

## 論説

現代不法行為法学における過失・違法性論  
の動向と課題中  
村  
哲  
也

## 目次

- 第一章 問題の所在
- 第二章 加藤 説
- 第三章 新受忍限度論
- 第四章 その他の学説と成立要件の一般条項性の拡大
- 第五章 沢井説—形式性の回復による対処
- 第六章 今後の課題

## 第一章 問題の所在

一、現代の不法行為法学における過失・違法性論<sup>(1)</sup>に関しては、過失・違法性の一元化の主張の登場によって、学説状況が大きくぬりかえられてきた。一元論も突然にまた独特なものとして生まれたものではなく、学説の、加藤説にはじまる展開の一環として位置付けられうる。これらの学説が造り出す大きな流れは、機能的には、綜合判断要求の拡大、規準の形態では、一般条項化の拡大と捉えることができる。この方向に対して、他方で、沢井説に代表される、成立要件の形式化の主張が批判説として存在する。本稿は、一般条項の運用方法の提案としての意義という点から、これらの学説の特色、それを与える法思考の問題点を整理し（第二章（第五章））、今後のあるべき方向を探ろう（第六章）というものである。ここでの問題は次のところにある。

二、加藤説以後の学説の展開は、我妻相関関係論の批判と承継という両面をもっている。我妻説は、末川説による違法性論—権利侵害要件を形式的に解することをやめるといふ限りでの七〇九条の一般条項化<sup>(2)</sup>—をうけて、「違法性決定について一応の準繩を定める必要<sup>(3)</sup>」から主張された。このことから、加藤説以後の学説が、我妻説の、相関の主張であることと、それが準繩のための方式であることのどの面を批判或いは承継の対象としているかが、学説の系譜という点での問題となる。この点についての仮説は、加藤説以後の展開では、我妻説の準繩の側面が後退し、相関判断であることの拡大承継があるということである。<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>

三、以下での学説の展開の意義付けの角度は、七〇九条の適用或いは再構成の提案に関して、それらが裁判官による実質的判断・利益衡量の位置と内容をどのように限定・確定しようとしているかということにある。不法行為法

領域での損害賠償請求権の成立をめぐる争いは、過失責任原理そのものの当否という形だけをとる場合は別として、七〇九条（本稿ではそれ以外の不法行為成立要件に関しては立入らない）の解釈をめぐる対立として構成された場合、注意義務の有無・程度、被侵害利益の要保護性をめぐっての争いになる（その他に事実的因果関係認定規準も重要）。解釈学説は、この点に關しての裁判所の選択への働きかけ——それは、選択方式一般に對してのことであれば、ある事件或いは一定種類の事件での選択に對してのこともある——である。七〇九条は、それとして広い解釈可能性をもつ過失・権利侵害（違法性）といった実質的（或いは実質化された）要件からなっているために、実質的価値をめぐる多くの諸対立、それも市民生活の多様な側面に関連し、価値対立の内容も錯綜しているそれらが、七〇九条の解釈として構成可能であつて、それだけに個々の事件での裁判官による選択可能性の巾が大きい。このことから、七〇九条による裁判は、場合によつては、裁判官が、法的規程に沿つての判断を行うという側面が弱まり、自らの価値判断によつて行ふ解決であるという性格を強くおびる可能性がある。従つて、七〇九条解釈論に關して、裁判官の利益衡量的場・内容の画定方法如何という角度からみるということは、解釈学説について、第一に、裁判官が、多様な利益対立に對しての法的規程による解決であるという性格を確保することにとつての適合性、第二に、その解決が、内容的に、近代法において客觀的法の主觀的対応物とされる、主觀的法の權利の確保になることへの適合性をみるということである。<sup>6)</sup>このことは、最終的には、裁判官の利益衡量的場・内容の画定の有無及びその基礎となつている価値判断如何ということであり、更に別言すれば、体系的視點の有無と内容、そのこととの、一定の社会状況の下での、人格的利益・財貨の享受主体性の実質的保護への適合性如何ということである。

四、次に、不法行為裁判上、とくに公害・医療・製造物責任（契約責任として構成されるにせよ、実質的問題點は変わらない）等、専門的知識が、因果関係判断だけでなく、注意義務の指定（これも解釈論）にも重要性をもつて

きたということに関連した問題がある。このことは、学説に関しては、この種事件を中心とした裁判所の作業の「専門性」の意義付け、促進ということへの各学説の適合性如何という問題である。ここでいう専門性は、裁判所による具体的適用のための規準の再構成ということである。即ち、この種事件では、裁判所の作業において、その事件についての一定の専門的知識が要請される他に、規準適用によって解決するための法的専門性がとくに注意義務の設定に集中的に現われる。裁判所が、現代社会の専門分化に一つの根拠をもつ諸紛争に対処するには、とくに争点の所在の構成―予見対象・時期、更には、推定則の使用方法など―を通して、法適用であることを示すことが、裁判所自身が他者に対して争いが規準の解釈をめぐるそれとして構成されることを要求することに対応して、重要性をもつ。裁判所による規準構成は、自らの下す結論を理由付けうるように行なわれる。しかしまた、この争点構成は、法の解釈であることによって、具体的事件をこえた一般的性格をおびる。学説による、裁判所が行なったこの点での作業の意義付けには、結果そのものの意義付けと同様、学説の側の基礎的視点―実質的価値基準を必要とする。

五、しかし、法的規準の存在と、制定法の拘束力を出発点とした、上記の意味の専門性にとっての意義という観点をいっただけでは、民事法解釈論の方法の検討にとってはなお不充分である。社会での私人間の紛争形態の変化、規範意識の変化に対して、「解釈」を経ても、制定法から適切な規準が導き出せないと判断される場合がある（勿論、制定当初から疑問視される場合もある）。民事法領域では、制定法の不備を根拠とした結論を出すことは、一方当事者の不当な不利益を国家的に確定するということを意味する（刑法では、罪刑法定主義がこの点での人権保障への価値選択を表現している）。このことを避け、個人の財産或いは人格的利益の確保のためには、社会に開かれたものであらざるを得ないという性格を民事法は持つ。欠缺論・法継続形成論・その他解釈方法も含めて、解釈

方法論の多くのエネルギーがこの点への対処に注がれる。不法行為法でもこの問題が現われる。次章以下では、「解釈」論の中で行なわれる法律拘束性問題への対処も、実践的選択として、その意義は、求める結果と前述した規準・専門性の意義との対比から測定される。即ち、裁判官が法律に拘束されるという一般的要請の意義を前提としても、法律解釈による解決の追求とともに、場合によっては、法律の外の法形成が承認されている（例えば、仮登記担保に関する判例法形成）。しかし、具体的解釈論での方途の選択は、実用法学の実践性の一変型であって、具体的解釈論で表示される拘束性問題への態度設定も、前述した裁判官の利益衡量の場合・内容の画定と同様、実践的意義の測定の対象となる。

なお、本稿の中心部分をなすのは学説史的叙述であるが、学説のとり上げ方は網羅的ではない。これは、学説史作業に必然に伴うことであるに加え、学説史の部分が、不法行為法学の流れの等者の見取り図を得ようという試みであることによる。

（１）本稿では成立要件論のうちの、過失論違法性論を対象とする。因果関係論のうちの事実的因果関係についての認定規準も実際の裁判上の重要性は劣らないが（いわゆる公害裁判では、より重要性をもった）、学説の傾向を捉えるには、過失・違法性論で充分であると考えた。なお、故意責任の位置付けは、過失論に規定されているから、とくに独立しては論じない。

また、効果論は、一つには目下の筆者の準備不足もあるが、もう一つは、それは要件論と深く関連しているものの、学説の展開は、一面、共通の特色を示すとともに、また別個の分析を必要とするものでもあると考えた。

（２）ただし、論理的には、我妻相關関係論は、末川違法性論による権利侵害要件の拡大を必然的な前提とするわけではない。相關判断が権利侵害要件の拡大が問題となる領域でだけ考えられるわけではないし、権利侵害説でも相關判断が要求される。しかし、我妻自身は、末川説を前提としており、また、事実として、末川説が相關関係論登場を促したということはい

える。

- (3) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為(新法学全集)』(一九三九)一二五頁、また、同じ意味で、標準という表現は、一二六頁、一二七頁。

なお、我妻・『事務管理……(現代法学全集)』(一九三一)四一七頁、四四八頁には、準繩・標準という表現はない[四五〇頁には、與つたコンテキストながら、「具体的標準」という表現がある。この表現にはたしかに、相關關係判斷によつて、このことから、新法学全集で準繩が自覺的に強調されたということはできよう。しかし、現代法学全集では準繩の必要性が低く評價されていたと断言することは、そこでの叙述からでは、できない(当然であるとしてことさらには強調する必要性をみなかったという可能性もあるから)。

- (4) 我妻説は、必ずしも広い支持をうけていたわけではない(拙稿「民法七〇九条の一般条項化と個人の利益」法政理論一五巻二号(一九八三)四三頁註(3)、八一頁以下)にも拘わらず、「通説」とされてきたが、このように「通説」としたことが、我妻不支持説の存在を検討しそれが我妻説の批判・承継に生かされるということがない、ということに導かなかつたであらうか。

- (5) 不法行為法学説史ということに限定せずに、方法論上の流れをみると、とくに新受忍限度論、平井説、石田説には、のちにそれぞれにふれるように、裁判過程に関する、末弘・川島理論の影響が大きい。ただし、末弘理論・川島理論のそれぞれの検討を経た・「影響」の意味の画定は、本稿の用意を超える。

- (6) 本文での叙述は、解釈学説と判決理由での法律論の意義の峻別を出発点にしている。解釈学説も主張者の実践的判断を基礎にもつという点では、裁判上の解釈論と同様に主観的である。しかし決定的な相違は、第一に、学説は権力行使者による解釈ではないということであり、従つて第二に、学説がそれとして意義をもちうるのは、裁判が法の解釈によつて行なわれるかぎりであるという点にある。勿論、実質的利益に関してだけでなく、権力との距離についての法律学者の意識もまた多

様であるから、上述第一点は、それぞれの解釈論がそのような意識の下で行なわれているという意味ではない。また念のため付言しておく、ここでの権力という概念は、批難の意味を全く含んでいない。

(7) 従って、裁判作業の専門性一般が肯定或いは否定されているかということが問題となるわけではなく、またそれ以外の専門性、例えば、適切な直観的判断というようなものが考えられているのではない。

## 第二章 加藤 説

一、加藤(一)『不法行為』(一九五八)は、昭和四〇年以降の、交通事故・公害への対応を要請され、その結果として大きな変貌を示す不法行為法学の出発点となった。もともと、このことは加藤説がそのものとして受け入れられていったということの意味するわけではない。そこで「出発点」というのは次の二つの意味においてである。第一に、現代過失・違法性論は、それぞれ異なった角度からであれ、我妻相關関係論批判を共通にしている。加藤・前掲書は、我妻説を「学説の到達点」と評価することによって、相關関係論が「通説」であるとされることに決定的な役割を果たし、我妻・加藤説として、その後の学説の批判・修正対象を作り上げたこと、第二に、既に加藤説において、我妻説の修正が存在すること、そして、この修正の試みのなかに、その後の学説の展開にとってのいくつかの端初がみられる、ということである。勿論、ここでは、第二点が叙述の対象である。即ち、加藤説の過失・違法性は、違法性の一般論についての相關関係論、過失及び違法性についての事象類型論<sup>(1)</sup>からなっている。そして、この二つの柱には、ともに我妻説への修正があり、そのことが、その後の新受忍限度論の登場に直接につながる。また、この二つの柱の論理的関係は明らかではなく、このことも、後にのべる論理的側面についての特色の一つの現

われである。

二、まず、相關關係論のうちの相關のさせ方に我妻説からの変化がみられる。我妻説は、被侵害利益のそれぞれについて、態容との相關が重要であるものとなしものを區別し、前者のグループについて態容を強調した。加藤説においては、被侵害利益に即して態容との關係を區別するということは、我妻説における程には、明確ではない。<sup>(2)</sup>更にいくつかのものについては、態容との相關でなく、故意過失とのそれが考えられている。<sup>(3)</sup>この相違は、すぐのちに表わされた次のような主張——「故意・過失ということも広い意味でいうと違法性の問題の一部といつてもいい。広い意味での違法性があるとして、損害賠償を認めるか認めないかという判断の中に、故意・過失の判断も入ってくるという見方もできるわけであります」——とともに、我妻説のいう態容との相關の後退である。このことは一面、我妻相關關係論のもつた論理的矛盾の一つの現われであるとみることができ<sup>(4)</sup>る。しかしこの修正は、相關關係論を被侵害利益を故意・過失と相關して構成しなすこと即ち、準繩機能實現の一つの試みへの「方向転換」<sup>(5)</sup>にはならなかった。その後の加藤説の展開のなかには、そのような意味の過失・違法性論はない。むしろ、この点の相違は、相關判断を、諸要因の（従つて、態容であつたり、故意・過失であつたりしてもよい）総合判断に近付けるものという意味をもつた。

日弁連の講演でのべられたことは、未だ、一元化を主張する学説の存在をさしているものとはいえない。<sup>(7)</sup>しかし、新受忍限度論の直接的先軀形態である違法性受忍限度の主張の他に、ここで示された、我妻説的態容の後退と故意過失を含んだ「広い意味の違法性」という考え方も、新受忍限度論の形成にとつての端初となつた。<sup>(8)</sup>

三、加藤説の我妻説との相違の第二点は、事象類型Ⅱ「複数の不法行為論」<sup>(9)</sup>である。加藤説の類型化には二つの段階がある。当初の『不法行為』では、一般的要件である過失・違法性の分類として、前者に關して事故類型、後者

に関して、相関の二つの柱である被侵害利益と侵害態容の類型があげられていた。この類型化でも、とくに過失類型の「方法的基礎」は明らかでなかったが、過失内容の明確化の第一歩にはなりうるものだった。この段階では、我妻説との相違は大きなものではなかった。ついで、アメリカ留学後、類型化の「必要性を当時（『不法行為』執筆当時）よりもはるかに強く感じ」たことから登場する加藤編『注釈民法』〔一九六五〕の「不法行為の諸類型」は、「複数の不法行為」論と相関関係論の接合であった。「複数の不法行為」の考え方は、本来的には、一般的過失・違法性概念から出発するものではなく、また、体系的思考の産物ではなく、直観的かつ経験的思考の産物である。このことから、第二段階の類型論では、反体系的思考が前面に出ている。そしてまた、我妻相関関係論の類型とは全く異なるものとなった。

