

## 職権による過失相殺

—民法学者は「職権をもって斟酌する」を

どのように理解していたか—

三間地 光 宏

### 目 次

- 一 問題の所在
- 二 民法学者の誤解についての指摘
- 三 検討
- 四 結論

#### 一 問題の所在

過失相殺について、過失を基礎づける具体的事実（過失と評価される具体的事実）を主要事実と解したうえで<sup>1)</sup>かかる事実につき弁論主義の適用を肯定するのが多数説の立場であると思われる<sup>2)3)</sup>。しかし最判昭和41年6月21日民集20巻5号1078頁（以下「昭和41年判決」として引用）が「過失相殺にもい

---

1) かつては過失という概念自体が主要事実であり、過失と評価される具体的事実は間接事実であって主要事実ではないとする理解が通説であった（兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』（酒井書店，昭和40年）199頁，三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣，昭和34年）159頁，村松俊夫・判例評論128号（昭和44年）32頁以下34頁，小山昇『民事訴訟法〔五訂版〕』（平成元年）250頁。なお三ヶ月・前掲は故意過失が主張されておれば当事者の陳述したのと異なる事情に基づいてこれを認定しても弁論主義違反にはならないとしていたが，のちの同『民事訴訟法』（弘文堂，昭和54年）197頁以下では故意・過失のような抽象的構成要件を支える具体的事実を準主要事実と呼んで弁論主義の適用上主要事実と同じ処遇をすべきであるとの改説がなされている。）。しかし今日では過失と評価される具体的事実を主要事実と解するのが通説である（参照，高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，平成12年）360頁）。

わゆる弁論主義の適用のあることを主張する論旨は、失当として排斥を免れない」としたことや趣旨の不明確な最判昭和43年12月24日民集22巻13号3454頁<sup>4)</sup> (以下「昭和43年判決」として引用) についての最高裁判所調査官解説<sup>5)</sup>が同判決を弁論主義の適用を制限したものであると説明したこともあってか、これら二つの判決の後に執筆された文献のなかには過失相殺について弁論主義の適用が制限される旨の説明をするものも少なくない<sup>6)7)</sup>。

- 2) 四宮和夫『不法行為』(青林書院, 昭和60年) 623頁, 内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(東京大学出版会, 平成8年) 160頁, 中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』(有斐閣, 平成12年) 173頁, 新堂幸司『新民事訴訟法〔第二版〕』(弘文堂, 平成13年) 383頁, 上田徹一郎『民事訴訟法〔第三版〕』(法学書院, 平成13年) 321頁, 松本博之=上野泰男『民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂, 平成13年), 伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第2版〕』(有斐閣, 平成14年) 258頁注(142)。
- 3) ただし, 高橋・前掲388頁は過失相殺について弁論主義の適用を否定するのが多数説であるとしている。
- 4) この判決は「民法四一八条による過失相殺は, 債務者の主張がなくても, 裁判所が職権であることができる」としたものであるが, この判決をどのように理解すべきかについては見解が分かれている。弁論主義の適用を制限したものと解するものとして豊水道祐「本件解説」『最高裁判所判例解説民事編昭和43年度』(法曹会, 昭和44年) 995頁以下998頁(初出: 法曹時報21巻3号(昭和44年) 691頁以下), 村松・前掲32頁以下, 石田稔「判例評釈」法学協会雑誌87巻3号(昭和45年) 420頁以下423頁, 篠田省二「過失相殺の本質」判例タイムズ268号(昭和46年) 168頁以下171頁注(6), 菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ〔追補版〕』(日本評論社, 昭和59年) 701頁, 潮見佳男『債権総論』(信山社, 平成6年) 239頁, 林良平(安永正昭補訂)=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論〔第三版〕』(青林書院, 平成8年) 157頁注(3), 上田・前掲321頁, 秋山幹男=伊藤眞=加藤新太郎=高田裕成=福田剛久=山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ』(日本評論社, 平成14年) 167頁がある。これに対し弁論主義の適用を制限したものではないと解するものとしては右田堯雄「職権による過失相殺」民事訴訟法判例百選〔第二版〕(昭和57年) 164頁以下, 谷口安平『口述民事訴訟法』(成文堂, 昭和62年) 215頁, 伊藤・前掲258頁注(142)がある。
- 5) 豊水・前掲。
- 6) 幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(有斐閣, 平成5年) 335頁, 内田貴『民法Ⅱ 債権各論』(東京大学出版会, 平成9年) 406頁。また石田・前掲427頁は, 過失を構成する事実の存在が明白な場合には裁判所は職権でかかる事実を取り上げる義務があるが, 明白でない場合や明白でも軽微なものは職権で取り上げる義務はないとする。なおこれらの文献は過失について事実主張が不要であると説明しているだけであり, 職権証拠調べまで認められると説明するものではない。

ところで、過失相殺について弁論主義の適用を制限する見解が形成された原因の一つとして、民法学者による大判昭和3年8月1日民集7巻648頁(以下では「昭和3年判決」として引用)の誤読を指摘する研究がある<sup>8)</sup>。すなわち、訴訟法を理解しない民法学者が昭和3年判決を過失相殺について弁論主義の適用を制限したものと誤解し、そのような誤解が通説化して実務に影響し始め、昭和41年判決や昭和43年判決につながったというのである。

しかしながら、以上のような学説史の整理の仕方には疑問がある。そこで以下ではまず民法学者が昭和3年判決を誤解したとの指摘を紹介したうえで(=二)、はたしてかつての民法学者は昭和3年判決を誤解していたのかどうか、また誤解した民法学者がいたとしてもそのような誤解が通説化するに至っていたということがあったのかどうかについて検証を試みたい(=三)。

