

論 説

無過失責任論と危険責任論の現状と課題(1)

The current state and question of liability without fault in tort law

菅 沢 大 輔

目 次

はじめに

第1章 無過失責任論の紹介及び整理

第1節 明治・大正期の所説

第1款 石坂音四郎の所説

第2款 末弘徹太郎の所説

第3款 岡松参太郎の所説

第4款 小野清一郎の所説

第5款 牧野英一の所説

第2節 昭和期の所説

第1款 我妻栄の所説

第2款 平野義太郎の所説

第3款 加藤一郎の所説

第4款 森島昭夫の所説

第3節 各所説の整理

第1款 無過失責任論の背景

第2款 無過失責任の適用対象

第3款 無過失責任の根拠

第4款 無過失責任原理の定義

第5款 過失責任と無過失責任の関係

第2章 危険責任論の紹介及び整理

第1節 昭和期の所説

第1款 川村泰啓の所説

第2款 浦川道太郎の所説(以上本号)

第3款 石田穰の所説

第2節 平成期の所説

第1款 橋本佳幸の所説

第2款 潮見佳男の所説

第3節 各所説の整理

第1款 危険責任の適用対象

第2款 危険責任の根拠

第3款 危険責任の成立要件

第4款 過失責任と危険責任の関係

おわりに

はじめに

本稿は、危険の大きさに着目して過失の有無を問わずに責任を認める理論に関する日本とドイツの学説を紹介し、かつ検討した上で、その学説上の課題とその課題に取り組む上で必要となる理論的な分析視角を抽出することを試みたものである。本稿で取り扱うドイツの学説は、日本の論者によって既にわが国に紹介されているものである。日本の学説はドイツの学説の影響を強く受けて唱えられ、積み重ねられてきており、それゆえ、日本の学説の内容をできる限り正しく理解しようとするならば、ドイツの学説を確認することが必要である。また、日本の論者による紹介を前提にすると、上記の理論の構造については、ドイツにおいても議論の深まりが不十分のように見え、それゆえ、今後に残された課題を抽出する上でもドイツの学説を参照することは重要であると思われる。

これまで、学説上では、上記の理論は「無過失責任論」や「危険責任論」といった用語で呼び慣わされてきている。そして、近年、前者の持つ不備を補う形で後者が提唱されるようになってきており、近年の一部の有力な学説において、両者は理論構造に関する議論の深まりの程度の点で明確に区別されている。そこで、本稿では、従来の学説の用語法・整理法に倣い、上記の2つの理論を区別し、両理論のそれぞれの紹介及び検討並びに両理論の関係の検討を行う。

本来「無過失責任論」の射程は、過失を要件としない責任一般に関する議論に及ぶものであるが、本稿では、危険の大きさに着目して過失の有無を問わずに損害賠償が加害者に課せられる不法行為責任一般に関する議論に限定される。また、本稿で採り上げる「危険責任論」は、上記の議論と共に、危険責任の一環として損害賠償が加害者に課せられる、環境危険責任に関する議論も対象に含めている。後述するところから分かるように、環境危険責任は橋本佳幸の所説の中で語られるものであるが、この個別具体的な責任に関する橋本の見解を紹介及び検討することは、危険責任に関する従前の議論状況から課題を抽出する上で、非常に重要な作業であると思われるので、本稿ではこの個別具体的な危険責任も視野に入れることとする。

本稿では、まずはじめに、無過失責任論の紹介及び検討並びに整理を行う(第1章)。次に、危険責任論の紹介及び検討並びに整理を行うと共に、無過失責任論と危険責任論の関係の検討と一部の日本の学説と一部のドイツの学説の関係の検討を行う(第2章)。そして最後に、改めて危険責任論の所説を整理した上で、危険責任論の課題とその課題に取り組む上で必要となる理論的な分析視角を抽出することを試みる(おわりに)。

第1章 無過失責任論の紹介及び整理

本章では無過失責任論を取り扱う。まず第1節において明治・大正期の所説の紹介及び検討を行い、次に第2節において昭和期の所説の紹介及び検討を行い、最後に第3節において前の2つの節で紹介及び検討した所説の整理を行う。明治・大正期、無過失責任論は石坂音四郎の所説を契機として十数年の間に矢継ぎ早に唱えられ、沸騰した。今日、当時の所説は既に紹介されているが、本稿では、屋上屋を架すことを恐れず、より丁寧に紹介することを心掛ける。

第1節 明治・大正期の所説

第1款 石坂音四郎の所説

第1項 無過失責任論の背景等

石坂音四郎は、次のように述べて、無過失責任の必要性を指摘した。すなわち「近世ノ社會生活殊ニ經濟狀態ノ變動カ私法上ニ影響ヲ及ホシ...過失主義ハ今日ノ經濟狀態ニ適セス過失ナキモ損害賠償ノ責任ヲ認ムルヲ要スル場合アリ...過失主義ハ諸種ノ危険ヲ伴ヘル機械工業カ發達セル大企業時代ニ適セス自然力ヲ使用スル機械工業ハ必然的ニ損害ノ危険ヲ伴フ假令綿密周倒ナル注意ヲ加フルトモ損害ヲ生スルハ避クヘカラサル...故ニ若シ企業者カ過失アルヲ俟テ始メテ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノトナスハ公平ニ合スルモノト云フヲ得ス過失ナキモ尚企業者ニ賠償ノ責任ヲ認メサルヘカラス⁽¹⁾」。このように、石坂は、たとえ「綿密周倒」なる注意を払ったとしても損害を惹起する可能性があるので、公平の観点から「自然力ヲ使用スル機械工業」には無過失責任を負わせるべきである、と指摘する。また、石坂は「此等ノ企業ハ賠償額ヲ對價中ニ見積リ之ヲ回收スルコトヲ得ルカ故ニ賠償責任ヲ認ムルモ必シモ企業者ニ損害ヲ與フルモノニアラス⁽²⁾」と述べて無過失責任の妥当性を説く。無過失責任の適用対象については、石坂は「蒸汽力、電力其他多量ニ火力、水力等ヲ使用スル企業⁽³⁾」

に無過失責任を負わせるべきであると述べるに留まっている。

第2項 無過失責任の根拠

石坂は「從來羅馬法ノ過失主義ニ從ヘハ賠償責任ノ根據ハ過失ナリ今過失主義ヲ捨テ過失ナキモ賠償責任ヲ認ムヘキモノトナスニ於テハ如何ナル根據ニ依リテ之ヲ認ムヘキヤ⁽⁴⁾」と述べて、無過失責任の根拠について検討する。まず、石坂は、行為の自由が制限を受けることを理由として原因主義（行為と損害との間に因果関係があれば損害賠償責任を負うという考え方）を退け、その上で「一般學者ハ過失主義ヲ原則トシ例外トシテ或場合ニ過失ナキモ損害賠償ノ責任ヲ認ムヘキモノトス而シテ如何ナル場合ニ之ヲ認ムヘキカ一派ノ學者ハ一定ノ原則ヲ設ケ其原則ニ適合スル場合ノミニ過失ナキモ賠償責任ヲ認メントス而シテ學說種種ニ岐ル⁽⁵⁾」と述べて、損益共担説と危険責任説について検討している。石坂は次のように述べる。「メルケル...ハ何人ト雖自己ノ利益ヲ主張スルヨリ生スル不利益ヲ負擔スルコトヲ要ス從テ過失ナキニ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキモノトスウンガー...モ亦自己ノ利益ト自己ノ危険トハ相伴フモノニシテ自己ノ利益ノ爲ニ行為ヲ爲ス者ハ過失アルヤ否ヤヲ問ハス其行為ヨリ生スル損害ヲ負擔スルコトヲ要ス...メルケル、ウンガーノ説ク所ハ一部ノ眞理ヲ含ムト雖未タ明確ナル標準ヲ與ヘタルモノト云フヲ得ス蓋或行為ヲ何人ノ利益ノ爲ニ爲シヤ明カナラサル場合アリ...且此説ハ行為者カ損害ヲ負擔スルカ爲ニハ利益ト損害トハ如何ナル因果關係アルヲ要スルヤ其標準ヲ示ス所ナシ...リュメリン...ハ危険責任説ヲ主張シ利益ノ主張カ他人ノ損害ヲ生スヘキ危険ヲ伴フモノナル場合ニハ過失ナキモ損害ニ對スル責任ヲ認メサルヘカラス殊ニ自然力ヲ使用スル大企業ハ公衆ニ損害ヲ與フルノ危険ヲ伴フモノナル故ニ過失ナキモ責任ヲ認メサルヘカラストナス此説モ亦或場合ニ適用スルヲ得ヘシト雖過失ナキニ責任ヲ認ムル一般ノ場合ニ適用スルヲ得ス⁽⁶⁾」。結論として、石坂は「思フニ過失ナクシテ損害賠償ノ責任ヲ生スル凡テノ場合ニ通シテ其根據ヲ説明スル

ヲ得ヘキ一般的原則ヲ立ツルハ不能ニシテ場合ニ依リテ其根據ヲ異ニスルモノト解スルヲ至當トスヘシ⁽⁷⁾」と述べる。石坂は、不法行為法だけではなく契約法も含めた「凡テノ」無過失責任に共通する帰責の根拠の析出を不可能としている点が重要である（ちなみに、本稿で採り上げている石坂の論文では、履行補助者の過失に関する債務者の債務不履行責任が中心に論じられている）。

第2款 末弘徹太郎の所説

第1項 無過失責任論の背景

末弘徹太郎は、無過失責任の必要性について、次のように、石坂と同様のことを述べる。「近代ニ於ケル大工業ノ發達ハ漸ク過失主義ノ墨守ヲ許ササルニ至レリ蓋シ強大ナル自然力ヲ使用スル大工業ハ必然的ニ一定ノ危険ヲ伴フヲ常トシ假令綿密周到ナル注意ヲ以テスルモ損害ノ發生ヲ防止スルコト難シ而カモ之カ爲メ一般公衆ハ著シキ危険ヲ受クルノ地位ニ立至ルニ拘ハラヌ過失ヲ俟テ初テ賠償責任ヲ生ストセハ是レ決シテ公平ヲ得タルモノト云フコトヲ得サルナリ⁽⁸⁾」。このように、末弘は、たとえ「綿密周到ナル注意ヲ」払ったとしても「損害ノ發生ヲ防止スルコト」は難しいので、公平の観点から「強大ナル自然力ヲ使用スル大工業」には無過失責任を負わせるべきである、と指摘する。また、末弘は、石坂と同様に「...被害者救済に要する費用を生産費の一部として消費者其他公衆の間に分散轉嫁する方法...」を採用し「...不法行為法を社會化し、個人的責任の制度の代りに、社會的責任分散の制度を設けることが...」必要であると述べる⁽⁹⁾。

第2項 無過失責任の根拠

被害者救済の考え方の1つには原因主義があるが、この主義は人に不慮の賠償責任を負わせ、正義公平に反する結果を導くため、末弘は石坂と同様に、この主義の採用に慎重な立場を採っている⁽¹⁰⁾。そして、末弘は「多クノ學者ハ過失

