
研究ノート

戦後不法行為法理論史の素描

中山 充

目 次

はしがき

一 戦前の理論の継承と展望

- (1) 戦前の理論の継承と判例研究
- (2) 社会事象類型別の理論の生成
- (3) 判例の問題点の抽出

二 社会事象類型別の理論の発展

- (1) 総論
- (2) 公害が不法行為の一般論に及ぼす影響

三 理論の根本的再検討

- (1) 序論
- (2) 民法709条の要件論
- (3) 因果関係論
- (4) 損害論
- (5) 加害者側に複数主体が関与する不法行為関係
- (6) 責任保険・社会保障との関連

はしがき

1970年代において、不法行為法理論は混迷に陥った。不法行為について非常に多数の業績が生み出され、しかも、不法行為法理論の根本的な再検討すらも主張されるに至ったためである。

近年になって、それらの議論を踏まえた内容の不法行為法の体系書が出され始め、また、⁽¹⁾

(1) 高木多喜男ほか「民法講義6 不法行為等」(昭和52年, 有斐閣), 幾代通「不法行為(現代法学全集)」(昭和52年, 筑摩書房), 前田達明「民法VI₂(不法行為法)(現代法法律学講座)」(昭和55年, 青林書院新社)。

私法学会のシンポジウムでも不法行為法理論の問題が取り上げられ、乱立する議論がかなりの程度まで整理されるようになった。それでもなお、従来の議論の本質的な要素が完全に網羅されて整理づけられた、とは思われない。

法理論を着実に前進させ、あるいは議論の成果を後世に伝えるためには、議論の一定の段階において、それらを体系書の中に整理づけることが必要であることは言うまでもない。しかし、体系書は、本質的に論理整合性を有すべきものであり、かつ、現在における静的な状態を示すことに重点が置かれる。このような体系書による議論の整理は、たとえ、それが筆者の独自の主張を極力抑制したものであったとしても、なお、議論の一面のみを捉えるものにすぎないであろう。

議論は、理論の体系性をめぐるものに尽きない。さまざまな社会的要請を背景にし、それぞれの事実認識、価値判断に基づいて、それぞれの理論的伝統を負いつつ、さまざまな目的をもってなされる主張が、複雑に対抗し合い、あるいは協調し合うことによって、議論が形造られる。このような矛盾をはらむ動的な過程を解りやすく整理することもまた、法理論の前進と成果の継承にとって必要なことであろう。

不法行為法理論の現在の状況は、なお混沌としていて、今後のあり方を展望することは容易でない。その中で着実な一歩を進めるためには、従来の議論を既に述べたように全面的な観点から整理することが望ましいことは言うまでもない。しかし、このこともまた容易でない作業である。そこで、とりあえず、従来の議論がどのような体系的地位に位置づけられるべきかを明らかにすることを主要な観点にして、戦後の不法行為法理論の全体的な流れを、大まかに把握しておくことが適当であろう。

一 戦前の理論の継承と展開

(1) 戦前の理論の継承と判例研究

(ア) 戦前の不法行為法理論の体系は、昭和15年に出版された我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為(新法学全集)」(日本評論社)に見ることができる。

全体がまず、「一般的不法行為の成立要件」、「特殊の不法行為の成立要件」及び「不法行為の効果」の3つに大別される。民法709条の「一般的不法行為の成立要件」は、(1)「自

(2) 日本私法学会第42回大会(昭和53年)シンポジウム民法部会「不法行為理論の展望」(私法41号167頁以下所載)及び第43回大会(昭和54年)シンポジウム民法部会「不法行為責任の交錯」(私法42号3頁以下所載)。

己の故意又は過失ある行為に基くこと、(2)「行為者に責任能力あること」、(3)「行為が違法なること」、(4)「違法なる行為に因つて損害を生じたこと」の4つに分説され、⁽¹⁾「特殊の不法行為の成立要件」では、民法714条以下の5種の不法行為責任(「責任無能力者を監督する者の責任」、「他人を使用する者の責任」、「土地の工作物又は竹木の所有者及び占有者の責任」、「動物保管者の責任」、「共同不法行為者の責任」)のそれぞれについて、「責任の根拠と性質」、「責任の要件」及び「責任者」が説明される。⁽²⁾「不法行為の効果」は、「既に生じた損害の填補を請求し得ること」であつて、損害の排除と予防の請求は、これに含まれない。損害賠償の方法は金銭賠償を原則とし、損害賠償の範囲は相当因果関係論により定められる。⁽³⁾

我妻・前掲書は、このような不法行為法の体系を、次のような理論で貫ぬく。「不法行為制度の指導原理」は、「個人の自由活動の最少限度たる思想から、人類社会に於ける損失の公平妥当なる分配の思想へ」と推移したのであり、この指導原理に従つて不法行為法の解釈論を展開すべきである。特に「故意・過失」については、「普通的生活関係に於ては過失責任にも相当の存在意義」があるが、「大企業その他特に危険と利益とを伴ふ生活関係に於ては」⁴「報償責任と危険責任とを援用すべきであり」、「解釈論の任務としては」、「報償責任の思想を含む」民法715条と、「危険責任の思想に立脚する」民法717条「の解釈に適當の拡張を加」え、さらに特別法である「労働災害についての扶助に関する一連の立法」と鉱業法の鉱害賠償責任の規定「の精神を把握して適當な操作を加ふべきであり」、「民法の過失責任の条文について」も「過失についての挙証責任の顛倒」⁵「によって無過失責任に近づき得る」。他方、「被害者と加害者との地位・財産等の関係、加害行為に於ける特殊の事情等を顧ることなく、苟くも過失あらば全損害を賠償すべしとなすことは許され」ない(「過失責任の醇化」)。「権利侵害」については、この「固定的觀念が『違法なる行為』といふ流動的な觀念に移つた」のであり、「その違法性の具体的決定に當つては、被侵害利益の種類と侵害行為の態容とから相関的にこれを決定すべしと考える」。さらに、「鉱業や化学工業から發散する害毒の如き正当なる施業から不可避に生ずる損害について賠償責任を認める」場合の施業も、この意味での違法な行為と構成する。このような解釈によつてもなお實際上解決し得ない矛盾は、「各種の社会保険制度」⁽⁴⁾によつて解決されるべきである。