加藤説の類型論に対しては、「分類する方法的基礎が明らかでない」<sup>(13)</sup>という批判がなされている。これに対し、加藤は統一的な基準の欠如を承認しつつ、「理論的な類型化でなく、実際的な類型化」であり、「類型別の不法行為の実務を進展させ、類型別の理論を進展させるのに寄与した」<sup>(14)</sup>と応える。そこで、「理論的」基礎を欠いた類型論のもつ、「実際的」意味のなかみが問題となる。以下、まず、「生活の妨害」類型の性格の変化を素材として、加藤説の類型論が、判断要因の多様性の整序ということの有用性はあっても、基礎的評価視点からの目的論的設定でないことよって、判断基準の提出ということに関しては、なぜその類型がたてられるのかを、また、他の類型との相違―従って、利益衡量的場と内容の画定―がどこにあるのかを明らかにするものではない、ということを示す。ついで加藤説の欠缺構成に関して、「複数の不法行為論」が、反体系的思考を介して、欠缺論と親近性をもつこと、この欠缺論が、類型論と同様、統一的基準に導かれていないことを示す。

四、『不法行為』における「生活妨害」類型は、そこでの「社会生活上受忍すべきだと考えられる範囲内」の利益

侵害は違法性がなくなるといふ違法性受忍限度論とともに、その後の不法行為法学の展開に大きな影響をもった。このことによつて、この類型は、加藤が当初直接に意図したような、単に、権利濫用論に対して、そこでの原則と例外を逆にしたといふことに留まらない意味をもつことになった。

この「生活の妨害」は、『不法行為』においては、被侵害利益類型のうちの「人格的なもの」のうち、「身体的側面」の一つとして位置付けられている。この類型と他の被侵害利益類型との関係は明らかでなく、加藤自身、なお被侵害利益類型であることを前提としつつ、この位置付けを「便宜上」のものであるとしていた。やがて、この「生活の妨害」は、「公害」と同じ意味であるとされることによつて、被侵害利益類型でなく、「不法行為の類型」であるといふ性格を明確に持つようになる。つまり、この類型は違法性という一つの一般的成立要件判断のための被侵害利益の一類型でなく、この類型の中で、不法行為のすべての成立要件が検討されることになる。従つて、違法性||受忍限度判断も、被侵害利益と侵害態様の相関関係によることになる。この類型での相関関係論の特色は、第一に、不法行為の類型であることから当然であるが、被侵害利益にはすべての種類の利益が問題となつてくる。「まず第一に考慮されるのは被侵害利益です。……人身被害を受けたというのは、被侵害利益として重大なものですから、原則として受忍限度をこえているといえます。それに続いて生活上の利益、財産上の利益等がある……」<sup>(19)</sup>ここでは、被侵害利益が、利益衡量の一方におかれるものとして、「大小」、重大さによつて並べられている。利益の・従つて利益対立の質に着目した分類ではない。このことは、公害類型といふことが、利益評価に即して、一定の利益評価の体系での位置を与えられて造られたものではないことを表わしている。第二に、相関判断のもう一方の柱である侵害態容としては、行為が法的性格付けをされたものとは異つて、公益性・公法的な規準との関係・最善を尽すこと<sup>(21)</sup>、といった諸要因があげられている。ここでは、一面では、我妻相関理論の態容部分に

存した論理的問題点が解消されているといえるとともに、他面では、一つ一つの要因は一定の利益衡量の方向を示すものであっても、諸要因として現われるときは（そして諸要因であることがこの類型形成では重要）、規定的要因が与えられない限り、諸要因としては評価を表わさないから、諸要因の評価方法（位置付け）如何という新たな問題が生ずる。結局、この類型では、被侵害利益の大小を含めた、これら要因の総合判断の結果が、「受忍限度」を超えた（或いは超えない）として示されることになる。この「受忍限度」判断の内容は、「常識」<sup>(2)</sup>が決定するとされる。

この「生活妨害」類型からは次のことがいえる。たしかに、違法性受忍限度論は、「公害」類型において、活動として承認されたものからの損害であつても、賠償責任を免れ得ないという規範の生成をより確定的に表現するものという意味をもった。しかし他方その類型論は総合判断化を促進するものという意味で、その後の学説の展開の端初となった。即ち、当初の『不法行為』において「便宜的」に被侵害利益の一項目とされた「生活妨害」は、のち、被侵害利益の種類ではなく、不法行為の類型の一つと位置付けられるようになった。しかし、不法行為の類型の「実際の」意味は、要因の相違を示すことであつて、規準の点での他との相違は現われてこない。このことは、この類型構成が利益衡量の場の限定・方向の設定という意味をもたない（「常識」はすべての場合に妥当する）ということである。これは「複数の不法行為論」が反体系論であつて、諸要因を位置付け評価する視点に即した類型を求めるものではない、ということによる。

類型が利益衡量の場・内容の画定を含まない、ということとは、「受忍限度」が「生活の妨害」に限らず一般化の芽をもっているということの意味する。

五、加藤説の類型論Ⅱ「複数の不法行為」論は、欠缺論とも容易に結びつく。このことから、利益衡量の方法と

並んで、論理構成についての考え方も現われてくる。

各事象類型の要件・効果は、条文或いは条文を素材として抽出した一般的命題とは論理的結びつきを必要とされていない。たしかに、この類型論でも、当初強かった一般的要件である過失・違法性概念が個々の類型で検討されるという側面がなくなるわけではない。<sup>(23)</sup> その意味では、「複数の不法行為」論が純化されてあるわけではない。しかし、この考え方が、規準の条文・一般的命題との論理的結びつけということは別の原理に立つ考え方であるという性格は変わらない。<sup>(24)</sup> 加藤説では、交通事故・事業災害・製造物責任・医療行為による責任・生活妨害について、無過失責任がそれぞれの類型で一部に適用されるとする。<sup>(25)</sup> これらのうちには既に立法が存在する領域もあるが、加藤説のこの点の特色は、立法の有無に拘わりなく、直接に、各類型における妥当性判断に基づいて、解釈による無過失責任が「正面から」主張されることにある。<sup>(26)</sup> そしてこの主張は、欠缺論によって根拠付けられている。<sup>(27)</sup>

加藤説においては、具体的事件に関して、「最初の判断過程では、既存の法規を意識的に除外して、全くの白紙の状態で、この事件をどう処理し解決すべきか」の「実質的な利益衡量」を行うことが主張される。<sup>(28)</sup> 事件毎の直観的判断の考え方は、対象を事象類型としてとらえることと同じ性格のものである。そこでは、一般的に、「法規」から離れての自由な利益衡量という方法が語られている、ここには、一定の実質的評価視点に基づく、裁判官の利益衡量の場・内容の画定＝規準の設定という考え方はない。このことが、論理構成について考え方―複数の理論構成の間の選択は、それが「どれだけ実際に適合しているか、説得力としてどれがすぐれているかなどの考慮」<sup>(29)</sup> による、というそれ―と結びついて、「法の柔軟な発展のために」「法の適用範囲を合理的に制限して、法の欠缺を広く考えていくこと」<sup>(30)</sup> という欠缺論の主張を根拠付ける。

欠缺論は一般的にあって、既存の規準が存在しないという主張である。従って、欠缺構成は、領域の限定・評価

内容の方向付けを伴わない場合、評価面での一般的な自由な衡量の主張、法的構成面での他の規準及び体系との論理的整合性への無関心を含むことになる。加藤の欠缺論も、反体系的思考を基礎としていることによって、そのような内容をもつことになった。

六、このような、（旧）受忍限度論、欠缺構成による無過失責任論を内容の一部とする「複数の不法行為」論は、過失・違法性概念を内容とした一般条項の、法律学による操作の方法を、体系的思考に基づくものでなく、直観的判断によるものに求めようとするものであった。これは、学説が、一定の評価視点に基づく判断規準の提示を行うということに力点をおくのではなく、裁判過程での実質的利益衡量に着目して、一般的にそれを法規の拘束から自由にすること、判断要因の提示を行うことを学説の中心作業とするということである。また、この学説の方法からは、判決理由のなかでの規準構成作業（解釈論）に対して一般的に、「説得」の問題とする以外には、その作業の内在的な批判また意義付けのための視点は現われてこない。加藤説において、公害類型のとり出しからは、判決に對して、それらが実質的に無過失論であるということの指摘があるに留まる。<sup>(31)</sup>

結論として、加藤説の特色は、法的操作を排しての、直観的判断によって妥当性を導くことの要求であった。そして、学説史上は、我妻相關関係論のもっていた一面である準繩の考え方の後退であり、直接的には新受忍限度論への橋渡し、しかし更にそれに留まない・学説による不法行為成立要件の一般条項性の拡大傾向の重要な源となった、と位置付けうる。

（1）この表現は、加藤「不法行為の類型化の意義」私法四一号（一九七九）一七八頁の、「社会事象別の類型化」という表現からとった。

- (2) 債権侵害と営業侵害の項目においてのみ態容との関係が強調されている。加藤『不法行為』一八八頁以下、一二三頁。
- (3) 加藤・前掲一一四頁、一二五頁以下参照。
- (4) 加藤『公害問題について』日弁連・昭和四〇年度特別研修叢書(一九六六)五一頁。
- (5) 加藤の日弁連講演をこのようにみるもの、広中俊雄『不法行為に基づく損害賠償請求権をめぐる』日弁連・昭和四一年度特別研修叢書(一九六七)↓『民法論集』(一九七二)二二二頁。本文でいう「論理的矛盾」ということについては、柳沢弘士『カメラの民事不法理論』日本法学三一巻四号(一九六六)六八七頁以下。
- (6) 広中・前掲二二三頁。ただし広中論文(講演)は解釈論の展開であって、本文の表現も、その当時、加藤説の変化を自らの主張の方向の中で位置付けるといふコンテストのものであって、本稿とは叙述の性格が異なる。
- (7) 加藤『公害法の現状と展望』法学セミナー一三三号(一九六七)でも、要件一元論の存在は指示されていない(六六頁、六八頁参照)。この論文が翌年出版された加藤編『公害法の生成と展開』(一九六八)に所収されるに際して、一元論へのメッセンジャーが付加されている。
- (8) ただし、加藤は、その後も新受忍限度論に加わることはない(『公害訴訟と不法行為論』(3完)NBL一四八号(一九七七)一五頁参照)。しかし、新受忍限度登場当時、それに好意的であったことは窺える。例えば、「最近では、故意過失と違法性とをまとめて考える考え方も出てきているが、ここでは、いちおう伝統的な分け方に従って……」(加藤編・前掲書二二頁)という表現。また、野村好弘との共著『事故責任』(一九六八)の存在(そこでの一元論の主張は野村の執筆と推測されるが)。
- (9) この二つの概念は、同義に用いられている(加藤・私法四一号一七七頁)。
- (10) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(一九七二)三九九頁註(1)。
- (11) 加藤『日本不法行為法の今日的課題』法律時報三六巻五号(一九六四)↓『民法における論理と利益衡量』(一九七四)一七七頁註(1)。

- (12) 『注釈民法(例)』六三頁以下。加藤・私法四一号一七八頁。
- (13) 平井・前掲三九九頁註(一)、四二〇頁。広中(発言)「不法行為理論の展望」私法四一号二〇五頁。平井は、加藤『不法行為』に対して(平井・三九九頁註(一))と、『注釈民法』に対して(平井・三九九頁註(一))—そこでは、「とくに」としている—四二〇頁、また四二二頁註(三六)ともに批判する。広中は『注釈民法』を批判する。広中が加藤『不法行為』の類型化には基礎があると考えていたとは思えないから、『注釈民法』はより問題が大きいと考えたと説める。
- (14) 加藤・私法四一号一七九頁。なお、前註の批判に対して、加藤説を支持するものに、森島昭夫「過失と違法性(一)不法行為法講義(一一)」法学教室二七(一九八二)五九頁註(二)がある。過失判断における結果回避義務(注意義務)の内容決定にとっての有用性を根拠とする。従って、そこで加藤説による類型化として考えられているのは、『不法行為』での過失類型のようである(正確にはそれと同じではないが、『注釈民法』のそれとはより異なるし、加藤・野村・前掲書のそれとも異なっている)。森島による加藤説理解に関しては、次の二つの点に疑問がある。第一は、『注釈民法』の類型論も同様に支持するのか、ということ、第二は、筆者も、注意義務指定のために類型論が必要であることに同意するが、加藤・『不法行為』の類型論にも基準となる視点が見えていないことへの対処をどのように行なおうとしているか、ということである。加藤説の類型論の変化について、中山充「戦後不法行為法理論史の素描」香川大学経済論叢五三巻三号(一九八一)四五二頁以下も参照。
- (15) 加藤『不法行為』一二七頁註(六)。
- (16) 加藤・前掲一二六頁。
- (17) 加藤「公害問題について」四四頁。『公害法の生成と展開』三頁以下。また、『不法行為(増補版)』(一九七四)二九〇頁以下の叙述参照。
- (18) 加藤『公害法の生成と展開』二二頁以下、『不法行為(増補版)』二九二頁以下。
- (19) 加藤・NBL一四八号一四頁、また、『同名論文(2)』NBL一四七号(一九七七)二五頁。また、『不法行為法(増補

版』一九一頁以下で、四大公害訴訟があげられている。本文引用のなかでの、「原則として」ということは、相關判断の中での例外の存在を積極的に予定しているということを意味するわけではないだろう。また、そこで違法性阻却事由が考えられているとは読みにくい（違法性阻却事由なら他の利益でも同様に現われる）。