主義ヲ原則トシ唯例外トシテ過失ナキ不法行爲ヲ認ムルヲ以テ正當ナリトスルニ至レリ但シ如何ナル場合ニ過失ナキ不法行爲ヲ認ム可キカ又過失ナキニ拘ハラシ賠償責任ヲ生セシムルノ法律の根據如何ニ付キテハ學者ノ説ク所頗ル多岐ヲ極メツツアルナリ⁽¹¹⁾」と述べて、無過失責任の根拠について検討する。損益共担説については、その考え方を紹介した後で、末弘は次のような疑問を述べる。すなわち「此ノ『自己ノ利益ノ主張ハ自己ノ危険ヲ以テス可シ』...ナル考ハ夫レ自身一面ノ眞理ヲ含蓄スルコト明ナリト雖モ其根本ノ理由ハ未タ充分ニ説明セラレタリト云フ可カラシ然ラハ何故ニ自己ノ利益ヲ主張スル者ハ自己ノ危険ヲ以テセサル可カラサルカハ未決ノ問題ナレハナリ⁽¹²⁾」。また、危険責任説については「危険責任説ハ過失ナキ不法行爲ノ或ル場合ヲ説明シ得ルトスルモ其全部ニ通スル根本的理由ハ之ヲ求ムル事ヲ得サルナリ蓋シ例ヘハ吾商法354條ノ場屋ノ主人ノ責任ノ如キハ危険責任説ノミヲ以テ説明スル事到底不可能ナルヲ以テナリ⁽¹³⁾」。「茲ニ於テ一派ノ學者ハ遂ニ此問題ニ關スル劃一的基礎ノ存在ヲ否認シ場合ノ如何ニ應シ或ハ其根據ヲ損益ノ共擔ニ求ム可ク...又或ハ危険責任ヲ以テ其理由ト爲ス可ク又場合ニヨリテハ以上ノ諸理由ノ數個ヲ以テ其根據トナス可シト説ク者アルニ至レリ...然レトモ斯クノ如キ劃一的基礎ナキ折衷的見解カ果シテ其當ヲ得タルモノナリヤ否ヤハ大ニ疑ナキヲ得サル所ニシテ他ニ適當ナル劃一的根據ヲ發見シ得ルニ拘ハラシ尚直チニ此折衷的見解ニ從フハ余ノ潔シトセサル所ナリ⁽¹⁴⁾」。このように述べた後で、末弘は、無過失責任の画一的根拠の探求へと進む。浦川道太郎は、末弘による上記の事柄に関する探求の結果を次のようにまとめている。すなわち「...末弘博士によれば、無過失責任の画一的根拠は近世における民事・刑事責任の分化にあるという。つまり、民事責任の本質は損害の填補にあり、その意味では行為者の主観的要素たる故意・過失は民事責任にとっては非本質的要素であって、ただ不正の鎮圧（＝懲罰）という民事責任の付屬的目的に必要な範囲で立法者により政策的に適宜付加されるにすぎないものと、主張する。不法行為と故意・過失との関係は密接不可

離のものではなく、むしろ不法行為法は時代の変遷に応じて時々の正義公平の観念に基づいて主観的要素の割合を調整して、時代の需要に対応してきたのであり、過失主義を原則とし、例外的に無過失責任（民717条）を規定する我が国不法行為法もこの一産物であって、時代の推移に伴って必然的に変容せざるをえないものである、⁽¹⁵⁾というのである」。

不法行為法の本質は被害者への損害の填補にあり、それゆえ加害行為者への制裁は不法行為法の非本質的要素にすぎない、という不法行為法の機能（役割）についての末弘の考え方に関しては、今日では検討を要するところであり、即座に受け入れられるものではないように思われる。そして、上の引用から明らかなように、末弘は無過失責任を統一する根拠（責任原理）を析出したのではなく、民事責任と刑事責任の機能（役割）の相違に着目して、民事責任（不法行為責任）一般に共通する要素（被害者への損害の填補）を確認しているにすぎない、という点には留意する必要がある。

第3款 岡松参太郎の所説

第1項 主著『無過失損害賠償責任論』に対する評価

岡松参太郎は1916年に『無過失損害賠償責任論』を公表した。本著作は次のように評されている。本著作は「...ドイツ・オーストリアで世紀の転換期に進展した無過失責任研究の成果—その一部は石坂・末弘博士により既に紹介されていたが—をほぼ完全に把握し、さらに、フランスその他ヨーロッパ諸国の学説・立法の動向について検討を加える、無過失損害賠償責任一般に関するエンサイクロペディアとも称しうる大著である」⁽¹⁶⁾。しかし、本書の論述の仕方については、その後の学説において、不法行為法だけではなく契約法の下での無過失責任も対象に含めているところから、極めて拡散的であったことが指摘され、また不法行為法の危険責任の分野に焦点を絞って検討してもらいたかったとの意見が出されている。⁽¹⁷⁾

第2項 結果責任論の背景

岡松は、当時の社会事情が過失責任だけでは十分ではなく結果責任も必要とするに至っているとしつつも、あくまでも前者を原則とし、後者は例外に留まるものと考えている⁽¹⁸⁾。また、岡松は結果責任の妥当性について、レーニングの次のような考え方を確認している。すなわち「…彼ハ近時勃興セル工業的大企業カ如何ニ注意ヲ用フルモ職工及第三者ニ對シ危険ヲ生スルコトヲ指摘シ、如斯キ危険ヲ他人ニ及ボス者ハ過失ナキモ其企業ヨリ生スル損害ニ對シ責ニ任スヘキヲ至當トシ⁽¹⁹⁾」。このようなレーニングの考え方は、石坂及び末弘の所説と重なり合う。また、レーニングは「…此種ノ企業上ノ危険ハ其企業ノ一般経費中ニ包含セラルヘキモノナルコトヲ論セリ⁽²⁰⁾」。この点もまた、石坂及び末弘の所説において確認されているところであった。

第3項 結果責任の根拠

岡松は、石坂及び末弘と同様に、結果責任の根拠について検討している。第1に、原因主義について、岡松は、因果関係のみによって責任の所在及び範囲を定めるのは難しいこと並びに損害の惹起だけでは責任を課す正当な理由とするのに十分ではないことを確認している⁽²¹⁾。第2に、公平主義（公平原因主義（公平を責任の原因とする考え方）・公平分担主義（公平に従って損害を関係者に分担させる考え方⁽²²⁾））について、岡松は、単に公平というだけでは責任原因・責任の有無・責任の範囲を決する客観的標準を与えることにはならないということを確認している⁽²³⁾。第3に、利益主義について、岡松は、石坂及び末弘の所説において説かれていた批判と同様のことを確認した⁽²⁴⁾後で、次のような批判を確認している。すなわち「殊ニ此主義ノ缺點タルハ此主義ニ依リ何カ利益ニ伴フ危険ナルカ、即何カ利益主張ノ費用ナルカ、其間ニ如何ナル關係アルコトヲ要スルヤヲ定ムルヲ得サルノ點ニ在リ、事業主ハ被用者カ過失ナクシテ他人ニ加ヘタル損害ニ對シテモ其責ニ任スヘキヤ、本人ハ事務管理人ノ惹起セル損害

ニ對シテモ其實ニ任スヘキヤ明ナラス⁽²⁶⁾」。また「終ニ Merkel ノ見解ニ對シ最モ痛切ナル駁撃ハ彼ハ相手方ノ適法ナル利益ヲ侵害シタル場合ニ限り責任アリト爲スニ拘ラス其所謂相手方ノ利益ノ何タルヤヲ明ニセス⁽²⁶⁾」。したがって「...利益主義ハ之ニ依リ一切ノ結果責任ノ場合ヲ律スルコト能ハサルハ勿論又此主義ノミニ依リ常ニ必シモ損害賠償責任ノ所在及範圍ヲ確定スルヲ期スルヲ得サル⁽²⁷⁾」。ただ、このように利益主義に関する批判を確認している一方で、岡松は、次のようにも述べている。すなわち「...此思想カー一面ノ眞理ヲ含ムコトハ争フヘカラス、利益ノ伴フ所又危険ノ従フ所ナリト云フ思想ハ之ニ基キ立法上結果責任ヲ認ムルヲ至當トスル場合ヲ生スルト同時ニ從來認メラレタル結果責任ノ一部ノ場合ハ此思想ヲ以テ其責任ノ根據ト爲スヤ疑ナシ...、從テ Unger, Merkel ノ學説出テタル後ハ此思想ハ結果責任論界ニ於ケル共通ノ財寶ト爲リ種種ナル場合ニ利用セラルルヲ見ル⁽²⁸⁾」。このように、岡松は、利益主義はあらゆる結果責任の根拠であるとまではいえないものの「結果責任ノ一部ノ場合」には妥当する、ということを確認している。この点で、岡松は、利益主義を原因主義や公平主義よりも有力な責任原理と認めているように思われる。第4に、危殆主義について、岡松は「危殆主義ハ Rümelin 自身云フカ如ク之ヲ以テ如何ナル場合ニ結果責任ヲ認ムヘキヤヲ定ムル精確ナル標準ト爲スヲ得ス⁽²⁹⁾」と述べている。しかし、岡松は、このように述べることができる理由・根拠については明らかにしてはいない。また、このように危殆主義に関する批判を確認している一方で、岡松は、次のようにも述べている。すなわち「... [危殆主義は(筆者注)] 社會ニ對シ重大ナル危殆ヲ及ホスコトカ多數ノ場合ニ於テ結果責任ヲ認ムル根據タリ、殊ニ企業者ノ責任ニ在リテハ主トシテ此理由ニ基キ、又將來立法ノ標準トシテモ重大ナル危殆アルコトハ結果責任ヲ認ムル有力ナル理由ト爲シ得ヘキモノタルコト疑ナク、從テ現今ニ於テハ結果責任ノ一部ノ場合ニ對シテハ危殆責任説ハ又動カスヘカラサルノ理論トス⁽³⁰⁾」。このように、岡松は、危殆主義はあらゆる結果責任の根拠であるとまではいえないものの「結果責任

ノ一部ノ場合ニ對シテハ」妥当する、ということを知っている。この点で、岡松は、利益主義と共に危殆主義も原因主義や公平主義よりも有力な責任原理と認めているように思われる。結果責任に関する複数の責任原理についての岡松の理解の以上のような整理は、次のような引用からも裏づけることができる。すなわち「原因主義及公平主義ハ此範圍内ニ於テモ亦標準ト爲スヲ得ス、利益主義及危殆主義ハ即此場合ニ對シ解答ヲ與ヘントスルモノニシテ...、此等ノ見解ハ實ニ無過失責任ヲ課スル主要ナル根據ヲ摘示スルモノタルヲ疑ハスト雖モ然カモ孰レノ標準ニ依ルモ未ダ精確ニ責任ヲ課スルノ必要アル場合ト否ラサル場合トヲ區別スルヲ得ス⁽³¹⁾」。岡松は結果責任の根拠について「...總テノ損害賠償ノ責任原因ヲ一主義ノ下ニ集ムルハ勿論、結果責任ノ場合ヲ包括スヘキ或特別ナル原則ヲ發見スルモ亦不能ナルヲ信ス⁽³²⁾」と結論づけている。