(1) 我妻・前掲103頁以下。

(2) 我妻・前掲155頁以下。

(3) 我妻・前掲197頁以下。

(4) 我妻・前掲94頁以下。

(1) 昭和30年代までの不法行為法学の最も重要な課題は、戦前の不法行為法理論を骨格にして、蓄積されてきた多数の判例を整理して、細分された個別の領域ごとに問題を具体的に検討していくことであった。

昭和32年の加藤一郎「不法行為（法律学全集）」（有斐閣）、昭和38年の我妻栄・有泉亨・四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為（判例コンメンタール）」（コンメンタール刊行会）⁽⁵⁾、及び昭和40年の加藤一郎編「注釈民法（19）債権（10）不法行為」（有斐閣）は、戦前の理論をほぼそのまま受け継いで構成されている。

昭和30年代は、法学界全体において、判例の総合的研究が非常に盛んになった時期である。「総合判例研究叢書」が、昭和31年から、次のような認識に基づいて編まれている。「実際問題として、多くの条項が判例によってその具体的な意義を明かにされているばかりでなく、判例によって特殊な制度が創造されている例も、決して少くはない」。「判例の創造した特殊の制度の内容を明かにするためにはもちろんのこと、判例によって明かにされた条項の意義を探るためにも、判例の総合的な研究が必要である。同一の事項についてのすべての判決を探り、取り扱われた事実の微妙な差異に注意しながら、総合的・発展的に研究するのだから、判例の研究は、決して終局の目的を達することはできない」⁽⁶⁾。不法行為法の領域においても、このような考えに沿って、多くの判例研究がなされた。⁽⁷⁾

これらの事実は、一方において、戦前の不法行為法理論を充実させ、発展させることを意味し、他方において、判例を理論的に把握し、かつ、そこに現われる種々の問題点を、個別的、具体的に検討することを意味する。⁽⁸⁾

(2) 社会事象類型別の理論の生成

(ア) その成果として重要なものの一つは、一般の不法行為の「社会事象別の類型化」

- (5) 我妻栄・有泉亨「債権法（法律学体系コンメンタール編）」（昭和26年、日本評論新社）を台本とする。
- (6) 「総合判例研究叢書」序（昭和31年）。
- (7) この叢書の「民法（4）」（昭和32年）に、谷口知平「損害賠償額の算定」、千種達夫「慰謝料額の算定」、乾昭三「使用者の賠償責任」、「民法（9）」（昭和33年）に、石本雅男「過失の要件」、四宮和夫「業務上の過失」、「民法（12）」（昭和34年）に、谷口知平「生命侵害による遺族の損害賠償請求」、椿寿夫「共同不法行為」、藪重夫「過失相殺」が収められている。
- (8) 加藤「不法行為」の「はしがき」は、このことを次のように表現している。「すでに先進の諸先生によって明らかにされている」「不法行為の理論の大筋」を「縦や横に広げるとともに、その内容を豊かにしていくことが今後の課題だと考え」、「判例をできるだけ拾いあげ、具体的に問題を展開しようと試みた」。

(「社会事象を横に並べた形のもの」という意味で「横の類型化」とも呼ばれる。)である。民法709条で処理されている不法行為について、「社会的に問題とされる主要な類型を取りあげて、その実質的な内容(要件・効果)を明らかに」する目的でなされる類型化である。⁽⁹⁾

この類型化を積極的に推進されるのは、加藤一郎教授である。日本の不法行為法は、「大陸法にほぼ共通する特色」として、「英米法とは異なり」、「民法709条の一般規定を中心として、包括的な単一の不法行為という構成をとっている」。民法714条以下の特殊の不法行為は、この「一般の不法行為に対する例外的な場合をあげたものであって、必ずしも不法行為の類型を横に並べたものとはいえない」。従来は、その709条の「故意過失とか権利侵害とかの一般的抽象的概念を理論的に研究することが中心であつたが、「実際には、具体的な不法行為の類型によって、故意過失や違法性の内容が異なってくるべきであるし、判例にもそれがあつた程度まで現われている」のであって、「個々の具体的な事件の解決のためには」、そのような研究は「あまり役に立たない」。さらに、「故意過失と権利侵害という幅の広い一般的要件をかかげていることは、広く救済を与えるもののようにも見えるが、要件が漠然としているために、実際には必ずしも広く救済が与えられたとはいえず、「少なくとも、不法行為の救済が、具体的な妥当性をもって的確に行なわれたとはいえない」。そこで、「どういう事実があれば故意過失および権利侵害があると責任を負わせるべきかを、不法行為の類型別に個別的具体的に検討することが、まさに必要なのである」と考えられるのである。⁽¹⁰⁾

(イ) この類型化の方向は、加藤「不法行為」にはっきりと示されている。しかし、同書では、少なくとも形式においては、「単一の不法行為制度を複数の不法行為に類型化」⁽¹¹⁾するには至っていない。一般の不法行為の成立要件のうち、過失と違法性判断の要素としての被侵害利益を、それぞれ類型化しているのにすぎないのである。過失については、「とくに定型的に過失が問題になるような主要な事例を」、交通機関、医師、商品の製造・販売、工業・鉱業・土建関係、報道および出版関係、執行行為の6つに分類して、それぞれの場合の特色を明らかにしている。⁽¹²⁾ 被侵害利益については、我妻・前掲書による分類(物権、

