

## 論 説

# 無過失責任論と危険責任論の現状と課題(2・完)

## 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54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(以上本号)

## 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3款 石田穰の所説

##### 第1項 不法行為責任の類型化

###### 1. 紹介

石田穰は、不法行為法の理論的体系は帰責の根拠に基づいて意思責任的不法行為(行為者に対する個人的非難可能性、すなわち、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不法行為)と行為責任的不法行為(行為の危険性という行為者の一定態様の意思と切り離された行為の有する客観的性質を帰責の根拠とする不法行為)の2つの責任類型によって構成され、さらに後者は客観責任的不法行為(損害発生を防止するために客観的に相当な行為をすれば免責される不法行為)と結果責任的不法行為(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)の2つの類型に分けられる、と考<sup>(1)</sup>えている。ある行為が客観責任的不法行為と結果責任的不法行為の「...どちらの不法行為として処理されるかは、結局、その行為の危険性と有用性の比較較量による。行為の危険性とは、その行為がどのような種類の損害をどのような範囲で惹起するかの問題であり、行為の有用性とは、その行為が社会生活を維持、発展させる上でどの程度役に立つかの問題である。まず、第1に、損害が比較的軽微であれば、行為が社会生活を維持、発展させる上でそれほど必要不可欠でなくても、それは、原則として客観責任的不法行為として処理されるべきである。例えば、興味本位な報道による名誉毀損がこれである。又、損害が生命や身体を害するなど重大であっても、その範囲が特定の人に限られるなど狭く、しかも、行為が社会生活の維持、発展の上で必要不可欠であれば、これは、やはり、原則として客観責任的不法行為として処理されるべきである。例えば、医療行為、自動車運転行為がこれである。第2に、損害が重大で、しかも、広範囲なものであれば、行為が社会生活を維持、発展させる上で必要不可欠であっても、それは、原則として結果責任的不法行為として処理されるべきである。例えば、現在問題になっている多くの公害事件、あるいは、食料品、医薬品など生命の安全にかかわる製造物に関する事件がこれである」<sup>(2)</sup>。

## 2. 検討

以上のように、石田は行為の危険性という(行為者の一定態様の意思と切り離された、行為の有する)客観的性質を帰責の根拠とする不法行為を行為責任的不法行為と呼び、さらに、この行為責任的不法行為を免責可能性の有無によって、それが客観責任的不法行為と称する不法行為とそれが結果責任的不法行為と称する不法行為に分ける。そして、石田は、前者に該当する不法行為の1つの例として自動車運転行為を挙げ、また後者に該当する不法行為の1

つの例として公害事件を挙げる。そして、前者と後者の区別が何に由来しているのかを考えると、前者と後者の間では損害の重大性の要素と行為の有用性の要素は共通しているのに対し、損害の範囲の要素は相違している（前者は損害の範囲が狭いのに対し、後者は損害の範囲が広い）ように思われる。言い換えると、石田は「特別に危険な」行為の認否を損害の範囲の広さに基づいて判断しており、前者は損害の範囲が特定の人に限られるが故に「特別に危険な」行為と認められないのに対し、後者は損害の範囲が広範囲に及ぶが故に「特別に危険な」行為と認められる、と考えているものと思われる<sup>(3)</sup>。しかし、損害が惹起される頻度は化学企業の操業よりもむしろ自動車運転の方が高く、また損害の重篤度も前者よりも後者の方が高くなる場合もある。このようなことを踏まえると、後者よりも前者の方が危険度が特に高いとは一概にはいえないのではないかと思われ、それゆえ損害の範囲の広さのみに依拠して、前者と後者の間で、課される責任の重さに差を設けることには慎重になるべきであるように思われる。むしろ両者は、惹き起こされる損害が重大なものになり得ることや合理的な注意を払っても不可避免的に損害が惹き起こされ得ること等の点において共通性を有する、ということを目指・強調することの方が重要であると思われ、現に、今日では「...自動車損害賠償法上の運行供用者責任は『自動車』という物に...大気汚染防止法・水質汚濁防止法に基づく排出事業者の責任は『健康被害物質』ないし『有害物質』に、それぞれ特別の危険を見出す<sup>(4)</sup>」と言われている。

加害対象の有する危険の大きさに着目した責任類型をさらに損害の範囲の広さの観点から類型化・細分化することの論理的正当性を危険度が特に高いと評価され得る動物による加害事例を通して考えてみる。1つ目の事例は次のようなものである。動物園の中に設置されていたライオンを囲っていた檻に（思慮分別を備えた合理人が発見することを期待され得ない）欠陥があったために、当該檻から当該ライオンが逃げ出し、多数の来園者を襲い、彼らに重大な人身

傷害を与えた。続いて2つ目の事例は次のようなものである。都市部の住宅密集地域内のある一軒家に設置されていた犬小屋に（思慮分別を備えた合理人が発見することを期待され得ない）欠陥があったために、当該犬小屋から大型犬が逃げ出し、近隣に住む住民の1人を襲い、彼に重大な人身傷害を与えた。この2つの事例は、結果的には、損害の範囲の広さの点で相違している。しかし、前者に近似する事例が再び起きた場合に、今度は損害の範囲が1人ないしは少数の来園者のみに留まるということもあり得るし、反対に後者に近似する事例が再び起きた場合に、今度は損害の範囲が1人に留まらず多数の住民に拡大されるということもあり得る。このように考えると、やはり、損害の範囲の広さの観点から、動物園の経営者と住宅密集地域内における危険度が特に高いと評価され得る動物の飼育者の間で、課される責任の重さに差を生じさせることには疑問が生じる。むしろ両者は、損害の重大さや合理的な注意の行使の無効性（損害の不可避性）等の点において共通性を有しているという点を重視することの方が重要であるように思われ、このような点に着目して、過失責任では救済されない損害を救済するということにこそ危険責任の存在意義があるように思われる。

## 第2項 各類型の不法行為責任の成立要件と根拠

### 1. 紹介

まず、石田は「意思責任的不法行為」責任の成立要件としては、故意、過失、責任能力、権利侵害、損害の発生、及び行為と損害の間の因果関係を挙げる<sup>(5)</sup>。そして「...過失とは、不法行為規範が防止しようとした損害の発生を認識しうるのに認識しないで、あるいは、認識しても認容しないでこの規範に反する行為をすることである<sup>(6)</sup>」と述べる。

次に、石田は「客観責任的不法行為」責任の成立要件としては、不相当行為、損害の発生、及び不相当行為と損害発生の間の因果関係を挙げる<sup>(7)</sup>。そして、不

相当行為とは「...当該業務行為に従事する平均人に要求される損害防止行為を行わない<sup>(8)</sup>...」行為のことをいう、または、具体的状況に応じて行為者に対し一定の作為または不作為を命じる具体的不法行為規範に反する行為をすることを<sup>(9)</sup>と述べる。また、石田は、損害の認識可能性について「...当該業務行為に従事する平均人が損害防止行為をするには、その前提として、当該損害の発生が平均人にとり認識可能なものでなければならない<sup>(10)</sup>」と述べる。

最後に、石田は「結果責任的不法行為」責任の成立要件としては、特別危険行為（損害を惹起する特別な危険行為）、損害の発生、及び特別危険行為と損害発生<sup>(11)</sup>の間の因果関係を挙げる。続いて、石田は結果責任的不法行為規範について次のように述べる。「結果責任的不法行為規範は、同不法行為に属するとされる業務行為の行為者に対し一定の行為をするなどということだけを命じ、一定の行為をせよとは命じない。なぜなら、結果責任的不法行為において、損害発生は当該業務行為に従事する平均人にとり認識不能であり、それゆえ、当該損害を防止するためには、当該損害を発生させる当該業務行為をやめる以外に方法がないからである。かくして、不法行為規範は、具体的状況に応じて、行為者に対し、当該損害を生じさせる当該業務行為をするなど命じる。この不法行為規範に反して業務行為<sup>(12)</sup>をすること、これが特別危険行為である」。

## 2. 検討

まず、石田は「意思責任的不法行為」責任の根拠たる過失は意思の緊張の欠如を意味し、また意思を緊張させて認識するべきであった危険は実際に生じ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。

次に、「客観責任的不法行為」責任に関する石田の所説は、次のようにまとめることができるように思われる。まず不相当行為とは、作為・不作為義務（注意義務）規範に違反する行為のことを意味し、それゆえ川村説における注意義務規範違反に対応する概念であると理解することができる。石田自身もこ

の不当行為は「...行為者の個人的な意思に関連した概念ではなく、当該業務行為に従事する平均人の能力という...客観的基準に関連した概念であ...」り、この点で意思責任的不法行為の過失と同じ概念ではないのであるが、しかしそれに「...対応する概念である<sup>(14)</sup>」ということは認める。このことを踏まえると「客観責任的不法行為」責任の根拠は、あくまでも、実際に発生した損害の具体的な危険の認識可能性を前提とした作為・不作為義務（注意義務）規範の違反に求めることができるように思われる。前述したように、石田は、客観責任的不法行為を含む行為責任的不法行為は行為の危険性という行為の有する客観的性質を帰責の根拠とする不法行為であると述べている。しかし、石田は「客観責任的不法行為」責任の根拠についてこれ以上詳しいことは述べておらず、それゆえ帰責の契機の点で「意思責任的不法行為」責任とは異なる「客観責任的不法行為」責任の独自性を析出するという姿勢は、川村と比べると希薄であるように思われる。したがって、上記の石田の「客観責任的不法行為」責任の根拠に関する一文から、直ちに、石田が川村と同様に、この責任の負担の契機を行為の開始に求めていると結論づけることは早計であるように思われる。むしろ、石田は、この責任の有無の判断は行為の開始ではなく結果の発生を基点として、その時点から遡って、第1に損害の認識可能性の有無を判断し、第2に作為・不作為義務（注意義務）規範の違反の有無を判断することによってなされると考え、このような思考の辿り方、論の立て方は「意思責任的不法行為」責任と共通するものがあると思われる。

最後に、「結果責任的不法行為」責任に関する石田の所説は、次のようにまとめることができるように思われる。まず、当該加害者が実際に発生した損害を認識し得たか否かを判断する必要がある。そして、彼が当該損害を認識し得たと判断される場合には、次に、当該損害が一定の作為・不作為義務（注意義務）規範を履行することによって回避し得た性質のものであったか否かを判断する必要がある。当該損害が上記規範の履行によって回避し得た性質のもので

あった場合に、はじめてその懈怠の有無が問題となる。他方で、彼が当該損害を認識し得なかった場合には、当該損害の回避に効果的な一定の作為義務規範を観念することができないため、不作為義務規範だけが問われることになる。つまり、彼が当該損害を認識し得なかった場合には、彼には（当該損害に帰着する当該行為を禁止する）不作為義務規範が課されていたと判断されることになる。したがって、ここでは「結果責任的不法行為」責任の根拠も規範侵害に求められていることになる。