## 二 民法学者の誤解についての指摘

### 1 昭和3年判決

民法学者によって昭和3年判決が誤解されたという指摘を紹介するにさきだつて、まずこの判決がどのような事案についてどのような判断を下したものであったかを確認しておくことにしよう。

事案はつぎのようなものであった。X1 X2間の長男であるAは訴外Bとともに踏切を通過しようとしてY会社の電車にはねられ、30分ほどして死亡

---

7) 過失相殺について弁論主義の適用を制限する根拠としては、過失相殺というものが公平の見地から認められている制度であることや損害賠償訴訟の非訟化があげられている。参照、村松・前掲33頁、石田・前掲426頁以下、篠田・前掲171頁注(6)、同「権利濫用・公序良俗違反の主張の要否」『新・実務民事訴訟講座2』(日本評論社、昭和56年)51頁。

8) 倉田卓次「過失相殺の職権斟酌」同『交通事故賠償の諸相』(日本評論社、昭和51年)220頁以下(初出：続民事訴訟法判例百選(昭和47年)132頁以下)。

した。そこでXらがYに対して慰謝料等の支払いを求める訴えを起こした。第一審および第二審でXらは、Yには遮断機を設置せず踏切番人も置かなかったという設備不完全の過失があり、またYの使用人である電車の運転手Cにも過失があった<sup>9)</sup>と主張した。これに対しYはYおよびCの過失を否定するとともに、かりに過失があるとしてもAおよびその保護者であるBにも過失があるから過失相殺がなされるべきであると主張した。第二審の大阪控訴院はYおよびその使用人Cの過失を認めたが、過失相殺については以下の理由から行わなかった。すなわち、責任能力のないAの行為に対しては民法722条2項の適用はない。またBは「Aカ任意ニ自己ニ随ツテ制止セス其ノ來ルニ任セタルモノ」であり民法722条2項の「被害者」に該当しないから、Bに過失があるとしても本件損害賠償請求権には影響がない<sup>10)</sup>、と。そこでYは、Aの父母であるXらにはAに保護者を付けなかったという過失があるから民法722条2項を適用しなかった原審の判断には誤りがあるなどとして上告した。

これに対し大審院はつぎのように判示して原判決中Yの控訴に関する部分<sup>11)</sup>を破棄した。

「裁判所カ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付被害者ニ過失アリタルトキハ之ヲ斟酌スルコトヲ得ヘキコトハ民法第七百二十二條第二項ノ規定スル所ナリ此ノ規定ニ依レハ被害者ノ過失ハ賠償額ノ範圍ニ影響ヲ及ホスヘキ事實ナルト同時ニ法律ハ之ヲ以テ賠償義務者ノ抗辯權ト爲シタルモノニ非サルカ故ニ裁判所ハ訴訟ニ現ハレタル資料ニ基キ被害者ニ過失アリト認ムヘキ場合ニハ賠償額ヲ判定スルニ付職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ得ヘク賠償義務者ヨリ此ノ旨ノ主張アルコトヲ必要トスルモノニ

9) 具体的には、上り電車の通過待ちをしている幼児が下り電車の有無にまでは注意を払わずに軌道内に進入してくることが予想できたのに全速力で電車を疾走させたということが問題にされた。

10) BはXらからAの保護監督を委託されていたわけではないので、Bの過失を「被害者側の過失」として斟酌することはできない、ということであろう。

11) 第一審判決に対してはYが控訴しXが附帯控訴していた。

非ス（唯此ノ場合ノ立證責任ハ被害者ニ過失アリト主張スル者ニ存スルコト勿論ナリ）然レハ裁判所カ訴訟ニ現ハレタル資料ニ基キ被害者ニ過失アリト認メ得サルカ又ハ被害者ニ過失アルモ賠償額ニ別段ノ影響ヲ及ホサスト認メタル場合ニ於テハ賠償義務者ヨリ此ノ點ニ付何等ノ主張ナキ限り判決理由中特ニ之ヲ説明スルノ要ナキコト勿論ナリト雖訴訟ニ現ハレタル資料ニ依レハ被害者ニ過失アリト認ムヘキ事情ノ存スルコト判文上明ナル場合ニ於テ此ノ點ニ付何等明言スル所ナク又判文ノ全般ニ徴スルモ賠償額ニ別段ノ影響ヲ及ホサスト認メタル趣旨ノ觀ルヘキモノナキトキハ假令賠償義務者ヨリ此ノ點ニ付何等ノ主張ナシトスルモ該判決ハ審理不盡ノ違法アルモノト謂ハサルヘカラス」。本件ではXら固有の慰謝料が請求されているからXらは民法722条2項にいう被害者であり、もしXらが自ら同伴するなり何人かに保護監督を委託するなりせずにAを軌道付近に行かせたとすればXらに過失がありこの過失は損害賠償額を定めるについて裁判所が職権で斟酌することができるものである。しかるに原判決は前段でBがAの保護者である旨のYの主張はXの認めるところであるとしながら後段ではBがAの保護者でないかのような判示をしていて矛盾があり明確でないのみならず、もしBがAの保護者でないならAの死亡について一応Xらに過失があると認めざるを得ないにもかかわらず、この点が本訴請求に如何なる影響を及ぼすかの点についてはなんらの判示もしていない。原判決にはこの点において審理不盡の違法がある、と。

## 2 倉田博士による民法学説批判

上記大審院判決をどのように理解すべきかについては議論がある<sup>12)</sup>。が、倉田博士によると上記大審院判決の理論は当時のドイツの通説を忠実に模写したものであって<sup>13)</sup>、職権をもって斟酌しうるとするのは抗弁権のように援用権者による主張は必要とされないという意味であるという。つまり当事者