- (20) 我妻においては、「被侵害利益の種類」と表現されている（『事務管理・不当利得・不法行為』一二五頁、一二七頁）。加藤『不法行為』一〇六頁では、「種類及び性質」としている。「重大性」（後述するように新受忍限度論では、「程度」という表現が多い）という表現への変化が、考え方の相違を直截に示しているとは言いえないが、被侵害利益評価の方法の一斑が現われている、といえよう（逆のこと、つまり「種類・性質」という表現があっても、それだけでは、それが自覚的に用いられているということではない）。なお、加藤説に限らずほとんどの説が、被侵害利益の重大さという表現を用いていること、そして、我妻説もそうであるとみているらしいことは注目に価する（ただし、広中『債権各論講義』（一九七九）四三二頁は、質としている）。

- (21) 加藤『公害法の生成と展開』三二頁以下。

- (22) 加藤『公害問題について』五五頁。「常識」については、また、加藤『法解釈学における論理と利益衡量』『現代法（15）』（一九六六）→『民法学における論理と利益衡量』二五頁。このことばは、加藤において、重要かつ領域的に限定されない一般性をもつ。具体的な判決に対しての、この姿勢の現われとしては、例えば、四日市判決に関する発言（ジュリスト五一四号（一九七二）四一頁）参照。

- (23) 加藤・私法四一七頁。

- (24) 本文の叙述は、英米法思考に由来するものという意味であって、非難の意味は入っていない、念のため。

- (25) 加藤・前掲一七八頁。

- (26) 航空機事故について、「法解釈学における論理と利益衡量」二四頁以下、「日本不法行為法の今日的課題」一八四頁、製造物責任について、『注釈民法（9）』一三五頁、公害・生活妨害について、『公害法の生成と展開』一三三頁参照。医療事故につい

ては、他の論稿の中に、解釈上の明示的無過失責任の主張は見当たらなかった。例えば、加藤・鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』（一九七六）。

（27）加藤「日本不法行為法の今日的課題」一八四頁。

（28）加藤「法解釈学における論理と利益衡量」二五頁。本文の手続に続いて、「実質的な利益衡量の類似するものをまとめて一つの類型として構成」することが必要とされる（二七頁）。しかしここでいわれている「類型」は、「社会事象を横に並べた」（加藤・私法四一号一七八頁）類型とは意味が異なる。前者は、衡量結果の（ある程度の）一般化という操作の産物として考えられているのに対して、後者は、そのような操作を経ない事故類型である。

（29）加藤「法解釈学における論理と利益衡量」二八頁。論理構成は、導出された規準の既存の規準との論理的無矛盾性を示すこと、という「解釈」であることを示すことの他に、その規準の政策的評価体系の中での位置を表現するという意義も持ちうる。加藤の方法論には、この関心はない。

（30）加藤「日本不法行為法の今日的課題」一八四頁。なお、一般条項運用という視点からではないが、加藤の欠缺構成を、解釈作業の放棄を意味するものとして批判するものに、北川善太郎「担保責任」新民法演習（一九六八）二〇三頁。

（31）加藤「公害訴訟と不法行為（1）」NBL一四六号（一九七七）九頁。

### 第三章 新受忍限度論

一、七〇九条の一般条項性は、加藤説に続く新受忍限度論による過失・違法性の一元化によって更に拡大された。新受忍限度論は、まず、公害という事象類型を対象に、そこでの「判決にあらわれた故意・過失および違法性の

考え方を考察し、……受忍限度による統一的判断を提唱」する。<sup>(1)</sup>

この主張者は、加藤説の違法性受忍限度論をニューサンス判例の分析によって支持するとともに、過失についても、この考え方が「いままでに存在する多くの判決の中から導き出されるもの」<sup>(2)</sup>とする。即ち、諸判決において、「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えられている」<sup>(3)</sup>。また、いくつかの判決において、「故意・過失がほとんど論じられず、もっぱら受忍限度で勝敗が決められている」<sup>(4)</sup>こともこの主張の根拠とする。この一元化の主張のこれまでの過失論との最大の相違は、予見可能性を過失の不可欠の要素とせず、受忍限度判断の一要因<sup>(5)</sup>とすることにある。

二、この新受忍限度論は、公害という事象類型において唱えられたが、この類型をこえた不法行為一般への拡大という考え方も当初から処々に現われていた。<sup>(7)</sup>たしかに、他方では、この類型に限定する表現もみられるから、<sup>(8)</sup>厳密に言えば、この主張は、公害類型に限るのか、限らないとしたら、どのような類型に拡大されるものなのか或いは一般不法行為法の変革に至るものなのかは明らかではなかった。その後、淡路説は、受忍限度という表現をすてつとも、予見可能性を必要としない。また要件を一元化した過失論を一般不法行為法レベルで展開し、<sup>(9)</sup>また、野村説では、一元的規準を、七〇九条の外の「解釈上の特別の不法行為である」とするが、「この……意味での受忍限度の考え方を今後ひろくとり入れていくのはいいか」<sup>(10)</sup>と、他の類型への拡大が示唆されている。従って、七〇九条の解釈とするかその外とするかは一まずおくとして、受忍限度による一元化（淡路はこの表現を捨ててが実質は変わらない）という、それ自体として七〇九条の一般条項性の拡大である主張は、領域的にも、公害類型に限られた主張ではなかったといえよう。

この拡大によつて、受忍限度という「規準」の性格の確定が一層重要になり、またそのためには、価値視点の所在が問題となる。

三、受忍限度判断の方法について、野村説は、「損害の程度など被害者側の事情」と「加害者側の事情や周囲の状況等も勘案」するとし、淡路説は、一元化した過失判断について、「抽象的には、被侵害利益の性質および程度（被侵害利益の重大さ）と加害行為の態様との相關衡量によつて過失の有無が判断される（なお、軽微な被害については地域性が考慮される）」とする。これらの定式では、加藤説と同様、判断規準の量への還元が特色的である<sup>(13)(14)</sup>。このことは、新受忍限度論が、規準の提示としてより、判断要因の提示という性格をもつことを現わすものの一つである。次の問題はこれらの利益・要因を位置付け、意義付ける実質的評価視点の所在である。

このような一元的規準への選択は、勿論、裁判例分析によるだけでなく、むしろそのような判例理解をも規定している実践的選択がある<sup>(15)(16)</sup>。淡路は、実質的理由を、「第一に、最善の防止設備を講じてもおお発生する損害や予見不可能な損害であっても、それが受忍限度を越えるものであれば賠償の対象となるのが、危険な活動を行うことによつて利益を得ている企業がそのような厳しい義務を課せられることは、当然である。第二に、受忍限度論は、すべての種類の公害に適用できる。第三に、受忍限度論は、加害者と被害者の事情を相關的に判断するに適した弾力性のある枠組みである」とのべている。このうち、第一点と第三点に主張の眼目があり、第三点でいう弾力的判断の方法を介して、第一点のいう「厳しい義務」が課されるという實際上の目的が達せられるということになる<sup>(17)(18)</sup>。この第一点、第三点とともに、「衡平な損害の分担」<sup>(19)</sup>を最終的な根拠とする。このことはまた、「今後の不法行為の方向は、少くとも要件論に関するかぎり、加害者に対する非難、制裁を第二義的なものとし、被害者の救済＝損害の填補を第一義的なものとする」<sup>(20)</sup>と表現されている。

たしかに、要件でなく諸要因を示しつつ求める受忍限度・相關関係判断について内容が何も示されていないというわけではない。生命・身体侵害は、「きわめて重大であつて、……とおてい受忍限度内とはいえない」とされ、實際的に総合的較量が求められるものとしては、「單なる精神的苦痛や生活上の不便益」「財産的損害については、……生業に対する……以外の侵害」があげられている。<sup>(21)</sup>この提案からは、被侵害利益に、受忍限度判断についての實際上规定的な役割が与えられているということが窺える。しかし、そこでは、あくまで一つの要因についての「重大さ」判断がのべられているのであつて、被侵害利益が一定の視点から性質に基づいて分類され、それぞれにとつての規準の構成（受忍限度という一般の規準の分化）がなされているわけではない。損害分担論は、形式的論拠による救済の拒否への批判として登場してきたものであるが、実質的判断要求ということ自体の論拠とはなり得ても、それとして積極的に一定の分担内容の方向を表現するものではない。このことから、損害の重大さという判断は直観的判断であつて、未だ、「損害の衡平な分担」とは別の何らかの実質的分類視点に基づいた法学的作業の經由によるものではなかった。このことは、前述のような、被侵害利益の「重大さ」による受忍限度判断の内容例示が、体系の中で利益衡量の場・内容の画定という意味をもつものではない、ということである。公害類型の不法行為法の中での位置付けということが示されないということも、同じ理由による。

過失・違法性の一元化によつて、相關関係論が我妻において準繩（二つの柱の類型は、その具体化としての準繩）を必要とするために登場したという一面は、加藤説を経て、新受忍限度論において更に後退した。<sup>(22)</sup>

その後、淡路説は新受忍限度論の根拠付け及び意義付けの変更を行っている。即ち、まず、損害の公平な分担とすることの内容の不明確さを批判し、「不法行為の目的は、……被害者の権利の法による客観的な保障（保護）にある<sup>(23)</sup>」とする。しかし、未だこの新しい根拠付けからは、直接には、「少くとも」としつつではあるが、「被侵害利

益の重大性」に基づく、帰責不要論が根拠付けられているが、それは損害分担論によるそれと隔たることはない。新たな根拠付けに伴う変化は、むしろ新受忍限度論の意義付けにある。「新受忍限度論にもとづく過失論は、過失を構成し直すという過渡的な形をとりつつ、この被害者の権利の客観的保障というアプローチを可能にしたことに注意すべきである」<sup>(24)</sup>とする。ここでは新受忍限度論の意義は、柔軟な対応ではなく、それを排除した無過失責任を可能にすることにおかれている。予見可能性をはずすことをメリットとすることは当初から行なわれていたが、それは柔軟な対応によって可能とされるということと結びついていた。<sup>(25)</sup> 淡路による新たな根拠付けが新受忍限度論の内容をも変化させていくのかはなお不明であるが、相関的利益衡量をかつてと同じように強調することはなくなるとい意味では、この意義付けの変化は、総合考量批判に依て、利益衡量の限定の姿勢とみることができよう。しかし尚、事象類型と被侵害利益類型の関係、権利保障説をわが国での解釈論とするかなど、流動的である。

四、新受忍限度論は、当初から、一元化した規準と七〇九条の論理的整合については明確な姿勢を示してはいなかった。「その一は、受忍限度を超えていることが立証されれば、過失および違法性の両要件が充足されたことになる、という考え方、……その二は、受忍限度を超えた損害をひき起した場合には過失があり、他方、違法性要件はこれを不要とする考え方、……その第三は、新受忍限度論による判断を、七〇九条による処理とは別のものとして考える立場」がありうるとし、「いずれの構成をとるべきかは、……今後の課題である」<sup>(26)</sup>としていた。のち、淡路は第二の構成をとり、<sup>(27)</sup> 野村は第三の構成をとった。<sup>(28)</sup> もっとも、野村説は、「受忍限度をこえる侵害があれば、違法性はもちろんのこと過失の要件も充たされる」としており、それが「特別の不法行為類型」での過失・違法性であるというものである。「事実上の無過失責任」<sup>(29)</sup>であるとのべられることによって、七〇九条の外のものであれ、過失の解釈論（概念構成）であることの性格を薄めてはいるが、尚、事実上の無過失責任論であって、不明確ではあ

れ、尚、論理的には過失・違法性の解釈論とされている<sup>(30)</sup>。同じように欠缺論ではあっても、「正面から」無過失責任論をとる加藤説とは、論理の平面では異なる。このことから、野村説は、法的構成に関して、欠缺論のもつ問題となお過失・違法性論の解釈論であることの論理的整合性という二つの問題を抱えることになった。このうちの第二点は淡路説に共通する〔淡路説においては七〇九条の解釈論とするからこの点は不可避（ただし、註（27）参照）。野村説にとつては、欠缺論を徹底して過失不要を明示すれば、第二点は解消して第一点だけになる〕。

この第二点は、予見可能性をはずすことが、過失をなんらかの注意義務違反と構成することと論理的に両立しうるかということである。淡路は、過失の内容として予見可能性を要求する説においても、予見義務を高度化することによって、この要請は事実上形骸化されて<sup>(31)</sup>いる、と反論する。しかし予見義務の高度化は、内容的に予見可能性をはずすことに近付くことはあっても、<sup>(32)</sup>論理的には異り、<sup>(33)</sup>ここには、論理についての方法論上の立場の相違が現われる。予見可能性が注意義務の論理的前提であることに對しての、論理的前提ではない、ということとは示されていない。<sup>(34)</sup>論理的無矛盾性の要請は、矛盾の存在が疑がわれたときに無矛盾性を示しうることとを最小限の内容とするものであるが、新受忍限度論は、この無矛盾性を示すことがなかった。野村説に現われる欠缺構成は、条文との論理的矛盾の回避を可能にする。しかし、前述のように、野村説では、欠缺論ではあっても、過失概念構成上の論理的矛盾も解消されずに留まった。

新受忍限度論の論理上の問題性及び野村説の欠缺構成は、論理構成についての次のような考え方に由来する。即ち、新受忍限度論にとつては、裁判例のなかからの実際上の規準の析出が一つの関心事であり、また、そこには、裁判上の自由な規範創造の考え方があつた。従つて、受忍限度という規準そのものが重要であつて、規準の構成概念の論理的説明は関心事ではなかつた。この規準が過失要件の解釈によるのか、無過失論であるかは、「説得技術にか

かわる問題であって、法律学者よりもむしろ実務家の仕事に属する問題かもしれない<sup>(35)</sup>とする。

条文と関係させることだけが法律論であるというわけではないが、規程が条文の解釈論として提出される場合には、<sup>(36)</sup><sup>(37)</sup>条文と論理的に矛盾しないことは、解釈論であることの論理的条件である。このことはまた、国家権力の発動が論理的な矛盾の上に根拠付けられることがないということを要請することでもある。「説得力」は、その法的構成のもつ事実上の力の問題であり、論理的無矛盾性はそれ以前の法的構成の有無の問題である。