このような石田の所説は、川村の所説と比較した時、次のような点に特徴がある。1つ目の特徴は、川村が危殆責任の負担の契機を一般的な（社会的に許容された）行為の開始に求めているのに対し、石田は「結果責任的不法行為」責任の負担の契機を、「意思責任的不法行為」責任及び「客観責任的不法行為」責任と同様に、個別具体的な（許されない）損害の発生に求めている、という点にある。2つ目の特徴は、川村が「…損害の発生が個々の行為主体による行為の主體的な統制により防ぎうるような種類の損害について…」<sup>(15)</sup>のみ行為規範を定立するのに対し、石田は（加害行為者が認識し得なかった、その限りで回避不可能な）損害に対しても行為規範を定立する点にある。例えば、自動車がスリップし複数の歩行者を轢過する事故は、川村説では危殆責任の対象とされるのに対し、石田説では「結果責任的不法行為」責任の対象とされるように思われる<sup>(16)</sup>。しかし、特定の状況下で（特定の日時に特定の場所（路面）で中間原因（路面凍結によるスリップ）が介在するという状況下で）特定の歩行者を轢過するという具体的な危険を当該運転者が認識し得たと判断される場合には、当該運転者は当該運転を差控えるべきであったと判断されることには理解を示せるが、上記の状況下で上記の危険を当該運転者が認識し得なかったと判断される場合においても、上記のように判断されることに対しては理解することができない。



## 第2節 平成期の所説

### 第1款 橋本佳幸の所説

#### 第1項 ケットの所説の紹介

橋本佳幸は、ドイツの危険責任について、まず危険責任に関する制定法の状況を探り上げ、次にエッサーによる危険責任論の展開を概観し、最後にケットの立法提案と所説によって示される危険責任論の到達点を確認する。

#### 1. ケットの危険責任の一般的構成要件の立法提案

橋本は、ケットの危険責任の一般的構成要件の立法提案(1970年)を次のように訳出する。すなわち「立法提案—民法(BGB) 835条(1) 施設の操業に特別の危険が結合している場合において、この危険が実現して、そのために人が死亡させられ、人の身体もしくは健康が侵害され、または物が毀損されたときは、施設の保有者は、これによって生じる損害を賠償する義務を負う。物または物質から特別の危険が生じる場合において、物または物質の占有者は、これと同じ責任を負う。(2) 損害が不可抗力によって惹起されたときは、この賠償義務は排除される<sup>(17)</sup>」。「この一般的危険責任構成要件の適用対象としてケットが念頭に置く場面を(適宜抽象化のうえ)挙げれば、次のとおりである。まず、『施設』(1項1文)との関連では、原動機付きの走行装置、原動機による物・人の運搬装置、エネルギーの製造・貯蔵・輸送施設、危険物質の製造・加工・貯蔵・輸送施設、大量・高圧の物質の貯蔵施設、その他の特別の危険を伴う機械設備・工作物などが想定されている。次に、『物または物質』(1項2文)との関連では、危険物質の保管・輸送・使用、大量の物質の堆積、病原性の微生物などが想定されている<sup>(18)</sup>」。

#### 2. 上記立法案の構成要件

橋本は上記立法案の構成要件を次のように整理している。すなわち「まず、

構成要件の全体構造に関していえば、危険責任構成要件を定める1項は2文からなり、施設の操業に結合した特別の危険に対する危険責任(1文)と、物・物質に結合した特別の危険に対する危険責任(2文)とを規定している。これは、特別法上の危険責任構成要件が伝統的にとってきた構成を一般的構成要件のもとに受け継ぎ、施設責任・物責任という2つの危険責任類型を提示するものにあたる。…次に、個別の要件内容に関していえば、右の危険責任構成要件は『特別の危険』を要件とし、これによって危険責任の妥当領域を画定している。この『特別の危険』の判断基準としては、当該危険が強度であること(比較的頻繁に実現し、または実現した場合の損害が重大であること)、および、社会生活上必要な注意を払っても当該危険を十分な確実性をもって支配できないことが挙げられるところ、さらに、技術・操業との関係性が要求されている<sup>(19)</sup>。

### 3. 上記立法案の帰責の根拠

橋本は上記立法案の帰責構造を次のように整理している。すなわち「最後に、右の危険責任構成要件によれば、施設ないし物・物質における特別の危険に関しては、『施設の保有者』ないし『物または物質の占有者』が、当該危険が実現して生じた権利侵害に対する(過責の有無を問わない)責任を負わねばならない。これは、危険源を一般的に支配する者に対し、危険源に一般的に結合している危険に対する責任を賦課するものである。具体的状況における行為規範の違反(ある行為による具体的な損害危険の作出)に基礎を置く過失責任と異なり、危険責任は、操業に一般的に結合された事故危険の帰責という問題にあたる。それゆえ、ここでは、操業の開始によって一般的危険を冒した企業者(被用者らではない)が、当該危険をその損害結果において(個別事例において過責があったにせよなかったにせよ)帰責されるのである<sup>(20)</sup>。「企業者は不可避の損害の危険を認識していた(認識しえた)にもかかわらず操業を開始したのであるから、この操業に伴う特別の危険を引き受けねばならない、と説明さ

れる」<sup>(21)</sup>。

## 第2項 橋本説の紹介

### 1. 無過失責任論に対する批判

橋本は、従来の無過失責任論について、次のように述べる。すなわち「…ドイツの危険責任論が過失責任と危険責任の同等性を確立のうえ一般的危険責任構成要件の立法提案へと結実していることとは対照的に、日本法における無過失責任論の進展は鈍く、無過失責任全般に関して帰責論的体系化が立ち後れている。なるほど、学説は従来から、古典的な過失責任主義を克服すべく、無過失責任に関して危険責任ないし報償責任という帰責根拠の解明に取り組み、この帰責根拠に基づいて、交通機関や危険な企業施設など危険性の高い企業に対する無過失責任の拡大を説いてきた。しかしながら、このような試みといえども一わずかな例外を除いて一、いまだ危険責任という責任原理を過失責任と同列に並べうるだけの積極的・具体的内実において析出・提示するには至っておらず、また、無過失責任の拡大に関して、危険責任の内実に対応した具体的な立法構想（広範な無過失責任構成要件の立法提案）を展開することがなかったのである」<sup>(22)</sup>。同じように、橋本は、従来の無過失責任論は「…無過失責任の積極的内実（あるべき妥当領域や責任成立要件）を明瞭に示せておらず（無過失責任という消極的名称が象徴的である）、抽象的に、危険責任・報償責任という責任思想を論じるとどまる」<sup>(23)</sup>と指摘する。そして、橋本は、この「…点を克服すべく無過失責任論を一歩進める試みとして、近年、危険責任論が提唱されている…。同理論は、従来の無過失責任の領域に危険責任という新たな責任類型を構想した上、過失責任との対置を通じて、その積極的内実を浮き彫りにする」<sup>(24)</sup>と述べる。

## 2. 危険責任の適用対象及び成立要件

橋本は、危険責任を「特別の危険（高度のかつ完全には制御することができない危険）」をはらむ危険源を対象とする独自の責任類型として位置づける。橋本は、特別の危険をはらむ危険源として技術的施設の操業を念頭に置いており、これには例えば、高速交通機関（自動車・鉄道・航空機）、電気・ガス供給施設（発電所・送電線・パイプライン・高圧タンク）、危険物質の取扱施設（化学工場）、工場の機械設備などがある、と考えている<sup>(25)</sup>。橋本は、自動車を例にとって「特別の危険」を次のように具体的に説明している。「…施設の機能不全（エンジン回転数の異常上昇やブレーキの故障・不調）・外来原因の介入（路面凍結によるスリップや路上の異物によるパンク）などに起因する予定外の操業経過として、操業上の事故による直接的加害（暴走・進路逸脱による歩行者の轢過）が、一定の統計的頻度で生起する。この点で、これらの施設ないし物の操業・保有過程は、操業上の事故による直接的加害の定型的な危険をはらむ（高度の危険）。また、これらの施設ないし物の操業・保有過程においては、施設の技術性・複雑性（エンジン・ブレーキの複雑な構造）ないし施設・物の強度の作用（高速走行）のために、各種の安全措置（自動車の保守・整備や運転走行上の注意）を尽くしてもなお、施設の機能不全や外来原因の介入に起因する予定外の操業・保有経過を確実に阻止することができない。この点で、操業上の事故による直接的加害の危険は、完全な制御が困難でもある（制御不可能な危険<sup>(26)</sup>）」。

## 3. 危険責任の根拠

橋本は、危険責任の根拠について次のように述べる。すなわち「帰責構造の面からいえば、危険源における特別の危険については、まさにそれ自体として、危険の割当てを図ることになる。つまり、危険源と結合している定型的危険（その実現たる結果）を、そのような危険の次元ですでにある責任主体に割り

当てるのである（過失責任のごとく、個別具体的場合における結果発生や、そこに至る事象経過・その制御可能性を捉えて責任追及するものではない）。そのため、危険責任では、危険源を作出・維持する者が、当該危険源に対する一般的支配をもって、当該危険源に結び付いた特別の危険を割り当てられる。なお、ここにいう危険源の作出・維持や一般的支配は、具体的運転・操作行為や具体的事象経過の制御可能性とは全く次元を異にする<sup>(27)</sup>」。

#### 4. 過失責任と危険責任の関係

橋本は、過失責任と危険責任の関係について次のように述べる。すなわち「以上のとおりの積極的内実を備えた危険責任は、不法行為法上、過失責任と対等の地位で並び立つ。過失責任が通常の加害事件・危険を想定した責任類型であるのに対し、危険責任は、特別の危険を固有の規律課題とする責任類型として、独立の地位を占めるのである。…個人の活動自由が確実に保障される領域（いわゆる過失責任主義の妥当範囲）は…素手での活動（技術的施設を用いない活動）に局限される<sup>(28)</sup>」。

橋本は、過失責任を、加害行為の構造（加害段階）の観点から、直接侵害（侵害段階）型（この類型は古典的な構造の加害行為を規律する責任類型であって、意思の緊張の欠如としての過失理解があてはまる）と、間接侵害（危殆化段階）型（この類型は新たな構造の加害行為の登場を受けて判例が創出した責任類型であって、行為義務違反としての過失理解があてはまる）に区別する<sup>(29)</sup>。「間接侵害型は…責任追及…を危殆化段階の行為（危殆化行為）にまで前倒しする。侵害の抽象的危険を内包する活動においては、しばしば間接侵害の構造をもつ加害行為が登場する…（筆者強調）」。「間接侵害型は、他人の権利・法益を社会相当程度を超えて危殆化する行為（これが不運にも権利・法益の侵害に至った場合）を規律対象とする。例えば、自動車の運転者がスピードを出して住宅地を走行する行為（その結果、突然前方に現れた子供に衝突した場合）…