のどちらかから主張があれば足りるということであって<sup>14)</sup>、弁論主義を緩和してどちらからも主張されない事実を職権で拾い上げるということではない、

- 12) 小林秀之『民事裁判の審理』(有斐閣, 昭和62年) 101頁以下は, X 1 X 2の過失, すなわちAが軌道附近に行った際にX 1 X 2が同伴せずかつ何人にも保護監督を委託しなかったことがいずれの当事者からも主張されていないことから, 弁論主義の例外を認めた判決であるとする。
- 13) 倉田・前掲224頁。
- 14) このように解するには前提としていわゆる主張共通の原則が承認されていることが必要となるが, わが国で主張共通の原則が通説化した時期との関係で倉田博士のような理解が成り立つかについては多少問題がある(この点を指摘するものとして, 並木茂「過失相殺に関する訴訟上の諸問題」『新・実務民事訴訟講座4』(日本評論社, 昭和57年) 161頁以下とくに172頁以下。)。主張共通の原則を認めることが我が国で通説化したのは兼子一「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」『法學協會五十周年記念論文集第二部』(有斐閣, 昭和8年) 641頁以下より後のことだと思われる(参照, 山本克己「当事者の一方しか『主張』し得ない無効と主張共通の原則——錯誤無効を例に——」前田達明編『民事法理論の諸問題・下巻』(成文堂, 平成7年) 113頁以下116頁)。実際, 昭和7年に公表された山田正三博士の判例批評(法學論叢27巻1號(昭和7年) 161頁以下)では主張共通の原則は認められていないのである。しかしながら明治40年に出版された仁井田益太郎『民事訴訟法要論上巻』(有斐閣書房・水野書店・金港堂書籍, 明治40年)においてすでに「辯論主義ハ當事者ノ提出セサル事實及ヒ證據方法ヲ斟酌スルコトヲ得サラシムルノミナルカ故ニ或事實又ハ證據方法ニシテ當事者ノ提出ニ係ルモノハ假令之ニ不利益ナルトキト雖モ裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リ必要ニ應シテ之ヲ斟酌スルコトヲ妨ケサルモノナリ是レ辯論主義ヲ採用セル我民事訴訟法ニ於テ裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リ當事者ノ辯論ノ結果ヲ總テ斟酌スヘキモノト定メタルニ依リテ見ルモ自ラ明ナル所トス」(同書187頁以下)と説明されていることからすると, 昭和3年の時点では主張共通の原則を認めることがいまだ通説にまではなっていなかったとしてもすでに有力な考え方となっていた可能性はある。そうであるならば倉田博士のような理解は十分成り立つものと考えられる。なお, 耕田文郎「昭和41年度第72事件解説」『最高裁判所判例解説民事編昭和41年度』(法曹会, 昭和42年) 405頁以下407頁は雉本朗造『民事訴訟法の諸問題』(有斐閣, 昭和30年) 673頁を主張共通の原則を否定するものとして紹介しているが, 雉本博士は「繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ, 當事者ノ一方カ自己ニ不利ナル事實ヲ自發的ニ陳述シタル場合ト雖モ, 相手方カ其ノ事實ヲ援用セサリシトキハ, 該自發的ノ不利ナル事實ノ陳述ハ裁判外ノ自白タルニ過キス」(傍点・原文)と説明しているにすぎないから, 上記文献を主張共通の原則を否定するものとして紹介するのは適當でない(なお上記引用文は「訴訟行爲論」の一部である。「訴訟行爲論」は最初雉本朗造『民事訴訟法論文集』(内外出版印刷, 昭和3年)に「附録」として収録されたものであるが執筆年は明らかでない。)。裁判上の自白の成立が認められるかどうかということと陳述された不利益

とされるのである<sup>15)</sup>。倉田博士は以上のような説明をされたうえで、訴訟法を理解しない民法学者が昭和3年判決を「被害者の過失が主張されていなくても、証拠上認められる限り、職権で過失相殺できる」との判示をしたものであると誤解し、それが通説化してしまったとされるのである。倉田博士によるとこのような読み方の先蹤をなしたのは末川博士の昭和3年判決についての判例批評<sup>16)</sup>であり、以後民法学者は皆これに追随したとされる。そしてそのような例として我妻博士<sup>17)</sup>と於保博士<sup>18)</sup>の体系書および谷口博士による昭和43年判決についての判例批評<sup>19)</sup>が挙げられている。また藪教授の総合判例研究<sup>20)</sup>はこの読み方を前提としたためにドイツの文献がどちらも民法上の意味で使っている *Einrede* と *Einwendung* をそれぞれ実体法上の抗弁、訴訟上の抗弁と解してしまったとの指摘もされている<sup>21)</sup>。

### 3 倉田博士以外による指摘

民法学者は職権をもって斟酌しうるということを弁論主義の適用が制限されるという意味に解した、との見方をするのは倉田博士だけではない。

まず倉田論文より前に発表されたものとしては、昭和43年判決についての最高裁判所調査官解説<sup>22)</sup>がそのような理解をしている。この解説においては、

---

な事実を判決の基礎となしうるかということは別の問題であり、たとえば仁井田・前掲244頁などは「當事者カ自己ニ不利益ナル事實ヲ主張シタル場合ニ於テ相手方カ其事實ヲ主張セサルトキハ裁判上ノ自白ノ成立ヲ來コトナシト雖モ相手方ニシテ其事實ヲ争ハサルトキハ裁判所ハ一般ノ原則ニ從ヒ其事實ニ付キ心證ヲ得ルト否トヲ問ハスシテ之ヲ認ムヘキモノトス」としているのである。

