

# 鉄道企業の「無過失」賠償責任

——踏切事故に民法 717 条を

適用することへの疑問——

中山 充

## I は し が き

踏切事故によって通行人車側に生じた損害の賠償責任を通行人車側が鉄道企業に対して追求する方法には、三通りがある。第一は、汽車・電車の運転士あるいは踏切警手などの鉄道企業の従業員の過失を理由にして、民法715条による使用者責任を問う方法であり、第二は、踏切道に保安設備を全く設けず、または適切な保安設備を設けなかったなどの点で、鉄道企業に過失があるとして、民法709条による直接の過失責任を問う方法であり、第三は、土地の工作物たる踏切道における軌道施設の設置または保存に瑕疵があったとして、民法717条による工作物責任を問う方法である。

これらのうち、工作物責任を問う方法は、最高裁判所の昭和46年4月23日の判決<sup>(1)</sup>以来、他の二つの方法と同様に、判例として完全に定着しただけでなく、最も適切な法的構成であるという評価を、多くの学者によって与えられている<sup>(3)</sup>。この趨勢を見れば、踏切事故の損害賠償責任の「理論構成の当否をめぐる

(1) 民集25巻3号351ページ。

(2) その後出された判決には、次のようなものがある。最判昭和46・9・23判時646号44ページ、東京地判昭和47・1・19判時664号57ページ、その控訴審・東京高判昭和48・7・20判時716号45ページ、神戸地判昭和47・2・16交通事故民集5巻1号212ページ、東京地八王子支判昭和47・10・18交通事故民集5巻5号1443ページ、鹿儿島地判昭和47・11・8判時703号73ページ、東京地八王子支判昭和50・3・14判時789号65ページ、大阪地判昭和51・1・29判時831号78ページ。なお、防護柵の有刺鉄線が切断されたままになっていた部分から電車軌道内に侵入した幼児が電車にひかれて死亡した事故について、名古屋地判昭和49・4・19判時754号70ページ。

(3) 前掲・最判昭和46・4・23の批評・解説として、宮原守男・判例タイムズ265号64ページ、同・別冊ジュリスト47号・民法判例百選Ⅱ債権208ページ、徳本鎮・民商

争いは事実上ここにほぼ終止符が打たれ、今後は瑕疵の具体的認定基準が判例法上の主たる課題となっていく<sup>(4)</sup>であろうという予想は、首肯するに足りる。

しかし、それにもかかわらず、私は、踏切事故の損害賠償責任を工作物責任として構成する方法は、判例と学説が今日持つに至ったポリシーを表現するためには、あまり適当でないと考える。判例と学説が今日持つポリシーを析出し、かつ、それを現行法の条文にこだわらずに規範として文章に表現すれば、鉄道企業の損害賠償責任は、実はいわゆる「無過失責任」の性格を有するということが判明する。このような性格を有する責任を工作物責任として構成すれば、いくつかの無理が生まれる。民法709条の「過失責任」として構成しても同様の無理が生ずるが、同じ無理が生ずるならば、むしろ民法709条によって構成する方がよいと、私は思う。その方が規範の実質的な内容をよりよく表現できると思うからである。

このようなことを、次の順序で説明していく。まず、踏切事故の損害賠償請求事件に民法717条を適用する判例がどのような法的構成をしているのかを紹介し、次に、その判例の方法がその種の事件を解決する方法の中で主流を占めるに至った原因の探求を通じて、その判例が今日持つポリシーがいかなるものかを明らかにする。第三に、ある具体的な事件を判例のポリシーに基づいて解決し、かつ、それを民法717条で法的構成してみると、かなりの無理が生じざるをえないことを示す。第四に、その無理が生ずる原因を探り、踏切事故の損害賠償請求事件の解決に用いられるべき規範の真の姿を明らかにする。最後には、判決の理由づけのためにその規範が表現されるべき形式として、民法717条よりもむしろ民法709条の方が適当であることを示す。

## II 判例の法的構成

周知のように民法717条第1項は、土地の工作物の設置または保存に瑕疵が

---

法雑誌66巻5号884ページ、横山長・法曹時報24巻9号120ページ、川井健・法学協会雑誌90巻3号554ページ、五十嵐清・別冊ジュリスト48号・交通事故判例百選(第2版)164ページ。

(4) 横山・前掲123ページ。

あることによって他人に損害が生じた場合に、その工作物の占有者または所有者が被害者に対して損害賠償責任を負うべきことを規定する。

判例は、踏切事故の損害賠償請求事件に民法717条を適用するために、まず、保安設備をも含めた一体のものとして、踏切道の軌道施設を土地の工作物であると考え、かつ、その設置に瑕疵があるか否かは、踏切道の機能を果たすことができるか否かによって決まると考える。すなわち、「列車運行のための専用軌道と道路との交差するところに設けられる踏切道は、本来列車運行の確保と道路交通の安全とを調整するために存するものであるから、必要な保安のための施設が設けられてはじめて踏切道の機能を果たすことができるものというべく、したがって、土地の工作物たる踏切道の軌道施設は、保安設備と併せ一体としてこれを考察すべきであり、もしあるべき保安設備を欠く場合には、土地の工作物たる軌道施設の設置に瑕疵があるものとして、民法717条所定の帰責原因となる」という。

瑕疵の有無の認定については、より具体的に、次のように述べられる。「踏切道における軌道施設に保安設備を欠くことをもって、工作物としての軌道施設の設置に瑕疵があるというべきか否かは、当該踏切道における見通しの良否、交通量、列車回数等の具体的状況を基礎として、前示のような踏切道設置の趣旨を充たすに足りる状況にあるかどうかという観点から、定められなければならない。そして保安設備を欠くことにより、その踏切道における列車運行の確保と道路交通の安全との調整が全うされず、列車と横断しようとする人との接触による事故を生ずる危険が少くない状況にあるとすれば、踏切道における軌道施設として本来具えるべき設備を欠き、踏切道としての機能が果されていないもの<sup>(5)</sup>というべきであるから、かかる軌道設備には、設置上の瑕疵がある」。

