

論 説

平井宜雄『損害賠償法の理論』考

—法解釈学と法の基礎研究—

笹 倉 秀 夫

はじめに

- 1 前半部分：相当因果関係説をめぐって
 - 2 後半部分：不法行為法の基礎理論をめぐって
- まとめ

はじめに

平井宜雄著『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971）は出版以来高い評価を受け、そこで出された「平井説」は〈革新的な有力説〉とされ、不法行為論の流れを変えたと言われて来た。笹倉は最近、早稲田大学大学院のゼミでこの書をテキストにし、院生とともにそこから多くを学んだ。しかし同時に、読むにつれ疑問点が増えてもいった。本稿では、それら疑問点の考察をおこなう。それは、そうした検討が〈実定法学者がその法解釈論を構築する際に法の基礎研究（判例・法理論の分析や、比較法・法社会学・法史上の考察；本稿ではとくに外国法研究）がどういうかたちで働くものであり、それゆえ基礎研究に問題があると、その法解釈論のどの点が⁽¹⁾どう傷つくか〉を考える上で有益であると思われるからである。

『損害賠償法の理論』における平井の基本姿勢は、「それぞれの法系におけるそれぞれの機能に即して「過失」概念の内容を構成するのが、何よりもまずなすべき作業ではないであろうか」(同書461頁。以下、『損害賠償法の理論』については、頁数のみを示す)とあるように、日本の民法学をして、日本の判例の蓄積を踏まえた理論化(動向の自覚化・理論的整備・定式化)をおこなう学革新し、それによって法実務を方向づけようとする⁽²⁾ことにある。『損害賠償法の理論』は、この姿勢で日本の判例をベースにしつつ理論提示をする点で、法学上の、ナショナリズムとプラグマティズムとを前面に押し出した希有な作品となっている。

そして、こうした姿勢をとるならば、基礎研究は、不可欠だというものではなくなる。それらはせいぜい、〈日本の実務を踏まえた実務向けの解釈論構築の作業上で役立つものがあれば適宜使う〉という程度のものとなる⁽³⁾(このスタンス自体を本稿は非難するものではない)。そして、このような本に関しては、基礎研究上の疑問点を指摘しても、〈本書の主題は、損害賠償法実務向けの法解釈論であるから、基礎研究に問題があっても、それは副次的なことだ〉と反論される可能性は大きい。確かに、一般的に言

(1) 本稿では『損害賠償法の理論』への批判的言辞が目立つだろうが、作品論であって、他意はない。また筆者は、「相当因果関係説」や従来の民事違法性論、さらにはドイツ法学そのものを擁護する立場から、本稿を書いているのではない。筆者はさらに、平井が追求する〈損害賠償法の柔軟化；ドイツ法学の「呪縛」から日本法学を解放すること；実務に影響のある法理論を構築すること〉自体に反対ではない。本稿に対しては〈批判に終始しないで、代替の解釈論を示せ〉との意見もありえようが、本稿は解釈論提示を課題にはしていない。

(2) 平井はこの立場を、「日本の不法行為法は日本の判例・学説の現実の姿を直視し、そこから構築すべきである」(396頁)、ないし「判例の立脚する実質的な価値判断や、実質的な問題点を明らかにしようとする本書の立場」(399頁)、「実務の中から理論を探求するのを基本的方法とする本書」(457頁)等とも定式化している。

(3) 実際、平井自身、「はしがき」において「本書で言及されている外国法は、このような私の問題関心に合わせていわば切りとられてきたものにすぎない」(i 頁)と断っている。

って実務法学的な議論は、前提となる基礎研究に問題があったとしても、即「無意味」となるものではない。

しかしながら、或る学説の立論が、〈基礎研究を土台にして新しい法解釈学説を提唱する〉というかたちで展開されている場合には——まともな法解釈学説はたいていこの手法を採る——、そこにおける論証と実証に問題があれば、立論の信頼性は当然傷つく⁽⁴⁾。『損害賠償法の理論』について筆者が予感するのは、この点である。

こうしたことがとりわけ問題化するのは、平井が日本の法の或る条文をめぐって、その条文の母国（ルーツ国）ではない国の法理論がその解釈に使われておれば、そうした理論を〈日本の法と実務にとって「異質物」である〉として除去しようとするところにおいてである。平井は、日本民法416条・709条のルーツでないドイツ法固有の法理論（「相当因果関係説」や〈構成要件—違法性—責任〉三分論）⁽⁵⁾が日本の民法学や法実務を「呪縛」していると批判し、ドイツからの解放を主張するのだが、この意気込みが事⁽⁶⁾

（４）「当該法学説の「歴史認識」自体が実証のレベルで反証された場合には、それと「連結」された「規範認識」がその限度で説得力を失うことは明らかである」（森田修「私法学における歴史認識と規範認識」（１）、『社会科学研究』47巻４号、1995、216頁）。

（５）平井はこの手法を、「規定の沿革を探り（これは私が来栖先生から学んだものです）、その解釈に影響を与えた業績（外国とくにドイツの学説）を確定し、それとの乖離を示した上で、解釈論を提示するというもの」と定式化している（「法的思考様式を求めて」、『北大法学論集』47巻６号129頁、1997）。森田修（注４）の言い方を借りれば、「ドイツ—辺倒批判のフィギュール」にいたる「準拋法のトボス」である。

（６）平井は、自分のプラグマティカルな手法に対する、ドイツ法学的思考の法学者たちからの批判を想定して、「しかし、法技術的には大陸法系には属しえても大陸法的法思考の伝統ときわめて異質なわが国において、かような批判の実質的な意義は疑わしいと思われる」（462-463頁）、と述べている。この言明では、「法思考」の点でも日本がドイツとは異質である（日本はドイツと異なりプラグマティカルな傾向にある）；だから民法学の「法思考」は非ドイツ的（＝プラグマティカル）であるべきだ、という論理となっている（事実認識が当為と直結している。241頁をも参照）。「実務の中から理論を探求する」姿勢（457頁）は、ともすればこの種の、

実認識と思考とにマイナスに作用しているのではないか。『損害賠償法の理論』は——これまでの民法学ではあまり問題にされてこなかったのだが⁽⁷⁾——この観点からの検討をとくに要する作品だと思われる。

『損害賠償法の理論』は、第 3 章までの前半部分が、日本民法416条をめぐる損害賠償の範囲を定める理論（とくに相当因果関係説克服の観点からの、ドイツ・英米・日本における理論と実務の比較法的考察）を、第 4 章以下の後半部分が、日本民法709条をめぐる不法行為法の基礎理論（とくに違法性を「過失」によって置き換える議論）を、柱にしている。それゆえ本稿は、「1 前半部分：相当因果関係説をめぐる」で相当因果関係説をめぐる議論を、「2 後半部分：不法行為法の基礎理論をめぐる」で不法行為法の基礎理論を扱う。

1 前半部分：相当因果関係説をめぐる

『損害賠償法の理論』の前半部分で中心問題となるのは、〈故意ないし過失がある加害行為と、その行為にともなって発生した財産的損害（第一次

ナショナリズムとプラグマティズムに傾斜し（「日本の実務＝判例に結びつく法学であれ！」となり）、その結果、反原理論（「ドグマは無用だ！」）を強める。

以上は、別に批判ではない。平井のここでの思考が、ロースクール設置によってこれから強まるであろう法学の傾向を先取りしたものとして興味深い、と考えるゆえの注記である。

- (7) 平井『損害賠償法の理論』論を主題とした論文はない。『損害賠償法の理論』の個々の論点に対する批判は、石田稔『損害賠償法の再構成』（東京大学出版会、1977）；前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978）；澤井裕「不法行為法学の混沌と展望」（『法学セミナー』1979年10月号）；森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987）；田山輝明『不法行為』（補訂版、青林書院、1999）；同『事務管理・不当利得・不法行為』（成文堂、2006）、および英米法の部分に関して水野謙『因果関係概念の意義と限界』（有斐閣、2000）などに見られる。これらに対する平井の反応のうちでは、平井宜雄「損害賠償法理論の新展開」（『特別研修叢書』1977年度版、日本弁護士連合会、1978）17頁の石田稔批判が、様々な意味で興味深い。

侵害とそれによる損害、およびそれから派生する後続侵害とそれによる損害）との間の関連づけをどう規正するか⁽⁸⁾に関する理論の一つとしての、ドイツの相当因果関係説の評価である。平井は、次の三つの理由によって、日本では相当因果関係説は放棄されるべきだとする：

(i) ドイツの相当因果関係説は、ドイツ民法特有の「完全賠償の原則」(25頁)を支えるための法技術である(68・69頁)。これに対し、日本民法は「完全賠償の原則」をもたない。ところが日本の民法学ないし判例は、日本民法416条を——それが承譜的にイギリス法に近いにもかかわらず——この、「完全賠償の原則に立つドイツ損害賠償法」(195頁)に固有(=それと一体)の理論である相当因果関係説によって解釈するばかりか、債務不履行に関する同条文を、(後述するようにフランス起源の)不法行為条文709条の運用上で(類推)適用する(それゆえそこでも相当因果関係説が使われる)。これは、ルーツの違う国の法(条文)に対する、二重にお門ちがいの法理論利用である。

(ii) しかも相当因果関係説は、本家のドイツでも「崩壊」・「解体過程」の中にある。「完全賠償の原則」は「因果関係」以外の要件——予見可能性・直接あるいは間接等の——を要しない(26頁)とする点で硬直性をもっているのだが、相当因果関係説は、このような「完全賠償の原則」と一体の理論であるゆえ、その硬直性を共有することとなった。このことが、この説に機能障害を引き起こし、同説は崩壊しつつあるのである。

(iii) 加えて、日本の相当因果関係説は、因果関係があるか否かの問題、どこまでの損失に賠償責任を負わせるか(賠償範囲)の問題、および賠償

(8) 因果関係の問題は、二つある：(α)賠償責任がある(この侵害行為がこの結果をもたらした)と言える)か否かに関わる因果関係 *haftungsbegründende Kausalität* と、(β)どこまでの損失に賠償責任を負わせるかに関わる因果関係 *haftungsausfüllende Kausalität* とである。相当因果関係説で問題になるのは(β)で、たとえば、けがをさせた(=第一次侵害)相手が、入院中に病院の火災で死んでしまった(=第二次侵害)といったケースである。『損害賠償法の理論』27頁、前田(注7)『不法行為帰責論』221頁以下参照。

額を金銭に換算していくらとするかの問題、の三つを混同している。

平井は、ドイツの相当因果関係説をこれらの理由で拒否し、損害賠償法の理論を、因果関係よりも、客観的な予見可能性（予見すべきだったとの評価）や「規範の保護目的・保護範囲」を前面に押し出すグリーン Leon Green 以降のアメリカ・モデルに依拠して再構築しようとする（101頁）。

以下のところでは、平井のこうした立論の基礎を成す、相当因果関係説に関わる、事実認識とそれを踏まえた議論とについて、立論の根底を成すものにも眼を向けつつ検討する（したがって本稿では、平井の提言の基礎となる基礎研究を検証することが課題となるのであって、その提言が政策論上妥当か否かの考察は課題とはならない）。

1-1 前提事実と問題の所在

まず、前提問題として、（１）「完全賠償の原則」とは何か、および（２）それに関する平井の立論の特徴、を押さえておこう。

（１）「完全賠償の原則」とは何か

西欧近世の自然法学者たちは、「何人をも害するな」・「他人を害するな」Neminem laedere. Alterum non laedere. の原則にもとづいて、不法な侵害に対し厳しい姿勢をとった。すなわち、〈不法に行爲した者は、その行爲によって生じたすべての損害を賠償しなければならない〉⁽⁹⁾とした。これが「完全賠償の原則」das Prinzip der Totalreparation; das Prinzip des vollen Schadensersatzes (=Schadensausgleichs) の原型である。

この観念は、19世紀ドイツの普通法学（ローマ法を基礎にして、時代に適合した法を獲得しようとした法学）においては——行爲者の予見ないし予見

(9) Ernst von Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht (1956), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 1968, S. 407; シーマン (Gottfried Schieman) 『ドイツ法学の構造と歴史的展開』(新井誠訳、日本評論社、2008、第2章)。

可能性などが取り入れられたため——一時期弱まっていたが、19世紀後半期に再生した。とくにモムゼン（Friedrich Mommsen, 1818-92）が、*Zur Lehre von dem Interesse*（1855）において、被害者救済を優先する立場⁽¹⁰⁾から、古代ローマ法の諸法文を整理する作業を通じて、損害賠償法の理論化に関わる次の二つの提言をしたことが、その契機となった。

第一の提言（以下、仮に「全関連説」と呼ぶ）は、責任を負うべき損害の範囲に関わる。モムゼンによれば、不法に他人に財産的損害を与えた者は「行為の直接の結果」としての全損害に賠償義務を負う；すなわち加害者は、〈損害は自分の行為がなくとも発生しえた〉、あるいは〈被害者本人ないし第三者の故意・過失が損害発生に寄与した〉と抗弁できないかぎり、第一次侵害による損害のみならず、すべての後続侵害による損害にも賠償義務を負う⁽¹¹⁾；予見しなかった・予見しえなかった損害についても責任を負

(10) F. Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*, 1855, S. 165f. モムゼンによれば、執筆当時なお〈行為者は、自分が予見した損害に対してのみ責任をもつ〉という原則が支配的であった；それは論者が、〈損害賠償は行為者に対する「刑罰」（贖罪）であるため、行為者は自分が予見していたことがらにのみ責任を負うべきだ〉と考えたためである。しかしモムゼンは、損害賠償は刑罰ではなく、被害者救済にある；したがって予見可能性は不要である、とした。

なお平井は、「完全賠償の原則」が「裁判官による価値判断ないし裁量の余地を極力排斥しようとする意図に立脚している」；その背景には「裁判官への不信の念」があった（27頁。45頁も）、と言う。しかし、モムゼンからは、そのようなことは読み取れない。モムゼンはむしろ逆に、裁判官の裁量を尊重していた（本稿注16参照）。〔なるほどドイツ私法には、法治主義尊重が見られる（本稿注57、575頁）。しかしこのことと裁判官の裁量を尊重することとは、法解釈を媒介にすることによって、両立する。〕

しかも、モムゼンの前には予見を重視した学説が永らく支配的だったのだから、もし平井の言うとおりであるとすれば、その時代（1850年に至る少なくとも100年間）には裁判官に自由裁量を広く認める立場が強く、裁判官への信頼の念が強かったことになる。そして1850年代以降、裁判官への不信ゆえに自由裁量を否認する動きが強まったことになる。しかし、これは、裁判官像の変化に関する法史学の認識に反する。

(11) Mommsen (fn. 10), S. 146, S. 164-168.

う。(行為者本人の予見を軸にする)主観的予見可能性、および(通常人の予見を基準にする)客観的予見可能性の排除である。この点でモムゼンは、後の時代のことばで言えば、損害と「法的因果関係」*conditio sine qua non* (本稿522、539頁参照)があるかぎりでの第一次侵害・後続侵害の全関連損害に対して賠償義務を負うとする立場に実質的に立っていた。

第二の提言(以下、仮に「差額説」と呼ぶ)は、賠償の程度に関わる。モムゼンによれば、加害者は「問題となる時点で被害者が有する財産と、その被害が生じていなければ有したであろう財産との差額⁽¹²⁾」を損害賠償として支払う義務がある。

モムゼンの両提言は、ヴィントシャイトらの支持を得⁽¹³⁾、「原状回復」の原則とも結びつき、財産的損害に関するドイツ民法249条以下に入った。249条1文は、「損害を賠償すべき者は、損害賠償の原因となる行為がなければありえた状態に戻す〔＝原状回復の〕義務を負う」と規定し、252条は、「賠償すべき損害には逸失利益〔＝事故がなければ、その事故の時点以降に取得できたであろう利益〕も含まれる」と規定した。今日ドイツで「完全賠償の原則」と呼ばれるのは、これらの基本原則のことである。

しかしながら、この「完全賠償の原則」は、まもなく空洞化されだす。ドイツの法学者が相当因果関係説を提唱し、法実務がそれを採用しだしたことによって、全関連説が無視されていったのである。本稿前半ではこの点が重要なのだが、これは後で扱う(502頁)。

(12) Mommsen, a. a. O., S. 3.

(13) 注21にあるように、イェーリングはモムゼン説を〈予見可能でないことも加害者の責任とするのは衡平に反する〉と批判したのだが、モムゼンの立場に立ったヴィントシャイトは、このイェーリング説に反論している。その理由は、イェーリングのローマ法源理解が間違っているというものであった。Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2. Bd., 5. Aufl., 1882, S. 39, Anm. 34. ヴィントシャイトの関心は、〈政策的に妥当かどうか〉ではなく、〈ローマ法に準拠しているかどうか〉にあったのである。

（２）平井の立論の特徴

平井は言う、

「比較法的にみて稀な立法例であるところの、完全賠償の原則を支えるための因果関係という法技術は、特殊＝ドイツ法的な法技術なのである。したがって、〈損害賠償の範囲は因果関係によって、そうして因果関係のみによって定まる〉という命題は、特殊＝ドイツ法的ドグマにほかならない。」（34頁）（下線部は引用者による。以下同じ。）

一般に或るものが「特殊、〇〇国的」といえるためには、二つのことが欠かせない。すなわち、第一に、それが他の国にはなく、〇〇国でのみ見出されること、第二に、それが永らくその〇〇国で支配的であったこと、である。「完全賠償の原則」が「比較法的にみて稀な立法例」であり、したがってそれ「を支えるための因果関係」が「特殊＝ドイツ法的」であるとするためには、それゆえ、「完全賠償の原則」自体が上の二つの関係を帯びて存在していることを明らかにしなければならない。しかし、『損害賠償法の理論』は、すでにこの点において問題性を顕在化させる：

すなわち、第一に、「完全賠償の原則」の観念は、英米法やフランス法でもその根底にある。この事実については、たとえばバールが、「完全賠償（réparation intégrale）の原理は、ヨーロッパという演奏会においてドイツを孤立させる特殊性であるというわけではないし（それは、ギリシア法、コモン・ローと同様、ロマン法圏をも支配してきた）〔…〕」と指摘している。またケメラも、「完全賠償」的処理法は英・仏にも見られるとする：①イギリスでは1921年の Polemis-case が永く判例であった；この判決は、ガソリンの入った缶を輸送していた船が、積み替え作業中に落下した板（に付いた金属）によって発火した事件に関わる；裁判所は、過失で板を落とした者は、その後に生じた、予見不可能な直接の結果にも責任を負うと判示したのであった。②「フランスの実務」は「極端に走ってお

り」(裁判所はその是正に努めているが)、たとえば、労働者が轢かれると使用者にも、ある人が轢き殺されるとかれを得意客としていた仕立屋にも、損害賠償が認められる⁽¹⁴⁾、と。

第二に、上記のように「完全賠償の原則」はドイツでは、民法典への採用後、まもなく相当因果関係説によって無視されだす。この点はケメラーが、次のように指摘している：「しかし、注目すべき事態がすぐに〔ドイツ民法制定直後に〕生じた。法学説と実務とが立法者のこの決定〔ドイツ民法に249条1文が入ったこと〕をあっさりと無視しだしたのだ。249条に限定を加える必要があるとした法学説・法実務は、それを法的な因果関係という特別の概念を構築することによって実行した。これは、責任の範囲(Haftungsumfang)を限定する一つの道であった。他の国の法でも再三再四、人びとはこの道を採ろうとした⁽¹⁵⁾」(この点に関する判決の変化については、後述514頁以下参照)。学説・判例による、事実上の反制定法解釈ないし変更解釈が定着していったのである(この認識が、肝要である)。

以上要するに、(α)「完全賠償の原則」はドイツ特有であったわけではないし、(β) 条文上はともかく、ドイツの法理論と実務とは「完全賠償の原則」を忠実に維持して来たわけではない⁽¹⁶⁾。(γ) むしろドイツでも他

(14) Christian von Bar『ヨーロッパ不法行為法』(2)(窪田充見訳、弘文堂、1998) 361頁。Caemmerer (fn. 9), Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, S. 399-404. 水野(注7)『因果関係概念の意義と限界』125頁も、「完全賠償主義」は、英米法においても現代に入ってから判決の基礎にあったとしている。

(15) Caemmerer (fn. 9), a. a. O., S. 400. ケメラーは、別のところでも、同じことを述べている：「今から振り返ると、ドイツの立法者による〔BGBへの〕「完全賠償の原則」導入の決定を、判決と法理論とがこんなにも結束して当初から無視したのは、本当に驚きに値する。それは「法的意味での因果関係」という特別の概念、すなわち相当因果関係説を考え出すことによって起こった」。Caemmerer, Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen (1970), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 1983, S. 346-347.

(16) モムゼンの本の記述からさえ、<自分の両提言は完全に実現可能だし貫徹され

の国でも「完全賠償の原則」を克服するためにそれぞれのバージョンの相当因果関係説が採られてきたのであって、(δ) ドイツの相当因果関係説も、「完全賠償の原則を支える」理論であったところか、それを崩す理論であった。民法の条文と、そのもとでの法理論・法実務を安易に一体化させてはならないのである。

ところが平井は、「完全賠償の原則」をこれら (α)～(δ) の4点とは反対に解している。なかでも、相当因果関係説がそうした平井の理解による「完全賠償の原則」を支える（＝それと一体の）理論だとするかれの見方は、次のようなものとしてある：

平井はまず、因果関係論について次のように言う、

「『因果関係』という概念は、完全賠償の原則を実現するための法技術にはかならない」（26-27頁）

「前節で述べたとおり、「損害賠償義務を生ぜしめる事実と損害との間の因果関係」という要件は、ドイツ損害賠償法の基本構造たる完全賠償の原則の法技術的表現にほかならない。」（31頁）

「因果関係という概念は、右にみたように、従来の損害賠償概念に対立するものとして成立した完全賠償の原則と論理的に結合しつつ、それを支えるところの法技術として生れたものである。したがって、〈損害賠償の範囲は因果関係によって定まる〉という命題は、完全賠償の原則という構造を前提としてはじめて意味を有する。」（33頁）

この引用文中の「因果関係」論に、平井は相当因果関係説をも含める。

るべき原則だ」とはかれ自身も考えていなかったことが分かる。すなわちモムゼン
は言う：①賠償額は、事故時の被害者の行為態様（過失相殺など）、事故による被害
者側の利得、さらには損害発生に第三者の行為がどれだけ寄与したか等の事
実的要素によって減額され、ゼロとなることもある；②どこまでの金銭賠償が原状回復
を意味するか・差額が金銭的にいくらかは、裁判官の裁量に頼ることが避けられ
ない；そのとき当事者の悪意の有無等が、裁判官の裁量に影響を与える、と。

たとえば平井は、「完全賠償の原則の法技術的表現の一環である因果関係概念、その因果関係を前提として展開された因果関係論、その中の一つである相当因果関係説」(48頁)と述べ、また後述するように(本稿521頁)、「完全賠償の原則を支える相当因果関係論」(68頁)、「相当因果関係説及びそれが支えるところの・完全賠償の原則」(69頁)と述べている。ある原則を「表現」しているないし「支え」ているとは、その原則に従って動いていることである。つまり平井は、相当因果関係説を「完全賠償の原則」を実現するための法理論⁽¹⁷⁾だと見ているのである。相当因果関係説は「完全賠償の原則という構造を前提としてはじめて意味を有する」との言明は、この考えが表出したものである。平井のこの認識が妥当かが、第一の疑問点である。

ちなみに、〈相当因果関係説が賠償範囲の限定をもたらした事実、それゆえそれは「完全賠償の原則」の妥当を限定する理論であった事実〉は、後述のようにその主峰のトレーガーや諸判決を読めば誰でもが一目瞭然に確認できることである。平井自身、この事実を否定し去ることはできなかった。たとえば、かれは——他方では——次のような言い方をしている、

「因果関係論は、自然科学的・哲学的意味における因果関係(conditio sine qua non)から出発し、conditio sine qua nonを何らかの規準によって制約することによって、法的因果関係概念を発見することに努める⁽¹⁸⁾。したがって、その第一次的な関心事は、因果関係を法的観点から限界づけること

(17) 〈「完全賠償の原則」を(「相当因果関係」や、さらには「予見可能性」によって)部分的に否定することは、残りの部分を肯定することだから、「支える」ことだ〉という反論もありえよう。しかし、〈ユダヤ人をゲットーに入れるが、そこでは生かす〉という政策は、かれらの生活を「支える」政策だろうか。

(18) トレーガー自身は、因果関係を三つに分けている。①自然科学的・哲学的意味における因果関係、②conditio sine qua nonと呼ばれる、法的な事柄に関わる因果関係、③相当因果関係、である。Ludwig Träger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, S. 38ff., 160.

