

民法における主観的違法論

西台 満

Die Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit im Zivilrecht

Michiru NISHIDAI

THE THEORY OF SUBJECTIVE ILLEGALITY IN CIVIL LAW

Although the theory of objective illegality still dominates the academic circles of criminal law, the theory of subjective illegality has drastically obtained influence in the ones of civil law in recent years.

Because the problems of compensation for damage caused by the industrial pollution have turned out difficult to solve with the objective conception of illegality, which was nevertheless useful in the nonindustrialized era.

一 序 論

二 無過失責任論批判

三 新しい過失責任論

四 結 論

第一章 序 論

民法七〇九条は不法行為について、「故意又は過失に因りて他人の権利を侵害したる者は、之に因りて生じたる損害を賠償する責に任ず」と規定している。つまり、他人の権利を侵害して損害を与えても、常にその損害を賠償する責任が生ずるとは限らない、ということである。権利侵害という客観的要件に加えて、更に、「故意又は過失」という主

観的要件が必要なのである。この、不法行為が成立するための主観的要件として、少なくとも過失を要するとする原則を、民法では「過失責任主義」と呼んでいる。

「過失責任主義」と言うと、民事責任は過失によって生じるもので、故意はそれ以外、例えば刑事責任の根拠となる——というような誤解を生じさせやすいが、決してそうではない。「少なくとも過失」という意味であるから、「過失責任主義」における過失は、故意を含む特殊な概念であることに注意を要する。刑法では、これを単に「責任主義」と呼んでいるが、こちらの方が呼び方としては適切かも知れない。

同様のことが、「主観主義」についても言える。刑法で「主観主義」と言うと、刑罰は「故意又は過失」という悪しき心を罰するために科

される、との理念が誤解されて、犯罪を心の中で考えただけでも罰すべしと主張する思想であるかのようには非難されがちである。決してそうではなくて、「過失責任主義」が過失の他に故意も含むように、「主観主義」も主観の他に客観を含んでいるのである。犯罪は、主観的要件と客観的要件の二つから成る。英米法では、前者をメンズ・リア(mens rea)、後者をアクタス・レウス(actus reus)と呼んでいる。民法において、不法行為が権利侵害という客観的要素と、故意・過失という主観的要素から成るのと、全く同様である。従って、「客観・主観主義」と呼ぶのが最も正確ではあるが、恐らく、第一に名称としては少々長たらしい。第二に、客観と主観とではどちらがより根本的かと言えば主観である、という二つの理由から、簡潔に「主観主義」と命名されたのであろうと推測される。

民法でも「故意・過失責任主義」と長たらしく呼ばないのには、それなりの理由がある。それは、不法行為の主観的要件としては「故意または過失があげられるが、その両者を区別する実益はあまりない」からである。「不法行為の成立については、故意か過失の一方があればよく、その間に区別はない」。刑法では故意犯の刑は重く、過失犯は不可罰か罰するにしても極めて軽い、というような違いがあるのに対して、不法行為の効果では「故意と過失によって損害賠償の額が異なる」ということは、理論的にはないものとされている。すなわち……相当因果関係内の損害はすべて賠償すべきものとされており、故意か過失かによって差は生じないと考えられている。それ故、刑事責任では故意の限界を明らかにすることが重要な意味をもってくる(の)に對して、民事責任としての不法行為においては、故意と過失の境界線を明確にする必要がとばしいわけである¹⁾。

ともあれ、故意・過失を「不法」ないし「違法性」の要件に加える、というのが近代法の一大特徴である。近代以前では、犯罪においては

法益侵害、不法行為においては損害の発生という客観的要素が重要視された。先ず刑事に関して言えば、「12世紀までは、種々の加害行為について、行為者に何ら咎めるべき心理状態が認められなくても、彼の行為によって害が生じたという事実さえあれば責任を負わせた」というのが法制史家達の間の定説となっている。それがカノン法とローマ法の影響で徐々に変化し、裁判所は段々と道徳的非難可能性といったような要素―*犯意(guilty mind)*―の証明を要求するようになっていったのである²⁾。

民事においても事情は同様であって、「古くは原因主義あるいは結果責任主義がとられ、ある行為の結果生じた損害については一般的に賠償責任が認められていた。しかし、一方では個人の自由な活動を保障するために、また他方では個人の意思に重きをおく意思主義の考え方から、過失あるときのみ責任があるとされるようになっていく。これが過失責任主義あるいは過失責任の原則であり、「責任を生じさせるのは損害ではなく過失である」「過失なければ責任なし」というように表現される。近代法は、原則として、この過失責任主義を採用している」。なぜ、このような主義が採られるべきなのであろうか。それは、既に引用文の中に書かれているように、「個人の自由な活動を保障するため」である。「過失責任主義は、個人の自由な活動、すなわち、自由競争をいわば裏面から保障することになる。過失さえなければ、つまり、通常人として必要な注意を払えば、われわれは損害賠償のおそれなしに自由に活動することができるのである³⁾」。世界人権宣言が第一条で「すべての人間は、生まれながらにして自由である」と謳っているように、自由こそ我々が生きている限り追求しなければならぬものである。だからこそ、刑法が近代刑法の名に値するために「責任主義」、近代市民法では「過失責任主義」が、その根幹をなすことになる。

ところで、刑事責任と対比されるのは民事責任の中でも特に、不法行為に基づく損害賠償責任（狭義における民事責任と呼ばれる）である。「なぜなら、民事責任の前提となる不法行為のかかなりの部分が刑事責任の前提である犯罪と重複し、したがって他人に損害を加える行為が行なわれた場合、それが民事責任の対象にとどまるか、さらにすすんで刑事責任も科せられるべきものが問題となり、それは、ひいて、民事責任と刑事責任の本質的区別の問題に帰着するからである」。従って本稿でも、これまでのところ、不法行為を念頭において、損害賠償責任発生の主観的要件を論じてきた。

これに対し、債務不履行に基づく損害賠償責任の方は、刑事責任との関連では、等閑視されてきた。「債務不履行は、少なくとも現行法上は犯罪と重なるところはない。したがって、それは民事責任内部の問題であり、刑事責任との対比を持ち出して論ずべき必要はほとんど見受けられない⁽⁴⁾」と考えられたからである。確かに、犯罪と重なるのは殆どの場合不法行為であるが、これは不法行為の領域の広さに起因する量の問題に過ぎず、債務不履行をここで除外するのを相当とする質の相違があるとは思えない。例えば、月賦で物を買った場合、その契約には、賦払金が払い終えられるまでは所有権は買主に移転しないとの約定が含まれる、と推定される（罰賦販売法七条）。にも拘らず、買主が割賦の途中で、その品物を第三者に売却すれば、契約上の債務不履行であり、同時に横領罪（刑二五二条）となる。

