

不法行為法における

故意・過失及び違法性理論の動向

牛 山 積
富 井 利 安

- (一) はじめに
- (二) 立法の系譜
- (三) 初期の学説・判例と古典的理論の形成
- (四) 産業災害・公害の発生と古典的過失責任論の変容
 - (1) 大阪アルカリ事件大審院判決とその背景
 - (2) 学説の進展
 - (三) 近年の故意・過失及び違法性理論の動向
 - (1) 比較法的手法による新過失・違法論
 - (2) 「新受忍限度論」
 - (3) 「予見可能性論」
 - (六) 一応のまとめ
- (一) はじめに

公害訴訟にとって、歴史的道標をきずくことになったいわゆ

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

るイタイイタイ病訴訟判決をきっかけとして、あらためて、一体、企業責任の法的性格をどのように考えるべきかという問題が提起されている。⁽¹⁾ 昨年の九月二十九日に画期的な判決をもちとった新潟水俣病訴訟をはじめとして、熊本水俣病訴訟などの現在進行中の各公害訴訟では、一様に企業の犯罪的な性格を明らかにしていくなかで、企業責任を明確化することに全力がそがれ、民法上の故意・過失が鋭いかたちで問われている。本来民事責任は、刑事責任とは異なり、発生した損害の填補を第一次的な目的とし、制裁的な機能をこめたいわゆる不正鎮圧の目的を第二次的なものと定める。公害訴訟で企業の犯罪的な責任を追求するということは、とりもなおさず、この民事責任のもつ制裁的機能を前面に押し出すことを意味しよう。

ところが、このような現実の社会的要求とはちようどうらには、法理論のうえでは、近年、いわゆる過失責任から次第にその有責任責任としての性格をとり去って、それを漸次客観的な責任としての性格をもつ無過失責任へと接近させようとする一つの大きな動きがあらわれている。われわれはこのような現実と理論との乖離をどのように受けとめ、それらをどう調和させたらよいのだろうか。この場合に、差し当って言えることは、一方で事実に対する正しい認識を一層深めることは勿論、他方でやはり、いわゆる古典的な過失責任論の本来の意味内容をもう一度ふり返って、あわせて先のような理論の現実からの遊離を生み出すその基盤を歴史的に明らかにしておく必要があるということである。

過失を客観的なものとする考え方の系譜はわが国では、少くともいわゆる大阪アルカリ事件大審院判決にまでさかのぼることができる。のちにふれるように、ここでは「相当の防止措置」ないし「最善の防止設備」があれば過失はないとされ、古典的な理論のもとで発展してきた過失論に対する一つの巧妙な修正が加えられることになったのであるが、その後の学説も一般的には、右の判例理論に追隨して、せいぜい無過失責任の必要性を唱えるにとどまっていたと言えよう。しかし、ここで注意を要することは、産業災害・公害のような場合に、当時の学説

の大勢が無過失責任論を必要とした論拠は初期の理論のもとで通常言われていた予見可能性としての過失はないということでは決してなかった、ということである。すなわち、それは、一つは判例の立場をみとめるかたちでの防止不可能ということであり、一つは従来の意味での過失の立証は困難ということ、であった。このように無過失とする根拠が薄弱であることと同時に、当時としては少数説であって、どちらかと言えば控え目な主張ではあったが、公害ないし鉱害型の企業の場合にも、予見ないし予見可能性としての故意もしくは少くとも過失があるという通常の場合と同一の観点に立つ考え方が、この場合の通説としての無過失責任論の背後で、一つの根強い流れを形成していたということは公害に対する企業責任の性質を理解する上で見過ごせない事実であろう。

このような点をふまえてみると、過失を結果回避のための外的な注意義務（相当な防止措置の設置義務）違反として捉え、そこから主観的な心理状態にかかわる有責要素を排除していくという方向で、事実上過失責任と無過失責任との止揚をなしとげようとする近年のいわば新過失論及び新受忍限度論の立場は過失責任と無過失責任とのあるべき関係を示すものと一概に言うことはできないだろう。そのような立場は結局、伝統的な過失責任と無過失責任との論理的な関係をあいまいにし、ひいて

は過失責任の本来の性格をも見失うおそれなしとしない。

今日何よりも必要なことは、公害型企業責任の責任を明確にするということであり、そのための適格的な責任論を構築することである。伝統的な過失責任論に立脚し、それを最大限に活用・発展させることを通じてはじめて、われわれはそこでの責任のあり方を的確に把握することができ、真の無過失責任論との架橋をも達成することができると考える。

本稿では過失論に中心をおいたので、違法論については必要な折りにふれるにとどめた。本論文は「昨年、早稲田大学比較法研究所で富井が報告したものをほぼ全面的に構成し直して、発表することになったものである。牛山と連名にしたのは、発表の便宜を考慮したためであることをおことわりしておきたい。

(1) 清水誠「イタイイタイ病判決の意味するもの」『世界一九七一年九月号一五二頁以下、沢井裕「イタイイタイ病判決と飲業法一〇九条」法律時報四三巻一 一七二頁以下。

(二) 立法の系譜

明治二十三年に一旦公布はされたが、結局施行をみるにはいたらなかったいわゆる旧民法では、財産編第二章第三節で、義務の発生原因のうちのひとつとして、「不正ノ損害即チ犯罪及ヒ准犯罪」なる項目が設けられ、そのもとに、次のような

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

規定が置かれた。すなわち、「過失又ハ懈怠ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス、此損害ノ所為カ有ニ出タルトキハ其所為ハ民事ノ犯罪ヲ成シ無意ニ出タルトキハ准犯罪ヲ成ス、犯罪及ヒ准犯罪ノ責任ノ広狭ハ合意ノ履行ニ於ケル詐欺及ヒ過失ノ責任ニ関スル次章第二節ノ規定ニ從フ」(財産編第三七〇条)。右のうちの第一項は現行民法第七〇九条の不法行為の一般的構成要件規定に相応する部分であつて、フランス民法にならつたものであるといわれている。また第二項の「有意ニ出タルトキ」とは悪意又は故意の場合を指し、「無意ニ出タルトキ」とは過失がある場合を指すものと推測される。ところで、旧民法のもとでは、右の「過失又ハ懈怠」は如何なる意味で理解され、不正の損害に対する賠償請求権の成立要件として、どのように位置づけられていたのであろうか。ここでいわれている「過失」は、おそらく故意をも含む広義の過失であつて、しかもフランス民法の影響を考慮すると、それは(1)広く外部的な挙動をも含む単なる心理状態以上のものを意味する(2)と考えられる。旧民法のもとでも、「不正ノ損害」が成立するためには、権利侵犯行為と損害の発生との二つの要素が必要とされていたようであるが、故意・過失が第三番目の要素として、他に独立した位置を与えられていたかどうかは初期の註釈書では必ずしも明確ではない。論者には、あるいは「過失」を「必要

「元素」⁽⁴⁾とする者があり、あるいは、「故意」、「怠慢」などを権利侵犯の要素に含めてしまい、それらを独立した要素とはみとめない者がある。旧法のもので、このように意見が分かれたのは、いわゆる「過失又ハ懈怠」⁽⁵⁾が加害者の単なる心理状態以上の外的な所為（作為、不作為）⁽⁶⁾をも意味していたからであらう。

ところが、法史上有名な法典論争を経て、明治二九年に制定された民法は、周知の如く、その第七〇九条において、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテシタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定し、旧民法の文言を一新した。すなわち、それは、財産編第三七〇条の第二項と三項を削除し、第一項を法文上より洗練したかたちに改正したものであって、その基底には個人主義的な法思想が根強いドイツ民法第一草案の精神が流れているといわれている。新法について、一見して目につくところは、旧法での「過失又ハ懈怠」は「故意又ハ過失」と改められたということ、しかも新たに「権利侵害」という文言が追加されたということ、である。これによって、民法のもとでは、不法行為の成立のためには、次の三つの要素がなければならないということになった。⁽⁷⁾すなわち、それは、第一に故意又は過失であり、第二に権利侵害であり、第三に損害の発生である。

第一の故意・過失については、修正民法の立案過程にもみら

れるように、その趣旨及び範囲は旧法の「過失又ハ懈怠」と異ならないとされていたが、その意味するところにはかなりのニュアンスのちがいがあるようである。穂積起草委員は過失について、「其目的ヲ直接ニ霸束致シマシテ其為スヘキコトヲ為サヌトカ或ハ為シ得ヘカラザル事ヲ為ストカ又ハ為スヘキコトヲ為スニ當ツテ其方法ガ当ヲ得ナイトカサウ云フヤウナ風ノ場合ヲ総テ過失ト致シマシタノデアリマス、羅馬法ノ所謂るあずぶるばあニ当ル積リデアリマス」という説明を与えているが、⁽⁸⁾しかし、別の個所では、いわゆる過失主義を採用し、原因主義をとらないことと関連して、「故意過失ト云フモノガ何処迄モナケラネバ之ニ依ツテ其心ノ有様ト云フモノガナケラネバ債權ヲ要需サレルト云フコトハ不都合デアルト云フ考ヘヨリシテ此原則ハ採リマセヌ」とも述べ、⁽⁹⁾更に、土方寧委員も「普通ノ十人並ノ人ガ其位置ニ立ツテ居ツタナラバ斯ウ云フコトヲシナカッタラバ斯ウ云フコトヲスレバドウ云フ結果ガ生ズルト云フコトヲ想像シテ居ツタモノト見ナケレバナラヌ」と述べているところから推測すると、民法では、過失は加害者の心理状態にかかわるものであることが示唆される。そのことは新法で新たに権利侵害という客観的な要件が意識的にそう入されたことと無関係ではないだろう。すなわち、新法では、権利侵害要素は損害の発生とあ

わけて、不法行為成立のための客観的要件として意識され、従つてそれは以下で若干ふれるように、主として損害との関係の側面でのみ論議されたのであるが、それと相呼応して、故意・過失は過失主義の闡明化のもとに、権利侵害という外的要素から分離、独立して、内心的要素を意味するものとなつたと考えられる。

