにおいては、手付けは代金の一部支払であるとされるが、割賦支払とは違い、契約違反の場合には没収され、払戻しされることはない。手付けは、契約の成立を確認するしるし、あるいは履行確約の表明として支払われる」(田中・前掲注(12) 二八五頁)。「手付け、手付金。売買契約締結の際、契約を誠実に締結し、契約に拘束されてその債務を履行することを明らかにするために、交付する金または物。支払義務の一部履行であることもある。契約条項中には、しばしば、手付金は、買主が債務を履行しないとき没収する旨の規定が設けられる」(鴻常夫・北沢正啓・前掲注(12) 三二八頁〔南敏文執筆〕)。
- (37) 「一部弁済。一部支払。債務の全部ではなく、一部を支払うこと。その金額だけ債務が減少する効果のほか、債務の残額について statute of limitations (出訴期限) の進行を中断する効果をもつ。さらに、part performance (一部履行) の形態として、方式を欠く契約を、裁判上の救済を得られるものとする効果も有する。なお、rule of partial payment (一部弁済法理) によれば、弁済はまず利息に充当され、弁済額が利息を超える場合には元本に充当され、その後の利息は減額された元本に見合うものとなる」(田中・前掲注(12) 六二五頁)。
- (38) 戸水・前掲注(34) 二〇三頁。

- (39) 戸水・前掲注(34) 三〇四頁。
- (40) 戸水・前掲注(34) 四〇八頁。
- (41) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(14)』(有斐閣、一九九三年)一七四頁(柚木馨・高木多喜男執筆)。
- (42) 法学協会の討論について具体例を挙げて検討したものと、小柳春一郎「明治前期の民法学―法学協会における設例討論を素材として―」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社、一九九七年)一一〇―四九頁参照。
- (43) 中橋徳五郎(一八六四年―一九三四年)は加賀藩士の家に生まれた。一八八六年東京大学法学部選科卒業。同年、判事試補となり横浜始審裁判所詰。翌年、農商務省特許局審判官。一八八九年、農商務省参事官。同年、内閣法制局参事官。一八九一年、通信省参事官。一八九八年、鉄道局長。同年、一九一四年、大阪商船会社社長。一九〇九年―一九一八年、日本窒素肥料株式会社社長。一九一〇年―一九一三年、大阪市議会議長。一九一二年、一九一六年―一九二四年、衆議院議員。一九一八年―一九二二年、原内閣、高橋内閣の文部大臣。一九二七年―一九二九年、田中内閣の商工大臣。一九二八年―一九三四年、衆議院議員。一九三二年―一九三三年、犬養内閣の内務大臣(秦郁彦編『日本近現代人物履歴事典』(東京大学出版会、二〇〇二年)三七四頁、下中邦彦編『日本人名大事典第四卷』(平凡社、一九三七年、一九七九年覆刻版)五七五―五七六頁による)。
- (44) 「討論筆記」法学協会雑誌二二号一―八頁。
- (45) 「不完全債権債務関係。Charities(慈善行為)、gratitude(贈与約束)、Statute of Frauds(詐欺防止法)の要求する書面のない約束、statute of limitations(出訴期限法)上の出訴期限を経過した約束等、法的に強制しえない債権債務関係をいう」(田中・前掲注(12)四二七頁)。「不完全債権、不完全債務。詐欺防止法(stature of fraud)の定める要件欠缺、出訴期限(imitation of actions)終了、その他、政策上の理由から、訴訟によって強制できないとされている債権であって、その履行が債務者の意思と良心のみに委ねられているもの」(鴻常夫・北沢正啓・前掲注(12)四六〇頁〔曾野和明執筆〕)。
- (46) 「討論筆記」法学協会雑誌二二号九―二〇頁。
- (47) 英米法上のconsideration。通常、約因と訳される。「Considerationは、契約を構成する約束に拘束力を与える根拠であって、promisor(約束者)に生じた権利もしくは利益、またはpromisee(受約者)が与え、被りもしくは引き受けた不作為、損失、もしくは責任である」(田中・前掲注(12)一八三頁)。「契約法上、一方の約束に対する他方の反対給付または反対給付の約束。契約の有効要件として、英米法は約因の存在を要求し、贈与等の約因のない約束を法的に保護しない。かかる約因のルールが広く適用された結果、いくつの実際上の不都合が生

一八八六年、帝国大学法科大学助教授。一八八七年、英国留学。一八九〇年、ミドル・テンブルにてパリスタの資格を取得。一八九一年、帝国大学法科大学教授。同年、法学博士。一八九三年、民法第三講座担任。一九〇六年、帝国学士院会員。一八八五年には穂積陳重、元田肇らと英吉利法律学校（のちの中央大学）の創立に参画し、同教授を兼任。一九一一年～一九一八年、東京帝国大学法科大学長。門下より鳩山和夫、穂積重遠など多くの俊秀を輩出した。一九二二年～一九二五年、貴族院議員（秦・前掲注（43）四二四頁、下中邦彦編『日本人名大事典 現代』（平凡社、一九七九年）六四七頁による）。

(54) 「討論筆記」法学協会雑誌二二号三～七頁。

(55) 馬場愿治（一八六〇年～一九四〇年）は福島県に生まれた。一八八五年、東京大学法学部卒業。東京・横浜各始審裁判所判事、横浜地方裁判所部長、東京控訴院判事、同控訴院部長、浦和地裁所長、函館・広島各控訴院長を経て、大審院部長。この間、一八九九年、英米に留学。一九一八年、法学博士。一九二三年、弁護士となる。のち、中央大学法学部教授、中央大学理事、同大学学長を務めた（下中・前掲注（53）六二六頁による）。

(56) 「討論筆記」法学協会雑誌二二号七～一〇頁。

(57) 「討論筆記」法学協会雑誌二二号一〇～一一頁。

(58) 「討論筆記」法学協会雑誌二二号一一～一二頁。

(59) 「討論筆記」法学協会雑誌二二号一二頁。