だとすれば、過失責任主義は債務不履行でも要求されるはずである。民法四一五条は「債務者が其債務の本旨に従いたる履行を為さざるときは、債権者は其損害の賠償を請求することを得。債務者の責に帰すべき事由に因りて履行を為すこと能はざるに至りたる時、亦同じ」と規定する。このように「わが民法は、履行不能についてだけ責に帰すべき事由を必要とする旨を定めているので、債務の本旨に従った履

行をしない場合、つまり履行遅滞や不完全履行についてはそれを必要としないと解する余地もないが、「近時の判例及び通説は、履行遅滞（のみならず、あらゆる債務不履行に）責に帰すべき事由を必要とする⁽⁵⁾」解している。遅滞や不完全を特に不能と区別し、絶対責任を負わせる理由が存しないからである。また、四一九条二項が「金銭債務については、不可抗力を抗弁となしえないとしていることからも、そのうらにおいて、金銭債務以外の債務においては、少なくとも不可抗力の場合には、責任を免れることを認めていると考えられる⁽⁶⁾」。

そこで次に、「責に帰すべき事由」とは何かが問題になる。「債務不履行によって、損害賠償請求権を生ずるためには、本旨に従った履行がないという客観的状态があるだけではたりない」。更に主観的要件が必要なわけで、その主観的要件というのが、「債務の不履行について、債務者の責に帰すべき事由があること⁽⁶⁾」なのである。これは、「故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」を意味し、「同視すべき事由を含む点で、……故意過失より広い概念といつてよい⁽⁷⁾」。過失要件がここで緩和されるのは、「すでに給付をなすべき義務を負っている債務者の責任は、何ら関係のない者の間の不法行為としての責任よりも加重されて然るべきものだからである⁽⁸⁾」。このように、程度の差があるにしても、やはり過失が責任を問う根拠として要求されていることには変わりがない。それ故、「債務不履行」は「過失責任」と解されてきた（通説・判例⁽⁷⁾）のである。

以上が通説だが、私見では、「責に帰すべき事由」は不法行為と統一的に「故意又は過失」と解してよいように思われる。その点では同一でありながら、先程引用したように、債務者と不法行為者とは、被害者に対して予め特定の義務を負っているか否かの相違があり、そこから拳証責任の問題が生じる。「債務者は履行義務を負っているのでは

るから、遅滞に陥ったときは、みずからの責に帰すべき事由がないことを挙証しないかぎり、債務不履行責任を免れることはできないとされている。不法行為における過失の挙証責任との相違点である⁸⁾。

等しく過失を要件とするとなっても、挙証責任を加害者側、被害者側のどちらで負担するかで、実際の運用面で大きく異ってくる。篠塚によれば、たとえ過失責任とされていても、立証責任を転換することによって、実質「無過失責任」に近づけることは可能である。「債務不履行」の場合には、「不法行為」と異なり、賠償義務者たる債務者に自ら「過失」の無かったことを「立証」する責任があると解されているので、事実上の「無過失責任」に近い結果がえられ⁹⁾る。

だとすれば、瑕疵担保責任の本質をめぐる論争にも影響してこよう。契約責任説に対する批判の一つに、「瑕疵担保責任を給付義務として位置づけ、完全履行（補修）請求権を買主に認めるときは、瑕疵担保責任は契約責任一般の性質を持ち、過失責任より免れることができず、その結果は不当なことになる¹⁰⁾」というのがある。しかし、隠れた瑕疵について何ら過失はないということの挙証責任が売主にあるとすれば、この、契約責任説に対する批判は実際上あまり意味はないことになる。そして、売買の目的物が特定物であるか不特定物であるかで区別し、瑕疵担保責任は前者についてのみとする法定責任説が、買主の権利行使について特定物なら一年以内（民五六六）、不特定物なら一〇年以内（民一六七）という著しく不均衡な結論を導き出すことも勘案すれば、契約責任説に傾かざるを得ない。実際、契約責任説の主張通りに、瑕疵担保責任は「不特定物」へも適用されると（いうのが、判例および最近の多数説¹¹⁾）になっている。

債務不履行も不法行為も、等しく「故意又は過失」を主観的要件としながら、債務不履行における故意過失つまり「債務者の責に帰すべき事由」が、不法行為における故意過失と内容的に異なってくるのは、

結局、挙証責任のあり方によると思われる。無過失の立証が容易でないために、よほど不可抗力であることが明白でない限り不履行責任を問われ、それが「債務不履行における過失は、不法行為におけるそれより、軽いもので足りる」と質的に相違しているかのよう認識され、あるいは量的に「その範囲は普通の過失より広い」などと表現されたりするのである。

故意過失に更に、「債務者のそれと信義則上同視すべき事由」が追加されるが故に、責に帰すべき事由は普通の過失より広いとされるのであるが、そういう結論になるのは不法行為における使用者責任を前提とするからである。同視すべき「事由として最も重要なものは、いわゆる履行補助者の故意過失である¹²⁾」が、不法行為では使用者と被用者とを別人格とし、使用者が責任を問われるのは、被用者の選任・監督に過失があった時のみである。被用者の事業執行上の過失は、あくまで被用者の過失であって、使用者のそれではない。然し、一定の給付をなすべき義務を負い、しかも必ずしも自身でやる必要なしとされる債務関係を不法行為責任と同一理論で律することは……ことに……多数の使用人を使用して営まれる企業において……不合理である。そこで、まず商法において、かような業主は、債務者として、その使用人の過失についても、あたかも自分自身の過失と同様に責任を負うべきものとされ¹³⁾るようになった。

例えば、船の転借人が雇った船員の過失で船が坐礁難破して返還不能になった事例で、大審院は「債務者は、被用者の行為を利用して其の債務を履行せんとするものにして、此の範囲内に於ける被用者の行為は、即債務者の行為そのものに外ならざるを以て¹⁴⁾」転借人は責任を免れないと判示した。家屋賃借人の妻の失火によって家屋が滅失した事例でも、最高裁は「民法四一五条にいわゆる債務者の責に帰すべき事由とは、債務者の故意過失だけでなく、履行補助者の故意過失をも