第4項 結果責任の類型化と危殆責任及び報償責任の定義

岡松は、結果責任の根拠について上記のように結論づけ、続けて「結果責任ノ場合ヲ彙類シ以テ數箇ノ主義ニ歸シ、或ハ其責任中ノ或一部ノ場合ニ適スヘキ主義ヲ發見スルノ可能ナキニアラス⁽³³⁾」と述べている。そして、岡松は、結果責任を次のように彙類する。第1の「獨立利益ノ侵害ニ對スル責任」は、侵害責任、危殆責任、冒險責任、及び報償責任によって構成され、第2の「結合利益ノ侵害ニ對スル責任」は、侵害責任、危殆責任、危險負擔責任、信用責任、及び報償責任によって構成され、第3の「公平責任」は、過失主義、原因主義、利益主義、及び公平主義によって構成される。ここで注目すべき点は、第1の「獨立利益ノ侵害ニ對スル責任」における危殆責任と報償責任の定義である。まず、前者については「危殆責任トハ法規ニ依リ他人ノ利益ニ對シ特別ナル危殆ヲ生スル事業又ハ行動カ許容サルル場合ニ生スル責任ヲ云フ⁽³⁴⁾」と定義し、次に、後者については「報償責任トハ特殊ナル方法ニ依リ又ハ特殊ナル物、人若クハ法律制度ニ依リ特別ナル利益ヲ遂行スル者カ其對償トシテ負フヘキ責任ヲ

⁽³⁵⁾云フ」と定義づける。このように、前者では、危険創出の特別性が強調されており、また後者では、利益取得の特別性が強調されており、それゆえ両者に共通していえるのは「特別性」の要素が要求されているということである。⁽³⁶⁾そして、結果責任が認められるためには、危険の特別性の要素が必要になってくる、との岡松の確認・認識は、本稿で検討している文献の随所で見受けられる。⁽³⁷⁾そして、こうした視点は石坂及び末弘の論稿では見られなかったところである。しかし、本書ではまだ、危殆責任において特別な危険とは具体的にどのような危険を意味するのか、また報償責任において特別な利益とは具体的にどのような利益を意味するのか、という問題（「特別な危険」及び「特別な利益」の内容）は明らかにされておらず、またどのような事柄が認められる場合に「特別な危険」及び「特別な利益」が肯定されるのか、という問題（「特別な危険」及び「特別な利益」の成立要件）も明らかにされていない。

第4款 小野清一郎の所説

第1項 小野説の紹介

小野清一郎は、リュメリンの危険責任説を紹介した後で、無過失責任の根拠を危険（責任）に求めることとその危険責任の法律的構成としての価値について疑問がある、と述べる。まず、無過失責任の根拠については、次のように述べる。「…危険責任の觀念を以て損害賠償法の全體、若くは無過失責任の全體を支配する原理であるとすることも出来ない。即ち吾人の法律意識に於ける無過失損害賠償責任の究極の根據はどうしても別に之を求めなければならぬのである」。⁽³⁸⁾「私共は…近世社會生活の事實に重きを置いて〔無過失責任の根拠を（筆者注）〕觀察しなければならぬ」。⁽³⁹⁾そして、このような視点から觀察してみると、工業的大企業の活動に大きな危険が伴うとしても、その企業は今日の社会生活に必要な不可欠な存在となっていること（工業的大企業の発達の仕方）、及びその企業によって富の集中が起こり、貧富の格差が生じていること（工業

的大企業が社会に与える経済的影響)を指摘することができる。⁽⁴⁰⁾「故に問題は固より必ずしも危険といふことのみではない。そこに存する経済的不均衡といふことを考慮しなければならぬ。然るときに始めて過失なきに拘らず賠償を負はしむることが、公平に適する所以なることを覺ゆるのである。私は近世に於ける損害賠償法の發展を以て此の『公平』といふ指導的原理の上に眺めようとする者である。…近世の無過失責任は公平の觀念を根據として發展し來り、又發展しつつあるのである」⁽⁴¹⁾。

「けれども損害賠償法に於て一般に責任根據として公平の觀念を指摘するのみでは法律的構成の不十分なるを免れない。…私が危険主義に興味を有するは専ら其の法律的構成として、少くも或る極めて正當な要素を含んでゐると思ふからである」⁽⁴²⁾。このように述べて、小野は、リュメリンの説く危険責任説における法律的構成としての価値について、次のような疑問を提起し、私見を述べる。「惟ふに、法律的構成の見地よりするならば、リュメリンは危険責任の理論を以て尚餘りに多くの場合を攝しようとした。『危険』といふことを餘りに抽象的に考へ過ぎた。其の危険責任が實際的意義なき説明に終らんとする憾あるは正にその爲めである。彼れは危険責任を以て獨り企業者の責任のみならず、適法なる緊急状態行爲を始め、使用人又は動物に付ての責任、建物及び工作物の責任、さては権利の非常的實行等、過失責任以外の殆ど總ての場合を包括せんとするのである」⁽⁴³⁾。「私をして言はしむれば、危険責任は専ら企業者の責任を解決すべき標準である。危険の感じが大企業に於て著しき如く、法律的概念としての危険責任も實に企業者の責任の範圍に限らるべきではないか。少くともさうすることに依て危険責任なる概念構成の實際的意義が確實になって來るではないか。緊急状態行爲や使用人の責任までを危険の概念を以て律せんとするから、漠然たるものになって了ふのであるが、今試みに之を工業的危険といふことに限って見るならば、餘程明晰になって來るやうに思ふ」⁽⁴⁴⁾。

第2項 小野説の検討

危険責任が著しい危険を伴う大企業に妥当するということは、既に石坂、末弘、及び岡松の所説において述べられていたところであり、小野の上記の主張はこれらの所説において述べられていたことをより明確に述べたものと位置づけることができる。その一方で、危険性の大きさに程度の差はあるかもしれないが、動物の飼育や土地工作物の維持管理も企業活動に類似する危険性を伴っていると考えることもできるので、動物に関する責任と土地工作物責任を危険責任の範囲から除外し、危険責任の対象を「工業的危険」に限定するのであればその理由を示す必要があると思われるが、小野はこの理由を明示してはいない。

小野は、危険責任の適用を受けるのは、主として「各種の企業者」であるが、しかしこれら企業に留まらず「…公平上同等の取扱を要求する場合、例へば自働車の持主が之を單純に自家の乗用に供するが如き場合に對しても適用が出来る⁽⁴⁵⁾」と述べている。また、上記のところから分かる通り、小野は、加害者の責任の有無は、公平の観点から、加害者と被害者の貧富の格差を考慮に入れて決定することが必要であり、加害者の責任が認められる場合に、その責任の根拠となるのは、加害者の資力の大きさにあるとの趣旨のことを述べている。ここで、加害者とは工業的大企業、また被害者とは一般市民を想定しているものと思われる。しかし、このように、加害者と被害者の財産状況を考慮して加害者の責任の有無を決定するという考え方にはいくつかの疑問が生じ得る。1つ目の疑問点は、加害企業の財産状況と加害企業の責任の認定との関係についてである。企業の財産状況は時期によって異なってくると思われるところ、加害企業の責任の根拠を当該企業の資力の大きさに求めるとなると、損害が惹起された時が当該企業の財産状況の良い時であれば当該企業は責任を負うものとされ、反対に損害が惹起された時が当該企業の財産状況の悪い時であれば当該企業は免責されることになる。このような結果を踏まえると、加害企業の財産状

況を考慮して加害企業の責任の有無を決める、という考え方には疑問が生じる。2つ目の疑問点は、被害者の財産状況と被害者の救済の認定との関係についてである。被害者と一口に言っても、被害者にも経済的に裕福な者もいれば経済的に貧しい者もいるところ、被害者の財産状況を考慮に入れて被害者の救済の有無を決めるとなると、後者は救済を受けられるのに対し、前者は救済を受けられないことになる。同一の企業から同一の危険な性質の活動によって損害を被ったにもかかわらず、財産状況の相違によって救済の有無が変わってくるというのは妥当なのであろうか。3つ目の疑問点は、加害者と被害者の財産状況の関係についてである。前述した通り、小野は危険責任の規律対象には自動車所有者等も含まれると考えているが、加害者である自動車所有者（運転者）が経済的に貧しく、被害者である歩行者が経済的に豊かである場合には、加害者には責任は生じないのであろうか。このように、加害者と被害者の財産状況を考慮して加害者の責任の有無を決定するという考え方にはいくつかの疑問が生じ得る。そして、上記の考え方に対しては、岡松の著作において既に、上記の観点とはまた別の観点からも、批判されていた。⁽⁴⁶⁾

第5款 牧野英一の所説

第1項 無過失責任論の背景

牧野英一は、次のように、公平の観点から、無過失責任を正当化する。すなわち、過失責任「...の原則を以てしてはどうしても説明のできぬ事のあることが、19世紀の後半に於て特に明かになって来た。それは外でもない、企業責任である。企業の経営に因って発生する損害的事實は、企業者の過失に基かない場合が多いのであるが、しかし、其の損害の賠償を企業者に命ずることは、公平上、當然のことである。其の責任は、従來の正義の原則から見れば、理論上之を説くことが困難であるにしても、公平といふ新しい立場からは、實際上どうしても之を認めねばならぬのである」⁽⁴⁷⁾。

第2項 過失責任と結果責任の関係

牧野は、次のように述べて、公平の観点から、結果責任を過失責任の例外として位置づけるのではなく「...危険責任に過失責任と同等の地位を与える⁽⁴⁸⁾」。「...注意深き一般人の注意を標準とし、其の注意を缺く場合に過失が成立するのである。されば、其の本人の實際上の注意能力は之を顧てない。従って、其の本人としては注意の能力を缺き、其の主観的立場に於ては、其の行爲を其の本人に歸着せしめ得ない場合に於ても、なほ其の責任を問ふことになる。蓋し、吾人の共同生活に於ては、各自が一定の注意を守るのでなければ、其の秩序を保持し、進歩を期待することができない。單に各自が其の現實の能力を盡すといふだけでは足りるものでない。...さうすると、不注意に因る責任の基本は、行爲が法律上道徳上其の者に歸し得るといふやうな個人的理由に存立するものではなくして、共同生活の圓滿公平を期するの社會的理由から、理解せらるべきものである⁽⁴⁹⁾」。企業等「...の利益を全うし、しかも、其の損害に對して救済を與へんとするには、茲に其の利益をして其の損害を負擔せしめることが最も公平ではあるまいか。かくの如くにして、從來の生活に於ては、過失に因る責任のみが公平な責任を生ぜしめる場合だと考へられたのであるが、今日に於ては、過失以外に公平觀念の適用を見るべき場合が少くないのである。故に、此の點から見ると、結果責任は過失責任の例外と見るべきものではなくして、實は過失責任の原理を醇化した結果だと言ひ得られることになるのである⁽⁵⁰⁾」。前述したように、石坂、末弘、及び岡松は、過失責任を原則とし、無過失責任はその例外として位置づけていたのであるが、牧野は、公平の観点から、無過失責任に「過失責任と同等の地位を与える」。しかし、牧野の所説は、まだ、過失責任と無過失責任（危険責任）の各々の帰責の根拠及び責任の成立要件等を析出した上で、過失責任と無過失責任（危険責任）の関係を明確にするには至っていない、という点には留意する必要がある（このような試みは後述する（川村理論以降の）危険責任論で初めて行われる）。