である<sup>(31)</sup>。間接侵害型の違法一有責評価については「まず、危殆化行為は、①危殆化の程度が社会相当程度を超える場合に、危殆化禁止規範違反として違法評価を受ける…。…次いで、②当該行為による社会相当程度を超える危殆化の認識・その可能性をもって、当該行為に関する意思非難が基礎付けられ、加害者の責任原因となる<sup>(32)</sup>（筆者強調）」。

### 第3項 ケッツの所説と橋本説の関係の検討

#### 1. 危険責任の成立要件

上記の橋本説をケッツの所説と照らし合わせてみる。ケッツの所説では、特別の危険の判断基準として「…当該危険が強度であること（比較的頻繁に実現し、または実現した場合の損害が重大であること）、および、社会生活上必要な注意を払っても当該危険を十分な確実性をもって支配できないことが挙げられ…」しており、橋本説でも同様に、特別の危険は「高度のかつ完全には制御することができない危険」と定義されている。ケッツは、1つ目の基準（危険の強度さ）は「損害の蓋然性の高さ」と「損害の重大さ」の2つの事柄から成り立っており（危険の強度さの構成要素）、そして、この基準を満たしていると評価されるためには、必ずしもこれら2つの事柄が認められなければならないわけではなく、これらのうちどちらか一方の事柄が認められるだけで十分である（危険の強度さの認定と上記要素との関係）と考えている。他方で、橋本は、ケッツのように、危険責任の1つ目の要件（危険の高度さ）の構成要素及び危険の高度さの認定と上記要素との関係を明示的に述べてはいない。そのため、まず（橋本が危険責任の適用対象の1つと考える）自動車事故の例の中での「高度の危険」についての橋本の説明を手がかりとして、危険の高度さの構成要素に関する橋本の見解を考えてみる。橋本は「…操業上の事故による直接的加害（暴走・進路逸脱による歩行者の轢過）が、一定の統計的頻度で生起する（筆者強調）」と述べている。したがって、この自動車事故の例を踏まえると、

橋本は、ケッツと同様に、危険の高度さの要件は「損害の蓋然性の高さ」と「損害の重大さ」の2つの事柄から成り立っている、と考えているものと思われる。次に、危険責任の適用対象についての橋本の見解を手がかりとして、危険の高度さの認定と上記要素との関係に関する橋本の見解を考えてみる。橋本は危険責任の適用を受ける事故として「…原子炉が制御不能となって周辺住民が高レベルの放射能に被曝するといった<sup>(33)</sup>」事故を挙げる。そして、このような事故は、惹き起こされる損害は重大になり得るが、損害の蓋然性は低い、という特徴を有する。したがって、この原子力発電所の事故の例を踏まえると、橋本は、ケッツと同様に、危険の高度さの要件を満たしていると評価されるためには、必ずしも「損害の蓋然性の高さ」と「損害の重大さ」の両方の事柄が認められなければならないわけではなく、これらのうちどちらか一方の事柄が認められるだけで十分である、と考えているものと思われる。

続いて、危険責任の2つ目の判断基準（成立要件）についてのケッツの所説と橋本説を比べてみると、前者では危険支配の不確実性の前提には「社会生活上必要な注意」の行使の無効性が認められるのに対し、後者では、少なくとも定義上では、完全には制御し得ない危険（危険の制御不可能性）の前提には上記の「社会生活上必要な注意」の行使の無効性の事柄が認められない。しかし、橋本は、自動車事故を例にとって「制御不可能な危険」を説明する際に「…各種の安全措置（自動車の保守・整備や運転走行上の注意）を尽くしてもなお、施設の機能不全や外来原因の介入に起因する予定外の操業・保有経過を確実に阻止することができない」と述べている。したがって、この自動車事故の例を踏まえると、橋本は、ケッツと同様に、実質的には、完全には制御し得ない危険（危険の制御不可能性）の前提には上記の「社会生活上必要な注意」の行使の無効性の事柄が必要である、と考えているものと思われる。

## 2. 危険責任の根拠

上記の橋本説をケッツの所説と照らし合わせてみる。ケッツの所説では「企業は不可避の損害の危険を認識していた（認識しえた）にもかかわらず操業を開始したのであるから、この操業に伴う特別の危険を引き受けねばならない...」と述べられており、それゆえ危険責任の根拠が特別の危険を伴う操業の意図的な開始に求められていた。それに対して、橋本説では「危険責任では、危険源を作出・維持する者が、当該危険源に対する一般的支配をもって、当該危険源に結び付いた特別の危険を割り当てられる（筆者強調）」と述べられており、それゆえ危険責任の根拠が危険源の支配に求められていた。橋本は、ケッツとは異なり、危険責任の根拠は（損害が不可避的に惹き起こされるかもしれないという）一般的な危険を認識した上で敢えて当該危険源を支配しているという点に求められるとまでは述べておらず、それゆえ橋本説では危険責任の根拠たる危険源の一般的支配に意思の要素が含まれるのかどうか不明確になった。したがって、橋本説は、一般的な危険を認識した上で敢えて当該危険源を支配している時に当該危険源から惹き起こされた損害だけではなく、当該危険源の支配者が当該危険源に伴う一般的な危険を認識していなかった、または認識していることを期待できなかった時に当該危険源から惹き起こされた損害も救済され得る、と解釈できる余地を残すことになった。現に、橋本は「...環境危険責任を題材に、一定の加害類型では、物質放出時には未知であった危険についても〔危険責任の（筆者注）<sup>(34)</sup> 規律対象に含めうるとの理解...」を提示している。

### 〔環境危険責任における未知の危険〕

危険責任一般の根拠からは離れるが、ここで、未知の危険に起因する損害に関する環境危険責任の根拠等を確認する。橋本は、環境危険責任を大型事故による直接的加害の類型と正常操業・操業障害による間接的加害の類型に分ける



が、未知の危険が問題となるのは後者の類型であるので、以下では後者の類型だけを採り上げる。「まず、正常操業による間接的加害とは、正常操業（計画どおりの操業経過）として小規模な環境負荷が継続され、これが長時間をかけてまた他の環境負荷と共働して法益侵害を惹起する類型である。典型的加害構造でいえば、施設に所在・発生した汚染物質の計画的な少量—継続排出が、排出物質の長期的な蓄積・集中さらには他の汚染源の放出物質との集積・複合を介して法益侵害を惹起する（漸次的・集会的加害）。この類型の代表例は、工場施設の操業に伴って副生する排煙・廃液（そこに含まれる燃焼生成物・副生化合物など）が操業計画どおりに環境中へ少量—継続排出され、右のような漸次的・集会的加害過程をたどる場面である<sup>(35)</sup>」。「次に、操業障害による間接的加害とは、操業上の小さな障害（いわば小さな事故）として小規模な環境負荷が継続され、これが長時間をかけてまた他の環境負荷と共働して法益侵害を惹起する類型である。典型的加害構造でいえば、施設に所在・発生した汚染物質の操業計画に反する少量—継続流出が、流出物質の長期的な蓄積・集中さらには他の汚染源の放出物質との集積・複合を介して法益侵害を惹起する（漸次的・集会的加害）。代表例は、化学物質の保有施設から当該物質が操業計画に反して環境中へ少量—継続流出する場面である（管路の連結部や亀裂・腐食穴などからの少量流出・漏出<sup>(36)</sup>）」。

そして、このような「…正常操業・操業障害による間接的加害の類型において事前予測の限界としての特別の環境危険に環境危険責任を結合するときには、操業—放出当時の知見水準によっては認識しえなかった慢性的・複合的作用のために物質の少量—継続放出が予測の範囲外の漸次的・集会的加害過程をたどった場面（未知の危険）にまで、危険責任規律が及ぶことになる<sup>(37)</sup>」。なぜ未知の危険を危険責任の適用対象に含めることを正当化することができるのかといえ、それは「…未知の危険に対する環境危険責任は、開発危険に対する製造物責任と比べて、製品・製造方法の研究開発に与える負荷が小さい<sup>(38)</sup>」からである。

また「…製造物の開発危険と比較したとき、放出物質の未知の慢性的・複合的作用によって法益侵害が惹起されるという環境危険は、より高度の損害危険にあたる<sup>(39)</sup>」からである。

未知の危険を危険責任の適用対象に含めることの正当化理由が説かれた後で、責任主体について「…放出後の汚染物質に所在する特別の環境危険は、放出時点まで汚染物質の事實的支配を有した—その意味で最も汚染物質に近い位置にある—保有—放出者に割り当てるべき<sup>(40)</sup>」であると説かれる。以上の所説を踏まえ、未知の危険に起因する損害に対する上記の保有者（放出者）の責任の基礎（根拠）を考えると、それはもはや汚染物質（有害物質）の危険性（有害性）に関する上記の保有者の認識ないし認識可能性（保有者の意思）に求めることはできず、単なる汚染物質の支配（客観的な行為態様）に求めることしかできないように思われる。

また、橋本は「…環境損害（公害）に関する過去の経験に照らせば、放出物質の未知の有害性による環境損害をも環境危険責任によって規律すべき必要性は明らかであ<sup>(41)</sup>」ると述べると共に、この引用箇所が付されている注釈で「我が国のイタイタイ病・水俣病の例を想起されたい<sup>(42)</sup>」と述べる。そして、未知の危険について、橋本は「…放出物質の有害性…は、操業—放出から（ときには被害発生から）長期間を経てはじめて認識されることも多い<sup>(43)</sup>」と述べる。

そこで、第1の水俣病（中毒性中枢神経疾患）事件である熊本水俣病事件において、裁判所が、昭和28年以降に被告企業が排出した工場廃水中に含まれていたメチル水銀化合物（水俣病の原因物質）の危険性をいかに考えていたのか、という問題について確認する。まずは、被告企業がメチル水銀化合物の生成を知ることができたか否か、という問題に関する裁判所の判断を確認する。裁判所は次のように判断した。すなわち、大正10年のボーグト（Richard R. Vogt）＝ニューランド（Jurius A. Nieuwland）論文（水銀の触媒作用に関する著名な論文）及び昭和29年4月の日本化学会での五十嵐起夫（被告企業の