含むものと解すべきであるから¹⁴⁾、妻の過失は貸借人の責に帰すべき事由となる、とした。

このように、履行補助者の行為は、物理的には債務者の行為と區別され得るが、価値的には債務者の行為と評価できる。同視できるのであるから、責に帰すべき事由の定義においても、敢えて「債務者の故意過失」に更に「同視すべき事由」を追加して、概念を広くする必要はないのである。

註

- (1) 加藤一郎、注釈民法(9)(加藤編)(以後、加藤と略す)、二〇一頁。
- (2) Smith & Hogan, *Criminal Law* 47 (5th ed. 1983).
- (3) 加藤、九頁。
- (4) 西原春夫、「民事責任と刑事責任」現代損害賠償法講座一卷(有泉亨監修)、二五頁。
- (5) 我妻栄、新訂債権総論(民法講義IV)(以後、我妻と略す)、一〇〇頁。
- (6) 山田卓生、基本法コンメンタール新版債権総論(改訂)(中川・遠藤編)、四九頁。
- (7) 我妻、一〇五頁。
- (8) 山田、前掲、五〇一頁。
- (9) 篠塚昭次、注釈民法(2)債権(有斐閣新書)(以後、篠塚と略す)、三八頁。
- (10) 船越隆司、基本法コンメンタール新版債権各論(中川・遠藤編)、七九頁。
- (11) 篠塚、二〇〇頁。
- (12) 我妻、一〇六頁。
- (13) 大判昭和四年三月三〇日新判例体系民法6、一六四ノ二〇ノ四(原文片仮名読点なし)。

(14) 最判昭和三〇年四月一九日民集九卷五号、五五七―八頁。

第二章 無過失責任論批判

以上のように、債務不履行においても、過失責任主義が貫徹されていることがわかった。責任の発生には債務者の不履行だけでは足りず、更に過失も必要になるが、立証責任が債務者に課されることにより、これまで不都合は特に生じていない。問題は不法行為である。「過失責任主義の採用は、たしかに経済活動の自由を保障し、わが国の資本主義の発展に有効に作用した。しかし……そのかげには企業(から)損害を受けながら、その賠償を求められないこともできない多くのひとびとがあり、その犠牲のうえに展かれたものであったともいえる。こうして、経済活動は急速に進展し、施設の機械化、経営規模の拡大化により巨大産業の誕生をもみるようになった。……これらの企業のうちには、必然的に騒音・振動・臭気・有毒ガス・粉じん・汚水排出などで周囲のひとびとに損害の危険を与えるものがあり、企業としての活動を前提とする限りは、相応の施設をほどこしてもこれを排除しえないものが多いし……実際的には、被害者が(企業側の)過失を証明することは、よほど企業の内情に精通していないかぎり不可能に近い」。「これらの企業の多くはその活動によって大きな利益をあげているであろうが、その場合にはこの活動によって生じた損害に対して(過失の証明なしに)賠償責任を認めてもそれほど不合理ではない¹⁵⁾」と考えられるようになった。これを「無過失責任論」と言う。

確かに、不法行為と債務不履行とは、どちらも「違法行為」として共通でありながら、契約を媒介とするか否かで若干の相違がみられる。前述の举证責任がその一例である。「不法行為にあっては、被害者の側に(故意・過失の)立証責任があるとされているのに対して、

債務不履行にあつては、加害者である債務者の方で故意・過失がなかつたことの立証をしないかぎり不履行の責任を免れることができず、被害者である債権者に（は）その立証責任がない¹⁰⁶。従つて、工場の煤煙や廃水によつて損失を被つた者は、工場の不法行為責任を問うため、因果関係の他に予見可能性¹⁰⁷ 過失をも立証しなければならぬのである。

しかし、無過失責任論にはいくつかの難点がある。(1)被害者にとつて立証が難しいのは、加害者側の過失だけではない。因果関係といった客観面もまた同じ程度に立証が難しい。特に公害といった現象は、工業化が高度に進んだ時代・地域の人類にとつて未経験の知見であり、被害者のみならず加害者にも利益侵害の予測は難しいのが実情である。熊本水俣病訴訟をはじめ、スモン訴訟・クロマイ訴訟などでも「過失」は、「最高の知識」を動員して注意すべき義務を怠つた点に求められるようになって¹⁰⁸ きているのも、そのことを物語る。しかしながら、過失の認定基準は「一般人」の知識・経験であるのが原則であり、この原則を破らなければ被害者を救済し得ないところに、裁判所の苦労がある。このような原則破りは、理論的に好ましいことではない。被害者のためには、因果関係と過失の立証の負担を、同時に軽減するような理論が今切実に求められている、と言えよう。

(2)過失とは、損害の発生を注意すれば予見できたのに予見しなかつたことであり、そこにはどうしても「もつと注意すべきであつた」そして「損害を発生させるべきでなかつた」という非難的要素が含まれることになる。しかし(1)で述べたように、「大企業の発達と機械の複雑化、薬品類の高速的進歩などに伴つて、所謂無過失による加害行為が激増するに至つた¹⁰⁹」のである。「ここに無過失の加害というのは…：通常人の弁識力をもつてしてもその加害という結果を予見することができな…：いような加害、その意味では故意は勿論、過失によ

つてなされたといふことのできないような加害をいう¹¹⁰」。非難に値する者がいない以上、被害者は損失を甘受するしかない、ということにはならず、やはりこれまでと同様、損害を補填する責任を負担させるに相応しい者を探すのであるから、「過失責任」を否定するだけでは十分でない。誰も責任を負わない、あるいは社会全体の責任とするのなら、それでよいのかも知れないが、特定の個人をつかまえて、その者に賠償させるのであれば、そうするだけの理由ないし原因が必要なわけである。賠償責任を負わされるということは、憲法で保障されている財産権をその限りで否認されることで、刑罰としての財産刑（罰金・科料）と本質を同じくするから、その重みを考慮すれば、やはりその理由・原因を従来通り、過失と呼ぶのが適当なように思われる。但しその過失の内容は変質を遂げて、非難的要素を含まない帰責事由となつたことに注意すべきであろう。

