

土地工作物責任における 第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論 の可能性

松 本 克 美*

目 次

- 一 建物の瑕疵と土地工作物責任
- 二 民法717条の立法経緯と趣旨
- 三 第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論 の可能性

一 建物の瑕疵と土地工作物責任

1 建物の瑕疵をめぐる法的責任論

建物の瑕疵は、ひとたび間違えると大きな被害を産むことになる。これまでも社会で注目を集めてきたそのような事案としては、阪神大震災などの地震災害での建物倒壊の原因には実は、手抜き工事などの建物の瑕疵も寄与していた場合¹⁾や、建物に設置されたガス湯沸かし器の瑕疵により居住者が一酸化炭素中毒にかかり死亡した事例²⁾、雑居ビルでの火災において建物の設置・保存の瑕疵などが問題になる場合³⁾などがある。また2005年11月には、幸い建物の倒壊被害が現実には発生はしなかったが、建築士によるいわゆる構造計算偽造問題で、震度5程度の地震でも倒壊の危険性のあるマンション等が発見された事件も記憶に新しいところである⁴⁾。

建物の瑕疵により何らかの損害が発生した場合、被害者が注文建築における注文者であり、損害の発生原因が請負目的物の瑕疵にあるのならば、

* まつもと・かつみ 立命館大学教授

注文者から請負人への請負契約上の瑕疵担保責任（民法634条以下）を追及することが考えられる。またこの損害が売買契約により取得した建物の買主に生じた損害であれば、売主から買主への瑕疵担保責任（民法570条）の追及が考えられよう。後者の場合には、買主は、さらに瑕疵ある建物を建築した施工業者、その設計、監理に携わった建築士等に不法行為責任を追及することを認める最高裁判決が出されたことも記憶に新しいところである（最判2007（平成19）・7・6民集61巻5号1769頁⁵⁾）。

ところで、建物の瑕疵については民法717条の土地工作物責任を追及することも考えられる。土地工作物責任は第一次の責任は占有者の過失責任であるが、通常不法行為の場合と異なり、占有者が「損害の発生を防止するのに必要な注意」を尽くしたことを立証しなければならず、しかも、この免責の証明は後述のように容易には認められないと言われている。それ故、この過失責任は中間責任とか準無過失責任と言われたりする⁶⁾。また、占有者に過失がない場合には所有者の無過失責任⁷⁾を追及できるメリットがある。

2 土地工作物責任の問題点

(1) **所有者責任の 補充性ジレンマ** ところで、このように占有者が免責された場合に初めて所有者の責任を追及できるという 所有者の責任の補充性 に起因して、占有者に過失があるが、しかし資力が乏しい場合に、所有者の無過失責任を追及できないというジレンマ（補充性ジレンマ）が生じる。後に検討するように、そもそも第一次的に占有者責任、第二次的に所有者責任として比較法的にも類を見ないという民法717条であるが、これは起草者の原案である占有者責任主義（そこでは、所有者の責任規定はなかった）に対して所有者責任主義に立つ論者が猛烈に反対をした結果の「妥協の産物⁸⁾」と言われている。その妥協の最大の眼目の一つが、日本では占有者である建物賃借人は資力が乏しいことが多く、従って占有者に対する特別な不法行為責任規定を定めてもその実効性が疑われ

るので、所有者にも責任を負わすべしということ、つまり 占有者の資力問題の克服 にあった。ところが、占有者に過失がある場合には、結局、所有者への責任追及ができないとなれば、占有者の資力問題の克服 は絵にかいた餅に終わることになる⁹⁾。

(2) 所有者・占有者の「共同占有者化」

判例・学説の展開においては、大量の死傷者を出したビル火災事件などを契機に、占有者に過失がある場合にもなんとか所有者に土地工作物責任を追及できないかが模索されてきた。その一つの方向性が、717条の「占有者」概念を、土地工作物の危険を実質的に支配しているかどうかという基準により定立し、それにあてはまるのならば所有者も717条の意味での「占有者」として、他の占有者の過失があっても、「占有者」としての所有者に土地工作物責任を追及するというアプローチ(共同占有者化 アプローチ)が展開することになった¹⁰⁾。

ただこのようなアプローチでも、この場合の所有者の責任は「占有者」としての土地工作物責任であるから、無過失責任を追及できないという限界が生ずる。

(3) 「占有者」の「他人」性

また、建物賃借人のような占有者自身が被害者である場合に、被害者が所有者の土地工作物責任を追及できるかという問題がある。ここで問題となるのは、下級審裁判例や学説の一部にある、占有者は土地工作物責任の賠償主体であるから、賠償責任を追及できる「他人」にあたらないとする見解(占有者の「他人」性否定論)である¹¹⁾。このような見解については、占有者の免責の主張が認められる場合には、717条で責任を負うべき「占有者」にはあたらないから、従って、所有者の土地工作物責任を追及するのに何ら障害はなくなる、とする批判がある¹²⁾。もっともな立論であり、筆者も支持する。ただ、被害者たる占有者にも過失がある場合には、先ほどの 所有者責任の補充性ジレンマ がここでもネックとなる。

(4) 「占有者」の損害防止義務の程度

さらに、「占有者」が免責される場合は、「他人」性を肯定できるとしても、判例・学説は一方で、717条の「占有者」の土地工作物責任は通常の過失責任よりも重い責任であり、容易に免責の証明は認められないとしている¹³⁾。しかし、他方で、むしろ所有者の無過失責任を実質化するために、占有者の免責はもっと容易に認めてよいのではないかとの意見もある¹⁴⁾。ここでも、そもそも民法717条は何故に占有者の責任を第一次的な責任とし、所有者の責任を第二次的な責任としているのかが問われよう。

3 本稿の課題

ところで、以上のような問題の根源は、結局、民法717条が占有者の責任を第一次の責任とし、所有者の責任を第二次的なものとして規定し、占有者が免責された場合にはじめて所有者の無過失責任を追及できるという所有者責任の補充性 問題に帰着する。

しかし、民法717条1項の文言自体は、「土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたときは、その工作物の占有者は、被害者に対してその損害を賠償する責任を負う。」ということと、「占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときは、所有者がその損害を賠償しなければならない。」としているだけで、逆に、「占有者が賠償責任を負う場合には、所有者はその損害を賠償しなくてよい」ということを明文で規定しているわけではない。

確かに、本文で占有者の責任を定め、但書で占有者が免責される場合の所有者の責任を規定しているという、この 本文 占有者責任 但書 所有者責任 という条文構造は、後述のように、所有者責任の補充性を表現する意図で規定されたものである。しかし、そのような意図はそもそも合理性があるのだろうか。本稿は、民法717条の立法経緯にさかのぼり、そもそもどのような経緯でこの 妥協的産物 とされる第一次占有者責任、第二次所有者責任という段階構造が規定されるにいたったのかを検討する。

その目的は、従来の判例・通説とは逆に 第一次的所有者責任・第二次的占有者責任論を解釈論として正面から打ち出すことの可能性の理論的手がかりを得ることにある¹⁵⁾。

かくして本稿は、言わば 古きを尋ね、新しきを知る ひとつのささやかな試みである。

二 民法717条の立法経緯と趣旨

時は、今を遡ること約120年前である。周知のように、現行民法典は、1890(明治23)年に制定・公布され民法典論争を経て結局施行延期となった旧民法典の修正という形をとっている。とくに、占有者に第一次的責任を負わせ、占有者が免責される場合の所有者の無過失責任を定めた現行の土地工作物責任の規定は、これとは逆に、所有者の責任のみを定めていた旧民法典からの大転換を図っている。そこで、旧民法の規定も含めて立法の経緯と趣旨を確認しておこう。すでにこの点については、幾つかの分析があるが、いずれもそれぞれの論稿の紙幅の都合からか、とくに明治民法典起草過程での法典調査会での論争の紹介¹⁶⁾は、要点のみにとどまっているので、ここでは、論争の展開過程も含めて少し詳しく紹介したい。

1 ボワソナード草案および旧民法

(1) ボワソナード草案

旧民法(明治23年法律第28号)は、日本政府がフランスからお雇い外国人として招へいしたパリ大学法学部教授であったボワソナードが起草した原案が、日本人編纂委員や元老院による修正を経て条文化され、公布されたものである¹⁷⁾。そこで、まず、ボワソナードが作成した原案をボワソナード自身の書いたフランス語版『プロジェ』新版¹⁸⁾(新版は1898 以下単に「プロジェ」と略す)と『ボワソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈第二編人權ノ部¹⁹⁾』(以下、「草案」と略す)で確認しておこう。

（プロジェ）

「395 Le propriétaire d'un bâtiment, d'une terrasse ou d'un autre ouvrage édifié est responsable des dommages causés par leur chute, lorsqu'elle est la suite de défaut de réparations ou d'un vice de construction; sauf, dans ce dernier cas, son recours contre l'entrepreneur, s'il y a lieu. [1386]

La même responsabilité est encourue pour les dommages causés par la rupture de digues, par la chute d'arbres, de mâts, d'auvents, d'enseignes, tuiles et autres parties mal consolidées des bâtiments, ainsi qu'aux dommages qui seraient causés par les navires, bateaux ou barques mal ancrés ou amarrés.²⁰⁾

〔草案・第2編人權ノ部〕第三節 不正ノ損害即犯罪及ヒ準犯罪
第895条 建物，堆地其他築造シタル工作物ノ所有者ハ修復ヲ怠リ又ハ築造ノ瑕疵在リテ其崩壊セシ為メ致シタル損害ノ責ニ任ス但築造ノ瑕疵アリシ場合ニ於テハ所有者其築造ノ頭取人ニ対シ賠償ノ追求ヲ為スコトヲ得