技術部職員)による発表(アセトアルデヒドの母液中に可溶性のメチル水銀化合物が存するというを指摘する発表)を踏まえると、上記の文献調査を尽くしていれば、被告企業は昭和30年以前にアセトアルデヒドの製造工程において水溶性のメチル水銀化合物が生成されることを知ることができた。次に、予見の対象に関する裁判所の見解を確認する。裁判所は次のように述べた。すなわち「被告工場は全国有数の技術と設備を誇る合成化学工場であったのであるから、その廃水を工場外に放流するに先立っては、常に文献調査はもとよりのこと、その水質の分析などを行って廃水中に危険物混入の有無を調査検討し、その安全を確認するとともに、その放流先の地形その他の環境条件およびその変動に注目し、万が一にもその廃水によって地域住民の生命・健康に危害が及ぶことがないようにつとめるべきであり、そしてそのような注意義務を怠らなければ、その廃水の<sup>44)</sup>人畜に対する危険性について予見することが可能である(筆者強調)」った。以上の叙述をまとめると、裁判所は次のように考えていたものと思われる。まず、文献調査を尽くしていれば被告企業はアセトアルデヒドの製造工程における水溶性のメチル水銀化合物の生成を知ることができた。そして、その後、工場廃水の放流先の地形・その他の環境条件・その変動の監視を行っていれば、水俣病(中毒性中枢神経疾患)という特定の被害を予見することはできなかったかもしれないが、メチル水銀化合物に起因する人畜への何らかの被害は予見することができた。<sup>44)</sup>以上のような裁判所の見解を踏まえると、裁判所は、水俣病(中毒性中枢神経疾患)の原因物質であるメチル水銀化合物の危険を全くの未知の危険とは捉えてはいないのではないかと思われる。

また、この問題に関する最近の学者の理解を確認すると、中原太郎は、公害及び薬害訴訟のような事例には危険責任規範が適用されるべきであり「...過失責任への依拠は過渡的解決にすぎないことが明確に意識されなければならない」<sup>45)</sup>と述べると共に、危険責任規範の限界(未知の危険)について次のように述べる。危険責任規範の「...内在的限界として、規律対象の危険が既知のものに限

られるか未知のものも含みうるかが、非常に重要な問題である。この責任は特別の危険を備える対象の支配・管理者に損害防止を促すものであるとの理解や厳格な責任であるがゆえに事前の確定を要するとの認識を強調した場合、ここでいう『危険』は既知のものに限定されよう<sup>(46)</sup>」。

### 3. 過失責任と危険責任の関係

上記の橋本説をケッツ等の所説と照らし合わせてみる。ケッツ等の所説では「...施設ないし物・物質における特別の危険に関しては、『施設の保有者』ないし『物または物質の占有者』が、当該危険が実現して生じた権利侵害に対する(過責の有無を問わない)責任を負わねばならない。...[危険責任では(筆者注)]操業の開始によって一般的危険を冒した企業者...が、当該危険をその損害結果において(個別事例において過責があったにせよなかったにせよ)帰責されるのである」と述べられている。また「企業者は不可避の損害の危険を認識していた(認識しえた)にもかかわらず操業を開始したのであるから、この操業に伴う特別の危険を引き受けねばならない...」と述べられている。このように、ケッツ等のドイツの危険責任論者は「...一般的危険責任構成要件の適用対象として...念頭に置く...」危険源から生じた損害に対する帰責の根拠は、不可避的な損害惹起の一般的危険を認識した上で敢えて操業を開始した点に求められる、と考えているものと思われる。それに対して、ドイツの危険責任論者は、過失責任は「具体的状況における行為規範の違反(ある行為による具体的な損害危険の作出)に基礎を置く...」と述べているところから、過失責任の根拠を当該(具体的な)行為規範の違反に置き、またその責任の有無の判断基準時点を当該(具体的な)結果の発生に求めているものと思われる。

他方で、前述したように、橋本は間接侵害型の違法一有責評価について「...当該行為による社会相当程度を超える危殆化の認識・その可能性をもって、当該行為に関する意思非難が基礎付けられ、加害者の責任原因となる(筆者強調)」

と述べている。このように、橋本は間接侵害型の帰責の根拠を「当該行為による社会相当程度を超える危殆化の認識」に求める。そして、例えば「自動車の運転者がスピードを出して住宅地を走行」した場合、当該自動車の運転者は、ある特定の地点の死角になっている場所から子供が「...突然前方に現れ...」するという個別具体的な危険を予見し、その特定の子供との関係で、その子供の「権利・法益を社会相当程度を超えて危殆化する」ということを認識することまではできないであろうが、一般的に当該住宅地の中にいる人々の「権利・法益を社会相当程度を超えて危殆化する」ということは、通常、当該運転の開始前に予め認識している、と考えられる。したがって、間接侵害型の帰責の根拠は、当該行為が社会相当程度を超えることによって惹き起こされる、一般的・抽象的な危険性についての、当該行為者の当該行為の開始時点における認識に求められる。このように考えると、橋本説における間接侵害型の判断枠組みは実質的にはドイツの危険責任論者の所説における危険責任の判断枠組みと重なり合うのではないと思われる。

以上の叙述をまとめると、橋本は、間接侵害型の不法行為責任の根拠は、次のような点に求められる、と考えているものと思われる。すなわち、危殆化禁止規範に違反する行為による特定の被害者の権利・法益の危殆化（そしてその結果としての損害＝具体的な危険）に関する認識ないし認識可能性ではなく、上記行為による不特定の誰かの権利・法益の危殆化（そしてその結果としての損害＝抽象的な危険）に関する認識ないし認識可能性というのがそれである。しかし、学説上では、今なお、過失責任は具体的な結果の予見可能性を前提とした結果回避義務違反である、との主張も見られる。山口成樹は次のように述べる。すなわち「道路交通法は、道路における危険の防止、交通の安全と円滑、道路交通に起因する障害の防止、を目的とする取締法規である。道交法は交通事故を未然に防止するため、法規としての一般的抽象的見地から各種の命令・禁止規定を設け、交通関与者に各種の作為・不作為義務（＝行為義務）を課し

ている。他方、民法709条は、道交法の目的が頓挫して交通事故が発生したその後、それにより被害者が被った損害を加害者に転嫁することを目的とする損害賠償法である。民法は損害の公平な分担を実現するため、事故発生直前の個別具体的状況に照らして、加害運転者が結果（＝被害者の権利法益の侵害）の予見可能性を前提とした結果回避義務（＝注意義務）に違反したかどうか、すなわち過失の有無を判断の基準としている<sup>(47)</sup>。道交法の「信号遵守義務や制限速度遵守義務のように、事故の危険がまだ抽象的である段階からすでに課されるものは、民法709条の過失との関係の問題とするときは、事故の危険が具体化しそれが客観的にも認識可能となった段階における義務違反だけが考察対象になる。たとえば、衝突地点の1キロメートル手前での赤信号無視や制限速度超過が、すでにその段階で道交法違反を構成するとしても、また、仮にその地点で信号に従い停止するなり、制限速度以下で走行するなりしていたとすれば、衝突地点の直前で停止できたはずであるとしても、そうした事故発生の具体的予見可能性のない段階での道交法違反が民法上の過失を構成することはない<sup>(48)</sup>」。

## 第2款 潮見佳男の所説

危険責任の一般理論について、今日不法行為論者の多くは、単に無過失責任論提唱の背景やその正当化原理（危険責任・報償責任・厳格責任）等而言及するにすぎず、それゆえ危険責任の一般理論との関係で今日の学説の多くにはほとんど見るべきものがないように思われる。このような学説状況の中で、潮見佳男の所説は重要な位置を占める。潮見は、危険責任一般の根拠について次のように述べる。すなわち『『危険責任』とはいえ、そこでの帰責にあたり問われているのは、権利の『危殆化』（Gefährdung）であって、客観的に『危険』（Gefahr）が存在しているという状態そのものではない。単にその者のもとに危険が存在しているということのみをもって責任が問われるのではなく、

『危険源の創造』・『危険源の管理』といった意思的な要素が重要なのである<sup>(50)</sup>。この潮見の指摘は「...『危険源の創造』・『危険源の管理』といった...」行為に「...意思的な要素..」が含まれていることを明示的に述べると共に、危険責任の根拠を考えるに当たっては、この要素が「...重要なのである」と述べている点で注目に値する。

### 第3節 各所説の整理

#### 第1款 危険責任の適用対象

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)...」を危険責任の適用対象としている。他方で、橋本は、危険責任の適用対象として技術的施設の操業を念頭に置いており、これには例えば、高速交通機関（自動車・鉄道・航空機）、電気・ガス供給施設（発電所・送電線・パイプライン・高圧タンク）、危険物質の取扱施設（化学工場）、工場の機械設備などがある、と考えている。このように、川村は、危険責任の適用対象として、①加害の危険度の特に高い行為と②加害の危険度の特に高い企業を挙げているところ、橋本は主に上記②を継受・拡張して危険責任の適用対象を設定したものと理解することができるように思われる。ドイツの危険責任論を参考にすると、①はスキーやスノーボード等のスポーツを含むと考えることができるが、橋本は①を危険責任の適用対象に含めていない。

ここで、危険責任（無過失責任）の適用対象に関する無過失責任論と危険責任論の関係について考えてみる。無過失責任論者の1人である、岡松は「獨立利益ノ侵害ニ對スル責任」における危険責任は、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。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。前述したように、橋本は、従来の無過失責任論は「無過失責任の積極

的內実(あるべき妥当領域...)を明瞭に示せて...」いないと批判するが、上記のような無過失責任の適用対象に関する無過失責任論者の見解を踏まえると、危険責任(無過失責任)の適用対象について、無過失責任論と危険責任論(特に橋本説)との間には関連性があるといえる。

## 第2款 危険責任の根拠

第1に、危険責任の根拠に関する川村の見解を確認すると、川村は、危険責任の根拠を加害の危険度の特に高い行為ないし企業活動の主体的な開始に求めているものと思われる。そして、このような危険責任の根拠に関する川村の見解の基礎は、危険責任の契機を事業の開始による危険の引き受けに求めたエッサーの所説に求められるものと思われる。

第2に「...伝統的に危険責任といわれてきたものであ<sup>(51)</sup>る、または「...学説上無過失責任の名のもとで処理される...行為<sup>(52)</sup>」である「結果責任的不法行為」責任の根拠に関する石田の見解を確認すると、石田はこの責任の根拠を(当該損害に帰着する当該行為を禁止する)不作為義務規範の違反に求めているものと思われる。

第3に、危険責任の根拠に関する浦川の見解を確認する。浦川は危険責任の根拠について次のように述べる。すなわち「...『危険責任』は、ドイツでもいうように、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」。この浦川の指摘は、行為者(事業者)の意思については触れていないが、危殆化行為(事業)の開始時点で既に危険責任の根拠が存するという点を強調している点で注目に値する。なお、浦川が確認しているエッサーとドイツの見解は「技術的危険を実施する者」または「抽象的危険な行為をおこなう者」は(技術的危険の操業または抽象的に危険な行為に起因する)何らかの損害を予期・予想した上で敢えてその操業または行為を開始



した、という点に危険責任の契機（根拠）を求めている、とも捉えられるが、浦川は危険責任の根拠に意思的要素が含まれているという趣旨のことを明示的に述べていない、という点には留意する必要があるように思われる。