(Kausalitätsbegrenzung)に存するのであって、直接には、損害賠償の範囲を制限づけるという発想はみられない。なぜなら、因果関係論は、完全賠償の原則の論理構造を前提としているのであり、責任の限界づけ (Haftungs-begrenzung) は関心の外にあるからである。〔しかしそれは、〕法的因果関係の概念を定立することによって、結果的に賠償範囲の制限に導かれたといったほうがよいのである。〕(44頁)

すぐ先の引用箇所で平井は、「因果関係を前提として展開された因果関係論、その中の一つである相当因果関係説」と述べていた。したがって、ここでの「因果関係論」には、相当因果関係説も入る。すると平井は、①先には「相当因果関係」説が「完全賠償の原則」を支える理論であるとしていたのだが、②ここでは〈「相当因果関係」説は「完全賠償の原則」が排除した「賠償範囲の制限」をも生じさせた〉と認めた、ということになる(76頁でも、「完全賠償の原則」がもたらす「不当な結果を除去するために」、「相当因果関係」が判例・学説によって使われた、とする)。平井はこのようにして、これら①・②の両認識を整合させる必要に直面する。そこで平井がここで採るのは、②を最小限化するために、〈「因果関係論」は、「直接には、損害賠償の範囲を制限づけるという発想は」もたなかったが、しかし自然科学・哲学を法学に適用しようとして「結果的に賠償範囲の制限に導かれた」⁽¹⁹⁾〉という説明でいく道であった。「結果的に」とは、はからずも(=意図に反して・結果に裏切られて)、という意味であり、〈制限はあったとしても極小のものだった〉といった印象を与えるための表現である。相

(19) 平井は、また次のようにも言う、「完全賠償の原則を採ったドイツ民法も、結果的には、賠償の範囲を制限する可能性をもたらすところの法技術として相当因果関係〔…〕概念を採用したことは興味深い」(316頁注13)。ここでも、〈相当因果関係説は、賠償の基礎となる因果関係の範囲、したがってまた賠償の額、を限定しようとした；それはすなわち、「完全賠償の原則」の妥当範囲を限定しようとする学説だった〉という否定できない事実を、〈「完全賠償の原則を支えるための」相当因果関係説〉という自説と両立させるべく、「結果的には」という語が——注意深く——挿入されている。

当因果関係説が「直接には、損害賠償の範囲を制限づけるという発想」をもたなかった理由は、それが「完全賠償の原則」を支える理論として、それに規定されていたことにある、ということである（平井は44頁でもそれを「完全賠償の原則の論理構造をそのまま維持しつつ、しかも損害賠償の範囲を〔…〕確定しようとする理論だとする）。

しかし、平井のこの説明は、三つの疑問を新たに招来する：（a）そもそも「結果的に」とするのは、妥当ではないのではないか。相当因果関係説はなぜ、「因果関係を法的観点から限界づけること」を進めたのか。もしそれが、加害者の負担を衡平にかなったものにしようとする意図によるものであれば、「結果的に」で片づけることはできなくなるのではないか；（b）相当因果関係説の論者が「損害賠償の範囲を制限づけるという発想」をもたなかったのに「結果的に賠償範囲の制限に導かれた」としたら、かれらは、自分たちの理論の、明白な自己矛盾的帰結さえ見通せなかったことになる。かれらの法学の水準はその程度のものにすぎなかったのか；（c）たとえ「結果的に」ではあっても「完全賠償の原則」を限定したと言うのであれば、相当因果関係説は「完全賠償の原則」を支える理論ではなくなり（平井は機能論を重視する）、それゆえまた、「ドイツ固有」で「日本では拒否されるべきもの」でもなくなるのではないか。これらが第二の疑問点である。これらの点は、後で検討する（512頁以下参照）。

（3）問題の所在

上の第一の疑問点、〈相当因果関係説が、（i）（ドイツ固有の）「完全賠償の原則を支える」ためにあるのか、それとも（ii）「完全賠償の原則」の妥当範囲を限定するものであるのか、の問題が、『損害賠償法の理論』前半部の立論の当否を左右する中心問題である：

（i）のように、「完全賠償の原則」がドイツ固有で、相当因果関係説がその「完全賠償の原則を支える」ためにあるのなら、①「完全賠償の原則」を採用していない国——平井によれば日本はそれに入る——で相当因

果関係説を使うのは誤用だ、②損害賠償法を柔軟な運用ができるものにするためには、そのような硬直した理論は放棄するほかない、という（平井の）主張には理由があることになる。

（ii）のように、相当因果関係説が逆に〈衡平の観点から全関連説を否定し、完全賠償の原則を限定する〉学説としてあるのなら、①相当因果関係説が、予見可能性のみならず、「因果関係の中断」、「原因と離れすぎている too remote」、「法の保護目的・保護範囲」等の観点をも、同じ衡平確保の目的のための共闘相手として採用しても自己矛盾ではない；相当因果関係説ないしその運用は、柔軟化可能なものなのだ；そもそもそれは、単純な因果関係論ではない、ということになる。②また、別の或る国（たとえば日本）の法が「完全賠償の原則」（やドイツ法）を採用しているか否かにかかわらず、相当因果関係説を使うことがあっても、〈この理論は、「完全賠償の原則」と一体不可分でないのだから、それを活用することにとくに問題はない〉ということになる。

一般に或る支配者からの解放をめざす運動においては、その支配者は「クロ」と位置づけられることになる。日本法理論をドイツ法理論の「呪縛」から解放することをめざすならば、「呪縛」者の理論（＝相当因果関係説）は、それが本当は「グレー」ないし「シロ」であっても、どうしても「クロ」になってもらうほかない…。こうして平井は上の（i）の見方をとり、（ii）の可能性を排除した。そして平井は、①この〈相当因果関係説は「クロ」だ〉とする前提上で、相当因果関係説はドイツ固有であり、そのドイツにおいても十分には「損害賠償の範囲を制限づけ」られない欠陥理論だから放棄すべきだとし、②ドイツで判例が（予見・予見可能性や法の保護目的・保護範囲などの概念を使って）責任範囲を限定する動きを始めた点を指して、ルーツ国のドイツでも「相当因果関係説の崩壊」が進んでいると強調するのであった。③加えてかれは、日本民法416条を（因果関係に関わる規定ではなく）「保護範囲」を予見可能性によって限定した規定だとし、それゆえ、不法行為への類推適用を拒否するのでもあった。

だが他方では、トレーガーらの本やドイツの諸判決を読めば、相当因果関係説が実生活適合的な柔軟さを追求し、それを予見可能性の視点をも取り入れることによって実現した理論であること（＝「グレー」ないし「シロ」のものであること）は、すぐ分かる（この事実については、さらに後述する。509頁以下）。上述のように平井自身、その自明の事実は認める。しかし、その事実をまともに受け止めると、対独解放戦争の志気が削がれてしまう…。このディレンマ意識が——先に述べたかれの諸前提認識と相まって——『損害賠償法の理論』の前半部に、あとで見るような種々の混乱を招来するのである。

以下では、こうした視点から、平井の議論を検討していこう。

平井著『損害賠償法の理論』の前半部は、前述のケメラーの講演“Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht”（1956、注9参照）および“Die Bedeutung des Schutzbereichs”（1970、注15参照）と深く関係している。ケメラーの主張は次のとおりである：①相当因果関係説は、損害賠償の範囲を限定する機能を充分には果たしていない（責任を否認した判決はごく少ない）；②相当因果関係説で処理されている事例には、因果関係とは無関係で、「法の保護目的・保護範囲」の観点から処理されるべきものが多くあった；③この観点からの判例は英米で発展しており、ドイツはそれに学ぶべきだ；④ドイツでも「運河ロックでの船舶転覆事件」（BGH、23. 10. 1951）以降、次第にその観点からの判決が増えている。⑤ケメラーはこの認識に立って英米独の判例の変化をも追う。平井の本は、ケメラーのこれらの議論をその五本柱とする。

しかしながら平井は、次の4点ではケメラーから離れる。ところがまさにこれら4点が、平井の本の前半部がもつ問題点そのもののなのである：（ α ）比較法学者ケメラーは「完全賠償の原則」や相当因果関係説が広く西洋に見られるとするが、〈日本法のドイツ法からの解放〉をめざす平井は、それらが「特殊＝ドイツ法的」だとする。（ β ）ケメラーは相当因果関係説が「完全賠償の原則」を限定した理論であったとするが、平井はそれを「完全賠償の原則を支えるための」理論だとする。（ γ ）ケメラーは（「一般的に損害の

発生を助長する原因か」を指標とする点で）クリーズの相当因果関係説を評価するが、ドイツ法からの解放をめざす平井は、〈相当因果関係説一般〉を破産したものだとし、廃棄すべきだとする（ケメラーは——実際には——「相当因果関係」・予見可能性か「法の保護目的・保護範囲」かの二者択一に向かうのではなく、ケースに応じて使い分けようとする（1956年講演 S. 407 f.）。これに対して平井は、二者択一でいく（63頁）。（δ）ケメラーは（ドイツにとって条文のルーツ国ではない）英米仏で発達した理論をもドイツに取り入れようとするが、平井は〈日本にとって条文のルーツ国ではない国（＝ドイツ）の理論は採用すべきでない〉とする。（平井は相当因果関係説を主として「特殊＝ドイツ法的」だからとして排除するが、ケメラーが問題にするのは主として、トレーガーらの法的構成が雑で無用である点である。）

1-2 トレーガー説をめぐる疑問点

（１） F. モムゼンとトレーガー

——「完全賠償の原則」と相当因果関係説の関係

主峰のトレーガーが、モムゼン説ないしそこでの「完全賠償の原則」を貫徹させる立場から、『民法と刑法における因果関係』*Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* を書いたのであれば、平井の言うとおりの、〈相当因果関係説は「完全賠償の原則」を支える理論であった〉ことになる。しかし事実は、逆である。すなわちトレーガーは、実践的立場からの、モムゼン説克服を課題にしている。たとえばトレーガーは、同書の192頁や221頁以下や231頁以下のところで、次のようにモムゼンの全関連説を「衡平」の観点から批判する：

損害賠償法では、19世紀中葉においても〈加害者は、かれに予見可能であった・あるいは不可避の損害にのみ責任を負う〉というドイツ普通法の原則が支配的であった；この原則の根底にあったのは、〈損害賠償は加害者に対する「刑罰」であるため、加害者は自分が予見できたことにのみ責任を負うべきだ〉という思考であった；この原則を批判してモムゼンが、『利益論』*Die Lehre vom Interesse* (1853・54) 書いた；かれはこの書で、ローマ法学

者の議論を根拠にしながら、「加害者は、賠償義務を課された行為から生じるすべての結果に——それらがその行為に対して単なる条件関係にあるにすぎなくとも——責任を負う」(S. 231)と主張した；後にヴィントシャイトやコーンフェルト (Cohnfeldt) が、この主張を全面的に支持した；

この転換にはもっともな理由があった；しかしモムゼンらの、因果関係に限定を加えないこの立場は、そのまま適用すると、「きわめて不合理で、われわれの法感情にいちじるしく反する帰結にいたる」widersinnigsten, unser Rechtsgefühl aufs äußerste verletzenden Entscheidungen gelangen (S. 221)；たとえば、過失で火事を生じさせた者は、延焼した隣家や持ち出されて盗難にあった隣家の家財だけでなく、火に驚いてショック死した隣家の主婦や、火事のため放置された間に事故にあった近所の子供などに関して も賠償義務を負うことになるではないか (S. 221f.)；

上の立場を貫けば、(相手に軽い傷を与えたところ、その相手が医者やミスで死亡したとか、ある人の家を損壊したところ、その人が修理のために雇った職人がその人の家で窃盗を働いたとかといった) 通常起こらない、まったく予見不可能な außer aller Berechnung gelegen (S. 233) 出来事によって生じた損害をも、加害者が負担しなくてはならなくなる；これはローマの法学者が排除したところのものである、と⁽²⁰⁾。

つまり、トレーガーは、モムゼンの全関連説には——衡平の観点（およびローマの法学者の言明に従う観点）から——明確に反対して、その本を書いた。モムゼンが〈被害者救済〉の立場から全関連説に向かったのに対し、トレーガーは加害者の賠償義務を衡平に照らして限定すべきだとして、〈加害者は、その行為が損害発生の可能性を通常よりも一般的にかなりの程度高めた、そのような後続侵害には責任を負う〉と主張したのである（平井がトレーガー説を紹介した部分（48-51頁）には、この事実認識が欠けている）。だとすると、トレーガーの相当因果関係説は、モムゼンの全関連説を否定したこと、したがってまた全関連説とつながる、ドイツ民法の

(20) Träger (fn. 18), *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, S. 221f., S. 231ff. 実際には、モムゼン説でもそこまでは賠償する必要がない。前述のように、第三者の故意・過失が介在しておれば、行為者は責任を免れるからである。

「完全賠償の原理」を——「支える」どころか——限定するために提起されたこと、⁽²¹⁾が分かる。しかも、トレーガーないしその相当因果関係説は——平井の上述の指摘（「結果的に賠償範囲の制限に導かれた」）とは反対に——「損害賠償の範囲を制限づける」政策的意図＝衡平判断から出発して⁽²²⁾おり、かつ前提として独自の予見可能性も重視する（トレーガーは、民法では、それぞれの道の熟練者を前提とした「客観的予見可能性」objektive Voraussehbarkeit (S. 195) が重要だとする）。それは、「責任原因と賠償範囲とを切断する」(133頁) ことしか念頭にない理論ではなかったのである。

（２） 平井における〈トレーガー説と予見可能性〉

前述のように平井は、相当因果関係説が、「予見可能性」を排除した「完全賠償の原則を支える」説であると見る。すると、相当因果関係説の主峰はトレーガー説なのだから、このトレーガー説が「予見可能性」に対し消極的な説であることを、平井は証明しなければならないことになる。だがこのトレーガー説は、実際には「完全賠償の原則」を限定する理論で

(21) 同様に衡平判断の立場からイエーリングも、すでに1867年の論文“Das Schuldmoment im römischen Privatrecht” (in: Rudolf Jhering, *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, 1879) で、加害者は因果関係にあるすべての損害を賠償するとするモムゼンらを批判して、^①過失によって注文書の配達を遅らせた者は、依頼人がそのことによって逸失した全利益をも賠償するべきだとするなら、誰がそんな配達契約をするだろうと論じていた (S. 215ff.)。

(22) ①澤井裕は、相当因果関係概念を、「「因果関係あるところ責任あり」という命題と「公平の見地による範囲の画定」の要請を調和させた」ものとしている（『事務管理・不当利得・不法行為』有斐閣、1993、179頁）。②水野（注7）『因果関係概念の意義と限界』2頁は、「ドイツ民法的な完全賠償の原則（損害賠償の範囲は因果関係によって定まる）の下で法技術的意味を有した「相当因果関係」概念、^③という言い方をしている。「調和させた」とか「の下で」とかでは、相当因果関係説（その代表がトレーガー説である）が「全関連説」に反対するものであった事実が明確にはならない。兩人においては、平井説に対する疑問が、平井説の呪縛（＝平井説の上に積み上げられた日本民法学の「常識」がもつ重圧）と格闘しているようである。

あり、その立場から「客観的予見可能性」をも重視している。先に見たように平井自身、この事実を認める（このことを平井はまた、「トレーガーが、行為者自身にとってそれ以外に認識可能な事情をも問題としたこと（前記 c）は、完全賠償の原則と矛盾する要素をはらんでいるといってよい」（50頁）とも書いている）。しかし、「予見可能性」がトレーガー説において重要であると認めると、〈相当因果関係説は「完全賠償の原則」を支える理論だから排除されるべきだ〉という自説の根拠が弱まる…。

そこで平井がここで採るのは、相当因果関係説における「予見可能性」の意義を極小化する道であった。平井は、トレーガー説を次のように描く。

「〔トレーガー説では、予見〕可能性の判断に際して考慮すべき事情は、行為者すなわち債務者が認識した事情ではない。行為者の予見可能性を問題とすることは、完全賠償の原則と根本的に矛盾するからである。したがって「もっとも洞察力のある人間」が「全経験的知識」にもとづいて「予見」し得る事情は、行為者が予見可能な事情よりもはるかに広い範囲に及ぶことが注意されなければならない。」（49-50頁）

つまり、トレーガー説は「予見可能性」を採用しているものの、そこでの「予見」は、①「行為者が予見可能な事情」（主観的および客観的な予見可能性に関わる）ではなく、②「もっとも洞察力のある人間」が「全経験的知識」にもとづいてする「予見」を意味しているのだが、この②を〈スーパーマン的予見力〉だと平井は見る。このようなものを前提にするのであれば、生じたたいの損害は「予見できた」ものとなり、それゆえ行為者の責任が問われうる。相当因果関係説は、こうして「完全賠償の原則」を貫徹させうるものとなる（＝「現実にも損害賠償の範囲を限定する機能をほとんど果たすことができなかったのである」55頁；「具体的な事件において相当因果関係を否定することはほとんど不可能となった」56頁）、と。

しかしわれわれは、トレーガーが「もっとも洞察力のある人間」がその「全経験的知識」にもとづいて「予見」する〉と言っている、スーパーマンの予見力を想定しているのではなく、（もししているとすれば、リュウメリン説と区別できなくなる）、〈その道に通じた人〉さらには場合によっては、健全な通常人の判断を考えているのだ（そしてそれに、後述のように（517、522-523頁）〈損害の発生可能性を一般的にかなりの程度高めたか〉のチェックを加えるのだ）、ということを見逃してはならない（「通常人」問題に関しては、平井471頁の「通常人」をも参照）。それを例示すると、次のようになる。

（i）上でトレーガーは、モムゼン説を批判して、モムゼン説では、①過失で火災を生じさせた者は、火に驚いてショック死した隣家の主婦、火事で目を離したスキに事故にあった近所の子供などに関しても賠償義務を負うことになる；②相手に軽い傷を与えたところ、その相手が医者ミスで死亡したとか、ある人の家を毀損したところ、その人が修理のために雇った職人がその人の家で窃盗を働いたとかに関しても賠償義務を負うことになる、と指摘していた。これは、実際には健全な通常人の判断ではなく、スーパーマンの洞察力を基準にした議論だろうか。

（ii）トレーガー説に立脚した後述の「北海はしけ転覆事件」（RG, 15. 2. 1913）では、〈10月末以降の冬の北海が荒れがちであること；北海が荒れば、「多量の荷を積ん」だはしけを曳いて曳船が航海することが危険であること〉が前提となっている。この危険を理由にして、〈はしけの乗り手たちが反対したにもかかわらず出航を1日延期した曳船の船会社〉の責任が問われた。この船会社への帰責は、すべてを見通せるスーパーマンを基準にした上でのものだろうか。

（iii）同じくトレーガー説に立脚した後述の「警官が誤射した銃弾で負傷して入院し、その病院でインフルエンザにかかって死亡した事件」（RG, 13. 10. 1922）は、〈冬のドイツにはインフルエンザ患者が多い；ドイツの病院は第一次大戦直後の混乱にある；こうした状況下で入院すれば院

内感染にかかりやすいし、その人が銃創を受け衰弱しておれば、院内感染が死につながりかねない」という認識を踏まえた上で相当因果関係ありとした。これは、スーパーマン的な見通し⁽²³⁾を基準にした議論だろうか。

(iv) トレーガー説に立脚した(とドイツの裁判官も筆者も見ると見る)後述の「運河ロックでの船舶転覆事件」(BGH, 23. 10. 1951)では、たまたまロックを操作したのが未経験の助手で、その誤操作が重大でかつ停電があったため、〈自分の船の船幅を誤って実際より狭いものとして操作者に申告して事故の原因をつくった〉船長 A は免責された。すべてを見通せるスーパーマンの洞察力を基準にしていたら、船長 A は、〈助手の未熟さや停電までは予見できなかった〉として免責されたであろうか。

「予見可能性」の以上のような扱い方からも、平井が〈ドイツの相当因果関係説は「完全賠償の原則を支える」理論だった〉という観念に「呪縛」されていることが分かる。このことと、〈ドイツ理論からの解放戦争のためには、ドイツ理論を「クロ」としなければならない〉という意識とがあいまって、上のようなかたちでの〈スーパーマン的予見者〉化が出て来たのだ。しかし実際には、〈トレーガーらの相当因果関係説は「完全賠償の原則を支える」理論だから、「予見可能性」重視が入ることはその立場と矛盾する〉とする平井の認識に、そもそも問題があるのだ。

(3) 「北海はしけ転覆事件」判決論の疑問点

平井の見方の問題性は、上述の「北海はしけ転覆事件」判決(RG, 15. 2. 1913. RGZ 81, 359)の扱い方からより鮮明になる。平井は本判決をトレーガーの相当因果関係説に立った初期の判決として位置づけ、その分析を通じて〈トレーガー説では、客観的予見可能性も重要でない〉という平井の

(23) トレーガー自身、裁判官は、因果関係判断に必要な知が自分になれば、「事情通に鑑定を求めることができるし、その必要がある」と言っている。Träger (fn. 18), *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, S. 161.