陂障ノ破壊ニ因リ若ハ樹木，桂竿，目隠，看板，雨樋其他建物ノ堅牢ナラサル部分ノ倒墜ニ因リ若ハ繫纜又ハ碇錨ノ完全ナラサル艦船，舟艇ニ因リ致シタル損害ニ就テモ右同一ノ責任アリトス²¹⁾

ボワソナードは，この条文について，建物其他の工作物の所有者が同条によって責任を負うのは，建物等によって生じた損害の原因が，その家屋の所有者の懈怠（négligence）にあるからだと説明している²²⁾。また同条の前の獣畜によって引き起こされた損害についての規定894条では，所有者のほかに，その獣畜を使用していた者にも責任を負わせているのに対して，895条第1項で建物等の使用者の責任を規定していないのは，その者の責任があり得ない（impossible）からなのではなくて，稀（rare）だからであり，また，賃貸目的物の大修繕（les grosses réparations）をなす義務は賃借人にはないのだから，建物の崩壊（la chute d'un bâtiment）に

については責任を負わすべきでないとしている。ただ、賃借人は樹木や看板等の倒壊による損害については責任を負うべき場合があると²³⁾。

このボワソナード草案における建物等の所有者の責任の規定は、フランス民法典の次の規定と近似する。

(2) フランス民法典1386条

「Art. 1386 Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.」

「第1386条 建物の所有者は、その崩壊によって生じた損害につき、崩壊が保存の欠缺又は構造の瑕疵の結果生じたときは、その責めに任ずる。」

この規定については、フランスでは、所有者は損害防止につき全力を尽くしたことや、認識し得ない構造に基づく瑕疵であったことを主張・立証しても責任を免れないと解されている²⁴⁾。

(3) 旧民法典

現行の土地工作物責任に相当する規定は、旧民法財産編375条である。

「375条 1 建物其他ノ工作物ノ所有者ハ此等ノ工作物ノ崩壊力修繕ノ欠缺又ハ築造ノ瑕疵ニ出テタルトキハ其崩壊ニ因リテ加ヘタル損害ノ責ニ任ス但此末ノ場合ニ於テハ工事請負人ニ対スル求償權ヲ妨ケス
2 堤防ノ破潰ニ因リ投錨若クハ繫纜ノ粗忽ニ因リ又ハ樹木桂竿目隠看板屋瓦其他堅牢ヲ欠ケル建物ノ部分ハ崩壊墜落ニ因リテ加ヘタル損害ニ付テモ亦同シ」

この規定の解説として、旧民法典の起草に法律取調委員として加わり、後の明治民法典の起草過程でも所有者責任主義の立場から大議論を展開する磯部四郎は、ボワソナード同様、所有者が責任を負うべき根拠を「該所有者ニ注意周到ナラサリシ懈怠アレハナリ」とし、ただ築造が完全であるのに、暴風雨などで建物が崩壊したような場合は「所有者ニ懈怠ノ落度アラサルヲ以テ茲ニ不正ノ損害ナキモノトス」と²⁵⁾。また井上操は、

「本條二由リ其責ヲ生スルニハ畢竟修繕ノ欠缺築造ノ瑕疵等ノ如ク其過失ヲ歸スベキ事實ノ存スルコトアラザレハ決シテ賠償ノ義務ナキヤ明カナリ」として、過失責任主義を前提とした規定であるかのように説明している²⁶⁾。そして、注目されるのは、第一に、このような原因で損害を与えたのではなく、「意外ノ事又ハ不可抗力」によって損害が生じた場合は、「其責ヲ免カルヘシ」としている点、第二に法文には書いていない建物等の使用者の責任につき、「若シ使用者ニ責ヲ歸スヘキ過失アルトキハ其賠償ノ義務ハ所有者ニアラスシテ使用者ニ歸スルコトヲ注意セサル可ラス」としている点である²⁷⁾。上述のように、ボワソナードは樹木の倒壊などにより発生した第三者への損害につき賃借人の過失がある場合に賠償責任を負い得ることを指摘しているが、その場合、所有者の責任がどうなるかは、明言していない。後に検討する民法典の土地工作物責任の立法をめぐっては、占有者に過失ある場合に、所有者は責任を負わなくてよいのかどうかについて、とくに占有者の資力の点から大論争になったのであり、この点につき、すでに所有者責任主義をとる旧民法の解釈として、占有者に過失がある場合には所有者が責任を負わないかのような解釈があったことは注目に値する（ただそのように井上が解釈する根拠は不明であり、今後の検討課題である）。

2 明治民法典（財産編・1896(明治29)年4月27日法律89号）

(1) 原 案

原案とその趣旨説明 本条の起草者は、穂積陳重である。当初、法典調査会で提示された原案は次のようなものであった。

「第725条（現行第717条原案）

- 1 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任ス
- 2 前項ノ規定ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アル場合ニ之ヲ準用ス
- 3 前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其責ニ任スヘキ者アル

トキハ占有者ハ之ニ対シテ求償権ヲ行使スルコトヲ得」

穂積の趣旨説明は、まず、この規定における損害賠償責任の性質に向けてられている²⁸⁾。この条文は旧民法の財産取得編375条を修正したものが、「本條ノ規定モ矢張り基キマスル所ハ此原則ニアリマスル通り過失デアリマス」という。過失が根拠の損害賠償責任であるならば、現行709条の一般規定だけで足りるはずだが、なぜ、このような特別規定を置いているかということ、「本條ノ場合ハ直接ニ己レニ過失ノアリマスル場合ト夫レカラシテ他人ノ過失ガアリマス」という。そして、他人の過失であっても、「其過失ニ付テハ己レガ損害賠償ヲスベキ道理ガアルカラシテ夫故ニ其責ニ任スル單純ニ自己ノ過失ト云フコト丈ケニ止マラズシテ過失ノ原則ヲ稍々押拡ゲマスルモノ」(ふりがな引用者 以下同様)なので、この特別規定を置いたという。「土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ト云フモノニ付テ誰カ過失ガナケレバナラヌ」「兎ニ角此不法行為ト云フモノハ過失ト云フモノガ本ニナツテ居ルノデアリマス」「誰カニ過失ガナケレバナラヌガ若シ誰カニ過失ガアリマスルトキニハ直接ニ損害賠償ノ責ニ任ズルモノハ其占有者デアルト云フ規定ニ致シタノデアリマス²⁹⁾」

それでは、何故に土地工作物の占有者は「他人の過失」につき賠償責任を負わされるのか。「他人ニ過失ガアリマシテモ自分ガ其損害賠償ノ責任者トナルト云フ場合ニ於テハ最も其保存即チ損害ノ発生ヲ妨ゲルコトニ直接ノ関係ノアリマスル者ニ其責任ヲ負ハセルノガ一番効力ガアル即チ損害ヲ妨ゲル、損害ヲ未然ニ防グニ効力ガ一番アリマスルカラシテ夫故ニ占有者ト致シマスル方ガ此規定ノ目的ヲ達スルコトデアリマス」「直接ニ損害ノ発生ヲ妨ゲ得ル者ガ其責ニ任ズルト云フコトニ致シテ置ク方が實際上モ都合ガ宜シイ又其責ニ任ズベキ理由ト云フモノデアラウト思ヒマス³⁰⁾」。

要するに、民法の不法行為責任の原則は過失による責任だが、本条の場合の土地工作物の設置または保存の瑕疵の場合は、他人の過失による場合がある。その際、損害発生に直接関係する占有者にその他人の過失についての責任を負わせることが損害の発生防止の観点からも妥当であるという

わけである。そして、比較法的観点として、ドイツの法典、イギリス法も同じく占有者に責任を負わせていることを紹介している³¹⁾。

一見してわかるように、旧民法では、建物等の設置、保存の瑕疵の責任は、「所有者」にあったのが、この原案では、「占有者」に代わっている。所有者自身が占有している場合には、いずれにしても所有者が責任を負うわけだから、旧民法と明治民法で変わりはないが、建物が賃貸借されていて、直接の占有は建物賃借人にある場合は、顕著な差異が生ずる。すなわち、この場合、旧民法であれば、建物所有者（この者が賃貸人であれば賃貸人）が責任を負うのに対して、明治民法原案では、逆に、建物賃借人が責任を負うことになる。家主の責任から賃借人の責任へと転換されているわけだから、この規定をめくり、法典調査会でも稀に見る激論が生じたのも無理からぬことである。

磯部四郎による批判 原案に対する激しい批判の火ぶたを切ったのは、磯部四郎³²⁾ 法典調査会委員である。「一寸私八本條二就テ伺マスガ」として、磯部が穂積に投げかけた疑問は、第一に、建物の賃借人が建物の瑕疵について修繕してくれと大家に頼んでいたのに、一向に修繕がなされない間に地震が起きて、瓦が落ちて隣家の壁が壊れたような場合、賃借人は「己ニ過失ガナイト云フコトヲ証明シタナラバ其責ハ所有者ガ負フテ賃借主ト云フモノハ賠償ノ義務ヲ免レナケレバナラヌ」ということにならなければいけないと思うが、「法文ニ八見エマセヌ」、こういう点はどう考えるのかという疑問である。すなわち、賃貸借契約上は賃借人が目的物の修繕義務を負うのであるから、目的物の瑕疵については目的物の所有者たる賃貸人が責任を負うのが筋ではないかという議論である³³⁾。

第二に磯部が指摘したのは、原案の第3項の「損害ノ原因ニ付キ其責ニ任スヘキ者」とは誰かという点である³⁴⁾。たとえば、建物の瑕疵をつくった原因が建築者にある場合には、注文者である建物の所有者が求償をするはずであるから、やはり土地工作物の瑕疵の責任は占有者ではなく所有者が負うべきとすべきではないかと磯部は言う。また占有者は建物の注文者