「現行民法においては、不法行為に基く損害賠償責任は、通常過失責任を原則とし例外的に無過失責任をみとめていると解されているが、そのことは、その根底において、両者を媒介する統一的責任原理の存在を論理的に承認しているのであつて…：その統一的帰責原因を新たな意味でやはり『過失』とよぶならば、かような過失主義のうち、（民事）責任における永遠的なもの…：を見ることのできる¹¹¹」。これまでは、過失は非難原因であり、そのために同時に帰責原因でもあつたわけだが、科学の発達によつて、過失は今や純然たる帰責原因となりつつある。

(3)「無過失責任」が「過失責任」の単なる否定にすぎないとすれば、言い換えると、「両者を媒介する統一的責任原理の存在」を予定しないとする、「無過失責任」は被害者のみを益するだけで、社会にとつては堪え難い不正原理となるであろう。例えば、一方的に被害者に過失がある場合は、加害者は無過失なのだから、賠償責任を負わせる

べきではない。無過失責任主義だと、このような場合でも、「現実には損害が発生している以上、加害者にある程度補填させるのが当然で、過失の有無は問題でない」という態度をとりやすいが、妥当でない。なぜなら、「生じた損害を中心に……何人にこの損害を負担させることが、最も公平であるかとの観点から⁸⁴⁾考える時は、民法にも規定があるように、過失相殺すべきだからである。民法四一八条によれば、「債務の不履行に関し債権者に過失ありたるときは、裁判所は損害賠償の責任及び其金額を定むるに付き、之を斟酌す」。また民法七二二条二項は、不法行為の「被害者に過失ありたるときは、裁判所は損害賠償の額を定むるに付き、之を斟酌することを得」と規定している。不法行為の方では「額の軽減をなしうるだけで加害者を免責させることはできず、また、過失相殺をするかどうかは裁判所の裁量に委ねられている」との違いがあるように読めるが、「この差異は、文面だけのことで、実質的にはほとんどへだたり（は）ない⁸⁵⁾」。そもそも「過失相殺制度の趣旨は、被害者にも過失があつてそれが損害に影響している場合に、加害者だけに全損害の賠償責任を負わせることは公平に反する⁸⁶⁾」からである。

無過失責任主義が文字通り実行されると、つまり帰責原因なしに賠償責任が認められるようになると、正義ないし公平の観念が反発する。人々の正義感を傷つけるが故に、今度は別の形で、無過失責任は薄められ無効化されることになる。その別の形というのが、過失相殺である。「無過失責任立法などの形で被害者の保護が強化され、賠償額のレベルもかなり引上げられるようになると、その反面、事案の性質特に加害者と被害者の過失の程度に応じて賠償額を調節しようとする要請が強まってくる。過失相殺は右の要請にこたえうる法的手段としますます重要な作用を営み、その適用範囲が次第に拡張されつつあることは注目に値する⁸⁷⁾」。

過失相殺をせず、客観的な損害発生によって常に加害者に賠償責任を負わず時は、例えば「当たり屋」、つまり走っている車に故意にぶつかり、運転者から賠償金を取るような稼業を生み出す原因にもなりかねない。

(4) そのことと密接に関連することであるが、不当に支払われる賠償金は、直接には加害者又は保険会社の負担であるが、それは結局、社会全体の負担になってゆく、ということである。どんなに注意しても事故を起こせば賠償させられるとなると、もはや努力の限界を超えた災難としか考えられず、保険加入が不可欠となる。公正な保険金支払いに加えて、不正な賠償金まで支払われると、加入者の納める保険料がそれだけ高くなる。高額の保険料を負担する能力のない者は、危険性を含むが高収入をもたらす社会的活動から脱落せざるを得ない。

無過失責任の理論的根拠の一つに「報償責任論」というのがある。それは「利益のあるところに損失もまた帰せしむべし」という考え方で「帰責事由の有無を問わない点、無過失責任論の典型と言える。それによれば、財力のある企業に損失を負担させておけば、すべてが丸く治まるわけで、企業は「賠償をいけば経費の一部と考えるべきであるとともに、企業はそれを代金・料金の形で消費者・利用者に転稼・分散……することが可能であるから……企業に負担させる方が、損害の合理的分担という見地からも望ましいことになる⁸⁸⁾」。しかし、このような転稼にはいかなる合理性も認められず、望ましいどころではない。企業に無過失責任を負わせれば、結局のところ、加害に何の関係もない他企業あるいは一般大衆にそのツケが回されるだけのことである。

(5) 更に、「過失責任の警告的・予防的機能はどうなるであろうか。無過失責任になると、いくら注意しても損害が生じれば賠償しなけ

ればならなくなるから、注意をしてもむだだということにならないかが問題となる。しかし、無過失責任は、過失責任における注意義務を重くしていき、その極限に達したものとみることができるとは、企業や行為者としては、できるだけ注意を払い、設備を改善して、損害の発生を防止しようとするはずである。だとすれば、無過失責任というのは「無過失」どころか、その逆、つまり注意義務が極度に引き上げられたことよって発生する「有過失」責任だと言わなければならない。「通常人」という原則的な基準を基にして言えば、極めて軽微な過失で足りるということ、ローマ法に所謂最軽過失 (culpa levisima) である。第一章で述べた債務不履行における「債務者の責に帰すべき事由」と、ここで連結する。

註

- (15) 山本進一、基本法コンメンタール新版債権各論、二〇九頁。
- (16) 同右、二〇七頁。
- (17) 篠塚、三三三頁。
- (18) 石本雅男、「過失責任主義と無過失責任主義の統一」損害賠償責任の研究 上(我妻遯庵)(以後、石本と略す)、七〇頁。
- (19) 石本、七〇―一頁。
- (20) 石本、六七頁。
- (21) 山本、前掲、二二一頁。
- (22) 篠原弘志、基本法コンメンタール新版債権総論(改訂)、六〇頁。
- (23) 楠本安雄、基本法コンメンタール新版債権各論、二八五頁。
- (24) 加藤、一〇頁。
- (25) 加藤、一二頁。

第三章 新しい過失責任論

以上要約すれば、債務不履行では、挙証責任が債務者にあるために「過失責任」で特に不都合は生じていない。ところが、不法行為では被害者が挙証責任を負わされているために、被害者に酷と思われるさまざまな問題が持ち上がり、「過失責任」というこれまで絶対と思われていた原則に異議が唱えられるに至っているのである。