第4に、危険責任の根拠に関する橋本の見解を確認する。前述したように、浦川はドイツの危険責任論において危険責任の根拠と行為者（事業者）の意思の関係を確認することができたにもかかわらず、自身の見解ではその関係を明らかにしなかった。同様に、橋本は、危険責任の根拠が特別の危険を伴う操業の意図的な開始に求められる、と考えていたケッツの所説を確認している。しかし、橋本は、このようなケッツの見解を自身の見解の一部に取り込むことをせず、危険責任の根拠は危険源の一般的支配に求められる、と述べるに留まっていた。したがって、橋本は、危険責任の根拠は（損害が不可避免的に惹き起こされるかもしれないという）一般的な危険を認識した上で敢えて当該危険源を支配しているという点に求められるとまでは述べておらず、それゆえ橋本説では危険責任の根拠たる危険源の一般的支配に意思的要素が含まれるのかどうか不明確のままになった。さらに、危険責任一般の根拠に留まらず、未知の危険に起因する損害に関する環境危険責任の根拠についての橋本の見解を確認すると、橋本は、その根拠はもはや汚染物質（有害物質）の危険性（有害性）に関するその保有者の認識ないし認識可能性（保有者の意思）に求めることはできず、単なる汚染物質の支配（客観的な行為態様）に求めることしかできない、と考えていたように思われる。

第5に、危険責任の根拠に関する潮見の見解を確認すると、潮見は「…『危険源の創造』・『危険源の管理』といった…」行為に「…意思的な要素…」が含まれていることを明示的に述べると共に、危険責任の根拠を考えるに当たっては、この要素が「…重要なのである」と述べている。

ここまで、危険責任の根拠に関する複数の危険責任論者の見解を確認してきたが、最後に、帰責の根拠に関する無過失責任論と危険責任論の関係について

考える。無過失責任論は(不法行為責任に限られない)無過失責任一般に妥当する責任原理の提示を試みたに留まり、依然として、不法行為法の分野における、過失責任と対等の地位で並び立つ不法行為責任(危険責任)に固有の帰責構造を析出するには至らなかった。そして、この問題・現状を克服しようとして現れた最初の学説が川村説であり、それゆえ川村説は危険責任論の嚆矢であると位置づけられる。危険責任の負担の契機を行為の開始に求めるという川村説の考え方及び帰責の根拠との関係で問われる危険が抽象的な危険であるという川村説の考え方は、その後の学説に受容されていった。このように、川村によって先鞭をつけられた危険責任論は、責任の負担の契機の内容及び帰責の根拠との関係で問われる危険の性質の事柄において、過失責任の構造とは異なる、危険責任独自の帰責構造を析出することによって、無過失責任論が抱えていた問題点を払拭した。石田以外の全ての危険責任論者は、危険責任の根拠を注意義務の懈怠とは関わり合いのない一般的・抽象的な危険の引き受けに求めるのであるが、石田は「結果責任的不法行為」責任の根拠を(当該損害に帰着する当該行為を禁止する)不作為義務規範の違反に求めている。この点で、石田の所説は特殊であり、その後の学説に受け入れられることなく、孤立した状態に留まった。

### 第3款 危険責任の成立要件

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)...」を危険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見解を手がかりにこのことを考えると、川村は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思われる。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、さらに言えば危険

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、と考えているものと思われる。

橋本は、特別の危険を「高度のかつ完全には制御することができない危険」と定義している。そして、危険の高度さの要件は「損害の蓋然性の高さ」と「損害の重大さ」の2つの事柄から成り立っており、そして、この要件を満たしていると評価されるためには、必ずしも両方の事柄が認められなければならないわけではなく、これらのうちどちらか一方の事柄が認められるだけで十分である、と考えているものと思われる。また、完全には制御し得ない危険（危険の制御不可能性）の前提には注意の行使の無効性の事柄が必要である、と考えているものと思われる。このように、特別に高度な危険（特別の危険）という概念の構成要素・成立要件（危険責任の成立要件）の内容は、川村説から橋本説にかけて、かなり明確になっていった。

無過失責任論者の1人である岡松は、危険責任の定義において危険創出の特別性の要素を強調していたが、特別の危険とは具体的にどのような危険を意味するのかという問題（「特別の危険」の内容）について明らかにしておらず、またどのような事柄が認められる場合に「特別の危険」が肯定されるのかという問題（「特別の危険」の成立要件）も明らかにしていなかった。その一方で、石坂、末弘、岡松、及び我妻は、無過失責任の必要性（妥当性）を指摘する際に「自然力ヲ使用スル機械工業」または「強大ナル自然力ヲ使用スル大工業」の操業には、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（注意の行使の無効性・損害の不可避性）と述べている。したがって、この点に関しては、無過失責任論と危険責任論の間には関連性があるといえるように思われる。

#### 第4款 過失責任と危険責任の関係

まず、過失責任と無過失責任の関係に関する無過失責任論者の見解を振り返

ると、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や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。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截然と区別するには至っていなかった。

このような無過失責任論を背景にして現れた川村説は、責任の負担の契機の相違や帰責の根拠との関係で問われる危険の性質の相違に基づいて、過失責任と危険責任を截然と区別していたように思われる。すなわち、過失責任の下では、責任の負担の契機は具体的な侵害行為時点に求められ、また帰責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。他方で、危険責任の下では、責任の負担の契機は一般的な行為の開始時点に求められ、また帰責の根拠との関係で問われる危険は一般的・抽象的な危険である。川村はこのように考えていたものと思われる。それに対して、石田は、「意思責任的不法行為」責任、「客観責任的不法行為」責任、「結果責任的不法行為」責任の認否は、いずれも同じ論理過程を辿って判断される、と考えている。すなわち、これらの責任では、実際に発生した損害を基点とし、その損害結果の発生から遡って、損害の予見可能性の有無（後の2つの責任では）さらに注意義務の懈怠の有無が判断される。このように、これらの責任は、責任の負担の契機の内容及び帰責の根拠との関係で問われる危険の性質の点で、共通している。したがって、責任の負担の契機の内容及び帰責の根拠との関係で問われる危険の性質の観点に立ってみると、石田説はそれぞれの責任が固有に持っている独自性を析出できていないのではないかと思われる。また橋本は、過失責任と危

危険責任を同じ次元で捉えると共にそれらを帰責構造の観点から明確に区別し、さらに後者の積極的・具体的内実（あるべき妥当領域や責任成立要件）を提示することによって、従来の危険責任論すなわち川村説や浦川説を継受・発展させようと試みたのであるが、結果として、橋本説では、過失責任の種類の1つである、間接侵害型の帰責の根拠は、当該行為が社会相当程度を超えることによって惹き起こされる、一般的・抽象的な危険性についての、当該行為者の当該行為の開始時点における認識に求められるものと考えられ、それゆえ、過失責任と危険責任の区別が曖昧になったように思われる。

## おわりに

### 1. 危険責任の適用対象

#### (1) 各所説の整理

ここでは、危険責任の適用対象に関する日本とドイツの論者の所説を改めて整理する。この問題について、日本では、川村と橋本が相反する理解を示しているので、以下では、まず川村と橋本の所説を対比し、整理する。まず、橋本は、明確に、危険責任の適用対象を技術的施設（高速交通機関（自動車・鉄道・航空機）、電気・ガス供給施設（発電所・送電線・パイプライン・高圧タンク）、危険物質の取扱施設（化学工場）、工場の機械設備など）の操業に限定している。他方で、川村は加害の危険度の特に高い行為ないし企業を危険責任の適用対象としている。このように、川村は、どのような性質の行為が危険責任の適用対象とされる行為なのかということ（危険責任の適用対象とされる行為の性質）については述べているが、さらにもう一步進んで、その危険責任の適用対象とされる行為（加害の危険度の特に高い行為）を特定するところまでは行っていない。つまり、どのような行為が加害の危険度の特に高い行為に該当するのかということについては明示的に述べていない。このところから、上記の川

村の見解は加害の危険度の特に高い行為一般を危険責任の適用対象としている、との解釈も可能である。そして、そうであるとすると、上記の川村の見解は技術的危険だけではなく非技術的危険（例えば動物の飼育行為に伴う危険やスポーツの個人的活動に伴う危険等）も危険責任の適用対象に含めている、との解釈も可能である。以上のように、日本の論者の間では、危険責任の適用対象について、見解が対立している。

次に、ドイツにおいても、同問題については、見解が対立している。ケッツは危険責任の適用対象を特別に危険な施設・物・物質に限定するべきであると主張する。それに対して、ドイツはそれらに加えて、スポーツ等の個人的活動も危険責任の適用対象に含めるべきであると主張する。また、カメラとエッサーは、ケッツと同様に、危険責任の適用対象に個人的活動を含めることに反対する。

## (2) 課題と分析視角の抽出

上記の諸見解は、危険責任の適用対象の1つとして技術的施設の操業に伴う危険を認める、という点では一致している。上記の諸見解は、この危険以外の危険を危険責任の適用対象に含めるのか否か、という問題について対立している。したがって、技術的施設の操業に伴う危険だけではなく、この危険以外の危険も危険責任の適用対象に含めるのが妥当であるのか否かを検討することが課題である。日本の学説上では、これまでこのような問題は正面から議論されてこなかったし、またこのような問題に関するドイツの危険責任論者の見解も単にその結論が紹介されているだけか、それとも結論と簡単な理由が紹介されているだけである。例えば、ケッツは、特別法及び判例との連続性を維持させる形で危険責任の一般条項を規定することが望ましいが故に、自身の提案する危険責任の一般条項案の適用対象を特別に危険な施設・物・物質に限定しているようである。しかし、重要なのは、仮に、ドイツのスポーツに関する裁判例

の立場に依拠して、スポーツ等の個人的活動に伴う危険を危険責任ではなく過失責任の適用対象にするのであれば、その裁判例が何故に当該事件に過失責任を適用させるのが妥当であると考えているのか、言い換えれば、どのような点で当該事件は従来の危険責任が認められている事件と異なるのか、という点を明らかにすることである。しかし、このような裁判例の内容を紹介及び検討した比較法研究はこれまでなされていないように見える。また、日本の論者も、単に自身の見解の結論を示すだけで、その結論を導くに至った理由は示していない。すなわち、橋本は、どのような理由で危険責任の対象を技術的施設の操業に伴う危険に限定するという立場を採るに至ったのか、を明らかにしていない。