と契約関係がないのであるから、どのような法的根拠に基づいて注文者に求償できるのかも問題としている。

第三に磯部が指摘したのは、被害者に占有者としての賃借人に対する訴権を与えたところで、その資力の点からみれば実効性がないので、この点からも所有者の方に責任を負わせるべきだという点である。磯部は言う。「日本デ八家屋ノ占有者デアツテ所有者デナイモノガ澤山アル是ハ吾々ノ如キ貧乏人が多イノデアリマス」「矢張り便宜上カラ考ヘルト是ハ所有者ト云フコトニシテ置イタ方が寧ろ権利ノ実行ニ就テ都合ガ宜クハアルマイカ」³⁵⁾。

穂積陳重の回答 この磯部の疑問に対する穂積の回答は、第一に、土地の工作物の占有者は占有しているということだけでそれ相応の注意を尽くさなければならないということである。「縦令占有デアリマシテモ土地ノ工作物ノ如キ苟モ著シイ物件ヲツ自分ガ兎ニ角社会デ持テ居ルト云フ事柄ニ就テハ夫レニ対スル相当ノ注意ノ責ハ其持テ居ルト云フコトニ付テナケラネバ往ケマイ」「最モ世ノ中ノ人ニ危険ヲ与ヘル工作物ヲ占有シテ居ルナラバ其占有者ガ直接ニ自分ノ持テ居ル所ノ物ニ付テ損害ヲ生ゼシメナイト云フ丈ケニ其占有ヲ行ハナケレバナラヌ即チ他人ノ権利ヲ害セザルガ如ク汝ノ権利ヲ行ヘ占有者ト云フモノニハ其持テ居ル物ニ從ツテ夫レ丈ケノ注意ヲ負ハセテ宜イ訳デアリマス」。具体的には、「風ガ吹イテ屋根ノ瓦ガ落チ掛カツタトカ土手が崩レタトカ道ニ大キナ穴ガ明イタトカ斯ウ云フヤウナ風ノ場合ニ於テハ公衆ニ対シテ損害ヲ防止シ得ル者ハ占有者デアル」というわけである³⁶⁾。

また求償権については、占有者は原案の719条、すなわち現行の709条によって「故意又ハ過失ニ因リテ権利ヲ侵害シタル者」に求償すればよいのだから、3項の「損害ノ原因ニ付キ其責ニ任スヘキ者」とは誰かについて特にこの条文には書いていないのだと説明している。そして、建物の建築請負人と建物賃借人の間には契約関係がないという点については、「契約ノ理由ニ依テ求償権ガ来ルノデナク矢張り請負人ニ過失ガアツタ其過失ノ

為メニ損失ヲ蒙ツタ即チ他人カラ訴ヘラレテ賠償ノ責ニ任ジタト云フナ
ンデ不法行為ニ基クノデアリマスカラ契約当事者ノ関係ハ要ラヌノデアリマ
ス」という³⁷⁾。

第三の占有者の資力の問題について注目すべき点は、穂積が、「占有者
が貧乏人デアルトカ所有者が大変金持デアルトカ其辺ノコトハ能ク考エマ
セナヌダ」として、占有者に土地工作物責任を負わず規定を作成するにあ
たり、占有者の資力の問題は考えていなかったことを自ら認めている点で
ある³⁸⁾。しかし、この点については、占有者が貧乏人で所有者が大変な金
持とは「一概ニハ言ヘマイト思ヒマス」と切り返し³⁹⁾、また、「大家ガ或
義務ヲ怠ツタ夫レガ為メニ自分ガ（賃借人が 引用者注）責ニ任ジタスウ
云フ方ノ不法行為デ矢張り求償権ガ往ク積リデアリマス」⁴⁰⁾として、占有
者が賠償責任を負っても、大家に注意義務違反があれば大家に求償できる
ということ、磯部の批判をかわそうとしている。

こうした穂積の回答を同じく起草委員の梅謙次郎が援護して、所有者で
なく占有者に土地工作物責任を負わず理由の一つに、「所有権ト云フモノ
ハ証明スルコトガ六ヶ敷イ」ことを挙げている⁴¹⁾。

穂積の回答に対する磯部らの批判 これに対して、磯部は、被害者
が占有者に賠償請求しても資力がなければ「此訴権ト云フモノハ殆ド過半
有名無実ニ歸シハシナイカ」ということをあくまで問題とし、被害者が直
接建物の所有者に賠償請求できる方法があるのかを問うている。「占有者
ニ係ツテ取レナイ場合ニハ所有者ニ係ル途ガ条文ニアルノナラバ宜シイガ
夫レガナイト云フト日本ノ今日ノ有様カラ考ヘルト途程考ヘナケレバナラ
ヌト思ヒマスガ其所丈ケ一吋伺ツテ置キタイ」と言うのである⁴²⁾。

この磯部の意見を援護したのが長谷川喬調査委員⁴³⁾である。長谷川は、
穂積があげた例が、賃貸目的物たる家の瓦が落ちそうだとか、道に穴があ
いたとか、瑕疵が顕在化した場合の目的物の保存についての問題であるこ
とに着目し、他方で、設置の瑕疵については、賃借人はわからないのが普
通だから、やはり所有者が土地工作物責任を負うべきだと主張する。「此

設置ト云フモノニ付テハ先ヅ十ノ九迄ハ必ず所有者ニ過チノアル場合デア
ラウト思フ或ハ賃借人ト云フ者ハどんな設置ニナツテ居ルカ気が付カヌデ
居ツタ、所ガ地震ガ入ツタトカ風ガ吹イタトカ云フ為メ他人ニ損害ヲ及
ボシタスウ云フヤウナコトハ賃借人トシテハ知り能ハナイ詰リ過失者ハ誰
カト言フト所有者デアラウカト思フ然ウシテ見タナラバ其過失ノアル所有
者ニ責ヲ負ハセナイト云フコトハ何ウモ不権衡デアラウト思ヒマス」⁴⁴⁾。

また、横田國臣調査委員⁴⁵⁾も、穂積原案を批判する。所有者に責任を
負わずのは酷な場合もあるかもしれないが、借賃を払っている賃借人に責
任を負わずのはもっと酷いという批判である。「所有者ノ物ガ外ノ者ニ損
害ヲ加ヘレバ私ハ夫レ^{はか}許リデ所有者ニ償ハセテ宜シイト思フノデス」。そ
して、前主から買った者に瑕疵があり、所有者がそれに気づかない場合も
あるから、「所有者ニ償ハセルト云フノモ酷イカモ知レヌガ冤ニ角其物ヲ
所有シテ居ル其物ニ付テノ關係ガ一番大キイ」「夫レデスカラ借賃ヲ払ツ
テ置テ大變償ヒラスルト云フコトモ余程酷イコトデアラウト思フ」「夫レ
デ私ハ此箇条ガナクツテモ所有者ニ往カウト思フケレドモ夫レデハ不安心
ト云フナラバ所有者ニシテホシイノデス」⁴⁶⁾。

さらに土方稔も横田國臣に続く発言で、「物ニ利害ノ關係ガ多イ方ノ人
ニ責任ガアルト云フノガ理屈ニ適ツテ居ラウト思ヒマス」として、目的物
の瑕疵が注意しても発見できない場合には、占有者は所有者に求償もでき
ないことになってしまうが、「疵ガアツタト云フノデアルカラ建物ニ付キ
利害ノ關係ノ厚イ所有者ト云フモノガ責任ヲ常ビルト云フコトニスルノガ
一番理屈ニ適ツテ居ラウト思ヒマス」と主張する⁴⁷⁾。更に土方は日本では
借家人の資力がない場合が多いという磯部の発言を支持し、「借主等ノ多
クノ事実上ノ有様ニ付テ言フナラバ此条ノ如ク占有者ニ責任ヲ負ハセルト
云フコトハ酷デアル」とする⁴⁸⁾。

妥協案の提示 このように穂積起草の原案の占有者責任説に対して、
磯部四郎らの所有者責任説が真っ向から対立する議論のこう着状態の中で、
所有者の方がその物に關係が深いから責任を負うべき場合が多いかもしれ

ないが、かといって占有者が全く無責任ということになるのも疑問であるとして、妥協案につながる視点を提示したのが、尾崎三良である。尾崎は言う。磯部らの意見は、「何ウモ是ハ専ラ所有者ニ責ヲ帰スルト云フ御説ノヤウデアリマスルガ成程所有者ハ関係ノ多イ者デアツテ責ヲ負フ場合ガ多イデアリマセウ併ナガラ占有者ハ全ク無責任ト云フコトニナツテハ甚ダ又其弊害ガアルデアラウト思フ、ト云フモノハ占有者ガ其処ニ住居ヲシテ居ルト云フ時分ニハ必ス其瑕疵ト云フモノハ一番早く見付ケルニ違ヒナイ」「所有者ハ却テ知ラヌト云フヤウナコトガアル」「然ウ云フ風ノ場合ニ於テハ占有者ガ責ヲ負ハヌト云フヤウナコトニナルト所有者ニ対シテ酷ニナリハシナイカ」⁴⁹⁾。

この意見に呼応するかのようには、田部芳調査委員は、これまでの議論は損害が発生したら誰が負担するかという観点からなされているが、損害の予防という観点からも考えねばならない、その場合、例えば、所有者が外国にいていいるというような場合には、所有者に責任を負わせても仕方がない、だから「矢張り私ハドウシテモ占有者ノ方ガ宜カラウト思ヒマス」とした上で、ただ「若シ占有者ガ害ノアルト云フコトヲ知ツテ予防ノ手段ヲ採ツタナラバ責任ハナイ位ノ制限ヲ付ケルコトガ或ハ必要デハナカラウカト云フ考ヘガアリマス」とする⁵⁰⁾。