私の立場は、結論の具体的妥当性を得るために、換言すると不法行為における被害者救済のために、安易に人間の自由を放棄してはならない、というものである。「過失責任」は、人間の意思の自由、活動の自由を保障するために人類が長い経験の中で発見した貴重な財産であり、近代法の根幹を成すものと言って過言ではない。別の表現をすれば、過失責任を否定するような民法解釈は、基本的人権を重視する現行憲法の下では許されない、ということである。

しかし他方で、多くの住民に損害を与えて苦しめておきながら、ひとり企業だけが莫大な利益を樂しむという状況があるとすれば、それは法律家として看過できない不正義である。そこで、過失責任を否定することなしに、換言すると無過失責任論に依拠することなしに、現代の工業化社会に通用する「過失責任」理論を打ち立てたいというのが、本稿の狙いである。

不法行為における「違法性」要件は、民法七〇九条で「他人の権利を侵害し」と表現されている。「権利」は、法律に保護されるべきことが明記された利益と当初は解されていたが、それでは狭すぎるということで、法律を離れて、社会通念上保護に値する利益を侵害すること即ち「違法性」が、「権利侵害」に代わって不法行為の要件と考えられるようになったのである。

この変更は、被害者救済に大いに役立つ反面、要件を充足してい

るか否かの基準を曖昧なものにした。「いかなる加害行為が違法性を有するかは、超法規的価値判断の問題であるから、その判断は擅恣（せんし）におちいりやすい」のである。「そこで違法性決定についての一応の準繩（じゆんぎょう）が要求される。通説はこれを被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係で定める。概括的には、被侵害利益の権利性が強い場合は、それを侵害する行為自体の不法性が小さくとも加害行為に違法性が生ずるが、反対に被侵害利益の権利性が弱いときは、侵害行為の態様がある程度不法性の大きな場合でなければ」違法性は生じない、というような具合である⁸⁰。

もともと「違法性」要件は、主観的な「故意・過失」に対抗する客観的なものとして企図されたものである。ところが、被害者救済のために流動的・弾力的に運用できる相对概念へと変化させたので、「違法性」は裁判官の価値判断によってその有無が決められるという意味で「主観的」な要件へと変質せざるを得なかった。

それだけではない。そこで考慮される要素にしても、厳密に考えれば、「主観的」なものが密接に係合していることがわかるのである。被侵害利益の「権利性」の強弱について、例えば、取得時効においては「所有の意思」の有無、善意が過失によるか無過失か、占有権の強さが異なってくる。所有意思なき占有は所有権を取得する力がなく、過失による善意占有は、無過失のそれに比べてその力が半減している。また果実についても、占有者が善意であれば、本権がないにも拘らず果実取権が認められるのに対し、悪意の場合は残っている果実を返還するのはもちろん、消費・毀損した分まで償還しなければならぬ（民一八九・一九〇条）。

所有権を筆頭とする物権は、物を直接支配する強い権利であるから、「それを侵害することは、原則として、強度の違法性がある⁸¹」と、言われる。しかし、例えば痴漢に襲われた女性が、近くの民家に垣根や

盆栽をこわして逃げ込んだとすると、その加害行為は正当防衛（民七二〇条一項）として違法性が阻却される。この場合、侵害された利益は所有権といういわば権利の王であるのに対し、守られた利益は「性的自由」とでも言うべき法規に明示されていない人格的利益であるから、権利の種類と比較から言えば、より「権利」性の強い所有権の方に保護の重点が置かれても不思議ではないところ、違法性が阻却されるのであるから、抽象的に権利の強弱を論じて、あまり実益がないわけである⁸²。結論を先に言ってしまうえば、違法性とは加害者における故意・過失の有無の問題なのである。

更に、他の例を探すなら、人格権・財産権は「法の下の平等」によって何人にも等しく保護されるはずであるが、被害者が危険の存在を前以て知っていたか否かで、大きな差が出てくる。加害行為の違法性を決するに当たっては「被害者の主観的事情も考慮されるべきである。一般に、被害者が相当な準備をしさえすれば損害を回避ないし防止する可能性が存した、という場合には、過失相殺により損害額を減らすことができる。それよりも損害回避の可能性の程度が高い場合には、賠償請求そのものをも否定してよいこともあり得る。たとえば、すぐ隣りで大ビルが建設中であることを知りつつXがそこへ住居を建てた場合には、すでに存在する危険を自らすすんで任意に引受けたもの⁸³」と解されるから、日照、通風、電波などでの賠償請求は否定されても仕方ないであろう。

次の例でも、加害行為が違法性を帯びるかどうかに関して、主観が決定的な役割を果たしている。甲が乙に対してもっている手形債権を担保するため、乙は自分が丙に対してもっている請負代金債権の受領を甲に委任し、丙の承諾も得た。にも拘らず、丙が乙に支払ってしまったため、甲の債権は無担保となり乙から弁済を受けられなくなったという事案である。最高裁は、丙は「代理受領の委任状が提出され

た当時右担保の事実を知つて、右代理受領を承認したといふのである。そして右事実関係のもとにおいては、右承認は、単に代理受領を承認するといふにとどまらず、代理受領によつて得られる（甲）の右利益を承認し、正当の理由がなく右利益を侵害しないといふ趣旨をも当然包含するものと解すべきであ（るから、丙）の行為は違法なものといふべく……原審が結局（丙）に不法行為責任を認めた判断は正当である」と判示した。受領の委任契約が甲乙間だけでなされ、丙がそれを知らなければ、乙に対する弁済は何ら違法性を帯びることはなかつたのである。

以上要約すると、違法性はもともと不法行為の客観的部分を構成していたのであるが、時代の急激な進展によつてその判断基準に揺れが生じ、裁判官の裁量に委ねる部分が增大、即ち違法性の主観化が生じた。古い時代ほど因果関係は単純で、客観的要素の確認で事足りたが、科学の発達により徐々に因果関係は複雑化し、通常人では予測不可能と思われような損害も多々発生するに至つた。そこで、加害行為という客観的要因の発見では足らず、更にそれを生み出した根本的原因たる「意思」の解明へと進まざるを得なくなつた。判断対象の主観化である。この調査精度の深化は、違法性従つてまた故意・過失から非難という要素を抜き去り、徐々に価値的に中立な帰責事由へという変質をもたらしたのである。

「最近、不法行為における『過失』と『違法性』との関係……が再検討されることによつて……（両者の）接近・融合が主張されている」⁹¹⁾「わけだが、両者の一体化とは、過失を基準に考えれば違法性を吸収し、前述のようにそれを主観化したということになる。逆に、違法性を中心に考えれば、違法性の中に過失を取り込むわけであるから、過失の客観化がもたらされる。過失はもはや主観的なものとして止まつていないのであるから、もし両者を一体として考へる新しい違法論に