ケツは危険責任の適用対象として原動機付きの走行装置や原動機による物・人の運搬装置を挙げているので、ケツは当然、自動車の運転行為は危険責任の適用対象とされる、と考えているものと思われる。したがって、ケツは、スポーツなどの技術的危険の伴わない個人的活動だけが危険責任の適用対象から外れ、自動車の運転のような技術的危険の伴う個人的活動は危険責任の適用対象に含まれる、と考えているものと思われる。以上の叙述を踏まえると、前述した課題（非技術的危険を危険責任の適用対象に含めるのが妥当であるのか否かを検討すること）は、技術的危険の伴わない個人的活動を危険責任の適用対象に含めるのが妥当であるか否かを検討することと重なり合う、と考えることができる。

上記の課題には次のような観点から取り組むことができる。すなわち、経済の大規模化・高度化によって生み出された技術的危険と経済の大規模化・高度化によって生み出されたわけではない非技術的危険との間に共通性があるのか否か、という観点である。そして、両者の間に共通性があるとするならば、どのような要素が共通しているのか、また反対に、両者の間に共通性がないとするならば、技術的危険に特有の要素とはどのような要素か、という点を考える

ことが重要である。こうした点に関係する限りで、日本におけるスキーの衝突事案の判例（最判平成7年3月10日判時1526号99頁）に関するある評釈の次のような指摘は重要であるように思われる。「一般的に言えば、滑降中に下方に複数の人を認めることは通常のことであるが、それら他者の滑走コースをすべて瞬時に予測することは困難であり、そのうちのある具体的他者との接触の危険は接近して初めてわかるものである。その限りでは、『時間的余裕』あるうちに他者を発見することが常に具体的な回避措置と直結するというわけではない。しかし本件の判断にとっては、具体的回避措置の適否を論ずるより前に、それもXという具体的人物に気づかなかったということだけでなく、前方への注視を欠いて滑降したという姿勢が重要だったのではないか。衝突の危険が具体的に差し迫ってからの回避措置を問題としたのではなく、上方からの滑降（それをするために人々はスキー場にいくのであるが）は下方にいる者に対して危険を内在しているから、特定の下方滑走者との衝突の具体的な危険より前の一般的な危険の段階において、危険が差し迫った場合に回避措置をとれるような態勢をつくっておくこととして、前方注視を要求したことがこの最判の内容であろう<sup>(63)</sup>」。このように、この評釈の論者は、最高裁は上方からの滑降者の過失責任の認否を判断するに当たり、特定の滑降者に衝突するという具体的な危険に対する予見可能性を前提とする衝突回避義務（結果回避義務）の適否ではなく、誰かに衝突するかもしれないという抽象的な危険に対する予見可能性を前提とする注意義務（すなわち前方注視義務並びに正しく速度及び進路を選択する義務）の適否を判断している、と理解している。そして、この抽象的な危険性という要素は（「第2章第2節第1款第3項3」において述べたところから分かるように）自動車の運転にも認められる要素であった。以上の叙述を踏まえると、スキーの滑降と自動車の運転は共に抽象的な危険を伴っているということが分かる。この点に着目すると、スキーの滑降者には過失責任ではなく、危険責任を負わせるべきであるという考え方も十分成り立ち得ると思われ



<sup>(54)</sup>る。このように、技術的危険と非技術的危険との間に共通性があるのか否かを検討する際の具体的な観点の1つとして抽象的な危険の観点を挙げることができ、この観点から外国法がスキー等のスポーツや動物の飼育のような非技術的な個人的活動を危険責任に含めているのか否かを比較法的に検討することが必要である。

また、ケッツは「特別の危険」の判断基準として、危険の強度さ（損害の蓋然性の高さ・損害の重大さ）と注意の行使の無効性（損害の不可避性）の要素を挙げている。同様に、橋本も、「特別の危険」の判断基準として、危険の強度さと損害の不可避性の要素を挙げている。そして、橋本は、危険の強度さの構成要素を明示的に述べていないのであるが、橋本が自動車の事故を例にとって「高度の危険」について説明している箇所を見ると、橋本は、ケッツと同様に、危険の高度さの基準は損害の蓋然性の高さや損害の重大さの2つの事柄から成り立っている、と考えているものと思われる。したがって、損害の蓋然性の高さ、損害の重大さ、及び注意の行使の無効性（損害の不可避性）の観点からも、上記の課題を検討することができる。また、別の表現を用いると、「特別の危険」のこれらの判断基準は危険責任の成立要件を構成するものとして考えられる。

## 2. 危険責任の根拠

### (1) 各所説の整理

ここでは、危険責任の根拠に関する日本とドイツの論者の所説を改めて整理する。川村は、危険責任の根拠を加害の危険度の特に高い行為ないし企業活動の主体的な開始（非常に危険な状態の主体的な創造）ないし不可避免的な損害惹起の危険を内包している企業手段の主体的な選択に求める。橋本は、危険責任の一環として責任を負う環境危険責任の分野において、当該汚染（有害）物質の排出時に未知であった危険についても、当該汚染物質の排出時に当該汚染物

質に最も近い立場にあった者(保有者)に対して、当該汚染物質の支配を根拠として責任を負わせる。ケッツは、企業への危険責任の根拠を不可避の損害の危険を認識した上で操業を開始した点に求める。潮見もまた、危険責任の根拠を危険源の創造ないし管理に求めると共に、それらの活動に意思的な要素が含まれていると明示的に述べる。

## (2) 課題と分析視角の抽出

上記のように、改めて各所説の整理を行ってみると、危険責任の根拠に関する構成には次のようなものがある、ということが分かる。すなわち、①危険責任の根拠を既知の危険源の危険性に対する認識(意思)に求めるという構成(ケッツ及び潮見の構成)、②危険責任の根拠を既知の危険源の創造(客観的な行為態様)に求めるという構成(川村の構成)、及び③危険責任の根拠を未知の危険源の支配(客観的な行為態様)に求めるという構成(橋本の構成)、というのがそれである。①と②及び③の間では、危険責任の根拠を意思に求めるのか、それとも行為(活動)主体の客観的な行為(活動)態様に求めるのか、という問題について立場が相違しており、また①及び②と③の間では、危険責任の適用を既知の危険に限定するのか、それとも未知の危険にまで拡大させるのか、という問題について立場が相違している。川村は危険を買うという主体的行動の中に危険責任の根拠が与えられていると述べているので、川村(②の構成)は危険責任の適用を既知の危険に限定しているものと思われる。ここまでの叙述を踏まえると、危険責任の根拠を行為(活動)主体の意思に求めるのか、それとも行為(活動)主体の客観的な行為(活動)態様に求めるのか、及び危険責任の適用を既知の危険に限定するのか、それとも未知の危険にまで拡大させるのか、という問題を検討することが課題である。

上記の課題に取り組むに当たっては次のような観点を設定することができる。まず、危険責任の根拠を何に求めるのか(行為(活動)主体の意思に求めるの

か、それとも行為（活動）主体の客観的な行為（活動）態様に求めるのか）という問題を検討する課題については、企業という組織体の意思を問うことができるのか否か、もしできるとすると、企業の意思は（動物の飼育者のような）個人の行為主体の意思と同じ性質のものなのか、それとも違うのか、という観点を設定することができる。そして、この観点から、この課題に取り組む場合、さらに細かく、次のような点を考えることが重要である。すなわち、企業の意思を語る際には、その主体を企業内の特定人に据えるのか否か、そうであるとすると具体的に誰に据えるのか、当該危険源の創造という点に着目すると、その主体を当該企業の創設者に据えるということが考えられ得るが、しかし、この場合には当該創設者が退任してしまった後はどうなるのかというような点である。②と③の構成は、あくまでも、危険責任の根拠を危険源の創造・支配や危険な企業手段の選択に求めているに留まり、さらにもう一步踏み込んで、企業の意思を明示的に述べるにまでは至っていない、という点には留意する必要がある。

次に、危険責任の適用の範囲をどこまで広げるのか（既知の危険に限定するのか、それとも未知の危険にまで拡大させるのか）という問題を検討する課題については、当該危険源が、人間の理性を働かせることによって、一定の程度は、制御可能な危険源であるのか否か、という観点を設定することができる。当該危険源が未知のものであれば、当該危険源の創造者・保有者は、当該危険源の特性に応じた防御策を講じようがないので、彼らには当該危険源を制御し得る可能性がはじめから全く存在していない。他方で、当該危険源が既知のものであれば、当該危険源の創造者・保有者は完全には制御し得なくとも、一定の程度は制御し得る。このことは、ケメラーが危険責任は「…完全には支配しきれない危険源…」を規律するものであると述べ、またエッサーも危険責任は「…完全には制御しえない危険源…」を規律するものであると述べているところからも裏づけられる。

また、後者の課題は、危険責任の成立要件に当該危険源の危険性に対する認識ないし認識可能性を求めるのか否か、という問題と関係する。つまり、危険責任の適用を既知の危険に限定するという立場は、当該危険源の危険性に対する認識ないし認識可能性を危険責任の成立要件に求めるという立場と結びつき、他方で危険責任の適用を未知の危険にまで拡大させるという立場は、当該危険源の危険性に対する認識ないし認識可能性を危険責任の成立要件に求めないという立場と結びつく。したがって、後者の課題を検討する上では、危険責任の成立要件に当該危険源の危険性に対する認識ないし認識可能性を求めるのか否かという問題も検討することが必要である。危険責任の成立要件に何を求めるのか、という問題は漸く議論され始めたところであり、前述したように、ケッツと橋本によって、「特別の危険」の判断基準（危険責任の成立要件）として、損害の蓋然性の高さ、損害の重大さ、及び注意の行使の無効性（損害の不可避性）の要素が挙げられるようになった。しかし、依然として、危険責任の成立要件に当該危険源の危険性に対する認識ないし認識可能性を求めるのが妥当であるのか否か、という問題は正面から議論されていないように思われる。危険責任の適用を既知の危険に限定するという立場に立つ論者も、危険責任の適用を未知の危険にまで拡大させるという立場に立つ論者も、共に、これまで、上記の問題を明確にテーマに据えてそれを検討し、それに対する自らの見解を明示的に述べたことはない。

### 3. 危険責任の根拠との関係で問われる危険の性質

#### (1) 各所説の整理

川村は、危険責任における違法性について、危険責任では「...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」