法典調査会で最も活発に議論されたのは、権利侵害と損害との関係をめぐつて、はたして損害以外に権利侵害なる文言が必要であるか否かということであつた。フランス、ドイツなどの大陸法系のいわゆる実害主義を主張する者の論拠は、日本は既に裁判慣行として実害主義をとつてゐること、権利侵犯主義は損害がないような場合にも訴権を与える結果となつて、濫訴の弊害があること、損害もないのに損害賠償請求権を与える意味がないこと、「損害」の中には「権利侵害」も含まれるから、あらためて権利侵害を問ふ必要はないこと、などであつた。これに対して、イギリス法系の権利侵犯主義を高唱する穂積起草委員は、旧法での「不正ノ損害」をなぜ「不正ノ所為」という表現に変えたかということに関連して、実害主義採用の弊害を次のように指摘している。すなわち、「而シテ其結果タルヤ損害サヘナケレバ他人ノ権利ヲ侵シテモ宜イト云フヤウナ事ヲ言ハナケレバナラヌヤウニナツテ来ル故ニ矢張り之ヲ不正ノ行為ト

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

カ、不法行為トカ、不法所為トカ云フ事ニシテ置クトキニハ法律ガ他人ニ損害サヘ与ヘナケレバ其権利ヲ侵シテモ宜イト云フ事ヲ表カラモ裏カラモ認メルト云フ事ニハナラヌノデアリマス、夫故ニ此不正ノ所為ト云フ方デ矢張り権利侵犯ト云フ事ヲ以テ訴権ヲ持ツト云フ事ニシテ置カナケレバナラヌト思ヒマス」と。右のような二つの主義の対立は差し当つて「損害なき権利侵害」や「権利侵害なき損害」なるものを認めることになろうが、しかし、民法は一方において、「損害」には無形の精神的損害をも含め、他方において、「権利」については財産権以外の人格権などを広く認めているのだから、両主義の対立は結果において、それほど差異をもたらさないともいえよう。

それにしても、現行民法第七〇九条でいわゆる過失主義と権利侵犯主義とが旧民法に比して一層強く前面に押し出されることになつたという背景にはそれなりの理由があつたということに言うまでもない。民法が制定・施行された明治二〇年代から三〇年代にかけての時期は、わが国においてはちょうど産業資本主義の勃興期にあたり、活発で自由な経済・取引活動を通じて、軽工業を中心に既に近代的な商工業のめざましい発展が見られた時代に相応する。近代国家の形成について、西欧の諸外国に著しい遅れをとつたわが国としては、明治政府のもとで国家目的としての殖産興業・富国強兵政策を強力に推し進める必

要があり、そのための前提条件として、個人ないし企業⁽¹⁸⁾の自由な生産・取引活動を手厚く保護する必要があった。中世的な結果責任の克服のもとに登場してきたいわゆる過失主義は右のよう⁽¹⁹⁾なわが国の要請とうまく合致していた。いわゆる過失責任の原則は近代市民法を貫ぬいている個人意思自治の原則の不法行為法上の表現形式であって、その責任の根拠を行為者の自由な意思決定の欠陥（故意・過失）に対する非難性に置く。このことは、裏から言えば、行為者としての個人ないし企業は故意・過失さえなければ、すなわち、通常人として要求される注意さえ払えば、どこまでも彼等の自由な活動領域を拡大しうることを意味する。民法の起草者もこのような過失主義のもつ機能を十分認識していたのであって、それだからこそ、一九世紀の後半に、殊に西欧の先進国において、過失の有無にかかわらず、結果に対して原因を与えた者に責を負わせるといういわゆる原因主義の必要性が叫ばれるようになったこと、また国内においても、既に近代鉱工業の勃興に伴ない、不可避的な産業災害・公害が立ちあらわれるに到っていることを十分知っていた⁽²⁰⁾いながら、「原因主義が厳ニ失シテ各人活動ノ妨害ヲ為シ實際ノ生活ニ適セサル」ことを憂慮して、敢えて、過失主義の採用にふみ切ったのである。

また過失主義と相まって、いわゆる権利侵害主義も同様の機

能をもっていた。すなわち、それは「不法行為ニ関スル規定ハ之ニ依リテ既ニ存在セル他人ノ權利ヲ保護スルモノナレバ或事業上他人ト競争シテ此者ニ損失ヲ被ラシメタル場合ノ如キ未ダ權利ヲ侵害シタルニ非ザレバ賠償ノ責任ヲ生ズルコトナシ」との見解に端的に示されているように、被害者の側の権利創設機能を妨げ、その限りで、逆に行為者の自由な権利行使を保障する機能をはたした。特にわが国のような近代市民社会の形成が著しく立ち遅れ、未だ市民の権利意識が稀薄で、権利の形成作業も遅れたところでは、既存の権利さえ侵害しなければとえ損害を惹起してもそれに対しては加害者は責を負わないという権利侵害主義は個人ないし企業の自由な活動を保障する上でのもう一つの法制度的なてことなつたのである。

- (1) 岡松参太郎、民法総論（明治二十九年）五七一―五七二頁、村上恭一・磯谷幸次郎、債権各論（中央大学明治四五年年度講義録）七四〇頁。

- (2) 栗栖三郎「民法における財産法と身分法」法学協会雜誌第六一卷三号（昭和十八年）三七一頁参照。

- (3) 団野新之、損害賠償論（明治二十八年）一八七頁、飯塚茂太郎、民法財産編第二部（明治二十九年）四七八頁。

- (4) 飯塚、前掲書四七八頁。

- (5) 団野、前掲書一八七頁。

(6) 井上正一、民法正義財産編第二部卷之七(出版年数不明)四六六頁、岡野、前掲書一八七頁では次のように説かれている。「然り而シテ相当注意ヲ用ヒタルコトノ如何ハ只タ其所為ヨリ推定スルノ外他ニ途ナキヲ以テ、法律ハ所為以外ヲ考察スルヲ要セス、要スルニ怠慢ニ対スル相当注意ハ全ク外部ノ標準ニ依ツテ定マルモノトス」と。

(7) 穂積起草委員の説明、法典調査会民法議事速記録第四〇卷四十ノ百四十四丁表以下参照。

(8) 同右、四十ノ百四十四丁裏、民法修正案理由書(明三一年)六一〇頁。

(9) 同右、四十ノ百四十五丁表。

(10) 同右、四十ノ百四十七丁裏。

(11) 同右、四十ノ百六十一丁裏。

(12) 法典調査会民法総会議事速記録第一卷總會一ノ百二十一丁表裏、磯部四郎委員の發言。

(13) 法典調査会民法主査會議事速記録第二卷主査二ノ五九丁裏、梅起草委員の發言。

(14) 法典調査会民法議事速記録第四〇卷四十ノ百七十六丁裏―百七十七丁表、重岡薫五郎委員の發言。

(15) 民法主査會議事速記録第二卷主査二ノ五十七丁表裏。

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

(16) 民法議事速記録第四〇卷四十ノ百四十八丁裏―百四十九丁表、穂積委員の説明。

(17) 同右、四十ノ百五十四丁裏、穂積委員の答弁。

(18) 同右、四十ノ百四十五丁表以下、穂積委員による過失主義採用の趣旨説明を参照。

(19) 同右、四十ノ百五十丁裏、穂積八束委員の質問内容を見よ。

(20) 同右、四十ノ百五十二丁表の穂積陳重起草委員の答弁趣旨を参照。

(21) 民法修正案理由書、六一〇頁。

(22) 同右、六一〇頁。

(23) 民法議事速記録第四〇卷四十ノ百七十七丁裏百七十八丁表で穂積起草委員は次のように述べている。すなわち「不法行為ト云フノハ……既ニアリマスル權利ヲ保護スル法デアリマス是ニ依ツテ新タニ權利ヲ創設スルノデナイ是ニ依ツテ權利ヲ保護スルノデアリマスカラソレ故ニ如何ナルコトニ依ツテモ自分ノ故意過失等ニ依ツテ他人ニ損害ヲ及ボス夫レニ就イテ債權ヲ生セシメルト云フコトニナリマスルト是迄認メテナイ所ノ權利マデモ創設スル場合ガアル其創設スル場合ト云フモノガ甚ダ範圍ノ分ラヌ広イモノニハナリハシマイカト思フノデアリマス」

と。

(三) 初期の学説・判例と古典的理論の形成

既に第二節で述べたように、わが民法は、不法行為の成立要件として、故意・過失、権利侵害及び損害の三つの要素を求めているが、とりわけ、故意・過失についてはとりたてた定義を与えてはおらず、これらの諸要素相互の關係について(1)も言及を避けているので、初期の学説、判例にとっては、先ずこの点についての理論づけが必要であった。ここでは差し当って、のちに引き合いに出されるであろう大正五年一月二二日のいわゆる大阪アルカリ事件大審院判決以前にもつばら焦点を合わせて、そこで学説、判例によって形成されつつあった初期の過失論を一瞥しておこうと思う。

最初に、通常の事例における故意・過失の意味内容をめぐる理論を検討しておこう。

初期の教科書や註釈書などで説かれているところによると、「故意及び過失ノ觀念ハ全ク箇人ノ意思活動ノ心理的狀態ニ於ケル觀察ニシテ外部的挙動ヲ包含セサルノ意義ナリ」という見解にみられるように、一般には故意、過失ともに加害者の主観的容態を意味し、理論上両者は意思の発現の仕方と非難性の程度にちがいはあるが、民法上は何らの本質的な差異はないとさ

れている。すなわち、「故意トハ積極若クハ消極ノ意思表現ニ基キ外界ニ權利侵害ノ事實發生スルコトノ認識(結果ニ対シテ謂ヘハ予見)ナリ」と。これによれば、故意の本質的要素は権利侵害の発生についての認識ないし予見である。(2)過失については、「普通人ノ為スヘキ注意ヲ欠キタルモノト謂ハサルヘカラス」(3)とか、「過失トハ疎虞若クハ懈怠ニ因リ法律上必要トセル注意又ハ社会共同生存上正当ナル慣習法ノ要求セル注意ヲ為サルコトヲ指称セルモノ」とかいうように、広く注意の欠缺もしくは注意義務の違反を以て過失としている見解もあつたが、学説、判例の大勢は、違法な結果の発生を予見しうるにもかかわらず、不注意のため予見しない心理状態、つまり、「予見可能性」ないし「認識可能性」を過失の中核に据える。例えば、大審院は、不正の記載ある倉庫証券の発行によって損害を蒙つた事例で、「過失ハ独リ行為ヲ違法ノ結果ヲ生シ得ヘキコトヲ認識シナカラ其結果ヲ生スルコトナカルヘントノ希望ヲ以テ相当ノ注意ヲ欠ク場合ニノミ存スルモノニアラス違法ノ結果ヲ生シ得ヘキコトノ認識ナキモ相当ノ注意ヲ為セハ之ヲ認識シ且ツ避クコトヲ得ヘカリシ場合ニモ亦存ス」と判示し、(4)また菱谷氏は「過失トハ消極及積極ノ注意義務アル場合ニ之レカ注意ヲ欠クコトニ因リ權利侵害ノ事實ヲ予メ認識シ得ヘキニ認識セサルノ心的状態ヲ謂フ」と説く。(5)