主張の根拠に使っている。平井のこの見方は、妥当か。

本判決は、曳船の船会社が、十月の末、クックスハーフェンからノルデンハムへ向けて出航すべき日（晴天だった）に出航せず、明るる日に航出したところ嵐に遭ってそれが曳く2隻のはしけが転覆し、責任を問われたケースに係る。平井は本判決を、「相当因果関係概念一般に関するリーディングケースでもある」（51頁）と位置づけ、次のように言う：

「右の判決も述べているように、結果が「通常（regelmäßig）」期待されるものであることは、必要とされない。すでに述べたように、因果関係の「相当性」は、因果関係が無限に連続する事象間の関係という意味を持つことから生ずるところの・論理的に考えられるかぎりのあらゆる損害を賠償せしめる、という帰結を排除するためだけの意義しか有しない概念だからである。すなわち、判例の表現によれば、「相当」であるためには、右に述べたように、結果が「通常」期待されることは必要でないのみならず〔…〕、稀な・例外的な結果であっても、「一般的経験にもとづいて（auf Grund allgemeiner Erfahrung）」見れば可能だと認められるならば「相当」であり〔…〕、さらに、「特別に異常な・事物の通常の経過によれば〔…〕考慮の外におかるべき事情ある場合を除き、一般的に結果の発生に適しているならば」すべて相当因果関係がある、とされるのである。」（53頁）

上にあるように、平井によれば相当因果関係説は、「因果関係が無限に連続する事象間の関係という意味を持つことから生ずるところの・論理的に考えられるかぎりのあらゆる損害を賠償せしめる、という帰結を排除するためだけの意義しか有しない」。つまり相当因果関係説は、「完全賠償の原則」に対しごく弱い限定しかしない；それは、「稀な・例外的な結果」を招来した行為であっても、「一般的に結果の発生に適しているならば」責任を問う（それゆえ「支える」理論だ）、と。平井はこの認識の根拠として、「右の判決も述べているように、結果が「通常（regelmäßig）」期待されるものであることは、必要とされない」を挙げる。そしてこの言明は、

本判決が(行為者を基準にする「主観的な予見可能性」のみならず)客観的な予見可能性をも否定していることの証拠だとするのである。

しかし、引用部分に関わる〈daß der verhängnisvolle Erfolg objektiv der Regel nach zu erwarten war ということを要しない〉とする判決の文言(本判決には regelmäßig の語はなく、該当箇所は上のようにになっている)は、本当に平井の意味なのだろうか。der Regel nach については、同判決の別の部分(RGZ 81, 362)に wenn der darauf berufende Schaden der Regel nach eintreten mußte とある。これは、「損害が規則的に(=必然に)生じる」という意味に関わっている。同様に、上の平井の引用部分も、〈損害が客観的に必然に生じるものであることは必要ない〉という意味である(der Regel nach は、「通常」の意ではない)。すなわちこれは、必然性の証明を排除したものであり、客観的予見可能性の証明排除とは関係ない。

本判決では結果が「通常」期待されること、すなわち客観的予見可能性は、逆に、実質的には前提になっている。このことは、平井による次の要約からも——内容的に——明らかである。

「原審の言うごとく、十月の末にはしけがクックスハーフェンからノルデンハムへ航海することは、それ自体危険なことではなく、また稀なことではないとしても、多量の荷を積んだはしけが北海(Nordsee)を航海することには常に幾分かの危険が伴うものであり、その危険の程度は天候の状態に依存していることは疑いを入れず、またその季節には暴風雨が北海に起ることも通常の現象であることは、疑いをいれない。これらの危険が、航海の始まるときに考慮に入り、かつその危険が現実起る、ということは事物の自然の経過の外(ausserhalb des natürlichen Verlaufs der Dinge)には存在しない。したがって、二八日の航海が二九日に延引されたことによってこの危険が増大したか、ということが問題となる。そしてこの問題は、一般的経験(allgemeine Erfahrung)にもとづいて見れば、肯定さるべきである。なぜなら、好天の場合には六時間で終る航海は、十月の終りの好天の日にすぐ始

めれば、その次の日に延ばした場合よりも——たとえ天気予報が次の日も好天だと言ったとしても、——好天にめぐまれる見込が多いからである。」(52頁)

すなわち判決は、「その季節には暴風雨が北海に起ることも通常の現象であることは、疑いをいれない」と言う (keine ungewöhnliche Erscheinung, S. 363. 結果がかなり「通常(regelmäßig)」期待されるものであることは実際にはむしろ必要なのである)。「10月末」以降になると北海では暴風雨になる危険が多い。しかもはしけは、「多量の荷を積ん」でいた。この点で事故の蓋然性が高いのである。この季節的危険を前提にすると、出航を1日延ばしたことは、事故発生に一般的にかなりの程度寄与したことになる；別言すれば、北海航路の船会社たる専門家は、上の状況下では、1日延ばしの危険性が予見できるはず・予見すべきだった、となる。この判決は、平井が考えるようには（スーパーマン的予知力を基準にして）「稀な・例外的な結果であっても〔…〕、すべて相当因果関係がある」とした判決ではない。相当因果関係説は、もつと常識的なものなのである。

予見可能性を排斥した事例として、平井が続けて挙げる1922年の事件 (RG, 13. 10. 1922) でも、客観的予見可能性は実際には、前提されている：逃走中の犯人に向けて警官が発砲したところ、それた弾丸が一市民に当たって負傷させてしまった。市民は、病院に運ばれそこで入院加療中に、流行していたインフルエンザの院内感染で死亡した。そこで遺族が、当局を相手取って死亡の損害賠償を求めた。この事件をめぐる判決は、「病院に運ばれることは負傷の通常の結果であり、また、そのことは病院で流行している病気に感染する可能性を、負傷しなかった場合に比べて一般的に高めることになるから、相当因果関係あり」とする (53頁)。流れ弾を受けたこととインフルエンザ感染による死亡とは、直接は結びつかないが、①インフルエンザが流行している；②病院にはインフルエンザ患者が多く来る；③弾丸で負傷したら身体の抵抗力が弱まる、という事実を踏まえると、流れ弾による負傷は院内感染に罹って死亡する蓋然性を一般的にかなりの程度高めた、と判決

は判断したのである。これは、〈流れ弾によって負傷させれば入院は必然である；入院すればこの季節にはインフルエンザの院内感染の危険性がある；銃による負傷で身体の抵抗力が低くなっている所以その罹病で死亡する危険性がある〉という、(実質的に客観的予見可能性に結びつく) 事実が因果関係考察の前提となっていることを意味している。

賠償負担の適正化をはかろうとすることは、英・米・独・仏・日本において共通に追求された。そのためには、「関係の相当性」・「予見可能性」や「法の保護目的・保護範囲」の観点から、因果関係ないし責任範囲を限定する道が採られるのだが、第一には、その際、ドイツのように「事故発生に一般的にかなり寄与したものではない」ので「相当因果関係がない」という表現が使われるか、英米のように「予見可能性がない」・「法の保護目的・保護範囲と関係ない」という表現が使われるかは、法的構成のちがいに過ぎない(相当性の判断が衡平を考えて、すなわち「因果関係」の外から、因果関係を限定するものであることは、「相当因果関係」を使う者も承知済みである)。そして第二には、因果関係を限定するために、①予見可能性を重視するか、②相当因果関係説でいくか、③法の保護目的・保護範囲を重視する道をいくかは、①・②・③が効果を発揮するケースが相異なるし、かつ三者は同じ目的のための共闘者なのだから、平井が前提にしている⁽²⁴⁾ ようには二律背反であるのではない(三重フィルターとしても使える)。

「完全賠償の原則を支える相当因果関係論」(68頁)という観念に取り憑かれているのであれば、〈相当因果関係説は、「法の保護目的・保護範囲」等の観点とも共存する柔軟性を本来もっている；すべての事件が因果関係だけで処理可能というわけではないから、相当因果関係説もそうした⁽²⁵⁾ 観点とも結びつくものだ〉という事実も、⁽²⁶⁾ 見えてくるはずである。

(24) この点については、水野(注7)が、中心テーマとして詳しく論じている。

(25) 後年の平井には、主張のトーン・ダウンが見られる。たとえば、次のように：「「相当因果関係」の概念は、ドイツ民法の下では、完全賠償の原則のコロラリーとしての法技術的意味を有する。すなわちドイツ民法は、直接損害・間接損害の区

1-3 「相当因果関係説の崩壊」論の疑問点

平井によれば、「完全賠償の原則」を支える相当因果関係説は、「完全賠償の原則」が基調としていた〈予見可能性・法の保護目的・保護範囲の観点の峻拒〉を、自身の基調としていた；それは、「〔因果関係〕以外の要件——予見可能性・直接あるいは間接等の——を要しな」かった（26頁）；しかし、やがて社会が変化し、「損害賠償の範囲は因果関係概念以外のテクニクで限界づけられざるを得なくなった」（63頁）；こうして「完全賠償の原則」の崩壊とともに、「相当因果関係説の崩壊」（57頁）ないし「解体

別・予見可能性など、フランス民法にみられるような賠償範囲を制限する規定を一切排除し、損害との間の因果関係（①の意味）のみを要件として要求するが、ドイツ民法施行後、賠償範囲が拡がりすぎるといふ理論上および実務上の要請に応じて、因果関係概念を法的観点から限定するという発想の下に「相当因果関係」概念が導入されるに至ったものである」（『債権各論Ⅱ 不法行為』、弘文堂、1992、81頁）。ここでは、「相当因果関係」の概念について、〈それが「直接には、損害賠償の範囲を制限づけるといふ発想は」もたなかった〉という先の見解とはちがひ、それを「賠償範囲が拡がりすぎるといふ理論上および実務上の要請に応じて」因果関係に限定を加えたものだ、と性格づけている。それゆえ、平井がここで、相当因果関係説を「完全賠償の原則のコロラリー」と規定している点も、「完全賠償の原則を支える」説であるという先の意味ではなく、「完全賠償の原則」を限定する必要から出てきたという意味での「コロラリー」だということになる。しかしそうすると、相当因果関係説を排斥すべきだとする理由はなくなってしまう。（理由を残すためには、〈同説の責任限定力が不十分なので〉とするほかないが、しかしこの場合でも〈不十分だから排斥すべきだ〉ということは、すぐには出て来ない。）

- (26) 相当因果関係説の成長については、山中敬一の次の指摘を参照：「〔相当因果関係の理論は因果関係論ではないという異論は……その理論自身と同程度古くからある〕という所見が正当であり、従って因果関係論において重要なのは「答責性の合理的限定」の問題であるという所説が、確かに一方では地下水流となって流れていたとしても、その初期において表立って「正統」の位置を占めていたのは、やはり相当説を因果関係として捉える見解であったと言ってよい。それが、序々に、民事法の目的を考慮に入れた責任限定原理として捉えられるようになり、実体概念というよりむしろ、目的論的概念として捉えられるに至った。」（『規範の保護目的の理論（二）』（『関大法学』27巻5号、1977、68-69頁）。相当因果関係説はもともと実践性をもっており、それゆえそれにはこうした可塑性・柔軟性（＝時代適合性）があるのである（トレーガーらには、ローマ法の拘束がなお感じられるが）。

過程」(31頁以下)が始まった。以下、平井のこの主張を検討しよう。

平井は、まず、運河ロック(閘門)での船舶転覆事件(BGH 1. Zivilsenat, 23. 10. 1951)を「相当因果関係説の崩壊」の重要な「契機となった」判決と位置づける(66頁)。学界においては、それまでの〇〇説を批判する新学説(本件ではケメラーの新説)が出現したからといって、それをもって「〇〇説の崩壊」とは言わない。⁽²⁷⁾「〇〇説の崩壊」と断定できるのは、旧学説が破産・消滅してしまった場合、あるいはそれに基づく判例に重大な変更があった場合である。〈旧学説の破産・消滅〉は、本件では問題にならないので、相当因果関係説の放棄という〈重大な判例変更〉があったかどうかだけが問題になる。以下ではこの問題について平井説を検討しよう。

運河ロックでの船舶転覆事件とは、〈ロックに入るとき船長 A が自分の船の船幅をまちがって狭く申告したため、あとから入って来た他の船とぶつかり混乱が起こった；その際、ロックにはたまたま技師がおらず、未経験の助手が代わりに操作をおこなっていた；この助手は、(停電も作用して)混乱に適切に対処できず、その結果両船が転覆した〉という事件である。本判決は、船長 A の責任を問わなかった。平井は、この事件の判決について次のように言う。

「この判例は、相当因果関係を否定した、という結論の点においても、従来の判例に比較して(前掲〔2・2〕判決を想起せよ)注目すべきものであるが、さらに注意をひくのは、その理由である。すなわち、判例は、トレーガー説をほとんどそのまま繰り返し、相当か否かを判断するに際しては行為

(27) しかもケメラーが「規範の保護目的・保護範囲」の概念を導入したことを、平井のように〈「因果関係概念」と相容れない、それゆえ相当因果関係説と矛盾することだ〉と位置づけてよいか疑問である。まず「規範の保護目的・保護範囲」に入る事実はどこまでかで絞った上で、さらに予見可能性で絞り、そのあとで因果関係を詰めていく作業も可能だし、逆に予見可能性、因果関係と絞ってきた事実を、「規範の保護目的・保護範囲」でさらにチェックすることも可能だからだ。

者自らにも知れていた事情を判断の基礎に入れるべきだ、と判示したのである（前記 b）。

このことによって、前に述べたようにトレーガー説の中の完全賠償の原則と矛盾する要素、すなわち相当因果関係の存否の判断に際し行為者の有責を問う判断（Schuldurteil）が入り込むことになった。これこそ、まさに完全賠償の原則が峻拒してきたところのものに他ならず、完全賠償の原則を支える相当因果関係論は、その性格を大きく変えるに至った。」（68頁）

見られるように、平井によればこの判決は、「行為者の有責を問う判断（Schuldurteil）が入り込むこと」をもたらした。その結果、「完全賠償の原則を支える相当因果関係説は、その性格を大きく変えるに至った」（平井は、「行為者自らにも知れていた事情を判断の基礎に入れ」と言っているが、ポイントは、この判決が船長 A について客観的予見可能性の観点から過失認定の是非を問うた点にあるだろう）。しかしこの点については、次のことを問わなければならない：①この判決によって初めて、（客観的）予見可能性が採用されたのか。②（トレーガー的）相当因果関係説と予見可能性は、どういう関係にあったのか。③平井によれば、トレーガーは、一方で「完全賠償の原則」に立ちながら、他方で（それと明らかに「矛盾する要素」である）「行為者の有責を問う判断」、予見可能性のチェックを採用していた。トレーガーともある人が、そんな単純な矛盾撞着を本当に犯していたのだろうか。④相当因果関係説は、他の視点（第三者（本件では助手）の介入・法の保護範囲といった視点）と両立しえないものなのか。

判決原文と平井の理解とを対照させて考えてみよう。まず、この判決（BGH 1. Zivilsenat, Datum : 23. 10. 1951, BGHZ 3, 261-270）の私訳（部分訳）を示そう。

「このような自然の論理連関をたどって原因範囲を定めるのでは、その連関で生じたすべての結果を賠償させることになり、それではあまりにも広す

ぎる、という点は、法理論と判決とにおいてすでに久しく了解されている。法理論はこの了解を踏まえて、相当因果関係の概念 (Begriff der adäquaten Verursachung) を構成した。それは、ライヒ裁判所の1932年11月18日の判決によれば、「もしそれがなかったなら結果は生じなかったであろうとされる、自然科学的意味での原因である個々の諸条件を、法的意味での因果関係論から切り離す道を探らなければならない。すなわち、結果から論理上かけ離れた諸条件は除外されるべきである。なぜなら、法生活においてそのような諸条件を考慮に入れることになれば、衡平に反する結果が不可避だからである。」ということであった。

こうして、相当因果関係がとりわけクリース、リューメリン、トレーガーによって定式化された。3人の定式に共通しているのは、一般的な尺度によって、ある結果をもたらした個々の不可欠の条件法的因果関係 *conditio sine qua non* がどこまでなのかを評価することである。しかし3人の定式は、この評価をする際の視点を異にする。

相当因果関係の提唱者であるクリースは、結果をもたらした不可欠の条件がどこまでなのかを、登場した時点において加害者が知っていた、あるいは知りえた、すべての事情を基礎にし、それを人が事後的に持ちえた一般的な経験知と連関させて判断しようとした。

これに対してリューメリンは、「客観的な結果的予後判定」を提唱した。それは、因果連関の判断をする際に、全人類がもつ経験知と、条件が生じるときに何らかのかたちで生起していたすべての諸事情とを考慮に入れようとする立場であった。そうした諸事情は、高度の洞察力があれば、あるいは事後的に、生じた出来事からその因果連関を遡及させて、認識できるものであった。

加害者が予め知り得た事情を基礎にするクリースの提唱は、客観的な危害責任と契約責任とを問う民事法では、責任範囲をあまりにも狭くするものであった。これに対して、結果論的な客観的予後判定は、責任範囲をあまりにも広くしすぎるので、因果関係論上の、衡平に反した結果を確実に排除することができなかった。〔…〕これら二つの定式化の欠点は、トレーガーが以下の定式化によって克服した (*Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, S. 159)。或る条件は、それが、或る結果の客観的な生起可能性を、普通の場合よりも一般的にかなりの程度高めた場合には、その結果の相当な条件である、と。そしてかれは、この点を考える場合には、次の諸関係をベー

スにしなければならない、とした。

- a) 事件発生時に優れた観察者に認識可能であった諸関係、
- b) a) を超えた諸関係も、条件をつくった者〔加害者〕が認識していたならば、ベースにする。

トレーガーは、このようにしてベースにされた諸関係を、それが損害発生をとりわけ促進したかどうかの点から、裁判の時点で利用可能な人間の経験を参考に使って評価しようとした。

ライヒ裁判所の判決は、近時の RGZ 133, 126 [127] 判決以来、トレーガーの定式を次のごとく本質において採用している (RGZ 133, 126 [127] [RG 22 June 1931]; 135, 154; 148, 165; 152, 49; 158, 38; 168, 88; 169, 91)。「或る事実が、一般的に、すなわち〈単に特殊で、起こりそうにない、そして通常の事の経過を踏まえれば度外視してよい〉とは言えない関係において、或る結果を生起させたのであった場合には」、それは相当因果関係にある、と。

本法廷も、この、今日まで本質的に変更されておらず、多くの判決において堅持されている考え方を、トレーガーの提唱した判断基準を維持することによって、採用する。その際、もちろん探求の出発点、すなわち純〔自然〕論理的な帰結を衡平にかなう健全な帰結に変える調整方法の探求、は見失われてはならない。〈ここでは、因果関係があるかないかだけを問題にするのではなく、原因をつくった者に、その結果の責任を衡平にかなったかたちで負わせることのできる限界を確定する課題、すなわち根本において、責任を問うための積極的な前提条件を明らかにする課題をまず探らなければならない〉のだ、ということを目覚めた場合にのみ、判決は、定式（因果関係の）が金科玉条化される危険を回避でき、正当な帰結を確実に示せるようになる。」

判決のこの筆者訳部分から読み取れる事実は、次のようなものである。

(i) 平井の認識とは異なって、「予見」・「予見可能性」の思考は、もともと（クリース以来）相当因果関係説が有していた。相当因果関係説は、ある行為主体が結果に対して責任を負うべきか否かを因果関係の有無で判断する際に、まずその判断対象となる事象を、行為者が予見した・ないしはその道のエキスパートに予見可能であったものに限定しようとした（し

ないケースもあるが)。この点をめぐる、クリース、リューメリン、トレーガーの関係は次のとおりである：

(α) 相当因果関係説の提唱者であるクリースは、それら事象を「加害者が知っていた、あるいは知り得た、すべての事象」に限定した⁽²⁸⁾。これは、(刑法で) 行為者の予見および予見可能性がある範囲で責任を問うものであり、民事に使うと、損害賠償を認められるケースは激減する。

(β) これに対してリューメリンは「予見可能性」による限定を排斥し、〈結果と因果関係にある〉とスーパーマン的に、ないし事後的に確認できた原因行為に対し責任を問うた（これを、「客観的・事後的予測」die objektive nachträgliche Prognose の立場と呼ぶ）。その結果、賠償範囲は拡大されモムゼン説に近づいた。

(γ) 最後にトレーガーが出て、「或る結果の客観的な生起可能性を、普通の場合よりも一般的にかなりの程度高めた」かどうかを指標にし、その立論の前提事実を、〈①加害者が現に認識していた事象、および②経験豊かな観察者なら損害発生との連関を行為時に認識しえたであろう事象〉に限定すべきだと主張した（②が、客観的予見可能性への実質的移行を意味する）。トレーガーは、損害賠償が認められる範囲を、⁽²⁹⁾ 衡平の観点からクリースよりは拡大し、リューメリンよりは縮小したのである。

(ii) 23.10.1951判決は、裁判官の理解によれば、トレーガーの説に従ったものである（トレーガー説が提唱されたのは、かれの1904年の著 *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* によってである。それが判決に採用されだしたのは、この判決によれば1931年以降である。平井は、もっと前からで、下記 RG1915, 2, 15判決からだとするが）。判決は、賠償範囲を客観的予見可能性の観点から限定しようとする伝統に立脚して、未経験の助手しかいな

(28) 振津隆行「クリースの「客観的可能性」の概念とその若干の適用について」(『刑法雑誌』22巻3=4号、1979) 430頁。

(29) 以上については、Träger (fn. 18), *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, S. 130ff.