第2節 昭和期の所説

第1款 我妻栄の所説

第1項 無過失責任の出現の背景及びその根拠

我妻栄は、次のように、無過失責任の出現の背景及びその根拠を述べた。すなわち、近代法は個人の自由活動を最高の理想とし、個人の自由活動を委縮させないようにするために、当該加害行為に故意・過失が認められる場合に限り、当該加害行為者に損害賠償責任を肯定していたのである。⁽⁶¹⁾「(2) かかる思想に動搖を生ぜしめたものは近世の大企業の發達である。近世資本主義の發達に伴ふ大企業は一方に於て、人類の注意や施設をもっては到底防止し得ない不可避の危険を包藏する。同時に、それは貧富の懸絶を伴ひ、企業利益の歸する所と企業危険の現はれる所との分離は甚しく公平に反するといふ感情を導いた。… (3) 故意過失なくしてなほ賠償責任を負ふべしとするを無過失責任(Prinzip der Kausal-oder Erfolgshaftung:Haftung ohne Verschulden)といふ。學者はこれについて確實な基礎を與へ、これを統一的に説明せんと試みた。危険なる施設はこれより生ずる損害について絶對的に責任を負ふべしとする危険責任説、或ひは、異常なる利益の歸する所に損失をも歸せしむべしとする報償責任説等を重要なものとする⁽⁶²⁾」。このように、我妻は、無過失責任の背景には公平の視点が存する、と考へている。また、報償責任の定義については、依然として利益の異常性(特別性)の要素が維持されている一方で、危険責任の定義については、危険(創出)の特別性の要素が盛り込まれなくなっている。⁽⁶³⁾

第2項 過失責任と無過失責任の關係

上記の引用からもある程度分かると思うが、我妻は、不法行為制度の指導原理は個人の自由活動の最小限度の制限たる思想から人類社会における損失の公平妥当なる分配の思想へと推移していったと述べる。⁽⁶⁴⁾そして、我妻は、過失責

任は個人対個人の「普通の生活関係」に適用される責任原理であるのに対し、無過失責任は個人対大企業等の「危険と利益とを伴ふ生活関係」に適用される責任原理であると述べると共に、両責任を公平の観点から次のように述べる。すなわち、前者においては「...故意過失ある者に対して賠償を要求する正義の観念が公平の一要素として強く作用する⁽⁶⁵⁾」。他方で、後者においては「...利益と損失とを一致せしめ、危険な施設に対して絶対の責任を負はしめることが公平に適する⁽⁶⁷⁾」。我妻は、このように述べる以前にも「...彼[ヘーデマン(筆者注)]は原因責任と過失責任とを独立の原理として並べて居るけれども、共に衡平 Billigkeit の重要な要素 Factor たる點に於て統一して觀念せらるべきものとなる⁽⁶⁸⁾」と述べている。まとめると、我妻は「...紹介したヘーデマンの説く『具体的衡平主義』を単なる過失責任・無過失=原因責任と並ぶ第3の責任原則に止めることなく、過失責任と原因責任を統一する不法行為法の最上位概念に据えて、自らの不法行為法体系を構築したのであった⁽⁶⁹⁾」。このように、我妻は、過失責任と無過失責任を公平の観点の下に統一的に把握する。そして、このような構想の萌芽は牧野の所説において認められるところであった⁽⁶⁰⁾。

第3項 717条の土地工作物責任の拡大解釈

1. 紹介

前述したように、我妻は、無過失責任の原理として、危険責任と報償責任を挙げているが、彼は、前者の考え方は717条に現れており、また後者の考え方は715条に現れていると述べると共に、危険を伴う大企業の活動に対しては、これら2つの条文を拡大解釈して対応するべきであると述べる⁽⁶¹⁾。717条の土地工作物責任の拡大解釈については、次のように、さらに詳しく述べている。「立法論的に見れば危険責任理論に立脚する無過失責任を土地の工作物の所有者に限局することは甚しく狹隘に失する。蓋し近代の社會に於て不可避の危険を包藏し、社會生活の上に不斷に損害を蒙らしむるものは實に近代的企業施設

であるが、この企業施設は土地、建物のみによって構成せられるのではなく、多くの動産をも包容し、あらゆる物的設備の総合から成るものである。従つて、土地の工作物といふ箇々の物の設置又は保存に瑕疵あることをもつて危険責任の要件となすときは企業災害を包含し得ることになつて甚だ不當な結果となる。各國に於て、鐵道・自動車・航空機等による交通企業について無過失責任を認めつつあることを考へ、且つこれ等の企業施設が決して土地の工作物に限るものに非ざることを思へば、蓋し明かなことであろう。故に民法の解釋に當つては土地の工作物といふを廣く解し、土地を基礎とする企業施設の總てを含むものと見るべきである。否、私は、更に自動車、航空機等による運輸業の如く土地に關する設備を基礎とすると謂ひ得ざるものでも、一の企業組織を成すものはなほこれに本條を適用すべきものと思ふ。蓋し近代の大企業に於ける企業施設は一の客觀的組織をなし、その裡に包容せられる箇々の不動産や動産を超越した綜合的一體を形成するものであつて、その客觀的な恒常的存在を有し危険を包藏することに於て土地の工作物と異なる所がないからである⁽⁶²⁾。

2. 検討

上記の引用を見るだけでは、依然として、なぜ、大企業が所有する土地や建物等の「土地に關する設備を基礎とすると謂ひ得」るものだけではなく、鐵道、自動車、及び航空機等の「土地に關する設備を基礎とすると謂ひ得ざるもの」にまで717條の土地工作物責任を類推適用することができるのか、という問いに対する答えは判然としないように思われる。また、我妻は、あくまでも、企業組織を構成するものとしての鐵道、自動車、及び航空機等に土地工作物責任を類推適用すると述べているに留まるので、自家用車や自家用ジェット機等にまでは土地工作物責任の類推適用は及ばないと考えているように思われるが、しかし前者も後者も共に死を招く可能性もあれば、また死には至らなくても重大な人身傷害を惹起する結果に至る可能性もあり、その意味で同じような危険

な性質の活動であるということを踏まえると、上記のような見解は妥当なのだろうかとの疑問も生じる。さらに、我妻による危険責任の定義には危険の特別性の要素が盛り込まれなくなっているということは既に指摘したが、なぜこの要素を脱落させたのかは明示的に述べられてはいない。今日では「...土地工作物一般に『特別の危険』を見出すことには無理がある⁽⁶³⁾」ので「...民法不法行為という一般法の規律対象（必然的に抽象性を備える）に適合⁽⁶⁴⁾」させるために、危険の特別性の要素を脱落させていったと推測・指摘されている。

第2款 平野義太郎の所説

第1項 過失責任と無過失責任の関係

平野義太郎は、過失責任と無過失責任の関係について次のように述べる。すなわち「過失責任主義と無過失責任主義とは、いまや原則と例外との関係にあるものではない。現代の経済生活において、生活事情が大に變動を受け新たな企業其他性質上危険を伴ふ蓋然性の多い状態が頻發して来たところから、いまや民法においても、企業責任の根據をなす危殆責任は過失主義に対する例外ではなく、他方の基本原則である。...過失責任主義と無過失責任主義（危殆責任のほか、報償責任・衡平責任・違法状態責任）とは、原則と例外との関係ではなく、ともに兩極の基本原則である。両者は普通生活と異常危険ある生活関係との2型態の違法現象に對し規律を與へる兩つの極限原理であ⁽⁶⁵⁾」る。「しかも、普通生活における過失責任の合理性を醇化すれば、異常特殊な生活関係における無過失責任の根據を演繹し得べく、畢竟、兩者それぞれの合理性を醇化するにおいては、損害を社會的に衡平に分擔せしめることに、損害賠償責任の統一原理の基礎が横つて⁽⁶⁶⁾る」。このように、平野は、過失責任主義が「普通生活」に適用される責任原理であるのに対し、無過失責任主義は「異常危険ある生活関係」に適用される責任原理であると考え、また後者を前者の例外として位置づけるのではなく、後者に前者と同等の地位を与え、かつ前者と後者

を「社会的…衡平」の観点から統一的に把握する。そして、前述したところから分かるように、このような考え方は牧野及び我妻の所説の中でも認められるところであったので、過失責任と無過失責任の関係の事柄について、平野の所説は牧野及び我妻の所説に従っているものと理解できる。

第2項 無過失責任の根拠

平野は、次のように、複数の無過失責任の根拠を認める。第1に、一方で企業活動等が「…他人の法益に対して特別な危殆を生ぜしめ…」、他方で企業活動等が「…より高い社会利益を促進する趣旨により法規上許容せられ…」公衆に「…忍容をある程度まで求めるのであるから、すでに一旦現実に損害が生ずる場合においては、法の許容・公衆の忍容に代へて、この危殆状態に原因する損害に對し絶對的にその責に任せしめる…」べきである（危殆責任）。第2に「自己の特別な利益を得るための危険事業の遂行が、従業者又は第三者の法益に對する危険を伴ひ損害を惹起せる場合には、その得る利益に基き企業者は事業より必然に生ずる損害を分擔する」べきである（報償責任）。第3に「…雙方の無過失状態における損失を當事者に分配し、損害賠償額の量定をも、あらゆる諸事情を斟酌して衡平に分擔せしめる…」べきである（公平責任）。さらに、損害の公平な分配については、無過失責任は「…經濟の發達による避くべからざる危険を伴ふ損害に對する填補であるから、損失をひとり當事者の間に衡平に分配せしめることに止めることなく、この損害を社会的に衡平に分擔せしめ…」⁽⁶⁷⁾るべきであると述べる。

第3款 加藤一郎の所説

加藤一郎は、無過失責任の有力な根拠として、報償責任と危険責任を挙げる。加藤は前者については「報償責任主義とは、『利益あるところに損失もまた帰せしむべし』⁽⁶⁸⁾という考え方である」と定義し、後者については「危険責任主義

とは、危険物を管理する者は、そこ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方である⁽⁶⁹⁾と定義する。報償責任の定義については、我妻による定義ではまだ利益の異常性(特別性)の要素が維持されていたが、加藤による定義ではその要素が脱落しているといえる。また、危険責任の定義については、我妻の定義において既に危険の特別性の要素は脱落しており、それゆえ加藤の上記の定義は我妻の定義を維持しているといえる。しかし、加藤は、各国におけるこれまでの無過失責任の発展について「それは、交通機関と危険な企業施設という、とくに危険性の多い企業を中心として発展してきて... (筆者強⁽⁷⁰⁾調)」いと述べており、この箇所においては企業活動に伴う危険の大きさに着目している。そして、加藤は、報償責任については「...この考え方では加害者は収めた利益の限度において賠償すればよく、損害が利益を上回る場合には救う方法がないことになる⁽⁷¹⁾」と指摘し、それゆえ「...無過失責任論の根拠としては、報償責任よりも[危険責任の方が(筆者注)]有力なものだといえよう⁽⁷²⁾」と述べる。「報償責任と危険責任以外のものは、無過失責任論の根拠としては、それほど重要ではない。たとえば、原因責任主義は、物的施設などによって損害の原因を作り出した者は、そこから生じた損害を賠償すべきだというのであるが、実際には、危険責任と似たような結果になるであろう。また、具体的公平主義というのは、損害を加害者または被害者のどちらか一方にだけ負担させずに、具体的事情に応じて両者の間で公平に分担すべきだというのであるが、問題はその具体的事情が何を指すかであって、これだけでは責任の根拠を説明するものとはいえない⁽⁷³⁾」。