このように、過失を行為者の内心的注意の欠如（意思の緊張の欠如）とみる見解にとつては、「過失」と「過失ある行為」とは論理的には区別されなければならないことになる。⁽¹⁰⁾ というのは過失ある行為と言つた場合には、どうしてもそれは行為者の外部的挙動を含まざるをえないからである。しかし、そもそもの一体としての行為を内心的意思と外部的な挙動とに分別することはできないであらうから、過失を主観的要件として行為者の心理状態と結びつけるとしても、そのようなものとしての過失と外部的な挙動との関係如何の問題が残るわけである。そして、それは、とりもなおさず、右のような過失の前提にあるいわゆる注意義務の内容を如何に理解するかという問題に帰着しよう。言うまでもないが、この時期の通説・判例である「予見可能性説」にあつても、過失の前提として注意義務の存在を否定する者はいない。すなわち、体系的な教科書では、過失を心理状態として定義した後ですぐに、注意義務の程度もしくは基準に言及し、それはいわゆる善良なる管理者の注意ないし通常なすべき注意であつて、そのような注意義務違反としての過失は民事上ではいわゆる抽象的輕過失で足ると説かれるのが一般である。ここでいわれているいわゆる相當な注意義務は客観的なものと理解されているので、従つて、それは何らかのかたちで外部的な挙動とも係つてこざるをえないだろう。

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

それではこの相當な注意義務・客観的な注意義務は如何なる内容をもつのであらうか。この点について、学説、判例とも必ずしも十分な議論をつくしてはいなかつたようであるが、しかし、当時としても前記の大審院判決にもみられるように、そもそも過失責任のもとの非難性は、通常人の注意をつくせば結果を予見しえ、従つて之を回避しえたにもかかわらず、不注意のため、結果を予見せず、従つて之を回避しえなかつたという、結果の予見可能性・回避可能性に向けられるということは一 generally 承認されていたと言つてよい。⁽¹¹⁾ ここから、非難の対象としての結果の予見可能性・回避可能性は何らかのかたちで、右の客観的な注意義務と係つてくるということが分かる。すなわち、この予見可能性・回避可能性は通常人に課せられる客観的な内的・外的注意義務によつて規定されるのである。従つてここに、客観的な注意義務の内容として、結果の予見義務、及び回避義務が設定されることになるわけである。ここでは内心的意思・心理状態の発現形式としての予見可能性・回避可能性は客観的な注意義務によつて規定されることによつてそれだけ客観化されている。

当時の学説、判例では、過失の論理構造についてそれほど立入つた議論の展開はみられなかつたようであるが、意識すると否とにかかわらず、少くとも結果の予見義務及び回避義務が予

見可能性としての過失の認定にとつての重要な標識となるということは承認されていたと思われ⁽¹⁴⁾。この点で示唆的なのは、結果の予見義務の具体的な内容について、当時の幾つかの判例は結果についての調査・探究義務を挙示しているということである。また、結果の予見・回避義務との関連で当時として注目すべき議論は、いわゆる「認識ある過失」と「認識なき過失」との区別をめぐつてである。横田博士は、「過失トハ結果ヲ予見シウベキニ注意ノ足ラザル為メ之ヲ予見セズ又ハ行為ノ結果ヲ予見シ之ヲ防止シ得ベキニ注意ノ足ラザル為メ之ヲ防止スルコトヲ得ザリシ状態ヲ謂フ」と述べ⁽¹⁵⁾、右の区別を認めるが、学説、判例⁽¹⁶⁾も一般にはこれに従っているようである。「認識なき過失」は通常の過失だから問題はないにしても、「認識ある過失」は認識ないし予見しているのだから故意ではないのかとの疑問も生じようが、違法な結果の発生を容認していないということ⁽¹⁷⁾で、未必の故意もしくは故意とは区別されるのが普通である。そこで認識ある過失の場合には、結果の予見義務はつくしているのだから、問題はもっぱら結果の回避義務違反に係つてき、通常は不即不離の關係にある予見義務と回避義務とはここでは分離せざるをえないとも考えられよう。ここに過失の本質的要素を結果回避義務違反とする考え方が出てくる余地⁽¹⁸⁾がある。

この時期の過失論のうちでは、いわゆる予見の対象や予見の

時期についての議論は全般的に乏しいようであるが、過失の定義について学説、判例などにあらわれている論調から推して、予見可能性は権利侵害事実ないし違法な結果についてあればよく、具体的な損害の発生までも予見する必要はないということがほぼ認められていたのではないかと思われ⁽¹⁹⁾る。

それでは次に、以上のような、過失を客観的な注意義務によつて規定される予見可能性にもつぱら係わらせしめる過失責任論は、明治の末に広く顕在化してきたいわゆる産業災害・公害と呼ばれるような事例に対しては、どのような対応の仕方を示したかをみておこう。

わが国においては明治の中頃には早くも、産業災害や工場公害の原型が大阪や東京を中心に近代的大工場が勃興し、急速に発達していくなかで、あらわれるに到っている⁽²⁰⁾。例えば、大阪電燈会社や東京電燈会社の火力発電所の煤煙問題、のちになつて法律問題にも発展した例の多木製肥料工場の悪臭・排ガス問題、浅野セメント深川工場の粉塵・悪水問題などがあり、明治の末期には、いわゆる大阪アルカリ会社の排ガス事件が勃発している。また、農山村部においても、鉱山の資本家的生産が開始されるに及んで、いわゆる鉱毒問題がきわめて深刻な事態を生むに到り、今日あまりにも有名な足尾銅山や住友別子銅山の汚毒水・排煙問題、久原鉱業の日立鉱山や小坂鉱山の煙害問題

などが、明治から大正の初期を通じて次々と顕在化していった。⁽²¹⁾

ここでは、以上のような社会問題が法律の組上にのぼつてくるに及んで、それが、被害の救済、損害の填補を目的とする民法・不法行為法によってどのように捉えられていたかをみておこう。

判例では、硫酸製造、銅の製錬に伴う排ガスで農作物に被害を受けた事件（大阪アルカリ事件）と肥料製造に伴う亜硫酸ガスなどで農民が稲作に被害を蒙った事件（多木肥料工業事件）⁽²²⁾における二つの大阪控訴院判決が注目される。そこでは裁判所は、いずれも不法行為の成立を認め、会社の過失については、先にみてきた通常の事例におけると同様、予見可能性としての過失をみとめている。特に注目されてよいことは、前者の判決がアルカリ会社に課せられる「相当な注意義務」の内容のうちに、すなわち、予見義務の具体的な内容として、事前の研究・調査義務を設定することによって、過失を認定しているという点である。また後者の判決では、「過失」という言葉の使用こそみられないが、「弗化水素酸瓦斯ハ硝石ヲ腐蝕スル作用ヲ為シ亜硫酸瓦斯ハ異臭ヲ放チ容易ニ其通氣セルコトヲ知リ得ルノミナラス稻ヲ害セサル程度ニ於テ其通氣ヲ防止スルハ不能ノコトニ非ス」⁽²⁴⁾（傍点・筆者）と述べられているところか

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

らすると、ここでも通常の意味での過失がみとめられていると言つてよい。

判例とは異なり、学説は幾つかの見解に分かれた。第一の方向は、いわゆる無過失責任論の提唱である。その論拠は、産業災害・公害事例では、第一に、損害の防止が困難なこと、第二に、仮りに過失が推定されるにしても、被害者にとってその立証が困難なこと、第三に、加害行為の危険性が高く、損害も予期的、不可避的であること、そこからこのような場合にも過失主義がつけられるならば、事実上被害者の救済は拒否されることになるざるをえないから、ここでは原因主義に基づく結果責任説や危険責任説がとられるべきである、という点にある。第二は、いわゆる権利濫用説ともいふべきものであつて、鳩山博士の主張するところである。それは、適法行為としての営業行為といえども、その権利行使の適当な範囲を超えたならば、善良の風俗に反し、転じて不法行為となるといふものである。⁽²⁷⁾博士は、ここでは故意・過失という主観的要件には言及していないが、通説のいう心理状態としての故意・過失を保持しているようである。第三は、いわば過失責任説である。そのうちでも、一つは、過失を通説のような心理状態として理解することに反対し、客観的なものとみる立場である。すなわち、外部的・客観的事実から過失を推定したり、⁽²⁸⁾あるいは牧野博士

のように、過失の本来の性質を法によってみとめられた注意義務違反に求め、結果的には、権利侵害並びに損害要素を含めた注意義務違反としての過失不法行為をみとめようとする立場である。もう一つは前述した判例の立場と同じであつて、工場公害のような場合にも予見可能性がある限り過失があるとするもので、この場合にも通常の場合の過失論をそのまま適用する立場である。そして、とりわけこの立場に特徴的なことは、「若シ危険ナル工作物ヲ有スル者ハ其危険ヲ予防スルノ絶対的義務アルモノトセハ苟モ之ヲ怠リ他人ニ損害ヲ加ヘタル以上ハ是レ即チ過失ノ状態ニ在ルモノト云ハサルヲ得ス」という見解にあらわれているように、危険な事業者にとって相応な且つ必要な注意義務を加重していることである。

(1) 先ず権利侵害と損害との関係については、権利侵害の外に損害の発生を求める必要はないという見解が注目される。(二上兵治「権利侵害」法学協会雑誌第二三卷二頁、明治四二年)次に、故意・過失と権利侵害との関係については、梅博士の次のような見解がある。「不法行為ノ要件ハ権利侵害及ヒ損害ノ二ナリ或ハ故意及ヒ過失ヲ以テ要件ノ一ト為ス者アリト雖モ予ハ「権利侵害」ト云ヘル中ニ自ラ之ヲ包含セリト信ス即チ故意又ハ過失ナ

キ場合ハ権利ヲ侵害シタリト謂フコトヲ得ス」と。(梅謙次郎、民法債権、法政大学明治三十八年度講義録、なお、牧野英一「民事責任の基礎としての過失の觀念」法学協会雑誌第二三卷八号一一五三頁、明治三八年、を見よ)。(2) 菱谷精吾、不法行為論(明治三八年)七五—七六頁。(3) 同右、七六頁。

(4) 民法の学説においても、故意の定義についての意思主義と觀念主義という刑法上の対立がみられる。当時としては前者の唱道者の代表は石坂音四郎博士であり、(日本民法第二卷第三編債権四二二頁、大正二年)後者の代表は川名兼四郎博士であつた。(債権法要論一七三—六頁、大正四年)。