かったこと、かれによる誤操作が発生することは通常予見できないことだ、と判断したのである。

以上から明らかなように、リューメリン説は別として、(クリース説と)トレーガー説としての相当因果関係説は、「完全賠償の原則を支える」ためのものではなく、むしろ「完全賠償の原則」の妥当範囲を限定するために提唱された。すなわち、トレーガーらは、「相当性」と「予見可能性」によって事象を限定することによって、行為者が因果関係ありとして賠償を負う範囲を狭くしようとしたのである。したがって、平井が前提にしているようには〈「完全賠償の原則の崩壊、即、「相当因果関係説の崩壊」〉ではない——後者こそが前者を実務上、崩壊させたのだからである。

以上が、この23.10.1951判決から読み取れることがらである。ところが、この判決を平井は次のようにまとめている。

「A が正しく船幅を告げておれば、汽船は、はしけの横には、いかなかったであろうから、A が誤って告げた行為は、間接ではあっても、その後の事件の経過にとって不可欠の条件 (conditio sine qua non) である。しかし、この条件で行為者に責を負わすとすれば、責任が大きくなりすぎるので、相当因果関係の概念が採用されてきた。クリース説によって、相当因果関係の概念を定めれば、責任は狭すぎ、リューメリン説によれば、広すぎる。トレーガー説はこの欠陥を免れているが、それによれば「或る事件が、同種の結果の発生の可能性を、一般的にかつ無視しえぬ程度 (generell und nicht unerheblicher Weise)」に高めるならば、この結果の相当の条件であるが、その際次の事情が顧慮されなければならない。すなわち「[a]、事件の発生時に、適正なる観察者 (optimaler Beobachter) に知られた事情」および「[b]、条件の設定者に、なおそれ以上に知られた事情」である。判例は右のトレーガー説を大体において採用してきたが、次の点が見失われてはならない。すなわち、重要なのは、そもそも因果関係の問題ではなく、「条件を与えた者 […] について、その結果に対する責任を正当に期待し得る限界を探究すること」である。この点を判例が意識する限り、トレーガー説の図式化は避けられ、正しい成果の探究が保証されるのである。」 (67頁)

平井本からのこの引用部分において、前半部にはとくに問題はない。問題になるのは、平井の主張に深く関わる、末尾 6 行分の下線部分である。この部分の記述は、判決原文から大きく離れている：

(イ) 平井文には「判例は右のトレーガー説を大体において採用してきたが、次の点が見失われてはならない」とある。これだと、〈平井が言うとおりこの判決は、トレーガー説に立ったこれまでの判例から距離を置いている〉と見える。しかしこの箇所は、原文では先の引用（本稿523頁）のとおりに、「本法廷も、この、今日まで本質的に変更されておらず、多くの判決において堅持されている考え方を、トレーガーの提唱した判断基準を保持することによって、採用する。その際、もちろん探求の出発点、すなわち純〔自然〕論理的な帰結を衡平にかなう健全な帰結に変える調整方法の探求、は見失われてはならない」というものである。すなわち 6 行の下線部分は、トレーガー説から距離を置いているのではなく、トレーガー説の原点（＝衡平にかなった責任追及がなされるべし）を再確認している箇所なのである。

(ロ) 平井文には「重要なのは、そもそも因果関係の問題ではなく」とある。これだと、〈この判決は確かに、因果関係を問うことを否定した〉と見える。しかし、原文は daß es sich hier nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität, sondern um die Ermittlung der Grenze handelt, であるから、nicht eigentlich は部分否定（「まず問題にすべきなのは、○○ではない」）であり、したがって、正しくは「ここでは、因果関係があるかないかだけを問題にするのではなく、原因をつくった者に、その結果の責任を衡平にかなったかたちで負わせることのできる限界を確定する課題をまず問題にせよ」である。〈因果関係を考えるな〉というのではなく、〈どの範囲の事象に責任をとらせるのが衡平にかなうかを考えた上で、その事象の範囲内で因果関係を問え〉と判決は言っているのである。すなわち、まさにトレーガー説そのものである⁽³⁰⁾。本判決は、相当因果関係説に立った従来の判例と変わってはいないである。「因果関係を考える」ことと、そ

の前提として「責任を問うための積極的な前提条件を問う」こと（＝衡平判断）とは、平井が考えるようには、両立しえないものではない。

（ハ）平井文には「トレーガー説の図式化は避けられ」とある。これだと、〈平井が言うとおり、この判決は図式化に陥っていたトレーガー説を克服した判決だ〉と見える。しかし、原文は、「判決は、定式（因果関係の）が金科玉条化される危険を回避でき、正当な帰結を確実に示せるようになる」である。ここで判決が避けるべきとしているのは、トレーガー説ではなく全関連説一辺倒である。つまり判決は、まさにトレーガー説によって思考し、モムゼン的な全関連説を克服しようとしている。判決はこの立場から、〈船長 A の船幅申告は誤っていたが、未経験の助手がロックを操作したことに事故の主因がある。こういうロックに未経験の助手しかいないとは誰も予見できないことなのだから、船長 A に責任を負わすのは衡平に反する〉と判示したのである。〔本ケースは、モムゼン説に依拠しても、〈因果関係が、未経験の助手（第三者）や停電が介在したことによって中断された〉とする構成によって船長 A が免責されうるケースである。加えて〈ドイツ民法823条1文は、第三者によってもたらされた、結果の補填までを保護範囲とするものではない〉という構成によって船長 A を免責する道もありうる。〕

上に関連する、平井の論述の他の疑問点についても、ここで考えておこう。

（i）平井の念頭にある相当因果関係説とは、トレーガー説のことであ

(30) ケメラーは、この判決が（客観的）予見可能性を重視したことの意義を強調するのだが、判決そのものは「トレーガーの定式をその判決の基調 Leitsatz にさえた」とする。ケメラーは、ここでは haftungsbegründende Kausalität が予見可能性の点から問題にされたとしている（注 8 参照）。つまり、haftungsausfüllende Kausalität が問題になる以前の段階で処理されたのであって、それゆえ、相当因果関係の否定とは関わっていない、ということだ。Caemmerer (fn. 15), Die Bedeutung des Schutzbereichs, S. 347ff.

る。実際、判例は、1900年代初め以来、トレーガー説を基盤にしてきた。上の23.10.1951判決も、「本法廷も、この、今日まで本質的に変更されておらず、多くの判決において堅持されている考え方〔相当因果関係説のこと〕を、トレーガーの提唱した判断基準を保持することによって、採用する」と言っている。平井も、この自明の事実は認める。しかしそうだとすると、トレーガーの相当因果関係説に立つそれまでの判例の立場を踏襲したのだとするこの判決の自己認識と、この判決を「相当因果関係説の崩壊」の重要な端緒だと位置づける平井の見方とは、どう関係するのであろうか。しかも、もっとも典型的な相当因果関係説こそ、平井においてもトレーガーの説であった。とすれば平井は、その典型的な相当因果関係説を再確認したこの判決をもって、「相当因果関係説の崩壊」の端緒と位置づけていることになる。これでつじつまが合っているのだろうか。

先に述べた(504頁以下)ように、平井の上の言明によれば、「行為者の有責を問う判断 (Schuldurteil)」は、「トレーガー説の中の完全賠償の原則と矛盾する要素」であった。この平井見解を前提にすると、トレーガーは「完全賠償の原則を支える相当因果関係論」を提唱した際に、その理論中に「完全賠償の原則」を崩壊させる「要素」をも併せて入れていた、矛盾撞着きわまりない理論家だということになる(平井は83頁に、トレーガーが「論理的整合性を保っているわけではない」と書いている)。しかし、この点については、上に見た判決での裁判官の見方によれば、矛盾撞着はない。トレーガーたち相当因果関係論者は、「完全賠償の原則」の妥当を——支えるためではなく——限定するために、自説を提唱したのであって、「完全賠償の原則と矛盾する」、「行為者の有責を問う判断 (Schuldurteil)」は、クリース以来、その立場から導入されたのである。矛盾撞着が起こるのは、相当因果関係説を「完全賠償の原則を支える」理論だとする者においてのみである。

(ii) 次の点も、問題である。たとえ平井の言うように、ドイツで相当因果関係説に依拠しない、さらにはそれを否定した、判例がいくつか出た

としても、大半の判例がなお相当因果関係説を採り続けたのであれば、「相当因果関係説の崩壊」とは言えない。実際ドイツでは、多くの判例は、平井指摘の諸判決後（すでに60年が経過している）もなお、基本的に相当因果関係説を採っている。「崩壊」は、未だに起こっていないのである。

相当因果関係説は、多様な要素を取り入れつつ、時の必要に対応してきたのだ（注26参照）。（だからそれはまた、＜ドイツ特有のものであって、日本には相容れない＞といったものでもないことが明らかになる。）

* 平井によって、この判決をさらに「一歩すすめ」、「相当因果関係説の崩壊」を促進した（69頁）とされる、集中砲火被弾事件（BGH 24. 4. 1952, NJW 5. Jahrgang, 1952, 1010-1011）をも見ておこう。1937年に自動車にひかれて右脚を喪った男性が、1945年3月31日に砲火にさらされたドイツの町（西部の？）で、家族と共に自宅から防空壕に逃れようとして被弾し死亡した。遺族は「1937年に自動車にひかれたため足が不自由になったことが被弾死の原因である」として自動車の運転者に損害賠償を求めたが、裁判所は請求を認めなかった。裁判所は、「間断のない弾着 kurz aufeinanderfolgende Einschläge が少ないという、そういう「純偶然の作用」の下では、防空壕をめざして走ることが「誤り」で、元のところに留まること、あるいは伏すことが「正しい」ということになるかも知れない」；しかし、激しい「弾着下では弾が当たる可能性は、すべての人に、健常者にも、存在する」；したがってここでは、一般的経験によれば、歩行の不自由さが被弾の可能性を著しく高めたとは言えない、としたのである。

平井はこの判決について、「右の判示は完全賠償の原則に正面から対立する」とする。平井はその理由を、「因果関係という法的構成が裁判官の価値判断や裁量を排除するためのものであった」のに対し、この判決が「因果関係の相当性の判断に際しては、裁判官の価値判断が介入することを認め」という点に求めている。だが「完全賠償の原則」の否定は、相当因果関係説の否定を意味するものではない。平井においては相当因果関係説が「完全賠償の原則」を支える理論だから、上のことが平井にとっては「相当因果関係説の崩壊」を意味するものとなるのだ。

この判決は、「相当因果関係説の崩壊」の判決ではなく、むしろ相当因果

関係説に立脚して、〈足を不自由にさせた事故は、集中砲火の状況下では、被弾の危険をとくに高めたとは言えない＝因果関係にない〉として、本件での因果関係を否認した判決なのだ：

第一に、裁判官の裁量が決め手になることは、すでに相当因果関係説のトレーガー自身の説くところであった。たとえば、かれは言う：法的因果関係があるかないかの判断は「きわめて難しい」；「難しい場合には裁判官の合理的な裁量——識者（内科医、薬剤師、外科医等）の意見を踏まえた——のみが個々のケースにおいて決め手となる；一般的な基準は示せない⁽³¹⁾」と。そもそも相当因果関係説は、「完全賠償の原則」を衡平の観点から制限しようとするものであるから、「因果関係の相当性の判断に際しては、裁判官の価値判断が介入すること」を、むしろ前提にしている（前述のように、モムゼンですらそれを前提にしている。注16）。したがって、判決が裁判官の裁量ないし公序良俗や信義則に言及していることをもって「相当因果関係説の崩壊⁽³²⁾」を言うことはできない。

第二に、この判決を事件の時代的バック・グラウンドとの関係で読むことが重要である。被弾死があったのが1945年3月31日であったことに注目しよう（ドイツ降伏は5月7日）。当時のドイツ西部の諸都市は連合軍による集中砲火を受けていた。その激しい弾着下を動くのであっては、健常者でも被弾する可能性は大きい。したがって、足が不自由であることが被弾の主要な原因とは言えない。（猛烈な砲火でなければ、健常者の方がはるかに安全である。防空壕にたどり着くまで健常者が1分、障害者が5分かかるとすれば、①1分に1個の弾着がある状況下では後者の被弾の危険は5倍になる。②しかし10秒に1個の弾着がある状況下では健常者も途中でたいていはやられる）。しかも、この集中砲火を受ける事態が生じたのは、市民にとっては歴史の偶然であり、自動車の運転者が予想しなかったことである。

＊ ＊ 平井によって、相当因果関係説の崩壊^{・・・・・}が決定づけたとされる（72頁以下）、交通事故刑事弁護費用請求事件（BGH 22. 4. 1958, Entscheidungen

(31) Träger (fn. 18), *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, S. 40. Vgl. S. 237f.

(32) それどころか、「完全賠償の原則」の提唱者とされる F. Mommsen も、裁判官の裁量が決め手となることを強調している。Mommsen (fn. 10), *Zur Lehre von dem Interesse*, S. 122, 138, 176.

des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 27. Band, 1958) はどうだろうか。本判決は、自動車と衝突したオートバイの運転手が刑事訴追され、無罪になった後、その刑事弁護費用の弁償を事故の相手に請求したが、認められなかった事件に関わる。本判決は、「刑事事件に巻き込まれる危険は、すべてに市民がさらされている危険である。それは、事故にあった者が被る、けがや物的損害とは別のものである。」「したがって、加害者の行為と発生が確認された損害との間に相当因果関係があるか否かを問わずとも、ドイツ民法823条1文にもとづいてこの損害の賠償を請求することはできない」とした。

これについて平井は、「本判決は、弁護費用が八二三条一項の保護する範囲に入るか、という形で問題を立てることによって、損害賠償の範囲を定めるに際し責任原因を顧慮したのであり、ドイツ損害賠償法の基本構造たる「完全賠償の原則」すなわち責任原因と賠償範囲との切断は、ここに崩壊することになったのである。そしてそれにはラーベル・ケメラウの学説が援用され、相当因果関係説の法律の枠内で「責任の限界づけ」の方向へ近づきつつあった判例は、ここにおいて理由の上でも全く新しい型をとるに至った」（74頁）とする。平井はここでも、判決を「完全賠償の原則」すなわち責任原因と賠償範囲との切断」を否定したものと位置づける。そして平井においては、「完全賠償の原則」と相当因果関係説が一心同体だから、「完全賠償の原則」の崩壊は、「相当因果関係説の崩壊」を意味するものとなるのだ。

だが前述のように、（平井の意味ではなく、われわれの意味での）相当因果関係説と、（被害者にとっての）「法の保護目的・保護範囲」・（ないし加害者の「義務射程」400頁、407頁）の観点とは、平井が前提にしているような二者択一の関係（後者が採用されれば、前者が排斥され崩壊するという関係）にはない。（ α ）まず「法の保護目的・保護範囲」の観点で考察対象となるものを限定し、さらに必要があれば、その範囲内で相当因果関係説によって因果関係を問題にして処理するという手続きも、また、（ β ）まず相当因果関係説で因果関係を考え、その範囲内の対象に対して「法の保護目的・保護範囲」の観点で処理するという手続きも、ありうる。判決が「行為と損害との間に相当因果関係があるか否かを問うことなしに」と言っているのは、（ α ）の道を採用して「法の保護目的・保護範囲」の観点レベルの考察をまずおこなったところ、〈ドイツ民法823条1文は刑事弁護費用まで保護するものではない〉とする判断だけで十分処理できた、したがって相当因果関係説を持ち出すまでもなかった、というものだったのだ。

しかも本件では、刑事訴追機関が介在し、事故の相手の意思とは独立に X の行動に関して訴追したのであるから、相当因果関係説に立っても、〈第三者が介入したことであり、かつ訴追される危険には「すべてに市民がさらされている」のだから、「事故との相当因果関係はない」〉という判断がなされたのである。

相当因果関係があることを認定した上で、〈しかし利益が「法の保護目的・保護範囲」に入らないので賠償義務はない〉としたのであれば、相当因果関係説が相対化されたことになり、「理由の上でも全く新しい型をとるに至った」と言えよう。しかしこの判決は、そのような論理のものではないし、そのような場合でも、両方によるフィルターリングがおこなわれたにすぎないのだから、「相当因果関係説の崩壊」とは言えない（注27参照）。

1-4 相当因果関係説と日本民法416条

先に見てきたようにクリース説は、加害者が予め知っていたこと・知りえたことに限定して因果関係を考えた。トレーガーは、加害者が実際に予見したこと、および、その道の人が予見しうる程度の結果発生の可能性・蓋然性に限定して、因果関係を問題にした。

①二人のように〈加害者が実際に予見したこと・しえたこと〉を問うのは、日本民法416条の第2項の「特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる」と共通している。②トレーガーのように〈その道の人、場合によっては健全な通常人が予知しうる程度のもの〉に限定するのは、日本民法416条の第1項の「これによって通常生ずべき損害の賠償をさせること」と重なる部分をもつ。平井は、

「以上述べたとおり、四一六条が損害賠償の範囲を当事者の予見可能性によって定めるという機能を果しているのであるが、そうだとすれば、日本損害賠償法の構造は、ドイツ損害賠償法がまさに排斥せんとした要素をことごとく有しているということ、換言すれば、わが損害賠償法の構造は、ドイツ損害賠償法の構造と反対の極に立つものである、ということが明らかとな

る。〔…〕右にのべた責任原因と賠償範囲を結合することこそ、ドイツ損害賠償法の基本構造たる完全賠償の原則がまさに拒否したものであることは、もはや説くまでもない。ここにおいてドイツとの差異は明瞭となる。そして私が、最初に疑問としたところの、四一六条における「理論」と「現実」との乖離という現象が生ずる理由もまたここに明らかとなったと思う。すなわち、それは「損害賠償の範囲は因果関係によって定まる」という命題は、四一六条を有するわが民法においては理論的に無意味であるが故にほかならない。」(92頁)

と述べている。確かにドイツ民法249条の規定自体は予見可能性を排除した。しかし249条のこの排除を限定しようとしたドイツの相当因果関係説なる学説、それに立脚したドイツの諸判決は、上述のように日本民法416条と姿勢が共通している。⁽³³⁾たとえドイツ民法249条が日本民法416条のルー

(33) 日本民法416条と相当因果関係説との関係をめぐって平井は、「『相当因果関係』が四一六条と同義語となった以上、「相当因果関係」を論ずることは結局四一六条の解釈論に帰着し、したがって「相当因果関係」の概念は先に述べたように簡単に説明すれば足りるからである」とし、「かくして「相当因果関係」の概念およびそれと関連するところの種々の因果関係論を論ずることは、現実には無用となる」と述べている(82頁)。

しかしこれは、妥当だろうか。ある法理論・法概念が或る条文ないしその解釈に定着したら、その後は、その法理論・法概念の根拠を一々論じないで、当該条文をその理論・概念で解釈するようになるのは、しばしば起こることである。自然権が憲法に実定法化されると、解釈論で自然権から説き起こす必要はなくなる、というケースがその一例である。自己決定権が憲法13条に定着し、また生存権が25条に、労働基本権が28条に実定化されると、議論はそれら条文の解釈論を中心としたものとなるから、13・25・28「条の解釈論に帰着」することになる。しかしだからといって誰も、それら自己決定権や社会権概念が「現実には無用となる」とは、言わないし、自然権論はなおホット・イシューである。

上のこととの関係で、平井の次の言明も奇妙に響く：すなわち平井は、裁判官は「法律の文言によって判決を理由づけるべく要請されているのだから〔…〕四一六条ではなくして、「相当因果関係」という概念によって保護範囲を理由づけることを主張する学者は、四一六条以外に「相当因果関係」という概念がわが国の裁判の理由づけとして用いられるべき必然性を論証しなければならない」(312-313頁)とする。しかし法実務（裁判官も）は、条文の中には見出されない、法の理論や概念を

つではなく、日本民法416条は穂積陳重のイニシアティブによってイギリスの *Hadley v. Baxendale* などの判例から取り入れられたのであるとしても（平井147頁）、日本民法416条は、トレーガー的ドイツの相当因果関係説、それを踏まえたドイツの判例・法理論、すなわち「ドイツ法」の思考原理と、「完全賠償の原則の否定」（149頁）の立場が重なるのである——それゆえ、416条に相当因果関係説を読み取った、鳩山秀夫（232頁）⁽³⁴⁾ 以来の通説・判例はそれほど誤ってはいなかった、ということになる。

実際にはしばしば使う。「受忍限度」・「人格権」・「自己決定」・「除斥期間」・「未必の故意」・「統治行為」・「解雇権濫用」・「LRA」の基準等々がそうである。この場合、平井のように、条文に出て来ない以上、それらの「概念がわが国の裁判の理由づけとして用いられるべき必然性を論証しなければならない」などとは、誰も言わない。〈解釈・運用に役立つ法理・法概念は使う〉ということで実務・学説はやってきたのだ。（しかも、上述のように、「相当因果関係」の中身は、実は日本民法416条の規定と内容が対応しているのだから、条文に根拠を置いているのである。）

同じ発想で平井は、「違法性と過失とを区別するドグマティーク上の意味および実益は、ドイツ民法学上では厳として存在する。不法行為において違法性の概念規定を試みた者は他の制度——たとえば物権的請求権——における違法性との関連を常に顧慮しなければならないというのはその一例である。ところが、わが民法典は違法性と過失との言語上の区別を知らない。したがって、ドイツ民法典におけるようにこの区別をドグマティークの体系上維持する必要はないと考えるべきである」とも述べている（395頁）。もし平井のこの発想でいくべきなら、上記の「受忍限度」・「人格権」等々の概念も、わが民法典・憲法典はその概念を「知らない」（＝明文化されていない）以上、「維持する必要はない」ということになってしまう。

(34) 前田は、①クリースの主観的因果関係説は「損害賠償範囲を予見可能性乃至有責性によって決定するという制限賠償原則に接近するものであり、完全賠償原則と」矛盾するものであったこと、②これに対してリューメリンが「完全賠償原則との矛盾」を解消しようとして「客観的事後予測によるいわゆる、客観的因果関係説」を唱えたこと、③しかしこの説は「行為者自身の事情を考慮しないことの不都合は否定できず」トレーガーの折衷説が主張された、と指摘している。〔これによっても、〈相当因果関係説は「完全賠償の原則を支える」ためのもの〉とする平井の見方は、リューメリン説にしか妥当しないものであることが分かる。〕

さて前田は、この認識を踏まえて、平井説に明示的に反対する立場から、トレーガー説と日本民法416条との近似性を次のように指摘している。〔しからば、〔…〕日本民法四一六条（平井・損害賠償法の理論一四六頁以下）と相当因果関係説が類似してくることはうなずけ（折衷説と民法四一六条の奇妙な類似）、鳩山秀夫博士

平井に従って〈ドイツ民法249条は日本民法416条のルーツでない〉としても、ここから〈ドイツの条文（249条）を限定しようとしたドイツの学説が日本でも使えない〉ということには、直ちにはならない。また、〈債務不履行の条文を不法行為に適用するのは問題だ〉としても、そこから〈不法行為条文を限定しようとした学説を不法行為と債務不履行にともに使うことは不当だ〉ということには、直ちにはならないのである。

そもそも今日の英米法や日本法もドイツ法と同様、「完全賠償の原則」を限定する必要に直面して来た。こうして英米法や日本法が Hadley v. Baxendale などの判例法に依拠して処理しようとする^{こと}と、ドイツ法が相当因果関係説に依拠して処理しようとする^{こと}とは、共に、それぞれの「完全賠償の原則」を限定するための工夫に属す、ということである。

しかも因果関係の限定は、たとえ「完全賠償の原則」を採用していない国であっても、必要である。たとえば損害賠償の定額制を採用する国でも、〈そのような種類の損害賠償を負うべきケースかどうか〉を適切に決めるに

が、トレーガー説を引いて、「私法ノ目的ヨリ考フレバ行為者ニ知レ又ハ知レ得ベカリシ事実ヲ基礎トスベク」として、「民法第四百十六條ハ恰モ相当因果關係説ノ内容ヲ規定シタルモノト解スル」（鳩山秀夫・増訂改版日本債権法（総論）一九二五年七二頁以下）とされたのも道理であるといえよう。」前田（注7）『不法行為婦責論』226頁。同「石田稷著「損害賠償法の再構成」」（『法学協会雑誌』96巻11号、1979）1480頁、および田山（注7）『不法行為法』91頁をも参照。

