

論 説

## 不法行為過失相殺規定（民法722条 2項） 成立の一断面

大 河 純 夫

はじめに

1. 明治民法編纂以前の英米法研究・教育と寄与過失法理の撰取
    - (1) 明治10年代中葉からの英米法研究・教育
    - (2) 寄与過失法理の撰取
  2. 明治民法の編纂に先行するイギリス寄与過失法理と法学協会の「討論会」
    - (1) 明治民法の編纂に先行するイギリス寄与過失判例
    - (2) 東京大学法学協会の「討論会」と寄与過失
  3. 法典調査会における趣旨説明・議論の意味
    - (1) 722条 2項の起草趣旨
    - (2) 梅謙次郎，土方肇の立論
    - (3) 「被害者の過失」への意識的絞り込み
- むすびに代えて

はじめに

不法行為における過失相殺法理は，衝突事故，列車事故，労働災害，自動車事故など歴史的社会的に特有な問題に対応しながら研ぎ澄まされてきたが，そのたびに法理・規定・判決規範の意味が問い直されてきたし，今後もそうであろう。ここで吟味の一つの中心となってきた一般的過失相殺規定（民法722条 2項）の歴史的意味内容は，先行する法曹法・学説と継受対象としての欧米法の受け止め方の整理とによって，いっそう明確になるものと思われる。本稿は，後者の一端を明らかにすることを目的としている。この課題設定は，以下の事実に基づいている。

1895年(明治28年)9月18日配布の民法第一議案甲第47号中の730条2項(明治民法722条2項の原案)の(参照)は、その冒頭に、「四一七<sup>1)</sup>」をあげている。これは、すでに法典調査会の審議を経た現行418条を指している<sup>2)</sup>。1804年のフランス民法は不法行為過失相殺規定を置かなかつた<sup>3)</sup>が、旧民法の立場は異なっていた。旧民法財産編370条3項は、「犯罪及び准犯罪の責任の広狭(l'étendue de la responsabilité des délits et des quasi-délits)は、合意の履行における詐欺及び過失の責任に関する次章第二節の規定に従ふ」と規定し、損害賠償の範囲を悪意不履行と懈怠(のみによる)不履行とに区分する財産編「第二章義務ノ効力 第二節損害賠償ノ訴権」中の385条を準用する。そして387条が「不履行又は遅延に関し、当事者双方に非理(torts réciproques)あるときは、裁判所は損害賠償(dommages-intérêts)を定むるに付き之を斟酌す」と規定しているが、ボアソナードは、相互落度(torts réciproques, réciprocité des torts)の顧慮は不法行為の場合にいっそう多く、賠償義務者側の悪意を否認する効果すらあるとしている(注4)。財産編387条は、悪意不履行と懈怠不履行に適用される規定であり、また370条3項での準用対象の表現方法からみても、不法行為に準用される規定であった。この意味で、旧民法にあっては、過失相殺規定は、いわば、債務不履行・不法行為に共通の法理であった。この旧民法財産編387条は明治民法418条と722条2項とに修正・分離されるが、明治民法722条2項の意味は旧民法財産編387条との関係においても明らかにされるべきである。

また、上記(参照)は、オーストリア民法1325条(1304条の誤記)、オランダ民法1406条~1408条、スイス債務法51条、モンテネグロ一般財産法571条、ベルギー民法改正草案1128条<sup>5)</sup>、プロイセン一般ラント法1部6章112条~114条、ザクセン民法1489~1492条、1497条、1501条、パイエルン民法草案945~947条、そして、Fordham v. L. B. & S. C. R. Co. L. R. 4C. P. 719., Tuff v. Warman (1857) 27 L. J. C. P. 322. を指示している。共働過失(das mitwirkende Verschulden)を構想していたドイツ民法第一草案222条、第

二草案217条が指示されていないのはなぜか、疑問が生ずる。さらに、イギリスの2判決はいずれもいわゆる寄与過失に関する裁判例である。にもかかわらず、第一議案731条2項（民法722条2項）の起草・成立とこれに先行する英米法の寄与過失法理との関係は必ずしも明確にされていない。

\* 本稿での引用は、適宜、ひらがなに直し、句読点・濁点を加えているので、厳密には、これを無視していただきたい。

- 1) 日本近代立法資料叢書13 第二綴279頁参照（なお、同叢書5 427頁も参照されたい）。窪田充見・過失相殺の法理（有斐閣 1994年）145頁注(1)は、「四一七」を「(旧民法)財産編417条」と読み込んでいる。
- 2) このことは、法典調査会での委員の発言からも明らかである。
- 3) もっとも、不法行為での過失相殺は1382条の解釈論として展開される。
- 4) Code civil de l'Empire du Japon. Accompagné d'un exposé des motifs. Traduction officielles. t. 2. p. 533. 挿入したフランス語はいわゆる『仏語公定訳』による。公定訳の意味については、池田真朗・債権譲渡の研究〔増補版〕（弘文堂 1997年）45頁以下参照。長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』 ローマ法からドイツ民法の成立まで（一）」駿河台法学2号（1988年）104～106頁も旧民法財産編370条3項に触れない。また、平井宜雄・債権各論（弘文堂 1992年）148頁のように、旧民法には（不法行為についての）過失相殺規定はないとする見解もあるが、その由来ははっきりしない。しかし、富井政章・損害賠償法原理講義（佐藤壯太 明治24年）106頁の理解的をえている。
- 5) ここに援用されているモンテネグロ一般財産法571条は、仏訳 Code général des biens pour la principauté de Monténégro de 1888, traduit par Rodolphe Dareste et Albert Rivière. Paris, Imprimerie Nationale, 1892. によれば、次の3項からなりたっている。

「裁判所は、賠償すべき損害を評価する。その際、裁判所は、一切の事情を考慮に入れ、かつ犯されたフォート（927～929条）の重さをも考慮に入れる。ただし、その際、裁判所は、損害はその全部につき賠償されなければならない（923条）との根本規範を必ず顧慮する。

被った損害が、一部、当該損害を被った者の責めに帰すべきときは、損害賠償は、その者のフォートの程度に比例して（proportionnellement au degré de cette faute）減額される。

損害を評価するために鑑定が必要なときは、裁判所は、裁判をする前に、鑑定人の陳述を聴取しなければならない。」

また、ベルギー民法改正草案1128条は、Laurent, François (1810-1887). Avant-projet de révision du Code civil, rédigé par F. Laurent sur la demande de M. le Ministre de la justice. Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1882-85. 7v. によれば、「損害賠償の評価について、裁判官は、フォートの重さを斟酌する」（Dans l'évaluation des dommages et intérêts le juge tiendra compte de la gravité de la faute.）とある。

その他の規定は、窪田・前掲注1)過失相殺の法理144頁注(8)以下、長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』 ローマ法からドイツ民法の成立まで (四・完)」駿河台法学4巻1号(1990年)150頁以下を参照されたい。なお、オランダ民法1406条~1408条は、いまなお、検討の機会をえていない。

## 1. 明治民法編纂以前の英米法研究・教育と 寄与過失法理の摂取

### (1) 明治10年代中葉からの英米法研究・教育

穂積重行・明治一法学者の出発(岩波書店 1988年)によれば、穂積陳重はイギリス留学中、1876年(明治9年)以降アトキンスの「英国普通法」を受講しており<sup>1)</sup>、1876年(明治11年)6月に実施されたミドル・テンプル(Middle Temple)の「普通法刑法学士競争試験問題」には、

「 被用者が同僚の過失によって傷害を受けたとき、どのような事情があれば雇用者は被害者に責任を負うか」

「 二隻の船が衝突し、双方に過失があった場合、損害賠償の法理はいかなるものか」

が含まれていた<sup>2)</sup>。また、「東京大学法理文学部三学部一覽 從明治十五年至明治十六年<sup>3)</sup>」によれば、英国法律私犯法のために供用された教科書は「ブルーム氏法律註釈」・「アンダーヒル氏私犯法」である<sup>4)</sup>。穂積自身も、アンダーヒルのものを教科書に、東京大学法学部の講義「英私犯法」を、英語で行っていた<sup>5)</sup>。