15) 倉田・前掲223頁。

16) 末川博「判例批評」法學論叢21卷5號(昭和4年)788頁以下。

17) 我妻榮『事務管理・不當利得・不法行爲』(日本評論社, 昭和12年)。

18) 於保不二雄『債權總論』(有斐閣, 昭和34年)。

19) 谷口知平「判例批評」民商法雜誌62卷2号(昭和45年)345頁以下。

20) 藪重夫「過失相殺」『総合判例研究叢書民法(12)』(有斐閣, 昭和34年)。

21) 倉田・前掲225頁。

22) 豊水・前掲999頁(注三)。

末川博士による昭和3年判決についての判例批評が過失を構成する事実の主張も抗弁として過失相殺の主張をすることも共に不要とするものとして紹介されているのである。なおこれは昭和3年判決が末川博士によってどのように理解されたかを紹介したものではなく、末川博士自身の見解を紹介したものである。

つぎに倉田論文より後に発表されたものとしては、右田堯雄教授の論文<sup>23)</sup>と並木茂判事の論文<sup>24)</sup>がそのような理解である。右田論文では昭和3年判決を被害者の過失の主張も過失相殺の主張も要しないものと解するものとして上記の末川・於保・藪の三名の著作があげられており<sup>25)26)</sup>、並木論文では末川博士が昭和3年判決を過失相殺について弁論主義の適用を制限したものと解した旨の説明がなされている<sup>27)</sup>。

### 三 検討

以上でみてきたように、当時のドイツの通説を忠実に模写したものにすぎなかったという昭和3年判決がわが国の民法学者によって過失相殺について弁論主義の適用を制限したものと誤解されたとの指摘がなされているのであるが、はたして末川博士をはじめとするかつての民法学者達は昭和3年判決を論者の指摘するとおりに誤解していたのであろうか。またかりに誤解していた者があったとしても、そのような誤解が通説化するまでになっていたのであろうか。以下ではこれらの点を明らかにするために、まず債権者・被

23) 右田堯雄「職権による過失相殺」民事訴訟法の争点(昭和54年)222頁以下。

24) 並木・前掲。

25) 右田・前掲。

26) ところで、豊水・前掲999頁(=法曹時報21巻3号695頁)も倉田・前掲225頁も右田・前掲222頁も末川批評を「法学論叢21巻5号177頁」として引用しているが、末川批評は実際には21巻の788頁(第5号の132頁)以下に掲載されている。

27) 並木・前掲171頁以下。

害者の過失を「職権をもって斟酌する」という説明がいつ頃どのようにして我が国に入ってきたかということを確認したうえで (=1)、かつての民法学者達が「職権をもって斟酌する」という説明をどのような意味のものとして理解していたであろうかについて検討を試みることにする (=2)。

### 1 「職権をもって斟酌する」という説明の輸入者

昭和3年判決が当時のドイツの通説の忠実な模写であると指摘されていることはさきに見たとおりである。この指摘自体はまちがったものではないと思われる。しかし多少注意を要する点がある。それは、債権者や被害者の過失を「職権をもって斟酌する」という説明は大審院がドイツの文献から直接輸入したものではなかった、ということである。じつはこのような説明は昭和3年判決が出される前からすでに我が国の文献上で見られたものなのである。たとえば明治44年出版の石坂音四郎『日本民法第三編債権第一卷』<sup>28)</sup>には「過失相殺ニ基ク損害賠償ノ責任ノ除却又ハ輕減ハ抗辯ニアラス請求權其モノノ全部又ハ一部ヲ消滅セシムルモノナリ故ニ裁判所ハ職權上之ヲ斟酌スルコトヲ要ス」とあるし、大正5年出版の鳩山秀夫『日本債權法（總論）』でも「斟酌ハ裁判所ガ職權上之ヲ爲スモノナリ。過失相殺ハ損害賠償ノ範圍ニ付テ特則ヲ設ケタルモノナリト雖モ單ニ抗辯權ヲ認メタルモノニハ非ザルヲ以テ、賠償義務者ノ抗辯ヲ俟チテ始メテ斟酌ヲ爲スベキモノニ非ズ。但シ債權者（被害者）ニ過失アリヤ否ヤノ事實ニ付テ争アルトキハ債務者（加害者）ニ於テ舉證ノ責任ヲ有ス。」<sup>29)</sup>としている。さらに大正10年出版の中島玉吉『民法釋義 卷ノ三 債權總論上』<sup>30)</sup>も「債權者ノ過失ハ債務者ノ賠償責任及ヒ賠償範圍ニ當然影響ヲ及ホスモノナリ敢テ債務者ニ責任除却又ハ輕減ノ抗辯權ヲ與フルニアラス債權者ノ請求權自身カ當然ニ全部又ハ一部發生セサ

28) 石坂音四郎『日本民法第三編債權第一卷』（有斐閣書房，明治44年）324頁。

29) 鳩山秀夫『日本債權法（總論）』（岩波書店，大正5年）84頁。

30) 中島玉吉『民法釋義 卷ノ三 債權總論上』（金刺芳流堂，大正10年）568頁。

ルモノナリ、此ノ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ當然斟酌スルヲ要ス敢テ債務者ノ抗辯ヲ俟ツヘキニアラス」としているのである<sup>31)</sup>。要するに、債権者や被害者の過失を「職権をもって斟酌する」という説明をドイツから輸入したのは、ほかでもない民法学者だったのである。

## 2 「職権をもって斟酌する」という説明についての理解

それでは「職権をもって斟酌する」という説明はどのような意味のものとして理解されていたのであろうか。以下では昭和3年判決前の文献と昭和3年判決を誤解したとの指摘がなされている同判決後の文献とに分けて検討することにしよう。