新受忍限度論が論理的問題性をかかえたまま過失論を維持したのは、法的構成の正当化論に加え、法律学の外においたその説得力をなお欲したことによる。

五、新受忍限度論の主張——評価基準の側面での、類型形成の基礎——実質的评价基準を伴わないことによる、一元的判断の一般化による利益衡量領域の拡大、法的構成の側面における論理的不整合の存在——は、一般的主張として既に裁判所による規程適用作業の専門的性格を後退させることへの働きかけとなるものであるが、更に、新受忍限度論の具体的な裁判に対する批評はこのことを裏付けるものであった。

野村は、新潟水俣病判決に対して、「本件において認定されている具体的事実関係をみると過失を認定することはきわめて容易であり<sup>(38)</sup>」としつつも、「新受忍限度論にたてば、本件のような……重大な侵害は当然受忍限度をこえることになり、違法性や過失を論ずるまでもなく、被告の責任を認めるべきことになる<sup>(39)</sup>」とする。また、淡路は、同判決について、その法的構成の検討を行っているが、自らの主張としては、「企業者は人身被害という『受忍限度』を越えた損害を他人に与えないよう措置する……義務を負っており（結果回避義務）、……そのような損害を与えれば検知の可能・不可能にかかわらず過失があることになる<sup>(40)</sup>」とする。

新受忍限度論の判決へのこのような対応には、<sup>(40)</sup>裁判所の過失認定のために要する原告の負担をなくすという意図

がある<sup>(41)</sup>。また、実際に、裁判官の中でも、実質的評価として、無過失責任論への関心が表明されている<sup>(42)</sup>。しかし、解釈による規準の再構成とそれに即した事実関係・争点の整序という作業を官僚制裁判官の任務として自らに課す考え方は、被害者救済の要請への対応という実質的評価とも、限界はあるとしてもその限界までは、矛盾することなく両立しうる。新受忍限度論者の提案は、このような職務理解に基づくことのできる（すべての点に専門作業性がつくされているかは別の問題として）諸判決に対して、法律学が、「被害の重大性」だけを理由として判決を下すべし、という専門的作業の回避を説くという意味をもった<sup>(43)</sup>。

たしかに、新受忍限度論は「提唱者以外にあまり支持者は見当らない」<sup>(44)</sup>し、また差止不法行為説も同様である。しかしその存在は、無過失責任の解釈論の実現という内容をもつものであることによって、他の学説に対しそれへの対応を必要とさせるものであった。

新受忍限度論は加藤説のもつ直観的性格を、川島理論の影響を受けつつ、展開したものであって、不法行為成立要件の一般条項性の拡大という傾向を最も明確な形で表わすものであった。このことは、相関関係論の流れのなかでの、我妻説が一面としてもった「準繩」の要請の一層の後退を表わすものである。

- (1) 野村「故意・過失および違法性」加藤編『公害法の生成と展開』三八八頁、他に、三九一頁、三九三頁。淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト四五八号（一九七〇）三七五頁。新受忍限度論を加藤説とあわせて支持するもの、高崎尚志「いわゆる『環境権説』（絶対権説）と受忍限度論」環境法研究一（一九七四）一三七頁以下。その他の新受忍限度支持は、伊藤高義『演習民法・債権』（一九七二）四七二頁、明言はしないが実質的に支持とみうるもの、藪重夫「日照の私法的保護に関する諸問題」北大法学二五卷三・四号（一九七四）一七〇頁註（4）など。

- (2) 野村・前掲三九八頁。

(3) 野村・前掲三八七頁。

(4) 野村・前掲三九一頁。なお、野村の根拠とする判決理由における構成を、大審院大阪アルカリ判決の構成の（結論のなか）影響であるとして、異った意義付けをするもの、沢井裕『公害の私法的研究』（一九六九）二八〇頁以下、また、西原道雄『産業公害における企業の過失(1)』事故と災害二巻一号六三頁。

(5) 野村・前掲三九三頁。淡路・前掲三七三頁以下。この点についての判決理解に対する批判、沢井・前掲三〇八頁以下、森島（発言）大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』（一九七三）二四〇頁。この批判への新受忍限度論の対応は、淡路・前掲参照。

(6) 野村・淡路『公害判例の研究』（一九七二）二〇頁、淡路『公害賠償の理論』（一九七五）五〇頁。

(7) 野村・前掲三九三頁、三九六頁。野村『公害の判例』（一九七二）はしがき三頁。

(8) 淡路・ジュリスト四五八号三七五頁、野村・淡路・前掲二二頁。『受忍限度論』に関して、野村・淡路『民事訴訟と環境権』ジュリスト四九二号（一九七二）二四三頁。

(9) 淡路『公害賠償の理論』一一一頁、また九八頁。なお、新受忍限度論を不法行為法一般の場面のもとの理解するもの、加藤・NBL一四八号一五頁。ただし、淡路説には、近時、製造物責任に関してではあるが、変化のきざしが窺える。淡路『カネミ訴訟と食品製造関連企業の責任』ジュリスト六五六号（一九七八）四八頁、『スモン事件と法』（一九八一）一七五頁参照。

(10) 野村『受忍限度について』公害研究一卷三号（一九七二）七一頁。一元化による七〇九条の外での規準構成は欠缺論であるが、加藤説のように「正面から」の無過失責任論ではなく、「事実上の無過失責任」と表現されている（七二頁）。他の類型に関しては、医療事故について、予見可能性及び回避可能性をはずして被害の重大さということによる過失認定を主張している。加藤・鈴木前掲（前章註（26））一八二頁。

- (11) 野村・「故意・過失および違法性」四〇六頁。
- (12) 淡路・『公害賠償の理論』九九頁。
- (13) 淡路・前註で、「被侵害利益の種類及び程度」(同・九六頁は、「被害の程度・重大性」とされているが、この表現についても、加藤説に関して述べたこと(前章註(20))及び該当本文)があてはまる。また、態容についても、地域性が例示されていることから窺えるように、我妻説の相關判断の一方の柱とされた態容レベルではなく、判断要因が考えられている。
- また、野村・淡路・ジュリスト四九二号二四三頁以下参照。なお、沢井は、我妻・加藤・淡路を同一の相關關係方式としている(沢井「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー一九六号〔一九七九〕八四頁)。たしかに、加藤・淡路が相關關係というとき、我妻説と基本的には変わらないと考えていた可能性はある。しかし、学說史的には、我妻説のもつ一面の展開として把えることと同時に、それからの変化をみることの両方が必要である(ただし、沢井論文のこの叙述には、学說史という意味はない)。
- (14) 野村・淡路・前掲二四三頁では、生命・身体被害、財産被害については、新受忍限度論の妥当を留保している。もっとも、それら被害の性格付けを行ったうえではない。なお、新受忍限度論は、本来的には、ニュアンス判断を素材として登場してきたものである(もっとも、前述のとおり、このことが妥当領域の限定に導いてはいなかった。そのことのために、ジュリスト四九二号の論文に対しては、実質的な改説であるとの批評がなされた。楠本安雄「書評」『環境権』民商七〇巻五号〔一九七四〕九〇二頁)。しかし、「公害」類型での大きな問題は、生命・身体被害であるため、新受忍限度論は、予見可能性はずに力点を移した(野村・註(10)論文、淡路・前掲書)。従って、ジュリスト四九二号論文での上述留保は、その後ははずされることになる。なお、更にその後、淡路説では、受忍限度は明示的に、「生活妨害タイプの公害事件」に限定される(淡路・高橋「ヘドロ公害訴訟最高裁判決への疑問」法学セミナー三三三号〔一九八一〕二五頁)。
- (15) 裁判例理解にとっては、判決理由の法律構成ではなく、實際上判断基準となつているものを取り出し、それに言語表現

〔淡路・前註で、「被侵害利益の種類及び程度」(同・九六頁は、「被害の程度・重大性」とされているが、この表現について、加藤説に關して述べたこと(前章註(20)及び該当本文)があてはまる。また、態容についても、地域性が例示されていることから窺えるように、我妻説の相關判断の一方の柱とされた態容レベルではなく、判断要因が考えられている。また、野村・淡路・ジュリスト四九二号二四三頁以下参照。なお、沢井は、我妻・加藤・淡路を同一の相關關係方式としてゐる(沢井「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー二九六号(一九七九)八四頁)。たしかに、加藤・淡路が相關關係というとき、我妻説と基本的には変わらないと考えていた可能性はある。しかし、学説史的には、我妻説のもつ一面の展開として捉えることと同時に、それからの変化をみることの両方が必要である(ただし、沢井論文のこの叙述には、学説史という意味はない)。

[illegible]

(15) 裁判例理解にとつては、判決理由の法律構成ではなく、實際上判断基準となっているものを取り出し、それに言語表現

（ここでは受忍限度）を与える、という経験法学に基づく方法を主張者は意識していたと思われる。しかしこの方法が、新受忍限度論者の裁判例分析を他の論者のそれと異った成果に導いたというわけではないだろう。経験法学は、新受忍限度論自らの法的構成への姿勢により影響を与えたように思われる。

- （16）一元的「受忍限度」が公害類型において実際に標準であるかについて、裁判官は否定的である。松野嘉貞（発言）「公害訴訟に関する問題研究」司法研修所論集一九七一―一九七三頁、鈴木潔（発言）「公害訴訟Ⅱ」ジュリスト四七五号（一九七二）一五三頁。また、東孝行「公害訴訟の理論と実務」（一九七二）一三六頁以下（ただし、「理論的には相当でない」ということの意味は不明）。これらの反応は、文脈からいって、単に理由付けとしての法律構成レベルのそれとみることはできないだろう（なお、前掲鈴木発言のなかに「裁判官としては、……違法性（本で勝算すればいいのだという考え方にまでは進んでいる……）」という箇所がある。しかしその前後の岡氏の発言（とくに同頁二四頁）からみて、この箇所は、「……にまでは進んでいない」の誤植ではないだろうか。なお、蔵・前掲一七一頁は、この発言を新受忍限度論支持として引用している）。

- （17）淡路・ジュリスト四五八号三七五頁。

- （18）第二点は内容が理解しがたい。危険責任が問題となるケースの処理も可能ということであらうか。とすれば第一点に含まれよう。この第二点のような表現は、淡路の他の論稿には見当たらない。また、註（14）参照。

- （19）淡路・前掲三七五頁。

- （20）淡路・『公害賠償の理論』九四頁。予見可能性説批判には、本文第一点の他に、個人でなく企業が責任主体になるために、意思の問題とすべきでない（ジュリスト四五八号三七五頁、『公害賠償の理論』九〇頁、また、野村・淡路「公害判例の研究」一七頁）、予見可能性は実際上判断規準として機能していない（野村・淡路・ジュリスト四九二号二四四頁、淡路『公害賠償の理論』九二頁）ということがあげられている。このうち、前者は論理必然的なものではなく（善意・悪意といった概念の使用あり）、後者は、他の判決理解の可能性を否定するものではない。なお、沢井「淡路剛久「公害賠償の理論」（民法学のあゆみ）」法律時報四九巻一号（一九七三）一一四頁は、同書による予見可能性説批判に対して「説得的に反

論できない」とのべている。

更に、本文第一点に関連して、淡路は、予見可能性の立証の困難さをあげる（私法四一号二二三頁）。しかし、例としてあげられている文献の所在ということは、それがなければ敗訴になるというものではないであらう。経験法学の判決理由理解の方法がそこでは後退してしまっているように思われる。この立証の点については、また、沢井「食品・薬品公害と製造物責任2」法律時報五〇巻九号（一九七八）六七頁参照（ただし、生命・身体被害に関するかぎり、沢井の批判はあたらない）。

- (21) 淡路・ジュリスト四五八号三七六頁。新受忍限度論を「企業の危険と民衆の安全との調和をはかる意図のもとに不法行為成立を制限しようとした」と批判するものに、後藤典夫『現代損害賠償論』（一九八二）二九頁がある。しかし、「安全」ということが生命・身体のことであるとするならば、新受忍限度論がそれをも「調和」の下におこうとした、また、「不法行為成立を制限しようとした」とするのは、批判対象の正確な理解とはいえない。また、環境権論者から新（及び旧）受忍限度論に対して、「被害者救済の拒否に有力な働きをしている」という批判が行なわれている（久保井一匡・『環境権』（一九七三）一〇四頁、また一〇三頁）。この叙述は、文脈からみて、損害賠償訴訟に関してのものであるが、被告側代理人の論拠になっているということへの批判という意味が強い（そのように機能するということ自体、受忍限度論が、実質的評価視）。また、名目的賠償を主張する立場（同書一〇五頁）からすれば、受忍限度論の成立要件論が狭いということになるが、この立場も環境権論において一致して主張されているわけではない（一〇五頁参照）。総じて、学説史上、新受忍限度論を、賠償法上内容的に救済を狭めるものとすることはできない。新受忍限度論の過失論への環境権論からの批判には、予見可能性はむしろ責任の成立を広げすぎるといえる（同書）一五三頁。

- (22) 未だ検討を経ていない（とくに我妻説の）ので感想に留めるが、本文にのべたことには、損害分担論のしめた位置の変化が対応しているかもしれない。なお、牧野・我妻以降の損害分担論に対しての批判として、後藤・前掲六五頁以下。

- (23) 淡路「不法行為法の将来と不法行為法学の課題」ジュリスト七三一号（一九八二）一〇三頁。

(24) 淡路・前掲一〇四頁。

(25) 淡路『公害賠償の理論』九五頁以下、また、野村・公害研究一卷三号七二頁。一時期はむしろ、「総合的、弾力的」であることに力点がおかれていた。野村・淡路『公害判例の研究』二〇頁、更に、野村・淡路・ジュリスト四九二号二四三頁。

(26) 野村・淡路『公害判例の研究』一八頁。

(27) 淡路『公害賠償の理論』一〇九頁以下。もっとも、新受忍限度論の意義の変化とともに、「生命・身体被害のケースでは、故意・過失は要件論として意味を失」うとする（ジュリスト七三二号一〇四頁）。これが法的構成としてどのような変化になるかは不明。また、同『スモン事件と法』一六六頁以下、一七五頁参照。