と述べる。この引用部分は危険責任における違法性について述べたものではあるが、危険責任の根拠との関係で問われる危険の性質がどのような性質のものであるかを考える上でも手がかりとなる。なぜならば、上の引用では危険責任における危険の性質について「…一般的『危険』…」という言葉・概念が用いられているからである。したがって、川村は、危険責任の根拠との関係で問われる危険は一般的な危険である、と考えているように思われる。同様に、ドイツの危険責任論者も、危険責任は「危険源を一般的に支配する者に対し、危険源に一般的に結合している危険に対する責任を賦課するものである（筆者強調）」と述べる。また、同様に「…危険責任は、操業に一般的に結合された事故危険の帰責という問題にあたる。それゆえ、ここでは、操業の開始によって一般的危険を冒した企業（被用者らではない）が、当該危険をその損害結果において（個別事例において過責があったにせよなかったにせよ）帰責されるのである（筆者強調）」と述べる。これらの引用部分の中の複数の文言から明らかのように、ドイツの危険責任論者は、川村と同様に、危険責任の根拠との関係で問われる危険は一般的な危険である、と考えているように思われる。それに対して、橋本は、危険責任の根拠について次のように述べる。「…危険源と結合している定型的危険（その実現たる結果）を、そのような危険の次元ですすである責任主体に割り当てるのである…。そのため、危険責任では、危険源を作出・維持する者が、当該危険源に対する一般的支配をもって、当該危険源に結び付いた特別の危険を割り当てられる」。橋本は、ドイツの危険責任論者の所説を参考にしていると思われるが、しかし後者が危険責任の根拠との関係における危険として一般的危険という言葉を使用するのに対し、前者はその危険として定型的危険という言葉を使用する点で、両者の間には違いもある。

## (2) 課題と分析視角の抽出

### (a) 危険性の社会への浸透過程の段階に関する視点

「一般的」という言葉は「多くの人々に広く知られている」とか「社会生活の中で普通に起こることである」という意味の言葉であると思うので、「...一般的『危険』...」とは「多くの人々に広く知られている危険」とか「社会生活の中で普通に起こる危険」という意味の言葉であるように思われる。例えば、自動車の轢過事故、鉄道の脱線事故、及び航空機の墜落事故等に見られる危険は「多くの人々に広く知られている危険」とか「社会生活の中で普通に起こる危険」と言えるであろうから、このような危険は「...一般的『危険』...」と呼んで差し支えないであろう。それでは、上記のような交通事業とは異なって、危険が社会一般化するまでにいくつかの段階を経る化学工業においては、社会一般化するまでの危険は危険責任の対象から外されるのであろうか。化学工業は交通事業とは異なり、科学技術の進展が日進月歩であり、その進展と共に化学物質の危険性が漸次明らかにされる、という特徴を有する。したがって、化学工業における化学物質の危険性はいくつかの段階を付けて考えることができる。化学物質の危険性の浸透の過程の段階を示すと、化学物質の危険性の浸透の過程は次のような段階に分けることができる。すなわち①最初期の科学的知見の提示の段階（第1段階）、②行政規制の発出の段階（第2段階）、及び③一般的認識の普及の段階（第3段階）というのがそれである。

どの段階に至った時に危険責任の適用を認めるのが妥当であるのかという問題を考える際に参考になるのが、アスベストが吹き付けられた建物の所有者の土地工作物責任に関する判例（最判平成25年7月12日判時2200号63頁）についての議論である。まず、この判例は、次のような点を判断・確認した。すなわち、建物の利用者が当該建物に使用された有害物質の粉じんを一定の期間吸引し続けたことによって疾患に罹患した場合、土地工作物の所有者の責任を認めるには、当該建物が通常有すべき安全性を欠いている（すなわち当該建物の設

置または保存に瑕疵がある)と評価されるようになった時点特定することが必要である、と判断した。さらに、この時点特定するには、上記の粉じんの吸引による疾患の危険性に関する科学的知見及び社会的認識等の要素を考慮する必要があるということを確認した。そして、このような判例を受けて書かれた評釈では「瑕疵や欠陥に関する規範的判断において(所有者等ではなく一般的な)認識等を考慮するとしても、それは、製造物責任法四条のいわゆる開発危険の抗弁で問題とされる知見・認識と同様のもので足りると考えるべきではなかろうか<sup>(55)</sup>」と述べられた。そして、この知見は客観的に社会に存在する知識の総体を指し、その時点で入手可能な最高の科学・技術水準が基準となる<sup>(56)</sup>と言われている。これらの点を踏まえると、アスベストという物質の危険性に対する社会的認識が認められる以前においても、当該危険性に対する国内外の科学的知見を根拠として瑕疵を認定する、という方法も考えられるのではないか<sup>(57)</sup>と思われる。

上記の各所説では、危険責任の根拠との関係で問われる危険は一般的な危険であるとされているので、化学物質の危険性が社会一般において認識されるようになった段階(第3段階)に至って初めて危険責任を問うことができ、その危険性が科学上及び行政上で認識されているにすぎない段階(第1段階及び第2段階)ではまだ危険責任を問うことはできない、と上記の各所説の論者は考えていると解釈することもできる。しかし、各論者が科学的知見や行政規制を取り扱い、化学物質の危険性が科学上及び行政上で認識されているにすぎない段階では依然として危険責任を問うことはできないと明示的に述べているわけではないという点を踏まえると、従来は科学的知見や行政規制の段階も含めて、どの段階に至った時に危険責任の適用を認めるのが妥当であるのか、ということに関して、十分に納得のいく議論がなされてこなかった、という印象を受ける。したがって、今後は、正面からこのような視点に基づいて危険責任の適用可能性の是非を考える必要があるように思われる。

## (b) 危険の種類に関する視点

化学物質の危険性は、当該損害に関連する損害に関する危険と当該損害それ自体に関する危険とに大別することができる。そして、この区別に従うと同時に上記の段階を参考にすると、化学物質の危険性については次のようなグラデーションを付けることができる。すなわち①科学上で指摘された当該損害に関連する損害に関する危険、②行政規制の対象とされた当該損害に関連する損害に関する危険、③一般的に認識された当該損害に関連する損害に関する危険、④科学上で指摘された当該損害それ自体に関する危険、⑤行政規制の対象とされた当該損害それ自体に関する危険、及び⑥一般的に認識された当該損害それ自体に関する危険というのがそれである。これら①～⑥の危険は、数字が小さいものほど、危険性の抽象度が高いものとなっている。具体例を挙げると、アスベストという化学物質の粉じんを吸引したことによって悪性胸膜中皮腫という疾患に罹患した場合であれば、石綿肺や肺がんといった疾患が悪性胸膜中皮腫と関連性を有する疾患であり、上記①～③における危険に該当する。悪性胸膜中皮腫の危険性が指摘されるようになる以前から石綿肺や肺がんの危険性は指摘されていたので、悪性胸膜中皮腫それ自体の危険性を問うのか、それとも石綿肺や肺がんのこの疾患に関連する損害の危険性も考慮に入れるのかで結論が大きく変わってくる。従来は①～⑥の危険のうち、どの危険を危険責任の根拠との関係において問うのか、という問題に関する議論はなされてこなかったように思われ、また上記の各所説における一般的な危険も③の危険なのか、それとも⑥の危険なのか判然としない。したがって、今後はこのような視点からも危険責任の適用可能性を探る必要があるように思われる。

## 4. 過失責任と危険責任の関係

## (1) 各所説の整理

ここでは、過失責任と危険責任の関係に関する日本とドイツの論者の所説を



改めて整理する。まず、川村は、過失責任の下での責任の負担の契機及び過失責任の根拠との関係で問われる危険の性質と、危険責任の下での責任の負担の契機及び危険責任の根拠との関係で問われる危険の性質を次のように考えている。過失責任の下では、責任の負担の契機は具体的な侵害行為時点に求められ、また帰責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。他方で、危険責任の下では、責任の負担の契機は一般的な行為の開始時点に求められ、また帰責の根拠との関係で問われる危険は一般的・抽象的な危険である。川村はこのように考えていたものと思われる。また、ケッツ等のドイツの危険責任論者も、これら責任の負担の契機及び帰責の根拠との関係で問われる危険の性質に関する過失責任と危険責任の関係について、川村と同様の見解を有している。他方で、橋本は、過失責任は直接侵害型と間接侵害型に分けられるところ、後者については、責任の負担の契機は一般的・抽象的に危険な行為の開始時点に求められ、また帰責の根拠との関係で問われる危険は一般的・抽象的な危険である、と考えている。

## (2) 課題と分析視角の抽出

川村とケッツ等のドイツの危険責任論者は、責任の負担の契機と帰責の根拠との関係で問われる危険の性質の観点から、過失責任と危険責任を明確に区別する。他方で、橋本は過失責任の種類によっては、過失責任と危険責任は、上記の観点から区別することができない、つまり両責任は重なり合うと考える。3者の間では、危険責任の負担の契機と危険責任の根拠との関係で問われる危険の性質については、見解が一致している。3者の間では、過失責任の下での責任の負担の契機を何に求めるのか（具体的な侵害行為時点に求めるのか、それとも一般的・抽象的に危険な行為の開始時点に求めるのか）という問題と過失責任の根拠との関係でどのような性質の危険を問うのか（実際に発生した損害の具体的な危険か、それとも一般的・抽象的な危険か）という問題について

見解が対立している。したがって、これらの問題を検討することが課題である。ここまでのところから分析視角は既に明らかであると思うが、改めてこの課題に取り組む上での分析視角を示すと、それは、次のようなものである。すなわち、過失責任の負担の契機を何に求めるのかという問題においても、また過失責任の根拠との関係でどのような性質の危険を問うのかという問題においても、具体的な侵害行為時点あるいは具体的な結果発生時点に着目するのか、それとも一般的・抽象的に危険な行為の開始時点に着目するのか、という観点である。

## 5. まとめ

本稿を閉じる前に、これまでに述べてきた、危険責任論の課題と分析視角を簡単にまとめておく。1つ目の課題は非技術的危険を危険責任の適用対象に含めるのが妥当であるのか否か（技術的危険の伴わない個人的活動を危険責任の適用対象に含めるのが妥当であるのか否か）を検討することである。そして、この課題に取り組む上で依拠する観点は、経済の大規模化・高度化によって生み出された技術的危険と経済の大規模化・高度化によって生み出されたわけではない非技術的危険との間に共通性があるのか否か、という観点である。さらに、技術的危険と非技術的危険との間の共通性の有無は、抽象的な危険、損害の蓋然性の高さ、損害の重大さ、及び注意の行使の無効性（損害の不可避性）の観点から検討することができる。

2つ目の課題は、危険責任の根拠を何に求めるのか（行為（活動）主体の意思に求めるのか、それとも行為（活動）主体の客観的な行為（活動）態様に求めるのか）を検討することである。そして、この課題に取り組む上で依拠する観点は、企業という組織体の意思を問うことができるのか否か、もしできるとすると、企業の意思は（動物の飼育者のような）個人の行為主体の意思と同じ性質のものなのか、それとも違うのか、という観点である。また、この課題は次の3つ目の課題を射程に含むものである。この課題をさらに深めていくと次

の3つ目の課題が現れるのであり、この意味でこの2つの課題は密接に関連している。

3つ目の課題は、危険責任の適用の範囲をどこまで広げるのか（既知の危険に限定するのか、それとも未知の危険にまで拡大させるのか）を検討することである。そして、この課題に取り組む上で依拠する観点は、人間の理性を働かせることによって、一定の程度は、制御可能な危険源か否か、という観点である。また、この課題は、危険責任の成立要件に当該危険源の危険性に対する認識ないし認識可能性を求めるのが妥当であるのか否かという問題とも関係する。したがって、これら2つの課題・問題を並行して検討することが必要である。