### (1) 昭和3年判決前の文献

はたして昭和3年判決に先立って「職権をもって斟酌する」との説明をしていた民法学者達は職権斟酌と職権探知の違いを理解していたのであろうか。この点につき、さきに1で引用した文献のうち、鳩山博士と中島博士のものについては「職権をもって斟酌する」の意味を正しく理解していなかったのではないかとの疑念を生じさせる部分がないではない。それは「抗辯権」を認めたものではないから「抗辯」をまつ必要がない旨の説明をしている部分である。抗弁をまつ必要がないというのが抗弁事実の主張不要＝弁論主義の適用制限という趣旨であれば、職権で斟酌するという表現の意味が正しく理

31) 過失相殺は債務者に抗弁権を与える制度ではないとわざわざ説明されているのは、ドイツに抗弁権と解する説が存在していた（倉田・前掲224頁注(7)参照）からかもしれない。ただしそのような説が我が国で主張されたことはないようである。本文に引用した中島博士の文章の直後には割注が付けられていて、そのなかには「反対川名博士要論二一六」とあるが、川名博士の見解と中島博士の見解の相違点は抗弁権の行使を必要と解するかどうかについてではなく「裁判所ニ斟酌ヲ爲スヲ許スノミ」（川名博士，傍点・引用者）か「裁判所ハ…斟酌スルヲ要ス」（中島博士，傍点・引用者）かであった。参照，川名兼四郎『債權法要論』（金刺芳流堂，大正4年）216頁。

解されていなかったということになる。この点についてであるが、おそらく鳩山博士も中島博士も抗弁をまつ必要がないということ抗弁事実の主張不要＝弁論主義の適用制限とは解していなかったのではないかと思われる。少なくとも鳩山博士についてはそのように断定してよい。鳩山博士が抗弁をまつ必要がないということ抗弁事実の主張不要＝弁論主義の適用制限とは理解していなかったと断定できるのは、大正13年に出版された『日本民法總論(下卷)』のなかで鳩山博士が法律行為の無効についてつぎのような説明をしているからである。

「當然無効ナリト謂フハ裁判所ガ職權上無効ノ原因アリヤ否ヤヲ審査スベシトイフ意味ニハアラス、無効原因ノ存在セルコトハ當事者ニ於テ主張シ證明スベク證明アリタルトキハ裁判所ハ職權上法律行為ノ効果ヲ否認スベキナリ。」<sup>32)</sup> (傍点・引用者)

最近の文献ではほとんど見られなくなったようであるが<sup>33)</sup>、かつての文献では無効は職権で顧慮すべきである旨の説明——このような説明の仕方がドイツ民法学に由来することは間違いない——が盛んであった<sup>34)</sup>。そして鳩山博士もそのような説明をしているわけであるが、注目すべきは鳩山博士が「職権上」という表現を職権探知とは明らかに異なる意味で用いていることである<sup>35)</sup>。鳩山博士が訴訟法上の原則である弁論主義の適用があることを当然の前提としていることは上記引用文から明らかであろう<sup>36)</sup>。なお、鳩山博

32) 鳩山秀夫『日本民法總論(下卷)』(岩波書店、大正13年)486頁。

33) 比較的最近のものとしては於保不二雄編『注釈民法(4)総則(4)』(有斐閣、昭和42年)219頁(奥田昌道執筆)くらいであろうか。

34) 参照、富井政章『民法原論第一卷總論(第五版)』(有斐閣書房、明治40年)458頁、鳩山秀夫『註釋民法全書第二卷法律行為乃至時効』(巖松堂書店、刊行年不詳)385頁、穂積重遠『民法總論下卷』(有斐閣書房、大正10年)152頁など。

35) 鳩山博士の教科書は当時はかなりよく読まれていたものではないかと想像される。そうであるなら、「職権上」というのが職権探知とは別の意味であるということについての理解も当時の民法学者の間にひろまっていた可能性がある。

36) なお、今日では無効原因のなかでも公序良俗違反に限っては弁論主義の適用が制限されるとするのが多数説である。参照、高橋・前掲386頁。

士は大正5年の『日本債權法（總論）』では「職權上」を職權探知の意味で理解していたが、のちに誤解に気づいて大正13年の『日本民法總論（下卷）』で職權探知を否定した、ということはないと思われる。というのは、上で引用した『日本債權法（總論）』中の説明は修正を加えられることなしに大正14年の『増訂改版 日本債權法（總論）』にそのまま引き継がれている<sup>37)</sup>のであり、このことからすると、鳩山博士は表現を改めなければならないような誤りを『日本債權法（總論）』のなかで犯していたと自ら考えることはなかった、と見るのが自然だからである。

さてそうすると、鳩山博士が『日本債權法（總論）』のなかで「抗辯」という言葉でもって何を言い表そうとしていたかが問題になる。おそらくそれは、「過失相殺がなされるべきである」との主張のことだったのではないかと思われる。このように解することは決して不自然な理解の仕方ではない。というのは、民法学者に限らず実体法学者は相手方の権利を争う主張のことを「抗弁」と称することがしばしばあるからである。そのような例をひとつあげるとするなら、たとえば手形法学上の「交付契約欠缺の抗弁」をあげることができよう<sup>38)</sup>。

以上で説明してきたところから、「抗弁」という言葉が実体法上の抗弁とも訴訟法上の抗弁とも異なる意味で用いられることのあることが明らかになったであろう。このことを念頭に置きながらさきに引用した中島博士の説明を読む場合には、中島博士が鳩山博士と同じ理解をしていた可能性を否定できなくなるように思われる。中島博士が鳩山博士と違って弁論主義の制限を考えていたとの結論を下すには、そのような結論を裏付ける資料がほかに必要になってくるのではあるまいか。