他方、1885年(明治18年)開校の英吉利法律学校で山田喜之助、香坂駒太郎、奥田義人等が担当した「私犯法」の講義は、アジソン、アンダーヒルのものをテキストに採用していたようである<sup>6)</sup>。また、「明治二十二年十月東京法学院学則 完」によれば、東京法学院「英語法学科」の「私犯法」もアンダーヒルのものをテキストとして使用していた<sup>7)</sup>。しかも、Igirisu Horitsu Gakko, Tokyo Hogakuin が、1886年(明治19)以降、英米

法律書の翻刻版を30点近く出版していることを確認することができる。不法行為法関連では、次のものが目につく。

Underhill, Arthur. A summary of the law of torts; or, wrongs independent of contract. 4th ed. Tokio, Igrisu Horitsu Gakko, 1886. 238p. 21cm.<sup>8)</sup>

Pollock, Frederick. The law of torts: A treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the common law. Tokyo. Tokyo Hogakuin, 1890. 467p. 23cm.<sup>9)</sup>

こうみてくると、かつて指摘したことであるが、英米法は明治10年代中葉以降の法学研究・教育の一翼となっており<sup>10)</sup>、不法行為法でも同様であった。

## (2) 寄与過失法理の摂取

明治10年代中葉以降、英米不法行為法について、山田喜之助・英国私犯法〔増訂3版〕（九春堂 明治19年〔初版明治16年〕）、奥田義人・英米私犯法論綱（博聞社 明治20年）をはじめ多くの教材が出版されている<sup>11)</sup>。前者は、判例を指示しながら、「不注意犯（ネグリゼンス）」の「相互ノ不注意」（205頁以下）で、「相互の不注意に原因したる結果は其責任の帰す所なく、損害を受けたるものは、自損にして、他人に対し之れが要償をなすの途なきものと謂はざるべからず」（205頁）、「（しかし）双方の不注意ありたる場合と雖ども一方に不注意なきも尚他の一方の不注意の為に損害を蒙るべき場合の如きは、為害者に対して損害を要償する権を妨げざること」（207頁）としている。後者も、「懈怠（ネグリゼンス）」（251～266頁）・「相互ノ懈怠」（267～275頁）を取り扱っている。被害者に多少の懈怠があったとしても「害事を避くるために通常の注意を用いた」とき、一方の懈怠が「害事の直接の原因をなしたるものなるとき」は、「政略上」相互の懈怠としない、としている（270頁以下）。

英米法の寄与過失（contributory negligence）をもっとも早く批判的に

検討したものに戸水寛人「共同懈怠ノ場合ニハ加害者ノ責任ヲ免レシム可カラス」法学協会雑誌48号(明治21年3月31日発行)6頁以下がある。戸水は、被害者の懈怠(の所為)が加害者の懈怠と相結合して一つの損害を生ずることを共同懈怠(contributory negligence)とし、被害者は損害賠償できないのを原則とする、と定義する。イギリスの普通法が共同懈怠の場合に加害者が免責されるのは、法格言 *Volenti non fit injuria*. に基づく「凡そ各人は自己の所為より生ずる結果に関し他人に責任を負はしむ可からずとの原則」を適用したものにすぎない。これは当然であるが、「純理」からいえば各人は自己の懈怠から生ずる損害に関して責任を負わなければならないから、被害者も加害者もそれぞれ自己の懈怠から生ずる損害に責任を負わなければならないのであって、加害者独り自己の懈怠に責任を負わないとするのは「不條理千万ノ規則」とする<sup>12)</sup>。

しかし、寄与過失論を立ち入って検討したのは、明治22年3月22日に法科大学教室で開催された法学協会討論会「破柵ヨリ逸出シタル牧牛ノ汽車ニ壓殺セラレタル件(討論)」<sup>13)</sup>である。論題は次の内容である。

「甲者、乙鉄道会社の線路に沿ふて、一の牧場を有せり。然るに或日場中の牛一頭其柵の破損せる処より逸出して鉄道線路上に臥し居りしが、通行列車の爲め壓殺せられたり。依て甲は乙会社に対し損害賠償を請求す。

但し、運転手に相当の注意を施さば之を壓殺するに至らざりしこと明らかなり。」

この設例につき、城数馬(原告主論者)・西久保弘道・神崎東蔵・平山銓太郎・大和久菊次郎が原告側に立ち、被告側の論陣を平沼騏一郎(被告主論者)・内田定槌・秋山雅之介・朝倉外茂鉄・柴田家門・岸清一が張っている。この討論では、英米法での寄与過失法理がベースとなっており、とくにイギリスの基本裁判例に基づく議論が展開されている。討論の内容に入る前に、明治民法起草前の、イギリスの裁判例を一瞥しておく必要がある。

不法行為過失相殺規定（民法722条2項）成立の一断面（大河）

- 1) 穂積重行・明治一法学者の出発（岩波書店 1988年）146頁以下参照。なお、163頁の最終試験科目も参照のこと。
- 2) 同前155～163頁参照。
- 3) 同前387頁以下参照。
- 4) 同前393頁参照。ここでの「ブルーム」は、Broom, Herbert. Commentaries on the common law, designed as introduction to its study. 5th ed. London, Maxwell, 1875. 1044p.（本文986頁とIndex）22cm. であろう。なお、BOOK I-IV（権利と救済、契約、不法行為、刑法）から構成されている。Book II. Contracts. のChapter III. Negotiable instruments. まで（457頁まで）が、Broom, Herbert. Commentaries on the common law, designed as introduction to its study. 5th ed. Tokyo, Igrisu Horitsu Gakko, 1886. 432p. 21cm. として翻刻されている。
- 5) 同前267～269頁参照。
- 6) 中央大学百年史編集委員会専門委員会編・中央大学百年史通史編上巻（中央大学出版部 2001年）105頁以下参照。ここでの「アジソン」は、Addison, C. G. The law of torts, abridged for use in the Law School of Harvard University. 2. ed. Boston, Little, 1872. 476p. 20cm. であろう。また、アヂソン（C. G. Addison）・山本謙三訳・英国民事犯法要説第1-3（翻訳課写本 3冊 半紙）が法務図書館に所蔵されているようである。とにも未見。
- 7) 同前213頁以下参照。
- 8) Underhill, Arthur. A summary of the law of torts; or, wrongs independent of contract. 4th ed. London, Butterworths, 1884. 303p. 20cm. を、前注4)のBroomのものと同じく、行・字の間隔を詰めるスタイルで翻刻（原典の頁数を本文の右寄せまたは左寄せに記載）。巻末の和文奥付に、発行所：英吉利法律学校、翻刻出版人：増島六一郎などの記載がある。また、中央大学百年史通史編上巻115頁が表紙写真を掲載している THE IGIRISU HORITSU GAKKO TEXT-BOOK. A SUMMARY OF THE LAW OF TORTS. BY ARTHUR UNDERHILL, M. A., LL.D., FOURTH EDITION. VOL. I. として、明治21年に、翻刻されている（発行者：増島六一郎、発行所：英吉利法律学校とある。この点については、中央大学図書館閲覧課・中央大学百年史編纂室にご教授いただいた）。増島六一郎については、利谷信義「増島六一郎」潮見俊隆編著・日本の弁護士〔法学セミナー増刊〕（日本評論社1972年）68頁以下を参照されたい。なお、アーサー・アンダーヒル著・大和寅雄訳・不法行為法（広文堂 1932年）があるが、底本・版は不詳。
- 9) Pollock, Frederick. The law of torts. London. Stevens, 1887. 516p. 22cm. の翻刻。最後の和文奥付に、発行所：東京法学院、発行者：増島六一郎、明治23年9月11日翻刻などと記載されている。また、中扉の裏に PRINTED AT THE "SHUEISHA" とある。
- 10) 「民事判決原本の保存・データベース作成・公開と民事法学」法律時報75巻10号（2003年）88頁以下、「明治民法の編纂と利息制限法」立命館法学292号（2004年）107～111頁、116頁注13）～18）参照。
- 11) このほかに、山田喜之助講義〔講義筆記〕・私犯法（英吉利法律学校 明治19年）、英吉利法律学校・英吉利法律講義録 第3年級第11号（英吉利法律学校 明治20年）藤田隆三