(5) 梅、前掲書四一頁、同説、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著、帝国民法正解債権編(明治三六年、一四五三頁)。

(6) 大阪控判大五・九・二八新開一一八二号二一頁。

(7) 岡松参太郎、註釈民法理由下巻(明治三〇年)四六九頁、法典質疑会編、法典質疑録第四〇号(明治三四年)一二七頁。川名兼四郎、債権総論(明治三七年)一四六頁。菱谷、前掲書九四頁、団野、前掲書一五八頁、飯島喬平、民法要論(明治四四年)七六九頁。横田秀雄、債

権法各論、明治大学明治四五年度講義録四三五―六頁、村上恭一・磯谷幸次郎、債権各論、中央大学明治四五年度講義録七七三頁、石坂、前掲書四三四頁。

判例では、札幌地判明四二・一・二六新聞五五二号一頁、東京控判明四二・七・一新開六〇一号一〇頁、東京控判明四五・三・三〇新聞八六八号三頁、大判大二・四・二六民録一九輯二八一頁、大判大三・三・一一刑録二〇輯二七八頁、大阪控判大四・七・二九新聞一〇四七号二五頁、大阪控判大五・一〇・二四新聞一九三二四頁、など。

(8) 大判大二・四・二六民録一九輯二八一頁。

(9) 菱谷、前掲書九四頁。

(10) 団野、前掲書一五八頁、なお、入江真太郎、不法行為論第一卷(大正一三年)一三〇頁でも過失と過失に基づく行為とは区別されている。

(11) 判例では、大判明四四・一一・一民録一七輯六一七頁、大判大四・五・一二民録二一輯六九二頁。

(12) 川名、前掲書(明治三七年)一四九―一五〇頁、菱谷、前掲書一〇四頁、団野、前掲書一六〇頁、横田、前掲書四三七頁、村上・磯谷、前掲書七七六―七七七頁、石坂、前掲書四三八頁以下。

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

(13) このことは既に民法の立案過程においても意識されていた。(民法議事速記録第四〇巻四十ノ百七十一丁裏における梅起草委員の発言要旨参照)。

(14) 団野、前掲書一五八―一五九頁、岡松、前掲、民法総論五七一―五七二頁。

(15) 前掲、東京控判明四二・七・一新開六〇一号一〇頁、東京控判明四五・三・三〇新聞八六八号三頁、大判大二・四・二六民録一九輯二八一頁、大阪控判大四・一一・一〇新聞一〇四七号二五頁。

(16) 前掲書八五〇頁。

(17) 菱谷、前掲書一〇二―一〇三頁、石坂、前掲書四三四頁、大判大二・四・二六民録一九輯二八一頁。

(18) それによれば、違法の結果の発生ないし発生の可能性についての予見はあったが、適切な防止措置をとらなかった、すなわち、結果回避義務の違反があったから、この点に過失があるとも考えられるわけであるが、しかし、この場合もいわゆる予見可能性説でカバーされるのではなからうか。つまり、その防止措置が結果の回避のために適切なものであるかどうか十分認識してかかる必要があるにもかかわらず、そのような認識を欠いたという点で広い意味での予見義務の違反があると言っても

よいからである。ここでも適切な防止手段をつくさなかったという外的な挙動が過失なのではなくて、それはあくまでも予見可能性としての過失認定の一つ標識にすぎないかあるいは違法性の判定要素として意味をもつにすぎないとも言えよう。ただこの場合の予見の時期と予見の対象が通常の場合と若干異っているにすぎないのではなからうか。

(19)

川名、債權法要論（大正四年）七二四頁では、はつきりと權利侵害事實に対する予見で足ると説かれている。また、石坂博士は、因果關係との関連で次のような注目すべき見解を述べておられる。「而シテ過失ハ單ニ直接ノ結果ニ対スルヲ以テ足り、結果ノ全部ニ対スルヲ要セス、即チ直接ノ結果ヲ欲シ（故意）又ハ直接ノ結果ヲ予見スルコトヲ得ベカリシ場合（過失）ニハ因果關係ノ及ブ凡テノ損害ニ対シテ賠償責任ヲ負フモノトス」（日本民法債權第一卷第三編二七七頁、大正二年）なお、末弘嚴太郎、債權各論（大正七年）一〇六八頁、鳩山秀夫、日本債權法各論下卷（大正一三年）九〇一頁、富井政章民法原論第三卷債權總論（昭和四年）二一六頁、平田慶吉、鉦害賠償責任論（昭和七年）一〇九頁、大判昭七・五・三民集一一卷八号八一七頁を参照されたい。

(20) 加藤邦興「戦前における公害問題」日本の科学者第二号（昭和四四年）三六頁以下。

(21) 言うまでもなく、以上のような工場公害や鉦毒は電気・ガス事業、化学工業、鉦業などの近代的鉦工業の発達にある意味で不可避免的に随伴する。しかし、それは、近代以前からも認識されてきた、住民の日常的な相隣關係的土地利用に不可避的に伴なう小規模の被害の場合と異なり、深刻重大な被害を招来するために、一挙に社会問題として人々によつてとり上げられるに至つたものである。

(22) 前掲判例、大阪控判大四・七・二九新聞一〇四七号二五頁、同、大五・一〇・二四新聞一一九三号二四頁。

(23) 同右、新聞一〇四七号二五頁。

(24) 同右、新聞一一九三号二四頁。

(25) 末弘嚴太郎「過失無キ不法行為」法学協會雜誌第三〇卷七号（明治四五年）一一九頁。

(26) 岡松參太郎、無過失損害賠償責任論（大正五年）六四頁。

(27) 鳩山秀夫「工業会社ノ營業行為ニ基ク損害賠償請求權ト不作為ノ請求權」法学協會雜誌第二九卷四号（明治四四年）六〇五頁。

(28) 山田三良「感電死事件ト大審院ノ判例」法学協會雜誌第二五卷九号（明治四〇年）一二九六頁。

(29) 牧野、前掲論文一四七頁。

(30) 同右、一一五三頁。

(31) 当時の学説としてはやはり無過失主義が多く（例えば、村上・磯谷、前掲書七七二頁、石坂、日本民法第一卷第三編債権二七八頁、大正二年）、この場合の予見可能性説は鳩山博士（前掲論文六〇七頁）と磯谷博士を除いては、ほとんど見当らないようである。

(32) 磯谷幸次郎「不法行為ニ要スル過失ノ程度（企業者ノ責任）」法学新報第一三卷三号（明治三十六年）一三頁。

(四) 産業災害・公害の発生と古典的過失責任論の変容

(1) 大阪アルカリ事件大審院判決とその背景

大正五年一二月に、大審院は、いわゆる大阪アルカリ事件の上告審判決において、「化学工業ニ従事スル会社其他ノ者カ其目的タル事業ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ予防スルカ為メ右事業ノ性質ニ従ヒ相当ナル設備ヲ施シタル以上ハ偶々他人ニ損害ヲ被ラシメタルモ之ヲ以テ不法行為者トシテ其損害賠償ノ責ニ任セシムルコトヲ得サルモノトス何トナレハ斯ル場合ニ在リテハ右工業ニ従事スル者ニ民法第七百九条ニ所謂故意又ハ過失アリト云フコトヲ得サレハナリ」という注目すべき判断を

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

示し、先に引用した原判決は「相当な設備」を為したか否かを審究しなかったという点で、到底破棄を免れないとした。このような相当な防止措置という客観的・外的な注意義務の違反を過失とする大審院の考え方は従来の支配的な見解である予見可能性・過失説とは相容れず、過失の認定要素として予見可能性の外に更に相当な防止措置の有無をもつてくる点で、従来の通説より一步後退した立場を示すものと言ってよい。ともあれ公害のような不可避的且つ継続的な権利侵害の場合に、当時として、右のような考え方がとられてくるそれなりの背景があったと思われるので、われわれはここでは差し当って、この点についての若干の検討をしておこうと思う。

既に見てきたように、明治の末期に従来の過失責任論が不可避的な危険を包蔵する企業活動の勃興によってその妥当性を問われるに及んで、一方において、過失についての客観説が台頭し、他方において、権利濫用論や無過失責任論の萌芽が見られたのであるが、この多方面への議論の展開を呼び起こした底流には、不可避的・継続的権利侵害の発生が過失責任論の依って立つ基盤を揺がしたという否定しえない事実がある。既に明らかなように、過失責任のもとの非難性は、通常人が相当な注意を払えば結果を予見しえこれを回避しえたにもかかわらず、この注意を怠ったために結果を予見しえず、従ってこれを回避し

えなかった、ということに向けられる。そして、近代社会の初期の段階では、相当な注意さえ払えば、ほとんどの権利侵害は予見しえ、従って回避可能な性質のものであったから、対等な市民相互間にこの相当な注意義務を課すとしても、何らの不公平をも生ぜしめず、且つまたそれで当面の目的を達しえた。ここでは、市民相互間は勿論、市民対企業の間でも立場の互換は可能であつて、そのかぎりでは、自由競争原理が貫徹していた。

ところが、資本主義社会が発展して、産業資本主義から独占資本主義の段階に到ると、右のような事情は一変する。ここでは、古典的な過失責任論の基盤である個人や企業の自由な活動の保障、彼等相互間の立場の交換可能性、並びに結果の予見可能性⁽¹⁾回避不可能性というそれぞれの命題に動揺があらわれてくる。個人の自由な活動は独占的な大企業の専横なまでの利潤追求活動によって事実上制限され、相互の立場の交換可能性は失われる。また、不可避的な危険を内にもつ大企業活動はしばしば不測の災害を招来し、被害者にとって重大且つ不可避的な損害を惹起せしめる。すなわち、市民相互間に課せられる相当な注意を以てしても結果を予見しえないか、仮りに予見しうるとしても、行為そのものを差し控えなければ、事実上回避しえないような事態が生ずる。ここに、右のような「相当な注意義務」を前提とした結果の予見可能性即ち回避可能性という命題