このように、所有者責任説は極端であり、占有者を全く無責任におくのは疑問である、ただ占有者の責任をもう少し制限したらどうかという意見が出てくる中で、さらに具体的な妥協案を提示したのが、ここまでのかなり長時間の議論の中で、まだ一言の発言もなかった3起草委員のうちの一人、富井政章である。富井はおもむろに言う。「此占有者ヲ所有者ニ改メルト云フ御説ハ極端ナ御説デアリマシテ成程一方ハ占有者ニ対シテ酷ニ過ギル所ガアリマセウ又反対ニスレバ大変ニ占有者ニ楽ニナツテ所有者ニ酷ニナルコトモアリマセウ」「一寸即座ノ考ヘデアリマスケレドモ御参考マデニ申シマス」「先ヅ原則トシテハ占有者ニ係ルトシテ置テ田部君ノ言ハレタヤウニ但書キヲ置テ但占有者ガ其損害ノ発生スルヲ予防スルニ必要ノ

注意ヲ用ニタルトキハ係レナイ」「夫レカラ次ニ占有者ニ係レナイ場合又ハ占有者ニ係ツテモ資力ガナクツテ取レナイ場合ハ所有者ニ係レルト云フ条文ヲ置テ然ウシテ矢張り三項ハ必要デアルノデス」「然ウ云フ風ニナレバ私ハ賛成シテモ宜シイカトモ思フ⁵¹⁾。

妥協案をめぐる更なる攻防 同じ起草委員の富井政章からの折衷案について、起草者である穂積は、「今ノハ双方折衷シタ修正案デアリマシテ大層氣ノ利イタヤウナ案デアリマスガドウデセウカ」と皮肉まじりに次のように主張する。富井の折衷案のうち第一点の占有者に過失がない場合に所有者が責任を負うのは良いとしても、第二点の占有者に過失がある場合にもその資力がなければ、所有者が責任を負うというのは疑問だというのである。穂積は言う。「占有者ニ過失ノアル場合ニ尚ホ占有者ノ資産ガ足ラヌトカ云フノデ地主ノ方ニ責ヲ負ハセナケレバ往カヌト云フコトニナリハシマスマイカ」「何ウモ第二段ノ所ニ往ツテ不都合デアリマスマイカ」「夫レコソ所有者ニ対シテ氣ノ毒ノヤウデアリマス」「他人ノ過失ニ因テ生ジタル損害デアルニ拘ハラズ自分ガ責任ヲ負ハナケレバ往ケナイ」「磯部君ノ言ハレル通り占有者ハ何時デモ一文ナシト云ウヤウナコトデアルト甚ダ困ル⁵²⁾。

このような起草者穂積からの批判に対して、富井は「私ハ即座ノ考ヘデアツテ必ズシモ宜イトオモフタノデハアリナセヌ」が、このような提案をしたのは、所有者説の方が勝ちそうな気配なので、少し所有者説に譲るという「攻略的ノ考ヘ」であると弁明した上で、注目すべきことに、もう一つの提案理由として、「被害者保護ノ精神」を明言している⁵³⁾。富井は言う。「夫レカラツハ所有者ヲ丸デ除ケテ仕舞ツテ絶対的ニ占有者トスルノモ或ハ場合ニ依テハ片寄り過ギル所モアルカモ知レヌト云フ所ヲ慮ツタノデアリマス」「詰リ被害者保護ノ精神カラ来タノデ占有者ニ係ツテモ占有者ハ充分ノ注意ヲ加ヘタト云フコトヲ証明スルカラ取レナイ」「或ハ取レル権利ガアツテモ資力ガナクテ取レナイト云フヤウナ場合ニハ被害者ガ堪ラヌ」「夫レテ被害者保護ノ方カラ然ウ云フ場合ニハ何処カニ賠償者ガ

ナクテハ困ルト云フ丈ケノ考ヘドウデアラウカト言フタノデアリマス。」⁵⁴⁾

こうしてせっかく妥協案が成立するかに見えたところ、占有者に過失がある場合にまで無責の所有者が責任を負わされるのは「所有者ニ対シテ気ノ毒」「甚ダ困ル」という起草者穂積の強硬な反対論が出た。そこで今度は、占有者の資力についてまっさきに問題としていた磯部が、占有者の過失の前提となる注意義務の範囲を限定するという手法で、つまり、占有者が責任を免れて所有者が責任を負うべき場合を広げるという形で、資力問題には決着をつける意見を述べる。「私ハ此資カト云フモノニ就テハ只今穂積君ノ言ハレタ通り家主ガ借主ノ損害賠償ノ資力ノ保存迄保証人ニナツテ居ル訳ニハ往クマイト考ヘマス」。こうして穂積をなだめた上で、重要なのは、「去リナガラ」という磯部の次の議論の展開である。

占有者が賃貸目的物の瑕疵を知って、それを家主に告知したのであれば、「詰リ此占有者ト云フモノハ占有ノ義務ニ怠リガナカツタ」「占有ノ義務ヲ尽して居ツタト云フ丈ケヲ証明シタ以上八即チ此責任ヲ免カルルコトガ出来ヤウト思ヒマス又免カレナケレバ往カヌト思ヒマス」⁵⁵⁾。

それでは、なぜこのように占有者の損害防止義務が限定されるのか。その理由を磯部は次のように述べる。「何故ナラバ占有者ハ全般ノ保存スル行為迄為スノ権利ヲ与ヘナイ」「所謂所有者ノ方ニ通知スル丈ケノ義務ヲ与エタノデアル」「決シテ自ラ修繕ヲシテモ宜シイ倉ノ壁ガ落チタラ夫レヲ塗ツテモ宜シイト云フ権利迄ハ与ヘテイナイ」「所有者ヲシテ怠リナイヤウニ通知ヲシト云フ所ノ義務ガ負ハサレテアル」「其義務ヲ悉ク尽シテ居ルト云フ証拠ヲ挙ゲルニ拘ハラズ尚ホ之丈ケノ義務ヲ負ハセルト云フ立法ノ理由ハ何処カラモ出テ来ナイト思ヒマス」⁵⁶⁾ というわけである。

結局、このような磯部の意見をもとにした修正案が多数意見となり、法典調査会の次の回（第122回）で現行民法と同じ条文が提案され採用されることになった⁵⁷⁾。

(2) 明治民法典717条

結局、明治民法典は次のように土地工作物責任を規定するにいたった。

「第717条

1 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任ス但占有者力損害ノ発生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ為シタルトキハ其損害ハ所有者之ヲ賠償スルコトヲ要ス

2 前項ノ規定ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アル場合ニ之ヲ準用ス

3 前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其責ニ任スヘキ者アルトキハ占有者又ハ所有者ハ之ニ対シテ求償権ヲ行使スルコトヲ得」

この条文を提示するにあたり、占有者はどれだけのことを尽くせば「損害ノ発生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ為シタ」ことになるのか、磯部のいうような占有者の注意義務限定論については、結局、この提案ではどうなるのかという点について、穂積が提案理由で次のように述べているのが注目される。

賃貸目的物の家が破して、屋根の瓦が落ちそうだとか、壁が壊れる、塀が壊れるなどしたときは、「遅滞なく地主家主ニ通知シマスレバソレデ占有者ハ過失ガナイ」という議論が出たが、「本案ノ如クナリマスレバ先ヅ落チサウデアレバつつかい棒ヲシテ置イテ通知ヲスルト云フコトニナルノデアリマスカラ元ノ一番損害ノ発生ノコトデ直接ノ関係ノアル者ガ第一ニ責任ヲ持ツト云フ趣意ハ本案デ引線カエシタノデハナイ」⁵⁸⁾。つまり、磯部が言うように、占有者たる賃借人は瑕疵について家主に通知さえておけば過失がないというふうにはならないことを確認しているのである。しかし、それだけでは、また磯部からの反論が出て紛糾することになってしまうので、次のような場合には占有者に過失がないという例を出している。「只過失ナキトキハト言ヒマスレバ例ヘバ其工作物ノ設置ニ付テ不完全ナコトガアツテ其保存修繕等ニ付テハ例ヘバソレヲ借りテ居リマス者ガ借りテ居リマス之ケ是迄法律デ命ゼラレテ居ルコト之ケスレバ先ヅ過失ナ

イト云フコトニナル」「サウスレバ兎ニ角スノ如キ工作物ヲ持ツテ居ツタ者ガ直接ニ危フイモノハ保持スル注意ヲシナケレバナラヌト云フコトデアリマス」⁵⁹⁾。

このような穂積の趣旨説明を聞いた上で、どの委員からも異論は出されず、修正案が可決されたのである。

3 ドイツ民法典における土地工作物責任

(1) 規定

なお、法典調査会で、穂積陳重は、土地工作物について占有者に責任を負わせる法制としてドイツ法を挙げている点は上述したが、ここでドイツ民法典の該当規定を紹介しておこう⁶⁰⁾。

「§ 836 1 Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

2 Ein früherer Besitzer des Grundstücks ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können.

3 Besitzer im Sinne dieser Vorschriften ist der Eigenbesitzer.」

「836条 1 建物もしくは土地と結合したその他の工作物の崩壊によ

り又は建物もしくは工作物の一部の脱落によりて、人が殺害され、人の身体ないし健康が侵害され、あるいは物が棄損された場合は、その崩壊ないし脱落が設置の欠缺ないし保存の瑕疵の結果であるときには、土地の占有者がそこから生じた損害を賠償すべき責めに任ずる。占有者が危険防止のために社会生活上必要な注意を尽くしたときは、賠償義務は生じない。