第4款 森島昭夫の所説

森島昭夫は、無過失責任の根拠を次のように整理している。第1に、原因責任については「...何故原因を与えたならば賠償『責任』を負うのか、さらに原因を与えるというのはどういうことなのか、疑問が多く、今日この見解を支持

する者はないように思われる⁽⁷⁴⁾」と述べる。第2に、公平責任については、次のように述べる。「…何が公平なのか、公平という基準そのものの内容が不明確であるというそしりを免れない。ある論者は当事者の貧富の差を考慮することを公平と考えるようであるし、また当事者間の過失の比較も公平判断の一要素となるとされている。公平という概念があいまいである限り、公平を損失負担の根拠とするといってみても、損失を負担させるのは公平の要求するところだからだと説明するだけのこととなり、実質的には何ら責任の根拠を説明したことにはならないであろう⁽⁷⁵⁾」。第3に、報償責任については、次のように述べる。「…利益のあるところに損失もまた帰せしめるべきだということを強調すると、そもそも利益を目的としていない行為によって損害が生じた場合や損失が利益をうわ回る場合には、損害賠償をしなくてもよいということになりかねない。さらに他人の利益のためにある行為がなされ、それによって損害が生じたときには、その行為について受益者が行為者に対して何ら指揮監督権を持たない場合であっても、受益者は損失を負担しなければならないということになってしまふであろう（民715条・716条参照）。しかし、後者の例では、受益者に損失を負担させても必ずしも事故抑制の誘因とはならない⁽⁷⁶⁾」。第4に、危険責任については、次のように述べる。「…危険な活動を行っている企業は、被害者と比べると、その資力、技術いずれにおいても損害発生を回避するのにより有利な立場にあること、そして、企業に損失を負担させることは、損失をより少なくするために企業に危険回避の努力を行わせる経済的誘因（economic incentive）となるであろうこと、また企業が損失を負担させられても、それを企業活動のコストの一部として製品またはサービスの価格に転嫁し、あるいは保険に付するなどの方法で損失分散（loss spreading）を図りうること、など、危険物の管理者にその危険から生じた損失を負担させることには、合理的な理由があるのである。…私は危険物の管理者に損失を負担させることが事故抑制や損失分散に役立つという意味で危険責任説を支持したいと思う⁽⁷⁷⁾」。

第3節 各所説の整理

第1款 無過失責任論の背景

石坂と末弘は、同じような表現を用いて、公平の観点から、無過失責任の必要性を指摘している。また、牧野も、同じように、公平の観点から、無過失責任を正当化し、我妻も無過失責任論の提唱の1つの背景として公平の観点が存すると述べた。さらに、石坂、末弘、及び岡松は「...企業に賠償義務を負わしても製品の価格に転嫁して回収できるであろうから企業自体に損害を与えるものでもない...」⁽⁷⁸⁾というような趣旨のことを述べて、無過失責任の妥当性を説いた。このような整理から分かるように、無過失責任論の提唱に当たっては、政策的な視点が強く働いている。

第2款 無過失責任の適用対象

石坂は、無過失責任の適用対象について「蒸気力、電力其他多量ニ火力、水力等ヲ使用スル企業」に無過失責任を負わせるべきであると述べるに留まっておき、この石坂の所説は抽象的な感が否めなかったが、その後の論者の所説において、無過失責任の適用対象は具体的に述べられるようになっていった。その1人である、岡松は「獨立利益ノ侵害ニ對スル責任」における危殆責任は、鉄道業者、鉱業者、汽船業者、電気業者、自動車の所有者、及び航空機の所有者等に対して適用される、と考えていた⁽⁷⁹⁾。また、加藤は、岡松の所説において挙げられていた責任主体のいくつかを確認すると共に、新たに、ガス事業者、化学事業者、原子力事業者を追加した⁽⁸⁰⁾。このように、岡松及び加藤の所説において挙げられていた責任主体が民法典の不法行為規定において定められている責任主体ではなかった一方で、無過失責任は民法典の不法行為規定の1つである717条1項ただし書の土地工作物所有者の2次的責任に現れている、ということが無過失責任論の当初から述べられていた⁽⁸¹⁾。さらに、本稿で採り上げた論者以外の論者は、土地工作物の所有者の責任、鉱業権者の責任、自動車の運行

供用者の責任、及び原子力事業者の責任の他に製造物責任も無過失責任の中に含めるものとしている。⁽⁸²⁾

第3款 無過失責任の根拠

第1項 原因責任

無過失責任論者の最も基礎的な試みは、無過失責任の根拠の提示にあった。⁽⁸³⁾ 本稿では、原因責任（原因主義）、公平責任（公平主義）、報償責任（損益共担説・利益主義）、及び危険責任を採り上げているが、第1に原因責任については、石坂は行動の自由が制限を受けることを理由として、また末弘は行為者に不慮の賠償責任を負わせ正義公平に反する結果を導くことになることを理由として、これに反対している。また、岡松も、因果関係のみによって責任の所在及び範囲を定めるのは難しいこと並びに損害の惹起だけでは責任を課す正当な理由とするのに十分ではないことを指摘している。さらに、昭和期に入っても、森島が、なぜ原因を与えたならば責任を負うのか、また原因を与えるというのはどういうことなのか、という疑問が、原因責任には存する、と述べている。したがって「損害発生に対する因果関係のみをもって責任を肯定する立場（原因主義）は〔無過失責任論が提唱されるようになった（筆者注）〕当初より厳しく批判され⁽⁸⁴⁾」ていたといえる。

第2項 公平責任

公平責任については、岡松は、単に公平というだけでは責任原因・責任の有無・責任の範囲を決する客観的標準を与えることにはならないということを確認している。また、昭和期に入っても、加藤が具体的事情に応じて損害を加害者と被害者の間で公平に分担すべきだというだけでは責任の根拠を説明するものとはいえないと述べており、さらに森島も「...公平という基準そのものの内容が不明確である...」と述べている。

第3項 報償責任

報償責任については、石坂と末弘によって「…当初から、加害行為が誰の利益に帰属するかは確定困難である、なぜ『自己の利益は自己の危険で主張しなければならない』のかが説明困難である等の点で、責任の正当化根拠たりえないとの批判が示されていた⁽⁸⁵⁾」。また、昭和期に入っても、加藤が、報償責任に基づくと「…加害者は収めた利益の限度において賠償すればよく、損害が利益を上回る場合には救う方法がないことになる」と指摘し、また森島も次のように指摘している。すなわち「…利益を目的としていない行為によって損害が生じた場合や損失が利益をうわ回る場合には、損害賠償をしなくてもよいということになりかねない。さらに他人の利益のためにある行為がなされ、それによって損害が生じたときには、その行為について受益者が行為者に対して何ら指揮監督権を持たない場合であっても、受益者は損失を負担しなければならないということになってしまうであろう（民715条・716条参照）。しかし、後者の例では、受益者に損失を負担させても必ずしも事故抑制の誘因とはならない」。したがって、今日では「…責任の枠組みを提示するものとして認められていない（せいぜい補足的論拠を提供するにとどまる）のではないかとの疑問が拭えない⁽⁸⁶⁾」と言われている。

第4項 危険責任

危険責任については、この責任規範が著しい危険を伴う大企業に妥当するということが、石坂、末弘、及び岡松の所説において述べられ、さらにこれらの所説に続いて小野の所説においてこのことがより明確に述べられるようになった。昭和期に入ってから、無過失責任の根拠として、報償責任よりも危険責任の方が重視されるようになっていった。ただし、このように、前者よりも後者の方を重視する森島の所説では、事故抑制や損失分散の点で後者が前者よりも有用性に富んでいるという理由から、後者の方を重視するようになっている

のであり、それゆえ森島の所説では理論的視点よりもむしろ政策的視点が強く働いている、という点に留意する必要がある。

第4款 無過失責任原理の定義

まず、報償責任の定義については、岡松の定義では利益取得の特別性（異常性）の要素が強調されており、そしてこの利益取得の特別性の要素は我妻の定義でも依然として維持されていた。しかし、その後、この要素は加藤の定義では脱落するに至っている。次に、危険責任（危殆責任）の定義については、岡松の定義では危険創出の特別性の要素が強調されていたのに対し、我妻の定義では既に危険（創出）の特別性の要素は盛り込まれなくなっており、また加藤の定義もこの我妻の定義に従っている。そして、加藤以降の学説でも、加藤の定義が維持され、それゆえ報償責任の定義についても、また危険責任の定義についても、特別性の要素は盛り込まれなくなっている。⁽⁸⁷⁾

岡松の所説ではまだ、危殆責任において特別な危険とは具体的にどのような危険を意味するのか、また報償責任において特別な利益とは具体的にどのような利益を意味するのか、という問題（「特別な危険」及び「特別な利益」の内容）は明らかにされておらず、またどのような事柄が認められる場合に「特別な危険」及び「特別な利益」が肯定されるのか、という問題（「特別な危険」及び「特別な利益」の成立要件）も明らかにされていなかった。そして、前述したように、危険責任における危険創出の特別性の要素は我妻によって削除され、また報償責任における利益取得の特別性の要素は加藤によって削除されているが、どちらの所説においても、なぜこれらの要素を削除したのか、という理由は明示的に述べられていなかった。我妻は危険責任原理は717条の土地工作物責任に現れていると考えているが、土地工作物一般に「特別な危険」を見出すことは難しい故に、危険責任を解釈論上で適用する際に、この「特別な危険」の要素を脱落させていったのではないかと推測され得る。

第5款 過失責任と無過失責任の関係

石坂、末弘、及び岡松は、過失責任を原則とし、無過失責任はその例外として位置づけていた。それに対して、牧野は、公平の観点から、無過失責任に「過失責任と同等の地位を与え」ていた。しかし、牧野の所説は、まだ、過失責任と無過失責任（危険責任）の各々の帰責の根拠及び責任の成立要件等を析出した上で、過失責任と無過失責任（危険責任）の関係を明確にするには至っていなかった（このような試みは、後述する川村泰啓の所説において初めて行われる）。したがって、明治・大正期においては、無過失責任を過失責任の例外に据える考え方が主流で、無過失責任を過失責任と同じ次元で捉えようとする見解は一部では見られたものの、それらの理論的構造の相違に基礎を置いてそれらを区別するには至っていなかった。また、我妻は、過失責任は個人対個人の「普通の生活関係」に適用される責任原理であるのに対し、無過失責任は個人対大企業等の「危険と利益とを伴ふ生活関係」に適用される責任原理であると述べており、この我妻の考え方は、生活関係の相違に着目して、過失責任と無過失責任を区別する点で、注目に値するように思われる。

第2章 危険責任論の紹介及び整理

第1節 昭和期の所説

第1款 川村泰啓の所説

第1項 危殆責任の根拠

川村泰啓は、不法行為法の理論的体系は帰責の根拠に基づいて過責主義と危殆責任の2つの責任類型によって構成される、と考えている。川村は危殆責任の根拠について次のように述べている。「法は、一定の、加害の危険度のとくに高い行為ないし企業については（例えば交通事業や化学工業）、そのような行為ないし企業活動の中へ入ること自体の中に主体性の契機が媒介している限