(28) 野村・公害研究一卷三号七一頁。

(29) 野村・前掲七二頁。

(30) ただし野村には、「違法性や過失を論ずるまでもなく」という表現もある（野村「新潟水俣病判決」判例評論一五三号「二九七」二二四頁）。違法性・過失の再構成なのか、およそその構成ではないのかは、不明確としかいえないが、前註論文に拠れば、再構成と読まざるを得ない。判例評論での叙述は、「判決のように……論ずるまでもなく」の意と解せなくてはならない。なお、好美は、野村説を、受忍限度によって過失の要件を消し去ることに解釈論的論証がない、と批判する（好美清光「日照権の法的構造（下）」ジュリスト四九四号「一九七二」一一八頁、ただし、解釈論的論証ということが、論理的整合性の提示という意味かは不明。この批判を支持するもの、沢井「差止と利益衡量」法律時報四三巻八号「一九七二」一一頁、同・法学セミナー二九六号（八三頁）。新受忍限度論の実質的内容は過失要件の消去（要因化）といつてよいが、論理の平面ではそうではない。好美・前掲一九九頁註（一一四）にあげられている野村及び淡路の論稿の個所には、一元的判断の主張は行なわれていても、過失要件をはずすことが明示されているわけでない（ただし、そこにあげられている文献のなかで、伊藤「公害差止請求の法的構成について」彦根論叢一四三号「一九七〇」七六頁、八一頁は、受忍限度に基づく

責任を過失責任にかれるものとしている。また、伊藤『演習・民法（債権）』四七二頁（参照）。なお、好美論文の当該箇所は差止の不法行為的構成への批判であるが、同時に、不法行為法論としての新受忍限度論批判にもなっている。

(31) 淡路『公害賠償の理論』九二頁。

(32) ただし、両説の論者間で全く同じになっているというわけではない（沢井・法律時報五〇巻九号六七頁註（9）—瑕疵概念についての叙述であるが、沢井にとっては、そのことは重要ではない—）。

(33) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（一九七二）四〇〇頁、四二二頁。また、前田達明「インフルエンザ予防接種事件（判批）」ジュリスト六四二号（一九七七）↓判例不法行為法（一九七八）三八頁、同「沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」を読んで」法学セミナー二九八号（一九七九）一一四頁以下（最後の文献は、正確には注意義務二元説（沢井）批判）、更に、川井健「不法行為法」法学セミナー三一九号（一九八一）四六頁以下、森島・法学教室二六号八四頁、八七頁註（10）参照。

(34) 淡路は、「前提としない」ことの可能性を別の論理を示すことではなく、結果不法論に求めている（前掲九八頁以下）。しかし、結果不法論には有責判断がなお残されているし、又、「事後的判断」ということは、結果不法論批判者の表現である。

(35) 野村・本章註(1)論文四〇一頁。また、続けて、「従来の解釈法学の重要任務とされてきた」とする。ここには、川島武宣による法的構成の分類とわが国の法律学の特徴付けの影響がみられる。川島「法的コミュニケーションにおける記号的技術」川島編『経験法学の研究』（一九六六）五七頁以下参照。

(36) 正当化のための法的構成、川島のいう「以後的構成」（川島「法的構成」、『私法学の新たな展開』我妻先生追悼論文集（一九七五）↓川島武宣著作集第五巻（一九八二）三三八頁）は、解釈論の一つの型或いは機能とみるべきである。

(37) 欠缺構成をとればこの問題は回避される。ただし、欠缺構成は、自由な規範創造という実質的内容上の問題の他に、論理

的無矛盾性の問題もなくしてしまふから、学説によるこの構成への選択は、権力にとつての評価・構成上の自由と解釈論者の自らの主張の効果との間での実践的決断を含むものである。野村説の構成面での不明確さは、正面からはこの選択に向かわないということでもある。

(38) 野村・判例評論一五三号一二五頁。なお、本章註(30)参照。

(39) 淡路・前掲六四頁註(9)。

(40) その他の同様な対応として、四日市判決に対して、傍論に關してではあるが、野村「四日市判決の意義と問題点」法学セミナー二〇一号（一九七二）九頁、福岡カネミ油症判決（福岡地判昭和五二年一〇月五日）に対して、淡路・ジュリスト六五六号四八頁以下など。

(41) 淡路「公害賠償の理論」九二頁。また、私法四一号二三頁。本章註(20)参照。

(42) 鈴木（発言）・司法研修所論集一九七一―一二九頁、野崎（発言）同二三三頁。

(43) この観点からの新受忍限度論批判とよみうるもの、森島（発言）『環境権』二四九頁。なお、判例による過失推定論に対する淡路の批判（ジュリスト六五六号四八頁）への森島の反論（「スモン訴訟判決の総合的検討（4）」ジュリスト七一七（一九八〇）一〇四頁）も、この関連で読みうる。また、裁判官の反応として、差止請求に關してではあるが、野崎（発言）・前掲一五八頁参照。

(44) 森島・法学教室二六号八四頁、また、淡路「公害賠償の理論」九六頁。

## 第四章 その他の学説と成立要件の一般項性の拡大

一、不法行為成立要件における新受忍限度論は、個々的には相互に対立点もある他のいくつかの説とともに、一般

条項性の拡大の傾向を造り出すものであった。新受忍限度論以外の諸説は、それぞれ異った立脚点の上で、加藤説を我妻説とともに批判対象としつつも、加藤説によって開かれた傾向を促進するものであった。平井説、前田説、石田説のそれぞれにこの性格をみることができる。

二、平井説、(一)、平井説は機能主義的実質化の主張といえることができる。即ち、平井説は、法的概念・論理の機能の分析を基礎としての、実質的な価値判断の認識・予測のための「理論」である。解釈論的作業は、この認識を前提としての「提案」である。

平井説は、まず、違法性概念の機能の分析から、違法性概念を権利侵害要件の拡大という「役割を果し終えた」として、不法行為成立判断は過失に一本化されているとする。<sup>(1)</sup>そして、この過失の概念規定(再構成)は、「損害回避義務」という法的価値判断によって定立された義務に違反する行為」とされる。<sup>(2)</sup>そして、この「定立」が実際に行なわれる要因を、(i)被告の行為から生ずる損害発生の危険の程度ないし蓋然性の大きさ、(ii)被侵害利益の重大さ、(iii)損害回避義務を負わせることによって犠牲にされる利益と右(i)(ii)の因子との比較衡量、にまとめる。<sup>(3)</sup>

(一)、平井説のこの再構成及び要因の提示が、彼のいう「解釈論的提案」なのか否かは明らかでないが、以下のことからするとそうではないように思われる。<sup>(4)</sup>即ち、平井は、法解釈学の「理論」を、④主唱者の法的な価値判断および既存の各種の法規範命題と理論の整合性を保ちつつ説明するための論理ないし概念の構成物を提供するもの、⑤裁判官の行ってきた法的処理と価値判断およびその理由づけそのものを対象として客観的に分析し、法的処理の性質の差異を明らかにし析出するとともにその価値判断を導く因子と理由づけとを論理的に整合的命題として構成して判決行動の客観的科学的認識を可能ならしめる概念ないし論理を提供するものとに区別し、⑥「理論」を提示しないし構成することが損害賠償法の重要な課題であるとする。<sup>(5)</sup>そして、『損害賠償法の理論』では、⑥理論の提示

を中心にし、加えて、それとは「性格を異にする」が故に、「明示」して「解釈論的提案」が試みられるとする。<sup>(6)</sup>

従って、過失概念の再構成作業と要因の抽出についていえば、第一に、平井のこの書は、相当因果関係概念の仮象問題性を明らかにし、⑥理論を提示した解釈論的提案を行うことが目的であつて、過失・違法性概念は、相当因果関係概念の分析の前提として分析の対象となつたのであり、過失についての解釈論的提案は関心にはなかつた。

第二に、判例からのそれらの因子の「抽出作業」の前提とされている「一定の理論的視角」<sup>(8)</sup>は、上述⑥理論である。第三に、他の解釈論的提案においては、実際に、その旨が「明示して」のべられているのに、過失の再構成の

個処には「明示」がない。第四に、この再構成の提示ののち、その反面としての実践的帰結という表現を行っていることは、<sup>(10)</sup>再構成作業の認識的作業性を示している。これらのことから、判例分析から明らかにされたような「機能をもつ『過失』概念の意味はどのように構成されるか」という作業は、平井が「再構成」といつてるときに感じさせる解釈論的性格にも拘わらず、⑥理論であると解してよい。<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>

(三)、平井は、この再構成の「反面として生ずる実践的帰結は、『過失』を前述のような因子によって規定されるところの法律上の価値判断であることを正面に押し出し、それを裁判官に訴えること、にある」とする。<sup>(13)</sup>

平井の⑥型理論の構成の出発点となっている関心は、「実務」と④「理論」との乖離の原因を、⑧理論に含まれる仮象問題性にとらへるにある。<sup>(14)</sup>この作業は、目的たる予測ということの他に、解釈論的作業にとつても、解釈論の提示する規準のもちうる意味の自覚に有用である。また、裁判における実質的判断が概念操作によって自覚されない或いは隠蔽されるということを阻止することに寄与するという意味での裁判過程の一種の明確化作用を平井の表明された意図からすれば――副次的効果としてもつ。

しかし、本稿での対象である、過失・違法性学説にとつての意味という点では、この再構成作業は、それとして



範囲のものであるか、第二に、当該危険の程度すなわち事故発生の可能性、第三に、被侵害利益の重大さ、第四に、行為義務設定によって制限を受ける利益が、過失の前提たる行為義務決定のための利益衡量におけるモメントであるとされる<sup>(22)</sup>。

これらの要因を判断する尺度は、当該裁判官に人格化された時代精神によるとされる<sup>(23)</sup>。

前田説において、この価値尺度となる基本的視点が与えられていないというのではない。それは、行為不法論を展開する考え方の中から窺うことができる。裁判官の社会秩序維持者としての地位である。前田説の特色は、目的的行为論に基づく行為不法論にある。前田説は、我妻・加藤の系列とは全く別の方法に依りながら、刑法的発想との共通性のゆえに、規準の一般条項性の拡大の主張という性格を同様にもつものとなった<sup>(24)</sup>。

(一) 前田は、要件論と効果論の結びつきを強調する<sup>(25)</sup>。そして、効果論に関して、「刑法学と損害賠償法理論を比較しようとするならば、量刑論が大切である<sup>(26)</sup>」という。これは、量刑において、法益侵害の程度や加害者の態様が量刑に影響すること、損害賠償法での「違法性」も刑法と「同じ分母」として考えるべきであるという主張である。このことが本稿の対象である要件構成での一般条項性の拡大と結びつくのは次のことによる。量刑は、罪刑法定主義という国家对私人間での人権保障から要請される枠を前提としつつも、その中では、一種の行政としての性格をもつて、裁量によって行なわれる。刑法は、国家对私人の関係でのサンクション発動規準である。たしかに、裁判官は検察官（行政官）とは異って、私人に対する関係で社会秩序・国家を直接に代表するものとして登場するわけではない。しかし、そこでの規準は、社会秩序と人権保障の緊張関係の産物であって、量刑は、その規準で与えられた枠内での、社会秩序と被告の関係のあり方についての、そして尚、国家の判断である。被害者と被告の私人間の関係は、その判断にとって直接的に重要なものとしては登場しない。権利義務規範が裁判官の判断の規準となる

ことはない。ここでは社会秩序との関係での被告の行為の評価、相当性判断が決定的意味をもつ<sup>(27)</sup>（要件論では、刑法定主義との緊張が大きいことのために、相当性判断はそれと矛盾しないかぎりでのものとなるが）。損害賠償法を量刑論に近付けるということは、原告・被告の間の利益対立及びそれに基づく意識の対立のもつ意義を後退させることである。<sup>(28)</sup>この考え方は、裁判官が、損害賠償請求権を基礎づける規範関係に拘束されることなく、社会秩序の観点から、損害の分配を行うことを可能にする。この立場からの分配ということに、前田説の前述四つの要因、その序列が適合的である。

(二) 前田説が、効果論で権利義務規範の存在とはなじまない量刑論との共通性を強調することは、行為不法論が主要な位置をしめている要件論の性格をも規定する。即ち、行為不法論が刑法的発想を取り払わない限り、私人間の権利・義務規範の構成になじまず、ここでは、損害賠償請求権は、社会秩序の視点から損害分配の目的（従って、当然被害利益の考慮が入るが、その利益の評価視点は、社会全体＝国家にある）で設定される注意義務の違反の反射として生ずるものという性格をもつことになる。

前田説の要件論では、行為不法論に基づいて、帰責根拠に即して、故意責任と過失責任が区別され、それぞれの性質が、意思責任・信頼責任とされる。これは体系を示すものであるが、この体系がどのような実質の評価を表現しているか、どのような規準を支えるものであるかが問題となる。成立要件の規準としての機能の確保という問題は、実質的には過失責任に集中する。この点での、「信頼」ということは、これまでの学説による「意思の緊張の欠如」と異って、私人間の関係の形成要因をその私人間の中に見る、というものではない。まず、信頼責任について次のように述べられている。「法は、法益侵害：惹起の危険性を最小限度に（すなわち、社会相当な程度は）抑えるよう、各場合に各社会構成員に、社会生活上必要な注意（作為、不作為）義務を分配する。とすると、他人は、

われわれが、その注意義務に従って、ふるまうことを信頼する。……われわれが、他人の信頼を破って、注意義務に反して行動したとき、その信頼を保護する意味で、発生した損害の賠償義務を負う」と。<sup>(29)</sup> つづけて「相互作用」が述べられてはいるものの、この叙述からは、体系的位置として、信頼は、注意義務の分配の結果として生ずるものであって、私人間の規範として、注意義務決定の基礎としてあるのではない、ということが窺われる。<sup>(30)</sup> また、不法行為法の性格からも、「信頼」論は、基本的意味をもつことがないといえよう。即ち、取引法分野での信頼原則では、相手方の信頼（善意）が保護に価するか、その信頼の創出にもう一方が因を作ったかが、その取引の効力の承認にストレートに結びつく（信頼の有無が規範になっている）のに対し、前田説においても、過失責任成立に決定的なことは(1)～(4)要因であって、信頼が実際にあるか否かは、衡量に間接的に影響があるとしても、取引分野のように規範としての決定的意味をもつわけではない。<sup>(31)(32)</sup> かくて、「信頼」は、衡量規準再構成の基礎となる性格をもたず、「時代精神」という一般的尺度は再構成されずにそのままに残される。