37) 鳩山秀夫『増訂改版 日本債權法（總論）』（岩波書店、大正14年）98頁以下。

38) 司法研修所編『約束手形金請求訴訟における要件事実とその立証（三訂版）』（法曹会、平成8年）53頁以下（坂井芳雄執筆）は、「交付契約欠缺の抗弁」は契約説・発行説・創造説のいずれによっても訴訟法上の抗弁には当たらないと指摘している。

## (2) 昭和3年判決後の文献

つぎに、昭和3年判決についての誤解にもとづいて過失相殺には弁論主義の適用が制限されると解した、と指摘されている諸家の見解を刊行年順に検討しよう。

## 1) 末川博士

まずは「被害者の過失が主張されていなくても、証拠上認められる限り、職権で過失相殺できる」との読み方の先蹤をなしたと指摘されている末川博士の判例批評についてである。同批評のうち、本稿のテーマと関係がある判決要旨第一点に関する部分は「不法行為の被害者に過失があると認められるべき事情があるときには、裁判所はその過失についていかなる意味でいかなる程度の考慮をしなければならぬか」という問題提起で始まっている。そして「こゝで最初に一應考へねばならぬのは、裁判所は被害者の過失を常に斟酌することを要するかどうかといふ点であるが…」として不法行為の場合には債務不履行の場合と違って裁判所に被害者の過失を斟酌する自由を与えることが妥当であると論じたうえで、つぎのような説明をしている。

①「斯くの如くに解するならば、『訴訟ニ現ハレタル資料ニ依レハ被害者ニ過失アリト認ムヘキ事情ノ存スルコト判文上明ナル場合ニ於テ』も、なほ裁判所が之を斟酌しなかつたのは、違法だとはいへない。しかし斟酌しないといふことゝ斟酌するか否かを問題にしないといふことゝは別である。即ち斟酌しないでもよろしいといふことは、必ずしも斟酌するか否かを問題としないでもよろしいといふことではないのであつて、問題としないでもよろしいか否かは更に訴訟審理一般の原則によつて決せられねばならぬ。さうして上記のやうに被害者の過失が明白に認められる場合においては、その過失を斟酌するか否について裁判所が必ずこれを問題として判断を下さなければならぬのは、訴訟審理一般の原則上まさに要求されるころであらう。…」

②「さうしてまた被害者の過失を斟酌するか否かを問題とするには、賠償

義務者からの主張があることを要しない。蓋し被害者の過失は単なる抗辯権を賠償義務者に與へるものではなくて、裁判所が独自の立場において賠償額を決定するについて考慮すべき事情に屬する一資料とみらるべきものに他ならないからである。即ち賠償義務者の主張がなくても、なほ裁判所は被害者の過失を認めたときには職權を以て之を斟酌するか否かを問題となし得ると共に、その主張があったからとて必ずしも賠償額を定むるについて被害者の過失を斟酌することを要するのでもない。」

さて、上記引用文中で、末川博士は過失相殺について弁論主義の適用が制限されるということを論じているのであろうか。

まず上記引用中の①部分について、末川博士が「訴訟ニ現ハレタル資料」を「訴訟資料」と解していたかどうかが問題になる。そのように解していたのであれば、末川博士は過失相殺について弁論主義の適用が制限されるなどという議論はしていないことになる。反対に、「訴訟ニ現ハレタル資料」に「当事者による主張はないが証拠調べの結果明らかになった事実」まで含むと解していたとすれば、過失相殺について弁論主義の適用が制限されるとの議論をしていた可能性が出てくる。この点についてであるが、末川博士は「訴訟資料」と解していたのではないかと考えられる。もし「当事者による主張はないが証拠調べの結果明らかになった事実」まで含むと解していたとすれば、末川博士は、そういう事実を必ず問題にしなければならないというのが「訴訟審理一般の原則」とであると説明していることになるが、それでは末川博士がおよそ弁論主義というものを理解していなかったということになってしまう。

つぎに上記引用中の②部分についてであるが、たしかに「賠償義務者からの主張があることを要しない」という箇所「主張」を「被害者の過失についての事実主張」の意味に理解することも可能ではある。そのように理解するなら、末川博士は過失相殺について弁論主義の適用が制限されるということを論じていることになる。このような読み方は「蓋し被害者の過失は…裁判所が独自の立場において…考慮すべき事情に屬する一資料」との説明があ

ることから一定の説得力を有する。しかし「賠償義務者からの主張があることを要しない」の「主張」を「『被害者の過失を斟酌すべきだ』という主張」のことに解することも可能であろう。このように解するなら、末川博士は過失相殺について弁論主義の適用が制限されるなどと論じてはいなかったことになる。思うに、末川博士が「被害者の過失は単なる抗辯権を賠償義務者に與へるものではな」としてわざわざ抗弁権との違いに言及していることからすると、むしろここでいう「主張」とは抗弁権であれば必要であるがそうでなければ不要なもの、すなわち「『被害者の過失を斟酌すべきだ』という主張」と理解すべきではあるまいか。「主張」が「被害者の過失についての事実主張」の意味であるなら、「被害者の過失を斟酌するか否かを問題とするには、賠償義務者からの主張があることを要しない。蓋し被害者の過失は単なる抗辯権を賠償義務者に與へるものではなくて、裁判所が独自の立場において賠償額を決定するについて考慮すべき事情に屬する一資料とみらるべきものに他ならないからである」という部分から「単なる抗辯権を賠償義務者に與へるものではなくて」という部分を削ったほうが文章として自然なものになるように思われる。