り、そこから生じる個々の加害について主体性の契機の媒介をとくに要件としないで損害賠償責任を課すことがある。この場合には、この種の危険の中へ主体的に入っていくことが損害賠償責任の根拠である（「危殆」責任）。すでにこの要件が充たされている限り、そこから生ずる個々の具体的加害の結果の発生にさいして、加害者の非難可能性...も、事情によっては行為の反規範性としての違法性（故意行為・過失行為...）すらも、要件とはされなくて、結果の違法性をもって充分とされる（括弧づきの「結果」責任）。違法性概念がすでに転換しているのである。危殆責任においては、危険を買う（*Risikokaufen*）— 或いは非常に危険な状態をつくりだす（*Gefährdung*）— という主体的行動の中にすでに帰責の根拠があたえられている、からである（"Einstehen für die selbstgesetzte Gefahr"—Esser⁽⁸⁸⁾）。

また、川村は危殆責任の根拠について次のようにも述べている。「...発生した損害の企業への転嫁を媒介する帰責の原理は、公法的規制を離れて、別個に求められなければならない。そうして、これが危殆責任の原理なのである。許された企業手段が不可避に内包している企業危険の範囲内にぞくする損害は、企業主体が企業手段の主体的選択を介してみずから贖^{おがな}った企業上のリスクとして、この企業主体自身によって担われねばならない（『私的』生産→自己責任の原則⁽⁸⁹⁾!!）」。

さらに、川村は、危殆責任の根拠を以上のように述べた後で、過責主義と危殆責任の違法性概念の相違について、以下のように述べている。すなわち「...先の固有な意味での主体的責任（過責主義）とこの危殆責任とでは、帰責の根拠とされる主体性の契機の媒介のしかたが相違しているのであり、このことに対応して違法性概念自体も違っている。すなわち、前者では規範の名死人による主体的な規範侵害—『行為の反規範性』としての違法性—が損害賠償責任の要件として現われるのに対して、後者では、加害者がみずからの主体性を媒介として設定した（その限りで彼のみが責めを負わなければならない）一般的

『危険』の範囲内で生じた損害の発生—このような括弧づきの『結果の反規範性』としての違法性—をもって足りる、とされるのである⁽⁹⁰⁾。

第2項 報償責任に対する考え方

まず、川村は715条の使用者責任における責任原理について次のように述べる。「…私法上の—だから私的所有の基盤のうえでの—帰責の原理としては、過責主義と危殆責任という2つの対極の原理をもって足りる、と私は考える。わが国では民法715条の使用者責任と関連して、『報償責任』が独自の責任原理として指示されるのがふつうであるが…しかし、私は、同条の使用者責任は過責主義の1つの適用である、と考える⁽⁹¹⁾」。このように、川村は、715条の使用者責任の責任原理を報償責任に求めることに批判的であり、同条は過責主義（過失責任）の適用を受けるものであると考えているが、ここではこのように考える理由・根拠は明らかにされておらず、詳しくは後の編で述べるとされている（ちなみに、その編は公表されるに至っていない）。

次に、川村は危殆責任に報償責任原理を「縫合」させるラーレンツの見解を次のように批判する。すなわち「また、報償の原理を危殆責任に縫合させて主張する立場がある…。しかし、これは、危殆責任が、『主体的』責任として固有にもっている積極的な帰責原理を、報償—あたかも有てる者から有たざる者への慈恵—という考えかたを導入することにより、不透明にするとともに、そのことにより危殆責任の積極的な展開を阻止するおそれすらをもつ。要するに、報償責任の原理は実現性に乏しいのみならず、それを不用意にもちだすことは、かえって危険性をもっている、と私は考える⁽⁹²⁾」。

第3項 在来の民事責任論に対する批判

1. 紹介

川村は、危殆責任の負担の契機について、在来の民事責任論を次のように批

判する。すなわち「在来の民事責任論のもとでは、『結果としての違法性』（結果としての権利侵害—いわゆる違法性要件）が共通の公分母とされて、これに故意・過失（いわゆる責任要件）がプラスした要件構成がいわゆる過失責任主義、故意・過失がプラスしないものがいわゆる『無』過失責任主義である。...このような整理は、一方、『無』過失責任にそくしていえば、危殆責任に固有な積極的な帰責根拠の析出を怠ったことから生じた⁽⁹³⁾」。前述したように「...危殆責任においてもまた、単なる『損害の発生』—結果の違法性—が損害賠償責任を基礎づけているのではない⁽⁹⁴⁾」。

2. 検討

先の危殆責任の根拠に関する記述を踏まえた上で、この在来の民事責任論に対する川村の見解を読み解くと、川村は、在来の民事責任論は、個別具体的な結果の発生ではなく、一般的な行為の開始を基点として、当該行為ないし企業活動を主体的に開始するところに帰責の根拠を見い出せていない、と述べて在来の民事責任論を批判しているものと思われる。

第4項 危殆責任の成立要件等

川村は、過責主義は禁止規範（人の私的所有を侵害する行為をしてはならないという内容の行為規範）と注意義務規範（人が平均的にもっている注意能力を基礎として人の私的所有を侵害しないように一定の注意を払わなければならないという内容の行為規範）の主体的な侵害に基づく責任であると考えており⁽⁹⁵⁾、そして、この注意義務規範の例として、自動車の運転上の注意義務（制限速度を守る義務や視界が悪くなったら徐行運転をする義務など）を挙げている⁽⁹⁶⁾。過責主義は、上記の自動車の運転上の注意義務の懈怠によって惹き起こされる損害のように「...規範の名宛人が規範適合的に行為することによって防ぎえたはずの損害を...（筆者強調）⁽⁹⁷⁾」規律対象とする。したがって、たとえ上記の制限

速度走行義務や徐行運転義務などを遵守していたとしても不可避免的に惹き起こされる損害は、過責主義の対象ではないことになる。したがって、例えば、次のような自動車事故は過責主義ではなく危殆責任の対象とされるであろう。すなわち（当該一般道路において道路標識や道路標示によって指定された）最高速度をかなり下回る速度で普通自動車を運転していた人が、当該自動車の直前に急に飛び出してきた子供を轢いてしまった事故、また、上記運転者が（路面凍結のためにスリップし当該自動車の目の前に横転してきた）自転車運転者を轢いてしまった事故、というのがそれである。

前述したように、川村は「…加害の危険度のとくに高い行為ないし企業…（例えば交通事業や化学工業）…」を危殆責任の適用対象としているが「…加害の危険度のとくに高い行為…」とはどのような行為なのかを具体的に説明していない。そこで、上記の過責主義の適用対象に関する川村の考え方を手がかりにこのことを考えると、川村は一定の注意を尽しても不可避免的に損害を惹起する行為は上記の行為に該当すると考えているのではないかと推測できる。そうすると、川村は、特別に高度な危険という概念が認められるためには、さらに言えば危殆責任が認められるためには、一定の注意の行使の無効性すなわち損害の不可避性の要素・要件が必要になってくる、と考えているように思われる。

第5項 過責主義と危殆責任の関係

川村は過責主義と危殆責任の関係について次のように述べる。「過責の原理と危殆責任とは、いわゆる無過失責任論者がいうように、一方が『原則』で他方が『例外』という関係に在るわけではない (!!)。それぞれが、相互に他方をもって代用できないところの固有な機能を担っているのである」⁽⁹⁸⁾。

1. 帰責の根拠との関係で問われる危険の性質

先に示した過責主義と危殆責任の違法性概念の相違に関する記述から分かるように、川村は、危殆責任の根拠との関係で問われる危険は、当該行為ないし企業活動に起因する一般的な危険である、と考えていた。他方で、川村は、過責主義の根拠との関係で問われる危険については、次のように述べている。すなわち「…規範の名宛人が規範適合的に行為することによって防ぎえたはずの損害を、彼が規範適合的に行為しなかったために発生させたから（過責＝「行為の反規範性」としての違法性）、被害者の私的所有のうえに発生した損害が加害者の私的所有のうえへ転嫁されることになるのである⁽⁹⁹⁾」。このように、川村は、過責主義の根拠との関係で問われる危険は、実際に発生した損害の具体的な危険である、と考えているものと思われる。

2. 責任の負担の契機

前述したように、川村は、危殆責任の負担の契機は、個別具体的な結果の発生ではなく、一般的な行為の開始に求められる、と考えていたように思われる。他方で、川村は過責主義の負担の契機については次のように述べる。すなわち、在来の民事責任論では「…損害賠償責任の要件構成は、先ず被害者…の側に発生した損害—加害の結果—から出発して、加害者…の『主観的要素』（加害の結果に対する内心的関係としての故意・過失）にまで遡っていく、という順序で発想されている…。我々が先に示した『主体的』責任の要件構成が、比喩的にいえば、加害行為の反規範性—加害者による主体的な・規範との否定的交渉—を起点として、損害賠償責任を基礎づけ、かつ…損害賠償責任の範囲をも画定しているのとは、まったく逆の順序の発想である⁽¹⁰⁰⁾」。このように、川村は、過責主義の「要件構成」は「…加害行為の反規範性—加害者による主体的な・規範との否定的交渉—を起点として…」いる、と述べる。したがって、川村は、過責主義の契機は個別具体的な加害行為の開始に求められる、と考えていたよ

うに思われる。

第2款 浦川道太郎の所説

第1項 無過失責任論に対する評価

浦川道太郎はドイツ及びオーストリアにおいて19世紀末から20世紀初頭にかけて唱えられた無過失責任論を次のように評価している。すなわち、この「…諸理論が、過失主義に固執するパンデクテン法学の学問的実証主義を克服しようとして、無過失責任の領域が民事責任に存在することを示そうと努力したことは、十分評価しなければならないだろう。しかし、これらの理論は…結局は理論的に貫徹しえず歴史の中に孤立したものとしてとどまることになった。…その原因…としては、これらの理論がパンデクテン法学の過失主義のドグマを打破するために実定法上の無過失責任の事例の収集に努め、それらを過失主義に一般的に対置してしまった、方法論的誤謬をあげることができる。すなわちこのために、技術的危険による事故の処理（実質的意味での危険責任）が、土地の公用収用・相隣法のインミッション・不当差押等の補償の問題と、単に無過失責任という理由から、同一平面に渾然と並らばされることとなり、これらからその無過失責任を統一的に基礎づける共通項を得るように努めたため、それは、社会の問題を処理するには抽象的すぎる結論に行きついてしまったのである」⁽¹⁰⁾。

第2項 危険責任の適用対象

1. 特別に危険な個人的活動への危険責任の適用の是非

浦川は、ドイツの危険責任論者の危険責任の適用対象に関する見解を次のように紹介している。すなわち、ドイツでは、複数の危険責任論者から危険責任の一般条項案が提案されているが「…それが危険施設・物のみを対象とする（ケッツの立場）か、あるいは一般的危険行為をも対象とする（ドイッチュの