(5) 以上の文章は、前掲・最判昭和46・4・23による。同判決はさらに、行政取締規制との関係について、次のように述べる。「運輸省鉄道監督局長通達……で定められた地方鉄道軌道及び専用鉄道の踏切道の保安設備設置標準」「は行政指導監督上の一応の標準として必要な最低限度を示したものである……から、右基準によれば本件踏切道には保安設備を要しないとの一事をもって、踏切道における軌道施設の設置に瑕疵がなかったものとして民法717条による土地工作物所有者の賠償責任が否定されるべきことにはならない。」

この判例は、踏切事故が発生した当該踏切道に保安設備がない（または、十分な保安設備がない）ことが、土地工作物の設置上の瑕疵にあたるか否かを問題にし、その瑕疵の有無は、当該踏切道における見通しの良否、交通量、列車回数等の具体的状況をも考慮の対象にした上で、事故発生の危険性が少なくないか否かによって認定する。

判例のこの基本構造について、とくに次の二点に注目したい。

第一点は、ある踏切道における事故について鉄道企業が損害賠償責任を負うか否かが、主として当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があるか否かで決定されることである。事故発生の危険性の多少によって、軌道施設の設置に瑕疵があると認定される踏切道もあれば、瑕疵がないと認定される踏切道もある。保安設備を有しないという点で共通性を持つ踏切道でも、それぞれの踏切道におけるその他の具体的状況によって事故発生の危険性が異なれば、一方の踏切道には瑕疵があると認定され、他方の踏切道には瑕疵がないと認定されることがありうる<sup>(6)</sup>。その瑕疵の有無の認定が、鉄道企業の責任の有無の決定に直結するのである。

第二点は、当該踏切道の軌道施設の設置に瑕疵があるか否かは、当該踏切道そのものの具体的状況がいかなるものかのみによって判断されるべきであり、当該事故の当事者が事故発生にあたってどのような行為をしたかによって左右されるものではないことである。当事者が実際になした行為は、当該踏切道における事故発生の危険性の具体的現れとしてのみ、したがって、当該踏切道においてさまざまな人間がなすであろう行為の一つの具体例としてのみ、瑕疵の有無の認定に関係するのであって、それ以上の特別の意味は持ちえないのである。

---

(6) 踏切事故の損害賠償請求事件に民法717条を適用する判決（中山充「踏切事故の損害賠償・1」法律時報46巻7号159ページ以上、および本論文の注2参照）のうちほとんどは、瑕疵があると認定しているが、瑕疵がないと認定する判決も少数ながら存在する。たとえば、東京地判昭和37・5・29下民集13巻5号29ページ、前掲・東京地八王子支判昭和47・10・18、前掲・大阪地判昭和51・1・29。

## III 判例のポリシー

では、なぜ、踏切事故の損害賠償請求事件を処理する判例のうちで、民法717条を適用する判例が主流を占めるに至ったのであろうか。

この原因を知るためには、まず、踏切事故の損害賠償請求事件に関する判例の移り変わりを、歴史的に眺める必要がある。

その種の事件を扱う判決のうち、請求を認容するものの率が、戦前に比べて、戦後はきわめて高くなっている。では、いかなる条文が適用されたのか。民法715条を適用して踏切番人または運転士の過失の有無を前提に鉄道企業の使用責任の有無を問題にする判決は、明治時代から今日に至るまでのすべての判決のうちのほとんどを占めるが、最近ではやや減少している。同条を適用する判決のうち、踏切番人または運転士に過失があると認定するものは、大正8年まではほとんどすべてであるが、その後は急に減少し、半数を割るに至っている。次に、民法709条を適用し鉄道企業の過失の有無を判断する判決が全判決の中で占める割合は、大正10年頃までは小さいが、その後は増大していく。しかし、昭和26年に民法717条を適用する判決がはじめて出され、その後非常に増大してくるにつれて、やや少なくなってきている。民法709条を適用する判決のうち、鉄道企業に過失があると認定するものは、大正10年頃まではごく僅かしかなく、その後は次第に増大していく。しかし、その割合は半数にも達せず、とくに、民法717条も同時に適用する判決は、鉄道企業に過失がないという認定を例外なく行なう。他方、民法717条を適用する判決は、そのほとんどが、踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があると認定し、その結果、鉄道企業の損害賠償責任を認めている。その数は、最近では、民法709条により責任を認める判決の数を大きくし<sup>(7)</sup>のいでいる。

この移り変わりは、次のように分析できる。

請求認容率の増大は、鉄道企業の責任を認める範囲を拡大しようとする裁判実務の方向を示す。

この範囲の拡大は、民法715条によってはほとんど果たされない。なぜな

(7) 中山・前掲7号157ページ、および162ページ以上の判例一覧表参照。

ら、電車・汽車のよりいっそうの高速化により、運転士が事故防止のために現実にとりうる措置の範囲が縮小する結果、事故発生について運転士に過失があるとはとうてい認定しえない場合が増大してきたからである。踏切事故防止は、運転方法によってではなく、むしろ主として踏切道における保安設備によってなされるべきことになる。しかも、軌道と道路との立体交叉化などによる踏切道の廃止、あるいは保安設備の自動機械化により、踏切番人は姿を消していき、この点でも民法715条の適用の範囲が縮小する。それだけでなく、すでに多くの論者が、同条によって鉄道企業が損害賠償責任を負った場合に使用者から踏切番人または運転士への求償が許される結果がもたらされることを不当とし、同条の適用は望ましくないと主張していたのである。<sup>(8)</sup>