郎講義・畔上啓策編輯・判決例：私犯法ノ部他，奥田義人・私犯法（出版者・出版年不明）482p.，英吉利法律学校・英吉利法律講義録 第1年級第7号（英吉利法律学校1887-1888）藤田隆三郎講義・畔上啓策編輯・判決例（私犯法）がある。さらに，以下のものがあると思われるが，いずれも未見。藤田隆三郎・判決例（私犯法ノ部）（英吉利法律講義録56収録），戸水寛人・判決例（雑ノ部）（英吉利法律学校講義録56収録），奥田義人・私犯法判決例（英吉利法律学校講義録58），英吉利法律講義録・質問（英吉利法律学校講義録59），奥田義人・私犯法（東京法学院講義録102・103），奥田義人講義・私犯法（刊本 英吉利法律講義録），奥田義人・私犯法判決例（刊本 英吉利法律講義録），目賀田種太郎選・私訴犯法（明治16年），渡辺安積・判決例（刊本 英吉利法律講義録）。

- 12) 戸水は，Richardson v. Metropolitan. R. Co. L. R. 3 C. P. 326. に言及している。原告リチャードソンが客車の乗客室に入った後に手を戸の端にとどめていたところ，車掌がやや注意しながら戸を閉じたことによって原告が負傷した。裁判所は，車掌に懈怠があるが原告にも懈怠があるから，被告鉄道会社には損害賠償義務はないとした。

法学協会雑誌に限っても，明治民法編纂以前に不法行為法を検討するものに，「演劇興行ノ損害要償（討論）」7号1頁，「相撲興行板圍外二高座敷ヲ設ケ置見物人ヲ誘引シタル損害賠償（討論）」11号1頁，戸水寛人「過失及ビ不注意ヲ論ズ（論説）」14号27頁，16号26頁，18号47頁，「鉄道馬車会社二対スル損害要償ノ件（討論）」23号1頁，24号1頁，「損害要償ノ件（討論）」28号（明治19年6月27日発行）1頁，富井政章「損害ノ弁（論説）」64号313頁，65号383頁，67号556頁，「職工ノ懈怠ヨリ他ノ職工ヲ負傷セシメタル場合二請負人二賠償ノ責アリヤ否ヤノ件（討論）」80号781頁などがある。

- 13) タイトルは法学協会雑誌目録自第六十号至第七十号1頁，開催日は法学協会雑誌60号（明治22年3月25日発行）69頁による。討論の内容は法学協会雑誌61号（明治22年4月25日発行）71頁以下，62号161頁以下に掲載されている。なお，法学協会雑誌の発行日は，東京大学法学部研究室図書室のご教授による。

## 2. 明治民法の編纂に先行するイギリス寄与過失法理と 法学協会の「討論会」

### (1) 明治民法の編纂に先行するイギリス寄与過失判例

以下の検討に必要な範囲で，明治民法の編纂に先行するイギリス寄与過失法理に関する裁判例をみておく。Bridge v. Grand Junction Ry. (1838) 3 M. & W. 244.<sup>1)</sup>，Richardson v. Metropolitan Ry. (1868) L. R. 3. C. P. 374n.; 37 L. J. C. P. 300; 18 L. T. 721.<sup>2)</sup>は省略する。



[ 1 ] Butterfield v. Forrester (1809) 11 East. 60; 103 Eng. Rep. 926 (K. B.)<sup>3)</sup>

ダービー（Derby）の街中のある公道に、被告が、道を横切るように竿を設置していた。原告は、酒場を8月の夕暮れ8時に出て、横竿のある道を馬に乗って疾走し、横竿に衝突して転倒・落馬し重傷を負った。Bayley 裁判官は、陪審員に対して、「合理的かつ通常の注意（reasonable and ordinary care）でもって乗馬している者が障害物を見て回避できたとするなら、そして原告が通常の注意（ordinary care）を欠いて極端に激しく公道を乗馬していたと陪審員が認めるのであれば、陪審員は被告に有利な表決を下さなければならない」と説示した。陪審が被告を支持する表決を下したので、原告は再審理の申し立てをした。

再審理の申立てに対する Bayley 裁判官の説示

「原告は馬を全力疾走させていたと立証されたのであり、しかもそれはダービーの街中の道のことであった。もし原告が通常の注意（ordinary care）を払っていたならば、障害物を見たはずであり、したがって事故は全面的に原告自身のフォールトから（entirely from his own fault）生じたものとうかがえる。」

再審理の申立てに対する Ellenborough 主席裁判官の説示

「一方当事者は、みずから正しくあるために（to be in the right）一般通常の注意（common and ordinary caution）を払わないのであれば、他方当事者のフォールト（fault）によって作られた障害物を非難すべきではない。道路の誤った側と考えられる側で乗馬通行している者たちを例にとれば、そうであるからといって他の者が自分の乗った馬を彼らに故意で突き進めてよいことにはならないであろう。一方の者にフォールトにある者が、他方の者に対して自分自身のために通常の注意を払うことを免れさせる、ということにはならない。本件の訴えが認められるには2つの点がそろわなければならない。被告のフォールトによる道路の障害物設置、そして原告の側にその障害物を回避するための通常の注意の欠如がないことである。」

[ 2 ] *Davies v. Mann* (1842) 10 M. & W. 546; 152 Eng. Rep. 588 (Exchequer)<sup>4)</sup>

原告が自己の口バの前足を縛って公道上に放置していた。そこへ被告が馬車を疾走させてきて、口バをはねて殺してしまった。

Parke 卿の説示

「この問題は、*Bridge v. The Grand Junction Railway Company* (3 M. & W. 246) ケースで本法廷によって充分考察されており、そこでは、私の考えるところでは、ネグリジェンス (negligence) に関する正当な準則が定立されている。すなわち、この種の訴訟で原告に回復できなくさせるネグリジェンスは、原告が通常の注意 (ordinary care) によって被告のネグリジェンスの帰結を回避することができたというものでなければならない。私は、そのケースで次のように言われたと受け止めているし、それはまた全く正しいと考える。つまり、『*Butterfield v. Forrester* ケースで原告の方にネグリジェンスがあったとしても、通常の注意を行使することによって被告のネグリジェンスの帰結を回避していたのであれば、原告には回復の権利がある。通常の注意によって原告が帰結を回避しえそうであったのであれば、原告は彼自身の不利益の招来者である』。かの *Bridge v. The Grand Junction Railway Company* ケースでは、双方のネグリジェンスに帰する抗弁が在った。しかし、本件では違う。そして、裁判官は陪審員に対し次のことを告げたにすぎない。(第一に) 公道に口バを放置したという原告の方のネグリジェンスという単なる事実 (the mere fact) は、口バ (ass) がそこにいたことが傷害の直接の原因 (the immediate cause of the injury) でないかぎり、請求に対するは反論ではない、(そして第二に) あまりにも速く、同じことだがかなりの速度で (at a smartish pace) で走らせる被告の被用者のフォールト (fault) によって惹起したと陪審員が判断するのであれば、口バを道に置いたという単なる事実 (the mere fact) は原告の請求を妨げないこと。これは完全に正しい。なぜなら、口バが誤って (wrongfully) そこにいた

としても、なお被告は被害を防ぐような速度で道を行くことに拘束されていたからである。そうでないとしたら、公道に置かれた物の上を、あるいは寝ている人をも、轆き走る、あるいは道の誤った側を進んでいる馬車に向かって意図的に走ることも、正当化されることになる。」

〔3〕 Tuff v. Warman (1857) 5 C. B. (N. S.) 573; 141 Eng. Rep. 231.<sup>5)</sup>

原告の舳を衝突で沈めた汽船の操縦士に対する訴えである。原告自身の証言は舳の上には見張り番はいなかったことを示した。汽船の行動については証拠に争いがあったが、原告の証言によれば、汽船は舳をはっきりとみることができたはずである。Willes 判事は、見張り番の不在が原告側のネグリジェンスかどうか、そしてもしそうであるとしたらそれが事故に直接寄与したかどうかということを、陪審員に言わなかった。これは余りにも原告寄りであると異議がとなえられ、人民間訴訟裁判所（Court of Common Pleas）も財務府会議室裁判所（Court of Exchequer Chamber）もこれを破棄した。

Wightman 判事の説示

「われわれには、この事件そしてこの種の事件における陪審員に対する適切な問いかけは、次の内容であると思われる。つまり、損害がもたらば被告のネグリジェンスまたは不適切な行為（the negligence or improper conduct of the defendant）によってもたらされたか否か、あるいは、原告自身が自己のネグリジェンスまたは通常かつ普通の注意の欠如（his own negligence or want of ordinary and common care and caution）によって事故に大きく寄与したので、原告のそのようなネグリジェンスまたは通常の注意の欠如がなければ、事故は生じなかった（the misfortune would not have happened）かどうかである。前者では原告には損害賠償請求権が認められる。後者であれば、原告自身のフォールトがなければ事故は起こらなかったのであるから、そうは