佐伯千仞『四訂 刑法講義（総論）』（有斐閣、1977）は、「行為者本人が現実認識した事実ならびに相当注意力ある人に認識可能であった範囲の事実を判断の基礎とした場合に、結果の発生が考えられるかどうかによって定まるとする説（トレーガー＝折衷説）」（153頁）と定式化し、その中身について次のようにまとめている。「これによれば、裁判官は自分が行為当時にその場所に居合わせたと仮定して、それらの事情から現実に生じた事実の経過を予測できたであろうかどうか（予測可能な範囲内にあったかどうか）判断すべきものとされるのである。したがって、たとえ現実に生じた結果であっても、行為当時には合理的判断によって予見できなかったようなものとか、かりにその発生を想像することが可能であったとしても、その発生の蓋然性がきわめて小さいために、健全な社会人からは杞憂として黙殺されるようなものである場合には、相当因果関係はないということになるのである（ヒッペル）」（154頁）。

は、因果関係の範囲限定が欠かせない。どの国においても、因果関係の範囲を限定しないと、衡平に反する結果をもたらすからである。だとすれば、因果関係の範囲限定の理論としての相当因果関係説は、そういう定額制等の国でも使えるのである。(イギリス法を導入した日本民法416条下でも、因果関係の範囲を限定する必要はあり、それに使える理論として相当因果関係説を導入することは、別に矛盾でも何でもない。もちろんその範囲限定理論を改良・加工することは、どの理論の導入に際してもそうであるように、必要だろうが。) ある条文のルーツ国でない国の法理論はその条文解釈に使うな、ということ(=母法主義)は、ありえないのである(以上は、相当因果関係説採用を支持する意図からの議論でなく、事実の指摘に留まる)。

1-5 損害賠償を広く認める法理論は欠陥理論か

平井は、〈損害賠償の範囲を限定できず、そのため結果的に責任を広く認める〉理論には欠陥があるという前提の下に、次のように書いている。

「かようにして判例が一致して承認するにいたった相当因果関係説は現実にはどのような機能を営んだであろうか。すでに述べたように、相当因果関係説は、〈損害賠償の範囲は因果関係によって定まる〉という・完全賠償の原則の論理構造自体を変えるものではなかったが、それはやはり、現実にも損害賠償の範囲を限定する機能をほとんど果すことができなかったのである。相当因果関係説の言語的構成それ自体は、損害賠償の範囲を限定しようとするれば、そのような価値判断を含ませることができる可能性を有していたが、それが完全賠償の原則の法的構成という機能を荷ったが故に〔…できなかった〕。」(55頁)

ここで平井は、ドイツの法実務が「損害賠償の範囲を限定する機能をほとんど果すことができなかった⁽³⁵⁾」と言うのだが(本稿508、512頁をも参

(35) ドイツの相当因果関係説が相対的に低くしか「損害賠償の範囲を限定」してこなかったのは事実だが、ドイツではさらに〈構成要件該当性—違法性—責任〉のテストによって〈責任を問う行為〉の限定をすることが論理的には可能である。しかも、裁判例だけを算定して論じるのは正しくなく、〈明らかに相当因果関係がない

照)、しかし、限定しなかったのにできなかったのか、それとも敢えて限定しなかったのか、の判断については厳密な考察を要する。逆に言えば、なぜアメリカの法実務は「損害賠償の範囲を限定する」方向に進んでいったのか、も問われなければならない。この問題は、第一には法文化のちがい、第二には社会の発展段階のちがい、を踏まえて考察する必要がある。(法解釈学書によく見られるように)ドイツの理論とアメリカの理論とを単純に比較するのではなく、〈それぞれの理論をそれぞれの歴史の中に位置づけつつ、どういう役割を期待されて成立してその内容を呈しているのかを問う〉比較法学的な観点が重要である⁽³⁶⁾。

すなわち、アメリカの場合、産業革命が完成した1870年代以来、大恐慌が猛威をふるった1935年頃までは、経済的自由主義が強い世論であった。この主義は、いったんはニュー・ディール政策によって押さえられたが、その後また、新自由主義の影響下で再び強くなっている。この主義の下では、行為者の権利行使・自由が尊重されるから、かれが加害者となっても故意過失がないかぎり是不法行為の責任を負わないという過失責任主義がより前面に出る(この過失責任主義は、過失を容易には認めない立場だから、しばしば、加害者である経済的強者(企業)に有利に機能する)。

他方、ドイツをはじめヨーロッパでは、(α)(被害者が落度がないのに苦しむことへの同情に加え)ゲルマン的な連帯・弱者救済の伝統があり、かれらが被害者となりやすいから、〈被害者救済〉が重視された。上述のようにモムゼンの学説も、これを背景にしている(近時の〈被害者救済〉再重視の背景には、「行為者は通常は保険をかけているが、犠牲者は単に稀にしか保

ので無理だ)として裁判にしなかったケースをも、計算に入れなければならない。

(36) 平井による、ドイツの相当因果関係説のこうした批判も、ケメラーに見られる。その際のケメラーの議論にも、筆者がここで提示した比較法文化論や社会発展段階比較といった視点はない。Caemmerer (fn. 9), Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, S. 402. ただし平井は、ケメラーとは異なり、相当因果関係説が責任を限定しなかった事実を、上の引用にもあるように、それが「完全賠償の原則」を支える理論だったことの証拠とする(本稿508頁をも参照)。

険をかけていないという事実」もある⁽³⁷⁾。(β) 加えてヨーロッパでは、1874年の経済恐慌を境にして、経済的自由主義は次第に相対化され、社会法的な考え方が強まった。この状況下では、経済的弱者を保護する姿勢が強まるので、被害者になることの多いかれらを護るべく、(過失責任主義を基底としつつも)「完全賠償の原則」が広がった。「完全賠償の原則」自体は、その後トレーガーらによって〈加害者にどこまで責任を負わせるのが衡平にかなうか〉の観点から限定されていく。しかし、被害者救済重視はなお続いたし、一部の部門においては、さらに無過失責任主義が採用されたことによって、被害者救済が拡大した。(アメリカでは、こうした方向(=過失責任主義至上からの脱却)が強まるには、ニュー・ディール政策と、その下での連邦最高裁判所裁判官の刷新人事を待たなければならなかった。)

こうして、アメリカ法とドイツ法とを比較するときは二つの視点が必要となる。すなわち第一に、双方の法文化圏に見られる、理論・実務を、〈それらそれぞれが、どういう社会段階を背景としているか〉を考えなければならない。第二に、相当因果関係説の下でも実務で損害賠償が相対的に広く認められたのは、平井説にあるように〈相当因果関係説が「完全賠償主義を支える」という使命をもっていた〉ことの結果なのか、それとも〈当時のドイツ裁判所がゲルマン的連帯の傾向ないし社会法的傾向をもっていた〉ことの——政策的判断の——帰結なのかを考えなければならない。

相当因果関係説が〈もっぱら経済的自由主義を担うための理論として作られたもの〉であったのなら、平井がケメラーとともに批判するように、「損害賠償の範囲を限定する機能をほとんど果すことができなかった」ことは、この説の欠陥だということになる。しかし、それが不法行為において弱者救済(=社会的連帯の立場から被害者を救済する立場)をも前提にして作られたものならば(あるいは、裁判所が被害者救済をも念頭に置いてこの説を調整しつつ活用してきたのであれば)、「損害賠償の範囲を限定する機

(37) E. ドイチェ・H. -J. アーレンス『ドイツ不法行為法』(浦川道太郎訳、日本評論社、2008) 41頁。

能をほとんど果すことができなかった」ことは、むしろこの説の成功を意味している。そしてこのことは、相当因果関係説排斥の理由を減殺する。

もちろん、トレーガー説に見られるように、ドイツ損害賠償法は被害者救済だけで動いてきたのではなく衡平も重視してきた。また、不法行為における被害者救済の法理は、債務不履行では債権者保護の法理となる。債権者は経済的強者が多いから、ここでは上述の法理は反対方向に作用することになる。（しかし、判決数からしても、主眼は不法行為にあらう。）

「損害賠償の範囲を限定する」実務を奨励しようとする平井は、自分の立場をどのような歴史的 position に結びつけるのだろうか。

【補説】 因果関係に関して、次のことを付加しておきたい。本書で平井は、*conditio sine qua non* を「事実的因果関係」と呼び、相当因果関係説での因果関係を「法的因果関係」と呼んで両者を峻別する。平井は「事実的因果関係」は、「法的価値判断を含まないところの事実関係の科学的探求によって明らかにされ」とする（136頁、445頁）。平井は、グリーンにならって、この「事実関係の科学的探求」を確認した後、「政策的判断」で帰責を具体化しようとする（「政策的判断」では、「過失」認定、「規範の保護目的・保護範囲」などの認定や、金銭的評価（裁判官の裁量に委ねられる）がおこなわれる）。以上の手続きに対して、相当因果関係説、それゆえ「法的因果関係」概念は、事実判断と政策的判断とを混同する構造になっている（139頁）、と平井は言う。ここで平井は、事実と当為とは峻別すべきだし峻別可能だとする方法二元論的な思考を見せている。しかし、

（a）事実判断と政策的判断の混同は問題だとしても、両者が絡み合う部分の取り扱いこそ、法的処理には重要ではないか。たとえば、罹病・事故の発生が蓋然的である場合や、行為者や要因の種々の競合、結果の連続がある場合には、「事実関係の科学的探求によって明らかにされ」る純粋な事実を、経験則や効果判断を加味して法的に意味づけねばならない。ここでは「事実」も法的価値判断と結びついて有意義化する。「事実的因果関係」か政策的判断かの二者択一では、そうした意味付与も、政策的判断を「事実的因果関係」や法的な枠によって規正することも、できなくなる（平井は、別の箇所（38-42頁）では、「因果関係概念が、人間の主観ないし価値判断の問題」

であるとしている。この言説と、*conditio sine qua non* を「事實的因果關係」と呼びつつ展開する、上の言説とは、どう關係するのだろうか。

(b) 加えて、上からも分かるし、平井も認めている (7 頁以下) ように、相当因果關係があるとするのも、予見可能性があるとするのも、「規範の保護目的・保護範囲」であるとするのも、ある人に帰責させる場合のレトリック (法的表現) である。「相当因果關係がある」とか「proximate cause にある」とかと表現する人は——「権利をもつ」・「例文規定である」等と言う場合と同様——〈そこに評価的判断が入っていることに気づかず、事実と政策的判断とを混同している〉というわけではないし、「相当因果關係」という一般的抽象的公式 (461 頁) で片付けているわけでもない。常識的連関や衡平判断などの政策的判断を踏まえて〈こう処理すべきだ〉と判断した上で、それを「相当因果關係あり」という表現で処理しているに過ぎない (前述のように相当因果關係説は、もともと衡平確保を動機とした)。〈予見可能性がないから、相当因果關係を問えない〉と表現する時に、「予見可能性」を「因果關係」の一要素としているわけではない (両者の異質性は自明である。平井本 446 頁をも参照)。だから、〈そうした言い方は、認識と政策的判断を混同し、「無用の混乱を招く」 (120 頁) から止めろ〉などとする必要はない (拙著『法哲学講義』 (東京大学出版会、2002) 429・430 頁参照)。

(c) 相当因果關係、予見可能性と「規範の保護目的・保護範囲」とは、ケースの特徴に応じて使い分けるべきもの、三つのフィルターとして併用しうるものであって、「どちらかにせよ」といった二者択一關係にはない。

2 後半部分：不法行為法の基礎理論をめぐって

『損害賠償法の理論』後半部分 (第 4 章以下) の主テーマは、日本民法 709 条 (不法行為の基本条文) の解釈であり、中心的な論点は、損害賠償義務の成否にとって重要な、「違法性」と「過失」の位置づけである。平井は、違法性概念を廃し「過失」概念に一元化しようとする。その際、平井の主張の中軸を成しているのは、ここでも〈日本民法学を、「ドイツ民法学の呪縛」から解放する〉という課題である。平井はこの立場から、次の

主張をする：

日本はドイツから「違法性」概念を借用したが、その機能は「特殊＝ドイツ法的」機能とは「全く異っていた」；ところが「権利侵害」の要件を拡大するためという「特殊＝日本法的」な違法性の機能は、判例が定着することによって「その役割を果し終えた」（382頁）；また「特殊＝ドイツ法的」違法性は、理論的な混乱をもたらしているし、硬直していて実務にとって不便である；加えて今日、過失が客観化して違法性と融合するようになった（350頁）；したがって「違法性」は、もう必要ではない；それに代えて英仏的・日本判例的な「過失」一元でいくべきである、と。

これがここでの対独解放戦争の戦略設定である。しかしここでも、戦闘の意気込みが、平井の記述に様々の問題を生じさせている。この点を見ていこう。以下では、2-1で「違法性」を、2-2で「過失」を考察する。

2-1 「違法性」をめぐる疑問点

（1）問題の所在

平井は、（実務上のみならず）民法学説上、日独間で「違法性」概念の機能が大きく違うことを、繰り返し強調する：

・「ところが、『権利』の拡大が『違法性』に求められたということは、わが国においては、『違法性』概念が言葉こそ同一でありながら厳密に区別さるべき二つの異なった機能を営んだことを意味する。すなわち、一つは、『権利侵害』の要件を拡大するという、特殊＝日本法的機能であり、他の一つは、『過責』と峻別・対置された意味における『違法性』という特殊＝ドイツ法的機能である。」（364頁）

・「わが国における『違法性』概念の機能は明確でなく、要するに不法行為そのものが成立するか、あるいはしないか、という判断を表現するのと同じに用いられることが多いということが推測されるであろう。そうだとすると、その限りにおいてわが国における『違法性』概念は、ドイツ民法学にいわゆる違法性とはその機能を全く異にしていると言わなければならない筈で

ある。なぜなら、すでに明らかにしたとおり、ドイツ民法学における違法性は——そうして本書で私が規定した「違法性」の意味は——過責（すなわち故意・過失）と峻別・対置されたところの、不法行為の成立要件の一つという意味を有するものだからである。」(378-379頁)

・「くり返し述べたとおり、わが国における「違法性」概念は、「権利侵害」の要件を拡大し、ドイツ民法八二三条一項の権利概念の制約から七〇九条を解放して統一的な不法行為要件に復帰させる、という機能を果した。わが国における「違法性」の特殊な機能は、まさにここにあった。すなわちそれは、法律上のサンクションの受取り手をより精密に画定するという、ドイツ民法上の違法性——ことばこそ同一の「違法性」ではあるが——と全く異なっていたのである。しかし、「権利侵害」の要件の拡大が、判例・学説によって異議なく承認され、確立するに至ったとき、「違法性」のこのような機能はその役割を果し終えた。なぜなら、すでに考察してきたように、「権利侵害」の要件が限定的なものであるという信念 (belief) が判例・学説において消失してしまった以上——そのことは不法行為法の発展傾向を考えればきわめて当然の現象であることは先に述べたとおりである——「違法性」の概念を、「権利侵害」に代えて理由づけに用いる必要は論理的になくなったわけである。」(382頁)

「違法性」の二つの機能の峻別論は、このように平井の立論において重要な意味をもたされている。

ドイツの不法行為法は、「生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利」(ドイツ民法823条1文)とあるように、基本的に絶対権侵害のみを保護法益としているのであるから——その他にドイツ民法823条2文(保護規定違反)、ドイツ民法826条(「公序良俗」違反)も問題になるものの——「権利侵害」の要件を拡大する余地は狭い。この点は、日本民法709条の「権利」の中に「法的に保護された利益」をも含めさせようとした日本の不法行為法とは、確かに事情を異にする。

だがこのことから、〈違法性の概念を、「権利侵害」に代えて理由づけに用いる〉というかたちで展開する「特殊＝日本法的」な違法性概念の機

能〉を、「過責」と峻別・対置された意味における違法性という特殊＝ドイツ法的機能」とは無縁で両者は「全く異なっていた」> とするのは妥当だろうか。

平井も言うように、大学湯事件（損害賠償請求事件、1925（T14）年11月28日大審院第三民事部判決）は、「権利」概念を拡大して被害者救済をはかる動きの始まりとなり、その動きは、とりわけ我妻栄の『事務管理・不当利得・不法行為』（1937）において、「違法性」概念によって「権利」の中身を拡大する道の確立をもたらした（373頁以下）。これを平井は、「特殊＝日本法的機能」だとする。

しかしそもそもなぜ、「違法性」が「権利」概念を拡張する機能をもちえたのか。それは、日本法学者の全く勝手な思弁、ないしドイツ違法性理論の誤解、にもとづくものなのか。日本で「違法性」に依拠して「権利」概念を拡張する手法が出て来たのは、本家ドイツの違法性論に、そうした手法につながるものがあったからではないか。そして日本的な「違法性」の機能がドイツ的な「違法性」の根本から出てきたのであれば（また同様の機能がドイツにもあれば）、平井のように「言葉こそ同一でありながら厳密に区別さるべき二つの異なった機能を営んだ」ということだけを強調す

（38） 大学湯事件判決において中心的な位置を占めて結論を導き出すのは、「権利」とは、「債権」や「絶対権」だけではなく、それらとは「同一程度ノ厳密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ権利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラルルノ利益ナルコトアルヘク否詳ク云ハハ吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ対シ不法行為ニ基ク救済ヲ与フルコトヲ必要トスト思惟スルノ利益」、換言すれば、「吾人ノ法律觀念上不法行為ニ基ク損害賠償請求権ヲ認ムルコトニ依リテ之ヲ保護スル必要アル」利益をも含む、という法命題である。ここでおこなわれているのは、「権利」概念の——根拠を示さない——拡張解釈でしかない。ここではまだ、「違法性」の概念が活用されているのではない。確かにこの判決には、「法規違反ノ行為ヨリ生シタル悪結果ヲ除去スル為」とか「法規違反ノ行為ヲ敢シ以テ」という「違法性」に関わることはある。しかしそれらは、上記のような利益が損なわれた場合の救済の必要を強調するためだけに使われているのであって、〈法規違反ノ行為〉があれば、すなわち行為に違法性があれば、救済する〉とする議論のために使われているのではない。以上の点は、平井が指摘しているところでもある（371頁と、372頁注13）。

るのは、二つの「機能」の連続性と、それらが一つの原理ないし思考を共有していることとを無視する点で、妥当とは言えなくなる。

(2) 違法性の考察

上の点に関する検討は、平井の本においてはおこなわれていない。平井においては「日独二つの「違法性」は、相互に無縁である」ということが自明の前提となっているからだ。そこでわれわれは、「違法性」の原理的考察をつうじて、この問題に迫っていこう。

違法性は構成要件との関係において、19世紀後半にドイツで問題になった。それは、なぜか？ これを理解するには、この時期において、しかもドイツで、「法律」と「法」とを区別する考え方が発達した、という事実を踏まえる必要がある。ドイツの近代法学においては、「法律」とは制定法のことである。「法」とは、「法律」=制定法と、制定法の根底にある法秩序とをともに含んだ概念である（以下では、この、法秩序の面のみを「法」と呼ぶ）。構成要件とは、上記「法律」（とくに刑罰法規のこと。しかし不法行為法・債務不履行の諸規定も、この概念に含まれる）において明記されている行為類型である。或る行為を犯罪ないし不法行為であると判断できるためには、その行為が「法律」の規定に抵触する——（刑法学的に言えば）構成要件に該当する——ことがまず必要である。しかし、それだけで犯罪ないし不法行為となるわけではない。それだけで有罪とするのであっては、あまりにも形式主義である。

そこで、次には、その行為が法生活上の基本的必要性・法感情・正義観念（法秩序上の妥当性）に照らしてどう位置づけられるかを判断する必要がある。「法律」の規定には該当しても、「法」（法秩序）に照らして許容される場合、⁽³⁹⁾実質的に見て問題とはならないからだ。この第2段階では、

(39) 違法性判断、その根底にある「法律」と「法」の区別は、正義の2要素に関係してもいる。筆者が『法哲学講義』で述べたように、正義には、①〈ルールを守ること〉と、②〈各人にかれのものを帰属させること〉とがある。①は、ルール

審査は、次の3点についておこなわれる。

(α)「法」(法秩序)が許容している限度を逸脱する行為態様であったかの行為無価値の問題。これには、(α -1)社会が嫌悪する、あるいは脅威を感じるような態様の加害行為であったか、ないし悪質な意図(公序良俗違反・権利濫用を含む)による行為であったか、(α -2)逆に言えば加害者の行為は、社会が受け入れる、あるいは本来社会にとって有益である、行為であったか、(α -3)善意の下におこなわれたか、(α -4)行為者は害発生・害拡大の防止に努力したか、などが含まれる。(β)法生活(法秩序)上で害とされる結果を加害者の行為はどの程度招いたか、別言すれば、その害は許容されている限度を逸脱しているか(社会にとって危険と言えるほどの害であったか)の結果無価値の問題。これには、(β -1)被害が、社会生活上求められている我慢の限度(受忍限度)を超えているか、(β -2)ある危険を被害者本人があらかじめ受け入れていたか、なども含まれる。(α と関連して、加害者の行為が社会にとって本来有益であれば、被害者が我慢すべき限度も大きくなる、という事情もある)。(γ)法生活(法秩序)が求める予見義務及び結果回避義務を履行したか、も問題となる。

これらは構成要件そのものを検討しても出てこないものであって、別の観点⁽⁴⁰⁾からの考察を必要とする。これら第2段階の審査をおこなっていると

に従って判断することであり、これは社会の側から(秩序維持の観点から)見て必要となる。しかし、法生活における正義は、また、各人を各人にふさわしく扱うことを求める。これは個人の側から見て必要な、〈各人の正当な権利・利益を各人に保障すること、各人に値する罰を課すこと〉である。①と②とは、矛盾しない場合があるが、矛盾することもある。①だけで行くと、Summum ius, summa iniuria。(あまりに厳格な法は(すなわち①だけで行くのは)、②の正義を損なう、ということ)が帰結し、正当防衛や緊急避難、衡平、事情変更の原則、妥当な量刑なども認められなくなる。そこで②が重要となる。構成要件該当性は①に関わり、違法性は①および②に、責任の判断は②に関わる。つまり、〈構成要件該当性・違法性・責任〉の3段階判断は、すぐれて正義の問題に関わっている。

(40) そしてこれに加えてさらに第3段階として、その行為者に責任を問うことができるかを、その行為者に即して審査する。①責任能力があるか、②故意あるいは過失をともなった行為であったか、③そういう行為をしないことが期待できる情況に