鉄道企業の責任を認める範囲の拡大は、民法709条によってある程度まで実現される。事故発生の危険性がより小さな踏切道にも何らかの保安設備、またはより高度な保安設備を設置する義務が鉄道企業にあるにあることによって、鉄道企業の義務を高度化し、その違反たる過失の認定を容易にするのである。しかし、判例はこの義務の高度化を、一定の程度で押しとどめた。つまり、鉄道のように災害発生の危険を伴う事業を行なう者は、その事業によって生じうる災害を未然に防止すべき義務を有するが、踏切道の保安設備を完備するために公共事業としての交通事業の経営が不可能になるような場合は災害防止義務が一定限度において阻却されるから、鉄道企業は、事故発生の危険性がある程度大きい踏切道にのみ一定の保安設備を設置する義務を負う、<sup>(9)</sup> というのである。

鉄道企業の過失の前提たる災害防止義務のこの限定と表裏一体であるのが、この種の事件にも民法717条を適用するということである。事故発生の危険性をもっと小さい踏切道における事故についても鉄道企業に責任を負わせるためには、民法717条を適用する方がよいと考えられたのである。

なぜか。民法717条の工作物責任が危険責任の原理によって根拠づけられて

(8) 中山充「踏切事故の損害賠償・2完」法律時報46巻8号158ページ参照。

(9) 中山・前掲8号160ページ以上。

(10)  
いるからである。

かつての通説は、同条の工作物責任の規定を無過失責任であると解していた。工作物の占有者は注意義務を尽くしたことを立証することによって免責されるが、所有者には免責は認められず、したがってその責任は絶対的であると解していた。<sup>(11)</sup>最近ではこの解釈に修正が加えられ、「この責任も、工作物の設置または保存に『瑕疵』があることを要件としているのであって、その限りでは完全な無過失責任ということではできず、いわば、客観的な瑕疵から主観的な過失を推定したもの、ないしは、主観的な過失を客観的な瑕疵の形で定型化したものというべきである」といわれる。<sup>(12)</sup>また、同条の工作物責任が無過失責任であるのは、「所有者は場合により他人の過失に対して責めを負うことになる」という意味においてであるといわれる。<sup>(13)</sup>

(10) たとえば、末弘敏太郎・債権各論1091ページ、鳩山秀夫・増訂日本債権法各論下巻926ページ、我妻栄・事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集）180ページ、末川博「土地の工作物による損害の賠償責任」権利侵害と権利濫用745ページ以下、宗宮信次・債権各論428ページ、石田文次郎・債権各論278ページ、加藤一郎・不法行為（法律学全集）192ページ。それに対して、報償責任によって根拠づける説もある。岡松参太郎・無過失損害賠償責任論768ページ、副次的にはあるが、末川・前掲746ページ。

(11) 鳩山・前掲929ページ、我妻・前掲179ページ以下、末川・前掲744ページ以下、石田・前掲278ページ以下。

(12) 加藤・前掲20ページ、196ページ。五十嵐清・注釈民法(19)307ページも同見解。

(13) 五十嵐・前掲307ページ。この説は、同条の起草者が土地工作物の設置または保存についていずれかの人の過失があることが同条の責任の基礎であるという見解を有していたことをも考慮して、主張されている。現行民法717条に対応する草案725条は、土地工作物の占有者の責任のみを規定するものであり、現行717条の規定のうち、1項但書の全部、および3項のうちの「又ハ所有者」の文言を欠くものであった。この占有者の責任の基礎には、土地工作物の設置または保存についてのいずれかの人の過失がある。占有者が自分に過失がない場合にも、他人の過失により生じた瑕疵について責任を負うことがあるのは、公益上便利であるからであり、損害の発生を防ぐことに直接の関係のある者にその責任を負わせるのが一番効力があるからである。草案起草者の見解はこのようなものであった。この草案を審議した法典調査会では、責任者を占有者のみにすることに反対して、日本の実情からいえばむしろ所有者の方が責めに任ずべきであるという見解や、占有者と所有者の両者ともが責めに任ずべきであるという意見が出された。結局は、原則として責任者は占有者とするが、占有者が損害の発生防止について必要な注意をしたときには所有者に責任を負わせるという折衷案が可決され、現行の717条が成立したのである。（法

このような見解の違いがあるにしても、民法717条が危険責任の原理、すなわち「危険物を管理する者は、それから生じた損害について賠償責任を負うべきだ」という考え<sup>(14)</sup>に基づき、それゆえに、民法709条では問えない加害者の責任も、民法717条によれば問うことができると考えられる点には違いはない。

このことは、踏切事故の損害賠償請求事件では、次のように現われる。民法709条によって鉄道企業の責任が問われる場合、鉄道企業の過失の有無の認定の前提として、当該踏切道にいかなる保安設備をなすべき義務を鉄道企業が負うかが問題にされ、その義務は、当該踏切道における見通しの良否、交通量、列車回数等の具体的状況を考慮して認定される<sup>(15)</sup>。これらの要素は、民法717条が適用され、当該踏切道における軌道施設の設置上の瑕疵の有無が認定される際に考慮される諸要素と全く同じである。しかし、軌道施設の設置上の瑕疵は、鉄道企業の過失の有無に関係なく存在しうる。つまり、鉄道企業に過失がある場合にはもちろんのこと、過失がない場合にも、軌道施設の設置に瑕疵があるという認定ができる<sup>(16)</sup>。したがって、民法709条によれば鉄道企業の責任が否認される場合にも、民法717条によれば鉄道企業の責任が認められることがありうるのである。