ならない。しかしながら、単なるネグリジェンスまたは通常の注意の欠如は、原告の損害賠償請求権を剥奪しない。そのネグリジェンスまたは通常の注意の欠如がなければ事故が起こりえなかったとき、あるいは、被告が自分で注意を払うことによって原告の怠慢または不注意の帰結を回避しえたときは、別である。」

[ 4 ] Fordham v. L. B. & S. C. Ry. (1869) L. R. 4 C. P. 619.<sup>6)</sup>

一人の乗客(原告)が、駅の(被告の)客車に乗ろうとして、昇降段を上るのを支えるために開いたドアの奥に左手を添えた。ドアの右手に客車に付けられた適切な取っ手があったかどうかについて相対立する証言がなされた。その夜は暗く、そして原告は取っ手を見ることはなかった。原告は右手に小荷物を持っていた。原告が客車に入りきる前に、車掌が、事前の警告なしに、ドアを閉め、ドアの奥と原告の左手がおかれていた出入口の側柱との間で、原告の指を押しつぶした。陪審は原告勝訴とした。被告が上訴。

Kelly, C. B. の説示

「第一の問題は、被告の側にネグリジェンスがあったかどうかである。……事実は簡単である。原告は客車に乗ろうとし、そのとき車掌が来て原告を前に押し込むべくドアを閉め、ドアの奥と客車の枠との間で原告の指を挟んだというものである。いうまでもなく、会社の被用者の側にネグリジェンスの証拠がないということが、多くの事案において、決定的な証拠を排斥するものではない。ドアを閉める時がきたとしたら、車掌は、Richardson v. Metropolitan Railway Company. でなされたように行うべきであった、すなわちドアを閉める前に警告することを。ここでは警告はなされなかったし、しかも何かがないかどうかを確かめることもなくドアはボタンと閉められたのである。……

原告が自分自身のネグリジェンスによって事故に寄与したかどうかという第二の問題については、確かな寄与過失ケース(a strong case

of contributory negligence) でないと言うことはできない。原告には、疑いなく、注意の大きな欠如につき責めがあった。右手に小荷物を持って、原告は、左手をドアの奥の部分に置いて客車に入ろうと試みている。

しかし、われわれは、証拠の全体を考察しなければならない。暗かったこと、そのために原告は周囲をよくみることができなかったことが証明されている。取っ手があったかどうかは不明なままである。左右に取っ手を探ることを原告に期待することはできない。原告はもっともよく自分を支えることができる場所に手を置いた。陪審事件でないということはいえない。陪審証拠となる原告側の寄与過失 (contributory negligence) の有無ではなく、裁判官に事件審理を中止させるよう要請する証拠の有無が問題であるといわなければならない。そして、そのような証拠はなかったのである。」

[ 5 ] Radley v. London & N. W. Ry. Co. (1876) 1 App. Cas. 754 (1876)

ある鉄道会社が、炭鉱所有者が所有する待避線から満タンの貨車を出し空の貨車をそこに返すのを常としていた。この待避線の上に地面から 8 フィートの高さの橋梁が架けられていた。土曜の午後、すべての工夫が仕事から去ったのち、鉄道（被告）の使用人が数台の貨車（原告所有）を待避線上走らせた。一台以外は空で、その一台の貨車は他の破損貨車を積んでおり、その併せた高さは12フィートに達していた。原告の従業員の一人がこれを知っていたが貨車を移動させることをしなかった。日曜日の午後、鉄道の使用人がたくさんの空貨車（原告所有）を持ち込み、すでに待避線に置かれていた貨車を前に押し出した。なにか支障 (some resistance) が感じられたが、貨車を押すエンジンの出力は増し、12フィートの高さに昇った貨車が橋脚にぶつかり、橋脚を破壊した。

損害賠償請求で寄与過失の抗弁が出され、公判で裁判官は、陪審員に対し、原告は専ら被告の使用人のネグリジェンスによって事故が生じたこと

を陪審員を満足させなければならない、もし双方が事故に寄与するようにネグリジェントであるなら原告は回復されないのであるから、と説示した。陪審員は原告に寄与過失があると認め、被告勝訴の評決がなされた。財務府裁判所 (Court of Exchequer, L. R. 9 Ex. 71.) は寄与過失の証拠はないとし、財務部会議室裁判所 (Exchequer Chamber, L. R. 10 Ex.100.) は原告には合理的な警戒の怠りがあり裁判官の説示も十分なものであったとした。貴族院 (House of Lords) は、裁判官の説示の誤りを根拠に新たな事実審理を命じた。

Penzance 卿の説示

「これらのネグリジェンスのケースにおける法は、財務部会議室裁判所で語られていたように、完璧に定立されており、議論の余地はない。

第一の命題は、一般的なものであり、その趣旨は、事故惹起に寄与したなんらかのネグリジェンスまたは通常の注意の欠如 (any negligence or want of ordinary care) に原告自身が責め (guilty) を負っていると陪審員によって判断されたのであれば、原告はネグリジェンスに基づく請求で成功できないというものである。

しかし、同じく確立した、第一命題を制限するもう一つの命題がある。すなわち、原告がネグリジェンスの責めを負っていたにせよ、そしてそのネグリジェンスが事実において事故に寄与していたにせよ、結局のところもし被告が通常の注意および勤勉さを払うこと (the exercise of ordinary care and diligence) によって発生被害を回避することができたであろうとすれば、原告のネグリジェンスは被告を免責しない。

この命題は、法の一環として、疑問の余地はない。これは、Davies v. Mann 事件で判断され、Tuff v. Warman 事件およびその他の事件で支持され、この種の事件で問題なく普遍的に適用されている。」(pp. 758-759)

Penzance 卿は、陪審員に対する裁判官の説示で、運転手が通常の注意

によって事故を回避できたと陪審員が判断するのであれば積載貨車を線路に放置していたという被告の先行するネグリジェンス（previous negligence）は損害賠償を妨げないであろう、と付け加えることをしなかったとする。その結果、原告に何らかの寄与過失（contributory negligence）があれば賠償請求はできないと語るに等しい説示であるとする。そして、被告の先行ネグリジェンスにかかわらず運転手が通常の注意を払っておれば事故は発生しないのであるから、事故の直接の原因（the immediate cause of the accident）は被告のネグリジェンスであると陪審員は判断したのである、という。

## （2） 東京大学法学協会の「討論会」と寄与過失

すでにローラン「義務法（契約ナクシテ生スル義務法）」中央法学会雑誌38～94号（明治19～21年）を紹介していた城数馬<sup>7)</sup>が原告主論者であった。城は、フランス・ベルギーの裁判例を援用し、運転手の過失による損害について雇用者も責任を負うとし、「相当の注意を施」さなかった運転手に過失がある以上、賠償義務があるが、柵を修理しなかった「多少の過失」がある原告も「損害の幾分を負」うべきであり、その具体的判断は裁判官に委ねられるべきであるとする。しかし、城数馬以外の論者は、すべて、イギリスの寄与過失論に依拠しながら、論を組み立てている。

たとえば、被告主論者である平沼騏一郎は、イギリスの「共同怠忽」に触れながら、柵の修理を怠り牛を線路に「犯境」させた原告は自己の過失によって損失を受けたのであり、損失を予見でき、しかも原告の所為が損失の「近因」であるから、原告の請求は認められないとする。朝倉外茂鉄（被告論者）も、被告所有地への「侵害の所為」と柵を修理しなかったことが「損害の最重の原因」（167頁）であるとする。内田定植（被告論者）も朝倉と同じ論理である。

原告側の平山銓太郎<sup>8)</sup>を例にとれば、共同怠慢を生ずる二つの事実（原告が相当の注意をなさなかったこと 原告の不注意・怠慢と損害と

の間の「直接の関係」)を指摘し, Butterfield v. Forrester (1809) 11 East. 60. Davies v. Mann (1842) 10 M. & W. 546. 等を紹介した後に, 原告の怠慢が被告の所為すなわち怠慢と共同関連して損害を惹起したときに共同怠慢となるが, 被告が責任を免れようとする場合には, 被告の所為が上記でないことを主張しなければならないが, 問題文末尾に明記されている事実からして, 被告は共同怠慢を理由に損害賠償責任を免れることはできない, とする。