4つ目の課題は、化学物質の危険性の社会への浸透が、どの段階（最初期の科学的知見の提示の段階（第1段階）、②行政規制の発出の段階（第2段階）、及び③一般的認識の普及の段階（第3段階））に至った時に危険責任の適用を認めるのが妥当であるのか、を検討することである。

5つ目の課題は、危険責任の根拠との関係において化学物質の危険性のどのような種類を問題にするのか、を検討することである。化学物質の危険性の種類には次のようなものがある。①科学上で指摘された当該損害に関連する損害に関する危険、②行政規制の対象とされた当該損害に関連する損害に関する危険、③一般的に認識された当該損害に関連する損害に関する危険、④科学上で指摘された当該損害それ自体に関する危険、⑤行政規制の対象とされた当該損害それ自体に関する危険、及び⑥一般的に認識された当該損害それ自体に関する危険。<sup>(59)</sup>

6つ目の課題は、過失責任の下での責任の負担の契機を何に求めるのか（具体的な侵害行為時点に求めるのか、それとも一般的・抽象的に危険な行為の開始時点に求めるのか）という問題と過失責任の根拠との関係でどのような性質の危険を問うのか（実際に発生した損害の具体的な危険か、それとも一般的・抽象的な危険か）という問題を検討することである。そして、この課題に取り

組む上で依拠する観点は、具体的な侵害行為時点あるいは具体的な結果発生時点に着目するのか、それとも一般的・抽象的に危険な行為の開始時点に着目するのか、という観点である。<sup>(60)</sup>

- (1) 石田稔『損害賠償法の再構成』(東京大学出版会 1977年) 10、13~15頁。
- (2) 石田・前掲注(1) 80頁。
- (3) 石田・前掲注(1) 14-15頁。
- (4) 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序の試み」別冊 NBL (不法行為法の立法的課題) 155号 (2015) 53頁。
- (5) 石田・前掲注(1) 30頁。
- (6) 石田・前掲注(1) 31頁。
- (7) 石田・前掲注(1) 83頁。
- (8) 石田・前掲注(1) 83頁。
- (9) 石田・前掲注(1) 83-84頁。
- (10) 石田・前掲注(1) 84頁。
- (11) 石田・前掲注(1) 95頁。
- (12) 石田・前掲注(1) 96頁。
- (13) 石田・前掲注(1) 83頁。
- (14) 石田・前掲注(1) 83頁。
- (15) 川村泰啓『商品交換法の体系(上) —私的所有と契約の法的保護のメカニズム』(勁草書房 1967年) 103頁。
- (16) 石田・前掲注(1) 91頁(注1)では「...被害者や第3者に故意、過失がなく、あるいは、自動車に構造上の欠陥や機能の障害があれば[自動車運転行為は(筆者注)]結果責任の不法行為として処理される(自賠法3条)。これは、自動車運転行為による被害者は通常1人であり少ないが場合により数人になることもある、という事情によるものであろう」と述べられているが、このような考え方には疑問がある。
- (17) 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) 170頁。橋本は同書174-175頁(注16)において次のように述べる。すなわち「本文に訳出したのは... [Hein Kötz, Haftung für besondere Gefahr - Generalklausel für die Gefährdungshaftung-, AcP 170, (筆者注)] 41における

立法提案である。ケッツは、その後、債務法改正に関する鑑定意見書 (... [Hein Kötz, Gefährdungshaftung, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.) , Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. II, 1981, (筆者注)] S. 1832 f.) でも危険責任についての立法提案を行っている。もっとも... 前者が提案する一般的構成要件の実質的内容は後者においてもそのまま維持されているうえ、条文の体裁・形式からはかえって前者において構成要件の包括性がより顕著なことから、本文では AcP 論文の立法提案をとりあげることにした。なお、鑑定意見書におけるケッツの立法提案は、同書175頁で紹介されている。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)9-10頁、21-22頁(注32-35)、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—ケッ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)593-596、614-616頁も参照。

- (18) 橋本・前掲注(17)170頁。
- (19) 橋本・前掲注(17)171頁。
- (20) 橋本・前掲注(17)172頁。また、同書169頁も同趣旨。
- (21) 橋本・前掲注(17)176頁(注27)。
- (22) 橋本・前掲注(17)276頁。
- (23) 橋本佳幸ほか『民法V 事務管理・不当利得・不法行為』88頁〔橋本佳幸〕(有斐閣 2011年)。また、窪田充見編『新注釈民法(15) 債権(8) § 697~711』266-267頁〔橋本佳幸〕(有斐閣 2017年)も参照。
- (24) 橋本ほか・前掲注(23)88-89頁〔橋本佳幸〕。
- (25) 橋本ほか・前掲注(23)250頁〔橋本佳幸〕。
- (26) 橋本・前掲注(17)229-230頁。また、橋本ほか・前掲注(23)250頁〔橋本佳幸〕も参照。
- (27) 橋本ほか・前掲注(23)250-251頁〔橋本佳幸〕。また、橋本・前掲注(17)259-260頁、藤岡康宏『民法講義V 不法行為法』(信山社 2013年)10、389-390頁も参照。
- (28) 橋本ほか・前掲注(23)251頁〔橋本佳幸〕。
- (29) 窪田・前掲注(23)334頁〔橋本佳幸〕。錦織成史「民事不法の二元性—ドイツ不法行為法の発展に関する一考察(3・完)」論叢98巻4号(1976)81頁以下、澤井裕『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』(有斐閣 2001年)173頁以下、瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄=星野英一編『民法典の百年Ⅲ 個別的観察(2) 債権編』(有斐閣 1998年)570頁以下、

- 藤岡・前掲注(27) 109頁、吉村良一『不法行為法(第5版)』(有斐閣 2017年) 69-70、72頁参照。
- (30) 窪田・前掲注(23) 335頁〔橋本佳幸〕。
  - (31) 窪田・前掲注(23) 335頁〔橋本佳幸〕。
  - (32) 窪田・前掲注(23) 336頁〔橋本佳幸〕。
  - (33) 橋本・前掲注(17) 223頁。
  - (34) 中原・前掲注(4) 55頁。
  - (35) 橋本・前掲注(17) 225頁。
  - (36) 橋本・前掲注(17) 225-226頁。
  - (37) 橋本・前掲注(17) 234頁。
  - (38) 橋本・前掲注(17) 236頁。
  - (39) 橋本・前掲注(17) 236頁。
  - (40) 橋本・前掲注(17) 262頁。
  - (41) 橋本・前掲注(17) 235頁。
  - (42) 橋本・前掲注(17) 242頁(注22)。
  - (43) 橋本・前掲注(17) 232頁。
  - (44) 裁判所が予見の対象を抽象的に捉えている、ということ指摘する文献として、牛山積「熊本水俣病判決と汚悪水論」法時45巻6号(1973) 30頁がある。
  - (45) 中原・前掲注(4) 44頁。
  - (46) 中原・前掲注(4) 55頁。
  - (47) 窪田・前掲注(23) 728頁〔山口成樹〕。
  - (48) 窪田・前掲注(23) 729頁〔山口成樹〕。
  - (49) 加藤雅信『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣 2002年) 140頁、窪田充見『不法行為法』(有斐閣 2007年) 9-11頁、近江幸治『民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(成文堂 2007年) 94頁、円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得一判例による法形成(第3版)』(成文堂 2016年) 6-7、25-30頁、前田陽一『債権各論II 不法行為法(第3版)』(弘文堂 2017年) 6-7頁、吉村・前掲注(29) 10-16頁。
  - (50) 潮見佳男『不法行為法I(第2版)』(信山社 2009年) 6頁(注10)。また潮見佳男「責任主体への帰責の正当化—帰責原理と立法のベースライン」NBL1056号(2015) 12頁でも「...危険責任一般でも『危殆化』という点において主体の行為ないし意思的要素が介在し得る...」と述べられている。

- (51) 石田・前掲注(1) 15頁。
- (52) 石田・前掲注(1) 95頁。
- (53) 中村哲也「判批」民商115巻4=5号(1997) 726頁。
- (54) 後藤泰一「スキー事故と注意義務」信州大学法学論集9号84頁(2007)(注81)では次のように述べられている。「スキーやスノーボードが鋭いエッジを備えていることから、そのような危険な物を装着して滑り降りてくるということ自体に危険が内包されているという点を重視するならば、ただそれだけで責任も厳しくなる(重くなる)と考えられないこともない。…そこで、本稿において考察してきたように、裁判所が示しているスキーヤーおよびスノーボーダーにおける厳しい(重い)責任—この責任は、民法709条の過失責任であって特殊不法行為や特別法による中間責任ではないけれども—を考えると…危険責任という考えが妥当するであろうか」。
- (55) 吉村良一「判批」民商149巻2号(2013) 201頁。
- (56) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説製造物責任法』(商事法務研究会 1994年) 110頁、通商産業省産業政策局消費経済課編『製造物責任法の解説』(通商産業調査会 1994年) 142頁、川口康裕「製造物責任法の成立について」ジュリ1051号(1994) 50頁、小林秀之=吉田元子「開発危険の抗弁」山田卓生ほか編『新・現代損害賠償法講座 第3巻 製造物責任・専門家責任』(日本評論社 1997年) 120頁。
- (57) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・前掲注(56) 110頁、川口・前掲注(56) 50頁、小林=吉田・前掲注(56) 120頁、鎌田薫「欠陥」判タ862号(1995) 53、64頁、橋本英史「製造物責任法における欠陥の要件事実とその立証(下)」判時1554号(1996) 14頁。
- (58) 松本克美「判批」法時88巻11号(2016) 130頁では「一般認識や行政上の対応までも判断要素に含めると、危険性に対する知見はあるのに一般認識にまで普及していなかった事情や行政上の対応の遅れを被害者やその遺族に負担させることになるので、安易に認めるべきでない」と述べられている。
- (59) 歴史上かつ裁判上、特に問題となったのが化学物質であったので、4つ目と5つ目の課題では化学物質が対象とされているが、4つ目と5つ目の課題は理論的には未知の危険には広く当てはまる課題といえよう。
- (60) 以上のように、2つ目と3つ目の分析視角は、それらの課題の中で示されていた視点をさらに深掘りして設定したものである。それに対して、上記4つ目から6つ目までの分析視角は、それらの課題の中で示された視点そのものである。これらの

視点をさらに深掘りして分析視角を設定しなかった理由は、これらの視点をさらに深掘りすることはできないと考えたからであり、またこれらの視点を示すだけで十分に分析視角を示すことができたと考えたからである。