踏切事故の損害賠償請求事件を処理する判例のうちで、民法717条を適用する判例が主流を占めるに至ったのは、結局、鉄道企業の責任を認める範囲を拡大するためには、同条によって法的構成をすることが最も適当であると考えられたからである。しかも、その鉄道企業の責任は、いわゆる「過失責任」で根拠づけられるものの範囲を越えており、鉄道企業に「過失」がない場合にも鉄道企業が責任を負うことができるようにするのが公平な解決である、と考えられるのである。このような公平な解決をはかるのが、判例のポリシーである。

---

典調査会・民法議事速記録41巻52丁以下。その詳細の紹介として、五十嵐・前掲304ページ以下、沢井裕・公害の私法的研究194ページ以下、中井美雄「土地工作物責任」現代損害賠償法講座6巻138ページ以下、目崎哲久「工作物責任法理の交錯」法律時報49巻1号27ページ以下。

(14) 加藤・前掲20ページ。

(15) 中山・前掲7号155ページ以上。

(16) 中山・前掲8号159ページおよび158ページ参照。

## IV 判例の法的構成に生ずる無理

このような判例のポリシーを前提にし、かつ民法717条を適用すれば、次の二つの事件は、どのように解決されるのであろうか。

一つは、警報機も遮断機も設置されていて、しかもそれらが正常に作動している踏切道において、幼児が遮断棒の下または横のすき間から軌道内に入り込んで列車にひかれて死亡したという事件である。この事件で、裁判所は、幼児側が請求する損害賠償を、完全に否認することはないであろう。確かに、民法717条を適用しても、警報機も遮断機も設置されているから、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵がないと認定して、請求を棄却することは、文理上可能である。しかし、鉄道企業に「過失」がない場合にも鉄道企業に責任を負わせることをも認める判例のポリシーから考えて、損害賠償の請求が認容されると考えるのが自然であろう。幼児の監督義務者に過失があるとして損害額のうちのかなりの部分が過失相殺されても、いくらかの損害賠償は認められるであろう。請求認容の理由は、遮断棒の下方または横に幼児の軌道内への進入を阻止する装置がなかったことが、当該踏切道における軌道施設の設置上の瑕疵であり、この瑕疵によって幼児側に損害が生じた、ということに求めることができる。

他の一つは、同一の踏切道において、成人の自動車運転者が考えごとをしていて踏切道に気づかず、遮断棒で閉鎖されている踏切道の軌道内に自動車を実入したために事故が発生し、その成人が死亡したという事件である。この事件では、いかに鉄道企業に「過失」がない場合にも鉄道企業に責任を負わせることをも認める判例のポリシーによっても、自動車運転者側が請求する損害賠償は完全に否認されるであろう。その理由は、当該踏切道には警報機も遮断機も設置されているのであるから軌道施設の設置に瑕疵はない、ということに求めることができる。

これら二つの事件に対する相異なる結論にそれぞれつけられた理由は、互いの関連を考えなければ、納得のいくものであろう。しかし、それらの理由を互いに関連させてみれば、同一の踏切道について、ある事故では軌道施設の設置

に瑕疵がなく、他のある事故では瑕疵があると認定されていることが明らかになる。これは背理である。なぜなら、瑕疵の有無は事故発生の危険性の多少によって決まるのであるが、その危険性の大きさは一つの踏切道について一つの値として表わされるべきものであり、その値がいかなるものかによって、当該踏切道の軌道施設の設置に瑕疵があるか、それとも瑕疵がないかのいずれか一方に確定することになるはずだからである。

この背理を無くすためには、幼児の事故の場合には瑕疵があると認定するが、自動車運転者の事故の場合には、瑕疵があることを原告が立証していないとして、瑕疵の有無の認定を確定的に行なうことを避けるというように、訴訟技術的に問題を解決する方法をとることもできる。しかし、この方法をとったとしても、実体的には、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があるかないかのどちらかに確定しているものと考えなければならない。本論文のように実体法の側面から問題を解決しようとするならば、問題は、まさに実体的にとらえられなければならない。したがって、背理を無くすためには、どちらの事故の場合にも瑕疵がないと認定するか、それとも、どちらの事故の場合にも瑕疵があると認定するかのいずれかにしなければならない。他方、幼児の事故の場合には鉄道企業に責任があり、自動車運転者の事故の場合には鉄道企業に責任がないという結論は、維持しなければならない。結論を固定しながらそのように理由を変えることは、はたして可能であろうか。

まず、どちらの事故の場合にも、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵がないと構成してみる。そうすると、幼児の事故の場合については、瑕疵がないにもかかわらず鉄道企業が責任を負う理由を、どこかに求めなければならない。瑕疵がないとする以上、民法717条にその理由を求めることは、もはやできず、他の条文に求めなければならない。しかし、判例によるかぎり、理由を鉄道企業の過失に求めることは不可能である。なぜなら、鉄道企業に過失のない場合に当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があるという認定は可能であるが、逆に、それに瑕疵がなければ、鉄道企業には必ず過失がないのであって、過失があるという認定はできないのである。また、鉄道企業の責任の

理由を民法715条の使用者責任に求めることが不相当であることも、すでに明らかにした。このように、鉄道企業に損害賠償責任を負わせることができる理由を見出せないとすれば、どちらの事故の場合にも瑕疵がないと構成する方法をとることは不可能である。

次に、どちらの事故の場合にも、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があると構成してみる。そうすると今度は、自動車運転者の事故の場合について、瑕疵があるにもかかわらず鉄道企業が責任を負わない理由を、どこかに求めなければならない。この理由は民法717条の解釈の範囲内で見つけることができる。当該踏切道における軌道施設の設置上の瑕疵と事故の発生との間に因果関係がないことを示せばよいからである。自動車運転者の事故の場合にも、幼児の事故の例を参考にして、遮断棒の下方または横に幼児の軌道内への進入を阻止する装置がなかったから、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があると認定することができるが、そのような装置があったとしても、当該事故は発生したであろう。したがって、そのような瑕疵と事故の発生との間には因果関係がないのであって、鉄道企業は損害賠償責任を負わない。