この議論での第一の特徴は, Tuff v. Warman (1857) 141 Eng. Rep. 231. が内田, 秋山らによって, 共同怠慢の準則を明らかにしたものとされていることである。内田によれば, それは, 以下の内容である(81~84頁参照)。

- 1) 原告・被告双方の「怠慢の度」が同じとき 被告に責任はない
- 2) 原告の怠慢が損害の「直接の原因」のとき 被告に責任はない
- 3) 原告の怠慢が「間接の原因」のとき

被告が「相当の注意」を払ったとき 被告に責任はない

被告が「相当の注意」を払わなかったとき 被告に賠償義務がある

また, 秋山雅之助もこれを援用し, 「原告に怠慢あるとも, 若し被告に於て相当の注意を用ゆれば其害を未尚に拒き得べき場合には, 被告は要償の責あり」とするのが「英国の判決例にて一定せる所」と要約している(162頁)。このような整理は, アンダーヒルが, 寄与過失での責任阻却の例外準則として, 「被告が通常の注意を払うことによって原告の単なるネグリジェンスの帰結を回避したであろうときには, 原告に損害賠償請求権が認められる」とし, ウイレス判事 Willes, J. の説示を次のように要約していたことによる。

「当事者双方が等しく責めを負っていた (both parties were equally to blame) とき, および事故が彼等の共同ネグリジェンス (joint negligence) の結果であったときは, 原告に損害賠償請求権は付与され得ない。原告のネグリジェンスまたは懈怠が幾分か損害の近接的原因 (the proximate cause of the damages) であったならば, 被告のネ



グリジェンスが大きくとも、原告の損害賠償請求は認められない。しかし、原告のネグリジェンスが、事故に間接的に（remotely）関連したにすぎないときは、問題は被告が通常の注意を払うことによって事故を回避していたかにかかっている。<sup>9)</sup>」

第二に、Butterfield v. Forrester (1809), 11 East. 60. Davies v. Mann (1842), 10 M. & W. 546. 等は被害者（原告）が不法行為者（侵境者・犯行者）の事案ではないとする秋山雅之助の立論（163頁以下参照）にみられるように、寄与過失での類型に立ち入りつつあることである。

しかし、第三に、岸清一が、「加害者被害者共に怠慢ありて之が為めに損害の起りたる場合には、被害者に賠償を得せしむるべからず。是れ、正理と公益の命ずる所なり。何となれば、若し共同怠慢の場合に於て被害者に賠償を許すときは、法律と正理が吾人に向て注意と謹慎を要求する事なきに至り、吾人は、仮令自己の怠慢ありて損害を生ずるとも若し他人の怠慢が共働して此損害を生ずるときは充分なる賠償を得るを知り、其所行に於て不注意不謹慎なるの結果を生ずべし。」（172～173頁）とし、（城数馬のように）「漫然たる仏国民法第1382条を隠に担ぎ出して」過失ある被害者に損害賠償を認めることは許されないとしているように、この討論には、寄与過失における賠償責任の全部認容・責任阻却という二者択一的帰結に対する「懐疑」を窺うことはできない。

このように、全体としてみれば、アンダーヒルの整理に依拠した議論であった。しかし、明治23年（1890年）のポロック・不法行為法の翻刻が象徴するように、この国の英米法研究・教育はマークビー（William Markby）、アンソン（William Reynell Anson）、ポロック等に移っていく<sup>10)</sup>。

種々の不法行為に関する多数の準則（a number of rules of law about various kinds of torts）だけでなく、不法行為の一つの集合体（a law of torts）の存在をも示そうとした（ホームズに対する献辞6頁）ポロックは、被害者自身のネグリジェンスが損害の近接的原因（the proximate cause）であるならば被害者の損害賠償請求は認められないとする準則は、

合理的でなく、かなりの学説が批判するところであるとし、近時の先例もこれを肯定していないとする。ポロックによれば、先例は、被害者のネグリジェンスがなければ事態が生じなかったであろうまたは生じえなかったであろうから被害者の損害賠償請求権が認められないとしているのではなく、事態の終局的な段階でかつ決定的な点において (in the final stage and at the decisive point of the event) 被害者がネグリジェントであったということだけを加害者免責の根拠としている。Radley v. L. & N.W.R.Co. (1876) での Penzance 卿の説示がこのことを明確に示しているという<sup>11)</sup>。そして、ポロックは、ネグリジェンス訴権では、損害の算定は、被害の性質と諸事情にしたがって異なることを肯定している<sup>12)</sup>。

- 1) 法学協会の「討論」で平山銓太郎(原告論者)が言及する裁判例。
- 2) 戸水論文が言及する判決。
- 3) 本判決については、望月礼二郎・英米法〔新版〕(青林書院 1997年)287頁、英米判例百選〔第三版〕(1999年)178頁(中村民雄)、英米判例百選 私法(1978年)22頁(古賀哲夫)、英米判例百選(1964年)200頁(小堀憲助)参照。法学協会の「討論」では、平山銓太郎(原告論者)・秋山雅之介(被告論者)・岸清一(被告論者)が援用している。イギリスのネグリジェンスの現代的構造については、望月礼二郎「ネグリジェンスの構造(一)・(二)・完」法学36巻4号(1973年)1頁,37巻2号1頁、「ネグリジェンスの構造・再論」社会科学研究42巻1号(1990年)1頁以下参照。
- 4) この判決については、望月礼二郎・英米法〔新版〕(青林書院 1997年)288頁、英米判例百選(1964年)200頁(201頁)(小堀憲助)参照。法学協会の「討論」で、平山銓太郎(原告論者)・秋山雅之介(被告論者)・岸清一(被告論者)が言及する。  
この判決は、サーモンド(Salmond)が最後の機会(last opportunity)との表現をして以来、「最後の回避機会(の再抗弁の)準則 rule of last opportunity」といわれ、Radley v. London & N. W. Ry. Co. (1876) で貴族院によっても確認されたと評価されている。事故発生の最後の機会を利用しえた者が被告の場合、原告は、たとえ自身に過失があったとしても、全面的に賠償請求権が帰属するというものであった。その結果、損害という結果に対していずれの行為が接近しているかが重視されたようである。William Schofield, Davies v. Mann: Theory of Contributory Negligence, 3 Harv. L. Rev. 277 [1889]。
- 5) 法学協会の「討論」で内田定槌(被告論者)・秋山雅之介(被告論者)が言及する判決。民法第一議案730条の(参照)に挙げられたもの。
- 6) 民法第一議案730条の(参照)が挙げる判決。
- 7) 法政大学大学資料委員会編・法律学の夜明けと法政大学(法政大学 1992年)162,164頁(江戸恵子)参照。ローラン(山崎恵純訳)・仏国損害賠償法原義(博文社 明治16年)との関係は不詳。

- 8) 平山は、後に、「不法行為ノ損害賠償額ニ就テ」法学新報14巻11号（明治37年）30頁を公表している。
- 9) Underhill, Arthur. A summary of the law of torts; or, wrongs independent of contract. 4th ed. Tokio, Igrisu Horitsu Gakko, 1886. p. 129.
- 10) 山崎利男「ポロックとインド法」内田力蔵先生古稀記念・現代イギリス法（成文堂1979年）565頁以下が指摘する“The Age of the Professors (F. H. Lawson)”である。穂積陳重の指導のもとに増島六一郎が行ったとみるべき英吉利法律学校・英吉利法学院名での英米法の基本文献の翻刻本の推移がこれを示している（中央大学百年史編集委員会専門委員会編・中央大学百年史通史編上巻（中央大学出版部 2001年）116頁以下は、朝野新聞・万国法律週報・『中央大学二十年史』などに依拠して整理しているが、各種図書館の所蔵本の調査によって、いっそう明らかにされることを期待したい）。
- 11) Pollock, The law of torts. 1887. pp. 374-375.
- 12) Ibid. p. 164.