(9) 加藤一郎「不法行為の類型化の意義」私法41号176頁以下。

(10) 加藤一郎「日本不法行為法の今日の課題—アメリカ法との比較において—」(法律時報36巻5号、昭和39年)加藤一郎「民法における論理と利益衡量」(昭和49年)173頁以下、加藤「不法行為」60頁。

(11) 加藤「不法行為」はしがき4頁。

(12) 加藤「不法行為」80頁以下。

工業所有権、債権、営業権、社員権、身体・自由・名誉、生命・貞操、その他の人格権⁽¹³⁾の多くを受け継ぎ、これを「物権的なもの」として、所有権、所有権以外の物権、特殊な物権、無体財産権、「債権的なもの」として、債権、営業権、「人格権的なもの」で「人の身体的側面に関するもの」として、身体、貞操、離婚と内縁の破棄、身体的自由、生活の妨害、「人格権的なもの」で「精神的側面に関するもの」として、名誉、肖像・氏名、精神的自由、親族権に分類して、詳しく説明している⁽¹⁴⁾。

我妻・有泉・四宮「判例コンメンタール」が、「過失や権利侵害に関するおびただしい判決を仔細に分析し、系統立て、主体の違いによって生ずる適用の微妙なニュアンスの差異を示すことに努めている⁽¹⁵⁾」のも、加藤「不法行為」の類型化と同じ線に立つものである。すなわち、民法709条の「故意又ハ過失」について「故意ないし注意義務の事例」を、自動車交通、有軌道交通（汽車・電車）、海上交通、工場企業、土木工事等、鉱業、電気事業、木材取扱業務、医療行為、報道業務、運送業・倉庫業、権利の実現過程、告訴・告発の13の場合に分け⁽¹⁶⁾、「『権利ヲ侵害』する」について「被侵害法益と違法性」を、所有権、占有権、用益物権、担保物権、特別法上・慣習法上の物権・準物権、無体財産権、債権、営業（権）、社員権、人格権・親族権に分けて⁽¹⁷⁾、判例を整理しているのである。

(ウ) この類型化は、アメリカ法の影響によって、さらに大きな一歩を進める。アメリカ法がこの類型化にとって「大いに参照に値する」と考えられるのは、第1に、「近代社会、あるいはさらにしぼって今日の資本主義社会において、自動車事故・名誉毀損など、それぞれの不法行為の妥当な処理方法というものは、どこの国でもだいたい一致すべきものであり、少なくともそこには共通性がきわめて大きいはずである」ためであるが、それだけでなく、第2に、「アメリカ法は、不法行為の判例がきわめて多く、それを通じてそれぞれの類型に即した妥当な解決方法が詳細な法原則となって展開されている」からである。そして、第3に、「わが国の不法行為法の規定」が「漠然とした一般原則だけをきめている」から、「妥当な解決方法でさえあれば、どのようなものでもその中にもちこむことができる」と考えられるためである⁽¹⁸⁾。

(13) 我妻・前掲127頁以下。

(14) 加藤「不法行為」106頁以下。

(15) 我妻・有泉・四宮・前掲はしがき1頁。

(16) 我妻・有泉・四宮・前掲120頁以下。

(17) 我妻・有泉・四宮・前掲169頁以下。

(18) 加藤「民法における論理と利益衡量」176頁以下。

加藤一郎編「注釈民法(19)」の「不法行為の諸類型」は、このような考慮に基づいて設けられたものと思われる。同書は、民法709条の注釈として、「不法行為の一般的成立要件」及び「不法行為の効果」と対等に並ぶ項目として、「不法行為の諸類型」を設け、そこで、財産権の侵害、失火責任、故意による人身への加害、交通事故、事業災害、製造物責任、医療行為による責任、権力の不当利用、生活妨害(ニューサンズ)、人格権の侵害という「10種類の不法行為をとりあげ、掘り下げた分析を試み」ている。また、「民法だけでなく、自動車、鉋害、原子力など、不法行為に関する特別法についても、この中で」言及されている。⁽¹⁹⁾

(エ) このような社会事象別の類型化は、「すべての事例を網羅的に捉えようとするものでなく」、また、その分類の基準は、一応「加害行為が中心となっており、それで足りない点を被侵害利益の面からカバーしている」が、必ずしも「統一的なものではなく、「理論的に不十分な点がある」⁽²⁰⁾。しかし、この類型化は、かつての不法行為法の観念では必ずしも十分に捉えられていなかった自動車事故、公害などの不法行為による損害賠償請求訴訟の増大に対応し、これらを実務上適切に処理するという実際の必要から生み出されたものであり、それらの類型ごとに要件・効果を具体化することを目的とする。したがって、類型化の基準に理論的な不透明さがあるとう、実務は不法行為をおおむねこのような類型別に分けて捉えて発展していくことになり、学者の研究もまた、各類型別に深められ、類型別の理論が発展していくことになる。もっとも、これらの不法行為が民法709条という単一の条文で処理される限り、社会事象別の類型ごとの研究の深化は、複数の不法行為法への完全な分化をもたらすのではなく、常に民法709条との関連を有し、民法709条をめぐる不法行為の一般理論の再検討を促さざるをえなくなることは、後述のとおりである。

(3) 判例の問題点の抽出

判例理論が把握されることによって、判例理論が有する多くの問題点もまた明らかにされた。その結果、学説の批判を受けて、判例が変更されるに至ったことも少なくない。次に、その主なものを掲げる。⁽²¹⁾

第1に、未成年者の責任能力の程度の問題である。未成年者の不法行為について、判例

(19) 加藤一郎編「注釈民法(19)」63頁以下、はしがき1頁。

(20) 加藤・私法41号178頁以下。

(21) 主として、加藤「不法行為」により問題点を抽出し、同書の増補版(昭和49年)266頁以下等により判例の変更をたどる。

は、被害者の損害賠償請求を認めるために、「未成年者に財産があるか、または、未成年者が被用者で使用者の責任が問題になっている場合には、未成年者に責任能力があるとし、未成年者の監督義務者の責任が問題になる通常の事例では、未成年者に責任能力がない」とする。その結果、責任能力の認められる年齢について矛盾が生じ、あるいは責任能力を不当に高く見ることになる。この点の解決の一つとして、学説は責任能力の監督義務者の併存的責任を認めるべきことを主張し、最判昭和49年3月22日⁽²²⁾も、民法709条によりこれを認めるに至った。