以上のように、幼児の事故の事件と自動車運転者の事故の事件とを解決するにおいて、同一の踏切道についてある事故では軌道施設の設置に瑕疵がなく、他のある事故では瑕疵があると認定するという背理を回避しようとするれば、どちらの事故の場合にも当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があると構成しなければならない。この考えをさらに進めれば、おそらくあらゆる踏切事故の場合に、軌道施設の設置に瑕疵があると構成しなければならないであろうということが明らかになる。なぜなら、安全を守るうえで最高度の性能を持つ保安設備が設置される踏切道においても、幼児の事故の例のように、当該事故の具体的事情を考慮して鉄道企業が責任を負うと判断されるべき事故の発生の可能性が、全くないとはいえないからである。まして、保安設備が全くなかったり、あったとしても警報機程度のものである踏切道ならば、その種の事故が発生する蓋然性がもっと大きい。要するに、あらゆる踏切道において、その種の事故が発生する可能性がある。現実にもその種の事故が発生すれば、裁判管は鉄

道企業に責任を負わせるために、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があると認定しなければならない。したがって、あらゆる踏切道について、軌道施設の設置に瑕疵があると認定される可能性がある。それゆえに、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵がないという認定は、いかなる踏切道についても、前述の背理を招く可能性を生む。それを完全に回避するためには、鉄道企業が責任を全く負うべきでないと考えられる種々の事故においても、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があるという認定を、常にしなければならないのである。

もっとも、事故発生危険性が一定の値以下の踏切道における事故の場合には鉄道企業は損害賠償責任を絶対に負わないとすることも、一つのポリシーとして可能である。そのポリシーによれば、当該踏切道における軌道施設の設置には瑕疵がないと認定してよい場合も生ずる。

しかし、それ以下ならば瑕疵がないと認定されるべきであるという事故発生危険性の値を、はたして明確に示すことができるであろうか。

確かに、判例において、瑕疵の有無を認定するための要素として、保安設備の有無・程度とともに、見通しの良否、交通量、列車回数等が示されている。しかも、数値などの具体的な資料も、個々の要素については、すでにより集積している。ところが、そのような諸要素の認定と瑕疵の有無の認定との結びつき方は、だいたいの傾向としては明らかだとしても、絶対的または相対的な基準値によって正確に示されてはいない。むしろ、すべての具体的な事情を考慮するという名目で、あいまいにしておく方法がとられている。判例は今までのところ、事故発生危険性がどのような値以下であれば軌道施設の設置に瑕疵はないとすべきかを、明らかにしていないのである。

では、そのような値をいつかは示すことができるのであろうか。もっと判例が集積し、かつ統計学などの社会科学がもっと発達すれば、それが可能になるのであろうか。いや、事件の公平な解決を望むならば、それは原理的にも実現

(17) たとえば、保安設備がない踏切道において、見通しが悪いこと、交通量が多いこと、列車回数が多いことは、軌道施設の設置に瑕疵があるという認定につながりやすい。

不可能である。確かに、判例の集積と科学の発達によって、事故発生の危険性を正確に数値で表わすことが可能になるかもしれない。しかし、事故発生の危険性が一定の値以下の踏切道における事故の場合には鉄道企業は責任を絶対に負わないというポリシーによれば、事件の公平な解決をなしえない場合が生ずるのであろう。そのポリシーによれば、おそらく、前述の幼児の事故の例では、鉄道企業に責任はないという結論を出すことになるであろう。その事故の例における踏切道の保安設備は最高度のものであり、したがって、おそらく事故発生の危険性は非常に小さいであろうから、もしこの事故の場合にも鉄道企業に責任があるという結論を出すならば、そのポリシーは有名無実化し、結局、あらゆる踏切事故について鉄道企業に責任があることにほぼ等しくなるであろう。したがって、そのポリシーを実質的なものにするためには、幼児の事故の例のような場合にこそ、鉄道企業に責任はないとしなければならない。しかし、その例で鉄道企業に責任がないという結論を出すことは、公平な解決でなく、判例のポリシーに反する。

事件の公平な解決がなされる保障は、実は、鉄道企業の責任の有無を判断するさいには、当該踏切道における事故発生の危険性の大小という主として鉄道企業側に関する事情だけでなく、当該事故の他方の当事者である通行人車の具体的状況、すなわち、通行人車がいかなる性質のものであるかや、当該事故発生についていかなる行為をしたかをも考慮することにある。したがって、鉄道企業が責任を負うか否かを瑕疵の有無によって決定するという構造のもとで、事件の公平な解決をなそうとすれば、瑕疵の有無を、当該踏切道における事故発生の危険性の大小によってだけでなく、通行人車の具体的状況をも考慮して決定しなければならないことになる。それゆえに、事故発生の危険性を数値等で正確に示すことが将来可能になったとしても、それは瑕疵の有無の認定には直ちには役立たない。言いかえれば、いかなる場合に踏切道における軌道施設の設置に瑕疵がないと認定すべきかを、事故発生の危険性の値のみによって示すことはできないのである。しかも、瑕疵の有無を認定するさいに通行人車の具体的状況を考慮することは、瑕疵の有無を当該踏切道における事故発生の危

険性の大小によって決定すべきことに明らかに矛盾する。

結局、踏切道における軌道施設の設置には瑕疵のない場合もありうるという見解をとれば、瑕疵の有無を事故発生の危険性の大小によって決定するという論理を一貫させる代わりに、事件の解決が不公平になる可能性を甘受するか、それとも、事件の解決を常に公平にする代わりに、瑕疵の有無を認定するさいに通行人車の具体的状況をも考慮するという論理的な誤りをあえて犯すかのいずれかの道を選ばなければならない。いずれも致命的な欠陥を持つと言わざるをえない。