### 3. 法典調査会における趣旨説明・議論の意味

#### (1) 722条2項の起草趣旨

以上の検討を前提に、穂積の冒頭説明や議論の意味を再検討し、722条2項の意味内容を明らかにする。すでに、多くの研究があるので、屋上屋を架すきらいはあるが、必要最小限のことにとどめる。

議会提出案民法721条2項＝民法722条2項の趣旨につき、民法修正案理由書は次のように記述している。

「不法行為に因りて損害を受けたる者が自己に過失ありたるときは、恰も債務不履行に付き債権者に過失ありたるときに如く、損害賠償の額を定むるに付き裁判所をして被害者の過失を斟酌することを得せしむるは、不法行為の場合に於て一層至当の理由ありとす。然れども、既に第708条（現行709条）の通則ある以上は仮令被害者に過失あるも加害者をして損害の全部を賠償せしめざるべからざるかの疑を生ぜしむるに因り、特に本条第2項の明文を掲げたり。而して本項の場合に於て、債務不履行に関する第417条（現行418条）の規定を準用することを得ざる所以は、債務の不履行に関し債権者に過失あるときは之に因りて裁判所は損害賠償の責任の有無をも斟酌すと雖も、不法行為の場合に於ては、苟も加害者に不法行為の存

する限は、損害賠償の責任の有無を問ふに及ばざればなり。」(未定稿本・民法修正案理由書624頁)

民法修正案理由書が底本にしたと推測される、法典調査会での穂積陳重の冒頭説明は次の内容である。

「(730条=現行722条)第2項の規定は、恰度417条(現行418条)の場合に相当致します。債務の不履行に関しまして債権者の方に過失があったときに於ては、夫れが為めに勿論不履行者が其責を免がれると云ふことは出来ない。免れませぬ以上は、既に415条(現行416条)に債務不履行の場合に於ける損害賠償の標準が示してありますから、裁判所は、其標準通りに通常生ずべき損害賠償を出させる、特別の場合は是々の損害賠償をさせる、と云ふことに為らなければならぬと思ひます。債務不履行の場合には、此明文がありますから、415条の標準が(を)裁判官が認めるに依て動かすことが出来ると云ふ斯う云ふ規定が、あの場合には必要に為ったのであります。

此不法行為の場合に於きましても、其道理は同じことであらうと思ひます。唯だ此被害者の方に過失があった、夫れで過失はあったけれども、権利の侵害もあるし、権利の侵害に因って生じた損害もに断定が出来る、是丈け是丈けと云ふものが、慥に損害の額と云ふことが、証明することが出来る場合に於て、本案の如き規定がありませぬときに於ては、裁判所(におきまして)は矢張り719条(現行709条)の規定に依りまして其現に生じた丈けの損害をやらなければ往かぬと云ふ解釈が出て来はしますまいか。権利の侵害に因って生じた損害を賠償する責に任ずとあります権利の侵害は証明された、夫れより生じた損害は、例へば立派に一万円ならば一万円と云ふことが証明せられる、夫れで此719条許りであると云ふと、此過失を斟酌すると云ふ点かも無きが如く見えます。夫れは不法行為に因る損害賠償に付ては別して不都合のことでありますから、夫故に不法行為の場合に於ては裁判官の斟酌の範囲を広くする方が宜しいと思ひます。夫れで、別して、此場合に於ては、是丈けは斟酌することを得ると云ふことを明かに言ふて置いた方が宜しいと考へました。」(日本近代立法資料叢書5428頁。改行：引用者)

穂積によれば、権利侵害によって生じた損害の賠償義務の問題は709条で判断されるが、709条だけでは原告に過失があった場合でも裁判所が現実が発生した実損害の全部につき損害賠償を認めかねないので、これを回避するために722条2項の規定を置いたことになる。穂積は、次のような補足説明を行っている。

「原告、即ち被害者と称します者に過失がある、其過失と云ふものが其損害の原因に為ったならば、之は勿論被告がしたのでない、と云ふことが言へます。全く自分が車のために傷けられたが夫れは自分から車に奔り懸ったと云ふことであるとか、或は英吉利で能く出まする鉄道の戸を閉るときに自分の方から迂っかり手を出したとか云ふやうなことは、他人が故意又は過失に因ってやったのでなく、自から損害を醸したと云ふやうな場合が多くあります。英吉利の『……』と云ふのは、理論に於ては正しいと思ひます。夫れで、加害者自分でしたことでない却て向ふがしたと云ふやうな場合には、決して這入らぬと云ふ積りであります。」（435頁下段）

ここでは、不法行為と損害との間の原因結果の関係が証明されたら原因を招致した者が責任を負うこと（709条）が前提とされ、これに対して、被害者が自分から車に奔り懸って車に傷つけられたとか、鉄道の戸が閉まっているのに自分のほうからうっかり手を出したような場合は、被害者（原告）の過失が損害の原因であり（損害の自己醸成 = 自己招致）、被告がしたことではないとされている。穂積がイギリスの寄与過失法理を「理論に於ては正しいと思ひます」と語るとき、被害者に過失があるときに加害者の責任の全部認容・阻却の二者択一的解決からの離脱が暗示されている。

## (2) 梅謙次郎、土方寧の立論

民法第一議案甲第47号が配布されたのは明治28年9月18日のことであったが、梅は、9月27日付で、

「本条の規定あるときは加害者は常に被害者の過失を口実とし、以て其責任を免れんと欲するの虞あるを以てなり」

との理由を付して、「第七百三十条第二項八之ヲ削除ス」との「修正案」を文書提出した<sup>1)</sup>。たしかに、梅<sup>2)</sup>は、法典調査会においても、第一議案730条2項(現722条2項)の削除を主張した(428頁以下)。しかし、その根拠づけは変化し深められている。

「現に損害の中で是丈けの損害は債権者の過失より生じた、是丈けの損害は債務者の過失より生じたと云ふことが分かれば、夫れは明文が無くても夫れは自ら原因結果の原則としては夫れは債務(者)の方に於て其の一部分は払はぬで宜しい。夫れは一部分は債務者の不履行から生じたとは言へませぬ……債務者(加害者)の過失に因って生じたのでないと云ふ証明がありますれば、無論本条(722条2項)の規定が無くても、夫れは当然919条(現行709)が嵌まりませぬ。従って、本条には責任の有無とか何んとか極めてないのは全く夫れが為めであります。

夫れと同様で、損害の一部分は債権者(被害者)から起こったので、其過失に因って生じた債権者の受けた損害は夫れより多い、其多いのは矢張り債権者(被害者)自身の過失で生じたと云ふことを証明せられたならば、夫れは明文が無くても其債権者(被害者)より生じた損害は自ら負担しなければならぬと云ふことは、言ふを俟ちませぬ。」(429~430頁)

ここでは、加害者の過失によって生じた損害(賠償)の範囲と被害者の過失によって生じた損害の範囲が(被害者の過失によって生じた損害とは区分されて)因果関係として確定されるが、これは709条の問題であるとされている。

しかし、梅は、次の説明のように、損害と因果関係のない被害者の過失が斟酌されることを理由に、「蛇足」ではあるが、

「損害の一部が被害者の過失に因りて生じたときは、裁判所は、其額を定むるに付き、之を斟酌することを要す」(430頁上段)

と修正するのであればかまわない、とも言う。

「乍併其場合に付て疑があると云ふことならば、明文を置くと云ふことは蛇足とは思ひますが、害の無いことだから、私は反対はしませぬ。夫れな

らば、『損害の一部が被害者の過失に因りて生じたときは裁判所は其額を定むるに付き之を斟酌することを要す』、斯う云ふことにすれば、反対はしませぬ。蛇足とは思ひますが。

然るに本條の如く広くして『斟酌することを得』と為って居ると云ふと、文字の上から見ると、損害に関係しない過失があっても矢張り之が適用せられるやうなもの如く見へます。』（430頁上段）

原案のままでは、かえって、店先に商品を放置していたとか往路で子供を遊ばせていたといった「損害に関係しない被害者の過失」も斟酌される余地があるので、スイス旧債務法51条2項「若し被害者の責に帰すべき過失があった場合には裁判官は割合に応じて賠償額を減じ又は全く賠償を与へざることを得る」、モンテネグロ一般財産法571条2項「其損害の一部が被害者の過失に因りて生じたときは（損害賠償は、被害者のフォートの程度に比例して減額される）」、とくに後者<sup>3)</sup>を参考に、修正すべきとする。しかし、穂積への譲歩のようにみえるが、内容的には斟酌「義務」に主眼があったとみるべきであろう。つまり、「蛇足」と明言しているように、問題が709条の対象であるから722条2項は、確認の規定でなければならず、従って「職権斟酌」とはならないのである。