(四) 前田説は、我妻相關関係論を、「再び考え直す必要がある」とし、「違法性は、加害行為の態様（行為無価値―故意、注意義務違反としての過失）と被害利益の重要性（結果無価値）によって定まるとすることが、合目的ではないか」<sup>(33)</sup> という。我妻説とは二つの柱の順序が逆であることから窺えるように、ここでは行為無価値判断が基本的位置にある。結果無価値がそれと相關関係におかれることは、「そして、さらに、損害分配の法としての不法行為法においては、被害者の立場の配慮ということから……提唱されうる」とされる。<sup>(34)</sup> 我妻説においては、被侵害利益の種類に基礎をおいた類型構成（準繩の具体化）が試みられていた。前田説において、行為態様に力点を移された相關関係論では、判断規準の提出にとって、行為態様の中心になる過失判断の前述(1)～(4)モメントの衡量規準の構成が決定的意義をもってくるが、前述のことから、「信頼」は、権利・義務規範構成たりうるような類

型化の基礎としての適合性は高くなかった。

勿論、不法行為論は私人間の法的関係を対象とするから、前田説においても刑法的思考が中心をなすことはない。しかしそこに共通性をみる考え方は、「損害分配」を社会秩序からの行為評価を基礎に行う考え方として、前田説において我妻説にかわる準繩が実際には具体化されないということにとつての根拠をなしていた。<sup>(36)</sup>

四、(一) 石田説は、意思責任的不法行為を七〇九条の拘束力の対象範囲とし、行為責任的不法行為を「他の制定法や条理により規準されるべきもの」という。<sup>(36)</sup> 後者は更に二つにわけられ、「例えば、自動車運転行為、医療行為、弁護士業、報道事業……」が客観責任的不法行為の、「例えば、大気汚染行為、水質汚濁行為、鉱物掘採行為、原子力事業、鉄道事業、食料品や医薬品などの製造物責任……」が結果責任的不法行為の例としてあげられている。<sup>(37)</sup>

この類型論（同時に不法行為法体系論）の構成は、一定の実質的評価視点に支えられているのではない。七〇九条とそれ以外の区別は形式的視点、行為責任類型内部の区別は、「重大な損害を比較的広い範囲に惹起する危険性を有する」行為か否かという実質的視点による。<sup>(38)</sup>

石田説はそれとしては支持者をほとんど見出し得ないが、なお注目すべきは、その主張が実際上は総合判断の範囲を広げ、また、そのことに新たな根拠付けを与えるものになっているということである。それによってまた、石田説も、平井説・前田説と並んで、受忍限度・新受忍限度論が造り出した傾向の一部をなした。この性格は、第一に石田説の解釈方法論から、第二に、それと関連をもつて不法行為類型構成での自由な衡量の位置から生ずる。この二つのことにとって規定的であるのは、主張が一定の実質的評価視点に基づいていてのではない、ということである。

(二) 石田説においては、欠缺論・条理論が、提示された上述類型の規準としての性格を弱めている。石田説の解

釈方法論は、勿論、直接に不法行為法領域の類型論を支えることを目的にしたものではなく、より一般論レベルでの選択である。しかし、とくに石田説の不法行為論の意義付けは、その方法論の性格付けをぬきにしては行ない得ない。石田説の方法論上の選択の根拠は、エールリッヒの（高度の）国家的法律観批判、即ち、外観上だけ事件を包摂することが裁判官の固有の価値判断の所在を不明確にし、ひいては、制定法が個人的判断を隠蔽する隠れ義になる、ということにある。<sup>(40)</sup>従って、石田説に関しては、石田によって弊害とされることと、広い欠缺・条理<sup>(41)</sup>の領域を承認することとの間の選択の実践的意義が問題となる。

この点に関しては、まず、石田説は、法律家の裁判過程認識がエールリッヒのおかれたとは異なる状態にある下での主張であるということが重要である。法解釈論争を経た現代においては、エールリッヒが概念法学批判を行った時代と異り、法律解釈が解釈者による選択を含んでいることは、細部については別にして、法律家の間ではほぼ共通の認識になっている。条文操作が「隠れ義」という役割を成功裡に果たしうることは少なく、それはむしろ理由付け可能であることを示すものという意味が大きい（時代の相違がまた、欠概領域の広さを、ヘックとはもちろん、エールリッヒとも異にすることに導びかないかの検討には、立入れない）。

また、厳格な限定を付さずに官僚制裁判官を法創造者とすることは、法的操作という手続（それは批判の手掛りとなる）を省略することを意味し、解釈論による、規準構成を通しての、私人間の権利義務規範を拘束的なものとする試みの意義を低下させる。また、裁判官にとつての負担ということも考えなければならぬだろう。

既に、川島は、実践的主張ではなく、「推測」という形であるが、「『条理』による理由づけは、おそらく今後の判決においては従来よりも多く用いられるであろう。」とのべていた。<sup>(43)</sup>経験法学の判決分析の方法は、新受忍限度論の一つのより拠であったが、石田説はそれを更に進めて、実践的主張としての欠缺・条理論を主張したものとい

えよう。

(三) 前に第二点とした、不法行為類型内部の問題に移ると、まず、行為責任の不法行為は、平均人の損害発生に関する認識可能性を前提としての、損害防止行為をしないこと(社会的相当行為)である。この不当(危険性関連)判断は、「行為自体の有する客観的態様(危険性の程度)」と損害の重大性の相関関係の吟味<sup>(4)</sup>による。そこで、この相関関係論が、「準繩」の再構成の視点をもつかが問題となるが、そこで示される例―酒酔い運転による生命・身体被害と、停車中のドアの開閉の際の相手の指をはさんで軽微なねんざを負わせた場合での前者の責任肯定、後者での否定というそれ―からは、この相関ということは各事件での二つの要因の判断を求めるということであって、相関という方法による規準の構成が予定されていないようである。

結果責任の不法行為論は、各立法の体系的位置付けでもあるが、実践的意義の中心は、無過失責任の「解釈」的構成である。ここでも相関関係判断が規定的役割を与えられているが、そこでは、実質的には、「損害の重大さと範囲の広さ」が重要となる。<sup>(45)</sup>裁判所で行なわれている規準適用作業にとってのこの無過失責任論の意味は、結局のところ、石田説の欠缺論の評価に係っている。

本章でとりあげた三つの説は、加藤説―新受忍限度論のように法的操作を取払って実質的衡量を求めるというのではないが、それぞれ異った立場からの法的操作(平井説は、「理論」の再構成)を経て、場・内容の画定を伴わない実質的判断要求の傾向を大きくするものとなった。

(1) 平井『損害賠償法の理論』二八二頁。

(2) 平井・前掲四一三頁。

(3) 平井・前掲四〇三頁以下。

(4) 沢井・「新潟水俣病判決の研究・5」法律時報四四卷一四号（一九七二）一五九頁註（15）も、それとしては解釈論的提案ではないとみている。淡路「公害賠償の理論」四六頁は、「議論の平面を異にし…」とする（ただし九八頁での取扱いは、新受忍限度論と同じ「平面」である）。

(5) 平井・前掲一六頁以下。

(6) 平井・前掲一九頁。

(7) 平井・前掲九頁以下。

(8) 平井・前掲四〇二頁。

(9) 平井・前掲一八一頁、二六五頁、四五八頁など。

(10) 平井・前掲四一三頁。

(11) 例えば平井・前掲一九頁（「分析し、解釈論上の提案を試みる」）と四九二頁（「分析し……再構成する作業」）の表現を對比。

(12) 平井説理解について、認識と実践の峻別の必要性を強調するものに、織田博子「不法行為責任論についての一考察」早大法研論集二二（一九八〇）七二頁がある。ただし、織田の行う評価の仕方以外に、ここにも存する認識作業の提示の実践性という一般的問題を別にしても、その機能分析で視野に入っていないものは何か、入らないことに導びいている基本的姿勢は何かを明らかにし、分析の意義を明確にすることが可能である。更に、とくに平井説においては、第一に、他の部分での解釈的提案との内容上の共通性が大きいこと、第二に、「再構成」にも「解釈論提案」にも、④型理論による解釈論への否定的考え方が基礎にあるという特色がある。平井説が解釈論の平面での議論の対象とされることには、単に他の論者の対応が不適切であるということだけではなく、平井説の側にも原因があった、といえよう。

- (13) 平井・前掲四一三頁。
- (14) 平井・前掲九頁以下。
- (15) 淡路・前掲九八頁。また、平井による新受忍限度論の不法行為法一般にとつての意義付けは、平井（発言）ジュリスト四七五号一四三頁。ただし、新受忍限度論との共通性は方法論上である。内容的にも「予見可能性としての過失を放擲することによって……過失責任を危険責任の領域へと接近させようとする意図」がある（牛山積・富井利安「不法行為法における故意・過失及び違法性の動向」比較法学七卷二号（一九七二）三八頁）とみえることは疑問である。前章註（33）参照。
- (16) 平井・前掲四九四頁以下。ただし、近時、淡路「損害論の新しい動向（2）」ジュリスト七七一号一二八頁註（3）は、平井説を批判する。
- (17) 平井・前掲一七頁。
- (18) 平井・前掲一三頁註（五）。
- (19) 平井・前掲三三〇頁参照。
- (20) 異った関心からではあるが、法的構成の考え方に關して、平井説に疑問を呈するもの、北川「損害賠償額算定の基準時」法学論叢八八巻四一六号（一九七一）一五〇頁。
- (21) 前田『不法行為帰責論』（一九七八）二二一頁。
- (22) 前田・前掲二二三頁。このうち第一点は前田説だけに現われるものであり、前田説が目的的行为論を基礎にしていることと深く連関していると思われる。とくに、前掲書では、「第一」と傍点がうたれている。また、「注意義務の分配」という表現もその基本的考え方由来するのもかも知れない。なお、この第一点に対しては批判が行なわれている。森島・法学教室二七号五五頁。また、織田・前掲七八頁。
- (23) 前田・前掲二二四頁。

(24) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4（一九七六）五九頁は、目的的行為論を、「受忍限度論のいわば別働隊になっている」とする。本稿は、このような機能を、刑法的発想に起因するとみるものである。

(25) 前田・法学セミナー一九八号「一六頁」。

(26) 前田・前掲一一八頁。

(27) 前田説における、行為の社会的相当性判断のもつ重要な位置については、前田・前掲一八五頁。また、沢井・法学セミナー一九六号八七頁註（66）。

(28) 後藤・前掲は、損害分配論を批判しつつ、前田説とは全く異った角度から、行為不法論に依っている（四一頁以下）。但し、行為不法論も損害分配論と結びついているものであることへの批判的対処は行なわれていない。

(29) 前田・前掲一八八頁。また、「他人の秩序になかった行為を信頼」（前田「過失概念と違法性概念の接近」民法学6「一九七五」）『判例不法行為法』（二三頁）というときにも、「秩序になかった」ということは、分配された「注意義務に即した」ということであって、それが信頼の前提になっている。

(30) 前田説には、過失責任を違法無責任行為についての責任であるとするヴィートヘルターの考え方への接近があり（『不法行為帰責論』一八九頁）、実質的には、注意義務の分配が重要であって信頼責任論は、過失責任を有責とするための論理という色彩が強い。なお、沢井・法学セミナー一九六号八八頁参照。

(31) 一般に不法行為法分野で扱われている医療事故・製造物責任は、信頼して関係に入るといふ側面があるが、取引法での信頼機能とは異って、責任の存否の決定的規準となるわけではない。このことは、契約責任であっても、「信頼」は、拡大損害に関しては、給付義務の存否に同じ働きはしないということでもある。石田稜「前田達明著『不法行為帰責論』」法学論叢一〇七巻二号「一九八〇」七三頁での批判の第一点もこの関連で読みうる。

(32) 前田は、スモン金沢判決、福岡判決に関して、過失Ⅱ「信頼責任」とする考え方が端々に現われている、とする（「スモン

判決における『過失』判例タイムズ三七六号（一九七九）一三頁。しかし、それら判決では、意思責任と対置された意味での信頼責任が考えられているわけではない。即ち、「信頼」は、この種製造物の性格から、高度の注意義務の必要性をとくための一つの要因とされているものであつて、過失責任一般の原理の問題にただちにつながるものではない。この種の判決を素材として、信頼を類型構成に生かすことは別の立場からありえよう。

(33) 前田『不法行為帰責論』一八七頁。

(34) 前田・前掲一八九頁（傍点は筆者）。また、「……被侵害利益の重要性によつても、損害賠償の要否範囲に影響する……」（前田『過失概念と違法性概念の接近』一四頁）とすることも同じ意味である。沢井・前掲・八七頁での前田説のこの部分の引用は、「……によつて、」となつていて、「も」がぬけているために、前田説の意味が異なつてきている。

(35) ただし、本文のようにいうことは、例えば「判決の説得力」という他の理由から、裁量への傾向に歯止めがかけられることがあることを否定するものではない。効果論ではあるが、平井説の裁量論への批判がそれである（前田・『不法行為帰責論』二四三頁。石田説の欠缺構成への批判も同じ意味をもつ。前掲・二〇一頁以下）。このような部分をもつということとは、前田説が要件論の一般条項性の拡大傾向の一部をなすということを打消すまでのことではない。また、この「説得力」ということでは、権力から被支配者へのそののみが考えられていて（そこでも、「説得」ということで、権利・義務関係に対応した規準の適用であることを示すことが考えられているかはわからない）、非権力者から裁判権力への働きかけとしての機能は考えられていない。

(36) 石田『損害賠償法の再構成』（一九七七）一〇九頁以下。

(37) 石田・前掲八二頁及び九五頁。

(38) 石田・前掲九五頁。客観責任的不法行為と結果責任的不法行為は、損害発生認識可能性の要否によつて区別されるが、その要否によつて実質的意味をもつのが、損害の重大性と範囲である。なお、方法論上、実質的価値基準への対処がないこ

とを批判するものとして、星野英一「民法の解釈の方法について」裁判所書記官研修所報二六号（一九七六）↓『民法論集第四卷』（一九七八）九九頁。

- (39) 批判する者として、例えば、沢井・法学セミナー二九六号八四頁、私法四一号二〇九頁、淡路『公害賠償の理論』一六四  
 一一頁、私法四一号二二頁、森島・法学教室二五号七九頁など。