第2に、民法416条＝「相当因果関係の理論」の不法行為への適用の問題である。因果関係は不法行為の成立要件と損害賠償の範囲の決定で必要とされるが、その基準について、「わが国では、債務不履行の場合には、民法416条の規定があり、それが相当因果関係を表わしたものとされているが、不法行為については、規定がないので、その点が問題となる」。判例、多数説ともに416条適用説を採用するに至っている。しかし、不法行為の場合に予見可能性を考慮することや、債務不履行の場合と同じ範囲の損害の賠償義務を負わせることなどについては、かなりの疑問がある。この問題はさらに、損害額算定の基準時期あるいは遅延利息の発生時期をいつにすべきかと、弁護士費用の支出は賠償すべき損害の範囲内に入るか、というような問題と密接な関連を有する。

第3に、慰籍料等に関する民法711条の解釈の問題である。「ここに列举されていない祖父母・孫・兄弟姉妹等は生命侵害による慰籍料の請求ができないか、かりにそれができないとしても」扶養請求権などの「財産的損害の賠償なら民法709条に基いてできるのか、さらに、生命侵害以外の場合にも、直接の被害者でない父母・配偶者・子などが慰籍料の請求ができるのか（さらに祖父母・孫・兄弟姉妹等かどうか）、かりにそれができないとしても」治療費などの「財産的損害の賠償請求ならできるのか」という問題である。言い換えるならば、「711条を709条・710条の例外的規定と見て、これを制限列举と解し、反対解釈をするか、それとも、単なる注意的な規定とみて、これを例示的に解し、反対解釈をしないか」という問題である。判例は、いずれの場合についても財産的損害の賠償を認めるのに対し、慰籍料請求を認めなかった。しかし、子の重傷については父母の慰籍料請求を認める判決が戦後に現われ、最判昭和33年8月5日⁽²³⁾も、子の「死亡にも比肩すべき精神上

(22) 民集28巻2号347頁。

(23) 民集12巻12号1901頁。

の苦痛を受けたとき」にはこれが認められるとし、確定した判例になった。

慰籍料については、さらに、額の算定基準をどう定めるか という問題もある。学説上の問題としては、慰籍料の性質の問題、すなわち、私的制裁の機能、あるいは法的解決に具体的妥当性を持たせる機能をどう評価するか、という問題が提示されている。

第4に、過失相殺については、責任能力のない未成年者について過失相殺を認めるかという問題と、被害者本人以外の過失を考慮しうるかという問題がある。前者の問題について、判例は、このような者には過失がないという理由で過失相殺を認めなかったが、その後、最判昭和32年6月20日の過渡的判決を経て、最大判昭和39年6月24日は、責任能力のない未成年者でも事理弁識能力があれば足りるとして、過失相殺を認めるに至った。後者の問題について、判例は、それを考慮すべきでないとしていたが、その後、最判昭和34年11月26日はこれを⁽²⁶⁾変更し、過失相殺における被害者の過失には、広く被害者側の過失をも包含し、監督義務者の過失も審理すべきだ、とするに至った。

第5に、「生命侵害の場合における死者の損害賠償請求権が相続されるか」という問題がある。財産的損害については、死者の「将来得べかりし収入」が相続されるかという問題であり、慰籍料については、さらに「慰籍料請求権の一身専属性」の問題が加わる。判例は、財産的損害について、即死の場合にもその相続性を肯定するのに対し、慰籍料については、請求の意思表示があれば相続するとしていたが、その後、最大判昭和42年11月1日はこれを⁽²⁷⁾変更し、請求の意思表示の有無にかかわらず当然に相続とした。しかし、この慰籍料請求権の当然相続説に対しては、⁽²⁶⁾その後も批判が多く、相続否定説をとる下級審判決も出ている。

その他にも、学説上議論される問題として、たとえば次のようなものがある。契約責任との間の請求権競合の問題、すなわち、契約関係にある者の間でなされた加害行為について、契約責任に不法行為責任が競合するののか、それとも競合しないのかという問題、使用者責任が成立した場合に使用者が被用者又は代理監督者に対してなしうる求償権をどのように制限すべきかという問題、などである。

二 社会事象類型別の理論の発展

(24) 民集11巻6号1093頁。

(25) 民集18巻5号854頁。

(26) 民集13巻12号1573頁。

(27) 民集21巻9号2249頁。

(1) 総論

昭和30年前後から、不法行為による損害賠償請求訴訟が増大してきた。この現象は、被害者が泣き寝入りをせずに損害賠償を請求するという国民の権利意識の伸長にもよるが、それとともに、自動車事故や公害などの類型の不法行為自体が増大してきたことによる。昭和40年前後には、これらの類型の不法行為が激増しただけでなく、社会に大きな衝撃を与えた。その結果として、不法行為法に関する判例理論と学説に大きな影響を及ぼし、それらに変化をもたらすことになる。

第1に、すべての類型に共通する一般的な問題について、従来の法理論に内在していた矛盾や欠陥が、特に強く意識されるに至り、その変更を促すことになる。前述の判例の変更がその一端であり、さらに、後述の法理論の根本的再検討の動きもそれである。

第2に、各類型の訴訟を適切に処理するために、各類型ごとの要件と効果を具体化する作業がなされ、このことによって類型別の理論が発展する。昭和47年から出され始めた有泉亨監修「現代損害賠償法講座」全8巻（日本評論社）が、「総論」（1巻）、「損害賠償の範囲と額」（7巻）、「損害と保険」（8巻）の巻とともに、「名誉・プライバシー」（2巻）、「交通事故」（3巻）、「医療事故・製造物責任」（4巻）、「公害・生活妨害」（5巻）及び「使用者責任・工作物責任、国家賠償」（6巻）の巻を設けるのは、そのような法理論の発展に沿うものである。