2 土地の前占有者は、崩壊又は脱落がその占有の終了後1年内に生じたときは、損害につき責めに任ずる。但し、その占有中に社会生活上必要な注意を尽くした時又は後の占有者がこの注意を尽くせば危険を避けることができたであろう場合は、この限りでない。

3 本条の意義における占有者とは、自主占有者をいう。」

「§ 837 Besitzt jemand auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechts ein Gebäude oder ein anderes Werk, so trifft ihn an Stelle des Besitzers des Grundstücks die im § 836 bestimmte Verantwortlichkeit.」

「837条 権利の行使として他人の土地の上に建物又はその他の工作物を占有する者は、土地の占有者に代わり第836条に定める責任を負う。」

「§ 838 Wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstück verbundenen Werkes für den Besitzer übernimmt oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zu unterhalten hat, ist für den durch den Einsturz oder die Ablösung von Teilen verursachten Schaden in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer.」

「838条 建物若しくは土地と結合した工作物の保存を占有者のために引き受けた者または自己の有する用益権に基づき建物又は工作物を保存すべき者は、崩壊又は一部の脱落によって生じた損害につき、占有者と同様の責任を負う。」

(2) ドイツ法の特徴

以上がドイツ民法典における該当規定であるが、旧民法典や明治民法典と対比しての特徴を要約すると以下のようになる。

第一に、フランス民法典や旧民法典と異なり、ドイツ民法典は、占有者に責任を負わせている。その理由として、立法過程では、過失責任主義（das Prinzip der Verschuldung）との整合性から、損害防止義務違反の責任として規定する、その場合、建物等を占有していない所有者よりも占有者に防止義務を尽くさせるべきである、被害者にとっても誰が所有者か分からない場合がある、所有者に責任を負わせ、占有者に求償させようとしてもいつも求償が実現できるかわからないなどの理由があげられている⁶¹⁾。しかし、注意すべきは、836条3項にあるように、この条文でいっている「占有者」とは、まず第一に「自主占有者」(Eigenbesitzer)、すなわち所有の意思をもって占有する者、つまり、たいいていの場合には所有者のことなのである。しかもこの「自主占有者」は間接占有の場合も含む、従って賃貸人も836条の責任を負い得ると解されているのである⁶²⁾。

第二に、それでは、賃借人の工作物責任はどうか。837条では、権利の行使として他人の土地の上に建物又はその他の工作物を占有する者は、土地の占有者に代わり第836条に定める責任を負うとする。いわば借地人の工作物責任である。ところで、日本では土地と建物はもともと別個の不動産として構成するので、地主の土地上に借地人が所有する建物の設置・保存の瑕疵については、それを借地人自らが占有していれば、建物所有者としての借地人が土地工作物責任を負うことになる。

第三に、838条は確かに、建物賃借人が土地工作物責任を負い得る規定であるが、重要なことは、第一にその前提として使用賃貸借の原則（現行ド民535条）では、契約に定められた性質に瑕疵がない賃貸物を使用賃貸人（Vermieter）は使用賃借人（Mieter）に引渡し、また賃貸借期間中は使用賃貸人が賃貸物の保存義務（Unterhaltungspflicht）を負うのであり（用益賃貸人 Verpachter と用益賃借人 Pächter の場合も同様 ド民581条）、

従って、838条で使用賃借人ないし用益賃借人が責任を負うのは、この保存義務を民法の規定とは反対に自らが引き受けている場合に限られるという点が重要である⁶³⁾。また、建物賃借人が838条で責任を負う場合でも836条、837条の占有者がそれらの規定により並んで責任を負い、両者は連帯債務者(Gesamtschuldner)となり得る場合があるという点も重要である⁶⁴⁾。つまり、日本の民法典のように、無前提に占有者たる建物賃借人が土地工作物責任を負い、建物所有者は補充的にしか土地工作物責任を負わないという制度ではないという点である。

4 717条をめぐる初期の解釈

(1) 民法修正案理由書

717条における所有者の土地工作物責任の性質をめぐって、後の『民法修正案理由書⁶⁵⁾』は次のように述べている。まず、本条は、「無生物ヨリ生シタル損害賠償ヲ規定」したものであると性格づけをしている。「何人ト雖モ自己ノ責ニ歸スベキ干涉ナクシテ唯ダ不作為ノ為メ無生物ノ第三者ニ加ヘタル損害ニ付キ賠償ノ責任ヲ負ハサルコトハ羅馬法以來各国法制ノ一致スル所ニシテ本法モ亦之ヲ認メタリ」。しかし、「公益ヲ保護スル」ために、絶対的にこの原則を貫徹することにはならず、各国法制も土地の工作物の設置又は保存に瑕疵ある場合には、被害者の損害賠償責任を認めている。

旧法典も「建物其他ノ工作物」から生ずる損害について例外を設けていた。しかし、「建物其他ノ工作物」というのでは「如何ナル工作物ヲモ包含シテ広義ニ失シ」、他方においては土地の工作物を含まない点で「狭義ニ失ス」。従って、本法では「土地ノ工作物」と改めた。

ところで、工作物の瑕疵についての損害賠償責任については、所有者に責任を負わず法制(フランス法系)と、占有者に責任を負わず法制(イギリス、アメリカ、ドイツ法系)とがあるが、工作物の所有者と占有者とが異なる場合には、「其工作物ニ因リテ生スベキ損害ヲ予防スルニ付キ直接

ノ關係ヲ有スル者ハ所有者ニアラスシテ占有者タルハ勿論」であり、賃貸借についても目的物の修繕は所有者の負担するところだが、賃借人もその保存について注意義務を負うので（606条，615条），「占有者ヲシテ本条ノ損害賠償ノ責任ヲ負ハシムルハ前後権衡ヲ得」ところであり，「且實際上便宜」である。ただ，この場合占有者が損害の発生を防止するに必要な注意を尽くした場合は，「損害賠償ノ責ニ任セシムルハ其理由ナキニ因リ」この場合は，所有者に責任を負わせるのである。

これが修正理由書の説明である。ここでは，占有者に第一次的責任を負わせる根拠が「其工作物二因リテ生スベキ損害ヲ予防スルニ付キ直接ノ關係ヲ有スル者」だからという理由と，しかし，占有者が損害発生防止に必要な注意を尽くした場合には，それ以上占有者に責任を負わせる理由がないことが語られていても，それではなぜ，その場合に，所有者が責任を負うべきなのかについての理由の説明はない。

（2）梅謙次郎『民法要義』

土地工作物責任の法的根拠と性質につき，さらに詳細に叙述しているのは，他ならぬ起草委員の一人，梅謙次郎の教科書『民法要義卷之三債権編』である⁶⁶⁾。

まずここでは，占有者が責任を負う根拠が，「工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルハ直接又ハ間接ニ占有者ノ過失ナルヲ以テナリ」とされ，それが故に，「占有者ニ過失ナキトキハ敢テ責任ヲ負フコトナシ」とする。それでは，この場合になぜ，今度は所有者が責任を負うのか。梅は，「蓋シ此場合ニ於テハ素ト所有者カ工作物ヲ設置スルニ方リ充分ノ注意ヲ為サザリシヲ以テ其損害ヲ生スルニ至リタルモノナレバナリ」と説明する。

以上の点を，梅は具体例をあげてさらに説明する。

「家屋ノ基礎脆弱ニシテ些細ノ地震ニ崩壊シ遂ニ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキ」は，その家屋の占有者は偶然の占有者であれ，賃借人，使用借主等の如き権原によって家屋の占有をなすものであれ，皆，その損害賠償の責任を負う。また，「家屋ノ建築ハ堅牢ナリシモ既ニ腐朽シテ頽廃ニ垂トス

ル場合ニ於テ支柱其他適當ノ予防工事ヲ為サザルトキハ其家屋ハ動モスレバ崩壊シテ他人ニ損害ヲ加フルノ虞」がある。だから、占有者がこの注意を欠いて、他人に損害を与えた場合も賠償責任が生ずる。

これに対して、「前二例ニ於テ占有者力支柱其他適當ノ予防工事ヲ施シタルニ拘ハラズ其家屋ノ基礎ノ脆弱ナル為メ又ハ既ニ腐朽セル為メ遂ニ他人ニ損害ヲ及ホシタルトキハ占有者ニハ毫末ノ過失ナシト雖モ所有者ハ元來基礎ノ脆弱ナル家屋ヲ建築シ又ハ其腐朽ニ至ラサル前適當ノ修繕ヲ為スヲ怠リタル過失アルヲ以テ其賠償ノ責ニ任スヘキモノトス」。

要するに、梅の説明によれば、土地工作物の設置又は保存の瑕疵による損害について、占有者が必要な防止措置を尽くし、過失がない場合に、所有者が責任を負う根拠は、所有者に過失があるからだというわけである。

三 第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論の可能性

以上をふまえて、本稿が課題とする第一次所有者責任・第二次占有者責任論の可否を検討してみよう。

1 所有者を土地工作物責任から排除した穂積原案の不当性

旧民法は 所有者責任主義 を、現行民法は 占有者責任主義 を採用した。そもそもこのような転換がなされるべき必然性があったのであろうか。

(1) 占有者が免責されない問題点

まず、当初の所有者責任が規定されていなかった起草者原案について検討しよう。占有者責任主義をとるに至った起草趣旨を穂積は、前述のように、損害発生防止に直接的な関係にあるのは占有者であることを理由に挙げている。しかし、法典調査会で議論になったように、賃借人が建物の瑕疵に気づき、修繕を依頼しているのに、大家が修繕をしないでいて、瑕疵による損害が発生したというような場合を、仮に穂積が言うように、た