つまるところ、やはり、すべての事故において、当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があると認定しなければならないのである。そうだとすると、ある踏切道における事故について鉄道企業が損害賠償責任を負うか否かを、主として当該踏切道における軌道施設の設置に瑕疵があるか否かで決定すべきであるとする判例の基本構造は、修正を余儀なくされる。鉄道企業の責任の有無は、瑕疵の有無によってではなく、もっぱら瑕疵と事故の発生との間の因果関係の有無によって決定されなければならない。

このように判例は基本構造に修正を受けなければならないが、その修正をしさえすれば、瑕疵の有無を認定するさいに通行人車の具体的状況をも考慮するという論理的な誤りを犯すおそれが全く無くなることはもちろんのこと、事件の公平な解決も可能になる。当該踏切道における事故発生の危険性と通行人車の具体的状況とのいずれもが、瑕疵と事故発生との間の因果関係の有無の認定のさいに考慮されることになるからである。つまり、踏切事故の損害賠償請求事件に民法717条を適用して、公平な、かつ論理的に一貫した解決をすることは可能なのである。

しかし、「瑕疵」という言葉の解釈について問題が残る。踏切道における軌道施設の設置には常に瑕疵があると言うに等しいこのような「瑕疵」という言葉の用い方は、「瑕疵」という言葉が本来持つべき意味に矛盾するか、または、通常用いられる意味とは大きく隔っていると思われる。また、他種の事件へ民法717条を適用するさいの「瑕疵」の解釈と整合するかも、大いに疑問であ

る。要するに、踏切事故の損害賠償請求事件に民法717条を適用するならば、かなりの無理が生ずることを覚悟しなければならないのである。

## V 規範の真の姿

このような無理が生ずるのはなぜか。それは、この種の事件の解決に用いられるべき規範が、その真の姿を現わすことができず、民法717条の体裁を借りて表現されざるをえないためではないだろうか。

では、その真の姿とはいかなるものか。それは、事件の公平な解決を表現するものであるから、当該踏切道における事故発生の危険性という主として鉄道企業側に関する事情だけでなく、当該事故の他方の当事者である通行人車の具体的状況をも考慮できる構造を持っていなければならない。

民法717条が適用される場合には、その両側面のうち、鉄道企業側に関する事情の面を中心にして構成要件が組み立てられるため、踏切道における軌道施設の設置上の瑕疵の問題が前面に浮かび上がる。無理をはらむことになるこの「瑕疵」という言葉を用いることを避けようとすれば、その場合とは逆に、他の側面である通行人車の具体的状況の面を中心にして構成要件を組み立ててみる必要がある。通行人車の具体的状況は、法的に評価されれば、事故発生についての通行人車側の故意および過失という言葉で表現されうる。つまり、通行人車側に故意または過失があるか否か、あるいはいかなる程度の過失があるかによって、鉄道企業に責任があるか否か、あるいはいかなる程度の責任があるかを決定するという法的構成をすることができる。しかも、その法的構成は、鉄道企業の責任の有無を認定するために不可欠な他面の要素たる鉄道企業側に関する事情、すなわち、当該踏切道における事故発生の危険性の大小という要素が、自ら考慮されうる構造を持つ。なぜなら、事故について通行人車側に過失があるか否か、あるいはいかなる程度の過失があるかは、当該踏切道を通過する通行人車にとって事故防止がどの程度容易または困難であったかによって決まるのであるが、その事故防止の難易は、当該踏切道における事故発生の危険性の大小によって大きな影響を受けるからである。とりわけ、事故防止の難

易は通行人車が列車の通過を予め知ることが容易か否かによって大きく左右されるから、事故発生の危険性の大きさを規定する要素のうちのこれに関係するものは、通行人車側の過失の認定にとくに大きな影響を与える。すなわち、当該踏切道において保安設備があるか否か、あるいはどのような保安設備があるかがそれである。また、当該踏切道における見通しの良否についても、当該事故を発生させた当事者同士の組み合わせ、すなわち、通行人車から列車を見る方向の見通しは、通行人車側の過失の認定に大きな影響を及ぼす。それに対し、他の三つの組み合わせの見通し（たとえば通行人車から列車と反対を見る方向の見通し）、列車回数、あるいは道路交通量などは、通行人車側の過失の認定にはあまり関係がない。

通行人車側に故意があれば、当該事故は通行人車側が自ら好んで引き起こしたものであるから、鉄道企業側の事情がいかなるものかを検討するまでもなく、鉄道企業は一切責任を負わないとすべきであろう。それと同様に、鉄道企業が事故防止のためにいかに万全の措置を尽くしたとしてもとうてい防止することができない事故についても、鉄道企業は責任を負わないとすべきであろう。すなわち、事故が不可抗力に基づく場合には責任がないとすべきであろう。

以上のように、通行人車側の故意および過失の有無または過失の程度（さらに不可抗力）によって鉄道企業の責任の有無または程度を決定するという構成によって、事件を公平に解決しうることが明らかになった。次に、この構成に判例のポリシーを織り込んで、事件の公平な解決の可能性をより現実的なものにしなければならない。

そのためには、通行人車側よりも鉄道企業の方こそ、もともと事故防止のために万全の措置をとるべき義務を負っているということを、規範の中心にすえなければならない。通行人車が万全の注意を払えば、踏切道の存在も列車の進行も容易に知ることができ、それゆえに事故を防止できるはずであるから、踏切事故のほとんどは、通行人車側の過失なしには発生しえないであろう。した