従来の型の不法行為とは異なる特殊な性質を持つとされる類型についての法理論には、従来の型の不法行為に比べれば特殊であるが、他の数種の特殊な類型の不法行為とは共通する一般的な問題性を含む部分と、各類型ごとに全く特殊である問題性を含む部分があると思われる。このいずれも、民法709条という単一の条文で処理される限り、民法709条をめぐる不法行為の一般理論との関係を明らかにしなければならず、そのうち特に前者の問題性を持つ法理論は、一般理論の再検討を促さざるをえなくなる。たとえば、交通事故類型は、損害論の再検討のきっかけを与えた。しかし、昭和30年7月29日に「自動車損害賠償補償法」が生まれて、独自の要件が定められ、あるいは鉄道事故に民法717条の規定を適用することが普及したために、要件論については民法709条の一般理論への影響はさほど大きくならないままに止った。それに比べ、公害類型は、要件論と効果論の双方にわたって、一般理論に大きな影響を与えた。公害についても、すでに戦前から鉱業法109条以下に無過失損害賠償責任規定があり、昭和47年には、大気汚染防止法の25条以下及び水質汚濁防止法の19条以下に無過失損害賠償責任規定が設けられた。それにもかかわらず、そ

の適用範囲の狭さ、立法時期の遅れ、あるいは加害企業に非を認めさせたいという被害者の心情などの事情により、損害賠償責任の根拠を民法709条に求める訴訟が大勢を占めたのである。

公害と交通事故のほか、医療事故、製造物責任、あるいは名誉やプライバシーの侵害などの類型も、不法行為の一般論にさまざまな影響を及ぼしている。そのすべてをここで示す必要はないであろう。本稿においては、その代表例として、公害のみを取り上げる。

(2) 公害が不法行為の一般論に及ぼす影響

公害をめぐる不法行為法理論のどの点が公害の特殊性に由来し、どの点が本来的にも一般性を有するものであるかを明らかにすることは、後日に譲り、ここでは、公害類型の不法行為が不法行為の一般論に及ぼした影響の主なものを簡単に示すに止める。

第1に、故意・過失又は違法性の有無の認定についてである。加藤一郎教授を中心とする「公害法研究会」の有力メンバーである淡路剛久、野村好弘両教授は、昭和42年頃から「新受忍限度論」を主張され始めた。「新受忍限度論」は、公害賠償について、加藤一郎教授が違法性の判断に採用されていた「受忍限度論」⁽¹⁾を、過失の判断にも拡大適用し、違法性だけでなく過失をも受忍限度論によって一元化して、公害賠償責任の有無を判断すべきだと主張する説である。この説は、沢井裕教授らの批判を受けて変容し、後述の不法行為の一般論に関する新たな説に接近ないし解消するに至ったが⁽⁴⁾、このことは、過失を結果回避義務違反と捉え、かつ、過失と違法性を一元的に判断すべきであるという主張を、一般論にまで高めることを意味する。

これに対し、多数説は、公害賠償についても故意・過失と違法性とを別々の要件として捉え、さらに重大な影響をもたらした新潟水俣病事件判決⁽⁵⁾、四日市ぜんそく事件判決及び⁽⁶⁾

- (1) 加藤「不法行為」126頁以下、134頁以下、加藤編「注釈民法(19)」32頁以下(加藤一郎筆)、加藤一郎編「公害法の生成と展開」(昭和43年、岩波書店)26頁以下、30頁以下(加藤一郎筆)。
- (2) 加藤編「公害法の生成と展開」399頁以下(野村好弘筆)、野村好弘「公害の判例」74頁以下、淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト458号372頁以下。
- (3) 沢井裕「差止と利益衡量」法律時報43巻8号(昭和46年)11頁、好美清光「日照権の法的構造」ジュリスト494号(昭和46年)118頁。
- (4) 野村好弘「受忍限度論について」公害研究1巻3号(昭和47年)71頁、淡路剛久「公害賠償の理論」(昭和50年、有斐閣)97頁以下。
- (5) 新潟地判昭和46年9月29日下級民集22巻9=10号別冊1頁。
- (6) 津地四日市支判昭和47年7月24日判時672号30頁。

熊本水俣病事件判決⁽⁷⁾もまた、この二元説に立つ。これらの訴訟では事件が生命・身体の侵害の場合であるために、違法性の存在が明白であると考えられたためであろうが、主要な論点は過失の有無に置かれることになった。したがって、これらの公害訴訟に関連してなされた議論も、主として、違法性ではなく過失についてなされた。

過失の概念については、予見可能性又は予見義務に重点を置く説と、結果回避義務に重点を置く説とが対立する。公害訴訟を原告の勝訴に導くために論陣を張られる沢井裕教授や牛山積教授等は、前者の予見可能性説を採られる⁽⁸⁾。この説は古典的過失論であるが、その予見の内容は抽象化され、有害の疑いのある工場廃水や煙が排出されることが判明していることだけで故意・過失を認定すべきであるという「汚悪水論」の主張に至る⁽⁹⁾。他方、後者の結果回避義務説も、人体に対する被害が生ずる場合には、結果回避の手段に操業停止を含むと考えるに至り、予見可能性説によって導かれるのと同じ結論を導くことを可能にした。

第2に、事実的(自然的)因果関係の認定の問題についてである。公害事件においては、被害者たる原告が事実的因果関係を立証することは、實際上困難であると考えられた。そこで、その立証を容易にするための方法が考えられ、まず、証明の程度をもっと緩かで十分であるとすべきであるという観点から「蓋然性説」が主張された⁽¹¹⁾。さらに、公害問題での事実的因果関係は疫学的な考え方によって明らかにされるべきであるという「疫学的因果関係論」が主張され⁽¹²⁾、イタイイタイ病事件判決をはじめとする公害事件等の判決に採用されるに至った⁽¹³⁾。