もそのままでは維持しがたくなる。⁽²⁾

判例や学説もここに及んで、このような実態を十分認識した上での何らかの理論構成を迫られることになったわけであつて、その基本的な方向は、勝手気ままな大企業活動の自由を抑制する法理論を探ることではならなかったと思われる。しかし、判例並びに学説の主流(無過失責任論も含めて)は一般的にはこの点についての十分な認識と検討を怠つていたので、結果的には先のような大審院による巧妙な理論の変容をゆるすことになつたと思われる。すなわち、従来でも小規模の不可避的且つ継続的な権利侵害は相隣関係的な、日常的な土地の利用関係においては、ある程度まで必要悪としてみとめられてきており、土地所有権の行使に必然的に随伴する損害の一部は社会生活上甘受しなければならぬと考えられてきた。⁽³⁾そして、このような忍受義務を設定するとしても、それは立場の交換可能な対等な市民相互間に課せられるということ、また被害もそれほど重大でないこと等の点でさしたる不公平な結果を生ぜしめなかったのである。この相隣関係的な権利の侵害で問題となるのは、結果の予見可能性・回避可能性というよりはむしろ、どこまでが適法な権利行使として許され、どこから適法な権利行使の範囲を超え、違法性をおびるかということであつた。⁽³⁾ところが、大企業活動によって生ずる公害のような権利侵害は、

被害の規模の上で、また立場の互換不可能の点で、右の相隣関係的な権利侵害の場合と根本的に異なっている。そこでは右の市民法上の忍容義務は一旦放棄され、それに代わる新たな権利義務関係が創設される必要があったはずであると思われる。しかし、とりわけ先の大審院の考え方は、この点を十分認識することなく、基本的には相隣関係上の忍容義務の立場に立脚して、結果的には公害のような重大な権利侵害に対する救済の道をとらず機能を営んだ。

当時としても、民事責任論の上で不可避免的な危険を包蔵する大企業の生産活動を抑制する方向としては、およそ次の三つが考えられていたと思われる。その第一は、過失の有無にかかわらず、無過失責任論を導入することであり、第二は、故意・過失をもつばら予見ないし予見可能性に係るものとして維持しつつも、いわゆる相当な防止措置の有無の問題は違法性の判断標準へもっていくことによって、問題の本質を権利濫用として処理する方向であり、第三は、大阪アルカリ事件控訴審判決のように、従来通常の事例においてみとめられてきた研究・調査義務のようなものを化学工業等に従事する者の相当な注意義務の内容のうちにも当然のこととして定着させることによって、過失を認定しやすくしていく方向である。しかるに、大審院は、このようないずれの方向をもとらず、しかも過失論については

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

最も後退した姿勢を打ち出すことによって、結果として大企業の自由な活動への道を開くことになった。大審院の判決の系譜は基本的には、前述したような相隣関係的な権利侵害論の立場であって、そこにはそのような立場の過失論への巧みなすりかえがみられる。そして、右のようなすりかえを一層容易にしたのは、初期の学説にみられた過失についての客観説であり、また例の「認識ある過失」の理論であり、更にまた、いわゆる外法的な防止措置の設置義務は当時としては、過失論においてもあるいは違法論においても必ずしも明確な位置づけが与えられてはいなかったという事実である。大審院の立場によればおそらく、公害のような不可避免的且つ継続的な権利侵害は危険が不可避免的であり、損害が継続的であるが故に、予見可能性を殊更云々する必要はなく、問題はもつばら、結果の回避可能性に向けられるということになるのであろう。相当な防止措置さえあれば過失はないという理論から出てくる「回避可能性」は技術的・経済的回避可能性であって、行為そのものを差し控えるという不作為を当然には含んでいない。⁽⁸⁾従って、ここでは結果の予見が可能であれば常に回避も可能であるという伝統的な命題は放棄されている。この点でも古典的な過失論のわい曲がみられるのである。

大審院の以上のような産業保護的な考え方は大正八年のいわ

ゆる広島市灌漑用ポンプ事件⁽⁹⁾での騒音、振動による権利侵害のケースでも再び示され、この時期における判例の一つの流れを形成することになった。しかし、先の大阪アルカリ事件⁽¹⁰⁾とこのポンプ事件での破棄・差し戻し後の大阪控訴院と広島控訴院⁽¹¹⁾とはいずれも、結果の予見は可能であり、従って、回避も不可能ではないとの前提に立ちながら、「相当の防止施設」ないし「最善の防止設備」に欠けると判断し、結局は過失をみとめることによって、基本的には従来⁽¹²⁾の通説の立場を継承している。

(2) 学説の進展

大正五年の大阪アルカリ事件大審院判決以後の学説は産業災害・公害のような重大な権利侵害に対する責任の法的性質をめぐって、活発な議論を展開した。さすがに学説では、先の大審院の見解のように、産業災害・公害のような場合には企業には過失はないから何らの責任も負わせることはできないという考え方をとる者はほとんど見当らない。学説の大勢はむしろ先の大審院のような立場を止むをえないこととしつつも、他方において、そのような場合には無過失責任を負わせるべきだとする主張⁽¹³⁾が強まっていった。当時の多くの学説が無過失とせざるをえなかった理由は主に三つ挙げられる。第一は、企業の営業行為は適法行為であるから、過失はないとするもので主にドイツの

学説に依拠するものである⁽¹⁴⁾。ここでは有責性と違法性との同視、混同がみられるようである。第二は、大審院の立場をみとめるものであつて、最善の防止措置を尽す以上過失はないとする考え方⁽¹⁵⁾である。無過失責任を主張する者にあつてもこの考え方をとる者が多いということは注目される。第三は、むしろ無過失責任の論拠⁽¹⁶⁾といった方がよいかもしれないが、仮りに過失があつたとしてもその立証が困難であつて、事実上被害者の救済の道がとぎされるところという主張である。しかし、以上について、注意されてよいことは、従来⁽¹⁷⁾の通説が採用してきた予見可能性としての過失がないから無過失であるという主張はほとんど見当らないということである。

これに対して、学説は他方において、もう一つの大きな流れを形成していた。それはすなわち、いわゆる伝統的な過失論を公害や鉱毒のような場合にもそのまま適応せしめようとするものである。そのうちでも一つは、予見可能性としての伝統的な過失概念を保持しつつも、問題の本質はむしろ違法性にあるとする見解⁽¹⁸⁾であつて、権利濫用説⁽¹⁹⁾と言つてもよい。すなわち、鳩山博士が前述した大審院判決を批判して、「余ハ大審院ガ本件ニ付テ損害賠償責任ヲ否認シタルコトヲ以テ必ラズシモ不当ナリトスル者ニアラズト雖モ、客觀的ニ適法行為ナルコトヲ理由トスルコトナク、故意過失ヲ理由トシテ判決ヲ下シタルハ問題

ノ要点ヲ誤リタルモノニシテ、又同時ニ適法行為ノ限界ヲ示スベキ好個ノ機会ヲ逸シタルモノト信ジ、頗ル遺憾ニ堪ヘザルナリ⁽¹⁸⁾」と述べ、また、末弘博士が先にふれた二つの大審院判決に言及して、「此後の二判決は共に『故意又ハ過失アリヤ否ヤ』の問題を以て事件を解決せむとして居る。併し、其問題ならば、如何に方法を尽すも損害を予防し得ざるが如き工業を開始経営すること夫れ自身が故意であつて、仮令最善の防害方法を施すと雖も其故意たることを免るゝものでない。故に問題は寧ろ当該行為の違法性即ち其行為が権利濫用となるや否やを標準として決せらるべきもので、防害の爲め相当の注意を加へたりや否やを以て決せらるべきでない⁽¹⁹⁾」と述べるのはこの立場を示しているのである。他の一つは、公害や鉱毒事件の場合にも、予見ないし予見可能であるかぎり、故意過失があるとする見解であつて、それは、防止措置を尽す以上過失なしとする立場の者をも含めて、戦前のこの時期においては相当有力な流れを形成している。例えば、平田慶吉博士は「然るに、鉱害とは既述の如く、鉱業上の作業から必然的に発生する副結果であつて、除害方法の実行も亦これが発生を絶対に防止し得るものでないから、鉱業を行ふ者はその作業によってかかる結果の発生すべきことに付て当然に認識、即ち故意を有するものといはねばならぬ。以上の場合、万一結果の発生に付て認識を有しないとすれ

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

ば、かかる結果を必然的に伴ふ作業を行ひながら、その結果の発生を認識しないのであるから、その不認識は不注意に基くものといはねばならぬ。従つてこの場合過失（しかも重大なる過失）があるものといはねばならぬ⁽²¹⁾」とし、鉱害賠償責任の法的性質を過失責任のうちに積極的に見い出そうとしており、また、我妻博士も「ただ、この点に関して問題となるのは所謂鉱毒、煙毒等に於て、企業者が能ふ限りの科学的施設を為すも尚ほ且つ害毒を防止し得ざる場合には、故意過失なしといふべきかの問題である。判例は嘗てこれを肯定した。然し企業者が害毒を生ずることを認識しながら敢えて、これを為すときは、仮令害毒を与ふるの意欲なしとするも、純粹の意思主義をとらざる以上、猶お、故意ありとなすべきである。又害毒の生ずることを知らざるときは過失ありとなすべきである⁽²³⁾」と述べ、他の論者も同様に積極的にせよ、消極的にせよ、故意もしくは過失をみとめて⁽²⁴⁾いる。ただ、鉱害賠償については、昭和一四年に鉱業法に無過失賠償責任の規定が新設されたので、以後故意・過失の立証は不要となつたが、その他の産業災害・公害に対する賠償の法的性質については、無過失責任論はなばなく展開されたに反して、右のような過失責任説は先に引用した判例のように、「研究・調査義務」を設定することによつて「相当な注意義務」の内容に操作を加えることをせず、全体としてやや

控え目な主張にとどまっております、そのためにそれは、戦前においては、無過失責任論とその対象領域を分かち合うまでの勢力には到らなかったようである。

(1) 大判大五・一二・二二、民録二二輯二四七四頁。

(2) この命題は、防止措置の設置が技術的にも経済的にも不可能である場合には、行為そのものを差し控えないければならないというような不作為義務を設定して「相当な注意義務」を加重することによって維持されうる。もつとも、市民法上の「相当な注意義務」の内容には、本来右のような不作為義務が当然予定されているのである。

(3) 団野、前掲書（明治四二年）五五二―四頁、松本蒸治「煤煙ニ因ル相隣者間ノ權利侵害」法学志林第一五卷八号（大正二年）八〇頁、中島玉吉、民法積義物権編上巻之二上（大正五年）三一―三頁、末川博「權利の濫用に関する一考察——煤煙の隣地に及ぼす影響と權利行使の範囲——」法学論叢第一卷六号（大正八年）掲載、民法に於ける特殊問題の研究所収一九一、二二―頁。

(4) 市民間の日常的な相隣関係から不可避的に生ずる些細な損害の場合に、行為そのものを差し控えないければならないとすれば、日常的な社会生活すらも維持しえなくなるから、損害が社会生活上忍容さるべき範囲にとどまっ