き、人は、「法律」を超えて法生活（法秩序＝「法」）を念頭に置き、それに照らして考察しているのである。⁽⁴¹⁾

そしてこの思考は、逆転されることによって、〈「法律」に規定がなくとも、すなわち既成の構成要件には該当しなくとも、法生活・法秩序＝「法」が許容しない有害行為がある〉という判断を可能にする。⁽⁴²⁾ その際には人は、違法性判断に導かれて、犯罪・不法行為類型を創り出そうとすることになる。これは刑法では道義的刑法学、すなわち〈刑法規定にはないが、法生活上（＝道義上）許されざる行為であるから〉として、既存の刑法規定の類推適用ないし比附によって罰する立場になる。これは、近代刑法では許されない立場である。

しかし民法では、同様の発想が、〈厳密には権利には該当しないが、法生活が大事にしている利益を損なった行為であるから、その行為者は損害を賠償する責任を負う〉⁽⁴³⁾ という発想となる。これが、「権利」を「法的に

あったか（期待可能性）等々の検討である。

(41) 佐伯の次の指摘において、「受命者なき規範」（ないし「規範」・「評価規範」）がわれわれの「法」に対応し、「命令規範」（ないし「命令」）がわれわれの「法律」に対応する。「メツガーは出発点として、「受命者なき規範」（adressenlose Norm）〔と命令とを〕を対立させる。規範は概念的明確さにおいては、ただ非人格的当為（unpersönliches Sollen）で、受命者のあることはそれにとって本質的の要件ではない。法的規範はまず第一に評価規範であって、一定の客観的社会状態に向けられており、ただその後でさらに論理的手続きを経たうえで、命令規範としての性質を受取るのである。このような規範と命令の分離は、抽象的独立性における規範に関する記述と、規範実現手段（命令）に関する記述とを純粹かつ明晰に区別するための必然的思考条件なのである。」佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974）87頁。

(42) この思考がまた、刑法38条3項「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない」の規定の根底をも成す。佐伯が言うように、「行為者は法の明文特に刑罰法規の条文を知っている必要はない。しかし、少なくとも自分の行為が社会的共同生活のうえで許されないものだということの意識は有ししなければならない」（佐伯（注34）『四訂 刑法講義（総論）』252頁）。すなわちここでも、条文と、その根底にある法秩序との二項関係が基底となっているのである。

保護された利益」をも含むものとして拡張解釈する際の思考であり、それはまさに、この意味での「違法性」と結びついた思考によって可能となるもの⁽⁴⁴⁾なのである。

以上のように考えると、大学湯事件において、あるいはその後の判決において、違法性の概念と、構成要件的「権利」を「吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ対シ不法行為ニ基ク救済ヲ与フルコトヲ必要トスト思惟スルーノ利益」へ拡張することとが並んで出てくるのは、けっして偶然ではない、その後の日本の判決や学説において、違法性の概念がもっぱら「権利」概念の拡張のために使われたのは、概念だけの恣意的な借用、あるいは違法性概念を誤解した上での法的構成によるものではない。

違法性概念は、〈法秩序の中で何が法的利益とされているか〉というかたちで考えることによって、(α)「権利」侵害の中身を、単に「法律」に「権利」と規定されたものに限らず、「法」（法秩序）に照らして保護すべき利益にまで広げる機能、および逆に、(β)「法律」（構成要件）に抵触する行為であっても、法秩序に照らせば許されることを理由にして制裁を加

(43) ドイツでこの、平井の言う「特殊＝日本法的」思考を鮮明に出したのは、ソラヤ事件判決 Soraya Beschluss, 14. 02. 1973, BVerfGE 34, 269 である。ここでは、法律 Gesetz と法 Recht が区別され、法律によって保護された「権利」に留まらず、それを「法」概念に依拠して拡張解釈していくことが進められている。

(44) 日本民法709条の旧規定は「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生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」となっていた。①明文で保障されている「他人ノ権利」を侵害した場合には、構成要件該当行為に当たるとして、次いで違法性判断、そして責任判断をおこなうことになる。②明文で保障されている「他人ノ権利」に該当しない場合には、まず違法性判断をおこない、〈法秩序によって保護されている利益〉の侵害＝違法性があるかどうかを審査し、それによって構成要件の「権利」を拡張適用することになる。「違法性二元論」はこの発想に関わる。我妻理論では、これら①と②の手続きの区別がつきにくい。

なお、民法709条は2005年の改正によって「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」となった。しかし、これによって上記の二元的把握は不要になったのではなく、何が「法律上保護される利益」なのかには、法秩序違反＝違法性判断が欠かせない。

えない機能（違法性阻却の問題）、をともに可能にする思考をもっていた。（ α ）の「権利」拡大機能と（ β ）の違法性阻却の機能とは、同じ原理の思考が現象したものである。平井が言うところの、違法性概念の日本的用法（権利概念拡張目的の使用）は、実はドイツの違法性概念が基底にしている思考（＝「法律」と「法」の区別）を展開させて得た思考である。違法性概念の、日本的機能とドイツ的機能とは、一つの思考の両面なのである（しかも、実際には両機能は、日本のみならずドイツでもともに活用されている（注43）。この事実もまた、上のことの証左である）。

日本において末川博が『権利侵害論』（日本評論社、1944）でおこなった問題提起は、まさにこの（ α ）・（ β ）の両機能の一体性⁽⁴⁵⁾に関わっている。たとえば末川は、次のように言う。

「今日の法律制度の下では、部分的な法律秩序は権利として現われることが多いのであるから、不法行為もまた権利侵害を伴っているのが普通である。しかし、命令的法規によつて権利と関係なしに違法という評価が爲され、また顯現的法規の欠けている場合に公序良俗に反するというので違法という評価が爲されることも決して少くはないのだから、権利侵害を伴わない不法行為も稀ではない。」（315-316頁）

上の「権利侵害を伴わない不法行為」こそ、構成要件上「権利」と明記されていないが、違法性に該当する（「顯現的法規の欠けている場合に公序

(45) 佐伯は、次のように言う。「民法の不法行為は「……により自己又は他人の権利を侵害したる者は……」と云つて（七〇九条）、権利侵害を要件とするだけで制限列举的でなく包括的である。故に従来「いかなる権利が侵害せられたか」が問題とされ、そこから不法行為の客体たる権利をカズイスティシュに数え上げるという仕方がとられた。これを克服して、現実にあつた法秩序が反価値的とする行為（すなわち、公序良俗に反する行為）は一切不法行為だとしたところに末川教授の「権利侵害論」の功績があるであらう。」佐伯（注41）『刑法における違法性の理論』124頁。

良俗に反するというので違法という評価が爲される」行為のことである。末川は、この〈法律と「法律秩序」＝法の区別に対応する〉〈構成要件と違法性の区別〉の観点から、構成要件上の「権利」を逆照射し、それを拡張解釈し、〈違法性に当たる行為によって、他人の（「権利」化される前の、法生活上）正当な利益を侵害すること〉を不法行為としたのである。

末川のこのような思考の根底を成しているのは、リスト（Franz v. Liszt）に代表される、「實質的違法」をめぐる次のような思考であった。

「違法という評価の標準を求めるのに、一方では實定的な法律の内においてすると共に、他方では法律の掟つてもつて立つている支盤たる社会文化財の内においてする見解である。この見解にあつては、違法自体を基点としていうならば實定的な法律規範に違反するという意味においての形式的違法（formelle Rechtswidrigkeit）と社会の共同生活を實質的に害するというような意味においての實質的違法（materielle Rechtswidrigkeit）との二が、区別して認められることになる。」（同上200頁）

「形式的違法」が構成要件上「権利」と明記されているものの侵害行為に、「實質的違法」が「社会の共同生活を實質的に害する」もの、すなわち法秩序違反＝違法性に該当する行為に、関わることは明らかだろう。

平井が上記のように「特殊＝日本法的機能」の開祖とする我妻栄も、上記の二つの「違法性」の機能をともに前提にしており、それゆえ2機能をともにもたらす基本思考を基底にしている：

「私も亦権利侵害なる要件は加害行為の違法性あることを意味すると解する説に従ふ。然し、違法性の有無は超法規的価値判断の問題であるから、一方その内容の硬化せざることを努むべきであるが、同時に、その判断の擅恣となることを嚴にいましむべきである。かかる目的の下に、我々は違法性決定について一応の準繩を定める必要がある。そして、私は、これを被侵害利

益の種類と侵害行為の態容との相關々係に於て考察するを至當なりと思ふのである。我々は社會生活に於てその生存繁榮の手段として各種の生活利益を有する。而して法律は、その理想に基き、その利益の有する社会的意義に應じて一定の範囲に於てこれを権利として保護する。然るに、その権利として保護する利益の範囲は社會の生活關係の推移と時代の法律理想の進展によつて不斷に変遷するものである。〔…〕既存の法律体系に於て絶対的な権利と認められるものを法規違反の行為によつて侵害するときは違法性は最も強くなる。又新たな社會關係の裡に生成しつつある権利を権利の行使によつて侵害するときはその違法性は最も弱くなる。従つて、権利としての對世的効力弱きか又はその内容の漠然たるものについてはその侵害行為の態度が特に考慮せられねばならないことになる。」(『事務管理・不当利得・不法行為』復刻版、日本評論社、1988、125-126頁)

この引用部分にある「私も亦権利侵害なる要件は加害行為の違法性あることを意味すると解する説に従ふ」とは、本来は上の(β)の違法性阻却の機能に関わる。しかしこの考えを裏返すと、「権利としての對世的効力弱きか又はその内容の漠然たるものについてはその侵害行為の態度が特に考慮せられねばならないことになる」となる。しかも我妻においても「権利」は、法生活上の利益(「生活利益」)の一部を法認したものであった。そこで、〈「その侵害行為の態度」=「違法性」が強ければ「権利侵害」になる〉というかたちで、上の(α)の「権利」拡大機能が出来る。したがって、我妻においても両機能は密接に関連しあっている；平井が言うようには、〈(α)が日本特有でこれだけが一人歩きしており、それはドイツ特有の(β)の概念とは無関係であった〉というものではない：

我妻において、「超法規的価値」の「超法規的」とは、われわれにおける「法」(そのうちの法秩序)のことである。すなわち我妻も、「法律」に規定された「権利」を、「法律」を越えて「法」の観点から考える姿勢を基底としており、①考察対象となる利益を「法」、すなわち法秩序がどれだけ尊重しているか、②それゆえ、その利益の侵害を、侵害の重大さと侵

害態度の危険度にかんがみてどれだけ法秩序への脅威として受け止めるか、に焦点を合わせて $(\alpha) \cdot (\beta)$ を使っている（ドイツにおける我妻的な動き（「法」の観点からの権利侵害認定）については、注43参照）。

これら日本不法行為論・違法性概念の開祖たちの思考が、どうしてドイツ不法行為論・違法性概念の思考と無縁だろうか。確かに、条文の構造が違えば理論・概念が異なった機能を見せることはありうる。しかし、機能の根底にある思考・理論が連関しておれば、①機能自体についても「全く異なっていた」との評価に留まっていることはできなくなるし、②日本的機能が無用となったとしても、違法性阻却などドイツの機能が日本で使えないわけでもない。加えて、③後述のように（561頁以下）今日では日本的機能が再び重要になりつつあるのでもある。

（3）平井の「違法性」理解

では、そもそも平井自身は「違法性」をどうとらえているのだろうか。平井の「違法性」理解の態様は、「違法性」概念が基底にしている〈「法律」と「法」との区別〉の有無から明らかとなる。平井は、「法」ないし「法規範」という語について、次のように語っている：

「社会集団内部に、サンクションの最も究極的な手段である物理力を独占する政治権力が成立するに至った段階では、政治権力は、社会集団の構成員の行動を統制するために「規範」を命題文章の形で予め作出し、それを妥当（社会学的に表現すれば、規範文章が指示する事態からの逸脱に対してサンクションを発動せしめる可能性の存在）せしめることが可能となってくる。特に国家と呼ばれる社会集団においては、このことは普遍的な現象である。「法」ないし「法規範」という語は、このような国家権力によるサンクションを伴う文章の形に構成された規範を指示することが多い。

「違法性」ということは、第一次的には「規範」ないし「法」に関する右のような社会過程のうちで、一定の状況における一定の確立された行動の型からの逸脱とそれに対するサンクションの発動——特にサンクションが

「法規範にもとづいて発動されると観念される場合——という一連の社会過程を指示ないし表象することは＝概念である。そうして、「違法性」の「本質」をめぐる種々の論議は、諸の社会的・歴史的・思想的背景のもとに——右のような一連の社会過程の或る側面に重点をおいて眺めるという、またはその或る側面に着目してそれをより精密に表現しようという、観点ないし工夫の差異をめぐる論争にほかならなかった、と思われる。

たとえば、「違法性」の「本質」は「権利侵害」にあるのか、それとも単なる「法益侵害」で足りるのか、という論議は、右の過程のうちで「規範」を成立させる基礎となる一定の利益とともに焦点をおきながら、「権利」という歴史的・思想的背景——自然法的人権思想——を有する用語慣習にしたがって、表現するか、あるいはそのような用語慣習とは異なった背景——実証主義的思想——に立って表現するか、という差異にすぎないように思われる。」(329-330頁)

上で、「政治権力は、社会集団の構成員の行動を統制するために「規範」を命題文章の形で予め作出し」とあり、また「国家と呼ばれる社会集団」によって「サンクションを伴う文章のかたちに構成された規範」とあるところの「規範」とは、明らかに「法律」(制定法)を意味している。そうだとすると、「法」ないし「法規範」という語は、このような国家権力によるサンクションを伴う文章のかたちに構成された規範を指示することが多い」という言明における、「法」ないし「法規範」とは、「法律」を指していることになる。明らかに平井はここでは、「法律」と「法」との区別を弁えないで議論している。

このような区別を欠いては、上述の「社会の共同生活を實質的に害する」というような意味においての「實質的違法」をとらえることも、困難となる。⁽⁴⁶⁾「法律」と「法」の緊張関係を前提にしないこのような思考から出

(46) 違法性を理解する上で法・法秩序と法律の区別が重要なのに、その認識がないという点は、平井だけの問題ではない。それは、日本民法学に広く見られる。たとえば錦織成史の論文「違法性と過失」(星野英一編『民法講座』第6巻、有斐閣、1985)は、日本における理論史を克明に追った重要な著作であるが、ここでも、未

てくるのは、せいぜい、末川が言うところの「實定的な法律規範に違反する」という意味においての形式的違法」でしかないだろう。違法性は、ここでは「法律」との関係でのみ把握されるからである。末川らの「実質的違法性」は、違法性を「法」（法秩序）との関係で考えないと、見えてこないのだ。

実際、平井の「違法性」概念は、次のようなものだ：平井は、上のところで、「違法性」ということばは、第一次的には「規範」ないし「法」に関する右のような社会過程のうちで、一定の状況における一定の確立された行動の型からの逸脱とそれに対するサンクションの発動——特にサンクションが「法規範にもとづいて発動されると観念される場合——という一連の社会過程を指示ないし表象することば＝概念である」としていた。つまり平井は「違法性」を、「確立された行動の型からの逸脱」（すなわち法律違反行為）に対して、「法規範にもとづいて発動される」（すなわち法律違反を根拠にして国家が行使する）ところの、「サンクションの発動」である「一連の社会過程を指示ないし表象することば＝概念」だと理解している。「サンクションの発動」とは、刑事では科刑のことであり、民事では損害賠償等を課すことであるが、そうした社会過程を「指示ないし表象することば＝概念」が「違法性」だとするのであれば、「違法性」とは、「法律」違反に対する科刑ないし賠償を課すことだということになる。

これは、「違法性」の、意味ある定義だろうか。このような「違法性」概念では、それを構成要件と関係づけて意義を明確化することができなくなる。このような「違法性」概念を用いるなら、「違法性」を法秩序（「法律」でなく）の中に（＝行為をその客観的態様において独自に）位置づけられないため、後述するように過失が客観化しだしたことを理由に、〈違法性と過失の区別は要らない；過失概念だけで十分だ〉との主張が出てきて当然というものでもある。〈どう定義しようと論者の勝手だ〉ということか

川の理論について、本文に示したような区別に立った分析はなされていない。

も知れないが、しかし平井の本はこれまでの違法性論をどう理解し克服するかをテーマにしているのだから、それらと取っ組み合える「違法性」概念を踏まえるべきだったのである。

上述のように、これまでの違法性論における「違法性」とは、刑を科したり損害賠償を課したりする時、〈構成要件上は（＝「法律」によれば）科刑すべき、あるいは損害賠償を課すべき行為だが、はたして法生活上（＝「法」に照らせば）それに本当に値するか〉の観点からチェックするのに欠かせない概念である。ところが、以上に見た平井の、「法」と「法律」未分化の思考、および「違法性」とは「サンクションの発動」だとする思考では、そもそも日独の違法性概念がどういう思考から産み出されたのか理解できないし、それゆえ日独二つの違法性の機能を相互に関連づけることも、もともとできない。平井はまた、日本の「違法性論」に中身がなく混乱していると言うが、中身がなく混乱していると見えるのは、そのように言う側の概念に問題があるからではないか。

平井の次の三つの言明も、「違法性」理解の不十分さを物語っている。

(i) 平井は、末川の『権利侵害論』について次のように言う：

「末川博士によれば、法規の発現形式には許容的法規と命令的法規とがあり、権利とは「許容的法規の主観化された形態」と定義されるから、権利侵害以外に命令的法規違反という違法形態が論理的に導かれることになる。そして、法律秩序はこれら顕現的法規に尽されず、公序良俗違反という違法の形態もあり得る。こうして七〇九条の権利侵害とは違法性の徴表だという主張が生れてくるわけである（『権利侵害論』二九四頁以下）。きわめて概念的であり、一種のトートロジーが含まれているように思われる」（375頁注15）。

末川は、〈法秩序（末川『権利侵害論』の言う「法律秩序」）が尊重する利益を侵害する行為は違法である；民法709条は、そうした行為の一部を権

利侵害として明文化した；したがってこの明文規定は、違法性の徴表（＝部分現象）だ」と考える（我妻も同様であった。550頁）。ところが平井は、「法律」のレベルとは別の、法秩序＝「法」のレベルで考える発想をもっていない。だから、末川が法秩序のレベルから709条を見て「七〇九条の権利侵害とは違法性の徴表だ」と言うこと（＝上の引用文中にあるように「公序良俗違反という違法の形態」を念頭に置くこと）が、平井には「きわめて概念的」だとしか見えないのである（そもそも、「法律」とは別に「法」を考えることが、平井には「きわめて概念的」に映るのである）。

「七〇九条の権利侵害とは違法性の徴表だ」という末川の命題が平井には「トートロジー」だと見えるのも、上の事情と関わっている。末川のな<違法性を法秩序＝法のレベルで考える>（ドイツ的な）思考を踏まえな<いと、<違法性とは「法律」（＝制定法）——それとは区別された「法」ではなく——に反して行為することだ>と考えるはかなくなる。すると「七〇九条の権利侵害とは違法性の徴表だ」は、<709条に規定されている権利を侵害する行為は、709条という「法律」の規定に反して行為すること＝違法に行為することだから、違法〔性の徴表〕だ>と解することとなり（「徴表」の語が消えてしまうのである）、トートロジーが現出するのである。⁽⁴⁷⁾

（ii）平井は先の引用部分で、「「違法性」の「本質」は「権利侵害」にあるのか、それとも単なる「法益侵害」で足りるのか、という論議は、右の過程のうちで「規範」を成立させる基礎となる一定の利益にともに焦点をおきながら、「権利」という歴史的・思想的背景——自然法的人権思想——を有する用語慣習にしたがって、表現するか、あるいはそのような用語慣習とは異なった背景——実証主義的思想——に立って表現するか、と

（47） 平井は、328頁でも、「「違法性」の定義を与える学者も、結局のところ、それは「法秩序の違反（Widerspruch）」というふうな形式的かつ同語反覆の説明を与えるにとどまっている」と述べている。これが平井に「形式的」で「トートロジー」だと見えるのは、平井がここでも、引用文中の「法秩序の違反」を（「法」の違反）ではなく、「法律」（＝制定法）の違反の意味にしかとらえていないからである。

いう差異にすぎないように思われる」と述べていた (320頁)。すなわち平井は、(a)「権利」概念にこだわる立場は「歴史的・思想的背景——自然法的人権思想——を有する用語慣習にしたがって」いるものだとし、他方、(b)「法益侵害」で足りる」とする立場は「そのような用語慣習とは異なった背景——実証主義的思想——に立って表現」したものだとしているのである。だがこの見方は、次のように事実と正反対であり、「法」と「法律」の区別の欠如を物語っている：

(a) の「権利」にこだわる立場とは、法律が「権利」と規定したもののみを「権利」とする立場のことであるから、法律の文言、すなわちまた構成要件、にこだわる点で、法律「実証主義的思想」に結びついている。これに対して (b) の「法益侵害」で足りる」とする立場とは、法律を超えて法生活（法秩序）を考え、何がどこまで許されるかを判断しようとする点で、「公序良俗」の思考や「衡平」の思考とも共通し、第一には、法社会学的な思考と結びつくものであり、第二には、「自然法的人権思想」とまでは言わなくとも、それとも連関しうる、法道徳論的ないし自然法論的な思考と結びつくものである。逆に言えば、これは法律実証主義ではないし、学問的な「実証主義」でもない（上の法社会学も、実証主義的なものもあればそうでないものもあるのだから、実証主義そのものとは言えない）。（この内、(b) の考え方が、法律を超えて法生活（法秩序）を考え、何がどこまで許されるかを判断しようとする点で、違法性の思考と結びつく。）

(iii) 平井の「違法性」把握の問題性は、ドイツ民法の「権利侵害即違法性」を次のように位置づけるところにも現れている：

「このような「権利侵害即違法性」という命題はどのような思想にもとづくものであろうか。それは、おそらく「権利」という・歴史的に形成された——それは社会の存立に不可欠な利益を中心に構成されてきたものであろう——ある程度明確な外延を持つところの利益はきわめて強い程度に保護され

なければならず、したがってそれに対する侵害には直ちにサンクションが発動されなければならない、という社会的要請ないし信念の存在にもとづくものであろう。そのことは、反面として「権利」と呼ばれるところの一定の利益の追求は個人の自由に委ねられていることが保障されていること、を意味する。すなわち、「権利侵害即違法性」の命題は、——後に述べる過失責任の原則と相まって——まさに経済的自由主義のイデオロギー的表現にほかならないと思われるのである。」(344頁)

見られるように平井は、ドイツ民法823条1文が「権利侵害即違法性」の考え方をとっていることについて、「経済的自由主義のイデオロギー的表現」だとする。

まず、平井のここでの「経済的自由主義」の中身を確定しよう。平井は、それが「過失責任の原則と相まっ」たものだとしている。これら二つがはっきり結びついてイデオロギーとなったのは、前述のようにアメリカの1900年前後（＝ロックナー判決時代。Cf. *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905)）においてである。すなわち、平井において「経済的自由主義」とは、この時代の思潮である。だが、この時代においてそのイデオロギーが保護したのは、加害者（たいていは企業である）の自由である。実際、企業は、〈過失がない限りは、他人に害を加えても責任を負わない〉というかたちで広範な経済的自由を享受した。「権利侵害即違法性」の原則は、本当にそうした「経済的自由主義のイデオロギー的表現」だろうか？