第3に、共同不法行為論についてである。公害は複数の発生源から排出されるものの複合によってもたらされる場合が多い。四日市ぜんそく事件判決を契機に、民法719条の共

(7) 熊本地判昭和48年3月20日判時696号15頁。

(8) 沢井裕「公害の私法的研究」(昭和44年、一粒社)165頁以下、同「新瀧水俣病判決の総合的研究—法解釈学的検討・5」法律時報44巻14号(昭和47年)159頁以下、牛山積「新瀧水俣病判決と故意・過失をめぐる判断」(ジュリスト493号、昭和46年)同「公害裁判の展開と法理論」(昭和51年、日本評論社)62頁。

(9) 熊本水俣病事件訴訟最終準備書面。

(10) 新瀧水俣病事件判決。

(11) 徳本鎮「鉦害賠償における因果関係」法政研究27巻2—4合併号(昭和36年)等。

(12) 牛山積「公害訴訟と因果関係論」法律時報40巻10号(昭和43年)。

(13) 第1審・富山地判昭和46年6月30日判時635号17頁、第2審・名古屋高金沢支判昭和47年8月9日判時674号25頁。

同不法行為について、議論が盛んになった。⁽¹⁴⁾

第4に、差止請求との関係である。公害事件では、損害賠償だけでなく、公害の差止が重要な問題である。差止請求は、もともとは不法行為法とは別個の制度とされ、これについて物権的請求権説又は人格権説などが唱えられていたが、差止請求を不法行為の効果として認める不法行為説も現われた。⁽¹⁵⁾ なお、損害賠償と差止について公害独自の根拠として環境権が主張される。⁽¹⁶⁾

最後に、損害論についてである。四大公害訴訟において、被害者の損害が従来の損害論では包摂し切れないような深刻な人身損害であったこと、あるいは被害者が多数であったことなどから、損害論の再検討が必要とされ、一律請求、一括請求、あるいはさらに包括請求という新しい方式が採られ、また、その弱点をカバーすべく規範的損害論が主張される。⁽¹⁷⁾

三 理論の根本的再検討

(1) 序論

昭和40年代も後半になってくると、従来の不法行為法理論に内在する疑問点を、もはや従来の法理論を骨格とする手直しのな解釈論によって解消するのではなく、それとは別の基礎の上に立つことによって根本的に解消しようと試みる研究が多く現われるようになった。このような研究は、自動車事故や公害などの類型の不法行為についての判例、学説によって強い刺激を受け、また従来から積み重ねられてきた判例理論の批判的検討を基礎にするものであるが、それとともにその多くは、外国の不法行為法理論についての自らの研究を法理論の分析または再構成の基礎にしており、しかも それぞれが非常に多様なアプローチをもっている。

ここでは、不法行為法理論がどのような根本的再検討を迫られているのか、という問題

(14) 牛山・前掲書97頁以下、淡路・前掲書117頁以下等。

(15) 野村・前掲書263頁、加藤編「公害法の生成と展開」404頁以下（野村好弘筆）、439頁以下（竹内保雄筆）、伊藤高義「差止請求権」「現代損害賠償法講座5」（昭和48年、日本評論社）395頁以下。

(16) 大阪弁護士会環境権研究会「環境権」（昭和48年、日本評論社）

(17) 清水誠「公害問題における損害論の意義」法律時報臨時増刊公害裁判第2集（昭和47年）、淡路・前掲書148頁以下、西原道雄「新潟水俣病訴訟における一律請求」判例時報642号、沢井裕「新潟水俣病判決の総合的研究—法解釈学的検討・1,2,3」法律時報44巻6、9、10号（昭和47年）等。

について、その全体的状況を概観する。

(2) 民法709条の要件論

民法709条の成立要件は、故意又は過失、責任能力、違法性及び因果関係であるというのが通説であるが、これに対して幾つかの疑問が出され、さらにそれを再構成する説が主張される。

まず、過失概念と違法性概念の峻別に対して批判がなされる。その批判は、次のように要約される。「第1に、通説によれば、過失とは抽象的過失を意味すると解され、またそれは一少なくとも多くの判例のなかにおいては一権利侵害という結果回避の行為義務に違反することと表現されているところをみると、過失とは、もはや、内心的な主観的要件であるとは、いい難いのではないか」。第2に、「客観的要件であるはずの『違法性』概念そのものが、実は、故意・過失など行為者の心理的ないし主観的な要素を取り込んで構成されている」。第3に「従来のわが民法学における『違法性』理論というのは、709条の『権利侵害』の意味を拡大する…という意味をもったにすぎないのであって、ドイツ民法学のいう客観的要件としての違法性概念とは違ったものである⁽¹⁾」。

このような批判をもとにして、両概念を統合し一元化する学説として、前述の新受忍限度論のほか、新過失論と違法性一元論が唱えられる。新過失論のいう「過失」の概念は、「結果回避ないし防止義務に違反した行為であり、かつその前提として行為者に結果発生の予見可能性の存在ないし予見義務が要求されている行為、として規定される」ものであって、「(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⁽²⁾及び「(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)の因子との比較較量」という「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⁽²⁾」。他方 違法性一元論のいう「違法性」とは、「『過失』を行為義務違反、『権利侵害』を不法行為法的保護を与えるにふさわしい法益の侵害」と考え、さらに「(故意) 過失によって権利を侵害し損害を発生させること」と把握⁽³⁾されるものである⁽³⁾。