(18) 被害者が通行車両の同乗者である場合や、はね飛ばされた通行人車に当たって被

がって、もしも通行人車側に過失があれば常に鉄道企業に責任がないとするならば、ほとんどの踏切事故について、鉄道企業が責任を負わないという結果になるであろう。しかし、この結果は、鉄道企業に「過失」がない場合にも鉄道企業が責任を負うことを公平な解決として鉄道企業の責任の範囲を拡大する判例のポリシーに、全く反する。そこで、事故発生について通行人車側に過失がある場合でも、むしろ原則として鉄道企業が損害の全部について賠償責任を負うとすべきである。鉄道企業の責任が軽減されるのは、通行人車側の過失の程度が重い場合に限られるべきである。この重過失の認定は、被害者が歩行者や自転車運転者である場合には慎重にしなければならない。しかし、被害者が乗用車あるいはトラック、バスなどの運転者のように、運転のさいに事故防止のために重い注意義務を負う者である場合には、通行人車側の重過失を容易に認定してよいであろう。とくに、過失の程度が非常に重い場合には、故意の場合に準じて、鉄道企業を完全に免責することが、事件の公平な解決であると思われる。

これらすべての内容を総合すれば、踏切事故の損害賠償請求事件の解決に用いられるべき規範の真の姿が明らかになる。それは次のとおりであろう。

「踏切事故によって通行人車側に損害が生じた場合に、鉄道企業はその賠償の責を負う。ただし、事故が不可抗力または通行人車側の故意に基づくものであるならば、その限りではない。事故が通行人車側の重過失に基づく場合には、賠償額の<sup>(19)(20)</sup>一部または全部が免除される。」

害を受けた場合には、被害者に全く過失がないことが多い。しかし、その場合にも、事故発生は被害者以外の通行人車の故意または過失によるということがほとんどであろう。

- (19) 川井・前掲564ページに、実質的にこの規範に近い見解が主張されている。すなわち、踏切事故の損害賠償請求事件は、「できるだけ危険物責任の法理による解決がのぞましく、民法七一七条の適用の門戸をひろげ、具体的衡平は過失相殺等の処理にゆだねることが妥当ではあるまいか（研究会でも、無人踏切での事故につき、原則として企業の責任を認めるべきだという有力な意見があった。）」という。
- (20) 踏切事故の損害賠償問題には、もう一つの側面がある。鉄道企業に生じた損害を、通行人車側に果たして、かつどの範囲で賠償させるべきかという問題である。判例のポリシーをこの問題にも及ぼせば、原則として、鉄道企業自身が損害を受忍すべきであり、通行人車側には損害賠償義務がないと解すべきであろう。ただし、

## VI 現行法のもとの望ましい法的構成

この規範がそのまま表現されている条文は、わが国の制定法にはない<sup>(21)</sup>。したがって、その規範をそのままの形で判決の理由づけに用いることはできない。その種の事件に適用されるべき制定法の条文がある以上、判決の理由づけはその制定法の条文の適用の形式で表現されなければならない。

現在の判例と学説の支配的傾向は、この規範を民法717条の枠組をもって表現する。しかし、この方法には、すでに述べたように、かなりの無理がある。

私は、むしろ、民法709条の形式を用いる方がよいと思う。

私が提示した規範は、一定の事故防止措置をとりさえすれば鉄道企業は責任を一切負わないというポリシーを排斥する。したがって、鉄道企業が事故防止のためにいかなる措置をとるべきか、とくに、当該踏切道にいかなる保安設備を設置すべきかを、鉄道企業の損害賠償責任の有無の決定の前提としては、問

---

事故が通行人車側の故意または重過失によって発生し、かつ、鉄道企業が通行人車側に生じた損害の賠償責任を全部免じられる場合には、鉄道企業が通行人車側に損害賠償を請求できると解すべきであろう。

- (21) ドイツには、鉄道事故一般に関して、類似の規定がある。1871年のライヒ責任義務法 (Reichshaftpflichtgesetz) の第一条は、「鉄道の運行にさいして、人が死亡したまたは傷害を受けたときは、その企業は、その事故が不可抗力または被害者自身の故意・過失 (Verschulden) により生じたことを証明しないかぎり、それにより生じた損害を賠償しなければならない。」と規定する。さらに、1940年の「物の損害についての鉄道および市街電車の責任に関する法律 (Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschaden)」は、第1条に、「鉄道または市街電車の運行にさいして物が毀損されたときは、その企業はその損害を賠償する義務を負う」、第2条に、「損害が不可抗力によって、あるいは鉄道または市街電車が公道の交通圏内にある場合に、鉄道または市街電車の車体または施設の性質の瑕疵にも、装置の不調にも基づかない不可避の事故によって生じたときには、賠償義務は生じない」、第3条に、「損害の発生にさいして、被害者または物に事実的な力を及ぼす者の故意・過失が競合する場合には、民法典254条を準用する。」という規定を置く。これらの規定は、原則として鉄道企業が損害賠償責任を負い、事故が不可抗力、あるいは被害者の故意・過失に基づく場合に、責任が免除または軽減されるという点で、私が提示した規範と共通する。なお、これらの法律については、山田晟・ドイツ法概論Ⅱ147ページ以下、五十嵐清「ドイツにおける不法行為法の発展——危険責任を中心に——」鈴木・五十嵐・村上・概観ドイツ法195ページ以下、浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展(一)」民商法雑誌70巻3号83ページも参照。

題にしない。<sup>(22)</sup>もし、結果の発生を防止するために一定の具体的な措置をとるべく定められた義務を怠たことを「過失」と呼び、この義務を果たしたか否か、すなわちこの意味での「過失」があるか否かに関係なく加害者が負う損害賠償責任を「無過失責任」と呼ぶならば、この規範によって加害者に負わせられる責任は、「無過失責任」にほかならない。

しかし、その規範は、踏切道に事故発生危険性があることを前提にするだけでなく、鉄道企業が事故防止のために万全の措置をとるべき非常に強い義務を負っていることを中心内容にしている。したがって、鉄道企業には常に事故発生予見可能性があり、かつ、発生した事故については常にこのような抽象的な内容の義務の懈怠がある。もし、このような意味での予見可能性があり、かつ義務の懈怠があれば、それで「過失」と呼ぶに十分であるとするならば、この規範によって加害者に負わせられる責任は「過失責任」である。