立場)か⁽¹⁰²⁾」の点で見解が分かれている。⁽¹⁰³⁾ ドイチュは「...全ての危険責任に共通な基盤として『特別の危険』という要素を引出し、これだけをもって一般条項の核としている⁽¹⁰⁴⁾」。「かくして、ドイチュの一般条項の唯一の限定が『特別の危険』であるため、その適用領域には、施設・物責任以外に、極度に危険な人間活動（例えば、パラシュート競技・スキー・スケート・登山等のスポーツ）も含まれることになるのである⁽¹⁰⁵⁾」。他方で、ケッツは次のように述べる。すなわち「現行の特別法上の危険責任構成要件は、一般的に、一定の施設の運営と結びついた危険を規定している。このため、一般条項は、立法者や判例に連続性を維持させるものとして、運営または占有することが特別の危険と結びつく施設・物乃至物質に対する責任に限定すべきである。そして、『単なる人手による』行為の規制については過失責任にまかされていることを考え合せるならば、この限定は正当化されるのである。この意味で、ケッツは、ドイチュにおいて提案されたスポーツ等の危険な行為にまで危険責任を拡張する試みを拒否する⁽¹⁰⁶⁾」。ケメラもまた、次のように述べて、ケッツと同じ立場を採る。すなわち「危険責任の対象に危険な人間活動も含めるかは問題である。しかしエッサーもいうように、危険責任が客観的な完全には支配しきれない危険源に対する企業家・保有者または保持者の責任を問題とするものであることを確認するならば、上述の類型に該当しない危険な人間活動は含めない方が妥当である。そして、危険な人間活動については、従来より、過失責任が被害者がその損害を負担すべきか否かを適切に限界づけてきたことから、この解決法を肯定する⁽¹⁰⁷⁾」。さらに、エッサーも「...危険責任は、社会的に是認された、責任者において管理された、性質上完全には制御しえない危険源（『作用責任』・『施設責任』）を賠償の起点とする。そのため、危険の強度に依拠して、危険行為一般を危険責任にとり込もうとするのは誤りである⁽¹⁰⁸⁾」と述べる。このように、ドイツでは危険責任の適用対象について論者の間で見解が分かれているが、浦川は、この危険責任の適用対象に関する問題には「...損害賠償法の基本思想に

ふれる問題が含まれている⁽¹⁰⁹⁾」と述べると共に、この問題を「...なおつめるべき [必要のある (筆者注)] 問題⁽¹¹⁰⁾」であると捉えている。

2. 許された侵害行為に基づく事故損害群と許されない侵害行為に基づく事故損害群の区別及び危険責任の適用対象となる事故損害の特定

「...エッサーは、危険責任がどのような事故損害を対象としているか—危険責任の課題領域—について述べる。彼は、事故損害を2つのグループに分ける。第1は、許された侵害行為に基づく事故損害のグループで、収用・徴用・押収・防疫手続等の公権力による侵害や、緊急避難権・隣地立入権等の私的侵害権がこれに属する。第2は、個別的事例において因果性または過失が欠けるために事故乃至『不運』とみなされる許されない侵害(行為)のグループである。そして、この第2のグループは、以下の4つにさらに分かれる。①行為者が個人的に惹起したのだが過失が欠けているために不法行為とならないもの、②個人的行為によらない、物・設備・施設または支配・利益領域下にある第3者による損害、③自然現象による損害、および④危険に曝された者や第3者が①-③の損害を回避せんとして惹起した損害。このように分けただうえで、エッサーは、①は不法行為の裏面であり、③は私法秩序から取り出される保険や公的扶助の問題であり、④は緊急避難として民法上にその処理が明確であるとして、危険責任の課題領域は②であるとする⁽¹¹¹⁾」。

第3項 危険責任の負担の契機

浦川は、ドイツの危険責任論者の危険責任の負担の契機に関する見解を次のように紹介している。すなわち、エッサーは「...国家により具体的に許容された技術的危険を実施する者は、その支配・利益関係を顧慮しつつ、大衆がそれを禁止しえない反面としてそれに伴う損害を負担すべきだとの法意識に危険責任の帰責原則を求めるとともに、責任の契機を事業の開始による危険の引受け

に求めた⁽¹¹²⁾」。「そして、この事業開始にあたり事業者が予期して引受けた範囲の⁽¹¹³⁾損害を事業者は負担するべきであるとする。また、ドイツも「危険責任は、抽象的危険な行為をおこなう者が危険行為を開始する際に危険を基礎づける (Gefährdung) ことから引受ける責任であり、侵害行為を基点とする過失責任とは異なる⁽¹¹⁴⁾」と述べる。そして、ドイツは自身の提案する危険責任の一般条項案において、当該危険源から惹起される損害が異常に大きくなること (損害の重大さ) 及び当該危険源から損害が頻繁に惹起されること (損害の蓋然性の高さ) を予想できることを要件として求めているように見える⁽¹¹⁵⁾。さらに、ケメラも「...危険責任の基本思想は、我々が甘受せざるをえない特別な完全には支配しきれない技術危険については、危険源を支配・利用する者がその危険による損害を負担しなければならないとする点に求められる。この責任は危険の引受け (危険事業の開始) を契機として⁽¹¹⁶⁾」と述べる。浦川は、ドイツの危険責任論者の危険責任の契機に関する見解を確認すると共に、危険責任の基点について「...『危険責任』は、ドイツもいうように、危険 (Gefahr) という状況に対する責任ではなく危殆化 (Gefährdung) する行為 (事業) の開始をその帰責の基点としていることが見失われてはなるまい⁽¹¹⁷⁾」と述べる。

- (1) 石坂音四郎「他人ノ過失ニ對スル責任」新報20巻8号(1910)20-21頁。同『改纂民法研究(下)』(有斐閣1920年)所収。
- (2) 石坂・前掲注(1)21頁。
- (3) 石坂・前掲注(1)21頁。
- (4) 石坂音四郎「他人ノ過失ニ對スル責任(承前)」新報20巻9号(1910)27-28頁。
- (5) 石坂・前掲注(4)29頁。
- (6) 石坂・前掲注(4)29-30頁。
- (7) 石坂・前掲注(4)31頁。
- (8) 末弘嚴太郎「過失無キ不法行為」法協30巻7号(1912)118-119頁。また、宗宮信次「無過失損害賠償責任」法曹公論33巻10号(1929)19-20頁も同趣旨。

- (9) 末弘殿太郎「民法雑記帳(19)」法時10巻3号(1938)33頁。
- (10) 末弘・前掲注(8)121頁。
- (11) 末弘・前掲注(8)121-122頁。
- (12) 末弘・前掲注(8)122頁。
- (13) 末弘・前掲注(8)126頁。
- (14) 末弘・前掲注(8)126-127頁。
- (15) 浦川道太郎「無過失損害賠償責任」星野英一編『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣 1985年)213頁。
- (16) 浦川・前掲注(15)215頁。
- (17) 浦川道太郎は次のように述べている。すなわち「...本書執筆の動機として伝えられている事故被害者の救済策としての無過失責任の究明という視点より見ると...岡松博士の方法は極めて拡散的であったといわざるをえない。もしもこの大著の限界を挙げることが許されるとするならば、それはここにあるようにも思われるのである。すなわち、岡松博士は、無過失損害賠償責任を論じるにあたって、過失責任の原則性を前提とした上で、契約外・契約上・その他公平上認められている諸国の無過失責任制度を網羅的に検討し、また、提唱された無過失責任学説の全てを点検し、そこから無過失責任の統一的原理を探ろうと試み、それが存在しないことをもって結論とせざるをえなかった。しかし、無過失責任とは過失を帰責要素としない責任である以上の積極の意味内容を持つものではなく、多くの無過失責任制度を収集すれば、岡松博士の結論の如く、そこに一元的な帰責の原理を見出すことは不可能となることは当然である。むしろ、執筆動機に重点を置くならば、結論として得られた結果責任の類型の中で、事故損害の帰責原理たる危険責任(危殆責任)...にさらに焦点を当てた検討をおこない、過失責任主義と同等の地位を主張するに至る最も重要な無過失責任の類型を後進に明示して、エンサイクロペディアたる性格を超える時代を牽引するモノグラフィーの役割を演じてもらいたかったと、現在の時点に立って思うのである」(浦川・前掲注(15)215-216頁)。また、宗宮・前掲注(8)20-21頁も、不法行為以外の行為に対する無過失責任に関する各国の法制度を紹介している。
- (18) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』(京都法學會 1916年)30-31頁。
- (19) 岡松・前掲注(18)28頁。
- (20) 岡松・前掲注(18)28頁。
- (21) 岡松・前掲注(18)561-562、575-577、723頁。

- (22) 岡松・前掲注 (18) 579頁。
- (23) 岡松・前掲注 (18) 588-603、723-724頁。
- (24) 岡松・前掲注 (18) 612-614頁。
- (25) 岡松・前掲注 (18) 614頁。
- (26) 岡松・前掲注 (18) 614-615頁。
- (27) 岡松・前掲注 (18) 615-616頁。
- (28) 岡松・前掲注 (18) 616頁。
- (29) 岡松・前掲注 (18) 630頁。
- (30) 岡松・前掲注 (18) 630頁。
- (31) 岡松・前掲注 (18) 724頁。
- (32) 岡松・前掲注 (18) 535頁。
- (33) 岡松・前掲注 (18) 536頁。
- (34) 岡松・前掲注 (18) 750頁。
- (35) 岡松・前掲注 (18) 763頁。
- (36) 中原太郎「事業遂行者の責任規範と責任原理 (2) —使用者責任とその周辺問題に関する再検討」法協128巻2号 (2011) 328頁。
- (37) 例えば、次のような叙述がある。「Lønning ハ...特別ナル事情アル場合ニハ直接間接ニ過失ノ責ナキ者ニモ亦損害賠償ノ責任ヲ課スルコト正義ニ適セサルヤノ問題ヲ提出シ (筆者強調)」(岡松・前掲注 (18) 28頁)。「...各場合ニ結果責任ヲ認ムルノ理由ハ種種ナルヘキモ到底責任ヲ加重シテ以テ損害ノ發生ヲ豫防セントスルヲ主要ナル目的トス...、然ルニ如斯キ責任ノ加重ハ之ヲ加重スヘキ特別ノ理由アルコトヲ要シ (筆者強調)」(岡松・前掲注 (18) 31頁)。「過失主義ハ共同生活ノ普通状態ヲ標準トシ、即各人ハ特ニ危険ナル行動ヲ爲スコトナキヲ通常トシ、從テ損害ノ惹起ハ各人ニ取り不慮ノコトニシテ之ヲ豫期スルヲ得サルモノタルヲ前提トス、故ニ損害賠償ノ何レノ効用 [損害の予防 (心理的効用) と損害の填補 (経済的効用) (筆者注)] ヨリ云フモ過失主義ヲ以テ至當トセリ、蓋豫防的効用ヨリ云ヘハ特ニ危険ナル行動ヲ爲スコトナキヲ通常トスルカ故ニ標準的注意ヲ促セハ以テ損害ヲ豫防スルニ足り (筆者強調)」(岡松・前掲注 (18) 60頁)。
- (38) 小野清一郎「危険主義の無過失損害賠償責任理論 (3・完)」志林21巻9号 (1919) 62頁。
- (39) 小野・前掲注 (38) 62頁。
- (40) 小野・前掲注 (38) 62-63頁。