- (40) 石田『民法学の基礎』（一九七六）二二五頁、『……再構成』一〇頁。また、七〇九条の解釈論に関して、白を黒といくらめる議論と類似する面があり、法解釈学の学問性に疑問を抱かせる（『再構成』一〇頁）、とも述べられている。ただし、『学問性』ということの意味は、他の処にも説明は見当らず、不明である。なお、エールリッヒの *Wissenschaft* 概念については、磯村哲『社会法学の展開と構造』（一九七五）三二二頁以下。

- (41) 石田説においては、たしかに、欠缺・条理ということで自由な法発見が積極的に求められているのではない。条理の内容・順序として、類推解釈・反対解釈・一般的法原則・解釈者固有の価値判断があげられている（石田・前掲五頁）。しかしなお、欠缺とされることは、拘束的規程がないということであることには変わりがない。条理内容の提言は、規程のない処での政策的提言という以上の意味をもたない。

- (42) 規程の具体化が實際上規範創造になるということと、意識的に法創造者になるということは異なる。

- (43) 川島『法的コミュニケーションにおける記号的技術』六一頁。ただし、このコンテキストは、条理だけの強調ではなく、それは、『社会学的法律学』ないし『利益法学』的な理由付けと並べられている。

- (44) 石田・前掲八四頁。なお、これは第一にとされているが、第二、第三としてのべられているものは、いわば阻却事由であり、積極的には、この第一のものが決定的である。

- (45) 石田・前掲九五頁以下。また、一〇六頁。

## 第五章 沢井説—形式性の回復による対処

一、前章までみてきた、総合判断要求という学説上の大きな流れに対して、他方では、とくに公害・薬害訴訟での原告側の主張を支える形で、<sup>(1)</sup>裁判官による利益衡量の場を狭めることによって、被害者救済の途を開き、確保しようとする主張がある。沢井説がそれである。

沢井説の特色は、一言で表わすとすれば、形式性ということである。<sup>(2)</sup>勿論、そこには、公害現象に対する批判的実質的価値選択がある。しかし、沢井説が、なお、批判説としての位置にあるのは、一つには、この形式性による。そしてまた、沢井説のなかには、形式的規準化の困難さの現われと読みうるものがある。

二、沢井は、新受忍限度論・新過失論を批判する基本的な姿勢を次のように表現する。「すべてを一元化し、すべてのファクターを総合して判断するといつてしまえば、ことは簡単である。しかし、一挙に個別判断に還元し、評価は裁判官にゆだねるというよりは、いくつかの柱にまとめて—いわゆる中間項として—、要件を明確化し、判断ルールを設定することが望ましい」と。<sup>(3)</sup>この視点からの一元説批判には、「裁判官全体の保守的体質」という沢井の認識—一元説論者と異ったそれ—が背後にある。<sup>(4)</sup>

ここでの要件明確化・判断ルールの設定ということは次のように行なわれる。まず、不法行為責任の「論理的構造」を、<sup>(i)</sup>他人の利益損害を認識しつつなした侵害行為、またはかかる認識はないが注意義務を欠いた侵害行為が客観的に存在すること……、および、<sup>(ii)</sup>被告は、かかる侵害を認識している以上、行為をなすべきでないのに、あえて行為をしたこと、もしくは、意思の緊張を欠いたために侵害を予見せず、その結果、かかる行為に及んでし

まったこと——被告への非難（故意・過失）を通じての帰責——の二面をもつとする。<sup>(5)</sup> 沢井説の特色が形式性であるというのは、この二つの要件の構成において、裁判官の実質的衡量——とくに、損害回避措置に関してのそれ——を、排除ないし制限しようとするからである。即ち、注意義務を前述(i)(ii)の二側面にふりわけ、「客観的な行為自体すなわち損害回避のための具体的な措置行為の問題（違法性）」と、右の前提となる予見可能性……の問題（過失）とに分け<sup>(6)</sup>、過失判断から、予見可能性以外の要因の評価を排除する。<sup>(7)</sup>

注意義務二元論によって、違法性場面にもってこられた損害回避措置判断は、更に次のように限定される。違法性場面での注意義務違反の存否は、被侵害利益の重大性と侵害行為の態様との相關關係の衡量によって判断される。<sup>(8)</sup> そして、違法性判断の「核心は被害にある」<sup>(9)</sup>として、被侵害利益が重大な場合、即ち生命・身体・所有權等の絶対權侵害では、違法性阻却事由のなにかぎり、これを侵害してはならないという一般的規範から、当然違法となる。<sup>(10)</sup> 従って、「防止措置努力を考慮する余地は全くない」<sup>(11)</sup>。その他の法益侵害は、個別注意義務違反によって違法となる。従って、回避措置をその中の一つとする侵害態様との相關が實際に問題となるのは、このその他の利益——精神的苦痛、得べかりし利益等——に限られる。<sup>(12)</sup> 利益衡量の場をこのように限定したうえ、その判断に関して、そこでも、被害からの評価が決定的であって、防止措置努力の「しんしゃくの余地はきわめて少ない」<sup>(13)</sup>とする。そして更に、「予見可能性のみで、すでに過失の成立は認められている、とすれば、かかる心証形成の過程での防止措置の評価は、必然的に低目に落着かざるを得ないであらう」<sup>(14)</sup>ともいう。

過失は、「予見可能性」があるのに予見せず、その行為に出たこと<sup>(15)</sup>の非難であるとされる。沢井の過失論の特色は、「予見できればその行為をなさず物をもたないことによって回避できる」<sup>(16)</sup>、という窮極的回避義務の考え方が基礎にあることである。この非難の根拠は、「意思の緊張」があれば予見しえた（従って回避しえた）ということ

におかれる。<sup>(17)</sup>

沢井の過失論は、過失の総合判断化に対抗して、形式的性格を維持するものである。そして、まさに他説を総合判断要求に導びいた領域で、形式的定義の維持によって、実際上は過失要件を「形骸化」<sup>(18)</sup>することによって、衡量を排することが目指された。形式性維持の実践的意義は、「形骸化」にあった。過失は、危険の（調査義務を前提とした）予見可能性で足り、加害のおそれのある工場、自動車等の操業・運転行為はそれ自体過失がある、とされる。<sup>(19)</sup>とくに、化学工業に関しては、安全性が不明のままの操業、<sup>(20)</sup>更には、「無害性の調査は不能」<sup>(21)</sup>であることが過失の根拠とされる。ここには、「無過失責任を過失責任のなかで、ぎりぎりの線まで追求しようとする」<sup>(22)</sup>ことが現われている。

三、沢井説においては、この実質的目的が、新受忍限度論とは異って、法的構成を介して、また、規準の形式性を維持することによって追求された。しかし、實際上、予見可能性に関してだけでなく、回避措置評価をめぐっても厳しい実質的評価の対立が存在するのであり、行為の有責性判断で、実質的判断を排除することには困難が伴った。沢井説の展開のなかで現われる修正や補充は、いずれも、損害回避措置判断を狭い場面に封じこめようとすることから生ずるものであった。<sup>(23)</sup>

第一に、「完全な防止措置をすることによって、危険がなくなったと考えられる場合には、その判断は、有責性としての過失の問題となる」としつつ、「その意味で、防止措置も過失と無縁ではないが、視角がまったく異なる……」<sup>(24)</sup>とする。視角が異なる、という意味は、危険性の予見可能性を打ち消しうるような措置だけがここで考えられているのであって、違法性判断での態様の要因となるものとは異なる、ということであろう。しかし、この区別は流動的である。被告は、過失場面での防止措置（しかもこれは被侵害利益による区別を問わない）であることを

主張するであろう。たしかに、大審院大阪アルカリ事件判決型の衡量は排されており、また、結局は予見対象の設定の仕方が決定的であるとしても、過失を回避措置と切り離しての判断とすることは困難となる。また、「視角が異なる」ことの論理である注意義務二元論については、沢井も、「分け方が面倒」「まぎらわしい」としている。<sup>(25)</sup>

第二に、沢井説においては、「被害防止のメカニズム」という概念が登場する。カネミ油症事件での鍾化の責任の肯定の仕方に関して、福岡判決、小倉判決の認定からすれば、既に「被害防止の社会的メカニズム（使用制限、毒性の周知徹底と消費者サイドの対応措置）を欠くなかで、大量に製造販売したことに、当然過失を認めえたはずである」とする。<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup> たしかに、防止メカニズムは被告の個々の行為ではなく、一般的機構の問題である。しかし、このメカニズム自体、被告の回避措置による補充を予定する場合も多いのであるから、被告の措置と一体として意義が測定されよう。上述第一点と同じ問題になる。

第三に、回避措置評価を過失判断から排して違法性判断のうちの一部に限定することは、沢井説の当初からの目標になっていたが、絶対権侵害とその他の利益侵害という分類によって行うことは、初期の『公害私法の研究』では現われていない。そこでは、「違法性の面での区別」として、「市民の立場の互換可能性のある」「正当な経済活動ないし日常活動である」場合と、「大企業対市民……のように立場の互換可能性がない場合」をわけ、後者を「加害者に特別な保護義務が課せられ、相当な設備をしても責任を免れない」ものとしている。<sup>(28)</sup> 後、沢井説では、この行為類型は、石田説を参考にしつつ、市民的責任・業務的責任・企業の責任の三つにされ、過失論の中の類型とされるようになる。<sup>(29)</sup> 従って、行為類型は、直接的には回避措置評価ではなく、調査義務及びその違反の有無で働くものとなる。<sup>(31)</sup> 当初は回避措置判断のための類型であったものが、調査義務判断のためのものになったということは、回避措置と調査義務の判断が同質のものであることを窺がわせる。

(1) 本稿での学説史的検討は、狭義の学説だけを対象としているが、このことは、とくに公害・被害訴訟の原告弁護士団の主張が不法行為法学の展開にとってもってきいた意義の検討の必要性を否定するものではない。ただ、筆者には、それらの主張を個々の事件に即して実践的検討をするためには、その評価の前提となるであろう、体験と方法論が欠けている。

(2) 同様の性格をより強くもつものが、原島・前掲である。ただし、そこでの差止論に対しては、原則的立場を同じくする沢井からも疑問が呈されている(沢井・「民法学のあゆみ」法律時報五〇巻三号〔一九七八〕一五四頁以下)。

(3) 沢井・法律時報四九巻一号一一六頁。

(4) 沢井「公害訴訟における諸問題」『現代損害賠償法講座5・公害・生活妨害』〔一九七三〕二六頁以下。また、同・(大阪弁護士会環境権研究会編)『環境権』六頁以下。

(5) 沢井・「新潟水俣病判決の総合的研究5」法律時報四四巻一四号〔一九七二〕一五八頁。ただし、引用では省略したが、第一の側面を、不法行為責任を審理する場合の対象(すなわち違法な行為(傍点沢井))の存在と言い換えていることはよく理解できない。対象たる行為の存在ということは、ここである「論理構造」以前の問題ではなからうか。「違法な行為」の存在と傍点がつけられれば理解できるのだが。なお、沢井・法学セミナー二九六号九〇頁の叙述では、違法性が語られていて、違法な行為の存在についてではない。

(6) 沢井・法律時報四四巻一四号一六〇頁。

(7) 同旨と思われるもの、西原「違法性と過失」Law School 七号〔一九七九〕一五頁。

(8) 沢井・法学セミナー二九六号九〇頁。

(9) 沢井・法律時報四四巻一四号一六一頁。

(10) 沢井・法学セミナー二九六号九〇頁。

- (11) 沢井・法律時報四四卷一四号一六三頁。
- (12) 沢井・法学セミナー二九六号九〇頁、法律時報四四卷一四号一六三頁。
- (13) 沢井・前掲一六三頁。
- (14) 沢井・前掲一六三頁。この点に関しては、体系的位置及び実際の判断の順序がこうだろうか、という両方の点から疑問があるが。
- (15) 沢井・法学セミナー二九六号九一頁。
- (16) 沢井『公害の私法的研究』一七一頁。
- (17) 沢井・法律時報四四卷一四号三六一頁。ただし、のち、たしかに「意思の緊張」ということが全く捨てられるのではないが（沢井「損害賠償責任の構造（1）」法律時報五三卷八号（一九八一）八五頁、ただしまた、八四頁註（9）参照）、責任根拠としては、信頼違反（ただし、内容的には前田説とは異なる）がのべられるようになる。法学セミナー二九六号八七頁、九一頁。この変化は、すぐのちにのべる、「形骸化」によって必要とされた、と思われる。
- (18) 沢井・法律時報四四卷一四号一六三頁註（12）。ただしそこで「形式的に……」という意味は不明。また、沢井・法律時報五〇卷九号六七頁註（8）。
- (19) 沢井・法律時報四四卷一四号一六一頁。
- (20) 沢井『公害の私法的研究』一七一頁。
- (21) 沢井「汚悪水論」法律時報臨時増刊『水俣病裁判—公害裁判第三案』（一九七三）七頁。
- (22) 沢井・法学セミナー二九六号八七頁註（66）。
- (23) 以下にあげる三点の他に、過失⇨信頼責任論への変化（註（17）参照）も、回避措置判断の排除に起因する。
- (24) 沢井・法律時報四四卷一四号一六三頁。

(25) 沢井・法学セミナー二九六号八一頁、九二頁。森島は、その「論理構造を理解することは困難」という(法学教室三一号六〇頁)。

(26) 沢井・法律時報五〇巻九号六四頁。なお、森島は、沢井説によれば、「たいていの場合に結果が発生さえすれば過失が認められることになる」(法学教室二六〇号八四頁)とするが、沢井は、「場合によって」形骸化する(註(18) 個所参照)という。このことは、一つには、この被害防止メカニズム論の故であろう。

(27) 他面では、この概念は、「許された危険」と関連させて論じられており、違法性判断で働くものにされている。沢井「食品製造関連企業の責任構造」法律時報四九巻五号二二頁参照。

(28) 沢井「公害の私法的研究」一七七頁。

(29) 沢井・私法四一号二二〇頁。なお、法律時報四四巻一四号一六一頁以下では、行為の危険性に相応する調査の叙述に過失判断での行為類型の考え方が窺がわれるが、類型として明確に定式化はされていないし、また、他方、損害評価でも市民的互換性の考え方が示されている。