だ大家に通知しただけではだめで瓦が落ちないようにつかい棒をするなどの処置を尽くしても、結局、損害が発生したというような場合、原案では占有者は「他人ノ過失」について責めを負う者として免責されず、あとから過失ある者、例えば賃貸人たる所有者に求償することになる。しかし原案では防止措置を尽くした占有者が免責されないとすれば、「損害ノ発生ヲ妨ゲルコトニ直接ノ関係」がある者として占有者が責任を負わされること、すなわち損害発生防止義務を根拠に、占有者に責任を負わずという理念とそもそも矛盾していたのではなからうか。

ましてや、瑕疵が設置の段階にあるような場合、賃借人がその瑕疵を知りようがない場合もあるのであるから、この場合、賃借人が免責されないことの不当さはなお一層大である。

(2) 占有者が免責されない場合の問題点 占有者の資力問題

また、所有者が土地工作物責任を負わない場合、確かに磯部四郎などが強調したように、占有者の賠償資力の問題が出てこよう。この点、とくに問題なのは、前述したように穂積がそのような資力の問題は考えずに原案を立案したと認めている点である。しかも、同じ起草委員の富井政章が「被害者保護ノ精神」をかがけて、占有者が免責された場合、あるいは占有者に資力がない場合には所有者に土地工作物責任を追及できるとしたらどうかという折衷案について、穂積は一点目は賛成だが、2点目は反対として、その理由として、他人（占有者）の過失について無責の所有者が責任を負わされることに強く反対し、ことに、磯部が言うように占有者が無資力であればなおさら反対とした点である。

だが、穂積は占有者のみが土地工作物責任を負うという原案の趣旨を説明した際、これは「他人の過失について責任を負わせる」点で過失責任を拡大したものと説明したはずである。建物の占有者は他人の過失について責任を負わせても良いが、建物の所有者は他人の過失について責任を負わなくてよいという理屈がどのような意味で正当性を得るのであろうか。

717条の立法過程を見ると、旧民法とは反対に、最初は所有者が全く土

地工作物責任を負わず、占有者のみが責任を負う原案が提示され、議論の過程で、所有者の責任を認めるべしとの議論が強くなると、それをしぶしぶ取り入れながらも、占有者が免責されて初めて所有者が責任を負うということにしたわけで、最初から所有者責任の導入に否定的、消極的な起草者の姿勢をうかがい知ることができる。しかし、このような所有者責任導入への消極姿勢には、次項で検討するように、穂積自身が力説した損害発生防止の観点からも、穂積が自分で考えていなかったという賠償資力の確保の観点からも、合理性、妥当性がないと評価できよう。

2 第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論の合理性

(1) 損害発生防止の観点

占有者だけよりも、所有者も土地工作物責任を負うとした方が、建物所有者は、より一層、建物の安全性に配慮するようになるであろうから、その方が被害防止に資することになるう。

この点で、同じく占有者に責任をおわせる法制で、起草者が参考にしたといわれるドイツ民法では、前述のように、所有者は「自主占有者」として土地工作物責任を負うこと、また、建物賃借人の土地工作物責任が認められる場合でも、所有者の土地工作物責任と併存的に責任が成立し得る構造になっている点は注目に値する⁶⁷⁾。

(2) 資力の確保

占有者に過失がある場合に、現在の判例・通説によると、所有者は「共同占有者」としてはともかく、「所有者」としては土地工作物責任を負わない。しかし、資力の確保という観点からは、所有者の責任を二次的、補充的責任にとどめる合理性がない。

かくして、損害発生防止の観点、資力の確保の両面から、所有者責任・占有者責任の併存を認めた方が合理的である。学説上は既に紹介したように、所有者も共同占有者だとして、占有者との併存的責任を認める説や占有者の土地工作物責任と所有者の民法709条の過失責任との併存が主張さ

れてきた⁶⁸⁾。また「被害者の便宜を考えて、占有者に対して請求せずいきなり所有者に対して責任追及をすることを認めるべき」で、その場合は「所有者のほうで、占有者が免責されないことを積極的に抗弁として、主張し証明しなければならない」とする見解も主張され始めている⁶⁹⁾。しかし、更に一步進んで所有者の第一次的責任、占有者の第二次的責任を解釈論として展開することは不可能なのであろうか？そこで問題は、その場合の 第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論 の理論的妥当性である。

(3) 所有者責任の法的根拠

所有者責任補充性論 の決定的な弱点は、自らが所有者責任を認めるその根拠が、むしろ補充性否定論の論拠となる点にある。穂積は原案を修正して現行民法典となる条文を再度示したときの趣旨説明で、占有者が免責されるときになぜ、所有者が責任を負うのかというその根拠を、「斯ノ如キ工作物ヲ持ツテ居ツタ者ガ直接ニ危フイモノハ保持スル注意ヲシナケレバナラヌト云フコトデアリマス」としていた⁷⁰⁾。要するに所有者は、自己が有する危険なもの（建物など）の保持義務を負うからというわけである。しかし、だとすれば、建物に内在する危険性は、占有者が免責されるから生まれたわけではなく、むしろ、占有者の免責とは関係なく、設置の段階で、あるいは保存の段階で生じるのだから、占有者が免責されると所有者の保持義務が発生すると捉える方が背理ではなからうか。むしろ、所有者は自己の所有物の設置、保存の瑕疵については、占有者が免責されるか否かにかかわらず、最初から責任を負うと考えるべきである。

そして、この場合の責任の性質は、そのような設置、保存の瑕疵があるような目的物を所有しているものが、その危険を管理すべきであり（危険責任）、またそのような目的物から利益を得ている者が責任を負うべき（報償責任）だからということになる。この責任は、無過失の免責を許さない絶対的な無過失責任と言われるが、設置、保存の「瑕疵」がなければ責任は発生しないのだから、主観的過失は不要としても、まったくの結果責任というわけではない。ここでは、主観的過失は不要という意味での

無過失責任(「瑕疵」責任)としておこう⁷¹⁾。

(4) 占有者責任の法的根拠

それでは、所有者が占有者の免責を待つまでもなく前述の意味での無過失責任を負うとすれば、占有者に過失の立証責任が転換された中間責任を課すことの意味はどこにあるのか。

それは建物のような土地工作物の設置、保存に瑕疵があるとすれば、損害の発生が予想されるから、そのような危険を内在させる物を占有する者は、常に「損害の発生を防止するのに必要な注意」をなす必要があるからということの説明されるのではないか。

また、被害者にとっては、誰が所有者かを直ちに知ることが困難な場合もあるし、とりあえず、その土地工作物を占有している者を相手取って責任を追及できるというメリットがあろう。

(5) 被害者たる占有者の「他人」性

占有者が同時に被害者である場合、その占有者が免責される場合はそもそも責任主体ではないので、「他人」性は問題とならないと解すべきである。また、占有者にも過失が認められる場合は、占有者に過失がある場合も、所有者は土地工作物責任を負い得る併存論に立てば、過失ある占有者も所有者に土地工作物責任を追及することは可能であり、この場合は過失相殺が問題となることになるだろう。

(6) 条文解釈の整合性

土地工作物の所有者が前述の意味での無過失責任を負う根拠は、土地工作物を所有することに伴う危険責任、報償責任の結果であるということであった。そのようなことが民法のどこに書いてあるのか、717条の条文の構造は、本文で占有者の責任を、ただし書きで占有者が免責された場合の所有者の責任を規定しているのであるから、立法論としてはともかく、解釈論として第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論を展開するのは無理な解釈ではないかとの指摘が当然予想される。

しかし、判例・通説の誰も否定しないように、所有者は占有者が免責さ

れる場合でも土地工作物責任を負うのである。従って、「土地の工作物の設置又は保存に瑕疵があることによって他人に損害を生じたとき」（717条1項）に第一次的責任を負っているのは、占有者ではなく、むしろ所有者であると解することができるのではないか。もしそう考えると、717条1項は、所有者でもない占有者が土地工作物責任を負う根拠を明示するための規定であり、但書きは、そのような第二次的責任者である占有者が「損害の発生を防止するのに必要な注意をしたときに」免責されることを定めた規定であり、その場合、「所有者がその損害を賠償しなければならない」というのは、占有者が免責されたからといって、所有者は免責されないことを注意的に規定した、つまり、所有者責任の第一次的責任性を確認した規定と解することはできないか。

こうしてみれば、民法717条は所有者責任主義と占有者責任主義の妥協の産物として低い評価を与えられる規定というよりも、第一次的な所有者責任と第二次的な占有者責任を規定したという意味で他に類をみないユニークな立法として再評価できるのではあるまいか⁷²⁾。