以上の①および②部分の検討から、末川博士は昭和3年判決を過失相殺について弁論主義の適用を制限したものとは読んでいなかったのではないかと思われる。

### 3) 我妻博士

末川博士の誤解に追随した民法学者として我妻博士の名があがっていることはさきに紹介したとおりであるが、実際には、我妻博士は体系書のなかでつぎのように記述しているにすぎない。

「なほ過失を認めた以上職権をもつて斟酌するも妨げなく、且斟酌せざるときはその然る所以を判文上明にすべしとせらるる（前掲大判昭和三・八・一民集六四八頁）。」<sup>39)</sup>

39) 我妻・前掲211頁。

要するに我妻博士は昭和3年判決をごく簡単に紹介しているだけであり、職権をもって斟酌するということがどういうことかをとくに説明してはいないのである。以上のような記述だけをもとに我妻博士が職権斟酌の意義について誤解していたとの判断を下すことはできないように思われる。

#### 4) 於保博士

我妻博士と同様に末川博士の誤解に追随した民法学者として名指しされている於保博士も体系書のなかで「過失相殺は、単に債務者に抗弁権を与えるものではないから、これは裁判所が職権をもってなさなければならない」<sup>40)</sup>と記述しているだけであり、職権をもって斟酌するということがどういうことかをとくに説明してはいない。なお、上記引用文の直前に「裁判所が債権者の過失を認定した以上は、必ずこれを斟酌することを要し、もし斟酌しなければ違法な判決として上告の理由になる」<sup>41)</sup>との記述が見られるが、これは、不法行為の場合には民法722条2項が「…斟酌スルコトヲ得」として被害者の過失を斟酌するか否かが裁判所の裁量に委ねられているのに対して、債務不履行の場合には斟酌が必要的であるということを説明するものである。

#### 5) 藪教授

藪教授については、昭和3年判決を「被害者の過失が主張されていなくても、証拠上認められる限り、職権で過失相殺できる」との判示をしたものと誤解してしまったためにドイツの文献がどちらも民法上の意味で使っている *Einrede* と *Einwendung* をそれぞれ実体法上の抗弁・訴訟上の抗弁と解してしまったとの指摘がなされていることをさきに紹介したが、問題の総合判例研究にはつぎのような記述がみられ、その直後に昭和3年判決の判文が引用されている。

40) 於保・前掲135頁。

41) 同上。

「過失相殺は裁判所が職権をもつてなしうべき事項に属するから (…), 当事者の主張がなくても, 被害者に過失ありと認めた以上は, これを斟酌して妨げない。しかし, その過失を基礎づける事実, 加害者において証明しなければならない (この意味において, 過失相殺の主張は, Einrede (実体法上の抗弁) ではなく, Einwendung (訴訟上の抗弁) であるといわれる (Enneccerus-Lehmann, S.713))。したがって, 被害者に過失ありと認むべき事情が判文上明らかな場合に, それを考慮しなかったときは, 裁判所はその理由を明示すべきである。」<sup>42)</sup>

さてそれでは藪教授は昭和3年判決をどのように理解していたのであろうか。この点はあまりはっきりしない。指摘されているとおり, 藪教授は昭和3年判決を「被害者の過失が主張されていなくても, 証拠上認められる限り, 職権で過失相殺できる」との判示をしたものと理解していたようにも思える。その理由は, 第一に昭和3年判決が「賠償義務者ヨリ此ノ旨ノ主張アルコトヲ必要トスルモノニ非ス」(傍点・引用者)としていたにもかかわらず, 藪教授は「賠償義務者の主張がなくても」とせずに「当事者の主張がなくても」としているからである。もし藪教授がなくてもよいと考えていたものが被害者の過失を基礎づける事実主張ではなく「被害者の過失を斟酌すべきである」との主張であったのなら, 「当事者の主張がなくても」ではなく「賠償義務者の主張がなくても」と記述したのではないか。つまり藪教授が「当事者の主張がなくても」としたのは原告・被告のいずれもがなしうる事実主張を不要と解したからではなかったか。第二に藪教授は「当事者の主張がなくても…斟酌して妨げない。しかし, その過失を基礎づける事実, 加害者において証明しなければならない」というように, 「当事者の主張」と「加害者による証明」とを対比させている。このことからして藪教授は過失相殺の職権斟酌ということを主張責任は問題にならないが証明責任は問題になるということと理解していたのではないか, と思われなくもないのである。

42) 藪・前掲256頁。

しかし藪教授がわざわざ「過失相殺の主張は、Einrede（実体法上の抗弁）ではな」と説明していることからすると、藪教授が「当事者の主張がなくとも」という表現で説明しようとしたのは被害者の過失についての事実主張が必要とされないということではなく、抗弁権<sup>43)</sup>ではないから「過失相殺がなされるべきである」との主張は必要とされないということであったという可能性も否定できない。ところで、このように解すると、藪教授の文章には過失についての証明責任の所在についての言及はあるが主張責任についての言及は欠けている、ということになって不自然ではないかと思われなくもない。しかしこの点は問題とはなるまい。というのは一般に、訴訟法学者だと当事者のどちらが「主張立証責任」を負うかと論じるような場合に民法学者は当事者のどちらが「立証責任」を負うかということだけを問題にする、ということが少なくないからである<sup>44)</sup>。おそらくそのような場合には、主張責任と証明責任の所在は一致するという前提のもとで立証責任だけが問題にされるのであろう。藪教授の文章についても「過失を基礎づける事実、加害者において証明しなければならない」との表現でもって「過失を基礎づける事実、加害者において主張し証明しなければならない」と説明していると見ることができる。そしてこのように見れば藪教授がわざわざ「過失相殺の主張は、Einrede（実体法上の抗弁）ではなく、Einwendung（訴訟上の抗弁）である」と説明したことも理解可能となってくる。つまり過失相殺の主張は抗弁権ではないから「過失相殺がなされるべきである」との主張は必要とされないが、訴訟上の抗弁であるから抗弁事実についての主張・立証は必要であると説明しているのではなかろうか。もしそうであるなら、藪教授もまた弁論主義の制限など考えていなかったということになる。