さらに責任能力については、「過失を抽象的過失と構成しつつ他方で過失の前提要件と

(1) 幾代・前掲106頁。

(2) 平井宜雄「損害賠償法の理論」(昭和46年、東京大学出版会)400頁以下。

(3) 前田・前掲122頁。

して責任能力を要求するのは矛盾している」という批判がなされる。⁽⁴⁾

このような批判を行なう学者は、同時に、不法行為をその「責任根拠から理論的に考察した類型」(「責任根拠別の類型化」)⁽⁵⁾を行なう。

前田教授は、709条の不法行為を故意責任と過失責任とに二分され、前者は意思責任、後者は信類(保護)責任であって、互いに帰責事由を異にし、質的な差があると主張される。そして、無過失責任は709条の射程外であるとされる。709条の成立要件は、前田教授のいわれる「違法性」、責任能力及び因果関係である、とされるようである。ただし、責任能力は、「法人などの団体が加害者とされるとき」などには不要とされる。⁽⁶⁾

平井教授は、709条の不法行為を、意思的(故意)不法行為と過失不法行為に二分され、そのうち過失不法行為をさらに損害回避義務の高低に応じて分けられ、無過失をもこの量的な連続系列上に置かれる。709条の成立要件は、過失が問題となる不法行為類型についていえば、(i)平井教授のいわれる「過失」行為、(ii)損害の発生、(iii)「過失」行為と損害との間の事実的因果関係とから成る。⁽⁷⁾

さらに石田穰教授は、709条の不法行為を、「意思責任的不法行為」、すなわち「行為者に対する個人的非難可能性」言い換れば「行為者の一定態様の意思(いわゆる『悪しき意思』)を帰責の根拠とする」「伝統的に過失責任 *Verschuldenhaftung* といわれてきた類型の不法行為」とされ、「行為責任的不法行為」すなわち「行為者の行為の客観的性質を帰責の根拠とする」不法行為は、従来709条で処理されてきたものであっても、709条の射程外であって、他の制定法の規定や条理によって規律されるべきであると主張される。「行為責任的不法行為」は、さらに「客観的責任的不法行為」、すなわち「行為者が損害発生を防止するために客観的に相当な行為をしない限り免責されない不法行為」で「学説が抽象的過失説のもとで理解する不法行為の多く」に相応するものと、「結果責任的不法行為」、すなわち「行為者が損害発生を防止するために客観的に相当な行為をしても免責されない不法行為」で「伝統的に危険責任といわれてきたもの」とに二分される。成立要件として、「意思責任的不法行為」には、「行為者に損害発生についての認識や認識可能性などの意思が存在すること」及び「責任能力の存在すること」が必要であるが、「行為責任的不法行為」に

(4) 石田穰「損害賠償法の再構成」(昭和52年、東京大学出版会)11頁。

(5) 加藤・私法41号178頁、179頁。

(6) 前田達明「不法行為帰責論」(昭和53年、創文社)187頁以下、195頁以下、同「民法VI₂」50頁以下、65頁以下、122頁以下。

(7) 平井・前掲419頁以下。

は、そのいずれも必要でない。⁽⁸⁾

これらの新しい説は、その「論理の一貫性、体系性」を高く評価され、「問題の整理や立法・解釈への指針として有益である」と評価されながら、同時に、「現実の訴訟のなかから具体的経験に裏打ちされた」「帰納的な方法」ではなく、「演繹的な方法」によって導き出されたものであるため、果して「それが哲学的思弁にとどまらず法解釈学として」「現実の具体的問題の処理のために」どれだけ「意味をもちうる」のか疑問視されている。⁽⁹⁾これらの新説の華々しさにもかかわらず、多数の学者は相変らず故意過失と違法性または権利侵害とを別々の要件とする立場を維持しているようであり、⁽¹⁰⁾また709条は「広大無辺な」不法行為を含むものとして処理されている。

他方、原島重義教授によって、差止請求との関係からも、従来の違法性論に批判がなされている。わが国では古典的な市民法の権利論がしっかりと定着するに至らなかったために、違法論は独立した地位を与えられず、差止請求権との関連で論じられることがほとんどなく、もっぱら不法行為の中でのみ論じられたのであり、原則・例外の重層構造をとらず、「弾力性」のある「利益衡量」にゆだねられたといわれる。そして、「民事違法の、もっとも基本的な規範の構造」として、次のような定式をたてるべきであると主張される。「権利侵害は、違法阻却事由なき限り、ただちに違法であり、差止請求の理由となる。さらに、加害者に故意、もしくは過失があるときは、損害賠償請求の理由となる」。「ただし、例外的に、その規範があるときは、差止請求が制限されることがありうる。その場合には、制限の代償として、したがってまた当然に加害者の故意・過失を問うことなく、金銭による補償請求ができる」。さらに「権利侵害でなくても違法な場合に、権利侵害と同じ救済、したがって、まず差止請求権が与えられる、と解すべきである」。⁽¹¹⁾

(3) 因果関係論

判例と通説は、因果関係には不法行為の成立要件としての因果関係と、損害賠償の範囲の問題としての因果関係があるとするともに、これに「相当因果関係」を意味する民法

(8) 石田・前掲13頁以下。

(9) 森島昭夫「不法行為理論の再構成・現状と展望」Law School 7号（昭和54年）9頁、加藤・私法41号180頁。

(10) 幾代・前掲109頁、星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」私法41号183頁、沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー296号（昭和54年）89頁以下。

(11) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号（昭和51年）93頁以下。

416条が適用されるとしていた。これに対し、平井教授は、従来「相当因果関係」の問題として論じられてきたものを、「事実の因果関係」、「保護範囲」及び「損害の金銭的評価」の3つに区別して分析すべきであると主張され⁽¹²⁾、その後の因果関係論のあり方に大きな影響を与えられた。これにより、公害訴訟で立証が問題とされた因果関係は、「事実の因果関係」の問題として位置づけられる。