- (41) 小野・前掲注(38) 63頁。
- (42) 小野・前掲注(38) 64-65頁。
- (43) 小野・前掲注(38) 67-68頁。
- (44) 小野・前掲注(38) 69頁。
- (45) 小野・前掲注(38) 70頁。
- (46) 岡松・前掲注(18) 599頁では、次のように述べられている。すなわち「(1) ... 貧富ニ依リ負擔ヲ異ニスルハ公法上ニ於テハ之ヲ許シ得ヘキモ私法ノ主義ニ適セス、私法上ニ於テハ貧富ニ依リ法ヲ異ニスヘキ理由ナシ...、(2) 又若損害ヲ受ケタル經濟上ノ弱者ヲ救済スルノ必要アリトセハ...何故ニ國費ヲ以テ之ヲ救済シ其費用ヲ一般租税ニ仰カサル、偶相手方カ富者ナルカ爲ニ之ニ責任ヲ課スルハ不當ナリ...、(3) 又裁判官カ加害者ノ貧富ニ從ヒ責任ノ有無ヲ決スルヲ得ルト爲スハ損害賠償ハ財産ノ正義的分配ヲ目的トシ裁判官ヲシテ其機關タラシメントスルモノニシテ...、損害賠償ノ目的ニ反シ裁判官ノ職務ヲ無視シ、且經濟思想ハ各人相異ルヘキカ故ニ財産ノ正當分配ハ措テ問ハス法ノ不安ヲ來ス淵源タルヘシ...」。
- (47) 牧野英一「無過失責任」同『法律に於ける進化と進歩』(有斐閣 1925年) 176頁。
- (48) 浦川・前掲注(15) 214頁。
- (49) 牧野・前掲注(47) 195頁。
- (50) 牧野・前掲注(47) 198頁。
- (51) 我妻榮『新法學全集第10巻 民法IV 債權各論 事務管理・不當利得・不法行爲』(日本評論社 1937年) 96頁。
- (52) 我妻・前掲注(51) 97頁。
- (53) 中原・前掲注(36) 381頁。
- (54) 我妻・前掲注(51) 94-95頁。
- (55) 我妻・前掲注(51) 98頁。
- (56) 我妻・前掲注(51) 98頁。
- (57) 我妻・前掲注(51) 98頁。
- (58) 我妻榮「損害賠償理論に於ける『具體的衡平主義』(2)」志林24巻4号(1922) 42-43頁。同『民法研究 VI 債權各論』(有斐閣 1969年) 所収。
- (59) 浦川・前掲注(15) 216頁。
- (60) 中原太郎「過失責任と無過失責任—無過失責任論に関する現状分析と理論的整理の試み」別冊NBL(不法行為法の立法的課題) 155号(2015) 36頁(注11)。
- (61) 我妻・前掲注(51) 98-99頁。

- (62) 我妻・前掲注 (51) 180-181頁。
- (63) 中原・前掲注 (60) 50頁。
- (64) 中原・前掲注 (60) 38-39頁。
- (65) 平野義太郎「損害賠償理論の發展」小林高記編『牧野先生選暦祝賀論文集 法律における思想と論理』138頁 (有斐閣 1938年) (平野義太郎『民法におけるローマ思想とゲルマン思想〔増補新版〕』313頁以下 (有斐閣 1970年) 所収)。
- (66) 平野・前掲注 (65) 139頁。
- (67) 平野・前掲注 (65) 155-163頁 (有斐閣 1938年)。損害の社会的分担についての記述は、平野義太郎「危殆責任と免責事由としての不可抗力反證—とくに自動車災害に即して」民商 6 卷 6 号 (1937) 1014、1015、1016、1023-1024頁 (同『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想〔増補新版〕』365頁以下 (有斐閣 1970年) 所収) にも見られる。
- (68) 加藤一郎『法律学全集22-II 不法行為〔増補版〕』 (有斐閣 1974年) 19頁。
- (69) 加藤・前掲注 (68) 20頁。
- (70) 加藤・前掲注 (68) 23頁。
- (71) 加藤・前掲注 (68) 19頁。
- (72) 加藤・前掲注 (68) 20頁。
- (73) 加藤・前掲注 (68) 21頁。
- (74) 森島昭夫『不法行為法講義』 (有斐閣 1987年) 263頁。
- (75) 森島・前掲注 (74) 266頁。
- (76) 森島・前掲注 (74) 265頁。
- (77) 森島・前掲注 (74) 264-265頁。
- (78) 浦川・前掲注 (15) 212頁。
- (79) 岡松・前掲注 (18) 80-81、93-98、750-751頁。
- (80) 加藤・前掲注 (68) 9、13、23頁。
- (81) 末弘・前掲注 (8) 134-137頁、小野・前掲注 (38) 71頁、牧野・前掲注 (47) 186頁、我妻・前掲注 (51) 99頁。
- (82) 三島宗彦「危険責任と報償責任」有泉亨監修=乾昭三編『現代損害賠償法講座 6 使用者責任・工作物責任・国家賠償』 (日本評論社 1974年) 14-16頁、石川信「過失責任と無過失責任—その意義と役割」内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生選暦記念『現代民法学の基本問題 (中)』 (第一法規 1983年) 341頁。
- (83) 中原・前掲注 (60) 34、38頁。

- (84) 中原・前掲注(60) 35頁(注7)。
- (85) 中原・前掲注(60) 38頁。さらに石川・前掲注(82) 339-340頁参照。
- (86) 中原・前掲注(60) 38頁。
- (87) 四宮和夫『現代法律学全集10 事務管理・不当利得・不法行為(中)』(青林書院新社 1983年) 255-256頁、鈴木祿弥『債権法講義 四訂版』(創文社 2001年) 41頁、窪田允見『不法行為法』(有斐閣 2007年) 9-10頁、藤岡康宏ほか『民法IV 債権各論〔第3版補訂〕』215頁〔藤岡康宏〕(有斐閣 2009年)、潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』(信山社 2009年) 6-7頁、大村敦志『基本民法II〔第2版〕 債権各論』(有斐閣 2010年) 274頁、内田貴『民法II〔第3版〕 債権各論』(東京大学出版会 2011年) 483頁、吉村良一『不法行為法〔第5版〕』(有斐閣 2017年) 14頁。
- (88) 川村泰啓『商品交換法の体系(上) 一私的所有と契約の法的保護のメカニズム』(勁草書房 1967年) 106頁。
- (89) 川村泰啓『商品交換法の体系I 一私的所有と契約の法的保護のメカニズム』(勁草書房 1972年) 112頁。
- (90) 川村・前掲注(88) 106-107頁。
- (91) 川村・前掲注(88) 107-108頁(注2)。
- (92) 川村・前掲注(88) 108頁(注2)。
- (93) 川村・前掲注(88) 109頁(注1)。
- (94) 川村・前掲注(88) 107頁。
- (95) 川村・前掲注(88) 122-125頁。
- (96) 川村・前掲注(88) 126頁(注2)。
- (97) 川村・前掲注(88) 104頁。
- (98) 川村・前掲注(89) 111頁。
- (99) 川村・前掲注(88) 104頁。
- (100) 川村・前掲注(88) 139-140頁。
- (101) 浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展(1)」民商70巻3号(1974) 472頁。
- (102) 浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展(3・完)」民商70巻5号(1974) 792頁。
- (103) 錦織成史「医療機器事故に基づく民事責任(2・完)」論叢115巻6号(1984) 11頁、青野博之「西ドイツにおける危険責任論の動向と日本法への示唆—ケツ鑑定意見の紹介を中心に」下森定ほか編『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(法政大学現代法研究所 1988年) 596-597頁、増田栄作「ドイツにおける民事責任体系論

の展開—危険責任論の検討を中心として(2)』立命239号(1995)109頁、橋本佳幸『責任法の多元的構造—不作為不法行為・危険責任をめぐって』(有斐閣 2006年)171-172頁、176頁(注24)、E.ドイチュ=H.-J.アーレンス著(浦川道太郎訳)『ドイツ不法行為法』(日本評論社 2008年)218頁参照。

- (104) 浦川・前掲注(102)778頁。
- (105) 浦川・前掲注(102)776頁。
- (106) 浦川・前掲注(102)782頁。
- (107) 浦川・前掲注(102)788頁。
- (108) 浦川・前掲注(102)790頁。
- (109) 浦川・前掲注(102)792頁。
- (110) 浦川・前掲注(102)793頁。
- (111) 浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展(2)」民商70巻4号(1974)610-611頁。
- (112) 浦川・前掲注(111)615頁。
- (113) 浦川・前掲注(111)612頁。
- (114) 浦川・前掲注(102)774頁。
- (115) ドイチュは次のように述べている。「第1条 特別の危険を創造し支配する者は、その危険が現実化することにより生ずる人損または物損を賠償する義務を負う。(2) 特別の危険は次の場合に存在する。危険自体が不可避であり、異常であり、支配しがたい、またはきわめて大きい場合。あるいは、危険が取引(社会)において損害がないものとしてのみ許容される程、その危険から予想される損害が異常に大きく、または頻繁なる場合(筆者強調)」(浦川・前掲注(102)775頁)。また、ドイチュほか・前掲注(108)214頁でも「危険責任の端緒となるためには...危険が...過剰なものでなければならない。一般的な生活上の危険に比較して、過剰性は...一般的な危険に比して高い、頻繁な、あるいは人に対して切実な損害が予想される場合に認められる(筆者強調)」と述べられている。損害の予想が要件の1つとして求められていることから「...あらゆる注意にかかわらず危険を知りえなかった場合」には「損害除去(Schadensabnahme)の義務は...軽減あるいは免除される」(浦川・前掲注(102)776頁)。また、ドイツの学説及び判例を見てみると、危険責任の認否の判断は損害の予見の能否の判断を経て行われているように思われる。例えば、エクスナーは「...異常な事象のみが不可抗力となりうる。異常とは、その事実の発生の態様と強さ(Art und Wacht)が一般の生活の中で見込まれる程度を越える

こと... (筆者強調)」(錦織成史「不可抗力と避けることのできない外的事実—危険責任の免責事由に関する一考察」論叢110巻4～6号(1982)220頁)を意味する、と述べる。また、機関車から飛来した炭塵が駅の転轍助手の左眼に入り彼の左眼を失明させた事件において、帝国裁判所は「...被害者が自らの過失によって侵害結果を惹起したのではない限り、鉄道運行の当然の作用からの侵害結果について被告は責任を負わねばならない(筆者強調)」(同書221頁)と述べた。また、6歳の子供が路面電車の後輪に轢かれ、左足を切断しなければならなくなった事件において、帝国裁判所は次のように述べた。すなわち「この運行と運行の際に起った事故との関連は、事故の異常性により人間の予見に基づく計算の圏内に取り込まれない事実が介在して事故が起ったときにのみ、切断される。大都市の賑やかな通りで子供が電車に轢かれるということは、しばしば起る事件であるから、電車の運行事業者は子供の不注意ないし無頓着に原因がある事故の可能性を常に計算していなければならない(筆者強調)」(同書223頁)。「1920年以降の諸判決は、次のような不可抗力概念を明らかにするに至ったのである。即ち不可抗力とは、外から運行に作用する異常な事実であって、予見できず、全運行とその企業の経済的成果を危うくすることなしに払える最高度の注意を尽しても回避できず、それがしばしば発生するためその運行事業者によって計算に入れられ且つ引き受けられるべきであるとされるものではない事実である(筆者強調)」(同書224頁)。

(116) 浦川・前掲注(102)785頁。

(117) 浦川・前掲注(111)616頁(注6)。また、この注ではドイツの文献と共に川村の文献も挙げられている。