ているかぎり、右の意味での不作為義務は、通常の場合とは異なり、いわゆる結果の回避義務の内容とはなりえなかったと思われる。従って、この場合には、とるにたぬ損害の発生が予見しうるからといって、これを回避しなければならぬと言ふ必要はない。ここでは予見可能性⇔回避可能性という公式が妥当する余地はないのである。

(5) ただ、この場合でも予見可能性としての過失は行為が適法な権利行使の範囲を超え、違法性をおびる段階で問題となつてこよう。そしてこの場合の予見の対象は社会生活上忍容さるべき些細な損害の発生ということではなくて、違法となる結果の発生ないし発生の可能性であると言えよう。その意味では、この場合でもやはり、予見可能性としての過失の問題は残るわけである。

(6) 過失の客観説によれば、過失は予見可能性という標識以外にも例えば、防止措置の設置というような外的な標識をも加味して認定されることになるのであろう。また、「認識ある過失」の理論については、第三節の註(18)を参照されたい。

(7) 当時の権利侵害・違法性論では、作為義務としての防止措置の設置義務は明確な位置づけを与えられていなか

つたようである。なお、川名博士は適当な防止手段を講ずるときは、故意あるとすることはできないにしても、依然として過失の問題は残ると解しているようである（前掲書、大正四年、一七四頁）。

- (8) 行為そのものを差し控えるという不作為義務は相關關係法上の甘受すべき損害の場合には例外的に免かれたが、ここではわれわれは公害のような重大な権利侵害の場合が右の例外的な場合とすりかえられたことに気づく。また、技術的・経済的回避可能性を前提とする大審院の過失論は、行為そのものを差し控えなくとも大多数は技術的には防止可能であるにもかかわらず、そのために多額な費用をかけたくないという当時の産業資本一般の要請に見合ったものであることは歴史的にも明らかである。（小田康徳「戦前大阪の公害問題」日本の科学者第五一四頁参照）

- (9) 大判大八・五・二四新聞一五九〇号一六頁。
(10) 大阪控判大八・一二・二七新聞一六五九号一一頁。
(11) 広島控判大一一・六・二二新聞二〇二七号一五頁。
(12) 石坂、前掲債権第一巻第三編二七八頁、末弘巖太郎、債権各論（大正七年）一〇〇三頁、末川博、民法大意下巻（昭和二年）三八三頁、富井政章、民法原論債権総論

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

上（昭和四年）二二〇頁、鳩山秀夫、日本債権法総論（昭和六年）六九一七〇頁、我妻榮、債権法・現代法学全集第三七卷（昭和六年）四一一頁。

- (13) 当時の本格的な無過失責任論の展開としては、小野清一郎「危険主義の無過失損害賠償責任論」法学志林第一二巻六、七、九号（大正八年）、牧野英一「無過失責任」中央公論第三七巻三三三（大正一一年）法律に於ける進歩と進歩（大正一三年）所収、宗宮信次「無過失損害賠償責任」法曹公論第三三巻一〇号（昭和四年）、石本雅男「不法行為論に於ける過失主義」法と経済第五巻五号（昭和一一年）、平野義太郎「損害賠償理論の発展」牧野還暦・法理論集（昭和一三年）、石川忠「無過失責任理論に対する反省」日本法学第五巻一二号（昭和一四年）など。

- (14) 牧野英一、民法の基本問題第二編（大正一四年）一三八—九頁、なお平田慶吉、鉦害賠償責任論（昭和七年）一二二頁参照。

- (15) 水谷嘉吉、日本鉦業法論（大正一一年）三四八頁、牧野、前掲論文、法律に於ける進歩と進歩一九三頁、我妻、前掲書四一一頁。

- (16) 平野義太郎、民法におけるローマ思想とゲルマン思想

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

三六

(増補新版) 三七四頁、石坂、前掲書二八一頁、末川、前掲書三八三頁。

(17) 鳩山秀夫「工業経営ニ基ク損害ノ賠償責任」法学協會雑誌第三五卷八号(大正六年)九三頁以下、末弘嚴太郎、物權法上卷(大正一〇年)三四八頁、水谷、前掲書三四

六頁、三瀨信三、契約法(昭和一五年)一〇五頁、江川

六兵衛、改正鈹業法解説(昭和一七年)三二〇一頁。

(18) 前掲論文一〇三—一四頁。

(19) 前掲書三四八頁。

(20) 水谷、前掲書三四七—八頁、我妻、前掲書四二二頁。

(21) 平田、前掲書一〇九—一一〇頁。

(22) 塩田環「鈹業権者ノ土地所有者ニ対スル賠償義務ヲ論ス」法学協會雑誌第三九卷一・二号(大正一〇年)特に

一七七一頁、水谷、前掲書三四七—八頁、小野謙次郎

「土地陥落に因る鈹業権者の賠償責任」司法研究第五輯

(昭和二年)、美濃部達吉、日本鈹業法原理(昭和一六

年)二五三頁も同様。

(23) 我妻、前掲書四二二頁。

(24) 磯谷幸次郎、債權法論(昭和四年)八三七—八頁、宗

宮信次、不法行為論(昭和一〇年)一一二頁、石田文次

郎、債權各論講義(昭和一二二年)二六七頁、梅原重厚、

不法行為概説(昭和一二二年)三七八頁、石川、前掲論文
三三頁。

(五) 近年の故意・過失及び違法性理論の動向

(1) 比較法的手法による新過失・違法論

戦後における故意・過失及び違法性論については、とくに判例の流れと石本博士の一連の著作とを検討しておく必要があると思われるが、本稿ではその余裕がない。ここでは、近年学説において、ドイツにおける新たな成果をわが国の過失・違法論構築のために積極的に導入しようとする試み⁽¹⁾や外国法に示唆を受けて、過失と違法性とを融合しようとする試み⁽²⁾が為されているので、われわれは当面の目的として、このような新たな動きを検討し、あわせて若干の批判をしておこうと思う。

先ず最初に、柳沢教授は、ドイツにおける刑法学上の目的的行為論のニッパードイによる民法学への導入に示唆を受けたケメラの行状不法論、不法類型論を故意・過失、違法性をめぐる詳細な理論として紹介され、わが国におけるあるべき故意・過失論、違法論を示唆される。教授の紹介となるところを少しうかがっておこう。ケメラのいわゆる行状不法論は、従来のドイツの伝統的理論であつたところの、違法性の本質を結果の発生ないし発生の危険におくいわたる結果不法論に対して批判

を投げかけたものであって、その主張の要旨は、違法性の本質は結果の発生ではなくて、その原因となった行状ないし行為の命令禁止規範違反（作為・不作為違反）にあるというものである。⁽⁴⁾ ケメラ理論の面目は更に、違法ないし不法な行為の類型化に見い出される。そこでは従来、故意、過失はともに有責要素としての共通の基盤をもち、加害行為の態様において、両者は明確に区別されていなかったのを、故意不法と過失不法という不法行状を独立の不法類型としてとり出し、それらとともに違法性判断の決定に参加させる。⁽⁵⁾ そして、過失不法の基底には、実務によって発展せしめられた社会生活上の注意義務を設定し、かかる注意義務の違反を違法性と結びつけ、他方で、右の注意義務の違反について人的非難可能性を残し、そこに却って有責性としての具体的過失を維持する。⁽⁶⁾ ただ、いわゆる危険責任の領域では、社会生活上の注意義務即ち客観的な注意義務の違反があればそれだけで十分として、そこから有責性としての過失を放放する。⁽⁷⁾ 柳沢教授は、このようなケメラ理論に示唆を受けて、わが国のいわゆる相関関係説においては、故意・過失という主観的要素は違法性判断の標識からはずされていたことに對して、違法性は被侵害利益の種類と行為の内心的要素たる故意・過失との相関関係によって決定されるべきであると主張される。⁽⁸⁾ かかる提唱は、行為の内心的要素としての故意

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

・過失は違法性判断の尺度ともなるということを指摘した点で注目しに価するが、⁽⁹⁾ しかし、ケメラの行状不法論は違法性について、結果としての損害の評価を考慮の外におく点で、伝統的な結果関係的違法論とは相容れず、また、具体的・主観的過失は今日のわが国の民法学では受け容れがたいと思われる。

次に、ケメラの過失不法類型を一層発展させて、伝統的な過失責任からいわゆる有責性原則（Verschulden Prinzip）を全く捨て去ってしまうのがヴィートヘルターである。このヴィートヘルター理論の紹介は前田（旧姓乾）助教授によってなされているところである。⁽¹⁰⁾ ヴィートヘルターの主張する過失もケメラと同様、社会生活上必要な注意義務の違反としての客観化された過失であって、しかもそれは「客観化された人間の可能性を前提とした結果回避の外的注意命令違反」である。⁽¹¹⁾ ヴィートヘルターは更に、ケメラ理論を一步進めて、過失責任の規範内容から行為者の内心的意思と結合せる伝統的な有責要素としての過失を放逐する。すなわち、契約責任以外の損害賠償責任は三分され、故意責任≡不法損害についての責任能力ある行為者の有責性責任、過失責任≡不法損害についての責任能力ある行為者の無責な責任、危険責任≡災害についての無責な責任となる。⁽¹²⁾ ここでは、過失責任はもはや意思と結びつけられた有責責任ではなく、むしろ違法責任に接近する。すなわち、社

生活上に必要な注意は「発生した損害の除去の理念的規範的程度 (ideeller, normativer Maßstab)」⁽¹³⁾でもあり、結果として発生した損害の填補を為すべきであるという法的価値判断の規準としての意味をもっており、損害の事後処理的機能をもっているといわれるのだから、かかる注意義務の判定如何では、それは結果責任としての危険責任とほとんど見分けがつかなくなるわけである。前田助教教授は右の所説を評価され、過失は「標準人を基準とした、結果回避のための注意(行為)義務違反」と概念規定するのがこれからの方向ではないかと示唆し、結局、過失責任は、社会生活上必要な注意義務に違反するというのは法が社会構成員に分配した注意義務を各人が遵守するものとの信頼を裏切ることになるのだから、この信頼を保護する意味で発生した損害の賠償義務を負わせるという意味で、信頼保護責任としての性格をもっているとする⁽¹⁴⁾。