43) 藪教授のいう「実体法上の抗弁」は抗弁権のことと解される。

44) たとえば債務不履行の帰責事由に関して、我妻榮『新訂債権總論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、昭和39年）111頁、内田・前掲『民法Ⅲ』132頁、林=石田=高木・前掲94および101頁などを参照。

## 6) 谷口博士

谷口博士が末川博士に追随し、職権をもって斟酌するということを弁論主義の適用を制限する意味に理解したと倉田博士が指摘していることについては既に紹介したとおりであるが、谷口博士の見解を弁論主義の緩和を説く見解として整理する文献はほかにもある<sup>45)</sup>。しかしながら、はたして谷口博士は過失相殺につき弁論主義の適用が制限されるなどということを論じていたのであろうか。

たしかに谷口評釈には弁論主義の制限を論じたものと読み誤られそうなどころがなくもない。すなわち谷口博士は評釈のなかで「債務者側より、債権者の過失を斟酌してほしいと主張する必要はなく裁判所で職権により斟酌しなければならないのであるが、斟酌されるべき事実、過失相殺されるに値する債権者側の過失と見られる事実の存否について、裁判所が心証を得るためにどこまで職権を以て審理・調査しなければならぬかが問題なのである。」<sup>46)</sup>と問題提起をしたうえで、昭和43年判決の示した立場について「過失相殺は損害賠償額の公平な認定のためには職権で考慮しなければならないが斟酌されるべき債権者の過失を構成する事実の存在につき心証を得せしめる責任(すなわち立証責任)は債務者側にあるのであり、心証を得せしめるに足る立証をしなかったときの不利益が債務者に帰するということになるのである。」<sup>47)</sup>(傍点・引用者)との説明を加えているからである。しかしながら谷口博士が昭和43年判決の示した立場についてつぎのようにコメントしていることを看過してはならない。

「このような解釈は、人事訴訟のごとき職権審理主義の行われる訴訟においては妥当しないが、弁論主義の行われる訴訟においては、斟酌することは職権でなすべきだとしても、斟酌すべき過失を構成する事実について心証を得しむるだけの立証をしない不利益は債務者側に帰せしめる

45) 篠田・前掲「権利濫用・公序良俗違反の主張の要否」51頁注(42)。

46) 谷口知平・前掲351頁。

47) 同上。

ことが公平だろうから、けだし妥当であろうと思う。』<sup>48)</sup> (傍点・引用者)

要するに谷口博士は、弁論主義の適用があるから職権証拠調べを認めなかったのは妥当である、とコメントしているのである。以上から、谷口博士の見解が弁論主義の緩和を説くようなものではなく、むしろ弁論主義の適用を当然の前提としたものであったことは明らかであろう。

#### 四 結論

これまでの検討から明らかなように、昭和3年判決を誤解したとの指摘がなされている民法学者のうち、昭和3年判決を「被害者の過失が主張されていなくても、証拠上認められる限り、職権で過失相殺できる」としたものと理解していたと断定できるものはなく、せいぜい藪教授にその可能性がなくはないという程度である。したがってそのような読み方が通説化していたなどということはできないように思われる<sup>49)50)</sup>。

48) 同上。

49) 倉田博士は加藤一郎編『注釈民法(19)』(有斐閣, 昭和40年) 369頁(沢井裕執筆)が「被害者の過失が主張されていなくても、証拠上認められる限り、職権で過失相殺できる」との読み方を通説判例としているとされるが(倉田・前掲227頁注(19)), 上記文献には「過失を基礎づける事実の立証責任は、被害者に過失があると主張する者にあるが、裁判所は被害者に過失があると認めるべき場合には、職権でこれを斟酌しうる」というのが通説・判例であると記述されているだけであり——証明責任の所在についてと職権により斟酌できるということのほか——主張責任が問題にならないということまでが通説であるとするものなのかは明らかでない。

50) したがって、昭和43年判決後に民法学者が執筆した文献のなかに判例の理解としてあるいは自説として過失相殺について弁論主義の適用が制限されるとの説明をしているものがいくつか見られること(この点については注4)および6)を参照)については、それまでの通説にしたがったものと説明すべきではなく、むしろ「過失相殺にもいわゆる弁論主義の適用のあることを主張する論旨は、失当として排斥を免れない」とした昭和41年判決および趣旨の不明確な昭和43年判決について弁論主義の適用を制限したものであるとの説明をした最高裁判所調査官解説に倣ったものと説明すべきであろう。

末川博士をはじめとする民法学者の著作が昭和41年判決や昭和43年判決に影響を与えたかどうかは明らかではない<sup>51)</sup>。しかし、もし影響を与えたということがあったとすれば、それは末川博士をはじめとする民法学者による昭和3年判決についての誤解が影響を与えたのではなく、むしろ民法学説についての誤解が影響を与えたとみるべきではないか。

---

51) 昭和43年判決についての調査官解説である豊水・前掲999頁(注三)が末川批評を過失を構成する事実の主張も抗弁として過失相殺の主張をすることも共に不要とする見解として紹介していることは既に述べたとおりである。なお、豊水・前掲がこのような見解として紹介しているのは昭和3年判決と末川評釈だけである。