「権利侵害即違法性」の原則は、第一に、「経済的自由主義」よりはるかに古い時代の観念にもとづく原則である。「権利侵害即違法性」とする考え方は、加害に対する人間の素朴な（直接的な）反応を反映しているものであって、それゆえ古い時代の法感覚、すなわち古代ローマや古代ゲルマン、中世・近世の貴族や農民の観念——フェーデや決闘に結びつく——に見出される。近代初期（＝古典的権利論の時代）においても、それは、権利者を加害行為から護る視点からのものとして機能した。

「権利侵害即違法性」の原則は、第二に、「経済的自由主義」を社会的に修正する働きをも期待されていた。すなわち、近代初期においては、たとえ他人の権利に対する侵害があっても、それが権利の行使の結果であれば「即違法性」とはならない、という状態が19世紀遅くまで続いた：

たとえば、フランスでも、19世紀遅くまでは、他人に損害を加えても、〈非行 (faute) がいないから不法行為に当たらない〉とされた。その背後にあったのは、「自分の権利を行使する者は、何人に対しても不法を行うものではない」とか、「自分の権利を行使する者は、何人をも害することはない」という、古代ローマ法以来の発想であり、また「所有権の絶対性」の観念である。例えば、フランス民法典544条は「所有権は無制限絶対的に物を利用し処分する権利である」と規定しており、したがって自己の所有権を行使して他人の権利を侵害しても、「即違法」とはならなかった。

ところが、19世紀後半に入ると、フランスでシカーネ禁止の復活を説く学説が活性化し出す。その影響を受けた判決が出始め、シカーネに当たる「権利侵害」を権利濫用として「違法」化しだした(1855年5月2日のコルマル Colmar 裁判所判決がその嚆矢である)。20世紀に入ると、こうした考えが立法化されだす。たとえば、ドイツ民法(1900年)226条は、「権利の行使は、それが他人に損害を加える目的のみを有する場合には、許されない」規定した。(ドイツ民法第一草案(1888年)は、この原則を採用しなかった。しかし、ギールケの批判などが通って、ドイツ民法に採用されたのである。)またスイス民法(1912年)2条2項は、「権利の明白な濫用は法律の保護を受けない」と規定した、ここには、単なるシカーネ禁止の復活を越える方向が出ている。

産業革命後の経済的自由主義期には、過失責任の原則が企業保護に向かい、「権利侵害即違法性」の原則が被害者保護に向かう、というかたちでの分裂が生じたのである(近代初期には、過失責任の原則と「権利侵害即違法性」の原則とが共存していたが)。

以上を踏まえると、「権利侵害即違法性」の考え方は、平井の説明とは

まったく別方向のところ求められるべきことになる。たとえば、次のように、である。すなわち、〈人々は、ある種の利益の保護をきわめて重視し、その姿勢を「権利」というかたちで表明した；したがってそうした権利を侵害する行為は、重大な秩序違反行為として人々の反発を招く；このためそのような権利に対する侵害があれば、違法性が即、推定されるのである〉と。末川が前掲『権利侵害論』で、「法律が是認することを得ないような行為即ち法律秩序を破るの故をもつて、違法と評価さるべき行為を表わすために、権利侵害を挙げているのである。この意味において、私は、ここに権利侵害というのは違法の行為の徴表たるにとどまると考える」（303頁）と述べているのは、このことに関係しているのである。「違法の行為」には、「徴表」として（すなわち「法律」化されたもののレヴェルで判断し、「権利侵害即違法性」で処理されるものと、それに留まらずに「法」のレヴェルに入って（「徴表」される本体について）違法性を考えることにより確認されるものがある、ということである。

2-2 「過失」一元化論の疑問点

（1） 提唱の問題点

後半部分における平井の第二のポイントは、（「特殊＝日本法的」な違法性概念を拒否するだけでなく、さらに）ドイツ的な違法性概念をも拒否し、それにとって代わるものとして「過失」概念（fauteに当たる、違法性と過失が未分化な概念。したがってこれは、「過失」と呼ばれねばならないものではない。以下、この平井的概念をカッコ付きで「過失」と記す）を導入しようとする提言にある。

「実務の中から理論を探究するのを基本的方法」（457頁）とする平井は、日本の判例において過失概念が「注意義務」（予見義務と結果回避義務）違反というかたちで客観化し、したがって違法性と責任とが重なっているという認識を基盤とする。平井はこれを踏まえて、これまで支配的であったドイツ的な〈構成要件—違法—責任〉の3区分は排除しなければならない

とし（加えて、日仏英的な統一的要件主義下では 3 区分は無用だとし）、その立場から、新しい「過失」概念を基礎にする法解釈学説を提唱する。

しかしこの提唱にも、いくつかの問題がある。たとえば、次の箇所がそうである。

「『違法性』概念自体が、判例上——そして現実には通説においても——機能を失っていることは前述のとおりであったが、それに加えて右に掲げた事情を考えるならば、理論上もあえてドイツ民法の意味における「違法性」概念を定立することの根拠は全く乏しいと言ってよい。

さて、そうだとすると、わが国においては「違法性」と「過失」とを区別することは理論的に無意味である、と言うべきである。「違法性」と「過失」との区別は決してアプリアリに受け入れうるべき「理論」ではない。それは特殊＝ドイツ的概念と称すべきもののなであり、それがわが国に自明のごとく受け継がれてきたのは、ドイツ民法学の呪縛と言うべきであろう。日本の不法行為法は日本の判例・学説の現実の姿を直視し、そこから構築さるべきである。そうだとすると、判例の上で「違法性」という語があまり用いられていない、という事実、そして何よりもドイツの意味における違法性が理論的な混乱をもたらしている、という事実を考えるならば、「過失」ということばを用いたほうが無難であろうと思われる。すなわち、ドイツ民法の意味における違法性と過失とをともに含む機能を有する概念がわが民法における「過失」にほかならない。このように言うことは、これまでの体系書的思考に慣れた者にとっては奇矯にひびくかもしれない。しかし、後に述べるようにフランス民法におけるフォート (faute)、英米法におけるネグリジェンス (negligence) は、まさにこのような意味における「過失」なのである。統一的不法行為要件である日本民法七〇九条における「過失」が右のような機能を有するに至ったことは、比較法的にみても何らあやむに足りない、と言うべきである。」(396-397頁)

平井がここで表明している、「判例の上で「違法性」という語があまり用いられていない、という事実、そして何よりもドイツの意味における違法性が理論的な混乱をもたらしている、という事実を考えるならば、「過失」

ということばを用いたほうが無難であろうと思われる」という言明は、本書後半部分での平井の立場の軸に当たる。しかしそれは、（前述のように「特殊＝ドイツ的」の認識が誤っていることの他に、）いくつかの論理飛躍の上に成っている：

（i）日本の判例上、過失が「違法性」化し、「理論的な混乱」が生じ、また「判例の上で「違法性」という語があまり用いられていない」という事実から、〈そういう語を法学も使うな〉と言う当為は、直ちには出てこない。それには、〈法学は判例の動向に忠実であれ＝それを批判するよりも、それに追随せよ〉という立場選択が別にあって、それが介在する必要がある。⁽⁴⁸⁾ この立場選択は、しかし誰もが共有するものではない。

しかも平井の、過失が「違法性」化し、かつ「判例の上で「違法性」という語があまり用いられて」おらず、「違法性」を論じることが「法技術的意義を欠く」（397頁）という認識は、最近の日本の実務上の動きにかなり合致しなくなっている。すなわち、①瀬川信久が指摘しているように、平井の議論が前提にしていた「身体・財物に対する物理的侵害」のとは異なる類型の不法行為（「取引介在型侵害」）の判例が蓄積されつつある。これらにおいては、ネズミ講・マルチ商法・原野商法・豊田商事事件などの取引の不法行為

(48) 平井は、解釈学説と実務の関係について次のように言っている。「およそ解釈学上の議論というのは、常に裁判を念頭において裁判に奉仕をするためのものであるはずですが、実は奇妙なことに、損害賠償に関するかぎり、学者のそれまでの議論は、そういう役割を全く果してこなかったと思われます。」平井は、学説が「裁判に奉仕をする」のではなかったこの状況を「現実から遊離し」た状態と規定する（『損害賠償法理論の新展開』、前掲・注7『特別研修叢書』1977年度、13頁）。しかし、実定法学の意義は、「裁判に奉仕する」こと（端的に言えば、判決に引用ないし採用されること）だけにあるだろうか。理論化・実証研究をつうじて、裁判・判決の現状を批判し、さらには裁判を越えて立法・法政策の未来を考えることもまた、実定法学の見失ってはならない課題ではないか。（こういうことは、平井も本当は否定しないことだろう。実際、平井は、上記講演後の「質疑応答」では、「理論と実務」とはその役割がちがうと回答している（27頁）。しかしそれなら平井は、上記講演における自分の一面的な言説を、出版に際して訂正すべきだった。）

(悪徳商法) 事例のように、行為者の——過失ではなく——勧誘行為の違法性 (= 「特殊=日本法的」違法性) に着目することが重要なのである。②今後懲罰的損害賠償が導入される可能性がある、③内田が指摘しているように、現代契約において「関係的契約規範」が増大していくのであれば、その契約の一方的破棄などの不法行為⁽⁴⁹⁾においては、「関係的契約規範」を反映する道として違法性判断が重要となる。これらでは行為を法秩序の中に (客観的に) 位置づけて違法性を認定するのであって、過失は、いくら客観化してもそのような認定作業を代替はできない。

(ii) ドイツ理論を排斥する理由として平井は、日本の民法709条がドイツ起源でなく、ポアソナードによる旧民法370条起源 (つまりフランス起源)⁽⁵⁰⁾であるという点をも強調する (354頁以下)。しかし、ある条文がドイツ起源でない場合には、〈それを扱うのにドイツ起源の理論を使うな〉ということになるだろうか。〈ある法制度の扱いは、それを規定した条文のルーツ国の理論でしか議論すべきでない〉という命題 (母法主義=「準拠法のトポス」、注5参照) に、合理性があるだろうか。現にドイツ人は英米仏の理論を取り入れて、フランス人はドイツの理論を取り入れて、法実務を豊かにしてきたではないか (575頁、注59参照)。問題は、二者択一ではないのである。(しかもかれらの法、また日本の法は、「完全賠償の原則」について見たように、ゲルマン法系ないし中世法の流れをくむ諸法として、生活関

(49) 瀬川信久「民法709条」(広中俊雄・星野英一編『民法典の百年』第3巻、有斐閣、1998年)；内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990)、同『契約の時代』(岩波書店、2000) 参照。瀬川は、その議論を踏まえて、「以上の整理によると、過失一元論は、判例の一面しか見ていないように思われる」(626頁) とコメントしている。瀬川のこの指摘は、平井理論 (本稿後半の) に対するかなりのボデー・ブローだと思われる。

(50) 前述のように平井は同様な発想で、日本民法416条がイギリス起源であり、ドイツの規定とは構造を異にするから、それをドイツの理論 (相当因果関係の理論) で扱ってはならないとする。『損害賠償法の理論』150頁以下、312頁参照。日本民法416条や709条が、はたしてドイツ法と無関係かは、それ自体、緻密な検討を要することがらである。

係の「事物の論理」ないし近代社会の必要に対応した法として、またローマ・カノン法の影響を受けた法として、そのルーツを共有しているのでもある。）

(iii) 日本において違法性論にこれまで混乱があったとしても（先に述べたように、混乱しているように見えるのはむしろ平井の違法性概念の不明確さによるようだが）、そのことが、違法性概念を一般的に捨ててしまって「過失」概念でいくべきだ、ということの根拠になるか。〈そういう混乱があるなら、違法性の理論を精緻化することによって混乱を克服しようではないか〉という方向が、選択肢から無媒介に排除される理由はない。「違法性が理論的な混乱をもたらしている」という事実から、〈だからドイツの違法性概念までも捨ててしまえ〉との主張は出てこないのである。〈混乱があるなら、それを理論の改善によって解決しよう〉という立場もありうるし、むしろそれこそが法学の本来のあり方なのである。

平井は、ここでの違法性の概念は「特殊＝ドイツの概念と称すべきもの」なのであり、それがわが国に自明のごとくに受け継がれてきたのは、ドイツ民法学の呪縛と言うべきであろう」と言う。確かに「ドイツ民法学の呪縛」であるならば、「呪縛」からは脱却しなければならないだろう。平井はまた、「ところが、このような構造的差異にもかかわらず——民法典施行後暫くの間はそうでなかったように思われるが——ドイツ民法学の圧倒的な影響を受けたその後の学説は、ドイツ不法行為法特有の概念ないし論理をわが国の不法行為法にとってもあたかもアприオリに妥当するかのようになり、いわば「直輸入」し、それによって、不法行為法の体系化とその解釈とを試みようとしたのである」（361頁）とも言っている。確かに「アприオリに妥当するかのようになり」無条件に扱うのであれば、問題だろう。

だが、たとえ外国のものであろうと、再検討の結果、使えろと判断して取り入れまた加工するのは、「呪縛」でも「直輸入」でもない。ドイツ理論を排斥したいなら、「呪縛」とか「直輸入」とか「混乱」とかといった付加価値語に訴えないで、〈ドイツ理論を使ったから、こういうマイナスが生じた〉という事実を挙げる必要がある。しかも、単にマイナスを挙げ

るだけでなく、プラスの面をもちちゃんと把握して、その上で総合的判断として、排斥すべきかどうか決めることが欠かせない。

ところで、平井が「過失」概念によって違法性概念を取り除こうとする最大の理由は、〈過失が客観化されることによって次第に違法性に接近しつつある〉という現状認識にある。しかし、平井のこの見方も次の引用箇所が物語っているように、いくつかの論理飛躍の上に成り立っている：

「ところがドイツ民法典制定後の判例の発展は、不法行為法において「違法性」と「過失」とが次第に接近しつつあるという現象をあらわにさせた。前述のように、「違法性」と「過失」とを峻別する機能的意味は、法律上のサンクションの受け取り手の範囲をより精密に画定するという点にあった。このことを不法行為に即して言えば、そこでは「違法性」と「過失」とがともにサンクション（損害賠償義務）が加えられるために必要とされているのであるから、「意思」を形成できない者——法技術的に表現すれば「責任」無能力者——や「意思」を緊張させていた者——無「過失」者——に対しては、たとい「損害」と観念される事態が生じても、もはや損害賠償義務を課することはできない、という結果をもたらすことになる。しかし、このことは、生じた損害をそのままに放置すること、言いかえれば被害者の負担に帰せしめることを意味することになるが、それは紛争解決という法の機能にとって妥当でないと考えられる場合が生じてくる。不法行為法が刑法と異なり、生じた損害の填補のための機能を果たすことが認識され要請されてくると、右の欠陥はもっと明瞭となるであろう。種々の思想的背景の下にそれが強く意識されると「無過失責任」として立法化されるに至るが、そこまでに至らなくても、具体的な事案において加害者の「意思」の要請を強く認めることは妥当でない結果をもたらす場合は想像に難くない。ことに社会生活の複雑化・高度化・各種の交通手段の発展は、日常生活に多くの危険をもたらす、損害発生の危険を著しく高め、その結果、社会生活を営む者が損害発生を避けるべく「意思」を緊張させていてもなお損害が生ずる、という事態は不可避である。

以上のような事態において、裁判官は損害賠償義務を負わせるべきだとい

う価値判断に立ち、かつ過失を原則とするドイツ民法典概念ないし倫理にもとづいて法律構成するには、不法行為者個人が意思を緊張させていたかどうかということを離れて、その惹起者個人を超えた基準——職業・性別・年齢等を顧慮するにとどまる——を設け、それに達していない場合には「過失」がある、と構成するというふうに、いわば意思の構成を変質させる方法をとることになる。〔…〕しかし、このことは行為者個人の意思から離れた客観的基準によって「過失」の有無が判定されることを意味しているのであり、したがって、それは「過失」がもはや「意思」に対する非難であるところの「過責」の一つとしての地位を失っていることを意味する。これは、ドイツ民法学における「過失」の「意思」的構成という伝統と「過責主義＝過失責任主義」の原則とに反するのではないか。こういう疑問が生じてくるのは何ら不自然ではないであろう。こうして、ドイツ民法学説においては二七六条一項二文にいわゆる「過失」の意味をめぐり、これをあくまで行為者個人の「意思」の緊張の欠如として構成するいわゆる「主観説」と判例の立場に立ついわゆる「客観説」との対立が生ずるに至る。しかし、判例・通説は、主観説からする右の疑問にもかかわらず、しかも、過失責任の原則に反することを承認さえしながら、客観説を採用しつづける。その結果、「過失」は不作爲義務違反として理由づけられるに至り、実務上「違法」性と融合したといつてよい。ことに「社会生活上の義務」の実務における広汎な進出と、刑法学における目的的行为論の民法学への流入とによって、「違法性」と「過失」との関係は、実務的にも理論的にも再検討される段階に到達したのである。」（348-350頁）

ここで平井は、（平井説の方向でもある）「過失」の客観化、「違法性」と「過失」とが次第に接近しつつある」トレンドがドイツでも見られるとする主張の根拠として、無過失責任主義や危険責任への、実務の接近などを挙げている。しかし、

第一に、この接近は、あくまでも特定の不法行為類型において、違法性判断の次に来るべき責任判断が被告にとって厳格化され、客観的判断の対象とされるようになったことを意味するのであって、なお例外現象である。別言すれば、古典的な不法行為が中軸であることには変わりはなく、⁽⁵¹⁾

そこではなお違法性と過失とが明確に区別されている。だとすれば、無過失責任主義やその他「社会生活の複雑化・高度化・各種の交通手段の発展」を反映した不法行為類型に対応して、「〔過失〕は不作為義務違反として理由づけられるに至り、実務上「違法」性と融合した」という現象が生じたとしても、それを無媒介に一般化すること——この一般化が平井の上記提唱の基底を成しているのだが——は許されない。そうした〈過失と違法との融合〉が当該類型に限られるものなのか、それともそれが一般化して中軸である古典的な不法行為をも駆逐してしまう必然性があるのか、の考察なしに結論は出てこない。部分現象を、それらが新しい現象だからと⁽⁵²⁾ 無媒介に〈新時代の論理だ〉とするのは、論理の飛躍である。

第二に、「責任」を問う姿勢が厳格化し、したがって違法性さえあれば、ほとんど有責となり、かつ違法性論において過失を不作為義務違反として客観化する傾向が強まっているのが事実だとしても、①違法性判断の際に着目すべき点は、不作為義務違反に尽きないのだから（その他にも、結果の無価値性、行為の有益性・態様等が問題になり、相互の差異性は消えないのであるから）、また他方で、②責任を問う際の〈予見可能性、行為主体の行為時の態様を考える過失判断、および期待可能性〉のチェックはなお残る。それゆえ、「過失の客観化」の面だけを見て「責任性」が「実務上「違法」性と融合した」とするのは、論理の飛躍である。

第三に、平井は「刑法学における目的的行为論の民法学への流入とによって、違法性と「過失」との関係は、実務的にも理論的にも再検討される段階に到達したのである」と言う。確かに、新理論が提唱されると従来の

(51) 同じ見方は、内田（注49）『契約の時代』202頁にある。

(52) 部分現象をあたかも全体現象であるかのように描く論理飛躍は、理論を革新しようと意気込む人にはしばしば起こる。たとえば、大衆社会論やポストモダニズム、法化論やリスク社会論を導入したがる人は、日本の一部にその現象が見られると、それを一挙に一般化し、「現実にはもはやこう変わった。だから、これまでの論理はもはや通用しない」と主張するのである。この「もはや」思考の傾向については、拙著『法思想史講義』（東京大学出版会、2007）下巻292-293頁参照。

理論が「実務的にも理論的にも再検討される」ことが必要にはなる。しかし、その結果として、〈新理論がつねに定着する〉とは限らない。ここで言えば、〈目的的行為論が提唱されれば、違法性概念が不可避免的に主観性を強める〉というものではないだろう。目的的行為論が支配的になればそうなるだろうが、しかし、その支持者は現在にいたっても少数派なのである。平井の議論は、新理論が提唱され従来の理論を一度「再検討」して見る必要があることと、「再検討」の結果、〈新理論が広く受け入れられパラダイム転換が起こる〉こととを混同しているのである（換言すれば、新理論を即、新時代の論理とする論理飛躍を犯しているのである）。

上の点をめぐってはまた、平井的「過失」を採る場合、何をその構成素（＝「因子」）にするかが問題となる。平井によれば、平井的「過失」の因子としては、次の三つがある：（i）「被告の行為から生ずる損害発生の危険の程度ないし蓋然性の大きさ」、（ii）「被侵害利益の重大さ」、（iii）行為の有用性。この（ii）について平井は、次のように言う。

「「過失」の存否の判断は「被侵害利益の重大さ」によってもまた影響を受ける。このことは「違法性」のカテゴリーの下に通説も、承認してきたところであり、「権利」要件の拡大と法的保護の拡大とが対応してきた七〇九条の構造からも肯定されるであろう。問題は、何をもち「重大さ」のメルクマールとするかという点である。究極的にはこれもさまざまな社会的歴史的諸条件によって規定される価値判断の問題であるが、少なくとも通説のように「権利」の「強弱」と〔を？〕みて物権的なものから債権的なものへ重大さの程度が低くなるという単純なものにとどまり得ないと思われる。このような段階づけは純粹に法律構成の上でのものであるが、ここでの被侵害利益の「重大さ」とは、当該具体的紛争における具体的当事者との関連で規定される程度がもっと高いと考えるべきである。とはいえ、一般的には、生命・身体の侵害が最も重大な侵害と意識され、所有権の内容として観念されている利益がそれに次ぐという程度のことは、時代や価値観の差異を超えて一応承認されてよいと思われる。

判例上「過失」の存否を決するについて右 (ii) の因子と前記 (i) の因子とは、相関関係にあると認められる。すなわち、一定の行為者の一定の行為から生ずる損害発生危険の蓋然性が高ければ高いほど、被侵害利益が軽微であっても、行為者に要求される損害回避義務＝「過失」の程度は高くなり、したがっていったんその行為から損害が生ずればその行為についての「過失」ありと判断される可能性は大となる。逆に、被侵害利益が重大なものであればあるほど、損害発生危険の蓋然性が低くても、要求される損害回避義務の程度は高くなり、したがってその行為からいったん損害が生ずれば「過失」ありと判断される可能性は大となる。つまり損害発生危険の蓋然性が大であり、被侵害利益が重大なものであれば、「過失」は容易に認められ、双方の因子がともに小の場合は「過失」と判断される可能性はそれに応じて小となる、という帰結が導かれる。以上の命題を若干の例をあげつつ判例に即して考えてみよう。具体例としては、周知の梅毒輸血事件があげられる。」(403-404頁)

ここで平井は判例の立場をとり、「過失」の語で「損害回避義務」(権利侵害の結果を回避すべき義務。結果回避義務) 違背を考え、したがって〈違法性概念と過失概念〉を融合させた *faute* に当たるものを使おうとしている。これ自体は、定義の問題であるから、論者の勝手という面がある。しかし、この定義の提唱は、その定義によって生じる、次のようなマイナス面をも押さえた上でなされるべきだった。

すなわち第一に、①予見義務違反においては、義務違反の違法性判断が、本人の予見の有無という過失判断とオーバーラッピングするが、結果回避義務違反には、義務を自覚していながら実行しなかった(権利侵害の故意はないが、取締法規等に故意に違反している) 場合と、過失によって義務を自覚していなかったから実行しなかった場合とがあり、このちがいは損害賠償の額と無関係ではない。⁽⁵³⁾ ②予見義務や結果回避義務違反について

(53) 「なお、留意すべきは、故意による取締法規違反は、故意による権利侵害ではないが、ときに重過失や未必の故意の推定が働くことはあろう」前田(注7)『不法行為帰責論』215-216頁。

も、期待可能性を考えなければならない。

違法性と有責性とを「過失」で総括したとしても、違法性と有責性とは「義務違反」の位置するところが違うから、「過失」の中で、法秩序に即した客観的要素（違法性的要素）と行為者に即した主観的要素（有責性的要素）とをそれぞれ分けて検討する必要がある⁽⁵⁴⁾（緻密化のためには、違法性的要素と有責性的要素とをそれぞれさらに細分化する必要も出てくる）。それゆえ、平井のように柔軟化のために「過失」で総括しようとしても、その「過失」の精緻化のためには、それが否定した〈違法性・過失二分化〉に再度頼らざるをえなくなる。

第二に、結果として生じた「被侵害利益の重大さ」によって違法性が高くなるのは論理の問題（違法性の概念に関わる問題）である。重大な被侵害利益の発生は、大きな害を社会に与えたこと自体によっても、また重要な「予見義務違反」によっても、法秩序を大きく害した点で違法性が高くなるものだからである。他方、生じた害が大きいため違法性が高まると違法性のもつ責任推定力も強まるという事実、換言すれば、裁判官は「被侵害利益の重大さ」を目の当たりにするとつい加害者に厳しくなるという事実（「損害発生の危険の蓋然性が大であり、被侵害利益が重大なものであれば、「過失」は容易に認められ、双方の因子がともに小の場合は「過失」と判断される可能性はそれに応じて小となる、という帰結が導かれる」という事態）は、（裁判官の）心理の問題である⁽⁵⁵⁾（危険行為への高度の注意義務付与、その帰結とし

(54) フランスの *faute* に関しても、有効な運用のためには、義務違反の要素 *illicéité* と可罰性の要素 *imputabilité* との区別が必要になっている。Winfried-Thomas Schneider, *Abkehr vom Verschuldensprinzip?*, 2007, S. 121.