対して、「基準が不明確となり、違法性判断が恣意的になる」といふような批判が出されるとすれば、それははずれだと言わなければならぬ。

過失の客観化とは、過失を純然たる心理状態と考えず、外部に現われ出た行為によつてそれを捉えることを意味する。「伝統的な過失の考へ方によれば、結果発生を予見すべきなのに不注意のためにそれを知り得ないで或る行為をする、という心理状態（を指す。ところが、ニユーサンズに関する判決を見る限りでは）過失は、そのような心理状態ではなく、むしろ防止義務違反ということであつた。相当な防止措置を講じたか否か、ということが、主観的要件たる過失の概念をかりて、その中で論じられていたのである。そこでは、過失は、もはや主観的心理状態の問題を離れて客観的な問題、すなわち受忍限度をこえた侵害を防止するための相当な手段を講じたか否か、ということの問題として考へられている」⁹²⁾。

故意・過失の客観化現象は、ひとり民法で見られたのではない。それは刑法と連動していたのである。「違法性」が、法秩序全体に対する違反、あるいは「社会的に許されない」⁹³⁾という性質を意味し、個々の法律の枠を超えた概念である以上、当然のこととも言える。「かつては……客観的な事実としての違法性と……心理的緊張を欠いたという面での有責性を対照させて説明してきた。しかし……刑法学において目的的行為論が発展し、これが民法理論にも反映して、過失行為について、果たして（客観的な）権利侵害だけで違法だといえるかという疑問」⁹⁴⁾が生じてきた。

目的的行為論とは、簡潔に言えば、客観の背後に主観を見る、換言すると両者を比べると主観こそが本質的であるとすると、主観主義の流れを汲む刑法理論である。「行為は、外界に発現した身体的動静であるが……行為者の主観面に規制されての身体的動静」⁹⁵⁾あるから、外部

に現われた行為だけを違法論で取り扱ったのでは不十分である。故意・過失もまたそこで考慮されなければならず、従って、それらは主観的違法要素である——と主張する。

理論的影響はともかくとして、民法学における通説もまた現実の必要から、故意・過失の客観化を承認してきた。「そもそも責任は自由を前提とし、行為者が適法に行為しえたであらう」という場合に初めてこれを非難しうるものだとすれば、責任において必要とされる過失は……行為者の個人的避止可能性を基準とした、具体的・個別的な過失でなければならぬ筈である。それにもかかわらず、通説が今日まで抽象的・客観的な過失の概念を固持してきたのは、主としてつぎのような理由、すなわち、被害者としては加害者の方で普通人としての標準的な注意を払うものと思つて行動しているのであるから、たまたま加害者の注意力が劣っていたために、具体的過失がないとされ、損害の賠償を請求しえないこととなつては、被害者の保護に不充分であり、不公正な結果を生じる、ということに基いていたわけである⁸⁰⁾。

行為者個人の具体的過失は考慮しないのであるから、もはや有責性で論ずべき過失はない⁸¹⁾。過失が違法性の中に解消されたわけで、民事責任は因果関係（損害の発生）と違法性を論じれば足りることになる。刑法では、今だに犯罪成立要件として、構成要件該当性・違法性・責任の三分説が通説になっているが、これは目的的行為論の核心的部分、即ち主観主義が理解されず、刑法学への浸透が中途半端に終わったためである。本来ならば、客観面を受け持つ構成要件該当性と、故意・過失を受け持つ違法性の二分説となるべきところである。今度は逆に、公害問題を契機に理論的飛躍を遂げた民法学から、停滞状況にある刑法学への感化が期待される。

もちろん、用語は枝葉末節の問題であるから、違法性に統一する代りに、「過失」に違法性を解消してしまつてもよい。「わが国で違法

性が議論されたのは、主に権利侵害の要件を緩和するためであつたら、その目的を達した以上、もはや、違法性を論じる実益はなく、むしろ、過失一本で統一し、判例上、過失がいかなる事情のもとでみとめられたかを、機能的、分析的に整理すべきだという考え方も⁸²⁾ある。これを早くから実現しているのがフランス民法典であつて、その一三八二条では「不法行為の成立要件として、(1) *faute*、(2) *dommage*、(3) *lien de causalité entre la faute et le dommage* の三つを掲げている」。

即ち、過失と損害及びその間の因果関係、の三つであつて、違法性が抜け落ちている。一八〇四年の「民法典の制定から一九世紀の末期に至る……時代の *faute* の概念は極めて主観的なものであつたが、「フランスの産業革命の進展が一九世紀の後半にほぼ完成するに及んで……頻発する大工場内の労働災厄が労働者の生活を脅かす（ようになつた）。けれども従来の *faute* の主観的概念に拠るかぎり、労働者が企業主の民事責任を裁判上追及するためには、極めて困難な証明の問題に逢着する。複雑な機械の連鎖的な操作過程のなかで生ずる損害が主観的な個人の意思のある容態に起因しているという証明は不可能に近い⁸³⁾。そこでフランスにおいても、*faute* 概念を新たに捉え直すこと、即ち過失の客観化の必要に直面するのである。

違法性と過失を一体化する第三の方法としては、両者を融合し、全く新たな概念を打ち立てるやり方がある。特に公害に関連して出てきた「受忍限度論」が、それである。この理論によれば、従来「二つの判断基準で処理されてきたのを『受忍限度』という新たな基準によつて一元的に処理すべきことになる……（結局）人の容態（作為・不作為）を、客観的にみれば違法、主観的にみれば過失あるとして、同じことを立場を異にしていつているにすぎないとする⁸⁴⁾。そして「いまやその考え方は、ニューサンスの領域を支配しつつし、他の不法行為の領域にまで影響を及ぼさうとしている⁸⁵⁾」のである。用語の問題は技