- 1) 阪神大震災の被害と建物の瑕疵については日弁連・消費者問題対策委員会編『いま、日本の住宅が危ない!』（民事法研究会、1996）2頁、阿部泰隆『大震災の法と政策』（日本評論社、1995）43頁以下など。なお建物の安全は人権（幸福追求権 憲法13条、居住の自由 同22条、生存権 同25条、財産権 同29条等）に関わる問題であり、また建築基準法や建築士法などの行政規制に関わる問題である。そういう意味を込めて本稿を大久保史郎教授（憲法）、安本典夫教授（行政法）の退職記念号に捧げたい。
- 2) 2005（平成18）年に経済通産省は、パロマ工業（株）が1980（昭和55）年4月から1989（平成元）年7月までに製造した半密閉式ガス瞬間湯沸器についての排気ファンの作動不良による一酸化炭素中毒事故が16件発生し、合計14名が死亡し、更に、2005（平成17）年11月末に至り、新たに1件の死亡事故が発生したことを公表している。
- 3) 後注10の大阪千日ビル火災のほか、2001年9月の新宿歌舞伎町の雑居ビル火災では44名が死亡し、その後ビルのオーナーらに業務上過失致死罪などで有罪の刑事判決が出されている（東京地判2008年7月2日 判例集未登載）。
- 4) この問題についての行政側の対応を含め鋭い分析を加えるものとして、五十嵐敬喜・小川明雄『建築紛争 行政・司法の崩壊現場』（岩波書店、2006）。
- 5) 本判決を検討したものとして、原告側訴訟代理人である幸田雅弘「欠陥住宅訴訟 施工業者の責任を認める最高裁判所第二小法廷2007・7・6判決」法セミ638号18頁（2008）

のほか、鎌野那樹「建物の瑕疵についての施工者・設計者の法的責任 最二判平成19・7・6を契機として」NBL875号4頁(2008)、平野裕之「本件判批」民商137巻4・5号438頁(2008)、山口成樹「本件判批」判評593号23頁(2008)、花立文子「建築関係者の不法行為責任 最高裁判所平成19年7月6日判決を契機として」國学院法学46巻2号1頁(2008)等。筆者の分析については、松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任 最高裁2007(平19)・7・6判決の意義と課題」立命館法学313号100頁(2007)を参照されたい。なおこの判決の差戻審判決が本年2月6日に福岡高裁より出されたが、現実に事故が発生していないから建物の基本的な安全性に関わる瑕疵がないという理由で、一審では7400万円近く認められていた賠償額を全額否定するというきわめて不当な判断を下した。この判決については別稿で検討する予定である。

- 6) 「占有者をもって第一次の責任者としたのは工作物に対して最も密接な地位に在る者に先づ責任を負わせしめんとする趣旨に基く。」(我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為・復刻版』(初版1937,復刻版1987,日本評論社)185頁。我妻はこの占有者の責任を「中間責任」とする(180頁)。
- 7) 後に検討するように、旧民法典や明治民法典の立法過程では「無過失責任」という言葉は使われていないが、明治末期から大正期以後、ドイツ、フランスの無過失責任論が盛んに紹介されていく中で、無過失の免責を認めない所有者の土地工作物責任は民法典における唯一の無過失責任の規定と解されるようになってくる。たとえば、末川は、「所有者が同時に占有者たる場合には免責される余地がなく、しかもその責任は瑕疵のある工作物を所有しているということだけで生ずるのであって、純然たる無過失責任に属する。」と説明する(末川博「土地の工作物による損害の賠償責任」大阪商科大学創立60周年記念論文集(1941)。後に同『権利濫用の研究』(1949,岩波書店)所収244頁。引用頁は後者による。なお傍点は引用者以下同様)。「工作物の所有者は、占有者が無過失の挙証によって免責されたときに、最後に絶対的な責任を負わされるのである。そこで、この規定は、工作物の所有者について完全な無過失責任を認めたものであり、民法が不法行為について認める唯一の完全な無過失責任だといわれる。」(加藤一郎『不法行為[増補版]』(有斐閣,1974)20頁)。五十嵐清は、「所有者の責任は無過失責任であるという意識は、立法関係者の中になかったことが注目される。」とする(五十嵐清(加藤一郎編)『注釈民法(19)』(1965,有斐閣)304頁以下)。
- 8) 五十嵐・前掲注(7)306頁,幾代通著・徳本伸一補訂『不法行為法』(1993,有斐閣)171頁,潮見佳男『不法行為法』(信山社,1999)461頁など。
- 9) 五十嵐・前掲注(7)313頁,加藤雅信『新民法大系 事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(有斐閣,2005)352頁など。
- 10) 東京高裁が民法717条の「占有者」とは「工作物を事実上支配し、その瑕疵を修補しえて損害の発生を防止しうる関係にある者」として(東京高判昭和29・4・3),当該事業で単なる間接占有者の国の責任を否定したのに対し、その上告審で最高裁は「民法717条にいわゆる占有者には特に間接占有者を除外すべき法文上の根拠もなくまたこれを首肯せしむべき実質的理由もない」として国の責任を肯定した(最判昭和31・12・18民集10巻12号1559頁)。五十嵐清は、大阪千日ビル火災事件判決(大阪地判1975(昭和50)・3・20判

時797・125)の判例批評の中で、「七七一七条の『占有者』とは、工作物を管理・支配しているか、または管理・支配しうる地位にある者をいう、と表現することが可能である」として、賃貸人も717条1項の「占有者」にあたりうるとする(判評212号29頁,1976)。また、近江幸治は判例における所有者と占有者の「共同占有」の認定について分析している(近江幸治「占有者と所有者・複数の占有者」判タ393号73頁(1979))。また、平井宜雄は、所有者も危険の創出等に関与していれば、共同占有者と解する解釈論を採るべきとする(平井宜雄平井宜雄『債権各論 不法行為』(弘文堂,1993)68頁)。

- 11) 平井・前掲注(10)65頁は、「『他人』とは、工作物の占有者および所有者以外の者をいう。」とする。但し、その理由は示されていない。自明ということだろうか。裁判例で、この点を指摘するものとして、東京地判昭和44・11・7下民20・11=12・800(賃借ビルの漏水により、倉庫として借りていたXの商品が汚染され、損害を被った事件)は、「ここに言う他人とは責任者である占有者及び所有者以外のものを指す」として、ビル所有者(賃貸人)に対する賃借人の土地工作物責任に基づく賠償請求を棄却した。東京地判昭和56・10・8判時1041号82頁は、賃貸アパートの賃借人Aの妻Xが、賃貸目的物である居室の老朽化していた手すりから転落して負傷した事故で、「Aは賃借人として右部分を占有していた者であり、原告はその占有補助者であったものであるから、同人らは右占有部分に存した本件瑕疵についての第一次責任者と目すべき者であり(……)、被告は所有者にすぎないといえるから、原告は、本件工作物の瑕疵に関しては、被告に対し前記法条にいう『他人』ないし『被害者』であることを主張し得ないものと解するのが相当である。」として、請求を棄却した。
- 12) 青野博之は「当該事案において責任者でなければ、他人」とする(同・判批・東京地判昭和61・9・25)法時50巻6号131頁(1987)。また古川博は、占有者が免責を得る場合に、所有者は対第三者との関係であれば責任を免れないのに、被害者が占有者であるとその責任を負担しなくて良くなるというのでは「不合理」と指摘する(同「建物所有者に対する占有者の民法717条1項による責任追及」121頁(1979)。其木堤(チミット)「土地工作物責任の一考察 占有者の責任を中心に」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル4号(1997)232頁は、「工作物に対する管理支配、ないし事故当時工作物に対する具体的支配、管理の程度態様には差異があるから、所有者と被害を受けた占有者を、第三者に関する裁判例と同様に、その支配・占有を比較しその中から賠償義務者を決定すべきである。」とする。
- 13) 前田達明『民法 2(不法行為)』(青林書院新社,1980)165頁は、占有者は、「結果回避のための行為義務を尽くしたことを主張立証しえたときは占有者は責任を免れるのであるが、それを認めた判例は殆どない。」とする。吉村良一『不法行為法[第三版]』(有斐閣,2005)は、「本条が、危険な物を所有あるいは管理する者に709条よりも厳しい責任を課した特殊の不法行為であることを踏まえ、709条の過失判断よりも占有者・所有者に厳しい判断を行うべきである。」(212頁)と指摘する。また大塚直『民法七一条・七一条(使用者責任・工作物責任)』(廣中俊雄・星野英一編『民法典の百年』(有斐閣,1998)は、占有者の免責事由については、「戦後において認められたものは稀」であり、「占有者の責任は、実質的には所有者の責任に近づいている(七九条から乖離している)