平井教授のいわれる「保護範囲」は「相当因果関係」などの他の呼び名で呼ばれることも多い。これの範囲の確定の基準として、平井教授は416条の適用を否定され、損害回避義務の「義務射程」という概念を主張されるが⁽¹³⁾、これに対して、最近のドイツの学説の影響のもとに、「危険範囲」説や「危険性関連」説が主張されている⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。416条の適用については、適用否定説が有力になっているが、「危険性関連」説は、肯定説を採る。

さらに、自然力の競合、共同不法行為、因果関係の中断、仮定的因果関係、過失相殺などが、保護範囲確定の際に考慮されるべき他原因の競合の問題として位置づけられる⁽¹⁶⁾。

また、生命、人身侵害の場合の近親者の損害賠償請求権、いわゆる「企業損害」あるいは第三者による債権侵害の場合の債権者の損害の問題のように、直接の被害者と一定の社会関係に立つ者に生ずる損害、すなわち「間接損害」の問題も⁽¹⁷⁾、ここに位置づけて論じられる。

損害の金銭的評価の問題は、次に述べる損害論に關係する。

(4) 損害論

従来の損害論は、「金銭賠償主義の原則のもとで差額説を採用し、損害を財産的損害と精神的損害との二本建てで算定し、相当因果関係の有無によって賠償範囲を決する⁽¹⁸⁾」というものであった。これに対し、財産的損害と精神的損害という二分について修正が必要ではないかという疑問が出され⁽¹⁹⁾、財産的損害の金銭的算定の根拠を具体的に立証しなければなら

(12) 平井・前掲135頁以下。

(13) 平井・前掲449頁以下。

(14) 前田「不法行為帰責論」219頁以下、同「民法VI」131頁以下。

(15) 石田・前掲49頁以下。

(16) 森島昭夫「因果関係論について」私法41号192頁以下。

(17) 幾代・前掲230頁以下は、「被害者側に複数主体が関与する不法行為関係」という特別の項目を設けて論じている。

(18) 國井和郎「損害論の新しい動向とスモン三判決」判例タイムズ376号（昭和54年）

35頁。

(19) 幾代・前掲262頁以下。

らないという損害の個別的・分析的な把握を中心とするあり方に対しては、死傷そのものを全体で1つの非財産的損害と捉えるなどして、損害を総体的・概括的に把握すべきであるという主張がなされている。⁽²⁰⁾ また、定額化の動きも顕著である。⁽²¹⁾

さらに、被害者の完全救済という観点から、特定の救済、とくに恒久対策を広く認めるべきであるという主張もなされている。⁽²²⁾

(5) 加害者側に複数主体が関与する不法行為関係

民法719条の共同不法行為については 公害事件をきっかけに多くの議論がなされるようになったが、それ以外にも、ある一個の損害の発生にさまざまな寄与をした複数の者について、それぞれの責任の成否と内容が問題とされるようになってきている。このような問題は、民法712条以下などに規定される特殊の不法行為責任のあり方にも関係する。

椿寿夫教授を中心とする研究グループは、「不法行為責任の交錯」と称せられる次のようなアプローチをされる。「709条と719条を両サイドに置き、それらと」民法712～4条、715条、716・7条、44条1項、国賠法1条、2条、自賠法3条という「各種の不法行為責任」「との相互関係を要件、対外的効果、内部的効果の各面から考えなおしてみる」というものである。すなわち、「直接の加害行為者が一個の責任主体として立ち現われるとすれば」、これらの法条で「709条と別異の要件のもとで」定められている賠償義務者の責任について、どのように「709条とは違った法的処理」がなされることになるのか、このような複数の責任主体が共同不法行為者になって719条の適用を受けるのか、そのいずれもが対外的に全額賠償の責任を負うのか、相互の求償関係や一人について生じた事由の効力はどのようなものになるか、という問題を解明しようとする試みである。⁽²³⁾

(6) 責任保険、社会保障との関連

被害者に対する現実の救済を担保するために、賠償責任保険が利用され、自動車損害賠償保障法のように付保強制も行なわれるようになってきている。また、加害者ないし責任者が確定しなくても被害者が救済される制度として、労災保険や公害健康被害補償の制度、あるいは健康保険とか厚生年金等の社会保険の制度があり、さらに生活保護法などによる社

(20) 幾代・前掲266頁以下参照。

(21) 國井・前掲36頁以下参照。

(22) たとえば、森永ミルク中毒事件、スモン病事件について。

(23) 法律時報48巻12号、49巻1号、50巻6号、7号、判例タイムズ393号、私法42号。

会保障の制度がある。

このような諸々の制度の間、あるいはこれらと民法の不法行為制度との間には、賠償ないし給付の要件、給付額等に差異があるのであり、これらの諸制度の中で不法行為制度をどのように位置づけるかという理論的問題が生ずるだけでなく、求償をするについて実際上も困難な問題が生ずる。

このような困難を解消すること、あるいは被害者救済をより容易にすることを目的にして、ニュージーランドの事故補償のような包括的な災害保険を設けることについて、検討がなされている。⁽²⁴⁾

また、不法行為制度は、「個別的・具体的紛争解決が第一次的な問題」として現われる「伝統的な不法行為訴訟」の問題を解決する能力を持つべきであるだけでなく、「社会的損失負担制度のもとで……提出される訴訟」や「許容された社会活動＝制度の運営から生じた損害賠償請求訴訟」の問題をも解決する能力を持たなければならず、したがって、「実定法的には、それは民法の一分野というよりも、行政法・保険法・社会保障法を包括する視野とともに、理論的には、制度をデザインし再設計する理論を基礎にもたなければならず」、その結果として、後者の問題解決にあたっては、故意・過失、因果関係、損害などの概念は変容せざるをえない、という説が唱えられている。⁽²⁵⁾

(24) 「特集損害賠償制度と被害者の救済」ジュリスト691号（昭和54年）、「座談会不法行為法の回顧と展望」Law School 6号（昭和54年）22頁以下。

(25) 平井宜雄「不法行為理論についての一展望」私法41号198頁。