葉末節としながら、なぜ私が受忍限度論を優れた理論だと考えるのかを述べて、本稿の結びとしたい。

註

- (26) 伊藤進、基本法コメンタール新版債権各論(以後、伊藤と略す)、二一九頁。
- (27) 前田達明、民法(7)第三版(遠藤・川井他編)、一三二頁。
- (28) 通説の努力は、利益の権利化即ち「保護される利益の拡大に尽きていた(し、判例にしても)この『相関関係説』に従ったかは疑問である」前田、前掲、一三〇頁。
- (29) 野村好弘、「故意・過失および違法性」公害法の生成と展開—公害法の研究I—(加藤一郎編)(以後、野村と略す)、四〇八頁。
- (30) 最判昭和四四年三月四日民集二三卷三三三頁(傍点、丸括弧は筆者)。
- (31) 伊藤、二二三頁。
- (32) 野村、三九一頁。
- (33) 前田、前掲、一四九頁。
- (34) 沢井裕、「不法行為における権利侵害と違法性」民法の判例第二版、一七三頁(丸括弧筆者)。
- (35) 大塚仁、刑法概説(総論)改訂版、九四頁。
- (36) 藪重夫、「現代刑法理論(目的的行為論)と民法における違法・責任理論」法学政治学論集(北大法学部十周年記念、今村成和編)、一一三頁。
- (37) 責任能力にしても、内容は「其行為の責任を弁識するに足るべき知能」(民七二二条)であるが、年齢とか行為の種類とか客観的な事情からその有無を判断するしか方法はない。
- (38) 沢井、前掲、一七三頁。
- (39) 野田良之、「フランス民法における faute の概念」損害賠償責任の研究

上、一一五、一二〇—、一二三頁。

(40) 伊藤、二二六頁。

(41) 野村、三九六頁。

第四章 結 論

刑法学界での通説によると、違法性は「実質的に、全体としての法秩序に反する⁽⁴²⁾」という客観的な評価である。「人の行為を対象とする場合にも、それは、行為を行為者の人格・主体性から一応切り離してみた場合に、それが客観的な生活秩序としての法に矛盾する(具体的に何らかの法益を侵害または脅威する)」という価値判断であり、この意味で、客観的であるといっているのである⁽⁴³⁾。このように、主観的なものを違法評価の対象から除外するのが、客観的違法論である。

しかし、前述のように高度工業化社会の出現により、民法領域を中心に過失の客観化、同じことであるが逆に表現すれば「違法性の主観化」が進んだ。かつては、違法判断の基準となる法は、社会の中で超然とそびえ立っており、固定的かつ明確であった。ところが「社会の多元化にともなう社会意識ないし価値体系の分裂⁽⁴⁴⁾」が生じ始めると、法そのものも動揺・変化するようになる。それ故、「違法評価が固定したものでなく、時代とともに推移するものである⁽⁴⁵⁾」と共に、各人の置かれていた立場ごとに若干の相違が出てくることを、我々は今日特に注意する必要があるわけである。行為に対する倫理的評価を下すに当たっては、行為の背後にある各人の規範意識が単純・画一的であった時代ならば、主観抜きに評価するのも可能だったであろうが、また法からの逸脱に対して非難という反応も当然とされたであろうが、現代においては個別的に立入って理解するため、非難的要素は減少し、過失が客観化されるため主観的要件と言っても立証が容易になりつつある。

ある行為が違法か適法かを決める際に、その行為者の主観を考慮しなければならぬ、というのが主観的違法論の帰結である。例えば、企業を営むには、極めて高度の専門的知識を要する。過失の有無を決める標準は、あくまで「一般人」ないし「平均人」でなければならぬが、企業の行為の過失の有無を考える時、その極めて高度と思われるところまでレベルを高めることは、些かも過失責任の原則に反するものではない。それが企業の一般的レベルであり、平均だからである。この主観主義的基準」を採用するときは、無過失の加害と考えられ易い場合にも明らかに過失による加害と断定される場合が生ずることは洞察に難くない⁴⁰⁾。

こうして企業に重い損害発生防止義務が課せられ、無過失責任に近づくその反面として、被害者にも損害を最小にする義務が課せられなければ、片手落ちである。第二章で述べたように、安易に「利益あるところに責任あり」を実行すれば、企業にたかる集団を生み、その経費は結局一般大衆が負担させられることになる。従って、「被害者といえども常に損害の回避のためには努力すべきであって、徒らに被害者を非難すべきでないことはいうまでもないところであるから、被害者は当然損害の回避のために妥当な容態をとることが期待されるべきである⁴¹⁾」。

このように、「加害者の過失と被害者の過失を異る標準においてとらえることは、一見過失に二様の意義をみとめるかのようにもみられるであろうが、これは……(双方)のおかれた立場の相違に由来するのであって、両者において標準を異にすることが却って両者を公平に擁護する所以である⁴²⁾」。これは刑法において過失の有無を判断する場合でも、極当然のことと考えられている。そのような状況におかれた一般人ならどういふ行動に出るであろうか、と仮定するのであるから、どんな場合でも等しく一般人が基準とされながらも、行為状況が場合

ごとに異なる関係上、行為者ごとに基準は全部異なる、とさえ言えるのである。

そして、双方が別々の基準で判断されるにも拘らず、「帰責原因としては統一された一つのものである⁴³⁾」から、両者は反比例する。つまり、加害者に百パーセントの過失がある時は、被害者に過失はなく、その逆も成り立つ。被害者に五〇パーセントの過失あれば、加害者も五〇パーセントである。

ところで、大規模な企業の場合、従業員の数は膨大であり、企業秘密として公開されない部分が多く、また事業の規模もまちまちで、高度の専門知識を有する一般人と言っても、基準としてはかなり曖昧なものにならざるを得ない。そこで、加害行為の違法性は本来ならば加害者の過失の如何で決すべきなのではあるが、加害者の過失が前述のように被害者のそれと相関関係にあることを利用して、被害者側の過失で事を論ずる方が便利である。このようにすると、「そのような状況におかれた一般人」という原則を用いて加害者の過失を判断することができるからである。これを提唱しているのが「受忍限度論」である。

「受忍限度」というのは、通常の合理人(ordinarily reasonable man)ならば、社会共同生活を営む上で当然甘受するであろう限度のことである⁴⁴⁾。企業は社会に一定の危険をもたらすが、それでもなお存続が許されるのは、危険を上回る利益も同時に社会にもたらしているからである。それ故、我々が隣人に対してすると同様、企業に対してもある程度の我慢はしなければならぬ。しかし、その限度を超えらると思われる時、そのニューサンスは違法法である。違法性、換言すると加害者の過失を、被害者の置かれた状況で一般人(合理人)ならどう思うか、つまり耐え難いと思うかまだこの程度なら忍耐可能と思うか、で決めるのが受忍限度論であるが、これは「主観的違法論」の考え方に他ならない。