(55) これは、〈構成要件該当性が事実として違法性を推定させる傾向をもつが、しかし実際には、違法性は独自に判断されなければならない〉というときと同様の複合思考を求める。この点については、次の指摘を参照。「そこで問題はタートベスタントが違法性の *ratio essendi* か、*ratio cognoscendi* かというので争われているのである。マイヤーが違法性の徴表といったのが、あたかも煙が火の存在を推知せしめ、鰯の群が後方にある鯨の大群を推知せしめるような関係の意味であるならば、メツガーらの非難はあたっている。違法類型は、正にある態度が通例一応違法

ての類型的過失推定は、別の話である)。論理問題と心理問題を、混同してはならない(違法性と過失の区別は、この点でも重要である)。

第三に、たとえば運転手が注意を誤って歩道に乗り上げ、犬を殺したのと人を殺したのとでは、損害の価値に着目する違法性ではちがいが出るが、運転手に求められる注意義務は定型化されたものであるから、両者の結果によって過失判断自体にちがいが出てくるわけではない。⁽⁵⁶⁾ また、違法性としての結果回避義務違反判断は、結果の重大性に着眼するが、過失判断は、行為時を基準にして、その加害者の行為が責を負う態様のものであったかを考えなければならない。この、post factum と ex ante とのちがいも無視しえない。

ここでも違法性と有責性とは「義務違反」の位置するところが違うから、平井的「過失」を採っても、違法性の要素と有責性の要素とを、それぞれ分けて検討する必要がある、「過失」で総括した意味がなくなる。

と判断されるために具備すべき要素の型的総括であって、違法行為自体に直接関係する。しかしながら、違法類型は違法性判断の終局的標準ではない。一応違法類型に該当しながら、しかも違法とされえない行為がある。正当防衛その他の違法阻却事由がそれである。故にタートベスタントを違法性の ratio essendi としても、違法阻却の事由の場合には、それ自体違法なものが、その違法性を阻却されと考えるべきでなく、もはやその場合にはタートベスタントには該当しても始めから違法行為はないのだ」佐伯(注41)『刑法における違法性の理論』126頁。

違法性判断に関わる過失(予見義務)と責任判断に関わる過失の関係についても、同様に言えるだろう。医療過誤で担当医の責任を問う場合には、医者として高度の予見義務が必要である以上、過誤があり過失があったとして違法性が認められる場合であっても、責任判断では、たとえばその医者が長時間のやむをえぬ救助活動医療から帰ったばかりの時の急患であったとか、病院から残業を強いられていたとか、患者がその処置を強く求めたとかいった場合など、期待可能性の問題を別途判断する必要があるだろう。

(56) 梅毒輸血事件は、結果回避義務が基底となる事例ではない。「この場合には特定人の血液の採取行為の具体的危険性の程度を確認すべき義務に違反したことを以って過失と認定している。ここで問題となっているのは結果回避義務違反というよりも一種の予見義務違反の要素が強い場合である。」田山(注7)『不法行為』54頁。

民法起草者の穂積陳重は、「過失」を「為すべきことを為さぬとか或は為し得べからざる事を為すとか又は為すべきことを為すに当って其方法が當を得ないとかそう云うような風の場合を総て過失と致し」ました、と説明している。判例が結果回避義務を過失要素としたのは、この「過失」観に見合っている（前田（前掲・注7）『不法行為帰責論』210-211頁）。しかし、これはドイツ的な〈構成要件—違法—責任〉3区分が発見される前の（フランス・イギリス的）発想によるのであるから、この陳重説を根拠にして、また陳重説の線上での判例が積み重なっていることを根拠にして、〈構成要件—違法—責任〉3区分論を排除する、ということとはできない。逆に、もし〈構成要件—違法—責任〉3区分論が有意義であれば、それを知らない陳重説的な日本の判例を3区分論によって正すことも、妥当となりうる。

（２）判例理解上の疑問点

平井による、「過失」概念を前面に押し出す立場からの、いくつかの判例の分析にも問題があるように思われる：

平井は、449頁以下のところで、いくつかの判決について、「きわめて注目すべきことには、四一六条の適用の実質的意味が次第に失われている」（449頁）とする。平井がその根拠として挙げているのは、（ α ）1969（S44）年2月27日の、弁護士費用に関する最高裁判所判決と、（ β ）1969（S44）年2月28日の、墓碑建築に関する最高裁判所判決とである（452頁の〔4・17〕判決は、判決自体が妥当とは思われないので除外する）。確かにこれらにおいては、「相当と認められる額の範囲内のものに限り」といった表現に見られるように、予見可能性とは別の判断が基底的となっている。すなわち、平井のことばで示すと、「ここにいわゆる「相当因果関係」は四一六条の表現を用いながらもはや実質的には四一六条と切り離され、要するに賠償すべき範囲を「相当因果関係」と呼ぶというだけの機能しか果していないと考えるべきである。言いかえれば、四一六条の本来の機能であるところの予見可能性が「相当因果関係」概念の内容から脱落している以上、四一六条＝「相当因果関係」の等式は不法行為においては実質

的には変質していると認むべきである。そこにおける「相当因果関係」は単に、賠償さるべき損害の範囲ということと同義語にすぎない」(452頁)ものとなっているのである。しかし、これら「相当因果関係」判決では、本当に予見可能性、したがってまたそれを基底にして「相当因果関係」を問うことは、意味を失ったのであろうか。

(α) の判決においては、

「現在の訴訟はますます専門化され技術化された訴訟追行を当事者に対して要求する以上、一般人が単独にて十分な訴訟活動を展開することはほとんど不可能に近いのである。従って、相手方の故意又は過失によって自己の権利を侵害された者が損害賠償義務者たる相手方から容易にその履行を受け得ないため、自己の権利擁護上、訴を提起することを余儀なくされた場合においては、一般人は弁護士に委任するにあらざれば、十分な訴訟活動をなし得ないのである。そして現在においては、このようなことが通常と認められるからには〔…〕その弁護士費用は〔…〕右不法行為と相当因果関係に立つ損害というべきである。」

とある。これに関して平井は、「通常」の語と予見可能性とを連関づけていない。しかしこの判決を、〈今日においては、訴訟追行を余儀なくされた場合、弁護士に頼ることが通常である。したがって、この行為によって弁護士費用を将来することは予見可能な事実であり、被告はその費用の発生可能性を一般的に高めた〉とするのに妨げはないのではないか。

また、(β) の判決においては、

「人が死亡した場合に、その遺族が墓碑仏壇をもってその霊をまつことは、わが国の習俗において通常必要とされることであるから、家族のため祭祀を主宰すべき立場にある者が、不法行為によって死亡した家族のため墓碑を建設し、仏壇を購入したときはそのために支出した費用は、不法行為によって生じた損害でないとはいえない。〔…〕死者の年齢、境遇、家族構成、社会的地位、職業等諸般の事情を斟酌して、社会の習俗上その霊をとむらう

のに必要かつ相当と認められる費用の額が確定されるならば、その限度では損害の発生を否定することはできず、かつその確定は必ずしも不可能ではないと解されるのであるから、すべからく鑑定その他の方法を用いて右の額を確定し、その範囲で損害賠償の請求を認容すべきである」

とあるのだから、ここでも、通常生じることが予見可能な事実に属するという含意を読み取ること、したがってまた「相当因果関係」を使うことは、自然なことである。

2-3 比較法論上の疑問点

平井の比較法的考察にも、論理の飛躍が見られる。たとえば次の箇所がそうである。

「それでは、何ゆえにフランス民法や英米不法行為法において *faute* あるいは *negligence* が違法性と過失とを含む概念となったのか。言いかえれば、違法性と過失との対置峻別がなぜ観念されなかったのか。この間に答えることは、これらの法系の社会的文化的背景や法的思考の型の研究に立ち入ることが必要であり、ここでは到底不可能である。しかし、次のようなきわめて法技術的な角度からのアプローチもその答の一たりうるのではないかと私は考える。すなわち、両者とも多種多様な社会的紛争に不法行為としての法的保護を与える唯一の要件であるという点に、これらが違法性と過失との集合概念となった一因を求むべきものと推測されるのである。〔…〕裁判官は社会生活の変化進展に伴って発生する多種多様な紛争を原則としてこの一ケ条によって処理しなければならない。したがって、不法行為によって損害を受けた旨を主張して訴が起された場合には、裁判官は専ら *faute* があったかなかったかという理由づけによってしか法的保護を与え又は拒否する以外にこれらを処理できないことになる。言いかえれば、*faute* はおよそ法的保護を与えるべきかどうかという裁判官の政策的価値判断そのものを含む機能を荷わざるを得ない。*faute* がドイツ民法的意味において違法性と過失との双方の意味をもつに至ったのはそのためではないかと私は推測する。」（425-426頁）

フランスやイギリスでは、「多種多様な紛争を原則としてこの一條によって処理しなければならない」から、「faute あるいは negligence が違法性と過失とを含む概念」、包括的な不法行為規定、となった（日本民法 709 条もこれに属す）、と平井は言う。この言い方では、フランス・イギリスでも、もとは違法性と過失とが区別されていたが、それでは実務に必要な柔軟性に欠けるので、「裁判官の政策的価値判断」がやりやすくなるよう、「違法性と過失とを含む概念」を工夫して作り出した、と聞こえる。

しかし実際の問題は、過失概念はどこ国でも古くからあるのだから、〈違法性が明確化されたか、それとも違法性が faute や negligence の蔭に隠れたままだったか〉であろう。

この問題に関しては、上の平井的理解では、刑法の世界の動きを説明できない難点がある。刑法は、フランスでもイギリスでも（ドイツでも）、多数の条文から成り立っている。すなわち、ここでは 3 国間に、条文が「この一條」しかなかったかどうかの違いはない。にもかかわらず、フランスとイギリスは刑法でも、不法行為での場合とまったく同様、（ドイツの影響を受ける前は）違法性の概念を知らなかった。これに対しドイツでは刑法でも〈構成要件—違法—責任〉の 3 区分が発達した。だとしたら、違法性概念が析出されなかったことと、「多種多様な紛争を原則としてこの一條によって処理しなければならない」事情があったこととは、相互に無関係だということになる。

上の事情については、平井説のように、〈フランス・イギリスでは「新しい紛争類型を処理するため」（426 頁）の工夫の結果、違法性と過失とを含む概念が作り出されたのだ〉と説明するよりも、〈フランス・イギリスでは、刑法教義学がドイツほど発達しなかったため、違法性概念が析出されず、〈構成要件—違法—責任〉の 3 区分も成長しなかった；このため不法行為法学でも、違法性概念を使うことができなかった；これに対しドイツでは、刑法学で確立した違法性や構成要件の概念が、やがて私法学に取

り入れられた」と考える方がごく自然である。

実際、違法性や構成要件の概念はドイツでも、19世紀遅くに、パンデクテン法学の成果の上に立ってようやくできたものである。これに対して、フランスの *faute* 概念はその100年前、イギリスの *negligence* 概念は、*tresspass* や *nuisance* 等とともに、それよりももっと早く、すなわちともに法学が未熟な時代に、すでに出現していたのである。フランス・イギリス・アメリカの法学が、ドイツ法学の影響を受け高度化していくのは、19世紀後半以降のことである。⁽⁵⁷⁾（⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾）（だとしたら日本法をめぐって、（未発達の）母

(57) 次の関係も、これと同種の関係である：フランスやイギリスの不法行為法に見られる包括的規定は、古くからの「何人をも害するな」の原則の直接的反映である。つまり、伝統的思考の産物である。これに対してドイツの不法行為法では、近代の法治主義の立場が出、これが「不法行為」の構成要件を明確にすべきだとする動きをもたらし、その結果、ドイツ民法823条に見られる個別的規定を生むことになった。von Bar（注14）『ヨーロッパ不法行為法』（1）14-17頁。

(58) 筆者のこの認識は、当の平井自身が語っていることからささげられる。すなわち平井は、カルボニエ（Jean Carbonnier, 1908-2003）が、「特にドイツ民法学の違法性概念を *illicite* と表現しつつ、意識的に *faute* から *illicite* の要素の分離をはかった」ことを紹介している。平井によればカルボニエは、「ドイツ・スイス・オーストリア・オランダ等ゲルマン法系諸民法典が皆 *illicite* に明確に言及しているのに対してフランス民法は *illicite* の概念が *faute* の概念に包含されていることをはっきりと指摘し、フランス法の伝統には反することを認めつつも *illicite* の観念を前面に出しつつ、その内容をさらに具体的に分析しているのである」（425頁）。フランスの代表的な現代民法学者が、フランスの *faute* 概念が未加工であることに気付いて、ドイツ法から学んで明晰化をはかろうとしているのである。

平井自身は、カルボニエを取り上げたこの箇所、それを〈フランス人が、フランスの *faute* 概念の未熟さゆえに、理論的に高度なドイツ法学に依拠して精緻化を図った〉事例としてではなく、〈フランスでは *faute* 概念が違法性と過失とを内包している〉という自分の主張の「証拠」（＝だからカルボニエの作業が出てきた、と言いたいのだろう）として扱っている。

(59) フランス法もドイツ法の影響を受けて進化して来た。たとえば瀬川信久によれば、フランスで、不法行為の成立に、① *faute*、② 損害の発生のほかに、③ 〈*faute* と損害の間の因果関係〉が必要だという認識が出てきたのは、1890年代以降であり、それにはドイツ法学の影響が重要な一因であった。瀬川信久「因果関係の形成」（北村一郎編『フランス民法の200年』（有斐閣、2006）。それにしても、フ

法に帰れ (427頁) と説く必要はなくなるし、ドイツの (発達した) 理論によって進化しても問題ないということになる。)

しかもドイツが、不法行為制度においてこのような厳密化の道を選んだのは、単に概念法学に規定されたからではない。それは、今日でも多くのドイツの法律家が支持しているように、法治国家的要請に応えようとしたからなのである (注57参照)。

以上の論述は、ドイツ最員の立場からのものではない (注1参照)。ドイツでの法教義学の発達にはまた、影もあった。平井が言うように、ドイツ不法行為法は今日、その近代私法学の厳密性や個別的要件主義に立つ厳格理論が、柔軟な政策的判断 (裁判官の裁量) の余地を求める今日の社会の要請にそぐわなくなったという問題に直面している⁽⁶⁰⁾；フランスの *faute*・イギリスの *negligence* ないし *fault* に見られる、包括的な不法行為規定でいく道の方が今日、柔軟で実務適合的だ。この観点からは、日本の私法学はもっとフランス法学やイギリス法学からも学ぶべきだ、と言える。しかし、事はここでも単純ではない。すなわち、だからといって〈ドイツ法学を実質的に捨て去る〉ということには、簡単にはいくべきでない。われわれは、ドイツ法学が採った法治主義的厳密性を重視する道が、今日なお価値を有することを、上の点についても忘れてはならない。

ランスでのドイツ理論のこの導入も、平井理論によって〈承譜が違う国からの輸入〉として批判されることになるのだろうか。

(60) 筆者はドイツ法研究をもしている。しかし、ドイツ法研究者が常にドイツ法讃美者・擁護者だとは限らない。筆者は、拙著『近代ドイツの国家と法学』(東京大学出版会、1979) に見られるように、ドイツ法学に対しても、元々批判的なスタンスをとってきた。

(61) フランスの *faute* やイギリスの *negligence* をドイツの不法行為との関連で考えるときには、前者が後者に比して、古い時代のものであったからこそ、今日に適合したという点を見逃してはならない。相対的に新しい理論や制度が新たな困難に直面し問題性を露呈したとき、相対的に遅れている理論や制度が、逆にその問題性から自由であるがゆえに、新しい理論や制度を修正する際にヒントになり一歩前をいく先達に見える。これが、拙著『法思想史講義』で示した、「一周遅れのトップ・ランナー」の論理である。

まとめ

『損害賠償法の理論』には、次のような問題点があった：

（i）前半部 平井は、〈日本民法416条はイギリスの判決などから獲得されたものであるのに、ドイツの相当因果関係説で解釈されてきたのは不適切である〉とし、この点に関しドイツ法の呪縛からの日本法の解放を唱えた。その際平井には、〈相当因果関係説は、（予見可能性といった「因果関係」以外の要件）を要しない）ドイツに特有の「完全賠償の原則」を「支える」ための学説であり、したがって「特殊＝ドイツ法的」だ〉という見方が基底にあった。

しかし、①そもそも「完全賠償の原則」は、ドイツ固有でもなく、ドイツの——条文はともかく——法学と実務とを、制覇し続けたわけでもなかった。②相当因果関係説（とくにその主軸であるトレーガーの説）は、モムゼンの全関連説を衡平の観点から否定するために導入され、また因果関係判断の対象事実を限定するために「予見可能性」を重視したものであり、「完全賠償の原則」を「支える」どころか、それを制限するためのものであった。それゆえ、たとえ「完全賠償の原則」が硬直したものであったとしても、そのことから直ちに〈相当因果関係説は硬直した理論だ〉ということにはならない。ドイツ民法の条文（に結晶化した「完全賠償の原則」）と、その解釈学説（としての相当因果関係説）とを一体と考えた平井の前提に根本的な問題があったのである（このことがまた、日本での相当因果関係説をドイツのそれと切り離すという誤りをももたらした）。また、この事実¹に立脚して考えると、ドイツの条文と日本の条文とが系譜的に異なっていたとしても、〈それに関わるドイツの学説が日本でも使えない〉ということにはならないことも分かる。③平井は、〈完全賠償の原則を「支える」相当因果関係説〉という見方をとった結果、ドイツの相当因果関係説と、それに依る諸判例において「予見可能性」が重要な要素となっていることを

見逃し、また、やがて判決に「予見可能性」が強まるや、「相当因果関係の崩壊」を仮構することになった。④主峰であるトレーガーの相当因果関係が衡平ないし健全な法感情の観点からクリースやリュメリンの予見可能論を批判し、独自の「客観的予見可能性」を提唱したことが確認されれば、それが「法の保護目的・保護範囲」等の別の視点をも受け入れうること、それが柔軟な自己修正力をもつこと、は充分考えられる。この場合、〈硬直したドイツの相当因果関係説を排し、アメリカのグリーン理論でいこう〉との提言の説得力は減殺する。

(ii) 後半部 第4章以下の後半部でも平井は、日本の不法行為理論が依拠しているドイツの「違法性」論を批判して、その呪縛からの解放を主張した。平井によれば、第一に、「違法性」の機能が日本とドイツでは異なり、「権利」概念拡大のための日本の違法性概念はもはや用済みであり、第二に、ドイツの〈違法性—責任〉区分論も、過失概念の客観化によって無意味化した。

しかしわれわれの考察は、次の6点において、これらの言明に事実認定上、問題があったことを確認した。すなわち、①日本民法での違法性概念は、根底にある思考においてドイツの違法性概念と無関係ではない。だとしたら、機能についてさえ日独を切り離すことは、表層的だということになる。②平井自身の違法性概念は、これまでの「違法性」論を扱う上で問題があった。そこでの議論には、「違法性」を考える上で重要な〈法と法律の区別〉も欠けていた。③平井は「違法性」を排して平井的「過失」でいくべきだとした。だが平井的「過失」を前提にしても、フランスにおいてそうであるように、その中で違法性的考察と過失的考察が必要となる可能性がある。④近時、原野商法等、「違法性」が決め手になる民事のケースが増えており、過失のみに注目した平井の前提認識には問題があった。⑤平井が相当因果関係説の思考を脱却したとする諸判決に関しても、平井の見方には疑問が残る。⑥違法性と過失の区別をめぐる独仏英の比較法論にも疑問が残る。

『損害賠償法の理論』は、ドイツ法学から日本法学を解放しようとする意欲に強く規定されつつ基礎研究がおこなわれた形跡をもち、かつ二者択一的な思考が目立つ。同書の立論上の問題点は最終的にはここに起因している、と考えられる。