(30) 沢井・法学セミナー二九六号八五頁では、行為類型を「基本的価値判断の指針」とするから、被害類型の一部で行なわれる回避措置評価にも全く考慮されないとはいえないが。

(31) なお、沢井は、この二つのタイプの類型化の関係を、「横の類型化の中にそれぞれ……縦の類型化がはまっていくというのが正しいのではないか」(私法四一号二二〇頁)とのべる。次章でのべるように、私見も、この「はめこみ」に賛成であるが、そのさいの行為類型形成は過失判断の規準の分化として、回避措置評価の分類でもあるべきだと考える。

## 第六章 今後の課題

一、要約すれば、学説の展開からは、一般的傾向においては、規準構成による利益衡量の場合・内容の画定に欠けること、他方、沢井説においては、逆に、過失概念からの実質的判断の排除に困難が伴うことが指摘されう。

権力を持たない解釈学説による実質的判断要求は、規準に構成されること、その規準に沿う実質的判断の内容・意義が明確にされることによって、裁判官（権力）の判断への働きかけとしての意味をより持ちうるだろう。このことは、結局、実質的法的評価を基礎とした体系的志向の必要性ということである。勿論、裁判権力への働きかけといっても、学説は様々な立場からの様々な働きかけの中の一つである。そして、非権力者による裁判所への働きかけが、他の権力に対してとは異った意義をもちうるのは、対象が国家的官僚機構の一部という性格を持つと同時に、独立性をもった個々の裁判官であるということ、及び、その作業が規準適用作業であるということによる。このうちとくに後者の部分が、解釈学説にとって大きな意味をもつ。そして、規準の操作に関して、具体的事件に接することなく唱えられる解釈学説が果たすことができるかもしれないことは、体系の中にその規準を位置付け、運用の方向を示すことである。とくに、規準が実質的価値を表現し、直接的に法適用者による法的評価を重要なものとしている場合には、体系的視点からの、その判断の場合・内容の画定が重要になる。体系は、勿論、個々の解釈論において常に表面に出されるという必要はない。しかし、個々の解釈論を背後から意義付けけるものとして存在することが重要である。論理的形式的体系と異って、実質的価値を基礎におく体系は、現実の変化に、一定の視点から、開かれた性格をもち、又、とくに民事法は、私人間対立する利益の選択を任務とするから、その体系は、刑事法と異って、より開かれたものであることが必要になる。

実質的法的評価に基づく体系的思考との自覚的取組みが不法行為法学の今後の最大の課題である。目下、尚この体系についての私見を提出する準備はできていないが、以下、あえて、方向だけでも試論を示すことによって、自らの今後の作業のためのノートとし、まとめにかえることとしたい。

二、不法行為法での規準構成の実質的価値基礎は、私人の法的主体性の相互承認ということにおかれなければならない。<sup>(1)</sup> この価値にてらして、個人の利益領域が画定され、過失判断の類型化が行なわれる。

不法行為法は損害の賠償を目的とする。七〇九条解釈も、七〇九条だけをみるのではなく、不法行為法体系の中に入れて行なわれる。七〇九条は故意又は過失による他者の利益領域の侵害を賠償責任の成立要件とするが、無過失責任立法は、被害の質及び加害行為の種類によって、故意・過失の立証を必要とせずに、賠償責任の成立を認める。<sup>(2)</sup> 従って、不法行為の成立にとっては、故意・過失の存在ではなく、被害利益のもつ意義が決定的である。<sup>(3)</sup>

過失と違法性の関係についていえば、過失は侵害態容の一つであって、それによる一定の利益侵害が違法と判断される。従って、違法性類型は、被害利益類型に過失類型がはめこまれたものとなる。<sup>(4)(5)</sup>

三、違法性類型の柱となる被害利益は、法主体にとってのその意味という観点から分類されるべきである。(i)人格的利益、(ii)財貨的利益侵害、(iii)生活妨害、(iv)その他。(ii)は、更に、確定的帰属が承認されるべきものと、競争秩序にさらされているものが区別されるべきであるが、また、(i)も、その中には、財貨的性格をおびたものがあり、また、いわば、間接的な利益というべきものもあり、その区別は、侵害行為の評価にとって意義をもつ。

まず、(i)と(ii)の関係についていえば、(ii)(i)という順序が、現在の体系書の中での位置である。これは、不法行為法が財産法であることを自明の前提として、財貨侵害の保護から出発しているからである。七〇九条の民法典の中での位置からすれば、これも一つの考え方である。しかし、体系的には(i)(ii)とおくべきである。第一に、人格的利

益のうちの中心的なものは、財貨帰属・移転の客体とならないから、財産法は人格的利益を中心的な対象とはしてないだけであって、財産法秩序の主体の存在は、この秩序にとつての前提であって、その利益は財貨に先行するものである。更にいえば、第二に、財産法秩序の主体としての利益がここでの保護の実体ではない。民法は、この人格的利益侵害に対して、債権発生原因として、財貨的利益にかえることによってしか対処できないが、利益の実体としては、問題となる人格的利益は、財産法主体としてのそれではなく、法主体としてのそれである。

次に、人格的利益について。従来は、財貨的利益が内部で区別されるのに比して、人格的利益は、一括して扱われることが多いが、<sup>(8)</sup>ここでも、主体にとつての意義に即して区別が行なわらるべきである。例えば、<sup>(a)</sup>純粹な人格的利益と、<sup>(b)</sup>場合によって、財貨的性格をもつことがあるもの、そして前者は更に、<sup>(i)</sup>個人に直接的に帰属するものと<sup>(ii)</sup>他主体との関係の中で生ずるものという区別が考えられよう。

<sup>(a)</sup>—<sup>(i)</sup>、生命・身体への故意・過失による（場合によっては、過失が証明されなくても或いはなくても）侵害は、自然的存在としての人間（財貨秩序主体であるだけではない）への侵害として、その主体性の否定である。名誉は、人間（法人も含む）の社会的存在性を現わすものとして、それへの故意・過失による侵害が違法となる。しかし、社会的存在としてのそれであるが故に、真実をのべることは原則として違法とならず、過失判断においても、公共性利益（この認定は慎重であることを要するが）が重視される。貞操侵害は、主体の人間の尊厳の否定である。ただしここでは他の身体侵害と異って、過失判断が問題となることはほとんどないであろう。自由の侵害は、主体の市民的平等性の否定であり、プライバシー侵害は、主体の私的存在性の否定である。そのため、前者は他の利益（例えば、団体交渉権）によって制約をうけ、このことは過失判断にも意味をもつことがある。後者については、主体の私的存在性の広狭は、例えば職業によって異なり、そのことは過失判断にとって意味をもつ。とは

いえ、どちらにおいても、中核的部分は、主体に必ず残されている。

(a)―(d)、婚姻という全人格的結合は人間の基礎的生活単位をなす。第三者による一方配偶者への侵害或いはこの結合への直接的な不当な干渉による破壊に対して、賠償責任による保護に価する利益である。しかし、この利益は、独立二主体の關係から生ずるものである。従って直接的な干渉は不当なものである場合が違法となり、一方配偶者との姦通は（勿論貞操侵害と判断されないそれ）原則として賠償責任は生じない。<sup>(9)</sup>

家族的感情についても同様の問題がある（但し、七一条参照）。

(b) 氏名権、肖像権は、もっぱら人格的利益として扱われるべき場合と、財貨的利益としての性格を強くもつ場合とがある。後者の場合、その性格に対応する部分は、財貨帰属或いは移転秩序による保護と同様の判断が下される（著作人格権は、その実質的内容に即して、更に分類される必要があるらう）。

四、過失判断は、被侵害利益の特質に規定される。過失の存在は一定の利益侵害行為を違法なものとす。一般的に定義するとすれば、一定の行為（不作為）に際し、意思の緊張の欠如の故に、一定の結果を予見すべきであるのにせずに行ふことである。この行為が回避措置を伴うものである場合には、それを伴うことによる結果の予見可能性が問題となる。行為選択の際の認識において結果発生の危険性がゼロでなければ常に過失があるというわけではない。当初の調査、予見義務及び回避措置を伴った場合のそれらの判断は、被侵害利益の質、危険現実化の程度、その行為を要請する他の利益の質の総合的判断となる。その判断の規準は、合理人の他者の主体性承認という「意思の緊張」である。この規準の運用のためには、次の三つの手段によって、評価の方向付けが試みられる。

第一に、過失判断は、それぞれの被侵害利益類型において行なわれ、被侵害利益の質のもつ意義が規定的役割をもつ。第二に、「合理人」については、沢井説の過失類型が生かさるべきである。合理人の意思の緊張の欠如とい

う規準は、市民的判断・業務的判断・企業的判断における他主体への注意の欠如と分化される。このことは、第一次的には、専門的知識に基づく調査・予見義務の有無・程度、ついで、回避措置の効果についての測定及び危険性の程度の判断の適切さの判断の目安となる。第三の、その選択を要請する他の利益の質ということは、問題にすべき場合もあるし、すべきでない場合もある。例えば、医療事件においては、危険が存在しても、それとその行為の被害者にとっての有用性の間での選択の相当性が専門知識に即して判断される場合がある。これに対し、名誉侵害においては、例えば、選挙民の選択という政治制度上の一般的利益が重要となろう。従って、問題となる場合は、大きくは、もっぱら加害者の利益、あわせて或いはもっぱら他者（一般大衆といった）の利益、被害者の利益と分類できよう。そして、それぞれの利益の質が規定的意味をもつ被侵害利益との関係で評価される。

最後に、「意思の緊張の欠如」を過失責任の帰責根拠とすべきことについて。分業体制の拡大による他者との接触の拡大・多様化は、しかし、他者への無関心と或いは注意が伴わないことと結びついていた。例えば、企業責任的行為の典型を考えると、外部とのまた内部での分業化によって、排液が他者に及ぼす影響についての、組織体（最終的には構成員に還元される）としての緊張を欠くことが帰責の根拠となる。注意義務の遵守に専門的知識が必要であるということは、注意義務の要求水準が高くなる（危険責任化）ということとは別である。現代の市民社会での、個人の利益領域の確保には、これまで過失 $\parallel$ 意思責任論の批判説の拠り所であった第二・第三類型で、個人また組織体の意思の緊張が要請される。

体系をどのように構成するかは、多くの場合は個々の具体的結論の相違と直接に結びつくというわけではない。しかし、学説が、法的価値体系を主張する姿勢をもつことは、それと矛盾する評価の可能性を排除すること、判断内容のもつ意義を一定の視点から明らかにすることのために必要である。例えば、過失責任を、裁判所による客観

的注意義務違反判断の結果であることと、意思の緊張の欠如とすることとの間では、それが表現する価値体系が異なり、また、裁判官の作業の意義付けが異なる。

(1) 損害の公平な分担という一般に唱えられる目的は、本来は過失・権利侵害要件の形式的操作への批判として登場してきたものであるが、それ自体は価値基準を表現していない(淡路・ジュリスト七三一号一〇三点)。公平な分担としか表現しえない部分が残るかもしれないにせよ、これを一般的な目的とすることは、実質的評価の方向を示すためには適切でない。後藤・前掲八九頁以下が、公平な損害分担論批判を試みている。

(2) 無過失責任立法のこの性格付け(勿論これがすべてであるというわけではない)については、西原・私法四一号二二八頁以下、富井「無過失責任論の沿革と公害賠償責任(2)」広島大学社会文化研究第六卷(一九八〇)一四二頁以下。また、西原は、一元説に対して、「一番問題になりますのが、無過失責任の位置づけであ」とする(同頁)。前田は、無過失責任を違法行為によるものでないとする(法学セミナー二九八号一一七頁)。

(3) 沢井・法律時報四四卷一四号一六一頁、広中・私法四一号二〇五頁。

(4) 沢井・私法四一号二二〇頁。

(5) 森島は、被侵害利益の側面からの不法行為の成立の限界付けとして違法性概念を用いることを提唱する(法学教室三一号六一頁)。そして「これまでの用法とは明らかに違う」とするが、實際上、かつての二元論とどれ程違うのか、よくわからない。

なお、違法性論に対する意味での権利侵害論の系譜の意義付けについては、各論者の権利論との対応関係の検討が必要であるが、本稿では立入れなかった。追って検討の予定である。

(6) 広中『債権各論議義(第五版)』四二二頁以下。

(7) 本文で、人格的利益の位置についてのべたことは、直接には、あるべき法的価値体系の中での位置を求め、価値を適切に表現すること、それによって、過失判断の尺度にとつても影響を与えるということを考えている。このことを超えて、損害論での人身被害の捉え方、算定方式について、財貨主体であることを貫くのか、この財産法での位置を便宜的なもの、本来的には財産法を超えたものとして、人身被害の特殊性を強調すべきかは、体系論だけの問題ではないから、ここでは留保する。ただ、財貨主体として扱うということは当然のことではなく便宜の問題であると考えるべきである。

(8) 我妻説では、人格的利益というまとめ方がまだ現われていない（『事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集）』一三四頁以下）。加藤説では、「物権的なもの」「債権的なもの」という区別（他論者も一般的に行うこの区別は、法形式によるものであって、利益の実質に着目したものではない。註（6）文献は、この点への批判を意味する）の次に、「人格権的なもの」という項を設け、その中で、身体的側面と精神的側面にわけている。これは、直観的区別という以外には意味をもたないようである。広中・前掲四三六頁以下、幾代通『不法行為』（一九七七）八三頁以下は、財貨的利益の侵害をいくつかの大きな項目にわけが、人格的利益についての大項目は一つである。

(9) 周知のとおり。最高裁昭和五四年三月三〇日第二小法廷判決は、不貞の相手方の賠償責任を肯定。この判決を支持する学説も多いが、また逆に、この判決をきつかけとして、否定説が擡頭してきている。否定説は、島津一郎「不貞行為と損害賠償」判例タイムズ三八五号（一九七九）一一六頁以下、水野紀子「判批」法協九八巻二号（一九八一）二九一頁以下が詳しい。

附記 校正段階において、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中巻』（一九八三）に接した。