最後に、平井助教教授の所説を簡単にみておこう。氏は、ドイツ不法行為法の発展過程は個別的な不法行為要件の崩壊および違法性と過失との融合という現象に如実に示されるということから出発し、ひるがえって、わが国における「違法性」概念はドイツ民法学上の故意・過失に對置された意味での機能と、「權利侵害」の要件を拡大するという特殊日本的な機能とをあわせもっていたのであるが、一方で、ドイツにおいて、判例などに

よって作出されたいわゆる社会生活上必要な注意義務の発展によつて、過失と違法性の融合現象がみられるに到っており、他方、わが国においては、「權利侵害」要件の拡大をみるに到つた今日では、この面での機能も失われているのだから、もはや右の違法性もつ二重の機能はともに維持しがたくなつてゐるとし、結論的には、「七〇九条における『過失』は、七〇九条が一般的な不法行為要件であるが故に、その結果、『權利侵害の要件』が拡大して意味を失つたが故に、ドイツ民法上の意味における『違法性』を含むところの高度な政策的価値判断を表示する概念へと論理必然的に転化した」と述べ、今後の不法行為法の重要な課題は従来説かれていた要件を「過失」に一元化して、その「過失」という価値判断をもたらし要因を判例のうちから抽出して、帰納的にその意味内容を再構成することである、と示唆される⁽¹⁵⁾。

思うに、以上のいずれの所説も比較法に手がかりを得て、英米法の独立の不法行為類型としての negligence とフランス法の多様な意味内容をもつ *faute* の考え方をその背景にもち、いわゆる社会生活上必要な注意義務・客観的注意義務違反を過失とみて、そこから、あるいは伝統的な心理状態ないし予見可能性としての過失を放擲することによつて、結果的には、過失責任を危険責任の領域へと接近させようとする意図をもつてい

と思われる。しかし、右の negligence も注意義務の基準としていわゆる合理人の結果に対する予見可能性 (foreseeability) を要求している⁽²⁰⁾のであり、faute についても、現代でも、客観的要素のみをもって過失を定義する一元論と主観的要素をも加える二元論との対立がみられるように、主観的要素と結びつく予見可能性が必ずしも否定されているわけではないのである⁽²²⁾。右のいずれの所論も、客観的な注意義務を強調するあまり、伝統的な過失概念のもつ結果の予見可能性についての議論を捨象しているので、そこには既にみてきたわが国の伝統的な過失論との調和が見出し難いのではなからうか。

(2) 「新受忍限度論」

近年、ニューサンスや公害などの判例において、いわゆる受忍限度論がとり入れられるに及んで、学説の方も野村・淡路両助教授を中心に大胆な理論構成が積極的に展開されているが、ここでは差し当って、この新受忍限度論の当否を簡単に検討しておきたい。従来判例によって、この理論が適用されてきた事例は騒音や日照妨害などの相隣関係的なニューサンスの場合が多いのであるが、その系譜は既にみてきた相隣関係者相互に課せられるいわゆる忍容義務にあると言ってよい。そして、これをめぐる議論は加害行為の側からいうと、適当な権利行使の範囲を超えた場合には、権利濫用となるという理論を發展させて

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

きたのであった。戦後の判例の受忍限度論はおよそ、次の三つのタイプに分けられる⁽²⁴⁾と思われる。すなわち、一つは、受忍限度論をたんに違法性判断にのみ導入し、故意・過失の判断基準と結びつけないもの⁽²⁵⁾、その二は、受忍限度論を違法性判断とともに、過失の判断とも結びつけるもの⁽²⁶⁾、その三は、受忍限度論を違法性判断に導入し、故意・過失については全くふれないもの⁽²⁷⁾、とである。このような判例の幾つかの系譜を十分ふまえずに、野村助教授は「伝統的な過失の考え方によれば、結果発生を予見すべきなのに不注意のためにそれを知り得ないで或る行為をする、という心理状態が過失である。過失ありとしているいままでの判決は、そのような伝統的な考え方を前提にしているのだらうか、わたくしの理解する限りそうではない。ニューサンスに関する判決で問題とされた過失は、そのような心理状態ではなく、むしろ防止義務違反ということであった。相当な防止措置を講じたか否か、ということが、主観的要件たる過失の概念をかりて、その中で論じられていたのである。そこでは、過失は、もはや主観的心理状態の問題を離れて、客観的な問題、すなわち受忍限度をこえた侵害を防止するための相当な手段を講じたか否か、ということの問題として考えられている。これは、過失の判断が実質的には勿論のこと、形式的な言語操作の上においても、違法性の判断に非常に接近してきたこ

とを意味する。このことは、両者が融合すべきことをさへ示唆している」と述べ²⁹⁾、過失と違法性を受忍限度という判断わく組みによって、一元的に処理すべきことを提唱し、淡路助教授も、公害における過失を結果回避義務³⁰⁾受忍限度論によって再構成すべきであるとして、右の意見に賛同されている。

このような新受忍限度論の立場は、相当な防止措置を講じたか否か、すなわち、結果回避のための外的な注意を尽したか否かということ、ここでの過失ないし違法性判断の重要なメルクマールとするという点で、基本的には、前述した大審院の考え方や先の新過失論の立場と軌を一にする。従って、それぞれのところで批判されてきたところがそのままここでも当てはまると思われる。新受忍限度論は立場の互換可能性という命題のもとにはじめてみとめられるいわゆる忍容義務をその基盤としていると思われるが、公害のようなもはや立場の交換が不可能な場合に、そのような理論を導入しようとすることには、多分に慎重な検討が必要であろう。しかも、受忍限度という判断わく組みはこの分野におけるいわゆる利益衡量論の発現形式ともなりうる性質のものであるが故に、この点については一層の慎重さが望まれよう。受忍限度論はまた、予見可能性論との関係で、次のような欠陥がある。すなわち、それは、受忍限度の判断要素に結果の予見可能性を数え入れていないので、一面、予

見の不可能な損害についても救済の道をみとめ、その限りでは一歩、無過失責任へと接近するかの如くにみえるが、しかし、反面、それは、従来予見可能性が認定され、それによって過失責任が問われた損害を、列挙された他の諸々の判断要素との関係で受忍限度内の損害であるとして、救済の範囲外にほうむり去る危険がある。更に、受忍限度の判断要素そのものにも問題が多い。例えば、いわゆる地域性についてである。大都市におけるいわゆる用途地域制に依じて受忍限度の基準が異なりうると言われるが、現状では工場や住居が混在しているところが多く、職・住を同一家屋に求めざるをえない住民が多数存在するということ、しかも最も深刻な被害を受けているのは他ならぬこれらの住民であることなどを考え合せると、地域性ということとをみだりにもち出すことは許されないだろう。いずれにせよ、受忍限度内か否かの判断は判定者の裁量に任されているのだから、様々の判断要素の比較衡量から出てくる結論はその都度ゆれ動くおそれがあるわけである³¹⁾。

(3) 「予見可能性論」

以上のようないわば違法性と過失との融合という一つの大きな流れに対して、一面で、そのような動きに十分な考慮を払うと同時に、他面において、伝統的な過失責任論を維持、発展さ

せ、それと危険責任との在るべき架橋を試みようとする注目すべき動きが近年あらわれている。⁽³³⁾それは、既にみてきたように戦前の公害や飲毒事件の場合に伝統的な予見可能性説でもって対処しようとした動きと、時期を異にするとはいえ、きわめて共通したものをもっている。

西原教授は、近年産業公害問題がやかましく言われるようになるに及んで、企業にとって結果の発生に対する防止措置が技術的にも困難であり、経済的にも過大な負担となるとしても、損害の結果を知りながらあえて加害行為を続けるかぎり、そこには故意、少くとも過失があるという基本的な立場を明らかにし、結果の予見ないし予見可能性があるにもかかわらず、技術的、経済的に回避が不可能であるならば過失はないとする理論⁽³⁴⁾は「産業資本の勃興期に、私法の一般的基礎理論を離れて、とくに、産業保護のためにこれを変容させたもの」⁽³⁵⁾であると指摘され、更に、企業責任を強化するためには、「なにもとくに、新しい原理を作り出して企業にとくに重い責任を課し被害者をとくに厚く保護する必要はない。これまで古典的理論に企業保護のために加えられていた修正を廃止または縮小して、抽象的な一般理論を現状に即して具体化するだけでも、公害に対する救済はずいぶん進展するのではなかろうか」⁽³⁶⁾とも言われる。

そして、このような西原教授の問題提起を受けて、伝統的な

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

過失責任論を具体的な判例の分析を通じて一層発展させようと企図されるのが沢井教授である。ここでは氏の所説の概要だけを示しておく。所論は、基本的には伝統的な予見可能性・過失論に立脚しつつも、一方において、前述した過失を違法性へ接近させる動きを考慮し、他方で、いわゆる危険責任への接近を図り、あわせて過失責任と無過失責任との止揚を目指すもののごとくである。その言わんとするところは「かくて、危険の程度、互換可能性の程度に応じて、防止措置設置義務は加重され、最終的には予見可能性があれば相当な防止措置をしても責任を免れさせるべきではないということになる。またその予見可能性自体、調査義務の加重によって広く認められるべきである。危険の予見可能性は損害発生の予見可能性と同義に解されるべきである」⁽³⁷⁾という点に要約されている（損害回避義務段階説）。

ここでは、予見可能性としての過失は窮局的な意味での回避義務違反であって、この窮局的な意味での損害回避義務は結果の予見義務と回避義務とを当然に含み、しかも不可避的な加害が予見しえたならば、そもその行為を差し控えるべき不作為義務をも含むのだから、それは、過失責任の非難性としての結果の予見可能性即ち回避可能性という不即不離の關係命題が不可避の危険を包蔵する企業の勃興に伴い、技術的・経済的回避

不可能の場合には、かつて分離を余儀なくされてきたのを、危険の程度が高く、それに応じて損害回避義務も最高度に達する場合には、もう一度予見可能であるかぎり常に回避可能であるという命題へと事実上立ち返らせる機能をもつ。氏はまた、仮りに技術的、経済的にも可能な防止措置を施して企業を開始しても、損害発生の危険の予見ないし予見可能性がある以上、右の窮局的な意味での損害回避義務に違反し、過失があるのだから、他の諸事情を考慮して企業の存続が許されたにしても、企業は損害担保義務を負わなければならないとも言われる。そしてこのような内容をもつ予見可能性としての過失を違法性判断にも参集させる点が所論のもう一つの特徴点でもある。

- (1) 石本雅男、民事責任の研究(昭和二三年)「Negligenceに関する一考察」季刊法律学第七号(昭和二十四年)、不法行為論(昭和二五年)、「抽象的違法行為概念の構想」末川還暦記念、民事法の諸問題所収(昭和二八年)、「過失の理論と歴史」民商法雑誌第三二卷三、四号(昭和三十一年)、「不法行為責任の構成と理論」法律時報第三六卷五年(昭和三九年)など。