しかしながら、梅は、最後に、

「損害の全部または一部が被害者の過失に因りて生じたときは、裁判所は之を斟酌することを要す」、または「損害の全部または一部が被害者の過失に因りて生じたときは、裁判所は、其責任及び金額に付き、之を斟酌することを要す」（439～440頁）

と、修正すべきことを主張するにいたる。責任阻却に及ぶこの最後の提案は、709条の要件との関係を不明確にするものであって、梅の立論としては破綻している。

法典調査会の議論で注目すべきは英米法に造詣の深い土方寧の組み立てであろう<sup>4)</sup>。土方は、まず、スイス債務法のように、損害額だけではなく責任の有無につき斟酌することを要す（431頁下段以降）とし、現行722条

2項の削除，現行418条の準用を主張した。土方によれば，加害者甲に過失があり被害者乙にも過失があり，乙の過失がなければ損害が生じなかったときには，双方の過失と損害発生の結果とは原因結果の関係で事実問題であり，裁判の進行によってはじめて明らかになる。これはイギリス法も同じである。したがって，損害の額のみならず責任の有無をも斟酌しなければならない。その帰結が，722条2項の削除であり，417条の準用になる。

しかし，土方は，次に，「被害者に過失ありたるときは，裁判所は，損害賠償の責任及び其金額を定むるに付き，之を斟酌することを得」（439頁下段。現722条2項の修正構想）と提案する。そして，最後には，「被害者に過失ありたるときは，）裁判所は，損害賠償の責任及び金額に付き，之を斟酌することを要す」（440頁上段）と修正することを主張した。

土方の主張は揺れている。土方の当初の立論では，まず責任の有無を決し，責任があるときに額を決しなければならない（434頁上段）。そして，被害者（原告）の過失がなければ損害が生じなかったことが証明されたときには，被告に責任はない。被害者（原告）に過失がなく，被告に過失があったときには，原因結果が証明されたとみる。しかし，被害者の過失によって損害が多くなったときには賠償額につき斟酌するというものであったと思われる（436～437頁）。他方で，土方は，被害者の過失の斟酌義務，さらには責任阻却をも主張する。加害者の全面的賠償義務・責任阻却の二者択一構成にあった当時のイギリスの寄与過失論からの脱却の試みではあるが，不法行為責任の成立要件と過失相殺の関係は，梅の最終提案と同様に，不明確になっている。

### (3) 「被害者の過失」への意識的絞り込み

法典調査会での穂積の冒頭説明によれば，加害者の故意・過失，権利侵害，および損害額が証明されたならば，709条によって加害者は発生した損害の全額につき賠償責任を負担しなければならない。しかし，被害者の方に過失があった場合にも，裁判所が現実に生じた損害の全額につき賠償



責任を認める恐れがあるので、このような不都合を回避するために722条2項の規定を定める。穂積にあっては、被害者の過失の斟酌は、不法行為に基づく損害賠償義務の存在が確定した後の、損害賠償額の減額の問題とされている。これに対して、梅の主張の基本は、加害者の過失によって生じた損害（賠償）の範囲の問題は709条の問題であるから、722条の規定は不必要であり、「蛇足」であるにせよ規定するのであれば、「被害者の過失による損害」を考慮しなければならないと規定し、709条の確認規定であることを明らかにすべきであるというものであった。ここには明らかに差異があるのであって、起草者集団が過失相殺規定の根拠を被害者の過失から生じた損害の因果関係の問題と捉えることに一致していたと言い切ることはできない。

ところで、本稿の冒頭で指摘したように、第一議案の（参照）は、ドイツ民法第一草案222条、第二草案217条の共働過失（das mitwirkende Verschulden）を掲げておらず、あたかも検討しなかったようにみえる。しかし、穂積がベルリン大学でBrunnerのドイツ民法、v. Cunyのフランス民法を聴講した可能性<sup>5)</sup>があり、またドイツ法学への傾倒ぶりからみて不可思議なことである。事実、1895年（明治28年）9月18日配布の甲第47号議案中の719条（明治民法709条の当初原案）には、ドイツ民法第一草案704条、第二草案746条が挙げられており、穂積自身、

「勿論其（＝「財産上の権利」に限定する）積りではないのであります。夫れ故独逸などでは第一読会の一番始めの末項（第一草案704条2項第二文を指すのであろう）に『生命、身体、名誉、自由の侵害も亦権利侵害とす』とか云ふ文章が殊更にあるのですな。それ故に、初めは独乙の不法行為に関する規定を大分書いて見ましたが、夫は略しまして、終ひの731条（現710条および723条の原案）などで、自らさう云う疑ひはあっても分りますやうに。彼処へ殊更に数へ立てたのであります。」（日本近代立法資料叢書5 302頁下段）

と述べているのである。そして、不法行為関連規定では、イギリスの裁判

例のみを挙げる724条(現行716条)は別としても、730条(現行722条)以外の規定ではすべてドイツ民法第一・第二草案の関連規定が(参照)にあげられているのであって、730条(現行722条)の(参照)構成は異様であり、ドイツ民法草案に立ち入ることを回避する「作為」を感じざるをえない。こうみてくると、穂積は、ドイツ法の共働過失構成を意識的に否定していたといわなければならないだろう。

以上を、旧民法の「修正」作業の観点から整理すると、穂積は、旧民法財産編370条3項「犯罪及び准犯罪の責任の広狭は、合意の履行における詐欺及び過失の責任に関する次章第二節の規定に従ふ」、財産編387条「不履行又は遅延に関し、当事者双方に非理 *torts réciproques* あるときは、裁判所は損害賠償を定むるに付き之を斟酌す」の修正にあたって、前者の「責任の広狭(範囲)」、後者の末文をベースに、

1. 加害者の過失はすでに不法行為の成立要件で判断されているから、被害者の過失のみを斟酌事由とし、かつ加害者の免責効は含めない、
2. 旧民法の用語「(当事者双方の)非理 *torts réciproques*」を、現418条<sup>6)</sup>の場合と同様に、「(被害者の)過失」に改める、
3. 被害者の過失を職権考慮(職権斟酌)事由とする、

としたといえよう。結果からみると、オーストリア一般民法1304条「損傷にあたって同時に被害者側の過失が関与したときには、被害者はそれに応じて損害を負担する。また、関係が確定できないときは、等分負担する。」というよりは、むしろベルギー民法改正草案1128条「損害賠償の評価について、裁判官は、フォートの重さを斟酌する」に与したことになる。梅は、モンテネグロ一般財産法571条2項の「損害の一部」が被害者の責めに帰すときなどを援用し、因果関係的構成を主張したが、穂積は問題の709条への吸収・一元化を回避した。

ところで、英吉利法律学校が翻刻版を出版した Pollock, Frederick. *The law of torts*. London. Stevens, 1887. 516p. 22cm. の書名は、少なくとも1897年の5版以降は、

The law of torts, A treatise on the principles of obligation arising from civil wrongs in the common law to which is added the draft of a code of civil wrongs prepared for the Government of India.

であって<sup>7)</sup>、ポロック自身の手にかかる1929年の第13版までは、このフル・タイトルが維持されている。ポロックは、1882年にインド総督府から不法行為（Civil Wrong）法案の起草を依頼され、1886年に草案を完成させていた。この作業を経て、これを添付した不法行為法の初版（1887年）において、ポロックは、全損害の賠償の肯定・否認の二者択一構成で割り当てをしない当時の寄与過失法理がコモン・ローにとって賢明かどうか、疑問を呈し、ネグリジェンス訴権における賠償額算定に柔軟な立場にあった。東京法学院（Tokyo Hogakuin）の翻刻版にはこの草案は含まれていないが、穂積等が全73条からなる Draft of a code of civil wrongs bill prepared for the Government of India (A Bill to define and amend certain parts of the Law of Civil Wrongs) を参照した可能性は高い。そして、同草案第73条は、

「不法行為の損害賠償の算定において、裁判所は、一方または双方当事者の心得、所存および行状（the knowledge, intention and conduct of either or both parties）を顧慮し、その算定額をそれに応じて増加または減少することができる。」

と規定していたのであった。

明治民法の起草者は、旧民法財産編387条の「(当事者双方の)非理 torts réciproques」に対する態度が示すように、被害者のみの、しかも過失へと、二段の絞り込みを行い、「被害者の過失」のみを賠償額縮減事由としたのであった（インド不法行為草案第73条を参照していたとしても、この評価が妥当する）。しかも、梅は、722条2項の表現のままでは「損害に関係しない被害者の過失」が斟酌されかねないと、危惧を表明していたのであった。