- とみることができよう。」とする(725頁)。
- 14) 篠塚昭次『注釈民法(2)債権』(有斐閣, 1977)366頁は、「本条は、本来『危険責任』の規定だが、『所有者』がいる場合には、その限度で『所有者』に利益の生じることが多く、その限度で『報償責任』の要素も生じるであろうから、それに応じて『占有者』の免責を容易に認めるべきであろう。」とする。また澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為・第3版』(2001, 有斐閣)331頁は、「一般論としては、占有者より所有者が資力の点で勝っており、占有者は適当に免責させて所有者に責任を負わせることが妥当といえる。他方、賃借建物内で工場を経営する事例でみると、占有者である工場経営者が責任者として実態に適合している場合がある。それぞれのケースで、注意義務のレベルを適切に引くことが重要である。」とする。
- 15) すでに今から30年以上前に篠塚・前掲注(14)は、「本条の文言から、『占有者』を第一次責任者、『所有者』を第二次責任者、という解釈が多い。しかし、それでは本条の『危険責任』・『無過失責任』の意味が失われる。したがって、『所有者』はつねに賠償責任を負い、『過失』ある『占有者』がそれに連帯する、と解すべきではなからうか(賠償資力のない『占有者』に占有をゆるした点に『所有者』の『過失』をみとめ、『所有者』に709条の『過失責任』を負わせる解釈も可能であろうし、『占有者』の『過失』と土地工作物の『瑕疵』とが競合したときには、『占有者』と『所有者』の連帯責任という解釈も可能であろう。」と指摘する。最近では、加藤雅信が「解釈論としては、占有者の責任と所有者の責任とは並列的なものと考えべき」とする(加藤・前掲注(9)352頁)。
- 16) 五十嵐・前掲注(7)305頁。その他717条の立法経緯をめぐる紹介・分析として、中井美雄「土地工作物責任」初出『現代損害賠償法講座6』(日本評論社, 1974。後に同『民事救済法理の展開』(有斐閣, 1981)に収録, 143頁以下。引用頁は後者)、植木哲「工作物責任・営造物責任」星野英一編集代表『民法講座6』(有斐閣, 1985)530頁以下、大塚直・前掲注(13)674頁以下、前掲注(12)其木提219頁以下など。
- 17) 旧民法の立法経緯については、向井健「民法典の編纂」福島正夫編『日本近代法体制の形成・下巻』(日本評論社)(1982)、石井良助『民法典の編纂』(創文社)(1979)など。ポワソナードについては、大久保泰甫『日本近代法の父 ポワソナード』(岩波書店)(1977)。
- 18) PROJET DE CODE CIVIL POUR L'EMPIRE DU JAPON ACCOMPAGNÉ D'UN COMMENTAIRE par Gve BOISSONADE, Nouvelle edition Tome 2, 1891(引用版と頁は、ポワソナード民法典研究会編『ポワソナード民法典資料集成』後期、雄松堂出版, 1998)による。プロジェ新版の意義については、この版の復刻版を改題した金山直樹「序文」参照。そこでは、プロジェが刊行順に、初版、第2版、新版と3つの版があるが、その中でも最後に刊行された新版こそが、「プロジェ中の最高峰に位置しており、今日の立場からすると、読者はまずこれを手に取るべきである」とされている(同書 Tome 1, viii 頁)。
- 19) ポワソナード民法典研究会編『ポワソナード氏起稿再閣修正民法草案註釈』(ポワソナード民法典資料集成・後期、雄松堂出版, 2000)。(復刻、雄松堂出版, 2000)。
- 20) Projet du Code Civil, p. 310.

- 21) 「草案」・前掲注(18)625頁。
- 22) *Projet du Code Civil*, p. 328.
- 23) *Projet du Code Civil*, p. 328, 「草案」・前掲注(18)625頁。
- 24) 神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(16)』(有斐閣, 1956) 321頁以下。
- 25) 磯部四郎『大日本新法典民法釈義』(民法〔明治23年釈義・財産編第二部人権及びヒ義務(上)〕 引用は、その復刻版・日本立法資料全集別巻83(信山社, 1997) 1619頁より)。磯部については、後注32参照。
- 26) 井上操『民法〔明治23年〕詳解人権之部』(日本立法資料全集別巻228) 315頁。
- 27) 井上・前掲注(26)316頁。
- 28) 以下の穂積の発言については、第二百一十回法典調査会議事速記録(明治28年10月7日)『日本近代立法資料叢書5法典調査会民法議事速記録五』(商事法務研究会, 1984) 358頁以下参照。なお、文意を損わない限りで、引用文中で新字体にあらためたところがある。
- 29) 以上、穂積・前掲注(28) 358-9頁。
- 30) 穂積・前掲注(28) 359-60頁。
- 31) 穂積・前掲注(28) 359-60頁。
- 32) ちなみに磯部四郎は1851年富山藩生まれで、この法典調査会での議論のときには39歳。法典調査会で論争を繰り広げる起草委員穂積陳重の4歳年上である。1871(明治4)年に大学南校に入り、明治5年司法省明法寮生徒となってフランス法を学んだのち、パリ大学に留学している。帰国後大審院検事にもなったが、辞職後は代言人ののち、弁護士法施行とともに弁護士登録をしている(1893(明治26)年 本文でとりあげる法典調査会の議論の2年前)。その後、衆議院議員も歴任した明治期の法曹の大物である。なお大逆事件では被告の弁護人をつとめるなど相当な硬骨漢だったようである。磯部については、平井一雄・村上一博編『日本近代法学の巨擘 磯部四郎研究』(信山社, 2007)に詳しい。
- 33) 磯部四郎前掲注(28) 361頁以下。
- 34) 磯部・前掲注(28) 363頁。
- 35) 磯部・前掲注(28) 362頁。
- 36) 穂積・前掲注(28) 363頁。
- 37) 穂積・前掲注(28) 363-4頁。
- 38) 穂積・前掲注(28) 363頁。
- 39) 穂積・前掲注(28) 363頁。
- 40) 穂積・前掲注(28) 364頁。
- 41) 梅謙次郎・前掲注(28) 364頁。
- 42) 磯部・前掲注(28) 364-5頁。
- 43) 長谷川喬は、1852年生まれ(今回の議論のときに、38歳)。大阪地方裁判所で英語通訳を務め、後に司法官に進み、大農院判事、東京控訴院院長などを歴任している。
- 44) 長谷川喬・前掲注(28) 365頁。
- 45) 横田國臣は、検事総長、大審院長を歴任した。
- 46) 横田國臣・前掲注(28) 367頁。

- 47) 土方寧・前掲注(28) 369-370。ちなみに土方は1859年生まれ(当時31歳)。後に東京帝国大学教授となる民法学者である。
- 48) 土方・前掲注(28) 370頁。
- 49) 土方・前掲注(28) 370-371頁。
- 50) 田部・前掲注(28) 376頁。
- 51) 富井政章・前掲注(28) 380頁。
- 52) 穂積・前掲注(28) 381頁。
- 53) 大塚・前掲注(11)689頁は、富井のこの発言を「特筆されるべき」とする。
- 54) 富井・前掲注(28) 381頁。
- 55) 磯部・前掲注(28) 381頁
- 56) 磯部・前掲注(28) 381-2頁。
- 57) 前掲注(28) 395-6頁。
- 58) 穂積・前掲注(28) 395頁。
- 59) 穂積・前掲注(28) 396頁。
- 60) なおドイツ民法典が最終的に公布されたのは1896(明治29)年8月24日(施行は1900年1月1日)であり、本稿で紹介している明治民法典の土地工作物責任の規定をめぐる法典調査会の議論(1895(明治28)年10月)の10か月後のことである。ただし、法典調査会議事速記録では当日出された原案の参照条文として「獨一草七三五、同二草七五九乃至七六一」と記されており、ドイツ民法典第一草案(1888(明治21)年公表)と第二草案(ベルリンでPionier社版の債権法部分は1892(明治25)年、1893(明治26)年出版、官版(auf amtlichen Veranlassung)は1894(明治27)年出版だが、どちらを参照しているのかはこれだけでは不明)が参照されたことは間違いないであろう。第二草案は現行836条以下と若干の文言の違いを除きほぼ同じであり、第一草案の規定はかなり文言が違い、また証明責任の転換を規定していないが、とにかく占有者の責任を規定し、所有者責任主義をとっていない。ドイツ民法典第一草案と提案理由については、Motive zu dem Entwurfe eines Burgelichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II, 1888, S. 814ff; 同第二草案については、Mugdan, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899(復刻1979 引用は後者), S. 1148ff。なお明治民法典の起草段階でのドイツ民法典の草案の参照問題については、岡孝「法典論争から明治民法成立・注釈時代」水本浩・平井一雄編『日本民法史・通史』(信山社, 1997)83頁以下参照。
- 61) 前掲注(60) Motive, S. 817ff, Mugdan, S. 1149ff.
- 62) Mertens/MunchKomm, 4. Aufl. 2006, § 836 Rn. 27.
- 63) 前掲注(62) Mertens/MunchKomm, § 838 Rn. 6
- 64) Jauernig BGB Kommentar, 12. Aufl. 2007, § 838,1. このことはドイツ民法典840条1項が1個の不法行為から生じた損害に複数の者が併存的に責任を負う場合(併存的行為者関係 Nebentaterschaft)に、連帯債務者として責任を負わせていることに起因する。840条1項についての邦語文献として、樫寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂, 1990)172頁以下(右近健男執筆部分), E. ドイチェ/H. J. アーレンス(蒲川道太郎訳)『ドイツ不法行為法』(日本評論社, 2008)97頁以下参照。

- 65) 岡松参太郎『民法修正案理由書』(有斐閣書房, 1897) 487頁以下。
- 66) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編(大正元年版復刻版)』(有斐閣, 1984) 900頁以下。
- 67) 五十嵐・前掲注(7)は、ドイツ法につき「周到な規定がおかれている。結局、瑕疵修補をなしうる地位にある者に責任を認めるという趣旨である。」と評価する(314頁)。
- 68) 前掲注(10),(15)参照。
- 69) 平野裕之『民法総合6 不法行為法』(2007, 信山社) 237頁。
- 70) 穂積・前掲注(28)396頁。
- 71) 加藤一郎・前掲注(5)は、「この責任も、工作物の設置または保存に『瑕疵』があることを要件としているのであって、その限りでは完全な無過失責任ということではできず、いわば、客観的な瑕疵から主観的な過失を推定したもの、ないしは、主観的な過失を客観的な瑕疵の形で定型化したものというべきであろう。」とし、「一種の無過失責任ではあるけれども、完全な無過失責任ないしは絶対責任ではなく、瑕疵の存在による客観的責任である。」と指摘する(20頁)。
- 72) かつて岡孝は明治民法典の起草過程における磯部四郎の委任規定をめぐる梅謙次郎との論争を紹介検討した上で、磯部がそこで展開した解釈論のいくつかは「現代にまで通用するもの」であるとして、その「先見性」を高く評価し、「今後さらにいろいろの分野で磯部の見解を検討することによって、現行民法の解釈論にとっても参考となる点が多く出てくるものと期待される」と評したが(岡孝「磯部四郎と梅謙次郎 法典調査会における議論を中心として」平井・村上編・前掲注(32) 110-111頁), 土地工作物責任もそのような磯部の「先見性」を見て取れる分野のひとつと言えよう。