- (2) 柳沢弘士「ケメラーの民事不法理論—不法行為法における行為不法理論と不法類型論についての覚書—」日本法学第三一巻一・二・四号(昭和四〇—四一年)、前田

(旧姓乾) 達明「不法行為法についての一考察—違法性と過失をめぐる—」法学論叢第八一巻四・六号、第八二巻一・五・六号(昭和四二—四三年)。

- (3) 平井宜雄「不法行為責任の範囲に関する法的構成—民法第七〇九条を中心として—」法学協会雑誌第八四巻一二号、第八五巻七号、第八六巻一二号(昭和四二—四四年)。

- (4) 柳沢、前掲論文三一巻一号九八頁。

- (5) 同右、三一巻二号一一五頁以下。

- (6) 同右、一四三頁。

- (7) 同右、一四六頁。

- (8) 同右、三一巻四号一五九頁。

- (9) 広中俊雄、債権各論講義下巻(昭和四三年) 四三〇頁。

- (10) 前田、前掲論文、同、「不法行為における過失と違法性について」私法第三一号(昭和四四年)。

- (11) 前田、前掲論文八二巻六号六二頁。

- (12) 同右、六一—六二頁。

- (13) 同右、六〇頁。

- (14) 同右、七四頁。

- (15) 同右、七六頁。

(16) 平井、前掲論文八五卷七号二四―五頁。

(17) 同右、五五頁。

(18) 同右、八六卷一二号二九頁。

(19) 同右、三三頁。

(20) 我妻栄「Negligence without Fault—アメリカ法における一つの無過失責任論—」末川還暦記念、民法法の諸問題所収(昭和二八年)、同、民法研究VI債権各論二七〇・二七六、一八八頁、Winfield, Tort, 8th ed., (1967) p. 54.

(21) 野田良之「フランス民法における faute の概念」我妻還暦記念、損害賠償責任の研究上(昭三二年)一二六頁以下。

(22) 野田教授の次の一文を引用しておこう。「このような主観的要素を不可欠のものとする faute の概念が、むしろ《危険責任》を正面から認める学者によって、支持せられ、逆に、faute を客観化することによって、その内容を空虚にするとは非難されるのが、《危険責任論》のかくれもない反対者であるということに目をとめる心要がある。」(前掲論文一四〇頁)。

(23) 野村好弘「故意・過失および違法性」加藤一郎編公害法の生成と展開(昭四三年)三八七頁以下、淡路剛久

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト特集公害―実態、対策、法的課題(昭和四五年)三七二頁以下。

(24) 牛山積「工場騒音の受忍限度」法学セミナー昭和四六年五月号付録公害判例ハンドブック四三頁。

(25) 東京高判昭四二・一〇・二六高民二〇卷五号四五八頁、広島地判昭四二・一二・二二判時五一六号六三頁、新潟地判昭四三・三・二七判時五二〇号一六頁、名古屋高判昭四三・五・二三下民一九卷五・六号三一七頁、このタイプの判例には、予見可能性としての過失を認定しているものが多いということとはもっと注意されてよい。

(26) 東京高判昭三七・五・二六高民一五卷五号三六三頁、名古屋地判昭三九・一一・三〇判時三九八号四八頁、名古屋高判昭四一・一二・一二判時四九九号四〇頁、東京地判昭四五・九・一九判時六〇五号八〇頁。

(27) 東京地判昭四〇・一・一九判タ一七四号一四九頁、名古屋地判昭四二・九・三〇判タ二一三号二三七頁、佐賀地判昭四二・一〇・一二判時五〇二号二六頁、岐阜地判昭四三・五・九下民一九卷五・六号二三二頁、名古屋地判昭四五・九・五判時六〇五号七四頁。

(28) 野村、前掲論文三九一頁。

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

四四

(29) 淡路、前掲論文三七五頁以下。

(30) 同右。

(31) 牛山積、書評、加藤一郎編「公害法の生成と展開」法律時報第四一卷二号（昭四五年）九六頁。

(32) 沢井裕、公害の私法的研究（昭四四年）一六五頁以下。

(33) 西原道雄「公害に対する私法的救済の特質と機能」法律時報第三九卷七号（昭和四二年）一三頁、同「産業公害における企業の過失(1)」事故と災害二卷一号五六頁。

(34) 戦後ではこの理論に従うものとしては、我妻・有泉・四宮、判例コンメンタールⅥ事務管理、不当利得、不法行為（昭和三八年）一一三頁、加藤一郎、不法行為、法律学全集(2)（昭和四〇年）二八頁、加藤一郎編、註釈民法(9)債権(10)（昭和四〇年）二五—六頁。

(35) 西原、前掲論文一三頁。

(36) 同右。

(37) 沢井、前掲書二〇九頁。

(38) 同右、一七二頁。

(39) 同右、一七九頁。

(40) 同右、一七二頁。

(六) 一応のまとめ

最後に、先の沢井理論についての若干の検討と批判とを含めて、ここでの一応のまとめをしておこう。いわゆる損害回避義務段階説では、危険性の度合いに応じて注意義務も高まり、最終的には一種の絶対的な注意義務が課せられるという点で、過失責任から危険責任ないし無過失責任への健全なかたちでの発展の可能性が示唆されていると一般的には評価されよう。更にまたいわゆる古典的理論が産業資本主義の興隆期に、企業保護のイデオロギーによって変容を受け、それ以後、損害の防止措置の設置が技術的、経済的に不可能の場合には、被害者は過失責任の救済範囲から締め出されてきたのに対して、沢井教授が、危険の程度が高まり、互換可能性の程度がゼロに近い終局的な段階では、防止措置の有無にかかわらず、予見可能性があればそれだけで過失があることを示唆し、技術的、経済的に回避不可能の場合をも一定程度まで、予見可能性としての過失論でカバーしうる道を開いたことは、右の縮限されていた範囲を一挙に拡大することにつながり、それ故に高く評価されなければならない。氏が予見可能性としての過失は窮局的な意味での損害回避義務違反であるという場合には、そこに多様な意味内容がこめられていると思われるが、しかし、全体として感ずるこ

とは、予見可能性と損害回避義務との関係、あるいは損害回避義務そのものの意味内容がやや不明確なのではないかという点である。しかもこの損害回避義務に幾つかの段階をみとめるので、最高度の場合とはかく、そうでない場合には依然として防止措置の有無・適否が過失の認定にとつて重要なメルクマルとなるということが否定されてはいないようである。その意味で氏も先の大審院の立場から完全に脱却していないと言わざるをえない。更に予見可能性のみで過失が認定されうる場合に、この「予見可能性」は如何にして判定されるのかというところで最も重要な問題に十分な考慮が払われていないからである。この予見可能性の認定基準については、判例には古くから、結果の予見義務の具体的な内容として、「研究・調査義務」をみとめ、それを客観的な標識として予見可能性の認定を行なってきたものがあり、沢井教授もこの調査義務を加重することによって予見可能性を広くみとめるべきだとしているが、この点は今日もっと強調されてよいのではないだろうか。結論的に言えば、要するに、通常の不法行為の場合と同様に、少くとも非難原因としての予見可能性があれば、それだけで過失があるとするのが現段階における公害の本質を見きわめた過失論であると言えよう。そして、防止設備の有無ないし適否はむしろ違法性の問題とすべきである。また、予見可能性の有無の問題

不法行為法における故意・過失及び違法性理論の動向

は、分析・調査・研究追跡義務を内容とする予見義務を含む広義の損害回避義務を設定し、それにそつて予見の主体・時期・対象等をめぐる理論を構築することを通じて、包括的に解決がはかられるものと考ええる。今日の公害の多くは、加害企業の犯罪的で継続的な営利追求活動によつてもたらされたものであり、被害者にとつては不可避的且つきわめて深刻な被害を生ぜしめているという実態を直視するならば、自ずから右のような結論に到達せざるをえないものとわれわれは考える。

ただ、従来の民法理論では、因果関係でいわれる特別な損害に対する予見可能性と過失の成立についての予見可能性とを明確に区別した上での議論はあまりみられなかったようである。特に後者についての独自の議論の展開はきわめて乏しいものであったと言えよう。従つて過失の成立に必要な予見可能性については、その有無の判断要素を確定する作業の前提としての、予見の主体・時期・対象及び予見義務の内容等についての理論的肉づけの作業は今日においてもなお不十分たるを免れないのである。この点は伝統的な過失論のもつ欠陥だったと思われるが、今後は右のような理論づけの方向を検討し、あわせてこの過失における予見可能性理論と因果関係における予見可能性論との論理的な関係が究明されるべきであらう。いずれにせよ予見可能性の有無の判定の問題は事件後の、裁判所による適及的

な判断にゆだねられており、すぐれて価値判断に左右されやすい法的な問題でもあるので、今や恣意的な判断を抑制するための客観的な基準が要求されているのである。

周知の如く、現在、熊本水俣病訴訟をはじめとして、四日市公害訴訟、カネミ油症事件訴訟、サリドマイド訴訟等、広く公害訴訟において、あらためて予見可能性としての過失論の意義が問われている。個々具体的な事件の中で、事実を丹念に究明することを通じて、予見可能性・過失を立証していくということはきわめて困難な道でもある。予見可能性論を發展させること自体には何ら異論はないにしても、どうしても予見が不可能とされる場合をこの理論ではカバーしえない。その意味で、予見可能性を中核とする過失責任論の有効性と限界とを正しく見きわめると同時に、他方でやはり予見可能性としての過失の立証を不要とする無過失責任論を設定しておくことが今日必要となっているのではなからうか。

(1) 昨年の九月二十九日に下された新潟水俣病訴訟判決はこの点でも画期的な判決だったと言えよう。そこでは、化学企業に「安全管理義務」が課せられ、その具体的な内容として、調査・研究・分析義務が設定されており、また、最高技術を以てしてもなお損害の回避が不可能の場合には、企業の操業短縮・停止までも要請されるという

不作為義務が作出されている。沢井理論のところでもみてきたように、この点は伝統的な過失論の今日における到達点でもあると言つてよいが、それが公害判例によつてもみとめられた意義は大きい。なお、新潟水俣病判決の論評については、次のような特集号を参照されたい。法律時報四三卷一四号(昭和四十六年一月号)、ジュリス ト四九三号(昭和四十六年一月一五日号)、判例時報六四二号(昭和四十六年一月二一日号)。