私は、民法709条にいう「過失」はこのような意味での「過失」をも含むと解釈すべきであると考える。そのことにより、踏切事故の損害賠償請求事件の解決に用いられるべき規範を、民法709条によって構成できる。鉄道企業は踏切事故について常に予見しうるのであり、かつ、踏切事故が実際に発生した場合には事故防止のために万全の措置をとるべき義務を怠ったのであるから、鉄道企業には常に過失がある。したがって鉄道企業は、この過失によって発生した事故については、鉄道企業が事故防止のためにどんな措置をとったのか、とくに当該踏切道にどんな保安設備を設置していたかに一切関係なく、損害賠償

(22) それらの具体的な義務は、損害賠償請求権の成立の前提としてではなく、もっと現実的なものとして確立されるべきである。つまり、鉄道企業は現実にもその義務を履行しなければならず、その義務を怠れば、事故防止措置請求権ともいべき権利が住民に発生するとされるべきである。この権利が実定法として確立されるためには、いかなる範囲の人々がその権利を有するのか、踏切事故発生危険性がどの程度大きい踏切道に、どの程度の保安設備の設置を請求する権利があるとすべきかなど、解決すべき多くの問題がある。しかし、その権利の有無を判断するための諸要素はすでに示されている。「当該踏切道における見通しの良否、交通量、列車回数等の具体的状況を基礎として」事故発生危険性の大小を判断するという、判例において従来踏切道における軌道施設の設置上の瑕疵の有無の認定、あるいは鉄道企業の過失の前提たる鉄道企業の義務の認定について示されてきた方法は、この権利の有無の判断のためにこそ用いられるべきであろう。

責任を負う。ただし、事故が不可抗力または通行人車側の故意に基づく場合は、鉄道企業が事故防止にいかにも万全の措置をとっていたとしても防ぐことができない場合、またはそれに準ずる場合と考えられ、それゆえにこの場合には、鉄道企業の過失と事故の発生との間に因果関係がないのであるから、鉄道企業は責任を負わない。さらに、鉄道企業に責任がある場合でも、通行人車側に<sup>(23)</sup>重過失があれば、過失相殺によって賠償額の一部または全部が免除される。

この構成においても、鉄道企業は過失を常に犯しながら経営を行なっていると言うに等しい「過失」という言葉の用い方が、適当かという疑問がある。この限りにおいては、この構成が「瑕疵」という言葉の用い方について疑問がある民法717条による構成よりも優れているということはできない。それにもかかわらず私が民法709条による構成の方がよいと考えるのは、民法709条による構成の方が、鉄道企業がもともと事故防止のために<sup>万全の措置</sup>をとるべき義務を負うという規範の中心内容を、より直接に表現するからである。民法717条による構成の場合のように、鉄道企業の義務の懈怠を踏切道における軌道施設の設置上の瑕疵という客体の形に変えて表現するという迂路をとる必要がないからである。

なお、「過失」概念の外延のそのような拡大は、加害者の「過失」の有無によって加害者の損害賠償責任の有無を決定するという民法709条の趣旨を、没却してしまうのではないかという批判がなされるかもしれないが、その批判は当たらない。確かに、踏切事故の損害賠償請求事件については常に加害者に過失があるという認定がなされるべきである。しかし、私は、あらゆる種類の事件において「過失」をそのように解釈すべきだと言っているわけではない。いかなる種類の事件であるか、そしてとくに加害者がいかなる種類の人であるかによって、「過失」の内容がずいぶん異なる。したがって、加害者に過失がないという理由で加害者が損害賠償責任を負わないとすべき場合も多いのであるか

(23) 不法行為の損害賠償における過失相殺で、つまり民法722条第2項の解釈として、賠償義務者が賠償責任を全免されることは可能かについては、沢井裕・注釈民法(19)365ページ以下参照。

ら、民法709条の趣旨が没却されることはない。ただ、混乱を避けるために、加害者に過失があるという認定が常になされるべきである種類の事件については、特別の規範が制定法化されることが望ましいことは確かである。踏切事故の損害賠償請求事件の解決に用いられるべき真の姿として私が先に示した文章も、制定法化されることが望ましい<sup>(24)</sup>。しかし、そのような制定法が存在しない限りは、その種の事件も、他種の事件とははっきりと区別しながらではあるが、民法709条によって解決しなければならないのである。

## VII むすび

「無過失責任」を「過失責任」によって構成するという私の解釈論は、一見すれば奇妙であり、便宜主義的に思えるかもしれない。しかし、私はこの解釈を、安易に行なったのではないつもりである。むしろ、「過失責任」の原則の成立の歴史を探求し、その原則がいかなる諸事実を前提にして、いかなる思想に基づいて成立したのかを再検討すれば、「無過失責任」論と共通の基盤を見出すことができるだけでなく、論理的にも、両責任の間に連続性があることが明らかになるのではないかと考える。その場合に、「過失」の存在の前提として「義務」が存在すると考える必要があるのかも問題になるであろう。問題は故意・過失を対象とする論議、すなわち「責任」論にかかわるだけでなく、「違法性」論にも関係する。結局は、損害賠償請求権の発生原因である「不法行為」とはそもそも何であるのかの問題になり、その解決は、場合によっては日本独特の不法行為法体系、あるいは損害賠償法体系の構築を導くのではないだろうか。踏切事故の損害賠償請求事件に関する私の解釈論は、その第一歩であると位置づけたい。

(24) その場合、踏切事故のみについてではなく、鉄道事故全般についての規範として定立されてもさしつかえないであろう。