- 1) 日本近代立法資料叢書13 第二綴276頁参照。
- 2) 梅の立論については、森島昭夫・不法行為法講義(有斐閣 1987年)383頁以下の分析が参考になる。これに対して、富井政章は、第一議案作成にあたって417条(現418条)の準用を考えたが、次の二点から第一議案に賛成した。第一に、418条に「債務の不履行に関し債権者」とあるから「準用するのは途が遠過ぎる」、第二に、責任の有無については触れるべきではない(433頁下段)。
- 3) ここに援用されているモンテネグロ財産法571条は、本稿「はじめに」の注5)参照。
- 4) 土方は、民法施行の後に、「被害者ノ過失(論説)」法学協会雑誌27巻7号1015頁を公表している。
- 5) 穂積重行・前掲書231~244頁参照。
- 6) 債務不履行での過失相殺は独自に検討する必要がある。穂積が、当初、損害賠償額予定契約の減額につき過失相殺構成を導入していたこと(拙稿「民法420条前史」立命館法学286号(2003年)1頁以下、とくに21~22頁参照)、旧民法の「非理」を用いて現行420条の起案作業を行っていたことが注目される。拙稿「明治民法の編纂と利息制限法」立命館法学292号(2004年)107~111頁参照。
- 7) これは、水田義雄・法の変動と理論(成文堂 1969)219頁による。しかし、同書268頁によれば初版からそうであるとされ、山崎利男「ポロックとインド法」内田力蔵先生古稀記念・現代イギリス法(成文堂 1979年)585頁注70)も初版本586頁を指示している。現在のところ、1904年の第7版以降がこのタイトルを表示し草案を添付していたことを確認できるが、初版から第6版(1901年)での具体的な取り扱いは今後の調査課題である。ともあれ、明治民法の不法行為規定の成立過程と英米法の判例法・「法典化」、とくにポロックの不法行為法論・インド不法行為法草案との関係が適任者によって解明されることを期待したい。

## むすびに代えて

以上、民法722条2項に対する起草者集団の構想を検討してきた。「往往杜撰<sup>1)</sup>」であると評されている未定稿本・民法修正案理由書は、722条(624頁)に関する限り、かなり正確であるといえよう。不法行為の部分は穂積が校訂しているかもしれない。

ところで、最判昭和63・4・21民集42巻4号243頁は、

「身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合において、その損害が加害行為のみによって通常発生する程度、範囲を越えるものであって、かつ、その損害の拡大について被害者の心因的要因が

寄与しているときは、損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念に照らし、裁判所は損害賠償の額を定めるに当たり、民法722条2項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与した被害者の右過失を斟酌できるものと解するのが相当である。<sup>2)</sup>」

とし、相当因果関係を前提に、損害拡大に寄与した被害者の後発的心因的要因に722条2項の類推適用を肯定した。そして、最（1小）判平成4・6・5民集46巻4号400頁は、「被害者に対する加害行為と加害行為前から存在した被害者の疾患がともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法722条の規定を類推適用して、被害者の疾患をしんしゃくすることができる。」（判決要旨）とした。ここでは、（加害行為とともに）損害発生の原因となった加害行為前から存在した被害者の疾患につき、これを722条2項のいう「被害者の過失」または「過失を構成する事実」とすることはできないとの判断を前提に、722条2項の類推適用が肯定されている。

そして、最（3小）判平成8・10・29民集50巻9号2474頁〔平成5年（オ）第875号〕、最（3小）判平成8・10・29交通事故民事裁判例集9巻5号1272頁〔平成5年（オ）第1603号〕は、

「被害者に対する加害行為と加害行為前から存在した被害者の疾患とが共に原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法722条2項の規定を類推適用して、被害者の疾患を斟酌することができることは、当裁判所の判例（最高裁昭和63年（オ）第1094号平成4年6月25日第一小法廷・民集46巻4号400頁）とするところである。」

とし、前者では、被害者の身体的特徴が競合的に損害を発生させまたは損害拡大に寄与したとしてもこれを斟酌することはできないとしたが（もっとも、心因的要素については斟酌の余地を認めている）、後者では、加害

行為前に疾患に伴う症状が発現していたかどうかを問わず、被害者の疾患を斟酌できるとされた。最判平成12・3・24民集54巻3号1155頁は、損害発生または拡大に寄与した(通常想定される範囲外ではないところの)労働者の性格及びこれに基づく業務遂行の態様等を斟酌できないとした。

最高裁は、過失または過失を構成する事実とはいえない被害者の「事情」(この用語は、昭和63年判決の「判決要旨」が用いるもの)を、競合的損害発生原因事情、損害発生寄与事情、損害拡大寄与事情に区分し、「心因的要因」(昭和63年判決)・「心因的要素」(公式判例集登載の平成8年判決)を、相当因果関係を前提とした(後発的)損害拡大寄与事情の問題とする。これに対して、加害行為前から存在した被害者の疾患の共働原因性を肯定している。

最高裁は、疾患とはいえない被害者の身体的特徴、また被害者の性格およびそれに基づく業務遂行態様が、損害発生原因事実、損害発生寄与事実または損害拡大寄与事実であったとしても、損害賠償額を算定するにあたってこれを斟酌することはできないとした。しかし、相当因果関係論の領域でどのように対処されているかを見極める課題が残されている。次に、最高裁によって損害拡大事実とされた被害者の後発的な心因的要因は、「過失を構成する事実」との関連において、その規範的意味内容が明確にされる必要がある。また、原始的な心因的要因は、加害行為と競合した損害発生原因事実または損害発生寄与事実として「相当因果関係」判断の対象とされているであろうから、その実相が解明される必要がある。他方で、最高裁は、加害行為前から存在した被害者の疾患は、その発現の有無を問わず、加害行為と競合した損害発生原因事実と位置づけながら、損害賠償額を定めるにあたってその態様、程度などを斟酌できるとし、その根拠を722条2項に求めようとしている。

このような民法722条2項の類推適用論<sup>3)</sup>では、因果関係論と過失相殺論とが交錯している。穂積と梅の微妙な差異はなお埋められてはいない。

明治民法は、横断的な学説・実務交流のなかにあった19世紀後半の欧米

の民法学と応接しながら、起草された。不法行為規定もそうである。しかも、英米の判例法<sup>4)</sup>のみならず、法典化の課題を推進していた英米法学の新たな動向に対応したものであった。この英米不法行為法学の新たな潮流と明治民法の関連規定との関係を明らかにすることがいまなお必要な課題であろう。

- 1) 梅謙次郎・民法要義卷之一総則編〔訂正増補〕の「凡例」二。
- 2) しかし、最高裁判所の判例委員会は、「身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合において、その損害が加害行為のみによって通常発生する程度、範囲を越えるものであって、かつ、その損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与しているときは、損害賠償の額を定めるにつき、民法722条2項を類推適用して、その損害の拡大に寄与した被害者の右事情を斟酌することができる。」との「判決要旨」を作成している。判決理由中の「被害者の過失」が「被害者の事情」に修正されている。
- 3) 722条2項の類推適用論については、さしあたり、長谷川貞之「被害者の素因と722条2項」法学セミナー2004年12月号24頁以下、吉村良一・不法行為法〔2版〕（有斐閣 2000年）155頁以下、潮見佳男・不法行為法（信山社 1999年）306頁以下を参照されたい。なお、素因論については、能見善久「寄与度減責」民法・信託法理論の展開（弘文堂 1986年）215頁以下ほか膨大な作業があるが、本稿で立ち入ることはできなかった。
- 4) ちなみに、不法行為に関する民法第一講案の（参照）で英米（イギリス）の判例または法律が挙げられていないのは、719条（現行709条）、722条（同714条）、728条（同720条）、729条（同721条）の4カ条にとどまる。

付記：本稿は、穂積の構想とポロックの不法行為法（Pollock, Frederick. The law of torts. London. Stevens, 1887.）と「インド不法行為法草案（The draft of a code of civil wrongs prepared for the Government of India.）」との関連性にたどり着いたにとどまる。すでに水田義雄教授をはじめ先学の指摘があったにもかかわらず、ポロックの不法行為法学に気づいたのは、余りにも遅く、ごく最近のことであった。そのために、作業を中断し、未完成のものを荒川重勝教授に献呈する「はめ」に陥ることになった。関係者のご海容をいただくのみである。