一定の加害があった場合、その害を受けた者の立場とは関係なしに、裁判官が所与の基準に照らして加害の善悪を決する、と主張するのが客観的違法論である。これが抽象的違法論であるのに対し、主観的違法論は具体的違法論と呼んでもよいかも知れない。被害者が置かれていた具体的な立場から判断するという意味で「主観的」であるに過ぎないから、基準が個人的・恣意的になるという批判は、もとより当たらない。一般人を措定することによって、客観性・社会性が担保されるからである。そして、被害者が損失を最小にするための努力をしたか否かも、この具体性の中で考慮される。

現実の訴訟においては、受けた損失が受忍限度外であることを原告即ち被害者が主張・立証しなければならぬ、とするのが今日の判例の主流である。そうすると、被害者の負担は「従来の違法性の考え方とそれほど変わ(ならない)のではないか、という疑問が出されるかも知れない。……しかし(いろいろな要素のうち)被侵害利益の性質および程度、地域性を原告が主張・立証すれば足り、あとは被告のほうで受忍限度をこえていないことを主張・立証しなければならぬ、と解すべきであろう。そう考えれば、原告が主張・立証責任を負う、といってもそれはごく軽い負担にすぎず、実質的には被告の側により重い負担を課することになるのである⁶⁰⁾。

結局、不法行為責任を追及する場合、原告が立証責任を負うことになるが、被害者の立場で考えることを可能にする主観的違法論によつてのみ、被害者の救済が容易になり、かつ加害者に一方的に責任を押し付けるという弊を避けることができるのである。そういう意味では、「従来観念された無過失責任の原理も過失責任の原理も、ともに一面的であり不⁶¹⁾充分⁶²⁾」なのである。

最後に、このような、過失の内容に変更を加えつつ過失責任の原理そのものは墨守しようとする立場に対する、野田の痛烈な批判を紹介

しておく。過失 (faute) 「概念の客観性・一元化の問題はこの自由主義の要請(過失なければ責任なし⁶³⁾筆者註)が社会的現実にマツチないという丁度その不満から生まれて来たのである。……して見ると自由主義の根本要請にあくまで忠実であらんとする者にとつてはこの社会的現実(過失責任から危険責任へ⁶⁴⁾筆者註)を是認することこそ甚だしい矛盾と言わねばならない。faute という名目が残ったとしても、その概念内容が自由主義の要請を全く充たさないほど変質している場合、faute が責任成立の不可欠の要件だと言つて見ても、危険責任を正面から認めることと実質的にどれほどの相違があるのであるか⁶⁵⁾」。

危険責任とは「危険物・危険な施設の設置者・管理者はそこから生じた損害を賠償すべきだという考え⁶⁶⁾」で、報償責任と並ぶ無過失責任論である。受忍限度論は決して、現代の社会的要請に対応するため過失の中味を抜き去つておきながら殻⁶⁷⁾だけ大事に取つておこうとするものではない。前述のように、一般人という客観的な基準を置きながらも個々の状況も詳細・具体的に考慮して正義・公平の実現に遺漏⁶⁸⁾がないようにしようとしているに過ぎない。過失の形骸化どころか、過失を本来のあるべき姿に戻そうとする。再び石本の言葉を借りれば、「従来の過失とは異なる新たな帰責原因を「やはり『過失』とよぶならば、かような過失主義のうちには、永遠的なもの、したがって本質的なものを見ることのできるものである⁶⁹⁾」。すべての人に法による保護が及び、すべての人が自由を享受できるようにすること、過失をそのようなものとして構成すること、これが基本的な人権を定めた憲法に忠実な民法解釈であり、自由主義の要請なのである。

なお、次のような批判があることも付け加えておこう。即ち「受忍限度論を被害者の利益と加害者の利益との相互調整の原理としてみることは権利濫用論と実質的に変わることなく、表現の違いにすぎない

ことになる。なお、さらに、受忍限度論では、利益較量により違法性が判断されることから、その較量基準設定の仕方によっては、被害者の健康で快適な生活という理念よりも、企業保護が優位に立つことも考えられるし、公害による生存への侵害に際し、利益較量により違法性の存否を決定するということは、基本的に許されないものというべきである⁶⁵⁾。

確かに、一定のレベルを超えれば違法、超えなければ適法とする点では共通であり、その線を受忍限度と呼ぶか正当な権利行使と呼ぶかの違いにすぎないように見える。しかし、権利濫用論は加害者の行為を専ら評価の対象として、それが濫用と言えるか言えないかを決定しようとするものであるから、そうするとその基準設定が非常に難しくなること、前述の通りである。更に、濫用ならば違法、濫用でなければ適法ということで、濫用と違法はそれこそ表現の違いにすぎず、違法論に何ら新しい視点を持ち込んだわけではない。これに対し、受忍限度論は違法性と過失を一元化し、違法か否かの決定に被害者の個人的・具体的な観点を導入した。その結果、新しい過失概念は、新しい違法性概念と言っても同じだが、我々国民が「健康で文化的な……生活を営む」(憲法二五条)ことに大いに役立つことになったのである。被害者の立場から評価するようにすることが、なぜ「企業保護が優位に立つことも考えられる」のか、不可解としか言いようがない。

蛇足ながら、刑法においても、主観的違法論は誤った理解をされて、排除されたのである。特に、正当防衛に関して、被害を受けようとしている者の立場から加害行為の違法性は決まるとというのが正しい理解であるところ、不当に害を加えようと襲いかかる者の主観の如何で違法性を決めるのが主観的違法論であるというような曲解が流布され、客観的違法論の今日の通説的地位が築かれたのである。

註

- (42) 団藤重光、刑法綱要総論改訂版、一七〇頁。
 (43) 佐伯千仞、三訂刑法講義(総論)、一六九頁。
 (44) 団藤、前掲、一七一頁。
 (45) 佐伯、前掲、一七三頁。
 (46) 石本雅男、損害賠償責任の研究 上、七五頁。
 (47) 石本、一〇五頁。
 (48) 石本、一〇四頁。
 (49) 野村、三九三頁。
 (50) 野村、三九八―九頁。
 (51) 石本、一〇三頁。
 (52) 野田、前掲、一四二―三頁。
 (53) 加藤、注釈民法(9)、一〇頁。
 (54) 石本、六七頁。
 (55) 伊藤進、基本法コンメンタール新版債権各論、二二二頁。